联合国 A/CN.4/566

大 会

Distr.: General
7 March 2006
Chinese
Original: English

国际法委员会

第五十八届会议

2006 年 5 月 1 日至 6 月 9 日和
7 月 3 日至 8 月 11 日，日内瓦

# 国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任(危险活动引起跨界损害所造成的损失的国际责任)

# 危险活动所致跨界损害的损失分配法律制度第三次报告

特别报告员：彭马拉朱·斯里尼瓦萨·拉奥*

## 目录


| | | 段次 | 页次 |
|---|---|---|---|
| 一. | 导言 | 1-2 | 3 |
| 二. | 活动所致的跨界损害情事的损失分配原则草案提出的评论和意见 | 3-22 | 3 |
| | A. 主要趋势 | 3-4 | 3 |
| | B. 对提出的一些问题的澄清 | 5-22 | 6 |
| | 1. 门槛问题 | 7-8 | 7 |
| | 2. 关于专题范围内活动清单的澄清 | 9 | 8 |
| | 3. 专题范围的扩大 | 10 | 8 |


* 特别报告员感谢在第三次报告编写期间德国海德堡 Max-Planck Institute für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 研究所给予的接待，感谢哥伦比亚特区华盛顿乔治·华盛顿大学法学院教授 Dinah Shelton 组织学生就讨论的问题编写各国法律和实践备忘录，并感谢希腊雅典大学法学院的 Ilias Plakokefalos 在本报告编写期间提供的研究支持。

06-26200 (C) 100406 130406

4. 对环境本身的损害以及对“非使用”价值所造成的损害的赔偿要求 ..... 11-14 9

5. 多重索赔要求 ..... 15-18 11

6. 原则草案的法律地位 ..... 19-22 12

三. 审议原则草案的若干特征 ..... 23-37 14

A. 审慎做法或原则 ..... 24-26 14

B. “污染者负担”原则：经营者的严格和有限责任 ..... 27-30 17

C. 值得注意的国家义务 ..... 31-32 19

D. 不歧视原则和最低标准 ..... 33-35 20

E. 确保及时和适足的赔偿 ..... 36-37 21

四. 原则草案的最终形式 ..... 38-44 22

五. 原则草案与关于预防的条款草案之间的关系 ..... 45-46 24

# 一. 导言

1. 在 2004 年举行的第五十六届会议上，国际法委员会一读通过了危险活动所致跨界损害情事的损失分配原则草案。[1] 大会第 59/41 号决议和第 60/22 号决议均在第 3 段中，提请各国注意就原则草案提出本国意见对委员会的重要性。参加大会第五十九届会议第六委员会的代表团，在关于委员会报告的辩论中对原则草案基本表示肯定。各代表团对委员会能够迅速拟定原则草案表示高兴，这与大会注意到委员会完成“国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任”议程项目下的剩余工作的重要性相距不到一年的时间。[2] 大会在 2001 年第五十六届会议上，对就预防问题开展的宝贵工作表示赞赏，[3] 同时请求委员会恢复有关赔偿责任的工作，铭记预防和赔偿责任之间的相互关系，并考虑到国际法的发展和各国提出的评论意见。[4] 一些国家不仅在第六委员会发表意见，还就 2004 年委员会一读通过的分配原则草案提出了书面意见。[5]

2. 在本报告中，特别报告员对委员会根据各国的意见评论和意见在原则草案二读时应予处理的问题进行了分析。一些国家还就案文的拟订方式提出了具体建议。这些建议没有收入本次报告。毫无疑问，委员会将在起草委员会的范围内适时审议这些建议。

# 二. 活动所致的跨界损害情事的损失分配原则草案提出的评论和意见

## A. 主要趋势

3. 在对各国在书面答复以及在第六委员会发言中就原则草案提出的评论和意见进行分析之后，似乎可以发现以下趋势：

---

[1] 《大会正式记录，第五十九届会议，补编第 10 号》(A/59/10)，第 175 段。

[2] 见荷兰的发言，A/C.6/59/SR.17。

[3] 预防危险活动造成的跨界损害的条款草案，见《大会正式记录，第五十六届会议，补编第 10 号》(A/56/10)，第 97 段。

[4] 第 56/82 号决议。

[5] A/CN.4/562。

(a) 各国对委员会采取的基本方法普遍表示欢迎，即草案应具有一般和剩余性质，以使各国能够根据相关的特殊情况为特定的活动部门灵活制定具体的赔偿制度；[6]

(b) 各国普遍承认这一方法：应由活动经营者，即造成跨界损害事件发生时管理风险的指挥者或控制者，承担主要的赔偿责任；[7]

(c) 鉴于考虑列入草案范围的活动的性质，即危险活动的性质一些国家支持由经营者承担严格的赔偿责任。理解是，这种赔偿责任也是有限的。并且，经营者在赔偿责任方面将有一些例外。但是，这些例外必须限于少数情况。[8] 一些意见认为，可在这一机制内就危险活动与跨界损害之间的因果关系实行可反驳的推定。因此，将由经营者承担不负有赔偿责任的举证之责；[9]

(d) 鉴于普遍赞成的经营者赔偿责任制是严格有限责任制，一些国家还支持考虑从不同来源筹措补充资金，以从这种赔偿责任的有限性出发分担损失并尽量减轻跨界损害受害者承受损失造成的负担。在这方面，一些国家假定起源国将参加这种补充筹资机制。[10] 一些国家认为，鉴于起源国有义务确保在其领土和专属管辖和控制区内开展的任何危险活动均应事先得到批准，且这种事先批准的条件是经营者必须对跨界损害的风险管理采取最佳方法并尽最大努力，因此，应该进一步规定经营者具须备必要的财政能力，以满足跨界损害事件中的索赔要求。这些国家表示，这种能力可以通过经营者购买适当保险或通过适当的银行担保或其他财政担保获得；[11]

---

[6] 见 A/CN.4/549/Add.1，第 5 段。但是，德国对灵活方法的价值表示怀疑，因为委员会所拟制度不会自动执行，见 A/C.6/59/SR.18。

[7] A/CN.4/549/Add.1，第 63 段。另见巴基斯坦的书面评论，A/CN.4/562，A 节，以及乌兹别克斯坦的书面评论，同上。大不列颠及北爱尔兰联合王国在提交秘书长的书面评论(下称“2006 年 2 月 27 日大不列颠及北爱尔兰联合王国的评论”)中，极力支持经营者的赔偿责任和“污染者负担”的原则，反对对国家强加赔偿责任，即使是从属责任和剩余责任。

[8] 见奥地利的评论，A/C.6/59/SR.18。但是，大不列颠及北爱尔兰联合王国建议以较不僵硬的术语拟订严格责任制度，并认为制度可能无法全面适用于各种危险活动(2006 年 2 月 27 日大不列颠及北爱尔兰联合王国的评论)。

[9] 另见墨西哥的书面评论，A/CN.4/562，C 节。

[10] A/CN.4/549/Add.1，第 66、68、90 和 91 段。另见葡萄牙、俄罗斯联邦、塞拉利昂和墨西哥的评论(A/C.6/59/SR.19 和 25)。但大不列颠及北爱尔兰联合王国表示，对国家强加任何剩余责任将会产生问题(见 A/C.6/59/SR.18)。肯尼亚认为，应该更大地限制国家的作用，评注应该明确表示不要求起源国提供资金(见 A/C.6/59/SR.21)。

[11] 德国的发言，A/C.6/59/SR.18。大不列颠及北爱尔兰联合王国表示，购买保险和取得其他财政担保并不容易，不应以僵硬的方式强加这项要求(2006 年 2 月 27 日大不列颠及北爱尔兰联合王国的评论)。

(e) 一些国家还强调了获得补救的重要性；起源国和其他有关国家应该允许跨界损害受害者诉诸司法和其他行政法庭，以在无任何歧视的情况下提出索赔要求，并得到起源国就同一损害向本国受害者提供的补救。[12] 一些国家支持以向危险活动造成损害的受害者提供补救和赔偿的方法建立某些最低标准，并要求各国在国家立法中作出这种规定。[13] 换言之，一国批准在其领土内开展具有造成跨界损害的危险活动而其法律却不保证在发生造成跨界损害事件时提供适当补救和赔偿的做法，已不再为国际法所接受。有国家认为，在不妨碍有关一个或多个国家的特殊情况的前提下，应该把这一国家义务视为最大努力义务。[14]

(f) 各国还对广义解释损害以包括对国家管辖范围内人员、财产和环境本身造成的损害在内给予好评。[15] 一些国家还建议，把对国家管辖范围以外的全球公域造成的损害纳入定义之中，但可能以有关危险活动对这种地区造成的直接损害为限。[16] 但是，一些国家认为，在对环境本身造成损害的事件中提起诉讼的资格问题，以及包括“非使用价值”索赔要求在内的可受理索赔种类的问题，都没有得到解决，也许最好单独进行审议或由各国立法作出规定；[17]

(g) 有些国家还对原则 5（应对措施）、7（拟定专门的国际制度）和 8（施行）表示支持。[18]

---

[12] 大不列颠及北爱尔兰联合王国认为，在跨界损害索赔方面获得国家行政和司法补救的问题，属于国际私法问题，应服从这些原则(2006 年 2 月 27 日大不列颠及北爱尔兰联合王国的评论)。

[13] 荷兰的发言，A/C.6/59/SR.17。另见荷兰的书面评论，A/CN.4/562，E 节。

[14] 见印度的发言，A/C.6/59/SR.18。另见 A/CN.4/549/Add.1，E 节。

[15] 一些代表团反对在原则 2 损害定义中列入环境本身，理由是原则 2(a)㈢中提及的环境损失很难以金钱量化，难以确定诉讼资格，也难以确定有关活动与环境损害之间的因果关系(见 A/CN.4/549/Add.1，第 77 段)。但是，这些问题并不是无法解决的。见下文 B(4)，以及 2004 年一读通过的原则草案评注，原则 2 评注，第(12)段，《大会正式记录，第五十九届会议，补编第 10 号》(A/59/10)(下称评注)。

