国际法委员会年鉴

2002年

第二卷

第二部分

国际法委员会提交大会的 第五十四届会议 工作报告



国际法委员会年鉴

2002年

第二卷

第二部分

国际法委员会提交大会的 第五十四届会议 工作报告



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): 国际法委员会提交联合国大会的报告。

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

A/CN.4/SER.A/2002/Add.1(Part 2)

联合国出版物

ISSN 1994-4705

目 录

	页次
A/57/10 号文件:国际法委员会第五十四届会议工作报告	
(2002年4月29日至6月7日和7月22日至8月16日)	1
第五十四届会议文件一览表	104

A/57/10 号文件*

国际法委员会第五十四届会议工作报告 (2002年4月29日至6月7日和7月22日至8月16日)

目 录

 (七子子	文的说明	
比卷引	用的多边文书	
章次		段次
一.	本届会议的工作安排	1-13
	A. 成员	2-4
	B. 主席团成员和扩大的主席团	5-7
	C. 起草委员会	8-9
	D. 工作组	10-11
	E. 秘书处	12
	F. 议程	13
ᅼ.	委员会第五十四届会议工作概况	14-24
Ξ.	委员会特别想听取意见的具体问题	25-31
	A. 对条约的保留	26
	B. 外交保护	27-28
	C. 国家的单方面行为	29
	D. 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)	30
	E. 国际组织的责任	31
╡.	对条约的保留	32 - 103
	A. 导言	32-47
	B. 本届会议审议本专题的情况	48-101
	1. 特别报告员介绍其第七次报告	53-66
	2. 辩论摘要	67-81
	3. 特别报告员的总结	
	C. 委员会迄今暂时通过的对条约的保留准则草案	
	1. 准则草案案文	
	2. 委员会第五十四届会议暂时通过的准则草案案文及其评注	
	2. 程序	
	2.1 保留的形式和告知	
	2.1.1 书面形式	
	评注	
	2.1.2 正式确认的形式	
	评注	
	2.1.3 在国际一级提出保留	
	评注	

^{*} 起初作为《大会正式记录,第五十七届会议,补编第10号》分发。

章次		段次
	2.1.4 [2.1.3 之二, 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	
	评注	
	2.1.5 保留的告知	
	评注	
	2.1.6 [2.1.6, 2.1.8] 告知保留的程序	
	评注	
	2.1.7 保存人的职能	
	评注	
	2.1.8 [2.1.7 之二] 显然[不能允许] 提出保留之情况下的程序. 评注	
	7.4 解释性声明的程序	
	评注	
	2.4.1 提出解释性声明	
	评注	
	[2.4.2 [2.4.1 之二] 在内部一级提出解释性声明]	
	评注	
	[2.4.7 [2.4.2,2.4.9] 提出和告知有条件解释性声明]	
	评注	
五.	外交保护	104-281
	A. 导音	
	B. 本届会议审议本专题的情况	
	1. 研究情况概述	117-149
	(a) 特别报告员的介绍	
	(b) 辩论摘要	
	(c) 特别报告员的总结	
	2. 第 12 和第 13 条	150-176
	()	150-160
	() / / / / / / / / / / / / / / / / / /	161-172
	(c) 特别报告员的总结	
		177-239
		177-188
	(一)特别报告员的介绍	
	二 辩论摘要	
		187-188
		189-201
		189-193
		194-200
	(三) 特别报告员的总结	201
		202-228
		202-208
		209-223
		224-228
		229-239
		229-230
		231-237
		238-239
		240-252
	()	240-245
	(b) 辩论摘要	246-251

目录 3

章次	段次	
(c) 特别报告员的总结	252	
5. 第 16 条	253-273	
(a) 特别报告员的介绍	253-259	
(b) 辩论摘要	260-268	
(c) 特别报告员的总结		
6. 拒绝司法		
(a) 特别报告员的介绍		
(b) 辩论摘要		
(c) 特别报告员的总结		
C. 委员会暂时通过的外交保护条款草案第1至第7条		
1. 条款草案案文	280	
2. 条款草案案文及其评注	281	
第一部分. 一般规定		
第1条 定义和范围		
评注		
第 2[3] 条 行使外交保护的权利		
评注		
第二部分 . 自然人		
第 3[5] 条 国籍国		
评注 第 4[9] 条 持续国籍		
评注		
第 5[7] 条 多重国籍和针对第三国的求偿		
评注		
第6条 多重国籍和针对国籍国的求偿		
评注		
第 7[8] 条 无国籍人和难民 评注		
六 国家的单方面行为		
A. 导言		
B. 本届会议审议本专题的情况		
1. 特别报告员介绍其第五次报告		
2. 辩论摘要		
3. 特别报告员的总结	410-429	
七. 国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任(危险活动损害所造成损失的国际责任)		
A. 导言		
B. 本届会议审议本专题的情况		
C. 工作组的报告		
导言		
1. 范围		
2. 经营人和国家在分配损失中的作用		
(a) 经营人的作用		
(b) 缔约国的作用		
3. 额外问题		
八. 国际组织的责任		
A. 导言		
B. 本届会议审议本专题的情况	461-464	
C. 工作组的报告	465-488	
1. 专题范围	465-472	
(a) 责任概念	465-468	
(b) 国际组织的概念	469-472	

章次			段次	页次
		2. 国际组织的责任专题与国家责任条款之间的关系	473-475	93
		3. 归属问题	476-477	93
		4. 成员国对归于国际组织的行为的责任问题	478-480	94
		5. 对国际组织产生责任的其他问题	481-482	94
		6. 国际责任的内容和履行问题	483-485	94
		7. 争端的解决	486	95
		8. 应予考虑的惯例	487	95
		9. 工作组的建议	488	95
九.	国	际法不成体系: 国际法的多样化和扩展引起的困难	489-513	96
	A.	导言	489-491	96
	В.	本届会议审议本专题的情况	492-494	96
	C.	研究组的报告	495-513	96
		1. 讨论概况	495-510	96
		(a) 对开展此项专题研究的支持	495-498	96
		(b) 程序性问题	499	97
		(c) 适当的标题	500	97
		(d) 工作方法和形式	501-509	97
		(e) 关于委员会工作的可能结果的建议	510	97
		2. 建议	511-513	97
十.	委	员会的其他决定和结论	514-552	99
	A.	委员会的计划、程序和工作方法及其文件	514-531	99
		1. 新专题	517-519	99
		2. 委员会在五年期余下期间的工作方案	520	99
		3. 长期工作方案	521	101
		4. 程序和工作方法	522-523	101
		5. 节省开支的措施	524	101
		6. 酬金问题	525-531	101
	В.	第五十五届会议的日期和地点	532	102
	C.	与其他机构的合作	533-537	102
	D.	出席大会第五十七届会议的代表	538-539	102
	E.	国际法讨论会	540-552	102

简 称

粮农组织 (FAO)	联合国粮食及农业组织
《关贸总协定》(GATT)	《关税及贸易总协定》
民航组织 (ICAO)	国际民用航空组织
国际法院 (ICJ)	国际法院
红十字委员会 (ICRC)	红十字国际委员会
劳工组织 (ILO)	国际劳工组织
海事协商组织 (IMCO)	政府间海事协商组织
海事组织 (IMO)	国际海事组织
海洋法法庭 (ITLOS)	国际海洋法法庭
国际电联 (ITU)	国际电信联盟
纳夫塔 (NAFTA)	北美自由贸易协定

目录 5

 美洲组织 (OAS)
 美洲国家组织

 非统组织 (OAU)
 非洲统一组织

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

难民署 (UNHCR) 联合国难民事务高级专员办事处

世卫组织 (WHO) 世界卫生组织 世贸组织 (WTO) 世界贸易组织

* *

《美国国际法学报》(AJIL) 《美国国际法学报》(American Journal of International Law)

《英国国际法年鉴》(BYBIL) 《英国国际法年鉴》(British Year Book of International Law)

《国际法院汇编》(ICJ, Reports) 国际法院,《判决书、咨询意见和命令汇编》(ICJ, Reports of

Judgments, Advisory Opinions and Orders)

《国际法律资料》(ILM) 《国际法律资料》(International Legal Materials)(哥伦比亚特区

华盛顿)

《国际法报告》(ILR) 《国际法报告》(International Lawl Reports)

《海洋法法庭汇编》 海洋法法庭,《判决书、咨询意见和命令汇编》 (ITLOS Reports) (Reports of Judgments, Advisory Opinion and Orders)

《常设国际法院汇编》, A辑 常设国际法院, 《判决汇编》

(PCIJ, Series A) (PCIJ, Collection of Judgments (第 1-24 号: 截至 1930 年))

《常设国际法院汇编》, D 辑 常设国际法院, 《法院组织有关的法令和文件》(PCIJ, Acts and (PCIJ, Series D) Documents concerning the Organization of the Court (第 1-6 号))

《国际仲裁裁决汇编》(UNRIAA) 联合国,《国际仲裁裁决汇编》(United Nations, Reports of International Arbitral Awards)

* *

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

关于引文的说明

引文中,后面加有星号的楷体字句在其出处并非楷体或斜体。

除非另有说明, 出自外文著作的引文均由秘书处翻译。

* *

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

本卷引用的多边文书

来源

和平解决争端

《仲裁总议定书》(和平解决国际争端) (1928年9月26日,日内瓦)

《关于和平解决争端的欧洲公约》(1957年4月29日, 斯特拉斯堡) 国际联盟,《条约汇编》[英],第93卷, 第2123号,第343页。

联合国,《条约汇编》[英],第320卷, 第4646号,第243页。

特权和豁免、外交关系和领事关系

《专门机构特权与豁免公约》 (1947年11月21日,纽约)

《维也纳外交关系公约》(1961年4月18日,维也纳)

《维也纳领事关系公约》(1963年4月24日,维也纳)

联合国,《条约汇编》[英],第33卷,第521号,第261页。

同上,第500卷,第7310号,第95页。

同上,第596卷,第8638号,第261页。

人权

《保护人权与基本自由公约》(《欧洲人权公约》) (1950年11月4日,罗马)

《消除一切形式种族歧视国际公约》 (1965年12月21日,纽约)

《公民及政治权利国际公约》[旧译《公民及政治权利国际盟约》](1966年12月19日,纽约)

《美洲人权公约》(《哥斯达黎加圣何塞公约》) (1969年11月22日,圣何塞)

《禁止并惩治种族隔离罪行国际公约》 (1973年11月18日,纽约)

《消除对妇女一切形式歧视公约》 (1979年12月18日,纽约)

经订正的《欧洲社会宪章》 (1996年5月3日,斯特拉斯堡)

联合国,《条约汇编》[英],第213卷,第2889号,第221页。

同上,第660卷,第9464号,第195页。

同上,第999卷,第14668号,第171页。

同上,第1144卷,第17955号,第 123页。

同上,第1015卷,第14861号,第 243页。

同上, 第 1249 卷, 第 20378 号, 第 13 页。

欧洲委员会,《欧洲条约汇编》,第 163号。

国籍和无国籍状态

《关于国籍法冲突的若干问题公约》 (1930年4月12日,海牙)

《关于难民地位的公约》(附表)(1951年7月28日,日内瓦)

《关于难民地位的议定书》(1967年1月31日,纽约)

《关于无国籍人地位的公约》(1954年9月28日,纽约)

《减少无国籍状态公约》(1961年8月30日,纽约)

《非统组织关于非洲难民问题特定方面的公约》 (1969年9月10日,亚的斯亚贝巴)

《欧洲国籍公约》(1997年11月6日,斯特拉斯堡)

国际联盟,《条约汇编》[英],第179卷, 第4137号,第89页。

联合国,《条约汇编》[英],第189卷,第2545号,第137页。

同上,第606卷,第8791号,第 267页。

同上,第360卷,第5158号,第 117页。

同上, 第 989 卷, 第 14458 号, 第 175 页。

同上, 第 1001 卷, 第 14691 号, 第 45 页。

同上, 第 2135 卷, 第 37248 号, 第 213 页。

多边文书 7

来源

麻醉药品和精神药物

《国际鸦片公约》(附议定书)(1925年2月19日,日内瓦) 经1946年议定书修订(1946年12月11日,纽约,成功湖) 《公约》。国际联盟,《条约汇编》[英],第81卷,第1845号,第317页;修正议定书:联合国,《条约汇编》[英],第12卷,第186号,第180页;订正《公约》[英]:E/NT/2(出售品编号:1947.XI.4)。

国际贸易和发展

《建立加勒比开发银行的协定》 (1969年10月18日,金斯敦)

联合国,《条约汇编》[英],第 712、第1021和第1401卷,第 10232号,分别载于第217、第 437和第265页。

经修正的《建立非洲开发银行的协定》 (1982年5月7日,卢萨卡) 同上,第1276卷,第21052号,第3页。

运输和通讯

《关于对轮式车辆以及可装配和/或用于轮式车辆的设备和 配件采用统一技术规范和互相承认根据这些规范所做出的 许可的条件的协定》(1958年3月20日,日内瓦) 联合国,《条约汇编》[英],第 335、第516、第609、第1059和 第1891卷,第4789号,分别载 于第211、第378、第290、第404 和第381页。另见欧洲经委会, TRANS/WP.29/409。

民用航空

《国际民用航空公约》(1944年12月7日,芝加哥)

联合国,《条约汇编》[英],第15卷,第102号,第295页。

《关于在航空器内的犯罪和犯有某些其他行为的公约》 (1963年9月14日,东京) 同上,第704卷,第10106号,第 219页。

航运

《国际海事组织公约》(1948年3月6日,日内瓦)

联合国,《条约汇编》[英],第289 卷,第4214号,第3页。

海洋法

《国际捕鲸管制公约》(带附件) (1946年12月2日,华盛顿特区) 联合国,《条约汇编》[英],第161 卷,第2124号,第72页。

《联合国海洋法公约》(1982年12月10日,蒙特哥湾)

同上,第1833卷,第31363号,第3页。

条约法

《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。

《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。

《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。

来源

赔偿责任

《外空物体所造成损害之国际责任公约》(1972 年 3 月 29 日, 联合国,《条约汇编》[英],第 961 卷,伦敦、莫斯科和哥伦比亚特区华盛顿) 第 13810 号,第 187 页。

电信

经修正的《建立亚太广播发展研究所的协定》(1977年8月 12日, 吉隆坡) 联合国,《条约汇编》[英],第 1216 和第1436卷,第19609号, 第289页。

环境

《禁止非法买卖野生动植物合作执法行动卢萨卡协定》(1994年9月8日,卢萨卡)

联合国,《条约汇编》[英],第1950 卷,第33409号,第35页。

一般国际法

《卡塔赫纳协定》(次区域一体化协定(《安第斯条约》)) (1969 年 5 月 26 日,波哥大) 《国际法律资料》(哥伦比亚特区华盛顿), 第8卷, 第5号(1969年9月), 第910页。

《美洲国家反腐败公约》(1996年3月29日,加拉加斯)

E/1996/99。

《反腐败刑法公约》(1999年1月27日, 斯特拉斯堡)

联合国,《条约汇编》[英],第2216 卷,第39391号,第228页。

第一章

本届会议的工作安排

1. 国际法委员会分别于 2002 年 4 月 29 日至 6 月 7 日和 7 月 22 日至 8 月 16 日在联合国日内瓦办事处会址举行了第五十四届会议第一期和第二期会议。即将卸任的第二副主席恩里克·坎迪奥蒂先生主持了开幕式。

A. 成员

2. 委员会由下列委员组成:

埃曼纽尔 • 阿克韦 • 阿多先生 (加纳)

侯赛因•巴哈纳先生(巴林)

阿里·穆赫辛·费塔伊斯·马里先生(卡塔尔)

