

# 跨界含水层法条款草案的治理价值与作用

赵 洲

**摘 要:** 对于跨界含水层的开发利用、保护与管理问题,目前所形成的跨界含水层法条款草案不是对既有的习惯国际法的编纂,也没有成为开放性的条约文本或软法文件。但是,条款草案依托和反映的是既有的国际法原则,因而在总体上蕴含着一种框架原则性的“协同”效力。条款草案的治理价值与功能在于,它使各国考虑、兼顾他国的主权和利益,并审慎地决策和行动,诱导有关国家就跨界含水层问题达成双边协定和区域安排。条款草案形成了“权利义务柔性平衡”的治理结构,以及以框架义务为基础的动态治理模式,这是治理跨界地下水资源问题的适宜路径和方法。中国应当根据条款草案采取必要的响应策略,在跨界含水层问题上正确地维护本国利益,并积极推进国际协调合作。

**关键词:** 含水层; 条款草案; 国家主权原则; 治理

**中图分类号:** D922.661 **文献标识码:** A **文章编号:** 1671-0169(2015)01-0021-10

随着淡水资源供给的日益紧张与淡水需求的不断增长,各国开始高度重视和积极开发利用地下水资源。在此过程中,蕴含地下水的跨界含水层的利用、保护与国际协调合作问题日益凸显。由于缺乏全球性的、权威的法律来规范跨界地下水的开发利用、保护与管理活动,联合国国际法委员会开始编纂和发展有关跨界含水层的国际法规范。2002年,国际法委员会将“共享的自然资源”列为编纂、发展的专题。该专题首先集中于跨界地下水的研究。2006年,国际法委员会审议并一读通过了跨界含水层法条款草案以及各条评注。2008年,国际法委员会二读通过了跨界含水层法修订案文。近年来,在联合国国际法委员会和第六委员会的编纂和推动下,联大分别于2008年、2011年和2013年通过了有关跨界含水层法条款草案的决议<sup>①</sup>。这些决议指出,国际社会已经注意到跨界含水层问题是国家间关系上至为重要的主题,需要通过国际合作为今世后代合理、妥当地管理跨界含水层这一极为重要的自然资源。决议提请各国注意跨界含水层法条款草案,以及其为妥当管理跨界含水层,订立双边或区域协定和安排方面所提供的指导。为此,有必要深入分析跨界含水层法条款草案的内涵、规范价值、作用等,以及以条款草案为基础所形成的治理结构和模式,进一步推进有关跨界地下水资源的全球治理。

## 一、跨界含水层法条款草案的框架内涵及其“协同”效力

跨界含水层法条款草案首先回顾和考虑了拟定条款草案所依托的既有国际法原则和义务,它们主要包括:自然资源之永久主权原则,环境保护的原则和义务,以最佳和可持续方式利用自然资源原则,国

基金项目: 国家社科基金一般项目“我国政府参与全球性治理若干法律问题研究”(10BFX098)

作者简介: 赵洲,法学博士,南京审计学院法学院教授(江苏南京211815)

<sup>①</sup> General Assembly Resolution of United Nations *The Law of Transboundary Qquifers*, A/RES/63/124, 15 January 2009. General Assembly Resolution of United Nations *The Law of Transboundary Qquifers*, A/RES/66/104, 13 January 2012. General Assembly Resolution of United Nations *The law of Transboundary Aquifers*, A/RES/68/118, 19 December 2013.

际合作和睦邻友好原则,考虑发展中国家的特殊状况。这些国际法原则和义务已经为国际社会广泛承认和接受,从而为编纂和逐渐发展有关跨界含水层的国际规范提供了框架结构性的依据。

条款草案在其正文中首先精确地描述、界定了跨界含水层法的适用范围和相关术语<sup>[1]</sup>。然后,条款草案提出了若干项一般原则。

第一、对于含水层和含水层系统这一特定的自然资源,条款草案首先确立了国家主权原则。条款草案第3条明确规定,每一含水层国对跨界含水层或含水层系统位于其境内的部分拥有主权。但是,这种主权并不是绝对的,条款草案同时规定,含水层国应按照国际法和本条款行使主权。Eckstein教授分析指出,在有关条款草案的讨论中,联合国国际法委员会和第六委员会的众多成员认为,自然资源之永久主权是该主题事项的中心,它必须在条款草案中得到承认。主张在条款草案中确立主权原则的意见所特别关注的是,消除将地下水资源作为人类共同继承的财产这样的观念。当然,含水层国的主权不是绝对的,它受到公平合理利用原则、不造成重大损害原则,以及信息交流、监测等义务的约束限制<sup>[2]</sup>。“共享自然资源”专题的特别报告员山田中正认为,正是联合国在1962年通过了“自然资源之永久主权”的决议,许多含水层国主张认为,含水层类似于矿物资源,应该属于该决议的调整范围。相应地,这些国家坚持在条款草案中包含主权条款。值得注意的是,条款草案同时要求,含水层国应按照国际法和本条款行使主权。因此,主权条款是平衡适当的<sup>[3]</sup>。值得注意的是,对于条款草案所规定的主权原则,一些质疑或否定的意见认为,一国可以对含水层的地质构造拥有和行使主权,但这并不意味着一国可以对蕴藏在地质构造中的跨界水资源行使主权。由于水资源具有循环流动的性质。所以,它不适合领土主权的概念<sup>[4]</sup>。这些意见的主要问题在于,它们将国家主权与财产权混为一谈。财产权是针对特定的物或权利能够拥有和行使的垄断的、排他的权利,包括占有、使用、收益、处分方面的法律权利,而国家主权则意味着独立自主性与国内最高性,它是一种境内管辖与控制上的自主权与最高权威。某种资源在自然性质上能否被垄断、排他地占有、使用确实决定着财产权能否成立,但它并不妨碍主权的存在与行使。水资源上的主权并不意味着不要求对水资源垄断、排他地占有、使用,其核心内涵和本质是,在开发利用、保护、管理境内水资源问题上,国家拥有独立自主的决策权与行动自由,其他国家没有批准或否决的权利,在国家之上也不存在着更高的决策权威。值得一提的是,1997年联合国大会通过的《国际水道非航行使用法公约》中,没有关于主权的相关条款。然而,正是由于对主权这一国际社会中极为重要的基础性原则的忽视,参加和批准该条约的国家寥寥可数,至今尚未生效。在这样的背景下,作为跨界水资源问题上的最新立法进展,条款草案再次肯定和明确规定了主权原则,其重要意义和价值不言而喻。