[16] 见意大利和新西兰的发言，A/C.6/59/SR.17。另见荷兰的书面评论，A/CN.4/562，D 节。

[17] 见 A/CN.4/549/Add.1，第 6 段。见中国、俄罗斯和印度的发言，A/C.6/59/SR.17-19。大不列颠及北爱尔兰联合王国认为，鉴于起诉资格和环境本身损害的量化问题十分复杂，评注中应该对这些复杂的问题作出更好的解释。这些国家还认为，国家就这种损害提出的赔偿要求应该排除在原则草案范围之外，赔偿应仅限于私人当事方的赔偿（2006 年 2 月 27 日大不列颠及北爱尔兰联合王国的评论)。

[18] A/CN.4/549/Add.1，第 65 段。另见荷兰、捷克共和国、墨西哥、美利坚合众国和乌兹别克斯坦的书面评论，A/CN.4/562，F 节。这些评论认为，原则草案的主旨可以接受，但可继续改进，或者更好地对所涉问题作出澄清；并且还提出了一些具体的建议。大不列颠及北爱尔兰联合王国认为，关于原则 5，原则草案在国家采取应对措施义务的基础方面还不够明确；并且，原则 4 应该提出一项要求，如欧盟指令一样对经营者规定采取补救行动的义务；关于原则 7，应该鼓励国家之间和非国家实体之间订立不具约束力的文书，因为并不总是能够订立具有约束力的文书；关于原则 8，施行问题是国内问题，不应列入原则草案（2006 年 2 月 27 日大不列颠及北爱尔兰联合王国的评论)。

4. 最后，特别报告员认为，各国似乎普遍赞成委员会作为一读通过原则草案的基础的政策考虑。但是，在这些原则的形式问题上，仍然存在不同的意见和看法。一个国家集团认为，这些原则必须以条款草案并尽可能以规范的形式加以表述。而另一国家集团认为，应该保持一读通过的形式；原则草案可为各国谈判有关具体活动部门的条约或协定或涵盖可能开展这种活动的具体地区的条约或协定提供必要的指导。这种看法认为，任何其他形式都有违委员会采取并为各国普遍赞成的一般性和剩余性方法。因此，委员会在一读通过原则草案时保留立场的形式问题，仍需委员会在完成二读和三读前进行审议。特别报告员将在本报告 C 节中阐述这一问题。

## B. 对提出的一些问题的澄清

5. 各国在评论意见中还要求对其他问题作出澄清。比如，一些代表团对委员会拟定的制度仅适用于重大损害的决定提出质疑。[19] 并且，虽然原则草案仅仅处理其适用范围内的危险活动，但是一些国家表示应该在评注中列入一份有关这些活动的例举清单。[20] 还有国家建议，扩大原则草案范围使之包括两个或多个国家之间的战争对中立国家造成的跨界损害的赔偿责任，恐怖分子从事的危险活动造成的赔偿责任和大坝蓄水可能产生的赔偿责任。[21] 要求作出澄清的其他问题涉及用语的定义，特别是损害的广义定义；国际不法行为责任条款草案与一国作为公共财产损害受害者提起诉讼的权利之间的关系；获得及时和充分赔偿的方式和办法；以及“污染者负担”和审慎原则的作用。有一种观点希望，拟定的制度不会导致重复提出索赔要求，[22] 而造成这种重复提出的原因，可能是就同一行动在同一辖区内分别对经营者和国家提出索赔要求，也可能是在一个辖区内对国家，在另一辖区内对经营者，或同时在多个辖区内对经营者提出索赔要求。有国家要求对原则草案的地位作出澄清，并认为委员会的工作已经超越了传统意义上的编纂和逐渐发展。[23] 有国家指出，原则草案“显然具有创新意义，并且立意高远，而不是对现有法律或国家实践进行描述”。[24]

6. 特别报告员认为，应该在以下段落解决上述的一些问题。

---

[19] 见荷兰的书面评论，A/CN.4/562，C 节。北欧国家也反对用“重大”门槛来确定损害是否在原则草案范围内(见 A/CN.4/549/Add.1，第 73 段)。另见巴基斯坦的书面评论，A/CN.4/562，A 节。大不列颠及北爱尔兰联合王国则建议把门槛提高到“严重损害”，但以可预见的严重损害为限(2006 年 2 月 27 日大不列颠及北爱尔兰联合王国的评论)。

[20] 见巴基斯坦的书面评论，A/CN.4/562，A 节。

[21] 同上。

[22] 见捷克共和国的书面评论，A/CN.4/562，联合王国的发言，A/C.6/59/SR.18，以及 2006 年 2 月 27 日大不列颠及北爱尔兰联合王国的评论。

[23] 见联合王国的发言，A/C.6/59/SR.18。另见 A/CN.4/549/Add.1，第 62 段。

[24] 见美利坚合众国的书面评论，A/CN.4/562，A 节。

## 1. 门槛问题

7. 第一，有国家提出不应为跨界损害设立门槛，即使这种门槛对关于预防的条款草案是有用和必要的。对此，仅需指出这一问题已在本专题的各个审议阶段，特别是在草案分为预防和赔偿责任两部分之前得到讨论，结果均认为必须设立门槛。[25] 在这方面，必须指出可能除辐射污染外，各国在相互关系中对某种程度的污染采取容忍态度，一般认为只有在这种污染达到重大程度时才会可提起诉讼。[26] 虽然“重大”门槛在国际赔偿责任专题内已经通用并得到承认，但门槛显然“表示存在事实和客观标准，以及根据具体事件的情节和时代背景作出的价值判断”。[27] 据此，在某个时间或某个区域被视为重大的损害，在另一时间或另一区域不一定同样被视为重大损害。因此，设立具体门槛是一个政策问题，并在本专题的整个审议中得到了委员会内部的广泛支持。并且，需要重复的一点是，设立门槛是为了防止无意义和无根据的索赔要求，并在实际上允许就任何并非微不足道的损害提出索赔要求。有鉴于此，要扭转委员会在本专题赔偿责任方面保持“重大”门槛的做法似乎没有充分的理由。

8. 另外一点是，设立门槛可能有违不歧视原则。这一点根据的假设是，起源国国民即使只受到极轻微的损害也会获得赔偿，而跨界损害的受害者只能在重大损害案件中有权获得赔偿。在国家实践缺乏证据的情况下，这可能是一个理论问题，而非现实或实际的问题。无论如何，在国民和非国民的待遇方面国际法的确承认某种形式的歧视。只要这种待遇符合国际法规定的最低待遇标准，即这里的对重大跨界损害进行赔偿的原则，就可以说下述待遇并未违反不歧视原则：一国根据

---

[25] 见 A/CN.4/487，第 87-98 段。虽然昆廷-巴戈斯特提出了较高的“实质损害”门槛，但是 1994 年临时通过的第 2(a)条草案则建议设立较低的“重大损害”门槛；1996 年委员会工作小组核可了后一门槛。委员会随后作出澄清，“重大”损害是指大于“可察觉”或“显著”但低于“严重”或“实质”的损害。此后，又进一步定义为一种并非微量或微不足道的损害(同上，第 97 段，脚注 128)。此外还表示，这一专题涉及国际法未加禁止的活动，因此所设门槛不应低于这一水平(同上，第 97 段)。

[26] 见 Phoebe N. Okowa，State Responsibility for Transboundary Air Pollution in International Law (Oxfore, OUP, 2000), p. 176。Rene Lefeber, Transboundary Environmental Interference and the Origin of State Liability (The Hague, Kluwer Law International, 1996), pp. 86-89, 在文章中指出对设立门槛的要求，并探讨了采用“重大损害”门槛的理由和解释其含义可能方法。另见 J.G. Lammers，Pollution of International Watercourses (Martinus Nijhoff, 1984)，pp. 346-347，以及 R. Wolfrum “Purposes and Principles of International Environmental Law”，German Yearlook of International Law, vol. 33(1991) 308-330 at 311。另见 1990 年联合国欧洲经济委员会《跨界水污染的责任和赔偿责任的指导方针》。

[27] A/CN.4/487，第 98 段。

国内法给予国民求偿的权利，即使国民没有遭受重大损害。[28] 从另一角度来看，同样不能排除一个国家给外国人以国民待遇，以此执行不歧视原则和按政策对外国受害者适用优于国际法要求或规定的标准。[29]

### 2. 关于专题范围内活动清单的澄清

9. 第二，关于拟订一份可能认为属于原则草案范围的活动的清单，应该提及原则草案 1 评注第 3 段。[30] 委员会仔细审议了拟订活动清单的问题，并决定不拟订这一清单。委员会的解释是，难以捕捉构成风险活动的各种因素，因为风险“主要是取决于某项技术的使用、特定的环境和经营的方式”。[31]

### 3. 专题范围的扩大

10. 第三，我们可能会考虑这一可能性，即扩大原则草案的范围使之包括战争行为对中立国造成的损害、“恐怖行为造成的危险活动”和“大坝蓄水等无危险活动造成的跨界损害”的赔偿责任。[32] 必须回顾指出，本专题的初衷是仅仅解决“国际法未加禁止的活动”，不法活动本身已被排除在外。[33] 专题包括实际后果可能

