

INTERNATIONAL
LAW
REVIEW

国际法评论

(第三卷)

孔庆江 主编



大学出版社

INTERNATIONAL
LAW
REVIEW

国际法评论

(第三卷)

孔庆江 主编



清华大学出版社
北京

内 容 提 要

本卷包含了国际法各个方向近来的一些研究成果。其中,国际公法方向涉及跨界损害损失分担制度、人类共同继承财产原则、国际法院在“科索沃案”中的咨询意见以及在“加勒比海的领土和海洋争端案”的判决书等。国际私法方向的论文则是有关涉港、澳、台区际侵权关系法律适用立法的问题。国际经济法方向的论文涉及的是《联合国国际货物销售合同公约》、《鹿特丹规则》、国际投资、《WTO 政府采购协议》等问题。此外,本卷内容还涉及区域法和国别法的研究,包括欧盟法院的初步裁决制度、欧盟法院关于航空碳税的判决、日本防止串通投标的法律制度、韩国实施《国际刑事法院〈罗马规约〉》法等。

版权所有,侵权必究。侵权举报电话:010-62782989 13701121933

图书在版编目(CIP)数据

国际法评论.第三卷/孔庆江主编.--北京:清华大学出版社,2012.10

ISBN 978-7-302-29806-9

I. ①国… II. ①孔… III. ①国际法—文集 IV. ①D99-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 190106 号

责任编辑:李文彬

封面设计:傅瑞学

责任校对:宋玉莲

责任印制:沈 露

出版发行:清华大学出版社

网 址: <http://www.tup.com.cn>, <http://www.wqbook.com>

地 址:北京清华大学学研大厦 A 座 邮 编:100084

社 总 机:010-62770175 邮 购:010-62786544

投稿与读者服务:010-62776969, c-service@tup.tsinghua.edu.cn

质 量 反 馈:010-62772015, zhiliang@tup.tsinghua.edu.cn

印 装 者:清华大学印刷厂

经 销:全国新华书店

开 本:180mm×255mm 印 张:12.75 字 数:278 千字

版 次:2012 年 10 月第 1 版 印 次:2012 年 10 月第 1 次印刷

定 价:39.00 元

产品编号:047660-01

CONTENTS

ARTICLES

- Historical Evolution on the Institutional Framework of Loss
Allocation in case the of Transboundary Damage/3 Guo Hongyan
- Advisory Opinion of Kosovo Case before the International Court of
Justice: An Answer to the Question not Raised by the
UN General Assembly/11 Zhu Lijiang
- On the Establishment and Development of the Common Heritage
of Mankind/23 Wang Zelin
- Research on the Legislative Problems of the Application of Law in Interregional
Torts related with Hong Kong, Macao and Taiwan/46 Feng Xia
- The Issues on Parties' Choosing CISG as Applicable Law to Govern their
Contract of Sale of Goods/57 Li Wei
- Review of the Identity of the Controlling Party under the Rotterdam
Rules from the Perspective of the Cargo Parties of China/70
Jiao Jie Li Boxuan
- Analysis of Thin-capitalization's Effects on Tax-avoidance/83 Lan Lan
- Are Tradable Carbon Emissions Credits Investment?
——Characterization and Ramification under International Law/96
Lisa Bennett(translated by Hu Xiaoyu)
- Research on China's Accession to GPA/121 Zhang Xifeng
- On the Role of ECJ's Preliminary Ruling System in the Integration
of Europe/131 Cui Yuanyuan

CASES AND FOREIGN LAWS

- Judgment of the Case concerning Territorial and Maritime Dispute
between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea/147
translated by Gao Jianjun
- Judgement of the court of justice of European Union on aviation carbon tax/157