第二、条款草案确立了公平合理利用原则,同时界定了该原则的具体内涵与相关的因素。条款草案第4条明确要求,应以符合相关含水层诸国公平合理从中获益的方式利用跨界含水层或含水层系统;应谋求从含水层水的利用中获取最大长期惠益;应基于其目前和将来的需要及替代水源的考虑,单独或联合制定全面利用规划;对于有补给跨界含水层或含水层系统的利用程度不应妨碍其持续保持有效功能。条款草案第5条要求考虑的相关因素主要包括:每个含水层国依赖含水层或含水层系统生活的人口;目前和未来的社会、经济及其他需要;对其他相关含水层国的实际和潜在影响;有无替代办法;开发、保护和养护以及为此而采取的措施的代价;含水层或含水层系统在有关生态系统中的作用。

第三、条款草案确立了不造成重大损害的原则。条款草案第6条明确规定,含水层国在其境内利用跨界含水层或含水层系统以及在此之外的其他活动时,应采取一切适当措施,防止对其他含水层国或排泄区所在的其他国家造成重大损害。如果含水层国的活动对他国造成重大损害,该含水层国应与受影响国协商,采取一切适当应对措施,消除或减轻这种损害。

第四、条款草案确立了一般合作原则。条款草案第7条明确规定,含水层国应在主权平等、领土完整、可持续发展、互利和善意的基础上进行合作,使跨界含水层或含水层系统得到公平合理利用和适当保护。

第五、条款草案确立了信息交流原则。根据条款草案第8条,应定期交流有关跨界含水层或含水层系统状况的现成数据和资料,对于非现成数据和资料,应尽力收集、完善和提供。但是,为确保国家安全

利益 条款草案第 19 条明确提出 不要求一国提供对其国防或国家安全至关重要的数据或资料。

第六、条款草案确立了鼓励双边和区域协定和安排的原则。就整个含水层或含水层系统或其中任何部分或某一特定项目、方案或利用活动 条款草案鼓励含水层国相互订立双边或区域协定或安排。

综上 在条款草案所确立的这些原则中 既有更为宏观的基础原则 如主权原则、公平合理利用原则、国际合作原则 也有更为具体的专门原则 如信息交流原则、鼓励双边和区域协定和安排的原则。就这些原则的相互关系而言 条款草案试图使它们相互平衡与关联支撑。但是 不可否认的是 某些原则可能处于更为核心与基础的地位 如主权原则。而且 这些原则相互之间可能存在着紧张与冲突 如对主权原则的坚守将影响、阻碍公平合理利用原则、信息交流原则等。

在确立了一般性原则的基础上 针对跨界含水层保护、保全和管理上的具体特点和需要 条款草案拟定了一系列具体责任和义务。第一、含水层国对生态系统的保护和保全的义务。含水层国应采取一切适当措施 保护和保全跨界含水层或含水层系统内的生态系统或依赖这些含水层或含水层系统生存的生态系统 包括采取措施确保含水层或含水层系统所保留的水以及经排泄区排出的水的质量和数量足以保护和保全这些生态系统。长期以来 在有关跨界水资源利用、管理的相关国际法文件和实践中 对生态系统的保护尚未引起足够的关注和重视<sup>[5]</sup>。条款草案所设定的这项义务有效地弥补了这个缺陷。第二、含水层国对补给区和排泄区的保护义务。含水层国应查明其境内存在的跨界含水层或含水层系统的补给区和排泄区 并采取适当措施 防止和最大限度减少对补给和排泄过程的有害影响。其他的有关国家应与含水层国合作 保护该含水层或含水层系统和相关的生态系统。第三、含水层国防止、减少和控制域外重大不利影响的义务。含水层国应单独并酌情联合防止、减少和控制可能给其他国家的含水层造成重大损害的污染。第四、含水层国单独或联合监测的义务。含水层国应使用商定或统一的标准和方法监测其跨界含水层或含水层系统。只要有可能 含水层国均应与其他有关含水层国联合开展监测活动 并酌情与主管国际组织协作开展这种活动。第五、含水层国单独或联合管理的义务。含水层国应制订并执行妥当管理跨界含水层或含水层系统的计划。含水层国应根据请求 就跨界含水层或含水层系统的管理进行协商。应酌情建立联合管理机制。第六、风险预防评估、通报与协商的义务。如果有合理理由认为 其境内活动可能对另一国造成重大不利影响 该国应在切实可行的情况下 对此活动可能造成的影响进行评估。一国在实施或允许实施此类活动之前 应将此事及时通知该国。并提供相关资料。如果对可能造成的影响存在异议 双方应进行协商 并在必要时进行谈判 以期公平解决问题。此外 条款草案还规定了紧急情况下的及时通报与合作应对的义务。综上 含水层国对于其本国境内的跨界含水层或含水层系统虽然拥有完全的排他的主权 但是 含水层国行使这样的主权并不是任意的 而必须承担和履行一系列具体的实质上的和程序上的义务。

