

公平合理利用原则在国际水法中的 适用局限及其反思

葛勇平, 苏铭煜

(河海大学法学院, 江苏南京 210098)

摘 要:作为国际水法的基本原则,公平合理利用原则具有条约法及习惯法的规范基础,并且可指导跨界水道的利用及水资源分配,但是其抽象性及模糊性降低了适用的确定性。公平合理利用原则适用的局限性主要表现为理论基础不成熟,概念难以统一明确,非排他性考虑因素多元但无优先次序等方面。对公平合理利用原则的反思要求充分尊重跨界水道的自然特性,遵从不造成重大损害原则及国际合作原则,厘清相关考虑因素的优先次序,推动建立水道国家的利益共识,从而实现流域国家对跨界水道的公平合理利用。

关键词:公平合理利用原则;跨界水道;国际水法

中图分类号:D993;TV213.4 **文献标志码:**A **文章编号:**1671-4970(2020)01-0091-08

一、引 言

河流贯通海洋,海洋连接世界。跨界河流及其无数支流联系着各国的经贸往来,促进了生态资源的互动循环。在法学理论和国际实践的推动下,国际社会以国际公约、规则及区域性条约等形式治理跨界河流,并确定了一系列基本法律原则。如,国际水法中的公平合理利用原则发展了近百年,迄今已通过国家实践^①与法律确信的检验,逐渐归于习惯国际法的序列。1948年出台的《多瑙河航行制度公

约》第1条规定,在平等原则基础上,多瑙河的航行对各国国民、商船和货物自由开放^[1];1969年出台的《银河流域条约》和1978年出台的《亚马逊河合作条约》将公平合理利用的对象从航行权扩展至与水资源相关的权利;1997年出台的《国际水道非航行使用法公约》于2014年8月17日正式生效,其将“公平合理的利用和参与”明确为国际水道非航行利用的一般原则。

公平合理利用原则作为法律要素的法律原则在实践中具有可适用性,但是,抽象性及模糊性等特点

收稿日期:2019-04-10
基金项目:国家社会科学基金重大项目(17ZDA064)
作者简介:葛勇平(1970—),男,江苏南京人,教授,博士,从事国际法、水法研究。
^①例如盖巴斯科夫—拉基玛洛工程案(Gabcikovo-Nagymaros Case),是由国际法院审理的第1个有关跨界水道且涉及公平合理利用、国家继承及国际责任等综合内容的国际案例。

导致其适用效力一定减损^[2]。同时,以往实践较常选择适用经济、社会、政治,或基于需求和解决冲突的方法来处理跨界河流的水资源共享问题,这可能导致无法适用《国际水道非航行使用法公约》中规定的公平含义。此外,一些用于分享水的指标也并不能代表《国际水道非航行使用法公约》第6条规定的所有因素^[3]。在水资源分配中,水道国家会出于地理区位、国家利益、经济发展需求的考虑而采取不同策略来影响分配结果,相对强势的主体更青睐功利主义的公平,而相对弱势的主体更倾向平均主义的公平^[4],这就致使对公平合理利用原则的片面解释更为激进,且该局限性使得水道国家对跨界水道权属确定进行极端解读的情况出现,亦会弱化对跨界水道的综合性管理,触发更多的水冲突与利用纠纷,亟待反思。

二、公平合理利用原则的适用局限

公平合理利用原则在适用中存在的问题具有一定递进性。首先,公平合理利用原则已为习惯法,但不同水道国家坚持相异的理论,导致理论基础冲突,而坚持完全领土主权理论和绝对领土完整理论的国家对于公平合理利用原则并没有实质关注,或者并没有善意履行应尽的义务。此外,当代的流域国利益共同体理论虽被认为是当下关于跨界水资源公平合理利用与分享惠益最有益、最理想的理论,但对于能否因为存在一个理性的利益共同体就设定法律上的具体权利或义务,国际社会持否定态度。而且,对于哪些利益属于共同利益、如何确定某一利用是否公平合理的因素之间的比重关系,也是模糊不清的^[5]。不可忽视的是,公平合理利用原则以有限领土主权理论为基础,是对完全领土主权理论和绝对领土完整理论的平衡与折中,且日益受到共同利益理论的影响^[6]。其次,无论国内水法还是国际水法条约都未有较为统一明确的关于“公平合理利用原则”的概念解释。第三,对“公平合理利用原则”的内涵及考量因素无优先次序,上下游国家大多倾向选择避害并过分强调对其有利的因素,导致适用与解释的随意性或极端性过大。同时,目前也并没有统一权威的适用规则考量与评估分析所有因素,且该原则并没有明确跨界水资源分配及利用的具体标准。

