

## 大会

Distr.: General  
5 May 1999  
Chinese  
Original: English

## 国际法委员会

## 第五十一届会议

1999 年 5 月 3 日至 7 月 23 日,日内瓦

关于国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任  
(预防危险活动的跨界损害)的第二次报告

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. | 国际法委员会的 1998 年报告中提出的问题 ..... | 1     | 2  |
| 二. | 会员国在大会第五十三届会议上所表示的意见 .....   | 2-17  | 2  |
| 三. | 尽有注意义务的实施 .....              | 18-49 | 5  |
| A. | 应有注意的概念:一些特征 .....           | 18-34 | 5  |
| B. | 应有注意义务的实施:一些思考 .....         | 35-49 | 9  |
| 四. | 国际赔偿责任专题的处理 .....            | 50-66 | 13 |
| A. | 国际法委员会的工作 .....              | 50-59 | 13 |
| B. | 国际赔偿责任问题谈判的进展情况 .....        | 60-66 | 16 |
| 五. | 关于赔偿责任专题的未来行动方向:几种选择 .....   | 67-72 | 19 |

## 一. 国际法委员会的 1998 年报告中提出的问题

1. 关于国际责任这一议题,国际法委员会于 1998 年向大会第五十三届会议提交了一套完整的关于预防危险活动造成的跨界损害的条款草案和评注,并提出了以下问题请各国作出评论:<sup>1</sup>

- (1) 是否仍应将预防责任视为一种行为义务?对于不履行义务,是否应根据国家责任法或民事赔偿责任法或当起源国和营运者均有责任时使其承担适当后果?如果对后一问题的回答是肯定的,则哪类后果为适当或适用的?
- (2) 条款草案应采用什么形式:公约、框架公约、还是示范法?
- (3) 何种或什么形式的解决争端程序最适于处理因条款草案的适用和解释而产生的争端?

## 二. 会员国在大会第五十三届会议上所表示的意见

2. 一些代表团在第六委员会参加关于国际法委员会报告的辩论时尝试回答这些问题。他们的意见摘要如下。

3. 不遵守应有注意义务是否应承担任何法律后果的问题引发了不同反应。中国指出,不遵守应有注意义务而未造成损害,将不会引起任何损害责任。但如造成损害,则可能引起国家责任或民事责任,或同时引起这两种责任。如果国家遵守了应有注意义务,但仍出现损害,则应由营运者付款和承担责任。<sup>2</sup>

4. 按照大不列颠及北爱尔兰联合王国和奥地利的观点,违反应有注意义务可在国家责任领域产生后果。<sup>3</sup>日本指出,预防义务是一种行为,而不是结果,不履行这种义务属于国家责任范围。虽然在一些情况下造成损害的部分原因可能是不履行预防义务,但仍应区分严重跨界损害的国际责任与国家责任。<sup>4</sup>

5. 坦桑尼亚联合共和国和蒙古认为,把预防义务与责任问题分开处理令人担忧或困惑,因为难以设想在没有任何损害情况下引起的法律后果。<sup>5</sup>瑞士和希腊感到需要更多时间来考虑此问题。<sup>6</sup>德国认为,目前很难答复委员会向各国政府提出的所有问题,为此,委员会应谨慎行事。它并强调,应该研究有关危害性活动造成跨界损害这一领域的其他规则和发展。它在此方面提及条款草案第 6 条,该条明确规定,现有的条款草案无损于其他国际法规则的存在、实施或作用。<sup>7</sup>

<sup>1</sup> 《大会正式记录第五十三届会议,补编第 10 号》(A/53/10),第 31 至 34 段。

<sup>2</sup> A/C.6/53/SR.14,第 43 段。

<sup>3</sup> 同上,第 7 段(联合王国)和 A/C.6/53/SR.15,第 6 段(奥地利)。

<sup>4</sup> A/C.6/53/SR.14,第 18 段。

<sup>5</sup> A/C.6/53/SR.13,第 59 段(坦桑尼亚联合共和国)和 A/C.6/53/SR.15,第 40 段(蒙古)。

<sup>6</sup> A/C.6/53/SR.13,第 67 段(瑞士)和 A/C.6/53/SR.22,第 43 段(希腊)。

<sup>7</sup> A/C.6/53/SR.15,第 79 段。

6. 危地马拉和蒙古认为不可能避免在条款草案中重新引入责任的问题。他们指出,根据国际法委员会提议的制度,国家不履行提议的行为义务将引起所涉国家的国家责任。<sup>8</sup>不过,危地马拉认为,这一责任不同于原有案文所设想的赔偿责任,在后一种情况下,起源国所为并非国际法不加禁止的行为,而是国际法禁止的行为。<sup>9</sup>有人指出,按照条款草案的原有案文,一国可能既须承担赔偿责任又须负责:如果在已履行预防义务的情况下损害他国,便是前一种责任;如果未履行义务,而损害完全因不履行义务所致,则是后一种责任。

7. 一些代表团还强调,委员会不应忽视原先所设想的关于制订主要责任规则的任务。<sup>10</sup>墨西哥以下述理由表示类似意见:首先,非如此则有可能削弱行为义务。如果预防胜于补救,则必须就不履行所产生的后果制订规则,不论是否造成损害。其次,将本应合并审议的问题分开处理。在确定不履行的后果时也应审议所造成的损害。如果委员会预定将只处理预防问题,那么分开处理将产生使委员会确定赔偿责任的效果,从而曲解了第四十九届会议关于预防和赔偿责任问题应分开处理的决定。<sup>11</sup>

8. 智利建议,预防的概念应与反应行动和恢复的义务相联系,这种义务也应适用于活动营运者。而且,无论所造成的损害情况如何,不遵守这些义务就可能产生国际责任。同时,在评估所产生的责任时应考虑到损害的影响。它认为,重要的是应将营运者同国家、保险公司、特别基金等更加直接地与责任制度相联系。<sup>12</sup>保加利亚和巴林同意这一观点,<sup>13</sup>但奥地利不同意,认为由于预防义务是就国家的义务而言,因此委员会没有必要讨论有关在任何情况下所涉及的私人营运者的民事责任问题。<sup>14</sup>

9. 美利坚合众国认为,鉴于条款草案似乎是以具有全面监管权、权力高度集中的国家为前提的,因此,监管权分散的联邦制国家是否能有效执行这些条款草案令人怀疑。<sup>15</sup>

<sup>8</sup> A/C.6/53/SR.13,第 53 段(危地马拉)和 A/C.6/53/SR.15,第 40 段(蒙古)。

<sup>9</sup> A/C.6/53/SR.13,第 53 段。

<sup>10</sup> A/C.6/53/SR.15,第 7 段(奥地利);A/C.6/53/SR.16,第 44 段(新西兰);A/C.6/53/SR.17,第 1 段(瑞典,代表北欧国家);A/C.6/53/SR.18,第 42 段(阿拉伯利比亚民众国);A/C.6/53/SR.18,第 50 段(古巴);A/C.6/53/SR.20,第 28 段(葡萄牙);A/C.6/53/SR.21,第 12 段(巴林);A/C.6/53/SR.22,第 22 至 23 段(斯里兰卡)和 A/C.6/53/SR.17,第 44 段(亚非法律协商委员会秘书长的发言)。

<sup>11</sup> A/C.6/53/SR.16,第 6 段。

<sup>12</sup> A/C.6/53/SR.14,第 25 和第 28 段。

<sup>13</sup> A/C.6/53/SR.16,第 24 段(保加利亚);A/C.6/53/SR.21,第 12 段(巴林)。

<sup>14</sup> A/C.6/53/SR.15,第 6 段。

<sup>15</sup> A/C.6/53/SR.14,第 44 段。并见 Nicole Duple 所编辑的《*Le droit à la qualité de l'environnement: un droit en devenir, un droit à définir*》中 Julyan Reid 所著的“*The Harmonization of Federal and Provincial Policies and Norms and Intergovernmental Cooperation*”(魁北克,1988 年),第 357 至 368 页;Francois Chevrete 的“*Fédéralisme et protection de l'environnement*”,载于同上,第 339 至 356 页;Jean Piette 的“*L'harmonisation des politiques et des normes fédérales et provinciales et la coopération intergouvernementale*”,载于同上,第 371 至 379 页。

10. 以色列认为,就涉及私人营运者的情况而言,国家责任和公民责任不能充分保护合理的环境利益。因此,应将预防的责任视为受详细和普遍适用的行为守则所启发的一种行为义务,这些守则体现了关于环境和其他相关问题的现行国际公约所载的标准。<sup>16</sup>

11. 捷克代表团就法律后果问题作了较详细的发言,它指出,如果损害是因起源国违反了预防义务或其他义务所致,起源国便具有国际责任并应作出充分补偿,但前提是能在不当行为或疏忽与损害之间确立因果关系。如果难以确立因果关系,由此产生的情况往往类似于虽违反了义务但却没有物质或道义损害的情况。在这种情况下,责任只涉及停止不当行为的义务以及或许还有一些令对方满意的行动。但是,不应将这些问题放在预防的框架内处理,而应在国家责任的议题下处理。如果虽未尽义务,但没有造成损害,那么严格地讲,仍存在国家责任的问题,国家责任的定义要比一些国内法律制度中的责任含义广泛。<sup>17</sup>

