



联合国 大会



Distr.
GENERAL

A/CN.4/373
27 June 1983
CHINESE
ORIGINAL: ENGLISH

国际法委员会
第三十五届会议

1983年5月3日至7月22日

UN LIBRARY

JUN 28 1983

UN/CN.4/373

关于国际法不加禁止的行为所产生的损害性 后果的国际责任的第四次报告

特别报告员

罗伯特·昆廷-巴克斯特先生编写

目 录

<u>章 次</u>	<u>段 次</u>	<u>页 次</u>
一、本专题的纲要	1 - 75	1 - 57
A. 避免、尽量减少和补偿跨界损害 的责任	1 - 10	1 - 9
B. 范围和内容的相称	11 - 18	10 - 14
C. 与其他主要义务的关系	19 - 39	15 - 30
D. 防止与赔偿的连续同一性	40 - 50	30 - 39
E. 严格赔偿责任	51 - 57	41 - 46
F. 最后的考虑	58 - 75	47 - 57
附 件		

第一章

本专题的纲要

A. 避免、尽量减少和补偿跨界损害的责任

1. 每一个专题都以一个概念开始。这种概念通常都是现成的，例如“国家间的条约”、“最惠国条款”、“外交特权和豁免”等。有时这个概念本身须要加以具体化，如把“国家责任”的概念从常见的教科书式的关于外国人待遇的说法分隔开来，使之更一般地关系到任何违反国际义务的后果¹便是具体化的一个例子。只有在完成这一步骤时，才有可能进一步运用归纳法，找出国家实践中重要的行为方式。对国家责任渊源的研究产生了目前这个专题；因为国家实践的行为方式中有一些迹象是不能光靠援引禁止规则轻易加以解释的。国际法委员会认为，即使当情况已排除国家一项具体行动是行为或不行为的不法性，其义务可能继续存在。²此外，众所周知的是，科学和技术的进展，使合法活动可能带来或甚至一定会带来跨界损害的情况大大增加。

2. 因此，大家认为，本专题标题之所以这样长，就是为了不预先堵塞或预先规定未来发展的道路。人们常说，本专题的真正目的是要处理“灰暗地区”的问题，³国际法委员会打算处理的大多数活动在目前并没有被国际法所禁止，但是将要被禁止。⁴然而，可以同样正确地说，本专题是关于如何管理各种原则上是有益

¹ 关于国家责任问题小组委员会的报告，见国际法委员会第十五届会议工作报告附件，《1963年……年鉴》第二卷，第227—228页，A/5509号文件，附件I。

² 见国际法委员会第三十二届会议工作报告，《1980年……年鉴》，第二卷（第二部分），第61—62页，A/35/10号文件，第三章，国家责任，第35条草案，损害赔偿的保留，以及国际法委员会的评注。

³ 见扬科夫先生在国际法委员会第三十三届会议上的意见，A/CN.4/SR.1687，第3页。

⁴ 见初步报告，A/CN.4/334和Add.1和2，第14段。

和合法的活动，因此应该不加禁止，即使这些活动的进行带来跨界损害的因素或造成这种损害的危险。⁵ 这些就是这一个问题的一面。 从这两个角度来看，中心概念都是说，一项活动的进行附有条件，它原则上是合法的，但含有内在的危险性。⁶ 这个概念的证据可以在大量和迅速增加的条约实践中找到，这种条约实践确定某些条件，在这个基础上，可以进行特定的活动，而无须卷入来源国负担不法行为责任的问题，即使进行这种活动产生跨界损失或伤害。⁷

3. 使本专题引人注目和具有急迫性的形势是由 Jenks⁸ 第一次作了系统描写的，即科学技术的进步允许开展一些活动，而这些活动会带来很小而又不可避免

⁵ 例如见大会第三十七届会议苏联代表 Lukyanovich 先生的意见，A/C.6/37/SR.39，第34段：“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这个主题，委员会的审议仍处于初步阶段……利用最新科学技术发展成果的工作本身是合法的，但是不能排除这种利用产生损害的可能性……委员会应在真正全面审议〔每个〕领域里国家实践的基础上继续开展对这个主题的研究”。

⁶ 见国际法委员会第三十二届会议 Sir Francis Vallat 的意见，《1980年……年鉴》第一卷，第250页，第36段以及 Riphagen 先生的意见，《同上》，第245页，第29和30段。

⁷ 特别报告员现在阐述的国家实践所处理的活动和形势，包括穿过或构成国际边界的河流的利用和管理；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，或污染包括海洋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运转以及核原料的运输；气候调节活动；含有偶然对地面造成损害风险的飞行器和宇宙物体在空中或外空的越境飞行；确实影响其他国家拥有权利或利益的共同地区或自然资源的活动。

⁸ C. W. Jenks, “国际法关于极端危险活动的赔偿责任”，《海牙国际法学院讲义集》第117卷之一，第105页（1966年）。

的十分严重事故的风险。 对这类问题可能有两种处理的办法，而它们不必是相反的办法。 一种办法的出发点，是强调这种现代“极端危险”的情况，与人类以前经历过的任何情况不同，而认为这种情况不适宜用传统的方法来控制，即不适宜涉及国家对不法行为的责任。 从这个前提出发，有必要求助于一种新的和特殊的义务制度，用合法活动与严重损害的发生之间的因果关系来取代造成义务的国家的非法行为。⁹

4. 这种由因果关系或严格赔偿责任原则制约的特殊义务制度，确实可以看成是独立于不法行为或不行为国家责任的传统制度，而且是对它相辅相成。 一个赞成这种处理办法的国际法委员会委员曾提议，本专题的主题事项应该作为国家责任专题的补充篇章对待，在此篇章范围内，只要发生跨界损失或伤害，就是一种不法行为或不行为，因而产生由行为国提供赔偿的义务。¹⁰ 根据委员会在整个讨论国家责任过程中所使用的用语，这个补充篇章会提出“次级”规则的新制度。 促成这种“严格赔偿责任”或“绝对赔偿责任”或“无过错赔偿责任”¹¹的本质问题，是要给它以适当的限制；因为多数人会同意，严格赔偿责任和原子能一样，用得其所是忠仆，用之不慎则成灾主。

5. 在国际法委员会和大会第六委员会各次讨论本专题的过程中，已一再强调这个主题。 例如有人这样说，严格赔偿责任一向是特殊公约制度的产物，它在习惯国际法中没有地位。¹² 有人敦促道，通过严格赔偿责任原则会彻底改变责任归属

⁹ 对这些问题新近的回顾可见 Günther Handl 的“私人偶然造成跨国环境损害的国家责任”。《美国国际法学报》第74卷，第三期，第525页及续。

¹⁰ 见国际法委员会第三十四届会议 Thiam 先生的意见，A/CN.4/SR.1743 第14至15页。

¹¹ 见初步报告 A/CN.4/334 和 Add.1 和 2，第15和16段，以及第二次报告 A/CN.4/346 和 Add.1 和 2，第11至14段。

¹² 例如见大会第三十七届会议第六委员会德意志民主共和国代表 Görner 先生的意见，A/C.6/37/SR.38 第34和35段；苏联 Lukyanovich 先生，A/C.6/37/SR.39 第34段；捷克斯洛伐克 Tyc 先生 A/C.6/37/SR.46 第9段；以色列 Baker 先生，A/C.6/37/SR.47 第10段。

规则，而这一规则把国家责任限于不法作为或不行为的后果。¹³ 而且，有人辩称在国际法委员会目前研究不法作为或不行为的国家责任的传统制度完成之前就动手论述新的义务制度是言之过早。¹⁴ 在某种程度上，这些批评可能反映出对本专题范围未定的焦虑；但是这些批评也证明委员会关于本专题不应等同于论述严格赔偿责任原则的初步决定是正确的。

6. 这个决定丝毫也没有反映出严格赔偿责任原则将来的重要性和目前的价值。的确，有一点似乎是不言而喻的，如果非常严重的跨界损失或伤害的风险不大，就应把其看成维持有益活动的代价而予以容忍，在发生该种损失或伤害时，就应该产生充分赔偿的权利，如同损失或伤害是由行为国的不法行为造成的一样。然而，不顾及前一段所归纳的警告将是鲁莽的。有必要说明，严格赔偿责任原则并不是对不法行为和不作为的国家责任这一传统制度的完全而特殊的背离，而是各种更广泛趋势的最终发展，深深扎根于现有的国家实践。严格赔偿责任，不论是国家自己承担的或是强加给其他参与进行某一活动者，都是带有无穷排列的处方里的常用药剂，这一切都是旨在防止、尽量减少和赔偿可以预见到的伤害，并不总是在伤害实际发生时，而最少是在十分可能造成伤害之时。¹⁵

7. 根据曾在1978年那一届会议开会的工作小组的报告，¹⁶ 委员会的一贯目标并不是要阐述一种可供选择的义务制度，而是要选择另一个出发点，要建立在整个现有法律基础之上，在各国从旧的跨界损害领域转到新的跨界损害领域时所遵循

¹³ 见大会第三十七届会议第六委员会联合王国代表 Berman 先生的意见，A/C.6/37/SR.48第20段；又见法国代表 Museux 先生的意见，A/C.6/37/SR.38，第17段。

¹⁴ 例如见大会第三十七届会议第六委员会以色列代表 Baker 先生的意见，A/C.6/37/SR.47，第9段。

¹⁵ 见初步报告，A/CN.4/334和Add.1和2，第26、27和38段；第二次报告，A/CN.4/346和Add.1和2，第73至77段；第三次报告，A/CN.4/360，第19至23段和39段。

¹⁶ 作为委员会第三十届会议工作报告附件，《1978年……年鉴》，第二卷（第二部分）第150至152页。

的惯例中，寻找相类似之处而不是差别之处。¹⁷ 委员会在最初的决定中已表明要选择这一类方法，以后又一再重申，本专题属于“初级”规则的范围，这些规则受不法行为或不作为的国家责任既定制度的制约，而不与其对抗。¹⁸ 委员会的早期政策决定，是要编纂一般的国家责任制度，而不是要阐述外国人待遇这个特定的历史内容；所选择的道路，正是委员会早期政策决定的合乎逻辑的结果。一国作为领土所属当局或主管当局对处于其疆界内的外国人所承担的责任，可以与其对其他国家及其公民或居民在类似能力上所承担的避免和补偿跨界损害的责任相比。¹⁹

8. 多少世纪以来，国家责任的概念只是在讲外国人待遇这个问题时使用，²⁰ 很少用于其他场合，这当然是事实；但是，这是委员会已设法补救的一个时代错误。没有达到明显侵犯主权程度的跨界损害是现代的现象，这也是事实；但是，当前以协定或谈判解决的形式出现的大量国家实践，对于划定这个新的领域提供了充足的参考材料。和国防法的其他分支体系一样，出发点是一国对其国家领土所享有的

¹⁷ 国际法委员会第三十二届会议工作报告，《1980年……年鉴》，第二卷（第二部分），第158—161页，A/35/10号文件，第七章；国际法委员会第三十三届会议工作报告，《1981年……年鉴》，第二卷（第二部分），第146—152页，A/36/10号文件，第五章；国际法委员会第三十四届会议工作报告，《大会正式记录，第三十七届会议，补编第10号》，A/37/10号文件，第四章。

¹⁸ 见第三次报告，A/CN.4/360，第6—8段，以及那里引述的参考资料。

¹⁹ 见初步报告，A/CN.4/334和Add.1和2，第29段以及第二次报告，A/CN.4/346和Add.1和2，第8段。

²⁰ “教科书的编写情况表明，国际责任的学说并没有充分阐述过。它主要解决一国对其领土上的外国人的伤害的责任，而只是顺带解决对其他国家权利的直接损害的国家责任。即使在后一个范畴内，也很少提到有关环境损害形势这个具体问题的一般原则……” Barros 和 Jonston，《关于污染问题的国际法》（1974），纽约，第74页。

专属权力以及它对国际社会其他成员所承担的相关连的责任。²¹ 它们的特点是通过达到协议来履行这个责任，以协议来迁就它们彼此的或各自的利益，规定行为的规范，以避免在它们相互的关系上可能出现不法性。各国制定的制度几乎都是最重视它们认为必要的避免发生跨界损害的措施；但是，如果它们认为这些措施不足以防止所有的意外情况，它们也可以制定具体条款，使确实发生的任何损失或伤害得到赔偿。

9. 第三次报告²²第二章中所载本专题的纲要，反映出（但是也许没有充分反映）各国在制定避免、尽量减少和赔偿各种跨界损失或伤害的制度时所利用的灵活程序和无限的选择范围。确实，有人断言从各不相同的国家惯例中整理不出规则来。²³ 当然，没有简单的公式可以调节一国行动自由的权利和另一国免受有害跨界影响的权利。如同在其他谈判中一样，各国都在权衡利害，有时愿意牺牲它们认为属于它们的权利来追求它们的利益，但是更常见的是把根据习惯法决断它们各自的权利和义务这个难题搁置一旁。然而，尽管情况千变万化，有一点是不变的。所有的国家惯例都可证明，一国的领土或控制范围如出现危险，该国则对其他国家负有控制该危险的责任，如有可能则按与受危险影响的其他国家达成的条件行事。

²¹ “领土主权不能把自己限制在消极的一面，即排除其他国家的活动；因为它是在国家之间划分人类活动所利用的空间，以便从所有方面确保它们得到最低限度的保护，而国际法则起着前卫的作用。”

"The Island of Palmas case", 法官 Max Huber.

"Reports of International Arbitral Awards", 第二卷，第829页在第839页处。

²² A/CN.4/360，第53段。并见《国际法委员会第三十四届会议的工作报告》，第四章，第109段；《大会正式记录，第三十七届会议，第10号补编》(A/37/10)第179—185页。

²³ 见上文脚注12。

10. 在第六委员会，不论对纲要²⁴的一般内容，或是更为具体地对履行避免、尽量减少和补偿跨界损失或伤害的责任，²⁵ 都得到绝大多数的支持。有些人感到，纲要有必要加强，以便更好地保障这种责任得到履行。²⁶ 另一方面，有些委员对

²⁴ 例如见大会第三十七届会议第六委员会瑞典代表 Danelius 先生的意见，A/C.6/37/SR.41，第13-17段；泰国 Sucharitkul 先生，A/C.6/37/SR.44，第26-27段；芬兰 Hakapää 先生，A/C.6/37/SR.45，第8-11段；加拿大 Bacon 先生，A/C.6/37/SR.45，第85-87段；印度 Jagota 先生，A/C.6/37/SR.46，第90-91段；意大利 Sperduti 先生，A/C.6/37/SR.47，第33-34段；墨西哥 Gonzales Galves 先生，A/C.6/37/SR.47，第50-52段；突尼斯 Mahbouli 先生，A/C.6/37/SR.47，第69-74段；澳大利亚 De Stoop 先生，A/C.6/37/SR.48，第10-12段；印度尼西亚 Oerip 先生，A/C.6/37/SR.48，第72段；罗马尼亚 Mazilu 先生，A/C.6/37/SR.49，第10段；摩洛哥 Gharbi 先生，A/C.6/37/SR.50，第36-38段；伊拉克 Al-Qaysi 先生，A/C.6/37/SR.50，第53-55段；肯尼亚 Wabuge 先生，A/C.6/37/SR.51，第49段；和奥地利 Tuerk 先生，A/C.6/37/SR.51，第98-102段。

²⁵ 例如见大会第三十七届会议第六委员会南斯拉夫代表 Sahović 先生的意见，A/C.6/37/SR.39，第7段；肯尼亚 Wabuge 先生，A/C.6/37/SR.51，第49段；奥地利 Tuerk 先生，A/C.6/37/SR.51，第99段；和加拿大 Bacon 先生，A/C.6/37/SR.45，第85和86段。