公平合理利用原则适用的主要矛盾集中于非航行利用方面,例如水资源及渔业资源分配、水坝建设及水电开发、旅游规划等,其中尤以水资源分配为冲

突核心。共享及权利平等原则要求流域国家在主权范围内有效利用且合理公平地分享水资源,但并不意味着需要完全划分等量的水域份额^[7]。河流的流动性以及水生态系统的自然循环,使得跨界水道具有相对而非绝对的国际性,且水道国家对本国领域内水道的利用存在损害其他水道国家利益的可能性,由此催生了水道国家对跨界水道存有“共同利益”的共识。

此外,公平合理利用原则具有公平利用和合理利用双层含义,前者涉及跨界水道国家对水资源分配、开发及利用等权利,后者多指水道国家在水资源利用过程中应适当顾及水资源的可持续发展与水生态保护^[8]。公平利用的必然结果和重要内容就是实现合理利用,而合理利用更加倾向于对整体生态系统以及代际公平下的用水需求考量,是公平利用的理想值域,二者相交叉相辅相成^[9]。但无论是对于“公平”还是“合理”的解释,都不可避免地受到主观因素的影响,且对于经济水平发展较为相似的多国家区域(例如澜沧江-湄公河下游区域),保证公平合理的分配面临着更大的挑战。此外,现有利用和将来利用、流域内用水和跨流域调水等问题也存有争论^[10]。

1. 水道国家不同理论基础冲突

完全领土主权理论主张,一个国家对流经其领土范围内的水资源拥有绝对的主权权利,可以不受限制地利用且无需考虑对下游国家的影响,因而受到上游国家的支持。但是绝对领土完整理论则强调,河流的自然流量不受上游国家的影响,有权获得数量上不被阻隔、质量上不受损害且天然流经其领土的水资源及相关权利,由此成为了下游国家的一道防御^[11]。以上两种理论过分强调领土管辖及领土完整,与公平合理利用原则相背离。Stephen 亦指出,这两种学说忽略了其他国家对跨界水道水资源的需求和依赖,否定了主权在赋予权利的同时还应承担对等义务^[12]。此外,一个国家在不同的情形下有可能既为上游国又为下游国,这将导致其处于尴尬境地。以上两种理论所引发的冲突催生了有限领土主权理论,即在主权平等下,水道国家有权开发与利用其领土范围内的跨界河流部分,但有义务不对其他国家造成重大损害。该理论在拉努湖仲裁案中被确认,公平合理利用原则即以该理论为基础。

在全球水危机、跨界水道资源有限性以及生态环境损害的背景下,要求对整个跨界水道实现综合

性的一体化管理,需要对国家利益和水道各国的共同利益进行权衡,所以,共同利益理论逐渐受到关注。共同利益理论强调将整个跨界水道流域作为统一的地理和经济单元,各水道国家基于跨界水道而构成利益共同体,对跨界水道进行统一管理,以便最大化地共享收益,即通过让渡部分主权“解决相互依存所带来联合行动的交易费用以促进国家福利”。从跨界水道的整体利益出发,需要形成以政府为主导、社会(主要是企业)协同、公众参与的多主体互动合作的多中心治理格局^[13],但目前国际水法领域出现的共同利益理论还并不成熟,存在下列弊端和疑问:首先,共同利益理论跨越了国家边界,极大地弱化了主权因素;其次,虽然其将整个水道国国家作为利益共同体来对待、赋予各国共享跨界水道的权利以及承担共同保护与管理的义务,但因为各国的经济发展程度不同、人口数量不均,实施的综合管理模式是否能被所有水道国国家接受与承认有待观察;再次,在综合管理的伞状结构下,往往对弱势群体的利益关注不够,且未形成评估综合管理模式的有效监测机制;最后,某几个水道国家之间可能会形成利益同盟,使得公平合理利用原则的适用被置于真空状态。

