

环境责任保险与环境风险控制的法律体系建构

马 宁^{*}

内容提要：保险被视为一类独立的应对环境风险的工具。相较于第一方保险，责任保险在环境风险下具有制度优势，应被视为保险工具内的优先选项。基于夏维尔模型得出的市场机制通常能自发实现责任保险最优效果的结论，在抽象环境风险与具体国情背景下均难以证成，强制保险模式因此成为必然。环境责任保险的价值实现对外主要受制于保险人对环境风险的识别、控制与承保能力，对内则受限于保险规范设计的妥当性。在前者，保险人可通过将自身的风险评估与管控活动融入国家环境管理体系，尽可能明确数人环境侵权的形态与责任承担，利用连带责任内的责任再分配机制，构建双重风险保费体系等方式，强化自身的风险评控能力，消减立法与司法因素诱发的责任不确定性；在后者，则需谨慎设计承保范围，将纯粹经济损失与对环境自身的损害责任纳入保障范围，经由被保险人范围的控制等方式来实现对保险人承受能力的照顾。

关键词：环境风险 环境侵权 强制责任保险 环境责任保险 纯粹经济损失

当目光所及，少有清洁的水源；当雾霾笼罩，难寻清新的空气，民众开始意识到解决环境问题的紧迫性。对公权机关而言，民众的需求既在外部形成了迅速控制环境风险的巨大压力，同时提供了整合社会资源、破除体制禁锢、创新治理工具的充沛动力。然而，在探索有效的环境风险控制法律机制时，中国环境法学研究存在泛道德化和以环境科学原理取代法律论证等倾向，亦未能聚焦于作为法学要义的规则建构。^{〔1〕}这意味着，从其他部门法视角探讨机制内要素的应然规则不无意义，而作为环境法核心理念的“工具选择理论”提出的应对环境问题的工具组合就包含保险。^{〔2〕}本文尝试从保险法理出发，勾勒控制环境

* 西北政法大学教授。

本文为国家社科基金项目“保险合同现代化与我国立法的完善研究”（15BFX176）的阶段性成果。

〔1〕 参见巩固：《环境法律观检讨》，《法学研究》2011年第6期，第66页以下。

〔2〕 See Michael P. Vandenbergh, *Private Environmental Governance*, 99 *Cornell Law Review* 129, 158 - 159 (2013).

风险的保险工具的应有轮廓。

一、控制环境风险的保险工具的层级区分： 环境法理与保险机制的对接

依据环境法学者的认知，应对环境风险的制度工具共有七类：（1）命令与控制工具，如规定最高排污限额；（2）设定财产权；（3）市场杠杆工具，如征收环境税；（4）总量控制下的排放权交易；（5）信息工具，如环保评级；（6）采购；（7）保险。^{〔3〕}之所以将保险单列为一类工具，除了学者对保险固有的移转环境风险，补偿环境事故受害者，阻遏环境不法行为，或引导有效管理环境风险等功效的肯认外，还可归因于其对实践中保险范围持续拓展的期待。

应对环境问题的保险工具于实践中广泛存在，依其承保的环境损害的不同，可区分为不同层级。环境法学者常将环境损害区分为经由环境污染造成的人身和财产损害，以及对生态环境本身的损害两类。“环境的危害行为……一是造成环境侵权损害，即以生态环境为媒介，对特定民事主体的人身、财产权益造成损害；二是对生态环境本身造成损害，导致生态质量下降，从而对公众生态利益造成损害，或者两种损害后果兼而有之。”^{〔4〕}前者侵害的乃是民法明确肯认的人身权、物权等绝对权。这种绝对权具有典型的排他性和私益性，因此，这种因环境侵权而诱发的人身和财产损害最终都可归结为私益的减损，受害人可以要求加害者承担损害赔偿等民事责任。后者是对环境自身造成的损害，并将最终体现为对公共利益的损害。因为诸如清洁的水源、清新的空气等环境要素被认为是公共物品，具有普惠性与共享性。^{〔5〕}每个个体都能从中受益，也都可能因环境自身的损害而遭受不利影响。这一特性意味着，它无法兼容于传统的具有排他性的民事权利。对此，环境法学者希望将之上升为新型的环境权。^{〔6〕}尽管这还需要在立法技术上作出更多努力，但这种环境利益^{〔7〕}至少具有狭义法益的属性，宜通过公益诉讼等方式予以保护。

对应于环境损害的区分，对抗环境风险的保险工具也可划分为三个层次。对环境侵权行为引发的被保险人人身或积极财产的损失，理论上可通过第一方保险填补。该类保险能

〔3〕 See Sarah E. Light, Eric W. Orts, *Parallels in Public and Private Environmental Governance*, 5 Michigan Journal of Environmental & Administrative Law 1, 1-3 (2015).

〔4〕 史玉成：《环境利益、环境权利与环境权力的分层建构——基于法益分析方法的思考》，《法商研究》2013年第5期，第54页。

〔5〕 参见王小钢：《以环境公共利益为保护目标的环境权利理论——从“环境损害”到“对环境本身的损害”》，《法制与社会发展》2011年第2期，第57页。

〔6〕 参见蔡守秋：《从环境权到国家环境保护义务和环境公益诉讼》，《现代法学》2013年第6期，第3页。

〔7〕 环境法学者将环境利益区分为生态环境利益与自然资源利益。二者密切相关，对自然资源的破坏通常会导致生态环境受损。但从利益属性上判断，生态利益往往体现出共享性和不可分割性，而资源利益虽在满足人们对整体良好环境的需要时体现出不可分割性，但在满足人们的物质需要时体现为经济利益，可以通过权属制度进行分割，如采矿权、林权等准物权。参见前引〔4〕，史玉成文，第49页。而根据目的解释，不能简单地将（生态）环境和自然资源加以割裂。在规范层面，生态环境法和自然资源法具有趋同的法律保护客体、共同的法律调整对象、相互融合的法律调整方法（参见陈海嵩：《国家环境保护义务的溯源与展开》，《法学研究》2014年第3期，第77页）。故本文将两类利益统称为环境利益，并将对两类利益的侵害统称为对环境自身的损害。

赔偿被保险人自身因为环境风险现实化而遭受的人身与财产损失,包括自身场所内的污染或者外部污染造成的损害。而第二类损害,即环境侵权行为引发的对第三人人身或财产的损害,则由第三方保险(即传统责任保险)应对。它可以承保被保险人需向受害人承担的侵权损害赔偿赔偿责任,甚而扩展至被保险人应承担的污染清理责任和防止扩散费用。〔8〕而承保纯粹的环境自身损害,即第三类损害的新型责任保险产品,也已在多个法域出现。例如,在德国、英国等国,投保人可以在传统的公众责任险和环境责任险之外购买单独的环境损害险,以移转环境自身损害赔偿赔偿责任(公权益损害赔偿赔偿责任)。〔9〕美国的污染法律责任保险(美国学者称为新型环境责任保险)既承保传统环境责任保险中第三人的人身和财产损害,也承保加害人应承担的污染控制、消除以及环境修复费用。〔10〕即便如此,学者们仍主张,保险工具控制环境风险不应止步于此,还应适时扩展至更宽泛的环境损害,如气候变化等全球性环境问题。〔11〕但总体观察,此一构想远未成熟,尚面临诸多难题,如全球性气候变迁的风险概率与损害程度的精确评估问题,一国保险人如何能有效规避政治边界、经济管控等障碍,遏制道德风险和逆向选择问题等。然而,无论保险对环境损害的承保范围是否有进一步扩展的空间,其作为独立地控制环境风险的工具的地位,业已得到普遍承认。

二、应对环境风险的保险工具的最优选项： 类型拣选与强制模式的证成

(一) 责任保险应对环境风险的优越性

危害环境的行为可能造成被保险人自身或第三人的人身和财产损害,以及对作为公共物品的环境自身的损害。依其风险属性,可分别对应于人身保险与财产保险——包括第一方财产损失保险与第三方责任保险。〔12〕较之责任保险,第一方保险多被视为风险分散和损害填补的首选工具。〔13〕因为作为受害方的被保险人能够预先安排风险保障计划,使之与自己期望的保障目标完美匹配。保险人也更容易获取受害人的信息,更好地进行风险分类与识别,并控制逆向选择。〔14〕而责任保险的标的会因具体案情与司法认知的不同而呈现较大不确定性。〔15〕

〔8〕 See European Commission, *Financial Security in Environmental Liability Directive*, Final Report, August 2008, pp. 39 – 43.

〔9〕 参见彭真明、殷鑫:《论我国生态损害责任保险制度的构建》,《法律科学》2013年第3期,第95页。

〔10〕 See Davil L. Guevara, Frank J. Deveau, *Environmental Liability and Insurance Recovery*, American Bar Association Publishing, 2012, pp. 516 – 518; Tod I. Zuckerman, *Environmental Insurance Litigation: Law and Practice*, Vol. 3, § 29:1, Thomson Reuters, 2017.