跨界含水层法条款草案目前尚未成为一个开放式的供各国签署、加入的正式条约文本 也不是一个为联大决议所通过的宣言性质的软法文件。而且 由于国际社会在跨界含水层问题上既有的习惯规则相当缺乏 所以 条款草案也不是对习惯国际法的编纂 而是逐渐发展有关跨界含水层问题的国际法规范。目前的联大决议仅仅只是将其作为一种拟定的条款草案提请各国注意 将其作为妥当管理跨界含水层 订立双边或区域协定和安排方面的指导。但是 笔者认为 条款草案所设定的各项具体的义务虽然没有直接的国际法规范上的约束力 但是 条款草案依托和反映的是既有的一些基本的国际法原则 如自然资源之永久主权原则 环境保护的原则和义务 以最佳和可持续方式利用自然资源原则 国际合作和睦邻友好原则等 因而条款草案在总体上蕴含着一种框架原则性的“协同”效力 可以为跨界地下水资源的全球治理提供基础性的规范力量。

跨界含水层法条款草案不仅对各国设定了各项一般性的原则 而且提出了各项更为具体的行为义务。由此而产生的问题在于 条款草案中所展开的一般原则和具体义务是否超越了时代环境的容纳限度 从而使条款草案不能从既有国际法原则中获得框架原则性的“协同”效力。在一个相互联系依赖日益紧密的国际社会里 随着各国竞相大力推进本国的经济、社会、文化事业等 各国在资源的开发利用与环境保护上矛盾冲突日益凸显 国际社会需要依据既有国际法原则进一步编纂和发展出更为具体的协

调合作义务。同时,人类社会已从工业文明逐步进入到一种“风险社会”状态,“风险社会的特征是愈来愈多的环境退化的矛盾——被感知到的和可能的——伴随着关于环境的法律和法规的扩张。然而同时,没有一个人或一个机构似乎明确地为任何事负责”<sup>[6]</sup>。因此,为了有效应对“风险社会”的不确定性与潜在的共同威胁,国际社会迫切需要根据既有国际法原则进一步编纂和发展出有关风险识别、评估、风险预防以及风险责任分配的特定的规则、制度等。因此,跨界含水层法条款草案所设定的各项具体的义务是根据时代发展需要对既有国际法原则所作的延续和具体展开。更重要的是,根据当代的国际社会的框架结构和秩序,这些拟定的义务是基于既有国际法原则可以合理推导出的应然义务,而不是超越时代需要和国际社会结构的理想要求。也就是说,条款草案并没有试图构建超越主权国家的权威及相应的义务安排,而是依然以充分确认和保护各国对跨界含水层这一特定的自然资源的主权和利益为基础,进而根据跨界含水层保护、保全和管理上的具体特点和需要拟定了具体的义务。有理由相信,在假定的跨界含水层国际纠纷中,争端解决机构可以合理推导出与条款草案所拟定义务大致相同的义务。因此,即便跨界含水层法条款草案尚未成为条约规范或联大宣言这类软法规范,但由于与既有国际法原则协调一致,并符合时代变化发展的客观需要与容纳限度,条款草案也就具有了一种框架原则性的“协同”效力,因而可以而且应该为跨界地下水资源的全球治理提供依据和动力。

## 二、“权利义务柔性平衡”的治理结构

针对跨界含水层的开发利用以及保护、管理问题,条款草案一方面确立了国家主权原则,确认各国在跨界含水层的开发利用以及保护、管理问题上的主权权利,另一方面,条款草案对含水层国以及相关国家施加了各项约束要求,如公平合理利用原则、不造成重大损害的原则、一般合作原则、信息交流原则。针对跨界含水层保护、保全和管理上的具体特点和需要,条款草案更是拟定了一系列具体责任和义务。对此,需要进一步研究的是,条款草案所赋予的权利和施加的义务之间究竟构成怎样的关系,对跨界地下水资源的全球治理塑造了怎样的框架结构。

从规范性质上来看,跨界含水层法条款草案所确立的一般性原则,以及跨界含水层保护、保全和管理上的各项义务主要是一种行为义务要求,而不是强制要求达到各种特定结果的义务要求。从条款草案所确立的一般约束原则来看,公平合理利用原则、一般合作原则、信息交流原则对含水层国家及有关国家所要求的只是采取和实施一定的行动,以及进行必要的综合权衡考虑。即便是不造成重大损害的原则,它也不要求保证绝对不发生重大损害。条款草案所要求的是,采取一切适当措施,防止对其他含水层国或排泄区所在的其他国家造成重大损害。如果对他国造成重大损害,含水层国应与受影响国协商,采取一切适当应对措施,消除或减轻这种损害。从跨界含水层保护、保全和管理上的各项义务来看,条款草案所要求的也是各种行为义务要求,而非各种结果义务要求。对生态系统的保护和保全,条款草案要求含水层国履行采取一切适当措施的义务,对补给区和排泄区的保护,要求含水层国履行查明的义务,以及采取适当措施防止和最大限度减少有害影响的义务。对于含水层或含水层系统和相关的生态系统的保护,条款草案要求其他有关国家履行与含水层国合作的义务。对于可能发生的域外重大不利影响,条款草案要求履行防止、减少和控制的义务。条款草案还要求含水层国履行单独或联合监测、管理的义务。对于可能发生或已经发生的风险损害,条款草案要求履行风险预防评估、通报与协商应对的义务。综上,跨界含水层法条款草案所设立的显然是一种框架性的行为履行义务,至于具体如何履行以及达到何种目标和效果,条款草案并没有提出强制性的统一要求,而是留给各国自主考虑和行动。更重要的是,条款草案并没有将这些行为履行义务作为一国开发、利用跨界含水层这一特殊自然资源的先决条件。事实上,即便存在着这些行为履行义务,含水层国对其境内的含水层这一特殊自然资源依然保有足够的自主权与行动自由,也就是说,条款草案所设立义务并不能使其他国家或国际组织获得某种批准同意权或否决权。在极端情形下,开发、利用含水层的主权更为突出与优先。条款草案第17条规定,如果紧急情况对人的基本需求构成威胁,尽管有第4条和第6条的规定,含水层国还是可在严格必要的限度内,采取措施满足这些需求。因此,从总

