

# 预防原则的习惯国际法地位分析

刘韵清<sup>\*</sup>

**摘要：**预防原则是当代国际环境法的基本原则之一。关于预防原则是否已经取得习惯国际法的地位，目前存在争议。从地区层面来看，预防原则在欧盟得到了广泛适用，欧盟也已经明确承认预防原则的习惯国际法地位，因此预防原则在欧盟地区已经形成了区域习惯国际法。从全球层面来看，有关预防原则的国际条约、国际组织与国际会议决议或文件、国际司法实践、地区实践以及国内实践显示，其一般惯例表现出较高程度的普遍性、代表性和一致性，并且此类一般惯例也伴随着较为明显的法律确信。但是，诸如美国、加拿大等国家对预防原则的习惯国际法地位仍有质疑或表示反对，国际法院等国际司法机构也往往回避对预防原则的习惯国际法地位作出直接回应。故而，目前尚难以得出预防原则已经构成习惯国际法的结论，但它可以构成正在形成中的习惯国际法。

**关键词：**预防原则 一般惯例 法律确信 习惯国际法

传统国际环境法通常将决策和行动建立在充分科学证据的基础上，即有充分科学证据证明重大环境损害时，国家才被要求采取相应措施。反之，如果不存在科学证据或者科学证据不充分，即不要求采取行动。<sup>①</sup>然而，这种传统的范式已愈发难以满足当代国际社会环境保护的需要。第三次科技革命后，在生物、核能、化工等诸多领域经历革命性发展后，人类已经越来越难以预料和掌握新技术带来的风险。许多新技术带来的环境风险有较长的潜伏期，不易察觉。同时，许多环境破坏或污染影响范围越来越大，且具有不可逆转性，一旦发生，往往难以恢复。因此，如果依旧沿循传统国际环境法防范风险的原则或规则，那将使自然环境时刻面临现代人类活动不确定性所带来的损害风险。

\* 中国人民大学法学院博士研究生。本文是中国人民大学科学研究基金（中央高校基本科研业务费专项资金资助）项目成果（项目号：20XNH015）。

① 例如，1974年《防止陆源物质污染海洋公约》第4条4款即规定：“当科学证据已经证明可能存在严重损害”时，应采取相应措施，欲采取措施的缔约方应当证明充分科学证据的存在。如果没有充分科学证据证明损害，则不能采取措施。参见Philippe Sands et al., *Principles of International Environmental Law* (London: Cambridge University Press, 3rd edn., 2012), pp. 218–219。

在此背景下，预防原则应运而生。<sup>①</sup> 预防原则与防止原则（preventive principle）的区别在于，防止原则应对的是已知的损害，而预防原则应对的是仍存在科学不确定性的风险。<sup>②</sup> 目前对预防原则尚未有统一的权威定义。1992年《里约环境与发展宣言》（以下称“《里约宣言》”）第15条对预防原则的规定得到了较为广泛的接受：“为了保护环境，各国应根据它们的能力广泛采取预防措施。凡有可能造成严重的或不可逆转的损害，不能把缺乏充分的科学确定性作为推迟采取防止环境退化之成本合理措施的理由。”<sup>③</sup> 预防原则在实践中通常包含三个要素，即设定风险阈值、进行风险分析和采取预防措施，但由于适用领域和地域的差异性，预防原则一般在条约层

① 在英文文本中，常见的表述是“precautionary principle”、“precautionary approach”，此外“principle of precaution”、“principle of precautionary action”亦偶有使用。“precautionary principle”、“precautionary approach”二者的实质性区分越来越小（见下详述）。除文件名称或直接引用文本外，文中将统一采用“原则（principle）”的表述，而不再另使用“措施（approach）”，以免造成混乱。在中文文本中，对于“precautionary”有许多不同翻译方式。在外交部条法司条约数据库所公布的条约中，大多将其翻译成“预防”，例如1985年《保护臭氧层维也纳公约》及1987年《关于消耗臭氧层物质的蒙特利尔议定书》、1990年《国际油污防备，反应和合作公约》、1992年《联合国气候变化框架公约》《防止倾倒废物及其他物质污染海洋的公约》1996年议定书、2000年《卡塔赫纳生物安全议定书》、2000年《中西部太平洋高度洄游鱼类种群养护和管理公约》、2001年《关于持续性有机污染物的斯德哥尔摩公约》、2009年《南太平洋公海渔业资源养护和管理公约》、2018《预防中北冰洋不管制公海渔业协定》等等。其他译法为少数，例如2000年《卡塔赫纳生物安全议定书》翻译为“预先防范方法”，《2000年有毒有害物质污染事故防备、反应与合作议定书》翻译为“风险预防原则”等等。联合国条约汇编网站公布的中文版本也大多采取了“预防”的翻译。对此，学界亦采用了多种不同的翻译，如预防原则、风险预防原则、预先防范原则、谨慎原则、预备原则、谨慎行事原则等等。目前译法上仍存在不同看法，此处采用外交部所公布的条约的多数译法，译为“预防原则”。

② See *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, Judgment, Separate opinion of Judge Cançado Trindade, I. C. J. Reports 2010, pp. 162 – 163, para. 72. 但预防原则并非完全取代防止原则，二者仍有密切联系。从规则起源上看，预防原则是在防止原则上发展起来的，匈牙利在1997年国际法院“Gabcikovo-Nagymaros项目案”（*Gabcikovo -Nagymaros project*，以下称“大坝案”）中即提出，预防原则是防止原则的最新发展形式。参见 *Gabcikovo-Nagymaros project (Hungary v. Slovakia)*, Memorial of the Republic of Hungary, I. C. J. Pleadings, Vol. I (1994), para. 6. 64。从具体措施上看，预防原则和防止原则在采取的具体措施上有很多重合之处，例如举证责任倒置、环境影响评价、最佳环境实践等等。从实际应用上看，人类对绝大多数事物的认识都处于确定性与不确定性相互交织的状态，不可能具有绝对的科学确定性。因此，许多法律文件中都同时包括了两个原则，互相补充，相辅相成，既应对已知的损害，也对未知的风险加以防范。

③ “In order to protect the environment, the precautionary approach shall be widely applied by States according to their capabilities. Where there are threats of serious or irreversible damage, lack of full scientific certainty shall not be used as a reason for postponing cost-effective measures to prevent environmental degradation.” United Nations, *Report of The United Nations Conference on Environment and Development*, A/CONF. 151/26 (1992), Annex I Rio Declaration on Environment and Development, Principle 15.

面、地区层面或者国家层面被细化为更加具体的措施。<sup>①</sup> 实践中，预防原则之下的具体措施包括举证责任倒置、进行环境影响评价（Environmental Impact Assessment, EIA）、采取最佳可用措施（Best Available Technology, BAT）或最佳环境实践（Best Environmental Practice, BEP）、设定安全限度（Safety Margin）、颁布禁令等等。可以看出，预防原则要求人类在从事可能对环境产生负面影响的活动时应谨慎小心，周密计划，其核心理念在于不得以缺乏科学确定性为理由延迟或阻碍采取合理预防措施。

目前，预防原则在国际法上的地位有很大争议。一方面，预防原则在实践中得到了广泛采纳和适用，体现在众多国际条约以及国际组织与国际会议决议和文件中，国家在国际争端解决中亦时常援引预防原则；另一方面，仍有一些国家和学者对预防原则的地位持迟疑态度，国际司法机构对该原则的态度亦含糊不清。例如，在国际法院案件中，预防原则在 1973 年“核试验案”（*Nuclear Tests*）、1995 年“请求按照国际法院 1974 年 12 月 20 日关于核试验案（新西兰诉法国案）的判决第 63 段审查局势案”（*Request for an Examination of the Situation in Accordance with Paragraph 63 of the Court's Judgment of 20 December 1974 in the Nuclear Tests*, 以下简称“核试验二案”）、1997 年“Gabcikovo-Nagymaros 项目案”（*Gabcikovo-Nagymaros project*, 以下简称“大坝案”）、2010 年“乌拉圭河沿岸的纸浆厂案”（*Pulp Mills on the River Uruguay*, 以下简称“乌拉圭河纸浆厂案”）中均被原告援引，但国际法院均未作出正面回应。预防原则国际法渊源类型的探讨将对相关规则与措施在国际社会的适用产生重要影响：预防原则仅仅作为条约义务约束缔约方，抑或是作为习惯国际法对国际社会具有普遍的法律约束力，这对国际环境法理念、原则和规则的发展或实施具有重要意义，并将对国际环境保护实践和环境争端解决产生重大影响。

一般而言，习惯国际法的识别需要确定是否存在被接受为法律的一般惯例。<sup>②</sup> 依托“一般惯例（general practice）”和“法律确信（opinio juris）”的“两要素”识别习惯国际法方法已经得

<sup>①</sup> Meinhard Schröder, “Precautionary Approach/Principle”, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2014, paras. 11, 22, <https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1603?rskey=6zPgoP&result=1&prd=OPIL> (last visited April 23, 2020). 例如，在《执行 1982 年 12 月 10 日（联合国海洋法公约）有关养护和管理跨界鱼类种群和高度洄游鱼类种群的规定的协定》第 5 条规定了预防原则，第 6 条详细规定了预防措施，如“3. (a) 取得和共用可获得的最佳科学资料，并采用关于处理危险和不明确因素的改良技术，以改进养护和管理渔业资源的决策行动…… (c) 特别要考虑到关于种群大小和繁殖力的不明确情况、参考点、相对于这种参考点的种群状况、渔捞死亡率的程度和分布、捕鱼活动对非目标和相关后从属种的影响，以及存在和预测的海洋、环境、社会经济状况等；(d) 特定数据收集和研究方案，以评估捕捞对非目标和相关或从属种及其环境的影响，并制定必要计划，确保养护这些物种和保护特别关切的生境……5. 如目标种或非目标或相关或从属种的状况令人关注，各国应对这些种群和物种加强监测，以审查其状况及养护和管理措施的效力。各国应根据新的资料定期修订这些措施。6. 就新渔业或试捕性渔业而言，各国应尽快制定审慎的养护和管理措施，其中应特别包括捕获量与努力量的极限。这些措施在有足够数据允许就该渔业对种群的长期可持续能力的影响进行评估前应始终生效，其后则应执行以这一评估为基础的养护和管理措施……”。再如，《防止倾倒废物及其他物质污染海洋的公约》1996 年议定书在第 3 条“一般义务”中明确规定：“在实施本议定书时，在保护环境不受倾倒和海上焚烧废物或其他物质危害方面，各缔约国应遵循预防原则。当有理由认为向海洋环境倾倒的废物或其他物质可能造成损害时，应采取预防措施，即便关于倾倒物及其影响间的因果关系还未有确凿证据证明”。该议定书采用正面清单的预防措施，除了附件一所列物质外，其他物质一律不许倾倒和排放。附件二还规定了环境影响评价，明确倾倒物环境影响评价应当考察的内容与具体步骤。

<sup>②</sup> United Nations, *Report of the International Law Commission*, A/73/10 (2018), Chapter V, Part E, Conclusion 2.

