

大会

Distr.: General
18 March 1998
Chinese
Original: English

国际法委员会

第五十届会议

1998年4月20日至6月12日,日内瓦

1998年7月27日至8月14日,纽约

关于防止危险活动的越界损害的第一次报告

由特别报告员彭马拉朱·斯雷尼瓦萨·拉奥提出

目录

段次 页次

一. 导言.....	1-8	3
第一部分. 预防的概念和条款草案的范围	9-113	6
二. 大会第五十二届会议对国际责任专题的审议	9-26	6
A. 概论.....	9	6
B. 委员会有关预防和赔偿责任的决定.....	10-14	6
C. 预防	15-16	7
D. 对委员会报建议的特写条款的评论.....	17-25	8
三. 预防的概念.....	26-70	10
A. 在可持续发展的框架中的预防.....	26-31	10
B. 预防是更可取的政策.....	32-34	11
C. 预防是行为上的义务.....	35-39	12
D. 预防和赔偿: 一个连续和一种综合义务.....	40	13
E. 国家责任相对于预防和赔偿的义务.....	41-44	14

目录(续)

段次 页次

F. 昆廷—巴克斯特的专题纲要.....	45-48	15
G. 预防和赔偿责任: 巴尔沃萨对本专题的处理.....	49-55	16
H. 委员会 1994 年暂时通过的条款草案和工作组 1996 折建议的条款草案.....	56-70	19
四. 条款草案的范围	71	22
A. 本专题范围内的活动.....	71-86	22
B. 重大损害的概念:起限问题.....	87-98	25
C. 越界损害的标准: 领土,控制和管辖的概念.....	99-100	28
五. 条款草案的范围: 建议核可的结论	111-113	30
第二部分. 预防的概念: 程序原则和实质内容原则	(见 A/CN.4/487/Add.1)	
第三部分. 结论	(见 A/CN.4/487/Add.1)	

一. 引言

1. 国际赔偿责任的专题于 1978 年列入国际法委员会的议程。¹ 同一年, 罗伯特·昆廷-巴克斯特先生被任命为这一专题的特别报告员。到 1984 年, 他已向委员会递交了五份报告,² 这些报告试图为本专题形成一个概念性的依据。他作出努力以确定这一新专题的范围界限, 并将它与委员会已经讨论一段时间的国家责任专题相区别。昆廷-巴克斯特的一项突出贡献就是于 1982 年在他的第三次报告中提出了专题纲要。³ 他在 1985 年过早地去世之前, 于 1984 年提交了他的第五次报告, 其中载有五项条款草案, 但这些条款草案没有提交起草委员会。⁴

2. 1985 年委员会第三十七届会议任命胡利奥·巴尔沃萨先生为这个专题的特别报告员。1985 至 1996 年期间, 巴尔沃萨先生提交了 12 份报告。⁵ 在这一过程中, 他进一步发展了昆廷-巴克斯特先生拟定的基本方式和纲要。从 1988 年起, 向起草委员会提交了具体条款供其审议。在拟定若干条款草案的同时,⁶ 委员会于 1992 年设立了一个工作组, 以审议关于这一专题的范围、应采取的方式和今后工作的可能方向等一些一般性问题。⁷ 根据该工作组的建议, 委员会在 1992 年 7 月 8 日作出了若干决定。⁸ 关于该专题的范围,

¹ 按照大会 1977 年 12 月 19 日第 32/151 号决议, 委员会在 1978 年第三十届会议上设立了一个工作组, 以审议此专题的范围和性质。见《1978 年...年鉴》, 第二卷(第二部分), 第 150 至 152 页(英文本, 下同)。

² 见初次报告, 《1980 年...年鉴》, 第二卷(第一部分), 第 247 页, 文件 A/CN.4/334 和 Add.1 和 2; 第二次报告, 《1981 年...年鉴》, 第二卷(第一部分), 第 103 页, 文件 A/CN.4/346 和 Add.1 和 2; 第三次报告, 《1982 年...年鉴》, 第二卷(第一部分), 第 51 页, 文件 A/CN.4/360; 第四次报告, 《1983 年...年鉴》, 第二卷(第一部分), 第 201 页, 文件 A/CN.4/373; 和第五次报告, 《1984 年...年鉴》, 第二卷(第一部分), 第 155 页, 文件 A/CN.4/383 和 Add.1。

³ 第三次报告分两章: 一章列出此专题的纲要, 另一章分析此专题纲要与在委员会和第六委员会都已讨论的基本原则的关系(见以上脚注 2)。

⁴ 第五次报告(见上文脚注 2), 第 155 至 156 页, 第 1 段。

⁵ 见初次报告, 《1985 年...年鉴》, 第二卷(第一部分), 第 97 页, 文件 A/CN.4/394; 第二次报告, 《1986 年...年鉴》, 第二卷(第一部分), 第 145 页, 文件 A/CN.4/402; 第三次报告, 《1987 年...年鉴》, 第二卷(第一部分), 第 47 页, 文件 A/CN.4/405; 第四次报告, 《1988 年...年鉴》, 第二卷(第一部分), 第 251 页, 文件 A/CN.4/413; 第五次报告, 《1989 年...年鉴》, 第二卷(第一部分), 第 131 页, 文件 A/CN.4/423; 第六次报告, 《1990 年...年鉴》, 第二卷(第一部分), 第 83 页, 文件 A/CN.4/428 和 Add.1; 第七次报告, 《1991 年...年鉴》, 第二卷(第一部分), 第 71 页, 文件 A/CN.4/437; 第八次报告, 《1992 年...年鉴》, 第二卷(第一部分), 第 59 页, 文件 A/CN.4/443; 第九次报告, 文件 A/CN.4/450; 第十次报告, 文件 A/CN.4/459; 第十一次报告, 文件 A/CN.4/468; 和第十二次报告, 文件 A/CN.4/475/Add.1。

⁶ 《1992 年...年鉴》, 第二卷(第一部分), 第 61 至 62 页, 第 3 至 8 段。

⁷ 见《1992 年...年鉴》, 第二卷(第二部分), 第 51 页, 第 341 至 343 段。

⁸ 同上, 第 51 页, 第 344 至 349 段。

(a) 委员会注意到,在过去几年对本专题的工作中,它确定了专题的大概领域和外围界限,但尚未就确切范围作出最后决定。委员会认为,在目前来作出这种决定,也许为时过早。但委员会议定,为了推动此议题工作的进展,应采取这样的谨慎作法:分阶段在这一大范围内进行审议,并确定要讨论的各问题的优先次序;

(b) 根据上文第(a)分段中所载述的理解,委员会决定将专题视为既包括预防问题,也包括补救措施的问题。但应首先考虑预防问题;委员会只有在完成了专题这第一部分的工作后,才可继续处理补救措施的问题。这个前提下的补救措施可包括减少损害、恢复所损害的一切,和对造成的损害进行赔偿等补救措施;

(c) 应该侧重起草针对具有造成跨界损害危险的活动的条款;委员会不应在此阶段讨论实际上造成了损害的其他活动。根据上文第(b)分段的建议,这些条款应首先处理可能导致跨界损害的活动的预防措施,然后再处理当这种活动已经造成跨界损害时的补救措施的条款。一旦委员会完成了对具有造成跨界损害危险的活动的这两个方面的拟议条款的审议工作,将接着决定下一阶段的工作。

3. 1994 至 1995 年,委员会暂时一读通过了若干条款。⁹

4. 1996 年,委员会设立了一个工作组,参照特别报告员提交的各份报告和委员会多年来所进行的讨论来审议此专题的所有方面。¹⁰ 除这些报告之外,委员会还收到了由秘书处编写的与此专题有关的各种责任制度的概览。¹¹ 秘书处又在 1985 年编写了一份关于此专题的国家惯例的概览。¹²

5. 工作组的报告全面地叙述了此专题的情况,其中包括预防和赔偿责任或其他补救的原则,以及各项条款草案及有关的评述意见。委员会未能审议档这样提出的各条款草案,但将它们列入委员会 1996 年提交大会的报告作为附件。¹³

6. 按照大会 1996 年 12 月 15 日第 51/160 号决议,委员会于 1997 年设立了一个工作组,审议进一步研究此专题的方式并就此提出建议。¹⁴ 工作组回顾了委员会自 1978 年以来就此专题所进行的工作。它注意到,由于概念和理论上的困难、标题的

⁹ 1994 年通过了第 1 至 2 条和第 11 至 20 条(见《1994 年...年鉴》,第二卷(第二部分),第 54 页和第 159-178 页,第 360 和 380 段)。1995 年通过了第 A 至 D 条(《大会正式记录,第五十届会议,补编第 10 号》(A/50/10),第 215-239 页)。

¹⁰ 《大会正式记录,第五十一届会议,补编第 10 号》(A/51/10),第 97 段。

¹¹ 见“关于国际法不加禁止的行为产生的损害性后果的国际责任专题的各种责任制度概览”,文件 A/CN.4/471。

¹² “有关国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任的国家实践概览”,文件 ST/LEG/15 和 Corr.1,后来作为文件 A/CN.4/384 重新印发。

¹³ 《大会正式记录,第五十一届会议,补编第 10 号》(A/51/10),附件一。

¹⁴ 同上,《第五十二届会议,补编第 10 号》(A/52/10),第 130 页。

恰切性和这个议题与国家责任专题的关系等因素,这个专题的范围和内容还是不明确。¹⁵

7. 关于此专题的两个方面,即“预防”和“国际责任”,工作组认为,它们虽然相互关联,但彼此不同。因此,它提议预防和赔偿责任两个问题应当分开来处理。工作组进一步提出,关于预防的若干条款草案已由委员会暂时通过,因此建议今后几年应当完成关于预防的条款草案的一读。工作组还认为,关于预防的条款草案的形式和性质的任何决定应当在以后阶段作出。¹⁶

8. 还应当指出,工作组有人表示,委员会应当保留国际责任的议题。但是,工作组商定,委员会要等待各国政府提出进一步评论意见之后才可就这一问题作出任何决定。又有人指出,这个专题的标题可能需要视条款草案的范围和内容加以调整。因此,委员会于 1997 年决定就此专题继续进行工作,首先在“防止危险活动的跨界损害”的小标题之下集中审议有关预防的事项。¹⁷

¹⁵ 同上。还有人指出,虽然国际惯例显示,各国目前接受对环境损害承担责任的一般原则,但“在这一原则的确切内容和界限方面仍有许多不确定的地方”,包括环境损害的国际责任的法律依据和形式。至少已经有三种关于不法行为的责任的形式或制度,和一种关于并非不法或被禁行为的赔偿责任的制度,即:过失责任,无过失责任或客观责任,客观和相对责任或客观和绝对责任,以及并非不法或被禁行为的赔偿责任。关于对这些及其他问题的讨论,见 R. Pisillo-Mazzeschi, “环境损害的国际责任形式”,载于 F. Francionit 和 T. Scovazzi, 《International Responsibility for Environmental Harm》(Graham 和 Trotman 出版社,伦敦,1991 年),第 15-17 页。又见 A. Kiss 和 D. Shelton, 《International Environmental Law》(Graham 和 Trotman 出版社,伦敦,1991 年),第 350-360 页。作者们指出:“在为确定赔偿责任所需要的各种要素—因果关系,确定不法行为者,损害的证明和衡量尺度—之中,国内和国际环境法所共同面临的一个问题,是如何确定为追究责任所必要的过失的法律依据或程度”。(同上,第 350 页)。在过去 20 年期间,关于国际赔偿责任的议题有大量学术文献。在评论这些文献时,《哈佛法律评论》的编辑们指出,虽然如此,但是还没有出现任何裁定赔偿责任的实用制度。而且他们认为,目前确实存在的极少数国际环境案例法不具备什么先例价值,因为这些案例不是基于环境赔偿责任的理由,而是基于狭义假设案件辩论或根据条约来决定的。因此学者或国际法官都不可能合理地依赖这些案例得出更为具体的赔偿责任规则。因此,无法表示对可能带来环境损害的国家采取行动或不采取行动的后果可作何种合理的期望。因此,sic utere 原则“仍然是一个抽象概念,一个评论家们希望能由实质内容、最好是得到联合国或某些其他国际组织认可的内容来充填的空洞概念”。这些编辑们认为,“于是国际法学家的挑战在于颁布一种国际赔偿责任制度,该制度应如此地促进各国的利益,以致各国会放弃其某些主权权利来参与这一制度”。见《哈佛法律评论》编辑们论著,“国际环境法律的趋势”,转载于 L. D. Guruswamy、G. W. R. Palmer 爵士和 B. H. Weston, 《International Environmental Law and World Order: A Problem-Oriented Coursebook》(West 出版公司,明尼苏达州圣保罗,1994 年),第 330-332 页。又见关于习惯法基本适中间题的论著, I. Brownlie, “A Survey of International Customary Rules of Environmental Protection”, 载于《Natural Resources Journal》,第 13 卷(1973 年),第 179-189 页。