体的约束效果和作用来看,条款草案设立各种行为义务并不在于硬性限制主权权利,而在于促使各国进行审慎考虑和利益平衡,最终实现各国的权利与利益的协调平衡。因此,条款草案所赋予的权利和施加的义务之间所构成的是一种柔性平衡关系,对跨界地下水资源的全球治理塑造了“权利义务柔性平衡”的框架结构。

条款草案所形成的这种“权利义务柔性平衡”的特殊结构关系并不是独有的。在有关国际法不加禁止活动的国际责任的编纂和发展方面,所形成的是同样的“权利义务柔性平衡”的结构关系。在从事国际法不加禁止活动方面,主权国家同样也需要承担、履行预防、管理、通报、协商等责任,但是,这并不意味着国家在其领土范围之内从事危险活动需事先征得可能受到影响的国家的同意,赋予可能受影响国的权利并没有给予它们否决活动或项目本身的权利。各国采取适当措施或尽量减少损害的措施的义务是一种适当注意的义务,但它并不保证损害不会发生,其目的和效果是促使各国审慎考虑和行动,实现各国主权权利与利益的协调平衡<sup>[7]</sup>。2010年4月,国际法院对“乌拉圭河纸浆厂案”作出裁决。针对事先通知义务的效果是否等于“事先知情同意”问题,国际法院裁决认为,在阿根廷与乌拉圭谈判期间,事先通知的效果包含着“不建设的义务”。但是,谈判期限结束后,乌拉圭单方面授权建设和运行纸浆厂并不违反国际法,只要不对阿根廷造成重大损害。这表明,国际法院更侧重于尊重国家自主开发利用共享资源的主权和正当需要<sup>[8]</sup>。这些情况表明,在自然资源的开发利用和环境保护方面,目前不太可能形成超越国家主权的权利义务安排。跨界含水层法条款草案编纂、发展的状况符合这一客观现实。值得注意的是,在跨国水资源问题上,存在着所谓的“有限领土主权论”和“利益共同体论”,有观点认为,淡化主权已经成为国际水法理论与实践中的发展趋势<sup>[9]</sup>。从理论上讲,“有限领土主权论”将不可避免地在一国所拥有的自然资源主权形成静态的硬性的限制,损害以自然资源主权为基础的平衡调整的动态过程与方法。“利益共同体论”主张流域国应将水资源作为共同财产行使共有权,这就意味着,任何流域国对其境内水资源的开发利用、管理等没有独立自主的决策权,而要获得其他流域国的同意或共同决策。这显然是不现实的理想要求。更重要的是,这些理论主张既没有在各种规范文件中得到广泛体现,也明显缺乏广泛、一致的国家实践支持。综上,在包括跨界含水层在内的跨界水资源问题上,理论与实践的发展趋势并不是淡化或硬性限制主权,而是在坚持自然资源主权的基础上强化各国的协调合作与利益平衡。

条款草案所塑造的“权利义务柔性平衡”的治理结构并不意味着,跨界地下水资源的全球治理只能是软弱无力的。条款草案虽然没有硬性地限制、约束一国在跨界含水层上的主权权利,但其中所蕴含的“权利行使不损害他人”等原则以及由此而展开的各项行为义务要求却构成了潜在的约束与压力。在“权利义务柔性平衡”的治理结构下,主权不再是一种可以无所顾忌的自由裁量权,而是在行使本国主权权利时有义务考虑、兼顾他国的主权和利益,并审慎地决策和行动。这就产生了一种“继发”效果,即诱导有关国家就跨界含水层问题达成双边协定和区域安排。这些正是条款草案以及将来以此为基础的条约或软法文件的基本价值与功能所在。事实上,随着跨界含水层法的编纂和发展,各国在实践中显示了相当程度的务实态度,往往不坚持自己的绝对权利,而是通过协商谈判解决存在的问题。Stephan认为,长期以来,有关跨界含水层问题的国家实践非常稀少,甚至不存在,但是,在联合国第六委员会的讨论中,成员国代表普遍肯定了跨界含水层法的编纂和发展。共享含水层的国家正在寻求建立合作机制,并积极探索各种协调合作的具体内容、程序和方法<sup>[10]</sup>。2010年8月2日,阿根廷、巴西、巴拉圭和乌拉圭签署了《瓜拉尼含水层协议》。这份国际协议并不是因为已经发生矛盾冲突而被动形成的应对解决方案,相反,它是这四个国家为实现协调合作而自觉形成的<sup>[11]</sup>。总之,无论是以条款草案为基础形成正式的条约文本,还是以条款草案为基础通过一项不具有法律拘束力的软法文件<sup>[12]</sup>,条款草案所塑造的“权利义务柔性平衡”的治理结构始终将是一个核心构造,它的独特价值和作用在于,通过“权利义务柔性平衡”治理结构所蕴含的潜在约束与压力,为相关国家之间的具体协调合作提供框架基础和指导,最终使有关国家就跨界含水层问题达成双边协定和区域安排。

