A/CN.4/SER.A/2000/Add.1 (Part 1)

国际法委员会年鉴

2000年

第 二 卷

第一部分

第五十二届会议文件

联合国

A/CN.4/SER.A/2000/Add.1 (Part 1)

国际法委员会年鉴

2000年

第 二 卷

第一部分

第五十二届会议文件

联合国

纽约和日内瓦，2015 年

说　明

联合国文件都用英文大写字母附加数字编号。凡是提到这种编号，就是指联合国的某一个文件。

提及《国际法委员会年鉴》时省略为前有年度和省略号的“《年鉴》”（如《1999年……年鉴》）。

国际法委员会每届会议的《年鉴》由两卷组成：

第一卷：该届会议各次会议的简要记录；

第二卷(第一部分)：特别报告员的报告和会议期间审议的其他文件；

第二卷(第二部分)：国际法委员会提交联合国大会的报告。

凡提及以上各卷和各卷中的引文均指作为联合国出版物发行的本《年鉴》各卷的最后印刷文本。

*

*　　*

国际法委员会第五十二届会议期间审议的特别报告员的报告及其他文件最初以油印件形式分发。本卷转载这些报告和文件，并包含了秘书处所作的更正及编制最后文本所必须的修改。

A/CN.4/SER.A/2000/Add.1 (Part 1)

联合国出版物

ISSN 1994-4705

目 录

页 次

简称 iv

关于引文的说明 v

填补临时空缺(章程第 11 条)(议程项目 1)
A/CN. 4/502 号文件。秘书处的说明 1

国家责任(议程项目 3)
A/CN.4/507 和 Add.1-4 号文件。特别报告员詹姆斯·克劳福德先生关于国家责任的第三次报告 3

国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任(预防危险活动的跨界损害)(议程项目 4)
A/CN.4/510 号文件。特别报告员彭马拉朱·斯里尼瓦萨·拉奥先生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(预防危险活动的跨界损害)的第三次报告 127
A/CN.4/509 号文件。各国政府提出的评论和意见：秘书长的报告 143

对条约的保留(议程项目 5)
A/CN.4/508 和 Add.1-4 号文件。特别报告员阿兰·佩莱先生关于对条约的保留的第五次报告 155

外交保护(议程项目 6)
A/CN.4/506 和 Add.1 号文件。特别报告员约翰·罗伯特·杜加尔德先生关于外交保护的第一次报告 233

国家的单方面行为(议程项目 7)
A/CN.4/505 号文件。特别报告员维克托·罗德里格斯·塞德尼奥先生关于国家的单方面行为的第三次报告 287
A/CN.4/511 号文件。各国政府对问题单的答复：秘书长的报告 309

第五十二届会议文件一览表 329

简　称

亚非法协(AALCC)	亚非法律协商委员会
公法顾委(CAHDI)	国际公法法律顾问委员会
氯氟化碳(CFCs)	氯氟化碳
总协定(GATT)	关税及贸易总协定
国内总产值(GDP)	国内总产值
原子能机构(IAEA)	国际原子能机构
国际商会(ICC)	国际商会
国际法院(ICJ)	国际法院
投资争端解决中心(ICSID)	国际投资争端解决中心
国际法协会(ILA)	国际法协会
劳工组织(ILO)	国际劳工组织
基金组织(IMF)	国际货币基金组织
海事组织(IMO)	国际海事组织
标准化组织(ISO)	国际标准化组织
海洋法庭(ITLOS)	国际海洋法法庭
西北大西洋渔业组织(NAFO)	西北大西洋渔业组织
北约(NATO)	北大西洋公约组织
非统组织(OAU)	非洲统一组织(现称非洲联盟(非盟))
常设国际法院(PCIJ)	常设国际法院
赔偿委员会(UNCC)	联合国赔偿委员会
世界海关组织(WCO)	世界海关组织(旧称海关合作理事会)
气象组织(WMO)	世界气象组织
世贸组织(WTO)	世界贸易组织

*

*　　*

《国际法院汇编》(*I.C.J. Reports*)	国际法院，《判决书、咨询意见和命令汇辑》(ICJ, *Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders*)
《国际法律资料》(ILM)	《国际法律资料》(*International Legal Materials* (哥伦比亚特区华盛顿))
《国际法报告》(ILR)	《国际法报告》(*International Law Reports*)
司法判例出版社(LGDJ)	法学及司法判例出版社(Librairie générale de droit et de jurisprudence)
《常设国际法院汇编》，A辑(*P.C.I.J., Series A*)	常设国际法院，《判决汇编》(PCIJ, *Collection of Judgments*(第 1-24 号：截至 1930 年))
《常设国际法院汇编》，A/B辑(*P.C.I.J., Series A/B*)	常设国际法院，《判决书、命令和咨询意见》(PCIJ, *Judgments, Orders and Advisory Opinions* (第 40-80 号：始于 1931 年))
《常设国际法院汇编》，B辑(*P.C.I.J., Series B*)	常设国际法院，《咨询意见汇编》(PCIJ, *Collection of Advisory Opinions* (第 1-18 号：　截至 1930 年))
《公法概览》(RGDIP)	《国际公法综合杂志》(*Revue générale de droit international public* (巴黎))
《国际仲裁裁决汇编》(UNRIAA)	联合国，《国际仲裁裁决汇编》(United Nations, *Report of International Arbitral Awards*)

本卷中，“前南斯拉夫问题国际法庭”系指起诉应对1991年以来前南斯拉夫境内所犯严重违反国际人道主义法行为负责者的国际法庭。

*

*　　*

关于引文的说明

引文中，后面加有星号的楷体字句在其出处并非楷体或斜体。

除非另有说明，出自外文著作的引文均由秘书处翻译。

*

*　　*

国际法委员会的互联网地址是：**www.un.org/law/ilc/index.htm**。

填补临时空缺

(章程第 11 条)

[议程项目 **1**]

A/CN.4/502 号文件

秘书处的说明

[原文：英文]
[1999 年 11 月 29 日]

1. 1999年7月6日，杜杜·蒂亚姆先生逝世。1999年11月3日，奥恩·哈索内先生当选为国际法院法官。因此，国际法委员会出现了两个空缺。

2. 这种情况适用委员会章程第11条。该条规定：

委员会委员临时出缺时，应由委员会适当遵照本章程第2和第8条的各项规定自行补足空缺。

第2条全文如下：

1. 委员会由三十四名委员组成，各委员应为公认胜任的国际法界人士。

2. 委员会委员不得有两人为同一国家的国民。

3. 如候选人具有双重国籍，则候选人应视为其通常行使公民和政治权利的国家的国民。

第8条全文如下：

选举人进行选举时应铭记：凡当选委员会委员的人士，本人必须具备必要的资格，而委员会全体则应确实代表世界各主要文明形式和各主要法系。

3. 委员会需要补选的两名委员任期至2001年年底届满。

国家责任

[议程项目 **3**]

A/CN.4/507 和 Add.1-4 号文件 *

特别报告员詹姆斯·克劳福德先生关于国家责任的第三次报告

[原文：英文]
[2000 年 3 月 15 日、6 月 15 日、7 月 10 日和
18 日以及 8 月 4 日]

目 录

		页次
本报告引用的多边文书		6
本报告引用的著作		7
	段次	
导言	1-11	13
A. 完成二读的工作	1-4	13
B. 一读通过的第二部分和第三部分：一般考虑	5-11	14
章次		
一. 第二部分 一国国际不法行为的法律后果	12-119	17
A. 第一章 一般原则	13-119	18
1. 第一章的标题和内容	13-16	18
2. 赔偿的一般原则	17-43	18
(*a*) 现行规定	17-22	18
(*b*) 拟议的一般原则	23-37	20
(*c*) 第 42 条第 3 和第 4 款	38-43	23
3. 停止和相关问题	44-59	25
(*a*) 现行规定	44-48	25
(*b*) 停止在条款草案中的位置	49-50	25
(*c*) 位置和拟订问题	51-52	26
(*d*) 承诺并保证不重复	53-59	26
4. 习惯国际法的其他法律后果	60-65	27
5. 受害国	66-118	29
(*a*) 第 40 条：“受害国”的含义	66-81	29
(*b*) 一些初步问题	82-96	34
(*c*) 改拟第 40 条的几种选择	97-118	38
6. 第二部分第一章结论	119	43
B. 第二章 赔偿的形式	120-223	44
1. 概 论	120-123	44

* 包括 A/CN.4/507/Add.1/Corr.1、A/CN.4/507/Add.2/Corr.1-2 和 A/CN.4/507/Add.3/Corr.1。

章次		段次	页次
	2. 恢复原状	124-146	45
	(*a*) 现有第 43 条	124-129	45
	(*b*) 停止、恢复原状和补偿：分类和优先的问题	130-143	48
	(*c*) 恢复原状的例外	144	51
	(*d*) 第 43 条案文	145-146	52
	3. 补偿	147-166	53
	(*a*) 现有第 44 条	147-153	52
	(*b*) 补偿的评估：一般原则还是具体标准？	154-160	54
	(*c*) 补偿的限制	161-164	57
	(*d*) 结论	165-166	58
	4. 满足	167-194	58
	(*a*) 现有第 45 条	167-177	58
	(*b*) 满足作为一种救济的特征	178-181	60
	(*c*) 满足的具体形式	182-192	61
	(*d*) 对满足的限制：第 45 条第 3 款	193	64
	(*e*) 关于第 45 条的结论	194	64
	5. 利息	195-214	64
	(*a*) 条款草案中的利息问题	195-198	64
	(*b*) 利息在赔偿方面的作用	199-212	65
	(*c*) 一项关于利息的条款？	213-214	68
	6. 减轻责任	215-222	69
	(*a*) 共同过失	216-221	69
	(*b*) 减轻损害	222	70
	7. 第二部分第二章结论摘要	223	70
二.	条款草案其余部分的结构	224-226	71
三.	受害国援引责任	227-284	71
	A. 概论	227-262	71
	1. 受害国选择赔偿方式的权利	232-233	72
	2. 援引责任的形式要件	234-238	73
	3. 若干关于主张可受理性的问题	239-242	74
	(*a*) 用尽当地救济(第 22 条)	241	74
	(*b*) 主张的国籍	242	75
	4. 对求偿的限制	243-249	75
	(*a*) 不超出诉讼请求原则	244-247	75
	(*b*) 禁止重复赔偿的规则	248-249	76
	5. 援引责任权的丧失	250-262	76
	(*a*) 放弃	253-256	77
	(*b*) 延误	257-259	78
	(*c*) 和解	260-261	79
	(*d*) 被违背义务的终止或中止	262	80
	B. 涉及多个受害国或责任国的情况	263-283	81
	1. 法律问题概览	266-281	81
	(*a*) 多个责任国	267-278	81
	(*b*) 多个受害国	279-281	85
	2. 提议的规定	282-283	86
	C. 第二部分之二第一章的结论	284	86
	D. 受害国的反措施	285-367	87
	1. 导言	286-291	87
	2. 对现有第三章(第 47 至第 50 条)的审查	292-219	89
	(*a*) 第 47 条 受害国的反措施	293-297	89

章次		段次	页次
	(*b*) 第 48 条 与采取反措施有关的条件	298-305	90
	(*c*) 第 49 条 相称	306-310	93
	(*d*) 第 50 条 禁止采取的反措施	311-319	94
	3. 重拟关于受害国反措施的规定	320-362	97
	(*a*) 反措施的定义	321-333	97
	(*b*) 不受制于反措施制度的义务	334-343	100
	(*c*) 采取和维持反措施的条件	344-360	103
	(一) 实质性条件	345-354	103
	(二) 程序性条件	355-360	105
	(*d*) 反措施的终止	361	106
	(*e*) 第 30 条的拟订	362	107
	4. 反措施和不履行的例外情况	363-366	107
	5. 关于受害国采取反措施的结论	367	108
四.	援引对国家集团或国际社会的责任	368-413	109
	A. 概论	369-385	109
	1. 每个国家均有权因违背对国际社会所负义务的行为而援引责任	373-375	111
	2. 对代表另一方援引责任的权利的限制	376-379	111
	3. 惩罚和过程问题	380-385	112
	B. 集体反措施	386-405	114
	1. 审查国家实践	391-394	115
	2. 评估	395-400	117
	3. 初步结论	401-406	118
	C. “严重违背”对整个国际社会的义务的其他后果	407-411	120
	1. 面临严重违背社区义务行为的其他国家的另外义务？	410	121
	2. 留待进一步发展的余地	411	121
	D. 关于第二部分第三章和第二部分之二的结论摘要	412-413	121
五.	第四部分 一般规定	414-429	122
	A. 现行条款	415-426	122
	1. 第 37 条 特别法	415-421	122
	2. 第 39 条 与《联合国宪章》的关系	422-426	123
	B. 提议的对第四部分的补充	427-428	124
	C. 关于第四部分的结论摘要	429	125

列表

1.	有权就多边义务援引责任的国家	107	40
2.	受不同影响的国家可以援引国家责任的法律后果的程度	116	43

本报告引用的多边文书

	来源
《柏林会议总议定书》[英](1885 年 2 月 26 日，柏林)	《英国和外国文件，1884-1885 年》，第七十六卷，第 4 页。
《协约国和参战各国对德和约》(《凡尔赛和约》)[英](1919 年 6 月 28 日，凡尔赛)	同上，《1919 年》第一百一十二卷(伦敦，皇家印务局，1922 年)，第 1 页。
《改善战地武装部队伤者病者境遇之日内瓦公约》[英](1929 年 7 月 27 日，日内瓦)	联合国，《条约汇编》，第 75 卷，第 970 号，第 31 页。
《关税及贸易总协定》[英](1947 年 10 月 30 日，日内瓦)	同上，第 55 卷，第 814 号，第 187 页。
关于保护战争受难者的日内瓦四公约 [英](1949 年 8 月 12 日，日内瓦)	同上，第 75 卷，第 970 至第 973 号，第 31 页及以下各页。
《一九四九年八月十二日日内瓦四公约关于保护国际性武装冲突受难者的附加议定书》(《第一议定书》)	同上，第 1125 卷，第 17512 号，第 3 页。
《保护人权与基本自由公约》(《欧洲人权公约》)[英](1950 年 11 月 4 日，罗马)	同上，第 213 卷，第 2889 号，第 221 页。
《〈保护人权与基本自由公约〉关于公约所建管制机制结构改革问题的第 11 号议定书》[英](1994 年 5 月 11 日，斯特拉斯堡)	同上，第 2061 卷，第 2889 号，第 7 页。
《建立欧洲共同体条约》[英](1957 年 3 月 25 日，罗马)，后经《阿姆斯特丹条约》修正(1997 年 10 月 2 日)	《欧洲共同体公报》，第 C340 期，第 40 卷(1997 年 11 月 10 日)，第 173 页。
《维也纳外交关系公约》(1961 年 4 月 18 日，维也纳)	联合国，《条约汇编》，第 500 卷，第 7310 号，第 95 页。
《维也纳领事关系公约》(1963 年 4 月 24 日，维也纳)	同上，第 596 卷，第 8638 号，第 261 页。
《关于解决各国和其他国家的国民之间的投资争端的公约》[英](1965 年 3 月 18 日，哥伦比亚特区华盛顿)	同上，第 575 卷，第 8359 号，第 159 页。
《经济、社会、文化权利国际公约》[旧译《经济社会文化权利国际盟约》](1966 年 12 月 16 日，纽约)	同上，第 993 卷，第 14531 号，第 3 页。
《公民及政治权利国际公约》[旧译《公民及政治权利国际盟约》](1966 年 12 月 16 日，纽约)	同上，第 999 卷，第 14668 号，第 171 页。
《〈公民及政治权利国际公约〉任择议定书》(1966 年 12 月 16 日，纽约)	同上。
《维也纳条约法公约》(1969 年 5 月 23 日，维也纳)	同上，第 1155 卷，第 18232 号，第 331 页。
《外空物体所造成损害之国际责任公约》(1972 年 3 月 29 日，伦敦、莫斯科、华盛顿)	同上，第 961 卷，第 13810 号，第 187 页。
《保护世界文化和自然遗产公约》[英](1972 年 11 月 16 日，巴黎)	同上，第 1037 卷，第 15511 号，第 151 页。
《国际销售货物时效期间公约》(1974 年 6 月 14 日，纽约)，后经《〈修正国际销售货物时效期间公约〉的议定书》修正(1980 年 4 月 11 日，维也纳)	同上，第 1511 卷，第 26121 号，第 99 页。
《联合国海洋法公约》(1982 年 12 月 10 日，蒙特哥湾)	同上，第 1833 卷，第 31363 号，第 3 页。

	来源
《欧洲经济共同体和南斯拉夫社会主义联邦共和国合作协定》[英](1983 年 1 月 24 日，布鲁塞尔)	《欧洲共同体公报》，第 L 41 期，第 2 页。
《保护臭氧层维也纳公约》(1985 年 3 月 22 日，维也纳)	联合国，《条约汇编》，第 1513 卷，第 26164 号，第 293 页。
《关于国家和国际组织间或国际组织相互间条约法的维也纳公约》(1986 年 3 月 21 日，维也纳)	A/CONF.129/15。
《关于消耗臭氧层的物质的蒙特利尔议定书》(《关于消耗臭氧层物质的蒙特利尔议定书》)(1987 年 9 月 16 日，蒙特利尔)	联合国，《条约汇编》，第 1522 卷，第 26369 号，第 3 页。
《马拉喀什建立世界贸易组织协定》[英](1994 年 4 月 15 日，马拉喀什)	同上，第 1867 至第 1869 卷，第 31874 号。
《国际刑事法院罗马规约》(1998 年 7 月 17 日，罗马)	同上，第 2187 卷，第 38544 号，第 3 页。

本报告引用的著作

ABI-SAAB, Georges

Les exceptions préliminaires dans la procédure de la Cour internationale: étude des notions fondamentales de procédure et des moyens de leur mise en œuvre. Paris, Pedone, 1967. 279 p.

"The uses of article 19", *European Journal of International Law* (Florence), vol. 10, No. 2, 1999, pp. 339–351.

AKEHURST, Michael

"Reprisals by third States", *British Year Book of International Law, 1970* (London), vol. 44, pp. 1–18.

ALDRICH, George H.

The Jurisprudence of the Iran-United States Claims Tribunal. Oxford, Clarendon Press, 1996. 590 p.

ALSTON, Philip

"The Commission on Human Rights", *in* Philip Alston, ed., *The United Nations and Human Rights: A Critical Appraisal*. Oxford, Clarendon Press, 1992, pp. 126–210.

ANNACKER, Claudia

"Part two of the International Law Commission's draft articles on State responsibility", *German Yearbook of International Law* (Berlin), vol. 37, 1994, pp. 206–253.

ARANGIO-RUIZ, Gaetano

"Article 39 of the ILC first-reading draft articles on State responsibility", *Rivista di diritto internazionale* (Milan), vol. LXXXIII, 2000, pp. 747–769.

ARGENT, Pierre d'

"Le fonds et la commission de compensation des Nations Unies", *Belgian Review of International Law* (Brussels), vol. XXV, 1992–2, pp. 485–518.

ATIYAH, P. S.

An Introduction to the Law of Contract. 5th ed. Oxford, Clarendon Press, 1995. 479 p.

BARKER, John Holly

The Valuation of Income-Producing Property in International Law. University of Cambridge, 1998. (Ph.D. dissertation)

BEDERMAN, David J.

"Article 40(2)(E) & (F) of the ILC draft articles on State responsibility: standing of injured States under customary international law and multilateral treaties", *Proceedings of the 92nd Annual Meeting of the American Society of International Law: The Challenge of Non-State Actors*. Washington, D.C., 1–4 April 1998, pp. 291–294.

"Contributory fault and State responsibility", *Virginia Journal of International Law,* vol. 30, No. 2, winter 1990, pp. 335–369.

BETTAUER, RONALD J.

"The United Nations Compensation Commission: developments since October 1992", *American Journal of International Law* (Washington, D.C.), vol. 89, No. 2, April 1995, pp. 416–423.

BOELAERT-SUOMINEN, Sonja

"Iraqi war reparations and the laws of war: a discussion of the current work of the United Nations Compensation Commission with specific reference to environmental damage during warfare", *Austrian Journal of Public and International Law* (Vienna), vol. 50, 1996, pp. 225–316.

BOTHE, Michael

"Neutrality in naval warfare: what is left of traditional international law?", *in* Astrid J. M. Delissen and Gerard J. Tanja, eds., *Humanitarian Law of Armed Conflict—Challenges Ahead: Essays in Honour of Frits Kalshoven*. Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1991, pp. 387–405.

BOWETT, Derek William

"Crimes of State and the 1996 report of the International Law Commission on State responsibility", *European Journal of International Law* (Florence), vol. 9, No. 1, 1998, p. 163.

BROWER, Charles N. and Jason D. BRUESCHKE

The Iran-United States Claims Tribunal. The Hague, Martinus Nijhoff, 1998. 931 p.

BROWNLIE, Ian

System of the Law of Nations: State Responsibility. Part I. Oxford, Clarendon Press, 1983.

CAFLISCH, Lucius

"La pratique suisse de matière de droit international public 1975", *Annuaire suisse de droit international,* vol. XXXII, 1976, pp. 69–166.

CHARNEY, Jonathan I.

"Third State remedies in international law", *Michigan Journal of International Law,* vol. 10, No. 1, winter 1989, pp. 57–101.

CHATTERJEE, Charles

"The use of the discounted cash flow method in the assessment of compensation: comments on the recent World Bank guidelines on the treatment of foreign direct investment", *Journal of International Arbitration* (Geneva), vol. 10, No. 4, December 1993, pp. 19–27.

CHRISTENSON, Gordon A.

"State Responsibility and the UN Compensation Commission: compensating victims of crimes of State", *in* Richard B. Lillich, ed., *The United Nations Compensation Commission*. Irvington-on-Hudson, N. Y., Transnational, 1995, pp. 311–364.

COING, Helmut

"Dawes Plan" *in* Rudolf Bernhardt, ed., *Encyclopedia of Public International Law,* vol. 1. Amsterdam, Elsevier, 1992.

CRAWFORD, James

"The standing of States: a critique of article 40 of the ILC's draft articles on State responsibility", *in* Mads Andenas, ed., *Judicial Review in International Perspective: Liber Amicorum in Honour of Lord Slynn of Hadley*. The Hague, Kluwer, 2000.

CROOK, John R.

"The United Nations Compensation Commission: a new structure to enforce State responsibility", *American Journal of International Law* (Washington, D.C.), vol. 87, No. 1, January 1993, pp. 144–157.

DAGAN, Hanoch

Unjust Enrichment: A Study of Private Law and Public Values. Cambridge, Cambridge University Press, 1997. 195 p.

DECAUX, Emmanuel

"Responsabilité et réparation", *La responsabilité dans le système international: colloque du Mans*. Paris, Pedone, 1991, pp. 147–190.

DOMINICÉ, Christian

"La réparation non contentieuse", *La responsabilité dans le système international: colloque du Mans*. Paris, Pedone, 1991, pp. 191–223.

"De la réparation constructive du préjudice immatériel souffert par un État", *International Law in an Evolving World:* liber amicorum *in tribute to Professor Eduardo Jiménez de Aréchaga*. Montevideo, Fundación de cultura universitaria, 1994, pp. 505–522.

"De la réparation constructive du préjudice immatériel souffert par un État", *L'ordre juridique international entre tradition et innovation: recueil d'études.* Paris, Presses Universitaires de France, 1997, pp. 349–365.

"The international responsibility of States for breach of multilateral obligations", *European Journal of International Law* (Florence), vol. 10, No. 2, 1999, pp. 353–363.

DUGARD, C. J. R.

"The Organization of African Unity and colonialism: an enquiry into the plea of self-defence as a justification for the use of force in the eradication of colonialism", *International and Comparative Law Quarterly* (London), vol. 16, 1967, pp. 157–190.

DUPUY, Pierre-Marie

"Le fait générateur de la responsabilité internationale des États", *Collected Courses of The Hague Academy of International Law, 1984–V*. Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1986. Vol. 188, pp. 9–134.

ERASMUS, Gavin M.

Compensation for Expropriation: A Comparative Study. Oxford, Jason Reese in association with the United Kingdom National Committee of Comparative Law, 1990.

FERGUSON-BROWN, Kevin

"The legality of economic sanctions against South Africa in contemporary international law", *South African Yearbook of International Law* (Pretoria), vol. 14, 1988–1989, pp. 59–84.

FITZMAURICE, Sir Gerald

The Law and Procedure of the International Court of Justice. Cambridge, Grotius, 1986. 860 p.

FLEISCHHAUER, Carl-August

"Prescription", *in* Rudolf Bernhardt, ed., *Encyclopedia of Public International Law,* vol. 3. Amsterdam, Elsevier, 1997, pp. 1105–1108.

FRIEDLAND, Paul D. and Eleanor WONG

"Measuring damages for the deprivation of income-producing assets: ICSID case studies", *Foreign Investment Law Journal,* vol. 6, No. 1, spring 1991, pp. 400–430.

FRIGESSI DI RATTALMA, Marco

"Le régime de responsabilité internationale institué par le conseil d'administration de la commission de compensation des Nations Unies", RGDIP, vol. CI, 1997, pp. 45–90.

FROWEIN, Jochen A.

"Reactions by not directly affected States to breaches of public international law", *Collected Courses of The Hague Academy of International Law, 1994–IV*. Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1995. Vol. 248, pp. 345–437.

GAJA, Giorgio

"Should all references to international crimes disappear from the ILC draft articles on State responsibility?", *European Journal of International Law* (Florence), vol. 10, No. 2, 1999, pp. 365–370.

GATTINI, Andrea

"La riparazione dei danni di guerra causati dall'Iraq", *Rivista di diritto internazionale* (Milan), vol. LXXVI, 1993, pp. 1000–1046.

GOTANDA, John Yukio

"Awarding interest in international arbitration", *American Journal of International Law* (Washington, D.C.), vol. 90, No. 1, January 1996, pp. 40–63.

Supplemental Damages in Private International Law. The Hague, Kluwer, 1998. 250 p.

GOWLLAND-DEBBAS, Vera

Collective Responses to Illegal Acts in International Law: United Nations Action in the Question of Southern Rhodesia. Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1990. 753 p.

GRAY, Christine D.

Judicial Remedies in International Law. Oxford, Clarendon Press, 1987. 250 p.

"The choice between restitution and compensation", *European Journal of International Law* (Florence), vol. 10, No. 2, 1999, pp. 413–423.

GRAEFRATH, Bernhard

"Responsibility and damages caused: relationship between responsibility and damages", *Collected Courses of The Hague Academy of International Law, 1984–II*. Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1985. Vol. 185.

"Iraqi reparations and the Security Council", *Heidelberg Journal of International Law,* vol. 55, 1995, pp. 1–68.

"International crimes and collective security", *in* Karel Wellens, ed., *International Law—Theory and Practice: Essays in Honour of Eric Suy*. The Hague, Martinus Nijhoff, 1998, pp. 237–252.

GREIG, D.W.

"Reciprocity, proportionality and the law of treaties", *Virginia Journal of International Law,* vol. 34, No. 2, winter 1994, pp. 295–403.

GROTIUS, Hugo

De Jure Belli ac Pacis: Libri Tres (1646), in *The Classics of International Law*. Oxford, Clarendon Press, 1925. Vol. II. English translation by Francis W. Kelsey.

HAHN, Michael J.

Die einseitige Aussetzung von GATT-Verpflichtungen als Repressalie (Unilateral Suspension of GATT Obligations as Reprisal (English summary)). Berlin, Springer, 1996.

HART, H. L. A. and A. M. HONORÉ

Causation in the Law. 2nd ed. Oxford, Clarendon Press, 1985. 516 p.

HEISKANEN, Veijo and Robert O'BRIEN

"UN Compensation Commission panel sets precedents on Government claims", *American Journal of International Law* (Washington, D.C.), vol. 92, No. 2, April 1998, pp. 339–350.

HIGGINS, Rosalyn

"The taking of property by the State: recent developments in international law", *Collected Courses of The Hague Academy of International Law, 1982–III*. The Hague, Martinus Nijhoff, 1983. Vol. 176, pp. 259–391.

HOHFELD, Wesley Newcomb

Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning and Other Legal Essays. New Haven, Yale University Press, 1923.

HONDIUS, Ewoud H.

"General report", *Extinctive Prescription—On the Limitation of Actions: Reports to the XIVth Congress, International Academy of Comparative Law, Athens (Vouliagmeni), Greece, 31 July–7 August 1994.* The Hague, Kluwer, 1995, pp. 1–25.

HONORÉ, A. M.

"Causation and remoteness of damage", *in* André Tunc, ed., *International Encyclopedia of Comparative Law,* vol. XI, part I, chap. 7. Tübingen, Mohr, 1983. 156 p.

HOOGH, Andreas Johannes Joseph de

Obligations Erga Omnes *and International Crimes: A Theoretical Inquiry into the Implementation and Enforcement of the International Responsibility of States.* The Hague, Kluwer, 1996. 397 p.

INTERNATIONAL INSTITUTE OF HUMANITARIAN LAW

San Remo Manual on International Law Applicable to Armed Conflicts at Sea. Louise Doswald-Beck, ed. Cambridge, Grotius, 1995. 257 p.

HUNTER, Martin and Volker TRIEBEL

"Awarding interest in international arbitration", *Journal of International Arbitration* (Geneva), vol. 6, No. 1, March 1989, pp. 7–23.

HUTCHINSON, D. N.

"Solidarity and breaches of multilateral treaties", *British Year Book of International Law, 1988* (Oxford), vol. 59, pp. 151–215.

IBRAHIM, Ashraf Ray

"The doctrine of laches in international law", *Virginia Law Review* (Charlottesville), vol. 83, No. 3, April 1997, pp. 647–692.

IOVANE, Massimo

La riparazione nella teoria e nella prassi dell' illicito internazionale. Milan, Giuffrè， 1990. 340 p.

JENNINGS, Sir Robert and Sir A. WATTS, eds.

Oppenheim's International Law, vol. 1, *Peace,* parts 2–4. 9th ed. Harlow, Longman, 1992.

JØRGENSEN, Nina H. B.

"A reappraisal of punitive damages in international law", *British Yearbook of International Law, 1997* (Oxford), vol. 68, pp. 247–266.

KAWASAKI, Kyoji

"The notion of 'injured State' in the law of international responsibility of States: the ILC's draft article 5 of part two on State responsibility (3 parts)", *Shudo Law Review,* vol. 11, 1989, pp. 319–353； vol. 12, 1990, pp. 95–120； vol. 13, 1991, pp. 225–262. In Japanese.

"The 'injured State' in the international law of State responsibility", *Hitotsubashi Journal of Law and Politics,* vol. 28, 2000, pp. 17–31.

KENT, Bruce

The Spoils of War: The Politics, Economics, and Diplomacy of Reparations 1918–1932. Oxford, Clarendon Press, 1989. 462 p.

KEYNES, John Maynard

The Economic Consequences of the Peace. London, Macmillan, 1919. 279 p.

KHALILIAN, Seyed Khalil

"The place of discounted cash flow in international commercial arbitrations: awards by Iran-United States Claims Tribunal", *Journal of International Arbitration* (Geneva), vol. 8, No. 1, March 1991, pp. 31–50.

KLEIN, Pierre

La responsabilité des organisations internationales dans les ordres juridiques internes et en droit des gens. Brussels, Bruylant, 1998.

KOSKENNIEMI, Martti

"L'affaire du passage par le Grand-Belt", *Annuaire français de droit international, 1992* (Paris), vol. XXXVIII, pp. 905–947.

LIEBLICH, William C.

"Determinations by international tribunals of the economic value of expropriated enterprises", *Journal of International Arbitration* (Geneva), vol. 7, No. 1, March 1990, pp. 37–76.

"Determining the economic value of expropriated income-producing property in international arbitrations", *Journal of International Arbitration* (Geneva), vol. 8, No. 1, March 1991, pp. 59–80.

LILLICH, Richard B., ed.

The United Nations Compensation Commission. Irvington-on-Hudson, N.Y., Transnational, 1995. 486 p.

LINDEMANN, Hans-Heinrich

"The repercussions resulting from the violation of human rights in Surinam on the contractual relations between the Netherlands and Surinam", *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht,* vol. 44, 1984, pp. 64–93.

MANN, F. A.

"Compound interest as an item of damage in international law", *Further Studies in International Law*. Oxford, Clarendon Press, 1990, pp. 377–385.

MANTOUX, Étienne

The Carthaginian Peace or The Economic Consequences of Mr. Keynes. London, Oxford University Press, 1946. 210 p.

MARKESINIS, B. S.

The German Law of Obligations—Volume II The Law of Torts: A Comparative Introduction. 3rd ed. Oxford, Clarendon Press, 1997. 1016 p.

MIGLIORINO, Luigi

"Sur la déclaration d'illicéité comme forme de satisfaction: à propos de la sentence arbitrale du

30 avril 1990 dans l'affaire du *Rainbow Warrior*", RGDIP, vol. 96, 1992, pp. 61–74.

MOORE, John Bassett

History and Digest of the International Arbitrations to which the United States has been a Party. Vol. IV. Washington, D.C., United States Government Printing Office, 1898.

NEFF, Stephen C.

"Boycott and the law of nations: economic warfare and modern international law in historical perspective", *British Year Book of International Law, 1989* (Oxford), vol. 59, pp. 113–149.

NORTON, Patrick M.

"A law of the future or a law of the past? Modern tribunals and the international law of expropriation", *American Journal of International Law* (Washington, D.C.), vol. 85, No. 3, July 1991, pp. 474–505.

NOYES, John E. and Brian D. SMITH

"State responsibility and the principle of joint and several liability", *Yale Journal of International Law,* vol. 13, No. 2, summer 1988, pp. 225–267.

OETER, Stefan

"Methods and means of combat", *in* Dieter Fleck, ed., *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts*. Oxford, Oxford University Press, 1995, pp. 105–207.

O'NEILL, Philip D. Jr. and Nawaf SALAM,

"Is the *exceptio non adimpleti contractus* part of the new *lex mercatoria*?", *in* Emmanuel Gaillard, ed., *Transnational Rules in International Commercial Arbitration.* Paris, ICC, 1993, pp. 147–159.

PADELLETTI, Maria Luisa

Pluralità di Stati nel fatto illecito internazionale. Milan, Giuffrè， 1990. 239 p.

PARTSCH, Karl Josef

"Reprisals", *in* Rudolf Bernhardt, ed., *Encyclopedia of Public International Law,* vol. 4. Amsterdam, Elsevier, 2000, pp. 200–205.

PELLET, Alain

"Vive le crime ! Remarques sur les degrés de l'illicite en droit international", *International Law on the Eve of the Twenty-first Century: Views from the International Law Commission*. United Nations publication, Sales No. E/F.97.V.4, pp. 287–315.

"Can a State commit a crime? Definitely, yes!", *European Journal of International Law* (Florence), vol. 10, No. 2, 1999, pp. 425–434.

PELLONPÄÄ, Matti

"Compensable claims before the Tribunal: expropriation claims", *in* Richard B. Lillich and Daniel Barstow Magraw, eds., *The Iran-United States Claims Tribunal: Its Contribution to the Law of State Responsibility*. Irvington-on-Hudson, N.Y., Transnational, 1998, pp. 185–266.

PENROSE, Edith, George JOFFE and Paul STEVENS

"Nationalisation of foreign-owned property for a public purpose: an economic perspective on appropriate compensation", *Modern Law Review,* vol. 55, 1992, pp. 351–367.

PERRIN, Georges

"La détermination de l'État lésé: les régimes dissociables et les régimes indissociables", *in* Jerzy Makarczyk, ed., *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century: Essays in honour of Krzysztof Skubiszewski*. The Hague, Kluwer, 1996, pp. 243–247.

PINTO, Roger

"Prescription in international law", *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1955–I*. Leiden, Sijthoff, 1956. Vol. 87, pp. 387–455.

PISILLO MAZZESCHI, Riccardo

"La riparazione per violazione dei diritti umani nel diritto internazionale e nella Convenzione europea", *La Comunità internazionale,* vol. 53, No. 2, 1998, pp. 215–235.

PLANIOL, Marcel

Traité élémentaire de droit civil conforme au programme officiel des Facultés de droit. 10th ed. Paris, LGDJ, 1926. Vol. 2, pp. 241–267.

RAGAZZI, Maurizio

The concept of international obligations erga omnes. Oxford, Clarendon Press, 1997. 265 p.

RANDELZHOFER, Albrecht and Christian TOMUSCHAT, eds.

State Responsibility and the Individual: Reparation in Instances of Grave Violations of Human Rights. The Hague, Martinus Nijhoff, 1999. 296 p.

RAO, P. Sreenivasa

"Comments on article 19 of the draft articles on State responsibility adopted by the International Law Commission", *Indian Journal of International Law,* vol. 37, No. 4, 1997, pp. 673–676.

ROMANO, Cesare P. R.

"Woe to the vanquished? A comparison of the reparations process after World War I (1914–18) and the Gulf war (1990–91)", *Austrian Review of International and European Law,* vol. 2, No. 3, 1997, pp. 361–390.

ROSAS, Allan

"Mixed Union —— mixed agreements", *in* Martti Koskenniemi, ed., *International Law Aspects of the European Union*. The Hague, Kluwer, 1998, pp. 125–148.

ROSENNE, Shabtai

Breach of Treaty. Cambridge, Grotius, 1985. 142 p.

The Law and Practice of the International Court, 1920-1996, vol. II, *Jurisdiction.* 3rd ed. The Hague, Martinus Nijhoff, 1997.

"State responsibility and international crimes: further reflections on article 19 of the draft articles on State responsibility", *New York University Journal of International Law and Politics,* vol. 30, Nos. 1–2, fall 1997–winter 1998, pp. 145–166.

ROSENSTOCK, Robert

"An international criminal responsibility of States?" *International Law on the Eve of the Twenty-first Century: Views from the International Law Commission*. United Nations publication, Sales No. E/F.97.V.4, pp. 265–285.

ROUSSEAU, Charles

"Chronique des faits internationaux", RGDIP, vol. LXXXVI, 1982.

Droit international public, vol. V, *Les rapports conflictuels*. Paris, Sirey, 1983.

RUBIN, Alfred P.

Ethics and Authority in International Law. Cambridge, Cambridge University Press, 1997. 228 p.

RUZIE， David

Droit international public. 13th ed. Paris, Dalloz, 1997. 259 p.

SACHARIEW, K.

"State responsibility for multilateral treaty violations: identifying the 'injured State' and its legal status", *Netherlands International Law Review,* vol. XXXV, 1988, pp. 273–289.

SALMON, Jean

"La place de la faute de la victime dans le droit de la responsabilité internationale", *International Law at the Time of its Codification: Essays in Honour of Roberto Ago,* vol. III. Milan, Giuffrè， 1987, pp. 371–399.

SCHINDLER, Dietrich

"Transformations in the law of neutrality since 1945", *in* Astrid J. M. Delissen and Gerard J. Tanja, eds., *Humanitarian Law of Armed Conflict—Challenges Ahead: Essays in Honour of Frits Kalshoven*. Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1991, pp. 367–386.

SCHWEBEL, Stephen M.

International Arbitration: Three Salient Problems. Cambridge, Grotius, 1987.

SHELTON, Dinah

Remedies in International Human Rights Law. Oxford, Oxford University Press, 1999. 387 p.

SICILIANOS, Linos-Alexandre

Les réactions décentralisées à l'illicite: des contre-mesures à la légitime défense. Paris, LGDJ, 1990, 532 p.

SIEKMANN, R. C. R.

"Netherlands State practice for the parliamentary year 1982–1983", *Netherlands Yearbook of International Law* (The Hague), vol. XV, 1984, pp. 267–390.

SIMMA, Bruno

"Bilateralism and community interest in the law of State responsibility", *in* Yoram Dinstein, ed., *International Law at a Time of Perplexity: Essays in Honour of Shabtai Rosenne.* Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1989, pp. 821–844.

"From bilateralism to community interest in international law", *Collected Courses of The Hague Academy of International Law, 1994–VI.* The Hague, Martinus Nijhoff, 1997. Vol. 250, pp. 217–384.

STERN, Brigitte

"Un système hybride: la procédure de règlement pour la réparation des dommages résultant de l'occupation illicite du Koweit par l'Irak", *McGill Law Journal,* vol. 37, 1991–1992, pp. 625–644.

STEWART, David P.

"Compensation and valuation issues", *in* Richard B. Lillich and Daniel Barstow Magraw, eds., *The Iran-United States Claims Tribunal: Its Contribution to the Law of State Responsibility*. Irvington-on-Hudson, N.Y., Transnational, 1998, pp. 325–385.

STOLL, Hans

"Consequences of liability: remedies", *in* André Tunc, ed., *International Encyclopedia of Comparative Law,* vol. XI, part 2, chap. 8. Tübingen, Mohr, 1983.

TALMON, Stefan

Recognition of Governments in International Law: with Particular Reference to Governments in Exile. Oxford, Clarendon Press, 1998. 393 p.

TRIFFTERER, Otto

"Prosecution of States for crimes of State", *International Review of Penal Law,* vol. 67, 1996, pp. 341–364.

VADAPALAS, Vilenas

"L'intérêt pour agir en responsabilité internationale", *Polish Yearbook of International Law* (Warsaw), vol. XX, 1993, pp. 17–35.

WALKER, David M.

The Oxford Companion to Law. Oxford, Clarendon Press, 1980. 1366 p.

WEIR, Tony

"Complex liabilities", *in* André Tunc, ed., *International Encyclopedia of Comparative Law,* vol. XI, *Torts,* part 2, chap. 12. Tübingen, Mohr, 1983.

WEISS, Friedl

"Time limits for the prosecution of crimes against international law", *British Year Book of International Law, 1982* (Oxford), vol. 53, pp. 163–195.

WELLER, Marc

The Crisis in Kosovo 1989–1999: From the Dissolution of Yugoslavia to Rambouillet and the Outbreak of Hostilities. Cambridge, Documents & Analysis Publishing, 1999.

WHITEMAN, MARJORIE M.

Damages in International Law. Vol. III. Washington, D.C. United States Government Printing Office, 1943.

WILLIAMS, Glanville Llewellyn

Joint Obligations: A Treatise on Joint and Joint and Several Liability in Contract, Quasi-Contract and Trusts in England, Ireland and the Common-Law Dominions. London, Butterworth, 1949. 179 p.

WITTICH, STEPHAN

"Awe of the gods and fear of the priests: punitive damages and the law of State responsibility", *Austrian Review of International and European Law,* vol. 3, No. 1, 1998, pp. 101–157.

WOODLIFFE, John

"Chernobyl: four years on", *International & Comparative Law Quarterly* (London), vol. 39, part 2, April 1990, pp. 461–471.

WORLD BANK

Legal Framework for the Treatment of Foreign Investment, vol. I, *Survey of Existing Instruments*. Washington, D.C., 1992.

ZEMANEK, Karl

"New trends in the enforcement of *erga omnes* obligations", *Max Planck Yearbook of United Nations Law* (The Hague), vol. 4, 2000, pp. 1–52.

ZWEIGERT, Konrad and Hein KÖTZ

An Introduction to Comparative Law. Translation from the German by Tony Weir. 3rd rev. ed. Oxford, Clarendon Press, 1998. 714 p.

导 言[1]

A. 完成二读的工作

1. 国际法委员会 1999 年第五十一届会议结束了 1998 年就已开始的二读对条款草案第一部分的审查。起草委员会审议了第 1 至第 35 条，[2] 并向全体会议提交了报告。自这些审议后，一些国家政府在大会第六委员会辩论框架内又提出了若干进一步的评论。[3] 在判例方面也有一些相关发展。[4] 就印象而言，可以说，总的看来，1998 年和 1999 年对第一部分所作的暂时修改简化并澄清了该部分的原意，因此受到欢迎。第一部分的基本概念(制定国际法次要通则的框架以确定一国是否实行了国际不法行为)基本保持不变，第一部分现有各章均予以保留。

2. 委员会本身保留了一些有关第一部分的问题以便进一步审议。这些问题是：

[1] 特别报告员谨感谢剑桥大学国际法研究中心研究员 Pierre Bodeau 先生为本报告提供了很大帮助，感谢 John Barker、Ann Bodley、Petros Mavroidis、Jacqueline Peel、Christian Tams、Carole Moal、Johanne Poirier 和 Arnaud Macé 为编写工作提供了援助，并感谢利华休姆信托基金会提供了慷慨财务支助。

[2] 起草委员会暂时通过的条款草案案文见《1998 年……年鉴》[英]，第一卷，第 2562 次会议，第 287 页，第 72 段和《1999 年……年鉴》[英]，第一卷，第 2605 次会议，第 275 页，第 4 段。另见起草委员会主席 1998 年的报告(辛马先生，《1998 年……年鉴》，第一卷，第 2562 次会议)和 1999 年的报告(坎迪奥蒂先生，《1999 年……年鉴》，第一卷，第 2605 和第 2606 次会议)。

[3] 见第五十三届会议(A/CN.4/496)和第五十四届会议(A/CN.4/504)期间第六委员会讨论的专题摘要。

[4] 例如，前南斯拉夫问题国际法庭上诉分庭就检察官诉杜什科·塔迪奇案(案件编号：IT-94-1-A(1999 年))作出的裁决，《国际法律资料》，第 38 卷，第 6 号(1999 年 11 月)，第 1518-1623 页。

(*a*) 是否有必要就违背对整个国际社会的义务(普遍义务)的国家责任作出规定，以及该项规定与一读通过的第 19 条各项规定之间的关系；[5]

(*b*) 原第 22 条(用尽当地补救办法)的拟订及位置；[6]

(*c*) 根据草案其他章节对反措施的处理拟订第 30 条(国际不法行为的反措施)；[7]

(*d*) 是否有可能根据 1999 年特别报告员的建议，增加一项解除行为不法性的情况，即不履行义务的例外情况(未履行契约的抗辩)。[8]

3. 应该指出，这些问题均涉及对现有第二部分各项规定的处理。[9] 此外，如果委员会要按计划并依照大会要求，在 2001 年以前完成对条款草案的二读，它就必须在 2000 年向第六委员会提交条款草案全文。这样，国际法委员会才能根据下届会议前收到的任何进一步评论，对整个条款草案进行审查。

4. 因此，本报告建议，就一读通过的第二部分全文提出建议，并在这一过程中，审议上文第 2 段列举的四个问题。在此基础上，特别报告员希望在 2001 年提出条款草案全文以及评注，供委员会第五十三届会议审议和通过。

B. 一读通过的第二部分和第三部分：一般考虑

5. 一读通过的第二部分[10] 涉及大量问题：

(*a*) 说明一般原则，其中最重要的是“受害国”一词的“定义”(第一章，第 36 至第 40 条)；

(*b*) 有一章题目很长：“受害国的权利和实行了国际不法行为的国家的义务”，该章规定了停止和赔偿的基本原则以及赔偿的具体内容(第二章，第 41 至第 46 条)；

(*c*) 有一章涉及反措施(第三章，第 47 至第 50 条)；

(*d*) 有一章扼要述及第 19 条所界定国际罪行的后果(第四章，第 51 至第 53 条)。

6. 至于有关争端的解决的第三部分，是否保留这一部分取决于就条款草案形式做出的决定。特别报告员已经提出他反对一读时把强制性解决争端与采取反措施特别联系在一起的理由。[11] 委员会许多委员在就特别报告员第二次报告进行辩论时均赞成这些理由。[12] 因此，在审议条款草案的形式和争端的解决等相关问题之前，先集中审议国家责任法的实质内容(包括其执行问题)是有可能的，特别报告员认为，这样做也是可取的。

7. 在审议第二部分出现的问题时，应首先提出某些要点：

(*a*) *条款草案对国内的适用性*。第二部分中有关停止、赔偿和反措施的义务本身就是有关国家的国际义务，因此，适用于国家所有国际义务的条款草案也是反射性的。如此一来，规定一国不得援引

---

[5] 见《1998 年……年鉴》[英]，第二卷(第二部分)，第 77 页，第 331 段。与该问题相关的是一些人对拟议的第 29 条之二(遵守强制性规范)的必要性表示怀疑：见《1999 年……年鉴》[英]，第二卷(第二部分)，第 76 页，第 309-315 段。

[6] 《1999 年……年鉴》[英]，第二卷(第二部分)，第 66-68 页，第 223-243 段)。

[7] 同上，第 88 页，第 448 段。

[8] 同上，第 78-80 页，第 334-347 段。特别报告员的建议，见《1999 年……年鉴》[英]，第二卷(第一部分)，A/CN.4/498 和 Add.1-4, 第 78-83 页，第 316-331 段。

[9] 例如，第 2 段所述的四个问题均通过以下方式与现有第二部分中的问题相关：

(*a*) 第 19、第 40 和第 51-53 条各条之间显然有关联，如单独审议第 19 条，则该条是没有后果的一类；

(*b*) 有人建议最好将第 22 条置于履行责任一节，而不是置于第一部分；

(*c*) 由于条款草案其他章节未提及反措施制度，有充分理由更详尽地阐释第 30 条，但如果在第二部分处理这一主题，则条文简单、相互参照性质的第 30 条即已足矣；

(*d*) 一种观点是，未履行契约的抗辩或者与反措施制度一样，同样作广泛规定，或者适当地包括在反措施制度内，因此，委员会已推迟审议这一问题。

[10] 见《1996 年……年鉴》[英]，第二卷(第二部分)，第 62-64 页。

[11] 同上，第 64 页，一读通过的第 58 条第 2 款；批评意见见《1999 年……年鉴》[英](见上文脚注 8)，第 94-95 页，第 386-389 段。

[12] 《1999 年……年鉴》[英]，第二卷(第二部分)，第 87-88 页，第 441-447 段。

其国内法作为不遵守国际义务的借口的第 4 条，也适用于第二部分的国际义务。对于解除行为不法性的情况，也是如此：因此，一国应有权将不可抗力作为解除其不提供赔偿行为不法性的情况，但需维持在第一部分第五章允许的范围内。在起草第二部分时，也许并未总是清楚地认识到第一部分的这种反射性质。例如，第 42 条第 4 款就重复了第 4 条的实质内容，严格上说，这种重复是不必要的，并且可能会对第二部分其他条款造成相反的不良影响；[13]

(*b*) *第二部分以及实质/程序上的区别*。尽管条款草案涵盖一个可称之为“司法救济”的领域，[14] 但条款大部分按国家的权利和义务拟订。在许多国家的法律制度中，同样的规定通常以法院在救济方面的权力表示。但在法院没有这种推定权利的制度中，这种做法是不可能的，而且许多法院、法庭和其他机构都可能面临责任问题做法。尽管存在这些差异，国内法(所谓的“私法类比”)的措辞往往会悄悄出现在国际司法裁决中。[15] 虽然条款草案不涉及诸如法院管辖权之类的问题，但常常有人说，救济(即惩罚性损害赔偿)受到仲裁协定或特别协定条款的限制，[16] 而且指示或命令采取临时措施的权力一类的管辖权问题与停止的义务之间存在明显重叠。就宣告而言，这是一个特殊问题，国际法院常常准许将宣告作为一种救济形式，条件是在相关情况下对违背行为的正式裁决即足以构成赔偿。[17] 的确，(与国家法院公法领域的许多案件一样)在许多国家责任案件中，寻求的主要补救都是宣告式的。

(*c*) *权利和救济：酌处问题*。这是相关的一点。第二部分按权利拟订条文，不仅倾向于排除宣告式救济一类的赔偿，而且要求在拟订条款草案时，要表明赔偿的适当形式由国际法预先确定。事实上，各国际法院和法庭在处理赔偿问题时表现出了很大的灵活性。[18] 在可按权力或司法酌处权拟订责任规则的制度中，这个问题不大。但在凡事均按权利和义务构想的制度里，[19] 情况就不同了，这正是第二部分有时被批评过于严格，有时又被批评含糊不清的原因之一。[20]

---

[13] 另见下文第 42 段。

[14] 见格雷，《国际法上的司法救济》和谢尔顿，《国际人权法上的救济》。起草委员会主席在介绍第 42 条第 1 款时，把恢复原状和赔偿等均称为“救济”(《1992 年……年鉴》，第一卷，第 2288 次会议，第 265 页，第 17 段)。

[15] 见同一段中仲裁员马赫曼萨尼关于*利比亚美国石油公司(利美公司)诉阿拉伯利比亚共和国政府*案(1977 年)的具体行为和恢复原状问题的讨论：《国际法报告》，第 62 卷，第 198 页。

[16] 关于惩罚性损害赔偿与仲裁协定条款之间的关系，除其他外，见“*卢西塔尼亚号*”案(1923 年)，《国际仲裁裁决汇编》，第七卷(出售品编号：1949.V.5)，第 41-42 页；*德国对在 1914 年 7 月 31 日后和在葡萄牙参战前的行为应负的责任*案(1930 年)，《国际仲裁裁决汇编》，第二卷(出售品编号：1949.V.1)，第 1076-1077 页；以及*莉莲·伯丁·格里姆诉伊朗伊斯兰共和国*案，《伊朗美国索赔法庭汇编》(剑桥，格劳秀斯出版物，1984 年)，第 2 卷，第 78-79 页。

[17] 例如，见*科孚海峡*案，案情，《1949 年国际法院汇编》，第 35 页；以及关于新西兰和法国在解释和适用两国于 1986 年 7 月 9 日缔结的有关“*彩虹勇士号*”事件所产生问题的两项协定方面的分歧的案件，《国际仲裁裁决汇编》，第二十卷(出售品编号：E/F.93.V.3)，第 272-273 页，第 122-123 段。一般情况见格雷，同前，第 127-131 页和谢尔顿，同前，第 68-69 页。

[18] 例如，见*加布奇科沃—大毛罗斯项目*案(匈牙利/斯洛伐克)，判决，《1997 年国际法院汇编》，第 7 页。在一个案件中，这种灵活性几乎到了违反不超出诉讼请求原则的程度，见“*彩虹勇士号*”仲裁案(上文脚注 17)，第 272 页，第 116-120 段和第 274-275 页，第 124-128 段。关于停止与赔偿间之区别的一般情况，见下文第 47-50 段和第 54 段。

[19] 见第 42 条第 2 款和第 46 条，其中，前者规定在确定赔偿的形式和数额时，“应该考虑到”共同过失；后者则规定可“在适当情况下”要求作出承诺和保证。这两条不仅意味着一定程度的灵活酌处权，也暗示了某种形式的第三方解决办法。

[20] 可通过提及对未支付偿金收取利息的权利来说明这一点。在有些案件中，甚至有权裁定支付复利；在其他一些案件中，支付利息总是不适当的，或者，可通过其他方式顾及未支付金额的价值。但很难预先确定在何种条件下适于支付利息(包括复利)。例如，见 *Compañía del Desarrollo de Santa Elena S. A.诉哥斯达黎加共和国*案，案件编号 ARB/96/1，《国际投资争端解决中心评论：外国投资法杂志》，第 15 卷，第 1 期(2000 年春季)，最后裁决(2000 年 2 月 17 日)，第 96-107 段。委员会在一读时并未保留特别报告员阿兰焦—鲁伊斯先生关于就利息问题单独拟订一项条款的建议，只在第 44 条第 2 款模糊地提及这一点。见《1989 年……年鉴》，第二卷(第一部分)，A/CN.4/425 和 Add.1 号文件，第 77-105 页和第 144 页；及《1993 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 8 条[现第 44 条]评注，第 80 页，第(24)-(26)段。

总的说来，这几点并不影响第二部分的基本结构或处理方式。不过，在审议特定条款，尤其是在起草时必须予以考虑。

8. 一读通过的第二部分既有积极方面，也有消极方面。就积极方面而言，条款草案的关键部分(停止、赔偿和反措施)是根据前任特别报告员加埃塔诺·阿兰焦—鲁伊斯先生详细而认真的报告[21]编写的。当然没有必要重复这项工作，因此，侧重点应是特别参照各国政府的评论，拟订某些条款草案，并尽可能地作出详尽阐述。就消极方面而言，第二和第三部分中均有一些因素有待审议：

(*a*) 有人批评说，第 42 条的赔偿概念与第 43 条的恢复原状概念之间关系混乱且存在重叠；更概括地说，仍需进一步关注如何在各种赔偿形式(特别是恢复原状与补偿)之间作出选择的问题；

(*b*) 无论对一读通过的第 19 条界定的“国际罪行”问题采取何种处理办法，第 51 至第 53 条都因为不够充分和未充分融入案文而受到广泛批评；[22]

(*c*) 第二部分所载的许多一般性规定(例如第 37 条(特别法)和第 39 条(与《联合国宪章》的关系))更适于归入一个最后的总则部分，并应将其适用于整个条款草案。此外，似有必要拟订更多一般性规定；[23]

(*d*) 第三部分只涉及争端的解决，不涉及履行责任这一更广泛的实质性专题；

(*e*) 就履行责任而言，可能有理由(通过与《维也纳条约法公约》(以下称“1969 年《维也纳公约》”)第四十五条的类比)涉及援引责任权利的丧失等主题。其他一些问题可能也属于这一范围。

9. 此外，把第二部分分为四章也引起一些问题：

(*a*) 第一章打算说明可适用的一般原则，但却主要由介绍性条款和保留条款组成，外加一条冗长的受害国“定义”。第二部分特有的基本原则大都载于后面几章；

(*b*) 第二章各条涉及停止和广义上的赔偿(恢复原状、补偿、满足、承诺并保证不重复)。但是，停止有别于赔偿，第一章有一条(第 36 条第 2 款)涉及它的一个方面。此外，第二章只列出了一些“受害国的权利”，其他权利则在第三和第四章加以具体规定。看来似宜把国际不法行为关涉到继续履行有关义务问题的后果(例如停止或承诺并保证不重复)与关涉到严格意义上的赔偿的后果区分开来。此外，似宜在第一章列述赔偿的一般原则，作为第 1 和第 3 条所列一般原则的必然结果。在这一基础上，可用第二章来详细说明特定案件的赔偿内容；

(*c*) 关于反措施的第三章对国家责任的“内容、形式与程度”似乎着墨不多，反倒是比较着重某项违背国际义务的行为发生之后受害国可能采取的合法行动。第 47 条表达了一种观念，即反措施是一种工具，其重点不在惩罚责任国，而是要促使其遵守停止和赔偿义务；国际法院已在加布奇科沃—大毛罗斯项目案[24]中对这种观念表示赞同。这意味

---

[21] 阿兰焦—鲁伊斯先生关于国家责任的报告，见：

初步报告：《1988 年……年鉴》[英]，第二卷(第一部分)，第 6 页，A/CN.4/416 和 Add.1 号文件；

第二次报告：《1989 年……年鉴》，第二卷(第一部分)，第 1 页，A/CN.4/425 和 Add.1 号文件；

第三次报告：《1991 年……年鉴》；第二卷(第一部分)，第 1 页，A/CN.4/440 和 Add.1 号文件；

第四次报告：《1992 年……年鉴》，第二卷(第一部分)，第 1 页，A/CN.4/444 和 Add.1-3 号文件；

第五次报告：《1993 年……年鉴》，第二卷(第一部分)，第 1 页，A/CN.4/453 和 Add.1-3 号文件；

第六次报告：《1994 年……年鉴》，第二卷(第一部分)，第 3 页，A/CN.4/461 和 Add.1-3 号文件；

第七次报告：《1995 年……年鉴》，第二卷(第一部分)，第 3 页，A/CN.4/469 和 Add.1-2 号文件；

第八次报告：《1996 年……年鉴》，第二卷(第一部分)，A/CN.4/476 和 Add.1 号文件。

[22] 见《1998 年……年鉴》[英]，第二卷(第二部分)，第 72-73 页，第 298-301 段。

[23] 例如，拟议的 A 条(国际组织行为的责任)(《1998 年……年鉴》[英]，第一卷，第 2562 次会议，第 288 页，第 72 段)：见特别报告员第一次报告，《1998 年……年鉴》[英]，第二卷(第一部分)，A/CN.4/490 和 Add.1-7 号文件，第 50-51 页，第 253-259 段；以及《1998 年……年鉴》[英]，第二卷(第二部分)，第 85-86 页，第 427-429 段。

[24] 《1997 年国际法院汇编》(见上文脚注 18)，第 55-57 页，第 83-87 段。

着最好把有关反措施的条款列在关于履行责任的部分(以下称“第二部分之二”)；[25]

(*d*) 第四章打算列出原第 19 条界定的国际罪行的具体后果，但正如特别报告员第一次报告[26]所指出的，这些后果相当轻微，不涉及人们通常理解的“刑事”后果。例如，这些后果并不包括惩罚性损害赔偿，更不用说可能适用于最严重的违反国际法行为的其他制裁了。1998 年，委员会决定通过对整个国际社会的义务和强制性规范的概念解决第 19 条引起的问题。[27]由于这些义务的直接法律后果与第二章所涉及义务的后果类似，毫无疑问，应将这些义务并入该章，或并入第二部分其他章节。如果这些义务可能导致对责任国采取集体措施，则可在拟议的第二部分之二加以论述；

(*e*) 第二部分没有任何章节述及一个以上国家遭受同一国际不法行为损害，或应对同一国际不法行为负责的情况。也没有任何明确条款述及主要受这种行为影响的国家可获得的赔偿形式，与在这种违背义务行为方面具有合法权益的其他国家(所谓“受害程度不同……”的国家)可获得的赔偿形式之间的关系。[28]对多边义务(即应对一组国家或整个国际社会承担的义务)而言，这些问题尤为重要。

10. 鉴于这些原因以及本报告内提出的其他原因，建议条款草案中的其他实质性章节可采用以下结构：

第二部分 一国国际不法行为的法律后果

第一章 一般原则

第二章 赔偿形式

[第三章 涉及多国的案件]

第二部分之二 国家责任的履行

第一章 援引国家责任

第二章 反措施

[第三章 援引对整个国际社会的责任]

第四部分 一般规定

这种结构将包括一读时通过的第二部分所有条款草案的实质内容。它应该能够解决上文确定的所有待决问题。

11. 讨论条款草案时，本报告不会按其目前在第二部分中的顺序进行，而是大致依其拟议的新顺序讨论。由于上文第 6 段所解释的原因，目前暂时搁置关于争端的解决的第三部分。

[25] 关于阿兰焦—鲁伊斯先生把反措施列入第二部分以及舍弃履行责任的概念的理由，见其初步报告，《1988 年……年鉴》[英](上文脚注 21)，第 10 页，第 19 段。除与反措施有关的问题外，没有考虑到与援引责任有关的其他问题。

[26] 《1998 年……年鉴》[英](上文脚注 23)，第 11 页，第 51 段。

[27] 《1998 年……年鉴》[英]，第二卷(第二部分)，第 77 页，第 331 段。

[28] 《1993 年……年鉴》已注意到这一疏忽，见第二卷(第二部分)，第 6 条之二[现第 42 条]评注，第 64 页，脚注 155。

第 一 章

第二部分 一国国际不法行为的法律后果

12. 第二部分目前的标题是“国际责任的内容、形式与程度”。对于第二部分的内容来说，这个标题并非十分清楚，也不十分明确。举例说，很难把采取反措施定性为责任的“内容”或其一种“形式”。如果根据建议将反措施作为履行责任(第二部分之二)的一个方面来考虑，就不成问题了。即使这样，第二部分也需要有一个较明确和直白的标题。兹建议采用“一国国际不法行为的法律后果”作为标题。

A. 第一章. 一般原则

1. 第一章的标题和内容

13. 第一章目前标题是“一般原则”。该章由以下五条组成：

第 36 条 国际不法行为的后果

第 37 条 特别法

第 38 条 习惯国际法

第 39 条 与《联合国宪章》的关系

第 40 条 受害国的含义

这些条款基本上是保留条款或“不妨碍”条款(第 36 条第 2 款和第 37 至第 39 条)。第 36 条第 1 款是介绍性的。第 40 条作为一项定义拟订，其执行取决于后面的条款是否使用“受害国”一词。如上文所指，即使第二部分中有“一般原则”，也很难在第一章中找到。

14. 然而，正如第一部分第一章对国际不法行为的存在规定一般原则一样，第二部分第一章也应对一国国际不法行为的法律后果规定一般原则。在这方面，第 41 条和第 42 条第 1 款似在陈述一般原则，可与第 36 条一起列入本章，同时将具体的赔偿形式问题留待第二章论述。第 40 条引起的问题也引出了一般原则问题；只有在就这些问题讨论之后才能解决该条的位置问题。

15. 另一方面，第 37 和第 39 条表达的原则或但书可适用于整个条款草案。这两条应移至新的第四部分。

16. 在此基础上，仍需在第一章范围内审议四个一般原则问题，即：

(*a*) 一国实行国际不法行为所引起赔偿的一般原则。这对应第 36 条第 1 款和第 42 条第 1 款；

(*b*) 责任国停止任何持续不法行为的问题(对应第 36 条第 2 款和第 41 条)；在这方面宜同时讨论第 46 条(承诺并保证不重复)；

(*c*) 第二部分所列国际不法行为的法律后果是否全面的问题。这对应第 38 条；

(*d*) 哪一国或哪些国家可被视为国际不法行为受害国的问题。这对应第 40 条。

本文将依次讨论这些问题。

2. 赔偿的一般原则 [29]

(a) 现行规定

(一) 第 36 条第 1 款

17. 题为“国际不法行为的后果”的第 36 条是一项正式的介绍性条款。第 2 款涉及停止的一个方面，将在下文审议。第 1 款规定：

> 一国实行的国际不法行为依照第一部分的规定引起的国际责任，产生本部分所列的法律后果。

评注认为，这条的“唯一目的”是标示第一和第二部分之间的过渡和联系。[30] 评注还指出，第 36 条第 1 款“并不排除国际不法行为会对国家和其他国际法‘主体’之间的关系产生法律后果”。[31] 这点当然正确，且符合第 1 条本身的规定。第 1 条包括了一国的所有国际义务，而不只是一国对其他国家承担的国际义务。因此，条款草案也涵盖了侵犯人权的行为── 也就是说，涵盖了义务主要受益者不是国家的情况。[32] 另一方面，第二部分并未述及国际组织 [33](甚或私营实体，在可能援引责任的情况下 [34])等非国家实体援引责任的问题，或是在这类

---

[29] 见阿兰焦—鲁伊斯先生的初步报告和第二次报告，《1998 年……年鉴》和《1999 年……年鉴》(上文脚注 21)。详见布朗利，《国家的法律体系：国家责任》，第 199-240 页；Graefrath,“责任与造成的损失：责任与损失之间的关系”，第 9-149 页；Iovane, *La riparazione nella teoria e nella prassi dell' illicito internazionale*；Decaux,“责任与赔偿”；Dominicé，“无争议的赔偿”，和“建设性赔偿一国遭受的物质损失”，载于《不断变化中的世界的国际法》。

[30] 《1983 年……年鉴》[英]，第二卷(第二部分)，第 1 条[现第 36 条]评注，第 42 页，第(1)段。

[31] 同上，第(4)段。

[32] 一读通过的第 19 条第 3 款(*c*)项、第 40 条第 2 款(*e*)项(三)目和第 50 条(*d*)项(《1996 年……年鉴》[英]，第二卷(第二部分)，第 60、第 62 和第 64 页)明确提到人权义务。

[33] 见特别报告员第一次报告，《1998 年……年鉴》[英](上文脚注 23)，第 30-31 页，第 123-125 段，第 46 页，第 230-231 段及第 50-51 页，第 253-259 段；以及起草委员会 1998 年暂时通过的条款草案 A(上文脚注 23)。

[34] 例如私人当事方有权诉诸国际法庭，要求确认条约赋予的权利(例如国际投资争端解决中心法庭、国际人权机构)。

情况下主要受害者或受益者可获得赔偿的问题。将根据第 40 条的“受害国”定义进一步讨论这一明显偏差。

18. 迄今为止，只有极个别政府对第 36 条作出评论，这无疑是由于该条带有介绍的性质。阿根廷认为第二部分第一和第二章“适当地编纂了这种责任的基本规则，并令人满意地概述了这个主题”。[35] 法国对第 36 条提出新的措辞，以使其规定与第 41 条中的停止义务相关。根据法国的提案，第 36 条第 2 款可作为一项保留条款拟订，内容如下：

这项[履行义务和停止不法行为的]义务不影响本部分所列的国际不法行为的法律后果。[36]

(二) 第 42 条第 1、第 3 和第 4 款

19. 审议第 36 条第 1 款时也须一并审议第 42 条。第 42 条第 2 款述及因受害者的过失或故意的行为或不行为而减轻责任的问题，即共同过失问题。也许应将这个概念纳入第二章较详细的条款中，而非作为一项一般原则；下文会讨论这个问题。第 42 条的其他条款如下：

第 42 条 赔偿

1. 受害国有权从实行了国际不法行为的国家获得以恢复原状、补偿、满意以及承诺和保证不重复的方式单独或配合提供的充分赔偿。

……

3. 在任何情况下，赔偿不得导致一国居民丧失其维持生活的手段。

4. 实行了国际不法行为的国家不得援引其国内法规定作为不提供赔偿的理由。

20. 尽管特别报告员阿兰焦—鲁伊斯先生的报告述及本条涵盖的若干问题，但他当初并没有提出任何版本的第 42 条。该条由起草委员会拟订，作为“赔偿概念的总的起首条款，列明赔偿的各种形式，将不法行为的实质性法律后果重新归类，澄清它们之间的关系”。[37] 评注指出，第 1 款根据对《国际法院规约》第三十六条第二款(卯)项规定的“赔偿”一词的理解，“制订了给予充分赔偿的一般原则，以便尽可能弥补国际不法行为造成的所有后果”。[38] 评注还注意到，第 41 条(停止不法行为)作为责任国的一项义务拟订，第 42 条则指出了受害国的权利，两者之间形成对比。[39]

21. 评注接着指出，赔偿义务不适用于违背行为可能造成的间接或远期后果，它们与直接或近期后果截然不同。“损害也许是由一些伴随因素造成，而不法行为起决定性作用，但不是唯一作用。在这种情况下，要行为国承担所有损害的赔偿责任不公平，且不符合适当运用因果链环理论的要求。这个问题将在第 8 条[现第 44 条]评注中深入讨论。”[40] 不过，行为与控诉的伤害之间应有充分因果关系的规定不但适用于补偿问题，也适用于赔偿原则本身。

22. 对第 42 条提出评论的各国政府普遍赞成第 1 款规定的充分赔偿原则。举例说，德国表示“同意……基本规则，即受害国有权得到以所述形式提供的充分赔偿”。[41] 然而，这些政府中，大多数对第 2 和第 3 款作出保留，因为这两款“对充分赔偿的一般原则提供了两个可能是有重大意义的例外”。[42] 不得导致居民丧失维持生活的手段这一义务引起特别关注，因为这项规定很可能“被不法行为国用作不予充分赔偿的借口”。[43] 联合王国基于

---

[35] 《1998 年……年鉴》[英]，第二卷(第一部分)，A/CN.4/488 和 Add.1-3 号文件，第 136 页。

[36] 同上。

[37] 起草委员会关于新条款的报告，见《1992 年……年鉴》，第一卷，第 2288 次会议，第 265 页，第 14 段；详见第 265-266 页，第 15-28 段。

[38] 《1993 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 64 页，第 6 条之二 [现第 42 条]评注，第(2)段。

[39] 同上，第(4)段。

[40] 同上，第 65 页，第(6)段。

[41] 《1998 年……年鉴》[英](见上文脚注 35)，第 145 页。另见美国的评论(同上)、联合王国的评论(认为条款草案“基本上不引起争论”)(同上)、蒙古的评论(同上，第 144 页)和澳大利亚的评论(《大会正式记录，第五十四届会议，第六委员会》，第 23 次会议(A/C.6/54/SR.23)，第 43 段)。

[42] 美国(《1998 年……年鉴》[英](见上文脚注 35)，第 145 页)。

[43] 日本(《1999 年……年鉴》[英]，第二卷(第一部分)，A/CN.4/492 号文件，第 108 页)。另见美国(承认迅速赔偿的要求“可能造成严重的社会不稳定”，但批评第 3 款造成的“漏洞”和“滥用渠道”(《1998 年……年鉴》[英](上

另一理由对第 3 款提出疑问，即该款与赔偿有何关系。联合王国认为，第 3 款可能涉及的唯一赔偿形式是补偿；但即使这样，也会产生一些棘手问题(例如必需达到的财政困难的程度)。此外，该款没有解释“为什么[偿付能力]不能成为所有案件的一项因素”，[44] 而非仅以丧失生活手段的情况为限。相反的，德国则认为“第 3 款在国际法和条款草案范围内具有效力”。[45] 德国提到了战争引起的严重违法行为等情况下的国际惯例，在这些情况下，并没有对所遭受的每一项损失给予充分赔偿。这种情况是合理的，为的是避免战败国沦于贫穷，并避免在将来造成进一步的不稳定。德国要求委员会仔细审查安全理事会第 662(1990)号和第 687(1991)号决议的执行情况，这两项决议均要求对与侵略科威特有关的行为作出充分赔偿。[46]

(b) 拟议的一般原则

23. 常设国际法院在霍茹夫工厂案中提出了一项有关实行国际不法行为的后果的一般原则，内容如下：

> 按照国际法原则，如果违反约定，有责任以适当形式作出赔偿。因此，赔偿是对不执行一项公约的不可或缺的补充，这无须在公约中加以说明。因此，由于不执行公约而可能造成的赔偿争端是关于公约执行问题的争端。[47]

在这段中，法院使用了“赔偿”一词最普遍的意义。法院否定了波兰的论点，即解释并执行条约的管辖权并不需要处理赔偿形式和数额争端的管辖权。争端到了这个阶段，德国已不再为其国民而要求归还所涉工厂或和工厂一起被没收的财产。[48]

24. 在该案的后一阶段，法院接着更详细地指出赔偿义务的内容。它说：

> 非法行为的实际概念蕴含的基本原则是(这一原则看似按照国际惯例而定，尤其按照仲裁法庭的决定而定)，赔偿必须尽可能弥补这项非法行为所造成的一切后果，并且尽可能恢复原状，好像发生的事件从未发生一样。恢复原状，如果无法做到，则给予价值相当于恢复原状的数额；如有必要，在所受损失无法通过恢复原状或支付相当于恢复原状的金额而得到弥补时，须赔偿损失 — 这些原则有助于确定违反国际法的行为应付的赔偿数额。[49]

在第一句中，法院提出了赔偿的一般定义，强调赔偿的功能是恢复受到违法行为影响的状况。[50] 法院在第二句中述及对非法行为作出“补偿”所包括的赔偿方面 — 即恢复原状或偿付其价值并加上对因不法行为所遭受损失的赔偿。

(一) 赔偿是义务还是权利？

25. 在上文各段中，法院成功拟订赔偿原则但没有指明向谁作出赔偿，亦即没有使用“受害国”一词或任何类似用语。一个原因也许是，几家德国公司同时向混合仲裁法庭提起诉讼使它难以对以国家间索偿形式提出的基本相同的事项行使管辖权。相反的，第 42 条第 1 款与第二部分第二章所有其他条款一样(第 41 条(停止不法行为)除外)，按“受害国”的权利拟订。这在纯双边情况下行得通，因为有关义务完全是一国对另一国承担的义务，(因此)该另一国是唯一可能的受害方。但是，如果同一义务同时针对几个国家、许多国家或所有国家，就会造成重大问题，因为若干或所有这些国家都对违背行为有法律上的利害关系。第 42 条评注指出：

> 赔偿规定在存在多个受害国的情况下的可能影响，包括所谓受害程度不同或间接受害国的问题，将稍候审议。[51]

事实上，一读时，赔偿条款的讨论基础是这些条款仅仅牵涉违背双边义务的行为，并不在例如第 51 至第 53 条的范围内重新审议。[52]

文脚注 35)，第 146 页))、法国(建议删除该款(同上))和澳大利亚(《大会正式记录》(上文脚注 41)，第 43 段)。

[44] 《1998 年……年鉴》[英](见上文脚注 35)，第 145 页。联合王国建议拟订另一项赔偿条款，可采取的形式是：“关于作出赔偿的原则声明”并指明“受害国不能坚决要求特定种类或程度的赔偿”(同上)。

[45] 同上，第 42 条评注，第 3 段。

[46] 同上。

[47] 霍茹夫工厂案，管辖权，第 8 号判决，《常设国际法院汇编》，A 辑，第 9 号，第 21 页。

[48] 如法院所述，同上，第 17 页。

[49] 同上(案情)，1928 年第 13 号判决，《常设国际法院汇编》，A 辑，第 17 号，第 47 页。

[50] 参见迪普伊，“Le fait générateur de la responsabilité internationale des États”, 第 94 页。他使用”*restauration*” 一词来表达这个一般概念。

[51] 《1993 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 6 条之二[现第 42 条]评注，第 64 页，脚注 155。同样内容，见第 8 条[现第 44 条]评注，第(15)段(同上，第 67 页)。

[52] 评注随后按责任国的义务说明赔偿的一般原则，没有提到“受害国”的概念(同上，第 65 页，第(6)段)。

26. 审议第 40 条时，将对这个问题进行较深入的讨论。然而，为了当前的目的，似乎可以拟订赔偿的一般义务，作为国家责任简单直接的必然结果，亦即作为有关国家因违背义务行为而产生的义务。第 42 条评注认为将赔偿解释为受害国的一项权利是合理的，因为“正是受害国的决定推动了这项具有不同形式的权利的执行进程”。[53] 对于不同赔偿形式之间的选择，情况可能就是这样。尤其是在正常情况下，国际不法行为的受害者有权选择补偿而不选择恢复原状，有权放弃满足要求，或着重于停止和未来的表现，而完全不要求赔偿。可是，除了不止一国有权援引责任所引起的问题外，事实仍然是：实行国际不法行为即自动产生一般赔偿义务。这种义务本身并不取决于任何受害国的要求或抗议，即使在某些情况下赔偿的形式可能取决于此。由于这些原因，应按实行国际不法行为国的义务来拟订拟议的一般条款。[54]

(二) 其他的拟订问题：因果关系、远因和减轻损害

27. 拟议的一般条款还应确定赔偿的主题事项大体上是不法行为产生的和可归咎于不法行为的状况。[55] 如第一部分评注指出的，国家责任不仅根据“实际的因果关系”确定。[56] 从原则上讲，确定不法行为造成的损害或损失是一个法律进程，而不仅仅是一个历史或因果关系进程。这项原则不限于补偿方面，它至少也适用于恢复原状，也许还适用于其他形式的赔偿，而且，这项原则非常重要，不能像目前那样仅仅是在第 44 条评注中陈述一下。

28. 问题是如何表达这种关系。国家惯例、仲裁裁决和文献使用了不同的措辞。举例说，有人提到“归咎于[不法行为]近因”的损失；[57] 有人提到“过于间接、远因过远和无从确定”的损害；[58] 有人提到不法行为“对外国政府、国民和公司造成的任何直接损失、损害(包括环境的损害和自然资源的损耗)和伤害”。[59] 因此，“实际的因果关系”是赔偿的必要非充分条件。另一个有关要素是过于“遥远”和“间接”的伤害不在赔偿范围之内。在某些情况下，可以使用“直接性”标准；在另一些情况下，则可使用“近因”或“可预见性”标准。[60] 不过，也要考虑到其他因素：例如就所违反规则的目的而论，造成的伤害是否属于该规则的范围。[61]

---

[53] 第 6 条之二[现第 42 条]评注，第(4)段(同上)。

[54] 类似论点，见 de Hoogh, *Obligations* Erga Omnes *and International Crimes: A Theoretical Inquiry into the Implementation and Enforcement of the International Responsibility of States,* 第 138-140 页。

[55] 关于因果关系要件的讨论，见阿兰焦—鲁伊斯先生第二次报告，《1989 年……年鉴》(上文脚注 21)，第 28-33 页，第 37-43 段和《1993 年……年鉴》，第二卷(第二部分)(上文脚注 20)，第 75-77 页，第(6)-(13)段。详见格雷，同前，第 21-26 页。

[56] 《1973 年……年鉴》[英]，第二卷，A/9010/Rev.1 号文件，第 181 页，第 3 条评注，第(6)段。

[57] 见美德混合索偿委员会，第二号行政裁决(1923 年)，《国际仲裁裁决汇编》，第七卷(出售品编号：1949.V.5)，第 30 页。

[58] 见特雷耳炼锌厂仲裁案(1938 年)，《国际仲裁裁决汇编》，第三卷(出售品编号：1949.V.2)，第 1931 页，转载于《国际环境法报告》，Cairo A. R. Robb 编辑(剑桥，剑桥大学出版社，1999 年)，第 1 卷，第 231 页及其后各页。

[59] 安全理事会第 687(1991)号决议，第 16 段。该决议提到了《联合国宪章》第七章，但其规定反映出伊拉克“按照国际法，应负责赔偿因其非法入侵和占领科威特……”。赔偿委员会及其理事会就第 16 段关于直接性和因果关系的规定的解释提供了一些指导。例如，见《专员小组就严重人身伤害或死亡的个人索赔(“B”类索赔)提出的建议》，1994 年 4 月 14 日的报告(S/AC.26/1994/1)，理事会在 1994 年 5 月 26 日第 20 号决定中核准；1996 年 11 月 15 日《负责审查并喷控制索赔要求(“WBC 索赔要求”)的专员小组的报告和建议》(S/AC.26/1996/5/Annex)，第 66-86 段，理事会在 1996 年 12 月 17 日第 40 号决定(S/AC.26/Dec.40 (1996))中核准。

[60] 某些国家的法律制度视索赔的性质不同，使用不同的标准处理间接损害问题。举例说，在普通法中，过失案件以“可预见性”为标准；非法侵入案件以“直接性”为标准。像两种侵权行为那样，这两项检验标准重复，但不完全相同。因果与间接关系问题的比较审查，见 Hart 和 Honoré, *Causation in the Law*; Honoré, “Causation and remoteness of damage”；Zweigert 和 Kötz, 《比较法导言》，第 601-627 页，特别见第 609 页及其后各页以及 Markesinis, *The German Law of Obligations—Volume II The Law of Torts: A Comparative Introduction,* 第 95-108 页，本文有很多参考文献。

[61] 一个示例，就是伊朗—美国索赔法庭在伊朗伊斯兰共和国诉美利坚合众国案中做出的决定，案件编号 A15 (IV) 和 A24, 裁决编号 590-A15 (IV)/A24-FT, 1998 年 12 月 28 日，《世界贸易与仲裁材料》，第 11 卷，第 2 期 (1999 年)，第 45 页。特别报告员曾在其第二次报告中讨论过这个示例，见《1999 年……年鉴》[英](上文脚注 8)，第 23-24 页，第 65-67 段。索赔法庭认为应付的赔偿为违法行为直接造成的损失，并假定：(*a*) 美国通过其他合法手段已经取得结果，能够在其本国法院再建立或恢复不属索赔法庭管辖的

29. 与国内法一样，在国际法中，间接损害问题“不是通过搜索一项单一的文字条文就能满意解决的法律问题”。[62] 可是，显然有一项要素或一批综合要素远远超出自然因果关系的范围，这点应当在拟议的一般赔偿原则说明中体现出来。

30. 影响到赔偿范围的另一个因素是减轻损害问题。不法行为的受害者即使完全无辜，在面临伤害时也应采取合理行动。这一点虽然常被称为“减轻损害的义务”，但其本身不是一项产生责任的法定义务。它只是说，受害方如果没有采取减轻损害的行动，就可能失去相应的赔偿。[63] 国际法院在*加布奇科沃-大毛罗斯项目案*中清楚说明了这一点：

> 斯洛伐克还声称，执行备选项目 C 时，它是在根据减轻损害的义务采取行动。它说，“根据国际法的一般原则，因另一缔约方不履约而受到伤害的一方必须设法减轻它所受的损害”。
>
> 根据这项原则，没有采取必要措施减少所受损害的受害国，无权对本可避免的那一部分损害提出赔偿要求。虽然如此一来，这项原则可能为计算损害赔偿提供了一个基础，但不能为本来的不法行为辩护。[64]

(三) 并行原因案件中减少赔偿的问题

31. 一个相关问题是并行原因的问题，即两个不同原因合并造成伤害的情况(在实践中十分常见)。两个原因均为有效的伤害原因，没有这些原因伤害就不会发生。举例说，在*美国驻德黑兰外交和领事人员案*中，[65] 激进学生当初劫持人质(他们当时不是作为国家机构或代理人采取行动)是两项因素综合作用的结果：学生本身的独立行动和伊朗当局没有采取必要步骤保护大使馆。在*科孚海峡案* [66] 中，英国船只受到损害是第三国的布雷行动和阿尔巴尼亚未能发出警告有水雷存在造成的。还可以举出很多其他示例。

32. 这个问题同样是在第 44 条评注里而不是在条文里讨论。评注表示：

> 有无数因素可能作为并存原因促成损害，经济、政治、自然因素和第三方的行动只是其中的几个因素。在此种情况下……如果认为行为国要负全部赔偿责任，那既不公平，也不符合正确应用因果关系标准的原则。解决办法应该是支付的赔偿费应与推定归因于不法行为及其后果的损害的程度成比例，其数额根据正常情况和可预见性标准来确定。鉴于可能有各种各样的情况，委员会并未试图找出适用于一切情况的任何硬性标准，或指出当伤害国的行动是对另一国造成损害的决定性原因而非唯一原因时，该国应付赔偿费的比例。[67]

33. 评注中表达的立场有几个问题。第一，第 44 条完全没有、第二部分一般也没有反映这个立场。除了共同过失的特殊情况外(第 42 条第 2 款述及这个问题)，目前并无规定表明如果有关损害实际上是由一些综合因素(其中只有一项可归于责任国)造成，就会减少或减轻赔偿。[68] 如果委员会希望赞同(除共同过失的情况外)并行原因造成的损害可减轻赔偿的原则，它应在条款中作出这种表示。

34. 不过，第二个问题是这项原则不符合国际惯例和一些国际法庭的裁决。举例说，在*科孚海峡案*中，联合王国根据阿尔巴尼亚没有对布雷提出警告的不法行为，从阿尔巴尼亚取得了全部索赔款额。[69] 事实上，法院作出这项判决时完全了解阿尔巴尼亚本身并没有布雷。在并行原因不是另一国行为(该国可能

案件；(*b*) 伊朗采取合理步骤，在暂缓案件中保护自己。这项结论没有根据实际的因果关系考虑。

[62] Atiyah, 《合同法简介》，第 466 页。

[63] 在 WBC 索赔要求中，赔偿委员会的一个小组指出，“根据关于减轻损害的一般国际法原则……索赔者不但可以而且事实上有义务采取合理的步骤……减轻造成的损失、损害或伤害”(S/AC.26/1996/5/Annex) (见上文脚注 59)，第 54 段。这一点如果意味合理减轻损害的费用是不法行为后果可索赔的费用，由于不采取减轻损害行动而产生的伤害不可以追偿，则是可以接受的。

[64] 《1997 年国际法院汇编》(见上文脚注 18)，第 55 页，第 80 段。

[65] *美国驻德黑兰外交和领事人员案*，判决，《1980 年国际法院汇编》，第 29-32 页。

[66] 《1949 年国际法院汇编》(见上文脚注 17)，第 17-18 页和第 22-23 页。

[67] 《1993 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 8 条[现第 44 条]评注，第 77 页，第(13)段。

[68] 第 42 条第 2 款规定在存在共同过失的情况下可以减少补偿，这不是因为国家的国际不法行为不是伤害的直接原因，而是出于公平因素考虑。受害者的过失起到损害作用，它本应得到的赔偿因之减少。这不能推论出并存原因的一般问题的处理方法。

[69] 见*科孚海峡案*，补偿金额评估，判决，《1949 年国际法院汇编》，第 250 页。然而，应当指出，阿尔巴尼亚在这个阶段没有出庭，因此可能没有向法院提出可能的抵销因素。

应另行负责)，而是个人行为或水灾等一些自然事件的情况下，结果更是如此。因此，在美国驻德黑兰外交和领事人员案中，伊朗伊斯兰共和国从它没有保护人质的时刻开始，就必须对人质的拘留负全责。[70] 这项结论显而易见，因为在国际一级，美利坚合众国根本没有机会向劫持者追偿。可是，无论如何，在违背义务行为发生后都应予追究。

35. 诚然可能发生如下情况，即能够适当地把一项可确定的伤害要素单独归咎于几项同时起作用的原因中的一项。但是，除非能够证明在因果关系上可以把一部分伤害与归于责任国的伤害分割开，否则，责任国应对其不法行为的所有后果(不是间接后果或远因后果)负责。事实上，在扎菲罗号索赔案中，法庭走得更远，实际上规定责任国有责任证明有多少损害不能归咎于它的行为。法庭说：

> 我们认为明确的是，并非所有损害都由扎菲罗号的中国船员造成。证据表明，有未能查明的一部分损害是菲律宾叛乱者造成的，另可能有某些部分的损害由公司的中国雇员造成。但是我们并不认为大不列颠有责任举证证明究竟哪些损害应由扎菲罗号偿付。由于证据显示扎菲罗号的中国船员在很大程度上参与，同时不能确定身份不明的违法者担负的部分，我们不得不认定美国应负全责。
>
> 然而，由于我们的调查确定，有很大一部分(尽管未能查明)的损害不应由扎菲罗号的中国船员负责，因此我们认定不得要求索偿款额的利息。[71]

36. 第三，应指出的是，评注中提出的处理并行原因的办法不符合国内法处理这些问题的一贯方法。正如维尔全面审查了比较经验之后得出的结论认为：

> 非常普遍的规则是，如果确定侵权行为者的行为是受害者受到伤害的原因，则即使这种伤害有一个并行原因，而这个原因应由另一个人负责，侵权行为者仍需负责赔偿所造成的全部伤害……换言之，侵权行为者对受害者的赔偿责任不受另一个人应并行负责因素的影响。[72]

37. 几个国家一起引起伤害的并行行为情况，在下文会详细讨论。为现在的目的，足以得出结论认为：应把并非过于遥远的充分因果关系概念纳入拟议的一般赔偿原则。评注应当明确指出，一旦证明所受的伤害由一国的不法行为造成，该国便须就此作出赔偿。就并行原因概念而言，不须再附任何条件。

(c) 第 42 条第 3 和第 4 款

38. 第 42 条第 3 款规定赔偿不得“导致一国居民丧失其维持生活的手段”。根据评注，这项规定旨在处理极端情况，即所要求的赔偿会使责任国居民陷入贫穷，显然这是针对在第一次世界大战结束时要求德国提供庞大战争赔偿等情况。评注进一步指出：

> 当然，这与停止义务包括向受害国归还非法夺取的领土没有任何关系。但是，在其他情况下……所要求的(赔偿)款额或要求付款的条件不应达到使得居民丧失其维持生活手段的程度。第 3 款的措辞……反映普遍适用的法律原则。[73]

不是所有委员会委员都同意该项但书。特别是，有委员指出，如果这样的理由会导致无法作出充分赔偿，因而使受害国居民处于同样不利的地位，则这项规定不适用。”[74] 各国政府对第 3 款的意见也存在分歧。[75]

39. 毫无疑问，按照 1966 年《国际人权公约》第 1 条第 2 款的规定，不得使一国人民丧失其维持生活的手段。因此，举例来说，在国家间关系框架内采

---

[70] 《1980 年国际法院汇编》(见上文脚注 65)，第 31-33 页。另见特别报告员第一次报告，《1998 年……年鉴》[英](上文脚注 23)，第 55 页，第 283 段。

[71] 迪·厄恩肖等人(大不列颠)诉美国案(扎菲罗号案)(1925 年)，《国际仲裁裁决汇编》，第六卷(出售品编号：1955.V.3)，第 164-165 页。

[72] 维尔，“复杂的赔偿责任”，第 43 页。美国在 1955 年 7 月 27 日空中事件案的诉状中依靠这项比较法经验，在提到《国际法院规约》第三十八条第一款(寅)项和(卯)项时说，“在所有文明国家，规则大体相同。受害原告可控诉任何或所有共同侵权行为者(一起控诉或单独控诉)，尽管他只可以从他们或从他们中任何一个或一个以上的人那里收取其损害的全部款额”(1958 年 12 月 2 日的诉状，《国际法院书状》，1955 年 7 月 27 日空中事件案，第 229 页)。

[73] 《1996 年……年鉴》[英]，第二卷(第二部分)，第 42 条评注，第 66 页，第 8(*a*)段。

[74] 同上，第 8(*b*)段。辩论情况，见《1996 年……年鉴》[英]，第一卷，第 2454 次会议，第 153-155 页。

[75] 见上文第 22 段。

取的措施不应以饥饿威胁一国人民。问题是要弄清如何在次要赔偿义务方面适用此项原则。至于恢复原状，恢复原状的最重要因素是归还非法所得。在这方面，可能需要采取积极措施，且不限于归还人、财产或领土等实物。但不应过度延伸恢复原状的概念，也不应与一般意义上的赔偿混淆。因此，很难设想恢复原状会使一国人民丧失维持生活的手段。事实上，如果可能有这种极端情况，则恢复原状并非使一国人民丧失维持生活手段，而是要向另一国人民归还被非法夺取的维持生活手段。[76]

40. 关于满足或保证不重复，这往往是象征性的形式，或涉及一些实际步骤，例如道歉或承认错误，或采取措施对据称应对侵犯权利行为负责的人提起诉讼。关于以满足方式提供的损害赔偿，如果当事国之间不能就此达成协议，则实际上，此类损害赔偿只能根据法院、法庭或对此事具有管辖权的其他机构作出的述明理由的判决支付。历史上，没有法院或法庭在这些方面作出过分的裁定或裁决。

41. 因此，真正的问题(如果有的话)，仅是提供赔偿金以补偿国际不法行为直接造成的损失的问题。[77] 的确，在严重或系统性违背义务行为的情况下，赔偿金额可能非常庞大，例如赔偿委员会所定的赔偿数额。[78] 但这是例外情况，[79] 无论如何，必须区分赔偿数额——按定义反映出违背义务行为所造成的实际损失——以及付款方式。在极端情况下，可设想提出紧急避险或不可抗力申诉，要求延期支付已到期的付款，这是俄罗斯损害赔偿案中允许的可能情况。[80] 不过，实际上，国际金融机构已制订有关主 权债务合并和重新安排偿还期限的方法，并且自 1945 年以来，裁决或商定的实际赔偿支付数额只占有关国家公共财政或公债总额的一小部分。

42. 简言之，在历史上，从来没有狭义上的恢复原状命令，或以满足方式给付损害赔偿而威胁到一国人民丧失维持生活手段的情况。关于损害赔偿，第 3 款似乎把应付款额(按定义，这是与有关不法行为造成的实际损失有关的事项)和付款方式问题混淆了。国家可能暂时无法支付大笔赔偿金的问题已得到充分处理，因为已经承认第一部分第五章中解除行为不法性的情况同样适用于第二部分所产生的义务。[81] 在评注中说明这一点已足够。

43. 关于第 42 条第 4 款，它明确指出，一国不能依赖其国内法回避其对不法行为提供赔偿的义务。[82] 该原则是毫无疑问的，但第 4 条已明确指出这项原则。第 4 条的适用相当普遍，因此也适用于第二部分所规定的次要义务。同样，在评注说明这一点已足够。[83]

---

[76] 如果恢复原状可能使责任国的人民丧失维持生活的手段而不使受害国的人民遭受相同影响，则可假定按照第 43 条(*c*)款的不成比例测试排除恢复原状。

[77] 对辩论造成威胁的，是《凡尔赛条约》解决办法和战争罪行条款的损害性“先例”。但这是一项强制性和平条约，所涉款额远远超过法庭对战争爆发后德国实行的不法行为所裁决的款额。关于这一历史性辩论，见 Keynes, 《和平的经济后果》；Mantoux, *The Carthaginian Peace or The Economic Consequences of Mr. Keynes*；特别是 Kent, 《战利品：1918-1932 年赔偿的政治学、经济学与外交》。关于道威斯计划，见 Coing, “道威斯计划”，第 961 页。

[78] 委员会作出有利于索赔者的实质性决定，但同时它把索赔范围缩小很多，这是一种非对抗程序。例如，在 1999 年 12 月 10 日的决定中，赔偿委员会理事会核准对 E2 类别的 88 项政府索赔的付款，共计 2.9 亿美元。但这是在回应共计 21.6 亿美元的 177 项索赔要求。赔偿委员会的一般情况，见 Lillich 编辑，《联合国赔偿委员会》；d’Argent, “Le fonds et la commission de compensation des Nations Unies”；Stern, “Un système hybride：la procédure de règlement pour la réparation des dommages résultant de l’occupation illicite du Koweït par l’Irak”；Crook, “联合国赔偿委员会：一个加强国家责任的新结构”；Bettauer, “联合国赔偿委员会：自 1992 年 10 月以来的发展”；Frigessi di Rattalma, “Le régime de responsabilité internationale institué par le conseil d’administration de la commission de compensation des Nations Unies”；以及 Heiskanen 和 O’Brien, “联合国赔偿委员会专员小组确立国家赔偿的先例”。

[79] 在处理索赔要求时，法院往往满足于裁定有限数额，甚至满足于建议包括恢复法律关系的零数额解决办法。举例来说，见加布斯科沃—大毛罗斯项目案，《1997 年国际法院汇编》(见上文脚注 18)，第 81 页，第 154 段(区分损害索赔与项目建造费欠款)。

[80] 《国际仲裁裁决汇编》，第十一卷(1912 年)(出售品编号：61.V.4)，第 443 页。虽然此处作为不可抗力事项处理，但它更偏向于紧急避险。根据事实，申诉被驳回。《1980 年……年鉴》[英]曾提到该案，见第二卷(第二部分)，第 36 页，第 33 条评注，第(7)段。

[81] 见上文第 7(*a*)段。

[82] 见阿兰焦—鲁伊斯先生的初步报告，《1998 年……年鉴》[英](上文脚注 21)，第 40 页，第 125 段。该原则当然须按照有关主要规则，或次要特别法：例如，见 1950 年《欧洲人权公约》第 50 条(满足取代充分赔偿“如果上述缔约国的国内法只许……给予部分赔偿”)；见 1994 年《公约第十一号议定书》通过的目前的第 41 条。

[83] 一般原则的拟议案文，见下文第 119 段。

3. 停止和相关问题

(a) 现行规定

44. 一读通过的条款草案载有两项规定，涉及违背国际义务行为对继续履行义务的影响方面的相关问题以及这种违背义务行为的停止。这两项规定即第36条第2款和第41条。[84]

45. 第36条第2款采用保留条款的形式。它规定：

> 第1款所指的法律后果不影响实行了国际不法行为的该国履行其已违背之义务的持续责任。

评注指出：

> 因国际不法行为而使行为国与受害国之间产生一系列新的关系的事实，并不意味着先前的关系因而消失。即使行为国履行其次级义务，也不会自动免除其应履行已违背之义务的责任。第2款以保留条款形式说明这项规则，以考虑到例外情况(例如万一受害国可能放弃其要求持续履行义务的权利)的可能性。[85]

国际义务的持续性(即使遭到违背)是发生持续不法行为的必要基础。[86]

46. 第41条涉及不法行为的停止，目前属于第二章的范围。它规定：

> 其行为构成具有持续性质之国际不法行为的国家有义务停止该行为，但不影响其已经引起的责任。

47. 评注指出，可将停止义务归于有关主要规则的正常实施，但将该义务载入条款草案的理由也有很多。这些理由包括其与赔偿的关系(特别是在实行不法行为时)及其在国家间关系中的实际重要性。[87]评注指出，停止往往是违背国际义务行为引起的争论焦点。此外，虽然停止与作为主要赔偿形式的恢复原状有关，但不受恢复原状所受到的限制。[88] 评注提到法庭在“彩虹勇士号”仲裁案中的裁定，尤其提到以下一段：

> 下达停止或终止不法行为或不行为的命令的权力，源于管辖法庭在面对一项有效且继续生效的国际义务不断被违反的情况下所拥有的固有权力。因此，下达这种命令需要两项密切相关的必要条件：不法行为具有持续性质，被违反的规则在下达命令时仍然有效。[89]

48. 各国政府就第41条发表的评论不多，可能因为该条几乎未引起争论。委内瑞拉认为，停止不法行为的义务是“当务之急”。[90] 联合王国建议在该条款评注中说明，出现解除某一特定行为不法性的情况时，有关国家“仍然有责任依照其国际义务行事，如果它在产生辩护的情况不复存在时没有立即这样做，还须负国际责任”。[91] 法国建议删除第41条，其内容可载入第36条第1款的新案文。[92]

(b) 停止在条款草案中的位置

49. 如上文摘自“彩虹勇士号”案裁决的一段文字所示，除赔偿问题外，违背国际义务的行为还产生两个迫切问题。第一个是责任国的行为对被违背义务的影响；第二个是停止仍在持续违背义务的行为。两者都涉及违背国际义务行为所产生的关键问题：有关法律关系的恢复及其未来。

50. 对第41条的主要疑问在于将停止持续不法行为视为履行主要规范的义务所致这一点。从这点上看，停止不是违背国际义务的次要后果，不应列入条款草案。特别报告员不同意这一分析，理由简述如下：

(*a*) 停止问题只有在发生违背义务行为时才产生。应如何处理当然须视对主要规则的解释而定，

---

[84] 按照阿兰焦—鲁伊斯先生的建议增列了这两项规定。他对这些问题的详细审查，见《1988年……年鉴》[英](上文脚注21)，第12-19页，第29-52段。

[85] 《1993年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第1条[现第36条]评注，第60页，第(5)段。

[86] “持续不法行为”的概念，见第24条第2款(二读暂时通过(《1999年……年鉴》[英]，第一卷，第2605次会议，第275页，第4段))以及特别报告员第二次报告，《1999年……年鉴》[英](上文脚注8)，第32-35页，第107-115段。

[87] 《1993年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第6条[现第41条]评注，第(4)-(5)段，第61页。

[88] 同上，第(6)段。

[89] 《国际仲裁裁决汇编》(见上文脚注17)，第270页，第114段，引自《1993年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第6条[现第41条]评注，第62页，第(13)段。

[90] 《大会正式记录》(见上文脚注41)，第56段。

[91] 《1998年……年鉴》[英](见上文脚注35)，第144页。

[92] 同上。法国的建议，见下文第52段。

但也须视有关救济的次要规则而定，因此，比较适宜的办法是在涉及国际不法行为后果的案文中加以处理(至少是加以一般性的处理)；

(*b*) 持续不法行为的概念已载入条款草案，并且是国家责任案件的一般特点；应在第二部分说明其后果；

(*c*) 最好载入一项与第 41 条相对应的规定。不这样做就意味着以某种方式提供赔偿的国家可以借口推托继续履行其义务，而这种做法必须由该义务的其他当事方决定是否接受；

(*d*) 许多责任案件比较着重于确定有无发生违背义务行为和恢复履行义务，而不大注重针对过去的事件索取赔偿；

(*e*) 停止概念与恢复原状概念之间有密切关系，必须清楚说明该关系，以便拟订令人满意的恢复原状原则；[93]

(*f*) 各国政府的意见并不支持删除第 41 条。

(c) 位置和拟订问题

51. 第 36 条第 2 款当然是关系到义务的持续，而不是不法行为的停止，后者是第 41 条的主题。这一区分清楚且很重要，而且基于所述理由，这两条均应保留。但特别报告员同意例如法国政府提出的意见，即认为应当把这两个问题联系起来。有人建议将停止的这两个方面 — 作为违背国际义务行为发生后最初的要求 — 列入第二部分第一章的一般原则。

52. 关于这些规定的拟订，法国建议把两者合并为新的第 36 条，案文如下：

1. 已实行国际不法行为的国家必须对受害国履行其已违背的义务或停止任何具有持续性质的不法行为。

2. 这一责任不影响本部分所列的国际不法行为的法律后果。[94]

第 1 款合并第 36 条第 2 款和第 41 条目前分开处理的两个问题，因此，使两者的区分模糊不清。特别报告员认为最好在单独条款中处理这两个问题，并规定被违背义务的持续性(除非另有协议或确定)不受国际不法行为影响，而且，责任国必须停止任何持续违背该义务的行为。[95] 拟议的第 2 款取代原第 36 条第 1 款，但这对整个第二部分来说具有有益的介绍性作用，也许应该保留目前具有积极意义的拟订方式。

(d) 承诺并保证不重复

53. 与此有关的是目前第 46 条所涉及的承诺并保证不重复的问题，第 46 条规定如下：

受害国有权在适当情况下要求实行了国际不法行为的国家承诺并保证不重复不法行为。

显然，如果义务在被违背后停止有效，任何承诺或保证都无关重要。似乎更适于在目前情况下处理第 46 条 — 即受到违背义务行为影响的法律关系的持续性和恢复，而不是把它作为次要赔偿义务的一个方面来处理。

54. 第 46 条评注指出，承诺和保证不重复往往被视为满足的一个方面。评注反对这种态度，理由如下：

承诺和保证不重复发挥独特的作用。与争取恢复原状的其他赔偿形式不同，承诺和保证不重复着眼于将来。因此与其说它具有补偿作用，倒不如说它具有预防作用。它还假定有重复不法行为的可能。这些特征使它成为一种相当特殊的补救办法。……特别是鉴于[第 40 条]受害国一词的含义广泛，因此不应自动向所有受害国提供这种补救办法。[96]

因此，“受害国要求保证不重复是因为它感到仅仅恢复正常的原有状况还不能使它得到令人满意的保护”；[97] 问题不是赔偿，而是加强(假定持续的)法律关系。在这一意义上，承诺和保证关系到义务未来的履行 — 假定义务在被违背之后仍然生效。这也许可以说是未来履行的积极方面，而停止任何持续

[93] 下文结合第 43 条进一步详细讨论了这种关系。

[94] 《1998 年……年鉴》[英](见上文脚注 35)，第 136 页。

[95] 拟议条款案文，见下文第 119 段。

[96] 《1993 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 10 条之二[现第 46 条]评注，第 90 页，第(1)段。

[97] 同上，第(2)段。

不法行为是其消极方面(义务的继续生效是两者的必要假定)。

55. 评注继续说明承诺和保证各种可能的不同形式，包括废除允许违背义务行为发生的法律。[98] 虽然评注“确认不法行为国有义务应受害国的要求，在情况允许时提供这种保证”，[99] 但该条本身并没有试图确定这样一项义务的内容，只以“在适当情况下”一语避过。这意味着如果没有一个第三方有权“确定是否达到……给予特殊补救的条件，……拒绝将损害不法行为国的尊严的无理的索赔”，[100] 提供承诺和保证的义务就只是一项很软弱甚至不切实际的义务。

56. 除了德国以外，对第 46 条发表意见的少数几国政府普遍支持该条款。[101] 但这并不表示它们对其范围和目的的意见一致。阿根廷认为没有直接受不法行为影响的国家可要求停止和保证不重复，但不得要求赔偿。[102] 捷克共和国表示至少在“发生罪行时 ”，应加强承诺和保证制度：

> 应有权、有系统和无条件地要求犯有“罪行”的国家适当地承诺和保证不重复，而在发生“不法行为”时，获取这类承诺或保证仍须按对个案情节的评估而定。[103]

乌兹别克斯坦同样建议“第 46 条应载有关于受害国有权得到保证的形式的规定”。[104] 相反的，德国对根据习惯国际法，受害国是否有权在一切情况下要求保证不重复这一点表示疑问。[105]

57. 虽然各国或学术著作并未对第 46 条提出多少意见，但该条引起若干不同问题。第一个是承诺和保证不重复在国际责任中的地位。评注认为这是一种独特的救济，但其所作说明则明显表示它们与停止类同，而不是赔偿的一个方面。停止和承诺不重复都涉及在持续的关系中恢复信任，不过，承诺和保证不限于持续的不法行为，具有更大的灵活性。

58. 这一灵活性在第 46 条“在适当情况下”这一修辞中得以体现。但这引起第二个问题，即是否能够适当地把第 46 条完全作为一项义务来拟订？人们也许要问，违背该义务的可能后果是什么？例如，对违背义务行为已提供充分赔偿的国家，是否会因未能向受害国提供令其满意的不重复承诺和保证而遭受反措施？这似乎不会。如果尽管以前已作出承诺，但仍再次违背义务，则可作为加重罪责的情况处理，但在任何情况下都是这样的。因此，可能有理由以较灵活的方式来拟订第 46 条。

59. 第三，必须严重怀疑的一点是，任何形式的措辞是否能够事先明确指示对任何特定情况提供适当承诺或保证的办法。因此，主要须视确切情况而定，包括义务的性质和违背义务行为的性质。[106] 不过，总的说来，建议在第二部分第一章载入第 46 条的简略条文，作为一项有关受违背义务行为影响的法律关系持续性的一般原则。[107]

4. 习惯国际法的其他法律后果

60. 第 38 条规定：

> 本部分各项规定未列出的一国国际不法行为的法律后果仍应受到习惯国际法规则的制约。

---

[98] 同上，第 91 页，第(4)段，引述了人权事务委员会在托雷斯·拉米雷斯案中的意见，1980 年 7 月 23 日决定，《大会正式记录，第三十五届会议，补编第 40 号》[英](A/35/40)，第 126 页，第 19 段。在存在涉及违背国际义务行为的法律的案件中，废除法律是停止的一个方面。在较普遍的案件中，违背义务行为不是法律的后果，而是在某种情况下执行法律的后果，例如，见世贸组织，专家组报告，《美国—1974 年贸易法第 301-310 节》 (WT/DS152/R)，1999 年 12 月 22 日，第 7.46 段及以下各段。在后一案件中，实际上可能无须废除法律，但对受害国来说，这会是一项重要承诺。这表明了停止与承诺不重复之间的密切关系。

[99] 同上，第 92 页，第(5)段。

[100] 同上。

[101] 见《1998 年……年鉴》[英](上文脚注 35)，捷克共和国发表的意见(按照其意见，这些承诺和保证“构成一种赔偿的潜在极重要因素”，第 150 页)、蒙古的意见(认为该项规定“极为重要”，同上，第 151 页)和阿根廷的意见(同上，第 136 页)。

[102] 《大会正式记录，第五十四届会议，第六委员会》，第 21 次会议(A/C.6/54/SR.21)，第 26 段。

[103] 《1998 年……年鉴》[英](见上文脚注 35)，第 150-151 页。

[104] 同上，第 151 页。

[105] 同上，第 145 页。

[106] 参见安全理事会在伊拉克侵略科威特后要求或强加的广泛和非常具体的承诺和保证。例如，见第 664(1990)号、第 686(1991)号和第 687(1991)号决议。

[107] 拟议的案文，见下文第 119 段。

这意味着还有其他未规定的国际不法行为造成的法律后果(除任何可适用的特别法规定的之外)。问题是，这些后果可能是什么。当然，国际不法行为的一个后果可能是被违背义务的终止，例如 1969 年《维也纳公约》第六十条第一项所述的对双边条约“重大违约”的情况。但这与责任没有关系，而且，在这方面不需要增加任何保留条款。

61. 简短的评注警告说，第二部分“很可能没有完全列出国际不法行为的法律后果”。[108] 但评注中仅有的两个示例涉及条约的效力或终止，第一个是通过非法使用武力取得的条约无效(1969 年《维也纳公约》第五十三条)，第二个是如果情况发生了根本性改变，而这种改变由援引国违背其对任何其他缔约国所负的国际义务所造成，则不得援引这一改变(1969 年《维也纳公约》第六十二条第二项(乙)款)。评注指出，“第二部分将不涉及这些种类的法律后果”。[109] 理由是，这些根本不是条款草案领域内的后果。

62. 关于各国政府的意见，日本认为，习惯国际法规则的提法相当模糊不清。在日本看来，案文措辞究竟是要处理国家责任与条约法领域其他法律后果之间的关系，还是要处理条款草案与习惯国际法之间的关系，并不清楚。如果是处理条款草案与习惯国际法之间的关系，则日本怀疑该句是否相关，因为条款草案本身的目的是要编纂关于国家责任的习惯国际法规则。日本认为，委员会应具体说明该条所设想的习惯规则。[110] 法国概述了第 37、第 38 和第 39 条之间的概念联系，这三条阐述的都是“条款草案与外部规则之间的关系，强调了这一案文的补充性质”。[111] 因此，法国建议将这三条纳入条款草案的最后条款或介绍性条款。

63. 关于第 37 和第 39 条，特别报告员同意法国政府的意见，提议将这两条转入一般性结论一节。[112] 关于第 38 条，立场比较并不十分清楚。第 37 和第 39 条应适用于整个草案的原因是，这两条与第一部分同样有关。第 38 条则并非如此，该条具体涉及国际不法行为的后果，因此与第二部分有关。这样一来，日本提出的疑问又有另外一层意义。一种可能是，侵犯行为不得产生权利准则所表达的法律原则，可能会在某一特定情况下产生新的法律后果，但该后果不够具体或明确，无法列入特别法例外情况。

64. 一种可能的办法是赫希·劳特帕赫特爵士在关于*西南非洲问题委员会可否举行请愿人听证会问题*案的咨询意见中提出的所谓“大致适用”原则。他说：

> 凡一项持续生效的法律文书，因缔约国之一的行为而无法确实执行时，必须以大致最符合其主要目的的方式执行，同时不允许该缔约国利用其自身行为得益，这是一项健全的法律原则。这样做就是解释该法律文书，并使其生效—而非改变该文书。[113]

在*加布斯科沃—大毛罗斯项目案*中，国际法院认为：

> 法院没有必要确定是否有某项国际法原则，或某项“大致适用”的一般法律原则，因为即使有这样一项原则存在，从定义上论，它也只能在有关条约的范围内适用。[114]

法院认为，在该案中，这一“主要条件”未得到满足。此外，法院对该问题的处理表明，这不是一项独立的法律原则，而是在条约履行方面，国家不得援引其自身非法行为后果这项一般法律原则产生的结论。因此，也由于它作为解释指导的具体性质，无需将其列入条款草案，进而也无需确定其适用范围。但这说明了一般国际法原则在履行法定义务领域产生后果的能力。

65. 在国家责任领域内，实行国际不法行为除了本第二部分所述的后果，即停止、恢复原状、补偿、满足和在一国不遵守这些次要义务时可能采取反措

---

[108] 《1983 年……年鉴》[英]，第二卷(第二部分)，第 3 条[现第 38 条]评注，第 43 页，第(3)段。

[109] 同上，第(1)段。

[110] 《1999 年……年鉴》[英](见上文脚注 43)，第 108 页。

[111] 《1998 年……年鉴》[英](见上文脚注 35)，第 137 页。

[112] 见上文第 8 段。

[113] *西南非洲问题委员会可否举行请愿人听证会问题*案，咨询意见，《1956 年国际法院汇编》，赫希·劳特帕赫特爵士的个别意见，第 46 页。关于这一段文字的讨论，见罗森，《违反条约》，第 96-101 页。

[114] 《1997 年国际法院汇编》(见上文脚注 18)，第 53 页，第 76 段。

施之外，似乎别无任何其他一般法律后果。此外，在一个打算具体规定国际不法行为法律后果的案文中保留一系列未具体规定的其他法律后果似乎有些奇怪，尤其是还无法举出明确示例。的确，无论最后通过的条款草案采取什么形式，它都不能冻结法律，而且，这一领域随时有可能出现新的国际法规则。可以在评注中提及这一点，同时，特别法原则仍将适用。总体而言，没有充分理由保留第 38 条。如予保留，则不清楚为何它仅以习惯国际法规则为限。其他来源产生的国际法规则也可能具有相关性。特别报告员在下文提出了重拟的第 38 条，该条被列入方括号之内，以表示他对其用处仍持有怀疑。[115]

5. 受害国

(a) 第 40 条 “受害国”的含义

(一) 准备工作

66. 一读通过的条款草案第一部分并没有使用“受害国”一词。不过评注中一再提及这个概念。人们的理解是，有必要在随后案文中确定因受到违背义务行为伤害而有权援引责任的国家。[116]

67. 1984 年，威廉·里普哈根先生第一次试图以定义形式表述这一概念。在解释其做法时，他说：

> 既然整个第二部分是要处理一国犯下国际不法行为的后果，亦即在国家间引起的新的权利和义务，那么，应在一开始就确定哪个(或哪些)国家是“受害国”。[117]

他的建议提出之前几年，委员会曾就受害国的概念进行了广泛辩论。[118] 特别报告员认为不存在“国际侵权行为法”，并认为在大多数情况下，确定受害国不会引起任何特定困难。不过，在以下情况可能会出现问题：

> 有一项保护国家范围以外利益的国际法主要规则已明确确立，同时，又有一项国际法次要规则允许甚至责成其他国家积极或消极地参与一项主要规则的执行。[119]

68. 委员会委员对若干基本问题的意见相当不一致，尤其是在发生第 19 条意义上的国际罪行时各国采取的立场方面。实际上，没有任何委员反对纳入一项关于“受害国”概念的条款。不过，对于其拟订形式，看法不一。委员会一些委员赞同特别报告员提议的相当详细的方法，另一些委员则建议采取“一种灵活性足以涵盖所有情况的一般性条文”，[120] 或者相反，采取较为精细的条文，区分“直接受影响国与其他国家，尤其是考虑到这些国家有权个别地援引其后各条所列法律后果”。[121]

69. 1985 年，委员会暂时通过了附有评注的第二部分第 5 条。条文措辞依照特别报告员里普哈根先生提议的条文结构，但也做了一些改动。[122] 大多数都是微小改动，但一项较大改动在委员会内招致批评。一位委员指出：

---

[115] 拟议案文，见下文第 119 段。

[116] 例如，见《1973 年……年鉴》[英]，第二卷，A/9010/Rev.1 号文件，第 1 条评注，第 174-176 页，第(5)段及以后各段。一读通过的第 33 条第 1 款(*b*)项使用了“所负义务之对象的国家”一语(意指一种纯粹的双边关系)。见特别报告员第二次报告，《1999 年……年鉴》[英](上文脚注 8)，第 73 页，第 290 段。

[117] 《1984 年……年鉴》[英]，第二卷(第二部分)，第 101-102 页，第 355 段。翌年，里普哈根先生再次建议采用条款草案第二部分第 5 条的形式，并附评注(见《1985 年……年鉴》[英]，第二卷(第一部分)，A/CN.4/389 号文件，第 5-8 页)。

[118] 见《1982 年……年鉴》[英]，第二卷(第一部分)，A/CN.4/354 和 Add.1-2 号文件，第 36-39 页，第 90-101 段；《1983 年……年鉴》[英]，第二卷(第一部分)，A/CN.4/366 和 Add.1 号文件，尤其是第 13-15 页，第 72-78 段(其中区分了利益受到影响的国家与“违背义务行为一方”的国家)和第 21-23 页，第 112-125 段(列出了一般区别和受害国在不同情况下有权援引的权利)。提案草案提出之前就此事项进行的辩论，见《1982 年……年鉴》[英]，第一卷，第 1736 次会议，第 230-236 页和《1983 年……年鉴》[英]，第一卷，第 1772、第 1777 和第 1780 次会议。

[119] 《1983 年……年鉴》[英]，第二卷(第一部分)(见上文脚注 118)，第 21 页，第 114 段。

[120] 《1984 年……年鉴》[英]，第二卷(第二部分)，第 103 页，第 367 段。例如，巴兰达先生清晰地说明了这一点：

> “委员会与其考虑一国可能被视为受害的每种情况，而冒忽略某些可能性的风险，不如把受害国界定为因另一国家的国际不法行为而遭受物质或精神损害的国家”。

(《1984 年……年鉴》[英]，第一卷，第 1867 次会议，第 315-316 页，第 9 段)。

[121] 《1984 年……年鉴》[英]，第二卷(第二部分)，第 103 页，第 367 段。

[122] 见《1985 年……年鉴》[英]，第二卷(第二部分)，第 25-27 页。1996 年，委员会一读通过这项条文，作为第 40 条(《1996 年……年鉴》[英]，第二卷(第二部分)，第 60 页)。

特别报告员原先的条文从行为国违反义务的角度界定“受害国”，现则改为从权利受到侵犯的角度拟订，令人不太满意。正常情况下，一国违反义务会涉及侵犯另一国的权利，但情况并非总是如此。[123]

70. 尽管通过的第 5 条内容十分详细，是整个案文中最长的一条，但它并非详尽无遗。起草委员会主席在全体会议上介绍这一条文时指出：

第 5 条的目的既非界定国际法主要规则，也非详尽无遗地列出一国可以声称受到损害的全部情况。第 5 条第 1 款提出一项一般性规则，第 2 款提出一份指示性清单，第 3 款涉及相当特殊的国际罪行情况。[124]

71. 在辩论过程中，对拟议条文的取向，从各种角度提出了问题。伊恩·辛克莱爵士不相信“在违背普遍义务的情况下可以不使用受害国概念，而且每个国家毫无例外都可被视为对此事项拥有相同利益”。[125] 乌沙科夫先生也表示同样关注，甚至关注国际罪行：他不赞同以下看法：“国际罪行必然损害到国际社会所有国家，因为有些国家将直接受害，另一些国家则不然。的确，在某些情况下，没有任何国家受到实际损害；受到影响的，是各国组成的国际社会”。[126] 鉴于他举的一个示例是侵略，他一定是谈及主要目标以外的国家。显然，对于每一项侵略行为，都有一个受害国；的确，受害国的利益与第三国的利益之间可能有所不同。伊恩·辛克莱爵士指出了这一点。[127] 对于所有国家或许多国家都被视为受到违背多边义务行为“伤害”的情况，允许作出回应的范围也引起了一些问题。拉克莱塔·穆尼奥斯先生认为，“如果国际不法行为影响到所有国家的集体利益，回应应该是集体性的。此外，该条应指明这些集体利益是什么”。[128] 特别报告员为其提议所作的辩护比较间接。他认为，第 5 条是“关键条款”，它必需明确，不能只是简单提及草案范围以外的首要规则。[129] 另一方面，“第 5 条(*e*)款提到在国际罪行方面‘所有其他国家’都是受害国，这并不意味着所有这些国家都受到同等程度的伤害，或者每一国家都可以采取自认为恰当的行动。”[130] 起草委员会主席也同意这一观点，他指出：

起草委员会审议了以下问题：在国际罪行的情况下，是否所有受害国都应享有同样的回应权利，或者回应是否应根据每种情况下权利或利益受到侵犯的严重程度分级作出。人们认为，如果要处理这个问题，就应在界定国际罪行法律后果的条款中处理。[131]

但委员会在起草第 51 至第 53 条时，并未再探讨这一问题。此外，这个问题在发生了所有国家或许多国家都被视为“受害”的违背义务行为时(无论这些行为是否被列为“国际罪行”)，尤为常见。

72. 关于其他问题，路透先生质疑案文中按条约和一般国际法区分伤害的做法：“如果……一些法律规则创设主观权利，难道就不应为此目的起草一项不区分习惯规则与成文规则的条款？”[132] 一位委员甚至怀疑第 40 条的基本假设，即一些损害可能影响到所有国家或许多国家。乌沙科夫先生反对第 3 款，他说，“一般国际法中当然存在普遍权利和义务，但国家间关系最终来说总是具有双边性质”。[133]

(二) 第 40 条及其评注

73. 一读通过的第 40 条内容如下：

---

[123] 《1985 年……年鉴》[英]，第一卷，第 1929 次会议，第 311 页，第 59 段(伊恩·辛克莱爵士)。

[124] 同上，第 308 页，第 27 段(卡莱罗·罗德里格斯先生)。

[125] 《1983 年……年鉴》[英]，第一卷，第 1777 次会议，第 130 页，第 28 段；另见《1984 年……年鉴》[英]，第一卷，第 1865 次会议，第 303-304 页，第 4-5 段。马利克先生表示同意：同上，第 1866 次会议，第 310 页，第 13 段。

[126] 《1984 年……年鉴》[英]，第一卷，第 1861 次会议，第 277 页，第 4 段。

[127] 在关于起草委员会提议的第 5 条的辩论中，他再次提到这一点：《1985 年……年鉴》[英]，第一卷，第 1929 次会议，第 311 页，第 47 段；另见鲁库纳斯先生，同上，第 1930 次会议，第 312 页，第 7 段；相反意见，弗利坦先生，同上，第 313 页，第 10 段。

[128] 《1984 年……年鉴》[英]，第一卷，第 1867 次会议，第 316 页，第 17 段。

[129] 同上，第 317 页，第 26 段。

[130] 同上，第 28 段。

[131] 《1985 年……年鉴》[英]，第一卷，第 1929 次会议，第 309 页，第 43 段(卡莱罗·罗德里格斯先生)。

[132] 《1984 年……年鉴》[英]，第一卷，第 1861 次会议，第 278 页，第 11 段。

[133] 《1985 年……年鉴》[英]，第一卷，第 1929 次会议，第 310 页，第 47 段。鉴于苏联有关第 19 条的理论很重要，这一评论具有重要意义。

第 40 条　受害国的含义

1. 为本条款的目的，“受害国”指在一国行为根据第一部分的规定构成该国的国际不法行为时，其权利遭受该国侵犯的任何国家。

2. “受害国”特别指下列情况：

(*a*) 如一国行为侵犯因双边条约而产生的权利，则条约的另一缔约国即为受害国；

(*b*) 如一国行为侵犯因国际法院或法庭的判决或其他具有拘束力的解决争端的裁决而产生的权利，则有权享受该权利的其他争端当事国即为受害国；

(*c*) 如一国行为侵犯因国际法院或法庭以外的国际机构的具有拘束力的裁决而产生的权利，则根据该有关国际组织的组成文书有权享受该权利的国家即为受害国；

(*d*) 如一国行为侵犯因条约对第三国的规定而产生的权利，则该第三国即为受害国；

(*e*) 如一国行为侵犯因多边条约或习惯国际法的规则而产生的权利，在证实下列情况的条件下，该多边条约的任何缔约国或受习惯国际法有关规则约束的任何其他国家即为受害国：

㈠ 按照对该国有利的方式设定或确立了该权利；

㈡ 一国侵犯该权利必然影响多边条约其他缔约国或受习惯国际法规则约束的其他国家享受权利或义务；或

㈢ 设定或确立该权利的目的是为了保护人权和基本自由。

(*f*) 如一国行为侵犯因多边条约而产生的权利，在证实该条约明文规定这项权利是为了保护缔约国集体利益的条件下，则该多边条约的任何其他缔约国即为受害国。

3. 此外，如国际不法行为构成国际罪行，则“受害国”指所有其他国家。

74. 第 40 条评注 [134] 指出，原则上，条款草案第一部分回答了哪个国家应对国际不法行为负责的问题，其中国际不法行为只是从义务而不是从权利角度下定义。这样做是假定对于每项义务，按定义，至少有一个其他国家的一项权利与之相应。[135]

同样，罗伯托·阿戈在关于国家责任的第二次报告中假定，“法定义务与主观权利之间”总有“一种关联”。按照这一观点，“在国际法上完全有理由视违背义务概念与侵害其他国家主观权利概念完全等同”。[136] 第 40 条第 1 款中有几个关键措辞表达了这种“完全”等同。[137] 其后，条款草案第二部分谈到受害国的权利，而非应对国际不法行为负责任的国家(以下称“责任国”)的义务。

75. 因此，第 40 条成为整个草案的关键，把处理义务的第一部分与处理权利的第二部分联接起来。第 1 款宣布义务与权利之间的确切相互关系，接着，第 2 款以非排除方式列出在哪些情况下一国或多国可被认为拥有与被违背义务相对的权利。这些情况各不相同，有些是双边条约的双边权利—义务关系，有些是国际法院的判决，有些是根据一般国际法规则或多边条约产生的权利，受规则约束或加入条约的所有或许多国家都可被视为“受害国”。它还规定，在发生“国际罪行”时，所有其他国家均受损害，因此均有权采取行动。

76. 正如评注所说，第 2 款又长又啰嗦的清单只属假定。某一项特定条约或规则本身可能会在包容或排他的基础上，规定有权针对违背义务行为援引责任的实体(国家或其他人)。根据特别法原则，此类规定凌驾其他规定。[138] 但是，多边条约规定一套自身常设规则的情况并不常见；一般国际法规则就更

---

[134] 1996 年一读通过条款草案时，没有对 1985 年通过(见《1985 年……年鉴》[英]，第二卷(第二部分)，第 25-27 页)的第 40 条[原第 5 条]评注进行审查。唯一一处变动是第 3 款的一个脚注，该脚注指出：

> “‘罪行’一词用于与条款第一部分第 19 条保持一致。但据指出，还可以使用‘具有严重性质的国际不法行为’或‘特别严重的不法行为’来取代‘罪行’一词，以便除其他外，避免‘罪行’一词所涉刑事问题。”

(《1996 年……年鉴》[英]，第二卷(第二部分)，第 63 页)

[135] 《1985 年……年鉴》[英]，第二卷(第二部分)，第 5 条[现第 40 条]评注，第 25 页，第 2 段。

[136] 《1970 年……年鉴》[英]，第二卷，A/CN.4/233 号文件，第 192 页，第 46 段。

[137] 不过，很奇怪，第 40 条第 1 款使用“……时”一语，显然是设想有一种侵犯一国权利的行为可能不是不法的。这也许只是起草时的疏忽，或可能打算涵盖权利受到侵犯但按照第一部分第五章排除该行为不法性的情况。

[138] 《1985 年……年鉴》[英]，第二卷(第二部分)，第 5 条[现第 40 条]评注，第 26 页，第(5)-(6)段。

不常见。多数情况下，第 40 条对“受害国”所作的确定自然而然成为规范。

(三) 各国政府对第 40 条的评论

77. 第 40 条引起各国政府许多评论。它们发表详尽的意见，而且意见各有不同，但都没有怀疑在条款草案中列入有关受害国概念的条款的必要性。例如，新加坡认为，确定受害国的程序“对分配某些优惠至关重要……[和]对使那些后来采取的本来是非法的行为合法化至关重要”。[139] 若干国家政府对国际不法行为后果的范围太广表示关注。例如，奥地利认为，第 40 条的概念“只有在国家权利受到违反国际法行为直接影响的情况下才有法律意义”。[140] 这种疑问又使一些政府质疑是否不应把实际损失或损害作为受害国定义的主要条件。法国本着对草案第 1 条的一贯立场，认为第 40 条应“明确地提到一国由于另一国家的国际不法行为而在物质或精神上遭受的损害”，但也不反对以下看法：“一国完全可以因为另一国违背对其所作承诺而受到法律上的损害”，如果损害“属于特殊性质”。[141] 其他一些国家政府坚决反对这一观点，认为没有把损害列为不法行为的要素并不意味着所有国家都有权援引不法行为国的责任。相反的，“可以这样做的只有主观权利受到侵害的国家，即违背义务行为所针对的国家”。[142] 在讨论第 40 条第 2 和第 3 款时，这一问题再次出现，并成为一个要点，只是形式稍有不同；这两款曾引起许多评论和批评。

78. 的确，有一些国家支持委员会一读时采取的一般做法。例如，德国指出，“国际法‘主要’规则的特点和参与制定这些规则的国家与确定‘主要规则’所定的义务遭到违反的受害国是相联系的”。[143] 但是就条款草案第 40 条发表评论的大多数国家政府对第 2 款(*e*)项和(*f*)项及第 3 款的措辞和内容表示严重关注。第一个问题是，这些规定若意在确立“国家拥有援引违反国际法行为的法律后果的竞争性或累积性权限”，[144] 将导致“荒唐的结果”。因此，支持拟议的区分 [145] 受国际不法行为具体损害的国家与对履行义务拥有合法利益的国家的办法。[146] 前一类国家本身就有权要求赔偿，后一类国家则只能要求停止不法行为，赔偿受具体损害的国家。[147] 此外，联合王国认为，“如果受到主要伤害的国家表明已自由决定放弃其因这种违背产生的权利，或该国同意这种‘违背’情事”，委员会应考虑是否“应修订若干国家认为自己‘受害’的权利”。[148]

79. 关于第 2 款(*e*)项和(*f*)项，还提出若干其他问题，简述如下：

(*a*) 一并提到多边条约和习惯国际法似乎不妥。有些国家政府认为，应该用两个条款分开处理

---

[139] 《1998 年……年鉴》[英](见上文脚注 35)，第 139 和第 141 页(联合王国“对条款草案第 40 条大部分没有意见”)。乌兹别克斯坦建议把该条“置于第二部分第二章”(同上，第 141 页)。另见 A/CN.4/496(上文脚注 3)，第 15 页，第 122 段。

[140] 《1998 年……年鉴》[英](见上文脚注 35)，第 138 页。因此，奥地利想知道在没有直接受影响国的情况下，受害国概念是否可行(除其他外，指侵犯人权的情况)。

[141] 同上。法国因此提出第 40 条的另一案文(同上，第 143 页)。日本同样认为“较为稳妥的做法是：那些利益没有受到有形伤害的受害国原则上仅有权……要求不法行为国停止其国际不法行为”(《1999 年……年鉴》[英](见上文脚注 43)，第 108 页)。见《大会正式记录，第五十四届会议，第六委员会》，第 23 次会议(A/C.6/54/SR.23)，第 67 段(保加利亚)，以及同上，第 26 次会议(A/C.6/54/SR.26)，第 42 段(布基纳法索)(布基纳法索建议，定义中还应包括损害与行为之间的因果关系)。另见 A/CN.4/504(上文脚注 3)，第 62 段。

[142] 意大利(《1998 年……年鉴》[英](见上文脚注 35)，第 104 页)；另见《大会正式记录，第五十四届会议，第六委员会》，第 23 次会议(A/C.6/54/SR.23)，第 54 段(委内瑞拉)和 A/CN.4/504(上文脚注 3)，第 62 段。

[143] 《1998 年……年鉴》[英](见上文脚注 35)，第 139 页。另见意大利，该国赞同第 40 条反映的概念(同上，第 118-119 页)。

[144] 同上，第 138 页，奥地利。美国认为这些规定反映了“一些不能接受和过于广泛的损害概念”(同上，第 142 页)。

[145] 见《1999 年……年鉴》[英]，第二卷(第二部分)，第 18 页，第 29(*a*)段。

[146] 见 A/CN.4/504(上文脚注 3)，第 64 段。不过，有批评意见认为，鉴于国家拥有合法利益的概念尚未确定，这一区分毫无用处；见《大会正式记录，第五十四届会议，第六委员会》，第 22 次会议(A/C.6/54/SR.22)，第 4 段(丹麦，代表北欧各国)。

[147] A/CN.4/504(见上文脚注 3)，第 64 段。另见奥地利(《1998 年……年鉴》[英](上文脚注 35)，第 141 页)。

[148] 《1998 年……年鉴》[英](见上文脚注 35)，第 142 页。

这两个来源，[149] 另有一些国家政府认为还应提及双边习惯或单方面行动产生的义务。[150]

(*b*) 关于第 2 款(*e*)项㈡目，有几个国家政府关注该款“与 1969 年《维也纳公约》第六十条”不一致，或“可能重叠”；[151] 第六十条的规定“较为狭义”。[152] 因此，联合王国强烈倾向于《维也纳公约》第六十条的方法，认为与第 40 条的模糊标准相比，它“实际上将受害国的概念限于受实质影响的国家”。[153] 更广泛而言，一些国家政府指出，发生违背多边条约义务的情况时，受害国地位的确定首先应依条约本身的规定，并在适当时依照条约法的规定。[154]

(*c*) 关于第 2 款(*e*)项㈢目，一些国家政府要求加以澄清，尤其是关于没有受到违背行为实际伤害的缔约国援引赔偿的问题。[155]

(*d*) 关于第 2 款(*f*)项，法国认为“允许国家如此介入与它们并不直接相关的情况是完全不当的”；[156] 其他一些国家政府则认为需要澄清“集体利益”一词，或所涉条约种类。[157]

80. 至于第 3 款，各国政府意见不一。一些国家政府认为，在罪行情况下，也应订出不同类别的受害国，“确定不同的‘受害国权利’”。[158] 因此，美国关注的是，第 3 款可能造成“破坏性结果”。美国认为，各国个别而非集体地受到第 19 条含义范围内的罪行损害这一点，可能引起“多项索赔……使那些的确可以表明损害的国家得不到足够的赔偿”。[159] 不过，其他一些国家政府则支持委员会一读时的做法，尤其认为实行第 19 条含义范围内的罪行时，每个国家都受到损害，都可以援引不法行为国的责任。[160] 瑞士指出的一点很有帮助：“在‘罪行’概念与违反国际法强制性规范的行为重叠的情况下”，所有国家都可被视为受到损害，而无论不法行为是否会被定为罪行；因此，没有必要把若干类型的行为定罪，“从而把若干特别严重的后果”加诸于这些行为。[161]

81. 对第 40 条的这些批评意见，许多亦反映于学术著作之中。[162]

---

[149] A/CN.4/496(见上文脚注 3)，第 123 段。新加坡认为，根据习惯国际法，援引责任的条件是“违约国与声称具有受害国地位的国家之间”有“充分的关系”(《1998 年……年鉴》[英](上文脚注 35)，第 139 页。)。

[150] A/CN.4/504(见上文脚注 3)，第 66 段。还有意见支持编制一份说明性清单，而非编制详尽无遗的清单(同上)。

[151] 《1998 年……年鉴》[英](上文脚注 35)，第 141 页。

[152] 同上，联合王国。

[153] 同上，第 142 页。另见美国的提议(同上)。

[154] 同上，美国；另见《大会正式记录，第五十四届会议，第六委员会》，第 23 次会议(A/C.6/54/SR.23)，第 58 段(以色列)。

[155] 美国(《1998 年……年鉴》[英](上文脚注 35)，第 142 页)，日本(《1999 年……年鉴》[英](上文脚注 43)，第 108 页)；另见《大会正式记录，第五十四届会议，第六委员会》，第 23 次会议(A/C.6/54/SR.23)，第 41 段(澳大利亚建议，在这种情况下，赔偿应“限于承诺和保证不重复”)。

[156] 《1998 年……年鉴》[英](上文脚注 35)，第 141 页。

[157] 同上，第 142 页，美国；以及日本(《1999 年……年鉴》[英](见上文脚注 43)，第 108 页)；另见《大会正式记录，第五十四届会议，第六委员会》，第 23 次会议(A/C.6/54/SR.23)，第 42 段(澳大利亚)。

[158] 德国区分以下两种权利：要求停止不法行为和恢复履行义务的权利及要求赔偿的权利(《1998 年……年鉴》[英](上文脚注 35)，第 143 页)；另见 A/CN.4/496(上文脚注 3)，第 123 段(其中提到以“一个国家与违反行为之间的远近”为区分标准)。

[159] 《1998 年……年鉴》[英](上文脚注 35)，第 144 页。但美国亦指出，即使只有一个国家受到主要影响，“若干国家可能蒙受其广泛的损害”(同上)。

[160] 同上，第 118-119 页(意大利)。另见 A/CN.4/504(上文脚注 3)，第 65 段。捷克共和国认为，第 3 款“的确是很重要的，该款不但在补偿方面而且在反措施方面造成严重后果”(《1998 年……年鉴》[英](上文脚注 35)，第 143 页)。

[161] 《1998 年……年鉴》[英](上文脚注 35)，第 143 页。

[162] 例如见 Sachariew,“违反多边条约的国家责任：确定“受害国”及其法律地位”；Hutchinson, “Solidarity and breaches of multilateral treaties”；Kawasaki,“国家国际责任法中的“受害国”概念：国际法委员会关于国家责任的条款草案第二部分第 5 条(第 3 部分)”；西马，“Bilateralism and community interest in the law of State responsibility”；Charney,“国际法中的第三国救济”；Vadapalas, “L’intérêt pour agir en responsabilité internationale”；Frowein,“违反国际公法行为的非直接受影响国的反应”；西马，“From bilateralism to community interest in international law”；Annacker,“国际法委员会关于国家责任的条款草案第二部分”；de Hoogh, 同前；Perrin, “La détermination de l’État lésé：les régimes dissociables et les régimes indissociables”；Ragazzi, *The concept of international obligations* erga omnes；Bederman,“国际法委员会关于国家责任的条款草案第 40(2)(E)和(F)条：习惯国际法和多边条约中受害国的地位”；Kawasaki,“国家国际责任法中的“受害国””；以及 Crawford,“国家

(b) 一些初步问题

82. 在探讨可能采取什么方法来解决这些问题时，必须更详细地分析第 40 条。这可能会提及四个问题。

(一) 确定合法利益和主观权利

83. 首先一个问题是为责任的目的，确定一个受害国或几个受害国的主观权利。这个问题的根源是把双边关系模式作为国际法特征的早期的国家责任理论(尤其是安齐洛蒂的理论)。特别报告员阿戈在提出其第二次报告 [163](与法院对巴塞罗那电车公司案 [164] 的判词同一年发表)时，才刚刚开始构思对整个国际社会的责任这一概念。为此目的，无论我们使用第 19 条的措辞(“国际罪行”)，还是法院本身的措辞(它提到对整个国际社会(对所有国家)承担的义务)，关系都不是很大。[165] 无论在哪种情况下，都要立即确定这项责任与特定国家“主观”权利之间的关系。

84. 此处用“主观”一词，只是要说明一点，就是违背国际义务而引起的“次要”法律关系必定是违背义务行为人与其他人或实体之间的法律关系。“无影责任”这样的事情是没有的，责任总是对人的责任，从这个意义上讲，责任是“主观的”。[166] 但这并不意味着集体或社区性质的义务因此而降为双边关系。在讨论义务与权利之间严格的相互关系时，虽然没有言明，但所依据的是霍菲尔德的著作及其“权利义务相互关系”。[167] 但霍菲尔德强调法律关系多种多样，定然不想把法律关系降为单一形式。在国际关系领域，现已不再有任何(如果曾经有过的话)推定的理由要把所有责任关系降为两国双边的权利义务关系，像双边条约规定的关系那样。

85. 例如，埃塞俄比亚和利比里亚本身不是它们在西南非洲案中所援引义务的受益人。[168] 受益人乃是西南非洲人民；他们拥有让代表他们和符合其核心利益的人管理领土的“主观”权利。[169] 埃塞俄比亚和利比里亚声称拥有程序权，可以要求确保南非履行对领土人民的义务。分析的话，没理由不允许这种法律关系，[170] 如果要霍菲尔德把它纳入计划之中，不会有任何困难。[171] 如果一项法律制度想要把南非、领土人民及两个申请国之间的法律关系降为双边形式，它就不是一项完备的制度。但这看似正是第 40 条要做的，因它订有“精确”对应物。[172]

地位：国际法委员会关于国家责任的条款草案第 40 条评论”。

[163] 《1970 年……年鉴》[英]，第二卷，第 177 页，A/CN.4/233 号文件。

[164] 巴塞罗那电车、电灯及电力有限公司案，第二阶段，判决，《1970 年国际法院汇编》，第 3 页。

[165] 为了他在第一次报告中所述理由(《1998 年……年鉴》(见上文脚注 35))，特别报告员比较喜欢使用法院采用的措辞：对整个国际社会的义务。就第 40 条而论，情况确实如此，因该条涉及援引责任的权利而非这样做的后果(同上[英]，第 24 页，第 98 段)。

[166] 特别报告员认为，“主观”一词的非常特殊含义与其普通含义之间可能出现混淆，仅凭这一点，就应完全不用这一措辞。根据其普通含义，不可能有“非主观”的义务或权利；因此，这个措辞不仅没必要，而且可能产生误会。见其第二次报告，《1999 年……年鉴》[英](上文脚注 8)，第 10 页，第 6 段，以及 de Hoogh, 同上，第 20 页，观点大致相同。

[167] Hohfeld, 《在司法推理和其他法律文献中运用的基本法律概念》。

[168] 西南非洲案，第二阶段，判决，《1966 年国际法院汇编》，第 6 页。

[169] 南非不顾安全理事会第 276(1970)号决议继续留驻纳米比亚(西南非洲)对各国的法律后果案，咨询意见，《1971 年国际法院汇编》，第 56 页，第 127 段。法院着重指出，就西南非洲而言，“受害的实体乃是一个民族”而不是一个国家或一批国家。参见《1980 年……年鉴》[英]，第二卷(第一部分)，A/CN.4/330 号文件，第 118 页，第 56-57 段。

[170] 1966 年，法院以微弱多数裁定，申请国在适当实施委任统治协定方面，没有任何个别的合法利益，可以按仲裁条款证明这一点是正确的。但这一“多数”并不否认委任统治协定可能承认国际联盟所有成员国都有权向法院提起诉讼，要求委任统治国履行各项义务(例如，见《1966 年国际法院汇编》(上文脚注 168)，第 23 页，第 16 段)。这一结果是对仲裁条款作严格解释而得出的。无论如何，该项裁定受到强烈批评，现在必须联系法院对巴塞罗那电车公司案的判词来看这项裁定(见上文脚注 164)，第 32-33 页。

[171] 当然，有些情况(如《欧洲人权公约》第 45 和第 48 条；或《公约第十一项议定书》，第 33 条，继承国条款)已承认此类一般利益，但并未把国家采取行动的权利与国家试图保护的实质性权利等同起来。

[172] 法院在巴塞罗那电车公司案中指出，“责任是权利的必要的必然结果”(《1970 年国际法院汇编》(见上文脚注 164)，第 33 页，第 36 段)。但在此之前，法院首先把国家对其他国家的权利(例如在外交保护领域)和普遍义务(所有国家都有“合法利益”要求予以保护)加以区分。这不是说只有国家的个别权利遭受侵犯的案件才属于责任案件。

(二) 人权义务的处理

86. 第二个问题涉及人权义务的处理。按照第 40 条第 2 款(*e*)项(三)目，违背人权义务的行为伤害到受该义务约束的每一个国家。[173] 事实上，从表面来看，发生个别比较轻微的侵犯个人基本权利的行为时，每个国家(即使该个人非其国民)都被认为受此行为伤害。评注指出，

> 显然，并不是这些文书所列每项权利，或者一国被认为不尊重这些权利的每一个别行为或不行为都必然需要适用本项规定。[174]

但这一异议并没有反映在第 2 款(*e*)项(三)目中，也没有试图(例如通过提及系统性或严重侵犯人权行为的概念)区分以下两种情况：所有国家均受到伤害的情况，以及人权个别受益人受到伤害但人权义务当事国对履行义务具有一般利益的情况。

87. 有人建议，即使在证据确凿、严重或系统性地侵犯人权的情况下，也应区分受害者的权利与各国的回应。否则，第 40 条第 2 款(*e*)项(三)目的效果将是把人权转化为国家权利；无论是在处理系统性侵犯人权行为，或是在处理个别侵犯人权行为，这都是没有道理的。第三国可能被认为对系统性侵犯人权行为比对个别侵犯人权行为有更广泛的干预或回应权，不过 1966 年的国际公约并未载有这种说法。[175] 但即使第三国拥有较广泛的权利，此类权利的性质似乎也并无改变。有关国家可以代表受害者，但与受害者不能等同，它们不能因为被承认对行为国履行其人权义务拥有合法利益即成为权利持有人。

88. 第 2 款(*e*)项(三)目还提出了一个问题，即为什么把人权单独作为一类特别处理。评注指出：

> [人权]条款保护的利益是不可以分配给某一个特定国家的。因此，必须首先把多边公约的每一其他缔约国或受有关习惯法规则约束的国家视为受害国。[176]

可是，多边条约或一般国际法规定的人权义务并非“可以分配给”或可归于任何特定国家这一点，并未要求把所有有关国家都视为权利人，当然，更不是“首先”就要这样。此外，人权义务不是唯一一类履行情况不能被视为只影响任何个别“特定国家”的国际义务。人类发展、世界遗产和环境保护等领域的一些义务也是如此，这些都可以在第 40 条中有所提及。

89. (相对于这些其他领域)人权义务的一个特点似乎在于它是按个人权利专门制定的，而国际环境文书之类讲的是国家义务。相对而言，外交保护领域对待外侨方面的国际法规则则故意突出国家权利，常设国际法院在马夫罗马蒂斯案[177] 中就这样强调。《联合国宪章》以及 1948 年以来的人权文件在使用人权用语时，所用名词是经过深思熟虑且一直改变的。它肯定具有法律意义。但这绝不成为“首先”把人权义务视为“可以分配给”各国的义务的理由。

(三) 多边法律关系引起的其他损害情况

90. 除了“国际罪行”之外，第 40 条还提到承认多边权利的另外两种情况。有一种情况在第 40 条中并未得到明确说明，也需要加以审议。

a. 整体义务

91. 按照第 40 条第 2 款(*e*)项(二)目，多边条约的每一缔约国或受一般国际法某项规则约束的国家均受违背“整体义务”行为的伤害。[178] 这种违背义务行

---

[173] 草案第 2 款(*e*)项(三)目适用于“为了保护人权和基本自由”而“设定或确立”的任何“权利”。谈论为保护一项权利而确立的权利有些奇怪：虽然这看似只是一个起草问题，但却引起了有关该分段范围的深层疑惑。

[174] 《1985 年……年鉴》[英]，第二卷(第二部分)，第 5 条[现第 40 条]评注，第 27 页，第(22)段。

[175] 相对于个别控诉，国家间关于系统性侵犯人权行为的控诉，案件可否受理适用不同规则。例如，见欧洲人权法院对爱尔兰诉联合王国案的判决(欧洲人权法院，《A 辑：裁决和判决》，第 25 卷，1978 年 1 月 18 日的判决(欧洲委员会，斯特拉斯堡，1978 年)，第 64 页，第 159 段)。

[176] 《1985 年……年鉴》[英]，第二卷(第二部分)，第 5 条[现第 40 条]评注，第 27 页，第(20)段。

[177] 马夫罗马蒂斯在巴勒斯坦的特许权案，1924 年第 2 号判决，《常设国际法院汇编》，A 辑，第 2 号，第 12 页。国际法院在下列案件中肯定了同样的原则：对执行联合国职务时所受伤害的赔偿案，咨询意见，《1949 年国际法院汇编》，第 181-182 页；以及巴塞罗那电车公司案(见上文脚注 164)，第 32-33 页。

[178] “整体”义务的概念由条约法特别报告员杰拉尔德·菲茨莫里斯爵士提出。见《1957 年……年鉴》[英]，第二卷，A/CN.4/107 号文件，第 54 页，第 124 段；另见 Sachariew, 如上，第 281 页。

为被确定为“必然影响其他缔约国享受权利或履行义务”。评注也只是说，该款

所处理的这种事实情况在《维也纳条约法公约》里亦被认为是多边条约领域的一种特殊情况(例如，见第四十一条第一项(乙)款(一)目、第五十八条第一项(乙)款(一)目以及内容及措辞稍有不同的第六十条第二项(丙)款)。[179]

但评注中提到的 1969 年《维也纳公约》的三项条款中，[180] 只有第六十条第二项(丙)款实际处理与责任同源的问题。[181] 第六十条第二项(丙)款涉及属于以下性质的任何条约：“由于条约性质关系，一当事国对其规定有重大违反情事，即致每一当事国继续履行条约义务所处之地位因而根本改变”。这比条款草案第 40 条第 2 款(*e*)项(二)目的范围要窄。在对其他国家进行推定影响测试时，是针对整个条约而不是所违反的特定义务进行的。也许这一差别可以背景差异来解释。《维也纳公约》所关注的是整个条约文书，条款草案所关注的是特定义务。因此，把整体义务的要领移用于国家责任法似乎并无任何困难；相应地，把每一个国家视为个别地受违反整体义务行为伤害似乎也没有什么困难。

b. 对所有缔约国承担的义务

92. 此外，第 40 条第 2 款(*f*)项规定，“如……该条约明文规定”受“侵犯……权利是为了保护缔约国的集体利益”，则多边条约的所有其他缔约国即为受害国。这也许可以称为对所有缔约国承担的义务。对于这些义务的履行，所有缔约国都被认为具有共同利益，且超越在特定情况中可能存在的任何个别利益。评注举“最近在国家管辖范围以外海底和底土矿产资源方面得到接受的‘人类共同遗产’概念为例。[182] 这表示明文规定的要求在解释时需要某种灵活性。尽管如此，评注指出，“在整个国际社会目前的发展阶段，承认或确立各国的集体利益在适用上仍然有其限制”；而且在文字上，也限于两个方面：第一，限于明文规定，第二，限于多边条约中的此类规定。[183] 关于第一个方面，现代有各种各样的多边条约注意说明集体利益的正确性，要求明文规定似乎太过狭隘了。关于第二个方面，条款草案的出发点是要把条约规定的义务与一般国际法规定的义务等同处理，[184] 而且，一般国际法完全可能与多边条约的公共利益条款并行并予以加强。此外，没有任何理由把“保护集体利益”的类别限于构思狭隘的各国集体利益。人权条约的目的显然(即使并不总是明确地表明)是要保护一般的共同利

---

[179] 《1985 年……年鉴》[英]，第二卷(第二部分)，第 5 条[现第 40 条]评注，第 26-27 页，第(19)段。

[180] 第四十一条第一项(乙)款涉及仅由多边条约部分缔约国彼此之间修改条约的问题。这种修改如果不为该条约所禁止，且“不影响其他当事国享有条约上之权利或履行其义务”，则是可以允许的。检验是否可以允许的标准在于某项特定修改事实上是否影响到《维也纳公约》其他缔约方的立场。这并不是一种推定的检验，也不限于“必然影响”其他当事国的修改。相反的，这延伸到那些事实上在特定情况下影响到其他当事国的修改。没有要求它影响到所有其他当事国：不包括影响到一些当事国、或只其中一个当事国的修改。第五十八条第一项(乙)款涉及多边条约只是在其部分当事国之间停止实施的情况：它适用与《公约》第四十一条处理相互间修改时所用标准相同的检验标准。

[181] 第六十条第二项规定如下：

“二. 多边条约当事国之一有重大违约情事时：

“(甲) 其他当事国有权以一致协议：

㈠ 在各该国与违约国之关系上，或

㈡ 在全体当事国之间，

将条约全部或局部停止施行或终止该条约；

“(乙) 特别受违约影响之当事国有权援引违约为理由在其本国与违约国之关系上将条约全部或局部停止施行。

“(丙) 如由于条约性质关系，遇一当事国对其规定有重大违反情事，致每一当事国继续履行条约义务所处之地位因而根本改变，则违约国以外之任何当事国皆有权援引违约为理由将条约对其本国全部或局部停止施行。”

这些条款须遵守该条约内一条相反的规定(第六十条第四项)，且不适用于人道主义条约之类的某些情况(无论违反情况如何，其效力都应得到充分保持)(第六十条第五项)。没有对“特别受影响”一词加以定义，第六十条评注没有进一步探讨这些问题。见《1966 年……年鉴》[英]，第二卷，A/6309/Rev.1 号文件，第 255 页，第(7)段。法院在纳米比亚案中表示，第六十条“在多数方面”是说明现行国际法的(《1971 年国际法院汇编》(上文脚注 169)，第 47 页，第 94 段)。

[182] 《1985 年……年鉴》[英]，第二卷(第二部分)，第 5 条[现第 40 条]评注，第 27 页，第(23)段。

[183] 同上，第(24)段。但这样说不是要“排除发展内容相同的国际法习惯规则”(同上，第(25)段)。

[184] 见起草委员会通过的条款草案第 16 条(《1999 年……年鉴》[英]，第一卷，第 2605 次会议，第 275 页，第 4 段)和特别报告员第二次报告(《1999 年……年鉴》[英](上文脚注 8)，第 13-15 页，第 16-26 段)。

益。因此，最好把第 40 条第 2 款(*e*)项(三)目视为与第 2 款(*f*)项同源。[185]

c. 特别受影响国家

93. 第 40 条第 2 款虽然承认所有国家或一大批国家可能会对某项义务的履行具有合法利益，但它明显不承认某个国家或某几个国家受违背义务行为“特别影响”的情况。在这方面，它没有依循 1969 年《维也纳公约》第六十条第二项的逻辑。如果一个受某项违背义务行为特别影响的国家有权暂停所涉义务而不坚持履行这项义务，会有些奇怪。事实上，对实行违背义务行为的国家而言，暂停义务实际上可能更方便。即使这并未使该国免于履行已经逐步承担的次要义务，[186] 但却免除了其停止的义务(就其同暂停国的关系而言)，也免除了一项原为持续不法行为的一切法律后果。绝不能以暂停条约关系来替代适当的国家责任体制。

(四) 确定多个“受害国”的后果

94. 第 40 条对所有“受害国”显然是同等对待。每一个受国际不法行为伤害的国家都有权要求停止该行为和得到赔偿，[187] 并有权在没有停止该行为及提供赔偿时，采取反措施。[188] 就国家的“主观”或个别权利而言，这可能是适当的。一个国家的权利受到侵犯时，有权抗议、坚决要求恢复原状或(即使是在可能恢复原状的情形下)决定选择得到补偿。它可以坚决要求确认其权利，也可以酌情决定放弃其权利，不计较此次违背义务行为。但该项义务如属多边义务，情况就可能全然不同。例如，某项实质性义务的特定受益人(例如个人权利受到违背人权义务行为侵犯的人、自决权被否定的民族甚或受违背普遍义务行为实际伤害的国家)有充分理由要求得到补偿而不是恢复原状。其他人即使对遵守义务具有公认的合法利益，又有什么权利可以撤销这一要求？

95. 这与 1969 年《维也纳公约》第六十条第二项又形成了对比；该项竭力要确定“特别受影响”或“整体受影响”国家可以对责任国采取的步骤。这些步骤只影响受影响国对责任国的关系，同时只允许暂停条约关系。若要采取更加剧烈的措施，就需要得到其他缔约国的一致同意。

(五) 关于第 40 条的结论

96. 本报告所述表明，第 40 条涉及多边义务、包括普遍义务的那些方面，从来没有彻底加以审议。尤其是，委员会从来没有参照第二部分后面所处理的后果，重新审议这项定义。特别报告员认为，第 40 条所受到的批评，有许多是合理的，这些批评有些是委员会委员在第 40 条起草过程中提出的，有些是各国政府在第 40 条通过之后提出的，有些是在著作中提出的。第 40 条在若干方面存在缺陷：

(*a*) 过早地从义务概念(第一部分的关键概念)转入权利概念；

(*b*) 明显假定所有责任关系与传统的双边权利义务关系相同(国际法院在巴塞罗那电车公司案[189] 中反驳此项假定)，再不就是未能详细说明多边责任关系在哪些方面不同于双边责任关系；

(*c*) 对一切类别的受害国同等对待，所有受害国明显具有相同的独立权利；

(*d*) 尤其是，未能对受违背多边义务行为“特别影响”的国家与并未受到此种影响的国家加以区分；[190]

(*e*) 处理多边义务的方式不当(例如，对条约义务与非条约义务之间的区别未加解释；毫无道理地假定共同利益制度只能由多边条约明文规定设立；对人权作单独特别处理，所用措辞模糊、含义过于广泛，或是与定义的其他条款冲突或重叠)；

(*f*) 第 2 款的措辞冗长罗唆，把第 1 款的基本内容完全遮盖了。

---

185 一般而言，人权义务或是对所有缔约国承担的义务，或是普遍义务，视其普遍性和重要性而定。

186 见 1969 年《维也纳公约》，第七十二条第一项。

187 见第 41-42 条。

188 见第 47 条。第 49 条作了唯一的(间接)限制，它要求反措施“不应与国际不法行为的严重程度及其对受害国的后果不成比例”。

189 见上文脚注 164。

190 见 1969 年《维也纳公约》，第六十条第二项(乙)款。

就目前条文来看，第 40 条是否能为编纂和逐步拟订国家责任的法律后果提供适当基础实成疑问。

(c) 改拟第 40 条的几种选择

97. 近代国际法关于法律伤害及抗议某项伤害立场的概念，主要阐述于国际法院在巴塞罗那电车公司案中的说明。国际法院区分了双边范围内产生的权利(外交保护)与国际社会在某些基本义务方面的合法利益。最关键的一段如下：

> 在国家对整个国际社会所负义务与对他国所负外交保护义务之间，应作基本区分。在性质上，前一项义务是所有国家都关切的。由于所牵涉权利的重要性，可认定所有国家在保护这些权利方面具有合法利益；它们属于普遍义务。
>
> ……
>
> 外交保护的义务则非同一类别。可以说，如果在一特定案件中，某项这类义务发生问题，并不是所有国家都有期望其获得遵守的合法利益。一国要对违背这类义务的行为索赔，首先必须确定其有权利这样做。[191]

国家个别权利与若干国家或所有国家的合法利益之间的区别非常明显。此外，这一“基本上的区分”对该案很重要。虽然比利时国民持有加拿大公司股份(在这一意义上，也许可认为比利时受到西班牙行动的“特别影响”)，但在该案中，西班牙作为公司的国籍国，仅对加拿大负有义务，因此，比利时无权援引责任。[192] 从这段文字可以引伸出一点：如果牵涉到普遍义务，结果可能不同。

98. 为国家责任的目的，如果违背双边义务与违背多边义务(特别是普遍义务)之间有基本上的区分，则在讨论第 40 条时必须把它们分开处理。

(一) 第 40 条与双边义务

99. 双边国际义务是一种只有两个当事方(权利人和义务人)的义务。如今，两个当事方之一(义务人)有可能不是一个国家；它可能是一个国际组织或某种其他国际法“主体”。尽管第一部分是一般性的，涉及各种国家义务，第二部分并非处理个人或国家以外集体的所有次要权利和可允许作出的回应。因此，第一部分与第二部分的范围之间有脱节存在，但如上文如述，[193] 这并非限制第一部分范围的理由。可以在第二部分插入一项保留条款，提到该部分的不同范围，但避免从第二部分和第二部分之二详细论述作为义务人的国家这一点引申出相反含义。兹建议采用以下条文：

> “本[部分]不妨碍任何人或国家以外的实体因一国实行国际不法行为而取得的任何权利。”

100. 关于一国与另一国之间的严格双边义务，要清楚的第一点是，双边义务有许多来源，包括一般国际法、双边或多边条约或单方面行为。例如，《维也纳外交关系公约》(以及一般国际法的类似规则)产生的法律关系似乎基本都是双边性质的。这些条款产生特定派遣国与特定接受国之间的义务关系。一般国际法规则与外交保护标准亦属如此，这一点国际法院在巴塞罗那电车公司案(见上文第 97 段)中说得很清楚。

101. 但是，为本条款草案的目的，明确规定特定多边条约或国际法规则在何种情况下产生双边义务不仅没有必要，而且不符合主要义务与次要义务之间的根本区别，这一区别正是本条款草案的基础。本条款草案的职责不在于明确规定个别主要义务的形式或内容。因此，就现在的问题而论，确认存在双边和多边义务已经足够，至于两者间如何区分的问题，可留交其他论坛处理。

102. 在这一基础上，双边义务的处理相对简单。在这种义务的情况下：

(*a*) 只有义务国受到违背义务行为的“伤害”；

(*b*) 该国可以有效方式同意原为违背义务行为的行为，[194] 或放弃对其后果的权利；

---

[191] 《1970 年国际法院汇编》(见上文脚注 164)，第 32 页，第 33 和第 35 段。

[192] 国际法院注意到有例外情况存在，即国籍国以外的国家也享有权利(同上，第 38-40 页)。在这种情况下，西班牙也许对不同国家负有平行的双边义务，而每一国家都可能个别地行使“相关保护权”。

[193] 见上文第 7 段。

[194] 见(起草委员会通过的)条款草案第 29 条，《1999 年……年鉴》[英]，第一卷，第 2605 次会议，第 275 页，第

(*c*) 该国可以选择接受赔偿而非恢复原状，或者要求对将来的保证而不要求任何形式的赔偿；

(*d*) 该国可针对违背义务行为采取反措施，但须遵守本条款草案规定的有关反措施的一般条件。

103. 在条文上，目前的第 40 条第 2 款中，整整有 4 项旨在说明本质上涉及双边义务的情况。这 4 项是(*a*)至(*d*)项。[195] 有人认为这几项毫无必要，亦不足取。本条款草案的职责不在于说明一国在什么时候是一项国际义务的(唯一)受益者或义务者，因为这需视该项义务的规定和解释而定。可将第 40 条第 2 款所处理的一切“双边”情况归入一个内容如下的简单条文：

> “为本条款草案的目的，一国在以下情况受另一国的国际不法行为伤害：所违背的义务是对其[个别]承担的义务。”

“个别”一词显然引起一个问题。一方面，这似乎有利于区别对一组国家或整个国际社会集体承担的义务。另一方面，不应忽略以下的可能性：A 国可能同时对某一个或某几个第三国双边地承担同样的义务(或更适当地说，同样内容的义务)。例如，在外交或领事豁免上，接受国可能对大批派遣国承担相同的义务。但一国对他国承担平行的、同样的双边义务这一可能性，可在评注中加以解释；因此，“个别”一语似应予以保留。

104. 有人可能反对说，对于遵守国际法和保持多年以来建立的体制和安排(例如外交豁免)而言，所有国家都具有一般性利益。国际法院在*美国驻德黑兰外交和领事人员案*中，提及伊朗伊斯兰共和国参与拘押外交和领事人员的行为“性质上绝对非法”之后这样说：

> 本院要再次指出，在本案必须适用的法律原则极端重要，本院认为本院有义务促请整个国际社会、包括历古以来即为其中一员的伊朗注意，本院现在审理的这类事件可能造成无可补救的伤害。这类事件定然破坏人类多个世纪以来小心建立的法律体系，而这个体系的维持对今天这个复杂的国际社会的安全和福祉来说，是极端重要的，因为今天比以往任何时候都更需一贯和严格地遵守为确保成员间的关系能有秩序地发展而拟订的各项规则。[196]