¹⁶ 《大会正式记录,第五十二届会议,补编第 10 号》(A/52/10),第 166 段。

¹⁷ 同上,第 168 段。

第一部分. 预防的概念和条款草案的范围

二. 大会第五十二届会议对国际责任专题的审议

A. 概论

9. 委员会继续审议这一专题的决定受到欢迎。有人说,越来越需要有明确的规则来限制各国解释和遵守某些义务的任意性质,特别是那些目的在于确保它们管辖或控制下的一些领域内所进行的活动不致对其他国家或对其国家管辖范围以外的地区造成伤害的规则。令人遗憾的是,由于各国并不情愿对于这类活动的一个责任制度范围的定义作出贡献,而只有少许进展。反映于许多后来的国际文书内的《斯德哥尔摩宣言》原则 22 规定各国义务进行合作,制订这一方面的法律。有人说,对于该项义务应该采取步骤加以落实。还有人说,关于这一议题的国际法不断发展,到 21 世纪初将有重大影响。¹⁸ 在当今的世界上,如果不预防对环境的损害将会造成严重后果。当前的了解是,世界上没有取之不尽的自然资源,因此必须提倡可持续发展。从事该领域国际法的编纂和逐渐发展的人不能忽略这一点。

B. 委员会有关预防和赔偿责任的决定

10. 委员会决定分开来处理预防问题和赔偿责任问题,对此有两种不同意见。许多代表团虽然同意这个办法,但强调也需要处理赔偿责任问题。有人表示,委员会决定将预防问题从赔偿责任分离出来单独研究,这样的办法一方面似乎完全有理,另一方面却可能有许多深远的影响。¹⁹ 不可否认,国际赔偿责任和预防这两个问题只是间接相关,有几个理由应加以区分。不论赔偿责任属于主要或次要法则,它所定义的是国际法不加禁止的活动所产生的损害的后果问题。在这一点上,应该提到关于国家责任的条款草案第 35 条,该条款的评注中也反映了其中的关联。但是,关于赔偿责任的草案还包括了一些纯属主要性质的规则,例如有关预防的规则,违反这些规则就不属于赔偿责任而属于国家责任的范围。因此,预防与赔偿责任之间除非有明确的概念划分,否则列入同一项草案是不正确的。这两个问题加以区分还有另一个理由,就是它们往往处理不同的活动领域:预防几乎是针对一切危险活动。所以,得到委员会确认为现有法律的《斯德哥尔摩宣言》原则 21 并没有区分不同类别的活动。相反的,赔偿责任制度似乎应当只为那些尽管具有危险性但却是不可或缺的活动而建立。这样的制度将规定,尽管采取预防措施而仍然发生的损害不需要由社会承担,而应由损害的肇事者赔偿。只有在这种情况下预防和赔偿责任制度才是相关的。

11. 有人指出,委员会工作组在 1996 年间就这项专题作出重大进展,拟订了关于预防的一套条款草案。各国义务防止跨界损害,并尽量减少危险,特别是通过环境影响评价。但是今后关于这一专题的工作不应限于预防。如果有损害就必须赔偿。预防

¹⁸ 有关意见一般地参看墨西哥代表团(A/C.6/52/SR.17,第 27 段)和新西兰代表团(A/C.6/52/SR.23,第 28 段)的发言。

¹⁹ 例如,见奥地利代表团表达的看法(A/C.6/52/SR.23,第 41 段)。

只是一个序曲,这个专题的关键在于有关行为的后果。委员会同等仔细地研究这一专题的每一方面,将显示它是一个愿意面对 21 世纪挑战的现代组织。²⁰

12. 有人说,第 1 条界定了条款草案的范围,即国际法不加禁止的,有造成重大跨界损害危险的活动。²¹如果一国从事这类性质的活动而没有履行关于预防的条款草案中所规定义务,则发生损害时就引起了国家责任。另一方面,如果一国履行了条款草案规定的义务而损害仍然发生,这时引起的是“国际赔偿责任”,也就是这里的中心议题。委员会一完成对关于“预防”的条款草案的一读,即应开始审议“赔偿责任”问题。是否需要修改这一专题的标题将视条款草案的内容而定。

13. 有人表示,委员会混淆了这一专题两个方面的关系是可以理解的:²²“赔偿责任”当然是此一专题的主要成分,具有很大的实际意义。然而,这一专题在司法管理和学说上定义较为模糊,具有争议性,容易引起冲突,其原因之一是各不同国家法律制度下有不同的解释,造成对于危险性、赔偿责任、滥用权利和违反睦邻关系等等方面的歧见;这种歧见使得在国际一级适用何种制度的问题发生很大疑问。即使问题的关键按主要规则加以定义,“使用自己财产时不得损害他人财产”的意义仍然很难在实在国际法中加以解释。因此,委员会决定至少暂时把有关专题的这两个方面分开是恰当的,至少可以就“预防”问题取得进展,这一方面应限于危险活动。

14. 还有另一种意见认为,不宜考虑这一专题的赔偿责任方面。虽然“国际赔偿责任”是当初设想的这一专题的核心,但并不表示 25 年前在认识不清的情况下提出的问题如今仍当予以保留。今后关于这一专题的工作应仅限于预防方面。此外,委员会在过去 20 年中没有能够定义这一专题的范围和内容,现在最好先考虑可行的实际办法。在这个框架内,委员会应将工作限于跨界损害以及有造成损害危险的活动。污染蔓延和全球公有物这类广泛的问题至少最初应不予考虑。²³

C. 预防

15. 关于预防问题,有人说,各国在其国境内进行的活动种类繁多,很难就引起跨界损害的活动拟订详尽清单,而指示性清单较为可行。²⁴而且很难让人同意如何将“跨界损害”定为“重大的”,这一用语可能引起争议,特别是没有拘束性的解决争端机制。²⁵如果没有解决争端机制,就应把这一形容词删去。当损害发生时,受害国有权自引起损害的国家得到赔偿。关于预防的工作应包含一种程序,对于国际法中有关预防的各种参数和结果首先加以澄清,然后对照委员会已拟订的有关条款草案加以评

²⁰ 参看下列代表团的发言:新西兰(A/C.6/52/SR.23,第 28 段),葡萄牙(A/C.6/52/SR.24,第 62—63 段),巴西(A/C.6/52/SR.25,第 16 段),大韩民国(A/C.6/52/SR.25,第 38 段),阿根廷(A/C.6/52/SR.25,第 43 段),墨西哥(A/C.6/52/SR.17,第 27 段)和意大利(A/C.6/52/SR.23)。

²¹ 中国代表团的发言(A/C.6/52/SR.23,第 6 段)。

²² 见捷克共和国代表团的发言(A/C.6/52/SR.23,第 66 段)

²³ 见日本代表团的发言(A/C.6/52/SR.24,第 3 段)和大不列颠及北爱尔兰联合王国代表团的发言(A/C.6/52/SR.19,第 48 段)

²⁴ 巴基斯坦代表团的发言(A/C.6/52/SR.18,第 64 段)

²⁵ 同上。

价。在这方面,不可能忽略定义“危险行为”时的困难,这一定义将确定条款的范围。但同时却不应忽略了原有的任务,就是制订狭义的赔偿责任制度。还有人说,委员会应当考虑到在些领域内当前的实践,更加重视提供鼓励措施,包括能力建设,以鼓励遵守应有注意的规则。应有注意义务的执行应与各国的科学、技术和经济能力成正比。不履行这项义务应有不包括经济和其他制裁的强制性法律后果。²⁶

16. 又有人指出,有些活动只在同其他活动一起进行时才可能成为有害的活动,这种情况需要扩大交换资料,更自由的协商制度以及更广泛地评估风险,包括其他国家的环境和这些国家的活动。同样的,两个国家的跨界活动影响可能结合在一起影响到第三国,因此出现一个以上的起源国。²⁷

D. 对委员会所建议的特定条款的评论

17. 有人表示,工作组 1996 年拟订的条款草案所根据的是习惯国际法原则,其中规定了预防或减少在一国控制下所进行活动引起的跨界损害的义务。²⁸经指出,损害的实际存在是产生赔偿责任的先决条件。然而,只由于存在损害还是由于缺少应有注意的行为引起的损害才产生赔偿责任的问题,可以由活动的性质和引起的危险来确定。此外,在环境损害的情况下最好是进行补偿而非赔偿。有人表示,其余的条款草案与所应进行的国家和国际环境评价是相符的。至于条款草案今后的发展,最好是允许各国在谈判条约时另以针对赔偿责任具体问题的规定予以取代。此外还应考虑到与国际赔偿责任领域现有条约法之间关系的一般性问题。

18. 有人表示,目前的第 4 条比原来的 B 条的范围广。²⁹在预防的标题下,实际超过对风险的预防,现在概括有三种义务:事先预防危险、事先尽量减少危险和事后尽量减少损害。最后一项是关于已实际发生的跨界损害,在一些情况下也等于预防。第 4 条将损害的发生同它的影响加以区别,前者必须是重大的,后者可能较小。这样,如果将第 4 条同第 1 条(b)项相联系,条款草案适用的活动可能不涉及重大跨界损害的危险,但实际上已经造成这种危险。希望能够澄清第 4 条最后一部分是否打算增加一种排除有害影响的义务;按现在的草案,特别是结合有关行动自由的第 3 条,可能意味着各国有某些选择。此外,第 4 条中预防的广义概念不符合有关预防或减少危险的第 9 条至第 19 条,而与有关赔偿的第 20 至 22 条关系更加密切。关于第 4 条,有人表示这一条的意义在于它强调了预防行动的重要性,特别是条款草案第 1 条(b)项,其中述及那些通常不造成危险但实际上引起损害的活动。

19. 有人指出,第 6 条同第 4 条一样将损害和影响加以区分,但同时提到在受害国和起源国中的影响。³⁰需要澄清第 4 条中的义务是否包括这两种影响,还是只包括受害国所受到的影响。

²⁶ 印度代表团突出强调提供鼓励,包括能力建设(同上,第 30 段)。

²⁷ 澳大利亚代表团的发言(A/C.6/52/SR.24,第 27 段)

²⁸ 加拿大代表团的发言(A/C.6/52/SR.25,第 30 段)

²⁹ 澳大利亚代表团的发言(A/C.6/52/SR.24,第 22 段)。另参看葡萄牙代表团的发言(同上,第 62 段)。

³⁰ 澳大利亚代表团的发言(同上,第 23 段)。

20. 关于第 9 条和第 11 条,有人说,这两条都是关于授权问题,应当合并在一起。³¹使用诚意的概念可以加强第 11 条的重点。同样的,提出一个时间的因素,要求某一国采取合理的迅速行动指示主管核准前已进行的活动的人员获得核准,这将加强应有注意的必要性。

21. 关于第 10 条(对于危险的评估),应由起源国决定由谁进行评估,评估内容以及授权的形式;实际上应避免规定过份详细。³²

22. 此外,第 13 至 18 条应参照管辖更具体活动范围的国际体制加以审议。³³第 13 条的目的是得到通知和传送资料。目前的案文还要求提出答复,但这项要求放在第 14 条(交换资料)或第 17 条(关于预防措施的协商)可能更适当。另一方面,如果第 13 条涉及交换资料而不仅仅是传送和通知,就可以在“通知和交换资料”的标题下将第 13 条和第 14 条合并。

23. 关于国际赔偿责任的一般问题,有人表示,委员会应当说明联合活动引起的联合赔偿责任,以及其他有关问题,包括赔偿、行动和检查的权利、解决争端的原则和机构、进入、调查和清除。还有人说,这一专题和国家责任之间的关系应明确界定。³⁴

24. 根据各国在大会第五十二届会议第六委员会中所作的评论,显然应该继续进行关于预防问题的的工作。下面谈谈对工作组 1996 年建议的具体条款所作的关于一般性问题的一些评论和观点。

