

[文章编号] 1672-7320(2010)01-0038-06

跨界污染争端避免机制的相关理论问题初探

秦天宝 许文婷

[摘要] 历史的经验与教训都表明,在应对跨界污染争端时,如何避免它比如何解决它更加有意义。争端避免主要是指通过各种方法和程序的运用,预防和避免可能导致争端的情事的发生。传统的机制应对国际环境问题的不足,以及国际环境法理念和基本原则的发展,为国际环境争端避免机制产生的基础。跨界污染争端避免机制包括国际法的基础、具体方法和程序以及特定机构三个要素。

[关键词] 跨界污染;争端;争端避免;机制

[中图分类号] DF97 [文献标识码] A

跨界环境的管理、利用和保护,关系到相邻国家及地区的重大政治、经济、安全 and 环境利益。跨界污染使国家之间形成一种特殊的权利义务关系,即污染者和受害者的关系,从而导致了各国之间主权利力的冲突,形成跨界污染争端。然而,在国际环境法领域,目前还没有形成一套统一、完善、有效的争端解决机制,各类复杂、特殊的国际环境争端使得传统的国际争端解决机制面临着严峻的挑战。在此背景下,跨界污染引起的国际争端的避免问题,成为国际环境法的一个重要内容,也是国际争端解决法的重要发展之一,并逐渐成为当前国际政治、国际关系中的一个重要议题。

一、基本概念辨析

(一)跨界污染争端的概念及特征

跨界污染争端的界定是研究或实际处理跨界污染事件时最基本的问题,它是国家间国际环境法律关系中一个具体的法律客体,对它的理解与认定将影响避免机制的作用时间、范围、目的等问题。

跨界污染一般是指,直接或间接由于人类的活动而将污染物引入到自然环境中,又通过水体或大气等媒介传播到污染源所在国管辖范围之外的国家和地区,从而对其他国家和地区的生态环境造成或可能造成损害及有害影响的现象。

在理解跨界污染争端的概念时,除了需要明确跨界污染的含义与外延,同时也要对“争端”本身加以界定。与“争端”相近的一个概念是“争议”,两者都包含有立场上的对立、观点和主张的不同等意思,但两者在程度上有着明显的区别。概括的讲,“争端”的严重性远远大于“争议”,它已经激化为一种对立冲突的状态并导致当事国之间关系的紧张。国际争端往往关系到的是当事国之间原则性、根本性的重大权益,它与国际安全相联系,解决不当有时甚至会导致地区性的武装冲突。一旦国家间的矛盾和争议升级为国际争端,往往会导致相关国家间的关系紧张、影响地区安全并将追究国家责任。因此,控制国家间的矛盾争议转变为国际争端是外交中的重要工作。由此可见,争端避免所针对的实际上并非现实的争端本身,但可能表现为国家之间的争议。

跨界污染争端的特点大致可以概括为以下几点:

1. 跨界污染争端涉及其它国家甚至全人类的根本利益,其影响不仅跨越国界甚至跨越时代。跨界污染争端关乎国家的利益和形象,地区和平与安全;同时,若跨界污染争端频发,还必然是对整个类生存和经济发展的环境基础的破坏,降低全球的共同福利。

2. 跨界污染争端内容的特殊与复杂性。跨界污染争端不仅关系到环境资源的主权问题,还涉及到事件性质的认定、责任的追究、环境的修复与损害的赔偿等更为复杂的问题。而跨界污染争端的事后处理还存在难以取证,难以确定责任主体以及难以量化责任等困难。

3. 跨界污染争端产生原因的多样性。跨界污染争端的产生原因可以概括为法律原因和客观原因两大类:一类是由于违反或没有履行相关国际环境条约中规定的环境保护义务,或没有遵守污染排放标准而引起国家间的争端;另一类是在跨界污染事实发生时,对污染损害认定、处理方法以及应承担的责任义务等发生争议而导致国际争端的产生。

