

国际法委员会年鉴

2002年

第二卷

第一部分

第五十四届会议文件

联合国



国际法委员会年鉴

2002年

第二卷
第一部分

第五十四届会议文件



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《2001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。

*

* *

国际法委员会第五十四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/2002/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
填补委员会临时空缺(《委员会章程》第 11 条)(议程项目 1)	
A/CN.4/522 号文件。秘书处的说明	1
对条约的保留(议程项目 3)	
A/CN.4/526 和 Add.1-3 号文件。特别报告员阿兰·佩莱先生关于对 条约的保留的第七次报告	3
外交保护(议程项目 4)	
A/CN.4/523 和 Add.1 号文件。特别报告员约翰·杜加尔德先生关于 外交保护的第三次报告	57
国家的单方面行为(议程项目 5)	
A/CN.4/524 号文件。各国政府对问题单的答复：秘书长的报告	103
A/CN.4/525 和 Add.1-2 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五次报告	109
第五十四届会议文件一览表	141

简称

拉美一体协(ALADI)	拉丁美洲一体化协会
清算银行(BIS)	国际清算银行
公法顾委(CAHDI)	国际公法法律顾问委员会
欧洲经委会(ECE)	欧洲经济委员会
粮农组织(FAO)	联合国粮食及农业组织
原子能机构(IAEA)	国际原子能机构
世界银行(IBRD)	国际复兴开发银行
国际法院(ICJ)	国际法院
民航组织(ICAO)	国际民用航空组织
投资争端解决中心(ICSID)	国际投资争端解决中心
开发协会(IDA)	国际开发协会
农发基金(IFAD)	国际农业发展基金会
金融公司(IFC)	国际金融公司
劳工组织(ILO)	国际劳工组织
货币基金组织(IMF)	国际货币基金组织
海事组织(IMO)	国际海事组织
国际电联(ITU)	国际电信联盟
担保机构(MIGA)	多边投资担保机构
北约组织(NATO)	北大西洋公约组织
纳夫塔(NAFTA)	北美自由贸易协定
欧安组织(OSCE)	欧洲安全和合作组织
常设国际法院(PCIJ)	常设国际法院
教科文组织(UNESCO)	联合国教育、科学及文化组织
工发组织(UNIDO)	联合国工业发展组织
邮联(UPU)	万国邮政联盟
海关组织(WCO)	世界海关组织
西欧联盟(WEU)	西欧联盟
世卫组织(WHO)	世界卫生组织
产权组织(WIPO)	世界知识产权组织
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>I.C.J. Reports</i>)	国际法院, 《判决书、咨询意见和命令汇编》 (<i>ICJ, Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders</i>)
《国际法律资料》(ILM)	《国际法律资料》 (<i>International Legal Materials</i> (哥伦比亚特区 华盛顿))
《国际法报告》(ILR)	《国际法报告》(<i>International Law Reports</i>)
司法判例出版社(LGDJ)	法学及司法判例出版社 (<i>Librairie générale de droit et de jurisprudence</i> (巴黎))
《常设国际法院汇编》, A辑(<i>P.C.I.J., Series A</i>)	常设国际法院, 《判决汇编》(PCIJ, <i>Collection of Judgments</i>)(第 1-24 号, 截至 1930 年)
《常设国际法院汇编》, A/B辑(<i>P.C.I.J., Series A/B</i>)	常设国际法院, 《判决、命令和咨询意见汇编》(PCIJ, <i>Judgments, Orders and Advisory Opinions</i>) (第 40-80 号, 始于 1931 年)
《常设国际法院汇编》, C辑(<i>P.C.I.J., Series C</i>)	常设国际法院, 《诉状、口头辩论和文件》(PCIJ, <i>Pleadings, Oral Arguments, Documents</i>)(第 52-88 号, 始于 1931 年)
《公法概览》(RGDIP)	《国际公法综合杂志》 (<i>Revue générale de droit international public</i> (巴黎))
《国际仲裁裁决汇编》 (UNRIAA)	联合国, 《国际仲裁裁决汇编》 (<i>United Nations, Reports of International Arbitral Awards</i>)

*

* *

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。

填补委员会临时空缺
(《委员会章程》第 11 条)

[议程项目 1]

A/CN.4/522 号文件

秘书处的说明

[原件：英文]

[2002 年 2 月 20 日]

1. 在阿德戈克·阿吉博拉·伊盖先生逝世后，国际法委员会出现一个空缺。
2. 这种情况适用《委员会章程》第11条。该条规定如下，

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. 委员会由三十四人组成，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同一国家的国民。
3. 具有双重国籍的候选人，应视为其通常行使公民权利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大文化和各主要法系。

3. 委员会需要补选的一名委员任期至2006年年底届满。

对条约的保留

[议程项目 3]

A/CN.4/526 和 Add.1-3 号文件

特别报告员阿兰·佩莱先生
关于对条约的保留的第七次报告

[原件：英文/法文]

[2002 年 4 月 5 日和 29 日、5 月 16 日
和 6 月 14 日]

目 录

		页次
本报告引用的多边文书		4
本报告引用的著作		7
	段次	
导言	1-60	8
A. 委员会先前就本专题进行的工作	2-34	8
1. 对条约的保留和条约法	3-9	8
2. “对条约的保留”专题	10-34	10
(a) 关于对条约的保留的最初两次报告及委员会 的决定	13-22	10
(一) 第一次报告及其结果	14-17	10
(二) 第二次报告及其结果	18-22	11
(b) 第三和第五次报告：拟定《实践指南》	23-34	12
(一) 已经通过的准则草案	24-27	12
(二) 拟订和通过准则草案的办法	28-34	13
B. 一读通过的第二部分和第三部分：一般考虑	35-47	14
1. 委员会对第六次报告的审议	35-38	14
2. 第六委员会对委员会报告第六章的审议	39-47	15
C. 关于对条约的保留的最近发展情况	48-55	17
D. 第七次报告概略	56-60	19
撤回和修改保留和解释性声明	61-186	19
A. 撤回保留	63-184	20
1. 撤回保留的形式和程序	63-151	20
(a) 撤回保留的形式	67-114	20
(一) 书面单方面行为：1969 年和 1986 年《维也纳公 约》第 22 条第 1 款和第 23 条第 4 款	67-90	20

(二) 暗示撤回的问题	91-114	25
(b) 1969 年和 1986 年《维也纳公约》的漏洞：撤回保留 的程序	115-151	29
(一) 1969 年和 1986 年《维也纳公约》没有提及撤回 保留的程序	115-121	29
(二) 撤回保留的权限	122-142	30
(三) 撤回保留的告知	143-151	34
2. 撤回保留的后果	152-184	37
(a) 撤回保留的生效日期	154-176	37
(b) 撤回保留的后果	177-184	42
B. 保留的修订	185	43
缩小保留范围(部分撤回).....	187-221	44
附件		
委员会通过或特别报告员提议的所有准则草案的综合案文		50

本报告引用的多边文书

《防止及惩治灭绝种族罪公约》(1948 年 12 月 9 日, 纽约)	联合国, 《条约汇编》, 第 78 卷, 第 1021 号, 第 277 页。
《保护人权与基本自由公约》[英](《欧洲人权 公约》)(1950 年 11 月 4 日, 罗马)	同上, 第 213 卷, 第 2889 号, 第 221 页。
《1950 年 11 月 4 日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, 附件 A, 第 2889 号, 第 7 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。
《妇女政治权利公约》[又称《妇女参政权公约》] (1953 年 3 月 31 日, 纽约)	同上, 第 193 卷, 第 2613 号, 第 135 页。
《关于便利旅游海关公约》[英](1954 年 6 月 4 日, 纽约)	同上, 第 276 卷, 第 3992 号, 第 191 页。
《关于便利旅游海关公约有关进口旅游宣传 文件和材料的附加议定书》[英](1954 年 6 月 4 日, 纽约)	同上。
《关于私有公路车辆临时进口的海关公约》[英] (1954 年 6 月 4 日, 纽约)	同上, 第 282 卷, 第 4101 号, 第 249 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。
《欧洲居留公约》[英](1955 年 12 月 13 日, 巴黎)	同上, 第 529 卷, 第 7660 号, 第 141 页。
《国际货物公路运输合同公约》[英](1956 年 5 月 19 日, 日内瓦)	同上, 第 399 卷, 第 5742 号, 第 189 页。
《自国外获取赡养公约》[又称: 《国外抚养费收 取公约》](1956 年 6 月 20 日, 纽约)	同上, 第 268 卷, 第 3850 号, 第 3 页。
《已婚妇女国籍公约》(1957 年 2 月 20 日, 纽约)	同上, 第 309 卷, 第 4468 号, 第 65 页。

- 《欧洲路面标示协定》[英] (1957年12月13日, 日内瓦) 同上, 第372卷, 第5296号, 第159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。
- 《建立美洲开发银行的协定》[英] (1959年4月8日, 华盛顿) 同上, 第389卷, 第5593号, 第69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。
- 《保护表演者、唱片制作者和广播组织国际公约》[英] (1961年10月26日, 罗马) 同上, 第496卷, 第7247号, 第43页。
- 经《修正1961年麻醉品单一公约的议定书》修正的《1961年麻醉品单一公约》(1975年8月8日, 纽约) 同上, 第976卷, 第14152号, 第105页。
- 《关于婚姻的同意、结婚最低年龄和婚姻登记的公约》(1962年12月10日, 纽约) 同上, 第521卷, 第7525号, 第231页。
- 《减少多重国籍和在多重国籍情况下的兵役义务的(欧洲)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。
- 《统一发明专利实体法的若干方面公约》[英] (1963年11月27日, 斯特拉斯堡) 同上, 第1249卷, 第20401号, 第369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》; 又称: 《公民权利和政治权利国际公约》](1966年12月16日, 纽约) 同上, 第999卷, 第14668号, 第171页。
- 《旨在废除死刑的公民及政治权利国际公约第二项任择议定书》(1989年12月15日, 纽约) 同上, 第1642卷, 附件A, 第14668号, 第414页。
- 《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。
- 《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。
- 《精神药物公约》(1971年2月21日, 维也纳) 同上, 第1019卷, 第14956号, 第175页。
- 1972年《集装箱关务公约》(1972年12月2日, 日内瓦) 同上, 第988卷, 第14449号, 第43页。
- 《欧洲机动车辆造成的损失民事责任公约》[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。
- 《关于简化和协调海关业务制度的国际公约》[英] (1973年5月18日, 京都) 联合国, 《条约汇编》, 第950卷, 第13561号, 第269页。
- 《关于简化和协调海关业务制度的国际公约《京都公约》修正案议定书》[英] ((1999年6月26日, 布鲁塞尔) 《欧洲联盟公报》, 第L86号, 第46卷 (2003年4月3日), 第23页。
- 《给予欧洲专利权公约》[英] (《欧洲专利公约》) (1973年10月5日, 慕尼黑) 联合国, 《条约汇编》, 第1065卷, 第16208号, 第199页。
- 《1973年国际防止船舶造成污染公约》[英] (《防污公约》) (1973年11月2日, 伦敦) 同上, 第1340卷, 第22484号, 第184页。
- 《1973年国际防止船舶造成污染公约1978年议定书》[英] (1978年2月17日, 伦敦) 同上, 第61页。

- 《国际货物销售时效期限公约》[又称：《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。
- 《修正国际货物销售时效期限公约的议定书》[又称：《修正国际货物销售时效期间公约的议定书》](1980年4月11日，维也纳) 同上，第26120号，第77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。
- 《国际内河客货运输合同公约》(《内河客货运公约》)[英](1976年2月6日，日内瓦) ECE/TRANS/20。
- 《欧洲司法协助请求传递协定》[英](1977年1月27日，斯特拉斯堡) 联合国，《条约汇编》，第1137卷，第17827号，第81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。
- 《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。
- 《养护野生动物移栖物种公约》[英](1979年6月23日，波恩) 同上，第1651卷，第28395号，第133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。
- 《联合国国际货物销售合同公约》(1980年4月11日，维也纳) 同上，第1489卷，第25567号，第3页。
- 《协调统一货物边境管制国际公约》[英](1982年10月21日，日内瓦) 同上，第1409卷，第23583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。
- 《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) 联合国，《条约汇编》，第1582卷，第27627号，第95页。
- 《欧洲跨界电视节目传送公约》[英](1989年5月5日，斯特拉斯堡) 欧洲委员会，《欧洲条约汇编》，第132号。
- 《继承死者财产适用的法律公约》[英](1989年8月1日，海牙) 海牙国际私法会议，《公约集》(1951-1996年)，第341页。
- 《儿童权利公约》(1989年11月20日，纽约) 联合国，《条约汇编》，第1577卷，第27531号，第3页。
- 《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、执行和合作的海牙公约》[英](1996年10月19日，海牙) 同上，第2204卷，第39130号，第95页。
- 《根据欧洲联盟条约K.3(2)(c)条制定欧洲共同体公务员或欧洲联盟成员国官员反腐公约》[英](1997年5月26日，布鲁塞尔) 《欧洲共同体公报》，第C195号(1997年6月25日)，第2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。

- 《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。
- 《通过刑法保护环境公约》[英](1998年11月4日, 斯特拉斯堡) 欧洲委员会,《欧洲条约汇编》, 第172号。
- 《反腐败刑法公约》[英](1999年1月27日, 斯特拉斯堡) 联合国,《条约汇编》, 第2216卷, 第39391号, 第225页。
- 《网络犯罪公约》[英](2001年11月23日, 布达佩斯) 同上, 第2296卷, 第40916号, 第167页。

本报告引用的著作

AUST, Anthony

Modern Treaty Law and Practice. Cambridge, Cambridge University Press, 2000, p. 128.

BOWETT, D. W.

“Reservations to non-restricted multilateral treaties”, *British Year Book of International Law, 1976–1977* (Oxford), vol. 48, pp. 67–92.

BRETTON, Philippe

“L’URSS et la compétence de la Cour internationale de Justice en matière de protection des droits de l’homme”, *Annuaire français de droit international* (Paris), vol. XXXV, 1989, pp. 261–275.

COHEN-JONATHAN, Gérard

“Les réserves à la Convention européenne des Droits de l’Homme (à propos de l’arrêt Belilos du 29 avril 1988)”, *Revue générale de droit international public* (Paris), vol. 93, 1989/2, pp. 273–315.

FLAUSS, Jean-François

“Note sur le retrait par la France des réserves aux traités internationaux”, *Annuaire français de droit international*, vol. XXXII, 1986, pp. 857–866.

“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 § 1”, *Revue universelle des droits de l’homme*, vol. 5, Nos. 9–10, 1993, pp. 297–303.

GAJA, G.

“Modalità singolari per la revoca di una riserva”, *Rivista di diritto internazionale*, vol. LXXII, No. 4, 1989, pp. 905–907.

HORN, Frank

Reservations and Interpretative Declarations to Multilateral Treaties. The Hague, T.M.C. Asser Instituut, 1988. 514 p.

IMBERT, Pierre-Henri

Les réserves aux traités multilatéraux: évolution du droit et de la pratique depuis l’avis consultatif donné par la Cour internationale de Justice le 28 mai 1951. Paris, Pedone, 1978. 503 p.

MARESCA, Adolfo

Il diritto dei trattati: la Convenzione codificatrice di Vienna del 23 Maggio 1969. Milan, Giuffrè, 1971. 895 p.

MIGLIORINO, Luigi

“La revoca di riserve e di obiezioni a riserve”, *Rivista di diritto internazionale*, vol. LXXV, No. 2, 1992, pp. 315–334.

PELLET, Alain

“La CIJ et les réserves aux traités: remarques cursives sur une révolution jurisprudentielle”, in Nisuke Ando and others, eds., *Liber amicorum Judge Shigeru Oda*. Vol. 1. The Hague, Kluwer, 2002, pp. 481–514.

POLAKIEWICZ, Jörg

Treaty-making in the Council of Europe. Strasbourg, Council of Europe, 1999. 217 p.

REUTER, Paul

Introduction to the Law of Treaties. Translated by José Mico and Peter Hagggenmacher. 2nd. ed. London and New York, Kegan Paul International, 1995, 296 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.

SCHABAS, William A.

“Reservations to human rights treaties: time for innovation and reform”, *Canadian Yearbook of International Law*, vol. XXXII, 1994, pp. 39–81.

“Article 64”, in Louis-Edmond Pettiti, Emmanuel Decaux et Pierre-Henri Imbert, eds., *La Convention européenne des droits de l’homme: commentaire article par article*. Paris, Economica, 1995, pp. 923–942.

SINCLAIR, Sir Ian

The Vienna Convention on the Law of Treaties. 2nd ed. Manchester, Manchester University Press, 1984.

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*, vol. III, 1970, pp. 293–316.

TIBERGHEN, Frédéric

La protection des réfugiés en France. Paris, Economica/Aix-en-Provence, Presses Universitaires d’Aix-Marseille, 1984. 317 p.

导言

1. 如先前各次报告的做法一样，特别报告员认为提出下列各点，作为其第七次报告的导言是有用的：

(a) 他认为可以从国际法委员会本身和大会第六委员会审查其第六次报告中得出的教训的简略回顾(下文 B 节)；

(b) 过去一年来所发生并引起其关注的在保留方面的主要发展的摘要(下文 C 节)；

(c) 本报告概略(下文 D 节)。

此外，鉴于委员会正进入一个新的五年期，他认为有必要在这些传统评注前概述一下此前关于本专题的工作情况(下文 A 节)。

A. 委员会先前就本专题进行的工作

2. 最初，委员会是在条约法这一较大框架内审议对条约的保留问题；1995 年，这一问题作为一个独立专题列入委员会议程。

1. 对条约的保留和条约法¹

3. 《维也纳条约法公约》(下称 1969 年《维也纳公约》)第二条第一项(丁)款将保留定义为：

一国于签署、批准、接受、赞同或加入条约时所作之片面声明，不论措辞或名称为何，其目的在排除或更改条约中若干规定对该国适用时之法律效果。

因此，保留系附带文书，很自然地，在 1950 年至 1966 年期间，委员会条约法问题几任特别报告员都对这些文书进行了研究。

4. 然而，尽管保留这一概念本身并未带来任何重大问题，但委员会对适用于保留文书的法律制度的看法却有相当大的发展变化。这主要是一些外来因素所致，尤其是 1951 年 5 月 28 日国际法院就对《防止及

¹ 关于对条约的保留的第一次报告(《1995 年……年鉴》，第二卷(第一部分)，A/CN.4/470 号文件，第 131-146 页，第 8-90 段)第一章(委员会以前就保留问题进行的工作及其成果)对此有更详尽叙述。

惩治灭绝种族罪公约》的保留案通过了极具创新性的咨询意见。²

5. 最初,委员会采纳普遍接受的传统立场,即认为是否有可能有保留地接受某一条约取决于该条约所有缔约国是否接受这些保留。³虽然国际法院在1951年咨询意见中依循泛美惯例,并依据保留不应与条约目的和宗旨相冲突这一准则⁴采纳了更灵活立场,至少在涉及对《防止及惩治灭绝种族罪公约》的保留问题上是如此,但委员会根据其后几任特别报告员的意见,⁵一直保持这一立场至1961年。⁶

6. 直至1962年,汉弗莱·沃尔多克爵士关于条约法的第一次报告⁷发表后,委员会才放弃传统立场,采纳更“灵活的制度,根据这一制度,由每个缔约国自己决定是否接受某项保留,并在两国关系中视提出保留国为条约缔约国”,⁸前提是缔约国在就此问题作

出评估时应遵循保留不应与条约的目的和宗旨相冲突这一准则。⁹

7. 这一立场变化得到大会认同,因此在二读时予以确认,尽管最终于1966年通过的草案在某些方面与1962年草案大不相同,其中一个原因在于委员会更明显地赞同国际法院的意见,并且似乎将是否符合条约目的和宗旨定为保留是否可允许的准则。¹⁰委员会草案列出了适用于以下方面的规则:提出保留(第16条)、接受和反对保留(第17条)、有关保留的程序(第18条)、法律效果(第19条)以及撤回保留(第20条)。¹¹

8. 联合国条约法会议保留了草案的结构¹²和总纲,同时进一步扩充了提出保留和减轻反对效力的可能性。这便产生了1969年《维也纳公约》第十九至第二十三条,并把它们原封不动地移入《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》(下称1986年《维也纳公约》)。

9. 此外,委员会在关于国家继承条约方面的工作中审议了“继承国对其先前国提出的保留、接受和反对保留的立场”问题。¹³这便是在《关于国家在条约方面的继承的维也纳公约》(下称1978年《维也纳公约》)列入第20条的因由,该条款仅简要规定了有关继承保留的规则,未涉及先前国提出的接受和反对保留的问题,其余请见1969年《维也纳公约》第十九至第二十三条。

² 《1951年国际法院汇编》,第15页。关于这一意见的重大贡献,见佩莱,“*La CIJ et les réserves aux traités: remarques cursives sur une révolution jurisprudentielle*”;又见《1996年……年鉴》,第二卷(第一部分),A/CN.4/478号文件,附件一:参考书目,第97页,以及《1999年……年鉴》,第二卷(第一部分),A/CN.4/478/Rev.1号文件,附件一:参考书目,第161页,尤其是第166-167页。

³ 见詹姆斯·L.布赖利先生关于条约法的第一次报告,《1950年……年鉴》[英],第二卷,A/CN.4/23号文件,第240页,以及委员会报告,同上,A/1316号文件,第381页,第164段。

⁴ 《1951年国际法院汇编》(见上文脚注2),第24和第29-30页。

⁵ 尤其是见赫希·劳特派特爵士的第一次报告,《1951年……年鉴》[英],第二卷,A/CN.4/63号文件,第91-92页和第123-136页,以及杰拉尔德·菲茨莫里斯爵士的第一次报告,《1956年……年鉴》[英],第二卷,A/CN.4/101号文件,第115-116页和第126-127页。

⁶ 尤其见委员会1951年报告,其中一章按大会具体要求专门论及保留问题(《1951年……年鉴》[英],第二卷,A/1858号文件,第128页,第24段)。

⁷ 《1962年……年鉴》[英],第二卷,A/CN.4/144号文件,第60-68页。

⁸ 同上,A/5209号文件,第180页,对条款草案第20条评注第(14)段。

⁹ 同上,第176页,条款草案第20条,第2款(b)项。

¹⁰ 见《1966年……年鉴》[英],第二卷,A/6309/Rev.1号文件,第202-207页,条款草案第16条及其评注。

¹¹ 同上,第202-209页。

¹² 但各条款的顺序有变。1969年《维也纳公约》的结构如下:第十九条:“提具保留”;第二十条:“接受及反对保留”;第二十一条:“保留及对保留提出之反对之法律效果”;第二十二条:“撤回保留及撤回对保留提出之反对”;第二十三条:“关于保留之程序”。

¹³ 汉弗莱·沃尔多克爵士关于对条约的继承的第三次报告,《1970年……年鉴》[英],第二卷,A/CN.4/224和Add.1号文件,第47页,第9条评注第(1)段;见第46-52页;另见弗朗西斯·瓦莱特爵士关于国家对条约的继承的第一次报告,《1974年……年鉴》[英],第二卷(第一部分),A/CN.4/278和Add.1-6号文件,第50-55页。

2. “对条约的保留”专题

10. 1969年、1978年和1986年这三项《维也纳公约》中有关保留问题的规则过去是、现在仍然是公约缔约国和尚未加入这些公约的国家在保留方面的实践框架。总体而言，在实践这一层，这一框架是令人满意的。

11. 但正如保罗·罗伊特先生所指出的那样，“保留问题始终是一个棘手、有争议的问题，即便是[1969年]《维也纳公约》条款也未消除所有这些难题”。¹⁴ 严重的原则问题不断出现，其中一方面涉及是否符合条约的目的和宗旨这一准则，另一方面涉及缔约国接受或反对保留的立场声明。这些问题有相当大的实际影响。而且，三项《维也纳公约》中有关保留的条款有许多其他含混不清和空白之处，这对国家和国际组织而言都是难题的源头，尤其(但并不仅仅)是在它们充当公约保存人时。¹⁵

12. 为设法纠正这一情况，1993年，委员会根据大会第六委员会在1989年讨论中所提建议以及长期工作方案工作组和规划小组提出的提议，决定将对条约的保留专题列入其议程。¹⁶ 大会批准了该项决定，¹⁷ 次年，委员会任命一位特别报告员；该特别报告员已提出六次报告。¹⁸

¹⁴ 关于国家和国际组织间或两个或两个以上国际组织相互间缔结的条约的第十次报告，《1981年……年鉴》[英]，第二卷(第一部分)，A/CN.4/341和Add.1号文件，第56页，第53段。

¹⁵ 关于这些模棱两可和空白之处的第一次调查，见关于对条约的保留的第一次报告，《1995年……年鉴》(上文脚注1)，第二章(关于这一主题各种问题的概述)，第146-157页，第91-149段。

¹⁶ 见《1993年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第106页，第428-430段。应特别报告员的要求，委员会于1996年决定简化该专题的题目，原来的题目是“有关对条约的保留问题的法律和实践”(见《1996年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第82页，第105(a)段)。

¹⁷ 大会1993年12月9日第48/31号决议，第7段。

¹⁸ 不妨忆及，事实上，委员会并未审议第四次报告(《1999年……年鉴》(见上文脚注2)，第147页，A/CN.4/499号文件)，而第五次报告(《2000年……年鉴》，第二卷(第一部分)，第155页，A/CN.4/508和Add.1-4号文件)则重复了第四次报告的内容。

(a) 关于对条约的保留的最初两次报告及委员会的决定

13. 关于对条约的保留的最初两次报告均有其各自的特点。

(一) 第一次报告及其结果

14. 1995年，提出并讨论了第一次报告，题为“关于对条约之保留的法律和实践的第一次报告”，¹⁹ 该报告旨在陈述：

a. 委员会此前关于对条约的保留问题的工作；

b. 悬而未决的问题；²⁰ 以及

c. 委员会今后关于该专题的工作可能采纳的范围和形式。

15. 讨论结束时，特别报告员总结得出以下结论：

(b)²¹ 委员会应设法通过一项对条约的保留的实践指南。根据《委员会章程》和通常做法，这一指南应采用条款草案形式，条款规定将成为国家和国际组织在保留方面的实践指南；如有必要，这些条款可辅之以示范条款；

(c) 应灵活理解上述安排，如果委员会认为它必须在很大程度上背离这些安排，它将就工作结果可能产生的形式问题向大会提出新议案；

(d) 委员会有一项共识，即1969年、1978年和1986年这三项《维也纳公约》中的相关条款不应改变。²²

16. 这些结论得到委员会(及在1995年第六委员会辩论期间就该专题发言的国家)的支持，²³ 并成为委员

¹⁹ 《1995年……年鉴》(见上文脚注1)。

²⁰ 上文(第3-12段)非常简要地介绍了前两章。

²¹ 第一个结论(a)涉及该专题题目的改变(见上文脚注16)。

²² 《1996年……年鉴》(见上文脚注16)，第105段。

²³ 大会第六委员会在大会第五十届会议期间讨论情况的专题摘要(A/CN.4/472/Add.1)，第174段。

会及其特别报告员自那以来的工作基础。如果在现阶段对这些结论提出质疑，这至少是令人遗憾的。

17. 1995 年委员会第四十七届会议按其过去做法还“授权特别报告员拟订一份关于对条约的保留的详细问题单，以查明国家和国际组织采取的做法和面临的问题，尤其是那些作为多边条约保存人的国家和国际组织”。²⁴ 秘书处将问题单分发给联合国所有会员国或专门机构成员国或《国际法院规约》缔约国以及 65 个政府间组织。²⁵ 收到了 33 个国家²⁶ 和 24 个国际组织²⁷ 的答复。特别报告员希望再次提请注意的是，欧洲共同体在对条约的保留方面拥有丰富实践，答复此类调查所需的资源也不比其他国际组织少，却尚未答复。他对此深表遗憾。

(二) 第二次报告及其结果

18. 第二次报告于 1996 年提交，包括两个完全不同的章节。²⁸ 特别报告员在第一章介绍了“研究概述”，特别是就委员会今后关于对条约的保留专题的

工作提出若干提议。²⁹ 这一章载有“暂定研究计划”。³⁰

19. 第二次报告第二章题为“对条约的保留的法律制度的统一性或多样性(对人权条约的保留)”，³¹ 该章的结论是，尽管多边条约有许多不同类别，但 1969 年和 1986 年《维也纳公约》第 19 至第 23 条概述的对条约的保留制度因其灵活性而可适用于所有条约，包括保护人权的条约。特别报告员在其报告中附上了委员会有关对人权条约的保留问题的一项决议草案。³²

20. 由于时间限制，1996 年没有审议这一报告。但在 1997 年第四十九届会议上深入讨论了这一议题，³³ 其后委员会未按特别报告员的提议通过一项正式决议，而是通过了“委员会关于对规范性多边条约、包括人权条约的保留的初步结论”，³⁴ 并决定将该结论转递给人权条约监测机构。迄今没有几个机构作出回答，已答复的那些机构的反应有些消极，提出了一些依据不足的理由。³⁵

21. 委员会中有些委员持有不同观点，但特别报告员仍认为在完成即便不是整个《实践指南》、至少是有关保留效果的准则草案的一读工作前，最好不要正式修订 1997 年通过的初步结论。他希望到那时已与人权机构进行了更充分的协商。

²⁴ 《1995 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 124 页，第 489 段。

²⁵ 问题单转载于《1996 年……年鉴》(见上文脚注 2)，A/CN.4/477 和 Add.1 号文件，附件二和三，分别载于第 111 和第 121 页。

²⁶ 阿根廷、玻利维亚、加拿大、智利、哥伦比亚、克罗地亚、丹麦、厄瓜多尔、爱沙尼亚、芬兰、法国、德国、罗马教廷、印度、以色列、意大利、日本、科威特、马来西亚、墨西哥、摩纳哥、新西兰、巴拿马、秘鲁、大韩民国、圣马力诺、斯洛伐克、斯洛文尼亚、西班牙、瑞典、瑞士、大不列颠及北爱尔兰联合王国和美利坚合众国。特别报告员要再次感谢这些国家，但不再对其他国家回答问题单抱有多少希望。他指出，未回答问题单使有关该方面做法的总图象有失偏颇，尤其是鉴于答复国的地域分布情况非常不均衡。

²⁷ 拉美一体协、清算银行、欧洲委员会、粮农组织、原子能机构、民航组织、劳工组织、海事组织、农发基金、货币基金组织、国际电联、欧安组织、太平洋岛屿论坛秘书处、联合国、教科文组织、工发组织、邮联、海关组织、世界银行(国际复兴开发银行、开发协会、金融公司、担保机构)、世卫组织、产权组织、气象组织和世贸组织。特别报告员也要感谢这些组织，并希望尚未答复的组织在今后几个月内作出答复。

²⁸ 《1996 年……年鉴》(见上文脚注 25)，第 39 页。

²⁹ 同上，第 46-55 页，第 9-50 段。

³⁰ 同上，第 51-52 页，第 37 段；对该大纲作了简要评注(同上，第 53-55 页，第 38-50 段)。

³¹ 同上，第 56-94 页，第 55-260 段。

³² 同上，第 94 页，第 260 段。

³³ 见《1997 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 45-58 页，第 44-157 段。

³⁴ 同上，第 57 页。

³⁵ 关于人权机构的反应，见关于对条约的保留的第三次报告，《1998 年……年鉴》，第二卷(第一部分)，A/CN.4/491 和 Add.1-6 号文件，第 237 页，第 15-16 段，以及第五次报告，《2000 年……年鉴》(上文脚注 18)，第 165-168 页，第 10-15 段。除了第六委员会于 1997 年进行的辩论(见大会第六委员会在大会第五十二届会议期间讨论情况的专题摘要(A/CN.4/483 号文件)，第 64-89 段)外，有几个国家就委员会的初步结论提出评注(见《2000 年……年鉴》(上述)，第 168 页，第 16 段)。

22. 特别报告员在其第二次报告中附有一份有关对条约的保留的参考书目；其第四次报告附有更全、最新的参考书目。³⁶

(b) 第三次和第五次报告：拟定《实践指南》

23. 关于对条约的保留问题的第三次报告³⁷和第五次报告有一个共同之处，³⁸这二份报告都介绍了委员会批准起草的《实践指南》有关对条约的保留问题的准则草案。³⁹这些准则草案是采用统一拟订办法起草的，大多数已获得委员会通过。回顾其主要内容也许有益。

(一) 已经通过的准则草案

24. 多边条约(特别是人权条约)中保留的法律制度的统一或多样性问题是第二次报告的议题。根据1995年提交的工作计划，⁴⁰第三次报告⁴¹和第五次报告第一部分⁴²处理了保留的定义问题。结果，这个问题比想象的要复杂得多，因为目的是要仔细区分相似而不可融为一体的机构作出的保留。这是《实践指南》第一部分的主题⁴³(定义)，30项准则草案分为七个部分：⁴⁴

1.1 保留的定义(准则草案 1.1 和 1.1.1 至 1.1.8)

1.2 解释性声明的定义(准则草案 1.2、1.2.1

和 1.2.2)

1.3 保留和解释性声明之间的区别(准则草案 1.3 和 1.3.1 至 1.3.3)

1.4 有别于保留和解释性声明的单方面声明(准则草案 1.4.1 至 1.4.7)

1.5 对双边条约的单方面声明(准则草案 1.5.1 至 1.5.3)

1.6 定义的范围(准则草案 1.6)

1.7 替代保留和解释性声明(准则草案 1.7.1 和 1.7.2)

25. 国家实践中有一个特别重要的与保留相似的概念，在1969年和1986年《维也纳公约》既未处理也未援引。这就是解释性声明。其法律制度应与保留的法律制度同时审议，因此，《实践指南》的一些条款对此做了处理。⁴⁵

26. 然而，这方面提出了一个问题，2001年委员会第五十三届会议的工作报告⁴⁶再次提出这个问题。这个问题是：委员会区分了两类解释性声明：一类解释性声明目的完全是说明或澄清当事方、国家或国际组织认为一项条约或其中某些条款所具有的意思或范围。⁴⁷另一类解释性声明的目的也是声明者借此实现相同的说明或澄清目的，但以这种解释为条件。在很大程度上出于这个观点，委员会将后一类声明称为“有条件解释性声明”。⁴⁸这种区分尚未受到质疑。但是，随着起草工作的进展，有条件解释性声明的法律制度似乎与保留的法律制度相似，甚至完全相同。因此，委员会某些委员强烈反对单独处理关于有条件解释性声明

³⁶ 《1996年……年鉴》和《1999年……年鉴》(见上文脚注2)。

³⁷ 《1998年……年鉴》(见上文脚注35)。

³⁸ 见上文脚注18。

³⁹ 见上文第15-16段。

⁴⁰ 见上文第18段。

⁴¹ 《1998年……年鉴》(见上文脚注35)，第237页。

⁴² 《2000年……年鉴》(见上文脚注35)，第179-204页，第66-213段(关于保留或解释性声明的代替办法)和关于定义的附件二，第229页。

⁴³ 委员会迄今通过的或特别报告员提出的所有准则草案均附于本报告之后。

⁴⁴ 关于这些准则草案的评注载于委员会第五十届会议报告(《1998年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第101-111页，第540段)；第五十一届会议报告(《1999年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第96-136页，第470段)；以及第五十二届会议报告(《2000年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第111-127页，第663段)。

⁴⁵ 见第五次报告，《2000年……年鉴》(上文脚注18)，第178页，第61段。

⁴⁶ 《2001年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第22页，第20段；第194页，第123段以及第198页，第149段。又见下文第39和第43段。

⁴⁷ 见准则草案1.2。

⁴⁸ 见准则草案1.2.1。

的草案。虽然特别报告员原则上不反对这样做，但他也像其他委员那样认为，在保留和有条件解释性声明的作用得到审议之前，对此事不应作最后决定。如果二者比照适用相同的法律制度，那么还有时间删除关于有条件解释性声明的具体准则，并通过一项单一准则，把适用于有条件解释性声明的法律制度与适用于保留的法律制度等同起来。

27. 第五次报告第二部分⁴⁹和第六次报告⁵⁰处理了提出保留和解释性声明的问题。这些似乎是小问题，但其中一些具有重要的实际意义。根据第五次报告，2001年委员会第五十三届会议通过了11项准则草案，列入《实践指南》第二部分(程序)，⁵¹涉及以下问题：

(a) 在签署时确认保留(准则草案 2.2.、2.2.1 至 2.2.3)；

(b) 过时提出的保留(准则草案 2.3.、2.3.1 至 2.3.4)；以及

(c) 有关提出解释性声明的程序的各方面问题(准则草案 2.4.3 至 2.4.7)。

(二) 拟订和通过准则草案的办法

28. 为了拟订和通过到目前为止通过的准则草案，特别报告员的报告和委员会都限于使用统一办法。第三次报告对此做了较详细的介绍。⁵²

⁴⁹ 《2000年……年鉴》(上文脚注18)，关于提出保留和解释性声明的时刻，第208页，第230-332段。

⁵⁰ 《2001年……年鉴》，第二卷(第一部分)，A/C.4/518/Add.1和Add.3，第155-177页，第40-173段涉及保留和解释性声明的格式、通知和公布(及其附件(第五次报告和第六次报告提出的提出保留和解释性声明所有准则草案的合并案文))。关于第六次报告的审议情况，见下文B部分。

⁵¹ 《2001年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第198-218页摘录了这些准则草案的案文和有关评注。

⁵² 《1998年……年鉴》(见上文脚注35)，第250-252页，第31-41段。

29. 根据1998年显示的情况看，在内容上，这些报告大致是这样编写的：

(a) 每章开头回顾关于条约法的三项《维也纳公约》的有关条款以及通过之前的准备工作材料；

(b) 接着，特别报告员将介绍国家和国际组织有关这些条款的实践及其实施引起的任何问题；在这方面，特别报告员收到的问题单⁵³答复特别具有价值；

(c) 同时或酌情在另外一节介绍有关司法实践和法学家的评注；

(d) 根据这些资料，报告员提出一系列将构成委员会拟通过的《实践指南》的条款草案；

(e) 这些条款草案酌情附有示范条款，国家可以在特殊情况下，或特定领域内偏离《实践指南》时，或相反使其生效时，利用这些示范条款。⁵⁴

30. 不言而喻，在某些地方，有必要偏离这个大纲。特别是在各项《维也纳公约》完全未予规定的地方。例如，关于解释性声明，这些公约根本没有提及。在这些情况下，特别报告员将恢复采用拟订委员会的条款草案时通常采用的办法，就是以国际实践直接作为工作依据(见上文(b)分段)。

31. 然而，在另外一些情况下，各项《维也纳公约》可能为实践提供了足够的准则。不过，特别报告员觉得没有理由将其排除在研究之外，或排除在正在审议的《实践指南》之外。不提及这一点，会使草案不完整，难以使用，而其目的恰恰是为外交部和国际组织、司法部、法官、律师、公私国际关系专家等“用户”提供法律服务，提供一个尽可能完整全面的参照工具。因此，《实践指南》摘录了1969年、1978年

⁵³ 见上文第17段。

⁵⁴ 到目前为止，只有关于对条约保留问题的第五次报告提出了示范条款(《2000年……年鉴》(见上文脚注18)，第224页，第312段)。这些草案涉及“表示愿意受约束之后提出的保留”；由于努力不鼓励过时保留的做法(其实这一点很成问题)，委员会没有将这些准则草案送交起草委员会。

和 1986 年三项《维也纳公约》的有关条款，并在必要时加以合并。

32. 第六委员会和委员会普遍赞同这项办法。然而，对特别报告员采用办法的第二个方面，就是逐字摘录这三项《维也纳公约》有关保留的条款，有时会有误解。委员会某些委员极力主张在《实践指南》准则草案中插入一些修正案，认为这样会完善这些草案。这种做法不明智。不仅不符合不应置疑这些公约这个基本前提，⁵⁵而且会造成混乱和不必要的麻烦。虽然这些公约的案文似乎模糊不清，但是肯定远胜于通过单独的准则草案加以澄清或补充。此外，在所有出现这种问题的情况下，委员会都作出这样的决定。特别报告员殷切希望将来不要质疑这项合理的方法。

33. 在拟订《实践指南》的其他方面，委员会可以像处理所有条款草案那样着手进行：⁵⁶

(a) 委员会在全体会议讨论特别报告员提议的准则草案；

(b) 这些准则草案转送(或不转送)起草委员会，进行任何认为适当的修改；

(c) 全体会议再讨论修改后的草案；

(d) 一旦通过最后案文，特别报告员就在秘书处帮助下编写评注草案；

(e) 评注经委员会讨论、必要时修改和通过后，列入委员会年度报告，以供第六委员会审议。

⁵⁵ 见上文第 15 段。

⁵⁶ 特别报告员希望顺便提一个(比较小的)问题：准则草案的编号。对这个问题，他不同意委员会某些委员的看法。有人认为，编号应采取通常的做法：第 1 条、第 2 条、第 3 条……特别报告员一直反对这样做。他认为现在的做法(1.1、1.1.1、1.2.1)有其优点：首先，有助于把《实践指南》与公约草案明确区分开来。《实践指南》不等于公约草案。(此外，已经通过的某些准则草案永远不会列入条约——例如见准则 1.7.1 或 1.7.2)。其次，按现在的编号，可以很方便地按章或节重新安排准则草案。此外，随着工作进展，可以对《实践指南》进行补充，而不必总是打乱整个结构。其实，实际上，经过一个调整时期，采取的编号不再造成任何问题，而且为委员会委员和第六委员会发言者所接受。

34. 然而，应该指出，第六委员会的辩论无法产生直接效果：除非愿意让自己的工作(无论是有关保留的《实践指南》工作，还是有关其他草案的工作)变得没完没了，一再从头做起，否则委员会就不能不断修改草案，以便对大会里的国家代表的反应作出回应。代表们的反应是而且只能是为二读“确定日期”的手段。然而，没有任何东西不让委员会和特别报告员考虑到人们在第六委员会发表的意见。这些意见对他们将来的工作可能有益。相反，完全有理由这样做，条约保留问题特别报告员比任何人都相信应该这样做，尽管问题不是要把委员会这个独立专家机构变成人们在大会之类国际政治机构里随便表达的观点的橡皮图章而已。

B. 关于对条约的保留的第六次报告的结果

1. 委员会对第六次报告的审议

35. 如保留的定义问题一样，保留的提出问题一旦讨论起来，远比原来想象的复杂和棘手得多。它不仅具有明显具体的重要性(除其他外，必须知道作出保留和通知其他缔约国和国际组织的形式和时间)，而且涉及到例如委员会热烈讨论关于对条约的保留的第五次报告中的一个议题(即过时保留问题)时所涉及的某些原则问题。

36. 为此，特别报告员尽管作出了努力，仍不能如他所希望的那样在第五次报告中完成对有关提出保留问题的审查。他只能在第六次报告中完成这项工作。⁵⁷这次报告仅处理了保留的形式与通知和解释性声明、⁵⁸包括保存人的作用等重要问题。

37. 在 2001 年第五十三届会议上，委员会完成了关于对条约的保留问题的第五次报告的审议，⁵⁹并开始

⁵⁷ 在回答工作进展缓慢的批评时(他承认过去两年的批评不太严厉，可能是因为对任务的繁重情况有了更多的认识)，特别报告员希望指出，在编写各次报告时除了委员会秘书处提供的、令他十分感谢的有限帮助外，没有得到任何其他援助。

⁵⁸ 见上文脚注 50。

⁵⁹ 见上文第 27 段。

审议第六次报告。主要是讨论有关非常技术性和非常具体的问题，通常采取发表有用的意见的形式，由于委员会未就此提出具体准则，⁶⁰ 起草委员会只好就这些意见自行作出决定。

38. 委员会实际上向起草委员会转交了特别报告员在第六次报告中提议的有关保留和解释性声明的形式、通知和公布的一整套准则草案。⁶¹ 但由于时间缘故，特别报告员未能加以审议。他准备在 2002 年第五十四届会议上再作审议。

2. 第六委员会对委员会报告第六章的审议

39. 2001 年委员会第五十三届会议工作报告第六章讨论了对条约的保留。第二章载有非常简要的摘要，⁶² 委员会特别喜欢作出评述的具体问题载于第三章。关于对条约的保留这一议题，⁶³ 这些问题涉及：

(a) 有条件解释性声明(问题是具体涉及此类声明的准则草案是否应列入《实践指南》)；⁶⁴

(b) 过时提出保留(就此问题向各国提出两个问题：(一) 关于(过时提出保留)的准则草案 2.3.1 是否保留在《实践指南》中？(二) 在同一准则草案中使用“反对”一词表述某缔约方对此类提出的反对是否适宜)；⁶⁵

⁶⁰ 见委员会第五十三届会议工作报告中讨论情况摘要，《2001 年……年鉴》(上文脚注 46)，第 194-198 页，第 118-154 段。又见第 2677 至第 2679 次和第 2689 至第 2693 次会议简要记录(同上，第一卷，第 72-92 页和第 154-189 页)。

⁶¹ 《2001 年……年鉴》(见上文脚注 46)，第 198 页，第 155 段。第六次报告中载有编号的准则草案 2.1.1 至 2.1.8 和 2.4.1、2.4.2 和 2.4.9(同上，(上文脚注 50)，附件)。这些建议的内容以楷体载于本报告附件。

⁶² 同上，(见上文脚注 46)，第 21 页，第 13 段。这些“摘要”内容不多，特别报告员觉得用处不大。

⁶³ 同上，第 22 页，第 20-26 段。

⁶⁴ 见上文第 26 段。

⁶⁵ 问题的实质是，特别报告员和委员会的一些委员认为使用该词可能引起混淆，因为反对的不是提议保留的内容(如 1969 年和 1986 年《维也纳公约》第 20-23 条)，而是其提出的原则本身。因此，在起草委员会工作期间，特别报告员曾提议使用另一用语，如“反对(opposition)”或“拒绝(rejection)”。

(c) 保存人的作用(保存人可否拒绝向各国和有关国际组织送交明显不能允许的保留，特别是当条约的条款禁止时?)

40. 报告的这一部分是第六委员会自 2001 年 10 月 29 日至 11 月 9 日辩论的议题，⁶⁶ 其间有 28 位国家或国家集团⁶⁷ 的代表就对条约的保留议题发言。虽然特别报告员对第六委员会与委员会之间进行协商的方式持有很大保留意见，⁶⁸ 但他满意和赞赏地注意到大部分发言集中于委员会提出的问题。⁶⁹

41. 如上文指出，⁷⁰ 各国在第六委员会表达的许多意见，只能在委员会开始对《实践指南》二读时才能加以考虑。这项意见明显适用于对有关过时提出保留的两个问题的答复，⁷¹ 这是现在通过的准则草案 2.3.1 至 2.3.4 的议题。

42. 如果情况相反，要从第六委员会有关该议题的辩论发言中归纳出明确准则，无疑是轻率之举。虽然某些国家似乎反对将有关过时提出保留的准则列入《实

⁶⁶ 在原则上，第六委员会希望分别审议报告的不同章节。可惜的是，各国对这一谨慎建议未予注意。有关的简要记录载于《大会正式记录，第五十六届会议，第六委员会》(A/C.6/56/SR.11-15 和 A/C.6/56/SR.17-24)。特别报告员对他收到的绝大部分简要记录只有英文文本再次表示遗憾。又见大会第六委员会在大会第五十六届会议期间讨论情况的非常有用的专题摘要(A/CN.4/521)。

⁶⁷ 瑞典在 2001 年 11 月 2 日以北欧国家(丹麦、芬兰、冰岛和挪威)的名义发言，《大会正式记录，第五十六届会议，第六委员会》，第 17 次会议(A/C.6/56/SR.17)，第 18-24 段。

⁶⁸ 特别报告员在 2001 年 11 月 6 日曾公开表示这种关切，同上，第 21 次会议(A/C.6/56/SR.21)，第 27-28 段和第 34 段。

⁶⁹ 联合王国 2002 年 2 月 27 日通过秘书处转交的有用的书面意见也是如此。

⁷⁰ 第 34 段。

⁷¹ 见上文第 39 段。

践指南》中的这项原则，⁷² 但其中的某些声明实际上是含糊其词的。⁷³ 其他发言人则相反表示同意列入。⁷⁴ 各国对准则草案 2.3.1 使用“反对”一词也有意见分歧。⁷⁵

⁷² 见下述国家的立场：美国，《大会正式记录，第五十六届会议，第六委员会》，第 14 次会议(A/C.6/56/SR.14)，第 84 段；以及墨西哥，同上，第 23 次会议(A/C.6/56/SR.23)，第 26 段，它们表示的关切是将有关过时提出保留的准则列入《实践指南》中会鼓励这种受到批评的做法。同样表示关切的国家有：瑞典以北欧国家的名义，同上，第 17 次会议(A/C.6/56/SR.17)，第 24 段；肯尼亚，同上，第 22 次会议(A/C.6/56/SR.22)，第 85 段；海地，同上，第 23 次会议(A/C.6/56/SR.23)，第 39 段；以及印度，同上，第 24 次会议(A/C.6/56/SR.24)，第 5 段。

⁷³ 如联合王国的书面提议(见上文脚注 69)，其中重申在原则上反对过时提出保留，但提出了准则草案 2.3.1 的新措辞，它认为与委员会所坚持措辞的区别仅是对表示接受的要求(不同于现行做法)：“如一国或一国际组织在表示同意接受条约约束后提出保留，此保留无效，除非条约另有规定或所有其他缔约方明确接受过时提出保留”。又见奥地利的评注，它认为在明确表示接受条约约束后提出此类声明即构成保留，但似乎不反对列入《实践准则》(同上，第 13 次会议(A/C.6/56/SR.13)，第 10 段)；又见日本(同上，第 22 次会议(A/C.6/56/SR.22)，第 52-54 段)和俄罗斯联邦(同上，第 74-75 段)。

⁷⁴ 见下列国家的立场：新加坡，同上，第 12 次会议(A/C.6/56/SR.12)，第 57 段)；委内瑞拉，同上，第 15 次会议(A/C.6/56/SR.15)，第 41 段)；巴林，同上，第 19 次会议(A/C.6/56/SR.19)，第 18-23 段)；中国(同上，第 29 段)；意大利(同上，第 40-42 段)；马里，同上，第 20 次会议(A/C.6/56/SR.20)，第 2 段)；波兰(同上，第 8 段)；匈牙利，同上，第 21 次会议(A/C.6/56/SR.21)，第 4 段)；希腊，同上，第 22 次会议(A/C.6/56/SR.22)，第 69-70 段。又见罗马尼亚，同上，第 18 次会议(A/C.6/56/SR.18)，第 56 段和危地马拉，同上，第 20 次会议(A/C.6/56/SR.20)，第 12 段。特别报告员在发言中回顾说，没有国家反对联合国秘书长(和其他保存人)的做法，即如果在一段特定的时间内没有任何“反对意见”，即认为接受一项过时提出的保留(同上，第 21 次会议(A/C.6/56/SR.21)，第 32-33 段)。

⁷⁵ 新加坡，同上，第 12 次会议(A/C.6/56/SR.12)，第 58 段和委内瑞拉，同上，第 15 次会议(A/C.6/56/SR.15)，第 41 段宣布没有反对意见。但美国，同上，第 14 次会议(A/C.6/56/SR.14)，第 85 段和马里，同上，第 20 次会议(A/C.6/56/SR.20)，第 2 段则表示希望使用“反对”、“拒绝接受”或“拒绝”等其他用语；又见波兰的立场，同上，第 8 段。

43. 在第六委员会，各发言人就是否适宜在《实践指南》中列入有关适用有条件解释性声明的司法制度问题，表明了各自立场，从中不难看到一个大的趋势。虽然一些国家坚决表示赞成⁷⁶ 或反对⁷⁷ 此类准则，⁷⁸ 但绝大多数发言的国家支持特别报告员的立场，⁷⁹ 即这种司法制度很可能相同或类似于保留制度，但在就此作出最后决定前应审慎予以确认。⁸⁰ 在本报告中，特别报告员将继续提出适用于有条件解释性声明的规则的问题，并将建议委员会在审议他将编写的关于可否允许保留和解释性声明及其法律效力的报告以后，再作出决定。

44. 委员会就保留议题提出的最后一个问题完全在预期之中，即保存人可否或应否“拒绝向各国和有关各国际组织送交一项明显不能允许的保留，特别是当为条约的条款所禁止时”。⁸¹ 出席第六委员会的各国代表团对此问题答复的细微差别，可作为委员会和起草委员会在审议特别报告员第六次报告提议的准则草案的有用指南。如上文指出，⁸² 这些准则草案已转交起草委员会，但委员会尚未能审议。在最后拟订准则草

⁷⁶ 见中国，同上，第 19 次会议(A/C.6/56/SR.19)，第 28 段。

⁷⁷ 见委内瑞拉，同上，第 15 次会议(A/C.6/56/SR.15)，第 40 段。又见奥地利，同上，第 13 次会议(A/C.6/56/SR.13)，第 11 段和联合王国，同上，第 18 次会议(A/C.6/56/SR.18)，第 16 段表示的怀疑和联合王国的书面意见(上文脚注 69)。

⁷⁸ 其他人没有区分(特别报告员认为是错误的)简单解释性声明与有条件解释性声明(见巴林，同上，第 19 次会议(A/C.6/56/SR.19)，第 26 段或以色列，同上，第 21 次会议(A/C.6/56/SR.21)，第 14 段)。

⁷⁹ 见上文第 26 段。

⁸⁰ 见美国，《大会正式记录，第五十六届会议，第六委员会》，第 14 次会议(A/C.6/56/SR.14)，第 83 段；罗马尼亚，同上，第 18 次会议(A/C.6/56/SR.18)，第 56 段；马里，同上，第 20 次会议(A/C.6/56/SR.20)，第 1 段；法国，同上，第 4 段；匈牙利，同上，第 21 次会议(A/C.6/56/SR.21)，第 3 段；希腊，同上，第 22 次会议(A/C.6/56/SR.22)，第 71 段；俄罗斯联邦，同上，第 73 段；肯尼亚，同上，第 84 段；以及墨西哥，同上，第 23 次会议(A/C.6/56/SR.23)，第 25 段。

⁸¹ 《2001 年……年鉴》(见上文脚注 46)，第 22 页，第 25 段。

⁸² 第 38 段。

案 2.1.7(保存人的职能)⁸³ 时它们将特别有用, 可以对其作适当修改, 也可由与此问题直接有关的另一准则草案加以补充。

45. 总的来说, 各国希望《实践指南》能与有关保存人作用的 1969 年《维也纳公约》、特别是其第七十七条完全一致。⁸⁴ 发言的一些代表团强调保存人在行使职能时必须表现出公正和中立, 因此他只能向各方转送提出的保留。⁸⁵ 但出席第六委员会的一些代表认为, 当一项保留是明显不能允许时, 保存人有权拒绝转交,⁸⁶ 至少可首先将其立场通知该保留的提出者, 如果提出者坚持保留,⁸⁷ 再加以转交并提请其他各方注意该问题。此外, 联合王国强调《实践指南》可以发挥的作用是协调各保存人在此事中的做法。⁸⁸

46. 鉴于各国对委员会所提出问题的答复, 委员会可能希望审议可否在《实践指南》中列入一项准则草案 2.1.7 的补充草案,⁸⁹ 具体规定保存人在认为所提出

⁸³ 见关于对条约的保留的第六次报告, 《2001 年……年鉴》(上文脚注 50), 第 176 页, 第 169 段; 该草案的内容转载于下文脚注 89。

⁸⁴ 见西班牙, 《大会正式记录, 第五十六届会议, 第六委员会》, 第 12 次会议(A/C.6/56/SR.12), 第 42 段。

⁸⁵ 见委内瑞拉, 同上, 第 15 次会议(A/C.6/56/SR.15), 第 42 段; 中国, 同上, 第 19 次会议(A/C.6/56/SR.19), 第 30 段; 匈牙利, 同上, 第 21 次会议(A/C.6/56/SR.21), 第 5 段; 以色列, 同上, 第 15 段; 俄罗斯联邦, 同上, 第 22 次会议(A/C.6/56/SR.22), 第 76 段; 以及肯尼亚, 同上, 第 86 段。

⁸⁶ 见马里, 同上, 第 20 次会议(A/C.6/56/SR.20), 第 3 段。

⁸⁷ 见美国, 同上, 第 14 次会议(A/C.6/56/SR.14), 第 86-87 段; 法国, 同上, 第 20 次会议(A/C.6/56/SR.20), 第 6 段; 波兰, 同上, 第 9 段; 墨西哥, 同上, 第 23 次会议(A/C.6/56/SR.23), 第 27 段; 印度, 同上, 第 24 次会议(A/C.6/56/SR.24), 第 5 段; 以及联合王国的书面意见(上文脚注 69)。

⁸⁸ 见联合王国, 同上, 第 18 次会议(A/C.6/56/SR.18), 第 18 段和该国的书面意见(上文脚注 69)。

⁸⁹ 该准则草案如下(见上文脚注 83):

“保存人的职能:

“1. 保存人应审查由一国或一国际组织提出的对某一条约的保留是否具有应有的适当形式。

“2. 如果一国或一国际组织与保存人对保存人履行职能有分歧, 保存人应将此问题:

保留是明显不允许时应采取的行动。该准则草案的措辞可以是:

“2.1.7 之二 关于明显不能允许的保留

“1. 当保存人认为一项保留是明显不能允许时, 保存人应提请该保留的提出人注意保存人认为构成此不能允许的理由。

“2. 如果提出人坚持该保留, 保存人应将保留转交各签署国或签署组织和各缔约国和缔约国际组织, 并附上他与保留提出人交换意见的情况。”

47. 此外, 在第六委员会的辩论期间, 一些国家对关于对条约的保留的第六次报告提议的准则草案的若干细节提出了有益意见。这些意见在秘书处编写的专题摘要⁹⁰ 中作了简要介绍。起草委员会在审议准则草案时自然会考虑这些意见。

C. 关于对条约保留的最近发展情况

48. 据特别报告员所知, 在刚刚结束的一年中, 有关对条约的保留问题, 没有什么重要的发展情况。

49. 但应当提及秘书处应消除对妇女歧视委员会的要求编写的重要报告,⁹¹ 该报告已提交该委员会第二十五届会议。⁹² 报告中有一节有关人权条约机构关于保留的做法,⁹³ 审查了下列机构的做法:

- (a) 人权事务委员会;
- (b) 禁止酷刑委员会;
- (c) 消除种族歧视委员会;

“(a) 提请各签署国和签署组织以及缔约国和缔约组织注意; 或

“(b) 适当时提请有关国际组织的主管机关注意。”

⁹⁰ A/CN.4/521(见上文脚注 66), 第 46-50 段。

⁹¹ 见《2001 年……年鉴》(上文脚注 50), 第 153 页, 第 28 段。

⁹² 2001 年 7 月 2 至 20 日举行(CEDAW/C/2001/II/4)。

⁹³ 同上, 第 20-56 段。

- (d) 经济、社会和文化权利委员会；
(e) 儿童权利委员会。

50. 本报告不宜综合介绍这份含有有价值资料的文件，更不宜加以评论。但该文件传达的一般印象是值得注意的，即人权条约机构对保留问题所持的态度，不像人权事务委员会第 24 号一般性意见所说的那样固执己见。⁹⁴ 实际上，审查机构更切望与提出保留的国家进行对话，鼓励它们撤回不妥的保留，而不是作出不允许这些保留的裁决。例如，这就是消除对妇女歧视委员会的做法。⁹⁵ 秘书处报告附件六载有法律事务厅的法律意见，⁹⁶ 其中没有说明日期，但有几处似乎已经事过境迁。

51. 消除对妇女歧视委员会第二十五届会议没有对秘书处的报告作出决定，其后一届会议(2002 年 1 月 14 日至 2 月 1 日)也没有讨论保留的问题。

52. 增进和保护人权小组委员会不顾人权委员会曾经表示过的关切，⁹⁷ 在 2001 年 8 月 16 日题为“对人权条约的保留”的第 2001/17 号决议中，再次重申其 1999 年和 2000 年的决定，并且决定(第 1 段)：

委托弗朗索瓦斯·汉普森女士在其本人工作文件[E/CN.4/Sub.2/1999/28 和 Corr.1]的基础上，并根据小组委员会

⁹⁴ 人权事务委员会的报告，《大会正式记录，第五十届会议，补编第 40 号》(A/50/40)，第一卷，附件五。对此一般性意见的批评性评注，见关于对条约的保留的第二次报告，《1996 年……年鉴》(上文脚注 25)，第 56-57 页，第 59-62 段和第 88-94 页，第 218-252 段。

⁹⁵ 见 CEDAW/C/2001/II/4，第 4、7(c)和 10 段；又见委员会第十三届会议报告，《大会正式记录，第四十九届会议，补编第 38 号》(A/49/38)，第 1 章，C 节，第 10 段。

⁹⁶ 见 CEDAW/C/2001/II/4。该报告是委员会第三届会议报告的附件，《大会正式记录，第三十九届会议，补编第 45 号》(A/39/45)，第二卷，附件三；又见关于对条约的保留的第二次报告，《1996 年……年鉴》(上文脚注 25)，第 82 页，第 194 段。

⁹⁷ 见 2001 年 4 月 25 日第 2001/113 号决定(经济及社会理事会正式记录，第五十七届会议，补编第 3 号)(E/2001/23-E/CN.4/2001/167)，第 348 页)。有关此长期辩论问题的过去情况，见关于对条约的保留的第六次报告，《2001 年……年鉴》(上文脚注 50)，第 152-153 页，第 21-27 段。

第五十一和第五十二届会议期间发表的意见和讨论情况，编写一份对人权条约作出保留问题的较为全面的工作文件，研究报告不应重复国际法委员会的工作，该委员会的工作涉及对保留和解释性声明适用的一般法律制度问题，而拟议的研究报告则应根据对保留和解释性声明适用的法律制度，研究工作文件中讲到的实际对人权条约所作的保留和解释性声明，向小组委员会第五十四届会议提出这份文件。⁹⁸

小组委员会还决定(第 2 段)：

第五十四届会议在同一议程项目下继续审议对人权条约作出保留的问题。⁹⁹

53. 鉴于 2001 年委员会第五十三届会议对此问题表示的关切，特别报告员虽有与汉普森女士接触的意图，¹⁰⁰ 但没有跟进，汉普森女士也没有主动这样做。但他认为若能以坦诚和相互理解的精神进行协调，会是有用甚至是必要的。他希望今年委员会能继续辩论这项议题。总的来说，委员会采取主动促进与人权机构的密切协商是有益的，以便在一、两年内重新审查 1997 年通过的《初步结论》。¹⁰¹

54. 关于国际公法法律顾问委员会(公法顾委)，似乎没有什么重要的新发展。根据 1998 年巴黎会议上作出的决定，公法顾委继续作为一个监测对国际条约保留的欧洲机构。¹⁰² 它以此身份编写并更新了一份清单，列出对欧洲委员会内外缔结的公约所作的、而可能引起反对的保留和声明。¹⁰³

⁹⁸ 增进和保护人权小组委员会第五十三届会议报告(E/CN.4/2002/2-E/CN.4/Sub.2/2001/40)。

⁹⁹ 同上。

¹⁰⁰ 见关于对条约的保留的第六次报告，《2001 年……年鉴》(上文脚注 50)，第 153 页，第 28 段。

¹⁰¹ 见上文第 20-21 段。

¹⁰² 见关于对条约的保留的第五次报告，《2000 年……年鉴》(上文脚注 18)，第 177 页，第 56 段。

¹⁰³ 有关此问题的最新情况，见秘书处为公法顾委第二十二届会议(2001 年 9 月 11-12 日，斯特拉斯堡)编写的说明，CAHDI(2001)6 和 Add。

55. 特别报告员不了解在有关保留事项上其他最近的重要情况。委员会的其他委员和本报告的读者如能提供任何补充资料，他将不胜感谢。

D. 第七次报告概略

56. 根据以往的经验，特别报告员对本报告的内容不准备作出坚定承诺。但可以在下文概述一下他为自己确定的一些目标。

57. 本报告谈到继续进行并结束有关对条约的保留和解释性声明的提出、修改与撤回问题的研究。由于第五次报告第二部分涉及提出这些文书的时间，¹⁰⁴ 第六次报告讨论提出的方式，¹⁰⁵ 因此现在要研究撤

¹⁰⁴ 《2000年……年鉴》(见上文脚注 18)，第 207-208 页，第 223-332 段。又见上文第 27 和第 35-37 段。

¹⁰⁵ 《2001年……年鉴》(见上文脚注 50)，第 154-177 页，第 36-173 段。又见上文第 27 和第 35-38 段。

回、尤其是修改的棘手问题。

58. 根据 1996 年第二次报告拟议的研究的临时计划，¹⁰⁶ 本报告将涉及对保留的接受和反对的提出与撤回。

59. 此外，最后一部分将概述保留(和解释性声明)的允许性及其效力以及接受和反对的效力问题。此部分与前几部分不同，没有提出准则草案。它采用摘要的形式，以便委员会(如必要，由工作组)对此议题提出的更棘手问题进行全面审查，如有可能并为特别报告员今后的工作提出指导。

60. 最后，如上文指出，¹⁰⁷ 委员会至今通过的或特别报告员提议的全部准则草案将载于一个附件中。

¹⁰⁶ 见上文第 18 段。

¹⁰⁷ 见上文脚注 43 和 61。

撤回和修改保留及解释性声明

61. 虽然 1969 年和 1986 年的《维也纳公约》中载有几项关于撤回保留的规定，却未曾提到对先前的保留可以作出修改。的确，这种做法面临本来就难以克服的许多反对意见：除条约中另有规定外，可以提出保留的时间业经这两项《维也纳公约》的条款明确规定，其中载有保留的定义，¹⁰⁸ 如果一项修改被视为新的保留，则无论如何不能接受。但是，如果这项修改是撤回一部分的保留，情况就有不同。因此，首先

¹⁰⁸ 见 1969 年和 1986 年《维也纳公约》第 2 条第 1 款(d)项以及《实践指南》的准则草案 1.1。又见准则草案 1.1.2、1.1.4 和 2.3.1 至 2.3.4；关于解释性声明，见准则草案 2.4.3、2.4.6 和 2.4.7。业经委员会通过或由特别报告员提出的所有各项准则草案均转载于本报告附件，附件中还根据情况需要，提到委员会的评论或提出准则草案的特别报告员的报告。

应该确定哪些规则可以适用于撤回保留，然后再考虑哪些规则可以适用于修改保留，这种规则属于国际法逐渐发展而非狭义的国际法编纂的范围。

62. 至于解释性声明的撤回和修改，情况更是如此；对这两个问题，两项《维也纳公约》中只字不提。¹⁰⁹ 按照编写以前各次报告时所用的方法，这些法律文书的撤回或修改所适用的规则，无论是现行法或拟议法中的规则，均应参照现有关于保留的规则和惯例来研究。

¹⁰⁹ 见关于对条约的保留的第一和第三次报告(《1995年……年鉴》，(上文脚注 1)，第 152 页，第 128-129 段和《1998年……年鉴》(上文脚注 35)，第 282-294 页，第 231-305 段)。

A. 撤回保留

1. 撤回保留的形式和程序

63. 撤回保留一事，过去很少发生，¹¹⁰ 现在比较常见。¹¹¹ 这个可能性的增加，一方面主要是许多国家取得独立，需要重新审查先前国所提出的保留，¹¹² 另一方面尤其是东欧各国政治制度的改变，它们放弃了共产主义政府时代所提出的许多保留，特别是在人权方面和将争端提交国际法院方面所提出的保留。¹¹³

64. 1969 年和 1986 年《维也纳公约》¹¹⁴ 的两项规定直接涉及保留的撤回。第 22 条规定：

1. 除条约另有规定外，保留可随时撤回，无须经业已接受保留的国家或国际组织同意。

……

3. 除条约另有规定或另经协议外：

(a) 在对一缔约国或一缔约组织的关系上，撤回保留自该国或该组织收到通知时起才开始发生效力。

第 23 条第 4 款则规定：

撤回保留或撤回对保留的反对，必须以书面提出。

65. 这些规定明确指出：

- 撤回的形式；
- 可以提出撤回的时间；

¹¹⁰ 在这方面，见英伯特，*Les réserves aux traités multilatéraux*，第 291-293 页，以及 Horn，《对多边条约的保留和解释性说明》，第 226 页。