25. 我们准备参照委员会迄今所做的工作,澄清预防的概念及拟议条款草案的范围。然后,我们处理预防制度所包括的不同要素或原则。下面关于预防概念及条款草案的范围的两节主要依赖从委员会关于这个主题的记录中抽出来的材料,特别是前两位特别报告员的报告,和委员会所作的决定。虽然重点在于预防原则,不可避免要多少提到补偿和赔偿责任问题,因为委员会过去的工作把预防、补偿和赔偿责任问题作为密切相关的概念来处理。不过,即使提到补偿和赔偿责任,仍然十分小心不偏离预防问题,因此严格地避免考虑诸如绝对责任问题或任何关于损害后阶段的原则。为了下列理由,我们认为有必要回顾委员会过去 20 年来的工作成果:

(a) 由于这是一个重新组成的委员会,这一回顾将为委员会成员提供一个必要的背景。

(b) 要拟订任何有关预防的制度,有益的做法应是采纳委员会到目前为止在委员会成员和第六委员会各代表团大力支持下拟订的预防概念要素;这一回顾将试图尽可能地确定这些要素;

(c) 这一回顾也将突出在所涉的困难问题上表达的不同论据或观点,如赔偿责任和责任之间的关系,预防和赔偿责任原则与责任两者之间的权衡,界定损害的法律起限的必要性,以及这个专题范围内的其他组成部分。这些问题过去受到委员会和

³¹ 同上,第 24 段。

³² 同上,第 25 段。

³³ 同上,第 26 段。

³⁴ 一般地参看澳大利亚代表团的发言(同上,第 28 段)和泰国代表团的发言(A/C.6/52/SR.17,第 39 段)。

第六委员会的注意,将来也会如此。因此,分析关于这些问题的决定的趋势将会帮助我们尽可能快地完成委员会关于这个专题的工作。

三. 预防的概念

A. 在可持续发展的框架中的预防

26. 作为一个概念,预防在防止或不对邻国造成伤害的任何安排中已占据十分重要地位,无论我们如何广义和狭义地界定我们的相邻地区。在现代的环境中,各种活动不仅会造成超过其直接范围的损害或伤害,而且这种损害的程度已成为令人十分关切的事项,无论它在何时或在何处发生。因此,人口增长、经济发展的需求、不断扩展的消费主义和物质主义已使得城市更加拥挤,河流和海洋更受污染,森林正在消失,土地更受损伤,有毒和有害废弃物越来越多,人类的健康、福祉、甚至存亡遭到威胁。全球升温、臭氧消耗、砍伐森林、荒漠化、生物多样性退化、以难以控制和无法持续的方式掠夺自然资源以及其他因素均造成全球环境恶化,并使地球处在危险中。³⁵

27. 应付这些问题产生的挑战已成为人类所关切的一项紧迫和持久的问题。1972年6月在斯德哥尔摩举行的联合国人类环境会议和1992年6月在里约热内卢举行的联合国环境与发展会议,是国际社会已作出的两项最明显的努力,以确定政策、方案和战略,防止对环境产生越境损害,并缔结条约予以实施。这两次会议和其他后续会议及宣言均在实现预期的目标方面高度重视预防概念。《里约宣言》原则2基本上重申了《斯德哥尔摩宣言》原则21,它说:

“根据《联合国宪章》和国际法原则,各国拥有按照本国的环境与发展政策开发本国资源的主权权利,并负有确保在其管辖范围内或在其控制下的活动不致损害其他国家或在各国管辖范围以外地区的环境的责任。”³⁶

28. 国际法院在其1996年7月8日对以核武器进行威胁或使用核武器的合法性发表的咨询意见中确认,原则2重申了习惯法的一项规则,指出:“各国有一般的义务确保在其管辖范围内或在其控制下的活动尊重其他国家或在国家管辖范围以外地区的环境,这一点目前已成为有关环境的国际法典的一部分。”³⁷

29. 然而,正如已经指出,“原则2的确切范围和影响尚未明确决定。国际领土范围内的活动所引起的越境损害,显然并不是一概可以防止或均属非法的”。³⁸

³⁵ 关于其中许多主题的讨论,详见《时代》杂志1997年11月特刊:“我们的宝贵地球”。

³⁶ 《里约宣言》、《斯德哥尔摩宣言》以及许多其他相关文书的原文,见 Patricia W. Birnie 和 Alan Boyle, *Basic Documents on International Law and the Environment*(Oxford,1995)。

³⁷ 《国际法院判例汇编(1996年)》第15页,第29段。

³⁸ 见“《关于环境与发展里约宣言》:应用和执行,秘书长的报告”,E/CN.17/1997/8,第23段。另外,有人指出,“一般来说,国际惯例尚不特别赞成通过使用国家责任的传统规则弥补对环境的损害。各国通常宣布责任原则,却对于订明详细规范则有所犹豫。它们更不愿意在实际情况发生时针对其他国家援引该原则。” Kiss 和 Shelton 同前(见上文脚注15),第360页。

30. 依照《里约宣言》,防止造成越境损害的义务要求采取一种方针,使预防成为旨在消除贫穷的发展进程所不可缺少的一种责任和概念(原则 4 和 5)。正如原则 25 已正确强调指出:“和平、发展和保护环境是相互依存、不可分割的。”最近举行的几个联合国专题会议的最后文件均重申这项相互依存的方针,这些会议包括开罗人口与发展国际会议、哥本哈根社会发展问题世界首脑会议、北京第四次妇女问题世界会议、伊斯坦布尔联合国人类住区会议(生境二)以及审议和评价《21 世纪议程》执行情况的大会第十九届特别会议。

31. 在这方面,发展中国家、尤其是最不发达国家和在环境方面最易受伤害的发展中国家的特殊情况和需要应受到特别优先考虑(原则 6)。³⁹

B. 预防是更可取的政策

32. 不对其他国家或国家管辖范围以外地区的环境造成损害的义务,等于是明确指示各国尽可能作出努力预防这种越境损害。预防是更为可取的,因为在造成损害后的赔偿,通常无法恢复该事件或事故之前存在的状况,即原状。⁴⁰ 现在更加需要履行预防或给予应有注意的责任,因为关于进行有害活动、所使用的材料以及控制这些活动的进程和所涉的风险等知识正逐渐扩大。从法律角度来看,尽管一连串因果关系之中存在一些介入因素,寻找连串因果关系(即原因(活动)与影响(损害)之间的联系)的能力却得到加强,因此,更加需要采取预防损害的一切必要步骤,以免引起赔偿责任。无论如何,作为政策预防,总是胜于治疗。这是经过时间考验的政策,而且许多发达工业化社会均广泛采用这一政策,以管理甚至减少或消除它们经济增长的不利影响。

33. 所以,世界环境与发展委员会环境法专家组正确地强调了预防问题。该专家组所建议的关于越境自然资源和环境干预问题的第 10 条说:“在不损害第 11 和第 12 条所定原则的情况下,各国应预防或减轻任何越境环境干预或这种干预可能造成重大损害(即并非轻微或微不足道的损害)的显著危险”。⁴¹ 另外,还必须指出,特雷耳炼

³⁹ 《里约宣言》进一步指出:“鉴于导致全球环境退化的各种不同因素,各国负有共同的但是有差别的责任”(原则 7)。在这方面,《里约宣言》指出:

“有差别的责任可产生不同的法律义务。实际地说,共同但有差别的原则转化成公开的确认,即不同的标准、延迟遵守时间表或较宽松的承诺可能适合不同的国家集团,以此鼓励普及的参与。由于其对全球环境的压力和由于其掌握的技术和财政资源,发达国家承认它们的责任。一些国际协定声明工业化国家有义务帮助发展中国家努力追求可持续发展和协助发展中国家保护全球环境。这些协助除了协商和谈判外,还可能需 要财政援助、转移无害环境的技术和通过国际组织的合作。”(E/CN.17/1997/8,第 46 段)。

⁴⁰ 预防原则被作为拟订关于预防越境损害的国际制度的出发点。基本的假定是,保护环境的最佳办法是预防环境受到损害,而非在环境损害已发生之后才试图加以补偿:见“旨在实现可持续发展的国际环境法专家组讲习班的最后报告”,UNEP/IEL/WS/3/2,第 12 页。

⁴¹ 世界环境与发展委员会环境法专家组通过的《环境保护与可持续发展——法律原则和建议》(Graham and Trotman/Martinus Nijhoff,1986),第 75 页。另外,有人指出,不造成重大损害的责任还可产生于不以条约为基础的国家惯例,以及各国单独和(或)集体所作的声明。见 J.G. Lammers,《Pollution of International Watercourses》(Martinus Nijhoff,The Hague,1984),第 346 至 347 页、第 374 至 376 页。

铍厂案件的仲裁裁决强调了预防这一早已确定的原则,《斯德哥尔摩宣言》原则 21 和 1972 年 12 月 15 日大会关于各国在环境领域中合作的第 2995(XXVII)号决议均重申了这一原则。这一原则也反映在 1978 年《环境规划署指导各国养护和协调利用两个或两个以上国家共有自然资源的环境方面行动原则》草案的原则 3 其中规定,各国必须“尽量避免和……尽量减少因利用共有自然资源而在其管辖范围以外引起不良的环境影响,以便保护环境,特别是如果此种利用可能引起下列后果:(a)对环境造成损害,从而影响到另一个共有国家对此种资源的利用;(b)对一种共有可再生资源的养护造成威胁;(c)危害另一国居民的健康”。⁴²

34. 关于保护环境、核事故、空间物体、国际水道、危险废物管理和预防海洋污染等许多多边条约,均已将预防对环境、人身和财产的越境损害视为一项重要原则。欧洲经济委员会所缔结的若干公约也已接受这项原则,如 1979 年《远距离越境空气污染公约》、1991 年《越境环境影响评估公约》、1992 年《保护与使用越境水道和国际湖泊公约》和 1992 年《工业事故越境影响公约》。通过这些及其他措施,欧洲正有效地努力将保护环境纳入经济发展之中。此外,“不断增长的经济实际上被视为可持续性的一项必要先决条件,因为它能为生态发展、恢复环境损害和预防未来损害提供所需的资源”。⁴³

C. 预防是行为上的义务

35. 对在有益活动或发展活动中因其内在危险而引起的工业和技术损害的国家责任进行的研究得出结论认为,任何这种越界损害的责任只限于行为上的义务,并不扩大到包括对结果的义务。⁴⁴对此,皮尔-玛里·迪皮伊教授认为:

“通常对[国家]在这些方面行使法律权力施加的各种限制的效果并不是保护使第三方因其从事这些活动所享有的主观权利不受到任何侵犯,而是使从事这些活动的国家有义务非常小心谨慎地防止造成任何可能的损害。”⁴⁵

⁴² 《国际法律材料》,第 17 卷(1978 年),第 1098 页。关于提到反映预防原则的其他资料来源,见《环境保护与可持续发展——法律原则和建议》,同前(上文脚注 41),第 75 至 80 页。

⁴³ 欧洲委员会,《Caring for our Future: Action for Europe's Environment》(布鲁塞尔,1997 年),第 10 页。

⁴⁴ 关于对行为和结果的义务,见国际法委员会一读通过的国家责任条款草案(第一部分)第 20 和第 21 条。《1980 年……年鉴》,第二卷(第二部分),第 32 页。

⁴⁵ 昆廷-巴克斯特第二次报告(见上面脚注 2),第 113 页,脚注 77 内所引的迪皮伊,《La responsabilité internationale des États pour les dommages d'origine technologique et nucléaire》(Paris, Pedone, 1976)。世界环境与发展委员会环境法专家组指出:“引起造成重大损害的显著危险的活动,原则上必须加以防止或减少,但是很可能有这样一种情况,就是对某些危险的活动来说,如果已采取一切可能的预防措施以排除危险的发生,而该活动所产生的益处必须被认为远大于消除该危险(但为此不得不终止该活动),所能得到的益处的话,该活动的非法性便不存在(前引书(见上面脚注 41),第 79 页)。另见专家组提议的关于各项活动所产生越界环境干扰的赔偿责任第 11 条(同上,第 80 页)。

36. 他进一步指出,预防胜于治疗,因此一个订明必要行为标准的制度,可能比一个制定损失或损害的赔偿率的制度更有价值。⁴⁶

37. 另一名评论员也预见到有需要制定关于国家进行的可能带有造成严重损害的危险的合法行为的新规则。鉴于仍有疑问的是我们是否可以将对不法行动的责任限度在不打击其基础的情况下无限扩大,路透教授指出:

“我们只要考虑到某些危险是不需对产生这些危险的企业加以禁止的正常性危险,对于这种危险,一旦真的发生便有义务对所造成的损害给以赔偿。在这种情况下,即使不违反任何国际法规则也要负起责任行为是合法的,但要负赔偿责任。责任只是基于因果关系。目前没有人可以说国际法内有这一条规则;但是,由于人类从不回避极危险的活动,因此该项规则至少可以部分采用。”⁴⁷

38. 为了证明有理由将预防责任发展成为一种慎重责任,昆廷-巴克斯特认为:“与赔偿责任有关的公约极少是孤立存在的:它们更多是一连串义务中的一个环节,而这一连串义务又是旨在防止或减少某些活动所造成的损失或损害的较大国际努力的一部分。”他还说:“因此,赔偿义务不能取代预防的义务。”⁴⁸

39. 对各项有关公约进行研究后也使昆廷-巴克斯特得出结论认为,对于有造成损害危险的活动,各国政府仍负有最终的监督职能,即使它们将赔偿和保证付款的责任转给私人经营者。⁴⁹他进一步指出,慎重标准的严格性往往随企业的内在危险程度而增加,这种标准当然主要是对预防的义务而言。慎重责任取决于这些义务,它要求危险出现在其领土和管辖范围内的国家作出真诚努力寻求公正的解决办法,并适当考虑到所有有关各方的利益。⁵⁰

D. 预防和赔偿: 一个连续体和一种综合义务

40. 昆廷-巴克斯特的基本做法是将预防和赔偿的问题结合起来处理,把它们当作一个连续体的一部分而非作为两种互不相容的选择办法。⁵¹ 简而言之,他的构想是,

⁴⁶ 迪皮伊,前引书,昆廷-巴克斯特第二次报告内所引(见上面脚注2),第114页,第46段。

⁴⁷ 路透,“*Principes de droit international public*”,《*Recueil des cours...*,1961-II》,第103卷,第593页,引于昆廷-巴克斯特第二次报告(见上面脚注2),第116页,脚注95。

⁴⁸ 昆廷-巴克斯特第二次报告(同上),第120页,第70段;另见该报告脚注115内所引各项公约。国际法研究所1997年9月4日关于“环境”的决议指出,各国政府、区域政府和地方政府及法人或自然人采取一切必要谨慎措施以防止对环境造成损害的责任与任何赔偿义务是互相独立地存在的(第9条)。另见同一日期的题为“在国际法下对环境损害的责任和赔偿责任”的决议序言部分,其中指出“除确保修复和赔偿的传统作用外,责任和赔偿责任还包括加强预防对环境的损害。”

⁴⁹ 见第二次报告内引用的各项条款(上面脚注2),第120页,脚注116。

⁵⁰ 同上,第120-121页,第71-72段。

⁵¹ Yankov 认为,这个专题的目的是要处理一个“朦胧地带”——《1981年……年鉴》,第一卷,第226页,第1687次会议,第1段。另一些人则认为这个专题涉及对活动的管制,这些活动原则上是有用的,也是合法的,因此不应当加以禁止,而只是加以管制,并对行为附加条件。在这方面,见 Riphagen(《1980年……年鉴》,第一卷,第245页,第1630次会议,第29至30段)和 Sir Francis Vallat(同上,第250页,第1631次会议,第36段)的意见。昆廷-巴克斯特指出:“从正式的观点来看,本专题的主题内容必须表述为一种综合的‘主要’义务,包括了预防、尽量减少实际越界损害的发生并在发生后提供赔偿的整个领域”(第四次报告(见上面脚注2),第213页,第40段)。

对这个专题可以采取一种软性的办法来解决将一个国家的行动自由与另一国不受越界损害的自由调和起来的问题。⁵²更一般地说,这种“不同程序的禁止”的制度⁵³被引伸为向起源国提出“自行管制”的呼吁;如果它不能与受影响国达成协议,起源国至少有责任客观地考虑到受影响国的合法利益,无论是采取一种保护制度,还是对不受适当制度或议定制度管制的越界损失或损害提供赔偿。⁵⁴

E. 国家责任相对于预防和赔偿的义务

41. 在对不法行为和国际法不加禁止的行为分别产生的义务作区分时,昆廷-巴克斯特指出,他打算拟定的条款草案的主要目的是要“促进建立各种制度,不用禁止的方式,管制任何被认为构成实际或潜在重大危险并引起越界影响的特定活动”。⁵⁵他进一步说明,赔偿责任一词用在这里的含义是“一种负资产,是与权利成对比的义务”。因此它不但是指一种义务的后果,而且也是指义务本身,它与责任一样,也包括其后果在内。⁵⁶

42. 因此,有人认为,对一种不加禁止的行为的义务,只有在国际法某一主要规则有此规定时才产生。换言之,预期在此专题下处理的各种原则,将属于拟订主要规则的性质,而不是违反某一主要义务的法律后果。

43. 与国家责任专题的另一不同之处是,如上面所说明的,标题内“不加禁止的行为”一语是用来表明受害国不必证明其所指控活动的合法性,因为它从广义上是指“无论是否受到禁止的行为”。⁵⁷昆廷-巴克斯特说服委员会作出一个初步决定,并一再重申,大意是:“本专题属于‘主要’规则的领域,即由关于国家对不法行为或不行为的责任的既定制度所管制但无意加以取代的规则。”⁵⁸国际赔偿责任、因而预防的责任这一专题的发展,将需要接受“合法利益和多重因素”的存在并予以调和。⁵⁹值得指出的是,《斯德哥尔摩宣言》原则 23 也提及合法利益的标准。作为发展“合法利益和多重因素”专题的基础,昆廷-巴克斯特提及若干案例。他指出在“Lotus”案中确定的下列原则:⁶⁰“对国家主权的限制取决于主要义务规则的存在,而这些规则须

⁵² 第四次报告,同上,第 213 页,第 43 段。

⁵³ 由于归于本专题范围的活动“处于合法和非法界线的流动前沿”,因而受到“不同程度的禁止”,所以国际委员会和第六委员会的许多成员不愿意将这些活动说成合法或非法。同上,第 206-207 页,第 20 段。关于在这方面表达的各种看法,见同上,第 20-22 段。

⁵⁴ 同上,第 214 页,第 44 段。

⁵⁵ 初次报告(见上面脚注 2),第 250 页,第 9 段。

⁵⁶ 同上,第 12 段。

⁵⁷ 同上,第 251 页,第 14 段。

⁵⁸ 第四次报告(见上面脚注 2),第 203 页,第 7 段。

⁵⁹ 初次报告(见上面脚注 2),第 258 页,第 38 段。

⁶⁰ 1927 年第 9 号判决,《常设国际法院系列 A》,第 10 号。

予证实,而非推定。”⁶¹他进一步指出,国际法院在“科孚海峡”案中裁定,每一个国家都有义务“不得在知情情况下允许其领土被用来从事违反其他国家权利的行为”。⁶²国际法院所指的是违反一项没有争议的国际法规则即无害通过权,也就是违反他国权利的行为。这项裁定与仲裁法庭对“特雷耳炼锌厂”案的裁定类似。⁶³

44. 此外,照顾到所有有关利益的责任可以视为是从合理慎重的责任和适用公平原则而产生出来的。因此,有人提出,履行合理慎重的责任将不但需要采取必要预防措施以防止损害,而且也需要提供一个适当的、得到接受的赔偿制度。⁶⁴对共同利益方面的双边义务加以管制,可能使国家有“无限的选择”。例如。议定的安全和监督措施可以由关于损害的赔偿责任的传统制度予以补充。⁶⁵或者一种慎重对待共同环境的制度,即同等慎重地对待各有关国家和人民的个别需要以及不同的需要的制度,可以在考虑到所有有关因素的情况下予以议定。⁶⁶规定一个允许进行某一活动的国家要合理地慎重行事的制度,而该活动是可能在其自己边界以外产生有害影响的,可以包括诸如下列义务:收集和提供资料,寻求就建造方法或程序或可忍受的污染程度达成协议,和对预防措施万一未能防止产生损害性后果的情况提供赔偿保证。

F. 昆廷—巴克斯特的专题纲要

45. 上文叙述了昆廷—巴克斯特所提议的专题纲要的概念背景,其主要目的是为了“反映并鼓励各国越来越多地预告对这些问题加以管制的做法,以使用适合具体情况需要的明确的禁止规则——如果适当的话,包括明确的严格赔偿责任规则——取代本专题中处理的一般义务”。⁶⁷

46. 关于预防的义务,专题纲要第 2(1)节规定了通知的责任,第 2(5)节规定了在必要时应真诚合作以达成关于设立无拘束力的事实调查程序的协议的责任。此外,第 6 节所处理的是各国为了实现相互容让和权衡利益可以考虑的各种因素。

⁶¹ 初次报告(见上面脚注 2),第 257 页,第 35 段。

⁶² “科孚海峡”案,法律依据,判决,《国际法院判例汇编(1949 年)》,第 22 页。

⁶³ 《国际仲裁裁决报告》,第三卷。

⁶⁴ 初次报告(见上面脚注 2),第 260 页,第 46 段。昆廷-巴克斯特进一步指出:“但是,如果同样的损害性后果发生在这样一种情况,就是其可能性甚至于是保持警觉的国家也设想不到的,但为了公平起见可能仍认为采取或允许采取该行动的国家应当对无辜受害者提供赔偿;但是,其他公平考虑可能超过这种考虑”(同上)。此外,他指出,为了判断不法行为的责任,实际知悉危险来源的标准有时候可以改为评估不知情是否符合所规定的应有注意标准(同上,第 263 页,第 55 段)。

⁶⁵ 同上,第 261 页,第 48 段。

⁶⁶ 例如共同沿岸国为非航行使用目的共同使用某一水道。《关于使用国际河川水道的赫尔辛基规则》第五条(国际法协会,《第五十二届会议的报告,赫尔辛基,1966 年》(伦敦,1967 年),第 484 页)和 1997 年《国际水道非航行使用法公约》第 6 条(大会第 51/229 号决议,附件)提出了多种这类因素。在“拉诺湖”案中提出的下列意见也有值得注意的相关意义:利益冲突必须以相互让步和共同协议的办法来予以调解,为此需要对各种利益作广泛的比较,也需要互相拿出诚意(联合国《国际仲裁裁决报告》,第十二卷,第 308 页)。

⁶⁷ 第四次报告(上面脚注 2),第 216 页,第 50 段。

47. 一般都赞同并支持昆廷——巴克斯特在其五次报告(尤其是他所提议的专题纲要)中所作的一般性分析和采取的处理办法。

48. 大会第三十七届会议第六委员会讨论期间,普遍都支持专题纲要的总体要旨,并且更具体地支持履行关于避免、尽量减少以及对越界损失或伤害提供赔偿的责任。有些人认为专题纲要应该进一步加强,以期更好地保证这一责任得到履行。另一方面,有少数人表示怀疑本专题的价值或其可行性。另有几个人认为必须在概念上区别预防问题和赔偿问题,又有几个人指出了专注于后一类责任的益处。但是,大多数意见坚决赞同应保持专题纲要中所指明的预防和赔偿之间的联系。⁶⁸

G. 预防和赔偿责任:巴尔沃萨对本专题的处理

49. 巴尔沃萨在接手处理本主题后,虽然他接受昆廷——巴克斯特的一般方针,但却进一步发展了国际赔偿责任的主题。他还重新探讨了昆廷——巴克斯特时代曾提出的许多问题。他建议不应重新开放讨论赔偿责任专题同责任专题之间的关系问题。他指出,前任特别报务员曾使用两条主要的指导方针,在概念上区别他的专题同国家责任专题,其一是在主要规则和次要规则之间作出区分,其二是强调预防和“适当慎重”的责任;他又指出,国际法委员会和第六委员会尽管有一些保留,但普遍接受该专题纲要;所以他说:“这似乎也明确表示,关于将跨界损失或伤害作为一个讨论主题的方针,将预防作为专题的一个必要组成部分,以及纲要所提到的其他程序和概念,都已获得较高级别的赞同。因此而存在坚实基础的本专题受到很多国家的关心,并且在当代国际法上显然会发挥很有意义的作用。”⁶⁹