---

[28] Brwonlie 在另一种情况下评论国民待遇标准，认为“可以允许诉诸法院，但辅助事项规则可予调整：例如，外国人可能无法得到法律援助，并可能必须交付诉讼费担保。当然，条约可以设定较一般的差异。目前通常采用的待遇标准有：对等、开放、睦邻标准以及相同、国民、最惠国、衡平和优惠待遇等标准。”Ian Brownlie，*Principles of Public International Law*，（Sixth Edition, 2003），p. 502。Oscar Schachter，“International Law in Theory and Practice”， General Course in Public International Law, *Recueil des Cours*, 1982, vol. 178（1985-V），p. 321，文章表示，平等待遇固然是一个值得称赞的准则，“但是并不能说明国家根据跨国经营的条件和有关国家的经济政策采取的行动承担赔偿责任的合理性。”但他又认为，“不歧视原则应该要求支持基于社会偏见的歧视态度或为报复外国政策对外国国民采取不利行动的国家承担赔偿责任并采取预防措施”。

[29] 还应指出，由于人权法高度发展，国际法规定了本国管辖范围内外国人的最低待遇标准，对国民与外国人不加歧视，而把他们作为人权均应该得到保护的个人对待（见 A. Cassese，*International Law*，（Oxford, OUP, 2005），Second Edition, p.122 和 M.N. Shaw，*International Law*，(Cambridge, CUP, 2005)，Fifth Edition, p.736)。

[30] 另见评注，前注 15，原则 1，评注，第(3)段。

[31] 同上。但另见脚注 350 中的各项公约，这些公约对可能属于原则草案范围内的各类活动作了规定。

[32] 见巴基斯坦的书面评论，A/CN.4/562，A 节。

[33] 简而言之，可以指出如果损害是冲突当事国一方的行动所致，而该国被视为违反习惯法所载禁止规定使用武力，如伊拉克入侵科威特，则该国对损害负有责任。另一方面，如果一国出于正当自卫而参与冲突，但违反适用的战争法，则仍可对该国就赔偿提起诉讼。但问题是，有关冲突的索赔常常得不到解决，因为无法确定所涉使用武力的不法性或摧毁任何目标的合法性。有趣的分析见 Jay E.Austin and Carl E. Buruch，“The Kosovo Conflict: a case study of unresolved issues”，in Jay E. Austin and Carl E. Buruch(eds.)，*The Environmental Consequences of War: Legal, Economic and Scientific Perspectives*(Cambridge, CUP, 2000)，pp.647-664。

造成重大损害的各种活动。1996 年，在预防条款草案通过之前，委员会工作小组承认其结果将包括具有持续性行动和效果的活动。[34] 如原则草案 4 评注所述，如果损害为战争行为所致，经营者将被免除赔偿责任。一些文书规定，如果损害是由武装冲突、敌对行动、内战或叛乱所致，赔偿责任将予免除。一些国家的法律规定，恐怖行为也在免责理由之列。[35] 在另一方面，人们承认十分安全的水库也可能因为地震而产生危险，因此这种水库的持续经营将是一种风险活动。因此，大坝蓄水可以成为一种风险活动，并可以在发生争端时视为属于原则草案范围内的活动，除非管理同一事项的公约或条约的当事方把这项活动排除在外。

### 4. 对环境本身的损害以及对“非使用”价值所造成的损害的赔偿要求

11. 原则 2 草案对损害作了定义，在(a)项中将对环境本身的损害与对人和财产的损害并列。在(b)项中，环境被广泛地界定为包括“地貌的特征部分”。必须指出，该定义仅指一国管辖和控制范围内的环境，而不包括属于全球公域的环境。

12. 各国政府就环境问题所提出的意见强调了三类不同的问题。首先，有国家指出，原则 2 草案中的环境定义不包括对全球公域的损害。[36] 不妨回顾，特别报告员曾建议，应当在原则草案范围内处理对全球公域的损害，只要这种损害可以追踪并联系到来自有关预防的条款草案范围内的危险活动。[37] 不过委员会根据第五十六届会议所设工作组的建议决定，[38] 将有关全球公域的问题排除在外。尽管认识到，这些问题十分重要，但是认为最好还是单独处理全球公域问题，因为这个问题在起诉资格、适当的法院地、准据法和损害量化方面存在一些特殊问题。[39] 特别报告员确信，由于本原则草案的重点是在有关国家境内，并涉及其国民和资源的跨界损害，因此这些问题无法在本原则草案的有限范围内妥善加以分析。

---

[34] 《1996 年国际法委员会年鉴》，第二卷(第二部分)，A/51/10，附件一，第 1 条评注第(23)段。另见 A/CN.4/487，第 111 段(c)和预防条款草案第 2 条(a)，条文规定只有具有“造成重大跨界损害风险的”活动才属于条款草案规范的活动。

[35] 评注，前注 15，原则 4，评注，第(27)段。另见 A/CN.4/543。另见《南极条约马德里议定书》附件六。

[36] A/CN.4/549/Add.1，第 61 段。另见新西兰和墨西哥的发言，A/C.6/59/SR.18 和 25 和 A/CN.4/562 D 节中荷兰的评论意见。

[37] A/CN.4/540，第 36(8)段。

[38] 见 A/CN.4/661，第 2 段。

[39] 与损害全球公域问题有关的困难，如索赔的资格和适当法律依据，见 Jonathan I. Charney，“Third State Remedies for Environmental Damage to the World's Common Spaces”，in Francesco Francioni and Tullio Scovazzi (eds.) *International Responsibility for Environmental Harm*，(London, Graham and Trotman (1991), at p. 150, Xue Hanquin(薛捍勤)，*Transboundary Damage in International Law*，(Cambridge, CUP, 2003), at pp.236-269,，Kathy Leigh，“Liability for Damage to the Global Commons,”14, Australian Yearbook of International Law, 1992, p. 129。

13. 第二，一些国家政府认为环境定义较为宽泛。必须承认，国际社会已经认识到环境的价值，有必要时刻保持警惕，并持续评估各种人类活动对环境的负面影响。委员会在通过一项全面环境定义时依据了加布奇科沃——大毛罗斯项目案的国际法院附带意见。[40] 而且，若干近期完成的有关这一问题的公约涉及了对环境的损害这一概念。[41] 在最低限度上，环境损害关系到涉及合理的应对和恢复措施的要求，[42] 包括清理费用和环境受破坏所造成的损害的赔偿，只要这种损害导致直接来自在环境利用中享有的经济利益所得收入的损失。[43] 鉴于当前对环境的关切，特别报告员认为，在一个一般和剩余性质的赔偿责任制度中，环境的定义最好以较宽泛的措辞拟订，以“减少赔偿责任制度对可以接受的补救措施的任何限制”。[44]

14. 第三，一些国家政府尽管承认委员会所采取的做法的价值，但是表示希望更进一步纳入并允许对环境的“非使用价值”的索赔要求。委员会在通过关于国家责任的各条草案时，委员会本身就有一些人对这种要求表示支持，尽管据承认，这种损害难以量化。[45] 联合国赔偿委员会近期决定对“环境损害”一词作广义解释，这预示着将来的新发展。对于 F-4 类环境和公众健康索赔，赔偿委员会的 F-4 小组允许就无商业价值的自然资源所受损害（所谓纯粹环境损害）提出索赔要求，而且还允许在完全恢复以前只是暂时丧失资源情况下的索赔。[46] 原则草案中对环境的广义定义为在赔偿责任方面进一步发展法律提供了可能性。

---

[40] 加布奇科沃——大毛罗斯项目案（匈牙利、斯洛伐克），《1997 年国际法院案例汇编》，第 7 页，第 140 段。评注，前注 15，原则 2，评注，第(15)段。

[41] 同上，原则 2，评注，第(13)段，以及同上，脚注 383。

[42] 关于恢复问题，有一点是公认的，恢复的目标应当是重现损害发生前的状况。如无法做到，则允许对酌情建造价值相当的自然环境所发生的费用提出索赔。见评注，前注 15，原则 2，评注，第 19 段。关于 1991 年海湾战争后，允许以替代不可逆损失的生态服务方式进行的三个赔偿项目(约旦因损失牧场和生境而获赔 1.60 亿美元，为建立海岸线保护区科威特获赔 800 万美元，沙特阿拉伯获赔 4 600 万美元)，见脚注 41 引用的专家组报告 F4/5，技术性附件一至三，Peter H. Sand, “Compensation for Environmental Damage from the 1991 Gulf War”, *Environmental Policy and Law*, vol. 35/6 (2005), pp. 244-249, p.247。

[43] 评注，前注 15，原则 2，评注，第(18)-(21)段。

[44] 同上，原则 2，评注，第(16)段。

[45] 见《大会正式记录，第五十六届会议，补编第 10 号》(A/56/10)，第 36 条，评注，第(15)段：“环境损害往往超越可以容易地从清理费用或财产贬值的角度计算的程度。原则上说，对于这类环境价值（生物多样性、环境的舒适性等——有时称为“非使用价值”）的损害，其实际受损程度和应予以赔偿的程度不亚于对财产的损害，不过可能很难定量。”另见 James Crawford, *The International Law Commission’s Articles on State Responsibility (Introduction, Text and Commentaries)*, (Cambridge, CUP, 2002), at 223。

[46] 见 S/AC.26/2005/10。另见 Peter H. Sand,, 前注 42，第 247 页。在前后五份报告中，F4 小组所建议并由理事会未加修改而核准的赔偿金共计 52.6 亿美元，是“国际环境法历史上最大一笔赔偿”（同上，第 245 页）。另见联合国赔偿委员会后续环境赔偿方案指导方针，Environmental Policy and Law，vol. 35/6 (2005), pp. 276-281。