¹¹¹ 见 Migliorino，“La revoca di riserve e di obiezioni a riserve”，第 315 页。

¹¹² 见下文脚注 160。

¹¹³ 例如见 Migliorino，同前，以及 Bretton，“L’URSS et la compétence de la Cour internationale de Justice en matière de protection des droits de l’homme”。

¹¹⁴ 一般来说，如以前各次报告的情况，最好是根据 1986 年《维也纳公约》，其条文抄录 1969 年《公约》，但将其扩大到国际组织缔结的条约。

- 无需经其他缔约方同意；以及撤回发生效力的时间。

但其中并未提及：

- 必须遵循的程序，包括保留国或其他方面提出撤回的通知；
- 撤回的后果。

66. 为求简明起见，将依次研讨：(a) 撤回的形式和程序；(b) 撤回的后果。为此，将引述上述规定的准备工作资料。

(a) 撤回保留的形式

(一) 书面单方面行为：1969 年和 1986 年《维也纳公约》第 22 条第 1 款和第 23 条第 4 款

67. 根据 1969 年和 1986 年《维也纳公约》第 22 条第 1 款的规定，¹¹⁵ 撤回保留是一种单方面行为。既然如此，就结束了长期以来激烈争论有关撤回的法律性质的问题：撤回保留应该是一项单方面的决定，还是一项协议的行为？¹¹⁶ 在这项规定的准备工作中，曾经悄悄出现这种分歧的意见。

68. 撤回保留的问题，在很晚时候才约略引起条约法各位特别报告员的注意。对于保留可否接受的标准问题，詹姆斯·布赖尔利先生和赫尔施·劳特派特爵士未曾在任何一项条款草案中加以讨论。后者充其量只是提请注意 1954 年 4 月在人权委员会就对“人权公约”的保留问题提出的若干建议，其中明确规定只须通知联合国秘书长就可以撤回保留。¹¹⁷ 杰拉尔德·菲茨莫里斯爵士也许是考虑到这个先例，才在

¹¹⁵ 见上文第 64 段。

¹¹⁶ 关于这一理论上的争议，尤其见英伯特，同前，第 288 页，和 Horn，同前，第 223-224 页，以及上文提到的参考资料。似乎不必提及参加这项已经过时的争议的主要人物。

¹¹⁷ 《1954 年……年鉴》[英]，第二卷，A/CN.4/87 号文件，关于条约法的第二次报告，第 131-132 页，第 9 条评注第 5 段。

1956年其关于条约法的第一次报告中提出第40条第3款的草案如下：

保留虽经接受，仍可随时以正式通知撤回。在这种情况下，先前提出保留的国家应自动负起充分遵守与该保留有关的条约规定的义务，并且有权以互惠方式要求其他各方遵守这项规定。¹¹⁸

69. 这项草案并未经委员会讨论，但汉弗莱·沃尔多克爵士在其关于条约法的第一次报告在专门讨论“提出保留和撤回保留的权力”的条款草案第17条中复述了这个概念，其中提出了一项原则，就是“任何国家有单方面撤回保留的绝对权利，即使该项保留业经其他国家接受”。¹¹⁹ 该项条款草案第6款规定：

任何提出保留的国家可随时单方将该项保留全部或部分撤回，不论该项保留业经其他有关国家接受或拒绝。撤回保留应以书面通知条约有关文书的保存人，如无保存人，应以书面通知条约各缔约国或即将成为缔约国的每个国家。¹²⁰

70. 这项提案未经全体会议讨论，起草委员会虽然保留其精神，却把草案的文字、甚至内容做了重大修改，以致于专门讨论撤回保留的新的条款草案第19条中再也没有提及通知撤回的程序，仅仅列入有关撤回的后果的第2款。¹²¹ 这项草案，根据巴尔托什先生的请求，¹²² 在第一段中增添了一项规定，指定撤回的生效日期，随后获得通过。¹²³ 根据一读的条款草案第22条：

¹¹⁸ 《1956年……年鉴》[英]，第二卷，A/CN.4/101号文件，第116页。在评论这项规定时，杰拉尔德·菲茨莫里斯爵士只说他认为这项规定不需解释(同上，第127页，第101段)。

¹¹⁹ 《1962年……年鉴》[英]，第二卷，A/CN.4/144号文件，第66页，条款草案第17条评注第(12)段。

¹²⁰ 同上，第61页。

¹²¹ 同上，第一卷，第664次会议，第234页，第67段。

¹²² 同上，第68-71段。

¹²³ 同上，第667次会议，第253页，第73-75段。

1. 保留可随时撤回，无须经业已接受保留的国家同意。撤回保留自其他有关国家收到通知时起开始发生法律效力。

2. 撤回保留后，第21条的规定停止适用。¹²⁴

71. 这些规定的评注第(1)段也许是响应在起草委员会进行的讨论，其中明确谈到撤回的单方面性质。这一段说：

偶尔有人主张，如果一项保留业经另一国家接受，未经后者同意，不得撤回，因为接受保留，即在两国之间建立一个未经双方同意不得予以更改的制度。但是，委员会认为另一项规则比较可取，就是提出保留的国家在所有情况下都有权根据本身的意愿，使其立场完全符合已通过的条约的各项规定。¹²⁵

72. 只有三个国家反对条款草案第22条，¹²⁶ 该条后经特别报告员修改。特别报告员建议：¹²⁷

(a) 这项规定应采取备用规则的形式；

(b) 规定如果有保存人，应由保存人发送撤回的通知；

(c) 撤回生效之前应给予一个宽限期。¹²⁸

73. 在审议这些建议时，委员会有两名委员坚持说，一个国家提出的保留经另一国家接受，即构成这两国之间的一项协议。¹²⁹ 这项理论得到极少人的支持，

¹²⁴ 同上，第二卷，A/5209号文件，第181页；第21条涉及“保留的适用”。

¹²⁵ 同上，第181-182页。

¹²⁶ 汉弗莱·沃尔多克爵士关于条约法的第四次报告，《1965年……年鉴》[英]，第二卷，A/CN.4/177和Add.1和2号文件，第55-56页。以色列认为这种通知应通过保存人发送，而美国则赞同“撤回保留‘自其他有关国家收到通知时起开始发生法律效力’的规定”；联合王国的评语涉及撤回的生效日期；见下文第116和第157段。这三个国家的意见全文见《1966年……年鉴》[英]，第二卷，A/6309/Rev.1号文件，第351页(美国)；第295页，第14段(以色列)以及第344页(联合国)。

¹²⁷ 汉弗莱·沃尔多克爵士提出的条款草案全文，见《1965年……年鉴》[英](上文脚注126)，第56页，或同上，第一卷，第800次会议，第174页，第43段。

¹²⁸ 关于最后一点，见下文第157段。

¹²⁹ 见费尔德罗斯先生和阿马多尔先生(较含糊)的发言，《1965年……年鉴》[英]，第一卷，第800次会议，第175页，第49段和第176页，第60段。

大多数人赞成巴尔托什先生的主张，认为“通常来说，缔结条约是要全部适用；保留是一种只可容忍的例外情况”。¹³⁰

74. 经过这次讨论之后，起草委员会在另一项条文中实际上恢复 1962 年案文第 1 款的两个概念。¹³¹ 这个新案文就是最后通过的案文，¹³² 成为条款草案第 20 条(撤回保留)的最终版本：

1. 除条约另有规定外，保留可随时撤回，无须经业已接受保留的国家同意。

2. 除条约另有规定或另经协议外，撤回保留自其他缔约国收到通知时才开始发生效力。¹³³

75. 这项规定的评注复述了 1962 年的评注，¹³⁴ 只是略加阐明。委员会在评注中特别表示，“除非条约载有一项限制撤回保留的条款，否则应该假定缔约各方希望提出保留的国家放弃保留”。¹³⁵

76. 在联合国条约法会议上，虽然有人提出几个细节的修正案，¹³⁶ 但这项草案(后来成为 1969 年《维也纳

¹³⁰ 同上，第 175 页，第 50 段。

¹³¹ 见上文第 70 段；起草委员会在 1965 年通过的第一个案文，见《1965 年……年鉴》[英]，第一卷，第 814 次会议，第 272 页，第 22 段。

¹³² 见《1965 年……年鉴》[英]，第一卷，第 816 次会议，第 284 页，第 56-60 段，以及《1966 年……年鉴》[英]，第一卷(第二部分)，第 327 页，第 106 段。

¹³³ 《1966 年……年鉴》[英](见上文脚注 126)，第 209 页；沿着同样的思路起草，这个案文就是 1965 年草案第 22 条(《1965 年……年鉴》[英]，第二卷，A/6009 号文件，第 162 页)。

¹³⁴ 见上文第 70 段。

¹³⁵ 《1966 年……年鉴》，(见上文脚注 133)。

¹³⁶ 这些修正案和补充修正案的清单和案文见《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)，全体委员会在会议第一届会议上的工作报告，A/CONF.39/14 号文件，第 141-142 页，第 205-211 段。比利时在其书面评论中认为，“如果不是条约规定的撤回保留，而这种撤回须经其他签署国明示或默示同意才能发生效力，”则“似乎应征得业已接受保留的国家的同意”(“1966 年和 1967 年对条约法最后条款草案提出的评注和意见的分析性汇编”，(A/CONF.39/5(Vol. I)，第 166 页)。但是该国似乎后来未再提出这项建议。

公约》第二十二條)却未经修改纳入《公约》第二十条。不过根据匈牙利的建议，通过增添两个要点：

(a) 首先，决定使撤回对保留的反对的程序与撤回保留的程序趋于一致；¹³⁷

(b) 其次，在第二十三条中增列第四项，规定撤回保留(和对保留的反对)必须以书面提出。

77. 在这方面有几个国家提出建议，¹³⁸ 目的是“使这项规定与第十八条[公约定本第二十三条]一致，该条规定保留、对于保留的明示接受和反对保留，均须以书面提出”。¹³⁹ 虽然亚辛先生(伊拉克)认为这是“对这个本应尽可能简化的程序增添的一项不必要的附加条件”，¹⁴⁰ 但这项原则还是以 98 票对 0 票，一致通过。¹⁴¹ 不过最后认为比较合理的办法是不把这项规定纳入第二十条，而纳入全面讨论“关于保留的程序”的第二十三条，并且因为增列新的第四项，把该条移到这一节的结尾。¹⁴²

78. 根据“在保留方面没有理由区分国际组织的情况与国家的情况”这项原则，保罗·罗伊特在其关于国家与国际组织间或两个或两个以上国际组织相互间所订条约问题的第四次报告中只提出“一些条款草案，

¹³⁷ 匈牙利的修正案见 A/CONF.39/L.18 号文件，载于《联合国条约法会议正式记录》，(上文脚注 136)，第 267 页。修正案的讨论，见条约法会议第 11 次全体会议(1969 年 4 月 30 日)的辩论，《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 36-38 页，第 14-41 段。

¹³⁸ 见奥地利和芬兰提出的修正案(A/CONF.39/C.1/L.4 和 Add.1)、匈牙利提出的修正案(A/CONF.39/C.1/L.178 和 A/CONF.39/L.17) 以及美国提出的修正案(A/CONF.39/C.1/L.171)，载于《联合国条约法会议正式记录》(上文脚注 136)，第 141 和第 267 段。

¹³⁹ 同上，第二届会议(上文脚注 137)，博克尔-塞格夫人(匈牙利)的发言，第 36 页，第 13 段。

¹⁴⁰ 同上，第 38 页，第 39 段。

¹⁴¹ 同上，第 41 段。

¹⁴² 同上，第 29 次全体会议，第 159-160 页，第 10-13 段。见鲁达，“对条约的保留”，第 194 页。关于第二十条和第二十三条第四项的准备的笼统概述，见 Migliorino，同前，第 319-320 页。

其中将 1969 年《公约》第十九至第二十三条所订的规则扩大到国际组织所缔结的协定”，唯一的细小差别是“编辑方面的小改动”。¹⁴³ 第二十二和第二十三条第四项的情况就是如此，特别报告员只在前一条文中附带提及国际组织，而后一条文则一字不改照抄。¹⁴⁴ 这些建议未经改动就得到委员会通过，¹⁴⁵ 并在二读时得到保留。¹⁴⁶ 1986 年联合国条约法会议没有作出任何重要的改动。¹⁴⁷

79. 从 1969 年和 1986 年《维也纳公约》第 22 条第 1 款和第 3 款(a)项及第 23 条第 4 款的准备工作来看，这些规定并未引起争论。甚至纯属单方面性质的撤回行为的问题，不久以前在理论上发生过激烈的争辩，¹⁴⁸ 但在委员会里¹⁴⁹ 和维也纳会议上¹⁵⁰ 都没有引起什么辩论。这似乎恰当地表示：顾名思义，保留

是单方面的行为，¹⁵¹ 即使国家或国际组织可以经由协议方式取得与保留产生的相同结果；¹⁵² 但是选择提出保留就是正确而相对地意味着采取单方面行动。因此，没有任何道理须经其他缔约方同意才能取消国家根据单方面表现的意志所作出的事。

80. 毫无疑问，有人可以反对这一点，因为根据 1969 年和 1986 年《维也纳公约》第 20 条，国家或国际组织所提出、非经条约明文规定的保留，只对业已接受、至少默示接受保留的缔约方发生效力。但是，在一方面，接受保留并不改变保留的性质——接受使保留发生效力，但这是不同的一项单方面行为——在另一方面，这尤其是一种极端形式主义的推论，没有考虑到为了条约完整性应该限制保留的数目和内容。有人曾经适当地指出，¹⁵³ 多边条约的缔约方原则上期望条约全文被人接受，至少有一种假设，认为保留只是不可避免但使其他缔约方感到遗憾的一种缺点。此外，不妨指出，尽管有些条约对撤回保留有所管制，¹⁵⁴ 但从来没有一项条约的条款对此加以禁止。¹⁵⁵

81. 此外，据特别报告员所知，单方面撤回保留，从未引起特别争议，也没有任何答复委员会关于保留的问题单¹⁵⁶ 的国家或国际组织提到过这方面的问题。承认这样一种撤回权也是符合条约中关于撤回保留的明确条款的文字和精神，这些条款或是采用类似第 22 条第 1 款的措辞，¹⁵⁷ 或是为了鼓励撤回保留，敦促

¹⁴³ 《1975 年……年鉴》[英]，第二卷，A/CN.4/285 号文件，第 36-37 页，第二节总评注第(2)和第(5)段。

¹⁴⁴ 同上，第 38 页及其第五次报告，《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。

¹⁴⁵ 见 1977 年委员会的辩论：《1977 年……年鉴》[英]，第一卷，第 1434 次会议，第 100-101 页，第 30-34 段；第 1435 次会议，第 103 页，第 1-2 段；第 1451 次会议，第 194-195 页，第 12-16 段；以及委员会提交大会的第四十九届会议工作报告，同上，第二卷(第二部分)，第 114-115 页。

¹⁴⁶ 国家和国际组织对这些规定未曾提出任何意见。见罗伊特先生的第十次报告，《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；委员会的辩论：同上，第一卷，第 1652 次会议，第 54 页，第 27-29 段；第 1692 次会议，第 264-265 页，第 38-41 段；委员会提交大会的第三十三和第三十四届会议工作报告，同上，第二卷(第二部分)，第 140 页，以及《1982 年……年鉴》[英]，第二卷(第二部分)，第 37 页。

¹⁴⁷ 见《联合国关于国家和国际组织间或国际组织相互间条约法会议正式记录，1986 年 2 月 18 日至 3 月 21 日，维也纳，第一卷，全体会议和全体委员会会议的简要记录》(联合国出版物，出售品编号：E.94.V.5，第一卷)，第 5 次全体会议，1986 年 3 月 18 日，第 14 页，第 62-63 段。最后案文见上文第 64 段。

¹⁴⁸ 见上文第 67 段。

¹⁴⁹ 见上文脚注 129 和 130。

¹⁵⁰ 见比利时的意见(上文脚注 136)。

¹⁵¹ 见 1969 年和 1986 年《维也纳公约》第 2 条第 1 款(d)项和《实践指南》准则草案 1.1。

¹⁵² 见准则草案 1.7.1。

¹⁵³ 见上文第 73 段。

¹⁵⁴ 尤其见下文第 147 和第 163 段。

¹⁵⁵ 见 Migliorino，同前，第 319 页。

¹⁵⁶ 见上文脚注 25 和 26。尤其见发给国家的问题单中关于撤回保留的问题 1.6、1.6.1、1.6.2 和 1.6.2.1。

¹⁵⁷ 见英伯特，同前，第 287 页，脚注(19)，以及 Horn，同前，第 437 页，注 1 所举示例。又见，例如《关于难民地位的公约》第 42 条第 2 款；《大陆架公约》第 12 条第 1 款；《欧洲居留公约》第 26 条第 3 款；以及 1962 年欧洲委员会通过的标准条款，载于法律事务局编写的秘书处备忘录“最后条款范本”(CM(77)222，1977 年 11 月 16 日，附件一，第 9-14 页)。

国家“在情况许可时尽早”撤销保留。¹⁵⁸ 本着同样的精神，国际组织和监督各项人权公约的机构经常提出建议，旨在敦促各国撤回它们在批准或加入条约时所提出的保留。¹⁵⁹

82. 这些劝告也证明保留可以“随时”撤回，¹⁶⁰ 包括条约对撤回先前提出的保留的国家生效之前，¹⁶¹ 虽然特别报告员并不知晓有哪些发生这种情况的示例。¹⁶²

¹⁵⁸ 《给予欧洲专利权公约》第 167 条第(4)款；又见英伯特，同前，第 287 页，脚注(20)，以及 Horn，同前，第 437 页，注 2 中所举其他示例。

¹⁵⁹ 最近的示例，尤其见大会下列决议：2000 年 12 月 4 日关于儿童权利的第 55/79 号决议(第一节第 3 段)；1999 年 12 月 17 日关于国际人权两公约的第 54/157 号决议(第 7 段)；1999 年 12 月 17 日关于《消除对妇女一切形式歧视公约》的第 54/137 号决议(第 5 段)和 2000 年 12 月 4 日第 55/70 号决议(第 6 段)；1992 年 12 月 16 日关于《儿童权利公约》执行情况第 47/112 号决议(第 7 段)。又见增进和保护人权小组委员会 2000 年 8 月 18 日的第 2000/26 号决议(第 1 段)，欧洲委员会部长理事会在 1998 年 12 月 10 日《世界人权宣言》五十周年之际通过的宣言；以及欧洲委员会会议大会 1993 年 10 月 1 日的第 1223(1993)号建议(第 7 段)的更笼统规定(该建议内容并不限于人权公约)。

¹⁶⁰ 撤回保留的一个适当时机当然是国家继承的时刻，因为在这个日期，新独立国家可以表示打算不维持先前国提出的保留(见 1978 年《维也纳公约》第 20 条第 1 款)。但是，按照编订《实践指南》时所依循的总计划(见上文第 18 段)，在广泛研究国家继承时的保留的命运时，将考虑到这种情况。

¹⁶¹ 《关于便利旅游海关公约》及其《关于便利旅游海关公约有关进口旅游宣传文件和材料的附加议定书》和《关于私用公路车辆临时进口的海关公约》(见《1965 年……年鉴》[英]，第二卷，A/5687 号文件，附件二，第 105 页，第 2 段)对这种可能情况都有明确规定。在另一方面，有很多示例表明国家在签署时提出保留，后来因为其他签署国或保存人提出抗议而撤销保留(见 Horn，同前，第 345-346 页所举示例)；但严格说这不是撤回保留(见下文第 94-95 段)。

¹⁶² 另一方面，可以列举一些关于提出保留之后很快撤回保留的示例。例如见爱沙尼亚对国际法委员会问题单问题 1.6.2.1 的答复：接受 1973 年《国际防止船舶造成污染公约》(《防污公约》)1978 年议定书附件三至五的限制；该国在 1991 年 12 月 16 日加入《公约》，一旦认为能够遵守这些文书规定的条件，便在 1992 年 8 月 18 日取消上述限制。联合王国曾对《建立美洲开发银行的协定》提出一项保留，三个月后宣布撤销保留，回溯到批准之日生效。又见 Migliorino，同前，第 322 页；尽管他在上文引述的示例中，提出保留与撤回保留有时候相隔好几年。

83. 除此以外，就 1969 年和 1986 年《维也纳公约》第 22 条第 1 款和第 23 条第 4 款所载规则的目前习惯性质似乎没有发生争论，¹⁶³ 也符合一般遵循的惯例。¹⁶⁴

84. 在这种情况下，按照委员会的原则性决定，似乎没有理由不在《实践指南》中列入目前审议的几项规定。根据这项原则性决定，《实践指南》必须有重大理由，才可以背离两项《维也纳公约》内有关保留的规定。¹⁶⁵

85. 准则草案 2.5.1(将列在关于撤回和修改保留和解释性声明的第 2.5 节的起始处)可以一字不改抄录 1986 年《维也纳公约》第 22 条第 1 款如下：

“2.5 撤回和修改保留和解释性声明

“2.5.1 撤回保留

“除条约另有规定外，保留可随时撤回，无须经业已接受保留的国家或国际组织同意。”

86. 这项条文不会引起特别的批评。最多是有人可能不满意这句话的第一部分(“除条约另有规定外……”)。不言而喻，1986 年《维也纳公约》的大多数规定以及其中所载的各项程序性规则，都有一种备用的自愿性质，必须理解为适用“除条约另有规定外”；因此，《实践指南》更应该如此。

87. 这项规定载于国际法委员会最后草案，但未纳入 1962 年草案，¹⁶⁶ 被特别报告员汉弗莱·沃尔多克爵

¹⁶³ 见 Migliorino，同前，第 320-321 页，以及 Szafarz，“对多边条约的保留”，第 313 页。

¹⁶⁴ 见法律事务厅条约科编写的《秘书长作为多边条约保存人的惯例汇总》(联合国出版物，出售品编号：E.94.V.15)，第 64 页，第 216 段。有些国家在答复关于保留的问题单(问题 1.6.2.1)时提出这方面的意见，表示它们是在修改国内法(哥伦比亚、丹麦、以色列、瑞典、瑞士、联合王国、美国)或重新评估本身的利益(以色列)之后，才撤回先前提出的保留。关于撤回保留的动机，见 Flauss，“略述法国撤回对国际条约的保留”，第 860-861 页。

¹⁶⁵ 见上文第 16 和第 31-32 段。

¹⁶⁶ 见上文第 70 和第 74 段。

士根据若干政府的意见提出来，¹⁶⁷ 在起草委员会 1965 年第十七届会议上得到确认。¹⁶⁸ 参照条约的规定，显然应该把一些示范条款纳入《实践指南》。不过，这牵涉到一个并非纯属程序的问题，而是关系到撤回的后果的问题；实际上，任何提到与条约规定有冲突的情况，等于无声呼应委员会某些委员和某些政府所表示的关切，担心突然撤回保留会造成各种困难。¹⁶⁹ 应付这些关切的示范条款载于下文专门讨论撤回的后果的一节。¹⁷⁰

88. 同样，似乎也没有理由反对在《实践指南》中增列一项准则草案，抄录措辞完全相同的 1969 年和 1986 年《维也纳公约》第 23 条第 4 款的规定。

89. 毫无疑问，在 1969 年会议上，亚辛先生曾经正确地强调“应该尽可能简化”撤回的程序。¹⁷¹ 但是最好不要夸大要求撤回保留的国家提出书面通知所造成的负担。而且，虽然采用平行形式的规则并非国际法上的一项绝对原则，¹⁷² 但是，既然保留毫无疑问必须以书面形式提出，如果只须口头声明就可以撤回保留，那就是前后不一致的做法。¹⁷³ 这样会给其他缔约方造成很大疑惑。它们会收到保留的书面通知，但却不一定会收到撤回保留的通知。¹⁷⁴

90. 因此，准则草案 2.5.2，至少在撤回保留方面，可以安全地引用 1969 年和 1986 年《维也纳公约》第 23 条第 4 款的条文，因为按照这一部分《实践指南》

所订立的计划，对保留的反对将构成单独一节的主题：

“2.5.2 撤回的形式

“撤回保留必须以书面提出。”

(二) 暗示撤回的问题

91. 但是还要考虑：撤回保留可否采用暗示方式进行，可否从正式撤回以外的其他情况产生。

92. 的确，正如鲁达所指出的，“撤回保留……是不能推定的”。¹⁷⁵ 但是，仍然有一个问题存在，就是国家或国际组织的某些行为或举动是否应当看作等于撤回保留。

93. 的确，例如同样的几个缔约方签订后来的一项条约，其中载列与先前条约完全一样的若干条款，有某一缔约方曾经对原来这些条款提出保留，却没有对第二项条约提出保留，这实际上与撤回原先的保留具有同样的效果。¹⁷⁶ 但这仍然是另一项文书，而且曾经提出保留的国家是根据第二项条约而不是根据第一项条约承担义务；举例来说，如果对第二项条约而言的第三国加入了第一项条约，这项保留在该国与提出保留的国家之间的关系上仍产生充分的效力。

94. 同样，国家在表示同意接受条约的约束时，如果没有确认在签署时提出的保留，¹⁷⁷ 也不能解释成撤回保留：保留确实已经“提出”，但是未经正式确认，所以没有“作出”或“确立”。¹⁷⁸ 简单地说，

¹⁷⁵ 同上，第 196 页。

¹⁷⁶ 在这方面，见 Flauss, “Note sur le retrait ...”, 第 857-858 页；又见 Tiberghien, *La protection des réfugiés en France*, 第 34-35 页(Flauss 在第 858 页脚注(8)中引述)。

¹⁷⁷ 见 1969 年和 1986 年《维也纳公约》第 23 条第 2 款和准则草案 2.2.1 以及委员会第五十三届会议工作报告(《2001 年……年鉴》(上文脚注 46), 第 202-205 页)所载的评注。

¹⁷⁸ 但是，偶尔会有人把未加确认(错误地)称为“撤回”；见联合国，《交给秘书长保存的多边条约：截至 2001 年 12 月 31 日的状况》(联合国出版物，出售品编号：E.02.V.4)，第一卷，第 396 页，注 19。该注释指出印度尼西亚政府没有确认它在签署 1961 年《麻醉品单一公约》时提出的保留。

¹⁶⁷ 关于条约法的第四次报告，《1965 年……年鉴》[英](见上文脚注 126)，第 55-56 页；又见《1965 年……年鉴》[英]，第一卷，第 800 次会议，第 174 页，第 45 段。

¹⁶⁸ 同上，第一卷，第 814 次会议，第 272 页，第 22 段。

¹⁶⁹ 见下文第 157 段。

¹⁷⁰ 见下文第 164 和第 166 段。

¹⁷¹ 见上文第 77 段。

¹⁷² 见下文第 119 段。

¹⁷³ 见特别报告员提出的准则草案 2.1.2 和关于条约法的第六次报告(《2001 年……年鉴》(上文脚注 50)，第 155-157 页，第 40-52 段)中所载的理由。

¹⁷⁴ 在这方面，见鲁达，同前，第 195-196 页。

提出保留的一方，经过签署日期到批准、正式确认、接受或核准日期的这段思索时间之后，放弃了这项保留。

95. 英伯特反驳这种理论，理由基本上是：保留在确认之前就已存在：必须把保留考虑在内，以便了解签署国家(或国际组织)根据 1969 年和 1986 年《维也纳公约》第 18 条所负义务的范围；而且，根据第 23 条第 3 款，“在该项保留被确认之前所提出的明示接受保留或反对保留无须予以确认”。¹⁷⁹ 这位杰出的作者接着说：

如果一项保留未经明示或暗示重新提出[确认]，对于保留国来说，或在保留国与其他缔约国之间关系上，似乎没有改变，因为在那个时刻之前，该国不受条约的约束。反过来说，如果是在交存批准书或加入书之后撤回保留，保留国的义务便由于保留而扩大，而且该国可能第一次与曾经对其保留提出反对的某些缔约国同受条约的约束。因此，这种撤回改变了条约的适用情况，而从这个观点来看，未加确认却不产生任何影响。¹⁸⁰

所以未加确认与撤回的效果非常不同，不能把这两种办法混为一谈。

96. 甚至似乎不可能把过期的保留看成已经撤销。

97. 有时会发生这样的情况：条约中的一项条款会限制保留的有效期间。举例来说，《统一发明专利实体法的若干方面公约》规定：对公约的某些规定而言，不可延长的保留的最大有效期限可以达到 5 或 10 年，而《欧洲机动车辆造成的损失民事责任公约》的附件则允许比利时从公约生效之日起三年内提出一项(“商定的”¹⁸¹)保留。¹⁸² 欧洲委员会的其他公约所允许的只是暂时、但可以延长的保留；示例包括《欧

¹⁷⁹ 英伯特，同前，第 286 页。

¹⁸⁰ 同上。

¹⁸¹ 《2000 年……年鉴》(上文脚注 18)，第 197-198 页，第 164-170 段。

¹⁸² 又见 Spiliopoulou Åkermark，“欧洲委员会范围内缔结的条约的保留条款”，第 499-500 页，和英伯特，同前，第 287 页，脚注(21)；以及《国际刑事法院罗马规约》第 124 条，其中把不接受法院在战争罪方面管辖权的可能性限定为 7 年。

洲领养儿童公约》(第 25 条)和 1975 年 10 月 15 日《欧洲非婚生子女法律地位公约》(第 14 条)的情况：

每项保留应于本公约生效之日起五年内对有关缔约国有效。可在每项保留期限届满前向欧洲委员会秘书长提出声明，将保留连续延长，每次延长期间五年。

任何缔约国可向欧洲委员会秘书长提出声明，将其根据以上各款提出的保留全部或部分撤回。此项声明应于收到之日起生效。¹⁸³

98. 后一规定，对第二段所说的撤回保留与第一段所说的保留未经延长而告期满的情况，做出非常明确的区分。正确地说：撤回是表现保留国意志的一种单方面行为，期满则是由规定期限届满构成的法律事件的后果。

99. 有时候保留本身订明有效的期限，情况也是如此。例如，爱沙尼亚在其对关于保留的问题单的答复中表示，¹⁸⁴ 它对《保护人权与基本自由公约》(《欧洲人权公约》)的保留限定一年，因为它认为一年期间足够修改有关的法律。¹⁸⁵ 在这种情况下，保留之所以停止生效，不是因为撤回，而是因为保留本身条文所定的有效期限届满。

100. 更难堪的情况是所谓“被遗忘的保留”。¹⁸⁶ 尤其是当保留构成国内法条文的一部分，而这项规定后来被新的条文所修改而作废。Flauss 举出几个有关法

¹⁸³ 若干国家没有在重新提出保留的期限内延长保留，它们的坚持对这项规定的实施造成很大的困难；最后，在无人反对的情况下实施了过时提出保留的适用程序(见准则草案 2.3.1)；见 Polakiewicz，《欧洲委员会内的条约缔结》，第 101-102 页。为了避免这些问题，《反腐败刑法公约》(第 38 条第 2 款)规定保留未经延长，即告失效。

¹⁸⁴ 对问题 1.6 和 1.6.1 的答复。

¹⁸⁵ Polakiewicz，同前，第 102-104 页，举出许多类似示例。偶尔也会有国家在提出保留时表示将尽早撤回保留(见马耳他对《消除对妇女一切形式歧视公约》第 13、第 15 和第 16 条的保留，(《交给秘书长保存的多边条约》(脚注 178)，第 246 页)；又见巴巴多斯对《公民及政治权利国际公约》的保留，同上，第 183 页)。

¹⁸⁶ Flauss，“Note sur le retrait ...”，第 861 页，以及 Horn，同前，第 223 页。

国的例子，¹⁸⁷ 他无疑正确地认为，虽然不可能全面予以评价，但“这些‘被遗忘的’保留的数目……无疑不能视为微不足道”。¹⁸⁸

101. 一般来说，这种情况的起因毫无疑问是主管当局的疏忽或是各有关机构之间缺乏协调，不免造成麻烦。这种情况甚至可能引起法律上真正的混乱局面，尤其是在奉行法律一元论的国家之间；¹⁸⁹ 在这些国家里，法官被认为必须实施经过正当手续批准的条约（虽然不包括保留），而这种条约一般都凌驾于国内法、甚至后来通过的国内法之上；¹⁹⁰ 这样，就会出现一种自相矛盾的情况，就是一个国家根据条约修改了国内法，如果保留未经正式撤回，作准的却是经过批准的条约（除掉保留所针对的条款）。此外，对国际法来说，国内法是奉行一元论或二元论的有关国家所依靠的“简单事实”，¹⁹¹ 在国际一级提出而未经撤回的保留，原则上在国际一级继续发生充分效力，保留国将继续比其他缔约国占有优势，尽管这种态度从真诚原则看来可能是有问题的，¹⁹² 但是这项原则的范围仍然不明确。

102. 在这种情况下，值得考虑宜否在《实践指南》中增列一项准则草案，促请各国撤回已经过时或多余的保留。

103. 特别报告员承认在这方面感到为难。毫无疑问，这样一项规定可能不应列入公约草案，因为它只能具有微小的规范价值。但是，《实践指南》并不具

有条约的野心；它只是“一项提议的业务守则”，¹⁹³ 似乎应当提请使用者注意这些“被遗忘的保留”所造成的麻烦以及撤销这些保留的好处。为此目的，不妨通过下列准则草案：

“2.5.3 定期审查保留的功用

“1. 对条约提出一项或多项保留的国家或国际组织应定期审查各项保留，并考虑撤回已不符合目标的保留。

“2. 在这项审查中，国家和国际组织应特别注意维护多边条约完整性的目标，并在必要时特别反思自问，根据其国内法及自从提出保留以来国内法的演变情况，各项保留是否仍然有用。”

104. 这样一项关于“被遗忘的保留”的规定，除了具有明显的实际好处之外，还有一个优点，就是满足那些负责推动和监督条约、尤其是但不限于人权方面的条约实施情况的机构日益迫切的希望。¹⁹⁴

105. 不用说，这只能作为一项建议（这就是为什么这项条文采用了条件时态），经过这样审查之后，各国仍然有绝对自由决定应当撤回或不撤回保留。

106. 最后一个相当棘手的问题，是负责监督条约实施情况的司法机构或非司法机构对一项保留的合法性提出异议。

107. 本报告不是重新研讨对规范性条约、特别是对人权条约的保留这个争议性问题的地方。¹⁹⁵ 但是似乎很难只字不提地忽略一个问题，就是被宣告不能允许的一项保留，是否仅仅经过这样的宣告就自动“撤回”，还是必须或可以由保留国撤回。

¹⁸⁷ Flauss, “Note sur le retrait …”, 第 861-862 页。

¹⁸⁸ 同上，第 861 页。

¹⁸⁹ 在奉行二元论的国家之中，这个问题不那样尖锐：在这种国家里，国际条约不是作为条约来实施，因此，在一切情况下，国家法官所使用的是最新的国内法规。

¹⁹⁰ 见 1958 年《法国宪法》第 55 条以及非洲法语国家的宪法抄袭或效法这一条款的许多规定。

¹⁹¹ 德国在波兰上西里西亚的某些权益案，案情，1926 年第 7 号判决，《常设国际法院汇编》，A 辑，第 7 号，第 19 页。

¹⁹² 在这方面，见 Flauss, “Note sur le retrait …”, 第 862-863 页。

¹⁹³ 关于这个用语，见关于对条约的保留的第六次报告，《2001 年……年鉴》（上文脚注 50），第 157 页，第 51 段。

¹⁹⁴ 见上文第 81 段和脚注 159。

¹⁹⁵ 见上文第 21 段。

108. 关于对条约的保留的第二次报告¹⁹⁶已经相当明确地载列这个问题的资料。此处只需提出问题的一些基本特点：

(a) 人权机构自认有权利(甚至义务)表示可否允许对它们负责监督实施的条约提出的保留；

(b) 一般来说，人权机构自认有权利根据这种调查结论采取行动，而且不考虑它们认为不可受理的保留。

109. 委员会同意 1997 年通过的“国际法委员会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”¹⁹⁷中的第一点建议，¹⁹⁸但认为：

凡保留不可受理时，保留国有责任采取行动。这类行动包括，例如该国对保留作出修改以消除其不可受理性，或者撤销保留，或者放弃作为条约的缔约方。¹⁹⁹

110. 特别报告员一方面希望这项建议不会导致委员会重复进行它在采取这个立场之前所进行的讨论，一方面认为没有道理不在关于撤回保留的准则草案中体现这项建议。实际上，他认为必须断定：

(a) 调查结论认为保留不可接受，不能解释为废除保留，更不能解释为撤回保留；

(b) 但是，保留国(或国际组织)不能无视这种调查结论，并有责任采取行动；

(c) 它必须消除被认为不可受理的原因；

(d) 方法之一，也是最根本但最满意的方法，显然就是撤销有争议的一项或多项保留。²⁰⁰

¹⁹⁶ 《1996 年……年鉴》(见上文脚注 25)，尤其见第 75-93 页，第 164-252 段。

¹⁹⁷ 《1997 年……年鉴》(见上文脚注 33)，第 57 页，第 157 段；又见上文第 19-20 段。

¹⁹⁸ 同上，《初步结论》第 5 段(委员会仍然只承认这些机构有权“[对保留的可接受性]作出评论和提出建议”)。

¹⁹⁹ 同上，第 10 段。

²⁰⁰ 关于修改保留所引起的问题，见下文(b)节。

111. 至少在贝利洛斯案宣判后，瑞士的态度就是这样。在这项判决中，欧洲人权法院认为应该把这项有争议的声明(实际上可以解释为一项保留)“认定为无效”。²⁰¹ 瑞士不无有些不情愿地撤销了这项声明，至少是其中一部分。²⁰²

112. 但是不妨考虑是否应该有一项准则草案，专门处理对条约的保留被负责检查和监督条约实施的机构宣告为不可受理的情况。总之，凡有保留不可受理的情况，包括保留国或国际组织本身认为不可受理的情况，都需要设法自动地或在其他缔约方表示反对之后予以纠正。

113. 然而，经过思考之后，委员会似乎应当只讨论保留被条约成立或为解决争端而成立的机构宣告为不可受理的情况。仅对不可受理的保留纯属程序性的后果作出决定，而不考虑其影响(或没有影响)这个更普遍的问题，现在的确为时过早。反过来说，似乎应该在《实践指南》中关于撤回保留的一节决定被监督机构认为不可受理的那种保留应如何处理的问题，一方面确定保留只是被监督机构宣告为不可受理，并不能视为撤回保留，另一方面确定由保留国或国际组织撤回保留是解决这个问题的一种可行方法——也许是最令人满意的方法。

114. 因此，准则草案 2.5.4 全文如下：

“2.5.4 条约执行情况监测机构认为不能允许的保留的撤回

“1. 如果条约执行情况监测机构认为条约的某一保留不能允许，这并不意味着条约的撤回。

²⁰¹ 欧洲人权法院，《A 辑：判决和裁决》，第 132 卷(欧洲委员会，法院书记官处，斯特拉斯堡，1988 年)，1988 年 4 月 29 日判决，第 28 页，第 60 段。

²⁰² 见下文(b)节。关于这一点，见 Flauss, “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 § 1”, 第 298 页。

“2. 得出这样的结论后，提出保留的国家或国际组织必须采取相应行动。该国或国际组织可撤回其保留，从而履行其在这方面的义务。”²⁰³

(b) 1969 年和 1986 年《维也纳公约》
的漏洞：撤回保留的程序

(一) 1969 年和 1986 年《维也纳公约》没有提及撤回保留的程序

115. 1969 年和 1986 年《维也纳公约》对提出保留的程序叙述不多，²⁰⁴ 而对于撤回保留的程序则只字不提。例如，1956 年，杰拉尔德·菲茨莫里斯爵士提议了一项条款，其中规定撤回保留需“正式通知”，²⁰⁵ 但没有具体说明谁应该通知谁，或如何发出通知。后来，汉弗莱·沃尔多克爵士于 1962 年在其第一次报告中更详细地叙述了条款草案第 17 条第 6 款，并建议通过以下案文：

撤回保留应书面通知条约文书保存人，如果没有保存人，则应通知条约的每一缔约国或有资格成为缔约国的国家。²⁰⁶

这位知名法学家没有对其草案的这一部分作任何评注。²⁰⁷

116. 虽然该提案没有在全体会议讨论，但起草委员会删除了该提案，²⁰⁸ 国际法委员会也没有予以恢复。在简短讨论起草委员会的草案过程中，汉弗莱·沃尔多克爵士指出，“撤回保留的通知通常通过保存人发出”。²⁰⁹ 这个办法得到以色列的赞同。以色列是对一

读通过的关于该主题的草案发表评论的唯一国家。²¹⁰ 特别报告员提议修正该草案，规定撤回“需在其它有关国家收到保存人转递的撤回通知后*才有效”。²¹¹

117. 在委员会讨论过程中，汉弗莱·沃尔多克爵士解释说，一读时没有提及保存人完全是因为“粗心大意”。²¹² 他纠正这一遗漏的建议原则上没有引起争论。但罗森先生认为，事情“并非像看起来那样明确”，²¹³ 并建议通过一项关于保存人发出的所有通知的案文。²¹⁴ 但起草委员会没有立即采纳这项建议，这或许可以解释为什么它的案文又没有提及保存人。²¹⁵ 委员会的最后草案²¹⁶ 和 1986 年的《维也纳公约》本身的案文²¹⁷ 也都没有提及保存人。

118. 1969 年和 1986 年《维也纳公约》没有提及撤回保留的程序，《实践指南》应纠正这一点。而要做到这一点，委员会不妨考虑变换提出保留的规则，但这将需要进一步审议。

119. 一方面，很不明朗的是，国际法是否已经接受形式平行规则。委员会在 1966 年关于条约法涉及各方同意终止或退出条约的条款草案第 51 条评注中认为，“这一理论反映了特定国家的宪法惯例，但不是国际法规则。委员会认为，国际法不接受‘反向行

²¹⁰ 《1965 年……年鉴》[英] (见上文脚注 126)，第 55 页。

²¹¹ 同上，第 56 页。又见上文第 72 段。

²¹² 《1965 年……年鉴》[英] (见上文脚注 129)，第 800 次会议，第 174 页，第 45 段。

²¹³ 同上，第 176 页，第 65 段。

²¹⁴ 同上，第 803 次会议，第 197-199 页，第 30-56 段；提案案文见《1965 年……年鉴》[英]，第二卷，A/CN.4/L.108 号文件，第 73 页。

²¹⁵ 同上，第一卷，第 814 次会议，第 272 页，第 22 段；又见罗森先生和汉弗莱·沃尔多克爵士的评论，同上，第 273 页，第 26-28 段。

²¹⁶ 第 20 条第 2 款；该条款案文，见上文第 74 段。

²¹⁷ 见 1986 年《维也纳公约》关于撤回保留的规定(第 22 和第 23 条)案文。

²⁰³ 特别报告员认为，他关于对条约的保留的第二次报告说明了这项准则草案的详细理由，《1996 年……年鉴》(上文脚注 25)，尤其见第 82-85 页，第 194-210 段和第 87-93 页，第 216-252 段。

²⁰⁴ 见下文第 120 段。

²⁰⁵ 见上文第 68 段。

²⁰⁶ 《1962 年……年鉴》[英] (见上文脚注 119)，第 61 页；又见上文第 69 段。

²⁰⁷ 同上，第 66 页。

²⁰⁸ 见上文第 70 段。

²⁰⁹ 《1962 年……年鉴》[英] (见上文脚注 121)，第 664 次会议，第 234 页，第 71 段。

为’的理论”。²¹⁸ 正如罗伊特所说的，“委员会指出，一般情况下可以采取任何形式。一条约可以由较低级机关的另一项书面条约修改，或由一个形式不那么庄严的协议修改。委员会认为，书面条约甚至可以通过口头或默许的方法，由另一项条约进行修改”。²¹⁹ 这一有细微差别的立场可以且应该适用于保留问题：尤其鉴于撤回保留通常值得欢迎，撤回保留的程序不一定必须与提出保留的程序相同。但撤回时应让所有缔约方清楚了解采取步骤放弃保留的国家或国际组织的意愿。因此，一个想法是撤回保留的程序应仿效提出保留的程序，在此基础上行事似乎是合理的，但可能需要酌情做出一些修改和细微调整。

120. 另一方面，应该指出，1969年和1986年《维也纳公约》除了第23条第1款之外，很少提及保留的程序，该款仅仅规定保留必须“通知各缔约国[和缔约组织]及有权成为该条约当事方的其他国家[和国际组织]”。²²⁰

121. 由于没有与撤回保留的程序直接有关的条约规定，并鉴于提出保留的规定也不完善，委员会应审议关于对条约的保留的第六次报告中所载关于这些专题的准则草案，根据目前的实践和(罕见的)理论讨论予以审查，并考虑能否经修改后将这些准则转用于保留的撤回，这样做是否适当。对于下列问题将采用这一办法：

(a) 撤回保留的权限；

²¹⁸ 《1966年……年鉴》[英] (上文脚注 126)，第 249 页，条款草案第 51 条评注第(3)段；又见关于第 35 条的评注，同上，第 232-233 页。

²¹⁹ 罗伊特，《条约法导言》，第 137 页，第 211 段；又见 Sinclair，《维也纳条约法公约》，第 183 页。关于废止条约的灵活的立场，见国际法院 2000 年 6 月 21 日的判决(1999 年 8 月 10 日空中事件案(巴基斯坦诉印度)，管辖权，《2000 年国际法院汇编》，第 25 页，第 28 段)。

²²⁰ 特别报告员提议准则草案 2.1.5 第一款应采用这一案文，第二款应具体说明保留是针对某一国际组织的组织约章时应遵循的程序；见关于对条约的保留的第六次报告，《2001 年……年鉴》(上文脚注 50)，第 166-167 页，第 113 段和第 170 页，第 133 段。

(b) 撤回的告知。²²¹

(二) 撤回保留的权限

122. 特别报告员为准则草案 2.1.3(在国际一级提出保留的权限)提议两种备选案文。这些准则草案均以 1969 年和 1986 年《维也纳公约》第 7 条(全权证书)为基础。这些草案已经送交起草委员会，但起草委员会尚未予以审议。²²² 这项案文如下：²²³

“[2.1.3 在国际一级提出保留的权限

“在符合作为条约保存人的国际组织惯例的情况下，有权代表一国或一国际组织通过或确认条约案文或表示一国或一国际组织同意接受条约拘束的任何人士，均有权以该国或该国际组织的名义提出保留。]

“[2.1.3 在国际一级提出保留的权限

“1. 在符合作为条约保存人的国际组织惯例的情况下，以下人士有权代表一国或一国际组织提出保留，如果：

“(a) 该人士出示适当全权证书，表明有权通过或确认涉及提出保留的条约案文，或有权表示该国或该组织同意接受该条约拘束；或

“(b) 从惯例或其他情况看，有关国家和国际组织的意图是认为该人士拥有为此类目的的权限，无须出示全权证书。

²²¹ 关于提出保留的这些问题一方面与准则草案 2.1.3、2.1.3 之二和 2.1.4 所涉问题相对应，另一方面也与特别报告员在关于对条约的保留的第六次报告中提议的准则草案 2.1.5 至 2.1.7 所涉问题相对应(《2001 年……年鉴》(上文脚注 50))。似乎不必考虑采用准则草案 2.1.7 之二(“显然不能允许的保留的情况”)的可能性(见上文第 46 段)。关于与撤回保留有关的告知的有效日期问题(见准则草案 2.1.8(与保留有关的告知的有效日期))，这将在下文关于撤回的后果总体范围内审议。

²²² 见上文第 38 段。

²²³ 准则草案的两种备选案文，见关于对条约的保留的第六次报告，《2001 年……年鉴》(上文脚注 50)，第 157-160 页，第 53-71 段。

“2. 以下人士因其职务无须出示全权证书，有权代表一国在国际一级提出保留：

“(a) 国家元首、政府首脑和外交部长；

“(b) 为针对国际会议通过的条约提出保留而委派出席该国际会议的代表；

“(c) 为针对一国际组织或该组织的一个机关通过的条约提出保留而派到该国际组织或其机关的代表；

“[(d) 为针对委派国与一国际组织间的某项条约提出保留而常驻该组织的代表团团长。]”

123. 无论采用哪一种案文，²²⁴ 似乎都没有理由不将这些规则也适用于条约的撤回。这些规则适用于提出保留的理由²²⁵ 同样也适用于撤回保留：保留改变了保留国和其他缔约方的义务，因此提出保留的个人或机关应与有权表明该国或该国际组织在国际一级受条约约束的个人或机关相同。这对保留的撤回应该更为适用，因为撤回保留使保留国的承诺变得更有保障。

124. 一个会员国的常驻代表团曾询问对《妇女政治权利公约》和《关于婚姻的同意、结婚最低年龄和婚姻登记的公约》的某些保留“撤回通知形式”；联合国秘书处于1974年7月11日给该常驻代表团法律顾问的一封信中坚定采取了上述立场。²²⁶ 这封信的起草人指出，1969年《维也纳公约》没有提及这个问题，并回顾了第二条第一项(丙)款关于“全权证书”的定义。²²⁷ 随后他指出：

显然，撤回保留是一个重要的条约行为，为此无疑应考虑出示全权证书。将提出保留的通知规则适用于撤回保留的通知似乎是完全合理的，因为撤回保留对有关条约适用的变动与原来提出保留所涉变动一样。

²²⁴ 同上，第159页，第68段(关于每一案文的利弊)。

²²⁵ 同上，第157页，第56段。

²²⁶ 1974年《联合国法律年鉴》(联合国出版物，出售品编号：E.76.V.1)，第190页。

²²⁷ 《维也纳公约》的定义是：称“全权证书”者，谓“一国主管当局所颁发，指派一人或数人代表该国谈判、议定或认证条约约文……之文件”。

最后他指出：

因此，我们认为保留的撤回原则上应由国家元首、政府首脑、外交部长或他们中一人授权的一名官员通知秘书长。虽然如此高级别的程序可能有些烦琐，但这些不便必不可少，这能为有关各方提供基本保障，确保通知有效。²²⁸

125. 虽然这项结论语气坚定，但在秘书处法律咨询意见案文中以楷体出现的“原则上”一词证明这里还有某些不确定之处。其原因正如该信的作者所承认的那样，

在若干情况下，为了使各项条约得到更广泛的适用，秘书长保存文书的做法往往是收存常驻联合国代表以普通照会或信的形式作出的保留撤回。据认为，正式委派到联合国、按其政府指示行事的常驻代表因其职能而无须出示全权证书，他们已经有此授权。²²⁹

126. 这里提出了一个问题，特别报告员谈到提出保留问题时，已经提及这个问题：²³⁰ 有无理由认为一国驻保存条约的国际组织的代表(或一国驻保存国大使)有权发出关于保留的通知？而涉及撤回保留时，这个问题更加尖锐，因为大家可能会希望便利这样的步骤，使条约得到更加全面的适用，从而帮助维持或重新确立其完整性。

127. 特别报告员认为这一逐步的发展“有限但值得欢迎”，²³¹ 但他经过仔细考虑，还是没有提议予以

²²⁸ 1974年《联合国法律年鉴》(见上文脚注226)，第191页。1976年7月1日，秘书处的一份备忘录确认了下列结论：“保留必须书面提出(《[维也纳]公约》第二十三条第一项)，保留和撤回*保留必须由有权表示某一国家在国际上接受条约约束的三个权威人士(国家元首、政府首脑或外交部长)之一提出(《公约》第七条)”(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211页)。

²²⁹ 1974年《联合国法律年鉴》(见上文脚注226)，第190-191页。1976年7月1日的备忘录对此做了认可：“关于这一点，秘书长在一些情况下的做法是接受仅由有关国家驻联合国代表通知的保留撤回”(1976年《联合国法律年鉴》(见上文脚注228)，脚注121)。

²³⁰ 关于对条约的保留的第六次报告，《2001年……年鉴》(见上文脚注50)，第159页，第63-64段。

²³¹ 同上，第159页，第66段。

采用，因为他力求尽可能少地偏离 1969 年和 1986 年《维也纳公约》第 7 条的规定。他也没有列入一项关于撤回的规定。一方面，如果没有强有力的理由，不应偏离反向行为原则，²³² 但一项谅解是非形式主义的概念²³³ 是可取的。在这种情况下，这就意味着有权代表国家提出保留的任何当局也可以撤回保留，撤回保留不一定由与提出保留相同的机关提出。另一方面，虽然大家可能希望便利撤回保留，但撤回保留比提出保留更类似于表示同意受条约约束。这就是不偏离两项《维也纳公约》第 7 条所载规则的另一论点。

128. 此外，自此以来，联合国秘书长似乎采取了更加严格的立场，不再接受由常驻联合国代表发出的保留或撤回保留的通知。²³⁴ 法律事务厅条约科在《秘书长作为多边条约保存人的惯例汇总》的最新版本中指出：“撤回保留必须以书面提出，由三个公认权威人士之一签字，因为撤回保留通常会从实质上改变条约适用范围”。²³⁵ 这里没有提及任何可能的例外。

129. 但联合国秘书长并不是多边条约的唯一保存人，其他保存人在这方面的惯例也应得到考虑。不幸的是，各国对关于保留的问题单的答复没有提供这方面任何实际有用的资料。另一方面，欧洲委员会的出版物表明，欧洲委员会接受由常驻委员会代表通过信函提出²³⁶ 和撤回²³⁷ 保留。

130. 这种做法是完全可以接受的，似乎不会产生任何特别问题。如果在《实践指南》中列入过份僵化的规则，从而对这种做法提出置疑，那就很令人遗憾。

²³² 见上文第 119 段。

²³³ 同上，罗伊特的用语。

²³⁴ 但 Flauss(“Note sur le retrait ...”, 第 860 页)提及的一个示例如下：1984 年 3 月 22 日，法国常驻联合国代表团撤回了法国(对《消除对妇女一切形式歧视公约》第 7 条)的保留。

²³⁵ 见上文脚注 164。

²³⁶ 见关于对条约的保留的第六次报告，《2001 年……年鉴》(上文脚注 50)，第 159 页，第 64 段。

²³⁷ 见欧洲法律合作委员会，《欧洲法律合作委员会公约及对公约的保留》，由法律事务管理局起草的秘书处备忘录(CDCJ(99)36，1999 年 3 月 30 日)。

但如果将准则 2.1.3 转用于保留的撤回，那就不会产生这样的问题，因为所提议的两项案文²³⁸ 都注意保持“作为条约保存人的国际组织的惯例”。

131. 有权在国际上撤回保留的当局不一定与在内部有权就此问题作出决定的当局相同。这里的问题与提出保留的问题一样。特别报告员提议的准则草案 2.1.3 之二和 2.1.4 就是针对这个问题：

“2.1.3 之二 在内部提出保留的权限²³⁹”

“确定内部提出保留的主管机构和应遵循的程序是每个国家或国际组织内部法律规定的事项。

“2.1.4 违反与提出保留有关的内部规则在国际一级不产生影响²⁴⁰”

“一国或一国际组织不得以保留的提出违反了该国内部法律或该组织内部规则关于提出保留的权限和程序的事实，而宣布保留无效。”

132. 各国和国际组织对关于保留的问题单的答复并没有提供说明内部决定撤回保留的权限的任何可用的资料。然而，从法律理论中可以找到一些关于这个问题的说明。

133. 意大利于 1989 年撤回了²⁴¹ 1954 年对《关于难民地位的公约》提出的“地理限制”保留。²⁴² 在这一过程中产生了一些问题。这项保留是限制《公约》对“欧洲发生事件”后成为难民的人适用。虽然这项保留是由行政当局提出的，而且议会没有要求行政当局这样做，但撤回保留是根据 1989 年一项法令决定的。这项法令于 1990 年成为法律。根据法理，这样

²³⁸ 见上文第 122 段。

²³⁹ 有关这项准则草案的介绍，见关于对条约的保留的第六次报告，《2001 年……年鉴》(上文脚注 50)，第 160-161 页，第 72-77 段。

²⁴⁰ 同上，第 161 页，第 78-82 段。

²⁴¹ 加亚，“Modalità singolari per la revoca di una riserva”，第 905 页。

²⁴² 详细陈述见同上，第 905-907 页。

做并无必要：²⁴³ 按照形式平行原则，应立法机关的要求提出的保留在撤回时需立法机关协商决定，行政当局单独决定的保留在撤回时则无需这样做。

134. 在法国，“废止条约的权力只能由政府行使，^[244] 同样，撤回保留也是行政当局的权限。无论公约是否提交国会批准或核可，在这一点上均不作任何区分”。²⁴⁵

135. 如果进行更加深入的研究，很可能就会发现，关于撤回保留的内部权限问题，处理方法与提出保留一样，也是多种多样。²⁴⁶ 如果起草委员会要保留准则草案 2.1.3 之二，似乎没有理由不将该草案的措辞转用于保留的撤回。²⁴⁷

136. 准则草案 2.1.4²⁴⁸ 也是一样，但无论准则 2.1.3 之二结果如何，准则 2.1.4 都必须保留，因为在《实践指南》中似乎必须说明一国能否以及在何种程度上能以其国内法没有得到遵守为由称保留无效。即使特别报告员不能举出明确的示例，但这种假设的情况在实际上是完全可能发生的。

137. 人们无疑要考虑在保留方面有无理由套用 1969 年和 1986 年《维也纳公约》第 46 条关于“有缺陷的批准”的规则，对保留的撤回更是如此，因为批准或加入的过程已经完成。尽管如此，特别报告员在其关于对条约的保留的第六次报告中指出，²⁴⁹ 他认为第 46 条提出的原则不能转用于提出保留方面，因为有关

的规则在宪法或法律的正式案文中很少阐明。有关保留的撤回更是如此，有众多的例子表明，法律理论家们在可能出现这种问题的情况下应遵循何种程序并不清楚：²⁵⁰ 如果处理这些问题的本国专家彼此有分歧，或批评其政府的做法，那就更不能要求其他国家或国际组织去探讨国内法的奥秘和微妙之处。

138. 既然准则草案 2.1.3、2.1.3 之二和 2.1.4 修改后的版本似乎可转用于保留的撤回，问题是要知道应以何种形式将这些准则转用于《实践指南》第 2 章关于保留和解释性声明的撤回和修改的第 5 节。特别报告员认为可考虑采取两项办法：

(a) 全面照搬案文，以“撤回”取代“提出”（另需作一些调整）；

(b) 或准则可作为一种综合概述，确立形式平行原则。

139. 如果委员会选择第一项办法，相应的准则草案似可如下：

“[2.5.5 在国际一级撤回保留的权限²⁵¹

“在符合作为条约保存人的国际组织惯例的情况下，有权代表一国或一国际组织通过或确认条约案文或表示一国或一国际组织同意接受条约拘束的任何人士，均有权以该国或该国际组织的名义撤回保留。]”

“[2.5.5 在国际一级撤回保留的权限²⁵²

“1. 在符合作为条约保存人的国际组织惯例的情况下，以下人士有权代表一国或一国际组织撤回保留：

“(a) 该人士出示撤回保留的适当全权证书；或

“(b) 从惯例或其他情况看，有关国家和国际组

²⁵⁰ 关于意大利，见上文脚注 241 至 243 提及的文章和引用的法理示例。

²⁵¹ 这项准则基本上仿照准则草案 2.1.3 的短版本。

²⁵² 这项准则基本上仿照准则草案 2.1.3 的长版本。

²⁴³ 同上，和 Migliorino，同前，第 332-333 页。

²⁴⁴ 见关于对条约的保留的第六次报告，《2001 年……年鉴》（上文脚注 50），第 160 页，第 75 段。

²⁴⁵ Flauss，“Note sur le retrait …”，第 863 页。

²⁴⁶ 见关于对条约的保留的第六次报告，《2001 年……年鉴》（上文脚注 50），第 160 页，第 73 段。

²⁴⁷ 关于特别报告员在这方面的犹豫不决，见同上，第 149 页，第 77 段。

²⁴⁸ 见上文第 131 段。

²⁴⁹ 《2001 年……年鉴》（上文脚注 50），第 161 页，第 80-81 段。

织的意图是认为该人士拥有为此类目的的权限，无须出示全权证书。

“2. 以下人士因其职务无须出示全权证书，有权代表一国在国际一级撤回保留：

“(a) 国家元首、政府首脑和外交部长；

“(b) 为针对撤回对一国际组织或该组织的一个机关通过的条约的保留而派到该国际组织或机关的代表；

“[(c) 为针对撤回对委派国与一国际组织间的某项条约的保留而常驻该组织的代表团团长。]”

“2.5.5 之二 在内部撤回保留的权限

“确定内部撤回保留的主管机构和应遵循的程序是每个国家或国际组织内部法律规定的事项。

“2.5.5 之三 违反与撤回保留有关的内部规则在国际一级不产生影响

“一国或一国际组织不得以保留的撤回违反该国内部法律或该组织内部规则关于撤回保留的权限和程序的事实，而宣布撤回无效。”

140. 除了“撤回”取代“提出”以外，移植的案文也并非全部照搬，至少对准则草案 2.1.3 的长版本来说是如此(特别报告员倾向于采用长版本，委员会多数委员似乎也有此倾向)：

(a) 撤回保留的程序，顾名思义，与通过和确认条约案文或表示同意接受约束的程序不同，且撤回程序可能会在多年之后发生，宣布撤回的人士需要出示特定全权证书(第 1 款(a)项)；

(b) 由于同样的原因，准则草案 2.1.3 第 2 款(b)项也不能转用于保留的撤回：一国或一国际组织宣布撤回保留时，通过案文的国际会议显然不再开会。

141. 另一办法是仿照与提出保留的权限有关的相应准则草案。但由于上文解释的原因，这种仿照也不可

能全盘照搬，有必要进行修改。在这种情况下，准则草案 2.5.5 可草拟如下：

“[2.5.5 撤回保留的权限

“撤回保留的主管机构和应遵循的程序的确定比照适用准则 2.1.3、2.1.3 之二和 2.1.4 所述适用于提出保留的规则，但在细节上可做必要的修改。]”

142. 无疑，上述案文的好处是简明扼要。但特别报告员认为，此案文并没有比第一个案文更可取：《实践指南》不是条约，而是关于保留的“建议采用的实践守则”，最好是让使用者能从中直接找到所阐述的做法，而无需参考其他条款或评注。此外，采用“比照适用”一词不可或缺，因为案文并不能直接照搬，至少在考虑使用准则 2.1.3 草案的长版本时是如此。²⁵³ 但“比照适用”一词的使用显然会引起困惑。因此，准则草案 2.5.5、2.5.5 之二和 2.5.5 之三的长版本(此处应重新编号)虽似有重复，显得有些繁锁，但似乎更为恰当。

(三) 撤回保留的告知

143. 1969 年和 1986 年《维也纳公约》对撤回保留的告知程序只字未提。这一点在上文已作解释。²⁵⁴ 两项《公约》第 22 条第 3 款(a)项无疑暗示保留的撤回应通知各缔约国和缔约国际组织，但完全不提由谁通知以及应遵循何种程序。因此，此处也应采用处理撤回保留的权限的办法，考虑能否和适当使用特别报告员提议用于保留的告知的准则草案修改版本。

144. 有关条款草案的编号是 2.1.5 至 2.1.7，其案文如下：

2.1.5 保留的告知²⁵⁵

1. 保留必须书面告知缔约国、缔约组织以及有权成为条约缔约方的其他国家和国际组织。

²⁵³ 见上文第 140 段。

²⁵⁴ 第 115-121 段。

²⁵⁵ 有关这项准则草案的介绍，见关于对条约的保留的第六次报告，《2001 年……年鉴》(上文脚注 50)，第 163-169 页，第 99-129 段。

2. 如果一现行条约是一国际组织的组成文书，或是据以设立一有权接受保留的审议机关的条约，则对此条约的保留也必须告知该组织或机关。

2.1.6 告知保留的程序²⁵⁶

1. 除非条约另有规定或缔约国和缔约组织另有协议外，对条约的保留的有关告知：

(a) 在没有保存人的情况下，应由提出保留者直接送交缔约国和缔约组织以及有权成为条约缔约方的其他国家和国际组织；或者

(b) 在有保存人的情况下，则应送交保存人，由他应尽早通知保留所要送交的国家或组织。

2. 如果对条约的保留是以电子邮件告知，则必须以普通邮件[或传真]加以确认。

2.1.7 保存人的职能²⁵⁷

1. 保存人应审查由一国或一国际组织提出的对某一条约的保留是否具有应有的适当形式。

2. 如果一国或一国际组织与保存人对保存人履行职能有分歧，保存人就应将此问题：

(a) 提请各签署国和签署组织以及缔约国和缔约组织注意；或者

(b) 酌情提请有关国际组织的主管机关注意。

145. 首先应注意到，即使 1969 年和 1986 年《维也纳公约》没有规定撤回保留应遵循的程序，1969 年《公约》的准备工作已表明，条约法草案起草人对下述情况毫不怀疑：

(a) 如果有保存人，保存人就应通报保留的撤回；

(b) 通知对象应是“每个缔约国或有权成为缔约国的国家”和“有关国家”。²⁵⁸

²⁵⁶ 有关这项准则草案的介绍，见同上，第 170-173 页，第 135-154 段。

²⁵⁷ 有关这项准则草案的介绍，见同上，第 174-177 页，第 156-170 段。

²⁵⁸ 见上文第 115 和第 116 段。

146. 但由于罗森先生积极倡导(至少部分如此)，大家决定将 1969 年《公约》第七十六至第七十八条²⁵⁹所述关于保存人和通知的所有规则归列在一起，这些提议才没有被采纳。²⁶⁰ 但这些提议与上文所载的准则草案 2.1.5 和 2.1.6 完全相符。²⁶¹

147. 这种做法得到有关这项专题的法律理论的支持，²⁶² 尽管为数不多，而且也符合目前的做法。例如

(a) 联合国秘书长²⁶³ 和欧洲委员会秘书长²⁶⁴ 在保留问题上遵循的程序，与适用于保留告知的程序都相同：各国或国际组织如撤回对由他们保存的条约的保留，需就此通知他们，由他们告知所有缔约方以及有权成为缔约方的国家和国际组织；

(b) 此外，公约明确论述撤回保留应遵循的程序的条款往往参照提出保留所使用的模式，并遵循准则草案 2.1.5 和 2.1.6 所述的规则，因为这些规则具体规定撤回保留应通知保存人，²⁶⁵ 或甚至规定保

²⁵⁹ 以及 1986 年《维也纳公约》第 77-79 条。

²⁶⁰ 见上文第 117 段；又见关于对条约的保留的第六次报告，《2001 年……年鉴》(上文脚注 50)，第 170 页，第 136 段。

²⁶¹ 第 144 段。

²⁶² 见 Migliorino，同前，第 323 页和 Maresca，*Il diritto dei trattati: la Convenzione codificatrice di Vienna del 23 Maggio 1969*，第 302 页。

²⁶³ 见联合国，《交给秘书长保存的多边条约》(上文脚注 178)，第一和第二卷，各处(示例很多，其中有：撤回对《维也纳外交关系公约》的保留，第一卷，第 111 页，中国，注 15，埃及，注 17 和蒙古，注 19；以及对《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》的保留，同上，第 427 页，哥伦比亚，注 10，牙买加，注 11 和菲律宾，注 13)。

²⁶⁴ 见欧洲法律合作委员会，《欧洲法律合作委员会公约及对公约的保留》，(上文脚注 237)(见德国和意大利撤回对《减少多重国籍和在多重国籍情况下的兵役义务的公约》的保留，第 11-12 页)。

²⁶⁵ 例如见《国际货物公路运输合同公约》，第 48 条第 2 款；经《修正国际货物销售时效期限公约的议定书》修正的《国际货物销售时效期限公约》第 40 条第 2 款；《根据欧洲联盟条约 K.3 (2) (c) 条制定欧洲共同体公务员或欧洲联盟成员国官员反腐公约》，第 15 条，第 2 款；以及《网络犯罪公约》，第 43 条，第 1 款。