若昂·克莱门特·巴埃纳·苏亚雷斯先生 (巴西)

伊恩·布朗利先生(大不列颠及北爱尔兰联合 王国)

恩里克•坎迪奥蒂先生(阿根廷)

崔正日先生(大韩民国)

佩德罗·科米萨里奥·阿丰索先生(莫桑比克)

里亚德·达乌迪先生(阿拉伯叙利亚共和国)

克里斯托弗·约翰·杜加尔德先生(南非)

保拉•埃斯卡拉梅亚女士(葡萄牙)

萨利富•丰巴先生(马里)

乔治·加亚先生(意大利)

兹齐斯拉夫 • 加利茨基先生(波兰)

彼得•卡巴齐先生(乌干达)

莫里斯•卡姆托先生(喀麦隆)

詹姆斯·卢塔班齐布瓦·卡特卡先生(坦桑尼亚联合共和国)

法蒂•卡米沙先生(突尼斯)

马尔蒂•科斯肯涅米先生(芬兰)

瓦列里•库兹涅佐夫先生(俄罗斯联邦)

威廉•曼斯菲尔德先生(新西兰)

贾姆契德·蒙塔兹先生(伊朗伊斯兰共和国)

贝恩德·尼豪斯先生(哥斯达黎加)

迪迪耶·奥佩蒂·巴丹先生(乌拉圭)

纪尧姆•庞布一齐文达先生(加蓬)

阿兰•佩莱先生(法国)

彭马拉朱·斯里尼瓦萨·拉奥先生(印度)

维克托·罗德里格斯·塞德尼奥先生(委内瑞拉)

罗伯特•罗森斯托克先生(美利坚合众国)

贝尔纳多•塞普尔维达先生(墨西哥)

布鲁诺•辛马先生(德国)

彼得•托姆卡先生(斯洛伐克)

薛捍勤女士(中国)

山田中正先生(日本)

- 3. 在 2002 年 4 月 29 日第 2711 次会议上,委员会选举彼得•卡巴齐先生(乌干达)填补阿德戈克•阿吉博拉•伊戈先生去世造成的临时空缺。
- 4. 委员会满意地表示,在目前这个五年期内,有妇女当选为委员。委员会注意到公认具备国际法专业能力的妇女人数,预期这一事实可能体现在下一个和随后各个五年期的提名和选举过程中。

B. 主席团成员和扩大的主席团

5. 委员会还在第 2711 次会议上选出下列主席团成员:

主席: 罗伯特 • 罗森斯托克先生

第一副主席: 恩里克•坎迪奥蒂先生

第二副主席:詹姆斯·卢塔班齐布瓦·卡特卡先生

起草委员会主席: 山田中正先生

报告员: 瓦列里•库兹涅佐夫先生

6. 委员会扩大的主席团由本届会议主席团成员、委员会前任主席¹和特别报告员²组成。

¹ 若昂・克莱门特・巴埃纳・苏亚雷斯先生、兹齐斯拉 夫・加利茨基先生、彼得・卡巴齐先生、阿兰・佩莱先生、 彭马拉朱・斯里尼瓦萨・拉奥先生和山田中正先生。

² 克里斯托弗·约翰·罗伯特·杜加尔德先生、乔治·加亚 先生、阿兰·佩莱先生、维克多·罗德里格斯-塞德尼奥先 生和山田中正先生。

7. 根据扩大的主席团建议,委员会设立了由下列委员组成的规划小组: 恩里克·坎迪奥蒂先生(主席)、埃曼努尔·阿克韦·阿多先生、阿里·穆赫辛·费塔伊斯·马里先生、若昂·克莱门特·巴埃纳·苏亚雷斯先生、伊恩·布朗利先生、崔正日先生、佩德罗·科米萨里奥·阿丰索先生、保拉·埃斯卡拉梅亚女士、萨利富·丰巴先生、兹齐斯拉夫·加利茨基先生、詹姆斯·卢塔班齐布瓦·卡特卡先生、法蒂·卡米沙先生、马尔蒂·科斯肯涅米先生、威廉·曼斯菲尔德先生、贾姆契德·蒙塔兹先生、贝恩德·尼豪斯先生、迪迪埃·奥佩蒂·巴丹先生、纪尧姆·庞布一齐文达先生、阿兰·佩莱先生、彼得·托姆卡先生和瓦列里·库兹涅佐夫先生(当然成员)。

C. 起草委员会

- 8. 委员会分别于 2002 年 4 月 30 日和 5 月 17 日第 2712 和第 2721 次会议就下列专题设立了由下列委员组成的起草委员会:
- (a) 外交保护: 山田中正先生(主席)、克里斯托弗·约翰·杜加尔德先生(特别报告员)、伊恩·布朗利先生、恩里克·坎迪奥蒂先生、崔正日先生、佩德罗·科米萨里奥·阿丰索先生、利雅得·达乌迪先生、乔治·加亚先生、兹齐斯拉夫·加利茨基先生、贾姆契德·蒙塔兹先生、维克多·罗德里格斯一塞德尼奥先生、罗伯特·罗森斯托克先生、布鲁诺·辛马先生、薛捍勤女士和瓦列里·库兹涅佐夫先生(当然成员)。
- (b) 对条约的保留: 山田中正先生(主席)、阿 兰・佩莱先生(特别报告员)、佩德罗・科米萨里 奥・阿丰索先生、保拉・埃斯卡拉梅亚女士、萨利 富・丰巴先生、乔治・加亚先生、莫里斯・卡姆托 先生、法蒂・卡米沙先生、马尔蒂・科斯肯涅米先 生、布鲁诺・辛马先生、彼得・托姆卡先生、薛捍 勤女士和瓦列里・库兹涅佐夫先生(当然成员)。
- 9. 起草委员会就上述两个专题一共举行了15次会议。

D. 工作组

10. 委员会于 2002 年 5 月 8 日第 2717 次会议设立了由下列委员组成的下列工作组和研究组:

- (a) 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: 彭马拉朱・斯里尼瓦萨・拉 奥先生(主席)、若昂・克莱门特・巴埃纳・苏亚雷 斯先生、伊恩・布朗利先生、恩里克・坎迪奥蒂先 生、崔正日先生、佩德罗・科米萨里奥・阿丰索先 生、保拉・埃斯卡拉梅亚女士、兹齐斯拉夫・加利 茨基先生、莫里斯・卡姆托先生、詹姆斯・卢塔班 齐布瓦・卡特卡先生、马尔蒂・科斯肯涅米先生、 威廉・曼斯菲尔德先生、迪迪埃・奥佩蒂・巴丹先 生、罗伯特・罗森斯托克先生、薛捍勤女士、山田 中正先生和瓦列里・库兹涅佐夫先生(当然成员)。
- (b) 国际组织的责任工作组: 乔治·加亚先生(主席)、若昂·克莱门特·巴埃纳·苏亚雷斯先生、伊恩·布朗利先生、恩里克·坎迪奥蒂先生、利亚德·达乌迪先生、保拉·埃斯卡拉梅亚女士、萨利富·丰巴先生、莫里斯·卡姆托先生、詹姆斯·卢塔班齐布瓦·卡特卡先生、马尔蒂·科斯肯涅米先生、威廉·曼斯菲尔德先生、布鲁诺·辛马先生、彼得·托姆卡先生、山田中正先生和瓦列里·库兹涅佐夫先生(当然成员)。
- (c) 国际法不成体系问题研究组: 布鲁诺·辛马先生(主席)、埃曼努尔·阿克韦·阿多先生、伊恩·布朗利先生、恩里克·坎迪奥蒂先生、克里斯托弗·约翰·罗伯特·杜加尔德先生、保拉·埃斯卡拉梅亚女士、乔治·加亚先生、兹齐斯拉夫·加利茨基先生、莫里斯·卡姆托先生、詹姆斯·卢塔班齐布瓦·卡特卡先生、法蒂·卡米沙先生、马尔蒂·科斯肯涅米先生、威廉·曼斯菲尔德先生、贾姆契德·蒙塔兹先生、贝恩德·尼豪斯先生、纪尧姆·庞布一齐文达先生、阿兰·佩莱先生、彭马拉朱·斯里尼瓦萨·拉奥先生、罗伯特·罗森斯托克先生、贝尔纳多·塞普尔维达先生、彼得·托姆卡先生、薛捍勤女士、山田中正先生和瓦列里·库兹涅佐夫先生(当然成员)。
- 11. 2002 年 5 月 1 日,规划小组设立了长期工作方案工作组,由下列委员组成:阿兰·佩莱先生(主席)、若昂·克莱门特·巴埃纳·苏亚雷斯先生、兹齐斯拉夫·加利茨基先生、莫里斯·卡姆托先生、

马尔蒂·科斯肯涅米先生、薛捍勤女士和瓦列里·库兹涅佐夫先生(当然成员)。

E. 秘书处

12. 负责法律事务的副秘书长、法律顾问汉斯·科雷尔先生担任秘书长的代表;法律事务厅编纂司司长瓦茨拉夫·米库尔卡先生担任委员会秘书并在法律顾问缺席时担任秘书长的代表;编纂司副司长马努什·阿桑贾尼女士担任委员会副秘书;高级法律干事乔治·科伦济斯先生担任委员会高级助理秘书;法律干事雷南·维拉西斯先生和协理法律干事阿诺德·普龙托先生担任委员会助理秘书。

F. 议程

13. 委员会第 2711 次会议通过了第五十四届会议议程,连同其后增加的项目(见第十章,第 517-519 段),其项目如下:

- 1. 填补委员会临时空缺(章程第11条)。
- 2. 本届会议的工作安排。
- 3. 对条约的保留。
- 4. 外交保护。
- 5. 国家的单方面行为。
- 6. 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)。
- 7. 国际组织的责任。
- 8. 国际法不成体系问题: 国际法多样化和扩展引起的困难。
- 9. 共有的自然资源。
- 10. 委员会的计划、程序、工作方法及其文件。
- 11. 与其他机构的合作。
- 12. 第五十五届会议的日期和地点。
- 13. 其他事项。

第二章

委员会第五十四届会议工作概况

14. 关于"对条约的保留"这一专题,委员会通过了关于提出和告知保留和解释性声明的 11 项准则草案。委员会还审议了特别报告员第七次报告(A/CN.4/526 和 Add.1-3),并向起草委员会提交了关于保留的撤回和修改的 15 项准则草案(见第四章)。

15. 关于"外交保护"这一专题,委员会审议了特别报告员第二次报告中关于用尽当地补救措施的规则的未审议部分,3即第12和第13条,以及涉及条款草案第14至第16条的第三次报告(A/CN.4/523和Add.1),这三条分别涉及该项规则的例外、举证责任问题和所谓的"卡尔沃"条款。除其他外,委员会还就研究的范围问题进行了一般性讨论,并就对机组人员以及公司和股东的外交保护问题举行了好几次可自由参加的非正式磋商。委员会还根据起草委员会的建议,通过了第1至第7[8]条。委员会还把分别涉及徒劳、放弃要求和禁止反言、自愿联系、领土联系和不当拖延等问题的第14条(a)、(b)、(c)和(d)项草案(后两项均须结合(a)和(e)项一起审议)提交给起草委员会(见第五章)。

16. 关于"国家的单方面行为"这一专题,委员会审议了特别报告员第五次报告(A/CN.4/525 和 Add.1和 2)的一部分。特别报告员在报告中回顾了该专题迄今所取得的进展,并提出了关于单方面行为无效的第 5(a) 至 (h) 条和关于解释的 (a) 和 (b) 条的修订案。在委员会尚未审议的特别报告员报告第三章中,他提出了关于法令必须遵守的条款草案第 7条、关于不可追溯性的条款草案第 8条、关于领土适用的条款草案第 9条以及条款草案的结构(见第六章)。

17. 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(危险活动跨界损害所造成损失的国际责任)"这一专题,委员会决定恢复对该专题第二部分的研究并设立一个工作组来审议该专题的概念性提纲。委员会通过了工作组的报告,该报告列出了一些初步理解,并介绍了关于该项研究范围的意见以及关于可采取方法的意见。委员会还任命彭马

拉朱·斯里尼瓦萨·拉奥先生为该专题的特别报告员(见第七章)。

18. 关于"国际组织的责任"这一专题,委员会决定 将该专题列入其工作方案中,并设立了一个工作组, 工作组除其他外,将审议该专题的范围。委员会还 任命乔治·加亚先生为该专题的特别报告员。委员 会随后通过了工作组的报告,并同意了该报告中的 建议,即秘书处应与各国际组织联系,收集关于该 专题的有关材料(见第八章)。

19. 关于"国际法不成体系问题:国际法多样化和扩展引起的困难"这一专题,委员会决定将该专题列入其工作方案中,并设立了一个研究组。委员会随后通过了该研究组的报告,从而除其他外,同意对专题的标题作出修改,将标题由"国际法不成体系引起的危险"改成目前的标题,并同意下述建议,即拟进行的第一项研究将围绕"特别法规则的职能和范围与'自足制度'问题"展开(见第九章)。

- 20. 委员会还决定将"共有的自然资源"这一专题列入其工作方案中,并任命山田中正先生为特别报告员。委员会还建议设立一个有关该专题的工作组。
- 21. 委员会设立了一个规划小组,审议委员会的计划、程序和工作方法问题。委员会通过了本五年期工作方案,来指导对议程上各专题的审议工作(见第十章, A节)。
- 22. 委员会继续与泛美司法委员会、亚非法律协商组织、国际法院、欧洲法律合作委员会和欧洲委员会国际公法法律顾问特设委员会进行传统的资料交流(见第十章, C节)。
- 23. 举办了一届培训讨论会,有 24 名不同国籍的学员参加讨论(见第十章,E节)。
- 24. 委员会决定,下一届会议将于2003年5月5日至6月6日和7月7日至8月8日分两期在联合国日内瓦办事处举行(见第十章,B节)。

³ 《2001年······ 年鉴》,第二卷 (第一部分),A/CN.4/514 号文件。

第三章

委员会特别想听取意见的具体问题

25. 委员会响应大会 2001 年 12 月 12 日第 56/82 号 决议第 13 段的请求,乐意指明委员会特别希望各国 政府就下列每一专题中的具体问题,在第六委员会 或者以书面形式提出意见,有效指导委员会今后的 工作。

A. 对条约的保留

- 26. 委员会欢迎各国政府就下列问题提出意见:
- (a) 委员会本届会议一读通过的准则草案2.1.6 第2段认为,对条约的保留的告知可用电邮或传真方式送达,但在这种情况下,保留必须以书面方式加以确认。为了二读通过该项准则草案,委员会希望知道该条款是否体现惯常做法和(或)是否适当。
- (b) 对条约的保留问题特别报告员在其第七次报告(A/CN.4/526和 Add.1至3)中提议通过的准则草案2.5.X如下:
- 2.5.X 撤回条约执行情况监测机构认为不能允许的保留
 - "1. 条约执行情况监测机构认定针对该条约提出的保留不能允许的事实,并不构成撤回该项保留。
 - "2. 此项认定作出后,提出保留的国家或国际组织必须采取相应行动。它可以全部或部分撤回保留以履行这方面的义务。"

在委员会进行讨论以后,特别报告员撤回了并不主要涉及撤回保留问题的这项提议。由于委员会在审议保留不可接受的后果或重新审查第四十九届会议通过的关于对规范性多边条约、包括人权条约的保留的初步结论时,⁴ 势必将再度讨论这个问题,委员会欢迎各国就这一问题提出意见。

B. 外交保护

- 27. 委员会欢迎各国政府发表意见,以说明向持有第 三国国籍的船员提供外交保护⁵是否属于《联合国海 洋法公约》已经充分论及的外交保护,或者是否需
- ⁴ 《1997年·······年鉴》,第二卷 (第二部分),第 57-58页, 第 157段。
- ⁵ 见"赛加羚羊号"案(第2号)(圣文森特和格林纳丁斯诉几内亚)。《1999年海洋法法庭汇编》,第10页。

要承认在这些情形下船只的国籍国拥有行使外交保护的权利。如果是拥有这种权利,那么类似论点是否也适用于飞机和宇宙飞船的机组人员?