所以，可以说，即使某些特定义务可能是双边的，亦需以某种方式承认各国对遵守国际法具有比较一般性的利益。不过，除了“整体”义务或上文所解释的对所有缔约国承担的义务外，就国家责任而言，国家在与第三国彼此之间的法律关系上是否享有某项权利或甚至某种应受法律保护的利益实成疑问。

105. 毫无疑问，即使在纯双边情况下，仍可能有某种一体因素存在。在外交惯例上，第三国注意到某一明显违背义务行为而向责任国表达关切的情况并非少见。不过，这似乎还不构成第三国援引国家责任的情况，无须在条款草案中加以规定，只要采取以下做法就够了：在评注中反映出“受害国”的定义关涉援引责任，并不影响为了表达关切和协助解决冲突而与第三国进行非正式外交交流。[197]

(二) 第 40 条与多边义务

a. 多边义务类型

106. 为责任目的界定“受害国”的概念时，基本问题显然关涉多边义务。这些义务并非个别地对某一特定国家承担，而是对某一集体、某组国家甚至对整个国际社会承担。如上文所述，没有必要说明哪些特定义务是这一意义上的多边义务，只须肯定存在这类义务就够了。不过，承认存在若干类型的多边义务也许会有帮助。可以分出三类义务：

(a) *对整个国际社会(对所有国家)承担的义务*。第一类是对整个国际社会承担的义务，全世界所有国家对遵守这类义务具有合法利益。这也就是国际法院在*巴塞罗那电车公司案*中提到的普遍义务。[198] 从国际法院提到整个国际社会这一点以及它所举示例的性质，可以得出这样的论点：普遍义务

4 段；以及特别报告员第二次报告，《1999 年……年鉴》[英](上文脚注 8)，第 60-64 页，第 232-243 段。

[195] 见上文第 73 段。

[196] 《1980 年国际法院汇编》(见上文脚注 65)，第 42-43 页，第 92 段。

[197] “非正式外交交流”一词取自 1965 年《关于解决国家与他国国民之间的投资争端公约》第 27 条。但该条情况(尽管具有双边性)不同：关系国放弃其在第 27 条第(1)款下享有的外交保护权，但保留促进解决争端的利益。不过，这个措辞对第三国的情况似乎也合适。

[198] 见上文第 97 段。

是一种不容减损的一般性义务，或直接来自一般国际法，或来自普遍接受的多边条约(例如人权条约)。因此，这类义务的范围实际上与强制性义务(强制法规范产生的义务)的范围同样广泛。如果一项特定义务可以暂搁一边或视作两个国家之间的义务，则很难想象这是对整个国际社会承担的义务；

(b) *对某一特定制度所有缔约国承担的义务。*第二类情况是，对于某项国际制度，所有缔约国都有共同合法利益要求予以维持和实施。这也许可以称为对所有缔约国承担的义务。它尤其包括明示地(或定然暗示地)与缔约国共同利益事项有关的义务。[199] 这些义务的示例见于环境(例如生物多样性或全球变暖)和裁军(例如区域无核区条约或禁试条约)领域。在这些情况下，虽然某一个或少数几个国家有可能特别受到违背义务行为的影响，但这种情况很少发生，而且无论如何不会损害所有缔约国共同享有的对有关主题事项的一般利益。原则上，没有理由把一般国际法产生的义务排除在对所有缔约国承担的义务范围之外。[200] 亦没有理由要求多边条约建立的制度明确承认集体利益。它们只要在解释有关条款时明确这样做就够了。例如，要把根据区域人权条约产生的义务列入，因为公认所有缔约国都具有合法利益要求履行这些义务。[201] 这类义务包括条款草案第 40 条第 2 款(*e*)项㈢目和(*f*)项所述的情况。

(c) *几个或许多国家为当事国但特定国家或国家集团被承认有合法理由关切的义务。*在多边义务的情况下，无论是否普遍义务，特定国家或某几组国家可能被承认对遵守义务具有具体的合法利益。首先，合法利益的存在是相关主要规则的解释或适用问题。但是，似乎有理由从 1969 年《维也纳公约》第六十条第二项(乙)款引申出这样的认定：受违背多边义务行为“特别影响的国家”应有权就该违背义务行为援引有关国家的责任。

应再次强调指出，这三个亚类并非相互排斥，也就是说，一个国家可能直接地和特别地受到违背普遍义务行为(例如非法武装攻击的受害者)或违背对所有缔约国承担的义务的行为(例如一国船只被拒绝享有通过某一国际水道的过境权)的影响。因此。对于同一违背义务行为，一国可能受到几种不同方式的“伤害”(其合法利益受到影响)。

107. 下文表 1 所示纲要反映出第 40 条或类似条款的立场。这一纲要没有考虑第 19 条希望反映的概念——一种可能被解释为粗暴违背普遍义务行为的概念。但为第 40 条或任何类似条文的目的，这一概念没有必要。[202] 已规定对于违背普遍义务的行为，所有国家都有权援引责任，没有必要再为此目的额外规定违背义务行为必须是“严重”、“系统性”或“粗暴”的。不过，在责任的后果方面，是否需要增列这类规定的问题仍然存在，下文将予以讨论。[203]

表 1
有权就多边义务援引责任的国家

多边义务类别	有权援引责任的国家	适用范围
普遍义务	所有国家	适用于国际法院在巴塞罗那电车公司案中所解释的那种普遍义务
对所有缔约国承担的义务	所有缔约国	适用于牵涉到所有缔约国公共利益的法律制度，尤其包括整体义务(参见第 40 条第 2 款(*e*)项㈡-㈢目和(*f*)项)
一般性多边义务	除另有规定外，“受违背义务行为特别影响”或被视为拥有“特殊利益”的任何国家	适用于一切多边性而特别受影响国家为当事一方的义务；不适用于公认专门针对两国彼此间关系的法律问题(例如外交保护)

b. 允许“受害国”提出的回应

108. 从上文讨论可以清楚看出，违背多边义务行为的主要受害者有别于义务当事方及对义务的履行具有合法利益的其他国家。固然，在某些多边义务

[199] 1969 年《维也纳公约》第六十条第二项(丙)款所界定的整体义务，是对所有缔约国承担的义务的一个亚类。在整体义务的情况下，任何违背义务的行为损害到所有其他缔约国的立场，每一缔约国都有理由被视为个别受害国。

[200] 见上文第 92 段。

[201] 例如，基尔运河通行权——“温布尔登号”轮船案中争端的主题，1923 年的判决，《常设国际法院汇编》，A 辑，第 1 号。

[202] 如瑞士所述(上文第 80 段)。

[203] 见下文第 115 段。

情况下，可能没有特定的权利人或受惠人。这也许确有其事，例如缔约国不得向大气层排放过量氯氟化碳的义务。[204] 这是一种纯粹的连带义务，永难证明与任何特定违背义务行动的关系，以及对任何特定当事国的影响。但另有一些其他多边义务，明显存在主要权利人。例如，自决首先是有关民族的权利，但也是国家、特别是负责管理非自治领土的国家的普遍义务。[205] 不得使用武力侵犯别国领土完整或政治独立的义务是一种普遍义务，但特定受害者是被武装力量侵犯的国家。主要权利人是一个国家或不是一个国家的情况，还有一些其他示例。

109. 在一个国家是违背义务行为特定受害者的情况下，“有关”国家的立场在某种程度上必须是辅助性或次要性的。例如，如果该国以有效方式表示同意原本构成违背多边义务行为的行为，该项同意即排除不法性。[206] 其他国家有要求遵守义务的合法利益，因此它们有正当理由表示关切，确保这项同意是以有效方式作出的(例如没有胁迫或其他使之无效的因素)。但它们本身的同意不能排除不法性，例如埃塞俄比亚和利比里亚的同意不能排除南非对委任统治领土人民行为的不法性。同样地，国际法院在*尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动案* [207] 中指出，第三国不能采取集体自卫行动，除非是应受害者(遭受武装攻击国家)的要求。不过，有关使用武力的规则产生普遍义务。这表示必须在身为违背多边义务行为受害者的特定国家与本身并非受害者但对遵守有关义务具有合法利益(因该项义务亦是对它们承担的)的其他国家之间加以区分。这些其他国家并不具有与受害国相同的权利，第 40 条现有案文简单地将这两类国家等同，令人不满。

110. 因此，除了区分有权依靠或援引多边责任的国家之外，可能还必须区分个别国家(同其他国家一起对遵守有关义务具有合法利益的国家)可以采取的各种行动方式。正因为在法律上有权援引责任的同类国家很多，可能必须对个别国家采取行动的方式加以区分，问题是如何区分。如果不加区分，很可能发生如下情况：某一受害国选择接受赔偿而不要求恢复原状，另一受害国则坚持恢复原状；或者，第三国坚持采取反措施，而违背义务行为的首要受害者却希望避免采取反措施，以免冲突加剧或无法经由谈判解决问题。许多国家政府就纯粹个别和平行的援引责任制度可能产生的混乱和冲突作出了评论。[208]

111. 如果按照表 1,把国家分类为“具有合法利益”的国家或“受害”国，也许会有帮助。有人认为，违背多边义务行为的受害国应该可以要求在一切方面停止和赔偿，如这些要求被拒绝，则可采取相称的反措施。该国应有合法权利选择接受赔偿而非恢复原状，例如在违背义务行为使今后履行义务对该国已无任何价值的情况下。事实上，就援引责任而言，该国立场与双边关系中受害国(具有主观权利的国家)的立场相似。根据 1969 年《维也纳公约》第六十条第二项类推，“特别受影响”国也应这样处理：它们本身的立场特别受到违背国际义务行为的影响，因此，在停止和赔偿方面给予它们相同的权利是合理的。[209]

112. 在大部分情况下，只有一个或少数几个国家是这种意义上的特别受害国，因此，这些国家间的协调问题没有许多国家或所有国家都被视为受害国时那样困难。有人认为，不应在法律上规定必须协调或采取联合行动，最多像 1969 年《维也纳公约》第六十条第二项对特别受影响国或整体义务受惠国家所作的规定就够了。协调回应可能是好的，但由于从定义上看，每一国家本身的法律情况和实际情况都受到影响，它们应可以自由地对违背义务行为作出回应。

113. 对于违背普遍义务或对所有缔约国承担的义务的行为具有合法利益的更广泛国家的立场，须作

---

[204] 见《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》。

[205] 国际法院在*东帝汶案*(葡萄牙诉澳大利亚)(判决，《1955 年国际法院汇编》，第 102 页，第 29 段)中肯定了这一点。

[206] 见上文脚注 194。

[207] *尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动案*(尼加拉瓜诉美利坚合众国)，案情，判决，《1986 年国际法院汇编》，第 105 页，第 199 段。

[208] 见上文第 77-80 段。

[209] 两国的法律立场并非在一切方面都相同。双边关系中的受害国可以全部放弃对违背义务行为的权利，并完全有权终止其中的法律关系；“特别受影响”国家则可能不能这样做，尽管它可以放弃对违背义务行为对它所造成后果的权利。

较为不同的考虑。首先，承认所有这些国家有权抗议国际不法行为和要求其停止(如果还在继续)这一点，似乎并无困难，亦不会引起冲突。这是国际不法行为的最低限度后果。此外，所有这些国家似乎都应该可以坚决要求恢复原状，假定恢复原状是可能的，而且不法行为的主要受害国并没有以有效方式放弃这种要求。另一方面，尚不清楚这些国家是否仅仅因为被视为对履行有关义务具有合法利益，即有权自行要求补偿或采取反措施。[210]

114. 特别是，无论根据 1969 年《维也纳公约》第六十条第二项类推，或根据集体自卫类推，对于几个国家根据某种集体利益而非根据自身所受任何特定伤害行事的情况，似乎有必要建立某种“集体反措施”制度。按照第六十条第二项，非受违反多边条约行为(不涉及某项一体义务)特别影响的国家不能个别采取行动中止或终止条约；它们只能以集体方式这样做。至于国家在何种程度上可以为集体利益采取反措施的问题，应在第二部分之二考虑。如果它们可以这样做，则它们全体采取的行动似应集体适用相称原则。如果只有一个国家是主要权利人(按照国际法院在*尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动案*[211]中对集体自卫采取的态度)，只有在该国提出要求时才可采取反措施。这与第二部分现有条款可能有所不同，因第二部分条款允许每个个别国家为集体利益采取反措施，而不考虑受害者或任何其他“受害国”的立场，或者这些反措施对目标国的累积影响。也许，在违背多边义务行为并无特别受影响国家的情况下，所有其他当事国都可以要求停止和恢复原状，但进一步的集体措施必须得到主管国际组织准许，或须经有关国家间协议。[212] 不过，无论在第二部分之二的框架内采取何种解决办法，有一点似乎很清楚，就是必须首先区分不同类别的受害国与具有利益的国家。拟议对第 40 条进行的重新审议并不能回答第二部分引起的所有问题。但至少应允许提出重要问题。

115. 如果按这些思路重新审议第 40 条，还会引出一个问题。这就是，本文概述的更改是否足以处理全世界所有国家面对粗暴违背某些基本义务行为的情况(例如灭绝种族或侵略)。第 19 条明显没有解决的一个问题是，违背义务行为的严重程度与义务本身的基本性质并不等同。例如，存在一些孤立的酷刑行为，但没有理由加以特殊处理；然而，也很难想象会出现轻微的灭绝种族行为。[213] 似乎有充分理由允许对粗暴违背多边义务的行为采取反措施，而无须“受害国”一致同意。否则，被违背的义务越具普遍性(例如普遍义务)，就越难满足反措施规定，因为需要就这些措施表示同意的国家数目更多了。个别国家非为自身而为集体利益采取反措施时，确切门槛应如何规定是个难题。对目标国来说，这是一个“正当程序”问题，因为在采取集体反措施时，它对违背义务行为所负的责任可能只是被断定，而非得到证明，因此，很可能引起事实真相和有否理由的问题无从解决。需要采用某种表述，例如“严重并有可靠证据证明的违背义务行为”。

116. 国际法委员会首次探讨“受害国”概念的时候，特别报告员里普哈根先生评论说，“违背国际义务的行为越严重，越难找出客观的法律标准来确定可以允许对这种违背义务行为采取的回应方式”。[214] 自那时以来，有一些新的惯例和相关判例法，但法律材料仍然很少。不过，似乎可以采用下文表 2, 作为一个守势性纲要。如果能以某种方式通过这个纲要，条款草案应可反映出各国基本的共同关切(特别是对有关违反强制性普遍义务的行为)，同时避免不当地准许第三国个别地对违背义务行为作出回应。

---

[210] 在“*温布尔登号*”轮船案(该案涉及一项对所有缔约国承担的义务)中，法国要求赔偿其损失，其他三个国家则着重于确立所争议的原则(即它们着重于停止)(见上文脚注 201)。

[211] 见上文脚注 207。

[212] 反措施可允许程度的问题，在本报告稍后会有讨论。

[213] 除了禁止灭绝种族外，禁止侵略也许是第 19 条第 3 款提到的唯一规范，因为该款所述的每一项违背义务行为在性质上都是粗暴的。但首要的禁止规定是《联合国宪章》第二条第四项的规定，它并不以侵略为限，而“侵略”的定义仍未解决。按照大会的《侵略定义》，对于每一情况，必须根据显见的特定证据，判断非法行为的严重程度(1974 年 12 月 14 日大会第 3314(XXIX)号决议，附件，第 2 条)。

[214] 《1980 年……年鉴》[英]，第二卷(第一部分)，A/CN.4/330 号文件，第 128-129 页，第 97 段。

表 2
受不同影响的国家可以援引国家责任的法律后果的程度

	双边义务	多边义务[a]		
	受害国	“特别受影响国”[b]	对所有缔约国承担的义务[c]	普遍义务
停止(及承诺和保证)[d]	可	可	可	可
恢复原状	可	可	代表受害国/特别受影响国；或经当事国间协议	代表受害国/特别受影响国；或经当事国间协议
补偿和满足	可	可	代表受害国/特别受影响国；或经当事国间协议	代表受害国/特别受影响国；或经当事国间协议
反措施(按照第47至第50条规定的条件)	可	可	代表受害国/特别受影响国；或经当事国间协议	代表受害国/特别受影响国；或经所有国间协议；但在确实证明存在严重违背义务行为的情况下，可个别进行

a 要注意的是，同一国家可能受同一违背义务行为不同方式的伤害或影响，各类伤害或影响可累计。见上文第 106 段。

b 如上文第 106 段所解释的，本类包括：(*a*) 经确定为有关义务首要受惠者或违背义务行为首要受害者的国家(第 40 条第 2 款(*e*)项㈠目)；(*b*) 特别受违背多边义务行为影响的其他当事国(1969 年《维也纳公约》第六十条第二项(乙) 款)。

c 根据解释，这包括对所有当事国平等承担特定义务的情况。第 40 条第 2 款(*b*)项㈢目和(f)项草案所涵盖的情况即为实例。

d 这至少包括主管法院或法庭对违背义务行为的宣告权。

(三) 起草和位置问题

117. 首先，特别报告员希望委员会能就拟议对第 40 条进行的重新审议提供原则性指导，这些问题显然对整个第二部分和第二部分之二至关重要。不过，为了方便对原则问题的讨论，兹在下文提出一项条款草案，代替现有的第 40 条(不影响其在条款草案中的最终位置)。这个新条文确立表 1 所述类别，但不涉及这些类别的后果，因为那是第二和第三章以及第二部分之二所要处理的问题。

118. 现阶段有两个问题：

(a) 一个单一的“受害国”概念？第一个问题是，条款草案是否应至少正式保持一个单一的“受害国”概念，涵盖表 1 和表 2 所述的一切类别伤害和合法利益，或者是否应在“受害国”与本身并未受违背义务行为特别影响但具有合法利益的国家之间加以区分？为供讨论，拟议的第 40 条之二的条文反映此种区分；

(b) 拟议条文的位置。第二个问题是，该项条文是应列在第二部分第一章，还是应列在其他地方？这视以下情况而定：是否可能和适宜表达第二部分较后条文更详细规定的次要义务，而无须提到“受害国”的概念。已经得出的结论认为：应从责任国义务的角度表达第一章现在规定的停止和赔偿的基本原则。特别报告员认为，最好以同样方式表述第二部分里的其余条文，亦即基本赔偿义务可以采取的形式依情况而定。如果这样，拟议条文可以列在第二部分之二，作为援引责任的关键要素。的确，把这项条文列在第二部分之二可能会使人认为，这是默认从法律观点而论，违背国际义务的行为使不同国家受不同影响或引起不同关切，因此，可以允许的回应范围亦必然有所不同。

6. 第二部分第一章结论

119. 鉴于这些理由，第二部分第一章应拟订如下：

“第二部分

“一国国际不法行为的法律后果

“第一章
“一般原则

“第 36 条 国际责任的内容

“一国依照第一部分的规定对一国际不法行为承担的国际责任，产生本部分所列的法律后果。

“第 36 条之二 停止

“1. 本条款草案所规定的国际不法行为的法律后果不影响有关国家继续履行该项国际义务的责任。

“2. 实行国际不法行为的国家有义务：

“(*a*) 从事一项持续性的不法行为时，应立即停止该行为；

“(*b*) 提供不重复该行为的适当承诺和保证。

“第 37 条之二 赔偿

“1. 实行国际不法行为的国家有义务对该行为产生的后果作出充分赔偿。

“2. 应按照以下条款的规定，单独或合并地采用恢复原状、补偿和满足的方式提供充分赔偿，以消除该国际不法行为的后果。

“[第 38 条[215] 国际不法行为的其他后果

“对于本部分各条款中未列述的一国国际不法行为的法律后果，仍应遵守可适用的国际法规则。]

“第 40 条之二[216] 一国援引另一国责任的权利

“1. 为本条款草案的目的，一国在以下情况受另一国国际不法行为的伤害：

“(*a*) 被违背的义务是个别地对它承担的义务；或

“(*b*) 有关义务是对整个国际社会(对所有国家)或对该国为其中一员的国家集团承担的义务，而违背义务行为：

“㈠ 特别影响该国；或

“㈡ 必然影响该国享受其权利或履行其义务。

“2. 此外，为本条款草案的目的，一国在以下情况对履行其为当事一方的国际义务具有合法利益：

“(*a*) 该义务是对整个国际社会(对所有国家)承担的义务；

“(*b*) 该义务的建立是为了保护包括该国在内的国家集团的集体利益。

“3. 本条不妨碍任何人或国家以外的实体因一国实行国际不法行为而直接取得的任何权利。”

B. 第二章 赔偿的形式

1. 概论

120. 第二章目前的题目是“受害国的权利和实行了国际不法行为的国家的义务”。如果采用较短、较简单的标题，可以是“赔偿的形式”。这样做有其他几个好处。它避免“受害国”权利在所有情况下都严格地与责任国义务相联系的推论，[217] 也符合责任国应对所实行国际不法行为负有单一一般义务(除停止外)── 即作出充分赔偿 ── 的观点。赔偿的形式取决于具体情形，将分别在第二章和拟议的关于责任的履行的第二部分之二中阐述。

121. 一读通过的第二章提出两项一般原则(停止与赔偿)，现在拟原样列入第一章；另外还提出了四种赔偿形式，即恢复原状、补偿、满足、承诺并保证不重复(被视为自成一类)。出于已提出的理由，最好是将承诺并保证不重复当作停止和未来履约行为的一个方面处理，因为与停止类似但与赔偿不同，它们表示一种被侵犯的法律关系的连续性。[218] 于是，就只有三种主要赔偿形式了。特别报告员阿兰焦—鲁伊斯先生还提议将“利息”问题单列一条；“利息”问题在委员会拟订的第 44 条(补偿)中一带而过。此外，第二章还应涉及以前曾列入第 42 条第 2 款的共同过失问题。[219]

---

[215] 为了第 65 段所述的理由，特别报告员怀疑这项规定是否有价值，所以将之列在方括号内。

[216] 这些关于伤害和合法利益的规定，在其后关于国家国际不法行为责任各种次要后果的条文中都须参照采用。最好另立一个单独部分，专门处理援引国家责任的权利，所以第 40 条之二的位置是临时性的。

[217] 见上文第 84 段。

[218] 见上文第 54 段。

[219] 见上文第 19 和第 33 段。

122. 各国政府普遍建议重新组织第二部分，“以考虑到第一部分所做的选择”，[220] 除此之外，没有对第二部分的概念和结构提出具体意见。

123. 考虑到提议移至第二部分第一章的内容，第二章似乎可能包含涉及以下议题的条款：

(*a*) 恢复原状(现有第 43 条)；

(*b*) 补偿(现有第 44 条)；

(*c*) 满足(现有第 45 条)；

(*d*) 利息(第 44 条提及，但没有构成一个条款)；

(*e*) 减轻责任(目前的第 42 条第 2 款)。

由此出现一些新问题，例如：受害国如何选择赔偿方式；处理责任索赔的效果；防止双重索赔的可能规则。将在拟议的关于责任的履行的第二部分之二中讨论这些问题。

2. 恢复原状

(a) 现有第 43 条

124. 第 43 条规定：

恢复原状

受害国有权促使实行了国际不法行为的国家恢复原状，即恢复实行不法行为以前所存在的状况，但这种恢复原状具有以下条件和限制：

(*a*) 并非实际做不到的；

(*b*) 不致违背根据一般国际法的强制性规范所产生的义务；

(*c*) 受害国从促使恢复原状而不要求补偿所得到的利益不致与所引起的负担完全不成比例；或

(*d*) 不致严重危害实行了国际不法行为之国家的政治独立或经济稳定，而如不恢复原状，受害国也不会受到类似影响。

第二章所依据的假设是，恢复原状是赔偿的主要形式。第 43 条给“恢复原状”下了较广的定义，即“恢复实行不法行为以前所存在的状况”，接着又提出在四种例外情况下不能要求恢复原状。这些规定的内容不多，用意是允许受害国选择接受补偿或满足，而不要求恢复原状：通过将恢复原状规定为受害国的一项权利，可以达到这项目的。不过，这样做没有解决存在多个受害国的问题或受害国没有这种选择的问题(不可否认，这种情况很少见)。例如，在拘留个人或非法占领领土的情况下便可能出现这种情形。

125. 第 43 条评注认为，恢复原状是“国际不法行为受害国可首先加以利用的赔偿方法”。[221] 评注指出，有时，“恢复原状”一词事实上是指充分赔偿，但更喜欢“建立或重建如果未发生不法行为将会存在的状况”这一较狭义、正统的含义。因此，为了实现恢复原状，我们只要问一个实际问题——何为原来的状况？——而不是较抽象或理论上的问题——如果未发生不法行为，本会是一种什么状况？[222]

126. 评注接着以肯定的言词认定，“恢复原状在逻辑和时间关系中的首要地位”超过了等值赔偿，亦即补偿。它同时指出，受害国往往选择补偿，而不是恢复原状，补偿事实上是“最常用的赔偿方式”。必须承认这一做法上的灵活性，而且还要与恢复原状是首要赔偿形式的观点相协调。[223] 根据评注，实现协调的主要途径似乎是受害国寻求或接受补偿，而不是恢复原状。[224] 但评注没有说明如果有几个受害国，它们在是否坚持恢复原状问题上存有异议时，会是一种什么情况。评注也没有明确提出任何选择；暗含的选择是将恢复原状当作受害国可能援引或不援引的一种权利。但是(与存在多个受害国的问题不同)，在有些情况下，受害国无权放弃恢复原状。例如，一国违反使用武力的规则入侵和兼并另一国家，后者的政府基本无权接受补偿，而只能是要求被占领部队撤出。当国际不法行为的形式是强制拘留个人时，也会有同样考虑。公平而论，这样的情况从严格意义上说似乎不涉及恢复原状，而涉及停止一个持续的不法行为。在这类情况下强

[220] A/CN.4/496(见上文脚注 3)，第 12 页，第 108 段。

[221] 《1993 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 7 条[现第 43 条]评注，第 67 页，第(1)段。

[222] 同上，第 68 页，第(2)段。

[223] 同上，第 68-69 页，第(3)段。

[224] 同上，第 69 页，第(4)段。

调“恢复原状”起源于履行法，而不是赔偿法。显而易见，当持续不法行为违反一般国际法强制规范时(如非法占领一国)，不履行是不能原谅的。对于持续侵犯不可减损的人权义务(如人权条约缔约国之间)的情况，同样如此。但是，无论是评注，还是有关文献，都没有探讨正确意义上的恢复原状限度的意义。

127. 评注的确讨论了一个不同的问题，即有时对从物质上恢复原状(如归还人、财产或领土)与从法律上恢复原状(如废除法律)作出的区分。在国家实践中，这两类恢复的示例很多。伊拉克 1990 年入侵后又撤出科威特是在物质上部分恢复原状的一个示例，此后又有许多法律形式上的恢复，如废除伊拉克宣布科威特为伊拉克一个省的法令。作为解决争端的一部分，也可以在不偏向任何一方的基础上谈判恢复原状的联合形式，而不必承认责任：例如，关于加拿大扣押西班牙渔船埃斯泰号的争端最后达成了复杂的解决方法。[225] 考虑到在恢复原状中兼用几种不同措施(法律措施和实际措施)的趋势，评注认定，该条没有必要对“物质上”与“法律上”的恢复原状加以正式区分，[226] 也无须明确论及在国际法律论坛恢复原状(例如取消对管辖权或领土的国际权利要求)的问题。就解决争端而言，就真实的法律立场发表一项宣言完全可以达到这一目的，即使它只对诉讼当事方具有正式约束力。尽管《国际法院规约》第五十九条作出了规定，但这类宣言的实际效果只是一般性地确认有关国家对其领土的主权或对其海洋资源的管辖权。[227] 如本报告上文所述，这一法律地位有时被认为“相对于所有国家”，但不应与普遍义务问题相混淆。[228] 评注得出结论认为

> 所有国际法和各国际机构对国内法律行为、规定或情况通常适合做的或能够做的，就是宣称它们违反了国际义务和确定其国际责任，并进一步宣布其赔偿责任，根据情况要求行为国自己废止或取消国内法律行为。至于国际法庭是否可以为以恢复原状的形式作出赔偿而直接废止国际法律规则、行为、交易或情况的问题，委员会倾向于作出肯定答复，但认为既然国际法庭裁决的作用只限于当事双方，那么除双方自己外，不得更改或取消作用超过它们双边关系的任何行动或情况，除非有关文件作出了相反规定。[229]

128. 评注接着探讨并论证了一读通过的第 43 条提出的恢复原状的四种例外情况：

(*a*) 关于做不到恢复原状的问题，做不到可以是全然或部分做不到，

> 因为事件的性质及其损害作用使得恢复原状确实不可能。出现这种情况可能是因为要恢复的物件已灭失，因为它无法挽救地变质或是因为有关事态经历了事实改变，因而确实不能恢复原状；[230]

(*b*) 第二个“例外”涉及各种假设情况，在这些情形下，恢复原状会违反一般国际法强制性规范，尽管没有提供这方面的实例(或无法立即想象出这样的实例)。评注将这类“法律上不可能”的情况局限于违反强制性规范，即所造成的法律情况明显关系到所有国家，而不仅仅是直接相关的国家。它单列出恢复原状可能影响第三国权利的示例：

> 如果一国只能在违反它对“第三”国的某项国际义务的情况下履行恢复原状的义务，这并不会真正影响到不法行为国与有权要求一方面向受害国、另一方面向该“第三”国恢复原状的受害国之间的责任关系。[231]

以下情况便是如此：A 国可能因与 C 国联合采取的行动而对 B 国负有责任，即使行动只是缔结一项双边条约。但问题不是责任，而是赔偿形式，责任国完成的法律行为可能会使该国无法履行恢复原状的义务。或许可以将这些案件归入无法恢复原状的标

---

[225] 见渔业管辖权案(西班牙诉加拿大)，法院管辖权，判决，《1998 年国际法院汇编》，第 444-446 页，第 21 段。加拿大与欧洲联盟之间的解决协议规定，除其他外，要释放船只和船长，归还保金，取消加拿大对欧洲共同体船只在西北大西洋渔业组织管辖区捕捉格陵兰大比目鱼作出的规定。此外，当事方就临时适用新的养护和强制执行措施达成协议。在这一案件中，加拿大与欧洲联盟之间的安排显然没有解决争端：西班牙继续进行它向国际法院提起的诉讼，国际法院则认为它对此缺乏管辖权。

[226] 《1993 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 7 条[现第 43 条]评注，第 71 页，第(7)-(8)段。

[227] 例如见东格陵兰的法律地位案，1933 年判决，《常设国际法院汇编》，A/B 辑，第 53 号，第 22 页。

[228] 见上文第 97 和第 106 段。

[229] 《1993 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 7 条[现第 43 条]评注，第 71-72 页，第(9)段。

[230] 同上，第 72 页，第(11)段。

[231] 同上，第(12)段。

题之下。例如，在哥斯达黎加诉尼加拉瓜案[232]中，尼加拉瓜与第三国(美国)缔结的条约被中美洲法院判定为尼加拉瓜违反它对哥斯达黎加承担的在先条约义务。假定后来的协议有效，那么，终止该协议就不是只属于尼加拉瓜权力范围内的事情了。在这次事件中，中美洲法院拒绝就后来条约的有效性发表意见，而只是给予宣告式救济。[233] 评注接着指出，一国不能通过诉诸国内管辖权概念来拒绝履行恢复原状的义务：[234] 这似乎是显而易见的，因为如果国际法在某些方面要求恢复原状，那么按定义，所涉事项就不再是只属于责任国国内管辖范围的事情了；[235]

(*c*) 第三个例外是坚持要求恢复原状而非补偿就所涉情形而言不成比例的情况。评注说，这一例外

出自公平和合理的考虑，它在行为国因需恢复原状而造成负担*与受害国从这种特定形式的赔偿而不是补偿中得利之间寻求公正的平衡。[236]

为此，评注援引了罗多彼中部森林案，但这也是做不到或不实际的问题，而不是负担过重的问题，[237] 而且无论如何似乎都不是明显不成比例的情况。然而，就 43 条(*c*)款而言，评注接着强调，“只有[责任]国作出恢复原状形式的赔偿负担与受害国从中得到的利益之间严重比例失调”，才允许拒绝恢复原状；[238]

(*d*) 恢复原状的第四个例外是另一种“灾难性”情景，与一读通过的第 42 条第 3 款设想的紧急情况没有什么不同，即充分赔偿可能会致使一国人民丧失其维持生活的手段。[239] 根据第 43 条(*d*)款及其评注，如果恢复原状“严重危害……政治独立或经济稳定，而如果不恢复原状，受害国也不会受到类似影响”，那么责任国无须恢复原状。同样，也没有列举实例，据说所设想的情况“极其特殊……更多涉及过去的事件，而不具太大的现实意义”。[240] 评注接着论述了土地国有化方案的补偿问题，指出符合公众利益和不歧视的全面国有化是合法的，国有化的补偿问题遵行有关主要规则。也就是说，在不提供补偿属于国际不法行为的情况下，对这类不提供行为的赔偿涉及支付资金，包括利息，而不是归还有关财产。[241]

129. 各国政府在评论第 43 条时对其中列举的某些例外表示怀疑，但是没有质疑案文的总体思路。美国强调“在实践中补偿与恢复原状相比是优先选择”，但也承认“恢复原状一直是国际法中的一项重要补救办法，在不法行为国非法强占领土或珍贵历史或文化财产的案件中起着特殊作用”。[242] 法国提议用“恢复以前所存在的状况”来代替“恢复原状”，理由是后者可能意味着“单纯地归还物件或一个人”。[243] 与其他政府一样，法国也对(*a*)至

---

[232] “涉及国际法问题的司法判决”，《美国国际法杂志》，第 11 卷 (1917 年)，第 181-229 页。

[233] 《美国国际法杂志》补编，第 11 卷 (1917 年)，第 3-13 页。

[234] 《1993 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 7 条[现第 43 条]评注，第 72-73 页，第(13)段。

[235] 与国内管辖权的考虑完全不同，在有些情况下，法律安全利益或第三方权利可能会使恢复原状实际上办不到。例如，将一项政府合同给予 A 公司，违反了关于政府采购的国际规则，但在法律上是有效的，给予 A 公司契约权利。在这种情况下，恢复原状(即回收后授予其他公司)的可能性被排除。

[236] 第 43 条评注，第(14)段。

[237] 罗多彼中部森林案(案情)，《国际仲裁裁决汇编》，第三卷(出售品编号：1949.V.2)，第 1405 页(1933 年 3 月 29 日)，引述于《1993 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 7 条[现第 43 条]评注，第 73 页，第(15)段。该案件仲裁人认为补偿是唯一可行的赔偿形式，他援引以下事实作为理由：索赔人并非唯一有权从事森林作业者，只是作业中与其相关的其他人没有提出索赔；砍伐时森林不是处于同样的状况；如果不深入调查它们的现状，难以确定实际是否可能恢复原状；恢复原状可能影响自砍伐以来赋予第三方的权利(同上，第 1432 页)。该案支持从广义上理解“做不到”恢复原状。

[238] 《1993 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 7 条[现第 43 条]评注，第 73 页，第(16)段。

[239] 见上文第 38-42 段。

[240] 《1993 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 7 条[现第 43 条]评注，第 73 页，第(17)段。

[241] 近年来，由于对先前的土地国有化方案进行了政策调整，也由于私有化趋势，出现了将土地和其他财产归还给先前所有人的措施。这些方案具有它们自己的特点，大多不涉及第 43 条意义上的恢复原状。

[242] 《1998 年……年鉴》[英](上文脚注 35)，第 147 页。

[243] 同上，第 146-147 页；也应对第 44 条第 1 款做同样的修改(同上，第 148 段)。对乌兹别克斯坦而言，应该增加该条序言的内容，以反映下列规定：“如果国家无法恢复有个别标示的价值物，则应可能根据相互安排，以同样的其他价值物取代”(同上，第 147 页)。

(*d*)款中的某些例外提出质疑，认为它们损害了序言所体现的总体原则的分量，过分偏向于责任国。法国曾对强制法的概念提出异议，现在仍认为应该删去(*b*)款；此外，它还“费解恢复合法性如何会抵触‘强制性规范’”。[244] (*c*)款也遭到美国的批评，它说，按照该款，即使恢复原状是适当或较好的解决办法，责任国也可以不这样做；因此，该国政府要求澄清“负担完全不成比例”一语。[245] 但它主要关心的是(*d*)款，认为应予删除。尽管美国承认“鉴于在实践中补偿与恢复原状相比是优先选择”，该项规定“可能只具有相对有限的实效”，但它反对将“不加界定”、“在国际实践中未有确定依据”的广泛概念纳入进去，它们“很可能超越第 43 条的狭义范围的影响”。[246] 日本认为，应当澄清“严重危害……经济稳定”等字样，以防止不法行为国滥用这项条款。不过，删除这一条可能是最后一着，因为条款草案需要这样的规定。[247]

(b) 停止、恢复原状和补偿：分类和优先的问题

130. 恢复原状据认为是国际法的一种主要赔偿形式，这一点已无人怀疑，当然也没有任何政府加以质疑。一个较困难的问题是停止与恢复原状之间和恢复原状与补偿之间的关系。停止与恢复原状之间更多的是原则上的区别：如上所见，即便不能回到原状，停止也可能产生持续的、(有时)不可减损的义务。关于恢复原状与补偿之间的关系，两者之间的区别十分明显：恢复原状是回到原状，即恢复实物原形；补偿则是提供货币或其他价值来代替恢复原状。这里的问题是，由于在国家和法庭实践中普遍使用补偿，是否有可能维持恢复原状优先的原则。这两个问题需要分开处理。

(一) 停止和恢复原状

131. 业已讨论过停止问题——可被称之为履行上的恢复原状问题。[248] 鉴于所述理由，停止应该与赔偿一道被看作是实行国际不法行为的两个一般后果之一，但它们之间的区别并不总是很清楚。

132. 例如，在“*彩虹勇士号*”*仲裁案*中，新西兰要求送还两名特工人员，将他们拘留在哈奥岛上，因为(法庭认为)法国为继续将他们留在别处而提出的理由不存在或不适用。新西兰说，法国有义务送还他们，并在三年的剩余时间里将他们拘留在该岛；这一义务尚未失效，因为在岛外的时间没有计算在内。法庭则不同意。它主张，这项义务是定期的，已经期满，因此不存在“停止”问题。[249] 那么仍可以问一个问题：假定就对主要义务的解释而言，这一意见正确，那么在恢复原状的问题上，新西兰的权利是什么？并不是说只有在被违背义务仍然有效的情况下才可要求恢复原状(即使就停止而言确实如此)。法庭避免回答这个问题，认为新西兰的要求只涉及停止。但新西兰明确表示放弃补偿要求，只寻求将两名特工送回岛上，显然是在按照“恢复原状”的形式这样做，尽管(如发生的那样)法庭判定停止不法行为的问题已不存在。

133. 显而易见，法庭主要是想以当事双方均可大体接受的方式来结束这起久拖不决的案件。受“不超出诉讼请求”规则的限制，也由于新西兰拒绝接受补偿，坚持要求履行义务，法庭并不急于按恢复原状来考虑有关履行的种种论点。但是我们可以推论，如果法国已不再负有将两名特工关押在岛上的义务，那么他们回到原状——关在岛上的军队监狱中——对新西兰已没有任何价值。将他们送回岛上只是一种空洞的形式而已。

134. 从这个小插曲可以总结出两点教训。第一，虽然可以(按照法国的意见[250])将恢复原状界定为“恢复以前存在的状况”，以有别于仅仅归还个人、财产或领土，但是，若被违背义务不再有效，返回原状便没有多大意义或没有任何意义。相反，如果责任国仍有义务持续履行被违背义务，而受害国又无权(或无权单独)使其免于履行这一义务，那

---

[244] 同上，第 147 页。

[245] 同上。对比而言，法国似乎暗示支持这项规定(同上)。

[246] 同上；另见法国的评论(同上)和 A/CN.4/504 号文件(上文脚注 3)，第 13 页，第 70 段，其中载有类似意见。

[247] 《1999 年……年鉴》[英](见上文脚注 43)，第 108 页。

[248] 见上文第 44-52 段。

[249] 《国际仲裁裁决汇编》(上文脚注 17)，引述于上文第 47 段。

[250] 上文第 129 段。

么受害国就可能无权选择放弃恢复原状要求。从积极和消极方面看，停止与恢复原状在理论上的差别可能对有关国家的义务及其可利用的补救选择产生重要影响。第二个教训是一般性的。在实践中，解决争端机构在解释缔约国立场和选择一种救济而不选择另外一种救济时十分灵活。处理国际不法行为后果方面的规则似乎都不排除这种灵活性，无论其多么明确地倾向于哪种赔偿形式。

(二) 恢复原状和补偿

135. 第二点同样适用于恢复原状与补偿之间的关系问题。第 43 条是第二章讨论的几种具体赔偿形式中的第一种。第 44 条接着论述补偿问题，但只是“在……损失未以恢复原状方式得到补偿的条件和限制下”。很明显，委员会希望借此订立一项坚定的原则，即恢复原状优先于补偿。这与当时的特别报告员阿兰焦—鲁伊斯先生的观点一致，他指出，“恢复原状给予最先考虑，先于任何其他广义的赔偿形式，特别是先于等值赔偿”。[251] 根据这项原则，受害国可以坚持恢复原状，并有权要求恢复原状，除非适用第 43 条所列的例外之一。不过，一些政府和法学家批评这一办法过于僵化，与现实不符。[252] 它还与有些国家法律制度规定的恢复原状做法形成对比。[253]

136. 在*大海峡案*中，[254] 芬兰要求国际法院发出临时保护措施指令，阻止在大贝耳特海峡架设桥梁。芬兰称架设桥梁将妨碍钻探船和石油钻探设备的通行，从而侵犯它依许多条约享受的自由通行权利。丹麦回答说，即使架设桥梁可能侵犯芬兰的通行权，也只是偶尔发生，受影响的也只是少数使用该海峡的船只。由于芬兰的权利可能通过资金或其他手段得到充分保护，恢复原状令将对丹麦造成“过重负担”。[255] 如果芬兰无权要求不架设桥梁，它就更无权要求发出临时保护指令。

137. 国际法院拒绝发布临时措施指令。由于在三年或更长时间内不会阻碍船只通过，而在这一期间可以根据案情作出决定，临时措施指令目前并非迫在眉捷。但是，它也不接受丹麦关于无法恢复原状的论点。法院认为一方在诉讼期间采取的行动不得影响另一方的权利。法院表示：

> 鉴于它目前不必确定可依案情作出的任何裁决的性质，也鉴于原则上，如果证明工程的建设侵犯了法律权利，那么事前不能也不应排除有可能作出命令这些工程不得继续进行或者必须变更或拆除的法律判决。[256]

138. 在*领事关系案*[257] 中，为尝试阻止处决因谋杀而被判有罪的巴拉圭国民安吉尔·布雷亚尔，巴拉圭请求发出并拿到了临时措施指令。巴拉圭提出这一请求，是因为美国也承认它没有将布雷亚尔被捕一事通知巴拉圭，违反了《维也纳领事关系公约》第三十六条第一项(二)款的要求。美国说，依照《公约》，此案不存在恢复原状问题，巴拉圭有权得到的只是道歉和不再发生的保证。这些它已经得到了。美国还特别争论说，“以自动取消所提出的诉讼和回到原状作为未通知的处罚在国家实践中没有先例，也不可行”。[258] 与此相反，巴拉圭要求完全恢复原状：“美国执法机构应该承认对布雷亚尔先生判处的任何刑事处罚都无效，……应该恢复原状，因为布雷亚尔先生应该在对他提出的新诉讼中享受《维也纳公约》规定的待遇。”[259]

---

[251] 初步报告，《1988 年……年鉴》[英](见上文脚注 21)，第 38 页，第 114 段，提及以前的文献。后来他提到“在纯粹统计上，等值赔偿十分普遍……，也需要在逻辑上恢复原状”(同上，第 41 页，第 131 段)。

[252] 特别见格雷，“恢复原状与赔偿之间的选择”。

[253] 历史上，普通法体系只对不涉及财产归还的民事案件中的损害进行救济，同时存在一些针对实际履行的特殊例外情况和其他衡平法上的救济。然而，这种情况在发生某种变化，可供使用的救济增多，恢复原状法也在发展。关于实际履行问题，例如见保险合作社诉 *Argyll* 商店(控股公司)案，*The Law Reports Appeal Cases,* 第一卷(1998 年)。关于恢复原状问题，例如见克莱沃特—本森公司诉格拉斯哥市政府案，*Law Reports Appeal Cases*(1999 年)，第 153 页。

[254] *大海峡通行权案*(芬兰诉丹麦)，临时措施，1991 年 7 月 29 日的命令，《1991 年国际法院汇编》，第 12 页。

[255] 同上，第 19 页，第 31 段。

[256] 同上。布罗姆斯法官对命令的这一部分做了解释，认为它驳回了以下“丹麦理论”；即使芬兰在关于案情的裁决中获胜，它也无权要求恢复原状(同上，第 38 段)。

[257] *《维也纳领事关系公约》案*(巴拉圭诉美利坚合众国)，临时措施，1998 年 4 月 9 日的命令，《1998 年国际法院汇编》，第 248 页。

[258] 同上，第 254 页，第 18 段。

[259] 同上，第 256 页，第 30 段。

139. 国际法院再次拒绝讨论主张的权利与恢复原状的救济之间的关系问题。多数人看来，如果布雷亚尔“被处决，国际法院便无法下令执行巴拉圭寻求的救济，将对主张的权利造成不可挽回的损害。”[260]

140. 另一起亦没有通过领事渠道通知对方国家的死刑案件——拉格朗案——也引起了类似问题。[261] 在这起案件中，国际法院根据其规则第 75 条第 1 款采取单方面行动，发出临时措施指令。[262] 该案仍在审理中。

141. 这两起案件都涉及临时措施的适用，临时措施必须在保护请求国所主张(但尚未证明的)权利与尊重被告国立场(在理论上没有判定全部或有关方面的行为非法)之间达成平衡，但是两起案件是有区别的。在大海峡案中，请求保护的权利正是案情审理阶段讨论的主题，即整套钻探设备不受阻碍地通过大海峡的权利问题。在这方面，国际法院拒绝排除恢复原状是一种适当救济的可能性(即使假定会涉及对桥梁项目的取消或大幅度修改)。[263] 在死刑案件中，违反领事通知义务与判处被告有罪之间的关系是间接的，偶然的。后来的审判很有可能完全适当、公平，不通知对判罪也没有任何影响。美国对审判被告的死刑罪拥有管辖权，而且没有加入任何禁止判处死刑的文书。只有在确定美国未履行通知义务与审判结果之间存在充分因果关系的情况下，才可以提出恢复原状的问题。到审判时，发布这类事先通知已经不可能，因为采取行动的时间已经过去，又不可能用以后的行动替代。

142. 如何算是恢复原状至少在某种程度上取决于所违反主要义务的内容。在不涉及简单归还受害国的或其所拥有的个人、财产或领土(狭义上的恢复原状)的案件中，适用恢复原状的概念必须考虑到有关国家各自的权利和能力。如果所涉问题是影响一国如何行使实质性权力的程序性义务，上述理论会显得尤其重要。在这类案件中，恢复原状即使可以做到，也不允许事后给予受害国比它在对方履行义务的情况下应该得到的更多的利益。换句话说，“原状”的概念是一个相对概念，如果被告国可以或本可以合法地在不违反义务的情况下取得相同或实际上相同的结果，那么完全回到先前状态的概念便可以排除。[264]

143. 特别报告员认为，可以通过认真拟订第 43 条和其中的例外以及在评注中加以适当解释，来包容对恢复原状原则的这些限定和理解。问题是在这一基础上是否应该保留恢复原状优先原则。总体而言，应该保留。恢复原状优先原则通常依赖的判例——霍茹夫工厂案[265]——实际上没有就这一点作出裁决，因为到作出裁决时，德国只要求补偿，而不要求归还财产。事实上，法院和法庭对完全的恢复原状裁决一直有保留，而且与恢复原状思想最密切相关的判例——德士古公司仲裁案中[266] 独任仲裁员迪皮伊的裁决——受到广泛批评，[267] 在以后的混合仲裁中并未得以遵循。[268] 但是，恰恰是在这些混合仲

[260] 同上，第 257 页，第 37 段。小田法官尽管不同意，但“出于人道主义原因”对国际法院的意见投了赞成票(同上，第 262 页)。施韦贝尔院长强调遵守条约原则非常重要：“道歉和联邦政府规定今后避免这类失误对被告没有帮助，而巴拉圭认为被告因为缺乏领事协助而受到或可能受到损害，这一问题应该根据案情进行裁定(同上，第 259 页)。

[261] 拉格朗案(德国诉美利坚合众国)，临时措施，1999 年 3 月 3 日的命令，《1998 年国际法院汇编》，第 9 页。

[262] 可以指出，在这两起案件中，尽管国际法院发出命令，但处决都照旧执行了。见“Agora: *Breard*”，《美国国际法杂志》，第 92 卷，第 4 期(1998 年 10 月)，第 666 页。布雷亚尔案后来应巴拉圭请求被撤消。

[263] 丹麦承担的允许通过大贝耳特海峡的义务(无论程度如何)是一项连续义务，因此，消除任何非法障碍的行为都可能涉及停止和恢复原状。见上文第 45 和第 134 段及脚注 254。

[264] 它不排除较早的程序仍可以有效复制的可能性，如果情况没有发生大的变化，使这种复制变得没有意义或过于繁重。这些内容已被纳入关于恢复原状的国家法律规则中的依赖或善意改变状况等标题下。国际法院在加布奇科沃-大毛罗斯项目案中审议恢复原状问题时至少间接考虑了这些因素，《1997 年国际法院汇编》(见上文脚注 18)。

[265] 引述于上文第 24 段。

[266] 德士古海外石油公司和加利福尼亚亚洲石油公司诉阿拉伯利比亚民众国政府案(1977 年)，《国际法报告》，第 53 卷，第 507-508 页，第 109 段。

[267] 例如见世界银行，《外国投资待遇的法律框架》，第 140 页。又一论述，见希金斯，“国家夺取财产：国际法的最新发展”，第 314-321 页。

[268] 利比亚美国石油公司(利美公司)诉阿拉伯利比亚民众国政府案(见上文脚注 15)，第 200 页。另见先前的裁决，英国石油勘探公司(利比亚)诉阿拉伯利比亚民众国政府案(1974 年)，《国际法报告》，第 53 卷，第 354 页。

裁中，必须平衡责任国的公用征收权(及对其自然资源的主权)和它依条约或其他方式承担的保护这些资源的义务。在国与国关系中，恢复原状原则上发挥重要作用，特别是因为它与履行国际义务问题密切相关。保存这项原则的第二个理由是几乎听不到政府要求放弃的声音。尽管有一两个政府表示怀疑，[269] 一读通过的、明示要有条件地给予恢复原状优先地位的第 43 条得到普遍好评。事实上，提出的评论大多旨在减少这项原则的例外数目和范围，而不是推翻它。第三，放弃这项原则要求委员会根据赞成补偿的法律设想针对特别需要恢复原状的情况拟订规则。美国指出，恢复原状在涉及“非法强占领土或珍贵历史或文化财产”的案件中具有特别重大的意义，[270] 但它当然不限于这些案件。此外，以例外形式表示这一点，可能意味着在未覆盖的案件中，国家事后可以“购买”不履行其国际义务的自由。在有若干明确规定的例外的基础上，应该保留恢复原状优先原则。

(c) 恢复原状的例外

144. 上文已经叙述了第 43 条所述的恢复原状的四项例外：[271]

(a) 实际做不到。毫无疑问，如果“实际上”做不到，则不能要求恢复原状，霍茹夫工厂案的意见、[272] 法庭对罗多彼中部森林案的裁决 [273] 以及文献都承认这项条件。政府在评论中也未表示怀疑；

(b) 违反强制性规范。同样毫无疑问的是，如果涉及违反强制性规范(即强制法的规范)的行为，也不能要求恢复原状。如法国指出的，[274] 困难是想不出实际示例。北喀麦隆案提出的情况是一种可能。[275] 喀麦隆认为，将北喀麦隆并入尼日利亚殖民地行政联盟，并继而在北喀麦隆单独地举行公民投票，违反了《托管协定》。但是该《托管协定》已经过大会批准正式废止，人民可以表达自己的愿望了。如果试图取缔这项决定，要求恢复原状，这样做本身就是不尊重人民的愿望。喀麦隆无疑意识到这些和其他困难，所以仅要求国际法院发表宣告式救济，法院没有这样做，理由是这样的裁决对被告国联合王国没有任何法律效果。没有提出或审议违反强制性规范的问题。[276] 特别报告员认为，第 43 条(*b*)款所涉情况已包含在第 29 条之二中。如已经指出的，排除不法性的任何情况(其中之一，是与一般国际法的强制性规范相冲突)同样适用于第二部分所述次要义务，包括恢复原状的义务。[277] 因此，第 43 条(*b*)款是不必要的，应该删除。[278]

(c) 恢复原状造成的负担过重。根据第 43 条(*c*)款，如果受害国从恢复原状(有别于补偿)中得到的利益使被告国承受了过重负担，则不需要恢复原状。例如，若在芬兰提出通行权问题之前大贝耳特海峡的桥梁已经建成，大海峡案 [279] 可能就会适用这一规定。如果被告国拆除大桥的费用与受害国从中获得的利益完全不成比例，那就不应要求恢复原状。美国虽然不反对(*c*)款，但要求进一步澄清“受害国……得到的利益……与所引起的负担完全不成比例”这一措辞。关于成比例原则的其他表述，案文本身已经很清楚了。[280] 澄清后，可以强调成比例的概念在这里不仅指成本和费用，而且还必须考虑

[269] 见上文第 129 段。

[270] 《1998 年……年鉴》[英](上文脚注 35)，第 147 页。

[271] 见上文第 128 段。

[272] 常设国际法院(见上文脚注 49)(“如果不可能”)；另见上文第 24 段。

[273] 见上文第 128 段和脚注 237。

[274] 见上文第 129 段。

[275] 北喀麦隆案，初步反对意见，判决，《1963 年国际法院汇编》，第 15 页。

[276] 从历史上看，关于扣押贩奴船和镇压奴隶贸易的其他行动的案件提出了国际合法性问题(例如见 *Le Louis* (1817 年)，《英国报告》(爱丁堡，格林出版社，1923 年)，第一百六十五卷，第 1464 页；*Buron* v. *Denman, Esq.* (1848 年)，同上，第一百五十四卷，第 450 页；Rubin, 《国际法的道德与权威》，第 97 页及以后各页)。但是至少自 1885 年柏林会议《总议定书》以来，便无法考虑通过恢复原状遣返这些曾为奴隶的人的问题。在阿道夫·艾希曼案中，阿根廷撤回了归还被判犯有战争罪和危害人类罪的艾希曼的要求：见安全理事会第 138 (1960)号决议；以及 1960 年 8 月 3 日的阿根廷—以色列联合公报，转载于以色列政府检察长诉阿道夫·艾希曼案，《国际法报告》，第 36 卷，第 59 页，第 40 段。

[277] 见上文第 7(*a*)段。第 29 条之二，见《1999 年……年鉴》[英]，第二卷(第二部分)，第 75-77 页，第 306-318 段。

[278] 更严重的情况是违反强制性规范的持续性不法行为(如持续的灭绝种族或其他危害人类罪)。这类情况涉及停止和履行义务，而不是恢复原状(见上文第 126 段)。

[279] 见上文第 136-137 段。

[280] 常见于基利，“互惠、均衡与条约法”，第 398 页。

不法行为的轻重以及恢复原状的困难。在评注中对此加以说明可能就足够了。

(d) 不致严重危害责任国的政治独立或经济稳定。一些国家强烈批评第四项例外，这项例外也没有好的实例。上文已经讨论过赔偿可能使一国人民丧失生计的问题(一读通过的第 42 条第 3 款)，[281] 人们认为一般意义上的恢复原状是指归还被非法夺取或扣押的领土、人员或财产，或者从更普遍意义上说是回到违背行为前的状况：很难想象这样的归还会危及违背行为责任国的政治独立或经济稳定。无论如何，如果恢复原状真有可能严重危害责任国的政治独立或经济稳定，那么当然也一定符合第三项例外的要求(上文(*c*)款)。由于这些原因，(*d*)款同样没有必要。

(d) 第 43 条案文

145. 关于本条案文，法国对在第 44 条使用“恢复原状”一词提出批评，它认为恢复原状不限于归还被窃取的财产或领土。但该句的意义得到了普遍理解和接受，并提供了一个大致相当于“恢复以前所存在的状况”的定义。第二，在原始案文中，第 43 条(*c*)款对责任国承担的费用与受害国从恢复原状中得到的好处加以平衡。但是，同一行为可能使一些甚至许多国家(或其他实体)受害，它们的利益都应该在这个“等式”中给予考虑。应该相应地拟订(*c*)款案文。

146. 特别报告员提议第 43 条的案文如下：

“恢复原状

“在并且只有在下列情况下，实行了国际不法行为的国家有义务恢复原状，即恢复到实行不法行为以前所存在的状况：

“(*a*) 恢复原状并非实际上做不到的；……

“(*c*) 受不法行为之害者从促使恢复原状而不要求补偿所得到的利益不致与所引起的负担完全不成比例。”

[281] 见上文第 38-42 段。

3. 补 偿

(a) 现有第 44 条

147. 第 44 条规定：

补 偿

1. 在受害国所受到的损失未以恢复原状方式得到补偿的条件和限制下，受害国有权从实行了国际不法行为的国家获得补偿；

2. 为了本条的目的，补偿包括受害国所蒙受的、可从经济上加以估价的任何损失，可包括利息，并在适当情形下包括利润损失。

148. 尽管第 43 条赋予恢复原状以正式的优先地位，但第 44 条评注承认“在国际不法行为发生后采取的主要补救方法是补偿”。[282] 货币形式的补偿不同于以满足方式支付或裁定的付款，因为它的作用是纯补偿性的；目的是尽可能地对受害国因违背行为而遭受的损害进行赔偿。但是，尽管仲裁法庭裁定的众多案件都存在对补偿进行评估的问题，第 44 条评注却拒绝加以详细说明，只认为“补偿规则必须比较笼统和灵活”。[283] 评注确实论述了因果关系问题，包括多重原因的影响，[284] 但对评估补偿额这一核心问题，评注仅限于以下一般性论述：补偿是“‘经济上能估价的损害’(即从经济方面估价的损害)的适当补救办法”，[285] 包括道德损害和物质损害。[286] 人们认为补偿仅限于货币支付，[287] 尽管没理由不能采取议定的其他有价形式。

149. 评注接着讨论了裁定利息和利润损失问题。下文也将利息作为单独一类加以讨论。[288] 利润损失问题叙述得很详细，但未作出结论。评注指出：

[282] 《1993 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 8 条[现第 44 条]评注，第 74 页，第(1)段。

[283] 同上，第 74-75 页，第(3)段。

[284] 同上，第 75-77 页，第(6)-(13)段。讨论情况，见上文第 27-29 段和第 31-37 段。

[285] 《1993 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 8 条[现第 44 条]评注，第 78 页，第(16)段。

[286] 同上，第(17)段。

[287] 同上，第(18)段，引述格劳秀斯出版物，*De Jure Belli ac Pacis： Libri Tres,* 第二本书，第十七章，第二十二节：“钱是有价值事物的共同衡量手段”。

[288] 见下文第 195-214 段。

文献中和实践中都同意这一看法，对丧失的收益进行补偿的情况不如对产生的损害所进行的赔偿那样普遍。如果裁决中补偿丧失的收益，则在同一时期内对赚取收益的资本裁定补偿利息似乎不适当，因为资本的总额不可能在同一时间内既赚取利息，又在理论上用于赚取收益……关键是要在一切形式的赔偿中避免“重复赔偿”。[289]

对有关判例法(包括伊朗—美国索赔法庭对没收财产案的不同判决)加以审查后，评注断定：

> 鉴于关于补偿丧失的收益问题有各种不同意见，委员会得出的结论是，在这方面，要找到得到大量支持的具体规则极其困难……这一切问题的法律情况还没有充分解决，因此[委员会]认为在目前阶段无法对这些问题提出确切答案或为它们拟订有关的具体规则。委员会认为，最好留待有关国家或参与解决争端的第三方在每一案件中决定是否应该对利润损失进行赔偿。[290]

结果，第 44 条第(2)款只是说补偿“可以包括……并在适当情形下包括利润损失”，这一许可看起来“不冷不热”。

150. 各国政府对第 44 条的评论提出了一些重要问题。第一个问题有关是否需要较详细的规定。一些政府认为，鉴于所涉问题的复杂性和重要性，需要按习惯国际法对补偿标准提出进一步指导意见，特别是就“评估金钱损失”，包括评估利息和利润损失提出指导意见。[291] 法国批评说，第 44 条的案文“过分精简”(特别是与第 45 和第 46 条的详细叙述相比)，主张回到以阿兰焦—鲁伊斯先生关于国家责任的第二次报告[292] 所做工作以及国际实践和判例法为基础的“较具分析性的案文”。[293] 对比而言，其他国家强调在处理具体案件时需要有一些灵活性；它们认为在第 44 条中提出一般性补偿原则就足够了。它们还指出，“对关于赔偿补偿的法律进行全面详细的审议将需要大量时间，而且会拖延结束委员会的工作”。[294]

151. 关于一般性原则的内容，有些国家主张支付的补偿额原则上是受害国在恢复原状情况下理应得到的数额。美国认为，目前的第 44 条第 1 款案文“反映在习惯国际法和无数双边和多边协定内一项确立已久的原则”。它认为，提供补偿而非恢复原状这一事实表明，应付的补偿额应等值于恢复原状的价值。[295] 对比而言，日本关心对第 1 款的可能解释，这种解释认为“不法行为国可以恢复原状不是完全不可能为理由，拒绝受害国提出的(资金)补偿请求”。对该款进行如此解读将“严重妨碍受害国自由选择自认为合适的充分补偿方式”。[296]

152. 另一问题涉及第 44 条第 2 款是否需要提及利息和利润损失以及对这类提法如何措辞的问题。一些政府认为没有必要将支付利息和补偿利润损失规定为一项法定义务。[297] 法国政府显然持有这种观点，它提议重拟该款如下：

> 为了本条的目的，国际不法行为造成的可赔偿损失是与此种行为有关的任何损失，且其因果联系未有间断。[298]

另一方面，一些政府坚定主张，“只要索赔者受到实际损失，利息付款就不是一项非强制事项，而是一项义务”。[299] 因此，第 2 款应该规定补偿“应”(而不是“可以”)包括利息。[300] 美国引述伊朗—美

---

[289] 《1993 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 8 条[现第 44 条]评注，第 80 页，第(27)段。

[290] 同上，第 83 页，第(39)段。

[291] 《1998 年……年鉴》[英](上文脚注 35)，第 147 页。丹麦代表北欧国家作出的评论；另见 A/CN.4/496, 第 15-16 页，第 125 段(强调需要有更大程度的法律安全)和 A/CN.4/504, 第 13 页，第 71 段(上文脚注 3)。

[292] 《1989 年……年鉴》(见上文脚注 21)。

[293] 《1998 年……年鉴》[英](上文脚注 35)，第 147 页。另见 A/CN.4/496, 第 15-16 页，第 125 段，以及 A/CN.4/504, 第 13 页，第 71 段(以“一国国民所受损害是该国所受损害尺度的原则”为例)(上文脚注 3)。

[294] A/CN.4/496(见上文脚注 3)，第 15 页，第 124 段。

[295] 《1998 年……年鉴》[英](上文脚注 35)，第 147-148 页；美国特别提到“卢西塔尼亚号”案(见上文脚注 16)及莱特列尔和莫菲特案(《国际法律资料》，第三十一卷(1992 年))，并指出该原则已被适用于非法致死案件。

[296] 《1999 年……年鉴》[英](上文脚注 43)，第 108 页。

[297] A/CN.4/504(上文脚注 3)，第 13 页，第 71 段。

[298] 《1998 年……年鉴》[英](上文脚注 35)，第 148 页。

[299] 同上，联合王国，第 147 页；另见 A/CN.4/496(上文脚注 3)，第 15-16 页，第 125 段(“支付利息应该是总的基本支付原则”)。

[300] 《1998 年……年鉴》[英](上文脚注 35)，第 148 页。美国认为，如不加修改，第 44 条将是“关于赔偿的国际法的倒退”。另见 A/CN.4/504(上文脚注 3)，第 13 页，第 71 段：一个政府认为，把“可以”改为“应该”可以“排除不法行为国拖延补偿付款的动机”，另一个政府则主张在确

国索赔法庭和联合国赔偿委员会的裁决来支持它的意见：目前第 2 款的措辞不仅“与关于这一主题的绝大多数判例法大相径庭，而且破坏了‘充分赔偿’原则”。[301]

153. 这些评论对第 44 条提出许多问题，其中之一是利息问题，将在下文单独论述。[302] 但是，其所提出的主要问题是，第 44 条是否应该更详细地论述已被接受的补偿评估原则以及可对充分补偿评估提出哪些限制，以避免对责任国施加过重负担。

(b) 补偿的评估：一般原则还是具体标准？

154. 阿兰焦—鲁伊斯先生在其第二次报告中比较详尽地讨论了“等值赔偿”问题，并提出了两项备选条款，一项简短，另一项较为详细。正如评注所显示的，委员会喜欢较短的那个，它变成了第 44 条。[303] 因此，阿兰焦—鲁伊斯先生在其报告中所讨论的部分问题只是在第 44 条及其评注中(如果有的话)作了简短论述，其中包括对个人与对国家的精神伤害之间的区别、合法与非法没收之间的区别、被没收财产的价值评估方法(尤其是在“持续经营”的情况下)。

155. 在就补偿订出更多具体规则时，显然需要谨慎小心。虽然在某些领域有大量方针(明显的例如外交保护，尤其是涉及财产占有或损害时)，但近来很少有推理性的裁决书涉及国与国之间的物质损害(即外交保护领域之外的)。在提交给国际法院的案件中，大约有三分之一要求作出损害赔偿，而迄今为止，国际法院只对一起案件——*科孚海峡*案作出了损害赔偿裁定。[304] 的确有人说，与宣告式或其他救济相比，国际法院对裁定损害赔偿有某种反感。例如在*核试验*案中，尽管新西兰的赔偿要求并未得到满足，但在法国承诺不再进行大气层试验之后，法院即认为该案有讨论的余地。[305] 在*加布奇科沃—大毛罗斯项目*案中，双方均向对方索取大笔补偿金，法院首先确认了补偿和赔偿的精典规则，随后建议对损害赔偿额采取“零和协议”(以区别于为继续从事该项目作出财政贡献)较为妥当。有关段落如下：

> 受害国有权获得实行了国际不法行为并造成损害的国家的赔偿，这是国际法的一项既定规则。在本判决书中，国际法院得出结论，双方均实行了国际不法行为，并指出这些行为造成了当事方所蒙受的损害；因此，匈牙利和斯洛伐克均有义务支付并有权获得补偿。
>
> 斯洛伐克因而有权获得对捷克斯洛伐克以及其本身所受损害的补偿，因为匈牙利决定暂停并且随后放弃了在大毛罗斯和丹阿吉利提的工程项目，造成了加布奇科沃发电厂投产日期的推迟和供电之后运作方式的改变。
>
> 匈牙利有权就因多瑙河改道而蒙受的损失获得补偿，因为捷克斯洛伐克将备选项目 C 投入运作，而斯洛伐克维持其运行时，剥夺了匈牙利在共享水资源方面的正当权益，完全是为了自身好处而利用这些水源。
>
> 然而，鉴于双方错误交叉，国际法院指出，如果每一当事方能够放弃或撤回所有财务索赔和反索赔，赔偿问题就能够在一个总的了结框架内得到满意解决。[306]

在这两起案件中，可以推定，国际法院并不认为补偿问题(有别于恢复合法性或停止所称不法行为)属于案件的核心问题。但在*加布奇科沃—大毛罗斯项目*案中，它特别重申了国与国案件中关于赔偿(包括补偿)的既定法律。此外，不应对国际法院未作出补

定利息支付之前可以给予不法行为国“充分的付款宽限期”。提出这一改动的政府似乎并不赞成将“利润损失”之前的“在适当情形下”一语删去(见蒙古，《1998 年……年鉴》[英](上文脚注 35)，第 147 页)。

[301] 《1998 年……年鉴》[英](上文脚注 35)，第 148 页。

[302] 见下文第 195-214 段。

[303] 拟议案文，见阿兰焦—鲁伊斯的第二次报告，《1989 年……年鉴》(上文脚注 21)，第 8-78 页，第 20-105 段和第 143-145 页。起草委员会的报告，见《1992 年……年鉴》，第一卷，第 132-133 页，第 39-52 段。自 1989 年以来，在判例和实践中出现了进一步的发展，它们特别由以下人士作了概述：Iovane, 同前；Decaux, 如上；以及下文引述的来源。一般比较法经验则由 Stoll 在以下文章中作了很好的归纳：“赔偿责任的后果：补救措施”。

[304] 《1949 年国际法院汇编》(见上文脚注 69)，第 249 页。以几分怀疑眼光看待这一实践的文章，见格雷，同前，第 77-95 页。

[305] *核试验*案(新西兰诉法国)，判决，《1974 年国际法院汇编》，第 475-476 页，第 55-58 段。参见*请求根据 1974 年 12 月 20 日法院关于核试验案(新西兰诉法国)的判决书第 63 段审查情势*案，1995 年 9 月 22 日的命令，《1995 年国际法院汇编》，第 305 页，第 59 段。

[306] 《1997 年国际法院汇编》(见上文脚注 18)，第 81 页，第 152-153 段。另见第 168-169 页，第 34 段(小田法官)。

偿裁决作过分解释。在某些案件中，国家愿意(在不偏向任何一方的基础上)以支付损害赔偿的方式了结索赔，而不愿意将案件拿去公断，[307] 或作出司法判决。[308] 在其他情况下，双方谋求在就责任原则作出裁决或判决或因其他原因而停诉该案 [309] 之后了结问题。若干悬而未决的案例涉及或包含赔偿索赔以及大量要求赔偿的反诉。[310]

156. 除国际法院外，还有其他常设法院和法庭处理包括补偿在内的赔偿问题。

(*a*) 伊朗－美国索赔法庭已就评估损害赔偿和评定被没收财产的价值问题发展了大量判例。存在大量悬而未决的国与国赔偿索赔；[311]

(*b*) 人权法院和其他机构，尤其是欧洲和美洲人权法院已研究出了一整套涉及被《欧洲人权公约》第 41 条(前第 50 条)称作“公平的补偿”的判例。[312] 因此，虽然正在研究这种实践，但由这类机构裁定或建议的补偿或损害赔偿数额通常较小；[313]

(*c*) 根据《关于解决国家与他国国民之间投资争端公约》设立的国际投资争端解决中心法庭，对缔约国与他国国民之间的投资有关的案件具有司法管辖权，可以裁定损害赔偿或其他救济。其中一部分索赔可直接援引国际法；[314]

(*d*) 国际海洋法法庭在其依案情作出裁决的第一起案件中即裁定了数额很大的不同种类的损害赔偿，外加利息；[315]

(*e*) 联合国赔偿委员会是由安全理事会设立的一个非司法机构，负责处理由伊拉克 1990 年入侵科威特所“直接”引起的、针对伊拉克的补偿索赔。[316] 委员会的职权范围在于“根据国际法”确定伊拉克的责任，[317] 委员会制定了裁定补偿的准则，

[307] 如*瑙鲁境内某些磷酸盐地案*(瑙鲁诉澳大利亚)，初步反对意见，判决，《1992 年国际法院汇编》，第 240 页和国际法院继和解之后的中止诉讼令，同上，1993 年 9 月 13 日的命令，《1993 年国际法院汇编》，第 322 页；*大海峡通行权案*(芬兰诉丹麦)，1992 年 9 月 10 日的命令，《1992 年国际法院汇编》，第 348 页(和解之后的中止诉讼令)。

[308] 如 1988 年 7 月 3 日*空中事件案*(伊朗伊斯兰共和国诉美利坚合众国)，1996 年 2 月 22 日的命令，《1996 年国际法院汇编》，第 9 页(和解之后的中止诉讼令)。

[309] 在尼加拉瓜提交了书面赔偿请求之后，*尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动案*被撤销(*尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动案*(尼加拉瓜诉美利坚合众国)，1991 年 9 月 26 日的命令，《1991 年国际法院汇编》，第 47 页(中止诉讼令))。

[310] 在下列案件中，反诉的可受理性得到了承认：《*防止及惩治灭绝种族罪公约*》*的适用案*，反诉赔，1997 年 12 月 17 日的命令，《1997 年国际法院汇编》，第 243 页；*石油平台案*(伊朗伊斯兰共和国诉美利坚合众国)，反诉，1998 年 3 月 10 日的命令，《1998 年国际法院汇编》，第 190 页；*喀麦隆和尼日利亚间陆地和海洋疆界案*，1999 年 6 月 30 日的命令，《1999 年国际法院汇编》，第 983 页。

[311] 对该法庭估价和补偿相关判例的评论，特别见艾尔德里奇，《伊朗—美国索赔法庭判例》，第 5-6 章和第 12 章；布劳尔和布鲁斯克，《伊朗—美国索赔法庭》，第 14-18 章；Pellonpää, “Compensable claims before the Tribunal: expropriation claims”；以及 Stewart,“补偿和估价问题”。

[312] 第 41 条(《第十一号议定书》重新编号)规定：

> “如果法院认定违反了《公约》或其议定书，如果有关缔约方的国内法只允许作出部分赔偿，法院应视必要向受害方提供公正的补过。”

在法院的实践中，“补过”既包括补偿的内容，也包括条款草案含义内的满足。

[313] 见谢尔顿在同前，第 214-291 页中所作的有益评论。详见以下第 157 段。

[314] 例如见*亚洲农产品有限公司诉斯里兰卡共和国案*(1990 年)，《国际投资争端解决中心报告书》(剑桥大学出版社，1997 年)，第 4 卷，第 245 页。

[315] *“赛加羚羊号”轮船案*(第 2 号) (圣文森特和格林纳丁斯诉几内亚)，判决，《1999 年国际海洋法法庭报告》，第 65-67 页，第 170-177 段。

[316] 见上文第 28 段。除了其中所引述的文章外，见 Boelaert-Suominen, “Iraqi war reparations and the laws of war: a discussion of the current work of the United Nations Compensation Commission with specific reference to environmental damage during warfare”; Christenson, “State responsibility and the UN Compensation Commission: compensating victims of crimes of State”; Gattini, “La riparazione dei danni di guerra causati dall’Iraq”; Graefrath, “Iraqi reparations and the Security Council”; 以及 Romano, “Woe to the vanquished? A comparison of the reparations process after World War I (1914–18) and the Gulf war (1990–91)”。

[317] 安全理事会第 687 (1991)号决议，第 16 段。

而这一准则还需经理事会(由安全理事会成员组成)批准。这些准则已被用于处理大批索赔案。[318]

157. 凡设立一个有管辖权可处理国家责任索赔并能裁定补偿的特别法庭或其他机构时，便会产生如下问题：其决定是否构成有关赔偿的“特别制度”的一部分，进而相当于一项特别法。毫无疑问，上述机构的工作(以及与世贸组织争端解决机制有关的工作，其着眼点放在停止而非补偿上[319])中或多或少存在特别法的内容。原则上说，国家可以自由设立争端解决机制，只着眼于责任后果的某些方面，避免触及其他方面或将其他方面留给一方。但存在一种假设，反对在赔偿领域建立一种完全独立的制度，而且的确，前一段中提到的每种机构均或多或少地受到一般国际法下的赔偿标准影响。此外，这个领域中的实践变化多端引人注目，尽管有一点值得考虑，即仍有人对霍茹夫工厂原则[320]以及本委员会的工作提出质疑。例如美洲人权法院就赔偿问题作出的重要裁决包含了下列文字：

> 对因违反一项国际义务而造成的损害的赔偿包含全面恢复原状(其中包括恢复到以前的状况)、对违反的后果作出赔偿以及对承袭或非承袭损害(其中包括感情伤害)作出赔偿。
>
> 至于感情伤害，法院认为，可根据国际法，尤其是在侵犯人权案中，作出损害赔偿裁决。损害赔偿必须基于平等原则。
>
> ……
>
> 《美洲公约》第 63 条第(1)款并没有提及或限制确保对侵犯行为负有责任的缔约国国内法所规定赔偿手段有效性的能力，因此[法院]不受国内法各种缺陷、不完善或欠缺的限制，而是独立运作。
>
> 这意味着，为了确定相应的损害赔偿，法院必须依据《美洲公约》和国际法的适用原则。[321]

同样，在帕帕米哈洛普洛斯案中，欧洲人权法院指出：

> 这一抢占的违法性不可避免地影响到确定被告国所应作之赔偿时适用的标准，因为合法没收的金钱后果是不能与非法抢占的后果相题并论的。在这方面，法院或仲裁法庭的国际判例法为法院提供了一个宝贵的启发思路的源泉；尽管判例法更多地涉及对工商企业的没收，但该领域中确定的原则对于本案中的这类情况也适用。[322]

158. 专门性的国际法庭就补偿作出的裁决有可能涉及特别法的内容，并不能成为委员会撤销第 44 条

---

[318] 赔偿委员会的准则和决定见 http://www2.unog.ch/uncc/decision.htm。下列内容与此特别有关：

1991 年 10 月 18 日第 3 号决定，人身伤害和精神创伤和痛苦(S/AC.26/1991/3)；

1992 年 3 月 16 日第 7 号决定，新增索赔类别的标准(S/AC.26/1991/7/Rev.1)；

1992 年 1 月 24 日第 8 号决定，精神创伤和痛苦补偿金最高数额的确定(S/AC.26/1992/8)；

1992 年 3 月 6 日第 9 号决定，关于商业损失补偿问题的提议和结论：损害类别及其价值的确定(S/AC.26/1992/9)；

1992 年 6 月 26 日第 11 号决定，盟军联合部队人员获得补偿的资格(S/AC.26/1992/11)；

1992 年 9 月 24 日第 13 号决定，避免索赔人重复索赔的进一步措施(S/AC.26/1992/13)；

1992 年 12 月 18 日第 15 号决定，在贸易禁运和有关措施亦属于商业损失原因之一情况下补偿伊拉克非法入侵和占领科威特所造成的商业损失(S/AC.26/1992/15)；

1992 年 12 月 18 日第 16 号决定，利息的裁定(S/AC.26/1992/16)；

1994 年 3 月 24 日第 19 号决定，军费开支(S/AC.26/Dec.19 (1994))；

1996 年 12 月 17 日第 40 号决定，关于井喷控制索赔的决定(S/AC.26/Dec.40 (1996))。

[319] 《关于建立世界贸易组织的马拉喀什协定》，附件二(关于争端解决规则与程序的谅解)，特别是第 3 条第 7 款规定，提供补偿的办法“只能在立即撤销措施不可行时方可采用，且应作为在撤销与适用协定不一致的措施前采取的临时措施”。就世贸组织而言，“补偿”指的是今后的行为，而非过去的行为(同上，第 22 条)。关于世贸组织所用停止与补偿的区别，例如见世贸组织，“专家组报告，《澳大利亚——为汽车皮革制造商和出口商提供补贴》”(WT/DS126/RW 和 Corr.1) (2000 年 1 月 21 日)，第 6.49 段。

[320] 见上文脚注 49。

[321] 美洲人权法院，贝拉斯克斯·罗德里格斯诉洪都拉斯案，索赔诉讼请求，1989 年 7 月 21 的判决，C 辑，第 7 号，第 26-27 段和第 30-31 段。

[322] 帕帕米哈洛普洛斯等人诉希腊案，欧洲人权法院，《A 辑，判决和裁决》，第 330–B 卷，1995 年 10 月 31 日的判决(第 50 条) (欧洲委员会，斯特拉斯堡，1996 年)，第 59 页，第 36 段。法院接下去引用了霍茹夫工厂案的意见(同上) (见上文脚注 49)。一般而言，人权领域补偿标准的发展情况，见谢尔顿，同前；朗德尔茨霍费和 Tomuschat 编辑，*State Responsibility and the Individual:Reparation in Instances of Grave Violations of Human Rights*; 以及 Pisillo Mazzeschi, “La riparazione per violazione dei diritti umani nel diritto internazionale e nella Convenzione europea”。

所体现充分补偿原则的理由。另一方面，由于它正在而且很可能继续由不同机构在不同条件下以不同方式适用，犹豫要不要更具体地阐述这项原则的内容是有理由的。小心谨慎还有另外两个原因：

(*a*) 首先，在损害赔偿量化问题上出现的大部分争执涉及没收的财产，这其中(霍茹夫工厂案[323]本身或帕帕米哈洛普洛斯案[324]等特殊案例除外)的问题在于主要补偿义务的内容。就目前的条款草案而言，对合法与非法没收作出实质性区分或具体规定任何主要义务的内容并非委员会的职能。[325]

(*b*) 其次，由于委员会已决定将外交保护作为一项单独专题处理(尽管该专题属于总的责任范畴)，因而讨论在给外国人造成的伤害这一背景下所产生的量化问题，更宜作为该专题的一部分。

159. 尽管有这些考虑，但仍可以争辨说，如果确实存在能够阐述得明确和更为详细的补偿评估原则——无论是作为纯粹的编纂还是作为逐渐发展——则均可加以阐明。困难在于并不是很清楚是否存在有别于第 42 和第 44 条所述一般原则的此类规则。[326]各项裁决反映了范围极广的各种实际情况、特定主要义务的影响、[327]对当事方各自行为的评价(从违背行为的严重程度和其后的行为两方面)以及更笼统地说对得到一种公平和可接受的结果的关切。恰如艾尔德里奇所说，“[国际法官]作出一项复杂判决时，例如关于剥夺权利应付补偿额的判决……无论承认与否，必然会将公平因素考虑在内”。[328]这方面和其他方面的经验显示，虽然可以举例说明公平因素和比例性在国际法中是如何运用的，但如试图作详细论述，则有可能白费气力。

160. 鉴于这些理由，特别报告员同意委员会在 1992 年第四十四届会议上作出的决定，即以一般性和灵活的措辞拟订第 44 条。[329]可以说明关于充分补偿原则的若干具体限制，尤其是关于禁止重复索赔的规则或不超出诉讼请求规则，尽管这些涉及更多的是援引责任而非确定原则方面的量。下文将对它们以及减少责任的问题进行审议。[330]

(c) 补偿的限制

161. 然而，有一个问题的确需要考虑，就是为补偿设限。各法系通常注意避免设定不定数额、不定类别的赔偿责任，而国与国间关系的特殊背景(如果有的话)更会加重这种关切。不像这方面的国内法那样，在国际法中，没有对行动设限或责任设限的一般对等物。国家并非有限责任公司，不存在处理国家无力清偿问题的正式机制。鉴于国家有能力干预民众生活和经济关系，以及影响到这两方面的大部分国际法的实际发展，即便在实践中并非经常出现，无法确定责任的潜在可能无疑仍是存在的。[331]

162. 在先前第 42 条第 3 款范围内曾经讨论过限制超出承受能力的补偿索赔问题，它规定赔偿不得导致居民丧失其维持生活的手段。[332]出于上述理由，就恢复原状和满足而言，这一规定并无必要，但在补偿问题上却值得审议，因为涉及损害直接性或相近性的规则并不能保证在某些案例中不裁定数额极大的补偿金。

---

[323] 见上文脚注 49。

[324] 见上文脚注 322。

[325] 关于没收和创收财产的价值等问题，例如见 Erasmus,《没收补偿：比较研究》；Norton, “A law of the future or a law of the past? Modern tribunals and the international law of expropriation” ; Penrose, Joffe 和 Stevens, “Nationalisation of foreign-owned property for a public purpose: an economic perspective on appropriate compensation” ; Lieblich, “国际法庭确认被没用企业的经济价值”，以及“在国际仲裁中确认被没收的创收财产的经济价值”；Friedland 和 Wong, “Measuring damages for the deprivation of income-producing assets: ICSID case studies” ; Khalilian, “The place of discounted cash flow in international commercial arbitrations: awards by Iran-United States Claims Tribunal” ; Chatterjee, “采用折现现金流量法评估补偿：对世界银行最近有关外国直接投资待遇的指导方针的评论”；以及 Dagan,《不当得利：私法与公共价值研究》，第 6 章(国际法)。

[326] 恰如阿兰焦—鲁伊斯先生所得出的结论那样(《1998 年……年鉴》[英](见上文脚注 21)，第 11 页，第 28 段)。

[327] 布朗利先生特别强调了这个问题，同前，第 223-227 页。

[328] 艾尔德里奇，同前，第 242 页。所引文字提到的是对“采油和销售石油产品权利”补偿进行估价的问题，但它有更广泛的适用范围。

[329] 《1992 年……年鉴》，第一卷，第 2288 次会议，第 220 页，第 48 段。

[330] 下文第 215-222 段。

[331] 例如见切尔诺贝利事件，不过它并未导致任何对责任的实际诉讼(Woodliffe, “切尔诺贝利：四年之后”，第 466-468 页)。

[332] 见上文第 38-42 段。

163. 对于这类关切的一个经得起检验的答复是：这种关切被夸大了，只有实际蒙受的损失是由一国国际不法行为(直接、接近、不太远)造成时才应支付补偿，而在这种情况下，要求受害者承担损失毫无道理。此外，若国家希望对危害性极大的特定活动领域(例如石油污染、核事故)的责任体制加以限定，它们总是可以作出这种限定。具体而言，与索赔额相比，有序索赔程序的一贯结果(无论它们涉及的是一次性付清协定还是混合索赔委员会或法庭)均大幅度减少了总的补偿。[333] 根据这一看法，没理由对这个问题作出一项总的规定。

164. 特别报告员倾向于同意这一看法。然而，委员会要考虑是否应将第 42 条第 3 款或类似条款插入第 44 条，以处理灾难性和无法预见的赔偿责任案件。无论如何，以提及受害国行为的方式减轻责任和减少损害赔偿额在草案中的确有一席之地，下文将加以讨论。[334]

(d) 结 论

165. 出于上述理由，特别报告员建议第 44 条的案文应为：

“补偿

“实行了国际不法行为的国家有义务补偿由此造成的经济上能估价的损害，如果这种损害没有以恢复原状的方式得到赔偿。”

与一读时通过的案文比较，在措辞上作了某些修改，但性质基本属于较小的改动。首先，第 44 条与这一部分中的其他条款一致，表明了责任国的一种义务。将在第二部分之二中处理受害国援引这一责任的问题。显然，每个国家只有权就其本身受到的损害援引补偿义务，或者就其国民受到的损害提出索赔。[335] 其次，原第 44 条的两款被合并成一款，涵盖了所有经济上能估价的损害。无须将利润损失作为损害的单独一条，尤其是因为只要有这种提法，必然要求作出界定(造成一些国家政府在以前的案文中所抱怨的“逆编纂”效应[336])。在某些情况下可就利润损失作出补偿，但在其他情况下却不然，力图对此加以评述不符合将第 44 条作为一项一般原则声明的蕴含战略。评注可以更充实的方式论述不同的可获赔损害类别(包括利润损失)。利息问题则可以在单独的一条中论述。[337]

166. 决定是否需要在第 44 条案文中更详细地阐述补偿原则将是委员会的责任，为此，将在本报告另一部分中提出建议。然而，特别报告员愿在评注中以一种较轻松的漫谈方式论述与损害赔偿措施有关的、国际公认的补偿规则和原则。除其他外，有可能通过必要的灵活方式做到这一点。

4. 满 足

(a) 现有第 45 条

167. 第 45 条规定：

满足

1. 受害国有权在实行了国际不法行为的国家必需为该行为所造成的损害 — 尤其是精神损害 — 提供充分赔偿的条件和必要限制下由此获得满足。

2. 满足可采取以下一种或多种方式：

(*a*) 赔礼道歉；

(*b*) 名义赔偿金；

(*c*) 在严重侵犯受害国权利的情况下，反映侵犯之严重性的赔偿金；

(*d*) 在国际不法行为由官员的严重渎职或由官员的犯罪行为引起的情形下，对应负责任者的惩罚或纪律处分。

3. 受害国获得满足的权利不能据以伤害实行了国际不法行为之国家的尊严。

[333] 见上文脚注 78。观察以前的混合法庭也能看到类似的结果。

[334] 见下文第 195-214 段。

[335] 将在外交保护专题内更详细地论述一国可在何种程度上代表受到一国国际不法行为伤害的个人或公司提出索赔。

[336] 见上文第 149 和第 152 段。

[337] 见下文第 195-214 段。

168. 根据评注，满足意在包含的只是“对国家的非物质损害”，或称之为“精神伤害”。[338] 以前的文献作者们是用例如“荣誉”或“尊严”这类词表达这一意思：这些词现在具有一种相当过时的性质，尽管“尊严”在第 45 条第 3 款中仍然保留了下来。第 1 款提到从“该行为所造成的损害——尤其是精神损害”获得满足，这种损害意指“一国因国际不法行为所受的非物质损害”。这正是满足的主题事项。[339]

169. 评注指出，满足是一种“颇具特殊性”的救济，并不是每一案例中都有的。为表达这层意思，使用了“提供充分赔偿的条件和必要限制下”一语。[340] 第 2 款提供了一份满足措施清单。对此，赔礼道歉，“包括表示遗憾、致歉、向国旗致敬等……在国际判例中占有重要地位”，尽管某些形式(例如向国旗致敬)“在近来实践中似乎已经消失”，要求道歉则变得越来越频繁和重要。[341] 第 2 段中没有提到的另一种形式是“由国际法庭认定冒犯国行为的非法性”。[342]

170. “反映侵犯之严重性”的赔偿金“性质独特”，是指“在犯罪方的不法行为因其暴力、压制、恶意、欺诈或邪恶行为而变得严重的情况下，判给受害方的超过实际所受损害的赔偿金”。[343] 因此，在“彩虹勇士号”案中，联合国秘书长决定法国应当就其违法行为向新西兰作出正式道歉并赔偿 700 万美元；这远远超出了蒙受的实际损害，此种裁决纯粹是为了达到满足的效果。[344] 评注并未表示这种满足方式仅限于先前第 19 条所界定的“国际罪行”。即便是对于“不法行为”，满足也发挥了一种作用，即无论是否“具有惩戒性质”，都表达了案件和所受伤害的严重性。从这个意义上说，它属于充分赔偿的一个方面。[345]

171. 惩办负责官员也常常是提出并得到允许的要求，但其“广泛适用……会不适当地干涉国家的内政。因此，[委员会]将(*d*)项的适用范围限于官员或私人的犯罪行为以及和官员严重的渎职行为”。[346]

172. 总的来说，有鉴于以往与各国平等原则不符的滥用现象，必须对可以寻求的满足措施施加某些限制。[347] 这正是第 3 款的要旨。[348]

173. 就第 45 条发表意见的所有政府均未对该条的贴切性和必要性提出疑问：所有政府均支持一种观点，即满足是国际法中一种重要的、理由充分的赔偿形式。[349] 然而，这一条中的三款，无论是其内容还是形式，都引发了许多评论。关于第 1 款，重要的关切涉及精神损害这一概念。日本提出看法，“尤其是精神损害”一语太不清楚，应当删除。[350] 另一方面，德国和美国均同意对精神损害的赔偿是国家实践中的既定事实。但这两国政府都认为“精神损害本意是指受到的精神刺激和创伤所造成的损害，赔偿通常包含金钱补偿”：因此，在它们看来，应当将有关精神损害的规定放到第 44 条中。[351]

174. 关于第 45 条第 2 款，各国政府提出的第一个问题涉及“惩罚性损害赔偿”的概念，暗指第 2 款(*c*)项。一些政府争论说，赔偿的惩罚性职能未得到国家实践或国际判例的支持，建议删掉第 45 条中的

---

[338] 《1993 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 10 条[现第 45 条]评注，第 84 页，第(4)段。

[339] 同上，第 84-85 页，第(5)段。

[340] 同上，第 85 页，第(6)段。

[341] 同上，第 86-87 页，第(9)段。

[342] 同上，第 87 页，第(10)段。

[343] 同上，第 88 页，第(12)段。

[344] 同上，第(13)段。

[345] 同上，第 89 页，第(21)-(24)段。

[346] 同上，第 88 页，第(15)段。

[347] 评注并未举出这种滥用的示例，但阿兰焦—鲁伊斯先生在其第二次报告中举出了两个示例：1990 年义和团起义之后提交给中国政府的联合照会，以及大使会议对 1923 年泰利尼事件向希腊政府提出的要求(《1989 年……年鉴》(见上文脚注 21)，第 98-101 页，第 124 段)。这两个示例均涉及集体要求。

[348] 《1993 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 10 条[现第 45 条]评注，第 89-90 页，第(25)段。

[349] 蒙古将第 45 条形容为“非常重要”(《1998 年……年鉴》[英](上文脚注 35)，第 148 页)。

[350] 《1999 年……年鉴》[英](见上文脚注 43)，第 109 页(另见 A/CN.4/504(上文脚注 3)，第 13-14 页，第 72 段，其中“建议应当界定‘精神损害’一词)。

[351] 《1998 年……年鉴》[英](见上文脚注 35)，第 148-149 页。德国政府对一国国民所受到的精神损害与国家直接受到的精神损害作出了区分：虽然“不那样肯定”，后一种情况仍有理由将“金钱赔偿作为满足的形式来补偿一国的尊严受到的损害”(同上，第 149 页)。

有关规定。[352] 另一方面，捷克共和国认为，委员会可重新审议罪行情况下的惩罚性损害赔偿问题。[353] 鉴于国际责任的特殊性质，某些国家法系中缺乏惩罚性损害赔偿的概念在捷克共和国看来并不是一个无法克服的问题。除了若干国际案例中曾出现过惩罚性损害赔偿裁定外，“通常难以区分超过单纯的赔偿范围的真正惩罚性损害赔偿与为了补偿广义评估的精神损害而‘慷慨’赋予的赔偿”。[354] 除此之外，“在条款草案中引进惩罚性损害赔偿的概念，可以使关于‘罪行’的责任制度具有极有用处的威慑作用”。[355]

175. 各国还对第 45 条第 2 款的其他规定发表了意见。例如，有的建议应在该款中包含“彩虹勇士号”案中所承认的新形式的“建设性赔偿”。[356] 法国提出了若干其他修改建议。在法国看来，可新增一项“提及由一个法庭认定国际不法行为的存在”；内容如下：

> “独立于当事国的主管国际机构宣布该行为是不法行为”。[357]

法国还认为应当在(*a*)项“赔礼道歉”之前增添“表示遗憾和”等字，[358] 应当用“纪律处分或刑事诉讼”取代(*d*)项中的“惩罚或纪律处分”。关于最后这一项，出现了意见分歧：有的国家认为它“涉及对官员的纪律处分的国内问题，不应列入条款草案”，[359] 奥地利则认为，它最好能反映最近的国家实践，尤其是“现在有越来越多的多边文书强调各国有责任起诉或引渡对这些文书所规定的不法行为负责的个人”。[360]

176. 最后，美国建议删除第 3 款，理由是“‘尊严’一词未予界定(而且可能极其难以作为一项法律原则加以界定)，因此，这项规定很容易会被设法避免提供任何满足形式的国家滥用”。[361]

177. 由此看来，第 45 条引出了三个问题，恰好与其中的三款相对应：第一，满足的一般性质以及它与“精神损害”的关系；第二，第 2 款中所列的满足形式是否穷尽以及与清单内容有关的某些问题；第三，第 3 款的必要性和措辞。

(b) 满足作为一种救济的特征

178. 毫无疑问，一国对另一国造成的非物质伤害的满足是受到国际法承认的。例如，法庭在“彩虹勇士号”仲裁案中即阐明了这一点：

> 国家和国际法院和法庭以满足作为对违背国际义务行为的一种救济或赔偿形式(从广义上说)早已成为一种既定惯例。这一实践尤其涉及直接对国家造成精神或法律损害的案件，它尤与对个人造成损害、涉及国际责任的案件不同。阿兰焦—鲁伊斯教授已在其第二次报告(1989 年)中对整个问题作了有价值的广泛讨论……他以文献及司法实践和国家实践证实，将满足作为‘损害国家尊严、荣誉或威望情况下的具体补救方法’(第 106 段)的做法获得了广泛支持。
>
> 从这个意义上说，满足可采取并且已经采取了各种形式。阿兰焦—鲁伊斯先生提到了表示遗憾、惩罚责任人、防止再度发生、支付象征性或名义损害赔偿金或在更广泛基础上作出补偿以及由国际法庭裁定国家行为的不法性……
>
> 本法庭现在要启用的，正是对国际不法行为采取的最后一种满足形式。本案当事双方同意，原则上可以宣告这一违背行为—— 尽管法国否认它违背了其义务，而新西兰则谋求

---

[352] 同上，德国、奥地利(鉴于某些国家法系已经存在这一概念，呼吁委员会进一步研究这个问题，第 149 页)、瑞士(建议删掉第 2 款(*c*)项，理由是它涉及补偿问题，已被包含在第 44 条当中(第 150 页))、美国(同上)和日本(《1999 年……年鉴》[英](见上文脚注 43)，第 109 页)。

[353] 《1998 年……年鉴》[英](见上文脚注 35)，第 150 页。

[354] 同上，第 149 页(捷克共和国怀疑“迦太基”案(《国际仲裁裁决汇编》(1913 年)，第十一卷(出售品编号：61.V.4)，第 449 页)和“卢西塔尼亚号”案(见上文脚注 16)在现代国际法中是否还能说明问题；另见 A/CN.4/504(上文脚注 3)，第 13-14 页，第 72 段)。

[355] 《1998 年……年鉴》[英](见上文脚注 35)，第 149 页。

[356] A/CN.4/504(见上文脚注 3)，第 13-14 页，第 72 段。

[357] 《1998 年……年鉴》[英](见上文脚注 35)，第 150 页。

[358] 同上，乌兹别克斯坦建议一种类似的补充以及将“对受害国有着一种特殊的尊敬”一句列入(同上)。

[359] A/CN.4/504(见上文脚注 3)，第 13-14 页，第 72 段。

[360] 《1998 年……年鉴》[英](见上文脚注 35)，第 149 页。

[361] 同上，第 150 页；另见 A/CN.4/504(见上文脚注 3)，第 13-14 页，第 72 段。

作出这一宣告和下达送返的命令。毫无疑问，存在这一权力，而且它将被视为一种严重惩罚。[362]

179. 按照第 45 条评注的说法，对满足的界定不仅是根据满足作为一种特定补救措施所针对的损害类型，而且还根据典型的给予满足形式来确定。[363] 的确是这样，但有一个问题，第 1 款根本没有对满足作出界定：它使用了“满足”一词，随后以一种笼统方式提及受害国所蒙受的“损害，尤其是精神损害”。这引发了若干问题。

180. 首先是“精神损害”这个词，一些国家认为它作为补偿的主题，尤其是当它影响到个人时，是恰当的。[364] 在阿兰焦—鲁伊斯先生原来的方案中，个人所受到的精神损害放在条款草案第 8 条中，国家蒙受的精神损害则放在关于满足和保证不重复的第 10 条中。[365] 虽然未遭到委员会的拒绝，但在实际通过条款时这一区别被省略了。

181. 涉及个人时，“精神损害”一词(这个词本身尚未被所有法系所知)通常被理解为包括非物质损害，例如痛苦和苦难、失去亲人以及伴随侵犯个人、家庭或私生活而出现的对个人感情的冒犯。这些明显属于可以现金形式予以补偿的个人遭受的损失(如果造成这些后果的行为被有关法系认定为不法)，尽管其评估向来都是因循惯例，大致估算。与此相反，涉及国家时，“精神损害”的概念并不那样明确。无疑，确实有些案件本身是对国家的伤害，其中并未发生任何实际的物质损失——例如，属于一国的飞机或船只短暂侵犯了另一国的领土完整。但归在对国家的“精神损害”一词下的主要内容，实际上涉及所谓的非物质法律伤害，这种伤害涉及对一种义务的违背，而无论它给有关国家造成了何种物质后果。为避免与涉及个人时的精神损害概念相混淆，建议在第 45 条中避免使用“精神损害”一词，而代之以“非物质伤害”(“*préjudice immatériel*”)。[366] 在这一基础上，似乎就不需要对满足作出更为详细的界定了。

(c) 满足的具体形式

182. 谈到第 45 条第 2 款所列的满足的具体形式，首先要注意的一点是，评注在所列的满足形式是否详尽无遗这一问题上自相矛盾。评注第(9)段说清单并非详尽无遗，第(16)段则说，第 2 款开头的一句话明确规定，该款提出了一个满足形式的详尽清单，可结合使用。[367] 这个问题很重要，因为清单忽略了现代司法实践中最重要的满足形式——宣告。实际上，第 45 条第 2 段序言部分使用了“可”字，似乎意味着这并非一个详尽无遗的清单。按照现任特别报告员的观点，该清单确实并非详尽无遗。适当的满足形式取决于各种情形，不可能事先规定。[368]

(一) 宣告

183. 如果第 45 条第 2 款的清单是详尽的，很显然，它必须提到一个法院或法庭的宣告。在阿兰焦—鲁伊斯先生首次拟议的第 45 条案文[369] 和法国

[362] 见上文脚注 17。

[363] 《1993 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 10 条[现第 45 条]评注，第 86-87 页，第(9)段。

[364] 见上文第 173 段。

[365] 特别见其第二次报告，《1989 年……年鉴》(上文脚注 21)，第 8 条，第 2 款，该款提到“任何可进行经济估价的损害，包括受害国国民所受的任何精神损害”，第 144 页，第 191 段。

[366] 这个词具有这一含义是由下列人士建议的：Dominicé, “De la réparation constructive du préjudice immatériel souffert par un État”, *L’ordre juridique international entre tradition et innovation：reculil d’études,* 第 354 页。

[367] 《1993 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 10 条[现第 45 条]评注，第 88 页。在介绍第 45 条时，起草委员会主席还表示，第 2 款“详尽列出了满足的各种形式”(《1992 年……年鉴》，第一卷，第 2288 次会议，第 270 页，第 57 段)。

[368] 在“彩虹勇士号”仲裁案中，法庭驳回了新西兰关于恢复原状和/或停止的主张，并拒绝判给补偿金，但作为满足的形式，作出了各种宣告，还建议“协助[当事方]结束这件不快的事件”。法庭特别建议法国向一个即将成立的基金捐助 200 万美元，“以促进两国人民之间的亲密友好关系”(《国际仲裁裁决汇编》(上文脚注 17)，第 274 页，第 126-127 段)。除了超出诉讼请求这一事实之外，以建议形式提出这一内容也是适当的，因为它只有通过协议形式才能实施。详见 Migliorino, “Sur la déclaration d’illiceité comme forme de satisfaction：à propos de la sentence arbitrale du 30 avril 1990 dans l’affaire du *Rainbow warrior*”。

[369] 原提案载有下列段落：

“3. 有管辖权的国际法庭宣布该行为的不法性其本身即可构成适当的满足形式。”

(《1989 年……年鉴》(见上文脚注 21)，第 144 页，第 191 段)。

拟议的相应案文[370]中，确实有这种提法。它们都提到了国际法院在*科孚海峡案*中的经典说法，在裁定英国海军于爆炸之后进行的扫雷活动(零售任务)属非法之后，法院说：

> 为确保尊重国际法——本法院为国际法的机关，法院必须宣布，英国海军的行为构成对阿尔巴尼亚主权的侵犯。
>
> 这一宣告系根据阿尔巴尼亚通过其律师提出的要求作出，宣告本身构成适当的满足。[371]

184. 此后许多案件都采取了这一立场，包括“*彩虹勇士号*”仲裁案，[372]以至于可以说宣告式救济已经成为对国家非物质伤害案中的正常的、肯定是第一位的满足形式。[373]说它是第一位的，特别报告员并非暗指它是首要的，也并非意在排除有正当理由时采取的更为严格的满足形式。但是，从以下两个意义上说，宣告式救济是第一位的：(*a*) 在有些案件中，它可能是一种充分的满足形式(如同涉及*科孚海峡案*中的零售任务时)；(*b*) 甚至在其不构成充分形式的情况下，它也是在特定情况中可能需要采取的其他满足形式的必要基础。条款草案应承认宣告式救济(以及在适当案件中与赔礼道歉相结合)作为一种满足形式的普遍适用性，并将这种形式与目前第 45 条第 2 款所列更为具体的赔偿形式相区分。

185. 但是，这样做的困难在于，条款草案是从国家——特别是责任国——法律关系方面、而不是从法庭的权力或管辖权方面表述的。可以说，国家不能就其自身同意或作出一项宣告；宣告只能由一个主管第三方作出。受害国所作关于违背国际义务的声明是一项主张；责任国所作的声明则是一项承认。条款草案应当具体说明发生一项国际不法行为之后，责任国应当做什么(即其次要义务)；如果它没有做，主管法院就有权作出赔偿裁决。因此，第 45 条应当首先具体规定违背行为的承认，以此作为满足的一种形式，并酌情规定道歉或表示遗憾。

(二) 名义上的、惩戒性和惩罚性损害赔偿金

186. 谈到那些所谓的“第二级”满足形式，由于已经提出的理由，应当以一种非穷尽的方式拟定。有许多种其他的可能性，例如，对造成损伤或伤害的事件原因进行适当调查，由信托基金为受益人管理补偿付款等等。但必须讲一讲第 45 条提到的两个类别，即损害赔偿金与纪律处分或刑事诉讼。

187. 当然，损害赔偿金一般以补偿所受伤害或损伤的方式支付，属第 44 条的范围。第 45 条第 2 款目前提到两类其他的损害赔偿金，即名义上的损害赔偿金和“反映”违背行为“之严重性”的损害赔偿金。它们提出了完全不同的问题。

188. 在有些制度中，判给名义上的损害赔偿金是为了表明存在的违背行为未给受害方造成任何损失。尽管如此，确实存在违背行为，名义上的损害赔偿金旨在反映它们是象征性的，而非补偿性的。在事后进行费用判决的法律制度中，名义上的损害赔偿金的裁决可以允许费用裁决，但在国际仲裁和司法实践中却不是这样，因为费用几乎总是由各当事方承担，无论如何，不会取决于是否作出了 1 美元(1.0734 欧元)的判决。还有一点是，名义上的损害赔偿金的裁决有时意在作为对索赔人的一种负面反映，暗示索赔没有法律依据，而是纯技术性的。[374]尽管偶尔也有国际法庭裁定名义上的损害赔偿金的案例，但在现代实践中这类案例很少见。[375]现任特别

---

[370] 见上文第 175 段。

[371] 《1949 年国际法院汇编》(见上文脚注 21)，第 35 页，在执行段落(第 36 页)中复述。这是法院取得一致意见的唯一一点。

[372] 见上文第 178 段。

[373] 宣告式救济作为非物质伤害一种满足形式的主要作用，例如见格雷，同前，第 17-18 页(仲裁法庭)，第 96-107 页(常设国际法院和国际法院)，第 127-131 页(欧洲法院)以及第 155-156 页(人权法院)。

[374] 见沃尔克，《牛津法律大词典》，第 883 页。就 24 小时监禁裁定 500 美元的赔偿金，或就短暂扣留船舶判给 100 美元的赔偿金，并不构成这一意义上的名义上的损害赔偿金，特别是考虑到当时的币值。分别见*莫克案*，1871 年 8 月 16 日的裁决(穆尔，《以美国为当事国的国际仲裁的历史与摘要》，第 3411 页)；和*阿伦兹案*(1903 年)，《国际仲裁裁决汇编》，第十卷(出售品编号：1960.V.4)，第 729-730 页，如阿兰焦—鲁伊斯先生所引，《1989 年……年鉴》(上文脚注 21)，第 92-93 页，第 115 段。

[375] 见格雷，同前，第 28-29 页和参考文献。自法庭在*灯塔仲裁案*(*Affaire relative à la concession des phares de l'Empire ottoman* (1956 年)，《国际仲裁裁决汇编》，第十二卷(出售品编号：63.V.3)，第 216 页)中判给法国 1 法国法郎的赔偿金之后，在国家对国家的案件中，似乎还没有一起国际法庭判给名义上的损害赔偿金的案例。裁定名义上的损害赔偿金的案件包括：国际投资争端解决中心法庭，*阿吉普公司诉刚果人民共和国政府案*(1979 年)，《国际投资争端解决

报告员怀疑名义上的损害赔偿金作为一种满足形式在现代国际法中的价值：特别是并不清楚它们能够实现哪些无法通过适当宣告式救济实现的东西。假定将列入提议的额外款项，他怀疑是否需要具体提及名义上的损害赔偿金。

189. 以满足方式判给实质性损害赔偿金是另一个问题，即使没有任何物质损失的证据；适于采用这种形式的情形很容易设想。[376]“实质性损害赔偿金”指并非纯粹为名义或象征性的损害赔偿金，即使其数额不大。第 45 条第 2 款(*c*)项设想“在严重侵犯受害国权利的情形下，[支付]反映侵犯之严重性的赔偿金”。看来其并未设想在不涉及严重侵犯的情况下，支付除满足项下名义上的赔偿金之外的任何其他付款：换句话说，或是在满足项下判给少量的赔偿金，或是判给极其大量的赔偿金，但没有介于两者中间的情形。这一限定是否适当，至少部分取决于第 2 款(*c*)项是否真正涉及名副其实的惩罚性赔偿金，或者说其重点是否是某些国家法律制度所称的“加重损失的”赔偿金或“惩戒性”赔偿金。

190. 阿兰焦—鲁伊斯先生的第二次报告在这一点上很清楚。他提议的第 10 条提到“名义上或惩罚性赔偿金”，尽管报告本身提到“惩戒性赔偿金”。[377]现任特别报告员认为，如果存在名副其实的惩罚性赔偿金，它们就应当被称为惩罚性赔偿金；而且，如果有的话，它们应当仅适用于发生了明显和异乎寻常的违背行为的极个别案件。也许(*c*)项的措辞在这方面有歧义，但其意图是清楚的。起草委员会主席认为，该项旨在处理

> 英美法中人们所称的“惩戒性的损害赔偿”，换言之，是在不法行为方的暴力、压迫、恶意、欺诈和恶行使所做的不法事情更趋恶化时，给予受害国的超过实际损失和规模扩大的损害赔偿。此类补救办法的目的是设立榜样。起草委员会没有使用“惩戒性的损害赔偿”，因为在其他语言中该词似乎没有相应的词。于是，它决定清楚讲明这一概念的内容……“在严重侵犯……的情形下”等词的目的就是通过设立应用此类满足形式的高限来表达这一思想。[378]

通过明确的推论，起草委员会(国际法委员会赞同其办法)为第 45 条的目的拒绝了惩罚性赔偿金的概念。[379]在这个意义上，现任特别报告员完全同意 1992 年所采取的立场。在国家责任的案件中，在没有某种专门制度予以实施的情况下，没有任何权利、亦没有任何理由判决名副其实的惩罚性赔偿金。[380]是否能够和是否应当建立这样一种制度是在讨论第 19 条和第 51 至第 53 条时要考虑的一个问题。

191. 因此，问题是，在不涉及“严重侵犯”的案件中，是否应当以满足形式就对国家的非金钱伤害支付赔偿金。过去的法庭裁决中当然有协商解决的案例，就非金钱伤害支付了少量的、但并非名义上的金额，特别报告员看不出有任何理由凭经验排除此类案件。因此，他提议删除目前(*c*)款中“在严重侵犯……的情形下”一语。

(三) 对个人的纪律或其他处分

192. 纪律处分或刑事诉讼是第 45 条第 2 款提到的进一步的具体满足形式，在特定案件中可能是适当的。尽管起草委员会在通过该款时认为这些情况

中心报告书》(剑桥，格劳秀斯出版物，1993 年)，第 329 页(就消极损害判给 3 法国法郎，似乎存在术语上的矛盾)；欧洲人权法院，*Engel* 等人案，欧洲人权法院，《A 辑：判决和裁决》，第 22 卷，1976 年 11 月 23 日的判决(欧洲委员会，斯特拉斯堡，1977 年)，第 69 页(100 法郎的“名义赔偿”)。在这两起案件中，法院都以其他名目判给了大量金额。在其他案件中，法庭均否认判给名义金额对宣告存在违背行为有任何增益(“迦太基”案，《国际仲裁裁决汇编》(见上文脚注 354)，第 460-461 页；和“马努巴”案，同上，第 475 页)。

[376] 在“孤独号”轮案(1935 年)，《国际仲裁裁决汇编》，第三卷(出售品编号：1949.V.2)，第 1609 页中，判给了加拿大此种赔偿金；在秘书长就“彩虹勇士号”案(1986 年) (见上文脚注 17)，第 224 页作出的裁决中，新西兰获得了此类赔偿金。

[377] 《1989 年……年鉴》(见上文脚注 21)，第 143-145 页，第 191 段以及第 106-111 页，第 136-144 段。

[378] 《1992 年……年鉴》，第一卷，第 2288 次会议，第 270-271 页，第 57 段。

[379] 正如现任特别报告员在其第一次报告中所指出的，适用惩罚性赔偿金并非是第二部分第四章中“国际罪行”的特别后果之一(《1998 年……年鉴》[英](见上文脚注 23)，第 11 页，第 51 段)。

[380] 见第一次报告(同上)，第 14-15 页，第 57 段所引案例。详见 Wittich,“对上帝的畏惧和对神父的恐惧：国家责任法中的惩罚性损害赔偿”；以及 Jørgensen,“对国际法中损害赔偿的重新估计”。

“很少”，[381] 但实际上确实出现了这种情况，尽管并非总是很清楚起诉犯罪行为是被作为一种满足形式还是被作为履行某种主要义务的一个方面。在重大案件中列入这一类别符合已确立的满足概念，但特别报告员同意法国政府的建议，更倾向于“纪律处分或刑事诉讼”，而不是“惩罚或纪律处分”。[382] 根据分权的原则，负责行政的国家政府承担将重大案件适当提交国家检察当局以便调查和起诉的职责，但不能超过此限；它当然不能保证处罚尚未被判犯有任何罪行的人。

(d) 对满足的限制：第 45 条第 3 款

193. 一国政府提议删除第 3 款，[383] 其理由包括，“尊严”的概念太模糊，不能据以实行法律限制。就表述而言，反对有一些道理；另一方面，历来就有许多以“满足”为借口的过分要求，[384] 似乎需要有一些限制。有人提议，以满足形式提出的要求应当限于“与有关伤害成比例”的措施；此外，这些措施不得采取羞辱有关国家的形式。

(e) 关于第 45 条的结论

194. 鉴于这些理由，特别报告员建议第 45 条如下：

“满足

“1. 实行了国际不法行为的国家有义务为该行为造成的任何非物质伤害提供满足。

“2. 首先，满足应当采取承认违背行为的形式，并酌情辅之以表示遗憾或正式道歉。

“3. 此外，如果情况需要，满足可采取适当的额外形式以确保充分赔偿，除其他外，包括：

“[(*a*) 名义赔偿金；]

“(*b*) 反映伤害之严重性的赔偿金；

“(*c*) 在违背行为由官员的严重渎职或任何人的犯罪行为引起的情况下，对应负责任者的纪律处分或刑事诉讼。

“4. 满足必须与有关伤害成比例，不得采取羞辱责任国的形式。”

5. 利 息

(a) 条款草案中的利息问题

195. 第 44 条第 2 款提及了利息问题，只是说“补偿……可包括利息”。第 44 条第 2 款评注稍微展开了一点，反映了阿兰焦—鲁伊斯先生在其第二次报告中对这一问题的更为实质性的处理办法。[385] 他在其第二次报告中支持有权获得利息的一般规则，涵盖期限从提出索赔之时起，至实际付款之时止，不限于固定数额的索赔。而且，他认为，“凡是能证明为了确保充分赔偿受害国所受的损害复利必不可少之时，就应该裁决支付复利”。[386] 另一方面，他提议的关于利息的第 9 条没有规定任何有权获得单利(区别于复利)的一般规则，仅限于具体规定就“对丧失的利润应付的……对一笔款额”的利息所涉时期。[387] 这就意味着利息的支付限于固定数额的索赔，甚或限于对丧失的利润的索赔(尽管这可能仅仅是一个表述问题)。但是，如果基本原则是受害国有权在确保充分赔偿所必须的范围内就索赔获得利息，那么，如何能够先验地证明此种限制合理则并不十分清楚。

196. 在一读辩论中，有人指出了报告中和提议的第 9 条中主张利息的论据之间存在的差异，并对是

[381] 《1992 年……年鉴》，第一卷，第 2288 次会议，第 271 页，第 59 段。

[382] 《1998 年……年鉴》[英](见上文脚注 35)，第 150 页。

[383] 见上文第 176 段。

[384] 例如见上文第 172 段。这些过分的要求本身使用了令人不满和主观的关于受害国“尊严”的措辞。

[385] 《1989 年……年鉴》(见上文脚注 21)，第 56-78 页，第 77-105 段。

[386] 同上，第 78 页，第 105 段。

[387] 同上，第 143-145 页，第 191 段。他提议的条款为：

“1. 如果对丧失的利润应付的赔偿系对一笔款额的利息，该利息：

“ (a) 应自在为赔偿的目的计算应付本金数额时未考虑的第一天起开始计算；

“ (b) 应计算至实际支付之日为止。

“2. 凡属为确保充分赔偿确有必要的情况应支付复利，利率应按照最适于实现该结果的利率。”

否能够接受详细处理有关问题表示关注。[388] 起草委员会删除了该条，理由是，“极难就这些问题达成得到大量支持的具体规则”。起草委员会认为，“以颇有弹性的措辞来表达一项基本原则，让法官或涉及解决争端的第三方在每起案件中决定是否应当支付利息……”就足够了。[389]

197. 第 44 条第 2 款当然是以“颇有弹性”的措辞起草的；困难在于它没有提出任何类型的“基本原则”，而仅仅是提到一种可能性。评注中说，该措辞旨在“清楚地表明，并非自动有权得到赔付利息，也没有有利于受害国的任何推定”。[390] 尽管它注意到，国家实践“似乎赞成除主要赔偿额外，再加上利息”。[391] 起草委员会显然谋求在第 2 款的措辞中区分判给利息与判给利润损失赔偿金。由于后者仅在“适当情形下”适用，推论是，利息应当更普遍地适用。[392] 但这一推论既不强大也没有说服力；整条说的都是补偿“可”包括利息。但评注在表达下列意见时给出了更充分的理由：“在利息的计算中，起算日期和终止日期的确定，利率的选择和复利的确定都要根据各起案件的情况酌情处理”。[393]

198. 如上文第 152 段所述，有些国家政府支持第 44 条第 2 款对利息问题采取的相当有节制的处理办法；另一些政府则对此持强烈的批评态度，说这种办法会破坏既定原则的稳定，既定原则即在必要情况下应当判给利息，以补偿受害方因国际不法行为所受的损失。在这方面，应当注意到，在一读辩论中，特别报告员和委员会任何委员都没有否认这项原则；实际上就这一问题发言的几乎所有人都特别支持这项原则。

(b) *利息在赔偿方面的作用* [394]

199. 关于各国政府的评论和对条款草案的其他批评意见，有两个问题。第一是判给利息作为赔偿国际不法行为一个方面的实际作用；第二是在条款草案中列入一个关于利息的条款是否可取。

(一) *一般原则？*

200. 关于第一个问题，阿兰焦—鲁伊斯先生的第二次报告 [395] 对判例和学说作了有益的回顾。最近的判例也证明，至少存在一项主张在必要时判给利息以实现充分赔偿的一般原则。

201. 应当指出，在常设国际法院第一次(最后证明也是唯一的一次)实际定量判定国际不法行为的应付赔偿金的案件中，赔偿金包括了利息。在“*温布尔登号*”案中，法院判给了 6%的单利，从判决之日起算，其根据显然是只有“从应付款额的数量和支付义务确立之时起”才应支付利息。[396] 尽管赔偿金数额的确定参照了该法国船只改线的实际费用，但这是一起针对违背条约行为的公法索赔案。[397] 在另一

---

[388] 《1990 年……年鉴》，第一卷，第 2169 次会议，第 256-257 页，第 10-11 段；第 261 页，第 29-30 段；第 2170 次会议，第 265-266 页，第 10 段；第 2171 次会议，第 270 页，第 10 段；第 274 页，第 31 段；第 282 页，第 69-71 段；第 2172 次会议，第 287 页，第 13 段；第 290 页，第 33 段；第 295 页，第 62 段；第 2173 次会议，第 299 页，第 11 段；第 301 页，第 23 段；第 308 页，第 60 段；第 309 页，第 69 段；第 2174 次会议，第 314 页，第 11 段；第 316 页，第 23 段；第 317-318 页，第 34 段；第 318-319 页，第 42 段；第 322 页，第 64 段；以及第 2175 次会议，第 331 页，第 36 段。从辩论看来，委员会本愿意接受一项注重为提供充分赔偿所必需的一般利息权的提议，但却担心提议的第 9 条“仅涉及一个次要问题”，而这一问题上的实践存有差异(同上，第 2170 次会议，第 265-266 页，第 10 段)(托穆沙特先生)；参见第 2171 次会议，第 270 页，第 10 段(小木曾先生：“给利率和复利这类问题拟订过分详细的规则，在这些问题上，国际法尚不明确”)。

[389] 《1992 年……年鉴》，第一卷，第 2288 次会议，第 269 页，第 48 段。

[390] 《1993 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 8 条[现有的第 44 条]评注，第 80 页，第(24)段。

[391] 同上，第(25)段。

[392] 《1992 年……年鉴》，第一卷，第 2288 次会议，第 269 页，第 49 段(扬科夫先生，起草委员会主席)。

[393] 《1993 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 8 条[现有的第 44 条]评注，第 80 页，第(26)段。

[394] 作为一般国际法问题的利息问题，例如见布朗利，同前，第 227-229 页；巴克，《国际法上关于创收财产的估价》，第 7 章及所引著作。关于比较法和国际私法方面的经验，例如见 Hunter 和 Triebel,“国际仲裁中利息的的裁定”；哥坦达，“国际仲裁中利息的的裁定”以及《国际私法中的附加损害》，第 2–3 章。

[395] 《1989 年……年鉴》(见上文脚注 21)。

[396] “*温布尔登号*”轮船案(见上文脚注 201)，第 32 页。考虑到“世界目前的金融状况以及……流行的公共贷款条件”，法院认可法国利率 6%的索赔为公正的索赔。

[397] 常设国际法院还在*霍茹夫工厂*案(见上文脚注 49)中设想应支付利息。实际上没有作出裁决，因为随后双方商定了赔偿额。

起国家对国家的索赔案——*科孚海峡案*[398]中，没有提出利息问题。

202. 其他法庭在有关索赔涉及私人当事方损害索赔的案件中以及名副其实的国家间索赔案中，经常遇到索赔裁决的问题。[399] 在这方面，伊朗—美国索赔法庭的经验值得注意。[400] *在伊朗伊斯兰共和国诉美利坚合众国案*(A-19 号案)中，全体仲裁庭认为，其处理索赔的一般管辖权包括裁决利息的权力，但法庭拒绝就利息的裁决规定统一标准，理由是这属于每一分庭的管辖范围，涉及“赋予它们的在裁决每一起特定案件中行使自由裁量的权利”。[401] 在本金问题上，该法庭说：

> 利息索赔是所寻求补偿的一部分，并不构成需要独立司法许可的单独诉因。按照《索赔争端解决声明》第五条，本法庭需“在尊重法律的基础上”裁决索赔。在裁决中，本法庭历来将有关利息作为本法庭有责任裁决的“索赔”不可分割的一部分处理。本法庭注意到，各分庭历来判给利息，作为“对因拖延付款而受损害的赔偿”……确实，依照惯例，仲裁法庭可以判给利息，作为损害赔偿金的一部分，即使仲裁协定并没有明确提及利息。鉴于判给利息的权力为法庭裁决索赔的权限中所固有，只有在《索赔争端解决声明》中加以明确规定才能排除此种权力，但其中并没有这样的规定。因此，本法庭的结论是，判给利息作为对所受损害的补偿显然在其权限之内。[402]

该法庭按另一种略低的利率判给了政府间索赔利息。[403] 有些案件没有判给利息，如在认为一笔总付赔偿金反映了充分赔偿的情况时，或在有其他特殊情况时。[404]

203. 联合国赔偿委员会理事会第 16 号决定涉及利息问题。该决定规定：

> 1. 利息的裁决将从发生损失之日起计算，至付款之日止，利率应足以赔偿成功的索赔人因未能使用裁定本金所受的损失。
>
> 2. 理事会将在适当时候审议利息的计算和支付方法。
>
> 3. 利息将在本金判决后支付。[405]

我们再次看到了原则上赞成必要时判给利息以补偿索赔人的决定与该原则的灵活适用性相结合的情况；同时，利息作为一种补偿形式被视为一种次要的因素，从属于索赔的本金。

204. 人权法院和法庭有时也判给、或至少设想判给利息，尽管这些机构的补偿做法比较保守，索赔几乎都是不定数额的。这样做的目的在于，例如保护应在一段时期内分期支付的损害赔偿金的价值，也就是采取延期偿付利息的形式。[406]

205. 国家补偿委员会和法庭最近的做法一般也是在评估补偿的过程中考虑到利息。但在某些部分一次付清的案件中，索赔明确限于本金损失额，理由是可供发放的资金有限，本金索赔应当优先。[407]

---

[398] 《1949 年国际法院汇编》(见上文脚注 69)，第 244 页。

[399] 国际海洋法法庭在第一起评估补偿的案件中就各类不同的损失按不同利率判给了利息(“*赛加羚羊号*”案(第 2 号)(见上文脚注 315)，第 66 页，第 173 段)。

[400] 见艾尔德里奇，同前，第 474-479 页；布劳尔和布鲁斯克，同前，第 18 章。

[401] 《伊朗—美国索赔法庭汇编》(剑桥，格劳秀斯出版物，1988 年)，第 16 卷，第 290 页。如艾尔德里奇，同前，第 475-476 页指出，三个分庭的做法并非完全一致。

[402] 《伊朗—美国索赔法庭汇编》(见上文脚注 401)，第 289-290 页。

[403] 见布劳尔和布鲁斯克，同前，第 626-627 页及参考案例。采用的利率为 10%，用于商业索赔的利率为 12%。

[404] 见艾尔德里奇，同前，第 476-477 页。见第三分庭(维拉利、布劳尔和 Ansaari)在 *McCollough and Company, Inc.* 诉邮信报部案中的详细分析，《伊朗—美国索赔法庭汇编》(剑桥，格劳秀斯出版物，1988 年)，第 11 卷，第 26-31 页。

[405] S/AC.26/1992/16(见上文脚注 318)。

[406] 例如见贝拉斯克斯·罗德里格斯诉洪都拉斯案(上文脚注 321)，第 57 段。欧洲人权法院现在采用了一种类似办法：例如见帕帕米哈洛普洛斯案(上文脚注 322)，第 60-61 页，第 39 段。在该案中，仅应当就判给的金钱赔偿金支付利息。详见谢尔顿，同前，第 270-272 页。

[407] 巴克，同前，第 209 和第 237-238 页。例如见 Foreign Compensation (People’s Republic of China), Order, Statutory Instrument No. 2201 (1987) (伦敦，皇家印务局)，第 10 段，它落实了 1987 年 6 月 5 日大不列颠及北爱尔兰联合王国政府与中华人民共和国政府就 1949 年提出的索赔达成的关于解决历史遗留的相互财产要求的协定(《条约汇编》，第 37 期(1987 年)) (伦敦，皇家印务局)。

206. 尽管有关趋势是更多地判给利息，作为充分赔偿的一个方面，甚至支持判给利息者也承认，在国际上，对实际判给利息额的定量和评估问题并没有统一的办法。[408] 因此，哥坦达表示：

> 在国际法庭中，没有统一的判给利息的办法。因此，利息裁决方面的差异极大。对于何种情况下应当支付利息，人们几乎没有一致意见，判给利息的利率从 3%至 20%不等。[409]

(二) 复利问题

207. 利息问题的一个方面是可能会判给复利。至少作为一个逐渐发展的问题，阿兰焦—鲁伊斯先生赞同“凡是能证明为了确保充分赔偿受害国所受的损害复利必不可少之时”，就应该裁决支付复利。[410] 但是，委员会并未保留他的这种提议，评注中仅仅是说复利问题“要根据个案的情况酌情处理”。[411]

208. 实际上，法院和法庭的一般意见都是反对判给复利，甚至那些裁定索赔人通常有权得到补偿性利息的法庭也是如此。例如，伊朗—美国索赔法庭历来拒绝就复利提出的索赔，包括索赔人由于与索赔有关债务被收取复利而蒙受损失的案件。在*雷诺烟草公司诉伊朗伊斯兰共和国政府、伊朗烟草公司*案中，法庭未能找到：

> 任何具体的理由来违背通常不允许判给复利的国际先例。正如一位权威人士所说，“根据国际法，在损害赔偿这一主题范围内，没有几条规定比不允许判给复利这一规则更好了”……尽管“所有款额”这一措辞可以被理解为包括利息，并从而允许判给复利，但由于该措辞的模糊性，法庭根据刚才所述的国际规则解释这一条款，因而排除了复利。[412]

根据这一办法，法庭从头至尾地细读了看似规定了复利问题的合同条款，以防止索赔人获得“与未拥有本应归其使用的款额而可能发生的损失完全不成比例的”好处。[413]

209. 因此，绝大多数权威意见都继续支持仲裁员马克斯·休伯尔在英国在*摩洛哥西班牙保护地提出的索赔*案中表示的意见：

> 关于一国对另一国由于另一国国民在其领土内受到损害而给予赔偿的仲裁案件判例法—— 必定是一类特别丰富的判例法——一致排除复利。在这种情况下，要有特别强有力的、特殊性的论据，才能承认这种类型的利息。[414]

在国家对国家的索赔中，复利方面的情况同样如此。

210. 尽管有些法学家(尤其是曼)主张重新考虑这项原则，理由是“受害方合理发生的复利作为一个损失项应当可予追回”。[415] 国际投资争端解决中心法庭在 *Santa Elena 开发公司诉哥斯达黎加共和国*案中也支持这一观点：

---

[408] 应当注意到，一些伊斯兰国家，在伊斯兰教法的影响下，依照其法律，甚至根据其宪法，禁止支付利息。但是，它们在商务和国际环境下开发了有关利息的替代办法。例如，伊朗《宪法》(第 43 和第 49 条)禁止支付利息，但宪法监护委员会认为，这一禁制令不适用于“根据其自身信仰原则并不认为[利息]在所禁之列的外国政府、机构、公司和个人……”(见哥坦达，同前，第 39-40 页及参考资料)。

[409] 哥坦达，同前，第 13 页(参考略)。

[410] 《1989 年……年鉴》(见上文脚注 21)，第 78 页，第 105 段。

[411] 《1993 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 8 条[现在的第 44 条]评注，第 80 页，第(26)段。

[412] 案件编号 35 (1984 年)，《伊朗—美国索赔法庭汇编》(剑桥，格劳秀斯出版物，1986 年)，第 7 卷，第 191-192 页，引述怀特曼，《国际法上的损害赔偿》，第 1997 页。

[413] *伊朗阿那康德有限公司诉伊朗伊斯兰共和国政府*案(1986 年)，《伊朗—美国索赔法庭汇编》(剑桥，格劳秀斯出版物，1988 年)，第 13 卷，第 235 页。另见艾尔德里奇，同前，第 477-478 页。

[414] 《国际仲裁裁决汇编》(1924 年)，第二卷(出售品编号：1949.V.1)，第 650 页，阿兰焦—鲁伊斯先生引述于《1989 年……年鉴》(见上文脚注 21)，第 76 页，第 101 段。该报告引述了稍后几起判给了复利、或至少没有在原则上排除复利的案件。更近一些的案例是*阿米诺依仲裁*案，该案判给了一段时期的复利，没有提出任何理由。这一部分占最终裁决总额的 15%(巴克，同前，第 233 页，脚注 119)。见*科威特政府诉美国独立石油公司(阿米诺依)*案(1982 年)，《国际法报告》，第 66 卷，第 613 页(路透，Hamed Sultan 以及杰拉尔德·菲茨莫里斯爵士)。

[415] 曼，“在国际法中复利是一个损失项”，第 383 页。曼用其典型的热情争辩说，这一主张“不应当仅仅是英国法，而且应当在所有允许损害赔偿之处被接受，因此，应将其视为一项一般法律原则”(同上)。另见哥坦达，如上，第 61 页，提议按季度计算复利(同样是拟议法)。

尽管单利往往比复利判得更为经常，但国际法当然并非不知道或排除复利。在国际仲裁实践中，就任何特定案件确定是复利合适还是单利合适这方面没有形成统一的法律规则。相反，利息的确定是实施判决的产物，要考虑到有关案件的所有情节，特别是须作为本法庭适用法律一部分的公正因素。

特别是，若财产拥有人在先前某个时候丧失了其资产的价值，但却没有得到其因而应得的相应金钱，补偿额应当反映，至少部分反映其金钱如果按每年普遍流行的利率再投资本应挣得的额外款额及其所产生的收入。复利的目的并非就推迟向被剥夺了的所有者付款归责于或处罚任何人；它是一种机制，为的是确保在有关情况下判给索赔人的赔偿金是适当的。

在本案中，鉴于[索赔人]将近 22 年既不能将该财产用于其购买 Santa Elena 时所考虑的旅游开发，又无法出售该财产，判给单利是不合理的。另一方面，由于本案的事实，完全的复利也不对，因为[索赔人]尽管承担了维护该财产的负担，但一直拥有该财产，并且能够有限地利用和开发该财产。[416]

实际上，法庭判给了一笔总付赔偿金，赔偿受 23 年前所采取措施影响的财产。按单利判给了延期偿付的利息，在一段短的宽限期之后支付。

211. 总的来说，尽管国际法或国际法庭一般不判给复利，但可能出现特殊情况，证明有理由判给复利，作为充分赔偿的一个方面。但是，必需小心，因为准许复利可能导致膨胀的或不成比例的裁决，使利息额大大超过应付的本金额。

(三) 利率问题和计息期问题

212. 第三个问题涉及利息的实际计算：这引起了一些复杂的问题，涉及起算日期(违背行为的日期、本来应当付款的日期、索赔或要求的日期)、终止日期(解决协议或裁决日期、实际付款日期)以及适用利率(被告国、申请国的现行利率、国际借贷利率)。如已经指出的那样，目前没有处理这些问题的一致办法。在实践中，每一案件的情节和有关各方的行为均对结果具有强烈的影响。尽管阿兰焦—鲁伊斯先生提议的第 9 条[417]将违背行为的发生日作为利息的起算日期，但在确定这一日期方面可能有一些困难，许多法律制度需要索赔人在利息起算之前要求付款。[418] 无论如何，没有及时要求付款在决定是否允许判给利息方面是一项十分重要的因素。至于延期偿付(裁决后)的利息，有些案件留有一个支付宽限期(6 周至 3 个月)，此后才开始计算利息，另一些案件则不然。伊朗—美国索赔法庭的意见很有见地，它认为如果有关方面不能解决，此类问题必须留待“[个别法庭]通过行使在裁决每一特定案件时所拥有的自由裁量权”来解决。[419] 另一方面，目前各种决定和做法杂乱无章的状况表明似宜作出一种推定，除非有关各方另有协议或有具体考虑因素指出应采用其他方式，否则即适用这种推定。

(c) 一项关于利息的条款？

213. 特别报告员同意下列批评，即目前拟定的第 44 条第 2 款在补偿性利息方面并未反映当前的国际法。原则上，受害国有权就代表其损失的本金数额获得利息，条件是确定利息数额的日期早于索赔解决或判决或裁决的日期，并在确保充分赔偿所必须的范围之内。[420] 这种权利尽管是补偿的一个方面，但实际上是作为损害赔偿的一个单独要素处理，仅此一点就表明，在第二章中，应以一项单独条款来反映这一问题。该条不应当限于就有关利润损失判给的金额(阿兰焦—鲁伊斯先生的提议显然限于这一数额)。但是，就目前的权威学说来看，表明有任何获得复利的权利则太过了。评注应当指出，在特殊情况下，在提供充分赔偿所必要的程度范围内，可以判给复利。评注还应当澄清，提议的条款仅涉及补偿性利息。法院或法庭判给延期偿付(判决后)利息的权力最好被视为其程序问题，因此，在本条款草案的范围之外。

214. 据此，特别报告员提议的第 45 条之二如下：

“利息

“1. 为确保充分赔偿而有必要时，也应支付根据本条款草案所应支付的任何本金额的

[416] 案件编号：ARB/96/1(Fortier, Lauterpacht, Weil)(见上文脚注 20)，第 202 页，第 103-105 段。

[417] 《1989 年……年鉴》(见上文脚注 21)，第 143-145 页，第 191 段。

[418] 在俄罗斯损害赔偿案(上文脚注 80)第 442 页中，常设国际法院比照欧洲国内法制度的一般立场，将正式要求的日期作为有关日期。

[419] 见上文第 202 段和脚注 401。

[420] 因此，若按裁决之日的现值估算损失，则不允许判给利息。见灯塔仲裁案(上文脚注 375)，第 252-253 页。

利息。利率和计算方法应为最适于取得这一结果的利率和方法。

“2. 除非另外商定或决定，利息从本应支付赔偿金之日起算，至履行了支付赔偿金的义务之日为止。”

6. 减轻责任

215. 在从责任范围转向减轻责任的过程中，出现了两个问题。第一个问题在一读通过的第 42 条第 2 款中有所论述，涉及援引责任规定的国家本身实际上促成了所受损失的案件。第二个问题涉及的情况是尽管有关损失可归因于责任国，但受损害国家未能采取合理可用的措施以减轻损失。

(a) 共同过失

216. 现第 42 条第 2 款涉及共同过失和减轻问题。[421] 将其作为第一章中的一项一般原则与第 42 条第 1 款放在一起是不恰当的，但是作为对第二章赔偿形式的一种限定，这一问题确实需要处理。

217. 第 42 条第 2 款规定如下：

在确定赔偿时，应该考虑到：

(*a*) 受害国；或

(*b*) 以其名义提出索赔的该国国民；

起到损害作用的过失、或故意的行为或不行为。

218. 现第 42 条第 2 款最初是由阿兰焦—鲁伊斯先生在等值赔偿即补偿的背景下提出的。他的备选案文之一载有一项规定，即在并存原因“包括受害国也有共同过失的可能情况”的案件中允许减少赔偿额。[422] 起草委员会拒绝了他的并存原因理论，但保留了有关共同过失的具体规定，理由是在确定赔偿义务的形式和范围时考虑到这一点才公平。[423]

219. 第 42 条第 2 款评注指出，“在理论上和实践上”，共同过失“都被广泛认为与确定赔偿有关”。[424] 在补偿的情况下尤其如此，但它对其他赔偿形式、甚至可能对各种形式之间的选择也很重要。[425] 评注指出，“‘起到损害作用的过失或故意的行为或不行为……’一语是从《外空物体所造成损害之国际责任公约》第六条第一款借用过来的”。[426]

220. 对第 42 条第 2 款作出具体评论的各国政府[427] 并未明确要求删除该条，但普遍对这项规定的起草及其背后的概念表示关注。联合王国同意第 42 条第 2 款考虑的因素“本身没有争论性”，然而，却很难理解为什么专门特别提及过失和故意的行为；诸如所违犯规则的性质和意图保护的利益的性质等其他因素也同样值得特别指出。鉴于该条适用于赔偿，而不仅仅适用于补偿，联合王国“担心这项关于表面上是共同过失原则的条文，企图将实质上是国际法特殊实质规则一方面的问题作为一项国家责任一般原则处理”。[428] 美国还对第 42 条第 2 款的意图提出疑问。它认为，不清楚该款是否体现了“一个共同过失概念 ── 如以习惯法处理，这可能完全抵消了不法行为者的责任，还是预见到在某种程度上会局部偏离‘充分赔偿’标准”。[429] 对美国而言，前一项概念是不能接受的。关于“比较过失原则”的采用，美国认为它会在条款草案中引入一个现行国家责任法未予确立、“可能会被不法行为国滥用”的不确切的概念。[430] 同时，“美国体会到

---

[421] 文献中有关这一主题没有多少讨论，但见 Bederman,“共同过失和国家责任”；以及 Salmon, “La place de la faute de la victime dans le droit de la responsabilité internationale”。

[422] 《1989 年……年鉴》(见上文脚注 21)，条款草案第 8 条，第 5 款，第 143 页；讨论情况，见第 36-39 页(同上)。

[423] 见《1992 年……年鉴》，第一卷，第 2288 次会议，第 265-266 页，第 20-26 段。

[424] 《1993 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 6 条之二[现第 42 条]评注，第 65 页，第(7)段，参考权威意见。

[425] 同上，第(7)段。

[426] 同上。根据《公约》第六条第 1 款，“发射国若证明，全部或部分是因为要求赔偿国，或其所代表的自然人或法人的重大疏忽，或因为它(他)采取行动或不采取行动蓄意造成损害时”，可免除发射国的损害赔偿责任。除了举证责任之外，这是一条比第 42 条第 2 款更加严格的免除标准，尽管是在一个极端危险活动的严格赔偿制度范围之内。

[427] 各国政府关于第 42 条的评论摘要，见上文第 22 段。

[428] 《1998 年……年鉴》[英](见上文脚注 35)，第 145 页。

[429] 同上，第 146 页。

[430] 同上。另见 A/CN.4/496 (上文脚注 3)，第 15-16 页，第 125 段和日本的评论，日本认为，第 42 条第 2 款应明确规定，“不法行为国作出充分补偿的义务，并不因为……起到损害作用的行为而自动免除”(《1999 年……年鉴》[英](见上文脚注 43)，第 108 页)。

受害国或国民对其损害赔偿程度负有一定责任的情形所引起的种种困难”，[431] 并承认“比照合同法规则”，受害国“在某些情况下可能有义务要减轻其损害”。[432] 法国建议第 2 款(*b*)项应限于外交保护案，因此，案文应改为“实施外交保护国家的国民”。[433]

221. 也许要承认，第 42 条第 2 款中有一些逐渐发展的因素，特别是在国家对国家的义务方面(不同于外交保护)。另一方面，在评估应作赔偿的形式和程度时考虑到受害国的行为是合理的，在实践中也以各种方式考虑到了这一点。特别报告员提议将该款作为一个涉及减轻责任的单独条款予以保留。这一标题将有助于减轻一国政府表示的担心，即受害者的行为可能会完全否定肇事者的责任。出现这种情形的唯一情况将是有关损失根本无法归因于责任国的行为，而是完全由“受害者”或第三方的干涉行为所致。这种情况有可能出现，但它属于直接原因的一般要件，而非本条款的范围。

(b) 减轻损害

222. 已经简短讨论过的一个相关问题 [434] 是所谓的受害国减轻损害的责任问题。正如国际法院在*加布奇科沃—大毛罗斯项目案*中所指出的，这不是一项独立的义务，而是对受害国有可能索赔的损害赔偿的限制。[435] 尽管与“共同过失”或“比较过失”概念相关，它在逻辑上依然是一个独特概念：并非受害方助成了损害，而是它没有采取本可减轻损害的合理可用的措施。特别是鉴于有关将赔偿负担限于一个合理程度的关注，[436] 也应当将这样一项原则列入提议的条款。

7. 第二部分第二章结论摘要

223. 鉴于这些理由，第二部分第二章应拟定如下。

“**第二章**
“**赔偿的形式**

“**第 43 条 恢复原状**

“在并且只有在下列情况下，实行了国际不法行为的国家有义务恢复原状，即恢复到实行不法行为以前所存在的状况：

“(*a*) 恢复原状并非实际上做不到的；

“(*c*) 受不法行为之害者从促使恢复原状而不要求补偿所得到的利益不致与所引起的负担完全不成比例。

“**第 44 条 补偿**

“实行了国际不法行为的国家有义务补偿由此造成的经济上能估价的损害，如果这种损害没有以恢复原状的方式得到赔偿。

“**第 45 条 满足**

“1. 实行了国际不法行为的国家有义务为该行为造成的任何非物质伤害提供满足。

“2. 首先，满足应当采取承认违背行为的形式，并酌情辅之以表示遗憾或正式道歉。

“3. 此外，如果情况需要，满足可采取适当的额外形式以确保充分赔偿，除其他外，包括：

“[(*a*) 名义赔偿金；]

“(*b*) 反映伤害之严重性的赔偿金；

“(*c*) 在违背行为由官员的严重渎职或任何人的犯罪行为引起的情况下，对应负责任者的纪律处分或刑事诉讼。

“4. 满足必须与有关伤害成比例，不得采取羞辱责任国的形式。

“**第 45 条之二 利息**

“1. 为确保充分赔偿而有必要时，也应支付根据本条款草案所应支付的任何本金额的利息。利率和计算方法应为最适于取得这一结果的利率和方法。

---

[431] 《1998 年……年鉴》[英](见上文脚注 35)，第 146 页。

[432] 同上，脚注 3。

[433] 同上，第 145 页。

[434] 上文第 30 段。

[435] 《1997 年国际法院汇编》(见上文脚注 18)，第 55 页，第 80 段，引述于上文第 30 段。

[436] 见上文第 161 段。

“2. 除非另外商定或决定，利息从本应支付赔偿金之日起算，至履行了支付赔偿金的义务之日为止。

“第 46 条之二 减轻责任

“在确定赔偿的形式和程度之时，应考虑到：

“(*a*) 以其名义提出的索赔的任何国家、个人或实体助成损害的过失或故意的行为或不行为；

“(*b*) 受害方是否采取了合理可用的措施以减轻损害。”

第 二 章

条款草案其余部分的结构

224. 本报告前几节已经提出了赔偿的一般原则和形式，其基础主要是一读通过的条款草案，但根据其后的一些情况发展和各国政府的评论作出了修改。委员会也表示初步赞同特别报告员就其余部分和章节结构所提出的一些意见。[437] 除其他外，这些意见为：

(*a*) 增加新的第二部分之二，处理援引责任问题，其中将包括有关反措施的条款；

(*b*) 考虑拟定关于多个受害国的规定；

(*c*) 进一步审议各种严重违背对整个国际社会承担的义务的行为；

(*d*) 推迟审议条款草案的形式及解决争端的相关问题(现第三部分)；

(*e*) 增加新的第四部分，集中所有保留条款和其他一般规定。

225. 因此，本报告这一节将审议可以说是在“正常”情况下援引责任的问题，即(拟议的第 40 条之二或以类似方式 [438] 界定的)受害国对责任国援引责任的问题。本节接着将审议在有多个责任国或多个受害国情况下援引责任的问题。

226. 本报告另一节将审议关于反措施的条款，包括受害国采取反措施的问题，以及几个或多个国家声称采取反措施这种比较复杂的情况；这涉及最后一个关键问题：如果核心问题涉及严重违背对整个国际社会承担的义务的行为，后果是否有所不同。最后，本报告将审议增加一个总则部分(第四部分)的问题。这个部分将包括适用于整个条款草案的保留条款和任何其他一般规定(包括一读通过的第 37 和第 39 条)。

---

[437] 见上文第 5-10 段。

[438] 见上文第 119 段。

第 三 章

受害国援引责任

A. 概论

227. 提议的第二部分之二的基础是由于实行国际不法行为而在法律上引起的次要后果之间的区分，以及各种可以追究这些后果或(甚至)免除或减轻这些后果的办法。一读通过的第二部分的问题之一是，它似乎认为所有国际不法行为的必然结果都是依据法律而产生的，也就是说，这些结果是实行国际不法行为后立即引起的新的次要法律关系的一部分。根据这个假定，必须在事前规定这些后果，而

且这些规定显然将不允许其他国家，甚至不允许责任国本身有任何作出选择或回应的余地。根据这个假定，反措施与赔偿一样都是次要法律关系的一部分。但责任制度的实施方式实际上将取决于有关当事方事后的行为。一个简单的示例是，发生违背一般双边国家间义务的行为时，受害国实际上可以选择不追究违背行为，或放弃援引后果的权利，或选择接受补偿而不要恢复原状，或者只强调停止行动和在将来履行承诺。任何案文如果规定恢复原状为国际不法行为的正常后果，但没有说明受害国在这种情况下可以合法地选择补偿，就没有反映国际法或国际惯例。

228. 因此，有必要区分由于实行国际不法行为而在法律方面引起的后果(第二部分)与取决于当事方其后所作反应的进一步后果。这些反应可以是拒绝赔偿(导致采取反措施的可能性)或受害国选择放弃(导致丧失援引责任的权利)，或各种介于两者之间的可能办法。后者是第二部分之二的内容。

229. 提议把第二部分之二的标题定为“国家责任的履行”。不必在英文案文内以方括号加上“*mise en oeuvre*”的法文用语，尽管这个措辞适当，与“implementation”(履行)一词意义等同，可以在法文案文内使用。

230. 特别报告员在上文已经指出原第 40 条(新的第 40 条之二)应该放在这一部分的开头。[439] 如果根据建议，把提议的第 40 条之二分成两条或三条案文，应将这些条文放在这个部分的适当位置。后面将重点讨论建议在第 40 条之二中加以界定的“受害国”一词。

231. 首先，每一受害国本身显然都有权援引责任。[440] 但这引起几个有关援引责任的模式和在这方面所受限制的问题。可以考虑将其列入该部分第一章的总则内。[441] 这些问题包括：

(*a*) 受害国选择赔偿方式的权利(例如，要求补偿而不要恢复原状)；

(*b*) 援引责任的基本形式要件(例如，以书面形式提出要求)；

(*c*) 与索赔的可受理性相关的问题(例如，用尽当地救济、索赔的国籍)；

(*d*) 受害国赔偿权利方面的限制(例如，不超出诉讼请求规则、禁止重复赔偿的规则)；

(*e*) 援引责任权的丧失。

下文将逐一讨论这些问题。

1. 受害国选择赔偿方式的权利

232. 一般来说，受害国有权在各种赔偿方式中作出选择。因此，受害国可以选择补偿而不要求恢复原状，例如，德国在*霍茹夫工厂案* [442] 或是芬兰在*大海峡案* [443] 的最终解决办法中都作出了这种选择。受害国也许满足于对其请求的全部或某一特定方面作出宣告式救济。一读案文承认在各种不同赔偿方式中作出选择的权利。“受害国有权……”的提法反映了这一点。对于体现充分赔偿原则的各项条款，不提议采用这种表述。基于上述理由，应从责任国义务的角度来表述这些条款。[444] 无论如何，最好还是写明选择的权利，特别是考虑到与违背行为有关(但没有具体受到伤害)的第三国的立场将因为受害国在各种救济中所作出的取舍而受到影响。

233. 上文已经提到受害国的选择权是否受到任何限制的问题。[445] 当然，在有些情况下，国家不能在得到补偿后就撒手不管尚未解决的局势，特别是在涉及个人生命或自由的情况下，或是在涉及一个民族对其领土的权利或自决权时。但经分析后可以看

---

[439] 见上文第 9 段和第 117-119 段。

[440] 见上文第 102 和第 107 段。对多个受害国就同一行为援引责任的案件进行的审理，见下文第 279-281 段。

[441] 1969 年《维也纳公约》分别在具体主题下处理类似问题。例如，第二十三条处理关于保留的程序，放在关于保留的提出及其法律效果的条文之后。第五编第一节把关于援引条约失效、终止或停止施行条约理由的多项规定集中一起(例如见第四十四条(条约之规定可否分离)和第四十五条(丧失援引条约失效……理由之权利))。同一编第四节处理其他程序问题，第五节则处理此类援引的后果。

[442] 见上文第 23 段和脚注 47。

[443] 见上文第 136-137 段和脚注 254；和解条件，见 Koskenniemi, “L’affaire du passage par le Grand-Belt”，特别是第 940-947 页。

[444] 见上文第 25-26 段。

[445] 见上文第 134 段。

到，这些情况是关于停止的问题，或继续履行义务的问题，而不是真正的赔偿问题。赔偿是为了消除过去的伤害和损伤。如果持续履行义务不单是两个有关国家之间的问题，这些国家就不可以通过和解来解决有关情况，就好像受害国不可以单方面使责任国免于继续履行义务的情况。但这种详细规定可以反映在案文的行文内，并在评注内提及。参照第29 条(同意)的做法，只需要规定受害国可以在各种赔偿方式中作出一种“有效”选择，有效性的条件可留待根据一般国际法决定。根据条款草案，这样作出的选择应发生效力。

2. 援引责任的形式要件

234. 虽然在实行国际不法行为后依据法律会产生责任方面的次要法律关系，但在实践中，任何其他有关国家如果想要要求停止行为或获得赔偿，就必须作出反应。反应可以通过各种形式作出，从非正式地私下提请注意履行义务的必要性，到正式抗议、协商等等。此外，受害国注意到违背行为而不作出反应可能引起法律后果，甚至会出现因为放弃或消灭时效而最终丧失援引责任权的情况。

235. 1969 年《维也纳公约》第六十五条有类似内容。该条规定：

> 1. 当事国依照本公约之规定援引其承受条约拘束之同意有误为理由，或援引非难条约效力、终止退出或停止施行条约之理由者，必须将其主张通知其他当事国。此项通知应载明对条约所提议采取之措施及其理由。
>
> 2. 在一非遇特别紧急情形不得短于自收到通知时起算三个月之期间届满后，倘无当事国表示反对，则发出通知之当事国得依第六十七条规定之方式，实施其所提议之措施。
>
> 3. 但如有任何其他当事国表示反对，当事国应藉《联合国宪章》第三十三条所指示之方法以谋解决。
>
> 4. 上列各项绝不影响当事国在对其有拘束力之任何关于解决争端之现行规定下所具有之权利或义务。
>
> 5. 以不妨碍第四十五条为限，一国未于事前发出第一项所规定之通知之事实并不阻止该国为答复另一当事国要求其履行条约或指称其违反条约而发出此种通知。

236. 应当尽量避免拘泥于程序的形式，或者暗示不履行义务的正常后果是提出索赔书。在许多情况下，静默外交可能更有助于确保履行义务，甚至取得赔偿。不过，受害国或有关国家有权对违背行为作出反应，而第一步应该是请责任国注意情况，要求该国采取适当措施停止违背行为，并提供纠正措施。

237. 条款草案不必具体规定援引责任应该采取的形式。在实践中，根据所涉责任的严重程度和有关国家之间的一般关系，责任主张可以由不同级别的政府提出。此外，国际法院在有些情况下也可以接受以较非正式方式提出的援引。例如，在瑙鲁境内某些磷酸盐地案中，澳大利亚辩称不应受理瑙鲁的索赔，因为“索赔没有在合理的时间内提交”。[446] 这引起两个问题：第一，索赔在什么时候实际提交；第二，在提交索赔前时效终止(或者更确切地说，其后，在瑙鲁采取有效行动提出其索赔以前时效终止)是否具有决定意义。法院驳回了上述反对意见。法院提及在 1968 年瑙鲁独立以前索赔已经提出但没有获得解决的事实，并指出“报章报导”瑙鲁新任总统在其独立日就曾提到该项索赔，而且可以推定，其后与澳大利亚多位部长的书信来往和讨论也曾经提到该索赔。但法院也注意到：

> 直到 1983 年 10 月 6 日，瑙鲁总统才写信给澳大利亚总理，请他“体谅地重新考虑瑙鲁的立场”。[447]

国际法院总结当事双方的通信如下：

> 法院……注意到这一事实：瑙鲁最晚是通过 1969 年 2 月 4 日的信，从而正式得知澳大利亚有关修复 1967 年 7 月 1 日前开采的磷酸盐地问题的立场。瑙鲁直到 1983 年 10 月 6 日才以书面形式对这一立场提出异议。然而，在此期间，正如瑙鲁所指出而澳大利亚并未反驳的那样，瑙鲁总统曾两次向澳大利亚主管当局提出该问题。法院认为，由于澳大利亚与瑙鲁间关系的性质，以及因而采取的步骤，瑙鲁的申请书并未因时间的推移而不可受理。[448]

从这一段可以看到，法院似乎不大强调正式手续。被告国由于索赔国的通信而知道索赔就已足够，即使这些通信的证据是关于一些讲话或会议的报章报导而并非正式外交函件。虽然法院采用灵活的态度

---

[446] 《1992 年国际法院汇编》(见上文脚注 307)，第 253 页，第 31 段。

[447] 同上，第 254 页，第 35 段。

[448] 同上，第 254-255 页，第 36 段。

并根据当事两国之间的关系考虑问题，但法院看来还是注意到了索赔国以有效方式把索赔通知被告国的事实。

238. 特别报告员认为，这种做法原则上是正确的。一国对另一国提出责任主张，必须满足一些关于发出通知的起码要求，以使责任国知道指控并可以作出回应(如停止违背行为，提出某些适当的赔偿形式)。毫无疑问，索赔的具体形式将视情况决定。但条款草案至少应规定援引责任的国家应将其采取的行动通知责任国。发出通知时，一般应说明该国要求采取何种行动以停止任何持续进行中的不法行为，以及它希望采取何种赔偿形式。此外，由于国家间通信一般采用书面形式，规定采用书面形式发出有关索赔的通知应该是合理的。[449]

3. 若干关于索赔可受理性的问题

239. 对违背行为提出抗议的国家如果对责任国所作出的反应感到不满意，应有权援引责任国的责任，寻求第二部分所规定的停止、赔偿等等措施。条款草案似乎应该参照 1969 年《维也纳公约》第六十三条第二至第四项和第六十五条作出类似规定。问题是第二部分之二的规定是否应涉及责任主张可受理性的问题。

240. 条款草案一般不涉及国际性法院和法庭的管辖权问题，也不涉及受理案件的条件。条款草案只规定确立国家国际责任的条件及各国援引这些责任的条件。因此，条款草案的作用不在于处理在提起诉讼以前用尽其他和平解决办法的规定，或者处理异地未决的诉讼原则或选定一条路原则，因为这都可能影响国际法庭之间的管辖权问题。[450] 与此相反，在国际性法院上提出的某些会被定为涉及可受理性的问题，事实上是一些具有更基本性质的问题：是援引国家责任的先决条件。最明显的示例是用尽当地救济的规定和索赔的国籍规定。

(a) 用尽当地救济(第 22 条)

241. 用尽当地救济规则已反映在一读通过的第 22 条案文内，并由委员会在 1999 年第五十一届会议上根据特别报告员第二次报告进行讨论。[451] 一读通过的第 22 条反映了对用尽当地救济的所谓“实质性”理解，据此理解，在适用用尽当地救济的情况下，在用尽当地救济以前，违背行为并未发生。但有些情况显然不是这样：例如，被警察拷打的个人被害人要用尽当地救济，但严刑拷打既侵犯了人权，也违反了外侨最低待遇标准。特别报告员建议以一项保留条款取代第 22 条。这一保留条款应放到第一部分第三章的结尾，或放在提议的第二部分之二，规定适用用尽当地救济规则的情况。[452] 在进一步审议后，特别报告员认为这一条款的适当位置是第二部分之二。该保留条款应作出一般性规定：涵盖无论是根据条约或根据一般国际法而适用用尽当地救济规则的任何情况。同样地，条款不应采取原第 22 条的限制做法，把适用范围限于外交保护的情况，也就是说，只适用于“关系到给予外国国民或法人的待遇”的情况。[453] 条款草案不必过于仔细地规定适用该规则的模式，也不必涉及下列一类问题：(*a*) 该规则是否适用于在被告国境外造成的伤害；(*b*) 是否适用于在商业或经济领域(管理权)对外国及其机关所造成的伤害；(*c*) 为此目的，特定救济是否会被视为“现有”的救济；以及(*d*) 怎样才能构成用尽当地救济。在外交保护专题的工作范围内，上述问题无疑会得到更仔细的处理。

---

[449] 见 1969 年《维也纳公约》第二十三条(保留、明示接受保留及反对保留均“必须以书面提具”)和第六十七条(宣告条约失效、终止、退出或停止施行条约之文书须以书面为之)。

[450] 法院对国际索赔案的管辖权和可受理性问题受多项因素影响。这方面的讨论见 Abi-Saab, *Les exceptions préliminaires dans la procédure de la Cour internationale: étude des notions fondamentales de procédure et des moyens de leur mise en œuvre*；菲茨莫里斯，*The Law and Procedure of the International Court of Justice,* 特别是第二卷，第七章，第 427-575 页；以及罗森，《国际法院的法律与实践，1920-1996 年》，第二卷，管辖权。

[451] 《1999 年……年鉴》[英](见上文脚注 8)，第 39-41 页，第 138-150 段；讨论内容，见《1999 年……年鉴》[英]，第二卷(第二部分)，第 67-68 页，第 223-243 段。

[452] 提议案文见特别报告员第二次报告，《1999 年……年鉴》[英](上文脚注 8)，第 43 页，第 158 段。

[453] 同上。《公民及政治权利国际公约》第四十一条第一款(寅)项规定，关于侵犯人权行为的国家间来文，人权事务委员会只能“于查明对此事件可以运用之国内救济办法悉已援无遗后，依照公认之国际法原则处理之”。另见《公约》的《任择议定书》第二条及其他区域人权公约中的相同规定。

(b) 索赔的国籍

242. 可以放到第二部分之二的第二个可能不予受理的理由是索赔的国籍。同样应当指出的是，详细拟定索赔国籍规则的工作应在外交保护专题下进行。但由于索赔国籍规则是援引责任的一般条件，而且不仅仅涉及司法机关对索赔的管辖权或可受理性，以处理用尽当地救济规则的同样办法处理这项规则也许是恰当的。据此，提议了一条大意如此的简单条款。[454]

4. 对求偿的限制

243. 第二部分应包括适用于充分赔偿原则的限制，规定责任国在这方面的义务，同时考虑到附带过失等问题。但在援引责任方面可能还有其他的限制。有两点值得注意。

(a) 不超出诉讼请求原则

244. 各国际法院和法庭经常适用或者至少是提到不超出诉讼请求原则，即一国获得的赔偿不会超过实际索赔数额的原则。例如，在*科孚海峡案*中，联合王国要求赔偿 700 087 英镑，作为被水雷击沉的驱逐舰“索马里兹号”的重置价值。国际法院鉴定人评估的真正重置成本比该数额略高一点(716 780 英镑)。法院按较低数额作出了裁决，指出“法院裁决的赔偿额不能高于联合王国政府提出的索赔数额”。[455] 国际法院在各类案件中适用了此项原则，有时候将其视为与当事方正式提出的请求有关的程序规则的一部分，[456] 有时候将其视为司法程序的固有部分。[457]

245. 受害国提出的索赔会限制赔偿形式和数量的规则也见诸仲裁判例。例如，在*英国在摩洛哥西班牙保护地提出的索赔案*中，英国要求以 7%复利计算；西班牙则认为只应支付 5%的单利。报告员马克斯·休伯尔说：

> 5%的利率当然过低。与此相反，在某些情况下，高于 7%利率是有可能的。尽管如此，有一项司法原则是必须遵守的，那就是不可以超出当事方索赔的数额。尽管报告员负责的调查性质特别，但报告员认为，……他应尽可能考虑到各项适用于司法程序的原则。因此，报告员采用 7%作为最高和最低利率。[458]

退一步说，以此方式适用该项原则有一点过于机械化。联合王国要求 7%的复利，把利率及其计算方法分开似乎有些不合理。采用较高利率但以单利计算应不会超出联合王国就利息所要求的实际数额的范围。[459]

246. 一般认为，不超出诉讼请求原则可以说是法院或法庭最终裁决或裁判的外限，但它并未将裁判的根据限于该范围。因此，国际法院一再强调法院不但可以自由选择裁定案件的根据，也可以自由认定请求国的索赔的实质。[460] 但如果当事一方希望对其索赔或请求作出限制，以限制法庭可作出的选择，如只能裁定恢复原状而不能裁定补偿，就会出现难题。在“*彩虹勇士号*”*仲裁案*中，新西兰只要求两名特工人员返回岛上，并特别声明没有就此提出任何替代性的补偿主张。[461] 法庭似乎认为这是对其裁判权的限制，虽然有关段落并没有讲得很清楚。法庭说：

> 但新西兰并没有要求作出金钱补偿的裁决，即使法庭不作出宣告，命令特工人员返回，也不要以此作为最后解决办法。法庭可以理解该立场，了解这是一国对其尊严和主权权利所持的态度。由于新西兰没有要求发出补偿命令，法国也

---

[454] 该条款的案文见下文第 284 段。

[455] 《1949 年国际法院汇编》(见上文脚注 69)，第 249 页。与此相反，法院裁定对第二艘受损船只“沃拉吉号”给予就修理提出的全部求偿数额，尽管鉴定人的评估略低一些(同上)。

[456] 正如在*请求解释 1950 年 11 月 20 日对庇护权案的判决案*，判决，《1950 年国际法院汇编》，第 402 页(其中提到“一项原则，即法院不仅有义务对当事方最后意见所述问题作出答复，而且有义务不对最后意见没有涉及的问题作出裁决”)。事实上，《国际法院规约》强调的是请求国的“主张”(特别见第 53 条)。《国际法院规则》认为正式意见体现并限制了主张(见第 49 条、第 60 条第 2 款、第 79 条第 2 款、第 95 条第 1 款；关于反诉的类似规定：第 80 条第 2 款)。

