

跨界环境损害的事前救济：国际司法实践研究

何志鹏 高晨晨*

摘要：特雷尔冶炼厂案所引申出的跨界环境污染的“损害赔偿国家责任原则”未能在后续实践中得到沿用，这表明国际环境法尚未发展出稳定的事后救济制度。相较而言，国际环境法更倾向于跨界环境损害预防制度的构筑。国际司法机构对跨界环境损害实际发生前的救济正在或已经形成一些较为稳定的制度，包括实体性的环境影响评价制度和程序性的临时措施制度。环境影响评价制度获得各国广泛的认可与实践，并且国际法院在纸浆厂案中将其确立为国际法义务并形成初步标准；同时，国际法院和国际海洋法法庭在司法实践中对临时措施制度中证据标准等问题进行了探索和发展。

关键词：跨界损害 事前救济 环境影响评价 临时措施

一 问题的提出

国际环境法以1972年通过的《斯德哥尔摩宣言》（又称为《联合国人类环境宣言》）^①为标志诞生，现已存续40余年。然而，早在国际环境法诞生之前，双边的跨界环境损害争议案件便长期存在，主要包括国际仲裁机构处理的1893年太平洋海豹仲裁案，1910年北大西洋海岸捕鱼仲裁案，1938年和1941年特雷尔冶炼厂仲裁案，1957年拉努湖仲裁案，以及国际法院审理的1974年核试验案，1969年北海大陆架案等。这些案件案情较为单一，损害波及的范围较小，损害认定与赔偿的标准、原则、制度虽然呈现出来，但总体而言较为碎片化。

自1992年联合国环境与发展大会的举行及国际环境法上最重要的文件之一《里约环境与发展宣言》（以下简称“《里约宣言》”）^②颁布以来，以国际法院和国际海洋法法庭为代表的国际司法机构裁判了一批跨界环境损害纠纷。这些“后里约时代”的跨界环境损害纠纷的特点是案情关系复杂、波及范围广、损害程度较为严重。这一阶段的裁判中，国际司法机构对跨界环境损害的事后救济，并未发展出比较稳定的标准、原则和制度。与此相对，国际司法机构对跨界环境损害实际发生前的救济正在或已经形成一些较为稳定的制度，具体包括实体性的环境影响评价制

* 何志鹏，法学博士，“2011计划司法文明协同创新中心”研究人员，吉林大学法学院、公共外交学院教授；高晨晨，法学硕士，北京金杜律师事务所律师。此项研究受到国家社科基金后期资助项目（“国际法治论”13FFX037）、吉林大学青年学术领袖项目（“国际法的中国理论”2012FRLX10）的支持，特致谢忱。

① Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment, UN Doc. A/CONF. 48/14/Rev. 1, 16 June 1972, (1972) 11 International Legal Materials 1416.

② Rio Declaration on Environment and Development, A/CONF. 151/26 (Vol. I), 12 August 1992.

度和程序性的临时措施制度等。

本文在分析国际司法机构的一些早期和晚近案例的基础上，对跨界环境损害事前救济制度的形成及其标准、要求等予以探究，以期为我国及未来的跨界环境诉讼当事国提供参考。

二 跨界环境损害的事后救济制度尚未形成

（一）特雷尔冶炼厂案及其局限性

1938 年和 1941 年的特雷尔冶炼厂案^①被认为是第一起关于跨界环境损害的案件，且对国际环境法发展作出了重要贡献。^② 1935 年 4 月，美国与加拿大两国政府就特雷尔冶炼厂跨界污染的纠纷签署了仲裁协议。仲裁庭在裁决中指出：根据国际法，任何国家都无权以不当的方式使用或者允许他人使用领土，而使另一国的领土、领土上的人或者财产受到烟尘损害。如果此种使用已经产生严重后果，且损害的事实可以由清楚的、具有说服力的证据所确认，则作为行为方的国家应当负赔偿责任。据此，仲裁庭裁决加拿大对冶炼厂引起的跨界环境损害承担责任并予以赔偿。^③ 这就是特雷尔冶炼厂案所确立的“领土无害使用原则”（*sic utere tuo ut alienum non laedas*）和“损害赔偿国家责任原则”。

“领土无害使用原则”在科孚海峡案中得到了国际法院的肯定。国际法院在该案判决中认为，当此原则被运用于跨界环境争议时，各国均需要对其境内活动所造成的跨界环境损害及可预见的环境风险承担防治或预防的责任。^④ 此后，该原则成为国际环境法的基本原则之一，^⑤ 被国际法学者认为是“唯一演变为国际习惯法的国际环境法原则”，^⑥ 且“已充分确立，足以为国际诉讼的诉由提供依据”。^⑦

相较于“领土无害使用原则”被诸多国际环境条约所采纳，并最终确认为国际环境法原则，特雷尔冶炼厂案引申出的跨界环境污染的“损害赔偿国家责任原则”却并未得到充分重视。在 1972 年樱桃角石油泄漏案（*The Cherry Point Oil Spill Case*）中，加拿大根据特雷尔冶炼厂案所确立的“损害赔偿国家责任原则”，向美国就美属油轮在华盛顿樱桃角石油泄漏给加拿大造成的损

① *Trail Smelter Arbitration (United States v. Canada)*, 1938, in *Reports of International Arbitral Awards (RIAA)*, Vol. 3, 16 April 1938 and 11 March 1941, esp. p. 1920 and p. 1947.

② See Alan Boyle, “Globalising Environmental Liability: the Interplay of National and International Law”, (2005) 17 *Journal of Environmental Law* 3, pp. 3 – 26.

③ (1969) 9 *International Legal Materials* 317, p. 317 ; (1941) 35 *American Journal of International Law* 716, p. 716.

④ *Corfu Channel Case (UK v. Albania)*, Merits, Judgment of 9 April 1949, I. C. J. Reports (1949), p. 4, <http://www.icj-cij.org/docket/files/1/1645.pdf> (last visited 9 March, 2014).

⑤ *Trail Smelter Arbitration (United States v. Canada)*, p. 1965. See Franz X. Perrez, “The Relationship between ‘Permanent Sovereignty’ and the Obligation not to Cause Transboundary Environmental Damage”, (1996) 26 *Environmental Law* 1187, pp. 1187 – 1212.

⑥ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion of 8 July 1996, I. C. J. Reports (1996), para. 29. See André Nollkaemper, “Sovereignty and Environmental Justice in International law”, in Jonas Ebbeson and Phoebe Okowa (eds.), *Environmental Law and Justice in Context* (Cambridge: Cambridge University Press, 2009), pp. 253 – 269.

⑦ Philippe Sands and Jacqueline Peel, *Principles of International Environmental Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 3rd edn, 2012), p. 196.

害提出赔偿请求。^①然而,这一原则并未在该案中得到适用,该案最终裁定由美国石油公司承担责任,赔偿清理费用。

造成此种状况的根本原因,是国家责任在处理跨界环境损害方面的局限性。(1) 国际环境法存在时间较短,相关的规则与制度尚未完善。“领土无害使用原则”虽然已经充分确立为国际环境法的基本原则,并被接受为国际习惯法,但其所带来的国家义务的性质并不清晰。责任国承担的究竟是“绝对不损害的义务”,还是对跨界损害的“风险预防义务”,在实践中有较大争议。而且,在国际行为体日趋多样的背景下,单纯要求国家承担责任也面临着极大的理论和实践风险。^②正如《里约宣言》秘书长报告所指出的:“原则2^③的确切范围和影响尚未明确决定,国家领土范围内的活动所引起的跨界损害,显然不是一概可以防止或均属非法的。”^④加之举证责任分配、证据处理以及赔付制度设计等等的难题,使得跨界环境损害的事后赔偿制度在司法实践中困难重重。(2) 当前国际社会对环境损害的内涵、外延、损害的认定标准等方面均缺乏共识。正因为这一点,联合国国际法委员会(International Law Commission of the United Nations, ILC)经过长期努力也没有对国际环境责任问题达成有效的成果。2002年ILC在第54届会议上,决定将“国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任”这一专题列入工作方案,并开始审议“危险活动引起跨界损害所造成的损失的国际责任”这一专题的第二部分。在2004年ILC第56届会议上,特别报告员完成了“关于危险活动所致跨界损害的损失分担法律制度”第二次报告。联合国大会只是关注委员会“关于危险活动所致跨界损害的损失分配原则”的建议,提请各国政府注意相关原则,并将审议预防危险活动的跨界损害问题和此类损害的损失分配问题的议题留待日后讨论。与此同时,由于国家豁免原则在国际社会中的普遍认可,追究国家的环境责任在国际社会仍然难以实现。(3) 环境责任的归责原则方面,除1972年《空间物体所造成损害的国际责任公约》第12条等个别国际文件的条文有所涉及之外,尚无国际司法机构案例表明“严格责任”已经成为国际社会普遍承认的一般国际法原则或习惯法。而且,全面补偿受损害方损失的原则仅仅是一个纸面的原则。环境损害的认定本身还没有建立起一个国际承认并普遍适用的标准。如果说跨界环境污染造成的当前损失可以较好地进行测算,那如何计算后期环境保护和恢复工作的费用以及持续造成的损失,是摆在国际司法机构面前的一大难题。这就导致了这样的状况:迄今为止,国际法院在科孚海峡案中的观点仍然占据主导地位,即国际法院认为:“一国控制其领土的事实本身并不必然意味着该国知道其领土内发生任何不法行为,这种控制既不能确立初步的责任,也不能转移举证的责任。”^⑤也就是说,国际法院并不认可领土这一单纯的事实会导致国家责任,领土严格责任的观点未得到支持。(4) 国际环境法缺少合适的制度支持。在国际法上,目前还没有确立起统一的跨境责任的制度安排。“除非有条约明确规定,国际社会缺乏连贯一致