### 三、以框架义务为基础的治理模式

对于跨界地下水资源开发利用与保护问题,在明确了“权利义务柔性平衡”这一特有的治理结构的基础上,需要进一步探寻和确认实施治理的适宜模式。围绕着跨界含水层法条款草案的作用、修改、最终形式等问题,许多国家已经提出了各自的分析和建议。这些意见实际体现了有关治理模式的不同构想与塑造。

许多国家支持跨界含水层法条款草案所确立的框架原则、义务,但并不特别寻求条款草案的细化完善,或过早地使其成为具有正式约束力的条约文本,而是主张进一步开展双边和区域的协调合作。阿根廷、巴西、巴拉圭和乌拉圭认为,跨界含水层法条款草案以及所通过的联大决议,是在全球层面就此专题第一次以系统方式制定国际法的尝试。赞同就跨界含水层问题制定一般规则的做法。日本认为,条款草案规定了一个可能建立的法律框架的主要内容,成为双边和区域公约谈判工作的共同基础。条款草案的最终形式应是一份框架公约,或者将条款草案作为妥善管理含水层的指导原则。墨西哥认为,条款草案涉及一系列重要和复杂的问题。在着手就一项具有约束力的文书进行谈判之前,应允许有时间作进一步反思与具体实践。将条款草案作为“原则”,或“建议”各国应“按照”条款草案作出双边或区域安排,还为时过早。目前应只是“鼓励”各国“根据”条款草案考虑这样的安排。印度认为,条款草案可作为各国就此专题作出双边或区域安排的有助益的指导方针。鉴于各国在跨界含水层方面的实践十分复杂而且所知甚少,在管理和保护含水层方面仍缺乏足够的科学知识,拟订一项具有法律约束力的文书的时机并不成熟。美国认为,对于跨界含水层的许多方面还需要了解,具体的含水层条件和各国做法差别也很大。条款草案也已超越目前的法律和实践。美国不认为把条款草案转化为全球公约能获得足够的支持。应对跨界地下水问题压力的最佳途径是,考虑条款草案的规定,根据具体情况作出具体安排,而不是订立一项全球框架条约。俄罗斯认为,现在讨论起草公约为时尚早。首先应适当建议各国在实践中注意到这些条款草案,并缔结双边、多边和区域协定。将来在决定起草公约时,应考虑到关于跨界含水层制度的现有国际协定。中国认为,就这一主题拟订公约的条件尚未成熟。跨界含水层的问题很复杂,缺乏广泛的国家实践,已有的实践也大相径庭。条款草案可采用不具法律约束力的决议或声明的形式,作为各国在这方面实践的一般准则。以色列认为,虽然条款草案中确定的一般原则可以作为含水层国的实践准则,但不适于以公约的形式通过这些条款草案。法国认为,鉴于这一议题具有复杂性并牵涉潜在的科学问题,各国需要对条款草案作一番彻底审查。因此,需要分阶段进行:首先,应让各国有时间根据本国实践评价条款草案,并在必要时作出双边或区域安排。其后,大会才能够在国家实践基础上决定是否根据条款草案拟订一项公约。黎巴嫩认为,公平合理的利用将取决于善意,而不取决于对有关国家具有约束力的法律规定。条款草案中的大多数规定将依赖善意原则。芬兰认为,理应在条款草案的基础上起草一项国际公约。双边和区域条约、计划和其他合作形式是更细致的规范手段。各国之间的自然资源、文化、经济 and 立法方面的差别,可在双边而非多边协定中得到更有效的考虑。

与上述这些国家的主张所不同的是,有一些国家着眼于将条款草案的框架原则、义务予以细化完善,试图形成更为细致、直接和更强有力的规范、约束。乌克兰表示,在大多数情况下,开采承压含水层将引起层压缩改变,而使得含水层存储容量减少,这可能导致其他国家的跨界含水层的水位降低。这一过程几乎不可能通过技术手段加以扭转,对此,条款草案未能提出设立相关机制以弥补由此造成的经济损失。虽然草案第6条提及“不造成重大危害的义务”,却没有定义“危害”的概念。必须界定用于衡量何为构成重大或轻微危害的标准。哥伦比亚认为,关于第4条草案,总体而言,必须修改其中用来说明含水层资源利用率的标准。具体地说,“合理”这个标准非常主观,没有明确界定妥善管理资源的要素。(c)项中关于联合管理跨界湖流的“全面利用规划”的意思不清楚。此外,应该明确(d)项中“持续保持有效功能”的含意。它是否意味着抽取一部分同期补给的水量?对没有同期补给水量的含水层有什么利用限制?第5条(1)款(b)项草案所指的“其他需要”可能过于宽泛,最终会有损公平地考虑各国在管

理含水层方面的利益和需要。此外,究竟由谁来确定第5条(1)款草案中每个因素的权重,这一点并不明确,尤其是如果两个以上国家管理同一个含水层的话,因为对每个国家而言,各因素的重要性均可能不同。第8条第2款中必须界定提供缺失资料的工作范围、方法和规程,以确保可靠性和可比性。第13条(2)款草案应该具体说明以含水层或含水层系统的商定概念模型为基础进行监测的频率。关于第15条(2)款草案,应该规定实施或允许实施可能影响跨界含水层或含水层系统的一国向另一国发出通知的时限。还应该具体说明所涉义务的范围,因为相关理由并不明确(例如,另一国可能有“正当理由”相信某活动会影响含水层)。沙特阿拉伯认为,关于第4条草案,应给公平合理利用的原则一个确切的定义。第4条(c)款草案给变化和不确定性留下了空间。由于各国的需求会波动,因而最好应确立固定的规则。第4条(c)款草案给变化和不确定性留下了空间:各国的需求会波动,因而最好应确立固定的规则。关于第7条草案,“主权平等”和“领土完整”原则需要更具体阐述。第12条草案应更详细说明“审慎态度”的含义,并清楚阐明随之而来的国家义务。土耳其认为,关于第1条(b)款草案,“其他活动”一语含义不明,应予删除,以防对其解释可能产生的任何歧义。有关第6条草案中“重大损害”概念是模糊、相对和难以适用的。而且,如没有对重大损害的适当下限之界定,就难以采取妥善措施防止造成重大损害。另一方面,就地下水资源而言,哪怕仅仅是开采或少量污染都可被解释为重大损害。总之,这一条草案含义模糊,应修改为具体的适当注意防止损害、以及消除或减轻损害的义务\*。