到了国家、司法机构和学者的广泛支持。<sup>①</sup>因此，本文将在考察相关实践基础上，从一般惯例和法律确信两要素着手，对预防原则的习惯国际法地位进行分析。本文第一部分以具有代表性的2010年国际法院“乌拉圭河纸浆厂案”为切入点，对争议双方、法院判决及部分法官的观点进行分析；第二部分通过考察国际条约、国际组织与国际会议决议和文件、地区实践和国内实践，分析预防原则是否形成一般惯例；第三部分则考察预防原则的一般惯例是否具备法律确信；最后就一般惯例和法律确信的考察过程进行总述，分析预防原则的习惯国际法地位。<sup>②</sup>

## 一 有关预防原则的争论：从“乌拉圭河纸浆厂案”谈起

为了实现对乌拉圭河的有效和合理利用，乌拉圭和阿根廷于1975年签署了《乌拉圭河规约》，建立乌拉圭河联合管理委员会，委员会的主要职能是管理与规范乌拉圭河利用和保护的相关活动。2003年和2004年，两家企业经乌拉圭授权在乌拉圭河边建造和运营纸浆厂。纸浆厂项目属于乌拉圭历史上最大的外商投资项目，并获得国际金融公司和多边投资担保机构的融资，这也是2005年世界上最大的纸浆厂项目之一，它的成功实施对乌拉圭经济发展和提供就业具有重要意义。但乌拉圭河对岸的阿根廷认为，纸浆厂项目可能对乌拉圭河环境造成污染。双方进行了多次外交谈判，由于两国无法经由谈判达成共识，2006年5月阿根廷将该争议提交国际法院寻求司法解决。

阿根廷认为乌拉圭在程序和实体两个方面违反了国际法义务。在实体义务方面，阿根廷认为乌拉圭批准在乌拉圭河本国一侧沿岸建造纸浆厂，违反了1975年《乌拉圭河规约》中边界河流环境保护的实体义务，阿根廷在这部分援引了预防原则。<sup>③</sup>首先，阿根廷请求认定预防原则构成习惯国际法；<sup>④</sup>其次，阿根廷认为《乌拉圭河规约》应当在预防原则之下进行解释和适用；<sup>⑤</sup>再次，预防原则与程序义务也有关联，即如果存在重大或不可逆转的损害风险，开展活动的一方有通知利益相关方并与之协商的义务；<sup>⑥</sup>最后，阿根廷还认为预防原则要求采取举证责任倒置，即由被告承担证明其项目不会造成环境损害的责任，或者举证责任至少应当在原被告之间实现公平

<sup>①</sup> 国际法委员会关于“习惯国际法的识别”的报告和结论草案中，对“两要素”方法的广泛采用性做了总结。参见 International Law Commission, *Second Report on Identification of Customary International Law*, A/CN.4/672 (2014), pp. 7 – 13。亦可参见 United Nations, *Report of the International Law Commission*, A/73/10 (2018), Chapter V, Part E, p. 125。

<sup>②</sup> 应当说明的是，作为一般惯例和法律确信的证据很可能是重复的，即一个证据既可能作为一般惯例的证据，亦可能成为法律确信的证据。对于国内实践、地区实践以及司法实践的分析，并非意味着其只能作为一个要素的证据，限于篇幅，仅就其相对突出的证明作用作出分析。例如，国际法委员会指出，一个材料可能同时作为证明两要素的证据，但无论如何，声明（statement）（包括一国在法庭面前所作的书面和口头辩护）似乎在作为法律确信而非一般惯例的证据方面更加有用。参见 United Nations, *Report of the International Law Commission*, A/73/10 (2018), Chapter V, Part E, p. 141。

<sup>③</sup> 阿根廷认为，《乌拉圭河规约》第1条和第41条（a）款允许适用其它国际公约下的义务；同时乌拉圭是1992年《生物多样性公约》和2001年《关于持久性有机污染物的斯德哥尔摩公约》的缔约方，这两个公约都规定了预防原则；此外预防原则也是1997年“大坝案”中国际法院提到的“谨慎与防范”（vigilance and prevention）的体现。故乌拉圭应当遵守预防原则。

<sup>④</sup> *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, Verbatim record 2009/14, p. 58, para. 8, <https://www.icj-cij.org/files/case-related/135/135-20090916-ORA-01-00-BI.pdf> (last visited April 23, 2020).

<sup>⑤</sup> *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, Memorial of Argentina, p. 280, para. 5. 13.

<sup>⑥</sup> *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, Memorial of Argentina, pp. 280 – 281, para. 5. 14.

分配。<sup>①</sup>

乌拉圭则认为，首先，预防原则仅仅是不具有法律拘束力的“软法”，虽然在解释的时候可以依据《维也纳条约法公约》第31条(3)(C)款予以考虑，但它无论如何不构成习惯国际法；<sup>②</sup>其次，即便要适用该原则，应当在存在科学不确定性时适用，在本案中，由于已经进行综合检测与实证测验，因此科学不确定性已经消除；<sup>③</sup>再次，根据1992年《里约宣言》第15项原则，预防原则仅在存在重大或不可逆转的损害风险时适用，本案不存在这样的风险；<sup>④</sup>最后，《乌拉圭河公约》中并没有规定举证责任倒置，故依据国际法院之前的判例应当由原告承担举证责任。

国际法院在判决中并未正面回应预防原则的法律地位问题，仅仅对预防原则能否引起举证责任倒置进行了论述。法庭认为预防原则可以适用于对规约条文的解释，但是不具有造成举证责任倒置的效果。<sup>⑤</sup>

坎卡多·特林达德(Cançado Trindade)法官在其个别意见中对国际法院所面临的国际环境法案件以及相关原则进行了非常详尽的分析，其中，关于预防原则的论述篇幅长达18页。特林达德法官首先回顾了涉及预防原则的几个国际法院案例，如1995年“核试验二案”与1997年“大坝案”，对于后者，特林达德法官指出：“非常遗憾法院没有承认预防原则，也没有对其含义作出进一步论述，”<sup>⑥</sup>“为何法院对预防原则如此谨小慎微(so much precaution with the precautionary principle)，这超出了我的理解范围。自1973年之后，法院就没有对预防表现出更多的敏感性，即使当预防原则已经开始在现代国际环境法上逐渐显现出来。”<sup>⑦</sup>他接着指出，在本案中法院不承认预防原则，或不进行论述，错过了在当代国际法领域将这些原则予以定型(consolidation)的机会，并犀利地指出，法院未加阐述并不意味着这些原则就不存在。<sup>⑧</sup>

可以肯定的是，预防原则是否具有习惯国际法地位将对国家的权利、义务以及环境保护实践产生重大影响。“乌拉圭河纸浆厂案”中各方围绕预防原则的地位和内涵的争议，事实上体现了国际社会对预防原则看法的一个缩影。

## 二 一般惯例考察

在一般惯例的考察中，国家实践具有首要意义，是国家实践首先促进了习惯国际法规则的创建或表述。<sup>⑨</sup>此外，国际组织的实践也可以促进习惯国际法规则的创建或表述，其他行为体的实

<sup>①</sup> *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, Memorial of Argentina, pp. 280–281, para. 5.14; *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, Judgment, I. C. J. Reports 2010, p. 71, para. 164.

<sup>②</sup> *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, Rejoinder of Uruguay, pp. 311–312, para. 5.66.

<sup>③</sup> *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, Rejoinder of Uruguay, pp. 312–313, para. 5.68.

<sup>④</sup> *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, Rejoinder of Uruguay, pp. 243–244, para. 4.81.

<sup>⑤</sup> See *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, Judgment, I. C. J. Reports 2010, pp. 70–74, paras. 160–164.

<sup>⑥</sup> *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, Judgment, Separate opinion of Judge Cançado Trindade, I. C. J. Reports 2010, p. 161, para. 66.

<sup>⑦</sup> *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, Judgment, Separate opinion of Judge Cançado Trindade, I. C. J. Reports 2010, p. 161, para. 67.

<sup>⑧</sup> See *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, Judgment, Separate opinion of Judge Cançado Trindade, I. C. J. Reports 2010, pp. 176–177, para. 113.

<sup>⑨</sup> United Nations, *Report of the International Law Commission*, A/73/10 (2018), Chapter V, Part E, Conclusion 4.

践亦与考察国家和国际组织的实践相关。<sup>①</sup>

一般惯例需要具有普遍性、一致性与代表性。<sup>②</sup> 应当指出的是，普遍性并不意味着国际社会的每一个成员都要明确地支持某项规则，这不是习惯国际法存在的必要条件。<sup>③</sup> 但究竟需要多少数量的国家才能满足普遍性要求是不确定的，这往往因个案而异。其次，一般惯例需具有一致性，但一致性并不意味着完全统一。在1986年“在尼加拉瓜和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动案”（*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*，以下称“尼加拉瓜案”）中，国际法院认为，为了将某项规则确立为习惯法，相应惯例无需绝对严格地符合该规则。国家实践只需与该规则大体一致，而且与该规则不一致的国家实践应被视为对该规则的破坏，而不是对一项新规则的认可。<sup>④</sup> 再次，一般惯例还要求规则的采用者具有广泛的代表性。在1969年“北海大陆架案”（*North Sea Continental Shelf*）中，国际法院指出，一项缔约国非常广泛和有代表性的公约本身就可能满足形成习惯国际法所要求的条件，如果包括利益特别相关的国家在内。<sup>⑤</sup> 但不排除在某些情况下，规则可能具有广泛适用性，几乎所有国家都平等地受到影响。<sup>⑥</sup>

国际法委员会（International Law Commission, ILC）在“习惯国际法的识别”结论草案中列举了考察一般惯例的途径，包括但不限于：“外交行为和来往公文；与国际组织通过的决议或国际组织会议有关的行为；与条约有关的行为；执行行为，包括国家的‘实地’行为；立法行为和行政行为；国内法院裁决。”<sup>⑦</sup>

以下将考察与预防原则相关的国际条约、国际组织与国际会议决议和文件、地区实践与国内实践。

### （一）国际条约考察

条约与习惯国际法的关系历来得到颇多关注。相比于其他证据，条约是更为直接明确的证据，更具有说服力和权威性。<sup>⑧</sup> 在国际法院的实践中经常对条约进行考察，如通卡（Tomka）法官曾指出，国际法院在识别习惯国际法时采用一种实用方法，先考察诸如条约等“最佳且最快捷的证据”，<sup>⑨</sup> 其次再考察其他原始证据。<sup>⑩</sup> 下文将考察纳入预防原则的条约。

<sup>①</sup> United Nations, *Report of the International Law Commission*, A/73/10 (2018), Chapter V, Part E, Conclusion 4.

<sup>②</sup> United Nations, *Report of the International Law Commission*, A/73/10 (2018), Chapter V, Part E, Conclusion 8.

<sup>③</sup> *Gabcikovo-Nagymaros project (Hungary v. Slovakia)*, Judgement, Separate Opinion of Vice-President Weeramantry, I. C. J. Reports 1997, p. 95.

<sup>④</sup> *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Judgment of Merits, I. C. J Reports 1986, p. 98, para. 186.

<sup>⑤</sup> *North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany v. Denmark; Federal Republic of Germany v. Netherlands)*, Judgment, I. C. J. Reports 1969, p. 42, para. 73.

<sup>⑥</sup> United Nations, *Report of the International Law Commission*, A/73/10 (2018), Chapter V, Part E, p. 141.

<sup>⑦</sup> United Nations, *Report of the International Law Commission*, A/73/10 (2018), Chapter V, Part E, Conclusion 6.

<sup>⑧</sup> R. R. Baxter, “Multilateral Treaties as Evidence of Customary International Law”, (1965 – 66) 41 *British Yearbook of International Law* 275, p. 278.

<sup>⑨</sup> Peter Tomka, “Custom and the International Court of Justice”, (2013) 12 *The Law & Practice of International Courts and Tribunals* 195, p. 197.

<sup>⑩</sup> Peter Tomka, “Custom and the International Court of Justice”, (2013) 12 *The Law & Practice of International Courts and Tribunals* 195, p. 215.

目前，纳入预防原则的条约大约有 70 个，<sup>①</sup> 全球性条约为少数，地区性条约占多数。

全球性条约主要包括：1985 年《保护臭氧层维也纳公约》<sup>②</sup> 及其 1987 年《关于消耗臭氧层物质的蒙特利尔议定书》，<sup>③</sup> 二者均有 198 个缔约方；1990 年《国际油污防备、反应和合作公约》，<sup>④</sup> 有 113 个缔约方，代表世界上 76.89% 的船舶吨位；1992 年《联合国气候变化框架公约》<sup>⑤</sup> 及其 1997 年《京都议定书》，<sup>⑥</sup> 两者分别有 197 个和 193 个缔约方；1992 年《生物多样性公约》<sup>⑦</sup> 及其 2000 年《卡塔赫纳生物安全议定书》，<sup>⑧</sup> 两者分别有 197 个和 180 个缔约方；1992 年《跨境水道与国际湖泊保护和利用公约》，<sup>⑨</sup> 有 44 个缔约方；1973 年《野生动植物濒危物种国际贸易公约》<sup>⑩</sup>（通过 1994 年 9.24 号决议纳入预防原则），该公约有 183 个缔约方；1995 年《执行 1982 年 12 月 10 日〈联合国海洋法公约〉有关养护和管理跨界鱼类种群和高度洄游鱼类种群的规定的协定》，<sup>⑪</sup> 有 102 个缔约方；1972 年《防止倾倒废物及其他物质污染海洋的公约》<sup>⑫</sup>（通过 1991 年 LDC44/14 号决议纳入了预防原则）及其 1996 年议定书（《伦敦议定书》），<sup>⑬</sup> 前者有 87 个缔约方，代表世界上 59.07% 的船舶吨位，后者有 56 个缔约方，其中 53 个缔约方代表世界上 40.74% 的船舶吨位；1998 年《关于在国际贸易中对某些危险化学品和农药采取事先知情同意程序的鹿特丹公约》，<sup>⑭</sup> 有 167 个缔约方；2001 年《关于持久性有机污染物的斯德哥尔摩公约》，<sup>⑮</sup> 有 189 个缔约方；2004 年《国际船舶压载水和沉积物控制与管理公约》，<sup>⑯</sup> 有 81 个缔约方，代表世界上 80.76% 的商船吨位。

地区性条约尽管在缔约方数量上不如全球性条约，但是它们的数量众多，并且缔约方往往具有较高代表性。其中欧盟是典型的代表之一，通过《欧洲联盟条约》<sup>⑰</sup> 及之后的《欧洲联盟运作

<sup>①</sup> 以下数据统计截止时间为 2019 年 12 月 19 日。

<sup>②</sup> The Vienna Convention for the Protection of the Ozone Layer, UNTS, vol. 1513, p. 293.