- 28. 在审理巴塞罗纳电车案 6时,国际法院认为,公司注册地和事务所注册地的国家有权为该公司行使外交保护。股东的国籍国无权行使外交保护,但有可能在下列情况下除外:
 - (a) 股东自己的权利受到直接损害:
 - (b) 公司在其注册地已不复存在;
- (c) 注册地国是应对该公司遭受的国际不法行为负责的国家。

股东的国籍国是否有权在其他情况下行使外交保护?例如,一公司的多数股东的国籍国是否拥有这样的权利?或者在一公司的注册地国拒绝或未能行使外交保护时,该公司多数股东的国籍国是否拥有行使外交保护的次级权利?

C. 国家的单方面行为

- 29. 委员会再次鼓励各国答复 2001 年 8 月 31 日发出的问题单,该问题单请各国就其在单方面行为方面的国家实践提供资料。⁷
- D. 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)
- 30. 委员会欢迎就工作组报告(见下文第七章,C节)中提出的各种论点,尤其是下列问题,提出意见:
- (a) 无辜受害人应该分担损失的程度,如果要分担的话:
 - (b) 经营人在分担损失方面的作用;
- 6 巴塞罗那电车、电灯及电力有限公司案,第二阶段,判决,《1970年国际法院汇编》,第3页。
 - http://untreaty.un.org/ilc/sessions/53/53 sess.htm。

- (c) 国家在分担损失,包括可能会有的剩余责任的作用;
 - (d) 是否应该为极端危险的活动规定具体办法;
- (e) 是否应按预防条款的处理方式,把启用分摊损失办法的门槛订为"重大损害"或者规定更高的门槛;
 - (f) 把对全球公域的损害列入目前研讨范围;
 - (g) 向有关行为人分派损失的模式;
- (h) 恢复原状和补偿的处理和解决程序,可包括国家之间或国家内部的合并索赔办法、现有补救

办法的性质、利用有关论坛的机会以及索赔的量化 和结算。

E. 国际组织的责任

- 31. 委员会欢迎就国际组织的责任这一专题的拟议研究范围和方向发表意见。尤其请各国政府就下列问题发表意见:
- (a) 这一专题是否应依照对国际不法行为的国家责任条款草案所采取的处理办法,仅限于按照一般国际法应对国际不法行为所负的责任的问题;以及
- (b) 是否最好把这项研究,正如现在人们所提议的,局限于研究政府间组织,至少是在开始阶段,而不是也考虑其他类型的国际组织。

第四章

对条约的保留

A. 导言

- 32. 大会 1993 年 12 月 9 日第 48/31 号决议批准了委员会关于在其议程中列入"与对条约的保留有关的法律与实践"专题的决定。
- 33. 委员会 1994 年第四十六届会议任命阿兰•佩莱 先生为该专题特别报告员。⁸
- 34. 委员会 1995 年第四十七届会议收到并且讨论了特别报告员的第一次报告。⁹
- 35. 讨论以后,特别报告员根据委员会对该专题的审 议情况归纳出若干结论。这些结论涉及:专题的标题, 应为"对条约的保留";研究结果的形式,应为一 份保留实践指南;委员会对于该专题的工作应该采 取灵活的方式;委员会的协商一致意见,认为不应 对《维也纳条约法公约》(下称 1969 年《维也纳公 约》)、1978年《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》)、以及 《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》)的 相关条款作出任何改动。10 委员会认为,上述结论 是大会第 48/31 号和 1994 年 12 月 9 日第 49/51 号决 议要求进行的初步研究取得的成果。就《实践指南》 来说,它将采取准则草案的形式,加上对国家和国 际组织的实践有帮助的评注: 在必要情况下, 这些 准则将附有示范条款。
- 36. 委员会还是在第四十七届会议上,按照以往的做法,"授权特别报告员编写一份关于对条约的保留的详细问题单,以确定国家和国际组织——尤其是保存多边公约的国际组织——的实践和遇到的问题。¹²
- ⁸ 见《1994年······年鉴》,第二卷(第二部分),第176页,第381段。
- ⁹ 《1995年······年鉴》,第二卷 (第一部分),A/CN.4/470 号文件。
 - ¹⁰ 同上,第二卷(第二部分),第108页,第487段。
- 11 见《1983年······年鉴》[英],第二卷(第二部分),第83页,第286段。
- 12 见《1995年······年鉴》,第二卷(第二部分),第124页,第489段。寄送给会员国和国际组织的问题单转载于《1996

这份问题单由秘书处寄给收件者。大会 1995 年 12 月 11 日第 50/45 号决议注意到委员会的结论,请委员会按照其报告中所载述的方针继续工作,并请各国对问题单作出答复。¹³

- 37. 委员会 1996 年第四十八届会议收到了特别报告员关于该专题的第二次报告。¹⁴ 特别报告员在报告中附载了委员会关于对多边规范性条约——包括人权条约——的保留问题的一项决议草案,将其提交大会,要求注意并澄清该事项所涉及的法律问题。¹⁵ 但是,由于时间不够,委员会未能审议这份报告和决议草案,不过,有些委员对报告发表了意见。因此,委员会决定将该专题的辩论推迟到下届会议。¹⁶
- 38. 委员会 1997 年第四十九届会议再度收到特别报告员关于该专题的第二次报告。
- 39. 经过辩论以后,委员会通过了关于对规范性多边条约——包括人权条约——的保留问题的初步结论。¹⁷
- 40. 大会 1997 年 12 月 15 日第 52/156 号决议注意到委员会的初步结论,并注意到委员会请所有由规范性多边条约设立的条约机构,如果有意,可以书面方式就这些结论提出评论和意见,同时提请各国政府注意,委员会得到各国政府对初步结论的意见很重要。
- 41. 委员会 1998 年第五十届会议收到了特别报告员 关于该专题的第三次报告,¹⁸ 其中载述了对条约的保

年……年鉴》,第二卷 (第一部分),A/CN. 4/477 和 Add. 1 号文件,附件二和三。

- ¹³ 到2000年7月27日为止,有33个国家和24个国际组织答复了该问题单。
- ¹⁴ 《1996年······年鉴》,第二卷 (第一部分),A/CN.4/477 和 Add.1号文件以及 A/CN.4/478号文件。
- 15 同上,第二卷 (第二部分),第86页,第136段,以及脚注238。
 - ¹⁶ 辩论摘要见同上,第六章,B节,特别见第137段。
 - 17 见上文脚注4。
- ¹⁸ 《1998年······年鉴》,第二卷 (第一部分),A/CN.4/491 和 Add.1-6号文件。

留和解释性声明的定义。委员会同一届会议暂时通过了六项准则草案。¹⁹

- 42. 委员会 1999 年第五十一届会议收到特别报告员第三次报告中没有足够时间在其第五十届会议上予以审议的部分和关于该专题的第四次报告。²⁰ 此外,该报告附载了关于该专题的经过修订的参考书目,最初书目已由特别报告员在第四十八届会议上附载于第二次报告之后。第四次报告也述及了保留的定义和解释性声明的问题。在同一届会议上,委员会暂时通过了 17 项准则草案。²¹
- 43. 鉴于对解释性声明的审议意见,委员会通过了准则草案 1.1.1 [1.1.4] 的新案文(保留的目的)和没有标题或编号的准则草案(它已经成为准则草案 1.6(定义的范围))。
- 44. 委员会 2000 年第五十二届会议收到了特别报告员关于该专题的第五次报告, ²² 该报告一方面述及替代保留和解释性声明的程序,另一方面也谈到了保留和解释性声明的程序,尤其是其提出方法和提出过迟的问题。在该届会议上,委员会暂时通过了五项准则草案。²³ 委员会还将特别报告员第五次报告的第二部分推迟至下届会议审议。
- 45. 委员会 2001 年第五十三届会议先是收到了关于保留和解释性声明的程序问题的第五次报告第二部分,接着收到了第六次报告,²⁴该报告涉及提出保留和解释性声明的方式(包括其形式和通知)以及保留和解释性声明的公开宣布(通报、接收人和保存人的义务)。
- 46. 委员会同一届会议暂时通过了12项准则草案。25
- 47. 在 2001 年 7 月 19 日举行的同届会议第 2692 次会议上,委员会决定将准则草案的下列条款移交给起草委员会: 2.1.1(书面形式)、2.1.2(正式确认的形
 - ¹⁹ 同上, 第二卷 (第二部分), 第101页, 第540段。
- ²⁰ 《1999年······年鉴》,第二卷 (第一部分),A/CN.4/499 号文件和 A/CN.4/478/Rev.1号文件。
 - 21 同上,第二卷(第二部分),第96页,第470段。
- ²² 《2000年······年鉴》,第二卷 (第一部分),A/CN.4/508 和 Add.1-4号文件。
 - ²³ 同上, 第二卷(第二部分), 第111页, 第663段。
- ²⁴ 《2001年······年鉴》,第二卷 (第一部分),A/CN.4/518 和 Add.1-3号文件。
 - ²⁵ 同上,第二卷(第二部分),第193页,第114段。

式)、2.1.3(在国际一级提出保留的权限)、2.1.3之二(在内部提出保留的权限)、2.1.4(违反内部提出保留的规则在国际一级不产生影响)、2.1.5(保留的通知)、2.1.6(保留的通知程序)、2.1.7(保存人的职能)、2.1.8(有关保留的通知的生效日期)、2.4.1(解释性声明的提出)、2.4.1之二(在内部提出解释性声明的权限)、2.4.2(有条件解释性声明的提出)以及2.4.9(有条件解释性声明的通知)。

B. 本届会议审议本专题的情况

- 48. 委员会本届会议收到了特别报告员的第七次报告 (A/CN.4/526 和 Add.1-3),涉及保留和解释性声明的 提具、修改和撤回。委员会在 2002 年 5 月 14 日和 15 日、5 月 17 日、7 月 23 日至 26 日以及 7 月 30 日和 31 日举行的第 2719 至第 2721 次和第 2734 至第 2739 次会议上审议了该报告。
- 49. 在第 2721 次会议上,委员会在审议第七次报告第一部分之后,决定将准则草案 2.1.7 之二(明显不能允许的保留情况)移交给起草委员会。
- 50. 2002 年 7 月 22 日和 23 日第 2733 次和第 2734 次会议上,委员会审议并暂时通过了下列准则草案条款: 2.1.1 (书面形式)、2.1.2 (正式确认的形式)、2.1.3 (在国际一级提出保留的权限)、2.1.4 [2.1.3 之二,2.1.4] (违反内部提出保留的规则在国际一级不产生影响)、26 2.1.5 (保留的通知)、2.1.6 [2.1.6, 2.1.8] (保留的通知程序)、2.1.7 (保存人的职能)、2.1.8 [2.1.7 之二] (在出现明显[不能允许的]保留的情况时采取的程序)、27 2.4.1 (解释性声明的提出)、[2.4.2 [2.4.1 之二] (在内部提出解释性声明)]、以及 [2.4.7 [2.4.2,2.4.9] (有条件解释性声明的提出和通知)]。28
- 51. 委员会在 2002 年 8 月 14 日第 2748 次会议上通过了上述准则草案评注。
- ²⁶ 方括号中的数字表明特别报告员报告中的准则草案的编号,也可能是已和准则草案合并的特别报告员报告所在载准则草案的原始编号。
 - 27 委员会将对用语进行审查。
- ²⁸ 在委员会就所有关于有条件解释性声明的准则草案作出决定之前,这两项准则草案暂被放入方括号中。准则草案 2.4.7在第五十四届会议期间审议的起草委员会报告中编号为 2.4.3。

52. 这些准则草案的案文及其评注载录于下文 C.2 节。

1. 特别报告员介绍其第七次报告

- 53. 特别报告员提请注意第七次报告 C 节 (第 48-55 段),特别是涉及到对人权条约保留的两项新的事态发展。第一项是秘书处于 2001 年应消除对妇女歧视委员会第二十四届会议的请求编制的重要报告,特别是题为"人权条约机构关于保留的做法"这一部分。²⁹ 这些机构证明比人权委员会第 24 号一般性评论 ³⁰ 案文所建议的要务实得多,而不是那样教条。它们更倾向于鼓励各国撤回某些保留,而不是增进其效力。鉴于委员会第四十九届会议通过了关于对规范性多边条约(包括人权条约)的保留所作的初步性结论,这一点具有重要意义。³¹
- 54. 第二项事态发展是,尽管人权委员会继续反对,但是增进和保护人权小组委员会仍在第五十三届会议上通过了2001年8月16日第2001/17号决议,重申了其早先的决定,委托弗朗索瓦斯·汉普森女士就对人权条约的保留编制一份工作文件。32特别报告员请委员会委员就是否应与汉普森女士接触发表意见,以便在国际法委员会、促进和保护人权小组委员会以及其他人权条约机构之间进行更充分的磋商,以期在2004年重新审查国际法委员会1997年通过的初步结论。
- 55. 谈及第七次报告第二章和第三章中的准则草案,特别报告员介绍了准则草案 2.5.1,³³ 该准则转载了 1986 年《维也纳公约》第 22 条第 1 款,该条文本身与 1969 年《维也纳公约》第二十二条第一项几乎完全相同。1986 年《维也纳公约》第 22 条第 1 款的准备工作文件充分证明,撤回保留是一种单方面行为,从而结束了对该项行为性质的争论。有一种观点认为,一项条约没有作出规定的保留只有在缔约方接受该项保留时才有效,这种观点过份强调形式而没

"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。"

有考虑到两项《维也纳公约》的规定已经成为习惯 规则的事实。

- 56. 准则草案 2.5.2,34 转载了 1969 年和 1986 年《维也纳公约》第 23 条第 4 款的案文。其最重要的影响是不可能有"暗示"或"默示"的撤回保留,尽管有一种理论认为不确认一项保留就可能构成对其"撤回"。
- 57. 同样,也不能将撤回与保留的"到期"或"遗忘"相混淆,后者主要产生于一国国内立法的修改或废除,从而使该保留成为没有必要。这种情况可能造成关于国内法还是国际法优先的法律问题;"被遗忘的"保留尽管如此还是没有被撤回。
- 58. 准则草案 2.5.3³⁵ 所针对的是,特别鉴于其作为一项"建议的业务守则"不具有约束力,因此有必要在实践指南中列入一项准则,鼓励各国对其保留进行定期的仔细审查,目的正是在于查明根据其国内立法的演变情况此种保留是否不再有理由。这也符合联合国大会和欧洲委员会的做法以及某些条约设立的机构的做法。
- 59. 准则草案 2.5.4³⁶ 试图解决如果监测机构裁定某项保留不可接受³⁷应有什么效果这一困难的问题。显然,这项裁决不能构成固有性质的撤回。然而,裁决应产生一些后果:或者视为其已"抵消"该保留,或

"2.5.2 撤回的形式

"必须以书面撤回保留。

35 特别报告员提议的准则草案内容如下:

"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,并在必要时认真考虑,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。"
- ³⁶ 特别报告员提议的准则草案内容如下:
 - "2.5.4 撤回监测条约执行情况的机构认为不允许的保留
 - "1. 如果监测条约执行情况的机构裁定对条约的某一保留是不允许的并不构成撤回该项保留。
 - "2. 作出这样裁决后,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,以履行其这方面的义务。"
- ³⁷ 将来应根据特别报告员今后的报告和委员会的讨论情况 重新审查这一措辞。