[457] 如*申请复核联合国行政法庭第 158 号判决案*，咨询意见，《1973 年国际法院汇编》，第 207-208 页，第 87 段。

[458] 见上文脚注 414。

[459] 罗马—日耳曼混合仲裁庭根据这项基本原则采取比较灵活的做法，见 *Dame R. S. Gologan* 等人诉德国案(1926 年)，《1925-1926 年国际公法案例年度文摘》(伦敦，朗曼格林书局，1929 年)，第 3 卷，第 419 页。

[460] 例如见法院在下列案件中提出的判例法审查意见：*核试验案*(澳大利亚诉法国)，1974 年 12 月 20 日的判决，《1974 年国际法院汇编》，第 262-263 页，第 29 段(澳大利亚诉法国)；以及同上(新西兰诉法国)(上文脚注 305)，第 466-467 页，第 30 段。

[461] 见上文第 132 段。

就没有在其书面诉状和口头辩论中谈及这种非常独特的救济，甚至根本没有机会这样做。此外，法庭本身没有机会听取当事双方对有关事项，如损害赔偿金数额的论点。[462]

法庭因此裁定“不发布金钱补偿命令”。[463] 但它还是提出了具有类似效用的建议，事实上回避了规则。

247. 特别报告员认为，不超出诉讼请求规则实际上是一项更根本的原则的程序方面的补充。该原则是：受害国有权在充分赔偿的范围内选择各种可以采用的救济。如果在第二部分之二明确规定受害国作出选择的根本权利，就没有必要为这项原则作出更详细的规定。此外，过于详细的规定可能会使国际法庭无法尽量灵活地对具体案件裁定各种适当的混合救济，特别是在对所要求赔偿的不同方面分别适用此项原则的情况下。报告员马克斯·休伯尔在*英国在摩洛哥西班牙保护地提出的索赔案*[464]中正是采取了这种做法。应在评注内解释不作出详细规定的理由，但不必为此项原则另外拟订一条案文。

(b) 禁止重复赔偿的规则

248. 援引责任可能面对的第二个限制是禁止重复赔偿的规则。一般认为，裁定的损害赔偿不应导致“重复赔偿”的情况，即受害国所得的赔偿超出评估的损害或伤害程度。必须“公平评定赔偿额，避免裁定双重损害赔偿”已经是不言自明的公理。常设国际法院在*霍茹夫工厂案*中的做法就是一例。[465] 其他国际法庭[466]和国家实践[467]都确认这项原则。

在有些情况下，这一规则影响到补偿本身的数量，因此涉及已经在第二部分第二章处理的问题。例如，不能对同一段时期同时判给利润损失赔偿金和赚取这些利润的本金的利息赔偿金。[468] 但在其他情况下，索赔国可能有权获得充分赔偿，但这应当在援引责任一级作出规定，以避免重复赔偿。在不同的人或实体有权向不同法院提出基本一样的请求的情况下，更需要有此项规定。在这方面，*霍茹夫工厂案*也提供了一个示例，因为该案所涉的财产同时是(原)物主向混合仲裁法庭所提权利主张的标的，以及德国向常设国际法院所提权利主张的标的。波兰认为：在这种情况下，德国的请求是不可受理的，但法院驳回这种论点，形式理由是当事各方并不相同，实质理由是德国的控诉涉及以违反条约的行为所占有的财产，而法庭的管辖权只涉及合法没收的财产。但显而易见的是，在评估向德国支付的赔偿数额时，本应考虑到可向公司支付的任何赔偿数额。

249. 在多数情况下，禁止重复赔偿原则可被归入充分(公平)赔偿的一般原则内。后者一般是指，赔偿不应超出补偿受害国损失所必要的范围，也不应造成根据情况有失公平的赔偿。但对于下述的一种情况，也许有所必要明确这项原则：同一索赔人有权就实际相同的损害向多个责任国要求赔偿。这涉及多个责任国的问题，将在下文关于该问题的范围内处理。[469]

5. 援引责任权的丧失

250. 最后，在受害国援引责任的主题下，出现了援引责任权丧失的问题。同样地，1969 年《维也纳公约》第四十五条提供了一个类似情况。该条是关于丧失援引条约瑕疵权利的问题，其中规定：

---

[462] 《国际仲裁裁决汇编》(见上文脚注 17)，第 272 页，第 119 段。

[463] 同上，第 120 段。

[464] 见上文脚注 414。

[465] 常设国际法院(见上文脚注 49)，第 49 页。另见第 45 页，法院指出，根据有关情况，“如果根据德国的主张，波兰向德国支付工厂的价值，毫无疑问，波兰便不存在再次向赔偿委员会支付工厂价值的风险”。

[466] 例如见 *Harza 诉伊朗伊斯兰共和国案*，《伊朗—美国索赔法庭汇编》(上文脚注 404)，第 88-89 页，第 30 段；*Itel 公司诉伊朗伊斯兰共和国案*(1992 年)，同上(剑桥，格劳秀斯出版物，1996 年)，第 28 卷，第 172-173 页，第 31-32 段；以及 *Seaco 公司诉伊朗伊斯兰共和国案*，同上，第 214-215 页，第 55-56 段。

[467] 例如，根据国内赔偿委员会的做法，在分配一次性支付的赔偿款时，赔偿委员会必须考虑就有关的损失从任何其他来源所得到的款项或(如果求偿人作出了应尽的努力)应得到的数额；例如见 Foreign Compensation (Egypt) Order, Statutory Instrument No. 2104 (1971) (伦敦，皇家印务局)，第 10 条，第 2 (*b*)款；及 Foreign Compensation (Romania) Order, Statutory Instrument No. 1144 (1976)，同上，第 10 条。

[468] 例如见 *Uiterwyk 公司诉伊朗伊斯兰共和国案*(1988 年)，《伊朗—美国索赔法庭汇编》(剑桥，格劳秀斯出版物，1989 年)，第 19 卷，第 158-159 页，第 188 段。

[469] 见下文第 279 段。

一国于知悉事实后而有下列情形之一者，即不得再援引第四十六至第五十条或第六十条及第六十二条所规定条约失效、终止、退出或停止施行条约之理由：

(甲) 该国业经明白同意条约有效，或仍然生效或继续施行；或

(乙) 根据该国行为必须视为已默认条约之效力或条约之继续生效或施行。

这涉及放弃权利，不援引重大违背行为的问题。第二部分之二也许应该有类似的规定。

251. 问题是这项规定应该包括哪些要素。首先，似乎有必要区分受害国与其他有关国家的地位。例如，责任国与受害国(或者在多个受害国的情况下，与所有受害国)之间就责任争端作出的有效放弃或达成的和解，可以使其他国家不能提出任何赔偿请求或威胁采取反措施。

252. 但即使在双边关系范围内，也可能出现丧失援引责任权的问题。丧失权利的可能理由包括：(*a*) 放弃，(*b*) 延误，(*c*) 和解，以及(*d*) 所违背基本义务终止或中止。可以说，所有这些法律分类(包括延误)都是放弃的不同形式，而且，参照 1969 年《维也纳公约》第四十五条拟订一般性的规定，应足以处理这方面的问题。在作出这项结论以前，也许应该简短介绍上述各种可能的理由。

(a) 放弃

253. 失去援引责任权的首要理由，也是最明显的理由是，受害国或者对违背行为本身，或者对违背行为造成的后果作出放弃。这是有关特定国家可免除权利和义务方面的一般同意原则的一种表现形式。与国家同意的其他形式一样，在放弃这一问题上无疑也可能出现效力问题，例如，国家或其代表可能遭受强迫行为，或是事情的事实有重大错误，其原因也许是责任国歪曲这些事实。应像有关提议把同意作为解除行为不法性的一种情况的第 29 条那样，解决这些问题。[470] 因此，应提到“有效放弃”，然后由一般法解决在这类情况下如何构成有效放弃的问题。

254. 对于违背行为本身的事后同意与同意对违背行为的后果作出放弃之间是否有区别，可能出现问题。一读通过的第 29 条评注认为，“如果只是在行为发生后给予同意，这仅仅是放弃主张责任的权利和由此产生的索赔。但是在作出这样的放弃情况下，此前行为的不法性仍旧存在”。[471] 当然，在放弃发生于有关行为之后的情况下，则根据定义，该行为在违背时属于非法。但不清楚为何(至少是仅仅在放弃国与责任国之间的所须履行义务方面)前者不能事后追溯同意有关行为，从而在实际上使该行为全面合法化。另一方面，评注中设想的情况当然有可能出现：一个国家可能愿意放过违背行为造成的后果── 也就是说未来的后果── 而不必追溯宽宥行为。无论哪种情况，一个有效、无条件的放弃都应带来援引责任权的丧失，这看来很合理。

255. 在有些情况下，放弃可能只适用于受害国与责任国法律关系中的一面。例如，在*俄罗斯损害赔偿案*中，俄罗斯大使馆一再要求土耳其赔偿一定金额(相当于一笔贷款的本金)，而根本没有提到与拖延有关的利息或损害赔偿。由于土耳其已支付这笔款项，法庭认为，这一行为构成了对贷款造成的任何其他索赔表示放弃。[472] 裁决既涉及和解的效力，也涉及一般含义上的放弃，不过，对放弃原则作任何拟定，显然都应允许以这种方式放弃部分主张。[473]

256. 虽然可以从有关国家的行为中，或是从单方面声明中推断放弃，但该行为或声明必须十分明白，毫不含糊。在*瑙鲁境内某些磷酸盐地案*中，澳大利亚声称，瑙鲁当局在独立之前已经放弃修复主张：(*a*)因为它缔结了 1967 年《有关瑙鲁岛磷酸盐业的协定》，并(*b*)在独立时发表了声明。关于前者，的确，该协定满足了瑙鲁的一项关键要求，即在独立时控制磷酸盐业，但谈判记录表明曾经提出的放弃修复主张的问题并没有得到接受，而且协定本身对此也没有提及。关于后者，有关声明中的内容表示，未来的特许费“将……使得能够解决[修复]

[470] 第 29 条的讨论情况，见特别报告员第二次报告，《1999 年……年鉴》[英](上文脚注 8)，第 60-64 页，第 232-243 段。

[471] 《1979 年……年鉴》[英]，第二卷(第二部分)，第 113 页，第 29 条评注第(16)段。

[472] 《国际仲裁裁决汇编》(见上文脚注 80)，第 446 页。

[473] 在这种意义上，一些放弃案例类似于以给予和接受部分赔偿的方式了结索赔。见下文第 259 段。

问题。”[474] 国际法院驳回了澳大利亚的说法。关于《协定》，法院指出：

> 法院认为没有必要……考虑是否可以瑙鲁当局在获得独立之前作出的任何放弃来对抗瑙鲁共和国。仅仅指出以下一点便足以说明问题：事实上，瑙鲁当局任何时候都没有明确无误地放弃其主张。[475]

关于瑙鲁大酋长的声明，法院指出，“尽管措辞有些含糊不清，但声明并不意味着与瑙鲁人民代表在联合国各机构一再明确表达的观点有任何偏离”。[476] 谈判的背景以及双方事实上的不平等都强调了一点：任何放弃都必须明确无误：如有疑问，即不得推定作出了放弃。[477] 提议的条款同样应说明这一点。

(b) 延误[478]

257. 较具争议性的问题是因索赔延误而丧失援引责任的权利。似乎普遍接受存在一项明确的消灭时效原则，作为不受理对责任提出的主张的理由。例如，国际法院在瑙鲁境内某些磷酸盐地案中支持这个看法：

> 法院承认，既便没有任何可适用的条约规定，索赔国的延误也可能使申请变得不可受理。不过，法院还指出，国际法也没有就此规定任何具体的时限。因此应由法院参照每起案件的情况，决定时间的推移是否会使申请变得不可受理。[479]

法院最后裁定，在该案件的情况下，考虑到事件的始末，瑙鲁的申请并未因这一理由而不可受理。[480]

258. 瑙鲁境内某些磷酸盐地案涉及国与国之间的索赔，但关于这一问题的许多司法裁决却涉及事发若干年后，或是甚至许多年之后才提出的外交保护索赔。这些司法裁决的效力可总结如下：

(*a*) 在提出任何不当延误问题之前，需要提出的首个要素显然是相当一段时间的流逝，但是，从来没有规定以年份表达的普遍接受的时限。1970年，瑞士联邦政治部建议以索赔提出后 20 至 30 年的时间作为时限。[481] 另一种观点认为，契约性索赔比非契约性索赔的要求更为严格。[482] 为普遍意义上的国际索赔制定精确、限定时限的努力都没有得到接受。[483] 的确，实际上无法制定任何单一的时限，因为可能引起某项主张的情势、义务和行为各不相同。

(*b*) 当然，在许多情况下，具体条约已为具体主张类别规定了时限，[484] 这主要是在私法领域。[485] 与此相反，涉及国家间主张的条约规定极少会受到任何明示时限的制约。

(*c*) 在已将主张通知被告国的情况下，延迟提起诉讼(如在一个国际法庭提起)通常不会被认为会致使诉讼不可受理。[486] 因此，在瑙鲁境内某些磷酸

---

[474] 《1992 年国际法院汇编》(见上文脚注 307)，第 249 页，第 17 段。

[475] 同上，第 247 页，第 13 段。

[476] 同上，第 250 页，第 20 段。

[477] 不同背景下的情况，见领土争端案(阿拉伯利比亚民众国/乍得)，判决，《1994 年国际法院汇编》，第 24 页，其中法院认为有关条约的文字明确无误。

[478] 相关评论，见 Ibrahim, “The doctrine of laches in international law”，其中提到了判例和文献。早期报告包括 Pinto ，“Prescription in international law”，第 438-448 页。

[479] 《1992 年国际法院汇编》(见上文脚注 307)，第 253-254 页，第 32 段。

[480] 同上，第 255 页，第 36 段。上文第 237 段引述了有关段落。小田法官持异议，认为瑙鲁独立后 15 多年来对其主张保持沉默(他这样认为)“使法院无从接受……即使只考虑审判的适当性问题”(同上，第 324 页，第 28 段)。

[481] 1970 年 12 月 29 日公报，转载于 Caflisch, “La pratique suisse en matière de droit international public 1975”，第 153 页。

[482] Fleischhauer, “Prescription”，第 1107 页。

[483] 大量的国际裁决都强调没有普遍规则，尤其没有按年计算的任何具体时限。延误原则只是一种根据具体案例的事实作出的判断。除瑙鲁境内某些磷酸盐地案(上文脚注 307)外，例如见金帝尼案(1903 年)，《国际仲裁裁决汇编》(上文脚注 374)，第 561 页；以及安巴蒂耶洛斯求偿案(1956 年)，同上，第二卷(出售品编号：63.V.3)，第 103-104 页。

[484] 例如，《欧洲人权公约第十一号议定书》第 35 条第 1 款规定个人申诉时限六个月。但这似乎不适用于根据第 33 条提交的国家间案件。

[485] 例如，在商业交易和国际运输领域。见《联合国国际货物销售时效公约》。与此相反，在违反国际法的个人犯罪领域，趋势是避免给起诉设时限；见 Weiss, “起诉违反国际法罪行的时限”。

[486] 关于就主张通知与诉讼程序开始之间作出区别的见解，例如见詹宁斯和瓦茨编辑，《奥本海国际法》，第 527 页；以及卢梭，《国际公法》，第 182 页。

盐地案中，国际法院认为，瑙鲁在 1989 年正式提起法律诉讼之前已在与澳大利亚的双边谈判中提及其索赔就已经足够了。[487] 在塔利亚费罗案中，仲裁人罗尔斯顿认为，尽管造成损失已事过 31 年，索赔仍可受理，因为索赔在伤害发生之后就立即提出。[488]

(*d*) 的确，国际实践表明，时间流逝本身并不足以使索赔不可受理。对于延误规则的重大关注似乎是因事过境迁而给被告国带来的额外困难(例如，在收集和提出证据方面)。因此，在史蒂文森案和金帝尼案中，提出了程序公正性方面的考虑因素。[489] 与此相反，如果根据案件的情节，被告国不能确定存在任何对自身不利的情况，提出的延误抗辩将被驳回。[490]

(*e*) 要对索赔通知与在一个国际法院或其他机构提起诉讼加以区分，部分原因是国际法中没有任何普遍可用的第三方争端解决办法。情况常常是，可以援引一国责任的唯一方法是通过外交渠道提出索赔，不存在任何求助于第三方的强制性办法。当请求人(或请求人国家)已尽一切可能推动索赔时，裁定索赔时效已过，使索赔人权益受损显为不公。但是，即便该国在所有有关的时间内都可以诉诸一个国际性法院，这一区别仍予适用。例如，在拉格朗案中，国际法院接受了德国的临时保护申请，并指示延期执行。[491] 尽管德国实际上是在得知违背行为发生六年半后，可以说是到最后一分钟才采取法律行动，但法院还是发布了这项命令。[492]

259. 总体情况是相当灵活的。一起案件不会因延误而不被受理，除非被告国明显处于不利地位，而且国际性法院也以灵活方式衡量某一案件的有关情况，例如其中包括被告国的行为及所涉权利的重要性。[493] 与“延误”一词可能具有的含义不同，国际性法院并不仅仅量度时间的流逝，运用一刀切的时限。决定性因素是，被告方是否已经合理地预计不会再提出索赔。[494] 因此，这就涉及到了延误与默示的放弃或较一般的默许之间的区别。的确，可以认为，在此讨论的所有不受理情况都可被视为一项有关放弃或默许的一般性原则的不同方面。不过，为了条款草案的目的，提议按传统方法把放弃与延误区分开来。此外，鉴于有了现代通讯手段，而且在许多情况下，使用第三方救济的机会越来越多，似乎有理由较为严格地规定利用已有的救济，即便在国家间的索赔方面也是如此。还有人提议条款草案应该规定，如果受害国在注意到所受伤害后未在合理时间内就其索赔向责任国发出通知，而根据情况责任国可以合理地认为受害国已不再坚持索赔，那么便不能就该项索赔援引国家责任。这样一种规定在受害国的利益与受控责任国利益之间取得了平衡，也反映出了“合理预期”这一概念在延误方面的意义。

(c) 和解

260. 援引责任权丧失的第三项明显理由是，责任国提出某种形式的赔偿以了结索赔，而且提议获得接受。对于俄罗斯损害赔偿案的裁决的更恰当解释是：仲裁庭重视的一项事实是，俄罗斯多年要求偿还本金，但从没有提及延期偿付的利息或延误的损失赔偿，要求的赔偿额实际上已予支付。[495] 在这种情况下，仲裁庭就可以裁定，本金的偿还和接受已经构成全面最终的解决，即便和解协定没有明文规

[487] 见上文第 256 段。

[488] 塔利亚费罗案(1903 年)，《国际仲裁裁决汇编》(见上文脚注 374)，第 593 页。

[489] 见史蒂文森案，《国际仲裁裁决汇编》，第九卷(出售品编号：59.V.5)，第 385 页；以及金帝尼案，同上，第十卷(上文脚注 374)，第 557 页。

[490] 例如见塔利亚费罗案(上文脚注 488)；类似情况，见史蒂文森案的实际裁决，《国际仲裁裁决汇编》(上文脚注 489)，第 386-387 页。

[491] 见上文脚注 261。

[492] 德国的申请于 1999 年 3 月 2 日提出。因时间有限，临时措施阶段仅限于当事各方与法院院长的一次会晤。在一项个别意见中，施韦贝尔院长指出“德国本可在数年前、数月前、数周前或数天前提出申请”，并表示他“对申请方……采取的程序深有保留”((见上文脚注 261)，第 22 页)。

[493] 在拉格朗案(见上文脚注 261)中，生命权的重要性无疑极为相关。

[494] 另一个相关因素是关于诉讼时效或延误的私法类比和国内规则造成的影响。如果基本主张(如合同中的基本主张)受国内法律制度所规范，主张的失效、灭失或禁止由该套法律加以规定，则国籍国提出的外交保护主张没有理由获得优待。但还有一种可能：国内时效规定可能比照适用，一般(尽管并不普遍)的趋势是倾向较短的时效，而且把时效作为实质性而非程序性问题。这方面的概览，见 Hondius, “General report”，特别见第 22-25 页。

[495] 见上文第 212 段。

定也是如此。[496] 的确，在一些情况中，可能从有关两个国家的单方面行为的总和中推断已达成全面最终的解决。[497] 另一方面，为达成解决办法，两个国家都应采取行动，或至少一个国家明确默认另一国家的行动，以求解决争端。一个国家的单方面行为是不够的。[498]

261. 大概可以说，这类偿还以及接受或其他形式的和解可被视为一类放弃。显然，如果一个国家要求“在裁决实体权利的情况下”中止一案，它就放弃了所涉的索赔。另一方面，常常不清楚何方在放弃哪些权益，因为和解协定经常使用“在不影响实体权利的情况下”这一表述。问题是，是否应列入具体规定，说明给予赔偿和接受赔偿便意味着丧失就索赔进一步援引责任的任何权利，除非各方间另有规定或协议。根据这项规定，接受赔偿的一国如果只是将其作为部分解决办法，即须作出明确表示。另一个办法是，在该项中可以提及，无条件接受责任国给予的赔偿，即便是在不影响实体权利的基础上接受，也是一种形式的放弃。总的来说，特别报告员倾向于第二种选择，认为这更为经济。

(d) 被违背义务的终止或中止

262. 最后，有必要谈一下被指控违背的主要义务终止或中止的情况。条约义务发生这种情况的可能性要大于非条约义务，但即使在非条约义务方面，也不能完全排除其可能性。例如，原归公海制度管辖的一个区域可能因索赔和承认进程而进入一个沿岸国的管辖范围，但在“临时”期间内，在管辖权问题解决之前，有可能会提出扣押外国渔船的责任问题，并一直有效。[499] 还可以设想到其他相似的情况。就条约法而言，1969 年《维也纳公约》第七十条规定：

> 1. 除条约另有规定或当事国另有协议外，条约依其规定或依照本公约终止时：
>
> ……
>
> (乙) 不影响当事国在条约终止前经由实施条约而产生之任何权利、义务或法律情势。[500]

的确，《维也纳公约》第七十三条还规定，公约规定“不妨碍……国家所负国际责任……所引起关于条约之任何问题”；此外，第七十条第一项(乙)款谈到了条约的“实施”或履行情况，而非不履行情况。不过，如果违背一项国际义务立即引起一项受害国可以要求赔偿的次要权利，就很难看出这一权利会因被违背主要义务的终止而受到何种影响。仲裁庭在“*彩虹勇士号*”案中有此明确表示，在该案中，尽管发生违背行为，但在违背行为之后，双边条约义务已经因时限已过而终止。[501] 在这类案件中，不但没有因主要义务终止而丧失援引责任的权

---

[496] 关于明文规定的案例，例如见 1996 年 2 月 9 日《关于解决国际法院和法庭某些案件的总协定》，附于《依照伊朗—美国索赔法庭命令根据商定条件作出仲裁裁决的联合请求》(1996 年 2 月 22 日)(《国际法律资料》，第三十五卷，第 3 号(1996 年 5 月))和《澳大利亚与瑙鲁共和国关于解决国际法院瑙鲁境内某些磷酸盐地案的协定》(1993 年 8 月 10 日，瑙鲁)(联合国，《条约汇编》，第 1770 卷，第 30807 号，第 379 页)。

[497] 例如见 1998 年 11 月 4 日美国就领事关系案中违反《维也纳领事关系公约》第三十五条第二款作出的道歉(上文脚注 257)(美利坚合众国关于未能就安吉 • 布雷德一案发布领事通知事发表的声明，转载于《1991-1999 年美国国际法实践文摘》，Sally Cummins 和 David Stewart 编辑，(哥伦比亚特区华盛顿，美国国务院法律顾问办公室)，第 2 章，第 18 号文件)。这与巴拉圭要求“在不影响实体权利的情况下”终止审理该案相符；见《*维也纳领事关系公约*》案(巴拉圭诉美利坚合众国)，临时措施，1998 年 11 月 18 日的命令，《1998 年国际法院汇编》，第 427 页。

[498] 因此在*瑙鲁境内某些磷酸盐地案*(见上文脚注 307)中，三个伙伴国政府均表示，“提议的关于磷酸盐的财政安排涵盖了瑙鲁社区今后的需求，包括修复或迁居”；引述于《1992 年国际法院汇编》，第 248 页，第 15 段。国际法院认为，在瑙鲁还没有明确接受的情况下，不可以这样的观点来对抗瑙鲁。见上文第 256 段。

[499] 参见*渔业案*，《1951 年国际法院汇编》，第 116 页。事实上，双方“同意，如有[对扣留作出补偿的]问题，应留待以后解决”(同上，第 126 页)。同样地，在其中一起*渔业管辖权案*中，没有主张对干扰渔船给予补偿的要求；见*渔业管辖权案*(联合王国诉冰岛)，案情，判决，《1974 年国际法院汇编》，第 7 页，第 12 段。在另一起案件(同上(德意志联邦共和国诉冰岛)，案情，判决，《1974 年国际法院汇编》，第 175 页)中，主张了这个要求，但主张的形式十分抽象，国际法院决定不采取行动(同上，第 203-205 页，第 71-76 段)。

[500] 另见第七十一条第二项(乙)款和第七十二条第一项(乙)款。

[501] 《国际仲裁裁决汇编》(见上文脚注 17)，第 266 页，第 106 段，其中引述了麦克奈尔勋爵在*安巴蒂耶洛斯案*，初步反对意见，判决，《1952 年国际法院汇编》，第 63 页中的反对意见。该案中的多数意见不必涉及这一问题。

利，相反从表面看来，关于赔偿的次要权利继续存在。问题是，是否有必要参照《维也纳公约》第七十条第一项(乙)款的方法，作出这样的规定。总的来说，似乎没有必要：这一事项似乎已由二读暂时通过的条款草案第 18 和第 24 条所规范，至少可以推断是这样。的确，第 18 条 [502] 目前仅仅以否定形式拟订。但是，在参照第 24 条第 1 款 [503] 一并阅读时，显而易见，对一项国际义务的违背在违背行为发生时即已完成，这样，第二部分第一和第二章中谈到的后果便自动出现。似乎不需要为此作出明文规定，尽管应在评注中对此加以说明。特别是，在发生连续不法行为的情况下，应当忆及，按照定义，违背行为随着义务的终止或中止而停止，但并不妨碍已经造成的责任。

B. 涉及多个受害国或责任国的情况

263. 一读通过的条款草案从未明确涉及的一个事项是，有关同一行为或交易但涉及多个国家的责任主张这个一般性议题。这与多边义务不同，虽然在某种程度上与其重叠。援引特定行为中每个国家负有的责任的法律基础可能相当不同，即便法律基础一样，但是，有关义务也可能由对行为负责的每个国家分别对该行为的每个受害国担负。问题是，如果另一国(或甚至若干其他国家)也对同一行为负责，或是也受同一行为伤害，这对于一个国家的责任会有何影响。[504]

264. 评注经常谈及这一问题。例如，第 44 条评注指出：

> 在有多个受害国的情况下，如果受害国选择不同的补救形式，则可能出现困难。这一问题是只要有两个或更多受到同样或不同程度伤害的国家就很可能出现的一组问题的一部分。它对国际不法行为的实质性后果和手段性后果均有影响，委员会打算在适当时候回头考虑这一问题。[505]

265. 不幸的是，这一“适当时候”从未到来，由于这一问题未被列入一读通过的条款草案，所以各国政府没有在详细书面评论中加以探讨。不过，在 1999 年大会第五十四届会议期间第六委员会的辩论中，若干国家政府支持列入涉及多个国家的规定。一个国家政府支持这一行动，但指出“涉及这个题目的既定国际法几乎没有”。[506] 若干国家政府表示在评注中提及这一问题便已足够。[507]

1. 法律问题概览

266. 有必要分别探讨多个受害国和多个责任国的问题。

(a) 多个责任国 [508]

267. 根据目前的条款草案来看，已经涉及问题的若干具体方面，或是至少已经提到：

(*a*) 第 9 条涉及另一国交由一国支配的机关的行为归于国家的问题。[509] 在一个机关由接受国控制，并行使该国独立权力的情况下，接受国对其行为负责。这里的含义是，在任何其他情况下，将由派遣国(或派遣国和接受国)负责；

(*b*) A 条(提议替代一读通过的第 13 条)将在条款草案范畴内排除一个国际组织或一个国家为一个

---

[502] 该条规定：

> “一国的行为不应被视为对一国际义务的违背，除非该行为是在该义务对该国为有效的时期所发生。”

(《1999 年……年鉴》[英](见上文脚注 2)，第 275 页)

[503] 暂时通过的第 24 条第 1 款(同上)规定：

> “1. 没有持续性的一国行为违背国际义务时，该行为开始的时刻即为违背义务行为发生的时刻，即使其影响持续存在。”

[504] 文献中常以国内法类比的方式提及这一问题如连带责任。见布朗利，同前，第 189-192 页(“共同责任”)；Noyes 和 Smith,“国家责任和连带责任原则”；一般性论述，见 Padelletti, *Pluralità di Stati nel fatto illecito internazionale*。但在此使用国内法类比时需格外谨慎。不同的法律传统有各自不同的发展，受各自历史的影响。对不同法律制度的早期研究，例如见 Williams, *Joint Obligations*; Planiol, *Traité élémentaire de droit civil conforme au programme officiel des Facultés de droit*；有益的比较论述，见 Weir, 如上。

[505] 《1993 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 8 条[现第 44 条]评注，第 77-78 页，第(15)段。

[506] A/CN.4/504(见上文脚注 3)，第 12 段。

[507] 同上。

[508] 初步讨论情况，见特别报告员第二次报告，《1999 年……年鉴》[英](上文脚注 8)，第 45-47 页，第 161-164 段和第 55-56 页，第 212-213 段。

[509] 见《1998 年……年鉴》[英]，第二卷(第一部分) (上文脚注 23)，第 44-47 页，第 221-233 段；二读的审议情况，同上，第二卷(第二部分)，第 84-85 页，第 412-415 段和第 422-424 段以及第 87 页，第 447 段。

国际组织行为负责的任何问题。[510] 不过，此类国际组织的行为(如一个组织缔结条约或合约，或实行民事不法行为，或一些国际不法行为)与国家机关在一个国际组织范畴内或在一个国际组织指示下所作的行为之间存在区别。一个国家机关的行为并不因为该行为是由一个国际组织协调，或者甚至受到该国际组织授权而失去其性质；[511]

(*c*) 第一部分第四章涉及一个国家对另一个国家行为负责的若干情况。[512] 这些情况分别涉及援助或协助(第 27 条)、指挥和控制(第 27 条之二)以及胁迫(第 28 条)。这些条款都从一个基础出发：即一般来讲，A 国不对归于 B 国的行为负责，但在某些情况下，每个国家仅对本国行为负责的原则可能会暂时不适用。条款草案规定，第四章不妨碍行为国的国际责任(第 28 条之二)；这样一来，一个国家受到协助、指挥或甚至受到胁迫而作出伤害第三国的行为，将为该行为负责，尽管在有胁迫的情况下，该国可以提出不可抗力的抗辩，作为解除其行为不法性的理由。

更根本地来讲，条款草案间接地涉及这个一般性问题，即就目前的情况而言，每个受害国可要求每个责任国为国际不法行为负责，虽然就同一行为而言，可能有若干受害国，以及该行为可归于若干国家。第 27 条评注表明了这一立场，其中认为，共同行为与一个国家参与另一个国家的不法行为不同。评注清楚表明：

> 在两国或更多国家协同犯下相同罪行，或者有时甚至同时犯下相同罪行，而且每个国家都通过其本国机关犯下罪行的案件中……不存在一国参与另一国国际不法行为……的问题。在同一行为可并行归于若干国家的情况中，也应得出相同结论，正如有关行为是若干国家共有的一个机构所进行的情况。根据草案第二章各条款所遵循的原则，共同机关的行为只能被视为拥有共同机关的每个国家的行为。如果这一行为不符合国际义务，那么两个或更多国家将同时分别实行国际不法行为，虽然是相同的国际不法行为。[513]

268. 这似乎反映出一般国际法的立场，至少是在有关国家之间没有签订与此相反的协定的情况下。在*科孚海峡案*中，联合王国全额追索了其船只在通过阿尔巴尼亚领水时受水雷炸毁所遭受的伤害。国际法院认为，阿尔巴尼亚对联合王国的损失负责，因为阿尔巴尼亚知道，或者应该知道水雷的存在，以及英国船只打算行使通行权，但却没有向船只发出警告。[514] 不过，法院附带指出，水雷本身并非阿尔巴尼亚所布设(阿尔巴尼亚当时没有布雷能力)；水雷很有可能是由一艘南斯拉夫船只所布设。根据这一(推断的)情况，南斯拉夫可能也要就其所布设水雷造成船只损害对联合王国负责。但没有人表示可以因此减轻阿尔巴尼亚没有发出警告的责任，更没有人建议排除其责任。这是两个不同国家对单一事件中其各自行为造成的直接后果负责任的典型案例。可以设想许多其他类似的情况。[515]

269. 在此类情况中，每个参与国的责任要按其行为分别确定。例如，在*科孚海峡案*中，南斯拉夫布雷的责任问题与阿尔巴尼亚没有警告水雷存在的责任问题不同，尽管联合王国因同一事件受到伤害和损害。问题是，如果多个责任国在一共同计划中一

---

[510] 同上，第二卷(第一部分) (上文脚注 23)，第 51-52 页，第 258-264 段；二读的审议情况，同上，第二卷(第二部分)，第 84-85 页，第 414 和第 424 段，第 87 页，第 446 段。A 条的位置仍未决定，可能最好放在提议的第四部分。

[511] 关于成员国对国际组织行为负责这一问题，一般情况，见国际法学会罗莎琳·希金斯女士的报告，“The legal consequences for Member States of the non-fulfilment by international organizations of their obligations toward third parties”，《国际法学会年鉴》，第 66–I 卷(1995 年)，第 249 页，学会就此通过的决议，同上，第 66–II 卷(1996 年)，第 444 页。另见 Klein, *La responsabilité des organisations internationales dans les ordres juridiques internes et en droit des gens,* 第 426-524 页。

[512] 见《1999 年……年鉴》[英](上文脚注 8)，第 45-57 页，第 159-214 段；二读的审议情况，同上，第二卷(第二部分)，第 69-73 页，第 244-278 段。

[513] 《1978 年……年鉴》[英]，第二卷(第二部分)，(一读通过的)第 27 条评注，第 99 页，第(2)段。

[514] 《1949 年国际法院汇编》(见上文脚注 17)，第 22-23 页。

[515] 尼加拉瓜就反政府分子活动所造成的损害对邻国提交了三项诉讼，理由是反政府分子活动得到这三个国家和美国的指使和支持。三项诉讼最后被撤消，尽管此前法院才刚刚确认了对洪都拉斯的管辖权(*边界和跨边界武装行动案*(尼加拉瓜诉洪都拉斯)，管辖权和可受理性，判决，《1988 年国际法院汇编》，第 69 页)。法院认定美国要对反政府分子的某些行为及对本国支持反政府分子的行为负责。不过，因案件被撤消，没有确定美国应承担多少责任(见上文脚注 309)。

起行动，或者一个责任国共同代表若干其他责任国行事，情况是否有任何不同。[516]

270. 瑙鲁境内某些磷酸盐地案[517]提到这个问题。在该案件中，澳大利亚是唯一的被告国。该国是《瑙鲁托管协定》三个缔约国之一。根据《托管协定》第 2 条，三国(澳大利亚、新西兰和联合王国)政府被指定为“管理该领土的联合当局”。经议定，如此指定的管理当局不是一个独立的法人，而是三个政府按照《协定》规定共同行事。《协定》第 4 条确认澳大利亚“代表管理当局在领土内对领土”行使“全部立法、行政和司法权力”。因此，澳大利亚根据《托管协定》代表所有三个国家管理该领土。[518] 澳大利亚的一项初步反对意见是，瑙鲁不能单独控告澳大利亚，而应一并起诉其他两个有关的国家。理由之一是程序问题：对澳大利亚的责任所作的任何裁决必然涉及其他两国。该两国为本案的必要当事方；根据货币黄金案[519]所定的原则，单独对澳大利亚提出的索赔是不可受理的。此外还有另一个理由：组成行政当局的三国的责任是“共同的”，不能只对其中一国提出索赔。

271. 国际法院驳回这两个论点并确认其管辖权。关于“共同”责任，法院表示：

> 澳大利亚在这方面的初步反对意见似乎有两个部分，第一部分可以简单地论述。澳大利亚首先认为，鉴于瑙鲁的索赔是基于澳大利亚作为根据《托管协定》组成管理当局的三个国家之一的行为，根据这方面责任的性质，只可以对这三个国家共同提出索赔，而不能仅对其中之一单独提出。在这方面，澳大利亚提到三国的赔偿责任是否为“连带及个别”责任的问题，如果是，三国之中的任何一个要赔偿管理当局违背义务所造成的全部损害，而不只是赔偿三分之一或按其他比例赔偿。这是法院必须留待审理实质问题时处理的问题，但与澳大利亚能否被单独控告无关。法院认为，并无任何理由表明因为索赔提出的是领土管理问题(与另外两个国家共同管理，就应在诉讼开始时便宣布不能受理仅对三个国家之一提出的索赔。无可否认，作为组成管理当局的三个国家之一，澳大利亚承担了《托管协定》规定的义务，而该协定的性质没有禁止法院审理针对澳大利亚违背那些义务的行为而提出的索赔。[520]

不过，法院还审慎地补充说，它对管辖权的裁决

> 并没有解决如果澳大利亚被裁定负有责任，澳大利亚应对瑙鲁所称损害提供全部赔偿还是只是局部赔偿的问题，在这方面，应考虑到委任统治和托管制度的特点……特别是，澳大利亚在管理领土方面发挥的特殊作用。[521]

事实上，法院从来不需要解决这些问题。该案经协议撤回，澳大利亚同意分期支付瑙鲁所请求的全部数额。后来，其他两国政府同意分担解决办法所规定的数额。[522]

272. 条约有时会处理一组国家集体行为的责任范围问题。也许最令人感兴趣的是 1972 年 3 月 29 日《外空物体所造成损害之国际责任公约》。该《公约》第四条明确规定：两个国家发射的两个空间物体相撞对第三国造成损害，该两国应负“连带及个别责任”。赔偿的责任在某些情况下是严格责任，在其他情况下是以过失为依据的。第二款继而规定：

> 就本条第一项所称负有连带及个别责任之所有案件而言，对损害所负之赔偿责任应按前二国过失之程度分摊之；倘该两国每造过失之程度无法断定，赔偿责任应由该两国平均分摊之。此种分摊不得妨碍第三国向负有连带及个别责任之发射国之任何一国或全体索取依据本公约应予给付之全部赔偿之权利。

同样地，该《公约》第五条规定，两个或两个以上国家对其共同发射的空间物体所造成的任何损害应负连带和个别责任：空间物体自其领土或设施发射的国家应视为共同发射的参加国。第五条第二项规定：

> 已给付损害赔偿之发射国有权向参加共同发射之其他国家要求补偿。参加共同发射之国家得就其负有连带及个别责

---

[516] 在科孚海峡案(见上文脚注 17)中，不必裁定阿尔巴尼亚与南斯拉夫之间是否有共谋，因为阿尔巴尼亚未能发出警告即足以确定其责任。无论如何，法院不能裁定南斯拉夫负有责任，因为该国并非案件当事国。

[517] 《1992 年国际法院汇编》(见上文脚注 307)。

[518] 同上，第 257-258 页，第 45 段。

[519] 1943 年从罗马运走的货币黄金案，判决，《1954 年国际法院汇编》，第 19 页。

[520] 《1992 年国际法院汇编》(见上文脚注 307)，第 258-259 页，第 48 段。

[521] 同上，第 262 页，第 56 段。

[522] 法院备审诉讼表的撤销记录，见 1993 年 9 月 13 日的命令(上文脚注 307)；《和解协议》，见上文脚注 496。

任之财务义务之分摊，订立协议。此种协议不得妨碍遭受损害之国家向负有连带及个别责任之发射国之任何一国或全体索取依据本公约应予给付之全部赔偿之权利。

无疑，这是一项特别法，也有助于说明“连带及个别”责任制度对受害国的可能含义。此外，《公约》中的“连带及个别责任”用语源于普通法，其所指的情况与普通法中关于这一责任的概念相吻合。在普通法中，每一个负有连带及个别责任的人(例如伙伴或受托人)都要因伙伴关系或违反信托关系对第三方造成的所有损害负责，因此可以向每个人追索全额损失而无需要求其他伙伴或受托人共同赔偿。他们的责任是“连带”的，因为他们要对彼此对第三方实行的不法行为负责；这一责任也是“个别的”，因为他们可以“个别地”，即单独地被起诉。不过，普通法历来有其他形式的赔偿责任，包括严格的连带责任，即负连带责任的通常要集体被起诉，而不是个别地对集体的行动负责。同样地，在大陆法体系，共同责任有种种形式，视情况而定。[523]

273. 在国际法历史上，“连带”非个别责任的一个可能示例是 1990 年以前四强对整个德国和柏林的责任。在一系列案件中，法院裁定不可以因四国安排引起的行为而单独起诉个别国家。[524]

274. 另一种“特别情况”是欧洲联盟及其成员国按照“联合协定”承担的责任。根据该协定，欧洲联盟及其所有或部分成员都以本身的名义成为缔约方，但履行责任不是依照预先确定的方式分担。迄今这种责任的最详细规定载于《联合国海洋法公约》附件九中。欧盟和成员国根据这种安排分担履约责任，但分担的依据可随时间改变。其他国家可以根据某项规定确定在某一时间欧盟和成员国中哪些成员要承担责任；只有“未在合理期限内提供这种情报或提供相互矛盾的情报者”才负连带及个别责任。[525]

275. 《国际法院规约》第三十八条第一款反映的国际法渊源不包括根据国内法律制度的类比，虽然这种类比可能发挥某些作用，但显然是次要的。[526] 要特别小心一些根据没有被广泛接受、以历史因素或法院的权力和程序等特殊国情为依据的规则或概念作出的类比；对于“连带及个别”或“共同”责任等概念，情况更是这样。相比之下，在国际一级，重要的是根据同意原则、国家的独立性原则和条约不损及第三方利益规则作出诠释的协定或安排的实际规定。

276. 在考虑条款草案(如果需要)应作出何种规定之前，必须简略提及几个相关问题。

(a) *成员国对国际组织的行为的责任*。这引起与国际组织的结构和运作有关的敏感问题，不适宜在条款草案内处理。如上文所述，提议的 A 条将这种责任排除于条款草案范围之外；[527]

(b) *货币黄金案*[528] *原则的适用*。如法院在*瑙鲁境内某些磷酸盐地案*[529]所作的解释和在*东帝汶案*[530]中适用的情况，货币黄金案原则是决定一国际法院可否受理一项索赔的程序障碍，而不是国家责任法的一部分。引起这种情况是因为行使司法权的法院或法庭不能裁定不属于诉讼一方的国家的法律责任，也没有权力命令一个必要的第三方加入诉讼。由于缺乏这种权力，如果法院或法庭在裁定属于诉讼一方的 A 国应承担的责任时，必须首先裁定不属于诉讼一方的 B 国的责任，这样，法院或法庭便无权裁定 A 国的责任；

(c) *“共同冒险活动”责任特别规则的存在问题*。在两个人共同进行冒险活动造成另一人受到损失时，通常认定受害人可向其中一名参与者追索其全部损失，因为一般认为受害人无需证明每个参与者造成哪些特定损害。国际法庭采用了同样的观

[523] 见 Weir, 如上，第 43-44 页，第 79-81 段。德国法律，见 Markesinis, 如上，第 904-907 页，其中提及有关文献。

[524] 见特别报告员第一次报告引述的案件，《1998 年……年鉴》[英](上文脚注 23)，第 46 页，第 229 段，脚注 300。

[525] 附件九，第六条，第 2 款。关于联合协定的一般性介绍，例如见 Rosas, “Mixed Union-Mixed Agreements”。

[526] 见*西南非洲国际地位案*，咨询意见，《1950 年国际法院汇编》，第 148 页(阿诺德 • 麦克奈尔爵士的个别意见)。

[527] 见上文第 267 段。

[528] 见上文脚注 519。

[529] 《1992 年国际法院汇编》(见上文脚注 307)，第 259 页，第 50 段。

[530] 《1995 年国际法院汇编》(见脚注 205)，第 102 页，第 29 段。

点：它或是提到了“衡平”的考虑因素，或是要求不法行为责任国证明违反行为所造成的哪些后果不应归咎于该国；[531]

(d) *共同活动中几个国家分摊责任*。在两个或两个以上国家进行共同活动而其中之一要对造成的损害负责时，该国自然可以根据一些理由要求其他国家分担责任。《外空物体所造成损害之国际责任公约》第四条第二款和第五条第二款特别对这种责任分摊作出规定。[532] 如上文所述，联合王国和新西兰实际上已就*瑙鲁境内某些磷酸盐地案*和解事宜分担澳大利亚的赔偿费用。[533] 另一方面，法院有时出于衡平考虑，基于例如不正当的行为不能构成权利的原则，不允许分摊赔偿费用。在这种情况下，每个共同加害人依照其造成的损害向受害人赔偿。

277. 从上文对目前法律所作的简短回顾可以得出下列结论。原则上，一般而言，每个国家按照第一部分第二和第四章所定的规则分别承担可归于其行为的责任，这种责任不因还有其他国家要对同一行为负责而减轻或减少。这是沙哈布丁法官在其对*瑙鲁境内某些磷酸盐地案*的个别意见中得出的初步结论。他在提到委员会的工作时说：

> 我们不必从各方面考虑经委员会仔细审查的难题：一个国家在何种情况下被认为参与了另一国实行的国际不法行为。只需要注意这一点就够了，即委员会认为，在国家通过一个共同机关行事时，每个国家要单独对共同机关的不法行为负责。我认为这一观点倾向于支持瑙鲁的论点，即在这一案件中，三个国家中的每一个都要对澳大利亚代表它们管理瑙鲁的方式承担连带和个别的责任，而无论澳大利亚是否可以在技术上被视为一个共同机关。

这方面的司法判决不多。不过，阿泽维多法官在提到一个非当事方国家可能要对*科孚海峡案*所涉的损害分担责任时说：

> “受害人有权在纯经济方面，从整体上向负责任的当事方之一(通常由受害人酌情选定)提出索赔；而刑事审判法官在原则上不能在没有裁定罪行的主犯或实际行为人有罪的情况下宣判主犯的同谋或委托人有罪。”(《1949 年国际法院汇编》，第 92 页)

从案情来看，*科孚海峡案*有若干不同之处。不过，应看到阿泽维多法官对一般法的基本观点是受害方“有权在纯经济方面，从整体上向负责任的当事方之一(通常由受害人酌情选定)”提起诉讼(着重部分后加)。这一立场看来符合瑙鲁确实有权单独起诉澳大利亚的观点。[534]

不过，不必认为这种情况与某些国内法律制度所理解的“连带和个别责任”等同。各国可自由地将该项原则纳入其协定中，但(除了特别安排和特别法原则外)通常引起责任的情况是，根据第一部分第二或第四章所载原则归咎于一国的行为，违背了该国对另一个也承担同一义务的国家，或有权享有该义务的利益的国家的国际义务。

278. 除了判决先例(数目明显不多)外，若干考虑因素支持这一结论：

(*a*) 在每一案件中都必须考虑每一个被告国的处境，包括确定是否有任何排除行为不法性的情况适用于该国。如 A 国胁迫 B 国参与对 C 国实行国际不法行为，B 国可以受胁迫作为排除行为不法性的情况，但 A 国不可以这样做。[535]

(*b*) 同样地，就适用的法律规则而言，两个共同参与国的法律地位可能不同。例如，一个共同参与国可能受某项特别规则约束(例如与受害国订立双边条约)，而另一共同参与国则不受此种约束。只有在很少的情况下后一国才要对前一国的违背行为负责。[536]

(b) 多个受害国

279. 关于多个受害国的问题，基于上面所述理由，有关第 40 条的问题较大，这是因为，在多边义务的情况下，许多国家属于“受害国”，同时，无论是违背行为主要受害国或为维护“公众”利益要求遵守条约的有关国家，它们的法律地位显然没有不同。[537] 鉴于已建议区分“受害国”与其他国家，

---

[531] 见上文第 35 段。

[532] 见上文第 272 段。

[533] 见上文第 271 段。

[534] 《1992 年国际法院汇编》(见上文脚注 307)，第 284-285 段。

[535] 见特别报告员第二次报告，《1999 年……年鉴》[英](上文脚注 8)，第 55 页，第 207 段。

[536] 同上，第 181-184 段。

[537] 见上文第 85 和第 109 段。

并在选择补偿或恢复原状等方面优先注重受害国的反应，这一问题已大大缩小。

280. 当然，在实际上，根据关于违背多边义务的单一行为的拟议定义，几个国家仍然可以成为“受害国”。例如，一个整体义务的所有缔约国可以因违约行为而受到损害，就如它们都有权因违背这种义务的重大违约行动而根据 1969 年《维也纳公约》第六十条第二项(丙)款停止施行一项条约。[538] 在这种情况下，该《公约》允许每一国家分别或所有国家一起采取行动。只有在后一情况下采取的行动才能在实际上将责任国逐出条约安排之外；否则，在可行的情况下，只能够以个别中止条约的方法作为补救。[539]

281. 关于援引责任的问题，在一个单独的国际不法行为损及多个国家(例如由于每个国家分别受到影响)的情况下，每个国家就本身所受伤害提出停止或补偿要求没有任何问题(但要遵守禁止重复赔偿规则)。[540] 每一国就不法行为(即一国认为不法的行为)要求获得满足原则上也不成问题。唯一可能出现的问题是受害国未能就接受补偿而不要求恢复原状(假如可以恢复原状)达成协议。理论上，鉴于恢复原状优先于补偿的原则，除非受害国另有协议，否则适用的救济应当是恢复原状。不过，在实际上，情况很可能正好相反。因此，在罗多彼中部森林案中，仲裁人拒绝命令以恢复原状代替补偿；该案的情况复杂，其他一些拥有合法权益的人没有提出恢复原状的要求。[541] 总体而言，同一不法行为造成多个受害国的情况似没有在实际上造成困难，不需要在条款草案中作出具体规定。

2. 提议的规定

282. 总的说来，对于可以条约或其他理由提出抗诉的涉及多个受害国或责任国的问题，在没有具体规定的解决办法的情况下，国际法的一般立场似乎是直接了当的。就本国的国际义务而言，每个国家要对本国的行为负责。每个受害国(以提议的严格意义界定)有权就责任国的行为所造成并可适当归于该行为的损失向该国求偿。但这种求偿受到下列因素的限制：一方面，受害国不得从任何方面获得多于所受损失的补偿，另一方面，如果同一项损害涉及多个责任国，这些国家之间可能会出现分摊责任的问题。涉及多个责任国的索赔的一个复杂因素是货币黄金案[542] 规则，但这是一项司法可受理性规则，不是确定这种责任的因素。[543] 这种问题与如下的问题大不相同：国际组织成员国是否或在何种情况下要对国际组织的行为负责；这个问题被认为是属于国际组织相关法律的一部分，而不在条款草案范围之内处理是正确的。

283. 问题在于是否必须在条款草案中阐明这些论点，或在评注中作出解释是否足够。特别报告员认为，鉴于这种问题经常出现，加上问题的重要性和不明确性，不妨加以澄清。据此提出了一些大意如此的规定。

C. 第二部分之二第一章的结论

284. 鉴于这些理由，特别报告员提议第二部分之二第一章的条款草案案文如下：

“第二部分之二

“国家责任的履行

“第一章

“援引国家责任

“第 40 条之二 援引国家责任的权利[544]

“第 46 条之三 受害国援引责任

“1. 受害国打算根据条款援引另一国责任时，应将其索赔通知该国，并具体说明：

---

[538] 见上文第 91 和第 111 段。

[539] 如上文所述，条约的中止可能对受害国完全没有用处，一般而言，也不是对违背行为的“救济”。

[540] 在“温布尔登号”轮船案(见上文脚注 201)中，四个国家就一家法国公司租用的一艘英国船只载运军火从意大利到波兰的事项提出诉讼。只有法国要求补偿，显然因为根据租船合同，该法国公司承担了迟误和改变航运路线所造成的损失。

[541] 见上文第 128 段和脚注 237。

[542] 见上文脚注 519。

[543] 责任主张的可受理性与司法诉讼的可受理性之间的区别，见上文第 240 段。

[544] 特别报告员提议的第 40 条之二的案文，见上文第 119 段。

“(*a*) 受害国认为责任国应依照第 36 条之二作出何种行为以确保停止继续实行的任何不法行为；

“(*b*) 赔偿应采取的形式。

“2. 在下述情况下，不能根据第 1 款援引国家责任：

“(*a*) 索赔不是依照与索赔国籍有关的任何适用规则提出；

“(*b*) 索赔应适用用尽当地救济规则，但以其名义提出索赔的个人或实体没有用尽可使用的有效当地救济。

“第 46 条之四 援引责任权的丧失

“有下列情况之一的，不得根据条款援引一国责任：

“(*a*) 已经以无条件接受给予的赔偿的方式或以其他明确表示的形式有效放弃索赔；

“(*b*) 受害国没有在发现损害后的一段合理时间内将索赔通知责任国，而有关的情况使责任国可以合理地认为已不再会提出索赔。

“第 46 条之五 多个受害国

“在两个或两个以上国家受同一国际不法行为伤害时，每个受害国可以分别援引实行该国际不法行为的国家的责任。

“第 46 条之六 多个国家对同一国际不法行为承担责任

“1. 在两个或两个以上国家要对同一国际不法行为承担责任的情况下，每个国家的责任根据本条款草案中有关该国行为的规定加以确定。

“2. 第 1 款：

“(*a*) 不允许任何国家、个人或实体获得多于其所受损失的补偿；

“(*b*) 不妨碍：

“㈠ 任何有关法院或法庭受理诉讼的规则；

“㈡ 责任国之间的任何责任分摊规定。

D. 受害国的反措施

285. 关于受害国援引责任的另一个问题涉及采取反措施行动。为求与迄今在援引责任方面所采取的方式(第二部分之二)相一致，有人建议首先应讨论在认为“正常”情况下采取反措施的情况，即受害国与责任国(单独或个别地)正面交涉。本报告稍后有一章节将讨论在多边义务方面涉及反措施的更广泛的实例，以作为涉及原第 19、第 40 和第 51 至第 53 条的许多不同问题的一个方面。

1. 导言

286. 有关反措施的条款目前载于第二部分第三章，在 1992 至 1995 年期间，根据阿兰焦—鲁伊斯先生的详尽报告[545]对这一问题进行过广泛辩论。就二读的进程而言，最初的讨论于 1999 年第五十一届会议期间根据现任特别报告员的第二次报告进行，提出了一些一般性问题。[546] 委员会第五十一届会议工作报告对辩论结果作了如下概述：

> 委员会中有少数委员主张保留反措施与第三部分的联系。但是，即使是这些委员也不曾为采取反措施与解决争端之间关系中所存在的不平等现象辩护。反之，他们支持维持两者之间的密切关系，这是由于担心反措施可能被滥用因而需要尽可能加以控制。[……]
>
> ……要使两者脱钩的建议并不妨碍委员会采取的立场，即：诉诸反措施所引起的问题可能成为解决争端的议题。但是，不应当将强制解决争端程序纳入条款草案，因为该草案只适用于实行了国际不法行为的国家。

[545] 见其第四、第六和第七次报告(上文脚注 21)。辩论摘要，见《1992 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 22-44 页，第 117-276 段；《1994 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 141-143 页，第 275-288 段和第 149-150 页，第 347-353 段；以及《1995 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 69 页，第 340-343 段。

[546] 见《1999 年……年鉴》[英](上文脚注 8)，第 3 页；辩论摘要，见《1999 年……年鉴》[英]，第二卷(第二部分)，第 86-88 页，第 426-453 段。

……在现有安排的范围内处理国家间的平等关系，实际上是要求实行涉及条款草案的通盘解决争端制度。……[它]意味着条款草案应该采取公约草案的形式，但还没有就此作出决定。[547]

在第 47 至第 50 条提出的问题尚未有解决答案之前，委员会并未在 1999 年第五十一届会议上通过第 30 条的准确表述，该条排除了以反措施方式实行的行为的非法性。[548]

287. 在 1999 年委员会第五十一届会议举行初步辩论之后，特别报告员认为，反措施条款应当列入第二部分之二内，但不应与解决争端问题有任何特别的联系。列入第二部分之二的原因是，一般而言，应将反措施看作是在运用一种保证遵守国际法的手段性职能，而不是惩罚措施或制裁。将反措施与解决争端区分开来的理由简言之，就是这种联系会使目标国(在理论上系指实行了国际不法行为的国家)有单方援引第三方介入解决的权利，然而，同时也必须给予受害国这种权利，而不给予采取反措施的权利。如果要在第二部分之二详细讨论反措施问题，第一部分第五章只需简单提及反措施作为解除行为不法性的情况就够了。

288. 这一观点，至少作为第一种假设，似乎得到了委员会的普遍支持。另一方面，对于反措施条款的内容如果无法达成一致意见(特别是鉴于条款涉及多边义务方面的反措施制度)，则可能必须考虑其他替代办法。其中最明显的就是在第一部分第五章内进一步明确规定反措施的条件。

289. 应当指出，国际法院在*加布奇科沃—大毛罗斯项目案*中对反措施的处理总的来说支持本条款草案的平衡状态，同时还澄清了一些问题。法院在不存在受法律禁止的反措施问题的双边基础上，赞同反措施法律的四项独特内容：(*a*) 反措施必须是在对非法行为作出反应时才能采取；[549](*b*) 在采取反措施以前，受害国必须先提出履约要求；[550](*c*) 反措施的程度必须成比例，成比例的意思是“考虑到所涉权利，须与所遭受损害相称”；[551] 以及(*d*) 反措施的目的必须是“促使不法行为国履行国际法规定的义务，而且，采用的措施必须是可逆的”。[552] 特别是，法院接受了第 47 条所隐含的反措施概念。法院还赞同成比例的要求，但对后者增加了有益的澄清，从而采取了比第 49 条措辞含义更为严谨的方针。

290. 各国政府关于反措施的意见既涉及了是否应当保留第 47 至第 50 条这个一般性问题，也涉及了起草和平衡的具体问题。[553] 总的来说，各国政府提到了：

(*a*) 实际区分反措施与第 48 条第 1 款所指“临时性保护办法”的困难；

(*b*) 反措施是否应与违背行为有某种关联(即对等反措施的概念)的问题；

(*c*) 在违背多边义务或普遍义务的情况下可能发生集体措施和反措施的情况；

(*d*) 区分“罪行”与“不法行为”对反措施制度的影响，更概括地说，就是反措施是否具有惩罚作用的问题；

(*e*) 反措施对目标国经济状况和该国人权的影响以及可能对第三国产生的影响；

(*f*) 反措施的不平衡性，因为它仅仅有利于最强大的国家。

291. 特别报告员认为，尽管需要处理这些批评和质疑，但这些批评和质疑并不使人得出结论，认为应当删除这些条款草案。他认为，反措施已作为援引国家责任的一些方面而得到了适当考虑(即阿兰焦—鲁伊斯先生所称的“手段性后果”)。对于一项极端重要的问题，一套平衡的反措施制度在控制越轨行为方面要比保持缄默有用，而且，委员会除此之外不太可能有能力对这一问题做出贡献。此外，

[547] 《1999 年……年鉴》[英]，第二卷(第二部分)，第 88 页，第 450-452 段。

[548] 同上，第 78 页，第 332 段。

[549] 《1997 年国际法院汇编》(见上文脚注 18)，第 55-56 页，第 83 段。

[550] 同上，第 56 页，第 84 段。法院未提及事先谈判的要求。在这起案件中，已经进行了全面谈判，故未再提出这一点。

[551] 同上，第 85 段。

[552] 同上，第 56-57 页，第 87 段。

[553] 见特别报告员第二次报告，《1999 年……年鉴》[英](上文脚注 8)，第 92-93 页，第 376-381 段。

应当说，总体看来，对委员会这方面工作的反应迄今为止还是积极的。为此，建议在本节内审议现有的条款及对其所提的意见，并从受害国采取反措施的角度来审议(受害国定义按第 40 条之二第 1 款确定)。在采取反措施的一国或几国本身并非受害国，只是为履行多边义务而采取反措施的情况下，问题就棘手多了。只有在最严格意义下的受害国采取反措施等相关基本问题得以解决之后，才能开始处理这些问题。

2. 对现有第三章(第 47 至第 50 条)的审查

292. 第 47 至第 50 条目前构成了相当统一而连贯的章节，例如在审查第 47 条时，不可能不同时也考虑其后各条。因此，建议在专题讨论其中各项问题之前，先总结所有四条的内容及各国政府的意见。

(a) 第 47 条 受害国的反措施

293. 第 47 条规定：

> 1. 为本条款草案的目的，反措施的采取指受害国在实行了国际不法行为的国家不遵守依第 41 至第 46 条应负义务的情况下，于必要时，参酌该国对其要求的反应不遵守对该国的一项或多项义务以促使该国遵守应负的义务。
>
> 2. 反措施的采取必须遵守第 48 至第 50 条所述条件和限制。
>
> 3. 若针对实行了国际不法行为的国家的反措施涉及违背对第三国的某项义务，则本章不得成为针对第三国的此种违反的理由。

因此，第 47 条是一个混合体，对反措施下了“定义”，提到了第 48 至第 50 条所规定的反措施的局限性，并讨论了第三国在反措施方面的地位。

294. 根据评注，第 47 条确定了“受害国有权”采取“合法反措施”。[554] 相比之下，第 1 款中的字面定义并未申明受害国有权采取反措施，也未申明反措施是合法的。该段仅说明了什么是反措施。其非法性没有被第 47 条解除，而是被第 30 条解除了。但是这有些含糊：原文第二部分讨论反措施的理由是，在某种情况下可以采取这类措施，以使违背国际义务的国家遵守有关停止和赔偿的“次级”义务。该评注以这种立场看待反措施，同时又强调了反措施效用的局限性，尤其是：(*a*)只有在对付实际属于非法的行为时才可采取反措施，仅“真诚认定”行为属于非法是不够的；[555](*b*) 其目的应限于“受害国对停止和赔偿的要求”，它尤其不是惩处性的，而是手段性的；[556](*c*) 反措施“是在……其他手段都未能奏效或显然无法促使违法国遵守其义务的时候才作为最后手段采取的”；[557](*d*) 只有在对其要达到的目的而言是必要的时候才可采取反措施；[558] 以及(*e*) 受害国在评估反措施的必要性时必须参酌不法行为国对其要求的反应，因此受害国或许应与目标国就停止与赔偿问题进行对话。[559] 显然，反措施只使受害国与目标国之间的有关行为合法化了，但是，这并不排除“在各国日益受到多边义务限制的相互依存的世界上”，“偶尔影响第三国立场”的可能性。[560] 评注显示，这在“受害国可能违背载述普遍性义务的规则的情形下”“是特别有关的”。[561] 但是，尽管提到了这一点，关于反措施的各项条款几乎没有注意到普遍义务的问题：第 47 至第 50 条所设想的是受害国与责任国两者之间的情况。正如上文所述，应当先考虑这一情况，然后才应考虑集体义务和集体反措施等更复杂的问题。但是，可以指出，即使想象受害国因为针对一个国家采取反措施竟然就违背了普遍义务，这也是相当奇特的情况。

295. 只有少数几个国家政府对第 47 条提出了一般性意见。除了法国认为“第 47 条杂乱无章”，第 1 款的定义显然“与其他两款……无关”，[562] 其他国家一般都支持该条，并赞同加强和澄清该条所体现的一些原则。一些国家政府要求委员会不仅编纂关于反措施的现有习惯法，而且还应“制订明确的规

---

554 《1996 年……年鉴》[英]，第二卷(第二部分)，第 47 条评注，第 67 页，第(1)段。

555 同上。

556 同上，第(2)段。在这方面，第二部分反措施的概念比一读通过的第 30 条的概念更为狭隘，后者包含了“制裁”。

557 同上，第(4)段。

558 同上，第(5)段。

559 同上，第 68 页，第(6)段。

560 同上，第(7)段。

561 同上，第(8)段。

562 《1998 年……年鉴》[英](见上文脚注 35)，第 155 页。

则”，对可诉诸反措施的“情况加以限制”。[563] 例如，有一个国家政府建议，只有直接受不法行为伤害的国家才应有权利作出反应，而且它们也必须证明它们已受到伤害。[564]

296. 第 1 和第 3 款引发了一些比较具体的意见。关于第 1 款，一些国家政府对反措施可能具有惩处功能表示关切，尽管这一观点并不普遍。因此，希腊表示，整个第三章“似乎更适用于定为不法行为的违背义务情事，而不大适用于构成国际罪行的违背义务情事”；该国进一步认为，第三章的措辞应当更好地反应出这一区别。[565] 相比较而言，其他国家政府则坚决主张“反措施不应具有惩罚性质，而应以恢复原状、赔偿或补偿为目标。”[566] 为了避免关于这一问题的任何疑惑，爱尔兰建议在第 1 款中增加“这不包括采取惩罚性措施”一句话。[567] 爱尔兰与其他对第 47 条提出意见的国家政府持同样立场，[568] 该国还同意第 3 款中所体现的应保护第三国的原则，但却建议应对该款“略作修正”。“由于针对某一国的反措施可能使其他国际人士和机构(例如政府间组织)受害”，爱尔兰建议将这一款内的“第三国”改为“第三方”。[569]

297. 法国和丹麦(代表北欧各国)并不质疑第 3 款的实质内容，但认为该款内容最好在一项单独条款中处理。[570] 实际上，丹麦支持对整个第 47 条重新起草，按照“谨慎的态度”，以便限制使用反措施的权利。该国因此建议应将第 47 至第 49 条合并为一项条款，标题是“采取反措施的条件”。该条一开始就可以规定除非符合某些条件，否则各国无权采取反措施，并继而指出有关的条件。[571]

(b) 第 48 条 与采取反措施有关的条件

298. 第 48 条规定了采取反措施或继续执行反措施的某些程序性条件。这是一读所通过的四项条款中最具有争议性的条款。该条规定：

1. 采取反措施以前，受害国应履行第 54 条所规定的谈判义务。这项义务不影响受害国在第 54 条所规定的谈判得出结果以前另行遵照本章规定采取为维护其权利所必需的临时性保护办法。

2. 采取反措施的受害国应履行由第三部分引起的解决争端义务或对受害国和实行了国际不法行为的国家具有约束力的任何其他正式生效的解决争端程序的义务。

3. 只要国际不法行为已经停止，当实行了国际不法行为的国家正在以诚意执行第 2 款所指的解决争端程序，而争端已提交有权发布对当事国具有约束力的指令的法庭，在这样的情况下，受害国应暂时停止反措施。

4. 实行了国际不法行为的国家如果不履行由解决争端程序产生的要求或命令，则对受害国采取反措施的权利的暂停适用应予终止。

299. 评注指出了委员会内部对第 48 条的一项关键性的不同看法。尽管所有人都同意，应当争取以和平手段解决争端，但问题是，在何种程度上这才是采取反措施的必要先决条件，同时应考虑到：(*a*) 一国可能使谈判时间延长，采用拖延的程序，(*b*) “有些形式的反措施(包括一些极其容易扭转的形

[563] A/CN.4/496(见上文脚注 3)，第 18 页，第 121 段。

[564] 同上。

[565] 《1999 年……年鉴》[英](见上文脚注 43)，第 109 页。与此不同的观点，见蒙古的意见(《1998 年……年鉴》[英](上文脚注 35)，第 153 页)。

[566] A/CN.4/504(见上文脚注 3)，第 20 页，第 74 段。新加坡批评第 30 条评注与第 47 条评注在这方面“显然存在矛盾”(《1998 年……年鉴》[英](见上文脚注 35)，第 154 页)。

[567] 《1998 年……年鉴》[英](见上文脚注 35)，第 155 页。

[568] 见 A/CN.4/496, 第 18 页，第 121 段和 A/CN.4/504, 第 20 页，第 74 段(上文脚注 3)。新加坡认为，第 3 款“可能不够深入”，而本条款草案“可能必须处理损及无辜的第三国以及对此采取应急行动的问题”(《1998 年……年鉴》[英](见上文脚注 35)，第 154 页)。

[569] 《1998 年……年鉴》[英](见上文脚注 35)，第 155 页。

[570] 同上，法国认为，这项原则“不适宜列在本条内(A 国显然不可以因 B 国对其实施的行为对 C 国进行报复)”。

[571] 同上。根据代表北欧各国的丹麦的意见，这些条件如下：

“(*a*) 实际存在国际不法行为；

“(*b*) 受害国已事先提交抗议并要求停止/赔偿；

“(*c*) 不法行为国拒绝关于通过友好解决程序、包括具有约束力的第三方程序来解决争端的建议；

“(*d*) 受害适当和及时地表达了其采取反措施的意向；

“(*e*) 相称性，即受害国所采取的措施不应与国际不法行为的严重性及其后果不成比例。”

式，例如冻结资产)只有迅速采取才有效”。[572] 有人力图通过采用将“临时性反措施”(称为“临时性保护办法”)与其他措施区分开来的办法，来解决维持反措施的效力与防止过早采用反措施之间的紧张关系。根据评注，“临时措施”是受害国“维护其合法权利”所“必需”的措施。与此相对比，不应该“不首先试图采取通过谈判解决争端的方式”就采取“大规模的反措施”(条款本身并未使用这一词语)。[573] 据称临时措施具有可以扭转的固有性质：因此“差别在于：暂时查封财产而不予没收或者暂时吊销执照而不予撤销”。[574]

300. 使采取反措施国家与目标国之间利益达到平衡的第二种方式是要求在某些条件下应暂停反措施，这些条件已在第 3 和第 4 款中作了明确规定。这里很重要的一点是，第 47 至第 50 条的规定涉及必须由第三方解决关于反措施问题的争端的强制性条件，这一点已经在一读中作出建议，同时也在上文提及。[575] 评注将这些规定所产生的效果总结如下：

> 如果满足第 47 条所列有关反措施的基本条件，而且如果初步谈判未能得出解决办法，受害国得采取反措施，而无需事先诉诸第三方解决争端程序。但如果该国确实采取反措施，则被采取反措施的国家得……诉诸有约束力的仲裁程序，或任何其他适用的有约束力的第三方争端解决程序。如果指称的违法国确实诉诸此种程序，并诚意执行，只要不法行为本身已经停止，反措施就必须暂停。[576]

但是，这一暂停是有条件的；如果目标国在第三方解决争端程序中不合作，或者不履行第三方有关临时措施的命令或指示，则可以结束暂停。[577] 评注表示，“这一制度是解决涉及反措施的争端的各种现有安排的一项重大进步”，特别是它有助于“减少反措施制度中总是使反应不断升级的要素”。[578]

301. 捷克共和国和爱尔兰注意到针对第 48 条已在“委员会中引起大量辩论和争议”。[579] 一些国家政府的评论同样反映出大量不同、有时甚至是对立的观点。一方面，例如瑞士“对于反措施方面解决争端的条款感到满意。”[580] 其他一些国家政府则认为，第 48 条如果不完全删除，至少也应当做很大修正。例如法国为这一条款提出了一种全新的表述方式，[581] 而美国认为，该条“应至少被编入一项解决争端任择议定书内”。[582] 在不影响关于本条款草案反措施问题处理办法的基本立场的条件下，联合王国建议增列一项“相当于 1969 年《维也纳公约》第四十五条的规定，禁止国家在对其权利的违反情事默许之后采取反措施”；[583] 另外还必须特别注意“一些国家可能采取反措施，但主要受影响国可能决定不采取措施，甚至同意该违背行为”的情况。[584]

---

[572] 《1996 年……年鉴》[英]，第二卷(第二部分)，第 48 条评注，第 69 页，第(2)段。

[573] 同上，第(3)段。

[574] 同上，第(4)段。

[575] 见上文，第 265 段。

[576] 《1996 年……年鉴》[英]，第二卷(第二部分)，第 48 条评注，第 70 页，第(11)段。

[577] 同上，第(12)段，总结了第 48 条第 4 款的影响。

[578] 同上，第(13)段。

[579] 《1998 年……年鉴》[英](见上文脚注 35)，第 156 页。在这一点上，关于解决争端的条款，爱尔兰“怀疑将关于反措施的条件与这些规定关连起来是否明智”。

[580] 同上。另见日本，它认为“第 48 至第 50 条一般而言还是起草得较好的，它们通过程序性以及实质性限制，防止反措施被滥用”(《1999 年……年鉴》[英](上文脚注 43)，第 109 页)。

[581] 法国的建议如下：

> “1. 决定采取反措施的受害国在反措施生效之前应：
>
> “ (*a*) 提交一份理由充分的请求书，要求犯下指称的国际不法行为的国家履行其义务；
>
> “ (*b*) 将打算采取的反措施的性质通知该国；
>
> “ (*c*) 同意与该国真诚谈判。
>
> “2. 受害国仍可自发出此种通知之日起临时实施维护其权利所必需的这种反措施。
>
> “3. 国际不法行为停止后，如果当事国已开始具有约束力的解决争端程序，根据这项程序可以发布对当事国具有约束力的指令，则受害国应暂不采取反措施。
>
> “4. 实行了国际不法行为的国家如果不履行由解决争端程序产生的命令，则暂停采取反措施的义务应予终止。”

(《1999 年……年鉴》[英](见上文脚注 35)，第 155-156 页)

[582] 同上。该国政府还指出，“作为一套强制性条件，[第 48 条]在习惯国际法上是毫无根据的”(另见 A/CN.4/496(上文脚注 3)，第 18-19 页，第 121 段)。

[583] 《1998 年……年鉴》[英](见上文脚注 35)，第 156 页。联合王国政府认为，委员会应当只局限于第 30 条，而删除第 47-50 条(同上，第 154 页)。

[584] 同上，第 154 页。

302. 除了这些一般性的意见和建议之外，各国政府的评论多数集中在第 1 和第 2 款上。对于第 1 款，讨论了两项主要问题。第一项涉及必须在采取大规模反措施之前履行的谈判义务。一些国家明确支持这项规定，它们的设想是，反措施是一种被作为“最后手段”[585] 的解决办法，而不是“国际不法行为直接和自动的后果”。[586] 其他国家并不否定谈判义务的存在，但是却以相当狭义的方式解释这一义务：例如，日本指出，如果反措施的目的是要致使不法行为国尽快恢复发生不法行为前的状态，“则没有充分的时间进行谈判”；因此，通行的解释应当是，“当不法行为国没有在合理时限内对受害国提议作出具体回应的情况下，允许受害国采取反措施”。[587] 另一些国家政府反对列入这项条款，其主要理由是，与事先要求停止和赔偿有所不同，采取反措施以前的谈判义务不是习惯国际法的一部分。[588] 例如联合王国认为，“第 1 款建议对国家施加新的、站不住脚的约束，这在瞬息万变的现代世界是不切合实际的、乌托邦的想法”。[589] 美国则进一步指出，“条款草案……应反应在谈判之前和谈判期间允许采取反措施的基本习惯规则”。[590]

303. 就第 1 款所提出的第二个问题涉及“临时性保护办法”的提法。丹麦(代表北欧各国)建议“……特别提及临时保护措施的概念”，[591] 其他国家政府则认为，在实践中难以“将临时措施与真正的反措施区分开来”。[592] 阿根廷认为，临时措施“与反措施相比，似乎并无实质上的区别，只有程度或时限的区别”。[593] 联合王国坚决谴责“措辞不当，这样可能暗寓与国际法院的临时性办法存在概念上的联系，联合王国政府认为这是彻底的误解。”[594] 美国质疑临时措施“是否像反措施一样，在不存在触发性不法行为时也视为非法”；如果不是非法，该国就认为这种措施没有必要，但如果是非法的，“则不知道这些办法在具体情况下如何适用。”[595]

304. 至于第 48 条第 2 款，甚至那些原则上支持采取反措施与草案第三部分所体现的解决争端体制之间存在联系的国家政府，都对条款措辞和隐含的概念表示怀疑。例如捷克共和国，它虽然“同意至少在事后监督反措施的合法性的想法”，但仍然认为第 2 款“在草案第二和第三部分间建立了一种相当严格的有机联系”，因此预断了草案第三部分关于解决争端制度的强制性质，损害了“关于反措施的实质性规则。”[596] 美国认为，“第 2 款有两个涉及草案的仲裁制度的缺点”。首先，第 58 条第 2 款所建议的强制性仲裁制度“在习惯国际法上没有依据，实际上是行不通的”，并将“在对待受害国和不法行为国方面造成严重不平衡”，迫使受害国付出“不可接受的代价”。[597] 其次，提到“具有约束

[585] 同上，第 151 页。阿根廷建议案文应“推翻反措施的合法性的假定”，并视之为国际法“予以容忍的一种行为”；另见 A/CN.4/496,第 18 页，第 120 段，及 A/CN.4/504, 第 20 页，第 74 段(见上文脚注 3)。

[586] 《1998 年……年鉴》[英](见上文脚注 35)，第 157 页，捷克共和国的评论。该国还指出，“这些先决条件的作用是减少过早地、亦即滥用反措施”。奥地利和法国(后者认为“采取反措施应尽可能与和平解决争端的进程联系起来”)也赞同事先谈判的义务(同上；另见 A/CN.4/496(见上文脚注 3)，第 18 页，第 121 段)。

[587] 《1999 年……年鉴》[英](见上文脚注 43)，第 109 页。同样，爱尔兰认为，愿意采取反措施的国家“通常应与违反国谈判，使……停止……和赔偿”，但是迫使这些国家“在采取反措施以前承担任何更广泛义务”的可能性并不大(《1998 年……年鉴》[英](见上文脚注 35)，第 156 页)。

[588] 美国和德国，后者认为“要求受害国在用尽友好解决争端的所有手段之前不采取和平的反措施也是相当不合理的”(《1998 年……年鉴》[英](见上文脚注 35)，第 157 页；另见 A/CN.4/504(见上文脚注 3)，第 20 页，第 74 段)。

[589] 《1998 年……年鉴》[英](见上文脚注 35)，第 157 页。

[590] 同上，第 158 页。

[591] 同上，第 157 页。捷克共和国似乎也赞同临时措施的概念，该国指出，暂停“将使反措施失去作用”(同上；另见 A/CN.4/469(见上文脚注 3)，第 18 页，第 121 段)。

[592] 德国。该国又指出，“新一类的‘临时措施’可能为有人企图规避传统上对采取报复行动所作的限制打开方便之门”(《1998 年……年鉴》[英](见上文脚注 35)，第 157 页)。另见爱尔兰的评论，该国担心这种区分“只会激发国家间的进一步争执而已”(同上，第 156 页)；以及日本的评论，该国要求为临时措施制定明确的定义(《1999 年……年鉴》[英](见上文脚注 43)，第 109 页；另见 A/CN.4/504(上文脚注 3)，第 21 页，第 76 段)。

[593] 《1998 年……年鉴》[英](见上文脚注 35)，第 151 页。

[594] 同上，第 157 页。

[595] 同上，第 157-158 页。

[596] 同上，第 158 页。

[597] 同上。另见 A/CN.4/504(上文脚注 3)，第 20 页，第 75 段，在该段中，有人建议，采取反措施的国家和反措施所针对的国家“应有相同机会采用和平解决办法”，另见日本

力的任何其他正式生效的解决争端程序”，可能被误解为“同意诉诸解决争端程序，因为现行程序规定必须相互同意”。[598] 同时，另有一国政府建议，即使确定采取反措施与解决争端程序之间不存在任何联系，采取反措施还是应当附有先决条件，即“不法行为国拒绝接受通过具有约束力的第三方程序来解决问题的建议”。[599]

305. 关于第 3 款，日本支持该款，但认为其措辞“比较模糊”：日本建议，如果所提到的程序属司法性质，“应明确加以说明”。[600] 美国认为第 3 款中所载的规定“可导致进一步拖延和被不法行为国滥用”。[601]

(c) 第 49 条 相称

306. 第 49 条规定相称这一基本要求为采取合法反措施的条件。该条规定：

> 受害国采取的反措施不应与国际不法行为的严重程度及其对受害国的后果不成比例。

307. 评注称相称原则是“反措施或报复之合法性的一般条件。由于各国之间实际上的不平等，反措施蕴含着被滥用的危险。鉴于这种危险，在决定反措施的合法性方面，相称是一个重要的组成部分”。[602] 问题不是有没有该项要求，而是实施该项要求的严格程度。评注提到瑙里拉案[603]和空运协定案[604]等判例的提法，说明第 49 条使用否定句式(“不应……不成比例”)是有道理的。因此，相称的要求是灵活的，允许人们既考虑到不法行为的严重性，又顾及它对受害国的影响。[605] 特别是，其用意并不是要

> 不当地限制一国对涉及普遍义务的某些不法行为，例如侵犯人权行为采取有效反措施的能力。但是，某一个在法律上受害的国家，同物质上受害的国家相比，在选择与它所受到的法律损害相称的措施类型和措施强度时会受到较大限制。[606]

308. 所有针对第 49 条发表评论的国家都认为，反措施的相称原则乃是习惯国际法的一部分；[607] 其中有些国家认为这是“极为关键的”一项要素，[608] 或是“保证行使反措施的合法性的基本条件之一”。[609] 有几个国家对第 49 条的草案案文表示关注，[610] 但没有任何国家怀疑提及“国际不法行为的严重程度”的重要性。[611] 捷克共和国认为，“在对罪行采取反措施的情况下，相称原则的作用就更重要了。一桩罪行的后果可在不同程度上使得国际社会受到影响，因此相称原则应个别适用于每一受害国家。”[612]

309. 相反，各国针对第 49 条提出的问题为：是否应通过在确定相称性方面增加其他有关要件来完善该项规定？例如，奥地利强调相称原则造成“规范性效果”，要求进一步完善该概念，至少在对该条

的意见(《1999 年……年鉴》[英](上文脚注 43)，第 109 页)。

[598] 《1998 年……年鉴》[英](见上文脚注 35)，第 158 页。

[599] A/CN.4/504(上文脚注 3)，第 20 页，第 75 段。

[600] 《1999 年……年鉴》[英](见上文脚注 43)，第 109 页。

[601] 《1998 年……年鉴》[英](见上文脚注 35)，第 158 页。

[602] 《1995 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 13 条[现第 49 条]评注，第 73 页，第⑵段。

[603] 葡萄牙殖民地案(瑙里拉事件)，《国际仲裁裁决汇编》，第二卷(出售品编号：1949.V.1)，第 1028 页(不包括那些“与引起报复的行为完全不相称的报复”)。该案涉及武装报复，而不是第三章意义上的反措施。

[604] 1946 年 3 月 27 日美利坚合众国与法国间的空运协定案，1978 年 12 月 9 日的决定，《国际仲裁裁决汇编》，第十八卷(出售品编号：E/F.80.V.7) (“与法国的[行动]相比较，这并不是……明显的不相称”)。

[605] 《1995 年……年鉴》(见上文脚注 602)，第 74 页，第(6)-(8)段。

[606] 同上，第 74 页，第(9)段。但一读通过的条款草案案文未对“法律损害”与“物质损害”作任何区分。

[607] 例如见德国(《1998 年……年鉴》[英](见上文脚注 35)，第 159 页)，它提及以核武器进行威胁或使用核武器的合法性案，咨询意见，《1996 年国际法院汇编》，第 226 页)；爱尔兰(同上)、美国(同上，第 159-160 页)和 A/CN.4/504(上文脚注 3)，第 20 页，第 74 段。

[608] 《1998 年……年鉴》[英](见上文脚注 35)，奥地利(第 158 页)。

[609] 同上，第 159 页，捷克共和国。

[610] 同上。爱尔兰同意“从反面来写这项条件的做法”，但“法国提议将‘与国际不法行为的严重程度及其对受害国的后果不成比例’等措辞改为‘与国际不法行为对受害国的后果及其严重程度不相称’”(同上)。

[611] 同上，例如德国。但美国认为，一读通过的案文“过分强调”“‘严重程度的’空泛概念”，它“只反映习惯国际法的一个方面”(同上，第 160 页)。

[612] 同上，第 159 页。

的评注中这样做。[613] 但爱尔兰和美国则认为可以在该条草案中更加全面地阐述这一概念，即便“相称是近似，不是确切，在断定反措施的合法性时，既不须相同也不须恰好相等”。[614] 在评估相称性时，没有考虑到反措施的目的；这些国家政府特别对此提出批评。爱尔兰提到欧洲人权法院等国际人权机构最近应用相称性概念的情况时指出：“反措施[即停止和(或)赔偿]的特定目的以及可能要求的赔偿的特定形式，确实可能与反措施的相称性问题相关”。[615] 同样，对于美国而言，“相称主要是指反措施应与促使不法行为国履行它在国际法下义务的需要一致，并且为此采取的步骤不应使争端升级，而应促进解决争端”。[616]

310. 关于第 49 条，人们还提出了另外两项观点。爱尔兰对评注区分法律伤害与物质伤害提出质疑：爱尔兰指出，“由于在许多违反人权的情况中，受到物质伤害的是作出国际违法行为的国家国民，所以限定要考虑国际违法行为对受害国造成的法律伤害影响也许限制性过大”。在此类情形下，“就反措施作为违法行为与受害国之间关系来说，对相称性的惯常理解也许真的不适当”。[617] 其次，在第六委员会内进行讨论时，有人建议“应审议报复与原来的违背义务行为不成比例的情况下的国家责任问题。”[618]

(d) 第 50 条 禁止采取的反措施

311. 第 50 条具体确定五类行为属于禁止采取的反措施。该条规定：

> 受害国不应以反措施方式诉诸：
>
> (*a*) 《联合国宪章》所禁止的武力威胁或使用武力；
>
> (*b*) 旨在危害实行了国际不法行为国家领土完整或政治独立的极端的经济或政治胁迫；
>
> (*c*) 侵犯外交或领事人员、馆舍、档案和文件之不可侵犯性的任何行为；
>
> (*d*) 减损基本人权的任何行为；或
>
> (*e*) 违反一般国际法强制性规范的任何其他行为。

312. 对第 50 条的广泛评注一开始就指出(*e*)项与(*a*)项和(*d*)项内容存在重复，这是有道理的，因为需要避免就这些具体规范的强制性出现争论。[619] 评注接着讨论这些具体的例外情况：

(*a*) 《关于各国依联合国宪章建立友好关系及合作之国际法原则之宣言》[620] 以及现代理论和惯例均明确禁止武装报复或使用武力的反措施；[621]

(*b*) 评注更为详细地指出，“极端的经济措施或政治措施可能产生与使用武力所引起的后果一样的严重后果”，有理由予以排除。[622] 但此处问题在于，顾名思义，反措施是胁迫性的：采取反措施是为了促使一国做它应当做但却不愿做的事情。某些极端措施若为《联合国宪章》所禁止，本条款草案当然不能规定其为合法：如果这些措施不为《联合国宪章》所禁止(而且假如它们符合本条款草案的其他要求，特别是相称性)，其关键将在于胁迫性。评注试图讨论这一点，它指出，“如果订得太宽泛，(*b*)项会几近于禁止反措施”，但它辩称，第 50 条是为了要“把禁止的行为限于‘极端的经济或政治强制’”；此外，“‘旨在’一语含有敌对或惩罚的意图，但不包括能够远远地和不经意地危及目标国领土完整或政治独立的行为”；[623]

---

[613] 同上，第 158 页。德国政府认为，“要对是否成比例这一问题作出评价，就必须考虑到大家认为与具体情况有关的所有因素”(同上，第 159 页)。

[614] 同上，第 160 页。美国补充指出“反应程度适宜超过触发性不法行为的严重性，以促使不法行为国遵守其义务”；另见爱尔兰(同上，第 159 页)。

[615] 同上，第 159 页。

[616] 同上，第 160 页。因此，美国认为“相称性规则除顾及先前不法行为所涉的原则的重要性外，还应衡量反措施所要实现的目的”(同上)。

[617] 同上，第 159 页。

[618] A/CN.4/504(见上文脚注 3)，第 20 页，第 74 段。

[619] 《1995 年……年鉴》(见上文脚注 602)，第 14 条[现第 50 条]评注，第 74-75 页，第⑴段。

[620] 1970 年 10 月 24 日大会第 2625(XXV)号决议附件。

[621] 《1995 年……年鉴》(见上文脚注 602)，第 75 页，第(2)段，引述了大会第 2625(XXV)号决议，附件，原则一，第 6 段。

[622] 《1995 年……年鉴》(见上文脚注 602)，第 14 条[现第 50 条]评注，第 76 页，第(5)段。

[623] 同上，第 78-79 页，第(12)段。

(*c*) 至于外交不可侵犯性，评注指出这限于一些“外交法律的规则，”其“目的是在包括武装冲突在内的一切情况下，保障外交人员、房地、档案和文件的实质安全和不可侵犯性”。[624] 两国之间如果出现不和(在威胁采取或采取反措施时，很有可能出现此种情况)，此项保护尤为重要；

(*d*) 至于禁止采取影响基本人权的反措施，评注指出，这可以追溯到禁止对受国际人道主义法保护的人员进行报复，后来又扩大到包括不容贬损的人权规范对个人的保护。但此处的问题在于，对一个国家采取的反措施，顾名思义，不能允许侵犯不容贬损的人权，按规定，此种人权的受益者为相对于目标国而言的第三方，即使他们为该国国民。问题却是“不人道后果”，[这是]“对违法国采取的措施的间接结果。”[625] 评注举例说明了抵制行为和其他措施，其中均不包括“旨在缓解人类痛苦的物品”或“人道主义援助”活动。[626] 困难也在于此类豁免不一定涉及受害国按照人权准则必须进行的行为：此类豁免无论是多么符合人道主义考量，一般而言，人权法不强迫一个国家允许其国民或官员在别国领土上开展人道主义活动。关于(*d*)项，更令人信服的理由在于反措施“就其性质而言主要是有关国家之间的问题，”并且这种措施应“对私人当事方产生最低限度的影响，以便避免集体惩罚。”[627]

(*e*) 最后，就剩余被排除的违反其他强制法规范的行为而言，评注没有举出任何例证：事实上，评注指出：“(*e*)项可能不是必需的，因为顾名思义，强制法规则不得以反措施方式或其他方式予以违反。”但是，提到强制法将能“确保按照这方面的法律的沿革逐步调整条文，从而达到有用的目的。”[628]

313. 对第 50 条提出评论的国家政府似乎对该条的一般目的和内容意见不一。一方面，一些国家(例如捷克共和国和爱尔兰)强调，“国际社会的利益要求禁止某种类型的反措施”，[629] 因而支持所列举的应禁项目，“其中大部分属于强制法”。[630] 爱尔兰虽然不同意清单中的一些具体要件，但特别指出过去几十年来“愈来愈多人认识到，有些国家行为在所有情况下都应禁止，因此在逻辑上即使是回应他国先前的非法行为也不应允许”。[631] 另一方面，有一些国家政府则认为第 50 条并未从总体上反映国家惯例或习惯国际法。[632] 除其他外，新加坡批评第 50 条没有讨论“所采取措施与被侵犯的权利是否应相关或有某种联系这个关键问题”。[633] 美国认为，“第 49 条的相称性规则一般会限制允许采取的反措施的范围，而且在大多数情况下会阻止诉诸于第 50 条列举的各项措施”；就这一点来说，第 50 条“是不必要的”。[634] 美国还关切地指出，这一规定“可能会在现有制度之上添加层层实体法性质的规则，而又不对具体规则或国家责任法加以澄清”，并举外交和领事关系规则为例。[635]

314. 各国政府对(*a*)项评论不多，不过，法国认为其措辞“异乎寻常”，建议参照 1969 年《维也纳公约》第五十二条起草该项。[636] 爱尔兰回顾大会第 2625(XXV)号决议规定各国有义务不采取涉及使用武力的报复行为，并且“完全赞同该项对反措施订明的限制”，这种限制“默示承认联合国及其机构在这一领域的作用。”[637]

---

624 同上，第 79 页，第(14)段。

625 同上，第 81-82 页，第(20)段。

626 同上，第 82 页，第(21)段。

627 同上，第(22)段。

628 同上，第 83-84 页，第(26)段。

629 A/CN.4/496(见上文脚注 3)，第 18 页，第 121 段。

630 《1998 年……年鉴》[英](见上文脚注 35)，第 160 页，捷克共和国。同样，爱尔兰“非常赞同条款草案第 50 条中逐项列出在反措施方面可合法采取的措施的实质性限制”(同上，第 161 页)。丹麦，代表北欧各国，希望“参照……第 50 条的内容”保留一项关于禁止采取的反措施的规定(同上)。

631 同上，第 161 页。

632 同上，美国，它还补充指出，这“可能使争端扩大而不是解决争端”；另见新加坡(同上，第 153 页)和 A/CN.4/496(上文脚注 3)，第 18 页，第 120 段。

633 《1998 年……年鉴》[英](见上文脚注 35)，第 153 页；另见美国(同上，第 161 段)。

634 同上，第 161 段。

635 同上；联合王国称，第 50 条施加的限制“不能令人满意”(同上)。

636 同上；这样该项案文应为：“违反《联合国宪章》所载国际法原则以武力威胁或使用武力”。

637 同上；另见 A/CN.4/504(上文脚注 3)，第 20 页，第 74 段，其中强调“《联合国宪章》第二条第四项禁止使用武力的反措施，这已成为国际法的习惯规则”。

315. 相比之下，关于(*b*)项的意见则不一致。支持该项的国家包括一般不赞成采取反措施的国家，它们至少是虽不明言、但仍支持该项；它们不赞成反措施的理由是反措施“有利于强国，有可能损害任何以平等和正义为基础的制度”。[638] 新加坡指出，

> 一个经济或政治上较强的国家与较弱的国家相比，尤其是与发展中国家和最不发达国家相比，必然更具备采取有效反措施的条件。同样，反措施对弱国的影响一般说来其损害程度远远超过对强国的影响。[639]

另一方面，有些国家政府则激烈反对该项。法国认为该项“在习惯法内没有依据”，应予删除。[640] 日本担心该项几乎会“禁止所有反措施”。[641] 联合王国和美国都批评该项措辞笼统且具主观性，[642] 联合王国补充指出，“如果原来的不法行为是对受害国施加‘极端的经济或政治胁迫’，这就很难理解该国为什么不应对不法行为国进行同样的报复。”[643] 爱尔兰和瑞士对该项规定则更为支持。就爱尔兰而言，国家实践中有一些是支持该项的，尽管对“是否普遍同意这种行为*在所有情况下*都是禁止的”仍有怀疑：因而该项规定属拟议法。[644] 此外，爱尔兰认为，“对采取反措施的这种限制是合乎需要的”，虽然“极端”一词并不精确。爱尔兰认为，该问题可通过注重保护“违反国人民的至关重要利益(有别于违反国的至关重要利益)”加以处理：爱尔兰特别认为，反措施不应具有“造成一国人民失去生计”的后果。[645] 瑞士同样不理解为何(*b*)项的禁止没有延伸到“其他的胁迫——例如环境领域的反措施”，并建议删除“经济或政治”的字样。[646]

316. 对于(*c*)项没有作出多少评论。爱尔兰再次认为它属于拟议法，因为该国认为“外交和领事代表、房地、档案和文件”可能不是“*在所有情况下*”均属不可侵犯：但爱尔兰显然支持该项，它指出：

> 作为对一项国际不法行动的回应，可合法地就外交和领事人员和财产采取其他不妨害国际法律制度运作的措施，诸如受害国与违反国之间外交关系的决裂。[647]

美国同样也“强烈”赞成(*c*)项，但该项“不应被误解为阻止按对等原则采取的行动”。[648]

317. (*d*)项引发了一场类似于(*b*)项的争论。对于一些国家而言，其措辞，尤其是“基本人权”一词，显然定义不明确，[649] 这可能会造成问题，因为“大家对于‘基本人权’的构成很少达成共识，或甚至没有共识”。[650] 联合王国认为该项虽然“值得同情，但同样难以掌握，而且宽度无法接受”。联合王国指出，“大多数反措施并不针对个人，而是一国反对另一国所采取的措施”，它想知道为何“按照这一词语所理解的任何认可的反措施可称为这类‘减损基本人权的行为’”，甚至于是减损“其他普遍认可的人权”的行为。联合王国认为，(*d*)项提出的是“实体法问题”，这就证实了这样一个论点，即：本条款草案不应对反措施作出“太详细的规定”。[651] 另一方面，爱尔兰“同意”有关基本人权的“限制的一般要旨”。爱尔兰与其他国家政府一样，也认为“‘基本人权’一词太笼统和不精确”，但认为“订明若干不容减损的人权是可能的”，即使在战时或其他公共紧急情况时也是如

---

[638] 《1998 年……年鉴》[英](见上文脚注 35)，第 154 页，新加坡；另见阿根廷(同上，第 151 页)；以及 A/CN.4/496(上文脚注 3)，第 18 页，第 120 段。

[639] 《1998 年……年鉴》[英](见上文脚注 35)，第 154 页。

[640] 同上，第 161 页。

[641] 《1999 年……年鉴》[英](见上文脚注 43)，第 109 页。

[642] 《1998 年……年鉴》[英](见上文脚注 35)，第 162 页；联合王国指出，“总之，没有明显的方式可以用作‘极端’措施的定义。”

[643] 同上。

[644] 同上。

[645] 同上；另见新加坡，它指出“具有讽刺意味的是”，“已在高压政权下受苦受难”的一国人民可能会因为别国对该国实施反措施而遭受痛苦(同上，第 154 页)。

[646] 同上，第 162 页。

[647] 同上。

[648] 同上，第 161 页，脚注 1。

[649] 日本，建议该项如不更清楚地加以定义，则亦应删除(《1999 年……年鉴》[英](见上文脚注 43)，第 109 页)。

[650] 《1998 年……年鉴》[英](见上文脚注 35)，第 163 页，美国。

[651] 同上；联合王国还指出，评注讨论到的一些问题(例如“基本生计和人道主义目的所需的项目”免受禁运)目前正是安全理事会和大会内部具有争议性的主题。

此。在这方面，爱尔兰政府提到不同人权条约所列各项不可减损的权利之间存在的“一致性相当高”。[652] 爱尔兰特别依据《公民及政治权利国际公约》第四条，建议将其中所列的清单列入条款草案第 50 条。爱尔兰据此建议应：

明文禁止涉及《公民及政治权利国际公约》第四条第二款所订明的任何权利的减免履行，以及禁止基于第四条第一款所述任何理由的歧视性反措施。[653]

318. 至于(*e*)项，爱尔兰建议予以删除。爱尔兰虽然认为人们“广泛接受一般国际法强制规范的概念，但对于特定规范的确认和制定还没有相同程度的共识”，因此，该项规定无法尽量订明。[654] 美国同样指出，“在灭绝种族、奴役和酷刑等领域之外，要确定强制性规范的内容是很困难的”，[655] 法国也支持删除该项，这符合法国目前对强制法概念所采取的做法。[656] 相比之下，有人建议委员会应“审议近年来针对那些违反了国际法基本规范的‘流氓’国家所采取的措施”。[657]

319. 最后，法国努力“强调反措施基本上是根据既定条件采取的临时性措施”，提议增列一项关于停止反措施的第 50 条之二，新案文如下：

一俟违反的义务得到履行和受害国得到充分赔偿，应立即停止反措施。[658]

3. 重拟关于受害国反措施的规定

320. 在此背景情况下，可确认下列五项基本问题：

(*a*) 反措施的定义；

(*b*) 不受制于反措施制度的义务；

(*c*) 采取与维持反措施的条件；

(*d*) 反措施的终止；

(*e*) 第 30 条的拟订。

兹逐一加以审议。

(a) 反措施的定义

321. 正如同业已指明的，第 47 条是一种混合型的条文，它不但“界定了”受害国所采取的反措施，而且还订明了关于反措施不得影响第三国权利的限制。[659] 它已导致一些国家政府提出了极多的评论和建议。这些评论和建议的要害之处在于对反措施条款草案的双重性质的关切。将它们纳入第二部分(或第二部分之二)的理由是，反措施是促使责任国履行其停止和赔偿义务的一种手段，有时候也是唯一手段，并且在这个范围内，也是为国际法所允许的。然而，条款草案所着重的却是对反措施的规范，这也是各国政府所关注的主要问题，即可能会发生滥用反措施的情况。导致第 47 条粗糙地“界定”反措施的原因是，国际法委员会还没有准备用许多文字来指明，符合一些具体条件的反措施是对违背国际义务行为的一种合法的(或“法定的”)反应。完全有理由设法防止滥用反措施，但是，这是在此处纳入该规定后的必然的副产品，这并不是它存在的理由。

322. 自相矛盾的是，可用一种更加直截了当的表述来处理某些有关对被许可反措施的广度和第 47 条混合性质的关注。根本的要点在于，根据定义，在其他情况下，反措施属受害国违背对责任国义务的行为，只有在该两国之间的关系上，即相对而言，反措施才会合法或受到准许。[660] 如果说第 47 条作出什么规定的话，它只是以默示方式作出此项规定；第 47 条第 3 款提及违背对第三国的义务以及第 50 条(*d*)项提及对人权的侵犯，都进一步混淆了这个要点。第 47 条并不是一项要旨性的定义，相反它最好是订为一种说明式的条文，其中应叙明受害国有

---

[652] 同上，第 162 页。

[653] 同上，第 163 页。

[654] 同上。

[655] 同上。

[656] 同上。

[657] A/CN.4/496(见上文脚注 3)，第 18 页，第 121 段。

[658] 《1998 年……年鉴》[英](见上文脚注 35)，第 164 页。

[659] 见上文第 271-275 段。

[660] 国际法院在加布奇科沃—大毛罗斯项目案中曾表示，反措施必须“针对”责任国：《1997 年国际法院汇编》(见上文脚注 18)，第 55 页，第 83 段。

权为了相关条款内所订的目的并按照相关条款内所订的条件，针对责任国采取反措施。[661]

323. 但是，反措施概念仍隐含着一些问题。其中需要特别提及的有两个。第一个是不履行一项义务与暂停该项义务之间的关系。第二个涉及反措施的基本范围：它们应当(如同第 47 条所明确暗示的那样)是概括性的，还是应当设定某种限制——限制的方式包括提及(在同一义务或密切相关义务方面采取的)“对等”反措施或至少提及某些关于可撤销性的标准。

(一) 反措施和义务，尤其是条约义务的暂停

324. 有时会遇到难题，因为(此点或许是可以理解的)混淆了采取在其他情况下属违背国际义务行为的反措施与暂停一项义务。评论者根据 1969 年《维也纳公约》强调了针对暂停执行条约的重大制约因素，并且询问，如何可以从表面上依赖反措施来规避这些制约因素。[662] 从间接意义上来看，可以把采取反措施视同暂停某项义务。国际法院在加布奇科沃—大毛罗斯项目案中似乎已表示支持此项立场，它表示：

> 本法院不同意匈牙利的论点，即在 1989 年，匈牙利暂停并于后来放弃了它仍应负责的大毛罗斯和多瑙基利提两项工程，但尽管如此，它并没有暂停适用 1977 年《条约》本身或是于随后否决该《条约》。匈牙利当时的行为只能解释为表明它不愿意遵守《联合计划书》所明订的至少是该《条约》及其 1989 年 2 月 6 日《议定书》中的某些条款。匈牙利此种行为的后果是导致不可能完成《条约》明文规定为“单一且不可分”的工程系统。[663]

业已明确的是，匈牙利从 1989 年开始，就透过暂停《条约》规定的工程来表明它不愿意遵守《条约》中的某些规定。还已明确的是，在认定匈牙利为其行动辩解时所提的理由在法律上不够充分之后，它拒绝履约的行为将导致它对违背这些规定承担责任。也可以说，实质上，匈牙利在 1989 年至 1990 年期间所想要做的(虽然它从未言明)，就是暂停适用该《条约》中它不赞同的部分。但是，在法律上，暂停实施条约显然是异于拒绝遵守条约(无论是否有理由)的。如果因合法理由而暂停实施一项条约(或条约中自成一体的部分)，那么，就等于遗忘了该条约；在暂停实施期内，直到采取行动恢复其效力，该条约不再是适用于当事各方的法律标准。[664] 对比之下，有理由作为反措施但却不符合现行条约规定的行为不产生暂停实施适用条约的效果；该条约继续有效；在不履约期间内，采取反措施的缔约国必须继续解释其不履约符合采取反措施的标准(必要性、相称性等等)。如果不具备必要性，反措施即不再构成暂停实施条约的理由。[665]

325. 因此，在条约法范围(例如 1969 年《维也纳公约》所编纂的)内所采取的行动显然异于引起国家责任问题(不在《公约》的范围内)的行为。条约法主要涉及主要规则的内容以及试图改变这些规则的行为的效力；而责任法则肯定了主要规则的存在(无论是以条约还是以其他为基础)，而且涉及不符合这些规则的行为是否可被谅解的问题，以及如果不能被谅解，此类行为将引起哪些后果。因此，在处理暂停实施问题时适用《公约》内有关诸如违背行为重大性和条约规定可分性的规则，在处理反措施时适用本条款草案拟议的关于相称性等方面的规则，两者是一致的。

(二) 反措施的范围

326. 根据第 47 条，采取反措施指受害国不遵守对实行了国际不法行为的国家的一项或多项义务。本条款草案的确以各种方式来限制反措施：(*a*)规定采取反措施必须是为确保遵守停止和赔偿的次要义务所“必要”的；(*b*)针对反措施的采取和继续强制实行了一些实质性和程序性的条件，尤其是相称性；(*c*)完全禁止某些措施(特别是禁止涉及使用武力或侵

---

[661] 相应而言，可以在第 50 条范围内处理对第三国的影响问题。反措施的定义排除以第三国为目标的措施。问题应当是反措施对第三国的后果问题。见下文第 347-348 段。

[662] 因此，一条约只可能会因为“重大”违背行为而全部或部分暂停适用，但是，采取反措施的首要条件是相称性，而非重大性：例如见基利，如上，第 359 页。他认为暂停适用条约是一种“救济”，并且辩称，如果允许为非重大违背行为采取反措施，那么，1969 年《维也纳公约》第四十二条第二项和第六十条内的限制规定将形同虚设。

[663] 《1997 年国际法院汇编》(见上文脚注 18)，第 39 页，第 48 段。

[664] 见 1969 年《维也纳公约》，第七十二条。《公约》未叙明如何可以恢复被暂停实施的条约的效力，即是否可经由当事各方的同意或经由暂停国的单方面行动，如属后者，应在何种情况下为之。但是，另见第七十二条第二项。

[665] 如同国际法院在《1997 年国际法院汇编》(见上文脚注 18)，第 63 页，第 101 段申明的。

犯基本人权的措施)。即使如此，第 47 条仍以极为广泛的方式对反措施加以表述。没收另一国财产或摧毁其大使馆的国家，“未遵守它对实行了国际不法行为的国家的一项或多项义务”。但似乎难以解释这些措施为什么有助于确保目标国遵守次要义务。

327. 最初由特别报告员里普哈根建议的“对等反措施”的概念是限制反措施广度的一种办法。[666] 这类反措施涉及暂停履行对责任国的义务，“如果这种义务相当于或直接关系到已被违反的义务”。[667]

328. 对等反措施的概念具有某种真实的吸引力，它涉及“针锋相对”的报复的本能；它还涉及一种观念，那就是，一国如果对另一国做了些什么，它就不能抱怨该另一国以其道反治其身或者违背相同的义务。但是，有一些国家坚决反对以对等反措施作为采取反措施的一项限制条件。[668] 兹将这些意见简要地摘述如下。第一，对等反措施显然需要受害国能够如同责任国一样强加同等的或相关的措施；是否真能这样基本上都要看机缘。例如，如果 B 国无财产在 A 国境内，A 国可能就无法扣押 B 国在其境内的财产(以报复 B 国扣押其财产的行为)。第二，对等反措施概念假设国际义务是对等的，但是，事实却并非一定如此：例如，义务可能是单方面的义务，或者 A 国可能已经不可逆转地履行了它的义务。第三，良好状况和人道因素禁止采取许多措施，而无论一国是否是类似行动的受害国：如果 A 国任意驱逐其境内 B 国的所有国民都离开 A 国，B 国不应以此为理由以同样方式对待 A 国。对等反措施(作为对采取反措施的权利的一种限制)的概念会诱发责任国的严重违法行为，对此，受害国必将难以应付。

329. 但是，(委员会一读后得出的)此项结论并没有终止这个问题。所采取反措施如果是针对相同或密切相关的义务，它们很有可能满足必要性和相称性等要件，例如空运协定案中的情况。[669] 遇有一国处于卷入争端的边缘，无论所涉是航空服务还是准许另一国家使用机场，也无论有无在某一其他领域强加不相关的措施，争端都极可能会更加恶化而不是得以解决。仍有理由假设赞同对等反措施 — 表达方式包括规定：如果可以合理地采取对等反措施，那么，应认定针对不相关义务采取的任何措施均为不相称措施。但是，将会难以评估怎样算是为了这个目的“可以合理地采取”；总之，特别报告员认为可以在评注中充分揭示对等性与相称性之间的联系。

330. 这遗留了一个问题，即是否不应当对反措施的范围强加某种进一步的限制，即使这些措施并非严格对等。国际法院在加布奇科沃—大毛罗斯项目案中主张反措施必须是“可撤销的”。国际法院判定“捷克斯洛伐克所进行的对多瑙河的分流引水行动因为不符合相称性要求，所以不是合法的反措施”，此后还宣称：

> 因此，应当指明为使反措施具备合法性所必须满足的另一项条件，即反措施的目的必须是为了促使不法行为国履行其国际法上的义务，而且因此，该项措施必须是可撤销的。[670]

这方面的问题是，虽然某项措施可能是可以撤销的(例如资产可以解冻、民航可以恢复)，但是，几乎不可能完全撤销该项措施在实施期间所产生的影响，因为目标国和第三方都已遭受所造成的损失。例如，因暂停实施空运协定而受到影响的航空企业会损失收入(它的确有可能被迫从破产边缘走向实际清盘)。然而，从未有国家建议应当规定已成功采取了反措施的国家必须向可能已因此遭受损失的所有各方提供补偿；这样的规定将在实际上禁止在许多情况下采取反措施。[671]

---

[666] 《1985 年……年鉴》[英](见上文脚注 117)，第 3 页。另见《1999 年……年鉴》[英](上文脚注 8)，第 81、第 89-90 和第 94 页，第 325、第 361 和第 385 段。

[667] 《1985 年……年鉴》[英](见上文脚注 117)，第 10 页，第 8 条。里普哈根还准许涉及暂停履行其他无关义务的“报复”，但须符合一种(表述不太严谨的)对等条件(同上，第 11 页(第 9 条))。

[668] 《1996 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 47 条评注，第 67 页，第(1)段。

[669] 《国际仲裁裁决汇编》(见上文脚注 604)，第 417 页。

[670] 《1997 年国际法院汇编》(见上文脚注 18)，第 56-57 页，第 87 段。

[671] 相对受害国的权利因反措施而受到损害的一方当然不同于受此类措施间接影响的一方。对 B 国的贸易禁令极可能会影响在 B 国境内贸易或同 B 国贸易的第三方；这极不同于针对此类第三方的贸易禁令。

331. 但是，可撤销性的概念仍可成立。反措施的要点在于它们是手段性的；采取这些措施是为了达成某一特定结果(目标国履行其关于停止和赔偿的国际义务)；只有在这些反措施仍然是为实现此项目的所必要的情况下，才有理由予以实施。采取反措施的国家违背国际义务致使目标国遭受的不能挽回的损害，等于是针对不履行义务的惩罚或制裁，而非本条款草案所设想的反措施。困难在于如何表述这个构想。如不采用可撤销性之类的字眼，就此目的而言，在第 47 条第 2 款内将反措施界定为涉及暂停履行对目标国义务的行为似乎就以足够。[672] 这显然会使反措施不至于妨碍恢复履行义务；可在评注中更详尽地订明此项规定。

(三) 第 47 条的其他方面

332. 第 47 条条文的其他方面争议不多。显然只有在符合其后各条内所订明的条件和限制时才得采取反措施。这点无疑是必须说明的，但不需要在单独一条内加以说明。还已经明确的是，本条款草案规定反措施是为了实现一种手段性目的，而非惩罚目的。只有在为了促使责任国履行其停止和赔偿义务的目的时，才可采取反措施。同样，在采取反措施之前，受害国必须先要求责任国履行义务，而责任国则未能履行或拒绝履行此项义务。[673] 有理由采取反措施的必要性情况并非出于此类违背行为，而是出于随后的无法履行这些义务的情况。为了确立此项无法履行的事实，显然必须已先吁请责任国履行其义务。

333. 特别报告员按照这些结论在下文提议了另一种版本的第 47 条。[674]

(b) 不受制于反措施制度的义务

334. 目前的第 50 条(禁止采取的反措施)结合了一些极不相同的禁止规定。[675] 有一些项下的规定旨在完全禁止某些形式的反措施((*a*)、(*c*)和(*e*)项)。至少有一项((*b*)项)所针对的是反措施的后果，规定它们不可涉及某些形式的“极端的……胁迫”。(*d*)项规定禁止减损“基本人权”，它起源于国际人道主义法领域内某些早已确立的禁止报复的规定，但也引起另外一项问题，那就是，是否不应讨论反措施在间接妨碍基本人权方面的影响。但是，更妥善、更明智的处理方式似乎是区分不致因为反措施而暂停的义务与在反措施实施期间内必须履行的义务——换言之，应区分反措施的主题与反措施的后果。第 50 条可以有效地一分为二：一条(与第 47 条有关)处理前一问题；一条则处理后一问题。

(一) 以武力执行的反措施

335. 谈到反措施这一主题，第一项毫无争议需要禁止的，就是以武力执行的反措施(现有的第 50 条(*a*)项)。关于各国在国际关系上使用武力的规则都是《联合国宪章》内载或提及的主要规则，或许还包括已被普遍接受的国际惯例所认可的某些其他规则。既然这些规则已载于《宪章》，那么，依照第一百零三条，它们就具有最高的效力；无论如何，人们普遍认为，如果说有任何国际法规则具有强制性规范的地位，那么，指的就是这些规则。如从对主要义务与次要义务加以区别的观点来看，这些规则均属主要规则；本条款草案的功能并不是通过拟订次要规则来限定或扩大它们，即使这是可行的。[676] 但是，无论如何，被《宪章》禁止的涉及使用武力的反措施都无法立足于现代国际法。

336. 因此，唯一的问题就是应如何拟订第 50 条(*a*)项。法国建议根据 1969 年《维也纳公约》第五十二条制订一项新的规定；[677] 这是一种改进，但是，需要作出某些进一步的调整，以期顾及第 50 条提议的概念，那就是，它先验性地禁止将某些义务作为反措施的可能主题。因此，第 50 条(*a*)项内的反措施制度不应包括《联合国宪章》所载关于武力威胁或使用武力方面的各项义务。

---

[672] 在这方面，特别报告员建议恢复里普哈根先生在其第六次报告中所使用的措辞(《1985 年……年鉴》[英](见上文脚注 117)，第 10-11 页。

[673] 如国际法院在加布奇科沃—大毛罗斯项目案，《1997 年国际法院汇编》(见上文脚注 18)，第 56 页，第 84 段中申明的那样：“受害国必须已经吁请不法行为国终止其不法行为或就该行为提供赔偿”。

[674] 见下文第 367 段。

[675] 第 50 条案文及其评注，见上文第 311-319 段。

[676] 在它们可能依然受到国际法承认的意义上，这些规则包括关于交战报复方面的一些规则，这些非属次级责任规则的规则，都是关于武装冲突期间所允许的行为的主要规则。

[677] 见上文第 314 段。

(二) 维持外交和领事不可侵犯性所必需的最起码的义务

337. 第 50 条(*c*)项所载的第二种禁止规定则涉及“侵犯外交或领事人员、馆舍、档案和文件之不可侵犯性的行为”。与(*a*)项对比之下，本项下的关注是职能上的关注，并不是由于有关外交和领事不可侵犯性的规则是强制性规范或不可减损的规范。更确切地说，(*c*)项是为了在两国关系就定义来看可能处于紧张状态时仍可维持最起码的外交沟通，也力求避免发生外交人员和馆舍作为反措施的目标，实际上成为长期潜在劫持对象的情况。在这方面，国际法院在美国驻德黑兰外交和领事人员案中的评论极为重要。法院指出，即使所指称的美国针对伊朗开展的犯罪活动不足以为侵犯外交和领事不可侵犯性的行为辩解，“外交法本身也规定了旨在防止和制裁外交使团或领事使团人员的非法活动的必要手段”。[678] 法院进而将外交法的各项规则称为“自成一体的制度”，并且宣称“外交人员人身和外交使团馆舍不可侵犯的原则是此项长期制度的基石之一”。[679] 法院显然认为违背某些其他国际义务的行为并不能构成违背不可侵犯性的理由或借口。

338. 可以指出，没有一个国家政府建议删除(*c*)项。[680] 正如一个政府所评论的，此类不可侵犯性的确可能并非“在所有情况下”都存在；[681] 但是，应当在评注中解释，所保持的正是按照国际法上的适用规则尊重两国间现存不可侵犯性的义务。当然，这全然不应影响驻在国依此类规则所应享有的权利(例如终止该使团、宣布某人为不受欢迎的人、在行动自由方面强加对等限制等等)。另一国家至少曾以推论方式提出下列问题，即是否或许能够使外交和领事馆舍和人员的不可侵犯性受制于对等反措施：换言之，A 国是否可以因为 B 国扣下了 A 国的外交人员或馆舍，而有理由对 B 国的人员或馆舍采取同样的扣押行为。[682] 但是，现代案件中似乎并没有出现有理由将侵犯外交或领事不可侵犯性(区别于其他特权)作为一种反措施的情况；而且，同已引的国际法院断然明示的措辞有所不同的是，似乎不宜专门为了(*c*)项的目的而特设这样一种制度。该项应维持现有措辞不变。

(三) 解决争端领域内的义务

339. 在国家间冲突期间，另一项功能上的必要性是在业务上应维持所有现有的关于解决争端的规则。如同国际法院在美国驻德黑兰外交和领事人员案中就双边友好条约所指出的那样，“任一缔约国已违反了该条约的任何指称，都不应产生妨碍该缔约国援引该条约内关于和平解决争端的规定的后果”。[683] 此点虽未被载入第 50 条，但是，它却暗含于第 48 条第 2 款，该款要求受害国应遵守它与目标国之间有效的“任何……解决争端程序”。但是，最好应在第 50 条中明文规定不可暂停履行关于解决争端的义务以作为一项反措施。

(四) 人权和人道主义法方面的义务

340. 第 50 条(*d*)项规定“减损基本人权的任何行为”不属于反措施的范畴。正如同一国家政府所指出的，[684] 这项规定引起了困难，因为首先，人权义务至少不是特定国家的应负义务；因此，不容易理解的是，人权义务本身如何可以成为合法反措施的主题。当然，A 国在采取针对 B 国的反措施(例如冻结在其境内的 B 国财产)时有可能会侵犯某些人的人权，无论其是否为 B 国的国民。但是，从提议的第 47 条的措辞显然可以看出，针对 B 国的行为的合法性并不导致它对第三方，包括对个人的行为也是合法的。无论如何，措施本身在此情况下并不会受到禁止，应受禁止的仅仅是它对第三方的影响。[685] 针

---

[678] 《1980 年国际法院汇编》(见上文脚注 65)，第 38 页，第 83 段，它尤其提到了《维也纳外交关系公约》第 9 条。

[679] 同上，第 40 页，第 86 段。

[680] 见上文第 316 段。

[681] 《1998 年……年鉴》[英](见上文脚注 35)，第 162 页。

[682] 见上文第 316 段，载有美国大意如此的评论；关于对等反措施的讨论情况，见上文第 327-329 段。

[683] 《1980 年国际法院汇编》(见上文脚注 65)，第 28 页，第 53 段。这是反措施领域中仲裁条款独立原则的对应物。例如见 1969 年《维也纳公约》第六十五条第四项和 Schwebel, 《国际仲裁：三个突出问题》，第一章。

[684] 见上文第 317 段。

[685] 正如该法庭在西斯尼号案中所指出的，“除了针对不法行为国之外，不允许进行报复。公认的看法是，针对违法国进行的合法报复可能会影响到无辜的第三国的利益。但是，这只是间接的、非自愿性的后果，也是受害国在实践上一直想要避免发生或尽全力加以限制的后果。”(德国对在 1914 年 7 月 31 日后和在葡萄牙参战前的行为应负的责任案(见上文脚注 16)，第 1057 页)。

对“基本”人权的保留规定或许有必要载入建议的涉及采取反措施条件的第 48 条，而不应当载入第 50 条。

341. 但是，第 50 条或许有必要规定应根本禁止对个人的报复，这种禁令存在于国际人道主义法。特别是，《改善战地武装部队伤者病者境遇之日内瓦公约》、1949 年 8 月 12 日《日内瓦四公约》及其《第一议定书》都禁止针对特定类别的应受保护者的报复，这些禁止规定已被普遍接受。[686] 一般国际法或多边条约的规则显然都酌情禁止某些种类的报复行动；在任何情况，包括对等或其他反措施的情况下，都不可以中止相关义务。[687] 本条款草案应载入一个以 1969 年《维也纳公约》第六十条第五项为范本的条款。下文将会讨论产生损及基本人权的影响的更广泛的反措施问题。[688]

(五) 其他强制性规范下的义务

342. 最后，第 50 条(*e*)项规定禁止以“违反一般国际法强制性规范的任何其他行为”作为反措施。作为一种单方面行为的反措施，显然不应减损国家间甚至不得用条约加以减损的强制性规范。但是，有一些国家政府已表示关注这样的说法，或是因为它们对强制性规范的一般立场，或是出于对这一类别缺少具体规定的关切。[689] 但是，真正的困难在于如何查明尚未因为反措施本身的概念或其他具体禁止规定而业已禁止适用的现有强制性规范。例如(根据针对一国反措施的基本概念和提议的类似于关于基本人权的第 50 条(*d*)项的规定)，禁止灭绝种族、奴役和酷刑等显然已被排除。[690] 关于在国际关系中使用武力的规则(普遍认为这些规则都不得减损)适用于以武力执行的反措施，据此，(*a*)项禁止采取此类反措施。[691] 因此，有理由删除不必要的(*e*)项。另一方面，新的强制性规范有可能获得确认；如果整个国际社会都认为某项规则在任何情况下均不得减损，那么，可以推论应禁止会减损该项规则的反措施。基于这些理由，应保持(*e*)项。

343. 的确，有理由将第 50 条(*e*)项推广适用于受害国与目标国之间已商定为不得减损的其他国际法规则，而无论这些规则在一般国际法下是否具有强制性。另外一方面，区域性人权公约领域内有关于不可减损的规范的标准实例；反措施对人权的影响问题以其他的方法予以处理。此外，多边条约内不存在减损条款并不表示可以自由地采取减损行动；事实上，只有在载入了此类条款之后才可采取减损行动。双边或多边条约无疑可以禁止因违背条约的行为或针对主题事项而采取反措施。例如，《建立欧洲共同体条约》就是这种情况，它们有其自身的执行制度。[692] 依照世贸组织的规定，必须先取得特别许可才可采取报复措施；这又排除了基于违背世贸组织协定和有关协定的行为而依照一般国际法采取反措施的任何剩余权利。[693] 既然已经将减损问题条款或其他条约规定(例如关于禁止保留的规定)适当地解释为它们表示该条约规定是“不可逾越的”，那么，它们就极有可能要求禁止反措施。[694] 但是，可以用特别法规定(目前的第 37 条)实现此项目的；只须在第 50 条评注中指出这一可能情况就足够了。

---

[686] 见 Partsch,“报复”，第 203-204 页；Oeter,“作战方法和手段”，第 204-207 页，它对有关的规定附加了参考材料。

[687] 见 1969 年《维也纳公约》第六十条第五项，它禁止一国因为严重违背“各人道性质之条约内所载关于保护人身”之条约规定，“尤其关于禁止对受此种条约保护之人采取任何方式之报复之规定”的行为而暂停或终止履行义务。在联合国条约法会议上，以 87 票赞成、零票反对、7 票弃权同意增列第五项(《联合国条约法会议正式记录，第二届会议，1969 年 4 月 9 日至 5 月 22 日，维也纳，全体会议和全体委员会会议简要记录》(联合国出版物，出售品编号：E.70.V.6)，第 21 次全体会议，第 115 页，第 68 段)。该款规定后来又无改动地列为 1986 年《维也纳公约》相对应的第 60 条第 5 款。

[688] 见下文第 349-351 段。

[689] 见上文第 318 段。

[690] 见下文第 349-351 段。

[691] 见上文第 335 段。

[692] 关于欧洲联盟法律禁止单方面反措施，例如见第 90 和第 91-63 号联合案件(欧洲经济共同体委员会诉卢森堡大公国和比利时王国案)(1964 年)，*Reports of cases before the Court,* 第 631 页；第 52/75 号案件(欧洲经济共同体委员会诉意大利共和国案) (1976 年)，同上，第 284 页；第 232/78 号案件(欧洲经济共同体委员会诉法国共和国案) (1979 年)，同上，第 2792 页。

[693] 见《关于争端解决规则与程序的谅解》第 3 条第 7 款(上文脚注 319)；此类许可的实例，见世贸组织，《欧共体－香蕉进口、销售和分配制度－欧共体根据《争端解决规则与程序谅解书》第 226 条诉诸仲裁：仲裁员的裁决》(WT/DS27/ARB) (1999 年 4 月 9 日)。

[694] 采用国际法院在以核武器进行威胁或使用核武器的合法性案(见上文脚注 607)，第 257 页，第 79 段中所使用的同义语。

(c) 采取和维持反措施的条件

344. 一读通过的第 48 条专门论述了采取和维持反措施的程序性条件。[695] 出于已叙明的原因，在本议题下有必要既考虑程序性问题又考虑实质性问题。

(一) 实质性条件

345. 在此需考虑四个问题：相称性、对第三国权利的影响、对人权的影响和“极端胁迫”的情况。一读通过的第 49 条、第 47 条第 3 款、第 50 条(*d*)项和(*b*)项对这些问题分别作出了规定。

a. 相称性

346. 没有人怀疑相称性是采取反措施的一个关键制约因素，各国也普遍支持应保有一项关于相称性的条款。[696] 现在的问题是该条款的具体措辞。显然应考虑违背行为的严重程度及其对受害者(但不一定是国家)的影响。然而，一些国家政府提议应更严格地拟订相称性这一要件，这就意味着目前双重否定式的提法“不应……不成比例”需重新加以考虑。在适用相称性的其他法律领域，一般是用肯定的提法来表述该项规定，尽管在这些领域中同样无法准确确定相称性。[697] 国际法院在加布奇科沃-大毛罗斯项目案中指出，反措施必须“在顾及所涉权利的前提下，与遭受的伤害相一致”。[698] 这种肯定的提法看来显然是可取的。问题在于是否也适宜在第 49 条中引入目的的概念，即要求应检验反措施的相称性，看看反措施的目的是否是“为了使不法行为者履行其在国际法下的义务”。[699] 事实上，这是一种要求，但也是第 47 条拟订的必要性检验标准的一个方面。相称性无疑与必要性有联系，因为一种明显不相称的措施很可能也会被视为没有采取的必要。一种措施之所以必要是因为如不采取这种措施，目标国就不太可能履行其义务。然而，即便是这种措施也有一个限度。在所有情况下，反措施都必须与所遭受的伤害相称，而这在一定程度上并不取决于是否有必要采取该反措施以实现一个特定目的。因此，特别报告员提议，反措施应“考虑到国际不法行为的严重性及其对受害方的影响，并与所遭受的伤害相称”。

b. 对第三国的影响

347. 第 47 条第 3 款明确规定，仅能针对责任国采取违反国际法的反措施。其实，这是由反措施的相对性和条件性影响所决定的，这已为第 47 条第 1 款所具体规定；它也源自第一部分第 30 条中关于反措施是解除行为不法性的情况这项规定。各国政府未对该提法提出任何怀疑，尽管一些国家质疑将第 3 款列入第 47 条的做法，还有至少一个国家建议应更为宽泛地拟订该款。[700] 特别报告员本人十分怀疑单独作出一项规定是否必要：因为反措施仅指受害国(或者可能是代表受害国行事的一国或数国)与责任国之间中止履行一项义务，这一点已十分清楚，因此，严格地说，没有必要提及第三国的立场。从定义上讲，第三国的权利(即受害国履行其对第三国的义务)未受损害。这并不意味着第三国不会受到反措施的后果的影响。反措施(例如，中断贸易联系这种反措施，假设这种中断对目标国而言构成对国际法的违反)[701] 可能会对第三国造成非直接或间接的影响，但这是另外一个事项。事实上，可以说对反措施作出有关第三国权利的单独的限制规定不仅没有必要，而且不可取，因为这反而给人一种印象，似乎反措施是客观运作的，即针对所有国家，而实际情况并非如此。[702]

---

695 见上文第 298-305 段。

696 见上文第 308-309 段，政府评论摘要。

697 这就是仲裁法庭在空运协定案中采用否定式提法的原因(见上文脚注 604)。但是，仲裁法庭当时处理的是对等反措施，是针对法国在空运领域采取的限制所做的回应措施。特别报告员里普哈根先生没有对对等反措施明确使用相称性检验标准，尽管他的确指出，“‘相称性’和‘临时保护’是对等措施所固有的因素”(《1985 年…… 年鉴》[英](见上文脚注 117)，第 8 条评注，第 11 页，第(3)段)。他对非对等反措施或他所称的报复措施采用了“明显不相称”的检验标准(同上，第 9 条，第 2 款)。

698 《1997 年国际法院汇编》(见上文脚注 18)，第 56 页，第 85 段。

699 《1998 年……年鉴》[英](见上文脚注 35)，第 160 页。另见上文第 306 段。

700 见上文第 296-297 段。

701 见上文第 322 段。关于经济抵制在多大程度上违反国际法的问题，例如见 Neff, “抵制和国家法律：从历史角度看经济战争和现代国际法”。

702 宜将反措施与行使交战权利时采取的措施相比较。关于第三方在武装冲突中的地位，有一整套复杂的规则；例如，交战方在行使公海搜查和扣押权时，第三方的船只可能被搜查和扣押，射向交战方的武器可能伤及第三方的国民，尽管他们可能并不是目标。例如见国际人道主义法研究所，

348. 第 30 条和第 47 条第 1 款应明确规定，仅解除对责任国行为不法性的反措施具有相对和有限的影响。如果作出这种规定，那么严格地说，是否能以反措施为由违背对第三国的义务的问题也就不会出现。然而，爱尔兰政府提出的制订更宽泛的规定以保护第三国利益的建议[703]也有一定道理；这将附带地明确规定，反措施不能成为违反对第三国义务的理由。

c. 对人权的影响

349. 关于人权的看法与关于第三国权利的看法处于相同层级。显然，国家不是人权义务的首要受益者，尽管各国有权援引这些义务并确保其得到尊重。此外，人权义务有其自身一套限定和减损制度，其中考虑到国家紧急状态等因素。因此，人权义务(无论是否被定为“基本”或“根本”义务)本身显然不能成为反措施的主题，换言之，人权义务不能由反措施所中止，而且除人权制度本身所适用的现有规定之外，不可为违反人权义务的行为寻找理由或借口。真正的问题与此不同。它涉及针对一国采取的措施对该国中的个人或人口有间接影响的情形。

350. 在讨论安全理事会各制裁措施对平民特别是儿童的影响时，已基本上讨论过这一问题。该议题不属于本条款草案的范围。然而，可以指出的是，经济、社会和文化权利委员会第 8 号一般性意见(1997 年)同样涉及个别国家或国家集团作为反措施实施的制裁以及安全理事会实施的制裁。该一般性意见强调“无论在何种情况下，实施经济制裁时均应充分考虑到《经济、社会、文化权利国际公约》的规定”，[704]并进而指出：

> 在讨论制裁问题时，有必要区分对有关国家的当权者实施政治和经济压力使之遵从国际法这一基本目标与受制裁国最脆弱的群体遭受的附带影响。[705]

从一般国际法的其他部分也可找到类似条文。例如，1949 年 8 月 12 日《日内瓦四公约第一议定书》第 54 条第 1 款无条件地规定，“作为作战方法使平民陷于饥饿，是禁止的。”两项国际人权公约第一条第二款最后一句均规定，“无论在何种情形下，民族之生计，不容剥夺”：该项规定是一读通过的条款草案第 42 条第 3 款的基础。[706]

351. 因此，关于反措施对人权的影响存在各种关切，似乎有必要大致按照现有第 50 条(*d*)项的措辞，对所持立场作出一些澄清。为避免让人以为人权义务可被反措施中止，旨在保护第三方利益的拟议规定一般而言应明确提及受影响人的人权。[707]尽管一些国家政府想知道在提及“基本”或“根本”人权时包括或不包括哪些权利，[708]但这不是条款草案所能解决的事项。应参照行为国在条约和一般国际法下的人权义务来解决这一问题。

d. “极端胁迫”的情况

352. 最后，必须提到第 50 条(*b*)项，该项禁止使用带有“旨在危害实行了国际不法行为国家领土完整或政治独立的极端的经济或政治胁迫”的反措施。(*b*)项颇具争议，引发各国政府提出了各种意见，包括删除或彻底修订该项的提议。[709]困难之处在于，一方面，各国对反措施可能会被滥用存在普遍关切，而另一方面，反措施在本质上是强制性的：根据定义，它是为迫使一国履行其国际义务而采取的措施，这种措施对实现该目的是必要的，但在其他情况下，属于非法。因此，禁止“极端胁迫”的做法定会受到下列反对：(*a*)所提到的“极端”胁迫仅可指对被允许的目的而言有效的胁迫措施；(*b*)何为“极端”无法界定；(*c*)按照已加强的相称性规定，“极端”措施只能是对责任国的极端和不法措施作出的反应。第 50 条(*b*)项提到的“旨在危害”目标国“领土完整或政治独立”的措施引起类似的疑问。可以说，合法“制订”措施以危害一国领土完整的情况是不存在的，因为首先，不能以使用武力作为反措施；其次，一国的领土完整无法成为反措

《关于适用于海上武装冲突的国际法的圣莫雷手册》；Schindler,“中立法自 1945 年以来的演变”；以及 Bothe,“海战中的中立：传统国际法还剩下什么？”。看来在反措施领域没有与该套规则等同的规则，因为采取反措施从未在国际法上造成与交战状态等同的“状态”。

[703] 见上文第 296 段。

[704] 《经济及社会理事会，1998 年正式记录，补编第 2 号》(E/1998/22-E/C.12/1997/10)，附件五，第 1 段。

[705] 同上，第 4 段。

[706] 见上文第 38-42 段。

[707] 拟议条文见下文第 367 段。

[708] 见上文第 317 段。

[709] 见上文第 315 段。

施的主题；与领土主权相同，领土完整是国家的永久特征，不受中止措施的影响。至于政治独立，如果说危害一国的政治独立是为了要求该国做它拒绝做的事情，即履行其国际义务，那么可以说这正是反措施的目的。同样，如果该规定意味着一国的政治独立在其他方面不能受到危害，那么问题是条款草案认为合法的反措施如何能取得这种效力。

353. 第 50 条(*b*)项的另一个问题是它仅禁止使用“极端”胁迫和目的是危害领土完整或政治独立的措施。这就意味着目的是危害领土完整但不太极端的措施(例如反干涉或反叛乱措施)也许是合法的。因此，如果 A 国允许一个分离主义者或叛乱团体从其领土上进行反对邻国 B 国的广播，则邻国 B 国也可同样允许一个试图分裂 A 国的叛乱团体进行广播。一般而言，广播不是“极端胁迫”的一种形式，即便它是非法的。

354. 因此，第 50 条(*b*)项的提法有缺陷，问题是能否设想出某种替代的提法，在其他条款中列出的限制之外作出额外的限制，以确保防止滥用反措施。删除(*b*)项的提议有一定道理，但总的说来，特别报告员认为，该段试图处理的关切的确存在。他建议的条文大意为，反措施不可危害目标国的领土完整或干涉其国内管辖权。[710] 显然，该国是否履行其停止和赔偿的国际义务不属国内管辖权的事项，但反措施不得成为干涉责任国其他内部事务的借口。这些内部问题与其履行国际义务的问题不同，它们继续受到国内管辖权原则的保护。

(二) 程序性条件

355. 鉴于委员会 1999 年第五十一届会议已达成并已总结的结论，[711] 对第 48 条的讨论必须在本条款草案将不在反措施与解决争端的任何具体方法之间建立有机联系这一基础上进行。至少目前，委员会的作用是拟订关于反措施的规定，所依据的是(*a*)作为编纂和逐渐发展的事项，设法明确一般国际法下关于反措施的适当规定；(*b*)根据国际法，国家有权(以及有义务)以自己选择的和平手段解决争端。但这并不意味着本条款草案不必提及在某一情况下可适用于当事方的此种解决争端方式。

356. 第 48 条的规定及其所引起的激烈讨论已经述及。[712] 所提出的三个明显问题是：

(*a*) 争端通知的初步规定；

(*b*) 采取反措施与谈判的规定(和“临时性保护办法”这一折衷规定)的关系；

(*c*) 当争端已善意地提交第三方解决时暂停反措施的规定。

357. 关于第一个问题，显然，因某一违反国际法行为而受害并考虑对此采取反措施的国家，应首先吁请责任国遵守其停止和赔偿的义务。[713] 无论对援引责任的正式规定所采取的立场为何，[714] 在未让责任国有机会回应其控诉之前，受害国不得采取反措施。一读通过的第 47 条第 1 款的确很简略地阐明了这一点，即应参照对受害国所提要求的反应来评估是否有必要采取反措施。但却没有提及这些要求应该如何措辞。法国在其重新草拟的第 48 条中提议受害国应向责任国“提出合理要求”，吁请其遵守，向它通报拟议的反措施并同意进行谈判。但同时(从通知之日起)，可以“临时实施维护其权利所必需的这种反措施”。[715] 实际上，这以新的、更具体的(以及在特别报告员看来业已改进的)措辞将一读通过的第 48 条第 1 款内的两个要素结合起来。但无论对临时性措施的第二个要素所采取的立场为何，看来最好明确规定，在采取反措施之前，必须先吁请责任国履行其义务而责任国则未能履行或拒绝履行其义务。当有必要或可能有必要采取反措施时，可对反应设定相对较短的时限；不过，鉴于存在多种可能

---

[710] 《关于各国依联合国宪章建立友好关系及合作之国际法原则之宣言》(见上文脚注 620)在处理不干涉原则时规定：

> “任何国家……均无权以任何理由*直接或间接干涉任何其他国家之内政或外交事务……
>
> “每一国均有选择其政治、经济、社会及文化制度之不可移让*之权利，不受他国任何形式之干涉。”

大量的决议、条约和其他文本内也载有类似的申明。

[711] 见上文第 265 段。

[712] 见上文第 298-305 段。

[713] 国际法院认为，一般国际法对此已有规定(见上文第 289 段)。

[714] 见上文第 234-238 段。

[715] 见上文第 581 段内法国提案的全文。

的情况，在第 48 条之内看来不适合设定任何具体时限。

358. 关于第二点，普遍同意的是，可能涉及反措施的争端当事方应该遵守它们之间任何现行的解决争端程序。现有的第 48 条第 2 款作出了如此规定，应该予以保留。但问题是，就争端进行谈判的义务是否应该是采取任何形式或至少任何非临时性反措施的先决条件。在这方面，可以提出以下几点意见：

(*a*) 无论是否明文采用反措施“可撤销性”的准则，反措施的基本要点在于它们是手段性的，而不是惩罚性的，当责任国遵守其国际义务时，它们就必须终止。在这个意义上，它们总是具有临时性；

(*b*) 一读通过的第 48 条第 1 款内所用的“临时性保护办法”的措辞不明确，会导致与各国际法院和法庭所指示或所命令的临时措施相混淆。[716] 对这种措施非常简略地加以“定义”也令人不满；

(*c*) 即使第 48 条第 1 款表述得不是很好，在针对一项违背行为立即和临时采取的措施(例如暂时吊销执照、暂时冻结资产)与虽然仍可终止，但却有更明确效果的措施(例如撤销执照 — 不过仍可重新签发；将资产置于某种形式的管理或监管之下 — 然而仍可予以释放)之间仍有明显的区别。本条款草案应鼓励采取更加慎重的措施，并应鼓励提供谈判机会，如果可以进行且不致最终影响受害国的权利的话；

(*d*) 虽然这种观点在一读对第 48 条进行辩论时获得了一些支持，但如规定应推迟一切反措施直至谈判完结或明显破裂，显然是不会令人满意的。[717] 相反，这会成为一种拖延和搪塞的方法。

即使在措辞上有这些缺点，基于上述原因，特别报告员认为，第 48 条在通知和谈判与受害国采取临时性措施以保护其权利的能力这两方面之间达成了基本均衡，这是适当的。此外，前文业已提及的法国政府提案也在两者之间取得了很漂亮的均衡。特别报告员提议了大意如此的条文。[718]

359. 第三点涉及一旦诉诸争端解决程序和法院或法庭有权力命令或指示临时保护措施时，反措施可能会被中止。在这种情况下 — 以及只要争端解决程序正在善意地执行时 — 单方面行动似乎是站不住脚的。纳入了这项原则的第 48 条第 3 至第 4 款并不纯然是委员会的发明。这是从法庭对空运协定案的评论中得到的灵感。[719] 此外，这项原则基本上已被对第 48 条提出评论的国家所接受。[720] 特别报告员认为，这一点应该予以保留。

360. 总结对上文确认的三个问题的结论，提议条款草案规定：

(*a*) 在采取反措施之前，必须已吁请责任国履行义务而责任国已无法履行或拒绝履行义务；

(*b*) 在谈判期间，不应禁止反措施；相反，一读通过的“临时性”措施与其他措施之间的区别应该予以保留，但应以更明确的措辞来拟订；

(*c*) 当争端已善意地提交第三方解决时，应该中止反措施，但以违背行为不是持续行为为条件。

(d) 反措施的终止

361. 上文已经指出，法国提议了一项关于终止反措施的规定，其大意是一旦证明有理由采取反措施的条件已不复存在，即“一俟违反的义务得到履行和受害国得到充分赔偿”，就必须终止反措施。[721] 现有的条文已明确隐含了这一点，但可以更明确的措辞予以表述。[722] 特别报告员建议以单独一条论述中止和终止反措施，并在其中纳入一读通过的第 48 条关于中止反措施的规定。[723]

---

[716] 例如见《国际法院规约》，第四十一条；《联合国海洋法公约》，第 290 条。

[717] 作为一个一般国际法问题，法庭在空运协定案中否决了这项观点(见上文脚注 604)，第 445 页，第 91 段。

[718] 见下文第 367 段内提议的案文；另见脚注 734 内的备选案文，它在“临时性”措施与其他措施之间未加区分。

[719] 《国际仲裁裁决汇编》(见上文脚注 604)，第 445-446 页，第 94-96 段。

[720] 见上文第 305 段。法国的提案(见上文脚注 581)纳入了以几乎同样措辞表述的同一原则。

[721] 见上文第 319 段。

[722] 见下文第 367 段内提议的条款。

[723] 所提议条款案文，见下文第 367 段。

(e) 第 30 条的拟订

362. 剩下的问题是第一部分第 30 条的拟订。假设关于反措施的详细条款将载入第二部分之二，则第 30 条可以非常简单。现建议该条规定：

> “一国不符合该国所负国际义务的行为如果构成[第 47]至[第 50 条之二]规定的合法反措施，则该行为的不法性即告解除。”[724]

4. 反措施和不履行的例外情况

363. 特别报告员在其第二次报告中曾建议，应确认狭义的不履行的例外情况为解除行为不法性的一种情况。[725] 对这一提议的反应不一，大家商定参照重新审议反措施条款的情况，再加以审议。[726] 同样，正如第六委员会在 1999 年第五十四届会议上所表示的，各国政府对该提议也是意见不一。[727]

364. 问题首先是不履行的例外情况是否将被视为某种形式的反措施。显然，例外情况仅适用于双务义务，即一方的履行与另一方的履行有关并以它为条件。通常，这涉及同一义务或密切相关义务的履行。但特别报告员认为，显然不应将不履行的例外情况确认为第 47 条意义内的反措施。当例外情况适用时，A 国有权不履行的理由仅是在 B 国未履行相关义务的情况下，A 国履行的时机未到而已。的确，A 国可不履行以便促使 B 国履行。但这并不是例外的理由，而是反措施的理由。A 国的动机与此并不相干；可能只是如果 B 国不履行则 A 国也不想履行。而且，也不需要通知或试图以外交或其他手段解决争端，以作为继续适用例外情况的条件。情况并不复杂，例如在对战俘交换或对某些项目的合资经营达成协议之后，A 国没有义务释放战俘给 B 国或提供资金，除非 B 国同样愿意履行其义务。因此，不履行的例外情况应被视为解除某类(双务)义务相关行为不法性的情况或应限于某些条约所暗含的条款。反过来说，虽然违背行为与不履行之间的关系与相称性问题有关，但在反措施的法律中，对此项关系没有也不应该有具体的规定。[728]

365. 但即使在司法上与反措施有区别，甚至得到不少国际权威和意见的确认，[729] 不履行的例外情况也没有理由作为解除行为不法性的情况而列入本条款草案。根本的问题在于国际法是否会将例外情况视为限于约定义务或条约义务，即就解释上而言，从条约内所订义务的交换予以推论，或它是否具有更广泛的法律基础。[730] 如果是前者，就可将其适当归类为一项主要规则，而无须列入本条款草案。

366. 看来没有太多疑问的是，在更广泛的形式下，不履行的例外情况应被视为以条约或合同解释为基础，履行同一或相关义务被视为是有条件的。[731] 但这与国际法院在霍茹夫工厂案[732] 中承认的较狭义原则的立场有所不同。在该案件中，其关系并不在于双务义务之间，而是在于双方的行为之间；一方的违背行为“阻止”另一方履行有关义务。这只是一项一般原则的适用，即不应该允许一方援引其自身不法行为的后果。特别报告员认为，这一原则能够在国家责任领域产生新的后果，一读通过的第 38 条将会保留这些后果。[733] 是否应该将这项一般性原则的任何具体方面纳入本条款草案是

---

[724] 见特别报告员第二次报告，《1999 年……年鉴》[英](上文脚注 8)，第 96 页，第 394 段。

[725] 同上，第 78-83 页，第 316-331 段。所建议的案文(即第 30 条之二(同上，第 87 页，第 358 段))的依据是常设国际法院在霍茹夫工厂案中的意见(见上文脚注 47)，第 31 页。根据该意见，“如果一方以某种非法行为阻止另一方履行某些义务，则前者不得利用后者未履行有关义务的事实”。

[726] 《1999 年……年鉴》[英](见上文脚注 12)，第 78-80 页，第 334-347 段的辩论摘要。

[727] A/CN.4/504(见上文脚注 3)，第 16 页，第 52 段，其中概要说明了各种意见。

[728] 见上文第 327-329 段。

[729] 除特别报告员第二次报告，《1999 年……年鉴》[英](上文脚注 8)，第 78-83 页，第 316-331 段所引述的权威意见之外，见 *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH* 和其他人诉喀麦隆共和国案，《国际投资争端解决中心报告书》(剑桥，格劳秀斯出版物，1994 年)，第 2 卷，第 156-159 页；O’Neill 和 Salam, “Is the *exceptio non adimpleti contractus* part of the new *lex mercatoria*?”，第 152 页。

[730] 对于条约法内关于情况根本改变的理论是否依据条约的某一隐含条款，或者它是否是一项独立的法律规则的辩论是有明确类比的。1969 年《维也纳公约》(第六十二条)已将它视为一项法律规则，而这是目前公认的看法；见渔业管辖权案(德意志联邦共和国诉冰岛)，法院管辖权，判决，《1973 年国际法院汇编》，第 63 页，第 36 段。

[731] 例如见 Ruzié，《国际公法》，第 48 页；和基利，如上，第 399-400 页。

[732] 见上文脚注 47。

[733] 见上文第 63 段。

个判断上的问题。不过，如果保留第 38 条，委员会就可认为已充分照顾到霍茹夫工厂案中的原则。[734] 据此，并鉴于有关意见不够明确，特别报告员并未极力主张采纳他提议的第 30 条之二。

5. 关于受害国采取反措施的结论

367. 鉴于这些理由，特别报告员建议应将关于受害国采取反措施的下列规定纳入第二部分之二的第二章：

“第二部分之二
“国家责任的履行

“第二章
“反措施

“第 47 条 反措施的目的和内容

“1. 除须遵照下列条款规定外，受害国可向应对国际不法行为负责的国家采取反措施，以促使该国履行第二部分规定的义务，但须该责任国尚未履行这些义务并须鉴于该责任国对此项要求的反应而有此必要。

“2. 反措施限于暂不履行对责任国采取措施的国家的一项或多项国际义务。

“第 47 条之二 不受反措施影响的义务

“不得通过反措施中止下列义务：

“(*a*) 《联合国宪章》内载的武力威胁或使用武力方面的义务；

“(*b*) 关于外交或领事人员、馆舍、档案或文件不可侵犯性的义务；

“(*c*) 关于第三方解决争端的义务；

“(*d*) 预防受保护者遭受由此引起的任何形式报复行为的人道主义性质的义务，或

“(*e*) 一般国际法强制性规范规定的任何其他义务。

“第 48 条 与采取反措施有关的条件

“1. 在采取反措施以前，受害国应：

“(*a*) 向责任国提出合理要求，吁请它履行其义务；

“(*b*) 通知责任国它打算采取的反措施；

“(*c*) 同意本着诚意与责任国谈判。

“2. 受害国可从通知之日起，暂时实施为维护本章规定的其自身权利可能必要的反措施。

“3. 如谈判未在合理期限内达成解决争端的办法，则按照本章规定行事的受害国可采取有关反措施。[735]

“4. 采取反措施的国家应该按照对它和责任国有效的任何解决争端程序履行与解决争端有关的义务。

“第 49 条 相称

“反措施必须和所遭受的伤害相称，并应考虑到国际不法行为的严重程度及其对受害国的不利影响。

“第 50 条 禁止采取的反措施

“反措施不得：

“(*a*) 危害责任国的领土完整或构成干预该国的国内管辖权；

“(*b*) 减损第三方的权利，特别是基本人权。

[734] 此外，在案文方面也有问题。当 A 国的违背行为彻底阻止 B 国的履行(例如，当 A 国阻止 B 国进入或获取 B 国为履行其义务而必须进入或获取的领土或资源)时，B 国将能够以不可抗力来抗辩。不过，如果在技术上，B 国仍然可以履行(例如，使用本国的资源，而不是 A 国应该提供的资源)，就不能说 A 国实际阻止其履行：B 国的理由在于平等，而不是不可能性。这进而意味着在适用霍茹夫工厂案原则(见上文脚注 47)时必须灵活，并强化了将其留待第 38 条论述的理由，如果要保留该条的话。

[735] 如果委员会决定不对“临时性”反措施与其他反措施作任何区分，则可以下列条款取代第 1-3 款：

“1. 采取反措施以前，必须已依照第 46 条之三吁请责任国履行其义务而责任国无法履行或拒绝履行该义务。”

“第 50 条之二　中止和终止反措施

“1.　反措施必须中止，如果：

“(*a*)　国际不法行为已经停止，并且

“(*b*)　争端已提交有权发布命令或作出对当事国具有约束力的裁决的法庭或其他机构。

“2.　尽管有第 1 款规定，但如责任国没有满足要求或履行法庭或机构发布的指令，或未以其他方式本着诚意实行争端解决程序，则可恢复采取本章规定的反措施。

“3.　一旦责任国已履行第二部分规定的关于国际不法行为的义务，则应终止反措施。”

第 四 章

援引对国家集团或国际社会的责任

368.　本报告前面章节讨论了国家责任给责任国带来的各种后果以及一个或多个受害国通过提出国际索赔，或是最终采取反措施而援引责任的问题。为了完成条款草案，仍须处理两组问题：(*a*) 援引一国对超越了直接受害国的一个国家集团的责任，包括援引对整个国际社会的责任；(*b*)设想作为条款草案第四部分的剩余条款和保留条款问题。本报告这一节将先后探讨这些问题。因为自 1998 年就这一专题开展工作以来，已对这些问题加以讨论或是有所设想，因此，能够在原则层面加以讨论。已对此处所提建议的大部分法律和实践背景(在其已经存在的程度上)加以论述。[736]

A.　概论

369.　特别报告员在第一次报告中详细分析了有关“国际罪行”的第 19 条和第 51 至第 53 条提出的各种问题。[737] 在进行广泛辩论之后，[738] 国际法委员会暂时决定将以下列方式探讨这些问题：

委员会指出条款草案内有关“罪行”和“不法行为”两词的用法问题尚无一致意见，认为须作进一步努力，寻求办法解决提出的实质性问题。因此，委员会同意：(*a*)在不妨碍任何委员会委员的意见的情况下，委员会将暂时搁置对条款草案第 19 条的审议，开始审议第一部分其他方面；(*b*)应考虑如下问题：在条款草案内系统地拟定一些关键概念，如义务(普遍义务)、强制性规范(强制法)及可能另成一类的极为严重地违背国际义务的行为，是否足以解决第 19 条引起的问题。[739]

就这一问题已发表了大量文献，[740] 一些国家政府也提出了更多意见。[741] 在有些情况下，重申了既定立场；但也有一些趋向认为系统地发展现有的概念——对整个国际社会的义务、国际法强制性规范——再加上“重大”或“严重”的违法行为这一类别，可能已足以解决第 19 条带来的问题。

370.　应该强调，在委员会给予全面支持的情况下通过本条款草案如果不是关键所在，也最好应加以争取。特别报告员认为，目前情况仍然是，围绕一读通过的第 19 条仍无法达成一致意见。但对于删除

[736] 不过，见下文第 391-394 段对与集体反措施相关的国家实践的论述。

[737] 《1998 年……年鉴》[英](见上文脚注 23)，第 9-23 页，第 43-95 段。

[738] 论述见《1998 年……年鉴》[英]，第二卷(第二部分)，第 64-77 页，第 241-331 段。

[739] 同上，第 77 页，第 331 段。

[740] 例如见 Abi-Saab,“第 19 条的用途”；Bowett,“国家罪行和 1996 年国际法委员会关于国家责任的报告”；Dominicé,“国家因违反多边义务而应负的国际责任”；加亚，“对于国际罪行的提法是否应在国际法委员会关于国家责任的条款草案中消失？”；Graefrath,“国际罪行和集体安全”；佩莱，“国家能犯罪？当然能”；以及“犯罪万岁！关于国际法中非法程度的评论”；Rao,“关于国际法委员会通过的有关国家责任的条款草案第 19 条的评论”；罗森，“国家责任与国际罪行：对关于国家责任的条款草案第 19 条的进一步思考”；Rosenstock,“国家的国际刑事责任？”；Triffterer,“针对国家的犯罪起诉国家”；以及泽马涅克，“强制执行普遍义务中的新趋势”。

[741] 这些看法的摘要，见 A/CN.4/496, 第 110-115 段和 A/CN.4/504, 第 23 段和第 78-81 段(上文脚注 3)。

第 19 条的任何提议，也将会出现同样的情况，除非建议同时明确承认违背对整个国际社会的义务，尤其是最严重的违背行为对国家责任十分重要。

371. 在随后的报告中，特别报告员设法执行第 369 段中列出的任务。摘要如下：

(*a*) 遵守一般国际法强制性规范的各项要求，这被认为是一种解除行为不法性的情况(第 29 条之二)，由强调性规范产生的义务被认为在其他方面具有优先地位(第 33 条第 2 款(*a*)项，提议的第 47 条之二(*e*)项)；

(*b*) 如果会严重妨碍整个国际社会的根本利益，则不得援引紧急避险作为解除行为不法性的情况(第 33 条第 1 款(*b*)项)；这种利益还可以偏重援引国；

(*c*) “受害国”的定义明确承认各国在确保遵守对整个国际社会的义务方面的普遍利益(提议的第 40 条之二)。

此外，各条款还仔细区分了因违背多边义务而应负的国家责任与因违背双边义务而应负的国家责任。

372. 问题是还有什么有待探讨？为完成委员会的任务，还需要作什么工作？在这方面，已征求了某些初步意见。

(*a*) 首先，有必要承认，目前国际关系中处理影响到国家生存或人口安全的紧急情况的主要手段，并不在国家责任的次要规则范畴之内。这些手段尤其是须由有关国际组织，特别是安全理事会和大会负责处理的事项；

(*b*) 毫无疑问，存在着涉及安全理事会和其他面临紧急情况的组织所负的责任和妥当行使职责的问题。不过，重要的是，这些问题同样涉及未做的事情和做得不好的事情——没有及时进行本来可能会避免灾难的交涉；对于“安全区”安全问题的正式承诺因没有行动和缺乏意愿而失效。[742] 这就是说，无论有哪些体制改革和其他改革能帮助解决这些问题，它们都不是可以通过关于国家责任的一般次要规则所能解决的事项；

(*c*) 因为这些原因以及其他原因，已经暂时同意，第 30 条暗示的“合法制裁”概念应予删除。根据《联合国宪章》第七章采行的制裁或根据国际条约有效实施的制裁都不属于这一项目的范畴，而分别由第 39 条及第 37 和第 38 条论述；[743]

(*d*) 这类制裁的一个关键特征是制裁的实施和监测需要有组织的集体行动。制裁委员会的实质性体制、授权核可和确定例外情况的程序、按照《宪章》第五十条考虑向受影响第三国作出补偿、确定非强制制裁、维持和平和其他措施之间的关系等等，所有这些在本条款草案的范畴内都难以实现，而且如想寻求任何可以设想的类似制度来加以模仿也是没有任何价值的；[744]

(*e*) 近些年来的一项重大发展是成立了国际刑事法院。1990 年代发生的事情再次表明，对整个人口进行制裁成果有限；为制裁少数掌权者而惩罚多数人将会面临进退两难的困境。在个别领导人(无论他们是否正式担任政府职位)的犯罪行为造成或加重人道主义悲剧或其他悲剧的情况下，针对“国家”或该国人民作出反应似乎并没有抓住问题的要害。在大部分大规模犯罪行为案件中，有关国家的人民都是直接或间接的受害者。目前正在制订的机制——《国际刑事法院罗马规约》只是其中一部分——让有关个人承担责任。在这方面，国家责任可发挥一种作用，但仅仅是辅助作用；[745]

(*f*) 尤其是，还没有规定表明国际法规定的个人犯罪行为取决于是否事先已断定有关国家的犯罪行为。如果是这样，将产生一些难题，因为或者是

[742] 例如见“秘书长依照大会第 53/35 号决议提出的报告：斯雷布雷尼察的陷落”(A/54/549)(1999 年 11 月 15 日)；“调查联合国在 1994 年卢旺达发生灭绝种族事件期间所采取的行动的独立调查委员会的报告”(S/1999/1257, 附件)(1999 年 12 月 15 日)以及秘书长 1999 年 12 月 16 日的声明(SG/SM/7263–AFR/196)。

[743] 第 38 条，见上文第 60-65 段；第 37 条，见下文第 415-421 段；第 39 条，见下文第 422-426 段。

[744] 任何此类制度都必须采用条约的形式，而本条款草案的形式尚未确定(见上文第 6 段)。

[745] 在特殊案件中对个人进行的刑事或惩处制裁作为一种满足形式所起的作用，见上文第 192 段。

需要对国家本身进行初步调查，[746] 或者是国家将作为“缺席”被告被送入刑事法院。这不是实现适当程序的方法，对国家或对个人来讲都不是。[747]

总之，关于国家责任的一般法律在这一领域只能起辅助作用。但确实能起到这样一种作用。根据本条款草案第一部分的规定，这类国家要对严重违背基本义务的行为负责，在这样一种情况下，后果也相应十分严重：须对整个国际社会负责，应停止违背行为并为此给予充分赔偿，尤其是以恢复原状的方式给予赔偿，以及如果没有履行这些义务，则可能会面临重大反措施。为详细说明这一作用，需要叙明某些关键主张。

1. 每个国家均有权因违背对国际社会所负义务的行为而援引责任

373. 在国家责任范畴内，最好首先提及对整个国际社会的义务这一概念。在此可以推断，这些义务的内容大致上与强制性规范的内容共存。按照定义，强制性规范必须对所有国家都具有同样效力。[748] 强制性规范产生于一般国际法，给予局部或传统减损的做法都受到禁止。可以设想，一项义务针对所有国家而存在，但有可能因为两个特定国家之间的协定而有不同的内容。从中可以推论，该义务不是强制性的。但同样也可以说，在出现减损的情况下，同一义务并不是针对整个国际社会的。

374. 无论这种情况如何，仍建议考虑把普遍认为范围为全世界、内容不可减损而且所有国家对履行都享有合法利益的少数几项准则，作为对整个国际社会的义务的基本核心。这正是国际法院在关于巴塞罗纳电车公司案的意见中所考虑的。[749] 本条款草案没有必要(也最好不要)援引这些准则的实例，其中包括禁止在国际关系中使用武力、禁止灭绝种族和奴役、自决权以及一般国际法认为不可减损的其他人权和人道主义法义务。评注中应明确表示，这一类别只包括为数不多的已被普遍接受的准则。

375. 关于这一类别的义务，应承认所有国家对于履行义务都享有合法利益，无论该国是否因违背义务的行为而受到特别影响。[750] 这至少涉及所有国家都有合法利益要求停止任何违反这些准则的行为，并获得适当有关不重复的承诺或保证。本条款草案应体现这一点。在此可指出，在若干或许多国家寻求停止违背义务行为，或是宣布已出现违背义务行为(或是在这方面要求恢复原状，即要恢复的是符合违背行为受害者利益的一种客观情况，即原状 [751])的情况下，没有发生冲突或矛盾的风险。如果这样，把可以援引责任的情况局限在所有或几乎所有国家都同意采取行动的范围，则局限性过大。与本着集体利益确定的义务有关的任何国家，都应被承认至少有权对违背义务行为提出抗议，要求停止并宣布出现了违背行为，在适当情况下还可以要求恢复原状。

2. 对代表另一方援引责任的权利的限制

376. 另一方面，即便承认每个国家可以就对整个国际社会的义务援引责任的权利是一项单独权利，这也不是为该国的个人利益制订的权利，而是为社区利益制订的权利。这与身为违背行为具体受害者的国家、个人或实体的利益(例如受到武装进攻的国家、被剥夺自决权的民族……)有很大不同。虽未受到直接影响但主张对履行义务具有法律利益的国家，[752] 不是在代表本国要求停止违背行为或是赔偿，它们代表的是违背行为的受害者，也是为了公

[746] 参见《国际军事法庭宪章》(附于 1945 年 8 月 8 日关于控诉及惩处欧洲各轴心国主要战犯的《伦敦协定》后)中用于“犯罪组织”的两步走程序(联合国《条约汇编》，第 82 卷，第 279 页)，第 9-11 条。大会 1946 年 12 月 11 日第 95㈠号决议申明的“国际法原则”中是否包含这些规定(它们当然没有被用于当时的德国政府)，这还很不确定。这些规定此后在任何国际决议或条约中都没有得到反映。

[747] 有时是说，一国参与国际法规定的一项犯罪，就使该国“毫无遮挡”，即被控参与国际罪行的其官员不受保护。但是，被控犯有国际罪行者的职位“不得使其免于承担责任，或减轻处罚”，这项原则(由《国际军事法庭宪章》(见上文脚注 746)第 7 条确认、并自此多次重申)是一律适用的，无论该官员的行为是否构成“国家罪行”的一部分。

[748] 见 1969 年《维也纳公约》第五十三条。

[749] 《1970 年国际法院汇编》(见上文脚注 164)，第 32 页，第 33 段；另见上文第 97 段。

[750] 见上文第 106-107 段和表 1。在此一个较恰当的类比是公共利益中的“发言权”概念；可以指出，人权和许多其他条约使各缔约国一般都有权援引责任，至少是为争取把违约行为公之于众，而不硬行设置其受到特别影响的任何基本限度条件。

[751] 见上文第 113 段。

[752] 如西南非洲案，《1966 年国际法院汇编》(见上文脚注 168)中的埃塞俄比亚和利比里亚。

共利益。这样看来，关于代表国际社会援引责任的规定需要承认，实际受害者的利益应占优先地位。在考虑如何实现这一点的时候，有必要单独考虑受害方为第三国的情况，以别于人群或其他实体。

(a) 受害国

377. 如果有可以确定的受害国，那么，代表受害国采取的集体措施，包括要求赔偿的措施，都应经受害国同意。[753] 在受害国政府受到压制或是被推翻，例如因为出现非法外部干预或是出现政变时，以及受害国缺少有效代表时，都会产生问题。这一极端情况的确发生过，但必须由与紧急情况下的国家代表有关的现行法律和实践，并由主管国际组织加以解决。[754] 不应让这一点混淆受害国继续在国际级别上派有合法代表的正常情况。

(b) 国家以外的受害者：民族和人民

378. 原则上，在主要受害者不是国家，而是自然人团体或个人的情况下，也可能会设想同样的解决办法。不过，出于明显的原因，如果受害者没有有效表达其意愿，则在确保自然人团体或个人拥有合法代表，以及在限制其他国家在国际级别上解决履约问题的权利方面都可能会产生很大困难。[755] 无论如何，这些国家可以妥当地关注国际合法性问题，而不必认同于受害者，或争取代表受害者。已经有人建议指出，第二部分和第二部分之二不应涉及国家以外的实体援引责任这一问题，另有建议应在第二部分第一章列入一项适当的保留条款。[756] 关于在主要受害者非国家时遇有国家援引责任的情况，本条款草案应规定，与相关集体义务有关的任何国家均应有权援引责任，它们可要求停止违背行为，承诺并保证不重复这一行为，并在适当情况下要求赔偿。