存人应将保留的撤回告知各缔约方，²⁶⁶ 或更为广泛地告知有权成为缔约方的“所有国家”，或告知“所有国家”，而不加其他具体说明。²⁶⁷

148. 准则草案 2.1.6 和 2.1.7 在提出保留方面要保存人发挥的作用十分有限，²⁶⁸ 没有理由要求保存人发挥不同的作用。准则草案 2.1.6 和 2.1.7 结合了 1986 年《维也纳公约》第 77 条第 1 款和第 78 条第 1 款(d)项及第 2 款，²⁶⁹ 且与相关维也纳规则所依据的原则相符：²⁷⁰

(a) 根据第 78 条第 1 款(e)项，保存人负责“将有关该条约的行为、通知和告知报告各当事方及有权成为该条约当事方的各国和国际组织”；这一规定涵盖了保留和撤回保留的通知，准则草案 2.1.6 第 1 款(b)项是该规定修改后的版本：

(b) 准则草案 2.1.7 第 1 款是以第 78 条第 1 款(d)项的规定为依据的，要求保存人审查“……有关该条约的……通知或告知是否妥善，如有必要将此事提请有关国家或国际组织注意”；这项规定对提出保留和撤回保留都同样适用(这可能导致例如与告知者有关的问题)；²⁷¹

(c) 同一准则草案第 2 款采纳了 1969 年和 1986 年《维也纳公约》认可的关于在发生分歧时“信箱/保存人”的作用的理论推论。该草案逐字摘录了 1986 年《公约》第 78 条第 2 款的案文，而且此处似乎也不必将提出保留和撤回保留加以区分。

²⁶⁶ 例如见《欧洲路面标示协定》，第 15 条，第 2 款和第 17(f)条；以及《保护表演者、唱片制作者和广播组织国际公约》，第 18 条和第 34(c)条。

²⁶⁷ 例如见《精神药物公约》，第 32 条，第 5 款和第 33(d)条；《集装箱关务公约》，第 26 条，第 3 款和第 27 条；《协调统一货物边境管制国际公约》，第 21 条，第 2 款和第 25(e)条；以及《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》(通知“海牙国际私法会议成员国”)，第 60 条，第 2 款和第 63(f)条。

²⁶⁸ 见上文第 144 段的案文。

²⁶⁹ 与 1969 年《维也纳公约》第七十七至第七十八条对应。

²⁷⁰ 见关于对条约的保留的第六次报告，《2001 年……年鉴》(上文脚注 50)，第 170-173 页，第 135-154 段和第 174-177 页，第 156-170 段。

²⁷¹ 见上文第 124-125 段。

149. 因此，这里的问题与撤回保留的权限所涉问题一样：²⁷² 既然准则草案 2.1.5 至 2.1.7 提出的规则的所有要点都可转用于保留的撤回，应仅说明参照这些准则还是加以全盘照搬？关于撤回保留的权限，特别报告员表示，他倾向于更全面的版本，即准则草案 2.1.3、2.1.3 之二和 2.1.4 的修改版本。²⁷³ 但采取这一立场主要是考虑到适用于提出保留权限的规则不可能原封不动地转用于撤回保留。对于撤回保留的告知或保存人在这方面的作用而言，情况并非如此：准则草案 2.1.5、2.1.6 和 2.1.7 的案文完全合适，只需将“提出”两字改成“撤回”即可。

150. 参照先前的准则遇到的阻力似乎较少。有鉴于此，下列准则草案也许可以采用：

“[2.5.6 撤回保留的告知

“撤回保留的告知程序遵循准则 2.1.5、2.1.6 和 2.1.7 所载适用于保留告知的规则。]”

151. 但委员会如果倾向于避免指明参照这些准则草案，可以将案文修改如下：

“[2.5.6 撤回保留的告知

“1. 撤回保留必须[书面²⁷⁴]告知缔约国和缔约组织以及有权成为条约缔约方的其他国家和国际组织。

“2. 撤回对一项作为一国际组织组成文书或设立有权接受保留的审议机关的现行条约的保留也必须告知该组织或机关。

“2.5.6 之二 撤回保留的告知程序

“1. 除条约中另有规定或缔约国和缔约组织另有协议外，撤回对条约的保留的有关告知应送交：

²⁷² 见上文第 138 段。

²⁷³ 见上文第 142 段。

²⁷⁴ 如果按此行事，“书面”两字也许应从准则草案 2.5.6 中删除，这是准则草案 2.5.2 中的要求(上文第 90 段)，而准则草案 2.5.2 采用了 1969 年和 1986 年《维也纳公约》第 23 条第 4 款的案文，因此放在准则草案 2.5.6 中并不恰当。

“(a) 如果没有保存人，应由撤回者直接送交缔约国和缔约组织以及有权成为条约缔约方的其他国家和国际组织；或

“(b) 如果有保存人，则应送交保存人，保存人应尽早通知撤回保留所要送交的国家或组织。

“2. 如果撤回对条约的保留是以电子邮件告知，则必须以普通邮件[或传真]加以确认。

“2.5.6 之三 保存人的职能

“1. 保存人应审查由一国或一国际组织撤回对某一条约的保留是否具有应有的适当形式。

“2. 如果一国或一国际组织与保存人对保存人履行职能有分歧，保存人就应将此问题：

“(a) 提请各签署国和签署组织以及缔约国和缔约组织注意；或

“(b) 适当时提请有关国际组织的主管机关注意。]”

2. 撤回保留的后果

152. 从理论上说，在《实践指南》专门讨论保留方面的程序的一章中列入关于撤回保留的后果的准则草案并非很符合逻辑，尤其是因为撤回的后果难以与保留本身的后果分开：他们相互抵消。经过一番犹豫之后，特别报告员最后还是决定这样做，原因有二：

(a) 第一个原因是，1969年和1986年《维也纳公约》第22条将关于撤回方式和程序的规则²⁷⁵与撤回后果问题密切联系起来；

(b) 第二个原因是，可以将撤回的后果仅仅视为一种形式问题，从而无需探讨远要复杂得多的保留本身的后果；无论怎样，在目前阶段这是理解这些后果的唯一合理方式。

153. 1969年和1986年《维也纳公约》第22条第3款(a)项仅在撤回“开始发生效力”的日期这个特定问题上涉及撤回保留的后果。然而，委员会在1969年进行《公约》的筹备工作时偶尔会考虑到如何发生效力这个更为实质性的问题。

(a) 撤回保留的生效日期

154. 1986年《维也纳公约》第22条第3款规定：

除条约另有规定外或另经协议外：

(a) 在对一缔约国或一缔约组织的关系上，撤回保留自该国或该组织收到通知时起才开始发生效力。

155. 这项条款沿用1969年的条文，唯一增添的是提及国际组织。在1986年《维也纳公约》的筹备工作中没有对这项规定进行任何特别讨论，²⁷⁶联合国条约法会议时也没有对这项规定进行任何特别讨论，因为该会议讨论范围限于澄清²⁷⁷委员会二读通过的案文。²⁷⁸然而，在1962年和1965年，这项规定的通过引起了委员会内部的某些争论。

²⁷⁶ 见罗伊特先生关于国家和国际组织间或两个或两个以上国际组织相互间缔结的条约法问题第四次报告(《1975年……年鉴》[英](上文脚注143),第38页);第五次报告(《1976年……年鉴》[英](上文脚注144),第146页);关于委员会第二十九届会议的讨论(缺乏讨论)情况,见《1977年……年鉴》[英],第一卷,第1434次会议,第100-101页,第30-35段和第1435次会议,第103页,第1-2段;以及第1451次会议,第194-195页,第12-16段和委员会同年提交大会的报告,同上,第二卷(第二部分),第114-116页;关于二读,见罗伊特先生的第十次报告,《1981年……年鉴》[英],第二卷(第一部分),第63页,第84段;委员会第三十届会议讨论(缺乏讨论)情况,同上,第一卷,第1652和第1692次会议,第54页,第27-28段和第265页,第38段;最后案文,同上,第二卷(第二部分),第140页和《1982年……年鉴》[英],第二卷(第二部分),第36-37页。

²⁷⁷ 见《联合国条约法会议正式记录》,(上文脚注136),第142页,第211段(起草委员会的案文)。

²⁷⁸ 从复数(“自其他缔约国收到通知时”)《1966年……年鉴》[英](上文脚注126),第209页)改为单数,这项改变的好处是表明对每一缔约方适用的生效日期(见起草委员会主席亚辛先生的解释,《联合国条约法会议正式记录》(上文脚注137),第36页,第11段);又见下文第172段。关于委员会最后通过的草案第22条,见《1965年……年鉴》[英],第一卷,第816次会议,第285页和《1966年……年鉴》[英],第一卷(第二部分),第892次会议,第327页。

²⁷⁵ 诚然,只有第3款(a)项提到撤回“通知”。

156. 虽然杰拉尔德·菲茨莫里斯爵士在 1956 年其第一次报告中计划阐明撤回保留的后果，²⁷⁹ 可是汉弗莱·沃尔多克爵士在 1962 年其第一次报告中没有显示这样做的打算。²⁸⁰ 然而，正是在这一年委员会进行辩论时，应巴尔托什先生的要求在有关撤回保留的条款草案第 22 条中指出：保留的撤回“在其他有关国家收到撤回通知时开始发生效力”。²⁸¹

157. 在一读通过这项规定之后，有三个国家作出反应：²⁸² 美国对此表示欢迎，以色列和联合王国对其他缔约方因撤回的突然后果而可能碰到的问题表示关注。它们的论据促使特别报告员建议条款草案第 22 条增添方式复杂的(c)项，保留的撤回在其他国家收到撤回通知时开始发生效力，但这些国家有 3 个月的宽限期可作出必要的变更。²⁸³ 通过这种方式，汉弗莱·沃尔多克爵士想让其他缔约方有机会“酌情通过必要的立法或行政措施”，使其国内法与撤回保留造成的情况相一致。²⁸⁴

158. 特别报告员提出的这项解决办法实际上颇为奇怪，除了批评这项办法过于复杂外，这项办法在原则方面使委员会委员造成分裂。在布里格斯先生的支持下，鲁达先生认为撤回保留时没有理由规定一段宽限期，因为条约在一国表示同意接受约束而开始生效时并没有这个期限。²⁸⁵ 可是另一些委员，尤其是通金先生和汉弗莱·沃尔多克爵士本人不无理由地指出，

²⁷⁹ 见上文第 68 段和下文第 177 段。

²⁸⁰ 见上文第 69 段。

²⁸¹ 见上文第 70 段。

²⁸² 见汉弗莱·沃尔多克爵士的第四次报告，《1965 年……年鉴》[英](上文脚注 126)，第 55-56 页。

²⁸³ 同上，第 56 页，第 5 段：“(c)从撤回开始生效之日起，第 21 条停止适用，但有一项理解，即在该日期之后的 3 个月内，不得认为缔约方违反保留适用的规定，依据的唯一理由是该缔约方没有对其国内法或其行政做法作出任何必要的修订”。

²⁸⁴ 《1965 年……年鉴》，第一卷，第 800 次会议，第 175 页，第 47 段。

²⁸⁵ 同上，第 176 页，第 59 段(鲁达先生)和第 177 页，第 76 段(布里格斯先生)。

这两种情况截然不同：关于批准问题，“一国只需推迟批准条约，便可取得对其国内法作出必要调整的所有时间”；撤回保留的情况刚好相反，“形势的变化并不取决于其他有关国家的意志，而是取决于决定撤回保留的国家”。²⁸⁶

159. 然而，起草委员会的案文删除了宽限期，²⁸⁷ 因为委员会“认为这种条款使情况复杂化，而且在实践中，任何可能出现的困难将在有关国家无疑将参与的磋商中排除”。²⁸⁸ 因此，委员会又回到保留的撤回在其他缔约方收到撤回通知时开始发生效力的原则，尽管看来似乎不无犹豫：委员会在其最后评注中解释说，它得出结论认为，制订一般规则，给予各国一个较短期限以便“其国内法适应[撤回保留]造成的新形势……将太过分了”，委员会

认为，此事应留待该条约的一项具体规定来解决。它还认为，即使没有这种规定，如果一国需要一个较短的期限以便使其国内法与撤回保留造成的情况相一致，诚信原则阻止保留国对其本身提出的保留造成的问题提出申诉。²⁸⁹

160. 这就提出了另一个问题：委员会在评注中已悄悄地把汉弗莱·沃尔多克爵士的例外情况重新纳入评注中。这是他曾笨拙地试图将其列入 1969 年《维也纳公约》案文本身而后来成为第二十二条款文的例外情况。采取这种做法肯定不是善策。诚然，委员会将例外情况与诚信的一般原则连接在一起，尽管它可以构成某些规则的基础，但如国际法院指出，“诚信原则为主导法律义务的建立和履行的基本原则之

²⁸⁶ 同上，第 176 页，第 68-69 段(通金先生)；又见第 175 页，第 54 段(鹤冈先生)，以及第 177 页，第 78-80 段(汉弗莱·沃尔多克爵士)。

²⁸⁷ 同上，第 814 次会议，第 272 页，第 22 段。

²⁸⁸ 同上，第 24 页，汉弗莱·沃尔多克爵士给予的解释。

²⁸⁹ 《1966 年……年鉴》[英](见上文脚注 126)，第 209 页，条款草案第 20 条评注第(2)段。

一”，²⁹⁰ “如果没有其他的义务，这项原则本身并不是义务的来源”。²⁹¹

161. 因而产生的问题是，《实践指南》是否应把委员会 1965 年评注所载的澄清纳入：在提议的实践守则内比在关于条约法的一般公约内规定得更为具体是有道理的。然而，在本例中，这样做似乎很不明智：评注中阐明的“规则”与 1969 年《维也纳公约》中规定的规则背道而驰，因此，把这项规则列入《指南》违反公约的规则。只有当觉得能满足明显需要时，才可以接受这种做法，而当前的情况也许并非如此。汉弗莱·沃尔多克爵士在 1965 年“从没有听说过由于一国撤回保留而在条约的适用方面造成了实际困难”，²⁹² 37 年后情况显然仍然是这样。因此，特别报告员并不赞成采取这个解决方案，也不赞成在评注中纳入委员会在其 1965 年评注中引起争议的尝试，以削弱该项条款的效力。

162. 虽然如此，在某些情况下，保留的撤回通知提出后立即生效可能会成为问题。可是 1966 年的评注本身对问题给出了正确答案：在这种情况下，“问题应通过条约的具体规定解决”。²⁹³ 换言之，每当条约涉及到一个问题，如个人身份或国际私法的某些方面，就有可能使人认为，意外地撤回保留可能因其他缔约方未修改其国内法而对其造成问题，则必须在条约中加进一项条款，为处理撤回保留造成的局面规定必要的期限。

163. 况且，在实践中情况就是这样。有相当多的条约确定一个期限，这个期限比 1969 年和 1986 年《维也纳公约》第 22 条第 3 款(a)项中按照一般法为撤回保留生效规定的期限更长。一般来说，这个期限为一至三个月，在大多数情况下，从向保存人而不是向其

他缔约国提出撤回通知之时起计算。²⁹⁴ 相反，条约可规定比两项《维也纳公约》所载更短的期限。例如，《欧洲跨界电视节目传送公约》第 32 条第 3 款规定，

根据第 1 款提出保留的任何缔约国可向欧洲委员会秘书长提出通知全部或部分撤回保留。撤回自秘书长收到通知之日起*开始生效，

而不是从其他缔约方收到保存人通知之日起开始生效。²⁹⁵ 有时，也可以由条约规定，由撤回保留的国家指定撤回的生效日期。²⁹⁶

164. 鉴于上述情况，正确的做法似乎是，第一，要在《实践指南》沿用 1969 年和 1986 年《维也纳公约》第 22 条第 3 款(a)项，但不按照 1965 年国际法委员会评注所提议的将其削弱；第二，在有关准则条文(2.5.9²⁹⁷)附加一项示范条款 A，这项条款将体现委员会在 1965 年再次指出的、在起草这项规定时便已表示的关注：

“示范条款 A：推迟撤回保留的生效日期

“对本条约提出保留的缔约方可向[保存人]提出通知撤回保留。撤回在[保存人]收到通知之日起 X[月][日]届满时开始生效。”

²⁹⁰ 核试验案(澳大利亚诉法国)，判决，《1974 年国际法院汇编》，第 268 页，第 46 段；以及(新西兰诉法国)，同上，第 473 页，第 49 段。

²⁹¹ 边界和跨边界武装行动案(尼加拉瓜诉洪都拉斯)，管辖权和受理、判决，《1988 年国际法院汇编》，第 105 页，第 94 段。

²⁹² 见上文脚注 288。

²⁹³ 《1966 年……年鉴》[英](见上文脚注 126)，第 209 页，第 20 条评注第(2)段。

²⁹⁴ 见英伯特所举的示例，同前，第 290 页，脚注(36)和 Horn 所举的示例，同前，第 438 页，注 19。例如又见《联合国国际货物销售合同公约》，第 97 条第(4)款的规定(六个月)；《养护野生动物移栖物种公约》第十四条第 2 款的规定(在保存人向缔约方递送撤回通知之后 90 天)；以及《继承死者财产适用的法律公约》，第 24 条第(3)款的规定(在撤回通知之后三个月)。

²⁹⁵ 含有关于撤回保留的条款的欧洲委员会公约一般采用这种方案：见《减少多重国籍和在多重国籍情况下的兵役义务的公约》，第 8 条第 2 款；《欧洲司法协助请求传递协定》，第 13 条第 2 款；以及《欧洲国籍公约》，第 29 条第 3 款。

²⁹⁶ 见《关于简化和协调海关业务制度的国际公约修正案议定书》，附件一，附录一，第 12 条第 2 款：“提出保留的任何缔约方可随时向保存人发出通知指定撤销这些保留的生效日期而全部或部分撤销保留”。

²⁹⁷ 见下文第 175 段。

165. 虽然谈判人员显然可以随意调整撤回保留生效所需的期限，但在委员会提议的示范条款中，似乎宜于从保存人收到撤回通知之日起，而不是依 1969 年和 1986 年《维也纳公约》第 22 条第 3 款(a)项的规定，从其他缔约方收到撤回通知之日起开始计算期限。首先，该款确定的生效日期(当然应该在准则草案 2.5.9 中予以保留)在几个方面有缺陷。²⁹⁸ 第二，在目前情况下，缔约方掌握了所有的资料，可准确预测向其他国家或有关国际组织提出撤回通知的可能期限；因此，这些缔约方可以确定有关的生效日期。

166. 反过来说，也可能发生的情况是，这些缔约国希望缩短这一期限。只要有关条约载有减损 1969 年和 1986 年《维也纳公约》第 22 条第 3 款(a)项中所载一般原则的条款，或缩短撤回生效所需的期限，或给予保留国确定撤回生效日期的权限，就没有理由反对这样做。示范条款 B 和示范条款 C 与这两种情况相对应：

“示范条款 B：缩短撤回保留的生效日期的期限

“对本条约提出保留的缔约方可向[保存人]提出通知撤回保留。保留从[保存人]收到通知之日起开始生效。”²⁹⁹

“示范条款 C：确定撤回保留生效日期的自由

“对本条约提出保留的缔约方可向[保存人]提出通知撤回保留。保留从该缔约国在向[保存人]提出的通知中所确定的日期开始生效。”³⁰⁰

167. 大家不禁要问，如果没有这项条款，一个国家可否自由地确定其提出的保留的撤回生效日期。如果这个日期是后于适用 1969 年和 1986 年《维也纳公约》第 22 条第 3 款(a)项所产生的日期，答案无疑是肯定的：这项条文规定的期限目的是让其他缔约方不至于措手不及，并让他们充分了解到他们对于放弃其

保留的国家(或国际组织)承担的义务范围。因此，只要资料有效和预先提出，便没有理由反对保留方随意确定撤回其保留的生效日期。

168. 可是，如果这个日期是先于其他缔约方收到通知的日期，情况则大不相同：在这第二项假设中，只有撤回的国家或国际组织(以及相关时保存人)对撤回保留知情。如果还假定撤回一如有时候发生的那样追溯既往，则更不必说了。³⁰¹ 在这种情况下，假定条约中没有明文规定的条款，如果其他缔约方加以反对，保留国单方面表示的意愿原则上不能超越 1969 年和 1986 年《维也纳公约》第 22 条第 3 款(a)项的明确规定。然而，大家不禁要问，难道不宜保留确立“完整的义务”这一类条约吗？在人权领域，尤其是如此；在这种情况下，正好相反的是，即使当初做出保留的国家希望撤回保留产生即时效力甚至追溯效力，则根本没有任何理由进行反对，因为顾名思义，其他国家的立法并没有受到影响。³⁰²

169. 如果《实践指南》明确规定在何种情况下不能适用 1969 年和 1986 年《维也纳公约》第 22 条第 3 款(a)项，可能会有用，这不是因为减损了这项规定，³⁰³ 而是因为从来就没有打算适用过。这点可以成为准则草案 2.5.10 的主题：

“2.5.10 保留国可以单方面确定撤回保留生效日期的情况

“撤回保留从撤回国确定的日期起生效，如果：

“(a) 该日期晚于其他缔约国或国际组织收到通知的日期；或

“(b) 撤回不会改变撤回国相对于其他缔约国或国际组织的情况。”

²⁹⁸ 见下文第 172 段。

²⁹⁹ 措辞基于上文第 163 段所载《欧洲跨界电视节目传送公约》第 32 条第 3 款的规定。

³⁰⁰ 见上文脚注 296。

³⁰¹ 见英伯特所举的示例，同前，第 291 页，脚注(38)(丹麦、挪威和瑞典撤回对《关于难民地位的公约》和《关于无国籍人地位的公约》的保留)。又见联合国，《交给秘书长保存的多边条约》(上文脚注 178)，第 353 页，注 9 和 13。另见上文脚注 162 所举的示例。

³⁰² 在这方面，见英伯特，同前，第 290-291 页。

³⁰³ 上文第 159-161 段所讨论的情况就是如此。

170. 这项准则草案(a)项故意使用复数(“其他缔约国或国际组织”),而1969年和1986年《维也纳公约》第22条第3款(a)项则使用单数(“一缔约国或一缔约组织”)。为了使撤回从撤回国确定的日期起生效,至关重要,所有其他缔约方应已收到通知,不然,就不符合第22条第3款(a)项的精神和存在理由。关于(b)项,它涉及实际上追溯撤回保留的情况。³⁰⁴

171. 然而,原则仍然是1969年和1986年《维也纳公约》第22条第3款(a)项所提出的原则,因此,肯定必须将这项原则纳入《实践指南》。

172. 当然,这项原则并非无可指责。除了上文所考虑到的,³⁰⁵在某些情况下,撤回在其他缔约方收到通知之时起生效可能引起一些问题之外,有人还指出该款项“并没有真正解决时间因素问题”;³⁰⁶不过,由于1969年联合国条约法会议作出的具体规定,³⁰⁷撤回保留的国家或国际组织的伙伴确切知道撤回保留生效的时间,可是撤回的国家或国际组织本身反而不能确定,因为其他缔约方可能在完全不同的时间收到通知。这会給撤回保留者造成不便的影响,使它无法确定它的新义务在哪个日期开始生效。³⁰⁸但是,除了修改第22条第3款(a)项的条文本身外,没有克服这个缺点的其他办法,而在实践上这个缺点似乎不至于严重到必须“修订”维也纳条文的地步。³⁰⁹

173. 在这方面必须指出,这项维也纳案文背离了普通法:一般来说,有关条约的行为从保存人收到通知之日起生效。这正好是1969年《维也纳公约》第十六条(乙)款、第二十四条第三项或第七十八条(乙)款所

规定的。³¹⁰这就是国际法院如何通过类比推理的方式裁定接受其强制性管辖权的选择性声明的:³¹¹

通过将其接受声明交由秘书长保存,接受国成为对于所有其他声明国适用的任择条款制度的当事方,具有第三十六条……产生的所有权利和义务。事实上,正是从这天开始构成任择条款基础的相互认同的关系开始在有关国家之间生效。³¹²

174. 1969年和1986年《维也纳公约》第22条第3款(a)项之所以确立例外情况,就是为了避免其他条约缔约方由于对撤回不知情而没有遵守对撤回保留的国家履行条约规定而对该国承担责任。³¹³诚然这种关注是应该的。

175. 因此,必须在《实践指南》中转载1986年《维也纳公约》第22条第3款(a)项的规定,其中包括了国际组织。

“2.5.9 撤回保留的生效日期

“除条约另有规定或另经协议外,撤回保留自一国或一缔约组织收到通知时起才开始对该国或该组织发生效力。”

176. 可以顺带一提的是,这项条文的措辞出现了与准则草案2.5.1相同的缺点,³¹⁴因为该条指出它仅在条约未另作规定时才适用的情况;这一点对1969年和1986年《维也纳公约》中的所有规定都适用,因而对《实践指南》中的准则也如此。虽然如此,由于同样的原因(关于准则草案2.5.1的审议阐明了这些

³¹⁰ 1986年《维也纳公约》第79条(b)项。

³¹¹ 见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293页,第30段。

³¹² 穿越印度领土的通行权案,初步反对意见,判决,《1957年国际法院汇编》,第146页;又见《1998年国际法院汇编》(上文脚注311),第291页,第25段。

³¹³ 见委员会一读通过的条款草案第22条评注,《1962年……年鉴》[英](上文脚注124),第181-182页,以及二读通过的条款草案第22条评注,《1966年……年鉴》(上文脚注126),第210页。

³¹⁴ 见上文第85段。

³⁰⁴ 见上文脚注301。

³⁰⁵ 第157-162段。

³⁰⁶ 英伯特,同前,第290页。

³⁰⁷ 见上文脚注278。

³⁰⁸ 在这方面,见布里格斯先生的评注,《1965年……年鉴》[英],第一卷,第800次会议,第177页,第75段和第814次会议,第273页,第25段。

³⁰⁹ 见上文第161段。

原因³¹⁵), 迁就这项有争议的方式似乎是较为可取的做法。

(b) 撤回保留的后果

177. 在 1969 年《维也纳公约》的筹备工作期间各方曾经考虑过专门制订一项关于撤回保留后果的规定:

(a) 杰拉尔德·菲茨莫里斯爵士其关于条约法的第一次报告中曾提议规定, 如撤回保留,

先前提出保留的国家应自动负起充分遵守与该保留有关的条约规定的义务, 并同样有权要求其他各方也遵守此项规定;³¹⁶

(b) 委员会 1962 年一读通过的条款草案第 22 条第 2 款规定“如撤回保留, [关于对保留的适用的] 第 21 条的规定停止适用”;³¹⁷ 这一句在委员会最后草案中消失;³¹⁸ 尽管

(c) 汉弗莱·沃尔多克爵士在全体会议上建议起草委员会讨论另一个问题, 即“事实是撤回保留可能产生这样的后果: 在对两国之间的关系上, 以前不生效的条约生效”;³¹⁹ 以及

(d) 在联合国条约法会议期间, 一些修正案企图在 1969 年《维也纳公约》条文中重新订立一项为此目的的规定。³²⁰

³¹⁵ 见上文第 86 段。

³¹⁶ 《1956 年……年鉴》[英](见上文脚注 118), 第 116 页, 第 40 条, 第 3 款。

³¹⁷ 《1962 年……年鉴》[英](见上文脚注 124), 第 181 页; 又见上文第 70 段。

³¹⁸ 在起草委员会审查了汉弗莱·沃尔多克爵士提出的新条款草案之后, 二读时放弃了这一句, 因为他局部保留了这项规定(见上文脚注 283), 而没有给予任何说明(见《1965 年……年鉴》[英], 第一卷, 第 814 次会议, 第 272 页, 第 22 段)。

³¹⁹ 同上, 第 800 次会议, 第 178 页, 第 86 段; 在这方面, 见罗森先生的发言, 同上, 第 87 段。

³²⁰ 奥地利和芬兰的修正案(A/CONF.39/C.1/L.4 和 Add.1)(见上文脚注 138), 由苏联的一项补充修正案补全(A/CONF.39/C.1/L.167), 《联合国条约法会议正式记录》(上文脚注 136), 第 141 页, 第 207(三)段)。

178. 会议起草委员会否决了这些修正案, 认为它们是多余的; 撤回保留的后果是不言而喻的。³²¹ 这只说对了一部分。

179. 毫无疑问, “撤回保留的后果显然是恢复条约的原有条文”。³²² 可是必须区分三种可能情况。

180. 在保留国与接受国(或国际组织)之间的关系上(1969 年和 1986 年《维也纳公约》第 20 条第 4 款), 保留停止发生效力(第 21 条第 1 款): “在这种情况下, 撤回保留会产生的后果是在保留国与接受国之间的关系上, 恢复了条约原来的内容。撤回保留产生了假使没有提出保留便已经存在的情况。”³²³ Migliorino 先生指出 1989 年匈牙利的示例, 当时匈牙利撤回其对 1961 年《麻醉品单一公约》规定国际法院管辖权的第 48 条第 2 款的保留;³²⁴ 这项保留没有受到反对; 由于这项撤回, 规定国际法院对公约的解释和适用的管辖权从保留生效之日起计算。³²⁵

181. 在撤回保留国(或国际组织)与反对保留但不反对条约对其和保留国生效的一国(或一国际组织)之间的关系上, 情况也是这样。在这种情况下, 根据 1969 年和 1986 年《维也纳公约》第 31 条第 3 款的规定, 涉及保留的规定对两个缔约方之间的关系不适用: “在这种情况下, 在保留国与反对国之间的关系上, 撤回保留产生的后果是使条约的适用范围扩大及保留所包括的规定”。³²⁶

³²¹ 《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, 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.68.V.7), 全体委员会, 第 70 次会议, 起草委员会主席亚辛先生的声明, 第 417 页, 第 37 段。

³²² Bowett, “对非限制性多边条约的保留”, 第 87 页。又见 Szafarz, 同前, 第 313 页。

³²³ Migliorino, 同前, 第 325 页; 在这方面, 见 Szafarz, 同前, 第 314 页。

³²⁴ 见联合国, 《交给秘书长保存的多边条约》(上文脚注 178), 第 400 页, 注 18。

³²⁵ Migliorino, 同前, 第 325-326 页。

³²⁶ 同上, 第 326-327 页; 作者举出 1972 年葡萄牙的示例, 当时葡萄牙撤回其对《维也纳外交关系公约》第 37 条第 2 款的保留, 此举引起了一些国家的反对, 可是, 这些国家并没有反对该公约在它们与葡萄牙之间生效(见联合国, 《交给秘书长保存的多边条约》(上文脚注 178), 第 111 页, 注 20)。

182. 如该反对国或国际组织反对条约在其和保留国或国际组织之间生效, 撤回保留会产生最极端的后果。在这种情况下, 条约在撤回发生效力之日起生效。³²⁷ “对曾表示最大效应反对的一国而言……撤回保留将意味着与保留国建立全面的条约关系”。³²⁸

183. 换言之, 在撤回保留国或国际组织与所有其他缔约方之间的关系上, 撤回保留引起适用条约整体的后果(当然, 只要没有任何其他保留), 无论这些缔约方接受保留还是反对保留, 但有一项理解, 在反对保留的情况下, 如反对国或国际组织反对条约在其与这些保留国或国际组织之间生效, 条约则在撤回生效之日起生效。

184. 为了明确起见, 在两项不同的准则草案中体现这些后果也许是适宜的做法:

“2.5.7 撤回保留的后果

³²⁷ 见 1969 年和 1986 年《维也纳公约》第 24 条, 尤其是第 3 款。

³²⁸ Szafarz, 同前, 第 313-314 页; 在这方面, 见鲁达, 同前, 第 202 页; Bowett, 同前, 第 87 页; 以及 Migliorino, 同前, 第 328-329 页。后一位作者举出 1989 年匈牙利撤回其对 1969 年《维也纳公约》第六十六条的保留的示例(见联合国, 《交给秘书长保存的多边条约》(上文脚注 178), 第二卷, 第 290 页, 注 15); 这个示例没有真正的说服力, 因为反对国在它们与匈牙利之间的关系上没有正式拒绝适用该公约。

缩小保留范围(部分撤回)

187. 根据主导的学说, “保留既然可以撤回, 在某些情况下也可以修订, 或甚至予以取代, 但其结果需是限制保留的影响”。³³⁰ 这项原则虽然措辞谨慎, 但并无争辩余地。这项原则的提法可以更加明确: 只要修订保留是为了缩小保留的范围而相当于部分撤回, 这种修订就无可非议。

188. 这种修订如果在条约中有明言规定, 那显然就

³³⁰ Aust, 《现代条约法与实践》, 第 128 页。又见英伯特, 同前, 第 293 页和 Polakiewicz, 同前, 第 96 页。

“在撤回保留国或国际组织与所有其他缔约方之间的关系上, 撤回保留引起适用条约整体的后果, 无论这些缔约方接受保留还是反对保留。

“2.5.8 在反对保留同时还反对条约在其与保留国或国际组织之间生效的情况下撤回保留的后果

“在撤回保留国或国际组织与一反对保留并反对条约在其与保留国或国际组织之间生效的一国或国际组织的关系上, 撤回保留引起条约生效的后果。”

B. 保留的修订

185. 修订保留的问题应结合撤回保留的问题和过时提出保留的问题予以考虑。修订保留如果是为了缩小保留的范围, 那就相当于部分撤回“初始保留”。³²⁹ 这不会产生大问题, 上文规定的关于撤回保留的一般规则对此适用。但如果修订保留是为了增强现有保留, 似乎就应该从过时提出保留的角度加以考虑, 关于过时提出保留的规则应对此适用(见下文)。

186. 虽然这两种假设似乎不言自明, 但还是宜于根据实践简要查明其相关性。

³²⁹ 使用“初始保留”一词是为了方便使用, 但并不恰当: 如果称之为“最初提出的”保留, 则更为精确。顾名思义, “部分撤回”并非以一项保留取代另一项保留, 而是提出另一项保留。

不会造成任何问题。虽然条约对此有明文规定的情况很少, 但这种保留条款是有的。³³¹ 例如, 《国际内河客货运输合同公约》(《内河客货运公约》)第 23 条第 2 款规定:

本条第 1 款所规定声明可在后来任何时候作出、撤回或修订; 在这种情况下, 声明、撤回或修订应于联合国秘书长接到通知后第九十天起生效。

³³¹ 条约授权缔约方在条约生效后提出新的保留的情况自然也是如此。

189. 此外，更为常见的是对全部或部分撤回保留作明文规定的保留条款。例如，1957年2月20日《已婚妇女国籍公约》第8条第3款规定：

依本条第1款提出保留之国家，得随时通知联合国秘书长将业经接受之保留全部或部分撤回。此项通知应于收到之日起生效。³³²

《通过刑法保护环境公约》第17条第2款也有类似规定：

任何缔约国如曾……提出保留，均可向欧洲委员会秘书长发出通知，全部或部分撤回保留。撤回应于秘书长收到通知之日起生效。³³³

此外，《根据欧洲联盟条约 K.3(2)(c)条制定欧洲共同体公务员或欧洲联盟成员国官员反腐公约》第15条第2款规定如下：

提出保留的任何成员国在任何时候均可向保存人发出通知，全部或部分撤回保留。撤回应于保存人收到通知之日起生效。

190. 许多公约条款都同时提及全部和部分撤回保留，这突出表明这两者关系密切。这种相提并论的做法在实践中得到证实，但在法理上有时受到质疑。

191. 委员会拟订条约法条款草案时，汉弗莱·沃尔多克爵士曾建议通过一项条款草案，将全部和部分撤回保留放在平等基础上看待。³³⁴ 起草委员会审议了该草案后，在提交全体会议的案文中删除了提及可能“部分”撤回保留的全部内容，³³⁵ 而从讨论情况摘要中则无法推断这一修改的理由。

³³² 例如，又见经《修正1961年麻醉品单一公约的议定书》修正的《1961年麻醉品单一公约》第50条第4款：“提出保留的国家得随时以书面通知撤回其所提保留的全部或部分”。

³³³ 例如，又见《欧洲制止恐怖主义公约》第13条第2款：“任何国家均可通过向欧洲委员会秘书长作出声明，全部或部分撤回其根据前款提出的保留。作出的声明应于秘书长收到之日起生效”。在欧洲委员会主持下缔结的列有相应条款的公约的其他示例，见上文第97段。

³³⁴ 见汉弗莱·沃尔多克爵士关于条约法的第一次报告条款草案第17条第6款，《1962年……年鉴》[英]（上文脚注119），第61页。

³³⁵ 同上，第71-72页，第22条；关于起草委员会对特别报告员的草案的修订，见上文第70段。

192. 最合理的解释是，这似乎是不言自明的：“能者未必多劳”；评注中对“撤回”一词含义只字不提，令人惊讶，由此可见，该词很可能应解释为“全部或部分撤回”。

193. 事实上，这不完全是不言而喻的，且这种理论也不够精确。例如，1979年英伯特教授在其关于保留的杰作中遗憾地指出，就他所知，旨在缩小保留范围的修订仅仅是因为“其他缔约方没有提出反对”才有可能。尽管他强调指出，“但最好能鼓励这种程序，允许各国根据其国内法的变化逐步调整其参与条约的程度，并以此作为向完全撤回保留的过渡”。³³⁶

194. 在实践中，对这一点已有共识，至少在欧洲是如此。Polakiewicz 引用了欧洲委员会框架内一些示例，指出一些保留虽被修订但并没有引起反对。³³⁷ 欧洲人权委员会对待在《保护人权与基本自由公约》（《欧洲人权公约》）³³⁸ 第64条中对待时间要求显示出一定的灵活性：

鉴于国内法会不时修订，委员会认为，如果修订受保留保护的法律，即使由此也修订了保留，那也不影响第64条的时间要求。委员会指出，尽管第64条有明文规定，……但鉴于当时在国内生效的法律不符，……奥地利1962年7月5日的法律涉及其1958年9月3日提出的保留（1958至1959年）（《年鉴》，1988-1991年，第2卷），而其结果不是事后扩大不受委

³³⁶ 同前，第293页。有趣的是，Flauss提及这部著作（但在第163页没有提及这一点）时指出，在他看来，“一条约缔约方缩小保留范围似乎是可以的”（“Le contentieux de la validité...”，第301页）。

³³⁷ 同前，第96页；确切而言，这与其说与保留有关，不如说与准则草案1.4.5所述的“关于在内部履行条约的方式的声明”更加有关（《1999年……年鉴》（见上文脚注44），第126页）。

³³⁸ 自从《1950年11月4日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》生效以来为第57条：

“（1）所有国家在签署本公约或在交存批准书时，均可视其国内某一现行法律与公约特定条款不符的情况，提出对该条款的保留。按本条规定，不允许一般性的保留。

“（2）根据本条提出保留时，均应对所涉法律作简要说明。”

委员会监督的范围。³³⁹

195. 最后这一点很重要，无疑揭示了这种判例的含义：正是由于新法律限制了保留的范围，人权委员会才认为保留为法律所涵盖。³⁴⁰从技术上来说，这并非与修订保留本身有关，而是修订对国内法的影响问题；不过，似乎有理由提出同样的论点。此外，有些国家曾正式修订了其对《欧洲人权公约》的保留(在缩小其范围的意义)，而没有引起其他缔约方的抗议。³⁴¹

196. 欧洲人权法院的判例可用同样方式予以解释。因为如果说法院拒绝将新的、更有限制性的法律适用于在批准时提出的保留，但如果批准条约后制定的法律“没有超越提出保留之日有效的法律”，则处理办法就会不同。³⁴²

197. 但贝利洛斯案³⁴³的结果可能会在这方面引起质疑。

198. 欧洲人权法院对此案采取的立场很有争议。³⁴⁴法院认为瑞士 1974 年针对《欧洲人权公约》第 6 条第 1 款提出的“声明”无效。³⁴⁵此后，瑞士经再三犹豫，首次修订了其“声明”，以期使之符合 1988

年 4 月 29 日的判决。³⁴⁶法院将此“声明”比作保留，至少就适用的规则而言是如此。瑞士将经过修订的“解释性声明”通知《公约》保存人欧洲委员会秘书长和“作为法院判决执行情况监测机关的”部长委员会。³⁴⁷这些通知似乎没有引起异议，也没有在《公约》各机关或给其他缔约方造成困难。³⁴⁸

199. 但是在瑞士法庭本身情况不同。事实上，瑞士联邦法庭于 1992 年 12 月 17 日对 *F. 诉 R. 和图尔高州联邦院案*作出的判决中认为，如果从贝利洛斯案判决的理由上看，被宣布无效的是整个 1974 年“解释性声明”，因此没有什么有效提出的保留在 12 年后可予修订；这至多是一项新的保留，但这不符合《欧洲人权公约》³⁴⁹第 64 条和 1969 年《维也纳公约》³⁵⁰第十九条就提出保留所规定的时间条件。2000 年 8 月 29 日，瑞士正式撤回与《欧洲公约》第 6 条有关的“解释性声明”。³⁵¹

200. 尽管有些迹象，但不能从这一重要判决中推断认定，在一个负有监管职能的条约机构(人权或其他领域)认定一项保留无效时，就排除了对有争议的保留的一切更改这一事实：

³³⁹ Schabas, “第 64 条”，第 932 页。见欧洲人权委员会关于 *X 诉奥地利案*的报告，第 473/59 号诉请书，《1958-1959 年欧洲人权公约年鉴》，第 400 页，以及同上，第 8180/78 号诉请书，欧洲委员会，《裁决和报告》，第 20 卷(1980 年 12 月)，第 26-28 页。

³⁴⁰ 见瓦尔蒂科斯法官在 *Chorherr 诉奥地利案*中的部分反对意见：“在修订有关法律时，涉及保留的不同之处如果不是那样严格，无疑会在新案文中予以保留，但保留的范围当然不能扩大”(欧洲人权法院，《A 辑：判决和裁决》，第 266-B 卷，1993 年 8 月 25 日判决，第 40 页)。

³⁴¹ 见芬兰 1996 年、1998 年、1999 年和 2001 年先后部分撤回其对第 6 条的保留(<http://conventions/coe/int>)。

³⁴² 欧洲人权法院，《A 辑：判决和裁决》，第 48 卷，坎贝尔和科赞斯案，1982 年 2 月 25 日判决，第 17 页，第 37(b)段。

³⁴³ 同上，第 132 卷，贝利洛斯案，1988 年 4 月 29 日判决，第 28 页，第 60 段。

³⁴⁴ 见关于对条约的保留的第二次报告，《1996 年……年鉴》(见上文脚注 25)，第 88-90 页，第 218-230 段。本报告第 198-201 段主要是重申第二次报告中的意见(同上，第 87-93 页，第 216-252 段)。

³⁴⁵ 法院认为(见上文脚注 343)，“有关声明没有满足《公约》第 64 条的两项要求[见上文脚注 330]，因而必须被视为无效”(法院还指出，既然“无疑，无论该声明是否有效，瑞士都受而且认为其受《公约》约束”(确切地说，这种说法也很有争议)，则无需考虑该声明，《公约》应对瑞士适用。

³⁴⁶ 瑞士(正确地)认为法院的批评仅与“刑事方面”有关，因此将其“声明”局限于民事程序。

³⁴⁷ Flauss, “Le contentieux de la validité …”, 第 298 页，注 9；又见 Schabas, “对人权条约的保留：创新与改革的时间”，第 49 页。关于提及这些通知之处，见联合国，《条约汇编》，第 1496 卷，第 2889 号，附件 A，第 234-235 页；第 1525 卷，第 213 页；第 1561 卷，第 386-387 页；欧洲人权委员会关于贝利洛斯案判决的 DH(89)24 号决议，《欧洲人权公约年鉴》，第 32 卷(1989 年)，第 245 页。

³⁴⁸ 但一些作者对其有效性提出质疑；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，*F. 诉 R. 和图尔高州联邦院案*(下文脚注 350)中瑞士联邦法庭判决(第 6(b)段)中引述的著作，和 Flauss, “Le contentieux de la validité …”，第 300 页，以及这位作者本人的立场；但这些反对意见属深刻的理念，而不是针对修订一项(准?)保留的可能性。

³⁴⁹ 见上文脚注 338。

³⁵⁰ 瑞士联邦法庭判决的大部分已译成法文，载于《法庭公报》(1995 年)，第 533-537 页。有关段落见判决法文本第 7 段。

³⁵¹ 见联合国，《条约汇编》，第 2123 卷，第 2889 号，第 141 页。

(a) 瑞士联邦法庭的立场是基于这样的想法，在这一案件中，1974 年的“声明”是整体被视为无效的(尽管欧洲人权法院没有明确宣布该声明无效)；³⁵² 尤其是

(b) 在同一判决里，法庭表示：

如果 1988 年声明只不过是明确及限制 1974 年提出的保留，没有理由反对这一程序。即使《欧洲人权公约》第 64 条或 1969 年《维也纳条约法公约》(RS 0.111 号)没有对这一问题做出明确规定，也可认为，如果重新提出现有保留的目的是为了限制现有的保留，那么一般来说应该总是可能的。这一程序不限制有关国家对其他国家的承诺，而是依照《公约》予以增强。³⁵³

201. 这是对适用法律及其基本前提作出的一种极好陈述：没有任何合理的理由反对一个国家通过撤回来限制以前保留的范围，尽管只是部分撤回保留；条约的完整性得到了更好的保证，同时不排除某些其他缔约方因此而取消本来可能针对原始保留作出的反对。³⁵⁴ 此外，正如有人指出的，如果没有这种可能性，缔约方之间的平等会打破(至少在有一个条约监测机构存在的情况下)：“久已加入公约的国家在与[最近]才批准公约的国家的关系上，可能自认为受到不平等待遇，更不要说与未来缔约方的关系上。”³⁵⁵ 对未来的缔约方有利的是，它们了解了监测机构对与它们自己可能打算提出的保留相类似的保留的有效性采取的立场，从而作出相应修改。

³⁵² 然而，特别报告员认为，这种情况对提出保留国家对保留作出可允许的修改的权力没有影响；此外，委员会在 1997 年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中认为，提出保留国家有责任对不可接受的保留的情况采取行动(《1997 年……年鉴》(上文脚注 33)，第 58 页，结论第 10 段)。在这一阶段似乎没有必要重新审查(或解决)这一问题。

³⁵³ *F. 诉 R. 和图尔高州联邦院案*(见上文脚注 350)，第 535 页。奇怪的是，Flauss 在就上述判决所做的评注(评注很出色)中没有引述这一段落，却指出“首先，在目前的公约法和国际条约法中很难接受‘有过失’的国家拥有修改保留的权利，即便把这种权利限定在局部不允许的情况”(“Le contentieux de la validité ...”，第 298 页)。

³⁵⁴ 见 Horn，同前，第 223 页；然而作者声明不知道在这类情况下撤回反对的具体案例。特别报告员也没有意识到这种行为，尽管这样做非常合适。

³⁵⁵ Flauss，“Le contentieux de la validité ...”，第 299 页；作者在此以拟议法为依据(特别报告员认为不对)。

202. 此外，正是这类考虑³⁵⁶ 促使委员会在 1997 年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中认为，在一国对一项不可接受的保留采取行动时，³⁵⁷ 该国可以修改保留，消除其不可接受性；³⁵⁸ 很明显，只有该国有权以部分撤回保留的方法修改保留，消除其不可接受性才有可能。

203. 在实践中，部分撤回的情况虽不是特别多却绝非没有，但撤回保留一般来说不会非常多。1988 年，在针对联合国秘书长作为保存人的条约提出的 1,522 份保留或解释性声明中，Horn 先生指出“有 47 份已全部撤回或部分撤回。³⁵⁹ 大多数情况(即 30 个声明)属于部分撤回。其中 6 个曾连续撤回，但仅有两个最后是全部撤回”。³⁶⁰ 从那时以来，这种发展情况虽没有加快，但也没有放慢。人们可以举出许多这方面的示例：

(a) 1988 年 11 月 11 日，瑞典着手部分撤回对《自国外获取赡养公约》第 9 条第 2 款的保留；³⁶¹

³⁵⁶ 见《1997 年……年鉴》(上文脚注 33)，第 46 页，第 55-56 段；第 50 页，第 86 段；第 56 页，第 141-144 段；以及关于对条约的保留的第二次报告，《1996 年……年鉴》(上文脚注 25)，第 91-93 页，第 241-251 段。

³⁵⁷ 见上文脚注 356。

³⁵⁸ 见初步结论，《1997 年……年鉴》(上文脚注 33)，第 58 页，第 10 段。

³⁵⁹ 在这 47 份撤回中，有 11 份是在国家继承时作出的。毫无疑问，继承国可以全部或部分撤回先前国的保留(见 1978 年《维也纳公约》第 20 条)；但按照委员会的决定(见《1995 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 123 页，第 477 段，以及《1997 年……年鉴》(上文脚注 33)，第 69 页，第 221 段)，与国家继承有关的保留的所有问题将在结尾加以研究，并将成为《实践指南》中单独一章的主题。

³⁶⁰ 同前，第 226 页；然而这些统计非完全可靠。例如，作者实际上仅仅举出了连续部分撤回最终导致保留全部撤回方面的一个示例(同上，第 438 页)；即丹麦和《关于难民地位的公约》的例子。但实际上，(a)除了一个例外，统计数字主要涉及各种保留的全部撤回；(b)丹麦原先的保留中有一个重新被提出并予以保留(《交给秘书长保存的多边条约》(见上文脚注 178)，第 334 和第 345 页，注 18)。

³⁶¹ 《交给秘书长保存的多边条约》(见上文脚注 178)，第二卷，第 199 页，注 10；又见瑞典于 1966 年重新提出对《关于难民地位的公约》的保留中的一项保留，同时撤回了其他几项保留(同上，第一卷，第 345 页，注 25)；又见瑞士先于 1963 年部分撤回，后于 1980 年全部撤回的对同一项《公约》的保留(同上，注 26)。

(b) 瑞典分别于 1986 年和 1995 年两次着手全部或部分撤回对《保护表演者、唱片制作者和广播组织国际公约》的某些保留；³⁶² 以及

(c) 1995 年 7 月 5 日，阿拉伯利比亚民众国在多方提出反对之后，修改了该国在加入《消除对妇女一切形式歧视公约》时提出的一般性保留，使其更加具体；³⁶³ 等等。

204. 这些只不过是其中一些示例。在所有这些情况下，秘书长作为有关公约的保存人，注意到了修改，但不作任何评论。

205. 但秘书长的做法也非绝对一致。有时候甚至对于那些显然缩小所针对的保留的范围的修改，他会视作过时提出的保留对待，³⁶⁴ 仅仅“依照类似情况遵循的惯例”，接收“保存有关修改，除非有缔约国对保存本身或对设想的程序提出反对”。³⁶⁵ 《秘书长作为多边条约保存人的惯例汇总》中对这种做法提出理由如下：“如果国家希望以新保留代替交存时所做的保留，在提出(新的)保留之后，其行为实际上可视为对原始保留的撤回。这不会造成困难”。³⁶⁶ 联合国法律顾问于 2000 年 4 月 4 日发出的一份普通照会似乎证实了这一立场。该照会清楚说明“秘书长作为保存人，对于国家为了修改秘书长作为保存人的多边条约的保留提交的告知或者可以解释为旨在提出这类

修改的告知所遵循的做法”；依照这份照会，其他缔约方提出反对的期限从 90 天延长到 12 个月。³⁶⁷

206. 这一立场除了与设想的修改会限制所修改的保留的内容时所遵循的公认惯例不符之外，其差别比乍看起来时还大。事实上，2000 年 4 月 4 日的普通照会应该与法律顾问于同一天对葡萄牙以欧洲联盟名义发出的一份普通照会所作答复结合起来看待。该照会提到 90 天期限的规定所造成的困难。这份照会对修改现有保留和部分撤回现有保留进行了区分。关于第二类的通知，法律顾问对葡萄牙代表表示的关切有同感，即仅仅部分撤回保留的告知最好尽可能不采用适合于修改保留的程序。

207. 因此，这只不过是一个措辞问题：秘书长把扩大保留范围的撤回称为“修改”，把缩小保留范围的撤回称为“部分撤回”，而部分撤回不采用(或者不应该采用，但这并不总能付诸实施)过时提出保留所适用的繁琐程序。³⁶⁸ 在保留的限制能够生效之前规定一年期限并使之可能面临被另外一个单独的缔约方否决的危险，很明显会产生反作用，并且违背尽可能保全条约完整性的原则。

208. 由于这不是一项新的保留，而是对现有保留的限制，其措辞使保留国的义务更符合条约中规定的义务，别的缔约方很可能不会反对新的提法。³⁶⁹ 如果它们已经适应了原有的保留，很难想象它们怎么会反对新的保留，因为在理论上说，新的保留具有削弱效果。此外，正如一个国家不能反对全部撤回，当然也不能反对部分撤回。

209. 尽管有若干点还不明确，但从上文所述各点考虑看来，使保留内容削弱的更改应该遵守全部撤回的同一法律制度。为了避免任何含糊，特别是鉴于联合

³⁶² 同上，第二卷，第 64 页，注 7；又见芬兰为了缩小保留的范围，于 1994 年 2 月 10 日对同一项《公约》的保留的修改(同上，注 6)，以及挪威于 1989 年对一项保留的替换(同上，注 7)；但此一替换不清楚是否涉及到部分撤回。

³⁶³ 同上，第一卷，第 264 页，注 35。

³⁶⁴ 见关于对条约的保留的第五次报告，《2000 年……年鉴》(上文脚注 18)，第 218-226 页，第 279-325 段。

³⁶⁵ 例如见阿塞拜疆针对各国反对其最初的保留的评论在 2000 年 9 月 28 日对《旨在废除死刑的公民及政治权利国际公约第二项任择议定书》提出的保留作出无可争议的限制性修改所遵循的程序(《交给秘书长保存的多边条约》(上文脚注 178)，第 324 页，注 6)。

³⁶⁶ 《秘书长作为多边条约保存人的惯例汇总》(见上文脚注 164)，第 62 页，第 206 段。

³⁶⁷ 法律顾问 2000 年的普通照会(保留的修改)(LA41TR/221(23-1))，《条约手册》(联合国出版物，出售品编号：E.02.V.2)，附件 2，第 42 页。关于这一期限的详细情况，见关于对条约的保留的第五次报告，《2000 年……年鉴》(上文脚注 18)，第 225-226 页，第 320-324 段。

³⁶⁸ 见准则草案 2.3.1 至 2.3.3 及其评注，《2001 年……年鉴》(上文脚注 46)，第 207-214 页。

³⁶⁹ 不过，它们当然可以撤销原始的对，因为原始的对保留本身一样，都可随时撤回(见 1969 年和 1986 年《维也纳公约》第 22 条第 2 款)；又见上文第 201 段。

国秘书长所用的用语方面，³⁷⁰ 在此最好采用“部分撤回”一词。

210. 只需单独一项准则草案规定部分撤回保留的适用规则应与全部撤回适用的规则一致；但是，为了避免任何混乱，似乎可以拟订部分撤回的定义。此种准则可措辞如下：

“2.5.11. 部分撤回保留

“1. 部分撤回保留的形式和程序应遵守与全部撤回相同的规则并在相同条件下生效。

“2. 部分撤回保留是提出保留的国家或国际组织更改该项保留，目的在于限制该项保留的法律效果，并确保该国或该国际组织更完整地执行条约的规定、或整个条约。”

211. 这项定义尽量仿照 1969 年和 1986 年《维也纳公约》第 2 条第 1 款(d)项以及准则草案 1.1 和 1.1.1 关于保留的定义。

212. 部分撤回的形式和程序固然应与全部撤回的形式和程序一致，适当时并可暗示地(或者明示地，如果委员会认为这点更加清楚)参照准则草案 2.5.1、2.5.2、2.5.5[2.5.5 之二、2.5.5 之三]、2.5.6[2.5.6 之二、2.5.6 之三]、2.5.9、2.5.10 以及甚至 2.5.3，但有这样一个问题：准则草案 2.5.4(撤回监测条约执行情况的机构认为不能允许的保留)、2.5.7(撤回保留的后果)和 2.5.8(在反对保留同时还反对条约在其与保留国或国际组织之间生效的情况下撤回保留的后果)的规定可否照搬到部分撤回的情况适用？

213. 条约执行情况监测机构认定原先的保留无效的情况可能是最棘手的。³⁷¹ 欧洲人权法院的贝利洛斯案和瑞士联邦法院在 F.诉 R.和图尔高州联邦院案³⁷² 中在此基础上采取的行动可能意味着，如果监测机构认定保留无效(或者如果可以从其推理演绎出不合规定)，唯一可能的解决办法就是全部撤回保留(因为对

一开始就无效的保留是无法进行更改的)；在这种情况下，准则草案 2.5.4 的规定不可以作出必要的修改后扩展到对部分撤回适用；部分撤回不在考虑之内，而只有全部撤回才构成提出保留的国家或国际组织履行这方面义务的手段。

214. 但是这项推理颇受争议。它是建立在这样一个假设之上的：监测条约执行情况的机构可以自行就其所认定的不能允许的保留采取行动。这不是委员会在其 1997 年初步结论中采取的立场。³⁷³ 重要的是保留提出方遵守保留有效性的条件；如果可以通过部分撤回做到这一点，为什么保留方不可以部分撤回呢？更何况不准部分撤回可能促使保留方干脆退出条约，这与我们经常讲的普遍性原则是相违背的；而对保留作出修改可以实现公约完整性与参与普遍性之间的适当平衡(其中后者是所期望的目标)。

215. 因此，尽管部分撤回是提出保留的国家或国际组织在确定所提保留不允许时可以履行其义务的手段之一，问题是应在《实践指南》中作出规定，以及应以何种形式作出规定。特别报告员认为在这方面有三种可能性：

(a) 在准则草案 2.5.4 和(或)2.5.11 的评注中作出规定也许就足够了；在评注中予以澄清常常是一种权宜之计，但起草《实践指南》应该尽可能为使用者提出的所有合理问题提供答案，所以就《实践指南》而言，这种办法尤其值得商榷。

(b) 或者，仿照准则草案 2.5.4 第 2 段通过一项准则草案，措辞如下：

“2.5.11 之二 部分撤回监测条约执行情况的机构认为不能允许的保留

“保留所针对的条约的监测条约执行情况的机构认定该保留不能允许时，提出保留的国家或国际组织可以按照此项认定，部分撤回此项保留，以履行其应尽义务。”

³⁷⁰ 见上文第 205-207 段。

³⁷¹ 见准则草案 2.5.4(上文第 114 段)。

³⁷² 见上文第 199-201 段。

³⁷³ 见上文脚注 356 和第 202 段。

(c) 或者，在准则草案 2.5.4 第 2 段中提及部分撤回的可能性；但是只对此一项准则草案作出规定而不对其他既对部分撤回也对全部撤回适用的准则草案作出同样规定，先验地显得不大符合逻辑；然而将准则草案 2.5.11 个别处理看来是必不可少的。

216. 但特别报告员倾向于这种解决方法，条件是该方法不要导致撤销准则草案 2.5.11。要实现这项目标，可将准则草案 2.5.4 和 2.5.11 之二合并，并将合并后的这项准则草案置于《实践指南》第 2.5 款结尾。草案可措辞如下：

“2.5.X 撤回监测条约执行情况的机构认为不能允许的保留

“1. 保留所针对的条约的监测执行情况的机构认定保留是不能允许并不构成撤回该项保留。

“2. 作出此项认定后，提出保留的国家或国际组织必须相应采取行动。该国或国际组织可以全部或部分撤回保留，以履行其这方面的义务。”

217. 关于部分撤回保留的后果，没有什么可以犹豫的：它不能等同于全部撤回的后果，而且也不可能认为，在部分地“撤回保留的国家或国际组织与所有其他缔约方(无论它们接受保留还是反对保留)的关系上，”部分“撤回保留引起适用保留所涉及的条约各项规定整体*的后果”。³⁷⁴ 当然，在提出保留的国家或国际组织与其他缔约方的关系上，条约可以更充分地、但非“整体地”适用，因为在假设上，保留(诚然已经削弱)仍然存在。

218. 部分撤回的情况还有一个特殊问题。全部撤回的后果是使得针对原先的保留作出的反对无效，³⁷⁵ 包括在反对保留同时还反对条约对于保留的国家或国际组织生效的情况。³⁷⁶ 部分撤回的情况就没有理由如此。固然，作出反对的国家或国际组织应考虑对反

对进行重新审议，并在引起反对的动机因保留作出更改已经消除的情况下予以撤回，而且它们当然可以这样撤回反对；³⁷⁷ 但是，这些国家或国际组织不是必须这样做，而且如果它们认为适当的话，仍然完全可以维持其反对意见。³⁷⁸

219. 这方面的一个真正问题是，这些国家或国际组织是否应正式确认其反对，抑或应认为反对适用于新提出的保留？从惯例上看这种连续性的推定，是没有什么疑问的：如上文指出的，³⁷⁹ 部分撤回保留导致撤回反对的情况似不存在，而且联合国秘书长作为保存人，似认为反对的连续性是不言而喻的。³⁸⁰ 这是相当符合逻辑的：部分撤回并未使原先的保留消失，又不构成新的保留；先验地，只要反对方未撤销反对，针对保留作出的反对就合法地继续适用。

220. 因此，似应制订关于部分撤回保留的后果的特定准则草案。该草案可措辞如下：

“2.5.12 部分撤回保留的后果

“部分撤回保留依新提出的保留更改保留的法律效力。针对该保留作出的反对在反对方未撤回反对之前继续生效。”

221. 该准则第二句的措辞似乎不需要特别解释；另一方面，应指出的是，第一句的措辞是参照 1969 年和 1986 年《维也纳公约》第 21 条的用语，³⁸¹ 但并未就保留和针对保留作出的反对的效果进行深入讨论。

³⁷⁷ 见上文第 201 段和脚注 369。

³⁷⁸ 尽管它们可能不会利用部分撤回保留的机会提出新的反对(见上文第 208 段)。

³⁷⁹ 脚注 354。

³⁸⁰ 见上文脚注 366。丹麦、芬兰、墨西哥、荷兰、挪威和瑞典对阿拉伯利比亚民众国的保留的反对在保留重新提出之后未做更改，继续载入《交给秘书长保存的多边条约》(见上文脚注 178)，第 251-259 页。

³⁸¹ 见第 21 条第 1 款：

“按照第 19 条、第 20 条和第 23 条，对另一当事国确立的一项保留：

(a) 对保留国或国际组织而言，在其与该另一当事方的关系上，在保留的范围内，改变该保留所涉及的条约规定。”

³⁷⁴ 见准则草案 2.5.7(上文第 184 段)。

³⁷⁵ 同上(“……无论它们接受保留还是反对保留”)。

³⁷⁶ 见准则草案 2.5.8(上文第 184 段)：“在撤回保留国或国际组织与一反对保留并反对条约在其与保留国或国际组织之间生效的一国或国际组织的关系上，撤回保留引起条约生效的后果”。

附件

委员会通过或特别报告员提议的所有准则草案的综合案文*

实践指南

1. 定义

1.1 保留的定义¹

“保留”是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，不论其措辞或名称如何，该国或该组织意图籍此排除或更改条约中某些规定对该国或该国际组织适用时的法律效力。

1.1.1 保留的目的²

保留的目的，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提出保留的国家或国际组织适用时的法律效力。

1.1.2 可提出保留的实例³

根据准则 1.1 提出保留的实例，包括以《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 条提及的表示同意接受条约拘束的种种方式。

1.1.3 [1.1.8] 有领土范围的保留⁴

* 特别报告员提议、但未经委员会通过的准则草案用楷体。

¹ 本项准则草案评注，见《1998 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 102-103 页。

² 本项准则草案评注，见《1999 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 99-101 页。

³ 本项准则草案评注，见《1998 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 106-107 页。

⁴ 同上，第 107-108 页。

一国提出单方面声明，意图籍此排除条约或其中某些规定对某一领土的适用——如无此项声明条约即可适用，此项声明即构成保留。

1.1.4 在通知领土内适用时提出的保留⁵

一国在通知条约可在其领土范围内适用时提出单方面声明，意图籍此排除条约或更改其中某些规定在其领土适用时的法律效力，此项声明即构成保留。

1.1.5 旨在限制声明方义务的声明⁶

一国或一国际组织在表示同意接受条约拘束时提出单方面声明，意图籍此限制该条约施加于它的义务，此项声明即构成保留。

1.1.6 旨在以相当方式履行义务的声明⁷

一国或一国际组织于表示同意接受条约拘束时提出单方面声明，意图以不同于条约规定的相当方式依照条约履行义务，此项声明即构成保留。

1.1.7 联合提出的保留⁸

若干国家或若干国际组织联合提出一项保留，不影响该保留的单方面性质。

⁵ 同上，第 108-109 页。

⁶ 本项准则草案评注，见《1999 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 101-103 页。

⁷ 同上，第 103 页。

⁸ 本项准则草案评注，见《1998 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 109-110 页。

1.1.8 根据排除条款作出的保留⁹

一国或一国际组织在表示同意接受条约拘束时，根据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的某些规定对其适用的法律效力，此项声明即构成保留。

1.2 解释性声明的定义¹⁰

“解释性声明”，无论如何措辞或赋予何种名称，都指一国或一国际组织为了确定或阐明声明方对条约或其中若干条款赋予的含义或范围而作出的单方面声明。

1.2.1 有条件解释性声明¹¹

一国或一国际组织在签署、批准、正式确认、接受、核可或加入条约时提出单方面声明，或一国在通知对条约的继承时提出单方面声明，从而使该国或该国际组织同意受条约拘束一事取决于对条约或对其某些规定的特定解释，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¹²

若干国家或国际组织联合提出的解释性声明，不影响该解释性声明的单方面性质。

1.3 保留和解释性声明之间的区别¹³

作为保留或解释性声明的单方面声明，其性质由它意图产生的法律效力决定。

1.3.1 对保留和解释性声明加以区别的方法¹⁴

⁹ 本项准则草案评注，见《2000年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第111-116页。

¹⁰ 本项准则草案评注，见《1999年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第103-114页。

¹¹ 同上，第110-113页。

¹² 同上，第113-114页。

¹³ 同上，第114页。

¹⁴ 同上，第114-117页。

为了确定一国或一国际组织对一条约提出的单方面声明是保留还是解释性声明，应当参照所针对的条约，根据其用语的普通含义，本着善意解释该声明。应该适当考虑到该国或该国际组织提出声明时的意图。

1.3.2 措辞和名称¹⁵

可从单方面声明措辞和名称看出意图产生的法律效力。当一国或一国际组织就单一条约提出若干单方面声明并且指定其中一些为保留，另一些为解释性声明时，尤其是如此。

1.3.3 在禁止保留时提出单方面声明¹⁶

在条约禁止对其所有条款或其中某些条款作出保留的情况下，不应将一国或一国际组织就有关条款提出的单方面声明视为保留，除非此项声明意图排除或更改条约的某些条款或整个条约的特定方面在对声明方适用时具有的法律效力。

1.4 有别于保留和解释性声明的单方面声明¹⁷

就条约提出的既非保留也非解释性声明的单方面声明不属于本《实践指南》的范围。

1.4.1 旨在作出单方面承诺的声明¹⁸

一国或一国际组织对条约提出的单方面声明，意图籍此承担条约未加诸声明方的义务，则此项声明构成单方面承诺，不属于本《实践指南》的范围。

1.4.2 旨在增添条约内容的单方面声明¹⁹

一国或一国际组织提出单方面声明，意图籍此增

¹⁵ 同上，第117-119页。

¹⁶ 同上，第119-120页。

¹⁷ 同上，第120页。

¹⁸ 同上，第121页。

¹⁹ 同上，第122页。

添条约的内容，则此项声明构成更改条约内容的提议，不属于本《实践指南》的范围。

1.4.3 不承认声明²⁰

一国提出单方面声明，表明该国对条约的参与并不意味着对该国不承认的某一实体予以承认，则此项声明构成不承认的声明并且不属于本《实践指南》的范围，即使该声明的目的是排除条约在声明国与声明国不予承认的实体之间的适用。