12. 阿根廷认为,在造成重大跨界损害的案件中,重要的是必须澄清和确定根据国际法产生的后果,即使起源国已遵守了所有预防规则。鉴于此类案件的补偿义务的特殊性质,与此相关的规则应体现补充关于不法行为的责任的某些规则。就狭义的责任案件而言,即使充分遵守应有注意义务也不能使一个国家免负责任。<sup>18</sup>

13. 孟加拉国认为,应有注意原则有一个客观的成分,原因在于危险活动确实是产生其自身的有形后果的起因,可以比较肯定和精确地预见到这一点。就此意义而言,“结果”确定了注意的义务,尽管这可能是一种“行为义务”。它强调指出,有关赔偿责任的考虑因素与有关衡量损害的考虑因素不一样。因此,发展中国家容忍限度较高并不表明赔偿责任的基线也较高,只表明可能降低对损害的衡量。如果一个国家容许在其领土上进行危险活动,就须推定该国能够承担由此活动产生的后果。因此,不管相关国家的发展程度如何,这一推定普遍适用。<sup>19</sup>

14. 阿尔及利亚也认为,虽然根据国际法原则,从事有害于别国环境的活动的国家应承担义务,但在审议损害赔偿时应考虑到在此方面处于最不利境地的发展中国家的具体情况。<sup>20</sup>

15. 意大利赞同预防为一种行为义务这一概念,但指出,在国家未能遵守其预防义务的情况下,不论是否有跨界损害,条款草案都不应要求惩罚。在意大利看来,国际法律制度的目的不是惩罚,而是纠正违反行为。鉴于预防义务具体适用于跨界损害,也即意味着适用于对另一国主权的侵犯,因此,如果没有侵犯情况发生,便没有理由实施惩罚。<sup>21</sup>

<sup>16</sup> A/C.6/53/SR.15,第 19 段。

<sup>17</sup> A/C.6/53/SR.15,第 61 和 62 段(捷克共和国)。并见 A/C.6/53/SR.16,第 47 和 48 段(新西兰);A/C.6/53/SR.17,第 33 段(尼日利亚);和 A/C.6/53/SR.20,第 7 段(伊朗伊斯兰共和国)。

<sup>18</sup> A/C.6/53/SR.15,第 94 段。

<sup>19</sup> A/C.6/53/SR.16,第 4 至 5 段。

<sup>20</sup> A/C.6/53/SR.20,第 63 段。

<sup>21</sup> A/C.6/53/SR.15,第 68 至 69 段。

16. 印度、中国、古巴和埃及认为,委员会所提议的预防概念不足以将其纳入可持续发展这一更广泛的领域以便给予环境和发展问题同等和适当份量的考虑。它们认为其他一些重要原则也应作为与预防概念相关的问题予以审议。此外,一个国家或营运者虽然愿意但缺乏能力去遵守义务,就不应该对它们施加任何惩罚。这一观点的依据是不同经济和技术发展水平的国家之间的差别,以及发展中国家缺乏财政和其他资源。它们并进一步指出,应有注意的概念本身不能编纂成法。<sup>22</sup>

17. 鉴于在第六委员会所进行的讨论,下面将试图首先处理不遵守预防义务所致的法律后果问题,其次处理委员会在赔偿责任问题上今后可能采取的行动。

### 三. 尽有注意义务的实施

#### A. 应有注意的概念:一些特征

18. 预防之责,乃一种行为义务,基本上认为是应有注意的责任。有关实施或强制执行预防义务的任何问题,都不能不涉及到国家尽义务的内容以及因此应加以注意的程度。

19. 应有注意的概念在美国南北战争之后、尤其是因亚拉巴马案<sup>23</sup> 而在国际法领域广为人知,这一概念引起各种不同解释,尤其是就所涉注意的标准而言。例如,在该案中,英国促请对应有注意作限制性解释,亦即未作应有注意系指各国政府在预防它有义务要预防的行为方面,未能如在通常处理国内问题时那样给予人们有理由认为它应当在处理国际关注事项及义务方面所给予的注意。但美国作为该案的原告,则主张采取更积极的注意程度检验,程度应同过失的后果相当。裁决赞成美国主张的对应有注意程度的检验。<sup>24</sup>

20. 实行应有注意程度的检验,也针对国家在和平时期对私人行为尽责任,这就包括国家机关的过失行为,一般而言是疏于给予应有注意来预防及镇压私人所实施之行为。关于这一点,哈佛法学院 1929 年草案第 10 条评注指出:

<sup>22</sup> A/C.6/53/SR.15,第 85 至 86 段和第 91 段(印度);A/C.6/53/SR.14,第 42 段(中国);A/C.6/53/SR.18,第 51 段(古巴);和 A/C.6/53/SR.22,第 18 段(埃及)。

<sup>23</sup> J. B. Moore 著,《美国为当事方的国际仲裁历史和摘要》,第一卷(1898 年,华盛顿,政府印务局),第 495 页,日内瓦仲裁(亚拉巴马案)。

<sup>24</sup> 联合王国及美国关于亚拉巴马案的立场,见 R. Bernhardt 编的《国际公法全书》,第 10 卷(阿姆斯特丹,Elsevier 科学出版社,1987 年)第 138 页至 139 页,Horst Blomeyer-Bartenstein,“应有注意”。Max Huber 在西班牙摩洛哥区索赔案(英国/西班牙)中指出,保持起码的警惕、使用基础设施及监测境内的活动,乃是任何政府的天然属性。Huber 还认定,在特定情况下应予注意的程度,取决于可用的手段,而可用的手段又是由具体情况和需要保护的利益的性质所决定的(联合国,《国际仲裁裁决汇编》第二卷,第 644 页)。联合王国议会上院有机会在 Donoghue 诉 Stevenson 案中处理应有注意的适用标准,指出必须给予合理注意,以避免有理由被预见为可能伤害邻居的行为或不行为。(见[1932]A. C.,第 580 页(H.L.(Sc))。

“应有注意这一词语有这样的含义……获悉即将发生伤害时或有理由认定可能发生伤害时采取预防措施的管辖权以及国家采取行动的机会。”<sup>25</sup>

另外还澄清指出,应有注意是一个标准而不是一个定义。<sup>26</sup>

21. 国家责任问题的第一任特别报告员加西亚·阿马多尔认为,应注意包括:采取在个案特别情形之下一般采取的措施时予以适当注意,损害行为的可预见性,利用国家现有资源防止发生该种行为发生的可能性,必须行使权力拘押实施此种行为之个人并给外国人以机会对其提出索赔要求。<sup>27</sup> 他还指出:

“学术权威几乎一致认为,不能把‘应有注意’的规则降低为清楚准确的定义,从而把它当成客观、自动的标准,在任何情形下均藉以确定某国是否‘注意’地行使其警惕和保护之责。”<sup>28</sup>

22. 国际法委员会在有关国际水道的工作中也审议了应有注意的原则。麦卡弗里的第四份报告首次明确提到了该事项。至于关于国际水道污染的第 16 条草案,他表示应有注意的义务不应诠释为污染造成的任何损害给国家带来严格赔偿责任。<sup>29</sup> 他指明,应有注意的义务具有下列要素:

(a) 做到可以期望良好的政府会给予注意的程度。换言之,有关政府应当“永远”拥有“足以确保在正常情况下履行国际义务的法律制度或物质资源”。<sup>30</sup> 特别是该国必须已经设立并维持着行政机构,至少足以允许它尽这些义务;

(b) 在保持与情形相适应的警惕程度下使用基础设施;

(c) 造成越界污染损害的行为,以及损害本身,必须是可以预见的。换言之,不可容忍的越界污染损害行为程度越高,国家越是有责任注意预防此类污染。同样,使用危险技术或产业的国家不论其一般发展程度如何,它保持警惕的责任也就更大。<sup>31</sup>

<sup>25</sup> 哈佛国际法研究,“国家对在其境内所发生的伤害外国人或其财产行为负有责任的法律”,《美国国际法学报》,第 23 卷(1929 年)(补编),第 187 页。

<sup>26</sup> 同上。

<sup>27</sup> 《1961 年……年鉴》,第二卷,第 46 页,草案第 7 条,A/CN.4/134 号文件,增编。

<sup>28</sup> 《1957 年……年鉴》,第二卷,第 122 页,第 12 条评注第(7)段,A/CN.4/106 号文件。可是,对国家责任这一题目的研究扩大到包括更一般性的规则之后,委员会决定把条款草案严格限制在第二级规则上。根据这一计划,应有注意被视为一种义务的一个成分,即一项初级规则,从而被排除在草案之外。特别报告员阿戈在其草案第 11 条第 2 款更低调地间接提到应有注意的概念(《1972 年……年鉴》,第二卷,第 126 页,A/CN.4/264 和 Add.1 号文件),后来连这个也不提了。1979 年定稿的该条基本上作为但书起草的。而且,关于国家责任的一系列条款草案不包括过失的成分,国际不法行为则被定义为违背国际义务,除非可以证明客观条件排除此种情形。见 Blomeyer-Bartenstein,前引书(上文脚注 24),第 141-142 页。在条款草案的二读期间,委员会似乎可能把第 11 条整个抛弃,以便消除不必要的消极案文。《大会正式记录,第五十三届会议,补编第 10 号》(A/53/10),第 421 段和第 425 段。