<sup>③</sup> The Montreal Protocol on Substances that Deplete the Ozone Layer, UNTS, vol. 1522, p. 3.

<sup>④</sup> International Convention on Oil Pollution Preparedness, Response and Cooperation, UNTS, vol. 1981, p. 51.

<sup>⑤</sup> United Nations Framework Convention on Climate Change, UNTS, vol. 1771, p. 107.

<sup>⑥</sup> Kyoto Protocol to the United Nations Framework Convention on Climate Change, UNTS, vol. 2303, p. 162.

<sup>⑦</sup> The Convention on Biological Diversity, UNTS, vol. 1760, p. 79.

<sup>⑧</sup> The Cartagena Protocol on Biosafety to the Convention on Biological Diversity, UNTS, vol. 2226, p. 208.

<sup>⑨</sup> Convention on the Protection and Use of Transboundary Watercourses and International Lakes, UNTS, vol. 1936, p. 269.

<sup>⑩</sup> Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora, <https://www.cites.org/eng/disc/text.php> (last visited April 23, 2020).

<sup>⑪</sup> Agreement for the Implementation of the Provisions of the United Nations Convention on the Law of the Sea of 10 December 1982 relating to the Conservation and Management of Straddling Fish Stocks and Highly Migratory Fish Stocks, UNTS, vol. 2167, p. 3.

<sup>⑫</sup> The Convention on The Prevention of Marine Pollution by Dumping of Wastes and Other Matter, UNTS, vol. 1046, p. 120.

<sup>⑬</sup> 1996 Protocol to The Convention on The Prevention of Marine Pollution by Dumping of Wastes and Other Matter, <http://www.imo.org/en/OurWork/Environment/PollutionPrevention/Pages/1996 - Protocol - to - the - Convention - on - the - Prevention - of - Marine - Pollution - by - Dumping - of - Wastes - and - Other - Matter, - 1972. aspx> (last visited April 23, 2020).

<sup>⑭</sup> Rotterdam Convention on the Prior Informed Consent Procedure for Certain Hazardous Chemicals and Pesticides in International Trade, UNTS, vol. 2244, p. 337.

<sup>⑮</sup> Stockholm Convention on Persistent Organic Pollutants, UNTS, vol. 2256, p. 119.

<sup>⑯</sup> International Convention for the Control and Management of Ship's Ballast Water and Sediments, <http://www.imo.org/en/OurWork/Environment/BallastWaterManagement/Documents/BWM.2 - Circ. 13 - Rev - 4. pdf> (last visited April 23, 2020).

<sup>⑰</sup> Treaty on European Union, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:11992M/TXT> (last visited April 23, 2020).

条约》，<sup>①</sup> 预防原则已经成为欧盟制定政策的基础。其他地区性条约亦涵盖较为具有代表性的国家，如《保护波罗的海区域海洋环境的公约》<sup>②</sup> 的缔约方包括所有波罗的海沿岸国家，《东北大西洋海洋环境保护公约》<sup>③</sup> 包括16个西欧国家和欧盟，《南极海洋生物资源养护公约》<sup>④</sup> 包括欧盟、俄罗斯、英国、美国、中国等36个国家。同时，地区性条约涵盖地区相当广泛，涉及欧盟、东盟、欧亚、非洲、高加索地区、岛屿国家、非洲东部区域海洋、西中几内亚湾、南极、波罗的海、地中海、多瑙河、黑海、大加勒比地区、东北大西洋、东南大西洋、东北太平洋、东南太平洋、北太平洋、南印度洋、南太平洋等等。

综上，从普遍性和代表性上看，绝大多数全球性条约具有普遍的缔约方。部分全球性条约虽然缔约方数量还达不到普遍的程度，如1992年《跨境水道与国际湖泊保护和利用公约》，但是该公约2015年才对外开放签署，从地区性条约成为全球性条约，并且该公约在实践中具有很大影响力，成为许多双边、多边条约的范本；再如《国际油污防备、反应和合作公约》《防止倾倒废物及其他物质污染海洋的公约》《国际船舶压载水和沉积物控制与管理公约》等条约，涉及海洋领域的实践虽缔约方数量稍低，但已代表较高吨位，涵盖了利益相关国家的实践，具有代表性。其次，地区性条约虽然缔约方数量少于全球性条约，但一般涵盖了该地区绝大多数国家，在该地域范围内具有较高普遍性和代表性。应当指出，少数条约在普遍性和代表性上均有所不足，如《防止倾倒废物和其他物质污染海洋的公约》1996年议定书。

从一致性上看，考察范围内的条约均体现了预防原则的核心理念和构成要素，并且，很多条约的文本与《里约宣言》高度相似。值得一提的是，条约文本常使用不同的措辞，经常交替使用的措辞包括“precautionary principle”和“precautionary approach”。对于二者是否存在区别，有观点认为，相比于“principle”，“approach”更为灵活，并倾向于不具有法律约束力。例如，在1999年国际海洋法庭“南方蓝鳍金枪鱼案”（*Southern Bluefin Tuna Cases*）中，希勒（Shearer）法官<sup>⑤</sup>和莱恩（Laing）法官<sup>⑥</sup>的个别意见中就体现了这个观点。在1998年世界贸易组织“欧共体荷尔蒙牛肉案”（*EC-Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones)*）中，美国也表达了类似的观点。<sup>⑦</sup>笔者认为，在预防原则发展的早期也许存在上述区分，但二者之间的实质区分越来越小，并不足以否认实践的一致性。一方面，从理论上看，二者在核心内涵和构成要素上并

<sup>①</sup> Treaty on the Functioning of the European Union, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX-12012E/TXT>, (last visited April 23, 2020).

<sup>②</sup> Convention on the Protection of the Marine Environment of the Baltic Sea Area, <https://helcom.fi/about-us/convention/> (last visited April 23, 2020).

<sup>③</sup> Convention for the Protection of the Marine Environment of the North-East Atlantic, <https://www.ospar.org/convention/text> (last visited April 23, 2020).

<sup>④</sup> The Convention for the Conservation of Antarctic Marine Living Resources, <https://www.ccamlr.org/en/organisation/camlr-convention-text> (last visited April 23, 2020).

<sup>⑤</sup> *Southern Bluefin Tuna Cases (New Zealand v. Japan/Australia v. Japan)*, Provisional Measures, Order of 27 August 1999, Separate Opinion of Judge Shearer, ITLOS Case Nos. 3 and 4 (1999), p. 326.

<sup>⑥</sup> *Southern Bluefin Tuna Cases (New Zealand v. Japan/Australia v. Japan)*, Provisional Measures, Order of 27 August 1999, Separate Opinion of Judge Laing, ITLOS Case Nos. 3 and 4 (1999), p. 313, para. 19.

<sup>⑦</sup> *EC-Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones) (United States v. European Communities; Canada v. European Communities)*, United States' Appellee's Submission, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R (1998), para. 92. See also *EC-Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones) (United States v. European Communities; Canada v. European Communities)*, Appellate Body Report, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R (1998), para. 122.

无区别，另一方面，从实践上看，相关文件愈发倾向于不区分二者。首先，有约束力的文件可能采用“approach”，而没有约束力的文件亦时常采用“principle”，因此不能体现出所谓有约束力和无约束力的区分；其次，许多国际文件根本不对二者进行区分，存在对两种措辞的混用，甚至同一份文件会同时使用两种措辞，如《保护波罗的海地区海洋环境公约》《在环境问题上获得信息、公众参与决策和诉诸法律公约关于污染物排放和转移登记册议定书》<sup>①</sup>《野生动植物濒危物种国际贸易公约》1994年第9.24号决议等等；再次，在预防原则发展早期，相关措辞比较混杂，不仅有“precautionary principle”“precautionary approach”，甚至偶有使用“principle of precaution”“principle of precautionary action”等措辞。之后“precautionary approach”在法律文本中的大量出现实际上受到了《里约宣言》的影响，但《里约宣言》尽管表述为“approach”，但后续实践并不强调“approach”与“principle”的区分，许多国际文件引用《里约宣言》时称之为“《里约宣言》中的预防原则”。例如，2000年《欧盟理事会关于风险预防原则的决议》提及：该原则(principle)被纳入众多国际文本中，如1992年《里约宣言》；<sup>②</sup>在联合国可持续发展大会的后续文件，如《约翰尼斯堡执行计划》<sup>③</sup>《我们所憧憬的未来》<sup>④</sup>《2030年可持续发展议程》<sup>⑤</sup>等，亦将《里约宣言》中的规则统一引为“principle”，而不对“principle”“approach”进行区分。故而，“principle”“approach”的使用本身不能作为预防原则是否具有法律约束力的证据，尤其不能代表缔约方对预防原则的观点。不同的措辞既不构成实践的不一致性，也不能构成法律确信的反面证据。

## (二) 国际组织与国际会议决议和文件考察

国际组织的实践亦可以促进习惯国际法规则的创建或表述。<sup>⑥</sup>在这方面，尤为突出的是联合国的实践。联合国是国际环境立法的主要场所，联合国大会通过一系列联大决议促进了国际环境法规则的发展。<sup>⑦</sup>联合国专门机构以及联大设立的相关机构亦发挥了很大作用，如环境规划署(UNEP)、开发计划署(UNDP)、环境和发展委员会(UNCSD)、经济与社会委员会

<sup>①</sup> Kiev Protocol on Pollutant Release and Transfer Registers to the UNECE Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-making and Access to Justice in Environmental Matters in the appropriate language, [https://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/pp/prtr/Protocol%20texts/PRTR\\_Protocol\\_e.pdf](https://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/pp/prtr/Protocol%20texts/PRTR_Protocol_e.pdf) (last visited April 23, 2020).

<sup>②</sup> European Council, *Resolution on the Precautionary Principle*, [https://www.europarl.europa.eu/summits/nice2\\_en.htm](https://www.europarl.europa.eu/summits/nice2_en.htm) (last visited April 23, 2020).

<sup>③</sup> United Nations, *Plan of Implementation of the World Summit on Sustainable Development*, A/CONF. 199/20 (2002).

<sup>④</sup> United Nations General Assembly, *The Future We Want*, A/RES/66/288 (2012).

<sup>⑤</sup> United Nations General Assembly, *Transforming Our World: the 2030 Agenda for Sustainable Development*, A/RES/70/1 (2015).

<sup>⑥</sup> United Nations, *Report of the International Law Commission*, A/73/10 (2018), Chapter V, Part E, Conclusion 4.

<sup>⑦</sup> For example, noting the 1978 UNEP draft Code of Conduct, A/RES/34/188 (1979); adopting the 1982 World Charter for Nature, A/RES/37/7 (1982); requesting the UN Secretary General to prepare and regularly update a consolidated list of products whose consumption or sale has been banned, withdrawn, severely restricted or not approved by governments, A/RES/37/137 (1982); endorsing the Brundtland Report, A/RES/42/187 (1987); seeking to improve co-operation in the monitoring and assessment of environmental threats, A/RES/44/224 (1989); coordinating the activities of UN organizations with respect to fisheries policy, A/RES/59/25 (2004); declaring the fundamental values and principles of the international community in the Millennium Declaration, A/RES/55/2 (2000) and so on. 转引自Philippe Sands et al., *Principles of International Environmental Law* (London: Cambridge University Press, 3rd edn., 2012), p. 59。

(ECOSOC)、联合国粮农组织(FAO)、联合国科教文组织(UNESCO)、国际海事组织(IMO)、世界卫生组织(WHO)等等。以下将主要考察联合国大会及联合国相关机构的相关实践。

1982年联合国大会第37/7号决议通过了《世界自然宪章》。《世界自然宪章》文本尽管并没有明确使用“预防”一词，但体现了预防原则的核心理念。如第11条原则明确提及，如活动可能对大自然带来重大风险，应先进行充分调查；活动提出者应证明预期利益大于自然可能遭受的损害；如果未能充分了解可能的不利影响，该活动不得进行。<sup>①</sup>《世界自然宪章》还规定了环境影响评估、现有最佳技术等体现预防原则的措施。