## 5. 多重索赔要求

15. 在若干情形下可能出现多重索赔要求。在一种情况下，原告可以在一个法域针对起源国未能履行其应有的谨慎义务以及经营者造成跨国界损害而令其遭受的损害提出索赔要求。这里有两项假定，一是起源国未履行应有的谨慎义务，二是其未遵守应有的谨慎义务的事实直到损害实际发生后方才被受影响国和受影响个人注意和确认。[47] 通常，如果未履行这一义务的情况在损害发生前即被注意到，则其他有关国家和自然人或法人就可以对该国提出交涉，以迫使该国履行其根据国际法规定应当对他们履行的义务。关于预防的条款草案中的大多数应有的谨慎义务均被视为习惯法的一部分，[48] 不履行其中一项或多项义务将使起源国无权宣称损害不是由于缺少应有的谨慎而发生的。[49] 在这种情况下，国家责任和经营者的赔偿责任将成为索赔的依据。只要可能针对该国和该经营者就同一诉讼事由提出多项索赔要求，多重索赔情况就是一种实际可能。尽管涉及国家责任的要求可能存在于两个国家之间，但是经营者的赔偿责任可能使作为自然人或法人的损害受害人成为原告，而经营者将成为被告。针对该国的索赔是否应当在穷尽对经营者的索赔之后方才予以接受(因为有时有赔偿责任限额)，还是应当作为一个单独和独立的索赔加以处理，这是一个有争议的问题，也许可以根据案件具体情况予以确定。

16. 不过，法院在处理这种多重诉讼时可以首先对其予以合并，分清国家的责任和经营者的赔偿责任。在无法确定国家责任与损害之间的直接因果联系的情况下，可能要求该国表示道歉并保证履行。在由于其未履行而导致重大损害的情况下，该国必须赔偿原告的损失。而经营者将在其责任范围内承担损害的赔偿责任。无论如何，受害人在这两种情况下获得的赔偿不得高于法院评估的受害人实际损失数额。

17. 在另一种情况下，多重诉讼是由于同一原告在不同法域对同一项损害提起不同的索赔诉讼而产生的。这样就有必要防止同时在不同的法域进行诉讼。1968 年关于民商事管辖权和判决执行的布鲁塞尔公约提供了一套解决办法。更近期提出并已提交在海牙举行的外交会议第一部分的 2001 年《关于民商事管辖权和外国判决的公约》草案基本认可了这套解决办法。尽管假定被告居住地缔约方的管辖

---

[47] 如有关国家或个人已注意到起源国未能遵守应有的谨慎义务，但却没有在一段合理的期限内敦促遵守这些义务，则在日后审议赔偿要求时是否可以提出国家责任问题值得怀疑。可以肯定地说，在这种情况下，将禁止个人和有关国家提出国家责任问题（见 Phoebe Okowa, *State Responsibility*，前注 26，第 169 页）。

[48] 见 Patricia Birnie and Alan E. Boyle, *International Law and the Environment* (Oxford, OUP, 2002), Second Edition, p. 113。

[49] Phoebe Okowa, *State Responsibility* ……前注 26，第 169 页。

权具有优先，[50] 在环境侵权索赔案中，还提供了另一种管辖权依据。这就是造成损害的作为或不作为发生地国的法院，或者损害发生地国的法院。[51] 这就为索赔者提供了一种法院选择，允许其选择其认为最适合的诉讼地。提供这样一种选择被认为是基于“关于国际管辖权的公约和各国制度中已经牢固确立的一种趋势”。[52]

18. 关于跨界受害人选择起源国的法律[53] 还是受害人所在国法律的问题，[54] 相当多的意见支持关于应当适用最有利于受害人的法律的原则。根据提交 2004 年柏林国际法协会会议的关于环境法的跨国执行的第二次报告的作者所述，“最有利法律原则”已在欧洲若干法域、委内瑞拉和突尼斯以及可能甚至在中国被采纳。[55] 一些作者以及甚至那些通常在所有跨界侵权案件中不赞成这一原则的作者都在跨界污染问题上赞成采用这一原则。[56] 不过，美国法律似乎倾向于与事件和各当事方具有“最重大关系”的地方的法律。[57] 尽管国内法和实践中缺少总体一致性，采用“最有利法律原则”似乎是一个好政策，因为这一原则具有加强环境保护的好处，并且为经营者更好地维护其设施提供了某种激励。[58]

### 6. 原则草案的法律地位

19. 在原则草案的法律地位问题上，尽管很少国家表明其立场，但是一些代表团主张原则草案采用条款草案的形式。这意味着愿意接受部分或多数原则至少具有

---

[50] 这是根据“原告就被告法院”原则。这一原则促进了一项政策，即被告在居住地国的法院能够最好地为自己辩护。这样做的理由是，判决的效力是针对被告而来。不过，尽管自然人的居住地由各国法律确定，但是法人或公司的国籍问题却没有那么明确。《布鲁塞尔公约》以及相应的《关于民商事案件管辖权和判决执行的卢加诺公约》“将居住地的问题交由诉讼提起地国法院根据冲突法确定的法律解决，”（见 C van Bar, “Environmental Damage in Private International law”, *Recueil des Cours*, vol. 268, (1997) 295-411, at p. 336）。

[51] 见 Second Report (by Christophe Bernasconi and Gerrit Betlem) on Transnational Enforcement of Environmental Law, International Law Association, Berlin Conference (2004), Report of the Seventy - first Conference, Berlin, 2004, pp. 896-938, p. 900。不过如果可以证明在非起源国国内所发生的损害无法预见，则允许对这一管辖权依据提出抗辩。

[52] 同上，第 899 页。

[53] 同上，第 914 页。奥地利、丹麦、芬兰、瑞典、日本采用危险活动发生地法律(行为地法)。

[54] 同上，法国、英国、西班牙、罗马尼亚、土耳其，最近包括荷兰，均采用损害发生地法律(损害地法)。加拿大魁北克省具有类似立法。

[55] 同上，第 911 页。

[56] 同上。

[57] 同上，第 914-915 段。根据 1971 年出版的《第二次冲突法重述》规则 145 第 2 款的规定，应加以考虑的“联系”包括损害发生地、造成损害的行为的实施地、居住地、居所、国籍、公司注册地、各当事方的主要营业地以及各当事方之间的关系集中所在地。

[58] 同上，第 910 页。

“应然法”的地位，表明一致的国家实践。显然，其他一些代表团希望将原则草案看作纯粹理想性的。

20. 在确定原则草案的法律地位问题上有明显的困难。首先，其性质决定，无法仅仅根据一项原则被各国在条约文本中作为议定条文一再采用即令人信服地作出权威性断言，声称该项原则是一般国际法的一部分。例如在缔结的条约尚未生效或不可能生效的情况下，就会造成这种困难。即使条约已生效，如果只从表面看而不考虑其他因素，[59] 这些条约最多只能看作是对双边和多边约定的表述，因而仅仅适用于有关条约的缔约方。因此，这些条约本身不能视为形成一般国际法原则。

21. 至于习惯法，表明各国的一贯和一致做法这个问题本身就非常复杂，主要是由于在什么构成相关实践方面缺乏一致意见。证明与这种国家实践有关的法律确信的责任甚至更为复杂，因为各国在采取某种做法时通常不宣布其用意。因此对法律确念的评估涉及在两个层面上的主观分析：一是有关国家本身在决定采用其视为一贯和一致的做法之前必须作出判断，另一个是决策者/观察者必须作出判断，各国遵循这种做法是否确实出于确信其为强制性的，而不仅仅是因为这些国家认为采取该做法较为方便，或较为有利。这使得在任何一项原则上对习惯法进行评估变得困难得多。[60] 除上述困难以外，实践中，尽管委员会《章程》第 15 条对其任务作了规定，但是委员会通常不将其通过的建议区分为哪些属于现行国际法的编撰，哪些属于法律的逐渐发展。[61]

---

[59] 见 R. R. Baxter, “Treaties and Custom”, *Recueil des Cours*, Vol. 129, (1970-1), pp. 31-104, at pp. 101-102。先后担任教授和法官的巴克斯特尽管承认在将条约作为习惯法决定性证据看待时本身面临着困难，但是他指出，各项多边和双边条约的每一项都“必须在确定国际法规则前首先与其他习惯法证据进行权衡”。他认为，“在诸如法律编纂条约等宣布法律的条约的情况下最为简单……即使条约草案或尚未生效的条约也仍然具有影响……对文本的审议工作量、在确定条约文本的过程中参与者的数量，以及最重要的是，相对于其余的法律证据，条约是对法律的明确和一致的表述，这一切都会引起非缔约方的兴趣。条约是易于采用的证据”。

[60] Patrick Daillier, Alain Pellet, *Droit International Public* (Paris, L.G.D.J, 1999)), 6th edition, pp. 330-331。另见 Jörg Kammerhofer, “Uncertainty in the Formal Sources of International law: Customary International Law and some of its Problems”, EJIL Vol. 15, (2004), pp. 523-553。

[61] 概论见 Ian Sinclair, *The International Law Commission* (Cambridge, CUP, 1987), p. 7。对于委员会章程第 1 条所述委员会的基本任务，即推动国际法(主要是国际公法)的逐渐发展和编纂，已有过广泛的讨论。自委员会工作一开始就有一种理解，不管是为了选择工作方法或工作程序，还是拟订其最终建议，都无法保持逐渐发展与编纂二者之间的严格区别。正如委员会的经验所表明的，要清楚地将其结论归入一类或另一类甚至更为困难。辛克莱指出，委员会“在其工作开始不久就多多少少已经不再试图在“逐渐发展”项目和“编纂”项目之间保持明确的区分。布里格斯指出，到了 1956 年的报告，“在编写海洋法规则的过程中，委员会确信，至少在这方面，其章程中确立的两类活动［编纂和发展］之间的区别已经很难再维持下去” (H.W. Briggs, *The International Law Commission* (Ithaca, New York, Cornell University Press, 1965), p.140)。 另见 Ahmed Mahiou, Rapport Général, in Colloque d'Aix-en-Provence : *La Codification du Droit International*, (Pedone, SFDI , 1999), p. 19。