<sup>29</sup> 《1988 年……年鉴》,第二卷(第一部分),第 238 页,第(6)段,A/CN.4/412 和 Add.1 和 2 号文件。

<sup>30</sup> P. Dupuy, “国际责任法中的应有注意”,经合组织,《跨界污染所涉法律问题》,(1977 年,巴黎)第 373 页。

23. 委员会以内对于麦卡弗里的提议反应不一。<sup>32</sup> Dupuy 鼓吹的“良好政府”或“文明国家”应有的、起码的国际标准理论使人想起传统国际法中有争议的起码的国际标准理论;将应有注意的概念同它联系起来,一位成员对此表示疑虑。因此,他认为,作出应有注意的义务,如果同与发展程度相应的警惕联系起来,对于所有国家而言则更加可以接受。<sup>33</sup> 另一位成员指出,关于履行行为义务的举证之责任在于起源国。<sup>34</sup> 另一位成员认为,从实际角度来看,应有注意的程度视情形而定。他还认为,可能造成伤害的活动以及伤害本身应当可以预见,即国家必须知道或当时应当知道该项活动可能造成损害。他还同意这一看法:注意的程度可能取决于有关国家的发展程度。<sup>35</sup>

24. 应有注意的责任也是国际法委员会二读通过的关于国际水道非航行使用法的第 7 条草案的关键部分。在这方面,应有注意被定义为“‘与事项的重要性相称和与行使这种注意的权利的尊严和力量相称的注意’;以及‘各国政府通常在本国事项上给予的注意’……它不是为了保证在利用国际水道时不会发生重大的损害”。<sup>36</sup> 一国只在下列情况下可被视为违反了应有注意的义务:出于故意或疏忽造成应该防止的事件;或出于故意或疏忽没有防止它境内的其他人造成该事件;或不予消除。<sup>37</sup> 因此,该条规定,“国家可能需要负责的情况为……没有制定必要的法律、没有执行法律……没有防止或终止非法活动、或没有惩罚需为该事件负责的人”。<sup>38</sup> 此外,委员会认为,水道国只有在它知道或应该已经知道对国际水道的具体利用会对其它水道国造成重大损害的情况下,才可以被视为违反应有注意的义务。<sup>39</sup>

<sup>31</sup> 《1988 年……年鉴》,第二卷(第一部分),第 239-240 页,第(7)-(9)段,A/CN.4/412 和 Add.1 和 2 号文件。麦卡弗里依据 Dupuy 教授和 Lammers 教授的研究和结论得出了这些结论。Dupuy 指出:“应有注意是指人们期望‘良好的政府’、即认真对待其国际义务的政府给予的注意……它对应于领土管辖权的专属行使,同时又是对由于不依此采取行动而引起的国际赔偿责任加以限制的因素。”(前引书(上文脚注 30),第 369-370 页)。他还指出:“如果一个国家具有经济资源,从而具有提高其控制程度的手段,而另一国家缺乏物质资源,管理松散并相对不力,要求于这两个国家的行为不应相同”(同上,第 376 页)。警惕性的标准可能会因一国的发展程度不同而有差异,但 Dupuy 着重指出,上文所概述的、有关良好政府的特征的起码规则“不容妥协”(同上)。Lammers 得出结论指出,只有在“一国政府机关知道或当时应当知道其某些行为或私人或私人实体的某些行为将会导致不可容忍的跨界水污染的情况下”,才可以说该国没有给予适当的关注或应有注意。(J. G. Lammers,《国际水道的污染》,(海牙, Martinus Nijhoff, 1984 年)第 349 页)。

<sup>32</sup> 委员会成员的观点概要见《1988 年……年鉴》,第二卷(第二部分),第 163-168 段。

<sup>33</sup> 史久镛先生的发言,同上,第一卷,第 2064 次会议,第 140-141 页,第 16 段。

<sup>34</sup> 阿兰焦-鲁伊斯先生的发言,同上,第 141 页,第 24 段。

<sup>35</sup> Barsegov 先生的发言,同上,第 144-145 页,第 44-45 段。

<sup>36</sup> 《1994 年……年鉴》,第二卷,(第二部分),第 103 页,草案第 7 条评注第(4)段。

<sup>37</sup> 同上。

<sup>38</sup> 同上,引用《重申法律,第三版,美国的对外关系法》,第 2 卷(明尼苏达州圣保罗,美国法学会出版社,1987 年),第 601 节,评注(d),第 105 页。

<sup>39</sup> 同上,第(8)段。

25. 可是,国际法院就科孚海峡案指出,“单从一国控制其领土或领水这一事实不能断定该国就一定知道,或当时应该知道,在其领土上所犯之不法行为,也不能断定该国就一定知道,或当时应该知道,行为人。”<sup>40</sup> 显然,这里所说的“控制”实际管辖权,而不是指控制具体活动。<sup>41</sup>

26. 1997 年《国际水道非航行使用法公约》<sup>42</sup> 第 7 条提及国家有义务采取“适当措施”防止对其它水道国造成重大损害。这一提法是由加拿大、瑞士和另外几个国家建议的。在这方面,所涉的应有注意的义务需要按照委员会上述评注来解释。

27. 委员会联系其关于预防义务的工作,并主要参照对国际水道非航行使用法条款草案的研究,审议应有注意的概念。昆廷-巴克斯特和巴尔沃萨认为,适用于预防原则的应有注意标准是同特定情况下越界损害危险的程度成正比的。昆廷-巴克斯特也说,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。<sup>43</sup>

28. 委员会的工作组在 1996 年提议的对题为“预防”的第 4 条题为的评注提到国家有义务采取必要的立法、行政或其它方面的行动来实施该国通过的法律、行政决定和政策。另外它还表明,应有注意的标准必须直接同危险或损害的程度成比例。行动的规模、地点、特别的气候条件和活动中所用的材料,是在确定适用标准时必须考虑到的一些因素。可是人们注意到《里约宣言》原则 11 指出,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,也许使它们承担不必要的经济和社会代价。<sup>44</sup>

29. 应有注意这一概念越来越重要,超出伤害的范围,包括一国领土上的外籍个人。有必要就进行危险活动时所涉的伤害行为或伤害危险界定赔偿责任或国家责任,这目前令人关注的一个问题。

30. 还曾联系环境管理的不同部门审议过整个应有注意问题,该问题也是联合国环境规划署(环境规划署)最近一项分析的主题;该项分析指出,将其概念化证明非常困难。它还指出,虽然某些具体的环境影响评估责任和预防责任得到了充分表述,但国际风险评估、国家或经济行动者的责任及国际责任方面的好几个基本问题仍在处理和评价之中。后者属于国际环境法方面难度最大的领域之一。应有注意并不意味着国家或经济行动者是防止伤害方面的绝对担保人。而且,国家履行其应有注意责任的方式有相当的灵活性。举例来说,这种灵活性关系到针对威胁的严重程度而言采用不同的环境管理措施;可供发展中国家之用的资源;以及具体活动的性质。此外,过去曾经建议,作为应有注意程序的一部分,工农业应当遵循起码的国际商定环境和相

<sup>40</sup> 《国际法院判例汇编(1949 年)》,第 18 页。

<sup>41</sup> 亦见巴尔沃萨的意见,他坚信,控制和管辖权的概念比领土更适合用于界定关于国际责任的条款草案的范围(《1988 年……年鉴》,第二卷(第二部分),第 60-61 段)。

<sup>42</sup> 大会第 51/229 号决议,附件。

<sup>43</sup> 见彭·斯·拉奥,关于防止危险活动的越界损害的第一次报告,A/CN.4/487,第 55(f)段。

<sup>44</sup> 《大会正式记录,第五十一届会议,补编第 10 号》(A/51/10),附件一,第二部分,草案第 4 条评注第(9)-(11)段。

关标准。国际标准化组织、世界卫生组织和国际海事组织等国际论坛已经详细拟定了一些这样标准。<sup>45</sup>

31. 根据上述分析,我们可以得出结论:在防止危险活动的越界损害的义务方面,应有注意的义务可以说必然包括下列要素:注意的程度是可以期望良好的政府会做到的程度。换言之,有关政府应当永远拥有足以确保履行国际义务的法律制度或物质资源。<sup>46</sup> 为此目的,国家亦须设立并保持充分的行政机制。可是大家理解,对于拥有完善的经济、人力和物质资源以及高度发达的治理系统和结构的国家,可以期望的注意程度是不同于不具备这些条件的国家的。<sup>47</sup> 可是,即使在后一种情形下,人们也期望一个国家保持起码的警惕,使用基础设施,监测境内的危险活动,这是任何政府的天然属性。<sup>48</sup>

32. 必要的注意程度也是同所涉活动的危险程度成比例的。<sup>49</sup> 此外,损害的程度本身应当可以预见,国家必须知道或当时应当知道该项活动可能造成重大损害。换言之,不可容许的损害程度越大,防止此类损害所需要的注意的义务也就越大。

33. 关于这一点,特别报告员第一次报告所考虑的各项原则值得回忆,例如需要事先授权、环境影响评估以及采取一切必要和合理的预防措施。<sup>50</sup> 随着活动变得更加危险,遵循程序义务就变得更加重要,为预防和减少重大越界环境损害而采取的措施的质量也必须相应提高。<sup>51</sup>