1992年联合国环境与发展大会(里约会议)是国际环境法上具有里程碑意义的一次会议。作为会议重要成果，《联合国气候变化框架公约》《生物多样性公约》已在前文条约部分提及，而作为软法的《里约宣言》和《联合国可持续发展二十一世纪议程》(以下称“《21世纪议程》”)经过与会178个国家通过，后纳入联合国大会决议。<sup>②</sup>《里约宣言》纳入27个作为指导的基本原则，其中第15项原则规定了预防原则。《21世纪议程》则旨在为21世纪可能面临的诸多挑战提供一个完整和可实施的框架，分为四个部分，囊括四十个章节，其中多个部分纳入了预防原则，包括“保护大洋和各种海洋，包括封闭和半封闭海以及沿海区，并保护、合理利用和开发其生物资源”(17章)、“保护淡水资源的质量和供应对水资源的开发、管理和利用采用综合性办法”(18章)、“有毒化学品的无害环境管理包括防止在国际上非法贩运有毒的危险产品”(19章)、“对危险废料实行无害环境管理，包括防止在国际上非法贩运危险废料”(20章)、“对放射性废料实行安全和无害环境管理”(22章)、“科学促进可持续发展”(35章)。

《里约宣言》和《21世纪议程》在实践中得到了普遍遵循，形成了广泛的国家实践。1992年联合国大会第47/190号决议敦促各方采取必要行动落实《里约宣言》和《21世纪议程》等文件。1997年联合国大会召开会议全面审议《21世纪议程》，同时通过了《21世纪议程后续执行行动方案》。<sup>③</sup>此后，经联合国大会第47/191号决议成立了可持续发展委员会，负责定期召开会议，监督落实里约会议成果。在后续联合国可持续发展大会中，预防原则也不断得到重申，如2002年联合国可持续发展大会(“里约+10”)通过的《约翰尼斯堡执行计划》(Johannesburg Plan of Implementation)重申《里约宣言》第15项原则，<sup>④</sup>尤其强调对于化学品和有害废弃物的管理应使用以科学为基础的风险分析方式；<sup>⑤</sup>2012年联合国可持续发展大会(“里约+20”)《我们所憧憬的未来》重申《里约宣言》原则，尤其在管理对海洋环境产生影响的活动时，应有效实施生态系统方法和预防措施。<sup>⑥</sup>此外，2015年联合国可持续发展大会《2030年可持续发展议程》<sup>⑦</sup>等文件亦重申了《里约宣言》和《21世纪议程》。最近的实践是，2018年5月联合国大会通过第72/277决议，为《世界环境公约》制定框架，该决议明确提到“重申《里约宣言》中

<sup>①</sup> United Nations General Assembly, *World Charter for Nature*, A/RES/37/7 (1982), Principle 11.

<sup>②</sup> United Nations General Assembly, *Report of the United Nations Conference on Environment and Development*, A/RES/47/190 (1992).

<sup>③</sup> United Nations General Assembly, *Programme for the Further Implementation of Agenda 21*, A/RES/S-19/2 (1997).

<sup>④</sup> United Nations, *Plan of Implementation of the World Summit on Sustainable Development*, A/CONF. 199/20 (2002), para. 109.

<sup>⑤</sup> United Nations, *Plan of Implementation of the World Summit on Sustainable Development*, A/CONF. 199/20 (2002), para. 23.

<sup>⑥</sup> United Nations General Assembly, *The Future We Want*, A/RES/66/288 (2012), paras. 156, 167.

<sup>⑦</sup> United Nations General Assembly, *Transforming Our World: the 2030 Agenda for Sustainable Development*, A/RES/70/1 (2015).

的所有原则”。<sup>①</sup>

联合国环境规划署在预防原则的发展和应用方面也发挥了很大的作用。1987年联合国环境规划署通过了《环境影响评价目标与原则》。<sup>②</sup> 第一项原则即规定，当一项拟开展的活动可能对环境造成重大影响时，应当进行系统的环境影响评价。环境影响评价是预防措施的一种形式，<sup>③</sup> 环境影响评价可以用于表明危害发生的可能性与严重性，包括危害的程度、持续时间、可逆转性和延迟的影响等等，以及在不采取行动的情况下可能的后果。同时，环境影响评价还用于表明科学不确定性的范围、程度及现有知识与其之间的差距。因此，环境影响评价不仅关系着是否采取预防措施，也关系着采取什么样的预防措施。

1989年联合国环境规划署第15/27号决议《海洋污染（包括海洋废物倾倒）的预防措施》<sup>④</sup> 明确提及，等待向海洋倾倒污染物造成的影响的证据，对海洋或人类不可逆转的损害可能已经成为事实，因此，建议所有政府在海洋污染的防止和减少方面遵循预防原则。

联合国环境规划署还制定了《保护海洋环境免受陆基活动影响全球行动方案》，<sup>⑤</sup> 该文件于1995年在美国华盛顿召开的会议上通过，美国、欧盟以及其他100个国家参加了该次会议。该文件在第9段提到，保护海洋环境免受陆基活动影响处于里约会议可持续发展议题的大背景之下，应适用预防原则。该文件第24段中明确规定了预防原则：“预防措施应当通过采取防止性和矫正性措施来实施，建立在已知信息、影响评价以及国内资源和能力的基础上。当存在严重的或不可逆转的损害威胁时，不应把缺少充分科学确定性作为理由推迟采取有效措施防止海洋环境恶化。”此外，第104段、118段和124段均提及，在防止或减少诸如重金属、持续有机物等物质时，要采用预防措施，通过最佳可用技术、最佳环境实践和综合污染防治和控制等措施来具体落实。

2000年，第一届全球部长级环境论坛通过了《马摩尔宣言》，该次会议也是环境规划署的分会议，有超过100位环境部长参加，旨在为新世纪的全球环境保护作出规划。在《马摩尔宣言》第三段中提到：“遵守里约宣言中的预防措施，以及其他重要的政策性工具和能力建设。”

此外，环境规划署也参与了诸多涉及预防原则的条约的制定，如1973年《野生动植物濒危物种国际贸易公约》、1979年《保护迁徙野生动物物种公约》、<sup>⑥</sup> 1985年《保护臭氧层维也纳公

<sup>①</sup> United Nations General Assembly, *Towards a Global Pact for the Environment*, A/RES/72/277 (2018).

<sup>②</sup> United Nations Environmental Programme, Goals and Principles of Environmental Impact Assessment, [https://elaw.org/system/files/unep\\_EIA\\_.guidelines.and\\_.principles.pdf?\\_ga=2.8925043.778653615.1586505341-1095166432.1584861301](https://elaw.org/system/files/unep_EIA_.guidelines.and_.principles.pdf?_ga=2.8925043.778653615.1586505341-1095166432.1584861301) (last visited April 23, 2020).

<sup>③</sup> 预防原则和环境影响评价关系密切，预防原则能够产生环境影响评价义务。参见 *Request for an Examination of the Situation in Accordance with Paragraph 63 of the Court's Judgment of 20 December 1974 in the Nuclear Tests (New Zealand v. France)*, Judgement, Dissenting Opinion of Judge Weeramantry, I. C. J Reports 1995, p. 344; *Case Concerning Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, Judgement, Separate opinion of Cançado Trindade, I. C. J Reports 2010, para. 96。但环境影响评价义务并不必然来自预防原则，事实上环境影响评价作为一项独立的规则，已经被接受为一项习惯国际法。

<sup>④</sup> United Nations Environment Programme, *Precautionary Approach to Marine Pollution, Including Waste-Dumping At Sea*, UNEP/GC/DEC/15/27 (1989).

<sup>⑤</sup> United Nations Environment Programme, *Global Programme of Action for the Protection of the Marine Environment from Land-based Activities*, UNEP/GC/DEC/18/31 (1995).

<sup>⑥</sup> Convention on the Conservation of Migratory Species of Wild Animals, <https://www.cms.int/en/convention-text> (last visited April 24, 2020).

约》及《关于消耗臭氧层物质的蒙特利尔议定书》、1989年《关于危险物种越境转移巴塞尔公约》、<sup>①</sup> 1992年《生物多样性公约》、1998年《关于在国际贸易中对某些危险化学品和农药采取事先知情同意程序的鹿特丹公约》等等。

国际组织与国际会议越来越成为国家制定规则和表达观点的场所。通过决议和文件的起草、制定、通过与实施，预防原则在实践中得到广泛遵循，影响力逐渐扩展。

### （三）地区实践与国内实践考察

地区实践与国内实践亦是国家实践的重要组成部分。尽管各国在保护水平和预防措施的选择上可能有所差异，但大多数国家在国内都适用了预防原则。有学者对实践中的预防原则区分为不同保护强度，<sup>②</sup> 从最弱意义上来说，预防原则要求政府对科技风险保持警惕；从较弱意义上来说，预防原则要求政府不应将缺乏损害的明确证据作为拒绝监管的理由；从强意义上来说，预防原则要求突破成本效益分析的边界，即便风险仍然存在科学不确定性，并且采取的预防措施所带来的成本是高昂的，也要求通过积极的政府行为来予以回应。事实上前两种强度意义上的预防原则已经为国内实践所广泛接受，即便是预防原则地位的怀疑者，也通常不反对在前两种强度意义上适用预防原则。<sup>③</sup> 科学技术的发展和风险社会的来临意味着人类不可能在所有事项和活动上取得绝对的科学确定性，因此，进行风险管理的政府不可避免地需要将预防原则作为风险分析和风险预防的手段，不可能完全排除预防原则的应用。在国内实践中，要求开展活动的一方向主管机关证明活动的安全性（即举证责任倒置）并不鲜见，环境影响评价、保守证据假设、充分安全限度、最佳可用技术等等具体手段亦得到广泛适用。

限于篇幅，在此选取欧盟与美国为例。欧盟是适用预防原则的典型代表。预防原则从德国起源，蔓延至整个欧盟，并成为欧盟地区法律与政策的指导原则。而与欧盟相反，美国出于对贸易自由与技术进步的担心，常常在国际场合反对预防原则。但通过以下考察可以发现，同美国在国际场合的态度不同，美国内适用预防原则的历史丝毫不亚于欧盟，并且拥有健全的风险评估与风险分析体系。

#### 1. 欧盟

预防思想很早就体现在欧盟的法律与政策之中，尽管最初可能没有明确提及“预防”一词。从欧盟基础法律文件来看，1992年《欧洲联盟条约》第130R条<sup>④</sup>确立了预防原则在欧盟境内的地位，成为环境法的指导原则之一。此后，经《里斯本条约》修订，预防原则被纳入《欧洲联

<sup>①</sup> Basel Convention on the Control of Transboundary Movements of Hazardous Wastes and their Disposal, UNTS, vol. 1673, p. 57.

<sup>②</sup> 参见陈景辉：《捍卫预防原则：科技风险的法律姿态》，载《华东政法大学学报》2018年第1期，第62—63页。也有学者，仅仅区分后两者，即较弱意义上的预防原则和强意义上的预防原则，参见 Cass R. Sunstein, “Beyond the Precautionary Principle”, (2003) 151 *University of Pennsylvania Law Review* 1003。

<sup>③</sup> See Cass R. Sunstein, “Beyond the Precautionary Principle”, (2003) 151 *University of Pennsylvania Law Review* 1003, p. 1016.

<sup>④</sup> “Community policy on the environment shall aim at a high level of protection taking into account the diversity of situations in the various regions of the Community. It shall be based on the precautionary principle and on the principles that preventive action should be taken, that environmental damage should as a priority be rectified at source and that the polluter should pay. Environmental protection requirements must be integrated into the definition and implementation of other Community policies.” Treaty on European Union, Art. 130r.

盟运作条约》第 191 条<sup>①</sup>中。2000 年欧盟理事会通过的《关于预防原则的决议》<sup>②</sup> 指出，预防原则已逐渐成为环境与卫生领域的一项国际法原则，并明确规定预防原则适用于欧盟及其成员国的政策与行动，欧盟和成员国内政府机构应努力实践预防原则。欧盟委员会也制定了《关于预防原则的通讯》，<sup>③</sup> 规定预防原则的适用要符合下列原则，包括比例原则、非歧视原则、一致性原则、损益分析、科学发展下的审查（examination of scientific developments），还规定了预防原则的保护范围、触发条件、适用要求等等，为预防原则的应用提供全面指南。

欧盟在许多领域应用了预防原则，例如医药产品、危险物质、废弃物、添加剂、生物安全、食品安全等等。例如，对于转基因生物的管理，第 90/219/EEC 号指令要求欲引入转基因生物的个体应当先对其进行风险分析；第 98/81/EEC 号指令规定，当对于转基因生物的归类存在不确定性时，应适用更为严格的保护措施；第 2001/18/EC 号指令则对转基因生物的实验与市场投入进行规定，并在第 4 条中明确规定，依据预防原则，应当采取适当措施以避免因转基因生物投入市场而可能给人类健康与环境带来的负面影响。依据该指令，将对转基因生物进行个案分析，同时对转基因生物所授予的许可为期十年，并且只有未带来任何负面影响的转基因生物可以申请许可延期。

通过一系列法律、政策文件以及大量实践，预防原则已经成为欧盟制定和实施政策的基础。预防原则的习惯国际法地位至少在欧盟地区已经没有争议。<sup>④</sup> 在世界贸易组织“欧共体荷尔蒙牛肉案”中，欧盟亦明确表明预防原则已经构成习惯国际法。<sup>⑤</sup>

## 2. 美国

与欧盟相反，美国常常在国际场合表示对预防原则的反对。作为预防原则的反对者，美国的实践具有独特的代表性。虽然美国在立法中很少直接采用“预防”的表述（有学者认为，这可能由于美国以及其他普通法国家的立法者倾向于避免宽泛地规定某原则，尽管它们已经在实践中得到应用<sup>⑥</sup>），但美国法律中广泛地规定了举证责任减弱或倒置、保守证据假设、充分安全限度、最佳可用技术等具体措施。

同时，美国环境立法中的预防思想在一系列司法案件中得到肯定，司法机关在解释和适用法

<sup>①</sup> “Upon policy on the environment shall aim at a high level of protection taking into account the diversity of situations in the various regions of the Union. It shall be based on the precautionary principle and on the principles that preventive action should be taken, that environmental damage should as a priority be rectified at source and that the polluter should pay.” The Treaty on The Functioning of The European Union, Art. 191.