(c) “没有造成受害者”的违背社区义务的行为

379. 如果没有具体、可确定的受害者(与环境领域某些普遍义务有关的情况可能会如此，例如那些涉及损害“全球公域”的情况)，如果实质上没有可能恢复原状，那么，其他国家就可能只局限于寻求停止违背行为，要求获得满足并要求保证不重复。不过，这些本身也仍有重大意义，而且相关集体义务的任何当事国也应有权在这些方面援引责任。

3. 惩罚和过程问题

380. 显然，停止、不重复以及恢复原状等问题并不代表因违背对整个国际社会的义务而可能产生的所有潜在后果。其他后果可能包括反应出违背行为严重性的实质性损害赔偿，甚至直接了当的惩罚。事实上，支付货币只是可能造成的众多后果中较轻的一类。[757] 但是，惩罚或惩罚性损害赔偿的问题是一种有益的试验案例。曾记得，一读时通过的条款草案即便在出现第 19 条确定的“国际罪行”时也没有规定惩罚性赔偿。[758] 在国际法中排除惩罚性赔偿这一做法甚至得到赞同第 19 条的国家政府的支持。[759] 的确，国际法中不存在惩罚性赔偿这一看法确实有相当大的权威性。[760] 特别报告员认为，在涉及违背对整个国际社会的义务的所有情况中，国家可以单独援引责任，以确保停止这一行为并恢复原状，[761] 但也必须搞清楚这样一个问题：至少在严重违背行为出现时，是否能提出惩罚或惩罚性赔偿。如果答案是否定的，那么在这一领域，本条款草案就只有有限的范围，通过对严重违背行为施以惩罚而形成次要后果的工作将不得不留到今后再做。而且情况正是如此，无论提出的理由是国际法中缺少关于惩罚性赔偿的规定，或是缺少任何实施机制，是因实际原因以致各国无法接受，或是不可能在不

[753] 见上文第 109 段。

[754] 有关评论，见 Talmon, 《国际法中对政府的承认：特别是对流亡政府的提法》。作者力求恢复承认流亡政府这个理论，作为解决这类问题的手段。

[755] 见韦列谢京法官在关于东帝汶案，《1995 年国际法院汇编》(上文脚注 205)的个别意见内所提到的代表权问题，第 135 页。

[756] 见上文第 99 段，提议的条款案文则见第 119 段。

[757] 参见伊拉克侵略科威特后遭遇到的各种后果，或大屠杀和第二次世界大战后德国于 1945 年遭遇到的各种后果。

[758] 第 53 条没有提及惩罚性赔偿。如已经显示的那样，委员会通过第 45 条第 2 款(*c*)项时并没有打算规定惩罚性赔偿(见上文第 190 段)。

[759] 见《1998 年……年鉴》[英](上文脚注 23)，第 13 页，第 54 段。

[760] 见提到的决定(同上，第 14-15 页，第 57 段)，并见上文第 190 段。

[761] 见上文第 375 段。

具有广泛认可的条约之效力的文本中列入这项制度。[762]

381. 必须强调，尽管围绕第 19 条和国家的国际罪行概念进行了实质性辩论，但几乎完全没有这方面的实践。已经采取积极步骤，根据国际法的规定落实对某些罪行的国际刑事责任这一概念；在安全理事会的支持下，对某些严重的违背行为适用了现行的国际责任原则，在这方面最突出的，是 1990 年伊拉克侵略科威特所造成的局势。但在法律和体制上，关于让国家对所犯最严重违背国际法行为负责的安排，基本上仍同首次提出和通过第 19 条时的情况一样。

382. 这一情况可以同欧洲联盟法律下的情况相比较。欧洲联盟的法律是迄今为止最完备的超国家的规范制度。尤其可以参照《建立欧洲共同体条约》第 228 条(原第 171 条)，其中规定：

1. 如果法院认定一成员国未履行一项《条约》义务，该成员国必须采取必要措施，履行法院判决。

2. 如果委员会认为有关成员国没有采取这类措施，委员会在通知该国使其有机会陈述它的意见以后，应作出叙明理由的劝告，具体列出该成员国没有履行法院判决的事项。如果有关成员国在委员会规定时间内未采取必要措施履行法院判决，委员会得将案件提交法院。委员会在提交法院时，应明确规定其认为在这种情况下该成员国应支付的一次性付款或罚款数目。如果法院认定有关成员国没有履行其判决，法院可强行要求该成员国支付一次性费用或罚款。[763]

1996 年，欧盟委员会通过了运用这项规定的准则，1997 年，又通过了计算罚款额的进一步准则。针对国家实际运用这些规定的第一起案件发生于 2000 年。当时，欧洲共同体法院针对一项持续违背欧洲联盟法律的行为，判处了每天 2 万欧元的罚金。制订罚款的原因是某国持续向一条河川中倾倒有害物。法院在其意见中列出了委员会罚款准则的如下效力：

第 96/C 242/07 号备忘录宣称，在确定罚款或罚金数额时必须考虑到其目的，即有效执行共同体的法律。欧盟委员会因此认为，必须按照三项基本标准计算数额：触犯行为的严重性、其时间长度和需要确保惩罚本身能阻止触犯行为的继续和进一步发生。

第 97/C 63/02 号通报列出了计算罚金数额的数学变量：一个统一的单一比率、一个关于严重性的系数、一个关于时间长度的系数和一项反映成员国支付能力的因素，同时还要确保罚金合乎比例，具有威慑作用，并按照成员国国内生产总值及理事会加权投票来计算。[764]

法院指出，这些准则“有助于确保[委员会]工作形式是透明的，可以预见的，也符合法律上的可靠性的要求，并旨在让将提议的罚款金额合乎比例”。[765] 法院赞同以下建议：罚款金额要考虑到国家的国内生产总值和在理事会的投票权，因为这“能够反映出该成员国的支付能力，同时在合理的范畴内酌情区别对待不同的成员国”。[766] 法院的结论认为：

为确保罚款具有强制效力，确保共同体法律得到统一有效的实施，原则上必须考虑到的基本标准应包括触犯行为的时间长度、严重程度和成员国的支付能力。在运用这些标准时，尤其应考虑到不履约会给私人和公共利益带来的影响，并应考虑到让有关成员国履行义务的紧迫性。

在本案中，考虑到直至今日仍在违背义务之行为的性质，要求罚款是最适当的手段。[767]

法院在降低欧盟委员会提议的罚金数额时考虑到，并非该委员会指控的所有持续违背早期判决的行为

[762] 这并没有列全各种可能的原因。国际社会正在开始认真对待对个人施加惩罚的问题，包括犯有严重国际罪行的现任和前任政府官员。这项工作据认为比惩罚国家及(间接地)其人口更为急迫。

[763] 据认为这一程序不妨碍第 227 条。该条允许任何认为另一成员国没有履行条约规定的任何义务的成员国将问题提交法院，实际上这是为了寻求宣告式救济。不过，第 228 条是规定可对成员国进行惩罚的唯一程序。

[764] 欧洲共同体法院，欧洲共同体委员会诉希腊共和国案，C-387/97 号案件，2000 年 7 月 4 日的判决，*Reports of Cases before the Court of Justice and the Court of First Instance,* 2000–7 (A) ，第 I-5116 页，第 85-86 段，其中援引 1996 年 8 月 21 日欧洲共同体第 96/C 242/07 号备忘录(《欧洲共同体公报》，第 C242 号(1996 年)，第 6 页)和 1997 年 2 月 28 日第 97/C 63/02 号来文(同上，第 C63 号(1997 年)，第 2 页)。

[765] 2000 年 7 月 4 日的判决(见上文脚注 764)，第 87 段。

[766] 同上，第 88 段；参见第 89 段，其中欧洲共同体的准则被认为是“有益的参照点”。

[767] 同上，第 92-93 段。

都得到了证实。与此同时，有能力“直接威胁人们健康，危害环境”以及违反欧洲联盟环境政策的持续的触犯行为均应被视为“尤其严重”。[768]

383. 第 228 条规定的惩罚程序如何演变，这将由未来决定；当然，这一程序只存在于欧洲联盟法律当中，而非国际法当中。不过，可以指出几点：

(*a*) 这一程序表明，尽管有时存在相反意见，但在关于国家的概念或基于条约的法律关系的概念中，都没有任何因素先验地禁止实行惩罚；

(*b*) 第 228 条规定的惩罚并没有被列为“刑事”处罚，而且其动机，至少其主要动机是强制履约；[769]

(*c*) 只有应集体机关的请求，在具有普遍和强制管辖权的法院完成两个阶段的程序之后，并且在所有适当程序完成之后，才可在特别情况下执行；

(*d*) 是在禁止采取反措施的制度中执行的。[770]

384. 特别报告员清楚地看到，在国际法发展的目前阶段，有规律地向国家征收罚款的条件似乎还不存在，而且这种条件的创造将会面临很大困难。法院谈到需要透明、可靠和合乎比例。这些都是惩罚事项中的适当程序的一般法律要件，而且并不局限于欧洲联盟那样的区域性法律制度。

385. 但是，如果因为缺少适当的体制和程序，所以很难向国家征收罚款或采取类似制裁，那么另一方面，还有一种运用反措施的做法，以便迫使某国履行其国际义务。除特殊制度之外，这种反措施并不要求事先用尽司法救济，更不必事先获得司法核可。[771] 如果受害国有权运用反措施作为寻求补救的单独形式，那么问题是，为什么不能得到本身对于履行被违背义务享有明显利益的其他国家的支持。另有一个问题是，如果一个或一些国家面临一种违背对整个国际社会的义务、但却未直接伤害任何国家(例如在人权或是国内武装冲突领域)的行为，是否应允许其采取“集体反措施”。

B. 集体反措施 [772]

386. 本报告前一节审查了经一读通过的各项反措施方面关于狭义上受害国所采取行动的规定(即提议应在第 40 条之二第 1 款内加以界定的行动)。问题是其他国家在何种程度上可以合理坚持有权利对违背其作为当事方的集体义务的行为作出反应，即使它们在这个意义上并未受到伤害。为简易起见，这些事例将在“集体反措施”标题下予以讨论。它们不限于一些或许多国家一致采取行动的情况。同时，反应国坚持有权利为公共利益对违背其作为当事方的多边义务的行为作出反应，即使它未因该项违背行为而个别受到伤害，或各项措施已由若干有关国家参与协调，这也可以作为集体因素。

387. 必须对以下两个方面加以区分，一个是个别反措施，无论是一国各自以个别身份采取还是国家集团通过其各自机构采取，另一个是发生在各国际组织结构范围内的体制反应。本条款草案不包括后一种情况，例如根据《联合国宪章》第七章授予的权利而采取的措施。[773] 本条款草案通常也不包括一个国际组织采取的行动，即使是由成员国来指示或控制其行为。[774]

388. 必须作出的第二个区分，就是针对他国行为作出的“不友善”但并不违法的反应(报复行为)，与不符合该国国际义务但作为合法反措施实属合理的那些反应之间的区分。虽然有时候可能很难作实际区分，特别是在采取集体行动的情况下；但是对国家责任而言，区分是极端重要的。只有名副其实

---

[768] 同上，第 94 段。

[769] 法院拒绝了被告的说辞，即认为司法程序无法让人接受，因为处罚措施中有追溯因素。但法庭指出“就……确定罚款数额时涉及以往的因素和标准是否相关提出的说法，与对案情实质的考虑不可分开另论，尤其是就《条约》第 171 条第(2)款规定的罚款目的而言”(同上，第 42 段)。

[770] 见上文第 343 段。

[771] 见上文第 355 段。

[772] Scilianos, *Les rèactions décentralisées à l'illicite: des contre-mesures à la légitime défense,* 第 110-175 页对这些问题作了有益的讨论。另见 Akehurst,“第三国的报复”；Charney, 如上；Frowein, 如上；Hutchinson, 如上；以及西马，“From bilateralism to community interest in international law”。

[773] 见下文讨论的现第 39 条(第 422-426 段)。

[774] 不许在条款草案中列入关于国际组织行为的责任问题的提议，见下文第 428 段。

的反措施才可归于本条款草案的范围。[775] 因此，反措施不包括集体不承认的政策，无论该不承认是义务性[776]还是选择性的。

389. 第三，必需明确区分非强迫性反措施与使用武力作出的反应。国际关系中或《联合国宪章》第二条第四项所述的涉及使用武力的措施受有关主要规则规范，不属于本条款草案所列次要义务的范围。这在现有第 50 条范围内已予以确认。[777]

390. 在此理解下，兹提议首先简略审查最近一些涉及所定义的集体反措施的示例；第二，试图评价相关做法；第三，根据此类做法考虑应在本条款草案内提出哪些规定。应当强调的是，这并不是在本条款草案内提出集体反措施相关规定的事项。正如一读通过的那样，本条款草案允许任何受害国(原第 40 条的广义定义)自行采取反措施，而不管任何其他国家可能做的事，特别是可以不管被害国的意见或反应。已对就集体反措施采取的这种广泛办法的各种缺点予以审议。[778] 因此，问题反而是应如何限制和管制当前结合第 40 和第 47 条提出的无限制且不协调的集体反措施条款。

1. 审查国家实践

391. 在若干情况下，各国对违背集体义务一事作出了反应，虽然根据第 40 条之二第(1)款，它们不能自称为受到伤害。反应所采取的形式为经济制裁(不符合条约义务)或其他措施(例如不顾双边航空条约中止航空关系；冻结财产)。示例如下：

(a) *美国—乌干达*(1978 年)。1978 年 10 月，美国国会通过立法，禁止向乌干达出口货物和技术，也禁止从乌干达进口货物和技术。[779] 作为《总协定》的成员，美国和乌干达有义务不在其经济关系中提出一般性出口限制和限额。[780] 但是，美国并未依赖《总协定》的例外条款：该项立法指出“乌干达政府……对乌干达人民进行了种族灭绝”；“美国应当采取步骤，与任何犯有国际灭绝种族罪行的外国政府断绝关系”；[781]

(b) *某些西方国家—波兰和苏联*(1981 年)。1981 年 12 月 13 日，在苏联军队进驻波兰东部边界后，波兰政府实施了戒严令并于随后镇压示威和拘留 12 500 名持不同政见者。[782] 在联合国个别会员国提出口头谴责后，美国和其他西方国家对波兰和苏联采取了行动。除各项不友好的行动外，所采取措施包括立即停止实施各项授予苏联民航公司在美国及授予波兰航空公司在奥地利、法国、荷兰、瑞士、联合王国和美国着陆权的条约。[783] 在所有这些情况下，各项条约内规定的各种停止实施条约的程序均受到漠视，因此(除非解除其不法性)，这些措施均构成对国际法的违反；[784]

(c) *对阿根廷采取的集体措施*(1982 年)。1982 年 4 月，阿根廷控制了福克兰群岛(马尔维纳斯群岛)部分领土，安全理事会要求它立即撤出。[785] 经联合王国请求后，欧洲共同体成员、澳大利亚、新西兰和加拿大除提出口头谴责外还实施贸易制

---

[775] 因此，集体外交抵制、避免国事访问或体育关系等等都不违反国际法，虽然其意图可能是敌对性或不友善的，但它们并不涉及反措施。在与南非不存在贸易或航空等方面有关条约义务的情况下，非统组织对南非种族隔离制度采取的集体行动严格上讲似乎也不涉及反措施。见 Ferguson-Brown, “经济制裁南非在当代国际法的合法性”；参见 Dugard, “The Organizaiton of African Unity and colonialism: an enquiry into the plea of self-defence as a justification for the use of force in the eradication of colonialism” (涉及自卫，而非反措施)。对罗得西亚采取集体反措施的根据是《联合国宪章》第六章以及第七章：见 Gowlland-Debbas, 《集体应对国际法违法行为：联合国在南罗得西亚问题上采取的运动》，第 365-422 页。

[776] 例如，国际法院在*纳米比亚案*，《1971 年国际法院汇编》(见上文脚注 169)，第 16 页内审议的情况。

[777] 见上文第 335 段。

[778] 见上文第 109 和第 114 段。

[779] 乌干达禁运法案，1978 年 10 月 10 日第 95-435 号公法，1978 年《美国法规大全》，第 92 卷，第 1 部分(哥伦比亚特区华盛顿，美国政府出版局，1980 年)，第 1051-1053 页。

[780] 见《总协定》第十一条第 1 款。

[781] 乌干达禁运法案(见上文脚注 779)，第 1052 页，第 5 (*a*)-(*b*)条。

[782] 卢梭，“Chronique des faits internationaux”，第 603-604 页。

[783] Sicilianos, 同前，第 161-162 页；以及卢梭，如上，第 607 页。

[784] 例如见《美利坚合众国政府与波兰人民共和国政府航空运输协定》(华沙，1972 年)第十五条，联合国，《条约汇编》，第 1279 卷，第 21084 号，第 205 页；以及《美利坚合众国与苏维埃社会主义共和国民用航空运输协定》(华盛顿，1966 年 11 月 4 日)，同上，第 675 卷，第 9606 号，第 3 页。

[785] 安全理事会第 502(1982)号决议。

裁。这些制裁包括暂时禁止进口阿根廷产品，这违反了《总协定》第十一条第 1 款，可能也违反了其第三条。无法确定的是，《总协定》第二十一条(*b*)项(三)目规定的国家安全例外是否可成为这些措施的正当理由。[786] 此外，各欧洲国家实施的禁运也致使阿根廷在两项关于纺织品贸易及羊肉和羔羊贸易的部门协定下的权利被中止，[787] 对此，《总协定》的安全例外并不适用；

(d) *美国—南非*(1986 年)。1985 年，南非政府宣布该国绝大多数地方进入紧急状态，安全理事会建议通过部门经济抵制并冻结文化和体育关系。[788] 随后，一些国家采取的措施超出了安理会所建议的范围，并构成违反国际法的表面证据。例如，美国国会通过了《全面反对种族隔离法》，立即停止南非航空公司在美国领土的着陆权。[789] 此种立即停止着陆权的做法违反了 1947 年《美利坚合众国—南非联盟空运协定》的条款，[790] 但作为一项措施却是正当的，因为这将可鼓励南非政府“采取各项措施，以建立不分种族的民主”；[791]

(e) *对伊拉克采取的集体措施*(1990 年)。1990 年 8 月 2 日，伊拉克部队侵略并占领了科威特。安全理事会立即谴责该项侵略破坏了国际和平与安全，并自 8 月 6 日以后通过一系列决议，宣布各会员国为恢复科威特政府所作出的反应为合法反应。甚至是在安理会核准会员国采取行动以前，欧洲共同体成员国和美国就实施了贸易禁运，并决定冻结伊拉克的资产。[792] 此项行动是针对伊拉克的侵略行为而作出的直接反应，至少最初安理会各项决议并未给予其合法地位；

(f) *对南斯拉夫采取的集体措施*(1998 年)。为回应科索沃境内的人道主义危机，欧洲共同体各成员国通过了立法，规定应冻结南斯拉夫的资金并立即实施禁飞。[793] 对于若干国家，例如法国、德国和联合王国，后一项措施必然违反双边航空协定。[794] 由于对该行动的合法性存有疑问，英国政府最初准备实行其与南斯拉夫所订协定第 17 条规定的一年期退约程序。但是，它后来改变其立场，宣布立即禁止飞行。为证明该项措施合理，它指出：“米洛舍维奇总统……的人权记录日益恶化，这表示从道义和政治上讲，他使其政府丧失了坚持通常适用的 12 个月通知的权利。”[795] 南斯拉夫联盟共和国提出抗议并且认为这些措施属“非法、单方面行动并且是歧视性政策的一个实例。[796]

392. 在其他一些情况中，“有关”国家也同样中止了条约权利，以便对违反集体义务的国家施加压力。但是，这些国家并未援引采取反措施的权利，而是宣称因情况发生根本性改变而行使中止条约的权利。兹举出如下示例：

(a) *荷兰—苏里南*(1982 年)。1980 年，一个军政府在前荷属殖民地苏里南夺权。1982 年 12 月该新政府对反对派运动进行镇压。为了对此行动作出响应，荷兰政府中止了关于发展援助的双边条

---

[786] 总协定其他成员反对西方国家援引此项条款；参见西方国家的公报，总协定第 L.5319/Rev.1 号文件及巴西和西班牙的声明，总协定第 C/M 157 号文件，第 5-6 页。分析文章，见 Hahn, 《作为报复单方面中止总协定义务》，第 328-334 页；以及 Sicilianos, 同前，第 163 页。

[787] 各项条约转载于《欧洲共同体公报》，第 L298 期(1979 年 11 月 26 日)，第 2 页；以及同上，第 L 275 期(1980 年 10 月 8 日)，第 14 页。

[788] 安全理事会第 569(1985)号决议。其他参考，见 Sicilianos, 同前，第 165 页。

[789] 《国际法律资料》，第 26 卷，第 1 号(1987 年 1 月)，第 79 页(第 306 条)和第 104 页(执行令)。

[790] 联合国，《条约汇编》，第 66 卷，第 239 页(第六条)。

[791] 《国际法律资料》(见上文脚注 789)，第 105 页。

[792] 例如见布什总统 1990 年 8 月 2 日的行政命令，转载于《美国国际法杂志》(哥伦比亚特区华盛顿)，第 84 卷，第 4 期(1990 年 10 月)，第 903-905 页。

[793] 1998 年 5 月 7 日和 6 月 29 日的共同立场，《欧洲共同体公报》，第 L 143 期，第 1 页，和第 L 190 期，第 3 页(1998 年)；通过第 1295/98 号理事会条例，同上，第 L 178 期，第 33 页(1998 年)和第 1901/98 号条例，第 L 248 期，第 1 页(1998 年)加以执行。

[794] 例如见联合王国，《条约汇编》，第 10 号 (伦敦，皇家印务局，1960 年)以及 *Recueil des Traités et Accords de la France,* No. 69 (1967 年)。

[795] 见《英国国际法年鉴》，1998 年，第 69 卷，第 581 页。英国的立场摘列于同上，1999 年，第 70 卷，第 555-556 页。

[796] 1998 年 10 月 10 日南斯拉夫联盟共和国政府关于中止南斯拉夫航空公司航班问题的声明，转载于 Weller, 《1989-1999 年科索沃危机》，第 227 页。

约，根据该项条约，苏里南有资格取得财政补助直至 1985 年为止。[797] 虽然条约本身未载有任何中止或终止条款；但是，荷兰政府指出苏里南违反人权的行为构成情况的根本性改变，并赋予荷兰中止权；[798]

(b) 欧洲共同体成员国—南斯拉夫联盟共和国(1991 年)。欧洲共同体成员国对南斯拉夫采用了类似的推理方法。1991 年底，为对南斯拉夫境内恢复战斗作出反应，欧洲共同体各成员国中止并于随后废除了《欧洲经济共同体与南斯拉夫社会主义联盟共和国的合作协定》。[799] 这导致进口贸易优惠的全面废除，因此超出了安全理事会第 713(1991)号决议命令的武器禁运的范围。该反应不符合《合作协定》的条款，因为该协定未规定可立即中止，而是规定应在提出通知之日起六个月后予以废除。[800] 欧洲共同体成员国明确指出该区域的和平与安全受到威胁，以此证明其做法的合法性。但是，如同对苏里南的情况那样，它们依据的是情况发生根本性改变，而非采取反措施的权利。[801]

393. 这些均为说明性的实例，而非详尽的例证。它们显示一些国家在对违反集体义务的行为作出响应时愿意采取反措施。在其他情况下，经常不容易确定各项行动是已经包含了不符合国际义务的行为，还是属虽不友好但却合法的报复行为。例如，可以提到在苏联侵略阿富汗后西方各国对苏联采取的措施。虽然大多数措施可能构成报复行为，但最具争论性的反应，即美国的谷物出口禁运却可能违反了其在双边协定下对苏联作出的承诺。[802]

394. 在若干其他情况下，各“有关”国家似乎至少声称有权利针对违背集体义务的行为采取反措施，虽然它们的实际回应并不足以成为反措施。在这方面，可以提及 7 国集团首脑会议通过的各项宣言，这些宣言呼吁对窝藏航空恐怖分子的国家采取集体行动。[803] 在涉及外交人员和领馆人员的危机期间，一些国家应美国请求为支持它而作出的反应表明，反应国准备采取反措施，尽管有人认为实际采取的措施只是报复性措施。[804]

2. 评估

395. 调查显示，在相当多的情形下，按照第 40 条之二第 1 款的“受害”定义并不算“受害”的国家，会因目标国先前违背集体义务的行为而对该国采取措施。此外，至少在某些情形下，那些措施本身也违背了(或本来会在其他方面违背)采取措施的国家对目标国的义务。这似乎说明采取反措施的权利并不能限于有关违背行为的受害者，也可以由违反集体义务的行为所引发；本报告已在上文对此做了说明。[805]

396. 但这一说法必须从几个方面加以限制：

(*a*) 首先，必须坦然承认，实践主要是由一个特定国家集团(即西方国家)主宰。例如，非洲或亚洲国家采取集体反措施的情形实属凤毛麟角；[806]

(*b*) 其次，实践是选择性的；在集体义务受到违背的大多数情形中，除了口头谴责之外，根本没有作出任何反应；

---

[797] 见 Lindemann, “The repercussions resulting from the violation of human rights in Surinam on the contractual relations between the Netherlands and Surinam”，第 68-69 页。有关条约转载于 *Tractatenblad van het Koninkrijk der Nederlanden,* 第 140 期(1975 年)。

[798] 见 Siekmann, “Netherlands State practice for the parliamentary year 1982-1983”，第 321 页。

[799] 关于中止的文件，见《欧洲共同体公报》，第 L 315 期(1991 年)，第 1 页；关于废除的文件，见第 L 325 期(1991 年)，第 23 页。

[800] 《合作协定》第 60 条第 2 款。

[801] 欧洲法院同样援引条约法而非国家责任法来支持欧洲共同体有关条例的合法性：见 *A. Racke GmbH and Co.* v. *Hauptzollamt Mainz,* C–162/96 号案件，1998 年 6 月 16 日的判决，*Reports of Cases before the Court of Justice and the Court of First Instance,* 1998–6, 第 3706-3708 页，第 53-59 段。

[802] 虽然有遵守协定的各项规定，但是，美国政府却单方面允许购买更多谷物。美国的禁运令宣告这些为无效。见 Sicilianos, 同前，第 158 页。

[803] 见波恩经济首脑会议(1978 年 7 月 17 日)通过的关于国际恐怖主义的联合声明，《国际法律资料》，第十七卷，第 5 号(1978 年 9 月)，第 1285 页。此后的宣言载于同上，第二十卷，第 4 号(1981 年 7 月)，第 956 页；以及同上，第二十五卷，第 4 号(1986 年 7 月)，第 1005 页。

[804] 见 Frowein 的分析，如上，第 417 页；以及 Sicilianos, 同前，第 159-160 页。

[805] 第 83 和第 92 段。

[806] 在南部非洲范围内采取的集体行动除外，见上文脚注 169。

(*c*) 再次，即便采取了胁迫性措施，也不总是把此类措施称为反措施。荷兰政府决定援引情况的根本改变来中止它与苏里南的条约，这似乎意味着它更愿意采用其他概念。[807]

397. 必须承认，如果没有第 40 条之二第 1 款所谓的伤害，仅凭实践，并不能就各国是否有权诉诸反措施得出明确结论。另一方面，可以提出一些意见。

398. 首先，似乎并没有按照被违背集体义务的法律来源进行区分。在所举示例中，各国对违反协定国际法以及习惯国际法的行为作出了反应。当然，有些条约一般禁止适用国际法的一般原则，也可能条约本身对核准采取集体措施已有所规定；在对违背此类条约的行为作出反应时，当然不可以诉诸反措施。但另一方面，仅仅是存在着常规框架包括监测机制(例如在人权领域)这一事实，并没有被认为是禁止诉诸反措施的理由。

399. 此外，尽管实践具有选择性，但没有一起事例涉及违背集体义务的行为是孤立或次要的。国家如果针对违背集体义务的行为而诉诸反措施，这些违背行为就已被认为是达到了某一个基线。[808] 事实上，所举的示例涉及最近的几起重大政治危机。经过十分慎审的考查，似乎可以说，只是在针对严重违背集体义务的行为时才作出了反应。

400. 最后，在涉及一个直接受害国(即被害国以及其他“有关的”第三国)的案件中，人们似乎已认为从法律上讲，被害国的反应对其他所有国家即使不是决定性的，也直接相关。例如，在福克兰群岛冲突和德黑兰人质危机期间，除联合王国和美国之外的其他国家，只是为了响应这两个国家作为直接被害者而分别发出的呼吁才采取了行动，而且也只是在所发出的呼吁范围内采取了行动。如果一个国家是一项违背行为的被害者(而其他国家对此违背行为的任何关心(如果有的话)属于较普遍意义上的关心)，被害国似应能在本条款草案所规定的总体范围内确定是否采取反措施及采取何种反措施。如果主要当事方想以其他方式解决争端，第三国事实上不应借采取反措施来干预一项争端。这与集体自卫行为有相同之处。在*尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动案*中，国际法院指出，第三国只有在主要权利人(受到武装袭击的国家)提出请求时，才可以采取集体自卫行动。[809] 不过，有关使用武力的规则当然会引起普遍义务：它们是集体义务。国际法院在*加布奇科沃—大毛罗斯项目案*中指出，*尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动案*与反措施法是相关的，[810] 这一类比即使不令人信服，似乎也是有道理的。如果 A 国不经 B 国同意就不能参与 B 国的集体自卫，那么在 B 国为被害者的情形下，A 国可以不顾 B 国的意愿而采取(集体)反措施似有不妥。另一方面，作为享有权利的国际社会成员，A 国如果不能代表违背行为的被害者 B 国采取相称的反措施，则 B 国事实上就要单独面对责任国，一种基于多边义务的法律关系在其实施阶段实际已转化为一种双边关系。从原则上来讲，这似乎也是不对的。

3. 初步结论

401. 根据上文所讨论实践情况得出的结论必然是初步性的；这方面实践数量较少，所涉国家也有限。尽管如此，仍有人支持这样的意见：不应让受违背多边义务行为之害的国家单独要求就违背行为得到补偿。如果其他国家有权因此类违背行为援引责任，至少是代表受害国要求停止有关行为并保证不重复以及恢复原状，[811] 那么，承认其有权在经该国同意的情形下采取反措施似乎也不是违反原则的事。当然，此类反措施应当符合为该受害国自身所

---

[807] 见上文第 392(*a*)段。不妨指出，按照 1969 年《维也纳公约》第六十二条，情况的根本改变具有十分严格的条件，例如在*加布奇科沃—大毛罗斯项目案*，《1997 年国际法院汇编》(见上文脚注 18)中的解释和应用。因此，人们怀疑此种理论能否适用于许多此类案件。但要点在于，在有些情形下，政府不依靠反措施，而宁愿援引(可能不适用的)终止条约的理由。

[808] 判断具体案例中人们有关严重违背行为的、基本上得到公认的看法实际上是否符合事实，这并不是特别报告员，也不是国际法委员会的职能。采取反措施的国家对其行为自己负责，在任何具体案例中，它们是否有理由这样做是一个需要加以客观分析的问题(见上文第 289 段)。问题在于，采取这些措施的国家声称，它们有理由这样做的根据是——通过明显的暗示，这是唯一的根据——所援引的理由是真诚的、严肃的，而且如果成立，就证明应当作出这一反应。

[809] 见上文脚注 207。

[810] 《1997 年国际法院汇编》(见上文脚注 18)，第 55 页，第 83 段。

[811] 见上文第 377 段。

定的条件，[812] 此外，还应当承认其“集体”性质。因此，在确定一项反应总体而言是否相称时，应当把针对某具体违背行为采取的所有反措施都考虑进去。此外，如果责任国在解决争端方面与受害国合作，其他国家应尊重这项进程。要做到这一点，可以限制“第三”国采取那些若由受害国自身采取即为合法的反措施的行动。

402. 因此，拟对本条款草案在集体反措施问题上的立场作出改变，应对那些自身未直接受违背多边义务行为之害的国家在何种程度上可以采取反措施行动作出限制。与一读通过的立场相比，本条款草案应当明确指出，拟纳入第 40 条之二的受害国与有权援引责任的其他国家之间的区别，会对更大范围的国家集团诉诸反措施的权利产生影响。如果违背某项集体义务的行为直接危害了一个国家，受该义务约束并且符合第 40 条之二第 2 款提出的定义的其他国家，应有权经受害国请求和同意并在其同意的范围内，代表该国采取反措施。此外，还必须修改受害国自行采取反措施的制度，以顾及若干国家本着集体利益采取或有权采取反措施的情况。在评估相称性时，特别是要考虑到采取此类措施的每一个国家的行为。下文第 413 段所列的提议条款反映了这些条件和限制。

403. 另外一种情况是在如依照第 40 条之二第 1 款的规定，并无任何国家“受害”的情形下的集体反措施问题——特别是违背人权义务的行为，这是对整个国际社会犯下的违背行为，但受影响的只是责任国的国民。问题难就难在基本上就定义来看，各受害方并没有能够在国际一级有效表达其意愿的代表机构，如果随便允许第三国按照其本身对情况的理解采取反措施，很有可能会使此类情形恶化。另一方面，很难设想面对社区义务受到明显、严重和持续的侵犯，第三国竟然没有任何采取行动的权利。

404. 在各种情形下，尤其是在那些涉及人权和人道主义法的情形下，会对违背集体义务的个别行为与具有严重及持续性质的违背行为加以区别。此外，即使是在个别违背行为与严重和持续违背行为所涉基本规则相同(事实经常如此)的情况下，也是这样做的。例如：

(*a*) 欧洲人权法院对个别控诉和构成实施不人道或有辱人格待遇或惩罚的持续性行为的案件是加以区分的，认为用尽当地救济原则不适用于后一种情形；[813]

(*b*) 经济及社会理事会 1970 年 5 月 27 第 1503(XLVIII)号决议所规定的程序针对的是涉及“公然一贯侵害——且经可靠证明确系如此侵害——人权及基本自由行为”的情形；[814]

(*c*) 把危害人类罪界定为一般国际法的事项，这就标出了一个持续的或广泛的违背行为的门槛，这是从定义上而言或是(例如种族灭绝和种族隔离的情形)由被禁行为的定义本身而作出的必要推断。[815]

还应当注意欧洲联盟理事会在理事会 1998 年 9 月 7 日第 1901/98 号条例中所阐述的关于禁止航班飞往南斯拉夫联盟共和国的理由。所引述的条例特别指出：

> 对其本国公民滥施暴力行为和残酷镇压，构成了严重违背人权与国际人道主义法的行为。[816]

405. 从政策方面而言，如果有关违背行为是严重的、证据确凿的、持续性的并且仍在继续中，针对集体反措施的制约规定和禁止规定就大为减少了——特别是对据称负有责任国家的适当程序的关注、干预个别争端及该争端可能恶化的问题。此种情形下，如果不许采取集体反措施，似乎不妥。事实上，这样做可能会进一步迫使各国采用其他的、也许不甚可取的办法进行干预。在此情况下，审查针对严重违背社区义务行为进行人道主义干预的合法

[812] 有人提议在一定条件下，受害国应有权采取反措施；这些条件，见上文第 367 段。

[813] 爱尔兰诉联合王国案(见上文脚注 175)，特别报告员第二次报告，《1999 年……年鉴》[英](见上文脚注 8)，第 37 页，第 125 段对此有讨论。

[814] 关于第 1503 号决议程序的评估，例如见 Alston, “人权委员会”，第 145-155 页。

[815] 例如见《国际刑事法院罗马规约》第七条中“危害人类罪”的定义，反映出国际法委员会自身在《危害人类和平及安全治罪法》草案第 18 条中的定义(《1996 年……年鉴》[英]，第二卷(第二部分)，第 47 页)。

[816] 《欧洲共同体公报》，第 L 248 期(1998 年 9 月 8 日)，第 1 页。

性并不是委员会的职能。[817] 但至少可以说，国际法应当给予那些有正当理由关心此类义务履行情况的国家以某种虽不涉及使用武力，但却可确保履行义务的手段。

406. 鉴于这些理由，特别报告员提议，本条款草案应允许某项社区义务的当事国针对严重违背该义务的证据确凿的行为采取集体反措施，尤其是要确保停止该行为并代表非国家被害人得到不重复该行为的承诺和保证。[818] 此类反措施应当符合本条款草案中规定的反措施的其他条件，特别是它们合在一起不应违背相称性的规定。案文应当反应出这项限制，而不是── 如同一读通过的第 40 和第 47 条那样 ── 暗示个别反措施是所有各种广义伤害的必然结果。

C. “严重违背”对整个国际社会的义务的其他后果

407. 下一个问题是，严重、公然或持续违背对整个国际社会的义务的行为是否会带来进一步的后果。[819] 当然，责任的一般法律后果将适用于此类违背行为，其适用程度随着该违背行为严重程度的增加而增加。但是，是否还有适用于此种“严重违背”行为的任何其他法律后果呢？必须对责任国的其他义务与可能对其他国家产生的后果问题加以区分。

408. 就责任国本身而言，值得一提的是，一读通过的条款草案只是提出了第 19 条所定罪行的下列后果：

(*a*) 即使恢复原状的负担与受害国不接受补偿而得到的利益相比根本不成比例，也需要恢复原状(第 52 条(*a*)项，犯罪情形下不适用第 43 条(*c*)项)；

(*b*) 恢复原状可能严重危及责任国的政治独立或经济稳定(第 52 条(*a*)项，不适用第 43 条(*d*)项)；

(*c*) 提供满足的措施可能会“伤害”责任国的“尊严”(第 52 条(*b*)项，不适用第 45 条第 3 款)。

如果按照某项建议，删除第 43 条(*d*)项，[820] 这些“后果”中就只会剩下第一项和第三项，很难设想此二项会起到作用的实际情形。关于第一项，在受害方没有以有效方式选择用补偿来代替恢复原状的情况下，[821] 恢复原状(如果行得通的话)将切实具有强制性，它关系到对整个国际社会各项义务所涉及的各种价值观的重要性，以及不宽恕违背此种义务行为的必要性。关于第三项，提议的第 45 条第 4 款的主要内容现在为相称性，[822] 而且也没有任何必要去“羞辱”即使是实施了严重违背社区义务行为的国家。特别报告员认为，这些“后果”是琐碎的、附带性的和不切实的，应当加以删除。

409. 另一方面，至于第 19 条所暗含的各项价值观 ── 无论是否接受以“罪行”用语来加以表述，这些价值观都是有效的 ── 有理由要求对严重违背行为进行损害赔偿，并应能反映违背行为的严重性和阻止今后再发生此种行为。有人声称，由某种集中的司法程序(相当于《建立欧洲共同体条约》第 228 条规定的程序)来实施处罚，不属于本案文的范围，而且这样做需要有一项目前所不具备的特别管理制度，本条款草案实际上是无法设立此种制度的。[823] 但有关惩罚性赔偿的立场不一定相同，可以设想受害国有权要求得到惩罚性赔偿。事实上，在严重和系统性的违背社区义务行为之后，总会有范

---

[817] 正如国际法院在*使用武力的合法性案*，临时措施，1999 年 6 月 2 日的命令，《1999 年国际法院汇编》，第 16 段所指出的，“在目前情况下……在南斯拉夫使用武力……会引起很大的国际法问题”。

[818] 另见上文第 115-116 段及表 2。

[819] 一读通过的条款草案指出，“可以使用‘具有严重性质的国际不法行为’或‘特别严重的不法行为’来取代”“罪行”一词(《1996 年……年鉴》[英]，第二卷(第二部分)，第 40 条，第 63 页，第 3 段)。应当着重指出，这些严重违背行为中，有一些本身就是明显的不法行为，因为对该过失的定义自身就确保只涉及严重或极端的情形(例如灭绝种族、危害人类罪)。其他行为(如酷刑)是一般的不法行为，在极端或系统性实施的情况下，就属于这一类别。有人建议应加上一项条款草案来明确说明这一点。可以把它放在第二部分第一章，其内容可以是：

> “本部分所确定的责任国的义务可以是对另一国家、对好几个国家、对所有其他当事国或对整个国际社会的义务，具体要看该项国际义务的性质和内容及违背行为的情形而定，而无论一国是否是该项义务的最终受益者。”

[820] 见上文第 144 段(*d*)项。

[821] 如果恢复原状涉及主要义务的持续履行情况，情况可能是，甚至连受害国也不能有效地放弃恢复原状(见上文第 134 和第 253 段)。

[822] 见上文第 194 段。

[823] 见上文第 382-383 段。

围更广的一群间接受害者，而且要做大量的恢复工作。为讨论的目的，特别报告员提议，在严重违背社区义务的情况下，可以迫使责任国支付惩罚性赔偿。另外，如果第 45 条第 2 款(*c*)项有关较为广泛的违背行为的现有行文不予保留，[824] 则可将其适用于严重违背行为的类别。

1. 面临严重违背社区义务行为的其他国家的另外的义务？

410. 如果一读通过的第 52 条几乎没有或根本没有为责任国规定另外的义务，那么，看似矛盾的是，第 53 条确实为第三国规定了此种义务。就第 19 条所提及的严重违背行为而言，第三国有义务：

(*a*) 不承认罪行所造成的状况为合法；

(*b*) 不援助或协助实施了该罪行的国家维持所造成的状况；

(*c*) 与其他国家合作履行(*a*)和(*b*)项下的义务；并且

(*d*) 与其他国家合作实施旨在消除该罪行的后果的措施。

前一份报告对这些后果做过分析。[825] 其中指出，“罪行”这一有争议的名词暂且不论，这些后果基本上可以接受，但有一项前提：它们不应对其他非公然的、系统性的或严重的违背行为产生相反的影响。例如，各国可能不会承认凭借使用武力而单方面兼并领土的行为为合法，即使有人争辩说该使用武力的行为是合法的。各国依法不得帮助扣留人质，即使是个别情形也不行。为了讨论的目的，特别报告员再次提出第 51 至第 53 条的合并文本。评注应当明确指出，所说明的各项后果也可以适用于其他情形，这要取决于背景情况和可适用的主要原则的内容。

2. 留待进一步发展的余地

411. 显然，社区义务的突出性和实施问题正在经历迅速的发展。[826] 旧的双边国家责任结构显然不足以处理严重违背人权和人道主义法的行为，更不用说危及各国和各民族生存的情况了。不能指望本条款草案可预见未来的事态发展，因此，必须考虑到将来会产生的其他此类后果(刑事后果及其他后果)，它们可能会因国际不法行为被定为罪行或是违背对整个国际社会义务的行为而附属于此种行为。人们可能认为，这一条款是承认，这项编写内容充分、有原则的现有第 19 条替代条款的工作已告失败。但特别报告员认为，鉴于当前体制变革和政治变革的迅速发展，这样做是实事求是地承认编纂和逐渐发展工作具有局限性。

D. 关于第二部分第三章和第二部分之二的结论摘要

412. 鉴于这些理由，特别报告员兹提议第二部分第三章的案文如下：

“[第三章

“严重违背对整个国际社会的义务

“**第 51 条 严重违背对整个国际社会的义务的后果**

“1. 本章适用于由一国严重和明显违背对整个国际社会承担的义务而产生的国际责任。

“2. 就违背义务的责任国而言，这种违背行为引起任何其他国际不法行为的所有法律后果，而且还引起[惩罚性赔偿][反映违背行为严重性的赔偿]。

“3. 这种违背行为还引起所有其他国家的下列其他义务：

“(*a*) 不承认违背行为所造成的状况为合法；

“(*b*) 不援助或协助违背了义务的国家维持所造成的状况；

“(*c*) 进行合作以实施旨在停止违背行为，并尽可能消除其后果的措施。

“4. 第 2 和第 3 款不应妨碍违背行为在国际法下可能产生的其他刑事或其他后果。]”

由于提议的第三章自成一体，而且一读通过的第 19 条在第一部分内不起任何作用，所以，如果通过了

---

[824] 如上文第 191 段所提议的那样。

[825] 《1998 年……年鉴》[英](见上文脚注 23)，第 11 页，第 51 段。

[826] 见上文第 372 和第 391 段并参见第 382 段。

第三章，就可删除第 19 条。评注将必须更详细地解释适用第三章类别的有限内容和第 3 款所列后果的非专属性。

413. 还必须按照提议，在第二部分之二增列一些规定。首先，已提议的第 40 条之二应说明根据已提出的建议，(第 2 款所提到的)类别更广泛的国家在哪些方面有权援引责任。[827] 在必要时，第二部分之二所列援引责任的条件也应适用于这些国家。[828] 此外，应在该部分增添以下规定：

“第 50 条 A[829] 代表受害国采取的反措施

“任何其他国家如有权按照[第 40 条之二第 2 款]援引一国的国家责任，则可应一个受害国的要求，代表它采取反措施，但须按照受害国所定的任何条件行事而且该受害国本身应有权采取这些反措施。

“第 50 条 B 严重违背对整个国际社会的义务这一情况下的反措施

“1. 在第 51 条所提到没有任何个别国家受到违背行为伤害的情况下，任何国家可以不违反本章为限并按照本章的规定，采取反措施，以确保停止违背行为并对受害者给予赔偿。

“2. 如果超过一个国家依照第 1 款采取反措施，这些国家应合作，以确保符合本章所述关于采取反措施的条件。”

[827] 见上文第 378-379 段。

[828] 为达此目的，可在提议的第 40 条之二增加规定，即一个受害国可按照第二部分援引国际不法行为的所有后果。此外，应增列与目前第 40 条之二第 2 款所提到的类别更广泛的国家有关的以下段落：

“第 2 款提到的国家可设法寻求：

“(*a*) 按照第 36 条之二停止国际不法行为；

“(*b*) 代表受害国并经其同意，按照第 37 条之二和第二章，使该国获得赔偿；

“(*c*) 如没有受害国：

“㈠ 按照第 43 条的规定为受害人或实体的利益恢复原状；

“㈡ 按照第 51 条第 2 款的规定，给予[惩罚性赔偿][反映违背行为严重性的赔偿]，这些赔偿必须有益于违背行为的受害者。

此外，已提议的第 46 条之三(上文第 284 段)可适用于任何援引责任的国家，无论它是否受害国。

[829] 如上文第 367 段提议的那样，这些条款将被置于第 50 条之二(中止和终止反措施)的前面。

第 五 章

第四部分 一般规定

414. 最后，有必要列入一读时通过或后来提议的某些保留条款，并考虑可纳入第四部分的其他一般规定。应了解第四部分是一般性的结论部分，它澄清了本条款草案不处理的某些事项，说明了本条款草案与国际法其他规则及领域的关系。

A. 现行条款

1. 第 37 条 特别法

415. 一读时通过的第 37 条的标题是“特别法”。它规定：

在一国国际不法行为的法律后果已由专门有关该国际不法行为的国际法其他规则予以确定的情况下，并且只有在这种情况下，本部分各项规定不予适用。

416. 极其简短的第 37 条评注强调了“第二部分各项条款的剩余性质”，[830] 并指出在确立有关主要义务的文书或其他文书中，国家可“确定所涉国际不法行为在其之间所产生的法律后果”。按照评注，这种自由的唯一限制是，各个国家，甚至

[830] 《1983 年……年鉴》[英]，第二卷(第二部分)，第 2 条[现第 37 条]评注，第 42-43 页，第(1)段。没有举例。

彼此之间，也不能够针对违背其互相义务的行为，规定如下内容的法律后果：准许违反一般国际法强制性规范的行为，或是回避联合国主管机构依照其与维持国际和平与安全有关的责任实施的监督。[831]

417. 政府对条款草案第 37 条的评论都支持该项原则；[832] 一些政府的确曾建议它应普遍适用于本条款草案。[833] 捷克共和国提出了第 37 条的规定与第 19 条所处理的“罪行”之间的关系问题，表示应审查条款草案第 37 条的措辞，“以便更明确地规定当第二部分的条款涉及适用于‘罪行’的制度时，再不仅具剩余性质”。[834] 它指出如果“罪行”包括违反强制法强制性规则的行为，则“适用的次要规则同样应具强制性质，不得根据双方的协定减损法律效力”。[835]

418. 瑞士提出了条款草案第 37 条与 1969 年和 1986 年《维也纳公约》第 60 条之间的关系问题，指出鉴于第 37 条的现有措辞，按照这些规定终止一项条约“可能被视为排除一切其他后果，也就是说，排除国家责任条款草案产生的后果”。[836] 它建议应澄清这个情况，而且似宜提出有关两项《维也纳公约》第 60 条的保留。[837]

419. 至于本条款草案的位置，日本建议应载入草案第一部分第一章。[838] 另一方面，法国认为该条草案连同第 38 和第 39 条均可载入本条款草案的介绍性条款或最后条款，因为它涉及“条款草案与外部规则之间的关系，强调了这一案文的补充性质”。[839]

420. 各国经常针对违反某些特别规则的法律后果制订具体规定。因此，问题在于这些后果是否排他性的，换句话说，在其他情况下本可按照一般国际法适用的后果是否会因而被排除。在每种情况下，总存在这种解释方面的问题，这是诸如第 37 条等任何规定都不能预断的。在一些情况下，从条约的措辞或其他案文可清楚看出只会产生特定的后果。在其他情况下，一般法的一个方面可能会被修改，其他方面则仍然适用。有关前者的示例是与救济有关的世贸组织争端解决机制。[840] 有关后者的示例是《欧洲人权公约》第 41 条(原第 50 条)。[841] 两者都涉及本条款草案第二部分所处理的事项，但原则上，相同的考虑适用于第一部分。因此，某项条约可能会规定一国须承担义务，但为该目的界定“国家”的方式所产生的后果，会有别于在其他情况下可根据第一部分第二章的归属规则产生的后果。[842]

421. 特别报告员同意一种观点，即第 37 条应普遍适用于本条款草案，因此，应将其载入第四部分。据此拟议了第 37 条的案文，但解释问题待定。[843]

2. 第 39 条. 与《联合国宪章》的关系

422. 第 39 条规定如下：

> 本部分各项规定中所列一国国际不法行为的法律后果，在适当情况下应受制于《联合国宪章》关于维护国际和平与安全的规定和程序。

---

[831] 同上，第 43 页，第(2)款。

[832] 见第六委员会的讨论，其中“有人提出，草案应继续尊重特别法”(A/CN.4/496(上文脚注 3)，第 16 页，第 127 段)。第六委员会指出，提供本身关于国家责任的框架的具体条约制度通常比本条款草案的规定优先(无论其最后形式如何)(同上)。同样的，在第五十四届会议上，已指出本条款草案 “不适用于独立完整的法律制度，如近年来一直在发展的关于环境、人权和国际贸易的法律制度”(A/CN.4/504(上文脚注 3)，第 6-7 页，第 15 段)。

[833] 见德国的评论(《1998 年……年鉴》[英](上文脚注 35)，第 102 页)、美国的评论(同上，第 133 页)、联合王国的评论(同上，第 100 页)和日本的评论(“特别法的优先地位当然不只限于第二部分，第三部分、甚至第一部分也可能出现同样情况”(《1999 年……年鉴》[英](上文脚注 43)，第 107 页))。另见在第六委员会发表的意见，即“委员会可依据将把特殊法变为一般准则的假设来起草条款草案”(A/CN.4/496(上文脚注 3)，第 16 页，第 127 段)。

[834] 《1998 年……年鉴》[英](见上文脚注 35)，第 137 页。

[835] 同上。

[836] 同上。

[837] 第六委员会的讨论还强调尊重“条约法与国际责任法律之间的并行性，同时表明条款草案与《维也纳公约》之间相辅相成的关系”至关重要(A/CN.4/496(上文脚注 3)，第 16 页，第 127 段)。

[838] 《1999 年……年鉴》[英](见上文脚注 43)，第 107 页。

[839] 《1998 年……年鉴》[英](见上文脚注 35)，第 137 页。

[840] 见上文第 157 段和脚注 319。

[841] 见上文第 156 段和脚注 312。

[842] 参见条约的“联邦”条款，即允许把国家的某些构成部分排除在条约范围外(例如，《关于解决各国和其他国家的国民之间的投资争端的公约》，第 70 和第 72 条)，或限制与这些部分有关的义务(例如，《保护世界文化和自然遗产公约》，第 34 条)。

[843] 见下文第 429 段。

423. 各国政府关于条款草案第 39 条的评论毁誉参半。一些国家似乎认为本条款草案规定《联合国宪章》关于维持国际和平与安全的机制比条款草案第二部分的规定优先是不成问题的。[844] 例如，美国

同意本条款草案的目标在于强调《联合国宪章》把维持国际和平与安全的责任分配给安全理事会，并且强调适当地遵照安全理事会就第七章作出的决定实施的国家行为，不得被定性为国际不法行为。[845]

美国认为《宪章》第一百零三条

不仅确立《联合国宪章》的卓越地位，而且它清楚地规定其后缔结的协定不得对各国施加矛盾的义务。因此，本条款草案不会减损安全理事会维持或恢复国际和平与安全的责任。[846]

424. 另外一方面，法国担心条款草案第 39 条“似乎与《联合国宪章》第一百零三条相抵触，因为第一百零三条对《宪章》条款不作任何区别”[847]，并指出这一条文“会有限制安全理事会职权的作用”。法国认为“比较可取的是说明按照《联合国宪章》第一百零三条，条款草案的规定不妨碍《宪章》的规定与程序”，[848] 并建议将该条改写为：“依照《联合国宪章》第一百零三条，本条款的规定不影响《联合国宪章》的规定和程序”。[849] 联合王国虽然支持第一百零三条和条款草案第 39 条所述《宪章》优先的原则，但却反对在本条款草案中讨论根据国家责任法和《宪章》规定的国家之间的权利与义务关系的问题。它认为，这个问题将“引起一些复杂的议题，其中不但牵涉到联合国，还牵涉到可能与联合国共同行动的或可能发挥《宪章》指派给它们的作用的其他国际组织及区域组织”。[850]

425. 关于该条款草案的位置，法国认为可将其载入本条款草案的最后条款或介绍性条款。[851] 日本赞成把该条载入第一部分第一章，“因为第 39 条与整个条款草案都有关联”。[852]

426. 特别报告员原则上同意这项意见，不过考虑到第一部分第一章的内容，似宜把第 39 条载入第四部分。他还同意无须抽出《联合国宪章》内有关维持国际和平与安全的规定，或使用“适时”这种属于提示性但毫无意义的限定性短语。[853]《宪章》第一百零三条既全面又明确：简单的条文即可保留其效力，而无论其效力为何。[854]

B. 提议的对第四部分的补充

427. 按照惯例，委员会所提议的案文(无论是否以条约形式通过)都载有一系列保留条款及其他一般条款。其目的是限定案文的范围和保存同类法律问题。一个显著示例是 1969 年《维也纳公约》，其中保留了国家继承、国家责任及发生敌对行为的情况(第七十三条)以及侵略国的情况(第七十五条)。后一条所发挥的任何职能在此由第 39 条执行，似乎无

---

[844] 见捷克共和国的评论(讨论对“国际罪行”的反应并指出“在维持国际和平与安全方面已存在一项特定方法，条款草盘第 39 条已适当地考虑到该项方法”(《1998 年……年鉴》[英](上文脚注 35)，第 137 页))；蒙古的评论(强调案文“应充分考虑到目前联合国根据《宪章》第七章正在采取的措施方面的情况”(同上))以及日本的评论(“按照《联合国宪章》第一百零三条和条款草案第 39 条，《联合国宪章》显然优先于条款草案”(《1999 年……年鉴》[英](上文脚注 43)，第 108 页)。

[845] 《1998 年……年鉴》[英](见上文脚注 35)，第 138 页。

[846] 同上。美国进一步指出，“国家责任原则可以体现安全理事会的决定，但草案条款不得管辖其决定”。

[847] 同上。第 137 页。

[848] 同上。

[849] 同上。

[850] 同上，第 138 页。

[851] 同上，第 137 页。

[852] 《1999 年……年鉴》[英](见上文脚注 43)，第 108 页。

[853] 阿兰焦—鲁伊斯严厉批评了一读通过的第 39 条的措辞，“国际法委员会一读通过的国家责任条款草案第 39 条”。他建议把第 39 条全部删除，或提出一项规定，“不超越《宪章》第一百零三条的范围，否则会导致国家责任制度的扭曲”(第 751 页)。基于案文所载的理由，现任特别报告员提议了一项与第 39 条有关的简单保留条款，并因此符合后一种备选办法。

[854] 见下文第 429 段。

须在本条款草案内提及国家继承问题。[855] 另一方面，对中止或终止条约与例如通过反措施而不履行条约义务之间的关系，存在有不确定或混乱的情况。本条款草案似宜再次对《维也纳公约》第七十三条表达出敬意，明确保留有关条约效力、中止、终止或内容的问题。[856] 事实上，可以询问是否不应对实质习惯国际法的任何规则(即订明一项国际义务的内容的任何规则)的内容及其对一国的适用性持相同的观点。为了有助于讨论，兹提出以下建议。

428. 其他可能的保留条款包括以下几项：

(a) 对国际组织的责任或行为的保留。已建议了此项规定，而且委员会已于 1998 年第五十届会议上暂时同意；[857]

(b) 外交保护情况。相反的，本条款草案与委员会关于外交保护的项目之间的关系不能以排除方式来表示。本条款草案涵盖了外交保护领域以及国对国直接伤害领域的国家责任的情况，即使委员会将在有关该专题的工作期间对外交保护领域的次要规则作较详细的说明，情况也是如此。似乎无须在案文内说明这一点；可在评注中清楚叙明；

(c) 失效和不承认问题。国家行为的根本效力问题在本条款草案的范围之外，即使至少在一些情况下它们取决于国际不法行为。与此相关的，一般的不承认问题也是如此，视情况不同，这些问题可关系到根本效力或国家政策问题。不过，同样，有别于评注，在案文中似乎也无须说明这一点；

(d) 本条款草案不溯既往。根据委员会工作编写的条约案文经常规定它们不适用于条约生效前发生的事件，但不妨碍条约所载体现一般国际法的任何规则的可能效力。[858] 由于尚未就本条款草案可能采取的形式作出任何决定，似乎无须在此阶段考虑这项条款；

(e) 定义条款。本条款草案采取了一种战略，即为特定条文内的特定目的界定所需用词。似乎不需要单独的定义条款。

C. 关于第四部分的结论摘要

429. 鉴于这些理由，特别报告员建议第四部分的案文如下：

“第四部分
“一般规定

“第 37 条 由其他适用规则制订的特别规定

“在一国国际不法行为的成立条件或法律后果已由国际法有关该行为的其他规则专门予以确定的情况下，并且只有在这种情况下，这些条款的规定不予适用。

“A 条 国际组织的责任或对其行为的责任

“这些条款不得预断在国际组织在国际法中的责任或任何国家对一国际组织的行为的责任等方面可能引起的任何问题。

“B 条 确定任何国际义务的内容的规则

“这些条款不影响有关一国国际义务(任何违背行为都可能引起国家责任)是否存在或其内容的问题。

“第 39 条 与《联合国宪章》的关系

“一国国际不法行为按照这些条款产生的法律后果不影响《联合国宪章》第一百零三条。”

---

[855] 在何种情况下可继承国家责任的问题引起争议。本条款草案没有处理该问题，这是继承法而非责任法的一个方面。

[856] 参见瑞士的提议(上文第 418 段)。

[857] 《1998 年……年鉴》[英]，第二卷(第二部分)，第 85 页，第 424 段。

[858] 例如见 1969 年《维也纳公约》第四条。但在《维也纳外交关系公约》和《维也纳领事关系公约》中却没有相同规定。

国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任(预防危险活动的跨界损害)

[议程项目 **4**]

A/CN.4/510 号文件

特别报告员彭马拉朱·斯雷尼瓦萨·拉奥先生

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(预防危险活动的跨界损害)的第三次报告

[原件：英文]

[2000 年 6 月 9 日]

目 录

	段次	页次
本报告引用的著作		128
导言	1-2	129
章次		
一. 会员国的评论	3-13	130
二. 本专题的范围和有关问题	14-16	133
三. 预防和赔偿责任	17-20	134
四. 应有注意义务和公平利益	21-24	135
五. 赔偿责任和责任：制度的二元性	25-30	136
六. 建议	31-36	138
附 件		
工作组进行讨论后在二读时建议的订正条款草案		139

本报告引用的著作

AKEHURST, M. B.

"International liability for injurious consequences arising out of acts not prohibited by international law", *Netherlands Yearbook of International Law,* vol. XVI, 1985, pp. 3–16.

ARSANJANI, M. H. and W. Michael REISMAN

"The quest for an international liability regime for the protection of the global commons", *in* Karel Wellens, ed., *International Law—Theory and Practice: Essays in Honour of Eric Suy.* The Hague, Martinus Nijhoff, 1998, pp. 469–492.

BEDJAOUI, Mohammed

"Responsibility of States: fault and strict liability", *in* Rudolf Bernhardt, ed., *Encyclopedia of Public International Law,* vol. 4. Amsterdam, Elsevier, 2000, pp. 212–216.

BERWICK, Teresa A.

"Responsibility and liability for environmental damage: a roadmap for international environmental regimes", *Georgetown International Environmental Law Review,* vol. 10, 1997–1998, pp. 257–267.

BOYLE, Alan E.

"State responsibility and international liability for injurious consequences of acts not prohibited by international law: a necessary distinction?", *International and Comparative Law Quarterly,* vol. 39, January 1990, pp. 1–26.

BROWNLIE, Ian

System of the Law of Nations: State Responsibility. Part I. Oxford, Clarendon Press, 1983.

CHOWDHURY, Subrata Roy

"Common but differentiated State responsibility in international environmental law: from Stockholm (1972) to Rio (1992)", *in* Konrad Ginther, Erik Denters and P. J. I. M. de Waart., eds., *Sustainable Development and Good Governance.* Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1995, pp. 322–342.

HANDL, Günther

"The environment: international rights and responsibilities", *American Society of International Law: Proceedings of the 74th Annual Meeting, Washington, D.C., 17–19 April 1980.* Washington, D.C., 1981, pp. 223–234.

HORBACH, N. L. J. T.

"The confusion about State responsibility and international liability", *Leiden Journal of International Law,* vol. 4, No. 1, April 1991, pp. 47–74.

HOSSAIN, Kamal

"Evolving principles of sustainable development and good governance", *in* Konrad Ginther, Erik Denters and P. J. I. M. de Waart., eds., *Sustainable Development and Good Governance.* Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1995, pp. 15–22.

KISS, Alexandre

"The international protection of the environment", *in* R. St. J. Macdonald and Douglas M. Johnston, eds., *The Structure and Process of International Laws: Essays in Legal Philosophy, Doctrine and Theory.* The Hague, Martinus Nijhoff, 1983, pp. 1069–1093.

MAGRAW, Daniel Barstow

"Transboundary harm: the International Law Commission's study of 'international liability'", *American Journal of International Law,* vol. 80, 1986, pp. 305–330.

MALANCZUK, Peter

"Sustainable development: some critical thoughts in the light of the Rio Conference", *in* Konrad Ginther, Erik Denters and P. J. I. M. de Waart., eds., *Sustainable Development and Good Governance.* Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1995, pp. 23–52.

ROSAS, Allan

"State responsibility and liability under civil liability regimes", *in* Ove E. Bring and Said Mahmoudi, eds., *Current International Law Issues—Nordic Perspectives: Essays in honour of Jerzy Sztucki.* Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1994.

SUCHARITKUL, Sompong

"State responsibility and international liability in transnational relations", *in* Jerzy Makarczyk, ed., *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century: Essays in honour of Krzystof Skubiszewski*. The Hague, Kluwer, 1996, pp. 283–299.

TAYLOR, Prue

An Ecological Approach to International Law: Responding to the Challenges of Climate Change. London, Routledge, 1998, 443 p.

WOLFRUM, R.

"Internationally wrongful acts", *in* Rudolf Bernhardt, ed., *Encyclopedia of Public International Law,* vol. 2. Amsterdam, Elsevier, 1995, pp. 1398–1403.

"Liability for environmental damage: a means to enforce environmental standards?", *in* Karel Wellens, ed., *International Law—Theory and Practice: Essays in honour of Eric Suy.* The Hague, Martinus Nijhoff, 1998, pp. 565–578.

ZEMANEK, K.

"Causes and forms of international liability", *in* Bin Cheng and E. D. Brown, eds., *Contemporary Problems of International Law: Essays in honour of George Schwarzenberger on his Eightieth Birthday*. London, Stevens, 1988, pp. 319–333.

"State responsibility and liability", *in* W. Lang, H. Neuhold, K. Zemanek, eds., *Environmental Protection and International Law.* London, Graham & Trotman, 1991, pp. 187–201.

导 言

1. 不妨回顾，国际法委员会在 1998 年一读时确定了关于预防这一分专题的 17 项条款草案。委员会第五十届会议工作报告向大会转递了这些条款草案。[1] 委员会在转递关于预防分专题的 17 项条款草案时，还请联合国会员国就以下三个问题发表评论：

(*a*) 是否仍应将预防责任视为一种行为义务？如果不履行义务，是否应根据国家责任法或民事赔偿责任法或在涉及起源国和营运者双方时根据两者使其承担适当后果？如果对后一问题的回答是肯定的，则哪类后果适当或适用？

(*b*) 条款草案应采用何种形式：公约、框架公约还是示范法？

(*c*) 何种或何种形式的解决争端程序最适于处理因条款草案的适用或解释而引发的争端？

2. 一些国家参加了关于国际赔偿责任这一议题的讨论，并就条款草案提出评论。特别报告员第二次报告 [2] 的主题是各国就委员会提出的三个问题所发表的评论。其后，各国应邀在 1999 年年底前就这些条款草案提出书面评论，以便委员会对预防问题条款草案进行二读。有五个国家已提交书面评论。[3] 鉴于各国在大会第六委员会 1998 年和 1999 年辩论期间以及书面评论中已表述的意见，现在是审查委员会一读编制的各项预防条款的时候了。在审议各国提议的各项改动前如果先概述一下这些国家的评论，或许会有所帮助。

[1] 见《1998 年……年鉴》[英]，第二卷(第二部分)，第 21-23 页。正如同委员会主席巴埃纳 • 苏亚雷斯先生所解释的那样(《大会正式记录，第五十三届会议，第六委员会》，第 13 次会议(A/C.6/53/SR.13)，第 11 段)，这些条款草案以 1996 年委员会工作组通过的条款为基础；重新审议这些条款是因为委员会决定首先集中讨论该专题的预防方面，也是因为近来的形势发展，尤其是鉴于 1997 年 5 月 21 日在纽约通过了《国际水道非航行使用法公约》(《大会正式记录，第五十一届会议，补编第 49 号》，第 51/229 号决议，附件)。

[2] 《1999 年……年鉴》[英]，第二卷(第一部分)，第 111 页，A/CN.4/501 号文件。

[3] 截至 2000 年 4 月 12 日，法国、黎巴嫩、荷兰、土耳其和大不列颠及北爱尔兰联合王国已提交评论；见 A/CN.4/509(转载于本卷)。

第 一 章

会员国的评论

3. 委员会在作出将预防专题从责任专题中分出来并首先予以处理这一决定后一年内便确定了条款草案，各国对此表示赞赏。[4] 一些国家在赞赏预防问题条款草案一般内容的同时，亦坚决认为委员会不应忽视其任务的主要目标，即国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任。[5] 它们认为，委员会有义务处理赔偿责任问题，因为它与预防问题一样，是均衡关系中的一个重要主要组成部分。至少有一个国家提醒委员会，在现有趋势确立前不要过早处理赔偿责任专题。[6]

4. 关于本专题的范围，有些国家对委员会将事实上导致损害的活动排除在外表示遗憾。不妨回顾，委员会工作组曾于 1996 年审议条款草案第 1 条(*b*)项，并将它放在括号内。有国家建议该制度应一并处理“现有的”损害和“未来的”损害。[7] 有一国家不知道条款草案是否适用于那些如单独采取则致害较小、但如集体采取则导致重大损害的活动。[8] 有国家建议条款草案应处理对全球公域的损害。[9]

5. 有些国家认为，条款草案应涵盖涉及生态系统的损害，为此，应参照《国际水道非航行使用法公约》第 20 和第 22 条的模式，在第 1 条中有所提及。[10] 但大多数国家都赞同条款草案当前的范

---

[4] 见《大会正式记录，第五十三届会议，第六委员会》，第 13 至第 22 次会议(A/C.6/53/SR.13-22)。

[5] 同上。例如，孟加拉国(条款草案“有建设性而且切合实际”，第 16 次会议(A/C.6/53/SR.16)，第 2 段)和墨西哥(条款草案是一份“既全面又均衡的文件”，同上，第 6 段)希望委员会处理责任问题。同样，见以下国家的发言或评论：爱尔兰(同上，第 20 次会议(A/C.6/53/SR.20)，第 49 段)、越南(同上，第 38 段)、匈牙利(同上，第 19 次会议(A/C.6/53/SR.19)，第 15 段)、新西兰(同上，第 16 次会议(A/C.6/53/SR.16)，第 44 段)、奥地利(同上，第 15 次会议(A/C.6/53/SR.15)，第 7 段)、斯里兰卡(同上，第 22 次会议(A/C.6/53/SR.22)，第 24 段)、瑞典代表北欧各国(同上，第 17 次会议(A/C.6/53/SR.17)，第 3 段)、埃及(同上，第 22 次会议(A/C.6/53/SR.22)，第 18 段)、葡萄牙(同上，第 20 次会议(A/C.6/53/SR.20)，第 28 段)、危地马拉(同上，第 13 次会议(A/C.6/53/SR.13)，第 58 段)、坦桑尼亚联合共和国(同上，第 59 段)、巴林(同上，第 21 次会议(A/C.6/53/SR.21)，第 12 段)、罗马尼亚(同上，第 18 次会议(A/C.6/53/SR.18)，第 1 段)、阿拉伯利比亚民众国(同上，第 42 段)、古巴(同上，第 50 段)、突尼斯(同上，第 60 段)、尼日利亚(同上，第 17 次会议(A/C.6/53/SR.17)，第 33 段)、乌拉圭(同上，第 16 次会议(A/C.6/53/SR.16)，第 89 段)、蒙古(同上，第 15 次会议(A/C.6/53/SR.15)，第 40 段)、阿根廷(同上，第 94 段)、斯洛伐克(同上，第 22 次会议(A/C.6/53/SR.22)，第 28 段)和黎巴嫩(A/CN.4/509, 转载于本卷)。

[6] 例如，美利坚合众国指出，“在完成二读……后，委员会的工作可以暂停，以便在这方面形成国际惯例。美国代表团认为关于责任领域的国际条例应当就具体议题，例如石油污染或有害废物等展开慎重谈判，或是就特定区域展开谈判，不要设想拟订单一全球制度。一旦各国惯例形成后，委员会可以按照既定先例恢复工作”(《大会正式记录，第五十四届会议，第六委员会》，第 19 次会议(A/C.6/54/SR.19)，第 38 段)。

[7] 危地马拉(同上，《第五十三届会议，第六委员会》，第 13 次会议(A/C.6/53/SR.13)，第 56 段)。(瑞典)代表北欧各国强调，“预防的概念不仅出现在人们处理带有风险的活动……时，而且在控制和最大限度地减轻正常进行危险活动和发生事故出现的有害后果时就得到重视了”。(同上，《第五十四届会议，第六委员会》，第 25 次会议(A/C.6/54/SR.25)，第 124 段；另见同上，《第五十三届会议，第六委员会》，第 17 次会议(A/C.6/53/SR.17)，第 2 段)。其次，条款草案第 1 条评注第(13)段中的相关假设是，“适当的区分应该是在确定的事件与较不确定的事件和也许比较不可能的事件之间作出”(奥地利，同上，第 15 次会议(A/C.6/53/SR.15)，第 5 段)。

[8] 见联合王国的评论，它假定这些条款并不打算适用于若干类活动，其中每类活动所具有的跨界影响是微乎其微的，但合并起来就会造成跨界损害。它建议作出澄清，规定条款草案适用于“国际法不加禁止但有造成重大跨界损害之危险的‘任何一种活动’”(A/CN.4/509, 转载于本卷)。

[9] 意大利赞同条款草案是“合理的、完全的及温和的”这一看法，但它在支持“区分损害性活动与只是具有重大跨界损害危险的活动”的决定时，建议草案应包括对“全球公域”的损害。意大利指出，它了解但不同意关于决定限制对另一国管理或控制之下的领土或其他地方所造成损害的预防责任的理由。它提到，关于这一点，国际法院在关于以核武器进行威胁和使用核武器的合法性案的咨询意见(《1996 年国际法院汇编》)中已“特别提到对任何国家都没有主权的地区的预防问题”(《大会正式记录，第五十三届会议，第六委员会》，第 15 次会议(A/C.6/53/SR.15)，第 64 和第 65 段)。荷兰持相同意见，见 A/CN.4/509, 转载于本卷。中国的意见则相反，见《大会正式记录，第五十三届会议，第六委员会》，第 14 次会议(A/C.6/53/SR.14)，第 6 页，第 40 段。

[10] 见上文脚注 1。另见瑞士的评论(同上，《第五十三届会议，第六委员会》，第 13 次会议(A/C.6/53/SR.13)，第 64 段)；并见智利的评论，它指出，委员会应探讨可否设立

围。[11] 尽管没有国家对条款草案第 1 条所用措辞“国际法不加禁止的……活动”提出疑问，但国际法专家却就此进行了大量讨论。从根本上讲，这提出了国家责任与国际赔偿责任间的关系问题。这也是一个注重活动的影响而非活动本身的合法性或有效性的问题。有人指出，国际法禁止的活动极少，将活动概括地归类为国际法所允许或不加禁止的活动根本是一种误解。[12]

6. 有国家指出，条款草案第 2 条(*a*)项列出了条款草案所包括的一系列“危险”，该条文有些含糊，建议应予以订正。[13] 关于条款草案第 2 条(*c*)项，有国家指出，应明确指明源自起源国的损害与发生在受影响国的损害这两者之间的“因果”关系或“空间”关系。[14]

7. 有些国家认为，应具体说明条款草案范围内所包括的活动类型以避免不必要的混淆。[15] 其他一些国家则认为这样一项工作是可以免去的，因为科学技术的不断发展使该项工作不可能完全终止。[16] 还有国家建议，鉴于未就争端的解决作出具有约束力的规定，委员会应进一步澄清“重大损害”这一概念，或干脆删去“重大”这一形容词。[17] 但有国家表示相反意见，认为“重大损害”这一概念的阈限较低，应更多强调“严重”或“巨大”损害。在这方面，有国家还指出，不应过度重视“无损害”原则。[18] 在另一方面，若干国家支持“重大损害”这一阈限。[19] 有一国家进一步表示，行为义务并非基于尽量减少危险这一绝对概念，因为这一概念的限度很难掌握，真正的基础是有关国家间利益的公平平衡这一重大需要。为此，它还补充道，有必要按《国际水道非航行使用法公约》第 5 条的模式，在第 3 条列入利益公平平衡的构想。[20]

8. 有些国家表示，预防义务应服从于国家从人民

一个实体或机构，负责在公有领域受到损害时代表国际社会行事，或是如建议的那样，也许可以设立环境问题高级专员职务。在这方面，智利认为瑞士在上次会议上提及“对生态系统损害”的概念时提出了有意思的见解(同上，第 14 次会议(A/C.6/53/SR.14)，第 22 段)。奥地利似乎提出了同样关切，但它更直接地提到影响环境的所谓的蔓延污染。它指出，有人建议，一国预防必定会出现的*“重大跨界损害”的义务可能由于该国采取了措施去防止或尽量减少这种损害的危险而免除。假设国家行为涉及不可避免的*重大跨界损害的风险、但这并不意味着该国有义务停止采取具有危险的行为，这种假设是很可怀疑的；它反映了一种过时的基本平衡观点，即在涉及重大环境退化情况时，要平衡国家的权利和义务(同上，第 15 次会议(A/C.6/53/SR.15)，第 5 段)。

[11] 例如，法国指出，条款草案“可以说是有限制性的，理由有二”：“与 1996 年条款草案相比，是一项可喜的限制”(A/CN.4/509, 转载于本卷)。另见美国的评论，它欢迎“委员会采取主动行动，调整其工作方向，重点注意避免跨界损害”(《大会正式记录，第五十三届会议，第六委员会》，第 14 次会议(A/C.6/53/SR.14)，第 44 段)。它还表示感到高兴的是，“尽管工作艰巨，所需时间很长”，但委员会还是完成了条款草案的一读。在它看来，“委员会已经全面深入地审查了预防和应有的注意义务的问题”(同上，《第五十四届会议，第六委员会》，第 19 次会议(A/C.6/54/SR.19)，第 37 段)。

[12] 见布朗利，《国家的法律体系：国家责任》。

[13] 危地马拉(《大会正式记录，第五十三届会议，第六委员会》，第 13 次会议(A/C.6/53/SR.13)，第 56 段)。

[14] 联合王国建议，跨界损害指起源国境内或在其管辖或控制下的其他地方的一项活动，在另一国境内或在其管辖或控制下的其他地方所造成的损害，无论上述两国有无共同边界(A/CN.4/509, 转载于本卷)。另见委内瑞拉的评论(《大会正式记录，第五十三届会议，第六委员会》，第 15 次会议(A/C.6/53/SR.15)，第 27 段)。

[15] 印度(《大会正式记录，第五十三届会议，第六委员会》，第 15 次会议(A/C.6/53/SR.15)，第 91 段)；以色列(同上，第 19 段)；马拉维(同上，第 16 次会议(A/C.6/53/SR.16)，第 71 段)；联合王国(A/CN.4/509, 转载于本卷)；以及荷兰(同上)。

[16] 日本(《大会正式记录，第五十三届会议，第六委员会》，第 14 次会议(A/C.6/53/SR.14)，第 19 段)；智利(同上，第 21 段)；委内瑞拉(同上，第 15 次会议(A/C.6/53/SR.15)，第 26 段)；印度尼西亚(同上，第 36 段)；乌拉圭(同上，第 16 次会议(A/C.6/53/SR.16)，第 90 段)和突尼斯(同上，第 18 次会议(A/C.6/53/SR.18)，第 60 段)。

[17] 巴基斯坦(同上，第 17 次会议(A/C.6/53/SR.17)，第 21 段)；另见越南的评论(同上，第 20 次会议(A/C.6/53/SR.20)，第 40 段)。

[18] 埃塞俄比亚(同上，第 15 次会议(A/C.6/53/SR.15)，第 42 和第 45 段)。

[19] 例如，捷克共和国指出，“重大”一词在过去已引发许多辩论，包括在《国际水道非航行使用法公约》(见上文脚注 1)谈判期间的辩论，现在似乎已到了没有什么可再争辩的地步。在此情况下，选用“重大”一词似乎是有道理的(同上，第 56 段)。墨西哥指出，关于损害的阈限，尽管任何措辞都涉及到价值判断，但是列入具有“重大损害”危险的活动却提供了某些肯定的要素；“重大”是最适当的措辞(同上，第 16 次会议(A/C.6/53/SR.16)，第 11 段)。另见希腊的评论(同上，第 22 次会议(A/C.6/53/SR.22)，第 43 段)和中国的评论(同上，第 14 次会议(A/C.6/53/SR.14)，第 40 段)。以下一些国家普遍支持本条款草案：德国(同上，第 15 次会议(A/C.6/53/SR.15)，第 76 段)；意大利(同上，第 64 段)；蒙古(同上，第 39 段)；印度尼西亚(同上，第 36 段)以及马来西亚(同上，第 32 段)。

[20] 捷克共和国(同上，第 15 次会议(A/C.6/53/ SR.15)，第 57 段)。另见上文脚注 1。

经济利益出发、按主权原则开发其自然资源这一基本权利。[21] 有国家指出，应强调国家主权以及发展权和能力建设，以此帮助该等国家更好地履行相关的应有的注意义务或标准。[22] 有一国家对条款草案未强调可持续发展提出质疑，并对未就财政和其他援助作出任何规定以及未确认各国在实现保护环境目标方面的共同但有区别的责任表示遗憾。[23] 其他一些国家也指出有必要在条款草案中作出规定，以反映发展中国家的利益。[24]

9. 有些国家指出，第 3 条的预防义务是一种尽责义务，但同时表示不妨将该项义务直接列入该条，而不是提及起源国采取“一切适当措施”的义务。[25]

10. 不过，有国家表示，考虑到一般合作义务、协商(第 11 条)和实现公平利益均衡(第 12 条)，第 3 条的预防义务基本上已被缩减为起源国与可能受影响国之间可进行谈判的义务。[26] 但这一观点并非普遍观点。另一方面，有国家指出，委员会所规定的应有的注意义务符合目前的国家实践和国际法。[27] 而且，有些国家明确表示支持合作的义务、协商的义务以及实现公平利益均衡的必要性，以使所有相关国家的利益得以适当平衡。[28]

11. 有一国家因第 7 至第 16 条，尤其是其中所包含的“事前核准”的设想不符合现行法律要求而拒绝接受，[29] 另一国家则对必须将可能的危险告知民

---

[21] 马来西亚(同上，第 32 段)和印度尼西亚(同上，第 36 段)。

[22] 中国赞同预防问题条款草案的一般内容，它们对环境保护至关重要，并只适用于有造成重大跨界损害危险的活动。同时，中国指出，草案“缺乏对发展中国家的特殊情况给予适当照顾的条款”，这是一个“缺陷”。它强调，为发展中国家的利益，也是为了共同的利益，有必要促进公平条件下的技术转让，发展一个共同基金以提供财政支助并提供培训和技术合作(同上，第 14 次会议(A/C.6/53/SR.14)，第 42 段)。

[23] 印度指出，条款草案第 12 条提及公平利益均衡，第 3 条评注第 16 段也提到了将能力建设与实现预防目标相联系的问题，但仅此是不够的。它表示遗憾的是条款草案未能体现一些重要原则，例如国家按其自己的政策开采本国自然资源的主权、共同但有区别责任的概念以及关于发展权的国际共识；在这方面，印度感到遗憾的是没有一条草案专门论述环境与发展间获得全面平衡的必要性，而这正是联合国环境与发展会议所确立的要求(同上，第 15 次会议(A/C.6/53/SR.15)，第 87 段)。

[24] 匈牙利(同上，第 19 次会议(A/C.6/53/SR.19)，第 17 段)；古巴(同上，第 18 次会议(A/C.6/53/SR.18)，第 5 段)；突尼斯(同上，第 60 段)；马拉维(同上，第 16 次会议(A/C.6/53/SR.16)，第 72 段)；埃及(同上，第 22 次会议(A/C.6/53/SR.22)，第 18 段)(埃及认为应谨慎对待这一分专题，因为它涉及技术和法律问题，而且所涉标准因各国而异)；大韩民国(同上，第 16 次会议(A/C.6/53/SR.16)，第 22 段)(大韩民国认为，必须在起源国的利益与可能受影响国的利益之间、发展与环境方面的考虑之间以及先进国家与发展中国家之间取得平衡。)

[25] 瑞士(同上，第 13 次会议(A/C.6/53/SR.13)，第 65 段)；荷兰(A/CN.4/509, 转载于本卷)。

[26] 在第六委员会发言时，奥地利在所附的一份书面说明中指出(《大会正式记录，第五十三届会议，第六委员会》，第 15 次会议(A/C.6/53/SR.15)，第 18 段)，条款草案第 11 和第 12 条再次说明了委员会目前这种将国际权利和义务在造成危险国与面临危险国之间分配的观点是有问题的。第 11 条第 1 款实际上是规定，旨在最大限度降低(重大)跨界损害危险的措施要以有关国家之间的协商进程或最终的谈判为条件。说到底，它使预防重大跨界损害这一基本法律义务成为可谈判的义务。联合王国似乎与奥地利有同样的关切，但只是部分同意奥地利的观点。联合王国指出，它支持第 3 条中关于一般预防义务的条文，认为它反映了现行国际法。它虽然认为值得制定协商义务及公平利益均衡的概念，但却担心第 11 和第 12 条的现有案文可能有损于一般预防义务。无论怎样，应澄清这几条之间的关系(A/CN.4/509, 转载于本卷)。事实上，联合王国建议，就第 12 条而言，一种适当的澄清方法就是说明关于协商的第 11 条所体现的正确目的。联合王国指出，至于协商的实质，它认为“其目的不在于减损第 3 条规定的起源国的预防义务，而在于讨论如何选定双方都能接受的措施以履行这项义务”(同上)。

[27] 例如，俄罗斯联邦指出，“有预防的义务自然就是要做到适当谨慎，但……这种适当谨慎不可能对所有国家完全一样：对发达国家属于正常的那些标准，对于有经济困难的国家可能是做不到的。因此，俄罗斯代表团赞同在遵守程序中使用公开办法和对遵守的物质奖励，而把制裁作为最后手段”。它认为这些条款草案符合正确做法，而且符合当代国际法(《大会正式记录，第五十四届会议，第六委员会》，第 28 次会议(A/C.6/54/SR.28)，第 72 段)。

[28] 希腊(同上，《第五十三届会议，第六委员会》，第 22 次会议(A/C.6/53/SR.22)，第 43 段)；坦桑尼亚联合共和国(同上，第 13 次会议(A/C.6/53/SR.13)，第 61 段(对第 12 条，特别是对第 12 条(*a*)项的评论))。瑞士指出，条款草案第 7、第 8 以及第 10-13 条所提议的制度“体现了比较广泛的通知义务，但预防义务不是绝对的，受第 12 条所述的公平[利益]均衡所制约，从而能够达成平衡，这使人钦佩(同上，第 66 段)。另见下列各国的评论：捷克共和国(同上，第 15 次会议(A/C.6/53/SR.15)，第 57 段)；意大利(同上，第 66 段)(因第 12 条要求起源国与可能受影响国之间的利益平衡而予以支持))；德国(同上，第 78 段) (支持第 11 和第 12 条以保持有关国家间的利益平衡)；斯洛伐克(同上，第 22 次会议(A/C.6/53/SR.22)，第 28 段) (初步看来，关于预防的条款草案构想不错，因为其旨在强调预防义务，并使相关国家之间的利益取得公正的平衡)。

[29] 土耳其的意见，见 A/CN.4/509(转载于本卷)。

众(条款草案第 9 条)及不歧视原则(条款草案第 16 条)持保留意见。[30] 该国指出，除非有关国家的法律制度兼容，不然，执行这些规定可能引发大量管辖权和有效执行方面的问题。它认为第 16 条可作为这方面法律逐渐发展的一个方针。该国还反对强制性的第三方解决争端办法，认为通过国家间谈判解决更为合适。它还认为，将此类强制性解决争端程序作为一条规定纳入一项框架公约是不合适的。

12. 此外，还就应如何提高预防制度的效力提出了其他一些建议。有一项建议是条款草案就应急准备以及出现条款草案所涉范围内活动所致的紧急情况时的通知义务作出规定。[31] 另一项建议则是为履行预防义务，应更突出国家与主管国际组织之间的合作。[32] 有些国家建议应在第 10、第 11 和第 13 条下对国家规定更具体的时限。[33] 还有国家指出，1996 年国际法委员会工作组通过的条款草案中载有关于国家在其本国领域内的行动自由的第 3 条，本条款草案应重新列入此条，至少是在序言部分。[34] 其他若干项建议基本上涉及案文的起草，可由起草委员会审议。[35]

13. 上文提及的评论提出了关于以下方面的问题：本专题的范围；具体列明本专题所涉活动的必要性；进一步澄清“重大损害”概念的必要性；预防义务与赔偿责任之间的关系；赔偿责任与责任；公平利益检验对应有的注意义务的影响；对有关国家根据第 10、第 11 和第 13 条交换信息作出具体时限规定的益处；以及涉及条款草案起草问题的其他一些修正或补充。

---

[30] 印度的意见，见《大会正式记录，第五十三届会议，第六委员会》，第 15 次会议(A/C.6/53/SR.15)，第 88 和第 89 段。

[31] 荷兰的评论(A/CN.4/509, 转载于本卷)。另见保加利亚的评论(《大会正式记录，第五十三届会议，第六委员会》，第 16 次会议(A/C.6/53/SR.16)，第 24 段)。

[32] 荷兰(A/CN.4/509, 转载于本卷)。

[33] 瑞士(《大会正式记录，第五十三届会议，第六委员会》，第 13 次会议(A/C.6/53/SR.13)，第 66 段)；墨西哥(同上，第 16 次会议(A/C.6/53/SR.16)，第 14 段)；希腊(同上，第 22 次会议(A/C.6/53/SR.22)，第 43 段)。德国持不同意见(同上，第 15 次会议(A/C.6/53/SR.15)，第 77 段)(“及时通知”)。

[34] 法国(A/CN.4/509, 转载于本卷)。另见中国的评论(《大会正式记录，第五十三届会议，第六委员会》，第 14 次会议(A/C.6/53/SR.14)，第 41 段)(原第 3 条(1996 年)可为预防制度提供基础)。危地马拉持相反意见，认为原第 3 条是不必要的，最好删除(同上，第 13 次会议(A/C.6/53/SR.13)，第 56 段)。

[35] 见各国关于第 1-17 条的一般性评论(A/CN.4/509,转载于本卷)。

第 二 章

本专题的范围和有关问题

14. 在审查国际赔偿责任专题的各阶段，都审慎考虑了本专题的范围。在国际法委员会和在第六委员会的辩论中，大家已针对是否有必要概括地包括环境问题和特别包括全球公域问题表示了不同意见。同样，已提出供审议的问题还有：是否应该包括多种来源相互作用而产生的损害以及在一段时期中积累起来的损害。委员会经考虑后决定将本专题范围限定在可能引起重大损害的活动。委员会认为，需要区别对待有关其他可能的损害的问题，不可以将这些问题列入目前预防重大跨界损害专题的处理办法之中。大家认为，限制本专题的范围很重要，这样才能在目前的五年期内完成预防问题条款草案的一读和二读。因此，委员会认为，有必要从目前的条款草案中删除国际法委员会工作组 1996 年初步提出的原条款草案第 1 条(*b*)项，以便更加集中讨论预防问题。[36]

---

[36] 与本专题范围有关的各种问题的讨论情况，见特别报告员的第一次报告，《1998 年……年鉴》[英]，第二卷

15. 关于具体列明本条款草案范围内的各项活动的可取性，就此可以回顾，委员会曾审慎地研究过这一问题。工作组在 1995 年曾建议，不必列出可适用本条款草案的具体活动。随着科学和技术的不断进步，本条款草案范围内的活动会时常变动。无论如何，排除在草案范围之内的活动是足够清楚的。例如，以下活动不属于本条款草案的范围：在正常运作时引起损害的活动，即已超出危险状态的活动；蔓延污染造成的损害，即在一段时间中造成的损害；多种来源的影响结合造成的损害，不具有具体形态的活动，这类活动的后果是由关于监测、社会经济或类似领域的干预性政策决定所造成的；对一般环境，或尤其是对全球公域造成的损害。

16. 与本专题范围问题密切相关的是需要确定重大损害的阈值。重大损害被解释为超过可计量的程度，但不必达到严重或实质性损害的程度。这种损害须导致对其他国家境内的人的健康、工业、财产、环境和农业造成有害后果。这种有害后果需能够通过事实和客观的标准计量出来。此外，重大损害也被解释为一种风险和损害的结合：在它的跨度的起点是极可能引起重大损害的活动，终点是不大可能引起灾难性损害的活动。此外，委员会认为，应通过共同的协定，针对不同的活动并依据具体活动所涉危险类型和所造成危害来确定重大损害的阈值。这种协定不仅与有关各方的社会经济状况直接有关，而且与科学水平、对活动可能产生的影响的认识以及拥有的技术资源直接有关。因此，阈值的确定与社会的容忍程度直接有关，并与实际的需要或寻求商定和执行标准的现实情况直接有关。因此，看来不可能也不值得确定一个必须根据现有科学和技术信息及相关现实状况且应通过共同协议达成的概念。[37]

(第一部分)，A/CN.4/487 和 Add.1 号文件，第 193-197 页，第 71-98 段和第 198-199 页，第 111-113 段。关于环境保护，见(*a*) Kiss, “环境的国际保护”。作者指出，在处理全球环境问题时，“人类共同关注的问题”(第 1083 页)这一概念已越来越有实际意义；他还指出，这个问题不同于国家接受开发共享资源的义务，包括管理跨界损害；(*b*) Wolfrum, “环境损害赔偿责任制是否实施环境标准的手段？”，其中提出，环境方面的责任制度在制定有效的执行机制方面进展迟缓，这类制度的作用与其说是一种补偿，不如说是一种威慑办法；(*c*)Taylor,《国际法上的生态问题：回应气候变化的挑战》(作为对温室效应的一种法律回应的国际责任，是对国家责任的改进)。但是，这方面的不利之处是：采取跨界方法；对保护环境本身不确定；鼓励针对环境退化采取渐进的管制方法。全球公域问题，见 Arsanjani 和 Reisman,“寻求建立旨在保护全球公域的国际责任制度。”作者对旨在解决全球公域所受损害的历次努力做了审查，结果显示，“在寻求有效的法律制度方面，至今成果非常有限”；此外，合适的政策是制定一项法律文书，致力于在国家对不法行为负责的法律框架内，减少有害全球公域的活动(第 488 页)。

[37] 对重大损害概念的讨论，见《1998 年……年鉴》[英]，第二卷(第二部分)，第 26-27 页，委员会在一读时定稿的第 2 条评注第(4)-(7)段。另见泽马涅克，“国家责任与赔偿”，特别见第 196-197 页。

第 三 章

预防和赔偿责任

17. 一些来自各国政府的评论指出，委员会需要研究赔偿责任问题，它们认为，这个问题与预防重大跨界损害专题密切相关。有人表示，如果不对赔偿责任专题作更全面的探讨，就不能充分地论述预防原则，因为损害的后果将不在预防问题的范围之内。尽管可以在国家责任范畴内探讨不履行主宰预防原则的应有注意义务的问题，但是，委员会当前专题的重点 —— 赔偿责任原则仍然是一个重要因素。有人还指出了损害发生后应有注意义务与赔偿责任之间的密切联系。

18. 这里不对预防专题与赔偿责任之间的密切联系作任何价值判断，但必须指出，委员会于 1999 年作出了一项务实决定，即首先探讨预防专题，并在审查赔偿责任专题的未来行动方向之前，在二读中作定稿。

19. 一些代表团认为，应有注意问题十分重要，它们建议进一步审议这一问题。它正是特别报告员第二次报告所研究的主题。[38]

20. 特别报告员的结论是，可以说，预防责任方面的应有注意义务包括以下要素：[39]

(*a*) 这里所说的注意程度是指良好的政府应该做到的程度。换言之，有关政府应永远拥有足以确保履行其国际义务的法律制度和物质资源。为此目的，国家必须建立和维持一个健全的行政机器。但是，这里的理解是，一个在经济、人力、物质资源上高度发达并具备非常健全的治理体制和结构的国家所应当达到的注意程度，与不具备这些条件的国家所应达到的程度是不一样的。但是，即使对后者而言，也应该达到最起码的注意程度，即在国家境内的领土上使用基础设施监测有危害的活动，这是任何政府都应具有的特质；

(*b*) 所需的注意程度与所涉活动的危险性应成正比。而且，损害程度本身应该是可预料的，国家必须知道或应该知道有关活动可能会引起重大损害。换言之，越是不允许发生的损害，给予注意以加以预防的责任就越重大；

(*c*) 在此值得回顾特别报告员第一次报告[40]所审议的各项原则，例如，需要事先获准、环境影响评估以及采取所有必要和合理的预防措施。有关活动的危险性越大，遵守程序性义务就变得越重要，预防和减少重大跨界环境损害措施的质量也必须更高；

(*d*) 大家还认为，在履行应有注意义务时，较之可能受影响的国家或其他方面，起源国在证实它已履行有关义务方面须承担更大的负担。

[38] 《1999 年……年鉴》[英](见上文脚注 2)，第 116-118 页，第 18-30 段。

[39] 同上，第 118-119 页，第 31-34 段。

[40] 《1998 年……年鉴》[英](见上文脚注 36)，第 175 页。

第 四 章

应有注意义务和公平利益

21. 有人提出了另一个问题，涉及关于有关国家间公平利益均衡的第 12 条与第 3 条规定的预防义务之间的联系；有人担心这可能导致削弱预防和应有注意的义务。各项评论主要是要警惕这种削弱。无论如何，所表示的担心不适用于这个问题。应当强调，只是讨论了在有关国家履行合作义务的情况下实现公平利益均衡的要求。均衡利益是为了使有关国家建立一种制度，以便能够更好地以所有有关国家都满意的方式来履行预防义务。[41]

22. 有人提出以下问题：是否需要将预防原则和应有注意义务放到可持续发展、有关能力建设需要和建立适当供资机制(包括设立一项国际基金)这一更广泛的背景内看待，以帮助发展中国家和经济转型国家制订必要的标准并获得实施这类标准或义务的适当技术。委员会已于 1998 年根据特别报告员提交的第一次报告，全面审议了上述问题。[42] 大家认为，预防原则和应有注意义务与可持续发展、能力建设和国际筹资机制等问题具有广泛的联系。事实上，第 3 条评注已明确指出了这一问题。例如，在提及《关于环境与发展的里约宣言》(《里约宣言》)[43] 原则 11 时，有人指出，适用于一些国家的

[41] 见联合王国的评注和解释(上文脚注 26)。

[42] 见上文脚注 36。

[43] 《联合国环境与发展会议的报告，1992 年 6 月 3 日-14 日，里约热内卢》(A/CONF.151/26/Rev.1 (Vol. I, Vol. I/

标准对其他国家，特别是对发展中国家来说可能并不合适，会造成不当的经济和社会代价。还有人指出，在判定一个国家有无履行其应有注意义务时，该国的经济水平是应该考虑的因素之一。但是，这里的理解是，不能利用一个国家的经济水平来推卸其在这方面的义务。此外，委员会还注意到，各国正在不断地推进能力建设、技术转让和金融资源方面的互利机制。大家认为，这种努力符合所有国家的共同利益，有利于通过制订统一的国际标准来规范和履行预防义务。

23. 因此，需要重申的是，预防原则和应有注意义务的实施并非是孤立的，或者与更广泛意义上的可持续发展及考虑发展中国家或经济转型国家的需要和做法毫不相干。在这方面，另一项理解是，每一国家均可按照其各自的国家政策自由确定其经济发展的优先事项，并为此目的，有权按照主权原则和对其自然资源享有永久主权这一点，在其领土境内或在其管辖或控制的地区利用或开发自然资源。正如环境与发展被看作是兼容概念，预防原则所涉及的应有注意义务与发展权也是相互一致的。[44] 各国正在不同的双边、区域和多边论坛上就所有这些问题进行谈判。本条款草案仅着重于有限范围内的预防义务和应有注意义务。预计所建议的制度只能提供一个合适的基础，在此基础上，各国可针对所涉的一项或多项活动缔结更全面和具体的协定。从这个意义上讲，制定制度只是为了提供一个框架。

24. 鉴于各方所表示的强烈意见，应该在序言部分提及某些上述原则，以便能够从恰当的角度来看待这个问题。

Corr.1, Vol. II, Vol. III 和 Vol. III/Corr.1)) (联合国出版物，出售品编号：C.93.I.8 和更正)，第一卷：环发会议通过的决议，决议 1, 附件一。

[44] 环境保护与发展、可持续发展、代际公平以及共同但有区别责任都直接相关。国际法学会 1997 年 9 月 4 日的决议，见 Handl,“环境：国际权利与责任”。关于公众参与、环境影响评估以及“谁污染谁付费”原则，“对其是否具有一般国际法原则的地位存在很大的疑问”。在某种程度上，从或是含湖不清，或者是尚未产生统一和一致做法的条约规定中推论习惯法也存在同样的困难(见 Malanczuk,“可持续发展：里约会议所引发的一些批评性质的想法”，第 43 页)。关于共同但有区别国家责任原则及其在更广泛的可持续发展范畴内的实施，见 Chowdhury,“国际环境法中的共同但有区分的国家责任：从斯德哥尔摩(1972 年)到里约(1992 年)”(作者的论点是，这一概念“并非是国家责任之法律哲学思想范例上的改变，而是在更加公平的全球秩序中从环境保护和可持续发展的概念和战略联系的角度来更好地阐述国家责任”)，第 322 页。另见 Hossain,“可持续发展原则和善政原则的演变”。

第 五 章

赔偿责任和责任：制度的二元性

25. 在广泛界定本条款草案所包括的活动范围时，另一项重要的考虑因素是，是否应将它们定性为国际法不加禁止的活动。记得委员会在研究国家责任问题时曾首次讨论这一问题。当时，人们认为关于一国有义务赔偿在其管辖范围内或在其控制下的其他地方进行的活动(例如，那些涉及空间物体及核反应堆的活动)，尤其是那些由于其性质可能会引起某些危险，但本身并非不法的活动所产生的任何跨界损害后果的问题最好留待单独研究。

26. 委员会总结说：“[它]充分认识到国际不法行为责任问题的重要性，也认识到有义务赔偿某些合法活动，尤其是由于其性质可能会引起某些危险的活动……所产生的任何损害性后果这一问题的重要性。无法将后一类问题与前一类问题合并处理。”[45]

[45] 《1977 年……年鉴》[英]，第二卷(第二部分)，第 6 页，第 17 段。国家责任问题特别报告员罗伯托 • 阿戈先生曾叙述说，赔偿责任专题下的问题是指“关于因所谓的对危险应负责的全然不同的根据而在进行某些合法活动时……

27. 因此，国家责任涉及对一项主观上的国际权利的侵犯，即使侵犯行为未产生物质上的损害。[46] 另一方面，国际赔偿责任依据的前提是发生重大伤害或损害，而非违背一国的国际义务或侵犯一国主观上的国际权利。[47] 在某种程度上，赔偿责任制度可能与产生不法性的情况相重叠，因此，委员会已避免将该专题归类为专门处理“合法”活动的类别。[48] 这样一来，不法行为是国家责任的重点，而对损害的补偿则成为国际赔偿责任的重点。另一方面，预防专题涉及对风险的管理。

28. 随之产生的一个问题是，在一个将预防义务与更为广泛的国际赔偿责任概念加以区分的制度中，提及“国际法不加禁止的活动”是否适当。在这方面，有国家指出，只有极少活动在本质上是受到国际法普遍禁止的。关注点一向都是活动的后果，以确定它们是否：是获得许可的、是合法的或是不合法的、是受到禁止的、不加禁止的或并非不法的。有国家指出，各国有权通过条约或惯例制订主要规则，这些规则的内容才是至关重要的，它们使合法或不合法活动之间的全球区分毫无用处而且从根本上被误解。现在，这一点变得更为重要，因为本条款草案只讨论预防而不涉及赔偿责任，赔偿责任不在本条款范围之内。[49] 因此，这种看法的支持者建议删除条款草案第 **1** 条内的“国际法不加禁止的活动”这一提法。

29. 不过，另有人认为，“国际法不加禁止的活动”这一提法是国家责任专题与较广泛的国际赔偿责任专题之间的一个主要分界线，就后者而言，预防原则只是一项分专题。因此，认为这一提法不仅是有用的，而且也是必要的。此外，有国家指出，在“行为”与“活动”之间应该作出区分。[50] 虽然大家同意，只有少数活动(例如，禁止大气层核试验或灭绝种族、侵略)是国际法禁止的对象，但是，赔偿责任专题所关注的一直都是某项活动的后果或影响。[51]

30. 应该强调的是，审议中的措辞必须指出关于不履行预防原则和应有注意义务的声明不会导致任何意味着该活动本身不合法或已受禁止的暗示。它仅仅是使可能受影响的国家在发生任何实际伤害或损害以前，在尚未制订适当安全措施时，得以坚决要求履行所涉义务和暂停有关活动。[52] 在这个范围内，可援引国家责任以履行义务，包括运营者的任何民事责任或义务。[53] 认为禁止规定是对不法行为

应负责的问题”(《1970 年……年鉴》[英]，第二卷，A/CN.4/233 号文件，第 178 页，第 6(B)段)。

[46] Wolfrum,“国际不法行为”。另见 Zemamek,“国际赔偿责任的起因和形式”，第 323 页。

[47] 见关于预防危险活动产生的跨界损害的第一次报告，《1998 年……年鉴》[英](上文脚注 36)，第 188-189 页，第 41-44 段。

[48] 见 Boyle,“对国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国家责任和国际赔偿责任：一项必要的区分？”。国家责任与国际赔偿责任专题之间的差异，见：(*a*)Bedjaoui,“国家责任：过失赔偿责任和严格赔偿责任”；(*b*)泽马涅克,“国家责任和赔偿责任”；(*c*)Berwick,“对环境损害的责任和赔偿责任：国际环境制度的路径图”；以及(*d*)Sucharitkul,“跨国关系中的国家责任和赔偿责任”。

[49] 此种看法的一个主要支持者是布朗利，同前，第 50 页：“本作者坚持以下的观点：‘接壤领土的各主权国家的关系当然是由国际责任的正常原则加以规范，这些原则可能确认了对极度危险活动的后果的赔偿责任。’”“本专题值得委员会努力制订一项单独制度的唯一因素是应对环境损害承担严格赔偿责任的概念和报告员所寻求的利益均衡”(Boyle, 如上，第 22 页)。另见 Horbach,“有关国家责任和赔偿责任的混淆不清问题”。她赞成另做研究，但“不作为国家责任的对应物，而作为编纂和发展国际环境法各方面的一项努力，从而等于是制订实质性主要规则”(第 72 页)。

[50] Julio Barboza 先生解释说：“围绕着某一活动的是无数个别行为，它们与该活动密切相关。这些行为中有些可能是错误的，但这点并不使该活动本身变成不法。”(《1986 年……年鉴》[英]，第二卷(第一部分)，A/CN.4/402 号文件，第 161 页，第 68 段。

[51] 见 Magraw,“越境损害：国际法委员会对“国际赔偿责任”的研究”。按照 Magraw 所说，如果将对合法活动的损害性后果的责任作为一个有别于国家责任的专题，将会造成学理上的伤害，这一点并非不言自明，特别是布朗利先生本人也承认国家须对虽属合法但却极度危险的活动负责(第 317 页)。此外，Magraw 认为，“纲要内的办法在对待日益常见的国际共存事实方面是一种期待已久的尝试”(第 321 页)，而且“关键将是以一种极温和的方式来界定本专题的范围，以免产生不遵守情形”(第 322 页)。另见泽马涅克、Berwick 和 Sucharitkul 的意见(上文注 48)，他们似未质疑在“国际法不加禁止的活动”的基础上所做的赔偿责任与责任之间的区分。

[52] 泽马涅克，“国家责任和赔偿责任”，第 197 页。另见特别报告员第二次报告，《1999 年……年鉴》[英](上文脚注 2)，第 119 页，第 35-37 段。

[53] 国家责任和赔偿责任与国际民事赔偿责任制度之间现有联系的研究，见 Rosas,“民事赔偿责任制度下的国家责任和赔偿责任”。不过，适用于国家责任和赔偿责任的赔偿责任标准、举证责任和补救方式都有所不同。另见 Berwick, 如上。

负责的不可避免的结果是错误的；认为如果不在国家责任专题中作出明白的区分，就不可能实现对社会有用的活动的利弊平衡，也是错误的。因为正如同所指出的，只有有关规则的内容和所涉义务的绝对或相对性质才是至关重要的。有国家指出，如在特雷耳炼锌厂案[54]中那样，顶多是禁止活动所产生的损害，而非该活动本身。[55]

[54] 《国际仲裁裁决汇编》，第三卷(出售品编号：1949.V.2)，第 1905 页。

[55] 见 Akehurst,“对国际法不加禁止的活动所产生的损害性后果的国际赔偿责任”；以及 Boyle, 如上，第 13 页。

第 六 章

建 议

31. “国际法不加禁止的活动”的措辞是故意选用的，仅仅旨在指出国际赔偿责任的主题是一项主要义务，而非某一不法行为所产生的次要义务或后果，后者是国家责任的主题。此外，它也是为了强调，在重大跨界损害的案件中，义务是赔偿所涉损失，没有任何必要要求受害者证明该项损失由不法或非法行为引起，或将行为本身定为不法或非法行为。在日益复杂的环境公害案件中，很难以科学方法确证或按照“理性并且谨慎行事”的人的判断标准来证实因果关系的存在，所以，为了制订一项既可以威慑危险活动运营者又可以对受害人提供迅速的救济或补偿的法律制度，有国家认为有必要消除或至少是减轻这种举证责任。

32. 上述考虑因素是成立的，但似乎与损害的赔偿责任等问题有关，不属于本条款草案的范围，本条款草案旨在管理风险，作为预防重大跨界损害的一部分。对“有形联系”的强调可构成对本条款草案范围的严格限制，从而有助于在本条款草案所涵盖活动的情况中，而非在因其他事件而产生损害的情况下，更直接地证实因果关系或空间联系的存在。

33. 第 3 条和第 10 至第 12 条内纳入的利益均衡判断标准适用于所有活动，但不包括被公约、协定或习惯国际法明确禁止的活动。发展活动不是任何这类绝对的或一般性的禁止规定的对象。在这类发展活动中，考虑到相互依存日益重要，特别是在各区域社区之间，各国一直在采用综合管理技术来应对所涉危险，并共同分享利益和分担成本。

34. 本条款草案强调的另一个办法是，所有有关国家间的合作和磋商义务并不使可能受影响的国家享有否决权，但不包括寻求机会参与制订和酌情实行与起源国共享的风险管理制度的权利。

35. 鉴于上述情况，有国家认为不妨考虑删除本条款草案关于预防的第 1 条中“国际法不加禁止的活动”这一措辞。委员会在这方面作出的任何决定当然不影响委员会上届会议已作出的决定。[56]

36. 最后，1998 年和 1999 年第六委员会关于本专题的辩论和一些国家随后提交的评论都曾提出一些起草方面的建议。在国际法委员会 2000 年第五十二届会议第一期会议期间，一个工作组审慎审议了这些评论。根据已进行的协商草拟的一套订正条款草案载于本报告附件，以供国际法委员会在其二读中审议和通过。鉴于所涉工作的性质，还建议将这些条款草案作为框架公约加以通过。

[56] “……在有关预防危险活动造成跨界损害的条款草案二读结束之前暂停关于国际赔偿责任问题的审议”(《1999 年……年鉴》[英]，第二卷(第二部分)，第 16 页，第 18 段)。

附　件

工作组进行讨论后在二读时建议的订正条款草案

预防重大跨界损害

大会，

铭记《联合国宪章》第十三条第一项(子)款，

回顾其 1962 年 12 月 14 日载有《天然资源的永久主权宣言》的第 1803(XVII)号决议，

还回顾其 1986 年 12 月 4 日载有《发展权利宣言》的第 41/128 号决议，

又回顾 1992 年 6 月 13 日《关于环境与发展的里约宣言》，

铭记各国在其境内或在其管辖或控制下的其他地方进行或许可进行各项活动的自由并非是无限制的，

认识到促进国际合作的重要性，

对国际法委员会在预防重大跨界损害专题方面所做的宝贵工作深表赞赏，

通过载于本决议附件内的《预防重大跨界损害公约》，

邀请各国和各区域经济一体化组织成为该公约的缔约方。

预防重大跨界损害公约

第 1 条　本条款草案所适用的活动

本条款草案适用于国际法不加禁止的，其有形后果有造成重大跨界损害之危险的活动。

第 2 条　用语

为本条款的目的：

(*a*)　“造成重大跨界损害之危险”指造成灾难性损害的可能性较小而造成其他重大损害的可能性较大的危险；~~涵盖造成灾难性损害的可能性较小的和造成其他重大损害的可能性较大的危险；~~

(*b*)　“损害”包括对人、财产或环境造成的损害；

(*c*)　“跨界损害”指在起源国以外的一国领土内或其管辖或控制下的其他地方造成的损害——无论有关各国是否有共同边界；

(*d*)　“起源国”指在其领土内或在其管辖或控制下进行条款草案第 1 条所指活动的国家；

(*e*)　“可能受影响国”指在其领土内、或在其管辖或控制下的任何其他地方有可能发生重大跨界损害的国家；

(*f*)　“当事国”指起源国和可能受影响国。

第 3 条　预防

起源国应采取一切适当的措施，以预防重大的跨界损害或尽量减少这种危险。

第 4 条　合作

当事国应真诚合作，并于必要时要求一个或多个**有关**国际组织提供协助，以预防重大跨界损害或尽量减少这种危险。

第 5 条　执行

当事国应采取必要的立法、行政或其他行动，包括建立适当的监测机制，以执行本条款草案的规定。

第 6[7]条[1] 核准

1. 在下述情形下，须经起源国的事前核准：

(*a*) 在一国境内或在其管辖或控制下的其他地方进行的属本条款草案范围的活动；

(*b*) (*a*)项所述活动的任何重大改变；

(*c*) 计划作出可能使某项活动转变为属本条款草案范围之活动的改变。

2. 一国的核准要求亦应适用于属本条款草案范围的所有现有活动。**应审查已由该国签发的有关先前已存在的活动的核准，以确保它符合本条款草案。**

3. 在核准的必要条件没有获得遵守的情况下，~~核准~~**起源**国应采取适当行动，包括于必要时撤销核准。

第 7[8]条 环境影响评估

是否核准属本条款草案范围的某项活动应**特别**根据对该项活动可能造成的跨界损害的**评估**作出决定。

第 8[9]条 向民众提供资料

当事国应以适当方式向可能遭受属本条款草案范围的某项活动影响的民众提供有关该活动、所涉危险及可能造成的损害的资料，并查明其意见。

第 9[10]条 通知和资料

1. 如果第 **7**[8]条所指的评估表明有造成重大跨界损害的危险，起源国~~在就是否核准该项活动作出任何决定以前~~应及时**将该危险和评估**通知可能受影响国，并应向它们递交评估工作所依据的现有技术和**所有**其他有关资料。

2. 起源国在合理期间，或无论如何在六个月期间内未收到可能受影响国家的答复以前，不应就是否事先核准该项活动作出任何决定。

~~[2. 可能受影响国应于合理期间内提出答复。]~~

[1] 第 6 条已被移至本条款草案的结尾，因此，本条款草案其余各条已重新编号。本条款草案以前的编号列在方括号内。

第 10[11]条 关于预防措施的协商

1. 各当事国在其中任何一国提出要求时，应进行协商，以期就预防重大跨界损害或尽量减少这种危险所须采取的措施达成可以接受的解决办法。**当事国应在这类协商开始时，就协商期间的合理时限达成协议。**

2. 各**当事**国应参照第 **11**[12]条寻求基于公平利益均衡的解决办法。

2 之二. 在协商期间，如果另一国提出请求，~~除非另有协议~~，起源国应安排采取适当可行措施，以尽量减少危险并且酌情在~~六个月的~~合理期间内暂停有关活动。[2]

3. 如果第 1 款所指协商未能达成一致同意的解决办法，起源国若决定核准从事该项活动，也应考虑到可能受影响国的利益，但不得妨碍任何可能受影响国的权利。

第 11[12]条 公平利益均衡所涉及的因素

为了达到第 **10**[11]条第 2 款所提到的公平利益均衡，当事国应考虑到所有有关因素和情况，包括：

(*a*) 重大跨界损害的危险程度以及是否有办法预防此类损害，或者尽量减少这种危险或补救造成的损害；

(*b*) 有关活动的重要性，考虑到该活动在社会、经济和技术上为起源国带来的总体利益和它对可能受影响国造成的潜在损害；

(*c*) 对环境产生重大损害的危险；以及是否有办法预防此类损害，或者尽量减少这种危险或恢复环境；

(*d*) 起源国和适当情况下可能受影响国愿意承担预防费用的程度；

(*e*) 该活动的经济可行性，考虑到预防费用、在别处开展活动、以其他手段开展活动或以其他活动取代该项活动的可能性；

[2] 除增加了“合理”一词外，即原第 13 条，第 3 款。

(*f*) 可能受影响国对同样或类似活动适用的预防标准以及类似的区域或国际实践中所适用的标准。

第 12[13]条 没有通知时的程序

1. 如果一国有合理理由相信**起源国**已计划或已在~~其境内或在其管辖可控制下的其他地方~~进行一项活动，可能有造成重大跨界损害的危险，该国可以要求该起源国适用第 **9**[10]条的规定。这种请求应附有具体解释，说明理由。

2. 如果起源国认为它没有义务依照第 **9**[10]条发出通知，则应在合理期间内告知另一国，并附上具体解释，说明作出这一结论的理由。这一结论不能使该另一国家满意时，经该另一国家请求，两国应迅速按照第 **10**[11]条所述的方式进行协商。

3. ~~在协商期间，如果另一国提出请求，除非另有协议，起源国应安排采取适当可行措施以尽量减少危险，并酌情在六个月的期间内暂停有关活动~~。[3]

第 13[14]条 交换资料

该项活动进行期间，各当事国应及时交换有关预防重大跨界损害或尽量减少这种危险的所有现成资料。

第 14[15]条 国家安全和工业机密

起源国可以不提供对其国家安全或保护其工业机密至为重要**或涉及知识产权**的数据和资料，但起源国应本着诚意与其他当事国合作，视情况许可尽量提供资料。

第 15[16]条 不歧视

除非当事国为保护属本条款草案范围的活动造成重大跨界损害时可能受害或已经受害的自然人或法人的利益另有协议，一国不应基于国籍或居所或发生伤害的地点而在允许这些人按照该国法律制度诉诸司法或其他程序要求提供保护或其他适当救济的机会上予以歧视。

第 16 条 紧急备灾

起源国应酌情与可能受影响的其他国家和有关国际组织合作，制订应对紧急情况的应急计划。

第 17 条 通知紧急情况

起源国应毫不迟延地以现有的最迅速方式将有关本条款草案范围内某项活动的紧急情况通知可能受影响的~~其他~~国家。

第 18[6]条 与其他国际法规则的关系

本条款草案所产生的义务不影响各国根据有关条约或习惯国际法规则所承担的任何其他义务。

第 19[17]条 争端的解决

1. 如果在解释或适用本条款草案方面发生任何争端，则应通过当事国按照相互协议选定的和平解决争端方式迅速予以解决，包括将争端提交调停、调解、仲裁或司法解决。

2. 如果未能在六个月内就此达成协议，当事国应按其中任何一国的请求任命一个独立和公平的实况调查委员会。该委员会的报告应该由当事国本着诚意予以审议。

注：

第 3、第 11 和第 12 条间具有互动关系。第 3 条述及起源国应承担的预防义务，第 11 条则订明该国和可能受影响国彼此间需根据第 12 条阐明但并非详尽无遗地列出的标准进行协商。这类协商的目的是为求达成互相同意的管理所涉危险的制度或协助预防跨界损害的危险。因此，这决不意味着免除起源国按照第 3 条应承担的义务，只是协助更好地履行该义务，从而使当事各方都能满意。如果实际发生跨界损害，在这方面达成的协议应不影响根据赔偿责任或国家责任提出的任何索赔。

[3] 本款已移至第 11 条第 2 款之二。

国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任
(预防危险活动的跨界损害)

[议程项目 **4**]

A/CN.4/509 号文件

各国政府提出的评论和意见：秘书长的报告

[原件：阿拉伯文/英文/法文]

[2000 年 4 月 17 日]

目　录

页次

本报告引用的多边文书 …… 145

导言 …… 145

各国政府提出的评论和意见

一般性评论 …… 145
- 法国 …… 145
- 黎巴嫩 …… 146
- 荷兰 …… 146
- 土耳其 …… 147
- 联合王国 …… 148

条款草案应采取的形式 …… 148
- 荷兰 …… 148

第 1 条　本条款草案所适用的活动 …… 148
- 荷兰 …… 148
- 土耳其 …… 148
- 联合王国 …… 149

第 2 条　用语 …… 149
- 法国 …… 149
- 荷兰 …… 149
- 土耳其 …… 150
- 联合王国 …… 150

第 3 条　预防 …… 150
- 荷兰 …… 150

第 4 条　合作 …… 150

页次

法国 150
荷兰 150

第 5 条 执行 150
法国 150
荷兰 150

第 6 条 与其他国际法规则的关系 150
荷兰 150

第 7 条 核准 150
法国 150
荷兰 151
联合王国 151

第 8 条 影响评估 151
法国 151
荷兰 151
联合王国 151

第 9 条 向民众提供资料 151
荷兰 151
联合王国 152

第 10 条 通知和资料 152
荷兰 152
联合王国 152

第 11 条 关于预防措施的协商 152
荷兰 152
联合王国 152

第 12 条 公平利益均衡所涉及的因素 153
法国 153
荷兰 153
联合王国 153

第 13 条 没有通知时的程序 153
法国 153

第 14 条 交换资料 154
荷兰 154

第 15 条 国家安全和工业机密 154
法国 154
荷兰 154

第 16 条 不歧视 154
法国 154
荷兰 154

第 17 条 争端的解决 154
法国 154
荷兰 154
土耳其 154

本报告引用的多边文书

	来 源
《联合国海洋法公约》(1982 年 12 月 10 日，蒙特哥湾)	联合国，《条约汇编》，第 1833 卷，第 31363 号，第 3 页。
《越境环境影响评估公约》[英](1991 年 2 月 25 日，埃斯波)	同上，第 1989 卷，第 34028 号，第 309 页。
《保护与使用越境水道和国际湖泊公约》[英](1992 年 3 月 17 日，赫尔辛基)	同上，第 1936 卷，第 33207 号，第 269 页。
《关于工业事故越境影响的公约》[英](1992 年 3 月 17 日，赫尔辛基)	同上，第 2105 卷，第 36605 号，第 457 页。
《国际水道非航行使用法公约》(1997 年 5 月 21 日，纽约)	《大会正式记录，第五十一届会议，补编第 49 号》，第三卷，第 51/229 号决议，附件。
《在环境问题上获得信息、公众参与决策和诉诸法律的公约》[英](1998 年 6 月 25 日，奥胡斯)	ECE/CEP/43。

导 言

1. 1998 年 12 月 8 日，大会通过题为“国际法委员会第五十届会议工作报告”的第 53/102 号决议。在该决议第 2 段，大会提请各国政府注意，让国际法委员会得到各国对该委员会一读通过的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(预防危险活动的跨界损害)条款草案 [1] 的意见具有重要意义，并请各国政府于 2000 年 1 月 1 日前提交其书面评论和意见。

2. 秘书长在 1999 年 2 月 11 日的一份照会中请各国政府根据大会第 53/102 号决议第 2 段的规定提出其评论。

3. 截至 2000 年 4 月 12 日，收到了下列五国(在所列日期)作出的答复：法国(1999 年 8 月 13 日)、黎巴嫩(1999 年 5 月 19 日)、荷兰(2000 年 1 月 24 日)、土耳其 2000 年 3 月 7 日)和大不列颠及北爱尔兰联合王国(2000 年 3 月 24 日)。下文逐条转载了这些国家对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(预防危险活动的跨界损害)条款草案的评论和意见。

[1] 条款草案案文及其评注载于《国际法委员会第五十届会议工作报告》，《1998 年……年鉴》[英]，第二卷(第二部分)，第 21 页，第 55 段。

各国政府提出的评论和意见

一般性评论

法国

1. 法国感到高兴的是，有关这个重要主题 — 预防危险活动的跨界损害 — 的工作似乎一度停滞不前，但现在有了新的重点。

2. 总的来说，条款草案令人满意。它旨在实施国际法的一项长久原则：国家领土的无害利用。条款草案强调应有注意义务，以令人满意的方式制定了一些主要规则，其主要依据是《国际水道非航行使用法公约》所列规则。

3. 条款草案可以说具有限制性，理由有二：

(*a*) 它只涉及对国家的损害而不涉及对不在任何形式主权范围内的地区(公海和外空)的损害。至于是否应当扩大条款草案的适用范围，条款草案本身并未显示有此必要；

(*b*) 草案强调“造成重大跨界损害之危险”。与1996年草案相比，这是一项可喜的限制。

4. 1996年草案的原第3条被删除，可以说是一件令人遗憾的事。该条涉及国家的“行动自由及其限制”，已从1998年案文中消失。也许应当指出，国家在其境内进行活动的自由并非没有限制，这种自由必须受制于预防重大跨界损害或尽可能减少造成此种损害的危险的义务。草案应载列这一原则，但不一定列在案文的执行部分，列在序言部分即可。原第3条也提及这种损害的后果，指出造成损害的国家对受影响国承担具体义务。此处也应以某种方式再次提及有关原则。

黎巴嫩

1. 从条款草案的标题——“国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任(预防危险活动的跨界损害)”可以看出，这是一个虽不加禁止但却有危险的活动所引起的实在赔偿责任问题。

2. 条款草案显示，所讨论的是损害起源国从事虽不加禁止但却有危险的活动而造成跨界损害，对其他国家的环境、人员和财产带来影响时必须履行的一系列义务。

3. 强制规定这些义务，势必导致一种情况：一旦这些义务被忽略而造成跨界损害时，就要按照过失来追究赔偿责任，而不再是积极赔偿责任。

4. 这一矛盾必须解决。

5. 条款草案并不完备，因为其中既未讨论条款草案规定各国应尽的义务得不到履行的后果问题，也没有规定由此引起的赔偿责任，或指出有关的条件和情况。这就使条款草案失去了实用性，只会在没有订立法定解决办法的国家之间造成争执。

6. 有必要等到国际法委员会在今后的届会上完成本条款草案之后，再对草案所述所有规则提出详细的意见。

荷兰

1. 荷兰政府感到失望的是，条款草案采取轻描淡写的方式来处理各种事项。这些内容在几项现有公约中都有详细规定，尽管只是部门一级的规定。到目前为止，国际法委员会的草案完全不考虑损害的赔偿责任问题。即使是在作为案文主要焦点的预防问题上，草案也远远比不上现有的部门性公约，因为它只处理危险活动(而不是肯定会造成损害的活动)，而且，这些活动都是合法的。在其余方面，荷兰注意到案文并没有载列类似其他文书中所载关于紧急情况的条款，例如《国际水道非航行使用法公约》第28条、《关于环境与发展的里约宣言》[1] 原则18以及1982年国际法协会关于保护环境的法律方面的第2号决议。[2] 荷兰感到遗憾的是，案文中没有规定预防对公共地区(即国家管辖范围以外的地区)造成损害的义务。

2. 荷兰要指出的是，国际法委员会在第2条评注中提及了一系列活动，从“造成灾难性损害的可能性较小”的活动到“造成其他重大损害的可能性较大”的活动。[3] 荷兰不知道这是否意味着造成灾难性损害的可能性较大的活动不属于本条款草案的范围，因为这类活动大概都是违法的？第2条的案文和评注都需要澄清这一点。

3. 特别报告员关于预防危险活动的跨界损害的第一次报告[4] 第94和第96段也没有明确解答所述活动是

---

[1] 《联合国环境与发展会议的报告，1992年6月3日至14日，里约热内卢》(联合国出版物，出售品编号：C.93.I.8和更正)，第一卷：环发会议通过的决议，决议1，附件一。

[2] 国际法协会，《第六十届会议报告，蒙特利尔，1982年8月29日至1982年9月4日》(伦敦，国际法学会，1983年)。

[3] 《1998年……年鉴》[英]，第二卷(第二部分)，第26页，第(1)段。

[4] 同上。(第一部分)，A/CN.4/487和Add.1号文件，第196页。

否在这些条款范围之外这一问题，但其中好像有这个暗示。属于这一类别的活动显然被假定为被国际法所禁止，与条款草案所涵盖的活动不同。

4. 荷兰赞成在第 2 条中增列“运营者”一词的定义，并在案文其他部分阐明运营者的作用。这并不会改变一个事实，即条款草案中所规定的义务是对国家而言，而不是对个人或公司如“运营者”而言。

5. 最后，荷兰认为军事活动不在本条款草案范围之内。

土耳其

1. 土耳其是一个在国际舞台上、特别是在其区域内致力维持友好关系的国家，并认为各国合作保护环境是这种友好关系的进一步发展，因此，土耳其非常重视关于预防危险活动的跨界损害的国际法规则。在国际一级制订和适用这些规则将为保护特定区域内若干国家共享的环境奠定基础。因此，关于预防跨界损害的规则应以相互了解和尊重每一国家的权利为基础，首先是尊重国家的主权权利。可以根据这些原则，制订可行并获得普遍接受的解决办法。迄今为止，这个领域的习惯法规则的结构也是根据这些原则确定的。

2. 条款草案各部分的评注提及若干项公约，除其他外，包括《国际水道非航行使用法公约》、《联合国海洋法公约》、《保护与使用越境水道和国际湖泊公约》、《关于工业事故越境影响的公约》和《在环境问题上获得信息、公众参与决策和诉诸法律的公约》。这些公约，有的尚未生效，不能被视为习惯法规则，因此，不能随便用作制定关于预防危险活动的跨界损害规则的参考。

3. 在这方面，不妨回顾，土耳其是投票反对《国际水道非航行使用法公约》的国家之一。该《公约》迄今获得 7 个国家批准，批准国家的数目远远低于《公约》生效所需的数目。该《公约》超出了框架公约的范围，违反其原意和性质，规定了采取预定措施的机制。这在一般国际法和习惯国际法中是没有依据的。此外，这种机制造成国家之间明显的不平等地位，因为它规定，为了执行其预定措施，某一类国家必须事前取得另一类国家的同意。这相当于是一项否决权。框架公约不宜预先规定解决争端的强制性规则，而应将这个问题留待有关国家斟酌处理。此外，该《公约》没有提到一项无可争议的原则，即水道国对位于其境内的部分国际水道拥有主权。该《公约》显然应规定公平和合理利用的基本原则居于不造成重大损害的义务之上。

4. 基于上述理由，土耳其已经宣布，《国际水道非航行使用法公约》无论在过去还是将来，都不会对土耳其产生一般国际法和习惯国际法上的任何法律效力。

5. 本条款草案中的一些规定倾向于仿照《国际水道非航行使用法公约》，土耳其对采取这种办法表示严重关注。下文各段指明了土耳其所关注的个别问题：

6. 有人认为条款草案，特别是第 7 至第 16 条，试图在项目规划阶段设立某些机制。尽管以前一些公约构想了类似机制，但应当强调，那些条款并不是习惯法规则，而是参与者不多的区域一级的条例。因此，须经所有当事国事前同意的机制在习惯国际法中是没有任何先例的。由此可以断定，国际法委员会起草目前的条款时所采取的立场是把习惯法尚未确立的一些规则变为成文法。

7. 这种性质的机制会造成国家之间的某种不平等。在条款草案通过日期之前，工业发展已达到相当先进阶段的国家在管理其业已存在的企业时，只须给予应有注意，而按照条款草案的规定，较不发达国家或发展中国家将须遵守进一步的规定，即：核准(第 7 条)、影响评估(第 8 条)、向民众提供资料(第 9 条)、关于预防措施的协商(第 11 条)、交换资料(第 14 条)，甚至暂停有关活动(第 13 条第 3 款)。这些规定可能造成发达国家与发展中国家之间的某种差别待遇。

8. 与以前各项有关的国际文书(例如《联合国人类环境会议宣言》(《斯德哥尔摩宣言》)[1]、《关于环境

[1] 《联合国人类环境会议报告，1972 年 6 月 5 日至 16 日，斯德哥尔摩》(联合国出版物，出售品编号：E.73.II.A.14 和更正)，第一部分，第一章。

与发展的里约宣言》[2] 和《21 世纪议程》[3])不同，条款草案并没有提及国家对其境内的自然资源拥有主权这项不容置疑的原则，这是一项根本的缺陷。

9. 土耳其一贯所持的立场是：国家应履行其在环境问题方面各自负有的责任。土耳其已在其区域内采取各种主动行动。环境法领域的国际法原则和习惯法规则已规定了某些保护环境的办法。在处理关于预防危险活动的跨界损害的条款时，不应削弱现行习惯法规则。应当进一步强调，争取所有当事国事前同意的机制和强制性解决争端程序，并不是这个领域的国际法习惯规则的组成部分。唯有避免背离现行的习惯法规则，才能订出一套可以获得广泛接受的条款。

[2] 《联合国环境与发展会议的报告，1992 年 6 月 3 日至 14 日，里约热内卢》(联合国出版物，出售品编号：C.93.I.8 和更正)，第一卷：环发会议通过的决议，决议 1, 附件一。

[3] 同上，附件二。

联合王国

1. 联合王国赞扬国际法委员会在 1998 年第五十届会议一读后暂时通过关于预防危险活动的跨界损害的条款草案。它称赞这些条款是对编纂和发展该专题国际法的有益贡献。

2. 联合王国支持第 3 条中关于一般预防义务的条文，认为它反映了现行国际法。它虽然认为值得制定协商的义务及公平利益均衡的概念，但担心第 11 和第 12 条，按照目前起草的案文，可能有损于这项一般预防义务。无论如何，这几条之间的关系应当加以澄清。

3. 条款草案还有进一步精确的余地，以澄清其他含糊之点，并确认国际环境法目前对预防行动、可持续发展及谁污染谁付费原则的重视。

条款草案应采取的形式

荷兰

至于条款草案应该采取何种形式 — 公约、框架公约还是示范法/示范规则 — 的问题，荷兰觉得，在现阶段还很难回答。一方面，一份在法律意义上没有约束力的文书(即建议、示范法、示范规则)有一定的优点，因为一项公约很可能只能得到极少数国家的批准；另一方面，也可以争论说，公约是适当的文书，因为目的是要具体针对虽然合法但却危险的活动规定“预防的义务”。因此，条款草案的用意是制定这方面的具体条例。

第 1 条 本条款草案所适用的活动

荷兰

1. 荷兰承认把条款定在可控制的范围内是可取的，这就是为什么采用了“有形后果”的提法，不过“有形”这个词对这一目的是否足够广义，荷兰还存有疑问。

2. 鉴于案文其他地方(例如见委员会第 10 条评注第(2)段 [1])提到私人实体进行的活动，第 1 条也应该在条文或是其评注中把政府活动与私营部门活动加以区分。

3. 荷兰要指出的是，委员会评注第(11)段 [2](述及控制相对于管辖的概念)和第(10)段之间唯一的差别在于行使这种“控制”的时间长短。这里如果加添一个明确的示例，将会很有用处。

4. 关于评注第(12)和第(13)段，[3] 荷兰要指出，根据判例法(特别是*加布奇科沃—大毛罗斯项目案*，[4] 虽然它述及国家责任，但也适用于这里讨论的事项)，“危险”的概念应该包含“可预见性”的要素。

[1] 《1998 年……年鉴》[英]，第二卷(第二部分)，第 34 页。

[2] 同上，第 25 页。

[3] 同上。

[4] *加布奇科沃—大毛罗斯项目案*(匈牙利/斯洛伐克)，判决，《1997 年国际法院汇编》，第 7 页。

土耳其

条款草案第 1 条规定了整个条款草案的适用范围，其中提到界定活动范围的四项准则。第二项准则规定适用预防措施的活动是“在一国领土内或在其管

辖或控制下进行的活动”，这项规定也见于第 2 条(*d*)项起源国的定义。在一国领土内适用的制度显然有别于在公海或外层空间等其他区域适用的制度。不过，第二项准则所作的解释以及第 2 条(*d*)项的规则可能产生一种含义，即在上述不同区域适用的不同制度越来越接近，以至于减少了不同制度在一般问题上的区别。条款草案对适用于不同区域的制度所作出的规定不应减少不同制度间的区别。

联合王国

1. 这一条是至关重要的；它的功用在于确定条款草案所适用的活动。但该条在好几个重要方面并不清楚，需要进一步加以审议。这些条款如要通过成为一项有约束力的文书，就务必精确规定其适用范围。

2. 首先，所包括活动的性质并不明确。这一点有若干方法可以解决。例如：

(*a*) 可以提出一份清单，来指明属于第 1 条范畴的活动(《越境环境影响评估公约》(即《埃斯波公约》)所用的办法)；

(*b*) 也可以规定起源国有义务指明哪些其他活动因其有形后果而有造成重大跨界损害的危险(如《奥胡斯公约》第 6 条第 1 款中的做法)；

(*c*) 第 1 条可以提供一个框架，以便邻国和/或某一区域内各国和/或某一河流流域各国针对属于本条适用范围内的活动的更详尽清单，缔结具体协议。

无疑，可能还有其他办法可以澄清第 1 条的适用范围。但无论如何，第 1 条是需要澄清的，因为对该条可能会有若干不同解释，会导致国家之间对条款的适用范围发生本可避免的争端。

3. 此外，联合王国假定，这些条款并不打算适用于若干类活动，其中每类活动所具有的跨界影响是微乎其微的，但合并起来就会造成跨界损害。如果这项假定是正确的，第 1 条就有略加澄清的余地，办法是规定条款草案适用于国际法不加禁止但有造成重大跨界损害之危险的“任何一种活动”。

第 2 条 用语

法国

1. 关于第 2 条，应当阐明(*a*)项中“重大跨界损害”一语的意义。尽管这项规定所附的评注对这一点提出了几点说明，但该项的起草案文不够明白。“重大跨界损害”的定义是不可或缺的，因为预防损害义务的范围视其而定。因此，国际法委员会应进一步审议这项定义。最好是另辟蹊径，而不采取累积性的办法。“造成重大跨界损害之危险”一语应适用于造成灾难性损害的可能性较小或(而不是和)造成其他重大损害的可能性较大的情况。这样，两种可能性之间就有了联系。

2. (*c*)项指明草案适用的地区，但其措辞模棱两可。“一国……管辖或控制下的其他地方”一语似乎是指诸如大陆架、专属经济区或石油平台等地方。问题是它是否也包括物体(船舶和飞行器)。法国认为，不应把物体包括在内。(*e*)项似乎也不包括物体。最好是把草案限于在国家管辖或控制范围内的地区。

3. (*e*)项中“任何其他地方”一词过于模糊，应使其更明确。此外，“可能受影响国”一语在某些情况下可能会加强一国对某一领土提出的不法权利主张。“控制”一词在某些情况下也可能会造成种种困难，即使它当然不允许根据国际法预断对某一领土实行控制的合法性。

荷兰

1. 参见在一般性评论中对“造成灾难性损害的可能性较大”的活动所作的评述。

2. 关于其余内容，荷兰认为评注第(9)段 [1] 所用的“归于”一词是不适当的，因为它令人联想起国家责任制度。

3. 这里还需要给“运营者”一词下个定义。参见上文的一般性评论。

---

[1] 《1998 年……年鉴》[英]，第二卷(第二部分)，第 27 页。

土耳其

见上文第 1 条下的评论。

联合王国

(*c*) 项中“跨界损害”的定义可能需要修改，因为目前它并未指明起源国境内活动与在另一国家发生的跨界损害之间的任何因果关系。这一点的可能补救办法是，规定“跨界损害”指起源国境内或在其管辖或控制下的其他地方的一项活动所造成而在另一国境内或在其管辖或控制下的其他地方发生的损害，无论上述两国有无共同边界。

第 3 条 预防

荷兰

1. 荷兰认为宜把“应有注意”一词纳入该条案文，以强调竭尽努力慎重行事的义务。该条现有案文所规定的采取“一切适当的措施”以预防危险的义务，只是“应有注意”的一种方式。兹建议第 3 条采用如下措辞；“各国应给予应有注意，以预防重大跨界损害或尽量减少这种危险。”

2. 至于预防义务应被视为行为义务还是结果义务的问题，荷兰怀疑这种区别是否有用，因为在对委员会关于国家责任的条款草案进行二读时删去的正是这种区分。

3. 委员会评注第(17)段 [1] 提到“运营者”。荷兰再次重申它在上文的一般性评论中对这个用词所作的评述。

[1] 《1998 年……年鉴》[英]，第二卷(第二部分)，第 29 页。

第 4 条 合作

法国

关于第 4 条，所附的评注对真诚比对合作更加侧重。实际上，这一条应分为两部分：一部分针对国家间的真诚合作，另一部分针对国家与国际组织间的合作。

荷兰

1. 荷兰认为，应将第 4 条移到案文的另一个地方。在前面几条提及的各种实质性义务得到充分阐明之前，不应该先提及合作的义务。

2. 对“于必要时”一语施加了不必要的限制；“在适当情况下”比较可取。此外，荷兰建议加添“主管”一词作为“国际组织”的修饰语。某些组织，例如原子能机构和海事组织，也许应该在评注中点名提到。评注还应该指出，这里所说的“国际组织”包括非政府组织在内。

第 5 条 执行

法国

第 5 条要求各国采取内部措施，包括建立监督机制，以执行条款草案的规定。关于这一条，有人也许要问，为什么会把它放在条款草案讨论预防问题的部分。

荷兰

1. 荷兰赞成添加“常设”一词作为“监测机制”的修饰语。

2. 评注第(1)段采用“成为……缔约国”一语，[1] 不当地预断了这套条款最终采取的法律形式。

[1] 《1998 年……年鉴》[英]，第二卷(第二部分)，第 30 页。

第 6 条 与其他国际法规则的关系

荷兰

荷兰认为这一条放错了地方。它插在对国家规定的一系列义务之中，应该移到紧接第 1 条后面，或者移到整个案文的结尾。

第 7 条 核准

法国

关于第 7 条，有人也许要问，国际公法应否规定不遵守某项内部措施在国内法方面所产生的后果。也许可以将这项规定增列于第 5 条。

荷兰

1. 荷兰要指出，条款草案第 7 条没有处理以下几点：

(*a*) 各国有义务指定哪些活动必须经过核准；

(*b*) 第 3 款应该规定一个过渡时期，期满之后，已在进行的活动将须遵守在核准中规定的必要条件；

(*c*) 从第 3 款接下去，应该规定各国有义务制止任何未经核准擅自进行的活动；

(*d*) 现有的第 3 款和建议增加的部分都应该规定可以中止和终止核准；

(*e*) 既然目的是要做到继续不断地预防，也就是经常地监测，授予的核准应该是针对一定时期的。

2. 荷兰建议将第 2 款改写如下：

“一国所规定的核准要求亦应适用于属本条款草案范围的所有原来已在进行的活动。国家已发给原来已在进行的活动的核准应受审查，以符合本条款草案。”

3. 关于私营公司的具体活动得到的核准，荷兰指出，应该有一个制度要求公司向国家发送通知。毕竟在条款草案里，私营公司享有某种程度的保护(见条款草案中关于工业秘密的条款)，所以它们也有一些义务。

4. 部分原因是根据第 5 条，荷兰认为应该要求各国制订立法，规定私营公司有义务随时将任何属于此处讨论内容的活动通知国家。

联合王国

1. 应当修改第 1 款，以使其明确规定一项义务，而不只是单单说明一个事实。例如，该款可以采用一种写法，规定各国应要求在其境内或在其管辖或控制下的其他地方进行的属本条款草案范围的活动以及已获核准但拟作重大改变的活动须经事前核准。

2. 第 3 款应适用于未经核准的活动以及不符合核准条件的活动。如果加以修改，规定如果未获核准或不符合此种核准所规定的条件，起源国必须采取适当行动，包括于必要时撤销任何核准，条文就会更清楚。

3. 在第 3 款中加添一些措辞，要求起源国采取行动，制止未经核准或已被撤销核准的活动，也会有所帮助。

第 8 条 影响评估

法国

第 8 条应当阐明，不仅跨界损害，凡是殃及环境的一切事物，都对环境造成影响。应当恢复 1996 年草案第 10 条所载述的原则，该原则提到危险评估，并规定一国有义务评估所进行的活动对别国环境可能造成的后果。

荷兰

1. 荷兰提议，(一如在第 7 条中那样)在这一条中，也应在“核准”一词前面加添“事前”两字。

2. 荷兰赞成增加一个附录，说明环境影响评估的最低限度内容，并在这一条内提及这个附录。

联合王国

1. 联合王国指出，第 8 条所要求的影响评估似乎限于评价有关活动可能造成的跨界损害。联合王国感到怀疑的是，不根据一项拟议活动对环境的全面影响来进行充分的环境影响评估，就评估这项活动可能造成的跨界损害是否可行。委员会不妨考虑据此修改这一条。

2. 无论如何，第 10 条条文和第 8 条标题所提到的是“评估”而非“评价”，因此，为求统一起见，第 8 条案文中的“评价”一词应改为“评估”，以便前后一致。

第 9 条 向民众提供资料

荷兰

荷兰建议效法《关于环境与发展的里约宣言》[1] 的示例，增添公众参与决策的规定。荷兰还建议把本条中提及的向民众提供资料并查明其意见的努力与核准程序联系起来，例如增加“在作出任何核准之前”等措辞。

[1] 《联合国环境与发展会议的报告，1992 年 6 月 3 日至 14 日，里约热内卢》(联合国出版物，出售品编号：C.93.I.8 和更正)，第一卷：环发会议通过的决议，决议 1，附件一。

联合王国

1. 联合王国完全同意本条评注载列的本条的目的，但认为本条案文没有充分反映出这个目的。应当明确指出，可能受影响的民众既包括起源国的民众，也包括其他国家的民众。第 2 条或许也应该依此订出“可能受影响的民众”的定义。

2. 本条亦应扩大范围，以包括评注第⑷段 [1] 所载《关于环境与发展的里约宣言》原则 10 的其他要素，以便规定起源国必须让民众有机会参与决策进程，并使人们有效参与司法和行政程序，包括矫正及补救。

[1] 《1998 年……年鉴》[英]，第二卷(第二部分)，第 33 页。

第 10 条 通知和资料

荷兰

1. 荷兰指出，第 1 款中“通知”一词不够清楚。到底它只是指所说的危险，还是同样也指评估的结果？荷兰建议把该款本意写得更明确，在“其他有关资料”前面增加“所有”两字，并在“通知”两字前面加上“将危险和评估结果”等字。

2. 建议在条款草案第 10 条评注中提及*拉诺湖案* [1]。

3. 第 10 条第 1 款提及通知可能受影响国的义务，而所附评注第 9 段则承认，起源国不一定能够确定所有这些国家。这一点与荷兰先前指出的问题相关，即案文没有述及对公共地区造成损害的危险这一问题(见上文“一般性评论”部分的评论意见)。

[1] 《国际仲裁裁决汇编》，第十二卷(出售品编号：63.V.3)，第 281 页。

联合王国

第 2 款暗示，在受影响国提出答复的“合理期间”届满之前，起源国必须暂缓对“核准”一事作出最后决定。这一点应当加以明文规定，例如规定起源国应等待过了一段合理期间之后，再对核准活动一事作出决定，以使可能受影响国有机会答复这项通知。

第 11 条 关于预防措施的协商

荷兰

第 1 款

虽然第 10 条提及应在就是否核准活动作出任何决定以前发出通知，但关于协商(照理应在通知之后进行)的第 11 条第 1 款的评注却提到时间可能在核准之前，也可能在较后阶段(即当危险活动已在进行的时候)。荷兰赞成增加一项规定，大意如下：“这种协商最好在核准之前进行”。这样不仅可以保护可能受影响国的利益，也间接保护起源国的利益。

第 3 款

荷兰注意到评注第(12)段 [1] 所载委员会一名委员的不同意见，即如果当事国不能商定解决办法，应优先考虑按照第 17 条规定任命一个独立、公正的实况调查委员会，而不是单方面决定着手进行有关的活动。荷兰指出，为第 11 条目的而建立的实况调查机制应被视为一个自主机制，从时间先后以及内容上来说，都有别于条款草案第 17 条所规定的机制。这个评论并不减损荷兰对所设想的实况调查委员会的看法(见下文对第 17 条的评论)。

[1] 《1998 年……年鉴》[英]，第二卷(第二部分)，第 36 页。

联合王国

1. 如果规定的协商尚在进行之际，起源国即核准一项活动或允许活动继续进行，则有悖于本条目的。要避免这一点，似乎应当增添最后一款，规定根据本条进行的协商完成之前，起源国不得核准活动。在这方面，必须表明应如何确定协商的时限。最适宜的方法也许是由当事国商定协商时限。《埃斯波公约》第 5 条最后部分提供了有用的先例：“缔约各方应于此类协商开始时商定合理期限，以决定协商期间的长短。”

2. 至于协商内容，联合王国认为目的不在于减损第 3 条规定的起源国的预防义务，而在于讨论如何选定

双方都能接受的措施，来履行这项义务。在条款草案案文中必须澄清这两条之间的关系。

第 12 条　公平利益均衡所涉及的因素

法国

1. 第 12 条标题为“公平利益均衡所涉及的因素”，意在指导参与协商的国家努力达到公平利益均衡，其目标是使进行活动国家的利益与可能受影响国的利益保持合理平衡。有人也许要问，由于有了这项规定，可能受影响国——因为它们的发展水平高于进行活动的国家——必须分担部分预防费用，这是否会矫枉过正。这实际上就是(*d*)项所要表达的意思。

2. 法国认为，(*c*)项和(*f*)项相结合后不应降低预防的起码限度。

荷兰

1. 荷兰认为，在适用第 12 条时应当考虑到起源国在拟议活动中具有经济利益这一事实。

2. 荷兰认为需要澄清(*a*)项与(*c*)项的区别。

联合王国

1. 联合王国担心，本条的均衡问题可能过分减损第 3 条中的预防义务；这一点能否被接受将最终取决于如何界定预防义务与公平均衡间的关系，(见上文第 11 条下联合王国所发表评论的第 2 段)。

2. 特别是，(*d*)项似乎不符合这一义务，它暗示起源国可以选择是否充分遵守第 3 条或根本不予遵守。只有在受影响国提出的措施超过第 3 条规定(例如达到其本国的国家标准)并愿意分担额外费用时，才关系到起源国是否准备分担预防费用的问题。应据此澄清(*d*)项，或将其删除。

3. 此外，联合王国不清楚第 12 条提议的公平均衡进程如何适应国际环境法中某些其他的国际公认原则，尤其是如《关于环境与发展的里约宣言》[1] 等所反映的可持续发展、预防措施、“谁污染谁付费”原则等。应当考虑在第 12 条或条款草案其他地方指出，重要的是，在就旨在预防损害或尽量减少损害危险的措施作出决定时，应确保充分考虑到以下各点：

(*a*) 必须在满足当代人需要的同时，不损害后代满足自身需要的能力；

(*b*) 因为与重大跨界损害危险有关的科学资料及知识不够充分而缺少科学的确证，但不应因此阻止起源国针对某一项活动作出决定，从而防止或尽量减少可能的危险；

(*c*) 预防、控制和减少污染的措施的费用应由污染者承担。

---

[1] 《联合国环境与发展会议的报告，1992 年 6 月 3 日至 14 日，里约热内卢》(联合国出版物，出售品编号：C.93.I.8 和更正)，第一卷：环发会议通过的决议，决议 1, 附件一。

第 13 条　没有通知时的程序

法国

1. 第 13 条采用一项事先就有争议的观点。第 13 条第 3 款是 1996 年草案中所没有的。它规定在协商期间如果另一国提出请求，起源国应采取适当可行措施尽量减少危险，并酌情暂停有关活动六个月。第 11 条第 3 款与第 13 条第 3 款有所不同：前者是由起源国采取主动，负责采取必要措施预防损害或尽量减少危险；后者则是由请求国采取主动。就后者来说，问题在于该国是否有自由采取它本身认为适当的措施，或者它是否应与起源国协商或在适当情况下与某一国际组织协商后采取措施。

2. 法国认为，应该删除第 13 条第 3 款。该款使人对未能预料其活动所造成后果的国家产生怀疑(类似欺诈的推定)。而且，六个月的期限会引起问题。最好是根据情况规定一个合理的期限。

第 14 条 交换资料

荷兰

如上文一般性评论所指出的，在诸如资料交换等事项上，本条没有关于紧急情况的规定。

第 15 条 国家安全和工业机密

法国

第 15 条是适当的，因为不应迫使国家透露某些资料，但本条的措辞应该修改。“工业机密”一词的限制性太大。下列措辞比较可取：“对其国家安全至为重要或受知识产权保护的数据和资料”。

荷兰

如上文一般性评论所指出的，本条各部分所提及的“运营者”的地位需要澄清。这个问题在第 15 条中也有一定意义。

第 16 条 不歧视

法国

关于第 16 条，问题在于是否应该删除 1996 年草案第 21 条有所规定但 1998 年草案中不再保留的国家间补救形式。本条的标题应当更改，因为本条的目的是允许外国人诉诸该国的法院。不歧视只是与诉诸此种法院的权利有关的许多程序性方面之一。因此，第 16 条的标题应为“诉诸法院的权利”。

荷兰

1. 荷兰认为，本条款草案的现有措辞十分无力。它的实质内容是，起源国必须允许诉诸其司法程序和其他程序。本条应更加凸显这一点，将其置于不歧视原则的提法之前。

2. 荷兰建议在案文中增加“未决诉讼”的要素，例如可以提及世界银行检查小组正在审理的诉讼。另外，像《国际水道非航行使用法公约》那样，载列一项范围更广的不歧视规定(针对诉诸法院和寻求救济两个方面)也会有所帮助。有鉴于此，建议将“除非当事国另有协议”改为“在不妨碍国际议定的其他程序和其他补救机制的情况下”，并将“要求提供保护”改为“获得保护”。

3. 关于这一条条款草案，荷兰回顾到，草案前一个版本(国际法委员会一个工作组在 1996 年起草的条款草案 [1])有一项关于“补偿或其他补救的性质和程度”的条款。荷兰建议重新纳入这一条，并将它放在第 16 条后面。

---

[1] 《1996 年……年鉴》[英]，第二卷(第二部分)，附件一，第 100 页。

第 17 条 争端的解决

法国

1. 第 17 条涉及争端的解决。尽管该条没有引起任何特殊的困难，但有人也许要问：应如何成立第 2 款所指的独立公平的实况调查委员会？该机构是否也可充当和解委员会？

2. 无论如何，关于解决争端的规定其实不应列在本草案内，此事最好由为谈判公约而设立的外交会议来处理。

荷兰

1. 至于这些条款的适用和解释方面的争端解决程序，荷兰主张采用一种比目前设想的更为有效的程序。例如，关于任命实况调查委员会的条文措辞很无力。不妨仿照《国际水道非航行使用法公约》第 33 条中有关解决争端的规定，其中授予实况调查委员会的权力要广泛很多，包括建议和解的权力。另外，也不妨仿效《联合国海洋法公约》的示例，把采用这一程序之前的等待时间改为三个月。

2. 另见荷兰对第 11 条第 3 款的评论。

土耳其

应避免制订强制性解决争端规则。关于解决争端机制的规定应足够灵活，以使当事国可以按照彼此之间任何未决问题的性质，决定可用以解决这些问题的最有效办法。应遵守《联合国宪章》第三十三条所规定并在其他一些国际文书中得以重申的自由选择办法原则。

对条约的保留

[议程项目 **5**]

A/CN.4/508 和 Add.1-4 号文件

特别报告员阿兰·佩莱先生

关于对条约的保留的第五次报告

[原件：法文]

[2000 年 3 月 29 日、5 月 1 日、6 月 23 日和 7 月 7 日]

目 录

	段 次	页 次
本报告引用的多边文书		156
本报告引用的著作		161
第一部分		
导言	1-65	164
A. 国际法委员会先前就本专题进行的工作	2-50	164
1. 关于对条约的保留的第一和第二次报告及其结果	3-19	164
(*a*) 第一次报告的结果(1995 年)	3-7	164
(*b*) 第二次报告的结果(1996-1997 年)	8-19	165
2. 第三和第四次报告及其结果	20-50	169
(*a*) 国际法委员会对第三次报告的审议	22-31	169
(一) 第五十届会议	22-23	169
(二) 第五十一届会议	24-31	170
(*b*) 第六委员会对国际法委员会报告的审议	32-50	172
(一) 对这个专题的一般性评论	34-38	172
(二) 对准则草案的意见	39-50	173
B. 其他机构的行动	51-56	176
C. 第五次报告概略	57-65	177
章 次		
一. 保留和解释性声明的替代办法	66-213	179
A. 更改或解释条约义务的不同程序	71-103	179
1. 更改条约的效力的不同程序	72-95	179
2. 除解释性声明以外解释一项条约的程序	96-103	184
B. 保留与其他更改条约效力的程序之间的区分	104-210	185
1. 更改条约效力的条约方法	109-130	185
(*a*) 限制条款	110-116	185

章 次	段 次	页 次
(*b*) 只在某些条约缔约方之间生效的修正	117-119	187
(*c*) “保留”的“双边化”	120-130	188
2. 意图暂停施行条约或条约某些规定的单方面声明	131-144	191
(*a*) 中止、退出或终止施行条约的通知	132-136	191
(*b*) 根据弃权条款或免责条款提出的通知	137-144	192
3. 允许通过单方面声明对条约规定作出选择的程序	145-210	193
(*a*) 根据排除条款排除条约某些规定的适用的单方面声明	148-178	193
(*b*) 根据任择条款接受条约若干规定的适用的单方面声明	179-196	199
(*c*) 在条约规定之间作出选择的单方面声明	197-210	202
第一部分的结论	211-213	204
第二部分. 提出保留和解释性声明的程序		
导言	214-222	204
二. 保留和解释性声明的提具、更改和撤回	223-306	207
A. 提具保留和解释性声明	227-306	207
1. 提具保留和解释性声明的时机	230-306	208
(*a*) 按照属时管辖提具的保留和解释性声明	235-278	209
(一) 1969 年和 1986 年《维也纳公约》第 19 条和第 23 条第 2 款的准备工作材料	235-242	209
(二) 在签署时确认所提出保留的义务	243-264	211
(三) 提具解释性声明的时刻(重述)	265-278	215
(*b*) 过时提具的保留和解释性声明	279-325	218
(一) 过时提具的保留	279-325	218
(二) 过时提具的解释性声明	326-332	226
附件		
一. 特别报告员提议的《准则草案》与国际法委员会一读通过的《准则草案》对照表		228
二. 定义：业经一读通过或本报告中提出的有关定义的所有准则草案的综合案文		229

本报告引用的多边文书

	来 源
《汇票和本票公约》[英](1912 年 7 月 23 日，海牙)	国际联盟，*International Conference for the Unification of the Law on Bills of Exchange, Promissory Notes and Cheques, Preparatory Documents* (C.234.M.83.1929.II)，第 42 页。
《协约国和参战各国对德和约》(《凡尔赛和约》)[英](1919 年 6 月 28 日，凡尔赛)	《英国和外国文件，1919 年》第一百一十二卷(伦敦，皇家印务局，1922 年)，第 1 页。
《关于各缔约方领土内外侨地位的公约》[西](1928 年 2 月 20 日，哈瓦那)	国际联盟，《条约汇编》，第一百三十二卷，第 3045 号，第 301 页。
《和平解决国际争端总议定书》[英](1928 年 9 月 26 日，日内瓦)	同上，第九十三卷，第 2123 号，第 343 页。

	来 源
《统一国际运输某些规则的公约》[英](1929 年 10 月 12 日，华沙)	同上，第一百三十七卷，第 3145 号，第 13 页。
《修改 1929 年 10 月 12 日在华沙签署的统一国际航空运输某些规则的公约的议定书》(1955 年 9 月 28 日，海牙)	联合国，《条约汇编》，第 478 卷，第 6943 号，第 371 页。
《统一汇票和本票法公约》[英](1930 年 6 月 7 日，日内瓦)	国际联盟，《条约汇编》，第一百四十三卷，第 3313 号，第 257 页。
《统一支票法公约》[英](1931 年 3 月 19 日，日内瓦)	同上，第 3316 号，第 355 页。
《解决支票的某些法律抵触公约》[英](1931 年 3 月 19 日，日内瓦)	同上，第 3317 号，第 407 页。
《引渡公约》[英](1933 年 12 月 26 日，蒙得维的亚)	同上，第一百六十五卷，第 3803 号，第 45 页。
劳工组织《在主要的采矿和制造业，包括建筑和农业部门的工资及工时统计公约》[英](1938 年 6 月 20 日，日内瓦)	联合国，《条约汇编》，第 40 卷，第 638 号，第 255 页。
《国际货币基金组织协定》[英](1945 年 12 月 27 日，华盛顿)	同上，第 2 卷，第 20 号，第 39 页。
同上，1969 年和 1978 年修正	国际货币基金组织出版物(1988 年)，哥伦比亚特区华盛顿
《关税及贸易总协定》[英](1947 年 10 月 30 日，日内瓦)	联合国，《条约汇编》，第 55 卷，第 814 号，第 187 页。
《关税及贸易总协定临时适用议定书》[英](1947 年 10 月 30 日，日内瓦)	同上，第 308 页。
《和平解决国际争端总议定书》(订正本)[英](1949 年 4 月 28 日，纽约成功湖)	同上，第 71 卷，第 912 号，第 101 页。
劳工组织《关于收费职业介绍所的第 96 号公约》(1949 年修订本)(1949 年 7 月 1 日，日内瓦)	同上，第 96 卷，第 1340 号，第 237 页。
关于保护战争受难者的日内瓦四公约(1949 年 8 月 12 日，日内瓦)	同上，第 75 卷，第 970-973 号，第 31 页及以下各页。
《保护人权与基本自由公约》(《欧洲人权公约》)[英](1950 年 11 月 4 日，罗马)	同上，第 213 卷，第 2889 号，第 221 页。
《保护人权与基本自由公约关于公约所建管制机制结构改革问题的第 11 号议定书》[英](1994 年 5 月 11 日，斯特拉斯堡)	欧洲委员会，《欧洲条约汇编》，第 155 号。
《关于难民地位的公约》[英](1951 年 7 月 28 日，日内瓦)	联合国，《条约汇编》，第 189 卷，第 2545 号，第 137 页。
劳工组织《关于社会保障最低标准的第 102 号公约》[英](1952 年 6 月 28 日，日内瓦)	同上，第 210 卷，第 2838 号，第 131 页。
《关于无国籍人地位的公约》[英](1954 年 9 月 28 日，纽约)	同上，第 360 卷，第 5158 号，第 117 页。
《关于解决本国法和住所地法冲突的公约》[英](1955 年 6 月 15 日，海牙)	海牙国际司法会议，《公约集》(1951-1996 年)，第 24 页。
《承认外国公司、社团和财团法律人格的公约》[英](1956 年 6 月 1 日，海牙)	同上，第 28 页。
《关于和平解决争端的欧洲公约》[英](1957 年 4 月 29 日，斯特拉斯堡)	联合国，《条约汇编》，第 320 卷，第 4646 号，第 243 页。
《欧洲引渡公约》[英](1957 年 12 月 13 日，巴黎)	同上，第 359 卷，第 5146 号，第 273 页。
《抚养儿童义务判决的承认与执行公约》[法](1958 年 4 月 15 日，海牙)	同上，第 539 卷，第 7822 号，第 27 页。

	来 源
《关于国际货物买卖上选择法院管辖权的公约》[英](1958 年 4 月 15 日，海牙)	海牙国际司法会议，《公约集》(1951-1996 年)，第 20 页。
《日内瓦海洋法公约》(1958 年 4 月，日内瓦)	
《领海及邻接区公约》(《领海及毗连区公约》)(1958 年 4 月 29 日，日内瓦)	联合国，《条约汇编》，第 516 卷，第 7477 号，第 205 页。
《公海公约》(1958 年 4 月 29 日，日内瓦)	同上，第 450 卷，第 6465 号，第 11 页。
《大陆礁层公约》(《大陆架公约》)(1958 年 4 月 29 日，日内瓦)	同上，第 499 卷，第 7302 号，第 311 页。
《欧洲刑事事项互助公约》[英](1959 年 4 月 20 日，斯特拉斯堡)	同上，第 472 卷，第 6841 号，第 185 页。
《欧洲保护电视广播协定》[英](1960 年 6 月 22 日，斯特拉斯堡)	同上，第 546 卷，第 7951 号，第 247 页。
《核能方面第三者责任公约》[英](1960 年 7 月 29 日，巴黎)	同上，第 956 卷，第 13706 号，第 251 页。
《关于包装用材料暂时进口的海关公约》[英](1960 年 10 月 6 日，布鲁塞尔)	同上，第 473 卷，第 6861 号，第 131 页。
《减少无国籍状态公约》(1961 年 8 月 30 日，纽约)	同上，第 989 卷，第 14458 号，第 175 页。
《取消外国公文认证要求的公约》[英](1961 年 10 月 5 日，海牙)	同上，第 527 卷，第 7625 号，第 189 页。
《关于在未成年人保护方面当局的权力和适用的法律的公约》[法](1961 年 10 月 5 日，海牙)	同上，第 658 卷，第 9431 号，第 143 页。
《欧洲社会宪章》[英](1961 年 10 月 18 日，都灵)	同上，第 529 卷，第 7659 号，第 89 页。
劳工组织《关于本国人与外国人社会保障同等待遇的第 118 号公约》[英](1962 年 6 月 28 日，日内瓦)	同上，第 494 卷，第 7238 号，第 271 页。
《关于老挝中立的宣言》(1962 年 7 月 23 日，日内瓦)	同上，第 456 卷，第 6564 号，第 301 页。
《减少多重国籍和在多重国籍情况下的义务兵役的公约》[英](1963 年 5 月 6 日，斯特拉斯堡)	同上，第 634 卷，第 9065 号，第 221 页。
劳工组织《关于机器防护的第 119 号公约》[英](1963 年 6 月 25 日，日内瓦)	同上，第 532 卷，第 7717 号，第 159 页。
《欧洲社会保障规则》[英](1964 年 4 月 16 日，斯特拉斯堡)	同上，第 648 卷，第 9281 号，第 235 页。
《关于向国外送达民事或商事司法文书和司法外文书公约》[英](1965 年 11 月 15 日，海牙)	同上，第 1144 卷，第 17957 号，第 249 页。
《消除一切形式种族歧视国际公约》(1965 年 12 月 21 日，纽约)	同上，第 660 卷，第 9464 号，第 195 页。
《经济、社会、文化权利国际公约》(旧译《经济社会文化权利国际盟约》)(1966 年 12 月 16 日，纽约)	同上，第 993 卷，第 14531 号，第 3 页。
《公民及政治权利国际公约》(旧译《公民及政治权利国际盟约》)(1966 年 12 月 16 日，纽约)	同上，第 99 卷，第 14668 号，第 171 页。
《公民及政治权利国际公约任择议定书》(旧译《公民及政治权利国际盟约任择议定书》)(1966 年 12 月 16 日，纽约)	同上。
《欧洲领养儿童公约》[英](1967 年 4 月 24 日，斯特拉斯堡)	同上，第 634 卷，第 9067 号，第 255 页。
《保护考古遗产的欧洲公约》[英](1969 年 5 月 6 日，伦敦)	同上，第 788 卷，第 11212 号，第 227 页。
《维也纳条约法公约》(1969 年 5 月 23 日，维也纳)	同上，第 1155 卷，第 18232 号，第 331 页。
《建立亚太粮食和肥料技术中心的协定》[英](1969 年 6 月 11 日，川奈)	同上，第 704 卷，第 10100 号，第 17 页。

	来 源
《美洲人权公约》(《哥斯达黎加圣何塞公约》)[英](1969 年 11 月 22 日，圣何塞)	同上，第 1144 卷，第 17955 号，第 123 页。
《关于从国外调取民事或商事证据的公约》[英](1970 年 3 月 18 日，海牙)	同上，第 847 卷，第 12140 号，第 231 页。
《承认离婚和法定分居公约》[英](1970 年 6 月 1 日，海牙)	同上，第 978 卷，第 14236 号，第 393 页。
《民商事案件外国判决的承认与执行公约》[英](1971 年 2 月 1 日，海牙)	同上，第 1144 卷，第 17957 号，第 249 页。
《精神药物公约》[英](1971 年 2 月 21 日，维也纳)	同上，第 1019 卷，第 14956 号，第 175 页。
《公路交通事故法律适用公约》[英](1971 年 5 月 4 日，海牙)	同上，第 965 卷，第 13925 号，第 411
《国际通信卫星组织协定》[英](1971 年 8 月 20 日，哥伦比亚特区华盛顿)	同上，第 1220 卷，第 19677 号，第 21 页。
《欧洲国家豁免公约》[英](1972 年 5 月 16 日，巴塞尔)	同上，第 1495 卷，第 25699 号，第 181 页。
1972 年《集装箱关务公约》[英](1972 年 12 月 2 日，日内瓦)	同上，第 988 卷，第 14449 号，第 43 页。
《欧洲社会保障公约》[英](1972 年 12 月 14 日，巴黎)	同上，第 1710 卷，第 29575 号，第 2 页。
《关于受危害的野生动植物区系物种的国际买卖公约》(《濒危野生动植物种国际贸易公约》)(1973 年 3 月 3 日，哥伦比亚特区华盛顿)	同上，第 993 卷，第 14537 号，第 243 页。
《关于机动车辆造成损害的民事责任的欧洲公约》[英](1973 年 5 月 14 日，斯特拉斯堡)	欧洲委员会，《欧洲条约汇编》，第 79 号。
《遗产国际管理公约》[英](1973 年 10 月 2 日，海牙)	联合国，《条约汇编》，第 1856 卷，第 31585 号，第 5 页。
《扶养义务判决的承认与执行公约》[英](1973 年 10 月 2 日，海牙)	同上，第 1021 卷，第 15001 号，第 209 页。
《关于防止和惩处侵害应受国际保护人员包括外交代表的罪行的公约》(1973 年 12 月 14 日，纽约)	同上，第 1035 卷，第 15410 号，第 167 页。
《班轮公会行动守则公约》(1974 年 4 月 6 日，日内瓦)	同上，第 1334 卷，第 22380 号，第 15 页和第 1365 卷，第 360 页。
《国际销售货物时效期间公约》(1974 年 6 月 14 日，纽约)	同上，第 1511 卷，第 26119 号，第 3 页。
《欧洲非婚生子女法律地位公约》[英](1975 年 10 月 15 日，斯特拉斯堡)	同上，第 1138 卷，第 17868 号，第 303 页。
1950 年 11 月 22 日《教育、科学、文化物品的进口协定的议定书》[英](1976 年 11 月 26 日，内罗毕)	同上，第 1259 卷，第 20669 号，第 3 页。
《欧洲制止恐怖主义公约》[英](1977 年 1 月 27 日，斯特拉斯堡)	同上，第 1137 卷，第 17828 号，第 93 页。
《经 1978 年有关议定书修正的 1973 年国际防止船舶造成污染公约》(《防止船污公约》)(1973 年 11 月 2 日，伦敦)[英](1978 年 2 月 17 日，伦敦)	同上，第 1340 卷，第 22484 号，第 61 页。
《结婚仪式和承认婚姻有效公约》[英](1978 年 3 月 14 日，海牙)	同上，第 1901 卷，第 32391 号，第 131 页。
《夫妻财产制法律适用公约》(1978 年 3 月 14 日，海牙)	海牙国际司法会议，《公约集》(1951-1996 年)，第 228 页。
《欧洲外国法律信息公约附加议定书》[英](1978 年 3 月 15 日，斯特拉斯堡)	联合国，《条约汇编》，第 1160 卷，第 A-10346 号，第 529 页。
《关于国家在条约方面的继承的维也纳公约》(1978 年 8 月 23 日，维也纳)	同上，第 1946 卷，第 33356 号，第 3 页。

	来 源
《消除对妇女一切形式歧视公约》(1979 年 12 月 18 日，纽约)	同上，第 1249 卷，第 20378 号，第 13 页。
《建立商品共同基金协定》(1980 年 6 月 27 日，日内瓦)	同上，第 1538 卷，第 26691 号，第 3 页。
《国际电信公约》(1982 年 11 月 6 日，内罗毕)	同上，第 1531 卷，第 26559 号，第 2 页。
《联合国海洋法公约》(1982 年 12 月 10 日，蒙特哥湾)	同上，第 1833 卷，第 31363 号，第 3 页。
《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》(1984 年 12 月 10 日，纽约)	同上，第 1465 卷，第 24841 号，第 112 页。
《关于国家和国际组织间或国际组织相互间条约法的维也纳公约》(1986 年 3 月 21 日，维也纳)	A/CONF.129/15。
《税务事项行政互助公约》[英](1988 年 1 月 25 日，斯特拉斯堡)	联合国，《条约汇编》，第 1966 卷，第 33610 号，第 215 页。
《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》(1988 年 12 月 20 日，维也纳)	同上，第 1582 卷，第 27627 号，第 95 页。
《控制危险废物越境转移及其处置巴塞尔公约》(1989 年 3 月 22 日，巴塞尔)	同上，第 1673 卷，第 28911 号，第 57 页。
《欧洲国境外电视广播公约》[英](1989 年 5 月 5 日，斯特拉斯堡)	同上，第 1966 卷，第 33611 号，第 265 页。
《死者遗产继承法律适用公约》[英](1989 年 8 月 1 日，海牙)	海牙国际司法会议，《公约集》(1951-1996 年)，第 340 页。
《越境环境影响评估公约》[英](1991 年月 25 日，埃斯波)	联合国，《条约汇编》，第 1989 卷，第 34028 号，第 309 页。
《关于工业事故越境影响的公约》[英](1992 年 3 月 17 日，赫尔辛基)	同上，第 2105 卷，第 36605 号，第 457 页。
《联合国气候变化框架公约》(1992 年 5 月 9 日，纽约)	同上，第 1771 卷，第 30822 号，第 165 页。
《生物多样性公约》(1992 年 6 月 5 日，里约热内卢)	同上，第 1760 卷，第 30619 号，第 79 页。
《欧洲区域或少数民族语言宪章》[英](1992 年 11 月 5 日，斯特拉斯堡)	同上，第 2044 卷，第 35358 号，第 575 页。
《跨国收养方面保护儿童及合作公约》[英](1993 年 5 月 29 日，海牙)	同上，第 1870 卷，第 31922 号，第 167 页。
《关于危害环境的活动造成损害的民事责任公约》[英](1993 年 6 月 21 日，卢加诺)	欧洲委员会，《欧洲条约汇编》，第 150 号。
《马拉喀什建立世界贸易组织协定》[英](1994 年 4 月 15 日，马拉喀什)	联合国，《条约汇编》，第 1867 卷，第 31874 号，第 3 页。
《关于执行 1982 年 12 月 10 日〈联合国海洋法公约〉第十一部分的协定》(1994 年 7 月 28 日，纽约)	同上，第 1836 卷，第 31364 号，第 3 页。
《联合国人员和有关人员安全公约》(1994 年 12 月 9 日，纽约)	同上，第 2051 卷，第 35457 号，第 363 页。
《能源宪章条约》[英](1994 年 12 月 17 日，里斯本)	同上，第 2080 卷，第 36116 号，第 95 页。
《保护少数民族框架公约》[英](1995 年 2 月 1 日，斯特拉斯堡)	同上，第 2151 卷，第 37548 号，第 243 页。
《执行〈联合国海洋法公约〉有关养护和管理跨界鱼类种群和高度洄游鱼类种群的规定的协定》(1995 年 8 月 4 日，纽约)	同上，第 2167 卷，第 37924 号，第 3 页。
《东盟服务框架协定》[英](1995 年 12 月 15 日，曼谷)	《国际法律资料》(哥伦比亚特区华盛顿)，第 35 卷，第 4 期(1996 年 6 月)，第 1072 页。
《欧洲社会宪章》(修订本)[英](1996 年 5 月 3 日，斯特拉斯堡)	欧洲委员会，《欧洲条约汇编》，第 163 号。

	来 源
《关于在父母责任和保护儿童措施方面的管辖权、适用法律、承认、执行和合作的公约》[英](1996 年 10 月 19 日，海牙)	海牙国际司法会议，《公约集》(1951-1996 年)，第 378 页。
《修正欧洲联盟条约、建立欧洲共同体的各项条约和若干有关文件的阿姆斯特丹条约》[英](1997 年 10 月 2 日，阿姆斯特丹)	《欧洲共同体公报》第 C 340 期，第 40 卷(1997 年 11 月 10 日)，第 1 页。
《欧洲国籍公约》[英](1997 年 11 月 6 日，斯特拉斯堡)	联合国，《条约汇编》，第 2135 卷，第 37248 号，第 213 页。
《欧洲共同体、加拿大和俄罗斯联邦之间关于国际人道诱捕标准的协议》[英](1997 年 12 月 15 日，布鲁塞尔)	《欧洲共同体公报》，第 L 42 期，第 41 卷(1998 年 2 月 14 日)，第 43 页。
《国际法院罗马规约》(1998 年 7 月 17 日，罗马)	联合国，《条约汇编》，第 2187 卷，第 38544 号，第 3 页。
1999 年《国际扣船公约》(1999 年 3 月 12 日，日内瓦)	A/CONF.188/6。
《成年人国际保护公约》[英](2000 年 1 月 13 日，海牙)	《国际法律资料》(哥伦比亚特区华盛顿)，第 39 卷，第 1 期(2000 年 1 月)，第 7 页。

本报告引用的著作

BARATTA, Roberto

Gli effetti delle riserve ai trattati. Milan, Giuffrè, 1999. 437 p.