²⁹ CEDAW/C/2001/II/4, 第20-56段。

³⁰ 《大会正式纪录, 第五十届会议, 补编第40号》 (A/50/40),第一卷,附件五,第119页。

³¹ 见上文脚注4。

³² E/CN. 4/Sub. 2/2001/40 o

³³ 该项准则草案内容如下:

³⁴ 特别报告员提议的准则草案内容如下:

者根据委员会第四十九届会议通过的关于对规范性 多边条约(包括人权条约)的保留所作的初步结论, 将由提出保留的国家负责根据裁决作出结论。如果 完全撤回有时似乎过激的话,那么部分撤回仍然是 一种选择。准则草案 2.5.X³⁸ 是这两种选择的一种结 合办法。

60. 准则草案 2.5.5 至 2.5.5 之三 39 涉及撤回保留的程序,1969 年和 1986 年《维也纳公约》对此未作规定。特别报告员认为,可以提出保留的程序为范本,但以这种程序能适用于撤回的程度为限。鉴于委员会已对提出保留的准则作了修改,因此,宜对撤回保

- 38 特别报告员提议的准则草案内容如下:
 - "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条约执行情况的机构 认定保留是不能允许的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。该国或国际组织可全部或部分撤回保留,以履行其这方面的义务。"
- 39 特别报告员提议的准则草案内容如下:

"[2.5.5 在国际上撤回保留的权限

"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,但应符合保存条约的国际组织惯例。〕

"[2.5.5 在国际上撤回保留的权限

- "1. 以下人士有权撤回代表一国或一国际组织提出的保留,但应符合保存条约的国际组织的惯例:
 - "(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,有关国家和国际组织的意图是认为该人士拥有为此类目的的权限,此人无须出示全权证书。
- "2. 以下人士因其职务而无须出示全权证书,有权代表一国在国际上撤回保留:
 - "(a) 国家元首、政府首脑和外交部长;
- "(b) 为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:各国派驻该国际组织或机关的代表;
- "((c) 为撤回对委派国与一国际组织间的某项条约的保留:常驻该组织代表团团长)。

"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上 不产生影响
- "一国或一国际组织不得以保留的撤回违反关于撤回保留的权限和程序的该国内部法律或该组织内部规则为理由宣布撤回无效。

留的有关准则作类似的修改。另一个可能性是列入一项单一的准则草案 2.5.5,⁴⁰ 经适当变通后照搬有关提出保留程序的准则。然而,特别报告员并不赞成后一种选择,部分是因为这没有针对实践指南旨在满足的实际需要,还因为提出和撤回这两种程序是不完全一样的。对于有关告知撤回保留的准则 (2.5.6、2.5.6 之二和 2.5.6 之三),⁴¹ 特别报告员回顾,1969年《维也纳公约》的准备工作文件表明,当时委员会委员认为,保存人对告知保留和告知撤销保留应适用同样的程序。这一点得到了实践的确认,有关准则反映了这一点。

- 40 特别报告员提议的准则草案内容如下:
 - "[2.5.5 在国际上撤回保留的权限
- "确定撤回保留的主管机构和应遵循的程序受准则 2.1.3、2.1.3之二和2.1.4所载适用于提出保留的规则 的约束,但在细节上可作必要的修改。]"
- 41 特别报告员提议的这些准则草案内容如下:

"[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所适用于保留告知的规则。]

"[2.5.6 撤回保留的告知

- "1. 撤回保留必须[书面]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告知应送交:
- "(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,保存人应尽早通知保留所要送交的国家和组织。
- "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]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) 必要时提请有关国际组织的主管机关注意。]"

- 61. 准则草案 2.5.7 和 2.5.8⁴² 涉及到撤回保留的效力,载于实践指南有关程序的这一部分,这仅仅是为了方便。对于准则草案 2.5.7, 特别报告员指出,说"撤回保留引起适用整个条约的后果……"并不完全确切,因为可能有其他没有撤回的保留会继续阻碍适用整项条约。因此,最好是将第一句的措辞修改如下:"撤回保留引起该保留所涉及的条约规定的全部内容适用的后果……"。
- 62. 关于撤回保留的生效日期(准则草案 2.5.9⁴³),特别报告员提请注意 1986 年《维也纳公约》第 22 条第 3 款,但是他说,这一日期可能对修改国内法以适应新的形势造成问题,尽管总是有可能通过明示条款来处理这一问题。这就是他认为有必要在实践指南中列入若干示范条款,⁴⁴ 缔约国可将其列入其加入的条约之中的原因所在。如果有关示范条款被提交起草委员会,那就得决定是否按照准则草案 2.5.9 的案文加以照搬,或是否应将其载入实践指南的附件,后一项解决办法在他看来似乎更加合适。
 - 42 特别报告员提议的这些准则草案内容如下:

"2.5.7 撤回保留的后果

- "在撤回保留国或国际组织与所有其他缔约方的关系上,撤回保留引起适用全条约整体的后果,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。"
- 43 特别报告员提议的准则草案内容如下:

"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,撤回保留自一缔约国或一缔约组织收到通知时才开始对该国或该组织发生效力。"
- 44 特别报告员提议的条款范本内容如下:

"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]收到通知之日之后的X[月][日]期满时开始生效。

"B. 缩短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。保留从[保存人]收到通知之日起开始生效。

"C. 确定撤回保留生效日期的自由

"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。"

- 63. 如准则草案 2.5.10 所回顾,45 任何事情都不能阻止撤回保留的缔约国或国际组织将该撤回的生效日推迟到其收到告知的日期以后。该准则草案还涉及撤回不影响缔约国或缔约国际组织的义务的情况,在那种情况下这些义务是"固有的"义务。在上述情况下,撤回立即生效或者甚至有追溯性效力。
- 64. 准则草案 2.5.11 和 2.5.12⁴⁶ 涉及部分撤回保留, ⁴⁷ 这与全部撤回保留非常相似,因为通过"缩小"或减少保留的范围,有关缔约国(或国际组织)"增加了"其条约义务。
- 65. 准则草案 2.5.11⁴⁸ 建议的部分撤回定义表明,这一种撤回是对现有保留的修改而不是全部撤回然后提出新的保留,某些理论和案例法似有后者之意,例如瑞士联邦最高法庭在 F. 诉 R. 和图尔高州联邦院案中的裁决 ⁴⁹ 以及联合国秘书长作为保存人偶而有些不一致的做法。同一程序应用于部分或全部撤回一项保留。(因此可将准则草案 2.5.6 至 2.5.10 容易地移位到部分撤回。)另一方面,准则草案 2.5.7 和 2.5.8 不能移位,因为在部分撤回的情况下,保留仍
 - 45 特别报告员提议的准则草案内容如下:
 - "2.5.10 保留国可以单方面确定撤回保留生效日期的情况"
 - "撤回保留从保留的撤回国确定的日期开始生效,如果:
 - "(a) 此一日期后于其他各缔约国或各缔约国际组织 收到通知的日期;或
 - "(b) 撤回不会改变撤回国对于其他各缔约国或各缔约国际组织的状况。"
 - 46 特别报告员提议的准则草案内容如下:

"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,目的在于削弱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。

"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后果。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。"
- ⁴⁷ 特别报告员解释说,其报告中关于加重保留的最后一部 分不能在五十四届会议上作介绍。
- ⁴⁸ 特别报告员认为,对于准则草案2.5.11的各段的次序可以颠倒。
- ⁴⁹ 见瑞士联邦最高法庭, 1992年12月17日的判决, *Journal des Tribunaux*, 1995年, 第536页。

然有效,根据事实本身并不影响到对其所作出的反对。准则草案 2.5.11 界定了部分撤回的后果,而准则草案 2.5.11 之二 50 是准则草案 2.5.4 的"配对物",也许可以与其合并。

66. 特别报告员在结束介绍时说,他希望所有的准则草案以及关于准则草案 2.5.9 的示范条款将提交起草委员会。

2. 辩论摘要

67. 关于特别报告员就国际法委员会与增进和保护人权小组委员会之间接触的未来所提出的问题,一些委员支持这样的意见,即委员会应向处理同样问题的机构开放,甚至征求它们的意见。根据一种意见,委员会甚至应采取主动在下届会议期间与有关方面举行非正式会议。鉴于特别报告员对目前形势的介绍,委员会决定与各人权机构联系。因此,将向小组委员会主席和汉普森女士发出一份由主席和特别报告员联署的信函,正式要求委员会下届会议期间在日内瓦安排进行磋商的机会。

68. 会议还提请注意这套准则草案的功用,这些准则草案旨在为缔约国提供实际指导,特别是因为在1969年和1986年《维也纳公约》和其他公约中,对于在撤回或修改保留时应遵循何种程序没有规定或规定很少。会议还指出,应强调普遍的条约惯例,而不是强调某些部门或地区。

69. 一些委员表示支持准则 2.5.1 和 2.5.2, 同时指出 这些准则基本上重复了 1969 年和 1986 年《维也纳公约》的有关规定(第 22 条第 1 款和第 23 条第 4 款)。一些委员怀疑是否应将它们列入实践指南,而不提及两项《公约》的条文。然而,其他委员指出,他们赞成在实践指南中照搬两项《公约》的条款,因为该指南是综合性的。准则 2.5.2 确认有必要以书面形式提出撤回保留;这就排除了暗示的撤回并保证在各缔约国之间关系的法律方面的确定性。有些委员还考虑到,由于一提出保留国随后的做法一项保留可能终止。根据一种意见,应论及其他形式的撤回,

"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。"

例如就一项即将提出的正式撤回发表宣言, 所根据 的谅解是,提出保留国与条约其他缔约国之间的关 系只有在后者收到撤回保留的书面通知时才会发生 修改。然而,提出保留国从其宣布打算撤回保留的 时间起就将受到约束。有人强调指出,这样一项宣 言可能在国内产生效力。但是对其他缔约国没有效 力。根据另一种看法,对于暗示的撤回问题必须慎 之又慎, 因为一项撤回只有在其用书面形式提出后 才产生法律效力。例如,在1929年和1931年,捷 克斯洛伐克和波兰的议会通过了一项接受常设国际 法庭管辖权的宣言,51其国家元首也签署了该项宣言, 但是该项宣言从没有交存交存国; 因此该宣言并没 有法律效力。其他委员提到在有些情况下缔约国作 出了保留,然后并未坚持在其双边或多边关系中维 持这种保留, 甚至为了不同的原因而放弃了这种保 留(例如其国内立法的修改);他们询问,缔约国是 否能声称它们没有以书面形式撤回其保留是为了避 免任何禁止改口的影响。此外,如果其他国家向一 缔约国适用缔约国已提出"被放弃的"保留的条款, 那么这样就会事实上超出了条约范围。有人还指出, 没有正式撤回的保留在法律上仍然有效,尽管其是 "未利用的",从而使提出保留的国家有更大的灵 活余地在必要时按照该保留的思路重新修改其国内 立法。

70. 一种意见认为,准则草案 2.5.3 是对陈旧保留问题的一种创造性处理办法。有人指出,也应该提及监测条约执行情况的机构所提出的呼吁,因为内部立法有时很含糊且并不一致。另一种意见认为,该项准则草案可能引起一些困难,因为对保留的功用的审议并不涉及到程序,而基本上是提出有关撤回条件以及保留的陈旧性作用的问题。此外,审议内部立法发展情况的结果似乎有些值得怀疑。应进一步强调准则草案 2.5.3 作为建议的性质,以免造成缔约国有义务进行这种审查的印象。该项准则还不应局限于提及国内立法,因为可能有一些其他情况促使已提出保留的国家撤回其保留。

71. 关于准则草案 2.5.4 (一些委员结合准则草案 2.5.11 之二和 2.5.X 已对其进行了讨论,因为这些条款之间关系密切),会议指出,第 1 段论述的事情是不言而喻的,而第 2 段所突出的一种情况根据的事实是,不能允许的裁定可能产生的效力是使提出保

⁵⁰ 特别报告员提议的准则草案内容如下:

[&]quot;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

^{51 《}关于法院管辖权的案文汇编,常设国际法院,D辑,第六号》,第四版(莱顿,西哈托夫出版社,1932年),第47、第48和第54页。

留的国家不得不撤回该项保留。但是远远不能肯定的是,该监测机构是否具有默示权力来使提出保留的缔约国承担义务撤回该项保留。会议指出,委员会在第四十九届会议上通过的关于对多边规范性条约——包括人权条约——的保留问题的初步结论"要谨慎得多:没有必要明确判定不能允许的后果,至少对撤回保留来说是如此。还产生的一个问题是,如果仅仅是一项建议,认定不能允许是否对提出保留的国家具有约束力。有与会者指出,该缔约国没有义务遵照监测机构的建议。一些委员认为,还应认真考虑作出认定的监测机构的性质,因为这些机构分为好几种类型(政治机构、管辖机构、特殊机构等)。

72. 此外,在管辖机构作出的决定与监测机构的认定 之间有很大的区别,这可能造成该项保留的"自动" 无效,或该缔约国有义务采取措施,或者可能仅仅 是对有关缔约国采取适当措施的一项建议。会上引 用了前欧洲人权委员会的示例, 其裁定构成缔约国 重新考虑其立场的一项"道义责任"。即使监测机 构具有约束性的权力,也不清楚这种权力是否是"自 动执行的"。甚至还产生这样的问题,司法机构是 否是准则草案意义范围内的监测机构。此外,一些 委员怀疑监测机构的构成和认定的动机,怀疑这些 机构和缔约国的评估意见出现冲突的可能性, 以及 最后,怀疑准则草案对监测机构本身可能产生的影 响。还产生的问题涉及到缔约国根据监测机构认定 行事的任何"义务"的国际法来源。应该区分监测 机构认定不能允许和该认定的效力与该项保留本身 的不能允许。撤回被认定"不能允许的"保留并不 是唯一的解决办法:正如委员会第四十九届会议通 过的初步结论所指出的,还有其他解决办法(退出条 约、修改保留等)。一项解决办法不应孤立于其他解 决办法,也不应仅仅挑出初步结论第10段中的某项 内容。

73. 一种表达意见认为,准则草案措辞过分绝对和笼统,试图将好几项不同内容结合起来,而且言外之意是,所有监测机构的认定都具有约束力,但没有试图对这些机构加以区别,就会造成混乱或误解: 更灵活的行文则可以解决这个问题。甚至有人建议第2段可以全文删除。此外,绝不应该忽略同意的基本作用。一个希望加入条约但提出的保留被认定是不能允许的国家,可能只是保持其加入为缔约国 的提议。声称拒绝保留会迫使该国撤回该项保留与 声称拒绝保留表明未同提出保留的国家订立任何条 约关系,二者很不相同。

74. 真正的问题是,谁有权决定保留是否允许。1969年和1986年《维也纳公约》确定的制度将该项任务留给各缔约国。然而,最近向另一个方向发展的事态,例如冰岛对《国际捕鲸管制公约》提出的保留以及国际捕鲸委员会采取的立场与好几个缔约国的立场相抵触,这就会提出这方面的怀疑。有人还提到是否可列入一项限制性条款,具体说明《实践指南》不会影响到监测机构确定条约各缔约国之间关系的权力。

75. 另一种意见认为,准则草案 2.5.4 仅是《实践指南》 所载的一项建议,其措辞问题可以由起草委员会解决。准则草案 2.5.X 的"合成"文本似乎是有益和清楚的。

76. 另一些委员认为,该准则草案不属于有关程序的部分,而是属于《实践指南》的另一章,因为还没有提出是否可接受保留的问题。也可以设想一项准则草案,具体规定监测机构认定保留是不允许的与有关国家或国际组织撤回该项保留之间的关系。