① Xue Hanqin, *Transboundary Damage in International Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2003), pp. 78 - 79.

② Lakshman D. Guruswamy et al., *International Environmental Law and World Order: a Problem-Oriented Coursebook* (St. Paul: West, 2nd edn, 1999), p. 336.

③ 《里约宣言》原则2:“各国根据联合国宪章和国际法原则有至高无上的权利按照它们自己的环境和发展政策开发它们自己的资源,并有责任保证在它们管辖或控制范围内的活动不对其他国家或不在其管辖范围内的地区的环境造成危害。”

④ 参见《关于环境与发展的里约宣言:应用和执行,秘书长的报告》,E/CN. 17/1997/8, 1997年2月10日。

⑤ *Corfu Channel Case (UK v. Albania)*, p. 18.

的国际惯例，支持以程序性方法处理国家从事不加禁止行为引起损害的赔偿责任问题。”^① 国际环境法更加依赖于“软法”规范和原则，而非诸如习惯法和条约等“硬法”。由于缺少保证实施和相应的制裁制度，国际环境法一直为难以执行所困扰。上述因素均导致，在跨境环境损害争议的赔偿方面，国家责任的作用是非常有限的。

（二）国际司法实践倾向于国际环境预防制度的构筑

近年来，国际司法机构的实践逐渐倾向于对环境损害采取事前预防、而非事后救济的方式。自1972年斯德哥尔摩会议后，国际环境法采取了一条与各国国内环境法律制度完全不同的发展路径。国内环境法体系注重污染者承担损害赔偿赔偿责任，要求建立完善的环境损害认定与赔偿制度。而国际环境法对损害认定与赔偿制度采取模棱两可的态度，转而提出了损害预防原则、风险预防原则等比较模糊的原则。尽管实践中的跨界环境损害赔偿案例为数不少，^② “污染者偿付原则”也在世界范围内获得越来越多的承认，^③ 然而，国际司法机构还没有适用国际环境法进行损害认定与国家赔偿的判决实践。在盖巴斯科夫—拉基马诺大坝案（以下简称“大坝案”）中，国际法院认为对预防方面的侧重是可以理解的，并指出，“这种损害赔偿的制度有与生俱来的局限”。^④ 环境法学者巴尔和萨尔泽（Bar and Salzer）也指出，在国际层面上，环境损害的事后赔偿在实践中的困难更加深了一层，国际司法解决争议的方式，无论在处理证据方面，还是损害赔偿计算方面，都不像国内法院那样合适。^⑤ 环境法学者孔福迪（Conforti）的观点是，倘对各国的实践进行分析，便能发现国家对“软责任”^⑥ 即不得造成环境损害的义务的违反进行赔偿并非通例，而仅仅是例外。^⑦

① 参见李伟芳：《跨境环境损害赔偿责任的国际法思考》，载《政治与法律》2008年第9期，第109页。

② 环境法学者戈德布拉特（Goldblat）认为，实践中，这种环境损害赔偿案例的出现是早于国际环境法的出现的，具体案例包括，美国向日本赔偿其于1954年在太平洋的核爆炸导致的放射性物质泄露造成的影响；以及美国向西班牙赔偿1966年因一美国轰炸机过失在帕洛马雷斯投掷氢弹的行为导致农田和农作物的损坏。参见 Jozef Goldblat, “The Environmental Warfare Convention: How Meaningful is it?”, (1977) 6 *Ambio*, *Royal Swedish Academy of Sciences* 4, pp. 216 – 221。

③ 参见《里约宣言》原则16；参见 Hans Christian Bugge, “The Polluter Pays Principle: Dilemmas of Justice in National and International Contexts”, in Jonas Ebbeson and Phoebe Okowa (eds.), *Environmental Law and Justice in Context* (Cambridge: Cambridge University Press, 2009), pp. 411 – 428。

④ *Case Concerning the Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary v. Slovakia)*, Judgment of 25 September 1997, I. C. J Reports (1997), p. 78, para. 140. Cited approvingly in *Case Concerning Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, Judgment of 20 April 2010, I. C. J Reports (2010), para. 185.

⑤ See C. von Bar and J. Schmidt Salzer (eds.), *Internationales Umwelthaftungsrecht II: Tagung des Instituts für Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung des Fachbereichs Rechtswissenschaften der Universität Osnabrück am 8. und 9. April 1994 in Osnabrück* (Köln: C. Heymann, 1995), p. 229. 国际法院在纸浆厂案中在证据的处理方面遭遇的困难印证了这一观点。

⑥ 软责任 (soft responsibility) 是指以软法为基础的责任，国家之间可以就责任承担的方式进行协商。有关讨论参见 Jean-Marc Sorel, “The Concept of ‘Soft Responsibility’”, in James R Crawford et al. (eds.), *The Law of International Responsibility* (Oxford: Oxford University Press, 2010); Myron H. Nordquist, John Norton Moore and Said Mahmoudi (eds.), *The Stockholm Declaration and Law of the Marine Environment* (The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 2003), p. 63。

⑦ Benedetto Conforti, “Do States Really Accept Responsibility for Environmental Damage?” in Francesco Francioni and Tullio Scovazzi (eds.), *International Responsibility for Environmental Harm* (London: Graham & Trotman Publishers, 1991), pp. 179 – 180. See also A. Kiss, “Present Limits to the Enforcement of State Responsibility for Environmental Damage”, in Francesco Francioni and Tullio Scovazzi (eds.), *International Responsibility for Environmental Harm* (Kluwer Law International, 2001), pp. 3 – 14.

国际环境法体系之所以更倾向于构筑国际环境预防制度,不仅是因为前文已经讨论过的,损害赔偿国家责任制度的建立存在着诸多困难,还有一个重要的原因是,环境损失不仅数额巨大,而且很多过程是不可逆的。环境与生态系统的复杂和脆弱性,常常导致其一经损害即会造成大范围的长期的不利影响,甚至造成永久的环境破坏。譬如,1986年切尔诺贝利事件不仅在当时造成严重损害,而且至今仍有因受放射影响而导致畸形胎儿的出生。采取事前防范的方式,可以做到防患于未然,避免损害的真正出现和扩散。这有助于实现法律的社会目标和达到真正有益的效果。这就不难解释为什么当代国际环境法更多地关注事前救济制度,而对环境损害发生后的正义分配关注甚少。这种成本相对低廉、效果更为明显的损失预防、风险防范的思路,在国家环境责任很难落实的背景下,显然更容易受到国际立法和司法实践的欢迎。因而,自斯德哥尔摩会议以来,“事前救济”成为诸多国际环境法文件所采取的策略,包括保护臭氧层方面相当成功的《保护臭氧层维也纳公约》和《关于消耗臭氧层物质的蒙特利尔议定书》,^①以及全球气候变化方面的《联合国气候变化框架公约》^②和《京都议定书》等。^③