Translated by Zhu Zijin Wang Xiaoqian YangLu

The Act on Punishment of Crimes within the Jurisdiction of the

ICC in South Korea/183

Translated by Zhu Lijiang

**CALL FOR PAPERS AND STYLE NOTES OF “INTERNATIONAL
REVIEW”**

目 录

论 文

- 跨界损害损失分担制度框架的历史沿革/3 郭红岩
另辟蹊径、自娱自乐——简评国际法院“科索沃案”咨询意见/11 朱利江
论人类共同继承财产原则的确立和发展/23 王泽林
涉港澳台区际侵权关系法律适用立法问题研究/46 冯 霞
当事人选择适用《联合国国际货物销售合同公约》问题/57 李 巍
《鹿特丹规则》控制方识别问题述评——以我国货方利益为视角/70 焦 杰 李伯轩
资本弱化之避税效应分析/83 兰 兰
可交易的碳排放配额是一种投资吗?——国际投资法视角下的
定性及衍生问题/96 [美]Lisa Bennett 胡晓雨 译
中国加入《WTO 政府采购协议》研究/121 张西峰
论欧盟法院初步裁决制度在欧洲一体化进程中的作用/131 崔园园

判例及外国法律翻译

- 尼加拉瓜和洪都拉斯在加勒比海的领土和海洋争端案判决书/147 高健军 译
欧盟法院关于航空碳税的判决/157 朱子勤 王小倩 阳 露 译
韩国实施《国际刑事法院〈罗马规约〉》法/183 朱利江 译 张婷婷 校对

《国际法评论》注释体例与约稿函

- 《国际法评论》注释体例/193
《国际法评论》约稿函/197

论 文

ARTICLES

跨界损害损失分担制度框架的历史沿革

郭红岩*

内容摘要：跨界损害损失分担在不背离污染者付费原则的前提下，不再纠缠于谁是致害者以及如何对致害者进行处罚，而是把制度关注的重心放在对受害者的赔偿上，以对受害者的赔偿为起点和目标，逆向设计多重损失分担者的赔偿责任和赔偿义务。本文试图从联合国国际法委员会对跨界损害损失分担概念的提出和内涵的确立，结合相关的条约实践，研究跨界损害损失分担概念的提出、发展以及制度框架建立过程，以期对国际社会建立和完善跨界损害损失分担的法律机制有所裨益。

关键词：跨界损害损失分担 制度框架 历史沿革

跨界损害损失分担是为了保证对受害者进行及时和充分的赔偿，由导致跨界损害的致害活动的经营者、受益者和起源国等主体，按照一定的归责原则和赔偿序位，对跨界损害的受害者所遭受的损失分担赔偿义务的法律机制。

跨界损害损失分担作为跨界损害责任的延伸和发展，是在国家的国际不法行为责任(State Responsibility, 以下称国家行为责任)和国际法不禁止行为损害后果的赔偿责任(International Liability, 以下称国际赔偿责任)不断研究、发展过程中逐渐形成的。^{〔1〕}虽然学界常常把国际赔偿责任等同于跨界损害责任，但实际上两者是有差别的。国际赔偿责任是在研究国际法不禁止行为的跨界损害责任过程中提出和形成的，仅指国家对于在其领土上发生的、抑或在其管辖或控制下的活动所引起的损害赔偿赔偿责任，属于起源国的国际法律责任的范畴。而跨界损害责任则有狭义和广义之分，狭义时仅指国家的国际赔偿责任，广义时则既包括国际赔偿责任，也包括民事经营者的民事赔偿责任，以及其他受益人的损失分担义务。联合国国际法委员会对此问题的研究

* 郭红岩，法学博士，中国政法大学副教授、硕士研究生导师。

〔1〕 习惯上，中文把国家的国际不法行为责任(State Responsibility)称为国家责任，把国家对国际法不禁止行为的损害责任(International Liability)称为国际责任。但“State Responsibility”和“International Liability”在英文中很容易被区别开来，而在中文中，“国家责任”和“国际责任”的区别并不明显。因此，笔者建议，把“State Responsibility”译为“国家行为责任”，把“International Liability”译为“国际赔偿责任”。