77. 对于准则草案 2.5.5 和 2.5.6,与会者注意到 1969年和 1986年《维也纳公约》中在撤回保留问题上的疏漏。与会者还指出,关于撤回保留的程序应比提出保留的程序简单。一些委员表示他们赞同较长的文本,这有利于方便参考和保持前后一致,不过还有意见认为较短的文本可能有其长处。然而,与会者指出,一旦一读通过《实践指南》,应进行整体性审查,以便确定是否需要在出现相同条款或比照适用时相互参照。与会者还指出,在某些情况下,有些准则草案(如准则 2.5.6 之二)应与委员会已经通过的准则草案协调一致。

78. 与会者指出,准则草案 2.5.7 至 2.5.10 符合 1969 年和 1986 年《维也纳公约》的有关条款。关于准则草案 2.5.7, 有意见认为,该草案应反映其他保留仍然有效的情况——这样该条约将不完全适用于撤回保留的国家与其他缔约国之间的关系。

79. 与会者还认为,与准则草案 2.5.9 有关的条款范本是有用的,应将其提交起草委员会。

⁵² 见上文脚注4。

80. 关于准则草案 2.5.11, 一些委员支持特别报告员 所作的口头修改,将准则各条款的次序加以颠倒。 与会者表示关切的是, 部分撤回可能被有效地利用 来扩大保留的范围。因此,似乎必不可少的是,需 要澄清部分撤回并不消除最初的保留, 也不构成新 的保留。此外,最好将部分撤回并入简单撤回,因 为两个分立的程序以及其他缔约国对程序可能作出 各不相同的解释会使情况复杂化。有人提问,条约 各缔约国如果没有对最初的保留提出反对是否能反 对其部分撤回。关于这一问题,有人认为,不可能 有通用的规则,一切都取决于该部分撤回的效力, 例如,这种效力可能是歧视性的。在这种情况下, 部分撤回几乎等于一项新的保留。还有人问起:对 保留的部分撤回事实上是否构成对保留的修改,而 不是像联合国秘书长作为保存者的实践似乎暗示的 那样, 意味着带有一项新保留的撤回。秘书长在这 种情况下使用的"修改"一词用来表明加重保留。 因此,不言而喻的是,部分撤回构成一种修改。与 会者还提到是否有可能在一国提出的多项保留之间 撤回一项(在这种情况下对该项保留的反对意见就无 的放矢了),或者保留是否有可能取决于国内立法, 在这种情况下(如果国内立法进行修改),就有可能 造成对保留的限制。在这种情况下,对该项保留的 任何反对能够继续存在,条件是该项保留继续存在, 尽管是以受到限制的形式。

81. 对于准则草案 2.5.12, 有的与会者认为,应提到 反对所针对的是保留中已经撤回部分的情况,因为 在这种情况下,该反对意见自然是多余的。

3. 特别报告员的总结

- 82. 在辩论结束时,特别报告员指出,有关保留措辞的所有准则草案对国际社会无疑将极为有用,因为其目的是要将那些合乎实际需要的技术规则编纂成法典。此外,除了他建议另外处理的准则草案 2.5.4、2.5.11 之二和 2.5.X 外,没有任何准则草案引起理论上的争议。辩论集中于具体问题而未提出原则问题。他的结论是,大家普遍赞成将所有准则草案(准则 2.5.4、2.5.11 之二和 2.5.X 除外)提交起草委员会。
- 83. 特别报告员重申,《实践指南》并不是一套具有约束力的规则,而是一套"建议的实践守则",这一事实最终甚至可能反映在其标题上。这一特点并不意味着《实践指南》不应当严格认真地起草,以便指导国家实践。此外,显然准则草案包含的有

些规则是具有约束力的,这不是因为它们列入《实践指南》,而是因为它们是习惯规则或从 1969 年和 1986 年《维也纳公约》照搬过来的。这说明了规范的法律价值与来源的法律价值之间的差别。关于《公约》的规定是否应当一字不改地纳入《实践指南》的问题,他的回答是绝对肯定的。如果使用者不能在《指南》本身内找到他们问题的答案,那么《指南》的价值将大打折扣。两项《公约》尽管不完备而且有时含糊不清,但不可避免地是保留方面任何做法的出发点,无视其规定的《指南》不会有多大实际价值。此外,仅参照或提及两项《公约》必然会产生技术和法律问题(对不是《公约》缔约国的国家和组织来说尤其如此)。因此,将有关的条约规定全文列入《指南》会更简单、更有用、更合逻辑和更方便。

- 84. 这一立场回应了委员们提出的某些修改准则草案措辞的建议。特别报告员回顾说,若干准则草案的措辞一字不改地照抄1969年和1986年《维也纳公约》的相关条款,因此改写这些准则是不必要的而且可能很危险。他在实质上赞同那些要求对撤回保留给予便利的委员的意见,但他看不到两全其美的解决办法。
- 85. 准则草案 2.5.1 和 2.5.2 要求书面形式,从而确保 法律安全,同时也反映形式二重性原则。
- 86. 关于准则草案 2.5.2, 建议的一种措辞将要求已提出书面通知撤回其保留的国家甚至在其他缔约国尚未收到该通知之前按照该撤回行事。他不赞成这种提法,因为任何条约都预先假定对一个案文的两种或更多意见会在某一特定时候取得一致。这种提法会导致义务在一段时间内(即使是短暂的)存在分歧的情况,引起不必要的混乱。
- 87. 关于一国实际上适用它已对其提出保留的规定的情况提出的问题,特别报告员认为这个问题超越对条约的保留范围,比较接近国际法不成体系问题或单方面行为专题。他不认为这个问题应当在《实践指南》中论述,不过他不反对委员会在《指南》中列入有关这方面的准则草案。
- 88. 特别报告员很高兴地注意到委员会对准则草案 2.5.3 的反应很好,一致通过了该草案。关于有人希望列入具体提及条约监测机构的措辞,他想知道,如果这样做,是否也应提及大会和区域机构。无论如何,在他看来该建议不大可能得到广泛支持,特

别是从委员会辩论监测机构的情况来看。关于突出 准则草案的建议性的建议,他的看法是整个《实践 指南》就是一套建议。至于删去提及国内法的建议, 他认为正是因为国内法的演变造成保留过时才使得 定期审查如此重要。

- 89. 他注意到大家显然比较喜欢有较长案文的准则草案 2.5.5 和 2.5.6。为了方便《实践指南》的未来使用者,该《指南》应分别全面地论述每个主题,即使有某些重复。最好等到草案二读审议之后再决定是否合并一些准则草案或使其更加简明。
- 90. 特别报告员注意到对准则草案 2.5.7 和 2.5.8 的评论不多; 所提出的评论主要涉及措辞问题。关于准则草案 2.5.7, 他赞成这样的建议,即应具体阐明撤回保留引起保留提及的那些条约规定在撤回保留国家或组织与所有其他条约缔约方之间的适用的问题。
- 91. 关于准则草案 2.5.9 和 2.5.10, 特别报告员说,就准则草案 2.5.9涉及国际法中通知的生效日期的评论,他认为没有一般性规则:即使在 1969 年和 1986 年《维也纳公约》内,第 20 条所载的规则也不同于第 22 条第 3 款的规则。
- 92. 关于准则草案 2.5.10, 特别报告员同意以下评论: 撤回不应当影响撤回保留国家对于其他缔约国家或 组织的义务, 而是如准则现有案文所说的影响其"状况"。
- 93. 关于准则草案 2.5.11, 特别报告员并不低估一些委员提到的可能性,即各国可能把加重保留说成是部分撤回。不过,法学家的职责正是确定分类和提供定义。在这方面,"更改"一词极为重要,因为撤回是涉及一项将继续存在的现有保留。问题不在于撤回一项保留之后提出一项新的保留,就像秘书长的不一贯做法可能表明的那样。
- 94. 关于准则草案 2.5.12, 他赞同以下建议: 应当列入提及反对继续存在的情况, 如果因反对方也反对未被撤回的那部分保留而有此需要的话。这可以通过在准则结尾加上如下行文来解决: "只要反对不是专门针对被撤回的那部分保留"。特别报告员也完全了解以下示例的重要意义: 部分撤回保留后剩下部分的保留对某一特定国家或一组国家具有歧视性。在这种情况下,遭受这种歧视的国家有正当理由提出反对。不过,是否存在同一类型的其他案例值得怀疑; 如果存在,可以这样解决: 在准则草案

2.5.12 中加入一个新段落或拟订准则草案 2.5.12 之 二。⁵³

- 95. 最后,特别报告员谈到准则草案 2.5.4、2.5.11 和 2.5.X. 并说他的评论将集中在准则草案 2.5.X 上, 因 为它是另外两项准则的合并。他回顾说, 若干委员 说过第一段所说的是显而易见的事实。他认为有必 要说清楚监测机构绝不能决定一国承担的条约义务: 换句话说,监测机构既不能撤回也不能取消一项保 留。它们至多只能认定一项保留不能允许,尽管欧 洲人权法院——他认为错误地——宣称它有权取消 贝利洛斯案 54 中的保留。即使国际法院所能做的也只 是拒绝适用不能允许的保留,但是在这种情况下, 它需要决定该项保留是否能够与条约分离, 因此能 够在没有该项保留的情况下适用条约,或者是否该 项保留的不可允许使得条约不能全部适用。总之, 国际法院的裁决权限仅限于处理中的案件, 而在提 出保留的国家与被告以外的国家之间的关系方面, 该项保留继续存在,尽管仍然不能接受或不能允许55 (违禁或无效)。
- 96. 特别报告员回顾说,准则草案 2.5.X 第二段第一句是照抄委员会第四十九届会议通过的初步结论第 10 段第一句,前面加上一句"此项决定作出后"。他仍然认为,除非行事不真心诚意,否则注意守法的国家肯定会采取某种行动处理不能允许的保留,无论后者是否被某一特定机构认定为不能允许。有可能在必要时按照有人提出的建议将措辞改为"提出保留的国家有责任",即照抄初步结论中的一句话。
- 97. 特别报告员也注意到,人权条约设立的监测机构往往有比仅发表评论和提出建议广泛得多和更具有约束力的权力。关于国际法院,他认为,当它被要求裁决条约的适用问题时,它的作用与某些人所说的相反,几乎就是监测机构的作用。尽管如此,可能最好是使用这样的措辞: "有资格认定保留是不能允许的机构"。他也不认为监测机构像有些人宣称的那样,总是或完全是政治性的。
- 98. 特别报告员再次强调,他从未说过作出的保留被主管机构认定不能允许的国家有义务撤回该项保留。
- 53 特别报告员宣读了以下措辞:"不得针对部分撤回的保留 提出新的反对,除非剩下的保留引起新问题,而反对是针对 这类问题的。"
- 54 欧洲人权法院,《A辑: 判决和裁决》,第132卷,贝利洛斯诉瑞士案,1988年4月29日判决。
 - 55 特别报告员不想在现阶段就术语问题作出最后决定。

准则草案 2.5.X 抄录委员会第四十九届会议通过的初步结论第 10 段,连同其说明,即一国可以(可能的选择方案之一)通过全部或部分撤回保留履行其法律义务。特别报告员还指出,一位委员提出的监测机构拥有的各种权力的分类,应当载入评注而不是纳入准则草案本身。

99. 特别报告员最后说,虽然他对有关准则草案 (2.5.4、2.5.11 之二和 2.5.X) 的内容所受到的批评不大以为然,但他暂时不会要求将它们提交起草委员会,因撤回问题终究是次要问题。

100. 这些准则草案的主要内容,一方面是条约监测机构的权力,另一方面是保留不能允许的后果。因此,他打算在将来辩论不能允许的保留问题时,或者在审查委员会第四十九届会议通过的初步结论时,提出一些经修改的案文。关于其他准则草案,包括示范条款草案,他相信委员会不反对把它们提交起草委员会。

101. 在第 2739 次会议上,委员会决定将下列准则草案提交起草委员会: 2.5.1(撤回保留)、2.5.2(撤回的形式)、2.5.3(定期审查保留的功用)、2.5.5(在国际上撤回保留的权限)、2.5.5之二(在内部撤回保留的权限)、2.5.5之二(在内部撤回保留的权限)、2.5.6之三(违反内部提出保留的规则在国际一级不产生影响)、2.5.6(撤回保留的告知)、2.5.6之二(撤回保留的告知程序)、2.5.6之三(保存人的职能)、2.5.7(撤回保留的后果)、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)、2.5.9(撤回保留的生效日期)(包括相关的示范条款)、2.5.10(保留国可以单方面确定撤回保留生效日期的情况)、2.5.11(部分撤回保留)以及2.5.12(部分撤回保留的后果)。

C. 委员会迄今暂时通过的对条约 的保留准则草案

1. 准则草案案文

102. 委员会迄今暂时通过的准则草案案文如下。56

对条约的保留

实践指南

1. 定义

1.1 保留的定义

"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,该国或该组织意图藉此排除或更改条约中某些规定对该国或该组织适用时的法律效力。

1.1.1[1.1.4]⁵⁷ 保留的目的

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

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约束的种种方式。

1.1.3 [1.1.8] 有领土范围的保留

一国提出单方面声明,意图藉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 [1.1.3] 在通知领土内适用时提出的保留

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, 意图藉此排除条约或更改其中某些规定在对其领土适用时的法律效力, 此项声明即构成保留。

1.1.5 [1.1.6] 旨在限制声明方义务的声明

⁵⁶ 见《1998年······年鉴》,第二卷(第二部分),第102-111页中对以下各项准则的评注: 1.1, 1.1.2, 1.1.3 [1.1.8], 1.1.4[1.1.3]和1.1.7[1.1.1];《1999年……年鉴》,第 二卷第二部分, 第98-136页中对以下各项准则的评注: 1.1.1[1.1.4], 1.1.5[1.1.6], 1.2, 1.2.1[1.2.4], 1.2.2[1.2.1], 1.3, 1.3.1, 1.3.2 [1.2.2], 1.3.3 [1.2.3], 1.4, 1.4.1 [1.1.5], 1.4.2 [1.1.6], 1.4.3 [1.1.7], 1.4.4 [1.2.5], 1.4.5 [1.2.6], 1.5, 1.5.1 [1.1.9], 1.5.2 [1.2.7], 1.5.3 [1.2.8]和1.6; 《2000年…… 年鉴》,第二卷(第二部分),第111-127页中对以下各项准 则的评注: 1.1.8, 1.4.6 [1.4.6, 1.4.7], 1.4.7 [1.4.8], 1.7, 1.7.1 [1.7.1, 1.7.2, 1.7.3, 1.7.4] 和 1.7.2 [1.7.5]; 以及《2001 年……年鉴》,第二卷(第二部分),第202-218页中对以下 各项准则的评注: 2.2.1, 2.2.2 [2.2.3], 2.2.3 [2.2.4], 2.3.1, 2.3.2, 2.3.3, 2.3.4, 2.4.3, 2.4.4 [2.4.5], 2.4.5 [2.4.4], 2.4.6 [2.4.7]和2.4.7[2.4.8]。对以下各准则的评注见下文第2节: 2.1.1, 2.1.2, 2.1.3, 2.1.4 [$2.1.3 \stackrel{>}{>} =$, 2.1.4], 2.1.5, 2.1.6[2.1.6, 2.1.8], 2.1.7, 2.1.8 $[2.1.7 \stackrel{?}{>} =], 2.4, 2.4.1, 2.4.2$ [2.4.1之二]和2.4.7[2.4.2,2.4.9]。

⁵⁷ 方括号内的号数指本准则草案在特别报告员报告中的序号,或已并入准则草案最后案文的某一准则草案在特别报告员报告中的原号数。

一国或一国际组织在表示同意接受条约约束时提出单方面声明, 意图藉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

一国或一国际组织于表示同意接受条约约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 [1.1.1] 联合提出的保留