4. 跨界污染争端的法律关系复杂,主体多元化。传统国际争端,仅指国际法主体间,主要是国家间的争端。然而,国际环境争端愈来愈直接涉及到国家以外的实体,如非政府组织、自然人和法人等私主体。跨界污染争端作为国际环境争端的一种,其主体和法律关系也呈现出多元化、复杂化的特点。

5. 跨界污染争端具有很强的科学技术性。作为国际环境争端的一类,它涉及到环境、生态、生物、化学等自然科学领域中的许多问题,往往需要采取各种科技措施和手段去解决。为解决国际环境问题和国际环境争端而制定的一些国际环境标准和缔结的一些国际环境条约 also 具有很强的技术性。更为重要的是,科学数据在国际环境争端,尤其是在跨界污染争端中所发挥的重要作用,要远远超过在其他国际争端中所起到的作用。

(二) 争端避免概念的产生及内涵

争端避免概念的产生可以追溯到上世纪 70 年代。1974 年洛克菲勒基金会在意大利的贝拉嘉召开会议,会上专家们第一次对“避免争端”与“解决争端”这两个概念加以区分,主张“除了对和平解决已有争端的程序加以关注外,我们应该努力建立起一套切实可行的程序来促使各国政府避免可能发生的争端”^[1](第 42 页)。该观点得到了普遍的认同。

争端避免概念的提出和发展与人类对环境问题的认识的不断加深有着密切的关系。在环境领域内,许多环境损害,包括一些细微的、累积的,要在很长一段时间后才能得以显露出其危害。而且,某些损害产生之后,无论多大数额的货币补偿或多么大的恢复努力,都无法使受破坏地区的生态环境或资源恢复到受破坏前的状况。因此,仅在损害发生后对“受害国家”给予相应的救济,将不足以实现国际环境法所追求的目标——确保地区或全球环境标准得到充分有效的执行,保护当代人及后代人的共同家园。

国际社会逐渐认识到,能否和平解决国际环境争端固然重要,但争端解决中存在的许多复杂和消极因素,往往增加了争端解决的不确定性。而且,即使最终和平解决了争端本身,引起争端的环境问题所造成的损害和影响却是无法彻底消除的。因此,“只有公平的和预防性的补救措施才可能提供一个有效的解决途径”^[2](第 313 页)。与其依靠专门解决争端的机构采取的修正或补偿措施,远不如一开始就致力于防止或避免此类危害的发生,因为比解决争端更为关键的是如何采取积极措施避免和预防争端。在国际争端解决机制对环境问题显得力不从心的情况下,就要寻求建立一个更为成熟的、预防性或调整性机制,来保证环境条约义务的切实执行与实施,防止环境争端的巨大消极后果的发生。正如美国学者路易斯·亨金指出,“国际法体系似乎正从解决环境问题的责任和补救这种常常是无效的方式,转变为预防方式;预防污染或消除环境恶化的根源,是更有效的手段,因为环境污染的损害通常是无法弥补的,或者弥补成本太高。”这就成为争端避免机制的发展的一个重要的契机^[3](第 373-377 页)。

1991 年 9 月,联合国环境规划署(UNEP)在内罗毕召开高级法律顾问会议,在讨论处理不同环境条约中有关义务规定的事实调查程序的过程中,专家们提出防止争端的问题。奥地利等六国进而提出将争端的避免列为 1992 年环发大会筹备过程中的重要议题之一,这一建议在第三次会议上正式地进入议程。

1993 年, UNEP 在《关于发展和定期审查环境法的方案》中对争端避免与争端解决作出了具体规定, 指出要“进一步发展机制, 以期避免环境争端, 并在争端不可避免之时, 力求达成和平解决”^[4] (第 730 页)。

《21 世纪议程》也多次将“避免争端”和“解决争端”相提并论, 而新近签订的一些多边环境协定更是重视争端避免机制的作用。1999 年, UNEP 还就避免争端的方式召集专家开会, 表明了这种新的处理争端的方式的重要性。在 2007 年第五届国际环境法研讨会上, UNEP 环境法律法规司首席法律官员还专门做了一个题为“国际环境法中的争端避免与解决”的报告, 介绍争端避免机制在国际环境法中的发展。