²⁶ 例如见大会第三十七届会议第六委员会墨西哥代表 Gonzalez Galvez 的意见，A/C.6/37/SR.47，第52段；马达加斯加 Razanakoto 先生，A/C.6/37/SR.46，第120-123段；阿拉伯利比亚民众国 Azzarouk 先生，A/C.6/37/SR.49，第53段；扎伊尔 Balanda 先生，A/C.6/37/SR.51，第14段和特立尼达和多巴哥 McKenzie 先生，A/C.6/37/SR.51，第65段。

本专题的重要性或可行性持有怀疑。²⁷ 其他一些委员认为，必须在概念上区分防止和赔偿，²⁸ 有几个委员认为集中探讨赔偿责任是有利的。²⁹ 不过，大多数委员都坚决赞成保持专题纲要所说的防止与赔偿之间的联系。³⁰ 上述及其他一些理论上的问题在本委员会 1980 和 1981 年的讨论中占突出地位，这些问题将在本章后面几节中重新研究；但是一个更加直接的问题便是关于本专题的范围问题。委员会在 1980 和 1981 年时认为，在对内容做出估计以前不应当确定或缩小本专题的范围。

²⁷ 参看下列国家代表在大会第三十七届会议第六委员会上的发言：法国 (Museum 先生，A/C.6/37/SR.38，第 17 段)；委内瑞拉 (Diaz Gonzalez 先生，A/C.6/37/SR.45，第 40—42 段)，以及阿根廷 (Barboza 先生，A/C.6/37/SR.49，第 13—20 段)。

²⁸ 例如，参看联合王国代表 Berman 先生在大会第三十七届会议第六委员会上的发言 (A/C.6/37/SR.48，第 20 段)。

²⁹ 参看下列国家代表在大会第三十七届会议第六委员会上的发言：巴西 (Calero Rodriques 先生，A/C.6/37/SR.43，第 63 和第 65 段)；芬兰 (Hakapää 先生，A/C.6/37/SR.45，第 11 段)；以及西班牙 (Lacleta 先生，A/C.6/37/SR.48，第 97 段)。

³⁰ 例如，参看下列国家代表在大会第三十七届会议第六委员会上的发言：泰国 (Sucharitkul 先生，A/C.6/37/SR.44，第 27 段)；加拿大 (Bacon 先生，A/C.6/37/SR.45，第 86 段)；日本 (Hayashi 先生，A/C.6/37/SR.46，第 25 段)；叙利亚 (Kahaleh 先生，A/C.6/37/SR.47，第 24 段)；意大利 (Sperduti 先生，A/C.6/37/SR.47，第 34 段)；澳大利亚 (de Stoop 先生，A/C.6/37/SR.48，第 10 段)；塞拉利昂 (Koroma 先生，A/C.6/37/SR.49，第 44 段)；摩洛哥 (Gharbi 先生，A/C.6/37/SR.50，第 37 段)；伊拉克 (Al-Qaysi 先生，A/C.6/37/SR.50，第 54 段)；孟加拉国 (Morshed 先生，A/C.6/37/SR.50，第 67 段)；以及奥地利 (Tuerk 先生，A/C.6/37/SR.51，第 99 段)。

委员会承认，特别报告员所能找到的资料主要是关于领土的物质使用方面的资料，但是委员会请他从更大范围去考虑其影响。³¹ 特别报告员遵照上述指示所作出的努力反映在载于第三次报告的那份专题纲要的第1、5、6和第7节。³²

³¹ 国际法委员会第三十二届会议工作报告，《1980年……年鉴》，第二卷（第二部分），第160页，第138和139段，A/35/10号文件，第七章；国际法委员会第三十三届会议工作报告，《1981年……年鉴》，第二卷（第二部分），第199段，A/36/10号文件，第五章。

³² 上文脚注22。

B. 范围和内容的统一

11. 1982年,专题纲要为委员会提供了从内容去考虑范围的机会。在这种情况下,委员会(经1981年选举后重新组成的委员会)内不同意见的对比情况发生了变化,不限范围的条款受到了大量的批评。本委员会主席勒泰先生在第六委员会上介绍本委员会报告时提到这些批评意见。他说:“委员会上的辩论表明,有些委员认为,由于一般国际法缺乏任何已确立的依据或者由于目前存在的困难,不应当继续讨论这个专题。会上发言的大多数委员持相反意见,同时指出应当如何克服某些复杂的问题。就此而言,至少应当首先重新审查的问题是确定范围;草案可以局限于关于自然环境的跨国界问题,所有有关其他方面的问题,尤其是可能出现于经济部门的那些十分棘手的问题,可以搁置一边”。³³

12. 尽管第六委员会上有些发言人感到失望,³⁴但是大多数的意见与国际法委员会上多数委员的意见相同。³⁵正如已经指出的那样,本专题的中心目标在第六委员会上得到了强烈广泛的支持。这个中心目标是:对日益增多的关于陆地、海洋、

³³ 大会第三十七届会议第六委员会第37次会议意见逐字记录。

³⁴ 例如,参看下列国家代表在大会第三十七届会议第六委员会上的发言:罗马尼亚(Mazilu先生, A/C.6/37/SR.48,第10段);阿尔及利亚(Lamamra先生, A/C.6/37/SR.48,第37段);突尼斯(Mahbouli先生, A/C.6/37/SR.47,第74段);以及扎伊尔(Balanda先生, A/C.6/37/SR.51,第15段)。

³⁵ 例如,参看下列国家代表在大会第三十七届会议第六委员会上的发言:希腊(Economides先生, A/C.6/37/SR.40,第48段);瑞典(Danielius先生, A/C.6/37/SR.41,第16段);泰国(Sucharitkul,先生, A/C.6/37/SR.44,第26段);荷兰(Siblesz,先生, A/C.6/37/SR.46,第47段);印度(Jagota先生, A/C.6/37/SR.46,第91段);日本(Hayashi先生, A/C.6/37/SR.46,第23-24段);澳大利亚(de Stoop先生, A/C.6/37/SR.48,第11段);以及美国(A/C.6/37/SR.52,第26-29段)。

天空及外层空间的各種利用的国家实践作出分析；鉴别它能够保护各国利益、使之免受原则上是合法的但是可能产生不利的跨国界后果的活动和情况所引起的损失或伤害的规则和程序。不过，在辩论过程中，有一点比以前更加明确，这就是：这两条界线，不论越过哪一条，都会使目标的统一性遭到破坏。其中一条界线已在前面几段作过叙述。这条界线禁止突然采用一项以因果关系或严格赔偿责任原则为依据、并已在国内法律体系中得到发展以应付内在危险情况的新的义务制度。³⁶ 另一条界线禁止把领土的物质使用领域中首创性的经验全部转用于发展程度更低的经济管理领域。³⁷

13. 应当承认，审议中的这两条界线是相互联系的。如果忽视了任何一条，另一条也就不可能得到普遍的尊重。运用一项新的、特殊的义务制度的根本理由是，限制国家自由——因而也就限制了各国社会内部的主动性——的禁止规则是一种很不成熟的方法，不宜用以在某些现代情况下调整权利和利益。因此，试图减少各种国际经济力量的相互影响的国家把这种严格赔偿责任原则看作是一项可能有益的原则，这是完全可以理解的。不过，正如去年辩论中的发言所表明的那样，仅仅提出该问题会大大加重严格赔偿责任原则所引起的一切忧虑；³⁸ 后果是形成僵局——恰恰否定了许多关于领土物质使用引起不利的跨国界影响的国家实践确实显示出来的睦邻精神。

14. 不过，如果我们把运用一项新的特殊义务制度的问题搁置一旁，而是按照国家实践上大致上确立的趋势，那么经济事务管理和领土的物质使用管理之间的界线就变得极其明显了。与后一领域有关的全部国家实践都是为了与已经看到的、

³⁶ 参看上文，脚注12、13和14。

³⁷ 尤其可参看美国代表 Schwab 女士在大会第三十七届会议第六委员会上的发言（A/C.6/37/SR.52，第25—29段）。她在第26段中说，“美国认为本专题的范围太广了……未能大大缩小概念的范围是专题纲要的平衡方面的一个致命缺点。”她在第29段中说，“由于上述种种原因，美国代表团支持本委员会上的普遍看法，即本专题应当局限于自然环境或者最多是有形行动引起的有形损害。”

³⁸ 上文脚注35；但反对的论点可参看上文脚注34。

避免、减轻和补偿跨越国界损害的责任相对应的；假如发生了损害或损失，那么这种损失或损害是明显的；一般说来，原因和跨越国界效果之间的关系是清楚的。另一方面，在经济领域则缺乏一个中间阶梯。到目前为止，国际上尚未就公平与不公平竞争的区分——在国内法体系中已有明确区分——达成足够广泛的协议。一场比赛中的失败者必须将其失败归咎于其本身缺乏勇猛，而不应当归咎于其对手的顽强；但是即使在比赛中也必须遵守公平比赛的规则。

15. 特别报告员认为，否认讨论中的这两个领域之间的重要关系是不对的。一个不能按照已经看到的防止有形越界损害的责任行动的国际社会是不可能果断处理更加复杂的经济管理问题的。本专题的具体办法是促进对在特定主题范围内相竞争的利益进行艰巨的个别调整，以便在兼顾行动自由的同时避免产生不利的跨越国界影响。对于解决经济领域中的问题，这些办法比过去依赖限制行动自由的规则可能更富于成效。不过，不可能从领土的物质使用领域的国家实践的证据中归纳拟订经济领域的规则或准则。即使有可能把专题纲要第5、第6和第7节中提及的原则、因素和方式与从经济领域的国家实践中得到的材料进行对比，从这些材料中也可能并不揭示出足够的统一性以便进行共同的发展。本委员会曾认为，明智的办法是将条约方面的国家继承专题与国家继承的其他方面分开。委员会大概也会认为，可取的办法是把处理领土的物质使用引起的损失或损害与处理经济性原因引起的损失或损害分开。

16. 本专题就是在前面几段中所述的这两条界线的范围之内具体形成的。它只要求各国，作为领土或控制范围的主管当局，应当认真采取行动来调和其各自的利益，以便使一国及其公民或居民的行动自由不会成为对其他国家及其公民或居民强加的负担。假如各国对国际行为的特定领域作出规定的意愿，那么它的代表就会以法学家或技术专家的身份将其全部经验带到会议桌上来；他们往往会依据其国内的类似情况找出解决办法。这种倾向在关于领土物质使用的协约制度上表现得再明显不过了：各国在其自己的管辖范围内所制定的标准往往是它们希望在与其他国家的关系中通行的标准；在适当情况下，也根据国际协议互相利用国内的程序和手段。

17. 一旦本专题的性质和目标按上一段所述的意义得到了理解，那么普遍就会希望，适用范围将包括所有引起不利的有形越界效果的领土物质使用。没有一个可以确切说明这一适用领域的全部范围的短语；由于不适当地依赖“环境”或“自然环境”的提法起了一些怀疑。本委员会在1980年进行讨论时对这种引起模棱两可的来源提出了告诫。”在第六委员会于1982年就国际法委员会报告进行的辩论中也出现了类似问题。⁴⁰ 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，或涉及领土物质使用的任何其他分类活动；也确实从未有任何发言人在第六委员会上极力提出过这种主张。

18. 不过，第六委员会上对“控制范围”问题提出过一些中肯的意见。例如，会上指出，领水上的船只在某些方面与任何其他外国拥有的动产处于相同的法律地位，也就是说，它们属于该领海所属国的管辖之内。⁴¹ 若干发言人提请注意发展中国家的问题。有一个发言人说，“国际法委员会应当考虑到实际环境的现实情况，尤其应当考虑到发展中国家对工业发展的需要，缺乏探测或监测本来是合法的行为所可能引起的有害效果的技术知识以及对某些活动的控制权掌握在承包商或多边机构手中的事实”。⁴² 关于这一问题，与船只问题相同，看来值得再强调一下：专题纲要并不要求各国对在其领土或控制范围内的活动所引起的损失或伤害承担直接的赔偿责任，更不要求它们承担绝对赔偿责任。它只希望这些国家采取只有它们才能够采取的主动行动，倡导为避免、减少和补偿跨越国界损失或伤害提供可接受保证的制度。

³⁹ 参看 Francis Vallat 爵士在国际法委员会第三十二届会议上的发言：

“就限制问题而言，他同意以下的看法，即明智的办法是，集中探讨可以称之为广义的环境问题，而暂时不要涉及经济和社会问题。不过，他对使用环境一词有些犹豫，因为从狭义上说，它与“环境法”一语以及生态学的内容是联在一起了。必须明确的是，在审议中的这个专题中，委员会所研究的是具有有形后果、因而与广义的环境有关的行为”。

《1980年……年鉴》（第一卷，第249页，第32段）。

脚注续：

⁴⁰ 特别参看印度代表 Jagota 先生在大会第三十七届会议第六委员会上的发言：

“印度代表团并未设想过把拟议中的条款局限于自然环境。它希望这些条款的适用范围更广泛一些，并制定或涉及包括危险活动、外层空间活动、有关开发跨越陆地或海上界线的资源的活动、共同资源的利用等等的制度。”

(A/C.6/37/SR.46, 第91段)。

⁴¹ 参看荷兰代表 Siblesz 先生在大会第三十七届会议第六委员会上的发言(A/C.6/37/SR.46, 第46段)。

⁴² 参看斯里兰卡代表 Marapana 先生在大会第三十七届会议第六委员会上的发言(A/C.6/37/SR.51, 第94段)。尤其还可参看扎伊尔代表 Balande 先生的发言(A/C.6/37/SR.51, 第17段)。

C. 与其他初级义务的关系

19. 确实，有些委员认为，前一段提及的要求过低，也就是说，专题纲要所提出的条款过于无力和宽容，不能提供切实的保护，⁴³ 但这里有一个基本误解。专题纲要所载的规则并不是要取代规定国家责任的具体的协约或习惯规则。有人把本专题说成是“初级规则领域中的一种催化剂”，得到相当普遍的赞同。⁴⁴ 它的目的并不是要增加禁令。事实上，它不可能既要这么做而又仍然保持上述性质；它也不能修改或取代任何既定的法律义务。因此，没有按照专题纲要第2节的规定进行磋商或者没有按照第3节的规定提供适当的管理仅仅是该活动确实造成了跨越国界伤害情况下必须考虑的一个因素而已。然而，不论在进行本专题时制定了什么条款，迫使另一国或其公民接受不透露的严重越界损失或伤害的风险都可能是不法的。⁴⁵ 在这种情况下，如不消除这种活动的有害的越界效果，唯一其他的做法就是揭露这个危险性，努力与另一国就可行的制度达成协议。

20. 这一极其重要的问题在委员会1981年的辩论中得到详尽的讨论，⁴⁶ 但在1982年由于有其他更重要的问题而居次要地位，现在必须重新加以阐明。一个出发点当然是回顾专题的起源，本报告第2段已经提到过。专题涉及的是“行将受到……禁止”的活动，或者换一种说法，是正设法使其免遭禁止的活动，因为目前已有种种保障，足以避免产生超越国界的不利影响，而且，如有必要，足以挽回此种影响。鉴于这些活动介乎合法与非法之间，游移不定，1973年委员会的

⁴³ 见上文脚注26。

⁴⁴ 第二次报告，A/CN.4/346和Add.1和2，第18段。

⁴⁵ 例如参看Gunther Handl在《生态法季刊》第7期（1978）第38页的文章“跨国的环境风险”中所表达的观点：“……边境的活动只有在其方式遵循考察国家行动可能造成跨国环境后果的跨国安全分析的结论时，才是适当的。”

⁴⁶ A/CN.4/SR.1685-7和1690。

委员们觉得难以取得协议将此种活动定为合法还是非法。⁴⁷ 本专题的标题使用“国际法不加禁止的行为”这个颇为别扭的退回说法保留了这两个细微差别。 委员会

⁴⁷ 在1973年5月9日的第1202次会议上，Kearney先生提出了“国家对国际不法行为的责任与其对本身并非不法的行为的责任，或用英国普通法的说法，涉及‘无过失责任’的案件之间的区别问题。” Kearney先生接着说：