34. 大家还认为,就履行应有注意的义务而言,起源国必须承担比可能受影响的国家或其它当事方更大的举证责任,证明它遵守了有关义务。

## B. 应有注意义务的实施:一些思考

35. 强调实施应有注意的义务,这有其益处,能够让有可能受到危险活动影响的各方在未履行这些职责时,甚至在出现任何损害或伤害之前有机会寻求纠正。这些纠正性质上可以是要求具体履行应有注意义务的组成部分。这还不包括起源国对于可

<sup>45</sup> 1993 年 10 月环境规划署秘书处为环境规划署执行主任银行业和环境问题顾问组编写的关于国际应有注意的非正式说明(特级报告员存有该件)。

<sup>46</sup> 印度最高法院 1999 年 1 月 27 日关于安得拉邦污染控制委员会诉 M.V. Nayudu 教授(已退休)等人案的裁决审查了关于污染者付清理费原则、预防原则以及拟议从事活动的人或实体负有举证责任证明其行动不损害的原则等概念。在这方面,Mazumdar 法官和 Jagannath Rao 法官的判决书也强调实行善政,设立由谙熟环境法的司法及技术人员组成的上诉机构或法庭,以监测及实施环境条例。该项裁定还强调有必要作出从此种法庭向最高法院提出正常上诉的规定。

<sup>47</sup> Lefeber 认为,这引进了主观成分,因为发展状况及地理特点等具体特征必须认为是影响到一国可以采用的手段。这些变数的作用使得应有注意的概念飘忽不定。这还起源于该概念的动态性质,因为必须给予注意的程度因社会、经济和政治价值观的变动而相异。见 R. Lefeber,《越境环境干扰和国家责任的起源》(海牙,Kluwer,1996 年),第 65 页。

<sup>48</sup> 亦见 Max Huber 的意见(上文脚注 24)。

<sup>49</sup> 见 Lefeber,前引书(上文脚注 47),第 68 页,注 50。

<sup>50</sup> 彭·斯·拉奥,关于防止危险活动的越界损害的第一次报告,A/CN.4/487/Add.1。

<sup>51</sup> Lefeber,前引书(上文脚注 47),第 68 页。

能造成重大伤害的活动进行协商、提出通知和进行避免争端和解决问题的义务。此外,其他纠正办法,如停止活动,满足要求,支付损失额或赔偿,都可以按照国家所负责的程度加以利用。

36. 除现有的纠正方法之外,在未履行应有注意的义务时,增强遵守义务的文化,鼓励更自觉地执行义务,这也同样重要。在这方面,特别报告员已经在其第一次报告中列出若干有益的措施。这些步骤相当中肯,仍然有效。<sup>52</sup>

37. 对遵守和执行国际环境协定的情况进行了研究,研究表明,遵守或执行的效益取决于若干因素:所规定义务的准确性;国家的行政能力;是否有财政和其他基础设施部门赞助落实和监测遵守程序;包括人均国民生产总值在内的经济因素;生产技术;参与国际贸易;国家不同政治部门间分享权力,其中包括职权和权力的分派和下放;非政府组织的作用;个人的领导。不过,其中列出的最为重要的变量是行政能力、领导能力、非政府组织以及知识和信息等。<sup>53</sup>

38. 提议加强遵守的战略根据各国的情况而有所不同。在这方面,有两个方面被认为是十分重要,即遵守的意愿和遵守的能力。<sup>54</sup>各国可以用一个分类框架分为六类:打算而且能够遵守的;仍未考虑遵守义务但能够遵守的;不打算遵守但能够遵守的;打算遵守但无法遵守的;仍未考虑遵守义务而且无法遵守的;不打算遵守也无法遵守的。<sup>55</sup>

39. 因此,就各项国际环境协定提出了三种遵守战略:一切条件都很理想的遵守方法,鼓励遵守的措施,或是制裁。有人指出,前两种方法占主要地位;制裁只是作为“最后一种手段”。<sup>56</sup>这同贸易领域的情况正相反,在贸易领域里制裁是迫使遵守的主要战

<sup>52</sup> A/CN.4/487/Add.1,第 53 段。

<sup>53</sup> 见《调动各国:增进对国际环境协定的遵守》,Edith Brown Weiss 和 Harold K. Jacobson 编(马萨诸塞州剑桥,MIT 出版社,1997 年),第 15 章,第 5-16 页(特别报告员有此章草稿)。另见 Michael Bothe 的“评估国际环境法执行机制:概览”,载于《执行环境标准:经济机制是否可行手段?》,R. Wolfrum 编(柏林,Springer 出版社,1996 年),第 13-38 页。Bothe 得出以下结论:针对其他国家遵守行为的单边方式与双边方式之间存在着冲突。单方面制裁很重要,但也有问题。通过国际上国家责任机制在双边级别上执行国际义务的现象正在减弱。传统的解决争端程序发挥的作用意义有限。真正的多边实施程序正在发展,即:报告制度、系统审查国家资源、关于不遵守行为的新程序及财政手段,尤其是酬报遵守行为的制度。推行对环境协定的遵守,主要还是通过外交手段。还正在鼓励给非政府组织更多机会,减少对政府间过程的依赖。同上,第 36 页。

<sup>54</sup> Brown Weiss 和 Jacobson,前引书,第 17 页。

<sup>55</sup> 同上,第 18 页。

<sup>56</sup> 同上,第 22 页。关于出现不遵守行为时,强制制裁对于各缔约国解决重大共同问题的合作体制而言很少见,无成效,本质上也不适合的看法。另见 A. H. Chayes、A. Chayes 和 R. B. Mitchell 的“环境条约中的积极遵守行为管理”,载于《可持续发展与国际法》,Winfried Lang 编(伦敦,Graham & Trotman 出版社,1995 年),第 77 页。见 P. M. Dupuy 的“跨界污染的国际责任”,载于 Michael Bothe 编的《环境政策和法律的趋势》,(自然保护联盟环境政策和法律文件,1980 年第 15 号),第 379 页,其中分析了可以考虑作为双边谈判或多边谈判可能商定的程序的安排。

略;也同人权法不同,在人权法领域,一切条件理想时遵守的方法加上制裁措施占主导地位。

40. 另一个评论者认为,<sup>57</sup>根据一项多边公约,制定有效的报告机制和程序,让人们更多地了解每个国家的实践,无疑十分有益;不过,发展中国家的遵守情况可能会更加普遍,“如果他们得到援助,应用替代技术,建立本国的实施能力和将新的行为在当地文化中消化的能力的话。”此外,“实施国际公约常常要求各国建立各种机构,通过国内规章制度,为良好的环境条件发展和实施国家环境计划。满足这些要求的政治意愿十分必要,但仅这一点还不够;各国政府必须有必要的手段来履行义务。”<sup>58</sup>

41. 一切条件均理想的方法包括一系列措施,各方和所针对的行动者的行为公开化。这些包括定期提交国家报告,各国之间审查报告,建立特别秘书处、区域和国际机构,非政府组织能获得信息,非政府组织参与监测遵守情况,现场监测,信息透明化,和通过国家和区域论坛、讲习班、公司或私营部门网络或顾问现场工作来定期监测遵守行为。<sup>59</sup>

42. 下面作一些举例说明。例如,1992 年通过的《关于消耗臭氧层物质的蒙特利尔议定书》第 8 条规定了处理不遵守行为的程序。<sup>60</sup>根据这一程序,关于不遵守行为的情况可以报告给根据议定书第 5 条成立的实施委员会。报告可以由对另一方的实施义务记录表示保留的缔约国提出,或是由秘书处或有关缔约国在得出结论认为尽管已真正作出最大努力但仍无法充分遵守义务之后提出。实施委员会将对此进一步审议,并力求以友好方式解决问题。委员会为履行职能,在必要时,并应有关缔约国请求,可以在有关缔约国境内收集资料。<sup>61</sup>议定书各缔约国在审议报告和实施委员会的建议之后,可以确定并要求采取步骤,使议定书得到充分遵守。缔约国会议也可以在审议程序完成之前,发出临时呼吁和(或)建议。<sup>62</sup>蒙特利尔议定书规定的处理不遵守情况的程序的目的是力争“在尊重议定书的规定的的基础上,以友好方式解决问题”。<sup>63</sup>

<sup>57</sup> Ibrahim Shihata, “执行和遵守国际环境条约——世界银行的观点”,提交给环境规划署实施和遵守国际环境协定专家会议的文件,华盛顿特区,1996 年 5 月 20 日至 21 日(特别报告员存有副本)。

<sup>58</sup> 同上,第 4 页。

<sup>59</sup> Brown Weiss 和 Jacobson,见前引书(上面脚注 53),第 22-23 页。另见 Kamen Sachariew,“推动对国际环境法律标准的遵守:关于监测和报告机制的思考”,《国际环境法年鉴》,第 2 卷(1991 年),第 31-52 页。

<sup>60</sup> 议定书全文见联合国:《条约汇编》,第 1522 卷,第 3 页。关于实施程序的详情,见环境规划署,若干国际环境公约中不遵守机制的资料 UNEP/CHW/LSG/3/4(1998 年 5 月 25 日),附件一,第 10-13 页。

<sup>61</sup> 《濒危野生动植物种国际贸易公约》第十三条第 2 款有相似的要求,其中规定,经有关一方同意,允许进行现场视察(联合国:《条约汇编》,第 993 卷,第 243 页)。