〔11〕 See Howard C. Kunreuther, Erwann O. Michel-Kerjan, *Climate Change, Insurability of Large-Scale Disasters and the Emerging Liability Challenge*, 155 *University of Pennsylvania Law Review* 1795 (2007).

〔12〕 对环境自身的损害最终会以财产责任的形式表达,因而本文将之归入财产损害类风险。

〔13〕 See George L. Priest, *Puzzles of the Tort Crisis*, 48 *Ohio State Law Journal* 497, 499 – 500 (1987).

〔14〕 See George L. Priest, *The Current Insurance Crisis and Modern Tort Law*, 96 *Yale Law Journal* 1521, 1524 – 1525, 1552 – 1553 (1987).

〔15〕 例如,在加拿大的魁北克、马尼托巴等部分地区,交通事故受害者只能通过自己购买的第一方车辆保险获得赔偿,而不能向加害者索赔。这事实上使机动车责任保险丧失了存在价值。See Erik S. Knutsen, *Auto Insurance As Social Contract: Solving Automobile Insurance Coverage Disputes Through A Public Regulatory Framework*, 48 *Alberta Law Review* 715, 720 (2011).

但在环境风险下，第一方保险无论是在风险分散与填补，抑或引导有效风险管理功效的实现上，均存在难以克服的缺陷：一方面，第一方保险覆盖的涉环境风险极为有限，无法为受害者提供充分保障。环境事故多数表现为对被保险人之外的第三人人身与财产的损害，以及对作为公共物品的环境自身的损害。前者属于传统责任保险的承保对象，而后者没有直接受害人，很难通过第一方保险获得保障，甚而难以突破保险利益规则的限制。另一方面，就预防损害（管理风险）而言，第一方保险的效率也远低于责任保险。解决环境问题成本最低的方法通常是去除污染源，而非持续无限制地赔偿受害者。污染者依赖其背后保险人提供的资金支持，利用自身掌握的污染信息，可以极高的效率清除污染。况且，污染者更可能在污染影响到第三方之前发现事故，因而能在经济上更有效率地采取补救措施。污染者还能通过相对低成本的措施来削减风险。但是，如其无须承担自己造成的污染成本，就没有动力实施前述改善与预防措施。使污染者内化污染成本，能促使他们减少损害环境的行为。在此，第一方保险未能向污染者提供改变他们行为模式的激励，在一定程度上亦是对污染者付费原则的背离。概言之，在涉环境风险的保险工具中，责任保险相较于第一方保险具有制度优势，应被赋予对抗环境风险的核心职责。

（二）环境责任保险强制模式的正当性

环境责任保险的理论价值虽已得到我国环保部门的认可，^[16]但其实现仍仰赖于适当的实施模式和运行规范。然而，2014年4月24日修订的环境保护法第52条选择了任意保险模式，即“国家鼓励投保环境污染责任保险”。这在理论与实践层面均难谓妥当。

依据夏维尔（Steven Shavell）建构的模型，责任保险能在不削弱责任制度威慑力的前提下，使厌恶风险的当事人能移转分散风险，从事有益于社会的高风险行为，因而其正当性应予承认。而且此种功效可以通过市场机制自发实现。仅当责任保险的威慑力未能充分实现时，才需要公权机关干预。这主要指加害人财产不足或可能逃脱责任。^[17]然而，夏维尔模型及其结论在环境领域的可适用性受到质疑。理查德森（Benjamin J. Richardson）认为，由于将第一方保险视为更有效的赔偿来源，因而在建构模型时，夏维尔过于强调威慑功能，而忽略了赔偿功能的实现。这在多数情境下并无问题，但具体于环境风险则完全不同。因为此时被夏维尔寄予厚望的第一方保险并非一个有效的对受害者的赔偿来源。^[18]这意味着，夏维尔模型的结论——责任保险可以自发实现最优功效，而无需强制贯彻——成立的前提，在环境风险背景下可能并不存在。

环境责任强制保险的必要性还在于，有效的环境责任保险市场通常难以自发形成，而夏维尔模型的前提之一恰恰是假定有效市场可以自发形成。在有效市场中，投保人的风险水平在损失发生前可以被轻易测定，保险人可据此估定保费。否则，拟收取的保费将会过高或过低，加害人也将购买过多或过少的保障，进而将注意程度调整到相应水平（非最优

[16] 参见《国家环境保护总局、中国保险监督管理委员会关于环境污染责任保险工作的指导意见》（环发〔2007〕189号）。

[17] See Steven Shavell, *On the Social Function and the Regulation of Liability Insurance*, The Geneva Papers on Risk and Insurance, Discussion Paper No. 278, 3/2000, pp. 18 - 22.

[18] See Benjamin J. Richardson, *Mandating Environmental Liability Insurance*, 12 Duke Environmental Law & Policy Forum 293, 310 - 311 (2002).

水平)。此时,责任保险的威慑与风险分散功能难以充分实现。更有甚者,如果保险人完全无法评估风险,他可能选择退出市场。而环境风险时常属于此类。^[19]

就保险人而言,其时常缺乏承保环境风险的动力。一方面,环境责任风险具有较大不确定性,时常超出保险人的识别与控制能力。^[20]这种不确定性可能源于事实与法律两个层面。在事实层面,环境侵害行为的复合性、损害后果的潜伏性与广泛性,特别是因果关联的复杂性都给保险人识别和控制风险制造了障碍。^[21]在法律层面,环境立法所施加的连带责任,以及司法对保险人责任范围的恣意扩张都降低了保险人测算、限制风险的能力。责任边界的不可预测性使保险人不愿承保此类标的。^[22]此外,环境损害有巨灾损害的特性,^[23]清理赔偿费用时常远超引发环境损害的财产自身的价值。因此,承保环境风险时,出现全损的比例很高,出现加害人偿付能力不足的概率也很大。这也进一步强化了实施强制保险的必要性。另一方面,潜在加害人也时常缺乏购买足额保险的动力。涉环境风险行为人多为公司,受到公司独立人格与股东有限责任保护的决策者可能倾向于购买较低水平的保险。因为在某种意义上,通过购买保险来承保自身不会完全承担的责任无异于浪费财产。但强制保险将会迫使其通过保费来内化受害人的预期损失。由于能提供在先保障,相较于公司法人格否认等事后救济举措,强制责任保险可能是处理潜在加害人环境损害成本外部性的效率更高的方法。

我国环境责任保险实践也为强制模式提供了正当性支持。为履行《1969年国际油污损害民事责任公约》第7条规定的义务,1982年海洋环境保护法第28条第2款规定:“载运2000吨以上的散装货油的船舶,应当持有有效的《油污损害民事责任保险或其他财务保证证书》……”。梳理现行有关环境责任保险的规范性文件,可以发现,在国家层面形成了以环境保护法第52条一般性倡导条款为引领,以海洋船舶油污、危险化学品内河航运污染、海洋石油勘探开发、海洋油气矿产资源勘探开发、太湖流域污染防治、道路危险货物承运等六个具体领域的个别分散法条为补充的基本立法架构,如海洋环境保护法第66条,《海洋石油勘探开发环境保护管理条例》第9条,《危险化学品安全管理条例》第57条和第92条(转引适用《内河交通安全管理条例》第67条的责任条款),《防治船舶污染海洋环境管理条例》第51条、第52条、第71条,《防治海洋工程建设项目污染损害海洋环境管理条例》第27条,《太湖流域管理条例》第51条(非强制),《道路运输条例》第36条。在地方层面,2008年11月28日获批通过的《沈阳市危险废物污染环境防治条例》是最早的相关地方立法。该条例第8条规定:“支持和鼓励保险企业设立危险废物污染损害责任险种;支持和鼓励产生、收集、贮存、运输、利用和处置危险废物的单位投保危险废物污染损害

[19] See Amanda C. Leiter, *Environmental Insurance: Does it Defy the Rules?*, 25 *Harvard Environmental Law Review* 259, 309-321 (2001).

[20] 参见张梓太、张乾红:《我国环境侵权责任保险制度之构建》,《法学研究》2006年第3期,第88页以下。

[21] See Howard Latin, *Good Science, Bad Regulation, and Toxic Risk Assessment*, 5 *Yale Journal on Regulation* 89, 91 (1998).