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。

1.1.8 根据排除条款作出的保留

一国或一国际组织在表示同意接受条约约束时,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

"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[1.2.4] 有条件解释性声明

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约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 [1.2.1] 联合提出的解释性声明

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 保留和解释性声明的区别

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

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 [1.2.2] 措辞和名称

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 [1.2.3] 在禁止保留时提出单方面声明

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,除非此项声明确实旨在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

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[1.1.5] 旨在作出单方面承诺的声明

一国或一国际组织对条约提出的单方面声明, 意图藉此 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[1.1.6] 旨在增添条约内容的单方面声明

一国或一国际组织提出单方面声明, 意图藉此增添条约的内容, 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 [1.1.7] 不承认声明

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和声明国不予承认的实体之间的适 用。

1.4.4 [1.2.5] 一般性政策声明

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 [1.2.6] 关于在内部履行条约的方式的声明

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 [1.4.6,1.4.7] 根据任择条款作出的单方面声明

- 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。

1.4.7 [1.4.8] 对条约规定作出选择的单方面声明

一国或一国际组织根据条约所载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

1.5.1 [1.1.9] 对双边条约的"保留"

一国或一国际组织发起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约束的条件,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 [1.2.7] 对双边条约的解释性声明

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 [1.2.8] 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

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

《实践指南》本章所载列的单方面声明的定义,不影响可否按照对它们适用的规则,发表此类声明及声明之效力。

1.7 替代保留和解释性声明的程序

1.7.1 [1.7.1, 1.7.2, 1.7.3, 1.7.4] 替代保留的程序

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 [1.7.5] 替代解释性声明的程序

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 保留的形式和告知

2.1.1 书面形式

保留必须以书面形式提出。

2.1.2 正式确认的形式

保留必须以书面形式正式确认。

2.1.3 在国际一级提出保留

- 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,表明有权制定或确认涉及提出保留的条约的条文、或有权表示该国或该组织同意接受该条约的约束:或
- (b) 从惯例或其他情况看,有关国家或组织的意图是认为该人士拥有此类目的的权限,此人无须出示全权证书。
- 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) 各国为针对一国际会议通过的条约提出保留而派驻 该国际会议的国家代表:
- (c) 各国为针对一国际组织或其机关制定的条约提出保留而派驻该国际组织或其机关的代表;
- (d) 为针对派驻国与国际组织间的条约提出保留而常驻该国际组织的代表团团长。

2.1.4 [2.1.3 之二、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

- 1. 确定在本国提出保留的主管机构和应遵循的程序, 是每一国家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

- 1. 保留必须以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,或是据以设立一有权接受保留之机关的条约,则对此条约的保留也必须告知该组织或机关。

2.1.6 [2.1.6、2.1.8] 告知保留的程序

- 1. 除非条约另有规定或各缔约国和缔约组织另有协议外,对条约之保留的告知:
- (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资格成为该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,应送交保存人,由他尽早告知所要送交的国家和组织。
- 2. 保留的告知只有在该通知所要递交的国家或组织、或保存人收到该通知的情况下,才应视为提出保留者已告知保留。
- 3. 可对保留提出反对意见的时期从国家或国际组织收到该项保留通知之日算起。
- 4. 如果对条约的保留是以电子邮件或传真告知,必须以外交照会或保存人的通知加以确认。在这种情况下,电子邮件或传真的日期即告知的日期。

2.1.7 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合适和正当的形式,并酌情将此事提请有关国家或组织注意。
- 2. 如果一国或一国际组织与保存人之间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。

2.1.8 [2.1.7 之二] 显然 [不能允许]提出保留之情况下的程序

- 1. 如果保存人认为显然 [不能允许]提出某项保留,则应提请提出保留者注意保存人认为的构成这种 [不能允许的状况]。
- 2. 如果提出保留者坚持保留,保存人应将保留的案文 告知各签署国和国际组织以及各缔约国和国际组织,并酌情 告知有关国际组织的主管机关,说明该项保留所引起的法律 问题的性质。

2.2.1 正式确认在签署条约时提出的保留

凡在签署须经批准、正式确认、接受、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约束时正式予以确认。遇此情形,该项保留应被认为在其确认之日提出。

2.2.2 [2.2.3] 在签署条约时提出的保留无须予以确认的情况

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

2.2.3 [2.2.4] 条约明文规定可在签署时提出的保留

如一条约明文规定一国或一国际组织可在签署条约时提 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 表示同意接受条约约束时正式予以确认。

....58

2.3.1 过时提出保留

除非条约另有规定,一国或一国际组织不得在表示同意 受条约约束后提出保留,但如果其他缔约方不反对过时提出 保留者除外。

2.3.2 接受过时提出保留

除非条约另有规定,或保存机构采取不同惯例,如一缔约方在收到通知之日起十二个月期限届满之后,仍未对一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 反对过时提出保留

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保留国际组织生效或继续有效。

2.3.4 事后采用保留以外的方式排除或更改条约的法律效力

条约缔约方不得通过下列办法排除或更改条约的各项规 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

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该国际组织同意接受条约的人提出。

[2.4.2 [2.4.1 之二] 在内部一级提出解释性声明

- 1. 确定在内部一级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之权限和程序的国内法规定或国 际组织规则的事实,认定该项声明无效。]

2.4.3 可以提出解释性声明的时刻

在不妨碍准则1.2.1, 2.4.6 [2.4.7] 和2.4.7 [2.4.8] 的 规定的条件下,解释性声明可以随时提出。

2.4.4 [2.4.5] 无须确认在签署条约时提出的解释性声明

如一国或一国际组织表示同意受条约约束, 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 [2.4.4] 正式确认在签署条约时提出的有条件解释性声明

凡在签署须经批准、正式确认、接受、核准的条约时提 具的有条件的解释性声明,须由声明国或声明国际组织在表 示同意接受条约约束时正式予以确认。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 [2.4.7] 过时提出解释性声明

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 无一反对该项过时提出的解释性声明。

[2.4.7 [2.4.2、2.4.9] 提出和告知有条件解释性声明

- 1. 必须以书面方式提出有条件解释性声明。
- 2. 也必须以书面方式正式确认有条件解释性声明。
- 3. 有条件解释性声明必须以书面方式告知缔约国、缔约组织以及有权成为该条约缔约方的其他国家和国际组织。
- 4. 有条件解释性声明如果涉及建立国际组织的现行条约或据以建立一有权接受保留之机构的条约,也必须告知该组织或机构。]

2.4.8 过时提出有条件解释性声明 59

在表示同意接受条约约束之后,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. 委员会第五十四届会议暂时通过的 准则草案案文及其评注

103. 委员会第五十四届会议暂时通过的准则草案案 文及其评注载录如下:

2. 程序

2.1 保留的形式和告知

2.1.1 书面形式

保留必须以书面形式提出。

评注

- (1) 根据 1969 年和 1986 年《维也纳公约》第 23 条 第 1 款,保留"须以书面提具,并通知各缔约国和缔约组织及有权成为该条约当事国的其他国家和国际组织"。准则草案 2.1.1 述及要求的第一部分,第二部分则在准则草案 2.1.5 中进行了讨论。
- (2) 尽管在保留的实际定义中并未列明,60 而包括在定义中的"声明"既可指口头声明,也可指书面声明,但在《维也纳公约》准备工作期间从未对保留须以书面形式提出这一点提出疑问。委员会对当时为条款草案第18条第1款、后来在这一方面未作任何更改地成为1969年《维也纳公约》第二十三条第一项

⁵⁸ 特别报告员建议的第2.3节涉及过时提出保留。

⁵⁹ 本项准则(原2.4.7[2.4.8])因第五十四届会议通过了新的准则草案而重新编号。

⁶⁰ 见《实践指南》准则草案1.1,它结合了1969年和1986年《维也纳公约》第2条第1款(d)项和1978年《维也纳公约》第2条第1款(j)项的定义。又见《1998年······年鉴》,第二卷(第二部分),第102-103页。

的最后评注指出,保留必须以书面提出是不言自明的。⁶¹

(3) 这是特别报告员 J. L. 布赖尔利 1950 年表示的意见, 他在关于条约法的第一次报告中建议条约法公约草案第 10 条第 2 款行文如下:

除非条约作出相反规定,不然,对该条约提出保留的案 文必须与该条约的条文一并予以确认,或以该条约接受书或 接受书副本相同的方式正式予以通知。⁶²

- (4) 在委员会第二届会议的讨论期间, ⁶³ 该项建议并未引发反对意见(除了对"确认"一词), 但未再审议保留应以何种形式提出的问题, 直到 1956 年菲茨莫里斯关于条约法的第一次报告; 根据他所提议并是目前 1969 年和 1986 年《维也纳公约》第 23 条第2款的直接前身的第 37 条第 2款,"保留必须有正式格式,以书面形式提出,或以某种形式载录于会议记录"。⁶⁴
- (5) 1962 年汉弗莱·沃尔多克爵士关于条约法的第一次报告 65 发布后,委员会详述了这一主题:

必须是书面形式的保留可在以下情况下提出:

- (一) 通过条约案文之际,在条约正面或在通过条约的会议最后文件中,或在因条约通过而拟就的其他一些文书中;
- □ 其后签署条约时;或
- 乏换或交存批准、加入、接受或核可的文书时,可出现 在文书本身或记录或其他所附文书中"。66

委员会委员几乎没有讨论这一条款。67

- ⁶¹ 见《1966年······年鉴》[英],第二卷,第208页。
- 62 《1950年······年鉴》[英],第二卷,文件A/CN.4/23号文件,第239页。
 - ⁶³ 同上,第一卷,第53次会议,第91-92页。
- ⁶⁴ 《1956年······年鉴》[英],第二卷,A/CN.4/101号文件,第115页。
 - 65 《1962年······年鉴》[英],第二卷,A/CN.4/144号文件。
- ⁶⁶ 同上, A/5209号文件, 草案第18条第2款(a)项, 第176页; 关于该项条款的评注见第180页; 又见《2001年······年鉴》, 第二卷(第二部分), 准则草案2.2.1的评注第(4)和(5)段, 第202-203页。
- 67 见第651次至第656次会议简要记录,(《1962年······年鉴》[英]第一卷,第139-179页。又见特别报告员阿兰·佩莱关于对条约的保留的第五次报告,《2000年······年鉴》,第二卷(第一部分),A/CN.4/508和Add.1-3号文件,第237段;见本评注第(8)段。

- (6) 有两国政府 ⁶⁸ 建议"简化程序性条款", ⁶⁹ 根据 这两国政府的立场,沃尔多克在二读时提出了一个 远为克制的行文建议,即:"保留必须是书面形式。 如在条约案文通过后提出,则必须通知保存者,或 在无保存者的情况下通知其他相关国家"。 ⁷⁰ 该草案 是 1969 年和 1986 年《维也纳公约》第 23 条第 1 款 的直接来源。
- (7) 虽然措辞有所变化,但无论是委员会 ⁷¹ 还是 1968-1969 年联合国条约法会议 ⁷² 都从未质疑保留须以书面形式提出。而且,无论是国家和国际组织间或国际组织相互间的条约法特别报告员保罗 路透,还是 1986 年联合国条约法会议与会者都未补充澄清,也未建议对此作任何更改。因此,在此方面准备工作表现出可观的一致性。
- (8) 这很容易作出解释。有文章写道:

保留系正式声明。虽然该词的定义并未列明保留应以书面形式提出,但根据《维也纳公约》第23条第(1)款,这似乎是一项绝对要求。如今,同意某一条约的各项行为同时发生的情况已不普遍,因此,各缔约国不可能知晓口头提出的保留。在缔约程序各异的这样一个时代,必须以书面形式提出保留,以便保存者登记和通知,这样,所有相关国家都可知晓。无法对未加通知的保留采取行动。其他国家无法明确接受或反对此类保留。⁷³

- (9) 但在 1962 年委员会第十四届会议讨论期间,沃尔多克在回答塔比比先生提出的一个问题时未完全排除"口头保留"的想法。不过,他认为这一问题"应属通过条约时的保留问题,这在第 2(a) (一)款中涉及,
- 68 丹麦和瑞典(见汉弗莱·沃尔多克爵士提出的关于条约 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46和第47页)。
 - ⁶⁹ 同上,第53页,第13段。
 - ⁷⁰ 同上:草案第20条第1款。
- 71 见条约法草案最后案文,载于《1966年……年鉴》[英],第二卷,A/6309/Rev.1号文件,第208页,条款草案第18条,第1款。
- 72 《联合国条约法会议正式记录,第一届和第二届会议,1968年3月26日至5月24日和1969年4月9日至5月22日,维也纳,会议文件》(联合国出版物,出售品编号: E.70.V.5),全体委员会关于会议第一届会议的工作报告,A/CONF.39/14号文件,第138-139页,第190-196段。
- 73 F. Horn,《对多边条约的保留和解释性声明,国际法研究论文》,第五卷,(海牙, T.M.C 阿瑟研究所, 1988年),第44页;并见 L.Lijnzaad,《对联合国人权条约的保留:批准和毁灭?》(多德雷赫特,马蒂努斯·奈霍夫出版社,1999年),第50页。

而且,不管怎样,要求正式确认这样一项要求"应 在很大程度上消除困难"。⁷⁴

- (10) 最终而言,如果必须在表示肯定同意接受条约约束时正式确认保留,则保留最初以何种方式提出并不重要。在准备工作中无疑应如此解释 1969 年和1986 年《维也纳公约》第 23 条第 1 款:只有在确实提出保留时才须以书面形式提出,即:
- (a) 在签署一项条约时,如果该条约对此有明确规定,⁷⁵或是在签署等于明确表示接受条约约束(一项简化形式的协定)时;⁷⁶以及
- (b) 在所有其他情况下,当一国或一国际组织表示明确同意接受条约约束时。"⁷⁷
- (11) 不过委员会仍然认为,保留最初可否口头提出的问题可留待讨论。正如沃尔多克十分正确地指出,答案没有实际影响:无论怎样,缔约方可在表示接受条约约束之日前任何时候提出保留;因此,即便其最初的口头声明不能被视为真正的保留,其在适当时候作出的"确认"可被视为提出保留。⁷⁸

2.1.2 正式确认的形式

保留必须以书面形式正式确认。

评注

- (1) "关于保留程序"的 1969年和 1986年《维也纳公约》第 23条第 2款并未明确要求保留以书面形式确认。但当这一规定在准则草案 2.2.1 再现时,⁷⁹的确要求提出保留的国家(或国际组织)在表示接受条约约束时必须正式确认保留。"正式"一词必须毫无疑义地理解为这种形式必须以书面方式完成。
- 74 《1962年······年鉴》[英],第一卷,第663次会议,第223页,第34段。并见布赖尔利1950年在委员会第二届会议上的一次讲话: "布赖尔利先生同意,保留必须是正式提出,但可在谈判期间非正式宣布"(《1950年······年鉴》[英],第一卷,第53次会议,第91页,第19段)。
- ⁷⁵ 见准则草案2.2.3[2.2.4],《2001年······年鉴》,第二卷(第二部分),第201页。
 - ⁷⁶ 见准则草案2.2.2[2.2.3], 同上。
 - ⁷⁷ 见准则草案2.2.1, 同上。
 - ⁷⁸ 见本评注第(8)段。
- ⁷⁹ 见本准则案文及其评注,载于《2001年······年鉴》,第二卷(第二部分),第202-205页。