综上,两类不同的分析意见似乎并不存在明显的矛盾、冲突,但实际却体现了有关治理模式的不同构想与塑造。根据第一类的分析意见,跨界地下水资源的治理模式将是一种动态的、开放的结构与进程。也就是说,根据跨界含水层法条款草案所确立的框架原则、义务,利用其蕴含的潜在约束与压力,形成协商博弈的动态结构与过程,通过相关国家、国际组织、非政府组织,以及其他各种利益相关者的充分参与和互动,形成各种具体的合作协调安排。根据第二类的分析意见,跨界地下水资源的治理模式将是一种封闭的自上而下的规则治理。具体而言,以跨界含水层法条款草案为基础,协商制定更为细化、精确的具有正式约束力的条约规范,从而主要依赖这些规范约束、调整各国的行为,促进相关国家的协调合作。相比较而言,第一类分析意见及其所体现的以框架义务为基础的动态治理模式更为合理可行。第一、以框架义务为基础的动态治理模式与“权利义务柔性平衡”治理结构是相互适应的。只有适当维持跨界含水层法条款草案所确立的原则、义务的框架性质,而不是过多地谋求细化、精确性以及正式的强制约束力,才能保持“权利义务柔性平衡”的治理结构。第二、框架义务的本身性质决定了其不太可能被进一步细化与高度精确化,如“重大危害”、“公平合理”、“审慎态度”、“其他活动”等这类概念是无法给予精确界定的。这明显不同于那些可以得到量化确定的义务,如关税约束义务。第三、“治理是一个使相互冲突的或不同的利益得以调和并采取合作行动的持续的过程。它既包括那些有权迫使人们服从的正式机构与机制,也包括那些人们和机构已经同意的或认为将符合其利益的各种非正式的安排。”<sup>[13]</sup>对于在跨界地下水资源问题上的利益协调与平衡,以框架义务为基础的动态治理模式提供了适宜的结构与过程。在这种动态的、开放的治理模式下,相关国家以及各种利益相关者等多元主体可以根据不同的具体情况,结合国际政治、利益等各种因素进行综合权衡、博弈,形成双边或区域层面的协调合作。谋求条款草案的细化完善及其强制约束力的意见恰恰忽略、取消了具体协商博弈这一必要的结构与过程。第四、治理是一种做出重要决策的过程,在这样的过程中,各种利益相关者能够广泛参与,塑造适合他们特殊的和共同的情况的结构与规则。这种过程的关键是在所有的参与主体之间形成基本的

\* Summary record of the 16th meeting of United Nations Sixth Committee, Held on 18 October 2011, A/C.6/66/SR.16, 14 February 2012, pp. 2-8. <http://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N11/552/56/pdf/N1155256.pdf?OpenElement> Report of the Secretary-General, The law of transboundary aquifers, A/66/116, 29 June 2011. <http://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N11/395/29/pdf/N1139529.pdf?OpenElement> Report of the Secretary-General(Addendum), The law of transboundary aquifers, A/66/116/Add.1, 16 August 2011. <http://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N11/455/34/pdf/N1145534.pdf?OpenElement> Report of the Secretary-General, The law of transboundary aquifers, A/68/172, 22 July 2013. <http://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N13/403/46/pdf/N1340346.pdf?OpenElement>

共识<sup>[14]</sup>。条款草案所形成的框架义务为基本共识提供了基础。第五、跨界地下水资源问题所体现的主要是利益方面的矛盾与协调,而不是风险损害的重大威胁与预防问题。在这方面,跨界地下水资源问题明显不同于核能的开发利用问题。因此,对于跨界地下水资源问题,不谋求规则体系的细化完善及其强约束力,而注重以框架义务为基础的动态治理模式是比较恰当的。

#### 四、中国对条款草案的响应策略

中国在西北、东北、西南区域拥有诸多的跨界含水层。根据已有的研究,中国的跨界含水层包括:中缅澜沧江下游含水层,中越红河平原含水层,中印雅鲁藏布江中游含水层,中国与哈萨克斯坦之间的伊犁河谷含水层、塔城盆地含水层、额尔齐斯河平原含水层,中蒙之间的布尔干河盆地含水层、丹寒柯金塞尔含水层、阿彻海尔哈那塞尔含水层、克鲁伦河盆地含水层、哈拉哈河盆地含水层、纽穆哈格河盆地含水层、扎门乌德盆地含水层、土杰克吉安塞尔含水层、查干克吉安塞尔含水层,中俄之间的额尔古纳河含水层、泽亚河盆地含水层、黑龙江—阿穆尔河中游盆地含水层,中朝鸭绿江盆地含水层,中国与吉尔吉斯斯坦之间的托什干河盆地含水层,中、俄、朝之间的图们江三角洲含水层。这些跨界含水层在流域面积、类型、开发利用等方面均存在着不同<sup>[15]</sup>。然而,针对与周边国家共享的这些跨界含水层,中国至今没有专门的有关跨界含水层开发、利用和保护的法律规范,也没有形成专门针对跨界含水层问题的双边协定或区域安排。为此,中国应根据跨界含水层法条款草案采取和实施前瞻性的策略和行动。