BROWNLIE, Ian

Principles of Public International Law. 5th ed. Oxford, Oxford University Press, 1998. 743 p.

CARREAU, Dominique and Patrick JUILLARD

Droit international économique. 4th rev. ed. Paris, LGDJ, 1998. 720 p.

CHAYET, Claude

"Les accords en forme simplifiée", *Annuaire français de droit international* (Paris), vol. III, 1957, pp. 3–13.

COHEN-JONATHAN, Gérard

La Convention européenne des droits de l'homme. Paris, Economica, 1989.

"Les réserves à la Convention européenne des droits de l'homme (à propos de l'arrêt Belilos du 29 avril 1988)", RGDIP, vol. 93, 1989.

COMBACAU, Jean and Serge SUR

Droit international public. 4th ed. Paris, Montchrestien, 1999.

COUSSIRAT-COUSTÈRE, Vincent

"La réserve française à l'article 15 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, *Journal du droit international* (Paris), vol. 102, No. 2, 1975, pp. 269–293.

DROZ, Georges A. L.

"Le récent projet de Convention de La Haye sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale", *Netherlands International Law Review* (Leiden), vol. XIII, 1966, pp. 225–242.

"Les réserves et les facultés dans les conventions de La Haye de droit international privé", *Revue critique de droit international privé* (Paris), vol. LVIII, 1969, pp. 381–424.

EDWARDS JR., Richard W.

"Reservations to treaties", *Michigan Journal of International Law,* vol. 10, No. 2, spring 1989, pp. 362–405.

ERGEC, Rusen

Les droits de l'homme à l'épreuve des circonstances exceptionnelles: étude sur l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme. Brussels, Bruylant, 1987. 427 p.

FITZMAURICE, Sir Gerald

"The law and procedure of the International Court of Justice 1951–4: treaty interpretation and other treaty points", *British Year Book of International Law, 1957* (London), vol. 33, 1958, pp. 203–293.

FLAUSS, Jean-François

"Le contentieux de la validité des réserves à la CEDH devant le Tribunal fédéral suisse: requiem pour la déclaration interprétative relative à l'article 6, paragraphe 1", *Revue universelle des droits de l'homme,* vol. 5, No. 9, 1993.

GAJA, Giorgio

"Unruly treaty reservations", *International Law at the Time of its Codification: Essays in honour of Roberto Ago.* Milan, Giuffrè, 1987. Vol. I, pp. 307–330.

GITTLEMAN, Richard

"The African Charter on Human and Peoples' Rights: a legal analysis", *Virginia Journal of International Law,* vol. 22, No. 4, summer 1982, pp. 667–714.

GOLSONG, Héribert

"Le développement du droit international régional", *Régionalisme et universalisme dans le droit international contemporain*. Société française pour le droit international, Xe Colloque, Bordeaux I. Paris, Pedone, 1977. 242 p.

GORMLEY, W. Paul

"The modification of multilateral conventions by means of 'negotiated reservations' and other 'alternatives': a comparative study of the ILO and Council of Europe—part one", *Fordham Law Review,* vol. XXXIX, 1970–1971, pp. 59–80.

"The modification of multilateral conventions by means of 'negotiated reservations' and other 'alternatives': a comparative study of the ILO and Council of Europe—part two", *Fordham Law Review,* vol. XXXIX, 1970–1971, pp. 413–446.

GREIG, D. W.

"Reservations: equity as a balancing factor？", *Australian Year Book of International Law,* vol. 16, 1995, pp. 21–172.

HIGGINS, Rosalyn

"Derogations under human rights treaties", *British Year Book of International Law, 1976–1977* (Oxford), vol. 48, 1978, pp. 281–320.

HOOGSTRATEN, M. H. van

"L'état présent de la Conférence de La Haye de droit international privé", *in* Maarten Bos, ed., *The Present State of International Law and Other Essays: written in honour of the Centenary Celebration of the International Law Association 1873–1973.* Deventer, Kluwer, 1973, pp. 371–391.

HORN, Frank

Reservations and Interpretative Declarations to Multilateral Treaties. Vol. 5, Studies in International Law, Swedish Institute of International Law. The Hague, T.M.C. Asser Instituut, 1988. 514 p.

HORVATH, Günther J.

"The validity of executive agreements", *Österreichische zeitschrift für öffentliches recht und völkerrecht,* vol. 30, 1979, pp. 105–131.

IMBERT, Pierre-Henri

Les réserves aux traités multilatéraux. Paris, Pedone, 1978.

JENARD, P.

"Une technique originale: la bilatéralisation de conventions multilatérales", *Belgian Review of International Law,* 1966–2, pp. 386–395.

JENNINGS, Sir Robert and Sir Arthur WATTS, eds.

Oppenheim's International Law. Vol. I, *Peace,* parts 2–4. 9th ed. Harlow, Longman, 1992.

LACHARRIÈRE, Guy de

La politique juridique extérieure. Paris, Economica, 1983. 236 p.

MAJOROS, Ferenc

"Le régime de réciprocité de la Convention de Vienne et les réserves dans les Conventions de La Haye", *Journal du droit international* (Paris), No. 1, 1974.

MANIN, Aleth

"À propos des clauses de sauvegarde", *Revue trimestrielle de droit européen* (Paris), 6th year, No. 1, January-March 1970, pp. 1–42.

MARESCA, Adolfo

Il diritto dei trattati—la Convenzione codificatrice di Vienna del 23 Maggio 1969. Milan, Giuffrè, 1971.

NGUYEN Quoc Dinh, Patrick DAILLIER and Alain PELLET

Droit international public. 6th rev. ed. Paris, LGDJ, 1999.

OUGUERGOUZ, Fatsah

"L'absence de clause de dérogation dans certains traités relatifs aux droits de l'homme: les réponses du droit international général, RGDIP, vol. XCVIII, 1994, pp. 289–336.

PELLET, Alain

"La ratification par la France de la Convention européenne des droits de l'homme", *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger* (Paris), vol. 90, No. 5, September-October 1974, pp. 1319–1379.

PILLOUD, Claude

"Reservations to the Geneva Conventions of 1949", *International Review of the Red Cross,* vol. 16, No. 180, March 1976, pp. 107–124.

POLAKIEWICZ, Jörg

Treaty-Making in the Council of Europe. Strasbourg, Council of Europe, 1999.

REUTER, Paul

"Solidarité et divisibilité des engagements conventionnels", *in* Yoram Dinstein, ed., *International Law at a Time of Perplexity: Essays in Honour of Shabtai Rosenne.* Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1989, pp. 623–634.

Le développement de l'ordre juridique international: écrits de droit international. Paris, Economica, 1995, 643 p.

ROSENNE, Shabtai

The Law and Practice of the International Court, 1920–1996, vol. II, *Jurisdiction*. 3rd ed. The Hague, Martinus Nijhoff, 1997. 1061 p.

RUDA, J. M.

"Reservations to treaties", *Collected Courses of The Hague Academy of International Law, 1975–III*. Leiden, Sijthoff, 1977. Vol. 146, pp. 95–218.

SAPIENZA, Rosario

Dichiarazioni interpretative unilaterali e trattati internazionali. Milan, Giuffrè， 1996. 291 p.

SCELLE, Georges

Précis de droit des gens: principes et systématique. Paris, Sirey, 1934. Part II. (Reissued in 1984 by CNRS, Paris.)

SIMMA, Bruno

"From bilateralism to community interest in international law", *Collected Courses of The Hague Academy of International Law, 1994–VI*. The Hague, Martinus Nijhoff, 1997. Vol. 250, pp. 217–384.

SIMON, Denys

L'interprétation judiciaire des traités d'organisations internationales, Paris, Pedone, 1981. 936 p.

SINCLAIR, Sir Ian

The Vienna Convention on the Law of Treaties. 2nd ed. Manchester, Manchester University Press, 1984.

SMETS, Paul-F.

La conclusion des accords en forme simplifiée. Brussels, Bruylant, 1969, 283 p.

SPILIOPOULOU ÄKERMARK, Sia

"Reservation clauses in treaties concluded within the Council of Europe", *International and Comparative Law Quarterly* (London), vol. 48, part 3, July 1999, pp. 479–514.

SZAFARZ, Renata

"Reservations to multilateral treaties", *Polish Yearbook of International Law* (Warsaw), vol. III, 1970, pp. 293–316.

TAVERNIER, Paul

"Article 15", *in* Louis-Edmond Pettiti, Emmanuel Decaux and Pierre-Henri Imbert, eds., *La Convention européenne des droits de l'homme: commentaire article par article*. Paris, Economica, 1995, pp. 489–504.

TOMUSCHAT, Christian

"Obligations arising for States without or against their will", *Collected Courses of The Hague Academy of International Law, 1993–IV*. Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1993. Vol. 241, pp. 195–374.

VIRALLY, M.

"Des moyens utilisés dans la pratique pour limiter l'effet obligatoire des traités", *Les clauses échappatoires en matière d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme*. Université catholique de Louvain, quatrième colloque du Département des droits de l'homme. Brussels, Bruylant, 1982.

WHITEMAN, Marjorie M.

Digest of International Law. Vol. 14. Washington, D.C., U.S. Government Printing Office, 1970.

WIEBRINGHAUS, Hans

"La Charte sociale européenne: vingt ans après la conclusion du Traité", *Annuaire français de droit international, 1982* (Paris), vol. XXVIII, pp. 934–947.

ZEMANEK, Karl

"Alain Pellet's definition of a reservation", *Austrian Review of International and European Law,* vol. 3, No. 2, 1998, pp. 295–299.

第 一 部 分

导 言

1. 从形式上，本报告是特别报告员提出的关于对条约的保留的第五次报告。不过，1999 年向国际法委员会提出的第四次报告只是非常局部的，当年国际法委员会和第六委员会也只是继续其 1998 年开始的审议第三次报告的工作。因此，尽管可能存在重复，本节仍将复述第四次报告 [1] 导言部分的主要内容，同时列入与国际法委员会先前就本专题所开展工作方面的最新事态发展有关的必要增订，以及其他机构在对条约的保留方面所采取的行动。

A. 国际法委员会先前就本专题进行的工作

2. 特别报告员关于对条约之保留的法律和实践的第一次报告 [2] 比较详细地叙述了国际法委员会先前就本专题进行的工作及其结果。因此本报告没有必要重述其中的细节，除非要向委员会委员汇报第三次报告编写以来出现的有关本专题的新情况。第三次报告 [3] 阐述了人们对第一和第二次报告作出的反应。第 1 和第 2 节述及第一和第二次报告的结果及国际法委员会和第六委员会对第三和第四次报告的讨论；B 节和 C 节则述及后来的许多发展情况。

1. 关于对条约的保留的第一和第二次报告及其结果

(a) 第一次报告的结果(1995 年)

3. 特别报告员在第一次报告中大略审查了本专题引起的问题，并指出就保留问题而言，相关的各项《维也纳公约》(1969 年《维也纳条约法公约》、1978 年《关于国家在条约方面的继承的维也纳公约》以及 1986 年《关于国家和国际组织间或国际组织相互间条约法的维也纳公约》)中存在缺陷和含糊不清之处，这意味着应当根据国家和国际组织的实践进一步审查这个专题。[4] 为了更确切地了解这方面的实践，特别报告员依照国际法委员会的授权，[5] 编写了两份关于对条约的保留的详细问题单，以查明各国和各国际组织的实践和所遇到的问题。大会 1995 年 12 月 11 日第 50/45 号决议请各国和各国际组织，特别是公约保存者，迅速答复这些问题单；[6] 大会 1996 年 12 月 16 日第 51/160 号决议再次提出这一请求。[7]

4. 在编写第三次报告时，[8] 已有 32 个国家和 22 个国际组织 [9] 部分或全部答复了这些问题单。自那时以

---

[1] 《1999 年……年鉴》[英]，第二卷(第一部分)，A/CN.4/499 号文件，第 128 页。

[2] 《1995 年……年鉴》，第二卷(第一部分)，A/CN.4/470 号文件，第 126-141 页，第 8-90 段。

[3] 《1998 年……年鉴》[英]，第二卷(第一部分)，A/CN.4/491 和 Add.1-6 号文件，第 229-233 页，第 1-30 段。

[4] 同上，第 241-249 页，第 89-146 段。

[5] 见《1995 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 109 页，第 489 段。

[6] 第 5 段。

[7] 第 7 段。

[8] 报告这一部分的编写日期为 1998 年 4 月 30 日。

[9] 《1998 年……年鉴》[英](见上文脚注 3)，第 230 页，脚注 7 和 9。

来，又有一个国家——新西兰[10]以及另外两个国际组织[11]向秘书处提交了答复。

5. 特别报告员认为，这个答复率高于通常情况下国际法委员会问题单的答复率，令人鼓舞；这表明本专题引起了人们的兴趣，证实对专题的研究符合真正需要。然而，在发给问题单的 187 个联合国会员国中只有 33 个作出答复，在收到问题单的国际组织中只有 24 个作出答复，即分别占 18%和 40%，从这个意义上说，答复量并不令人满意。此外，这些答复的地理分布也不够均衡：答复主要来自欧洲国家(或其他同类国家)(20 个答复)和拉丁美洲国家(8 个答复)；五个亚洲国家也作了答复，但是特别报告员迄今尚未收到任何一个非洲国家的答复。此外，在缔结条约方面最活跃的国际组织之一欧洲共同体迄今仍未对所发出的问题单作出答复。

6. 特别报告员完全了解国际法委员会的问题单，尤其是与保留有关的冗长详细的问题单，对各国外交部和各国际组织法律部门造成的负担；特别报告员也知道，迄今无法对问题单作出答复的国家拥有其他手段，尤其是通过让其代表在第六委员会上发言的方式，向委员会说明它们遇到的问题及其期望；特别报告员认为这些方式极其重要。[12]然而，此类方式并非答复问题单的替代做法：问题单几乎完全涉及事实情况，其目的并非决定国家或国际组织“在规范方面的优先选择”是什么，而是试图通过它们的答复评估其实际做法，以便指导委员会进行逐渐发展和编纂国际法的工作；这一点仅通过必定是简短的口头交流是难以做到的。另一方面，这种评论是事后提出的，而对委员会及其特别报告员来说，根据事先的答复编制提案要比在事后加以修正容易得多。

7. 正是鉴于这些理由，特别报告员在第四次报告[13]中恳请国际法委员会建议大会再次吁请尚未答复问题单的国家和国际组织答复问题单，并吁请只作部分答复的国家和国际组织提出完整的答复。但尽管国际法委员会 1999 年第五十一届会议报告发出了这一呼吁，[14]大会第五十四届会议只是间接转达了这项呼吁，[15]该届会议结束以来，秘书处没有收到任何新的答复。国际法委员会也许应当重提这一请求。

(b) 第二次报告的结果(1996-1997 年)

8. 由于缺少时间，国际法委员会 1996 年第四十八届会议未能审议关于对条约的保留的第二次报告。[16]委员会后来在 1997 年第四十九届会议期间审议了该报告，并在审议之后，通过了关于对包括人权条约在内的规范性多边条约的保留的初步结论。[17]

9. 国际法委员会还决定将其初步结论转递各人权条约监测机构。特别报告员在 1997 年 11 月 24 日通过委员会秘书发出的信中，将初步结论和国际法委员会第四十九届会议工作报告第五章分送给各全球性人权机构主席，[18]吁请他们将这些文件转递有关机构成员，并将其可能提出的评论告知特别报告员。他还向若干区域机构的主席发出了类似信函。[19]

10. 迄今只有两个监测机构的主席和人权文书机构主持人第八和第九次会议的主席提交了评论。[20]此外，

---

[10] 一些仅提交了部分答复的国家后来提交了完整答复，特别报告员向这些国家表示感谢。

[11] 有关国际组织包括联合国(条约科) (1998 年)和气象组织(1999 年)，特别报告员也向它们表示感谢。

[12] 见下文第 32-50 段。

[13] 《1999 年……年鉴》(见上文脚注 1)，第 6 段。

[14] “委员会记得曾在 1995 年向各国和各国际组织寄发了有关这个专题的问题单。委员会对已经答复该问题单的国家和组织表示感谢，再度要求不曾答复的国家和组织这样做。此外，委员会欢迎已经提出答复的国家和组织就它们不曾答复的那部分问题继续提出答复，这预示着它们可能将在稍后阶段就该部分问题提出答复”(《1999 年……年鉴》[英]，第二卷(第二部分)，第 18 页，第 30 段)。

[15] 见大会 1999 年 12 月 9 日第 54/111 号决议第 3 段。

[16] 《1996 年……年鉴》[英]，第二卷(第一部分)，第 37 页，A/CN.4/477 和 Add.1 号文件。

[17] 《1997 年……年鉴》[英]，第二卷(第二部分)，第 57 页，第 157 段。

[18] 收到信函的有经济、社会和文化权利委员会、人权事务委员会、消除种族歧视委员会、消除对妇女歧视委员会、禁止酷刑委员会和儿童权利委员会的主席。

[19] 收到信函的有非洲人权和人民权利委员会、欧洲人权委员会和欧洲人权法院以及美洲人权委员会和美洲人权法院的主席或院长。

[20] 特别报告员打算将这些答复的全文列入以后一份报告的附件；见下文第 18 段。

美洲人权法院院长在 1998 年 1 月 23 日的信中感谢国际法委员会秘书发送初步结论。

11. 人权事务委员会主席在 1998 年 4 月 9 日的信[21]中强调了全球性监测机构在适用做法和规则的发展过程中所发挥的作用，并在 1998 年 11 月 5 日的第二封信中重申了人权事务委员会的观点。她在信中说，人权事务委员会关注国际法委员会在初步结论第 12 段[22]表达的看法，并强调第 10 段[23]陈述的意见应随着国际和区域监测机构制订的做法和规则得到普遍接受而加以修改。她接着表示：

> 在这一方面，有两个要点必须强调。
>
> 第一，就规定监测机构的人权条约而言，这种机构通过对条约的解释，促进——符合《维也纳公约》的规定——对该条约规定的义务范围的界定。因此，在处理保留的兼容性时，监测机构表示的看法必定是制定与其有关的国际惯例和规则过程的一部分。
>
> 第二，应当强调，全球性监测机构，如人权事务委员会，必须要知道缔约国承担着多大的义务，以便行使它们据以建立的条约规定的职能。它们的监测作用本身就使其有义务对保留的兼容性进行评估，以便监测缔约国是否遵守有关文书。当一个监测机构对保留的兼容性得出结论时，它将在符合其职权的情况下，把它与缔约国的相互作用建立在这个结论上面。此外，就处理个别来文的监测机构而言，对规定提出个别来文的条约或文书的保留涉及到机构本身的工作程序。在处理个别来文时，监测机构将因此不得不为确定来文可否受理的目的对保留的效应和范围作出决定。

人权事务委员会同意国际法委员会在其初步结论第 5 段中表示的意见，即人权条约规定建立的监测机构“有资格评论和提出特别关于各国保留的兼容性的建议，以行使分配给它们的职能”。可以认为，缔约国应当尊重有资格在其被授予的权限内监测遵守文书情况的独立监测机构得出的结论。[24]

12. 人权事务委员会 1999 年 11 月 2 日作出一项重要决定，[25]它就一宗具体案件采取了此种立场。该案涉及对一名死刑犯的来文可否受理问题的评估，而特立尼达和多巴哥在重新加入它先前谴责的《公民及政治权利国际公约任择议定书》之后，提出一项保留，排除人权事务委员会在以下方面的管辖权：“接受和审查与任何死刑犯有关的来文，无论来文内容是关于对死刑犯的起诉、拘禁、审判、定罪、判刑，还是关于执行死刑以及任何相关事项”。[26]尽管特立尼达和多巴哥政府持有不同意见，人权事务委员会宣布根据第 24 号一般性意见可以受理该项申诉：

> 正如委员会第 24 号一般性意见指出的那样，应当由作为《公民及政治权利国际公约》及其《任择议定书》的条约机构的委员会，来解释并确定对于这些条约所作保留的有效性。所涉缔约国认为，委员会由于对来文进行登记并要求根据议事规则第 86 条采取临时措施而超越其管辖范围，委员会对这种说法予以驳回。在这一方面，委员会指出，不言而喻，委员会肯定有权对来文进行登记，以便因一项保留确定来文是否可以受理。至于保留(如果有效的话)的影响，从表面而言，这一保留似将使委员会无权根据案情对本来文进行审议，而提出者也未对此提出相反意见。但是，委员会必须确定是否可以合法地作出这样一种保留。
>
> 首先应当指出，《任择议定书》本身并不决定可否对其各项规定提出保留。根据《维也纳条约法公约》第十九条和国际习惯法的原则，只要保留符合有关条约的目的和宗旨，即可作出这种保留。因此，眼下的问题是所涉缔约国作出的保留是否可以被认为符合《任择议定书》的目标和宗旨。

---

[21] 该信的主要段落转载于第三次报告(《1998 年……年鉴》[英](上文脚注 3)，第 231 页，第 16 段)。

[22] 《1997 年……年鉴》(见上文脚注 17)：“委员会强调上述结论不影响监督机构在区域范围内议定的做法和规则”。

[23] 同上。“委员会还指出，凡保留不能接受时，保留国有责任采取行动。这类行动例如包括，该国对保留作出修改以便纠正与条约的不符性，或者撤销保留，或者放弃作为条约的缔约方。”

[24] 人权事务委员会的报告，《大会正式记录，第五十四届会议，补编第 40 号》(A/54/40)，第一卷，附件六。

[25] 同上，《第五十五届会议，补编第 40 号》(A/55/40)，第二卷，附件十一，第 845/1999 号来文，罗尔·肯尼迪诉特立尼达和多巴哥案，第 258 页。

[26] 见《交给秘书长保存的多边条约：截至 1999 年 12 月 31 日的状况》，第一卷(联合国出版物，出售品编号：E.00.V.2)，第 176 页。

委员会在其第 24 号一般性意见中指出，一项保留如果目的是为了排斥委员会根据《任择议定书》对《公约》某些规定享有的权利，则不能被认为经得起这一检验：

> “第一项《任择议定书》的职能是，将关于[《公约》]权利的要求提交委员会检验。因此，按照第一项《任择议定书》对国家尊重和确保《公约》所载权利的义务提出的保留(若以前没有对《公约》规定的同样权利提出保留)并不影响该国遵守其实质性义务的责任。不可以通过《任择议定书》对《公约》提出保留，但这样一种保留可用来确保委员会不能根据第一项《任择议定书》检查该国履行此项义务的情况。而且，由于第一项《任择议定书》的目的和宗旨是让委员会检查一个国家根据《公约》所负有的义务，因此旨在排除这一点的保留即便没有违反《公约》的目的和宗旨，也会违反第一项《任择议定书》的目标和宗旨”[11](着重字体为本文所加)

在第 24 号一般性意见发表之后提出的本项保留无意排除委员会根据《任择议定书》对《公约》的任何具体规定所享有的权限，而是要针对某一特定控告者群体，即被判处死刑的囚犯，排除委员会对整个《公约》所享有的权限。但是，这并不会使其符合《任择议定书》的目的和宗旨。相反，委员会不能接受一种专门挑出某一个别群体给予其少于其他人口群体所享有的程序保护的保留。委员会认为，这构成了违反《公约》及其议定书所载的一些基本原则的歧视，正是出于这种原因，这一保留不能被视为符合《任择议定书》的目的和宗旨。其后果是不能阻止委员会根据《任择议定书》对本项来文进行审议。[27]

13. 禁止酷刑委员会主席通知国际法委员会秘书，该委员会在其第二十一届会议期间(1998 年 11 月 9-20 日)审议了国际法委员会的初步结论，并同意人权事务委员会表述的观点。

此外，禁止酷刑委员会还认为，国际人权文书监测机构为判断或确定对某一特定条约的保留可否接受，以期正确解释或维护条约的目的和宗旨而采取的办法，是符合两项《维也纳条约法公约》的规定的。

14. 国际人权文书机构主持人第八和第九次会议主席在其 1998 年 7 月 29 日的信中，将 1998 年 2 月 25 日至 27 日在日内瓦举行第九次主持人会议期间讨论这个问题的情况通知国际法委员会主席。他在信中指出，各人权机构主持人回顾，《维也纳宣言和行动纲领》(1993 年 6 月 25 日世界人权会议通过)强调必须限制对人权条约的保留的数量和范围，他们欢迎国际法委员会在其初步结论中指派给人权机构的保留方面的职责。

但他们认为，该草稿在其他方面限制性过多，没有充分注意人权条约由于其主题事项及所承认的对个人的作用，而不能将其与其他不同特性的条约完全等同看待这一事实。

各主持人认为，一个监测机构要想有效发挥在确定有关公约各项规定之范围的职能方面的能力，就不能被禁止行使与保留相关的类似职能。因此，他们忆及消除对妇女歧视委员会所通过的两项一般性建议，注意到该委员会提议与《世界人权宣言》五十周年协力就这一问题再通过一项建议，并表示他们坚决支持人权事务委员会通过的第 24 号一般性评论所反映的办法。他们要求其主席代表他们致信国际法委员会，重申其支持第 24 号一般性评论所反映的办法，并敦促对国际法委员会提出的结论进行相应调整。[28]

15. 此外，虽然该文件严格说来并不是对国际法委员会初步结论的反应，但是特别报告员希望提请国际法委员会注意根据《消除对妇女一切形式歧视公约》第二十一条成立的消除对妇女歧视委员会第二工作组 1998 年 6 月 29 日关于对该公约的保留的重要报告，该报告业经委员会第十九届会议通过。[29] 报告吁请提出保留的公约缔约国撤消或修改这些保留。委员会尤其以关于对条约的保留的第二次报告 [30] 为根据，表示同意特别报告员的观点，认为缔约国提出异议不仅是对保留国施压的手段，而且对指导委员会评估保留是否可予允许颇有助益，[31] 委员会的结论是：

---

[11] HRI/GEN/I/Rev.3, 1997 年 8 月 15 日，第 46 页。

[27] 罗尔·肯尼迪诉特立尼达和多巴哥案(见上文脚注 25)，第 265-266 页，第 6.4-6.7 段。

[28] 《大会正式记录，第五十三届会议》，暂定项目 113(a)(A/53/125)，附件。

[29] 同上，《第五十三届会议，补编第 38 号》(A/53/38/Rev.1)，第二部分，第 5-21 段。

[30] 《1996 年……年鉴》(见上文脚注 16)。委员会似乎参考了第 241-251 段(第 80-81 页)，尽管没有明确提及这些段落。

[31] 《大会正式记录》(见上文脚注 28)，第 20 段。

作为负责审议提交给它的定期报告的专家机构，它同时还负有某些责任。委员会在审查国家报告的过程中，与缔约国进行建设性对话，并提出结论意见，对缔约国就第二和第十六条[32]提出保留或未能撤回或修改其保留表示例行关注。[33]

委员会还指出：

[国际法委员会]特别报告员认为，控制保留的可允许程度的首要责任在于缔约国。但是委员会愿再次提请缔约国注意，委员会对不可允许保留的数目和范围极度关注。还令委员会感到关注的是，虽然缔约国对这些保留提出异议，但有关缔约国似乎不愿撤消或修改这些保留从而遵循国际法的一般原则。[34]

16. 此外，根据大会 1997 年 12 月 15 日第 52/156 号决议第 2 段的建议，[35] 有五个国家[36] 向秘书处提交了对国际法委员会 1997 年通过的初步结论的评论。一般而言，这些国家都欢迎通过这些初步结论，[37] 并愿意有机会在国际法委员会对其中所涉问题作出最后决定之前，对这些初步结论提出评论。摩纳哥和菲律宾(提出一些补充建议)赞同这些初步结论。中国强调要重视与人权机构的合作，但认为这些机构应严格遵守各自条约规定的任务框架，并认为虽然条约未作明确规定，但是否允许对条约提出保留并不属于监测机构的职权范围；中国还建议，将第 6 段“传统……方式”这几个字改为“既定……方式”，[38] 而第 12 段应予删除，以免产生一种印象，使人以为区域做法和规则不同于现行生效的国际做法和规则，或甚至凌驾于后者之上。[39] 中国同意列支敦士登的观点，认为实施初步结论第 7 段的建议在实践中可能会很困难。[40] 列支敦士登最后提请国际法委员会注意它认为特别值得注意的以下几点：

(*a*) 重新审议初步结论第 5 段与第 7 段之间的相互关系；

(*b*) 应进一步阐述草拟任择议定书的可能性。为此，国际法委员会应从实际出发考虑可行性和实用性问题，包括时间框架；

(*c*) 为最近的将来提出切合实际的具体建议，以补救在适用多边条约、尤其是人权领域的多边条约方面存在不定因素的现状；

(*d*) 对一些缔约国针对其他缔约国所提保留而提出异议的法律效果进行评论；

(*e*) 研究加强多边条约保存者作用的可能性。

瑞士重申该国代表团在第六委员会提出的评论和意见。该国当时也强调保存者的作用，并指出它认为初步结论第 5 段的规定(与第 4 段的规定之间)有矛盾。它表示只有根据有关文书并按照缔约国表明的意愿，才能判断监测机构在保留方面的权限。[41]

---

[32] 《消除对妇女一切形式歧视公约》第二条列举缔约国的一般义务，第十六条列出根据在婚姻和家庭关系的所有问题方面男女平等原则而得出的具体结论。

[33] 《大会正式记录》(见上文脚注 28)，第 23 段。

[34] 同上，第 24 段。

[35] “大会

“……

“提请各国政府注意，国际法委员会很需要得到它们……的意见，特别是关于：

“……

“(*b*) 委员会关于规范性多边条约、包括人权条约的保留问题的初步结论。”

根据这项要求，编纂司司长于 1997 年 12 月 29 日向各会员国常驻代表团和观察员发函，征求其对国际法委员会初步结论的意见。

[36] 除了第三次报告提到的三个国家列支敦士登、摩纳哥和菲律宾(《1998 年……年鉴》[英](上文脚注 3)，第 232 页，脚注 35)之外，还有中国和瑞士。特别报告员谨向这些国家表示感谢并希望其他国家仿效。

[37] 但是列支敦士登怀疑这些初步结论是否成熟。

[38] 初步结论第 6 段内容如下：

“委员会强调，监督机构的这项权力并不排除和影响缔约国遵照 1969 年和 1986 年《维也纳公约》的上述规定采取传统的监督方式，亦不排除或影响视情况由解决围绕条约的解释和评判而出现的任何争端的机构采取传统的方式。”

(见上文脚注 17)。

[39] 见上文脚注 21 所载的第 12 段案文。

[40] 初步结论第 7 段内容如下：

“委员会建议由规范性多边条约，特别是人权条约制订具体条款，如果各国愿意赋予监督机构以评定或判定可否接收保留的权限，则为现有条约增加议定书。”

(见上文脚注 17)。

[41] 见《大会正式记录，第五十二届会议，第六委员会》，第 22 次会议(A/C.6/52/SR.22)，第 80-87 段。

17. 上面大量摘引各国和各人权条约监测机构的反馈意见是为了向国际法委员会委员通报情况。不过，特别报告员认为在现阶段重新讨论国际法委员会 1997 年通过的初步结论没有任何益处。

18. 虽然他认为这些结论的通过并非为时过早，而且他已尝试在第三次报告 [42] 中解释其理由，但是，在他看来，最好不要在形式上修订两年前通过的这些结论，因为这种修订只能是暂时的：一方面，其他国家和人权机构还将对其作出答复(已经作出答复的国家和机构可能会对其答复加以完善)；另一方面，也是最重要的，国际法委员会只有在结束审查与对条约的保留制度有关的所有实质性问题之后再重新处理专题的这一方面才合理，而这项工作将在 2001 年或至迟 2002 年完成。正如特别报告员在其第三次报告 [43] 中所指出的，只有到那时他才打算提出关于初步结论所涉要点的最后结论草案；如有必要，可将这些结论列入《实践指南》(虽然这些结论可能并不赞同将其列入)。在 1998 年第五十届会议期间，国际法委员会没有对这项建议提出任何异议。

19. 此外，特别报告员在其第二次报告附件中开列了关于对条约的保留的参考书目。[44] 正如第三次报告所宣布的，完整的参考书目见第四次报告附件。[45]

2. 第三和第四次报告及其结果

20. 关于对条约的保留的第三次报告 [46] 由三章组成，这三章内容长短不一。导言部分的“作用”与本章相同：它回顾国际法委员会先前就本专题所进行的工作，并包括报告概略，主要是论述采用的方法。[47] 第一章涉及保留(和解释性声明)的定义，[48] 并摘述了特别报告员在《实践指南》中提议的准则草案。[49]

21. 由于缺乏时间，委员会仅能在 1998 年第五十届会议上审议第三次报告的一部分。它于 1999 年第五十一届会议上完成了对该报告的审议工作。在此期间内，特别报告员提出了其第四次报告。考虑到上述情况，该报告摘述了审议第二次报告后所出现的新要素，[50] 并建议重新审议关于“不承认声明”的准则草案。[51]

(a) 国际法委员会对第三次报告的审议

㈠ 第五十届会议

22. 1998 年国际法委员会第五十届会议分三阶段审议了关于对条约的保留的第三次报告。

(*a*) 首先，国际法委员会讨论了报告中述及对多边条约的保留的定义及其相关准则草案(已提交起草委员会)的部分；[52]

(*b*) 其次，在起草委员会对准则草案作出若干修改后，国际法委员会接着审议经修正的案文，并通过了其中 6 项，但略作了修改。此外，国际法委员会通过了特别报告员应若干委员要求提出的一项“保障”准则的案文。[53] 另一方面，在特别报告员完全同意的

---

[42] 《1998 年……年鉴》[英](见上文脚注 3)，第 232 页，第 22 段。

[43] 同上，第 23 段。

[44] 《1996 年……年鉴》[英](见上文脚注 16)，附件一(A/CN.4/478)，第 85 页。

[45] 《1999 年……年鉴》[英](见上文脚注 1)，附件(A/CN.4/478/Rev.1)，第 139 页。

[46] 《1998 年……年鉴》[英](见上文脚注 3)，第 221 页。

[47] 同上，第 229-235 页，第 1-46 段。

[48] 同上，第 236-284 页，第 47-413 段。无论特别报告员最初希望开展什么工作以及最初表明要开展哪些工作(见第 43 和第 46 段)，他都未能在第三次报告中处理提出保留(和解释性声明)以及接受和反对保留(和解释性声明)的问题，因为材料太多。此外，与保留和解释性声明的定义有关的一个问题，即“保留的替代办法”(同上，第 299 页，第 511 段)问题，也未能予以处理。

[49] 同上，第 512 段。

[50] 本报告大量转载了这些要素。见上文第 1 段。

[51] 《1999 年……年鉴》[英](见上文脚注 1)，第 135-137 页，第 44-54 段。

[52] 《1998 年……年鉴》[英](见上文脚注 3)，第 236-284 页，第 47-413 段；以及准则草案 1.1 和 1.1.1-1.1.8(同上，第 299 页，第 512 段) (依 1999 年通过的编号办法，成为 1.1.1-1.1.7 和 1.4.1-1.4.3)；特别报告员提议的准则草案编号和委员会 1999 年采取的编号“对照表”载于本报告附件一。

[53] 最初没有编号；在 1999 年通过的案文内，该准则草案的编号是 1.6；见《1998 年……年鉴》[英]，第二卷(第二部分)，第 99 页，第 540 段。

情况下，国际法委员会决定将关于“广泛保留”的准则草案 1.1.5 和 1.1.6 再发交起草委员会处理，因为特别报告员和起草委员会本身拟订的案文似乎都未能令人十分满意；

(*c*) 最后，国际法委员会在通过条款草案后，核可了条款草案的评注，其案文转载于国际法委员会提交大会的报告。[54]

23. 在国际法委员会第五十届会议结束时，特别报告员也提出了第三次报告 [55] 内专门讨论保留与解释性声明之间区别的部分。[56] 但是，由于没有时间，只能就第三次报告的这一部分简略交换意见，并只能将关于解释性声明的一般定义的准则草案 1.2 发交起草委员会。[57]

㈡ *第五十一届会议*

24. 1999 年委员会第五十一届会议收到去年未能审议的第三次报告专门讨论解释性声明和与双边条约有关的“保留”和解释性声明的部分。[58] 此外，委员会还须重新审查关于“广泛保留”的准则草案，[59] 以及取代特别报告员在其第三次报告内提出的关于“不承认声明”准则草案的新准则草案 1.1.7。[60]

25. 事实上，1998 年第五十届会议全体会议辩论结束后，特别报告员指出，他最初认为所争论的问题是法律意义上的保留，这种看法是不正确的。[61] 因此，他在第四次报告 [62] 内提出一项反映委员会大多数委员立场的准则草案。委员会稍作修改后予以通过，作为准则草案 1.4.3。

26. 此外，委员会按照第五十届会议期间所作的设想，[63] 根据关于解释性声明的讨论情况，重新审查关于“保留的目的”的准则草案 1.1.1 和关于“有领土范围的保留”的准则草案 1.1.3。结果是重新拟订准则草案 1.1.1，[64] 对准则草案 1.1.3 则未做任何修改。

27. 因此，委员会 1999 年第五十一届会议对特别报告员在第三次报告中提出的关于保留和解释性声明定义的所有准则草案，除做或大或小的修改外全部予以通过。[65] 它还重新审查并完成了它于 1998 年暂时通过的关于“定义的范围”的“保障准则”。[66] 此外，委员会还按照起草委员会的倡议，着手重新编排届时已通过的 25 项准则草案的排列次序。所有这些准则草案现在分为六节，分别涉及以下主题：

(*a*) 保留的定义(准则 1.1 和 1.1.1 至 1.1.7)；

(*b*) 解释性声明的定义(准则 1.2、1.2.1 和 1.2.2)；

---

[54] 《1998 年……年鉴》(同上)。

[55] 《1998 年……年鉴》[英](见上文脚注 3)，第 261-284 页，第 231-406 段。

[56] 见《1998 年……年鉴》[英]，第一卷，第 2551 次会议，第 217-223 段以及同上，第二卷(第二部分)，第 94-96 页，第 505-519 段。

[57] 同上，第一卷，第 2552 次会议，第 228 页，第 56 段。

[58] 《1998 年……年鉴》[英](见上文脚注 3)，第 284-298 页，第 414-510 段。

[59] 见上文第 22(*b*)段。

[60] 《1998 年……年鉴》[英](见上文脚注 3)，第 253 页，第 177 段。

[61] 同上，第 251-253 页，第 164-177 段。

[62] 《1999 年……年鉴》[英](见上文脚注 1)，第 135-137 页，第 44-54 段。

[63] 《1998 年……年鉴》[英]，第二卷(第二部分)，第 101 页，脚注 220。

[64] 原文如下：

“一项保留可涉及条约的一项或数项规定，或更笼统地涉及一国或一国际组织拟执行整个条约的方式。”

(同上，第 99 页，第 540 段)

新案文如下：

“保留是为了排除或更改条约中某些规定或整个条约的特定方面对作出保留的国家或国际组织适用时的法律效力。”

(《1999 年……年鉴》[英]，第二卷(第二部分)，第 91 页，第 470 段)

[65] 讨论之后，委员会征得特别报告员的同意，没有通过准则草案 1.3.0、1.3.0 之二和 1.3.0 之三，这些准则草案列述了区分保留与解释性声明的标准。委员会正确地认为这些标准从定义本身已可非常清楚地看出(见《1999 年……年鉴》(同上)，第 468 段)。

[66] 见上文第 22 段。

(*c*) 保留与解释性声明的区别(准则 1.3 和 1.3.1 至 1.3.3);

(*d*) 有别于保留和解释性声明的单方面声明(准则 1.4 和 1.4.1 至 1.4.5);

(*e*) 对双边条约的单方面声明(准则 1.5.1 至 1.5.3);

(*f*) 定义的范围(准则 1.6)。[67]

28. 特别报告员想在本报告中解释他对《实践指南》各项规定采用的编号办法，该办法因为明显有些复杂，受到委员会一些委员的批评。[68] 这一办法基于两点关切。一方面，它要明显地摆脱国际条约分成条款的惯用形式，《实践指南》不是一项条约草案，原则上也无意成为一项条约草案。[69] 另一方面，经过初步摸索后，这个形式可以允许在现有各节中加插新的规定，而不至影响案文的总体结构，也无须采用条款“之二”、“之三”、“之四”的麻烦办法。委员会委员或许开始时对这种编号办法感到不便，但经过一段适应时间后，他们会觉得这种办法不会产生任何特殊问题。[70]

29. 迄今通过的各项准则草案都附加评注。[71]

30. 考虑到有一些误解存在，[72] 似乎应该忆及，《实践指南》第 1 节的唯一目的是界定“保留”一词的定义，使其与依据不同标准的其他单方面声明(特别是解释性声明)有所区分。其中所载的准则草案绝不预断这两种声明的有效性。委员会 1999 年通过的准则草案 1.6 的评注作了明确解释：

“下定义并不等于管制。作为“对一件事物主要性质的明确说明”，[73] 定义的唯一作用是决定应将某一项声明归于那一类。但是，这种分类丝毫不妨碍有关声明的有效性：一项保留，如果它符合既有定义，无论它是可允许的或不可允许的，仍旧是一项保留。反过来，如果它不符合这些条款草案(以及委员会意图在明年通过的那些条款草案)中规定的标准，它就不是一项保留；但这并不一定意味从其他国际法规则的立场来说这一类声明是可允许的(或不可允许的)。解释性声明也是一样，它们可能被认为是不可允许的，因为它们会更改条约的性质，或因为它们未在规定的时间内提出；[74] 等等。[75]

31. 对于 1998 年和 1999 年通过的这套准则草案，还要提出一点意见。国际法委员会和第六委员会一致选定的主题虽是“对条约的保留”，但国际法委员会不仅致力界定保留本身，也致力界定对条约所作的其他解释性说明 — 通常称为“解释性声明”；这两类声明之间的界线往往很难划分。因此，鉴于解释性声明的做法所设想的范围，特别报告员认为，尽管他最初

---

[67] 见本文件附件(附件一)中特别报告员提议的准则草案和委员会一读通过的准则草案对照表。

[68] 特别见卡巴奇先生(《1999 年……年鉴》[英]，第一卷，第 2597 次会议，第 220 页，第 53 段)和卡特卡先生(同上，第 54 段)的意见；反对意见：梅莱斯卡努先生(同上，第 221 页，第 64 段)。

[69] 见《1995 年……年鉴》(上文脚注 5)，第 122-124 页，第 467-470 段、第 483-484 段和第 487(*b*)-(*c*)段。

[70] 值得指出的是，大会过去两届会议期间在第六委员会发言的国家代表在这方面似乎没有遇到特殊困难。

[71] 准则 1.1、1.1.2-1.1.4 和 1.1.7 的评注载于《1998 年……年鉴》[英]，第二卷(第二部分)，第 99-107 页，第 540 段。与其他准则有关的评注载于《1999 年……年鉴》[英]，第二卷(第二部分)，第 93-126 页，第 470 段。

[72] 特别见泽马涅克先生题为“阿兰·佩莱关于保留的定义”的文章，该文对特别报告员出言不逊。作者没有花功夫去了解《实践指南》第一部分的内容(或者根本不了解该部分的内容)，就严厉批评准则草案 1.1.1, 他以为这项准则使全面性的保留合法化。完全把保留的定义与保留的有效性混淆在一起。特别报告员已多次指出(见《1998 年……年鉴》，第一卷，第 2545、第 2548 和第 2549 次会议)，把不可允许的保留排除在保留定义之外是荒谬的；这样做剥夺了人们宣布保留不可允许的机会！

[73] 《牛津英语辞典》，第 2 版(牛津，克拉伦登出版社，1989 年)。

[74] 这个问题在有条件的解释性声明里很可能出现。

[75] 《1999 年……年鉴》[英]，第二卷(第二部分)，第 126 页，第(2)段。

有些犹豫，[76] 现在应在《实践指南》以后各章确定保留本身以及解释性声明的法律制度，并且在有关解释性声明的法律制度中，把“纯粹”的解释性声明与有条件的解释性声明 [77] 加以区分。此外，有条件的解释性声明 — 发表声明的国家或国际组织以这些声明为接受条约约束的条件 — 的法律制度，有可能与保留本身的法律制度类似。

(b) 第六委员会对国际法委员会报告的审议

32. 与国际法委员会两次审议特别报告员的报告 [78] (在某一点上经第四次报告改正)一样，第六委员会也先后在 1998 年第五十三届会议和 1999 年第五十四届会议上审议国际法委员会关于保留定义的报告。

33. 在这两届会议上，讨论报告关于对条约的保留的部分 [79] 期间，若干国家的代表团再次提及过去几年审议过的一些专题，许多国家代表团就国际法委员会所通过的各项准则草案表明立场，并提出有用的建议。

㈠ 对这个专题的一般性评论

34. 在 1998 年 [80] 和 1999 年，[81] 许多代表团都再次表示，希望不要对维也纳制度提出异议；尽管若干代表团认为，应对人权条约适用特别的保留制度；[82] 但另外一些代表团则强烈反对这种观点。[83]

35. 许多代表团促请注意，人们越来越关注这个主题，[84] 并强调指出《实践指南》一旦完成后对各国的实际效用。[85] 这一点在特别报告员看来特别重要：事实上，这是各国第一次具体评估这项指南将来可能采

[76] 特别见《1998 年……年鉴》，第一卷，第 2552 次会议和《1999 年……年鉴》，第一卷，第 2581 和第 2586 次会议。

[77] 有条件的解释性声明的定义载于准则草案 1.2.1；见《1999 年……年鉴》[英]，第二卷(第二部分)，第 103-106 页，附有委员会通过的评注。

[78] 《1999 年……年鉴》[英](见上文脚注 1)，第 135-137 页，第 44-54 段。

[79] 《1998 年……年鉴》[英]，第二卷(第二部分)，第 90-99 页，第 469-540 段；《1999 年……年鉴》[英]，第二卷(第二部分)，第 89-91 页，第 450-470 段。

[80] 美利坚合众国(《大会正式记录，第五十三届会议，第六委员会》，第 14 次会议，第 52 段)；法国(同上，第 16 次会议，第 64 段)；瑞典(代表北欧各国)(同上，第 17 次会议，第 5 段)；巴基斯坦(同上，第 20 段)；罗马尼亚，(同上，第 18 次会议，第 4 段)；德国(同上，第 23 段)；委内瑞拉(同上，第 29 段)；古巴(同上，第 55 段)；突尼斯(同上，第 57 段)；匈牙利(同上，第 19 次会议，第 23 段)；新加坡(同上，第 27 段)；伊朗伊斯兰共和国(同上，第 20 次会议，第 9 段)；葡萄牙(同上，第 36 段)；印度(同上，第 21 次会议，第 34 段)以及埃及(同上，第 22 次会议，第 14 段)。

[81] 智利(《大会正式记录，第五十三届会议，第六委员会》，第 16 次会议，第 3 段)；巴基斯坦(同上，第 17 次会议，第 59 段)；斯洛文尼亚(同上，第 22 次会议，第 35 段)；克罗地亚(同上，第 25 次会议，第 51 段)；俄罗斯联邦(同上，第 26 次会议，第 50 段)；阿拉伯利比亚民众国(同上，第 14 段)；斯洛伐克(同上，第 58 段)；塞浦路斯(同上，第 86 段)；埃及(同上，第 27 次会议，第 24 段)；科威特(同上，第 28 次会议，第 87 段)；以及古巴(同上，第 95 段)。

[82] 瑞典(代表北欧各国)(《大会正式记录，第五十三届会议，第六委员会》，第 17 次会议，第 6 段)；意大利(同上，第 33 段，和同上，《第五十四届会议，第六委员会》，第 24 次会议，第 27 段)；匈牙利(同上，第 36 段)；以及尼日尔(同上，第 25 次会议，第 108 段)；也见爱尔兰，(同上，《第五十三届会议，第六委员会》，第 20 次会议，第 50 段)。希腊表示应该重新研究人权条约监测机构在保留方面的作用(同上，《第五十四届会议，第六委员会》，第 28 次会议，第 12 段)。

[83] 新加坡(《大会正式记录，第五十三届会议，第六委员会》，第 19 次会议，第 27-28 段)；埃及(同上，第 22 次会议，第 15 段和同上，《第五十四届会议，第六委员会》，第 27 次会议，第 26 段)；巴基斯坦(同上，第 17 次会议，第 59 段)；突尼斯(同上，第 25 次会议，第 29 段)；古巴(同上，第 28 次会议，第 95 段)；阿尔及利亚(同上，《第五十三届会议，第六委员会》，第 20 次会议，第 61 段)；以及亚非法协秘书长的发言(同上，第 17 次会议，第 45 段)。

[84] 瑞典(代表北欧各国)(《大会正式记录，第五十三届会议，第六委员会》，第 17 次会议，第 4 和第 6 段)；德国(同上，第 18 次会议，第 23 段)；印度(同上，第 21 次会议，第 33 段)；希腊(同上，第 22 次会议，第 44 段)；巴林(同上，《第五十四届会议，第六委员会》，第 28 次会议，第 54 段)；以及葡萄牙(同上，第 90 段)。

[85] 联合王国(《大会正式记录，第五十三届会议，第六委员会》，第 14 次会议，第 15 段)；日本(同上，第 17 次会议，第 26 段)；意大利(同上，第 18 次会议，第 33 段)；突尼斯(同上，第 57 段)；智利(同上，《第五十四届会议，第六委员会》，第 16 次会议，第 2 段)；美国(同上，第 19 次会议，第 32 段和第 25 次会议，第 83 和第 85 段)；斯洛文尼亚(同上，第 22 次会议，第 35 段)；波兰(同上，第 25 次会议，第 110 段)；伊朗伊斯兰共和国(同上，第 26 次会议，第 69 段)；塞浦路斯(同上，第 86 段)；以及科威特(同上，第 28 次会议，第 87 段)。

取的形式。[86] 令人高兴的是，这项工作似乎使就这个问题发表意见的国家信从，没有人对所选定的形式提出激烈批评。

36. 但是，有两个国家认为草案太过详细；[87] 另一个国家则认为最后目标应为拟订一项公约草案；[88] 国际法委员会虽然从未当场反驳该项意见，但它不符合委员会大多数委员的想法，[89] 而特别报告员亦对该项意见持严重保留态度。另外一个国家建议草案以示范声明作为补充，[90] 其中似乎不仅包括委员会所设想的示范条款，[91] 而且也包括接受、反对保留和解释性声明及对保留和解释性声明的其他回应的范例(类似欧洲委员会的设想)；[92] 这项建议似乎值得考虑。

37. 更具体而言，关于委员会 1998 年和 1999 年所进行的“定义”工作，就这个问题发表意见的代表团大多认为这项工作有用，甚至十分重要，[93] 但也有些代表团认为在这个问题上不应耗费太多时间。[94] 这项结论是显而易见的；[95] 但正如若干代表和特别报告员在向第六委员会讲话时再次指出的，按照 1997 年开始的可喜做法，[96] 不应把保留的定义与保留的可允许性相混淆。只有明确确定某一单方面声明是否构成保留，才可能对其适用 — 或不适用 — 保留的法律制度，进而评价其可允许性。[97]

38. 这也是为什么几乎所有代表团都支持特别报告员的打算，[98] 即结合保留界定解释性声明并平行地研究适用于两者的法律制度。[99]

㈡ 对准则草案的意见

39. 关于所通过的准则草案，许多代表团 [100] 予以整体核准，但也有一些代表团对之提出批评(一般都是对细节的批评)，或是提出一些值得注意的起草建

---

[86] 法国(《大会正式记录，第五十三届会议，第六委员会》，第 16 次会议，第 65 段和同上，《第五十四届会议，第六委员会》，第 24 次会议，第 38 段)以及尼日尔(同上，第 25 次会议，第 104 段)反对使用“准则”一语，认为应使用“方针”一语；特别报告员认为无需做这种措辞上的改动。

[87] 日本(《大会正式记录，第五十四届会议，第六委员会》，第 25 次会议，第 15 段)；以及奥地利(同上，第 27 次会议，第 17 段)。

[88] 委内瑞拉(《大会正式记录，第五十四届会议，第六委员会》，第 27 次会议，第 13 段)。

[89] 见《1995 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 122-123 页，第 467-470 段和第 124 页，第 483 和第 487 段。

[90] 克罗地亚(《大会正式记录，第五十四届会议，第六委员会》，第 25 次会议，第 50 段)。

[91] 见《1995 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 124 页，第 487 段。

[92] 见下文第 54-56 段。

[93] 奥地利(《大会正式记录，第五十三届会议，第六委员会》，第 15 次会议，第 16 段)；意大利(同上，第 18 次会议，第 33 段)；突尼斯(同上，第 57 段)；以及斯洛文尼亚(同上，第 22 次会议，第 41 段)。

[94] 特别见联合王国(同上，第 14 次会议，第 15 段)和 1999 年 11 月 2 日联合王国声明附件，其中表示联合王国比以前任何时候都更相信这项工作(讨论定义)不必要地消耗委员会的时间，使它无法处理各国需要指引的一些主要问题；另见德国(同上，《第五十四届会议，第六委员会》，第 25 次会议，第 16 段)；瑞典(代表北欧各国) (第 24 次会议，第 47 段)；以及大会第五十四届会议期间第六委员会讨论情况专题摘要(A/CN.4/504)，第 87-88 段。

[95] 特别报告员愿意承担《实践指南》编制工作延误方面自己的那份责任。但在“自辩”中，他指出，除了委员会秘书处的协助(他非常欢迎这方面的协助)外，他没有得到任何其他协助，同时，由于秘书处工作很重，也不可能要求它过份协助；此外，这个主题确实非常麻烦复杂。

[96] 1998 年 11 月 4 日的发言(《大会正式记录，第五十三届会议，第六委员会》，第 20 次会议，第 73-84 段)。

[97] 见上文第 30 段和脚注 72。

[98] 见上文第 31 段。

[99] 瑞典(代表北欧各国) (《大会正式记录，第五十三届会议，第六委员会》，第 17 次会议，第 5 段)；德国(同上，第 18 次会议，第 24 段)；委内瑞拉(同上，第 30 段)；意大利(同上，第 33 段)；突尼斯(同上，第 57 段)；斯洛文尼亚(同上，第 21 次会议，第 5 段)；斯洛伐克(同上，第 22 次会议，第 41 段)；希腊(同上，第 45 段)；波斯尼亚和黑塞哥维那(同上，第 47 段；大韩民国(同上，第 49 段)；尼日尔(同上，《第五十四届会议，第六委员会》，第 25 次会议，第 105 段)；以及瑞士(同上，第 28 次会议，第 104 段)。只有联合王国似乎对此点表示怀疑(同上，《第五十三届会议，第六委员会》，第 14 次会议，第 15 段)。

[100] 美国(《大会正式记录，第五十三届会议，第六委员会》，第 14 次会议，第 52 段)；阿根廷(同上，第 15 次会议，第 98 段)；阿尔及利亚(同上，第 20 次会议，第 62 段)；斯洛文尼亚(同上，第 21 次会议，第 5 段)；印度(同上，第 34 段)；印度尼西亚(同上，《第五十四届会议，第六委员会》，第 22 次会议，第 39 段)；以及瑞典(代表北欧各国)(除准则 1.1.3 外)(同上，第 24 次会议，第 46 段)。

议。[101] 这里不可能把所有意见都反映出来，下文只能把一些与委员会工作(一读通过《实践指南》)有直接关系的批评和意见扼要陈述。[102]

40. 关于准则 1.1,该准则的一个值得注意之处是，它汇集了 1969 年和 1986 年《维也纳公约》所载的保留定义；令人欣慰的是，大多数发言者都赞同通过这项一般性定义时所采用的综合方法。[103] 有三个代表团提出对准则 1.1 的修正案，主张用“限制”或“约束”取代“更改”一词，[104] 或提到准则 1.1.1。[105] 但是，如同一个代表团和特别报告员所指出的，这样做相当于更改维也纳定义，[106] 那是委员会决定尽可能避免的情况。[107]

41. 不过，若干代表团提请注意国家继承现象在对条约的保留的法律制度方面引起的问题，包括定义本身。[108] 它们同意这个问题可在委员会从这个角度处理保留问题时再予讨论；委员会打算在《实践指南》中另订专章处理这一问题。[109]

42. 有一个代表团原先似乎对准则草案 1.1.1 所指“全面”保留的可能性有所怀疑，[110] 但它后来表示，对 1999 年通过的重新措辞的草案感到满意。[111] 一般而言，特别报告员认为在澄清方面发挥重要作用的这份案文在 1998 年 [112] 和 1999 年 [113] 通过的最初版本都获得了赞同；不过，若干代表团告诫不要采用需以具体规则加以制约的做法，[114] 委员会将来处理保留的可允许性这个关键问题时定然必须考虑此点。

43. 除了有可能需要在国家继承的情况下提到继承通知之外，[115] 准则草案 1.1.2 获得一致赞同。[116] 准则 1.1.4[117] 和 1.1.7 也是一样，而且许多代表团在表示赞同的同时，都明确承认了其为逐渐发展国际法所做出的贡献。[118]

---

[101] 一再修正所通过的准则将大大拖慢委员会的工作，除此之外，按照目前的做法，委员会只能在二读时才可具体地考虑到这些意见。不过，这些意见对委员会的后续工作、甚至一读都具有很大价值。

[102] 第六委员会就国际法委员会报告所进行讨论的专题摘要很宝贵，这些摘要全面概述各国对每项准则所采取的立场(见 A/CN.4/496, 第 155-174 段和 A/CN.4/504, 第 92-114 段)。

[103] 除其他外，见捷克共和国(《大会正式记录，第五十三届会议，第六委员会》，第 16 次会议，第 77 段)；委内瑞拉(同上，第 18 次会议，第 29 段)；突尼斯(同上，第 57 段)；希腊(同上，第 22 次会议，第 45 段)；以及波斯尼亚和黑塞哥维那(同上，第 47 段)；另见上文脚注 80 和 81。

[104] 法国(《大会正式记录，第五十三届会议，第六委员会》，第 16 次会议，第 66 段)；以及瑞士(同上，第 20 次会议，第 66 段)。

[105] 危地马拉(《大会正式记录，第五十四届会议，第六委员会》，第 25 次会议，第 43 段)。

[106] 墨西哥(同上，第 18 次会议，第 16 段)和佩莱先生(同上，第 20 次会议，第 74-75 段)。

[107] 见上文注 69。

[108] 捷克共和国(《大会正式记录，第五十三届会议，第六委员会》，第 16 次会议，第 81-83 段)；斯洛文尼亚(同上，第 21 次会议，第 5 段和《第五十四届会议，第六委员会》，第 22 次会议，第 35 段)；瑞士(同上，《第五十三届会议，第六委员会》，第 20 次会议，第 67 段)；波斯尼亚和黑塞哥维那(同上，第 22 次会议，第 47 段)；以及克罗地亚(同上，《第五十四届会议，第六委员会》，第 25 次会议，第 52 段)。

[109] 见第二次报告(《1996 年……年鉴》[英](上文脚注 16)，第 48-49 页，第 37 段和第 50 页，第 46 段)。

[110] 捷克共和国(《大会正式记录，第五十三届会议，第六委员会》，第 16 次会议，第 78 段)。

[111] 1999 年 11 月 3 日(同上，《第五十四届会议，第六委员会》，第 25 次会议，第 79 段)。

[112] 见法国(同上，《第五十三届会议，第六委员会》，第 16 次会议，第 67 段)和墨西哥(同上，第 18 次会议，第 16 段)。

[113] 见意大利(同上，《第五十四届会议，第六委员会》，第 24 次会议，第 26 段)；法国(同上，第 39 段)；波兰(同上，第 25 次会议，第 111 段)以及希腊(同上，第 28 次会议，第 7-8 段)。

[114] 法国(同上，第 24 次会议，第 39 段)；另见布基纳法索(同上，第 26 次会议，第 46 段)。

[115] 捷克共和国(同上，《第五十三届会议，第六委员会》，第 16 次会议，第 82 段)；瑞士(同上，第 20 次会议，第 67 段)以及波兰(同上，《第五十四届会议，第六委员会》，第 25 次会议，第 112 段)；另见上文脚注 108。

[116] 除其他外，见法国(同上，《第五十三届会议，第六委员会》，第 16 次会议，第 68 段)；墨西哥(同上，第 18 次会议，第 16 段)；委内瑞拉(同上，第 29 段)以及巴林(同上，第 21 次会议，第 17 段)。

[117] 除其他外，见巴林(同上，第 18 段)和希腊(同上，第 22 次会议，第 46 段)。

[118] 除其他外，见捷克共和国(同上，第 16 次会议，第 84 段)；墨西哥(同上，第 18 次会议，第 18 段)；意大利(同上，

44. 准则草案 1.1.3 获得了普遍赞同，[119] 但在某些情况下需作若干措辞上的改动。[120] 有一个代表团想知道将准则草案的范围扩展到殖民主义情况之外是否合适；[121] 另有两个代表团对所选解决办法的依据，尤其是普遍适用此项办法的可能性表示怀疑。[122]

45. 准则草案 1.1.5 和 1.1.6 涉及一国打算借以增加其从条约取得的权利或以相当方式免除其义务的单方面声明，准则草案 1.4.1 和 1.4.2 涉及旨在作出单方面承诺或增添条约内容的单方面声明(委员会曾就此进行广泛辩论)。奇怪的是，这些准则没有引起各国特别多的评论。[123] 至多可以说，虽然有些国家在 1998 年认为，对于“广泛保留”的问题应予明确处理，以避免任何含糊之处，[124] 但其他一些国家则认为这是一个理论问题。[125]

46. 自 1998 年以来，若干国家支持特别报告员对解释性声明的定义所持的立场。[126] 这是委员会工作的一个重要方面，1999 年，在第六委员会上，各国代表团对国际法委员会所采取的立场并无任何异议，它们赞同在《实践指南》中界定解释性声明的决定以及所选定义，[127] 该定义仅做过一些微小改动 [128] 或者说附有准则 1.3 所载的区别标准。[129]

第 34 段)；瑞士(同上，第 20 次会议，第 69 段)；巴林(同上，第 21 次会议，第 18 段)以及希腊(同上，第 22 次会议，第 46 段)。中国提请注意撤回和更改联合提出的保留和解释性声明所引起的问题(同上，《第五十四届会议，第六委员会》，第 25 次会议，第 101 段)；这个问题在本报告第二部分有所述及。

[119] 除其他外，见法国(同上，《第五十三届会议，第六委员会》，第 16 次会议，第 68 段)；墨西哥(同上，第 18 次会议，第 17 段)；意大利(同上，第 34 段)；巴林(同上，第 21 次会议，第 17 段；但巴林代表团对评注中的一点——法国(同上，第 16 次会议，第 68 段)明确表示赞同— 持保留意见，这就要求在审议本报告有关提出保留的部分时予以进一步研究)；以及希腊(同上，第 22 次会议，第 46 段)。

[120] 瑞士(同上，第 20 次会议，第 68 段)；波兰(同上，《第五十四届会议，第六委员会》，第 25 次会议，第 113 段)。

[121] 墨西哥(同上，《第五十三届会议，第六委员会》，第 18 次会议，第 17 段)；墨西哥表示这项意见亦适用于准则草案 1.1.4(同上)。

[122] 瑞典(代表北欧各国) (同上，《第五十四届会议，第六委员会》，第 24 次会议，第 46 段)；以及西班牙(同上，第 26 次会议，第 2 段)；此外，联合王国在 1999 年公开辩论期间并没有再次提出此点，但它在 1999 年 7 月向特别报告员提出一份很长的、论据充分的说明，题目是“国际法委员会一读暂时通过的对条约的保留准则草案”；在该说明中，联合王国得出结论认为，国家实践违背了委员会所采取的以下立场：把旨在排除整个条约对非本土领土适用的单方面声明包括在内。这份说明很迟才交给特别报告员，因此无法在委员会 1999 年讨论中使用，将来在《实践指南》二读时应能发挥重要作用。

[123] 见上文第 22 段。

[124] 见法国(《大会正式记录，第五十三届会议，第六委员会》，第 16 次会议，第 69 段)；以及瑞士(同上，第 20 次会议，第 70 段)。瑞士坚持认为准则 1.1.5 是有用的，但对准则 1.1.6 则有所保留；另见瑞士(同上，《第五十四届会议，第六委员会》，第 28 次会议，第 102 段)。

[125] 奥地利(同上，《第五十三届会议，第六委员会》，第 15 次会议，第 16 段)；瑞典(代表北欧各国) (同上，第 17 次会议，第 4 段)；俄罗斯联邦(同上，《第五十四届会议，第六委员会》，第 26 次会议，第 57 段，仅涉及准则 1.1.6)；危地马拉认为准则 1.1.5 只是列述了显见的情况(同上，第 25 次会议，第 45 段；另见《第五十三届会议，第六委员会》，第 20 次会议，第 42 段)。许多国家认为旨在作出单方面承诺的声明(准则 1.4.1)实际上构成单方面行为(见意大利(同上，《第五十四届会议，第六委员会》，第 24 次会议，第 28 段)；突尼斯(同上，第 25 次会议，第 29 段)；委内瑞拉(同上，第 27 次会议，第 13 段)；奥地利(同上，第 17 段)；以及巴林(同上，第 28 次会议，第 58 段))；特别报告员也认为如此(见第三次报告(《1998 年……年鉴》[英](上文脚注 3)，第 258 页，第 212 段，准则草案 1.1.5))。

[126] 墨西哥(《大会正式记录，第五十三届会议，第六委员会》，第 18 次会议，第 15 段)；以及希腊(同上，第 22 次会议，第 45 段)。

[127] 除其他外，见智利(同上，《第五十四届会议，第六委员会》，第 16 次会议，第 5 段)；意大利(同上，第 24 次会议，第 29 段)；法国(同上，第 41 段)；克罗地亚(同上，第 25 次会议，第 53 段)；波兰(同上，第 114 段)；以及委内瑞拉(同上，第 27 次会议，第 13 段)。

[128] 见危地马拉的评论(同上，第 25 次会议，第 48 段)，它认为“赋予”二字过于着重声明者的主观性；大韩民国的评论(同上，第 95 段)，它认为应反过来表述保留的定义；法国的评论(同上，第 24 次会议，第 41 段)；以及瑞士的评论(同上，第 28 次会议，第 103 段)，它建议恢复时间上的限制。

[129] 同样的，有关解释性声明的措辞和名称的准则 1.3.2 几乎没有遇到反对。

47. “纯粹”的解释性声明与有条件的解释性声明之间的区别获得了各国核准。[130] 若干国家认为有条件的解释性声明相比纯粹的解释性声明更近似于保留，[131] 其他一些国家则坚持认为这是两个不同的概念。[132]

48. 在第六委员会上，相当多的代表团对 1.4 节所载准则草案或其评注提出了或一般性或详细的意见。[133] 委员会对关于不承认声明的准则 1.4.3 有重大不同意见，[134] 但该准则的实质性内容已获所有发言国核准，[135] 尽管其中有一个国家认为，既然某些声明不构成保留，这项规定就不应列入《实践指南》。[136]

49. 关于对双边条约的“保留”，特别报告员提议并经委员会 1999 年通过的草案案文 [137] 已获一致核准，[138] 其中仅做了一些细微改动。

50. 若干就关于“保障”的准则草案 1.6(定义的范围)发表评论的代表团也核准了这些准则。[139]

B. 其他机构的行动

51. 特别报告员在第三次报告中促请注意与国际法委员会保持合作关系的两个机构所采取的行动，这些行动表明它们对于对条约的保留这一专题也感兴趣。这两个机构是欧洲委员会和亚非法协，[140] 它们在 1998 至 1999 年继续审议这个专题。

52. 关于亚非法协，第三次报告指出，该委员会于 1998 年 4 月 13 日至 18 日在新德里举行第三十七届会议，会议特别审议了对条约的保留问题。[141] 届会期间，还于 1998 年 4 月 14 日举行一次特别会议，专门讨论对条约的保留。

53. 这次特别会议的报告员是卡米尔先生，他在其所编制的报告 [142] 中指出，与会者特别关注国际法委员会 1997 年通过的初步结论。[143] 审议工作达成了如下一致意见：

(*a*) 1969 年《维也纳公约》规定的保留制度被证明是有效的，无需加以修改；

(*b*) 特别是，该制度具有充分灵活性，能以令人满意的方式，确保国家提出保留的权利，以及对条约目的和宗旨的必要保护；

---

[130] 只有日本批评说这似乎使问题复杂化，没有什么必要(《大会正式记录，第五十四届会议，第六委员会》，第 25 次会议，第 15 段)。

[131] 见大韩民国(同上，第 96 段)，以及西班牙(同上，第 26 次会议，第 3 段)。瑞士认为这要以后才能决定(同上，第 28 次会议，第 104 段)。

[132] 见以色列(同上，第 25 次会议，第 75 段)；捷克共和国(同上，第 81 段)和中国(同上，第 100 段)。

[133] 见 A/CN.4/504(上文脚注 94)，第 109-113 段。

[134] 见上文第 25 段和第四次报告(《1999 年……年鉴》[英](上文脚注 1)，第 135-137 页，第 44-54 段)。

[135] 法国(《大会正式记录，第五十四届会议，第六委员会》，第 24 次会议，第 42 段)；捷克共和国(同上，第 25 次会议，第 81 段)；波兰建议这种声明的效力问题应由委员会在单方面行为的框架内审议(同上，第 115 段)；以及西班牙(同上，第 26 次会议，第 2 段)。

[136] 以色列(同上，第 25 次会议，第 77 段)；反对意见：中国(同上，第 102 段)。

[137] 见阿根廷(同上，《第五十三届会议，第六委员会》，第 15 次会议，第 98 段)；以及委内瑞拉(同上，第 18 次会议，第 30 段)。

[138] 包括美国(同上，《第五十四届会议，第六委员会》，第 25 次会议，第 87 段)应注意到这一事实，因为该国在这方面的实践很多。另见匈牙利(同上，第 24 次会议，第 37 段)；法国(同上，第 44 段)；捷克共和国(同上，第 25 次会议，第 82 段)；尼日尔(同上，第 106 段)；波兰(同上，第 116 段)；以及西班牙(同上，第 26 次会议，第 4 段)；西班牙指出草案 1.5.1 的标题不大令人满意不是没有理由的。

[139] 法国(同上，《第五十三届会议，第六委员会》，第 16 次会议，第 70 段)；以及新加坡(同上，第 19 次会议，第 27 段)；巴林则认为该问题不能与保留可允许性问题分开审议(同上，第 21 次会议，第 19 段)；关于这一方面，见上文第 27 段。危地马拉建议扩大这项规定的范围(《第五十四届会议，第六委员会》，第 25 次会议，第 47 段)。

[140] 《1998 年……年鉴》[英](见上文脚注 3)，第 233 页，第 27-30 段。

[141] 同上，第 30 段。

[142] 《亚非法协公报》，第 22 卷，第 1 期，(新德里，1998 年 6 月)，第 12-18 页。这份文件也摘述了国际法委员会报告中关于保留问题的部分。

[143] 见上文第 8 段。

(*c*) 不宜在适用于各类条约(包括人权条约)的制度中作出区分；因此

(*d*) 大多数与会者反对初步结论的第 5 段。[144]

54. 另一方面，欧洲委员会部长委员会设立的对国际条约的保留问题专家组(DI-S-RT)[145] 继续开展工作，举行几次会议后，取得了重要进展。于 1998 年 9 月 14 日至 16 日在巴黎举行的一次会议中，专家组与特别报告员就国际法委员会的工作进展情况扼要交流了意见，并听取了欧洲委员会人权主任、对条约的保留问题知名专家皮埃尔-亨利·安贝尔先生的陈述。[146] 专家组还审议了瑞典编写的《反对不允许的对国际条约的保留的示范反对条款》，以及荷兰提交的一项文件，题为“缔结条约进程各阶段(谈判、签署和批准)及批准后阶段关于保留的关键问题”。

55. 根据这个专家组(后来改为对国际条约的保留问题专家组(DI-E-RIT))的建议，欧洲委员会部长委员会于 1999 年 5 月 18 日通过了关于如何应对对国际条约作出不允许的保留的第 R(99)13 号建议；委员会要求各成员国政府遵循该建议所附的《应对非特异性保留的示范条款》。[147]

56. 专家组第二次会议 [148] 讨论了国际法委员会关于保留问题的报告，[149] 并围绕荷兰提交的关于对国际条约提出保留的若干关键问题的文件(新版本后经第三次会议 [150] 通过)，进行了一次辩论；这是一份非常实用的文件，述及若干重要问题，本报告将在其所涉及的专题下对其进行讨论。此外，在这几次会议上，专家组也作为对国际条约的保留问题欧洲观察站，审议了一份对国际条约的保留和声明清单，并对其中一些保留和声明的合法性表示怀疑。

C. 第五次报告概略

57. 在结束审议关于对条约的保留的第一次报告时，特别报告员总结说：

(*b*)[151] 委员会应努力通过一项保留意见方面的实践指南。根据委员会的章程和一贯惯例，该指南宜采取条文草案形式，其条款加上评注，应成为各国和各国际组织在保留意见方面的指导原则；上述条款在必要时应配以条文范本；

(*c*) 对上述安排的解释应具灵活性，如委员会认为必须对之作出重大调整时，将就其工作可能采取的形式向大会提出新的建议；

(*d*) 委员会一致同意，1969 年、1978 年和 1986 年《维也纳公约》有关条款不应改动。[152]

58. 上述结论得到第六委员会和国际法委员会的普遍赞同，在审议第二次和第三次报告时没有人对这些结论提出质疑。[153] 特别报告员认为，这些结论应构成据以审议这项专题的一般准则。

59. 本报告系按照关于对条约的保留的第三次报告所述的一般方法编写。[154] 这个方法是：

(*a*) 经验式(特别报告员无法如愿系统地分析有关这个专题的大量文件 [155])；

---

[144] 《亚非法协公报》(见上文脚注 142)，第 15-17 页。

[145] 见第三次报告(《1998 年……年鉴》[英](上文脚注 3)，第 233 页，第 28 段)。

[146] 见欧洲委员会，公法顾委，DI-S-RIT (98) 9/CADHI (98) 23 号文件；该文件清楚地说明了“斯特拉斯堡办法”，并讨论这个办法可否普遍适用。

[147] 后面将有一份报告来讨论这些示范应对条款。

[148] 1999 年 9 月 6 日在法国斯特拉斯堡举行；见欧洲委员会，公法顾委，DI-E-RIT (99) 9 rev 号文件。

[149] 并对国际法委员会目前关于这个主题的工作进展情况表示关注：见上文脚注 95。

[150] 2000 年 3 月 10 日在柏林举行。所通过文件现在的标题为“有关对国际条约的保留的实际问题”(DI-E-RIT (2000) 2, 附录 3)。

[151] (*a*)项涉及对专题标题的修正，原标题是“与对条约的保留有关的法律和实践”。

[152] 《1995 年……年鉴》(见上文脚注 5)，第 124 页，第 487 段。

[153] 《1997 年……年鉴》[英](见上文脚注 17)，第 52-53 页，第 116-123 段。

[154] 《1998 年……年鉴》[英](见上文脚注 3)，第 233-235 页，第 31-41 段。

[155] 见上文脚注 95。

(*b*) “维也纳式”(推理的出发点始终是 1969 年、1978 年和 1986 年三项《维也纳公约》，尽量系统地阐述其案文、编制工作、缺陷和实施问题)；以及

(*c*) “综合式”—— 各项《维也纳公约》相关规定被尽可能地综合成为单项准则，载列于《实践指南》各条起首处。

60. 第三次报告专门讨论保留的定义，它涵盖第二次报告第一章所提出暂定研究计划第二部分的主要内容。[156] 但由于种种原因，所拟订款项的两个被省略了，那就是“保留与旨在调整条约的适用的其他程序的区分”和“解释性声明的法律制度”。

61. 省略第二项是故意的。如特别报告员在第三次报告中指出的，[157] 解释性声明的法律制度引起十分复杂的问题，国际法委员会解决这些问题需要很多时间，会因此推迟有关保留问题的讨论。由于适用于解释性声明的规则必须比照保留相关规则加以拟订，这似乎使得上述办法显得更加不合理。在涉及有条件的解释性声明时尤其如此，因为在这种情况下，把这些声明视为“准保留”无疑并不为过；[158] 而且对于这些声明应在何种程度上遵循适用于保留的法律制度以及在何种程度上应与这种法律制度相区分(如果需要区分(区分并不是确定的)，必须加以确定。因此，特别报告员在第三次报告中指出，他打算有系统地提出《实践指南》关于解释性声明的法律制度的准则草案，并同时提出与保留有关的相应规定。[159] 这项建议获得国际法委员会中就该问题发表意见的委员 [160] 以及第六委员会 [161] 的赞同。因此，本报告及其后的报告都会这样做。

62. 第三次报告提到的第二项省略纯属偶然，只是因为时间不够，同时，第三次报告并未就保留与旨在更改条约适用范围的其他程序之间的区分发表评论。因此，这个问题将被作为本报告第一章的主题。

63. 按照上述暂定计划的安排，[162] 下文各章将分别论述提出和撤回保留；提出对保留的接受；提出和撤回对保留的反对以及适用于解释性声明的对应规则。

64. 此外，如果时间允许，特别报告员将在本报告最后一章概述保留(和解释性声明)及接受和反对保留(和解释性声明)的效果所引起的一系列问题。

65. 因此，本报告将按以下大纲编写：

(*a*) 第一章：保留和解释性声明的替代办法；

(*b*) 第二章：保留和解释性声明的提出、更改和撤回。

---

[156] 《1996 年……年鉴》[英](见上文脚注 16)，第 48 页，第 37 段。

[157] 《1998 年……年鉴》[英](见上文脚注 3)，第 235 页，第 45 段。

[158] 见第三次报告中关于这个问题的讨论情况(同上，第 271-274 页，第 306-327 段；第 275-276 页，第 337-339 段和第 280-281 页，第 381-391 段；另见卡特卡先生(《1998 年……年鉴》[英]，第一卷，第 2552 次会议，第 225 页，第 24-27 段)、伊留埃卡先生(同上，第 226-227 页，第 39-43 段)、阿多先生(同上，第 227 页，第 44 段)、加亚先生(《1999 年……年鉴》[英]，第一卷，第 2582 次会议，第 105-106 页，第 46-47 段)、埃拉拉比先生(同上，第 2583 次会议，第 109-110 页，第 23 段)和卡姆托先生(同上，第 110 页，第 24 段)的意见。

[159] 《1998 年……年鉴》[英](见上文脚注 3)，第 235 页，第 46 段。

[160] 《1998 年……年鉴》[英]，第一卷，第 2552 次会议。见布朗利先生(第 225 页，第 32 段)、辛马先生(第 226 页，第 37 段)、巴哈纳先生(第 227 页，第 45 段)、埃多西亚·萨卡萨先生(第 46 段)、伊科诺米季斯先生(第 47 段)、本努纳先生(第 48 段)和加利茨基先生(第 49 段)的发言；另见《1998 年……年鉴》[英]，第二卷(第二部分)，第 98 页，第 533-539 段。

[161] 见上文第 38 段。

[162] 见上文脚注 156。

第 一 章

保留和解释性声明的替代办法

66. 特别报告员在其第一次报告中提到一些问题，这些问题产生于对条约的几种具体处理方式。这些方式似乎是保留的“竞争者”机制。如此类机制一样，这些处理方式“旨在修改对条约的加入，但也如前者一样，威胁着有关公约的普遍性(附加议定书、双边化、对某些条款有选择地接受，等等)”。[163]

67. 如第二次报告所述，将对保留定义问题的审议与对其他程序的审议联系起来似乎是有用的，因为虽然这些程序并不构成保留，但它们与保留一样，“就目的和效果而言都使各国能够调整它们是缔约国的条约所产生的义务；它涉及除保留外的其他办法，而且在某些情况下，诉诸这类程序可能可以克服与保留有关的若干问题”。[164]

68. 本章专门探讨这方面的审议，其目的有二。[165] 首先，这种程序可以促进适用于保留的法律的逐步发展。其次，其中有些程序与保留很接近，因此产生是否不应简单地将其视为与保留相同的问题——这也是关于这些程序的说明应与保留的定义联系起来的原因。准则草案是为了便于在严格意义上区分这种程序与保留，从而补充有关的讨论。兹建议将这些程序列入《实践指南》内关于“定义”的第一节，以使其变得完善。

69. 解释性声明方面也比照出现了同样问题。

70. 为方便起见，最简单的做法可能是首先简略说明旨在更改一项条约所产生义务或澄清对条约的解释的许多处理办法(A 节)；其二，将《实践指南》中已予通过的准则草案所界定的保留与其他替代程序进行更具体的比较(B 节)。

A. 更改或解释条约义务的不同程序

71. 《实践指南》1.1 和 1.2 节所定义的保留或解释性声明，都不是供缔约方更改条约各项规定的效力(第一种情况)和阐明其意义(第二种情况)的唯一方法。

1. 更改条约的效力的不同程序

72. 常设国际法院在其第一项判决中大有理由拒绝

> 认为一国缔结一项承诺实施或不实施某项行为的条约即意味放弃其主权。产生这种义务的任何公约无疑对一国主权权利的行使施加限制，因为它要求这种权利须以某种方式行使。但是作出国际承诺的权利是国家主权的特点。[166]

73. 事实上，缔约方一旦自愿同意缔结条约，条约即表明是“自设的圈套”，国家(或国际组织)仅在非常严格和鲜能达到的条件下——如 1969 年《维也纳公约》详尽编列的条件，[167] 才能“摆脱义务”。

74. 为避免这种圈套，或起码减轻其严重程度，国家和国际组织都应尽力通过限制条约的义务，保留其行动自由。虽然这样做有可能破坏法律保障制度，但“对外交人员和政治家来说，最理想的无疑是无约束力的义务”。[168]

---

[163] 《1995 年……年鉴》(见上文脚注 2)，第 150 页，第 149 段；另见第 145-147 段(同上，第 149-150 页)。

[164] 《1996 年……年鉴》[英](见上文脚注 16)，第 49 页，第 39 段。

[165] 在这方面，见 Spiliopoulou Äkermark 对欧洲委员会内部缔结的条约采取的处理方法，“在欧洲委员会范围内缔结的条约的保留条款”，第 506 页。

[166] “温布尔登号”轮船案，1923 年的判决，《常设国际法院汇编》，A 辑，第 1 号，第 25 页。

[167] 见 1969 年《维也纳公约》第四十二条第二项。

[168] 维拉利，“在实践中使用的限制条约约束力的手段”，第 7 页。

75. “各国政府所关注的是保存其拒绝或通过[和调整]法律的能力(这种关注是最起码的守势关注)”，[169] 特别在两种情况下会表示这种关注：当有关条约涉及特别敏感的事项或包含特别严格的义务，[170] 或当它对那些情况有巨大差异而统一规则不一定能满足需要的国家加以约束时。基于这种考虑，《国际劳工组织章程》撰写人指出：

> 大会在草拟普遍适用的公约或建议书时，应适当考虑到，在某些国家中，因气候差异、产业组织发展不完善或其他特殊情况而使产业条件有很大差异，并应提出它认为需要的变通办法，以适应此类国家情况。[171]

76. 劳工组织根据下面这项规定拒绝准许对各项国际劳工公约提出保留：

> 这样做意味着，和平条约拟订者将这项事先考虑每一国特殊情况的义务施加于大会，是为了防止国家在一项公约通过后提出以一种未请大会裁定的特殊情况。[172]

除程序不同之外，与保留的情况一样，其目的是：

> 保护条约基本目的和宗旨的完整性，并同时尽量争取最多国家加入为缔约方，即使这些国家无法承担全部义务。[173]

狭义的保留和本章所述的替代程序都是为了使两个目标趋于一致。

77. 保留是达成这种一致的手段之一，[174] 但远非“能够改变对缔约方适用的条约内容而不损及条约的目的和宗旨的唯一程序”。[175] 许多其他程序也被采用。

78. 有些学者设法将所有这些程序归纳为一个。例如，海牙国际私法会议前副秘书长乔治·德罗建议将这些替代办法归类为保留，列在“选择权”这个单一标题下：

> 与保留一样，它们破坏了条约的统一性。但与保留不同的是，在提出保留的情况下，保留国被视为就条约的某一点而在某种程度上退出条约，选择权仅准予在条约明确指定的框架和界限内更改、扩大或阐明条约的规定。保留和选择权的目的是便利尽量多的国家加入条约，而无论其法律制度之间可能存在重大的差异和若干国家利益，但两者的手段不一样。保留是将某些规定从条约中切除的“手术性”程序，[176] 选择权则是一种倾向于“治疗”的程序，目的是使条约迎合某些特殊需要。[177]

79. “选择权”的概念虽受严厉批评，[178] 但它的好处是表明保留不是多边条约缔约方更改其规定的适用的唯一办法；由于接受条约约束的国家或国际组织的情况各不相同，因此必须有其他一些程序供其灵活适用。

80. 这些程序有其共同点，因而可以代替保留，那就是如保留一样，这些程序意图“排除或更改一项条约的某些规定”[179] 或“整个条约特定方面”适用于某些缔约方时的法律效力。[180] 但其相似之处仅此而已，将其逐一列出实在很困难，“因为在这个领域法律学者和外交人员的想象力被证明是无限的”。[181] 此外，有

---

[169] Lacharrière, *La politique juridique extérieure,* 第 31 页。

[170] 例如将国际组织“合并”的章程就是这种情况(见《建立欧洲共同体条约》；另见《国际刑事法院罗马规约》)。

[171] 第 19 条第 3 款。该条转载《协约国和参战各国对德和约》(《凡尔塞和约》)第 405 条的规定。

[172] “对一般公约提具的保留是否可以接受”，1927 年 6 月 15 日国际劳工局局长提交理事会的备忘录(国际联盟，《公报》，(1927 年 7 月))，第 883 页。另见“劳工组织的书面声明”，《国际法院书状》，对《防止及惩治灭绝种族罪公约》提出的保留案，第 224 和第 236 页。

[173] 葛姆雷，“以‘商定的保留’及其他‘代替办法’更改多边公约：对劳工组织和欧洲委员会进行的比较研究—第一部分”，第 65 页，尽管担心在措辞方面会产生混乱，这名作者根据这些相似点，在一项单一研究报告中列述了“使一国能成为一项多边公约缔约方但无须立即承担案文所载全部义务的各种方法”，同上，第 64 页。

[174] 见第二次报告，《1996 年……年鉴》[英](上文脚注 16)，第 56 页，第 90 段。

[175] Combacau 和 Sur, 《国际公法》，第 133 页。

[176] 如迄今通过的一些准则草案所示(见准则 1.1.1、1.1.3 和 1.1.6)，这是略为简化的保留的概念。

[177] “Les réserves et les facultés dans les conventions de La Haye de droit international privé”，第 383 页。

[178] 特别是 Majoros 的批评，他认为“‘选择权’只不过是一组提供各种选择的杂乱无章的规定”(“《维也纳公约》的对等制度和《海牙公约》内的保留”，第 88 页)。

[179] 见《实践指南》准则草案 1.1。

[180] 见准则草案 1.1.1。

[181] 维拉利，如上，第 6 页。

些条约还将其中一些程序合并，或将它们与保留合并，而另一方面却往往难以在它们之间作出区分。[182]

81. 但如要分类，办法也有很多。

82. 条约本身可以列明更改其中规定的法律效力的一些程序；但有些程序则在条约以外。这正是维拉利教授所采用的区分办法，他是全面研究“限制条约约束力的实际办法”的少数作者之一。一般而言，可以说，国家有两个办法可以使用。第一个办法是在界定[条约]义务的案文里作出限制。第二个办法是限制对国家施加约束的案文的适用。[183]

83. 关于这两类程序中的第一类，可提及下列各点：

(*a*) 限制条款，就义务所涵盖的领域或其有效期而言，“它们对义务作出各种例外或施加各种限制，进而限制义务的宗旨”；[184]

(*b*) 免责条款，“其目的在于在特定情况下暂停适用一般义务”，[185]其中可以提及保障条款和减损条款；[186]

(*c*) 选入[或约定受约束]条款，其定义是“缔约方须通过一项特别接受程序才能加入的条款，这种程序与加入整个条约不同”；[187]

(*d*) 选出[或约定不受约束]条款，“根据这些条款，一国如不在某段时期内表示它不想受约束，即将受以多数票通过的规则约束”；[188] 或

(*e*) 准许缔约方从几项规定中作出选择的条款；或

(*f*) 使缔约方能提出保留的保留条款，但须视情况受某些条件和限制制约。

84. 第二类程序包括使缔约方能更改条约规定的效果但在条约中却没有明白规定的所有程序，其中包括：

(*a*) 保留，提出的方式在其适用的文书内未予规定或未予管制；

(*b*) 暂停实施条约，[189] 1969 年和 1986 年《维也纳公约》第五编详细开列了暂停实施的原因，特别是情势变迁[190] 和不履行契约[191] 原则的适用；

(*c*) 条约修正案，不一定对所有缔约方施加约束；[192]

(*d*) 议定书或协定，其目的(或效果)是补充或更改一项多边条约，但仅在某些缔约方之间适用，[193] 其中包括在“双边化”框架内。[194]

85. 在后几项更改程序中，头两项是源自一般国际条约法的单方面程序；后两项源自条约通过后所有缔约方或其中某些缔约方联合提出的倡议。

---

[182] 同上，第 17 页。

[183] 同上，第 8 页。

[184] 同上，第 10 页。这种概念相当于希金斯所定义的“收回条款”：“‘收回条款’是指在正常情况下准许以若干特定的公开理由违背一项义务的条款”(“人权条约下的义务减损”，第 281 页)；另见 Ouguergouz, “L’absence de clause de dérogation dans certains traités relatifs aux droits de l’homme：les réponses du droit international général”，第 296 页。其他学者提出一项更具限制性的定义；根据 Gittleman 的意见，收回条款指“规定一国有权在国内法所准许的范围内对赋予的权利加以限制”的条款(“《非洲人权和人民权利宪章》”，第 691 页，引述于 Ergec, *Les droits de l’homme à l’épreuve des circonstances exceptionnelles： étude sur l’article 15 de la Convention européenne des droits de l’homme,* 第 24 页)。

[185] 维拉利，如上，第 12 页。

[186] 见下文第 138-139 段。

[187] 维拉利，如上，第 13 页。

[188] 西马，“From bilateralism to community interest in international law”，第 329 页；另见 Tomuschat, “Obligations arising for States without or against their will”，第 264 页及以下各页。

[189] 终止条约与此不同；终止条约即结束条约关系(见下文第 133 段)。

[190] 见 1969 年和 1986 年《维也纳公约》第 62 条。

[191] 同上，第 60 条。

[192] 同上，第 40 条第 4 款和第 30 条第 4 款。

[193] 同上，第 41 条。

[194] 见下文第 120-130 段。

86. 事实上，更改条约义务的各种办法还有许多其他可能的分类。

87. 例如，可以按照所用的程序分类。有些程序以条约为依据，由拟对其效力加以更改的条约(限制条款或修正案就属这种情况)或另一条约(议定书)加以规定。其他程序是单方面的(在条约未提及的情况下提出的保留、暂停实施条约的规定)。大多数程序是“混合采用”的，即条约已予规定，但须经“接受”国发表单方面声明才付诸执行(条约规定的保留，包括“商定的保留”、[195] 按照免责条款提出的单方面声明、[196] 选入或选出条款或可从条约规定中作出选择的条款)。

88. 在大多数情况下，这些程序旨在代表一个或多个缔约国对条约原则上施加的义务作出限制。这不仅是保留 [197] 的目的，也是限制条款或免责条款的目的。但是，它们也会增加这种义务，选入条款已表明这一点。上述其他程序在这方面是“中立”的，因为就个别情况(对条约规定作出选择、修正案、议定书)而言，它们的意图可能是限制义务，也可能是增加义务。

89. 最后，在这些不同的程序中，有些是“对等的”，其意图不仅是更改“接受国”适用条约某些规定时的效果，而且更改其他缔约方对该国适用这些规定时的效果。在某些情况下，根据 1969 年和 1986 年《维也纳公约》第 21 条作出的保留就是这样；一般而言，限制条款、修正案和议定书的情况也是这样(除非它们明确规定了歧视性制度)。另一方面，根据免责条款(减损条款或保障条款)作出的声明本质上是非对等的(虽然条约可能明白作出相反的规定 [198])。选入或选出机制或准予缔约方作出选择的规定在这方面会产生一些值得注意的问题(其中一些问题将在下文第 2 节详述)，但一般而言，可以认为这将完全取决于有关规定的措辞或有关条约的性质。

90. 例如，《国际法院规约》著名的第三十六条第二项明文限定，国家只接受法院强制管辖权以解决它们与发表同一声明的国家之间的争端；

> 本规约各当事国得随时声明关于具有下列性质之一切法律争端，对于接受同样义务之任何其他国家，承认法院之管辖为当然而具有强制性，不须另订特别协定，
>
> (子) 条约之解释。
>
> (丑) 国际法之任何问题。
>
> (寅) 任何事实之存在，如经确定即属违反国际义务者。
>
> (卯) 因违反国际义务而应予赔偿之性质及其范围。[199]

《欧洲刑事事项互助公约》第 5 条第 2 款也作出这样的规定；

> 当一缔约方根据本条第 1 款发表声明时，任何其他缔约方均可采取对等做法。

91. 另一方面，各项人权条约所载免责条款的执行在本质上是非对等的，而且难以想象的是，如若《欧洲人权公约》某一缔约国利用该《公约》第 15 条 [200] 所

---

[195] 见下文第 164 和第 165 段及第 169 和第 170 段。

[196] 这种程序的“混合”性质在减损条款(相对于保障条款)中尤其显著，因为它们不仅已有条约加以规定，而且必须在接受国的主动要求下由其他缔约国进一步核准。

[197] 见准则草案 1.1.5 和 1.1.6。

[198] 见《关税及贸易总协定》第十九条第 3 款。

[199] 第三十六条第三项的起草(“上述声明，得无条件为之，或以数个或特定之国家间彼此拘束为条件……”)提出了一种不确定因素。但实际上根据第三十六条第二项作出的任择声明一般都以对等为条件，而国际法院更确保该项条件得到严格遵守(有许多实例，见摩洛哥境内的磷酸盐案，1938 年的判决，《常设国际法院汇编》，A/B 辑，第 74 号，第 22 页；挪威公债案，判决，《1957 年国际法院汇编》，第 23-24 页；喀麦隆和尼日利亚间陆地和海洋疆界案，初步反对意见，判决，《1998 年国际法院汇编》，第 298-299 页)。

[200] “(1)于战时或遇威胁国家生存的其他公共紧急情况，任何缔约方均可采取减损其根据本公约承担的义务的措施，减损程度完全视紧急情况而定，但这种措施应与其根据国际法承担的其他义务一致。

> “……
>
> “(3) 援用这项减损权利的任何缔约方，均应将其所采取的措施及理由详尽通报欧洲委员会秘书长……”

提供的选择权，则其他缔约国将被解除它们本身根据《公约》承担的义务，甚至对该国国民亦然。

92. 这些不同的程序须予分类，[201] 而经常合并采用这些程序会使分类更趋复杂。兹举三个示例说明这一点：

(*a*) 根据《国际法院规约》第三十六条第二项[202]作出的任择声明可以而且经常附带保留；

(*b*) 国家可对多边公约免责条款内的限制条款提出保留；法国对《欧洲人权公约》第 15 条(它是一项免责条款，而且更具体地说，是一项保障条款)[203] 提出的保留可说明这一点，人们对其的评论[204]甚多；

(*c*) 某些公约所规定的减损制度的生效取决于是否缔结一项补充协定；例如，《民商事外国判决的承认与执行公约》第 23 条第 5 款的情况就是这样。该条规定：

缔约国可在第 21 条[205]所述的补充协定中议定：

……

(5) 不对在刑事诉讼过程中所作裁决适用本公约；

93. 特别报告员犹豫了很久才建议将关于保留的替代办法的准则草案列入《实践指南》，但经过深思熟虑后，他认为列入这些准则草案是有用的，其理由与导致委员会在《指南》中列入关于有别于保留与解释性声明的单方面声明的准则 1.4 的理由类似；[206]《实践指南》的目的纯粹是“讲究效用”，因此，不妨提醒国际公约的谈判者注意，在条约法中，除了保留之外，还有通过不同程序更改条约效果的各种方式。

94. 为此，在《实践指南》中列入如下措辞的准则草案 1.7.1[207] 似乎是有用的：

“1.7.1 替代保留的程序

“为了更改某一条约的规定适用于缔约方的效力，国家或国际组织可以采用保留以外的其他程序。”

95. 问题在于这些程序是否应在《实践指南》中列出(条件是无论如何，所列的程序并非详尽无遗)，或是否仅应在评注中列出。特别报告员总是希望能够更好地满足用户的需要，所以倾向于第一种解决办法，但有一项谅解，即在其他准则草案中未予具体界定的程序应在评注中加以界定。由于没有打算使《实践指南》成为一项国际条约，未予详尽列出的做法与一项编纂法典公约采用这类程序的结果不一样，它似乎不会造成同样的障碍。这可作为下列准则草案的主题：

“1.7.2 可以更改条约规定的效力的各种程序

“1. 采用保留以外的其他程序更改条约各项规定的效力，可能造成在条约中增列：

“(*a*) 限制条款，对条约规定各种例外情况并施加各种限制，进而限制条约所订各项义务的对象；

“(*b*) 免责条款，允许缔约方在特定情况下和特定时期内不适用一般性义务；

---

[201] 也是基于同样的理由而必须分类(见上文第 30 段)：由于区分或定义不明确，无法确定适用于某项单方面规定或声明的法律制度。

[202] 见上文第 90 段和下文第 191-193 段。

[203] 联合国，《条约汇编》，第 1496 卷，附件 A, 第 233 页。另见下文第 138 和第 139 段。

[204] 例如见：佩莱，“法国批准《欧洲人权公约》的问题”，第 1358-1363 页；Coussirat-Coustére,“法国对《欧洲人权公约》第 15 条的保留”；Cohen-Jonathan, 《欧洲人权公约》，经济出版社，巴黎，1989 年，第 564-566 页；和 Tavernier,“第 15 条”，第 493-494 页。

[205] 第 21 条规定如下：

> “在一缔约国境内所作裁决不得根据前述各条的规定在另一缔约国加以承认或执行，除非有关两国成为本公约缔约方后就此签署了一项补充协定。”

[206] 特别见《1999 年……年鉴》[英](上文脚注 75)，第 112 页，准则草案 1.4 评注第(1)-(2)段。

[207] 这是临时编号，委员会或许想将临时编号为 1.7 的关于保留和解释性声明的替代办法准则置于关于定义的范围的准则草案 1.6 之前。

“(*c*) 缔约方根据条约规定作出的声明，藉此表示愿意接受约束的义务不仅限于该方表示同意接受条约约束而必须遵守的义务。

“2. 更改某一条约各项规定的效力，也可能造成下列情况:

“(*a*) 根据 1969 年和 1986 年《维也纳公约》第 57 至第 62 条的规定，暂停实施各项规定;

“(*b*) 条约的修正案只对某些缔约方生效；或

“(*c*) 补充协定和议定书只在涉及某些缔约方之间的关系时，意图更改条约。”

2. 除解释性声明以外解释一项条约的程序

96. 保留不是缔约方更改条约规定的适用的唯一方法，同样，解释性声明也不是国家和国际组织确定或澄清规定的含义或适用范围的唯一程序。

97. 撇开条约所规定的第三方解释机制不谈，[208] 在解释条约方面这些代替程序不是很多。据特别报告员所知，值得一提的这类程序不会超过两种。

98. 首先，条约本身往往指明应对其规定如何解释。载有条约用语定义的条款，主要就是为了这个目的。[209] 此外，条约往往提供指示，说明如何解释对缔约方施加的义务，这些指示通常载于条约案文 [210] 内或载于另一项文书中。[211]

99. 其二，缔约方或其中某些缔约方 [212] 可以缔结一项协定，以解释它们从前签署的一项条约。1969 年和 1986 年《维也纳公约》第 31 条第 3 款(*a*)项明确设想了这个可能性。该条规定条约解释者：

应与上下文一并考虑到的还有：

(*a*) 各当事方间嗣后所订关于该条约的解释或其规定的适用的任何协定。

100. 此外，解释可能是“双边化”的。[213] 当一项多边公约将澄清某些规定的含义或适用范围的任务交给双边协定处理时，情况就是这样。如先前提到的《民商事外国判决的承认与执行公约》规定，[214] 缔约方可以选择签署补充协定，以便除其他外：

1. 澄清“民商事”一词的含义，确定哪些法院的判决可根据本公约予以承认和执行，并为“社会保障”和“惯常住所”下定义；

2. 澄清“法律”一词在实行一种以上法律制度的国家中的含义；……

101. 因此，即使仅仅为了与上述关于替代保留程序的提案 [215] 保持对称，似乎也应将关于替代解释性声明的程序的规定列入《实践指南》。另一方面，由于这些替代程序数量很少，似乎没有必要为列出这些办法而单独拟订一项准则草案。单独一项准则草案即可涵盖准则草案 1.7.1 和 1.7.2。

102. 这一准则草案可草拟如下：

“1.7.5 替代解释性声明的程序

---

[208] 见西蒙，《对国际组织条约的法律解释》。

[209] 这方面的示例无数，见 1969 年和 1986 年《维也纳公约》第 2 条或《国际货币基金组织协定》第三十条。

[210] 这方面的示例也无数，见《经济、社会、文化权利国际公约》第十三条第四款：“本条任何部分不得解释为干涉个人或团体设立及管理教育机构之自由，……”

[211] 见《总协定》附件一的注和补充规定，与 1969 年和 1986 年《维也纳公约》第 30 条第 2 款所设想的可能性相对应。

[212] 当解释性协定的所有缔约方都是原条约的缔约方时，解释是作准的(见关于条约法的条款草案第 27 条第 3 款(*a*)项评注第(14)段，该条后来成为 1969 年《维也纳公约》第三十条第三项(甲)款(《1966 年……年鉴》[英]，第二卷，第 221 页，A/6309/Rev.1 号文件))；关于双边条约，见准则草案 1.5.3。

[213] 关于保留的“双边化”问题，见下文第 120-130 段和准则草案 1.7.4。

[214] 见上文第 92 段。

[215] 见第 93 和第 94 段。

“为了确定或阐明某一条约或其中某些规定的含义或适用范围，各缔约方可以采用解释性声明以外的其他程序。各缔约方可在条约中增列旨在解释条约的明确规定，或为此目的订立补充协定。”

103. 似乎没有必要为有条件的解释性声明[216]的替代程序拟订特别规定：上文所列替代程序是以条约为依据的，仅须征求缔约方的同意。因此，议定的解释是否构成它们同意接受约束的必要条件的问题并不重要。

B. 保留与其他更改条约效力的程序之间的区分

104. 国家为更改条约的效力可以采用的各种选择办法与保留之间，有时容易区分，但有时如何作出这种区分并不明显。

105. 条约本身可能规定有种种方法更改条约承诺，但这并未说明所用程序是否可被称为保留。[217]这个问题还要麻烦得多，因为依照《实践指南》准则草案 1.1 所反映的维也纳定义，一项单方面行为的措辞或名称并不构成它被定义为保留的一项要素；一项条约很可能不用“保留”一词来表述某种更改条约承诺的方法，但这种方法在各方面完全符合保留的定义，因而必须被看作一项保留。[218]正如德罗所指出的，“保留与选择办法有时在实质上很难区分。某些规定表面上是选择办法，实际上却是保留；另外一些规定，虽然为国家‘保留’某些可能性，但实际上却只是选择办法。”[219]

106. 举例说，依据《欧洲国籍公约》第 25 条[220]所作的“声明”无疑构成保留，虽然该条标题和有关案文都没有使用“保留”一词。相反地，根据《能源宪章条约》第 17 条，“每一缔约方保留否认本部分所载利益的权利”，但这项规定与其说是一项保留，不如说是一项限制条款。

107. 事实上，在某些情况下，“选择办法”或“替代保留的程序”与保留本身的区分并不引起任何特殊问题。这种情况基本上适用于两个假设：一方面，条约效力的更改不是凭借单方面声明，而是依据条约规定的程序，尽管“条约规定的保留”或“双边化”这两个概念在理论上发生混淆；另一方面，一国的单方面声明造成条约某些规定或整个条约的停止施行或条约的终止。有些假设认为，某一条约规定缔约方可以通过单方面声明，在条约的各项规定之间作出选择。这种假设所引起的问题要麻烦得多。

108. 为了解释清楚起见，最好是单独审议每项有关程序，然后将其与保留的定义进行比较。

1. 更改条约效力的条约方法

109. 我们可以认为，保留与上文准则草案 1.7.2 所列某些更改条约效力的程序之间不大可能发生混淆，因为这些程序所采用的方式并不是单方面声明，而是条约各缔约方或某些缔约方之间的一项或几项协议。但是，无论问题是否涉及条约所载的限制条款，涉及只在某些缔约方之间生效的修正案，或涉及“双边互惠”的程序，都会发生问题。

(a) 限制条款

110. 一项单方面声明，意图排除或更改条约的某些规定或整个条约在某些方面对提出声明国家适用时的法律效力，[221]即使经条约明文规定，仍不足以将该声明定性为保留或非保留。这正是“保留条款”的对象，这种条款可被界定为“条约中对国家将[222]提出保留的范围、甚至保留的内容[……施加]限制的规定”；[223]但具有相同或类似效力的其他排除条款却不

---

[216] 见准则草案 1.2.1。

[217] 见下文第 110 和第 111 段。

[218] 在这方面，例如见 Ferenc Majoros, 如上，第 88 页。

[219] 如上，第 383 页。

[220] “每个国家在签署或交存其批准书、接受书、核准书或加入书时，可声明它在适用本公约时排除第七章”(此项规定的主题，见下文第 153 段)。另见例如《关于国际人道诱捕标准的协议》第 10 条和《保护少数民族框架公约》第 19 条。

[221] 见准则草案 1.1 和 1.1.1。

[222] 使用“可以”一词会比较确切。

[223] 英伯特，《对多边条约的保留》，第 12 页。如果委员会决定把各项定义列为《实践指南》的一部分(非关于保留

是 1969 年和 1986 年《维也纳公约》和《实践指南》所界定保留一词的确切意义范围之内的保留。

111. 英伯特举出两个示例，强调这个基本的差异。他对比了《和平解决国际争端总议定书》(订正本)第 39 条[224]与《关于和平解决争端的欧洲公约》第 27 条。[225]根据《总议定书》(订正本)第 39 条第 2 款，详尽开列的、在加入时必须表示的保留：

可以规定下列争端不须遵照本议定书所说明的程序：

(*a*) 在作出保留一方或与该方发生争端的另一方加入之前存在的情况所引起的争端；

(*b*) 按国际法规定完全属于国家内政管辖范围的问题所涉及的争端。

《欧洲公约》第 27 条则规定：

本公约的规定不适用于：

(*a*) 因本公约在争端当事方之间生效前存在的事实或情况而发生的争端；

(*b*) 按国际法规定完全属于国家内政管辖范围的问题所涉及的争端。

112. 这里有十分明显的相似之点：在两种情况下，目的都是排除用有关条约规定的解决方式处理同类争端。不过，两个方法的“运作”方式各异：在《关于和平解决争端的欧洲公约》里是全面排除，并以条约本身为依据；在《和平解决国际争端总议定书》(订正本)里，只是排除缔约方可以采用的若干可能办法之一，条约允许此类排除，但必须在加入条约时作出单方面声明，排除方才有效。[226]《总议定书》(订正本)第 39 条是一项保留条款；按照上文准则草案 1.7.2 中所提定义的规定，《欧洲公约》第 27 条是一项限制条款，“对条约规定各种例外情况并施加各种限制，进而限制条约所订各项义务的对象”。

113. 这种限制条款很多，出现于各种各样主题的条约之中，例如解决争端、[227]保障人权、[228]保护环境、[229]贸易[230]和武装冲突法等。[231]

114. 乍看之下，这种限制条款与保留之间并没有任何混淆的危险。不过，不仅所用措辞引起误解，常常出现诸如“公共秩序的保留”、“军事需要的保留”或“专属管辖范围的保留”一类用语，[232]而许多学

和解释性声明的部分)，最好应包括保留条款的定义。“商定的保留”(见下文第 164 段及以下各段)属于这一类。

[224] 1928 年 9 月 26 日《总议定书》第 38 条(和平解决国际争端)也采用类似措辞。

[225] 英伯特，同前，第 10 页。

[226] 因此，与英伯特一样，坚持认为“实际上，《欧洲公约》第 27 条与《总议定书》的保留产生相同的结果”(同上，第 10 页)并不完全正确。这只适用于保留国与《和平解决国际争端总议定书》(订正本)其他缔约方之间的关系，但不适用于这些其他缔约方之间的关系，对其他缔约方而言，整个条约都应适用。

[227] 除上述《欧洲公约》第 27 条外，例如见《大不列颠与法国关于通过仲裁解决两国政府间可能出现的某些类别的问题的协议》(伦敦，1903 年 10 月 14 日) (《英国和外国文件，1902-1903 年》，第 96 卷，第 35 页)第 1 条，被后来许多条约作为范本：

> “法律性质的争端或两个缔约方之间所发生而不能通过外交途径解决的涉及条约的解释的争端，应提交 1899 年 7 月 29 日根据本公约规定在海牙成立的常设仲裁法院审理，但必须不损害两个缔约国的重大利益、独立和名誉，也不涉及第三方的利益。”

[228] 见提到的“收回条款”(上文脚注 184)。例如(这方面也有许多示例)，《经济、社会、文化权利国际公约》第四条：

> “本公约缔约国确认人民享受国家遵照本公约规定所赋予之权利时，国家对此类权利仅得加以法律明定之限制，又其所定限制以与此类权利之性质不相抵触为准，且加以限制之唯一目的应在增进民主社会之公共福利。”

[229] 见《濒危野生动植物种国际贸易公约》第七条(关于买卖的免除和其他特别规定)或《关于危害环境的活动造成损害的民事责任公约》第 4 条(例外)。

[230] 见《总协定》第十二条(为保障国际收支而实施的限制)、第十四条(非歧视原则的例外)、第二十条(一般例外)和第二十一条(安全例外)。

[231] 见 1949 年 8 月 12 日日内瓦四公约共有的第 3 条(最低限度的保护)。

[232] 英伯特，同前，第 10 页。“公共秩序的保留”的示例，见《关于各缔约方领土内外侨地位的公约》第 6 条第 1 款：“为了公共秩序或公共安全起见，国家可以驱逐在其领土设籍、居住或仅是过境的外国人。”“专属管辖权的保留”的示例，见《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》第 3 条第 11 款：“本条[犯罪和制裁]规定不得影响其所述犯罪和

者，包括最杰出的学者，也制造了无端的混淆。例如佐里契奇法官对国际法院就安巴提洛斯案作出的判决提出了反对意见，其中有一段话常被人援引。[233] 在这段话里，佐里契奇法官申明：

> 一项保留是条约各缔约方为了限制条约中一项或几项条款的适用或为了阐明其意义而商定的一项规定。[234]

115. 赛尔说得更含糊，但不幸地也造成混淆，他把保留定义为“由一个或几个* 已签署或加入一项条约的政府提出的条约条款*，用于建立起一个减损条约正常制度的法律制度”。[235]

116. 尽管这似乎只是理论上的混淆，委员会却可以帮助消除误解，就是要在《实践指南》有关替代保留程序的第 1.7 节中加插一项适当的准则草案，[236] 案文如下：

“1.7.3 限制条款

“条约中的某一规定，如果意图限制或缩小该条约所载一般规则的范围或适用，不构成本《实践指南》所称的保留。”

(b) 只在某些条约缔约方之间生效的修正

117. 对于另一个条约程序，似乎不必多费唇舌；这个程序有助于条约的灵活适用：只在某些条约缔约方之间生效的修正(和附加议定书)。

118. 这个程序在 1969 年和 1986 年《维也纳公约》第 40 条第 4 和第 5 款、[237] (和第 30 条第 4 款)[238] 以及第 41 条 [239] 中都有所规定，[240] 目前经常被人采用。虽然就其主旨而言，并从其法律制度的某些方面(尊重条约的基本特性，虽然其中没有出现条约的“目的和宗旨”一类字眼)来看，此种程序与保留的性质相似，但至少在下列许多方面差异很大：

有关的法律辩护理由只应由缔约国的国内法加以阐明，以及此种犯罪应依该法予以起诉和惩罚的原则。”

[233] 见菲茨莫里斯，“1951-1954 年国际法院的法规和程序：条约的解释与其他条约要点”，第 272-273 页；尽管这位著名学者表面赞同他所引述的这一定义，但他在其评注中的意见却大相径庭。

[234] 安巴蒂耶洛斯案，初步反对意见，判决，《1952 年国际法院汇编》，第 76 页。

[235] 《国际法纲要(原则和系统)》，第 472 页。

[236] 另一备选办法是将其列入有关保留定义的第 1.1 节。

[237] 第四十条——多边条约之修正：

“四. 修正条约之协定对已为条约当事国而未成为该协定当事国之国家无约束力，对此种国家适用第三十条第四项(乙)款。

“五. 凡于修正条约之协定生效后成为条约当事国之国家，倘无不同意思之表示：

“(甲) 应视为修正后条约之当事国，并

“(乙) 就其对不受修正条约协定约束之条约当事国之关系言，应视为未修正条约的当事国。”

[238] 第三十条——关于同一事项先后所订条约之适用：

“三. 遇先订条约全体当事国亦为后订条约当事国但不依第五十九条[条约因缔结后订条约而默示终止或停止施行]终止或停止施行先订条约时，先订条约仅于其规定与后订条约规定相合之范围内适用之。

“四. 遇后订条约之当事国不包括先订条约之全体当事国时：

“(甲) 在同为两条约之当事国间，适用第三项之同一规则；

“(乙) 在为两条约之当事国与仅为其中一条约之当事国间彼此之权利与义务依两国均为当事国之条约定之。

[239] 第四十一条——仅在若干当事国间修改多边条约之协定：

“一. 多边条约两个以上当事国得于下列情形下缔结协定仅在彼此间修改条约：

“(甲) 条约内规定有作此种修改之可能者；或

“(乙) 有关之修改非为条约所禁止，且：

“㈠ 不影响其他当事国享有条约上之权利或履行其义务者；

“㈡ 不关涉任何如予损抑即与有效实行整个条约之目的及宗旨不合之规定者。

“二. 除属第一项(甲)款范围之情形条约另有规定者外，有关当事国应将其缔结协定之意思及协定对条约所规定之修改，通知其他当事国。”

[240] 委员会在其相应条款草案(第 40 条(原草案第 36 条)第 4 和第 5 款、第 30 条(原草案第 26 条)第 4 款和第 41 条(原草案第 37 条))评注中，十分谨慎地区分“正式修正”和作出“更改”的协定(见《1966 年……年鉴》[英](上文脚注 212)，第 232 页，第四部分评注第(3)段和第 235 页，第 41 条(原草案第 37 条)评注第(1)段)。与保留作比较时，这种区分似乎无关紧要。

(*a*) 它所得到的灵活性不是根据一国的单方面声明，而是根据原先条约的两个或几个缔约国之间的协议；

(*b*) 这种协议一般可在条约对各缔约国生效后的任何时刻达成，[241] 保留的情况则不同，最迟必须在表示同意受条约约束时提出保留；

(*c*) 这里的问题不是排除或更改条约某些规定在适用时的法律效力，实际上是更改有关规定本身；[242]

(*d*) 此外，保留只能限制提出保留国的条约义务或规定以相当的方式执行条约，[243] 修正和议定书则可同时起到两种作用，即可限制也可扩大缔约的国家或国际组织的义务。

119. 既然不必担心保留会发生任何混淆，就用不着加以澄清，也似乎不必在《实践指南》中载列一项具体准则，来作出本来已够明显的区分。如上文所说，在准则草案 1.7.2 中提及有一种可以替代保留的程序就够了。不过，基本条约的两个或几个缔约国之间缔结的某些协定，如果意图产生与保留相同的效力，就会引起特殊的问题，可以(而且应当)把两者合并成为单独一项准则草案。[244]

(c) “保留”的“双边化”

120. 这些特殊协定，有时与保留等同看待，属于“双边化”方法的范围，其理论曾在通过《民商事案件外国判决的承认与执行公约》的海牙国际私法会议上提出讨论。

121. 曾经有人把双边化制度形容为允许“缔约国，虽是一项多边公约的当事国，但可选择伙伴，与其着手实施所定的制度”。[245] 这不是《民商事案件外国判决的承认与执行公约》的新发明，因为其起源可回溯到《总协定》第三十五条第一款。[246] 此外，较早以前在海牙国际私法会议上通过的几项国际私法公约已至少部分实现这个自由选择伙伴的目标，允许缔约方针对未曾参与通过公约的国家拒绝接受公约的约束，[247] 或要求这些国家的加入须经缔约国明确表示同意，方才有效。[248] 欧洲委员会通过的《欧洲国家豁免公约》第 37 条第 3 款也是如此。[249]

---

[241] 情况并非都是如此；见著名的《关于执行 1982 年 12 月 10 日〈联合国海洋法公约〉第十一部分的协定》。

[242] 关于这一点，见鲁达，“对条约的保留”，第 107-108 页。

[243] 参见准则草案 1.1.5 和 1.1.6, 另一方面，参见准则草案 1.4.1、1.4.2 和 1.5.1。

[244] 见准则草案 1.7.4 和下文第 130 段。

[245] Hoogstraten, “海牙国际私法会议的现况”，第 387 页。

[246] “本协定，或本协定第二条遇以下情形在缔约国间将不适用：

“(*a*) 如果两个缔约国间未进行关税谈判，

“(*b*) 两者之一在对方成为缔约国时不同意适用协定。”

见英伯特，同前，第 199 页。“边性协定”的实践(见 Carreau 和 Jillard, 《国际经济法》，第 54-56 页和第 126-127 页)强调这种双边化。另见《马拉喀什建立世界贸易组织协定》第十三条。

[247] 例如见《承认外国公司、社团和财团法律人格的公约》第 13 条第 4 款：“加入只对加入国和在通知加入后六个月内不表示反对意见的国家间的关系具有效力”(英伯特引述，同前，第 200 页。他还提到《取消外国公文认证要求的公约》第 12 条、《扶养义务判决的承认与执行公约》第 31 条和《遗产国际管理公约》第 42 条)。较近期的示例见《跨国收养方面保护儿童及合作海牙公约》第 44 条第 3 款、《关于在父母责任和保护儿童措施方面的管辖权、适用法律、承认、执行和合作的公约》第 58 条第 3 款，以及《成年人国际保护公约》第 54 条第 3 款。

[248] 例如见《扶养儿童义务判决的承认与执行公约》第 17 条第 2 和第 3 款：

“公约应在加入国和加入书交存之日起 60 天后声明接受加入的国家之间开始生效。

“加入只对加入国和声明接受加入的缔约国间的关系有效……”

(英伯特引述，同前，第 200 页。他还提到《关于国际货物买卖上选择法院管辖权的公约》第 13 条、《关于当局保护未成年人的权利和适用的法律的公约》第 21 条、《关于从国外调取民事或商事证据的公约》第 39 条、《承认离婚和法定分居公约》第 28 条和《公路交通事故法律适用公约》第 18 条；另见 Jenard, “新颖方法：多边公约的双边互惠”，第 389 页)。

[249] “已加入公约的一国如在某一非成员国的加入生效以前，向欧洲委员会秘书长表示反对该国加入，公约应不适用于这两个国家间的关系。”

122. 这种程序的一般做法与保留方法所依据的做法并不具可比性；它允许一国以默示或明言方式排除在它与一个或几个其他国家之间的关系中适用整个条约，但不排除或更改条约某些规定或整个条约在某些方面的法律效力。因此，它比较类似于不承认声明，因为这种声明意图排除条约在声明国与不承认实体之间的适用。[250]

123. 不过，在比利时提出建议后，《民商事案件外国判决的承认与执行公约》比这些传统的双边化方法更进一步。它不仅规定以缔结一项补充协定作为本公约对两国关系生效的条件，[251] 还允许两国在第 23 条规定的明确范围内更改彼此之间的承诺；[252]

缔约国在它们依照第 21 条缔结的补充协定中同意：……。

下面开列 23 种更改《公约》的可行方法，其目的业经 C. N. 弗拉基斯塔斯在解释性报告内概略说明，内容如下：

1. 阐明《公约》所用的若干技术用语，这些用语的意义可能因国家而不同(《公约》第 23 条，第 1、第 2、第 6 和第 12 项);

2. 扩大《公约》的适用范围，以包括不在其范围内的事项(《公约》第 23 条，第 3、第 4 和第 22 项);

3. 将《公约》适用于未符合《公约》正常规定的案件(《公约》第 23 条，第 7、第 8、第 9、第 10、第 11、第 12 和第 13 项);

4. 排除《公约》对通常属于其范围内的事项的适用(《公约》第 23 条，第 5 项);

5. 宣告某些规定不适用(《公约》第 23 条，第 20 项);

6. 使《公约》的某些任择规定变成强制性规定(《公约》第 23 条，第 8 项之二和第 20 项);

7. 处理《公约》未解决的问题或按国内法规定修订《公约》规定的某些手续(《公约》第 23 条，第 14、第 15、第 16、第 17、第 18 和第 19 项)。[253]

124. 据英伯特说，其中有许多替代程序“只是允许国家诠释用语或规定程序；但其中有些则限制《公约》的效力，是真正的保留(特别是第 5、第 8、第 13、第 19 和第 20 段所载的替代程序)”。[254] 特别报告员不同意这一点。

125. 这些选择办法允许缔结补充协定的国家全面地或在某些情况下排除基础条约对某类司法判决的适用，或不适用条约的某些规定，确实意图排除或更改条约某些规定或整个条约在某些方面对两个国家适用时的法律效力。不过，基本的区别在于，这种排除或更改不是构成保留定义 [255] 一个基本要素的单方面声明的产物，而是根据基础条约两个缔约国间的一项协定，这个协定对条约其他缔约国并无影响。

126. 如德罗所说，“这种规定如果置于条约本身的案文之中，必定构成真正的保留，[256] 但是，既然采取双边化方式，便仅限于两个伙伴之间的关系。这显然是希望废除典型的保留制度”。[257]

这一制度导致制定两种文书：多边公约和补充协定，后者虽以多边公约为依据，却独立存在。[258]

---

[250] 见准则草案 1.4.3 和评注第(5)-(9)段(《1999 年……年鉴》(上文脚注 75)，第 114-116 段)。

[251] 《公约》第 21 条的案文，见上文脚注 205。

[252] 上文第 92 和第 100 段已经提到。比利时原先的建议并未设想这个可能的更改方法，只在后来进一步讨论期间方才确定(Jenard, 如上，第 392-393 页)。

[253] 海牙国际私法会议，*Actes et documents de la session extraordinaire, 13 to 26 April 1966, Exécution des jugements* (海牙，政府印刷局，1969 年)，第 364 页。另见德罗，“关于承认和执行外国民事和商事判决的海牙公约草案”，第 240 页。

[254] 英伯特，同前，第 200 页。

[255] 见准则草案 1.1。

[256] 见上文第 110-116 段，包括准则草案 1.7.3。

[257] “《海牙国际私法公约》中的保留和代替办法”，第 391 页。

[258] Jenard, Rapport du Comité restreint sur la bilatéralisation, 海牙国际私法会议(见上文脚注 253)，第 145 页。另见弗拉基斯塔斯的解释性报告，同上，第 363-364 页。

补充协定可以说是一种“条件文书”，不是条约生效的必要条件，而是条约在两个缔约国之间发生效力的必要条件，因为在其他情况下，其效力会有所减少(在这方面，它与保留程序的相似之点最为明显)或有所增加；不过，因为补充协定具有条约的性质，不能与保留等同看待。

127. 《民商事案件外国判决的承认与执行公约》不是唯一采用基础公约与补充协定同时并立、进而允许变更公约内容这一办法的条约，虽然这项公约是一个典型的、可能也是较完美的示例。除其他外，还可以提到的有：[259]《关于向国外送达民事或商事司法文书和司法外文书公约》第 20 条，它允许缔约国“商定免除”其中某些规定，“但其适用并非基于某一伙伴的自由选择”；[260]《国际销售货物时效期间公约》第 34 条，该条引起相同的评论；《欧洲社会保障公约》第 26、第 56 和第 58 条，其中采用相似的措辞，规定：

[某些规定]在两个或几个缔约方之间的适用应以这些缔约方之间缔结双边或多边协定为条件，此种协定中也可以订出适当的特别方式；

或更近期的示例：《跨国收养方面保护儿童及合作公约》第 39 条第 2 款：

任何缔约国可与一个或几个其他缔约国缔结协定，以促进《公约》在其彼此关系中的适用。这些协定只可以减损第 14 至第 16 条和第 18 至第 21 条的规定。缔结这种协定的国家应向《公约》保存人递送一份副本。[261]

或是《关于工业事故越境影响的公约》第 5 条(自愿延伸)：

有关各方应根据其中任何一方的倡议，讨论附件一内未列的某项活动应否视为危险活动……如有关各方同意，本公约或其中任一部分应将该项活动视同危险活动，对其适用。

128. 既然双边化并无属物理由方面的效力，只有属人理由方面的效力，似乎不应为这一条约程序拟订一项准则草案。相反地，却有相当充分的理由赞成拟订一项关于“双边保留”的准则草案，其目的是要在补充协定缔约方的关系上发生与真正的保留相同的效力，有时人们会把这种办法与真正的保留混为一谈。

129. 这样一项准则草案可以采用下述措辞：

“1.7.4 [‘双边保留’][与保留的对象相同的国家间协定]

“[根据某一条约的明确规定缔结]一项协定，如有两个或几个国家意图藉此排除或更改[该][某一]条约中某些规定或整个条约适用于这些国家彼此间关系时的法律效力，不构成本《实践指南》所称的保留。”

130. 为这项准则草案提出的备选标题的目的在于指出有两个概念可以考虑：委员会或许希望把这项准则严格限制于“双边”补充协定，如果这样，则适当的标题是第一个标题(虽然使用引号不大合适)，[262] 并且似乎应当在案文中增列方括号内的字样；或者，委员会或许希望采用一种比较笼统的提法，全面涵盖一切减损性的协定，换句话说，包括“双边保留”及仅限于条约某些缔约方之间的修正和议定书，如果这样，似乎应当采用第二个解决办法(删去方括号内的字样)。特别报告员本人属意第二种方式，这是为了尽可能地全面，虽然如上文所指出，[263] 与保留相对来说，修正和议定书并不引起定义方面的重大问题。无论如何，都应当在本项准则草案评注中讨论各种可能的提法之间的细微差别。

[259] 这些示例摘自英伯特，同前，第 201 页。

[260] 同上；另见德罗，“《海牙国际私法公约》中的保留和代替办法”，第 390-391 页。事实上，这个程序只类似基础公约某些缔约方之间的修正。

[261] 这也不能说是严格意义上的双边化，因为这项规定并不要求选定伙伴。另见《关于在父母责任和保护儿童措施方面的管辖权、适用法律、承认、执行和合作的公约》第 52 条，或《成年人国际保护公约》第 49 条。

[262] 关于对双边条约的保留的准则草案 1.5.1 的标题采用了引号，但出席第六委员会的西班牙代表曾经批评这种做法(见上文脚注 135)。

[263] 第 117-119 段。

2. 意图暂停施行条约或条约某些规定的单方面声明

131. 上文审议的各种程序反映的是条约各缔约国或某些缔约国之间的协定。与此不同，本段所讨论的通知与保留一样，是单方面声明。这种通知与保留一样，可能意图排除条约某些规定对提出通知的国家适用时的法律效力，不过只是暂时性的。这种通知也可以暂停整个条约的施行；在此种情况下，这种通知应与退出或终止条约的通知适用同样的法律制度。根据一项弃权条款或免责条款提出的通知，一般都被人从另外一个角度来考虑，尽管如此，它们只在其法律基础上与上述程序不同(因为这种通知是根据条约的规定，不是根据一般国际条约法的规定)。

(a) 中止、退出或终止施行条约的通知

132. 根据 1969 年和 1986 年《维也纳条约》第 65 条第 1 款的规定：

> 当事国依照本公约之规定 [264] 援引其承受条约拘束之同意有误为理由，或援引非难条约效力、终止、退出或停止施行条约之理由者，必须将其主张通知其他当事国。此项通知应载明对条约所提议采取之措施及其理由。

133. 毫无疑问，此处所说的是单方面声明，但是，与保留之间一切可能的相似之点都是到此为止。这种通知不是意图“排除或更改条约中某些规定*”“或整个条约的特定方面* 的法律效力”，[265] 而是意图终止条约构成的文书(就终止条约的通知而言)，[266] 终止条约关系(就退出或废止多边条约而言)[267] 或“在中止施行期间，在中止施行该条约的各当事方之间的相互关系上，解除其履行该(整个)条约的义务”。[268]

134. 但是，假如中止施行并非针对整个条约，只是针对其中某些规定，就会产生这种通知与保留可能更加相似的问题：在这种情况下，[269] 所涉问题实际上是暂时排除条约某些规定对通知中止施行部分条款的国家或国际组织适用时的法律效力。这种排除的暂时性质却不是它与保留之间的差别的一个决定因素，因为保留也可能只针对一个指定的期间。[270] 而且，保留条款也可以强制规定这种暂时性质。[271]

135. 但是，即使是中止施行部分条款的通知，仍缺少保留定义中的一个基本要素，因为可以假定这种通知不是一国“在签署、批准、正式确认、接受、核准或加入条约或一国发出继承条约的通知时”提出，[272] 或者，更笼统地说，不是由提出者在表示同意接受约束时提出，[273] 相反，是在条约对提出者生效后提出，单凭这一点，就足以将这种单方面声明与保留明确区分。

136. 此外，1969 年和 1986 年《维也纳公约》规定这种声明所应遵守的法律制度与保留所应遵守的法律制度截然不同。[274]

---

[264] 见上文第 73 段。

[265] 见准则草案 1.1 和 1.1.1。

[266] 见 1969 年和 1986 年《维也纳公约》第 70 条第 1 款。

[267] 同上，第 2 款。

[268] 同上，第 72 条第 1 款(*a*)项。

[269] 1969 年和 1986 年《维也纳公约》(虽然持明显的慎重态度)并未排除这种可能性；见这两项公约的第 57 条(依条约规定或经当事国同意而停止施行条约) (*a*)项和第 44 条(条约之规定可否分离)。见路透，“条约承诺的整体与可否分离问题”，也转载于路透，《国际司法制度的发展——国际法著作集》，第 361-374 页。

[270] Horn 举出美国批准《引渡公约》作为实例，美国提出保留：其中某些规定不适用于美国，“……直至后来按照《美利坚合众国宪法》予以批准”(《对多边条约的保留和解释性声明》，第 100 页)。

[271] 见《欧洲领养儿童公约》第 25 条第 1 款和《欧洲非婚生子女法律地位公约》第 14 条第 2 款，两者措辞完全相同：

> “每项保留于本公约生效之日起五年内对有关缔约国发生效力。在每个五年期限届满前，可向欧洲委员会秘书长提出声明，连续延长期限，每次五年”；

或《承认离婚和法定分居公约》第 20 条，其中允许没有规定离婚制度的缔约国保留不承认离婚的权利，但第 2 款规定：“此项保留限于援用此项保留的国家没有规定离婚制度的期间发生效力。”

[272] 准则草案 1.1。

[273] 准则草案 1.1.2。

[274] 特别见第 65、第 67、第 68 和第 72 条。

(b) 根据弃权条款或免责条款提出的通知

137. 导致条约规定效力中止的，有时候可能是一项通知，但不是如上面假定所说那样，根据一般国际条约法规则提出，而是根据条约本身所载具体规定提出。

138. 如上文所述，[275] 这种例外条款分为两类：[276] 弃权条款和免责条款。虽然某些学者并不明确区分这两类，[277] 但可以假定：免责条款允许某一缔约国因有特殊情况而在条约某些规定的施行方面遇到困难时暂时停止施行这些规定，而弃权条款，虽然产生同样效果，却必须经其他缔约国或负责监督条约施行的机关核准。换言之，根据免责条款提出的通知是根据事实本身而发生效力，只因为这种通知已由受益国送交其他缔约国或保存人；另一方面，根据弃权条款提出的通知则须经其他缔约国核准，或更通常情况下，须经某一国际组织的机关核准，才能发生效力。

139. 将《总协定》第十九条第一款与第二十五条第五款作一比较，就清楚地显示出这种差别。[278] 第十九条第一款规定：

如因意外情况的发展，或因一缔约国承担本协定义务(包括关税减让在内)而产生的影响，使某一产品输入到这一缔约国领土的数量大为增加，对这一领土内相关产品或与它直接竞争的产品的国内生产者造成重大损害或产生重大威胁时，这一缔约国在防止或纠正这种损害所必需的程度和时间内，可以针对上述产品，全部或部分地暂停实施其所承担的义务，或者撤销或修改减让。[279]

以上是一项免责条款。另一方面，第二十五条(题为“缔约国的联合行动”)第五款的一般规定则构成一项弃权条款：

在本协定其他部分未作规定的特殊情况下，缔约国全体可以解除某缔约国对本协定承担的义务；但此类决定应以投票数三分之二的多数通过，而且这一多数应包括全体缔约国的半数以上。[280]

140. 两类条款的共同特点是：两者都允许载有这些条款的条约的缔约国暂停实施其条约义务。在这方面，两种条款与保留条款都有相似之处，却无必要计较免责条款与弃权条款之间的差别，因为一项条约可以规定以其他缔约国的反应作为提出保留的条件，[281] 这样一来，就比较近似弃权条款而非近似免责条款了。

141. 如马宁所说，

值得注意的是，这两种方法采用完全相同的概念。两者似乎都不担心国际协定的完整性问题，因为两者都宁愿协定得到更全面的实施。提出保留的备选办法是可能使国际条约获得更普遍接受的一项因素。同样地，一国可以在某一时间之内主动地或被动地解除其国际义务的事实，会鼓励犹豫不决的国家最终参加一项对它有若干利益的承诺。[282]

142. “但是，这两种程序的相似之处到此为止。”[283] 事实上，就保留而言，提出保留的国家或国际组织的伙伴从一开始就被告知这个国家或组织所作承诺的限度，但就根据免责条款作出声明而言，目的则是补救适用条约产生的意外困难。因此，保留定义

---

[275] 第 83 段。

[276] 见阮国亭、达里尔和佩莱，《国际公法》，第 218 和第 302 页。

[277] 马宁给“免责条款”下了一个广泛定义，其中包括狭义的免责条款和弃权条款：

> “‘免责条款’一词用于指某些国际协定所载的一些规定，其中允许援引这种条款的缔约国因某些情况而有理由适用此一条款时，在完成各项有关协定所制定的程序后，暂时减损该协定所载各项规定的全部或部分效力”

(“À propos des clauses de sauvegarde”，第 1 页)。另见维拉利，如上，第 14-15 页，以及 Ouguergouz, 如上，第 290 页。

[278] 见 Carreau 和 Juillard, 同前，第 104 页。《欧洲人权公约》第 15 条(见上文脚注 200)是在一个截然不同的领域中使用免责条款的著名示例。

[279] 这个选择办法受《马拉喀什建立世界贸易组织协定》附件 IA 所载《保障协定》的管制，但未被废除。

[280] 例如，《国际货币基金组织协定》第八条第 2 款(*a*)项也是如此：“……任何成员未经基金批准，*不得对经常性国际交易的付款和转帐施加限制。”

[281] 见英伯特，同前，第 174-176 页提供的示例。

[282] 马宁，如上，第 3 页。

[283] 同上。

的时间要素并不存在，凡是意图中止施行条约规定的单方面声明也都是如此。[284]

143. 为求完整无缺起见，可以考虑在《实践指南》第 1.4 节中增列一项关于“保留和解释性声明以外的其他单方面声明”的准则，措辞如下：

“一国或一国际组织作出的单方面声明，如果意图藉此通知它有意中止施行一项条约的[各项或]某些规定[无论是援引免责条款或弃权条款，还是根据关于中止施行条约的一般规则提出]，则不在本《实践指南》的范围之内。”

144. 但是，这种通知与保留之间既然不会发生重大混淆，似乎没有必要将这样一项准则列入《实践指南》。

3. 允许通过单方面声明对条约规定作出选择的程序

145. 然而，保留与根据允许国家对条约规定作出选择的条约条款作出的单方面声明之间的区别则更成问题。

146. 为了澄清这方面的疑点，应宜相继考虑下列各类声明：

(*a*) 国家根据条约提供的备选办法，通过声明排除条约某些规定的适用；

(*b*) 反之，国家通过声明接受条约明文规定为任择性的义务；

(*c*) 最后，国家仍是根据条约本身提供的选择权，通过声明对条约产生的义务作出选择。

147. 在此必须作出三项初步评论：

(*a*) 第一，这些单方面声明的确切目的仍然是更改有关条约的适用，以方便加入；在这方面，单方面声明与 1969 年和 1986 年《维也纳公约》及《实践指南》所界定的保留很接近；

(*b*) 第二，如上文指出，[285] 条约提供选择权以更改条约适用的事实绝对不构成区分这些单方面声明与保留的充分理由：保留条款的目的也是为了使国家能够中止适用条约的某些规定，即使这可能附带有一定的条件；

(*c*) 最后，上述三项程序之间的区别也不是经常很明显 [286] —— 特别是它们有时可以合并。无论怎样，在理智上可以而且必须分开研究这些程序，以便将其与准则草案 1.1 及后续的准则草案所界定的保留作一比较。

(a) 根据排除条款排除条约某些规定的适用的单方面声明

148. 这里考虑的情况已由 1969 年和 1986 年《维也纳公约》第 17 条第 1 款作出规定：

在不妨碍第 19 至第 23 条的情况下，一国或一国际组织同意受条约一部分的拘束，仅于条约有此许可……时，才是有效的。

149. 这项规定未经修订获得联合国条约法会议通过，[287] 并由委员会 1966 年关于条约法条款草案的最后报告说明如下：

某些条约明文规定缔约国有权只接受或不接受条约某一部分或某些部分约束；在这种情况下，局部批准、接受、核准或加入当然是可以的。但如缺少这种规定，公认的规则是批准、加入等应对整项条约适用。虽然根据第十六条[《公约》案文内第十九条]的规定可以对条约某些特定的规定提出保留，但仅同意条约某些特定部分是不可以的。因此，该条第一项规定，以不妨碍关于对多边条约的保留的第十六至第二十条[第十九至第二十三条]为限，一国表示同意接受条约一

[284] 见上文第 135 段。关于这一点，另见 Spiliopoulou Åkermark, 如上，第 501-502 页。

[285] 见上文第 110 段。

[286] 示例见下文第 180 段和第 203-204 段。

[287] 见《联合国条约法会议正式记录，第一届会议，1968 年 3 月 26 日至 5 月 24 日，维也纳》(联合国出版物，出售品编号：E.68.V.7)，《全体委员会关于第一届会议工作的报告》，A/CONF.39/14 号文件，第 129-130 页，第 156-157 段。

部分的约束，仅于条约或其他缔约国许可这种部分同意时才有效。[288]

150. 这项规定首先令人注意到的是，它虽然列在第二编第一节(条约之缔结)，可是却与专门处理保留的第二编第二节第十九至第二十三条建立联系。因此，愈发迫切要解答的问题是，如果条约许可，一国或一国际组织表示同意仅接受条约一部分约束的声明是否为保留。

151. 这种排除条款(选出或约定不受约束条款)很常见。在海牙国际私法会议、欧洲委员会和劳工组织主持通过的公约中，或在各种其他公约中，都可以找到这样的示例。[289] 就其他公约而言，可援引 1973 年《国际防止船舶造成污染公约》第 14 条第 1 款为例：

一国可于签署、批准、接受、核准或加入本公约时，宣布不接受本公约附件三、四和五任一部分或所有部分(下称“任择附件”)。除上述以外，公约缔约方均受任何附件的全面约束。

152. 海牙国际私法会议在更改其主持拟订的条约规定方面无疑是最具创新精神的实体，它曾多次采用排除条款：

(*a*) 《关于解决本国法和住所地法冲突的公约》第 8 条第 1 款：

签署或批准本公约或加入本公约的每一缔约国，可宣布排除本公约对关于某些事项的法律之间冲突的适用。

(*b*) 《承认外国公司、社团和财团法律人格的公约》第 9 条：

签署或批准本公约或加入本公约的每一缔约国，可根据第 1 条的规定保留限制公约适用范围的选择权。

153. 欧洲委员会缔结的公约也常常列入排除条款：[290]

(*a*) 《关于和平解决争端的欧洲公约》第 34 条第 1 款：

任一缔约方于交存其批准书时均可宣布其不接受下列规定的约束：

(*a*) 关于仲裁的第三章；或

(*b*) 关于调解和仲裁的第二章和第三章。

(*b*) 《减少多重国籍和在多重国籍情况下的义务兵役的公约》第 7 条第 1 款：

每一缔约方均应适用第一和第二章的规定。然而，每一缔约方于批准、接受或加入时均可宣布其将只适用第二章的规定。在这种情况下，第一章的规定对此一缔约方不适用。

(*c*) 《欧洲国籍公约》第 25 条第 1 款：

每一国于签署时或于交存批准书、接受书、核准书或加入书时均可宣布其将排除本公约第七章的适用。

154. 根据《劳工组织章程》第 19 条的精神，一些国际劳工公约也采用这种做法：[291]

(*a*) 劳工组织《关于在主要的采矿和制造业，包括建筑和农业部门的工资及工时统计的第 63 号公约》第 2 条：

1. 批准本公约的任何成员国均可通过附于其批准书内的一项声明排除接受本公约：

(*a*) 第二、第三或第四部分之一；或

(*b*) 第二和第四部分；或

(*c*) 第三和第四部分。

---

[288] 《1966 年……年鉴》[英](见上文脚注 212)，第 219-220 页，第 14 条评注第(2)段。

[289] 下文所列规定只是一些示例，在这些领域通过的公约的排除条款不胜枚举。其他示例，一般见英伯特，同前，第 171-172 页。

[290] 其他示例，见 Spiliopoulou Åkermark, 如上，第 504-505 页。

[291] 见上文第 75 段。

2. 提出此项声明的任何成员国可随时通过后来提出的声明取消上述声明。

3. 根据本条第 1 款提出声明的各成员国，必须在声明生效期间，于每年在其关于本公约适用情况的报告中，说明其为适用《公约》中未予接受的一部分或几部分而取得的任何进展。

(*b*) 劳工组织《关于机器防护的第 119 号公约》第 17 条第 1 款：[292]

本公约的规定适用于所有经济活动部门，除非批准本公约的成员国通过附于批准书的一项声明规定了更为有限的适用范围。

155. 各项国际劳工公约(和其他条约)也载有可无法与排除条款相比较的更加复杂的规定，因为这些规定归根到底允许缔约国排除公约某些规定对其适用，同时又要求这些缔约国接受性质颇为不同的其他规定。[293]

156. 就特别报告员所知，曾探讨因适用这些排除条款而作出的声明是否构成保留问题的绝大多数学者，都对这个问题给予肯定的答案。[294]

157. 持否定看法的最有力论据，无疑是劳工组织对这种同化做法的一贯极力反对，尽管该组织经常采用选出程序。劳工组织以较长篇幅对委员会的问题单作出了答复，在此值得全文引述：

劳工组织一贯的既定惯例是不接受附带保留的国际劳工公约批准书的登记。一如所述，“拒绝承认任何保留这项基本主张的历史与劳工组织本身一样悠久”(见 W. P. 葛姆雷，“通过商定的保留和其他代替办法更改多边公约：劳工组织与欧洲委员会的比较研究”，《福德姆法律评论》第 39 期，1970 年，详见第 65 页)。这种惯例不是基于《章程》、会议现行规则或各项国际劳工公约的任何明文法律规定，而是以各项劳工公约和劳工组织的三方结构作为逻辑基础。通常援引两项备忘录作为这项坚定原则的主要来源：第一个来源是，1927 年国际劳工局局长就对一般公约的保留是否可以接纳问题向国际联盟行政院提出的备忘录；第二个来源是，1951 年国际劳工组织根据国际法院关于对《防止及惩治灭绝种族罪公约》的保留的诉讼提出的书面声明。

劳工局局长在给国际法编纂问题专家委员会的备忘录中就各项劳工公约表示如下：

> “这些协定不是缔约国依照本身的想法拟订的，它们不是全权代表的作品，而是一次具备特殊法律性质并包括非政府组织代表的会议的产物。即使所有有关国家都接受，保留还是不可接纳的；因为假如仅是各国政府同意就可以更改公约的内容并减损公约的效力，那么在通过国际劳工公约方面，条约授予非政府组织的权利就会被否决”(见国际联盟，《公报》，1927 年，详见第[882]页)。

同样地，1951 年国际劳工组织向国际法院提出的备忘录的部分内容如下：

> “国际劳工公约的通过和生效程序在一些重要方面有别于其他国际文书适用的程序。大家一向认为，这项程序的特点是使国际劳工公约本质上不能在有任何保留的情况下被批准……自成立以来，国际劳工组织一贯认为保留是不可接受的。这个观点的依据和支柱是国际劳工组织的一贯惯例，以及国际联盟在 1920-1946 年期间负责登记国际劳工公约批准书时的惯例”(见《1951 年国际法院书状》，详见第 217 页和第 227-228 页)。

劳工局法律顾问威尔弗雷德 • 詹克斯 1968 年在联合国维也纳条约法会议发言时表示如下：

> “对国际劳工公约的保留不符合这些公约的宗旨和目标。关于保留的程序安排完全不适用于劳工组织，因为它是一个具备三方特性的组织。根据本组织《章程》的条文，“雇主和工人代表”享有“与政府代表相同的地位”。将某些国际劳工公约适用于极为不同的情况时，当然必须有极大的灵活性，但国际劳工大会集体认定为此目的将这些规定都写入公约条款内是明智和必要的，如果证明这些规定不足以达到目的，可由大会依照本身的正常程序随时加以修订。任何其他做法都会破坏作为一项共同标准守则的国际劳工法典。”

简而言之，对于国际劳工公约，劳工组织的成员国必须

---

[292] 第 2 款适用于根据第 1 款作出的声明，并限制《公约》规定的适用。

[293] 见下文第 197-210 段。

[294] 然而有些学者没有采取明确立场，他们认为约定不受约束办法与保留之间存在特有区别(见西马，如上，第 329-331 页)。

在无保留批准和不批准之间作出选择。依照这个惯例，劳工局曾多次拒绝了愿意批准的表示，因为它们以保留为条件(例如在 1920 年代，劳工局通知波兰、印度和古巴政府，拟议批准但以保留为条件的做法是不允许的；见《公报》，第二卷，第 18 页和第四卷，第 290-297 页)。同样地，劳工组织拒绝承认秘鲁在 1936 年提议的保留。近年来，劳工局拒绝登记伯利兹对第 151 号公约的批准书，因其中载有两项真正的保留(1989 年)。在每一种情况中，不是撤消保留就是国家未能批准公约。

值得指出的是，本组织在成立之初的看法是也许可以根据以下特定条件批准劳工公约：只有在某些其他国家也批准同一公约的情况下，公约才生效(见国际劳工大会，第三届会议，1921 年，详见第 220 页)。劳工局局长在其 1927 年给国际联盟行政院的备忘录中表示：

> “这些批准实际上并不包含任何保留，仅是暂停其效力的一项条件而已；当这些批准真正生效时，其效力是相当正常和不受限制的。这种有条件的批准是正当的，不能与有保留的批准混为一谈，因为保留会更改国际劳工大会通过的公约的实际内容”(受制于停效条件的批准的实例，见劳工组织在灭绝种族罪案，《1951 年国际法院书状》，详见第 264-265 页中提出的书面声明)。

近期没有这种做法的事例记录。原则上，所有批准书将在局长登记 12 个月后生效。

尽管禁止提出保留，劳工组织成员国有权，有时甚至必须附加相应的任择性声明或强制性声明。强制性声明可以界定所接受义务的范围或作出其他必要的规定。在另一些情况中，只有在批准国希望利用允许的排除、例外或更改时才需作出声明，总而言之，强制性声明或任择性声明涉及公约本身准许的限制，因此并不构成法律意义上的保留。如劳工组织在灭绝种族罪案中提出的书面声明所示，“因此，它们是大会通过公约时所核可的公约条款的一部分，无论从法律角度还是从实用角度来看，它们绝对不能与保留相比”(见《1951 年国际法院书状》，详见第 234 页)。然而，对于某些人来说，这些灵活办法“实际上具备与保留相同的实际效力”(见葛姆雷，同前，详见第 75 页)。[295]

158. 这种推理体现了某种值得尊重的传统，但却不太令人信服：

(*a*) 首先，国际劳工公约无疑是在十分特殊的情况下通过的，但它们仍然是国家之间的条约，非政府代表参与其通过并不改变其法律性质；

(*b*) 其次，国际劳工大会可以修订显然有缺陷的公约这一点，未能证明适用一项排除条款而作出的单方面声明的法律性质：不能将经修订的公约强加于在加入原公约时作出这种声明的国家；在这种情况下，这些声明是否构成保留无关宏旨；

(*c*) 最后，而且最重要的是，劳工组织这个传统立场反映了对保留概念的狭义理解，而这并不是 1969 年和 1986 年《维也纳公约》所列的概念。

159. 实际上，1969 年和 1986 年《维也纳公约》并没有排除作出保留的做法，这不是因为一般国际条约法默示准许作出保留，如两项公约第 19 至第 23 条的规定，而是基于特定的条约规定：保留条款。[296] 从两项公约的第 19 条(*b*)项或第 20 条第 1 款可以清楚地看出这一点，其中前者涉及“仅准许特定* 之保留”的条约；后者则规定“凡为条约明示准许* 之保留，无须……事后予以接受”。

160. 事实上，排除条款显然与保留条款相关，而据此作出的单方面声明也与条约包括国际劳工公约[297]“明示准许之”“特定”保留相关。它们的确是在表示同意接受约束时作出的单方面声明，目的是排除条约某些规定对作出声明的国家或国际组织适用时的法律效力，这完全符合保留的定义；至少乍看之下，[298]它们不受也不应受另一法律制度制约。

161. 除了没有“保留”字眼以外，似乎很难区分上述排除条款[299]与下列条文的差别：

---

[295] 对问题单的答复，第 3-5 页。

[296] 见上文第 110 段。

[297] 与此同时，几乎毋庸置疑的是，被接受为法律的一项惯例在劳工组织已有所发展。根据这种惯例，旨在限制国际劳工公约条款适用的所有未予明示规定的单方面声明都不予允许。海牙国际私法会议通过的公约显然亦是如此(见德罗，“《海牙国际私法公约》中的保留和代替办法”，第 388-392 页)。但这是一个与定义保留完全不同的问题。

[298] 这点须予核实，但至少已不再是定义问题。

[299] 第 151-154 段。

(*a*) 《结婚仪式和承认婚姻有效公约》第 16 条："缔约国可保留排除适用第一章的权利"，第 28 条则提出了"保留"的可能性；

(*b*) 在海牙国际私法会议背景下缔结的《关于从国外调取民事或商事证据的公约》第 33 条："任何国家均有权于签署、批准或加入时排除第 4 条第 2 款以及第二章的全部或部分规定的适用。不得提出任何其他保留"；以及

(*c*) 《关于危害环境的活动造成损害的民事责任公约》题为"保留"的第 35 条：

"任何签署方均可于签署时或于交存批准书、接受书或核准书时宣布保留以下权利：

……

'(c) 不适用第 18 条'。"

这方面的事例不胜枚举。

162. 唯一使人不安的因素是某些公约(至少欧洲委员会的公约)同时载有排除条款和保留条款。[300] 对于这种情况，除了用语不确切外，特别报告员找不到其他解释。[301] 而且令人吃惊的是，劳工组织在答复委员会的问题单，提到在保留方面遇到的问题时，提到了与《关于和平解决争端的欧洲公约》第 34 条有关的问题，这项非常典型的排除条款甚至没有出现"保留"一词。[302]

163. 至少可以说，区别并非显而易见，[303] 而且就形式和效力而言，[304] 当保留条款对保留作了有限制的规定时，根据排除条款在表示同意受约束时所作的声明在所有方面均类似保留。

164. 事实上，排除条款是以"商定的保留"形式提出的，这一用语目前(但错误地)获得海牙国际私法会议接受，并在欧洲委员会范围内得到发展。[305] 正如英伯特所指出的，"严格地说，这意味保留——而不只是作出保留的权利——是谈判的主题。也就是说，与传统条款相反，适用这种程序的条款应不仅允许预先知道保留的内容，还应允许预先知道将实际作出保留的国家。"[306] 与此同时，在欧洲委员会内部，这个词的适用范围较广，它设法包括"拟在公约正文本身或在附件中列明可供提出保留的国家行使的选择权所受限制的程序*"。[307]

165. 因此，就"保留"的真正意义来说，这些不是保留，而是在条约谈判期间明确规定的旨在施加限制的保留条款。它们实在仅此而已，[308] 即使在条款中具体提到某一国家为其唯一受益者的罕有情况也是如此。[309]

166. 特别报告员认为，这些用语上的细微差别应放在《实践指南》专门处理定义的一章中，但有一项理解，大家不能过于坚持，因为这些用语没有涉及可用哪项法律制度(如果有的话)来管辖特定类别的保留，而且最终也无法防止缔约方就一项特定制度或弃权制度达成协议。

167. 关于声明方根据一项排除条款在表示同意受条约约束时作出的单方面声明，可以在《实践指南》第

[300] 见《减少多重国籍和在多重国籍情况下的义务兵役的公约》第 7 条(上文第 153 段)和第 8 条以及 Spiliopoulou Åkermark 提供的示例，如上，第 506 页，脚注 121。