2. 概念难以统一明确

对于“公平合理利用原则”的解释繁多,国际法上还未形成较为明确一致的概念厘定。

《国际河流水利用的赫尔辛基规则》(以下简称《赫尔辛基规则》)、《关于水资源法的柏林规则》(以下简称《柏林规则》)以及区域性条约如《尼罗河合作框架协议》等众多国际水法文件都规定了公平合理利用原则。《国际水道非航行使用法公约》第5条“公平合理的利用和参与”项下:“水道国家应在各自领土内公平合理地利用国际水道。特别是,水道国家在使用和开发国际水道时,应着眼于与充分保护该水道相一致,并考虑到有关水道国家的利益,使该水道实现最佳和可持续的利用和受益;水道国家应公平合理地参与国际水道的使用开发和保护,这种参与包括本公约所规定的利用水道的权利和合作保护及开发水道的义务。”《柏林规则》第12条“公平利用”规定:“各流域国应该在其领土内,公平合理地履行管理国际流域水资源的义务,而不应给其他流域国家造成重大损害。特别地,为了实现最佳的、可持续的利用并从中获益,在考虑其他流域国

利益以及充分保护水资源的条件下,各流域国应该开发和利用国际流域的水资源。”但 Wolf 也指出,由于公平合理利用原则概念的模糊使其不能很好地适用于特定的水争端或水冲突^[14],且容易被主观地解释。

以上公约及规则都有相关“定义”或“用语”的条款,并不直接包含对“公平合理利用”的概念解释,而仅是“宣示性”地引导水道国家注重开发利用中的权利与义务对等,对公平合理利用的具体考察则通过检视非排他性的罗列因素来确定。《柏林规则》对“可持续利用”进行了明确,即“在尽最大努力保护可更新资源和维护不可更新资源的同时,为确保当代乃至下一代人有效而公平地利用水资源的利益,而进行综合的资源管理。”所以,对公平合理利用原则的概念厘定至少包含对公平利用、合理利用的重点解释以及对公平合理的参与方式进行考虑。同时,公平合理利用原则存在以下3种情况:第一,满足公平利用但不合理,如针对跨界水资源的利用,完全不考虑流域国的贡献量或一国的蒸发量等因素,而对所有国家进行水量的公平分配;第二,满足合理利用但不公平,如上游国家因保障电力供应而发展水电需要截流,但却影响了下游国家的农业灌溉;第三,满足公平利用及合理利用,如上下游国家在某一方面达成共识而签定双边条约来规范具体的利用行为。

长期以来,对公平的规范表达一直是国际环境法和自然资源法的核心。在法律背景之下,代内公平和代际公平都与可持续发展原则有关,虽然都涉及在使用自然资源方面实现某种形式的公平以保证分配成本和效益的平衡^[15],但由于公平与合理的界限本身很模糊,所以证明何种利用为公平或合理较为困难。例如,在美国 Vermejo River Cases 中,Vermejo River 发源于科罗拉多州,但大部分位于新墨西哥州,且新墨西哥州有4名用水者,但科罗拉多州没有用水者,两州的争议源于科罗拉多州的一项新工业用途的提议需要分水而减少新墨西哥州的供应。法院要求科罗拉多州证明其用途为合理利用,但科罗拉多州因未能提供足够证据证明其合理性而未能实现其诉讼请求。结合该案可知,虽然科罗拉多州为水源地,对 Vermejo River 享有一定所有权,但因未存在现有利用而被法庭要求承担对未来利用合理性的举证责任,按照“谁主张谁举证”的原则,法庭对于举证责任的分配是适当的,但对于合理性证明标准如何确定,在相关协议未予以明确的情况

下,需要参考现有跨界水道公约对公平合理利用有关的因素进行综合考量。纠纷解决的前提之一在于合理分配证明责任,在一定程度上,也需要由现有利用的州/国家对其利用并未造成重大损害承担相应的证明责任。此外,国内法体系下存在解决水资源争端的诉讼机制且不存在国家利益间的博弈,而跨界水道利用纠纷在没有相应争端解决机制的情况下,模糊的概念将更容易造成利益冲突。

3. 非排他性考虑因素多元但无优先次序

鉴于概念的界定偏差,大多数涉及公平合理利用原则的国际法规范将关涉该原则的非排他性考虑因素通过列举的方式予以规定,《赫尔辛基规则》《国际水道非航行使用法公约》以及《柏林规则》中与公平合理利用有关的因素对比考察见表1。

综合表1可知,确定是否满足公平合理利用应考虑的因素主要涉及水道所在流域的自然性质、社会经济需求、人口依赖性、替代方法的可能性及成本、不造成重大损害等,且应同时综合考虑以上所有因素,各个因素的权重由该因素与其他因素相比的重要性来决定。