<sup>62</sup> 类似的程序见 1992 年《保护东北大西洋海洋环境公约》第 10 条第 1 款,《国际法律资料》,第 32 卷(1993 年),第 1069 页。

<sup>63</sup> 见关于某些有关公约实施措施的秘书处说明。该说明已提交给政府间谈判委员会,供起草一项防治荒漠化的国际公约,ICCD/COP(2)/10,1998 年 10 月 23 日,第 4 页。

43. 1996 年 10 月 24 日生效的《核安全公约》第 5 条规定了报告的各种要求。<sup>64</sup>这基本上是一种“各国相互审查机制”。第 29 条进一步规定,缔约各方应在缔约方会议的范围内磋商解决对公约的解释或适应发生的分歧。争端应以友好方式加以解决,不应提交到任何法庭。相互审查机制是在以下基础上进行:(a) 关于审查进程的指导原则;(b) 关于国家报告的指导原则;(c) 缔约方审查会议议事规则和财务规则。每个缔约方在编写报告提交给相互审查机制时允许有一定的自由和灵活性,但商定的指导原则规定了要建立一个便利进行国际审查的结构。因此,这些指导原则超出了公约“鼓励性质”范围,给报告要求增加了力度,并给审查进程增加了某种内部透明度。为了做到后者,须让每个缔约方有机会表达评论意见。为此目的,将各国分成了两组。鼓励各缔约方讨论其方案的具体安全方面,而且其他缔约方也可以更容易地找出其中的差距。根据公约第 25 条的规定,在每次审查会议结束时,将编写一份简要报告,公之于众。

44. 《第二项疏议定书》的制度设想了一些合作性措施,如协助缔约方遵守议定书。《第二项疏议定书》的实施委员会的职能包括不时审查与缔约方遵守议定书的报告要求有关的投诉,和审议为协助建设性地解决问题而提出或转来的任何事情。<sup>65</sup>

45. 同样,根据《联合国气候变化框架公约》第 13 条制定的多边协商进程<sup>66</sup>也使缔约方有机会解决有关实施公约的问题。这一程序的目的,是向缔约方提供咨询和协助,以克服实施困难,推动对公约各项规定的理解,以防止出现这种争端,从而解决此类问题。这一多边协商进程具有推动性质,非对抗、透明、及时,也不涉及司法程序。因此,问题是按以下方式解决:(a) 澄清和解决问题;(b) 就如何获得技术和财政资源来解决这些困难提供咨询;(c) 就编汇和传播信息提供咨询。<sup>67</sup>

46. 鼓励办法包括提供财政和技术鼓励:由条约设立的基金,如《蒙特利尔议定书》基金、世界遗产基金会,或是根据新的《国际热带木材协定》设立的巴厘基金;由全球环境融资提供经费、多边开发银行项目;<sup>68</sup>各国政府提供的双边援助;以及私营部门提供的技术援助,如《蒙特利尔议定书》实施方面的援助。<sup>69</sup>

<sup>64</sup> 《国际法律资料》,第 33 卷(1994 年),第 1514 页。另见环境规划署,关于不遵守机制的资料,前引书(上面脚注 60)。

<sup>65</sup> 1994 年 6 月 14 日签订的 1979 年《远距离越境空气污染公约》议定书,《国际法律资料》,第 33 卷(1994 年),第 1540 页。见荒漠化公约秘书处关于实施措施的说明,前引书(上面脚注 63),第 4-5 页。

<sup>66</sup> 《国际法律资料》,第 31 卷(1992 年),第 849 页。

<sup>67</sup> 见荒漠化公约秘书处关于实施措施的说明,前引书(上面脚注 63),第 5 页。

<sup>68</sup> 关于国际金融机构的作用,Shihata 指出:“国际金融机构通过政策对话和贷款,尤其是优惠贷款,鼓励遵守它们要求的环境标准。它们的技术援助也帮助成立机构,设立适当的法律和规章框架。它们管理并协助编制国家环境计划。全球环境融资着重追加优惠资助,提供在气候变化、生物多样性、臭氧层和国际水源四个重点领域里惠及全球的项目逐步增加的费用。全球环境融资用经济实惠鼓励发展中国家遵守国际环境条约,这构成一种全球做法的一环,其基础是本着全球伙伴关系精神,负起共同但又有分工责任的合作原则。通过不同形式的财政援助提供的实惠也有其制裁作用:若违背贷款或赠款协定,援助即暂停或取消。但是关键是要灵活。”(Shihata,前引书(上面脚注 57))。另见 Constantin Christofidis,“欧洲投资银行与环境保

47. 制裁措施各不相同,有的是根据协定规定丧失特殊地位(如《蒙特利尔议定书》确定获得资金资格的第 5 条所述地位),另外有的禁止与违反规定国家贸易。成立一个机构,解决实施和不遵守问题,制定有关不遵守情况的程序,其中最终包括制裁措施等,这对于某些种类协定来说比较有益,即便制裁措施只是阻止发生不遵守的行为。<sup>70</sup>

48. 特别报告员再次谈到应有注意这一概念,基本是要制定一种需要加以执行的义务,他还考虑了执行或遵守的各种手段和方法。显然,这一没有对抗色彩的透明程序将更有助于鼓励和帮助各国改善其遵守记录。不过,这并不妨碍引用司法纠正措施和国家责任原则。

49. 另外也很清楚,遵守事项和执行的具体体制比较适合在关于危险或有害活动的营运的协定缔约国之间进行谈判。这是在若干重要活动之后的一种程序。因此,遵守事项可以认为属于国际法委员会起草关于预防的条款草案的工作范围以外。如果大会另有意向和指派,委员会可以编写另一份关于遵守的议定书。

## 四. 国际赔偿责任专题的处理

### A. 国际法委员会的工作

50. 委员会在 1978 年年初讨论该专题时,当时的报告员昆丁-巴克斯特先生试图确定一个概念基础或框架,并在其第三份报告中提出一个纲要。<sup>71</sup>在这一点上,他表明需转向严格赔偿责任的概念,即使他也意识到与该概念相关的种种困难。他指出:“到了最后,建立制度的所有可能性均搁置于一旁时——或发生了无人预见的损失或伤害时——也有义务在严格赔偿责任的意义下赔偿损失。特别报告员认为,鉴于跨界的危险和各国之间关系的现实以及国际法的一个发展中部分的现有要素,很难想象情况能不如此。”<sup>72</sup>

51. 更为重要的是,昆丁-巴克斯特认为,赔偿责任概念和支付赔偿金的义务受到他提出的共有的期望概念的限制。他解释说,后一项概念含糊不清是一个有利条件,因为它允许各国在个案基础上达成相互可接受的分配成本和效益的办法。大家记得,在纲要第 4(4)节之下,共有的期望包括以下各种期望:“(a) 已在有关各国间以函电或其它换文的方式明示表示,或在没有此种表示的情况下,(b) 已在有关各国或它们所属的任何区域或其他集团或国际大家庭的共同立法或其他标准或通常遵守的行为方式中加以暗示”。这就有可能通过民事责任制度解决争端。而且,这种共有的期望也能够

---

护——政策与活动”,载于国际律师协会,《环境责任》,第 7 次环境法驻地研讨会,瑞士蒙特勒,1990 年 6 月 9 日至 13 日(伦敦,Graham & Trotman 出版社,1991 年),第 13-24 页。

<sup>69</sup> Brown Weiss 和 Jacobson,前引书(上面脚注 53),第 23-24 页。

<sup>70</sup> 同上,第 24 页。另见国际律师协会关于执行的一章,前引书(上面脚注 68),第 213-274 页,其中介绍澳大利亚新南威尔士和新西兰在执行和遵守方面的经验。

<sup>71</sup> 《1982 年……年鉴》,第二卷(第一部分),第 62 页,第 53 段,A/CN.4/360 号文件。

<sup>72</sup> 同上,第 60 页,第 41 段。他也针对处理严格赔偿责任的概念存在的困难指出:“在旅途结束时,严格赔偿责任的这个恶魔应被驯服”(第二份报告,《1981 年……年鉴》,第二卷(第一部分),第 123 页,第 92 段,A/CN.4/346 和 Add.1 及 2 号文件)。有关他认为预防和赔偿构成一个连贯体,并共同被视为一个复合义务的观点,见 Rao,第一份报告,A/CN.4/487,第 40 段。

决定和确定起源国是否应赔偿损失的问题,起源国与受影响国是否应共同分担损失的问题,或者损失得不到赔偿的问题。<sup>73</sup>

52. 巴尔博扎认为,赔偿责任的问题应由各国通过为此目的具体达成的赔偿责任制度加以解决。因此,它们可以自由选择民事责任制度或国与国之间的赔偿责任制度。他提议的赔偿责任制度只是作为剩余的制度运作,发挥“安全网”的作用。<sup>74</sup>巴尔博扎建议,在不是因国际不当行为造成的跨界损害时,起源国应有义务同受影响国谈判,“以确定损害的法律后果,同时铭记,原则上损害必须获得充分赔偿”。<sup>75</sup>只有未履行谈判的义务才产生国家责任。<sup>76</sup>