- (2) 这一解释也符合 1969 年和 1986 年《维也纳公约》第 23 条的准备工作,特别是因为确认必须以书面形式作出,委员会及其条约法特别报告员认为,保留最初可否以口头提出可以留待以后讨论。⁸⁰
- (3) 要求保留以书面形式确认也是常识问题:如果没有正式案文,保留就不能根据 1969 年和 1986 年《维也纳公约》第 23 条第 1 款的规定肯定地告知其他有关缔约国和国际组织。另外,这也符合一贯性的做法,而且就委员会所知,在这方面毫无例外。
- (4) 然而应该指出,准则草案 2.1.2 并未对是否总是需要对保留作正式确认的问题表明态度。准则草案 2.2.1 至 2.2.3 对此作出了决定,表明有些情况不适合作这种确认。⁸¹

2.1.3 在国际一级提出保留

- 1. 在符合作为条约保存人的国际组织的惯例的情况下,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,表明有权制定或确认涉及提出保留的条文、或有权表示该国或该组织同意接受该条约的约束;或
- (*b*) 从惯例或其他情况看,有关国家或组织的意图是认为该人士拥有此类目的的权限,此人无须出示全权证书。
- 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*) 各国为针对一国际会议通过的条约提出保留 而派驻该国际会议的国家代表:
- (c) 各国为针对一国际组织或其机关制定的条约提出保留而派驻该国际组织或其机关的代表;
- (*d*) 为针对派遣国与国际组织间的条约提出保留而常驻该国际组织的代表团团长。

评注

- (1) 准则草案 2.1.3 明确了因其职务而有权代表国家或国际组织提出保留的人士和机构。其案文紧扣 1986 年《维也纳公约》。⁸²
 - 80 见上文准则草案2.1.1的评注,第8段和第10段。
- 81 这些准则案文及其评注,见《2001年······年鉴》,第二卷(第二部分),第202-205页。
- 82 1969年《维也纳公约》第七条也基本如此拟就,但其与目前本《实践指南》不同的是,它仅涉及国家之间的条约。

- (2) 1969 年和 1986 年《维也纳公约》均未对此作出解释。不过,沃尔多克在其 1962 年关于条约法的第一次报告中提出了一项条款草案,行文如下:
 - "保留须以书面形式在以下情况下提出:
- (1) 出现在条约正面而且通常做为保留提出国代表签字的附加说明;
- (2) 在会议最后文件、议定书、议事录或与条约有关并由保留提出国全权代表签署的其他文件中;
- (3) 在保留提出国批准、加入或接受条约的文书中,或 在议事录或伴随批准书、加入书或接受书并由保留提出国主 管当局拟订的其他文书中。"⁸³
- (3) 正如瑞典所指出,关于委员会在一读通过的相应条款,⁸⁴ 此种"程序性规则······列入提议的业务守则更为恰当,"⁸⁵ 而这正是《实践指南》的功能。然而委员会得出结论,无须将各项澄清列入《指南》:保留可出现于其中的一长列文书清单并不说明什么,尤其是鉴于这一清单并没有限定性,因为有两处提及除明确提到的文书以外的一项文书。
- (4) 只有相关文书的著者需要加以澄清。但在这方面 1962 年的案文并不完全令人满意。保留也许应由"保留国代表"或"保留国主管当局"提出。⁸⁶ 然而问题 是一般国际法中是否有规则以限定方式确定哪一或哪些当局有权在国际一级提出保留,或者此事应由每个国家的国内法确定。
- (5) 委员会认为,或许可从 1969 年和 1986 年《维也纳公约》的一般框架以及从各国和国际组织在此领域的实践中获得这一问题的答案。
- (6) 根据其定义,保留的目的是改变涉及缔约国间关系的某一条约的条款的法律效力;虽然保留不出现在条约中,而是出现在另一文书中,因此它是条约主体的组成部分,直接影响到缔约国的相应义务。它使构成条约的文书(或一份以上的文书)保持不变,但它直接影响到事情本身。在此情况下,合乎逻辑和不可避免的做法似乎应该是,提出保留的条件应与国家或国际组织同意接受约束的条件相同。在这一领域,国际法并不完全以国内法为基础。
- ⁸³ 《1962年······年鉴》[英],第二卷,A/CN.4/144号文件,第60页,草案第17条,第3(a)款。沃尔多克在其评注中只是说这项规定"似乎不需要评论。"(同上,第66页)。
- ⁸⁴ 同上, A/5209号文件, 草案第18条, 第2(a)款, 第176页。
- ⁸⁵ 特别报告员汉弗莱·沃尔多克爵士关于条约法的第四次报告,(见上文脚注68),第47页。
 - ⁸⁶ 见本评注第(2)段。

- (7) 1969 年和 1986 年《维也纳公约》第 7 条载有关 于这一点的精确详细条款,无可争辩地反映了关于 该主题的实在法。1986 年《维也纳公约》第 7 条规定:
- "1. 有下列情形之一时,一个人被认为为了议定或认证 条约约文或表示一国同意受条约拘束的目的而代表该国:
 - (a) 他出示了适当的全权证书;
- (b) 从惯例或其他情况看来,各有关国家和国际组织的意思认为该人为这些目的代表该国,而无须出示全权证书。
- "2. 由于所任职务,无须出示全权证书,被认为代表其国家的人如下:
- (a) 国家元首、政府首脑及外交部长: 为了实施有关缔结一个……条约的一切行为;
- (b) 国家任命出席国际会议的代表: 为了议定条约约文;
- (c) 国家任命派往国际组织或其某一机关的代表: 为了 在该组织或机关内议定条约约文:
- (*d*) 常驻国际组织代表团团长: 为了议定派遣国和该组织间的条约约文。
- "3. 有下列情形之一时,一个人被认为为了议定或认证条约约文或为了表示一国际组织同意受条约拘束的目的而代表该组织:
 - (a) 他出示了适当的全权证书;
- (b) 从各种情况看来,各有关国家和国际组织的意思认为该人按照该组织的规则为这些目的代表该组织,而无须出示全权证书。"
- (8) 鉴于上述理由,这些规则经必要更改后,当然可转而适用于提出保留的权限,不过有一项理解,即"不能被认为已获授权代表一国或一国际组织"提出保留"的人,其实施的"有关提出保留的行为"非经该国或该国际组织事后确认,不发生法律效果"。⁸⁷
- (9) 此外,对在国际一级提出保留权限的这些限制在实践中得到广泛确认。
- (10) 联合国法律顾问在 1976 年 7 月 1 日的一份备忘录中说:

保留意见必须以书面提出([1969年《维也纳]公约》第二十三条第一项),保留和撤销保留必须出自能够代表该国承担国际义务的三位当权者之一(国家元首、政府首脑或外交部长)(《公约》第七条)。⁸⁸

(11) 类似的情况是,联合国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》仅限于指出,"保留意见必须列入文书或列为文书附件,并且必须出自三位合格当权者之一",并且只提及

⁸⁷ 1969年和1986年《维也纳公约》第8条。

⁸⁸ 《1976年联合国法律年鉴》(联合国出版物,出售品编号: E78.V.5),第211页,第7段。

与"具有约束力的文书的交存"有关的一般发展情况。⁸⁹同样,根据该文件,"在签署时提出的保留必须经这三位合格当权者之一授予全权的签字者批准,或签字者必须是这三位当权者之一"。⁹⁰

- (12) 所有这些规则看来均严格适用;特别报告员在 联合国法律事务厅条约科帮助下查阅的以秘书长为 保存人、内含保留的条约的所有批准书(或同等文书) 均由三位"当权者"之一签署;如果由常驻代表签 署,则常驻代表由三位当权者之一授予全权。此外, 如果情况并非如此,则非正式但坚决地要求常驻代 表改正。⁹¹
- (13) 然而,委员会怀疑将 1969 年和 1986 年《维也纳公约》第 7条(见上文第(7)段)所载的规则转而适用于保留意见的做法是否过于僵硬。例如,可以考虑接受以下看法是否合理:一国向作为一项条约保存者的国际组织委派的代表,如果他/她所代表的国家希望对该条约提出保留,该代表应有权作出此项保留。联合国以外的某些国际组织接受这一做法,所以该问题具有特别的相关性。
- (14) 因此,举例而言,美洲国家组织(美洲组织)秘书长和欧洲委员会秘书长似乎就接受常驻代表来函提交的保留意见。92
- ⁸⁹ 联合国出版物 (出售品编号: E.94.V.15), ST/LEG/7/Rev.1号文件,第49页,第161段;这一段文字引自该文件第121和第122段。
- 90 同上,第62页,第208段;引自《秘书长作为多边条约保存人的惯例汇总》第六章("全权证书与签署")。
- 91 可以类推,在1999年8月10日空中事件案(巴基斯坦诉印度)(《2000年国际法院汇编》,管辖,判决,第12页)中,国际法院受理的印度与巴基斯坦之间的程序性事件证实了这一点。口头记录显示,在1973年10月3日的第一封函件中,巴基斯坦常驻联合国代表团通知说,该国打算继承英属印度成为《仲裁总议定书》(和平解决国际争端)的缔约方。秘书长在1974年1月31日的照会中要求应按"规定形式"提出此类通知,即应由上述三位当权者递交此类通知;该通知以1974年5月30日巴基斯坦总理签署一份新函件的形式提出(文字措辞不同于上一年函件)(见埃利胡•劳特帕赫特爵士代表巴基斯坦提出的诉状,2000年4月5日,CR/2000/3,以及阿兰•佩莱代表印度提出的诉状,2000年4月6日,CR/2000/4)。虽然该事件涉及继承通知而不是提出保留意见,但它证明秘书长在适用关于国家一般表示同意接受条约约束的上述(第(11)段)规则时十分警觉。
- 92 见秘书长根据大会第1452 B(XIV)号决议提交与保留有关的交存惯例报告中的美洲国家组织的答复,《1965 年······年鉴》[英],第二卷,A/5687号文件。又见《欧洲条约汇编》,第24号(保留)。

- (15) 我们还不妨认为,适用于国家的规则应比 1986 年《维也纳公约》第7条第2款规定的程度更充分 地转而适用于国际组织,尤其是,一国际组织秘书 处的首长或该组织委派到一国或另一国际组织的代 表应被视为拥有使本组织承担义务的当然权限。
- (16) 可以合理地认为,承认为提出保留的目的将权限作有限的延伸,这将是一种有限但值得欢迎的逐渐发展。委员会在绝大多数国家的支持下,一直小心谨慎不去改变 1969 年、1978 年和 1986 年《维也纳公约》中的有关条款。⁹³ 不过,即使 1969 年和 1986 年《公约》第 7 条的规定没有明确涉及提出保留的权限问题,该条的规定仍被恰当地视为可转而适用于此种情况。⁹⁴
- (17) 作为两种要求的折衷,委员会通过了一项具有充分灵活性的准则草案,在涉及1969年和1986年《公约》第7条的规则时,保持联合国以外的某些国际组织作为保存者遵循的比较灵活的惯例。⁹⁵对灵活性的需要反映在准则草案2.1.3 开头部分写入"依照作为条约保存者的国际组织的惯例"的提法。顺便说明,这一提法应被理解为既适用于国际组织本身是保存者的情况,也适用于更通常的情况:即这项职能由该组织最高级官员秘书长或总干事行使。
- (18) 还应指出,准则草案 2.1.3 第 1(a) 款所载"为通过或确认条约案文之目的"的提法包括签字,因为签字的两种(选择性的或联合的)功能就是确认条约案文(见 1969 年和 1986 年《维也纳公约》第 10条)和表示同意接受条约约束(第 12条)。

2.1.4 [2.1.3 之二、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

1. 确定在本国提出保留的主管机构和所应遵循的程序,是每一国家国内法或每一国际组织的有关规则所处理的事项。

^{93 《1995}年······年鉴》,第二卷(第二部分),第124页,第487 (*d*) 段。

⁹⁴ 见本评注第 (6) 段。

⁹⁵ 见本评注第(14)段。国际电信联盟(电信联盟)也是这方面的一个特殊示例,不过是不同意义上和由于不同原因的特殊示例,因为对于与该机构所通过的条约等同的案文的保留"只有各代表团,即在会议期间才能提出"(电信联盟对委员会关于保留的问题单的答复——见上文脚注12)。

2. 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。

评注

- (1) 准则草案 2.1.3 涉及在国际一级提出保留,而准则草案 2.1.4 则涉及国家和国际组织在其内部法律系统提出保留。
- (2) 不言自明,提出保留意见的国际阶段只是冰山一角;一国或一国际组织表示同意受拘束的整个程序也是这样,这个程序是也许十分复杂的内部过程的结果。如同不可与之分离的核准程序(或接受、批准或加入程序),提出保留是主要为国际过程中的一种"内部插入成份"。⁹⁶
- (3) 如路透所指出,"关于保留和异议的国家宪法惯例因国而异",⁹⁷例如可以指出,在对委员会关于条约保留的问题单作出答复、并且其对问题 1.7、1.7.1、1.7.2、1.8、1.8.1 和 1.8.2⁹⁸ 的答案可用的 23 个国家中,提出保留的权限仅属于行政部门的有六国;⁹⁹ 仅属于议会的有五国;¹⁰⁰ 两者分享的有 12 国。
- (4) 在最后一种假设情况下,行政部门和议会之间有 多种合作模式。在一些情况下,仅向议会通报打算 提出的保留,¹⁰¹而且未必一贯如此。¹⁰²在其他情况下,
- 96 见 Nguyen Quoc Dinh, Patrick Daillier 与 Alain Pellet 合著,《国际公法》,第6版,(巴黎,法学及司法判例出版社,1999年),第144页。
- 97 P.路透,《条约法导论》,第三版,Philippe Cahier修订并增补,(巴黎,法国大学出版社,1995年),第133段*,第84-85页。
- 98 问题1.7: "在国家内部,由哪个当局决定国家将提出保留:国家元首?政府或某个政府机构?议会?";问题1.7.1: "如果并非总是同一当局有权决定提出保留,其根据的标准为何?";问题1.7.2: "如果决定由行政部门作出,议会是否知悉该决定?是事先还是事后知悉?是否应邀讨论拟议的保留意见案文?";问题1.8: "一国家司法机构能否反对或坚持提出某些保留?";问题1.8.1: "如果是这样,是哪个当局,该当局如何处理该问题?";问题1.8.2: "该当局在作出决定时可援引什么理由?"(见上文脚注12,附件二)。
- ⁹⁹ 玻利维亚(议会可建议保留)、哥伦比亚(某些条约)、克罗地亚(议会可反对提议的保留,这意味着征求议会的意见)、丹麦、教廷和马来西亚。又见下文脚注101-104提及的国家。
- 100 哥伦比亚(某些条约)、爱沙尼亚、圣马力诺、斯洛文尼亚、瑞士(但提案通常由联邦委员会提出),除非联邦委员会自己拥有权限。
- ¹⁰¹ 科威特自1994年以来(特设委员会咨询); 新西兰"直至最近"(临时建立的制度)。
- ¹⁰² 法国(如果议会报告员要求并仅作为一种"礼节")、以 色列、日本(如果条约不包含保留条款)、瑞典(向议会递交

- 所有保留在提出之前须经议会批准,¹⁰³ 或者,如果只有某些条约提交议会,则与这些条约有关的保留须经议会批准。¹⁰⁴ 此外,可要求一司法机构介入提出保留的内部进程。¹⁰⁵
- (5) 注意到这一点很有意思,提出保留的程序未必遵循为表示一国同意接受拘束而一般必须遵守的程序。因此在法国,只是在最近才确立了一种惯例,向议会递交共和国总统或政府打算在批准条约或核准协定时附加的保留的案文,尽管按照《1958年宪法》第53条,这些文书必须提交议会。¹⁰⁶
- (6) 各国提出保留的权限和这方面应遵循的程序的多样性看来也反映在国际组织中。只有两个国际组织 ¹⁰⁷ 答复了关于保留的问题单中的问题 3.7、3.7.1 和 3.7.2: ¹⁰⁸ 粮农组织说,此种权限属于大会,而民航组织在强调指出缺乏实践的同时,认为如果以民航组织的名义提出保留,则由秘书长作为一项行政事项提出,并视情况由大会或理事会根据各自的权限提出,¹⁰⁹ 并规定,将理事会或秘书长提出的保留通报大会是"恰当的"。
- (7) 委员会认为,可从这些意见得出的唯一结论是,国际法并未对提出保留的内部程序作任何具体规定。 坦白说,这一点非常明显,委员会一些委员怀疑是 否值得在一项准则草案中作明确规定。不过,根据 普遍的意见,应以《实践指南》的实用性为理由作 出明确规定。这就是准则草案 2.1.4 第 1 款的目的。