50. 巴尔沃萨指出,本专题的主要目标,是促进建立关于处理国际法不加禁止的活动所产生的越界损害引起的损害后果的赔偿责任制度。在这样一个赔偿责任制度的总体构想之下,他设想预防具有这样一种恰当的作用:

“如果没有议定的制度规定可以在某些情况下对个人课以直接责任,国家不仅对在其领土内或在其控制下进行的某些活动的损害性后果应承担赔偿责任,同时也应对预防的义务负责,即涉及避免或尽量减少这种后果的所有责任。”⁷⁰

51. 专题纲要第 2(1)节设想,在一国领土或控制范围内进行的活动如对另一国领土或控制范围内的人或物可能造成损失或伤害,则行为国有责任向受影响国提供“一切有关的和可得到的情报,包括具体说明它认为可预见的损失或伤害的种类和程度以及它所提议的补救措施。”同样,第 2(5)节规定,如果受影响国和行为国之间对所提议的措施是否足以保障受影响国利益发生争端,则行为国有义务真诚合作,同受影响国达成协议。为此目的,它进一步建议不妨采行一种无拘束力的实况调查与调解程序。不过,专题纲要第 2(8)节和第 3(4)节第一句都规定,不遵守这两项义务不应引起任何采取行动的权利,但同时订明,行为国“有持续责任不断密切审查该项造成或可能造成损失或伤害的活动:采取它所认为必要的和可行的一切补救措施,以保障受影响国的利益;并尽可能向受影响国提供有关其正在采取的行动的情报。”⁷¹

⁶⁸同上,第 204 页,第 10 段。

⁶⁹初次报告(见上面脚注 5),第 99 页,第 9 段。

⁷⁰第二次报告(见上面脚注 5)第 146 页,第 5 段。

⁷¹见第四次报告,(见上面脚注 2)第 224 页。

52. 巴尔沃萨审查了专题纲要的上述主张,尤其是第 2(8)节和第 3(4)节第一句,又鉴于国际法委员会一些成员对可以省略而不致引起国家不法行为责任的一些程序的价值所表示的怀疑,所以建议删除第 2(8)节和第 3(4)节的第一句。他认为,行为国如不履行第 2 和 3 节内载的义务,就须面临对它不利的某些程序性后果,这在纲要第 5(4)节中已经指出,就是“应允许受影响国自由利用事实推论和间接证据来确定该活动是否引起或可能引起损失或伤害。”巴尔沃萨指出,“特雷耳炼锌厂”案对此有相关意义;⁷²并指出,纲要第 2(8)节和第 3(4)节的后半部都规定,行为国有给予应有注意的义务,要继续监测该活动,并且采取它认为必要的和可行的一切补救措施,以保障受影响国的利益。另外,专题纲要第 4(2)节规定,应该对已实际发生的伤害作出赔偿。⁷³

53. 考虑到上述各项因素,并注意到对危险的赔偿责任制度中的预防义务仅仅是一种应有注意的义务,巴尔沃萨得出结论认为,第 2(8)节和第 3(4)节末尾处所订的义务是预防制度的一个组成部分,其只在发生伤害后才产生的主要影响是使起源国的法律地位和物质处境更为严重。⁷⁴

54. 关于有造成越界损害危险的活动,巴尔沃萨的结论是,进行此类活动的国家应作出通知、进行协商并且谈判双方接受的管制此类活动的制度;在此一过程中,如果有关各国都赞同,甚至可以禁止该活动。⁷⁵然而,他指出,并无规定要求在其领土内开展此类活动的国家事先获得可能受到影响的国家同意。⁷⁶

⁷² 《国际仲裁裁决报告》,第三卷,第 1905 页。

⁷³ 第二次报告(见上面脚注 5),第 149 页,第 20 段;第 150 页,第 24-25 段;第 154 页,第 41(c)段;和第 159 页,第 63 段。另见初次报告(同上),第 100 页,第 16(c)段。

⁷⁴ 第二次报告(同上),第 160 页,第 66 段。另见巴尔沃萨在其第六次报告(同上)第 108 页中提议的第 18 条草案。

⁷⁵ 第二次报告(同上),第 152-154 页,第 34-40 段。另见巴尔沃萨,“国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际赔偿责任与环境的保护”,《海牙讲义集,1994 年第三集》,第 247 卷,第 332 页。

⁷⁶ “拉诺湖”案仲裁法庭在认定行为国有责任考虑同受影响国进行真诚谈判后宣称:“国际惯例反映一种信念,即各国应尽力缔结这种[关于国际河川的工业使用的协定……]但是,国际惯例迄今尚不容许超越以下的结论:关于各国只有在相关各国事先达成协议的条件下才能利用国际水道水力的规则不能确立为一项习惯,更谈不上构成一项一般法律原则”。《国际法案件汇编,1957 年》,第 130 页。

55. 巴尔沃萨在阐述各类有关预防的要求时,至少确定了下列六种要素:⁷⁷

(a) 涉及越界损害危险的活动须事先获得批准。他认为,起源国一旦予以批准,就亦构成该国符合“科孚海峡”案要求的“知情”的证明即“每一国家负有不应知情地准许将其领土用于损及别国权利的行为的义务”的证明⁷⁸);

(b) 危险评估:此项原则要求每一国家进行评估,以期确定活动的危险有多大和属何性质,包括评价该活动对他国的人或财产及环境的可能影响。巴尔沃萨指出,“特雷耳炼锌厂”案、《关于环境与发展里约宣言》原则 17 和更显著的 1991 年《越境环境影响评估公约》的条文规定都支持此项要求。为了进一步澄清这项原则,他指出,这种评估可以考虑某项制造业活动所用的能源种类或来源、在生产程序中处理的物质、该活动的地点以及离边境地区多远、受影响国处在活动影响所及范围内地区的易受损害程度等等因素。他还指出,各国通过危险评估,还可以商定认为具有危险性或危害性的物质清单,或者开列推定有害因而可以强制规定须获批准或进行评估的各类活动;⁷⁹

(c) 提供资料与通知原则,这是进行评估后对所涉危险达成任何结论后合乎逻辑的下一步。在国际水道的使用方面,这项原则已得到广泛承认;⁸⁰

(d) 协商原则基本上就是进行合作以期就所要采取的措施达成可以接受的解决办法从而预防或尽量减少造成显著越界损害的危险的原则。同昆廷——巴克斯特一样,巴尔沃萨也指出,在这种协商中作出的任何努力都应该是为了平衡所有相关各国

⁷⁷ 见巴尔沃萨,《海牙讲义集……》(上面脚注 75),第 334-336 页。另一些评论人也研究了预防原则的各种组成部分。其中一位曾以稍微不同的但更详细的方式论及预防责任所包括的各种义务。他认为,预防责任包括合作进行科学研究、系统观察和提供协助的原则、交换资料的原则、事先通知、进行环境影响评估和协商的原则、进行危险评估、发出警告和提供紧急协助的原则。T. Iwama, “防止和减少环境损害的形成中的原则和规则,” 载于 E. Brown Weiss(编辑),《环境变化与国际法:新挑战和新领域》(联合国大学出版社,1992 年),第 107-123 页。另见该书的其他文章,尤其是 E. Brown Weiss 和 F. Orrego Vicuña 的文章。

国际法学会 1997 年关于“国际法中对环境损害的责任和赔偿责任”的决议指出,责任与赔偿责任原则的意图是为了鼓励预防和要求恢复原状与赔偿(第 2 条)。它建议,预防原则应包括关于通知与协商、定期交换资料和更多地利用环境影响评估的机制。它还进一步指出,在各种预防制度下,也应考虑防范原则、“污染者付款”原则和责任与赔偿责任上共同但有差别的负责原则所涉及的各种问题(第 13 条)。

⁷⁸ 《1949 年国际法院案例汇编》,第 22 页。关于对预防、概念尤其是事先批准要求的阐述,见巴尔沃萨在其第六次报告(上面脚注 5)附件第 107 页中提议的第 16 条;另见他的第八次报告(同上)附件,第 67 页,第一条;和第九次报告(同上),第 25 段。

⁷⁹ 见巴尔沃萨在其第六次报告(同上)附件第 107 页内提议的第 11 条。另见国际法委员会工作组在 1996 年核可的第 10 条(上面脚注 13),第 289-293 页。巴尔沃萨还指出:“就条款草案而言,国家政府在评价特定活动对环境或其本国人民健康或财产的影响时,还必须考虑到可能发生的跨界影响”。但他还提出:“各国政府无疑地会把这项任务交付给其管辖或控制下的私人经营者,并要求他们以自己的经费为此种评价提供所需的资料。”第八次报告(上面脚注 5),第 64 页,第 17 段。

⁸⁰ 见同上,附件,第二条;另见第九次报告中所提议的第 15 条和对它的评论,同上,第 26-38 段。

的利益;如果真诚的协商或谈判无法举行或已告失败,起源国可以自由地自行进行该项危险活动,单方面采取在当时情况下它认为适宜的预防措施,并且进一步作出必要的安排,对万一发生事故引起的任何重大越界损害作出赔偿;⁸¹

(e) 单方面预防措施原则规定起源国应采取立法、行政和其他行动,确保采取一切适当措施预防或尽量减少活动的越界损害作用;⁸²

(f) 最后,同昆廷——巴克斯特一样,巴尔沃萨指出,被认为应该适用于预防原则的应有注意标准一般都认为是同特定情况下越界损害危险的程度成正比的。但是,昆廷——巴克斯特虽然也曾提出类似的主张,但他说,在确定适当保护的标准时,应该适当顾及该活动的重要性及其经济维持能力。他还说,保护标准应该考虑到行为国可以采用的手段以及在受影响国和在区域惯例和国际惯例中适用的标准。⁸³

H. 委员会 1994 年暂时通过的条款草案和工作组 1996 年建议的条款草案

56. 委员会 1994 年暂时通过了以下关于预防的条款:事前批准(第 11 条)、风险评估(第 12 条)、各国采取立法、行政和其他行动(第 14 条)等责任,以及通知和提出资料(第 15 条)、交换资料(第 16 条)、向民众提供资料(第 16 之二条)和协商(第 18 条)的责任,可能受影响的国家的权利(第 19 条)和与实现公平的利益均衡有关的因素(第 20 条)。

57. 人们提出了以下问题,即是否应把旨在预防进一步损害的措施,包括为了将情况恢复或复原到事故造成损害之前的状况的任何措施,当作是预防概念和责任的一个正当合理的一部分。

58. 巴尔沃萨在他的第九次报告中提议的第 14 条纳入了事后预防的概念,即起源国有责任采取立法、行政或其他措施,确保具有危险性的活动的经营者采取包括利用现有的最佳技术在内的一切必要措施来控制 and 尽量减少损害,或在发生意外时,在因此产生的后果到达边界之前缓和此种后果,或采取有助于控制这些后果的其他措施。⁸⁴

59. 他在第十次报告中进一步阐述了事后预防的概念,并探讨了“回应”措施的概念。他提到若干曾处理这些概念的公约。关于回应措施,以《管理南极洲矿物资源

⁸¹ 第八次报告(同上),第 65-67 页。巴尔沃萨在 1992 年还建议,预防义务应由国家承担,“较实际的办法是把所有预防义务(包括程序性义务和所谓‘单方面’或应有注意的义务)以纯粹建议条款的方式列于一项附件内,指导各国更妥善地遵行主要案文中的条款”。同上,第 11 段。然而,此项建议未获接受,所以这些内容已重新列入条款草案的正文之内。见第九次报告,同上,第 9 段。

⁸² 巴尔沃萨,《海牙讲义集……》(上面脚注 75),第 336 页。另见巴尔沃萨对关于预防的第 8 条的评论,第七次报告(上面脚注 5),第 77 页,第 20 段和第 16 条(同上,第 84 页,第 45 段)。另见《大会正式记录,第五十一届会议,补编第 10 号》(A/51/10),对工作组所建议的第 4 和第 7 条的评注,第 266 页(第(3)和(4)段,和第 286 页,第(1)段。

⁸³ 专题纲要,第 5 节。

⁸⁴ 第九次报告(上文脚注 5),第 19 段。

公约》为例,他提出,这些措施可以包括事后预防措施以及几类称为回应行动的措施,例如目的不在于限制或尽量减少跨界损害的清洁和清除行动。

60. 针对委员会某些成员对事后预防概念提出的反对意见,⁸⁵巴尔沃萨提议用回应措施的概念来代替,并将后者定义为只是指事后预防:“‘回应措施’指任何人为预防或尽量减少跨界损害而对某一事件采取的任何合理措施”。⁸⁶