53. 巴尔博扎还指出,他提出的责任概念并不要求证明起源国没有采取充分的预防和减缓的措施。同样,它也不要求所涉及的行为应被视为不法行为。1990 年提出的条款草案第 9 条也使得限制赔偿责任的数额和时间成为可能。<sup>77</sup>还有,昆丁-巴克斯特选择共有的愿望的概念来减轻严格赔偿责任的概念的严厉性,巴尔博扎不同于昆丁-巴克斯特,他依靠限制赔偿责任的因素,<sup>78</sup>并依靠这种赔偿责任的免除或例外情况。<sup>79</sup>他进一步指出:

“本条[条款草案第 21 条]<sup>80</sup>所定规范以严格赔偿责任为根据,换言之,如果对活动与有关跨界损害的因果关系没有怀疑的话,在原则上是应予赔偿的。谈判将根据这一前提展开,而且将比较着重于赔偿的‘量’方面。”<sup>81</sup>

54. 尽管他早些时候曾赞成国家责任,在其工作的后期部分,他开始将那个概念与经营者的民事赔偿责任的概念合起来。阿尔博扎在第七份报告中通过更多强调国内法或私法的补救办法对处理赔偿责任问题的各种建议作出反应。他提议,民事赔偿责任是最主要的,国家赔偿责任应是剩余的。<sup>82</sup>在这方面,只有当应负责任的个人无法完全赔偿所造成的损害时,或当此人无法查明或找出时,国家赔偿责任才能取代民事赔偿责任。此外,受害者有权在国内渠道与外交渠道之间加以选择,以便提出索赔要求。<sup>83</sup>即使这种混合办法也未获得多少支持。因此,巴尔博扎在第十份报告中提议,除非国家犯下国际不法行为,它们不应为条款草案所涉及的损害负责。<sup>84</sup>在这方面,他提

<sup>73</sup> 初步报告,《1980 年……年鉴》,第二卷(第一部分),第 261 页,第 47 段,A/CN.4/334 和 Add.1 及 2 号文件。

<sup>74</sup> 第六份报告,《1990 年……年鉴》,第二卷(第一部分),第 95 页,第 48 段,A/CN.4/428 和 Add.1 号文件。

<sup>75</sup> 同上,附件,第 108 页,条款草案第 21 条。

<sup>76</sup> 同上,第 94-95 页,第 43 段。

<sup>77</sup> 同上,第 95 页,第 44 段,附件,第 106 页。

<sup>78</sup> 同上,附件,第 108-109 页,条款草案第 23 和第 27 条。

<sup>79</sup> 同上,第 108 页,条款草案第 26 条。

<sup>80</sup> 该条案文见同上,第 108 页。

<sup>81</sup> 第七份报告,《1991 年……年鉴》,第二卷(第一部分),第 86 页,第 56 段,A/CN.4/437 号文件。

<sup>82</sup> 同上,第 85 页,第 50 段;另见第 78 页,第 23 段。

<sup>83</sup> 同上,第 85 页,第 51 段。

<sup>84</sup> 第 10 次报告,A/CN.4/459,第 30 段。

到使国家负有赔偿责任的不同可能性:(a) 国家没有对不法行为负任何赔偿责任的情况;(b) 国家同时负严格赔偿责任和负不法行为赔偿责任的情况;(c) 国家负有严格赔偿责任,但从属于经营者在支付涉及危险活动造成意外赔偿方面的民事(也是严格)赔偿责任的情况;和(d) 国家负有不法行为赔偿责任,但这种赔偿责任从属于经营者因危险活动所造成伤害的民事赔偿责任的情况。

55. 他得出的结论是,上述备选方案似乎没有一项完全适合条款草案的目的,不过,(d) 项可能性似乎是一项可进行审议的备选方案。在这种情况下,他认为,最简单的做法是“不对国家强制规定任何方式的严格赔偿责任,也不再在不履行义务(对不法行为的赔偿责任)与该活动所涉危险造成意外损害的严格责任之间尽可能划清最明显界线。”他希望,这种制度更易于得到各国的接受,并且能简化国家赔偿责任与私人当事方赔偿责任之间的关系。他认为,这种制度也能简化程序问题,因为只有国内法庭才具有管辖权,而且也不会出现诸如国家为涉及私人当事方的案件而出庭,特别是它必须在另一国家的国内法庭出庭等棘手问题。<sup>85</sup>

56. 委员会工作组 1996 年通过的条款草案在第 5 条中涉及赔偿责任问题。该条的评注指出:“赔偿责任的原则不得妨碍以下问题:(a) 负有赔偿责任因此必须赔偿的实体;(b) 赔偿的形式和程度;(c) 需要赔偿的损害;(d) 赔偿责任的依据。”<sup>86</sup>

57. 大会对工作组的提案产生多种反应。一方面,有一批国家认为条款草案没有充分集中在赔偿责任和赔偿的原则方面。它们认为,应制定一个关于赔偿责任和赔偿的更充分和更全面的制度,以便能够在从事危险或有害活动的实体所产生的利益与因这种活动可能造成损害而对第三方造成的负担之间寻找到折衷办法。有人指出,草案仅第 5 和第 21 条是涉及国际赔偿责任问题。此外,案文并无关于赔偿责任的性质或赔偿尺度的任何规定,也未就责任与赔偿责任的概念作出任何区分。鉴于这些考虑,有人认为,委员会应将这些条款草案视为有关保护环境的制度而非国际赔偿责任的案文。有人指出,这种赔偿责任引起的赔偿义务可直接由经营者履行,或在设立赔偿基金和其他办法(通过由污染者付费的原则,但这并不适用于所有情况,或经由民事或国家赔偿责任的制度,或经由两者结合的方式)以两到三级的制度加以执行。<sup>87</sup>

58. 另一批代表团认为,工作组条款草案所包含的赔偿责任概念没有得到适当的界定,而且其要素中没有任何具体内容。在这一点上,有人指出,条款草案既含糊不清,也令人不安,因为它没有解决究竟谁应承担赔偿责任(或应承担什么赔偿责任)的问题。而且还可认为,它是要将义务只加于各国,而没有加于私人实体。美国不认为,“依据习惯国际法,各国一般应对私人实体在该国领土内或在其管辖或控制下的行为所造

<sup>85</sup> 同上,第 26-29 段。

<sup>86</sup> 《大会正式记录,第五十一届会议,补编第 10 号》(A/51/10),第 272 页,第 6 条评注中的第(6)段。

<sup>87</sup> 见奥地利代表团的发言,A/C.6/51/SR.37,第 17 和 19 段。关于类似的看法,见下列代表团的发言:葡萄牙(A/C.6/51/SR.39,第 66 段)、澳大利亚(A/C.6/51/SR.40,第 2-3 段)、爱尔兰(其中表示,爱尔兰准备接受将“绝对赔偿责任”或甚至“严格赔偿责任”排除在外的作法,条件是大家同意不会将无过失赔偿也排除在外,同上,第 6 和 8 段)、大韩民国(A/C.6/51/SR.41,第 53 段)、古巴(似乎支持国家赔偿责任,同上,第 57 段)、新西兰(支持由污染者付费的原则,A/C.6/51/SR.39,第 5 段)、委内瑞拉(同上,第 18-21 段)和巴西(同上,第 26 段)。

成的重大跨界损害承担赔偿责任”。它还表示,“从政策观点来看,存在有力的论点,说明尽量减少这类损害的最佳办法是规定造成这类损害的个人或实体,而不是国家应承担赔偿的责任。”<sup>88</sup>法国认为,工作组没有界定赔偿责任的特性。国家的赔偿责任相对于跨界损害活动起源的经营者的赔偿责任而言,可说是剩余的责任。承认合法活动产生损害的国家剩余责任本身即可构成对国际法的相当可观的发展。国家似乎不会以一般形式接受这种发展。到目前为止,它们只是在具体的条约中加以接受,如 1972 年 3 月 29 日《外空物体所造成损害的国际责任公约》。但发起这项公约的国家认为空间活动是专属保留给国家的活动,这显然不是目前审议的条款草案中所设想的情况。因此,最好把条款草案作为一种原则的汇编,供各国建立具体的赔偿责任制度时参考。这将是针对这项专题的一个切合实际、实用而又有建设性的方式。<sup>89</sup>印度认为,对领土的管辖控制权或主权本身并不构成国家的国际赔偿责任的基础,至关重要的是在一国境内对行动的实际控制。因此,跨界损害的国际赔偿责任必须由直接实际控制活动的经营者承担。<sup>90</sup>联合国要求,由于国际赔偿责任是一个“没有实质内容”的专题,所以委员会应当停止审议这个专题,因为它给委员会造成很大的负担。”<sup>91</sup>

59. 委员会工作组在 1997 年审议了该事项,它本身也不认为,该专题在范围和内容方面已经足够明确。它也认为,委员会应在就国际赔偿责任的题目作出任何决定之前,等待各国提供更多的评论。作为一项临时的措施,它同意,关于损害的赔偿责任的专题应与关于预防的专题分开处理。<sup>92</sup>

## B. 国际赔偿责任问题谈判的进展情况

60. 委员会工作组的观点得到证实,因为除了涉及外空物体责任案例和其他一些事例外,<sup>93</sup>许多处理跨境损害或损害全球环境的国际公约迄今尚未成功地确定任何赔

<sup>88</sup> 见美利坚合众国向国际法委员会提交的书面评论,A/CN.4/481,第 24 段。另见该代表团在第六届委员会的发言,A/C.6/51/SR.39,第 31–33 段。另见 David Jacoby 和 Abbie Eremich,“Environmental Liability in the United States of America”,载于国际律师协会,前引书(上文脚注 68),第 63–93 页。