[301] Spiliopoulou Åkermark 也强调这种用语不确切的情况，如上，第 513 页。

[302] 见上文第 154 段。

[303] 在同一意义上，见英伯特，同前，第 169 页；和 Spiliopoulou Åkermark, 如上，第 505-506 页。

[304] 在同一意义上，见葛姆雷，如上，第 75-76 页。

[305] 见德罗，"《海牙国际私法公约》中的保留和代替办法"，第 385-388 页；Golsong, "区域国际法的发展"，第 228 页；以及 Spiliopoulou Åkermark, 如上，第 489-490 页。

[306] 同前，第 196 页。

[307] Golsong, 如上，第 228 页；另见 Spiliopoulou Åkermark, 如上，第 498 以及第 489-490 页。

[308] 关于这一点，见 Spiliopoulou Åkermark, 如上，第 498-499 页，以及英伯特，同前，第 197-199 页。

[309] 见《关于机动车辆造成损害的民事责任的欧洲公约》附件，其中允许比利时作出一项有效期三年的特定保留，以及《欧洲国境外电视广播公约》第 32 条第 1 款(*b*)项，其中只允许联合王国提出特定保留；Spiliopoulou Åkermark 引述的示例，如上，第 499 页。

1.1 节中添加一项准则草案，以便阐明这是不折不扣的保留，无论其措辞或名称为何。这项准则草案可拟订如下：

“1.1.8[310] 根据排除条款提出的保留

“一国或一国际组织在表示同意接受某一条约的约束时，或一国在发出继承通知时，根据该条约中某一条款作出单方面声明，如该条款明确准许各缔约方或某些缔约方排除或更改条约中某些规定对其适用时的法律效力，则此项声明即构成一项保留。”

168. 另一方面，特别报告员却有些犹豫，他不建议将一项界定“商定的保留”的准则草案列入《实践指南》。无疑，这个用语会引起误解，[311] 可是似乎没有明确的理由以上文为保留条款提议的条款草案以外的方式加以处理。[312]

169. 然而，如委员会采取相反的意见，则可以考虑以下定义(也许可将其列入《实践指南》第 1.7 节)：

“‘商定的保留’

“‘商定的保留’为[条约的规定][一项保留条款]，准确阐明可以对[此项][一项]条约作出保留的某些界限。”

方括号中的用语的选择取决于在别处是否有“保留条款”一词的定义。

170. 上文提议的准则草案 1.1.8 完全符合 1969 年和 1986 年《维也纳公约》第 17 条第 1 款的规定。[313] 如已经指出的，“如果不是暗示在某些情况下选择权相当于保留，那么在第 17 条提及(‘不妨碍……’)《维也纳条约法公约》第 19 至第 23 条的法律意义为何”？[314]

171. 但反过来说，拟订这项规定似乎也是为了暗示，让缔约方在条约的不同规定中作出选择的所有条款都不是保留。

172. 如下文指出的那样，[315] 根据选入条款作出的声明肯定属于这种情况。但有人可能会问，在适用选出条款的情况下作出的某些声明是否并非如此。

173. 事实上，有一些条约允许缔约方不在(或不仅在)表示同意受条约约束时，而是在条约对其生效后，通过单方面声明排除条约某些规定对声明方适用时的法律效力。例如：

(*a*) 劳工组织《关于社会保障最低标准的第 102 号公约》第 82 条准许批准了《公约》成员国在《公约》生效 10 年之后废除整个《公约》或第二至第十部分中的任何一部分或几部分；

(*b*) 《承认离婚和法定分居公约》第 22 条准许缔约国“随时宣布为执行本公约的目的，持有其国籍的某类人士不必被视为其国民”；[316]

(*c*) 《死者遗产继承法律适用公约》第 30 条规定：

本公约缔约国可通过向保存人提出书面通知，废除《公约》或只是废除其第三章*；

(*d*) 《东盟服务框架协定》第十条准许成员国于承诺生效三年期满后的任何时间更改或撤消根据协定作出的任何特定承诺，但须受某些条件制约。

174. 根据这类规定作出的单方面声明当然不是保留。[317]

---

[310] 这是临时编号，委员会可考虑将该草案放在准则草案 1.1.2 之后。

[311] 见上文第 165 段。

[312] 见上文脚注 223。

[313] 上文第 148 段引述。

[314] Spiliopoulou Åkermark, 如上，第 506 页。

[315] 见下文第 179-196 段。

[316] 通过这项规定时所涉及的情况，见德罗，“《海牙国际私法公约》中的保留和代替办法”，第 414-415 页。根据上文(第 169 段)所指的意义，这是典型的“商定的保留”，其唯一受益者为联合王国，而且它实际上具备了与任择条款相同的效力(见下文第 180 段)。

[317] 值得注意的是，上文(第 173 段)引述的《承认离婚和法定分居公约》第 22 条并没有被列入《公约》第 25 条所载的保留条款清单。

175. 在这方面，在同意受约束以外的时刻作出(或可以作出)这些声明的事实本身，也许不是绝对的决定因素，因为 1969 年和 1986 年《维也纳公约》的规定不过是补充性质，没有什么可以阻止谈判人员违反这些规定。该因素将在本报告下一章加以更深入探讨。

176. 尽管如此，在条约生效后根据这些排除条款作出的声明仍与保留相差极大，因为这些声明并没有为作出声明的国家或国际组织加入条约设置任何条件。如 1969 年和 1986 年《维也纳公约》将第 19 至第 23 条列入第二编(条约之缔结及生效)所表明的，保留是条约的缔结和生效的组成部分。保留是对有关条约各项规定的局部接受；因此，将在表示同意受约束时作出的声明视为保留似乎是合乎逻辑的。反过来，在条约对声明方生效一段时期后作出的声明是局部的废除，它们在精神上更接近两项《维也纳公约》的第五编(条约之失效、终止及停止施行)。这些声明也可能使人联想到第 44 条第 1 款，其中表明如条约有此规定，不排除当事国局部退出条约的权利。

177. 可以在《实践指南》第 1.7 节中列入一项准则草案，阐明如下内容：

“在条约生效后根据排除条款作出的单方面声明

“一国或一国际组织在条约对其生效后，根据条约一项明示准许缔约方或某些缔约方排除或更改条约某些规定对其适用时的法律效力的条款所作的单方面声明，不构成保留。”

178. 不过，特别报告员认为这种阐明并非不可或缺。它不过是以相反方式重复上文提议的准则草案 1.1.8 中的内容而已；将这些说明列入该准则草案评注可能就已经足够了。

(b) 根据任择条款接受条约若干规定的适用的单方面声明

179. 排除条款是上文所分析的单方面声明的拟订依据，与之相反，可以专用“任择条款”一词(或“选入”或“约定受约束”条款)来界定以下一类规定：设想条约缔约方可能接受这些条款，但如不明示予以接受，将对其不适用。[318]

180. 矛盾的是，任择条款与排除条款之间的区别并非总是非常明显。一些条款允许人们在条约各项规定中作出选择，其中一些与这两种条款的性质都类似，[319] 除了这些条款所引起的特殊问题以外，还有一些条款表面上是排除条款，但实际上却是任择条款，因为根据这些规定作出的声明事实上导致给予条约其他缔约方额外权利，并因此增加了作出声明国家或国际组织的义务。

181. 例如，上文(第 173 段)所述的《承认离婚和法定分居公约》第 22 条就是这种情况，其范围十分复杂，德罗对此解释如下：

> 这一选择权似乎深奥莫测。应当记得，《公约》接受配偶国籍国当局的管辖权，作为承认涉外离婚的依据。选择权的目的是使联合王国能够具体说明，为适用《公约》的目的，身为英籍人但不是联合王国本身(英格兰、苏格兰、威尔士、北爱尔兰)国民的一些人士，例如香港人，不会被视为“国民”。换言之，因条约约束而与联合王国建立联系的国家当然会承认联合王国作出的关于英格兰人或苏格兰人的判决，但却没有义务只根据配偶的国籍而承认在伦敦作出的有利于两名香港人的判决。这实际上是允许作出具体说明而不是提出保留。实际上，联合王国绝对没有试图减少《公约》对其的效力，相反地，它希望避免仅仅因为英籍这一概念而使其合作伙伴在《公约》下所承担的义务大大增加。[320]

182. 这些问题往往很微妙，属于允许各国在条约各项规定之间作出选择的不同条约规定类别的“界限”问题，但除此之外，这里所指的任择条款的目的实际上不是减少而是增加作出单方面声明者在条约下所应承担的义务。

183. 这些条款中最著名的示例是《国际法院规约》第三十六条第二项，[321] 但也有许多别的示例；它们或根据同一模式拟订，导致接受某种争端解决机制的管辖权，或接受条约所设机构的监测，如《公民及政治权利国际公约》第四十一条第一项所规定的：

---

[318] 同样，如委员会决定在《实践指南》列入(除保留和解释性声明以外)用语定义，则该词无疑也应在《实践指南》中加以界定。

[319] 将在下文(第 197-210 段)加以探讨。

[320] 德罗，“《海牙国际私法公约》中的保留和代替办法”，第 414-415 页。

[321] 见上文第 90 段。

本盟约缔约国得依据本条规定，随时声明承认[人权事务]委员会有权接受并审议一缔约国指称另一缔约国不履行本盟约义务之来文。[322]

或仅仅具有规范性质，而这方面的示例很多，如《扶养义务判决的承认与执行公约》第 25 条：

缔约国得随时声明本公约的规定相对于在本条下作出声明的其他国家将予扩充，以包括由当局或公职人员拟写或在其面前拟写的、并可以在起源国直接强制执行的经公证文件，只要这些规定可适用于此类文件。[323]

184. 奇怪的是，虽然一名学者认为他可以肯定表明，根据这种任择条款作出的单方面声明“起保留的作用”，[324] 但实际上，从严格的法律意义上说，它们与保留几乎没有共同点，唯一(重要的)一点是，它们都是旨在更改条约效力的适用。

185. 相当明显的是，“选出条款似乎比选入条款更接近保留”。[325] 确实，不仅(*a*)一般来说可以随时根据任择条款作出声明，而且(*b*)任择条款“是从缔约方除其明白选择以外不受任何规定约束的假定出发”，[326] 但排除条款，与保留机制一样，则从相反假定出发；(*c*)根据任择条款作出的声明不是旨在“排除或更改条约某些规定”在对声明者适用时的“法律效果”，[327] 或旨在限制条约[对声明者]所施加的义务，[328] 而是增加这些义务，但条约对声明者生效本身并不会产生这种效力。

186. 在此，“广义保留”[329] 的错综复杂问题在某种程度上再次出现。但是，委员会在 1999 年第五十一届会议上通过的准则草案 1.4.1 规定：

一国或一国际组织对条约发布单方面声明，藉此承担条约没有规定的义务，则构成单方面承诺，不属于本《实践指南》的范围。

187. 该项准则草案所设想的声明与目前探讨的声明之间的唯一区别是，前者完全由声明者自己倡议提出，后者则根据条约作出。

188. 鉴于保留与根据一项任择条款作出的声明之间的重大区别，几乎不用担心会将它们混为一谈，因此有人可能会问，是否有必要在《实践指南》中列入一项准则，以便对它们加以区分。但是，特别报告员认为应对这个问题作肯定的答复：即使根据任择条款作出的声明从严格的法律意义上看显然与保留(根据排除条款作出的声明则可以(而且必须)与其等同)大不相同，但这类声明都是根据排除条款作出的声明的“对应物”，其一般目的十分相似，从而不能置之不理，特别因为它们往往都是一并提出的。[330]

189. 因此，兹提议在《实践指南》第 1.4 节列入以下准则草案：

---

[322] 比较《任择议定书》第一条。另见《欧洲人权公约》原第 25 条(接受委员会审理个人请愿书的权利)和第 46 条(接受国家间的声明)(这些条款业经《保护人权与基本自由公约第 11 号议定书》第 33-34 条修改，以便在自动强制管辖权方面作出规定)，以及《美洲人权公约》第 45 条第 1 款：“缔约国得在交存其批准书或加入书时或在以后声明它承认委员会有权接受和审议一缔约国指控另一缔约国侵犯本公约所述人权的来文。”

[323] 另见《关于从国外调取民事或商事证据的公约》第 16 条和第 17 条第 2 款、《关于向国外送达民事或商事司法文书和司法外文书公约》第 15 条或劳工组织《关于本国人与外国人社会保障同等待遇的第 118 号公约》第 4 条第 2 和第 4 款(另见劳工组织备忘录，“国际劳工组织的书面声明”(《国际法院书状》，对《防止及惩治灭绝种族罪公约》提出的保留案，第 232 页) (咨询意见，《1951 年国际法院汇编》，第 15 页)给出的示例，或《联合国气候变化框架公约》第四条第 2 款(*g*)项。

[324] “判定它们起保留的作用是有根据的”(葛姆雷，如上，第二部分，第 430 页)。作者是就《欧洲人权公约》原第 25 条提出此项意见的；另见关于各项国际劳工公约内的可比较条款的第 68-75 页(如上，第一部分)。

[325] Spiliopoulou Åkermark, 如上，第 505 页。

[326] 同上。

[327] 《实践指南》准则草案 1.1。

[328] 准则草案 1.1.5。

[329] 见《1998 年……年鉴》[英](上文脚注 3)，第 258-260 页，第 213-222 段。

[330] 例如见维拉利，他把它们都包括在“任择条款”这一标题下(如上，第 13-14 页)。

“1.4.6[331] 根据任择条款作出的单方面声明

“一国或一国际组织根据条约中某一条款作出单方面声明，如该条款明确准许各缔约方接受非仅因该条约生效而加诸缔约方的一项义务，则此项声明不在本《实践指南》的范围之内。”

190. 不言而喻，如果条约作出规定，或在条约保持缄默的情况下，如果不违反有关规定的宗旨和目的，[332] 则除了作出这类声明以外，还完全可以提出种种限制，以限定因而接受的义务的法律效力。

191. 国家根据《国际法院规约》第三十六条第二项接受承认国际法院任择管辖权的任择条款时常常提出的保留，就属于这种情况。[333]

192. 在本报告范围内，就这些保留和条件的法律性质详加讨论是不可能的。[334] 但是，无疑可以赞同罗森在其关于国际法院的法律和实践的杰出著作中所表示的意见：[335]

这些保留与条约法中遇到的对多边条约的保留有显著的区别……由于接受强制管辖权的整个程序依定义是单方面和个别作出的，不涉及任何多边内容或谈判因素，因此声明中的保留的作用不能是排除或改变一些现有规定对声明国的法律效力。它们的作用连同声明本身的作用是界定该国单方面接受强制管辖权的条件——以通行权(案情)案的措辞表示，就是说明这项接受包括所涉及的争端。[336]

193. 这些意见与国际法院的判例是一致的，特别是国际法院最近就西班牙与加拿大之间的渔业管辖权案所作的判决：

因此，条件或保留不因本身措辞而减损已经给予的广泛接受。相反，它们有助于界定国家接受法院强制管辖权的范围……根据《规约》第三十六条第二项作出的声明的所有内容从总体来看构成声明国对法院管辖权的接受，这些内容应作为一个整体加以解释，并自始至终适用与解释相同的法律原则。[337]

194. 就国家根据其他任择条款作出声明时附加的保留来说，情况也是一样，例如，由于根据《仲裁总议定书》[338] 第 17 条接受国际法院管辖权而产生的保留；对于这些保留，国际法院强调指出“管辖权条款与对其所作的保留之间始终存在密切和必要的联系。”[339]

---

[331] 这个编号属临时性质，委员会可考虑将该项准则放在准则草案 1.4.1 之后。

[332] 在洛伊齐杜案(洛伊齐杜诉土耳其案，欧洲人权法院，《A 辑，判决与裁决》，第 310 卷(初步反对意见)，1995 年 3 月 23 日的判决(欧洲委员会，1995 年，斯特拉斯堡)，第 139 页，第 75 段)中，欧洲人权法院认为，考虑到《[欧洲人权]公约》的目的和宗旨，限制其对“执行公约和实现其目标的管辖权的后果将有深远意义，因此理应明确规定这种权力。但第 25 条或第 46 条没有如此规定”(这些规定见上文脚注 322)。

[333] 虽然《规约》没有提及在根据第三十六条第二项作出任择声明时，是否可以附加除对等条件外的保留，但这项选择权在实践中早已确立，而且经联合国国际组织会议第四委员会第 1 技术委员会认定(见 IV/7, 第 39 页)，是明确无疑的。见罗森，《1920-1996 年国际法庭的法律与实践》第 767-769 页；另见贝德贾维法官附于渔业管辖权案(渔业管辖权案(西班牙诉加拿大)，法院管辖权，判决，《1998 年国际法院汇编》)，第 533 页，第 42 段的反对意见；最近就这个问题所作的讨论，见 1999 年 8 月 10 日空中事件案(巴基斯坦诉印度)的书状，管辖权，判决，《2000 年国际法院汇编》，第 29-30 页，第 37-38 段。

[334] 罗森对这两个概念加以区分(同前，第 768-769 页)，但未能使特别报告员信服，不过这对本报告的宗旨没有影响。

[335] 但是，罗森所提的第二个理由似乎不能作为定论：它的依据是法院对包括在任择声明内的保留是否有效所实行的控制(同前，第 769-770 页)；但如果这种控制并非对条约的保留制度所固有，那么，在必要时也可对多边条约的保留施加这种控制(见《1996 年……年鉴》(上文脚注 16)，第 177-251 段)。

[336] 同前，第 769 页。判决的有关段落载于印度领土通行权案，案情，判决，《1960 年国际法院汇编》，第 34 页。

[337] 《1998 年国际法院汇编》(见上文脚注 333)，第 453 页，第 44 段。另见第 454 页，第 47 段：“因此，应把声明和保留作为一个整体加以理解。”

[338] 不妨碍本《总议定书》第 38 条的确切法律性质；见下文第 200 段。

[339] 爱琴海大陆架案，判决，《1978 年国际法院汇编》，第 33 页，第 79 段。最近就这个问题所作的讨论，再见 1999 年 8 月 10 日空中事件案的书状(上文脚注 333)。

195. 因此，仅仅把一国或一国际组织根据任择条款接受条约某一规定时所作的单方面声明内的保留等同于对多边条约所作的保留是不可能的。无疑，它们的最终目的确实是为了限制声明者，由此而确认对其适用的规定的法律效力。但有关保留不能与声明分开，而且本身不构成单方面声明。

196. 鉴于这一区别在理论和实践上的巨大重要性，[340] 似乎有必要将其反映在《实践指南》的一项准则内，作为上文拟议的准则草案 1.4.6 的必要补充。这项准则可草拟如下：

“1.4.7 根据任择条款所作的单方面声明中的限制

“根据任择条款所作的单方面声明所载的限制或条件不构成本《实践指南》所称的保留。”

(c) 在条约规定之间作出选择的单方面声明

197. 上文提及的 1969 年和 1986 年《维也纳公约》第 17 条第 1 款 [341] 涉及根据排除条款部分排除条约某些规定的约束，同一条第 2 款则设想了一个在思维上截然不同的前提——条约载有一项条款，允许在其若干规定之中作出选择：

一国[或一国际组织]同意承受许可选择不同规定之条约之拘束，仅于指明其所同意之规定时有效。

198. 这项规定的评注经联合国条约法会议未加修改转载，[342] 它内容简洁，但却十分清楚地阐明了所设想的前提：

第 2 款涉及一项不是很常见但有时却在诸如《和平解决国际争端总议定书》和一些国际劳工公约中出现的惯例。条约给予每个国家在条约的不同规定之间作出选择的权利。[343]

199. 如已经指出的，[344] 认为这种惯例在今天不是很常见是不准确(或无论如何，是比较不准确)的。实际上，它相当普遍，至少就 1966 年委员会第十八届会议给予它的显然十分空泛的意义来说是如此。但这包括两个并非完全重迭的不同前提。

200. 例如，第一个前提可由根据《仲裁总议定书》[345] 所作的声明加以阐明，该《总议定书》第 38 条第 1 款规定：

对本《总议定书》的加入可适用于：

A. 议定书的所有规定(第一、第二、第三和第四章)；

B. 或只涉及调解和司法解决的规定(第一和第二章)以及关于这些程序的一般规定(第四章)。

201. 有几项劳工组织公约也是如此。这一技巧首先被《关于社会保障最低标准的第 102 号公约》采用，随后更是被一再采用，[346] 该《公约》第 2 条规定：

凡本公约对其生效的成员国：

(*a*) 应遵守：

㈠ 第一部分；

㈡ 第二、第三、第四、第五、第六、第七、第八、第九和第十部分中的至少三个部分；

㈢ 第十一、第十二和第十三部分的有关规定；和

㈣ 第十四部分。

202. 在同一意义上，还可以引述在欧洲委员会框架内通过的两项范围极广的公约：

---

[340] 特别是解释的问题；见上文提到的国际法院对渔业管辖权案的判决(脚注 333)，第 42-56 段。

[341] 第 148 段。

[342] 见上文脚注 287。

[343] 《1966 年……年鉴》[英](见上文脚注 212)，第 220 页，第 14 条评注第(3)段(1969 年成为第 17 条)。

[344] Spiliopoulou Åkermark, 如上，第 504 页。

[345] 《和平解决国际争端总议定书》(订正本)增加了第三种可能性：

“C. 或只涉及调解的规定(第一章)以及关于这一程序的一般规定(第四章)。”

[346] 见英伯特，同前，第 172 页。

(*a*) 《欧洲社会宪章》，其第 20 条第 1 款规定了部分接受任择制度：[347]

每一缔约方承诺：

(*a*) 视本《宪章》第一部分为声明，其宗旨将由该部分序言段所述的一切适当手段予以实现；

(*b*) 视本身为受本《宪章》第二部分下列条款中的至少五项约束：第 1、第 5、第 6、第 12、第 13、第 16 和第 19 条；

(*c*) ……视本身为受本《宪章》第二部分中其所选择的若干条文和有编号的款项约束，条件是对其加以约束的条文或有编号的款项总数不得少于 10 项条文或 45 条有编号的款项；

这项复杂制度在《欧洲社会宪章》(订正本)A 条第 1 款中被再次采用；[348]

(*b*) 《欧洲区域或少数民族语言宪章》第 2 条也有类似规定：

1. 每一缔约方承诺对在其境内通用的、符合第 1 条定义的所有区域或少数民族语言适用第二部分规定。

2. 对于在批准、接受或核准时具体指明的任何语言，每一缔约方根据第 3 条承诺从本《宪章》第三部分的规定中选择最少三十五条款项予以适用，其中包括至少从第 8 和第 12 条中各选择三项，从第 9、第 10、第 11 和第 13 条中各选择一项。

203. 粗略地解读这些规定也许会使人以为它们属于上文 [349] 提议的意义范围内的任择条款。但事实上它们有很大差别：它们邀请缔约方作出的声明并不属任择性质而是具有约束力的，它们规定了条约对其生效的条件，[350] 而且必须在同意受条约约束时作出。

204. 同样，不能将这些声明视为完全等同于在适用一项排除条款时所作的声明。[351] 显而易见，它们排除了适用不在其中的规定。但它们只是通过“部分接受”[352] 而间接这样做，它们并非排除这些规定的法律效力，只不过是因为声明者对其保持缄默。

205. 根据第二类条约条款所作的声明也是一样。这些条款更明显地在条约各项规定之间提供选择，因为它们强制缔约方选择某项规定(或某些特定规定)，或取而代之，选择另一项规定(或另一些规定)。这不再是在条约各项规定之间作出选择的问题，而是作出取舍的问题，对此的理解是，与前一种情况不同，它排除并合，[353] 对条约的接受不是部分的接受(即使由此产生的义务视所作的选择而具有或大或小的约束力)。

206. 这些“替代条款”不如上文所分析的条款常见。但它们确实存在，例证如下：

(*a*) 1949 年劳工组织《关于收费职业介绍所的第 96 号公约》(修订本)第 2 条：[354]

1. 任何批准本公约的成员国应在其批准书中指明它是否接受第二部分就逐步取消赢利性收费职业介绍所和管理其他职业介绍所所作的规定，或是否接受第三部分就管理包括赢利性职业介绍所在内的收费职业介绍所所作的规定。

2. 任何接受本公约第三部分规定的成员国，可于日后向局长声明它接受第二部分的规定，自该声明经局长登记在案之日起，本公约第三部分的规定停止对该成员国生效，第二部分的规定即对其适用；

(*b*) 或《货币基金组织协定》(1978 年修订本)第十四条第一款，其中规定：

---

[347] Wiebringhaus, “La Charte sociale européenne: vingt ans après la conclusion du Traité”，第 936 页。

[348] 另见《欧洲社会保障规则》第 2-3 条。

[349] 第 179 段。

[350] 这可从上文(第 148 段)引述的 1969 年和 1986 年《维也纳公约》第 17 条第 2 款其余的文字中看出。

[351] 见上文第 148-178 段。

[352] 英伯特，同前，第 170 页。

[353] 《联合国海洋法公约》第 287 条介乎这两种处理办法之间：国家必须选择一个或多个具有约束力的解决争端程序，而这些程序将导致具有约束力的决定，不然的话，附件七规定的仲裁程序将予适用。但可能会出现不同程序的并合。

[354] 英伯特强调从狭义上讲，这是允许国家作出选择的“最佳示例”(同前，第 172 页)；另见 Horn, 同前，第 134 页。

成员国应通知基金它是否将采用本条第二款[外汇限制]的过渡办法，或者是否准备接受第八条[成员国的一般义务]第二、三、四款所规定的义务。采用过渡办法的成员国以后如准备接受上述义务时，应即通知基金。

207. 如已经指出的那样，“任择承诺应与经认可的保留区别开来，即使它们在许多方面类似保留”。[355] 此外，1969 年和 1986 年《维也纳公约》第 17 条第 2 款的缄默与第 1 款提到关于保留的第 19 至第 23 条的做法大相径庭，[356] 它表明保留与这些替代承诺之间有明显的分界线，与根据排除条款作出的单方面声明形成对比。

208. 在它们可以采用的两种形式中，这些声明显然都是保留的替代办法，因为它们构成可根据缔约方的优先选择(即使这些优先选择已在条约中予以强调指明)而更改条约的适用的程序。此外，如保留一样，它们在签署时或在表示同意受约束时以单方面声明的形式出现(即使它们随后可予更改——但在若干情况下，保留也可予更改)。声明所适用条约必须对其加以规定的事实，不构成与保留有区别的因素，因为保留也可以由一项保留条款有限制地加以规定。

209. 不过，这些声明与保留的差别也一样显著，因为与保留不同，根据条约的规定，它们是声明者参加条约的必要条件。此外，虽然它们的确排除条约某些规定对作出声明的国家或国际组织的适用，但这种排除与条约本身有关，与条约其他规定对同一声明者生效是不可分割的。

210. 《实践指南》似乎必须明确规定，符合这一定义的单方面声明不构成《实践指南》意义范围内的保留。这可由下列准则表示：

“1.4.8 对条约规定作出选择的单方面声明

“一国或一国际组织根据条约所载某一条款作出单方面声明，如该条款明确规定各缔约方须在条约的两项或几项规定之间作一选择，则此项声明不在本《实践指南》的范围之内。

第一部分的结论

211. 特别报告员认为，这项准则草案应放在《实践指南》关于保留和解释性声明的定义的第 1 节结尾。

212. 不用说，组成了第一节的 34 项准则草案无法顾及所有可能出现的前提，也无法事先解决所有可能产生的问题，因为“法学家和外交官的想像力”太丰富了。[357] 但这些准则很可能顾到了所有类别的令人置疑的情况，在这些情况中，人们都可以正当地质疑旨在更改条约适用的程序是不是保留或解释性声明。

213. 《实践指南》以下各部分将严格限于符合第 1.1 和第 1.2 节所载定义的单方面声明。如这些其他部分具体指出的，保留和解释性声明的法律制度只对这些定义适用，但这不意味着必定是对每一个类别都适用的统一制度，[358] 也不意味着这些制度的若干部分不可以转用于不在本《实践指南》范围内的其他单方面声明。

---

[355] Horn, 同前，第 133 页。

[356] 见上文第 150 和第 170 段。

[357] 维拉利，如上，第 6 页。见上文第 80 段。

[358] 例如，委员会似乎因此倾向于界定一套适用于有条件的解释性声明的规则，与“简单”的解释性声明的法律制度相比，它显然更接近保留的法律制度(《1999 年……年鉴》[英](见上文脚注 75)，第 105-106 页，准则草案 1.2.1 评注第 13-18 段。

第 二 部 分

提出保留和解释性声明的程序

导 言

214. 特别报告员在其第二次报告中就保留问题提出了一个“暂定研究大纲”；[359] 委员会核可了该大纲。[360] 根据该大纲，关于对条约的保留的研究报告的第一和第二部分，将分别探讨对多边条约保留(对人权条约的保留)的法律制度的统一性或多样性以及保留的定义。第二次报告的第二章 [361] 讨论了其中的第一个问题，第三次报告 [362]、第四次报告的一小部分内容 [363] 和本报告第一章 [364] 讨论了上述第二个问题。

215. 同样根据该大纲，研究报告的第三部分将讨论提出和撤回保留以及接受和反对保留的问题。第二次报告中这一部分内容的总体安排如下：

三. 提具和撤回保留以及接受和反对保留

A. 提具和撤回保留

1. 可接受的提出保留的时机(1969 年和 1986 年，第 19 条，起首部分)；

2. 提出保留的程序(1969 年和 1986 年，第 23 条第 1 和第 4 款)；

3. 撤回(1969 年和 1986 年，第 22 条第 1 款和第 3 款(*a*)项以及第 23 条第 4 款)。

B. 提具对保留的接受

1. 提出接受的程序(1969 年和 1986 年，第 23 条第 1 和第 3 款)；

2. 隐含接受(1969 年和 1986 年，第 20 条第 1 和第 5 款)；

3. 义务和明示接受(1969 年和 1986 年，第 20 条第 1-3 款)(第 124 款(*b*)项、第 148 款(1)项)。

C. 提具和撤回对保留的反对

1. 提出反对的程序(1969 年和 1986 年，第 23 条第 1 和第 3 款)；

2. 撤回反对(1969 年和 1986 年，第 22 条第 2 款和第 3 款(*b*)项以及第 23 条第 4 款)。[365]

216. 总的来说，这一安排看来仍然有效，特别报告员建议在本报告中仍采用这一安排。

217. 不过，他认为应该作一些调整，以便在《实践指南》第一部分增加一些关于解释性声明的定义。[366]

218. 尽管特别报告员希望能够在其第三次报告 [367] 中开始全面讨论“解释性声明的法律制度”，但他在

---

[359] 《1996 年……年鉴》[英](见上文脚注 16)，第 48 页，第 37 段。

[360] 见《1996 年……年鉴》[英]，第二卷(第二部分)，第 80 页，第 113 段；以及《1997 年……年鉴》[英](上文脚注 17)，第 52-53 页，第 116-123 段。

[361] 《1996 年……年鉴》[英](见上文脚注 16)，第 52 页。

[362] 《1998 年……年鉴》[英](见上文脚注 3)，第 236-284 页，第 47-413 段。。

[363] 《1999 年……年鉴》[英](见上文脚注 1)，第 135-137 页，第 44-54 段。

[364] 所有关于保留的定义的准则草案均载于本报告附件二。

[365] 《1996 年……年鉴》[英](见上文脚注 16)，第 48 页，第 37 段。括号中的参考条款是 1969 年和 1986 年《维也纳公约》的有关条款。此外，有一项脚注(同上，脚注 59)指出：“由于在主要制度中保存者的作用似乎只是‘机动性的’，在本章(但可能不限于此)讨论这个专题可能是合乎逻辑的。”

[366] 见准则草案 1.2、1.2.1 和 1.2.2。

[367] 《1996 年……年鉴》[英](见上文脚注 16)，暂定研究大纲，第 48 页，第 37 段。

着手撰写该报告时发现这既不可能，也不适宜：[368] 不可能独立于保留的有关要素来研究解释性声明的法律制度。[369] 有条件的解释性声明尤其如此，这种声明的法律制度无疑与(或应该与)保留的法律制度非常相近。[370]

219. 因此，与研究报告的其他部分一样，本章将同时探讨有关保留(及对保留的接受和反对)的程序和(直接地或有条件的)解释性声明的提出和撤回以及对这类声明的反应。

220. 特别报告员谨作以下解释：他打算严格地按照1996 年暂定大纲拟订的方法，在报告的本部分仅讨论提出各种解释性声明的程序问题，而不讨论这种声明是否合法，他将在下一次报告中讨论这个问题。但是，这并不意味着这两个问题之间不存在任何联系：本部分所探讨的对形式的尊重是保留之合法性的一个方面，并决定保留的法律效果，正如 1969 年和 1986 年《维也纳公约》第 21 条第 1 款开首明示：[371] “按照第 19、第 20 和第 23 条，对另一当事国确立的一项保留……”产生第 1 款以后各项所述效果。

221. 此外，与定义问题一样，并按照委员会 1995 年第四十七届会议的决定，[372] 只要 1969 年和 1986 年《维也纳公约》载有涉及本部分所讨论程序问题的规则，即使很不全面，我们也应该有系统地以上述各项公约的有关规定为出发点。两项《维也纳公约》第 23 条(“关于保留之程序”)显然属于这种情况，这些公约的其他条款中则载有关于保留的提出、接受或反对的规定。上文暂定大纲摘要列出了这些条款；[373] 它们是第 19 条的起首条款、第 20 条的一部分和第 22 条。因此，特别报告员将按照对保留的定义的做法，[374] 提议在《实践指南》中抄录这些条款，并根据《指南》的格式和内容安排作出必要的调整。

222. 据此，对本部分的内容组织安排如下：

(*a*) 第二章：保留和解释性声明的提出、更改和撤回；

(*b*) 后一章将述及提出和撤回对保留的接受和反对以及对解释性声明的反应(“关于保留的对话”)。

---

[368] 例如见《1997 年……年鉴》[英]，第二卷(第二部分)，第 52 页，第 115 段，和《1998 年……年鉴》[英]，第二卷(第二部分)，第 98 页，第 534 和第 539 段。另见委员会的以下简要记录：《1997 年……年鉴》，第一卷，第 2487 次会议，第 15 段(佩莱先生)和第 28 段(庞布－齐文达先生)；第 2500 次会议，第 35 段(阿多先生)；第 2552 次会议，第 5 段(卢卡舒克先生)、第 9 段(庞布－齐文达先生)、第 15-16 段(佩莱先生)、第 29-31 段(哈夫纳先生)、第 32 段(布朗利先生)和第 37-38 段(辛马先生)。

[369] 萨皮恩扎在最近的一项研究中表示接受一点，即保留的法律制度必须是研究解释性声明的法律制度的出发点，但他认为，后一种制度是一个独立问题(*Dichiarazioni interpretative unilaterali e trattati internazionali,* 第 222 页)。类似观点，见 Horn, 同前，第 243-244 页。

[370] 见《1998 年……年鉴》[英](上文脚注 3)，第 274 页，第 328 段。

[371] 类似观点，见詹宁斯和瓦茨，《奥本海国际法》，第 1247 页。

[372] 《1995 年……年鉴》(见上文脚注 5)，第 124 页，第 487(*d*)段。

[373] 第 215 段。

[374] 见准则草案 1.1。

第 二 章

保留和解释性声明的提具、更改和撤回

223. 鲁达认为："保留的程序必须与缔约的程序相同，因为保留改变条约各条款的适用，即改变相约规定的实质内容。"[375] 这一看法部分正确，但却无视以下事实：保留从定义上来说就是单方面声明，这一根本性质使保留和与其相关联的条约十分不同，也解释了提出保留的程序上的特殊性。

224. 一位著述者说："提出对条约的保留受外交程序规范的制约，其中涉及提出保留的时刻、其必具的形式、必须予以公布及最后一项，其可撤消的根本特性。"[376] 但是，这里忽视了以下事实：保留的撤回(其"可撤消性"的后果)受制于特殊的规则，它与适用于提出保留的规则不完全对称，因为更改保留可以是部分撤回保留的手段。这方面仍然存在很大的问题，故应与严格意义上的撤回同时加以研究。

225. 虽然各项《维也纳公约》相当精确地规定了提出和撤回保留的程序，但这些公约没有提到适用于解释性声明的规则；既然看来不可能完全独立地制订有关解释性声明的规则，我们只能以有些含糊的办法，尝试通过与关于提具和撤回保留的规定相比较，加以"逐渐制订"。

226. 因此，本章将分为以下两节：(*a*) 提具保留和解释性声明；(*b*) 撤回和更改。

A. 提具保留和解释性声明

227. 1969 年、1978 年和 1986 年三项《维也纳公约》界定保留是在特定时候"作出(made)"的，[377] 但关于保留的实质性条款使用了动词"提具(formulate)"：

(*a*) "一国得于签署、批准、接受、赞同或加入条约时，提具(*formulate*)* 保留，但……"(1969 年《维也纳公约》第十九条(提具保留))；[378]

(*b*) "保留……必须以书面提具(*formulated*)* ……"(1969 年和 1986 年《维也纳公约》第 23 条(关于保留之程序)第 1 款)；

(*c*) "保留系在签署须经批准、接受或赞同之条约时提具(*formulated*)* 者，必须由保留国在表示同意承受条约拘束时正式确认……"(1969 年《维也纳公约》第二十三条第二项)；[379]

(*d*) 新独立国家……确立其成为一项多边条约当事国或缔约国的地位，应认为该国维持在国家继承日期仍适用……的对该条约所作的任何保留，除非该国在作出继承通知时，表示相反的意思，或就该项保留所涉的同一主题作出(*formulates*)* 一项保留。"(1978 年《维也纳公约》第二十条第 1 款)；

(*e*) "新独立国家……作出继承通知，确立其成为一项多边条约当事国或缔约国的地位时，可作出(*formulate*)* 保留，除非该项保留是……所禁止作出(*formulation*)* 的"(1978 年《维也纳公约》第二十条第 2 款)；

(*f*) "新独立国家……作出(*formulates*)* 保留时……"(1978 年《维也纳公约》第二十条第 3 款)。

228. 英文本中，上述条款使用了动词"*formulate*"，而不是"*make*"，这是有意的选择：[380] 拟订各项《维也

[375] 如上，第 193 页。

[376] Maresca, *Il diritto dei trattati: la Convenzione codificatrice di Vienna del 23 Maggio 1969,* 第 299 页。

[377] 见 1969 年和 1986 年《维也纳公约》第 2 条第 1 款(*d*)项和 1978 年《维也纳公约》第二条第 1 款(*j*)项。

[378] 1986 年《维也纳公约》第 19 条除给予国际组织提出保留的权力外，其余与之相同。

[379] 1986 年《维也纳公约》第 23 条第 2 款在所列表示同意接受条约之约束的方法中增加了一项正式确认，其余与之相同。

[380] 1969 年《维也纳公约》未来条款第 19 条，见汉弗莱 • 沃尔多克爵士关于条约法的第一和第四次报告(《1962

纳公约》的人想表明：保留本身是不够的，只有得到接受[381]或经条约明确认可，保留才产生效果(此谓“作出”)。[382]当然，这项选择并不解决所有的问题，[383]委员会在讨论保留的法律效果时还将再讨论这个问题。然而，这项选择正确地显示，保留的提具是程序的一部分，是程序的开端，接下来(理论上)是保留的接受(或通过反对的方式予以拒绝)；本报告的下一章将探讨这个问题。

229. 目前，唯一要紧的是这个开端，即提具保留(或解释性声明)的时刻、其所采取的形式及对其必须予以公布。此外，还必须审查尚未显露的部分，即提具保留或解释性声明的内部程序及其国际影响。

1. 提具保留和解释性声明的时机

230. 虽然关于保留和有条件的解释性声明的定义提到了可提具保留或有条件的解释性声明的时刻，[384]但有必要再加以讨论：首先，仅列出“可提具保留的各种情况”(委员会给准则草案 1.1.2 选定的标题)并不解决这方面出现的所有问题；其次，各项《维也纳公约》也在几处涉及这个问题。

231. 对提具单方面声明(从而使其成为第 2 条第 1 款(*d*)项所规定的保留)的时间施加的限制，事实上已得到 1969 年《维也纳公约》第十九条和第二十三条第二项以及 1986 年《维也纳公约》相应条款[385]的确认：

第 19 条 提出保留

一国或一国际组织可于签署、批准、正式确认、接受、核准或加入一项条约时提出保留，但……。

第 23 条 关于保留的程序

……

2. 保留如在签署须经批准、正式确认、接受或核准的条约时提出，须由保留国或国际组织在表示同意承受条约拘束时正式予以确认。遇此情形，该项保留应被认为在其确认之日提出。

232. 此外，1978 年《维也纳公约》第二十条第 1 款接受：“新独立国家……发出继承通知，确立其成为一项多边条约当事国或缔约国的地位”时，可维持或提出保留。

233. 再回到委员会已结合保留定义加以讨论和解决的问题毫无意义。可以认为问题已按如下方式解决：

(*a*) 1969 年和 1986 年《维也纳公约》第 19 条列出了这两项公约“所提到的表示同意接受条约约束的所有方式”；[386]

(*b*) 发出领土适用通知时，可针对该领土提具保留；[387]

(*c*) 1978 年《维也纳公约》第二十条至少部分地

年……年鉴》[英]，第二卷，A/CN.4/144 号文件，第 62 页，第 17、第 18 和第 19 条评注第(1)段和第 65 页第 17 条评注第(9)段；《1965 年……年鉴》[英]，第二卷，A/CN.4/177 和 Add.1 和 2 号文件，第 50 页第 6 段)以及对中国在联合国条约法会议上的提案(“提具保留”应改成“作出保留”)的否决(《联合国条约法会议正式记录，第一届和第二届会议，1968 年 3 月 26 日至 5 月 24 日和 1969 年 4 月 9 日至 5 月 22 日，维也纳，会议文件》(联合国出版物，出售品编号：E.70.V.5)，全体委员会关于会议第一届会议工作的报告(A/CONF.39/14)，第 133 页，第 176 段，第 134 页，第 177 (二)段和第 137 页，第 183 (*b*)段)。

[381] 见 1969 年和 1986 年《维也纳公约》第 20 条。

[382] 这就是 1969 年和 1986 年《维也纳公约》第 19 条(*b*)项中提及“准许”“特定之保留”的原因。

[383] 见英伯特记录的制订情形，同前，第 83-86 页；另见第 89-90 页(同上)和鲁达，如上，第 179 页。此外，难以理解为什么 1969 年和 1986 年《维也纳公约》第 2 条第 1 款(*d*)项在保留的定义中使用了“所作”。

[384] 见准则草案 1.1、1.1.2、1.1.4 和 1.2.1。

[385] 本文援引的是后者，因为后者在表示同意受约束的方式中包含了正式确认，而在专门述及国家间条约的 1969 年《维也纳公约》中则没有这一项。

[386] 见准则草案 1.1.2 及其评注(《1998 年……年鉴》[英](上文脚注 63)，第 103-104 页)；另见关于对条约的保留的第三次报告，同上(上文脚注 3)，第 247-248 页，第 138-143 段。

[387] 见准则草案 1.1.4 及其评注(《1998 年……年鉴》[英](上文脚注 63)，第 105-106 页)；另见关于对条约的保留的第三次报告，同上(上文脚注 3)，第 248-249 页，第 144-146 段。

补救了第十九条所列国家继承时可提具保留的时刻中的遗漏；[388]

(*d*) 明确指出一项条约可规定在任何其他时刻提具保留的可能性没有用处，因为《实践指南》中的所有准则都旨在替代毫无意愿的情况，而且条约缔约方总是能够在其认为合适的情况下删减条款的适用。[389]

234. 关于最后一点，还是可以探讨一下：如果在《实践指南》中说明条约必须明确规定或缔约方必须一致接受这种可能性，这样是否明智。这就又回到了关于过时提具的保留的一般性问题(见下文第 279-306 段)。此外，还应就以属时理由提具保留和解释性声明问题提出一些要点(见下文第 235-278 段)。

(a) 按照属时管辖提具的保留和解释性声明

(一) 1969 年和 1986 年《维也纳公约》第 19 条和第 23 条第 2 款的准备工作材料

235. 上文(第 231 段)载列了 1986 年《维也纳公约》第 23 条第 2 款的案文，[390] 其中规定保留如在签署“须经批准、正式确认、接受或核准”的条约时提出，须予以确认。

236. 这项规定源自汉弗莱·沃尔多克爵士编写的第一次报告所提出的建议，即根据“除非在批准书内指出维持保留，否则将假定予以放弃”的原则，纳入一项规定(条款草案第 17 条第 3 款(*b*)项)。[391] 特别报告员没有掩饰“如果确实存在任何这种规则，显然，人们对这方面现行规则的确切内容是什么持有不同的意见”，[392] 并特别提到《哈佛条约法公约草案》第 14 条(*d*)款，[393] 其中提出了相反的假设。[394]

237. 委员会委员集中讨论有关保留的合法性的规定，忽略了在全体会议讨论期间成为第 17 条的草案这一部分。[395] 经过连续两次审议后，起草委员会通过了特别报告员所提出的原则，并对初步草案作了一些修改(不是全部修改都适当[396])。[397]

238. 关于该项规定(后成为第 18 条第 2 款)的评注引起兴趣，因为它简要说明了委员会所通过的规则的存在理由：

> 有时会在谈判期间提出一项保留，并确切载入会议记录。这些雏形的保留有时会在后来被作为正式的保留援引。有关国家应似乎有必要以某种方式正式申明其声明，以使其实际上提出保留的意愿得以明确。[398]

239. 各国政府几乎未对条款草案第 18 条的内容表示任何意见。但是(除丹麦和芬兰谈到一些微小的起草

---

[388] 见准则草案 1.1 及其评注第(5)(*a*)和第(8)(*b*)段(《1998 年……年鉴》[英](上文脚注 63)，第 99-100 页)；另见关于对条约的保留的第三次报告，同上(上文脚注 3)，第 239 页，第 70-72 段和第 247 页，第 138 段。将在另一份研究报告以及《实践指南》的一个专门部分中讨论与国家继承有关的具体问题。

[389] 例如见关于对条约的保留的第二次报告，《1996 年……年鉴》[英](上文脚注 16)，第 63 和第 67 页，第 133 和第 163 段及第三次报告，《1998 年……年鉴》[英](上文脚注 3)，第 243 页，第 102-103 段和第 247-248 页，第 138-140 段；另见《1997 年……年鉴》[英](上文脚注 17)，第 53 页，第 122 段和《1998 年……年鉴》[英](上文脚注 63)，第 103 页，准则草案 1.1.2 评注第(5)段。

[390] 1969 年《维也纳公约》同一规定的案文与此相同，唯一的不同是其中没有提及国际组织应遵循的程序。

[391] 《1962 年……年鉴》[英](见上文脚注 380)，第 66 页，第 17 条评注第(11)段。

[392] 同上。

[393] 汉弗莱爵士错误地援引了第 15 条(*d*)款。

[394] “如一国在签署一项条约时提出保留，其后来的批准将使该项保留在该国同其他已成为或可能成为缔约国的国家间的关系中生效”；哈佛草案载于《1950 年……年鉴》[英]，第二卷，第 243-244 页。

[395] 见第 651 至第 656 次会议简要记录(1962 年 5 月 25 日至 6 月 4 日)，《1962 年……年鉴》[英]，第一卷，第 139-179 页。见卡斯特伦先生的评论(同上，第 652 次会议，第 148 页)和汉弗莱·沃尔多克爵士的评注(同上，第 656 次会议，第 174-175 页，第 33 段)。

[396] 起草委员会尤其提及要确认国家“在执行确立其同意受条约约束的法案时”提出的保留(《1962 年……年鉴》[英]，第一卷，第 663 次会议，第 221 页，第 3 段)。

[397] 见第 663 和第 668 次会议简要记录，《1962 年……年鉴》[英]，第一卷，第 221-223 页和第 257 页。

[398] 《1962 年……年鉴》[英]，第二卷，A/5209 号文件，第 180 页。

问题[399]外)，应注意到瑞典的评论，即关于接受及反对保留的第 18 和第 19 条的大部分内容，“只是举例说明缔约方可以规定哪些内容，或只不过是一些更宜被编入建议做法守则的程序性规则”。[400] 根据这些意见，特别报告员汉弗莱·沃尔多克爵士在其第四次报告中拟议了新的第 20 条，从程序角度出发处理保留问题。[401] 该条题为“关于保留的程序”，头两段与旧草案第 18 条第 2 和第 3 款及第 19 条相应，其内容如下：

1. 保留必须以书面方式提出。如在通过条约案文后才提出保留，就必须通知保存人，如无保存人，则通知其他有关国家。[402]

2. 在通过条约案文或签署须经批准、接受或赞同的条约时提出的保留，只有保留国在批准、接受或赞同条约时予以正式确认，才能生效。[403]

240. 在委员会二读辩论期间，针对保留的提出而发表的意见很少。[404] 然而，有人就签署时提出的保留在于批准时获得确认以前的“地位”发表了令人感兴趣的意见。[405] 在这方面，特别报告员认为接受保留的规则只应当在确认保留后才适用，“否则就很难制订关于默许情况的规则”。[406] 新的第 20 条经起草委员会作出某些修改后，获得了国际法委员会的通过。[407]

241. 最后通过的条款草案第 20 条第 2 款与第 23 条第 2 款现有案文的唯一不同之处，是该款提到了“在通过案文时”[408] 提出的保留，维也纳会议在被形容为“难以理解”的情况下删除了这一提法。[409] 关于这项规定的评注几乎逐字载列 1962 年的案文，[410] 并补充如下：

第 2 款涉及在后来阶段(谈判后)提出的保留：即在通过案文或在签署须经批准、接受或赞同的条约时提出的保留。关于这方面，委员会再次认为重要的是，在确实同意接受约束时，国家应切实确定对保留的最后立场。该款因此规定，如国家想要保持保留，就应正式确认保留。同时，还规定在这些情况下，将视保留为在其确认之日提出，这一点对[《公约》案文第 20 条]第 5 款的执行很重要。[411]

242. 特别报告员保罗·路透在关于国家和国际组织间或两个或更多国际组织间所缔结条约问题的第四和第五次报告内，载入了 1969 年《维也纳公约》第二十三条第二项所列规则的实质内容，并因为列入国际组织[412] 和引进“正式确认”的概念(有可能与第二十三条内简单的“确认”保留的概念[413] 产生混淆)而作出唯一一处必要的修改。这项规定是在一读时通过的，由于草案引进“正式确认”的概念——等于国际

---

399 《1965 年……年鉴》[英](见上文脚注 380)，第 46-47 页。日本也提交了条款草案，大致参照了委员会有关提出保留的时刻的措辞(《1966 年……年鉴》[英](见上文脚注 212)，第 305 页)。

400 《1965 年……年鉴》[英](见上文脚注 380)，第 47 页。这种暗指“建议做法守则”的办法证明了对制订《实践指南》所意在满足的各项需要的有趣直觉。

401 同上，第 53-54 页。

402 这一段重述原第 18 条第 2 款(*a*)项的初步条款(《1962 年……年鉴》[英](见上文脚注 398)，第 176 页)并概述了该条第 3 款。

403 这一段略为简化旧草案第 18 条第 2 款(*b*)项(同上)。其第 3 和第 4 款述及明示和默示接受保留，第 5 和第 6 款则述及反对保留。

404 见鲁达先生的意见(《1965 年……年鉴》[英]，第一卷，第 797 次会议，第 154 页，第 71 段)和罗森先生的意见(同上，第 813 次会议，第 264 页，第 5-8 段)。

405 特别见巴托斯先生和拉克斯先生的评论(同上，第 813 次会议，第 269 页)。

406 同上，第 74 段。

407 同上，第 816 次会议，第 284 页，第 55 段。

408 “如果在通过案文或签署条约时提出……”(《1966 年……年鉴》[英](见上文脚注 212)，第 208 页)。

409 “第 2 款内的‘在通过案文时’这一句在会议最后批准该条时在国际法委员会的案文中神秘消失了”(鲁达，如上，第 195 页)。特别报告员在会议正式记录中找不到任何会产生这种效果的修正的踪迹。

410 见上文第 238 段。

411 《1966 年……年鉴》[英](见上文脚注 212)，第 208 页。

412 《1975 年……年鉴》[英]，第二卷，A/CN.4/285 号文件，第 38 页和《1976 年……年鉴》[英]，第二卷(第一部分)，A/CN.4/290 和 Add.1 号文件，第 146 页。

413 见 1977 年 6 月 6 日第 1434 次会议关于该专题的讨论(《1977 年……年鉴》[英]，第一卷，第 101-103 页)。在同次会议上，就能够成为缔约方的国际组织的概念展开讨论(同上)。

组织的批准 — 而必须作出修改，分为两个分开的条款，以便区分几个国际组织之间的条约和国家与一个或多个国际组织之间或国际组织与一个或多个国家之间的条约。[414] 没有任何政府对第二十三条和第二十三条之二作出评论，[415] 二读期间，它们再被合并成一项规定。这项规定与 1969 年《维也纳公约》第二十三条的唯一不同之处是，它提到了国际组织和正式确认(条约本身)的机制。[416]1986 年维也纳条约法会议通过国际法委员会所编制的案文，对法文本未作任何修改。[417]

(二) 在签署时确认所提出保留的义务

243. 毫无疑问，在通过 1969 年《维也纳公约》第二十三条第二项时，相比严格意义的编纂，该条款与逐渐发展的关系更为密切，[418] 大概可以认为正式确认签署正式条约时所提出保留的义务已变成实在法的一部分。该规则在 1969 年公约中形成，在 1986 年公约中得到确认，并实际上得到执行，似乎符合允许它具有习惯性的必要法律意见。

244. 因此，联合国法律顾问在 1976 年 7 月 1 日的备忘录中，说明了“秘书长作为多边条约保存人在……与不载有这方面规定的条约有关的保留和反对保留方面的做法”，并根据 1969 年《维也纳公约》第二十三条第二项，总结认为：“在签署须经批准的条约时提出的保留只有声明的效力，即具有与签署本身相同的法律效力。必须在批准时予以确认；否则保留将被视为已撤回”。[419]1980 年，欧洲委员会改变了其在这方面的做法；[420] 在对委员会关于对条约的保留问题单的答复中，答复问题 1.10.2[421] 的国家指出，一般来说，它们是在批准或加入时确认在签署条约时所提出的保留。[422]

245. 不过，奇怪的是，联合国秘书长的做法与法律顾问 1976 年所表示的信念 [423] 并不一致，因为前者在题为《交给秘书长保存的多边条约》的重要出版物中列入了在签署条约时提出的保留，而无论保留后来是否得到确认，[424] 甚至假定国家在表示确实同意受约束时提出其他保留。

---

[414] 案文及其评注，见《1976 年……年鉴》[英](上文脚注 412)，第 146 页(路透的第五次报告)和《1977 年……年鉴》[英]，第二卷(第二部分)，第 115-116 页(委员会报告 — 两个分开的条款；1981 年放弃此区分 — 见路透先生第十次报告，《1981 年……年鉴》[英]，第二卷(第一部分)，A/CN.4/341 和 Add.1 号文件，第 63-64 页)。另见第 1434 和第 1451 次会议上的讨论情况，《1977 年……年鉴》[英](上文脚注 413)，第 101-103 页和第 195-196 页)。

[415] 不过，欧洲委员会指出本条第 2 款所载的规则与其做法一致(《1982 年……年鉴》[英]，第二卷(第二部分)，附件，第 143 页，第 36 段)。

[416] 路透先生第十次报告，《1981 年……年鉴》[英](见上文脚注 414)和委员会报告，《1982 年……年鉴》[英]，第二卷(第二部分)，第 37 页。

[417] 起草委员会主席哈索内先生指出对英文本作了修改(把“由一项条约”改为“由条约”)(《联合国关于国家和国际组织间或国际组织间的条约法会议，1986 年 2 月 18 日至 3 月 21 日，维也纳，正式记录，第一卷，全体会议和全体委员会会议简要记录》(联合国出版物，出售品编号：E.94.V.5, 第一卷)，第五次全体会议，1986 年 3 月 18 日，第 15 页，第 63 段)。

[418] 见汉弗莱 • 沃尔多克爵士第一次报告(《1962 年……年鉴》(上文脚注 380))和上文第 236 段。另见基利，“保留：公正作为一种平衡因素？”，第 28 页，以及 Horn, 同前，第 41 页。

[419] 《1976 年联合国法律年鉴》(联合国出版物，出售品编号：E.78.V.5)，第 209 和第 211 页。另见怀特曼，《国际法文摘》第 158-159 页。

[420] 见 Horn, 同前和 Polakiewicz, 《欧洲委员会内的条约缔结》，第 95-96 页。

[421] “如果保留是在签署条约时提出，在国家表示确定同意受约束时它们是否得到正式确认？”(《1996 年……年鉴》[英](上文脚注 16)，附件二，第 99 页)。

[422] 见日本、瑞士(不过，似乎《国际电信公约》和附加议定书是例外，但没有解释此种例外情况)、法国和墨西哥的答复。玻利维亚指出曾经在签署时提出，但却没有确认保留。因为这些保留是附入条约的议定书。丹麦在答复问题 1.10.1(提出保留的时间是否依据任何特别的考虑因素？如是，是哪些考虑因素？(《1996 年……年鉴》[英](上文脚注 16)，附件二，第 99 页)时，指出它是在表示确定同意受约束时提出其所有保留，其答复则明确地以 1969 年《维也纳公约》第二十三条第二项为依据。

[423] 见上文第 244 段。

[424] 在签署时提出但后来没有予以确认的保留的示例有：伊朗伊斯兰共和国和秘鲁对《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》(联合国，《条约汇编》，第 1582 卷，第 27627 号，第 398 和第 402 页)的保留和土耳其对 1972 年《集装箱关务公约》(同上，《交给秘书长保存的多边条约》(见上文脚注 26)，第 487 页)的保留。在签署时提出并在表示同意受约束得到确认的保留有以下示例：联合王国对 1950 年 11 月 22

246. 在法律文献中，1969 年和 1986 年《维也纳公约》第 23 条第 2 款的规则现在似乎已获得普遍赞同，[425] 尽管过去并非一贯如此。[426] 不管怎样，无论对此有何反对意见，都不至于对两项《维也纳公约》所列的明确规则构成挑战。委员会已决定原则上遵守这一规则，除非普遍对此表示反对。

247. 因此，看来既有必要、也应该在《实践指南》中以准则草案的形式复述 1986 年《维也纳公约》第 23 条第 2 款的规则。[427] 但在草案的具体措辞方面却出现两个问题。

248. 首先，仅仅转录第 23 条第 2 款的措辞是否合适，或是否应予补充，以考虑到继承国按照准则草案 1.1 发出继承通知时提具保留的可能性，从而使 1986 年《维也纳公约》第 2 条第 1 款(*d*)项所载的保留定义更加完整？答案并不简单。初看之下，继承国在发出继承通知时可以确认或撤消被继承国所作的保留，[428] 也可以提具新的保留；[429] 在这两种情况下，继承国在签署时都不必对保留加以确认。但根据 1978 年《维也纳公约》第十八条第 1 和第 2 款，在某些条件下，新独立国家可通过继承通知对在国家继承时虽未生效、但被继承国本身是缔约国的多边条约，确立其作为该条约缔约国或缔约方的地位。然而，根据 1969 年和 1986 年《维也纳公约》第 2 条(*f*)项，“称‘缔约国’者，谓不问条约已未生效，同意承受条约拘束之国家”—— 它指的是一个国家，而不仅仅是一个签字。反过来也就是说，条约的“签署是不可以(以正式形式 [430])[431] 继承的”，因此不应将继承通知这一概念引进准则草案 2.2.1 内。[432]

249. 第二，或许应提问的是，委员会在起草本草案时是否应考虑准则草案 1.1.2(提出保留的时机)，其中规定：

> 根据准则 1.1 提出保留的时机包括《维也纳条约法公约》和《关于国家和国际组织间或国际组织相互间条约法的维也纳公约》第 11 条中所提及的表示同意接受条约约束的一切方式。

在对作出确认的时间加以规定方面没有出现这个问题，因为 1969 年和 1986 年《维也纳公约》第 23 条第 2 款的提法与委员会在准则草案 1.1.2 中所用的措辞相同(“表示同意接受条约约束时”)。但是，人们可能会认为，第 23 条第 2 款所列时机的数量似乎限制了表示同意接受条约约束的可能方式(批准、正式确认、接受或核准)，其范围太窄，与第 11 条列举的方式不相呼应。

250. 但特别报告员认为，这种关切有些过头；1969 年和 1986 年《维也纳公约》第 11 条和第 23 条第 2 款的措辞之间的区别，在于后者略去了前者所设想的以下两种可能性：“交换构成条约之文书”和“任何其他同意之方式”。[433] 一国或一国际组织通过其中一

日《教育、科学、文化物品的进口协定的议定书》的保留(同上，第二卷，第 66 页)、阿根廷和委内瑞拉对《建立商品共同基金协定》的保留(同上，第 139-140 页)以及斯洛伐克对《联合国人员和有关人员安全公约》的保留(同上，第 121 页)。

[425] 特别见格里格，如上，第 28 页和英伯特，同前，第 285 页。

[426] 见英伯特，同前，第 283-284 页。

[427] 而不是复述 1969 年公约的规则，因为它略去了国际组织，因而不够全面。

[428] 见 1978 年《维也纳公约》第二十条第 1 款。

[429] 同上，第 2 款。

[430] 见下文第 259-260 段。

[431] 但《交给秘书长保存的多边条约》这一出版物却在脚注中不加特别评论地提到了由被继承国在签署时提具、显然未经继承国正式确认的保留；例如见在关于捷克共和国和斯洛伐克的注中提到的捷克斯洛伐克对《联合国海洋法公约》的保留(同上，第 239 页，注 4)。此外，无论保留问题怎样，有些国家明确表示打算继承被继承国的签署(例如见捷克共和国和斯洛伐克就《领海及毗连区公约》(同上，第 239 页，注 4)、《大陆架公约》(同上，第 206 页，注 2)和 1978 年《维也纳公约》(同上，第 277-278 页)发出的通知)。

[432] 按照 Pilloud 的观点，“类推适用《维也纳公约》第 23 条第 2 款所列关于签署时表示的保留的规则时，已声明继承适用 1949 年《日内瓦四公约》的国家如有意赞同[被继承国]表示的保留，应在其继承适用声明中明白表示”(“对 1949 年《日内瓦四公约》的保留”，第 111 页)。是否可作如此类推是个疑问；将在今后关于对保留的继承的报告中审议这一问题。

[433] 关于第 2 条第 1 款(*d*)项与第 11 条之间的比较的类似评论，见准则草案 1.1.2 评注第(8)段，《1998 年……年鉴》[英](见上文脚注 63)，第 104 页。

种方式表示除保留外同意接受某一多边条约约束的可能性很低，似乎无需在准则草案 2.2.1 中赘言，或在《实践指南》第 2 章中列入一项等同于准则草案 1.1.2 的准则草案。在评注中提及这一点无疑就已足够了。

251. 根据这些情况，准则草案 2.2.1 可仿照 1986 年《维也纳公约》第 23 条第 2 款拟订如下：

“2.2.1 在签署时提具的保留和正式予以确认

保留如在签署须经批准、正式确认、接受或核准的条约时提具，须由保留国或国际组织在表示同意接受条约约束时正式予以确认。遇此情形，该项保留应被视为在其确认之日提具。”

252. 此外，不妨提问的是，草签[434]或签署一项尚待核准的条约时是否可提具保留；1969 年和 1986 年《维也纳公约》第 10 条论及签署时也提到这些程序，将它们作为确定条约文本作准的方法。这一问题的答案当然是肯定的：无论什么都不妨碍国家或国际组织在认证阶段、[435]或此前在谈判的任何其他阶段向其伙伴正式表明其对已通过的案文的“保留”。

253. 此外，国际法委员会在条款草案第 18 条(后成为 1969 年《维也纳公约》第二十三条)中也考虑到这一点，如 1966 年第十八届会议通过的条款草案最后案文所示，该条第二项规定：“保留如在通过……案文时提具，须由保留国在表示同意接受条约约束时正式予以确认。遇此情形，此项保留应被视为在其确认之日提具”。[436]委员会在评论此项规定时指出：

在实践中，在缔结一项条约的各个阶段都可提具保留。因此，常常在谈判中表示保留并记载于会议记录。有时在此后将这类初期保留作为正式保留予以援用。但委员会认为，重要的是所涉国家在签署、批准、接受、核准或加入条约时应正式重申这一声明，以使其提具保留的意向明确肯定。有鉴于此，第十六条不承认谈判期间作出的保留声明是一种提具保留的方法，本条也未予提及。[437]

254. 如上所述，[438]由于维也纳条约法会议期间的“神秘”情况，1969 年《维也纳公约》第二十三条第二项的案文没有提及通过案文这一点，这可能是考虑到必须与第十九条起首部分的措辞一致(但会议的简要记录对此未予表明)。问题是，是否不宜在《实践指南》中重提这一点。

255. 特别报告员认为，鉴于以下情况，委员会重提这一点将是有用的澄清：

(*a*) 一方面，在确切表示同意接受条约约束前提具的任何保留[439]都须经保留者确认；这正是澄清的目的；

(*b*) 另一方面，似乎没有任何理由将澄清限于通过或认证案文时提具的“初期”保留；当然，必须规定正式予以确认的义务，尤其是在已于谈判初始阶段表示“提具保留的意向”的情况下。

256. 可将上述澄清作为准则草案 2.2.2 的主题，措辞如下：

“2.2.2 在谈判、通过或认证条约案文时提具的保留和正式予以确认

“保留如在谈判、通过或认证条约案文时提具，须由保留国或国际组织在表示同意接受条约约束时正式予以确认。遇此情形，该项保留应被视为在其确认之日提具。”

257. 上述措辞来自准则草案 2.2.1,[440]该准则草案是仿照 1986 年《维也纳公约》第 23 条第 2 款拟订的，因此问题在于将这两条草案合并为一是否并无任何益

[434] 见 Szafarz,“对多边条约的保留”，第 295 页。

[435] 关于认证“作为缔约过程的独特部分”，见国际法委员会条约法条款草案第 9 条(在联合国条约法会议上成为第 10 条)评注，《1966 年……年鉴》[英](上文脚注 212)，第 195 页。

[436] 《1966 年……年鉴》[英](见上文脚注 212)，第 208 页。

[437] 同上，评注第(3)段。

[438] 上文第 241 段。

[439] 如遇一个或多个国家对拟议的一些规定表示异议，则常常采用“商定的保留”，即在谈判期间列入条约中的保留条款(见上文第 164-171 段)；此类异议的表示可被视为“初期保留”。

[440] 见上文第 251 段。

处。这将有助于“节省”规定，但也存在改动《维也纳公约》案文的弊病。当然，可以说委员会也是这样处理准则草案 1.1 的；但是，所产生的问题并不完全一样；该草案所采用的保留定义“不过是 1969 年、1978 年和 1986 年各项《维也纳公约》所载定义的综合案文，对其未作任何改动”。[441] 将准则草案 2.2.1 和 2.2.2 的拟议案文合并为单一案文则属于不同的性质，相当于给各项《维也纳公约》的案文添加一种其不曾考虑到的可能性。为此，特别报告员倾向于保持两项单独的草案。

258. 如果委员会大多数委员不同意这个看法，草案案文可改写如下：

“在谈判、通过或认证或签署条约案文时提具的保留和正式予以确认

“保留如在谈判、通过或认证条约案文时或在签署须经批准、正式确认、接受或核准的条约时提具，须由保留国或国际组织在表示同意接受条约约束时正式予以确认。遇此情形，该项保留应被认为在其确认之日提具。”

259. 在这方面，无论采取何种解决方式，[442] 拟议的措辞(无论怎样，它还是忠于维也纳案文)明确意味这样编纂的规则只适用于正式形式的条约，也就是那些不仅仅因为签署便生效的条约。[443] 另一方面，关于在签署后不再需要任何其他手续即可生效的条约，即法国法学理论所说的“简化形式的协定”，[444] 不言而喻的是，保留如在签署条约时提具，则立即生效，正式予以确认没有必要，甚至是难以想象的。[445]

260. 不过，这项规则实际上源于 1969 年和 1986 年《维也纳公约》第 23 条第 2 款的案文；准则草案 2.2.1 予以转载，准则草案 2.2.2 予以补充。但是，鉴于《实践指南》的务实性，在准则草案 2.2.3 中对此加以确切阐明并不为过：

“2.2.3 在签署[简化形式的协定][仅签署即告生效的条约]时提具的保留无须予以确认 [446]

“在签署[简化形式的协定][仅经签署即告生效的条约]时提具的保留无须事后予以确认。”

261. 但不言而喻的是，如果在谈判、通过或认证条约案文时对简化形式的协定提出了“初期保留”，则在签署时必须予以确认。但是，在这种情况下，正如签署即表示确切同意接受约束一样，准则草案 2.2.1 和 2.2.2 明确地包括了这种可能性(“在表示同意接受约束时”)，因此似乎完全没有必要在另一项准则草案中重复这项规定。

---

[441] 《1998 年……年鉴》[英](见上文脚注 63)，第 99 页，准则草案 1.1, 评注第(1)段。

[442] 所涉及的并非根本性问题。但是委员会在这方面拟采取的解决方法会构成先例，因为就各项《维也纳公约》的其他规定来说，这个问题肯定会再次出现。考虑到尽可能不偏离公约的好处，特别报告员认为委员会在按上文第 258 段所述将准则草案 2.2.1 和 2.2.2 合二为一之前，应再研究一下这个问题。

[443] 正式形式的条约与简化形式的协定之间的区别，特别见：Chayet,“简化形式的协定”；阮国亭、达里尔和佩莱，同前，第 136-144 页；以及 Smets,《简化形式的协定》。上述区分在罗马—日耳曼法系的学者中比在英美法系流派的学者中常见。英美法系更关注的是执行协定，这一概念与简化形式的协定的概念并不完全相符(见 Horvarth,“执行协定的有效性”)。但是，辛克莱(《维也纳条约法公约》，第 41 页)和布朗利(《国际公法原则》，第 611 页)却在国际法委员会讨论条约法问题时提到了“协定”或“简化形式的条约”的概念。

[444] 尽管涉及简化形式的协定的程序更经常用于缔结双边条约，而不是多边条约，但就多边条约来说，也并非完全没有这种情况，可以举出若干仅经过签署便生效的多边协定的示例。例如，1947 年《关税及贸易总协定》(至少就签署《关税及贸易总协定临时适用议定书》之后其大部分规定即告生效而言)、《关于老挝中立的宣言》和《关于在亚洲及太平洋区域建立一个食品和肥料技术中心的协定》就属于这种情况。此外，还有一些“混合型”条约，只须经签署或批准即告生效，如果缔约方愿意这样做的话(见《国际通信卫星组织协定》第十九条；另见下面脚注)。

[445] 但是，特别报告员不清楚是否有任何明确的示例，说明在签署简化形式的多边协定时作出的保留。不过，肯定不能完全排除这种可能性；正如上文脚注表明，还存在“混合型条约”，如果当事方选择，这些条约只经签署或批准即可生效，而且这些条约允许提出保留或载有保留条款(见《精神药物公约》(第 32 条)、《班轮公会行为守则公约》和 1999 年《国际扣船公约》(第 12 条第 2 款))。

[446] 拟议的替代措辞与下述事实有关：正如上文脚注 443 表明，“简化形式的协定”一词对罗马法系的法学家来说是很熟悉的，但对英美法系培训出来的法学家来说，则可能会使人感到困惑。

262. 此外，在另一种假设的情况中，要求确认在签署时提具的保留似乎有些多余，即当条约本身已明确规定这样一种可能性且不要求予以确认时。例如，《减少多重国籍和在多重国籍情况下的义务兵役的公约》第 8 条第 1 款规定：

任何签约方在签署本公约或* 交存其批准书、接受书或加入书时，均可声明其将利用本公约附件所规定的一项或多项保留。[447]

263. 在这类情况下，实际做法似乎是不要求在签署时提具保留的缔约方在表示确切同意接受约束时确认该项保留。因此，回到原来的示例上，法国在签署《减少多重国籍和在多重国籍情况下的义务兵役的公约》时提出了保留，但事后并没有予以确认。[448] 同样，匈牙利和波兰也没有确认它们对《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》第 20 条所作的保留，该《公约》第 28 条第 1 款规定，在签署时可作这样的保留。另外，卢森堡没有确认其对《关于难民地位的公约》的保留，厄瓜多尔也没有确认其对《关于防止和惩处侵害应受国际保护人员包括外交代表的罪行的公约》的保留。[449] 但是，其他国家 [450] 却的确在批准时确认了其对《禁止酷刑公约》同一条款的保留。特别报告员认为，在签署《禁止酷刑公约》时所作的保留本身已经足够。尽管没有任何规定阻止保留国确认这些保留，[451] 但是也没有任何规定强迫它们这样做。只有当条约未就此作出任何规定时，才应适用 1969 年和 1986 年《维也纳公约》第 23 条第 2 款的规定；否则，关于在签署时提出保留的可能性的规定将没有任何实际效力。

264. 尽管在实践中存在种种不确定的情况── 对此可能的解释是，即使在这类情况下不一定需要正式予以确认，但也不排除这种做法── 赞同“最低限度”实践似乎并非无用(这似乎符合逻辑，因为条约明白规定可在签署时提具保留 [452])，可将其写入一项准则草案，拟订如下：

“2.2.4 在签署时提具条约明白规定的保留

“如条约明白规定一国或一国际组织可以选择在签署条约时提具保留，在当时提具的保留不必由保留国或国际组织在表示同意接受条约约束时正式予以确认。”

(三) 提具解释性声明的时刻(重述)

265. 关于对条约的保留的第三次报告相当详细地论述了可以提具解释性声明的时刻。[453] 该报告特别表明，除非有关条约另有规定，一项“纯粹的”解释性声明是可以随时提具的，但有条件的解释性声明却只可以在签署或在表示同意接受约束时提具，因为根据其定义，它规定了声明国或国际组织参加条约的某些条件。

266. 委员会接受了这些看法，并在准则草案 1.2 反映了这一点，其中界定解释性声明不受任何时间因素制约，[454] 而准则草案 1.2.1 则作出了相反的明白规定：有条件的解释性声明与保留一样，是“一国或一国际组织在签署、批准、正式确认、接受、核准或加

[447] 在众多的示例中，另见《减少无国籍状态公约》第 17 条；《税务事项行政互助公约》第 30 条；《欧洲国籍公约》第 29 条和《死者遗产继承法律适用公约》第 24 条。

[448] 欧洲委员会，欧洲法律合作委员会(CCJ)，《欧洲法律合作委员会公约及其对这些公约的保留》，秘书处的说明，欧洲法律合作委员会(99)36, 斯特拉斯堡，1999 年 3 月 30 日，第 11 页。比利时对 1988 年《税务事项行政互助公约》所作的保留也属于这种情况(同上，第 50 页)。

[449] 《交给秘书长保存的多边条约》(见上文脚注 26)，第 213-214 页；第 265 页；以及同上，第二卷，第 115 页。匈牙利后来撤回了保留。

[450] 白俄罗斯、保加利亚(后来撤回了保留)、捷克斯洛伐克(捷克共和国和斯洛伐克后来撤回了保留)、摩洛哥、突尼斯和乌克兰(后来撤回了保留)；见《交给秘书长保存的多边条约》(上文脚注 26)，第 212-214 页。

[451] 这类“预防性确认”很常见(例如见白俄罗斯、巴西(但是，巴西只确认了其最初三项保留中的两项)、匈牙利、波兰、土耳其和乌克兰对《精神药物公约》所作的保留(同上，第一卷，第 327-329 页)。

[452] 如果不承认这项原则，许多未经确认的保留将必须被视为非法(或没有效力)，即使提具保留的国家是根据条约案文本身这样做的。

[453] 《1998 年……年鉴》[英](见上文脚注 3)，第 274-276 页，第 328-339 段。

[454] 见《1999 年……年鉴》[英](上文脚注 75)，第 101-103 页，准则草案 1.2 评注第(21)-(32)段。

入条约时或一国在发出继承条约的通知时提具的单方面声明”。[455]

267. 无论如何，就第二项假设来说，委员会曾指出，如有条件的解释性声明是在签署条约时提具，它很可能“在表示确切同意接受约束时得到确认”。[456] 实际上，为保留提出一项解决办法而为有条件的解释性声明提出另一项解决办法似乎是不合逻辑的。

268. 应予以指出的是，在实践中，拟以对条约作出特定解释为条件参加条约的国家，一般都在签署时或在谈判阶段中的较早时刻确认其对条约的解释。例如：

(*a*) 德国和联合王国在批准《控制危险废物越境转移及其处置巴塞尔公约》时，对一些可被视为有条件声明的“声明”[457]加以确认；[458]

(*b*) 摩纳哥在签署并于随后批准《公民及政治权利国际公约》时也采取了同一步骤；[459]

(*c*) 奥地利在《保护考古遗产的欧洲公约》的批准书中列入了其在签署时所作的一项声明；[460]

(*d*) 欧洲共同体在核准《越境环境影响评估公约》时也对其在签署时作出的一项声明加以确认。[461]

269. 因此，将关于正式确认在签署时提具的保留的规则(准则草案 2.2.1)，或关于正式确认在谈判、通过或认证条约文本时提具的保留的规则(准则草案 2.2.2)转而适用于有条件的解释性声明是适当的。但却因此产生两个问题。

270. 首先是方法问题：是否要拟订一项或多项准则草案，列出关于确认在签署时提具的保留的相应案文草案，或者采取委员会在关于双边条约的解释性声明的准则草案 1.5.2[462] 中所用的程序，并提及准则草案 2.2.1 和 2.2.2,是否就足以处理这个问题。在准则草案 1.5.2 中采用这一程序的主要理由是，委员会决定不在《实践指南》的其余部分述及对双边条约的“保留”。[463] 这种理由已不再适用：即使《实践指南》的主要重点是保留，但大家已经商定，在适当情况下，《指南》也应载列关于(纯粹的或有条件的)解释性声明的法律制度的准则。[464] 因此，最好在《指南》中列入一些实质性规定，说明对在表示确切同意接受约束之前提具的有条件的解释性声明正式予以确认的义务，除非将不折不扣地把关于保留的相应规则转而适用于有条件的解释性声明。[465]

271. 即使委员会同意这第一项建议，它仍须就关于形式的第二个问题表明立场：是否应如保留的情况那样，拟订一项或两项准则草案，专门处理正式确认有条件的解释性声明的问题。特别报告员认为，这个问题应从另一个角度加以处理。为了避免“修改”《维也纳条约法公约》的规定，特别报告员清楚表明他倾向于通过两项不同的准则草案：一项涉及确认在签署时提具的保留，另一项则涉及确认在谈判时提具的保留。[466] 但这一考虑不适用于解释性声明，因为 1969 年和 1986 年《维也纳公约》对解释性声明都只字未提。

---

[455] 同上，第 105-106 页，准则草案 1.2.1 评注第 15-18 段。

[456] 同上，第 106 页，脚注 371。

[457] 见《交给秘书长保存的多边条约》(上文脚注 26)，第二卷，第 356-357 页。

[458] 还可以提问的是，对一项在签署时作出的解释性声明加以确认是否(除了别的以外)相当于指出其有条件的性质。

[459] 《交给秘书长保存的多边条约》(上文脚注 26)，第 139 页。

[460] 联合国，《条约汇编》，第 788 卷，第 11212 号，第 240 页和同上，第 1338 卷，第 11212 号，第 335 页。

[461] 《交给秘书长保存的多边条约》(上文脚注 26)，第 363 页。另见意大利和联合王国就《生物多样性公约》所作的声明(同上，第 379-380 页)。

[462] 这项准则草案案文如下：“准则草案 1.2 和 1.2.1 均适用于对多边和双边条约的解释性声明。”

[463] 见准则草案 1.5.1 和及其评注第(19)-(20)段(《1999 年……年鉴》[英](上文脚注 75)，第 120 页和第 123-124 页)。

[464] 见上文第 218 段。

[465] 同样(见上文脚注 447)，这并非一个关键问题，但委员会就此作出的决定将构成先例，很可能应在《实践指南》以后各部分和章节予以遵循。

[466] 见上文第 257 段。

272. 因此，将准则草案 2.2.1 和 2.2.2 转而适用于解释性声明并将其合并是合理的，正如上文第 258 段就保留提议的替代办法那样：

“2.4.4 在谈判、通过或认证或签署条约案文时提具的有条件的解释性声明和正式予以确认

“有条件的解释性声明如在谈判、通过或认证条约案文时或在签署须经批准、正式确认、接受或核准的条约时提具，须由保留国或国际组织在表示同意接受条约约束时正式予以确认。遇此情形，该项声明应被视为在其确认之日发布。”

273. 根据同样的理由，将关于无须确认在签署一项简化形式协定或签署一项明白规定可提具保留的条约时提具的保留的准则草案 2.2.3 和 2.2.4 转而适用于解释性声明，[467] 似乎是合理的。有关的准则草案可拟订如下：

“2.4.5 无须确认在签署[一项简化形式的协定][一项只经签署即告生效的条约]时提具的解释性声明

“在签署[一项简化形式的协定][一项只经签署即告生效的条约]时提具的解释性声明无须在日后予以确认。

“2.4.6 在签署一项明白规定可以提具解释性声明的条约时提具的解释性声明

“如条约明白规定一国或一国际组织可以选择在签署条约时提具解释性声明，则在当时提具的解释性声明无须由保留国或国际组织在表示同意接受条约约束时正式予以确认。”

274. 但是，正是由于纯粹的解释性声明在原则上可以随时提具，[468] 它们却引起一个在保留方面没有碰到而且就有条件的解释性声明来说也不会产生的特殊问题：如果其所适用的条约明白规定它们只可在特定的时刻提具，如《联合国海洋法公约》第 310 条 [469] 的情况那样，该怎么办？

275. 在这种情况下，缔约方显然只可以在条约具体指明的时刻作出诸如有关规定所设想的解释性声明。实际上，这一点再清楚不过，从而使人们质疑是否必须在《实践指南》的一项准则中予以阐明。

276. 但是，列入这样的规定理由有二。第一，这可能是回顾纯粹的解释性声明原则上可以随时提具的机会——迄今通过的准则草案目前都没有这样做，但准则草案 1.2 除外，它以省略方式做到了这一点，没有在解释性声明的定义中引进任何时间因素。[470] 第二，这样的澄清实际上与例如 1969 年和 1986 年《维也纳公约》关于提出保留的选择权的第 19 条(*a*)项和(*b*)项 [471] 所阐述的内容不相上下。

277. 条约中明白规定对提具解释性声明的选择权施加限制，并不是基于属时理由而致使一国或一国际组织无法提具解释性声明的唯一情况。一国或一国际组织已提具一项解释性声明，而其伙伴以此作为依据或有权以此作为依据(禁止改口)时，也同样适用。在这种情况下，提具初始声明者不得更改此项声明。这项假设将在下文(*b*)节与关于更改保留和解释性声明的问题一并论述。然而，应在准则草案 2.4.3 内反映这一点。

---

[467] 没有必要将有条件的解释性声明和纯粹的解释性声明加以区分，因为无论如何，不存在对纯粹的解释性声明加以确认的义务。除非另有规定，否则纯粹的解释性声明可以随时提具(见上文第 265-266 段)。

[468] 见上文第 265-266 段。

[469] “第 309 条不排除一国在签署、批准或加入本公约时，作出无论如何措辞或用何种名称的声明或说明，目的在于除其他外使该国国内法律和规章同本公约规定取得协调，但须这种声明或说明无意排除或修改本公约规定适用于该缔约国的法律效力。”例如，另见《控制危险废物越境转移及其处置巴塞尔公约》第 26 条第 2 款和《执行〈联合国海洋法公约〉有关养护和管理跨界鱼类种群和高度洄游鱼类种群的规定的协定》第 43 条。

[470] 见上文第 265-266 段。

[471] 1969 年《维也纳公约》第十九条规定：“一国得……提具保留，但有下列情形之一者不在此限：(甲)该项保留为条约所禁止者；(乙)条约仅准许特定之保留而有关之保留不在其内者……”

278. 此外，这项准则草案应排除关于有条件的解释性声明的特别规则。案文可拟订如下：

“2.4.3 可以提具解释性声明的时刻

“在不妨碍准则 1.2.1、2.4.4、2.4.7 和 2.4.8 的条件下，可以随时提具解释性声明，除非[条约另外明白规定][条约规定只可以在特定时刻提具]。”

(b) 过时提具的保留和解释性声明

(一) 过时提具的保留

279. 除非条约另有规定，而且这始终是可能的，确切同意接受约束的表示构成缔约方可以提具保留的最后时刻(鉴于必须对在谈判期间或在签署时提具的保留正式予以确认，也是唯一的时刻)。[472] 这项规则获得有关学说 [473] 一致公认，它是保留定义本身的结果，也暗含于 1969 年和 1986 年《维也纳公约》第 19 条起首部分，并在实践中得到广泛遵守。[474] 国际法院在边界和跨边界武装行动案的判决中视之为实在法的一部分：

《波哥大公约》第五十五条使缔约方能对该项文书作出保留，“就作出这些保留的国家来说，根据对等原则，保留应对所有签署国适用”。在没有特别程序性规定的情况下，根据 1969 年《维也纳条约法公约》就这一点所编纂的一般国际法规则，这些保留只可以在签署或批准公约时或在加入该文书时提具。[475]

280. 此外，它具有饶有趣味的特定后果——特别报告员在主要于明年编制的关于是否允许提具保留的报告中将加以详述和澄清(由于基本的问题显然是如何确定是否仅因为过时而不允许提具过时的保留)。但是，在当前阶段，应审议上述后果中的两个，因为它们有助于澄清 1969 年和 1986 年《维也纳公约》第 19 条起首部分所暗含规则的范围。[476]

281. 一方面，在表示确切同意接受约束之后不得提具保留的原则，似乎已在美洲人权法院中得到充分确定，因为该法院在关于对死刑的限制的咨询意见中认为，保留一旦作出，[477] 即“脱离”其提出者，不得在条约本身的范围外加以解释。该法院还指出：

相反的处理办法可能会最终导致得出一项结论，即国家是决定其在保留所涉一切事项方面的国际义务范围的唯一公断者，甚至包括该国以后可能声明它打算也适用该项保留的一切事项。

后一种结果无法与《维也纳公约》协调一致，因为该公约规定一项保留只可以在签署、批准、接受或加入条约时作出(《维也纳公约》，第 19 条)。[478]

282. 另一方面，在贝利洛斯案 [479] 之后，瑞士政府初次对其 1974 年的“解释性声明”加以订正(欧洲人权法院把这项声明视为不允许的保留)，在其新的“声明”中附以若干澄清。[480] 有关学说对允许这项新声明

[472] 但是，一些保留条款确切规定“可以在批准或加入本公约之前的任何时候对本公约的一项或多项规定提具保留”(《核能方面第三者责任公约》，第 18 条)或“每一国家可以至迟在批准或加入时作出条款内规定的保留……”(《关于在未成年人保护方面当局的权力和适用的法律的公约》——这些示例引自英伯特，同前，第 163-164 页)。

[473] 加亚尤其大力阐述这一点：“一国可以作出保留的最迟时刻是其表示同意接受条约约束之时”(“难以控制的条约保留”，第 310 页)。

[474] 此外，这说明为什么各国有时设法规避关于禁止在条约生效之后提具保留的规定，把单方面声明说成是“解释性声明，而后者实际上符合保留的定义(见准则草案 1.2(解释性声明的定义)评注第(27)段，《1999 年……年鉴》[英](上文脚注 75)，第 102 页；另见关于对条约的保留的第三次报告，《1998 年……年鉴》[英](上文脚注 3)，第 276 页，第 340 段)。

[475] 边界和跨边界武装行动案(尼加拉瓜诉洪都拉斯)，管辖权和是否可受理，判决，《1988 年国际法院汇编》，第 85 页。

[476] 似乎没有必要在《实践指南》中正式转录这一条款所阐明的规则：这将与准则草案 1.1 和 1.1.2 所列的定义重叠。但是，这项规则将予重述，以便引进准则草案 2.3.4 可能对其作出的例外(见下文第 286 段)。

[477] 在这里，“作出”一词可能比“提具”更为适当，因为美洲人权法院认为(也许可以商榷)“保留成为条约的组成部分”，而这一点只有在其“生效”的情况下才可予理解。

[478] 对死刑的限制案(《美洲人权公约》第 4 条第(2)和第(4)款)，1983 年 9 月 8 日的咨询意见 OC-3/83, A 辑，第 3 号，第 63-64 段。加亚也以同样方式解释了这项咨询意见(如上，第 310 页)。

[479] 贝利洛斯诉瑞士案，欧洲人权法院，A 辑，第 132 号，1988 年 4 月 29 日的判决。

[480] 见联合国，《条约汇编》，第 1496 卷，第 2889 号，第 234-235 页；第 1525 卷，第 213 页；以及第 1561 卷，第 386-387 页。

的做法予以批评，[481] 而联邦法院也对此提出质疑。联邦法院在 1992 年 12 月 17 日伊莉莎白 B 诉图尔高州联邦院案的裁决中宣布该项声明无效，理由是它是一项新的保留，[482] 不符合《欧洲人权公约》第 64 条第 1 款 [483] 的规定。对细节作出必要的修改后，该《公约》第 64 条对提具保留所施加的限制类似 1969 年和 1986 年《维也纳公约》第 19 条所产生的限制，而瑞士政府的判决当然应被视为对原则上不得在确切表示同意接受约束之后提具保留的规定的肯定，而且或许也是对不得以解释现有保留为名提具新保留的事实的肯定。[484]

283. 欧洲人权委员会就赫里索斯托莫斯案所作的裁决导致同样的结论，但却提供了额外教训。在这起案件中，欧洲人权委员会认为它源于《欧洲人权公约》第 64 条第 1 款的“明确措辞”，其中规定“缔约方在以后确认个人上诉权时，不得为了第 25 条所指程序的目的对其根据《公约》所应履行的义务作出重大更改”。[485] 同样，欧洲委员会的决定也可以解释为肯定这项规定序言部分措辞所产生的规则，而且它还作出了重要澄清，指出一国不得在根据选入条款作出的声明(这项声明本身不构成保留)[486] 内添加具有与保留同等效力的条件或限制，从而规避禁止在批准之后提具保留的规定，至少在有关任择条款没有如此规定的情况下是如此。

284. 虽然欧洲人权法院就洛伊杜齐案作出的判决不是那样明确，但下列引文可视为对有关立场的重申：

> 法院进一步指出，《公约》第 64 条准予各国在签署《公约》时或在交存批准书时提具保留。但是，第 64 条所规定的这项权力是有限的，局限于本公约的某些规定。[487]

285. 美洲人权法院、欧洲人权法院和瑞士联邦法院所作的裁决重申了 1969 年和 1986 年《维也纳公约》第 19 条序言部分所定规则的严密性，并从中得出了非常直接和具体的后果，这些后果当然应在《实践指南》中予以具体阐明。

286. 此项准则草案可拟订如下：

> “2.3.4 采用保留以外的其他程序过时排除或更改条约的法律效力
>
> “除非条约另有规定，条约缔约方不可通过下列办法排除或更改条约各项规定的法律效力：
>
> “(*a*) 对事前作出的保留加以解释；或
>
> “(*b*) 根据任择条款作出单方面声明。”

287. 特别报告员知道，在上文提议的准则草案中，他又回到了其在上一章提议排除在《实践指南》适用范围以外的保留的某些“替代程序”。但他认为在不是为了管制这样的程序，而是要强调不得利用这些程序来规避关于保留本身的规则时，这项草案是必不可少的。相比之下，既然准则草案 1.4.6[488] 界定了根据任择条款作出的单方面声明而且是评注的主题，似乎

---

[481] 特别见 Cohen-Jonathan, “ Les Réserves à La Convention européenne des droits de l’homme” (à propos de l’arrêt Belilos du 29 avril 1988) ”，第 314 页。另见 Flauss 提及的其他示例，“ Le contentieux de la validité des réserves à la CEDH devant le Tribunal fédéral suisse: requiem pour la déclaration interprétative relative à l’article 6, paragraphe 1”，第 300 页，脚注 28。

[482] 欧洲人权法院本可以宣布 1974 年的“声明”完全无效：“联邦院在批准《欧洲人权公约》时对其第 6 条第 1 款提具的解释性声明，因此在刑法领域或民法领域都不可能发挥充分效力。为此，1988 年的解释性声明不得视为一种限制、一种新的提法或对先前已有的保留所作的一种澄清。相反，它是一项后来才提具的保留” (*Journal des Tribunaux,* 1995 年，第 536 页；德文本载于《欧洲基本权利杂志》，第 20 卷 (1993 年)，第 72 页)。

[483] “任何国家在签署本公约或在交存批准书时均可对本公约任何特定规定作出保留，条件是当时在其境内生效的法律与有关的规定不一致。不得在本条下作出一般性保留。”

[484] 这项判决所引起的关于其他问题的讨论，见下文。

[485] 欧洲委员会，欧洲人权委员会，《裁决和报告》，第 15299/89、第 15300/89 和第 15318/89 号诉请书，赫里索斯托莫斯等人诉土耳其案，第 68 卷(1993 年，斯特拉斯堡)，第 216 页。另见 1991 年 3 月 4 日的裁决，《世界人权回顾》，第 3 卷，第 5 号(1991 年 7 月)，第 200 页，第 15 段。

[486] 见上文第 179-196 段及准则草案 1.4.6 和 1.4.7。

[487] 洛伊齐杜诉土耳其案，欧洲人权法院，《A 辑：判决和裁决》，第 310 卷(初步反对意见)，1995 年 3 月 23 日的判决(欧洲委员会，1995 年，斯特拉斯堡)，第 28 页，第 76 段。

[488] 见上文第 189 段。

没有必要在此进一步阐明(*a*)款所列规则的意义，只提及准则草案 1.4.6 及其评注就足够了。

288. 表示同意受条约约束之后不得作出保留的原则后果虽然极为严重但却“不是绝对的。只有在缔约国没有以协定授权以一种或另一种方式作出新的保留的情况下，它才适用”。[489]

289. 虽然“国际法委员会或维也纳会议都从未设想过”这一假定，[490] 但它出现的次数相对频繁。[491] 例如：

(*a*) 1912 年《汇票和本票法公约》第 29 条规定：

希望利用第 1 条第 2 款或第 22 条第 1 款所述保留的国家必须在其批准书或加入书中予以说明……

事后* 希望利用上述保留 [492] 的缔约国必须以书面形式将其意向通知荷兰政府；[493]

(*b*) 同样，根据《修改统一国际航空运输某些规则的公约的议定书》第二十六条：

不得对本议定书作出保留，但若一国的全部权能已由其军事当局或以其军事当局名义予以保留，该国可随时*向波兰人民共和国政府发出通知，声明经本议定书修正的公约不适用于以在该国登记的飞机为此类当局进行的人员、货物和行李的运输；

(*c*) 《遗产国际管理公约》第 38 条规定：

凡希望行使第 4 条、第 6 条第 2 款、第 30 条第 2 和第 3 款及第 31 条规定的一项或多项选择权的缔约国，应在交存其批准书、接受书、核准书或加入书时，或在此之后*，就此通知荷兰外交部；[494]

(*d*) 根据《税务事项行政互助公约》第 30 条第 3 款：

在本公约对一缔约国生效之后，该国可以作出第 1 款所列的、其在批准、接受或核准公约时未曾作出的一项或多项保留。此种保留应在保存机构之一收到保留之日起三个月届满后的月份第一天生效；[495]

(*e*) 同样，1999 年《国际扣船公约》第 10 条第 1 款规定：

任何国家均可在签署、批准、接受、核准或加入本公约之时或在其后任何时候，*保留排除对下列一项或各项适用本公约的权利。

290. 这本身不是一个特殊问题，而且符合维也纳规则，仅具有补充性质的概念(《实践指南》各项准则更是如此)。[496] 然而，由于所涉及的是减损一项经《维也纳公约》认可的、无疑属习惯性质的规则的效力，由条约明白规定这种减损似乎是必不可少的。

291. 令人好奇的是，[497] 欧洲人权委员会的确表明，它在这方面具有较大的灵活性，因为它似乎允许《欧洲人权公约》缔约国以修改先前保留所适用的国家立法为由而同时修改这项保留的范围，但却不影响《公约》第 64 条对其提具保留的选择权所施加的时限。[498]

---

[489] Flauss, 如上，第 302 页。

[490] 英伯特，同前，第 12 页，脚注 14。

[491] 除下文所列的示例外，见英伯特所举的示例，同前，第 164-165 页。

[492] 实际上此处所指的不是保留，而是保留条款。

[493] 另见《统一汇票和本票法公约》第 1 条第 3 和第 4 款及《统一支票法公约》第 1 条第 3 和第 4 款：“第……条所指的保留可在批准或加入之后作出，但必须就此向国际联盟秘书长通报……”；“每一缔约国在紧急情况下可在批准或加入之后利用第……条所规定的保留”。

[494] 另见《夫妻财产制法律适用公约》第 26 条：“在本公约生效时具有复杂的国家效忠制度的缔约国，可不时以声明方式具体说明为本公约的目的应如何解释提及其本国法律的情况”。这一假设可能是针对解释性声明而不是保留。

[495] 该公约于 1995 年 4 月 1 日生效；似乎从来没有任何缔约国利用这项规定赋予的选择权。另见《欧洲外国法律信息公约附加议定书》第 5 条：“凡受第一和第二章各项规定约束的缔约国可随时向欧洲委员会秘书长发出通知，声明其只受第一章或第二章的规定约束。此种通知应在收到之日起六个月后生效”。

[496] 见上文第 233 段和脚注 424。

[497] 之所以令人好奇，是因为《欧洲人权公约》各机关往往确实表明它们对保留制度本身没有任何好感。

[498] 见下文脚注 509。

但是，这方面判例[499]的范围不明确，而且欧洲委员会之所以会采取这种立场，也许是因为实际上，修改立法并不会对有关国家的义务施加额外的限制。[500]

292. 尽管如此，规定制订一项条款，明确允许在表示同意接受约束之后提具保留显得格外重要，因为出于委员会在准则草案 1.1.2 评注第(3)段中指出的特别迫切的实际理由，在关于保留本身的定义中规定一个时限是很有必要的：

> 在保留的定义中规定可作出保留的时限的想法日益受到重视，因为允许缔约各方随时提出保留的制度会严重妨碍法律关系的稳定。事实上，这影响到条约必须遵守原则本身，因为条约缔约方可随时通过提具保留，对其在条约下所负义务提出质疑；此外，保存人的任务也会变得极为复杂。[501]

293. 因此，确实有必要在准则草案中作出明确的规定。不过，由于它不是要求原则上应在表示同意接受约束之前提具保留的规则的唯一例外，无疑最好在一项单独准则草案中列入这两项例外。此外，也难以肯定两者之间是否像表面上那样有所分别。

294. 这实际上是当代实践的产物：其他缔约国可以一致接受一项过时提出的保留，而且人们可以将这种同意(或许是默示的)视为一项附带协定，意在扩大提具保留——即使不是对有关条约的一般保留，至少也是有关保留——的选择权的属时管辖。

295. 这一可能性反映一项原则，即“缔约方是一项条约的最终看管者，可能必须随时赞同不寻常的程序以处理特殊问题”。[502]无论如何，另一名学者则认为：

> 解决办法必须被理解为基于实际考虑。缔约方依然[503]可以随时重新加入同一条约，而且这次可以提出若干保留。由于无论选择两种代替办法中的哪一个，结果都是一样，选择比较快捷的程序看似会比较方便……[504]

296. 起初，联合国秘书长在这方面坚持谨慎态度，他表明立场如下：“根据秘书长作为保存人所遵循的既定国际惯例，只有在签署、批准或加入之时才可提具保留”。因此，他认为如果《消除一切形式种族歧视国际公约》缔约国不在批准公约时作出保留，它在以后就无权提具。[505]但是，他在两年后写信给一个拟通告废除《统一支票法公约》，并在提具新的保留条件下重新加入该公约的会员国[506]的常驻联合国代表团时，却大大缓和了其立场。法律顾问根据“国际协定缔约方可一致决定修正该协定的规定或采取其认为对适用或解释该协定适当的措施这项一般原则”，表示如下：

> 因此，看来贵国政府可由外交部长署名写信给秘书长，说明拟议的保留并指出预想其生效的日期。秘书长将把拟议的保留通报有关国家(当事国、缔约国和签署国)，如当事国从通报之日起 90 天内(按照秘书长的惯例，传统上为默示接受的目的规定的期间，就目前的情况来说，相当于《公约》第一条第 3 款规定的接受附件二第 9、第 22、第 27 和第 30 条所指保留的期限)没有提出任何异议，该项保留将被视为在所示的日期生效。[507]

---

[499] 例如见 X 协会诉奥地利案，诉请书编号 473/59, 《1958-1959 年欧洲人权公约年鉴》，第 1-2 卷(1960 年)，第 400 页；X 诉奥地利案，诉请书编号 1731/62, 同上，1964 年，第 7 卷(1966 年)，第 192 页；以及 X 诉奥地利案，诉请书编号 8180/78, 欧洲委员会，欧洲人权委员会，《裁决和报告》，第 20 卷，第 26 页。

[500] 在 X 诉奥地利案(诉请书编号 1731/62)中，欧洲委员会认为“1958 年 9 月 3 日奥地利提出的保留适用于……1962 年 7 月 5 日的法律，此项法律没有凭经验扩大规避委员会管辖的范畴*”，第 202 页。

[501] 《1998 年……年鉴》[英](见上文脚注 63)，第 103 页，第(3)段；另见关于对条约的保留的第三次报告，《1998 年……年鉴》[英](上文脚注 3)，第 247 页，第 136 段。

[502] 基利，如上，第 28-29 页。

[503] 该名学者指的是一项具体条约：《统一支票法公约》(见下文第 296 段)，其中第八条明白规定了废约的可能性；但这种做法也适用于没有退约条款的条约(见下文第 298 段)。

[504] Horn, 同前，第 43 页。

[505] 1976 年 4 月 5 日给人权司司长的备忘录，《1976 年联合国法律年鉴》(见上文脚注 419)，第 221 页。

[506] 指的是法国(见 Horn, 同前，第 42 页)。

[507] 给某一会员国常驻联合国代表团的信(1978 年 9 月 14 日)，《1978 年联合国法律年鉴》(联合国出版物，出售品编号：E.80.V.1)，第 200 页。

297. 实际情况也是如此：法国政府根据上述意见于1979 年 2 月 7 日写信给秘书长；秘书长于 2 月 10 日分发这封信，而且“由于在分发此通报之日起 90 天内没有收到缔约国提出的异议……该项保留被视为已予接受，并于 1979 年 5 月 11 日生效”；令人好奇的是，德意志联邦共和国政府于 1980 年 2 月 20 日明白表示，它“对此没有任何异议”。[508]

298. 此后，联合国秘书长在行使其保存人职能时似乎一直遵循这一惯例。[509] 这项惯例是在 1984 年 6 月 19 日秘书处的一项法律意见中确立的，该项意见认为，“条约缔约方始终可以一致决定接受一项无论是何时提具的保留，即使条约对此未予规定或甚至载有相反的规定”，而且，也无论条约是否明文规定可以提具保留的时刻。[510]

299. 这一惯例并不局限于秘书长作为保存人的条约。联合国法律顾问在上述 1978 年的法律意见中提到一个先例，涉及对《关于包装材料暂时进口的海关公约》提出过时的保留，该公约交海关合作理事会秘书长保存，其第 20 条

规定任何缔约方均可于签署或批准本公约时声明其认为自身不受本公约第 2 条约束。瑞士于 1963 年 4 月 30 日批准本公约，于 1965 年 12 月 21 日提具一项保留，由保存人向有关国家发出通知，由于没有任何异议，此项保留被视为已予接受，追溯效力至 1963 年 7 月 31 日。[511]

300. 有关 1973 年《国际防止船舶造成污染公约》的 1978 年《议定书》于 1983 年 10 月 2 日生效。有几个《议定书》缔约国扩大了其先前作出的保留的范围[512] 或在表示同意受约束之后增加了新的保留。[513]

301. 同样，对欧洲委员会一些公约提具的过时的保留也没有引起任何异议。实例见：

(*a*) 希腊对《欧洲制止恐怖主义公约》的保留；[514]

(*b*) 葡萄牙对《欧洲刑事事项互助公约》的保留；[515] 及

(*c*) 荷兰于 1987 年 10 月 14 日发表的“声明”，其中缩减了荷兰(于 1969 年 2 月 14 日)批准《欧洲引渡公约》的范围。[516, 517]

[508] 《交给秘书长保存的多边条约》(见上文脚注 26)，第二卷，第二部分，第 422 页，注 4。

[509] 除加亚，如上，第 311 页列举的示例外，见比利时对 1969 年《维也纳公约》的保留(这项保留实际上构成对其他缔约方提具的保留的一般异议)：虽然比利时已在 1992 年 9 月 1 日加入公约，但“比利时政府于 1993 年 2 月 18 日通知秘书长，其加入书应附有上述保留。没有任何公约缔约方在分发有关通知之日(1993 年 3 月 23 日)起 90 天内向秘书长表示对交存文书本身或所规定的程序有异议，因此该项保留被视为已予接受”(《交给秘书长保存的多边条约》，第二卷，第 275 页，注 9)。

[510] 给某一会员国政府官员的信，《1984 年联合国法律年鉴》(联合国出版物，出售品编号：E.91.V.1)，第 183 页。

[511] 见下文脚注 542。

[512] 法国(1981 年 9 月 25 日批准；1982 年 8 月 11 日修正—— 海事组织，《国际海事组织或其秘书长行使保存人或其他职能的多边公约和文书：截至 1999 年 12 月 31 日的状况》，第 77 页)。

[513] 利比里亚(1980 年 10 月 28 日批准，1983 年 7 月 27 日提出新的保留，载于 1983 年 8 月 31 日的改正纪要内)，同上，第 81 页；罗马尼亚(1993 年 3 月 8 日加入，后来因无人反对将议会表决通过的保留列入而予以改正)，同上，第 83 页；美国(1980 年 8 月 12 日批准，1983 年 7 月 27 日发出保留的通知，载于 1983 年 8 月 31 日的改正纪要内)，同上，第 86 页；就利比里亚和美国的情况来说，法国政府表示，鉴于其保留的性质，法国不反对这些改正，但这样的决定不应构成先例。

[514] 1988 年 8 月 4 日批准；1988 年 9 月 6 日向秘书长发出改正通知。希腊以差错为理由：在交存批准书时，授权批准公约的法律明白提具的保留未予转递(联合国，《条约汇编》，第 1525 卷，第 17828 号，第 377 页)。

[515] 交存批准书日期：1994 年 9 月 27 日；《公约》对葡萄牙生效日期：1994 年 12 月 26 日；通知作出保留和声明的日期：1996 年 12 月 19 日；葡萄牙同样以差错为理由，表示没有转递大会决议和葡萄牙《政府公报》刊登的共和国总统政令所载的各项保留(联合国，《条约汇编》，第 1934 卷，第 A-6841 号，第 328 页和第 2045 卷，第 214 页)。

[516] 联合国，《条约汇编》，第 719 卷，第 5146 号，第 341-343 页和第 1496 卷，第 325 页。

[517] 另见加亚列举的示例，即比利时和丹麦对《欧洲保护电视广播协定》提出的过时的保留，如上，第 311 页。

302. 上列的简短(而不完整的)清单表明一点：在保存人咨商的其他缔约国不反对的情况下，过时的保留可被视为经正式提具。[518] 但它也表明所涉的几乎总是相当边际的事例：或是延迟发出保留通知的时间极短，或是发出此项通知虽在批准之后但却在条约对保留国生效之前，[519] 又或是只限于“改正实质上差错”，因为拟议的保留虽在官方出版物中予以正式公布，但却在交存通知的文书中“被遗忘”了。

303. 欧洲委员会法律意见部副部长、条约处处长 Jörg Polakiewicz 先生在欧洲委员会出版的小册子中坚持认为，经欧洲委员会允许的、对关于提具保留的商定规则的减损实属例外，并表示“接受过时提具的保留可能造成危险的先例，因为别的国家可予援引，以便提具新的保留或扩大现有保留的范围。这种惯例将危害法律的确定性，妨碍各项欧洲条约的统一执行”。[520] 这些也是若干学者不愿承认可以减损提具保留方面的属时管辖限制原则的理由。[521]

304. 然而，事实上，“在此回顾的关于这一惯例的示例都表明，确有一项规则允许各国在表示同意受条约约束之后作出保留，条件是别的缔约国默许它在该阶段作出保留”。[522] 老实说，难以想象什么可以制止全体缔约国对这样的减损表示同意，而无论这种同意会被视为对条约的修正，还是对保留允许性施加“集体”管制的表现。[523]

305. 正是这种必须一致(无论它是被动还是默示)的规定使得对原则的例外可予接受，并限制了被滥用的风险。它是这种减损不可分割的一个组成部分，在当代实践中可以找到，也使缔约国能够集体发挥条约的“看管人”作用。[524] 但只有在单一异议即可使保留无法成立的情况下，这项规定才有意义，才能达成其目标。如果不是这样，1969 年和 1986 年《维也纳公约》第 19 条第一句话所确立的原则将化为乌有：任何国家都可以随时对接受条约添加新的保留，因为总会有另一缔约国不对这项保留提出异议，局面将回到国家或国际组织成为缔约方时的情形，那时它们在提具保留方面所享有的范围很大，只受第 19 和第 20 条所列限制的制约。

306. 因此，认为“某一缔约国的反对可能只涉及过时的保留对保留国与反对国之间关系的影响”，[525] 似乎违背了“维也纳定义”或是第 19 条所述原则的精神。实践中的谨慎、秘书长多次作出的澄清以及法理上的考虑和对维持法律确实性的重视，都证明必须就此严格适用一致性规则，但有一项谅解：一致性规则与适用于所有保留的传统规则(拉丁美洲除外)不同，它针对的是对过时的保留的接受(或至少对这类保留无异议)。然而，它对提具保留的国家(或国际组织)参加条约本身没有任何影响：如有人提出反对，它根据原先表示的同意依然受约束；它只能根据条约本身的规定或 1969 年和 1986 年《维也纳公约》第 54 至第 64 条所列的一般规则解除约束(以便日后重新成为缔约国，并再次提具被拒绝的保留)。

307. 不过，这引起了以下问题，即是否不应该区分原则上对提具过时的保留的反对与“传统的”反对，例如根据 1969 年和 1986 年《维也纳公约》第 20 条第 4 款(*b*)项可对保留提出的反对。这项区分看来是有必要的，因为我们很难看出为什么共同缔约的国家或国际组织在全部和零之间不应有其他选择，这即是

---

[518] 关于这种咨商的确切方式和对象，见下文。

[519] 在这方面，加亚引述德意志联邦共和国于 1976 年 10 月 26 日提出的两项保留，这些保留附于其对 1954 年《关于无国籍人地位的公约》的加入书(1976 年 8 月 2 日)内(见《交给秘书长保存的多边条约》(上文脚注 26)，第 275 页)；秘书长的立场是，在无人反对的情况下，这些保留可视为在批准之日作出，但加亚却认为这种立场是“有问题的，因为批准书是不能被撤回的”(加亚，如上，第 311 页)。这显然是对的；但就 1969 年和 1986 年《维也纳公约》第 19 条序言所列规则而言，“偏差”仅限于此。

[520] 同前，第 94 页。

[521] 见小爱德华兹，“对条约的保留”，第 383 页，和 Baratta, *Gli effetti delle riserve ai trattati,* 第 27 页。

[522] 加亚，如上，第 312 页。

[523] 当然，这种“管制”必须与“管制机关”协力进行，如果存在这种机关的话。在赫里索斯托莫斯案和洛伊齐杜案中，国家对保留属时管辖允许性的管制(土耳其通过发表接受个人申诉的任择声明而作出的保留)由《欧洲人权公约》各主管机关取代(见上文第 283-284 段)。

[524] 见上文第 295 段。

[525] 加亚，如上，第 312 页。

说，或者接受保留本身和它的过时性，或者不让提具保留的国家或组织提具保留，而它们那样做可能是有它们的伙伴可以接受的理由的。此外，如果没有这样的区分，对于当提具过时保留的时候还不是缔约方但后来因加入或通过其他方式成为缔约方的国家和国际组织来说，它们将面对一个既成事实。矛盾的是，它们不能反对过时的保留，但按照第 20 条第 5 款，[526] 它们可以对保留国在表示同意接受拘束时提具的保留提出反对。[527]

308. 因此，应该把其他缔约国一致同意当作是过时提具保留的必要条件。另一方面，如 1969 年和 1986 年《维也纳公约》第 20 至第 23 条所编纂的，关于接受或反对保留的规范规则应照常适用于过时保留的实际内容；对这些保留，其他各方应能“照常”提出反对。

309. 鉴于这些意见，委员会可以通过两项准则草案。第一项可确立过时保留必须得到一致接受的原则，第二项则解释反对这样一项保留的后果。

310. 关于这项原则，无疑应该明确指出它是禁止过时保留的基本原则的一项例外。因此，准则草案 2.3.1 可拟定如下：

“2.3.1 过时提具的保留

“除非条约另有规定，一国或一国际组织不得在表示同意受条约拘束后提具保留，除非其他缔约方不反对过时提具保留。”

311. 为了要尽可能地避免过时保留，上面提议的准则草案开头的“除非条约另有规定”一语应从严解释。在这种情况下，委员会最好采用“示范条款”(委员会曾在 1995 年表示打算那样做 [528])，向各国和国际组织说明为了避免在这方面出现任何含混不清之处，在一条约中可能可以包括的条款类型。

312. 这样的示范条款可以上文提到的规定 [529] 为基础，但有一项谅解，即为了避免对于在表示受拘束之后但在条约生效之前提具的保留发生任何不确定的情况，这样的条款无疑最好避免提及条约生效。它们或许可规定如下(当然，仅供选择)：

“示范条款 2.3.1 表示同意受拘束后提具的保留

“(*a*) 一缔约方可在表示它同意受本条约拘束后提具保留；

“(*b*) 一缔约方可在签署、批准、正式批准、接受或核准本条约或在此后任何时候加入本条约时对本条约[或本条约第 X、Y 和 Z 条]提具保留；

“(*c*) 一缔约方可于任何时间以向保存人发出通知的方式对本条约[或本条约第 X、Y 和 Z 条]提具保留。”

313. 准则草案 2.3.3 可规定如下：

“2.3.3 对过时提具的保留的反对

“如一条约缔约方对一过时提具的保留提出反对，则条约应在没有该项保留的情况下对该保留国或国际组织生效或继续有效。”

314. 说明在实践中人们对过时的保留为什么有所迟疑的考虑因素，也适用于其他缔约方必须表示同意的时间长度及此种同意必须采取的方式。[530] 一方面，我

[526] “……如一国或一国际组织直至其接到关于保留的通知后十二个月期间届满之日或直至其表示同意受条约拘束之日*，并未对该项保留提出反对，则该项保留就被认为已为其所接受，上述两个日期以较后一个日期为准。*”

[527] 同样矛盾的是，按照第 20 条第 4 款(*b*)项，在保留提出后成为条约缔约方的国家或国际组织可对保留提出反对，而原始缔约方却不能这样做。

[528] 见国际法委员会第四十七届会议工作报告：“委员会应努力通过一项保留意见方面的实践指南。根据委员会的章程和一贯惯例，该指南宜采取条文草案形式，其条款加上评论，应成为各国和各国际组织在保留意见方面的指导原则；上述条款在必要时应配合以条文范本*”(《1995 年……年鉴》(上文脚注 5)，第 124 页，第 487(*b*)段)。

[529] 第 289 段。

[530] 有人可能会认为这里涉及对保留提出接受或反对的问题。从纯粹抽象的观点看来，这是正确的。但特别报告员认

们没有办法阻止所有缔约方接受对条约适用于其中一方的方式的更改；另一方面，必须把这种可能性限制在狭窄和特定的范围内，不然的话，1969 年和 1986 年《维也纳公约》第 19 条建立的原则就被破坏了。

315. 关于方式，就像可默示接受在设定时间内提具的保留一样，[531] 也应可以那种方式接受过时的保留(无论对其过时提具或对其内容是否有争论)，所根据的也是相同的理由。有一点似乎相当清楚，即要求明示一致同意将会使在某些情况下可能可以过时提具保留的规则失去实质意义，因为实际上，在任何时候都很少出现明示接受保留的情况。

316. 此外，这也是联合国秘书长、[532] 海关合作理事会(现在的世界海关组织)秘书长 [533] 和海事组织秘书长 [534] 所采取的做法，他们都认为在其他缔约方没有提出反对时新的保留就生效了。

317. 不过，仍需确定其他缔约方必须在多长时间内对一项新的保留作出回应。在对现有保留的修正方面，也有类似问题。

318. 在严格意义的过时保留方面，实践是不明确的。就特别报告员所知，海事组织秘书长、欧洲委员会秘书长和世界海关组织秘书长采取了经验性的办法，在同其他缔约方磋商时没有规定任何特定时限。[535] 联合国秘书长则不是这样。

319. 首先，当秘书长于 1970 年代开始采取目前的做法时，他斟酌情况，给各方 90 天的时间对一项过时保留提出反对。但是，选择这一时间范围似乎有点偶然；它刚好与法国要对其提出新的保留的《解决支票的某些法律抵触公约》有关规定所确立的期间相同。[536] 尽管如此，每当一国于一项由秘书长担任保存人的新条约对该国生效之后提具新的保留，或更改现有的保留时，都会采用 90 天的时限。[537]

320. 然而，实践证明这个期限太短。由于法律顾问办公室向各国发文时的延误，各国几乎没有时间研究这些通知进而作出反应；但是，这些来文很可能给条约缔约国带来“复杂的法律问题”，需要“缔约国之间进行协商，决定如果有的话，应对来文采取什么行动”。[538] 此外，值得注意的是，在缔约国采取行动的少数情况中，这些行动都是在超过理论上规定的 90 天期限之后很久才采取的。[539]

321. 为此，在葡萄牙代表欧洲联盟发来的一份有关 90 天期限的各种困难的普通照会之后，秘书长在一份发给所有会员国的通知中宣布改变这方面的做法：

> 从今以后，如果已表示同意受一条约拘束的国家试图对该条约提具保留，作为保存人的秘书长在分发该项保留时将要求其他缔约国在 12 个月之内通知他它们是否反对该项保留。[540]

322. 在作出该项决定时(该决定也适用于对现有保留的修正)，“秘书长遵循了《[维也纳]公约》第 20 条第 5 款的指导，其中表明各国政府可在十二个月的期间内分析和评价另一国家已提具的保留，并决定如果

为，这些问题与过时保留的问题有密切关系，因此作为一个实际事项，最好在讨论过时保留的问题时再讨论它们。

[531] 见 1986 年《维也纳公约》第 20 条第 5 款“……除该条约另有规定外，如一国或一国际组织直至其接到关于保留的通知后十二个月期间届满之日，或直至其表示同意受条约拘束之日，并未对该项保留提出反对，则该项保留就被认为已为其所接受……”。

[532] 见上文第 296-298 段。

[533] 见上文第 299 段。

[534] 见上文第 300 段。

[535] 但海事组织秘书长似乎认为，如在通知后一个月内没有收到回应，保留即生效(见下文脚注 548 和海事组织，《国际海事组织或其秘书长行使保存人或其他职能的多边公约和文书的状况》中有关利比里亚的保留的部分，第 81 页，以及有关美国的保留的部分，第 86 页)。

[536] 见上文第 296-297 段。

[537] 见上文第 298 段。

[538] 法律顾问的普通照会(更改保留)，2000 年，致联合国常驻代表(2000 年 4 月 4 日)，《条约手册》(联合国出版物，出售品编号 C.02.V.2)，附件 2。

[539] 见德国就法国对《统一支票法公约》的保留作出的反应，此反应系在法国发文之日起的一年后作出(上文第 297 段)。

[540] 见上文脚注 537。

有的话，应对该保留采取什么行动”。[541] 该决定能消除各国的顾虑，而且符合目前的趋势，即在打算提具保留的国家与其他缔约方之间建立“关于保留的对话”，通过所允许的时限来促进这种对话。

323. 然而，较长的时限有一个缺点：在秘书长发出通知[542]之后的 12 个月里，所提具的保留的命运将完全无法确定，而且，即使只有一个国家在最后一刻反对该项保留，也足以将该项保留视为根本未曾提出。[543] 因此，人们想知道采取折衷的解决办法(例如六个月)是否更为明智。然而，考虑到 1969 年和 1986 年《维也纳公约》第 20 条第 5 款的规定以及秘书长最近宣布的意图，可能更加合理的做法是使委员会的立场(无论如何，该立场涉及逐渐发展而非严格意义上的编纂)符合他们的做法。

324. 同样，鉴于作为保存机构的其他国际组织采取了不同做法，[544] 明智的办法无疑是让作为保存机构的组织仍可以维持其习惯做法，条件是这样做不会引起任何具体的反对意见。

325. 因此，根据 1986 年《维也纳公约》第 20 条第 5 款，并配合过时保留的具体情况，准则草案 2.3.2 可草拟如下：

“2.3.2 接受过时提具的保留

“除非条约另有规定，或保存机构采取不同惯例，如一缔约方在收到通知之日起 12 个月期限届满之后，仍未对一过时提具的保留提出反对，则该项保留应被认为已为该缔约方接受。”

(二) 过时提具的解释性声明

326. 与保留一样，也可能会过时提出解释性声明。显然，有条件的解释性声明的情况是如此。根据准则草案 1.2.1 和 2.4.4 的规定，如同保留本身一样，只有在缔约方表示同意受条约拘束时，才能提出(或确认)有条件的解释性声明。但是，对于纯粹的解释性声明，情况也可能如此。原则上来说，这种声明可在任何时候提具，[545] 这或是因为条约本身规定了可提出声明的期限，或是因为与提出声明有关的情况所决定。[546]

327. 埃及政府于 1995 年 1 月 31 日提具的声明是过时提具声明的一个著名示例。在此之前，该国政府已批准《控制危险废物越境转移及其处置巴塞尔公约》。[547]

328. 《巴塞尔公约》第 26 条第 2 款规定，某一国家可在某些限制范围内提具这种保留，但只能“在签署、批准、接受、核准或加入本公约时”提出。一些缔约方质疑是否可受理埃及的声明，这或是因为它们认为那些声明实际上是保留(第 26 条第 1 款禁止提出保留)；或是因为那些声明是过时提出的。[548]

329. 因此，《巴塞尔公约》的保存人——联合国秘书长“根据在类似情况中所采用的保存惯例，……提议接受有关声明并进行保存，因为在分发声明之日起 90 天内，任何缔约国都没有对保存本身或对所设想的程序提出任何反对意见”。[549] 后来，由于从一些缔约国收到反对意见，[550] 秘书长“认为他不能接受[埃及提出的]这些声明并进行保存”，[551] 因而拒绝将声明纳入题为“声明和保留”的章节中，而只是在题为“说明”的章节中予以转载，同时附上有关反对意见。

---

[541] 同上。

[542] 换句话说，不是宣布打算提具过时保留的国家的来文。这一点极具争议。

[543] 见上文第 304-305 段。

[544] 见上文第 316 段。

[545] 见准则草案 2.4.3。

[546] 见上文第 274-277 段。

[547] 见《交给秘书长保存的多边条约》(上文脚注 26)，第二卷，第 358-359 页。

[548] 同上，第 359 页，联合王国、芬兰、意大利、荷兰和瑞典提出的意见。

[549] 同上。

[550] 见上文第 328 段。

[551] 《交给秘书长保存的多边条约》(见上文脚注 26)，第 359 页。

330. 实际上，无论有争议的是在表示同意受拘束之后提出的有条件声明，还是仅限于在某些时期内才能提出的纯粹的解释性声明，似乎都没有理由背离适用于过时的保留的规则。

331. 因此，应根据准则草案 2.3.1,在准则草案 2.4.7 和 2.4.8 中，将这些规则转用于过时的解释性声明中(无论有争议的是条约规定只能在特定时期内提出的纯粹的解释性声明，还是有条件的声明)：

“2.4.7 过时提具的解释性声明

“当条约规定只能在特定时间提出解释性声明时，某一国家或国际组织不得在另外时间对该条约提出解释性声明，除非过时提具的解释性声明不会引起其他缔约方的任何反对。

“2.4.8 过时提具的有条件的解释性声明

“在表示同意受条约拘束之后，某一国家或国际组织不得提出有条件的解释性声明，除非过时提具该声明不会引起其他缔约方的任何反对。”

332. 不言而喻，也可将准则草案 2.3.2 和 2.3.3 规定的办法转用于对过时提具的解释性声明的接受和对这种提具行为的反对。然而，可能不宜将这方面的明示准则草案包括在《实践指南》内，这会使《指南》负担过重。或许，在关于上文拟订的准则草案的评注中注明这些即已足矣。

附 件 一

特别报告员提议的《准则草案》与国际法委员会一读通过的《准则草案》对照表*

	委员会的编号	特别报告员的编号
1.	定义	-
1.1	保留的定义	1.1
1.1.1	保留的对象	1.1.4
1.1.2	作出保留的时机	1.1.2
1.1.3	有领土范围的保留	1.1.8
1.1.4	领土适用通知时提出的保留	1.1.3
1.1.5	旨在限制声明方义务的声明	1.1.6
1.1.6	旨在以相当方式履行义务的声明	-
1.1.7	联合提出的保留	1.1.1
1.2	解释性声明的定义	1.2
1.2.1	有条件的解释性声明	1.2.4
1.2.2	联合提出的解释性声明	1.2.1
1.3	保留和解释性声明的区别	1.3
1.3.1	对保留和解释性声明实行区别的方法	1.3.1
1.3.2	措辞和名称	1.2.2
1.3.3	当禁止保留时作出单方面声明	1.2.3
1.4	有别于保留和解释性声明的单方面声明	-
1.4.1	旨在承担单方面义务的声明	1.1.5
1.4.2	旨在增添条约内容的单方面声明	1.1.6
1.4.3	不承认声明	1.1.7
1.4.4	一般政策声明	1.2.5
1.4.5	关于在内部履行条约之方式的声明	1.2.6
1.5	对双边条约的单方面声明	-
1.5.1	对双边条约的“保留”	1.1.9
1.5.2	双边条约的解释性声明	1.2.7
1.5.3	另一缔约方接受一项双边条约的解释性声明产生的法律效力	1.2.8
1.6	定义的范围	[1.4]

---

* 本表系应国际法委员会第五十一届会议主席的要求提出(《1999 年……年鉴》[英]，第一卷，第 2597 次会议，第 221 页，第 59 段)。

附 件 二

定义：业经一读通过或本报告中提出的有关定义的所有准则草案的综合案文[1]

1.1 保留的定义[2]

“保留”系指一国或一国际组织在签署、批准、正式确认、接受、核准或加入条约或一国发出继承条约的通知时所作的单方面声明，无论其措辞或名称为何，该国或该组织意图藉此排除或更改条约中某些规定适用于该国或该国际组织时的法律效力。

1.1.1 保留的对象[3]

一项保留意图排除或更改一项条约的某些规定或整个条约在某些特定方面适用于作出保留的国家或国际组织时的法律效力。

1.1.2 作出保留的时机[4]

根据准则 1.1 作出保留的时机包括《维也纳条约法公约》第十一条和《关于国家和国际组织间或国际组织相互间条约法的维也纳公约》第 11 条中所称同意接受一项条约约束的一切表示方式。

1.1.3 有领土范围的保留[5]

一国发布单方面声明，意图借此排除某一条约或其中某些规定对其领土的适用，如无此项声明，该条约原可对该领土适用，此项声明即构成一项保留。

1.1.4 领土适用通知时提出的保留[6]

一国在发送某一条约的领土适用通知时作出单方面声明，意图藉此排除或更改条约中某些规定对该领土的法律效力，此项声明即构成一项保留。

1.1.5 旨在限制声明方义务的声明[7]

一国或一国际组织在表示同意接受某一条约的约束时作出单方面声明，意图藉此限制条约加诸作出声明的国家或国际组织的义务，此项声明即构成一项保留。

1.1.6 旨在以相当方式履行义务的声明[8]

一国或一国际组织在表示同意接受某一条约的约束时作出单方面声明，意图藉此以与该条约所规定者不同但与其相当的方式履行该国或该国际组织根据条约承担的义务，此项声明即构成一项保留。

1.1.7 联合提出的保留[9]

若干国家或国际组织联合提出一项保留不影响此项保留的单方面性质。

1.1.8 根据排除条款提出的保留[10]

一国或一国际组织在表示同意接受某一条约的约束时，或一国在发出继承通知时，根据该条约中某一

---

[1] 本报告中提出的准则草案案文用楷体字表示。

[2] 本准则草案的评注，见《1998 年……年鉴》[英]，第二卷(第二部分)，第 99-100 页。

[3] 本准则草案的评注，见《1999 年……年鉴》[英]，第二卷(第二部分)，第 93-95 页。

[4] 本准则草案的评注，见《1998 年……年鉴》[英](上文脚注 2)，第 103-104 页。

[5] 同上，第 104-105 页。

[6] 同上，第 105-106 页。

[7] 本准则草案的评注，见，《1999 年……年鉴》[英](上文脚注 3)，第 95-97 页。

[8] 同上，第 97 页。

[9] 本准则草案的评注，见《1998 年……年鉴》[英](上文脚注 2)，第 106-107 页。

[10] 关于本准则草案，见本报告上文第 148-178 段。

条款作出单方面声明，如该条款明确准许各缔约方或某些缔约方排除或更改条约中某些规定对其适用时的法律效力，此项声明即构成一项保留。

1.2 解释性声明的定义 [11]

“解释性声明”是指一国或一国际组织所作的单方面声明，无论其措辞或名称为何，该国或该组织意图藉此确定或阐明声明方认为条约或其中某些规定所具的含义或适用范围。

1.2.1 有条件的解释性声明 [12]

一国或一国际组织在签署、批准、正式确认、接受、核准或加入条约或一国在发出继承条约的通知时作出单方面声明，如该国或该组织以对该条约或其中某些规定所作的某种解释作为其同意接受条约约束的条件，此项声明即构成有条件的解释性声明。

1.2.2 联合提出的解释性声明 [13]

若干国家或国际组织联合提出一项解释性声明不影响此项解释性声明的单方面性质。

1.3 保留和解释性声明的区别 [14]

一项单方面声明，究竟称为保留还是解释性声明，应根据其意图产生的法律效力决定。

1.3.1 对保留和解释性声明实行区别的方法 [15]

为了确定一国或一国际组织对某一条约作出的单方面声明究竟是保留还是解释性声明，宜参照相关的条约，按照条约各项用语通常应具的含义，本着善意解释该项声明。应适当考虑该国或国际组织在作出此项声明时的意图。

1.3.2 措辞和名称 [16]

一项单方面声明所采用的措辞和名称表示其意图产生的法律效力。这种情况尤其发生在一国或一国际组织对同一条约作出几项单方面声明，并指定其中某些声明为保留，其他声明为解释性声明时。

1.3.3 当保留时作出单方面声明 [17]

如果某一条约禁止对其所有或某些规定作出保留，一国或一国际组织对该条约所作出的单方面声明，除非该声明意图排除或更改该条约中某些规定或整个条约在某些具体方面对声明方适用时的法律效力，否则不得视为保留。

1.4 有别于保留和解释性声明的单方面声明 [18]

对某一条约作出的单方面声明，如果既非保留亦非解释性声明，则不在本《实践指南》的范围之内。

1.4.1 旨在承担单方面义务的声明 [19]

一国或一国际组织对某一条约作出单方面声明，而声明方意图藉此承担在该条约规定范围以外的其他义务，此项声明构成一项单方面承诺，不在本《实践指南》的范围之内。

1.4.2 旨在增添条约内容的单方面声明 [20]

一国或一国际组织作出单方面声明，如意图藉此增添某一条约的内容，即构成一项更改条约内容的提议，不在本《实践指南》的范围之内。

1.4.3 不承认声明 [21]

一国作出单方面声明，表示该国参加某一条约并不意味着承认该国所不承认的某一实体，即使此项声

---

11 本准则草案的评注，见《1999 年……年鉴》[英](上文脚注 3)，第 97-103 页。

12 同上，第 103-106 页。

13 同上，第 106-107 页。

14 同上，第 107 页。

15 同上，第 107-109 页。

16 同上，第 109-111 页。

17 同上，第 111-112 页。

18 同上，第 112-113 页。

19 同上，第 113-114 页。

20 同上，第 114 页。

21 同上，第 114-116 页。

明意图排除在声明国与不承认的实体之间适用该条约，该声明构成一项不承认声明，不在本《实践指南》的范围之内。

1.4.4 一般政策声明 [22]

一国或一国际组织作出单方面声明，表达该国或该组织对某一条约或条约所涵盖的主题事项的意见，但不意图对该条约产生一种法律效力，此项声明构成一项一般政策声明，不在本《实践指南》的范围之内。

1.4.5 关于在内部履行条约之方式的声明 [23]

一国或一国际组织作出单方面声明，表示该国或该组织拟在内部履行条约的方式，如该声明的目的不在于影响其他缔约方的权利和义务，此项声明构成一项说明性声明，不在本《实践指南》的范围之内。

1.4.6 根据任择条款作出的单方面声明 [24]

一国或一国际组织根据条约中某一条款作出单方面声明，如该条款明确准许各缔约方接受非仅因该条约生效而加诸缔约方的一项义务，此项声明不在本《实践指南》的范围之内。

1.4.7 根据任择条款所作的单方面声明中的限制 [25]

根据任择条款所作的单方面声明中所载的限制或条件不构成本《实践指南》所称的保留。

1.4.8 对条约规定作出选择的单方面声明 [26]

一国或一国际组织根据条约所载某一条款作出单方面声明，如该条款明确规定各缔约方须在条约的两项或几项规定之间作一选择，此项声明不在本《实践指南》的范围之内。

1.5 对双边条约的单方面声明

1.5.1 对双边条约的“保留” [27]

一国或一国际组织在草签或签署某一双边条约后，但在该条约生效前，作出单方面声明，意图藉此促使另一方更改条约的规定，作为其表示最后同意接受条约约束的条件，无论此项声明的措辞或名称为何，均不构成本《实践指南》所称的保留。

1.5.2 双边条约的解释性声明 [28]

准则草案 1.2 和 1.2.1 均适用于对双边及多边条约的解释性声明。

1.5.3 另一缔约方接受一项双边条约的解释性声明产生的法律效力 [29]

双边条约的缔约国或缔约的国际组织对该条约所作的解释性声明所产生的解释，如经另一方接受，即构成该条约的权威解释。

1.6 定义的范围 [30]

《实践指南》本章所载的单方面声明的定义不妨碍此种声明的允许性和根据其适用规则所具的效力。

1.7 保留和解释性声明的代替办法

1.7.1 替代保留的程序 [31]

为了更改某一条约的规定适用于缔约方的效力，国家或国际组织可以采用保留以外的其他程序。

1.7.2 可以更改条约规定的效力的各种程序 [32]

1. 采用保留以外的其他程序更改条约各项规定的效力，可能造成在条约中增列：

---

22 同上，第 116-118 页。

23 同上，第 118 页。

24 关于本准则草案，见本报告上文第 179-189 段。

25 同上，上文第 190-196 段。

26 同上，第 197-210 段。

27 本准则草案的评注，见《1999 年……年鉴》[英]（上文脚注 3），第 120-124 页。

28 同上，第 124-125 页。

29 同上，第 125-126 页。

30 同上，第 126 页。

31 关于本准则草案，见本报告上文第 72-94 段。

32 同上，上文第 72-95 段。

(a) 限制条款，对条约规定各种例外情况并施加各种限制，进而限制条约所订各项义务的对象；

(b) 免责条款，允许缔约方在特定情况下和特定时期内不适用一般性义务；

(c) 缔约方根据条约规定作出的声明，藉此表示愿意接受约束的义务不仅限于该方表示同意接受条约约束而必须遵守的义务。

2. 更改某一条约各项规定的效力，也可能造成下列情况：

(a) 根据 1969 年和 1986 年《维也纳公约》第 57 至第 62 条的规定，暂停实施各项规定；

(b) 条约的修正案只对某些缔约方生效；

(c) 补充协定和议定书，只在涉及某些缔约方之间的关系时，意图更改条约。

1.7.3 限制条款[33]

条约中的某一规定，如果意图限制或缩小该条约所载一般规则的范围或适用，不构成本《实践指南》所称的保留。

1.7.4 [“双边保留”] [与保留的对象相同的国家间协定][34]

[根据某一条约的明确规定缔结]一项协定，如有两个或几个国家意图藉此排除或更改[该] [某一]条约中某些规定或整个条约适用于这些国家彼此间关系时的法律效力，不构成本《实践指南》所称的保留。

1.7.5 替代解释性声明的程序[35]

为了确定或阐明某一条约或其中某些规定的含义或适用范围，各缔约方可以采用解释性声明以外的其他程序。各缔约方可在条约中增列旨在解释条约的明确规定，或为此目的订立补充协定。

---

[33] 同上，上文第 110-116 段。

[34] 同上，上文第 117-130 段。

[35] 同上，上文第 96-103 段。

外 交 保 护

[议程项目 **6**]

A/CN.4/506 和 Add.1 号文件 *

特别报告员约翰·罗伯特·杜加尔德先生关于外交保护的第一次报告

[原件：英文/法文]
[2000 年 3 月 7 日和 4 月 20 日]

目 录

		页 次
本报告引用的多边文书		234
本报告引用的著作		235
	段 次	
导言	1-8	242
章 次		
一. 报告的结构	9-32	243
导言	10-32	243
二. 条款草案	33-188	247
第 1 条 范围	33-46	247
评论	33-46	247
A. 外交保护	33-40	247
B. “行动”一词的含义	41-46	250
第 2 条	47-60	250
评论	47-60	251
第 3 条	61-74	254
评论	61-74	254
第 4 条	75-93	257
评论	75-93	257
第 5 条	94-120	261
评论	94-120	261
第 6 条	121-160	266
评论	121-160	266
第 7 条	161-174	273
评论	161-174	274
第 8 条	175-184	275
评论	175-184	275
未来的报告(和条款)	185-188	277

* 包括 A/CN.4/506/Corr.1。

章 次	段 次	页 次
三. 持续国籍及索赔的可转移性	189-218	278
第 9 条	189-218	278
评论	189	278
A. 该项规则的传统形式及其根据理由	190-192	278
B. 该项规则的现况	193-199	279
C. 该项规则内容的不确定性	200-205	282
D. 持续性规则面临的法理学和政策方面的挑战	206-211	284
E. 结论	212-218	286

本报告引用的多边文书

《限制使用武力以索偿合同债务公约》[英](《波特条约》)(1907 年 10 月 18 日，海牙)

J. B. 斯科特编辑，《1889 年和 1907 年海牙公约和宣言》，第 3 版(纽约，牛津大学出版社，1918 年)，第 89 页。

《关于国籍法冲突的若干问题的公约》[英](1930 年 4 月 12 日，海牙)

国际联盟，《条约汇编》，第 179 卷，第 4137 号，第 89 页。

《保护人权与基本自由公约》(《欧洲人权公约》)[英](1950 年 11 月 4 日，罗马)

联合国，《条约汇编》，第 213 卷，第 2889 号，第 221 页。

《关于难民地位的公约》[英](1951 年 7 月 28 日，日内瓦)

同上，第 189 卷，第 2545 号，第 137 页。

《阿拉伯联盟国家间的国籍协定》[英](1954 年 4 月 5 日，开罗)

《英国和外国文件》，1954 年，第 161 卷 (伦敦，皇家印务局，1963 年)，第 635 页。

《关于无国籍人地位的公约》[英](1954 年 9 月 28 日，纽约)

联合国，《条约汇编》，第 360 卷，第 5158 号，第 117 页。

《维也纳外交关系公约》(1961 年 4 月 18 日，维也纳)

同上，第 500 卷，第 7310 号，第 95 页。

《减少无国籍状态公约》(1961 年 8 月 30 日，纽约)

同上，第 989 卷，第 14458 号，第 175 页。

《维也纳领事关系公约》(1963 年 4 月 24 日，维也纳)

同上，第 596 卷，第 8638 号，第 261 页。

《减少多重国籍和在多重国籍情况下的义务兵役的公约》[英](1963 年 5 月 6 日，斯特拉斯堡)

同上，第 634 卷，第 9065 号，第 221 页。

《关于解决各国和其他国家的国民之间的投资争端的公约》[英](1965 年 3 月 18 日，华盛顿)

同上，第 575 卷，第 8359 号，第 159 页。

《消除一切形式种族歧视国际公约》(1965 年 12 月 21 日，纽约)

同上，第 660 卷，第 9464 号，第 195 页。

《公民及政治权利国际公约》(旧译《公民及政治权利国际盟约》)(1966 年 12 月 16 日，纽约)

同上，第 99 卷，第 14668 号，第 171 页。

《欧洲领事职权公约》[英](1967 年 12 月 11 日，巴黎)

欧洲委员会，《欧洲条约汇编》，第 61 号。

《欧洲领事职权公约保护难民议定书》[英](1967 年 12 月 11 日，巴黎)

同上，第 61 A 号。

《维也纳条约法公约》(1969 年 5 月 23 日，维也纳)

联合国，《条约汇编》，第 1155 卷，第 18232 号，第 331 页。

《美洲人权公约》(《哥斯达黎加圣何塞公约》)[英](1969 年 11 月 22 日，圣何塞)

同上，第 1144 卷，第 17955 号，第 123 页。

《消除对妇女一切形式歧视公约》(1979 年 12 月 18 日，纽约)	同上，第 1249 卷，第 20378 号，第 13 页。
《非洲人权和人民权利宪章》[英](1981 年 6 月 27 日，内罗毕)	同上，第 1520 卷，第 26363 号，第 217 页。
《联合国海洋法公约》(1982 年 12 月 10 日，蒙特哥湾)	同上，第 1833 卷，第 31363 号，第 3 页。
《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》(1984 年 12 月 10 日，纽约)	同上，第 1465 卷，第 24841 号，第 85 页。
《联合国船舶登记条件公约》[英](1986 年 2 月 7 日，日内瓦)	TD/RS/CONF/19/Add.1。
《保护所有移徙工人及其家庭成员权利国际公约》(1990 年 12 月 18 日，纽约)	联合国，《条约汇编》，第 2220 卷，第 39481 号，第 93 页。
《促进公害渔船遵守国际养护和管理措施的协定》[英](1993 年 11 月 24 日，罗马)	《国际法律资料》(哥伦比亚特区华盛顿)，第 33 卷，第 4 期(1994 年 7 月)，第 968 页。
《欧洲国籍公约》[英](1997 年 11 月 6 日，斯特拉斯堡)	欧洲委员会，《欧洲条约汇编》，第 166 号。

本报告引用的著作

AGHAHOSSEINI, Mohsen

"The claims of dual nationals before the Iran-United States Claims Tribunal: some reflections", *Leiden Journal of International Law,* vol. 10, March 1997.

ALDRICH, George H.

The Jurisprudence of the Iran-United States Claims Tribunal. Oxford, Clarendon Press, 1996.

AMERASINGHE, C. F.

State Responsibility for Injuries to Aliens. Oxford, Clarendon Press, 1967.

BALLADORE PALLIERI, Giorgio

"La determinazione internazionale della cittadinanza ai fini dell'esercizio della protezione diplomatica", *Scritti di diritto internazionale in onore di Tomaso Perassi.* Vol. 1. Milan, Giuffrè, 1957.

BARRIE, George N.

"Forcible intervention and international law: legal theory and realities", *South African Law Journal,* vol. 116, 1999.

BARSOTTI, Roberto

"Armed reprisals", *in* A. Cassese, ed., *The Current Legal Regulation of the Use of Force*. Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1986.

BAR-YAACOV, N.

Dual Nationality. London, Stevens & Sons, 1961.

BASDEVANT, J.

"Conflits de nationalités dans les arbitrages vénézuéliens de 1903–1905", *Revue de droit international privé et de droit pénal international,* vol. 4, 1909.

BATIFFOL, Henri and Paul LAGARDE

Droit international privé. 7th ed. Vol I. Paris, LGDJ, 1981.

BEDERMAN, David J.

"Nationality of individual claimants before the Iran-United States Claims Tribunal", *International and Comparative Law Quarterly,* vol. 42, part 1, January 1993.

BENNOUNA, Mohamed

"La protection diplomatique, un droit de l'État?", *Boutros Boutros-Ghali Amicorum Discipulorumque Liber: Peace, Development, Democracy.* Vol. I. Brussels, Bruylant, 1998.

BLUM, Yehuda

"Israel", *in* Elihu Lauterpacht and John G. Collier, eds., *Individual Rights and the State in Foreign Affairs: an International Compendium*. New York, Praeger, 1977.

BOJARS, Y.

Grazhdanstvo gosudarstv mira (Nationality of States in the World). University of Latvia, Matsibu gramata, 1993.

BORCHARD, Edwin M.

The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or the Law of International Claims. New York, Banks Law Publishing Co., 1915.

"Protection diplomatique des nationaux à l'étranger", *Annuaire de l'Institut de Droit International* (Brussels), July 1931, vol. I (Cambridge session, 1931, Preparatory works).

"La protection diplomatique des nationaux à l'étranger", *Annuaire de l'Institut de Droit International* (Brussels), August 1932, vol. 37 (Oslo session, 1932, Preparatory works).

"The protection of citizens abroad and change of original nationality", *Yale Law Journal,* vol. XLIII, No. 3, January 1934.

BOWETT, Derek

Self-Defence in International Law. Manchester, Manchester University Press, 1958.

"Reprisals involving recourse to armed force", *American Journal of International Law* (Washington, D.C.), vol 66, No. 1, January 1972.

BOYLE, Francis A.

"The Entebbe hostages crisis", *Netherlands International Law Review,* vol. XXIX, issue 1, 1982.

BRIERLY, J. L.

"The theory of implied State complicity in international claims", *British Year Book of International Law, 1928* (Oxford), vol. 9, pp. 42–49.

The Law of Nations: an Introduction to the International Law of Peace. 6th ed. Oxford, Clarendon Press, 1963.

BRIGGS, Herbert W.

"La protection diplomatique des individus en droit international: la nationalité des réclamations", *Annuaire de l'Institut de Droit International* (Basel), September 1965, vol. I (Warsaw session, 1965, Preparatory works).

BROWER, Charles N. and Jason D. BRUESCHKE

The Iran-United States Claims Tribunal. The Hague, Martinus Nijhoff, 1998.

BROWNLIE, Ian

International Law and the Use of Force by States. Oxford, Clarendon Press, 1963.

"The relations of nationality in public international law", *British Year Book of International Law, 1963* (London), vol. 39, 1965.

Principles of Public International Law. 5th ed. Oxford, Oxford University Press, 1998.

BRYDE, Brun-Otto

"Self-defence", *in* Rudolf Bernhardt, ed., *Encyclopedia of Public International Law,* vol. 4. Amsterdam, Elsevier, 2000.

CAFLISCH, Lucius

"Switzerland", *in* Elihu Lauterpacht and John G. Collier, eds., *Individual Rights and the State in Foreign Affairs: an International Compendium*. New York, Praeger, 1977.

"Pratique suisse en matière de droit international public", *Annuaire suisse de droit international* (Zürich), vol. XXXIV, 1978.

CASTRO, F. de

"La nationalité， la double nationalité et la supra-nationalité", *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1961–I.* Leiden, Sijthoff, 1962. Vol. 102.

CHAPPEZ, Jean

"Protection diplomatique", *Juris-Classeur Droit International.* Part 250. Paris, Editions du Juris-Classeur, 1999.

CHERNICHENKO, S. V.

Mezhdunarodno-pravovye voprosy grazhdanstva. Moscow, Mezhdunarodnoye otnasheniya, 1968.

CHOLEWINSKI, Ryszard

Migrant Workers in International Human Rights Law: Their Protection in Countries of Employment. Oxford, Clarendon Press, 1997.

COMBACAU, Jean and Serge SUR

Droit international public. 4th ed. Paris, Montchrestien, 1999. 801 p.

DAHM, Georg

Völkerrecht. Stuttgart, Kohlhammer, 1961.

D'ANGELO, John R.

"Resort to force by States to protect nationals: the U.S. rescue mission to Iran and its legality under international law", *Virginia Journal of International Law,* vol. 21, No. 3, spring 1981.

DE VISSCHER, Charles

"Cours général de principes de droit international public", *Recueil des cours de l'Académie de droit international, 1954–II*. Leiden, Sijthoff, 1955. Vol. 86.

Theory and Reality in Public International Law. English translation by P. E. Corbett. Princeton, Princeton University Press, 1957.

DE VISSCHER, Paul

"Cours général de droit international public", *Collected Courses of The Hague Academy of International Law, 1972–II*. Leiden, Sijthoff, 1973. Vol. 136.

DINSTEIN, Yoram

War, Aggression and Self-Defence. 2nd ed. Cambridge, Grotius, 1994.

DOEHRING, K.

Die Pflicht des Staates zur Gewährung diplomatischen Schutzes. Cologne, Carl Heymanns, 1959.

"Handelt es sich bei einem Recht, das durch diplomatischen Schutz eingefordert wird, um ein solches, das dem die Protektion ausübenden Staat zusteht, oder geht es um die Erzwingung von Rechten des betroffenen Individuums?", *in* Georg Ress and Torsten Stein, eds., *Der diplomatische Schutz im Völker—und Europarecht: Aktuelle Probleme und Entwicklungstendenzen*. Baden-Baden, Nomos, 1996.

DONNER, Ruth

The Regulation of Nationality in International Law. 2nd ed. Irvington-on-Hudson, N.Y., Transnational, 1994.

DUNN, Frederick Sherwood

The Protection of Nationals: A Study in the Application of International Law. Baltimore, The Johns Hopkins Press, 1932.

FITZMAURICE, Sir Gerald

"The general principles of international law considered from the standpoint of the rule of law", *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1957–II*. Leiden, Sijthoff, 1958. Vol. 92.

FLOURNOY JR., Richard W.

"Nationality convention, protocols and recommendations adopted by the First Conference on the Codification of International Law", *American Journal of International Law* (Washington, D.C.), vol 24, 1930.

FRANZKE, Hans-Georg

"Die militärische Abwehr von Angriffen auf Staatsangehörige im Ausland: insbesondere ihre Zulässigkeit nach der Satzung der Vereinten Nationen", *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht* (Vienna), vol. XVI, 1966.

GARCÍA AMADOR, F. V.

"State responsibility: some new problems", *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1956–II*. Leiden, Sijthoff, 1959. Vol. 94.

The Changing Law of International Claims. Vols. I–II. New York, Oceana, 1984.

GECK, Wilhelm Karl

"Diplomatic protection", *in* Rudolf Bernhardt, ed., *Encyclopedia of Public International Law,* vol. 1. Amsterdam, Elsevier, 1992.

GLAHN, Gerhard von

Law Among Nations: an Introduction to Public International Law. 4th ed. New York, Macmillan, 1981.

GOODWIN-GILL, Guy S.

The Refugee in International Law. 2nd ed. Oxford, Clarendon Press, 1996.

GRAHL-MADSEN, Atle

"Protection of refugees by their country of origin", *Yale Journal of International Law,* vol. 11, No. 2, spring 1986.

GREIG, D. W.

International Law. 2nd ed. London, Butterworth, 1976.

GRIFFIN, William L.

"International claims of nationals of both the claimant and respondent States: the case history of a myth", *International Lawyer,* vol. I, No. 1, October 1966.

GUHA ROY, S. N.

"Is the law of responsibility of States for injuries to aliens a part of universal international law?", *American Journal of International Law* (Washington, D.C.), vol. 55, No. 4, October 1961.

HAILBRONNER, Kay

"Diplomatischer Schutz bei mehrfacher Staatangehörigkeit", *in* Georg Ress and Torsten Stein, eds., *Der diplomatische Schutz im Völker—und Europarecht: Aktuelle Probleme*

und Entwicklungstendenzen. Baden-Baden, Nomos, 1996.

HARRIS, D. J.

Cases and Materials on International Law. 5th ed. London, Sweet & Maxwell, 1998. 1123 p.

HARVARD LAW SCHOOL

Research in International Law, II. *Responsibility of States*. Cambridge, Mass., Harvard Law School, 1929.

"Draft conventions and comments on nationality, responsibility of States for injuries to aliens, and territorial waters", Supplement to the *American Journal of International Law* (Washington, D.C.), vol. 23, special number, April 1929.

HIGGINS, Rosalyn

The Development of International Law through the Political Organs of the United Nations. London, Oxford University Press, 1963.

Problems and Process. International Law and How We Use It. Oxford, Clarendon Press, 1994.

HUDSON, Manley O.

"The First Conference for the Codification of International Law", *American Journal of International Law* (Washington, D.C.), vol. 24, 1930.

HUGHES, Kevin D.

"Hostages' rights: the unhappy legal predicament of an American held in foreign captivity", *Columbia Journal of Law and Social Problems,* vol. 26, No. 4, summer 1993.

HURST, Sir Cecil J. B.

"Nationality of claims", *British Year Book of International Law, 1926* (London), vol. 7.

JENNINGS, R. Y.

"General course on principles of international law", *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1967–II*. Leiden, Sijthoff, 1969. Vol. 121.

JENNINGS, Sir Robert and Sir Arthur WATTS, eds.

Oppenheim's International Law, vol. I, *Peace,* parts 1–4. 9th ed. Harlow, Longman, 1992.

JESSUP, Philip C.

A Modern Law of Nations: An Introduction. New York, Macmillan, 1949.

JONES, J. Mervyn

British Nationality Law. Rev. ed. Oxford, Clarendon Press, 1956.

"The Nottebohm case", *International and Comparative Law Quarterly* (London), vol. 5, 1956.

JOSEPH, Cuthbert

Diplomatic Protection and Nationality: The Commonwealth of Nations. Gateshead, Northumberland Press, 1968. (Thesis, University of Geneva)

JOYNER, Christopher C.

"Reflections on the lawfulness of invasion", *American Journal of International Law* (Washington, D.C.), vol. 78, 1984.

JÜRGENS, Thomas

Diplomatischer Schutz und Staatenlose. Berlin, Duncker & Humblot, 1987.

KELSEN, Hans

The Law of the United Nations: a Critical Analysis of its Fundamental Problems. London, London Institute of World Affairs, 1950.

KHAN, Rahmatullah

The Iran-United States Claims Tribunal: Controversies, Cases and Contribution. Dordrecht, Kluwer, 1990.

KLEIN, Eckart

"Anspruch auf diplomatischen Schutz?", *in* Georg Ress and Torsten Stein, eds., *Der diplomatische Schutz im Völker—und Europarecht: Aktuelle Probleme und Entwicklungstendenzen.* Baden-Baden, Nomos, 1996.

KLEIN, Pierre

"La protection diplomatique des doubles nationaux: reconsidération des fondements de la règle de non-responsabilité", *Belgian Review of International Law* (Brussels), vol. XXI, 1988–1.

KUNZ, Josef L.

"The Nottebohm judgment (second phase)", *American Journal of International Law* (Washington, D.C.), vol. 54, No. 3, July 1960.

LAVIEC, Jean-Pierre

Protection et promotion des investissements: étude de droit international économique. Paris, Presses Universitaires de France, 1985.

LEE, Luke T.

Consular Law and Practice. 2nd ed. Oxford, Clarendon Press, 1991.

LEIGH, Guy I. F.

"Nationality and diplomatic protection", *International and Comparative Law Quarterly* (London), vol. 20, 1971, pp. 453–475.

LILLICH, Richard B.

"The diplomatic protection of nationals abroad: an elementary principle of international law under attack", *American Journal of International Law* (Washington, D.C.), vol. 69, 1975.

The Human Rights of Aliens in Contemporary International Law. Manchester, Manchester University Press, 1984.

LOWE, A. V.

"US extraterritorial jurisdiction: the Helms-Burton and D'Amato acts", *International and Comparative Law Quarterly* (London), vol. 46, 1997.

MARGO, Roderick D.

"The legality of the Entebbe raid in international law", *South African Law Journal* (Cape Town and Johannesburg), vol. 94, 1977.

MAURY, Jacques

"Du conflit de nationalités et en particulier du conflit de deux nationalités étrangères devant les autorités et les juridictions françaises", *La technique et les principes du droit public: études en l'honneur de Georges Scelle*. Vol. 1. Paris, LGDJ, 1950.

MCDOUGAL, Myres S., Harold D. LASSWELL and Lung-chu CHEN

"The protection of aliens from discrimination and world public order: responsibility of States conjoined with human rights", *American Journal of International Law* (Washington, D.C.), vol. 70, 1976.

MENZHINSKY, V. I.

Neprimeneniie sily v mezhdunarodnyh otnosheniiah. Moscow, Naouka, 1976. 295 p.

MOORE, John Bassett

History and Digest of the International Arbitrations to which the United States has been a Party. Vol. III. Washington, Government Printing Office, 1898.

A Digest of International Law. Vol. VI. Washington, Government Printing Office, 1906.

NANDA, Ved P.

The validity of United States intervention in Panama under international law", *American Journal of International Law* (Washington, D.C.), vol. 84, 1990.

NASH LEICH, Marian

"Contemporary practice of the United States relating to international law", *American Journal of International Law* (Washington, D.C.), vol. 76, 1982.

"Contemporary practice of the United States relating to international law", *American Journal of International Law* (Washington, D.C.), vol. 78, 1984.

"Contemporary practice of the United States relating to international law", *American Journal of International Law (*Washington, D.C.), vol. 84, No. 2, April 1990.

NGUYEN Quoc Dinh, Patrick DAILLIER and Alain PELLET

Droit International Public. 6th rev. ed. Paris, LGDJ, 1999.

O'CONNELL, D. P.

International Law. Vol. 2. 2nd ed. London, Stevens & Sons, 1970.

OHLY, D. Christopher

"A functional analysis of claimant eligibility", *in* Richard B. Lillich, ed., *International Law of State Responsibility for Injuries to Aliens*. Charlottesville, University Press of Virginia, 1983.

OPPENHEIM, L.

International Law: A Treatise, vol. I, *Peace*. 8th ed. H. Lauterpacht, ed. London, Longmans, Green and Co., 1955.

ORREGO VICUÑA, Francisco

"Chile", *in* Elihu Lauterpacht and John G. Collier, eds., *Individual Rights and the State in Foreign Affairs: an International Compendium*. New York, Praeger, 1977.

"The changing law of nationality of claims". Final report submitted to the International Law Association Committee on Diplomatic Protection of Persons and Property. London, 2000. Unpublished manuscript.

PANHUYS, Haro Frederik van

The Role of Nationality in International Law: an Outline. Leiden, Sijthoff, 1959.

PARRY, Clive

"Some considerations upon the protection of individuals in international law", *Recueil des cours de l'Académie de droit international de*

La Haye, 1956–II. Leiden, Sijthoff, 1957. Vol. 90.

PARTSCH, Karl Josef

"Self-preservation", *in* Rudolf Bernhardt, ed., *Encyclopedia of Public International Law,* vol. 4. Amsterdam, North-Holland, 1982.

"Reprisals", *in* Rudolf Bernhardt, ed., *Encyclopedia of Public International Law,* vol. 9. Amsterdam, Elsevier, 1986.

PRZETACZNIK, Franciszek

"The protection of individual persons in traditional international law (diplomatic and consular protection)", *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht* (Vienna), vol. XXII, 1971.

RALSTON, Jackson H. and W. T. Sherman DOYLE

Venezuelan Arbitrations of 1903. Washington, Government Printing Office, 1904.

RANDELZHOFER, Albrecht

"Nationality", *in* Rudolf Bernhardt, ed., *Encyclopedia of Public International Law,* vol. 3. Amsterdam, Elsevier, 1997.

REUTER, Paul

Droit international public. 5th rev. ed. Paris, Presses Universitaires de France, 1976.

REZEK, José Francisco

"Le droit international de la nationalité", *Collected Courses of The Hague Academy of International Law, 1986–III*. Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1987. Vol. 198.

RODE, Zvonko R.

"Dual nationals and the doctrine of dominant nationality", *American Journal of International Law* (Washington, D.C.), vol. 53, 1959.

RONZITTI, Natalino

Rescuing Nationals Abroad through Military Coercion and Intervention on Grounds of Humanity. Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1985.

ROUSSEAU, Charles

Droit international public. 8th ed. Paris, Dalloz, 1976.

RUZIÉ， David

"Nationalité， effectivité et droit communautaire", RGDIP, vol. XCVII, 1993.

SCHACHTER, Oscar

International Law in Theory and Practice. Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1991.

SCHWARZENBERGER, Georg

International Law. 3rd ed. Vol. 1. London, Stevens & Sons, 1957.

SEIDL-HOHENVELDERN, Ignaz

"Austria", *in* Elihu Lauterpacht and John G. Collier, eds., *Individual Rights and the State in Foreign Affairs: an International Compendium*. New York, Praeger, 1977.

"Federal Republic of Germany", *in* Elihu Lauterpacht and John G. Collier, eds., *Individual Rights and the State in Foreign Affairs: an International Compendium*. New York, Praeger, 1977.

SHAW, Malcolm N.

International Law. 4th ed. Cambridge, Cambridge University Press, 1997.

SHEA, Donald R.

The Calvo Clause: A Problem of Inter-American and International Law and Diplomacy. Minneapolis, University of Minnesota Press, 1955.

SINCLAIR, I. M.

"Nationality of claims: British practice", *British Year Book of International Law, 1950* (London), vol. 27.

SKUBISZEWSKI, Krzysztof

"Introduction", *in* Elihu Lauterpacht and John G. Collier, eds., *Individual Rights and the State in Foreign Affairs: an International Compendium*. New York, Praeger, 1977.

SOHM, Rudolph

The Institutes. Translated by J. Crawford Ledlie, 3rd ed. Oxford, Clarendon Press, 1907.

SOHN, Louis B. and R. R. BAXTER

"Responsibility of States for injuries to the economic interests of aliens", *American Journal of International Law* (Washington, D.C.), vol. 55, No. 3, July 1961.

TOMUSCHAT, Christian

"Article 2(3)", *in* Bruno Simma, ed., *The Charter of the United Nations: A Commentary*. Oxford, Oxford University Press, 1994.

TUNKIN, G., ed.

Mezhdunarodnoe pravo. Moscow, Juridichesskaya Literatura, 1974.

TUNKIN, G.

"Politics, law and force in the interstate system", *Collected Courses of The Hague Academy of International Law, 1989–VII*. Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1992. Vol. 219.

USHAKOV, N. A., ed.

Kurs Mezhdunarodnovo Prava. Vol. 3. Moscow, Naouka, 1990.

VATTEL, E. de

Le droit des gens, ou Principes de la loi naturelle (The Law of Nations or the Principles of Natural Law). English translation of the edition of 1758 in *The Classics of International Law,* vol. III. Washington, D.C., Carnegie Institution of Washington, 1916.

VERDROSS, Alfred and Bruno SIMMA

Universelles Völkerrecht: Theorie und Praxis. 3rd rev. ed. Berlin, Duncker & Humblot, 1984.

VERWEY, Wil D.

"Humanitarian intervention", *in* A. Cassese, ed., *The Current Legal Regulation of the Use of Force*. Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1986.

VERWILGHEN, Michel

"Conflits de nationalités", *Collected Courses of The Hague Academy of International Law, 1999.* The Hague, Martinus Nijhoff, 2000. Vol. 277.

WAELBROECK, Michel

"Belgium", *in* Elihu Lauterpacht and John G. Collier, eds., *Individual Rights and the State in Foreign Affairs: an International Compendium*. New York, Praeger, 1977.

WALDOCK, C. H. M.

"The regulation of the use of force by individual States in international law", *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1952–II.* Paris, Sirey, 1953. Vol. 81.

WARBRICK, Colin

"Protection of nationals abroad", *International and Comparative Law Quarterly,* vol. 37, part 4, October 1988.

WEIL, Prosper

"France", *in* Elihu Lauterpacht and John G. Collier, eds., *Individual Rights and the State in*

Foreign Affairs: an International Compendium. New York, Praeger, 1977.

WEIS, Paul

"Diplomatic protection of nationals and international protection of human rights (The question of third party determination of alleged violations of human rights)", *Human Rights Journal* (Paris), vol. IV, 1971.

Nationality and Statelessness in International Law, 2nd ed. Alphen aan den Rijn, Sijthoff & Noordhoff, 1979.

WYLER, Eric

La règle dite de la continuité de la nationalité dans le contentieux international. Paris, Presses Universitaires de France, 1990.

YANGUAS MESSIA, José de

"La protection diplomatique en cas de double nationalité", *Hommage d'une génération de juristes au Président Basdevant*. Paris, Pedone, 1960.

YOUNG, Jacqueline M.

"Torture and inhumane punishment of United States citizens in Saudi Arabia and the United States Government's failure to act", *Hastings International and Comparative Law Review,* vol. 16, 1992–1993.