编纂历程还告诉我们,广义的跨界损害责任就是跨界损害损失分担。

在跨界损害损失分担机制中,两个最核心的问题是分担跨界损害损失的主体和主体之间的赔偿关系。这两个核心问题,既涉及伦理、法理、法律规则、利益衡平以及现实的可操作性问题,也影响和决定着受害者的实体受偿权利、赔偿义务人的权利及其参与损失分担的积极性。因此,必须从公平、矫正正义和分配正义的角度合理确定赔偿序位。联合国国际法委员会正是围绕这些核心问题,在逐步研究和确立分担跨界损害损失的主体、赔偿序位和赔偿原则等问题的过程中,确立了跨界损害损失分担的制度框架。

一、跨界损害损失分担制度框架提出的历史背景

直到 20 世纪 60 年代,传统的国家行为责任主要限于国家违对外国人待遇方面的义务的后果,即主要涉及一国对其领域内的外国人及其财产造成损害的责任。^{〔2〕} 20 世纪 70 年代初,国际社会开始了对跨界损害问题的研究和审议。跨界损害损失分担的框架体系是在对危险活动跨界损害的预防和责任问题进行研究的过程中逐步提出和形成的。

1973 年,国际法委员会决定,可以在对国家不法行为责任的研究完成之后,开始进行对危险责任的研究和编纂工作,或者同时对两个专题分别进行研究。^{〔3〕}

1978 年,国际法委员会在第 30 届会议上首先成立了一个工作组,审议有关该议题的范围和性质问题。在工作组建议的基础上,委员会指定罗伯特·Q. 昆廷·巴库斯特为特别报告员,并建议联合国秘书处搜集关于该议题的总体研究资料。^{〔4〕} 国际法委员会从此开始了包括国际法不禁止行为的国际赔偿责任的跨界损害责任问题的研究和审议。

1978 年国际法委员会工作组的报告中说,国际法不禁止行为所引起的损害后果的国际赔偿责任问题一直以来都没有被作为一项单独的议题得到其应有的重视,因此,有必要考虑国家在使用本国领土资源时与其他国家之间以及对国际社会的义务的性质,这是研究该问题的起点。^{〔5〕} 现在确定该议题的研究范围也许不合适,但其中一定应当包括原子能和平利用方面国际合作的措施安排、外层空间的法律制度、联合国环境会议以及区域或地方有关分享自然资源文件中所确立的原则、联合国第三次海洋

〔2〕 20 世纪 20 年代以后,以西方国家为主体的国际社会已普遍同意,尽管国家没有义务接纳外侨,但一旦接纳之后,则对该侨民的国籍国负有义务,须依“最低国际标准”对其人身或财产提供保护。参见贺其治:《国家责任法及案例浅析》,法律出版社,2003 年版,第 2 页。

〔3〕 Year Book of International Law Commission(1973)II, p. 169.

〔4〕 直到 1978 年第 30 届国际法委员会,关于国家责任方面的编纂和研究还主要限于国际不法行为责任方面,对于国际法不禁止行为的损害责任问题,国际法委员会并没有做很多的工作。

〔5〕 A/CN.4/L.284 and Corr 1, Report of the Working Group on international liability for injurious consequences arising out of acts not prohibited by international law, para. 9.

法会议所确立的预防海洋污染的原则以及国际社会关于海上石油运输风险的有关成果。^{〔6〕}因为这些领域有三个共同的特征:第一,都和国家使用或管理其本国环境资源有关,或者是在本国领土内,或者是在本国主权管辖之下。第二,这种跨界损害结果可能在另一国领土上产生,或者是在不属于任何国家管辖的地方对另一国的国民或国家财产造成损害。第三,正如该议题的标题所建议的,这种跨界损害结果,以及由该跨界损害结果所引起的责任,应当是产生于国际法不禁止的行为。^{〔7〕}这种责任不同于一国对其领域内的外国人及其财产造成损害的责任。关于国际法不禁止的行为,不能因为这些风险和损害是可以忍受的,就推定该危险或损害已经被接受。除非确实存在着可适用的且为有关国家法律规定必须适用的法律制度,否则,也没有必要去寻求国内法的救济。^{〔8〕}