首先,非排他性考虑因素的多元能够比较全面地涵盖整个流域的特殊情况,但由于并没有规定各

考虑因素适用的优先次序,导致一些国家将对其有利的因素不断进行扩大解释,而使得考虑因素的全面性受到损害;其次,考虑因素越多样、越具体,意味着在各水道国家之间达成统一共识的过程将更漫长,且调研、谈判等成本亦会增加,可能会造成水冲突或水僵局的局面出现;再次,关于社会经济需求、人口依赖性及替代方法的可能性与成本等因素,统一的分析及评测标准尚未形成,所以,各水道国家依据不同的量化方法所得到的利用及分配结论可能会存在较大偏差,从而形成新的矛盾。此外,各国国内水法规范亦存在对国家领土范围内跨省(州、县)水道的公平合理利用,规定了相应的考虑因素序列。例如,在美国侵权法第二次重述中关于用水合理性的确定取决于使用水的河岸所有者的利益、因利用水而致损害的任何河岸所有者的利益以及整个社会的利益,考虑的因素包括利用的目的、利用水道或湖泊的适用性、利用的社会经济价值、损害的范围和数量、避免方法的调整所造成的损害等^[16]。如何协调同一水道于境内跨州境外跨界的公平合理利用的考虑因素,这两套体系是互为补充亦或是具有优先适用次序?这里涉及国际法在国内的适用问题,一般通过转化或并入的方式,使得国际法能够与国内法

表 1 与公平合理利用有关的因素

序号	《赫尔辛基规则》	《国际水道非航行使用法公约》	《柏林规则》
1	流域的地理情况,特别是流域国领土中流域的大小	地理、水道测量、水文、气候、生态和其他属于自然性质的因素	流域的地理、水文地理、水文、水文地质、气候、生态以及其他自然地物等情况
2	流域的水文情况,特别是来自每个流域国的水量		
3	影响流域的气候因素		
4	流域水资源的利用情况,特别是现有的利用情况	对水道的现有和潜在使用	国际流域现有的以及潜在的水资源利用
5	流域国的社会经济需求	与《赫尔辛基规则》相同	与《赫尔辛基规则》相同
6	流域国依赖流域水资源生活的人口	与《赫尔辛基规则》相同	与《赫尔辛基规则》相同
7	满足流域国社会经济需求的替代方法的比较费用	对某一特定计划或现有使用的其他价值相当的替代办法可能性	对于特定规划或现有利用的替代办法的比较价值的可获得性
8	其他资源的可利用性		提议的或者现有的利用的可持续性
9	流域水资源利用中不必要浪费的避免	水道水资源的养护、保护、开发和节约使用,以及为此而采取的措施的费用	国际流域水资源利用中的保持、保护、开发和节约,以及为此而采取的措施的费用
10	作为协调利用矛盾的一种手段,对一个或多个流域国进行补偿的可行性	一个水道国家对水道的一种或多种使用对其他水道国家的影响	流域国在国际流域水资源利用中对其他流域国家的影响
11	在不对其他流域国造成实质性损害的条件下,可以满足某一个流域国需要程度		尽量减少对环境的危害
总计	11 项考虑因素	7 项考虑因素	9 项考虑因素

相协调并得以适用。此外,在不违反一国社会公共利益和公共政策的情况下,国际条约一般优于国内法的适用。虽然公平合理利用原则已成为习惯国际法拘束所有国家,但潜在利用的很多情形并未完全明晰,并且未得到大多数水道国家认同,导致国家利益和流域共同利益的平衡缺失。

三、公平合理利用原则的实践反思

公平合理利用原则的适用需要通过各国的实践来完成,与此同时可以检验该原则与不造成重大损害原则、国际合作原则等其他原则之间的相互关系,因各原则之间存在一定的位阶与价值判断,在实践中也可以更好地得出取舍或进行优先性的判断。即使有违反习惯法的国家实践也并不能否定习惯法的存在,国际河流冲突频发也为重新检视公平合理利用原则的内涵提供了思考空间。

首先,作为一个定义域宽泛的指导性原则,公平合理利用原则有效地适用需要与其他原则一一贯通,并在具体的条约(多以双边条约为主)约文中明确。其次,公平利用下的程序公平需要通过与国际合作原则相结合,例如有关信息交换、提前通知、数据分享等义务,而在履行合作义务的过程中需要遵从程序性规则;此外,可通过建立完善的水冲突纠纷解决机制予以实现。实体公平需要结合跨国河流水资源确权与分配问题全面考虑,代内和代际公平需在可持续发展原则的指引下进行协调。合理利用的前提在于尊重自然基本规律以及高透明度、统一持续的政策与规则指导,避免利用活动产生不可逆转的负面影响。最后,对于水量分配、水电开发、跨界污染以及生态保护等涉及“公平合理利用”问题所引发的争端,其根源在于跨界水资源确权问题没有解决,即跨界河流水权处于不确定的状态,所以需要努力推动跨界河流水权制度探索,并对跨界水道进行综合性管理以及配套保障措施建设。