[22] 参见前引[14], Priest文,第1521页,第1587页以下。

[23] 参见陈冬梅、夏座蓉:《环境污染风险管理模式比较及环境责任保险的功能定位》,《复旦学报(社会科学版)》2011年第4期,第84页。

责任险种。”此后，多个地方人大或政府也公布了鼓励或强制投保环境责任险的规范性文件，如《湖南省湘江保护条例》第44条、《长沙市湘江流域水污染防治条例》第18条、《广东省环境保护条例》第61条、《陕西省大气污染防治条例》第21条、《福建省人民政府关于推行环境污染责任保险制度的意见》、《广州市人民政府关于印发广州市水污染防治行动计划实施方案的通知》、《中共甘肃省委、甘肃省人民政府关于印发〈甘肃省生态文明体制改革实施方案〉的通知》。这两个层面共同构成了我国现今环境责任保险的广义立法框架。

从上述法律规范内容的具体化程度、程序规则的可操作性分析，我国环境责任保险的立法质量一般，立法技术粗糙。其内容多是鼓励、倡导的原则性表述，欠缺具体行为规则和明确的法律责任。即便在国家层面，也仅有海洋船舶油污领域的立法能基本满足需求，其他领域则多停留在宣示性立法的初级水平。地方层面的规定也多限于简单宣示政府主管部门应积极推动环境责任保险。值得注意的是，由于环境保护法第52条并未设定强制投保要求，2014年修法后颁布的其他规范性文件中，要求强制投保的比例比修订前未提及此问题时还要低。通过查询北大法宝法律法规数据库发现，在2014年4月24日环境保护法修改前，各地发布的此类涉环境风险规范性文件合计530件，有强制投保要求的有58件；而从修法至2016年12月31日期间，各地发布的此类规范性文件有364件，包含强制投保要求的仅有18件，比例从之前的10.94%降到4.95%。这可能意味着，第52条的宣示立法并未起到鼓励推广环境责任险的目的，反而妨碍了该险种推广。

对应于立法层面的滞后，环境责任保险的试点也难谓成功。2007年7月26日，原国家环境保护总局办公厅和中国保险监督管理委员会办公厅联合发布《关于印发〈关于开展环境污染责任保险调研报告〉的通知》（环办〔2007〕100号）。报告认为，环境责任保险暂时不具备全面推开的条件，应先行试点，逐步完善配套政策与实施条件。为此，原环保总局与中国保监会于同年12月4日联合发布了《关于环境污染责任保险工作的指导意见》（环发〔2007〕189号），启动了全国范围内的试点工作，期待到2015年初步建立完善的环境污染责任保险制度，并在全国推广。环境污染责任保险制度推广工作的目标被分解为五个方面：建立健全国家立法和地方配套法规建设；明确环境污染责任保险的投保主体；建立环境污染事故勘查、定损与责任认定机制；建立规范的理赔程序；提高环境污染事故预防能力。2013年1月21日，环保部与保监会再次联合下发《关于开展环境污染强制责任保险试点工作的指导意见》（环发〔2013〕10号，以下简称《指导意见》），允许环保部门通过建设项目环境影响评价文件审批、建设项目竣工环保验收、排污许可证核发、清洁生产审核以及上市环保核查等行政手段，强制重金属污染企业和按照地方规定应投保企业投保，鼓励涉石化、危险化学品、危险废弃物企业投保。但当时时间越过2015年，从各方反馈的信息来看，预设目标多未实现。^[24]这被归因于立法滞后诱发的需求侧的投保意愿低下和供给侧的产品创新与推广动力不足。^[25]因而，立法推进强制责任保险已是必然选择。

[24] 参见“环境责任保险遭遇推广难，试水八年依然不冷不热”，http://zfs.mep.gov.cn/hjjj/hjjjzcywxz/201606/t20160622_355011.shtml，2017年10月30日最后访问；“环境责任保险缘何陷入窘境”，http://zfs.mep.gov.cn/hjjj/hjjjzcywxz/201603/t20160303_331248.shtml，2017年10月30日最后访问。

[25] 参见竺效：《论环境污染责任保险法律体系的构造》，《法学评论》2015年第1期，第161页。

三、环境责任保险的价值实现：外部辅助机制的建构

在确定采取强制模式后，环境责任保险价值实现的核心命题已从提升双方的供需动力，转化为如何确保保险人能有效识别、控制与承保环境风险，以及如何妥当设计保险条款，以适配被保险人的保障需求。鉴于我国学者对此已有积累，下文将仅聚焦于既有研究未曾涉及或可能设计不周之处。

（一）保险人环境风险识别与控制

当保险人无法精准识别并有效控制承保风险时，逆向选择与道德风险将继而发生——二者被视为保险营业维持与拓展的最大障碍。而环境风险的复杂性，以及因尚处发展初期，缺乏建构于精算模型基础上的索赔数据的现实^[26]都表明，仅凭单一保险人的努力，客观上难以完全实现上述目标，因而需通过建构辅助机制，帮助保险人实现对环境风险的有效识别与控制。

一方面，保险行业协会可在此发挥独特作用。具体而言，各保险人可以经由保险行业协会的组织，共同搜集整合索赔数据，开展环境风险识别与定价技术的研究；参与起草标准化的保险条款，或至少能对条款的拟定与修正提出建议；参与草拟承保、理赔业务的技术标准或指南；通过保险行业协会，与主管机关沟通、协调，获取相关信息，并督促主管机关建立和完善鉴定、评估等辅助机制。此类工作已有先例，如中国保险行业协会曾组织起草了环境污染责任保险的示范条款，发布《医疗责任保险纯风险损失率表》等技术性规范。因而，在强制保险背景下，保险行业协会的作用亟待肯认和加强。

另一方面，保险人可以充分利用公权机关构建的风险识别与控制机制，甚而将自身的风险评估与管控融入国家环境管理体系。就投保与续保时的风险评估而言，保险人可以借鉴环保部门制定的分行业环境风险评估技术指南，合理厘定费率。此类评估体系主要涵盖内因性指标与外因性指标两大类：前者主要涉及生产因素内含的风险、环保设施完善状况与营业场所环境敏感性三项，后者主要包含风险管理与事故管理水平两项。每一项又包含若干具体要素，如生产因素可细分为生产时间、生产工艺与规模、生产原料、营业场所内危险物质储存量、符合产业政策度、清洁生产水平等。每一具体要素又被赋予特定分值，最后以总得分厘分其风险水平，并将之与保险费率关联。迄今已发布的指南主要有：（1）环保部2010年1月6日发布的《环境风险评估技术指南——氯碱企业环境风险等级划分方法》（环发〔2010〕8号）；（2）环保部与保监会2011年9月13日发布的《环境风险评估技术指南——硫酸企业环境风险等级划分方法（试行）》（环发〔2011〕106号）；（3）环保部2013年4月2日发布的《环境风险评估技术指南——粗铅冶炼企业环境风险等级划分方法（试行）》（环发〔2013〕39号）。因此，环保部门应尽快扩充并完善高环境风险行业的风险评估指南体系。与此同时，亦应允许保险人通过行业协会介入此类标准的制定。

就接受投保后的风险控制而言，保险人亦可将自身的控制机制与环保部门业已建构的环境信用风险评级制度对接，以增强自身控制风险的能力。2013年12月，环保部会同国家

[26] 参见前引〔8〕，European Commission 报告，第44页。

发改委等联合发布了《关于印发〈企业环境信用评价办法（试行）〉的通知》（环发〔2013〕150号），规定了环境信用评级的要素，如评级主体——环保部门，评级对象——各类涉环境风险企业，评级结果表现——诚信、良好、警示、不良四档，评级信息披露，针对评级结果的不同奖惩机制等。这一工具的优势主要体现在获得信息途径与可施加的激励、约束措施的广泛性上。环保部门可以现场检查、监督性监测、重点污染物总量控制核查等履行监管职责获取的信息为基础，对企业环境行为进行信用评价。环保部门还可以主动要求企业提供信息、向相关部门调取信息，亦可接收公众等提供的信息。对环保评级高的企业，环保部门可采取包括优先安排排放污染物总量指标、建议纳入政府采购目录、给予环保资金支持、建议保险人予以优惠的环境责任保险费率等激励措施。反之则可采取限制涉环境风险经营行为、建议提高环境责任保险费率等相应的约束措施。此一办法如能得到有效贯彻，特别是进一步细化评级分类标准和评级要素，如借鉴前述行业风险评估技术指南的做法，分解指标体系后测算得分，提升评级的客观性与准确性；建立和强化环保部门与保险人之间的信息沟通和共享机制；协调和优化彼此操作规则，特别是强化这种风险评级指标得分与保险人分期保费计算模型，以及保险人解除保险合同要件的关联性，当能为保险人控制逆向选择、阻遏道德风险提供助益。

（二）环境责任风险不确定性的削减路径

削减环境责任风险的不确定性亦有助于保险人对承保风险的识别与控制。有经验表明，在将书面的环境损害法律责任转化为现实中保险人的具体负担的过程中，不确定性主要源于环境立法层面责任的变迁与强化，以及保险司法层面对保险人责任的恣意扩张。^{〔27〕}

在环境立法层面，环境事故多为渐进性质，从污染出现至结果显现可能历时久远，其间环境责任法律规则可能发生变迁。这意味着，一个依照20年前的法律规范确定被保险人风险状况，进而收取保费的保险人，可能需要依照20年后损害结果显现并被索赔时的法律规范来计算责任承担。此外，现代环境法越来越倾向于采取连带责任，以便通过扩充责任人范围来促进赔偿目的的实现，这也损害了保险人的风险估算能力。因为导致风险现实化的人与承担责任的被保险人并不必然是同一主体。

不确定性也源于法院裁判保险纠纷时的恣意态度。在美国，法院在解释保险合同同时存在忽视保险条款的约定而创造保险责任的冲动。^{〔28〕}具体于我国，笔者以“环境污染”和“责任保险”为主题词检索中国裁判文书网，发现在2010年1月1日至2016年11月18日期间的148个检索结果中，仅有2件提及环境污染责任保险，其争议亦不涉及环境责任险本身。^{〔29〕}故而，在此仅能从保险司法实践去推测不确定性的来源。笔者认为，在强制实施环

〔27〕 参见前引〔18〕，Richardson文，第293页，第301页以下。

〔28〕 See Gails. M. Evans, Ursula Spilger, *Just What is Pollution? the Evolution of the Pollution Exclusion on Liability Insurance Coverage for Losses*, 19 (1) Southern Law Journal 179, 179 - 198 (2009).