国际法委员会 1978 年的报告不仅指出了研究和审议跨界损害责任专题的重要意义、已有的实践基础、应当适用的原则以及和国际法其他领域的关系,还指出了跨界损害责任与传统国家行为责任的区别。因此,可以把 1978 年视为跨界损害责任真正开始出现的起点。

1978 年国际法委员会报告指出,不管是对其自身的国家行为,还是其管辖或控制范围内的私人活动,起源国最根本的义务被看作是一种自我克制、谨慎和合理的注意。^{〔9〕}然而,危险活动本身不能提供有关规范其内在风险的责任标准。而且无论规定多么严格的行为标准,以及有多么完美的一般安全记录,这类活动的特点,即危险事故,一旦发生,不论在规模上,还是在程度上,都将产生巨大的危害后果。^{〔10〕}国家已经通过传统制度的方式,一个领域一个领域地建立起了关于这类危险的责任制度。这种赔偿责任(Liability)制度,从内容上,与传统的行为责任(Responsibility)制度更关注责任性质的内容有很大的区别,它更关注特定情形的实际需要。这种赔偿责任有时由国家承担,而有时仅由经营者承担。解决途径往往具有中间性,即首位主要责任由经营者承担,而把起源国看作是一个责任的保证者。^{〔11〕}

1984 年,国际法委员会收到了联合国秘书处编写的题为“国际法不禁止行为所产生的损害性后果国际责任的国家实践概览”,以及对联合国法律顾问于 1983 年以秘书长名义向 16 个选定的国际组织所发调查表的答复。^{〔12〕}1988 年,国际法委员会提交了特别报告员关于第一、二章中一般规定和原则的草案,明确了该专题的有关定义、范围和原则。至此,国际法委员会有关跨界损害责任的研究取得了明显的进展。

1992 年,国际法委员会在第 44 届会议上决定设立一个工作组,以审议与该专题

〔6〕 Ibid. para. 12.

〔7〕 Ibid. para. 13.

〔8〕 Ibid. para. 15.

〔9〕 Ibid. para. 19.

〔10〕 Ibid. para. 20.

〔11〕 Ibid. para. 21.

〔12〕 调查表是要查明各国彼此应尽的义务以及作为国际组织的成员应尽的义务是否足以履行或取代某些主体纲要中提到的程序,并了解上述组织在各自的活动领域中有关这一专题的实践。

的范围、应就该专题采取的办法以及该专题今后工作的可能方向等一般性问题。根据工作组的建议,委员会在1992年决定就该议题进行分阶段的工作,即先完成关于跨界损害的工作,再进行关于补救措施的工作。

联合国国际法委员会自1978年开始着手国际法不加禁止的行为所致跨界损害责任问题的编纂工作,一直到决定将“预防”和“损失分担”两个专题分开编纂的1997年,将近20年间共收到了所指定的特别报告员的17份报告,其中,1996年《关于国际法不加禁止的行为所引起的损害性后果的责任条款草案》,标志着国际法委员会关于该专题的工作取得了重大进展。^[13]但由于各种主客观原因,该条款草案最终搁浅。^[14]由于该条款草案的范围是关于起源国的责任和义务,所以,没有涉及经营者和受益者的责任和义务问题,当然也没有谈及损失分担问题。

1997年,国际法委员会转换思路,决定将该专题分为两个部分进行编纂:一个专题涉及制订国家预防义务的“预防草案”,一个专题是确定以经营者为主、以国家为辅的“责任草案”,因为预防问题和责任问题虽相互联系,却又相互区别。委员会应在“预防危险活动的跨界损害”的小标题下着手开展关于“预防”的工作,而将关于“国际责任”专题的决定推迟到各国政府在联合国第六委员会或以书面形式提出进一步评论意见以后再做出。^[15]

2001年,在国际法委员会第53届会议上,以第A/CN.4/L.601号文件二读通过的《“预防危险活动的跨界损害”的序言和条款草案》。^[16]该条款草案的主要目的是对“预防”问题的研究和审议,所以并没有涉及国际法不加禁止的其有形后果有造成重大跨界损害的危险活动的国际责任问题。