<sup>89</sup> A/C.6/51/SR.37,第 25 段。北欧国家也希望阐明,主要应由经营者负责赔偿,国家如果有赔偿责任,也只属于剩余性质。北欧国家的发言见同上,第 40 段。

<sup>90</sup> A/C.6/51/SR.41,第 63 段。

<sup>91</sup> A/C.6/51/SR.38,第 19 段。

<sup>92</sup> 《大会正式记录,第五十二届会议,补编第 10 号》(A/52/10),第 165 和 167 段。

<sup>93</sup> 一些公约曾试图将严格国家赔偿责任原则以某种形式纳入。1972 年《外空物体所造成损害的国际责任公约》(联合国,《条约汇编》第 961 卷,第 187 页)使发射国对外空物体在地球表面给飞行中的飞机造成损害负“绝对责任”(第二条)。虽然在第三条中列入过失标准以处理因外空物体在外空或大气中碰撞而对飞行中的外空物体造成的损害,但仍可将该公约视为非不法赔偿责任制度的变式。下列情况似乎支持这一观点:不再因为是非国家行为或无法给予应有注意而免除责任;放弃关于赔偿责任和国际不法行为分离的公认解释。1987 年《经互会关于国际运送核电厂辐照燃料过程中放射性事故造成损害责任公约》与 1972 年《外空责任公约》一样,也使各国根据国际法的规定对核破坏承担主要赔偿责任。此外,关于其他核活动,即在外空使用核动力源和核试验,也有一些证据表明,不再因为是非国家行为或无法给予应有

偿责任制度。大多数公约仅指出必须制订适当的赔偿责任议定书,现已就多数赔偿责任议定书进行谈判多时,但仍未解决有关基本问题或就其达成一致意见。<sup>94</sup>下文对其中一些谈判的情况进行审查。

61. 南极条约协商会议一直试图拟订一个或数个关于环境损失赔偿责任的附件,并为此目的成立了一个法律专家组。自 1993 年以来,专家组一直在南极条约协商会议开会和闭会期间举行会议,并在专家组主席沃尔夫鲁姆教授草拟的“建议稿”基础上进行审议。在上次会议上,专家组面前有主席的第八稿。美国代表团也提出了备选建议。<sup>95</sup>正在审议的问题如下:适用范围、损害概念定义、回应措施或补救措施、赔偿责任标准、免除和限制、关于损害数量的规则、国家责任、保险以及一个或多个附件的执行,包括解决争端。专家组已就其中一些问题达成谅解,但关于其他问题,只可能确定备选办法。例如,专家组商定一个或多个附件的目的是建立赔偿责任制度,涵盖根据《南极条约》及其议定书开展的一切活动。但是否应以一个综合附件或多个附件实现此目的仍是悬而未决的问题。关于损害定义,虽然商定必须满足某些条件,但仍主张有所不同。第八稿第 3 条规定,产生的影响必须“具有不止是将要和过渡的性质”,或换言之,必须是“重大和持久”的。虽然一些人赞同从损害定义中删除环境影响评估中已作出评估并得到国家当局认可的影响,但另一些人感到关切的是将会利用任何形式的环境影响评估避免承担赔偿责任。同样,关于赔偿责任标准,虽然所有成员国都赞同严格责任,但有人怀疑对国家和非国家实体活动之间或对各类损害所作的区分。虽然所有人都同意经营者应采取合理防范措施以预防事故的发生,但指出可将此类义务视为议定书中未包括的新义务。向未经经营者事先授权即采取补救措施的第三方支付赔偿也是一个重要问题。虽然经营者一般应对损害负责,但在下列情况下,即对于“未获修补的损害”或者“无法补救的伤害”,或在不可能采取回应措施,或这样做不可行或因环境或其他原因不可取的情况下,把作出合理赔偿的义务强加给经营者的规定会产生问题。

62. 专家组普遍同意,只有在严格确定的情况下才应援引不是作为经营者采取行动的国家赔偿责任。因此,所有成员一致同意,一个或多个赔偿责任附件不应只因经营者在其管辖范围内造成损害而产生新的国家赔偿责任。根据第八稿第 7 条,缔约国只在下述情况下才对经营者造成的损害负责:如果缔约国根据议定书和附件履行其义务,损害就不会发生或继续;但这也只是以经营者或其他方面未予满足的赔偿责任

---

注意而免除责任,也不再无视不法行为的情况。见 Lefeber,前引书(上文脚注 47),第 160 页,此外,在至少两个关于国际水源的双边条约中,也不承认类似的免除责任情况,同上,第 169 页。

<sup>94</sup> 关于补偿危险活动对个人或财产或环境造成跨境损害的国际惯例提要、在责任或赔偿责任归属不定情况下不同形式的赔偿责任和支付赔偿的事例以及条件的例证和判例法,见《大会正式记录,第五十一届会议,补编第 10 号》(A/51/10),附件一,对工作组建议的第 5 条的评注,第 270 页。关于对有关公约和论点的分析,另见 Mahnouch H. Arsanjani 和 W. Michael Reisman, “The Quest for an International Liability Regime for the Protection of the Global Commons”,载于《International Law: Theory and Practice: Essays in Honor of Eric Suy》(海牙, Martinus Nijhoff, 1998 年),第 469-492 页。

<sup>95</sup> 一般见法律专家组关于详细制订关于破坏南极洲环境的赔偿责任的一个或多个附件的工作的报告,议程项目 9,XXII ACM/WP1(1997 年 11 月),第 1-14 页。

的程度为限。一般都同意赔偿责任附件规定的国家赔偿责任不应超出一般国际法规定的国家责任范畴。

63. 所有成员都赞成列入免除对自然灾害、武装冲突和恐怖主义行为承担赔偿责任的内容。第八稿第 8 条还规定,应对有害环境的活动提供强制保险或其他财务担保。此外,还就限制赔偿责任问题、设立环境保护基金和解决争端机制进行了讨论。美国草案以严格赔偿责任原因为基础,特别提出了采取回应行动的义务。赔偿额将根据其他国家采取回应行动的费用计算。该草案还规定了免除的情况和限额以及设立一个基金。<sup>96</sup>

64. 在改性活生物体的越境转移方面,也审议了赔偿责任制度的必要性。根据《生物多样性公约》<sup>97</sup> 第 19 条第 3 款,该公约第二次缔约国会议决定设立一个不限成员名额特设工作组,编写处理改性活生物体越境转移问题的生物安全议定书。虽然该议定书的目的是制订预先知情同意程序,但大多数发展中国家坚持认为,议定书还应处理关于责任和补偿的条款。<sup>98</sup> 工作组已经举行六次会议,最后一次于 1999 年 2 月 14 日至 22 日在哥伦比亚卡塔赫纳举行。关于责任和补偿问题,各国立场不一,从严格国家赔偿责任直到不负赔偿责任。亚洲和非洲发展中国家支持制订责任和赔偿条款。但美国、俄罗斯联邦和欧洲联盟成员国等国家坚持认为,谈判时间不够,无法在议定书中制订详细的责任和赔偿条款。日本和阿根廷反对任何此类条款。虽然谈判因其他有争议的问题而失败,但就应该订立责任和赔偿条款达成了妥协,有关的工作可在议定书生效日起三年内完成。<sup>99</sup>

65. 自 1989 年缔结《巴塞尔公约》<sup>100</sup>以来,一直就危险废物越境转移及其处置造成损害的责任和赔偿议定书进行谈判。工作组迄今已举行 8 次会议,据称关于该议定书的谈判即将结束。尽管对议定书的范围和适用的许多方面似乎尚未达成一致意见,但各方同意议定书适用于在危险废物和其他废物越境转移及其处置期间发生事故造成的损害。在此方面,未就出口国和(或)过境国关于运送已不属出口国属地管辖权的废物的责任作出决定。同样,非法贩运废物的赔偿责任问题也悬而未决。赔偿责任的归属问题进一步成为争论的主题。<sup>101</sup> 但上届会议已达成一致意见,认为“通知者”在处置者签署转移文件之前应对损害负责。此后,处置者应对损害负责。如果出口国是通知者或如果未发能手通知,出口者在处置者签署转移文件之前应对损害负责。此后,处置者应对损害负责。关于根据议定书设立一个或多个基金的问题,对基金的性质和宗旨也有意见分歧。虽然发达国家希望设立赔偿基金只是

<sup>96</sup> 见同上,第 14-16 页。

<sup>97</sup> 《国际法律资料》第 31 卷(1992 年),第 818 页。

<sup>98</sup> 1998 年 6 月 30 日至 7 月 2 日在伦敦主办的讲习班上所作题为“Relationship between Discussions in the Bio-safety Negotiations and Work undertaken in relation to article 14 of CBD”的演讲(特别报告员存有演讲稿副本)。UNEP/CBD/ExCOP/1/2,

<sup>99</sup> UNEP/CBD/ExCOP/1/2,草案第 25 条,第 32 页。

<sup>100</sup> 《控制危险废物越境转移及其处置巴塞尔公约》,《国际法律材料》,第 28 卷,第 657 页。

<sup>101</sup> 见 G. Handl 教授撰写的说明——“Comments on Draft Articles of a Protocol on Liability and Compensation for Damage Resulting from Transboundary Movements of Hazardous Wastes and their Disposal” (UNEP/CHW.1/WG.1/5/L.1/Add.1)。