22. 尽管对原则草案的法律地位的任何评估均面临困难，但是这些原则在不同的国家立法和条约条文中被一再采用，证明国际法的主流趋势支持一些共同政策倾向，因而其法律价值不可低估。[62] 如各国因某些提法已经被各国广泛接受，而选择重复这些提法，并拒绝采用其他可供采纳的可能提法，则对其倾向于法律确念的推定就十分有力。据指出，委员会在依据一致的国内立法和国家评论而编撰习惯海洋法原则时毫无犹豫。[63] 另据指出，委员会“巩固某一法律领域的发展，使其成为现行法律的一部分”的工作具有法律价值。[64]

## 三. 审议原则草案的若干特征

23. 委员会于 2004 年一读通过的原则草案是细致评估该专题的长期发展趋势后得出的结果。它们所代表的政策力度及法律价值是委员会一再讨论的一个主题，得到广泛认同的相关结论为这些原则草案的拟订提供了基础。一些较特殊的规定也被确认为一般国际法原则，即便其中一些原则只有在高度概括的层次才有此地位，尚不能从一般概念的特定要素的实施中推论出国家实践的一致性。在目前阶段，或许有必要参照国家实践、司法判决和评注者意见审议原则草案的一些特征及其法律地位。

### A. 审慎做法或原则

24. 在《里约宣言》中被接纳为原则 15 的“审慎做法”便是一例。一些国家将此作为一项原则对待，一些全球协定则将此称为审慎措施。用词不同并不重要，即便含义有细微差别。[65] 国家在履行关于预防起源国准许在其境内或在其控制下

---

[62] A/CN.4/543 第 6 段在这方面表述非常贴切：“研究报告没有忽视在评估特定事例作为国家做法的证据方面所面临的困难。促使缔结条约或达成决定的政策可能各有不同。有些可能是一种妥协，或者可能是有外部原因，但是如果国家做法一再遵循和促进类似政策，就可能产生一种对这些政策在未来行为中的权威性的预期。即使一些政策在相关事件中未予明确表述，故意或明显地未就其作出决定，连续的类似行为也仍然会形成一个习惯性规范。不论这里审查的材料是否被确立为习惯法，它们都“表明”了一种预期的趋势，并且能有助于明确一些与这一主题上的具体赔偿责任原则有关的政策。有关做法还显示诸如‘国家主权’和‘国内管辖权’等相竞原则应如何与这些新的规范相协调。另见 R.R. Baxter, “Multilateral Treaties as Evidence of Customary International Law” BYBIL, Vol. 41 (1965-66) 275，其中作者指出了 1958 年《日内瓦海洋法公约》作为尚未成为公约缔约方的国家的法律渊源的法律价值。

[63] Ian Brownlie, *Principles*……前注 28，第 384 页。根据作者所述，这主要是在海洋法的制定过程中，当时委员会大多依赖国家立法和各国政府的意见。

[64] 见 Alan Boyle, “Globalizing Environmental Liability: The Interplay of National and International Law”, *Journal of Environmental Law*, Vol.17 (2005), pp. 3-26, 3, at p. 19 中引述的 James Crawford 教授的观点。

[65] Sands 认为，《里约宣言》原则 15 的措辞如今已得到广泛支持（见 Sands，*Principles of International Environmental Law*,(Cambridge: CUP, 2003) 2nd Edition,at p. 268。一般性讨论也可参阅 Nicolas de Sadeleer，*Environmental Principles; From Political Slogans to Legal Rules*(Oxford，OUP，2002)，pp.91-223)。

进行的危险活动造成跨界损害的条款草案规定的应有谨慎义务时，均应尊重这一原则或做法。这项原则虽说主要源之于欧洲的做法，[66] 作为以符合环境保护目的的方式审慎管理经济发展和自然资源开采和生物多样性的一项原则或做法，但已被全世界广泛采纳。[67] 其重要性和法律地位或可解释如下：

> 虽说审慎原则仍在不断发展变化，它却似乎在理论和实践两方面均已成为一项国际法标准……但两极的不同观点（欧洲和美国）依然存在，一个是把该原则视为指导方针，另一个则主张该原则有约束力。
>
> ……
>
> 这样一个制度的要素是遵守客观风险评估程序，界定可被社会接受的风险等级，不断进行科学研究，根据所掌握的资料重新审议审慎措施。举证责任问题也许仍是审慎原则所涉分歧的最大一个方面，因为反置举证责任常常被认为是该原则的最大特点。
>
> ……
>
> 原则作为一项标准的地位并不一定是形成一项新规则的一个步骤，这一点是重要的。事实上，某一条约规定必须遵循审慎原则，这并不改变审慎作为一项标准的性质。例如，国内法的合理性标准，其效力在于它是一项判断标准，不能将其变为硬性规则。国际标准的作用与此类同。因此，审慎原则的法律价值来自于谈判者的界定和裁决者的诠译，而不在于将其转化为传统规则。[68]

---

[66] 事实上，这一做法最初是由德国法律采纳的：见 Boehmer-Christiansen，“The precautionary principle in Germany-Enabling government”, in T. O'Riordan and J.Cameron (eds.), *Interpreting the Precautionary Principle*, (London, Earthscan Publications, 1994)。《建立欧洲共同体条约》第 174 条第 2 款规定：共同体的环境政策“应当以审慎原则和采取预防行动原则为依据”。事实上，欧洲法院在 C-180/96P, UK v. *Commission* 案，[1996] ECR I-3903 和 *T-76/96 R, National Farmers' Union* 案，[1996]ECR II-815 中采纳了这一原则。1992 年以来的环境问题国际文书几乎都采纳了审慎原则（见 Alexandre Kiss adn Dinah Shelton, *International Environmental Law*(Ardsley, NY Transnational Publishers, 2004), Third Edition, at p.207)。

[67] 国际法院在加布奇科沃-大毛罗斯项目案中未就此问题作出表示，尽管匈牙利提出了这一问题，而且威拉曼特里法官在其异议中赞同地提及这一点。见 Birnie and Boyle, *International Law*……前注 48，第 118 页。

[68] Sonia Boutillon，“Precautionary Principle: Development of an International Standard”，Michigan Journal of International Law, vol.23, (2002), pp.429-469, p.468-469。McIntyre 和 Mosedale 表示了不完全相同的类似观点，认为：“因此，审慎原则是在科学依据不确定情况下的一个决策工具，它切实改变了科学数据的作用”（见 McIntyre and Mosedale, “The Precautionary Principle as a norm of customary international law”, Journal of Environmental Law, vol.9(2)(1997), at p.222）Sands 认为，该原则反映了习惯法，见 Sands, Principles……, 前注 65, at p.274。

25. 已有一套指导方针以帮助决策者和决定者适用审慎原则。这套指导方针主张，在作决定时可利用现有的最佳资料（可以从多个无利益冲突的独立和接受公共问责的机构得到），但必须考虑到适用审慎原则的一切社会经济成本效益。[69] 正如一位学识渊博的评注者所指出，关于审慎原则或做法的法律地位的辩论在一定程度上“过于简单化”，实际情况是法庭和决策者关注这一原则并将其适用于特定情况，且产生了重大影响。[70]

26. 因此，在跨界损害发生时和其后的损失分配过程中适用原则草案方面，审慎原则是否会发挥越来越大的作用，这仍有待观察。显然，在损害发生过程中，起源国有义务确保并在必要时自行或与经营者及其他相关和主管组织合作采取一切适当的因应措施以减轻损害的影响。在此项行动中应利用现有最佳技术。Wolfrum 认为，这作为一项义务，与审慎原则或做法的适用直接相关。[71] 如已指出的那样，审慎原则或做法对于赔偿要求的提出和裁判或作为应给予受害者的补救办法之一部分有着重要影响。例如，一旦出现损害，甚或在很有可能是非定论性质的现有最佳科学证据显示有损害危险时，暂停或结束活动，直至再次证明此项活动无害环境，这便是补救办法之一。因此，在提出或裁判权利主张，尤其是要求终止或暂停正在进行中的危险业务的权利主张时，审慎原则似乎对所需的证据标准及举证责任的反置有着影响。[72]

---

[69] Guidelines on Precautionary Principle in the context of biodiversity conservation and natural resource management, 由动物和植物国际组织、自然保护联盟-世界保护联盟联合编写，Environmental Policy and Law, vol. 35/6(2005), pp. 274-275, at p. 275。

[70] 关于在印度适用该原则的情况，见 *Andhra Pradesh Pollution Control Board v. M. V. Nayudu* 案，2002(2)SCC 62。这里涉及的问题是，是否应允许一个危险的企业在其排放物有可能污染地下水的情况下继续运营。安得拉邦高等法院根据该企业的专家证据允许其继续运营。最高法院在审理此案上诉案时根据更广泛的独立专家机构的科学证据，推翻了高等法院的许可，停止该企业的运营，因为科学证据表明该厂排放物造成的镍沉积很有可能污染地下水。印度法律委员会指出，在这里显然适用了审慎原则，表明“只要有更多数据，并适用更好的科学程序或更好的技术，便总是可以得出更准确的结论”（Law Commission of India, One Hundred Eighty-sixth Report on Proposal to Constitute Environment Courts, 2003 年 9 月，p. 18, 可在以下网站查阅：(http://lawcommissionofindia.nic.in/reports)。

[71] 关于必须利用现有最佳技术这一要求，Rudiger Wolfrum 指出，这与审慎原则密切相关（见 Rudiger Wolfrum，“International Environmental Law：Purposes, Principles and Means of Ensuring Compliance”), in Fred L. Morrison and Rudiger Wolfrum, *International, Regional and National Environmental Law*(Kluwer Law International, 2003), p. 15。还有观点认为，“现有”一词意指“国家有责任采用已在市场上推出的新技术，而不是指污染控制领域的每一项新开发技术（见 Peter-Tobias Stoll，“Transboundary Pollution”，in Fred L. Morrison and Rudiger Wolfrum，pp. 169-200, p. 182）。