由于1997年国际法委员会把关于跨界损害的研究编纂工作分为两个专题,并且委员会建议关于赔偿责任议定书的谈判在关于预防制度的二读最终确定下来之前暂时停止。^[17]所以,尽管在1999年特别报告员彭马拉朱·斯雷尼瓦萨·拉奥提出的第二次报告中开始涉及损失分担^[18],但在国际法委员会2000年和2001年的报告中都没有具体讨论赔偿责任和损失分担问题。

二、跨界损害损失分担制度框架的提出和形成

在国际法委员会对国际法不加禁止行为所引起的损害后果的责任进行编纂的过程中,最早系统提出跨界损害损失分担的概念是在2002年国际法委员会第54届会议上。

[13] 然而,美国极力反对该条款草案。参见A/CN.4/481,即1997年国际法委员会《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》各国政府提出的评论和意见。

[14] 万震:《跨界损害责任制度的新发展》,载于《当代法学》2008年1月第1期,第121页。

[15] A/CN.4/L.536, p. 2.

[16] A/CN.4/L.601.

[17] A/CN.4/501, para. 70.

[18] Ibid, para. 51, 67.

2002年,国际法委员会设立了“未能预防危险活动所造成的跨界损害的国际责任”的工作组,由特别报告员彭马拉朱·斯雷尼瓦萨·拉奥任主席。工作组根据联合国大会第56/82号决议审议关于国家“因事先未能履行关于预防的条文草案中为国家设定的预防义务将会给国家带来责任”^{〔19〕}的问题。在委员会的报告中,提出了损失分担,开始了对跨界损害责任和损失分担问题的实实在在的研究,打破了在国际赔偿责任问题上编纂的僵局和困境,使对跨界损害国际责任的研究和编纂进入了新的时代。

在2002年国际法委员会工作组的报告中,不仅首次正式使用了“跨界损害损失分担”这一术语,而且对跨界损害损失分担的主体、适用的法律原则以及相应的财务保证机制等都进行了研究和探讨。工作组在报告导言中指出,“委员会在处理本专题有关危险活动造成的重大跨界损害的相关内容时,最重要的任务是使损失在危险活动的不同参加者(例如活动的授权者、管理者或受益者)之间分担,使他们按照具体的制度或通过保险机制来分担风险。”^{〔20〕}文中不仅使用了“损失分担(allocation of loss)”^{〔21〕}的概念,还提出了分担损失的主体应包括活动的授权者、管理者或受益者。委员会认为,“必须确定一个起点,以便启用所造成损失的分担制度”。^{〔22〕}

在关于“经营者^{〔23〕}和国家在分担损失中的作用”部分中,报告指出:“第一,原则上不应让无辜的受害者承担损失。第二,关于分担损失的任何制度必须确保对所有参与危险活动的当事方建立有效的激励机制以便在预防和应对工作中采取最佳的做法。第三,这一制度应该广泛地涵盖国家以外的各种有关参与者。这些参与者包括私人实体,例如经营者、保险公司和工业基金的联合体。”^{〔24〕}关于经营者的作用,报告指出,“经营者由于对活动进行直接的控制,因此应在任何分担损失的制度中承担主要责任。经营者所承担的损失份额将包括在损失发生时他需要承担的控制损失的费用,以及恢复和赔偿的费用。在求算这些费用时,特别是有关恢复和赔偿的费用时,起源国是否履行了预防义务、是否对作业进行了适当管理等是需要考虑的重要因素。其他需要考虑的因素包括第三方的参与、不可抗力和损害的不可预见性等”。^{〔25〕}

在审议国家在分担损失中的作用时,委员会认为,国家“在制订适当的国际和国内责任机制以实现公平的损失分担方面起到关键性的作用”。^{〔26〕}工作组还讨论如果对

〔19〕 A/CN.4/L.627, para. 2.