〔29〕 参见中国平安财产保险股份有限公司安徽分公司诉宁国市立晨金属表面处理有限公司保险合同纠纷案，安徽省宁国市人民法院（2015）宁民二初字第00664号民事判决书；方威与深圳友兴五金有限公司房屋租赁合同纠纷上诉案，广东省深圳市中级人民法院（2015）深中法房终字第16号民事判决书。前案原告向被告追索保险费，后案上诉人系对被上诉人基于房屋租赁合同所收取的，包括环境污染责任保险费在内的租赁费用是否妥当提出质疑。二者与环境污染责任保险本身无实质关联。

境责任保险后,这种不确定性除可能源于法院对保险法第30条解释规则的滥用外,^[30]更大的可能源于法院对保险法第17条保险人明确说明义务的不适度扩张。^[31]后者是不当索赔泛滥的重要诱因。因为免责条款将保险人无法估算与无力承担的风险剔除,最终确定了承保范围,使保险精算的开展成为可能。但法院通过扩张解释“免除保险人责任的条款”,使任何不在承保范围内的损失皆可能由保险人承担,造成基于精算数据的保费收入与实际承担的赔付支出的失衡。

保险人应对前述不确定性最常见的方法是,不再销售传统的事故型保单,而改为索赔型保单。但这一方法主要针对法律变迁引发的不确定性,且可能面临合法性挑战,如法国最高法院就曾判决索赔型责任保单无效。^[32]更重要的是,这一方法也难以适应强制保险模式。原因在于,保险人在选择是否承保或设计保单时,会根据所预期的索赔率来排除某类生产者或销售者。但在强制保险模式下,保单条款极可能由监管机构统一制定或审核,而且保险人通常须承担强制保险义务,这都使其无法利用索赔型保单来限制自身风险。

从保险人视角出发,对数人环境侵权最好仅施加共同而非连带责任,使被保险人只需承担其在因果关系上的责任份额,而不需为他人的责任负责,以此消减被保险人责任的不确定性。但是,仅从环境赔偿问题中保险的附从地位,以及赔偿受害者与恢复环境目标优先于保险人营业维持的价值倾向即可预知,这一方法不可能被完全采纳。况且,强化连带责任甚至被视为环境侵权责任的发展趋势。^[33]因而最现实的选择是,在不损害连带责任威慑性的基础上,尽可能明确数人环境侵权的形态与责任承担,并充分利用连带责任内的责任再分配机制——连带责任人之间的责任分摊请求权。首先,对于共同环境侵权,立法将之明确为连带责任,在此基础上,侵权责任人内部应尽量避免平均分担责任,而应依据共同加害人行为的原因力来确定责任份额,即《最高人民法院关于审理环境侵权责任纠纷案件适用法律若干问题的解释》(法释〔2015〕12号,以下简称“环境侵权纠纷解释”)第4条所规定的“根据污染物的种类、排放量、危害性以及有无排污许可证、是否超过污染物排放标准、是否超过重点污染物排放总量控制指标等因素确定”。在此可以藉数理模型来测算原因力,以压缩不确定性。^[34]其次,可将无意思联络数人环境侵权区分为三类:(1)两个以上污染者分别实施污染行为造成同一损害,每一个污染者的污染行为都足以造成全部损害。此时,行为人应承担连带责任,其内部赔偿责任份额可借鉴“环境侵权纠纷解释”第4条予以分割,无法确定的,平均承担责任。(2)每一个污染者的污染行为都不足以造成全部损害,能够确定责任大小的,各自承担相应责任;难以确定责任大小的,平均承担责任。(3)两个以上污染者分别实施污染行为造成同一损害,部分污染者的污染行为足以造成全部损害,部分污染者的污染行为只造成部分损害,足以造成全部损害的污染者与其他污染者应就共同造成的损害部分承担连带责任,并对全部损害承担责任。任何一个侵权人承担

[30] 参见马宁:《保险合同解释的逻辑演进》,《法学》2014年第9期,第74页以下。

[31] 参见马宁:《保险人明确说明义务批判》,《法学研究》2015年第3期,第102页以下。

[32] See Mikael Hagopian, *France: The Supreme Court Rules that “Claims-Made” Coverage is a Nullity*, 1 *International Journal of Insurance Law* 52, 53 (1994).

[33] 参见张新宝、庄超:《扩张与强化:环境侵权责任的综合适用》,《中国社会科学》2014年第3期,第131页。

[34] See Kenneth S. Abraham, *Environmental Liability and the Limits of Insurance*, 88 *Columbia Law Review* 942, 979 (1988).

连带责任部分的责任后，可要求对方承担依据“环境侵权纠纷解释”第4条规定的方法可以分割的责任份额。责任份额无法确定的，各侵权人平均分担连带责任部分的责任。概言之，在这三类责任分担中，应尽量避免平均分配责任份额，即尽可能依据侵权人各自行为对损害发生的原因力来确定具体分担份额，以便于保险人测算其责任风险。最后，对于共同危险行为，由于各行为人在实施行为中致人损害的概率相等，过失相当，故应要求其承担连带责任，内部可按照相等份额承担责任。^[35]但是，如果行为人的排污量、危害程度等存在计算的可能，则应依据模型来确定各行为人的赔偿份额。

构建双重风险保费体系也有助于消减风险不确定性给保险人带来的不利影响。在双重风险保费体系中，保费被区分为两部分：一部分在投保时缴纳（前期保费），其他部分在保单生效一定时间后缴纳（后续保费）。前者将依据投保时可测算的责任风险设定，而后者将会参考之前界定的环境损害责任在一定期间的扩张与收缩情况（指数）决定。^[36]对引入这一机制的顾虑主要如下：首先，由于后续保费要等到一定时间后才能确定，被保险人将面临长期的、不确定的潜在债务，这会给其带来财务困扰。然而，这种不确定性在保险产品中常有出现，如索赔型保单的保费通常逐年增长，这种保单是保险人在应对不确定风险时的优先选择，但其并未给被保险人提供较双重风险保费体系更多的确定性。其次，顾虑也源于对被保险人可能在前期保费与后续保费缴纳之间破产的担忧。对此，保险人可以将被保险人破产的风险计入前期保费之中，并将后续保费分为多次、按期（如每年）估算收取。立法甚而可以考虑赋予保险人的保费请求权以破产程序中的优先受偿地位。事实上，破产本身就是低概率事件，况且保险的存在也使被保险人因承担环境责任而破产的概率降低。因而，这一担忧也不足以阻遏双重风险保费体系的引入。

保费的分期缴纳在保险实践中相当普遍，不至于引起投保人的疑问与不适。而且在强制责任保险模式下，环保部门也势必将投保环境责任保险作为取得和维持特定环境高危行业营业资格的前提之一。结合投保企业延期或拒绝缴纳保费后，保险人有权解除保险关系，并将之通告给环保部门的制度设计，那些拖延甚至拒绝缴纳后续保费的投保企业可能面临丧失营业资格的危险，这将在相当程度内消弭其违法冲动。因而可以认为，实施双重风险保费体系不存在难以克服的障碍。

最后的问题涉及如何构建一个合适的指数体系。笔者认为，基于便利考量，该指数宜以在前期保费与后续保费缴纳期间发生的索赔频率和索赔数额的变迁为基数。事实上，保险行业协会一直在从事重要险种和保险人经营状况数据的统计和发布，这种数据的获取和统计并不难。因此，该协会也适宜承担起索赔变迁指数（即保费变迁指数）模型的建构与统计的职责，在经保监会与环保部门核验后，反馈给各保险人，用以计算后期保费。此时，被保险人将作为一个共同体来承担这种不可预期的责任扩展的成本，就如同他们会从不可预期的索赔频率和数额的限缩中获益一样。^[37]这事实上等同于利用保险机理在全体被保险人间构建的二次保险机制。由于这种指数部分建立在保险赔付额的增加上，而这种增加在

[35] 参见竺效：《论无过错联系之数人环境侵权行为类型——兼论致害人不明数人环境侵权责任承担的司法审理》，《中国法学》2011年第5期，第106页。

[36] 参见前引〔18〕，Richardson文，第293页，第302页。

[37] 参见前引〔34〕，Abraham文，第942页，第980页以下。

相当程度上源自于其间法院对保险责任的扩展,因此,这一体系有助于保险人消减因司法引发的责任的不确定性。易言之,保险人可以用后期增收的保费来对冲法院施加的依法本不应由其承担的保险责任。