<sup>②</sup> European Council, *Resolution on the Precautionary Principle*, [https://www.europarl.europa.eu/summits/nice2\\_en.htm](https://www.europarl.europa.eu/summits/nice2_en.htm) (last visited April 23, 2020).

<sup>③</sup> Commission of The European Communities, *Communication from the Commission on the Precautionary Principle*, COM/2000/1, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52000DC0001&qid=1586506174871&from=EN> (last visited April 23, 2020).

<sup>④</sup> Meinhard Schröder, “Precautionary Approach/Principle”, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2014, para. 17, <https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1603?rskey=6zFgoP&result=1&prd=OPIL> (last visited April 23, 2020).

<sup>⑤</sup> EC-Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones) (United States v. European Communities; Canada v. European Communities), Appellate Body Report, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R (1998), para. 16.

<sup>⑥</sup> David Freestone & Ellen Hey, “Implementing the Precautionary Principle: Challenges and Opportunities”, in David Freestone & Ellen Hey (eds.), *The Precautionary Principle and International Law* (The Hague: Kluwer Law International, 1995), p. 255.

律以明晰预防原则时起到非常重要的作用。<sup>①</sup>例如，在美国乙基公司诉环境保护署（*Ethyl Corp. v. Environmental Protection Agency*）案中，原告认为环境保护署依据《清洁空气法》要求减少汽油中铅含量缺乏充足确定的证据，法庭支持了环境保护署，认为铅添加物可能危害公共健康或公共福祉。法庭认为，案例和字典含义都表明“危害（endanger）”一词即意味着还未发生实际损害，而一项允许对危害采取措施的法律即是具有预防性质的法律”。<sup>②</sup>在储备矿业公司诉环境保护署（*Reserve Mining Co. v. Environmental Protection Agency*）案中，法庭对《联邦水污染控制法》中“危害”一词作出了类似的解释，认为该词意味着预防和防止，即不仅仅在科学上明确的危害需要被规制，同时也要对未知的风险采取措施。<sup>③</sup>在美国环境保护协会诉环境保护署（*EDF v. Environmental Protection Agency*）案中，法庭认为在《清洁空气法》和《清洁水法》下采取的充分安全限度都是具有预防性质的工具，意在应对未充分了解的环境风险。<sup>④</sup>在田纳西河谷管理局诉希尔等（*Tennessee Valley Authority v. Hiram Hill et al.*）案中，法庭认为《濒危物种法》体现了制度化的预防，在利益平衡中更倾向于濒危物种。<sup>⑤</sup>

此外，在采用环境信息收集、开展环境影响评价等预防措施方面，美国一直都处于世界领先的地位。美国建立了一套完整的风险分析与评估机制，在决策时强调数据的收集、使用和分析，对风险的可能性与严重性进行科学分析，使得其环境保护政策更为理性与可行，环境利益与其他利益达到了更好的平衡。

可以看出，尽管美国在国际谈判中对预防原则采取了模糊态度，但是在美国国内实践则广泛应用了预防原则。许多学者都认为美国适用预防原则的历史可与欧洲相媲美，<sup>⑥</sup>甚至在预防原则明确出现之前，在美国国内实践中就体现出了预防思想。

### 三 法律确信考察

习惯国际法的第二个要素是法律确信，即所涉惯例必须伴有一种法律义务感。<sup>⑦</sup>在确定一项习惯国际法规则是否存在时，应确定国家相关行为的动机并非出于礼貌、睦邻、政治权宜、便利或传统等其他原因。<sup>⑧</sup>相反，国家应当感到依法必须实施相关行为，因为习惯国际法使他们有义

<sup>①</sup> Nicolas de Sadeleer, *Environmental Principles from Political Slogans to Legal Rules* (Oxford: Oxford University Press, 2002), pp. 139 – 147.

<sup>②</sup> “[C]ase law and dictionary definition agree that endanger means something less than actual harm [and a] statute allowing for regulation in the face of danger is, necessarily, a precautionary one.” *Ethyl Corp v. Environmental Protection Agency*, 598 F.22d 91 (D. C. Cir. 1979), p. 13.

<sup>③</sup> *Reserve Mining Co. v. Environmental Protection Agency*, 514 F.2d 492 (8th Cir. 1975), pp. 89 – 90.

<sup>④</sup> *Environmental Defense Fund v. Environmental protection Agency*, 598 F.2d 62 (D. C. Cir. 1978), p. 81.

<sup>⑤</sup> *Tennessee Valley Authority (TVA) v. Hill*, 437 US 153 (1978), p. 179.

<sup>⑥</sup> Ragnar E. Lofstedt and David Vogel, “The Changing Character of Regulation: A Comparison of Europe and the United States”, (2002) 21 *Risk Analysis* 399, p. 399. 转引自 Joakim Zander, *The Application of the Precautionary Principle in Practice: Comparative Dimensions* (Cambridge: Cambridge University Press, 2010), p. 268.

<sup>⑦</sup> See *North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany v. Denmark; Federal Republic of Germany v. Netherlands)*, Judgment, I. C. J. Reports 1969, p. 44, para. 77; United Nations, *Report of the International Law Commission*, A/73/10 (2018), Chapter V, Part E, Conclusion 2.

<sup>⑧</sup> International Law Commission, *Second Report on Identification of Customary International Law*, A/CN.4/672 (2014), para. 61.

务这样去做。<sup>①</sup> 这使习惯国际法区别于单纯的惯例。法律确信可以通过以下方式体现出来（包括但不限于）：代表国家的官方声明、正式出版物、政府法律观点、外交通信、国内法院裁决、条约条文、与国际组织决议或国际会议相关的行为等。<sup>②</sup>

### （一）国际条约考察

在条约作为习惯国际法的证据方面，尤其是条约在证明法律确信方面的作用一直是学界与实务界的争论热点。国际法院在1969年“北海大陆架案”中认为，在所考察的国家实践中，有近一半的国家已经是或者即将成为1958年《大陆架公约》的缔约国，其实践是在条约框架下进行，因此不能作为习惯国际法的证据予以考察。<sup>③</sup> 巴克斯特（Baxter）教授也曾提出，随着条约缔约方数目增加，更难以表明独立于条约存在的习惯国际法的内容，<sup>④</sup> 这种理论也被称为“巴克斯特悖论”（Baxter Paradox）。之所以说是悖论，是因为这种观点似乎是反直觉的：我们通常认为越多国家通过批准条约而遵守某项规则，则该规则似乎越有可能成为习惯国际法。“巴克斯特悖论”指出了条约在证明法律确信方面的困境。

对于此种困境，劳特派特（Hersch Lauterpacht）教授曾建议，应当将国家一致参加条约的行为看作法律确信存在的证据，除非国家明确表明其行为并不伴随着这样的意图。<sup>⑤</sup> 杰姆斯·克劳福德（James Crawford）教授也提出了类似的建议：从对条约的广泛参与中假设法律确信的存在，而持相反观点的国家可以表示反对。<sup>⑥</sup> 休·舍伟（Hugh Thirlway）教授亦认为，可以对习惯国际法的传统分析方式作出一定调整，对有广泛参与性的造法性公约假设法律确信的存在。<sup>⑦</sup> 尽管假设性做法并未取得共识，<sup>⑧</sup> 但上述讨论表明，条约在识别习惯国际法中的作用不可忽视，不能简

<sup>①</sup> “…felt legally compelled to draw them in this way by reason of a rule of customary law obliging them to do so…” *North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany v. Denmark; Federal Republic of Germany v. Netherlands)*, Judgment, I. C. J. Reports 1969, pp. 44–45, para. 78.

<sup>②</sup> United Nations, *Report of the International Law Commission*, A/73/10 (2018), Chapter V, Part E, Conclusion 10.

<sup>③</sup> *North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany v. Denmark; Federal Republic of Germany v. Netherlands)*, Judgment, I. C. J. Reports 1969, pp. 43–44, para. 76.

<sup>④</sup> R. R. Baxter, ‘Treaties and Custom’, (1970) 129 *Recueil des cours* 44, p. 64.

<sup>⑤</sup> “Unless judicial activity is to result in reducing the legal significance of the most potent source of rules of international law, namely, the conduct of States, it would appear that the accurate principle on the subject consists in regarding all uniform conduct of Governments (or, in appropriate cases, abstention therefrom) as evidencing the *opinio necessitatis juris* except when it is shown that the conduct in question was not accompanied by any such intention”, Sir Hersch Lauterpacht, *The Development of International Law by the International Court* (1958), p. 380. 转引自 *North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany v. Denmark; Federal Republic of Germany v. Netherlands)*, Judgment, Dissenting Opinion of Judge Sorensen, I. C. J. Reports 1969, p. 246.

<sup>⑥</sup> “One possibility would be to generate a presumption of *opinio juris* from widespread participation in a treaty, at least in normative terms.” James Crawford, *Chance, Order, Change: The Course of International Law, General Course on Public International Law* (Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2014), para. 167.

<sup>⑦</sup> “one may introduce some adjustments into the classic analysis of custom-making: thus Crawford proposes, as we have seen, the adoption of a presumption of *opinio juris* from the simple fact of widespread participation in a law-making convention…” Hugh Thirlway, “Professor Baxter’s Legacy: Still Paradoxical?”, (2017) 6: 3 *European Society of International Law Reflection*, [https://esil-sedi.eu/post\\_name-121/](https://esil-sedi.eu/post_name-121/) (lasted visited April 23, 2020).

<sup>⑧</sup> United Nations, *Report of the International Law Commission*, A/73/10 (2018), Chapter V, Part E, p. 129.

单地将缔约方的实践予以排除。<sup>①</sup>

首先，条约的普遍性和代表性具有重要意义。在1969年“北海大陆架案”中，国际法院指出，一项缔约国非常广泛和有代表性的公约本身就可能满足形成习惯国际法所要求的条件，如果包括利益特别相关的国家在内。<sup>②</sup>国际法委员会也指出，如果一项规则被纳入诸多条约，该规则可能反映习惯国际法规则，尽管并不必然。<sup>③</sup>同时，一项获得几乎普遍性接受的条约也与习惯国际法的识别尤其相关。<sup>④</sup>如前所述，预防原则目前被纳入众多全球性条约和地区性条约，绝大多数全球性条约可以算是覆盖全球（truly worldwide），<sup>⑤</sup>其余全球性条约和地区性条约亦具有较高代表性。

其次，条约批准情况以及条约是否允许对相关条款作出保留也有助于确认缔约方的法律确信。<sup>⑥</sup>从全球性条约来看，<sup>⑦</sup>1985年《保护臭氧层维也纳公约》及1987年《关于消耗臭氧层物质的蒙特利尔议定书》，二者均有198个缔约方，已经全部批准；二者均禁止作出保留（均规定在18条）。1990年《国际油污防备、反应和合作公约》有113个缔约方，已经全部批准，公约中没有规定保留条款，但从提交的保留声明来看，没有缔约方对预防原则相关条款提出保留。1992年《联合国气候变化框架公约》有197个缔约方，已经全部批准；1997年《京都议定书》有193个缔约方，其中192个已经批准，二者均禁止作出保留（分别规定在24条和26条）。1992年《生物多样性公约》有197个缔约方，其中196个已经批准；2000年《卡塔赫纳生物安全议定书》有180个缔约方，其中172个已经批准；二者均禁止作出保留（分别规定在37条和38条）。1992年《跨境水道与国际湖泊保护和利用公约》有44个缔约方，43个已经批准，公约中没有规定保留条款，但从提交的保留声明来看，没有缔约方对预防原则相关条款提出保留。1973年《野生动植物濒危物种国际贸易公约》有183个缔约方，已经全部批准，公约只允许对附件一、二、三所列野生动植物濒危物种作出保留。1995年《执行1982年12月10日〈联合国海洋法公约〉有关养护和管理跨界鱼类种群和高度洄游鱼类种群的规定的协定》有102个缔约方，其中90个已经批准，协定第42条规定禁止作出保留。1972年《防止倾倒废物和其他物质污染海洋的公约》有87个缔约方，已经全部批准；1996年《防止倾倒废物及其他物质污染海洋的公约》议定书有56个缔约方，其中53个已经批准；公约和议定书中没有规定保留条款，但从提交的保留声明来看，没有缔约方对预防原则相关条款提出保留。1998年《关于在国际贸易中

<sup>①</sup> 国际法院亦指出，习惯法和条约规则是完全能够同时存在的。参见 *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Judgment of Merits, I. C. J. Reports 1986, pp. 93 – 96, paras. 174 – 179.)。而二者的共存本身就说明巴克斯特悖论并非真正的悖论，参见 James Crawford, *Chance, Order, Change: The Course of International Law, General Course on Public International Law* (Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2014), para 169。国际法委员会同意了克劳福德教授的观点，即“巴克斯特悖论”并非真正的悖论，参见 International Law Commission, *Third Report on Identification of Customary International Law*, A/CN.4/682 (2015), para. 41。

<sup>②</sup> *North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany v. Denmark; Federal Republic of Germany v. Netherlands)*, Judgment, I. C. J. Reports 1969, p. 43, para. 74; *Asylum Case (Colombia v. Peru)*, Judgment, I. C. J. Reports 1950, p. 266, para. 277.