1.4.4 一般性政策声明²¹

一国或一国际组织提出单方面声明以表达该国或该组织对条约或条约所涵盖的主题事项的意见，如该声明的目的不在于产生对条约的法律效力，则此项声明构成一般政策声明并且不属于本《实践指南》的范围。

1.4.5 关于在内部履行条约的方式的声明²²

一国或一国际组织提出单方面声明以说明该国或该组织意图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国的权利和义务，则此项声明构成解释性说明并且不属于本《实践指南》的范围。

1.4.6 根据任择条款作出的单方面声明²³

1. 一国或一国际组织根据条约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并非该条约加诸缔约方的一项义务，则此项声明不属于本《实践指南》的范围。

2. 此项声明中载列的限制或条件不构成本《实践指南》所指的保留。

²⁰ 同上，第 122-124 页。

²¹ 同上，第 124-126 页。

²² 同上，第 126-128 页。

²³ 本项准则草案评注，见《2000 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 116-118 页。

1.4.7 对条约规定作出选择的单方面声明²⁴

一国或一国际组织根据条约所载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之间作一选择，则此项声明不属于本《实践指南》的范围。

1.5 对双边条约的单方面声明²⁵

1.5.1 对双边条约的“保留”²⁶

一国或一国际组织草签或签署了一项双边条约但在该条约生效前提出了单方面声明，意图藉此促使另一缔约方更改条约的规定，作为它表示最后同意接受拘束的条件，则此项声明无论措辞或名称为何，均不构成本《实践指南》所指的保留。

1.5.2 对双边条约的解释性声明²⁷

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。

1.5.3 对双边条约的解释性声明获得另一缔约方接受所产生的法律效力²⁸

作为双边条约缔约方的国家或国际组织，对该条约作出的解释性声明产生并获得另一缔约方接受的解释，构成对条约的权威解释。

1.6 定义的范围²⁹

《实践指南》本章所载列的单方面声明的定义，不妨碍按照对它们适用的规则，允许发表此类声明与否及声明之效力。

²⁴ 同上，第 118-120 页。

²⁵ 本项准则草案评注，见《1999 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 128 页。

²⁶ 同上，第 128-133 页。

²⁷ 同上，第 133-134 页。

²⁸ 同上，第 134-135 页。

²⁹ 同上，第 135-136 页。

1.7 替代保留和解释性声明的程序

1.7.1 替代保留的程序³⁰

为了达到与保留类似的效果，国家和国际组织也可采取替代程序，例如：

(a) 在条约中增列旨在限定其范围或适用的限制条款；

(b) 根据一条约的明确规定缔结协定，使两个或两个以上国家或国际组织可根据协定免除或更改该条约中的若干条款在它们之间的法律效力。

1.7.2 替代解释性声明的程序³¹

为了确定或阐明一条约或其中若干规定的含义或范围，国家和国际组织也可采用替代解释性声明的程序，例如：

(a) 在条约中增列旨在解释该条约的规定；

(b) 为同一目的缔结补充协定。

2. 程序

2.1 保留的形式和通知

2.1.1 书面形式³²

保留须书面形式提出。

2.1.2 正式确认的形式³³

如须正式确认某项保留，则必须以书面形式提出。

³⁰ 本项准则草案评注，见《2000年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第121-127页。

³¹ 同上，第127页。

³² 有关本项准则草案的介绍，见关于对条约的保留的第六次报告，《2001年……年鉴》，第二卷(第一部分)，A/CN.4/518和Add.1-3号文件，第157页，第49段。

³³ 同上。

[2.1.3 在国际一级提出保留的权限³⁴

在符合作为条约保存人的国际组织惯例的情况下，有权代表一国或一国际组织通过或确认条约案文或表示一国或一国际组织同意接受条约拘束的任何人士，均有权以该国或该国际组织的名义提出保留。]

[2.1.3 在国际一级提出保留的权限

1. 在符合作为条约保存人的国际组织惯例的情况下，以下人士有权代表一国或一国际组织提出保留，如果：

(a) 该人士出示适当全权证书，表明有权通过或确认涉及提出保留的条约案文、或有权表示该国或该组织同意接受该条约拘束；或

(b) 从惯例或其他情况看，有关国家和国际组织的意图是认为该人士拥有为此类目的的权限，无须出示全权证书。

2. 以下人士因其职务无须出示全权证书，有权代表一国在国际一级提出保留：

(a) 国家元首、政府首脑和外交部长；

(b) 各国为针对国际会议通过的条约提出保留而派驻该国际会议的代表；

(c) 各国为针对一国际组织或该组织的一个机关通过的条约提出保留而派驻该国际组织或机关的代表；

[(d) 为针对派驻国与一国际组织间的某项条约提出保留而常驻该国际组织的代表团团长。]]

[2.1.3之二 在内部提出保留的权限³⁵

³⁴ 有关本项准则草案两种备选案文的介绍，见同上，第157-160页，第53-71段。

³⁵ 有关本项准则草案的介绍，见同上，第160-161页，第72-77段。

确定内部提出保留的主管机构和应遵循的程序是每个国家或国际组织内部法律规定的事项。]

2.1.4 违反与提出保留有关的内部规则在国际一级不产生影响³⁶

一国或一国际组织不得援引某项保留的提出违反了该国国内法规定或该组织有关提出保留的权限和程序的事实，认定该项保留无效。

2.1.5 保留的告知³⁷

1. 保留必须书面形式告知缔约国、缔约组织以及有权成为条约缔约方的其他国家和国际组织。

2. 如果一现行条约是一国际组织的组成文书，或是据以设立有权接受保留的审议机关，则对该条约的保留也必须告知该组织或机关。

2.1.6 保留告知的程序³⁸

1. 除非条约另有规定或缔约国和缔约组织另有协议，对条约的保留的有关告知：

(a) 如果没有保存人，应由提出保留者直接送交缔约国和缔约组织以及有权成为条约缔约方的其他国家和国际组织；或者

(b) 如果有保存人，则应送交保存人，保存人应尽早通知保留所要送交的国家或组织。

2. 如果对条约的保留是以电子邮件告知，则必须以普通邮件[或传真]加以确认。

2.1.7 保存人的职能³⁹

1. 保存人应审查由一国或一国际组织提出的对某一条约的保留是否具有应有的适当形式。

2. 如果一国或一国际组织与保存人对保存人履行职能有分歧，保存人就应将此问题：

(a) 提请各签署国和签署组织以及缔约国和缔约组织注意；或

(b) 酌情提请有关国际组织的主管机关注意。

2.1.7 之二 关于明显不能允许的保留⁴⁰

1. 如果保存人认为一项保留明显不能允许时，保存人应提请该保留的提出人注意保存人认为的构成这种不能允许的状况。

2. 如果提出保留人坚持该项保留，保存人应将保留的案文告知各签署国或签署组织和各缔约国和缔约国际组织，并附上他与保留提出人交换意见的情况。

2.1.8 与保留有关的告知的有效日期⁴¹

与保留有关的告知只有在接收保留的国家或组织收悉后，才应视为业经保留提出者作出。

³⁶ 有关本项准则草案的介绍，见同上，第 161 页，第 78-82 段。

³⁷ 有关本项准则草案的介绍，见同上，第 163-169 页，第 99-129 段。

³⁸ 有关本项准则草案的介绍，见同上，第 170-173 页，第 135-154 段。

³⁹ 有关本项准则草案的介绍，见同上，第 174-177 页，第 156-170 段。

⁴⁰ 有关本项准则草案的介绍，见本报告上文第 44-46 段。

⁴¹ 有关本项准则草案的介绍，见《2001 年……年鉴》(上文脚注 32)，第 174 页，第 155 段。

2.2 对签署时提出的保留的确认

2.2.1 在签署条约时提出的保留的正式确认⁴²

凡在签署须经批准、正式确认、接受或核准的条约时提出的保留，须由保留国或保留国际组织在表示同意接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。

2.2.2 在签署条约时提出的保留无须予以确认的情况⁴³

如一国或一国际组织通过签署条约表示同意接受其拘束，在签署该条约时提出的保留无须事后予以确认。

2.2.3 条约明文规定可在签署时提出的保留⁴⁴

如一条约明文规定一国或一国际组织可以选择在签署条约时提出保留，在当时提出的保留无须由保留国或保留国际组织在表示同意接受条约拘束时正式予以确认。

2.3 过时提出的保留⁴⁵

2.3.1 过时提出的保留⁴⁶

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出保留，但如果其他缔约方不反对过时提出保留者除外。

2.3.2 接受过时提出的保留⁴⁷

除非条约另有规定，或保存人采取不同惯例，如缔约方在收到通知之日起 12 个月期限届满之后，仍未对过时提出的保留提出反对，该保留应被认为已为该缔约方接受。

2.3.3 反对过时提出的保留⁴⁸

如一条约缔约方反对过时提出保留，则条约应在该项保留不成立的情况下对保留国或国际组织生效或继续有效。

2.3.4 事后采用保留以外的其他程序排除或更改条约的法律效力⁴⁹

条约缔约方不得通过下列办法排除或更改条约各项规定的法律效力：

- (a) 对先前作出的保留加以解释；或
- (b) 事后根据任择条款作出单方面声明。

2.4 解释性声明的程序

2.4.1 提出解释性声明⁵⁰

解释性声明须由有权代表一国或一国际组织通过或认证条约案文或表示该国或国际组织同意接受条约拘束的人提出。

⁴² 本项准则草案评注，见《2001 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 202-205 页。

⁴³ 同上，第 205-206 页。

⁴⁴ 同上，第 206-207 页。

⁴⁵ 本标题评注，见同上，207 页。

⁴⁶ 本项准则草案评注，见同上，第 207-212 页。

⁴⁷ 同上，第 212-214 页。

⁴⁸ 同上，第 214 页。

⁴⁹ 同上，第 214-216 页。

⁵⁰ 有关本项准则草案的介绍，见关于对条约的保留的第六次报告，《2001 年……年鉴》(上文脚注 32)，第 162-163 页，第 88-90 段。

[2.4.1 之二 在内部提出解释性声明的权限⁵¹

1. 确定内部提出解释性声明的主管机构和所应遵循的程序是每一国的国内法或每一国际组织的有关规则所处理的事项。

2. 一国或一国际组织不得援引某项解释性声明的提出违反了关于提出解释性声明的权限和程序的该国国内法规定或该组织规则的事实，认定该解释性声明无效。]

2.4.2 有条件解释性声明的提出⁵²

1. 有条件解释性声明须以书面形式提出。必要时，有条件解释性声明须以同样方式予以正式确认。

2. 有条件解释性声明必须书面告知缔约国、缔约组织以及有权成为条约缔约方的其他国家和国际组织。有条件解释性声明如果涉及对一项作为一国际组织组成文书或据以设立有权接受保留的审议机关的现行条约，也必须告知该组织或机关。

2.4.3 可以提出解释性声明的时刻⁵³

在不妨碍准则 1.2.1、2.4.6、2.4.7 等项规定的条件下，解释性声明可随时提出。

2.4.4 无须确认在签署条约时提出的解释性声明⁵⁴

如一国或一国际组织表示同意接受其条约拘束，在签署该条约时提出的解释性声明无须事后予以确认。

2.4.5 正式确认在签署条约时提出的有条件解释性声明⁵⁵

凡在签署须经批准、正式确认、接受或核准的条约时提出的有条件解释性声明，须由声明国或声明国际组织在表示同意接受条约拘束时正式予以确认。遇此情形，该项解释性声明应被认为在其确认之日提出。

2.4.6 过时提出的解释性声明⁵⁶

当条约规定只能在特定时间内提出解释性声明时，一国或一国际组织不得在其后提出解释性声明，除非其他缔约方不反对该项过时提出的解释性声明。

2.4.7 过时提出的有条件解释性声明⁵⁷

在表示同意接受条约拘束之后，一国或一国际组织不得提出有关该条约的有条件解释性声明，除非其他缔约方不反对该项过时提出的有条件解释性声明。

2.4.9 有条件解释性声明的告知⁵⁸

1. 有条件解释性声明必须以书面形式告知缔约国和缔约组织以及有权成为条约缔约方的其他国家和国际组织，其条件与保留相同。

2. 对一项作为一国际组织组成文书或据以设立有权接受保留的审议机关的现行条约的有条件解释性声明，也必须告知该组织或机关。

⁵¹ 同上，第 163 页，第 91-95 段。

⁵² 同上，第 162 页，第 83-87 段。

⁵³ 本项准则草案评注，见《2001 年……年鉴》(上文脚注 42)，第 216-217 页。

⁵⁴ 同上，第 217 页。

⁵⁵ 同上，第 217-218 页。

⁵⁶ 同上，第 218 页。

⁵⁷ 同上，第 218 页。

⁵⁸ 有关本项准则草案的介绍，见关于对条约的保留的第六次报告，《2001 年……年鉴》(上文脚注 32)，第 177 页，第 171-173 段。

外交保护

[议程项目 4]

A/CN.4/523 和 Add.1 号文件

特别报告员约翰·杜加尔德先生
关于外交保护的第三次报告

[原件：英文/法文]

[2002 年 3 月 7 日和 4 月 16 日]

目 录

		页次
本报告引用的多边文书.....		58
本报告引用的著作.....		59
	段次	
导言.....	1-7	64
A. 外交保护问题研究的现状.....	1-10	64
B. 特别报告员的工作方式.....	11-12	65
C. 条款草案的未来方向.....	13-17	65
章次		
一. 必须用尽当地补救办法的一般原则的例外.....	18-101	66
第 14 条.....		66
A. 徒劳(第 14 条(a)项).....	18-45	67
B. 放弃要求和禁止反言(第 14 条(b)项).....	46-64	74
C. 自愿联系和领土联系(第 14 条(c)和(d)项).....	65-89	79
D. 不当拖延(第 14 条(e)项).....	90-99	85
E. 拒绝接触(第 14 条(f)项).....	100-101	87
二. 举证责任.....	102-118	88
第 15 条.....		88
三. 卡尔沃条款.....	119-158	92
第 16 条.....		92
A. 导言.....	119	92
B. 历史.....	120-122	92
C. 范围.....	123-124	93
D. 美洲国家的编纂努力.....	125-131	93
E. 编纂：国际情况.....	132-135	94
F. 国家实践.....	136	95
G. 司法裁决.....	137-148	96

H. 学者意见.....	149	98
I. 最新情况.....	150-156	100
J. 结论.....	157-158	101

本报告引用的多边文书

来源

- 《外侨权利公约》[英](1902年1月29日,墨西哥城) 《1889-1928年美洲国家国际会议》,第91页。
- 《限制使用武力索取合同债务公约》[英](《波特公约》)(1907年10月18日,海牙) J.B.Scott 编辑,《1899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。
- 《美洲国家仲裁总条约》[英](1929年1月5日,哥伦比亚特区华盛顿) 《1923-1937年美利坚合众国与其他国家条约、公约、国际文件、议定书和协议》(哥伦比亚特区华盛顿,美国政府出版局,1938年),第四卷,第4756页。
- 《关于国家权利和义务的公约》[英](1933年12月26日,蒙得维的亚) 国际联盟,《条约汇编》[英],第一六五卷,第3802号,第19页。
- 《美洲和平解决条约》(波哥大公约)[英](1948年4月30日,波哥大) 联合国,《条约汇编》,第30卷,第449号,第55页。
- 《关于解决国家与他国国民之间投资争端公约》[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。
- 《公民及政治权利国际公约》(旧译《公民及政治权利国际盟约》;又称《公民权利和政治权利国际公约》)(1966年12月16日,纽约) 同上,第999卷,第14668号,第171页。
- 《安第斯分区域一体化协定》(《卡塔赫纳协定》或《安第斯条约》)[英](1969年5月26日,波哥大) 《国际法律资料》,第八卷,第5号(1969年9月),第910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) 联合国,《条约汇编》,第1144卷,第17955号,第123页。
- 《外空物体所造成损害之国际责任公约》[英](1972年3月29日,伦敦、莫斯科、哥伦比亚特区华盛顿) 同上,第961卷,第13810号,第187页。
- 《多边投资担保机构公约》[英](1985年10月11日,首尔) 同上,第1508卷,第26012号,第99页。
- 《美利坚合众国政府、加拿大政府和墨西哥合众国政府达成的北美自由贸易协定》[英](1992年12月17日,墨西哥城、渥太华、哥伦比亚特区华盛顿) 《北美自由贸易协定》,第一卷(哥伦比亚特区华盛顿,美国政府出版局,1993年)。

本报告引用的著作

- ADEDE, A. O.
 “A survey of treaty provisions on the rule of exhaustion of local remedies”, *Harvard International Law Journal*, vol. 18, No. 1, winter 1977, pp. 1–17.
- AMERASINGHE, C. F.
 “The exhaustion of procedural remedies in the same court”, *International and Comparative Law Quarterly* (London), vol. 12, 1963, pp. 1285–1325.
State Responsibility for Injuries to Aliens. Oxford, Clarendon Press, 1967. 324 p.
 “The local remedies rule in an appropriate perspective”, *Heidelberg Journal of International Law*, vol. 36, 1976, pp. 727–759.
 “Whither the local remedies rule?”, *ICSID Review: Foreign Investment Law Journal* (Washington, D.C.), vol. 5, No. 2, 1990, pp. 292–310.
Local remedies in international law. Cambridge, Grotius, 1990. 410 p.
- BAGGE, Algot
 “Intervention on the ground of damage caused to nationals, with particular reference to exhaustion of local remedies and the rights of shareholders”, *British Year Book of International Law, 1958* (London), vol. 34, 1959, pp. 162–175.
- BETETA, Ramón and Ernesto HENRÍQUEZ
 “La protección diplomática de los intereses pecuniarios extranjeros en los Estados de América”, *Proceedings of the Eighth American Scientific Congress held in Washington, May 10–18, 1940*. Washington, D.C., Department of State, 1943. Vol. X, pp. 27–48.
- BORCHARD, Edwin M.
The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or the Law of International Claims. New York, Banks Law Publishing, 1915. 988 p.
- “Decisions of the Claims Commissions, United States and Mexico”, *American Journal of International Law* (Washington, D.C.), vol. 20, 1926, pp. 536–542.
 “Theoretical aspects of the international responsibility of States”, *Heidelberg Journal of International Law*, vol. 1, 1929, pp. 223–250.
 “‘Responsibility of States’, at The Hague Codification Conference”, *American Journal of International Law* (Washington, D.C.), vol. 24, 1930, pp. 517–540.
 “The local remedy rule”, *American Journal of International Law* (Washington, D.C.), vol. 28, 1934, pp. 729–733.
- BRIGGS, Herbert W.
 “The local remedies rule: a drafting suggestion”, *American Journal of International Law* (Washington, D.C.), vol. 50, 1956, pp. 921–927.
- BROWNLIE, Ian
Principles of Public International Law. 5th ed. Oxford, Oxford University Press, 1998. 743 p.
- CALVO, Carlos
Le droit international théorique et pratique. 5th rev. ed. Paris, Rousseau, 1896. Vol. VI. 595 p.
- CANÇADO TRINDADE, A. A.
The Application of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law: its Rationale in the International Protection of Individual Rights. Cambridge, Cambridge University Press, 1983. 443 p.
- CHAPPEZ, Jean
La règle de l'épuisement des voies de recours internes. Paris, Pedone, 1972. 263 p.
- CHENG, Bin
 “Burden of proof before the I. C. J.”, *International and Comparative Law Quarterly* (London), vol. 2, 1953, pp. 595–596.

- DAILLIER, Patrick and Alain PELLET
Droit international public. 6th rev. ed. Paris, LGDJ, 1999. 1455 p.
- DALRYMPLE, Christopher K.
 “Politics and foreign direct investment: the Multilateral Investment Guarantee Agency and the Calvo clause”, *Cornell International Law Journal*, vol. 29, No. 1, 1996, pp. 161–189.
- DALY, Justine
 “Has Mexico crossed the border on State responsibility for economic injury to aliens? Foreign investment and the Calvo clause in Mexico after the NAFTA”, *St. Mary’s Law Journal*, vol. 25, No. 3, 1994, pp. 1147–1193.
- DOEHRING, Karl
 “Local remedies, exhaustion of”, in Rudolf Bernhardt, ed., *Encyclopedia of Public International Law*. Amsterdam, Elsevier, 1997. Vol. III, pp. 238–242.
- DOLZER, Rudolf
 “New foundations of the law of expropriation of alien property”, *American Journal of International Law* (Washington, D.C.), vol. 75, 1981, pp. 553–589.
- DUGARD, John
 “Chief Justice versus President: does the ghost of Brown v Leyds NO still haunt our judges?”, *De Rebus*, September 1981, pp. 421–422.
- DUNN, Frederick Sherwood
The Protection of Nationals: a Study in the Application of International Law. Baltimore, Johns Hopkins Press, 1932. 228 p.
- EAGLETON, Clyde
The Responsibility of States in International Law. New York, New York University Press, 1928.
- FAWCETT, J. E. S.
The Application of the European Convention on Human Rights. Oxford, Clarendon Press, 1969. 368 p.
- FELLER, A. H.
 “Some observations on the Calvo clause”, *American Journal of International Law* (Washington, D.C.), vol. 27, 1933, pp. 461–468.
The Mexican Claims Commissions 1923–1934: a Study in the Law and Procedure of International Tribunals. New York, Macmillan, 1935. 572 p.
- FITZMAURICE, Sir Gerald
 “Hersch Lauterpacht—the scholar as judge: part I”, *British Year Book of International Law, 1961* (London), vol. 37, 1962, pp. 1–71.
- FREEMAN, Alwyn V.
The International Responsibility of States for Denial of Justice. London, Longmans, Green and Co., 1938.
 “Recent aspects of the Calvo doctrine and the challenge to international law”, *American Journal of International Law* (Washington, D.C.), vol. 40, 1946, pp. 121–147.
- GAJA, Giorgio
L’esaurimento dei ricorsi interni nel diritto internazionale. Milan, Giuffrè, 1967. 244 p.
- GARCÍA AMADOR, F. V.
 “State responsibility: some new problems”, *Recueil des cours de l’Académie de droit international de La Haye, 1958–II*. Leiden, Sijthoff, 1959. Vol. 94, pp. 369–491.
The Changing Law of International Claims. New York, Oceana, 1984. 953 p.
- “Calvo doctrine, Calvo clause”, in Rudolf Bernhardt, ed., *Encyclopedia of Public International Law*. Amsterdam, Elsevier, 1992. Vol. I, pp. 521–523.
- GARCÍA ROBLES, Alfonso
La cláusula Calvo ante el derecho internacional. Mexico, 1939.
- GECK, Wilhelm Karl
 “Diplomatic protection”, in Rudolf Bernhardt, ed., *Encyclopedia of Public International Law*. Amsterdam, Elsevier, 1992. Vol. I, pp. 1045–1067.

- GRAHAM, David E.
 “The Calvo clause: its current status as a contractual renunciation of diplomatic protection”, *Texas International Law Forum*, vol. 6, No. 2, winter 1971, pp. 289–308.
- GUGGENHEIM, Paul
Traité de droit international public: avec mention de la pratique internationale et suisse. 2nd rev. ed. Geneva, Librairie de l’Université, 1967. Vol. I. 352 p.
- HACKWORTH, Green Haywood
Digest of International Law. Washington, D.C., United States Government Printing Office, 1943. Vol. V. 851 p.
- HAESLER, Thomas
The Exhaustion of Local Remedies in the Case Law of International Courts and Tribunals. Leiden, Sijthoff, 1968. 164 p.
- HEAD, Ivan L.
 “A fresh look at the local remedies rule”, *Canadian Yearbook of International Law* (Vancouver), vol. V, 1967, pp. 142–158.
- HERDEGEN, Matthias
 “Diplomatischer Schutz und die Erschöpfung von Rechtsbehelfen”, in Georg Ress/Torsten Stein, eds., *Der diplomatische Schutz im Völker- und Europarecht: Aktuelle Probleme und Entwicklungstendenzen*. Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1996, pp. 63–71.
- HERSHEY, Amos S.
 “The Calvo and Drago doctrines”, *American Journal of International Law* (Washington, D.C.), vol. I, part I, No. 1, January 1907, pp. 26–45.
- HOFFMAN, Kenneth B.
 “State responsibility in international law and transboundary pollution injuries”, *International and Comparative Law Quarterly* (London), vol. 25, 1976, pp. 509–542.
- IPSEN, Knut
Völkerrecht. 3rd rev. ed. Munich, C. H. Beck, 1990. 1132 p.
- 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, pp. 323–605.
- JENNINGS, Sir Robert and Sir Arthur WATTS, eds.
Oppenheim’s International Law, vol. I, *Peace*. 9th ed. Harlow, Longman, 1992.
- JESSUP, Philip C.
A Modern Law of Nations: an Introduction. Hamden, Conn., Archon Books, 1968. 236 p.
- JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo
 “International responsibility”, in Max Sørensen, ed., *Manual of Public International Law*, London and Basingstoke, Macmillan, 1968, pp. 531–603.
- “International law in the past third of a century”, *Collected Courses of The Hague Academy of International Law, 1978–I*. Alphen aan den Rijn, Sijthoff & Noordhoff, 1979. Vol. 159, pp. 1–343.
- KAECKENBEECK, Georges
The International Experiment of Upper Silesia: a Study in the Working of the Upper Silesian Settlement 1922–1937. London, Oxford University Press, 1942. 867 p.
- KOKOTT, Juliane
The Burden of Proof in Comparative and International Human Rights Law: Civil and Common Law Approaches with Special Reference to the American and German Legal Systems. The Hague, Kluwer, 1998. 291 p.
- “The exhaustion of local remedies”. Interim report. International Law Association. *Report of the Sixty-Ninth Conference*. London, 2000.

LAUTERPACHT, Sir Hersch

The Development of International Law by the International Court. London, Stevens, 1958. 408 p.

LAUTERPACHT, H., ed.

Annual Digest of Public International Law Cases: Years 1931 and 1932. London, Butterworth, 1938.

Annual Digest and Reports of Public International Law Cases: Years 1933 and 1934. London, Butterworth, 1940.

LAW, Castor H. P.

The Local Remedies Rule in International Law. Geneva, Droz, 1961. (Thesis, University of Geneva).

LEFEBER, René

Transboundary Environmental Interference and the Origin of State Liability. The Hague, Kluwer, 1996. 365 p.

Lipstein, K.

“The place of the Calvo clause in international law”, *British Year Book of International Law, 1945* (London), vol. 22, pp. 130–145.

Mann, F. A.

“State contracts and international arbitration”, *British Year Book of International Law, 1967* (London), vol. 42, 1969, pp. 1–37.

MANNING-CABROL, Denise

“The imminent death of the Calvo clause and the rebirth of the Calvo principle: equality of foreign and national investors”, *Law and Policy in International Business* (Washington, D.C.), vol. 26, No. 4, summer 1995, pp. 1169–1200.

MCNAIR, Lord

International Law Opinions, vol. II, *Peace*. Cambridge, University Press, 1956. 415 p.

MCNAIR, Arnold D. and H. LAUTERPACHT, eds.

Annual Digest of Public International Law Cases: Years 1927 and 1928. London, Longmans, Green and Co., 1931. 592 p.

MERON, Theodor

“The incidence of the rule of exhaustion of local remedies”, *British Year Book of International Law, 1959* (London), vol. 35, 1960, pp. 83–101.

MOORE, John Bassett

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

A Digest of International Law, vols. II and VI. Washington, D.C., Government Printing Office, 1906.

MUMMERY, David R.

“The content of the duty to exhaust local judicial remedies”, *American Journal of International Law* (Washington, D.C.), vol. 58, 1964, pp. 389–414.

O’CONNELL, D. P.

International Law. 2nd ed. London, Stevens, 1970. Vol. 2. 1309 p.

OKOWA, Phoebe N.

State Responsibility for Transboundary Air Pollution in International Law. Oxford, Oxford University Press, 2000. 285 p.

OSCHMANN, Friedrich

Calvo-Doktrin und Calvo-Klauseln. Heidelberg, Verlag Recht und Wirtschaft, 1993. 453 p.

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, pp. 653–726.

RIPERT, Georges

“Les règles du droit civil applicables aux rapports internationaux”, *Recueil des cours de l’Académie de droit international de La Haye, 1933–II.* Paris, Sirey. Vol. 44, pp. 565–664.

ROBERTSON, Bernard

“Exhaustion of local remedies in international human rights litigation: the burden of proof reconsidered”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 39, part I, January 1990, pp. 191–196.

ROGERS, William D.

“Of missionaries, fanatics, and lawyers: some thoughts on investment disputes in the Americas”, *American Journal of International Law* (Washington, D.C.), vol. 72, 1978, pp. 1–16.

SCHACHTER, Oscar

“International law in theory and practice: general course in public international law”, *Collected Courses of The Hague Academy of International Law, 1982–V*. Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1985. Vol. 178, pp. 9–395.

SCHWARZENBERGER, Georg

International Law. 3rd ed. London, Stevens, 1957. Vol 1. 808 p.

SCHWEBEL, Stephen M.

International Arbitration: Three Salient Problems. Cambridge, Grotius, 1987. 303 p.

SCHWEBEL, Stephen M. and J. Gillis WETTER

“Arbitration and the exhaustion of local remedies”, *American Journal of International Law* (Washington, D.C.), vol. 60, 1966, pp. 484–501.

SEPÚLVEDA AMOR, Bernardo

“International law and national sovereignty: the NAFTA and the claims of Mexican jurisdiction”, *Houston Journal of International Law*, vol. 19, No. 3, spring 1997.

SEPÚLVEDA GUTIÉRREZ, César

La responsabilidad internacional del Estado y la validez de la cláusula Calvo. Mexico, 1944. (Thesis, National Faculty of Law and Social Sciences)

SERENI, Angelo Piero

Principi generali di diritto e processo internazionale. Milan, Giuffrè, 1955. 98 p.

Shea, Donald R.

The Calvo Clause: a Problem of Inter-American and International Law and Diplomacy. Minneapolis, University of Minnesota Press, 1955.

SIMPSON, J. L. and Hazel FOX

International Arbitration: Law and Practice. London, Stevens, 1959. 330 p.

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, pp. 545–584.

VERDROSS, Alfred and Bruno SIMMA

Universelles Völkerrecht: Theorie und Praxis. 3rd rev. ed. Berlin, Duncker & Humblot, 1984. 956 p.

VERZIJL, J. H. W.

“La règle de l'épuisement des recours internes”, *Annuaire de l'Institut de Droit International* (Basel), April 1956, vol. 46 (Grenada session).

WARBRICK, Colin

“Protection of nationals abroad”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 37, part 4, October 1988, pp. 1002–1012.

WHITEMAN, Marjorie M.

Digest of International Law. Vol. 8. Washington, D.C., United States Government Printing Office, 1967. 1291 p.

WITENBERG, J. C.

“La recevabilité des réclamations devant les juridictions internationales”, *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1932–III*. Paris, Sirey, 1933. Vol. 41, pp. 5–136.

ZAMORA, Stephen

“Allocating legislative competence in the Americas: the early experience under NAFTA and the challenge of hemispheric integration”, *Houston Journal of International Law*, vol. 19, No. 3, spring 1997, pp. 615–642.

导言¹

A. 外交保护问题研究的现状

1. 国际法委员会 1996 年第四十八届会议确定“外交保护”专题为适于编纂和逐渐发展的三项专题之一。² 同一年，大会 1996 年 12 月 16 日第 51/160 号决议请委员会按照第六委员会辩论期间提出的评论和意见，以及各国政府可能提出的任何书面评论，进一步审查该专题并指明其范围和内容。在 1997 年第四十九届会议期间，委员会按照大会上述决议在第 2477 次会议上设立了一个关于该专题的工作组。³ 工作组在同届会议上提交了一份报告，得到了委员会的核可。⁴ 工作组试图：(a) 尽可能阐明该专题的范围；(b) 确定应在该专题范围内所应研究的问题。工作组提出了一个关于审议该专题的大纲，委员会建议将该大纲作为特别报告员提交初步报告的基础。⁵
2. 在 1997 年 7 月 11 日第 2510 次会议上，委员会指定穆罕默德·本努纳先生为该专题特别报告员。⁶ 大会 1997 年 12 月 15 日第 52/156 号决议第 8 段赞同委员会关于将“外交保护”专题列入其议程的决定。
3. 在其 1998 年 4 月 28 日至 5 月 1 日的第 2520 至第 2523 次会议上，委员会审议了关于外交保护的初步报告⁷。⁸
4. 委员会于 1998 年 5 月 22 日第 2534 次会议上设立了一个不限成员名额工作组，由专题特别报告员本

努纳先生担任主席，审议根据对该专题着手处理方式的讨论可能得出的结论，并就特别报告员在 1999 年向委员会第五十一届会议提交的第二次报告应该处理的问题提供指导。工作组于 1998 年 5 月 25 日和 26 日举行了两次会议。关于该专题的处理方式，工作组除其他外，议定了下列各点：

(a) 习惯法处理外交保护问题的方式，应当是委员会关于该专题工作的基础；

(b) 专题应当处理涉及外交保护的国际法次要规则；只有在为明确拟订某项具体次要规则提供指导而必须澄清主要规则时才审议主要规则；

(c) 实行外交保护是国家的权利。在行使这项权利时，国家应当考虑到受其外交保护的国民的权利和利益；

(d) 关于外交保护专题的工作应当考虑到国际法的下述发展情况：日益承认和保护个人权利并使个人有更多机会直接和间接地在国际论坛上行使其权利。

5. 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。⁹
6. 1999 年本努纳先生辞去委员会职务。1999 年 7 月 14 日，委员会第 2602 次会议选举本报告的撰写人担任外交保护专题的特别报告员。¹⁰
7. 委员会 2000 年第五十二届会议审议了现任特别报告员的第一次报告。¹¹ 由于时间不够，委员会将对报告的审议推迟到 2001 年第五十三届会议。在同一届会议上，委员会召集了不限成员名额的非正式协商，由特别报告员担任主席，对条款草案第 1、第 3

¹ 特别报告员对 Zsuzsanna Deen-Racsmany 女士在编写本报告过程中提供的协助表示感谢。

² 《1996 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 101 页，第 248 段和第 141 页，附件二，补编 1。

³ 《1997 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 61 页，第 169 段。

⁴ 同上，第 171 段。

⁵ 同上，第 63-64 页，第 189-190 段。

⁶ 同上，第 64 页，第 190 段。

⁷ 《1998 年……年鉴》，第二卷(第一部分)，A/CN.4/484 号文件，第 337 页。

⁸ 同上，第一卷，第 4-32 页。

⁹ 同上，第 188-189 页，第 31-44 段。

¹⁰ 《1999 年……年鉴》，第一卷，第 2602 次会议，第 274 页，第 49 段；以及同上，第二卷(第二部分)，第 18 页，第 19 段。

¹¹ 《2000 年……年鉴》，第二卷(第一部分)，A/CN.4/506 和 Add.1 号文件，第 233 页。

和第 6 条进行研讨。¹² 委员会随后在第 2635 次会议上决定将条款草案第 1、第 3 和第 5 至第 8 条连同非正式协商的报告一并提交起草委员会。

8. 在 2001 年第五十三届会议上，委员会审议了特别报告员第一次报告的其余部分及其第二次报告。¹³ 于 2001 年 5 月 25 日和 7 月 9 日至 11 日分别举行的第 2680 次和第 2685 至第 2687 次会议上，委员会讨论了第一次报告。委员会还于 2001 年 7 月 12 日至 17 日举行的第 2688 至第 2690 次会议上审议了特别报告员的第二次报告。由于时间不够，委员会仅能审议第二次报告中有关条款草案第 10 至第 11 条的部分，并将报告中有关条款草案第 12 至第 13 条其余部分的审议工作推迟到 2002 年第五十四届会议。

9. 委员会在其 2001 年 7 月 12 日第 2688 次会议上决定将条款草案第 9 条移交起草委员会。在 2001 年 7 月 17 日第 2690 次会议上，委员会决定将条款草案第 10 至第 11 条也做同样处理。

10. 至今为止，起草委员会尚无机会议已提交它的任何条款草案。预期起草委员会将在 2002 年国际法委员会第五十四届会议期间开始这些条款草案的审议工作。

B. 特别报告员的工作方式

11. 外交保护专题有着法典编纂、公约、国家实践、判例和理论学说方面的大量权威典据。实际上，大概可以说没有任何其他的国际法部门能够有着如此丰富的权威根据。但是，这并不意味着关于外交保护的一般规则或者关于用尽当地补救办法的具体规则就必然清楚明确。情况恰恰相反，各种权威往往彼此不一和相互矛盾，并指向不同的方向。在这种情况下，委员会的工作就是在竞合规则之间做出选择。在做出这一选择时，委员会应当既以支持某项规则之权威的份量为指导，同时又得考虑到该规则在现代国际社会中的

公正性。虽然委员会的工作主要是进行编纂，但它在各项提出的规则当中做选择时，则确实是在逐步发展有关的法律。

12. 特别报告员的职责不是要求委员会接受某项规则，而是给委员会摆出所有的权威典据和各种选择，以便委员会选择适当的规则。决定权是在委员会而不是特别报告员手上。有时特别报告员会向委员会提出若干选择。但在多数情况下，特别报告员会提出他认为最适于所有情况的某项规则。本报告的解释部分列入了各种竞合规则或某规则的各种不同措辞，以及支持这些规则的权威根据，以便委员会在倾向于选择特别报告员建议以外的某项规则或措辞时，可以作出知情的选择。

C. 条款草案的未来方向

13. 关于外交保护的第一次报告主要讨论求偿的国籍问题，而第二次报告则介绍了用尽当地补救办法规则。本报告仅讨论两项条款草案：即第 14 条，审议在何种情况下不必用尽当地补救办法；以及第 15 条，讨论在适用当地补救规则时的举证责任。特别报告员打算再另写一章，讨论在当地补救规则的历史和发展过程中十分突出的两个有争议的议题：即卡尔沃条款¹⁴和拒绝司法。特别报告员知道，有人反对在关于外交保护的条款草案中列入有关拒绝司法的条款，理由是这一概念基本上属于(但当然不完全属于)主要规则的领域。¹⁵ 尽管如此，特别报告员认为，委员会必须正确决定是否列入这样一项条款，因为它对当地补救规则的探讨的重要性不亚于丹麦王子对《哈姆雷特》的重要性。外交保护专题与拉丁美洲历史和判例有着源远流长的关系。这段历史主要涉及拒绝司法概念的范围和内容以及卡尔沃条款的法律后果。因此，要正确研究外交保护专题，就不能回避对这两项议题的审议。

¹² 非正式协商的报告见《2000 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 88-89 页，第 495 段。

¹³ 《2001 年……年鉴》，第二卷(第一部分)，A/CN.4/514 号文件，第 101 页。

¹⁴ 见《1956 年……年鉴》[英]，第二卷，A/CN.4/96 号文件，第 206-208 页。

¹⁵ 《2001 年……年鉴》(见上文脚注 13)，第 106 页，第 10 段。

14. 求偿国籍问题的关键成分之一，即法人国籍问题，尚有待在条款草案中讨论。第四次报告将介绍关于这一问题的若干条款。特别报告员提议，如果时间允许的话，不妨在本届会议第二期会议期间由一个工作组审议关于这一问题的初步建议。

15. 上文第 14 段所述的条款草案被审议之后，对传统意义上外交保护次要规则的研讨即告结束。特别报告员提议，委员会不应谋求将条款草案的范围扩大至通常传统上被视为属于求偿国籍和用尽当地补救办法规则的事项以外。如果这项提议被采纳，就应当有可能在本五年期结束之前完成本项研讨的一读和二读。

16. 有人建议扩大目前条款草案的范围，使其包括一些与求偿国籍问题有关但传统上不属于该领域的事项。¹⁶ 这些事项包括：(a) 国际组织对其官员的职能保护；¹⁷ (b) 船舶或飞行器国籍国为船员或机组人员，甚至为乘客(无论有关个人的国籍为何)提出求偿

的权利；¹⁸ (c) 一国根据他国的授权而对他国国民行使外交保护的情况；以及(d) 某国家或国际组织管理或控制某一领土的情况。

17. 特别报告员反对扩大条款草案范围以便纳入这些事项。他特别反对在目前的研讨中纳入职能保护问题。这是一个十分复杂的问题，将使委员会超越人们传统上所理解的外交保护范畴，并肯定会导致在本五年期无法完成本专题条款草案。这并不是说，职能保护不是一个重要问题。它当然是个重要问题。但是，如果委员会认为应当研讨这项专题的话，则建议对它另行单独研讨。特别报告员将会欢迎委员会作出这样的决定，因为该研讨将利用本专题条款，并对其加以补充。在上一个五年期内，人们经常提出这一问题，而且显然大多数成员都反对在目前的专题研讨中纳入职能保护问题。现在应当是立即和最终解决问题的时候了。

¹⁶ 同上，第二卷(第二部分)，第 222 页，第 183 段。

¹⁷ 见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 174 页。

¹⁸ 见“赛加羚羊号”案(第 2 号)(圣文森特和格林纳丁斯诉几内亚)，判决，《海洋法法庭案例汇编》，1999 年，第 172 段，转载于《国际法律资料》，第 38 卷(1999 年 7 月)，第 1357 页。

第一章

必须用尽当地补救办法的一般原则的例外

“第 14 条

“在下列情况下，无需用尽当地补救办法：

“(a) 当地补救办法：

“(一) 显属徒劳(选择 1)

“(二) 没有合理的成功机会(选择 2)

“(三) 没有提供获得有效补救办法的合理可能性(选择 3)；

“(b) 被告国明示或默示放弃用尽当地补救办法的要求，或基于禁止反言不得提出这项要求；

“(c) 受害人与被告国之间没有自愿联系；

“(d) 国际求偿所依据的国际不法行为不是在被告国领土管辖范围内实施的；

“(e) 不当拖延提供当地补救办法的责任在被告国一方；

“(f) 被告国阻止受害人接触被告国内提供当地补救办法的有关机构。”

A. 徒劳(第 14 条(a)项)

“第 14 条

“在下列情况下，无需用尽当地补救办法：

“(a) 当地补救办法：

“(一) 显属徒劳(选择 1)

“(二) 没有合理的成功机会(选择 2)

“(三) 没有提供获得有效补救办法的合理可能性(选择 3)……”

1. 初步意见

18. 关于外交保护的第二次报告提议，一国对其国民所遭受的损害，在该受害国民用尽“一切可以利用的当地法律补救办法”以前，不得提出国际要求(第 10 条第 1 款)。¹⁹ 国际法委员会和大会第六委员会辩论时均有人建议修订这项条款，要求用尽“一切可以利用的充分和有效的*当地法律补救办法”。²⁰ 这项建议可以理解，因为除了与今后的工作有关的段落外，²¹ 第二次报告未提及补救办法必须“有效”(或不得为“无效”)这一要求。该段旨在表明第三次报告将处理这一问题。

19. 没有人反对在第 10 条中列入应当具有可以利用的充分和有效的补救办法这样的措辞，但前提是必须另立一条关于无效或徒劳的补救办法的条款。如第 15 条所示，在大多数情况下，是否有当地补救办法及其效力方面的举证责任由不同当事方承担。被告国将被要求证明有当地补救办法可用，求偿国将被要求证明此类补救办法无效或徒劳。因此，无效问题属当地补救办法规则的例外情况，本条款便是如此处置。

¹⁹ 《2001 年……年鉴》(见上文脚注 13)，B 节，第 105 页。

²⁰ 《2002 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 177 段。

²¹ 《2001 年……年鉴》(见上文脚注 13)，第 122 页，第 67 段。

20. 某项当地补救办法在如下情况下便为无效：“显属徒劳”、“没有合理的成功机会”或“没有提供获得有效补救办法的合理可能性”(上文第 14 条(a)项)。这些措辞比“无效”这一泛泛用语更为精确，因此，法庭和著作者在阐述无效的当地补救办法这一现象时更愿用这些措辞。“显属徒劳”这一检验标准高于“没有合理的成功机会”这一检验标准，而“没有提供获得有效补救办法的合理可能性”这一检验标准居中。所有这三项备选案文都提交委员会审议。它们都有一些权威人士的支持。

21. 拒绝司法这一概念在很大程度上属主要规则范畴。但它与当地补救办法规则的许多特点密切相关，包括无效这一特点，因此可以说具有次要规则的性质。正如关于外交保护的第二次报告所建议的那样，²² 拒绝司法与免除诉诸其他补救办法问题相关时可能被视为次要规则，当它涉及国际责任时则被视为主要规则。国际法编纂会议(1930 年，海牙)第三委员会一读通过的相关条款很好地阐述了拒绝司法的双重性质，其中第 9 条规定，拒绝司法在以下情况下应定义为一项主要规则，即如果一外国人“在行使其寻求司法补救办法的权利时受到司法部门的阻挠，或在诉讼过程中遭遇到意味着拒绝司法的不合理障碍或拖延”，²³ 同时，拒绝司法也具有次要规则的性质，因为它可在该外国人遭遇拒绝司法时免除其用尽当地补救办法的义务(第 4 条第 2 款)。

22. 将尽一切努力避免在本评注中使用拒绝司法一词。但这并非总能做到，因为当地补救办法规则与拒绝司法历来互为关联。如本报告导言所示，将在适当的时候审议拒绝司法在本条款草案中的位置。

2. 导言

23. 如果当地补救办法无效或用尽这些补救办法也属徒劳，则无需用尽当地补救办法。其理由在于不要求求偿人在外国用尽司法手段，“如果该国并无任何司

²² 同上，第 106 页，第 10 段。

²³ 《1956 年……年鉴》[英](见上文脚注 14)，加西亚·阿马多尔先生关于国际责任的报告，第 226 页。

法办法可供利用”。²⁴ 这项原则得到了司法判决、²⁵ 法学理论、²⁶ 国家实践²⁷ 和当地补救办法规则编纂工作²⁸ 的赞同。一读通过的国家责任条款草案第 22 条要求只需用尽那些“有效的”补救办法。²⁹ 这项原则尽管已被接受，但对其确切措辞有争议，下文将予以表述。

24. 必须在利用当地补救办法时确定其是否属徒劳。³⁰ 而且，必须根据求偿有理这一假设确定当地补救办法是否属徒劳。³¹

²⁴ 罗伯特·布朗（美国）诉英国案(1923 年)，《国际仲裁裁决汇编》，第六卷（出售品编号：1955.V.3），第 129 页；又见美国国务卿费什先生致派尔先生的函(1873 年 5 月 29 日)，穆尔，《国际法文摘》，第六卷，第 677 页；以及芬兰船东就战争中使用某些芬兰船舶向英国索赔案(1934 年)，《国际仲裁裁决汇编》，第三卷（出售品编号：1949.V.2），第 1479 页。

²⁵ 见上文脚注 24 提及的案例以及帕涅韦兹斯—萨尔杜提斯基铁路案，判决，《1939 年常设国际法院汇编》，A/B 辑，第 76 号，第 19 页；安巴蒂耶洛斯求偿案(1956 年)，《国际仲裁裁决汇编》第十二卷(出售品编号：63.V.3)，第 122-123 页；国际工商业投资公司案，初步反对意见，判决，《1959 年国际法院汇编》，第 27-29 页。

²⁶ 见下文，尤其是脚注 64-65、70-71、75 和 77。

²⁷ 关于美国和英国的国家实践的评述，分别见《第二次法律重述：美国外交关系法》(明尼苏达州圣保罗，美国法律研究所，1965 年)，第 615-616 页，第 207(b)段；同上，第三版，第 2 卷(明尼苏达州圣保罗，美国法律研究所，1987 年)，第二章，第 219 页，第 713(f)段；以及 Warbrick，“保护境外国民”，第 1008 页。

²⁸ 见下文脚注 37-38 和 41-42。例外情况有 1926 年格雷罗报告，它认为只有在外国人不能诉诸当地法院的情况下才无需遵守用尽当地补救办法这项规则(《1956 年……年鉴》[英](见上文脚注 14)，附件 1，第 221-222 页)。又见《美国国际法杂志补编》，第 20 卷，1926 年 7 月和 10 月，第 202-203 页。

²⁹ 《1996 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 63 页。

³⁰ 阿默拉辛格，“在同一法庭用尽当地补救办法”，第 1312 页。

³¹ 芬兰船舶仲裁案(见上文脚注 14)，第 1504 页；安巴蒂耶洛斯求偿案(上文脚注 25)，第 119-120 页。又见 Schwarzenberger，《国际法》，第 609 页；菲茨莫里斯，“Hersch Lauterpacht — the scholar as judge: part I”，第 60 页；奥康奈尔，《国际法》，第 1057 页；以及博查德，“当地补救办法规则”，第 730 页。

25. 似乎显然应由相关国际法庭决定当地补救办法是否有效力的问题。如阿默拉辛格所述：

一般而言，有三种可能的选择。法庭可接受求偿国关于补救办法效力问题的结论，或接受被告国的结论，或根据所提出的证据进行调查，以便得出自己的结论。从逻辑和常理角度看，似乎这是一个法律和事实的问题，通常应由法庭根据所得证据进行调查并作出裁判。要确定某项补救办法的效力，必须估计各种可能性，没有理由断定法庭没有能力作出此类估计。³²

这一显见事实可能看上去有悖常设国际法院在帕涅韦兹斯—萨尔杜提斯基铁路案判决中所发表的意见：

立陶宛法院是否有权审理某一特定案件，这取决于立陶宛的法律，只有立陶宛法院才能作出最后裁决。本法院无权审议提出的论据，援引立陶宛现行法律中某些条款确定立陶宛法庭的管辖权，或断定立陶宛政府的行动具有某种性质(依据统治权没收)而拒绝其管辖权。³³

但从常设国际法院在同一判决中的评论意见中显然可以看出，它不打算将这些问题的最后裁决权交给国内法院，它认为“如果国内法院没有判给予救济办法的管辖权，就没有必要诉诸于国内法院”。³⁴ 劳特派特³⁵ 和加西亚·阿马多尔³⁶ 均认可国际法庭是裁定是否徒劳问题的合适机构。

3. 例外条款的拟订

26. 尽管已同意，如果当地补救办法属徒劳或无效，则无需用尽，但尚未就此例外条款的拟订达成一致意见。有些人希望从拒绝司法的角度行文措辞：如果出现拒绝司法的情况，则无需用尽当地补救办法。其他一些人倾向于在条款中要求补救办法必须有效，并非显属徒劳；有一定程度的成功可能；或有一定可能成为一项有

³² “在同一法庭用尽当地补救办法”，第 1307 页。

³³ 帕涅韦兹斯—萨尔杜提斯基铁路案(见上文脚注 25)。

³⁴ 同上，第 18 页。

³⁵ 劳特派特，*The Development of International Law by the International Court*，第 101 页。又见劳，《国际法中的当地补救办法》，第 66-67 页。

³⁶ 《1956 年……年鉴》[英](见上文脚注 14)，第 169 段。

效补救办法。将就这些检验标准进行讨论，然后审议司法判决所认可的主要的徒劳或无效的示例。一旦完成此项工作，便将提出最合适的例外条款案文。

27. 早期编纂的条款规定，如果出现拒绝司法的情况，则可不遵守当地补救办法规则。如上文所示，国际法编纂会议第三委员会一读通过的条款规定，如果求偿人“在行使其寻求司法补救办法的权利时受到司法部门的阻挠”，或“在诉讼程序中遭遇到意味着拒绝司法的不合理障碍或拖延”，他便无需用尽当地补救办法。³⁷ 1933年在蒙得维的亚举行的第七次美洲国家国际会议也同意，“明显拒绝司法或不合理地拖延司法的情况”可不适用当地补救办法规则。³⁸ 加西亚·阿马多尔先生也持类似观点。³⁹

28. 在编纂工作中，“效力”这一简单检验标准得到一些支持。国际法学会在1956年格林纳达届会上通过的决议中表示，当地补救办法规则仅适用于以下情况，即“被告国国内法律制度向受害人提供的补救手段显然是有效*和充分*的。”⁴⁰ 委员会一读通过的国家责任条款草案第22条要求用尽“有效的当地补救办法”。⁴¹ 同样，科可特在2000年提交国际法协会的关于对人员和财产的外交保护委员会的报告中提议，如果“不论出于何种原因，求偿人无法得到能有效补偿侵害行为的补救办法”，则求偿人可免于适用当地补救办法规则。⁴²

29. “显属徒劳”这项决定是否可免于适用当地补救办法规则的严格检验标准，源自巴格仲裁员在芬兰船舶仲裁案中作出的以下裁决：

³⁷ 同上，第226页，附件3。又见劳，同前，第71页。

³⁸ 《1956年……年鉴》[英](见上文脚注14)，第226页。

³⁹ 《1961年……年鉴》[英]，第二卷，A/CN.4/134和Add.1号文件，关于国际责任的第六次报告，第46-48页，第3条第2款和第18条第2款。又见加西亚·阿马多尔，“国家责任：某些新的问题”，第452页；另见田中法官在下述案件中的个别意见：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》，p.145。

⁴⁰ 《国际法研究所年鉴》，第46卷（格林纳达届会，1956年），第364页。

⁴¹ 见上文脚注29。

⁴² “在同一法庭用尽当地补救办法”，第630页。

最后，关于第三个问题，即确定当地补救办法无效是否必须根据案件实质认为诉诸国内补救办法显属徒劳，还是按芬兰政府建议，只要补救措施似属徒劳便足以以下结论，根据博查德在提到捕获案适用这项规则时所表示的意见，分析这项规则似应采较严格的标准。博查德说(仲裁裁决书第383段)：一些捕获案的裁决认为，如果最高级法院作出的裁决划一，没有希望扭转裁决，则可免于上诉；但这项规则的解释标准最为严格，如果有实质上诉权利而不予上诉，将构成禁止寻求救济的理由。⁴³

其后，这一免于适用当地补救办法规则的检验标准的提法被安巴蒂耶洛斯仲裁案⁴⁴中的大多数委员所接受，并与帕涅韦兹斯—萨尔杜提斯基铁路案所阐述的严格检验标准相符，即补救办法的无效性必须“显而易见”。⁴⁵

30. 有些著作者严厉批评“显属徒劳”这一检验标准，国际法院分庭在审理西西里电子公司案时也未沿用这一标准，而假设当地补救办法的无效性。⁴⁶ 阿默拉辛格声称，在外交保护法中，巴格仲裁员借用在捕获案中所阐述的严格检验标准是不对的，因为捕获案产

⁴³ 《国际仲裁裁决汇编》(见上文脚注24)，第1504页。根据田中法官在巴塞罗那电车公司案中的个别意见，当地补救办法规则“似乎并没规定相关者必须采取显属徒劳或无意义的行动”(见上文脚注39)。

⁴⁴ 《国际仲裁裁决汇编》(见上文脚注25)，第119页。

⁴⁵ 见上文脚注25。这项检验标准似乎反映了英国的做法，它要求补救办法的无效性必须“明确证实”(Warbrick，同前，第1008页)。1930年，美利坚合众国国务院律师在一份意见中也要求“证明”当地补救办法无效(Hackworth，《国际法文摘》，第511页)。

⁴⁶ 该分庭表示：

“在国内法院就分庭现在所收到的求偿案的实质进行的诉讼是如此之多(1968年至1975年期间在多个意大利法院提起)，因此应由意大利证明仍有些当地补救办法尚未尝试；或至少尚未用尽。”

(西西里电子公司案，判决，《1989年国际法院汇编》，第46页，第59段)

“在本案中……应由意大利证明，事实上，美国股东有某一补救办法可用而未加利用。分庭不认为意大利履行了这一责任。”

(同上，第47页，第62段)

生于战争背景，国家对此有特别的管辖权，⁴⁷ 而马默里认为显属徒劳这项检验标准“几乎无助于准确和客观的思考”。⁴⁸ 阿默拉辛格补充道：

但对芬兰船舶仲裁案所阐述的严格标准表示反对的真正原因似乎是，在外侨诉诸当地补救办法这一问题上没有理由适用这样一个严格标准，因为实事求是地讲，在正常情况下，如果可利用的补救办法似乎不大可能成功，而不必是很有可能不会成功，诉讼当事人便不会耗费时间和金钱去利用这些办法。涉及外侨的情况更有说服力。在此类情况中，所涉问题实际上并非诉诸补救办法与由于没诉诸此类办法而完全不能得到补偿这两者之间的选择问题，如一般诉讼当事人的情况。这是同时诉诸当地和国际补救办法与不在当地诉诸补救办法而援用可能带来充分补偿的国际补救办法这两者之间的选择问题。⁴⁹

31. 以无效为由而免于适用当地补救办法规则的一个更好途径可能是拟订这样一项条款，即如果补救办法对求偿人而言没有合理的成功机会，则无需用尽当地补救办法。从强调求偿人寻求国内补救办法是否合理的那些检验标准中可以发现对这一提法的支持。这一检验标准比“显属徒劳”的标准宽松，后者不仅要求证明当地补救办法没有合理的成功机会，而且要求证明当地补救办法显而易见注定失败。

32. 欧洲人权委员会的判例最明确地支持这一检验标准，几次适用“真正”或“合理”的成功机会这一标准。⁵⁰ 评论者对该委员会是否打算用这一检验标准取代“显属徒劳”的标准这一问题的看法不一，并对在外交保护的一般法规中适用这一检验标

⁴⁷ 阿默拉辛格，“以适当角度排除当地补救办法规则”，第 752 页；博查德在“当地补救办法规则”中赞同巴格仲裁员的做法，第 732-733 页。

⁴⁸ “The content of the duty to exhaust local remedies”，第 401 页。

⁴⁹ “以适当角度排除当地补救办法规则”，第 752 页。

⁵⁰ *Retimag* 公司诉德意志联邦共和国案，请诉书第 712/60 号，《1961 年欧洲人权公约年鉴》，第 400 页；*X、Y 和 Z 诉联合王国案*，请诉书第 8022/77 号、第 8025/77 号和第 8027/77 号，1979 年 12 月 8 日裁决，欧洲人权委员会，《裁决和报告》，第 18 卷，第 764 页。

准提出质疑。⁵¹ 美国法学会的《第二次法律重述：美国外交关系法》在一定程度上支持这一检验标准：

用尽补救办法并不要求外侨采取可能会带来有利裁决的每一步骤，但他必须采取有合理的可能性、但未必能*成功的所有步骤……如果相对于求偿的数量或性质而言，所涉及的费用或时间过多，这或许是决定应合理地采取哪些步骤以用尽可利用的补救办法时应考虑的因素。如果没有合理的可能性*可利用补救办法，则不应要求外侨为援用这一补救办法花费大量费用和时间。⁵²

33. 如上文所示，⁵³ 委员会一读通过的国家责任条款草案第 22 条仅要求当地补救办法必须是有效的。不过，该条规定评注的确支持“合理的成功机会”这种提法：

从求偿人的角度看，要采取的行动显然是提供真正机会的途径，通过这些途径最终仍能实现国际义务当初所寻求的结果，或在确实不可能时取得同等结果。不过，看来同样明显的是，只应尝试有这种机会的途径。⁵⁴

34. 尽管“显属徒劳”的检验标准过于严格，但“合理的成功机会”的标准则可能对求偿人过于有利。因

⁵¹ *Cancado Trindade*，《用尽当地补救办法在国际法规则中的应用：它在个人权利国际保护领域里的原理》，第 97 页；阿默拉辛格，《国际法上的当地补救办法》，第 202 页。

⁵² 《第二次法律重述：美国外交关系法》（见上文脚注 27）。但应指出的是，第 208 段使用了“明显”和“显然无效”等词语（同上，第 618 页）。又见《第三次法律重述：美国外交关系法》（见上文脚注 27），其中要求美国国民用尽当地补救办法，“除非此类补救办法显而易见是假的或不够的”。美国官员以前的发言表明要求更严格，即“似乎无充分理由认为提供了充分的补救办法”，“在证实*之前，国务院……不能假设一国正规法院不愿执行司法工作”（*Hackworth*，同前，第 511 页），或“国务院的政策始终是，并且仍然是，求偿人有机会利用法院时不出面干预，除非是法院的性质决定它不可能主持正义*”（1907 年 2 月 27 日国务院援引律师关于一件对加拿大的求偿案的信，同上，第 520 页）。

⁵³ 第 28 段。

⁵⁴ 《1977 年……年鉴》[英]，第二卷(第二部分)，第 47 页，第(48)段。又见劳，同前，第 78-79 页，他将该检验标准称为“合理的成功期望”。

此, 看来宜找到一种提法, 既援引合理性的概念, 又不轻易使求偿人免于遵守当地补救办法的规则。选择 3 中可找到可能的解决办法, 即如果“不存在”从被告国法院“获得有效补救办法的合理可能性”, 可免于适用当地补救办法规则。该提法避免了“显属徒劳”这一严格用语, 但给求偿人规定了很大的责任, 即要求他证明, 根据案情以及被告国法律制度, 他不大可能获得有效补救办法。这种检验比一些法律制度据以不允许向更高级别法院上诉的“没有合理的机会”的标准更为严格。

35. 此种检验标准吸收了赫施·劳特派特爵士在挪威公债案中的个别意见。他在考虑了怀疑挪威法院不能提供任何有效补救办法的理由后指出:

然而, 这些怀疑看来不足以使首先用尽当地补救办法的规定无法实行。法律上关于该问题的立场不是足够清楚, 无法证明不存在可以从挪威法院获得有效补救办法的合理可能性。⁵⁵

一些著者赞同该观点。⁵⁶ 菲茨莫里斯可能对该检验标准作出了最佳阐述:

劳特派特提出将是否存在提供补救办法的“合理可能性”作为有效性的检验标准, 换言之, 他认为, 按照有效性的观点, 不能将任何追诉手段视为徒劳无功, 除非该手段看来连提供有效补救办法的合理可能性都没有。此种检验标准可以接受, 但首先应当铭记, 必须存在合理可能性的是指存在一种可能有效的补救办法。求偿人因其要求在法律上站不住脚而没有合理的可能性获得该补救办法的事实并不构成没有合理可能性的情况, 因而不能取代当地补救办法规则。⁵⁷

36. 与“显属徒劳”的推理相比, 仲裁员巴格在芬兰船舶仲裁案中的推理可能更符合提议的案文。辛普森和福克思对此有清楚的论述:

⁵⁵ 挪威公债案, 判决, 《1957 年国际法院汇编》, 第 39 页。

⁵⁶ Brownlie, 《国际公法原则》, 第 499 页。马默里倾向于审查有关的当地补救办法是否“可合理地被视为不可能带来满意赔偿”(同前, 第 401 页)。

⁵⁷ 同前, 第 60-61 页。又见 Herdegen, “Diplomatischer Schutz und die Erschöpfung von Rechtsbehelfen”, 第 70 页。

然而, 在上诉权方面使用“显属徒劳”和“明显不足”等用语会产生误导。在芬兰船舶仲裁案中, 仲裁员先是听取了关于船主针对上诉法庭仲裁委员会的裁决提出上诉的权利及其未能行使该权利的冗长辩论, 又在其裁决书中作出极为详细的推论, 最后方才得出结论, 认为凭借可上诉的法律问题“显然”不足以推翻仲裁委员会的裁决。因此, “明显”一词不应按照一目了然的含义理解*。根据芬兰船舶仲裁案, 要检验的是上诉理由的不充分性是否已得到结论性或至少是有说服力的证明*。⁵⁸

这种解释符合巴格本人在另一场合表述的观点。他在提及芬兰船舶仲裁案的裁决时指出:

要求私人当事人为很可能*徒劳无功的追索花费时间和金钱是不合理的。

.....