为了支付与紧急救济和清除污染有关的费用,但发展中国家希望赔偿基金除包括一个独立的紧急基金外,还支付对财产、个人和环境损失的索赔。保险在支付理赔方面的性质和作用也引起了辩论。<sup>102</sup>

66. 在其他许多情况下,甚至似乎不可能认真讨论赔偿责任问题。<sup>103</sup> 总趋势似乎是反对制订国家赔偿责任的概念,更不用说严格赔偿责任,即使这被认为更适合于越境污染问题。<sup>104</sup> 在对国际法委员会的工作、各国政府关于国际赔偿责任的观点以及现行国家惯例进行审查之后,一位评论者得出结论认为:“在此方面探本溯源的结果表明,既没有生效的条约,也没有其他连贯的国家惯例支持以程序性办法处理特别报告员所设想的非不法赔偿责任问题。”<sup>105</sup>

## 五. 关于赔偿责任专题的未来行动方向:几种选择

67. 鉴于以上,关于未来行动方向,可能有以下几种选择:

(a) 继续讨论赔偿责任专题,最后提出某些建议。昆廷-巴克斯特调查了很多材料,巴尔沃萨又进一步调查了更多材料。国际法委员会的工作组还起草了草案条款;

<sup>102</sup> 见巴塞尔公约法律和技术专家特设工作组为审议和拟订《责任与赔偿议定书草案》举行了八次会议之后产生的《关于危险废物越境转移及其处置造成损害的责任和赔偿议定书草案》(UNEP/CHW.1/WG.1/8/5)。

<sup>103</sup> Lefeber,前引书(上文脚注 47),第 177 页。

<sup>104</sup> 一般而言,阿根廷、澳大利亚、加拿大、巴西(谨慎地)、刚果民主共和国、爱尔兰、约旦、北欧国家、塞拉利昂、西班牙、泰国、特立尼达和多巴哥、乌拉圭和委内瑞拉似乎支持不再因无法给予应有注意而免除责任。此外,澳大利亚、加拿大和北欧国家似乎赞同严格赔偿责任。关于对这些国家观点的分析,见同上,第 178-179 页(脚注 131 和 132)。另见各国在大会第五十三届会议期间在第六委员会表达的上述观点。一些评论者似乎赞同在越境损害问题上借鉴类似国内法的严格赔偿责任概念。例如,见 M. Bedjaoui, “Responsibility of States: Fault and Strict Liability”,载于《国际公法百科全书》前引书(上文脚注 24),第 10 卷,第 361 页。另见 Oscar Schachter, 《International Law in Theory and Practice》(Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1991 年),第 377 页。

<sup>105</sup> Lefeber, 前引书(上文脚注 47),第 226 页。关于其他学者的观点,见同上,第 184-187 页(脚注 153 至 161)。例如, Schachter 指出,“国际赔偿责任是关于越境环境损害的重要但很棘手的概念……国际机构一直努力制订一般性原则和程序。国际法学者为此进行了大量的分析和政策研究。但各国政府十分谨慎,只缔结了一些双边协定,规定关于特定活动的责任和赔偿原则。国家惯例很少,国际裁定更是罕见。”(前引书(上文脚注 104),第 375 页)。此外,他提到一些国际律师主张发生灾难性事故时承担严格国家赔偿责任,并指出:“国内法的确使赔偿责任与某些环境损害领域中的不法行为(特别极危险的行为)分离,但各国政府尚不愿意把这当作国际赔偿责任方面的一般原则来看待”(同上,第 378 页)。另见一些关于加拿大、德国、南太平洋国家、日本、南非、联合王国和新西兰等国家关于赔偿责任的法律立场的文件(国际律师协会,前引书,上文脚注 68))。另见 Prue Taylor, 《An Ecological Approach to International Law: Responding to Challenges of Climate Change》(伦敦;纽约, Routledge, 1998 年),第 152 页。(某些国家惯例和一些学者支持严格国家赔偿责任的概念。但相信大多数认为,这不是越境损害范畴内的国际法一般准则。)

(b) 或者,委员会也可以暂时停止关于国际赔偿责任专题的工作,至少在预防制度二读最终确定下来之前暂时停止。委员会还应等候某些关于赔偿责任的议定书的谈判的发展;

(c) 当然,还有另一个选择。委员会可以决定终止其关于国际赔偿责任专题的工作,<sup>106</sup> 除非大会本身给予一项新的订正任务规定。

68. 在这三种选择之中,特别报告员建议考虑和核可第二种办法。很清楚,委员会至今还不认为昆廷-巴克斯特和巴尔沃萨关于国际赔偿责任的调查材料为在这方面提出最后建议提供了足够的基础。即使直至现在,这种情况似乎仍未改变。各国主要的趋势仍然是反对接受任何严格的国家赔偿责任的概念。因此,和几年前相比,第一种选择的吸引力似乎并没有增加。

69. 同样清楚的是,现在就否决处理国际赔偿责任专题的可能性似乎也是不适宜和不恰当的。这样的断然否决,会对各国在其境内或在完全属其管辖地区内从事国家许可的活动所造成的跨国界或全球一级实际损害或伤害情况下的法律适用性造成更多的混乱。这样的观点也不符合一大批国家的强烈情绪,它们主张平衡兼顾危险活动起源国和可能受到影响的国家的利益。这样做也使委员会无法利用在这一议题上可能发生的任何进一步发展。

70. 然而,如果一旦委员会有条件处理国际赔偿责任的专题,那它就有必要在以下几个问题上采取立场,以便好好制定一个赔偿责任制度:涵盖的活动,涵盖活动的形式,损

<sup>106</sup> 见 *Harvard Law Review* 关于国际赔偿责任的资料评论及其结论:“无法对预期有害环境的国家行动或不行动的后果的合法期望权益作出解说”(Harvard Law Review 编辑部,“Trends in International Environmental Law”载于 L. Guruswamy, G. Palmer 和 B. Weston 主编,《International Environmental Law and World Order: A Problem-oriented Coursebook》(St. Paul, Minn., West Pub. Co., 1994 年),第 330-332 页。Brownlie 教授在评论“合法行为”的赔偿责任概念时认为“这是从根本上错误的概念”。他指出:“此外,这一错误概念的性质是:这种恶劣影响可能在国家责任的各项原则方面引起一个总的结论,因为这种误解涉及这些原则,而且不限于问题的某一领域。国家责任的主要部分——只要政府和法庭接受——是有关造成伤害的合法活动的类别……。寻找关于“合法活动”的“赔偿责任”的原则似乎完全违背所有现行的法律经验……。不论怎样,国家惯例和法庭判例都不支持合法活动的赔偿责任这一概念。”(Ian Brownlie,《System of the Law of Nations: State Responsibility》,第一部分(Oxford, Clarendon Press, 1983 年),第 50 页)。另见 A.B. Boyle, “State Responsibility and International Liability for Injurious Consequences of Acts not Prohibited by International Law: A Necessary Distinction?”,《International and Comparative Law Quarterly》,第 39 卷(1990 年),第 1-26 页。Dupuy 说,必须“记得在一般国际法中,使用“应有注意”的概念关乎国家的非法的忽略……国际法只要求国家行使“足够注意”或“应有注意”。这是国际责任的衡量标准”(前引书(上文注 56,第 369-370 页))。Jiménez de Aréchaga 法官在他的海牙演说中指出:“国际法委员会明智地决定不同时编纂非法行为的国家责任专题和关于合法活动引起的风险的赔偿责任的规则,原因是联合审视两个主题只会使两个主题都变得更加难以掌握。若干位成员敦促委员会尽快着手编纂由合法但危险行为造成的风险所引起的国家责任。进行这种编纂的困难在于这一类责任只源于协约法,并没有习惯法或一般原则作为基础,而且,因为它只涉及例外情况而不是一般规则,所以就不能延伸至具体文书所不包含的领域。”(《Recueil des Cours》, 1978-I, 第 159 卷,第 273 页)。其他引述见 Lefeber, 前引书(上文脚注 47),第 191 页(脚注 40)。

害的定义,建立衡量损害的方法,确定应向什么人索赔,决定谁可以提出索赔,指定一个或多个接受提出索赔的机构,决定可供采用的补救办法,国家在支付赔偿中的作用,确定经营者赔偿责任的条件,无须承担赔偿责任的情况,保险要求和其他财务担保,以及解决争端的程序。

71. 最后,还应指出,本报告并非试图解决关于预防问题的草案条款应采取何种最后形式的问题。在委员会以及大会内提出了各种不同的建议,从示范法或准则到正式公约,不一而足。也有人提出采用框架公约的形式。这个问题应该是委员会在此项工作结束时才讨论的问题,而不是现在就讨论。

72. 同样,关于某些国家<sup>107</sup> 就预防专题提出的解决争端的最适当程序问题,恰当的做法应是结合对关于预防的条款草案的二读进行审查。

---

<sup>107</sup> 例如,瑞士认为关于解决争端的草案第 17 条是不够的。该国认为,如果未能经由事实调查委员会来解决争端,缔约国应有权提起司法程序,以达成具有拘束力的裁决(A/C.6/53/SR.13,第 67 段)。