“目前发展演变的倾向使这两种情形的区别愈趋模糊。 环境污染提出了关于与不法行动相比发生危险的可能性成为决定因素的情况的一系列问题。 外层空间的利用也涉及类似问题……”，《1973年……年鉴》，第一卷，第7页，第22段至23段。

在同一次会议上，Hambro先生强调说，

“……有些行为以前认为是合法的，现在由于近来科学的发展却必须认为是不法的，对此种行为的国家责任问题须加以考虑，主张进步的律师在这方面自有其作用可发挥，他们有责任改动合法与非法的分界线……”同上，第32段。 也见Castaneda先生1973年5月10日在第1203次会议上的发言，同上，第32段。

Ago先生试图在他起草的最终成为1973年委员会工作报告第38段的案文中调和这两种观点，提出如下的提法：

“因进行某些合法活动或国际法可能尚未明确禁止的活动——诸如某些海洋活动、大气层或外层空间的活动、核活动及其他活动、尤其是与环境保护有关的活动——而可能产生的损害性后果的责任”。

A/CN.4/L.198，第26段。

这一提法引起对某些活动或进行活动的方式，尤其是举例提及的那些活动，到什么程度就已成为不法行为或可能成为不法行为，或虽仍属合法但因其涉及某些危险而须加以管制的行为这一问题展开一场讨论。 见Kearney先生、

Sette Camara先生、Ramangasoavina先生、Ago先生、Hambro先生、主席（Castaneda先生）作为委员会委员、Yasseen先生、Francis

有几位委员和第六委员会的几位代表近来倾向于将引起国家对不法行为的责任的义务和本专题论述的义务说成是“程度略异的禁止”，这也反映出以上相同的意向”。⁴⁸

(脚注 47 续)

Vallat 爵士和 Ustor 先生的发言。《1973 年……年鉴》第一卷，第 211 页至 212 页，第 40 段至 53 段。为避免对这些问题作出过早的判断，这一段的提法修改为：

“因进行某些合法活动，尤其是那些因其性质造成某些危险的活动所可能产生的损害性后果的赔偿责任”。

委员会在同一报告中还提“所谓造成危险的责任”及“防止与国际法不加禁止的某些活动有关联的危险的另一种形式的责任”，同上，1973 年，第二卷，第 169 页，A/9010/Rev.1 号文件，第 38 段和 39 段。

⁴⁸ 如见 Francis Vallat 爵士在国际法委员会第三十三届会议上的发言：“他不能同意这样一种观点，即任何违反国际法现行规定的义务的行为必定构成国际不法行为，因此任何义务都须遵照关于国家责任的条款草案第一部分所载的规则，从而在本专题范围之外……国际法不加禁止的行为与国际不法行为这两个概念并不是相互排斥的。”

“A/CN.4/SR.1687，第 10 页和 11 页。也见荷兰代表 Siblesz 先生在大会第三十七届会议的第六委员会上的发言：“……乍看起来，国际法委员会报告(A/37/10)的第三和第四两章述及的两个专题似乎彼此截然分开，一个述及禁止的行为，另一个述及国际法不加禁止的行为。但在实际上这似乎更应该说是禁止程度略异的问题……”

A/C.6/37/SR.46，第 44 段。

21. “行将受到……禁止一语另有其重要的一面：它表达出变动和不稳定的意思。本专题涉及的是过程，专题纲要第2、3、4各节强调程序就是其反映。法律的方针绝非长期保持模棱两可的情形，而是要剖析为是非分明的各种成分。这就是每逢有关各方确立一种制度或一致认为不诉诸此种制度即可解决某一可能出现的问题时发生的过程。在委员会的辩论中已有人指出，某些领域里规定国际责任的协约规则不断增加。国际法协会最近通过了“蒙特利尔规则”，⁴⁹给委员会提供了宝贵的新的参照标准。该协会在其中认为至少在污染方面还有一套规定国家责任的习惯规则。这些正是本专题所要促成的那种种发展变化。

22. 但是，宣布任何特定的“行将受到禁止的”活动已达到受禁止的地步并不属于本专题的范围之内。因此，特别报告员从逻辑上从实际上都不可能划分不法行为和虽未禁止但引起赔偿责任的行为之间的界线。凡发生显然无疑违反协约或习惯义务的行为时，各国必然按协约或习惯处理。但是，若对不法行为造成超越国界的损失或伤害存有怀疑或歧见时——这绝非例外情况——有关各国自然应该在更为广泛的赔偿损失或伤害的基础上详细商讨这个问题。委员会的一位委员说，“有时各国乐于支付一笔它们不愿承认是赔偿金的款项，以补偿损失或伤害。接受这笔因而称为惠给金的款项的国家明白这是意在补偿的款项。这样，昨日的惠给金就成为明天的义务。”⁵⁰

23. 即使当事双方均意识到提出赔偿要求的情况可以定为不法行为造成的后果，然而出于策略原因还是可能否认赔偿责任。但是，在本专题处理的模棱两可难以定性的领域里，除非所述案件有明确且适当的先例，否则在学者的学说或国家惯例中都难以找到多少依据，有助于当事各国确定是否存在不法作为或不作为的起源国的责任。情节不明时，起源国不会爽快承认此种责任，因为承认就会相应限制它在事先不征得可能受影响的其他各国同意的情况下采取主动的权利。但是起源国除非有种种适当理由要求另一种分摊费用方式，否则就会更爽快地同意赔偿造成的

⁴⁹ 1982年8月29日至9月4日国际法协会在蒙特利尔举行的第60次会议通过的关于环境养护的法律问题的第2/1982号决议。

⁵⁰ 素差伊库先生，A/CN.4/SR.1686，第10页。

损失或伤害。 在此必须再次着重指出，本专题有两重目标：必要时促进制定各种制度，以精确规定当事各国各自的权利和义务。 但是，在不明确各自的权利和义务时，则主张有避免以及补偿超越国境的损失或伤害的责任，而不事先确定起源国对不法作为或不作为的责任。

24. 为更具体地说明本专题处理的事项和其他初级义务规则之间的关系起见，似宜与“蒙特利尔规则”⁹¹的规定范围作某些比较。 若将各国造成超越国境损害

⁹¹ 上文脚注 49。 该决议全文如下：

1982 年 8 月 29 日至 9 月 4 日于蒙特利尔举行的国际法协会第 60 次会议：

收悉并审议了环境保护法律问题委员会的报告；

1. 核准委员会报告建议的适用于越界污染问题的国际法规则的重述，其条文如下：

“第 1 条（适用性）

除有关各国间的公约、协定或具有约束力的习惯另有规定者外，均适用下列关于越界污染的国际法规则。

第 2 条（定义）

(1) “污染”系指直接或间接人为地将物质或能量引入环境，造成有害的效果，其性质足以危害人类健康，损害生物资源、生态系统及物质财产，损害优美环境或干扰对环境的其他合法的用途。

(2) “越界污染”系指其物质起源全部或部分位于一国境内、其有害效果达到另一国境内的污染。

第 3 条（防止和减轻）

(1) 各国在其合法活动中有义务防止、减轻和控制越界污染，以免在另一国境内造成重大损害，但本规定不妨碍实施公平合理使用共有的自然资源的规则。

或危害的物质活动相互作用的整个领域视作一种装置，从中正在提炼若干关于造成损害的不法性的规则，则可以说“蒙特利尔规则”的制定者们已着手将他们在自己选定的超越国界污染这个领域中迄今提炼过程的最终产品见诸文字。 另一方面，我们正在审议的专题所涉及的是这一提炼过程的动态——其本身就是对避免、尽量减少和补偿超越国境物质损害的义务之反应——以及各国仅仅参考适用的习惯规则或协约规则无法确定各自的权利和利益时所需采取的调整和调和这些权利和利益的措施。

(脚注 51 续)

(2) 此外各国还应将新的、加剧的越界污染限制在具体情况下合理可行的措施所能做到的最低程度内。

(3) 各国应尽力将现有的越界污染减轻到本条第(1)款的要求之下，减到目前情况下合理可行的措施所能做到的最低程度。

第 4 条 (高度危险物质)

尽管有第 3 条的规定，各国仍应避免将普遍认为于人类健康有高度危险性的物质排放入环境之中而造成越界污染。 如已开始排放此种物质，各国在合理的时限内消除造成污染的排放物。

第 5 条 (事前通知)

(1) 计划进行很有可能造成越界污染的活动的国家应及早通知可能受影响的国家，尤其应主动或应可能受影响国家的要求，提供有关资料，以便使得到资料的国家能够对计划进行的活动可能产生的效果作出估计。

(2) 各国在进行此类活动前应对环境作出估价，以便确定计划进行的某项活动是否意味着有造成越界污染的重大危险。

第 6 条 (协商)

应可能受影响国家的要求，提供资料的国家应就计划进行的活动

(脚注 51 续)

所涉的越界污染问题展开协商，并在合理期限内继续进行诚意的协商。

第 7 条 (紧急情况)

如因紧急情况或其他情况，已在一国境内进行的活动引起或可能引起现有越界污染的程度突然上升时，该污染造成国有责：

- (a) 立即警告受影响或可能受影响的国家；
- (b) 向它们提供有关资料，以便它们能够尽量缩小越界污染造成的损害；
- (c) 将已采取的旨在消除导致越界污染程度上升的根源的措施通知它们。

2. 建议将这些规则定名为“适用于越界污染的蒙特利尔国际法规则”。
3. 请协会秘书长将本报告转送联合国秘书长，以便提交国际法委员会。

25. 《蒙特利尔规则》和本专题有若干极其重要的共有成分。 第一，在述及高度危险物质的第四条中确认某些活动或行事方式可予绝对禁止，因而可以调整权利和利益的一般领域中加以排除。 第二，第3条第1款阐明避免、尽量减少和补偿重大越境损失或伤害的义务这一基本原则，其依据来自 Trail Smelter 案的裁决书 斯德哥尔摩原则第21条以及国家惯例的趋势。⁷² 第三，虽然《蒙特利尔规则》字面上并未明确说明，但是规则无疑有意阐明国家管理其境内无论是否由其本身进行的任何活动的责任，在这方面规则还沿用了创新的 Trail Smelter 案的先例。 第四，第3条第2款述及新的或加剧的越界污染，它确认国家义务的标准须与技术上和经济的可能性相联系，而这也是 Trail Smelter 案法庭所依据的一条原则。⁷³ 最后，第5、6、7条确认凡有造成越界污染的重大危险时交换资料以及与其他有关国家协商的极端重要性。

26. 《蒙特利尔规则》与本专题在其他方面极不相同，起着相辅相承的作用。由于第24段解释的理由，《蒙特利尔规则》必然以排斥不相容的条款为前题，其权限（第2条(2)）不包括地球上一切不在一国领土内的地区——它不但不保护该等地区，而且也不保护国家领土本身免受源出于公海、公海上面或海底，或源出于外空的污染。 第二，《蒙特利尔规则》也不包括任何远程污染，即使这种污染源于国家领土和在国家领土内造成不良后果；虽然这一点是来自对第2条(2)的评论而不是来自案文本本身⁷⁴。 第三，《蒙特利尔规则》（第2条(1)）基本上是针对污染的长期性或累积性后果，如放出物体仅“可能”造成定义所形容的有害后果，则不在规则范围之内。⁷⁵ 因此，对《蒙特利尔规则》研究后的第一个印象可能是了解到，

⁷² 见国际法协会，蒙特利尔会议（1982年），环境保护法律问题委员会的报告，对第3条的评论，尤其是其中的第1至第4段、第11段和第16段。

⁷³ 见第二次报告，A/CN.4/346和Add. 1和2，第27至28段、第30至31段、第33至39段。

⁷⁴ 国际法协会，蒙特利尔会议（1982）年，养护环境法律问题委员会的报告，对第2条第4款的评论。

⁷⁵ 《同上》，第1条第2款的评论。

明确规定造成损害的不法性的习惯规则仅存在于极少的领域——比谚语中的冰山尖端一角还小，而整座冰山正是本专题的正题。

27. 虽然这套规则涉及的范围狭小，但本来也可以提高其精确性来补偿；然而这方面也有困难。 即使在国家负有责任的具体义务方面也会发生为人熟知的估计和评价问题。 “如所周知，没有可能拟订一项普遍国际法规则，规定跨界污染造成的损害在达到某一程度时即可被视为造成重大损害”。⁵⁶ “这项标准的确定必须是以技术标准和有关区域一般认可的污染程度为依据，甚至考虑到人类影响环境所造成的一般损害程度。”⁵⁷ 这都是普遍真理，但在有关各当事方辩论其中一方行为的合法性时，大家对评价问题的不同看法是很难获得解决的。 大家公认 Trail Smelter 一案解决了这个问题，而这正是其独特的一面，但是 Trail Smelter 法庭觉得根据其职权，法庭必须裁定不法行为的程度，结果裁定了加拿大法律义务的最终限度而没有涉及不法行为的程度。⁵⁸ 这是国家的一般惯例。 它们创设各种制度，从实际上规避、减少和补偿损失或伤害，虽然它们都清楚知道法律的规定。

28. 为了进一步讨论这个问题，也许应研究《蒙特利尔规则》第3条(1)的规定。 “由于在他国领土造成重大损害构成国际不法行为，污染国因而有责任把跨界污染减少至一定程度，使跨界损害再不能被称为重大的损害。”⁵⁹ 换言之，条文尝试把避免不法行为或国家的不作为与避免重大的跨界损失或伤害这两个概念连带起来；但是，尽管引用的文字似乎规定了明确的义务，这项拼凑而成的规定实际上只确定一项很淡薄的义务。 第3条(1)规定，只有在真的造成损失或伤害时，而不是可能要冒受到损失或伤害的危险，才算是不法行为；同时，正如第26段所说，为了缩小适用的范围，仅仅“可能”造成损失或伤害的活动不在包括在内。 但这并不就是说——如第3条(1)及其评论看来所暗示那样——跨界损失或伤害的实际发生必定

⁵⁶ 《同上》，第3条第8款的评论。

⁵⁷ 《同上》，第9款。

⁵⁸ 见第二次报告，A/CN.4/346 和Add. 1 和 2，第39、64和66段。

⁵⁹ 国际法协会，蒙特利尔会议（1982），养护环境法律问题委员会的报告，第3条第10款的评论。

使来源国对一项不法行为或不作为负有责任；但除非国家当局有办法预知可能造成的损失或伤害，以及负有防止其发生的责任，⁶⁰ 否则将不涉及来源国的责任问题。

29. 这个矛盾的产生是因为没有区别已有明文禁止的不法行为或不作为和没有明文禁止但有义务避免造成损伤和在损失或损伤发生时采取补救措施的行为或不作为。在苏联宇航物体宇宙 954 号卫星坠毁加拿大境内一案中，加拿大根据 1972 年《空间实物造成损失的国际责任公约》就遭受的损失向苏联索偿；并根据国际法的一般原则就涉及的其他开支进一步要求赔偿。⁶¹ 第一项索偿的根据是一项对宇航物体意外侵入外国领土承认负有一定责任，但没有把这种侵入定为非法行为的条约。无疑地，鉴于流行的理论认为没有明文禁止的行为的责任一定有其传统根源，加拿大的第二项索偿的根据是，侵入行为构成侵犯加拿大主权的行为。⁶² 这样，法学理论的不足似乎造成一个概念上的死胡同，使加拿大走向一个奇怪的极端，指称宇航物体降落既是合法也是不合法，既被禁止也不被禁止。由于没有拟订有关法律的规定没加禁止的行为或不作为所引起的义务，各国必然更借重于扩大彻底禁止的一般规则的范围。但这是倒退的做法，基于互相限制而不是互相迁就。

30. 提出这些分析性问题并不是对《蒙特利尔规则》的意义和重要性提出质疑。

⁶⁰ 参看 Cf. Paul Reuter, *Cours général Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, vol. 103 (1961-II), P. 592.