即便国际法庭可能认为干预国在外交信函中称被告国应负责的行为造成损害的指控事实确凿, 但国内法可能要求其他依据, 这些依据对于在国内一级受理或不受理个人要求起决定作用, 而对于是否存在这些依据也可能存在不同意见。只有看来不大可能存在意见分歧时[即没有合理的成功机会时],才应根据案情判定不必适用当地补救办法的规则。⁵⁹

37. 对“显属徒劳”这种检验标准的异议是, 该种检验认为当地补救办法的无效性从表面看来必须是“一目了然”的。⁶⁰ 加入“合理性”因素的做法解决了该问题。法院可以据此审查在具体案情中是否存在获得有效补救办法的合理可能性。曼利·赫德森先生在帕涅韦兹斯—萨尔杜提斯基铁路案⁶¹中的异议意见和赫施·劳特派特爵士在挪威公债案⁶²中的个别意见均强调了进行这种审查的必要性。马默里对正确办法有精彩阐述:

⁵⁸ 《国际仲裁: 法律与实践》, 第 114 页。

⁵⁹ “Intervention on the ground of damage caused to nationals, with particular reference to exhaustion of local remedies and the rights of shareholders”, 第 166-167 页。

⁶⁰ 辛普森和福克思, 同前, 第 114 页。

⁶¹ 《常设国际法院汇编》(见上文脚注 25), 第 48 页。

⁶² 《1957 年国际法院汇编》(见上文脚注 55), 第 39 页。

国际法庭不应仅审查法律规定的补救办法，而且应审查补救办法所处的情况。如果由于这些情况导致有效补救办法失去效力，而且它们是国家活动而不是求偿人造成的结果，那么就适用该规则而言，该补救办法必须视为无效。这种灵活办法符合该规则的社会功能……—即将主要管辖权给予当地法院，但又不是绝对的，而是在当地法院能合理接受管辖权的情况下，并且接受国要具备适当能力，可以履行其提供补救办法的责任。因此，某一具体案件的结果将取决于各种因素间的平衡。例如，如果最好的当地法律咨询意见认为，进一步利用当地补救办法“极不可能”形成对求偿人有利的判决，在这种情况下的正确结论可能就是，如果进一步诉讼牵涉的费用远远超过形成任何满意结果的可能性，则当地补救办法已经用尽；反之，如果进一步诉讼牵涉很少或不牵涉任何麻烦或费用，则当地补救办法尚未用尽。⁶³

4. 当地补救办法被认为无效或徒劳无功的情况

38. 当地法院对争议问题没有管辖权。⁶⁴ 该原则在判例和文献中得到广泛接受。⁶⁵ 帕涅韦兹斯—萨尔杜提

⁶³ 马默里，同前，第 400-401 页。又见 Herdegen，同前，第 71 页。

⁶⁴ Kokott，同前，第 622 页；阿默拉辛格，《当地补救办法》，第 197-198 页；詹宁斯和瓦茨编辑，《奥本海国际法》，第 525 页；Verdross 和 Simma, *Universelles Völkerrecht: Theorie und Praxis*，第 884 页；马默里，同前，第 396-397 页。

⁶⁵ 见“根据讷伊条约第 181 条进行的仲裁”，《美国国际法杂志》，第 28 卷 (1934 年)，第 789 页(“如果构成被控行为的是政府或履行其公务职责的政府人员采取的措施，用尽当地补救办法的规则一般不予适用。很少存在针对国家主管机关的行为的当地补救办法”)；罗莎·格尔布特伦克和“萨尔瓦多商业公司”等人索赔案 (1902 年)，《国际仲裁裁决汇编》，第十五卷(出售品编号：66.V.3)，第 467-477 页；*The Lottie May Incident* 案(1899 年)，同上，第 31 页；赫施·劳特派特爵士在挪威公债案中的个别意见(上文脚注 55)，第 39-40 页；博查德，《国外公民的外交保护或国际索赔法》，第 823 页；詹宁斯和瓦茨，同前，第 525 页；Brownlie，同前，第 500 页；阿默拉辛格，《当地补救办法》，第 198 页和“当地补救规则向何处去？”第 306 页；希门尼斯·德阿雷查加，“国际责任”，第 587-588 页；Verzijl, “La règle de l'épuisement des recours internes”，第 266 页；罗多彼中部森林案，1933 年 3 月 29 日裁决，《国际仲裁裁决汇编》，第三卷 (出售品编号：1949.V.2)，第 1420 页；国际工商业投资公司案(上文脚注 25)，第 27 页；Verdross 和 Simma，同前，第 883 页；劳，同前，第 69 页；Schwarzenberger，同前，第 608 页。

斯基铁路案并未否定该项原则。在该案中，爱沙尼亚认为立陶宛法院对“国家行为”没有管辖权。常设国际法院认为，在立陶宛法院尚未作出裁决前，它不能接受这种说法。⁶⁶ 从案情来看，这是极为慎重⁶⁷ 的办法，甚至有些谨小慎微，但法院明确表示，它接受这样一项原则：“如果国内法院没有提供救济的管辖权，则没有必要向国内法院起诉。”⁶⁸

39. 该项原则的一个必然推论是，如上诉法院的管辖权有限，则没有必要用尽上诉程序。例如，在芬兰船舶仲裁案中，仲裁员巴格认为，如果争议的是事实问题，而上诉法院仅有权裁判法律问题，则当地补救办法已经用尽。⁶⁹

40. 法院不审查外侨申诉的行为所依据的国家法律。例如，如果已通过立法没收外侨财产，而且法院显然必须执行该立法，则没有必要用尽当地补救办法。例如，在根据讷伊条约第 181 条进行的仲裁案中，就保加利亚根据 1904 年通过的一项保加利亚法律没收林地的做法，仲裁员安敦认为：

农业部决定没收林地的依据是……1904 年的保加利亚法律。根据该法，所有草场均应视为国有财产。鉴于该法没有修改，在被兼并领土上适用一种特殊体制，因此，求偿人有理由认为，向保加利亚法院起诉保加利亚财政部的行动是徒劳的。⁷⁰

⁶⁶ 见上文脚注 25。

⁶⁷ 见劳特派特，同前，第 101 页。

⁶⁸ 帕涅韦兹斯—萨尔杜提斯基铁路案，(见上文脚注 25)，第 18 页。

⁶⁹ 《国际仲裁裁决汇编》，(见上文脚注 24)，第 1535 页。又见 Schwarzenberger，同前，第 609 页；希门尼斯·德阿雷查加，“国际责任”，第 588 页；Brownlie，同前，第 499 页；马默里，同前，第 398 页；劳，同前，第 68 页。

⁷⁰ “根据讷伊条约第 181 条进行的仲裁”(上文脚注 65)。又见罗多彼中部森林案(上文脚注 65)，第 1405 页；安巴蒂耶洛斯求偿案(上文脚注 25)，第 119 页；国际工商业投资公司案(上文脚注 25)，第 28 页；阿默拉辛格，《当地补救办法》，第 198 页；詹宁斯和瓦茨，同前，第 525 页；希门尼斯·德阿雷查加，“国际责任”，第 589 页；劳，同前，第 66 和第 70 页；Doehring, “用尽当地补救办法”，第 240 页；Schwarzenberger，同前，第 608 页；《1977 年……年鉴》[英]，第二卷(第二部分)，第 48 页，第(50)段。

41. 当地法院极不独立。⁷¹ 支持该项原则的主要法律根据是罗伯特·布朗索赔案。⁷² 在该案中, 由于终审法院首席法官就布朗对某些采矿权的主张作出有利于求偿人的裁定, 南非共和国总统保罗·克鲁格撤销了该首席法官的职务, 而且总统及共和国立法机构均抨击首席法官的裁决。鉴于这些情况, 布朗的律师认为, 进行损害赔偿诉讼没有意义, 因为重组的高等法院显然对他不利。⁷³ 审理国际求偿案的法庭不接受布朗没有用尽当地补救办法的说法, 认为“进一步诉讼的徒劳无功已得到充分证明, 其律师的建议完全合理。”法庭指出, “在没有司法途径可供用尽的情况下”, 没有必要用尽司法途径。⁷⁴

42. 存在一贯对外侨不利的明确判例。“如果结果肯定是已作判决的翻版, 则没有必要再次向那些[国内]法院起诉”。⁷⁵ 仅仅证明有作出不利裁决的可能性是

不够的: 要求的标准必须“高于有可能败诉, 但低于必然败诉。”⁷⁶

43. 被告国法院无权给予外侨适当、充分的补救办法。⁷⁷

44. 被告国没有适当的司法保护制度。在穆希基瓦博等人诉巴拉亚格维扎案中, 美国地区法院认为, 可以免除当地补救办法规则, 因为“卢旺达司法制度几乎停止运转, 在最近的将来尚不能处理民事诉讼请求”。⁷⁸ 在智利军人专政期间, 美洲人权委员会决定, 由于军事司法下的诉讼程序必然存在不正当之处, 因此没有必要用尽当地补救办法。⁷⁹ 与二十世纪前 60 年相比, 由于国际人权法判例的影响, 公平审判和适当法律程序的概念在当代国际法中占有更大份

⁷¹ 希门尼斯·德阿雷查加, “国际责任”, 第 589 页; 阿默拉辛格, 《当地补救办法》, 第 198 页; 博查德, 《国外公民的外交保护》, 第 823 页(提及被怀有敌意的民众所控制的法庭); 詹宁斯和瓦茨, 同前, 第 525 页; Brownlie, 同前, 第 500 页; 贝拉斯克斯·罗德里格斯案, 《国际法律资料》, 第 28 卷(1989 年), 第 304-309 页; 怀特曼, 《国际法文摘》, 第 784 页; 田中法官在巴塞罗那电车公司案中的个别意见(见上文脚注 39), 第 147 页; 列维·卡尔内罗法官在英国—伊朗石油公司案中的不同意见, 初步反对意见, 判决, 《1952 年国际法院汇编》, 第 165 页; 穆尔, 《以美国为当事国的仲裁的历史与摘要》, 第二卷, 第 1655 和第 1657 页, 第三卷, 第 3076 页及以后各页, 第五卷, 第 4902 页; 以及《国际法文摘》, 第 287 页。马默里, 同前, 第 403 页; 劳, 同前, 第 68 页; Cançado Trindade, 同前, 第 78 页; 菲茨莫里斯, 同前, 第 59 页; 《1977 年……年鉴》[英](见上文脚注 70); Daillier 和 Pellet, 《国际公法》, 第 776 页。

⁷² 《国际仲裁裁决汇编》(见上文脚注 24), 第 120 页。

⁷³ 关于该案始末, 见 Dugard, “Chief Justice versus President: does the ghost of Brown v. Leyds NO still haunt our judges?” 第 421 页。

⁷⁴ 《国际仲裁裁决汇编》(见上文脚注 24)。

⁷⁵ 帕涅韦兹斯—萨尔杜提斯基铁路案(见上文脚注 25), 第 18 页。又见博查德, 《国外公民的外交保护》, 第 823-824 页; S.S. “Lisman” 案(1937 年), 《国际仲裁裁决汇编》, 第三卷(出售品编号: 1949.V.2), 第 1773 页; S.S. “Seguranca” 案(1939 年), 同上, 第 1868 页; 芬兰船舶仲裁案(上文脚注 24), 第 1495 页; X 诉德意志联邦共和国案(1955 年), 欧洲人权委员会, 《1955-1956-1957 年文件和裁决》, 第 138 页, 同上(1958 年), 《1958-1959 年欧洲人权公约年鉴》, 第 344 页; X 诉奥地利案(1959 年), 《1960 年欧洲人权公约年

鉴》, 第 202 页, 希门尼斯·德阿雷查加, “国际责任”, 第 589 页; 阿默拉辛格, 《当地补救办法》, 第 196-197 页; Brownlie, 同前, 第 499 页; 科可特, 同前, 第 622 页; 马默里, 同前, 第 402 页; 劳, 同前, 第 66 页; Cançado Trindade, 同前; 《第二次法律重述》(上文脚注 27), 第 618 页, 第 208 段; Doehring, 第 240 页; Schwarzenberger, 同前, 第 609 页; 《1977 年……年鉴》[英](上文脚注 70)。

⁷⁶ 阿默拉辛格, 《当地补救办法》, 第 196 页。

⁷⁷ 芬兰船舶仲裁案(见上文脚注 24), 第 1496-1497 页; 贝拉斯克斯·罗德里格斯案(见上文脚注 71), 第 304-309 页; 博查德, 《国外公民的外交保护》, 第 332 页; 詹宁斯和瓦茨, 同前, 第 525 页; 科可特, 同前, 第 622 页; 亚哲与萨尔根诉土耳其案, 第 16426/90 号请愿书, (1995 年), 欧洲人权法院, 《A 辑: 判决和裁决》, 第 319 卷, 第 17 页, 第 42 段; 霍恩斯比诉希腊案, 第 18357/91 请愿书, 欧洲人权法院, 《判决和裁决报告书》, 第 33(1997-II)号, 第 509 页, 第 37 段; 马默里, 同前, 第 401-402 页; Cançado Trindade, 同前, 第 76-78 页; Verdross 和 Simma, 同前, 第 884 页; 哈佛大学法学院 1960 年编写的“关于国家对外侨所受损害的国际责任公约草案”第 19 条第 2 款(a)项, 转载于 Sohn 和 Baxter, “对外侨经济利益所受损害的国家责任”, 第 577 页; 阿默拉辛格, 《当地补救办法》, 第 198-199 页。

⁷⁸ 1996 年 4 月 9 日裁决, 《国际法报告》, 第 107 卷, 第 460 页。

⁷⁹ 第 01a/88 号决议, 第 9755 号案件(1988 年 9 月 12 日), 《1987-1988 年美洲人权委员会年度报告》, 第 137 页。又见阿默拉辛格, 《当地补救办法》, 第 200 页; 以及“当地补救办法向何处去?”, 第 308 页; 博查德, 《国外公民的外交保护》, 第 822 页; 马默里, 同前, 第 404 页; 《第二次法律重述》(上文脚注 27), 第 618 页, 第 208 段; Doehring, 同前, 第 239 页; Schwarzenberger, 同前, 第 609 页。

量，而关于用尽当地补救办法的许多开创性裁决均是在当时作出的。因此，关于当地补救办法的这一例外必须在当今给予更多重视。

5. 结论

45. 免于诉诸当地补救办法的上述情形表明，求偿人仅证明当地补救办法没有合理的成功机会(选择 2)是不够的。相反，这些示例表明，求偿人须证明这些标准是徒劳无功的。不过，这些例子并不支持“显属徒劳”这种检验标准(选择 1)，该种标准认为当地补救办法的徒劳无功必须是“一目了然”的。⁸⁰ 相反，在这些示例中，法庭必须审查与某一权利主张相关的情况，而这些情况可能不是一目了然的，例如司法机构的独立性、当地法院进行公平审判的能力、存在一系列不利于求偿人的判例以及被告国的行为。因此，在每一案件中，必须审查寻求当地补救办法的合理性。⁸¹ 所有这些均指向选择 3：如果被告国法院“没有提供获得有效补救办法的合理可能性”，求偿人即无须用尽当地补救办法(上文第 14 条(a)项)。

B. 放弃要求和禁止反言(第 14 条(b)项)

“第 14 条

“在下列情况下，无需用尽当地补救办法：

“……

“(b) 被告国明示或默示放弃用尽当地补救办法的要求，或基于禁止反言不得提出这项要求。”

⁸⁰ 辛普森和福克斯，同前，第 114 页。

⁸¹ 马默里在这方面指出：

“随着关于该问题的国际判例的发展，分析案件将需要运用比较法学方面的高超能力；因为对于有效国内补救办法的基本内容，普通法和大陆法系的各个法域已形成不同的概念，也许从这些概念中可以总结出当地补救办法规则所涉及的国际标准。因此，必须根据合理性这种统一的根本原则审理所有案件。”

(同前，第 404 页)。

46. 国家有的时候愿意放弃用尽当地补救办法的要求。⁸² 由于此项规则旨在保护被控告不当对待外侨的国家的利益，有关国家自然可以自行放弃这项保护。美洲人权法院申明：

对于这类案件，根据公认的国际法原则和国际实践，规定事先必须用尽国内补救办法的规则是为了有关国家的利益而设，因为根据该项规则，国家对归咎该国的行为，在没有机会通过国内办法加以补救以前，无需在一个国际机构对指控作出答辩。这项规定因此被视为一项辩护手段，因而是可以放弃的，甚至可以默示放弃。⁸³

47. 在实践上，表面看来没有禁止放弃当地补救办法的规定。但从理论角度来看，放弃要求与用尽当地补救办法作为一项实体性程序较难调和。⁸⁴ 阿默拉辛格阐明了其中的理由：

如果当地补救办法规则是一项程序性规则，那么，放弃要求确实是可以作出而且是可以理解的。这项规则只是规定国际诉讼的有序进行的一种手段，因此可以对规则作出例外规定，不采取顺序中的某些步骤。被指控的不法行为的性质不会受到任何影响。改变的只是解决方法。原来的不法行为保持不变，由一个国际法院直接作出终局裁判和补偿，而并非由一般的初级法院作出裁判和补偿。

如果这项规则是一项实体性规则，那么就不可能放弃用尽当地补救办法的要求。利用当地补救办法成为向国际法庭控告的不法行为的一个重要部分。没有利用当地补救办法就没有诉因。如果允许放弃这项要求，就无法向国际法庭提出涉及国际责任的诉因。除了用尽补救办法，显示拒绝司法外，就必须证

⁸² 一国可以基于许多理由选择采取这种行动。譬如，有关国家可能认为这样做会省时间、省钱。见阿默拉辛格，《对外侨受损害所负的国家责任》，第 207 页。

⁸³ 哥斯达黎加政府(事关维维安娜·加利亚多等人)案，美洲人权法院，(1981 年)，《国际法报告》，第 67 卷，第 578 页，第 26 段。又见西西里电子公司案(上文脚注 46)，第 42 页，第 50 段；德怀尔德、奥姆斯和韦尔西普案(“比利时流浪案”)，欧洲人权法院 (1971 年)，《国际法报告》，第 56 卷，第 370 页，第 55 段。又见 Cançado Trindade，同前，第 133 页。

⁸⁴ 见关于外交保护的第二次报告，《2001 年……年鉴》(上文脚注 13)，第 112 页，第 33 段。

明缺乏足够的补救办法。在这种情况下提到真正的放弃是不可理解的。

同一道理适用于因禁止反言或任何其他理由而丧失这项规则的利益的情况。如果在不适用规则后仍然有一项国际不法行为可以由一个国际法庭审理，则国际法庭可因上述理由停止适用规则。规则必须是程序性规则而非实体性规则才可以这样做。同样地，只有在审理案件的国际法庭要裁断的是一项涉及国际法的争端的情况下，此规则的真正例外规定[如补救办法实属徒劳]才可予适用。因此，只有某一案件不适用的当地补救办法规则必须是程序性规则才可以这样做。⁸⁵

48. 对于主张当地补救办法规则为实体性规则的人来说，放弃要求会造成问题。可能因为这个缘故，实体法论者比较少讨论放弃要求的问题，⁸⁶ 虽然没有人否认问题的存在。恰恰相反，著名的实体法论者博查德承认放弃要求的可能性。⁸⁷ 倾向于赞同程序性观点的论著者支持被告国有权放弃要求，认为问题不大，⁸⁸ 即使涉及人权公约的情况也是如此。⁸⁹

49. 放弃当地补救办法的形式有多种。有关规定可以载于在争端出现前后缔结的双边或多边条约；可以见诸外侨与被告国之间的契约；可以是明示或默示的；或可以根据被告国在属于禁止反言或丧失权利的情况下的行为加以推定。

⁸⁵ 《对外侨受损害所负的国家责任》，第 207-208 页。

⁸⁶ 罗伯托·阿戈先生在审查当地补救办法规则时没有考虑放弃的问题(关于国家责任的第六次报告，《1977 年……年鉴》[英]，第二卷(第一部分)，第 3 页，A/CN.4/302 和 Add.1-3 号文件)；又见《1977 年……年鉴》[英]，第二卷(第二部分)，第 30 页。另见奥康奈尔，同前，第 1059 页。

⁸⁷ 例如见博查德，《国外公民的外交保护》，第 819 和第 825 页。

⁸⁸ 阿默拉辛格，“以适当角度排除当地补救办法规则”，第 735-736 页；劳，同前，第 59 页；加西亚·阿马多尔，关于国家责任的第三次报告，《1958 年……年鉴》[英]，第二卷，A/CN.4/111 号文件，第 99 页以及《不断演变的国际索赔法律》，第 466 页；Witenberg，“La recevabilité des réclamations devant les juridictions internationales”，第 55 页；Ipsen，《国际法》，第 313 页；博查德，“国家的国际责任的理论层面”，第 240 页。又见《第二次法律重述》(上文脚注 27)，第 620-622 页，第 209 段；科可特，同前，第 613 页。

⁸⁹ Cançado Trindade，同前，第 128-133 页。

1. 明示放弃

50. 明示放弃可以见诸为解决现有争端而缔结的特别仲裁协定，或规定将来出现的争端应通过仲裁或其他国际争端解决方式予以解决的一般性条约。这项规定也可以载于国家与外侨所订的契约。普遍同意的是，明示放弃当地补救办法规则是合理的，⁹⁰ 且国际法学会⁹¹ 和委员会特别报告员加西亚·阿马多尔先生⁹² 建议这项原则已经到了宜加编纂为成文法的阶段。

51. 放弃要求是一种常见的当代国家实践方式，许多仲裁协定都载有放弃条款。⁹³ 最有名的实例可能是《关于解决国家与他国国民之间投资争端公约》第 26 条，其中规定：

⁹⁰ 见上文脚注 88 所列论著。又见 Doehring，同前，第 239 页；Briggs，“当地补救办法：一项起草建议”，第 925 页；阿默拉辛格，“当地补救办法向何处去？”，第 293-294 页；以及《当地补救办法》，第 251 页；詹宁斯和瓦茨，同前，第 525-526 页；Schwarzenberger，同前，第 610 页；Verdross 和 Simma，同前，第 883 页；Herdegen，同前，第 69 页。

⁹¹ 格拉纳达届会通过的决议规定：

“本规则不予适用……”

“……”

“(b) 如果有关国家同意将适用规则的问题搁在一边。”

(见上文脚注 40。)

又见 Maurice Bourquin 先生的评论，《国际法研究所年鉴》，第 1 卷，(普罗旺斯艾克斯届会，1954 年)，第 57-58 页。

⁹² 《1958 年……年鉴》[英](见上文脚注 88)，第 55 页。第 17 条规定，“如果国家明示同意外侨……不适用当地补救办法，则不应适用”用尽当地补救办法规则。又见《1961 年……年鉴》[英](见上文脚注 39)，第 48 页，第 18 条，第 4 款。

⁹³ 例如，1923 年《设立美国—墨西哥索赔委员会的公约》(第五条)和 1910 年《美国与英国的协定》，引用于博查德，“国家的国际责任的理论层面”，第 240 页。又见《美国和加拿大为处理美国关于古特大坝索赔设立国际仲裁法庭的协议》(1965 年 3 月 25 日，渥太华)，第二条第二款(c)项，(联合国，《条约汇编》，第 607 卷，第 8802 号，第 146 页；另转载于《国际法律资料》，第 4 卷(1965 年)，第 469 页。

除非另有规定，双方同意根据本公约交付仲裁，应视为同意排除任何其他补救办法而交付上述仲裁。缔约国可以要求用尽当地各种行政或司法补救办法，作为其同意根据本公约交付仲裁的一项条件。

52. 人们普遍同意，载于国家间协定或国家与外侨间的契约的明示放弃都是不可撤消的，即使契约受到东道国法律的约束。⁹⁴

2. 默示放弃

53. 当地补救办法不得随便默示放弃。国际法院分庭在西西里电子公司案中就这个问题说，分庭“不能接受，习惯国际法的一项重要原则，在没有明确表示愿意放弃的情况下*，被认定为默示放弃。”⁹⁵事实上，Schwarzenberger 认为应推定没有默示放弃：

在这种不明确的情况下，必须适当衡量三个有关的推定：推定没有默示放弃权利；主权应尽可能少受到限制；条约应根据国际习惯法的背景解释。这三项推定都倾向于不允许默示放弃当地补救规则。⁹⁶

54. 但是，如果当事方明确表示放弃当地补救规则的意愿，则必须落实这个意愿。司法裁决⁹⁷与法学家

的著作⁹⁸都支持这项结论。特别报告员加西亚·阿马多尔先生对此问题所持的态度并不明确：在1991年向委员会提交的第六次，即最后一次报告中，他只考虑到明示放弃当地补救规则，⁹⁹但后来在《不断演变的国际索赔法律》中，他接受可以默示放弃，但放弃必须是明确无误的。¹⁰⁰

55. 对于在何种情况下可以默示放弃当地补救办法的意愿，不可能为此制定一项通则。必须根据有关文书的措辞和制定的背景个别作出判断。¹⁰¹但是，不妨研究各类仲裁协定，因为不同的协定可能有其特别的考虑。

3. 在争端发生前缔结的一般仲裁协定

56. 对于被告国同意把将来可能同起诉国发生的争端交付仲裁的情况，有人认为这种协定“不涉及放弃用尽所有当地补救办法的要求，如果有关案件涉及缔约一方为其国民提出主张。”¹⁰²事实上，在几个涉及

⁹⁸ 劳，同前，第93页；詹宁斯和瓦茨，同前，第525-526页；阿默拉辛格，“排除当地补救办法规则”，第735-736页；博查德，《国外公民的外交保护》，第819-825页。

⁹⁹ 在其报告中，他采取如下的观点：用尽当地补救办法规则“不应予以适用，如果被告国与受害外侨的国籍国达成明示协议，同意不必利用任何一项或所有当地补救办法”（《1961年……年鉴》[英]（上文脚注39），第48页，第18条第4款）。又见奥斯曼帝国灯塔特许权案（希腊诉法国）（1956年），《国际仲裁裁决汇编》，第十二卷，（出售品编号：63.V.3），第186-187页。

¹⁰⁰ 同前，第467页。

¹⁰¹ 加西亚·阿马多尔先生在其第一次报告中说，应当参考协定的准备工作材料，“以确定某项争端是否为仲裁协定所包括的事项，若然，确定该协定是否明示或默示放弃在这些争端中适用当地补救办法规则。换言之，当地补救办法规则的适用不仅取决于协定的目的和范围，而且也必然取决于每一特定案件的情况”（《1956年……年鉴》[英]（见上文脚注14），第204页，第164段）。又见劳，同前，第93-98页；希门尼斯·德阿雷查加，“International law ...”，第292页；阿默拉辛格，《当地补救办法》，第256-257页；《第二次法律重述（上文脚注27），第620-621页，第209（b）段。另见施泰纳和格罗斯诉波兰国家案（上文脚注97）。

¹⁰² Mann，“国家契约与国际仲裁”，第32页；又见Freeman, *The International Responsibility of States for Denial of Justice*, 第414页；Verzijl, 同前，第3-4页；詹宁斯和瓦茨，同前，第526页，脚注16；希门尼斯·德阿雷查加，“International law ...”，第292页；阿默拉辛格，《当地补救办法》，第253和第257-258页以及“当地补救办法向何处去？”，第295-296页；劳，同前，第98页。

⁹⁴ 哥斯达黎加政府（事关维维安娜·加利亚多等人）案，第587页，第26段；德怀尔德、奥姆斯和韦尔西普案（上文脚注83），第370页，第55段；阿默拉辛格，“当地补救办法向何处去？”，第294-295页，《当地补救办法》，第252-253页，以及，“以适当角度排除当地补救办法规则”，第737页；《国际法院书状汇编》，英伊石油公司案（联合王国诉伊朗），第118-119页。与此相反的是伊朗书状，同上，第501页。

⁹⁵ 《1989年国际法院汇编》（见上文脚注46），第42页，第50段。又见科可特，同前，第626页。

⁹⁶ 同前，第610-611页。又见加西亚·阿马多尔，《不断演变的国际索赔法律》，第467页，以及《1958年……年鉴》[英]（上文脚注88），第60页，第23段；萨利姆案（1932年），《国际仲裁裁决汇编》，第二卷（出售品编号：1949.V.1），第1189页；劳，同前，第98页；希门尼斯·德阿雷查加，“International law in the past third of a century”，第292页；Cançado Trindade, 同前，第131页。

⁹⁷ 例如见施泰纳和格罗斯诉波兰国家案（1928年），载于McNair和劳特派特编辑，《国际公法案例年度文摘》，第472页；美国国际集团公司诉伊朗案，第93-2-3（1983）号裁决，《伊朗-美国仲裁法庭报告书》，第4卷（剑桥，格劳秀斯，1985年），第96页。

这种一般性协定的案件中，起诉国没有根据交付仲裁的事实提出默示放弃主张，以反驳基于没有用尽当地补救办法所提出的初步反对意见。¹⁰³ 国际法院分庭在西西里电子公司案中确定了在这种情况下，基本上不推定默示或暗示放弃。¹⁰⁴

57. 常设国际法院在帕涅韦兹斯—萨尔杜提斯基铁路案中裁定，接受《法院规约》第 36 条第 2 款的任择条款并不构成默示放弃当地补救办法规则，¹⁰⁵ 尽管范·依森哈法官在一项不同意见中持有相反意见。¹⁰⁶ 在挪威公债案¹⁰⁷ 和国际工商业投资公司案¹⁰⁸ 中，国际法院的管辖权都是以根据任择条款所作的声明为依据，但对于未用尽当地补救办法的初步反对意见，请求国都没有提出放弃要求作为反驳，足资证实上述多数意见获得接受。根据任择条款接受国际法院的管辖权与一项一般性仲裁协定有相同之处，因此可以引用这个关于任择条款的判例来支持一般性仲裁协定并没有默示放弃的推定。这是一个强有力的推定，却不是不容置疑的。¹⁰⁹

¹⁰³ 例如见国际工商业投资公司案(上文脚注 25)及西西里电子公司案(上文脚注 46)。又见阿默拉辛格，《当地补救办法》，第 253 页以及“当地补救办法向何处去？”，第 295 页。

¹⁰⁴ 《1989 年国际法院汇编》(见上文脚注 46)，第 42 页，第 50 段。

¹⁰⁵ 见上文脚注 25。支持此立场的有：Verzijl，同前，第 4 页；Schwarzenberger，同前，第 610 页；希门尼斯·德阿雷查加，“International law ...”，第 292 页；以及阿默拉辛格，《当地补救办法》，第 256-257 页。

¹⁰⁶ 范·依森哈法官说：

“立陶宛似乎不能对爱沙尼亚适用这项规则[当地补救办法规则]，因为两国已根据法院规约第 36 条接受法院的强制管辖权，而这项接受是没有保留的……，也就是说，不对两国适用有关的规则。”

(帕涅韦兹斯—萨尔杜提斯基铁路案(上文脚注 25)，第 35-36 页)

¹⁰⁷ 见上文脚注 55。

¹⁰⁸ 见上文脚注 25。

¹⁰⁹ 见施泰纳和格罗斯诉波兰国家案(上文脚注 97)。在这里，上西里西亚法庭裁定，波兰默示放弃了《关于上西里西亚的公约》(1922 年 5 月 15 日，日内瓦)第 5 条规定的当地补救办法规则(国际联盟，《条约汇编》，第九卷，第 271 号，第 465 页)。该条规定：

4. 在争端发生后缔结的特别仲裁协定

58. 对于在发生有关争端后才缔结的仲裁协定，认定默示放弃当地补救办法比较容易。在这种情况下，可以称说，如果被告国与起诉国在争端所涉的国民受到损害后才缔结关于国民待遇的仲裁协定，而且协定没有就保留当地补救办法规则作出规定，则可以视为默示放弃了该项规则。¹¹⁰ 索赔委员会的裁判支持这个立场。¹¹¹ 鉴于有些在争端发生后缔结的仲裁协定明文规定必须用尽当地补救办法，因此有人认为这证实了这类协定存在默示放弃的可能性。¹¹² 常设国际法院和国际法院都没有处理过这一类协定的放弃问题。

5. 外侨与被告国间的契约

59. 外侨与东道国间明示或默示放弃当地补救办法的仲裁契约同讨论的问题没有直接关系，因为在这种情况下，解决争端并不涉及由外侨国籍国提出外侨的主张。但是，如果东道国拒绝仲裁，国籍国进行干预以保护其国民，则这种契约与目前讨论的问题有关。接着的问题是，明示或默示排除当地补救办法的契约规定是否有效。明示放弃为有效规定的观

“国家是否应就取消或减少既得权利支付赔偿金及应付赔偿金数额的问题，在合法求偿人提出申诉后，由仲裁法庭直接裁断。”

(Kaackenbeeck, *The International Experiment of Upper Silesia*, 第 581 页) 法庭认为，“直接”一语应解释为授权求偿人诉诸国际法庭，无需先用尽当地补救办法。

¹¹⁰ 劳，同前，第 93-94 页；博查德，“国家的国际责任的理论层面”，第 240 页以及《国外公民的外交保护》，第 819 和第 825 页；加西亚·阿马多尔，《不断演变的国际索赔法律》，第 550 页。

¹¹¹ 印证此立场的案件，见博查德，“国家的国际责任的理论层面”，第 240 页以及《国外公民的外交保护》，第 819 页；Hackworth，同前，第 525 页。又见美国国际集团公司诉伊朗案(上文脚注 97)，第 102 页；乔治·于齐耶利案，意大利—美国调解委员会(1963 年)，《国际仲裁裁决汇编》，第十六卷(出售品编号：E/F.69.V.I)，第 270-271 页。与此相反的是萨利姆案(见上文脚注 96)。

¹¹² 例如见博查德，《国外公民的外交保护》，第 819 页。又见范·依森哈法官在帕涅韦兹斯—萨尔杜提斯基铁路案的不同意见(上文脚注 25)，第 37-38 页。

点不乏支持,¹¹³ 但国家与外侨之间同意以仲裁解决争端的契约, 在没有明文规定诉诸当地补救办法作为交付仲裁的先决条件的情况下, 是否应被解释为默示放弃当地补救办法, 对这个问题所持的看法较不一致。论著者多数认为这种协定有意排除当地补救办法。¹¹⁴ 一些仲裁法庭的裁决明显支持这种观点,¹¹⁵ 而且在许多这类案件中, 被告国没有以未用尽当地补救办法作为提出反对意见的理由。¹¹⁶ 常设国际法院和国际法院都听取过在这种情况下应视为默示放弃的论点, 但均没有就该问题作出裁断。¹¹⁷

¹¹³ 劳, 同前, 第 94 页; Herdegen, 同前, 第 69 页; 加西亚·阿马多尔先生的第三次报告, 《1958 年……年鉴》[英] (上文脚注 88), 第 55 页。加西亚·阿马多尔先生的条款草案第 17 条规定, “如果国家明示同意外侨, 或在其他情况下同意外侨国籍国不适用当地补救办法”, 则不应适用当地补救办法规则(第 15 条)。

¹¹⁴ Mann, 同前, 第 32 页; 詹宁斯和瓦茨, 同前, 第 523 页, 脚注 3; 《1961 年……年鉴》[英] (见上文脚注 39), 第 48 页, 第 18 条第 5 款; 加西亚·阿马多尔, 《不断演变的国际索赔法律》, 第 539-550 页; Schwebel, 《国际仲裁: 三个突出问题》, 第 117-121 页; Schwebel 和 Wetter, “仲裁与用尽当地补救办法”, 第 499 页; 世界银行执行董事关于《关于解决国家与他国国民之间投资争端公约》的报告, 引用于怀特曼, 同前, 第 806 页; 《第三次法律重述》(上文脚注 27), 第 226 页, 第 713 段, 报告员注 5。又见《第二次法律重述》(上文脚注 27), 第 621 页, 第 209(c)段; 奥康奈尔, 同前, 第 1059 页。与此相反的是 Adede, “关于用尽当地补救办法规则的条约规定的调查”, 第 8 页, 脚注 19。作者在著作中主张, 《美洲国家仲裁总条约》没有明确要求用尽当地补救办法, 但国家在批准条约时所作的声明表示它们确信该规则并没有被放弃。

¹¹⁵ 利比亚美国石油公司诉阿拉伯利比亚共和国政府案(1977 年), 《国际法报告》, 第 62 卷, 第 179-180 页; 埃尔夫阿奎坦(伊朗)石油公司诉伊朗国家石油公司案(1982 年), 同上, 第 96 卷, 第 278-279 页, 第 44 段。

¹¹⁶ 阿默拉辛格, 《当地补救办法》, 第 262 页。

¹¹⁷ 见瑞士在洛辛格案的诉状, 《常设国际法院汇编》, C 辑, 第 78 号, 第 40 页; 联合王国在英伊石油公司案中的主张(上文脚注 94), 第 81-82 页; 法国在贝鲁特电力公司案(法国诉黎巴嫩)中的论点, 《国际法院书状汇编》(1953 年), 第 14 页; 法国在贝鲁特港口、码头、仓库公司和东方广播公司案(法国诉黎巴嫩)中的陈述, 《国际法院书状汇编》(1959 年), 第 39 和第 91-93 页。与此相反的是南斯拉夫在洛辛格案的诉状(见上文), 第 132 页; 伊朗在英伊石油公司案中的陈述(见上文), 第 288 页; 黎巴嫩在《国际法院书状汇编》中的论点(见上文), 第 67-70 页。

6. 禁止反言

60. 被告国在国际诉讼程序中的行为可以因禁止反言而导致该国不得要求用尽当地补救办法。¹¹⁸ 国际法院分庭在西西里电子公司案中承认这一点: “不能排除的是, 在应当有所表示的时候保持沉默, 在某些情况下会产生禁止反言的情形”。¹¹⁹ 1992 年美国-联合王国关于希思罗机场使用费的仲裁案也持这项原则。¹²⁰

61. 在 1955 年 7 月 27 日空中事件案(美国诉保加利亚)中, 美国主张:

因 1955 年 7 月 27 日以色列航空公司星座号被击落而丧生的美国人的亲属, 如果在保加利亚有任何当地补救办法可加利用, 保加利亚政府从没有提到, 在美国于 1955 年和 1957 年向保加利亚政府提出其外交主张时也没有指出应该或必须用尽。恰恰相反, 保加利亚政府接受外交主张并承诺着手处理……。基于上述事实, 保加利亚无权开始提出必须用尽当地补救办法的主张。¹²¹

但是, 国际法院没有机会就此作出裁判。

62. 欧洲人权法院¹²² 和美洲人权法院¹²³ 都表示, 被告国没有在适当时候根据未用尽当地补救办法提出反对意见, 可以因禁止反言而不得提出反对意见。

¹¹⁸ 科可特, 同前, 第 626 页; 詹宁斯和瓦茨, 同前, 第 525-526 页; 阿默拉辛格, 《当地补救办法》, 第 268-270 页和第 272-275 页。

¹¹⁹ 《1989 年国际法院汇编》(上文脚注 46), 第 44 页, 第 54 段。

¹²⁰ 《国际法报告》, 第 102 卷, 第 285 页, 第 6.33 段。

¹²¹ 1955 年 7 月 27 日空中事件案, 《国际法院书状汇编》, 第 326 页。

¹²² 在福蒂等人案, 法院说:

“法院会审理这种初步反对意见[关于用尽当地补救办法], 如果被告国已根据反对意见的性质, 在情况许可下先向委员会提出, 而且原则上应在初步审查可受理性的阶段提出; 如果不履行此项条件, 基于禁止反言, 有关政府不得向本法院提出反对意见*”

((1982 年), 《国际法报告》, 第 71 卷, 第 380 页, 第 46 段)

63. 用尽当地补救办法规则是一项习惯国际法规则。因此，除非被告国的行为明显导致请求国以不利己方利益的方式行事，不得因禁止反言而不允许被告国要求实施这项规则。国际法院分庭在西西里电子公司案中說：“仅仅因为没有在特定时候在断断续续的外交书信往来中提到某一件事就作出禁止反言的认定，这显然是有困难的。”¹²⁴ 在国际工商业投资公司案中，国际法院同样采取谨慎的态度，表示法院认为

不必详细分析瑞士政府的主张，即“美国本身承认国际工商业投资公司已经用尽美国法院提供的补救办法”。美国政府代表确曾多次表示这种意见，特别是在附于国务卿照会的备忘录内……。事实证明，该意见是没有根据的。的确，国际工商业投资公司在美国法院提起的诉讼当时尚在进行中。¹²⁵

对于这个立场，阿默拉辛格一针见血地指出：

又见阿尔蒂科案(1980年)，同上，第60卷，第192-194页，第24-27段；古扎尔迪案，同上，第61卷，第301-302页，第67段；以及科里利亚诺案(1982年)，同上，第71卷，第403页。

¹²³ 在卡斯蒂略·彼得鲁齐诉秘鲁案，法院声称：

“本庭也指出，该国没有在委员会上提到未用尽国内补救办法的问题。由于没有采取此项行动，该国放弃了公约规定，而且有利己方的辩护手段，并默示承认不存在国内补救办法，或已及时用尽。这一点已在国际管辖机关的诉讼程序中提到(例如，欧洲法院认为，应当在委员会诉讼程序的最初阶段对可受理性提出反对意见，除非基于不能归咎于有关政府的原因无法在适当时候提出)。”

(《人权法杂志》，第20卷，第4-6号(1999年10月29日)，第181页，第56段)

¹²⁴ 《1989年国际法院汇编》(见上文脚注46)，第44页，第54段。

¹²⁵ 《1959年国际法院汇编》(见上文脚注25)，第27页。又见科尔多瓦法官的个别意见，同上，第46-47页。比较埃里西法官在帕涅韦兹斯—萨尔杜提斯基铁路案的不同意见：

“被求偿国也许愿意讨论求偿的根据，甚至愿意把求偿案提交一国际法庭，虽然国内主管司法或行政当局尚未作出最终裁决。如果在某一案件中，有关政府的态度显示它已放弃这项条件，也就是说，愿意把求偿案直接移送国际一级，则该国政府其后不得反悔”。

(《常设国际法院汇编(见上文脚注25)，第52页)

必须有令人信服的证据，证明行为不仅是有意导致外侨或有关个人相信，基于某种理由，不必进一步用尽当地补救办法，而且证明后者有理由相信该项行为，并的确依赖该项行为，因而没有利用可供使用的当地补救办法。¹²⁶

7. 结论

64. 虽然有人赞同允许以默示放弃当地补救办法和禁止反言作为理由，反驳未用尽当地补救办法的反对意见，但显而易见的是，以此两项理由阻止适用一项习惯法规则是不易被接受的。尽管如此，必须认识到，视有关文书的措辞和特定案件的情况和所涉问题而定，这些反对理由是可能存在的。因此提出了这项当地补救办法的例外。

C. 自愿联系和领土联系(第14条(c)和(d)项)

“第14条

“在下列情况下，无需用尽当地补救办法：

“……

“(c) 受害人与被告国之间没有自愿联系；

“(d) 国际求偿所依据的国际不法行为不是在被告国领土管辖范围内实施的。”

65. 由于(c)至(d)项所载的必须用尽当地补救办法规则的一些例外密切相关，这些例外将一并审议。虽然有人支持这些规则，但是特别报告员怀疑这些规则是否合理，因为当地补救办法或国际法一般原则的其他例外通常会确保，在(c)至(d)项涉及的情况下排除当地补救办法规则。出于这一原因和其他原因，1977年委员会审议国家责任条款草案第22条(一读)时，拒绝通过这项规则。¹²⁷ 但是，这一问题确实需要加以仔细考虑。为此，现将(c)至(d)项所载的例外作为可能的规则提出，以备委员会决定通过关于这一问题的规定。

¹²⁶ 《当地补救办法》，第273页。

¹²⁷ 《1977年……年鉴》[英]，第二卷(第二部分)，第43-45页，第38-42段。

支持和反对这些规则的论点提出如下，以使委员会有全面的认识。

66. 有作者提出，如果受害外侨与被告国之间不存在领土联系因而该外侨与被告国之间不存在自愿联系，那么用尽当地补救办法规则并不适用。¹²⁸

67. 为支持这一观点，他们提出，在要求用尽当地补救办法的所有案例中，受害人与被告国之间都存在着某种联系，比如自愿留在国内、住所、拥有财产或与被告国的契约关系。因此，梅龙指出：

虽然可能找到当地补救办法规则最为广泛的阐述，但是审查一下判例就可以看到以下共同的事实基础：在所有判例中，受害外侨已经以明示或暗示方式与行为受到非难的国家自愿建立，或被认为建立了联系。建立这种联系的方式多种多样，无需在此一一赘述。只需提到一些较为普通的示例。其中包括这样的案例：外侨在被告国领土内永久或暂时居住，在该国经商，拥有财产，或已与该国政府订立契约关系。在所有已报告的与当地补救办法规则有关，而且被认为有必要让被指称实施不法行为的国家首先有机会通过该国法庭提供的手段纠正指称的不法行为的案例中，这种性质的联系看来确实存在。¹²⁹

68. 这一看法的支持者认为，外交保护的性质和当地补救办法近来已有重大变化。外交保护早期历史的特点是，在一外国居住和经商的外侨受到该国行动的伤害，因此要求他根据“前往外国的国民通常被认为接受其所在地的当地法律，包括为纠正不法行为提供的手段”的理论，¹³⁰ 而用尽当地补救

办法。而在今天，个人可能受到一外国在该国领土以外的行为的伤害，也可能受到在该国领土内的某种行为的伤害，而个人与该国土却不存在联系。这方面的例子有：跨界环境损害(如前苏联基辅附近切尔诺贝利核电站发生爆炸，在遥远的日本和斯堪的那维亚造成放射性微粒沉降)和击落误入一国领空的飞机(如保加利亚击落误入其领空的以色列航空公司班机的 1955 年 7 月 27 日空中事件案所示)。梅龙指出：

鉴于国家责任法律范围扩大，有必要重新审查当地补救办法规则的基础和范围。如果要求一外国在其领土以外所造成的伤害的受害人在该外国法院提出起诉，并以此作为受害人为其国民的国家提起国际诉讼的先决条件，这的确是不合理的；况且，受害人与被告国之间并不存在真正联系。¹³¹

69. 支持采纳自愿联系 / 领土联系规则的人则强调，外侨自愿在外国承担的风险为当地补救办法规则的基础。¹³² 只有外侨自愿服从被告国的管辖，他才应用尽当地补救办法。

70. 判例没有明确支持或反对以自愿联系作为条件。

1. 司法裁决

71. 司法裁决没有对这一问题提供引导。国际法院在国际工商业投资公司案中指出：

认为有必要让侵权行为发生地国*有机会用本国手段加以纠正。¹³³

72. 这一意见允许领土国要求用尽当地补救办法，但不足以支持一个理论。阿默拉辛格却试图这样做，他认为这一意见支持了下述看法：不法行为必须发生在过失国领土内，因此“个人或财产也必须位于过失国

¹²⁸ 见奥康奈尔，同前，第 951 页；梅龙，“用尽当地救济办法规则的影响”，第 83 页；Parry，“Some considerations upon the protection of individuals in international law”，第 688 页；阿默拉辛格，《当地补救办法》，第 138 页；Doehring，同前，第 239 页；Ipsen，同前，第 312 页；Herdegen，同前，第 66 页；马默里，同前，第 394 页；Head，“重新审视当地补救办法原则”，第 153 页；希门尼斯·德阿雷查加，“国际责任”，第 583 页。与此相反的是，见 Geck，“外交保护”，第 1056 页；以及 Gaja，《L'Esaurimento dei ricorsi interni nel diritto internazionale》，第 87 页。

¹²⁹ 同前，第 94 页。

¹³⁰ 博查德，“国家的国际责任的理论层面”，第 240 页。又见博查德，《国外公民的外交保护》，第 817 页；以及 Eagleton，《国际法中的国家责任》，第 96 页。

¹³¹ 同前，第 98 页。

¹³² Brownlie，同前，第 501 页。但是，Brownlie 的确表明，存在一种相反理论：“如果主要目的是提供一个比在国际一级提出诉讼相对更加便利的替代办法，那么任何有关联系的条件都将不适用”。

¹³³ 《1959 年国际法院汇编》(见上文脚注 25)，第 27 页。

之内”。¹³⁴ 在萨利姆案中，仲裁法庭宣布，“一般来说，外国人必须承认他选择居住的国家所实施的司法对他本人适用”。¹³⁵ 这种对当地补救办法规则的阐述毫无新意，不足以证明存在一项规则，要求把自愿联系作为当地补救办法规则的先决条件。

73. 挪威公债案¹³⁶ 提出过这一问题。法国在案中声称，持有挪威债券而在法国居住的法国国民没有义务在挪威用尽当地补救办法，因为：

对该规则的唯一解释在于这一要求：外国人与他选择在其主权范围内居住*的国家发生争端，不得把案件转移到国际一级，而必须首先用尽所有的当地解决手段。¹³⁷

挪威以芬兰船舶仲裁案¹³⁸ 和安巴蒂耶洛斯案¹³⁹ 的仲裁裁决为依据，在答辩中指出，实践并不支持法国提出的理论。这两个案例均认为，当地补救办法规则应予适用，尽管具体索赔人并不在被告国居住。国际法院认为，没有必要讨论用尽当地补救办法的问题，因为有关案件是以其他理由作出裁决的。只有里德法官在不同意见中提到了双方有关这一问题的论点，他指出，“法国未能提出具有说服力的判例，……其实，判例支持的是另一观点”。¹⁴⁰

74. 在以色列就 1955 年 7 月 27 日空中事件案提出的论点中，自愿联系的要求占有突出地位。以色列在该案中就保加利亚击落误入其领空的以色列民航客机造

成的损害要求赔偿。沙博泰·罗森先生代表以色列提出：

基本上，在适用[当地补救办法]规则之前，受害人与行动受到非难的国家之间应该存在联系。我认为，所有判例都表明，只有在作为受害人的外侨在本人和行动受到非难的外国之间已经建立，或被认为建立了自愿、自觉、有意的联系*的情况下，才适用这项规则。这些判例总是涉及这样的情况：产生上述性质的联系，是由于受害人在该国居住、在该国经商、在该国拥有财产等原因——我认为这包括了多数情况——或者由于受害人与该国政府订立了某种契约，例如涉及外国债券持有人的案例；也许还有其他案例。¹⁴¹

保加利亚对以色列的论点提出反驳。¹⁴² 国际法院再次没有就此事作出裁决。¹⁴³

75. 在涉及跨界污染的 1935 年特雷尔冶炼厂案¹⁴⁴ 中，并不存在自愿联系或领土联系，加拿大也没有坚持要用尽当地补救办法。这一案例和其他因不存在自愿联系而放弃当地解决办法的案例¹⁴⁵ 一样，被解释为支持把自愿服从司法管辖作为适用当地补救办法规则的先决条件的要求。¹⁴⁶ 然而，这些案例没有坚持适用当地补救办法规则，也可以以其他理由作出解释。比如，特雷尔冶炼厂案可解释为无需用尽当地补救办法的直接损害例子，也可以根据有关仲裁协定没有要求用尽当地补救办法对该案作出解释。

¹³⁴ 《当地补救办法》，第 145 页。

¹³⁵ 《国际仲裁裁决汇编》(见上文脚注 96)，第 1202 页。

¹³⁶ 见上文脚注 55。

¹³⁷ 挪威公债案，《国际法院书状汇编》，第一卷(法国诉挪威)(1955 年)，第一卷，第 409 页(阿戈先生第六次报告引用，《1977 年……年鉴》[英](见上文脚注 86)，第 38 页，第 98 段)。

¹³⁸ 见上文脚注 24。

¹³⁹ 见上文脚注 25。

¹⁴⁰ 《1957 年国际法院汇编》(见上文脚注 55)，第 97 页。

¹⁴¹ 以色列在 1955 年 7 月 27 日空中事件案(以色列诉保加利亚)中的口头申诉(见上文脚注 121)，第 531-532 页。又见第 590 页(同上)。

¹⁴² 同上，第 565 页。

¹⁴³ 1955 年 7 月 27 日空中事件案(以色列诉保加利亚)，判决，《1959 年国际法院汇编》，第 127 页。

¹⁴⁴ 《国际仲裁裁决汇编》，第三卷(出售品编号：1949.V.2)，第 1905 页。

¹⁴⁵ “弗吉尼厄斯号”案，穆尔，《国际法文摘》，第二卷，第 903 页；*Jessie, Thomas F. Bayard* 和 *Pescawha* 纵帆船案，《美国国际法杂志》，第 16 卷(1922 年)，第 114-116 页。

¹⁴⁶ 劳，同前，第 104 页；梅龙，同前，第 98 页，脚注 2。

76. 自愿联系/领土联系要求的反对者提出, 法庭在芬兰船舶仲裁案、¹⁴⁷ 安巴蒂耶洛斯求偿案¹⁴⁸ 和西西里电子公司案¹⁴⁹ 这类案例中认为, 需要用尽当地补救办法, 尽管受害人与被告国之间不存在密切联系。这是一个引起误解的论点, 因为在所有三个案例中与被告国都存在某种联系, 或是契约关系(安巴蒂耶洛斯求偿案和西西里电子公司案), 或是实际存在(芬兰船舶仲裁案)。自愿联系要求的支持者并不把这种联系与住所等同起来, 因此承认在上述案例中受害人与被告国之间存在着充分的联系, 足以适用当地补救办法规则。¹⁵⁰ 如果住所成为一项要求, 涉及征用外国拥有财产、外侨为非居民的契约交易的案例中将排除适用当地补救办法规则。今天, 权威作者都不支持这一立场。

2. 国家实践

77. 同样, 国家实践也不明确。在英国早期实践中, 外侨如果由于船只遭到扣押或捕获而在公海遭受损害, 必须在扣押或捕获国内用尽当地补救办法。¹⁵¹ 阿默拉辛格理所当然地对此提出了疑问: 这一实践今天是否得到承认。¹⁵² 当然, 在最近的英国实践规则中没有提到这一实践, 也的确没有提到自愿联系要求。¹⁵³

78. 美国的初期实践非常不同。1834年, 国务卿麦克莱恩先生指出, 在下述情况下美国国民必须在所在地国家用尽当地补救办法: “他们权利受到侵犯, 因进入该国法律管辖地区而自愿服从该国法律, 并必须

同意遵守这些法律”。¹⁵⁴ 不清楚美国是否还持这一立场。美国《第三次法律重述: 美国外交关系法》对自愿联系作为当地补救办法规则先决条件的需要没有表态。¹⁵⁵

79. 最近的国家实践表明, 对误击外国飞机负有责任的国家将不会要求把用尽当地补救办法作为受害人家属对其提出索赔的先决条件。1954年, 中国击落英国国泰航空公司的飞机, 即向受害人支付赔偿, 而没有要求用尽当地补救办法。¹⁵⁶ 美国导弹在伊朗领空误击伊朗客机后, 美国也向伊朗国民提供惠给金, 没有要求用尽当地补救办法。¹⁵⁷ 最近, 巴基斯坦对印度击毁其飞机造成的损害提出索赔, 印度也没有对此提出没有用尽当地补救办法作为一项初步反对意见。¹⁵⁸

80. 同样的实践似乎也适用于跨界环境损害案例。例如加拿大放弃了用尽当地补救办法的要求, 同意对因建造古特大坝遭受损失的美国国民作出赔偿。¹⁵⁹ 《外空间物体所造成损害之国际责任公约》第十一条进一步支持了这种观点:

1. 依本公约向发射国提出赔偿损害要求, 无需事先用尽求偿国或其代表之自然人或法人可能有之任何当地补救办法。

¹⁴⁷ 见上文脚注 24。

¹⁴⁸ 见上文脚注 25。

¹⁴⁹ 《1959年国际法院汇编》(见上文脚注 46), 第 42 页, 第 50 段。

¹⁵⁰ 见梅龙, 同前, 第 99-100 页; 以及阿默拉辛格, 《当地补救办法》, 第 144 页。

¹⁵¹ 见 McNair, 《国际法评论》, 第 302 页。

¹⁵² 《当地补救办法》, 第 143 页。

¹⁵³ 见 Warbrick, 同前。

¹⁵⁴ 穆尔, 《国际法文摘》, 第六卷, 第 658 页。

¹⁵⁵ 《第三次法律重述》(见上文脚注 27), 第 348 页, 第 902(k)段; 第 219 页, 第 713(f)段; 第 225-226 页, 第 713 段, 报告员注 5。

¹⁵⁶ 该事件在劳, 同前, 第 104 页中有说明。

¹⁵⁷ 见 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), 《国际法院书状汇编》, 第二卷, 美利坚合众国提出的初步反对意见, 第一部分, 第三章, 第一节, 第 46-50 页。

¹⁵⁸ 1999 年 8 月 10 日空中事件案(巴基斯坦诉印度), 管辖权, 判决, 《2000 年国际法院汇编》, 第 12 页; 又见《国际法律资料》, 第 39 卷(2000 年), 第 1116 页。

¹⁵⁹ 见《美国和加拿大的协议》(上文脚注 93), 第 141 页; 以及美国出席安大略湖索赔法庭代理的报告, 转载于《国际法律资料》, 第八卷, 第 1 号(1969 年 1 月), 第 118 页。加拿大的态度还可以这样得到解释: 加拿大各法院宣布, 它们对相关案件没有管辖权。(同上, 第 4 卷(1965 年), 第 475 页)。

2. 本公约不妨碍一国或其可能代表之自然人或法人向发射国之法院、行政法庭或机关进行赔偿要求。但一国已就所受损害在发射国之法院、行政法庭或机关中进行赔偿要求者,不得就同一损害,依本公约或依对关系各国均有拘束力之另一国际协定,提出赔偿要求。¹⁶⁰

论著者提出了令人信服的论点,如果要把国家责任的法律扩大到跨界环境损害,需要对当地补救办法规则的适用性重新加以考虑。¹⁶¹

3. 编纂提议

81. 早期的编纂提议涉及阐述国家对在其领土内对外国人个人或财产所造成损害承担国家责任的原则。¹⁶²因此,在外侨在被告国领土以外的情况下,没有注意

¹⁶⁰ 1979年,加拿大引用了该公约,当时苏联一个由小核反应堆驱动的卫星在加拿大上空解体,并在加拿大西北地区坠毁。苏联同意向加拿大支付300万加元的赔偿(《国际法律资料》,第18卷(1979年),第899页;第20卷(1981年),第689页)。在该案中,加拿大提出直接索赔,因为没有对加拿大国民或私人财产造成伤害。

¹⁶¹ Hoffman指出:

“虽然‘联系理论’没有被承认为国际法原则,但似乎正在流行,随着国家责任法律适用范围扩大至环境问题,这一理论有可能成为该法律中的一个重要发展”。

(“在国际法和跨界环境污染损害中的国家责任”,第540-541页)

又见, Lefeber, 《跨界环境干预与国家赔偿责任的起源》,第123-124页和第154页; Okowa, 《在国际法上国家对于跨界空气污染的责任》,第219页; 希门尼斯·德阿雷查加, “International law ...”, 第296页; Schachter, “国际法的理论与实践”, 第203页。另见胡利奥·巴尔沃萨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的第六次报告, 《1990年……年鉴》, 第二卷(第一部分), A/CN.4/428和Add.1号文件, 第180页(第28条)。又见委员会工作组关于该问题的报告(《1978年……年鉴》[英], 第二卷(第二部分), 第151页, 第15段)。

¹⁶² 见1929年国际法编纂会议(1930年,海牙)筹备委员会起草的讨论基础, 《1956年……年鉴》[英](上文脚注14), 附件2, 第223页; 哈佛大学法学院(1929年)编写的《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》, 同上, 附件9, 第229页; 加西亚·阿马多尔先生关于国际责任的第二次报告, 《1957年……年鉴》[英], 第二卷, 第104页, A/CN.4/106号文件。

到责任问题。哈佛大学法学院1961年拟订的《国家对外侨所受损害的国际责任公约草案》不仅在相关条款(第19条)中没有包括领土自愿联系的要求,而且还在评注中明确指出,《公约草案》

没有采纳这种看法,即应该放弃用尽当地补救办法,如果这一要求将对求偿人造成困难……诉诸当地补救办法也许麻烦,如果受害外国人与加害国没有切实的联系,比如外国人只是从有关国家的领土经过。如果他要有效地使用当地补救办法,他必须从自己的居住地长途跋涉到伤害发生地国。虽然在这种情况下对一般规则作出例外规定也许是适当的,但判例没有支持这种做法*。¹⁶³

82. 委员会在一读通过国家责任条款草案第22条时审议了这一问题。¹⁶⁴当时,国际法委员会拒绝了如果不存在领土联系或自愿联系,应该排除当地补救办法的提议,¹⁶⁵并决定,由于国家实践和司法裁决都没有“就一国在其领土以外对外国人或其财产造成伤害的案例是否适用用尽当地补救办法的条件明确表示立场”,¹⁶⁶因此,最好“把一国在其领土以外对外侨或其财产造成伤害的案例或类似案例是否适用用尽当地补救办法原则的问题,由国家实践根据所能得到的最佳标准加以解决。”¹⁶⁷

4. 结论

83. 司法裁决和国家实践尚未适当处理在缺乏自愿联系或领土联系情况下,当地补救办法的适用性问题。提倡当地补救办法规则有此例外的人士提出的观点,显然有其根据。在下列困难情况下,要求受害外侨用尽当地补救办法是不合理、不实际和不公正的:

¹⁶³ 怀特曼引用了 Sohn 和 Baxter 的评注,同前,第一卷,第793-794页。

¹⁶⁴ 《1977年……年鉴》[英], 第二卷(第二部分), 第43-45页, 第22条评注第(38)-(42)段。

¹⁶⁵ 同上, 第44页, 第(40)段。

¹⁶⁶ 同上, 第43页, 第(38)段。

¹⁶⁷ 同上, 第44页, 第(40)段。

(a) 污染、放射性微粒沉降或人造空间物体导致的跨界环境法损害；

(b) 击落在被告国领域之外或误入其领空的飞行器；

(c) 驻扎在 A 国领土上的 B 国士兵杀害 A 国国民；

(d) 被告国的特工人员从外国国民本国或第三国越境绑架该国民。

这里必须解决的问题是，此类情况是否要求一项特殊规则，使它们免于适用当地补救办法规则，或此类案件应受现行规则或国际法一般原则制约。

84. 在处理这一问题之前，必须强调，在许多此类案件中，除了对个人的伤害外，受害人的国籍国也将受到直接伤害。如果遵循条款草案第 11 条中建议的主要依据规则，用尽当地解决办法在许多此类案件中将是不适用的。正如特雷尔冶炼厂仲裁案所表明的，¹⁶⁸ 跨界环境损害在大多数案件中都会被定性为直接伤害。击落外国飞机也是如此；以色列在其与保加利亚的 1955 年 7 月 27 日空中事件案中已经令人信服地说明了这一点。¹⁶⁹ 绑架同样构成了对国家的直接伤害，因为在绑架发生地，领土主权受到了侵犯。

85. 如果求偿国倾向不提出直接求偿，或对国民的伤害超过了对国家的伤害，则似乎在大多数情况下，将不适用当地补救办法，因为在被告国将没有可行的或有效的补救办法，或任何此类补救办法都是徒劳无益的。主要是出于这一理由，委员会拒绝采纳关于自愿联系的特殊规则。¹⁷⁰ 科可特在其提交

¹⁶⁸ 见上文脚注 144。

¹⁶⁹ 见上文脚注 143。梅龙清楚阐明了以色列的观点，同前，第 92-94 页。

¹⁷⁰ 《1977 年……年鉴》[英]，第二卷(第二部分)，第 44 页，第(39)段。阿戈先生在关于国家责任的第六次报告(见上文脚注 86)，第 39 页，第 100 段中阐述了这一主题：

国际法协会的关于对人身和财产的外交保护委员会 2000 年报告中也提出了类似看法。¹⁷¹

86. 希门尼斯·德阿雷查加驳斥了关于在此类案件中有效补救办法的要求可能克服困难或不公正的说法：

自然，在本国领土受另一国士兵或空间物体伤害的个人有可能在该另一国找到有效补救办法；即使如此，要求该个人在外国寻求此类补救办法仍然是不公平的，造成了不必要的困难。可见补救办法的有效性不是强制实行或免除该办法的充分理由。在这类案件中，最好的解决办法或许是规定当地补救办法是选择性而非强制性的，可由受害人作出选择。¹⁷²

“对我们来说，似乎更符合用尽当地补救办法原则的存在理由乃至该项原则的逻辑的是，以一种有待制订的方式规定，不当始终要求只有个人给予协作，才能启动有关机制，促使国家按照新的行动方针，纠正违背国际所要求结果的并因其最初行动造成的情况。此一规定，例如，可适用于违反外国人意愿，将其带入一国领土，或经由空中或陆地过境导致的伤害案件。人们可能会发现，倘非如此，则转嫁到此一个人身上的负担将沉重得没有道理*。然而，即使没有明文规定可能损害有关原则稳妥性的例外，是否有可能认为，当地补救办法应当是有效的这项一般要求已经涵盖了这些为数不多的极端例子，而该项要求应理解为包括了在所提交的案件中，有关个人也可有效使用此类补救办法的进一步要求？”

¹⁷¹ 同前，第 614-615 页。又见 Geck，同前，第 1056 页。

¹⁷² “International law ...”，第 296-297 页。又见 Schachter，同前，第 203 页；劳，同前，第 104 页；Lefebvre，同前，第 123 和第 154 页。除其他外，1978 年，委员会关于国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任工作组以下列措辞支持了这种看法：

“应当指出，目前审议的此类责任与国家选择将自身或其财产置于该国领土的外侨所负责任有所不同。在本主题所涉情况下，不能假设人们因为这些风险或损害性后果在其所发生的国家领土或控制范围内得到容忍，就愿意接受这类风险或损害性后果。同时，也不要寻求国内法提供的有效补救办法——实际上，除非有关各国接受的适用体制确实规定了这样一项要求。”

(《1978 年……年鉴》[英]，第二卷(第二部分)，第 151 页，第 15 段)

又见欧洲经济委员会《跨界水污染责任与赔偿责任指南》，(ENVWA/R.45)，附件，第 22 段。

87. 在此类案件中造成当地补救办法规则不适用的一项一般法律原则是：不法行为不产生权利。正如梅龙所说：“按照一般法律原则，一个国家如果非法干涉一外侨，而该外侨除受到这一干涉外与那个国家没有任何联系，倘允许该一国家从其非法行为中获益，确实是不可思议的。”¹⁷³

88. 管辖规则可能同样排除了在上述艰难情况中适用当地补救办法规则。虽然一个国家拥有广泛的域外管辖权，但在某些情况下，管辖权的行使将构成滥用或过度使用该管辖权，致使该规则不适用。奥康奈尔强调了这一点：

要想更好地说明这一问题，不妨强调，当伤害发生在域外时，审理的问题是，有关国家是否过度行使了管辖权，这是一个最好交由国际法庭处理的国际法问题，而当伤害发生在域内时，审理的问题是伤害的性质以及实际上是否发生了按国际法要求应由国内法加以补救的过失。换句话说，在域外伤害案件中，国际法庭面临的问题是，国家是否因其行为违反了国际法，而在域内伤害案件中，问题在于，国家是否因其没有对伤害进行补救而违反了国际法。两者的区别在于，前者事件发生在国内法庭管辖权之外，因此，国内法庭无法取证并作出裁决。¹⁷⁴

89. 显然在受害外侨与被告国之间不存在自愿联系或领土联系的案件中，必须特别考虑当地补救办法规则的适用性问题。是否需要对目前的条款草案规定例外，尚不能确定。现有的对当地补救办法规则的例外可能涵盖上文第 83 段描述的大多数“艰难情况”，但委员会或许决定应当给予更有力和更明确的保护。特别报告员的暂定结论是，此类规定是不必要的，但

¹⁷³ 同前，第 96 页。同样的效果，见希门尼斯·德阿雷查加，“International law ...”，第 296 页；Head，同前，第 153 页；阿默拉辛格，《当地补救办法》，第 146 页。

¹⁷⁴ 奥康奈尔，同前，第 951 页。又见 Herdegen，同前，p 第 66-67 页；国际工商业投资公司案(上文脚注 25)，第 27 页；阿默拉辛格，《当地补救办法》，第 144-145 页。与此相反的是詹宁斯，“国际法原则一般课程”，第 485 页。

如果委员会决定列入这样一项规定，他当然也不会反对。

D. 不当拖延(第 14 条(e)项)

“第 14 条

“在下列情况下，无需用尽当地补救办法：

“……

“(e)不当拖延提供当地补救办法的责任在被告国一方。”

90. 在被告国对无理拖延提供当地补救办法负有责任的情况下，可以免除用尽当地补救办法的要求，编纂努力、人权文书和实践、司法裁决和学者意见都确认了这一点。

1. 编纂

91. 国际法编纂会议筹备委员会 1929 年提出的讨论基础在讨论基础第 27 条中，就用尽当地补救办法提出了一项规则。按照该提案，当地补救办法规则不得排除适用讨论基础第 5 条，即：

国家可因下述事实对外国人所受损害负有责任：

……

3. 法院一方不合理的拖延*。¹⁷⁵

92. 1930 年国际法编纂会议第三委员会提出了类似规定。该规则准许在拒绝司法的情况中不遵守用尽当地补救办法规则，并举出“无理……拖延意味着拒绝司法”作为例子。¹⁷⁶ 哈佛大学法学院为会议编写的

¹⁷⁵ 《1956 年……年鉴》[英](见上文脚注 14)，第 223 页，附件 2。

¹⁷⁶ 同上，第 226 页，附件 3(第 9 条第(2)款)。

公约草案文本确定了国家对拒绝司法，包括“无故拖延”的责任，同时，不要求用尽当地补救办法。¹⁷⁷

93. 1933年，在蒙得维的亚召开的第七次美洲国家国际会议认为“无理拖延”是当地补救办法规则的例外，但表明对此应做出“有限制的解释，也即，有利于分歧发生地国的主权的解释”。¹⁷⁸

94. 哈佛大学法学院1960年编写的“关于国家对外侨所受损害的国际责任公约草案”载有下列建议：

为本公约之目的，在下列情况中当地补救办法应视为不可得：

.....