(三) 特雷尔冶炼厂案所确立原则的背离

纵观国际法院与国际海洋法法庭近年来的司法实践,至今未有一个案例直接援引了特雷尔冶炼厂案的“损害赔偿国家责任原则”。同时,国际司法机构普遍在认定国家承担跨界环境损害责任、跨界环境损害的危险等方面是非常保守的。1997年的大坝案中,国际法院虽部分支持了原告匈牙利的观点,判决被告捷克斯洛伐克对其违反双边条约、新建溢水坝截流多瑙河所导致的环境损害承担赔偿责任,然而这一裁决不是依据国际环境法,而是依据条约法作出的;^④2001年的MOX工厂案^⑤的临时措施中,国际海洋法法庭认定核废料和放射性物质在跨界运输中泄漏的概率非常低,因此没有依原告的申请裁定临时措施;2003年的填海造地案^⑥的临时措施中,国际海洋法法庭并未支持原告马来西亚要求被告新加坡立即停止填海造地活动的请求,而是裁定双方共同进行环境影响评价;2010年的纸浆厂案^⑦中,国际法院认为原告阿根廷提交的证据不足以证明纸浆厂有造成跨界环境污染的风险,从而判决原告败诉。

从国际司法机构对上述环境案件的判决可以看出,没有一个案件是基于国际环境法的原则和规范作出损害认定与赔偿判决的,即使有判决要求赔偿的,也是以条约法为依据。因此,国际司法机构至今尚未能基于国际环境法作出一起由国家承担停止侵害、消除危险、恢复原状、损害赔偿等责任的事后救济的判决,遑论形成稳定、一致的处理跨界环境损害事后救济的实践。

① See *Vienna Convention on the Protection of the Ozone Layer*, 1513 UNTS 293. See *Montreal Protocol on Substances that Deplete the Ozone Layer*, 1522 UNTS 3.

② See (1992) 31 *International Legal Materials* 854.

③ See (1998) 37 *International Legal Materials* 22.

④ See *Case Concerning the Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary v. Slovakia)*.

⑤ *MOX Plant Case, Request for Provisional Measures (Ireland v. United Kingdom)*, ITLOS Cases No. 10.

⑥ *Case concerning Land Reclamation by Singapore in and around the Straits of Johor (Malaysia v. Singapore)*, *Provisional Measures*, ITLOS No. 12, Order of 8 October 2003.

⑦ See *Case Concerning Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*.

三 跨界环境损害的实体性事前救济制度 ——环境影响评价制度

环境影响评价（Environmental Impact Assessment, EIA）制度，是针对环境或人类健康可能遭受不利影响，乃至重大损害的开发行为，应在开发前进行评估的制度。在国际上，《跨界环境影响评价公约》（以下简称《环境影响评价公约》）对于可能影响他国环境或人民的开发行为，是否有义务进行环境影响评价，尤其是进行跨界的环境影响评价，以及环境影响评价的各项标准、要求等问题进行了规制。虽然该公约的缔约国尚为数不多，^① 但各国均积极建立各自国内的环境影响评价体系，至今约有超过 100 多个国家设有环境影响评价制度。^② 国际法院在近期跨界环境损害的案件中，曾两次对环境影响评价制度作出重大发展。在大坝案中，国际法院首次要求各国在进行开发计划前，都必须纳入环境保护的考虑，并进行科学评估。^③ 在纸浆厂案中，国际法院更首次将环境影响评价提升为国际法上的义务，要求各国均应遵守。因而，环境影响评价制度经过国际法院司法实践的发展，已基本成为跨界环境损害事前救济的实体性制度。

（一）确立环境影响评价为国际法义务的纸浆厂案

1. 纸浆厂案案情简介

针对乌拉圭在 2003 年未通知邻国阿根廷的情况下，就授权芬兰某公司在乌拉圭河沿岸兴建纸浆厂的行为，阿根廷于 2006 年向国际法院提起了停止侵害和损害赔偿之诉。国际法院于 2010 年 4 月作出判决，认定乌拉圭未能将施工的详细内容提前告知阿根廷，违反了《关于适用、管理、保护与污染防治的乌拉圭河规约》（以下简称“1975 年《规约》”）的事先通知义务；乌拉圭应在授权建设纸浆厂前进行环境影响评价，并且乌拉圭基于国内法已作出的环境影响评价符合标准。^④

2. 国际法院将环境影响评价确立为国际法上的义务

国际法院在判决中认为：“环境影响评价制度已经获得各国的认可，以至于其可以被认为是一般国际法的要求。国家在拟进行的工业活动可能造成跨界环境不良影响的风险时，需要进行环境影响评价，尤其是在（与他国）共同享有资源的情况下。”^⑤ 由此，国际法院将以往各国国内实践或者国际条约所形成的环境影响评价制度确立为一项国际法上的义务。^⑥

值得注意的是，虽然 1975 年《规约》未对环境影响评价作任何要求，当事双方也均不是

① Convention on Environmental Impact Assessment in a Transboundary Context, 于 1997 年生效，截至 2014 年 3 月，该公约有 45 个缔约国，多以欧洲及中亚国家为主。详见 <http://www.unece.org/env/eia/eia.html>，最后访问时间：2014 年 3 月 11 日。

② Caleb W. Christopher, “Success by A Thousand Cuts: The Use of Environmental Impact Assessment in Addressing Climate Change”, (2008) 9 *Vermont Journal of Environmental Law* 549, p. 549, pp. 552 – 553.

③ *Case Concerning the Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary v. Slovakia)*, para. 140.

④ See *Case Concerning Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*.

⑤ *Case Concerning Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, para. 204.

⑥ Neil Craik, *The International Law of Environmental Impact Assessment* (Cambridge: Cambridge University Press, 2010), pp. 23 – 25.

《环境影响评价公约》的缔约国，国际法院亦拒绝了阿根廷主张《环境影响评价公约》适用于本案的立场。那么，国际法院是如何对环境影响评价的实质性义务展开分析的？

1975 年《规约》第 41 条 (a) (b) 规定，双方必须制定规则或采取措施，以保护乌拉圭河及周边环境不受损害。由此，国际法院推导出被告乌拉圭负有保护乌拉圭河周边环境的实质性义务。关于是否应进行环境影响评价，1975 年《规约》虽未规定必须进行环境影响评价，但国际法院援引了其在 2009 年航行和相关权利的争议案的论述：“在缔结条约时，条约的内容并不是永远不变的，缔约方往往对条款的内容作出安排，使之可以随着时间而发展变化，从而为国际法的发展留有余地。”^① 据此，国际法院认为，考虑到各国近年来通过环境影响评价，降低境内开发活动对环境损害风险的通常做法已成为国际法的新发展，因此，1975 年《规约》规定的“可采取的措施”，应包括环境影响评价制度。此外，整个审判期间，双方均未对是否应进行环境影响评价提出任何异议，而只是对环境影响评价的内容和范围有所争议。^② 因而，国际法院通过检验 1975 年《规约》第 41 条，最终认为，为了保护河水环境的需要，对于可能造成跨界影响的行为，双方必须进行环境影响评价。根据国际法院的论断，事先进行跨国环境影响评价已经不再是基于条约的义务，而是一般国际法上的义务。

3. 环境影响评价的判定标准

在判定环境影响评价的标准上，由于两国均非《环境影响评价公约》的缔约国，国际法院认为本案不适用该公约。国际法院指出，一般国际法没有规定环境影响评价的范围和内容，因此，各国可以依据国内法的程序进行环境影响评价。为此，国际法院对各国依据国内法进行的环境影响评价标准作出了如下指示：首先，考虑到拟进行的施工的规模、性质，可能对环境造成的不利影响，以及进行环境影响评价须尽“适当注意”的义务，必须通过国内立法或授权程序来实施环境影响评价义务。其次，进行环境影响评价必须先于工程实施，且一旦工程施工开始，对环境影响持续的监测须贯彻整个工程始末。最后，国际法院指出，国家根据国内法进行环境影响评价的义务，只是对国家的行为施加“适当注意”的义务，并未对环境影响评价的结果做任何硬性规定。^③ 换句话说，国际法院认为，只能期待各国依据国内法实施与国际协议要求一致的环境影响评价，但不能期待对环境的绝对保护。可见，本案中，国际法院采取的是形式审查而非实质审查的立场，即仅检验环境影响评价的程序是否符合各项规范的规定，而不探究环境影响评价是否达到预期目的以及反映情况的最新变化。

在具体判定乌拉圭的环境影响评价是否符合上述标准时，国际法院主要检验了双方争议的三个焦点：第一，在厂址的选定方面，以依据国内法进行环境影响评价为基础，国际法院在审阅了双方提交的资料后，认为无法认定乌拉圭纸浆厂的选址违反了 1975 年《规约》规定的保护

① *Dispute Regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)*, Judgment, I. C. J. Reports 2009, p. 242, para. 64.