61. 起草委员会审议了巴尔沃萨所提出的第 14 条内把事后预防措施纳入预防概念之内的提议后,拒绝了他的意见,而选取了反对将其纳入的那些成员所主张的办法。

62. 因此,委员会 1994 年暂时通过的第 14 条中的预防概念不包括事后预防措施。就如评注中指出的,“本条中的‘预防’一词,在委员会作出进一步决定之前,本意只包括在事故发生之前采取的旨在预防或尽量减少发生事故的危险的措施”。⁸⁷

63. 但委员会在 1995 年改变了它的立场。它指出,特别报告员原先提议把事后预防归入预防部分,而不是赔偿部分,是“谨慎而且合理的”。⁸⁸委员会进一步指出,一些协定中也采用了相同的做法。

64. 委员会工作组于 1996 年审查了关于此专题的条款草案,并建议委员会予以通过。⁸⁹此外,工作组通过了关于预防的第 4 条(委员会 1994 年暂时通过的第 14 条的订正版)作为一项一般原则声明:

“各国应采取一切适当的措施,以预防或尽量减少重大跨界损害的危险,如果这种损害已经发生,则尽量减少其影响。”

65. 可以看到,所通过的预防概念除了在发生任何事故之前采取所需的措施对危险进行管理之外,还包括采取措施控制和尽量减少事故造成的损害所产生的影响。因此,工作组赞同委员会的看法,即预防概念应包括事前预防措施和事后措施。⁹⁰

66. 国际法学会最近通过的上述“关于国际法中对环境损害的责任和赔偿责任”的决议提到需要采用更多机制,例如拟定必要的应急计划和适当的恢复(安全)措施,以期预防进一步的损害和在一旦造成损害后,控制、减少和消除损害(第 14 条)。它进一步建议,如未能履行采取回应行动和加以恢复的义务,经营者应承担民事赔偿责任。

⁸⁵ 第十次报告(同上),第 7 段。

⁸⁶ 同上,第 7 至 22 段。

⁸⁷ 《1994 年...年鉴》,第 170 页,第 14 条草案评注第(11)段。

⁸⁸ 《大会正式记录,第五十届会议,补编第 10 号》(A/50/10),第 390 段。

⁸⁹ 见第 9 至 19 条及其评注,《大会正式记录,第五十一届会议,补编第 10 号》(A/51/10),第 232 至 253 页。

⁹⁰ 巴尔沃萨在他的第十次报告中指出:“因此,预防概念显然严格适用于两种活动:避免可能造成跨界损害的事件的活动,和防止事件的影响完全发挥出来的活动。事故预防,即事前预防,只是一般预防的一个方面,因为事故越少,损害就越少,但一般预防应包括事后预防。因此,将事后预防损害的行动列入关于补救的一章在方法上是不可能的。”第十次报告(上文脚注 5),第 11 段。

但履行了这些义务仍未排队须对实际造成的损害承担责任(第 15 条)。采取回应行动或进行恢复的国家和其他实体有权从应对所花费用负责的实体得到偿还(第 16 条)。

67. 连同关于合作的第 6 条,工作组建议的第 4 条为关于预防的其余条款提供了基本的基础。预防义务扩大到包括采取适当措施以查明具有造成重大跨界损害的危险的活动。这是一项持续性的义务。

68. 第 4 条涉及的义务是行为的义务而不是对结果的义务。因此,国家有责任采取必要的立法、行政和其他行动来执行它的法律、决定和政策。这还涉及到应有注意的义务,其定义标准比“国家标准”更为广泛。⁹¹就象 *Donoghue 诉 Stevenson 案*⁹²中指出的,“必须合理慎重地避免可以合理地预见有可能会伤害到邻人的作为或不作为”。“邻人”是指会由于一种行为受到密切而直接影响的人,而实施有关的作为或不作为的人应考虑到会产生那种影响。就如委员会所指出的,应有注意的标准必须进一步同损害的危险程度成正比。经营规模、地点、特别气候条件、活动中使用的材料以及在特定的情况下适用这些因素所得出的结论是否合理等问题,都是需要考虑的因素。什么是慎重或应有注意的合理标准,可能会随时间而改变。因此,为了改造应有注意的义务,各国必须跟上技术的变化和科学的发展。⁹³

69. 如《里约宣言》指出的,一些国家所实施的标准,对别的国家特别是发展中国家来说可能是不适当的,也许会使它们承担不必要的经济和社会代价。⁹⁴

70. 预防的义务进一步要求一个国家采取单方面措施,预防或尽量减少重大跨界损害的危险。这项义务要求各国采取措施,确保以符合现有科学知识和技术以及经济能力的方式,将损害减少到最低点。

⁹¹国际法学会指出,在这方面,应有注意的义务,不仅必须按照一般接受的国际规则 and 标准,还应根据期望于一个良好政府的行为的客观标准来进行客观衡量(“关于国际法中对环境损害的责任和赔偿责任”的决议第 3 条)。未能颁布适当的规则并不一定等于违反了一项义务,但它可能要对因此产生的损害,包括对在该国管辖和控制范围内的经营者所造成的损害负起责任(第 4 条)。

⁹²[1932 年]A.C.,第 580 页(H.L.(SC))。

⁹³见第 4 条的评注,《大会正式记录,第五十一届会议,补编第 10 号》(A/51/10),第 214 页至 217 页。

⁹⁴原则 11。另见《斯德哥尔摩宣言》原则 23。因此,委员会认为,“各国的经济水平是在确定一国是否遵守了它应有注意的义务时应考虑到因素之一”(第 4 条评注第(12)段)。同上。

四. 条款草案的范围

A. 本专题范围内的活动

71. 从委员会工作最早的时候开始,确定属于本专题范围的活动就是它的工作之一。昆廷-巴克斯特认为,这个专题应当广泛地包容各种活动。⁹⁵ 委员会中多数成员后来支持一种看法,即“可将草案的范围限定于涉及有形环境的越界问题,而把经济领域中可能产生的最复杂的问题搁置在一边”。⁹⁶

72. 昆廷-巴克斯特所提到的“有形环境”⁹⁷ 1980 年和 1982 年在国际法委员会和大会中都引起了辩论。在回答问题时,特别报告员指出:“因此,应当肯定:从未打算提议缩小本专题的范围,将其局限于生态性质的问题,或涉及领土的有形使用的任何其他小类活动;也确实从未有任何发言人在第六委员会上主张应该这样将范围缩小。”⁹⁸

73. 大家的了解是,这个专题应当处理那些具有造成可观的或重大的越界损害风险的活动。昆廷-巴克斯特解释说,“风险”一词在此处的含义或许是指一种内在的危险,甚至可能指一种异常高的危险—其含义在他看来可以更确切地用“超级危险”一词来表达。此外,“超级危险”一词设想中是指一种难得发生但是一旦发生则会造成灾难性祸害的危险。在他看来,这也可以包括如空气污染之类难以觉察而可能产生重大累积后果的危险。

74. 因此,昆廷-巴克斯特在其第五次报告中提出的关于条款草案范围的第 1 条案文如下:⁹⁹

本条款适用于在一国领土内或在其控制下进行的活动和情况,其所产生或可能产生的有形后果影响到任何其他国家利用或享用在其领土内或在其控制下的地区。”

“情况”一词被进一步解释为是指“在起源国领土内或在其控制下所存在的一种状况,这种状况造成或可能造成具有跨界影响的有形后果。”¹⁰⁰ 委员会在

⁹⁵被提到的活动包括:“穿过或构成国际边界的河流的利用和管理以及防止水灾和冰凌造成的损害;边境地区土地的利用;火灾或任何爆炸力或人及动植物疾病越过国境的蔓延;可能造成跨界污染淡水、沿海水域或国家领空的活动,或污染包括海湾和外层空间在内的人类共同环境的活动;核能的开发和利用,包括核装置和核船只的以运转以及核原料的运输;气候调节活动;含有发生意外对地面造成损害风险的飞行器和空间物体在空中或外空的越境飞行;和对其他国家拥有权利或利益的共同地区或自然资源产生有形影响的活动。”第四次报告(上面脚注 2),第 202 页,脚注 8。

⁹⁶参看国际法委员会主席路透先生在大会第三十七届会议上向第六委员会介绍国际法委员会的报告时的发言。《大会正式记录,第三十七会议,第六委员会,第 37 次会议》,第 12 段。虽然第六委员会中有些代表团感到失望,但是大多数的意见同国际法委员会的大多数成员一样。第四次报告(上面脚注 2),第 204 页,第 12 段。

⁹⁷第三次报告,同上,第 61 页,第 48 段。

⁹⁸第四次报告,同上,第 17 段,第 206 页。

⁹⁹第五次报告,同上,第 155 段。

其工作的早期阶段所持的看法是,在对内容进行评价之前不应当确定或缩小条款草案的范围。¹⁰¹

75. 巴尔沃萨从一个不同的角度来处理这个问题。据他说,风险概念所含的危险概念“不是绝对的,而是相对的。例如,它可以随所涉活动的地理位置而改变:位于一个领土广阔的国家的内地,就不同于位在一个较小的国家,或靠近边境,或靠近一条国际河流,或者处于一个吹固定风或盛行风的地区。”¹⁰²

76. 此外,他认为,“即使风险在一般意义上属于不能预见的,只要起源国知道风险的整个范围”,拟议草案的条款就可以适用。¹⁰³

77. 关于昆廷·巴克斯特所提议的第 1 条中谈到的那种情况,巴尔沃萨指出,有两类这样的情况:有些来自人类的活动,例如建筑水坝或堆积高毒性物质;第二类是自然产生,与人类活动无关,例如自然发生的森林大火、虫害、洪水等。他认为,只有第一类情况属于这个制度的范畴,因为它们是由具有风险的活动产生,¹⁰⁴ 而不是后者,后者应属于处理在某种情况下的作为或不作为的责任制度。¹⁰⁵ 但是,对这种情况,有关国家只要证明它采取了其所掌握的一切手段去避免其发生而免除任何赔偿责任。¹⁰⁶

78. 至于在正常作业过程中造成损害的活动,巴尔沃萨认为,它们相当于持续不断地违反一个国家应尽的义务,那就是防止由于国家蓄意或疏忽的行为所造成的一切重

¹⁰⁰ 同上,第 166 页,第 31 段。

¹⁰¹ 第四次报告,同上,第 204 页,第 10 段。

¹⁰² 第三次报告(上面脚注 5),第 49 页,第 10 段。

¹⁰³ 同上,第 50 页,第 14 段。

¹⁰⁴ 巴尔沃萨又指出,还有几个因素引起与人类活动有关的责任:不公正的致富,破坏各国权利与利益之间的平衡,以及因此违反各国在法律面前平等的原则。同上,第 51 页,第 28 段。

¹⁰⁵ 同上,第 51 页,第 25-26 段。

¹⁰⁶ 同上,第 30 段。

大的(即超过忍受限度的)跨界损害。因此,他认为这种违反行为相当于需要承担国家责任的不法行为。¹⁰⁷

79. 巴尔沃萨也赞同委员会在昆廷-巴克斯特时期对这个专题的范围所作的几项结论,其中包括三种限制或标准:第一是跨界因素,就是在一个国家的领土或控制范围内受到的影响必须是起源于在另一个国家的领土或控制范围内发生的活动或情况;第二,是有形后果的因素,这涉及一种特定类型的联系,也就是说,后果必须是根据自然法则由有关的活动所引起的。因此,必须通过一连串有形事件来确定该活动与有害影响之间的因果关系。第三,依照“拉诺湖”案的裁定,这些有形事件必须产生社会反响。¹⁰⁸

80. 巴尔沃萨反对将范围扩大到包括经济和社会活动的提议,他重申,这个专题应当仅限于引起有形后果,并且容易在活动与损害之间确立因果关系的活动。¹⁰⁹

81. 巴尔沃萨为条款草案的范围提出了几种不同的写法,其中一种在 1994 年获得临时通过,就是:

“本条款适用于国际法不加禁止的、在一国领土内或在该国管辖或控制下进行的其有形后果有造成重大跨界损害的危險的活动。”¹¹⁰

82. 委员会审议了这个专题的范围问题,可是无法就何种类型的活动应当包括在内作出最后决定。在其 1995 年第四十七届会议上,委员会设立了一个确定危险活动的工作组。¹¹¹ 工作组审查了一些涉及跨界损害与赔偿责任和预防问题的多边条约,看看这些条约如何以其所适用的活动或物质来界定其范围。工作组认识到,虽然难以精确地界定各种活动,可是在某个阶段明确列出一份活动清单是有用的。但是,工作