〔20〕 Ibid, para. 4.

〔21〕 报告的中文本使用的是“分配损失”,但英文本中则使用了“Loss of Allocation”,且后来的相关英文本中均使用“Loss of Allocation”,所以,本文除特殊情况外,均使用“分担损失”的用法。参见 A/CN.4/L.627 的英文本和中文本。

〔22〕 A/CN.4/L.627, para. 7.

〔23〕 中文本有时使用“操作者”,有时使用“经营者”,其实英文中一直使用的是“operator”,即中文中的“经营者”一词。为了关键词汇用法上的统一,本文统一采用“经营者”这一用语。参见 A/CN.4/L.627 的英文本和中文本。

〔24〕 A/CN.4/L.627, para. 8-9.

〔25〕 Ibid, para. 10.

〔26〕 在这一方面,有一种意见认为,应制订出这样的计划以便确保操作者内部消化其作业的所有费用,因此没有必要使用公共经费来赔偿这种危险活动所产生的损失。如果缔约国本身是操作者的话,其也应根据这种计划承担责任。参见 A/CN.4/L.627, para. 14.

于危险活动造成的跨界损害存在剩余的国际赔偿责任的话会产生什么问题,因为在这种情况下,应由哪一个国家来参与分担损失并不是不言自明的。在一些情况下,起源国可能负有责任。会议指出,“授权或监测有关作业或从中受益的国家也应参与承担损失。在其他情况下,责任可能落在有关经营者的国籍国身上。在确定国家在损失分担方面的作用时可以考虑国家控制的程度,以及国家作为有关活动受益者的情况”。^[27]

在这次会议上,工作组还审议了制定适当的保险机制和赔偿基金机制是否有益的问题。“由属于同一行业的经营商向一些筹资机制作强制性的捐款,并由缔约国拨给专用经费来应付危险活动造成重大损害产生的紧急和意外事件。”^[28]“保险业并不总是对许多危险活动产生的损害进行保险,特别是那些被认为特别危险的活动。在这种情况下,由缔约国提供国家经费或激励机制以便能得到这种保险的做法是值得提倡的。”^[29]“在任何有关损失分担的制度中,如果恢复和赔偿的费用超过现有的保险或经营商生存所必需的自有资源的限度,那么就不能设想经营商的责任份额应当是充分和无所不包的。因此,对经营商在重大意外事件中损失的份额可以加以限制。如果经营商的赔偿责任是严格的或绝对的,那么其份额就应当受到限制。经营商不能偿还的其余损失就得由其他主体来分担。”^[30]

从委员会报告的内容及其对跨界损害损失分担的系统讨论和论证来看,跨界损害损失分担的概念不仅被正式提出,而且开始得到国际法学界和实践领域的广泛关注。也正是由于在国际和国家层面上的许多领域中都已经积累了大量的跨界损害损失分担的实践,因此,国际法委员会在这方面的的工作非常顺利。先后经过 2003 年、2004 年特别报告员的两次报告,各国的评论意见及其反馈,对联合国秘书处提供的各国责任概览的研究等。到 2006 年国际法委员会第 58 届会议上,起草委员会二读通过了“关于危险活动造成的跨界损害损失分担的序言和原则草案的标题和案文”,即 2006 年《损失分担原则草案》,形成了跨界损害损失分担法律制度的普遍性的基础框架,表明国际社会有决心建立一套国际制度,落实国家和各国国内经营者的跨界损害责任和损失分担义务,为受害者最终实现跨界索赔提供国际和国家层面的保障。

三、跨界损害损失分担制度框架的内容和意义

2006 年《损失分担原则草案》除序言外,共有 8 条原则。该原则草案在序言中指出,尽管有关国家遵守关于预防危险活动造成跨界损害的义务,危险活动引起的事件仍会发生;注意到由于这种事件,其他国家和(或)其国民可能遭受的损害和严重损失,强调应当制定适当而有效的措施,以确保因这种事件而蒙受损害和损失的自然人

[27] A/CN.4/L.627, para. 15.