“但我们可拟订一项稍为不同的规则，即一国无权在其领土内进行可能对他国，特别是邻国造成异常危险的行为。这样，不是危险的发生，即严重事故的发生，而是进行一项行为；如建造水坝就足以构成责任。”

较详细的摘录，请参看第二次报告，A/CN.4/346 和 Add. 1 和 2 第 54 段，附注 93。

⁶¹ 1979 年 1 月 23 日 FLA-268 号照会附件。International Legal Materials, Vol. XVIII, PP. 906-7.

⁶² 《同上》，第 21 段。

如果来源国允许大规模跨界污染是不法行为——特别报告员的职权范围虽然不涉及这方面，但他认为在大多数情况下这是不法行为——其理由并不只是因为确实地适用了Trail Smelter法庭的著名意见。法庭最后判决的根据不单是因为确定“后果严重”的跨界污染经由“清楚确凿的证据证实”。⁶³ 这一点与美国原来的意愿有所抵触，但符合法庭的基本职权范围。法庭的判决还以彻底的科学调查为依据，认为该工厂能够以在其经济能力范围内的技术措施避免污染。⁶⁴ 如果这一特殊判决引申为一项普遍规则，可能是因为事实证明，《蒙特利尔规则》特别着重的许多种长期性或累积性污染都是可以规避的。以后，各国在建立制度防止这种危险时会比较清楚知道，如果没有这种制度；遇重大跨界污染事件发生时，来源国极可能因没有承担管制的义务而要负起责任。⁶⁵

31. 上一段最后一句把问题带回本主题。假如蒙特利尔一类的规则只能单独存在，这似乎显示该项法律可能永远跟不上形势的发展，绝少能够有效地管制工业和技术界的先进份子。结果只能鉴于它们的过份做法来拟订规则，希望工业和技术方面的先进终于会有办法实行自行管制和加以遵守。正如《蒙特利尔规则》及评论所暗示，⁶⁶ 这种规定演化出来的保护程度可能不符合国际社会内经济和工业技术办法较有限的其他成员的要求；后者会因而认为这些法律是为权势服务。这个趋势在联合国历史中一向是令人不满的地方，如果要有效地遏制这个趋势，应及早采取步骤推翻认为在具体的禁止规则制订前，法律不带有责任的理论。在摒弃了这个理论后，《蒙特利尔规则》第3条(1)就反映出本专题所强调的责任——即在协议的或获接受的制度作出明文规定以前，必须对因为需要避免和赔偿跨界损失或损伤而引起的、尚未解决的争议负责。《蒙特利尔规则》第3条(2)宣称，允

⁶³ 国际法协会，蒙特利尔会议（1982年），养护环境法律问题委员会的报告，第3条第2、3和4款的评论。

⁶⁴ 参看第二次报告，A/CN.4/346和Add. 1和2，第27、31和34至39段。

⁶⁵ 起码在有关淡水的新跨界污染源和新的空气污染来源造成的跨界后果可以具体确定的罕有事件中，情况似乎是这样，但每一案件均受分担规则限制——参看下文第36段。

⁶⁶ 参看上文附注56和57。

许新的污染源或提高污染程度为不法行为。这是管制的第二个阶段——那就是根据建立制度或解决索偿要求的一贯国家惯例制订禁止规则，其中包括客观的标准。

32. 在我们回到本报告这一节开头第19段所提出来的问题时，应当再次着重指出，本专题的大纲所列举的规则并非取代了使国家负有责任的具体传统或习惯规则。本专题的主要目的是鼓励拟订或提出这种规则。假如这种规则能够起决定性作用，那就不需要借用在审议本专题时所拟订的那套灵活规则或准则。另一方面，不要忘记，这个领域的习惯规则不是经常可以容易地确定下来的。迄今为止，《蒙特利尔规则》可能是抱负最大的尝试，把这些习惯规则确定下来和写成条文。这些《规则有限的适用范围和不精确程度已经讨论过；从有些国家在第六委员会对本专题所采取的立场看来，并不是每一个其惯例被《规则》引用作为佐证的国家都会接受《蒙特利尔规则》。混合使用发展中的习惯规则和审议本专题时所拟订的程序会取得最佳的结果。对每一个通过议定适用《蒙特利尔规则》去解决问题的案例，很可能已经有许多其他案例，其中有关的国家或许因为受到《蒙特利尔规则》内容的影响，所以建立制度规定避免和补偿污染损失的责任，从而把这个责任明确地放到造成损失的国家或活动身上。

33. 在理论上同时还会产生另一种责任，即避免或减少对审议本专题时所拟订的规则或准则的依赖。采用分担规则时——例如：因公海自由而分享利益，无害通过领海时兼顾船旗国和沿岸国的权利，国际水道流水的不同使用法等等——这些规则在原则上必须具有调解权利或利益冲突的办法。但在国际应用中，这些规则很少能够与一国领土内或一国控制下的活动对另一国内或属于另一国的人或财物造成损失或损伤的问题有效地分隔开来。

34. 在 *Fukuryu Maru* 的著名案例中，⁶⁷ 一艘日本渔船的船员和船东在公海上碰到美国核弹试验的微粒回降而受到损伤和损失，虽然事件发生在指定的试验区域以外。这个事件的一个因素是竞争利用公海捕鱼和试验武器的问题，而这个因素也是拖长其他日本渔船前往其习惯渔场的航程的原因。日本趋于给尔肯定的回答的另一个问题是：在考虑到这个具体案件的一切情况下，核弹试验所造成的危险是否足以使美国对一项不法行为负起责任。虽然美国没有承认这种责任，但它

⁶⁷ Digest of International Law, Whiteman(ed.), vol. 8, pp. 764-8.

迅速表示感到关注和立即提供医疗和其他方面的协助；此外也同样迅速地作出保证，必定根据实情采取必要措施保证公平合理的赔偿。 所以这个案件与许多案件一样获得解决：即偿付和接受一笔钱，作为对可见的损伤和损失的补偿。

35. 分担规则并不在本专题讨论范围之内，除非是作为一个调解利益问题的备选办法。 所以——举一个简单的例子——可航行边界水道一般对沿岸国的用途不大；除非各沿岸国都互相愿意允许共同使用主要河道。 另一方面，分担的问题在逻辑上有的时候是先于本专题所关注的中心问题；因为有关的分担规则或许能够确定某项活动是在哪一国管制下进行的，和确定该项活动所造成的损失或损伤是否涉及任何其他国家。 例如，沿岸国在相当程度上控制通过其领海的外国船只的行动；但它显然不能管制建造这些船只时所采用的安全标准

36. 在断定国际法不加禁止的行为或不作为所引起的责任内容方面，分担因素也可以发挥辅助性的作用。 在 *Poplar River* 一案中，⁶⁰ 加拿大的萨斯喀彻温省无疑有权建造和操作一个发电站，尽管该发电站会不可避免地给邻近美国的蒙大拿州造成相当程度的跨界污染。 在尊重美国提出的意见下，该新发电站的污染排放标准大体上符合国际边界双方适用的标准，虽然这是稍低于美国的新排放来源标准。 对美国造成的损害程度可以用下面的方式表示出来：蒙大拿必须削减它增加发电量的潜力，以保持不超过为防止空气质量变坏而预先制订的水平。 但是，由于加拿大遵守国际边界双方大体上一样的标准，所以当时的意见是，必须允许加拿大利用双方共同接受的空气污染程度方面可容忍的增加而不受惩罚。

⁶⁰ Annual Digest of International Law, 1978, PP. 590-4.

37. 除非有关各国已选择安排竞争性用途的优先顺序，否则共享规则很少可能自动或必然适用。例如，国际法协会赫尔辛基规则第5条⁶⁹，是关于共有一个国际流域盆地的国家的相互权利和义务的，这条规则不能也没有其他的意思，它只是一份不完整的没有等级差别的因素一览表，可供各方作为在谈判中提出对共有资源的任何特定要求的合法依据。蒙特利尔规则的制定者最后放弃了一项在规则包括

⁶⁹ 国际法协会赫尔辛基第52次会议报告，1966年，第486—501页：

第五条

(1) 什么是第四条意义之内的合理而公平的部分，应在考虑每个具体案例的所有有关因素之后确定。

(2) 应该考虑的有关因素包括，但不限于：

- (a) 盆地的地理因素，特别包括每个盆地国家领土内排水区域的范围；
- (b) 盆地的水文情况，特别包括每个盆地国家排出的水量；
- (c) 影响盆地的气候；
- (d) 盆地过去水的利用情况，特别包括现在利用情况；
- (e) 每个盆地国家的经济和社会需要；
- (f) 每个盆地国家依赖盆地的水为生的人口；
- (g) 满足每个盆地国家经济和社会需要的各种不同方法的比较费用；
- (h) 可利用的其他资源；
- (i) 盆地水的利用上不必要浪费的避免；
- (j) 作为调整不同用途之间的冲突的手段对一个或一个以上盆地国家实行补偿的可行性；
- (k) 如不对另一盆地国家造成较大损害，可在多大程度上满足一个盆地国家的需要。

(3) 每种因素所占的份量，视其重要性与其他有关因素的重要性的对比而定。在决定什么才是合理而公平的部分时，所有有关因素都要一起加以考虑，并在整体的基础上得出结论。

一个相应的共享准则一览表的建议,⁷⁰ 这无疑是因为这种内容没有限制的条款与制定国家不法作为或不作为的责任规则的努力极不协调。然而在评价上这种很宽的伸缩性是不能取消的。在确定损害和不法性的交叉点中起作用的所有规则,在应用于一定的一组事实时,都很少能归结成一种无情的、不容置疑是正确的分析,并最终得出一个必然的结论,共享的规则尤其如此。

38. 国家的实践,不论是反映于几乎总是不以原则为依据的解决办法中,或者是反映于很少企图准确体现习惯法的协定之中,都可以引证来支持正在形成的禁止规则,或者支持构成本专题主题事项的义务。第34段简要加以介绍的 *Fukuryu*

Maru 案中,美国当局可能曾焦急地考虑过他们的核弹试验的行为是否违反了任何国际义务。不论他们是否考虑过,毫无疑问当事实表明核弹试验给公海上的外国国民造成严重伤害时,他们是承认有责任作出积极反应的。很明显,国家实践越接近于一致,辩明正在形成的禁止规则的前景就更明朗;但是,正如人们已经注意到的,与丰富的国家实践相比,这种规范的形式是既慢又少的。正如北海大陆架案⁷¹和渔业管辖案⁷²的判决所证明了的,法律常常提供一些解决办法的要素,这些要素允许有选择的成份,以确保各种受影响的利益取得最好结果。因此,在某种意义上说,本专题的基本问题,就是法学家们对自己的这一学科是否持如此狭隘的观点,以至于他们不分担那些影响着国家行为的其他人的责任,直到后者提供了

⁷⁰ 见国际法协会蒙特利尔会议(1982年)所提议的第5和第6条,环境保护的法律问题委员会的报告。在最后通过的决议中并没有载入这些建议的条款。见上文注49和51。

⁷¹ 国际法院:《裁决集》,《判决书》……第4页(1969年)。见第二次报告, A/CN.4/346和Add.1和2,第54段。

⁷² 同上,第3页(1974年)和第175页(1974年)。见第二次报告, A/CN.4/346和Add.1和2,第53段。

可以从中分辨出一般禁止规则的材料为止。

39. 换一种方式来表达这一观点：不要试图在逐渐发展和编纂之间划出界线是国际法委员会自己一成不变的工作规则。这并不是因为那条界线不实在或不重要，而是因为划出界线的做法会加剧发生分歧的一切可能性，并且妨碍取得进展的一切途径。当国家在调整其相互交叉的利益时，它们的做法大致上也是一样，把实用主义与对原则的重视结合起来。这并不等于为了盲目的妥协而放弃法律推理。相反，试图在一开始就寻找损害与不法性的交叉点来解决复杂的问题，那才是荒谬的。那样做就等于暗示，未达到这个难以捉摸的点时国家可任意自由行动，而超过了这一点，它们的行为就永远是不法的。在与本专题有关的国家实践中，或者在任何民主社会管理其成员的基本自由的法律规则中，都没有任何东西可证明这种观点是正确的。当然，国家通过协议确定它们各自在较大或较小范围里的权利和义务，是最好不过的了。它们这样做，就消除了本专题所要解决的更一般性的义务；当然，它们很少能完全消除这个义务。

D. 防止与赔偿的连续同一性

40. 解释国家惯例一概套用不法性规则，即便本专题按定义说所涉的是国际法不加禁止行为的后果，也还是因循这种习惯。于是，即使对本专题也还是有一、二位委员认为防止规则与赔偿规则之间有概念的差别，⁷³或者问道大纲为什么硬是不禁止过分伤害别人的行为。⁷⁴述及国际法不加禁止行为造成损害性后果的赔偿责任的专题不能禁止造成损害性后果的行为。防止规则只是在赔偿规则是由不法性引起、即由“次要”规则而不是“首要”规则引起时，才与赔偿规则有概念上的区别。从正式的观点出发看，本专题的主题必须以涉及整个防止造成境外物质损害、尽量减少并赔偿这种损害的领域的、复合的“首要”义务来表达。早先几次报告曾提

⁷³ 如见大会第三十七届会议期间第六委员会上联合王国代表伯曼先生的发言，A/C.6/37/SR.48，第20段。

⁷⁴ 如见大会第三十七届会议期间第六委员会上扎伊尔代表巴兰达先生的发言，A/C.6/37/SR.51，第16段。

出”真正可以与之比较的是关于外侨待遇的义务，此种义务容许接受国有机会赔偿外侨在其境内所受的任何损害，从而避免不法性之争。

41 然而，从不那么严格、不那么教条的意义上说，这些复合的“首要”义务的确含有其自己的“次要”成分。从这一层含义说——加之有上段所述之全部保留意见——特别报告员似乎认为有理由说规定国家对不法行为或不行为的责任之规则与本专题述及的规则体现了“程度稍有不同的各种禁止”。⁷⁶因此，譬如说，一国官员因对待外侨不慎而突然出现这样一种情形，即接受国必须因而对该外侨个人及其国籍所属国造成的损害予以赔偿。已经审议过的 *Fukuryu Maru* 案件⁷⁷可以说具有同样的特点：美国在公海进行核试验给日本渔民造成人身伤害和物质损失，这一事实要求美国赔偿损害，美国已对此作出响应。当然，受害国仍然可以坚持提出损害是不法行为所致，而肇事国也仍然可以否认这项要求的两个理由是合理的。根据两个颇相径庭的理由寻求实现这一要求的可能性不应视为一种不利因素，因为，负责国家责任专题的特别报告员最近曾提醒委员会说，认定是不法行为的情况远超于承认作出不法行为的情况。⁷⁸

⁷⁵ 脚注19，《同上》。

⁷⁶ 《同上》第34段。这看来就是意大利代表 Sperduti 先生和摩洛哥代表 Gh-arbi 先生在大会第三十七届会议期间的第六委员会上发言谈到必需规定避免或尽量减少损失或伤害的“首要”义务以及最后才起作用的进行赔偿的“次要”义务时的意思：A/C.6/37/SR.47，第33段；A/C.6/37/SR.50，第37段。关于这一点，也见勒泰先生在国际法委员会第三十三届会议上的发言。他说：