1. 加强理论与实践的互动

共同利益理论是公平合理利用原则的理论基础,若该理论得到越多水道国家的认同,则更加有利于在实践中通过建立跨界水道综合管理委员会或争端解决机制来促进水道的公平合理利用。

共同利益理论的实质在于其不仅关注跨界水道所在流域的自然特征,而且注重对流域整体生态环境进行综合性管理;不局限于国家间的地理边界,而

是充分调动水道各国公平合理地积极参与。事实上,国家主权和跨界水道管理相互影响,对跨界水道进行有效管理可以确保更可靠地获得更高质量的水资源,从而避免因供水不足、分水不均而引起的内乱,并使国家生态环境更健康、更安全,从侧面加强和维护国家主权^[1]。公平合理利用原则建立在一种“受拘束”的主权之上,即水道各国有权在其领土范围内利用水道,但必须避免对其他沿岸国造成重大损害。共同利益理论在实践中的具体适用即是通过流域内的各水道国家议定双边或多边条约,成立跨界水道综合管理委员会,由各国派驻代表及定期邀请相关的地理、水文、法学等专家形成专家小组,推动达成较为统一科学的理论认知,进而影响上层决策,并使水道各国逐渐认同共同利益理论,促使其积极参与跨界水道的综合管理实践活动。同时,促进整个流域所采取的综合管理模式进行统一决策与执行,将维持本流域内人口总量的基本需求和生态系统的基本功能(包括生态需水)优先保障,通过对各国给予跨界水道的贡献量、现有利用情况以及经济发展需求等因素的评测,适当顾及欠发达或发展中国家对水道的未来利用情况,实现水道各国在友好互信的基础上进行深度合作。

为了避免流域内某一水道国家对跨界水道利用形成霸权地位或某几个水道国家成立利益同盟导致涉水纠纷频繁出现,应加强跨界水道利用的信息公开,建立具有强制执行力的综合管理机制。美国与墨西哥关于跨界河流格兰德河的水量分配和管理可以作为良好案例予以参考,两国于1944年成立国际边界与水委员会,负责开展跨界河流及边界问题磋商谈判。除条约^①和协定外,国际边界与水委员会磋商达成的备忘录也作为法律文件起到了辅助性条约的作用。由于墨西哥处在科罗拉多河下游,不具备蓄水调节能力,两国自2008年起开始建立联合工作组,就水量份额跨国存蓄和提高水资源利用效率等问题进行磋商。美国主要关注的是如何提高水资源利用效率,墨西哥主要关注的是如何利用美国水库实现对墨方水量份额的有效调蓄。因两国高度重视对跨界河流的管理,并且在谈判中既承认双方的

① 美墨两国关于跨界河流水量分配的主要协议是1906年的《关于格兰德河水资源公平分配协定》和1944年的《关于利用科罗拉多河、提华纳河及格兰德河河水的条约》。

诉求、文化差异、国家优先政策和实践经验等客观差别,又能够借鉴国际案例和以往合作经验,尽可能在技术层面解决分歧、达成妥协,所以该跨界水道的水量分配和综合管理取得较好的成效。

理论与实践的关系问题是马克思主义发展哲学的基本论题^[17],反映在国际水法中,即共同利益理论是目前国际社会以及水道国家对跨界水道公平合理利用实践的逻辑表达与选择,而已有的合作实践以及国际立法活动也能够在执行过程中不断纠偏与修正该理论。正如作为国际法渊源之一的习惯国际法的形成路径,需要心素(法律确信)及体素(国家实践)的相辅证成。镶嵌了多元主体利益诉求的共同利益理论通过水道国家的不断主张,并加强与区域实践的交融互动,才能够有利于公平合理利用原则的适用更加广泛。

2. 推动水道国家利益共识的达成

公平合理利用原则的概念虽未明确界定,而是通过罗列考虑因素来进行综合识别与确定,但该原则能否被有效适用,需要在推动水道国家利益共识达成的基础上展开,主要涉及各水道国家对公平利用和合理利用以及公平合理地参与等关键内涵的一致承认或同意。