需要说明的是,这种索赔指数只是保险人计算保险费率时的核心要素,而非全部要素。例如,具体被保险人的分期保费可以按照承保时的基础保费数额乘以索赔指数初步确定。但若该被保险人在保险期间的风险评级变化超过一定界限,则保费数额还要考虑此一因素来最终确定。^[38] 此处可能引发疑问的是,由于各个被保险人的风险变化不一,统一适用索赔指数计算后期保费会导致低风险个体向高风险个体的补贴,这是否有失公平?对此,需要考察环境责任强制保险的特性。这一险种与其说是传统的合同,倒不如说更像是一种公共产品和一种风险治理的工具。^[39] 后者将保险视为由单一保险人与众多特定投保人之间的一系列双边法律关系所构成的一个组织。保险人将被视为组织中介人,通过此中介,那些仅关注自身利益的个体成为了以利他主义(即保险的人人为我,我为人人)为核心的组织的一分子,以实现对所面临的共同风险的集体抵御。此时,保险共同体内的多数成员需要忍受少数成员自身不可控制风险给团体带来的不利影响。而在环境责任保险背景下,法院扩张保险责任的风险也可归于此类。因而,双重风险保费体系的正当性是充分的。

(三) 保险人赔付能力保障机制

环境风险具有巨灾风险的特性,仅仅通过传统的再保险机制可能不足以有效分散风险。况且,在强化环境责任的背景下,保险人势必面临更大的赔付压力,因而亟待寻找有效的资金筹集途径,以提升赔付实力。在资本市场发行金融衍生品成为更优的选择。此类衍生品最常见的是环境损害债券、环境损害期货、环境损害期权与环境损害掉期,其本质均是将大额保单证券化,将潜在的赔付风险转移给“风险偏好”的市场参与者。

中共中央、国务院印发的《生态文明体制改革总体方案》明确提出:“建立绿色金融体系……加强资本市场相关制度建设,研究设立绿色股票指数和发展相关投资产品,研究银行和企业发行绿色债券,鼓励对绿色信贷资产实行证券化。”这无疑为环境损害债券等绿色金融产品的创制提供了依据。事实上,早在20世纪80年代,此类金融产品即已在美国出现,对提升保险人的承保能力颇有助益。我国可先设计开发环境损害债券,因为其发行和交易程序较为简单,风险较小,价值和风险的评判亦无须具备过高的专业知识。在积累一定经验后,再利用期货交易所、产权交易所在专业服务能力、市场基础设施、交易结算系统方面与保险衍生产品交易的相通性,试点环境损害期货、期权与掉期交易。^[40] 但是,环境责任保险衍生品所针对的是难以预见的环境损害风险,相较于其他较为成熟的场内金融衍生品,大多缺乏流动性、透明性及竞争性,加上购买者主要是原保险或再保险公司,其市场并不活跃。若使用不当,不仅分散风险的能力有限,严重者可能引发系统金融风险。因此,在发展此类衍生品时,首先,应在充分考虑保险衍生品高风险、虚拟性和投机性特

[38] 当被保险人在保险期间内风险评级下降达到一定程度,可以认为符合保险法第52条第1款的规定,属于承保期间保险标的危险程度明显增加,保险人可以要求增加保费。

[39] 对于保险的性质及其规范性影响,是近年来北美保险法学界最为关注的问题。学者间对于保险是否仍属于合同范畴,抑或更像是一种公共产品、工业社会大规模生产的普通商品、准私人立法,乃至至于社会治理的工具等进行了深入的探讨。

[40] 参见巫文勇:《环境污染责任保险衍生品开发与发展》,《江西社会科学》2013年第12期,第54页。

征的基础上,使衍生品能够反映环境责任保险实际损失,其计算损失所依据的“损失指数”必须与损失具有较高相关性。其次,应确保保险衍生品具有较强流动性,以使风险能够及时地被转移。再次,应增强保险衍生品市场的透明度,禁止市场操纵、欺诈及其他市场滥用行为,禁止将保险衍生品出售给不合格投资者。^[41]最后,应促进保险衍生品的标准化,并集中清算。

环境问题直接影响经济社会的可持续发展,具有浓厚的公益性。^[42]作为应对此问题的环境责任强制保险也因此具有了公共产品属性,维持其供给是公权机关应承担的国家环境保护义务的应有内容,因而应允许保险人寻求适度的公共财政支持。对此,最常见的方式是对保险人给予税收政策上的差异性对待,即通过设计出不同税率税额或不同抵扣减免方法,对纳税人进行区别征税,以激励其更积极有效地参与。这种做法的有效性已在美国、德国、英国等国的实践中得到证实,^[43]我国学者对此亦有提议。^[44]2013年8月16日国家发展和改革委员会制定的《关于加大工作力度确保实现2013年节能减排目标任务的通知》(发改环资〔2013〕1585号)也明确提出:“梳理节能减排有关税收政策,推动落实合同能源管理项目和节能节水环保产品税收优惠政策。调整消费税范围和税率结构,研究将大量消耗能源资源、易造成环境污染的产品纳入征税范围。”该通知虽未明确提及环境责任保险,但仍释明了税收差异化在我国具有适用空间。其具体做法可以是:减免保险人环境责任保险业务项目下(如环境责任保险赔付成本)的增值税;允许保险人将通常无法取得增值税发票的涉环境责任保险业务成本支出按照一定比例纳入可抵扣进项税额,甚或征税后向其返还环境责任保险业务项目下的所得税等。

允许保险人收取非现金形态的“保费”来获得补偿,也可提高保险人的赔付能力。例如,保险人可以与被保险人协商,由后者提供公司股票,以代替现金保费。此时,被保险人能从低索赔数据受益,保险人则有动力按照被保险人的索赔数据对他的股权价值的影响程度,相应地采取风险管理措施,削减索赔频率与金额。^[45]但是,调整保费缴付形态对于提升保险人赔付能力的效果受限于诸多条件,如保险资金运用限制、保险人实施风险管理的成本、保险人的资产经营能力、股票市值的变动等,可能仅适宜作为辅助措施。但从另一角度观察,保险人收取非现金“保费”可能有助于增加市场上涉环境风险信息的透明度,与《生态文明体制改革总体方案》提出的“建立上市公司环保信息强制性披露机制”、“全面推进……排污单位环境信息公开”契合,亦能增强对涉环境行为的外部监督。因此,在限定的范围内,基于当事人自愿试点这一方法,不失为一种有益的尝试。

四、环境责任保险的价值实现:内部保险规范的设计

环境责任保险的价值实现同样取决于保险规范的设计水准,即其能否在保险人可承受

[41] 参见楼建波:《从CDS看金融衍生品的异化与监管——以瑞银集团诉Paramax案为例》,《环球法律评论》2010年第1期,第121页。

[42] 参见前引〔20〕,张梓太等文,第90页。

[43] 参见方桂荣:《信息偏在条件下环境金融的法律激励机制构建》,《法商研究》2015年第4期,第66页以下。

[44] 参见前引〔23〕,陈冬梅等文,第88页。

[45] 参见前引〔34〕,Abraham文,第942页,第981页。

与控制的范围内,向被保险人提供更充分的保障。

(一) 保险标的范围的扩充

能否在保险人可承受范围内向被保险人提供更充分的保障,这首先涉及保险标的范围的确定,即被保险人因实施危害环境行为而需承担的法律除涵盖传统的环境侵权责任外,是否还应延及环境自身损害责任。此外,传统环境侵权中,环境风险引发的纯粹经济损失是否具有可赔性与可保性,亦有必要涉及。

1. 环境自身损害责任的纳入及其可保性

随着环境法学理论的发展,传统的环境侵权行为与对环境自身的损害行为开始被明确区分,后者的应归责性也逐渐被接受。环境保护法第64条明文规定,因破坏生态造成损害的,应当依照侵权责任法第65条的规定承担侵权责任,从而明确了此类损害的救济途径。环境保护法第58条还引入了环境公益诉讼,允许依法在设区的市级以上人民政府民政部门登记,且专门从事环境保护公益活动、连续5年以上且无违法记录的社会组织向法院起诉。但这仅仅确定了民事诉讼法第55条中关于可以提起环境公益诉讼的“有关组织”的范畴,而未明晰其中“机关”的含义。笔者认为,此一机关以县级以上政府环境保护部门为宜。因为其负有环境保护职责,且损害事故发生后,加害人也多习惯首先报告环保部门,并由其组织实施环境损害的控制措施。^[46]此时,环保部门请求加害人承担控制和清理费用的诉讼请求完全可以并入请求加害人承担修复环境成本的诉讼之中,从而节约成本,提高效率。环保部也已计划将生态环境损害纳入环境责任保险的承保范围。^[47]