“……在制订国家责任专题第一部分的条款的整个过程中，委员会曾着意不规定首要规则，但是他认为委员会不够谨慎，因为它起草了关于用尽当地补救办法的条款”。

A/CN.4/SR1685，第10页。

⁷⁷ 《同上》第34段。

⁷⁸ 关于国家责任的内容、形式和程度（条款草案第二部分）的第四次报告，A/CN.4/366和Add.1，第二章第7段。

42. 此外，如第六委员会一位代表费尽苦心地指出的那样，就讨论本专题采取主动可能比指责某行为的不法性更易于避免对抗。“人们往往忘记一点，即当地补救办法之存在和应用实际上可大大有助于赔偿和消除损害，从而有助于避免在国与国之间的关系中追究责任和赔偿责任”。因此——他接着指出，特别报告员也同意，——尤其应该着重规定外侨向当地法院平等的申诉权利和不受歧视待遇，作为初步措施。这些措施产生的巨大成果中还有一个好处，即它们可以直接处理私人进行的活动给私人造成的损害的问题，从而避免人为地使国家在名义上成为实际上可能只牵涉给予受害个人适应赔偿的事项的当事方。”

43. 简而言之，本专题容许对调和一国的行动自由与另一国不受超越国境的损害的自由之间的问题，采取一种缓和的做法在一切可能的场合提供避免国与国对抗的手段。例如在 Poplar River 一案⁸⁰中，它采用了统一的国内法标准来衡量、分析物质损失或伤害。在许多条约体制中，本专题将赔偿要求的估价交由国内法庭进行。这样，本来存在国家可能对根源在其境内或控制范围内而在境外造成的一切实质损失或伤害均绝对负有赔偿责任的可怕情景，现在转化成国家对国际法规定受专门管辖、或支配管辖、属地管辖或其他管辖的情形或活动并非根本无须负任何义务这样一种并非绝不可能空想。

44. 无论这种做法多么缓和，它不能够最后使受害国沦为哀求者，只得到肇事国的法律和法庭可能给予的补偿。服从事先用尽当地补救办法的规则对本专题而言是一个审慎选择的问题：⁸¹甚至在象境外民事违法行为由邻国管辖这样较为简单明确的事项上，若要对肇事国绳子以法也往往受到限制，不是将此事交由普通法院管辖，而是交由边界委员会委员们管辖，遇较大的赔偿要求时，则规定提到外交谈判

⁷⁹ 见荷兰代表Siblesz先生在大会第三十七届会议期间的第六委员会上宣读他的同事Riphagen先生的发言时所发表的意见，A/C.6/37/SR.46，第48至49段，引文摘自该发言的逐字记录。

⁸⁰ 《同上》，脚注68。

⁸¹ 另一方面，参看荷兰代表Siblesz先生在大会第六委员会上发表的意见，《同上》，脚注79。

的级别上。⁸²更加概括地说，当然这种“程度稍有不同的各种禁止”制度确实部分是对肇事国发出的自我约束的呼吁：它如果不能与受害国达成协议，至少也有义务客观地考虑到受害国的合法利益，无论制定一套保护性规定，还是对没有一套充分有效或商定的制度加以规定的境外损失或伤害给予赔偿都可以。替代办法是什么？就实际生活中当事各方以不直接处理的一个问题——损害和违法行为的理论交叉点，继续不提起诉讼地争议吗？难怪几乎全部都是“非原则性的”解决办法。

45. 另一方面，那些主要以受害国的立场出发处理本专题的人认为境外物质损失或伤害之可能出现或已出现必定是肇事国的不法行为或不行为所致，或必定给肇事国招致严格的赔偿责任，这是自拆台脚的主张。例如，对邻国没有充分考虑到地点或安全系数就在建造水力发电站或原子能发电站一事感到关切，有必要对这些有关事实的问题进行联合调查，此时若提议邻国承担全部调查费用就很难说合情合理。⁸³如果一国采用陈旧过时的工业方法给另一国造成危险或干脆造成了损失一事感到关切，则两国不妨可以分担清除工作的费用。⁸⁴如果一个发展中国家不得不受某个较为富裕国家的“肮脏”工业的污染，它可要求国际上——也许可由一个适当的国际组织监视安排——作出努力，争取达成公平对待肇事国利益和其它受害国利益的解决办法。⁸⁵如果由于科学进步，曾经认为是令人满意的污染标准已表明是越过国际边界造成一些因肺病死亡的原因，则任何关于肇事国赔偿责任的问题必须考虑到

⁸² 如见1963年6月13日在布达佩斯签署的匈牙利人民共和国政府和罗马尼亚人民共和国政府关于匈牙利—罗马尼亚两国边界制度和边界事务合作的条约，第41、48和49条。

⁸³ 相反的意见，可参看扎伊尔代表巴兰达先生在大会第三十七届会议期间的第六委员会上发表的意見，A/C.6/37/SR.51，第17段。

⁸⁴ 如见德意志联邦共和国政府、法兰西共和国政府、卢森堡大公国政府、荷兰王国政府和瑞士联邦政府1976年12月3日在波恩签署的关于保护莱茵河不受氯化物污染的公约的第5条和第7条。

⁸⁵ 见素差伊库先生在国际法委员会第三十二届会议上的发言，《……年鉴》1980年，第一卷，第1631次会议，第4段和第5段。也见前面脚注42。

先前曾“共同期望”不会出现这种偶然的关系。⁸⁶可能出现或已出现的重大的、不受控制的境外物质损失或伤害，并不都是肇事国不法行为或不行为所致，但是肇事国坚持拒不合作在这种情况下则被认为总是不法的。

46. 上述六段并没有全部述及与本专题最简单通俗的题目——防止和赔偿的连续同一性——有关的理论困难和实际困难。 有一两位委员一方面承认防止的重大意义，同时又认为这一专题可以或者应该只从防止结束的地方开始。⁸⁷特别报告员不甚理解这种困难的性质。 它可能部分是公式化问题：“赔偿责任”一语，更具体说，严格赔偿责任的概念，给人一种赔偿未避免的损失或伤害的印象。 这里还是象人们常说的，虽然各国继续注意到防止境外损失或伤害的必要性，然而它们显然没有形成赔偿未能防止的损失或伤害的义务感。⁸⁸ 在《斯德哥尔摩人类环境宣言》第22项原则⁸⁹得到国际社会充分支持已达十年之后，基本上却仍然尚未得到发展。因此，可能会有人争辩说，本专题的职责是填补这一空白。⁹⁰

⁸⁶ 相反意见，可参看牙买加代表 Robinson 先生在大会第三十七届会议期间的第六委员会上发表的意見，A/C.6/37/SR.40,第32段。

⁸⁷ 如见巴西代表 Caiero Rodrigues 先生在大会第三十七届会议期间的第六委员会上的发表的意見，A/C.6/37/SR.43,第63段，以及西班牙代表 Lacieta 先生所发表的意見略略不同的意見，A/C.6/37/SR.40,第32段。

⁸⁸ 见初步报告，A/CN.4/334和Add.1和2,第5至9段。也见里普哈根先生在国际法委员会第三十二届会议上发表的意見，《……年鉴，1980年》第一卷，第1630次会议，第30段。

⁸⁹ 《联合国人类环境会议宣言》，A/CONF.48/14/Rev.1:

“第22项原则

“各国应进行合作，进一步发展关于这种国家管辖或控制范围以内的活动对其管辖范围以外地区所引起的污染和其他环境损害的受害者的责任与赔偿问题的国际法”。

⁹⁰ 参见法国代表 Museux 先生在大会第三十七届会议第六委员会上提出的相反意見，A/C.6/37/SR.38,第17段。

47. 但什么是“预防”？什么是“赔偿”呢？赔偿的目的总是尽可能充分地恢复以前的状况；而在本专题内，赔偿可能经常是指事后的预防。就 Trail Smelter 案而言，⁹¹对已经证实的损失赔偿估计是法庭工作的一个较为次要的预备阶段。法庭的主要注意力集中在讨论可以用来避免今后的损失或伤害的手段上，同时还要使该冶金企业今后在经济上能生存下去。对加拿大的义务所规定的尺度就是遵守一项规定的、被认为是以避免今后发生损失或伤害的制度；但是，作为一项经营一个仍然可能造成跨国界风险的企业的进一步条件，加拿大还必须就实际产生的损失或伤害给予赔偿。因此，赔偿的措施是预防，再加上担保。预防制度是一项客观标准，⁹²与蒙特利尔规则第3条第2款相似，这种担保可与上述规则第3条第1款相比较或相对照，是国际法不加禁止的作为或不作为的一项附加条件。这种作为或不作为就是，加拿大作为一个领土主管当局行使或不行使制定规章的权力，以便使该冶炼厂能够继续经营下去。

48. 从这一点看来，国家实践不象通常想象的那么消极。发生在美国与墨西哥之间的 Colorado River 案⁹³一开始很不利：在美国用于灌溉的河水在流出国界后含盐量很高，致使墨西哥土地所有者蒙受巨大损失，而美国断然拒绝对这种损失承担

⁹¹ 见第二次报告，A/CN.4/346 和 Add. 1 和 2，第22、25-8和34-9段。

⁹² 上文，脚注49和51

⁹³ 1973年8月30日，美国和墨西哥签订了一项题为“永久性地并最后正式地解决科罗拉多河的含盐量国际问题”，国际边境和水事委员会第242号备忘录，TIAS7708。

赔偿责任。”经双方长时间讨论，终于取得较好的结果：由美国提供降低河水含盐量及其他设备。

“很可能由含盐量引起的问题早在1945年在参议院就1944年签订的墨西哥和美国的水事条约举行的听证会上就已经预见到了，参议员米利金和助理国务卿艾奇逊就这个问题进行的对话如下：

“米利金参议员：你知道有什么国际原则不允许我们将可能带着我们消费使用后正常形成的含盐量的水排放给墨西哥吗？

“艾奇逊先生：没有，先生。

“米利金参议员：就净水或淡水而言，我们能承认墨西哥提出比我们自己更高的要求吗？

“艾奇逊先生：不能，先生。

“米利金参议员：有没有任何国际原则强制规定那种办事的方法？

“艾奇逊先生：没有，先生。

“米利金参议员：还有，加利福尼亚参议员所提到的水的回流，在抵达墨西哥边境时，是在亚利桑那和加利福尼亚最后使用的水的回流水的含盐量即条约所预见的消费使用之后的含盐量。我们并没有故意增加其含盐量，我们也没有任何办法从水中取出盐分，除非使用非常精密的化工厂或者采用其他类似手段才有可能。有没有任何国际原则要求我们采取这一类措施呢？

“艾奇逊先生：据我所知没有。

“米利金参议员：换言之，墨西哥只能是边境上流过来什么水就用什么水。是这样吗？

“艾奇逊先生：是这样。

“米利金参议员：水的含盐量的上升是由于地理情况和消费使用造成的，而不是由于有了条约造成的，是这样吗？

“艾奇逊先生：是这样。

助理国务卿艾奇逊在参议院外交委员会上的证词，1945年2月21日，参议院外交委员会墨西哥水事条约听证会，第79届国会第一次会议，第五部分，第1764-1765和1770-1771页。

美国在解决这一问题过程中所承担的费用与墨西哥所要求的巨额赔偿金相似，对协助墨西哥农民修复土地也作出了一些规定。”在法律先例中，各国宁愿着重于预防责任，而不是赔偿责任，这并不是法律先例中的缺点。如果各国都愿意轻易接受这样

” 第242号备忘录第7段规定：

7. 美国应支持墨西哥按有利条件获取足够的资金，以改良和修复 Mexicali 流域。 美国还将在能为两国互相接受的基础上，专门就墨西哥修复 Mexicali 流域计划中涉及含盐量问题、包括瓦管下水道等方面提供无偿援助。 为符合上述目的，两国将尽快举行谈判。

在备忘录签署之后，召开了一次记者招待会。会上，尼克松总统的负责解决与墨西哥的含盐量问题的特别代表赫伯特·布劳内尔发表了以下评论，并回答了一些问题：

“美国和墨西哥于1944年签订了一项协定。 协定要求每年向墨西哥输送一定量的水，但协定上并没有提到水质问题。 在开发有些灌溉区时，例如Wellton-Mohawk 区，水质大大降低，因此，墨西哥指控说，这种情况使他们无法有利地使用 Mexicali 流域的水浇地来种植农作物。

他们的要求很重要。 按他们计算，即使不到几千英亩也已有好几百英亩土地因水质低劣而受到不利影响，许多土地都已完全不能进行耕作；所以，这就意味着他们的农业收入降低了，根据他们的报道，还意味着这个地区的许多农民的生活水平也降低了。

因此，这个协定的目的是恢复水质，保证今后的水质，并解决两国之间的灌溉纠纷。 这项协定将意味着：从现在起，该整个流域的农民都会有适当的水来灌溉农作物了”。

.....

问：墨西哥农民为 Mexicali 流域作物区的损失提出的赔偿金有多少？达多少百万美元？

一种主张，即每种跨国界损失或伤害都是有价格的，即使受影响国是个很不情愿的卖主，那么就会更加令人担忧了。

”(续)

布劳内尔大使：当然，对于这个问题从未作过裁决，但他们要求的赔偿金大约达1.5亿美元。

问：是否打算用准备通到加用福尼亚海湾的排水沟替代墨西哥农民所要求的赔偿？

布劳内尔大使：这个协定对于赔偿没有作任何规定。

问：我知道这是一种“替代”。埃切维利亚。阿尔瓦雷斯总统上个月曾说，排水沟，这种对Mexicali流域的水井将起保护作用的渠道，将替代或部分替代墨西哥农民所要求的损害赔偿。这是否属实？

布劳内尔大使：我想，你可以说，总的解决办法取代了在损害赔偿问题上的尖锐的争论，是这样的。总的解决办法取代了用斗争解决的方法。

Annual Digest of International Law ，1973年，第426页，从《国务院公报》转载，第69卷，第388—396页。

49. 不过，以下一点也同样重要的：即起源国实际上承认，它们的责任不仅仅只是适当考虑技术和经济上的可能性以及风险的大小，确保遵守任何被认为是可行的预算措施。起源国对一旦确实发生损失或伤害时所应承担的赔偿责任也可作出规定，从而有助于弥补保护标准方面已经看到的不足。影响石油海运的问题对所有可变因素提供了一个十分明显的例子。船舶建造和维修以及港口设施，这些都要求达到被认为以相当的费用提供切实保护的标准，⁹⁶ 国内法院被用来判定所要求的损害赔偿，而这种要求又应遵守严格但是有限的赔偿责任制。⁹⁷ 还有一项由船舶业及其用户承担的国际保证措施。⁹⁸ 该领域中的两项主要条约将在明年修订，⁹⁹ 这一事实说明：尽管基本原则没有改变，但是这些原则的具体应用范围可能需要根据实际经验、根据已改进的技术或甚至根据正在演变之中的共同感标准重新进行估计。