② 阿根廷认为，乌拉圭基于国内法所作环境影响评价未能考虑替代方案，也未能咨询受影响的民众，不符合《环境影响评价公约》规定的国际标准，参见 *Case Concerning Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, para. 51。乌拉圭则认为，其基于国内法所作的环境影响评价已符合国际标准，因其唯一适用的 1975 年《规约》并未规定环境影响评价的具体标准。值得注意的是，在近期涉及跨境环境影响评价争议的若干国际性案件，如国际海洋法法庭的 MOX 工厂案、填海造地案中，涉及争议的内容均为“环境影响评价是否正确进行”，而非“是否应进行环境影响评价”。

③ *Case Concerning Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, paras. 195 – 197.

环境的实质性义务。第二，在公众参与的程度，虽然国际法院并不认为乌拉圭有向公众进行大规模咨询的法律义务，但国际法院认可了乌拉圭事实上对两国受影响人民进行的访谈、问卷调查等行为，认为乌拉圭已进行了公众咨询。^① 第三，在是否须采取最佳科技手段上，国际法院认为：“1975 年《规约》第 41 条保护乌拉圭河环境不受污染的实质性义务，以及其隐含的合理注意义务，使我们必须考虑拟建的工厂所采用的科技，尤其是像纸浆生产这样的经常使用影响环境的原材料的行业。”^② 国际法院随后仔细审查了双方提交的关于纸浆厂排放的各种化学数据，并对河水所含的化学物质含量逐一分析，最终得出结论：阿根廷提交的证据不充分，尚无决定性证据能够证明乌拉圭没有履行合理注意的义务，也不能证明纸浆厂的排放物对乌拉圭河的生物、水质、生态平衡造成有害影响，因此，乌拉圭没有违反 1975 年《规约》第 41 条的实质性义务。

（二）国际海洋法法庭在环境影响评价标准方面的实践

MOX 工厂案是 2001 年国际海洋法法庭裁决的一起与跨界环境损害相关的案件，原告爱尔兰主张被告英国没有适当履行环境影响评价义务。在本案的临时措施指令中，法庭认为，由于英国已经为保护工厂周围环境的安全，对工厂做了极为严密的防护措施，故该工厂运营所产生泄露风险的机会非常低；加之英国也将停止所有该厂的核废料或放射性物质的跨界运输活动，因此，法庭最终没有裁定采取临时措施。^③

MOX 工厂案与纸浆厂案在环境影响评价方面有很多相似之处。（1）两个案件均涉及国际司法机构能否审查已进行的环境评估是否足够充分的问题。（2）两案中的被告国均通过援引国内法、当地法规定的环境评估的详细标准，证明已进行的环境评估是充分的。（3）两案中的原告国都试图批驳被告国的“其他国家或海洋环境可能不会遭到严重损害”的结论。

由于海洋法法庭和特别仲裁庭均未审理案件的实质性问题，因而未能详细探讨何为“适当履行环境影响评价义务”。《联合国海洋法公约》（以下简称“《海洋法公约》”）第 206 条规定了缔约国在“有合理根据”时，对其管辖或控制下的活动负有环境影响评价的义务，但没有规定环境评价的要求或标准。此外，第 206 条也不像第 207 条至第 211 条规定，可以参照国际上认同的规则和标准。^④ 这就导致了若干问题：首先，《海洋法公约》第 206 条应该如何适用？其次，法庭应如何检验一项环境影响评价是否进行得足够充分？再次，由于第 206 条要求国家“有合理根据”时方负有环境影响评价义务，对这种“合理根据”是否应该设置比较低的标准？——否则，要求缔约国将证明存在环境损害的风险作为环境影响评价的先决条件，无异于使环境影响评价义务形同虚设。

综上，对于环境影响评价报告的结论，应进行实质审查还是程序审查？这是环境影响评价中的重要问题。在纸浆厂案和 MOX 工厂案中，被告国均称其进行的环境影响评价已经达到最高的

① 乌拉圭的非政府组织对受影响民众进行了 80 场的访谈，接受访谈的民众包括受影响的各个地区、阶层、职业的人。该组织随即发布了访谈报告，并接受来自乌拉圭和阿根廷的反馈。

② *Case Concerning Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, para. 233.

③ *MOX Plant Case, Request for Provisional Measures (Ireland v. United Kingdom)*, paras. 76 – 78.

④ 《联合国海洋法公约》第 207 条到第 211 条分别规定陆地来源的污染、国家管辖的海底活动造成的污染、区域内活动的污染、倾倒造成的污染、来自船只的污染；其具体条款中均涉及参照国际一般规范的要求。

国际标准,且依据科学证据和独立机构的评估证明未有对他国造成严重环境损害的风险。对环境
影响评价报告进行实质审查,涉及诸多专业知识和科技因素,而国际法院与国际海洋法法庭毕竟
属于审判机构,这对法官的专业素质提出了挑战。在纸浆厂案中,虽然国际法院运用环境法的专
业知识,大篇幅探讨了双方提交的证据。但最终还是采取形式审查的立场,以原告国证据不够充
分为由,认定被告国基于国内法进行的环境影响评价已符合标准。环境法学者罗杰斯(William
H. Rodgers)认为,程序性的司法审查往往只能起到表面上促进环境影响评价形式完善的作用,
却无法充分实现环境影响评价的真正目的。^① 20 世纪 90 年代以来,四个涉及跨界环境影响评价
争议的案例中,^② 法院均以原告国证据不足为由,认定依据国内法进行环境影响评价的一方符合
标准,这是比较遗憾的。因此,如果国际法院与国际海洋法法庭能在对环境影响评价进行形式审
查的同时,予以实质审查,或许更可能促成环境正义的实现。

总体而言,环境影响评价具有“事前评估”的性质,属于跨界环境损害事前救济措施的一
种,环境影响评价制度已基本成为国际司法事前救济的一项制度。基于环境影响评价在各国的广
泛实践,国际法院已将环境影响评价确立为国际法上的义务。由于 MOX 工厂案中未能进入实质
审判阶段,国际海洋法法庭对环境影响评价的立场仍有待检验。为此,环境法学者波义耳
(Allan Boyle)指出,国际法中的环境影响评价非常值得探讨,尤以《海洋法公约》第 206 条为
主,而国际海洋法法庭可能仅仅涉及了它的皮毛。^③

四 跨界环境损害的程序性事前救济制度——临时措施

临时措施是一项几乎所有裁判程序中都包含的基本制度。^④ 在国际诉讼程序中,其目的是保
全与诉讼事由相关的当事国权利。在国际法院的实践中,当事国向国际法院申请指示临时措施,
通常基于对人权或对自然资源及环境的保护。从一系列近期案例中可以看出国际司法机构在跨界
环境损害方面指示临时措施的标准。

(一) 国际法院的哥斯达黎加诉尼加拉瓜案:跨界损害的临时措施

《国际法院规约》第 41 条第 1 款规定:“法院如认情形有必要时,有权指示当事国应行遵守
以保全彼此权利之临时办法”。然而,由于《国际法院规约》未详细规定临时措施的具体标准,
国际法院在审判实践中,发展出一套比较明确的临时措施的标准和要求。从近些年的案件来看,
国际法院指示临时措施需满足五个条件:(1) 具有初步管辖权;(2) 通过临时措施所欲保护的
权利具有“似真性”;(3) 通过临时措施所欲保护的权利与诉讼请求之间具有足够的关联性;

① William H. Rodgers, *Environmental Law* (St. Paul: West, 2nd edn, 1994), p. 494.

② 1995 年国际法院的核试验案 (Request for an Examination of the Situation in Accordance with Paragraph 63 of the Court's Judgment of 20 December 1974 in the *Nuclear Tests Case* [*New Zealand v. France*]); 1996 年大坝案; 2001 年 MOX 工厂案; 2010 年纸浆厂案。

③ See Alan Boyle, “The Environmental Jurisprudence of the International Tribunal for the Law of the Sea”, (2007) 22 *The International Journal for Marine and Coastal Law* 369, pp. 369 – 381.