<sup>③</sup> United Nations, *Report of the International Law Commission*, A/73/10 (2018), Chapter V, Part E, Conclusion 11.

<sup>④</sup> United Nations, *Report of the International Law Commission*, A/73/10 (2018), Chapter V, Part E, p. 143.

<sup>⑤</sup> Arie Trouwborst, *Evolution and Status of the Precautionary Principle in International Law* (The Hague: Kluwer Law International, 2002), p. 109.

<sup>⑥</sup> International Law Commission, *Second Report on Identification of Customary International Law*, A/CN.4/672 (2014), para. 76 (f).

<sup>⑦</sup> 以下数据统计截止时间为2019年12月19日。

对某些危险化学品和农药采取事先知情同意程序的鹿特丹公约》有 167 个缔约方，其中 161 个已经批准；公约在第 27 条规定禁止作出保留。2001 年《关于持久性有机污染物的斯德哥尔摩公约》有 189 个缔约方，其中 183 个已经批准，公约禁止作出保留。2004 年《国际船舶压载水和沉积物控制与管理公约》有 81 个缔约方，已经全部批准，公约中没有规定保留条款，但从提交的保留声明来看，没有缔约方对预防原则相关条款提出保留。可以看出，全球性条约经全部或绝大多数缔约方批准，同时相当数量的条约不允许作出任何保留，即便允许作出保留的条约，也没有缔约方对预防原则相关条款作出保留。地区性条约一般也得到绝大多数缔约方的批准，同时在所考察的地区性条约中，没有缔约方对预防原则相关条款作出保留。

再次，这些数量众多且具有代表性的条约也推动着正在形成的习惯国际法定型，或者推动逐渐形成被接受为法律的一般惯例，从而产生新的习惯国际法规则。<sup>①</sup> 借由涵盖广泛地域和领域的国际条约的实施，预防原则的影响力也在迅速扩展，逐步形成广泛的国家实践。尤其在欧盟，预防原则已经随着欧盟相关条约的实施而被接受为习惯国际法。

条约在证明法律确信方面的不足可以通过下文其他证据形式予以补充。

## （二）国际组织与国际会议决议和文件考察

国际组织和国际会议决议本身不能创造习惯国际法，但是能够为确定习惯国际法的存在和内容提供重要证据。<sup>②</sup> 与国际条约不同，国际组织或国际会议决议通常不具有法律约束力，但也正因如此，其在习惯国际法的识别中具有独特作用，尤其是对于法律确信的考察。国际法委员会亦指出：“法律确信可以从各国对那些不具约束力，但旨在明确或隐含地宣布现行规则的案文所持态度中加以推断。”<sup>③</sup>

在这方面，法院和国际法学者特别重视联合国大会的决议，<sup>④</sup> 联合国给几乎所有成员提供了聚集在一起交换观点的独特机会，这对于识别正在形成的习惯国际法或改造习惯国际法有重要影响。<sup>⑤</sup> 在 1986 年“尼加拉瓜案”中，国际法院认为，国家对于联合国大会决议的态度可以体现出法律确信，国家对决议表示同意可以理解为国家接受该决议中的规则的有效性，<sup>⑥</sup> 表明它们认为该规则是否构成习惯国际法的法律确信。<sup>⑦</sup> 在 1996 年国际法院“以核武器相威胁或使用核武

<sup>①</sup> 国际法委员会将条约在识别习惯国际法的作用归纳为三种，除了编纂已经形成的习惯国际法，条约也能够推动正在形成的习惯国际法定型，或者推动逐渐形成被接受为法律的一般惯例，从而产生新的习惯国际法规则。United Nations, *Report of the International Law Commission*, A/73/10 (2018), Chapter V, Part E, Conclusion 11.

<sup>②</sup> United Nations, *Report of the International Law Commission*, A/73/10 (2018), Chapter V, Part E, Conclusion 12.

<sup>③</sup> International Law Commission, *Second Report on Identification of Customary International Law*, A/CN.4/672 (2014), para. 76.

<sup>④</sup> International Law Commission, *Third Report on Identification of Customary International Law*, A/CN.4/682 (2015), para. 46.

<sup>⑤</sup> Antonio Cassese, *International Law in a Divided World* (Oxford: Clarendon Press, 1986), p. 193.

<sup>⑥</sup> “This *opinio juris* may, though with all due caution, be deduced from, *inter alia*, the attitude of the Parties and the attitude of States towards certain General Assembly resolutions … The effect of consent to the text of such resolutions … may be understood as an acceptance of the validity of the rule or set of rules declared by the resolution by themselves.” *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (*Nicaragua v. United States of America*), Judgment of Merits, I. C. J. Reports 1986, pp. 99 – 100, para. 188.

<sup>⑦</sup> “[T]he adoption by States of … [a resolution] affords an indication of their *opinio juris* as to customary international law on the question.” *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (*Nicaragua v. United States of America*), Judgment of Merits, I. C. J. Reports 1986, p. 101, para. 191.

器的合法性咨询意见”（*Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*）中，国际法院同样指出，这类决议能提供重要证据证明是否存在法律确信。<sup>①</sup>

对于国际组织和国际会议决议作为法律确信的证据，需要进行个案分析，应考察国家意图、对程序标准的尊重、决议文本、对决议的支持程度、决议通过的背景，以及决议规定的执行程序<sup>②</sup>等等。

如前所述，有众多国际组织和国际会议决议纳入了预防原则。各国广泛地参与预防原则相关决议的起草，在国际组织和国际会议表达观点，对相关决议投下赞成票，甚至主动履行不具约束力的会议决议和文件，在一定程度上体现出各国对于预防原则的法律确信。在前文提及的诸多国际组织和国际会议决议和文件中，尤为值得一提的是《世界自然宪章》和《里约宣言》。

1982年联合国大会第37/7号决议通过了《世界自然宪章》，共有130个国家参与本次大会，除了美国投了反对票，18个国家弃权外，其余111个国家均投了赞成票，这体现出相当广泛的支持。正如学者指出，《世界自然宪章》所使用的强制性语言，后续数量众多的行动，以及对于其他条约和文件的影响，使其具有广泛而强大的影响力。<sup>③</sup>

1992年里约会议有172个国家参与，其中包括108个国家或政府的首脑，还有2400个左右的非政府间国际组织作为观察员参加该次会议，可谓规模空前。在里约会议上通过了《里约宣言》《21世纪议程》《联合国气候变化框架公约》《生物多样性公约》等文件。在莫尔丹（Bedrich Moldan）先生最开始提供的《地球宪章》（后更名为《里约宣言》）参考文本中，即出现了预防原则。<sup>④</sup> 经过1992年3—4月筹备会议的讨论，各方基本对于预防原则达成了共识。<sup>⑤</sup> 在1992年6月召开的里约会议上，《里约宣言》《21世纪宣言》经与会178个国家通过，后纳入联合国大会决议。预防原则在里约会议上获得了广泛的支持。值得一提的是，尽管美国在许多场合表达了对预防原则的迟疑态度，但在这次会议上，美国并未对预防原则提出保留。<sup>⑥</sup>

《里约宣言》被认为是显著的“造法性决议”（law-making resolution），<sup>⑦</sup>“是决议推动形成有

<sup>①</sup> “The Court notes that General Assembly resolutions, even if they are not binding, may sometimes have normative value. They can, in certain circumstances, provide evidence important for establishing the existence of a rule or the emergence of an *opinio juris*.” *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, I. C. J. Reports 1996, pp. 254 – 255, para. 70.

<sup>②</sup> Institute of International Law’s Conclusions of the Thirteenth Commission with respect to Resolutions of the General Assembly of the United Nations, Conclusion 6.

<sup>③</sup> See Tinker, “State Responsibility and the Precautionary Principle”, in Freestone & Hey (eds.), *The Precautionary Principle and International Law* (The Hague: Kluwer Law International, 1996), p. 805; Hohmann, *Precautionary Legal Duties and Principles of Modern International Environmental Law*, (The Hague: Kluwer Academic Publishers Group, 1994), p. 53; Arie Trouwborst, *Evolution and Status of the Precautionary Principle in International Law* (The Hague: Kluwer Law International, 2002), p. 150.

<sup>④</sup> See The Earth Summit Bulletin Volume 1 Number 1, <http://enb.iisd.org/download/asc/enb0101.txt> (lasted visited April 23, 2020).

<sup>⑤</sup> “[T]he negotiations were successful in elevating important principles…These include: environmental impact assessment, prior notification and the precautionary principle.” The Earth Summit Bulletin, Vol. 1, No. 26, <http://enb.iisd.org/download/asc/enb0126.txt> (lasted visited April 23, 2020). See also “The United Nations Conference on Environment and Development: Process and Documentation” Academic Council for the United Nations System, <http://www.ciesin.org/docs/008-585/unced-home.html> (lasted visited April 23, 2020).

<sup>⑥</sup> See The Earth Summit Bulletin Vol. 2 No. 13, <http://enb.iisd.org/vol02/021300e.html> (lasted visited April 23, 2020).

<sup>⑦</sup> James Crawford, *Chance, Order, Change: The Course of International Law, General Course on Public International Law* (Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2014), para. 146.

约束力的规则中最为显著的例子”。<sup>①</sup> 有学者即指出，在预防原则“从逐渐发展到成为有约束力的原则的过程，联合国发展与环境会议正是发挥了使这一转变得以定型的作用”。<sup>②</sup> 同时，里约会议上的广泛参与和讨论推动了更多国家对于预防原则的认识与接受，促进预防原则被越来越多的国家接受为有约束力的规则，广泛应用于国内实践和国际实践。里约会议之后，预防原则被纳入大多数双边和多边环境保护条约中。<sup>③</sup> 许多后续条约与文件借鉴了《里约宣言》，甚至直接引为“《里约宣言》第 15 项原则规定的预防措施”（如《卡塔赫纳生物安全议定书》等）。在国际司法案件中，当事方在 1995 年“核试验二案”、1997 年“大坝案”、2010 年“乌拉圭河纸浆厂案”等案件中都援引了《里约宣言》。在 2011 年“国家对所担保的自然人和实体在‘区域’内活动的责任与义务咨询意见案”（*Responsibilities and obligations of States sponsoring persons and entities with respect to activities in the Area*）中，国际海洋法法庭亦认为《里约宣言》规定的预防原则有成为习惯国际法的趋势。<sup>④</sup> 值得一提的是，2018 年 5 月联合国大会通过决议，为《世界环境公约》制定框架，在决议中明确提到“重申《里约宣言》中的所有原则”。<sup>⑤</sup> 综上，从相关决议的通过背景、决议文本的规范性语言、对决议的支持程度、决议规定的执行程序以及决议的影响程度等能够在一定程度上体现出国家的法律确信，同时也持续推动着更多国家对于预防原则的接受和认可。

### （三）国际司法实践考察

如果一国明确声明接受某项规则为习惯国际法，即是法律确信最为明确的证据。<sup>⑥</sup> 国际司法实践则提供了各方就规则发表观点的重要契机，属于一国正式作出的官方法律观点。目前涉及预防原则的国际司法实践主要包括：国际法院 1974 年“核试验案”、1995 年“核试验二案”、1997 年“大坝案”、2010 年“乌拉圭河纸浆厂案”；世界贸易组织 1998 年“欧共体荷尔蒙牛肉案”、1999 年“日本农业产品案”（*Japan-Measures Affecting Agricultural Products*）、2006 年“欧共体生物技术产品案”（*EC-Measures Affecting the Approval and Marketing of Biotech Products*）；国际海洋法法庭 1999 年“南方蓝鳍金枪鱼案”、2011 年“国家对所担保的自然人和实体在‘区域’内活动的责任与义务咨询意见”等。

<sup>①</sup> “The 1992 Rio Declaration may be the single most significant such declaration, in terms of its contribution to the development of international environmental rules and jurisprudence, and is frequently invoked and referred to by international courts and tribunals.” Philippe Sands et al., *Principles of International Environmental Law* (London: Cambridge University Press, 3rd edn., 2012), p. 111.