50. 尽管存在着上述种种疑虑，但是在第三委员会年召开的会议上，大多数的意见都强烈支持以下建议：防止和赔偿这两个问题应当都放在本专题内进行探讨。

⁹⁶ 1973年防止船舶污染的国际公约（及第一和第二号议定书），1973年11月2日于伦敦签订。

⁹⁷ 关于石油污染损害民事赔偿责任的国际公约，1969年11月29日在布鲁塞尔签订。

⁹⁸ 关于成立赔偿石油污染损害国际基金的国际公约，1971年12月18日在布鲁塞尔签订。

⁹⁹ 关于实质性问题 and 拟议中的解决办法，可参见国际海事组织法律委员会第50次会议工作报告，LEG50/8，1983年3月17日，第10-108段。

这种情况在1982年尤其明显。¹⁰⁰ 如果委员会希望以国家条约实践为出发点的话,

¹⁰⁰ 例如,可参阅下列国家代表在大会第三十七届会议第六委员会上的发言:泰国 Shartkul 先生, A/C. 6/37/SR. 44, 第27段;加拿大, Bacon 先生, A/C. 6/37/SR. 45, 第86段;日本, Hayashi 先生, A/C. 6/37/SR. 46, 第25段;意大利, Sperduti 先生, A/C. 6/37/SR. 47, 第33段;墨西哥, Gonzalez Galvez 先生, 同上, 第52段;澳大利亚, de Stoop 先生, A/C. 6/37/SR. 48, 第10段;罗马尼亚, Mazilu 先生, A/C. 6/37/SR. 49, 第10段;塞拉里昂, Koroma 先生, 同上, 第44段;摩洛哥, Gharbi 先生, A/C. 6/37/SR. 50, 第36-37段;伊拉克, Al-Qaysi 先生, 同上, 第50段;孟加拉国, Morshed 先生, 同上, 第67段;扎伊尔, Balanba 先生, A/C. 6/37/SR. 51, 第16段;肯尼亚, Wabuge 先生, 同上, 第49段;以及奥地利, Tuerk 先生, 同上, 第99段。印度代表 Jagota 先生也在发言中提到必须制订预防制度以及补偿制度, 尽管他的发言没有反映在简要记录中。美国代表 Schwab 先生表示愿意考虑预防责任以及补偿责任, 但必须适当缩小该专题范围, A/C. 6/37/SR. 52, 第28段。此外, 许多没有明确提到预防和补偿责任的发言人都表示同意专题纲要的总的方向。例如,可参阅下列代表的发言:希腊, Economides 先生, A/C. 6/37/SR. 40, 第48段;马达加斯加, Razanakoto 先生, A/C. 6/37/SR. 46, 第123段;突尼斯, Mahbouli 先生, A/C. 6/37/SR. 47, 第71段;印度尼西亚, Oerip 先生, A/C. 6/37/SR. 48, 第72段;巴哈马, Maynard 先生, 同上, 第84段;以及埃及, El-Banhany 先生, A/C. 6/37/SR. 50, 第7段。不过,还可参看下列代表的发言:巴西, Calero Rodrigues 先生, A/C. 6/37/SR. 43, 第63和第65段;芬兰, Hakapaa 先生, A/C. 6/37/SR. 45, 第11段;西班牙, Lacleta 先生, A/C. 6/37/SR. 48, 第97段;以及利比亚, Azzarouk 先生, A/C. 6/37/SR. 49, 第53段。上述代表尽管没有怀疑预防的重要性, 但认为应进一步强调赔偿责任, 有一、两个代表对于预防责任在本专题范围内能够发展到什么程度表示保留。

就只能是这样了。特别报告员希望强调：把专题纲要¹⁰¹第3和第4节分开并不是要把预防和赔偿这两个问题分开，而是要把当各国预见到有必要制定一项预防和赔偿制度时所应采取的步骤和当发生跨国界有形损失或伤害以及还没有一项可适用或已被承认的制度预定过起源国义务时所必须采取的步骤区分开来。该专题纲要的方针是反映并促进各国越来越多地预先对这些问题作出规定的做法，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——取代本专题中讨论的一般义务。

¹⁰¹ 上文，脚注22。

E. 严格赔偿责任

51. 本报告前一些段落已经指出，不法性和严格赔偿责任经常被视为是两个相当不同的责任制度——法学理论只能接受的两个制度的积极原则。这样构想的两个制度的差别极大，因为严格赔偿责任限于发生损失或伤害时的责任，除了来源国与不良后果的产生者的级别关系外——无论是否领土方面的，来源国的参与程度均不是考虑的因素。由于严格赔偿责任界限分明，所以无怪其支持者对特别报告员的纲要的开放性质，对他力求在理论上把没有不法行为引起的责任这个概念从不法行为或不作为的国家责任这个尴尬的框框中解放出来感到不安。无疑，若干在第六委员会发言的人的看法都有其一定的道理¹⁰² 他们认为特别报告员较着重于保护来源国以使其免受不合理的要求而较不着重确保赔偿受影响国的问题。部分理由是，目前尚不宜在纲要第5和第6节内过于详尽和肯定地列出各项原则和因素，除非可以对作为其根据的国家惯例从结构上进行仔细的研究。

52. 两位对委员会目前在这个专题上的工作发表了意见的评论家——冈瑟·汉勒¹⁰³ 和考贝¹⁰⁴ ——感到关切的是特别报告员过于依赖来源国进行谈判，如不可能进行谈判，则单方面提供适当的防止和赔偿制度的责任，但不订立一条具有强制性的严格赔偿责任的基本规则。他们希望加强这条剩余规则，甚至超越其剩余性质。目前确有困难，或者不适宜在本章内其他地方对这些尚未发表的论文作任何

¹⁰² 作为例子，参看芬兰代表哈卡帕先生在大会第三十七届会议第六委员会发表的意见，A/C.6/37/SR.45，第10段）。另参看特立尼达和多巴哥代表麦肯齐先生的意见。他质询为什么自动适用赔偿损失或伤害的规则没有包括在纲要内：A/C.6/37/SR.51，第65段。

103. Günther Handl, "Responsabilità internazionale dello stato per l'inquinamento marino", 1982年发表于意大利的 Annuario di Diritto Internazionale 的一篇文章。

104. C.G. Caubet, "Le droit international en quête d'une responsabilité pour les dommages résultant d'activités qu'il n'interdit pas", une étude présentée comme rapport au Centre d'étude et de recherche de droit international et de relations internationales de l'Académie de droit international (session de 1982), qui avait comme thème: la responsabilité internationale de l'Etat.

深入的评论；但特别报告员必须在不曲解学者们的意见的情况下尽量反映出他们提议的解决办法的特点。两者的主要后果都是要来源国无条件的承担，根据严格赔偿责任，对实质性的跨界损失或伤害给予赔偿。考贝适用 Lake Lanoux 裁决¹⁰⁵ 对权利和权益所作的区别，¹⁰⁶ 从而缩小了这种责任的范围。汉勒则把假定严格赔偿责任的范围（但非专题的范围）限于詹克斯的极端危险准则——即后果极端严重但发生的可能性低的危险——和产生危险的活动的一般损失和伤害。¹⁰⁷

53. 考贝提出一个自己认为是异端邪说的“混合制度”。根据这个制度，活动本身并不带有不法的污点除非是引起了实质的跨界损失或伤害；但这样就假定了损失或伤害是非法地引起的。¹⁰⁸ 对这个假定的反驳会触及一个临界试验，其中包

¹⁰⁵ 联合国，《国际仲裁裁决报告》，第十二卷，第281页（1959年），《国际法报告》，第101页（1957年）。

¹⁰⁶ "Certain dommages correspondront à un droit, d'autres à un simple intérêt. La question du seuil du dommage indemnisable s'apparente alors à celle du seuil à partir duquel un intérêt obtient la protection juridique et devient un droit."

¹⁰⁷ “但国际法委员会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”的特别报告员昆廷——巴克斯特教授采取了一个完全不同的观点。他就专题提出的第二和第三次报告特别具有挑战性，使我们要重新思考在国际法律体系内损失分配问题的根本前题。他开头似乎有点犹豫不决，但现在已充分承认“特别危险”这个概念在行为国对行为不负责任时作为转移损失的一种办法的固有好处。这样，他就承认了某种活动的一般不良后果的可预知性的关键作用，不是说损害是因活动以某种方式进行而引起，而是说在统计或然率上，虽然其可能性极低，但合理的防范措施不能消除的损害。”

108. "On ... vient ainsi à envisager un régime mixte - et sans doute hérétique, du point de vue théorique - dans lequel l'activité dangereuse bénéficie d'une présomption de licéité, tandis que ses conséquences préjudiciables tombent sous le coup d'une présomption d'illicéité."

括纲要第5和第6节所列举的所有或大部分的原则和因素。¹⁰⁹ 这个解决办法表面上好象比《蒙特利尔规则》第3条(1)¹¹⁰ 更为有力；但事实上并非如此。它保持了一项责任的客观因素，如有违反情形发生，国家须对不法行为或不行为负责；但与《蒙特利尔规则》第3条(1)不同，它压制了主观因素。责任不归属的辩护理由被剥夺了。在某种程度上，这是或有或无的解决办法：如果受影响国无法证明损失或伤害侵犯了其权利，受害者只能求助于国内法和国际团结精神所能给予的补偿。但考贝可以有力地答辩，首先，他的临界试验主张，重大的跨界损失或伤害是侵犯权利的行为；第二，由于存在着其严格赔偿责任，各国会觉得更有必要订立包括这条原则的协定，附带顾及权益及权利的问题。

54. 实际的问题是：考贝这个有趣但异端的办法以什么代价解决了多少问题？特别报告员自己也不敢以正统自居，对这个办法还没有作出定论，但将会指出其中一些因素。适用的制度如果没有作出明确的规定，那么，损失或伤害的性质应怎样确定，这种损失或伤害是否可以预见，损失或伤害是否重大，赔偿的份额是否受任何分担问题或受引起损失或伤害的活动发生时已有情况的改变的影响等问题的评价就一定有伸缩性的余地。考贝似乎不太可能地把所有这些问题塞到他那个衡量损害程度的临界试验。这样，损害就要从或有或无的角度来评价：结果完全取决于损害和带有不法性的行为之间的关系。这是特别报告员希望避免的一点。非不法行为的责任应取决于国家的实际行动而不是通过它们会极力避免，难以捉摸的不法性试验来决定。此外，获赔偿的权利，及保障这种权利的原则和因素完全可

109. "Il apparaît donc nécessaire de faire respecter un certain équilibre entre les droits et intérêts des parties concernées. M. Quentin-Baxter expose de manière détaillée neuf éléments qui sont "notamment pertinents pour apprécier l'équilibre des intérêts ...". 接着是提及纲要第6节的附注：参看上文附注22。

¹¹⁰ 上文注49和51。对《蒙特利尔规则》第3条(1)的执行办法的讨论，参看上文第28段。

以由委员会斟酌决定和根据发展中的国家惯例以强有力的措词加以说明。¹¹¹

55. Handl 对于只限于非不法性领域并无异议。他赞成委员会在本专题工作上的总的努力方向；他从这项工作以及大会持续的支持中，看到了日益增加的接受严格赔偿责任原则的迹象，至少在危险性特大的领域内是这样。他特别赞成本专题前几次报告中强调把与某种特定活动有联系的危险的可预见性作为确定严格赔偿责任性质的义务的标准；而且他提出了一种活动特有的危险的概念。¹¹² 他并没有远离专题纲要，去提出一种大胆的普遍有争议的补充论点，即危险性特大的活动所特有的危险应被认为由起源国负责，没有必要运用所有其他可能与利益均衡有关的原则和因素。¹¹³ 他选择一个最困难的领域来阐述他的总的论点，即船舶意外事故造成的海洋污染。在这个问题上，起源国到底是谁，必须根据船旗国和沿岸国的权限划分来查明；而各国从来也没有为这些风险承担过责任，既不直接承担，也不作为保证人承担。超级油轮经济上的利益使环境受污染的危险大大增加；对海运业严格而又有限的赔偿责任，既保护它免受沿岸国过分的属地管辖，又保证在发生严重事故时提供某种赔偿。

56. 在有立法机关的法律制度里。Handl 的文章及其早期同类作品可能提供一种理论，这种理论常常为进行更全面的调查做好准备，最后导致立法干预和法律政策的急剧改变。因为他不仅是以公正和道德标准为依据，在国内法律制度中

¹¹¹ 例如参看国际法委员会第三十四届会议报告，第四章，第137段：

“……如同委员会一名委员指出的，纲要确实设想了自动担负责任的规则。若干委员指出这个规则需要辅以一个清楚说明保护应与活动或危险性性质相称的原则。”

《大会正式记录，第三十七届会议，补编第10号》（A/37/10），第178页。

¹¹² 上文注107。

¹¹³ “……在已跨越国界实际产生特有的损害时，跨越国界危险的造成一般应承担严格标准的国际责任，这种观念表达了法律的一般原则。因此，应该把它看成是对跨国界有害活动必须均衡利弊的普遍共同预见的清楚表示。”

这个标准有足够的基础可以使一种主张被视为法律的一般原则，他而且以常识和效率为依据。可预见性标准是要严格运用的，这样，风险的也可以实行保险，事业从保险精算的角度看也是妥当的。然而人们必须认识到，这些建议是属于拟议法。它们表示了一种量的飞跃，人们从一种义务基础到另一种义务基础的转变中可能会发现这种飞跃。目前，国际海事组织法律委员会所代表的利益集团正在为 1984 年会议进行事务性的准备，以便修改 1969 年民事责任公约和 1971 年基金公约。看来很清楚，对这些规定一个危险性特大的典型领域的公约将不会作根本性的修改。海运业及其用户和承保人将继续对船舶意外事故造成污染带来的跨国界损失和伤害承担有限的赔偿责任。公约的缔约国将只是通过建立和保持修订过的公约所规定的民事赔偿责任制度，来继续履行它们彼此对这些损失或伤害应承担的责任。¹¹⁴

57. 因此，在特别报告员看来，如果国际法委员会准备确定的目标及调查国家惯例的范围小于本专题标题所要求的目标和范围，即确定国际法不加禁止的须由国家承担严格赔偿责任的行为，它就会超越国际社会前进的步伐，并将有阻碍这种真正而又基本的前进势头的危险。在这份报告中，相当强调难以清楚地阐明不法行为和不行为的国家责任的普通标准，以便为当前的法律问题提供切实可行的解决办法。从理论上说，解决办法也许是采用国家严格赔偿责任的标准。本委员会将不会愿意忽略 Handl 和其他人的推论，他们认为这是一种可行的标准，而且是唯一能最后挫败那种既侵害生物圈，又使可以避免的灾难的受害者得不到充分补偿的不公平的妥协的标准。委员会提出的任何解决办法，必须留有宽阔的余地以供今后发展。专题纲要的构思就是为了达到这个目的；而且正如许多人已经注意到的，第 5 节的原则需要大大加以发展。然而也应该牢记，在向国家严格赔偿责任飞跃时，法学理论尚不稳定，国家实践的范例也极少。

¹¹⁴ 上文注 99。

F. 最后的考虑

58. 由于若干种原因，特别报告员选择以一般述评的方式来写这份报告。有些原因带有偶然性。委员会在1982年所决定的优先次序，使得本专题的条款草案没有可能在1983年送交起草委员会。秘书处对国家实践的有价值的研究报告的第三部分也将最后一部分没有在委员会在本届会议之前及时送给特别报告员研究，而三个部分（分别涉及多边和双边条约实践、解决办法和索赔要求）需要对照着进行研究。特别报告员对第六委员会和国际法委员会所表现的对这些材料的兴趣表示欢迎；他利用这个机会重申早些时候提出的要求：这些材料要分发得更广些。第三部分的材料只是用文件汇编的形式编排的，还需要编写成分析报告的形式，以便与前两部分更加紧密对照，读者也能够更容易地理解材料选择上所依据的标准。¹¹⁵

59. 正如第六委员会讨论国际法委员会工作报告的专题总结¹¹⁶所表明的，工作报告中涉及这个专题的那一章引起极大的兴趣，绝大多数的评论也是表示支持和赞成的。但是，仍然有人表示担心，大会从国际法委员会得到的有关这一专题的信号似乎模糊不清；有两三个发言人认为，委员会应该及早决定是否继续审议这个专题。特别报告员同意这个意见，并希望能促使及早作出决定。委员会确定这个专题至今已有十一年，工作小组研究这个专题并列入实际议程至今已有六年，最早一批材料编写完毕至今已有一年，并已写出了四份详细论述这个专题的性质的报告，也许1984年是应该作出决定的最早也是最迟的一年。国际法委员会的工

¹¹⁵ 文件的印发情况也影响了思想的传播和交流。载有特别报告员报告的委员会年鉴第二卷第一部分，到目前英文本只出到1979年。似乎很奇怪，特别报告员的报告在交付讨论之前已有各种工作语文本，但却要在与其有关的讨论的简要记录出来之后很久才出版。思想库的主要目的并不是使它几乎不通音信。

¹¹⁶ A/CN.4/L.352.