由此可见, 国际环境法正以一种创新的思维和多元的模式推动争端避免机制的发展及其与争端解决机制的协调。作为一种事前的预防行为, 争端避免无疑更加符合当今社会风险管理的理念和要求, 也更加符合环境保护的根本宗旨。

但对于争端避免的概念, 目前还没有一个统一的、确切的表述。对于争端避免的内涵的理解, 可以通过对争端避免的产生、发展背景等方面进行分析, 从以下几个方面加以理解:

首先, 争端避免的主要目的是避免威胁地区和平与安全、破坏国家间良好关系的国际争端的发生。

其次, 争端避免的主要任务是通过各种方法和程序的运用, 预防和避免可能导致争端的情事的发生, 或者及时消除和缓解国家间可能升级为国际争端的争议与矛盾。有学者提出, 争端避免就是避免诉诸仲裁或司法解决争端的方法^[5] (第 208 页)。换句话说, 争端避免在这里仅仅是针对与条约的解释、遵守以及适用等有关法律问题。目前, 对争端避免的讨论也多限于这一类。但笔者认为这个范围是不准确的, 因为从争端避免的目的可以看出, 要避免的争端不仅限于法律争端, 而应该包括政治性的以及综合性的争端。也正因如此, 争端避免的任务不仅是防止国家间的矛盾纠纷升级以及避免当事国被追究法律责任, 还应该包括从根源上预防可能引发争议的客观事实的发生及恶化。

第三, 争端避免同争端解决一样, 既可以依靠当事国之间的双边努力, 也可以引入或寻求第三方或多边的协助。不同的是, 争端避免的手段主要是技术性、外交性的, 而不同于争端解决手段的正式性, 一般也不具有强制性。就双边而言, 主要指当事国之间的合作与沟通等, 如事前协商、联合监测、进行环境影响评价等; 而多边方法则一般要以一定的多边国际协定为 basis, 并往往与有关的国际条约的履行本身相关联, 最典型的如“不遵守程序”。

最后, 尽管目前争端避免被国际法学界以及国际社会广泛的提及和讨论, 但争端避免的性质并不明确, 在国际法体系中的定位也还比较模糊, 甚至在各个国际条约中也还没有被正式地、清晰地加以表述和说明。由于争端避免发生于国际争端还未确实形成和正式发生的阶段, 以传统的逻辑, 它也不能归于国际争端法中。但这并不表明争端避免不属于国际法的研究内容, 相反, 它与国际法有着密切的联系。一方面, 争端避免涉及到当事国之间的特定的权利义务关系, 而这种权利义务关系是一种法律关系, 是基于国际法而产生的; 因此, 为了防止这种权益冲突而进行的争端避免活动也应该是一个法律问题而不是单纯的技术问题或者政治问题。另一方面, 争端避免中所采取的具体方法、程序还必须以一定的国际法文件为依据, 争端避免也必须接受国际法原则的约束; 因此, 争端避免还是受到国际法的调整。

就跨界污染争端的避免而言, 跨界污染争端除了由于法律的解释、适用及履行问题上的原因引起之外, 很多时候是由于客观上污染的发生与扩散而导致。基于这一特殊性, 跨界污染争端的避免除了在法律层面上进行之外, 还需要关注对污染的防治。而在许多国际学者的国际环境法著作中, 都会提到跨界污染的控制 (transboundary pollution control) 问题^[6] (第 173 页)。从其手段和最终达到的效果来看, 它符合争端避免的特殊要求, 因此, 也属于一种跨界污染争端的避免活动。

二、跨界污染争端避免机制的理论基础

传统的条约履行机制和争端解决机制应对国际环境问题的不足, 以及可持续发展和预先防范等国际环境法理念和基本原则的发展, 为国际环境争端避免机制的产生提供了理论支持。