④ 参见《和平解决国际争端一般议定书》第 33 条,即在仲裁裁判中,即使法庭设立文件未明确规定法庭的这项权限,法庭在其认为必要时也可指示临时措施。

(4) 有无法挽回的损害的风险；(5) 紧迫性。^①

2010 年的哥斯达黎加（下称“哥方”）诉尼加拉瓜（下称“尼方”）在边界地区进行的某些活动案（以下简称“边界活动案”）^② 是一起与伊斯拉波蒂略泻湖（Isla Portillos）领土划分以及跨界环境损害有关的案例。伊斯拉波蒂略泻湖位于哥、尼两国交界处，具有主权争议。《关于特别是作为水禽栖息地的国际重要湿地公约》（以下简称“《国际重要湿地公约》”）^③ 将该地区的湿地指定为“国际重要湿地”，哥方负有保护该湿地的义务。2010 年起，尼方开始在争议地区进行军事驻扎、修建运河、疏浚附近河道等行为。哥方与尼方进行协商无果后，2010 年 11 月，哥方在国际法院对尼方提起诉讼，并申请国际法院指示临时措施。国际法院在本案中先后两次指示的临时措施，不论是对研究跨界环境损害问题，还是研究国际法院的程序问题，都具有指导意义。

1. 国际法院指示两次临时措施的内容

(1) 2011 年第一次临时措施

哥方在 2011 年请求国际法院发布如下临时措施：(1) 尼方立即无条件撤走争议地区的所有军队，理由是该驻扎行为侵犯了哥方对伊斯拉波蒂略泻湖的领土主权；(2) 尼方立即停止修建运河的行为，以及伴随修建行为的一系列在争议地区砍伐树木、破坏植被等行为，理由是这些行为会导致该区域环境的永久破坏；(3) 尼方立即终止正在进行的疏浚工程，并停止向争议地区倾倒建设产生的沉淀物，理由为该疏浚工程对哥方境内环境造成损害，且导致科罗拉多河航道的永久变化。

2011 年 3 月 8 日，国际法院指示了临时措施，支持了哥方的部分请求，但对于哥方基于保护环境的请求几乎均未接受。该临时措施在最终判决前有效，其内容包括：(1) 双方均不应向争议地区（包括运河）派遣或保留任何人员，不论平民、警察或安保人员；(2) 双方均不应从事任何可能使争议恶化或扩大的行为，也不应使争议变得更难解决；(3) 除前两项要求外，哥方可在一定条件下向争议地区派遣平民保护该地区的环境。^④ 为此，国际法院检验了是否存在紧迫性的风险，即权利可能遭到无法挽回的损害。

(2) 2013 年第二次临时措施

哥方于 2013 年 5 月 23 日向国际法院提出修改 2011 年临时措施的申请，理由是自 2011 年国际法院指示临时措施后，尼方又向该地区持续地派遣及维持大量尼方人员。另一方面，尼方也于 2013 年 6 月 14 日向国际法院书面提出修改 2011 年临时措施的申请，其理由是“无论在事实上还

① 在 2009 年比利时诉塞内加尔的或起诉或引渡案中，国际法院确立了上述五个条件的最后一个条件，即“plausibility of the right whose protection is sought”（直译为“其寻求保护的权利的合理性”，实际上指的是“紧迫性”）。在国际法院此后指示临时措施中，基本沿用了这五个标准。参见 *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, Provisional Measures, Order of 28 May 2009, I. C. J. Reports 2009。

② *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua)*, Provisional Measures, Order of 8 March 2011, I. C. J. Reports 2011, p. 6.

③ 《国际重要湿地公约》，又称《拉姆塞尔公约》（Ramsar Convention），1971 年在伊朗拉姆塞尔（Ramsar）签署，1975 年 12 月 21 日生效。截至 2013 年 12 月 1 日，签订该公约的成员国达到 168 个，几乎覆盖地球上所有的地理区域。详见 <http://www.ramsar.org>，最后访问时间：2014 年 3 月 9 日。中国于 1992 年加入该公约。

④ *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua)*, para. 86.

是法律上情况都发生了变更,即涉及哥方修建1856号公路和两个案件合并审理”。^①国际法院于2013年7月16日发布指令,拒绝哥方和尼方分别提出修改2011年临时措施的申请,并重申了2011年临时措施的内容。

2013年9月24日,哥方向国际法院申请指示新的临时措施,强调并不欲修改2011年临时措施,此次申请是“基于新的事实独立请求”。在申请中,哥方主张,国际法院拒绝双方修改临时措施的申请后,其通过卫星图像发现“尼方在争议地区进行了新的性质严重的活动”,包括在争议地区修建两个新的运河。哥方称已通知尼方立即停止所有争议地区的建设活动,但遭到尼方拒绝,甚至尼方在证据面前也不承认建造新运河的事实。据此,请求国际法院指示新的临时措施如下:(1)尼方需立即无条件停止争议地区的任何工程,尤其是两条运河的建造;(2)尼方需立即撤走争议地区的任何人员、基础设施和设备;(3)哥方应获允许在争议地区进行必要的补救行为,以防止对争议地区造成无法挽回的损害。

2013年11月22日,国际法院指示了新的临时措施指令,其中三项内容基本支持了哥方的所有申请:(1)尼方不得在争议地区从事任何疏浚或其他活动,尤其不得进行与新运河有关的任何建设;(2)尼方应撤离其在争议地区的任何官方人员、警察、安保人员,并防止以上人员进入争议地区;(3)哥方在咨询《国际重要湿地公约》秘书处后,可以对两条新运河采取适当的措施,但以防止给当地造成无法挽回的环境损害为限。在采取措施时,哥方需避免对圣胡安河造成负面影响。

临时措施中,还包括两项超出哥方请求的内容:(1)尼方应在指令发布之日起两星期之内,将东运河北部沙滩的沟渠填补完毕;填补完毕后一星期内,尼方应向法院提交报告,详述填补的一切细节,并提交照片证据;(2)尼方应撤离争议地区的其管辖内的一切私人人员,并防止其进入争议地区。

从2011年几乎不支持哥方关于保护环境的请求,到2013年认可哥方的所有请求,是什么导致国际法院前后两次指示临时措施的态度发生如此巨大转变?下面将从证据标准及紧迫性两方面进行分析。

2. 临时措施的证据标准

临时措施的申请国提交的证据应达到何种程度,方足以使国际法院指示临时措施,在国际法院中一直存在争议。衫原高嶺(Takane Sugihara)认为,对于这些证据是否应达到能够证明实体性权利的程度,法院没有正式要求将其存在的盖然性或合理预见论证作为申请临时保全措施的要件。相反,法院将它视为实质问题的判断事项,竭力避免将其作为认可申请的要件,只重视申请是否具有紧急性,亦即权利是否会遭到无法挽回的侵害。^②斯茨坦(Sztucki)亦指出:“法院的(判例)法没有要求申请国提示出权利存在的初步证据,申请国一般也没有论及这一点。”^③与之

① 2011年12月22日,尼方在国际法院对哥方提起诉讼,诉由为哥方在临近两国国界处修建了大型工程,并沿两国边界的圣胡安河建造了一条新公路,此公路对圣胡安河造成长期、大范围的损害。2013年4月17日,国际法院分别发布两个指令,将两案合并审理。参见 *Case concerning the Construction of a Road in Costa Rica along the San Juan River (Nicaragua v. Costa Rica)*, Order of 17 April 2013, I. C. J. Reports (2013)。

② [日] 衫原高嶺:《国际司法裁判制度》,王志安、易平译,中国政法大学出版社2007年版,第238页。

③ Jerzy Sztucki, *Interim measures in The Hague Court* (Heidelberg: Springer, 1983), p. 123.