[72] 如欲了解审慎原则的适用问题，见 D. Freestone，“The Road from Rio: International Environmental Law after the Earth Summit”，*Journal of Environmental Law*, vol. 6,（1994），193，at p. 211。暂停的例子（见 Birnie and Boyle，*International Law*……，前注 48，p. 118。面对金枪鱼种群养护问题的科学不确定性，在争端得以解决前，国际海洋法法庭裁定暂停金枪鱼的进一步开发。见南部金枪鱼案（临时措施）（澳大利亚和新西兰诉日本），海洋法法庭，第 3 和第 4 号案（1999）。年终止活动的例子有 *A. P. Pollution Board Case*，*2001（2）*，前注 70。Sadeeler 指出，审慎原则应使人们对谨慎义务有新的认识，减轻证明因果关系的重担（Nicolas de Sadeleer，*Environmental Principles*……前注 65，p. 212）。

## B. “污染者负担”原则：经营者的严格和有限责任

27. 很有理由提出这样一个主张，即根据习惯国际法，经营者[73] 对极端危险活动所致损害的责任是严格而有限的。经营者的责任这一主张因若干理由而逐渐被确认，主要是基于这样一个观点：为谋求经济利益而造成高度风险者必须承担控制此项活动的任何不利后果的责任。这也被泛称为“污染者负担”原则。“污染者负担”原则本身不能说已获得了一般国际法原则的地位，[74] 但经营者对极端危险

[73] 原则草案从功能角度来设定“经营者”的定义，根据物件在相关时刻由谁使用、控制和指挥等事实而定。这样的界定一般而言符合法国法律中的定义方法。见 Elspeth Reid, “Liability for Dangerous Activities: A comparative Analysis”, ICLQ, Vol.48 (1999), pp.731-756, p.755。更泛而言，有观点认为，虽说未拟定普遍适用的经营者基本定义，但“有一个观点得到了认同，即经营者意指实际上、法律上或经济上控制着污染活动者”。见 Marie-Louise Larsson, *The Law of Environmental Damage: Liability and Reparation* (Kluwer Law International, 1999), p.401。但经营者一词显然不包含在相关时刻为有关活动工作或管制该活动的雇员。见 2005 年 6 月缔结的《南极条约议定书》关于环境紧急情况产生的赔偿责任的附件六第 2 条(c)项，其中指出，“‘经营者’意指在南极条约区组织进行活动的任何自然人和法人，不论属政府或非政府性质。经营者不包含在南极条约区组织进行活动的政府或非政府性质的自然人或法人的自然人雇员、承包者或分包者、代理人或提供服务者，也不包含代表国家经营者行事的法人承包者或分包者。”案文见 http://www.aad.gov.au。委员会 2004 年通过的原则 2 草案(e)项中所用的“经营者”定义属功能定义。对此以及对一些公约中所用的“经营者”定义说明，见原则 2 的评注，第 26 至 29 段。

[74] Rudiger Wolfrum 指出，“尽管《1990 年国际油污防备、反应和合作公约》和《关于工业事故跨界影响的公约》均在序言中把‘污染者负担’原则指为‘一般国际环境法原则’，但从美国的实践以及有关该原则的范畴及后果的不确定性来看，这一观点不能成立”(见 Rudiger Wolfrum, “International Environmental Law,” 前注 71)。一般观点可参阅 Nicolas de Sadeleer, *Environmental Principles*……, 前注 65, pp.21-59。不过，不同国内法域对“污染者负担”原则的接纳程度各不相同。印度最高法院在 *Vellore Citizens' Welfare Forum v. Union of India*, 1996(5)SCC 647 案中裁定，印度宪法第 21 条、47 条、48 A 条和 51 A(g)条所认可的审慎原则、“污染者负担”原则和新的举证责任已成为印度环境法的一部分(Report of the Indian Law Commission, 前注 70, p.36)。加拿大多个省有关环境损害及其后的补救问题的法规都承认该原则。在西班牙，法院依据利之所在损之所归（*cuis est commodum eius est incommdum*）原则，即从中受益者必须负担由此活动产生的损害这一原则来追究矿采、废物所致损害，失水和毒性气体所致损害的肇事者的责任。在日本，采矿活动所致的污染和海洋污染由污染者负责清除公共污染并将受损者的财产恢复至受损前的状况。法国的法律制度以不同形式认可“污染者负担”原则。在 *Epoux Vullion v. Société Immobilière Vernet-Christophe*, JCP 1971.2.16781 案中，法国最高法院认为，“产权者以不受法律或条例禁止的最绝对方式享受其财产的权利受制于不对任何他人的财产造成超出为邻的正常不便程度的损害这一义务”。瑞典 1998 年通过、1999 年 1 月 1 日生效的新的环境法规定，对污染负合理责任的当事者应为可能的污染的调查、清除和减轻损害支付费用。合理性取决于(a) 污染发生后已过去的时间；(b) 涉及的环境危险；(c) 经营者所起的作用。爱尔兰已颁布法规，把国际条约中有关船只泄漏石油和危险废物的严格赔偿责任规定融入国内法。爱尔兰并正筹备执行 2004 年欧盟指令（在 2007 年前生效），该指令对环境损害规定了严格的赔偿责任和“污染者负担”原则。爱尔兰法院已开始以“污染者负担”原则为依据。在巴西，严格的赔偿责任正成为处理危险活动或有害或可能有害环境的活动所致损害的一个准则。无需证明意图。南非 1998 年国家环境管理法对可能或已经或正造成严重污染损害或环境退化损害的经营者规定了严格的赔偿责任。新加坡对犯罪行为规定了严格的赔偿责任，并规定无需证明是否属有意或疏忽行为，污染者有义务清除污染。

注：有关不同国家法律和实践的资料是根据美国哥伦比亚特区华盛顿乔治·华盛顿大学法学院 Dinah Shelton 教授的环境法课程的学生编制的国家法律备忘录为依据，特别报告员收到后已予存档。又见 A/CN.4/543。

活动的赔偿责任则可以说已获得这样的地位。[75] 英美法系和大陆法系均把极端危险或非常危险活动的严格赔偿责任视为最适当的办法，以便危险和极端危险活动的受害者无需提供往往得依赖详细的技术证据得出的过失证据而得到赔偿。[76] 为了获得技术证据，受害者需要全面了解复杂难懂的业务或活动。如果风险是由被告单方面造成的，便更应承担严格赔偿责任。[77] 不过，对于危险活动造成的损害，合理的做法是在国际一级对经营者规定严格而有限的赔偿责任，作为法律逐渐发展的一项措施。[78]

28. 但应指出的一点是，把严格赔偿责任这一被广为接受，但在不同法律制度中的援用情况各不相同的概念，从国内法范畴转化为国际标准，就需要谨慎界定其要素，同时不要迷失其基本目的，也即无需提供过失证据便可使从事危险或有害活动而造成风险者承担责任。这样一个定义是必要的，它不仅可以抓住不同法律制度中的严格赔偿责任概念的最积极要素，从而使这一国际标准被广为接受，而且可确保这样一个标准真正服务于危险活动受害者，从而便利于迅速、切实的补救行动。

29. 这可从不同途径着手。[79] 例如，对损害作出适当定义，如原则 1 草案那样把损害定义为对人身、财产和环境的损害。第二，在把严格赔偿责任定为援用赔偿责任的标准时，可具体说明这包括所有最普通形式的可预见损害，对潜在危险程度的认知不是赔偿责任的前提条件。此外，作为该规则的适用规定的一部分，不

---

[75] A/CN.4/543，在审查了国家一级有关非常危险活动或极端危险活动的经营问题的国家法律和实践后，得出的结论是，“以上对国内法的回顾表明，作为一种法律概念，严格赔偿责任现在似乎已被大多数法律体系所接受。受严格赔偿责任调整的活动的范围也许有所不同；在有些国家该范围要比其他国家更小一些。严格赔偿责任的法律根据也不相同，从‘推定过错’到‘风险’概念、‘所涉危险活动’等等。然而，显而易见的是，严格赔偿责任是各不同法系的大量国家采用的一项共同原则。这些国家的共同经验是，应对与这项原则有关的活动加以管制。尽管各国在这项原则的具体运用上可能会有所不同，但它们对这项原则的理解和拟定基本上是相同的。严格赔偿责任也越来越多地运用于有关环境保护的立法中”（第 112 段）。

[76] 见 Elspeth Reid，前注 73，p. 756。又见 A/CN.4/543，第 23 段。

[77] A/CN.4/543。又见大陆法系和英美法系中有关赔偿责任的相关论述。

[78] 可以体会一下委员会工作组 1996 年在把原则草案所涉范围内所有活动所致的损害都指定为受严格赔偿责任制度制约时所表现出的犹豫。不妨回顾指出，委员会指出，严格和绝对责任的概念虽说是“许多国家的国内法中熟悉的概念，也涉及国际法中的若干（即极端危险）活动……却尚未在有关第 1 条所述等许多活动的国际法中得到充分发展”。(《1996 年国际法委员会年鉴》第二卷（第二部分）(A/51/10)，附件一，第三章一般性评注第 1 段)。工作组在作出这一结论时参考了秘书处编写的各种责任制度概览（《1995 年国际法委员会年鉴》第二卷（第一部分），A/CN.4/471)。

[79] 特别报告员在提出以下建议时参考了 Elspeth Reid 的有用意见，前注 73，pp. 741-743。又见秘书处编写的各种责任制度概览这一有用文件，第一章(B)节，前注 64，第 29 至 260 段。印度最高法院在 *M. C. Mehta v. Union of India*, AIR 1987 SC 1086(硫酸气雾泄漏案)中认为，就危险活动而言，不能以损害是不可预见、所涉用途系自然用途等为由而请求免除绝对或严格的赔偿责任(见 Report of the Indian Law Commission，前注 70，p. 30)。