[28] Ibid, para. 11.

[29] Ibid, para. 12.

[30] Ibid, para. 13.

和法人,包括国家,能够获得及时和充分的赔偿;国家应当采取及时而有效的措施,以最大限度地减少这类事件可能造成的损害和损失,国家对违反国际法规定的预防义务负有责任。2006年《损失分担原则草案》的目的是确保蒙受损害和损失的自然人和法人,包括国家,得到及时和充分的赔偿;在发生跨界损害时维护 and 保护环境,特别是减轻对环境的损害以及恢复环境或使之复原。该草案也明确强调了国家的预防义务,如果违反预防义务,则应当承担责任。

该原则草案首先明确了适用的范围,即适用于国际法未加禁止的危险活动所造成的跨界损害。在第2条“用语”中,对“损害”、“环境”、“危险活动”、“起源国”、“跨界损害”、“受害者”和“经营者”都做了明确的通常意义的界定。关于“及时和充分的赔偿”,该原则草案要求:各国应当采取一切必要措施,确保其领土上或其管辖或控制下的危险活动所造成跨界损害的受害者获得及时和充分的赔偿;这些措施应当包括要求经营者或酌情要求其他人或实体承担赔偿责任,这种赔偿责任不应当要求证明过失;这些措施也应当包括要求经营者,或者酌情要求其他人或实体为偿付索赔建立并保持财务担保,例如保险、保证金或其他财务保证;在适当情况下,这些措施应当包括要求在国家一级设立工业基金;若以上各段中所列措施不足以提供充分的赔偿,起源国还应当确保有另外的财政资源可用。该原则草案还对“反应措施”、“国际和国内救济”、“专门的国际制度”和本原则草案的“执行”都做了原则性的规定。该原则草案虽然只有8条原则,但是其对于跨界损害损失分担的制度框架以及与国内法与国际义务的衔接提供了一个很好的模式。在各有关国家内部以及在各有关国家之间可以在原则草案所提供的模式内进行研究和制度设计,具体实践和落实跨界损害损失分担。因此,2006年《损失分担原则草案》标志着跨界损害损失分担作为一个有机的框架体系已经确立起来。

如果单从国际法委员会的编纂成果看,跨界损害损失分担作为一种普遍性制度的框架体系的确立只是近几年的事,但在有关跨界损害责任的国际公约领域,跨界损害损失分担的观念不仅早已形成,而且已经形成了相应的条约制度体系。

长期以来,跨界损害损失分担在一些跨界损害事件发生频率较高的领域虽然早已形成,但在其内涵和框架体系方面却没有清晰的界定。是联合国国际法委员会,沿着国家行为责任、跨界损害、跨界损害的预防以及跨界损害责任、跨界损害损失分担的脉络,使跨界损害损失分担的概念逐渐清晰和体系化,并为国际社会完善跨界损害损失分担的制度和机制建设提供了框架性的示范作用。因此,关于跨界损害损失分担的制度和框架体系的形成,既是国际社会关于跨界损害损失分担的条约实践和国家实践的积累和总结,也是联合国国际法委员会多年来辛勤努力的结果,是联合国国际法委员会关于跨界损害损失分担制度的编纂,是对如核损害、空间物体的损害、海上油污损害、危险废弃物越境转移的损害等原有国际法领域的责任制度的总结和概括。跨界损害损失分担不仅涉及国际公法,也涉及国际私法和国内法,不仅需要国际法规则规定有关的主体分担跨界损害损失的国际法上的义务,还需要通过相应的国内法中的实体规则和程序规则予以保障。当然,不同领域的国际法、甚至国际法与国内法在保护

相同权益的规定上可能有所不同。因此,国际法委员会在编纂 2006 年《损失分担原则草案》的过程中,非常清楚地界定了本次编纂与其他国际条约之间的关系,并以“一般性”和“剩余性”来解释该原则草案的地位:“一般性”是指 2006 年《损失分担原则草案》具有一般适用性,“剩余性”则意味着在有特别条约规定时,当事国应适用其特别规定。^[31]