国际环境争端,尤其是跨界污染争端的产生根源,包括法律上和事实上的原因两个方面。

就第一个方面而言,争端避免机制的本质就是一种履约保障机制,这也是争端避免机制最开始产生时的形态。在大多数国际环境条约中,正式的争端解决机制实际很少被采用。从新近的条约中也可以发现,缔约国更愿意通过发现和防止争端根源的程序来避免冲突^[7](第361页)。

在国际环境争端的发展中,主体的范围已超越了传统的国际法主体范围的限制,一些非主权实体甚至个人的行为同样可能成为诱导因素,国际环境争端中私主体的参与也是不可回避的现实。然而,传统国际环境争端的解决机制是依据国家责任原则,提起国家之间的诉请并适用联合国宪章第33条规定的多种形式的争端解决方法,这就造成了导致国际环境争端产生的私主体不能参与到争端的实际解决的矛盾中。而且,这种争端解决机制的本身仍存有诸多不足,且大多数国家关于此问题的法律尚处于未决阶段,各国间的态度、立场也不统一。在此情形下,当事国履行许多复杂、冗长且代价巨大的国际性法律程序,以及解决环境问题的技术特征可能带来的举证困难等问题,是难以想象的。

另一方面,为确保缔约方遵守,大多数国际环境条约借鉴了争端解决、责任与赔偿等传统的履约保障制度。但是,多边环境条约的权利义务具有非相对性,而且缔约方不履约的效果具有累积性,一般要经过相当长时间才能显示全部效果;环境争端及损害一旦发生,往往难以彻底消除其负面影响并恢复环境原状,经济上的赔偿也于事无补。同时,许多发展中国家不遵守国际环境条约义务,往往是迫于履约能力不足,如果给予适当的协助,往往能够使其继续履行其义务,避免由于违约而导致国际争端的产生。国际环境条约及其履行的上述特点,以及争端解决机制和责任赔偿制度的事后救济性质,限制了传统履约保障制度及条约争端解决机制对环境保护以及促进条约目的实现的作用。

这些问题成为思考和设计国际环境争端避免机制的出发点,为旨在促进各方履行其义务、弥补传统履约机制和争端解决机制不足的争端避免机制发挥作用提供了空间。

而对于争端根源的第二个方面的思考,国际环境法理念和原则的发展与完善为环境争端避免机制提供了新的发展方向与基础框架。伴随可持续思想的提出与论证,国际环境法逐渐将注意力从主要集中于环境损害的赔偿转移至对环境损害的控制、预防以及自然资源和生态系统的保存与可持续利用。可持续发展、预先防范又称“风险预防”等国际环境法中的基本理念体现在跨界污染争端的处理上,就是愈加重视采用争端预防机制,来避免争端的萌生或恶化。预先防范的概念是从国内法进入国际法视野的,并由《里约宣言》进行阐明。一般认为这一概念正逐渐成为国际环境法领域内的一项习惯法规则。预先防范的前提或缘由是基于人类活动的不确定性影响及其潜在的损害,而且有的损害一旦发生,恢复原状措施在环境领域是没有用武之处的。而传统争端解决机制最大的缺陷就在于,它所关注的主要是通过支付赔偿作为对违反国际法的反应,而补偿并不能够足以消除破坏环境行为的一切后果。预先防范的理念与精神是争端避免机制存在的内在价值之所在。

所以,及早发现并控制跨界污染发生的风险、将污染对环境的损害消除在萌芽阶段或尽可能地缩小污染的范围及影响程度,从引发争端的根源上进行干预来避免争端的产生,就成为争端避免机制的指导方向和发挥作用的途径之一。可以说,避免环境领域的国际争端的机制的确立,是遵守、执行由环境条约衍生的国际义务的保障,是国际社会对环境法的效率价值的重新定位,也是在国际环境法基本理念和基本原则的指导下实现环境保护的终极目标、建立良好国际关系的巨大进步。