环境自身损害责任纳入承保范围的可行性,主要取决于保险人能否准确预测环境自身损害的发生概率与损害程度。这一问题迄今已基本得到解决。例如,《欧盟环境指令》附件2对评估受损资源恢复措施的方法做了规定,并为此实施了“欧盟评估环境损害资源等价方法”工程(Resource Equivalency Methods for Assessing Environmental Damage in the EU),以测试各种能够合理地界定恢复受损生态的赔偿数额的方法,并将之运用到具体案例中检验。^[48]为了执行《欧盟环境指令》对环境自身损害财务保证的要求,瑞士再保险公司制作了相关报告,详尽分析了环境自身损害风险的评估内容与评估方法。^[49]此外,在欧盟委员会2010年向欧洲理事会、欧洲议会、欧洲经济社会委员会和地区委员会提交的《根据2004/35/EC第14(2)条关于预防和补救环境损害的环境责任指令》的报告中,欧盟委员会在提及各成员国为履行该指令所做的准备工作时称,比利时、丹麦、法国、荷兰等国已有先进的环境损害经济价值评估技术,西班牙、意大利等也制定了此类风险预测的程序与指南规则。法国、西班牙、意大利已构建了专业化的金融安全体系,能提供所需的环境损

[46] 此类情形在实践中极为普遍,如彬县环境保护局与濮阳市全顺汽车服务有限公司等土壤污染责任纠纷案,陕西省彬县人民法院(2013)彬民初字第00305号民事判决书;沧州市众合节能环保科技有限公司与沧县环境保护局王言海财产损害赔偿纠纷案,河北省沧县人民法院(2015)沧民初字第653号民事判决书;东台市环境保护局诉路志军等机动车交通事故责任纠纷案,江苏省东台市人民法院(2014)东民初字第0122号民事判决书;中国太平洋财产保险股份有限公司永州中心支公司与博罗县生态建设和环境保护局等环境污染责任纠纷上诉案,广东省惠州市中级人民法院(2015)惠中法民一终字第101号民事判决书。

[47] 参见“抓住法治和改革双轮驱动新机遇,建立环责险内生发展长效机制”,http://www.zhb.gov.cn/gkml/hbb/qt/201512/t20151223_320045.htm,2017年10月15日最后访问。

[48] 参见REMEDE工程官方网址:<http://www.envliability.eu/index.htm>,2017年1月17日最后访问。

[49] 参见前引[9],彭真明等文,第94页。

害保险产品。^[50] 于我国而言, 中共中央办公厅、国务院办公厅 2015 年 12 月印发的《生态环境损害赔偿制度改革试点方案》就已提出, 从 2018 年开始在全国试行生态环境损害赔偿制度, 并责令环保部门等负责制定生态环境损害鉴定评估技术标准体系框架、技术总纲和专项技术规范。因此, 在技术层面, 我国环境自身损害责任的可赔性与可保性将不存在障碍。

2. 环境损害引发的纯粹经济损失的可赔性与可保性

纯粹经济损失可称为非因绝对权受侵害而发生的财产上的损害。多数国家侵权法对之以不赔偿为原则, 以赔偿为例外。主要理由是, 合同法可以给予纯粹经济损失较为充分的保护, 而且在利益衡量下, 受保护的纯粹经济利益较之行为人行为自由的利益, 排序明显偏低。拒绝提供保护并不会对纯粹经济利益的享有人造成实质性影响。反之, 则可能打开“诉讼水闸”, 涌现数量众多的原告和高额的索赔, 进而严重限制行为人的基本行动自由。^[51] 但这并不意味着对纯粹经济损失的绝对排斥。正如学者所言, 当存在恰当的理由时, 该损失仍应得到保护。^[52] 那么, 对环境领域内的纯粹经济损失应持何种态度呢?

在理论层面, 首先需要明确的是, 合同法无法向环境受害者提供充分保障, 因为环境不法行为的实施者与受害者之间通常不存在合同关系。其次, 环境属于具有普惠性与共享性的公共物品, 依附于其上的利益者为数众多, 其中部分依附关系可能涉及基本的生存发展需要, 因而在利益衡量上, 其重要性可能远超涉环境风险行为人的行为自由利益。例如, 船舶载运的化学物品泄漏造成海面污染, 该污染区域属于附近渔民的传统捕捞作业区域。此时, 这些以捕捞所得为主要收入来源的渔民所遭受的纯粹经济损失, 较之船舶行为人的行为自由利益显然更应得到保护。最后, 环境侵权时常引发纯粹经济损失, 而此风险难以通过第一方保险分散。^[53] 此时, 若否定其可赔性, 明显不利于保护通常处于弱势的受害者, 而且极可能将维持受害者继续营业甚或生存的负担转嫁于当地财政。2010 年美国墨西哥湾漏油事件发生后, 依据美国 1990 年石油污染法 (Oil Pollution Act of 1990) § 2702 (b) 条的规定, 英国石油公司除了承担 32 亿美元的环境损害赔偿外, 还向当地渔民及其他利害关系人支付了高达 78 亿美元的赔偿。而 2011 年渤海康菲石油泄漏事件发生后, 因为缺乏法律依据, 加害方仅向农业部支付了约 1.6 亿美元的环境损害赔偿, 对因此给中国渔民造成的损失未作赔偿。^[54] 此种对比传递出的信息令人沮丧, 显然不利于督促加害人完善风险管

[50] See European Commission, *Report From The Commission To The Council, The European Parliament, The European Economic and Social Committee and The Committee Of The Regions, Under Article 14 (2) of Directive 2004/35/CE on the Environmental Liability with Regard to the Prevention and Remedying of Environmental Damage*, COM (2010) 581 final. (2010).

[51] 参见 [奥] 海尔穆特·库奇奥:《欧盟纯粹经济损失赔偿研究》, 朱岩、张玉东译,《北大法律评论》2009 年第 10 卷第 1 辑, 第 241 页以下; 陈磊:《普通法视角的纯粹经济损失》,《清华法学》2010 年第 5 期, 第 106 页以下。

[52] 参见上引库奇奥文, 第 249 页。

[53] 参见华泰财产保险股份有限公司营业中断保险条款第 2 条、第 3 条、第 23 条; 营业中断保险附加条款 K03 不得进入条款, K06 顾客/供应商/承包商条款。实践中, 各保险公司的企业财产保险和家庭财产保险都将环境风险引发的损害排除在外。而作为前述险种附加险的营业中断保险通常规定, 主险条款下的赔款已获保险人认定, 是保险人承担营业中断损失的前提条件。营业中断保险恰恰是理论上第一方保险可以承保纯粹经济损失的主要途径。

[54] 参见前引 [33], 张新宝等文, 第 134 页。

理、减少环境损害事件的发生。虽然承认纯粹经济损失在一定范围内的可赔性可能加重企业责任负担,但通过对纯粹经济损失获赔要件的合理限制,以及环境责任保险的有效供给,企业责任风险将得到有效控制与分散。

对可能打开环境诉讼水闸问题,也无需过分担忧。其一,就整体而言,环境损害多属于小概率、高成本事件,这就限制了涉环境风险行为人遭受纯粹经济损失索赔的数量。其二,纯粹经济损失不获保护的重要理由是,它不像受侵权法全面保护的绝对权一般具有可识别性。因为行为人只有在可识别保护对象的基础上,才有可能预见自己行为的损害后果,也才能要求其防范。对能防范而未防范者施加责任才有意义。反之,人们就无法通过提升注意来避免损害再度发生,而只能通过减少行为来降低赔偿机率,从而造成对行为自由的过度限制。^[55]但是,如果对环境侵权中的纯粹经济损失作出明确界定,提升其可识别性,则前述不予保护的理理由就无法成立。立法可以仅对那些明确列举的,与受污染环境具有密切联系的主体所遭受的,具有保护价值的纯粹经济损失提供限定范围内的保护。对环境侵权引发的纯粹经济损失可赔性的认可,消解了其纳入保险保障范围的法理障碍,^[56]对赔偿主体与赔偿范围的限定同时意味着保险人风险估算与控制能力的提升。况且此类客观存在的损失无法通过第一方营业中断保险予以分散,唯一可能的选择就是环境责任保险。

承认纯粹经济损失的可赔性也有域外立法经验支持。例如,1995年生效的芬兰侵权责任法第5章第1条规定:“赔偿包括对人身伤害或者财产损害的获赔。如果损害是因被刑法禁止的行为或者授权行为所致……则赔偿应包括与人身伤害或者财产损害不相联系的经济损失。”1986年希腊环境保护法第29条规定:“任何导致环境污染或其他损害的自然人或法人都必须承担损害赔偿责任,除非当事人能够证明损害是由不可抗力或第三人的故意行为所致。”该法第2条第2项和第4项对环境污染和环境损害都做了极其宽泛的定义,隐含了相当广泛的潜在责任。此外,1994年丹麦环境损害赔偿法第2条等也都做了类似规定。^[57]即便是对纯粹经济损失采取严格限制的德国,其水资源法第22条也允许给予赔偿。^[58]美国、德国等国环境责任保险将纯粹经济损失纳入承保范围,也为此提供了例证。^[59]因为若非具有侵权法上的可赔性,就不会有此类损害责任的可保性。

具体于我国,侵权责任法第2条(“侵害民事权益……等人身、财产权益”)中的“财产权益”也被学者解释为可以且应当包括纯粹经济损失。^[60]实务中,法院判令侵权人赔偿的交通费、伙食费、误工费等就可归于实质上的纯粹经济损失的范畴。^[61]更重要的是,在

[55] 参见于飞:《违背善良风俗故意致人损害与纯粹经济损失保护》,《法学研究》2012年第4期,第50页。

[56] See Kenneth S. Abraham, *Catastrophic Oil Spills and Insurance*, 64 *Vanderbilt Law Review* 1767, 1774 - 1783 (2011).