<sup>②</sup> “UNCED was the crystallizing moment in the development of the principle from one that was emerging as to one that is legally binding”. James Cameron, “The Status of the Precautionary Principle in International Law”, in Timothy O’ Riordan & James Cameron eds, *Interpreting the Precautionary Principle* (London: Earthscan Publications, 1994), p. 267.

<sup>③</sup> Nicolas de Sadeleer, *Environmental Principles from Political Slogans to Legal Rules* (Oxford: Oxford University Press, 2002), p. 98.

<sup>④</sup> *Responsibilities and obligations of States sponsoring persons and entities with respect to activities in the Area*, Advisory Opinion, ITLOS Case No 17 (2011), para. 135.

<sup>⑤</sup> United Nations General Assembly, *Towards a Global Pact for the Environment*, A/RES/72/277 (2018).

<sup>⑥</sup> Louis Bruno Sohn, “Unratified treaties as a source of customary international law”, in Adriaan Bos, Hugo Siblesz eds. *Realism in Law-Making: Essays in International Law in Honour of Willem Riphagen* (Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1986), p. 235. 转引自 International Law Commission, *Second Report on Identification of Customary International Law*, A/CN.4/672 (2014), para. 75。

## 1. 国际法院案例

在1974年“核试验案”中，新西兰提出，放射性物质会对环境造成严重损害，对人类生存本身造成严重威胁，预防原则不能接受这样一项与生俱来有重大危险的活动。<sup>①</sup> 在1995年“核试验二案”中，新西兰同样援引了预防原则。新西兰认为预防原则已经成为广为接受和有效运作的国际法原则，<sup>②</sup> 构成习惯国际法。<sup>③</sup> 此外，新西兰还认为，预防原则要求举证责任倒置，<sup>④</sup> 法国在进行地下核试验之前应进行符合国际标准的完整的环境影响评价。<sup>⑤</sup> 法国则认为，预防原则的法律地位还不明确，即使已经构成了习惯国际法，法国也已经遵守了该原则。在该案中，法庭以不具管辖权驳回了申请，没有对预防原则进行论述。

在1997年“大坝案”中，匈牙利在起诉中主要依赖双边条约和一般国际法作为斯洛伐克的义务来源。在一般国际法中，匈牙利认为斯洛伐克违反了防止原则和预防原则。匈牙利认为预防原则是防止原则的最新发展形式，并援引了《里约宣言》《联合国气候变化框架公约》《生物多样性公约》等证明预防原则已经得到了广泛适用。<sup>⑥</sup> 案件相对方斯洛伐克没有否认这些原则。法庭在裁决中认为双方都同意要严肃对待环境问题，并采取预防措施，但双方对于会产生什么后果有不同看法。<sup>⑦</sup> 法庭未对预防原则是否构成习惯国际法进行论述，但认为其不具备强行法的性质，不能超越匈牙利在条约下的义务。

2010年“乌拉圭河纸浆厂案”在上文已有论述。

## 2. 世界贸易组织案例

在1998年“欧共体荷尔蒙牛肉案”中，由于欧共体对使用荷尔蒙处理的牛肉采取了相关限制措施，美国和加拿大对此提起诉讼。欧共体援引了预防原则作为抗辩理由之一，认为缺乏科学确定性不能作为阻碍采取相关措施的理由。欧共体认为预防原则体现在《卫生和植物检疫措施实施协议》之中，且已经构成习惯国际法。<sup>⑧</sup> 美国认可《卫生和植物检疫措施实施协议》第5.7条临时措施体现了预防原则，但认为该条不能作为欧共体违反其他实体义务的抗辩，同时，美国

<sup>①</sup> *Nuclear Tests (New Zealand v. France)*, I. C. J. Pleadings, Vol. II (1973), p. 108.

<sup>②</sup> *Request for an Examination of the Situation in Accordance with Paragraph 63 of the Court's Judgment of 20 December 1974 in the Nuclear Tests (New Zealand v. France)*, Application of New Zealand, para. 105, <https://www.icj-cij.org/files/case-related/97/7187.pdf> (lasted visited April 23, 2020).

<sup>③</sup> “At a minimum, however, there is sufficient evidence of state practice to justify the conclusion that the principle, as elaborated in the Rio Declaration and the Climate Change and Biodiversity Conventions, has now received sufficiently broad support to allow a good argument to be made that it reflects a principle of customary law”. *Request for an Examination of the Situation in Accordance with Paragraph 63 of the Court's Judgment of 20 December 1974 in the Nuclear Tests (New Zealand v. France)*, Application of New Zealand, para. 106.

<sup>④</sup> *Request for an Examination of the Situation in Accordance with Paragraph 63 of the Court's Judgment of 20 December 1974 in the Nuclear Tests (New Zealand v. France)*, Application of New Zealand, para. 105.

<sup>⑤</sup> *Request for an Examination of the Situation in Accordance with Paragraph 63 of the Court's Judgment of 20 December 1974 in the Nuclear Tests (New Zealand v. France)*, Application of New Zealand, para. 108.

<sup>⑥</sup> *Gabcikovo-Nagymaros project (Hungary v. Slovakia)*, Memorial of the Republic of Hungary, I. C. J. Pleadings, Vol. I (1994), para. 6. 64.

<sup>⑦</sup> “Both Parties agree on the need to take environmental concerns seriously and to take the required precautionary measures, but they fundamentally disagree on the consequences this has for the joint Project”. *Gabcikovo-Nagymaros project (Hungary v. Slovakia)*, Judgment, I. C. J. Reports 1997, p. 68, para. 113.

<sup>⑧</sup> *EC-Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones) (United States v. European Communities; Canada v. European Communities)*, Appellate Body Report, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R (1998), para. 16.

认为预防原则不构成习惯国际法。<sup>①</sup> 加拿大的观点基本与美国一致，认为预防原则尚未构成国际法原则的一部分，但承认预防原则是一项正在发展的国际法原则。<sup>②</sup> 上诉机构指出，许多观点认为预防原则已经构成了习惯国际环境法，但是是否构成习惯国际法尚不清楚，至少在国际环境法领域之外，预防原则的地位还有待权威表述。<sup>③</sup>

在1999年“日本农业产品案”中，美国针对日本对农产品采取的限制措施提起诉讼。在诉讼中，日本援引了预防原则。上诉机构重申了“欧共体荷尔蒙牛肉案”中的观点，认为预防原则体现在序言、第3.3条和第5.7条中，但不能作为违反其他实体义务的抗辩；同时，第5.7条包含有四个条件，除了在相关科学信息不充分的情况下允许采取临时措施，还要求措施应当基于可用的相关信息、努力获得后续信息以进行更为详细的风险分析、定期复核相关措施，日本并未完全满足上述条件。<sup>④</sup>

在2006年“欧共体生物技术产品案”中，美国、加拿大和阿根廷针对欧共体对生物科技产品采取的限制措施提起诉讼。欧共体同样援引了预防原则。在该案中，专家组认为不能且没有必要对预防原则的地位作出认定。<sup>⑤</sup> 但在预防原则的应用上，除了援引“欧共体荷尔蒙牛肉案”中上诉机构的观点，专家组同意欧共体的看法，认为在识别、分析和管理转基因产品和转基因衍生产品给人类健康和环境带来的风险时，并不排除审慎和预防措施的运用。<sup>⑥</sup>

### 3. 国际海洋法法庭案例

在1999年“南方蓝鳍金枪鱼案”中，新西兰和澳大利亚援引预防原则要求日本停止实验性捕鱼计划，并依据该原则申请临时措施。<sup>⑦</sup> 在临时措施部分，法庭虽未明确提及预防原则，但是体现出了预防原则的核心内涵，法庭对于预防原则的适用也在法官意见中得到了认可。<sup>⑧</sup> 法庭认为，双方应当采取审慎与谨慎的态度，确保采取有效的保护措施来防止对南方蓝鳍金枪鱼的数量造成严重损害。<sup>⑨</sup> 但是，目前对于应当采取什么措施来保护南方蓝鳍金枪鱼还存在科学

<sup>①</sup> EC-Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones) (*United States v. European Communities; Canada v. European Communities*), Appellate Body Report, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R (1998), para. 43.

<sup>②</sup> EC-Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones) (*United States v. European Communities; Canada v. European Communities*), Appellate Body Report, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R (1998), para. 60.

<sup>③</sup> EC-Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones) (*United States v. European Communities; Canada v. European Communities*), Appellate Body Report, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R (1998), para. 123.

<sup>④</sup> Japan-Measures Affecting Agricultural Products (*United States v. Japan*), Appellate Body Report, WT/DS76/AB/R (1999), paras. 86 – 94.

<sup>⑤</sup> EC-Measures Affecting the Approval and Marketing of Biotech Products (*United States v. European Communities; Canada v. European Communities; Argentina v. European Communities*), Panel Report, WT/DS291/R, WT/DS292/R, WT/DS293/R (2006), paras. 7.76 – 7.89.

<sup>⑥</sup> EC-Measures Affecting the Approval and Marketing of Biotech Products (*United States v. European Communities; Canada v. European Communities; Argentina v. European Communities*), Panel Report, WT/DS291/R, WT/DS292/R, WT/DS293/R (2006), para. 7.1522.

<sup>⑦</sup> Southern Bluefin Tuna Cases (*New Zealand v. Japan/Australia v. Japan*), Provisional Measures, Order of 27 August 1999, ITLOS Case Nos. 3 and 4 (1999), paras. 28 (1) (e) & 29 (1) (e).

<sup>⑧</sup> Southern Bluefin Tuna Cases (*New Zealand v. Japan/Australia v. Japan*), Provisional Measures, Order of 27 August 1999, Separate Opinion of Judge Laing, ITLOS Case Nos. 3 and 4 (1999), paras. 13, 19, 21; Southern Bluefin Tuna Cases (*New Zealand v. Japan/Australia v. Japan*), Provisional Measures, Order of 27 August 1999, Separate Opinion of Judge Ad hoc Shearer, ITLOS Case Nos. 3 and 4 (1999), p. 327.

<sup>⑨</sup> Southern Bluefin Tuna Cases (*New Zealand v. Japan/Australia v. Japan*), Provisional Measures, Order of 27 August 1999, ITLOS Case Nos. 3 and 4 (1999), para. 77.