三、跨界污染争端避免机制的含义及构成

“机制”一词源于拉丁文 *regime*,意指“规则、指导、指挥、管辖”,它既表现为一定的组织方式和管理体制,有的时候也可以直接指代某种机构。国际法院在1980年曾宣布,“机制”是“具有自制力的外交法律规则”以及“法律和规则系统”。因此,所谓机制,不单单是某种原则、规范、程序,也不是它们的简单叠加,而是一套包括相关机构的设置在内的、有机运作的整体,是一个复杂的系统和综合的概念。

目前在国内的文献中,很多学者将避免争端的具体方法、程序等和机制混为一谈,笔者认为这种论

述是欠妥的。在国外学者的著作和文章中两者有明显区分:前者一般多被称为“方法”(approach or means)、“措施”(measures)或“程序”(proceeding or procedure);而后者在外文文献中的用语则是上面提到的 regime 或 mechanism。前者实际上只是后者的组成因子。

上文的论述已经指出,跨界污染的争端避免的任务就是通过防止跨界污染的发生,或减小并消除跨界污染的影响范围及程度,以及监督并协助当事国履行其条约义务,从而避免相关国家之间由于跨界污染问题而产生的争端。因此,可以将跨界污染争端避免机制的核心与实质理解为,通过建立相应的国际机构并采取一定的措施,来监督和协助相关环境条约的实施,保证各国履行所承担的跨界环境保护的义务。相比争端解决机制而言,争端避免机制则类似于一种监督与合作机制。

争端的避免机制同其他国际机制一样,具备一些基本要素。有学者曾对争端避免机制进行了一些概括的一般性论述,作为其主要特征的总结:首先是提前协商,鼓励交换观点和信息,从而使有关各方能提早对所面临问题的性质和范围进行评估,并试图避免可能导致问题恶化的行动,对于可能引起跨国界环境危害的有计划行为,确认其及时通知的必要性;然后是事实调查,鉴别并阐明冲突发生前后的具体事实情况,使有关方面能够意识到处理问题的潜在选择,从而减少全面争端出现的机会;最后是询问委员会,作为非正式的第三方程序,各方可将其直接尝试,如协商、汇报、事实调查等,所得出的问题公开讨论,从而不必动用正规的司法解决程序以解决争论^[8](第 36 页)。

然而,随着争端避免机制的不断发展,其组成要素和结构也在逐步发展中。上述特征并不足以完全说明跨界污染争端避免机制的组成。作为一个有机的整体,构成一个完整的跨界污染争端避免机制的组成要素,即机制从理论框架到实际运行并发挥效力的主要条件,笔者认为应包括以下三个部分:

首先,必须存在指导争端避免的国际法原则和相关国家间签订或共同参加的有关环境保护或与跨界污染争端避免有关的双边或多边国际条约。

狭义上,一般将争端避免机制就理解为一种促进条约当事方履行义务的机制。目前许多国际环境法文献并没有关于争端避免问题的专门章节,但在其中有关国际环境法的实施的论述中实际表述的就是争端避免的相关制度。在这个层面上,争端的避免当然就建立在有具体的实体性条约义务的前提下,即必须签订相关的国际条约来规定当事国之间有关环境保护以及防止跨界污染的权利义务。

从广义的争端避免来看,各国针对跨界污染本身而采取的各项预防措施,也必须是在一定的国际法律文件的指导下、基于当事国之间有意识、有组织的实施,才能认为是一种国际机制。换言之,即使当事国之间事先并没有具体的关于环境保护的实体权利义务,仍然可以通过采取争端避免方法和程序来防止跨界污染的发生并避免可能由此引发的争端,而前提是当事国采取的程序和方法必须遵从彼此都认同的规则。正如尼宁·斯蒂芬爵士所指出的,防止争端在很大程度上取决于未来争执者能否默认一套有限制性的行为规则,即他们承认在其活动区域有适用的法律规定和存在的行为准则。因此,第一项条件是跨界污染争端避免机制建立并有效运行的前提和法律基础;