作常常涉及对委员们个人毫无兴趣的专题承担的集体义务，然而义务是必须承担的。否则就须征得大会的同意，在委员会的议程中取消这一专题。

60. 本报告之所以写成这个形式，撇开程序性问题不谈，主要原因是报告的内容决定的。没有人怀疑，任何国际法专题的逐渐发展和编纂，必须首先联系到国家实践。虽然没有什么实践表明国家严格赔偿责任规则在充分应用，但是有丰富的实践，表明国家作为领土当局或控制当局采取步骤（或者按照协议，或者按照它们所加入的国际组织的规则，或者甚至单方面采取行动），履行它们对其他国家的义务。这种实践当然不能与不法行为或不行为的国家责任规则割断开来，因为这些规则构成任何法律制度的支柱。然而，由于国际生活变得更加复杂，其组织形式也更加严密，企图单用违反某些含糊不清或有争议的规则，从而产生国家对不法行为或不行为的国家责任，来解释国际法，那肯定是不够的。由于在国际法的这个领域里法律争端的判决或任何其他根据原则作出的裁决都很罕见，上述做法就更可肯定是不够的了。

61. 但是，人们不应低估混乱状态中的既得利益。一旦有人指责也有人否认违反一项国际义务，有关各方可以比较方便地平静下来制定出一项“不按原则规定的”解决办法；而且它们将可能提到专题纲要所载或应载的多数原则和因素。它们的“不按原则规定的”解决办法以及许多类似的事例，将提供各种相互矛盾的原始材料，研究者们将如同鸟儿筑窝一样从中选取材料。同是那一批构成蒙特利尔规则的材料，可以用于为制定严格赔偿责任制度服务，也可作为第三次报告所提出的中间解决办法服务。国家实践为那种相当平凡的解决办法提供了充足的材料；但是利用这些材料的权利却是由学说决定的。专题纲要建议，从条约实践和解决索赔要求的实践中寻找办法，来弥合有形跨界损失或伤害是不法造成的或无论如何都须给予补偿的指责者和否认者之间的距离；但是指责者和否认者都可宣称这种努力是不必要的。

62. 事实上，有一些案例正是这样处理的，大致上回复到美国和加拿大在 *Trail Smelter* 案以前的立场。¹¹⁷ 在少数这样的案例中，不法性和特大危险的严格赔

¹¹⁷ 见第二次报告，A/CN.4/364和Add.1和2，第63段。

偿责任被视为包括了每一项重要的类别。¹¹⁸ 在少数别的案例中，人们不认为存在避免和补偿跨界损害的一般规则或原则。人们认为，制定这样的规范，或者提出国家有义务制定预防损失或伤害的标准，都是不现实的。在通常属于规定私人 and 私人利益之间损害赔偿诉讼中赔偿责任的国内法条款的领域内，人们怀疑国际法所能发挥的作用；而且人们以对私人活动没有责任为理由来对抗损害的可预见性的检验标准。¹²⁰ 已经可以看到，第六委员会所表达的大多数人的意见，是主张避免、尽量减少和赔偿跨界损失原则的，并且认为预防和赔偿问题不应该分开。还应该看到，大多数人的意见特别反对在处理本专题时应该区分国家由于公共行为和私人行为所产生的义务的观点。¹²¹

¹¹⁸ 这似乎是大会第三十七届会议第六委员会一些发言，如阿根廷代表 Barboza 先生发言的含意，A/C.6/37/SR.49，第13—15段。

¹¹⁹ 见大会第三十七届会议第六委员会德意志民主共和国代表 Görner 先生的发言，A/C.6/37/SR.38，第34段。

¹²⁰ 见大会第三十七届会议第六委员会联合王国代表 Berman 先生的发言，A/C.6/37/SR.48，第20段。关于国家对私人 and 法人团体的活动不愿意承担责任的问题，还可见法国代表 Museux 先生的发言，A/C.6/37/SR.38，第17段；以及扎伊尔代表 Balandia 先生的发言，A/C.6/37/SR.51，第13段。

¹²¹ 例如见大会第三十七届会议第六委员会以下代表的发言：巴西代表 Calero Rodrigues 先生，A/C.6/37/SR.43，第62段；荷兰代表 Siblesz 先生，A/C.6/37/SR.46，第46段；澳大利亚代表 de Stoop 先生，A/C.6/37/SR.48，第11段；以及奥地利代表 Tuerk 先生，A/C.6/37/SR.51，第100段。美国代表 Schwab 先生表示，如果专题的范围适当地缩小，他愿意考虑适用于私人活动，A/C.6/37/SR.52，第27段。一些没有明确提到私人活动问题的发言人，对专题纲要总的方向表示赞成。除上文注100所提到的这一类发言外，还可见泰国代表 Sucharitkul 先生的发言，A/C.6/37/SR.44，第27段；加拿大代表 Bacon 先生的发言，A/C.6/37/SR.45，第86段和伊拉克代表 Al-Qaysi 先生的发言，A/C.6/37/SR.50，第54段。

63. 总而言之,第三次报告中专题纲要¹²²的动力,是起源国避免或尽量减少和赔偿可预见的实质有形跨界损失或伤害的责任,这里所指的预见,并不一定是预见其实际发生,而是作为从事一项活动有联系的危险,而且这种责任要受到分享和分摊费用及利益等因素的限制。这种责任也是国际法授予作为领土或控制当局的行为国专属或支配性管辖权的伴随物。本专题纲要一般地可靠地表示了特别报告员发展本专题的建议,但还有下列一些重大的限制条件。根据1982年国际法委员会和第六委员会大多数人明确表达的意见,专题纲要第1节所载专题范围的叙述,将只限于产生有形跨界损害的有形活动。作出这种改变的基本原因是,目前的国家实践在其他领域还没有得到充分的发展。其次,随着对国家实践的详尽研究不断取得进展,专题纲要第5节对原则的陈述,将要按照国家实践所证明的予以扩充和加强;专题纲要第6节对诸如因素的陈述也将作相应的调整。正是这一过程将要决定专题纲要所载各种解决办法,在什么程度上接近严格赔偿责任的标准。

64. 第三个也即最后一个重大限制条件是,对国际组织的作用的考虑必须大大加强,这是若干评论者已经注意到的¹²³。虽然这个问题还有待讨论,但是特别报告员并没有想到需要制定条款以对付国际组织可能起到起源国的作用这种偶然情况。一个更直接的考虑是,专题纲要第2、3、4节所指的一切程序,可能会受到各国作为国际组织的成员国相互对待的方式的重大影响。例如,专题纲要第2节所规定的提供情报进行磋商的责任,可能常常被纳入各国按照它们所加入的国际组织的章程或惯例所承担和履行的义务。同样,似乎国际组织的磋商程序和运用这种组织提供的技术性服务,可以起到专题纲要第3节所设想的那种制度的作用,或者排除了这种制度的必要性,或者可能对专题纲要第4节所述赔偿的评价起到决定或咨询的作用。特别是在这些领域里,特别报告员预见到需要秘书处进一步协助收集和分析已有的文件和情报资料。他还想建议,在委员会同意和秘书处的帮助下,

¹²² 上文注22,为了便于参考,原来形式的专题纲要作为本章的附录转载。

¹²³ 例如见大会第三十七届会议第六委员会肯尼亚代表Wabuge先生的发言,A/C.6/37/SR.51,第49段和斯里兰卡代表Marapana先生的发言,同上,第84段。

就本段中所提出的各种问题，向经过挑选的国际组织发出一份短的调查表。

65. 正如前面已说过的，构成专题纲要所提建议的基础的、与复合“初级”义务最接近的义务，可以在与外国人待遇有关的法律中找到。这一条规则给予起源国最大自由来审查，如有必要则纠正其各个机关的行为，其目的是最终达到与其义务的一致。它在处理敏感的问题时有特殊的价值，例如当起源国感到涉及影响其安全的问题时要求该国提供情报的权利。没有提供或拒绝提供情报并不受处罚，只是正常的后果是起源国的最终责任可能取决于其行为的整个过程；而且它对其没有征求受影响的其他国家的同意而采取的行动不能推卸责任。与外国人待遇上的责任相类似之处也许还更多一些。该专题的可悲经历已表明，如果各国感到，这些建议要求它们对发生在其领土或控制范围内的事情牺牲太大的主权处理权，它们就不愿意制定法律。¹²⁴ 在一国领土上对外国人造成损害的情况是这样，从一国领土上造成跨界损害时的情况无疑也是这样；但是在任何一个领域里有节制的可接受的解决办法必然有助于改善每一个其他领域的前景。

66. 大家应该最后尽可能简要地看一看专题纲要所载原则和严格赔偿责任原则之间许多方面的比较和对比。委员会本可以把严格赔偿责任作为供选择的另一套“次级”规则，只作原则性的宣布并搁置起来，直到各国准备更充分地运用它们时为止。但是这种主张对委员会和对特别报告员从来没有过吸引力。¹²⁵ 通常提出的理由是，委员会编纂国家责任的“次级”规则已经忙不过来了，因此没有办法同时审议另一套供选择的“次级”规则。有时人们重新提出这条理由，作为停止审议本专题的依据。但是还有其他的理由。根据特别报告员的看法，最基本的理由是需要避免哪怕是在表面上把严格赔偿责任原则与不法行为或不行为的国家责任等量齐观。不应允许有任何东西威胁到国际法的统一性。最后一种办法，严格

¹²⁴ 关于编纂在其领土上对外国人的 人身或财产造成伤害国家应负的责任的国家责任专题的历史情况，见《国际法委员会第二十一届会议工作报告》，第四章，第64—76段，《1969年……年鉴》，第二卷，第229—232页。

¹²⁵ 见上文第7段。

赔偿责任的义务是提供赔偿的义务，不提供赔偿就涉及不法不作为的国家责任。

67. 不论如何，严格赔偿责任的重大理论问题，不是原则的叙述，而是确定其自然疆界；而且这个问题还会涉及对“初级”规则的无意的介入。即使现在，国家实践除了在经验主义的就事论事的基础上采用严格赔偿责任的原则外，是否会在任何其他的基础上采用这一原则，还是一个无法断定的问题。国家如何抉择，看来很可能受历史偶然事件的影响，即某些活动领域，例如船舶造成的海洋污染，一直在民事赔偿责任的框框里演变着，因为最初的问题是要约束沿岸国国内法的管辖。毫无疑问，海洋运输业的压力，是倾向于把它的经济利益摆在社会和环境考虑之上。然而，由于潜在的受害者是沿岸国，而沿岸国可以坚持其领土管辖作为讨价还价的条件，不应怀疑，当它们签署修订过的民事赔偿责任和基金公约时，它们将会作出经过仔细考虑的抉择。¹²⁶ 然而一些国家在进行这样的交易时比其他国家拥有更多讨价还价的能力；而且从长远来看，最好的办法可能是让严格赔偿责任的这面旗帜一直飘扬下去，不是作为一种强制办法，而是作为可供选择的办法，向不满者提供论据和一种参考的标准。正如 Handl 所建议的，可以在比专题纲要提供的更广泛的基础上做到这一点。¹²⁷

¹²⁶ 见上文第 49 和 56 段。

¹²⁷ 上文注 103。

“把国家赔偿责任的概念当成次要概念或者完全回避它，这种做法在今天日益明显，这是一种严重的错误。因为至少就偶然跨国污染而论，这个概念仍是任何一种国际环境保护制度的基石……国际谈判分担跨国损失的明显趋势应被视为一种不可取的发展趋势……如果受害国和污染国之间关于跨国有害活动的费用要做到合理地内部解决，坚持国家赔偿责任作为具有不容谈判的基本内容的法律概念是最主要的。

……虽然人们会立刻承认，“私法”办法极其合理……但是只有清楚地理解到，在任何跨国事故法制度上，国家赔偿责任的概念必然起着中心的作用，才有可能制定预防和赔偿跨国海上污染损害最适宜的制度。”

68. 因此,从非常现实的意义上说,专题纲要所体现的原则对严格赔偿责任原则所起的作用,大于后者对自身所起的作用。专题纲要不可能规定严格赔偿责任原则居最高地位;但是它能为原则提供一种地位,这个地位要比一套冷冰冰的没有人使用的“次级”规则的地位舒服得多。而且,专题纲要由于宣布若干限制因素下的赔偿责任,就可以以务实的态度,争取接近实现严格赔偿责任原则,而无须做到完全实现严格赔偿责任原则。这样的结果并不会令人吃惊,因为正如我们所知道的,严格赔偿责任制度是不法行为或不行为的国家责任制度的唯一真正的代替办法;而且,正如Caubet所告诉我们的,¹²⁸两种制度具有相同的局限性。除非问题很简单,否则两种制度没有一个能提供如此令人信服的答案,以至于争端各方不可能坚持自己的立场和拒绝打官司。¹²⁹

69. 本专题的首要目标,是引导那些预见到存在跨界伤害问题的国家,去制定包含一整套能提供相当清楚的答案的简单规则的制度;而且那些规则可以是规定具体禁止事项的规则,或者是附带具体保证的授权规则。本专题的第二个目标,是在没有可适用的或商定的制度时提供相当公正的、不引起各国吃惊的解决办法。那就包括一种可能性,如果可适用的原则和因素修改或取消起源国应补偿跨界损害的设想的话,就会按比例分配赔偿责任,或者甚至象Poplar River案¹³⁰一样,受影响国必须承担实际有形跨界损害的全部负担。¹³¹

¹²⁸ 上文注104。

¹²⁹ 见上文第54段。

¹³⁰ 上文注68。

¹³¹ 见上文第36段。

70. 为了检验前一段中重申的论点，回顾一下过去也许是有用的。1980年，国际法委员会在讨论作为一种排除不法性的情况的紧急状况问题时自问：“这样的排除办法，如经规定，是否会不仅完全解除国家对国际法规定的一种国际不法行为造成的后果，而且也解除该国在其他方面可能对其行为造成的损害必须负起的任何其他补偿责任。”委员会发现有一些这样的案例：“国家虽以紧急状况的存在为依据证明它的行为是正当的，但仍表示愿意赔偿它所造成的物质损失”，因此，委员会总结说，“不法性的排除并不自动产生这种结果，即这种行为不会在某一其他方面造成对损失给予赔偿的义务，即使该项义务不应称为‘因不法行为而给予赔偿’的义务”。¹³²

71. 从所引证的这两段话中得出的第一点看法是，委员会是同意以下概念的，即：引起国家对不法行为或不行为的责任的义务可以与国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的有关义务同时存在。所引起的伤害可以归属于任何一种义务，即使一种失效，另一种可以仍然有效。第二点是，后一种义务不大会是一种严格赔偿责任的义务。如果是的话，就难以看出为什么在排除了不法性的情况下引起的伤害并非每次都给予补偿或其他赔偿。只要有常识的人都会得出这样一种结论。如果消防人员和救火设备越过了国界去扑灭一场危害双方的无人扑救的森林大火，那么，必要性的理由就完全可以排除不法性，但是，对于农作物和其他财产造成的损害又作何论断呢？无疑，这不应当取决于严格赔偿责任，而应当视各种因素的权衡而定。要看这场火灾是对发生火灾国的严重威胁还是主要是一种跨国界的威胁？当地消防人员是否没有尽到他们理应尽到的责任？跨界救火的费用有多高？简而言之，要看各种因素的权衡是否更改或取消了原来的起源国对跨界伤害应给予赔偿的设想。

72. 在这个相当简单的假设的案例中，最终的答案可以是：根据对各种因素的权衡，受影响国必须默认跨界的损失或伤害，即使这种损失或伤害极为严重，而无权提出任何补偿要求。不过，更加典型的情况是，尤其在起源国与受影响国对于