第一、鉴于跨界含水层法条款草案所蕴含的框架原则性的“协同”效力,以及由此而展开的各项义务所具有的潜在约束与压力,即便条款草案尚未成为正式的条约或联大宣言这类软法文件,中国与相关国家也没有就跨界含水层问题达成双边协定和区域安排,中国依然应当尊重条款草案所蕴含的框架原则性的“协同”效力,并参照条款草案所设定的各项框架性的义务要求积极地有所作为,在跨界含水层的开发利用、保护、保全和管理方面积极地制定和实施一切适当的国内措施,并开展国际协调合作,尤其是那些已经具备条件和能力可以自主决策和实施的措施和行动,如跨界含水层基础资料的收集与研究,建立对含水层状况的评估指标体系,强化对含水层保护的国内立法与执法,积极主动地保护含水层系统内的和依赖含水层的生态系统等。在分析评估有关跨界含水层的各种复杂问题方面,联合国教科文组织地下水专家组已经提出,基于 DPSIR (驱动力、压力、状态、影响、响应) 框架模型来建立一套综合评估指标。其思路是对跨界含水层的水资源特征、社会经济特征和国际合作程度分别进行评估。中国完全可以参考借鉴该套综合评估指标开展分析评估工作以及更多的活动。另一方面,对于那些其行为影响或可能影响中国境内含水层的有关国家,中国完全可以依据条款草案与之交涉,要求其采取适当的预防、管理等措施。通过这些顺应跨界含水层法条款草案的积极行动,中国将充分地树立和发挥作为一个负责任大国的国际形象与作用。

第二、跨界水资源问题是国家间关系上至为重要的主题,它容易引发国家间的分歧与争端,成为国际政治博弈的工具和牺牲品。目前中国在澜沧江—湄公河流域的地表水开发利用方面就受到了国际政治的不利影响,对于中国的开发利用及其区域合作,美国、日本等域外大国近年常通过打“环保牌”进行干预,从而使中国处于被动、不利地位<sup>[16]</sup>。跨界含水层的开发利用同样也极有可能成为国际政治博弈的工具和牺牲品。对此,一个完善的、有实效的有关跨界含水层问题的规范体系、合作机制可以尽量消除或减少国际政治的干扰、影响,因为它可以使国际政治试图混淆的问题得到清晰公正的评判和处理。因此,对于那些容易引起国际政治博弈的跨界含水层问题,中国应以条款草案为基础与相关国家开展沟通、协调工作,并尽快地形成双边协定或区域安排。正如有观点所分析的那样,这将使我国在跨界地下水利用、保护和管理工作中处于主动,也是我国应当从境内国际河流利用问题上长期被动的深刻教训中获得的启迪<sup>[17]</sup>。

第三、由于条款草案所规定的只是框架性的行为义务要求,即便未来以条款草案为基础形成了正

式的条约,那也只是框架性的条约,其作用主要是为治理跨界含水层开发、利用以及保护、保全和管理问题提供框架基础。因此,中国的工作重点和突破方向在于以下两个方面。在国内层面,加强和完善环境保护的国内立法以及有关含水层问题的专门立法,使条款草案所确立的框架原则、义务得到细化与落实。2014年4月,中国修订通过了新的《环境保护法》,对原有的环境保护规范进行了重大的调整、新增和加强。例如,确立“保护优先、预防为主、综合治理、公众参与”的原则;强化政府监督管理的责任和措施,以及人大监督作用;进一步完善了环境监测制度,要求组建监测网络,建立监测数据共享机制等。这些国内法的调整变化将明显地改善和加强地下水资源的开发利用、保护和管理等国内治理工作。在此基础上,如果能制定有关含水层问题的专门立法,将更加全面有效地细化与落实条款草案的框架原则、义务。在国际层面,中国应当以条款草案为基础,关注与借鉴有关跨界含水层的双边协定或区域安排,参考利用联合国教科文组织等国际机构联合制定的“国际共享含水层资源管理计划”(ISARM),根据不同的情况与相关国家开展协调合作,或者形成双边协定或区域安排。以此推进跨界含水层法条款草案的修改、补充和完善。

第四、应当坚持和运用“权利义务柔性平衡”的治理结构来开展双边和区域实践。中国对条款草案的修改建议就已经反映了这点。中国认为,条款草案第1条(b)款涵盖工业、农业、林业和其他领域,其范围似乎过于广泛。应该将“影响”这一限定词改为“重大影响”。第7条(2)款草案应修改为“含水层国可设立联合合作机制”;不宜强制规定这一措施,从而最妥善地尊重各国的意愿。对于第8条草案,含水层国加强交流数据和资料应以不违反其法律为限。目前草案中所作的规定过于严格,其例外情况仅限于国防或国家安全领域。这些表明,中国并不接受对国家主权的硬性的过分的限制。因此,中国在以条款草案为基础与相关国家进行协商谈判,或缔结双边协定或区域安排时,不宜将跨国水资源上所谓的“有限领土主权论”或“利益共同体论”作为理论参考或指导,而应当始终坚守对境内含水层的永久主权,也就是说,在开发、利用以及保护、保全和管理跨界含水层的问题上,虽然要遵守和履行相应的义务,但中国依然拥有足够的自主权与行动自由,不能使其他任何国家或国际组织获得对这种自由权的否决权,更不能使他国可以借此影响、遏制中国独立自主的发展。任何临时协调或双边协定或区域安排的目的和效果不是硬性限制中国对跨界含水层的主权,而是促使各国审慎考虑和行动,实现中国与相关国家的主权权利与利益的协调平衡。