¹⁰⁷ 参看巴尔沃萨,《海牙讲义集...》(上面脚注 75),第 319 页。Zemanek 作了如下的区分:有些活动只有在意外情况下造成损害,有些活动则会导致长期排放有害物质,而他的结论是,在后一种情况下,虽然社会接受某种程度的污染,可是如果超过了规定的限度,不论是由于意外还是由于技术标准的改变,其所造成的损害必须得到补偿。K. Zemanek, “La responsabilité des Etats pour faits internationalement illicites ainsi que pour faits internationalement licites”, 《Responsabilité internationale》(巴黎, Pedone, 1987),第 17 页,引于第二次报告(上面脚注 5),第 151 页。Gunther Handl 将长期排放有害物质的活动排除在本专题的范围之外。他认为,“如果一个国家有意排放污染物,而明明知道这种排放必然会造成或者相当肯定地将会造成重大的跨界有害影响,起源国明显地应当为所造成的损害负起赔偿责任。这种造成损害的行为将被认为是国际非法行为。大多数造成伤害的跨界环境影响都涉及持续不断的跨界污染。大多数这种情况因此都在本质上涉及国家责任问题。”G. Handl, “赔偿责任作为国际法主要规则所规定的一种义务:对国际法委员会工作的一些基本反思”,《荷兰国际法年鉴》,1985 年,第 16 卷,第 58-59 页,引于同上。

¹⁰⁸ 《1987 年...年鉴》,第二卷(第二部分),第 40 页,第 126 段。

¹⁰⁹ 同上,第 44 页,第 155 段。

¹¹⁰ 《1994 年...年鉴》,第二卷(第二部分),第 161 页。巴尔沃萨较早时曾在试验性基础上提出一种案文,作为条款草案第 2 条,其中列出一个危险物质清单,见他的第六次报告(上面脚注 5),第 87-89 页和第 105 页,第 15-21 段和附件。他指出:“第六委员会一般而言不赞成开列一份危险物质清单的想法。”见第七次报告,同上,第 79 页,第 26 段。

¹¹¹ 《大会正式记录,第五十届会议,补编第 10 号》(A/50/10),第 407 段。

组认为委员会暂时可以在考虑到各项处理跨界损害问题的公约中所列出的活动类别的情况下继续进行它的工作,这些公约包括 1991 年《越境环境影响评估公约》、1992 年《工业事故越境影响公约》和 1993 年《关于危害环境活动造成损害的民事责任公约》等等。

83. 委员会接受了这些结论。此外,它认为是否明确订出属于本题目范围的活动,将取决于委员会所将通过的关于预防的条文以及所涉义务的性质。¹¹²

84. 委员会的工作组因此于 1996 年提议第 1 条的案文如下:

“本条款适用于:

(a) 国际法不加禁止但其有形后果有造成重大越界损害的危险的活动[;和

(b) 国际法不加禁止的没有(a)项所指危险但其有形后果造成这种损害的其它活动]。¹¹³

85. 虽然工作组成员所持的理由不一,可是他们都支持一种看法,即在现阶段没有必要一一列出条款草案所适用的活动。这样,所建议的这一条包括了那些有“造成重大越界损害的危险”的活动。¹¹⁴此外,“风险”一词的用意是对此专题的范围加以限制,排除那些在其正常运作中造成越界损害的活动,如渐进的污染。¹¹⁵

86. 如前面所解释,以“有形后果”作为标准,就将由于国家在货币、社会经济或类似领域中的政策所造成的越界损害排除在外。它隐含着一种非常具体的联系,就是说,这些条款所包含的活动必须本身具有有形的性质,并且后果必须从这些有形性质产生,而不是由插入其中的政策决定所产生。

B. 重大损害的概念:起限问题

87. 在界定本专题的范围时,对于要预防的损害类型,又出现了另一个问题。人们承认,在正常进行各种发展活动和其他有益的活动时,如果这些活动有造成越界损害的危险,某种限度的损害是不可避免的。但是人们同样承认,在这种情况下,必须采取一切实际和合理的措施,避免或预防实质越界损害。这是国际法协会通过的《蒙特利尔规则》采取的方式。¹¹⁶因此人们认识到,“没有可能拟订一项普遍的国际法规则,规定达到某一限度即可认为越界污染构成实质损害”。¹¹⁷如有人指出:“尺度的

¹¹²同上,第 209 页,第 409 段。关于下面一个意见,即关于预防的条款基本上应针对建立一个环境影响评估制度,而它们所适用的活动应当明确详细地阐述清楚,可参看《1993 年...年鉴》,第二卷(第二部分),第 24 页,第 119 段。

¹¹³《大会正式记录,第五十一届会议,补编第 10 号》(A/51/10),第 238 页。

¹¹⁴关于“重大跨界损害”和“危险”的定义,参看同上,第 258 页(第 2 条)。

¹¹⁵同上,第 257 页,第 1 条的评注第(25)段。

¹¹⁶第 2 号决议,1982 年,国际法协会,《第六十次会议的报告,蒙特利尔,1982 年》,(伦敦,1983 年),第 1-3 页。

¹¹⁷环境保护的法律问题委员会提交的关于第 3 条的评论第 8 段,同上,第 162 页,引于廷-巴克斯特第四次报告(见上文脚注 2),第 27 段。

确定必须根据有关区域一般接受的技术标准和污染水平,或者甚至必须根据人类对环境的影响造成的普遍损害的水平。”¹¹⁸

88. 昆廷-巴克斯特赞同地引述了国际法协会的上述立场,他进一步指出:“除非起源国当局拥有手段,能够预见很可能造成损失或伤害,并且负有预防其发生的责任,否则起源国将无须承担责任”¹¹⁹。此外,他还指出,损失或伤害的发生纯属事实问题,但“其法律涵义必须根据有关国家自己提供的任何背景情况来评估”。¹²⁰换言之,如果有关国家并不认为所发生的损失或伤害会引起任何赔偿权利,这种情况显然将决定任何索赔的结果。从这个意义上说,确定或规定达到某一限度即可认为构成实质或重大损害并不完全取决于利用纯粹科学证据和技术达成同一结论,尽管从该角度提供的投入不仅适宜而且必要。

89. 以上主题反映了昆廷-巴克斯特提出的专题纲要所采取的政策。因此,该纲要的重要目标是促成各国达成协议,以求调解而非禁止那些虽有一些不良的副作用但主要是有益的活动。它还建议,这些协议应致力于相互通融而不是相互限制,提供充分的保障,并为更好地分配成本和效益作出安排。¹²¹因此,它建议各国之间订立的协议不妨涉及:(a)损失或伤害应当如何定性,以及那种损失或伤害是否可以预料得到;(b)损失或伤害是否属于实质性;和(c)赔偿的数额是否因分担问题或者造成损失或伤害的活动开展之时存在的情况的改变而受到影响。¹²²此外,为了协助各国,专题纲要第6节列出了为平衡所涉及的利益而可予考虑的各种因素。

90. 因此,昆廷-巴克斯特的结论是:“并非所有越界损害都是不法行为;但是实质性的越界损害在法律上从来都不是可以忽视的。”因此,“在损害的尺度上,不法点以外的行为是禁止的,不服从禁止则涉及国家责任规则。在不法点以内,是产生或可能产生实质越界损害的活动,或其进行涉及其他国家的利益。这些利益有的可以量化.....有的则是笼统的。”¹²³

91. 巴尔沃萨也大致同意昆廷-巴克斯特的意见。他指出,关于具有造成越界损害的风险的活动,“伤害是合法活动造成的后果,必须根据若干因素加以确定。”他进又说:“在建立制度的时候,各国可就协定中考虑的活动所产生的伤害程度进行谈判,从而在彼此之间解决追究国家赔偿责任的伤害起限问题。”¹²⁴委员会一些成员和第六委员会一些代表团同意这种办法,即危险的概念是相对的,应由各国确定可被视为“实质性”的水平,而另一些则倾向于提及危险但是合法的具体类别活动或物质,更清楚地表明伤害的概念或“实质损害”的定义。

¹¹⁸关于第3条的评论第9段,同上,第163页。

¹¹⁹第四次报告(上文脚注2),第28段。

¹²⁰第三次报告,同上,第27段。

¹²¹同上,第37和39段。

¹²²第四次报告,同上,第54段。

¹²³第二次报告,同上,第59-60段。

¹²⁴《1987年.....年鉴》,第二卷(第二部分),第40-41页,第127段。

92. 虽然巴尔沃萨认为,难以令人满意地具体列举或规定危险物质来界定伤害的概念从而界定本专题的范围,但是为了顾及一些人所坚持的意见,他探讨了不是列举活动而是列举具有内在危险性的物质的可能性,这样同这些物质有关的某些活动将很可能具有造成越界损害的危险。¹²⁵

93. 巴尔沃萨的上述提议在委员会中引出了三种一般性观点:有些成员对物质清单表示欢迎;三位成员表示只有清单详尽无遗他们才能同意;还有一些委员不同意拟定任何清单。有鉴于此,巴尔沃萨进一步澄清指出,此类危险活动或物质清单无论如何不能消除根据许多必须考虑到的因素评估所涉风险的必要性。他指出,这些因素可以包括:产业活动中使用的能源的类型或来源,生产过程中处理的物质,活动的地点及其离边界地区的距离,处于一种活动影响范围以内的受影响国家地区是否容易受到伤害,等等。¹²⁶

94. 委员会 1994 年临时通过的第 2 条 (a) 项将“造成重大跨界损害的危险”定义为包括“造成灾难性损害的低可能性和造成其他重大损害的高可能性”。这种写法将起限视为危险和损害的综合效应,而不是分别处理“危险”和“损害”,并要求此种综合效应应达到可被视为重大的程度。

95. 委员会工作组后来在 1996 年通过了上述写法,它认为,对各国规定的预防义务不仅应当合理,而且应当受到足够的限制,因为所讨论的活动是国际法所不禁止的;在各国有自由为本国人民的发展和利益而利用本国领土内的资源及必须不对他国造成重大损害这两者之间,非常需要加以调和。¹²⁷

¹²⁵ 见第 2 条,第六次报告(脚注 5),附件第 105 页。另见同上,第 87-89 页,第 15-21 段。

巴尔沃萨为此目的采纳的模式以欧洲委员会欧洲法律合作委员会的危险活动国家赔偿责任问题专家委员会编写的一份草案为基础。该草案将危险物质定义为对人或财产或环境造成重大损害危险的物质,例如附件中所指出的易燃和腐蚀性材料、炸药、氧化剂、刺激物、致癌物及有毒、对生态有毒和诱变放射性物质等。

Schwebel 提出,只须预防对受影响国家或受影响越界地区的健康、工业、农业或环境等产生一定程度影响的某些类型的损害。根据另一种意见,涉及放射性、有毒或其他高度危险物质的越界损害常常被自动列为重大越界损害,因此应当预防。见 Handl, “国家使用越界空气资源:国际权利问题再探《Natural Resources Journal》,卷 26(1986),第 420 页。另外还可以注意到,在清洁空气、饮水或热或辐射暴露的安全水平方面所规定标准各不相同。同样,农业或其他领域中使用杀虫剂和化学品也导致制定了多种安全使用标准。

¹²⁶ 见《1990 年……年鉴》,第二卷(第二部分),第 92-93 页,第 479-483 段;和巴尔沃萨,《海牙讲义集……》(上文脚注 75),第 335 页。

¹²⁷ 《大会正式记录,第五十一届会议,补编第 10 号》(A/51/10),第 209 页,第 2 条评注第(2)段。昆廷-巴克斯特曾指出:“作为一个法律政策问题,重要的是,赔偿责任不应同预防责任分开,或者用来代替预防义务。条约体制提供了充分的证据表明,补偿是一种不够充分的预防,即事后预防。如果就绝对而言或者就一种有益活动的经济生存能力而言,不可能做到完全预防的话,则赔偿是一种弥补的正当方式;但是不应让赔偿成为造成可避免的损害后的收费”。第二次报告(上文脚注 2)第 91 段。

96. 所提议的定义包括那些有造成损害的高可能性的活动,这种损害虽然不是灾难性的,但仍然是重大的。它还包括有造成灾难性损害的低可能性的活动,即超危险的活动。但是它不包括有造成重大越界损害的极低可能性的活动。