妨指出，经营者不得以所涉用途系自然用途为由而请求免除赔偿责任，只要该用途对他人构成损害危险，便足以成为赔偿责任的理由。

30. 严格赔偿责任当然允许一些申辩理由，有关严格赔偿责任概念的国际条约和国家法律也作出了各种例外规定。[80] 不过，为了凸显“污染者负担”原则在原则草案关于损失分配的一般办法中可发挥的作用，或许应把此类例外情况局限在最小范围内，即武装冲突行为、敌对行动、内战或起义、天灾或自然灾害以及包括受害者行为在内的第三方行为（即共同过失）。[81]

## C. 值得注意的国家义务

31. 国家对极端危险活动或危险活动的跨界损害的责任即便作为法律逐渐发展的一项措施似乎也未得到支持。但有一项一般国际法原则显然已形成，它要求国家在核准危险活动，[82] 在其后监督进行中的活动以及在尽管作了最大的预防努力、但损害还是发生时履行应有谨慎义务。国际法院在加布奇科沃-大毛罗斯项目 K 中指出，有必要，或许可以说有义务不断监督危险活动，因为人们“意识到环境的脆弱性，认识到必须不断评估环境风险”。[83]

32. 习惯法中的这些义务还有若干附带义务。为本原则草案之目的,这一义务的延伸义务是相关国家有责任始终保持警惕，随时准备尽力预防损害，在损害实际发生时以现有最佳技术减轻损害的影响。[84] 因此，国家有义务根据当前对风险的认识以及可利用的技巧、技术和财政手段，以应急措施的形式做好必要的应急准备，一旦出现紧急情况，利用所掌握的最佳手段管理紧急情况。根据习惯法，当

---

[80] 见 A/CN.4/543。

[81] 恐怖行为被列入最新的赔偿责任文书：《南极条约马德里议定书》附件六，题为“环境紧急情况产生的赔偿责任”。该附件第一部分第 8 条涉及免除赔偿责任问题，内容如下：“如果证明环境紧急情况由以下原因所致，经营者不承担第 6 条所规定的赔偿责任：(a) 保护人的生命或安全所需要的作为或不作为；(b) 一般而言或在特定情况下可合理预见到、对南极而言是不寻常的自然灾害的事件，前提是为减少环境紧急情况的风险及其可能的不利影响而采取了所有合理的预防措施；(c) 恐怖主义行为；(d) 针对经营者活动的交战行为。”

[82] 与事先核准这一义务密切相关的一个义务是进行环境影响评估。见 Xue Hangin(薛捍勤)，前注 39，p.166。Phoebe Okowa 指出，与环境影响评估义务相关的附带义务至少有五类。其中之一是必须清楚阐明并向可能受影响国家通报活动性质及其可能后果。但她指出，除少数公约外，大多数文书都规定，提议进行活动的国家是不利影响的可能性或严重性的唯一裁定者。审议中的条约都未规定第三国如对起源国的评估不满意，可提议进行更多或不同的评估。见 Phoebe N. Okowa, “Procedural Obligations in International environmental Agreements”, BYBIL, vol. 68(1996), pp. 275-336，pp. 282-285, p. 285。关于环境影响评估的内容，同上，脚注 25，p. 282, p. 286。

[83] 判决，1997 年《国际法院案例汇编》，第 7 页，第 112 段。

[84] 同上，第 140 段。国际法院指出，法院认识到，在环境保护领域，鉴于环境损害往往具有不可逆性质，并鉴于此类损害的赔偿机制本身内在的局限性，因此要求保持警惕和预防。关于利用现有最佳技术的要求，见前注 71。

所涉活动的运作马上就要或实际上已经造成跨界损害这样的紧急情况，国家有义务通知所有相关国家。[85] 根据习惯法，得到通知后，受影响国家也有义务采取一切适当、合理的措施以减轻所面临的损害。[86] 显然，国家在此方面的尽责义务是与善政相关的义务。但必须铭记的是，正如《里约宣言》原则 11 精辟地指出，鉴于各国的社会和经济状况差异很大，适用于一些国家的标准对其他国家，特别是对发展中国家来说可能不合适，并且会造成不合理的经济和社会代价。[87]

## D. 不歧视原则和最低标准

33. 原则 6 草案第 3 款提到不歧视原则，规定各国应及时、恰当和有效地向跨界受害者提供不逊于本国国民待遇的补救。这项原则既可被视为程序性要求，也可被看作实质性要求。第一项要求本质上是程序性要求，意味着起源国应向受害国居民提供与本国国民相同的司法救助。这项要求在国家实践中已得到越来越多的认可。[88] 而另一方面，第二项要求作为不歧视原则的实质部分，其确切内容更加

---

[85] Phoebe Okowa，*State Responsibility*……前注 26，p.170，透彻分析了应有谨慎义务的各个要素，包括它们的法律地位，非常肯定地认为起源国有义务在出现紧急情况时向所有相关国家通报各国面对的危险情况。

[86] 在布奇科沃-大毛罗斯项目案中，因匈牙利拒绝遵守捷克斯洛伐克与匈牙利 1977 年缔结的条约规定，斯洛伐克在多瑙河上开辟支流 C，分流了近 80%-90%的多瑙河河水，斯洛伐克就此辩护道，“当事方一方因另一当事方的不履行而受损害，必须设法减轻所受损害，这是一项一般国际法原则。”国际法院在论及该原则时指出，“根据这样一项原则可以认为，受损害国如未采取必要措施控制损害，便无权就这一本可避免的损害提出赔偿要求。”法院指出，“该原则或可作为损害计量的一个依据，但在另一方面，它不能成为不法行为的辩解理由。”法院认为开辟支流 C 是不法行为，因此未进一步探讨受影响国家有义务减轻所面临的损害影响的原则，这是另一个问题。见判决，1997 年《国际法院案例汇编》，第 7 页，第 80 段。在计量这些国家最终有权提出的损害赔偿要求方面，法院把减轻损害方面的不作为作为重要的考虑因素是一个重要的事实，无异于确认根据一般国际法，受跨界损害影响的国家有义务尽力减轻损害。

[87] 有关履行应有谨慎义务的一些一般国际法原则的论述，见 Peter-Tobias Stoll，前注 71，pp. 180-183；关于在适用应有谨慎标准时适当考虑有关国家的经济和社会因素的论述，pp. 181-182。有观点认为，如果国家“希望改进所用技术，可向因经济或其他原因而得不到相关技术的国家转让合适的保护或预防技术”，关于这一点，见 Wolfrum，前注 71，pp.15-16。

[88] 见 Alexandre Kiss and Dinah Shelton，*International Environmental*……，前注 66，第 201-203 页；Birnie and Boyle，*International Law*……，前注 48，第 269-270 页。根据不歧视原则的程序要求，起源国程序法中的一些规定应予删除；如 Cuperus 和 Boyle 所述，这些规定包括“外国原告诉讼费用的担保，拒绝给予法律援助和拒绝管辖涉及外国土地的诉讼”(K.W.Cuperus and A.E.Boyle，“Articles on Private Law Remedies for Transboundary Damage in International Watercourses”，载于《国际法协会第六十七次会议的报告，1986 年，芬兰赫尔辛基》，第 406-407 页)。

难以确定，而且缺乏类似共识。[89] 建议只要向跨界受害者提供与本国国民相同程度的补救，本项原则的要求即应视为已得到全面遵守。

34. 鉴此，正如对原则 6 草案的评注第(7)段所述，尽管有其不足之处，“该原则在提供信息渠道和确保相关法院与境内外国家当局开展适当合作方面确实超出了原来的要求，即各国在向跨界索赔者提供补救时应满足有效性的最低标准。”[90] 同一评注还指出，不足之处仍是原则 6 第 3 款既没有，考虑到草案的简约性，也不能“缓和或解决法律选择方面的问题”。这些问题相当重要，是目前“妨碍”及时、适足和有效地向受害者提供司法申诉和补救的原因。各国必须在适当专业机关的协助下，继续通过双边和多边努力，缓解这些问题。

35. 在某些区域，最低标准的内容正日趋完善。但是，为了在全球一级达到这类最低标准，不同国家之间和世界各个区域的经济、社会及政治价值观需要较趋一致。[91] 因此，即使无法借助全球共同最低标准，确保所有司法辖区绝对平等.的，但仍可表明，在危险性活动造成任何损害时，不歧视原则确实假定本国国民将首先获得适当的补救和适足的赔偿，而跨界受害者也将获得同样程度的补救和赔偿。

## E. 确保及时和适足的赔偿

36. 原则 3 草案提到，及时和适足赔偿是原则草案的主要目的。及时性和适足性标准被认为是 2004 年国际法委员会所定草案的最大贡献，在 Trail Smelter Arbitration、《里约宣言》之原则 10、《1982 年联合国海洋法公约》第 235(2)条、国际法协会编写的 1996 年赫尔辛基国际水道条款第 2(1)条,以及一些人权法判例中都得到支持。[92]

---

[89] Birnie 和 Boyle 表示，即使可以就平等获取这样一个全然不同的课题进行国家实践审查，但并不容易把问题说清楚(同上，第 271-274 页)。关于不歧视规则的局限性，同上，第 274-275 页。另见 Xue Hanqin(薛捍勤)，*Transboundary……*，前注 39，第 106-107 页；Alexandre Kiss and Dinah Shelton，*International Environmental……*，前注 66，第 201-203 页；Birnie and Boyle，*International Law*，前注 48，第 269-270 页；P.M.Dupuy，*La contribution du principe de non discrimination à l'élaboration du droit international de l'environnement，Revue Québécoise de Droit International*,Vol.7(1991-1992)p.135.。关于不歧视原则已成为一般国际法一项原则的观点，见 Henri Smets，*Le Principe de Non-discrimination en Matière de Protection de l'Environnement，Revue Européenne de Droit de l'Environnement*,1/2000, at p.3。关于不歧视规则的局限性，见 Birnie and Boyle，同上，第 274-275 页。