(c) 如果补救办法过于迟慢或司法受到无理拖延。¹⁷⁹

95. 加西亚·阿马多尔先生没有将不当拖延列为对当地补救办法规则的例外，即使是在拒绝司法的情况下。¹⁸⁰阿戈先生承认，不当拖延可能导致当地补救办法无效的结论，¹⁸¹但没有提出这一点作为对第22条中当地补救办法规则的特殊例外。科可特在她向国际法协会关于对人身和财产的外交保护委员会提交的关于用尽当地补救办法的报告中，同样认为“无理延长诉讼”¹⁸²是当地补救办法规则的一项例外，但在她提出的条款草案中没有就这一例外另行提出建议。

¹⁷⁷ 同上，第229页，附件9(第9条)。相形之下，第7-8和第10-12条都要求用尽当地补救办法，作为确定国家责任的先决条件。

¹⁷⁸ 同上，第226页，附件6，关于国家的国际责任决议第3段。

¹⁷⁹ 第19条第2款。转载于Sohn和Baxter，同前，第577页。

¹⁸⁰ 《1961年……年鉴》[英](上文脚注39)，第46-48页，第3条和第18条第2款。

¹⁸¹ 《1977年……年鉴》[英]，第二卷(第二部分)，第48页，第(50)段，脚注204。

¹⁸² 同前，第623页。

2. 人权文书和实践

96. 若干人权公约明确排除了需要用尽当地补救办法，如果其适用被“无理拖延”。¹⁸³这些公约监督机构的判例认可了这项例外。¹⁸⁴

3. 司法裁决

97. 司法裁决在某种程度上支持了“不当拖延”为当地补救办法规则的例外。在埃尔奥罗矿业公司案中，英国-墨西哥索赔委员会认为“九年时间大大超过了可能有的最大宽限度”。¹⁸⁵因此，它认为补救办法是无效的，可以不必用尽当地补救办法。然而，国际法院在国际工商业投资公司案中，并不认为10年的诉讼期足以免除用尽当地补救办法的需要。¹⁸⁶阿曼德-乌贡法官批评了该裁判的这一方面，他在一项不同意见中认为，由于10年诉讼之后终局裁判仍遥遥无期，可用的补救办法过于迟缓，因此是无效的。¹⁸⁷在该案中，国际法院没有拒绝不当拖延可能导致放宽当地补救办法规则。它只是认为，10年并非足够长的时间，可以在这一特殊案例中免除该项规则。尤其是因为国际工商业投资公司未能提供一些必要文件，导致了拖延。¹⁸⁸

¹⁸³ 《公民及政治权利国际公约》(第41条，第1(c)款)；又见《美洲人权公约》：“《哥斯达黎加圣何塞公约》”(第46条，第2(c)款)。

¹⁸⁴ 温伯格诉乌拉圭案，第28/1978号来文，人权事务委员会，《根据任择议定书做出的裁决选编》(联合国出版物，出售品编号：E.84.XIV.2)，第59页，第11段；拉斯帕尔梅拉斯案，(初步反对意见)，2000年2月4日判决，美洲人权法院，《C辑：判决和裁决》，第67号，第64页，第38段；埃尔多安诉土耳其案，第19807/92号请愿书，1996年1月16日判决，欧洲人权委员会，《判决和报告》，第84-A卷，第15-16页；阿默拉辛格，《当地补救办法》，第203-206页；科可特，同前，第623页。

¹⁸⁵ 埃尔奥罗矿业和铁路有限公司(大不列颠)诉墨西哥合众国案(1931年)，《国际仲裁裁决汇编》，第五卷(出售品编号：1952.V.3)，第198页。又见冯普勒斯王子事务管理案，1933年2月4日命令，《常设国际法院汇编》，A/B辑，第52号，第16页。

¹⁸⁶ 《1959年国际法院汇编》(见上文脚注25)，第6页。

¹⁸⁷ 同上，第87页。

¹⁸⁸ 阿默拉辛格，《当地补救办法》，第203页。

4. 学术界意见

98. 学术界基本支持这一例外，¹⁸⁹ 但人们也意识到，很难规定“不当拖延”的客观内容或含义。每一情况都必须根据其本身事实裁定。正如阿默拉辛格所指出的：

每一案件的情节显然是一个决定因素。事情在很大程度上取决于对每一案件情况的司法评估……显然，过错性质一类问题是很有关系的，例如，相对于财产的损害而言，对侵犯人身和公民权利规定较短的时限比较容易。求偿人的性质也是一个有关因素，对大公司的损害引起的诉讼，可能比对个人的损害更复杂，前者的时限就会长于后者。归根结底，此类考虑只供参考，没有任何简单明了的规则界定不当拖延。¹⁹⁰

99. 用尽当地补救办法的这一例外可纳入第 14 条(a)项中所载例外，作为徒劳的组成部分。然而，完全有理由认定这是一个单独例外。众所周知，法庭程序非常缓慢。此一例外可提醒有关国家注意，如果它们不适当地拖延国内诉讼，希望可推迟国际法庭的审讯，那么，它们可能会失去当地补救办法规则的好处。

E. 拒绝接触(第 14 条(f)项)

“第 14 条

“在下列情况下，无需用尽当地补救办法：

“……

¹⁸⁹ 例见 Browlie, 同前, 第 505-506 页; Doehring, 同前, 第 239 页; Schwarzenberger, 同前, 第 620 和第 622 页(在拒绝司法的背景下提到); Cançado Trindade, 同前, 第 79 页; 希门尼斯·德阿雷查加, “International law ...”, 第 294 页和“国际责任”, 第 589 页; 以及马默里, 同前, 第 403 页。

¹⁹⁰ 阿默拉辛格, 《当地补救办法》, 第 205-206 页。在埃尔奥罗矿业公司案中, 英国-墨西哥索赔委员会表示:

“本委员会将无意明确规定法庭应在何种期限内作出判决。这将取决于若干因素, 其中最重要的是深入审议案件所涉工作量, 换句话说, 要取决于后者的大小。”

(《国际仲裁裁决汇编》(见上文脚注 185), 第 198 页)

“(f) 被告国阻止受害人接触被告国内提供当地补救办法的有关机构。”

100. 国家可能设法阻止受害外侨实际上接触该国法庭, 例如, 拒绝其进入该国领土, 或让外侨陷入危险, 使之试图进入该国领土很不安全。决心针对一个国家维护自己权利的外国人很少受到欢迎。因此, 此类国家往往会行使其拒绝外国人入境的不受质疑的权利, 或向外国人表示, 一旦他进入该国领土, 他的安全将得不到保障。事实上拒不给予当地补救办法的机会可能在第 14 条(a)项中涵盖, 但最好承认此类情况是对当地解决办法规则的特殊例外, 因为有关补救办法理论上即使是可能获得的也是有效的, 但实际上却没有接触的机会。

101. 在国家实践、判例或法律学说中, 没有明确支持将这类情况作为对当地补救办法规则的特殊例外。不过, 科可特在其提交国际法协会关于对人员和财产的外交保护委员会的报告中, 针对“求偿人事实上被阻止获得现有补救办法”, 提出了对当地补救办法规则的一项例外。¹⁹¹ 为支持这项建议, 她表示:

出于事实理由的徒劳无益尤其包括申请人须冒生命或肢体伤残危险在有关国家寻求补救办法的情况。这可能是由于对别国国民“普遍的敌意”或也可能是基于特定外侨或某一群体面临的危险, 只要这些危险得到令人满意的确认。事实上的徒劳无益的其他例子包括妨碍和阻止、拒绝司法等, 导致外侨由于该国指示或容忍的做法或政策, 无法接触法庭。¹⁹²

科可特的建议源于人权判例,¹⁹³ 但没有恰当的理由表明, 为什么不能通过逐渐发展的方式, 将其扩展为制约用尽当地补救办法的一般法律原则。

¹⁹¹ 同前, 第 630 页。

¹⁹² 同上, 第 624-625 页。又见 Doehring, 同前, 第 239-240 页。

¹⁹³ 同前, 第 624-625 页, 脚注 86-91; 阿克迪瓦尔等人诉土耳其案, 1996 年 9 月 16 日判决, 欧洲人权法院, 《判决和裁决报告书》, 第 1996-IV 卷, 第 1213 页, 第 73 段。

第二章

举证责任

“第 15 条

“1. 按照提出主张方须证明其主张的原则，原告国和被告国在与用尽当地补救办法有关的事项方面分担举证责任。

“2. 如无特殊情形，在不影响需证明主张的顺序的情况下：

“(a) 被告国有责任证明用尽当地补救办法原则对所涉国际索赔适用，而且现有当地补救办法尚未用尽；

“(b) 原告国有责任证明第 14 条所指的任何例外情况，或证明此项索赔事关对国家本身的直接损害。”

102. 国际诉讼的举证责任所涉问题是须证明什么，须由哪一方来证明。从纳入许多国家法律体系的国际法来看，关于举证责任并无明确、详细的规则。¹⁹⁴但大家普遍同意，举证责任在于提出主张的一方。这可以是原告(举证责任在于原告)，也可以是被告(举证责任在于被告)，因为在诉讼过程中，举证责任随哪一方提出法律主张或论点见解而转移。¹⁹⁵这一处理举

证责任的办法并非着眼于技术或形式，而是实用性的，¹⁹⁶适用于需要用尽当地补救办法的诉讼。

103. 以前编纂当地补救办法的规则时没有设法拟定关于该专题的规则。但科可特在提交国际法协会关于人员和财产的外交保护委员会的报告中提议下列举证责任规则：

1. 原告必须证明他已用尽当地补救办法，或
2. 他免于这样做。
3. 东道国必须证明(进一步)补救办法仍然存在，尚未用尽。¹⁹⁷

104. 在各人权监测机构的工作中可找到许多关于举证责任的案例。¹⁹⁸欧洲人权法院的裁决指出，起诉人首先有责任在其请诉书中有相当把握地表明他已用尽东道国提供的当地补救办法。如果被告国随后称当地补救办法尚未用尽，举证责任就转到了被告国，被告国就需要使法院确信起诉人仍然有能够纠正过错的有效补救办法。一旦被告国满足了这项要求，起诉人

¹⁹⁴ 威廉·帕克(美国)诉墨西哥合众国案(1926年)，《国际仲裁裁决汇编》，第四卷(出售品编号：1951.V.1)，第39-40页。

¹⁹⁵ Ripert, “Les règles du droit civil applicables aux rapports internationaux”, 第646页。又见 Guggenheim, *Traité de droit international public*, 第81页；Cheng, “在国际法院的举证责任”，第596页；劳，同前，第55页；Fawcett, 《欧洲人权公约的应用》，第289页；Sereni, *Principi generali di diritto e processo internazionale*, 第30、第40、第76和第90页；Chappez, *La règle de l'épuisement des voies de recours internes*, 第234-237页；阿默拉辛格，《当地补救办法》，第277-283页；Cançado Trindade, 同前，第134-136页和第169页；《1958年……年鉴》，第二卷，第1页，A/CN.4/113号文件，委员会第五届会议通过的仲裁程序草案：特别报告员乔治·塞勒的报告(尤其见第21条，第9和第14页)；国际工商

业投资公司案(瑞士诉美利坚合众国)，瑞士提交的意见书(1958年)，《国际法院书状汇编》，第562-563页。与此相反的是Robertson, “在国际人权诉讼中用尽当地补救办法：重新考虑举证责任”，第191-193页和第196页，文中将法律举证责任与证据举证责任加以区分，认为法律举证责任仍然在于一方(即原告)。

¹⁹⁶ 加亚，同前，第227-231页。

¹⁹⁷ 科可特，同前，第630页。

¹⁹⁸ Kolott, *The Burden of Proof in Comparative and International Human Rights Law*；阿默拉辛格，《当地补救办法》，第291-297页；Cançado Trindade, 同前，第143-171页；Robertson, 同前；贝拉斯克斯·罗德里格斯案(见上文脚注71)，第305页，第59-60段；阿克迪瓦尔等人诉土耳其案(见上文脚注193)，第1211页，第68段。

就有责任说明政府指出的补救办法事实上已经用尽，或他有特殊情况，因而无法用尽这些补救办法。¹⁹⁹

105. 这些原则对一般国际法的适用是有限的，因为需证明的各种说法的先后秩序受下列情况的影响：

“各人权公约通常规定，有关监督机关只有在确信已按公约要求用尽当地补救办法之后才对请诉书进行实质审理。”²⁰⁰ 此外，各人权机构可以审查遵守用尽当地补救办法的规则的情况，即使被告没有提出任何反对，起诉人也应理所当然地自行遵守用尽这些补救办法的规则。²⁰¹

106. 仲裁裁决和司法裁决没有澄清这个问题。一些仲裁法庭裁定原告应有责任证明当地补救办法已经用尽或这项规则的某一例外可以适用，²⁰² 其他一些仲裁法庭则根据案件情况假定补救办法无效，要求被告证明仍有尚未用尽的当地补救办法。²⁰³ 帕涅韦兹斯—萨尔杜提斯基铁路案、芬兰船舶仲裁案、安巴蒂耶洛斯求偿案和西西里电子公司案都涉及这个问题，1955年7月27日空中事件案(以色列诉保加利亚)和挪威公债案(在此案中，赫施·劳特派特爵士就该专题分别发表了重要意见)的书状中也提出了这个问题。

¹⁹⁹ 见福蒂等人案(见上文脚注 122)，第 380-382 页；塞尔莫尼诉法国案，第 25803/94 号请诉书，1999 年 7 月 28 日判决(荷兰干预)，欧洲人权法院，《判决和裁决报告书》，第 1999-V 卷，第 175-176 页，第 76 段。

²⁰⁰ Kolott，同前，第 628 页。

²⁰¹ Cançado Trindade，同前，第 153-157 页。

²⁰² 阿道夫·施图德(美国)诉大不列颠案(1925 年)，《国际仲裁裁决汇编》，第六卷(出售品编号：1955.V.3)，第 153 页；拉瓜伊拉发电及电力公司案(1903-1905 年)，同上，第九卷(出售品编号：1959.V.5)，第 243 页；内皮尔案，穆尔，《历史与摘要》，第三卷，第 3154 页。

²⁰³ 见约翰·吉尔(大不列颠)诉墨西哥合众国案(1931 年)，《国际仲裁裁决汇编》，第五卷(出售品编号：1952.V.3)，第 157 页；又见劳特派特编辑，《国际公法案例年度文摘》，第 203-204 页；罗多彼中部森林案(上文脚注 65)；根据讷伊条约第 181 条进行的仲裁案，劳特派特编辑，《国际公法案例年度文摘》，第 94 页，和《美国国际法杂志》(上文脚注 65)；布朗索赔案(上文脚注 24)。另见田中法官在巴塞罗那电车公司案中的个别意见(上文脚注 39)，第 145-147 页。

107. 在帕涅韦兹斯—萨尔杜提斯基铁路案中，起诉国爱沙尼亚称，用尽当地补救办法规则不能适用，原因是立陶宛最高法院已经就此作出不利于起诉人的裁决，因此立陶宛其他法院不能受理此案。关于这些问题，常设国际法院指出：

如果这些论点之一能得到证明，本法院就有义务推翻立陶宛第二次发表的反对意见[认为当地补救办法没有用尽]。

.....

需清楚证明的是，立陶宛法庭无权受理艾斯曼尼公司提出的关于它对帕涅韦兹斯—萨尔杜提斯基铁路所有权的诉讼案件。在这一点得到清楚证明之前，本法院不能接受爱沙尼亚代理的下列论点：由于立陶宛法律没有规定补救办法，用尽当地补救办法规则在此案中不能适用。²⁰⁴

以上各段表明，一旦被告提出反对意见，认为当地补救办法没有用尽，举证责任就落到起诉人头上，起诉人就需要证明当地补救办法规则的一项例外可以适用。

108. 在芬兰船舶仲裁案中，仲裁员巴格认为当地补救办法规则“仅对起诉国政府在国际程序中提出的事实论点和法律主张有影响；如要‘按案情是非曲直作出公平裁决’，只能参考根据这些论点提出的要求。”²⁰⁵ 劳对上述不明确的推理作了字面解释，认为“举证责任在于向法庭提出案件的国家，因为这需要完全参考该国提出的论点，这些论点如果有理，就意味着当地补救办法或不存在，或已经用尽。”²⁰⁶

109. 安巴蒂耶洛斯求偿案的审理采取了不同的办法，认为最初举证责任在于被告国，被告国需要证明有效补救办法仍然存在，尚未用尽：²⁰⁷

²⁰⁴ 《常设国际法院汇编》(见上文脚注 25)，第 18-19 页。

²⁰⁵ 《国际仲裁裁决汇编》(见上文脚注 24)，第 1502 页。

²⁰⁶ 劳，同前，第 56 页。

²⁰⁷ 同上，第 56-57 页。

如果要充分说明某一国际诉讼程序不能受理，被告国必须证明在其国内法体系中还有尚未得到使用的补救办法。但论著者的意见和司法先例中表达的意见都认为，显然无效的补救办法即使存在，也不足以证明有理由适用这项规则。²⁰⁸

110. 西西里电子公司案也为关于被告国有责任证明现有补救办法尚未用尽的论点提供了依据：

鉴于国内法院必须处理的诉讼涉及分庭目前审理的索赔案的实质问题，意大利有责任证明某种当地补救办法尚未得到利用，或至少尚未用尽。意大利从未否认这项责任。

.....

但在本案中，意大利事实上有责任证明仍然存在美国股东可加利用但没有利用的补救办法。本分庭认为意大利尚未履行这项责任。

在事实上大量诉诸国内法院的这样一个案件中，是很难确定当地补救办法已否真正“用尽”。但在本案中意大利尚不能够向本分庭证明某些补救办法显然仍然存在，而独立于西西里电子公司及其破产财产管理人的 Raytheon 和 Machlett 本应利用和用尽这些补救办法。²⁰⁹

111. 在 1955 年 7 月 27 日空中事件案中，被告国保加利亚的律师争辩说，一旦被告国表明其法庭对外国人开放，可供外国人利用，起诉国以色列就有责任证明这些补救办法并不存在或无效。²¹⁰

112. 在挪威公债案书状中举证责任问题十分突出，但国际法院不需就此作出裁决。法国争辩说，法国政府作为起诉人/原告，没有责任证明挪威当地补救办法无效。相反，挪威有责任证明“诉诸其司法机构是有

用的”。²¹¹ 挪威在答复中争辩说，国际法规则要求原告在将案件提交法院之前先用尽当地补救办法：

法国政府如果认为这项原则不能适用，就应提出不能适用的理由。²¹²

因此，挪威政府不需证明根据挪威国内法法国公债持有人有充分的补救办法，确保先用尽国内补救办法的规则须予以遵循。法国政府有责任证明情况并非如此。²¹³

随后，挪威承认被告需要证明国内补救办法确实存在，但认为原告需证明这种补救办法无效：

国内补救办法存在的事实一旦确立，事先用尽国内补救办法的规则就应适用。起诉国如果想回避这项规则，就有责任证明由于现有补救办法无效，因此这项规则不能适用。²¹⁴

法国在答复时争辩说，各方有义务合作提呈证据，挪威不能简单地声称其法院是不带偏袒的。此外，鉴于有关法律已造成争端，并且似乎排除了当地法庭的管辖权，挪威需要证明在挪威法庭寻求补救前景尚好。²¹⁵

113. 劳特派特法官在关于挪威公债案的个别意见中提出下列看法：

(1) 通常，原告国有责任证明有效补救办法并不存在；(2) 如果法律字面规定已剥夺了私人原告获得补救的权利，则不需这种证明；(3) 在这种情况下，被告国就有责任证明尽管表面上得不到补救，但仍然可以合理地认为补救办法是存在的；(4) 举证责任不应过份苛求，以致举证过于困难。²¹⁶

²⁰⁸ 《国际仲裁裁决汇编》(见上文脚注 25)，第 119 页。

²⁰⁹ 《1989 年国际法院汇编》(见上文脚注 46)，第 46-48 页，第 59 和第 62-63 段。

²¹⁰ 《国际法院书状汇编》(见上文脚注 121)，第 559 和第 565-566 页。

²¹¹ 《国际法院书状汇编》，挪威公债案(见上文脚注 137)，第 184 页。

²¹² 同上，第 208 页，第 110 段。

²¹³ 同上，第 281 页，第 114 段。

²¹⁴ 同上，第二卷，第 162 页。又见第 161 页。

²¹⁵ 同上，第 187-188 页。

²¹⁶ 《1957 年国际法院汇编》(见上文脚注 55)，第 39 页。

一些作者对劳特派特的意见表示完全支持,²¹⁷但绝不能忘记这条意见适用于在国际法院陈述的事实,即挪威的法律从表面看似使诉诸当地补救办法徒劳无功。因此,劳特派特的意见“似乎不能普遍适用。”²¹⁸

114. 许多法律文献都重点论及证明当地补救办法是否有效的责任问题,但在每项案件中,称当地补救办法无效所依据的情景各异。在某一案件中,当地补救办法无效可能很明显,因为法律规定地方法庭无权审理有关事项。在另一案件中,当地补救办法无效可能不那么明显,例如,据称法庭有偏见,或法庭受行政部门控制。在第一种情况下,在被告国反驳之前,可以假定当地补救办法无效,而在第二种情况下,原告国就有责任证明其说法有理。²¹⁹所有这一切都说明需要灵活对待举证责任。

115. 论著者阐述举证责任专题时往往相当谨慎,不叙述涉及所有情况的整套详细规则和细则。²²⁰虽然学者们详细分析了现有权威的论点,但极少有人超越希门尼斯·德阿雷查加的下列归纳:

援引当地补救办法规则来反驳某一指控的国家需要证明某一补救办法尚未得到利用。如果原告国答复说,从案件情况来看,现有补救办法无效或不足,该国就需要证明这一说法是正确的。²²¹

²¹⁷ Head, 同前, 第 155 页; 奥康奈尔, 同前, 第 1058 页。

²¹⁸ Haesler, 《在国际法院和法庭的判例法中用尽当地补救办法》, 第 57 页。

²¹⁹ Brownlie, 同前, 第 500 页; 劳, 同前, 第 57-58 页。

²²⁰ 阿默拉辛格写道:

“但这个专题目前在某些方面含糊不清, 尚未有人从法理上予以全面审议。由于举证责任与诉讼有关, 同其有关的司法先例重要性不能低估。因此, 很重要的一点是, 虽然论著者同意举证责任应予以分配, 但超越上文提及的既定规则来为这种分配制定任何具体规则既不可能, 也不可取。”

(《当地补救办法》, 第 287-288 页)

²²¹ “International law ...”, 第 295 页。又见希门尼斯·德阿雷查加, “国际责任”, 第 590 页; 詹宁斯和瓦茨, 同前, 第 526 页。

116. 举证责任在很大程度上取决于诉讼角色的分工(即哪一方提出什么样的问题), 而诉讼角色的分工在很大程度上又取决于案情。例如, 如果案件由双方根据一项仲裁协议共同提交仲裁法庭, 而仲裁协议意味着放弃这项规则, 原告国就不太可能在其最初呈文中出具证据说明所有现有有效补救办法均已用尽。在这种情况下, 被告国将首先提出这个问题, 举证责任也就落在被告国头上, 被告国需说明当地补救办法仍然存在, 而且这项规则对案件适用。如果在同一情况下, 特定案件中的原有伤害与外国人同被告国之间的一项合同有关, 而这项合同中含有卡尔沃条款, 其中规定该外侨放弃外交保护的权力, 在这种情况下, 被告国就可以援引卡尔沃条款来转移举证责任。²²²此外, 如果指控是根据某一文书提出, 而该文书明言要求用尽当地补救办法, 则举证责任的分工就完全不同。原告国就有义务在其呈件中表明现有当地补救办法已经用尽, 或表明为何这样做没有必要。被告国政府在答复时将需要说明进一步补救办法的存在, 并说明这些补救办法是有效的, 以此支持当地补救办法没有用尽的论点。

117. 由于上述理由, 审查案例和文献只能得出一个结论: 制定任何具体规则都很困难, 也不明智, 只能指出举证责任应由各方分担, 在案件审理过程中不断彼此转移, 提出某一确定论点的一方有责任证明这一论点: 举证责任在于提出主张的一方。第 15 条设法对此作出规定。

118. 委员会不妨采取下列立场: 第 15 条第 1 款是一项通则, 不需加以编纂。在这种情况下, 委员会不妨仅编纂第 15 条第 2 款。委员会也可以采用上文第 103 段提及的科可特向国际法协会提出的简短、但并非不准确的提案。

²²² 见德克萨斯北美疏浚公司(美国)诉墨西哥合众国案(1926年3月31日), 《国际仲裁裁决汇编》, 第四卷(出售品编号: 1951.V.1), 第 32 页, 第 20-21 段; 另转载于《美国国际法杂志》, 第 20 卷(1926年), 第 807 页。

第三章

卡尔沃条款

“第 16 条

“1. 如果外侨与经商地国订立契约，规定：

“(a) 外侨将满足于当地补救办法；或

“(b) 任何因契约而引起的争端将不以国际求偿方式解决；或

“(c) 为契约目的，外侨将被视为缔约国国民，

根据国际法，则应被解释为外侨有效地放弃权力，不就涉及契约的事项请求外交保护。但上述契约规定不应影响外侨国籍国，在外侨受到可归咎于缔约国的国际不法行为侵害时，或在外侨所受侵害是外侨国籍国直接关切的问题时，为该行行使外交保护的权力。

“2. 第 1 款所述契约规定应被解释为推定必须用尽当地补救办法才诉诸国际司法解决办法。”

A. 引言

119. “卡尔沃条款”是外侨在契约内承诺，对于契约所引起的事项，同意放弃他可能有的任何由其国籍国提供外交保护的权力，并同意只利用当地司法补救办法解决与契约有关的任何纠纷。²²³ 这一条款以著名阿根廷法学家卡洛斯·卡尔沃(1824-1906 年)的名字命名，在关于当地补救办法规则的法律讨论中经常被提到，迟至 1955 年还被称为是“当代国际外交和判例方面最具争议性的问题之一”。²²⁴ 今天，这一条款已没有那样引人注目，但任何完整编纂当地补救办法规则的努力都不能忽视这项条款。此外，忽略卡尔沃条款无异于遗漏了当地补救办法规则的一个组成部

²²³ Freeman, “卡尔沃学说最近的发展情况及其对国际法的挑战”，第 130 页。又见加西亚·阿马多尔，“卡尔沃主义，卡尔沃条款”，第 522 页；Schwarzenberger, 同前，第 150 页；Shea, 《卡尔沃条款：美洲、国际法以及外交的一个问题》，第 6 页。

²²⁴ Shea, 同前，第 6 页。

分，而在拉丁美洲，²²⁵ 这被誉为是一项区域习惯，是许多国家的民族特点的一部分。²²⁶

B. 历史

120. 在拉丁美洲十九世纪末至二十世纪初的历史上，革命、内战和内部动乱频仍。经历过这些国内动乱的欧洲国家和美国国民的人身或财产经常受到侵害。在东道国拒绝对这些损害承担责任的情况下，外侨往往寻求其国籍国的保护，并要求国籍国代表他们通过国际诉讼程序要求赔偿。不可避免地，外侨滥用他们的优越地位。正如 Shea 在《卡尔沃条款：美洲、国际法以及外交的一个问题》内说：

国民往往认为他们的人身和财产应享有全面的保障，在缺乏有力证据和没有切实作出努力取得当地补救办法的情况下就要求本国政府插手。被要求国政府根据有限的片面证据，而且许多时候是在受到国内政治压力的情况下，出面支持很多不是基于严格法律考虑的求偿。出动军队强迫弱国接受这些缺乏实据的求偿屡见不鲜，在有些情况下，为所称损害寻求赔偿而采取严厉措施，与最初所受损害程度极不相称。²²⁷

拉丁美洲国家认为，为解决这些争端而设立的混合赔偿委员会都偏袒保护国。

121. 因此，拉美国家设法推翻外交保护制度，提出理论驳斥外交保护的根据。首先是见于《限制使用武力索取合同债务公约》(《波特公约》)的德拉戈主义声称武力干涉以收回公共债务为非法行为；这一主张主要是汲取了 1902-1903 年英国、德国和意大利对委内瑞拉进行干涉的教训。其次，卡尔沃主义提出下列两项原则作为禁止一切形式外交保护的根据：国家主权平等，外国不得进行干涉；国民和外侨平等，外侨

²²⁵ 同上，第 260-279 页。

²²⁶ Oschmann, *Calvo-Doktrin und Calvo Klauseln*, 第 381 页。

²²⁷ 同前，第 12 页。

不得主张优惠待遇。²²⁸ 对于后一项原则，卡尔沃宣布：

在一国定居的外侨当然与国民享有同样的被保护权利，但他们不应主张更为广泛的保护。

.....

国家政府对外国人的责任不能超越国家政府对本国公民所承担的责任。²²⁹

122. 以条约和宪法或立法规定实施卡尔沃主义的尝试基本上不成功。²³⁰ 结果是通过卡尔沃条款才确保了卡尔沃主义有一定的成效。该条款是加插进外侨与东道国所定契约的一项规定，在该项规定内，外侨同意在任何涉及契约的争端中放弃请求外交保护的权力。今天所谈到的卡尔沃主义就是以这种形式出现的。

C. 范围

123. 卡尔沃条款有多种形式，反映于论著者的不同阐述。²³¹ 加西亚·阿马多尔的论述最为清楚：

有的时候，该条款只是规定有关外国人将限于在当地法院提起诉讼。在另一些情况下，该条款涉及更直接和广泛地放弃外交保护，例如规定可能发生的争端绝对不可以导致国际求偿，或规定为了契约或特许权的目的，外国人或外国公司视为有关国家国民处理。²³²

²²⁸ 见 Hershey, “卡尔沃主义和德拉戈主义”, 第 26 页。

²²⁹ Shea, 同前, 第 18-19 页。译自卡尔沃, *Le Droit International théorique et pratique*, 第六卷, 第 231 页; 以及第三卷, 第 138 页。

²³⁰ Shea, 同前, 第 21-27 页。

²³¹ 见奥康奈尔, 同前, 第 1059-1060 页; Eagleton, 同前, 第 168 页; Geck, 同前, 第 1058 页; Dunn, 《国民保护: 国际法的应用研究》, 第 169 页; Lipstein, “卡尔沃条款在国际法中的地位”, 第 131-134 页。

²³² “国家责任: 某些新的问题”, 第 455 页; 又见《1958 年……年鉴》(上文脚注 88), 第 58 页。

124. 卡尔沃条款关系到外侨与东道国间的契约关系, 只适用于涉及契约的解释、适用或履行的争端。²³³ 该条款没有把放弃范围扩大到可能在国内法院审理涉及契约的诉讼程序中出现的拒绝司法情况。²³⁴

D. 美洲国家的编纂努力

125. 拉丁美洲国家编纂卡尔沃条款的努力基本上是成功的。

126. 1902 年在墨西哥城举行的第二届美洲国家国际会议通过《外侨权利公约》, 其中在承认国民和外侨地位平等(后者不享有特权)后规定:

外侨对一国或其公民提出民事、刑事或行政性质的主张或控告, 均应向该国主管法院提出主张, 除非法院本身有明显的拒绝司法, 或不正常的延误, 或明显地违反国际法原则行为, 否则上述主张不得通过外交途径提出。²³⁵

美国出席了这个会议, 但在投票表决《公约》时弃权。

127. 1933 年, 第七届美洲国家国际会议在蒙得维的亚举行。会议开始时在美国的支持下通过一项决议, 其中:

同样重申, 不得向外国人提供外交保护, 除非外国人已经用尽诉讼地国法律规定的一切法律措施。明显的拒绝司法或不当延误司法情事不在此列, 但对此必须作严格解释, 即有利于争议发生地国的主权。如果无法在合理时间内通过外交途径就有关争议达成协议, 则应将问题交付仲裁。²³⁶

²³³ 见加西亚·阿马多尔, “国家责任: 某些新的问题”, 第 456 页。

²³⁴ 这个问题在下文第 149(d)段有更详细的讨论。下文第 149(e)段(见脚注 285)所提到的加西亚·阿马多尔观点看来与这一立论有所抵触。

²³⁵ 《1956 年……年鉴》[英](见上文脚注 14), 第 226 页, 附件 5。关于该公约的进一步资料, 及其后为确认公约而作出的努力, 另见 Shea, 同前, 第 77-79 页。

²³⁶ 《1956 年……年鉴》[英](见上文脚注 14), 第 226 页, 附件 6。

128. 第七届美洲国家国际会议接着通过《关于国家权利和义务的公约》，其中规定：“本国国民和外国人受到法律和本国当局的一样保护，外国人不得要求不同于或更多于本国国民所享有的权利。”²³⁷

129. 美国成为《关于国家权利和义务的公约》的缔约方，但根据国际法保留其权利，令人怀疑它是否接受这项规定，因为这项规定与美国对外侨根据国际法所享有的权利的理解有所不同。²³⁸

130. 1948年在波哥大举行的第九届美洲国家国际会议通过《美洲和平解决条约》（《波哥大公约》），其中第七条规定：

缔约各国约定，在本国国民可以将其争端诉诸有关国家主管国内法院的情况下，不为保护本国国民进行外交交涉，或为该目的把争端提交具有国际管辖权的法院。²³⁹

131. 美国批准了该项条约，但作出下列保留：

美国政府不能接受关于外交保护和用尽补救办法的第七条。美国政府一方实行国际法所规定的外交保护规则，包括外侨用尽当地补救办法的规则。²⁴⁰

E. 编纂：国际情况

132. 在国际范围内编纂卡尔沃条款的努力所得成效较不明显。

133. 国际法编纂会议(1930年，海牙)参考了格雷罗报告、²⁴¹ 哈佛大学法学院编写的公约草案²⁴² 和会议

筹备委员会所拟订的讨论基础。²⁴³ 三份文件都载有关于卡尔沃条款的提案。但会议没有审议卡尔沃条款，主要原因是对拒绝司法问题的意见不一。会议未能在结束前议定一项公约。²⁴⁴

(《1956年……年鉴》[英](见上文脚注 14)，附件 9，第 230 页；又见《美国国际法杂志补编》，第 23 卷(1929 年 4 月)，第 135 页)。

²⁴³ 《1956年……年鉴》[英](见上文脚注 162)，第 223-225 页。相关的讨论基础为第 26-27 条和第 5-6 条：

“讨论基础第 26 条

“立约当事方一方承诺不诉诸外交补救办法对其国籍国不具有约束力，并且不免除立约国的国际责任。

“如果外国人在订立的契约内作出有效协议，同意只有国内法院具有管辖权，这些规定对于根据契约而向其提交求偿案的国际法庭将具有约束力；国家在这种情况下只对讨论基础第 5 和第 6 条所设想的情况对外国人所遭受的损害承担责任。

“讨论基础第 27 条

“如果外国人可以在一国法院(包括行政法院)寻求法律补救办法，则该国可以规定，在该国法院作出终局裁决以前，应暂停审理任何有关国际责任的问题。此规则不排除适用讨论基础第 5 和第 6 条的规定。”

(同上，第 224-225 页)

“讨论基础第 5 条

“在下列情况下，国家对外国人所遭受的损害承担责任：

“1. 不给予外国人机会利用法院维护本人的权利；

“2. 一项不得上诉的终局司法裁决违背了该国的条约义务或其他国际义务；

“3. 法院本身不合理地拖延；

“4. 司法裁决的实质显然是因为仇视外国人本人或外国人作为某国国民而作出的。

“讨论基础第 6 条

“一国对外国人所遭受的损害承担责任，如果法院采取的程序和作出的判决有严重缺陷，显示法院没有提供正当司法必须有的保障。”

(同上，第 223 页)

²⁴⁴ 博查德，“‘Responsibility of States’，at the Hague Codification Conference”，第 539 页。

²³⁷ 第 9 条。

²³⁸ 见 Shea，同前，第 81-83 页。

²³⁹ 同上，第 102 页。

²⁴⁰ 同上，第 103 页。

²⁴¹ 见上文脚注 28。

²⁴² 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(见上文脚注 162)。条款草案第 17 条规定：

“国家以本国法律或与外侨所定协议规定本国法院裁决为终局裁决的方式试图排除责任，并不免除该国的责任；外侨放弃其国籍国的保护也不免除该国的责任。”

134. 1961年，哈佛大学法学院编写了另一份关于国家对外侨所受损害的国际责任公约草案，其中第22条规定：

4. 如果在侵害行为发生后*，求偿人本人或求偿权被其取代的人在未受到胁迫的情况下放弃、互让了结或和解了结求偿，则求偿人不得提出任何求偿。

5. 在下列情况下，求偿人不得就第14条第2款(e)项、第2款(f)项、第2款(g)项或第2款(h)项所列的任何侵害行为[破坏、毁坏或损坏财产；剥夺财产使用或享用权；剥夺生计；致使丧失或剥夺根据契约或特许权享有的权利]根据本公约提出求偿：

(a) 外侨在取得财产权以前，或在取得在侵害责任国境内从事某一职业或行业的权利以前，或者作为取得与该国所定契约或该国所授特许权规定的权利的条件，同意放弃可能因被告国侵犯任何上述所得权利而引起的求偿；

(b) 被告国没有通过立法行为或任何其他方式单方面改变协议，并按照协议所定条件行事；和

(c) 伤害是国家侵犯外侨据此取得的权利所引起的。

6. 外侨不得就第14条第2款所列的任何伤害提出求偿，如果在除此以外有关国家不会给予批准的情况下，作为获准从事涉及高度危险的活动的条件，外侨同意放弃任何与这些伤害有关的求偿，而且求偿的根据是可归于国家并与这些活动有合理密切关系的作为或不作为。但这种放弃只适用于过失行为或不作为所造成的伤害或因未作出适当努力向有关外侨提供保护而引起的伤害，不适用于可归咎于国家的故意作为或不作为所造成的伤害。*²⁴⁵

第24条第1款还规定：

如果求偿人或求偿权被其取代的人根据第22条第4款、第5款或第6款放弃、互让了结或和解了结求偿，有关国家将

²⁴⁵ 《1969年……年鉴》[英]，第二卷，A/CN.4/217和Add.1号文件，附件七，第146-147页。另转载于《美国国际法杂志》，第55卷(1961年)，第578-579页。根据第20条第1款，“求偿人”一词指受害外侨。

无权提出求偿。²⁴⁶

135. 在1956年至1961年间，国家责任问题特别报告员加西亚·阿马多尔先生向委员会提交的几份报告都涉及卡尔沃条款。在其1956年的第一次报告内，他建议下列讨论基础：

国家或私人身份的外国人放弃外交保护。私人放弃外交保护可构成免责情节，但卡尔沃条款不得涉及因其性质而不能放弃的权利，也不得涉及私人不是唯一有关当事方的问题。²⁴⁷

他在1961年第六次报告，即最后一次报告内提议：

2. ……在不履行契约或特许协议所定义务的情况下，如果有关外侨已放弃其国籍国的外交保护，而且所涉情节符合放弃的条件，则不应受理提出的国际求偿。

……

4. 外交保护的放弃……不应剥夺国籍国根据有关情况和为了[防止侵害行为的重复]提出国际求偿的权利。²⁴⁸

F. 国家实践

136. Shea对卡尔沃条款的系统研究于1955年出版，显示卡尔沃条款当时在多数拉丁美洲国家的实践、法律或宪法都获得承认，²⁴⁹可以说是拉丁美洲的一项区域习惯。²⁵⁰拉丁美洲以外的国家实践则大相径庭。美国长期以来主张该条款从来没有也不可能废止国籍国提供外交保护的权力，而且个人的放弃并不包括拒绝司法的情形。²⁵¹其他国家政府对此问题所持意见不一。根据各国政府对国际法编纂会议(1930

²⁴⁶ 同上，分别见第147和第579页。

²⁴⁷ 《1956年……年鉴》[英](见上文脚注14)，第220页，讨论基础第五条，第(2)(b)段。

²⁴⁸ 《1961年……年鉴》[英](见上文脚注39)，国家对外侨在其境内受到人身或财产伤害所负责任订正草案，第48页，第19条。另见关于委员会讨论该问题的历史，Graham，“卡尔沃条款的现状：合同放弃外交保护”，第297-300页。

²⁴⁹ 也许具讽刺意味的是，卡尔沃自己的国家阿根廷是少数没有采取这一实践的国家之一。

²⁵⁰ 同前，第269-279页。

²⁵¹ 同上，第37-45页。

年，海牙)会前向各国散发的问卷的答复，澳大利亚、奥地利和南非认为这种条款没有任何效力。芬兰、德国和荷兰承认该条款的效力，而比利时、捷克斯洛伐克、丹麦、匈牙利、印度、日本、新西兰、挪威、波兰、瑞士和联合王国则承认该条款的效力只适用于涉及个人权利的情况，不适用于放弃国家对违反国际法行为采取外交干预行动的权利的情况。加拿大采取另一立场，认为受害人国籍国如允许有关个人订立这种契约，则这项条款是有效的。²⁵² 联合王国的答复²⁵³ 特别说明问题。该国充分支持北美疏浚公司案²⁵⁴ (下文讨论)的裁决，坚持卡尔沃条款效力有限。

G. 司法裁决

137. 有关卡尔沃条款的判例一般分为两个时期：在1926年北美疏浚公司案²⁵⁵ 之前和在该案之后。

138. 在1926年以前，混合索赔委员会所作出的裁决一般缺乏明确性，对卡尔沃条款的效力持模棱两可的态度。博查德和Shea对这些裁决所作出的解释各异，正好说明这一点。前者认为，在裁定的19起案件中，只有8起承认卡尔沃条款的效力，²⁵⁶ 而Shea则认为，在所有这些案件中，契约内卡尔沃条款的效力都不是确定性因素。²⁵⁷ 在博查德的研究中，最令人感兴趣的也许是其结论，即在卡尔沃条款的效力不被承认的案件中，裁决的根据不外是下面三种理由之一：

²⁵² 同上，第46-55页。又见《讨论基础》(国际联盟出版物，出售品编号：1929.V.3)(C.75.M.69.1929.V)，第三卷，“国家对在其境内给外国人人身或财产造成损坏的责任”，第XI(d)点，第133-135页。

²⁵³ Shea，同前，第50页；《讨论基础》(见上文脚注252)，第134页。

²⁵⁴ 《国际仲裁裁决汇编》，第26页；《美国国际法杂志》，第800页(见上文脚注222)。

²⁵⁵ 同上。

²⁵⁶ 《国外公民的外交保护》，第800-801页。

²⁵⁷ 同前，第121-193页。

第一，有关个人无权通过订约方式放弃本国政府保护他的重要权利……；第二，对于一国政府不诉诸当地法院而径行废止契约的情况，此行动免除了求偿人不得将契约作为国际求偿标的物的规定……；第三，法院尽量裁定求偿不是契约所引起的，而是因为一些财产权受到侵犯，从而将求偿作为侵权案审理。²⁵⁸

139. 1926年，墨西哥-美国总索赔委员会在庭长冯·沃伦霍芬先生主持下在北美疏浚公司案中对卡尔沃条款的性质和范围作出了权威性论述。²⁵⁹ 在此案中，求偿公司与墨西哥政府订立合同，疏浚圣克鲁斯港口。为了取得合同，求偿人同意在合同内加添以下的第18条：

承包人和所有可能以雇员或任何其他身份直接或间接地从事执行本合同所订工作的人，在墨西哥共和国境内所有涉及执行上述工作和履行本合同的事项方面，应被视为墨西哥人。对于涉及本合同的利益和商业问题，除了墨西哥共和国法律所规定的权利或强制执行合同的方法以外，他们不得主张也没有任何其他权利或强制执行合同的方法可用，而且不享有墨西哥人所享有的权利以外的任何其他权利。因此，他们不享有任何作为外侨的权利，在任何情况下不得就涉及本合同的任何事项由外国外交人员进行干预。²⁶⁰

140. 在发生声称的违约情事时，求偿人没有尝试用尽当地补救办法，而是根据设立索赔委员会的条约第五条，即无需用尽当地补救办法的规定，径行请求美国政府以其名义向索赔委员会提出求偿。委员会确认墨西哥请求驳回求偿的动议，并对第18条内的卡尔沃条款的效力和范围作了详尽分析。

141. 第一，索赔委员会不采纳支持或反对卡尔沃条款效力的论点，“因为提出的都是极端的论点”。²⁶¹ 委员会接着说：

²⁵⁸ 《国外公民的外交保护》，第805页。

²⁵⁹ 《国际仲裁裁决汇编》(见上文脚注222)。

²⁶⁰ 同上，第26-27页。

²⁶¹ 同上，第27页，第4段。

卡尔沃条款在任何一项具体契约内，既不是一项因其约定性质而必须充分确认的条款，也不能把它视为一项随便加添的规定，任意把它从契约其他部分分开。简单的是与否则不能解决问题；肯定的答案显然会使外国人权利受到威胁，否定的答案使有关国家别无它法，只能不允许外国人经商。现阶段国际法要求每个国际法庭承担严肃义务，在国家行使管辖权的主权权利和国家保护公民的主权权利之间取得适当而合理的平衡……

应当可以承认某些形式的放弃外国保护权是有效的，而无需承认所有形式的放弃都是有效和合法的。²⁶²

142. 第二，索赔委员会驳回卡尔沃条款是任何公认国际法规则都不容的论点，认为没有任何国际法规则不允许对外交保护权作出任何限制。²⁶³ 卡尔沃条款是可以接受的，因为它只是代表有关个人承诺不忽视当地补救办法。

143. 第三，索赔委员会认为，尽管外侨可以答应用尽当地补救办法，但他不能

剥夺本国政府所拥有的不容置疑的权利，即根据对他造成损害的国际法违法行为适用国际补救办法。有关国家政府往往是考虑到维持国际法原则的较高利益，而不仅仅是在某一案件中为其国民追讨损害赔偿，在这方面，其国民显然不能以契约限制本国政府可采取的行动。虽然任何试图以此方式约束本国政府的行为都是无效的，但委员会认为没有任何公认的实在国际法规则允许本国政府进行干预，废止其公民订立的……合法契约。这种契约显然是为了防止保护权的滥用，而不是要消灭该权利；保护权的滥用是任何有自尊的国家都不能容忍的，而且是滋生国际磨擦的根源。²⁶⁴

144. 关于合同第 18 条中的卡尔沃条款，索赔委员会声称

该条款的作用是：约束求偿人，规定求偿人受墨西哥法律的管制和必须使用墨西哥法律规定的补救办法……。但这项规定既没有也不可能剥夺求偿人的美国公民身份以及这种国籍所意味

着的其他一切东西。条款并没有剥夺其不容置疑的权利，即在其向可利用的墨西哥法庭或其他当局提出诉讼后，如果出现国际法所指的拒绝司法或延误司法情事，可以要求本国政府给予保护。在这种情形下，求偿人控告的并不是其合同所受到的违约行为，而是他被剥夺司法。其申诉基础不会是一项对其合同的解释(或许会附带提到)，而是一项国际不法行为。²⁶⁵

委员会强调，外侨

在与合同的履行、执行或强制执行……有关的事项之外，并没有放弃他作为美国公民所拥有的权利。他没有放弃其作为美国公民就本合同或其他情况……所引起的违反国际法行为(国际不法行为)请求本国政府保护的不容置疑的权利。他既没有也不可能影响本国政府向他提供一般保护，或针对违反国际法的行为向他提供保护的权力。但他确实公开地无条件同意，作为墨西哥政府授予本合同的对价，他在履行和解释合同和执行合同所规定的工作方面不需要也不会要求或接受本国政府的协助。²⁶⁶

145. 最后，索赔委员会认为，设立委员会的条约第五条规定不得以没有用尽当地补救办法为由拒绝受理求偿，但并没有“允许任何一方政府废止本国公民与对方政府订立的一项明显有效的契约。”²⁶⁷ 委员会说明，第五条的适用限于“正当地提出”的求偿案，²⁶⁸ 而有关的求偿案不可能视为“正当地提出”，因为求偿人没有作出任何努力以满足其合同的一项根本条件。

146. 简言之，索赔委员会认为卡尔沃条款是外侨表示将用尽当地补救办法的承诺。他通过该条款放弃其权利，不得就契约引起的损害，或任何与契约有关的事项要求外交保护。但他没有因而丧失权利，在用尽其当地补救办法或试图强制执行其合同的过程中如遇到拒绝司法或其他违反国际法的行为可以要求外交保护。

²⁶⁵ 同上，第 30 页，第 14 段。

²⁶⁶ 同上，第 30-31 页，第 15 段。

²⁶⁷ 同上，第 32 页，第 21 段。

²⁶⁸ 同上，第 20 段。

²⁶² 同上，第 27-28 页，第 4-5 段。

²⁶³ 同上，第 28-29 页，第 8-9 段。

²⁶⁴ 同上，第 29 页，第 11 段。

147. 北美疏浚公司案的裁判并非没有引起任何异议。但多数批评意见都是针对索赔委员会拒绝充分实施设立委员会的条约的第五条，²⁶⁹ 而不是针对就卡尔沃条款本身的范围和效力所作出的阐述。后人为阐明北美疏浚公司案所涉规则花费了不少精力。《国际仲裁裁决汇编》关于该案的判决提要的阐述可谓最为精辟：

裁定求偿人因卡尔沃条款而不得向本国政府提出任何与载有卡尔沃条款的合同有关的求偿案，从而把这类求偿案排除在法庭管辖权之外。卡尔沃条款没有禁止求偿人本国政府支持或禁止

法庭审理根据违反国际法行为提出的其他求偿案。裁定仲裁条约第五条不能排除上述结果。²⁷⁰

148. 与墨西哥有关的多个混合索赔委员会在北美疏浚公司案后作出的若干裁决赞同该案所阐述的原则，²⁷¹ 尽管在几起案件内，委员会对墨西哥一方采取极为宽容的态度，裁定根据事实并无拒绝司法情事。²⁷² 此外，在墨西哥联邦铁路(有限公司)(大不列颠)诉墨西哥合众国案中，²⁷³ 英国-墨西哥索赔委员会似乎把不适用卡尔沃条款的情况仅限于一种国际不法行为——拒绝司法。

H. 学者意见

149. 关于卡尔沃条款的著作甚多。²⁷⁴ 在北美疏浚公司案的裁决作出后，其后还有其他裁决加以认可，现在已经不可能有力地指称卡尔沃条款违背国际法。因此，学者都转向研究其作用和范围，并以疏浚案作为主要的根据。不言而喻，论著者对卡尔沃条款的范围没有一致看法。但文献似乎反映出若干共同原则：

(a) 卡尔沃条款效力有限仅仅是指该条款不构成绝对禁止外交干预的依据。条款只适用于外侨与东道国间载有该条款的契约所引起的争端，不适用于违背国际法的行为。这一在疏浚案内所作出的解释没有发挥卡尔沃条款的真正作用，即禁止在任何情况下使

²⁶⁹ 例如见博查德，“美国和墨西哥赔偿委员会的裁决”第 540 页；Feller，“关于卡尔沃条款的某些评论”，第 462-463 页；Lipstein，同前，第 144-145 页；Freeman，同前，第 481-482 页；Shea，同前，第 226-228 页。

“北美疏浚公司案其后由根据 1943 年 12 月 18 日国会通过的一项法律(56 Stat.1058)所设立，以三名美国国民组成的美国-墨西哥国内索赔委员会重新进行审理。该委员会负责审理国际委员会没有了结的求偿案，以及要求委员会重新审理的求偿案(墨西哥作出一揽子解决，该国内委员会负责对求偿案作出裁定)。”

(怀特曼，同前，第 923 页)

该国内委员会裁定赔偿该公司 128,627.77 美元，并特别抨击墨西哥-美国总索赔委员会就第五条所作出的裁判。

“总索赔委员会的裁决的效果是认定尽管存在《公约》第一条和第五条，求偿人和墨西哥政府所定合同的第 18 条仍然有效。尽管委员会成员学识渊博，但我们未敢苟同就上述问题所采取的立场。我们认为，1923 年 9 月 8 日的公约第五条对美国政府的权利具有关键意义；根据该项规定，美国政府可以代表求偿人提出这一求偿案，而且委员会具有裁定求偿案的管辖权。”

(同上)

Shea 正确地否定这项裁判，他说：

“纯粹从求偿人的金钱得失角度来看，这项裁决可以看作是推翻对求偿案的原判决，但不能假定这个由一纯属国内性质的委员会所采取的行动可以有任何作用，在国际判例中推翻或甚至削弱疏浚案的裁判或规则。对本研究来说，该国内委员会所采取的行动值得一提，但对我们确定有关卡尔沃条款的法律规则的工作则没有任何重大的决定性意义。”

(同前，第 230 页，脚注 89)

²⁷⁰ 见上文脚注 254。又见 Shea，同前，第 215-223 页。

²⁷¹ 国际渔业公司(美国)诉墨西哥合众国案，《1931 年国际仲裁裁决汇编》(出售品编号：1951.V.1)，第四卷，第 691 页；道格拉斯·科利·麦克尼尔(大不列颠)诉墨西哥合众国案，同上，(出售品编号：1952.V.3)，第 135 页。对这些案件的讨论，又见 Shea，同前，第 231 页及以下各页；Freeman，同前，第 469-490 页。

²⁷² 墨西哥大洋铁路有限公司(大不列颠)诉墨西哥合众国案，《1931 年国际仲裁裁决汇编》(出售品编号：1952.V.3)，第五卷，第 178 页。比较埃尔奥罗矿业公司案(见上文脚注 185)，第 191 页。

²⁷³ 《1930 年国际仲裁裁决汇编》，第五卷，(出售品编号：1952.V.3)，第 115 页。比较第 13 和第 14(d)-(e)段(同上，第 123 页)。

²⁷⁴ 尤其见 Shea，同前；Lipstein，同前；Feller，同前；Freeman，同前；加西亚·阿马多尔，“卡尔沃主义，卡尔沃条款”；Oschmann，同前；Graham，同前。

用外交保护，因此受到拉美论著者的抨击。²⁷⁵但疏浚案的解释在国家实践上获得接受，²⁷⁶并获得法学家的广泛支持。²⁷⁷

(b) 卡尔沃条款证实了用尽当地补救办法规则的重要性。尽管有些论著者认为，由于疏浚案对该条款的效力作出了限制，该案只不过是重新确认当地补救办法规则，²⁷⁸因此是旧调重弹，毫无新意，但多数论著者认为这不仅仅是重新确认当地补救办法规则。不过，对于充实了的内容为何，人们却众说纷纭。²⁷⁹最好的解释也许是疏浚案的裁决，即卡尔沃条款可以导致不适用仲裁条约内免去用尽当地补救办法的要求的规定。因此，Shea 认为该条款“至少”应具有这样的效力：

这一点效力不容否认，因为可以最近六项仲裁裁决支持这一论点。也许这就是该条款所能发挥的所有效力……。因此，如果今后的公约反映看来是国际仲裁[关于仲裁条约免去当地补救办法规则的问题]……的最新趋势，则卡尔沃条款在国际求偿案的可受理性方面将继续发挥决定性作用，即使该条款的作用仅限于废除仲裁条约内免去当地补救办法规则的一般性规定。²⁸⁰

²⁷⁵ García Robles, *La cláusula Calvo ante el derecho internacional*, 第 176 页; Sápúlveda Gutierrez, *La responsabilidad internacional del Estado y la validez la cláusula Calvo*, 第 69-71 页; Beteta 和 Henriquez, “La protección diplomática de los intereses pecuniarios extranjeros en los Estados de América”, 第 44-45 页。

²⁷⁶ 见上文脚注 252-253。

²⁷⁷ Shea, 同前, 第 217-218 页; Freeman, 同前, 第 489-490 页; Brownlie, 同前, 第 548-549 页; 詹宁斯和瓦茨, 同前, 第 931 页。

²⁷⁸ Lipstein, 同前, 第 145 页; Freeman, 同前, 第 489-490 页; Daillier 和 Pellet, 同前, 第 778 页, 第 492 段; Feller, 《1923-1934 年墨西哥索赔委员会: 国际法庭的法律与程序研究》, 第 192 页。

²⁷⁹ 奥康奈尔提到但没有接纳的论点是, 充实了的内容是, 作为一项国际求偿的先决条件, 裁判必须认定外侨作为承包人的权利(同前, 第 1062 页)。

²⁸⁰ 同前, 第 260-261 页(又见第 215、第 217 和第 257 页)。支持这个观点的还有 Brownlie, 同前, 第 549 页。比较奥康奈尔, 同前, 第 1063 页; Lipstein, 同前, 第 145 页。

(c) 国际法没有任何规定不允许外侨行使权利, 通过契约放弃其请求国籍国为其行使外交保护的权力或权利。²⁸¹

(d) 外侨不能通过卡尔沃条款放弃根据国际法属于其本国政府的权利。作为外交保护法规的基础的瓦特勒拟制的前提是, 违背国际法的行为对国民所造成的伤害也是对国籍国本身造成的伤害。个人不能放弃这种权利, 因为他无权这样做。²⁸²

(e) 根据卡尔沃条款所作出的放弃仅适用于契约或违约行为所引起的争端——这种违约行为无论如何不构成违背国际法的行为。²⁸³放弃不适用于违反国际法的行为, 特别是不适用于拒绝司法的情况。这个论点获得广泛支持,²⁸⁴但对于与载有卡尔沃条款的契约有关和因这种契约而引起的拒绝司法问题, 情况就没有那样明确。这一点可以从加西亚·阿马多尔的论著看到。一方面, 他承认, “无论以什么形式出现, ‘卡尔沃条款’必然与一项契约关系有关, 并且只适用于与契约或特许权的解释、适用或履行有关的争端。”²⁸⁵

另一方面, 他不同意疏浚案的裁决, 认为:

原则上, 该“条款”可以有禁止行使外交保护的效力, 甚至适用于‘拒绝司法’的情况。不容忽视的是, 该条款只适用于与契约或特许权的解释、适用或履行有关的争端。在这个意义下, 涉及的只是一种特定形式的拒绝司法, 而不是所有可能影响到外侨一些其他权利或另一种利益的情况*。乍看起来, 对

²⁸¹ Jimenez de Aréchaga, “国际责任”, 第 591 页; 加西亚·阿马多尔, “国家责任: 某些新的问题”, 第 459-460 页; Jessup, 《国家现代法律: 导言》, 第 11 和第 117 页; Shea, 同前, 第 261-263 页。

²⁸² Eagleton, 同前, 第 170 页; 博查德, 《国外公民的外交保护》, 第 809 页; 加西亚·阿马多尔, “国家责任: 某些新的问题”, 第 460 页; Daillier 和 Pellet, 同前, 第 778 页。

²⁸³ Brownlie, 同前, 第 549 页。

²⁸⁴ Jimenez de Aréchaga, “国际责任”, 第 591-592 页; Freeman, 同前, 第 489-490 页; 奥康奈尔, 同前, 第 1064 页; Shea, 同前, 第 217-218 页。

²⁸⁵ “国家责任: 某些新的问题”, 第 456 页。

规定这种性质的作为和不作为的国际责任的原则作出这项例外规定似乎是不合理的。但事实上这并无不合理之处。有关契约的权益可以说与外侨根据国际法所享有的其他权利不能相提并论。这些权益不仅只具有金钱性质，而且外侨是通过一项纯粹是本人自愿接受的契约或特许权取得的。此种理论并非要减少这类权益的重要性，而是要强调基于其根本性质，这些权益可以是各种各样的行动和交易的标的物，而且这些行动和交易只需要定约双方的同意。简言之，这些权益是外侨可以放弃外交保护的权益，而且他可以选择本人认为最有利的方式放弃，以取得他希望从契约或特许权得到的利益。²⁸⁶

他认为大洋铁路有限公司案支持这个观点。²⁸⁷ 借用 Shea 的意见，²⁸⁸ 他认为卡尔沃条款起码要求证明发生了严重的拒绝司法情事(“较为明显和公然”²⁸⁹)才可以提出国际求偿。²⁹⁰

I. 最新情况

150. 卡尔沃条款是拉美国家畏惧欧洲国家和美利坚合众国在外交保护幌子下干涉其国内事务的产物。另一方面，对卡尔沃条款的抗拒，是因为欧洲国家和美国怀有这样的恐惧，即其国民在那些司法标准没有达到按照其本国情况制订的国际最低标准的国家内会受到不公平待遇。现在，情况已不一样。欧洲国家和美国尊重拉美国家的主权平等，并对拉美国家的司法系统具有信心，因为同欧洲一样，拉美国家的司法系统也受到区域和国际的监测。²⁹¹ 因此，极力主张外交保护这种一度标志着欧洲和美国作为一方与拉丁美洲作为另一方的关系的情况已不复存在。这并不是说关于卡尔沃条款的辩论已经失去意义。欧洲和美国的国际法律意见都希望卡尔沃条款是以前国际关系不平等

年代的陈迹，²⁹² 但拉丁美洲国家仍然不肯放弃这项条款，以其作为该区域在处理国际法问题方面的一个重要特征。虽然对于新成立的机构为外国投资者设立争端解决程序的问题，拉美国家显示出一定的灵活态度，但毫无疑问，许多这些机构的优劣仍然是以其是否遵行卡尔沃条款来判断。此外，大会关于国际经济法的的关键决议都明显受到卡尔沃条款的影响。

151. 大会 1974 年 12 月 12 日第 3281(XXIX)号决议所载的《各国经济权利和义务宪章》宣称，因征收外国财产而产生的赔偿争端

均应由实行国有化国家的法院依照其国内法加以解决，除非有关各国自由和互相同意根据各国主权平等并依照自由选择方法的原则寻求其他和平解决办法。²⁹³

1962 年 12 月 14 日关于对自然资源的永久主权的决议是上述决议范围比较有限的前驱，其中同样宣称，如果征收财产的赔偿问题引起争端，“应用尽采取这种措施的国家的国内管辖”。²⁹⁴ 罗杰斯认为这些决议是“卡尔沃条款的典型重述”，这是正确的！²⁹⁵

152. 在玻利维亚、哥伦比亚、厄瓜多尔、秘鲁和委内瑞拉之间建立共同市场的《安第斯分区域一体化协定》(《安第斯条约》)也尊重卡尔沃条款。《安第斯外国投资法》编纂文本第 51 条规定：

²⁹² Dolzer 认为：

“确认卡尔沃主义的国际实践并不明显，而且西方资本出口国的法律意见坚决否认受影响的各大集团一致同意在习惯法中作出有关接纳卡尔沃主义的修改。”

(“外国人财产征用法的新基础”，第 571 页)

美国法律意见并没有否定卡尔沃条款，例如见雷维斯诉埃克森公司案(1977 年 6 月 28 日)，《国际法报告》，第 66 卷，第 317 页(1984 年)，纽约最高法院在该案中认真考虑了卡尔沃条款，但没有适用该条款。

²⁹³ 第二章，第 2 条，第 2 款(c)项。

²⁹⁴ 大会第 1803(XVII)号决议，第 4 段。

²⁹⁵ “传教士、狂热分子和律师：对美洲投资争端的一些思考”，第 5 页。

²⁸⁶ 同上，第 458 页。

²⁸⁷ 见上文脚注 272。

²⁸⁸ 同前，第 265 页。

²⁸⁹ 同上。

²⁹⁰ “国家责任：某些新的问题”，第 459 页。

²⁹¹ 《美洲人权公约：哥斯达黎加圣何塞公约》和《公民及政治权利国际公约》所设立的机制。

任何有关投资或技术转让的文书都不应有条款把可能发生的冲突排除在接受国的国内管辖和主管范围之外，或允许国家以代位取得本国投资者的权利和诉讼资格。²⁹⁶

第 220 号决定第 34 条又规定下列规则：“在解决外国直接投资或外国技术转让所引起的争端或冲突方面，成员国应适用本国立法的规定。”²⁹⁷

153. 《安第斯条约》国家在 1991 年第 291 号决定中修订并放宽了它们的外国投资法，但没有触动卡尔沃条款的这项要素。²⁹⁸

154. 拉美国家起先对设立国际投资争端解决中心的《关于解决国家与他国国民之间投资争端公约》的反映冷淡。²⁹⁹ 但第 27 条包含了卡尔沃条款的一项要素，规定：

对于缔约国本国一个国民与另一缔约国根据本公约同意交付或已交付仲裁的争端，缔约国不得给予外交保护或提出国际要求，除非该另一缔约国未能遵守和履行对此项争端所作出的裁决。

155. 拉丁美洲国家最初对《多边投资担保机构公约》持同样态度。该机构旨在促进对发展中国家的投资，向打算在发展中国家经商的投资人提供政治风险保险。但同国际投资争端解决中心一样，多边投资担保机构不一定违背卡尔沃条款的思想，因为它只允许

把无法通过协商或和解解决的争端交付仲裁。³⁰⁰ 多数拉丁美洲国家现在已经是多边投资担保机构的成员。

156. 加拿大、墨西哥和美国之间达成的《北美自由贸易协定》被誉为是卡尔沃条款在拉丁美洲的主要支持者采取新的灵活态度的证据，因为该协定允许外国投资者在某些情况下诉诸国际仲裁。³⁰¹ 但不应夸大这种意见，³⁰² 因为墨西哥国内有强大的声音，要求以符合卡尔沃条款的方式实施《北美自由贸易协定》。³⁰³

J. 结论

157. 委员会有两项选择。第一项选择是不起草任何有关这个问题的规定，理由是卡尔沃条款的相关性和有效性仅仅在于确认用尽当地补救办法规则。因此加添这样一项规定既无必要也属多余。第二项选择是起草一项规定，把卡尔沃条款的效力限制于载有卡尔沃条款的契约所引起的争端，并承认这样的条款可以导致有利于用尽当地补救办法的可予反驳的推定，即使规定受害外侨国籍国和东道国应把争端提交司法解决的仲裁条约含有不需要用尽当地补救办法的条款。这样一项规定将反映有关卡尔沃条款的判例、理论，甚至国家实践。

158. 特别报告员承认第一个提案也许有些道理，但他主张第二项选择，因为这可以把世界一个主要区域的一项习惯规则法典化，并对在这门法律的历史上具有显著地位的机制的适用范围作出明确规定。向委员会提出的第 16 条就是基于这种考虑。

²⁹⁶ 关于外国资本待遇及商标、专利、特许和专利使用费的共同制度的第 24 号决定(1976 年 11 月 30 日修订)，《国际法资料》，第十六卷，第 1 号(1977 年 1 月)，第 153 页。

²⁹⁷ 安第斯集团：取代第 24 号决定的委员会第 220 号决定，共同对外投资和技术许可法(1987 年 5 月 11 日)，《国际法资料》，第 27 卷 (1988 年)，第 986 页。

²⁹⁸ 同上。委员会第 291 号决定：关于外国资本待遇及商标、专利、特许权和专利使用费的共同法规(1991 年 3 月 21 日)，《国际法资料》，第 30 卷 (1991 年)，第 1291 页。

²⁹⁹ 罗杰斯，同前，第 3-4 页；Manning-Cabrol，“卡尔沃条款濒临死亡与卡尔沃原则的重生：外国投资者与本国投资者平等”，第 1185 页。多数拉美国家现已成为国际投资争端解决中心的成员。

³⁰⁰ Manning-Cabrol，同前，第 1185-1186 页；Dalrymple，“政治与外国直接投资：多边投资担保机构和卡尔沃条款”。

³⁰¹ 第 11 和第 20 章。

³⁰² Daly，“墨西哥越过了对外国人经济损害的国家责任的界限？《北美自由贸易协定》后的墨西哥外国投资与卡尔沃条款”。

³⁰³ Sepúlveda Amor，“国际法与国家主权：北美自由贸易区和墨西哥管辖权的权利主张”。比较 Zamora，“在美洲分配立法权限：《北美自由贸易协定》下的早期经验与半球一体化的挑战”。

国家的单方面行为

[议程项目 5]

A/CN.4/524 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]
[2002 年 4 月 18 日]

目 录

	页次
导言	103
各国政府对问题单的答复.....	104
一般意见.....	104
问题 1. 贵国有无声明或以其他类似方式表达贵国的意愿，而此声明或表达的意愿可被认为属于下列一个或多个类别：许诺、承认、放弃或抗议？如果答复是肯定的，贵国可否提供这种做法的要素？	104
问题 2. 贵国是否曾经依赖其他国家的单方面行为或以其他方式认为其他国家的单方面行为产生了法律效力？如果答复是肯定的，贵国可否提供这种做法的要素？	107
问题 3. 贵国能否提供有关做法的某些要素，说明上述两个问题提及的单方面行为的法律效力或对其加以解释？	

导 言

1. 2001 年，国际法委员会第五十三届会议决定“国家的单方面行为”专题特别报告员应拟定一份问题单，请各国政府提供材料，并询问各国政府在单方面行为问题上的做法。¹ 根据委员会的这项要求，秘书处于 2001 年 8 月 31 日向各国政府分发了关于国家的单方面行为的问题单。

2. 截至 2002 年 3 月 14 日，已收到下列国家对问题单的答复：爱沙尼亚、葡萄牙和大不列颠及北爱尔兰联合王国。下面第二节载有所收到的答复案文。

¹ 《2001 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 23 页，第 29 段和第 229 页，第 254 段。

各国政府对问题单的答复

一般意见

爱沙尼亚

[原件：英文]
[2002年3月14日]

关于国家的单方面行为的专题十分复杂，涉及多个方面，因此困难不少。应该指出，爱沙尼亚通常倾向于使用条约等其他传统的国际惯例和公认的方法，对其他国家与爱沙尼亚关系的法律地位产生效力。但国家的单方面行为与爱沙尼亚惯例并非完全无缘。爱沙尼亚欢迎澄清和编纂关于这种行为的一般法律原则和习惯规则的努力，以促进国际关系的稳定。为此目的，一些单方面行为的示例叙述如下。

葡萄牙

[原件：英文]
[2002年2月25日]

1. 葡萄牙确认单方面行为在国际关系中的重要作用，因此有必要制定规范其运作的规则。葡萄牙希望为委员会在这个问题上开展工作作出贡献，因此对2001年8月向各国分发的问题单作出答复。

2. 葡萄牙不打算就单方面行为问题发表一般意见，仅直接回答关于制定和解释单方面行为的最近国家惯例的问题单。但葡萄牙想明确指出，葡萄牙同意

委员会第五十二届会议报告中转载的特别报告员提议的单方面行为定义，即“国家的‘单方面行为’指国家明确表示其所制定的一种意愿，意图使该意愿在该国同一个或多个其他国家或国际组织的关系上产生法律效力，该意愿并为该他国或该国际组织所知”。¹ 尽管如此，葡萄牙希望强调，葡萄牙认为，确定单方面行为在国际法律秩序中是否具有法律效力的是国际法，而不是国家的意愿。

¹ 《2000年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第92页，脚注165。

大不列颠及北爱尔兰联合王国

[原件：英文]
[2002年2月27日]