#### 参考文献

- [1] 王秀梅,王瀚. 跨界含水层法编纂与发展述评——兼论跨界含水层的保护与利用[J]. 资源科学 2009 (10).
- [2] Eckstein G. E. Commentary on the U. N. international law commission's draft articles on the law of transboundary aquifers [J]. *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy* 2007 (3).
- [3] Yamada C. Codification of *The Law of Transboundary Aquifers* (groundwaters) by the United Nations [J]. *Water International* 2011 (5).
- [4] Vick M. J. International water law and sovereignty: A discussion of the ILC draft articles on *The Law of Transboundary Aquifers* [J]. *Pacific McGeorge Global Business & Development Law Journal* 2008 (2).
- [5] 黄锡生,叶轶. 论跨界水资源管理的核心问题和指导原则[J]. 重庆大学学报(社会科学版) 2011 (2).
- [6] [德] 乌尔里希·贝克. 世界风险社会[M]. 吴英姿 孙淑敏 译. 南京: 南京大学出版社 2004.
- [7] 赵洲. 主权责任论[M]. 北京: 法律出版社 2010.
- [8] 兰花. 跨界水资源利用的事先通知义务——乌拉圭河纸浆厂案为视角[J]. 中国地质大学学报(社会科学版), 2011 (2).
- [9] 白明华. 国际水法理论的演进与国际合作[J]. 外交评论 2013 (5).
- [10] Stephan R. M. Transboundary aquifers in international law: Towards an evolution [A]. in Darnault C. J. G. eds. *Overexploitation and Contamination of Shared Groundwater Resources* [C]. Berlin: Springer 2008.
- [11] Villar P. G. W. C. Ribeiro. The agreement on the Guarani Aquifer: A new paradigm for transboundary groundwater management? [J]. *Water International* 2011 (5).

- [12]孔令杰.《联合国跨界含水层法条款草案》的最终形式问题研究[J].中国政法大学学报 2012 (6).
- [13][瑞典]卡尔松,[圭]兰法尔.天涯成比邻——全球治理委员会的报告[M].赵仲强,李正凌,译.北京:中国对外翻译出版公司,1995. 2.
- [14]Brooks D. B., J. Linton. Governance of transboundary aquifers: Balancing efficiency, equity and sustainability [J]. *International Journal of Water Resources Development* 2011 (3).
- [15]韩再生,等.跨界含水层研究——世界进展和亚洲实践[J].科技导报 2012 (5).
- [16]刘稚.环境政治视角下的大湄公河次区域水资源合作开发[J].广西大学学报(哲学社会科学版) 2013 (5).
- [17]何艳梅.跨界地下水资源利用和保护的国际立法与实践——兼及中国[J].水资源研究 2013 (4).

(责任编辑 周振新)

## MAIN ABSTRACTS

### **On Governance Value and Function of Draft Articles on the Law of Transboundary Aquifers**

ZHAO Zhou

With regard to problems of exploitation , protection and management on transboundary aquifers , present draft articles on the law of transboundary aquifers are neither codification of customary international law , nor a treaty text or soft law document. However , owing to the reliance on and reflection of existing fundamental of international law , draft articles as a whole inherently contain “accordance” force in the framework. Governance value and function of draft articles is to make each state consider sovereignty and interest of other states , prudently make decision and take action , and induce the states concerned to make appropriate bilateral or regional arrangements. Draft articles have formulated a kind of governance structure of “soft balance between right and obligation” , and dynamic governance model based on framework obligation , which should be an appropriate path and method of governance on transboundary groundwater resource. China should take into account the provisions of draft articles , take necessary response strategy to properly safeguard national interest and push international coordination and cooperation in the field of transboundary aquifers.

### **China’s Industrial Water Use and Pollutants Emission Efficiency: A Study based on Provincial Data from 2003 to 2012**

SHEN Man-hong , CHENG Yong-yi

To implement the Most Stringent Water Management System and resolve the water crisis effectively , it’s very important for China to understand the present situation of water utilization efficiency and the discharge and management of Chinese industrial sectors. Applying Total Factor Analysis Framework which includes bad outputs , this paper studied the regional characteristics and dynamic trend of Chinese industrial water utilization with the data from 2003 to 2012 , and got the main findings as follows: ( 1) Taken the water environmental constraints into consideration , the industrial TFP of some western provinces experienced negative growth; ( 2) The industrial water utilization efficiency of China was rising as a whole , but the gaps between the technology frontier and more than one third of the provinces expanded; ( 3) The industrial water pollutants discharge efficiency of Beijing , Tianjin and some least developed western provinces was relatively high while the level of the water consumption and pollutants discharge in industrial sectors was high in most other provinces. ( 4) The discharge efficiency of industrial wastewater in some provinces declined , notably in western provinces like Guizhou , Yunnan , Gansu , Ningxia and Xinjiang etc. .

### **Articulation Practice: Search for Rhetorical Theory of Environmental Communication**

LIU Tao

The study of environmental communication bases its discourse on ecological environment. Researchers have extended their practices of context representation , discourse production and meaning definition rivalry through environmental issues. In the mechanism of social persuasion and discourse production , articulation is a very important rhetorical practice. Its significance is to discover the link between things and specific discourse , which further facilitates the interpretations of discursive framing and metalanguage of discourse. Environmentalists have found out the subtle articulation between environmental issues and specific discourse based on a series of established discourse , which has not only realized new discourse production and reproduction , but also provided a kind of legal discursive support for environmental movements.