[90] 《大会正式记录第五十九届会议，补编第 10 号》(A/59/10)，原则 6,评注，第(7)段。

[91] Xue Hanqin(薛捍勤)，*Transboundary……*，前注 39，第 107 和 108 页，很好地说明了这一点：首先，“损害补偿不但关系到司法公正，还是一个需要分配资源的经济问题”；其次，“在生态系统内部，每一部分的资源都彼此相连，但国家边界不容忽视，因为有不同的政治、经济及社会制度存在其间。”

[92] 欲了解及时和恰当赔偿原则之优点，见 Boyle，Globalizing……，前注 64，第 18 页。

37. 在这方面需要说明一下，“及时性”指的是适用于司法救助的程序，以及依照当地法律作出必要裁定，确定特定案件中应赔偿的数额。鉴于在国内法院进行索赔诉讼费用高昂而且可能长达数年，这项标准也应当予以强调。为了提供更加广泛、高效和及时的司法救助，有人建议设立国家或国际特别环境法院。[93] 另一方面，“适足”赔偿可以指多个方面。[94] 例如，经营者或起源国与受害者或其他当事国将所有受害者的索赔合并，通过谈判商定一次总付赔偿金，就是适足的赔偿。法院根据在本辖区进行的诉讼而判定给予的赔偿，只要符合法律适当的程序规定，也属于适足的赔偿。在任何情况下，赔偿只要不是任意给出，不是与实际损害严重不相称，即使赔偿金低于全额，也可以被视为是适足的。换言之，适足性指的并不是“充足性”。

## 四. 原则草案的最终形式

38. 首先要意识到，虽然关于预防和关于损害情况下损失分配(包括赔偿责任)的课题最初是作为整体进行构思的，但实际上两者根本是在两个不同的层次推进。关于预防的条款草案在内容上拥有广泛共识，在国家实践中也已得到越来越多的认可，更为重要的是，它还得到了世界各国司法裁判的承认。而另一方面，关于损失分配的原则草案则以一些有广泛共识的一般原则为基础。例如，原则草案的基本目的，即向跨界损害受害者提供及时和适足赔偿的义务，已在国家实践和国家司法裁判中得到充分认可，有些评论者视其为一项一般国际法原则。因此，至少有一位评论者提议，如果委员会不想让这个重要课题所得进展演变成一个纯粹的“空想”，[95] 就应考虑将原则 4(1)、6(1)和(3)草案的用语从单纯建议改成一个更加规范的形式，用“应当（Shall)”取代“应该（Should)”。

39. 不过，鉴于诸多相关义务对全面实施基本义务而言同等重要，看来要有时间让这些义务获得司法承认和国家实践的确认。原则草案建议各国承担行为义务和应有谨慎义务，以全面实施向危险性活动造成跨界损害的受害者提供及时和适足赔偿的原则，这些义务与预防方面要求各国承担的应有谨慎义务相比，需要在国家实践中获得更加广泛和更加一致的认可。它们还要等待世界各国司法裁判的确认，因为这样的司法裁判仍然少之又少。在这方面，下列原则即为其中一些例子：当经营者由

---

[93] A. Rest，“Need for an International Court for Environment? Underdeveloped Legal Protection for the Individual in Transnational Litigation”，*Environmental Policy and Law*, Vol. 24(1994), pp. 173-187。在国家一级，印度法律委员会提出了在印度设立国家环境法院的有力的论据（见印度法律委员会《关于提议组建环境法院的第 186 次报告》，2003 年 9 月）。司法救助，特别是环境事项司法救助，是《印度宪法》第 21 条的基本内容。新西兰和澳大利亚已经设立环境法院。可查阅：http://lawcommissionofindia.nic.in/reports。

[94] 欲详细了解及时、适足和有效赔偿原则在实践中的贯彻情况，见 Rene Lefeber，*Transboundary Environmental*……，前注 26，第 7 章，第 229-312 页。

[95] Boyle，Globalizing……，前注 64，第 19 页。

于当地法律认可的有限赔偿责任或破产而无法满足索赔要求时，国家有义务安排更充裕的资金，包括有义务分担这类用于满足索赔要求的资金；对于有风险的危险性操作，国家有义务确保，而经营者有义务购买适足的保险；[96] 国家有义务作出一定程度的应急安排，并拥有与操作风险相称的技术和经济能力；此外，国家有义务从技术角度监测复杂操作，并建立有效的事故应对措施；有义务在不歧视的基本原则之上，按照某些尚不明确或缺乏共识的最低标准，规定行政、司法补救和赔偿。

40. 由此不难看出，国际共识为什么迟迟不能达成。法律制度存在差异，而即使法律制度相似，国家实践又有所不同。在全球一级开展的任何统一努力，也显然存在固有困难。发展中国家的政治现实、发展重点和资源限制，则是其他因素。这些观点在调查上述和以往历次报告所述各项原则的法律地位后得到证实，也是特别报告员在他关于损失分配的第二次报告中提出的一项结论。[97]

41. 不妨回顾一下，委员会过去也曾讨论过本主题最终产品的形式问题。有人建议以“框架安排”的形式通过，不起草主要规则，但也有人建议以指导原则的形式通过，以协助各国在基本合作义务中添入更加积极的内容。“结果是，”辛克莱尔指出，“没有就最终产品的形式作出任何最终决定，虽然从辩论中得知，这个专题可能无法采用委员会在起草其后可供纳入公约的条款时通常采用的处理方法。”[98]

42. 如果可能和可行，以更加规范的形式表达整个最终产品较为可取。[99] 同样不可否认的是，以原则草案的形式制作最终产品，当这已是可选用的最好办法，别无更佳选择时，也是有意义的。[100] 以下对原则草案的评注已经指出这一点：

---

[96] 在欧洲联盟谈判环境赔偿责任问题时，据说用了近十五年时间才就这项指令达成协议，阻碍达成协议的最后几个问题之一，就是保险问题。妥协的结果是，保险可有可无，并非强制。见“欧洲联盟同意由污染者为环境损害掏钱”，法新社，引自乔治·华盛顿大学法学院学生编写的瑞典国家法律备忘录，前注 74，第 17 页，资料由特别报告员存档备查。

[97] 见结论(10)，A/CN.4/540，第 36 段。

[98] Sinclair，*The International Law Commission……*，前注 61，第 38 页。

[99] 有人表示，“具体义务(行动和特定措施)往往更为严格，而监测具体义务的遵守情况，在其他因素不变的情况下，比监测其他各类义务的遵守情况要容易得多。此外，具体义务还有预防争端的潜力，特别是同时隐含或自动构成当事方直接权利的义务，诸如与跨界活动有关的义务(例如《1998 年关于在国际贸易中对某些危险化学品和农药采用事先知情同意程序的鹿特丹公约》和《卡塔赫纳生物安全议定书》)；见 Veit Koester，“Global Environmental Agreements—Drafting, Formulation and Character”，*Environmental Policy and Law*, Vol. 35/4-5 (2005), pp. 170-183, p. 173)。不过，大多数多边环境协定都是“可能的艺术”的好例子，因为它们都以协商一致的方式通过。这种进程被描述为大力追求“最小公分母”的行为。有的评论更为悲观，但事实却是，“各国希望成为缔约国，因此促成通过它们有能力遵守的规定，并为此估定本国立法需做何种程度的修订，以及修订的可行程度和经济后果等。象这样的考虑是无可厚非的”(同上，第 170 页)。

[100] 同上，第 174 页。有人认为，“软性法律文书有许多优势，比如愿意采取明确(含糊)的承诺，这样做效果更好，因为更容易转化为具体行动，也更容易审查和评估。研究也显示，软性法律文书可对行为产生非常积极的影响，‘出于多种原因，无约束力文书在同有法律约束力的措施共同适用时，好处常常最为明显’。因此，‘软性’法律文书可作为增进效力的一种方式。此外，此类文书还可改善遵守情况，并通过详细和精确地说明条约所定各项承诺的内容，充当预防争端的工具。”

经过权衡，委员会得出结论，原则草案的优点是不要求各国法律和法律制度实现可能无法实现的统一。委员会还认为，如果采取拟议原则草案这一形式，就更有可能实现广泛接受实质性规定的目标。[101]

43. 法官和政治家可利用这类广泛共识和原则本身的固有优点，在本国和国际上实行这些原则。这样做或许会为今后通过国际协定编纂关于这个主题的国际法铺平道路。

44. 考虑到这一现实，特别报告员认为，似宜确认应以原则草案的形式制作关于损失分配这个主题的最终产品。不过，委员会不妨作一些慎重考虑，用更加规范的语言，体现支付赔偿的基本义务和寻求补救的基本权利。

## 五. 原则草案与关于预防的条款草案之间的关系

45. 接着出现的问题是，目前正等待大会采取进一步行动的关于预防的条款草案与关于损失分配的原则草案之间的关系。建议大会或许可以通过关于预防的条款草案。其实早在 2001 年，委员会就曾建议大会以关于预防危险性活动造成跨界损害的条款草案为基础制订一项公约。这项工作可酌情由第六委员会的一个工作组以审查的方式进行。审查时可考虑以一条赔偿责任条款草案的形式，在关于预防的条款草案中列入赔偿责任的若干要素，从而认可各国有义务确保向跨界损害的受害者提供有效的司法救助和补救以及及时和适足的赔偿。该条草案还可注明，在履行这项基本义务时，应顾及委员会可能希望在二读和终读时敲定的关于损失分配的原则草案。这项原则草案可作为任何有关决议的一个单独附件。

46. 另一种可能是将预防和赔偿责任这两个相互关联的方面完全分开处理。大会可通过两项单独的决议，分别核可并通过关于预防的条款草案和关于损失分配的原则草案。委员会可向大会提出这些可能性。此事最终必须由大会经过充分审议后作出决定。

---

[101] 一般性评注，评注第(14)段，前注 15，第 160 页。