其次,是跨界污染争端避免机制所具体运用到的方法和程序,这也是机制的主体和核心。尽管跨界污染争端避免机制在理念、指导原则和适用时间上都与跨界污染争端解决机制不同,但实际操作时所运用到的一些具体方法也有共通的,如,协商、调查、调解等,只是这些方法在不同的场合所起到的作用和期望达成的目标不同。此外,在现行国际环境法律文件中还涉及到一些专门的争端避免方法和程序,主要包括:监测、重大情事通报、咨询、情报交流、环境影响评价以及不遵守程序、事先知情同意等。其中有些方法和程序已经相对固定,有些则还处于发展阶段,仍需不断地充实与完善。

具体而言,跨界污染争端的避免可以根据避免的直接对象的不同,划分成两个方面:一个方面是避免可能导致争端产生的跨界污染事实的发生,这是从源头上,或者说是从问题的实质出发来避免争端;而争端避免的第二个方面则是当实际污染已经发生时,采取友好的方式妥善地处理由此引起的相关国家之间的矛盾和争议,尽可能地避免使其升级为国家间的对抗性争端。针对这两个方面,所采取的具体方法与程序也不尽相同。前者一般运用到的是事前协商、环境影响评价、情报交换与信息交流等程序;

后者采取的则主要包括不遵守程序、及时通报以及事实调查等等。

最后,是设置专门负责跨界污染争端避免中各项事务的特定机构。它是为机制的运行提供支持和服务,并保证其发挥效力的组织结构形式或专门的机构安排。跨界污染争端避免机制作为国际环境机制中的一类,它也是以国际法为手段来调整国家间的争议与矛盾。在国际环境法领域,有学者将国际环境机制视为一系列制度,在这些制度安排下,国家间通过谈判和决议制定规则、程序,通过合作促进对共同利益的保护,并由此解决所面临的问题。而这种特殊的制度安排,不能简单等同于一种条约规定,但它应该是以一定的条约为基础,并依靠特定机构的活动来运作。因而,机构建设是跨界污染争端避免机制的关键。

[参 考 文 献]

- [1] [肯尼亚] 安德罗尼科·阿迪德:《避免、防止和解决国际环境争端》,载《环境法与可持续发展:联合国环境规划署沿着新道路前进》,北京:中国环境科学出版社 1996 年版。
- [2] David, Hunter & James Salzman, Durwood Zaelke. 1998. *International Environmental Law and Policy*. New York: Foundation Press.
- [3] 张晓波:《国际环境法中争端避免机制发展评述》,载《探索·创新·发展·收获——2001 年环境资源法学国际研讨会论文集》(下册),2001 年版。
- [4] 王 曦:《国际环境法资料选》,北京:民主与建设出版社 1999 年版
- [5] [英] 帕特莎·波尼,埃伦·波义尔:《国际法与环境》(第 2 版),那力、王彦志、王小钢等译,北京:高等教育出版社 2007 年版。
- [6] [美] 伊迪丝·布朗·韦斯:《国际环境法律与政策》(影印版),北京:中信出版社 2003 年版。
- [7] [法] 亚历山大·基斯:《国际环境法》,张若思译,北京:法律出版社 2000 年版。
- [8] Fitzmaurice, M. A. & C. Redgwell. 2000. *Environmental Non-compliance Procedures and International Law*. In: *Netherlands Yearbook of International Law* 31.

(责任编辑 车 英)

Some Theoretical Issues on Disputes Avoidance Mechanism Caused by Transboundary Pollutions

Qin Tianbao, Xu Wenting

(China Institute of Boundary Studies, Wuhan University, Wuhan 430072, Hubei, China)

Abstract: Historic experiences tell us that, in response to transboundary pollution disputes, how to avoid it is more meaningful than how to solve it. Dispute avoidance can be defined as to apply all kinds of methods and procedures to prevent and avoid disputes or potential disputes. The shortcomings of traditional mechanisms in control environmental problems and developments of international environmental law, lay down the foundation of the avoidance mechanism of transboundary pollutions disputes. Such mechanism shall have three basic elements as: international law ground, specific methods and procedures, and specialized bodies.

Key words: Transboundary pollution; dispute; avoidance of dispute; mechanism