相反，一些法官则主张应将实体性权利的存在作为认可申请的审查标准之一。^① 这也就相应提高了指示临时措施的证据标准。

在近期案例中，国际法院似乎从过去的无需初步证据的立场，逐渐发展为要求申请国提交起码的初步证据。例如，在柏威夏寺案中，持个别意见的法官特林达德（Trindade）认为，临时措施阶段的证据标准是初步证据。^② 在关于防止及惩治种族灭绝罪公约适用案中，法官萨哈布丁（Shahabuddeen）也指出，“除非有证据证明真实情况，否则法院无法知道真实情况如何”。^③ 国际法院在这一问题上观点的发展变化是合理的。一方面，为避免在实质问题上作出不公正的裁判，国际法院在临时措施阶段不能对事实或法律问题作出任何确定的判断，因此，无法细致检验证据的真实性和相关性。但另一方面，由于临时措施会对当事国的行动自由构成限制，申请国应起码提交所主张权利的合理存在的依据。

在跨界环境损害方面，国际法院在纸浆厂案中所作出的拒绝临时措施指令是上述发展的一个印证。2006年，阿根廷向国际法院申请指示临时措施，请求直至判决宣布前暂时停止乌拉圭建造纸浆厂。法官们几乎一致地拒绝了其申请，认为纸浆厂足够安全，且其可能构成的损害既不是迫近的，也不是无法挽回的。仔细审阅国际法院的指令可以发现，其拒绝临时措施的理由在于，阿根廷未能提交纸浆厂会造成不可挽回的跨界环境损害的具体证据。国际法院认为，假如在对实体问题的审查中，法院发现乌拉圭建设纸浆厂的行为将构成损害的风险，则乌拉圭需要承担这一风险的责任。然而基于当时的证据，并不能认为这一风险已成为既成事实（*fait accompli*）。^④

国际法院在边界活动案中的两次临时措施指令，进一步体现了这种重视“起码的初步证据”的趋势，甚至有超越此证据标准之势。在2011年临时措施中，申请国哥方提交的证据之一为地图，其主要目的是证明争议地区伊斯拉波蒂略泻湖属于哥方领土。对于尼方的施工行为的损害，如尼方将疏浚的沉淀物弃置于哥方境内、砍伐树木、对河流流向和适航性的损害等，哥方提交的证据为《国际重要湿地公约》秘书处提交的报告及联合国训练研究所（UN Institute for Training and Research）卫星应用项目的报告。尼方质疑哥方提供的报告欠缺证明力，因为这些报告仅依赖哥方一方提供的信息。此外，尼方也向国际法院提交了荷兰专家对尼方进行环境影响评价的肯定性报告。在探讨疏浚行为是否会对哥方环境、河水流量造成无法挽回危害的风险方面，国际法院仅用哥方“证据不足”一笔带过，指出“即使本案中存在这种危害哥方权利的风险，其也不是迫近的”。^⑤ 国际法院在论证尼方的行为不具备无法挽回的紧迫性时，并未提及其是如何检验

① 譬如，早在常设国际法院时代，在农业改良和德裔少数者案中，安茨罗蒂法官认为应通过“简略审查”判断是否存在申请国所认为的“权利的可能性”和造成损害的“危险的可能性”。在英伊石油案中，维尼亚斯基和巴达维两位法官也认为基于临时措施的性质，“只有当申请者的权利确定无疑时，才能予以认可”。在核试验案中，贝特朗法官在其反对意见中认为，大气圈内核试验的问题尚未成为国际法院所调整的对象，因此，也就不能认定法国违反了法律义务。

② *Request for Interpretation of the Judgment of 15 June 1962 in the Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand)*, Provisional Measures, Order of 18 July 2011, I. C. J. Reports (2011), Separate Opinion of Judge CançadoTrindade, para. 70.

③ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, Provisional Measures, Order of 13 September 1993, I. C. J. Reports (1993) 325, Separate Opinion of Judge Shahabuddeen, p. 360.

④ *Case Concerning Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, paras. 75 – 78.

⑤ *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua)*, para. 82.

并衡量双方证据的。在施工行为是否会导致争议地区环境的永久破坏方面,国际法院仅认为,由于尼方已作出所有工程已结束的保证,没有必要再指示此种临时措施。

国际法院拒绝指示临时措施的决定遭到一些法官的反对。法官阿莫(Amor)认为,哥方提供的证据已足以证明,新建的运河对争议地区的湿地的生态构成无法挽回的紧迫风险,因而应当指示临时措施以避免这种风险。他特别指出,应对《国际重要湿地公约》秘书处提交的报告加以足够的重视,并认为该报告足以证明尼方行为对当地水土造成流失和逐步侵蚀的风险,以及改变湿地下面的地下水蓄水层的风险。^①法官格林伍德(Greenwood)则从临时措施的地位和意义的角度来阐明其立场:“临时措施的本质在于,双方和法院都不可能在法律问题上采用、采纳详细的证据或论点,这是实质审判阶段才需考虑的问题,”^②从而说明临时措施的必要性。

2013年临时措施中,国际法院注意到争议地区的情况发生了新的变化。哥方此次提交的卫星图像证据显示,自2013年7月16日之后,两条新的运河开始出现在了争议地区。而2013年6月30日的卫星图像中尚没有这两条新运河的痕迹。这表明,在短短的两周时间内,尼方的工程在迅速推进。此外,卫星图像还显示尼方人员携带疏浚机器、疏浚活动的基础设施(如帐篷等)出现在争议地区,并且尼方的军队长期驻扎在争议地区的海滩上。尼方辩称,其有权在争议地区海滩平行的沙坝上(即尼方领土内)驻扎军队。国际法院根据卫星图片证据,认定尼方军队驻扎地属于争议地区内的海滩。哥方还提交了两份专家报告,主张假如浅沟的挖掘持续下去,则圣胡安河的河道可能被改变。这一论断的证据是哥方拍摄到的卫星图像。在探讨是否存在无法挽回的损害的风险时,国际法院根据哥方的专家报告,仔细考虑了这一浅沟的长度、宽度和位置后认为,无论出于自然原因、人工行为或两者结合,浅沟都有通过东部运河延伸到加勒比海的切实风险(real risk)。由此,国际法院肯定了哥方提交的证据,认可了圣胡安河河道的改变可能给哥方带来的严重后果,从而认定,尼方在争议地区的行为构成了切实的不可挽回的损害风险。

可以看出,国际法院此次同意指示临时措施的关键在于,哥方提供的卫星图像证据更具客观性。在时间上具有连贯性的卫星图像可以使人更直观地了解一个地区一段时间内的变化,较易体现“紧迫性”,这是由卫星图像作为物证的属性所决定的。

国际法院指示临时措施所接受的证据种类很广泛,包括新闻报道、^③宣誓书、^④公正的第三方机构的报告、^⑤地图、视频资料、卫星图像等。然而,假如申请国不能提交起码的证据以支持其临时措施请求,譬如阿根廷在纸浆厂案中的做法,国际法院很可能拒绝其申请。值得一提的是,在纸浆厂案中,国际法院拒绝临时措施的指令于2006年发布,这时距纸浆厂建设完毕还有一年多的时间,阿根廷完全可以利用这段时间积极搜集证据,在掌握了充分证据后,再向国际法院申请新的临时措施。在这个意义上,边界活动案2013年的临时措施可以说为所有申请国提供

① See *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua)*, Dissenting opinion of Sepúlveda Amor.

② *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua)*, paras. 2 and 11.

③ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. USA)*, Provisional Measures, Order of 10 May 1984, I. C. J. Reports (1984) 169, para. 29.

④ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. USA)*, p. 357.

⑤ *Nuclear Tests (New Zealand v. France)*, Interim Protection, Order of 22 June 1973, I. C. J. Reports (1973) 135 at 141, para. 30.

了证据标准典范。

3. 影响紧迫性的保证问题——违反保证便不再有诚信

从国际法院以往的判例来看，如果申请国提交的证据尚不充分，被申请国可向国际法院作出正式声明，保证其不会从事任何可能威胁申请国所欲保护的权的行为，那么国际法院便可能基于紧迫性不足等原因，拒绝申请国指示临时措施请求。譬如，在大贝尔特海峡通行权案中，丹麦作出保证，1994 年底前不会对东部海峡造成实质障碍。国际法院将丹麦的声明记录在案，并以紧迫性不足为由拒绝指示芬兰请求的临时措施。^① 如此看来，被申请国的正式声明，作为应对申请国证据不足的对策，很有可能显著地改变双方权利的平衡。这一对策在随后案件中被当事国频繁使用。比如，纸浆厂案和边界活动案的被告也作出了正式保证。

在纸浆厂案中，被告乌拉圭作出正式保证，称其将“完全遵守 1975 年《规约》”并“愿与阿根廷进行共同监督”。^② 最终，国际法院以乌拉圭所作的保证为依据，并且采纳了其关于运营时间的陈述，认定纸浆厂尚在施工期，而施工不等于运营。只有当纸浆厂投入了运营，才可能具有阿根廷所称的环境风险。因此，建造纸浆厂的行为不具有紧迫性，也不会造成无法挽回损害的风险，从而拒绝了阿根廷的临时措施申请。^③