以尼罗河流域为例,造成该流域紧张局势的主要原因是公平合理利用原则的强烈对抗意见。1999年,流域国成立了一个过渡机构,称为尼罗河流域倡议(NBI),旨在合作发展该流域并分享合作的利益,促进和平与安全。NBI由该流域10国和厄立特里亚观察国组成。尼罗河流域主要由3项条约规制,分别是1929年埃及与大不列颠的交换备忘录、1959年埃及和苏丹尼罗河水协议以及2009年尼罗河流域合作框架协议(CFA),但1929年和1959年的水资源分配方法被一些尼罗河流域国家认为具有歧视性而无效,包括卢旺达、布隆迪、乌干达和肯尼亚等国家均表示拒绝接受这两项协议的约束。然而上游国家仍然认为需要新的分配制度,以坚持公平合理利用原则。下游国家(埃及和苏丹)坚持认为,新协定应该承认过去的协定,即1929年和1959年的尼罗河水协议。由此,因未达成明确的利益共识而使尼罗河流域陷入一定的水僵局之中。

考虑到公平利用偏重水量分配,从法律关系的实践来看,应是权利与义务的对等;时间维度上包括代内公平和代际公平,即对于水道的利用不能对水

道的生态自净功能产生不可逆转的损害,从而影响下一代的利用权利;而实质上的公平利用不是水量的平均分配,而是跨界水道各国享有平等的开发与利用权,且应得到各水道国家的尊重;形式上的公平利用则与公平合理地参与相联系,主要包括关于水道信息的获取及公开,利益相关主体的平等参与,弱势群体(例如原住民)的倾斜保护。合理利用则偏重水质保障、水环境保护以及流域生态环境养护等方面,可以参考“负面清单”的模式,列明不合理利用的具体形式,并规定兜底性的条款用以处理未来利用所出现的情形。

主权林立的国际社会存在着国家利益与国际社会利益的平衡,例如通过“人类共同遗产”原则对月球和南极大陆的主权要求予以冻结,避免强国国家基于国家主权原则对其国家利益的无限扩张。跨界水道一般涉及多个国家,亦不可避免地触碰到各水道国家的利益枢纽。回顾以往的跨界水道合作多赢的案例(例如欧盟水合作、美国与加拿大签订的分水协议等)可知,除了经济发展水平相似、人口数量较少等原因,达成对跨界水道明确一致的合作共识才是基础条件,由此才能实现利益最大化。由于确定公平合理利用是一项持续地共同努力的方向,因此更加需要各水道国家的多元参与并达成利益共识,且建立一套高效、透明的关于公平合理利用的标准对于增强水道各国之间的信任与合作亦至关重要。

3. 厘清优先次序及完善配套措施

公平合理利用原则不仅是国际水法的基本原则,也是具体权利的分配标准,一项原则在具备灵活性、包容性的同时,还应具有一定的确定性和可预期性^[18]。对于所列举的与公平合理利用相关的各种因素,与人类基本需求相关的利用——例如饮用水及农业灌溉应为第一顺位保障,与自然生态系统需求相关的利用——例如生态环境需水也应优先满足。在实践中一直存在一种对跨界水道上游国家的误解,即人们大多普遍相信因居高临下而处于上游的国家一定会损害下游国的利益,但却未认识到下游国家可援引先占原则、主张历史权利及现有利用、要求上游国承担不造成重大损害义务等众多理由而侵害上游国家对跨界水道未来的公平合理利用。Salman同样指出了下游国家对上游国家存在损害的可能性^[19]。此外,虽然强调保护现有利用,但实质上并不符合公平合理利用原则,因人类需求和习

惯的不断变化,对未来利用的情形也应做充分的考虑;经时间推移,未来利用将逐渐成为现有利用,所以,上游国家因自然地理条件限制而导致现有利用的不足,并不能否定其享有未来利用的权利。而 Fariba 认为,仅仅执行《国际水道非航行使用法》公约第 6 条可能不足以遵守该公约确定的水分享原则,作为补充,第 7 条(不造成重大损害的义务)及第 10 条(各种使用之间的关系)的规定对于评估水分享效果亦必不可少^[3]。

首先,相应的配套措施亦应作尽早探索与合理安排。可予以借鉴的包括受益补偿制度,即受益国给予贡献国因实施治理或保护跨界水道而支出的合理成本进行分担与补偿的制度。由两国提前磋商确定补偿的范围与履行方式,借鉴国内生态补偿实践或国际经验,补偿方式包括直接补偿与间接补偿。直接补偿又可采用现金支付、提供无息贷款、项目援助;间接补偿即专项投资、收益分配、贸易税收优惠等方式^[20]。