联合王国重申其在2000年3月3日的照会¹中表达的意见。联合王国仍然认为试图使各种各样的单方面行为遵从单一的一套通则的办法是不妥当的。因此，联合王国再次建议委员会，可通过一项说明性研究来处理有无与特定种类的单方面行为有关的具体问题。

¹ 转载于《2000年……年鉴》，第二卷(第一部分)，A/CN.4/511号文件，第313页。

问题 1

贵国有无作出声明或以其他类似方式表达贵国的意愿，而此声明或表达的意愿可被认为属于下列一个或多个类别：许诺、承认、放弃或抗议？如果答复是肯定的，贵国可否提供这种做法的要素？

爱沙尼亚

[原件：英文]
[2002年3月14日]

1. 根据爱沙尼亚法律，有约束力的单方面行为由 Riigikogu¹ 作出，单方面行为分为三类：声明、宣告

和申诉；但各种单方面行为的区分并非很明确。向其他国家和国际组织提出的声明、宣告和申诉由外交部拟定。

¹ 议会。

2. 实际上最多的一类是声明。声明主要是表达爱沙尼亚的意愿或意见，通常具有政治性质，因此不产生法律效力。

3. 1990 年代初，由于爱沙尼亚当时特定、复杂的历史和政治情况，并由于现行《爱沙尼亚宪法》尚未通过，² 爱沙尼亚曾发表一些单方面宣告。当时政府各分支的权限并非很明确。1990 年 3 月 30 日，最高委员会³ 通过一项决定，⁴ 宣布爱沙尼亚的法律延续性没有因 1940 年苏联的占领而中断。虽然最高委员会在当时并不是爱沙尼亚的一个机关，但可以认为该委员会 1991 年 8 月恢复独立的单方面行为具有法律效力。

4. 最高委员会关于 1991 年 8 月 19 日苏联政变的声明⁵ 可被认为是一种抗议。最高委员会宣布政变是非法的，并认为同苏联进行的关于恢复爱沙尼亚独立的双边谈判已经中断，最高委员会按照 1991 年 3 月 3 日公民投票表达的人民意愿获授权单方面恢复独立。

5. 1991 年 8 月 20 日爱沙尼亚恢复独立，最高委员会作出决定，⁶ 确认爱沙尼亚国家独立，并恢复外交关系。

6. 1991 年 12 月 19 日，最高委员会发表了关于拉脱维亚和立陶宛财产的声明。⁷ 该声明可被视为一种许诺。最高委员会指出，鉴于爱沙尼亚、拉脱维亚和立陶宛已经恢复独立，爱沙尼亚将根据本国的财产法，

² 于 1992 年 7 月 3 日生效的现行《爱沙尼亚宪法》转载于 V. Pechota 编辑，*Central and Eastern European Legal Materials* (Huntington, N.Y., Juris Publishing, 1997), binder 5D, release 21。

³ 当时的立法机关。

⁴ 关于爱沙尼亚国家地位的决定，1990 年 3 月 30 日通过，载于《最高委员会及政府公报》，1990 年，第 12 号，第 180 页。另见《爱沙尼亚共和国恢复独立：选定的法律文件》(1988-1991 年) (塔林，爱沙尼亚信息研究院，1991 年)，第 22 页。

⁵ 爱沙尼亚最高委员会 1991 年 8 月 29 日关于苏联政变的声明，载于《国家公报》，第 25 号，1991 年，第 309 页。

⁶ 爱沙尼亚最高委员会关于爱沙尼亚国家独立的决定，同上，第 312 页。另见《爱沙尼亚共和国恢复独立：选定的法律文件》(上文脚注 4)，第 101 页。

⁷ 《国家公报》，第 45 号，1991 年，第 568 页。另见《爱沙尼亚共和国恢复独立：选定的法律文件》(上文脚注 4)，第 30 页。

按照平等地为上述国家在爱沙尼亚境内的各种财产提供法律保护的原则，保障对财产的法律保护。

7. 在过去 10 年中，爱沙尼亚也针对某一国家在具体问题或情况上的立场发表了一些单方面宣告。

8. 1995 年 12 月 20 日，议会发表了一项声明，批准 1994 年 7 月 24 日订立的关于俄罗斯部队撤出爱沙尼亚的协定以及关于俄罗斯前军事人员社会保障的协定。⁸ 议会宣布，这些协定并没有改变爱沙尼亚关于苏联非法吞并爱沙尼亚的立场，批准这些协定也不能被解释为改变爱沙尼亚自 1918 年以来法律延续性的原则。议会于 1994 年 2 月 22 日向联合国各会员国议会发去一封信，宣布了爱沙尼亚对 1940 年被占领问题的立场。⁹ 以上两个示例反映爱沙尼亚的立场，重申了爱沙尼亚法律规定的原则。

9. 承认国家和政府是一种单方面行为，根据爱沙尼亚法律，这种行为属于政府的职权范围，例如，1991 年 9 月 25 日承认斯洛文尼亚就是如此。但 1990 年 4 月 3 日最高委员会发表了关于立陶宛恢复独立的声明，承认立陶宛为独立国家。这一例外是当时政治因素所致。

10. 1991 年 10 月 21 日，爱沙尼亚宣告承认国际法院具有强制管辖权。¹⁰

11. 1992 年 9 月新的议会选举产生后，最初的行为之一是宣告恢复国家，明言指出现在的爱沙尼亚共和国与 1918 年首次宣告成立的国家是同一国际法主体。¹¹

12. 外交部也曾发表单方面宣告。最近的一个示例是 2001 年 9 月 13 日的声明，在美利坚合众国遭受恐怖袭击后，宣布爱沙尼亚作为北大西洋公约组织候选国，随时准备在其力所能及的范围内为美国提供协助。该声明可被认为是一种许诺。

⁸ 《国家公报》，第二卷，第 46 号，1995 年，第 203 页。

⁹ 同上，第一卷，第 13 号，1994 年，第 235 页。

¹⁰ 联合国，《条约汇编》，第 1653 卷，第 28436 号，第 155 页。另见《国家公报》，第二卷，第 24-25 号，1996 年，第 95 页。

¹¹ 议会关于恢复宪法规定的国家权力的宣言，载于《国家公报》，第 40 号，1992 年，第 533 页。

葡萄牙

[原件: 英文]

[2002年2月25日]

1. 葡萄牙就以下方面发表意见: 第一, 葡萄牙曾多次抗议澳大利亚在东帝汶问题上的某些行为; 第二, 承认东帝汶独立的权利。

2. 《帝汶沟条约》¹ 是澳大利亚与葡萄牙法律争端的起源。该条约由澳大利亚与印度尼西亚于 1989 年签署, 据此设立一个合作区, 以便勘探和开采东帝汶与澳大利亚北部之间大陆架的石油资源。葡萄牙认为澳大利亚订立该条约违反了其国际法义务。²

3. 1985 年至 1991 年期间, 即从谈判和签订《帝汶沟条约》到澳大利亚通过执行该条约的国内法律之时, 葡萄牙向澳大利亚当局提出了一系列外交抗议。³ 1985 年, 葡萄牙政府向澳大利亚指出, “鉴于国际公认葡萄牙[曾经是]所涉领土的管理国, 葡萄牙不能不认为澳大利亚政府在就该领土资源勘探的谈判中所持态度很奇怪……葡萄牙政府不得不向澳大利亚政府提出强烈抗议, 因为这种做法显然无视国际法……”。⁴ 1988 年葡萄牙告诉澳大利亚, “澳大利亚政府如果批准这样的协定……就是公然严重违反国际法。葡萄牙将仔细审议与此有关的一切事态发展, 并将根据国际法迅速采取行动, 维护其有关合法权

益”。⁵ 后来, 葡萄牙还指出, “葡萄牙政府宣布打算在适当时候向有关国际当局提出申诉, 以便确保东帝汶人民的权利, 因为葡萄牙政府有义务考虑和保护这些权利”。⁶ 1989 年, 葡萄牙再次重申: “作为非自治领土东帝汶的管理国, 葡萄牙对上述协定的案文提出抗议, 并重申决心在适当时候向有关国际当局提出申诉, 以维护东帝汶人民的合法权利。”⁷ 《帝汶沟条约》签署两天后, 葡萄牙再次向澳大利亚表明其意见:

“葡萄牙当局曾一再向澳大利亚政府提出外交抗议……

在这些抗议书中葡萄牙政府指出, 澳大利亚与印度尼西亚政府谈判、最终订立这样的协定……是公然严重违反国际法的。

澳大利亚进而签署该协定, 就是继续并最终订立违法的协定。

……

澳大利亚签署“临时协定”, 是无视其义务的行为, 不尊重东帝汶人民的自决权利, 不尊重东帝汶的领土完整和东帝汶人民对其自然资源享有的永久主权。这些自然资源也部分被列为协定的客体。

……

秘书长曾进行调解, 以便全面解决这个问题……该协定的签署妨碍了调解工作, 与这方面的努力背道而驰。

鉴于上述情况, 葡萄牙只能向澳大利亚联邦政府提出最强烈的抗议, 并指出葡萄牙保留其权利, 有权采取其认为有助于维护东帝汶人民合法权利的一切法律手段。⁸

¹ 《澳大利亚与印度尼西亚关于印度尼西亚东帝汶省与澳大利亚北部合作区的条约》(帝汶海合作区, 1989 年 12 月 11 日)(联合国, 《条约汇编》, 第 1654 卷, 第 28462 号, 第 105 页)。另见 H. Krieger 编辑, 《东帝汶与国际社会: 基本文件》(剑桥, 剑桥大学出版社, 1997 年), 第 346-355 页。

² 东帝汶案(葡萄牙诉澳大利亚), 判决, 《1995 年国际法院汇编》, 第 90 页。

³ 转载于东帝汶案(葡萄牙诉澳大利亚), 1991 年 2 月 22 日法院登记册记录的诉状, 附件 4, 第 85-91 页(原件为法文)。英文译文转载于 Krieger 编辑, 同前(上文脚注 1), 第 359-364 页。

⁴ 同上, 1985 年 9 月 15 日提出的抗议, 第 359 页。

⁵ 同上, 1988 年 9 月 9 日提出的抗议, 第 359-360 页。

⁶ 同上, 1988 年 10 月 31 日提出的抗议, 第 360 页。

⁷ 同上, 1989 年 10 月 30 日提出的抗议。

⁸ 同上, 1989 年 12 月 13 日提出的抗议, 第 361 页。

4. 1991年,葡萄牙决定将控告澳大利亚的案件提呈国际法院。⁹葡萄牙提出这些抗议,表明其“不”打算“将某一现状视为合法……从而维护其受到侵害或威胁的权利”。¹⁰

5. 另一方面,在同一问题上,1999年8月举行的全民协商结果表明,东帝汶多数人希望独立。结果宣布后,葡萄牙在一份声明中也表示承认东帝汶独立的权利。这意味着承认东帝汶在联合国管理的过渡阶段结束之后独立的权利。

⁹ 见上文脚注3。

¹⁰ 《2001年……年鉴》,第二卷(第一部分),A/CN.4/519号文件,第95段,脚注108,引述E. Suy, *Les actes juridiques unilatéraux en droit international public* (巴黎,法学及司法判例出版社,1962年),第48页。

6. 葡萄牙总统¹¹在联合国大会第五十四届会议上发言时指出,“[1999年]8月30日,东帝汶人民以民主方式行使了其自决权利,以不容置疑的明确多数选择了其集体未来,从而获得了无条件、不可撤消的权利,有权在联合国不久将开始的过渡行政管理期结束时组成独立国家。”¹²

7. 葡萄牙通过这一行为注意到“某些事实或法律行为的存在,并承认它们对自己适用”¹³(承认)。

¹¹ 根据《葡萄牙宪法》第293条,共和国总统有权在与东帝汶有关的国际问题上采取行动。

¹² 葡萄牙共和国总统若热·费尔南多·布兰科·德桑帕约先生的发言(1999年9月20日,纽约),《大会正式记录,第五十四届会议》,第5次会议(A/54/PV.5),第13页及更正。

¹³ 《2001年……年鉴》,第二卷(第一部分),A/CN.4/519号文件,第137页,第91段。

问题 2

贵国是否曾经依赖其他国家的单方面行为或以其他方式认为其他国家的单方面行为产生了法律效力? 如果答复是肯定的,贵国可否提供这种做法的要素?

爱沙尼亚

[原件: 英文]
[2002年3月14日]

1. 鉴于爱沙尼亚的单方面行为能产生法律效力,其他国家的单方面行为也能产生法律效力。如果认为其他国家的单方面行为能产生法律效力,不必总是以特定方式加以说明;在某些情况下保持沉默可能就足以反映立场。因此,这方面惯例并非总是很明确。

2. 明显的示例是,其他国家承认爱沙尼亚后,两国之间就建立了外交关系,从而会带来有关结果。

3. 单方面取消签证要求是另一个例子。例如,若干国家(多米尼加共和国、厄瓜多尔、尼加拉瓜)已经单方面取消了对爱沙尼亚公民的签证要求。

4. 其他国家采取虽然非法、但对爱沙尼亚产生法律效力的单方面行为的另一示例是俄罗斯联邦总统发布的一项命令。¹根据这项命令,俄罗斯单方面开始标划爱沙尼亚与俄罗斯联邦之间的陆地边界。爱沙尼亚认为这项行动是非法的,因为与两国边界有关的所有问题均必须以双边途径来解决。尽管如此,由于双方已经充分商定、但尚未签署边界协定,这项命令已产生了效力。俄罗斯在单方面标划的边界线上部署了边防警卫,对此,爱沙尼亚采取了同样的行动。

¹ 1994年7月21日俄罗斯联邦总统关于爱沙尼亚与俄罗斯联邦之间陆地边界划界的命令, *Sobranie Zakonodatelstva Rossiiskoi Federatsii*, 第9号,第930(1994)项。

葡萄牙

[原件：英文/法文]
[2002年2月25日]

1. 在此再次提及提交国际法院审理的东帝汶案件。澳大利亚采取了某些单方面行为，例如从法律上承认印度尼西亚对东帝汶的主权，这种承认产生了法律效力。葡萄牙对这种行为采取了立场。特别报告员在关于国家的单方面行为的第四次报告中指出，承认可以是明示承认或默示承认，“这是一个程序，国际法主体、特别是未参与造成一种情况的国家……借此同意这种情况……对自己适用，换句话说，承认情势的法律后果对自己适用”。¹

¹ 《2001年……年鉴》，第二卷(第一部分)，A/CN.4/519号文件，第137页，第91段。

2. 葡萄牙认为澳大利亚已经从法律上承认印度尼西亚对东帝汶拥有主权，² 并认为这种单方面行为与东帝汶人民自决权利不相容，因此违反了澳大利亚的法律义务：

葡萄牙声称，从法律上承认东帝汶并入一个国家的必然后果就是不承认东帝汶是非自治领土。³

从法律上承认东帝汶并入印度尼西亚，首先不符合保持东帝汶非自治领土地位的原则。第二，这种做法显然无视东帝汶对其自然资源拥有的权利。第三，这种做法绝对与东帝汶人民自决的权利背道而驰。⁴

² 《国际法院书状》，东帝汶案(葡萄牙诉澳大利亚)(尚未发布)。

³ 同上。

⁴ 同上。

问题 3

贵国能否提供有关做法的某些要素，说明上述两个问题提及的单方面行为的法律效力或对其加以解释？

委员会需要尽可能收到关于国家惯例的确切介绍。这一点极为重要。为此，委员会请每个国家提供说明其做法的正式出版物或学术出版物或其他文件或参考资料。

爱沙尼亚

[原件：英文]
[2002年3月14日]

对问题 1 和 2 的答复已大体提及单方面行为的法律效力或解释。一些单方面行为的法律效力十分明显，例如保证为拉脱维亚和立陶宛的财产提供法律保

护的声明、承认其他国家的声明或宣布随时准备为美国提供协助的声明。一项宣告即使没有直接对第三国产生法律权利和义务，也仍然可能在其他方面对第三国具有法律意义，例如可作为行为的证据。从爱沙尼亚自 1918 年以来关于法律连续性原则的宣布以及爱沙尼亚对其受占领的立场中可以看到这一点。

国家的单方面行为

[议程项目 5]

A/CN.4/525 和 Add.1 和 2 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五次报告

[原件：英文/法文/西班牙文]

[2002 年 4 月 4 日、17 日和 5 月 10 日]

目 录

		页次
本报告引用的多边文书.....		110
本报告引用的著作.....		110
	段次	
导言.....	1-46	112
A. 本专题先前的审议情况.....	1-5	112
B. 对其他方面国际实践的讨论.....	6-24	113
C. 本专题的可行性和困难.....	25-36	116
D. 第五次报告内容及其第一章的重述性.....	37-46	118
章次		
一. 对一些根本问题的重新审议.....	47	119
A. 单方面行为的定义.....	48-81	119
B. 单方面行为有效的条件和无效的原因.....	82-119	123
C. 单方面行为的解释.....	120-135	129
D. 单方面行为的分类和条款草案的结构.....	136-147	131
二. 审议可能导致进一步拟订适用于所有单方面行为的条款草案的其他问题.....	148-172	133
A. 关于对所有单方面行为的遵守的一般性规则.....	150-162	133
B. 单方面行为的适用时间.....	163-168	136
C. 单方面行为的领土适用.....	169-172	137
三. 在条约法的意义上开始生效及确定单方面行为开始产生法律效力的时刻.....	173-176	138
四. 条款草案的结构与特别报告员今后的工作.....	177-186	138

* 并入 A/CN.4/525/Add.1/Corr.1 号文件。

本报告引用的多边文书

- 《协约及参战各国对德国和约》[英](《凡尔赛条约》)(又称《凡尔赛和约》)(1919年6月28日, 凡尔赛) 《1919年英国和外国文件》, 第一百一十二卷(伦敦, 皇家出版局, 1922年), 第1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。

本报告引用的著作

- BALMOND, Louis and Philippe WECKEL, eds.
“Chronique des faits internationaux”, RGDIP, vol. 103/1999/1.
- BARBERIS, Julio A.
“Los actos jurídicos unilaterales como fuente del derecho internacional público”, *Hacia un Nuevo Orden Internacional y Europeo: Estudios en Homenaje al Profesor Don Manuel Díez de Velasco*. Madrid, Tecnos, 1993, pp. 101–116.
- CAHIER, Philippe
“Les caractéristiques de la nullité en droit international et tout particulièrement dans la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités”, RGDIP, vol. 76, No. 3, July-September 1972, pp. 645–691.
- COMBACAU, Jean and Serge SUR
Droit international public. 5th ed. Paris, Montchrestien, 2001. 812 p.
- COT, Jean-Pierre
“La conduite subséquente des Parties à un traité”, RGDIP, vol. XXXVII, No. 3, July-September 1966, pp. 632–666.
- DAILLIER, Patrick and Alain PELLET
Droit international public. 6th ed. Paris, LGDJ, 1999. 1455 p.
- DEGAN, V. D.
Sources of International Law. The Hague, Martinus Nijhoff, 1997. 564 p.
- DE VISSCHER, Charles
Les effectivités du droit international public. Paris, Pedone, 1967. 175 p.
- FIEDLER, Wilfried
“Unilateral acts in international law”, in Rudolf Bernhardt, ed., *Encyclopedia of Public International Law*. Amsterdam, Elsevier, 2000. Vol. 4, pp. 1018–1022.
- GARNER, James W.
“The international binding force of unilateral oral declarations”, *American Journal of International Law* (Washington, D.C.), vol. 27, No. 3, 1933, pp. 493–497.
- GROTIUS, Hugo
De jure belli ac pacis, libri tres (1646), in *The Classics of International Law*. Oxford, Clarendon Press, 1925. Vol. II. English translation.
- GUGGENHEIM, Paul
Traité de droit international public. 2nd rev. ed. Geneva, Georg, 1967. Vol. I.

- JACQUE, Jean-Paul
Éléments pour une théorie de l'acte juridique en droit international public. Paris, LGDJ, 1972.
- “À propos de la promesse unilatérale”, *Mélanges offerts à Paul Reuter—Le droit international: unité et diversité*. Paris, Pedone, 1981, pp. 327–345.
- KISS, Alexandre-Charles
Répertoire de la pratique française en matière de droit international public. Paris, CNRS, 1965. Vol. III.
- MARSTON, Geoffrey, ed.
 “United Kingdom materials on international law 1992”, *British Yearbook of International Law, 1992* (Oxford), vol. 63, 1993.
- QUADRI, R.
 “General course”, *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1964—III*. Leiden, Sijthoff, 1966. Vol. 113, pp. 237–483.
- REUTER, Paul
Droit international public. 3rd ed. Paris, Presses Universitaires de France, 1968; and 7th ed., 1993.
- RIGALDIES Francis
 “Contribution à l'étude de l'acte juridique unilatéral en droit international public”, *Revue Juridique Thémis* (Montreal), vol. 15, 1980–1981, pp. 417–451.
- ROUSSEAU, Charles
 “Chronique des faits internationaux”, *RGDIP*, vol. LXXXV, 1981.
- SICAULT, Jean-Didier
 “Du caractère obligatoire des engagements unilatéraux en droit international public”, *RGDIP*, vol. 83/1979/3, pp. 633–688.
- SØRENSEN, Max
 “General principles of international law”, *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1960—III*. Leiden, Sijthoff, 1961. Vol. 101, pp. 1–254.
- SUY, Éric
Les actes juridiques unilatéraux en droit international public. Paris, LGDJ, 1962. (Thesis, University of Geneva)
- TORRES CAZORLA, María Isabel
 “Los actos unilaterales de los Estados en el derecho internacional contemporáneo”. Unpublished research paper, University of Málaga, 2001.
- URIOS MOLINER, Santiago
 “Actos unilaterales y derecho internacional público: delimitación de una figura susceptible de un régimen jurídico común”. (Thesis, Universitat Jaume I, Spain, 2001)
- VÁSQUEZ CARRIZOSA, Alfredo
Las relaciones de Colombia y Venezuela: la historia atormentada de dos naciones. Bogotá, Ediciones Tercer Mundo, 1983.
- VENTURINI, G.
 “The scope and legal effects of the behaviour and unilateral acts of States”, *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1964—II*. Leiden, Sijthoff, 1964. Vol. 112, pp. 363–467.
- VERZJIL, J. H. W.
 “La validité et la nullité des actes juridiques internationaux”, *Revue de droit international* (Paris), vol. XV, No. 2, 1935, pp. 284–339.
- WEIL, Prosper
 “Le droit international en quête de son identité: cours général de droit international public”, *Collected Courses of The Hague Academy of International Law, 1992—VI*. The Hague, Martinus Nijhoff, 1996. Vol. 237, pp. 9–370.

导言¹

A. 本专题先前的审议情况

1. 自 1997 年第四十九届会议以来，国际法委员会一直在审议关于国家的单方面行为的专题；当时设立了一个工作组，该工作组编写了一份重要报告，为委员会后来的工作奠定了基础。² 自其 1998 年第五十届会议以来，委员会一直给予本专题以更多的具体审议。在该届会议上，特别报告员提出了他的报告草稿；³ 在该报告中，他对本议题作了一般概述，对单方面行为的定义确定了有关要素，因为在他看来，正如委员会已一致同意的那样，这是在编拟条款草案及其评注之前应该解决的一个根本问题。

2. 特别报告员在先前关于单方面行为的报告⁴ 中认为，维也纳制度是一个有效的参照基准，应在委员会所探讨的单方面行为的特殊性质范畴内加以看待。他在这些报告中论述了本专题的若干方面问题，主要是那些与单方面行为的作出与解释有关的问题。

3. 特别报告员还根据对专题文献所作的广泛概述，就单方面行为的分类提出了一些看法，而这个问题对于委员会计划就本专题编拟的条款草案的结构来说，似乎极为重要。他认为，根据单方面行为的法律影响而对这些行为进行分类，并不单纯是一项学术活动。相反，基于以上所述的理由，对这些行为进行适当分类——分类本身就是一个涉及若干标准的复杂过程——应能帮助本专题工作的组织和开展。特别报告员认为，虽然并非所有涉及单方面行为的规则

都必然地适用于所有单方面行为，但有些规则也许可以普遍适用。尽管眼下没有必要就单方面行为的分类作出决定，但是可以努力制订出可适用于所有此种行为的规则。

4. 然而，令人持续关切的是，在编纂工作的主要内容上，似乎始终存在着不确定性，这就是：可能属于其定义范围单方面行为。我们将会看到，有些行为经认定，可与国家行为和态度相联系；另有一些行为从正式角度上看，无疑属于单方面行为，但却可归入另一不同的类别，即条约或条约法的类别；还有某些其他行为似乎属于委员会所关切的行为类别。的确，正如将会看到的那样，如果我们从实质性角度看待通常所称的一种“单方面”行为，它也许不属于这项研究的范围。通过默示或决定性行为所表明地放弃或承认即属于此种情况。据表示，放弃和承认除其他外，是委员会所关心的意义上的单方面行为。但是，如果更细致地审查一下它们的形式，我们就可能得出这样一种结论：并非所有单方面放弃或承认行为都属于委员会感兴趣的行为类别，因此，并不是所有单方面行为都应列入我们努力制订的定义范围。

5. 在实践中，我们会看到，承认行为通过有别于上文所指正式行为的其他行为——亦即通过决定性或默示行为——产生效力；譬如，建立外交关系的行为就可能如此：一国默示承认另一实体对国家地位的主张。大不列颠及北爱尔兰联合王国默示承认纳米比亚便是一例；联合王国外交大臣在这方面表示，1990 年 3 月与纳米比亚政府建立外交关系是默示承认而不是正式承认。⁵ 此外应指出，其中有些行为源自条约，例如下文第 21 段所述于 1979 年 8 月 10 日在阿尔及尔签订的《毛里塔尼亚-撒哈拉协议》⁶ 就属于这种情

¹ 特别报告员谨感谢日内瓦国际问题研究所博士候选人尼古拉斯·格雷罗·佩尼切先生在本报告研究工作方面提供的协助。

² 《1997 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 65-66 页，第 195-210 段。

³ 《1998 年……年鉴》，第二卷(第一部分)，第 347 页，A/CN.4/486 号文件。

⁴ 第二次报告，《1999 年……年鉴》，第二卷(第一部分)，第 227 页，A/CN.4/500 和 Add.1 号文件；第三次报告，《2000 年……年鉴》，第二卷(第一部分)，第 287 页，A/CN.4/505 号文件；以及第四次报告，《2001 年……年鉴》，第二卷(第一部分)，第 123 页，A/CN.4/519 号文件。

⁵ Marston 编辑，“1992 年联合国国际法材料”，第 642 页，引述于 Torres Cazorla，“Los actos unilaterales de los Estados en el derecho internacional contemporáneo”，第 57 页。

⁶ 《安全理事会正式记录，第三十四年，1979 年 7 月、8 月和 9 月份补编》，S/13503 号文件，附件一，第 111-112 页。

况；由于其本身性质，这些行为也应被排除于我们的研究范围之外。

B. 对其他方面国际实践的讨论

6. 迄今为止，特别报告员的工作一直是以广泛研究法律学说和法理为基础的。然而，尽管他深信实践在这方面日益重要，但实践并未得到应有的重视。毫无疑问，由于在收集与此问题有关的情况方面遇到困难，因而不重视实践的做法可能对本议题的审议造成不良影响。特别报告员意识到，如果不掌握关于此种实践的情况，就不可能编写出有关本议题的全面研究报告，更无法开始这一领域的编撰和逐步发展工作。虽说单方面行为显然很常见，但其约束力得到承认的情况却似乎极少。多年来，《伊伦声明》⁷是单方面声明的一个典型示例。从那时起，其他单方面声明已被看作具有同等的约束力，尽管它们不受法律审查；德国在1935年至1938年期间就某些欧洲国家中立地位的不可侵犯性所作的声明在文献中被看作是“保证”，这些就是一个例子。同样值得注意的是奥地利所宣布的中立⁸——有些人认为它是一种许诺——以及埃及在1957年4月24日所作的关于苏伊士运河及其运作安排的声明⁹（连同给联合国秘书长的送文函），不过后者已向秘书长登记备案。法国当局在国际法院就核试验案¹⁰提出质疑后所作的声明，也属于委员会所关心的那类单方面声明。某些其他单方面声明，如消极安全保障，则根据其内容差异，可反映核武器国家对无核武器国家所作的许诺。这些声明属于此种行为的另一个类别。正如委员会一些委员在评论特别报告员的第二次报告¹¹时所指出的那样，这些行为的法律性质尚未得到法院的审查，也没有得到行为

国或行为对象的确认，然而，从法律角度来看，它们也许可视为具有约束力。

7. 2001年委员会第五十三届会议设立了一个工作组，负责审议本议题的某些方面。这反映在委员会所注意到的一份报告中。¹²当时委员会注意到，在研究这一议题时所遇到的问题之一是，所涉的实践一直未得到充分考虑。工作组建议委员会要求秘书处向各国政府散发一份问题单，请各国提供有关作出和解释单方面行为的实践的更多情况。¹³一些国家，例如爱沙尼亚和葡萄牙，以非常建设性的方式对这个问题单作了答复，下文述及它们所作的评论。

8. 葡萄牙就其在国际关系中作出的单方面行为提供了重要情况，并对每种情况作了说明。该国提到了对澳大利亚在东帝汶问题上所采取的某些行为的抗议，此外也提到了对东帝汶独立权利的承认。

9. 根据该国的报告，葡萄牙在1985年至1991年期间向澳大利亚政府提出了一系列外交抗议。在1985年，葡萄牙向澳大利亚表示，它不能不“认为澳大利亚政府谈判开采葡萄牙为其管理国的领土的资源是一种奇怪的态度，而葡萄牙为该领土管理国则是国际公认的事实……葡萄牙政府不得不对澳大利亚明显不尊重国际法的做法向该国政府提出强烈抗议。”¹⁴

10. 在1989年，葡萄牙重申，“作为东帝汶非自治领土的管理国，葡萄牙对上述声明的内容表示抗议……”。¹⁵在签署《帝汶沟条约》¹⁶之后，葡萄牙再次向澳大利亚表达了它在这个问题上的看法：

¹² 《2001年……年鉴》，第一卷，第2701次会议，第258-259页，第58-60段。

¹³ 该问题单经2001年8月31日LA/COD/39号照会发给了各会员国。问题单及所收到的答复载于本卷转载的A/CN.4/524号文件。

¹⁴ A/CN.4/524号文件(转载于本卷)，葡萄牙对问题1的答复，第3段。

¹⁵ 同上。

¹⁶ 《关于印度尼西亚东帝汶省与澳大利亚北部合作区的条约》(1989年12月11日于帝汶海合作区签署)，联合国，《条约汇编》，第1654卷，第28462号，第105页。

⁷ 见东格陵兰的法律地位案，判决，1933年，《常设国际法院汇编》，A/B辑，第53号，第70页。

⁸ 《奥地利联邦法律》(选编)(维也纳，联邦总理府新闻署，2000年)，第199页。

⁹ 联合国，《条约汇编》，第265卷，第3821号，第299页。

¹⁰ 核试验案(澳大利亚诉法国)，判决，《1974年国际法院汇编》，第253页；核试验案(新西兰诉法国)，同上，第457页。

¹¹ 见上文脚注4。

葡萄牙当局一直向澳大利亚政府提出抗议……。在这些抗议中，葡萄牙政府指出，与印度尼西亚共和国谈判以及最后达成此一协议……将是严重和公然违反国际法的行为……。通过着手签署上述协议，澳大利亚正在继续并且已经完成这种违法行为……。通过签署‘临时协议’，澳大利亚采取了蔑视做法，亦即它蔑视了尊重东帝汶人自决权利的义务……。鉴于上述情况，葡萄牙只得向澳大利亚联邦政府提出最强烈的抗议，并表示它保留诉诸它认为合宜的一切法律手段，以捍卫东帝汶人的合法权利。¹⁷

11. 葡萄牙认为，它称作抗议行为的那些单方面行为是意愿和意图的一种表示，即“不认为某一事态是合法的……从而捍卫了它已受到侵犯或威胁的那些权利。”¹⁸ 这项声明极其重要，因为它不单单列举并限定了有关的行为；它还指出了它认为可能由此产生的法律后果。

12. 爱沙尼亚也提供了与实践有关的极其宝贵的资料。它说：

1991年12月19日，最高委员会发表了关于拉脱维亚共和国和立陶宛共和国财产的声明，该声明可被视为一种许诺。最高委员会指出，鉴于爱沙尼亚、拉脱维亚和立陶宛已经恢复独立，爱沙尼亚将根据本国的财产法，按照平等地为上述国家在爱沙尼亚境内的各种财产提供法律保护的原则，保障对财产的法律保护。¹⁹

13. 爱沙尼亚在就上述问题单作出答复时提到并界定了其他单方面声明，包括它1994年7月24日就前俄罗斯联邦军事人员的社会保障所作的声明；它承认一些国家的声明，如它1991年9月25日对斯洛文尼亚共和国的承认；最高委员会1990年4月3日就立陶宛共和国恢复独立所作的确认其为独立国家的声明。1992年9月，爱沙尼亚议会通过了一项关于恢复地位的声明，其中明确表示，目前的爱沙尼亚共和国与当初在1918年宣布的国家同属一个国际法主体。²⁰ 爱

沙尼亚还指出：“有些单方面行为的法律效力十分明显，例如保证为拉脱维亚和立陶宛的财产提供法律保护，承认其他国家的声明，就属于此种情况……”²¹

14. 很显然，存在着各种各样的单方面行为。正如有些人已经表示的那样，“在这方面所使用的或建议使用的许多术语，对于支持一种令人满意的类型学而言，是一种阻碍而不是一种帮助。”²² 然而，法律学说，甚至连委员会本身，均已认定许诺、抗议、放弃和承认是单方面行为。此外，委员会指出，编撰和逐步发展工作的重点至少在开始时可侧重于审议各种许诺——换句话说，它可寻求制定关于单方面行为的运作规则，而它们与许诺一样，意味着一个或多个行为国承担单方面的义务。

15. 在研究这些行为的过程中，在考虑到它们也许不是仅有的单方面行为的同时必须注意到，通过正式声明给予承认是一种很普遍的实践；此类行为的示例有很多，尤其是随着殖民地国家和人民实现非殖民化和独立，从1960年开始出现政治变革后承认各国政府的行为，以及最近继前捷克斯洛伐克、前苏联和前南斯拉夫发生变化之后成立了新的国家。

16. 对主要国际新闻通讯所反映的外交信函进行研究后表明，各国经常通过外交照会承认其他国家。例如，委内瑞拉通过1992年5月5日的声明，“承认……斯洛文尼亚共和国为主权和独立的国家”，并表示“它打算……建立外交关系”。²³ 同样，委内瑞拉通过1992年8月14日的声明，决定“承认波斯尼亚和黑塞哥维那共和国为主权和独立的国家”，并表示“它打算……建立外交关系”。²⁴ 最后，委内瑞拉通过1992年5月5日的声明，决定“承认克罗地亚

¹⁷ A/CN.4/524号文件(见上文脚注14)。

¹⁸ 同上，第4段。

¹⁹ 同上，爱沙尼亚对问题1的答复，第6段。

²⁰ 同上，第8、第9和第11段。

²¹ 同上，对问题3的答复。

²² Fiedler, “国际法上的单方面行为”，第1018页。

²³ 《1992年委内瑞拉共和国黄皮书》(加拉加斯，外交部，1992年)，第505页。

²⁴ 同上，第508页。

共和国为主权和独立的国家”，并表示“它打算……建立外交关系”。²⁵

17. 通过对例行外交程序进行研究，可以注意到某些可以起到界定作用的有益实践。其中一例就是对前捷克斯洛伐克、前苏联和前南斯拉夫解体后所产生的国家的承认。这方面的示例包括反映此种承认并明确构成单方面行为的照会，例如联合国向其中的一些国家元首发出的那些照会；例如首相约翰·梅杰先生在1992年1月15日一份函件中表示：

我写这封信是要郑重表示，英国政府正式承认克罗地亚为一个独立的主权国家……。在承认克罗地亚的同时，我们期待克罗地亚政府迅速采取步骤，对巴丹泰先生报告中所述的涉及保护少数群体的保留意见作出反应……。我期待建立外交关系。我可以确认，在适当情况下，我们将联合王国与南斯拉夫社会主义联邦共和国共同加入的现行各项条约和协定视为仍对联合王国和克罗地亚有效”。²⁶

18. 承认通常是一种单方面行为，它产生下文所述的具体法律效力，不过这个问题也将在以后的报告中探讨。承认并不赋予行为国权利，而是使其承担义务；如一些文献所指出的那样，通过承认，“国家声明它认为某种情况存在，它以后不能作另外的声明；因此，无论所涉情况是否客观存在，对于该国而言，如果该国尚未认定存在此一情况，则可强制其认定。”²⁷

19. 在各国所作的众多声明中，有些已被确认为许诺，例如上文(第6段)已述及的法国当局针对国际法院在核试验案中对其提出的质询而作的声明。其他的例子包括西班牙部长会议1998年11月13日协议所载、²⁸关于单方面行为的第三份报告所提到的西班牙声明，²⁹其中西班牙决定提供紧急援助，以减轻“米

奇”飓风在中美洲所造成的破坏；此外还有突尼斯在法国总理雷蒙·巴尔先生1980年10月26日访问期间所作的声明，其中突尼斯宣布它决定在较短时间内解除对突尼斯1956年取得独立后一直扣留的法国资金的冻结。这些措施于1981年1月1日生效。³⁰

20. 对各种实践的研究显示，其他一些单方面声明可被界定为许诺，因为它们与此一行为的已知理论定义相一致。一个示例是法国总统雅克·希拉克先生继中美洲区域遭受“米奇”飓风破坏之后所作的声明，其中他许诺免除萨尔瓦多、危地马拉、洪都拉斯和尼加拉瓜共计7.39亿法国法郎的债务。希拉克总统还许诺在巴黎俱乐部下次会议期间谈判减免贸易债务。³¹一个类似的示例是西班牙首相何塞·玛丽亚·阿斯纳尔2000年4月4日所作的声明，他公开表示：“我也想告诉各位，我已宣布免除撒南非洲国家积欠的价值2亿美元官方发展援助债务”。³²

21. 在国际实践中也可以注意到一些带有放弃条款的声明。有一个起源很传统的例子是，毛里塔尼亚放弃了其对西撒哈拉的权利主张。《毛里塔尼亚-撒哈拉协议》中指出，“毛里塔尼亚伊斯兰共和国郑重声明，它现在和将来都不对西撒哈拉提出任何领土或其他要求”。³³

22. 此外，在实践中还注意到了其他声明，包括1980年5月20日的声明，美国国务院在该声明中宣布，美利坚合众国放弃其对25个太平洋岛屿的主权要求。³⁴

23. 还有一些声明也许包含着若干实质性的单方面行为，例如哥伦比亚在1952年11月2日照会中所作

³⁰ Rousseau, “Chronique des faits internationaux”, 第395-396页，引述于Torres Cazorla, 同前，第49页。

³¹ Balmond 和 Weckel 编辑，“国际大事记”，第195页；引述于Torres Cazorla, 同前，第50页。

³² 《对2000年西班牙外交政策活动、文本和文件的审查》(马德里，外交与合作部)，第102页，引述于Torres Cazorla, 同前，第50页。

³³ 见上文脚注6。

³⁴ 《国际先驱论坛报》，1980年5月21日，第3页。

²⁵ 同上。

²⁶ Marston, 同前，第636页。

²⁷ Combacau 和 Sur, 《国际公法》，第281页。

²⁸ 《对1998年西班牙外交政策活动、文本和文件的审查》(马德里，外交与合作部)，第823页。

²⁹ 《2000年……年鉴》(见上文脚注4)，第294页，第43段。

出的声明。在该声明中可以看到一种承认、一种放弃以及一种许诺。在这份照会中，哥伦比亚声明，“它不质疑委内瑞拉联邦共和国对蒙赫斯群岛的主权，因此它对该国对上述群岛行使主权本身或行使任何所有权行为并无任何争议或诉怨”。³⁵ 这项声明是以恰当方式为某一具体目的作出的，并已通知给行为对象。它是一种单方面行为，导致了行为国在作出声明时意欲产生的法律效力。

24. 在下文中将会看到，正如在一些场合已说过的那样，单方面行为显然存在于国际关系中，而且它们作为国家在国际关系中的一种表达手段，正日益重要和频繁出现。但是，这一实践产生自人们对国际关系的演变的通常理解，它是模糊的，因为行为国和行为对象都没有共同和普遍地认为它反映了委员会所关心的那种单方面行为做法，尽管有些国家承认并界定这一实践涉及单方面行为。应该强调，此种看法与当初草拟条约法规则时所出现的看法截然不同；由于各国对条约的存在、其重要性及其法律效力所持的态度，当时条约较明显是作为一种法律工具而存在的。在这方面确定习惯法规则要比单方面行为简单得多。

C. 本专题的可行性和困难

25. 委员会大多数委员表示，尽管本专题具有复杂性而且其某些方面也存在着困难，另外，就本专题收集资料的工作也显然较为薄弱，包括未充分审议国家实践，但是，本专题仍可能适于编纂。总而言之，第六委员会的各国代表亦持有同样的观点。

26. 的确，委员会的一些委员表示，这一问题非常重要且令人感兴趣，³⁶ 是逐渐发展和编纂的首选对象，³⁷ 同时他们又对所提出的条款草案感到满意，³⁸

并对就此专题编制一套条款草案的可能性表示乐观。³⁹

27. 另一些委员确实对审查这一专题的可行性，甚至对审查的方法和理由都表示一定怀疑，而且一些委员认为，这样做并没有计及国家实践及其他问题。一国政府表示，它“仍然认为，试图使范围广泛的各种单方面行为受单独的一套一般性规则制约的做法是没有充足理由的。”⁴⁰

28. 一些政府还对此项专题的相关性和委员会在审查时采用的做法公开表明了看法。例如，葡萄牙在填写秘书处分发的问题单时，在关于本专题的意见中表示，“它认识到单方面行为所发挥的重要作用……，以及有必要制订规范其运作的规则”。⁴¹

29. 大多数国家倾向于认为，执行这项任务是可能的，委员会应继续开展工作。中国强调，单方面行为愈来愈重要，有必要编纂和逐渐发展与此有关的法律，当然这一进程也是存在困难的。⁴² 一些国家认为，应以更有节制性的方式处理这一专题。西班牙表示，有必要集中处理某些典型的单方面行为以及适用于每一单方面行为的法律制度。⁴³ 北欧国家表示，它们希望将有关本专题的研究局限于少数一般性规则和对某些特定情形的研究。⁴⁴ 日本认为，委员会如能集

³⁹ 同上，巴哈纳先生的发言，第 207 页，第 54 段。另见伊科诺米泽斯先生(第 215 页)和拉奥先生(第 209 页)的发言。

⁴⁰ A/CN.4/524 号文件(转载于本卷)，联合国的一般评论，第 1 段。

⁴¹ 同上，葡萄牙，第 1 段。

⁴² 《大会正式记录，第五十六届会议，第六委员会》，第 22 次会议(A/C.6/56/SR.22)，第 45 段。另见俄罗斯联邦和波兰的发言，分别见同上，第 80 段和同上，第 24 次会议(A/C.6/56/SR.24)，第 2 段。

⁴³ 同上，第 12 次会议，西班牙的发言(A/C.6/56/SR.12)，第 44 段。

⁴⁴ 同上，第 22 次会议，挪威的发言(A/C.6/56/SR.22)，第 32 段。

³⁵ Vásquez Carrizosa，《哥伦比亚与委内瑞拉的关系：两个国家的历史纠葛》，第 339 页。

³⁶ 《2001 年……年鉴》，第一卷，第 2695 次会议，佩莱先生的发言，第 200 页，第 7 段。

³⁷ 同上，伊留埃卡先生的发言，第 207 页，第 58 段。

³⁸ 同上，戈科先生的发言，第 201 页，第 10 段。

中处理国家实践中比较高度发展的领域则较为明智。⁴⁵ 印度认为，委员会不妨考虑能否就本专题拟定一套结论，而不是着手编写条款草案。⁴⁶

30. 可以有信心地说，各国在其国际关系中，正逐渐更多地采用单方面行为。显然，这种说法让人产生疑问，那就是在某种程度上属于这一范围的行为是否为委员会关注的单方面行为，即以无论是单独还是集体的形式单方面作出的行为可能自身就具有法律效力，无需行为对象接受、同意或作出任何其他形式的赞同。即使单方面行为在《国际法院规约》第三十八条第一项中没有提及，但“国家实践和法学家均断定存在这一类别的法律行为。”⁴⁷

31. 当然，如果在作出和实施此类行为时这一事项就变得较为复杂，审查其法律效力时更会如此，这一事项将在下文讨论。但是，应当强调的是，正如某些方面所表示的那样：

单方面行为、某些单方面态度所涉的范围，如长期不行使权利、需要表示意见时保持沉默、默许和禁止反言，就具有法律效力不确定的特点。在许多情况下，国际法院已经依循诚意原则并且采用了从一般利益，特别是从需要法律保障和确定性据以推定的客观审议，从而已经消除了此类不确定性。⁴⁸

32. 除了拟议的编纂和逐渐发展工作这一问题的不确定性以外，使人们对本专题的可行性产生疑问的问题之一是，虽然单方面行为是单方面作出的，其具体实现或它所产生的法律效力则与一个或多个对象国有关。这可能使人很快得出错误结论，即竟然认为所有单方面行为基本上都是条约行为，单方面行为本身并不存在，从而认为仅仅需要条约行为的法律体制对其运作加以管制。

33. 行为的阐述及其法律效力是本专题的两个方面，应认真加以区分，以避免对此类行为的性质以及它们成为编纂和逐渐发展对象的可能性作出错误解释。

34. 行为是在作出时具有单方面性质的，但其效力一般都出现在超出这一范围的关系中。行为国与行为对象之间总是假定存在着关系。行为的双边性——如果可以使用这一用语的话——可能并不意味着它会成为一项条约行为。这一行为仍然是单方面的，而且是在这一范围内作出的，即使其具体实现或法律效力属于另外一个更为广泛的领域。换言之，甚至在行为对象认为可以要求行为国执行有关行为之前，单方面行为就已经产生了法律效力。显然，“大多数行为已不当地脱离了使其失去本来面目的默许机制；其他行为虽然被视为单方面行为，但却都与真正的条约机制(加入、放弃、保留等等)具有更为密切的联系，因此无需使之相互脱离”。⁴⁹

35. 显而易见，很难确定和限定单方面行为。例如，就许诺而言，这一问题就不简单。有必要从这样一个前提出发：国际单方面行为的确存在，但它们较为罕见。正如所指出的那样，“很容易针对这一罕见现象作出解释，因为没有哪个国家愿意自发地作出无偿让步”。⁵⁰ 另外，问题是一项行为可否被定为许诺。在这方面，正如同文献中所表明的那样，“要查明这些纯粹单方面的许诺，就需要进行认真研究，以确定在意向声明的形式上的单方面表象背后是否隐藏着本质上的双边性”。⁵¹

36. 在研究《伊伦声明》(上文第 6 段)或上文提到的哥伦比亚 1952 年的照会时(第 23 段)，可以肯定所面对的是一项弃权，也是一项承认或一项许诺，对此类声明产生的法律效力具有影响。因此，要毫不含糊地得出结论，认为我们面对的是一种具体的单方面行为类别，这并非易事，但最为重要的是它们产生的法律效力。

⁴⁵ 同上，第 56 段。

⁴⁶ 同上，第 24 次会议(A/C.6/56/SR.24)，第 6 段。

⁴⁷ Fiedler，同前，第 1018 页。

⁴⁸ De Visscher, *Les effectivités du droit international public*, 第 156-157 页。

⁴⁹ 罗伊特，《国际公法》，第 3 版，第 94 页。

⁵⁰ Suy, 《国际公法中的单方面法律行为》，第 111 页。

⁵¹ 同上。

D. 第五次报告内容及其第一章的重述性

37. 在委员会 2001 年第五十三届会议期间，一名委员强调了请特别报告员编写摘要报告的重要性。该报告将澄清关于本专题的一般问题和关于已提交条款草案的讨论情况，并使关于本专题的审议工作在已有基础上继续进行。鉴于该意见以及新五年期的开始，有必要考虑这个问题；因此，在特别报告员提交委员会审议的本报告中才有了第一章。

38. 特别报告员还认为，在短期内完成的工作必须与长期方案密切相关。因此，他在本报告最后列出关于今后工作的概略思路。这也是委员会早晚要审议的问题。

39. 特别报告员认为，第一章中再次提出的一些问题应进一步详细研究和澄清，以便以更有序的方式审议本专题。首先，第一章根据委员会和第六委员会的讨论情况审查了单方面行为的定义。在这方面作出决定对于审议本专题并取得进展至关重要，尽管特别报告员充分意识到其中的复杂性和困难。

40. 定义应涵盖大多数单方面行为。理论和判例均认为单方面行为是依靠本身产生法律效力的行为，而不论其内容如何。必须通过一项定义，以便涵盖为了委员会审议本专题而被视作单方面行为的各种行为。定义的范围必须广泛，以避免其中一些行为被排除在研究范围之外；但与此同时(此点反映了定义的复杂性)，定义范围必须有所限制，以免口子开得过大，将不符合或不属于该类行为的行为包括进来。因此，在这方面采取均衡办法至关重要。

41. 第二个问题有关单方面行为的有效条件和单方面行为失效的原因。这也是根据委员会和第六委员会对本专题的讨论情况提出的。有人指出，对失效制度的审查超出了对造成同意失效或意愿的表示失效的因素的审查。在审查前者时，必须首先审查行为有效性的条件的决定因素。本报告对所有这些方面均作出更为详细的论述。本报告还涉及有关不适用单方面行为的一些其他问题。

42. 本报告在同一范围内深入研究的第三个问题有关适用于单方面行为的解释规则。该问题由特别报告员在其第四次报告⁵²中向委员会提出，并在 2001 年第五十三届会议上讨论。先前提出的条款草案新版本列于审查报告结尾。

43. 最后，还作出另一简要评论，说明能否将单方面行为分类以及这对今后关于本专题的工作结构具有何种相关性和重要性。

44. 第二章所处理的问题均包括在这样一种框架内，即能否制订适用于所有单方面行为的通则，而不论行为的名称、内容和法律效力为何。该章审查了关于尊重单方面行为的一般规则。该规则的依据是 1969 年《维也纳条约法公约》(下称 1969 年《维也纳公约》)第二十六条，其中提到条约法的基本规则——条约必须遵守。报告试图将有约束力的行为建立在为此目的而制订的规则之上，这是关于国家的单方面行为的第一次报告⁵³中处理的专题。其次，所处理的两个问题可能成为制订适用于所有行为的规则时的对象：即行为在时间和空间上的适用性。前者提出单方面行为的追溯性和不可追溯性。

45. 第三章讨论了一个重要专题：如何确定单方面行为开始产生法律效力的时间。该问题尽管带有单方面行为的具体特征，但与条约法方面的开始生效概念密切相关。由于所讨论的法律行为具有独特性质，因此不能将这两个概念混淆起来，但它们显然具有共同的重要因素。对于这个问题，并不是要编写条款草案，而是要提出一些问题供委员会讨论，以便促进编纂工作。

46. 第四章根据先前的讨论情况列出条款草案的构架以及今后的工作计划。特别报告员正在将该计划提交委员会审议。

⁵² 见上文脚注 4。

⁵³ 见上文脚注 3。

第一章

对一些根本问题的重新审议

47. 上文指出,为促进委员会对本专题的审议,有些委员认为必须重新简要审查四个问题。对于提出新内容和进行澄清而言,这些都是基本问题,其中包括:单方面行为的定义;有效条件、失效原因以及与不适用单方面行为有关的其他问题;适用于这种行为的解释规则;分类和限制条件及其对条款草案结构的影响。

A. 单方面行为的定义

48. 单方面行为的定义是一个必须解决的根本问题。特别报告员提出的定义是在不断演变后形成的,所依据的是委员会委员和会员国代表在第六委员会和针对 2001 年发出的问题单的答复中所提出的意见和评论。⁵⁴

49. 2001 年委员会第五十三届会议上有意认为,工作已取得进展,除委员会尚未就其保留问题取得共识的用语之外,已采用了一些适当用语。

50. 随着关于本专题的讨论的进行,单方面行为的定义草案为更多人所接受。因此,已在 2000 年将关于国家单方面行为的第三次报告⁵⁵对该定义的提法提交起草委员会。⁵⁶

51. 从提交委员会起草委员会的版本中可看出一些不同之处。首先,大家会注意到,“行为”一词取代了“声明”一词,前者被认为比后者的范围更广、排他性也较弱,因为前者将涵盖所有的单方面行为,特别是那些可能不以声明为手段作出的单方面行为。不过,特别报告员认为,一般的单方面行为,无论其名称、内容和法律效力,均以声明为手段作出。

52. “自主”概念在委员会中引起了长期讨论。根据讨论结果,这一概念也被排除在定义之外。不过,特别报告员认为,自主是一重要特征。也许应作不同解释,但不管怎样,自主代表着单方面行为独立于其他法律制度,意味着这种行为本身即能产生效力。国际法院曾在核试验案中解释说,该案件涉及的是某些法律行为的“纯粹的单方面性质”。⁵⁷不过,法院又提到其中一种行为,即许诺,而后者看来反映出此种行为的自主性。

53. 上文指出,法学家在说明单方面行为的特征时援用这种表示意愿行为的独立性;特别报告员同意该办法。例如,Suy 指出,“就其有效性而言,此种表示意愿的行为可能独立于其他法律主体表达意愿的其他方式。”⁵⁸然而,委员会一些委员却认为,单方面行为不可能是自主的,因为它们总要得到国际法的授权。

54. 第六委员会在 2000 年也讨论了该事项。一方面的意见认为,自主概念系指独立于其他事前存在的法律行为的行为或国家采取该行为的自由,故应将此概念列入定义。⁵⁹

55. 关于“表达一种意愿,而这种意愿是为产生法律效力作出的”的提法,大家可以注意到,在委员会 2000 年的讨论中,一些委员认为不必列入该提法。他们甚至指出这种用语可能是同义反复或多余。但委员会当年通过的报告指出,“第一个词语和第二个词语之间有着截然不同的区别,前者是实际作出行为,后

⁵⁴ 见上文脚注 13。

⁵⁵ 《2000 年……年鉴》(见上文脚注 4),第 299 页,第 80 段。

⁵⁶ 《2000 年……年鉴》,第二卷(第二部分),第 103 页,第 619 段。

⁵⁷ 《1974 年国际法院汇编》(见上文脚注 10),第 267 页,第 43 段(澳大利亚诉法国);以及第 472 页,第 46 段(新西兰诉法国)。

⁵⁸ Suy, 同前,第 30 页。

⁵⁹ 《大会正式记录,第五十五届会议,第六委员会》,第 19 次会议,意大利的发言(A/C.6/55/SR.19),第 19 段。

者是国家认为作出这种行为的意义。两者互补，均予以保留。”⁶⁰

56. 更明确地提及意愿表达仍很要紧，因为这是一般法律行为的一个根本方面，显然也是我们讨论的单方面行为的一个根本方面。众所周知，人们十分重视意愿在法律行为中的作用。实际上，一些人认为，行为就是意愿表达，提议的定义就反映了这一点。这也说明了对于意愿解释的重视，无论是行为人声明的意愿还是实际的意愿，说明对可能影响其有效性的缺陷的重视。

57. 几乎所有文献都把单方面行为定义为“有意在国际一级产生法律影响的国际法主体作出的意愿表达”，而且各文献作者之间彼此没有什么重大差异。⁶¹一位作者说：“单方面法律行为是一种意愿表达……国际公法视其为源于单一法律主体，并导致对法律秩序的修改。”⁶²另一些人认为，“单方面行为源于单一的意愿表达……所创造出的准则意在适用于未参与作出行为的法律主体”。⁶³

58. 意愿表达与法律行为有密切联系，因此与单方面行为密切相关。意愿是同意的一项构成内容，对于法律行为的形成也是必要的。当然，意愿应视为心理因素(内在意愿)和外化因素(声明的意愿)。下文在讨论另一个问题时将会考虑这种看法。

59. 专门文献中对承认的定义是以意愿表达为根据。一些人认为，承认是“一般性的法律机制，作者们一致视为法律主体的单方面意愿表达。据此，该主体首先注意到一种现存情况，并表示有意视其为合法，相

当于法律。”⁶⁴ 许诺也以意愿表达为依据。⁶⁵ 放弃也是如此。放弃是“一种意愿表达，法律主体借以放弃一种主体权利，而无需第三方表示意愿。”⁶⁶

60. 此外，“意图获得法律义务”等词语改为“意图产生法律效力”，认为这样更宽泛，既包括承担义务又包括获得权利。然而，应该指出，委员会仍然认为，一国不能通过没有另一国参加和同意而作出的行为，将单方面义务强加于该国。对此，委员会重申国际法上所牢固确立的各项原则，包括“他人之间的行为”原则以及罗马法上“协定不得使第三者担负义务亦不得给予利益”的原则，即，协定既不约束也不惠益第三方。有人说：“在传统国际法中，法律主体原则上不可能未经另一主体同意而为其创立一项义务。”⁶⁷ 应该强调，这项规则的理由不仅以适用于契约领域的这项原则为依据，而且也以国家主权和独立为依据。在这方面，国际判例已很清楚。可以回顾帕尔马斯岛案中仲裁人马克斯·休伯尔的决定：“似乎更清楚的是，西班牙与承认其对‘菲律宾’主权的第三国缔结的条约，不能对荷兰有约束力。”⁶⁸ 该决定还指出，“无论一项条约的真实含义是什么，都不能解释为可以决定独立第三国的权利。”⁶⁹ 还可以回顾先前各次报告曾引述的常设国际法院上萨沃伊和热克斯自由区案中的裁决。法院在该裁决中说，“即使情况相反，无论如何可以肯定，《凡尔赛条约》第 435 条对瑞士没有约束力，瑞士不是该条约的缔约国，除非该国接受这项条约。”⁷⁰ 最后，还应该提到 1955 年 7 月 27 日空中事件案的裁决。国际法院在该裁决

⁶⁰ 《2000 年……年鉴》(见上文脚注 55)，第 607 段。

⁶¹ Urios Moliner, “Actos unilaterales y derecho internacional público: delimitación de una figura susceptible de un régimen jurídico común”, 第 59 页。

⁶² Rigaldies, “Contribution à l'étude de l'acte juridique unilatéral en droit international public”, 第 451 页。

⁶³ Jacqué, *Éléments pour une théorie de l'acte juridique en droit international public*, 第 329 页。

⁶⁴ Suy, 同前, 第 191 页。

⁶⁵ Jacqué, “À propos de la promesse unilatérale”, 第 339 页。

⁶⁶ Suy, 同前, 第 156 页。

⁶⁷ Jacqué, 同前, 第 329 页。

⁶⁸ 《国际仲裁裁决汇编》，第二卷(出售品编号：1949.V.1)，1928 年 4 月 4 日仲裁裁决，第 850 页。

⁶⁹ 同上, 第 842 页。

⁷⁰ 上萨沃伊和热克斯自由区案, 裁决, 《1932 年常设国际法院汇编》，A/B 辑, 第 46 号, 第 141 页。

中说,《常设国际法院规约》第36条第5款“对非签署国没有法律效力”。⁷¹

61. 国际法也清楚地显示,原则上,甚至条约也不能把权利赋予非条约缔约国。常设国际法院在关于德国在波兰上西里西亚的某些权益案中确认了这一点。常设国际法院表示,“有关文书没有为其他国家遵守这些文书的权利作出规定……。一项条约只能在作为缔约方的国家之间创造法律;在不肯定的情况下,不能为第三国推断出任何权利”。⁷²

62. 显然,条约法为这项规则确定了例外情况,例如有关要求第三国同意的有利于第三方的规定,⁷³而且还应该问,就单方面行为而言,是否可以考虑一国未经另一国同意就把义务强加给它的可能性;换言之,是否有超出申明权利及合法主张的可能性。

63. 在研究所提到的各种单方面行为时,可以看出,这些单方面行为都没有对各国强行规定义务。在这方面,放弃和许诺十分清楚。承认,指国家的承认,可能需要更仔细地研究。

64. 确实,如果承认一个实体具有国家的条件或地位,行为国就承担了与国家性质直接相关的、源于国际法的某些义务。然而,有人会问,是否可以把国际法规定该国承担的义务强加给被承认的实体。答案取决于国家承认的性质。如果同意承认的行为只是宣示性的而非构成性的这个论点(特别报告员同意这个观点),可以说这种义务不是源于承认的行为,而是因为作为国家存在的事实。

⁷¹ 1955年7月27日空中事件案(以色列诉保加利亚),初步反对意见,判决,《1959年国际法院汇编》,第138页。

⁷² 德国在波兰上西里西亚的某些权益案,案情,1926年第7号判决,《常设国际法院汇编》,A辑,第7号,第28-29页。

⁷³ 常设国际法院在上萨沃伊和热克斯自由区案中表示,“没有……什么能阻止主权国家具有这个目标和这个效力的意愿”(见上文脚注70),第47页。

65. 然而,委员会大多数委员和出席第六委员会的代表却都认为,表达范围应该更广泛;然而,特别报告员认为,这不能允许、或解释为允许国家未经第三国同意而把义务强加给它。

66. 最后,“名声”的规定已改为“恶名”的规定,因为认为前者只用于对所有国家作出的单方面行为,法国当局作出并经国际法院在核试验案中审议的声明就是这样。⁷⁴然而,委员会讨论了这个要素对行为本身是构成性的,还是相反是宣示性的,对于给行为下定义并非至关重要。

67. 就政府而言,定义所述产生法律效力的意图并不是单方面行为约束性质的根据。因此,葡萄牙在表示同意特别报告员提议的定义时指出:“在国际法律秩序上,赋予单方面行为法律效力的是国际法,不是国家的意图”。⁷⁵

68. 拟议的定义指的是国家作出的行为,委员会对此似乎已有普遍共识。然而,对于行为对象,提出的做法比特别报告员提议的第一项定义更广泛。这反映出,即使这是国家行为问题,但也可以是国际法其他主体的行为问题。委员会一位委员甚至表示,行为对象除了是一个国家或国际组织,还可以是其他特殊的主体和实体。委员会尚未审议这个看法。委员会有人认为,最初提议的定义可以把单方面行为的效力局限在其他国家和国际组织的关系,不包括其他实体(例如民族解放运动),以及可能成为此种行为受益人的其他实体(如果这是行为国的意图)。

69. 委员会普遍同意应加入“明确”一词。讨论期间,有人认为“这可以接受,因为……很难想像如何能以不清楚或含有隐含条件或限制的方式作出一个单

⁷⁴ 见上文脚注10。

⁷⁵ A/CN.4/524号文件(转载于本卷),一般意见,第2段。

方面行为，也很难想像怎么能轻易和迅速地取消它。”⁷⁶ 然而，一些委员却反对增加这个词，认为，

应该这样理解，表达意愿必须总是清楚明了、使人明白的；如果是模棱两可，以平常的阐释方式都无法弄清，那么它根本就成不了法律行为……。“明确”一词[所表达出]的清楚和确定概念其实是个判断问题，传统上是由法官来决定的，并不应该属于单方面行为的定义。⁷⁷

70. 在这方面，第六委员会在 2000 年表示，“在定义中修饰‘表达一种意愿’的‘明确’一词，不一定要被理解成‘明示’。用暗示或默示的方式表达一种意愿亦可以是明确的”。⁷⁸

71. 无论如何，起草委员会都必须在 2002 年委员会第五十四届会议期间审议定义草案。显然存在着某种倾向，即把关于单方面行为的审议工作重点主要置于许诺，也就是说，主要根据一种许诺，即国际许诺来拟订规则，尽管这显然是一个非常重要的单方面行为，对本专题的发展有一定影响。考虑到理论和判例均如此认为的不同的单方面行为，就需要一种均衡办法，尤其是在委员会从事的编纂和逐渐发展工作中。在此方面值得一提的是委员会本身认为，至少是在第一阶段，编纂工作可将重点置于大多数著作所定义的许诺这一问题上，即表明单方面承担义务的许诺。

72. 关于单方面行为的多样性以及将这些行为分组归类的困难之处(这在一定程度上涉及其法律效力)，应指出的是，委员会在审议时已将若干行为和某几种行动排除在外，确认它们不同于委员会意欲规范的法律行为，尽管前者也产生法律效力。

73. 有些单方面声明使人们对它们在维也纳制度或单方面行为范畴中的位置提出疑问；例如，《国际法院规约》当事国根据《规约》第三十六条第二项声明承

认国际法院管辖具有强制性便是这一情况，委员会过去已讨论过这一问题。特别报告员同意有些法学家的观点，确认此类声明属于条约关系范畴。但是正如同国际法院所确认的那样，此类声明的特性可能使它们显得不同于明确的条约声明。

74. 已审议的其他声明似乎更易归入委员会所关注的单方面行为范畴。这些声明系一国代表在某一国际法院的诉讼程序中所作出的声明。问题是：是否可认为此类声明是单方面的，是否对代理人所代表的国家具有约束力，当然，前提是此类声明应属有效行为。

75. 在关于德国在波兰上西里西亚的某些权益案中，波兰代理人在常设国际法院所作的声明便是这一情况。法院就波兰代表所作的声明表示：

除了上述有关其政府不打算没收通知书所涉之房产的某些部分的声明外，被告方代表在法院还作出其他类似声明，稍后将对此有所陈述；法院丝毫不怀疑所有这些声明都具有约束力。⁷⁹

76. 特别报告员提议将某几类行为和态度区分出来，例如沉默，因为尽管它们无疑会产生法律效力，但并不构成严格意义上的单方面行为：单方面行为是意愿的表达，目的在于对未参与该意愿的作出的第三国产生法律效力，这一意志表达无需该第三国参与也可产生法律效力，也就是说，无需后者的接受、同意或表示同意的任何其他反应。

77. 许多人认为沉默是对某种情况或对另一国际法主体提出的权利主张的被动意愿表达。不应忽视法学理论和国际法院对此的重视。有些重要的司法裁决考虑到了沉默及其法律效力，例如渔业权案⁸⁰（联合王国诉挪威）和柏威夏寺案⁸¹的裁决；前几次报告已进一步详述过这一问题，委员会也讨论过。值得一问的

⁷⁶ 《2000 年……年鉴》(见上文脚注 55)，第 97 页，第 553 段。

⁷⁷ 同上，第 554 段。

⁷⁸ 《大会正式记录，第五十五届会议，第六委员会》，第 20 次会议，危地马拉的发言(A/C.6/55/SR.20)，第 28 段。

⁷⁹ 《常设国际法院汇编》(见上文脚注 72)，第 13 页。

⁸⁰ 渔业案，判决，《1951 年国际法院汇编》，第 139 页。

⁸¹ 柏威夏寺案，案情，判决，《1962 年国际法院案例汇编》，第 23 页。

是，这些案子中的意愿表达是否有别于委员会现在正讨论其定义的那类意愿表达。如果委员会确定应将沉默列入单方面行为研究范围，则有必要确定这一行为所表示的国家义务的含义和限度。委员会必须审议这一问题，确定是否将沉默之类的行为视为委员会意欲规范的意愿表达行为，并因此而确保今年将通过的定义会涵盖此类行为，或恰恰相反，正如同所辩论的那样，确定是否应将它排除在研究范围和定义范畴之外。

78. 有些人指出，国家甚至可能在“未意识到的情况下”无意识地作出单方面行为。显然，这似乎是有可能的，因为这有可能发生在其他法律领域。但值得一问的是，意愿表达可能有不同含义，它是否构成我们所关注的那类单方面行为。对此问题也应认真审议，以便最终确定是包括抑或排除此类行为，从而可以拟订一项全面定义。