¹³² 国际法委员会第三十二届会议工作报告，第三章，第33条草案，紧急状况，译注第39段。《1980年……年鉴》，第二卷，第二部分，第51页。

某项活动没有共同利害关系的情况下，就没有充分理由推翻或改变起源国必须负责赔偿跨界损失或伤害这一设想。 在这些案例中（人们希望把特大危险性情况的案例也包括进去），无论根据 Handl 的建议、¹³³ Caubet 的建议¹³⁴ 还是根据特别报告员的建议，¹³⁵ 受影响国要求充分赔偿的权利都是相同的。 有人认为，解决办法之所以不同，与其说是由于实质因素，还不如说是由于 Caubet 所谓的心理因素。 对 Handl 来说，甚为重要的是，使各国相信，严格赔偿责任标准是一项可以做到的标准。¹³⁶ 对 Caubet 来说，加强认为允许发生重大有形跨国界伤害是不法行为的学说是同样重要的。¹³⁷ 对特别报告员来说，首要条件是，要从逻辑上弄清，起源国是出于其管理权限而不是作为直接行为者而受牵连的。

73. Handl 未加夸大地使用了 Jenks 对“特大危险性”¹³⁸ 最初所下的定义中的主要因素，划定了不允许可变因素更改起源国严格赔偿责任的特大危险性活动的范围。 Caubet 对所有可变因素都进行了级限检验，¹³⁹ 综合出一项稳定不变的严格赔偿责任规则。 他在发生损害或伤害时推定是由不法行为引起的，排除了按比例分配的办法，从而裁定起源国负有严格赔偿责任，或者，假如对各种因素的权衡对它有利的话，则不负有任何赔偿责任。¹⁴⁰ 特别报告员宁愿保持低姿态，回避提出补充的“特大危险性”标准这种复杂情况，只要求各国承担直接来自其作为其领土和公民统治者的最高当局的义务。 按这种解决办法，如果有减轻起源国赔偿责任的因素存在的话，那么在所有情况下，都有可能采取按比例分配。 它也允许当事各方有可能实际上协议回溯制定一项民事赔偿责任制度，用国内机构去评价

¹³³ 上文，脚注 103。

¹³⁴ 上文，脚注 104。

¹³⁵ 专题纲要第 4 节，上文，脚注 22 和 122。

¹³⁶ 上文，第 55 段。

¹³⁷ 上文，第 53 段。

¹³⁸ 上文，第 52 段。

¹³⁹ 上文，第 53 段。

¹⁴⁰ 上文，第 54 段。

这种赔偿责任，但仍然保持起源国确保给予适当赔偿的义务。

74. 本报告没有直接提到今年的纪念吉尔伯托·阿马杜讲座上提出的那个紧迫问题，¹⁴¹ 即采用各种保护手段使世界上那些不属于任何国家领土管辖范围的地区急于退化。这个问题的范围比本专题要大，其中一个线索，即一切原因的义务及援引这种义务的地位问题已由国家责任专题特别报告员里普哈根先生在其第四次报告中提出讨论。¹⁴² 另一线索可能是在对本专题进一步研究之后出现的，即国际组织在保护共同自然遗产中的至为重要的作用。特别报告员希望提出的最后一个主题适用于本专题的所有方面。这个主题已在最近发表的一篇论述海洋法中的权力分享的文章中明确提出：¹⁴³ “在这里正在逐渐出现为国际社会所认识的一种思想是，把自由和权力区分开来。1945年以来国际社会的发展史是一部从法律自由向法律权力发展的历史。自由意味着不受法律控制。权力则意味着没有无限制的自由决定权……要求从本研究报告中所谓的“行政法”角度去理解习惯国际法和条约国际法所规定的国家的权利和义务，则必须普遍地广泛地改变看法……这样做也许……使我们能够更加沉着地对待现代国际法和国际惯例中某些本来会引起严重关注的领域。在这些领域中，各国的斟酌决定权似乎是无法控制的，不过，无限制地行使这种权力是会严重损害国际社会的普遍利益的……权力的好处是有受权力保护的斟酌决定权。权力的义务是尊重整个社会的利益，而整个社会授予权力持有者权力是把它当作其全体成员的代表……”。

75. 由于无论如何委员会1983年会议上已经不可能详细讨论这个专题，委员会委员们可能更愿意把这一份来得非常晚的报告看成具有更多1984年会议早期报告的性质。如果不是由于有特别报告员一向得到的委员会秘书处和联合国欧洲

¹⁴¹ Geraldo Eulaleo do Nascimento e Silva, “科学技术对国际法的影响”（尚未发表）。

¹⁴² A/CN.4/366和Add.1。

¹⁴³ Philip Allott, “海洋法中的权力分配”, 77 “American Journal of International Law”, 第一部分, 第26—7页(1983年)。

办事处文件和翻译部门卓越合作，这份报告甚至现在也印发不出来。正如第59段所述，本报告的最终目的是为本专题的仔细的、也许是决定性的评价提供背景。特别报告员计划提交另一份报告，着重阐明涉及实况调查的专题纲要第2节；¹⁴⁴ 他对委员会委员们在本届会议即将闭会的阶段任何可供审议本议程项目的时间内愿意对这个问题或其他问题提出的任何评论都表示欢迎。他还准备提交一份报告，或者作为本报告的第二章，或者作为下一次报告的前言，专门论述本专题纲要第1节所提到的范围和定义的问题。¹⁴⁵

¹⁴⁴ 上文注22和23。

¹⁴⁵ 同上。

第一章 附件

专题纲领

(从编号为 A/CN.4/360 的第三次报告的第 53 段未经改动原文复制。脚注出处的段落为原报告的段落。特别报告员后来提及的重大改动见诸本报告第 63 段和 64 段。)

第 1 节

1. 范围:⁷⁹

一国领土或控制范围内对另一国领土或控制范围内的人或物造成或可能造成⁸⁰ 损失或伤害的活动。

[注: (1) 与环境的有形使用所造成的损失或伤害以外的问题有关的执行部分的规定在拟定好和审议过以后是否需对本规定加以补充或修改的问题, 将留待以后审查。

(2) 将本规定同第 4 节第 1 条所载的规定特别加以比较。]

2. 定义

“行为国”和“受影响国”的含义与说明范围的该项规定的用语相一致。

“活动”: 包括人的任何活动。⁸¹

[注: “活动”是否也应包括不进行消除对另一国造成或可能造成损失或伤害的自然危险的活动?]⁸²

“损失或伤害”是指任何损失或伤害, 不论是对一国财产的损失或损害, 还是对一国领土或控制范围内的任何人或物的损失或伤害。⁸³

⁷⁹ 参看上文第 46 至第 48 段。

⁸⁰ 参看上文第 35 段。

⁸¹ 参看上文第 36 至第 39 段。

⁸² 参看上文第 42 段。

⁸³ 参看上文第 27 段和第 34 至第 35 段。

“领土或控制范围”对于不在行为国领土以内的地方而言，包括——

在该国实际控制范围内发生的任何活动；以及

在行为国船舶或飞机上进行的或由行为国国民进行的除了船舶因无害通过或飞机因获准飞越而在另一国领土内的情况以外不在任何其他国家领土或控制范围内的任何活动。⁸⁴

3. 但书：本条款所载的任何规定不应影响不因本条款而产生的任何权利或义务。⁸⁵

第2节

1. 一国领土或控制范围内发生的一项活动如对另一国领土或控制范围内的人或物造成或可能造成损失或伤害，则行为国有义务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建议的补救措施。⁸⁶

2. 一国如有理由认为其领土或控制范围内的人或物因发生在另一国领土或控制范围内的一项活动而遭受或可能遭受损失或伤害，则受影响国可将情通知行为国，并尽其所知地具体说明它认为可预见的损失或伤害的种类和程度；该行为国因而有义务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建议的补救措施。

3. 如行为国基于国家安全或工业安全的理由而认为有必要拒绝提供任何原本可以得到的有关情报，则它必须通知受影响国拒绝提供该情报。无论如何，不得以国家安全或工业安全为理由而不向受影响国清楚说明受影响国领土或控制范围内的人或物所遭受的或可能遭受的损失或伤害的种类和程度；受影响国没有义务信赖它没有足够知识可加核查的保证。

⁸⁴ 参看上文第43至第45段。

⁸⁵ 参看上文第37段。

⁸⁶ 参看上文第19至第23段和第39段。

4. 如未能证实对于为预见的损失或伤害而采取的措施足以保障其领土或控制范围内的人和物,受影响国可向行为国建议进行调查。

X 5. 行为国本身可建议进行调查;受影响国提出这一建议时,行为国有义务真诚合作,以便同受影响国就调查的安排和范围达成协议;并就设立调查机构一事达成协议。两国均应向调查工作提供一切有关的和可以得到的情报。

6. 除非有关各国另有协议,否则

(a) 应有联合调查机构来依靠专家收集有关情报、评价其影响和尽可能建议解决办法;

(b) 报告应为咨询性质,对有关各国不具拘束力。

X 7. 行为国和受影响国应在平等基础上分担调查机构的费用。

8. 未采取本节所载规则规定的任何步骤,本身不应引起任何采取行动的权利。然而,除非另有协议,行为国有持续的义务不断密切注意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所采行动的情报。⁸⁷

第3节

1. 如

(a) 在合理期间内,不可能就调查机构的设立和职权范围达成协议,或调查机构不可能完成其任务;或

(b) 任何有关国家对调查结果不满意,或认为应考虑到其他问题;或

(c) 调查机构的报告如此建议,则在任一有关国家提出要求时,有关各国
有义务展开谈判,以决定是否有必要建立一种制度以及该制度应采取
何种形式。

2. 除非有关各国另有协议,谈判应适用第5节所载列的各项原则;也应在可适用的范围内考虑到任何有关因素,包括载于第6节的各项因素,并可参照第7节所列的任何问题。

⁸⁷ 参看上文第30至第33段。

3. 根据谈判而缔结的任何协定应按照其规定,符合各缔约国在本条款下的权利和义务⁸⁸;并可规定这些权利和义务在何种程度上取代各缔约方的任何其他权利和义务。

4. 未采取本节的规则所规定的任何步骤,本身不应引起任何未取行动的权利。然而,除非另有协议,行为国有持续的义务不断密切注意该项造成或可能造成损失或伤害的活动;采取或继续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所采行动的情报。⁸⁹

第4节

1. 如果任何活动的确引起⁹⁰损失或伤害,并且行为国和受影响国在本条款之下关于任何此种损失或伤害的权利和义务并未由两国间的一项协定具体加以规定,则此种权利和义务应按照本节的規定加以确定。有关各国应真诚进行谈判以达成一目的。

2. 行为国应就任何些种损失或伤害⁹¹对受影响国作出赔偿,但已确定就此类别或性质的损失或伤害作出赔偿不符合这些国家的共有的期望者⁹²不在此限。

3. 根据前一条应向受影响国作出的赔偿应按照有关各国的共有的期望和第5节所载的原则加以确定;同时应考虑到各当事方的行为是否合理,顾及它们之间的任何换文或谈判的记录,并顾及行为国为保障受影响国的利益所采取的补救措施⁹³,也可考虑到包括第6节所载的任何有关因素,并可参考第7节所载的任何事项。

⁸⁸ 参看上文第24、第25和第40段。

⁸⁹ 参看上文第30至第33段。

⁹⁰ 见前脚注2。

⁹¹ 见前第26,第29和第41段。

⁹² 见前第27和35段。

⁹³ 见上文第26和第32段,和第2节第8条以及第3节第4条。

4. 在前两条中, “共有的期望”包括以下列方式表示的共有的期望:

- (a) 已在有关各国间以函电或其他换文的方式明示表示, 或在没有此种表示的情形下,
- (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。

第5节

1. 本条款的目的和宗旨在于确保行为国在充分保护受影响国利益的范围内⁹⁴; 对在其领土内或控制下的活动享有充分的选择自由。

2. 充分保护须要在可能情形下避免损失或伤害危险的预防措施, 在不可能预防的情形下则须要赔偿措施⁹⁵; 但在确定充分保护的标准时应适当顾及活动的重要性及其在经济上的存在能力。⁹⁶

3. 在符合上述条款的范围内, 不应使无过失受害者承担其损失或伤害; 分担充分保护的费用时应适当顾及活动利益的分配办法; 保护标准应考虑行为国的给付能力⁹⁷以及在受影响国内和对区域及国际惯例所适用的标准。

4. 在一行为国没有将其较易取得的关于一项活动的性质和结果的情报以及核实和评价该情报的办法提供给受影响国的情形下, 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确能或可能引起损失或伤害。⁹⁸

第6节

可能与权衡利益有关的因素⁹⁹包括:

- 1. 可能发生损失或伤害的程度; (即它有多大可能会发生?)
- 2. 损失或伤害的严重性(即根据后果来评价严重性的定量和程度)

⁹⁴ 见上文第10段。

⁹⁵ 见上文第9段。

⁹⁶ 见上文第24和第25段。

⁹⁷ 见上文第22和第23段。

⁹⁸ 见上文第28和第32段。

⁹⁹ 见上文第28和第32段。

3. 就受影响国的生活条件和安全而言，那种损失或伤害的可能累积影响，如果所依赖的措施是确保提供赔偿而非预防，则在更广泛的方面所引起的影响；（即预防和赔偿之间的可以接受的混合办法）

4. 考虑到进行该活动的已知最高级现代技术，防止损失或伤害的办法是否存在；

5. 以替代办法或在替代地点进行该活动的可行性；

6. 该活动对行为国的重要性；（即考虑到经济、社会、安全或其他利益，继续或进行该活动到底有多大的必要？）

7. 比较可能的保护办法所需的费用，该活动在经济上有多大的存在能力；

8. 是否有替代活动；

9. 行为国的物质和技术能力；（例如，考虑到其采取预防措施或作出赔偿或从事替代活动的能力）

10. 现行保护标准同

(a) 受影响国所适用的标准；以及

(b) 在区域和国际惯例上所适用的标准相比较的方式；

11. 行为国

(a) 对该活动的有效控制程度；以及

(b) 从该活动实际获益的程度；

12. 受影响国从该活动分享到利益的程度；

13. 使用共有的资源所引起的不利结果以及该不利结果影响到对共有资源的使用的程度；

14. 受影响国准备向预防或赔偿损失或伤害或为其本身从该活动获得最大利益所需的费用作出多大贡献；

15. (a) 受影响国；和

(b) 行为国

的利益与全体大家庭的利益取得一致的程度；

16. 行为国可自第三国或国际组织取得援助的程度；

17. 国际法有关原则和规则的适用性。

第 7 节

可能涉及就预防和赔偿进行谈判的事项¹⁰⁰ 包括：

一、事实调查和预防

1. 确认不利结果及其可能引起的重大或非重大损失或伤害；
2. 建立管理该活动及监测其结果的程序性办法；
3. 建立关于该活动的结构和进行的条件；
4. 采取措施以帮助受影响国将损失和伤害减至最低限度。

二、以补偿作为赔偿的办法

1. 决定主要和剩余赔偿责任谁属，以及某些行为者的赔偿责任是否由他人代负；
2. 决定赔偿责任应为无限或有限；
3. 选择一个法庭由其裁定是否存在赔偿责任和应付的补偿款额；
4. 建立提出要求的程序；
5. 确认可予补偿的损失或伤害；
6. 检验损失或伤害的补偿措施；
7. 建立支付裁定的补偿的办法和方式；
8. 考虑到可能增加或减少赔偿责任或免除责任的各种情况。

三、有权就事实调查、预防和补偿作出决定的当局

在不同的谈判阶段，有关国家也许会觉得，就第一和第二部分所述事项提出建议或作出决定的责任，如交付其国家当局或法庭、国际组织或特别成立的委员会，是有好处的。

第 8 节

争端的解决¹⁰¹（适当考虑到最近缔结的载有这类措施的多边条约）

XX XX XX XX XX

¹⁰⁰ 见上文第 40 页。

¹⁰¹ 见上文第 26 段。