[57] 参见[德]克雷斯蒂安·冯·巴尔:《欧洲比较侵权行为法》下册,焦美华译,法律出版社2001年版,第445页,第510页以下;陈红梅:《论环境侵权中纯粹经济损失的赔偿与控制》,《华东政法大学学报》2012年第2期,第16页。

[58] 参见上引冯·巴尔书,第65页;葛云松:《纯粹经济损失的赔偿与一般侵权行为条款》,《中外法学》2009年第5期,第696页。

[59] 参见前引[10], Tod I. Zuckerman书;参见前引[10], Davil L. Guevara等书,第241页以下,第518页以下;白江:《论德国环境责任保险制度:传统、创新与发展》,《东方法学》2015年第2期,第136页,第147页。

[60] 参见姜战军:《论纯粹经济损失的概念》,《法律科学》2012年第5期,第76页。

[61] 参见张新宝、张小义:《论纯粹经济损失的几个基本问题》,《法学杂志》2007年第4期,第18页。

环境侵权领域，司法解释明确承认了部分纯粹经济损失的可赔性。《最高人民法院关于审理船舶油污损害赔偿纠纷案件若干问题的规定》（法释〔2011〕14号，以下简称“船舶油污损害赔偿纠纷解释”）第9条明确规定：“船舶油污损害赔偿范围包括：……（三）因油污造成环境损害所引起的收入损失。”环保部在2011年颁布的《关于开展环境污染损害鉴定评估工作的若干意见》（环发〔2011〕60号）中，也明确提供了一个包含纯粹经济损失的损害数额计算方法。该方法将环境污染损害定义为“包括环境污染行为直接造成的区域生态环境功能和自然资源破坏、人身伤亡和财产损毁及其减少的实际价值，也包括为防止污染扩大、污染修复和/或恢复受损生态环境而采取的必要的、合理的措施而发生的费用，在正常情况下可以获得利益的丧失，污染环境部分或完全恢复前生态环境服务功能的期间损害”。这意味着，在我国立法、司法与执法层面，承认环境损害行为造成的纯粹经济损失的可赔性并不存在难以克服的障碍。

笔者认为，将那些无直接物权性的权利，但是有较强利益关系的受害人纳入被侵权人范围，并将具有直接因果关系且属于可预见范围内的间接损失确认为可以获赔的纯粹经济损失，确有必要。具体而言：（1）立法者宜遵循“加法模式”，列明可以获赔纯粹经济损失的主体的范围。在此，可将之限定为依赖于受影响的环境进行生产的索赔方，其通常应限于：从事捕鱼、水产养殖及类似行业者；提供诸如旅馆、饭店、商店、沙滩设备及相应活动等旅游服务业者；利用受污染区域的资源开展生产经营活动者。（2）规定侵权行为与损失间需存在直接因果关系。前述受保护主体请求赔偿因环境污染所遭受的纯粹经济损失，需具备下列全部条件：其一，请求人的生产经营活动位于或者接近污染区域。其二，请求人的生产经营活动主要依赖受污染资源。其三，请求人难以找到其他替代资源或者商业机会。其四，请求人的生产经营业务属于当地相对稳定的产业。（3）规定相对明确的损失计算标准。具体可以参考“船舶油污损害赔偿纠纷解释”第16条，即受损害人主张因环境污染造成的收入损失，应以其前3年同期平均净收入扣减受损期间的实际净收入计算，并适当考虑影响收入的其他相关因素予以确定。依前述规定无法认定收入损失的，可以参考同区域同类生产经营者的同期平均收入认定。

（二）被保险人范围的限定

明确被保险人范围事实上涉及高环境风险行业的确认。我国立法对此已有涉及，如水污染防治法第41条规定的“严重污染水环境的工艺名录”和“严重污染水环境的设备名录”；大气污染防治法第19条规定的“严重污染大气环境的工艺名录”和“严重污染大气环境的设备名录”；固体废物污染环境防治法第28条规定的“严重污染环境的工业固体废物的落后生产工艺、落后设备的名录”和第51条的“国家危险废物名录”。此外，依据《指导意见》的规定，重有色金属矿采选业、重有色金属冶炼业、铅蓄电池制造业、皮革及其制品业、化学原料及化学制品制造业等涉重金属企业应当投保环境责任保险。

笔者认为，我国环境责任保险的被保险人宜限于生产、储存、运输、销售、使用、处置具有环境高危风险的物质或者使用具有环境高危风险的工艺、设备、设施的企事业单位。其具体范围宜由法律授权环保部门依据环境影响评估结果，以部门规范性文件的方式统一确定和更换。但是，对于强制投保的高环境风险行业的界定，至少在初期不宜过于宽泛，

而应以当下最具环境威胁的行业为基准划定。之所以选择通过环保部门以规范性文件划定相对狭窄的强制投保主体范围（即纵向模式），而非直接在保险条款中严格限制保险赔付范围——如排除环境自身损害责任与纯粹经济损失赔偿责任——的方式（即横向模式）控制风险，主因如下：首先，环境风险的高低及其危害程度因行业而呈现明显差异，并会伴随着相关生产工艺与防范技术的发展而波动。以行业划分的纵向模式有利于保险人精准估算和灵活调整费率。其次，纵向模式通过添加投保费用成本，加大列入淘汰目录的涉环境风险行业的运营成本，能更加灵活高效地配合国家产业政策的实施。最后，也是最重要的是，环境风险一旦现实化，除导致传统的人身、财产权益损害外，亦时常伴随第三方纯粹经济损失与对环境自身的损害。此时，相较于覆盖对象较为宽泛和保障水准较低的横向模式，纵向模式能更加精准地对抗具体的、具有最大危害性的环境风险类型，更利于实现环境责任保险的阻遏功效。虽然传统的强制保险，如交强险通常只提供基本保障，当事人如欲获取充分保障，仍需购买自愿保险。但与存在成熟的商业机动车保险市场不同，自愿性质的环境责任保险市场难以有效形成，因而需要将赔偿范围扩展至全部损害结果，这也是作为环境责任保险首要目标的赔偿功效充分实现的要求。

对于因此可能带来的理赔压力，也不必过分担忧。因为保险机制具有多种控制风险的手段，其中最重要的莫过于保险责任限额的设定。保险人（在强制模式下，更可能是保险监管机构）完全可以依据环境责任保险的实施状况，适时修改责任限额，或与环保部门协商调整应投保行业的范围，以适配保险人的风险承受能力。况且，保险作为公共物品和环境风险治理的工具，政府有义务提供一定的财政税收支持，以确保其稳健持续运行。而现代资本市场和再保险机制也能为环境责任保险人提升理赔能力提供助益。

（三）保险人的风险控制权

为维持保险营业，引导有效风险管理与阻遏不法行为，保险人需要实现对承保风险的全程控制。首先，在投保阶段，保险人须能对被保险人的环境风险进行评估。但这种评估的法律效果是仅涉及保险费率的厘定，还是同时关乎保险协议的缔结与否，值得思考。如果保险人能够拒绝特定投保人（被保险人）的投保请求，就意味着其实质上被授予涉环境风险营业准入资格的审批权。相较而言，无论是从与既有环保体制的平稳对接，抑或环境风险评估的专业性，甚或配合环境产业政策制定实施的效果来考量，环保部门较之普通保险人显然更适宜承担此角色。因而立法应规定，环境责任保险人无权拒绝接受投保。这种制度安排在肩负特定政策目标实现的强制保险中多有实例。例如，依据2015年生效的《存款保险条例》第2条的规定，有权从事（即取得金融监管机关许可）吸收存款业务的银行业金融机构必须投保存款保险。而该条例第7条仅赋予保险人通过保险费率的调整以及实施早期纠正措施来控制自身承保风险的权利。^[62]但是，对于被保险人故意违反如实告知义务，未能向保险人告知重大事项，因而可能严重影响保险人对承保风险的估测，甚而涉及保险欺诈的情形，保险人应有权解除合同。但其行使要件宜严格限制，以避免强制保险的

[62] 《存款保险条例》第7条：“存款保险基金管理机构履行下列职责：（一）制定并发布与其履行职责有关的规则；（二）制定和调整存款保险费率标准，报国务院批准；（三）确定各投保机构的适用费率；（四）归集保费；（五）管理和运用存款保险基金；（六）依照本条例的规定采取早期纠正措施和风险处置措施；（七）在本条例规定的限额内及时偿付存款人的被保险存款；（八）国务院批准的其他职责。”