在边界活动案 2011 年的临时措施中，尼方代表曾在庭审中作出口头保证，并随后以书面形式确认：“新运河的疏浚活动已经全部完成，砍伐树木与弃置沉淀物的行为不会再发生，尼方在争议地区现在唯一进行的活动只有重新种植树木。”^④ 基于尼方所作的保证，国际法院认定由于运河所涉的建设活动已经结束，因此没有必要指示哥方所申请的与保护环境相关的临时措施。^⑤

但是，在边界活动案 2013 年的临时措施中，虽然尼方代表在庭审时作出了正式声明，保证不会再从事任何与两条新运河有关的活动，也会防止任何人员从事此种活动；且尼方总统已于 2013 年 9 月命令终止疏浚活动并撤走人员、设施。然而，国际法院却在指令中表示：“这些保证和命令并不令法院信服，法院不认为其足以排除无法挽回的损害的紧迫风险。”^⑥ 这是由于尼方在争议地区所从事的建造两条新运河的活动，明显与尼方自己 2011 年作出的保证相悖，与国际法院 2011 年临时措施的指令相悖。据此，我们似乎可以得出这样的结论：在申请国提交证据不充分时，被申请国在国际法院首次作出的保证一般会被国际法院所接受。然而，一旦被申请国行为违反了自己所作的保证，便不再有诚信，国际法院将很难指示有利于被申请国的新的临时措施。

（二）国际海洋法法庭的南方蓝鳍金枪鱼案：临时措施与风险预防原则的共同适用

在国际海洋法法庭为数不多的涉及跨界环境损害案件中（如 MOX 工厂案、填海造地案），法庭均未能依原告申请裁定指示临时措施。在新西兰、澳大利亚诉日本南方蓝鳍金枪鱼案中（也

① *Passage through the Great Belt (Finland v. Denmark)*, Provisional Measures, Order of 29 July 1991, I. C. J. Reports (1991), para. 27; 除大贝尔特海峡通行权案外，比利时诉塞内加尔的或引渡或起诉案中，国际法院也基于被申请国作出正式保证而拒绝指示临时措施。参见 *Obligation to Prosecute or Extradite*, para. 71。

② *Case Concerning Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, para. 83.

③ *Case Concerning Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, para. 75.

④ *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua)*, paras. 71 – 72.

⑤ *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua)*, para. 74.

⑥ *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua)*, para. 74.

有称“南方金枪鱼案”)^①，法庭支持了原告申请的临时措施，因而受到关注。虽然该案涉及海洋生物资源争议，而非跨界环境损害争议，但我们仍可从国际海洋法法庭的指令中一窥法庭对裁定临时措施的态度和一般实践。

南方蓝鳍金枪鱼是一种由于各国捕捞而数量逐渐减少的濒危鱼类。1993年，日本、澳大利亚、新西兰三国签署了《南方蓝鳍金枪鱼养护公约》（以下简称“《养护公约》”），成立蓝鳍金枪鱼养护委员会，共同管理蓝鳍金枪鱼的养护和捕捉数量。1998年起，由于日本单方面进行的以科学研究为目的的实验性捕捞计划的捕鱼量，超出了《养护公约》所规定的配额，因此，澳、新两国认为日本的行为会对鱼群数量造成负面影响。在协商失败后，澳、新两国于1999年按照《海洋法公约》附件7的规定，启动了仲裁程序。在仲裁庭组成之前，澳、新两国根据《海洋法公约》第290条的规定，请求国际海洋法法庭裁定临时措施，指示日本停止与《养护公约》不符的捕捞行为。澳、新两国援引风险预防原则支持自己的主张，^②认为，《海洋法公约》的相关条文^③支持在缺乏充分科学证据的情况下采取第290条的临时措施。

仲裁法庭认为，对于蓝鳍金枪鱼的保护措施，存在科学的不确定性，此时，缔约国需要“尽谨慎和注意行动”，确保其采取的措施能有效防止蓝鳍金枪鱼的数量遭受严重损害。^④仲裁法庭进一步说明，虽然法庭无法具体评估现有科学证据是否足以证明蓝鳍金枪鱼数量所遭受的威胁，但确实有必要在现阶段采取适当措施，限制缔约国捕鱼的权利，以防止蓝鳍金枪鱼数量持续下降。^⑤亦即，在鱼类资源的数量的保护上，当存在科学的不确定性时，对相关捕鱼措施及捕鱼配额的计划，尤其是可能具有环境风险的活动方面，应采取审慎的态度，采取具有限制效果的临时措施。法庭最终裁定了临时措施，指示除非三国另外达成协议，否则需保证不超出各自的年度捕鱼配额进行捕鱼活动。也就是说，即使日本继续进行实验性捕捞，也不得超过三国约定的配额。

这一临时措施的裁定得到了国际社会的褒奖。比如，波义耳认为，包括WTO在内的各国际司法机构关于风险预防原则的论述，只有国际海洋法法庭在蓝鳍金枪鱼案的判决中对风险预防原则的适用最接近该原则的本质。虽然仲裁法庭在该案中并未使用“风险预防原则”一词，但法庭对科学的不确定性的援引与《里约宣言》第15条风险预防原则相契合。法庭要求双方“尽审慎和注意行动”可以被看作是使用了风险预防方法，也可被看作是确保在判决作出之前，对鱼类资源有效保护、避免未来损害“符合逻辑的结果”。^⑥本案持个别意见的法官莱恩（Laing）和法官特雷弗斯（Treves）均认为，在适用和解释《海洋法公约》时，应考虑到风险预防原则。^⑦这是

① *Southern Bluefin Tuna Cases (Australia v. Japan)*, Provisional Measures, ITLOS Nos. 3 & 4, Order of 27 August 1999.

② *Southern Bluefin Tuna Cases (Australia v. Japan)*, paras. 63, 65.

③ 这些条文包括：第64条（高度回游鱼种）、第116条（公海上捕鱼的权利）到第119条（公海生物资源的养护）、第300条（善意与滥用权利）等。

④ *Southern Bluefin Tuna Cases (Australia v. Japan)*, para. 77.

⑤ *Southern Bluefin Tuna Cases (Australia v. Japan)*, paras. 79, 80.

⑥ See Alan Boyle, “The Environmental Jurisprudence of the International Tribunal for the Law of the Sea”, pp. 369–381. See also the WTO Appellate Body in *Beef Hormones*, WTO, EC: Measures Concerning Meat And Meat Products (*Beef Hormones*) — Report of the Appellate Body (1997) WT/DS26/AB/R.

⑦ *Southern Bluefin Tuna Cases (Australia v. Japan)*, Separate Opinions of Judge Laing at paras. 16–19, and Judge Treves at para. 9. See also Myron H. Nordquist (ed.), *UNCLOS Commentary*, vol. III, p. 288; and Alan Boyle and David Freestone (eds.), *International Law and Sustainable Development* (Oxford: Oxford University Press, 1999), p. 140.

由于，在《海洋法公约》中，不但关于限制捕鱼的条款已根据风险预防原则被赋予了新的意义，而且第1条污染的定义、第206条环境影响评价的义务、第194条规定的采取措施防止、减少和控制污染的一般性义务，以及第235条关于保护海洋环境的国家责任等一系列规定，也都已经受到国际实践中对于环境危险证据更开明的态度的影响，从而使得环境应对措施从“损失补救”转向“风险预防”。法官特雷弗斯还指出，承认科学的不确定性的风险预防方法，是临时性措施所与生俱来的。^①

然而，蓝鳍金枪鱼案的临时措施的裁定也招致了许多批评。比如，环境法学者伊凡斯（Evans）认为，海洋法法庭并未厘清判定临时措施的标准，且指令的措辞十分含糊。^②的确，法庭着重探讨了“科学的不确定性”，但却未能指出严格遵守配额对鱼类数量的保护具有何种“紧迫性”。《海洋法公约》第290条规定，“法院和法庭在其依据初步证据认为具有管辖权时，可在裁判前裁定其认为适当的任何临时措施”。同时，第290条第5项规定，在收到临时措施请求的14日之内，假使法院或法庭未能完成组建，海洋法法庭“认为情况紧急有此必要”，有权裁定临时措施。因此，附件7规定的仲裁法庭组建完成之前，海洋法法庭可裁定临时措施的唯一原因，应是案情极其紧迫。为此，海洋法法庭应考虑两方面的内容：其一，第290条第1项的条件，即保护三方权利、防止对海洋环境的严重损害是否满足；其二，第290条第5项提及的“情况紧急”是否成立。事实上，法庭的最后裁定为：“实验捕鱼项目的捕鱼数量应控制在三方制定的总量之内，除非三方另外达成协议更改该总量。”裁定中使用“除非”这一但书，使人很难看出存在鱼类遭到严重损害的“极其紧迫”危险。因为，假如法庭认为日本一方进行实验已经构成了“极其紧迫”的危险，就应当裁定日本应立即停止此种具有风险的活动；而不应当允许三方一致达成协议进行实验，来提高总捕鱼数量的危险性。从这个意义上看，法院这一但书的设置相当于认同日本的实验并未构成“极其紧迫”的危险。