导 言[1]

1. 国际法委员会 1996 年第四十八届会议指出，“外交保护”是适合于编纂和逐渐发展的三项专题之一。[2] 同年，大会 1996 年 12 月 16 日第 51/160 号决议请委员会进一步研究该专题，并根据在第六委员会辩论期间提出的评论和意见以及各国政府愿意提交的任何书面评论，提出专题的范围和内容。委员会 1997 年第四十九届会议第 2477 次会议按照大会上述决议，成立了该专题工作组。[3] 在同届会议上，工作组提交了一份报告，业经委员会核可。[4] 工作组力图：(*a*) 尽可能澄清本专题的范围；以及(*b*) 指明在专题范围内应予研究的问题。工作组提出了审议本专题的大纲，委员会建议特别报告员根据该大纲提交初步报告。[5] 委员会还决定应在本五年期结束前致力完成对本专题的一读。

2. 委员会 1997 年 7 月 11 日第 2501 次会议任命穆罕默德 • 本努纳先生为本专题特别报告员。大会 1997 年 12 月 15 日第 52/156 号决议第 8 段赞同委员会决定将“外交保护”专题列入其议程。

3. 委员会 1998 年 4 月 28 日至 5 月 1 日第 2520 至第 2523 次会议审议了特别报告员初步报告(《1998 年……年鉴》[英]，第二卷(第一部分)，第 309 页，A/CN.4/484 号文件)。

4. 委员会 1998 年 5 月 22 日第 2534 次会议成立了不限成员名额工作组，由本专题特别报告员本努纳先生任主席，[6] 以审议可能根据就处理本专题的方式所进行的讨论得出的一些结论，并就特别报告员向委员会 1999 年第五十一届会议提交的第二次报告应探讨的问题提供指导。工作组于 1998 年 5 月 25 日和 26 日举行了两次会议。关于处理本专题的方式，工作组议定如下：

(*a*) 对外交保护的习惯法处理方式应构成委员会关于本专题工作的基础；

(*b*) 本专题将述及关于外交保护的国际法次要规则；只有在必须澄清主要规则以便为明确拟订一项特定次要规则提供指导时，才会探讨主要规则；

(*c*) 实行外交保护是国家的权利。在行使这项权利时，国家应该考虑到身为外交保护对象的国民的权利和利益；

(*d*) 关于外交保护的工作应该考虑到国际法的发展，国际法日益承认和保护个人的权利，并使个人有更多机会直接和间接向国际论坛申诉，以坚持行使其权利。工作组认为，这种发展在本专题范围内的实际及特定影响，应参照国家实践以及迄今与诸如国籍联系所涉的特定问题结合起来进行探讨；

(*e*) 国家实行外交保护的酌处权不妨碍它为其国民行使这项权利。在这一点上，工作组注意到有些国家的法律已经确认其国民享有获得政府提供的外交保护的权利；

(*f*) 工作组认为，要求各国政府向委员会提供本国最主要的立法、本国法院的裁决和本国在外交保护领域的实践是有助益的；

(*g*) 工作组回顾委员会 1997 年第四十九届会议决定要在本五年期终了时完成对本专题的一读。[7]

---

[1] 特别报告员感谢荷兰莱顿大学 Cornelis van Vollenhoven Stichting 资助的研究助理 Zsuszanna Deen-Racsmany 女士为编制本报告做出的宝贵贡献。

[2] 《1996 年……年鉴》[英]，第二卷(第二部分)，第 97 页，第 248 段，以及第 137 页，附件二，增编 1。

[3] 《1997 年……年鉴》[英]，第二卷(第二部分)，第 60 页，第 169 段。

[4] 同上，第 171 段。

[5] 同上，第 62-63 页，第 189-190 段。

[6] 《1998 年……年鉴》[英]，第一卷，第 2534 次会议，第 115 页，第 90 段。

[7] 同上，第二卷(第二部分)，第 49 页，第 108 段。

5. 关于特别报告员的第二次报告，工作组建议它应该集中探讨工作组去年拟议的大纲第一章“外交保护的依据”[8]中所提出的问题。

6. 委员会 1998 年 6 月 9 日第 2544 次会议审议并核可了工作组的报告。

7. 1999 年，本努纳先生当选前南问题国际法庭法官，辞去在委员会担任的职务。1999 年 7 月，委员会选举本报告撰写人担任外交保护专题特别报告员。[9]

8. 1999 年 7 月，委员会在工作组非正式会议上审议了本专题。

[8] 《1997 年……年鉴》[英](见上文脚注 3)，第 62 页，第 189 段。

[9] 《1999 年……年鉴》[英]，第二卷(第二部分)，第 17 页，第 19 段。

第 一 章

报告的结构

9. 本报告分为三部分：

(*a*) 关于外交保护的导言，其中回顾这个专题的历史和范围，并建议如何可以利用外交保护权作为按照当代法律秩序价值观促进对人权的保护的手段；

(*b*) 几项条款草案及关于这些条款的评注。这些条款提出了一些有争论的问题，特别报告员请委员会就此发表意见，以指导他今后的工作。这些事项本来可以在上一任特别报告员的介绍性报告中提出，而不必试图把它们写成条款草案。但条款草案的形式确实使它们的重点更加鲜明，便于辩论。

(*c*) 将在今后各次报告中提出的其他条款大纲。

导 言

10. 外交保护方面有很多实践和先例。尽管如此，它仍然是国际法中最有争议的问题之一。[10]

11. 在第二次世界大战和人权条约出现之前，在国际法下，个人要想对本国对待他的方式提出异议，几乎没有什么程序可循。另一方面，如果个人的人权在国外遭受外国的侵犯，其祖国可进行干预，对其加以保护或就其所受的损害索赔。实际上，主要是西方各大国的国民享受这一特权地位，因为正是这些国家最愿意进行干预，保护其未得到西方国家确定的“一般文明标准”[11]待遇的国民。此类外交保护必然会被发展中国家、尤其是拉丁美洲的发展中国家视为有差别地施展强权的做法，而不是保护外侨人权的方法。

12. 更不利于非西方国家的是，由于伤害国民就是伤害国家本身这一拟制，外交保护或干预变得更加重要。1924 年，常设国际法院对马夫罗马蒂斯案所作的宣判给予这一拟制以司法认可：

> 事实上，一个国家为其某一国民出面，代表他诉诸外交行动或国际司法诉讼，就是在维护其本身权利，即通过其国民本身确保国际法规则得到尊重的权利。[12]

13. 这一拟制产生重要影响。在一个层次上，它为军

[10] Lillich, 《现代国际法中的外国人人权》。

[11] 哈里·罗伯特(美国)诉墨西哥合众国案(《国际仲裁裁决汇编》，第四卷(出售品编号：1951.V.1))，第 77 页；另见 *L.F.H.* 内尔和保利娜·内尔(美国)诉墨西哥合众国案，同上，第 60 页。

[12] 马夫罗马蒂斯在巴勒斯坦的特许权案，1924 年第 2 号判决，《常设国际法院汇编》，A 辑，第 2 号，第 12 页。常设国际法院在帕涅韦兹斯-萨尔杜提斯基铁路案，1939 年的判决，《常设国际法院汇编》，A/B 辑，第 76 号，第 16 页中重申这一判词。

事干预或炮舰外交提供理由。在另一个层次上，它允许美利坚合众国和欧洲强国以国民不能放弃一项属于国家的权利为由，拒绝拉丁美洲迫使在拉美经商的外国人放弃或抛弃外交保护的企图。[13]

14. 对外侨的外交保护的滥用程度非常严重。英国进行英布战争(1899-1902 年)的理由是，这是为保护拥有威特沃特斯兰德金矿的英国国民而进行的干预。美国以保护其在拉丁美洲的国民为借口进行军事干预的做法，一直持续到最近；1983 年对格林纳达进行干预[14]和 1989 年对巴拿马进行干预[15]就是证明。采取就外侨所受人身或财产损害索赔的形式进行非军事干预的做法也被滥用，[16]尽管一名作者曾表示，通过仲裁解决赔偿要求，常常使拉丁美洲各国免遭为坚持获得赔偿而进行的军事干预。[17]

15. 近年来变化很大。个人在国内及外国人在国外所面对的司法标准经历了重大变化。今天，约有 150 个国家是《公民及政治权利国际公约》和(或)欧洲、美洲及非洲的相应区域性文书的缔约国，这些文书都规定了在刑事审判和犯人待遇方面应予遵守的司法标准。此外，在有些情况下，个人得以就其人权被侵犯而向诸如联合国人权事务委员会、欧洲人权法院、美洲人权法院或非洲人权和人民权利委员会等国际机构申诉。

16. 在国外经商的外国人也可以利用新的补救办法。《关于解决各国和其他国家的国民之间的投资争端的公约》允许公司向国际投资争端解决中心提起针对某一国家的诉讼，条件是被告国和公司所属国同意采取这项程序。双边投资条约也为在国外营业的公司提供类似的补救办法。[18]无疑，冷战的结束和世界各地对市场经济原则的接受，使外国投资者的生命和投资有了更大保障。

17. 鉴于这些事态发展，有人认为，外交保护已经过时。其论点大约如此：与国民同等待遇标准及外侨待遇最低国际标准已为国际人权标准所取代，后者给予国民及外侨以同一待遇标准，其中纳入了《世界人权宣言》的核心规定。[19]个人现已是国际法的一个主体，有资格在国际一级坚持行使其人权。国家代表其国民索赔的权利，应限于外侨和损害国没有商定其他解决方法的案件。在此情形下，索偿国担任个人的代理人而不是以本身的资格行事。国家有权代表国民行事以维护本身权利的说法乃是过时的拟制，应予摒弃——但也许国家切身利益受影响的情形除外。[20]

18. 这一论点存在缺陷，理由有二：首先，它藐视在法律上使用拟制的做法；其次，它夸大国际人权保护的现状。

19. 在某些情形下，侵犯外侨的人权将涉及其祖国的利益。[21]如侵犯行为是系统性的，并表明损害国正奉行歧视有关国家所有国民的政策，则尤为如此。但就损害某外侨的孤立事件而言，干预国坚持该人的索赔，实际上就是在担当该人的代理人。此处，国家本身受损害的概念实属拟制。有两项规则特别说明了这

---

[13] 关于这项弃权条款或卡尔沃条款的争论详情，见 Shea,《卡尔沃条款：美洲国家和国际法律与外交的问题》。

[14] Nash Leich,“美国有关国际法的当代实践”(1984 年)，第 200 页。

[15] 同上(1990 年)，第 545 页。

[16] 见帕迪利亚·内尔沃法官对巴塞罗那电车、电灯和电力有限公司案的个别意见，第二阶段，判决，《1970 年国际法院汇编》，第 246 页。

[17] 邓恩，《国民保护：国际法的应用研究》，第 58 页。

[18] 见 Laviec,《投资保护与促进：国际经济法研究》。

[19] 由大会 1948 年 12 月 10 日第二一七(三)号决议(甲)通过并公布。见加西亚·阿马多尔，“国家责任，一些新的问题”，第 421 页和第 437-439 页；以及《1957 年……年鉴》[英]，第二卷，A/CN.4/106 号文件，第 112-116 页。另见穆罕默德·本努纳先生关于外交保护的初步报告，《1998 年……年鉴》[英]，第二卷(第一部分)，A/CN.4/484 号文件，第 309 页，第 34-37 段。

[20] 加西亚·阿马多尔，如上，第 472 页。

[21] 布莱尔利，“The theory of implied State complicity in international claims”，第 48 页。另见 McDougal, Lasswell 和 Lung-chu Chen, “The protection of aliens from discrimination and world public order: responsibility of States conjoined with human rights”，第 442 页：“但如同其他‘虚构的拟制’一样，公平的观察员以及提出要求方都认为，这种对国家及个人利益的认同在许多情形下十分接近社会现实。人们一直是、并仍然是地域社区的重要权力基础。”

一点：第一，要求该个人用尽当地补救办法之后外侨所属国方可干预的规则；第二，持续国籍规则要求该个人在发生损害及提出索赔时均为保护国国民。[22] 此外，司法判决清楚表明，在评估国家受损害量度方面，将考虑到该个别国民所受的损害。[23]

20. 外交保护的拟制性质是本努纳先生初步报告的一个显著特点；他在报告中请委员会就以下问题给予指导：一国在提出国际索赔时，是在“坚持行使国家权利还是该受害国民的权利？”[24]

21. 本特别报告员不同意其前任对法律拟制的蔑视。大多数法系都有自己的拟制。事实上，罗马法十分依赖程序性拟制以实现公平。[25] 已故美国最高法院法官奥利弗·温得尔·霍姆斯如是说：“法律的生命从不在于逻辑，而在于经验”。[26] 外交保护之类的制度为一个崇高的目的服务，我们不应仅仅因为它基于拟制，经不起逻辑检验，就不予理会。

22. 必须更加注意国际人权法领域的发展已使外交保护过时的说法。国际法委员会国家责任专题的第一位特别报告员加西亚·阿马多尔指出，允许国家代表其受损害国民索赔的传统外交保护观念，属于个人权利和国家权利不可分割的时代。今天，情况“完全不同”。外侨如同国民一样，他们作为人，而不是因为其国籍，即享受各项权利。他继续说，“外侨在国际上已被承认为独立于其所属国的法人；他是国际权利的真正主体。”[27] 这一推理必然意味个人现在作为国际法的主体，享有国际法的各项权利和义务，在出国时应当自己照料自己，但在非常情形下除外。

23. 本报告不适宜对个人在当代国际法中的地位加以全面审查。今天，个人在国际法下显然享有比 50 年前更多的权利。但个人是否即因此而成为国际法的主体呢？这一问题并无定论。

24. 个人是否仅仅是国际法的“客体”(传统观点)或者也是国际法的“主体”？对这个问题进行辩论是没有帮助的。比较可取的做法是把个人看成国际法律秩序的参与者。[28] 这样，个人可以根据人权条约或双边投资协定行使其权利，从而参与国际法律秩序。同时，必须认识到个人虽然在国际法下可能拥有权利，但他的补救办法却是有限的，这一事实被加西亚·阿马多尔忽略了。[29]

25. 虽然《保护人权与基本自由公约》(《欧洲人权公约》)可以为千百万欧洲人提供实际的补救办法，但很难说《美洲人权公约》或《非洲人权和人民权利宪章》也取得了同样的成功。此外，世界人口多数都在亚洲，但亚洲却没有一项区域性人权公约。要说各项世界性人权公约、尤其是《公民及政治权利国际公约》给个人以有效的保护人权的补救办法，就是沉湎于幻想。幻想不同于拟制，在法律推理中无任何地位。事实上，可悲的是，只有在承认个人有权向这些公约的监测机构请愿的有限几个国家的少数个人，曾经从这些公约中得到或将从中得到令人满意的补救。

26. 在国外的外侨的处境并无改善。世界性和区域性人权公约确实保护缔约国境内的所有个人——国民和外侨都一样。但在外国投资领域以外，尚无任何多边公约旨在为外侨提供保护其权利的补救办法。[30]

---

[22] 惠勒，*La règle dite de la continuité de la nationalité dans le contentieux international*。

[23] 霍茹夫工厂案，案情，1928 年第 13 号判决，《常设国际法院汇编》，A 辑，第 17 号，第 28 页。

[24] 《1998 年……年鉴》[英](见上文脚注 19)，第 316 页，第 54 段。

[25] 关于罗马法中的虚拟诉讼，见 Sohm, *The Institutes,* 第 259-260 页。

[26] 《1972 年……年鉴》[英]，第一卷，第 1167 次会议，第 97 页，第 53 段。

[27] 加西亚·阿马多尔，如上，第 421 页。

[28] 希金斯，《问题与程序：国际法和我们如何运用国际法》，第 48-55 页。

[29] McDougal、Lasswell 和 Chen(如上，第 456 页)关于加西亚·阿马多尔的“新兴的人权法与较旧的保护外侨法的卓越‘合成’”(同上，第 454 页)发表了以下评论，很好地说明了对这一“合成”的不同反应：

> “有些人认为，他的提议是给予外侨以大大超越可合理地预期各国会接受的实质性保护，并会加剧社会化程度不同的各国间的合作问题。其他人则可能认为，在尚未确立任何有效的新的替代补救办法之前，他会削弱保护外侨方面的一项重要的传统补救办法，这一看法也许是有道理的。”

[30] 上文第 14 段。

27. 1990 年通过了《保护所有移徙工人及其家庭成员权利国际公约》。[31] 该公约阐述一项移徙工人权利宪章，设立类似联合国人权事务委员会的监测机构，并规定个人享有任择请愿权。《公约》第 23 条着重指出这些补救办法无意替代外交保护权，并规定：

> 移徙工人及其家庭成员在本公约所承认的权利受到损害时，应有权寻求其原籍国领事或外交机关或代表该国利益的国家的领事或外交机关的保护和协助。

该《公约》尚未得到生效所必需的 20 个缔约国的批准——这就说明各国并不愿意给予移徙工人各项权利。

28. 1985 年，大会通过《非居住国公民个人人权宣言》，[32] 该《宣言》旨在把《世界人权宣言》所载的各项权利给予外侨。《宣言》并未设立强制执行机制，但重申外侨有权与其领事馆或外交使团联系，以获得保护。这赫然说明了现状：外侨作为人，在国际法下拥有各项权利，但在国际法下，他们不享有任何补救办法，因为没有人权条约，除非通过其本国进行干预。[33]

29. 在个人在国际法下获得全面的程序性权利之前，放弃外交保护是人权领域的一项倒退。外交保护作为保护人权的重要工具，应当得到加强和鼓励。正如 Lillich 在 1975 年所写：

> 在成立国际机构，保证由第三方裁定外侨索赔者与国家之间的争端之前，不仅要支持这一[外交保护的]理论，而且要竭力反对任何破坏或摧毁这一理论的努力，这符合国际法学者的利益。[34]

30. 1968 年，波兰外交部的 Przetacznik 表达了类似观点。他列举人们一般对外交保护提出的各种批评之后，写道：

> 人们可以承认这一批评有一定理由，但其中有夸张及故意一概而论之处。不过无可否认，外交保护常常被滥用，较强大的国家在实行外交保护方面处于较佳的地位。这样，过错主要在于手段太苛刻，而不在制度本身。
>
> ……
>
> 随着人权的发展和加强，外交保护可能会失去其部分意义。但人权可能无法全面取代外交保护。
>
> 只要没有更好的补救办法可以取代外交保护，就必须予以保持，因为它是极有必要的，无论怎怎样说，其优点大于缺点。[35]

31. 国际人权法并不只是包含人权公约，它有一整套的公约和习俗，包括外交保护，共同构成国际人权法。《公民及政治权利国际公约》、《欧洲人权公约》、《美洲人权公约》、《非洲人权和人民权利宪章》及其他世界性和区域性人权文书很重要，因为它们对缔约国境内的外侨和国民都给予保护。[36] 可是它们的补救办法十分不力。另一方面，外交保护虽然只可以用来保护个人不受外国政府伤害，但却是国际法的一项习惯规则，普遍适用，并可能提供更有效的补救办法。大多数国家，相对于有人就其行为向人权监测机构提出申诉而言，会更认真地对待另一国提出的外交保护要求。[37]

32. 当代国际人权法给予国民和个人同样的保护，这远甚于西方强国早先确定的最低国际标准。但不能由此类推，以为这些事态发展已使国际习惯法确认的对

---

[31] 关于这项公约，又见 Cholewinski,《国际人权法下的移徙工人：他们在就业国的保护》。

[32] 大会 1985 年 12 月 13 日第 40/144 号决议，附件。

[33] 格克，“外交保护”，第 1059-1060 页。

[34] “对海外国民的外交保护：一项遭到攻击的国际法基本原则”，第 359 页。也见 Amerasinghe,《对外侨受损害所负的国家责任》，第 4-7 页。

[35] “传统国际法对个人的保护(外交和领事保护)”，第 113 页。

[36] 例如，《公民及政治权利国际公约》第二条第一款要求缔约国“尊重并确保所有境内……之人”享受本《公约》所确认之权利。另见《欧洲人权公约》第 1 条和《非洲人权和人民权利宪章》第 2 条。

[37] 同样，个人根据《欧洲人权公约》提出控诉时如果得到外国政府的支持，可能增加控诉的分量。见泽林诉联合王国案，欧洲人权法院，《A 辑：判决和裁决》，第 161 卷，1989 年 7 月 7 日的判决(欧洲委员会，斯特拉斯堡，1989 年) (德意志联邦共和国干预)；塞尔牟尼诉法国案，第 25803/94 号诉请书，1999 年 7 月 28 日的判决(荷兰干预)以及丹麦诉土耳其案，第 34382/97 号诉请书，1999 年 6 月 8 日的判决。

待外侨的传统程序过时。[38] 虽然今天个人在保护其各项权利方面比以往任何时候都享有更多的国际补救办法，但外交保护仍然是人权保护武库中的重要武器。只要国家还是国际关系中的主导行为体，各国支持其国民因权利受侵犯而提出索赔就仍将是促进人权的最有效补救办法。人们不应试图削弱这项补救办法，斥之为已失去其效用的过时拟制，而应竭尽全力，加强构成外交保护权的各项规则。

[38] 在巴塞罗那电车公司案(见上文脚注 16)，第 165 页中，杰瑟普法官宣布："尽管正在形成新的程序，但外交保护权制度肯定没有过时。"

第 二 章

条款草案

第 1 条 范围

1. 在本条款中，外交保护是指一国因另一国的国际不法行为或不行为对其国民的人身或财产造成损害而对该国采取的行动。

2. 在第 8 条规定的例外情况中，也可向非本国国民提供外交保护。

评 论

A. 外交保护

33. 外交保护理论与关于对外侨造成损害的国家责任理论密切相关。到 1920 年代晚期，国际社会已普遍同意，国际不法行为或不行为对外侨造成的损害，涉及可归咎这种行为或不行为的国家的责任。当时人们普遍同意，尽管一国没有义务接纳外侨，但它一旦接纳之后，则对该外侨的国籍国负有义务，须依照外侨待遇的最低国际标准对其人身或财产提供一定程度的保护。[39]

34. 以往曾多次试图将此原则编成法典。1927 年，国际法学会通过一项决议，题为"各国对外侨在其境内受到人身或财产损害所负国际责任"，其中表明：

> 国家应对违背其国际义务的任何行为或不行为对外国人造成的损害负责。[40]

1930 年，海牙国际法编纂会议第三委员会一读通过以下一项规定：

> 如果一国的机关未能履行该国的国际义务而对在其领土内的外国人的人身或财产造成损害，该国负有国际责任。[41]

后来，哈佛法学院编制的 1960 年《关于国家对外侨受损害所负国际责任的公约》草案提议：

> 一国对依照国际法应归于该国并对外侨造成损害的不法行为或不行为负有国际责任。[42]

[39] 约瑟夫，《外交保护与国籍：英联邦》，第 3 页；以及詹宁斯和瓦茨编辑，《奥本海国际法》，第 897 页和第 910-911 页。

[40] 草案第 1 条，转载于加西亚·阿马多尔先生关于国际责任的第一次报告，《1956 年……年鉴》[英]，第二卷，A/CN.4/96 号文件，第 227 页。

[41] 第 1 条，国际联盟出版物，*V. Legal, 1930.V.17* (C.351(*c*)M.145(*c*).1930.V 号文件)，转载于《1956 年……年鉴》[英](见上文脚注 40)，第 225 页。

[42] 《公约》草案第 1 条第 1 款转载于索恩和巴克斯特，"对外侨经济利益所受损害的国家责任"，第 548 页。

这项原则被认为是习惯国际法的一项规则，并应用于大量司法判决和仲裁裁决。在非殖民化期间，有些人拒绝接受其普遍适用性，理由是它可能会被帝国主义强国所滥用，基本上是西方国家发明的原则，而且外侨不应享有比本国国民更广泛的保护。[43] 尽管有这些批评，对外侨造成损害的国家责任现已得到普遍接受。[44] 另外，人们也同意，这种责任应伴以赔偿的义务。[45] 因此，特别报告员加西亚·阿马多尔先生在1961 年向委员会提交的关于各国对外侨在其境内受到人身或财产损害所负国际责任的订正草案中提议：

为了本草案的目的，‘国家对在其领土内外侨的人身或财产造成损害所负的国际责任’涉及对这种损害进行赔偿……[46]

35. 目前这套条款草案基本上是次要规则。因此，没有试图提出一项包括主要规则的规定，说明对外侨采取不法行为或不行为即涉及国家责任的情况，也没有试图拟订一项关于赔偿的规定，因为这是国家责任条款草案所处理的事项。[47]

36. 从历史上来看，外交保护权归属受损害个人的国籍国。这项权利所依据的拟制是，对个人的损害即对国籍国的损害。这种学说或拟制可追溯到十八世纪，当时瓦特尔指出：

无论谁虐待一名公民，均间接损害须保护该公民的国家。受损害公民的君主必须对这项行为进行报复，并在可能情况下迫使侵犯者给予全面的赔偿或对其加以惩罚，因为否则该公民将不会得到公民社会的最终目的，即得到保护。[48]

尽管这项传统的外交保护学说引起相当大的辩论，尤其是关于当国家代表其国民实行外交保护时是在维护谁的权利这一问题方面，[49] 但是，已被普遍接受的一项习惯国际法规则是，国家有权保护其在国外的国民。尽管居住国对外侨具有领土管辖权，国籍国仍然对其居住在另一国的国民保有属人管辖权。[50] 常设国际法院在马夫罗马蒂斯案中对这项关于国籍国属人管辖权后果的立场作了经典表述：

国际法的一项基本原则是，当一国国民因另一国违反国际法的行为而遭受损害，而且他们无法通过正常渠道获得赔偿时，该国有权加以保护。事实上，一国为其某一国民出面，代表他诉诸外交行动或国际司法诉讼，就是在维护其本身的权利，即通过其国民本身确保国际法规则得到尊重的权利。[51]

国籍国以这种方式行使保护的权利已得到司法判决[52] 和学者著作的确认。[53] 此外，这项权利已被编入《维也纳外交关系公约》第 3 条和《维也纳领事关系公约》第 5 条，其中后者规定外交和领事使团的职务之一是：

于国际法许可之限度内，在接受国内保护派遣国及其国民之利益。[54]

---

[43] 例如，见 Guha Roy, “对外侨受损害所负的国家责任是普遍国际法的一部分吗？”。

[44] 见加西亚·阿马多尔，《不断演变的国际索赔法律》，第 74-76 页。另外，许多作者在国家责任的总议题下讨论外侨待遇问题的事实也表明这一点。例如，见詹宁斯和瓦茨，同前；布朗利，《国际公法原则》；Harris, 《国际法案例和材料》；以及 Shaw, 《国际法》。

[45] 关于这项原则的其他表述，见加西亚·阿马多尔，如上，第 393-394 页。

[46] 《1961 年……年鉴》[英]，第二卷，A/CN.4/134 和 Add.1 号文件，补编，第 46 页。

[47] 见委员会一读暂时通过的第 42 条，《1996 年……年鉴》[英](上文脚注 2)，第 63 页。

[48] 《国际法律或自然法规则》，第六章，第 136 页。

[49] 这一点在下文第 3 条评注中予以更详细的讨论。

[50] Leigh, “国籍与外交保护”，第 453 页。

[51] 见上文脚注 12。

[52] 帕涅韦兹斯-萨尔杜提斯基铁路案(见上文脚注 12)，第 16-17 页，以及诺特博姆案，第二阶段，判决，《1995 年国际法院汇编》，第 24 页。

[53] 例如，见约瑟夫，同前，第 1 页；Leigh, 如上，第 453 页；格克，如上，第 1046 页；及詹宁斯和瓦茨，同前，第 512 页。

[54] 《维也纳外交关系公约》第三条第一项(乙)款。《维也纳领事关系公约》也在第 5 条列有十分类似但又更加具体的规定：

“领事职务包括：

“(一) 于国际法许可之限度内，在接受国内保护派遣国及其国民—— 个人与法人—— 之利益；

“……

37. 就国家行使外交保护权达成的一般共识，促成了对外交保护的各种定义，这些定义均反映以国家为中心的传统立场。1915 年，博尔夏德写道：

外交保护实质上是一种国际程序，是“一国吁请另一国履行因它们相互的权利和责任而产生的相互义务”。[55]

约瑟夫则对个人的损害和国家责任更加关切，他写道：

外交保护可以界定为追究国家责任的程序，这种责任涉及因对某国公民的人身或财产造成法律上的损害而违反国际法的行为。[56]

加西亚 • 阿马多尔赞成并援引查尔斯 • 德维丘关于外交保护的定义如下：

各国维护其公民享受国际法规定的待遇之权利的程序。[57]

38. 格克在《国际公法大全》中撰文时提出一项定义，其中考虑到向某一国际组织的代理人提供职能保护方面的动态：

外交保护是……某一国际法主体针对另一国际法主体违反国际法之行为，向个人(即自然人或法人)提供的保护。[58]

国际组织提供的职能保护首次于 1949 年在损害赔偿案 [59] 中得到阐述，它是一项关于保护国际组织雇用的个人的重要制度。[60] 由国家提供的传统外交保护与国际组织行使的职能保护之间必然存在重大差异。为此，目前的这套条款没有试图探讨职能保护问题。[61]

39. 或许令人惊讶的是，加西亚 • 阿马多尔先生并没有试图对外交保护提出结论性定义。负责外交保护专题的第一位特别报告员本努纳先生在其初步报告中仅将外交保护描述如下：

要求侨居国履行国际责任的机制或程序。[62]

然而，他也确认：

外交保护从一开始即被视为一国人民在外国领土上遭受违反国际法行为的损害时该国对其人民行使属人管辖权的必然结果。[63]

40. 第 1 条并未自称是外交保护的定义。它只是说明外交保护这个词在国际法的用语中如何得到理解。它实际上反映委员会外交保护问题工作组给予该词的含义：

当自然人或法人在另一国受到损害和(或)被拒绝司法时，国家根据其国籍，对其他国家提出有权支持其诉讼理由并为其利益行事的主张。在这方面，外交保护历来依照国际判例被定义为国家的权利……[64]

第 1 条没有提到“拒绝司法”的概念，从而设法避免暗示该条是主要规则。

“(五) 帮助及协助派遣国国民— 个人与法人。”《欧洲领事职权公约》第 2 条第 1 款赞同这项原则。

[55] 博尔夏德，《海外公民的外交保护或国际索赔法》，第 354 页，援引国务大臣布莱恩。另见同上，第 357 页。

[56] 约瑟夫，同前，第 1 页。另见 Leigh, 如上，第 453 页。

[57] “Cours général de principes de droit international public”，第 507 页。加西亚 • 阿马多尔引述这项定义以支持现有定义，强调国家有权采取行动这一概念。他本人没有提出任何全新的定义，而是引述其他作者和同样强调这项权利的司法判决(如上，第 426-427 页)。

[58] 如上，第 1046 页。

[59] 对执行联合国职务时所受损害的赔偿案，咨询意见，《1949 年国际法院汇编》，第 174 页。

[60] 国际法院咨询意见，关于人权委员会特别报告员享有法律程序豁免的争议(《1999 年国际法院汇编》，第 62 页)，其中说明了可如何利用职能保护的权利。

[61] 1997 年外交保护问题工作组“没有对外交保护专题是否应包括国际组织为其代理人的利益所要求的保护问题采取任何立场”(《1997 年……年鉴》[英](见上文脚注 3)，第 61 页，第 187 段)。

[62] 《1998 年……年鉴》[英](见上文脚注 19)，第 311 页，第 10 段。

[63] 同上。

[64] 《1997 年……年鉴》[英]，第二卷(第二部分)，第 61 页，第 182 段。

B. “行动”一词的含义

41. 外交保护的定义未能充分述及一国在实行外交保护时可以采取的行动的性质。

42. 在帕涅韦兹斯—萨尔杜提斯基铁路案[65]中，常设国际法院似乎对“外交行动”与“司法诉讼”加以区别。国际法院在诺特博姆案中[66]以及伊朗—美国索赔法庭在 A/18 号案[67]中也重复这一区别。

43. 相比之下，法律学者没有作出这种区别，并用“外交保护”一词来涵盖领事行动、谈判、调解、司法诉讼和仲裁程序、报复、回报、断绝外交关系、经济压力以及最后的解决办法——使用武力。[68] 邓恩在其 1932 年的研究报告中讨论外交行动一词如下：

> 总的来说，它包括一国政府代表其在另一国管辖下的公民或其财产利益进行的各种正式交涉，以便防止因违反国际法可能造成的损害，或对其已蒙受的这种损害要求获得赔偿。
>
> ……
>
> 就保护来说，通常的情况是，受损害外侨的本国政府提请违法行为国政府注意投诉的实情，并要求采取适当步骤处理这项申诉。
>
> ……
>
> “外交保护”一词在此是一个统称，涵盖保护海外公民的一般问题，包括为强制坚持义务而可能采取外交手段以外的其他手段的情况……应当指出，在此我们只关注根据一项权利主张(明示或暗示)提出的交涉或要求。各国政府经常代表其海外公民采取行动，这种行动不是基于对国际义务的任何主张，也不属于严格法律意义上的保护。”[69]

44. 本努纳先生向委员会提交的关于外交保护的初步报告，同样承认国家在行使外交保护权时可采取一系列行动。他指出：

> 原则上讲，国家在遵守其国际承诺和国际法的强制性规范时，保留选择维护其国民的行动手段的权利。在实行外交保护时，尤其不能诉诸以武力威胁和使用武力。[70]

45. 一国可以选择的外交行动手段受到国际法对反措施所施加的限制约束。这些限制目前反映在国家责任条款草案当中。[71] 在实行外交保护时是否完全排除使用武力的权利这一问题在第 2 条中有所述及。

46. 外交保护主要涉及对海外国民的待遇，包括法人和自然人。在例外情况下，一国也可向非国民提供外交保护。这一事项在第 8 和第 10 条中有所述及。

第 2 条

禁止将进行武力威胁或使用武力作为外交保护的手段，但营救国民的下列情况除外：

(*a*) 保护国未能通过和平手段确保其国民的安全；

(*b*) 损害国不愿意或不能保证保护国国民的安全；

---

65 见上文脚注 12。

66 见上文脚注 52。

67 伊朗—美国案，案件编号 A/18, 1984 年 4 月 6 日的裁决，《伊朗—美国索赔法庭汇编》(剑桥，格劳秀斯出版物，1985 年)，第 5 卷，第 261 页。

68 博尔夏德，同前，第 439-447 页；格克，如上，第 1061-1063 页；Weiss,“国民的外交保护和人权的国际保护”，第 645 页。

69 同前，第 18-20 页。格克，如上，第 1046 页，同样明确指出，并非根据一项权利主张提出的要求不构成外交保护：

> “为了使其国民从驻在国获得特许或其他政府合同采取的外交和领事行动，或为一名被正当监禁的国民安排合法辩护，均不属于我们所认为的外交保护。这些行动通常既不针对另一个国家，也不基于实际或据称违反国际法的行为。”

见《1998 年……年鉴》[英](上文脚注 19)，第 312 页，第 12 段。

70 《1998 年……年鉴》[英](上文脚注 19)，第 312 页，第 11 段。

71 见第 47-50 条，《1996 年……年鉴》[英](上文脚注 2)，第 63-64 页；以及《1999 年……年鉴》[英]，第二卷(第一部分)，第 3 页，A/CN.4/498 和 Add.1-4 号文件。

(*c*) 保护国国民的人身遭受直接危险；

(*d*) 使用武力与局势的情况相称；

(*e*) 一旦国民被营救，即停止使用武力，且保护国撤出其部队。

评论

47. 正如第 1 条所作的解释，对保护国可采取的外交行动手段的限制，受国际法一般规则管辖，尤其是国家责任条款草案所规定的涉及反措施的限制。[72] 使用武力作为外交保护的最终手段经常被视为外交保护专题的组成部分，因此，在本条款草案中须特别加以注意。

48. 过去和现在的历史 [73] 充满了以保护国民的借口作为理由进行军事干预的示例。阿根廷法学家卡罗斯·卡尔沃的著作试图限制外交保护权利，是对在拉丁美洲发生的军事干预的一种反应。[74]1903 年德拉戈主义 [75] 试图宣布，进行军事干预以索偿欠外国国民的合同债务为不合法行为，这是就意大利、德国和联合王国于 1902 年对委内瑞拉所采取行动作出的反应，当时委内瑞拉没有向这些国家的国民支付合同债务。德拉戈主义产生了《限制使用武力以索偿合同债务公约》(《德拉戈-波特公约》) (1907 年海牙和平会议上签署第二项公约)，该公约第 1 条要求各国“不要诉诸武力，以索偿一国政府声称另一国政府欠其国民的合同债务”。对该条款的限定表明，这项禁止使用武力的规定并非是绝对的：

> 然而，当债务国拒绝或没有对仲裁的提议作出答复、或在接受提议后阻止达成任何妥协、或在仲裁后没有服从裁决时，这项承诺并不适用。[76]

49. 这段历史，再加上《联合国宪章》第二条第四项所载关于禁止使用武力的规定，使得委员会以往的特别报告员均断言，不得使用武力作为外交保护的手段。

50. 1956 年，加西亚·阿马多尔先生编写了一份载有大量“讨论依据”的报告(作为条款草案的序言)，其中强调须通过和平手段解决涉及外交保护的索赔，并宣称：

> 直接实行外交保护绝不应意味进行武力威胁或实际使用武力，或以任何其他形式干预被告国的国内外事务。[77]

尽管委员会的讨论记录没有列示任何针对这些段落的反对意见，但表明支持这项规定的，只有克雷洛夫先生和斯皮罗普洛斯先生的简短核准说明。[78] 尽管如此，随后的所有报告均没有提及这项规定。

51. 本努纳先生在其初步报告中不加任何限制条件地声明，各国“在实行外交保护时，不得进行武力威胁或使用武力”。[79]

52. 在实行外交保护时禁止进行武力威胁或使用武力的愿望是值得赞扬的，但它几乎没有考虑到当代国际法。对《联合国宪章》和各国实践的解释可以证明这一点。国际法目前所面临的两难困境反映在阮国亭、达里尔和佩莱身上，他们大胆地表明，在外交保护中禁止使用武力，然而又认为，各国为保护其国民而进行军事干预的合法性问题是“微妙的”。[80] 与前几次报告不同，本报告试图说明目前国际法的状况，并提议一些对使用武力的限制，而这些限制反映目前的国家实践。

---

[72] 第 47-50 条(见上文脚注 71)。

[73] 或许，最近众所周知的这类干预系指美国 1983 年在格林纳达(上文脚注 14)和 1989 年在巴拿马(上文脚注 15)进行的干预。

[74] 见上文脚注 13。

[75] 见《1956 年……年鉴》[英](上文脚注 40)，第 217 页，第 230 段；以及 *Papers relating to the Foreign Relations of the United States, with the annual message of the President transmitted to Congress: December 7, 1903* (华盛顿，美国政府出版局，1904 年)，第 1-5 页。

[76] 《1956 年……年鉴》[英](上文脚注 40)，第 217 页。

[77] 同上，第七号讨论依据，第(3)段，第 221 页。另见第 216-219 页(同上)。

[78] 《1956 年……年鉴》[英]，第一卷，第 371 次会议，第 234-235 页。

[79] 《1998 年……年鉴》[英](见上文脚注 19)，第 312 页，第 11 段。

[80] 《国际公法》，第 777 和第 908 页。也见菲德罗斯和西马，《普遍国际法：理论与实践》，第 905 页，第 1338 段。

53. 《联合国宪章》第二条第四项载有关于禁止使用武力的一般规定：

> 各会员国在其国际关系上不得使用威胁或武力，或以与联合国宗旨不符之任何其他方法，侵害任何会员国或国家之领土完整或政治独立。

涉及自卫权的第五十一条允许各国单方面使用武力，它是这项规定的唯一例外。

54. 使用武力索偿合同债务显然被第二条第四项禁止。[81] 为保护国民采取报复行动所进行的任何武力威胁或使用武力同样被禁止。本报告不适宜讨论报复和使用武力的问题。只需指出这一点就够了，即《关于各国依联合国宪章建立友好关系及合作之国际法原则之宣言》[82] 谴责使用武力之报复行为违反《联合国宪章》，而国际法院关于*以核武器进行威胁或使用核武器的合法性案* [83] 的咨询意见以及各种学术著作 [84] 均认定这项结论。学者们认为，国际法容忍“合理”的使用武力之报复行为的说法 [85] 的前提是，在武装攻击之后不久采取的旨在阻止未来武装攻击的报复行动与自卫行动难以区分。无论这项辩论如何重要，它均与使用武力保护国民的问题无关，后者涉及为确保国民安全而立即作出的反应，而非随后采取的惩罚性行动。

55. 在实行外交保护时进行武力威胁或使用武力的情况只有在可被定性为自卫时，才是合理的。目前关于外交保护的研究报告必须处理这个问题。尽管一些作者 [86] 未能明确区分为保护损害国的民族而进行的人道主义干预与一国为保护其国民而进行的干预，但没有人认为可将保护国民描述为人道主义干预。

56. 国际法关于自卫权的阐述远在 1945 年之前便已出现。它规定自卫采取的行动必须是对威胁到一国安全和重大利益的局势作出的即时、必要反应。这种反应必须适度。这项权利的范围是广泛的，既包括防患未然的自卫行动，也包括为保护国民进行的干预。[87]

57. 《联合国宪章》第五十一条的范围相对较窄。它规定：

> 联合国任何会员国受武力攻击时，在安全理事会采取必要办法，以维持国际和平及安全以前，本宪章不得认为禁止行使单独或集体自卫之自然权利。会员国因行使此项自卫权而采取之办法，应立向安全理事会报告，此项办法于任何方面不得影响该会按照本宪章随时采取其所认为必要行动之权责，以维持或恢复国际和平及安全。

一些作者争辩，[88] 第五十一条对自卫权作出了全面而排外的规定，它将自卫权限于对一国进行武装攻击的情况，而其他一些作者则坚持认为，第五十一条中的“自然权利”一词保留了《宪章》产生之前的习惯权利。[89] *在尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军*

---

81 詹宁斯和瓦兹，同前，第 441 页。

82 大会 1970 年 10 月 24 日第 2625(XXV)号决议，附件。大会在《宣言》中宣布，“各国皆有义务避免涉及使用武力之报复行为”(第一部分)。

83 *以核武器进行威胁或使用核武器的合法性案*，咨询意见，《1996 年国际法院汇编》，第 246 页，第 46 段。

84 Tomuschat,“第 2(3)条”，第 105 页；Bowett,“涉及诉诸武力的报复”，第 1 页；Partsch,“报复”，第 200 页；加西亚 • 阿马多尔，第一次报告，《1956 年……年鉴》[英](见上文脚注 40)，第 217 页；哈佛法学院，《国际法研究》，第二卷，第 217-218 页，加西亚 • 阿马多尔予以引述，同上，第 216 页；希金斯，《通过联合国政治机构发展国际法》，第 216-217 页；布朗利，《国际法与国家使用武力》第 281 页；菲德罗斯和西马，同前，第 294-295 页，第 480 段；Schachter,《国际法理论与实践》第 128-129 页；Bryde,“自卫”，第 361-363 页；Partsch,“自我保护”，第 218 页，其中提到《关于各国依联合国宪章建立友好关系及合作之国际法原则之宣言》和《1975 年赫尔辛基欧洲安全和合作会议最后文件》；Barsotti,“武装报复”，第 79-80 页。

85 见 Bowett, 如上，第 3 页；Shaw, 同前，第 786 页；Dinstein,《战争、侵略与自卫》，第 222 页；以及 Partsch,“报复”，第 332 页和“自卫”，第 218-219 页。

86 Ronzitti,《基于人性理由通过军事威胁和干预解救在国外的国民》；Verwey,“人道主义干预”，第 57 页；阮国亭、达里尔和佩莱，同前，第 908-909 页。

87 Bowett,《国际法上的自卫》，第 96-105 页。

88 布朗利，《国际法与国家使用武力》，第 272-275 页；菲德罗斯和西马，同前，第 288 页，第 470 段；和 Kelsen,《联合国法律：对其基本问题的批判性分析》，第 791 页。

89 Bowett, 同前，第 184-186 页；Waldock,“在国际法上管控个别国家使用武力”，第 496-497 页；以及 Franzke,“Die militärische Abwehr von Angriffen auf Staatsangehörige im Ausland: insbesondere ihre Zulässigkeit nach der Satzung der Vereinten Nationen”，第 169-170 页。

事活动案中，国际法院支持后一种观点，认为“《宪章》第五十一条只有在存在‘自然的’或‘固有的’自卫权时才有意义，而且即使其目前的内容已得到《宪章》的确认和影响，也难以看出它如何会不具有习惯性质”。[90] 国际法院关于以核武器进行威胁或使用核武器的合法性案的咨询意见确认这项观点，表示对诉诸自卫的一些限制“是自卫概念本身所固有的”，而其他一些限制则在第五十一条中加以具体规定。此外，国际法院指出，

> 自卫权的行使服从必要性和相称性的条件，这是习惯国际法的一项规则。[91]

58. 如果第五十一条保留习惯法的自卫权，则难以认为《宪章》禁止使用武力的规定也适用于对海外国民的保护。[92] 1945 年以来在紧急状况下支持进行军事干预以保护海外国民的国家实践很多，[93] 而且联合国所设法院 [94] 和政治机构 [95] 均没有谴责这种行动，使得这种论点变得更难以接受。詹宁斯和瓦茨写道，“各国几乎均未就仅限于保护国民的干预在紧急情况下是合理的这一观点表明态度。”[96]

59. 然而，人们普遍同意，使用武力保护国民的权利在过去已被大肆滥用，[97] 而且这种权利本身易于被滥用。[98] 因此，必须严格阐述这项权利，以期表明，首先，不得援用它作为保护一国海外国民财产的理由；[99] 其次，只能在紧急情况下援用，以便为营救外侨辩护。1976 年以色列突击队在乌干达恩德培机场的强行干预就是这种模式的营救行动。[100] 本条款是根据这项先例拟订的，旨在将使用武力保护国民的权利限于这些国民遭受直接危险而领土所属国没有能力或意愿保护他们的紧急情况。与绝对禁止使用武力的规定(这与实际的国家实践无法调和)或与放任干预权(这与受害国和第三国在发生这种干预时提出的抗议无法调和)相比，本条款似乎更准确地反映国家实践。从政策角度来看，较为明智的做法是，承认这项权利的存在，但规定严格的限制，而非无视该项权利的存在，从而允许各国援引传统的论据，支持放任干预权，造成更多滥用。

---

[90] 尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动案(尼加拉瓜诉美利坚合众国)，案情，判决，《1986 年国际法院汇编》，第 94 页。

[91] 《1996 年国际法院汇编》(见上文脚注 83)，第 244-245 页，第 40-41 段。

[92] Bowett, 同前，第 87-105 页；Dinstein, 同前，第 213 页；Barrie,“强制干预与国际法：法学理论与现实”，第 800 页；以及 Dahm,《国际法》；第 209 页。相反意见，见布朗利，《国际法与国家使用武力》，第 289-301 页；科孚海峡案，案情，《1949 年国际法院汇编》，第 35 页；Ronzitti, 同前；Tunkin, “Politics, law and force in the interstate system”，第 337-338 页；以及 Menzhinsky, *Neprimeneniie sily v mezhdunarodnyh otnosheniiah,* 第 97-98 页。尚不清楚就这个主题而言应从国际法院对尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动案的判决中得出什么推论。尽管国际法院明显没有就防患未然的自卫的合法性问题作出结论(见上文脚注 90)，它也没有提及以保护国民作为一种自卫形式的现状。

[93] 詹宁斯和瓦茨，同前，第 440-442 页。

[94] 在美国驻德黑兰外交和领事人员案，判决，《1980 年国际法院汇编》，第 18 页中，国际法院拒绝就美国“行使其自卫的自然权利”设法营救人质未遂行动的合法性发表意见。然而，莫罗佐夫法官(第 57 页)和塔拉齐法官(第 64 页)驳回美国的论据，断定不能以第五十一条为由为这项营救行动辩护。见 D’Angelo, “Resort to force by States to protect nationals: the U.S.rescue mission to Iran and its legality under international law”，第 485 页。

[95] 在使用武力营救或保护国民的所有情况中，安全理事会都未能达成一项赞成或反对干预的决定。在 1976 年的恩德培袭击事件之后，没有就一项谴责以色列的决议进行表决(1976 年 7 月 12 日决议草案 S/12139, 转载于《国际法律资料》，第 15 卷(1976 年)，第 1227 页)。

[96] 同前，第 440 页。

[97] 例如，见关于美国在格林纳达和巴拿马的军事干预的批评(上文脚注 14-15)。Joyner,“对入侵合法性的思考”，第 131 页；以及 Nanda,“根据国际法美国干预巴拿马的合法性”，第 494 页。

[98] 见博尔夏德，同前，第 331 和第 447 页；加西亚 • 阿马多尔，第一次报告(上文脚注 40)，第 216 页，第 227 段；Guha Roy, 如上，第 880 和第 887 页；加西亚 • 阿马多尔，同前，第 79 页；Lillich, 同前，第 14-15 页；奥雷戈 • 比库尼亚，《不断演变的国际索赔法律》。否认外交保护会产生滥用的实际危险的看法，见邓恩，同前，第 19 页。

[99] 詹宁斯和瓦茨，同前，第 441 页；Shaw, 同前，第 793 页；以及 Franzke, 如上，第 171 页。

[100] 见 Margo,“恩德培突袭在国际法上的合法性”，第 306 页；Boyle,“恩德培人质危机”，第 32 页；《1976 年联合国年鉴》(联合国出版物，出售品编号：E.76.I.1)，第 30 卷，第 315-320 页；以及《国际法律资料》(上文脚注 95)，第 1224 页。

60. 实际上，使用武力保护国民的权利也可被援用于保护与保护国国民一起受到威胁的非本国国民。[101] 在紧急情况下，严格区分国民与非本国国民既困难又不明智。不应该反对保护国营救与其国民一样遭受直接危险的非本国国民，但受威胁者的绝大多数必须为保护国的国民。在多数受威胁者为非本国国民的情况下，作为人道主义行动使用武力是情有可愿的，但作为保护国民的自卫行动则说不过去。国际法是否承认使用武力进行人道主义干预的权利这一问题不属于本项研究的范围。

第 3 条

国籍国有代表受另一国非法损害的国民实行外交保护的权利。除须遵照第 4 条外，国籍国有行使这项权利的酌处权。

评论

61. 在理论上，外交保护最有争议的方面所涉及的问题是，国籍国援引另一国对其国民造成损害的责任时，是在维护谁的权利。传统的观点认为，国籍国是以本身的名义行事，因为损害国民就是损害国家本身。目前，这种理论受到挑战，因为它有多种内在矛盾，只不过是一种拟制。当代的发展使得个人可以直接针对外国和其国籍国向国际司法机构提出赔偿要求，这为这种批评提供了依据。

62. 传统观点起源于瓦特尔的下列表述：

无论谁虐待公民，都间接损害了国家，国家必须保护其公民。[102]

几个世纪以来，这种所谓的间接损害一直被视为外交保护的依据。各个国际法庭都一再肯定这样一种论点，即一般说来，国家关注其国民在国外受到的待遇，并有意确保国际法得到尊重，必然的推论就是，国家因国民受损害而提出国际赔偿要求，是维护其本身的权利。常设国际法院对马夫罗马蒂斯案的判决对这项理论作了经典阐述，法院指出：

事实上，一国为其某一国民出面，代表他诉诸外交行动或国际法律诉讼，就是在维护其本身的权利，即通过其国民本身确保国际法规则得到尊重的权利。

因此，根据这一观点，目前的争端是否源于私人利益受损害的问题并不重要，事实上，许多国际争端都是由此产生。一旦国家在国际法庭上为其国民出面，该国际法庭就会将国家当作唯一的诉讼者。[103]

国际联盟国际法逐渐编纂专家委员会的小组委员会(《格雷罗报告》)[104] 和哈佛法学院 1929 年草案 [105] 都赞同这项理论。在若干作者对这项传统概念提出批评之后，1955 年，国际法院在诺特博姆案中也重申了这项原则：[106]

外交保护及以国际司法诉讼手段给予保护是捍卫国家权利的措施。[107]

国际法学会 1965 年华沙会议议定：

就个人所受损害提出的国际赔偿要求，如果该个人是某国国民，或依照国际法该国为外交保护的目的有权将其同化为本国国民，则该赔偿要求具有国家性质。[108]

63. 有人宣称，国家有权代表国民确保国际法得到尊重的依据是“自保权、平等权和交往权”。[109] 1928 年，布莱尔利在评论损害国民就是损害国籍国的主张时，作出了比较令人满意的解释：

这种观点并没有如人们有时所说那样，引进了法律上的拟制；它也不是基于……“损害国家名誉”这种虚无缥缈的概念；它

[101] 詹宁斯和瓦茨，同前，第 442 页。

[102] 瓦特尔，同前，第 136 页。

[103] 十五年后，法院在帕涅韦兹斯-萨尔杜提斯基铁路案(见上文脚注 12)中作出同样的表述。

[104] 《1956 年……年鉴》[英](见上文脚注 40)，第 192 页。

[105] 哈佛法学院，《关于国家对外侨受损害所负国际责任的公约草案》，《美国国际法杂志》补编，第 23 卷，特刊(1929 年 4 月)，第 1 条，第 133 页。

[106] 这些早期批评，见杰瑟普，*A Modern Law of Nations,* 第 116 页。

[107] 见上文脚注 5。

[108] *Tableau des résolutions adoptées (1957-1991)* (巴黎，贝多内出版社，1992 年)，第 3 条，第 59 页。

[109] 博尔夏德，同前，第 353 页，引述 Hall, Despagnet, Pomeroy 和奥本海。

只不过表达一种简单的事实，即拒绝司法所造成的损害性结果不仅仅限于、或至少不一定限于个人受害者或其家庭，还包括处于同样处境的其他外国人感到“不可信任和缺乏安全”等后果……国家政府往往对维护国际法原则比在特定案件中为本国公民争取损害赔偿更为关注……[110]

布莱尔利的观点的前提是个人自己无法提出国际赔偿要求，[111] 格克在《国际公法大全》中强调了这一前提，坚称外交保护的传统理论是受损害个人“缺乏实质性国际权利的必然后果”。[112]

64. 司法诉讼并非始终坚持损害个人即损害国家本身的概念。国家为其国民提起诉讼时，很少宣称是维护国家本身的利益，它们常常称受损害的个人为“原告”。[113] 国际法院在国际工商业投资公司案中指出，起诉国“为其国民出面，因为该国民称另一国违反国际法无视其权利。”[114]

65. 在这些情况下，有些作者[115] 认为，国家实行国家保护时，是以受损害个人的代理人身份行事，是坚持行使该个人的权利而非国家的权利，这也就不足为怪了。传统的理论逻辑混乱，例如必须持续持有国籍的条件、用尽当地补救方法规则以及依照个人所受损失确定损害赔偿额的做法，都为这种观点提供了依据。有些作者试图弥补传统理论的缺陷，他们解释说，实质性权利归属个人，但国家保留坚持行使这项权利的程序性权利。[116] 其他作者则不大愿意容忍传统理论，倾向于将其视为一项拟制，在现代外交保护法中没有任何地位。[117]

66. 国际人权法提高了个人在国际法中的地位，国际人权法的发展进一步削弱了传统理论。如果依照人权文书规定，个人有权针对其国籍国或外国向国际机构主张其基本人权，则很难坚持认为一国代表个人实行外交保护时，是在维护其本身的权利。使自然人和法人在国际机构面前获得法律补救办法的投资条约向传统理论提出了同样的质疑。

67. 没有人试图辩称这种传统观点是连贯一致的理论。正如布莱尔利指出的，传统观点事实上并不准确，

如果说一个国民在外国受到损害，其整个国家也必然受到损害，有些言过其实。[118]

此外，有些做法与损害个人即损害国家的观点相矛盾，当代人权法和外国投资法的发展也给予个人自己向国际法庭提起诉讼的权利，这些都削弱了传统理论。因此，严格来说，不能否认损害国民即损害国家的概念是一种拟制。

68. 本报告更关注的是传统观点是否有用，而不是它的逻辑是否严密。如导言所示，[119] 虽然外交保护基于拟制，但它是一项公认的习惯国际法制度，而且依然是保护人权的重要手段。它提供一种潜在的补救办法，保护无法从国际机构获得补救的数以百万计的外国人，并为有些人提供比较有效的补救办法，因为他们虽然能够获得国际人权文书中所规定的补救，但这些补救往往无效。

---

[110] 如上，第 48 页。

[111] 同上，第 47 页。

[112] 如上，第 1057 页。另见加西亚 • 阿马多尔，如上，第 471 页。

[113] 1960 年《关于国家对外侨受损害所负国际责任的公约草案》(哈佛法学院编制)起草人采用了这种处理办法(索恩和巴克斯特，如上，第 21 条，第 5 款，第 578 页)。1915 年，博尔夏德在著作中将外交保护描述为“国家酌处权范围内给予公民的非常法律补救办法”，同前，第 353 页。

[114] 国际工商业投资公司案，判决，《1959 年国际法院汇编》，第 27 页。

[115] 这些论点的详细论述，见加西亚 • 阿马多尔先生的第一次报告(上文脚注 40)，第 192-193 页；加西亚 • 阿马多尔，如上，第 413-428 页；和同前，第 497-501 页；《1998 年……年鉴》[英](上文脚注 19)，第 312-314 页，第 15-37 段和第 316 页，第 49-54 段；奥雷戈 • 比库尼亚，如上，第 1-6 页；格克，如上，第 1057-1059 页；以及 Guha Roy, 如上，第 877-878 页。

[116] 格克，如上，第 1058 页；Guha Roy, 如上，第 878 页。

[117] 《1998 年……年鉴》[英](上文脚注 19)，第 313 页。亦见贝努纳，“La Protection diplomatique, un droit de l’Etat?”，第 245 页。

[118] *The Law of Nations,* 第 276 页。

[119] 上文第 17-31 段。

69. 关于外交保护权持有者身份的辩论会对这一制度的范畴和效能产生重大影响。如果这项权利的持有者是国家，则国家可以坚持行使其权利，而无论个人本身是否可从国际机构得到补救。另一方面，如果这项权利的持有者是个人，则可以认为国家的权利纯属剩余性质和程序性质，即只有在个人没有补救办法的情况下，才能行使这种权利。奥雷戈·比库尼亚在向国际法协会人身和财产外交保护问题委员会提交的最后报告中就提出了这项方针：

外交保护的剩余作用似乎更令人满意，因为只有在受影响的个人不能直接利用国际程序的情况下，这种机制才可进行干预。但是应该指出，如果可以直接利用国际程序，就应完全排除外交保护，除非也许是为了确保一项裁决获得执行，或确保对该个人有利的判决获得遵守；特别是，在个人诉诸国际程序或替代程序之后，就不再存在外交保护的问题。

不过，还有采取并行行动的可能性：国家在个人寻求直接补救的同时，也可提出赔偿要求，但这种替代办法会导致对程序的有条不紊进行造成种种干扰，并最终影响裁决的结果。[120]

这种观点反映了加西亚·阿马多尔先生在提交国际法委员会的报告中主张的立场。[121]

70. 杰瑟普[122]及索恩和巴克斯特在 1960 年《关于国家对外侨受损害所负国际责任的公约》草案中提出了一项妥协的解决办法，[123] 这种办法允许受损害的个人和国籍国都向损害国索赔，但规定国家的赔偿要求具有优先地位。第 3 条与这种解决办法相符合：它不排除个人在国际一级提出要求的可能性——只要有补救办法可援。同时，它也不限制国籍国本身进行干预。

71. 多林提出的另一项解决办法是，国家在其本身权利受影响时，可以提出赔偿要求，这也适用于国民财产被没收的情况。另一方面，在个人基本权利受到影响时，个人和国家都可以提出赔偿要求。这项建议也符合第 3 条所载提议。[124]

72. 另外一种论点试图“矫正”外交保护的拟制性质，但却大大缩小了外交保护的范畴，这种论点认为：只有在国家进行干预以保护人权、包括财产权被领土所属国侵犯的某一孤立个人或少数个人时，损害个人即损害国家的理论才是拟制。如果系统地、有针对性地损害许多国民，进而证明推行歧视某国国民的政策，国籍国就的确受到损害，因为领土所属国的行为构成对国籍国本身的侮辱。[125] 在后一种情况下，也只有在后一种情况下，国籍国才可以进行干预。

73. 第 3 条编纂了传统形式的外交保护原则。它确认外交保护是一项属于国家的权利，只要国民受到另一国非法损害，国家就可以自由地酌情(遵照第 4 条)行使这项权利。国籍国的外交干预权不限于发生大规模、有计划的侵犯人权的情况。个人依照人权条约或外国投资条约享有补救办法时，国家也不必放弃此项权利。实际上，当受损害国民在争取国际补救时，毫无疑问，国家不会坚持其外交保护权。在可能的情况

---

[120] 《不断演变的国际索赔法律》，第 7-8 页。

[121] 第一次报告，《1956 年……年鉴》[英](上文脚注 40)，第 215-217 页；第三次报告，《1958 年……年鉴》[英]，第二卷，A/CN.4/111 号文件，第 61-63 页；第五次报告，《1960 年……年鉴》[英]，第二卷，A/CN.4/125 号文件，第 51-55 页；以及如上，第 462-473 页。

[122] 同前，第 116-117 页。杰瑟普认为，只有在国家决定不进行干预之后，个人才可以自由地诉诸国际程序。

[123] 索恩和巴克斯特，如上，第 578-580 页。第 22 条规定，受损害的个人可以自己直接向损害国索赔；第 23 条规定国家可以索赔。第 23 条第 1 款规定：

“如果个人及其国籍国都提出赔偿要求，则在国家要求补救时，个人提出或维持赔偿要求的权利应予中止。”

[124] 多林，“Handelt es sich bei einem Recht, das durch diplomatischen Schutz eingefordert wird, um ein solches, das dem die Protektion ausübenden Staat zusteht, oder geht es um die Erzwingung von Rechten des betroffenen Individuums?”, *Der diplomatische Schutz im Völker—und Europarecht: Aktuelle Probleme und Entwicklungstendenzen,* 第 18-20 页。另见 Ress 和 Stein 的类似评论，同上，第 22-23 页。

[125] 见加西亚·阿马多尔：

“在因损害外侨的人身或财产而产生责任的任何案例中，各种行为或不行为因其严重性或发生次数或由于其反映出对外国人的明显敌对态度，后果超出这种具体的个人损害。换句话说，可能存在涉及行为或不行为的情势，其后果超出对外侨造成的具体损害。”

(如上，第 422 页)。另见第 466-467 页和第 473-474 页(同上)；《1956 年……年鉴》[英](上文脚注 40)，第 197 和第 220 页(讨论依据)；《1958 年……年鉴》[英](上文脚注 121)，第 62 和第 65 页；以及杰瑟普，同前，第 118-120 页。

下，[126] 它或许会与个人一道，依照有关条约维护该人的权利。但原则上，由于国民遭受非法损害时国家本身的权利即受到侵犯，国家不必力行克制。

74. 关于国家代表其国民进行干预的酌处权在第 4 条评注中有所述及。

第 4 条

1. 如果一项严重违反强制法规范的行为所造成的损害可归咎另一国，除非受损害人能够就此种损害向国际主管法院或法庭索赔，否则，国籍国经要求有法律义务代表该受损害人实行外交保护。

2. 在下列情况下，国籍国被解除这项义务：

(*a*) 实行外交保护会严重危害该国和(或)其人民的首要利益；

(*b*) 另一国代表受损害人实行外交保护；

(*c*) 受损害人不持有该国的有效和主要国籍。

3. 国家有义务在其国内法中规定必须在国内主管法院或其他独立的国家当局坚持行使这项权利。

评论

75. 依照传统的外交保护理论，国家有保护其国民的权利，但没有这样做的义务。因此，依照国际法，国民在国外受损害，不享有获得外交保护的权利。1915 年，博尔夏德明确指出，依照国际法，国家没有义务保护国民：

> 许多作者 [127] 认为外交保护是国家的义务，亦是一项权利。如果说这是一项国际上的义务，则它只是一项道义性义务，而不是法律义务，因为这项义务无法强制履行。虽然国家可以自行确定公民所受损害是否十分严重而理应、或者出于政治上的权宜之计而有理由为他调动集体保护力量——因为不能牺牲大多数人的利益，但国际法显然没有规定国家负有提供外交保护的法律义务。对公民是否负有此种义务应由本国国内法作出规定，而基本规则是，即使依照国内法，国家亦无给予外交保护的法律义务。[128]

博尔夏德同样强烈地认为，不存在为受损害国民实行外交保护的权利：

> ……把公民求助于政府的外交保护的权力说成是一项应得到保护的“权利”是不正确的……他要求政府进行干预，是针对其酌处权提出的。因此，这至多是一项不完善的权利……这种权利不具有强制性，只成为一项要求得到保护的特权。如果假定政府在这种情况下应对公民承担此种保护义务，则这种义务是政治义务而不是法律义务，妥善履行这种义务的责任是对全体人民，而不是对个别公民承担的。[129]

1970 年，国际法院在巴塞罗那电车公司案中重申了这一立场：

> ……在国际法规定的范围内，一国可采用其认为妥当的手段、在其认为妥当的程度上实行外交保护，因为国家维护的是本身的权利。如果它所代表的自然人或法人认为其权利没有得到充分保护，他们在国际法下是没有补救办法的。如有方法，他们也只能诉诸国内法，以期继续进行诉讼或得到补救……
>
> 必须认识到，只有国家可以决定是否提供保护，在何种程度上提供保护，以及何时停止提供保护。在这方面，国家保留酌处权，这种权力的行使可取决于与特定案件无关的政治或其他考虑。[130]

76. 虽然大多数作者都接受这种传统立场，[131] 但也有人表示反对。查尔斯·德维丘指出，“国家在提供保护方面的绝对的政治酌处权与外侨应得待遇属国际法问题的原则大相径庭”。[132] 奥雷戈—比库尼亚向国

---

[126] 例如，见泽林诉联合王国案和塞尔牟尼诉法国案(上文脚注 37)。

[127] 博尔夏德引述的作者包括格劳秀斯出版物，第二本书，第二十五章，第 1-2 段和瓦特尔，第一卷，第二章，第 13-16 段。

[128] 同前，第 29 页。

[129] 同上，第 356 页。

[130] 《1970 年国际法院汇编》(见上文脚注 16)，第 44 页，第 78-79 段。

[131] 基利，《国际法》，第 523 页；詹宁斯和瓦茨，同前，第 934 页；格克，如上，第 1051-1052 页；加西亚·阿马多尔，如上，第 427 页；和范·潘休斯，《国籍在国际法上的作用：概述》，第 103 和第 221 页。

[132] 查尔斯·德维丘，《国际公法的理论与现实》，第 275 页。

际法协会提交的报告指出，这一方面是现行制度的主要“不足之处”之一。[133]

77. 虽然可以认为实行外交保护是促进在国际上保护人权的手段，但是却不能将外交保护作为一项个人的人权。[134] 关于外侨权利的两项国际人权文书——《非居住国国民个人人权宣言》[135] 和《保护所有移徙工人及其家庭成员权利国际公约》[136]——都确认这种看法。上述文书重申外侨有权要求其外交或领事使团提供保护，但未规定国籍国有义务为其提供保护。[137]

78. 大会第六委员会最近的讨论表明，对这一问题存在各种不同意见。大多数发言者认为，决定是否实行外交保护是国家具有充分酌处权的主权特权。[138] 贝克先生(以色列)指出，国家可能出于压倒一切的外交政策考虑而拒绝行使这项权利。此外，在国际法下，个人的索赔可能是错误的或者缺乏依据，因此，是否实行外交保护应由国家酌处，以避免个人导致国家处于“徒劳无功的地位”。[139] 相反，什克尔克先生(斯洛文尼亚)虽然同意外交保护主要是国家的特权，但他提议审查国家在给予其国民外交保护权方面的立法实践。[140]

79. 还有人讨论是否应将外交保护视为一项人权的问题。塞德先生(奥地利)对这种可能性表示怀疑，他坚持认为，现行国际法不支持这种观点，也不能期望这种观点不久就会成为法律程序的组成部分。[141] 戈瑞先生(澳大利亚)则比较开明，他建议(根据国家的观点和实践)审查个人拥有这项权利的法律依据，并指出有必要审议是否可以将这项权利作为一种人权。[142] 佩雷斯·希拉尔德先生(西班牙)似乎赞成外交保护权是一项人权的看法，他争辩说，个人有权因其权利受侵犯且未获得外交保护而得到补偿。[143]

80. 第六委员会的讨论情况显示，国际法律界有些人士认为，个人应该得到外交保护，这是一项权利。实际上，一些国家实践证实了这种观点，虽然这方面的实践有限。许多国家，主要是前共产主义集团国家的宪法确认，个人在国外受到损害的，有权得到外交保护。这些国家包括阿尔巴尼亚、白俄罗斯、波斯尼亚和黑塞哥维那、保加利亚、柬埔寨、中国、克罗地亚、爱沙尼亚、格鲁吉亚、圭亚那、匈牙利、意大利、哈萨克斯坦、老挝人民民主共和国、拉脱维亚、立陶宛、波兰、葡萄牙、大韩民国、罗马尼亚、俄罗斯联邦、西班牙、前南斯拉夫的马其顿共和国、土耳其、乌克兰、越南和南斯拉夫。宪法有关条款通常有下列规定，例如，“国家应保护在国外的 X 国国民的合法权利”或“Y 国国民侨居国外期间应得到保护”。意大利、西班牙和土耳其的宪法条款内容比较笼统含糊，规定保护在国外工人的某些权利，或就西班牙来说，规定国家“应力图保障”其在国外工作国民的“经济权利和社会权利”。[144]《前南斯拉夫的马

---

[133] 《不断演变的国际索赔法律》，第 7 页。另见《1998 年……年鉴》[英](上文脚注 19)，第 316 页，第 47-48 段。

[134] Skubiszewsk,“导言”，第 10 页。

[135] 第 10 条(见上文脚注 32)。

[136] 第 23 条。

[137] 沃布利克，“保护国外国民”，第 1004 页。

[138] 塞普尔韦达先生(墨西哥)，《大会正式记录，第五十三届会议，第六委员会》，第 16 次会议(A/C.6/53/SR.16)；帕特里奥塔先生(巴西)，同上；贝尼特斯·萨恩斯先生(乌拉圭)，同上；雷扎女士(印度尼西亚)，同上，第 15 次会议(A/C.6/53/SR.15)；奥哈拉先生(马来西亚)，同上；戈瑞先生(澳大利亚)，同上，《第五十二届会议，第六委员会》，第 23 次会议(A/C.6/52/SR.23)；隆格瓦先生(挪威)，同上，《第五十三届会议，第六委员会》，第 14 次会议(A/C.6/53/SR.14)；富兰克林·贝尔曼爵士(联合王国)，同上；奥雷戈·比库尼亚先生(智利)，同上；丰巴先生(马里)却认为应考虑到人权的发展，同上，第 13 次会议(A/C.6/53/SR.13)；卡弗利施先生(瑞士观察员)，同上；通卡先生(斯洛伐克)，同上，第 22 次会议(A/C.6/53/SR.22)；奥莫托肖先生(尼日利亚)，同上，第 17 次会议(A/C.6/53/SR.17)；以及巴哈纳先生(巴林)，同上，第 21 次会议(A/C.6/53/SR.21)。

[139] 《大会正式记录，第五十三届会议，第六委员会》，第 15 次会议(A/C.6/53/SR.15)。这种论点的第一部分，另见亚伯拉罕(法国)，同上，第 14 次会议(A/C.6/53/SR.14)。

[140] 同上，《第五十二届会议，第六委员会》，第 23 次会议(A/C.6/52/SR.23)。

[141] 同上，《第五十三届会议，第六委员会》，第 15 次会议(A/C.6/53/SR.15)。

[142] 同上，《第五十二届会议，第六委员会》，第 23 次会议(A/C.6/52/SR.23)。

[143] 同上，《第五十三届会议，第六委员会》，第 18 次会议(A/C.6/53/SR.18)。

[144] 1992 年《西班牙宪法》，第 42 条。

其顿共和国宪法》的表述更为有限，表示国家“关心”其在国外国民的福利。另一极端是，《大韩民国宪法》和《圭亚那宪法》规定国家“有义务”保护其在国外的国民。乌克兰“保证”提供保护，《波兰宪法》述及国民个人享有在国外获得保护的权利，《匈牙利宪法》则规定，“每位匈牙利公民”侨居国外期间“都有权得到”匈牙利的“保护”。[145] 在这些国家的国内法下，是否能够以及可在多大程度上坚持行使这些权利，以及这些权利是否超出了向驻国外领事官员求助的权利，都不明确。[146] 另一方面，这些宪法也表明，某些国家认为向其在国外的公民提供外交保护是可取的。

81. 这方面的国家实践很难追溯。奥雷戈—比库尼亚向国际法协会提交的关于外交保护的报告 [147] 提到智利十九世纪的一项法律，其中规定外交部必须将要求获得外交保护的任何申请交给最高法院检察长，以便其就政府是否应在该案中实行保护发表具有约束力的法律意见。而格克则提到某些国家给予个人获得保护的不成文宪法权利以及其他国家提供外交保护的不成文宪法义务。[148] 他阐述了德意志联邦共和国根据1866 年、1871 年和 1919 年《宪法》所发展的、1949 年以来未经有关宪法规定而适用的德国宪法传统。依照这一传统，在符合某些先决条件的情况下，德国承担提供外交保护的宪法义务。联邦宪法法院和德国其他法院的裁决证实德国当局负有这项义务。[149] 除国际法规定的条件外，只有在“不违背联邦共和国真正压倒一切的利益”的情况下，才必须给予外交保护。[150] 德国法院对这项条件的解释赋予政治当局一项酌处权，政治当局可以确定国家和人民压倒一切的利益是否禁止外交保护的提供。

82. 虽然以色列没有任何正式法律条款规定国家必须保护在国外的以色列国民，是否实行这种保护通常被视为应由政府酌处决定，但是，最高法院于 1952 年裁定，国家有义务保护其在敌国境内的国民，“只要它能够通过某一友好政府斡旋加以保卫”。[151] 海法地区法院于 1954 年作出同样的裁决。[152]

83. 在瑞士，政府不承担为其国民提供外交保护的义务，[153] 但如卡弗利施指出，《宪法》若干规定和 1967 年《领事条例》确认，瑞士领事使团负有保护瑞士国民的有限义务，除非这样做会妨害联邦的利益。[154]

84. 大不列颠及北爱尔兰联合王国认为个人无权在国内法院面前坚持政府必须承担给予外交保护的义务。[155] 然而，沃布利克指出，现在可以争辩，英国公民至少可以“正当地期待”，如果符合联合王国适用于国际索赔的规则所定的条件(持续持有国籍、用尽当地补救办法等)，他们即可得到外交保护。[156]

85. 在法国，行使外交保护权是一项政府行为，无须受行政机构审查。[157] 在美利坚合众国，虽然行政部门没有为国民实行外交保护的一般义务，但是，1868 年

---

[145] 1949 年《匈牙利共和国宪法》及至 1997 年的修正，第 69 条。

[146] Lee, 《领事法与实践》，第 8 章，第 124 页及其后各页。Lee 对许多国家立法规定领事人员有义务保护国民权益这一点是否正当持有疑虑(同上，第 125-127 页)。

[147] 奥雷戈 • 比库尼亚，《不断演变的国际索赔法律》，第 8 页。另见奥雷戈 • 比库尼亚，“智利”，第 138-141 页。

[148] 格克，如上，第 1052 页。

[149] 鲁道夫 • 赫斯案，《国际法报告》，第 90 卷(1992 年)，第 387 页；以及东部条约合宪性案，同上，第 78 卷(1988 年)，第 177 页。另见 E. Klein, “Anspruch auf diplomatischen Schutz?”，第 125 页和有关讨论。

[150] 格克，如上，第 1052 页。

[151] Blum,“以色列”，第 314 页，引述哈基姆诉内务部长案(Piskei-Din, 第 6 卷(1952 年)，第 642 页)。

[152] 同上，系指检察长诉施泰纳案(Pesakim Mehoziim, 第 9 卷(1954 年)，第 489 页。

[153] 这项规则在下列案件得到确立：奥斯瓦尔德后裔诉瑞士联邦案(1926 年)，联邦法庭的判决 52 II 235；克施温德诉瑞士联邦案(1932 年)，同上，58 II 463；舍内曼诉瑞士联邦案(1955 年)，同上，81 I 159, 引于卡弗利施，“瑞士”，第 504-505 页。

[154] 卡弗利施，“瑞士”，第 506-508 页。

[155] 穆塔萨诉检察总长案，《1979 年全英法律报告》，第 3 卷(伦敦，巴特沃斯出版社，1979 年)，第 257 和第 261-262 页；《国际法报告》，第 78 卷(1988 年)，第 490 页；女王诉外交和联邦事务大臣案：费尔哈特 • 巴特一方参与，未报告的上诉法庭判决(1999 年 7 月 9 日)，同上，第 116 卷(2000 年)，第 608 页。另见联合王国给国际法委员会的答复(1999 年 7 月)，第 3 段。

[156] 如上，第 1009 页。

[157] 阮国亭、达里尔和佩莱，同前，第 777 页。

7 月 27 日的所谓《人质法》规定，如果美国公民被“任何外国政府或在任何外国政府管辖下以不当方式剥夺自由”，总统必须进行干涉。在这种情况下，“总统应使用他认为是争取或实现人质获释所必需的适当手段，只要这些手段不构成战争行为，而且法律未予禁止”。[158]

86. 在若干情况下，英国、荷兰、西班牙、奥地利、比利时和法国的索赔者曾试图主张外交保护权。[159] 虽然对这些案件作出了不利于他们的裁决，但提出索赔本身就表明，索赔者有理由认为自己享有这项权利。

87. 总而言之，最近的国家实践、宪法和法律意见中都有迹象支持这样一种观点，即认为国家不仅有权、而且有法律义务保护其在国外的国民。这种看法显然与传统的观点背道而驰。但是，不能断然摒弃这种看法，因为它符合当代国际法的主要目的—— 促进个人的人权，而不是国家的主权权力。因此，如有必要，应以逐渐发展的方式对这个问题进行审议。这种做法符合 2000 年奥雷戈—比库尼亚在向国际法协会外交保护问题委员会提交的报告中所提的建议：

> 应在适当程序的范畴内对政府行使酌处权拒绝代表个人提出赔偿要求的问题进行司法审查。[160]

88. 第 4 条试图落实这种发展。由于这涉及逐渐发展，而不是编纂，应采取十分谨慎的态度，将拟议的国家义务限于特别严重的案例，给国家作出判断留出较大余地，并将国家义务的对象限于与国籍国具有真正联系的国民。

89. 目前，人们普遍认为，强制法准则反映了国际社会最基本的价值观，所以最应该得到国际保护。[161] 因此，如果一国对另一国国民采取的措施构成严重违背强制法准则的行为，则要求后一国家对此作出反应，实行外交保护，并非不合理。[162] 如果人权公约缔约国必须确保其管辖之下的所有人都得到有效保护，保证公约所列的权利不受侵犯，并提供充分的补救手段，[163] 则没有理由认为，当本国国民的基本人权在国外受到严重侵犯时，国籍国没有义务保护其国民。

90. 国家在履行这项义务时，显然应有较大的判断余地。第 4 条第 2 款(*a*)项规定，如果实行外交保护会危害其国家利益和国际利益，国家可以拒绝实行。但是，第 4 条第 3 款规定，国家的决定须经法院或其他独立的国家当局审查。这种做法符合奥雷戈—比库尼亚提交国际法协会的报告中的建议。[164]

---

[158] 《美国联邦法典》，1994 年版，第 11 卷，第 22 篇，第 1732 节，第 755 页(哥伦比亚特区华盛顿，美国政府出版局)。又见 Young,“美国公民在沙特阿拉伯遭受酷刑和不人道待遇以及美国政府的不作为”，第 663 页；以及 Hughes,“人质的权利：在外国囚禁的美国人不幸的法律困境”，第 555 页。在雷德帕思诉基辛格案中，法院判定，总统开展外交谈判以确保美国国民获释的酌处权不受司法管制(415 F. Supp. 566 (W.D. Tex. 1976), aff'd., 545 F.2d 167 (5th Cir. 1976))。

[159] 《美国联邦法典》(见上文脚注 158)，第 1004 节，第 648 页；穆塔萨诉检察总长案(见上文脚注 155)；女王诉外交及联邦事务大臣案：费尔哈特 • 巴特一方参与(同上)；*Van Damme* 案，*NRC Handelsblad*(2000 年 1 月 5 日)；*HMHK* 诉荷兰案，《国际法律资料》，第 94 卷，第 342 页；*Commercial F* 诉大臣会议案，同上，第 88 卷(1992 年)，第 694 页；案件引于 Seidl-Hohenveldern,“奥地利”，第 31 页；*Manderlier* 案(1966 年)，*Journal des tribunaux,* 第 81 卷，第 721 页，以及(1969 年)*Pasicrisie belge* (II) 246, 引于 Waelbroeck,“比利时”，第 59 页；这些案件也引于 Weil,“法国”，第 278-279 页。

[160] 《不断演变的国际索赔法律》，第 26 页，规则 2。

[161] 见 1969 年《维也纳公约》第五十三条。国际法委员会一读通过的国家责任条款草案(《1996 年……年鉴》[英](见上文脚注 2)，第 60 页)第 19 条规定，违反保护国际社会最基本利益的准则的行为是国际罪行。虽然这项规定未提及强制法，但强制法准则与引述的各种实例，即侵略、剥夺自决权、奴役、灭绝种族、种族隔离和大规模环境污染之间，具有明显的相互关系。

[162] 多林为外交保护和索赔的目的，将基本人权规范与其他规范作了区别：

> “如果……提供补偿或其他形式赔偿的原因是侵犯了一项涉及所谓绝对人权的权利，即个人作为国际法的主体在任何情况下都应享有的权利，……则受影响的个人也有权得到赔偿*……”

(如上，第 19 页。另见第 14-15 页)。此外，虽然他指出国际法并未禁止、亦未规定在国内法下国家负有提供保护的义务，或是个人享有相应的权利，但他声称在国内法中适用条约必须遵守的原则时，可以衍生这项义务(多林，*Die Pflicht des Staates zur Gewährung diplomatischen Schutzes,* 第 15 页)。

[163] 见《公民及政治权利国际公约》第二条；《消除一切形式种族歧视国际公约》第六条；《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》第 13 和第 14 条。

[164] 见上文第 87 段。

91. 第 4 条第 1 款规定，如果国民本人可从主管国际机构得到补救，国家就无须履行保护的义务。因此，如果损害国是一项人权文书缔约国，而该文书规定受损害个人可以向法院或其他机构提出申诉，国籍国就不承担实行外交保护的义务。

92. 在某些情况下，受损害的国民可以得到另一国的保护。如果个人具有多重国籍，而另一国籍国已对其实行外交保护，就会出现这种情况。受损害个人并非其国民的另一国也可以决定对该个人实行外交保护。[165] 在这些情况下，国籍国就不承担实行外交保护的义务。

93. 最后，对于与国籍国无有效关系或真正联系的国民，国家不承担保护的义务。尽管国籍国若选择为与其有正当联系的受损害国民(见下文第 5 条)行使进行干预的权利，就否定了在诺特博姆案 [166] 中宣布的这项规定，但就实行外交保护的义务而言，似乎有理由接受这项规定。

第 5 条

就对自然人的外交保护而言，“国籍国”是指要求从其得到保护的个人，因出生、血统和正当归化而获得国籍的国家。

评论

94. 根据第 3 条评注所谈到的传统理论，国家行使外交保护权以受损害个人与国家之间的国籍联系为依据。因此，除特殊情况外，国家不得向非本国国民提供保护，或支持其赔偿要求。[167]

95. 1923 年，常设国际法院在突尼斯和摩洛哥国籍法令案中表示：

> 按照目前的国际法，国籍问题……原则上属保留范畴之内。[168]

这项原则得到《关于国籍法冲突的若干问题的公约》第 1 条的证实：

> 应由每个国家按照本国法律自行决定谁是其国民。

96. 最近，《欧洲国籍公约》[169] 也赞同这项原则，因此，很难对这项原则已获得习惯法地位的结论加以反驳。[170]

97. 国家关于个人持有其国籍的决定不会轻易受到质疑。詹宁斯和瓦茨认为：

> 这造成一种强有力的推定：一方面，根据国内法，个人持有该国的国籍；另一方面，国籍须为国际目的得到承认。[171]

98. 不过，国家确定个人国籍的权利并非是绝对的。常设国际法院在突尼斯和摩洛哥国籍法令案中对此作了明确表示，认为某一事项是否“完全属于一国管辖范围之内”(如给予国籍)，“基本上是一个相对问题，它取决于国际关系的发展”。[172] 此外，即使一国原则上拥有决定国籍的绝对权利，但在国籍国与个人之间没有足够联系的情况下，或是在国籍的给予不妥

---

[165] 见第 10 条。(本条将处理一个有争议的问题，即在违反普遍义务的情况下，国家是否可以保护非本国国民)。

[166] 见上文脚注 52。

[167] 范 • 潘休斯，同前，第 59-73 页；杰瑟普，同前，第 99 页；奥雷戈—比库尼亚，《不断演变的国际索赔法律》，第 8 页；加西亚 • 阿马多尔先生的第三次报告，《1958 年……年鉴》[英](见上文脚注 121)，第 66 页，第 22 段；格克，如上，第 1049 页；Ohly,“申请人资格的功能分析”，第 284 页；加西亚 • 阿马多尔，同前，第 501 页；詹宁斯和瓦茨，同前，第 512 页；诺特博姆案(见上文脚注 52)，第 23 页；哈佛法学院，《公约草案》(上文脚注 105)，第 15 (*a*)条；第 28 号讨论依据，国际法编纂会议筹备委员会(海牙，1930 年)，国际联盟出版物，*V. Legal, 1292,V.3* (C.75.M.69.1929.V 号文件)，转载于《1956 年……年鉴》[英](见上文脚注 40)，第 225 页；哈佛法学院编写的 1960 年《公约草案》，第 2(*b*)条和第 23 条， 第 3 款，载于索恩和巴克斯特，如上，第 548 和第 579 页；以及 1965 年国际法学会关于国家就个人所受损害提出的国际赔偿要求的国家性质的决议，第 1(*a*)条(见上文脚注 108)，第 57 页。

[168] 突尼斯和摩洛哥国籍法令案，咨询意见，1923 年，《常设国际法院汇编》，B 辑，第 4 号，第 24 页。

[169] 第 3 条，第 1 段。

[170] 巴尔－雅科夫，《双重国籍》，第 2 页。

[171] 同前，第 856 页。

[172] 见上文脚注 168。

当的情况下，其他国家也可以对这项决定提出异议。[173]

99. 《关于国籍法冲突的若干问题的公约》第 1 条证实了这一点，该条在表示“应由每个国家按照本国法律自行决定谁是其国民”的同时，还规定：

这项法律应得到其他国家的承认，也须符合有关国籍的国际公约、国际习惯和普遍公认的法律原则。[174]

100. 目前，各项公约，尤其是人权领域的公约[175]均要求各国在给予国籍方面遵守国际标准。美洲人权法院关于*哥斯达黎加政治宪法归化规定拟议修正案*的咨询意见强调了这一点。美洲人权法院表示，给予国籍属于国家国内管辖范围的原则必须符合“国际法对国家权力施加某些限度的深一层原则，这些限度与国际保护人权制度规定的要求相联系。”[176]

101. 国际习惯和一般法律原则都限定了国籍的给予，规定为外交保护的目的，使得国家给予国籍的国家与个人之间的联系应获得国际法承认。出生、血统和归化是国际法普遍承认的联系。是否如在*诺特博姆案*[177]中坚持的那样，除其中一个联系因素，尤其是归化因素之外，国家与个人之间还必须有“真正”或“有效”联系，这是一个需要认真考虑的问题。

102. 国际法承认出生(出生地主义)和血统(血统主义)是令人满意的给予国籍的联系因素。一些作者认为这种承认是一项习惯规则，[178]其他作者则认为这是一项一般法律原则。[179]各项条约[180]和司法判决[181]都肯定此种承认。

103. 原则上，为外交保护的目的，归化也被承认是给予国籍的一种令人满意的联系。各国通过归化方式给予国籍的情况各不相同。[182]一些国家依据法律规定自动给予国籍(不经个人同意)，[183]如结婚和收养等情况下。其他国家只是在个人经过一段法定居住时期之后提出申请，或是在与国民结婚时，才通过归化给予国籍。[184]

104. 国际法不会承认所有情况下的归化。靠欺骗手段获得的归化[185]和以基于种族或性别的歧视方式[186]给予的归化，都是可能无法获得承认的示例。为外交保护的目的，在没有任何联系或联系可能十分薄弱的情况下给予国籍，这样的归化大概不会得到承认。在此，拒绝承认的理由是给予国籍的国家滥用权利，使

---

[173] 《1952 年……年鉴》[英]，第二卷，A/CN.4/50 号文件，曼利 • O. 赫德森先生关于国籍，包括无国籍的报告，第 10 页；菲德罗斯和西马，同前，第 788-799 页，第 1192 和第 1194 段。

[174] 另见《欧洲国籍公约》，第 3 条，第 2 款。

[175] 见《美洲人权公约》第 20 条；《消除一切形式种族歧视国际公约》第五条(卯)项(三)目；《消除对妇女一切形式歧视公约》第九条。另见国际法委员会关于国家继承涉及的自然人国籍问题条款草案，《1999 年……年鉴》[英]，第二卷(第二部分)，第 20 页。

[176] 咨询意见 *OC–4/84,*《国际法报告》，第 79 卷(1989 年)，第 296 页。

[177] 见上文脚注 52。

[178] 布朗利，《国际公法原则》，第 390-391 页；范 • 潘休斯，同前，第 160-161 页。

[179] 布朗利，“国际公法上的国籍关系”，第 302 和第 314 页。

[180] 《美洲人权公约》第 20 条：“人人有权持有其出生地所在国的国籍，如果其没有持有任何其他国籍的权利”。

[181] *弗莱根海默案*，1958 年 9 月 20 日第 182 号裁决(《国际仲裁裁决汇编》，第十四卷(出售品编号：65.V.4)，第 327 页)。

[182] 可通过归化获得国籍的情况，见《欧洲国籍公约》第 6 条。

[183] 见《1952 年……年鉴》[英](上文脚注 173)，第 8 页。

[184] 一般见布朗利，《国际公法原则》，第 394-397 页；欧康奈尔，《国际法》，第 682 页。

[185] 布朗利，《国际公法原则》，第 402 页；Weis, *Nationality and Statelessness in International Law,* 第 218-220 页和第 244 页；巴尔—雅科夫，同前，第 143 页；*弗莱根海默案*(见上文脚注 181)，第 338-340 页；*萨莱姆案*(1932 年)，《国际仲裁裁决汇编》，第二卷(出售品编号：1949.V.1)，第 1184 页；和 *Esphahanian 诉 Tejarat 银行案*，第 157 号仲裁裁决(1983 年 3 月 29 日)，《伊朗—美国索赔法庭汇编》(剑桥，格劳秀斯出版物，1984 年)，第二卷，第 166 页。

[186] *哥斯达黎加政治宪法归化规定拟议修正案*(见上文脚注 176)，第 304 页。

得归化过程缺乏诚意。[187] 在强迫归化的情况下，无论国家与个人之间是否有实质性联系，都不会得到承认。[188]

105. 不过，有一种推定倾向于国家本着诚意行事。[189] 此外，正如美洲人权法院在*哥斯达黎加政治宪法归化规定拟议修正案*中强调的，在决定认为对给予国籍所必要的联系因素时，国籍国应有“作出判断的余地”。[190]

106. 人们认为*诺特博姆案* [191] 是以下立场的权威依据：个人与国籍国之间应有一种“有效的”或“真正的”联系，这不仅适用于双重或多重国籍的情况(在此情况下，这种规定已得到普遍接受 [192])，也适用于国民只有一个国籍的情况。国际法院在此认为：

> 根据各国实践、仲裁裁决、司法裁决以及各个作者的意见，国籍是一种法律上的联结，其依据是一种社会属性，一种存在、权益和情感的真正联系，再加上相互的权利和义务的存在。可以说，它构成对以下事实的司法上的表达：直接通过法律或由于当局的行为而获得国籍的个人，事实上与给予国籍国的人口的联系远远超过与任何其他国家人口的联系。国籍由一个国家给予，如果可将其转化为司法用语，来解释个人与使其成为国民的国家间的联系，即它只授权该国针对另一国实行保护。[193]

107. 在探讨习惯国际法是否承认为外交保护的目的必须有一种“有效”的国籍联系这一问题之前，有必要强调两项可用于把*诺特博姆案*局限在其案情范畴之内的因素。

108. 首先，国际法院似乎很关注列支敦士登给予诺特博姆国籍的方式，因为考虑到他申请归化的紧迫性，列支敦士登放弃了一些有关所需居留期限的规则。是认定列支敦士登在给予诺特博姆国籍时缺乏诚意，还是认定他缺乏与列支敦士登的“真正”属性联系呢？在两种选择面前，国际法院选择了后者，因为这不涉及对一个主权国家行为的谴责。这一看法在某种程度上得到持不同意见人士的支持，[194] 对大多数人而言，它主要取决于一个难以言喻的司法前提，不足以为限制法院判决范围提供令人满意的依据。然而，它确实表明，不应过分仓促地将这一判决适用于没有迹象表明国籍国行为不规范的各种不同情况。

109. 第二，国际法院显然关注诺特博姆与列支敦士登之间“极为薄弱”的联系，[195] 相比之下，他与危地马拉之间有 34 年的密切联系。因此，国际法院认为允许列支敦士登在对危地马拉的索赔案中保护诺特博姆是不公平的。这解释了法院为什么一再坚持列支敦士登“没有权利针对危地马拉向诺特博姆提供保护”。[196] 因此，这一案件的关键判词不是上文关于“真正”联系的意见，[197] 而是以下意见：

> 一方面，事实显然证明，诺特博姆与列支敦士登之间没有任何属性联结，另一方面，他与危地马拉之间却有长期密切的联系，而且这一联系绝不会因归化而削弱。归化并非基于事先与列支敦士登建立的任何真正联系，也并未改变在迅速和通融的特殊情况下获得国籍的人士的生活方式。在这两方面，如果它认为应有权得到像危地马拉那样一个国家的尊重，则它缺少了这样一种重要行为所必备的真诚因素。国籍的给予没有考虑到国际关系中采用的国籍概念。[198]

---

[187] 詹宁斯和瓦茨，第 855 页。另见范 • 潘休斯，同前，第 158-165 页。

[188] 菲茨莫里斯，“The general principles of international law considered from the standpoint of the rule of law”，第 196-201 页；以及琼斯，《英国国籍法》，第 15 页。

[189] 布朗利，《国际公法原则》，第 402-403 页。

[190] 咨询意见 *OC-4/84*(见上文脚注 176)，第 303 页。

[191] 见上文脚注 52。

[192] 见下文第 6-7 条。

[193] 《1955 年国际法院汇编》(见上文脚注 52)，第 23 页。

[194] 同上，里德法官的不同意见，第 37-39 页；以及 Klaested, 第 29-33 页。另见孔兹，“诺特博姆判决(第二阶段)”，第 548-560 页；以及帕里，“Some considerations upon the protection of individuals in international law”，第 707-708 页。

[195] 《1955 年国际法院汇编》(见上文脚注 52)，第 25 页。

[196] 同上，第 26 页。

[197] 见上文第 106 段。

[198] 《1955 年国际法院汇编》(见上文脚注 52)，第 26 页。

110. 国际法院无意就诺特博姆相对于所有国家的列支敦士登籍的地位作出宣判。它十分谨慎，把判决局限在列支敦士登代表诺特博姆针对危地马拉实行外交保护的权利方面。因此，列支敦士登是否应当能够针对一个与诺特博姆没有密切联系的国家向他提供保护的问题悬而未决。[199] 对这一问题的最好回应可能是肯定的回答，因为国际法院决意只提出一项相对性检验供参考，[200] 即诺特博姆与危地马拉之间的密切关系超越了他与列支敦士登之间比较薄弱的国籍联系。在这些情况下，*诺特博姆案*所要求的“真正”联系应局限于案件的特定实情，而不应被视为适用于所有外交保护案件的一般原则。

111. 有人认为*诺特博姆案*中的有效和真正联系原则应被看作是一项习惯国际法规则，适用于不涉及双重或多重国籍的案件，但赞成这一说法的人不多。里德法官提出了反对意见，认为这项原则在双重国籍领域之外没有得到任何支持，[201] 此后不久，意大利—美国和解委员会在*弗莱根海默案*中对这项意见表示赞同。该委员会在裁决中把该项原则的适用局限于涉及双重国籍的案件，并表示：

> 当某人只拥有一个国籍，而这一国籍是通过血统主义或出生地主义，或通过致使确实失去先前国籍的有效归化而归属于他，则有效国籍理论的应用就会有造成混乱的风险。这一理论缺少明确的依据，不足以适用于在国家法中得到支持的国籍。[202]

该委员会还表示，很难想象在*诺特博姆案*中，国际法院打算确立一项一般国际法规则。[203] 实践中试图把真正联系原则适用于船只的失败尝试 [204] 即证明各国不愿支持这样一项原则，因为就船只这一领域而言，社会和经济考虑因素大概会为这项规则提供依据。现有的国家实践也表明，*诺特博姆*原则几乎没有获得任何支持。[205]

112. 学术界对此问题的意见有所分歧。格克、[206] 朗德尔茨霍费、[207] 帕里、[208] 孔兹 [209] 和琼斯 [210] 都认为真正联系的要求不是一项习惯国际法规则。其中许多学者指出，按出生地主义或血统主义取得国籍的个人与国籍国之间常常联系不大，而且很难把真正联系的要求局限于归化的情况。其他学者 [211] 则接受真正联系的要求。布朗利的论点是，这项要求得到*诺特博姆案*之前的文献和国家司法裁决的支持，而且在双重国籍范畴之外，它“作为一项一般原则发挥作用，可能适用于各种不同的情况”。[212] 不过，他也表示，不应以“过分确切”的方式适用这项原则。[213]

113. 其他人则赞成有效原则。国际法委员会若干委员在第五届会议关于国籍、包括无国籍的辩论中对此表示支持。[214] 加西亚·阿马多尔先生在 1961 年向委

---

199 见 Leigh, 如上，第 468 页；范·潘休斯，同前，第 99 页。

200 见*弗莱根海默案*(上文脚注 181)；以及*巴塞罗纳电车公司案*(上文脚注 16)，第 42 页。

201 《1955 年国际法院汇编》(见上文脚注 52)，第 41-42 页。

202 *弗莱根海默案*(上文脚注 181)，第 377 页。

203 同上，第 376 页。

204 见《联合国海洋法公约》第九十一条和《联合国船舶登记条件公约》。参见《促进公海渔船遵守国际养护和管理措施的协定》第三条第 3 款。

205 英国政府关于国际赔偿要求的规则没有提及个人方面的“真正联系要件”(规则一) (沃布利克，如上，第 1006 页)。参见将这项原则适用于公司的规则四。

206 如上，第 1050 页。

207 “国籍”，第 507 页。

208 如上，第 707 页。

209 如上，第 536 页。

210 “诺特博姆案”，第 239-240 页和第 243-244 页。

211 范·潘休斯，同前，第 158 和第 161 页；菲茨莫里斯，如上，第 206-207 页；Ruzié，“Nationalité, effectivité et droit communautiare”，第 113 页；de Castro, “La nationalité， la double nationalité et la supra-nationalité”，第 582 页；以及 Bojars, *Grazhdanstvo gosudarstv mira,* 第 308-310 页。

212 布朗利，“国际公法上的国籍关系”，第 349 页。另见第 364 页。又见布朗利，《国际公法原则》，第 412 页。另见第 415 页。

213 同上，《国际公法原则》，第 423 页。其他作者也强调需要限制有效联系检验的适用范围：Combacau 和 Sur, 《国际公法》，第 325 页。

214 《1953 年……年鉴》[英]，第一卷，第 180 页，第 24 段；第 186 页，第 5 和第 7 段；第 239 页，第 45 和第 46 段(耶佩斯先生)；第 181 页，第 32 和第 33 段；第 218 页，第 63 段(祖雷克先生)；第 184 页，第 57 段；第 237 页，第 24 段(弗朗西斯先生)；第 239 页，第 50 段(阿马多先生)。

员会提交的最后一次报告中提议在第 23 条第 3 款内编纂一项类似规则：

> 如果国籍在法律上的联结不是以国家与个人之间的真正联系为依据，则国家不得代表个人提出赔偿要求。[215]

最近，国际法协会个人和财产的外交保护问题委员会的一名报告员奥雷戈—比库尼亚提出了以下规则，以反映“当代的现实和趋势”：

> 与索偿国的国籍联系必须是真正和有效的。[216]

不过，他也承认这项规则在适用时应当“更加灵活，适应不断变化的需要。”[217]

114. 委员会国家继承涉及的自然人国籍问题条款草案[218]第 19 条承认国籍方面的有效联系概念，但没有就其当前在外交保护框架下的地位作出评判。

115. 1965 年，国际法学会通过了一项关于国家为个人所受损害提出国际赔偿要求的国家特性的决议，其中对真正联系原则给予一定的支持：

> 在特定情况下，如归化似乎是在缺少任何属性联系时给予个人，则被告国可以拒绝某国为该个人所受损害提出的国际赔偿要求，或宣布这项要求不可受理。[219]

116. *诺特博姆案*在国际法院关于*巴塞罗那电车公司案*的辩论中占有突出地位。[220]国际法院虽然认为*诺特博姆案*在事实和法律上都有独特性质，但也认为该公司与加拿大之间确有一种“永久联系”。[221]不过，国际法院十分谨慎，没有坚持认为在*诺特博姆案*中阐述的原则反映习惯国际法的一项原则。

117. *诺特博姆案*中提出的真正联系要件如果严格加以适用，会严重破坏外交保护的传统理论，因为它实际上会把数以百万计的人排除在受益于外交保护的范围之外。在当今经济全球化和人口移徙的世界上，数以百万计的人离开国籍国，在他们从未获得国籍的国家谋生。[222]此外，还有无数的人因出生、血统或因与他们之间关系极为薄弱的国家的法律规定而获得国籍。甚至是布朗利和范·潘休斯等*诺特博姆案*的支持者也承认，*诺特博姆*原则须予灵活适用。[223]

118. 习惯国际法承认，不得承认因欺诈、过失或严重错误而获得的国籍；[224]国际法庭的职能就是，在适当尊重国家给予国籍的效力，[225]并允许国籍国有作出判断的余地[226]的情况下，调查国籍的给予，并在必要时撤销国籍的给予。[227]这项原则可以纳入一项关于诚意的要求。国籍的给予为外交保护的目的将予承认，只要它不是在缺乏诚意的情况下作出，而且提出这种缺乏诚意的证据是被告国的责任。[228]

119. 事实上，国际法学会 1995 年的决议支持这样的规则，因为在缺少“任何属性联系”的情况下[229]给予的国籍正是缺乏诚意的初步证据。

---

[215] 《1961 年……年鉴》[英](见上文脚注 46)，第 49 页。

[216] 《不断演变的国际索赔法律》，第 27 页，规则 6。

[217] 同上，第 12 页。

[218] 《1999 年……年鉴》[英](见上文脚注 175)。第 19 条案文如下：

> “本条款草案中的任何规定均不要求各国把与有关国家没有任何有效联系的有关的人视为该国国民，除非这一做法会导致这些人被视为相当于无国籍人。”(第 22 页)

[219] 第 4(*c*)条(见上文脚注 108)。

[220] 《1970 年国际法院汇编》(见上文脚注 16)，第 42 页。

[221] 同上。

[222] 见 Hailbronner, “Diplomatischer Schutz bei mehrfacher Staatangehörigkeit”，第 36 页。

[223] 布朗利，《国际公法原则》，第 423 页；和范·潘休斯，同前，第 99 和第 158 页。

[224] *弗莱根海默案*(见上文脚注 181)，第 348-349 页和第 379-380 页；*萨莱姆案*(见上文脚注 185)，第 1185 页；布朗利，《国际公法原则》，第 422 页；以及詹宁斯，“General course on principles of international law”，第 458 页。另见上文脚注 185；以及巴尔－雅科夫，同前，第 150-152 和第 158 页。

[225] 见上文脚注 174 和 189；詹宁斯，如上，第 459 页。

[226] 见上文脚注 190。

[227] *弗莱根海默案*(上文脚注 181)，第 336-349 页，特别是第 338 页、第 341-342 和第 344 页；Ralston 和 Doyle 中的 *Flutie* 案，《1903 年委内瑞拉仲裁》，第 34 页；以及范·潘休斯，同前，第 153-155 页。

[228] *弗莱根海默案*(见上文脚注 181)，第 338-339 页、第 344 和第 347 页。

[229] 第 4(*c*)条(见上文脚注 108)。

120 在*诺特博姆案*中，国际法院面对的是一种极为特殊的情况，该个人与被告国之间的联系十分密切，与原告国之间的联系则十分薄弱，从而暗示，国籍是在缺乏诚意的情况下给予的。因此，比较明智的做法是把在此案中阐述的规则局限于案件的特殊事实，并采纳一项规则，允许以缺乏诚意为由对国籍的给予提出异议。

第 6 条

除须遵照第 9 条第 4 款外，[230]国籍国可代表受损害国民针对其另一国籍国实行外交保护，如该个人的[主要][有效]国籍属于前一国。

评论

121. 双重或多重国籍是国际生活中的现实情况。个人可以获得一个以上的国籍，途径包括出生地主义和血统主义这两项原则并行，以及通过归化获得国籍而不导致放弃先前国籍。这种现象在兵役义务和外交保护方面造成诸多困难，如一国籍国设法保护双重国籍者不受其另一国籍国损害的情况。

122. 1930 年海牙国际法编纂会议本来打算减少或取消双重或多重国籍，[231] 但最终却在《关于国籍法冲突的若干问题的公约》第 3 条中承认此类情况存在。该条规定：

……持有两个或多个国籍者可被其每一国籍国视为国民。

国际社会随后为取消双重和多重国籍所作的种种尝试也没有成功。欧洲国家在《减少多重国籍和在多重国籍情况下的兵役义务的公约》中曾试图取消双重和多重国籍，[232] 该《公约》序言宣称，“多重国籍的情况会造成诸多困难，联合采取行动以尽可能减少成员国之间多重国籍的情况符合欧洲委员会的目标”。然而，该《公约》也未能实现其目标。在随后的几十年中，继续讨论该问题，最终达成了《欧洲国籍公约》，[233] 其以更灵活的方式处理双重国籍问题，表明欧洲委员会内部有不同的利益考虑，许多成员国已日益接受这一现象。

123. 虽然许多国家的国内法禁止其国民持有其他国家的国籍(护照？)，但国际法并没有此项禁令。因此，必须处理一国籍国是否可代表双重或多重国籍者针对其另一国籍国实行外交保护的问题。编纂法律的尝试、国家实践、司法裁决和学术著作在此问题上意见不一，但大部分学术权威似乎都倾向于支持第 6 条主张的规则。

124. 1929 年《各国对外侨在其境内受到人身或财产损害所负责任公约草案》宣称如下：

一国在受损害人或代表其提出赔偿要求的人曾是或现在是其国民的情况下不承担责任。[234]

《关于国籍法冲突的若干问题的公约》赞同这项原则，并在第 4 条中规定：

一国不得针对国民的另一国籍国向其提供外交保护。

但在国际法编纂会议上，显然存在意见分歧。有人建议列入“如果他惯常居住在后一国”，以便对上述规定施加限制，但多数人拒绝接受该项建议。一些代表团认为完全删除该项规定更为可取。另外一些建议如获通过，则可以在这些情况下实行外交保护，条件是人道主义的关注证明这种干预是正当的。因此，该规则是一种艰难的妥协。[235]

125. 《关于国籍法冲突的若干问题的公约》第 5 条明确指出，在双重国籍者的待遇中应考虑主要或有效国籍的概念。该条规定：

---

[230] 案文如下：“新国籍国不得针对某人在其仍为原国籍国国民时所受损害，针对原国籍国实行外交保护。”(《2000 年……年鉴》[英]，第二卷(第二部分)，第 86 页。)另见菲茨莫里斯，如上，第 193 页。

[231] 赫德森，“第一届国际法编纂会议”，第 450-451 页。

[232] 阿拉伯国家联盟在成员国之间的《国籍协定》框架内作出类似尝试。见布朗利，“国际公法上的国籍关系”，第 351 页。

[233] 第五章，多重国籍。

[234] 第 16(*a*)条(见上文脚注 105)，第 135 页。

[235] Flournoy, Jr.,“第一届国际法编纂会议通过的国籍公约、议定书和建议”，第 471 页；以及《美国国际法杂志》，第 24 卷(1930 年)，第 192-233 页。

在第三国内，持有一个以上国籍者的待遇应与持有一个国籍者的待遇相同。在不妨碍其关于个人地位的法律和任何生效公约的适用的情况下，对于此类人所持有的国籍，第三国在其领土内应只承认他惯常和主要居住国的国籍，或在当时情况下他实际上与之关系最为密切的国家的国籍。

虽然该项条约于 1937 年生效，但只有大约 20 个缔约国。

126. 哈佛法学院编制的 1960 年《关于国家对外侨受损害所负国际责任的公约》草案[236] 未明确允许或否定一国籍国代表双重国籍者向另一国籍国索赔的权利。[237] 但是，该《公约》倾向于反对此类索赔，《公约》规定：

一国有权因另一人死亡提出其国民的赔偿要求，但死者不得是据称应负责任国家的国民。[238]

127. 1965 年，国际法学会再度设法制订关于该问题的规则。华沙会议通过的决议第 4(*a*)条规定：

被告国可拒绝一国因同时持有索偿国和被告国国籍的个人受到损害而提出的国际赔偿要求，负责此案的法院(管辖当局)亦不可受理。[239]

有趣的是，虽然法院不得受理此类索赔案，但原则上显然未排除一国籍国针对另一国籍国采取外交保护的外交或领事渠道。不过，这种偏离《关于国籍法冲突的若干问题的公约》第 4 条文字的做法的实际意义十分有限。

128. 在 1930 年以前，很多都支持在涉及双重国籍者的仲裁案中适用主要国籍原则。[240] 根据主要国籍裁定的第一宗索赔案是詹姆斯·路易斯·德拉蒙德案。他持有法国和英国的国籍，并于 1792 年被法国政府没收了财产。英国枢密院在其 1834 年的裁决中驳回了德拉蒙德的赔偿要求，裁定：

德拉蒙德从严格法律意义上讲是英国臣民，但实质上是法国臣民，(在没收其财产时)住在法国，具有法国的一切特征和属性……他所遭受的暴力行为是法国政府对自己臣民行使当局权力时实施的行为。[241]

129. 德哈默和德布里索案是另一经常被援引的案例，涉及向两名被委内瑞拉叛乱分子杀害的美国国民的遗孀和子女提供赔偿的问题。1885 年，美国－委内瑞拉索赔委员会驳回这两名遗孀(原籍委内瑞拉，婚后成为美国国民)及其子女(因出生时父亲是美国人、母亲是委内瑞拉人而持有双重国籍)提出的赔偿要求，理由是在几个国籍之间出现冲突的情况下，因在境内出生和住所地而获得的国籍应视为具有决定性意义。[242]

130. 委内瑞拉仲裁委员会在 1903 年和 1905 年期间裁定的米利亚尼案、布里尼奥内案、史蒂文森案和马蒂松案也支持主要国籍原则，其中马蒂松案涉及一名英国—委内瑞拉双重国籍者因委内瑞拉政府造成的损失，向英国－委内瑞拉混合索赔委员会提出赔偿要求。仲裁人普洛姆利在确定马蒂松是英国国民这一事实之后宣称：

兹承认，如果按照委内瑞拉法律他也是委内瑞拉人，则住所地法优先，索赔者不得向本混合索赔委员会提出赔偿要求。[243]

131. 此外，还可援引常设仲裁法院 1912 年裁定的卡内瓦罗案[244] 来支持主要国籍原则。在该案中，常设仲裁法院面临的问题是意大利政府是否能够代表拉斐

---

[236] 索恩和巴克斯特，如上，第 548 页。

[237] 第 21 条第 3 款(*a*)项中“国民”的定义很广，包括多重和双重国籍者；第 23 条第 1 款涉及国家索赔，未就代表双重国籍者对另一国籍国提出赔偿要求的问题表示看法(同上，第 578-579 页)。

[238] 同上，第 579 页，第 23 条第 5 款。

[239] 见上文脚注 108。

[240] 见约瑟夫，同前，第 19-21 页；Leigh, 如上，第 462-464 页；布朗利，《国际公法原则》，第 403-404 页；罗德，“双重国籍者与主要国籍原则”，第 140-141 页；以及 Weis, 同前，第 160-176 页。

[241] 2 Knapp, P.C.Rep. 第 295 页，12 Eng. Rep. 第 492 页，引于罗德，如上，第 140 页。

[242] 穆尔，《以美国为当事国的国际仲裁的历史与摘要》，第 2456-2459 页。

[243] 马蒂松案，载于 Ralston 和 Doyle, 同前，第 433 页。另见布里尼奥内案、米利亚尼案和史蒂文森案，同上，分别载于第 710 页、第 754 页和第 438 页。

[244] 卡内瓦罗案(意大利诉秘鲁)，1912 年 5 月 3 日的仲裁裁决(《国际仲裁裁决汇编》，第十一卷(出售品编号：61.V.4)，第 397 页)。

尔·卡内瓦罗提出赔款要求。卡内瓦罗具有意大利和秘鲁双重国籍，因秘鲁政府不支付支票而蒙受损失。仲裁法院审查了卡内瓦罗的履历，发现他多次以秘鲁国民身份行事，甚至竞选参议员，而且曾是秘鲁驻荷兰总领事，因此，法院裁定秘鲁政府有权驳回意大利政府的赔偿要求。

132. *海因案*涉及曾是德国国民的英国人海因的损害赔偿要求。德国争辩说，海因过去是德国国民，因此，德国对他遭受的损害不承担国际责任。对此，英国－德国混合仲裁法庭裁定，海因是否仍然正式是德国国民与此赔偿要求无关，因为

> 他已成为英国国民，而且由于该条约生效时他住在大不列颠，他有权索赔……[245]

133. 1923 年再次出现这一问题。法国－德国混合仲裁法庭在*布鲁门塔案*中作出了类似裁决。[246]1925 年，该法庭应要求裁定一国是否可以就也是被告国国民的本国国民所受损害提出赔偿要求。该案涉及生为法国国民、因与德国国民结婚而成为德国臣民的巴特兹蒙福尔女士提出的赔偿要求。委员会认为自己有权受理此案，因为索赔者“从未放弃其法国住所”，而且

> 国际法庭必须遵守实际国籍原则，即根据事实和法律的综合因素确定国籍，因此……索赔者是法国国民，有权得到相应的裁决。[247]

134. 法国－墨西哥混合索赔委员会审理墨西哥政府是否有权代表出生在墨西哥但后来入了法国籍的乔治·潘松索赔。由于证据表明，在提出赔偿要求之前，墨西哥政府一直将潘松作为法国国民对待，委员会裁定，即使可确定潘松持有双重国籍，墨西哥政府也无权代表他提出赔偿要求。[248]

135. 1928 年，美国、奥地利和匈牙利三方索赔委员会对 *Tellech* 案作出裁决。在该案中，美国代表 Alexander Tellech 提出索赔，要求就奥地利强迫其服兵役提供补偿。此项要求被驳回，理由是 33 岁的 Tellech 在奥地利生活了 28 年，作为双重国籍者，他自愿住在奥地利，就承担了必须依奥地利法律履行其各项义务的风险。[249]

136. 伊朗－美国索赔法庭中的伊朗法官对上述裁决的解释提出质疑。他们断定，对其中一些案例(即使一般被解释为支持主要国籍论的案例)的正确解释支持国家对双重国籍者的赔偿要求不承担责任的观点。此外，他们认为其余案例毫不相干，因为它们是由战胜国和战败国根据各项条约所设委员会和法庭裁定的，导致其管辖权存在根本性的不对称。[250] 但不可否认的是，如*德哈默和德布里索案* [251] 所示，有些裁决采用主要国籍原则，驳回了战胜国国民提出的赔偿要求。

137. 然而，在*诺特博姆案* [252] 之前的司法裁决中，国家对双重国籍者的赔偿要求不承担责任的规则也得到司法方面的支持。

138. 其中最知名的案例之一是*亚历山大案*。该案涉及英国－美国双重国籍者根据 1871 年《华盛顿条约》向美国－英国索赔委员会提出的赔偿要求。法庭在确定亚历山大的双重国籍之后，驳回他的赔偿要求，裁定：

---

[245] 《1919 年至 1922 年国际公法案例文摘》，Sir John Fischer Williams 和 H. Lauterpacht 编辑(伦敦，朗曼格林书局，1932 年)，第 148 号案，第 216 页。

[246] *Recueil des décisions des tribunaux mixtes institués par les traités de paix,* 第三卷(巴黎，西雷出版社，1924 年)，第 616 页。

[247] 《1925 年至 1926 年国际公法案例文摘》，Arnold D. McNair 和 H. Lauterpacht, 编辑(伦敦，朗曼格林书局，1929 年)，第 206 号案，第 279 页。

[248] 《1927 年至 1928 年国际公法案例文摘》，Arnold D. McNair 和 H. Lauterpacht 编辑(伦敦，朗曼格林书局，1931 年)，第 194-195 号案，第 297-301 页。

[249] *Alexander Tellech*(美国)诉奥地利和匈牙利案(1928 年)，《国际仲裁裁决汇编》，第六卷(出售品编号：1955.V.3)，第 248-249 页。

[250] 沙菲博士关于双重国籍问题的反对意见，第 157 号和第 211 号案，《伊朗－美国索赔法庭汇编》(剑桥，格劳秀斯出版物，1984 年)，第二卷，第 194 页。巴尔－雅科夫同意此项意见，同前，第 214、第 226 和第 233-235 页。

[251] 见上文脚注 242。

[252] 见上文脚注 52。

将他对另一主权国的不满视为国际问题，就是主张一种高于他也是臣民的另一国的管辖权。这必然使案情复杂化，因为任何政府都不会承认另一国有权代表它认为是自己臣民的人进行干预。[253]

139. 同样，英国－墨西哥索赔委员会分别于 1929 年和 1931 年对奥尔登堡案和 *Honey* 案作出裁决。委员会根据该项原则驳回提出的赔偿要求，后来更认为该项原则是

公认的国际法规则，即双重国籍者不能使他效忠的国家之一在国际法庭面前成为被告国。[254]

英国代理人接受此项意见，撤回了代表持有双重国籍的索赔者提出的所有赔偿要求。[255]1931 年，该委员会在亚当斯和布莱克莫尔案中得出类似结论。[256]

140. 仲裁法庭在萨莱姆案中处理了略有不同的赔偿要求。索赔者出生在埃及，后来加入美国籍。虽然他出生在埃及，但证据表明，萨莱姆出生时是波斯国民，因此他生为波斯人而不是埃及人。但被告国埃及仍然争辩说，仲裁法庭对他没有管辖权，因为他的有效国籍是埃及国籍。对此，仲裁法庭宣判如下：

国际法似乎并未充分确立埃及政府提及的所谓“有效国籍”原则。著名的卡内瓦罗案曾适用该原则，但当时任命的仲裁法庭所作的裁决仍然是孤立的……因此，只要埃及政府能证明萨莱姆是埃及臣民，则无须引用“有效国籍”原则反对美国的赔偿要求……[257]

141. 1949 年，国际法院在损害赔偿案的咨询意见中，将国家不针对另一国籍国向其国民提供保护的惯例称为“普通惯例”。[258]

142. 在诺特博姆案[259]和梅尔杰索赔案[260]中，可看到对在涉及双重国籍者的案例中适用主要或有效国籍原则的最强有力支持。

143. 第 5 条评注充分探讨了诺特博姆案。该案裁定，索偿国的国籍应为有效国籍，并反映出“一种社会属性，一种存在、权益和情感的真正联系，再加上相互的权利和义务”。[261] 虽然国际法院处理的是单一国籍的案件，但判决主要以双重国籍领域中的先例为前提。因此，法院声称：

在出现涉及实行外交保护的问题时，国际仲裁人以同样的方式裁定了许多双重国籍案件。他们优先考虑真正和有效国籍。此类国籍符合事实，以有关人士与其国籍国之一的更密切的实际联系为基础。同时，还考虑到不同因素，而这些因素在各个案件中的重要性有所不同：有关个人的惯常居住地是重要因素，但还有其他因素，如其权益的中心、家庭联系、参与公

---

253 *Executors of R. S. C. A. Alexander* 诉美国案，载于穆尔，《历史与摘要》，第 2531 页。

254 引于罗德，如上，第 141 页：奥尔登堡案，委员的裁决和意见，1929 年 10 月 5 日至 1930 年 2 月 15 日，第 97 页；*Honey* 案，委员的进一步裁决和意见，1930 年 2 月 15 日之后，第 13 页。

255 巴尔—雅科夫，如前，第 212 页。

256 弗雷德里克·亚当斯和查尔斯·托马斯·布莱克莫尔(大不列颠)诉墨西哥合众国案，《国际仲裁裁决汇编》，第五卷(出售品编号：1952.V.3)，第 216-217 页。

257 《国际仲裁裁决汇编》(见上文脚注 185)，第 1187 页。

258 《1949 年国际法院汇编》(见上文脚注 59)，第 186 页。

259 见上文脚注 52。

260 梅尔杰索赔案，意大利—美国调解委员会(1955 年 6 月 10 日)，《国际法报告》，第 22 卷(1958 年)，第 443 页。P. De Visscher, “Cours général de droit international public”，第 161 页：

> “正是在双重国籍者的外交保护问题方面，联系理论作为国际法一项特定要求取得了缓慢而稳定的发展。”

另见 P. Klein, “La protection diplomatique des doubles nationaux: reconsidération des fondements de la règle de non-responsabilité”, 第 184 页；以及 Tunkin 编辑，*Mezhdunarodnoye pravo,* 第 221 页。

Leigh 认为，诺特博姆案的裁决

> “可能产生的效果是，确保一国可以代表与之保持有效联系的国民提出赔偿要求，即使索赔是针对该个人同样是其正式国民的另一国。在此情况下，有效原则的作用是允许提出赔偿要求，而平等原则却禁止索赔。”

(如上，第 469 页)

261 《1955 年国际法院汇编》(见上文脚注 52)，第 23 页。

共生活的情况、对某一国家的情感的表现及对其子女的反复灌输等。[262]

事实上，里德法官在其反对意见中争辩说，对真正或有效联系的要求限于涉及双重国籍者的索赔案。[263]

144. 同年，意大利－美国调解委员会在梅尔杰案中确认，可将诺特博姆案中阐述的原则适用于双重国籍案。在梅尔杰案中，生为美国国民但与意大利国民结婚后成为意大利国民的弗洛伦斯·梅尔杰因损失钢琴和其他个人财产，且损失归于意大利而提出赔偿要求。调解委员会就此指出：

> 基于各国主权平等的原则排除涉及双重国籍的外交保护，但当有效国籍国是索偿国时，这项原则必须服从有效国籍原则。不过，如果未能证明这种优先地位，则无须服从，因为前一原则已得到普遍承认，可成为消除任何可能出现的不确定情况的实际适用标准。[264]

调解委员会在其意见中阐明，有效国籍原则和主要国籍的概念只是一个问题的两个方面。意大利－美国调解委员会在随后的 50 多起涉及双重国籍者的案件中，均适用这项经采纳的规则和上述标准。调解委员会在每个案件中都提到其对梅尔杰案的裁决。[265]

145. 根据这些案例，伊朗－美国索赔法庭在许多涉及持有伊朗和美国双重国籍的人对伊朗提出的索赔案中适用了主要和有效国籍原则。*Esphahanian* 案[266]是第一宗涉及双重国籍者的案件，其中首次确定该法庭对此类索赔案拥有管辖权；法庭第二分庭的裁决基于上述法理以及对主要国籍原则的理论支持。多数意见中提到的学术权威，即巴德旺、[267] 莫里[268] 和保罗·德菲斯海尔，都确认了主要和有效国籍理论的有效性和普遍性。[269] 有关裁决引述了德菲斯海尔的下段文字并表示赞同：

> 十九世纪期间，有效关系或主要联系理论经常被适用，但由于该理论一般用于驳回赔偿要求，……它逐渐被视为一种表示，即为双重国籍者提出的赔偿要求通常不可受理……这意味着所有为双重国籍者提出的保护要求均应宣布为不可受理。
>
> 1965 年，国际法学会认为应重申这项规则……这项规则未正确表达现行法律……国际法院对诺特博姆案作出宣判时，确实想要申明一项普遍原则。[270]

就最新的文献来说，多数意见(即贝莱法官和艾尔德里奇法官)认为，卢梭、[271] 巴迪佛尔和拉加德、[272] 查佩兹、[273] 罗德[274] 的著作以及国际法委员会的文件[275] 均支持有效国籍论。多数意见还认为，法庭一般只有在双重国籍者本人身在被告国籍国的情况下时，才裁定一国籍国不得代表双重国籍者索赔。

---

[262] 同上，第 22 页。

[263] 同上，第 41-42 页。

[264] 梅尔杰索赔案(见上文脚注 260)，第 455 页，第 V.(5)段。另见《国际仲裁裁决汇编》，第十四卷(出售品编号：65.V.4)，第 247 页。

[265] 例如，见斯波尔丁索赔案(1956 年)，《国际法报告》，第 24 卷(1957 年)，第 452 页；赞格里利索赔案，同上，第 454 页；切斯特拉索赔案(1957 年)同上，第 454 页；普奇尼索赔案，同上；*Salvoni Estate* 索赔案，同上，第 455 页；鲁斯波利索赔案，同上，第 457 页；加纳皮尼索赔案(1959 年)，《国际法报告》，第 30 卷(1966 年)，第 366 页；图里索赔案(1960 年)，同上，第 371 页；格拉涅罗索赔案(1959 年)，同上，第 451 页；迪西乔索赔案(1962 年)，同上，第 40 卷(1970 年)，第 148 页。另见菲德罗斯和西马，同前，第 791 页，第 1197 段。

[266] *Esphahanian* 案(见脚注 185)，第 157-170 页。另见沙菲博士的反对意见(上文脚注 250)，第 178-225 页。对这项裁决的批评，见 Khan,《伊朗—美国索赔法庭：争论、案例及其贡献》，第 120 页；以及 Rezek, “Le droit international de la nationalité”, 第 368 页。

[267] “Conflits de nationalités dans les arbitrages vénézuéliens de 1903–1905”, 第 41-63 页，引于 Verwilghen, “Conflits de nationalités”, 第 459 页。

[268] “Du conflit de nationalités et en particulier du conflit de deux nationalités étrangères devant les autorités et les juridictions françaises”, 第 365 页。

[269] *Esphahanian* 案(见上文脚注 185)，第 164 页。

[270] “Cours général de droit international public”, 第 162 页。

[271] 《国际公法》，第 112 页。

[272] 《国际私法》。

[273] “外交保护”，第 250-B 部分。

[274] 如上，第 139 页。

[275] 《1961 年……年鉴》[英](见上文脚注 46)，第 46 和第 49 页。

146. 沙菲法官[276]在其反对意见中强调，法学家对在涉及双重国籍者的案件中是否可以适用主要国籍原则持不同意见。他援引了博尔夏德的意见、[277]1965 年国际法学会关于该问题的讨论[278]以及奥本海、[279]巴尔—雅科夫、[280]阮国亭、达里尔和佩莱[281]及冯格拉恩[282]的意见，以支持不承担责任原则。

147. 全体仲裁庭在*伊朗-美国 A/18 号案*[283]中认可了*Esphahanian* 案。由非伊朗法官组成的多数一方[284]以及少数一方[285]再次声称大多数学术著作都支持其立场。

148. 1981 年《阿尔及尔宣言》[286]所设伊朗－美国索赔法庭未就代表国民提出国家间索赔问题作出规定。这种做法不是向国民提供外交保护的典型。在典型情况下，国家设法为其国民争取某种形式的国际补救，会设立一个法庭，当事方是国家而不是其国民。在这一典型情况下，国家支持其国民的赔偿要求，将要求赔偿的损害视为对本身的损害。但在本法庭中，美国政府并不是仲裁美国国民的赔偿要求的当事方，甚至在它作为这些国民律师的小索赔案中也不是。[287]

虽然伊朗－美国索赔法庭具有这种体制上的特殊性，但其判例无疑向主张主要国籍原则的人提供了相当大的支持。[288]已有大约 130 宗涉及双重国籍者的案件交由该法庭审理。[289]

149. 另一个支持主要国籍原则的机构是安全理事会设立的赔偿委员会，该委员会旨在针对伊拉克占领科威特所造成的损害提供赔偿。委员会在考虑也持有伊拉克国籍的双重国籍者的赔偿要求时，适用条件是他们必须持有另一国的正式国籍。[290]

150. 加西亚·阿马多尔先生提交国际法委员会的各次报告均采用了主要国籍原则，其第三次报告第 21 条第 4 款指出：

> 在双重或多重国籍的案件中，只有与外侨有更紧密和更真实的法律或其他关系的国家才能行使提出赔偿要求的权利。[291]

奥雷戈·比库尼亚在其 2000 年提交国际法协会的报告中也对此表示支持。[292]

---

[276] 沙菲博士的反对意见(见上文脚注 250)，第 199-201 页和第 207 页。

[277] “Protection diplomatique des nationaux à l’étranger”, 第 289 页；以及“La protection diplomatique des nationaux à l’étranger” (补充报告)，第 278 页。

[278] *Annuaire de l’Institut de Droit International* (巴塞尔，1965 年)，第 51 卷，第一至第二部分(华沙会议，1965 年 9 月)。

[279] *International Law: A Treatise,* 第 348 页。

[280] 同前，第 238 页。

[281] 同前，第 774 页。Combacau 和 Sur 也怀疑梅尔杰索赔案是否推翻了《关于国际法冲突的若干问题的公约》所阐述的传统规则，同前，第 327-328 页。

[282] *Law Among Nations: an Introduction to Public International Law,* 第 207 页。

[283] 见上文脚注 67。

[284] 多数一方增加了下列支持主要国籍原则的作者：路透，《国际公法》，第 236 页；Yanguas Messia, “La protection diplomatique en cas de double nationalité”, 第 556 页；Donner, 《国际法中的国籍规定》，第 94 页；Leigh, 如上，第 453 和第 475 页；以及 Griffin, “International claims of nationals of both the claimant and respondent States: the case history of a myth”, 第 400-402 页。

[285] 伊朗法官的长篇反对意见的依据是沙菲法官在*Esphahanian* 案(见上文脚注 250)反对意见中援引的作者，以及菲茨莫里斯，如上，第 193 页和杰瑟普，同前，第 100 页的观点。(见*伊朗－美国案*，案件编号 A/18 (上文脚注 67)，第 327-328 页。)

[286] 《阿尔及利亚民主人民共和国政府宣言》，《国际法资料》，第 20 卷(1981 年)，第 224-229 页；《阿尔及利亚民主人民共和国政府关于美利坚合众国政府和伊朗伊斯兰共和国政府处理索赔问题的宣言》(1981 年)，同上，第 230-233 页。

[287] *Esphahanian* 案(见上文脚注 185)，第 165 页。

[288] 一般见艾尔德里奇，《伊朗—美国索赔法庭判例》，第 44-79 页；以及布劳尔和布鲁斯克，《伊朗—美国索赔法庭》，第 32-42 页和第 288-323 页。

[289] Aghahosseini, “在伊朗—美国索赔法庭的双重国籍诉讼请求：几点思考”，第 22 页。

[290] 联合国赔偿委员会理事会在 1991 年 11 月 28 日第三届会议第 18 次会议上作出的决定，经 1992 年 3 月 16 日第 24 次会议订正：增列索赔类别的标准(S/AC.26/1991/7/Rev.1)，第 11 段。

[291] 《1958 年……年鉴》[英](见上文脚注 121)，第 61 页。

[292] 奥雷戈·比库尼亚提议以下规则：

151. 《欧洲国籍公约》未就这个问题表明立场。《公约》第 17 条第 2 款规定，其关于多重国籍的条款不影响

关于缔约国向同时持有另一国籍的国民提供外交或领事保护的国际法规则。

152. 伊朗－美国索赔法庭所作的各项裁决表明，学术界对涉及双重国籍者的索赔案所采用的主要国籍检验意见不一。然而，甚至是观点被援引以反对这种检验的作者 [293] 也承认其实用性。《奥本海国际法论》的最新版本赞同《关于国籍法冲突的若干问题的公约》第 4 条所载规则(《公约》称该规则“可能”是一项习惯国际法规则)，但也承认《公约》第 4 条与第 5 条有冲突，在处理涉及一国籍国向另一国籍国索赔的案件时，往往以第 5 条为准，条件是有关个人的主要国籍国是索偿国。[294]

153. 对主要或有效国籍原则的主要反对意见之一是它不明确。虽然有些学术权威强调，住所地 [295] 或居住地 [296] 是有效联系的证据，但其他学术权威则认为效忠 [297] 或自愿归化 [298] 非常重要。伊朗－美国索赔法庭的判例，对阐明在确定个人与其国籍国间联系的有效性时所应考虑的因素作出了重大贡献。该法庭在许多案件中予以考虑的因素包括：惯常居住地、在每一国籍国的居留时间、归化日期(即在索赔之前作为保护国国民的时间)、受教育地点、课程和语言、就业和金融利益、家庭生活地点、在每个国家的家庭联系、家人的国籍和在另一国籍国使馆的出生和婚姻登记、参与社会和公共生活的情况、语言的使用情况、税务、银行帐户和社会保障保险、对另一国籍国的探访和与它的其他联系、拥有和使用另一国家的护照的情况、一个国籍的放弃以及在一国服兵役的情况。这些因素都不起决定性作用，给予每个因素的权重视案情而定。[299] 该法庭也很重视那些表明以欺诈手段获得或使用国籍的因素。[300]

154. 在现行国家实践中，关于向双重国籍者提供针对其另一国籍国的外交保护的记录极少。但现有的记录表明，已发生有利于接受主要或有效国籍原则的变化。[301]

155. 巴尔—雅科夫在其关于双重国籍的论文中指出，当代美国实践是拒绝向双重国籍者提供针对另一国籍国的外交保护，他们住在被告国时尤其如此。美国在下述情况不向其国民提供保护：在选择国籍时不

“在双重国籍案中，联系的有效性应高于其他考虑，如能得到证实，即有充分理由对个人的另一国籍国提出赔偿要求。”

(《不断演变的国际索赔法律》，第 27 页，规则 11)。

[293] 布朗利，《国际公法原则》，第 404 页；格克，如上，第 1051 页；帕里，如上，第 699 页。

[294] 詹宁斯和瓦茨，同前，第 516 页。

[295] 博尔夏德，同前，第 589 页；帕里，如上，第 711 页。

[296] 《关于国籍法冲突的若干问题的公约》第 5 条；巴尔－雅科夫，同前，第 136-137 页和第 260 页；以及菲茨莫里斯，如上，第 193 页。

[297] 里德法官在*诺特博姆案*(见上文脚注 52)中的反对意见，第 44-45 页；布朗利，《国际公法原则》，第 422 页。

[298] 詹宁斯，如上，第 459 页；以及朗德尔茨霍费，如上，第 507 页。

[299] 布劳尔和布鲁斯克，同前，第 32-42 页。

[300] 对这些因素的处理和关于以欺诈手段获得或使用国籍的告诫，例如，见：*Esphahanian* 案(上文脚注 185)，第 166 页；*Golpira* 诉伊朗案(1983 年)，《伊朗－美国索赔法庭汇编》(剑桥，格劳秀斯出版物，1985 年)，第二卷，第 174 页；*Danielpour (M.)*诉伊朗案(1989 年)，同上(1990 年)，第 22 卷，第 121 页；*Danielpour (S.J.)* 诉伊朗案，同上，第 126 页；*Berookhim* 诉伊朗案(1990 年)，同上(1992 年)，第 25 卷，第 270 页；*Nemazee* 诉伊朗案，同上，第 159 页；*Golshani* 诉伊朗案(1989 年)，同上(1990 年)，第 22 卷，第 159 页；*Etezadi* 诉伊朗案(1990 年)，同上(1992 年)，第 25 卷，第 270 页；*Hemmat* 诉伊朗案(1989 年)，同上(1990 年)，第 22 卷，第 136 页；*Ebrahimi* 诉伊朗案，同上，第 144 页；*Perry-Rohani* 诉伊朗案，同上，第 198 页；*Abrahamian* 诉伊朗案，同上(1991 年)，第 23 卷，第 287 页；*Ghaffari (A.)*诉 *Nioc* 案(1990 年)，同上(1992 年)，第 25 卷，第 184 页；*Mahmoud* 诉伊朗案(1985 年)，同上(1987 年)，第 9 卷，第 350 页；*Malek* 诉伊朗案(1988 年)，同上(1989 年)，第 19 卷，第 52 页；*Nourafchan* 诉伊朗案(1989 年)，同上(1991 年)，第 23 卷，第 310 页等。另见艾尔德里奇，同前，第 61-80 页；布劳尔和布鲁斯克，同前，第 298-305 页和第 315-316 页；Bederman,“伊朗—美国索赔法庭个人索赔人的国籍问题”，第 129 页。

[301] Hailbronner 提到了针对国籍国提供保护的人权法领域的当代国家实践和法律发展，辩称虽然在此领域还没有明确而统一的实践，而且大多数国家可能反对提供此类保护，但至少已慢慢发生变化，朝着接受有效国籍原则的方向发展(如上，第 30-36 页)。但此论点与 Lee 相反，同前，第 159 页。

优先选择美国国籍，或选择美国国籍后住在另一国籍国。关于入籍公民，美国原来的立场是不针对原籍国提供保护，但 1859 年取消了该项政策。美国国务院否定不承担责任的理论，称个人一旦成为美国公民，其与美国的联结就是专属的。根据这一论点，美国政府多次试图代表入籍美国人针对其另一国籍国实行外交保护，甚至是在他们返回该国之后。[302] 英国的做法也很相似。只要个人住在另一国籍国，英国就不会针对该国提供保护。与美国政策相反，如果入了联合王国国籍的英国国民决定返回其原籍国，联合王国即不再向其提供保护。[303]

156. 但因两国的政策发生了变化，巴尔—雅科夫的结论已经过时。目前，美国国务院适用有效国籍原则，[304] 而且根据英国政府 1985 年的规则：

如果被告国是[持有双重国籍的]联合王国国民的第二国籍国，英国政府一般不受理该个人作为联合王国国民提出的赔偿要求；但如果被告国在造成损害时将索赔者作为联合国[原文联合王国]国民对待，则可受理其要求。[305]

157. 1970 年代，智利政府拒绝针对另一国籍国提供外交保护。[306] 与此同时，德意志联邦共和国不反对以非正式方式实行此类保护，[307] 瑞士虽然认为不承担责任是一般规则，但并不否定有可能在例外情况下针对另一国籍国提供保护。[308]

158. 在双重国籍案中适用有效或主要国籍原则必然会引起各国籍国之间的较量。如果双重国籍者与两国的关系差不多，法庭在适用有效国籍优先的原则时应慎重，因为这会严重损害两个国籍国的平等关系。[309]

159. 有助于解决国籍国之间关于双重国籍者争端的办法，见伊朗－美国索赔法庭在 A/18 号案中阐述的告诫：

如果法庭根据索赔者的主要或有效国籍认定对案件有管辖权，另一国籍仍可能与索赔案的实质有关。[310]

根据此项规则，法庭必须在确定是非曲直阶段审查案情。如果认定双重国籍者利用被告国的国籍获得只向被告国国民提供的利益，法庭可拒绝作出有利于索偿国的裁决。[311]

160. 大部分学术权威都支持在涉及双重国籍者问题时适用主要国籍原则。此外，司法裁决和学术著作也阐明在作出此类裁决时应考虑的各项因素。因此，第 6 条所载的原则反映出习惯国际法现有的立场，符合国际人权法的发展，国际人权法甚至向个人提供针对其国籍国的法律保护。[312]

第 7 条

1. 根据第 5 条所列标准，双重或多重国籍者所属国可代表该国民针对其不是国民的另一国实行外交保护。

2. 在第 5 条的意义范围内，两个或多个国籍国可共同为双重或多重国籍国民实行外交保护。

---

302 巴尔—雅科夫，同前，第 64-72 页和第 147-155 页。

303 同上，第 72-75 页和第 155-157 页。

304 布朗利，《国际公法原则》，第 404 页，引述《美国实践文摘》(1979 年)。另见 Lee, 同前，第 160 页。荷兰遵循同一项原则，同上，第 161 页。

305 适用于国际索赔的规则，规则三，引于沃布利克，如上，第 1007 页。

306 奥雷戈 • 比库尼亚，“智利”，第 141 页。

307 Seidl-Hohenveldern,“德意志联邦共和国”，第 247 页。

308 Caflishch,“瑞士”，第 499 页。

309 Rezek, 如上，第 266-267 页。另见 P. Klein, 如上，第 184 页。对梅尔杰索赔案(上文脚注 260)就是这样解释的(第 455 页，第 V.5 段，引于上文第 6 条评注(第 144 段))：见范 • 潘休斯，同前，第 78 页；菲德罗斯和西马，同前，第 905 页，第 1338 段；Jürgens, *Diplomatischer Schutz und Staatenlose,* 第 206 页和 Leigh, 如上，第 472 页。

310 1984 年 4 月 6 日的裁决(见上文脚注 67)，第 265-266 页。

311 见 *Khosrowshahi* 诉伊朗案(1990 年)，《伊朗—美国索赔法庭汇编》(剑桥，格劳秀斯出版物，1991 年)，第 24 卷，第 45 页；*James M. Saghi* 诉伊朗案(1993 年)，第 544-298-2 号仲裁裁决。又见艾尔德里奇，同前，第 76-79 页；布劳尔和布鲁斯克，同前，第 296-322 页。

312 见 Hailbronner, 如上，第 35 页。

评论

161. 有效或主要国籍原则也曾适用于国籍国针对第三国设法保护双重国籍者的情况。1926 年南斯拉夫—匈牙利混合仲裁法庭在 *de Born* 案中就一名匈牙利—德国双重国籍者对南斯拉夫提出的赔偿要求作出裁决，在宣称其对该案有管辖权之前，确立如下：

> 本法庭有义务检查这两个国家之中哪一个从法律上及事实上都存在建立有效的国籍联系而不只是理论上的联系的要件……
>
> 具有国际管辖权的法庭也有义务解决国籍冲突。为此，法庭应当考虑索赔者在哪里定居、在哪里经营其业务和在哪里行使政治权利。应以适用上述检验方式断定的国籍为准。[313]

162. 《关于国籍法冲突的若干问题的公约》第 5 条在一定程度上支持这项原则。该条规定：

> 在第三国内，持有一个以上国籍者的待遇应与持有一个国籍者的待遇相同。在不妨碍其关于个人地位的法律和任何生效公约的适用的情况下，对于此类人所持有的国籍，第三国在其领土内应只承认他惯常和主要居住国的国籍，或在当时情况下他实际上与之关系最为密切的国家的国籍。

虽然该条没有具体提及外交保护，但可将其适用于对双重国籍者的保护。

163. 其后拟议编纂的规则采取了类似的处理办法。1965 年，国际法学会在华沙举行会议，通过一项决议，其中第 4 条(*b*)款规定：

> 对于一国为受损害的个人提出的国际赔偿要求，如该人除持有索偿国的国籍外还持有被告国以外国家的国籍，则被告国可予拒绝，负责审理此索赔案的法庭(管辖机构)也可不予受理，除非能够证明当事人与索偿国有更密切(主要)的关系。[314]

164. 哈佛法学院编制的《关于国家对外侨受损害所负国际责任的公约》草案 [315] 默示支持这项规则，因为其对有效国际原则的一般性支持，可被解释为适用于涉及双重国籍者的外交保护的所有案例。加西亚·阿马多尔先生在其第三次报告中采取了类似的处理办法。该报告载有一项建议，其大意是理应不能为双重或多重国籍者提供外交保护，除非能够证明有关个人与愿意提供此种保护的国家的法律和其他关系，比起任何其他国家来说“更紧密、更真切”。[316]

165. 在受损害者不是第三国国民的情况下，司法意见倾向于反对在为双重国籍者向第三国提出的诉讼中适用主要或有效国籍的规定。

166. 在萨莱姆案中，仲裁法庭裁定埃及不能以受损害的个人持有有效的波斯国籍的事实来拒绝美国的索赔，因为该人也是美国国民。法庭裁定：

> 国际法的规则是，双重国籍者的国籍国之一如因案件涉及该双重国籍者的利益而提出赔偿要求，第三国无权援引该个人的另一国籍作为提出异议的理由。[317]

167. 意大利—美国调解委员会在 *Vereano* 索赔案中也得出类似结论。该案涉及为一名通过婚姻取得土耳其籍的美国人提出的赔偿要求。委员会引述了其在梅尔杰索赔案中的裁决如下：

> 根据该项条约，不持有意大利籍、但持有第三国国籍的美国国民可被视为“美国国民”，即使其主要国籍是第三国的国籍。[318]

168. 1958 年，意大利—美国调解委员会在弗莱根海默索赔案中确认了这项规则。[319]

169. 在斯坦科维奇索赔案中，同一委员会审理了美国为一名南斯拉夫国民提出的赔偿要求。该人在南斯拉夫联盟共和国成立之后移居瑞士，并于 1948 年在当地取得了无国籍人护照；1956 年他归化为美国公民。在意大利当局提出反对之后，委员会表示，即使斯坦科维奇同时是另一国国民，美国也有权支持他的

---

313 *Baron Frédéric de Born* 诉南斯拉夫案，《1925 年至 1926 年国际公法案例文摘》(见上文脚注 247)，案件编号 205, 第 278 页。

314 见上文脚注 108。

315 第 23 条第 3 款，引于索恩和巴克斯特，如上，第 579 页。

316 《1958 年……年鉴》[英](见上文脚注 121)，第 61 页，第 21 条第 4 款。

317 萨莱姆案(见上文脚注 185)，第 1188 页。

318 梅尔杰索赔案(见上文脚注 260)，第 456 页，第 V (8)段，引于 *Vereano* 索赔案(1957 年)，《国际法报告》，第 24 卷，第 465 页。

319 弗莱根海默案(见上文脚注 181)，第 149 页。

索赔。委员会的意见是，从一个联合国会员国的国籍改为另一个会员国的国籍不影响委员会的管辖权。[320]

170. 在涉及第三国的双重国籍案件中，上述关于有效联系要件的冲突最好是以折衷方式解决，即只要求索偿国证明它与受损害者之间确实存在正当国籍联系即可。伊朗—美国索赔法庭在审理索赔者同时是美国及第三国国民的若干案件[321]时一直依循这项规则。即使主要国籍问题在此种案件中被提出，必要的证据也常常没有像涉及伊朗—美国双重国籍者的案件[322]那样严格。不过，该法庭在一些案件中指出，如能证明索赔者也持有第三国国籍，则必须断定其主要国籍。[323]

171. 赔偿委员会采取同样的方针，因为它不会审议“为没有另一国正当国籍的伊拉克国民提出的”赔偿要求，但持有伊拉克国籍以外的其他国国籍的双重国籍者的索赔则没有限制。[324]

172. 如一国籍国为双重国籍者向另一国籍国提出赔偿要求，则明显存在法律上的冲突。[325]不过，如国籍国要针对第三国向双重国籍者提供保护，则没有此种问题。因此，没有理由适用主要或有效国籍原则。[326]英国的国家实践采用的就是这种方针。[327]

173. 不过，如果双重国籍者是以欺诈手段取得索偿国国籍以提起诉讼，则被告国有权提出异议。因此，就多重国籍者而言，与其有正当国籍联系的任何国籍国皆理应可以针对任何第三国向其提供外交保护。对多重国籍者而言，在其与之有正当国籍联系的国家中，如果任何安排允许这些国家的国民提出国际赔偿要求，则亦应允许该多重国籍者提出赔偿要求。

174. 原则上，没有理由不允许两个国籍国共同行使归属每一国籍国的权利。因此，应该许可与受损害的个人有正当联系的两个或多个国籍国共同实行外交保护。[328]

第 8 条

一国可为受损害的无国籍者和(或)难民实行外交保护，条件是普通意义上讲该人是索偿国的合法居民[并与该国保持有效联系？]，但所涉的损害必须是在其成为该索偿国的合法居民之后发生。

评论

175. 如第 1 条第 1 款及其评注所示，传统上外交保护只限于国民。[329]外交保护不惠及无国籍者，这一点在 *Dickson Car Wheel* 公司案中已清楚表明。当时，法庭指出：

---

[320] 斯坦科维奇索赔案(1963 年)，《国际法报告》，第 40 卷(1970 年)，第 155 页。

[321] 例如，见达拉勒诉伊朗案(1983 年)，《伊朗—美国索赔法庭汇编》(剑桥，格劳秀斯出版物，1984 年)，第 3 卷，第 23 页和 Bederman, 如上，第 123-124 页。

[322] 例如，见沙吉诉伊朗案(1987 年)，《伊朗—美国索赔法庭汇编》(剑桥，格劳秀斯出版物，1984 年)，第 14 卷，第 4 和第 6 页；以及麦克哈格、罗伯茨、华莱士和托德诉伊朗案(1986 年)，同上，第 13 卷，第 289 页。又见艾尔德里奇，同前，第 56-57 页。

[323] *Uiterwyk* 公司诉伊朗案(1988 年)，《伊朗—美国索赔法庭汇编》(剑桥，格劳秀斯出版物，1984 年)，第 19 卷，第 118 页(艾尔德里奇认为该案支持这样的看法：这类案件不必要求那么严格的证据，同前，第 57 页)；阿斯加尔诉伊朗案(1990 年)，《伊朗—美国索赔法庭汇编》(剑桥，格劳秀斯出版物，1984 年)，第 24 卷，第 242-243 页；以及 *Daley* 诉伊朗案(1988 年)，同上(1989 年)，第 236-237 页。

[324] 见上文脚注 290。

[325] 帕里，如上，第 707 页。

[326] 例如见詹宁斯和瓦茨，第 883 页。另见 Chernichenko, *Mezhdunarodno pravovye voprosy grazhdanstva,* 第 110-112 页；Ushakov 编辑，*Kurs Mezhdunarodno Prava,* 第 80-82 页；以及 Hailbronner, 如上，第 36 页。根据 Lee 的意见，在此种案件中侨居国一般不反对给予领事保护(同前，第 159 页)。

[327] 沃布利克(如上，第 1006-1007 页)援引的英国政府适用于国际索赔的规则的规则三第一句指出：

> “如索赔者是双重国籍者，英国政府可为其提出赔偿要求(虽然在某些情况下，可能适于由英国政府与有权提出赔偿要求的其他政府共同提出)。”

[328] 范 • 潘休斯，同前，第 80 页；Ohly, 如上，第 289 页；Warrick, 如上，第 1006-1007 页。

[329] 在 1930 年国际法编纂会议上，荷兰建议确认侨居国保护难民的权利。这项建议未被采纳。见范 • 潘休斯，同前，第 72 页。

> 一国损害无国籍的个人……并不构成国际不法行为，因此，没有国家有权在损害发生之前或之后为其进行干预或投诉。[330]

这项传统规则没有考虑到无国籍者及难民的立场，因此，不符合当代国际法。当代国际法反映了对这两类人士地位的关切。[331] 这种关切可见诸《减少无国籍状态公约》和《关于难民地位的公约》。

176. 难民问题是一个特别棘手的问题，因为他们“不能或……不愿意诉诸[国籍国]的保护”。[332] 如果难民要求并得到其国籍国的保护，即失去难民地位。[333] 此外，格拉尔—马德森争辩说，国籍国丧失了为难民实行外交保护的权利。[334]

177. 人权公约赋予居住在缔约国的所有人以权利，这为无国籍者及难民提供了一定的保护。此种保护必然是有限的，因为大多数国家都不接受这些文书，或不接受个人申诉权。

178. 关于难民和无国籍者的各项公约对外交保护问题的处理并不令人满意。《关于难民地位的公约》附件就发给旅行证件作了规定，[335] 但清楚表明“发给这种证件绝不使持证者有权得到发证国的外交或领事当局的保护，并且不赋予这些当局保护权。”[336] 另一方面，古德温—吉尔说，“在实践中……发证国所给予的外交援助常常不是全面的保护”。[337]《关于无国籍人地位的公约》建议居住国可视无国籍者享有“持有该国国籍所应得的权利和义务。”[338] 它还就行政援助作出进一步规定：

> 在无国籍者行使权利通常需要某一外国当局的援助但却无法向其求助时，其居住地所在缔约国应作出安排，使本国当局向其提供此种援助。[339]

对比之下，《减少无国籍状态公约》则完全没有提及保护问题。

179. 在此种情况下，有人提议难民或无国籍者曾居住相当时间、并与其建立有效联系的国家应有权为其实行外交保护。[340] 这与格拉尔—马德森所表达的看法一致：

> 申请庇护或难民地位并不仅仅是意愿的表达，而是一种确切的法律步骤，可导致给予庇护或难民地位。如果给予，则此种地位相当于取得新的国籍。[341]

Lee 支持此种观点。他说：

> 实际上，有理由支持难民地位相当于庇护国国民的比喻，因为从难民的立场来看，他申请政治庇护一方面表示他有意切断与其原籍国的关系，另一方面也表示他愿意借助于庇护国的保护。庇护国给难民庇护，发给他身份证和旅行证件，即表示其愿意接受和保护他。[342]

---

[330] *Dickson Car Wheel* 公司案(美国诉墨西哥合众国)，1931 年 7 月的裁决，《国际仲裁裁决汇编》，第四卷(出售品编号：1951.V.1)，第 678 页。

[331] 见詹宁斯和瓦茨，同前，第 886-887 页和第 890-896 页。

[332] 《关于难民地位的公约》，第 1 条 A 款⑵项。

[333] 格拉尔—马德森，“难民原籍国对难民的保护”，第 392 页。

[334] 同上，第 389、第 391 和第 394 页。有关这个问题的讨论，见 Lee, 同前，第 352-359 页。

[335] 根据第 28 条。

[336] 第 16 段。

[337] 《国际法上的难民》，第 305 页。瑞士采取的立场是，它会保护实际上与其原籍国已不再有联系的难民，但须征得被索偿国的同意：见 Caflisch, “Pratique suisse en matière de droit international public”, 1978 年 1 月 26 日的说明，第 113 页。在比利时拥有难民地位的非比利时国民在海外可获得比利时提供的行政和领事保护(Lee, 同前，第 358 页)。

[338] 第 1 条第 2 款第(二)项。

[339] 第 25 条第 1 款。另见有关艺术权利和工业产权的第 14 条。

[340] 布朗利，《国际公法原则》，第 423 页；Ohly, 如上，第 313 页，脚注 81。另见詹宁斯和瓦茨，同前，第 886-887 页；以及 Jürgens, 同前，218 页。

[341] 如上，第 381 页。

[342] 同前，第 358 页。另见 1959 年 8 月 4 日慕尼黑行政法院第 60 VIII 59 号决定，引于 Lee, 同上。

180. 正如伊朗—美国索赔法庭的判例所示，居住地是有效联系要件的一个重要特征。[343] 它也被公认为是向赔偿委员会提出赔偿要求的依据。[344]

181. 《欧洲领事职权公约》(尚未生效)建立了类似制度，根据惯常居住地而不是根据国籍来决定是否为无国籍者提供保护：

> 无国籍者惯常居住国的领事官员可向其提供保护，就如同本公约第 2 条第 1 款适用一样，但该个人不得是接受国的前国民。[345]

《欧洲领事职权公约保护难民议定书》也有类似规定：

> 难民惯常居住国的领事官员应有权依照公约向其提供保护并捍卫其权益，如有可能，应与联合国难民事务高级专员办事处或继承该办事处的任何其他联合国机构协商。[346]

182. 因此，第 8 条是符合与保护难民和无国籍者有关的当代发展的。它还得到哈佛法学院编制的《关于国家对外侨受损害所负国际责任的公约》草案[347] 的支持。为该《公约》的目的，公约草案将“国民”定义为“惯常居住在该国的无国籍者”。奥雷戈·比库尼亚在其 2000 年向国际法协会提交的报告[348] 中也建议在“涉及人道主义关切或个人没有其他办法要求行使权利的情况下”，应允许为非本国国民提出赔偿要求。

183. 第 8 条是逐渐发展法律，而不是编纂法律。为此，必须为这项权利的行使规定条件。第 8 条的但书将该项权利的行使限制于对个人的损害发生在其成为索偿国的居民之后。由于难民或无国籍者出国旅行的自由一般受到没有护照或其他有效旅行证件的限制，在实践中很少行使这项权利。

184. 这项但书为行使外交保护权规定了重要条件。在许多情况下，难民都会受到其为避免受迫害而逃离的国籍国的损害。不过，避难国在此种情况下为难民实行外交保护是不当的。拒绝允许后来国籍国保护国民不受其先前国籍国损害的论点，更有理由适用于对难民的保护。关于持续国籍的条款对这个问题有所讨论。

未来的报告(和条款)

185. 将于稍后阶段就两个问题提出报告：

(*a*) 如果违背强制法规范的行为造成损害，而国籍国拒绝实行保护，则一国是否有权为非本国国民的受损害者实行外交保护。这项条款草案将探讨一个颇具争议的问题：普遍义务理论是否适用于外交保护；

(*b*) 持续国籍要件及索赔的可转移性。

186. 其后的报告将讨论：

(*a*) 用尽当地补救办法的问题；

(*b*) 代表受损害者放弃外交保护；

(*c*) 代表受损害者拒绝同意得到外交保护；

(*d*) 公司的保护。

187. 国际组织对该组织代理人的保护——“职能保护”——提出了与外交保护完全不同的特殊问题。现阶段，特别报告员尚未决定是否要把这个专题列入其研究报告。委员会就此问题提出的咨询意见将有助益。

188. “拒绝司法”是一个与外交保护密切相关的专题。尽管如此，它似乎是一项主要规则，而非次要规则。兹希望委员会也就是否应把这个专题列入报告提出咨询意见。

---

[343] 见上文第 145 段关于有效联系的讨论。

[344] 赔偿委员会《索赔程序暂行规则》第 5 条第 1 款(*a*)项规定，“政府可代表其国民并可自由决定代表其境内的其他居民提出索赔要求。”(S/AC.26/1992/10, 附件)。

[345] 第 46 条第 1 款。

[346] 第 2 条第 2 款。

[347] 见索恩和巴克斯特，如上，第 578 页，第 21 条第 3 款(*c*)项。

[348] 《不断演变的国际索赔法律》，第 27 页，规则 7。

第 三 章

持续国籍及索赔的可转移性

第 9 条

1. 如果受损害人在遭受损害后确实变更国籍，新国籍国可以针对此项损害为受损害人实行外交保护，但须原国籍国在国籍变更发生之日未曾或并非正在对受损害人实行外交保护。

2. 如果这项索赔确实已经转移给持有另一国国籍的一个或几个人员，也可以适用本条规则。

3. 受损害人国籍的变更或将索赔转移给另一国国民并不影响原国籍国针对受损害人仍为该国国民时所受损害对该国一般利益造成的损害自行提出赔偿要求的权利。

4. 新国籍国不得针对某人在其仍为原国籍国国民时所受损害，针对原国籍国实行外交保护。

评论

189. 奥本海对有关国籍持续性的规则说明如下：

从损害发生时起到作出赔偿为止，索赔权必须持续不断属于(*a*)持有索赔提出国国籍而(*b*)不持有索赔对象国国籍的人员或一系列人员。[349]

虽然在国家惯例中，这项规则已经稳固确立，并在许多司法裁决中得到支持，但是，如果受损害的个人，在损害发生后，并非为了提出国际赔偿要求，而是由于自愿或非自愿归化(例如婚姻)、领土割让或国家继承，确实已经变更国籍，则这项规则可能会造成巨大的不公正。在学说上，该规则很难与瓦泰尔拟制相一致。瓦泰尔拟制认为，对国民的损害即是对国家本身的损害，一旦发生对国民的损害，国籍国就拥有索赔权。这项规则也与现代将个人视为国际法一类主体的趋势发生冲突。因此，需要重新评估国籍持续性规则。这就是第 9 条所要实现的目的。

A. 这项规则的传统形式及其根据理由

190. 持续国籍规则被认为是“外交保护视个人国籍而定的原则的一项推论”。[350] 仲裁人帕克在《第五号行政决定》中对这一点解释如下：

无疑，国家一般惯例并不支持私人对另一国家索赔，除非从一开始，这项索赔持有索赔国的国籍。这项规则的理由是国家因其国民所受损害而连带受到损害，只有它可以要求赔偿，因为没有其他国家受到损害。在国家之间，造成损害的国家通常只听取受损害国家的控诉。第三国不会因为索赔权转让给其国民或索赔者归化为其国民而受到损害。虽然归化造成对国家效忠的转移，但现有的国家义务并不随之转移。[351]

191. 这项规则所根据的理由主要是它可以防止被个人滥用(否则个人可以到处寻求保护)或被国家滥用(否则国家可以让受旧的索赔权，以便向被告国施加政治压力)。[352] 仲裁人帕克在《第五号行政决定》中说：

任何其他规则都会大大打开滥用之门，结果可能把一个强国变成替人索赔的机构，有些人会在受到损害之后，把索赔权转移

[349] 詹宁斯和瓦茨，同前，第 512 页。

[350] 格克，如上，第 1055 页；以及 Leigh, 如上，第 456 页。另见帕涅韦兹斯-萨尔杜提斯基铁路案(上文脚注 12)。

[351] 《美国国际法杂志》，第 19 卷 (哥伦比亚特区华盛顿，1925 年)，第 613-614 页。

[352] 见博尔夏德，“保护海外公民与变更原国籍”，第 377-380 页；布朗利，《国际公法原则》，第 483 页；惠勒，同前，第 35-36 页和第 253-259 页；以及格克，如上，第 1056 页。

给该国国民，或利用该国的归化法，使得该国支持他们索赔。[353]

对于这一点，穆尔还提出夸张的评语，认为如果没有持续国籍的规定，

[个人]就可以连续与十几国政府洽商，并且为了加紧索赔，可以将其效忠转移到其中每一国家。根据这样的规则，假定必须承担责任的国家可能永远不会知道索赔事件何时才能讨论完毕。因此，所有国家都希望限制这样的权利要求。[354]

192. 这项规则的来源的另一解释是，为审判外侨所受损害而成立的混合索赔委员会的管辖权，受其依之成立的特定公约条款的制约，“除非索赔人能证明在提出赔偿要求时他具有索赔国国籍，否则，根据对有关公约条款的严格解释，通常都会驳回赔偿要求”。[355] 不必在公约的规定中插入任何关于持续国籍规定的条款，因为条约解释的普通规则确保在损害发生时和在赔偿要求提交审判时，都需要受害人的国籍。[356]

B. 这项规则的现况

193. 常常有人坚称，国籍持续性规则已经成为一项惯例规则，因为它业经许多条约、国家惯例、司法裁决、试图编纂的法律以及公法学家的一再申述和著作所赞同。

194. 这项规则“一再出现于许许多多条约之中，例如第二次世界大战后签订的几乎所有 200 项总协定之中”。[357] 它也出现在设立伊朗－美国索赔法庭的《宣言》中，该《宣言》规定：

伊朗或美国“国民的索赔权”，无论为其中任何一国国民的索赔权，是指从索赔权产生日期起至本协定生效日期止，该国国民持续拥有的索赔权……[358]

该规则存在于美国 [359] 和联合王国 [360] 的惯例规则中。此外，这项规则也在许多混合索赔委员会、仲裁法庭和国际法院的裁决中得到确认。[361] 例如，1953 年，

---

353 《美国国际法杂志》(见上文脚注 351)，第 614 页。另见阿尔比诺·阿比亚蒂诉委内瑞拉案，载于穆尔，《历史与摘要》，第 2348 页。

354 《国际法文摘》，第 637 页。另见 Ohly, 如上，第 285 页。

355 辛克莱，“索赔的国籍：英国的做法”，第 127 页。另见詹宁斯，如上，第 476-477 页。詹宁斯援引辛克莱的观点，声称有确实理由认为索赔的持续国籍规则是程序性规则，不是实质性规则。

356 惠勒，同前，第 259-262 页；以及欧康奈尔，同前，第 1037 页。

357 格克，如上，第 1055 页。另见辛克莱，如上，第 142 页；惠勒，同前，第 43-48 页。

358 第七条，第 2 款(见上文脚注 286)，第 230 页。

359 1982 年，主管国会关系的助理国务卿鲍威尔·A·穆尔致函众议院外交委员会主席，说明

> “按照国际法中确立已久的持续国籍规则，索赔人除非在索赔权产生时及其后至提出索赔要求止，始终为其请求协助的国家的国民，否则无权得到该国的外交保护。实际上，一项索赔要求，无论在提出时或在蒙受损害或损失时，均须为国家的索赔要求。”

(Nash Leich,“美国有关国际法的当代实践”(1982 年)，第 836 页)