其次,1992 年《关于保护和利用跨界水道和国际湖泊的赫尔辛基公约》第 3 条以及《柏林规则》第 6 章均规定了“环境影响评价”的相关内容,“对可能造成水生环境或水资源开发的持续性具有重大影响的项目计划、工程或行动等进行前期和后期影响评价。”而且,实施环境影响评价对公平合理利用跨界水道亦会产生较大的影响。对于水道国家吸引国际资金扶持跨界水道项目来说,环境影响评价已成为一项必备的要求,所以,应及时关注跨界水道环境影响评价制度的国际法律规范与国际实践^[21]。同时,为避免利益的事后冲突,也需要注重环境影响评价信息的公开,从而建立程序完备、评估全面、信息共享的环境影响评价制度。

再次,因水资源的无可替代性而致涉水争端中的利益冲突张弛无度,有必要在一定程度上引入第三方参与作为和平解决水争端的重要补充方法。第三方不仅包括以斡旋和调停、调查和调解为主的政治方法,仲裁和司法等法律方法也融于其中,能够被灵活运用^[22]。随着全球人口继续以指数方式增长,且环境变化威胁到自然资源的数量和质量,各国和平解决国际分布式水资源冲突的能力将日益成为稳定、安全的国际关系的一个因素^[23],所以,多元化水争端纠纷解决机制的建立与完善亦刻不容缓。此设想不可能一蹴而就,有待各国界通力合作,探索与实践。

若能建设和完善上述受益补偿制度、环境影响

评价制度及第三方参与机制,必将对保障跨界水资源的公平合理利用产生积极影响。

四、结 语

跨界水道多处于权力不平衡、信息不对称的环境中,具有习惯国际法地位的公平合理利用原则于实践中为各水道国家提供了国际水法体系下关于权利义务建构的解释空间,该原则的重要作用已被众多国家与学者认同、接受并深入研究。但不可忽视的是,公平合理利用原则仍存在适用的局限性,主要表现在理论基础冲突、概念难以统一明确、非排他性考虑因素多元且无优先次序等方面。然而,跨界水资源本身所具有的流动性、不可或缺性、匮乏性及难以替代性等特征诱使各水道国家“国家利益”主张的过分膨胀与碰撞才是根源,致使水道国家之间的信任降低、合作意愿削弱、技术转移与分享受阻。

以国家利益为核心诉求的完全领土主权理论和绝对领土完整理论将跨界水道所在流域从政治空间和生态系统层面进行垂直切割,使得各水道国家多采取不信任、不表态、不合作的消极抵触方式来被动地履行国际水法下的义务,最终导致对跨界水道的保护和利用处于无序状态,并且时刻暗藏“水争端”的导火索。如果将跨界水道整体看作一块待分的“蛋糕”,那么,最大程度趋于公平正义的做法便是由一部分水道国家来进行分配“蛋糕”的程序,由未参与分配程序的另一部分水道国家来优先选择,但前提是一套标准合理、透明度高的分配程序机制被有序运行,且跨界水道的共同利益被各水道国家高度认同。共同利益理论为此前提的实现提供了一种可能,并且在国家与区域实践的多次检验中逐渐进行了理论层面的容错。

国际水法的渊源包括涉水国际公约、区域性公约、国际组织相关声明、司法判决和仲裁裁决等,但如此丰富的法律渊源也未对“公平合理利用原则”给出一例明确的概念厘定。公平合理利用原则的概念解释包括公平利用和合理利用,并存在 3 种情形,即同时满足公平利用和合理利用、满足公平利用但不合理、满足合理利用但不公平。在国际水资源短缺的背景下,所有关于跨界水资源公平利用和合理利用的描述都必须考虑可持续发展原则并以人类生活及发展需求为关键核心,在努力推动水道国家达成利益共识的前提下对公平合理利用原则的解释适

用才能避免落入“水霸权”的桎梏。此外,人类需求及习惯的变化也影响着规制跨界水资源的国际水法的发展,国际涉水条约亦逐渐从以政府为主导推手并以解决涉水争端和冲突为主而逐渐转向为促进流域一体化管理、注重流域可持续发展的内容设计与修正。