综上，鉴于当今大部分跨界环境损害一旦产生即极难弥补乃至无法挽回，临时措施作为国际司法中的程序性制度，确保了各国在环境损害发生前保全其享有环境的各种权利不受侵害。近年来，国际法院对于临时措施的标准似乎在逐渐提高，这对于难以收集证据的跨界环境损害案件而言是更加严峻的挑战。在边界活动案的前后两次临时措施中，国际法院进一步阐释了其适用临时措施的标准和要求，尤其是在申请国需提交起码的初步证据方面，以及被申请国向国际法院作出的正式保证的公信力方面。哥方在收集证据方面的努力也非常值得各国效仿。另一方面，国际海洋法法庭在南方蓝鳍金枪鱼案中，也初步论证了将谨慎义务和风险预防原则作为临时措施的标准，特别是法庭在临时措施的裁定中使用了风险预防的方法，对《里约宣言》风险预防原则的发展有较大贡献。^③总之，临时措施作为国际司法机构的程序性保全制度，已基本成为跨界环境损害的事前救济制度，其具体标准与要求，还有待于今后案件的进一步验证与发展。

① *Southern Bluefin Tuna Cases (Australia v. Japan)*, Separate Opinion of Judge Treves, para. 9.

② See Malcolm D. Evans, “The Southern Bluefin Tuna Dispute: Provisional Thinking on Provisional Measures?”, (1999) 10 *Yearbook of International Environmental Law* 7, pp. 7-9. 作者认为，本案中的临时措施与风险预防原则无关，法院在“极其紧迫”的认定上前后矛盾。由于《海洋法公约》第290条第1项规定可出于“保护各方权利的需要”裁定临时措施，原告国与法院更好的做法是强调基于三方权利的平等性而裁定临时措施。

③ See D. M. Johnstone, “Fishery Diplomacy and Science and Judicial Function”, (1999) 10 *Yearbook of International Environmental Law* 33.

五 结论

跨境环境损害的补偿始终是国际环境法的核心与关键,解决此类问题,不仅在立法领域要作出努力,更要在司法层面创造性地利用法律、解释法律、推进法律。国际司法机构在跨界环境案的事前救济问题上,展现出司法造法^①对于环境案件的积极意义。诚然,《国际法院规约》规定的司法判决作为确定法律规则的辅助性手段,存在一定争议。然而,由于国际法院及其他司法机构在宣判国际法问题上不可避免地需考虑一般国际法尚未明确阐明的问题,常常履行了重要的创新功能,对于环境法案件更是如此。相对于立法造法的冗长进程,司法造法可在短时间内达到全面的规范适用。当然,司法造法的基础是案件的积累,国际司法机构的跨界环境损害案件为数不多,近期也很难看出会发生争议的大幅增长。国际法院能否在环境法方面发挥司法造法的功能,仍有待于未来案件的检验。

就迄今为止为数不多的环境争讼案件而言,不难看出,当今的环境案件情形复杂,而且一旦产生损害,即很难挽回灾难性的影响。国际司法机构在处理此类案件时,已经充分地认识到,先前的案例所采取的单纯回溯式的损害赔偿的制度与方法已经远远不够,国际司法机构必须兼具有前瞻性的预防性制度与方法。这意味着国际司法机构在制度上进行探索和创新,不能仅仅局限于对已经发生的损害进行填补,也就是从回溯式的观点检验问题、提供事后救济;更重要的是,国际司法机构必须站在一个未雨绸缪、面对将来的风险预防的角度来防范问题,以事前救济来替代和避免事后救济。从经验上看,事后救济是各类法院在传统上经常采取的方式,而事前救济对于各类司法机构都属于新鲜事物。虽然国际司法机构在这些方面作出了一些有益的尝试,但是这些零散的实践还不足以构成一个明确的图景,对于环境损害的事前救济

① 尽管从《国际法院规约》第 59 条可以看出,国际法院在创立之时并无通过司法活动形成判例法之意(实际上该规约基本继承了《常设国际法院规约》,可以认为是 20 世纪初的认知水平以及人们对于常设国际法院的保守估计)。然而,在实践中,国际法院自身和其他国际、国内、区域裁判机构,以及各国际组织、国家、学者都高度重视包括国际法院、WTO 的争端解决机构在内的国际司法机关的判决,而这些司法机构也着力在司法活动中确立一些法律原则,从而形成了“司法能动主义”的趋势,也就是很多学者认识的“司法造法”实践。而且,《国际法院规约》还确立了法院裁决可以作为法律渊源的规范。相关讨论,可以参见 Hans Kelsen, *Principles of International Law* (New York: Rinehart & Company, 1952), p. 407; Cesare p. Romano, “The Proliferation of International Judicial Bodies: The Pieces of the Puzzle”, (1999) 31 *NYU Journal of International Law and Politics* 709; Tom Ginsburg, “Bounded Discretion in International Judicial Lawmaking”, (2005) 45 *Virginia Journal of International Law* 1; Edward McWhinney, “The International Court of Justice and International Law-making: The Judicial Activism/Self-Restraint Antinomy”, (2006) 5 *Chinese Journal of International Law* 3; Pieter Kooijmans, “The ICJ in the 21st Century: Judicial Restraint, Judicial Activism, or Proactive Judicial Policy”, (2007) 56 *International and Comparative Law Quarterly* 741; Tom Ginsburg, “Bounded Discretion in International Judicial Lawmaking”, (2011) 45 *Virginia Journal of International Law* 1; Armin von Bogdandy & Ingo Venzke, “On the Democratic Legitimation of International Judicial Lawmaking”, (2011) 12 *German Law Journal* 1341; Laurence R. Helfer and Karen J. Alter, “Legitimacy and Lawmaking: A Tale of Three International Courts”, (2013) 14 *Theoretical Inquiries in Law* 479; Michelle Everson and Julia Eisner, *The Making of a European Constitution: Judges and Law Beyond Constitutive Power* (Abingdon: Routledge-Cavendish 2007), pp. 104 – 121; Armin von Bogdandy and Ingo Venzke (eds.), *International Judicial Lawmaking: On Public Authority and Democratic Legitimation in Global Governance* (Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, Band 236, Springer, 2012)。中文学术探讨,参见彭淑:《论世界贸易组织争端解决中的司法造法》,北京大学出版社 2008 年版;姜世波:《国际法院的司法能动主义与克制主义政策之嬗变》,载陈金钊、谢晖主编:《法律方法》2009 年第 2 期,第 203 – 214 页。

还需要在以往实践的基础上总结深化，并结合不断出现的新问题、新裁判予以开放性的解读和分析。

A Study on *Ex Ante Facto* Remedy for Transboundary Environmental Damage: The Perspective of International Judiciary

He Zhipeng and Gao Chenchun

Abstract: International judiciaries have not yet generalized a mechanism of *ex post facto* remedy for transboundary environmental damages. The *ex post facto* remedy practiced in the *trail smelter case* was not followed, especially in terms of identification of damage and compensation mechanisms. International legal practices have proved that international environmental law regime is inclined to the construction of preventive, or even precautionary mechanisms, namely, *ex ante facto* remedy mechanisms in respect of environmental damages, rather than *ex post facto* remedies. As a result of extensive states' practices, environmental impact assessment has become one of substantial *ex ante facto* remedies in respect of environmental damages and provisional measure has become one of procedural *ex ante facto* remedies in respect of environmental damages. Above all, the *ex ante facto* remedy for transboundary environmental damage has gradually emerged and taken shape. The international judiciaries are expected to play more significant roles in the future environmental disputes.

Keywords: Transboundary Damage, *Ex Ante Facto* Remedy, Environmental Impact Assessment, Provisional Measure

(责任编辑：郝鲁怡)