79. 其他行为，甚至条约行为，也可能与委员会所关注的单方面行为相混淆。那些使未参与条约拟订的第三方享有权利或承担义务的条约便是这种情况。可将此类条约行为视为源自集体或条约的有利于第三方的单方面行为；但它们确实是附属协定或载入了有利于第三方的条款的协定，例如 1969 年《维也纳公约》所设想及其中第三十五和第三十六条所规定的那样。无论如何，要使第三国受某一条约的约束，该国必须明确接受条约所规定的任何义务，或者，在第二种情况下，接受它并未参与拟订的那项条约可能赋予的权利，例如该《公约》较笼统地设想的那样。

80. 正如上文所述，单方面行为的定义至关重要，关于此定义的审议应考虑到所有单方面行为，以期形成一项广泛、非排他性的定义。

81. 特别报告员提议并转交起草委员会的条文如下：

“第 1 条. 单方面行为的定义

“为本条款的目的，‘国家单方面行为’指国家明确表达其所作出的意愿，并意图使该意愿在该国同他国或国际组织的关系上产生法律效力，该意愿并为该他国或该国际组织所知。”

B. 单方面行为有效的条件和无效的原因

82. 本章所探讨的第二个问题是单方面行为有效的条件和无效的原因；2000 年委员会在其第五十二届会议上，根据特别报告员提交的第三次报告审议了无效的原因的一部分。⁸²

83. 今年，委员会工作组将讨论特别报告员就单方面行为无效提出的条款草案；在这方面，有必要考虑到 2000 年和 2001 年委员会的讨论情况和代表们在第六委员会表达的意见以及工作组作出的澄清和补充。在再次讨论该问题之前，工作组将审议几个问题，以便澄清讨论的现状，即单方面行为有效的条件以及单方面行为无效所涉的一般制度。正如已指出的那样，这些问题显然都是密切相关的。工作组还将初步评论与无效有关的两个问题：援引无效原因或终止单方面行为理由，或暂停其实施的权利的丧失，以及国内法与作出行为的权限之间的关系。工作组也将初步审议与不实施行为，即终止与暂停有关的问题。

84. 按照维也纳条约制度的规定，只要符合某些条件，单方面行为就是有效的，可因此产生其法律效力。在这方面应回顾 1969 年《维也纳公约》第四十二至第五十三条和第六十九至第七十一条。

85. 如果在某种程度上遵循维也纳制度，将其作为指南，那么人们所关切的单方面行为有效的条件就是：一个国家、经授权或有资格的代表以一国名义作出的行为，并在国际范围内予以实施；其目标和宗旨的合法性，它们不得违背国际法的强制性规范；意愿的无缺陷表示。与此同时，还应审议的某些其他相关问题是有效性和无效原因，例如，单方面行为和行为国先前承担的义务之间的关系。

86. 为了规范单方面行为的作用，这类行为有效性的条件没有必要在条款草案中作出比《维也纳公约》更具体的规定。委员会在拟订条约法的条款草案时，曾

⁸² 见上文脚注 4。

审议一项条款草案(第 30 条),其中规定了条约有效性的一般规则,但后来未获通过。⁸³当时的观点是,这项规则没必要,因此,特别报告员提出的条款草案应予以删除。

87. 无论如何,应该强调的是,收列关于单方面行为无效原因的条款草案,不会削弱这方面为作为这种行为具有约束力的基础而确立的原则(约定必须遵守),也不会削弱应指导国际法律关系的稳定性和相互信任,而且不会超出 1969 年《维也纳公约》所载关于约定必须遵守的原则。

88. 只有国家可以采取单方面行为,至少是在委员会讨论这一专题的范围内。国家具有作出单方面行为的法律行为能力,就像国家具有缔结条约的法律行为能力一样。1969 年《维也纳公约》已明确反映了这一点。正如特别报告员第三次报告(已提交给起草委员会)提出的条款草案第 2 条所示,此种能力是毋庸置疑的。⁸⁴当然,虽然该条款草案仅局限于国家,但也不排除国际法的其他主体也有作出这类行为的能力。这一局限性源自赋予委员会研究本专题的任务权限以及按照这一任务权限界定的目标和宗旨。

89. 此外,只有有资格的人才能以国家名义行事,并在国际关系中为其作出承诺。条款草案第 3 条述及这一点,委员会已予以审议并提交起草委员会。正如 1969 年《维也纳公约》第七条(关于单方面行为的草案就是以该条为依据的)所规定的那样,国家元首、⁸⁵

政府首脑或外交部长⁸⁶的代表性是毫无疑问的。特别报告员在第二次报告中指出的一点是,单方面行为只能由有资格以国家名义行事的人作出并在国际一级为其作出承诺。据该报告说:“国家只能经由其代表在国际一级作出承诺:在国际法上,‘代表’这个词就是指由于其职务或其他情况而有资格代表国家的人员。”⁸⁷

90. 确定有能力以国家名义作出单方面行为的有关人士取决于当时的状况以及行为的内在结构和性质。

91. 除前面所提到的人以外,特别报告员还提出,其他人也可有资格以国家名义作出单方面行为。应具体说明的是,有此资格的人的确定取决于国内法,主要是宪法,以及国际法。记得,特别报告员在向委员会提出第二次报告时曾指出,“国家表述行为的意图和在国际关系中奉行的诚意,使人预期其他代表也一样可不需任何授权即可为国家作出承诺,而且这已在国际实践之中得到明确的体现。”⁸⁸然而,当时原本可能得出结论,只有在限制性的标准下,才可能发生上述情况。委员会在讨论这一专题时,得出结论认为,虽然有可能增加有资格代表国家行事的人,但应有个限度;此外,有些国家政府,例如阿根廷政府,在答复委员会上述问题单时指出:“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其他机构增列到习惯法既定规范中的问题。”⁸⁹正如一国政府在答复 1999 年问题单时所表示的那样:“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

⁸³ 条约法特别报告员提出条款草案第 30 条“是为了强调,按照指导缔结条约和使条约生效的条款草案而缔结并生效的任何条约均应视为已生效和在实施,除非由于应用了关于条约无效、终止和暂停实施的条款而出现了相反情况。”(《1965 年……年鉴》[英],第二卷, A/CN.4/177 及 Add.1 和 2 号文件,第 65 页,第 1 段)。

⁸⁴ 《2000 年……年鉴》(见上文脚注 4),第 300 页,第 92 段。

⁸⁵ 国际法院在《防止及惩治灭绝种族罪公约》的适用案中申明,“国家元首在国际关系中以国家名义行事的权力是世界公认的”(临时措施,1993 年 4 月 8 日,《1993 年国际法院汇编》,第 11 页,第 13 段)。

⁸⁶ 常设国际法院在东格陵兰法律地位案中指出:“法院认为无可质疑的是,外交部长以本国政府名义给予的这种性质的答复……对该部长所属国家具有约束力”(见上文脚注 7),第 71 页。国际法院关于核试验案的裁决也确立了外交部长以国家名义行事并在国际一级作出承诺的能力,《1974 年国际法院汇编》(见上文脚注 10),第 266-269 页(澳大利亚诉法国),以及第 471-474 页(新西兰诉法国)。

⁸⁷ 《1999 年……年鉴》(见上文脚注 4),第 237 页,第 79 段。

⁸⁸ 同上,第一卷,第 2593 次会议,第 196 页,第 34 段。

⁸⁹ 《2000 年……年鉴》,第二卷(第一部分),A/CN.4/511 号文件,第 316 页,第 2 段。

的行为可归于国家。然而，还存在一种可能性，即其他部长或官员……也可能以国家名义实施单方面行为。”⁹⁰

92. 根据 1969 年《维也纳公约》的筹备情况以及委员会关于该主题的研究和讨论，国家实践、法律学说和判例法等等均赞同认为，承担义务是一种有限的权力；换句话说，应考虑到政府代表的明确权力，尽管一般规则不允许援引国内准则来挑战一项条约的有效性。⁹¹

93. 关于国际责任的国际法现状则不能这样说。大会在 2001 年注意到了委员会拟定的条款草案。正如这些条款草案，尤其是其中第 7 至第 9 条所反映的那样，国家代表的行为可引起一国的国家责任，尽管他们并未获得这方面的授权，甚至通过“一人或一群人的行为……如果这个人或这群人实际上是在按照国家的指示或在其指挥或控制下行事”，并通过“一人或一群人的行为……如果这个人或这群人在正式当局不存在或缺席和在需要行使上述权力要素的情况下实际上正在行使政府权力要素”。⁹² 然而，应指出在这种情况下，人们指的是各国或一般国际法以前承认的明确义务。⁹³ 显而易见，保障合法关系和互信的必要性说明扩大这一责任是合理的，尽管设想中应加以限制。在这方面，令人感兴趣的是，另一个国家政府对上述问题单作出答复时说：“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获

授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。”⁹⁴

94. 单方面行为有效的第二项条件是这类行为目标及目的的合法性。违背国际法强制规范单方面行为绝对无效。某项行为因违背强制规范或强行法而无效的情况，应区别于单方面行为与以前某项行为(无论是约定行为或单方面行为)产生冲突所存在的情况。在这方面，正如一位作者正确指出的：“当……后继行为违背具有强行法性质的先前的规范，法院必须以绝对无效为理由驳回该行为的实施。”⁹⁵ 因此，国家可以自由在国际法框架之外制定单方面行为，但这种行为不能违背强行法规范。这意味着，一国无法摆脱国际法律秩序而超越强制法律规范。⁹⁶

95. 违背以前行为(无论是约定行为或单方面行为)，而且事实上违背一般国际法规范的单方面行为的影响问题将在下文讨论。然而，众所周知，法律学说和司法先例均认定，单方面行为不应违背现有的条约规范。在东格陵兰法律地位案中，常设国际法院认为，挪威政府 1931 年宣布占领该领土是“非法和无效的”，⁹⁷ 因为这违反了已有的法律状况。

96. 国际法院在关于突尼斯与阿拉伯利比亚民众国争端的大陆架案中也表示了类似看法，它指出：“因此，法院一开始便指出，不顾其他国家的法律立场试图采取单方面行动确定国际海上边界线，违反了国际法的公认原则。”⁹⁸

⁹⁰ 同上，阿根廷的答复，第 1 段。

⁹¹ 委员会在 1966 年指出，“如果任何正常和善意处理有关事项的国家从客观证据中明显发现存在违反国内法关于缔结条约权限的行为，则原国家名义对该条约表达的赞同之意可予取消”(《1966 年……年鉴》，第二卷，A/6309/Rev.1 号文件，第 242 页，第 43 条评注第(11)段)。

⁹² 大会 2001 年 12 月 12 日第 56/83 号决议，附件，第 8 至第 9 条。

⁹³ 《2001 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 30 页，第 76 段。

⁹⁴ 《2000 年……年鉴》(见上文脚注 89)，荷兰的答复，第 317 页。

⁹⁵ Verzijl, “La validité et la nullité des actes juridiques internationaux”, 第 321 页。

⁹⁶ Barberis, “Los actos jurídicos unilaterales como fuente del derecho internacional público”, 第 112 页。

⁹⁷ 《常设国际法院汇编》(见上文脚注 7)，第 75 页。

⁹⁸ 大陆架案(突尼斯/阿拉伯利比亚民众国)，判决，《1982 年国际法院汇编》，第 66 页，第 87 段。

97. 单方面行为有效的最后条件涉及意愿的表达，必须不存有任何缺陷，这在条约法中已有规定；特别报告员在其第三份报告⁹⁹中专门讨论了该问题。

98. 关于无效性的制度确实是研究一般法律行为较为复杂的一个方面。在目前情况中，从逻辑上来说，无效针对的是国际法律行为，换句话说，根据行为者的意图，这些行为打算在国际上产生法律效力。维也纳制度在国内领域极为重要，但在国际法中该制度尚未得到较为深入的研究。原先存在的习惯法规则体现在1969年《维也纳公约》。国内法的强大影响也表现在各项《维也纳公约》所拟订的有关无效的规则中。

99. 审议关于法律行为无效的制度涉及反映出该制度复杂性的各种情况。需要区分绝对和相对的无效，行为不存在与行为无效，无效行为与会作为无效的行为，部分无效与完全无效；所有这些均以某种方式在维也纳所编纂的条约法中提及。绝对无效意味着行为无法得到确认或认可。这种情况的发生是指行为违背国际法或强行法的强制规范，或在违背国际法情况下，该行为是因当事国代表的胁迫或对行为国施加类似压力而产生的。另一方面，在发生相对无效时，有可能确认或认可该行为。例如，这种情况包括行为国犯错误，或表示的意愿违背国内法律关于制定这项行为权限的基本规范。行为国可通过其自身的自由意愿，或通过与该行为有关的行为，确认或认可该行为。

100. 无效情况可产生于约定行为和单方面行为，在这两种情况下，均可涉及形式和实质。在前一种情况中，必须考虑到这些行为中每一项行为的具体情况。尽管意愿的表达是相同的，后者的单方面性质影响到人们可能会因各种缺陷和原因产生的任何想法，而这些缺陷和原因一般说来会影响该行为的有效性。如果在作出单方面行为中存在缺陷，尤其是涉及意愿的表达，这种行为就可能会被视作无效；如果单方面行为违背原先的一项规范或强行法的一项强制性规范，也有可能被视为无效。在前一种情况中，可以简单地说，无效涉及作出该行为的主体无行为能力，以及执行这项行为者无行为能力，而且涉及客体及其合法

性，并涉及意愿的表达或在表明意图中存在缺陷。在后一种情况中，我们所涉及的情况是，该行为违背国际法的强制性规范。

101. 应当记住，行为的形式不影响其有效性，安齐洛蒂法官1933年在其关于东格陵兰法律地位案的反对意见中指出这一点，¹⁰⁰国际法院在柏威夏寺案和核试验案中均重申了他的观点。

102. 在柏威夏寺案中，国际法院声明：

……正如国际法通常将主要重点放在当事方的意图，当法律没有规定任何特定形式时，当事方可自由选择它们喜欢的形式，只要它们的意图明显地以该形式表现出来。¹⁰¹

103. 在核试验案中，国际法院声明：

关于形式问题，应当指出，这不是一个国际法实施任何特殊或严格要求的领域。无论一项声明是口头作出或书面提出，均不会产生本质上的差异，因为在特定情况下作出的这种声明在国际法中可产生承诺，而国际法并不要求这些承诺以书面形式表达。因此，关于形式的问题并非是非决定性的。¹⁰²

104. 在第三次报告¹⁰³中，特别报告员介绍了无效的一些原因，引起了委员会和第六委员会成员国代表的评论；这些原因均须再次得到审议，以便澄清关于这一专题的审议状况，并促进在今年取得进展。第六委员会的一些代表提到执行维也纳规则的问题。在这方面，有人指出，单方面行为无效的问题，可以经过必要更改后，适用1969年《维也纳公约》的规则；根据另一种观点，鉴于单方面行为的特殊性质，对这种行为严格适用维也纳规则将是危险的。¹⁰⁴

¹⁰⁰ 《常设国际法院汇编》(见上文脚注7)，第71页。

¹⁰¹ 柏威夏寺案，初步反对意见，判决，《1961年国际法院汇编》，第31页。

¹⁰² 《1974年国际法院汇编》(见上文脚注10)，第267-268页，第45段(澳大利亚诉法国)以及第473页，第48段(新西兰诉法国)。

¹⁰³ 见上文脚注4。

¹⁰⁴ 大会第六委员会在大会第五十五届会议期间讨论情况的专题摘要(A/C.4/513)，第271-272段。

⁹⁹ 见上文脚注4。

105. 条款草案第 5 条涉及单方面行为无效的各种原因，该条款已交给工作组供进一步审议。其中一些原因涉及意愿的表达，其他原因涉及违背一项强制性规范或安全理事会的一项决定。

106. 关于意愿表达的缺陷问题，该问题并不产生任何严重的困难。1969 年《维也纳公约》制定的规则在很大程度上适用于单方面意愿的表达。

107. 关于违背国际法或强行法的强制性规范的单方面行为，2000 年在委员会第五十二届会议上，对无效的这项原因的重要性表达了各种看法，有人还特别表示，这种行为从一开始便是无效的。

108. 关于与安全理事会的决定存在冲突的单方面行为，有人指出，根据《联合国宪章》第二十五条，会员国已承担执行安全理事会决定的义务。还有人提出，《宪章》第一百零三条所载列的规范也可适用于单方面行为，从而使根据《宪章》承担的义务优先于条约或单方面行为所产生的所有其他义务。¹⁰⁵

109. 一国由于其默示或明示的行为而可能失去援引无效的理由或停止有关行为的权利。这种可能性值得特别评论；这些问题已经在条约法范畴内，在法律学说中以及在司法实践中得到了探讨，而条约法必须被视作一项指南。一些人认为：“在缔结条约之后，缔约方的行为构成为协定的一部分。这确定了一种义务，使得可以克服履行条约方面的最初障碍：协定中的缺陷。”他接着说：“协定中不存在缔约方不能通过随后的行为加以克服的缺陷——或几乎没有这样的缺陷。国际法确认，缔约方可通过随后采取的态度，使一开始已经失效的条约合法化。”¹⁰⁶此外还有一些涉及这一问题的司法先例。对于西班牙国王于

¹⁰⁵ 同上，第 277 段。

¹⁰⁶ Cot, “La conduite subséquente des Parties à un traité”, 第 658 页。Cahier 也指出，“业经确认，国家可确认一项条约……。一方不能保持与其过去行为存在冲突的法律立场的原则，部分地弥补了国际法中缺少规定的情况”（“Les caractéristiques de la nullité en droit international et tout particulièrement dans la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités”，第 677 页）。

1906 年 12 月 23 日作出的仲裁裁决案，国际法院裁定，尼加拉瓜不能对该仲裁裁决提出质疑，因为它已经实施了含有该仲裁条款的条约。法院指出：“法院认定，尼加拉瓜以其明示声明并以其行动，承认该项裁决是有效的，因此尼加拉瓜已无权要求取消这项承认并对该项裁决的有效性提出质疑。”¹⁰⁷

110. 在单方面行为范围内产生的这一问题有些不同。在这方面，必须根据有关行为的法律效力加以区别对待。有关情形可视我们所处理的是一种抗议、承认、许诺或放弃而有所不同。所产生的问题是，可否列入一个适用于所有单方面行为的通用条款。例如，就放弃而言，行为国如认为，将有关声明或行为视为合法所需的条件没有全部达到，则可提出，该行为无效。就许诺而言，可以作出同样的评论。如行为国援引某一无效理由，则一国承诺今后采取某一特定行动的单方面行为可能无效。就抗议而言，这一问题可从不同角度处理。虽然行为国很难提出行为无效，但行为的对象国则可能这样做。

111. 有鉴于以上所述，必须考虑行为国或可提出行为无效的国家是否会因其行为或者明示或默示的态度而失去这样做的权力。一国如作出其中包含许诺的行为，并采取明确行动或从事可以表明它接受有关行为的有效性的举动，则以后就不能再提出有关声明无效。就像条约法——1969 年《维也纳公约》第四十五条——一样，不妨考虑可否订立一项适用于所有单方面行为的规则，但也必须确定此种性质的规则可否适用于所有单方面行为。

112. 此外，同样在单方面行为的不适用性方面，必须提及 1969 年《维也纳公约》，特别是其中第五十四至第六十四条针对有关的条约加以审议和解决的另外两个问题——行为的终止和暂停。在单方面行为范畴内，由于此类行为的性质，所涉情形要复杂得多。问题是，可否将这种制度转用于单方面行为范畴，以及是否有可能谈论此类行为的“结束”和“暂停”。由此又产生了将维也纳规则转用于目前正设法订立的

¹⁰⁷ 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 页。

制度的困难。同样，在此范畴内也存在着因其法律效力差异而出现不同类别行为的问题。含有许诺的单方面行为必须与一国放弃或承认某一特定情形的单方面行为区别对待。本报告第二章将更详尽地探讨这一问题。

113. 还必须简要提一下与无效有关的另一个方面，其处理方式同样基于维也纳制度：关于作出单方面行为的权限的国内法和对表达意愿的权利的特别限制。根据维也纳制度，一项行为如果是在违反关于作出此类行为的权限的国内法规定情况下作出的，则可能无效，但这项理由只能在违反情况明显且涉及对一国国内法极端重要的规范时，才能援引。

114. 虽然第一个问题似乎适用于单方面行为，但第二个问题则出现困难。宪法和国内法律秩序一般只提条约和国际协定，不提单方面行为，因为在这方面，单方面行为不是按同样的方式考虑的。这一问题也将在本报告第二章详细阐述。

115. 最后，据指出，关于形式，已有人批评特别报告员第三次报告¹⁰⁸将无效的理由编在单独一项条款草案内，而不是像维也纳制度那样编排，即其中第四十六至第五十三条针对每项理由作了不同的规定。要想在不同条款中采用新的编列理由形式，就必须作出必要的改动。本届会议期间必须设立一个工作组，而新的条款草案可作为工作组讨论的基础。

116. 新的条款草案第5条(a)至(h)款在方括号中以可取的备选案文方式提到了作出单方面行为的国家[或各国]。此项备选案文明确反映了在集体实施单方面行为情况下对无效性的援引。如果这一备选案文可以接受的话，也许有必要同样明确地在第一条定义中反映上述条款草案所提到的作为“一国或多国”或“其他一国或多国”意愿的明确表达而采取的单方面行为的可能性。另一项可能性是在所编写的第1条评注中作出解释，说明它牵涉可能属于单独或集体性质的单方面行为，而这一点在第5条范围内可使行为国之一援引无效理由。

117. 新的措辞明确说明，如果有关行为与国际法的强制性规范或与强制法发生冲突，如果有关行为是对代表国家作出行为的个人进行胁迫的结果，则有可能援引“意愿表达”方面的缺陷和绝对的无效性。

118. 最后，要注意的是，它还明确说明谁可提出单方面行为无效。一种情况是如果无效是相对的；另一种情况是如果单方面行为因为违背国际法强制性规范或强制法，或因为它是违反国际法对国家进行胁迫的结果而作出的，因而无效。在第一种情况中，据理解只有作出行为的国家才能提出行为无效，而在第二种情况中，任何国家都可提出其无效性。

119. 该项条款草案内容如下：

“第5条(a)款. 错误

“在如下情况中，作出单方面行为的国家[或各国]可以错误为由援引意愿表达中的缺陷：[上述]行为是由于事实错误或该国在作出行为时误认为存在某种情况，而这又成为该国[表达愿意][同意]接受该行为约束的根本依据。但如果行为国[或各行为国]因其[它们]本身的行为导致这一错误，或者如果当时情况足以使该国[这些国家]知悉可能出现的错误，则上文规定不予适用。

“第5条(b)款. 欺诈

“如果作出单方面行为的国家[或各国]由于受另一国的欺诈行为诱使而作出单方面行为，则它[或它们]可以欺诈为由援引意愿表达中的缺陷。

“第5条(c)款. 国家代表的腐败

“如果作出单方面行为的国家[或各国]由于行为入受他国直接或间接作为而腐败，进而作出单方面行为，则它[或它们]可援引意愿表达中的缺陷。

“第5条(d)款. 作出行为的人受胁迫

“如果由于作出行为的人受到他人行动或威胁的胁迫而作出单方面行为，则作出单方面行为的国家[或各国]可援引该行为的绝对无效性。

¹⁰⁸ 见上文脚注4。

“第5条(e)款. 受武力威胁或使用武力的胁迫

“如果作出单方面行为是由于违反《联合国宪章》所载国际法原则实施武力威胁或使用武力所致，则作出单方面行为的国家[或各国]可援引该行为的绝对无效性。

“第5条(f)款. 违反国际法强制性规范(强制法)的单方面行为

“如果单方面行为在作出时与国际法强制性规范发生冲突，则一国可对一国或多国作出的单方面行为援引绝对无效性。

“第5条(g)款. 违反安全理事会决定的单方面行为

“如果单方面行为在作出时与安全理事会的决定发生冲突，则一国可对一国或多国作出的单方面行为援引绝对无效性。

“第5条(h)款. 违反作出行为国国内法基本规范的单方面行为

“如果单方面行为与对于作出行为国国内法极其重要的规范发生冲突，则作出单方面行为的国家[或各国]可援引该行为的绝对无效性。”

C. 单方面行为的解释

120. 特别报告员在第四次报告¹⁰⁹中讨论了单方面行为的解释问题。尽管由于单方面行为的解释属于应用范畴，与这种行为的作出有所不同，但或许可以用一些共同规则来加以规范。也就是说这些规则可以适用于所有单方面行为，不论其分类、内容与法律效力。

121. 当这项问题提到2001年委员会第五十三届会议上讨论时，有些委员认为，审议解释规则为时尚早，它们应当在拟订草案的晚些阶段再加以处理。不过，特别报告员认为，在委员会研究该问题的这个阶段讨

论这些规则，将是有益的。他指出，特别是因为，解释规则可以同单方面行为的内容和法律效力分别讨论。

122. 评注的主题一向总是提到维也纳制度。就解释而言，有些委员同意，鉴于约定行为与单方面行为具有基本差异，尽管维也纳制度的条款十分重要，仍应当加以修订以配合单方面行为的特定性质。但并非所有委员都同意这种看法，有些委员认为，关于条约法的《维也纳公约》的条款如果适用于单方面行为将嫌过于含糊。

123. 在这方面，应当指出的是，国际法院最近就接受法院强制管辖权的声明所表示的意见。尽管这种声明并非具有“十足的单方面属性”，¹¹⁰但从正式的角度看，它是一种单方面声明，因此如同法院本身指出，是一种特殊的声明。国际法院是在审查渔业管辖权案中接受管辖权声明时提出这种意见的。它在其1998年初步决定中指出：

接受法院强制管辖权的声明……是国家主权的一项单方面行为。同时，它建立一种相互认同的关系和与依照《规约》第三十六条第二项发表声明的其他国家在管辖方面建立联系的可能性，并“向还没有交存接受声明的其他《规约》缔约国提出了长期有效的建议”(喀麦隆与尼日利亚之间的陆地和海洋边界案，初步反对意见，《1998年国际法院汇编》，第291页，第25段)。¹¹¹

124. 国际法院指出，关于这种声明的解释：

与如何解释根据《规约》第三十六条所作声明有关的制度同《维也纳条约法公约》为了解释条约而确立的制度并非雷同……。西班牙在其诉状中指出：“这并不意味着，解释声明(与保留意见)的法律规则和技术与规范如何解释条约者没有相符之处”。法院认为，只能在符合单方面接受法庭管辖权所具特性的范围内，比照适用《公约》的条款。¹¹²

¹¹⁰ 见上文脚注57。

¹¹¹ 渔业管辖权案(西班牙诉加拿大)，法院的管辖权，判决，《1998年国际法院汇编》，第453页，第46段。

¹¹² 同上。

¹⁰⁹ 同上。

125. 2001年,第六委员会的某些代表团表示支持特别报告员关于采纳1969年《维也纳公约》所载解释规则的办法。然而,由于单方面行为具有的独特性质,也有人对这种办法是否可行表示怀疑。有些人认为,工作的起点应当是,找出在解释单方面行为方面的需要,继以研究这种需要是否能以《公约》的适当规则来充分满足。¹¹³其他一些人则认为,行为国的意图应当是一项主要标准,从而应当更加重视可以明确指出意图的准备工作。¹¹⁴有些委员又说,为了解释的目的,应当考虑到单方面行为的目的和宗旨。报告员认为它们基本上都是以条约为基础的。¹¹⁵

126. 应当回顾,解释单方面行为的一般规则应当以善意为基础,并参照其背景情况以及行为国的意图,按照声明措辞的通常意义来解释。

127. 在渔业管辖权案,国际法院在分析接受其管辖权的声明时明确指出,它是以自然合理的方式来解释声明的有关文字,并适当顾到有关国家的意图。这些意图不仅可由有关条款的案文引申,而且应由下列两项因素推断:阅读该条款时应考虑的背景以及审查与其拟订情况有关的证据和所欲达成的目的。¹¹⁶

128. 鉴于单方面行为所具有的独特本性,应当以对约定行为不同的方式来解释。一方面,如同特别报告员提交的第四次报告指出的:“为了法律上的确定性,主要的标准应当是案文中表达的意愿……此外,如同国际法院本身在上文提及的核试验案中指出的,“这种行为应当以限制性的方式来加以解释。”¹¹⁷有些国家政府也指出,在解释单方面行为时,应当优先考虑限制性标准。¹¹⁸一般来说,法律学说支持这种

看法。因此,举例来说,格劳秀斯说:“正确解释的衡量标准是,从最可能的迹象推断其意图。”¹¹⁹

129. 解释的目的是要确定国家的意图。意图可以从作出的声明和应予考虑的其他要素,例如准备工作和作出该行为时的背景情况等推断。“意图”一词是最根本的。表达意愿是作出该行为的必要表现,而意图则是行为国打算给予该行为的意义。然而,光有意图并不足以确定行为,因为该意图必须为其对象国或各对象国所知,或至少它们必须有机会知道这个意图。

130. 2001年拟议的(a)条第2款明确规定,背景情况“除案文外”包括“其序言和附件”。¹²⁰对此,应当指明,有些人对序言部分有疑问,但特别报告员认为,在阐述一项法律行为时,不论其为约定行为或单方面行为,都可以有一个序言部分作为前导,如同1957年埃及关于苏伊士运河的声明(上文第6段)所示,而前几份报告所提到,国际法院在核试验案审议过的法国的声明也显示了这一点,但较不明确。可以对附件作出同样的评价。一项单方面行为除了其执行部分之外,为什么不能续之以或包括一些附件,这是毫无理由的

131. “视其背景情况并参照行为国的意图,按照声明措辞的”(a)条第1款)一句在制订解释这些行为的一般规则时是极为重要的参考。考虑背景情况不但绝不会引起矛盾,反而会为解释的目的补充说明单方面行为。

132. 2001年,特别报告员在其当时提交委员会的草案中呈交了准备工作。¹²¹有一些委员对援用准备工作提出质疑。他们认为,这不可能做到,而且考虑到其中可能包括各国外交部或其他国家机关的内部公文,查阅恐非易事。虽然在这个意义上从维也纳制度以外的观点审议准备工作十分重要,但特别报告员认

¹¹³ 大会第六委员会在大会第五十六届会议期间讨论情况的专题摘要(A/CN.4/521),第114段。

¹¹⁴ 同上,第115段。

¹¹⁵ 同上,第116段。

¹¹⁶ 《1998年国际法院汇编》(见上文脚注111),第454页,第47和第49段。

¹¹⁷ 《2001年……年鉴》(见上文脚注4),第142页,第126段。

¹¹⁸ 阿根廷的评论(见上文脚注89)。

¹¹⁹ 格劳秀斯, *De jure belli ac pacis, libri tres* (book II, chap. XVI), 载于 *The Classics of International Law*, 第409页。

¹²⁰ 《2001年……年鉴》(见上文脚注4),第146页,第154段。

¹²¹ 同上。

为，鉴于上一届会议提出的意见，委员会不妨重新考虑此种情况，以便决定，由于难以取得这种资料或查阅这种资料(事实上，这取决于被请求国单方面的决定)，在关于解释的辅助手段的条款草案中，是否可比照 1969 年《维也纳公约》相关条款的规定，把这种资料列入考虑。因此，在关于国家单方面行为的第四次报告¹²²中提出的订正草案中把提及准备工作之处置于方括号之内。

133. 关于行为的“目的和宗旨”，特别报告员仍然认为，这两个词都有基本上以条约为基础的含义，因此，在解释单方面行为的规则内，不应当提到这两个词。在此情况下，如同 2001 年提交的条款草案所拟议的案文，单方面行为应当“参照行为国的意图”予以解释((a)条第 1 款)。

134. 最后，尽管关于解释的条款草案并没有体现出这一点，但仍旧可以说，如同法律学说所坚持、各国政府所肯定和判例法所指出的，在解释这种行为时，限制性标准应当得到优先考虑。就判例法而言，必须指出，国际法院在核试验案中总结说：“当国家作出将使它们行动自由受到限制的声明时，需要采用限制性的解释。”¹²³ 尽管这只是针对许诺而已。

135. 兹将委员会很可能在其 2002 年第五十四届会议上审议的条款草案载列如下：

“解释

“(a)条. 解释的一般规则

“1. 单方面行为应视其背景情况并参照行为国的意图，按照声明措辞的通常意义善意地予以解释。

“2. 为解释单方面行为的目的，背景情况除案文外，包括其序言和附件。

“3. 除背景情况外，仍须考虑在实施该行为时所遵循的任何嗣后惯例，以及适用于行为国与对象国间关系的任何有关的国际法规则。

“(b)条. 解释的辅助手段

“为了证实适用(a)条的意义，或按照(a)条作出的解释：

“(a) 意义不明或难解时；或

“(b) 导致显然荒谬或不合理的结果时，

“为了确定其意义，可能不得不求助于解释的辅助手段，包括[准备工作]作出该行为时的情况资料在内。”

D. 单方面行为的分类和条款草案的结构

136. 在委员会和第六委员会中，有一种明显的倾向是认为不可能将一些共同规则适用于所有的单方面行为，即使如特别报告员指出，在某些方面这是有可能的，如有关这些行为的作出和特别是其拟订等方面：定义、作出行为的能力、有资格的人、有效的条件和无效的原因，这些涉及意愿的表示，对所有行为都是共同的，而不论有关解释此类行为的规则的内容，甚至如前文所说，及其适用的背景。

137. 特别报告员认为，这些行为的分类超越了简单的学术工作，对条款草案的结构似乎至关重要。因为根据其效力或其他标准将有关行为归为一组，这样这项任务会比较简单。他过去曾指出，这需要制定有效的标准，而这显然是一项复杂的工作，从他的第四次报告¹²⁴中就可以看到这一点。他在第四次报告中参考了大量文献，对此事项作了深入审查后得出结论认为，可将这些行为分为两大类，围绕这两大类行为可安排管制其运作的条款草案的结构。否则，鉴于许多单方面行为有多样的法律效力，要制定一套条款草案

¹²² 见上文脚注 4。

¹²³ 《1974 年国际法院汇编》(见上文脚注 10)，第 267 页，第 44 段(澳大利亚诉法国)，以及第 473 页，第 47 段(新西兰诉法国)。

¹²⁴ 见上文脚注 4。

而不会出现将一些行为排除在外的情况，是不可能的。大家还记得，特别报告员曾说，可将单方面行为分为两大类：国家承担义务的行为和国家重申其权利的行为。大家相当普遍地认为，这些行为不能将义务强加于没有参与制定、未得到其同意的第三国。然而，不能忽略这样一个事实：一些文献作者认为这种可能性是有可能的。根据这种观点，一国可以作出一种行为以确立权利，并从而向第三国强加义务，这一问题在本报告和过去的报告中都已审查过了。

138. 有关这项工作的意见，肯定不会是一致赞成的。至于制定标准将这些行为进行分类，并据此安排委员会所设想的条款草案的结构，就更是如此。委员会一些委员指出，分类是一项既不容易也不可靠的任任务，甚至是太学术性的，因此需要采取更加务实的做法。此外，一位委员认为分类并不重要，而且造成不必要的混淆。该委员指出(而且事实的确如此)，判例法更重视判定某一行为是否具有约束性的行为，而不是属于哪类行为。

139. 在 2001 年第五十三届会议辩论期间，一些委员说某些行为可以同时属于这两个类别；如宣布中立，一国这样做时不仅承担义务，而且重申其权利；或宣布战争。将一些行为定性并在简单的分类中定位，显然是不容易的。关于这种说法，值得考虑的是，宣布中立是否构成自主的单方面行为，或是否构成放弃和许诺；换言之，其法律效力是否类似于放弃和许诺。

140. 实际上，当一国作出放弃一项权利的声明时，可能同时承认另一国的法律主张并许诺今后以某种方式行事。宣布中立不是一项简单的行为，而是一种混合的行为，因为如上文所说，一国要据此承担义务，同时重申权利，这清楚表明了对单方面行为分类和定性的困难之处。

141. 第六委员会的委员对于单方面行为的分类也众说纷纭。一些人认为分类是不必要的，或只在学术观点上适用；另外一些人认为这是制定本专题规则的重要步骤。还有人建议临时根据法律效力的标准进行分类。

142. 必须就此事项作出决定，以便处理这一专题。因为如特别报告员指出的，在委员会和第六委员会中似乎有了一般的共识，即不可能制定适用所有行为的共同规则，因此鉴于各种行为及其法律效力的差异，必须把适用于不同行为或不同类行为的规则归类在一起。

143. 由于若干理由，看来不可能采用一种极端而且太广泛的构想，为文献中最经常提到的每一实质性行为都制定一类规则。其原因是：第一，这些行为千差万别并有不确定性；第二，将这些行为定性不可能容易，在一定程度上这涉及到其法律效力问题。

144. 委员会认为(从 1999 年编写的问题单中可以看出)，最重要的单方面行为是许诺、承认、放弃和抗议。阿根廷的答复说，“对下列四种传统的单方面行为必须作出明确区分：许诺、放弃、承认和抗议”。¹²⁵ 这一设想是有用的，但仍没有解决单方面行为的差异和如何容易地判定的问题。没有给它们下定义的特定标准，对它们的所有方面、甚至对行为的确实数量都没有一致意见。接受这种意见就意味着要考虑一种过于广泛的结构，由于实质性行为明显存在的不确定性，甚至不可能明确地建立这种结构。

145. 分类无疑是重要的，即使这是复杂和困难的任任务。特别报告员希望委员会继续审查这一问题并在今年的会议上作出决定。

146. 虽然应当继续讨论分类问题，但可以在出于不同原因、包括实际原因而达成的一项结论的基础上继续讨论，即可以将某些规则，包括有关行为的作出及其解释的规则，视为对所有行为的共同规则。

147. 行为是单方面的意愿表示，这一要素至关重要，即使尚未确定这种行为的最后定义。意愿的表示，除是所有这类行为的共同点外，也是一种行为。人们关心的所有单方面行为都来自这种表示，这一特征使其成为共同规则的主题。因此，已提出关于以下方面的条款草案：定义、国家能力、有资格作出行为的人、行为的随后确认、损害同意的因素、甚至有关行为有效条件和无效原因的一般制度。

¹²⁵ 《2000 年……年鉴》，第二卷(第一部分)，A/CN.4/511 号文件，第 291 页，第 14 段。

第二章

审议可能导致进一步拟订适用于所有单方面行为的条款草案的其他问题

148. 这个专题还有另一些方面，可以写成适用于所有单方面行为的规则，只要这些行为符合迄今为止所用的定义，而无论其内容或法律效力如何，包括：对单方面行为的遵守——这又引起了对已获确立的条约法规则(条约必须遵守)的审议，并且需要制订确立单方面行为具有约束力的规范；这种行为在时间上的适用——这除其他问题外，引起了行为不溯既往的问题；最后还有单方面行为在空间的适用问题。

149. 如人们所经常指出，无论单方面行为包含什么内容或者实质，尤其是就其详细说明或作出方式而言，作出适用于所有单方面行为的规则，看来是有可能的，但是当面对许多各种各样的单方面行为，例如涉及到行为的法律效力的事情，因而需要以不同的方式来处理不同的方面的时候，似乎又不是这样简单。如果拿那些被认为最常见的单方面行为(如抗议、放弃或者承认)作为参照，就可以看到，它们虽然形式上相同，但其法律效力却可能是不同的。曾经有人提议，将许诺作为一种可拟订具体规则规范其运作的单方面行为进行研究。条款草案的第二部分，即适用于国家承担义务的单方面行为的规则，就是在这个基础上提请委员会审议的。这个部分所处理的是单方面行为的撤销、修改、废除和中止。它也一般地提到有条件的单方面行为，虽然并没有在这一部分中为它们另立一类。

A. 关于对所有单方面行为的遵守的一般性规则

150. 在条约法之中，如1969年《维也纳公约》第二十六条所反映的，“条约必须遵守”规则是规范或确定条约的约束性的基础。这项规则已经不需要再多作评论。这项原则与诚信原则一起，在理论方面已受到充分审议，并且曾经在一些国际法庭的案件中受到审

议，¹²⁶ 特别报告员也在第一次报告中简短地论述过这个专题。¹²⁷

151. 对于单方面行为的性质以及其约束性的依据的问题，曾经做过理论性的讨论，委员会也进行了讨论。如关于国家单方面行为的第一次报告所指出的，条约法的基本规则——条约必须遵守，是其约束性的来源，但是这不能轻易地融入或者转移到单方面行为；不过，应该有可能考虑制订一项类似规范，作为将单方面行为视为具有约束力和法律效力的依据。

152. 对单方面行为的约束性的审议，引起了一个更重要的理论性争议，虽然近年来的讨论似乎反映出一种趋势，就是如果这种行为是按照规定的标准作出的话，即视为对该国具有约束力。如曾经指出的：“在发生于1960年代的第一阶段，单方面承诺被理解为一经其对象国或各对象国接受便即具有规范价值的要约，或者是另一国的反要约。”¹²⁸ 当然，也有人争辩说，由于《国际法院规约》第三十八条没有设想到这种行为，所以这样的看法很难得到赞同。特别报告员的看法是，这项具有灵活性的规定必须随着社会和国际关系的发展而变化，使它适应现实情况。

153. 一些倾向于两愿主义的作者不接受单方面行为的约束性，而断言它们是具有政治性的行为。¹²⁹ 而

¹²⁶ 例如见摩洛哥境内美利坚合众国国民的权利案，判决，《1952年国际法院汇编》，第212页，以及接纳国家成为联合国会员国的条件(《宪章》第四条)案，咨询意见，1948年，《1947-1948年国际法院汇编》，第91页(联合反对意见)。

¹²⁷ 见上文脚注3。

¹²⁸ Weil, “Le droit international en quête de son identité: cours général de droit international public”, 第156页。

¹²⁹ Garner, “单方面口头声明的国际约束力”。

且，一些作者还认为，一项许诺尽管形式上是单方面的，但如果没有得到对方的接受，就不具有约束力；他们援引德国与联合王国之间的一项争端——拉穆岛案的仲裁裁决(1889年)作为论据。桑给巴尔苏丹们的声明并不具有约束力。作那项裁定的仲裁人认为：“为了使这一意图变成与公约等效的单方面许诺，这个意愿协议必须以当事一方明确表示许诺而同时另一方表示接受的形式表现出来。”¹³⁰ 有些人认为，单方面许诺是没有必要的，因为只要把它纳入一种协约形式，就可以具有充分的法律效力。事实上，曾经有些人指出，一些类似的制度，例如默许或者禁止反言，也可以用来达到同样的效果。

154. 在另一方面，主张自愿主义的人则接受单方面行为的约束性，其依据是，这是作出行为的国家自己表达的意愿；这种论点的依据是罗马法的“允诺”。一些作者¹³¹认为，单方面行为的依据在于国家的主权意愿以及从“条约必须遵守”规则衍生出来的“许诺必须信守”原则。一般来说，单方面行为的约束性似是基于诚信。¹³² 如果一项单方面行为是带着这种意图作出的，那么，从这个观点来说，没有理由不把这项行为视作具有约束力。一些作者对单方面许诺的约束性提出了质疑，¹³³ 另一些作者则认为，“没有合乎逻辑的道理不赋予[一项许诺]与单方面许诺完全相同的性质。”¹³⁴ 无论如何，正如许多人所指出

¹³⁰ Lambermont 男爵对拉穆岛争端的仲裁判决，载于穆尔，《以美国为当事国的仲裁的历史与摘要》，第五卷，第4942页。

¹³¹ Degan, 《国际法的渊源》。

¹³² 罗伊特，同前，第七版，第164页；Guggenheim, 《国际公法条约》，第280页；Suy, 同前，第151页；以及Sicault指出：“因此，这次审查最后可以得出的结论是，诚信是构成单方面承诺所具有的约束性的基础，但是不要把这个概念理解为只是指一种忠诚义务，而且也是对正当信心的保护，这对国际关系的维护是不可或缺的，而这也正是最终的重点所在”（“单方面承诺在国际公法上的约束力”，第686页）。

¹³³ Quadri, 《一般课程》，第364页。

¹³⁴ Venturini, “国家行为与国家单方面行为的范围和法律效力”，第401-402页。

的，这种行为是具有约束力的：“正是对诺言拥有信心，才使许诺的效力具有了基础。”¹³⁵

155. 由于规范国际关系中的国家行为的各种不同国际法制度十分相似，所以有时候在试图把某一特定法律行为归类为单方面行为的时候，会遇到严重的问题。例如，许诺有时候会与禁止反言混淆起来，以致有些人认为，这样，先前的立场就不可能修改。但也可以说，禁止反言与许诺具有完全相同的效力。不过，应该记得，这两者之间是有根本差别的。要使禁止反言产生效力，必须有一个第三国根据该项行为采取了行动。在眼前的事例中，这意味着作出声明的国家作出了一项承诺，而且那个第三国诚意相信该项承诺是真诚的。许诺还可能与1969年《维也纳公约》第三十六条第一项所提及的给予第三国权利的规定发生混淆。如上文所指出，这里所关心的单方面行为，是异体规范行为，就是说，由一个或多个国际法主体表示的意愿，成为适用于第三方的规范，即使那些第三方没有参与作出该行为，也可以被赋予权利。必须记住的是，这里的差别是，虽然这种行为看来像是源于协约的单方面行为，但必须为对象方接受才产生法律效力。甚至可以说，赋予第三方权利的规定，是必须得到接受才生效的要约，因此它具有协约性质，而与单方面行为不同，因为单方面行为与真正的单方面许诺一样，不需要对象方接受或者作出任何表示接受反应。

156. 再说一遍，在这个编纂和逐渐发展项目所包含的各种单方面行为之中，有一些被视作典型的行为，从我们所关心的意义上来说，并不一定是单方面的。例如，承认就可能具有协约性质，这种示例很多，其中之一是大不列颠与美国1783年9月3日在巴黎签订的承认美国的《和平条约》。¹³⁶

¹³⁵ Suy, 同前，第151页。

¹³⁶ Bevans 编辑, 《1776-1949年美利坚合众国条约和其他国际协定》，第8页。

157. 国际法院也曾经确认这种行为的约束性，虽然它所针对的是其中之一——许诺。国际法院认为，法国当局的声明自动发生效力，无须对其作任何默示接受。国际法院在其 1974 年核试验案的裁定中作出的结论是：

众所公认，以单方面行为方式作出的涉及法律或事实情况的声明，可能具有构成法律义务的效力。这一类声明可能是、而且往往是很具体的。如果作出声明的国家有接受声明条款约束的意图，这一意图就使声明具有法律承诺的性质，该国今后就要受到法律约束以符合声明的方式行事。这种承诺如果是公开作出，并且有接受其约束的意图，那么即使不是在国际谈判的范围内作出的，也具有约束力。在这种情况下，不必有什么交换条件，也不需要声明作出之后得到接受，甚至不需要其他国家有任何答复或者反应，声明便发生效力，否则就与该国所宣告的法律行为的严格单方面性质不符。¹³⁷

158. 许诺的义务源于许诺本身，即所作出的单方面行为，而不是对象方的明示或默示同意。因此，同条约一样，其约束性的基础在于诚信。对此，国际法院明确表示：

法律义务的发生和履行，无论其来源为何，所依据的基本原则之一是诚信原则。信任和信心，是国际合作的内在条件，尤其是在当今许多领域都越来越有必要开展国际合作的时代。就如条约法的“条约必须遵守”规则一样，以单方面声明承担的国际义务的约束性也是以诚信作为基础。¹³⁸

159. 如果审查一下其他的单方面行为，就可以发现无论是在理论还是在实践方面也都对这些行为给予约束性。举例来说，可以看出，对国家的承认产生法律效力并对作出行为国产生具体的义务。这里请注意法国代表 1931 年 8 月 4 日在常设国际法院公开开庭审

¹³⁷ 《1974 年国际法院汇编》(见上文脚注 10)，第 267 页，第 43 段(澳大利亚诉法国)以及第 472 页，第 46 段(新西兰诉法国)。

¹³⁸ 同上，第 268 页，第 46 段，以及第 473 页，第 49 段。

理的一起案件中作出的声明，其中他确认：“承认[一国]的独立一方面意味着国际法的规定认为该国政府的行为对正在获得承认的国家具有约束力，另一方面意味着国际法规则将适用于该国。”¹³⁹

160. 放弃是另一种有具体法律效力的单方面行为——尽管没有任何事物可以阻止它具备协约的性质。正如一国可以自愿承担单方面义务那样，同一国也可以自愿放弃某项法律或某项法律要求。如学说和判例法已明确指出的，放弃不能推定，¹⁴⁰ 但必须明示，¹⁴¹ 这是一国借以自愿放弃某项主观权利的单方面行为。一些国际法庭已经审议过放弃的法律效力，正如关于《伊伦声明》的案件(上文第 6 段)那样，这些法庭认定放弃具有约束性；挪威通过上述声明作出有利于丹麦的许诺、承认和甚至放弃；虽然这种放弃确实涉及一种转移而不是一种抛弃(对某些作者来说可能构成一种条约关系)，可是不能接受这种确认，因为它损害行为的单方面性质。常设国际法院审议了该问题，并对其发表了一项意见。在 1912 年 11 月 11 日俄罗斯与土耳其之间有关债务和利息付款的俄罗斯赔偿案的决定中，该法院认为俄罗斯放弃其对土耳其债务的利息付款一事属于约束性质。¹⁴²

161. 根据国际法，可以单方面承担新义务而不必得到对象国的接受。一国可以不必理会对象国是否接受而通过许诺、承认或放弃来承担义务；如上文指出的

¹³⁹ 德国与奥地利之间的海关制度，《常设国际法院汇编》，C 辑，第 53 号，第 569 页；以及 Kiss, *Répertoire de la Pratique française en matière de droit international public*, 第 4 页(引述于 Torres Cazorla, 同前，第 55 页)。

¹⁴⁰ 见 1931 年 6 月 10 日在坎贝尔案中的仲裁裁决，《国际仲裁裁决汇编》(见上文脚注 68)，第 1156 页；巴塞罗那电车、电灯及电力有限公司案，初步反对意见，判决，《1964 年国际法院汇编》，第 22 页；莲花号案，判决第 9 号，《1927 年常设国际法院汇编》，A 辑，第 10 号，第 18 页。

¹⁴¹ Jacqué, 同前，第 342 页。

¹⁴² 《国际仲裁裁决汇编》，第十一卷(出售品编号：61.V.4)，第 446 页；英译本载于《美国国际法学报》，第 7 卷，第 1 号(1913 年)，第 200 页。

那样，这种做法使其有别与其他类似的制度。在第一种情况中，已经指出作出声明(根据本文所理解的意义因此作出许诺)的国家承担依照该项声明的规定行事的义务，因此，可以认为这项声明具备的性质与条约包括的准则相同。¹⁴³ 通过承认，接受法律修订的国家承担这种行为所包含的义务——即因承认一国所产生的具体义务。此后承认国将一个具体的实体视为具有国际法规定的法律能力和法律人格的实体，尽管由于国际法将该实体作为主体，该实体可能已经得到这种地位。

162. 对于审查中的条款草案重要的是必须拟订一项体现单方面行为约束性的条款。目前在条款草案中的这项条款论及“生效的”任何单方面行为，其中提到作出行为的时间，也就是行为开始产生法律效力和该行为的对象国可以反对行为国的时间。虽然“生效的”一词源自条约用语，并且显然局限于条约领域，但也可以应用于单方面行为。生效的意思必须是指某一法律行为开始产生效力的时间。从这里开始就必须区分一项行为的约束性(其中又意味着其可执行性和可反对性)与该行为的适用性(当然可发生在不同时间)的差别。无论如何，以后将更详细讨论该问题。根据上述情况以及较为严格地遵照两项《维也纳条约法公约》，兹提出以下条款草案：

“第7条. 约定必须遵守

“生效的任何单方面行为应使作出行为国承担义务并一秉诚意予以执行。”

B. 单方面行为的适用时间

163. 法律行为，尤其是条约和单方面行为的适用时间问题，不局限于不溯及既往原则，这是通过一项明确提出的原则业已讨论过的，稍后还将审议该项原则。适用时间假定考虑到单方面行为的开始生效或开始产生效力(从而涉及可反对性和可执行性)；又考虑

到单方面行为的适用(可能在这个时间之前发生或甚至在行为停止产生其法律效力之后发生)，只要行为国声明了或通过某种方式表示了明确意图。

164. 在条约法领域，关于条约适用的原则是不溯及既往原则。事实上，除非当事方同意，不然条约不适用于以前的情况，这点在1969年《维也纳公约》第二十八条中已有明确规定。学说和判例法广泛提到这项适用于所有法律行为的原则。因此，有些人曾说，“不溯及既往原则是一项适用于所有国际法律行为的通用原则”。¹⁴⁴ 在安巴蒂耶洛斯求偿案中，国际法院指出，不可能认为一项条约在交换批准书之前已经生效，并指出，如果没有一项特别条款或必须溯及既往地适用的理由，就不能说其条款之一以前业已生效。具体地说，国际法院指出，接受希腊的论据将意味着

对1926年条约第29条给予溯及既往的效力，而该条约第32条却表明条约……应在批准后立即生效。如果有任何特别条款或任何必须作出溯及既往解释的特别理由，这样的结论就可能受到反驳。在本案中没有这项条款或理由。因此，不可能承认其任何条款必须作为以前已经生效论。¹⁴⁵

165. 似乎可以对单方面行为适用条约法原则，即认为除非当事方有不同的、明示或暗示的意图，否则条约只能对条约生效时产生或存在的事件或问题适用。国家的意愿、国家在声明中表达的意图或通过声明的解释可以了解的意图，对于行为适用的时间极为必要。除非行为国怀有不同的意图，不然，单方面行为不能适用于以前的情况或作出行为之前发生的事件。法律行为的不溯及既往原则不是绝对的。一国可以背离这项原则，自愿改变其行为的适用时间范围。

¹⁴⁴ Dailier 和 Pellet, 《国际公法》, 第219页, 第140段。

¹⁴⁵ 安巴蒂耶洛斯求偿案, 初步反对意见, 判决, 《1952年国际法院汇编》, 第40页。

¹⁴³ Sørensen, “国际法的一般原则”, 第57页。

166. 没有必要对于单方面行为作出不同的结论。原则上,单方面行为在作出行为时开始产生效力。举例说,如学说上所明确记录的,承认是在作出承认行为时开始产生法律效力,因此,原则上它没有追溯既往的性质;判例法强调了这一事实,其中表示“这不是国际法作者公认权威意见所接受的一项原则,即认为一个新国家的承认追溯到这种承认以前的时期”。¹⁴⁶

167. 如上文指出的,大家必须区分行为执行方式的适用问题(这种行为可以包括作出行为之前发生的事件或情况或在其生效后发生的事件或情况)与其生效之间的差别,而生效是可以适用于单方面行为的条约法用语。本报告第三章将审议生效或确定某一行为开始产生法律效力的时间这个问题。

168. 按照严格的意义,这里也许可以拟订以下一项关于适用时间的条文:

“第 8 条. 单方面行为不溯及既往

“单方面行为应适用于作出行为后发生的事件或情况,行为国以任何方式表达了不同意图者除外。”

C. 单方面行为的领土适用

169. 还必须参照 1969 年《维也纳公约》,尤其是其中第二十九条¹⁴⁷所设想的解决办法来审议单方面行为的领土适用问题。就条约方面的本问题而言,正如同关于条约法的第一任特别报告员汉弗莱·沃尔多克爵士在其关于条款草案第 58 条(条约适用于缔约国的领土)的评注中所指出的,条约的适用不限于某一特定领土,它亦适用于

各缔约国声称将受该条约约束的领土,因此这些领土应受到该条约所设定的权利和义务的影响。因此,正如同南极洲案的情况一样,虽然某一条约内所载的应享有的权利和应履行的义务有可能会局限于某一个国家或地区,但是,仍应由每一缔约国订约时该条约所针对的相关领土来确定该条约的领域范围。¹⁴⁸

170. 在编纂条约法方面的本专题时,必须注意到特别报告员在其关于同一项条文评注内提到了该条的目标和一项通用规则。关于该条的目标,特别报告员指出,“[第 58 条]的目标是为了提供一项规则,以涵盖缔约国关于条约所适用的领土范围的意图并不明确的种种情况”;因此,可建议一项一般规则如下:“这项规则是,如果推定一项条约对各缔约国主权下的一切领土都可适用,就是指:每一国家在任一情况中如果它不打算以其全部领土的名义,或针对其全部领土缔结条约中的约定,那么,均必须以明示或默示方式清楚地表达其此项意图”。¹⁴⁹

171. 在条约法架构的学理方面,已针对本问题有过极多的讨论,因此,在此处进行任何进一步的评论均属多余。问题在于,在这个架构下确立的原则是否可以转移到单方面行为制度之中。对国际法委员会所关注范围内含有单方面行为的一些声明——例如有关国家的承认或某些领土的放弃的声明——进行审查之后显示,没有一个行为国指明声明所适用的领域,从而使人们可断定,在多数情况,上述的一般原则是可适用的。

172. 因此,可将起源于协定文书的该项原则及其例外情况合并成为一个单项条款如下:

第 9 条. 单方面行为的领土适用

“除可推断或以其他方式确定不同的意图外,单方面行为对作出该行为的国家之约束力及于其全部领土。”

¹⁴⁶ Torres Cazorla 引述,同前,第 58 页其中提到智利与美国之间的 *Eugene L. Dider, adm* 等人诉智利案(1984 年 4 月 9 日)(穆尔,同前,第四卷,第 332 页)。

¹⁴⁷ 第二十九条规定:“除条约表示不同意思,或另经确定外,条约对每一当事国之拘束力及于其全部领土。”

¹⁴⁸ 关于条约法的第三次报告,《1964 年……年鉴》,第二卷, A/CN.4/167 和 Add.1-3 号文件,第 12 页,第(1)段。

¹⁴⁹ 同上,第(3)-(4)段。

第三章

在条约法的意义上开始生效及确定单方面行为 开始产生法律效力的时刻

173. 一旦各当事方明确表示它们打算受到某项条约的约束，该条约即产生其法律效力。当然，这样做会忽视条约对第三方可能产生的影响，这种影响很可能涉及第三国权利的扩增或其义务的施加，但在此两种情况下均须得到第三国的同意。

174. 然而，单方面行为在作出时即应产生法律效力，即使如同上文所述，它可适用于在作出该行为之前和该行为开始生效之后所发生的情况或事件。单方面行为在作出时如果如同上文所述那样已符合产生效力的必要条件，那么它在作出时即已存在。关于委员会所关注的单方面行为，根据最权威的学理和国际判例，该单方面行为产生法律效力并不需有对象国表示接受或以任何方式作出反应。国际法院的核试验案判决在学理上已受到极多方面的讨论(虽然法院指的是诸如许诺这种具体的单方面行为，但是所有这些方式都构成国家应承担义务的一类行为)，这些判决倾向支持在国际法上的确存在此类形式上虽属单方面，但本身却可产生法律效力的行为，该法院认为：“声明生效无须其他国家在事后表示接受或甚至作出答复或反应，因为这样的要求与该国作出严格的单方面宣告的法律行为性质不一致。”¹⁵⁰

175. 因此，单方面行为自此类行为作出的时刻起，就可向作出行为的国家表示反对。对象国可要求行为国实施该行为。学理上经常述及的此项可执行性指的是国家义务对象国有权要求行为国履行该义务。人们可能会问，根据委员会所制定的反映出多样性的单方面行为定义，是否现在可以认为此项评价应可适用于所有情况。例如就许诺而言，从国际法院的裁决中就可以推定法国当局的声明在作出之时即已产生法律效力。

176. 同时，国家表示承认一种事实上的或法律上的情况的行为从作出该行为时起生效，即使如同声明国已表示或表明的意图一样，其实行或许具有追溯性质。总之，对实践进行回顾后可以推定，承认行为从作出该行为之时起就产生效力，除非该行为反映出不同的意图。从已讨论的声明来看，可以推定，声明国无意让其声明在作出该声明之前或在作出时刻之外的其他时刻开始生效；但是，不应排除在其他时刻开始生效的可能性。

¹⁵⁰ 《1974年国际法院汇编》(见脚注10)，第267页，第43段和第472页，第46段。

第四章

条款草案的结构与特别报告员今后的工作

177. 迄今为止，已提出和修改一系列的条款草案。其中一些将由起草委员会审议；另一些已退回工作组，工作组将在本届会议期间开会；还有一些拟提交委员会作初次审议。

178. 条款草案的结构包含第一部分(第1至第4条)，其中包括适用于所有单方面行为的一般规则，而不论其实质内容和类别：定义、国家能力、获得授权

作出单方面行为的人、未经授权的人作出的单方面行为的确认。这些条款草案已转交起草委员会。

179. 此外，如果委员会得出结论认为有效条件和无效原因是普遍适用的，则第一部分将包括第5条，正在提出该条的新案文以反映委员会委员和大会第六委员会代表的意见和评论；该案文将由今年重新设立审议此议题的委员会工作组审议。

180. 第一部分还将包括第 6 条, 该条有关确定单方面行为开始产生法律效力的时间; 考虑到适用条约法与适用单方面行为的两种制度之间的差别, 这在一定程度上大致相当于条约的生效。至今尚未提出案文, 因为特别报告员认为由委员会讨论此议题部分可能更好, 并给他以适当的指导, 以便他在 2003 年第六次报告中提出具体案文。

181. 第 7 至第 9 条涉及单方面行为的遵守与适用, 将由委员会本届会议审议。一条是关于单方面行为的遵守(约定必须遵守), 一条是单方面行为在时间上的适用(不溯及既往), 一条是在空间上的适用(领土适用)。

182. 第一部分包括有关单方面行为的解释的第 10 和第 11 条。记得特别报告员在第四次报告中提交的条款草案已由委员会在 2001 年第五十三届会议初步审议。现在提交的条款草案, 考虑到委员会委员和第六委员会 2001 年提出的评论和意见, 已经略为加以修改。

183. 最后, 按委员会 2001 年第五十三届会议的建议, 条款草案第二部分将涉及阐述有关适用特定类别行为的规则。这些规则适用于国家承担单方面义务的单方面行为。这一概念在一定程度上描述了具有单方面性的某项国际许诺。目前, 特别报告员将只提出有别于适用其他单方面行为、而可能仅适用此类行为的三项规则, 即: 单方面行为的可撤销性、修改、中止和终止。

184. 对于特别报告员给委员会的第六次报告中将要讨论的这些方面, 需要更慎重对待。将提出的重要问题有: 撤销这些单方面行为的可能性, 这些行为类似于许诺, 行为国承担单方面的义务。从原则上讲, 初步来看, 或许能得出结论认为承认的行为或许诺是不可撤销的。事实上, 该行为是单方面阐述和作出的, 没有行为对象的参加, 一旦后者取得权利, 即行为产生效力, 行为国就不能无故或无理由撤销或甚至修改该行为, 遑论停止该行为, 除非得到行为对象的同意。如前所述, 其基础是必须建立的信任和期望, 它构成国际关系中必须存在的法律保障。

185. 还将讨论有条件单方面行为的议题。在原则上, 单方面行为似乎不应有任何条件, 因为如果附加条件, 该行为将属于条约关系范畴, 更确切来说, 就是一种要约和承诺的关系。对承认来说, 各种学说一致认为这是不可能的。特别报告员请委员会委员提出评论和指导, 以便编写提及这一问题的第六次报告。

186. 特别报告员提出条款草案的如下结构, 供委员会审议:

第一部分: 一般规则

A. 单方面行为的阐述

第 1 条. 单方面行为的定义

第 2 条. 国家能力

第 3 条. 获授权作出单方面行为的人

第 4 条. 未经授权的人所作单方面行为的确认

第 5 条. 单方面行为有效条件和无效的原因

第 5 条(a)款. 错误

第 5 条(b)款. 欺诈

第 5 条(c)款. 国家代表的腐败

第 5 条(d)款. 作出行为的人受胁迫

第 5 条(e)款. 受使用武力或威胁使用武力的胁迫

第 5 条(f)款. 违反国际法强制性规范(强制法)的单方面行为

第 5 条(g)款. 违反安全理事会决定的单方面行为

第 5 条(h)款. 违反对行为国国内法极端重要的规范的单方面行为

B. 单方面行为开始产生法律效力的时刻

第 6 条. 单方面行为开始产生法律效力的时刻

C. 单方面行为的遵守和适用

第 7 条. 约定必须遵守

第 8 条. 单方面行为的不可追溯性

第 9 条. 单方面行为的领土适用

D. 单方面行为的解释

第 10 条. 解释的一般规则

第 11 条. 解释的补充手段

第二部分. 适用国家承担义务的单方面行为的规则

第 12 条. 单方面行为的撤销

第 13 条. 单方面行为的修改

第 14 条. 单方面行为的终止和中止

第五十四届会议文件一览表

文件	标题	备注和参考资料
A/CN.4/520	临时议程	油印件。通过的议程见《2002 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 9 页第 13 段。
A/CN.4/521	秘书处编制的关于大会第五十六届会议期间第六委员会讨论的专题摘要	油印件。
A/CN.4/522 和 Add.1	填补委员会的临时空缺(委员会章程第 11 条): 秘书处的说明	A/CN.4/522 转载于本卷。 Add.1 为油印件。
A/CN.4/523 和 Add.1	特别报告员约翰·杜加尔德先生关于外交保护的第三次报告	转载于本卷。
A/CN.4/524	国家的单方面行为: 各国政府对问题单的答复	同上。
A/CN.4/525 和 Add.1 [和 Corr.1 和 2] 和 Add.2	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五次报告	同上。
A/CN.4/526 和 Add.1-3	特别报告员阿兰·佩莱先生关于对条约的保留的第七次报告	同上。
A/CN.4/L.613 和 Rev.1	外交保护。起草委员会所通过条款草案的标题和案文	油印件。
A/CN.4/L.614	对条约的保留。起草委员会所通过准则草案的标题和案文	转载于《2001 年……年鉴》，第一卷，第 2733 次会议简要记录(第 2 段)。
A/CN.4/L.615 [和 Corr.1]	委员会第五十四届会议工作报告草稿: 第一章(会议的工作安排)	油印件。最后案文见《2002 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 11 页。
A/CN.4/L.616	同上: 第二章(委员会第五十四届会议工作概况)	同上，第 15 页。
A/CN.4/L.617 和 Add.1	同上: 第三章(委员会特别想听取意见的具体问题)	同上，第 17 页。
A/CN.4/L.618 和 Add.1-4	同上: 第四章(对条约的保留)	同上，第 19 页。
A/CN.4/L.619 和 Add.1-6	同上: 第五章(外交保护)	同上，第 53 页。
A/CN.4/L.620 和 Add.1-2	同上: 第六章(国家的单方面行为)	同上，第 81 页。
A/CN.4/L.621	同上: 第七章(国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任(危险活动跨界损害所造成损失的国际责任))	同上，第 93 页。
A/CN.4/L.622	国际组织的责任: 研究的范围和方向。工作组的报告	同上，第 97 页。

文件	标题	备注和参考资料
A/CN.4/L.623	对条约的保留：特别报告员对起草委员会通过的 准则草案 2.1.7 第一段的说明	油印件。
A/CN.4/L.624	委员会第五十四届会议工作报告草稿：第八章 (国际组织的责任)	同上。最后案文见《2002 年……年 鉴》，第二卷(第二部分)，第 97 页。
A/CN.4/L.625	同上。第九章(国际法不成体系：国际法的多样 化和扩展引起的困难)	同上，第 101 页。
A/CN.4/L.626 和 Add.1	同上。第十章(委员会的其他决定和结论)	同上，第 105 页。
A/CN.4/L.627	国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国 际责任(危险活动跨界损害所造成损失的国际 责任)。工作组的报告	同上，94 页。
A/CN.4/L.628 [和 Corr.1]	国际法不成体系：国际法的多样化和扩展引起的 困难。研究组的报告	同上，101 页。
A/CN.4/L.629	委员会的计划、程序、工作方法及其文件。规划 组的报告	油印件。
A/CN.4/SR.2711 -A/CN.4/SR.2750	第 2711 次至第 2750 次会议临时简要记录	同上。最后案文见《2002 年……年 鉴》，第一卷。

United Nations publication
ISSN 1994-4705

Yearbook of the International Law Commission 2002
Volume II (Part One)

Printed at United Nations, Geneva – 1508874 (C) – June 2015 – 39