360 1985 年，英国政府发表其《国际索赔适用规则》，其中包括下列几项：

> “规则一
>
> “除非索赔人是联合王国国民，且在损害发生之日也是联合王国国民，否则女王陛下政府将不受理索赔要求。
>
> “评注 国际法规定，索赔人在损害发生时及其后直到正式提出索赔要求时，均须为提出索赔要求国国民，索赔要求才能得到认可。但是，在实践上，历来只须证明受到损害之日和提出索赔要求之日的国籍就已足够(见“索赔的国籍：英国的做法”，I. M. 辛克莱所著：(1950) XXVII B.Y.B.I.L. 125–144)。
>
> “……
>
> “规则二
>
> “如果索赔人在损害发生之日之后成为或不再是联合王国国民，女王陛下政府可在适当情况下，与其先前或嗣后的国籍国协同提出其索赔要求。
>
> “……
>
> “规则十一
>
> “如果索赔人已于其本人或财产受到损害之日死亡，其私人代表可以设法为其遗产争取补救或赔偿。这种索赔不得与死者遗属为其死亡索取的损害赔偿混为一谈。
>
> “评注 如果该私人代表与原索赔人具有不同的国籍，可比照已经变更国籍的单独一个索赔人的情况，适用上列各项规则。”

(沃布利克，如上，第 1006-1008 页)。关于英国的做法，又见辛克莱，如上，第 131-144 页。

361 明妮·史蒂文斯·埃绍齐耶(大不列颠)诉墨西哥合众国案，《国际仲裁裁决汇编》，第五卷(出售品编号：1952.V.3)，第 209 页；格利德尔案，同上，第 44 页；史蒂文森案，同上，第九卷(出售品编号：59.V.5)，第 494 页；米利

在 *Kren* 索赔案中，美国—南斯拉夫索赔委员会裁定：

国际法的一项既定原则是，如要为外交上的支持提供理由，索赔权的来源必须具备国家性质；索赔权必须从一开始就归属于国家有义务提供保护、且须对该国效忠的人(博尔夏德，《国外公民的外交保护》，第 666 页)。此外，根据权威意见，虽然归属于一国公民的索赔权从一开始即带有国家性质，但在提出索赔时，该项索赔权通常必须继续具备国家性质(博尔夏德，同上，第 666 页)，而且有一个普遍共识是，直到提起索赔诉讼为止，它必须满足持续国籍的要求(费勒，《墨西哥索赔委员会》，第 96 页)。[362]

常设国际法院在帕涅韦兹斯—萨尔杜提斯基铁路案中对这项规则的支持则没有那样明确，但它在一个涉及国籍持续性规则的问题上却清楚表明，外交保护只限于对国民的保护，在“别国国民遭受损害的情况下，这种损害所可能产生的任何赔偿要求均不在外交保护范畴之内……”[363] 最近，这项规则得到了伊朗—美国索赔法庭的再次确认。[364]

195. 人们曾多次试图编纂国籍持续性规则。最早期的这种尝试的示例之一是美国国际法学会编制的关于外交保护的第 16 号草案。该协会于 1925 年提议：

为了使一项外交上的赔偿要求可予受理，在导致索赔的行为或事件发生时，有关个人必须是代表其提出赔偿要求的国家的国民，而且在提出赔偿要求时，他也必须是该国国民。[365]

1929 年，哈佛法学院拟订的《国家对外侨在其境内受到人身或财产损害所负责任公约》草案规定：

(*a*) 只有在下列情况下，一国才须对代表一名本国国民索赔的另一国负责：赔偿要求中可享用的利益直到提出赔偿要求时一直归该名国民所有。

(*b*) 只有在下列情况下，一国才须对代表一名非本国国民索赔的另一国负责：

⑴ 受益者因法律的实施失去其国籍，或

⑵ 赔偿要求中的利益因法律的实施从一名国民转至受益人。[366]

一年后，国际法编纂会议筹备委员会在第 28 号讨论依据中拟订了一项限制性更强的规则：

一国不得就个人在外国领土内遭受的损害要求金钱赔偿，除非该受损害人在造成损害的时刻是其国民，而且一直保留其国籍，直到对该索赔案作出裁决为止。

……

如果受损害人死亡，其国籍国已经提出的金钱赔偿要求只有在为了其继承人利益的情况下才可予以维持，但其继承人必须是该国国民，而且他们必须有利害关系。[367]

国籍持续性的要件在加西亚·阿马多尔先生向国际法委员会提交的第三次报告中再次出现。该报告提出了下列规则：

亚尼案，同上，第十卷(出售品编号：60.V.4)，第 591 页；博戈维奇案，《国际法报告》，第 21 卷(1954 年)，第 156 页。

[362] 《国际法报告》，第 20 卷(1953 年)，第 234 页。

[363] 帕涅韦兹斯-萨尔杜提斯基铁路案(见上文脚注 12)，第 16 页。在这一案件中，法院拒绝就关于持续国籍的初步反对意见作出裁决，理由是它属于案情实质。

[364] 这项要求是加在索赔权而非索赔者身上的。如索赔权的国籍在《阿尔及尔宣言》所述的行使管辖权截止日期(即 1981 年 1 月 19 日—《处理索赔问题的声明》(见上文脚注 286)生效之日)到提起索赔诉讼之日期间有所变更，为行使管辖权的目的，在截止日期时的国籍证明即会被裁定为足够(*Gruen Associates, Inc.*诉 *Iran Housing company* 案(1983 年)，《伊朗—美国索赔法庭汇编》(剑桥，格劳秀斯出版物，1984 年)，第 3 卷，第 97 页；以及 *Sedco, Inc.*诉 *National Iranian Oil Company* 案(1985 年)，同上(1987 年)，第 9 卷，第 248 页)。法庭裁定行使管辖权所要求的起始日是遭受损害之日而非签署被违反的合同之日(*Phelps Dodge Corp.*和 *Overseas Private Investment Corp.* 诉伊朗伊斯兰共和国案(1986 年)，同上，第 10 卷，第 121 和第 126 页)。如不符合上述要求，法庭则以无管辖权为由不受理索赔案(例如 *Jonathan Ainsworth* 诉伊朗伊斯兰共和国案(1988 年)，同上(1989 年)，第 18 卷，第 95 页；以及 *International Systems & Controls Corporation* 诉 *Industrial Development and Renovation Organization of Iran* 案(1986 年)，同上(1988 年)，第 12 卷，第 259 页)。法庭的相关判例，见艾尔德里奇，同前，第 45-46 页，以及布劳尔和布鲁斯克，同前，第 76-80 页。

[365] 第八条，《1956 年……年鉴》[英]，第二卷，第 227 页。

[366] 第十五条，同上，第 229 页。

[367] 第 28 号讨论依据，同上，第 225 页。

1. 一国可行使前一条所指的提出赔偿要求的权利，条件是外侨在遭受损害时持有其国籍，而且一直保留该国籍，直到对索赔案作出裁决为止。

2. 如果外侨死亡，该国代表有利害关系的后嗣或继承人提出赔偿要求的权利受同项条件制约。[368]

1932 年，国际法学会以微弱多数否决了关于国籍持续性的传统规则。[369] 但 1965 年，它却通过一项决议，重新肯定这项传统规则，强调赔偿要求在提出之日和发生损害之日均须具备索赔国的国家性质。另一方面，它放弃了在这两个日期之间的持续性要求。上述决议规定：

第 1 条

(*a*) 对于一国为个人所受损害提出的国际赔偿要求，被索赔国可予拒绝，除非该赔偿要求在提出之日和在发生损害之日均具备索赔国的国家性质。在负责审理此索赔案的法院(管辖机构)面前，缺乏此一国家性质构成不可受理的理由。

(*b*) 对于新成立的国家为一名在该国实现独立之前受损害的本国国民提出的国际赔偿要求，在适用前段规定时，不得仅以该名国民是先前国国民为由而予以拒绝或宣布不可受理。

第 2 条

对于一项受益人并非原来受损害的个人的国际赔偿要求，被索赔国可予拒绝，而且负责审理此案的法院不可受理，除非它在发生损害之日和提出之日均具备索赔国的国家性质。

第 3 条

(*a*) ……

(*b*) 发生损害之日是指个人遭受损失或伤害之日。

(*c*) 提出之日就通过外交渠道提出赔偿要求的情况来说，是指一国正式提出赔偿要求之日，就诉诸国际法院(管辖机构)的情况来说，是指向其提起索赔诉讼之日。[370]

196. 大多数作者对持续性规则的支持充其量是含糊不清的。只有极少数几名表现出了博尔夏德对这项规则的十足热忱。博尔夏德认为，支持这项规则是因为“其根本和无懈可击的有效性”。[371] 然而，对这项规则的意见却从质疑其习惯法地位 [372] 到从国家和个人观点批评其公正性各不相同。[373] 惠勒在其全面研究中正确地断定，只有少数几名法学家会无条件地捍卫这项规则。[374]

197. 国籍持续性规则却得到一些司法裁决、一些国家实践、一些试图编纂法律的努力和一些学者的支持。但也有人表示极力反对。

198. 在《第五号行政决定》中，仲裁人帕克一再表示持续国籍这一要件并不是国际法的一般原则。他声明：

国家一般惯例并不支持从一开始即不持有索赔国国籍的人对另一国提出私人索赔，但这一惯例并非总是被遵循。德国代理据称援引的规则中有一句话规定，赔偿要求从一开始到提出时或甚至到指定法庭作出最后裁决时，都必须持续持有坚持这项索赔的国家的国籍，但这句话绝不如述及其原国籍的规则那样清

[368] 《1958 年……年鉴》[英](见上文脚注 121)，第 61 页，第 21 条。

[369] 《国际法研究所年鉴》(布鲁塞尔，1932 年)，第 37 卷(奥斯陆会议，1932 年 8 月)，第 278 页。又见惠勒，同前，第 41 页。参见博尔夏德，《国外公民的外交保护》。博尔夏德是特别报告员，他曾提议重新肯定传统规则，但遭到否决。

[370] 关于一国为个人所受损害提出的国际索赔要求的国家性质的决议(见上文脚注 108)，第 57 和第 59 页。

[371] 如上，第 373 页。另见第 300 和第 377-380 页。又见博尔夏德，同前，第 660-667 页。

[372] 欧康奈尔，同前，第 1036 页。

[373] Balladore Pallieri, “La determinazione internazionale della cittadinanza ai fini dell’esercizio della protezione diplomatica”，第 123 页；格克，如上，第 1055-1056 页；范 • 潘休斯，同前，第 90 页；约瑟夫，同前，第 29 页；Ohly, 如上，第 72 页；以及布朗利，《国际公法原则》，第 483 页。Ohly 争辩说：

> “严格适用持续国籍论致使这些索赔要求未获补偿，会让国际不法行为一直免受惩罚，并进一步激发实施了导致产生索赔权之行动的国家在今后以类似不法方式行事”。

(如上，第 286 页)

[374] 同前，第 228-231 页。另见约瑟夫，同前，第 26-29 页。

楚确立。一些法庭拒绝遵循这项规则。其他法庭虽然遵循，但对其是否稳当表示质疑。[375]

1932 年，国际法学会无法就持续性规则达成协议。特别报告员博尔夏德提议核可这项规则，但遭到波利提斯极力反对。波利提斯表示：

报告员借凭外交惯例和判例，表明以下规则：如受损害人自损害发生之日以来已变更其国籍，则不应给予保护或不再能够实行保护。但实际情况却完全不同。有大量案例适用相反的理论。事实上，应为个人实行保护而不管国籍的变更，但下列情况除外：他对原籍国政府提出赔偿要求，或只为欺诈目的而决定取得新的国籍，以便寻求一个强大、能够对其赔偿要求产生更大影响力的政府的保护。报告员以难以证明这种欺诈为由而表示的异议没有说服力。外交惯例表明，能够提供类似证明的案例很多；在一些著名案件，主要是离婚案件中，已裁定欺诈业经证实，因此，没有对国籍的变更加以考虑，虽然国籍变更已经生效。[376]

受到这种无法达成协商一致的影响，艾欣嘉在帕涅韦兹斯—萨尔杜提斯基铁路案的反对意见中断定持续性惯例并未“形成”为一项通则。[377]

199. 关于编纂法律的提议也不一定支持这项原则。哈佛法学院编制的《关于国家对外侨受损害所负国际责任的公约》草案提议：

一国只是在某人是该国国民的时期内才有权为其提出或坚持赔偿要求。不应以某人在发生损害后才成为一国国民的事实为由而排除该国为其提出赔偿要求。

如在最初造成损害与达成最后裁决或解决期间的任何时候，受损害外侨或在赔偿要求中有利害关系的、持有可享用利益的人成为被索赔国国民，一国提出或坚持赔偿要求的权利即告终止。[378]

最近，国际法协会个人和财产的外交保护问题委员会特别报告员奥雷戈—比库尼亚则提议下列案文：

8. 在全球金融市场和服务市场及有关业务或其他特殊情况的前提下，国籍持续性规则可予免除。在此前提下，即使变更了国籍，损害仍追随个人，其索赔权也是如此。

9. 应协助转让赔偿要求，以执行上文第 8 段所列标准。

10. 只有最新国籍国才能根据上文第 8 段规则提出赔偿要求。此项赔偿要求不应对前国籍国提出。国籍的变更和索赔权的转让必须本着诚意进行。[379]

C. 这项规则内容的不确定性

200. 国籍持续性要件作为一项习惯规则的含糊地位，由于这项规则的内容存在不确定之处而更加显著。发生损害之日、国籍、持续性和终止日期(要求赔偿要求具有持续性的截止日)的意义均不明确。

201. “发生损害之日”[380] 通常被解释为被告国对索赔国国民造成伤害的据称的损害性行为或不行为发生之日。国际法学会 1965 年决议第 3 条(*b*)款[381] 证实了这项解释。但有人争辩说，起算日期是指国际不法行为发生之日，即被告国不给予补偿之日，或拒绝司法之日。[382] 不过，国际法庭拒绝对此作出区分。[383]

---

375 《美国国际法杂志》(见上文脚注 351)，第 614 页。

376 *Annuaire de l'Institut de Droit International* (见上文脚注 369)，第 488 页。报告员的回应，见博尔夏德，《国外公民的外交保护》。有关这一问题的叙述，见 Brigg 向国际法协会 1965 年会议提交的报告，“La protection diplomatique des individus en droit international: la nationalité des réclamations”，第 157-178 页。

377 帕涅韦兹斯-萨尔杜提斯基铁路案(见上文脚注 12)，第 35 页。

378 第 23 条第 6 至第 7 款，载于索恩和巴克斯特，如上，第 579 页。另见第 24 条第 2 款，其中规定：

“一国不因对受损害外侨或在索赔要求中持有可享用利益的任何其他人全部或局部施加其国籍而免除责任，除非有关人士对此表示同意，或施加国籍是与领土转移有关。此种同意不必明示……”

(同上，第 580 页)

379 《不断演变的国际索赔法律》，第 27 页，规则 8-10。

380 这一主题的概论，见惠勒，同前，第 53 页。

381 见上文脚注 108。

382 约瑟夫，同前，第 25 页。

383 博尔夏德，同前，第 663 页。

202. 提出的另一个涉及发生损害时的国籍要件的问题是国民定义。有人在不同的索赔委员会面前争辩，认为在发生损害时作出意图成为某国国民的声明应足以满足持续国籍规则的要求。虽然美国—墨西哥一般索赔委员会有时接受这种以居住在新的国籍国作为证明的意图声明，视该国籍即相当于提出赔偿要求之始的国籍，但后来的国际索赔委员会却认为这一论点未能令人满意。[384]

203. “国籍持续性”一语使人产生误解，因为在实践中，很少会作出努力，设法追踪国籍从发生损害之日到提出赔偿要求之日期间的持续性，而只是对这两个日期加以考虑。[385] 因此，1925 年美国国际法学会 [386] 和 1965 年国际法学会 [387] 的提案规定，索赔权持有人只是在发生损害和提出赔偿要求时，必须是索赔国国民。这样，如果索赔权持有人随后变更国籍，或将索赔权转让给别国国民，以致索赔权最终属于某国国民，而在损害发生时，受损害人正是该国国民，则原国籍国可以支持这项赔偿要求。但是，这项规则的实用意义存有疑问。布里格斯在其向国际法学会提交的报告中强调了这一点：

> 如果国际法庭的司法裁决因此确立一项规则，规定一项赔偿要求如要获得受理，它必须在起始时和向某一国际法庭提出之日均持有索赔国国籍，则是否应有一项补充条件，规定在上述两个日期之间，这项赔偿要求必须持续具备国民性质？极少有人在法庭面前提出这样的问题。在国际法庭明白宣告一项赔偿要求从其起始到提出时必须持续具备国民性质的大多数案件中，法庭实际上是就以下问题作出裁决：一项赔偿要求是否在这两个关键日期之中的一个或在这两个关键日期都拥有索赔国国籍。(见上文的格利德尔案和弗拉克案和下文的 *Benchiton* 案)。在法庭所审理的案件中，下列情况既罕有又引起争议：一项赔偿要求在两个关键日期都拥有必要的国籍，但在这两个日期之间的时期内，却失去或重新获得这一国籍。[388]

204. 未能就持续性规则的内容达成协议的最明显示例莫过于对终止日期的定义之争，终止日期就是要求赔偿要求具有持续国籍的截止之日。下列日期曾被建议和采用为终止日期：政府支持其国民的赔偿要求之日；开始就赔偿要求进行外交谈判之日；提起索赔诉讼之日；签署、批准关于将争端交付仲裁的条约之日或该条约生效之日；提出赔偿要求之日；口头听讯结束之日；判决之日和解决之日。[389] 关于终止日期的争端的实际意义可由明妮·史蒂文斯·埃绍齐耶案加以说明：该人的赔偿要求被驳回，因为在提出赔偿要求至作出判决期间，她因与一名美国国民结婚而失去其英国国籍。[390] 对于终止日期的分歧大体上可解释为不同的公约被理解为规定了不同的日期。仲裁人帕克在《第五号行政决定》中明确指出：

> 对这些案件的多数裁决进行分析的结果表明，在每起案件中，裁决都受指导审案法庭的特定议定书的文字制约，这些文字将其管辖权限于以下赔偿要求：不仅起始即持有坚持赔偿要求的国家的国籍，而且持续地持有——在某些情况下直到提起索赔诉讼之日，在别的情况下直到向法庭提出这项索赔诉讼之日，在其他情况下直到作出判决之日，而在另一些情况下则直到解决之日。这种为管辖目的所规定的国籍持续期间之所以不统一，是因为每起案件均受特定指导性公约的文字制约。[391]

无论这种解释在多大程度上令人满意，它根本无法提供证据，清楚地列出可据以树立一项习惯规则的国家实践。

205. 持续国籍规则中争议最少的内容是赔偿要求必须源于对索赔国国民的损害的规定。根据博尔夏德的意见，

> 没有几项国际法原则比以下规则确立得更为牢固：为了证明外交支持是合理的，索赔权在产生时必须归属一名公民。

---

384 同上，第 662-663 页；以及惠勒，同前，第 91 页。

385 参见约瑟夫，同前，第 24-26 页；约瑟夫认为持续性是单独的第三个条件。

386 《1956 年……年鉴》(见上文脚注 365)。

387 见上文脚注 108。

388 如上，第 72-73 页。

389 惠勒，同前，第 75-80 页；布里格斯，如上，第 24 页及以后各页；辛克莱，如上，第 128-130 页；布朗利，《国际公法原则》，第 483-484 页；Schwarzenberger, 《国际法》，第 597-598 页；以及加西亚·阿马多尔，同前，第 504 页。

390 见上文脚注 361。

391 《美国国际法杂志》(见上文脚注 351)，第 616-617 页。

索赔权必须起始于国家的这项原则产生于一国政府与其公民的互惠关系：一方必须提供保护，而另一方则必须效忠。支持一项起始于外国的索赔权——因为它碰巧落在一名公民身上——将使该国政府成为索赔代理人。[392]

因此，一国不得为一名在损害之日后通过归化成为其国民的人索赔。有几项裁决坚持认为，允许这样做即准予新国籍国作为索赔代理人行事。[393] 归化没有追溯效力，它转移效忠对像，但不转移现有义务。然而，如损害是持续性损害，新国籍国可提起索赔诉讼。[394] 同一原则曾被适用于已故国民的外国后嗣的赔偿要求、将索赔权转让给外国受让人的情况 [395] 和保险代位等情况。[396] 这必然导致个别案件有不公正之处。

D. 持续性规则面临的法理学和政策方面的挑战.

206. 对持续性规则的异议不限于其不明确的内容和不公平之处，从理论观点看，它不仅不符合瓦泰尔关于损害个人即损害国家本身的拟制，而且也不符合日益把个人视为国际法主体的趋势。此外，在政策方面对这项规则也有强烈异议。为此，现在该是重新评估这项规则的时机了。

207. 外交保护以瓦泰尔关于损害国民即损害国家的概念为前提。[397] 逻辑似乎要求，对外侨的损害在发生损害时即立刻损及国籍国，为索赔的目的，该个人本身或国籍在后来的种种变更毫不相关。[398] 但在史蒂文森案 [399] 中，这一论点却被 1903 年英国—委内瑞拉索赔委员会驳回。在该案中，一名长期居住在委内瑞拉的英国臣民遭受到委内瑞拉当局的损害。在对索赔案进行仲裁之前，该受损害国民去世，其赔偿要求依法传给了其遗孀—依委内瑞拉法律为委内瑞拉国民—及其 12 名子女，其中 10 名依委内瑞拉法律也是委内瑞拉国民。英国代理争辩说，在一国对另一国提起的索赔诉讼中，索赔国是就其本身遭受的损害寻求补救，而不是仅仅代表其受损害国民行事。因此，受损害国民取得了被告国国籍的事实不应阻止索赔诉讼，因为索赔的依据是索赔国通过其国民而受到损害。仲裁人普洛姆利拒绝接受这一论点：

> 仲裁人并未注意到有这样的事例：国家之间仲裁员仅仅因此被要求或获准宣布损害一国尊严所涉的金钱价值。精通法律的大不列颠代理认为，在国际法庭面前提起的每一项涉及容忍的赔偿要求之下，始终都有被告国政府通过一国国民损害该国尊严的情况，虽然这种看法无疑是正确的，但在这种性质的委员会中，始终都有一名受损害国民能够向冒犯的被告国政府提出赔偿要求并得到它给予的金钱补偿。在仲裁人注意到的所有案件中—他孜孜不卷地寻找各种先例—法庭一直都要求必须有一个持有索赔国国籍的受益人，依法有权获得经核实的费用或缴款。法庭还规定，在授权国际法庭审理索赔案并作出相关规定的条约缔结之前和之时，这项权利应归属受益人。[400]

其他索赔委员会也赞同这种处理办法。[401]

---

[392] 同前，第 660 页。另见第 462、第 627-629 和第 637-638 页(同上)；格克，如上，第 1055 页；Shaw, 同前，第 565 页；布朗利，《国际公法原则》，第 483 页；约瑟夫，同前，第 24-25 页；帕里，如上，第 702 页；辛克莱，如上，第 126 页；以及 *Benchiton* 案，《1923 年至 1924 年国际公法案例文摘》，Sir John Fischer Williams 和 H. Lauterpacht 编辑(伦敦，朗曼格林书局，1933 年)，第 189 页。关于这个问题，Schwarzenberger 说，

> “除非指导文书要求另作解释，否则在发生损害之日(起始日期)，个人、公司或船只必须持有索赔国国籍。理由是索赔权属于提出这项赔偿要求的国际法主体。如在发生损害时，有关个人持有另一国籍或没有国籍，则索赔国并未遭受损害。”

(同前，第 597 页)。

[393] 《第五号行政决定》(见上文脚注 351)，第 614 页；以及阿尔比诺·阿比亚蒂案 (见上文脚注 353)。

[394] 博尔夏德，同前，第 661 页。“持续不法行为”的概念由奥地利提出，以允许它保护第二次世界大战后因为捷克斯洛伐克的财产没收措施而归化奥地利的“捷克裔德国人”(范·潘休斯，同前，第 95 页)。

[395] 史蒂文森案(见上文脚注 361)。

[396] 博尔夏德，同前，第 627-629 页和第 636-638 页；以及布朗利，《国际公法原则》，第 484-485 页。

[397] 见上文第 3 条评注，第 62 段。

[398] 欧康奈尔，同前，第 1034 页；格克，如上，第 1056 页；以及詹宁斯，如上，第 475-476 页。

[399] 史蒂文森案(见上文脚注 361)。

[400] 同上，第 506 页。

[401] 在米利亚尼案中，意大利—委内瑞拉委员会指出：

> “虽然对一名公民的违法行为依然是对国家的违法行为，但国际法庭面前的索赔者通常都是为其公民出面

208. 可以采用种种有效且合乎逻辑的理由来拒绝持续性规则，而仅仅确认国民受损害时的国籍国为索赔国。这的确是惠勒所主张的解决办法。[402] 但是，这种解决办法并非没有弱点，而惠勒也承认这一点。[403] 特别是，它没有考虑到个人在国际法律秩序中所承担的新角色。

209. 尽管个人尚未有资格成为国际法主体，[404] 但今天，个人的基本权利已获得协定国际法和习惯国际法的承认。国籍持续性规则和给予发生损害时的国籍国以唯一索赔权的瓦泰尔拟制，都不承认个人在当代国际法律秩序中的地位。早在 1932 年，波利提斯就强调这一点。当时，他成功地反对了博尔夏德建议国际法学会通过传统的国籍持续性规则的提案。[405] 后来，格克、[406] 欧康奈尔 [407] 和詹宁斯 [408] 等法学家都以类似理由批评这项规则。因此，拒绝接受持续国籍论为习惯国际法的实质性规则似乎是可取的。虽然在非自愿变更国籍的情况下，如国家继承的情况，持续国籍论会造成特殊的困难，但只就这种情况而加以拒绝是不对的。例如，婚姻可能涉及国籍的变更，而且是非自愿的变更，但似乎没有很好的理由说明为什么它对实施关于赔偿要求的国籍规则所产生的影响，应有别于国家继承的情况所产生的影响。[409]

210. 本条款草案第 3 条确认只有国籍国才有权为受损害个人实行外交保护，其主要理由是这将为个人提供最有效的保护。第 9 条允许新国籍国代表个人提起诉讼，这并未违背该项原则。但是，它允许索赔权随个人情况变化而变更，的确是在提起索赔诉讼方面注入了一定的灵活性，在更大程度上确认个人的权利，同时也承认国家可能是个人权利的最有效保护者。

211. 在政策方面主张持续国籍规则的主要理由是它可以防止滥用外交保护。[410] 莫雷曾暗示，如果没有这项规则，则一名受损害的人可“相继约请十多个国家政府为其赔偿要求出面，因为他可以将其效忠转移给每一个国家”。[411] 今天，这种意见自然被视为是毫无根据的空想。现代国家在授予国籍方面十分谨慎，在考虑归化问题之前，一般要求较长的居住期。假设或甚至暗示最有能力维护一项有效的外交保护权利主张的工业强国，会为了“收买”索赔权而以欺诈方式准予归化是荒谬的。[412] 即使它们这样做了，被告国在大多数情况下都将能成功地提出缺乏真正联系(如诺特博姆案 [413] 所要求那样)的论点，作为阻止诉讼之由。[414] 杰拉尔德·菲茨莫里斯爵士在巴塞罗那电车公司案的个别意见中表示：

> 过分严谨和总括地适用持续性规则可导致以下情况：重要的利益未受保护，索赔者未获支持，损害未予补救；这并非基于与案情实质有关的任何理由，而是因为纯粹的技术考虑会导致没有一个国家有权行事。今天，这种情况更难站得住脚，因为一向被视为持续性规则另一主要根据的理由(有时甚至被视为其真正的根源)已基本失去效力。这项理由就是必须防止滥用：如果索赔权可根据某一价值转让给某国国民，而该国政府又强迫被告国接受这些赔偿要求，就会导致滥用。[415]

的国家。很难说国家在其公民不再归属于它的情况下依然拥有索赔权。”

(见上文脚注 361)。另见赫斯托讨论的施图德案，“索赔的国籍”，第 168 页。

402 同前，第 264 页。

403 同上。

404 见上文第 189 段。

405 《国际法研究所年鉴》(见上文脚注 369)，第 487-488 页。另见加西亚·阿马多尔先生的第一次报告，《1956 年……年鉴》[英](上文脚注 40)，第 194 页。

406 如上，第 1055 页。

407 同前，第 1034-1036 页。

408 如上，第 476-477 页。

409 欧康奈尔，同前，第 1036 页；以及范·潘休斯，同前，第 92-94 页。

410 见上文第 192 段。

411 见上文脚注 354。

412 范·潘休斯，同前，第 92 页。

413 《1955 年国际法院汇编》(见上文脚注 52)，第 23 页。

414 见 Ohly，如上，第 288-289 页。

415 巴塞罗那电车公司案(见上文脚注 16)，第 101-102 页。另见 Ohly, 如上，第 286 页。

E. 结论

212. 传统的持续国籍“规则”已失去效用。它在个人权利得到国际法确认、国籍不能随意变更的世界里已没有位置。很难反对惠勒得出的结论意见，即：

> 无论如何，如果外交保护摆脱了持续规则的限制，其效能将大大增加。[416]

第 9 条旨在使外交保护制度从持续性规则的枷锁中解放出来，并确定一种灵活制度，既与当代国际法相符，同时又考虑到可能被滥用的忧虑，该项规则正是受这些忧虑的激发而制订的。

213. 第 9 条第 1 款允许一国代表一名在遭受前国籍国以外的其他国家损害后确实取得该国国籍的人索赔，但须原国籍国未曾或并非正在针对这一损害实行外交保护。

214. 有若干因素确保这项规则不会导致不稳定和滥用。第一，根据瓦泰尔拟制，它确认应优先考虑由原籍国提出的赔偿要求。只有在原国籍国没有这样做而个人又变更了其国籍的情况下，索赔权才追随个人。第二，变更了国籍的受损害个人无法选择可由哪一个国家代表其索赔：原国籍国或新国籍国。只有新国籍国可以提起索赔诉讼，而且还要新国籍国选择这样做。

215. 第三，新的国籍必须本着诚意取得。[417] 如取得新的国籍只是为了得到新的保护国，这通常会成为欺诈性归化的证据。[418] 博尔夏德 1934 年批评指出，这“使动机与非法或欺诈行为混为一谈”，[419] 这并非毫无实质意义。但是，在*诺特博姆案*之后的世界上，如果有任何迹象暗示归化并非本着诚意取得，而且个人与国家之间没有任何联系因素，那么，没有国家会为一名这样的归化国民提起诉讼。

216. 第 9 条第 2 款将上述原则延用于索赔权的转让。

217. 第 9 条第 3 款确保原国籍国在其国家利益因其国民遭受损害而受到影响的情况下有权索赔。第 1 款的但书也承认原国籍国的特有权利。这再次确认了本条款草案第 3 条所载的原则。

218. 废除持续性规则决不会致使新国籍国能够代表其新国民就该人仍然是先前国籍国国民时所受可归于该国的损害向该国索赔。赫尔姆斯—伯顿立法[420] 旨在允许归化美籍的古巴人提起诉讼，以追索对他们仍是古巴国民时古巴政府对其所造成损失的赔偿；[421] 该项法律面临的敌意反应表明这一后果令人无法接受。第 9 条第 4 款确保这种情况不会发生，它利用了奥雷戈·比库尼亚向国际法协会提出的建议所获取的支持。[422]

---

[416] 同前，第 268 页。

[417] 该项条件载于奥雷戈·比库尼亚向国际法协会提出的建议内，《不断演变的国际索赔法律》，规则 10。

[418] 见《国际法研究所年鉴》(上文脚注 369)，第 487-488 页。

[419] 《国外公民的外交保护》，第 384 页。

[420] 1996 年《古巴自由和民主团结法》，《国际法律资料》，第三十五卷，第 1 号(1996 年 1 月)，第 357 页。

[421] 见 Lowe, “US extraterritorial jurisdiction: the Helms-Burton and D’Amato acts”，第 386-388 页。

[422] 《不断演变的国际索赔法律》，规则 10。另见波利提斯向国际法学会所作的发言，《国际法研究所年鉴》(上文脚注 369)，第 487-488 页。

国家的单方面行为

[议程项目 **7**]

A/CN.4/505 号文件

特别报告员维克托·罗德里格斯·塞德尼奥先生关于国家的单方面行为的第三次报告

[原件：英文/法文/西班牙文]

[2000 年 2 月 17 日]

目　录

	段　次	页　次
本报告引用的多边文书		288
本报告引用的著作		289
导言	1-27	289
一. 一般意见和第三次报告的结构	1-7	289
二. 初步问题	8-27	291
A. 专题的相关性	9-14	291
B. 单方面行为条款草案与 1969 年《维也纳公约》之间的关系	15-22	291
C. 不容反悔和单方面行为	23-27	292
重新拟订先前条款草案第 1 至第 7 条	28-167	293
一. 一般意见	28-29	293
二. 国家的单方面行为的定义	30-80	293
A. 特别报告员的意见	30-79	293
1. 行为国的意图	32-36	293
2. “行为”一语的使用	37-47	294
3. 单方面行为的法律效力	48-59	295
4. 单方面行为的“自主性”	60-69	297
5. 单方面行为的“明确性”	70-77	298
6. 单方面行为的“公开性”	78-79	298
B. 新条款草案第 1 条：单方面行为的定义	80	299
三. 删除先前关于本条款草案范围的条款草案第 1 条	81-85	299

	段次	页次
四. 应否在条款草案中列入一条基于 1969 年《维也纳公约》第三条的条文	86-90	299
五. 国家作出单方面行为的能力	91-92	300
A. 特别报告员的意见	91	300
B. 新条款草案第 2 条：国家作出单方面行为的能力	92	300
六. 受权以国家名义作出单方面行为的人	93-115	300
A. 特别报告员的意见	93-114	300
B. 新条款草案第 3 条：受权以国家名义作出单方面行为的人	115	302
七. 事后确认未经授权的人所作行为	116-121	303
A. 特别报告员的意见	116-120	303
B. 新条款草案第 4 条：事后确认未经授权的人所作行为	121	303
八. 删除先前关于表示同意的条款草案第 6 条	122-133	303
A. 删除该条草案的可取之处	122-125	303
B. 沉默与单方面行为	126-133	304
九. 单方面行为无效	134-167	304
A. 特别报告员的意见	134-166	304
B. 新条款草案第 5 条：单方面行为无效	167	307

本报告引用的多边文书

	来源
《关于废弃战争作为国家政策工具的一般条约》(《凯洛格-白里安条约》) [英](1928 年 8 月 27 日，巴黎)	国际联盟，《条约汇编》，第 94 卷，第 2137 号，第 57 页。
《维也纳条约法公约》(1969 年 5 月 23 日，维也纳)	联合国，《条约汇编》，第 1155 卷，第 18232 号，第 331 页。
《联合国海洋法公约》(1982 年 12 月 10 日，蒙特哥湾)	同上，第 1833 卷，第 31363 号，第 3 页。
《关于国家和国际组织间或国际组织相互间条约法的维也纳公约》(1986 年 3 月 21 日，维也纳)	A/CONF.129/15。
《马拉喀什建立世界贸易组织协定》[英](1994 年 4 月 15 日，马拉喀什)	联合国，《条约汇编》，第 1867 卷，第 31874 号，第 3 页。
附件 1 B：《服务贸易总协定》[英]	同上，第 1869 卷，第 31874 号，第 181 页。
《美洲国家反腐败公约》[英](1996 年 3 月 29 日，加拉加斯)	E/1996/99。

本报告引用的著作

CAFLISCH, Lucius

"La pratique suisse en matière de droit international public 1995", *Swiss Review of International and European Law* (Zürich), vol. 6, 1996.

"La pratique suisse en matière de droit international public 1998", *Swiss Review of International and European Law* (Zürich), vol. 9, 1999, pp. 639–651.

DI QUAL, Lino

Les effets des résolutions des Nations Unies. Paris, LGDJ, 1967.

DUPUY, Pierre-Marie

Droit international public. 5th ed. Paris, Dalloz, 2000.

GOODRICH, Leland M. and Edvard HAMBRO

Charter of the United Nations: Commentary and Documents. Boston. World Peace Foundation, 1946.

Commentaire de la Charte des Nations Unies. Neuchâtel, Éditions de la Baconnière, 1948.

REUTER, Paul

Droit international public. 7th ed. Paris, Presses Universitaires de France, 1993.

ROUSSEAU, Charles

Droit international public, vol. I, *Introduction et sources*. Paris, Sirey, 1970.

SKUBISZEWSKI, Krzysztof

"Unilateral acts of States", *in* Mohammed Bedjaoui, ed., *International Law: Achievements and Prospects*. Paris, UNESCO and Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1991, pp. 221–240.

VERHOEVEN, Joe

"Les nullités du droit des gens", *in* Prosper Weil, ed., *Droit International 1*. Paris, Pedone, 1981.

WHITEMAN, Marjorie M.

Digest of International Law. Vol. 4. Washington, D.C., 1965.

ZEMANEK, K.

"Unilateral legal acts revisited", *in* Karel Wellens, ed., *International Law—Theory and Practice: Essays in Honour of Eric Suy*. The Hague, Martinus Nijhoff, 1998.

导 言

一. 一般意见和第三次报告的结构

1. 国家的单方面行为这一主题是一个非常复杂的主题，主要是因为从实际观点来看，这种行为的种类繁多，以至很难制定适用于所有种类的共同规则。

2. 为了促进国际法委员会尤其是自 1996 年以来展开的工作，必须以最适当的方式审议委员会委员和各国政府以书面形式提出的或在大会第六委员会上发表的各种评论和意见。

3. 在 1998 年[1]和 1999 年[2]提出关于这个专题的报告后，考虑到那些评论和意见，似乎应将第三次报告分为两个部分：第一部分阐明、完善甚至订正以前提出

[1] 《1998 年……年鉴》[英]，第二卷(第一部分)，第 319 页，A/CN.4/486 号文件。

[2] 《1999 年……年鉴》[英]，第二卷(第一部分)，第 195 页，A/CN.4/500 和 Add.1 号文件。

的一些概念；第二部分根据委员会本身建议处理的问题，提出一些条款草案及相关评论。

4. 委员会 1999 年第五十一届会议曾在第 2593 至 2596 次会议和第 2603 次会议上审议这个专题。当时，委员会应特别报告员要求设立了一个工作组，任务是“(*a*) 议定单方面行为的切实可行之定义的基本内容，作为进一步研讨这一专题和收集有关国家实践经验的出发点；(*b*) 制定关于应该收集哪些国家实践的一般准则；(*c*) 确定关于特别报告员今后应该如何工作的方针”。[3] 工作组提出了一份报告，[4] 其中发表了若干值得思考的评论，对于这些评论，编写第三次报告时已予适当考虑，在委员会上亦引起精彩的辩论。[5]

5. 有关这个专题的学说和判例已得到广泛讨论，但实践方面得到的考虑相对较少。实践方面的研究有时很难系统化，为了使该专题易于研究，委员会曾要求秘书处与特别报告员协商，向各国政府分发一份问题单，请求它们提供有关单方面行为方面的实践资料，特别是：单方面行为的种类；以国家名义通过单方面行为行事的能力；单方面行为的形式、内容、法律效力、重要性、效用和价值；可适用于这些行为的解释规则及这些行为的持续期间和可撤销性。[6] 秘书处于 1999 年 9 月 30 日向各国政府寄发了上述问题单，大会在 1999 年 12 月 9 日第 54/111 号决议第 4 段中请各国政府至迟在 2000 年 3 月 1 日之前作出答复。值得注意的是，一些代表团在第六委员会提到了问题单中有所述及的该专题的某些具体方面。[7]

6. 尽管在编写本报告时尚未收到各国政府的资料，但对若干国家专门出版物中所述的一些国家实践进行了研究。

7. 如上文所述，第三次报告分为两部分，在这两部分之前，另有三个需要解决的初步问题：第一，专题的相关性；第二，单方面行为条款草案与 1969 年《维也纳条约法公约》之间的关系；第三，不容反悔问题与单方面行为。讨论完这三个问题后，第三次报告将采取如下结构：

重新拟订上次条款草案
第 1 至第 7 条

1. 新的条款草案第 1 条：单方面行为的定义。

2. 删除上次关于条款草案范围的条款草案第 1 条。

3. 应否在条款草案中列入一条基于 1969 年《维也纳公约》第三条的条文。

4. 新的条款草案第 2 条：国家作出单方面行为的能力。

5. 新的条款草案第 3 条：受权以国家名义作出单方面行为的人。

6. 新的条款草案第 4 条：事后确认未经授权的人所作行为。

7. 删除先前关于表示同意的条款草案第 6 条。

8. 新的条款草案第 5 条：单方面行为无效。

---

[3] 同上，第二卷(第二部分)，第 137 页，第 581 段。

[4] 同上，第 137-139 页，第 577-597 段。

[5] 同上，第一卷，第 2603 次会议，第 260-265 页，第 1-46 段。

[6] 同上，第二卷(第二部分)，第 138-139 页，第 593-594 段。

[7] “大会第五十四届会议期间第六委员会讨论委员会报告的专题摘要”(A/CN.4/504)，第 20-21 页，第 148-156 段。

二. 初步问题

8. 在研究国家的单方面行为时，似乎应审查三个基本问题，并采取坚定立场，以推进这项专题的工作。

A. 专题的相关性

9. 首先，从委员会委员和各国政府出席第六委员会的代表几乎一致的意见可以看出，毫无疑问，国家在其国际关系上越来越常使用单方面行为，同时，这种行为占有重要地位，有必要拟订具体规则以规范其运作。

10. 不妨回顾，委员会 1997 年第四十九届会议设立的工作组审议了研究这些行为的理由，着重指出，“国家在国际领域中的行为，经常采取意图产生法律效力的单方面行为”。[8] 委员会根据它为审议该项专题而设立的工作组的建议，于 1997 年和 1998 年重申这一观点。

11. 国际法的渊源这一专题在 1949 年经秘书处定为编纂的专题，不能认为该项专题已讨论无遗。在这一背景下，委员会 1996 年第四十八届会议通过的长期工作方案报告指出，在所提议的专题之中，单方面行为专题是一个适于立即进行审议的主题。委员会当时认为，该项专题的范围已充分界定，同时，国家经常采用单方面行为，因此，可对国家的实践情况进行研究，以拟订一般法律原则。[9]

12. 委员会 1999 年第五十一届会议发表评论，赞成该项建议。一位委员说，“这类行为是开展日常外交工作的最普通方法，但其适用的法律制度，无论从学术著作还是实践做法来看，都不确定。由于国际法的功能在于确保国际关系的稳定和可预测性，必须建立某种制度以防止单方面行为变成争端、甚或冲突的起源”。[10]

13. 在第六委员会，一些代表强调了该专题的相关性。关于这点，有人指出，无论从国际法的理论还是实践上说，状况都很复杂，这不仅是由于单方面行为的种类极为繁多，也是由于这类行为普遍存在于国际关系当中，是国家表达其意愿的最直接方法，也是国家开展日常外交工作的手段。国家实践和先例证实这些行为可以产生法律效力，形成国家权利和义务。[11]

14. 因此，毫无疑问，所进行的工作是相关的，必须继续推进，以满足大会的要求，并使委员会的工作具有连贯性。

B. 单方面行为条款草案与 1969 年《维也纳公约》之间的关系

15. 第二个初步问题是重新考虑 1969 年《维也纳公约》作为委员会该专题工作重要灵感来源的重要性。

16. 国际法委员会一些委员和第六委员会一些代表认为，迄今为止，处理这个专题时所采用的办法与 1969 年《维也纳公约》关系过于密切；相反的，其他一些人则认为单方面行为方面的工作远离了条约法，一些人甚至提到有必要同时考虑 1986 年《关于国家和国际组织间或国际组织相互间条约法的维也纳公约》。

17. 先前关于这个专题的报告曾经指出，1969 年《维也纳公约》对委员会这个专题的工作来说，是一个极其有效的灵感来源。对于这种关系，委员会许多委员 [12] 以及一些出席第六委员会的国家代表都曾发表

---

[8] 《1997 年……年鉴》[英]，第二卷(第二部分)，第 64 页，第 196 段。

[9] 《1996 年……年鉴》[英]，第二卷(第二部分)，附件二，增编 3, 第 141 页，第 1-3 段。

[10] 《1999 年……年鉴》[英]，第一卷，第 2595 次会议，哈夫纳先生的发言，第 204-205 页，第 27 段。

[11] A/CN.4/504 (见上文脚注 7)，第 17 页，第 115 段。

[12] 《1999 年……年鉴》[英]，第二卷(第二部分)，第 133-134 页，第 534-535 段。

评论，有些赞同特别报告员的主张，有些则认为(见上文)除了 1969 年《维也纳公约》之外，还应与 1986 年《维也纳公约》建立紧密联系。但是，还有一些代表指出无需这样紧靠 1969 年《公约》，因为条约行为与单方面行为之间存有差异。[13]

18. 委员会 1996 年通过的长期工作方案报告指出，“虽然条约法和适用于国家的单方面行为的法律在许多方面有所不同，现行的条约法无疑可作为一个有用的出发点和一个处理单方面行为规范的参照基准。”[14]

19. 1999 年向委员会提出第二次报告时指出，1969 年《维也纳公约》是单方面行为工作的一个非常重要的参照点；[15] 但这并不表示这项《公约》的一切规则会自动移用于单方面行为条款草案。

20. 当然，参照基准必须具有弹性，应谨记单方面行为的特殊性质：众所周知，这种行为的主要特性在于其作出是单方面的，行为的对象国并无参与。在这一意义上，这两类行为之间确实存在重大差异，但同样的，这两类行为之间也确实有一些共同点，在进行本项研究时必须加以考虑。

21. 特别报告员认为，最适当的办法是依循 1969 年《维也纳公约》的方法和结构，1986 年《维也纳公约》也是这样做的。同样重要的是，也应以最适当的方式考虑到委员会拟订 1969 年《维也纳公约》草案时的工作，以及在第六委员会和维也纳联合国条约法会议上的辩论情况，这些辩论反映出了当时所拟订规则的意义。

22. 因此，这个问题应予彻底解决，采用与条约法工作和 1969 年《维也纳公约》保持弹性平行的方式，并按我们现在所审议的单方面行为加以调整。

C. 不容反悔和单方面行为

23. 第三，在开始本报告第一部分之前(基本上是概述这个专题的处理情况)，似乎应简要提及不容反悔的问题及其与单方面行为的关系；各国政府代表在第六委员会上曾多次提及这一问题。

24. 阻止或不容反悔的原则(西班牙法律中使用“*regla de los actos propios*”一语)是一项一般法律原则，其在国际法上的效力已获得普遍承认，这点从许多司法裁决中就可以看出，包括国际法院对西班牙国王的仲裁裁决案[16]和柏威夏寺案[17]的裁决(先前的报告对这两起案件已有评论)。

25. 单方面行为与不容反悔相关行为之间无疑存在着联系。可能导致援引不容反悔原则的行为是国家的单方面行为，但与单方面行为的定义相比，其重要性与单方面行为的适用关系更为密切。

26. 必须着重指出的是，不容反悔原则不仅可能出现于一项行为，也可能出现于一项不行为，例如柏威夏寺案就是这种情况：国际法院指出，“即使对 1908 年暹罗是否已接受地图，进而接受地图所示边界尚有疑问，本法院考虑到其后的事态发展，认为从泰国的行为看来，泰国今天已不得声称它未曾接受这一边界。50 年来，该国享受了 1904 年《条约》给予它的利益，亦即稳定边界的利益。法国……和柬埔寨都相信泰国已接受这一边界”。[18] 在该案中，法院适用不容反悔原则，但如泰国代表在 1968-1969 年联合国条约法会议上表明的那样，泰国认为“泰国是国际法院适用不容反悔原则的受害者”。[19] 此外，在西班牙国王的仲裁裁决案中，国际法院也表示，“尼加拉瓜已通过明确声明及其行为，承认裁决的有效性”。[20]

---

[13] A/CN.4/504 (见上文脚注 7)，第 19-20 页，第 140-145 段。

[14] 《1996 年……年鉴》[英] (见上文脚注 9)，第 3(*d*)段。

[15] 《1999 年……年鉴》[英] (见上文脚注 12)，第 136 页，第 567 段。

[16] 1906 年 12 月 23 日西班牙国王的仲裁裁决案，判决，《1960 年国际法院汇编》，第 213-214 页。

[17] 柏威夏寺案，案情，判决，《1962 年国际法院汇编》，第 23-32 页。

[18] 同上，第 32 页。

[19] 素帕蒙空先生的发言，引述于 Verhoeven, “Les nullités du droit des gens”，第 83 页。

[20] 《1960 年国际法院汇编》(见上文脚注 16)，第 213 页。

27. 应当谨记的是，如先前报告所指出的，与不容反悔原则有关的行为和动作，其明确目的并不是为行为国建立法律义务；此外，不容反悔原则的独特要素不是国家的行为，而是另一国对该行为的信任。

重新拟订先前条款草案第 1 至第 7 条

一. 一般意见

28. 在委员会看来，毫无疑问，特别报告员的工作就是协助委员会根据其报告审议这个专题；特别报告员的报告不仅要考虑到学说、判例和各国实践，也要考虑到委员会委员和各国政府以书面形式和在大会上提出的评论。[21]

29. 考虑到上述内容，应对先前在条款草案第 2 条中提出的单方面行为的定义进行讨论，最后必将提出新的案文。同时，还应审议是否有必要保留先前关于条款草案的范围的第 1 条，以及是否应该根据 1969 年《维也纳公约》第三条，列入一项规定，述及不属《公约》范围的国际协定的法律效力和适用国际法。

[21] 特别报告员的职责，见《1996 年……年鉴》[英] (上文脚注 9)，第 90-92 页，第 185-201 段。

二. 国家的单方面行为的定义

A. 特别报告员的意见

30. 特别报告员和国际法委员会要面对的最复杂问题之一就是国家的单方面行为的定义，因为它是国家的单方面行为条款草案的基础。关于这项专题的工作若要取得进展，必须就国家的单方面行为的定义达成最终协定。

31. 特别是，要重新审议以下几点：

(*a*) 行为国的意图；

(*b*) “行为”一语的使用，大多数意见认为，其范围比“声明”一语广泛；

(*c*) 单方面行为的法律效果：权利和义务；

(*d*) 单方面行为的自主性或不依靠性；

(*e*) 单方面行为的“明确性”；

(*f*) 单方面行为的“公开性”。

1. 行为国的意图

32. 自最初审议这个专题以来，委员会在排除了国家的若干行动和行为之后，仔细审议了各种国家的单方面行为，得出结论认为有些单方面行为可以产生法律效力；这使得其有别于其他纯政治性并因而不产生法律效力的行为，尽管后者在国际关系中也占据重要地位。

33. 众所周知，有些单方面行为产生或可以产生国际性的法律效力，其他一些则明显应被排除在外，它们只是政治性的。显然，要将这两类行为加以区分，无论从概念角度还是从行为本身的性质而论，都很困难。很难确定各种情况下的某一行为是否产生法律效力，也就是说，作出行为时是否有此意图。

34. 行为国的意图十分重要，但这一点仍引起一些疑虑，因为想确定各种情况下的意图要素是不可能的。

有一位代表在第六委员会中指出，可以肯定的是，国家的一切行为原则上都是政治性的，但若干行为可能是法律性的，如果行为国意图如此的话；[22] 不过必须承认，意图往往很难证明，甚至有行为国作出了单方面行为，但却没有实现其意图的情况；[23] 对于后一种说法，特别报告员不能同意，因为法律行为是一种意愿表示，反映国家的意图。

35. 如果一国在作出行为时并不认为这相当于一项法律承诺，则根据当前的含义，不得将该行为界定为单方面性。如果行为国并不将该行为视为一项法律承诺，那么，这一行为就更像是一种动作或态度，它可能会产生法律效力，却不能被视为严格意义上的法律行为。

36. 尽管用于确定是否存在可产生法律效力的单方面行为的标准可能会引起一些疑问，但特别报告员认为提及国家的意图是绝对合理的。

2. “行为”一语的使用

37. 新的条款草案第 1 条用“单方面行为”一语代替先前案文中的“单方面声明”，为的是顾及国际法委员会某些委员和第六委员会某些代表表示的忧虑，但必须指出的是，工作组和委员会 1999 年通过的实际定义中所用的是单方面声明。

38. 应该指出的是，“单方面声明”一语曾出现在委员会以往的著作中，不过当时是以条约法为背景。1960 年，特别报告员杰拉尔德·菲茨莫里斯爵士第五次报告中提出的条款草案第 22 条规定，“一国作出有利于一个或多个或所有其他国家或对这些国家承担义务的单方面声明，而按照国际法一般规则，作出声明的形式或情况要求声明国承担具有法律约束力的承诺，其他国家则有充分权利要求履行声明中所述承诺”。[24]

39. 这一措辞对研究单方面行为很重要，尽管在特别报告员提出的条款草案中，它位于述及条约缔约国或单独一方的行动所产生有利效果的部分。

40. 特别报告员认为，对“声明”一语所作的评论是有益的，因为如我们所指出的，国家的单方面行为大部分(如果不是全部)都是经由声明作出的，反过来，这些声明含有各种不同的实质行为，例如抗议、放弃、承认、承诺和宣战、宣布停止敌对、宣布中立等等。

41. 单方面行为有各种不同形式。在实践中可以看到以口头声明或书面声明形式作出的行为。国家以声明方式作出单方面行为时，声明不一定是书面的。在实践中，有些单方面声明是口头作出的，但其后以书面形式确认，例如 1919 年 7 月 22 日挪威外交部长作出的伊伦声明就是这种情况。[25]

42. 与解除若干国家外债有关的单方面行为是各国新近实践中的一个重要示例。这些单方面行为由国内机构作出，通过声明国外交机构通知对象国。

43. 在米奇飓风使中美洲遭受巨大损害之后，西班牙部长委员会于 1998 年 11 月 28 日决定解除伯利兹、多米尼加共和国、萨尔瓦多、洪都拉斯和尼加拉瓜所负的发展援助基金债务，它在《国家公报》中公布了此项决定，同时通过外交渠道通知了对象国。

44. 可以说，西班牙的这一行为是一项单方面行为，由国家主管机关作出，意图在国际上产生法律效力，予以公布并提请对象国注意。

45. 此外，单方面书面声明也可经由包括声明或公报在内的各种不同文件发出、公布和通知对象国，这些文件虽然由两个或两个以上国家共同编制，但亦可被称作是单方面的，例如特别报告员第一次报告提到的墨西哥和委内瑞拉政府签订的联合声明。[26] 此外，这种单方面声明也可由国家以未签署的新闻公报的方式

---

[22] A/CN.4/504(见上文脚注 7)，第 17-18 页，第 119 段。

[23] 同上，第 18 页，第 120 段。

[24] 《1960 年……年鉴》[英]，第二卷，A/CN.4/130 号文件，第 22 条，“给予他国权利的单方面声明”，第 81 页，第 1 款。

[25] 见东格陵兰法律地位案，1933 年的判决，《常设国际法院汇编》，A/B 辑，第 53 号，第 69-70 页。

[26] 《1998 年……年鉴》[英] (见上文脚注 1)，第 329 页，第 83 段。

作出，例如委内瑞拉政府 1998 年 9 月 3 日以新闻公报方式作出的承认行为，该公报声明委内瑞拉决定承认巴勒斯坦解放组织为巴勒斯坦人民的合法代表。[27]

46. 在这方面，应该指出的是，一项国际行为所采用的形式并不影响其法律效力；重要的是，要确定行为国作出法律承诺的意愿，正如国际法院在*爱琴海大陆架案*中所指出的那样：在该案中，国际法院认为外交部长会议结束时发表的新闻公报，无论其内容如何，反映出当事国之间的协议；[28] 在如下情况中，这一标准完全可以适用于单方面行为：声明作出时虽未经签署，但从其解释可以推断它反映出声明国意图在与他国或某一个或几个国际组织的关系中承担承诺。

47. 尽管如此，为了顾及一派很重要的意见，还是使用了“行为”一语，因许多意见认为，这个用语含义比较广泛，限制性不强，可以消除一些人的疑虑，即条款草案最后可能会将声明以外的任何行为——很难确定哪些行为——排除在外；另外一些人则持不同意见。[29] 如此一来，就做到了尊重国际法委员会在审议国家的单方面行为方面所负的任务。

3. 单方面行为的法律效力

48. 特别报告员第二次报告[30]内提出的条款草案第 2 条阐明，所表示的意愿与行为国在与他国或国际组织的关系上所承担的义务有关，但没有一般性地提及法律效力。事实上，法律效力可能不以承担义务为限，同时也包括取得权利在内。

49. 作出单方面行为的国家既可能承担义务，也可能确认其权利。但行为国不能未经他国或某一国际组织同意即通过单方面行为将某些义务强加于它们；这一点所依据的，是一项明确确立并已被接受的一般法律原则：协定不得使第三者负担义务亦不得给予利益；该项原则适用于条约法，须与另一项得到同样认可的原则——他人之间的行为——一并考虑，其直接影响就是，一项条约的适用原则上讲仅限于该条约的缔约国。如卢梭所说，原则上讲，条约只有相对效力。它不能损害第三者，也不能给予第三者利益。条约的法律效力严格限于缔约国之间。[31]

50. 实践也确认了这一理论，例如尼加拉瓜政府就可能影响到尼加拉瓜权利的哥伦比亚与洪都拉斯之间在加勒比海的海洋划界条约作出声明，表示对尼加拉瓜而言，从法律意义上讲，该条约是所谓的他人之间的行为，也就是说，该条约没有为哥伦比亚和洪都拉斯创设任何与尼加拉瓜有关的权利。此外，按照习惯国际法规则和条约法规则，法律文书未经第三国同意不得为第三国创设义务和权利。[32]

51. 其他一些司法判例也表明此点，特别是常设国际法院在*德国在上西里西亚的某些利益案*[33]和*上萨瓦及节克斯自由区案*[34]中所作的裁决。

52. 法律学说体现了一种近乎一致的意见：国家未经他国同意不得强加他国义务。如迪普伊所指出的：事实上，传统的唯意志实证主义认为以下原则是一个障碍：一个国家可以经由单方面意愿表达决定另一个同为主权国家的国家的意愿。[35] 当然，国家在行使其主权权利时可以单方面行事，但只能重申其权利，而不能通过在未获得第三方同意的情况下将义务强加于第三方，来取得一种新权利。如斯库比谢夫斯基所指出的，“单方面行为不能将义务强加于他国，但可以促使他国履行其按照一般国际法或条约所负的某些义务。”[36]

---

[27] 《委内瑞拉共和国黄皮书》(加拉加斯，外交部，1999 年)，第 1020 页。

[28] *爱琴海大陆架案*，判决，《1978 年国际法院汇编》，第 41-44 页，第 100-108 段。

[29] 瑞士出席第六委员会的代表指出，这种(单方面)行为往往(但非一定)采取声明形式；见 Caflisch, “La pratique suisse en matière de droit international public 1998”，第 651 页。

[30] 见上文脚注 2。

[31] 卢梭，《国际公法》，第 453-454 页。

[32] *Consideraciones sobre un tratado entre terceros Estados que pretende lesionar la soberanía de Nicaragua,* 第四部分，结论 (马那瓜，外交部，1999 年 12 月)。

[33] 案情，1926 年第 7 号判决，《常设国际法院汇编》，A 辑，第 7 号，第 29 页。

[34] 1932 年的判决，《常设国际法院汇编》，A/B 辑，第 46 号，第 141 页。

[35] 迪普伊，《国际公法》，第 317-318 页，第 335 段。

[36] 斯库比谢夫斯基，“国家的单方面行为”，第 233 页。

53. 但是，从实例的研究中，我们注意到，一国如经对象国同意，可经由单方面行为使对象国承担义务，中立宣言似乎就是这种情况；奥地利政府发布的宣言是一个很好的示例。[37] 在这方面，国际法委员会里有委员指出，中立宣言如未得到他国赞同，即不对他国产生效力。[38]

54. 国家也可以经由单方面行为将义务加于一个或多个国家，这种单方面行为可能源于国内，但按照国际法，可适用于国际范围。前文评论过的一些单方面声明就是这种情况，这些声明意在确定行使主权权利，特别是对专属经济区，并以《联合国海洋法公约》所列一般国际法规则为基础；但若干作者认为与国际法相比，这些单方面行为更多地属于国内法范围。[39]

55. 一国经由先前一项协定取得的权利也可能由于另一国的单方面行为而受到削减，例如尼加拉瓜政府根据《马拉喀什建立世界贸易组织协定》第二十一条(*b*)项(三)目和《服务贸易总协定》第十四条之二第 1 款(*b*)项(三)目采取的单方面措施就是这种情况。

56. 在上述情况中，尼加拉瓜采取的单方面措施可能会影响到哥伦比亚和洪都拉斯的权利，因为尼加拉瓜认为 1986 年 8 月 2 日哥伦比亚与洪都拉斯两国签署的《在加勒比海的海洋划界条约》危害到尼加拉瓜国家的安全；这个问题目前仍在世贸组织内进行协商。

57. 尼加拉瓜政府对来自哥伦比亚和洪都拉斯的产品进口采取特殊措施，会影响到哥伦比亚和洪都拉斯两国根据先前的全球性和次区域贸易协定取得的权利。但这一情况并不涉及经由单方面行为对第三方强加义务的问题，而是先前取得的权利被削减的问题，因为先前的条约规定准许既定制度存在例外，上文引述的《马拉喀什协定》的条文就是这种情况。

58. 另一个问题以前虽曾提过，但值得进一步作出评论，那就是一个或多个国家根据国内法律行为，而非根据先前存在的协定或国际法任何规则采取单方面措施的问题。例如，一国单方面实施商业封锁就是这种情况，特别是 1996 年《古巴自由和民主团结法》(《赫尔姆斯—伯顿法》)，[40] 在这种情况中，一国意图把某些义务强加于他国，依照人们的普遍意见，这有违国际法。

59. “产生法律效力”一语含义较为广泛，因其包括许多种不同情况，不能将其视为一种允许性规定，借以使各国能够经由单方面行为便在未经他国同意的情况下将义务强加于他国，尽管各国确实可以重申这些行为。特别报告员提交 1999 年设立的工作组的报告时曾指出，委员会和工作组讨论之后得出结论认为，案文最好使用“意图在国际范围产生法律效力”这样的措辞。[41]

---

[37] 关于奥地利的单方面行为，见泽马涅克，“重新探讨单方面行为”，第 212-213 页：

> “单方面行为如只规定行为国的义务，则不需获得正式接受，即具有法律效力。但是，如果单方面行为影响到他国，则必须将该行为通知他国，并等其收到通知，让它有机会作出反应。
>
> “单方面行为是自成一类的，它……可能默示地影响到他国的权利。因此，这种行为必须获得接受或至少是获得承认才能达成法律效力。下面的示例显示了正确确定的困难：1990 年 11 月 6 日，奥地利政府在给 1955 年奥地利《国家条约》四个签字国(法国、联合王国、美国和苏联)的一项照会中声明，该条约有六项条文已经作废。这个声明似乎是在陈述一个既成事实。为了支持这一声明，奥地利政府提出这样的一个论点：这些条文与德国先前的局势有关，但这一局势由于 1990 年 9 月 12 日德国和上述四签字国签订条约而发生了变更。奥地利政府认为，这项新条约表示四强改变了它们对自己权利的意见；此外，这些条文从来没有适用过。美国政府答复说‘美国同意奥地利政府的观点’，这表示美国支持奥地利的声明具有宣告性质；但苏联的答复只说苏联政府‘不反对’，法国政府的答复是‘对奥地利的照会……表示同意’，这似乎表示这项声明构成单方面行为，需要得到接受。”

[38] 《1999 年……年鉴》[英] (见上文脚注 10)，第 2596 次会议，第 212 页，第 43 段。

[39] 保罗·路透，《国际公法》，第 144 页。

[40] 《国际法律资料》，第三十五卷，第 2 号(1996 年 3 月)，第 359 页。

[41] 《1999 年……年鉴》[英](见上文脚注 10)，第 2603 次会议，第 261 页，第 4 段。

4. 单方面行为的“自主性”

60. 另一个值得特别关注的问题，是单方面行为的不依靠性。一方面，可以肯定的是，单方面行为不依靠先前的一项行为，也就是说不依靠先前的意愿表达，尽管所有的单方面行为都以国际法为基础；另一方面，单方面行为无论是否得到对象国的接受，都产生法律效力；关于这一点，委员会内有各种不同立场和意见。

61. 这种标准不能从太过广泛的意义上去解释。固然，一项法律行为会与先前的规则有关，尤其是与一般国际法规则有关，但不能将这样广泛的方针用作确定行为自主性的标准。如果这样做，就是通过这项标准，排除与其他制度有关的行为，例如与条约法有关的一切行为。

62. 我们现在处理的单方面行为，是在作出之时诞生的，当然亦须符合必要的有效性规定，但无须获得对象国或国际组织的接受，或同样意义的任何行为或行动。

63. 先前的报告认为使用“自主”一语比较适当，但在讨论特别报告员第二次报告时，特别是在讨论 1999 年设立的工作组的报告草稿时，一些委员作出了截然不同的反应。一些委员表示，自主概念并无必要；[42] 自主概念与单方面行为的定义毫无关系；[43] 单方面行为是否自主的问题只是次要的；[44] 这个用语应予删除；[45]“自主的概念很含糊”。[46] 不过，这反映出这个问题的复杂性。其他一些委员认为，“如果一个行为……是单方面的，它自然含有自主要素”；[47] 同时，“自主是单方面行为的一个重要特色”。[48]

64. 无疑，如委员会讨论情况所反映的，自主作为单方面行为的构成要素极其重要和复杂，因此，必须继续非常仔细地予以审查。如委员会一位委员所指出的，“与条约法有关的任何事物都应被排除在单方面行为的研究范围之外；相关标准包括行为是否是单方面的以及行为是否产生法律效力”。[49]

65. 各国政府出席第六委员会的代表也提到这个问题。有一位代表特别指出：

> 单方面行为的自主性完全是条件性的，因为它们所产生的法律义务并非基于行为国的单方面意愿表达，而是基于该意愿与他国利益的兼容性。就一项单方面行为而言，如国际法另一主体提出反对，则很难想象单方面行为会在行为国与该主体的关系中产生法律效力。此外，作出单方面声明的国家会考虑到对象国的反应。[50]

66. 在第六委员会中，其他一些代表认为特别提到“自主”一词是适当的。一位代表说，他本国的代表团“赞同自主概念是界定单方面行为范围的第一步，”[51] 他对从委员会所提议定义中删除该词存有质疑。

67. 若干公法专家在最近著述的论文中亦认为这个用语适于界定协约范围以外的行为。例如，泽马涅克就指出，“自主的单方面行为旨在按照国际法为行为国创设权利和/或义务。”他还补充说，“若干自主单方面法律行为，例如承认、抗议、宣战或宣布中立，是标准的或典型的单方面行为，放弃也可能属于这一类别”。[52]

68. 普遍观点认为，可以说，国家的单方面行为有可能会有一个不依靠任何东西的范围。国际法院对核试验问题所作的裁决众所周知，虽然存有争议，但在研究这类行为方面非常重要，先前几次报告也曾大量提及这些裁决；在这些裁决中，国际法院承认了这一可

---

42 同上，第 13 段(佩莱先生)。

43 同上，第 263 页，第 28 段(坎迪奥蒂先生)。

44 同上，第 264 页，第 32 段(阿多先生)。

45 同上，第 33 和第 37 段(辛马先生和杜加尔德先生)。

46 同上，第 35 段(佩莱先生)。

47 同上，第 262 页，第 17 段(罗森斯托克先生)。

48 同上，第 18 段(卢卡舒克先生)。

49 同上，第 263 页，第 28 段(坎迪奥蒂先生)。

50 A/CN.4/504 (见上文脚注 7)，第 18 页，第 127 段。

51 智利的发言，《大会正式记录，第五十四届会议，第六委员会》，第 16 次会议(A/ C.6/54/SR.16)，第 11 段。

52 泽马涅克，如上，第 212 页。

能性，法院得出结论认为，这些行为无论是否得到对象国接受，均可产生法律效力；这反映出上文提到的一种自主形式。[53] 没有理由得出结论说，一项承诺，无论对象国的立场如何，对作出承诺的国家都没有约束力；这一点依据的是诚意原则，尤其是尊重该国行为所产生的信念这一义务。[54]

69. 虽然现在这份报告提出的定义中并没有“自主”一语，但可以认为，在上述意义范围内，这种行为是独立的，不过，委员会仍需对这个问题做进一步讨论，以确定和界定这类行为。[55]

5. 单方面行为的“明确性”

70. 特别报告员第二次报告[56]提出的单方面行为的定义指出，意愿的表达除了必须自主或独立之外，还必须是明确和公开的；这些用语必须现在加以澄清，以奠定新条款草案的基础。

71. 关于行为的明确性，问题是，这种性质是否必须与意愿的表达或行为的内容相关。若干委员认为应与意图相关，其他一些委员则认为，这并没有适当反映出国家在作出单方面行为和执行外交政策方面的惯例。

72. 这种关系似乎必须与意愿的表达相关，也就是说，重要的是，要具体说明有关行为必须是以明确方式作出的。

73. 如一位代表在第六委员会中指出的，“明确”一语与“清楚”一语含义相同，他说，显然，除非行为国明显意图产生规范效力，否则，不存在单方面法律行为。[57]

74. 第六委员会中有人指出，根据某些国家的司法实践，有些并非意图产生法律效力的行为有时会产生这方面效力，[58] 这似乎不符公认的立场，即行为以国家的意图为基础。

75. 这种主张似乎有悖于国际关系中的法律保障和信任要求，但正是这一要求在促使委员会研究国家的单方面行为和拟订特定规则来规范其运作。

76. 确保法律保障显然必须以确定性为基础；在委员会通过的工作组 1997 年的报告中，这是与“可预见性”一词同时使用的另外一个词。[59]

77. 因此，在本报告提出的条款草案第 1 条中使用“明确”一词并与意愿表达联系在一起是适当的。

6. 单方面行为的“公开性”

78. 从关于这个问题的辩论中可以看出，一国所作的单方面行为必须至少为该行为的对象所知。正如委员会若干委员和第六委员会若干代表所指出的，一国单方面作出的行为的对象知晓此种行为是一项基本要求。在这方面，瑞士联邦外交部法律顾问就审议单方面法律行为发表的意见值得注意，其大意是一国的单方面声明在如下情况对该国有约束力：该国愿意在法律上作出承诺，同时，其他有关国家知道这一承诺。[60]

79. 因此，本报告提出的定义明确规定行为必须“为国家或国际组织所知”。这主要体现了行为必须是公开行为并至少为对象国所知的要求。正如特别报告员本人在介绍其第二次报告时所指出的，公开性这一标

---

[53] 核试验案(澳大利亚诉法国)，判决，《1974 年国际法院汇编》，第 267-272 页，第 42-60 段；同上(新西兰诉法国)，判决，《1974 年国际法院汇编》，第 472-477 页，第 45-63 段。

[54] 保罗·路透，同前，第 142 页。

[55] 《1999 年……年鉴》[英](见上文脚注 10)，第 2603 次会议，第 264-265 页，第 40 段(巴埃纳·苏亚雷斯先生)，第 263 页，第 29 段(加亚先生)和第 264 页，第 38 段(梅莱斯卡努先生)。

[56] 见上文脚注 2。

[57] Caflisch, “La pratique suisse … 1998”, 该出版物第 651 页曾经提到过瑞士的发言。

[58] A/CN.4/504 (见上文脚注 7)，第 18 页，第 120 段。

[59] 《1997 年……年鉴》[英] (见上文脚注 8)，第 64 页，第 196 段。

[60] Caflisch, “La pratique suisse en matière de droit international public 1995”, 第 596 页。

准已被列入上次的定义，而且，“必须结合所涉行为的对象国来理解公开的含义，为使行为能够产生效力，对象国必须知道到这一行为”。[61]

[61] 《1999 年……年鉴》(见上文脚注 12)，第 574 段。

B. 新条款草案第 1 条：单方面行为的定义

80. 考虑到以上所述，特别报告员提议的第 1 条如下，并以之代替先前的条款草案第 2 条：

“第 1 条 单方面行为的定义

“为本条款草案的目的，‘国家的单方面行为’指一国作出的明确意愿表达，该行为意图在该国同其他一个或多个国家或国际组织的关系上产生法律效力，并为该国家或国际组织所知。”

三. 删除先前关于本条款草案范围的条款草案第 1 条

81. 现在应该考虑本报告开头提出的两个问题：第一，是否需要纳入一项条款来明确规定条款草案的范围；第二，是否需要列入一项基于 1969 年《维也纳公约》第三条的条款。

82. 关于第一个问题，一些委员会委员和政府代表赞成删除特别报告员第二次报告中提出的条款草案第 1 条，将之与第 2 条合并，[62] 但也有人指出条款草案第 1 和第 2 条是互为补充的，其措辞必须绝对一致。

83. 1969 年《维也纳公约》只涉及国家间以书面形式缔结的符合《公约》第二条第一项(甲)款所列定义的协定；规定了范围的条款则提及符合这一定义的条约。

[62] 同上，第 548 段。

84. 就单方面行为而言，草案提到的一类行为比条款草案第 1 条所载定义涵盖的范围广泛得多，它似乎不允许考虑其他行为。随后审查是否应列入一项基于 1969 年《维也纳公约》第三条的条款时，会对此问题进行讨论。

85. 由于新条款草案第 1 条似乎已经界定条款草案的适用范围，而草案只适用于意图在国际上产生法律效力的国家的单方面行为，列入确定适用范围的特定条款似无必要，如特别报告员第二次报告所建议的，[63] 似乎并无必要列入一项专门条款来界定适用范围；这样一来，便会背离 1969 年《维也纳公约》的模式。

[63] 见上文脚注 2。

四. 应否在条款草案中列入一条基于 1969 年《维也纳公约》第三条的条文

86. 出现的另一个问题是，是否应列入一条基于 1969 年《维也纳公约》第三条的条文，述及不属《公约》范围的国际协定的法律效力及可适用的国际法条文。

87. 无疑，上文所述 1969 年《维也纳公约》提到的情况不同于述及国家的单方面行为时提到的情况，因此，似乎应抛开 1969 年《公约》的模式。

88. 1969 年《维也纳公约》提到了国际条约，见第一条的定义，它同时承认，存在其他非书面形式的协定，可能不在《公约》范围之内，因此，《公约》另定第三条。

89. 就单方面行为而言，虽然委员会一位委员提到了这个问题，但似乎并无必要列入这样一项条文；这一用词的含义很广泛，足以涵盖国家作出的所有单方面意愿表达。如果草案提到的是单方面声明，则情况会有所不同，因为这个词为大多数国家拒绝，被认为更具限制性，因此，很可能将声明以外的某些单方面行为排除在适用范围之外。

90. 这一考虑与大多数委员的意见一致，认为主要应将单方面行为视为实质性行为而非形式性行为；在后一种情况下，工作将围绕各种声明展开。

五. 国家作出单方面行为的能力

A. 特别报告员的意见

91. 特别报告员第二次报告中提出的条款草案第 3 条基本上得以保留，表达了 1969 年《维也纳公约》相应条文的含义。不过，在拟订新的案文时，已适当考虑到委员会委员提出的起草建议。

B. 新条款草案第 2 条：国家作出单方面行为的能力

92. 因此，特别报告员提议如下条款：

“第 2 条 国家作出单方面行为的能力

“每个国家具备作出单方面行为的能力。”

六. 受权以国家名义作出单方面行为的人

A. 特别报告员的意见

93. 在特别报告员 1999 年提出的第二次报告中，[64] 有一条拟议条款草案述及受权以国家名义行事和作出单方面行为从而为国家在国际上作出承诺的代表。

94. 如第二次报告所示，“1969 年《维也纳公约》第七条的结构应为起草此项……条款草案提供指导，但必须提及其中一些特点”。[65] 因此，《公约》第七条的要点得以保留，同时，授权代表国家的范围有所扩大，包含了可以在特定权限领域，以国家名义行事，作出单方面行为的其他人。

95. 授权个人以国家名义行事并通过单方面行为为国家在国际上作出承诺的条款所产生的问题是，这些授权是否应以国家元首、政府首脑和外交部长为限，或者是否还应扩及外交使团团长、出席国际会议的代表、为此目的获授全权的人以及根据公认惯例或其他情况可能被视为可以国家名义行事的人。

96. 委员会讨论特别报告员第二次报告中提出的条款草案第 4 条时，[66] 一些委员认为该条草案太过依靠 1969 年《维也纳公约》第七条，其内容并未得到各国实践的充分支持。但是，其他一些委员认为，该条案文比照该《公约》条文拟订是完全合理的。

[64] 同上。

[65] 同上，第 75 段。

[66] 同上，第 71 段。

97. 在这方面，有人指出，在实践中，作出单方面行为的人，其范围通常要比受权缔结条约的人广，但这一点在拟议条文的第 2 款中已有适当规定。有一种意见认为，第 2 和第 3 款可予删除，因为国家元首、政府首脑和外交部长是唯一有权通过单方面行为使国家承担国际义务的人。对于当时审议的该条款草案第 3 款，也有人对外交使团团长或国家派往出席国际会议或派驻国际组织的代表是否有权通过单方面行为使国家受到约束表示怀疑。实践表明，这种权力通常不在这些人的全权范围之内。[67]

98. 关于外交使团团长和代表团团长的权力，他们无疑也可以国家名义行事，但须按 1969 年《维也纳公约》所定的类似条件行事，也就是说，要在与派遣国的关系上，以及在国际会议的框架范围内进行。

99. 不过，委员会中有人指出，代表团团长不能在会议上以国家名义作出承诺；他回顾了一个实际情况，就是一个出席国际会议的代表团团长曾作出一项承诺，后来，这项承诺被视为对他所代表的国家政府无约束力。[68]

100. 关于这个问题，似乎应该区分在国际会议范围内一国可经由其代表团团长作出的各类声明。

101. 有些声明是在谈判过程中提出的，当然，不能将这些声明视为严格到不允许国家在随后进行修改或将之撤回。美利坚合众国代表团团长在第三次联合国海洋法会议上所作的声明就是这种情况。

102. 相比之下，还有一些声明是国家在现行谈判进程之外作出的，可能具有特殊意义。无论如何，正如 1999 年委员会中有人指出的，国际会议是一个绝佳机会，适于个人以国家名义作出单方面行为。[69]

103. 在这些情况下，国家似乎可以作出单方面行为，同时，如果国家意图使自身在法律上受到约束，其声明应产生法律效力。各国在认捐会议上所作的单方面声明就是这种情况：各国在会上承诺自愿捐款数目，受捐助者其后即可要求提供这一捐款。在委员会 1999 年的讨论中，也有一位委员提到这个问题。[70]

104. 可能有人会问，一国在认捐会议上作出的单方面行为是仅具有政治性的行为，还是具有法律约束力的行为。一些特别会议就是这种情况，如 1998 年在斯德哥尔摩举行的特别会议，会议旨在审议米奇飓风在中美洲造成的影响。与其他同类会议一样，在此次会议上，一些国家提出自愿捐款，有些捐款以制订具体发展方案和计划为条件。声明国可以对这些声明提出反对吗？声明国必须履行在上述这种高级别正式会议上所作的承诺或发布的提议吗？在实践中，尚未出现过这种声明的对象国随后要求声明国履行承诺的情况，因此，很难确定这类行为的性质。

105. 特别报告员在第二次报告[71]中提出一个问题：这种授权是否应扩及在特定领域以国家名义行事的其他人，例如主管技术问题的部长，他们所执行的职务在某些情况下属于对外关系范畴。这个问题在国际关系中越来越常见。

106. 在第六委员会中，有人指出，特别报告员提议的第 4 条第 3 款也许没有反映出国家实践。只有国家元首或政府首脑、外交部长或者得到明确授权的官员才能够通过单方面行为代表国家作出承诺。这一国际规则现已得到全面认可，极为重要。由于当代世界的特点是机构间的通讯和交往与日俱增，国家代理人会在国外作出种种行为，确切知道谁可以通过声明或单方面行为代表国家作出承诺十分重要。此外，缔结条约——即一项涉及权利与义务的文书——需要呈交由外交部长签署的全权证书，除非条约是由上述三人之一缔结。人们不难理解，一名官员，即使是最高级别官员，也不能通过作出单方面行为而为其国家创设国际义务。如要为这项习

[67] 《1999 年……年鉴》[英] (见上文脚注 12)，第 135 页，第 550-551 段。

[68] 同上，第一卷，第 2596 次会议，卡特卡先生的发言，第 209 页，第 19 段。

[69] 同上，第 2594 次会议，佩莱先生的发言，第 194 页，第 9-10 段。

[70] 同上，第 2595 次会议，哈夫纳先生发言，第 205 页，第 28 段。

[71] 见上文脚注 2。

惯法既定规则增添任何内容，都必须从限制性角度加以考虑。唯一的做法是将当代国际现实考虑在内，努力改进特别报告员拟议的提法。[72]

107. 在实践中，除了国家元首、政府首脑和外交部长之外，若干人也在国际上行事，并且常常在与别国的关系上，在其权限范围内作出声明。

108. 问题是，条款草案是否应涵盖这些声明，或者是否与此相反，应将之排除在条款的适用范围之外。在后一情况中，以国家名义行事的某些人，其所作声明似乎不在本条款草案的范围之内。这无助于确保国际信任和法律保障这一既定宗旨。

109. 这个问题确实很有争议。在这方面，需要作出限定性的解释吗？在这种情况下，人们可以保留在条款草案中涵盖这类行为的可能性。

110. 因此，在本报告提出的条款草案第 3 条中，第 2 款反映了这种考虑，它通过广义的解释，保留了一种可能性，就是第 1 款所述人员以外的其他人也可以国家名义行事并为该国在国际上作出承诺，条件是根据惯例或其他情况可以推断该人有资格这样做。

111. 正如有人在委员会中指出的，在实践中，作出单方面行为的人通常多于受权缔结条约的人，不过，下文提议的该条文第 2 款已充分述及这个问题。

112. 在这一方面，还有另一个问题需要加以审议，就是草案是否需要像 1969 年《维也纳公约》那样，提及全权证书。

113. 似无必要列入这样的规定。根据 1969 年《维也纳公约》，个人或官员的受权由其他行为和情况引起，无需授予全权证书。委员会一位委员指出，在单方面行为上提及全权证书可能会有问题，因为很显然，单方面行为本身并未提及全权证书。[73]

114. 最后，应该指出的是，委员会若干委员在讨论特别报告员第二次报告时指出，就所审议的条款草案而言，在法文本中，“*habilitation*[74]”比“*autorisation*”更合适；关于该条第 2 款，“人(person)”比“代表(representative)”更合适。因此，现采用这两个用语，它们确实更合适。

B. 新条款草案第 3 条：受权以国家名义作出单方面行为的人

115. 特别报告员提议如下条款：

“第 3 条 受权以国家名义作出单方面行为的人

“1. 国家元首、政府首脑和外交部长被视为以国家名义作出单方面行为的国家代表。

“2. 如果由有关国家的惯例或其他情况可见这些国家的意图是视某人为受权以国家名义作出单方面行为，该人也会被视为为此目的代表该国行事的人。”

---

[72] A/CN.4/504(见上文脚注 7)，第 20 页，第 149 段。

[73] 《1999 年……年鉴》[英](见上文脚注 10)，第 2594 次会议，佩莱先生的发言，第 197 页，第 26 段。

[74] 同上，庞布—齐文达先生的发言，第 199 页，第 50 段。

七. 事后确认未经授权的人所作行为

A. 特别报告员的意见

116. 在 1999 年提交的第二次报告[75]中，条款草案第 5 条述及事后确认未经授权的人所作行为的问题。

117. 关于载入这样一项条款的重要性，有两个不同问题。第一，一个人可能未经授权即以国家名义行事；第二，一个人可能经过授权而以国家名义行事，但其行动不在所获授权的权限范围内，或其行事逾越权限范围。在这两种情况下，国家都可以否定该项行为或认定不受其约束，或者事后予以确认。

118. 1969 年《维也纳公约》似可适用于此。根据该《公约》，对行为的确认可以采取明示或默示方式。在向 1999 年委员会第五十一届会议提交的草案中，提出了一项可以适用于单方面行为的修改。

119. 当时的建议是，与 1969 年《维也纳公约》相关规定不同，对行为的确认必须采用明示方式，因为这似乎更符合作出国家的单方面行为时必须采用的限定性办法。

120. 如果未经授权的人作出单方面行为，或该行为逾越其权限，国家可加以确认。不过，考虑到单方面行为的特殊性质，须以明示方式予以确认，但有一项谅解，即一般而言，可通过确定性行动或行为表示同意。

B. 新条款草案第 4 条：事后确认未经授权的人所作行为

121. 因此，特别报告员提议如下条款草案：

“第 4 条 事后确认未经授权的人所作行为

“未按第 3 条获得授权以国家名义行事的人所作的单方面行为，非经该国明白确认，不产生法律效力。”

[75] 见上文脚注 2。

八. 删除先前关于表示同意的条款草案第 6 条

A. 删除该项条款草案的可取之处

122. 委员会 1999 年届会讨论的另一个问题是，应否列入一项关于表示同意的条款，特别报告员第二次报告[76]中提出的条款草案第 6 条就提到了这一点。

123. 委员会中有人指出，讨论国家同意受单方面行为约束的问题有些困难，因为同意这个词语太容易让人联想到条约用语；[77] 有一位代表在第六委员会中就曾指出：关于条约法条款与单方面行为条款之间可能存有差异的地方，关于表示同意的第 6 条就是一个示例；这一表述出自 1969 年《维也纳公约》，“它并未清楚地表明行为的意图是什么。”[78]

124. 在委员会中，若干委员表示，应当删除这一条款，但亦有人表示应予保留，不过另附评注。

125. 如果认为第 3 和第 4 条实际上已经涵盖表示同

[76] 同上。

[77] 《1999 年……年鉴》[英] (见上文脚注 10)，第 2594 次会议，佩莱先生的发言，第 197 页，第 26 段。

[78] 《大会正式记录，第五十四届会议，第六委员会》，第 25 次会议(A/C.6/54/SR.25)，阿根廷的发言，第 64 段。

意的问题，那么，关于表现意愿或表示同意的具体条款就没有必要了。显然，可以推断，国家愿意在国际上接受法律约束这一点，在它作出行为时就已表明；这个问题在另一具体条款中有所规定，本草案第二部分会对这项规定加以审查。

B. 沉默与单方面行为

126. 虽然本款可予删除，但仍应就委员会 1999 年讨论这个专题时提出的两个问题稍作评论，特别是沉默问题，因为在拟订特别报告员第二次报告 [79] 中提出的条款草案第 6 条时并未考虑这个问题。另一个是单方面行为产生法律效力时引起的同意关系问题。

127. 关于这点，值得注意的是，如特别报告员第一次报告 [80] 中所指出的，沉默在严格意义上并非一项法律行为，尽管可以确定的是，决不能忽视这种行为可能产生的法律效果。委员会一位委员也赞同特别报告员的意见，指出沉默从严格意义上讲并非法律行为，但可产生法律效力。它缺乏意图要素。[81] 第六委员会的若干代表表达了同样意见。[82]

128. 关于沉默和单方面行为的作出，从实质观点上看，有一个重要问题。值得一问的是，国家是否可以通过沉默作出一项单方面行为。

129. 在逐项审查这些单方面行为时，可以得出结论，例如，就承诺而言，国家似乎不可能通过沉默来承诺或提议做某些事。在宣战、宣布停止敌对行为或宣布中立等情况中，也是这样。

130. 另一方面，在涉及弃权、抗议或承认的情况下，可以考虑国家确实可以通过沉默，作出一项法律行为。例如，一国通过沉默，承认冲突中的一个武装团体的交战者地位，就是这样一种情况。这一看法适用于抗议，并在较小程度上适用于弃权。但是，除此之外，还必须问清楚：这种行为显然会产生法律效力，但它是否与先前的某一行为有关？另外，它是否因此而应被视为一项法律行为，属于我们现在研究的单方面行为的范围？

131. 特别报告员认为，沉默不可能是一种独立的意愿表现，因为沉默是对事先存在的一种行为或情况的反应，这一点有别于现在审查的单方面行为概念。沉默机制的运作将由拟订中的规则加以规范。

132. 此外，委员会里有人指出，有一点尚未考虑到：任何单方面行为在产生效果时即造成双边关系；这是一个重要问题，我们在下文将可以看出它与更改、撤销和中止单方面行为的效果有关。

133. 当然，如先前几次报告所指出的，行为的作出虽然是单方面的，但其法律效果必定会超出单方面范畴，涉及双边关系，但这并不表示该行为的发生以条约为背景。

九. 单方面行为无效

A. 特别报告员的意见

134. 特别报告员第二次报告 [83] 提出了条款草案第 7 条，涉及单方面行为无效的问题，国际法委员会和第六委员会都对该条款草案发表了评论。当时，有些人指出不宜紧依 1969 年《维也纳公约》，但另外一些人则明确指出，应依循该《公约》中订定的规则。

135. 在这个问题上，似乎应该比照 1969 年《维也纳公约》。一般而言，使行为无效的原因与使条约无效

---

[79] 见上文脚注 2。

[80] 见上文脚注 1。

[81] 《1999 年……年鉴》[英] (见上文脚注 10)，第 2596 次会议，罗德里格斯·塞德尼奥先生的发言，第 212 页，第 41 段。

[82] 见瑞士的发言，Caflisch, “La pratique Suisse … 1998”，第 651 页。

[83] 见上文脚注 2。

的原因类似，第六委员会中有一位代表很清楚地指出了这一点，他说，[关于单方面行为无效的]条款草案第 7 条应与《维也纳公约》的相应条款更加一致。由于同意接受条约约束和同意接受单方面承诺都是国家意愿的表示，在逻辑上，这两种声明无效的理由应该是相同的。[84] 毫无疑问，单方面行为与条约一样，如果意愿的表示有缺陷，即为无效。

136. 显然，单方面行为的特殊性质以及国际关系和国际法的演变也使得有可能增列一个 1969 年《维也纳公约》相应条文中没有加以规定的理由，例如关于单方面行为违背安全理事会某项决定的情况，这个问题我们稍后会谈到。

137. 委员会若干委员在审议原条款草案第 7 条时曾经指出，无论如何，最好对各种无效理由加以区分，并依照 1969 年《维也纳公约》的结构，拟订单独条款；这个问题不在此处予以讨论，因为委员们认为这基本上是一个起草问题。

138. 在重新逐项审查该条款草案所列理由时，首先要提到关于错误的第 1 款；委员会中有人指出，不可能以与条约法中相同的方式执行该款。有人表示，事实上的错误较诸国家在通过条约案文时所犯的错误更易于改正。

139. 如所周知，国际法庭曾在一些案件中受理过错误问题，尤其是常设国际法院和国际法院，例如东格陵兰案、柏威夏寺案和马夫罗马蒂斯案等。[85]

140. 问题是，基于错误(当然是指实质错误而非表达同意的错误)的无效理由是否像在条约法中那样，同样地适用于单方面行为。如果在条约背景下有可能发生单方面错误，那么，似乎没理由否认在单方面行为背景下也需要考虑错误问题。

141. 当然，一个国家在表示其意愿时，有可能以某项错误为基础；在这一情况下，该项错误固可成为正当的无效理由；但在某些情况下，却不能援引错误为理由，例如国际法院在柏威夏寺案中反驳泰国的论点时指出：“根据既定法则，在下列情况下，一方不得援引某项错误作为使同意无效的理由：错误由援引错误一方本身的行为促成；该方本可避免这种错误；或按照情况，该方本应知晓有可能出现该项错误。”[86]

142. 对于原第 7 条第 2 款所述欺诈，有人表示质疑，认为该款“可能会与国家执行外交政策并使其他国家赞同和参与其政策的某些方式相抵触”。[87]

143. 有人认为应该保留这一适用于条约法范畴的无效理由，因为国家的一般做法似乎并非是用欺诈方法诱使其他国家承担某些义务。政策当然各不相同；但这样的说法并不符合现实情况。如果普遍采用这种做法，可能会损害国际关系，破坏国家间关系中必要的信任和透明。

144. 当然，在实践中，似乎还没有出现过一项行为因欺诈而无效的示例，《韦伯斯特-阿什伯顿条约》案[88] 除外，该条约涉及美国和加拿大东北部边界问题。在该案中，“美国没有透露有一份地图存在，而按情况很难说美国在法律上有义务透露这一点；同时，大不列颠没有主张这一不透露行为构成欺诈。”[89] 不过有人认为，条款草案应保留这个理由。

145. 第 3 款提到以国家名义作出单方面行为的人的贿赂问题。遗憾的是，贿赂是国际上常见的做法，不过，整个国际社会都谴责这种做法，并作出重大努力，以通过各种法律文书的方式予以打击，例如《美洲国家反腐败公约》。

---

[84] 《大会正式记录，第五十四届会议，第六委员会》，第 25 次会议，波兰的发言(A/C.6/54/SR.25)，第 120 段。

[85] 东格陵兰法律地位案(见上文脚注 25)，第 22 页；柏威夏寺案(见上文脚注 17)；以及马夫罗马蒂斯在巴勒斯坦的特许权案，1927 年第 10 号判决，《常设国际法院汇编》，A 辑，第 11 号。

[86] 《1962 年国际法院汇编》(见上文脚注 17)，第 26 页。

[87] 《1999 年……年鉴》[英] (见上文脚注 12)，第 135 页，第 555 段。

[88] 大不列颠与美国的条约 (华盛顿，1842 年 8 月 9 日)，《英国和外国文件》，1841-1842 年，第 30 卷 (伦敦，里奇韦出版社，1858 年)，第 360 页。

[89] 《1963 年……年鉴》[英]，第二卷，A/CN.4/456 和 Add.1-3 号文件，第 47 页，第 7 条评注第 1 段。

146. 似乎仍有必要列入一款，提及贿赂会影响到单方面行为的效力；因此，该款得以保留，但其条文根据各方提出的评论稍作修改。

147. 原第 7 条第 4 款提及对作出单方面行为的人的胁迫，其表述方式与 1969 年《维也纳公约》第五十一条一致。在谈判中胁迫国家代表缔结条约的做法是我们所熟知的。

148. 此外，也保留了违反《联合国宪章》所载国际法原则而威胁或使用武力这一无效理由，1969 年《维也纳公约》第五十二条重申了这一点。

149. 如所周知，诉诸武力在国际联盟以前的时代是允许的，但自《关于废弃战争作为国家政策工具的一般条约》(《凯洛格—白里安条约》)以来，已为国际法所禁止。《联合国宪章》就是以该《条约》为基础，而且其后许多决议和宣言都确认此点，例如《关于和平解决国际争端的马尼拉宣言》；[90] 今天，所有的国际学说都支持这一宣言。

150. 违反这些原则，特别是违反《联合国宪章》所载原则，更具体地说，违反《宪章》第二条第四项所述义务的单方面行为自始无效。《宪章》第二条第四项在许多人看来已成为一项绝对法的强制性规范。

151. 原第 7 条第 6 款规定违反国际法强制性规范的单方面行为无效，这个问题由委员会在 1966 年提出，并在 1968-1969 年联合国条约法会议上引起热烈辩论。当然，对是否存在这些规范，有各种截然不同的立场，会议未能对这些规范加以定义就证明了这一点。

152. 委员会一位委员在 1999 年第五十一届会议上指出，对单方面行为而言，应以更灵活的方式适用这种规范。问题是如何可使这种规范更加灵活。基于这种无效理由的规则，其措辞不可能与 1969 年《维也纳公约》的措辞不同，因为《公约》措辞是经过激烈谈判后才达成的，尽管如上文所述，《公约》并未界定什么是强制性规范。如果想使这种规范更加灵活，可能需要对国际法中的一个始终存有争议的问题重新展开辩论；目前似乎应保持草案原样。

153. 原第 7 条第 7 款提及单方面行为如明显违反行为国国内法的一项重要规范，即为无效。此项理由与行为人的授权密切相关，前文已提到过这个问题。

154. 未经授权的人所作行为无效，除非该行为其后经国家确认。

155. 委员会 1999 年第五十一届会议还提到另一个问题：违反安全理事会决议 —— 尤其是根据《联合国宪章》第七章所作决议 —— 的单方面行为是否无效；委员会其他一些委员和第六委员会若干代表也提到这个问题。

156. 委员会一位委员建议在无效理由项下，应提及单方面行为可能会与安全理事会决定有冲突这一事实，这似乎是很正确的。这位委员会委员还指出："第 7 条应把安全理事会决议列为可以援引以使单方面行为无效的因素之一。例如，如果安全理事会某项决议 —— 特别是根据《联合国宪章》第七章作出的决议 —— 要求会员国不得承认某一特定实体为国家，而某国作出与此抵触的声明，则可以说这一单方面行为无效"。[91] 一位代表在第六委员会中也重申这一意见，他指出"单方面行为如违反安全理事会根据《宪章》第七章通过的决议"，应为无效。[92]

157. 因此，在关于单方面行为无效的条款草案中，应该列入一项无效理由，即违反安全理事会决议的行为无效，或者说违反安全理事会决定的行为无效，特别报告员认为后一说法更能表明其法律上的重要意义；1999 年，委员会中的一位委员表达了同样的意见，他提到"另一项无效理由，即单方面行为与安全理事会的决定相抵触。显然，这里所指的是安全理事会具有约束力的决定"。[93]

---

[90] 大会第 37/10 号决议(1982 年 11 月 15 日)，附件。

[91] 《1999 年……年鉴》[英] (见上文脚注 10)，第 2595 次会议，杜加尔德先生的发言，第 204 页，第 24 段。

[92] 《大会正式记录，第五十四届会议，第六委员会》，第 25 次会议，波兰的发言(A/C.6/54/SR.25)，第 122 段。

[93] 《1999 年……年鉴》(见上文脚注 10)，第 2596 次会议，罗德里格斯·塞德尼奥先生的发言，第 39 段。

158. 在拟订这一新条款时，有人认为有必要明确指出这只关涉安全理事会的决定，以别于安理会的建议；同时，条款中不必明确提及《联合国宪章》第七章，因为安理会也可在《宪章》第六章的范围内通过决定。

159. 《联合国宪章》第二十五条授权安全理事会通过决定，指出“联合国会员国同意依宪章之规定接受并履行安全理事会之决议”。安全理事会可在《宪章》第六章和第七章的范围内通过具有建议效力的决议，但也可在这两章的范围内通过决定。

160. 就第六章而言，从法律角度看，安全理事会原则上可以通过具有约束力的决议或决定，例如根据《联合国宪章》有关调查的第三十四条通过的决议或决定，[94] 但同时，安理会也有权根据《宪章》第七章作出决定，例如根据第四十一条和第四十二条通过的决定，[95] 从这些条文的相同措辞中可以清楚看出这一点。

161. 无疑，必须述及的，是安全理事会的决定，而非不具法律约束力的建议等其他行为。安理会通过的关于伊拉克的决议就是这种情况，特别是第 660 (1990) 号决议和第 661 (1990)号决议，其中载有根据《联合国宪章》第七章作出的强制性全面制裁；但要注意的是，《宪章》中并没有使用“制裁(sanction)”一词，它使用的是“办法(measures)”。

162. 《联合国宪章》中规定的集体安全是一个引起普遍关注的问题，它以《宪章》两组条款为基础，即第二条第三、第四项、第五十一条、第四十一条和第四十二条，其中，第四十一条和第四十二条都提到了集体办法。这一评估体现了安全理事会有关维持和恢复国际和平与安全的决定的重要性，为将与之冲突的国家的单方面行为定为无效提供了依据。

163. 最后，委员会 1999 年第五十一届会议针对违反一般国际法规范的单方面行为是否无效的问题提出了一个观点。当时一位委员指出：

> 他对单方面行为不能违反习惯法这一点，不能同意。这种行为如果不为对象国接受，即不能产生法律效力。这是法律效力问题而非无效问题。各国可通过协议背离习惯法。他不明白为什么声明国不得向其条约伙伴提出一项建议，尤其不明白为什么声明国不得作出单方面声明，延伸或扩大其在有关习惯法下的义务。[96]

164. 违反一般国际法规范的单方面行为，如不为对象国接受，即可宣告为无效。值得考虑的一个重要示例，是 1945 年美国关于延长大陆架的单方面行为，亦即《杜鲁门公告》。[97]

165. 这个行为是制订国际海洋法过程中的一个重要里程碑，它虽然不符合先前存在的习惯规范，但当它得到各国接受并于随后被列入各项海洋法公约时，对制订新的规范发挥了决定性影响。

166. 似乎不应将大意如此的规范列为一项无效理由，因为事实上，违反一般国际法规范的行为，如果有关国家或受影响国认为该行为虽不符合现行一般国际法，但却是新习惯规范制订过程的一部分，同时，各国并不拒绝这一新规范，亦无任何国家提出抗议，则该行为即为有效。

B. 新条款草案第 5 条：单方面行为无效

167. 考虑到以上所述，特别报告员提议如下条款：

“第 5 条 单方面行为无效

“遇有下列情形之一，一国得援引单方面行为无效：

---

[94] Di Qual, 《联合国决议的效力》，第 81 页及其后各页。

[95] Goodrich 和 Hambro, 《联合国宪章评述》，引自 Di Qual, 同前，第 276 页。

[96] 《1999 年……年鉴》[英] (见上文脚注 10)，第 2593 次会议，佩莱先生的发言，第 189 页，第 54 段。

[97] 1945 年 9 月 28 日“美国关于大陆架的底土和海床的天然资源的政策”的公告(怀特曼，《国际法文摘》，第 756-757 页)。

“(*a*) 一国作出行为是基于该国在作出行为时假定存在且构成其同意受行为约束的主要根据的错误事实或错误情况。如错误是由该国本身行为所促成，或如当时情况足以使该国知悉可能有错误，以上规定不适用；

“(*b*) 一国因另一国的欺诈行为而作出该项行为；

“(*c*) 一国作出行为是由行为者受他国直接或间接行贿所致；

“(*d*) 一国作出行为是由行为者受到针对其的行动或威胁胁迫所致；

“(*e*) 一国作出行为是违反《联合国宪章》所载国际法原则以武力威胁或使用武力所致；

“(*f*) 作出单方面行为时，违反了国际法强制性规范；

“(*g*) 作出单方面行为时，违反了安全理事会的决定；

“(*h*) 所作单方面行为违反了行为国国内法的一项重要规范。”

国家的单方面行为

[议程项目 **7**]

A/CN.4/511 号文件

各国政府对问题单的答复：

秘书长的报告

[原件：英文/法文/西班牙文]

[2000 年 7 月 6 日]

目　录

	页次
本报告引用的多边文书	309
导言	310
各国政府对问题单的答复	310
一般意见	310
问题 1. 贵国政府认为 1969 年《维也纳公约》的规则在多大程度上可在作出必要更改后适用于单方面行为？	313
问题 2. 谁有能力代表国家实施单方面行为，使国家承担国际义务？	316
问题 3. 单方面行为应采用哪种形式——(*a*) 书面声明；(*b*) 口头声明；(*c*) 实施行为的背景；(*d*) 个别、共同或协调一致的行为？	318
问题 4. 单方面行为的类型和可能包括的内容	320
问题 5. 该种行为要取得何种法律效力？	321
问题 6. 各国认为本国在国际领域的单方面行为和其他国家的单方面行为具有何种重要性、有用性和价值？	323
问题 7. 哪些解释规则适用于单方面行为？	324
问题 8. 单方面行为的持续时间	325
问题 9. 取消单方面行为的可能性	326

本报告引用的多边文书

	来　源
《对芬和约》[英](1947 年 2 月 10 日，巴黎)	联合国，《条约汇编》，第 48 卷，第 746 号，第 203 页。
《维也纳条约法公约》(1969 年 5 月 23 日，维也纳)	同上，第 1155 卷，第 18232 号，第 331 页。
《关于国家和国际组织间或国际组织相互间条约法的维也纳公约》(1986 年 3 月 21 日，维也纳)	A/CONF.129/15。

导 言

1. 国际法委员会在 1999 年第五十一届会议上决定秘书处应就“国家的单方面行为”专题与特别报告员进行协商，拟订并向各国政府发出一份问题单，请它们提供关于单方面行为的资料和询问它们有关单方面行为的做法，以及它们对委员会关于该专题的研究报告中某些方面所持的立场。秘书长根据这项要求，于 1999 年 9 月 30 日向各国政府发出一份关于国家的单方面行为的问题单。

2. 截至 2000 年 7 月 6 日，已收到以下国家政府对问题单的答复：阿根廷、奥地利、萨尔瓦多、芬兰、格鲁吉亚、德国、以色列、意大利、卢森堡、荷兰、瑞典和大不列颠及北爱尔兰联合王国。

3. 以下是所收到答复的案文。已对答复进行分类，分为一般性意见和对问题单内各个问题的答复，同时附有适当的相互参考。

各国政府对问题单的答复

一般性意见

奥地利

[原件：英文]

[2000 年 3 月 2 日]

1. “国家的单方面行为”这一用语涵盖各种各样的行为。鉴于各类单方面行为的法律和政治性质差异很大，似乎不可能对委员会问题单中所列的问题做出统一答复。事实上，奥地利认为，因为想要这样而做出的任何尝试都很可能会造成对法律情势产生扭曲印象。另一方面，由于单方面行为的种类很多，以及它们各自引起不同的法律问题，讨论问题单中与每一类单方面行为有关的每个问题似乎既不可行又没有很大的助益。因此，奥地利所表示的意见只限于一般性意见(见下文内奥地利关于问题 1 的意见)。

2. 奥地利希望，所述意见和实例显示在答复委员会问题单内所列问题方面存在的困难——一般说来，这些问题既合理，又有助于形成法律惯例。奥地利认为，之所以出现这种困难，至少部分是因为被称为单方面行为的各种行为的类别和性质差异很大。

芬兰

[原件：英文]

[2000 年 3 月 3 日]

1. 芬兰认为难以答复问题单上的大多数问题，因为这些问题涉及到范围广泛的单方面行为，过分笼统，甚至晦涩费解。鉴于芬兰对目前这种相当泛化的研究报告是否有用以及该专题是否适于详细编纂感到怀疑，它希望委员会在采取进一步措施之前，先审议是否有某些种类的单方面行为被视为特别有问题，需要委员会加以全面研究。

2. 尽管问题单上的问题很笼统，芬兰仍想提出以下意见(见下文内芬兰关于问题 1、2、5、7 和 9 的意见)。

3. 对问题 3、4、6 和 8 的答复，应视具体情况而定。关于问题 3, 没有事先确定的方式，一切都取决于具体情况，因为其目的是保护合法期望以及不产生另一类协定。

4. 关于芬兰的做法，可提及被视为造成了法律后果的芬兰总统的若干项声明(例如 1977 年关于挪威主张挪威大陆水域海事管辖权的声明，[1] 或 1990 年关于《对芬和约》的解释的声明)。这些做法已在芬兰得到确认和实行。

---

[1] 1976 年 12 月 17 日关于挪威经济区的法令，《海洋法：有关专属经济区、经济区和专属渔业区的国家立法》(联合国出版物， 出售品编号：E.85.V.10)，第 229 页。

德国

[原件：英文]

[2000 年 3 月 7 日]

1. 德国与其他国家一样，在答复问题单中向各国政府提出的问题方面存在一些困难。这是因为问题单所涉及的单方面行为范围很广(承诺、抗议、承认、弃权等)，而且所提出的问题不允许对各种有关行为做出同样的答复。例如，一种行为是否能够撤销(问题 9)将取决于所审议的具体行为类别，例如是“承诺”、“抗议”或“承认行为”。此外，还有这样一个主要困难，即不能够抽象地在不考虑所涉问题的具体情况以及相关法律条例效力的条件下，对单方面行为的法律效力(问题 5)进行真正的评估。为了评价某种单方面行为的法律效力，必须充分了解诸如“承诺”、“抗议”或“未抗议”等行为发生时的事实背景和法律背景。

2. 德国认为，问题单中反映的以及特别报告员报告中建议的方法，试图把单方面行为置于单独一套涵盖各方面的规则之下，这没有充分的根据。因此，委员会下届会议应再次讨论该以何种适当方法处理国家的单方面行为这一问题，以进一步努力促进该领域国际法的逐渐发展。

意大利

[原件：法文]

[2000 年 5 月 16 日]

1. 首先，由于这些问题过分笼统并且往往晦涩难解，意大利难以回答。

2. 意大利对这种在一般性基础上进行的研究是否有用感到有些怀疑，因为这里并不是一大类单方面行为，而是有好几类，其中有些颇有疑问，需予以详细审议。

3. 尽管如此，意大利尽力做出答复，尽管只是一般性的，并在一开始时就指出，答复必然因为所涉单方面行为的种类而各不相同。

4. 特别是，意大利把单方面行为分为以下三类：

(a) *有可能引起法律问题的单方面行为*。承认、抗议和弃权属于这一类。这三种行为都需要明示同意，以确保国际关系中的确定性和可靠性；

(b) *产生法律义务的单方面行为*。这一类包括承诺，国家通过这种行为承担坚持或不坚持某种行为过程的义务。只有做出承诺的国家确实打算以这种方式承担义务，承诺才有价值。然而，要确保国家有承担义务的真正意愿并不容易；

(c) *行使主权权利所需的单方面行为*。这种行为是一种功能，国家可借此根据国际法授权行使某些权力(划定领水界限或专属经济区界限、赋予国籍、登记船只、宣战或宣布中立)。

卢森堡

[原件：法文]

[2000 年 4 月 12 日]

1. 由于所提问题涉及范围极广的单方面行为而对每一种有关行为又不能做出同样的答复，卢森堡很难回答这些问题。不可能抽象地作出评价，而不考虑到相关决定的具体情况和效力。

2. 此外，卢森堡认为问题单中所反应的以及特别报告员报告中所建议的方法并不合理，它试图对各种单方面行为采用一套规则，就像 1969 年《维也纳公约》一样。

3. 因此，在这种情况下，卢森堡打算暂时不对问题单作出答复。

荷兰

[原件：英文]

[2000 年 3 月 24 日]

导言

1. 除了以下所述的国家实践实例和针对问题 6 的答复外，荷兰的答复系根据荷兰国际公法问题独立咨询委员会的咨询意见编写。

(a) 国家实践

2. 荷兰所作单方面行为的一个实例是在国际上通告 1985 年 1 月 9 日关于划定其领水界限的《荷兰领海(划界)法》。[1] 应该指出，这项单方面行为并不符合特

[1] 联合国，《海洋法公报》，第 6 期(1985 年 10 月)，第 16 页。

别报告员提出的标准，因此，应被排除在“单方面行为”的范围之外，因为它与事先存在的法律有关。符合问题单中的至少一项标准(“单方面声明可能由一国作出或由多国联合表述或以一致方式宣示，”)的实例是 1991 年对克罗地亚和斯洛文尼亚的承认，因为这种承认是根据欧洲联盟内共同拟订的标准作出的。在这方面，可列举的另一个实例是，1992 年 1 月承认对在欧洲共同体框架内拟订的“承认东欧和苏联新国家的指导方针”作出积极回应的独立国家联合体的所有共和国。应该指出，据认为专门承认俄罗斯联邦没有必要，因为可将这个国家视为前苏联的延续。

3. 另一项单方面行为的实例是 1994 年的一项书面声明。在声明中，荷兰国防部长向按照北约《和平伙伴关系方案》参加在荷兰举行的北约训练演习的各国发出一份公告，通报了其人员、武装部队成员进入荷兰或在荷兰暂时逗留时应遵守的各项法律要求。声明尤其针对参加训练演习的非北约国家，即非北约《部队地位协定》缔约国的国家，并承诺为其武装部队成员提供与该协定所载相类似的便利条件、豁免以及放弃对犯罪行为的司法管辖权。

(b) 一般性意见(专题的一般方法和范围)

4. 在对问题单所列具体问题做出答复之前，荷兰谨按照问题单结束语所请求的那样，就该专题的一般方法和范围表示其意见。

5. 问题单涉及范围广泛的各类单方面行为。在不区分承诺、通知、承认、放弃和抗议等不同种类的单方面行为的情况下，很难对所提问题做出非常具体的答复。

6. 此外，特别报告员对“单方面行为”采用的标准对这个主题进行了非常狭义的界定。荷兰认识到，特别报告员很想把因先前存在的准则而具有约束力的许多行为和声明排除在外，但荷兰认为，特别报告员选择的定义可能会导致对该专题采用不必要的简化做法。例如，涉及国家国际责任以及导致不容反悔的单方面行为都被排除在该定义之外。这种方法的可持续性值得怀疑。因此，荷兰对委员会指派的工作组所采取的方法以及委员会通过了该工作组的建议这一事实表示欢迎。荷兰认为，这种方法会导致从某种程度上扩大“单方面行为”的定义。

7. 特别报告员在其第一次报告[2]中表示，国际组织的单方面行为应被排除在这个专题之外。委员会赞同这种限制。同时，有一种共识认为国际组织的单方面行为正变得日益重要。荷兰谨促请委员会在探讨了国家的单方面行为之后，也讨论一下这个问题，就像 1969 年和 1986 年《维也纳公约》那样。荷兰政府希望能在委员会的议程上看到“国际组织的单方面法律行为”这一专题。荷兰承认国际组织的单方面行为提出了其他可能性和问题，但并不认为有理由拖延对这个问题的评估。这个专题的重要性是全世界公认的。有时，委员会本身几乎就要着手处理这个问题了。[3]委员会有时候似乎不愿意编纂关于国际组织法的部分。荷兰是许多国际组织的东道国，认为由委员会来审议这个专题非常重要。

8. 关于经委员会商订并转载于问题单的定义，荷兰谨指出，虽然一个国家可能意图通过单方面声明的方式产生法律效果，但这种意图可能并不足以在国际法下实际产生这样的效果。最终能够产生所设想约束力的，是国际法本身(或这类一般原则)。委员会应进一步审议这个问题。

---

[2] 《1998 年……年鉴》[英]，第二卷(第一部分)，第 319 页，A/CN.4/486 号文件。

[3] 见《1999 年……年鉴》[英]，第二卷(第二部分)，第 138 页，第 589 段：“单方面声明可能由一国作出或由多国联合表述或以一致的方式宣示。”

瑞典

[原件：英文]

[2000 年 4 月 28 日]

1. 单方面行为在若干情况下发生，但其后果并非总是明确的。不过，有时候单方面行为是替代其他法律手段的一种有用办法。

2. 与其他国家一样，瑞典尚不相信有可能制订可适用于所有单方面行为的规则。某些问题肯定与所有单方面行为都相关，如对一个国家产生约束力的能力问题。其他问题则必须针对不同的行为以不同的方式处理；例如对承诺和承认而言，或许就不能用同样的方式处理取消问题。

3. 是否应把某些规则视为例外于一般规则，或视为特别体制，这既是一个概念问题，又是一个实际问题。例如，对单方面行为的分析是应当仅包括一般规则(如果有的话)，还是也应当包括处理不同形式单方面行为的特殊规则。

4. 这些困难不一定会使这个项目不可行，但确实需要谨慎行事。因此，正如同 1999 年 11 月 3 日第六委员会上发表的北欧国家声明 [1] 所建议的那样，或许宜以逐步方式进行，首先处理那些产生义务的行为。在稍后阶段，委员会或许应当把其工作限于某些种类的单方面行为。

5. 接下来是要努力对问题单做出答复。根据以上所述，我们必须说，并非总能提出对所有种类的单方面行为都有效的答复。答复当然只是初步性的。瑞典期待讨论能有进一步发展，无论是在国际法委员会内部，是在第六委员会内，还是在其他论坛上。

[1] 《大会正式记录，第五十四届会议，第六委员会》，第 25 次会议(A/C.6/54/SR.25)，第 70 段。

联合王国

[原件：英文]
[2000 年 3 月 3 日]

1. 鉴于问题所涉单方面行为范围很广，而且这些问题不允许对每一种有关行为做出同样的答复，联合王国在对问题单做出答复的过程中，遇到了一些困难。例如，一种行为是否能够取消的问题(问题 9)将取决于所审议行为的具体种类—— 例如是“承诺”、“抗议”还是“承认行为”。此外，还有一种困难，即在单方面行为的法律效果这个核心问题上(问题 5)，答复很大程度上取决于发生“承诺”、“抗议”或“未抗议”等行为时的背景。不能抽象地做出评估，而不考虑到周围环境和有关法律规则的效力。

2. 联合王国认为，委员会问题单中反映的和特别报告员报告中建议的方法，试图对各种单方面行为采用一套涵盖各方面的规则，这没有充分根据，甚至可能毫无用处。此外，所采用的方法似乎过分强调 1969 年《维也纳公约》。联合王国并不认为能把《维也纳公约》的条款比照适用于所有种类国家的单方面行为。

3. 联合王国表示，委员会不妨审议是否存在与具体种类的单方面行为相关的具体问题需要在一项说明性研究中加以处理，必要时可借助一份问题单来审议这个问题。

问 题 1

贵国政府认为 1969 年《维也纳公约》的规则在多大程度上可在作出必要更改后适用于单方面行为？

阿根廷

[原件：西班牙文]
[2000 年 5 月 18 日]

阿根廷认为，条约法与单方面行为之间有许多接触点。两者皆属于司法行为类别，因此，在理论上，它们分享意图错误、无效、存在等方面的制度。因而，1969 年《维也纳公约》的许多规则均可适用于单方面行为。不过，委员会应避免试图自动转置这些规则。必须铭记，这些行为与条约正相反，前者不须其他法律主体同时宣告它们的意图，但对条约而言，其他各方须表明它们同意受条约规则约束。

奥地利

[原件：英文]
[2000 年 3 月 2 日]

1. 奥地利并不认为 1969 年《维也纳公约》可自动地比照适用于所有类别国家的单方面行为。众所周知，“单方面行为”一词可被理解为是指独立于条约关系

之外的自主行为以及属条约法范畴的所谓“附属单方面行为”。由于委员会清楚地知道国际法会如何处理后一类别，无须就此专题作进一步的详述。只须说按照奥地利国内法，这类“附属单方面行为”的法律待遇大都遵照规范国际条约的规则就足够了。另一方面，自主单方面行为类别过于杂乱，以致无法按照国家法或国际法做出明确答复。因此，可以辩称，根据习惯国际法，1969 年《维也纳公约》第七条第二项(甲)款所载规则同样适用于单方面行为，该规则提出了国家元首、政府首脑和外交部长可以代表其国家的法律推定。不过，正如核试验案 [1] 所显示的，就单方面行为而言，国际法院认为个人有权凭职务代表其国家的推定，超出了上述《公约》第七条第二项(甲)款的范围。

2. 就适用于单方面行为的解释规则而言，其法律地位似乎同样不明确。在渔业管辖权案 [2] 中，国际法院认为，解释按照《法院规约》第三十六条作出的单方面声明的制度与 1969 年《维也纳公约》为解释条约而制订的制度并非一模一样。法院认为，《公约》的规定只得在与单方面接受法院管辖权这一特殊性质相符的范围内类推适用。法院进一步解释，它将以一种自然及合理的方式解释此一声明的有关字句，包括其中所载的保留意见，同时亦适当注意到有关国家在接受法院强制管辖权时的意图。此外，有关国家的意图不仅可从有关字句的案文，也可从将宣读该等字句时所处的背景推断出来，另外，也可通过审查有关编写情况的证据和所打算实现的目的推断出来。因此，关于这些单方面行为的解释，法院似乎更重视对主观组成部分的解释，其次才是该《公约》第三十一和第三十二条规定的“客观”条约解释规则所允许的解释。可在多大程度上解释这种主观组成部分以及是否可以或可在何种程度上将同样的推理适用于其他类别的单方面行为仍旧不清楚。

[1] 核试验案(澳大利亚诉法国)，判决，《1974 年国际法院汇编》，第 253 页；以及同上(新西兰诉法国)，判决，《1974 年国际法院汇编》，第 457 页。

[2] 渔业管辖权案(西班牙诉加拿大)，法院管辖权，判决，《1998 年国际法院汇编》，第 432 页。

萨尔瓦多

[原件：西班牙文]
[2000 年 4 月 13 日]

1. 按照萨尔瓦多的法律制度，1969 年《维也纳公约》不构成一项现行法；它构成强制法，是国际法的一项补充法源。

2. 作为一项补充法源，1969 年《维也纳公约》的规则可予修订，以作为规范单方面行为的原则和规定，但是，需要作出实质性改动，因为不像条约具有二个或二个以上相同的意愿，行为从本质上讲是单方面的。该《公约》对条约的定义是国家间所缔结而以国际法为准的国际书面协定，而一国在国际上所作的单方面行为却是一个国家作出的行为，并在该国主权明白表示的范围内，对另一国家或国际社会具有法律效力。

3. 例如，如果萨尔瓦多议会决定向另一国宣战，萨尔瓦多便可这样做(《共和国宪法》第 131 条第 25 款)。通过将该交战声明通知另一国和国际社会，便构成了对有关国家的声明和致国际社会的通知，这两者皆属单方面行为。正如 1969 年《维也纳公约》有关条款所规定的，此类声明和通知是通过被授予全权证书的官员作出的。该项行为也必须以书面形式表示，使其性质与条约相类似(《公约》第一条(甲)款)。

4. 1969 年《维也纳公约》也明文规定了作为保留的单方面行为(第二编第十九条及以下各条)，对这类行为，应直接适用《公约》的规定。

芬兰

[原件：英文]
[2000 年 3 月 3 日]

1. 本问题的表述过于笼统。是否可以说两个或两个以上对应或并行的单方面行为构成一项协议必须按其背景来解释。在解释方面并非与 1969 年《维也纳公约》一模一样，因为单方面行为的约束力不仅是一个合同问题，也是一个保护合法期望的问题。

2. 单方面行为的解释原则在极大程度上与 1969 年《维也纳公约》第三十一至第三十三条内的规定类似。草拟一份单独的文书来处理这些行为是否合理令

人怀疑。单方面声明约束一国的能力，所根据的是该《公约》第七条。不过，该《公约》中许多关于保留、生效、修正或无效的正式规定并不适用于这个情况。

格鲁吉亚

[原件：英文]
[2000 年 3 月 3 日]

1969 年《维也纳公约》的规则不能在作出必要更改后适用于单方面行为，因为前者的性质不同。单方面行为是某单一国家(或两个或数个国家集体)表示的意愿，而《公约》的规则在草拟时已顾及要符合各缔约国意愿的这一特性。但这并不意味着旨在规范单方面行为的规则可以不理会该《公约》的规则。与此相反，这些规则必须大致符合上述多边条约的性质和构想。

以色列

[原件：英文]
[2000 年 6 月 21 日]

1. 如以色列在 1999 年在第六委员会的发言 [1] 中所说，条约法可以是制订关于单方面行为的原则的一个灵感来源，尽管条约法事实上旨在规范涉及两个或两个以上缔约国的法律承诺。按照条约法执行的签署、批准、保留和退出等正式的单方面行为当然都属于这种情况。不过，1969 年《维也纳公约》的数项规定也在某种程度上适用于更一般性的单方面行为。

2. 1969 年《维也纳公约》的某些规定从性质上看与国家间的对等承诺有关，它们显然与一般性单方面承诺不相关联。不过，该《公约》的某些其他方面可在作出必要改动后适用于单方面行为。特别是，应考虑到下列方面：本着诚意履行法律义务的责任；解释原则；与第三国有关的原则；以及在可能情况下一些与无效和终止有关的规定(例如，胁迫、新发生的不可能执行的情况以及情势变迁原则)。

[1] 《大会正式记录，第五十四届会议，第六委员会》，第 28 次会议(A/C.6/54/SR.28)，第 26-37 段。

意大利

[原件：法文]
[2000 年 5 月 16 日]

关于适用于单方面行为的解释规则的问题，有一种趋势倾向于将 1969 年《维也纳公约》第三十一至第三十三条所述解释原则适用单方面行为。另一方面，鉴于单方面行为的性质与条约之间存在固有差异，该《公约》的其他规定并不适用。

卢森堡

[原件：法文]
[2000 年 4 月 12 日]

卢森堡认为，问题单所反映的办法和特别报告员报告所提议的办法都想要使单方面行为受制于单独一套规则，如 1969 年《维也纳公约》，这是不合理的。

荷兰

[原件：英文]
[2000 年 3 月 24 日]

在编纂关于国家的单方面行为的规则时，作为参照基准测试它们与 1969 年《维也纳公约》的相容性是一个合理步骤。有些人可能认为该《公约》的主要组成部分(公约的缔结、解释、适用和终止)在作出必要更改后，有一部分可适用于单方面行为。然而，必须充分审查这种相容性的所有方面，才能对此问题作出适当答复。只有在这项工作完成后，才能确定将该《公约》规则类推适用于单方面行为是否不仅是可能的，而且也是必要的。

瑞典

[原件：英文]
[2000 年 4 月 28 日]

在相当大的程度上，对单方面行为和条约是可予同样考虑的。因此，就下列问题而言，条约法在作必要的更改后将成为有用的指导：使国家作出承诺的能力；履行单方面行为产生的义务；国内法的相关性；义务的适用；对单方面行为的解释；对第三国的影

响；无效；无法执行；情势的根本改变(有一些保留意见)；强制法；以及无效、终止或中止的后果。另一方面，1969 年《维也纳公约》中与条约的缔结和生效有关的部分(除了第六和第七条之外)似乎较无关联，而对于《公约》中关于撤销、终止和中止的规定，则应特别审慎，尽管在这方面它们之间有些类似之处。

联合王国

[原件：英文]
[2000 年 3 月 3 日]

正在采取的办法似乎过于强调 1969 年《维也纳公约》。联合王国并不认为该《公约》的规定可在作出必要更改后适用于所有类别国家的单方面行为。

问 题 2

谁有能力代表国家实施单方面行为，使国家承担国际义务？

阿根廷

[原件：西班牙文]
[2000 年 5 月 18 日]

1. 谁有能力代表国家实施单方面行为取决于当时的情势、国家的内部体制结构以及单方面行为的性质。根据一般国际法的既定规范，国家元首、政府首脑或外交部长的行为可归于国家。但是，在某些特定的情势下，其他部长或官员亦可代表国家实施单方面行为。因此，实施单方面行为的官员的权力特别重要。此外，单方面行为的表现形式可以是由不是一个而是多个国家机关发表一系列一致或趋同的意向表示或声明，核试验案[1]的情形即是如此。

2. 但是，不应忘记的是，在当今的世界里，政府官员愈来愈多地在国外开展交往，维持体制关系并采取行动，因此，必须维护必要的确定性和清晰度，以确定一国的国际行为是否存在。关于国家三个权威(国家元首、政府首脑和外交部长)的规范所具有的优势，是它能保证国际关系所需的法律保障和稳定性。因此，必须在考虑到当今国际现实的情况下，限制性地处理将其他人或机关增列到习惯法既定规范中的问题。

[1] 核试验案(澳大利亚诉法国)，判决，《1974 年国际法院汇编》，第 253 页；以及同上(新西兰诉法国)，判决，《1974 年国际法院汇编》，第 457 页。

奥地利

[原件：英文]
[2000 年 3 月 2 日]

见对问题 1 的答复。

萨尔瓦多

[原件：西班牙文]
[2000 年 4 月 13 日]

1. 有此能力者乃为萨尔瓦多政府为此目的授予全权的人员。这一点符合 1969 年《维也纳公约》第七条和《萨尔瓦多宪法》第 168 条。

2. 一般来说，下列人员是拥有全权的代表：共和国总统、外交部长、奉萨尔瓦多之命对派驻国实施单方面行为的外交使团团长、萨尔瓦多派驻一国际组织以实施单方面行为的代表以及为实施单方面行为而特别授予全权的官员。

芬兰

[原件：英文]
[2000 年 3 月 3 日]

1969 年《维也纳公约》第七条第二项可能完全适用于此。

格鲁吉亚

[原件：英文]
[2000 年 3 月 3 日]

1. 《格鲁吉亚宪法》第 3 章第 48 条规定，“格鲁吉亚议会是国家最高代表机关，……行使立法权，并决

定内政和外交政策的主要方向”。议会通过的法律或作出的决定可构成单方面行为。

2. 第 4 章第 69 条第 2 款规定，“格鲁吉亚总统……指导并实施国家的内政和外交政策。”

3. 格鲁吉亚《国际条约法》第 12 条第 1 款规定，在特定情况下，格鲁吉亚外交部长即使未得到全权，亦可行事。

以色列

[原件：英文]
[2000 年 6 月 21 日]

一般来说，以色列支持关于国家的单方面行为的第二次报告中有关作出单方面行为的国家代表的条款草案第 4 条[1]所述的各项原则。但是，应当强调指出，将有关人员视为代表国家的条件是，如条款草案第 4 条规定的那样，“由有关国家的惯例……可见”，有意将此类人士视为代表国家。在这方面，有必要根据特定情况，确定有关人士在国内是否有权通过单方面法律行为使该国承担义务。就此，有人建议采用极其严格的方法来确定此类官员是否已受权通过单方面法律行为使该国接受约束。应当指出的是，根据以色列的惯例，部长或高级官员需要获得具体的明示授权，才能通过单方面法律行为使国家承担责任。

[1] 《1999 年……年鉴》[英]，第二卷(第一部分)，A/CN.4/500 和 Add.1 号文件，第 195 页。

意大利

[原件：法文]
[2000 年 5 月 16 日]

1. 哪个国家当局有资格作出单方面行为取决于单方面行为的类型。就可能引起法律问题的单方面行为以及产生法律义务的单方面行为而言(见对问题 4 的答复)，根据意大利的制度，资格归属于同时负责维持对外关系的行政部门。

2. 就行使国家主权所需的单方面行为而言(见对问题 4 的答复)，无法给予准确的答复，原因是资格会随着行为性质的变化而变化。如涉及立法行为，由议会(众议院、参议院)负责；其他行为则可能属于中央政府或其他有关行政当局、某一区域等等的职权范围。

荷兰

[原件：英文]
[2000 年 3 月 24 日]

在类推适用 1969 年《维也纳公约》各项规则的基础上，必须假定该《公约》第七条所列同类人员有权通过单方面行为使国家承担国际义务，即国家元首、政府首脑、外交部长以及有限情况下的外交使团团长。其他人则需要获得全权证书。在这方面，该《公约》采用的方法极拘泥于形式。可以说，在单方面行为范围内，任何人，只要因其任务和职权而被认为已受权发表第三国可依靠的声明，即可被视为有能力使国家承担义务。这方面的一个相关案件就是法国的核试验。当时人们不仅非常重视法国总统的声明，也非常重视法国国防部长的声明。其他示例包括部长发言人的声明。此外，也可提到*缅因湾区域海洋边界划界案*，[1] 该案涉及加拿大初级公务员的信函和美利坚合众国长时间未予回复的事实是否足以让人得出结论认为，美国已默示同意加拿大有关海洋边界划界的建议。另一个示例是军舰舰长作出的承诺，即如将军舰国籍国的人员撤离战区，亦将一道撤离其他国家的国民。视单方面声明的性质而定，可考虑起草单方面声明据以产生法律效力的条件的限制性定义。毕竟，多数单方面声明会产生承担义务的后果。抗议是这项规则的一个例外。因此，使国家承担义务的能力并非一成不变，它取决于所涉单方面行为的类别。

[1] *缅因湾区域海洋边界划界案*，判决，《1984 年国际法院汇编》，第 246 页。

瑞典

[原件：英文]
[2000 年 4 月 28 日]

如上所述，1969 年《维也纳公约》第七条与此问题极为相关(第四十六和第四十七条也是如此)。特别报告员的条款草案第 7 条(*g*)款规定，若文书“明显违反其国内法的一项重要规范”，则单方面行为无效。[1] 鉴于并非意在表示有别于该《公约》第四十六条的立场，[2]“明显”一词应改为“明确”。

[1] 《1999 年……年鉴》[英]，第二卷(第一部分)，A/CN.4/500 和 Add.1 号文件，第 207 页，第 109 段。

[2] 同上，第 210 页，第 141 段。

问 题 3

单方面行为应采用哪种形式：(*a*) 书面声明；(*b*) 口头声明；(*c*) 实施行为的背景；(*d*) 个别、共同或协调一致的行为？

阿根廷

[原件：西班牙文]
[2000 年 5 月 18 日]

关于此类行为必须遵循的形式，只要行为内容明确且准确，国家意图明显，则国家惯例、判例或法律学说均未要求采取任何具体形式。换言之，必要的要求是单方面行为可能针对的有关国家和其他国际法主体应当知道意图的表示。

萨尔瓦多

[原件：西班牙文]
[2000 年 4 月 13 日]

1. 每一单方面行为必须遵循的形式是，它必须由某一国家通过拥有全权的官员作出，且必须是明确、正式的书信或声明。

2. 在例外情况下，可以默示方式作出有关行为，如确认和弃权。

芬兰

[原件：英文]
[2000 年 3 月 3 日]

没有事先确定的形式。事事取决于环境，因为其目的是保护合法期望以及不产生另一类协定。

格鲁吉亚

[原件：英文]
[2000 年 3 月 3 日]

(*a*) 单方面行为的普通形式必须是书面声明；

(*b*) 口头声明可被视作一项行为，但该声明最好列入议事录中，并由行为人签字。法律效力更有效地产生于有案可查的文件中；

(*c*) 实施行为的背景包括法律背景、政治背景或经济背景，只要它们具有法律后果；

(*d*) 单方面行为可为单独行为或共同行为。

以色列

[原件：英文]
[2000 年 6 月 21 日]

1. 如以色列在上述对第六委员会的发言中所说明的那样，以色列认为，单方面行为不应拘泥于形式。根据国际法院就核试验案发表的意见，国际法并没有严格规定单方面行为应采取何种形式。事实上，国际法院指出，“声明无论是以口头或书面形式作出，均无本质性差别……形式问题并不是决定性因素”。[1]

2. 在确定单方面行为可能的法律效力时，具有相关意义的并非行为采取的形式，而是有关国家是否有意作出具有法律约束力的承诺。问题不在于确定单方面行为必须遵循的形式，而在于有必要根据实施单方面行为的背景以及行为本身的实际内容，解释有关国家的意图。只有在这种场合下，单方面行为的形式才可能具有相关意义。

---

[1] 核试验案(澳大利亚诉法国)，判决，《1974 年国际法院汇编》，第 267-268 页，第 45 段；以及同上(新西兰诉法国)，判决，《1974 年国际法院汇编》，第 473 页，第 48 段。

意大利

[原件：法文]
[2000 年 5 月 16 日]

关于单方面行为可采取的形式，这同样取决于行为的类别。对于可能引起法律问题的单方面行为以及产生法律义务的单方面行为(见对问题 4 的答复)，形式的选择范围有限，因为所涉及的主要是立法行为。

但是，对于行使主权权利所需的单方面行为(见对问题4的答复)，则所需的形式取决于行为的性质。

荷兰

[原件：英文]
[2000年3月24日]

(a) 书面声明

(b) 口头声明

1. 无论书面声明还是口头声明，都必须毫不含糊。正如国际法院就核试验案[1]所发表的意见，形式问题并非决定性因素。在某些情况下，可设想需要一种正式的通知程序，如根据任择条款接受国际法院管辖的声明。但是，按照特别报告员和委员会工作组的标准，必须假设这些声明不属单方面行为概念的范围。

(c) 实施行为的背景

2. 在核试验案中，国际法院认为，一项承诺若要具有约束力，就必须公开作出，并说明有意受其约束。但是，该案所涉及的承诺不仅针对澳大利亚和新西兰这两个原告，也是一项普遍承诺。有一种抗议虽然主要针对对象国，但同时亦被认为适用于整个国际社会。例如，美国军舰曾驶过锡德拉湾，公开表明美国不接受利比亚有关锡德拉湾完全属于阿拉伯利比亚民众国自古以来的内陆水道的主张。但在其他背景下，完全可以想象一项承诺或抗议具有机密性，且只针对另一个国家(如一国大使对另一国大使的秘密承诺)。

3. 因此，就单方面声明的约束力而言，公开性并非决定性因素。如公开的单方面行为似有必要，则公开性的要求(如国际法院在核试验案中所规定的那样)亦旨在使外部能审查其合法性。当然，公开声明是否必要可能还基于对公共利益的其他考虑，而非仅仅是为了确定其合法性。

4. 显然，单方面行为的真实性必须是不容质疑的。有鉴于信息技术的现况，需要加上这一条警示；政府机关的网址繁多，且已有假网址现象出现。

5. 至于实施单方面行为的背景，国际组织成员国所作声明的法律地位值得考虑。这些声明在多数情况下会被视为国家本身的声明。但一国有时可能不仅代表本国单独行事，比如它同时也代表其他国家，诸如在国际货币基金组织和世界银行非全体执行董事会中的情况那样。荷兰是上述机构的成员，但同时亦代表其他成员国行事。因此，不能自动将荷兰在执行董事会中的发言看作是荷兰一国的单方面行为。

(d) 单独、共同或协调一致的行为

6. 荷兰认为，无论涉及的是单独的、共同的或是协调一致的行为，上述要求均应适用。

瑞典

[原件：英文]
[2000年4月28日]

就所有的单方面行为而言，必须明了的是，谁代表哪一方在何时实施了行为。此外，案文必须表明意图产生具有约束力的法律效力，或能从各种环境因素中明确断定。行为可采用口头或书面形式，并应传达给有关对象，可以是向有关方面发出通知，也可以是在行为对象可能出席的适当的公共场合，如联合国大会，发表公开声明。因此，承诺只要对有关方面作出并送达即可，并非一定要是公开的。

---

[1] 核试验案(澳大利亚诉法国)，判决，《1974年国际法院汇编》，第267-268页；以及同上(新西兰诉法国)，判决，《1974年国际法院汇编》，第473页，第48段。

问 题 4

单方面行为的类型和可能包括的内容

阿根廷

[原件：西班牙文]
[2000 年 5 月 18 日]

1. 对于承诺、放弃、承认和抗议这四种传统的单方面行为，必须进行明确的区分。这些行为显然有共同之处，但委员会必须意识到它们也可能还有其各自特点，应在委员会未来的工作中适当地加以鉴别和研究。

2. 关于单方面行为的内容，行为的目的必须是要产生法律效力，改变单方面行为行为国的法律状况，并间接改变行为对象国的法律状况。此外，一些海洋法体制的历史和演变显示，还有一些单方面行为的内容是对国际领域的法律概念加以界定或澄清。

萨尔瓦多

[原件：西班牙文]
[2000 年 4 月 13 日]

一国在国际上采取的单方面行为可以是不同种类的，即，

(a) *通知*。一国正式告知另一国一个事实或状况的行为。由于作出了该行为，被通知的国家不能称不知道已接获通知的事实或状况；

(b) *承认*。一国确认并接受一个事实、状况、行为或权利主张的行为或系列行为。作出承认的国家随后不可否认已承认事项的存在、有效性或合法性。除其他外，还可承认下列事项：国家、政府、领土状况、条约或判决的有效性或人员的国籍；

(c) *抗议*。一国宣布其不打算接受或承认某项权利主张或状况的合法性的明确行为。与其相对的是承认；

(d) *放弃*。打算放弃一项权利、权力、权利主张或要求的意向声明。其效力是使有关权利或权利主张无效；

(e) *单方面承诺*。一国所做的书面意向声明，其明确意图是向其他国家保证该国会采取某种行为；

(f) *声明*。一国就外交政策事项所做的单方面意向声明，它在声明方、受损方及整个国际社会之间产生法律效力；

(g) *上诉*。一国向另一国明确声明，它打算将争端提交国际司法或外交机构、或任何其他国际机构审议，以解决争端或减少当事方之间的分歧；

(h) *决议*。一国在适用和解释国际法方面的单方面行为。

格鲁吉亚

[原件：英文]
[2000 年 3 月 3 日]

可将声明、通告和通知视为单方面行为的主要类型。

以色列

[原件：英文]
[2000 年 6 月 21 日]

除在条约背景下采取的各种正式类型的单方面行为(例如批准、保留和退约)以及国际法中明确承认的单方面行为(例如承认和抗议)之外，单方面行为还有范围广泛的可能类型和内容。例如，一国可就本国自然资源的使用、在主权领土上进行的各种活动、在国际或区域论坛中的行为或参与其边界之外的军事行动等方面，向另一国或数国，或向整个国际社会做出法律承诺。然而，一般而言，要具体确定一类可产生法律效力的单方面行为，似乎不大可能。

意大利

[原件：法文]
[2000 年 5 月 16 日]

意大利将单方面行为分为下列三种类型：

(a) *有可能引起法律问题的单方面行为*。承认、抗议和弃权属于这一类。这三种行为都需要明示同意，以确保国际关系中的确定性和可靠性；

(b) *产生法律义务的单方面行为*。这一类包括承诺，国家通过这种行为承担坚持或不坚持某种行为过程的义务。只有做出承诺的国家确实打算以这种方式承担义务，承诺才有价值。然而，要确保国家有承担义务的真正意愿并不容易；

(c) *行使主权权利所需的单方面行为*。这种行为是一种功能，国家可借此根据国际法授权行使某些权力(划定领水界限或专属经济区界限、赋予国籍、登记船只、宣战或宣布中立)。

荷兰

[原件：英文]
[2000 年 3 月 24 日]

1. 单方面行为的内容不限于某些类型的主题事项。因此，荷兰认为，就产生法律效力而言，声明的内容是次要的。更为重要的是一些正式标准，例如声明的明确性和产生法律效力的客观化意图，即能以客观方式证明的意图。

2. 涉及一国代表在国际法律诉讼中所作声明时，应将保证与解释国际法具体规则的声明加以区分。对于后者，在有关的法律诉讼中，对声明的任何反对意见原则上只能向作出声明的国家提出。尽管如此，在国际法院规定双方进行的或提议该国进行的双边谈判中，也可对这种声明提出反对(*见加布奇科沃—大毛罗斯项目案*[1])。

3. 根据任择条款接受国际法院管辖的单方面声明自成一类，但如上文所述，按照特别报告员和委员会工作组的标准，单方面行为的定义不包括这类声明。

4. 最后，荷兰认为，特别报告员似乎打算将“软法”(例如，《关于环境与发展的里约宣言》[2] 或《第四次保护北海国际会议的部长宣言》[3])排除在单方面行为的概念范畴之外。然而，有时可能也不得不将这类宣言视作属于联合或协调声明的范畴(见“一般性意见”下荷兰的答复第 2 节)。

---

[1] *加布奇科沃—大毛罗斯项目案*(匈牙利/斯洛伐克)，判决，《1997 年国际法院汇编》，第 7 页。

[2] 《联合国环境与发展会议的报告，1992 年 6 月 3 日至 14 日，里约热内卢》(A/CONF.151/26/Rev.1 (Vol. I, Vol. I/Corr.1, Vol. II, Vol. III and Vol. III/Corr.1)) (联合国出版物，出售品编号：C.93.I.8 及更正)，第一卷：《环发会议通过的决议》，决议 1, 附件一和二。

[3] 1995 年 6 月 8 日至 9 日在丹麦埃斯比约举行。

瑞典

[原件：英文]
[2000 年 4 月 28 日]

单方面行为可涉及任何主题事项。

问 题 5

这些行为意在取得何种法律效力？

阿根廷

[原件：西班牙文]
[2000 年 5 月 18 日]

通常情况下，这种行为的效力是创设或修改行为国的一项义务或放弃一项权利，这是由国际法律体系规定的效力。行为的效力也可以是行使或保留一项权利，抗议就是这种情况。一些海洋法体制的发展说明，单方面行为的目的还可以是界定法律概念或状况。

萨尔瓦多

[原件：西班牙文]
[2000 年 4 月 13 日]

一般而言，单方面行为作为一国主权意愿的表达，一旦获得合法性，就具备形成、消除或修改该国对国际社会、对另一国或一国际机构所负义务的效力。每种行为的效力因其具体性质各异而互不相同，可通过参见上文问题 4 来确定。

芬兰

[原件：英文]
[2000 年 3 月 3 日]

单方面行为具有约束力，不仅是因为行为意图产生约束力，还因为它给人们带来了期望。因此，无论作出单方面行为的人有何种打算，这种行为都会变得具有约束力。

格鲁吉亚

[原件：英文]
[2000 年 3 月 3 日]

单方面行为可以：

(*a*) 创设行为国的义务；

(*b*) 创设其他国家的权利；

(*c*) 取消行为国的权利；

(*d*) 在某种限制范围内确定行为国权利的界限(《格鲁吉亚海军空间法》(1998 年 12 月 24 日)，确定了黑海海域)；

(*e*) 启动多边行动；

(*f*) 声明放弃参与权。

以色列

[原件：英文]
[2000 年 6 月 21 日]

带有法律效力的单方面行为创设一种客观性的法律义务。作出这一行为的国家由此表明它打算被视为接受法律约束。可能缺少既定执行机制的事实并不改变单方面行为作为一项法律义务的地位，在发生违背情事的情况下，也不影响行为对象的法律权利。此外，还应指出，单方面行为可能有助于习惯法规范的发展。

意大利

[原件：法文]
[2000 年 5 月 16 日]

在回答单方面行为有何目的和它们意在取得何种法律效力的问题时，同样有必要根据行为类型(见对问题 4 的答复)作出区分，因此，无法提供一个笼统的回答。各种行为的目的显然各不相同，行为形成的法律效力也是如此。有些单方面行为能立即形成法律效力，另一些则使人产生期望，而多半不考虑作出行为的主体的真正意图是什么。无论如何，单方面行为的效力永远不会与条约的效力相同，以免危害国际关系的安全性。当然，在不形成一类新协定的前提下，各方的合理预期应该得到保障。

荷兰

[原件：英文]
[2000 年 3 月 24 日]

如果以一国名义作出了单方面声明而该国打算产生具有约束力的法律效力，这些效力要受到合法性要求的限制。换言之，一项声明不能产生与国际法一般规则特别是与强制法不符的效力。一项声明并不一定总要有意避免与国际法规定的现有义务发生冲突。这就提出了条约义务与单方面行为引起的权利或义务两者孰先孰后的问题。也许可以认为(但这将是由国际社会做出的政策决定)，条约义务总是享有优先地位，或者可以认为假设单方面声明的法律效力与条约义务不相抵触，则对声明也将作如此解释。

瑞典

[原件：英文]
[2000 年 4 月 28 日]

1. 不同类型的单方面行为可能有不同的法律效力。下文所述内容只针对承诺，其他单方面行为的效力可能由特定的制度来规定。

2. 单方面行为因行为国表示打算受到约束而对行为国具有约束力。然而，由于存在诚意的因素，关键并不在于“真正”意图本身，而是其表现形式和对行为的善意解释。尽管作出单方面行为的国家应得到保护，以免受未预见的意外后果影响，但其他各方的正当利益也必须予以考虑。这一点对于单方面行为的解释也有实际意义。

问 题 6

各国认为本国在国际领域的单方面行为和其他国家的单方面行为具有何种重要性、有用性和价值？

阿根廷

[原件：西班牙文]
[2000 年 5 月 18 日]

1. 实施单方面行为是处理一国国际关系的重要方法。因此，鉴于规范这类行为的法律制度目前尚不准确，阿根廷希望强调对该问题进行深入分析至关重要。由于单方面行为是处理国际关系的一种重要方法，有必要正确制订关于其要求、有效性、效力和分类的规则。在这方面，规范并澄清这一法律领域，无疑将为国际关系带来更大的法律保障和信任。

2. 单方面行为是否是《国际法院规约》第三十八条所指国际法的来源，这是一个相当学术性的问题。撇开这一问题不谈，单方面行为能给各国带来国际权利和义务这一点看来已得到确认。无论如何，有相当一部分法律学说反对将单方面行为作为国际义务的来源本身，这一事实却是无法回避的。在这方面，阿根廷认为，应将单方面行为与默许和不容反悔等其他相关的司法状况作比较，这将是极为有益的。对这些体制进行研究极有益于澄清这些问题。

萨尔瓦多

[原件：西班牙文]
[2000 年 4 月 13 日]

萨尔瓦多十分重视本国的单方面行为，认为自己受到其作出的任何单方面行为的条件约束，因为单方面行为是国际法的一个真正来源。当然，从对等角度看，只要其他国家的单方面行为以适当程序施行，由拥有全权的当局发布，因而具有真实性，那么，萨尔瓦多也承认这些行为完全有效。

格鲁吉亚

[原件：英文]
[2000 年 3 月 3 日]

单方面行为的重要性由该概念的实质决定。当一国能够作出任何可能产生国际法律效力的声明时，其可能性必然被低估。单方面行为是一国在日常外交中表示其意愿的一种灵活方法。一国应至少依照对等原则，尊重其他国家特别是友好国家的单方面行为。

以色列

[原件：英文]
[2000 年 6 月 21 日]

1. 以色列认为，各国的绝大多数单方面行为是政治性的，不产生法律效力。这种行为可能涉及道德或政治层面的义务，但它们不受国际法规范。一般而言，在国家实践中，单方面声明旨在使一国政府有机会表示其政治意愿或实现某种政治目的而不涉及法律义务。它们的重要性和有用性主要存在于国家间关系领域的政治层面上。

2. 国家理所当然不会对单方面声明进行初步法律审查，以决定其是否构成法律义务，因为人们普遍认为，声明是一种政治行为而不是法律行为。各国一般不愿单方面承担法律义务或受到限制。只有存在清楚、明确的承担法律义务的意图时，以色列才会认为自己或其他国家的单方面行为具有法律意义。

意大利

[原件：法文]
[2000 年 5 月 16 日]

对于各国认为单方面行为具有何种重要性、有用性和价值的问题，意大利的回答与对上一个问题的回答相似：这取决于所讨论的行为属于何种类型(见对问题 4 的答复)。无论如何，考虑到我们已经提到国际关系中需要确定性和保障，对于其他国家或意大利本国的单方面行为，意大利认为它们不具备与条约同等的约束力，因为即使是针对其他国家作出单方面行为，，它们也毕竟只是内部行为，而且这种行为也无法产生与条约相同的效力。

荷兰

[原件：英文]

[2000 年 3 月 24 日]

荷兰承认单方面行为在国际一级的重要性，同时指出，鉴于单方面行为类型繁多，要找出共同的法律效力并就提出的问题作出具体回答比较困难。

瑞典

[原件：英文]

[2000 年 3 月 3 日]

有时，谈判条约会过于复杂或各方直接谈判可能存在政治上的困难。在这种情况下，采取单方面行为就比较方便。

问 题 7

哪些解释规则适用于单方面行为？

阿根廷

[原件：西班牙文]

[2000 年 5 月 18 日]

必须对条约法规则和适用于单方面行为的规则加以区分的一个领域是对单方面行为的解释。正如国际法院在*核试验案* [1] 中所指出的，当一国作出限制其今后行动自由的声明时，必须作出限制性解释。这只是常设国际法院在*荷花号案* [2] 中的著名判词的必然结果，即不能推定对国家主权的限制。与在单方司法行为中一样，行为人(在此情况中即国家，或更准确地说是国家机关)的意图起着根本性作用。因此，必须铭记一项关键要素，即行为的环境；换言之，行为发生的背景可决定对该行为的解释。国际法院在*英伊石油公司案* [3] 中规定的另一规则是，对行为进行解释时，其所产生的效果应符合而不是有违现行法律。

[1] *核试验案*(澳大利亚诉法国)，判决，《1974 年国际法院汇编》，第 253 页；以及同上(新西兰诉法国)，判决，《1974 年国际法院汇编》，第 457 页。

[2] *荷花号案*，1927 年第 9 号判决，《常设国际法院汇编》，A 辑，第 10 号。

[3] *英伊石油公司案*，判决，《1952 年国际法院汇编》，第 93 页。

奥地利

[原件：英文]

[2000 年 3 月 2 日]

在*渔业管辖权案* [1] 中，国际法院认为与按照《国际法院规约》第三十六条所作单方声明的解释有关的制度不同于 1969 年《维也纳公约》为解释条约而建立的制度。法院认为，该《公约》的各项规定只能在与单方面接受法院管辖权这一特殊性质相符的范围内，通过类比予以适用。法院进一步说明，法院将以自然和合理的方式解释此类声明的有关措辞，包括其中所载的保留意见，同时适当注意到有关国家在接受法院强制管辖权时的意图。此外，有关国家的意图不仅可从有关语句的上下文，而且还可从宣读语句时的背景推断出来，另外，也可通过审查有关编写情况的证据和欲达到的目的推断出来。因此，关于这些单方面行为的解释，法院似乎更重视对主观组成部分的解释，其次才是《维也纳公约》第三十一和第三十二条规定的“客观”条约解释规则所允许的解释。可在多大程度上解释这种主观组成部分以及是否可以或可在何种程度上将同样的推理适用于其他类别的单方面行为仍旧不清楚。

[1] *渔业管辖权案*(西班牙诉加拿大)，法院管辖权，判决，《1998 年国际法院汇编》，第 432 页。

萨尔瓦多

[原件：西班牙文]

[2000 年 4 月 13 日]

对于单方面行为，必须本着诚意，参照这些行为的目的和宗旨，并依其用语的通常意思，加以解释。只有确定作出单方面行为的国家有此意愿时，才能使用用语的特殊含义。

芬兰

参见对问题 1 的答复。

格鲁吉亚

[原件：英文]

[2000 年 3 月 3 日]

具有适当权限的政府间组织条约机构，如国际法院，可审议单方面行为的意愿和有效性。

以色列

[原件：英文]

[2000 年 6 月 21 日]

1. 如上所述(问题 3)，将单方面行为界定为产生法律效力的行为的过程从本质上讲即解释行为国意图的工作。正是由于很难查明国家的真正意图，所以才应实施严格的解释规则，以确定一项单方面行为是否产生法律效力。在这方面，必须依照 1969 年《维也纳公约》第三十一条的规定，本着诚意并按照行为的通常含义来解释单方面行为，这是解释工作中的一个重要部分，虽然并不仅止于此。此外，正如特别报告员关于国家的单方面行为第二次报告中的条款草案第 2 条所示，[1] 单方面法律行为必须是意愿的明确和自主表达，应公开作出，并明确针对行为对象。

2. 在此种情况下，应强调指出，以色列认为，如果不采用严格的解释标准，不仅会破坏规范单方面行为的法律制度的有效性，还会使国家处于难以应付的状况，因为有可能会把法律后果归于无意产生此种效力的单方面行为。由于在当代国家间实践中，纯政治性的单方面行为是理所当然的事，除其他外，国际论坛、非正式协商和国家间谈判中所作的声明普遍如此，情况尤其像我们说的那样。

意大利

[原件：法文]

[2000 年 5 月 16 日]

关于适用于单方面行为的解释规则的问题，目前趋势是把 1969 年《维也纳公约》第三十一至第三十三条中提及的解释原则适用于这些行为。另一方面，该《公约》的其他条款不适用，因为从本质上讲，单方面行为的性质不同于条约的性质。

荷兰

[原件：英文]

[2000 年 3 月 24 日]

显而易见的解决办法是类比适用 1969 年《维也纳公约》所载的解释规则。

瑞典

[原件：英文]

[2000 年 4 月 28 日]

虽然 1969 年《维也纳公约》第三十一和第三十二条的规定与单方面行为的解释有关，但还必须考虑到单方面行为的特殊性质。(参见对问题 5 的答复)。

[1] 《1999 年……年鉴》[英]，第二卷(第一部分)，A/CN.4/500 和 Add.1 号文件，第 38 段，第 200 页。

问题 8

单方面行为的持续时间

萨尔瓦多

[原件：西班牙文]

[2000 年 4 月 13 日]

单方面行为的持续时间完全取决于行为国认为的行为必要有效时间，因为这是充分主权的行为。因此，国家完全可以在它认为合适的时机撤销这一行为。

格鲁吉亚

[原件：英文]

[2000 年 3 月 3 日]

1. 如果行为国认为行为的效果不再适宜，就可撤销该行为。

2. 在情况发生根本变化之后，可终止该行为。

以色列

[原件：英文]

[2000 年 6 月 21 日]

能否制订关于单方面行为持续时间的统一规则尚不确定。原则上，单方面承诺的持续时间将由义务的性质、单方面行为的具体内容和特定的环境决定。此外，在某些情况下，有理由假定单方面行为的法律效力会因不相干事件而停止。例如，因发生意外而不可能履行或情况发生根本变化时，情况就会如此。

意大利

[原件：法文]

[2000 年 5 月 16 日]

单方面行为持续时间问题的答案取决于作出该行为的背景及其目的。一般而言，不可能具体说明单方面行为的持续时间。实际上，如果有可能的话，也很难设想此类非正规行为的持续时间没有限制，因为否则结果会是产生新的一类协定。

荷兰

[原件：英文]

[2000 年 3 月 24 日]

在这方面，也可通过类比适用 1969 年《维也纳公约》的有关条款。原则上，单方面行为有效性的持续时间没有限制。但它们会因为被废弃不用或被双边条约搁置而停止适用。政府更迭不影响行为的有效性，除非予以明示撤销。最后，单方面声明有效性的持续时间可能会受到限制，因为声明会包含一个时限，或载有在某一特定时间停止适用的明确条件。

瑞典

[原件：英文]

[2000 年 4 月 28 日]

在这方面，或许可能无法对单方面行为和条约作出一般性区分，但看似必须考虑到不同类型单方面行为的特殊性质。

问 题 9

撤销单方面行为的可能性

阿根廷

[原件：西班牙文]

[2000 年 5 月 18 日]

关于撤销单方面行为的可能性，阿根廷认为，单方面行为行为国的意图一旦具体化，该国就无权任意审查该项行为，因此，不能随意撤销承诺、弃权或其他有关行为。诚然，行为国可以使该行为受时间限制或决议制约，或明确规定撤销行为的可能性。应当指出，部分法律学说坚持认为，如果撤销的可能性不是出自单方面行为的背景或性质，则理论上，承诺或弃权是不可撤销的。但还有部分法律学说坚持认为，理论上这些行为是可撤销的，只是不能任意或恶意撤销。无论如何，行为所造成的法律情势显然是不可改变的。不可抗力、偶然性、特别是情势变迁等一般规则适用于此。此外，某些单方面行为，如抗议等，通常是可撤销的。

萨尔瓦多

[原件：西班牙文]

[2000 年 4 月 13 日]

如果适用 1969 年《维也纳公约》，则可以修改或撤销单方面行为，因为这是国家主权意愿的表现，但毫无疑问，必须通过国家最初作出行为时使用的同样渠道发布修改或撤销单方面行为的通知。

芬兰

[原件：英文]

[2000 年 3 月 3 日]

根据国际法院在核试验案 [1] 中制定的原则，单方面行为是可撤销的。

[1] 核试验案(澳大利亚诉法国)，判决，《1974 年国际法院汇编》，第 253 页；以及同上(新西兰诉法国)，判决，《1974 年国际法院汇编》，第 457 页。

格鲁吉亚

[原件：英文]
[2000 年 3 月 3 日]

撤销的原因包括：

(*a*) 行为中的错误；

(*b*) 另一国的欺诈行为；

(*c*) 发表声明的官员受贿；

(*d*) 违反国际法一般规则；

(*e*) 违反国家根据国际条约作出的承诺。

以色列

[原件：英文]
[2000 年 6 月 21 日]

1. 一般而言，使一国能够通过单方面行为产生法律效力但却不承认该国在某些情况下有能力单方面撤销该行为似不合逻辑。当然，一国可能会承担一项限制其取消撤销权的义务。不过，如果未作出此种承诺，则应接受撤销的可能性，但须遵守某些条件。

2. 显而易见，单方面行为的特殊性质和内容可能会表明在何种情况下行为可撤销。但还应考虑其他一些因素。在这方面，有一点值得审查，即诚意原则是否要求在撤销行为之前发出适当通知，尽管该项条件不一定在各种情况下都切实可行。

意大利

[原件：法文]
[2000 年 5 月 16 日]

关于撤销单方面行为的可能性，根据国际法院在核试验案 [1] 中达成的原则(1974 年 12 月 20 日的判决)，单方面行为可撤销。

[1] 核试验案(澳大利亚诉法国)，判决，《1974 年国际法院汇编》，第 253 页；以及同上(新西兰诉法国)，判决，《1974 年国际法院汇编》，第 457 页。

荷兰

[原件：英文]
[2000 年 3 月 24 日]

荷兰认为，对于单方面行为的撤销，也应类比适用 1969 年《维也纳公约》所列关于条约终止的条款。荷兰建议委员会审议与单方面行为有关的情势变迁但书的适用和援引问题。

瑞典

[原件：英文]
[2000 年 4 月 28 日]

1. 虽然条约制度通常包括关于终止、中止和撤销等问题的条款，但按单方面行为的性质，条约制度不规范单方面行为的相应问题。因此，有必要制订关于该主题的一般规则。另一方面，有必要考虑到，对于不同形式的单方面行为，须以不同方式来处理这些问题。单方面行为是否可撤销以及在何种条件下可撤销，是一个非常棘手的问题，只有考虑到每起特定案件的情况，才能回答这个问题。例如，似乎不可能撤销一项承认，除非有这样做的理由(例如，国家不复存在)。

2. 但是，可提出若干意见。与 1969 年《维也纳公约》第五十八和第五十九条相似，单方面行为引起的义务受到后订条约的影响，正如因发生意外而不可能履行或情况发生根本变化会对这些义务产生影响一样。即使在最初的单方面行为中没有对价要素，这些行为所引起的法律关系中往往会存在对等内容。行为国能够在另一主体恶意利用其承诺的情况下撤销承诺，这似乎并非毫无道理。对于修改，也适用类似的考量。

3. 最后，在发生错误、欺诈、腐败、强迫、使用武力或违反强制法的情况下，可以使单方面行为无效，这种看法似乎是合理的。在此情况下，应当指出，1969 年《维也纳公约》对可撤销条约和无效条约作了某些区分，但条款草案第 7 条却未对单方面行为作出此类区分。

第五十二届会议文件一览表

文件	标题	备注和参考资料
A/CN.4/502	填补委员会的临时空缺(章程第 11 条)：秘书处的说明	转载于本卷。
A/CN.4/503	临时议程	油印件。通过的议程，见《2000年……年鉴》[英]，第二卷(第二部分)，第17页，第12段。
A/CN.4/504 和 Add.1	秘书处编制的关于大会第五十四届会议期间第六委员会讨论国际法委员会报告的专题摘要	油印件。
A/CN.4/505	特别报告员维克托·罗德里格斯·塞德尼奥先生关于国家的单方面行为的第三次报告	转载于本卷。
A/CN.4/506 [和 Corr.1] 和 Add.1	特别报告员约翰·罗伯特·杜加尔德先生关于外交保护的第一次报告	同上。
A/CN.4/507 和Add.1 [和 Add.1/Corr.1]、Add.2 [和 Add.2/Corr.1 和2]、Add.3 [和 Add.3/Corr.1] 和Add.4	特别报告员詹姆斯·克劳福德先生关于国家责任的第三次报告	同上。
A/CN.4/508 和Add.1-4	特别报告员阿兰·佩莱先生关于对条约的保留的第五次报告	同上。
A/CN.4/509	国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任(预防危险活动的跨界损害)：各国政府提出的评论和意见	同上。
A/CN.4/510	特别报告员彭马拉朱·斯里尼瓦萨·拉奥先生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(预防危险活动的跨界损害)的第三次报告	同上。
A/CN.4/511	国家的单方面行为：各国政府对问题单的答复	同上。
A/CN.4/L.590	国际法委员会第五十二届会议工作报告草稿：第一章(会议安排)	油印件。通过的案文见《大会正式记录，第五十五届会议，补编第 10 号》(A/55/10)。最后文本载于《2000 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 15 页。
A/CN.4/L.591	同上：第二章(委员会第五十二届会议工作摘要)	同上，第 18 页。
A/CN.4/L.592	同上：第三章(委员会乐意听取评论的具体问题)	同上，第 19 页。
A/CN.4/L.593 [和 Corr.1] 和 Add.1-6	同上：第四章(国家责任)	同上，第 20 页。
A/CN.4/L.594	同上：第五章(外交保护)	同上，第 75 页。
A/CN.4/L.595 和 Add.1	同上：第六章(国家的单方面行为)	同上，第 90 页。
A/CN.4/L.596 和 Add.1-4	同上：第七章(对条约的保留)	同上，第 104 页。

文件	标题	备注和参考资料
A/CN.4/L.597	同上：第八章(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(预防危险活动的跨界损害))	同上，第 128 页。
A/CN.4/L.598 和 Add.1	同上：第九章(委员会的其他决定和结论)	同上，第 135 页。
A/CN.4/L.599	对条约的保留。起草委员会所通过准则草案的标题和案文：准则 1.1.8、1.4.6 [1.4.6、1.4.7]、1.4.7 [1.4.8]、1.7、1.7.1 [1.7.1、1.7.2、1.7.3. 1.7.4]、1.7.2 [1.7.5]	案文转载于《2000 年……年鉴》，第一卷，第 2640 次会议简要记录(第 61 段)。
A/CN.4/L.600	国家责任。起草委员会二读暂时通过的条款草案	油印件。案文见《大会正式记录，第五十五届会议，补编第 10 号》(A/55/10)。最后案文载于 《2000 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第四章，附件。
A/CN.4/SR.2612-A/CN.4/SR.2664	第 2612 次至第 2664 次会议临时简要记录	油印件。最后文本载于《2000 年……年鉴》，第一卷。

United Nations publication
ISSN 1994-4705

Yearbook of the International Law Commission 2000
Volume II (Part One)

Printed at United Nations, Geneva – 1501519 **(C)** – December 2015 – 44