目的落空：一则，在解除合同前，保险人应当书面通知被保险人，后者若在法定期限内履行了如实告知义务，保险人不得解除合同，而仅得调整费率。二则，得以解除合同的重大事项的范围宜由保监会会同环保部门商定。与此对应，解除权的行使结果亦需与被保险人利益具有较强关联，以增强对被保险人的约束力。立法者在此可参考并结合《机动车交通事故责任强制保险条例》第14条、15条、39条，以及环境保护法第60条之规定做相应制度设计，即规定保险人解除合同的，应通知环保部门。后者应对被保险人进行行政处罚，要求其重新取得环境责任保险。若未能在合理期间内取得，环保部门有权责令其停产停业，直至予以关闭。

其次，保险人需能在合同存续期间对承保风险进行控制。在环境责任保险被限定为强制保险的背景下，通常会由监管机构负责制定或审核保险条款。这类条款通常依据保险法第51条的规定，赋予保险人对承保风险的控制权利。具体而言，保险人有权要求被保险人在保险期间严格遵守环保规定，采取合理的风险防范措施，进而依条款约定自行或委托专业第三方对被保险人的场所、经营活动进行检查。对于检查提出的消除或降低风险的合理建议，被保险人有义务采取整改措施。被保险人未履行安全管理义务的，保险人有权要求增加保费，并书面要求被保险人采取整改措施。被保险人未在合理期间内实施前述措施的，保险人有权解除保险合同。此外，保险人也可以利用第三方的监管评估信息，实现对承保风险的低成本控制。具体而言，在承保期间，保险人可以依据《企业环境信用评价办法(试行)》第31条的规定，通过保险监管机构与保险行业协会，从环保部门获取被保险人的环境信用评级信息。若被保险人信用评级下降至约定等级，保险人有权依据保险法第52条要求增加保费，并要求被保险人采取整改措施。被保险人未在合理期间内实施整改措施，亦未能证明评级结果与自身实际风险不符的，保险人有权解除保险合同。至于具体规范细节，可与违反如实告知义务做相似设计。

最后，环境损害发生后，被保险人应当尽力采取必要的防范措施，包括但不限于通知或聘请专业机构等采取控制污染扩散的措施。由此产生的必要费用，由保险人承担。此种费用的数额不宜受限于保险法第57条规定的“费用数额在保险标的损失赔偿金额以外另行计算，最高不超过保险金额的数额”。因为受损后环境修复费用较之环境损害控制费用，通常数额更大，若允许援用前述规定，明显不利于环境的保护与修复，也不利于保护受惠于良好自然环境的社会公众的利益，环境责任保险的公益性更无以彰显。况且，保险法第57条是以纯商业保险为对象而设计的规则。商业保险的保险人需自负营业风险，不能获得公共财政支持。与此同时，作为权利义务对等的体现，其对保险责任施加更严格控制的正当性也为立法所肯认。反之，作为取得政府财政支持的对价，环境责任保险的保险人需要在一定范围内，将自身商业利益置于公共政策目标之下，其对环境损害控制费用的赔付责任不应像纯商业保险中风险控制费用的赔付责任一般，受到同等限制。但是，保险人应有权对清理程序、费用进行调查评估，以确保其是必需的。被保险人应当积极配合，包括提供相关查勘定损资料，协助保险人向应为保险事故发生承担责任的主体行使代位追偿权。

(四) 受害人直接请求权与保险人的抗辩义务

依据我国保险法第65条，除非法律另有规定或合同另有约定，仅在被保险人怠于请求

时,第三者方有权就其应获赔偿部分直接向保险人请求保险金给付。这一规定在强制保险与环境损害的双重背景下,有失妥当。

依据保险法理,强制责任保险的首要保护对象是受害第三人,而非被保险人。为保障第三人所遭受的损害及时得到填补,消减被保险人破产等情形下第三人无法获赔的风险,并免除双重索赔的讼累,最新域外立法多赋予第三人更为宽松乃至无限制的直接请求权。如2008年德国保险合同法第115条第1款规定:“在如下情形中,第三人可以对保险人提出补偿请求:1. 该责任保险为履行强制保险法的义务所成立之保险;2. 针对保单持有人之财产的破产程序已经启动……;3. 保单持有人下落不明。”我国学者对此也已形成共识,即应在强制责任保险以及任意责任保险的被保险人死亡、破产、被宣告失踪等特定情形下,赋予受害第三人对保险人的直接求偿权。^[63]具体而言,在保险责任确定后,环境损害事故的受害第三人,包括依法承担清理、修复环境责任的第三方有权直接请求保险人给付。而我国台湾保险法(2010年修正)第94条第2款甚至规定:“被保险人对第三人应负损失赔偿责任确定时,第三人得在保险金额范围内,依其应得之比例,直接向保险人请求给付赔偿金额。”此外,正如交强险的保险人需要垫付受害人抢救费用,当环境损害发生后,经受害人请求,保险人也应首先支付暂时性的保险金,用于控制污染物扩散。这同样源于环境责任强制保险以保护第三人利益、削减环境风险为首要目标的价值属性。况且,对环境损害的早期介入也是最具经济合理性的损害控制方式,对最终减轻保险人的赔付责任也是非常有益的。

其次,确立环境责任保险人的抗辩义务也有助于减轻被保险人的讼累,^[64]使之专注于营业。为“防止被保险人以责任保险为凭恃,任意就被保险人对第三人之赔偿为承认、和解或赔偿,致增加保险人之负担”,^[65]保险条款常约定保险人控制抗辩活动的权利,即保险人有权参与,甚至控制被保险人抗辩第三人索赔的活动。例如,平安保险公司《环境污染责任保险条款》(2009)第21条规定:“未经保险人书面同意,被保险人对受害人作出的任何承诺、拒绝、出价、约定、付款或赔偿,保险人不受其约束。”第22条规定:“保险人有权以被保险人的名义处理有关诉讼或仲裁事宜,被保险人应提供有关文件,并给予必要的协助。”此时,作为取得抗辩控制权的对价,保险人应承担代替被保险人抗辩的义务。具体而言,当诉状中第三人诉请被保险人承担的环境损害赔偿责任在承保范围内时,保险人应聘请律师在基础诉讼中进行抗辩,并负担抗辩费用。抗辩律师为保险人与被保险人共同的代理人。在保险责任限额小于索赔数额或保险人应否承担责任不确定时,由于被保险人无法将诉讼风险全部移转给保险人,二者对抗辩策略的选择可能有异,甚至发生利益冲突。此时,被保险人得另行聘请律师,费用由保险人承担。该律师仅为被保险人的代理人。在第三人诉请之责涵盖承保与非承保事项时,保险人有权要求被保险人分摊为抗辩非承保事项而支出的费用。^[66]

[63] 参见邹海林:《责任保险论》,法律出版社1999年版,第375页;陈飞:《论我国责任保险立法的完善——以新〈保险法〉第65条为中心》,《法律科学》2011年第5期,第193页以下。

[64] 参见上引邹海林书,第33页。

[65] 刘宗荣:《新保险法:保险契约法的理论与实务》,中国人民大学出版社2009年版,第338页。

[66] 参见马宁:《责任保险人抗辩义务规范的继受与调适》,《法学》2015年第4期,第36页。

结 语

通过补偿环境事故受害者,鼓励采取预防性措施,为环境恢复提供资金支持,保险机制在理论层面所具有的能为消解环境难题提供助益的价值已无可否认。在多样化的保险工具中,环境责任保险具有制度优势,应被视为对抗环境风险的优先选项。而基于市场机制自发实现责任保险功效的路径,在抽象的环境风险与具体的中国国情背景下难以证成,强制责任保险由此成为必然。但是,作为环境治理工具的强制责任保险的预期功效无法自发和无限地实现,其对外可能受限于保险人对环境责任风险的识别与控制能力,因而亟需建构相关辅助机制,以协助保险人提升风险测控水准;对内则取决于保险规范的妥当性,以便在最大化承保范围与照顾保险人承保能力间达成平衡。

Abstract: Environmental liability insurance is seen as a stand-alone tool for addressing environmental risks. It has institutional advantages over first-party insurance under the circumstance of environmental risks and should be regarded as a priority among insurance tools. However, the conclusion based on the Shaver model that the market mechanism can usually reach the optimal effect of liability insurance spontaneously cannot be proved under the circumstance of abstract environmental risk and specific national conditions. As a result, the compulsory insurance model becomes inevitable. The realization of the value of the insurance system is externally determined by the insurer's capability for recognizing, controlling and underwriting environmental risks and internally limited by the validity of the insurance coverage design. In the former case, insurers can integrate their own risk assessment and control activities into the national environmental management system, clarify as far as possible the forms of and responsibilities for several environmental infringements, utilize the mechanism for the redistribution of responsibilities within joint and several liability, and construct a dual risk premium system to reinforce their own risk assessment capabilities and reduce the uncertainty of responsibility arising from legislative and judicial factors. In the latter case, the scope of coverage should be carefully designed to include pure economic loss and the damage to the environment itself. At the same time, the insurer's affordability can be taken care of by way of controlling the scope of the insured.

Key Words: environmental risk, environmental tort, compulsory liability insurance, environmental liability insurance, pure economic loss