97. “重大损害”的概念得到进一步澄清,其含意是超过“可测出”或“可察觉”的水平,但不一定达到“严重”或“实质性”的程度。损害必须在一些方面产生实际有害影响,如对他国人的健康、工业、财产、环境或农业,并且能以事实和客观的标准予以测定。还有人提议,鉴于所涉的活动是国际法所不禁止的,“损害不能被容忍的起限不能低于‘重大’的水平”。¹²⁸

98. 因此,“重大”一词是一个事实和客观标准,并涉及价值判断,取决于特定事例下的具体情况和作此判断的时期。换言之,在某一时间被认为是重大的损失,到后来也许被认为不算重大。¹²⁹

C. 越界损害的标准:领土、控制和管辖的概念

99. 可以回顾,昆廷-巴克斯特曾在 1984 年第五次报告中提出了五条条款草案,其中定义了条款的范围¹³⁰,即在一国领土或控制范围内,有形后果可能对其他国家领土或控制范围内区域的使用或享有造成影响的活动或情况。

100. “领土或控制范围”的用语定义在第 2 条第 1 款如下:

(a) 对于沿海国,包括海洋区域,只要这种区域的法律制度赋予该国对任何事项的管辖权;

(b) 对于任何船只、航空器或空间物体的登记国或船旗国,包括该国在任何其他国家海洋领域或领空行使连续过境或飞越权的船只、航空器和空间物体;

(c) 对于国家管辖范围以外的任何区域的使用或享有,包括行使权利或享有利益的任何事项;¹³¹

101. 昆廷巴克斯特提出的定义首先包括一国享有主权的领土、沿海国享有主权、主权权利或专属管辖权的海洋区域,以及管辖范围内的领土或领海的上空。此外,它还考虑到作为船旗国的国家对于公海或空中航行的船只、航空器或空间物体具有的管辖权。沿海国所享有的管辖或控制权不妨害领海内的无害通过权。此外,船旗国在公海或外层空间享有的管辖或控制权须符合合理使用的要求,以照顾到其他船旗国的相同权利。

¹²⁸ 《大会正式记录,第五十一届会议,补编第 10 号》(A/51/10),第 210 页,第 2 条评注第(4)和(5)段。工作组还将重大损害定义为并非轻微或不容忽视的损害。评注还指出一些反映起限概念的例子,它们以“重大”、“严重”或“实质性”作为相关标准。同上,第 210 页,第(6)段。

¹²⁹ 同上,第 211 页,第(7)段。

¹³⁰ 第五次报告(上文脚注 2),第 155 页。

¹³¹ 同上。

102. 另外,值得注意的是,主权权利和专属管辖权的行使不应违反任何其他有关的国际法原则、条约或两国之间议定或签订的其他安排。¹³²

103. 按照这项定义,本专题的范围是“在一国领土或控制范围内受到的全部或部分由在另外一国或多国领土或控制范围内发生的活动或情况所造成的后果引起的影响”¹³³

104. 巴尔沃萨接受上述定义办法,同时又提到国际法院在“纳米比亚”案所述情况中提到的关于控制的概念。¹³⁴可以回顾在该案件中,法院判定南非对于引起或维持被法院宣布为非法的一种状况应负责任,并制定南非有义务撤销其对纳米比亚的管治,但仍认为南非对纳米比亚事实上的控制产生了某些法律后果。法院并表示:“对某一领土的实际控制,而不是主权或所有权的合法性,正是对影响到其他国家的行动承担国家赔偿责任的基础”。¹³⁵

105. 鉴于上述情况,委员会 1994 年暂时通过的条款草案将范围限于“在一国领土内或在该国管辖或控制下进行的”活动(第 1 条),并进一步将越界损害定义为“在起源国之外的一国领土内或管辖或其控制下的其他地方造成的损害,不论有关各国是否有共同边界”(第 2 条(b)项)。委员会解释说,即便“一国的管辖或控制下”这种提法是某些文书中常用的语句,而提到领土概念以便强调条款所述活动和一国之间的领土联系的重要性(如果存在这种联系的话)是有用的。¹³⁶

106. 巴尔沃萨在 1990 年第六次报告中将本专题的范围扩大到包括损害全球公地的活动。他认为“环境本身受损害单独作为确定赔偿责任的根据还是新鲜事物,这种损害如要根据其对人或财产的影响来加以衡量,那么在科学发展的目前阶段还难以精确测定对全球公地的那种可辨认损害会对人或财产造成可辨认损害”。他解释说,即使在全球公地受损害、整个环境受损害以及人类福利和生活质量受损害之间能够确立全面的对应关系,也不足以确立现在这样写法的国际赔偿责任专题下规定为必要因果联系”。他指出,或许还需给损害另下定义,另订损害的起限”。¹³⁷他还指出另一个困难,就是在全球公地受损害的情况下,受影响的是哪些国家仍然很难确定。他指出,对于对环境本身造成的损害,近乎作出赔偿责任规定的公约似乎只有一个《南极矿产资源活动管制公约》,表明这是近来才出现的问题。

107. 巴尔沃萨指出,对国家实践的审查似乎表明,处理对全球公地的损害的办法一向是确定某些有害物质或某些全球公地的地区,使其受某种条例的制约,例如限制或禁止使用某些物质,或禁止任何可能对全球公地某些部分造成损害的活动。巴尔沃萨认为,这种趋势表明,这个问题最好是在国家责任的专题下处理¹³⁸

¹³²同上,第 157-158 页。

¹³³同上,第 157 页,第 7 段。

¹³⁴《1987 年...年鉴》,第二卷(第二部分),第 45 页,第 163 段。

¹³⁵《国际法院案例汇编 1971 年》,第 54 页,第 118 段。

¹³⁶《1994 年...年鉴》,第二卷(第二部分),第 161-162 页,第 2 条评注第(4)段。

¹³⁷《1990 年...年鉴》,第二卷(第二部分),第 104 页,第 527 段。

¹³⁸同上,第 104 页,第 529 段。

108. 委员会若干成员也提到全球公地的问题。虽然人人都同意,全球公地的持续恶化问题是一件严重的事,但有些成员认为不宜在本专题下处理。他们指出,这个问题引起的困难是如何判定起源国和受影响国,以及如何评估和确定损害。他们还说,如果不能判明哪一个是受影响国或起源国,则要求赔偿的权利和预防损害的义务就难以落实。某些成员认为,这个问题可单独在长期工作方案内处理,另一些人则认为,委员会审议本专题的时机尚未成熟。

109. 但还有一些成员认为,这件事需要认真注意,全球公地受损害的概念日益在为数众多的国际性和区域性论坛和决定中得到体现。他们认为,在可持续发展和环境法范围内提出的全人类共同关切以及保护世代相传的财富等原则提供了全球公地受损害概念的内容。基于这些理由,有几个成员建议委员会立即单独审议全球公地这一专题。¹³⁹

110. 于以上所述,委员会 1994 年暂时通过的第 2 条(b)排除了仅在进行活动国家领土内造成损害的活动以及只损害全球公地本身而并不损害任何其他国家的那些活动。¹⁴⁰

五. 条款草案的范围:建议核可的结论

111. 国际法委员会就关于国际法不加禁止的行为所引起的国际责任条款草案的范围问题进行的工作取得的结果是,对拟包括的活动、对为触发义务所需的损害或伤害的起限以及在具体规定或澄清“越界损害”概念方面,得出了一些重要的结论。这些结论与目前的工作有相关意义,即使它只限于审议预防责任的问题,而不会延伸到赔偿责任问题。因此,或可表示注意到和核可这些结论:

(a) 委员会工作组 1996 年提议的第 1 条(a)项强调,条款草案只适用于其有形后果有造成重大越界损害危险的活动。即是说,所包括的活动以及所造成的越界后果必须是有形的,可以确定其因果关系。因此,国家在货币社会经济或类似领域的政策所造成的损害将排除在外;

(b) 排除在外的还有在一段时间内同各种其他因素互相作用后造成重大越界损害的活动,即缓慢形成的污染所造成的损害或者多种来源造成的损害,在这些情况下,无法确定严格的连锁因果关系;

(c) 同样明显的是,由于我们的注意力放在有造成越界损害危险的活动,所以在正常动作中实际上或继续不断地造成重大损害的活动也排除在外;

(d) 需要预防的只是那些重大的损害。即是说,不包括那些很微小的或可忽略的、只是可测出或可察觉的而不是更大的损害。具有低可能性造成灾难性损害的活动(即超危险活动)则包括在内,具有高可能性造成其他重大损害的活动(即危险活动)也包括在内。因此,具有很低可能性造成重大越界损害的活动不包括在内;

¹³⁹ 《1991 年...年鉴》,第二卷(第二部分),第 117-118 页,第 254-259 段。

¹⁴⁰ 《1994 年...年鉴》,第二卷(第二部分),第 164 页。

(e) 如何确定损害的起限以及如何实际上对特定的活动界定什么叫做重大,将随着科学、时间和政治等因素而变化。虽然科学和技术投入对于确定某一活动是否造成重大损害是重要的,但是什么是不能容忍的因而是“重大”的,却视如何照顾互相冲突的有时是合法的和多方面的利益而定。所涉的标准可能因国家而异、因区域而异以及因时间而异。¹⁴¹ 在确定重大损害的起限时,“危险”和“损害”的合并影响将是决定性因素;

(f) 这些条款的范围应限于在一国的领土内或在其管辖或控制下进行的具有在起源国以外的国家领土内或在其管辖或控制下的其他地方造成重大损害的危险的活动的,而不论各有关国家是否有共同边界。虽然提出管辖或控制的概念,但凡是所涉的活动与一国之间存在领土上的联系,这种联系都应受到强调。此外,所涉及的各种概念,即“领土”、“控制”或“管辖”,必须按照它们在国际法有关原则和各国间商定或缔结的条约或其他安排之下的意义来理解。“关于控制”、有关的义务是基于对领土的实际控制,而不是主权或所有权的合法性;

(g) 此外,对全球公域造成的的损害,如不对一个国家的人或财物或利益产生社会反响或影响,而且因果关系连不起来,即只是对全球公域本身造成损害,也排除在本项工作的范围之外;

(h) 排除在本项工作范围之外的造成重大损害的活动,应受国际法的适用原则管制,或需要根据另行制定的法律制度来管制。

112. 如果我们接受上述结论,工作组于 1996 年提出的第 1 条(a)项和第 2 条不经任何进一步修正就可核可。但是,涉及实际上造成损害的活动的第 1 条(b)项将须删除。无论如何,那项条文当时是放在方括号内的,以便进一步审议,而上面对此事的审查显示这类活动应在关于国家责任的制度下而不是在本专题内处理。

113. 特别报告员促请委员会审议和核可上述结论,因为所涉的问题已经在过去数年内经过彻底辩论。这些结论代表国际法委员会和第六委员会广大多数的意见。因此,特别报告员认为,这些结论提供了达成协商一致意见(即使不是完全一致)的实在机会。

¹⁴¹ 根据 Schachter, 如何确定用来界定重大损害的起限,可因活动而异,也可因区域而异,既取决于其易受伤害性,也取决于在满足人民的基本需要方面可供采用的办法。因此,重大损害的起限对一个高度发达的国家和对一个拼命寻求发展的国家是不同的;见 O.Schachter, 《International Law in Theory and Practice》(Martinus Nijhoff, London, 1991), 第 368 页。如上面所讨论的,昆廷·巴克斯特在较早时得出类似结论,他说,保护的标准应考虑到行为国所拥有的手段,以及在受影响国国内以及在区域和国际惯例中适用的标准(专题纲要第 5 节)。他还指出,提出标准是不成问题的;真正的问题是处于不同社会经济和科学发展水平的国家如何适用那些标准。按照这种观点,应有注意的义务主要是基于各国预防损害的能力。因此,预防作为一项原则,在不同的制度下得到不同的适用;见 P.Sands, 《Principles of International Environmental Law: Frameworks, Standards and Implementation》(Manchester University Press, New York, 1994), 第 356 页。在阅览了若干国际文书后, Sands 指出:“因此,确定和评价对环境曾产生或者很可能会产生重大不利影响的物质、技术、过程和活动类型的工作应由主权国家去做。此外,不遵守这项义务只有在造成重大损害时而不是在此之前引起赔偿责任。”