跨界水道的公平合理利用从航行规制向非航行规范变轨,鉴于未形成统一明确的概念,所以,国际涉水公约采取对关涉该原则的非排他性考虑因素进行枚举,给予各水道国家一定的辩驳方向。但已经列举的非排他性考虑因素却无优先次序,《国际水道非航行使用法公约》第10条表明,在发生水冲突时,“尤应顾及维持生命所必需的人的需求”,并注重在使用过程中避免造成重大损害。上游国家因其居高临下的地理区位而被当然地赋予该项义务,但仍需注意下游国家可依据先占原则、历史权利及现有利用的主张而对上游国家的权利产生一定侵害。所以,公平合理利用原则的有效遵守需要相应的配套措施予以保障,例如受益补偿制度、环境影响评价制度以及第三方参与机制等。

然而,无论是国内水法还是国际水法,其本质均在于对人与水自然的互动关系进行界定与规范,欲突破公平合理利用原则适用的局限性,从而实现流域国家共同保护下对跨界水道的公平合理利用,必须充分尊重跨界水道的自然特性,遵从不造成重大损害原则及国际合作原则,厘清相关考虑因素的优先次序,推动建立水道国家的利益共识,完善跨界水道的综合管理以及配套保障措施的建设。

参考文献:

[1] 盛榆,周岗. 现代国际水法概论[M]. 北京:法律出版社,1987.

[2] 张文显. 法理学(第三版)[M]. 北京:高等教育出版社,2007.

[3] FARIBA A, JALAL A, ALI M. Modelling equitable and reasonable water sharing in transboundary rivers: the case of Sirwan-Diyala River [J]. Water Resources Management, 2017(9):1191-1207.

[4] 袁亮,沈菊琴,何伟军,等. 基于主体不平等的跨国界河流水资源分配的破产博弈研究[J]. 河海大学学报(哲学社会科学版),2018,20(2):65-69.

[5] 胡德胜. 国际水法上的利益共同体理论:理想与现实之间[J]. 政法论丛,2018(5):34-51.

[6] 何艳梅. 国际河流水资源公平和合理利用的模式与新发展:实证分析、比较与借鉴[J]. 资源科学,2012(3):

229-241.

[7] MUHAMMAD M R. Principles of transboundary water resources management and ganges treaties: an analysis [J]. International Journal of Water Resources Development,2009, 25(1): 159-173.

[8] 杨珍华,郭冉. 国外国际水法研究:回顾与展望[J]. 理论月刊,2015(9):169-176.

[9] 饶健,曾彤. 国际水资源公平合理利用原则的发展——以国际河流为视角[J]. 时代法学,2018(2):106-112.

[10] 王志坚. 权利义务对等原则在国际河流水体利用中的适用——兼及国际河流水权制度的构建[M]. 南京:河海大学出版社,2017.

[11] HOSAM E. Cooperative management of transboundary waters between the rule of law and state sovereignty[J]. African Perspectives,2013, 11(39): 52-67.

[12] STEPHEN C M. The law of international watercourses [M]. New York:Oxford University Press, 2007.

[13] 胡兴球,张阳,郑爱翔. 流域治理理论视角的国际河流合作开发研究:研究进展与评述[J]. 河海大学学报(哲学社会科学版),2015,17(2):59-64,91.

[14] AARON T W. International water conflict resolution: lessons from comparative analysis [J]. International Journal of Water Resources Development. 1997, 13(3): 333-365.

[15] OWEN M. Utilization of shared international freshwater resources—the meaning and role of “Equity” in international water law[J]. Water International, 2013,38(2):112-129.

[16] MARGARET J V. International water law: reasonable utilization [EB/OL]. [2011-08-07]. http://works.bepress.com/margaret_vick/1/.

[17] 姜建成. 理论与实践的关系:马克思主义发展哲学的一个基本问题[J]. 当代中国马克思主义哲学研究, 2013:301-338.

[18] 黄锡生,曾彩琳. 跨界水资源公平合理利用原则的困境与对策[J]. 长江流域资源与环境,2012(1): 79-83.

[19] SALMAN M A. Downstream riparians can also harm upstream riparians: the concept of foreclosure of future uses[J]. Water International,2010,35(4): 350-364.

[20] 黄锡生,峥嵘. 论跨界河流生态受益者补偿原则[J]. 长江流域资源与环境,2012(11):1402-1408.

[21] OWEN M,秦天宝,蒋小翼. 跨界水道环境影响评价的法律与实践[J]. 江西社会科学,2012(2):251-256.

[22] 杨珍华. 刍议第三方在跨界水争端解决中的实践与作用[J]. 河北法学,2016(6):106-118.

[23] AARON T W. Criteria for equitable allocations: the heart of international water conflict [J]. Natural Resources Forum, 1999(23):3-30.

(责任编辑:许宇鹏)