因此,2006 年《损失分担原则草案》实际上是协调国内法和国际制度的一个调节器或杠杆,必须考虑适用于所有的跨界损害领域,并且应与现有规则进行有效衔接。确定经营者的民事赔偿责任成了起源国必须履行的国家义务;弥补受害者的剩余损失不仅是经营者以外的其他主要受益者的义务,也成为起源国的国际义务和国际赔偿责任。通过起源国国际义务与经营者和受益者义务的对接,实现对受害者损失的分担,使跨界损害受害者的合法权益得到保障,不再受制于各国法律机制的条块分割或国家保护主义的无理侵害。

Historical Evolution on the Institutional Framework of Loss Allocation in the case of Transboundary Damage

Guo Hongyan

Abstract: Not deviating from the ‘polluters pay principle’, loss allocation in the case of transboundary damage does not get entangled in who causes the damage or how to punish the person caused damage, but focuses on compensation and how to restore a happy life and development rights to victims. Taking the victim’s compensation as the starting point and the goal, loss allocation in the case of transboundary damage reversely designs a system in which multiple subjects allocate liability or obligation in order to compensate victims. By studying how and what the International Law Commission worked, relevant treaty practice of the international community on loss allocation in the case of transboundary damage, this article attempts to study the historical evolution of loss allocation in the case of transboundary damage in order to be helpful for the international society to develop and perfect the legal mechanism of loss allocation in the case of transboundary damage.

Key Words: Loss Allocation in the case of Transboundary Damage Institutional framework Historical Evolution

[31] 万震:《跨界损害责任制度的新发展》,载于《当代法学》2008 年 1 月第 1 期,第 121-122 页。

另辟蹊径、自娱自乐

——简评国际法院“科索沃案”咨询意见

朱利江*

内容摘要：“科索沃案”是国际法院第一次就某个政治实体宣布独立是否符合国际法发表咨询意见的案件，其咨询意见对于澄清国际法中的领土完整原则的适用范围以及对安理会决议的解释等方面具有重要意义。不过，法院通过动用调整提问的权力绕开了不少棘手的国际法问题，化被动变主动，回答了一个根本不是联大提问的问题，具有答非所问的嫌疑。

关键词：国际法院 科索沃 领土完整 民族自决

2010年7月22日，受到国际社会高度关注的“关于科索沃单方面宣布独立是否符合国际法(请求发表咨询意见)”案(下称“科索沃案”)经历一年零十个月的审理之后终于在海牙和平宫出炉。^{〔1〕}由于本案是在国际法历史上第一次就一个政治实体宣布独立是否符合国际法请求国际法院(下称“法院”)作出回答，因此这一案件从被提交的时刻开始就受到广泛关注。人们一直在期待，在这么一个政治对法律发挥尤其重大影响的国际法问题上，作为联合国主要司法机关的国际法院会出具何种意见。现在终于有了答案。法院14位法官在咨询意见的最后结论中：(1)全体一致认为，对本案发表咨询意见具有管辖权；(2)以9票对5票，决定答应请求，发表对本案的咨询意见；(3)以10票对4票，认为2008年2月17日通过的科索沃独立宣言并不违反国际法。^{〔2〕}

本案在国际法中具有重要意义，它不仅在国际法历史上第一次就政治实体宣布独

* 中国政法大学国际法学院副教授，韩国首尔大学法学院2010—2011年访问学者。

〔1〕 ICJ, *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence*, Advisory Opinion, 22 July 2010, 咨询意见英文全文可访问：

<http://www.icj-cij.org/docket/files/141/15987.pdf>? PHPSESSID=073cb464b7bd2ce6372ea17c26aeb4e7, 下称“Kosovo case”。

〔2〕 Advisory Opinion, para. 123. 国际法院由15位法官组成。由于来自中国的史久镛法官的辞职在2010年5月28日生效，因此他虽然参与了对本案的口头审理，但没有参与投票。参见：Advisory Opinion, para. 16.