不确定性。<sup>①</sup> 尽管法庭不能就双方的证据进行决定性地分析，但鉴于情势紧急，应当采取措施来防止南方蓝鳍金枪鱼的存量进一步恶化。<sup>②</sup> 可见，法庭认为尽管对南方蓝鳍金枪鱼的损害后果和具体保护仍存在科学不确定性，但不应当阻止采取临时措施来防止对南方蓝鳍金枪鱼造成严重损害。

在2011年“国家对所担保的自然人和实体在‘区域’内活动的责任与义务咨询意见”中，国际海洋法法庭对预防原则作出了最为直接的论述。法庭提及1999年“南方蓝鳍金枪鱼案”和2010年国际法院“乌拉圭河纸浆厂案”，认为预防原则已经被纳入众多国际条约和文件，表明了其成为习惯国际法的趋势。<sup>③</sup> 需特别强调的是，这份咨询意见由11位法官作出一致结论，无反对意见或个别意见。

综上，至少在上述案件中，新西兰、匈牙利、阿根廷、澳大利亚、欧盟等已经明确认为预防原则构成习惯国际法。作为案件相对方，美国与加拿大明确反对预防原则的习惯国际法地位，但其他国家，如法国、乌拉圭、日本、斯洛伐克等，均没有强硬反对预防原则，并提供证据证明己方行为已经符合了预防原则，斯洛伐克甚至同意预防原则的适用。正如国际法院在1986年“尼加拉瓜和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动案”中所指：“如果一个国家构成对一项规则的初步违反，但是其却以该规则的例外或正当化理由为自己辩护，那么无论其行为是否能够正当化，其态度应当是对该规则的确认，而非弱化。”<sup>④</sup> 故上述态度可以在一定程度上被视作确认了预防原则的习惯国际法地位，至少表明这些国家并不反对预防原则取得习惯国际法的地位。

#### 四 预防原则的习惯国际法地位结论

上文对预防原则的一般惯例和法律确信分别进行了分析，该部分将对两要素作出总结。

关于预防原则是否形成一般惯例。前文考察了国际条约、国际组织与国际会议的决议与文件、地区实践与国内实践，以下从普遍性、代表性和一致性三个角度进行总结。第一，一般惯例的普遍性。首先，众多条约规定了预防原则，其中绝大多数全球性条约具有相当普遍的缔约方；其次，预防原则亦体现在众多国际组织与国际会议决议与文件中，其中联合国大会及联合国相关机构是国际环境立法的主要场所，其决议能够涵盖绝大多数国家，具有广泛影响力；再次，从地区实践和国家实践来看，基于国家在风险社会进行风险管理的职责，国家不可避免地需要将预防原则作为风险分析和风险预防的工具，尤其在环境保护、食品安全、药品安全、生物安全、危险物质管理等领域，预防原则得到了广泛适用；最后，从适用领域上看，预防原则适用于广泛的环境保护领域，甚至进一步扩展适用于动植物保护和公共健康领域。预防原则涵盖领域包括陆源海洋污染、倾倒海洋污染、石油污染、海岸活动、整体海洋环境、气候变化、臭氧层、空气污染、

<sup>①</sup> *Southern Bluefin Tuna Cases (New Zealand v. Japan/Australia v. Japan)*, Provisional Measures, Order of 27 August 1999, ITLOS Case Nos. 3 and 4 (1999), para. 79.

<sup>②</sup> *Southern Bluefin Tuna Cases (New Zealand v. Japan/Australia v. Japan)*, Provisional Measures, Order of 27 August 1999, ITLOS Case Nos. 3 and 4 (1999), para. 80.

<sup>③</sup> “This has initiated a trend towards making this approach part of customary international law.” *Responsibilities and obligations of States sponsoring persons and entities with respect to activities in the Area*, Advisory Opinion, ITLOS Case No. 17 (2017), para. 135.

<sup>④</sup> *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Judgment of Merits, I. C. J. Reports 1986, p. 98, para. 186.

河道、生物多样性、海洋生物资源、迁徙鸟类、濒危物种贸易、食品安全、生物安全、有害废弃物、危险化学品和农药、持续有害无机物、能源等等。<sup>①</sup>

第二，一般惯例的代表性。大多数全球性条约、联合国大会及联合国相关机构的决议具有广泛适用性，因此缔约方或成员方的普遍性能够在一定程度体现出代表性。一些全球性条约涉及到特定领域的实践，例如《国际油污防备、反应和合作公约》《防止倾倒废物及其他物质污染海洋的公约》《国际船舶压载水和沉积物控制与管理公约》等条约，涉及到海洋领域，虽然缔约方数量稍低，但已代表较高的吨位，因此具有代表性。但也存在个别全球性条约在普遍性和代表性上均有所不足。地区性条约虽然缔约方数量较少，但一般涵盖了该地区绝大多数国家的实践，在该地域范围内具有较高代表性。

第三，一般惯例的一致性。相关实践体现了预防原则的核心理念，即科学不确定性不能延迟或阻碍采取合理的预防措施，并且通常包括设定风险阈值、进行风险分析和采取预防措施三个构成要素。从风险阈值上看，通常将阈值设定为重大（significant）、严重（serious）或不可逆转的损害风险；<sup>②</sup>从风险分析上看，通常要求对拟开展活动进行风险分析与风险评估；从预防措施上看，可以采取举证责任倒置、环境影响评价、最佳可用措施或最佳环境实践、安全限度、禁令等等措施。此外，不同文本中预防原则可能存在不同表述，例如“precautionary principle”和“precautionary approach”，但二者之间的实质区分几乎不存在，因此不足以否认实践的一致性，亦不构成法律确信的反面证据。

综上，预防原则在环境领域已经形成相当广泛的实践，具有较高程度的普遍性、代表性和一致性。随着生物技术、农业实践等快速发展，预防原则亦从环境保护扩展至更大范围的动植物保护和人类健康保护。

关于预防原则是否具备法律确信。首先，预防原则被纳入众多国际条约，所考察的条约经全部或绝大多数缔约方批准，部分条约不允许作出任何保留，即便允许作出保留的条约，缔约方亦没有对预防原则相关条款作出保留，以上实践可以在一定程度上作为法律确信的证据。此外，这些数量众多的国际条约也推动正在形成的习惯国际法定型，或者推动逐渐形成被接受为法律的一般惯例，从而产生新的习惯国际法规则。但目前相关证据主要涉及条约缔约方，在非缔约方对条约的自愿遵循，以及缔约方针对非缔约方的实践方面并未有充分证据，法律确信的证明仍有不足。

其次，许多国际组织与国际会议决议和文件也纳入了预防原则。正如国际法委员会所指出的，法律确信可以从国家对这些不具约束力的决议所持态度中加以推断。<sup>③</sup>相关决议通过的背景、决议文本的规范性语言、对决议的支持程度、决议规定的执行程序以及决议的影响程度等可以体现出国家对于预防原则构成习惯国际法的法律确信。此外，此类决议（尤其是联合国大会

<sup>①</sup> Arie Trouwborst, *Evolution and Status of the Precautionary Principle in International Law* (The Hague: Kluwer Law International, 2002), p. 110.

<sup>②</sup> 诸如《跨界水道与国际湖泊保护和利用公约》(significant adverse effect)、《保护地中海免受污染公约》(treats of serious or irreversible damage)、《联合国气候变化框架公约》(treats of serious or irreversible damage)、联合国开发环境署理事关于海洋污染(包括海洋废物倾倒)第15/27号决议(irreversible damage)、《第二次世界气候大会部长宣言》(treats of serious or irreversible damage)等。

<sup>③</sup> International Law Commission, *Second Report on Identification of Customary International Law*, A/CN.4/672 (2014), para. 76.

及联合国相关机构的决议与文件)对于推动预防原则的广泛适用,扩大预防原则的影响力,促进形成法律确信方面大有裨益。

再次,国家在争端解决中明确接受某一规则为习惯国际法亦是法律确信的有力证据。新西兰、匈牙利、阿根廷、澳大利亚、欧盟等国家和地区已表明将预防原则接受为习惯国际法规则,而案件相对方,除了美国与加拿大明确提出反对,其他国家均没有明确地反对预防原则。

除了上述证据所体现的一般惯例和法律确信,值得一提的是国际司法机构裁决作为识别习惯国际法的辅助证据。<sup>①</sup>多数案件中法庭并未直接回应预防原则的地位问题,唯一明确回应该问题的是2011年国际海洋法法庭“国家对所担保的自然人和实体在‘区域’内活动的责任与义务咨询意见”,法庭指出预防原则已经被纳入众多国际条约和文件,表明了其成为习惯国际法的趋势。<sup>②</sup>这份咨询意见由所有法官一致作出,无反对意见或个别意见,该份裁决亦是所有裁决中距今最近的一份,在一定程度上体现出对于预防原则的最新观点。其次,在1998年世界贸易组织“欧共体荷尔蒙牛肉案”中,上诉机构指出,至少在国际环境法领域之外,预防原则的地位还有待权威表述,<sup>③</sup>言下之意似乎是,预防原则在国际环境法已经具有相对明确的地位。此外,一些案件在事实上适用了预防原则。在部分案件中,法庭肯定了预防原则在条约解释中的作用;在世界贸易组织相关案件中,专家组或上诉机构留意到政府保护环境、动植物和人类健康的责任,肯定成员方有选择风险保护水平的权利,并指出风险分析应当考虑预防原则的运用;1999年“南方蓝鳍金枪鱼案”临时措施部分亦体现出预防原则的精神。

综上所述,从地区层面来看,预防原则的习惯国际法地位至少在欧盟地区已经没有争议。1992年《欧洲联盟条约》确立了预防原则在欧盟境内的地位,成为欧盟环境法基本原则之一,通过此后的2000年《欧盟理事会关于预防原则的决议》《欧盟委员会关于预防原则的通讯》等文件,预防原则逐渐被确立为欧盟制定政策的指导原则。<sup>④</sup>在世界贸易组织“欧共体荷尔蒙牛肉案”中,欧盟亦明确表明预防原则已经构成习惯国际法。<sup>⑤</sup>因此,可以说预防原则已经在欧盟地区形成了区域习惯国际法。<sup>⑥</sup>从全球层面来看,预防原则在其他地区亦发展迅速,在环境保护领域的国家实践具有较高程度的普遍性、代表性和一致性,且体现出相当强烈的法律确信。但是,目前包括美国、加拿大在内的某些国家对预防原则的习惯国际法地位仍有质疑或表示反对,故尚不能得出预防原则已经构成习惯国际法的结论,更准确地说,预防原则是正在形成中的习惯国际

<sup>①</sup> United Nations, *Report of the International Law Commission*, A/73/10 (2018), Chapter V, Part E, Conclusion 13–14.

<sup>②</sup> “This has initiated a trend towards making this approach part of customary international law.” *Responsibilities and obligations of States sponsoring persons and entities with respect to activities in the Area*, Advisory Opinion, ITLOS Case No. 17 (2011), para. 135.

<sup>③</sup> EC-Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones) (*United States v. European Communities; Canada v. European Communities*), Appellate Body Report, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R (1998), para. 123.

<sup>④</sup> “Considers that the precautionary principle applies to the policies and action of the Community and its Member States and concerns action by public authorities both at the level of the Community institutions and at that of Member States.” European Council, *Resolution on the Precautionary Principle*, preamble para. F, [https://www.europarl.europa.eu/summits/nice2\\_en.htm](https://www.europarl.europa.eu/summits/nice2_en.htm) (last visited April 10, 2020).

<sup>⑤</sup> EC-Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones) (*United States v. European Communities; Canada v. European Communities*), Appellate Body Report, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R (1998), para. 16.

<sup>⑥</sup> Meinhard Schröder, “Precautionary Approach/Principle”, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2014, paras. 11, 22, <https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1603?rskey=6zPgoP&result=1&prd=OPIL> (last visited April 23 2020).

法（emerging customary international law）。

值得注意的是，目前，《世界环境公约》正在联合国框架下进行谈判。在2017年6月提供的公约草案中，第六条明确规定了预防原则，其措辞与《里约宣言》大体相似：“如果存在严重的或不可逆转的损害风险，不能把缺乏科学确定性作为理由来推迟采取防止环境退化的有效和合比例的措施。”<sup>①</sup> 2018年5月联合国大会通过决议，为制定《世界环境公约》建立框架，该决议亦提到“重申《里约宣言》中的所有原则。”<sup>②</sup>《世界环境公约》的谈判过程为各方讨论和阐明预防原则的地位提供了宝贵机会，也将为预防原则的发展提供新的契机。

## The Analysis on the Precautionary Principle's Status as Customary International Law

*Liu Yunqing*

**Abstract:** The precautionary principle is one of the basic principles of contemporary international environmental law. However, it remains controversial whether the principle has crystallized into customary international law. At the regional level, EU, by recognizing explicitly the customary status of precautionary principle, has applied the principle widely in practice, which has actually converted it into a regional customary international law. At the global level, the principle has been widely enshrined in international conventions, treaties, protocols and resolutions adopted by international organizations or intergovernmental conferences. Also, international dispute settlements and domestic legal proceedings have witnessed more frequently invocation by the parties or application by the courts or tribunals of the principle. It has been revealed that, for the precautionary principle, the general practices are, to a great extent, widespread, representative as well as consistent. Meanwhile, a fairly high sense of legal obligation (*opinio juris*) can be observed. However, some countries, especially the United States and Canada, have equivocated on or objected to the customary status of the principle. Besides, international judicial bodies, including the ICJ, usually avoid to respond directly to the issue. Thus, it can't conclude definitively at the moment that the precautionary principle has acquired the customary status, but it could be reasonably regarded as emerging customary international law.

**Keywords:** Precautionary Principle, General Practice, *Opinio Juris*, Customary International Law

（责任编辑：李 将）

① “Where there is a risk of serious or irreversible damage, lack of scientific certainty shall not be used as a reason for postponing the adoption of effective and proportionate measures to prevent environmental degradation.” Draft Project Global Pact for The Environment, <https://www.iucn.org/sites/dev/files/content/documents/draft-project-of-the-global-pact-for-the-environment.pdf> (last visited April 23, 2020).

② United Nations General Assembly, *Towards a Global Pact for the Environment*, A/RES/72/277 (2018).