保留意见"提纲",但从不递交正文)。

- 103 阿根廷和墨西哥。
- 104 芬兰、大韩民国、斯洛伐克和西班牙。
- 105 哥伦比亚、芬兰和马来西亚。
- 106 见阿兰•佩莱,关于第53条的评论,载于 Francois Luchaire 和 G.Cognac 合编,《法兰西共和国宪法》,第2版,(巴黎,经济出版社,1987年),第1047-1050页。
- 107 其原因是,与国家相比,国际组织成为条约缔约方的情况少得多,而如果国际组织成为缔约方,它们一般不提出保留。唯一的例外是欧洲联盟。令人遗憾的是,欧洲联盟迄今未对问题单作出答复。
- 108 问题 3.7: "在内部一级,哪些机关决定该国将提出保留:首席执行官?大会?另外某个机关?";问题 3.7.1: "如果并非总是同一机关有权决定提出保留,其根据的标准为何?";问题 3.7.2: "如果决定由首席执行官作出,是否将该决定告知大会?是事先还是事后知悉?是否应邀讨论拟议的保留意见案文?"(见上文脚注 12,附件三)。
- 109 见设立民航组织的《国际民用航空公约》,第49和第50条。

- (8) 不过,各国和国际组织在确定有权决定提出保留的主管当局和提出保留应遵循的程序中所享有的自由方面产生了一些问题,这类似于条约缔约方在内部批准程序中所享有的同样自由方面所产生的问题;如果不遵守内部规则怎么办?
- (9) 1986 年《维也纳公约》关于"一国国内法关于缔约权限的规定和一国际组织关于缔约权限的规则"的第 46 条规定:
- "1. 一国不得以其同意受条约拘束的表示违反该国国内 法关于缔约权限的规定为理由而主张其同意无效,但违反情 事明显且涉及其具有根本重要性的国内法规则时不在此限。
- "2. 一国际组织不得以其同意受条约拘束的表示违反该组织关于缔约权限的规则为理由而主张其同意无效,但违反情事明显且涉及其具有根本重要性的规则时不在此限。
- "3. 违反情事如对按照国家和在适当情况下国际组织的通常惯例善意地对待此事的任何国家或任何国际组织客观明显时,即为明显。"
- (10) 在缺乏实践的情况下,对于将这些规则转而适用于保留的提出难以采取一种决断的立场。一些方面对此表示赞成:如上文(第(2)段)所讨论,保留的提出不能脱离表示明确同意接受拘束的程序;它发生于表示同意接受拘束之时并必须在此时确认;并且在几乎所有情况下,源自同一当局。但这些并非决定性的论点。虽然关于缔结条约权限的内部规则由宪法规定,但至少广泛而言,提出保留的情况并非如此,如何提出保留源自实践,而实践不一定符合在表示同意接受拘束时遵循的做法。
- (11) 因此,不大可能出现上文引述的《维也纳公约》第 46 条意义上的"明显"违反内部规定的情况,而必须依赖诸如准则草案 2.1.3 所阐述的国际规则。得出的结论是,如果保留的提出是主管当局在国际一级所为,则不允许一国或一国际组织声称,因违反国内法规定或国际组织的规则,所以提出的保留无效。
- (12) 因为该项结论不同于适用于第 46 条阐述的"有 缺陷的批准"的规则,所以看来必须在一项准则草 案中明确说明。这就是准则草案 2.1.4 第 2 款的目的。
- (13) 委员会一些委员指出,这项规定是多余的,因为提出保留者可以"随时"将其撤回。¹¹⁰然而,因这种撤回可能具有追溯力之说远非定论,违反国内法有关规则提出的保留的合法性问题可能会在实践中

出现,从而有理由把准则草案 2.1.4 第 2 款所述规则包括在内。

2.1.5 保留的告知

- 1. 保留必须以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,或是据以设立一有权接受保留之机关的条约,则对此条约的保留也必须告知该组织或机关。

评注

- (1) 保留一旦提出则必须告知其他有关国家和国际组织。这种广泛告知对于使其作出接受或拒绝的反应是至关重要的。1969年和1986年《维也纳公约》第23条具体说明了一国或一国际组织提出的保留的接收方,但对随后实施告知的程序却保持沉默。准则草案2.1.5至2.1.8的目的就是为了填补这项空白,其中准则草案2.1.5更具体地提及了接收方。
- (2) 根据 1986 年《维也纳公约》第 23 条第 1 款,保留必须告知"缔约国、缔约组织以及有权成为缔约方的其他国家和国际组织"。此外,第 20 条第 3 款规定对组成文书的保留需该组织"主管机关的接受"才能生效,这意味着必须如准则草案 2.1.5 第 2 款所述,将保留告知有关组织。
- (3) 关于第一类接收方 (缔约国和缔约组织),不存在任何特别问题。1986年《维也纳公约》¹¹¹ 第 2 条第 1(f) 款将其分别定义为:

不问条约已未生效,同意承受条约拘束之:

- (一) 国家, 或
- 二 国际组织。
- (4) "有权成为该条约当事方的其他国家和国际组织" 的定义带来许多问题,在具体情况下确定何者符合 该项定义则更为棘手。上文指出,"并非所有条约 都十分清楚地规定哪些其他国家可成为缔约方"。¹¹²
- (5) 布赖尔利在其关于对多边条约的保留的 1951 年报告中,建议作出下列规定:
- ¹¹¹ 另见1969年《维也纳公约》第二条第一项(已)款和1978年《维也纳公约》第2条第1(k)款,这两款均对"缔约国"一词作出相同定义。
- 112 《奥本海国际法》,第九版,第一卷,《和平》,R. 詹宁斯和A. 瓦茨编辑,(哈洛,朗文出版社,1992年),第1248页,脚注4。

^{110 1969}年和1986年《维也纳公约》,第22条第1款。

对于本公约签署后(或本公约开放供签署或加入后)提出的任何保留,下列几类国家应有权得到通知:

- (a) 有权成为公约缔约方的国家,
- (b) 已经签署或批准该公约的国家,
- (c) 已经批准或加入该公约的国家。113
- (6) 根据这些建议,委员会建议,"在任何多边公约都没有相反规定的情况下……,多边公约保存人接到保留后,应通知已是或有权成为该公约当事国的所有国家"。¹¹⁴
- (7) 特别报告员赫什·劳特派特勋爵在其 1953 年关于条约法的首次报告中,在关于保留的条款草案第 9条的四项备选案文的三项中建议加入更为笼统的规定,即"收到的保留的案文应由保存当局送交所有有关国家"。¹¹⁵ 但他没有就该用语作出评论。¹¹⁶ 菲茨莫里斯在 1956 年关于条约法的首次报告中再次使用该用语,¹¹⁷ 他在条款草案第 39条中对该用语作出如下澄清:"这些国家均参加了条约谈判和起草工作,或者是通过签署、批准、加入或接受该条约而显示其在条约中的利益"。¹¹⁸
- (8) 相反,汉弗莱·沃尔多克勋爵 1962 年在其关于条约法的第一次报告中,恢复了 1951 年的提法,¹¹⁹并建议"在通过条约的会议后签署、批准、加入或接受条约的国家"所提具出的保留,"应送交所有其他缔约国或有权成为缔约方的国家……"。¹²⁰该提法在起草委员会对其进行审议并稍加改动后得到
- 113 《1951年······年鉴》[英],第二卷,A/CN. 4/41号文件,附件 E,第16页。
- 114 同上,A/1858号文件,第130页,第34段。该问题未进行广泛讨论;不过,可见赫德森和斯皮罗普洛斯的发言,后者认为,根据实在法,将保留送交非条约缔约国不是一项义务(同上,第一卷,第105次会议,第198页)。
- 115 《1953年······年鉴》[英],第二卷,A/CN./4/63号文件,第92页,备选案文B、C和D;颇为奇怪的是,该规定在备选案文A中没有出现(保留为三分之二多数所接受,同上,第91页)。
 - 116 同上,第136页。
- ¹¹⁷ 条款草案第37条:"须将其通知其他有关国家······"(见上文脚注64)。
- ¹¹⁸ 《1956年······年鉴》[英],第二卷,A/CN./4/101号文件,第115页。
 - 119 见本评注第 (5) 和第 (6) 段。
- 120 《1962年······年鉴》[英],第二卷,A/CN/4/144号文件,第60页。出于一些理由,沃尔多克认为,如果保留列于条约结尾或谈判国会议最后文件中,则没有必要将其通知"在谈判国会议上签署条约时"参加提出保留谈判的其他国家。

委员会的通过。¹²¹ 虽然各国在其关于一读通过的条款草案的评论中未在这方面表示任何异议,沃尔多克于 1965 年关于条约法的的第四次报告中,建议恢复"其他有关国家"的提法,¹²² 但未作出任何解释。委员会将该提法更换为"缔约国",¹²³ 理由是"有关国家"¹²⁴ 的概念"十分模糊",并最终在 1966 年第十八届会议上通过了有关规定,要求将保留送交"有权成为条约缔约方的其他国家",¹²⁵ 该用语被"视为更恰当地描述了该类函件的接收方"。¹²⁶

(9) 在联合国条约法会议上,麦金农先生代表加拿大代表团指出,该措辞"可能给保存机构造成困难,因为如何确定这些国家,没有标准可循。因此,宜将其替换为加拿大代表团修正案中所提的"谈判国和缔约国"(A/CONF.39/C.1/L.158)"。¹²⁷尽管这一合乎常理的建议提交给起草委员会,¹²⁸但后者倾向于西班牙提交的修正案,¹²⁹该修正案出现在1969年《维也纳公约》第二十三条第一项的最后定本中,1986年的约文也使用了该修正案,仅有的改动是增列了国际组织。¹³⁰

- 127 《联合国条约法会议正式记录,第一届会议,1968年3月26日至5月24日,维也纳》(联合国出版物,出售品编号: E. 68 .V. 7),全体委员会第23次会议,第124页,第38段。Frowein 指出,大会1966年讨论委员会第14届和第16届会议上编制的关于保存机构的条约法条款草案时,美利坚合众国也表示了相同的关切(见《1966年……年鉴》[英],第二卷,A/6309/Rev. 1号文件,第346页及以下各页,特别是第352页)(见 J.A.Frowein,"关于保存机构职能的一些考虑:对国际法委员会条约法1966年条款草案第72条第1(d)款的评论",《比较公法和国际法杂志》,第27卷(1967年),第533页); 另见 S•罗森,"再论国际条约的保存机构",载于《美国国际法学报》,第64卷(1970年),第847-848页。
- ¹²⁸ 见《联合国条约法会议正式记录》,(上文脚注72),第 194段。
- ¹²⁹ 同上, A/CONF. 39/C. 1/L. 149号文件, 第192(*i*) 段; 全体委员会所通过的案文见第196段。
 - 130 见本评注第(2)段。

 $^{^{121}}$ 条款草案第18条,第3款; 同上,A/5209号文件,第176页。委员会在其评注中认为,该用语等同于"其他有关国家"(第180页)。

¹²² 《1965年······年鉴》[英], 第二卷, A/CN./4/177和 Add.1 和2号文件, 第56页。

¹²³ 同上, A/6009号文件,第162页。

¹²⁴ 汉弗莱·沃尔多克爵士在委员会第813次会议上所作的解释,载于《1965年······年鉴》[英],第一卷,第267页。

¹²⁵ 条款草案第18条,第1款(见上文脚注71)。

¹²⁶ 起草委员会主席布里格斯所作的解释,《1966年······年鉴》 [英],第一卷(第二部分),第887次会议,第293页。

- (10) 所通过的用语不仅含义模糊,而且 1969 年《维也纳公约》的准备工作材料也未给予多少澄清。《公约》第七十七条第一项第(乙)和(戊)款也是如此,这两款尽管未明确提及保留,但规定由保存机构负责将条约约文副本送交"当事方和有权成为条约当事方之国家",并通知它们"有关条约之通知及公文转告"; ¹³¹ 然而,这些规定的准备工作材料未就该用语作出任何说明,¹³² 而委员会委员也从未对此表示关注。
- (11) 1986 年《维也纳公约》的编制过程则不是这种情况。尽管国家和国际组织间或国际组织相互间条约法问题特别报告员在其第四次和第五次报告 ¹³³ 中,仅仅改写了 1969 年《维也纳公约》第二十三条第一项的约文,并未作评论,但委员会若干委员在 1977 年第二十九届会议上讨论草案时,对确定"有权成为缔约方的国际组织"所造成的问题表示了特别关切。 ¹³⁴ 然而在激烈辩论之后,委员会决定只用 1969 年的提法。 ¹³⁵
- (12) 加拿大 ¹³⁶ 和乌沙科夫先生 ¹³⁷ 分别于 1968 年和 1977年提出的限定保留函件接收方的提案未获通过,
- 131 据第七十七条第一(己)项,保存机构还负责"于条约生效所需数目之签署或批准书、接受书、赞同书或加入书已收到和交存时,转告有权成为该条约当事方之国家"。
- 132 关于这些规定的缘起,特别见布赖尔利关于对多边条约的保留的报告,《1951年……年鉴》[英],第二卷,A/CN.4/41号文件,以及委员会的结论,同上,A/1858号文件,第130页,第34(*l*)段;第17条第4(*c*)段;以及沃尔多克在关于条约法的第一次报告中提议的条款草案第27条第6(*c*)款,《1962年……年鉴》[英],第二卷,A/CN.4/144号文件,第66和第82-83页,和委员会一读通过的条款草案第29条第5款,同上,A/5209号文件,第185页;以及委员会第十八届会议通过的条款草案第72条定本,《1966年……年鉴》[英],第二卷,A/6309/Rev.1号文件,第269页。
- 133 《1975年······年鉴》[英],第二卷,A/CN.4/285号文件,第38页和《1976年······年鉴》[英],第二卷(第一部分),A/CN.4/290和 Add.1号文件,第146页。
- 134 例如,乌沙科夫先生指出:"对于国家和国际组织间缔结的普遍性条约,这种保留必须送交所有现有国家。然而,对于同一类条约以及只在国际组织相互间缔结的条约,要确定哪些国际组织"有权成为缔约方"则比较困难。如果10个国际组织是缔约方,那么须将函件送交哪些其他国际组织?"《1977年······年鉴》[英],第一卷,第1434次会议,第101页,第42段。
- 135 特别见 S. Verosta, J.J. Calle y Calle, S. Schwebel 和 P. Reuter 的发言,同上,第102页,以及辩论的结论,同上,第1451次会议,第196页和《1977年······年鉴》[英],第二卷(第二部分),第115页。
 - 136 见上文脚注127。
 - 137 见上文脚注134。

- 这的确令人遗憾(后者未获通过的原因可能是不愿偏离 1969年的措辞,也不愿对国家和国际组织的权利作出任何区分,而这种考虑是值得商榷的);这种限定本可消除保存机构的实际困难,同时又不致显著动摇保留对真正有关的国家和国际组织的"有用"影响。¹³⁸
- (13) 如果条约本身清楚确定哪些国家或国际组织有权成为缔约方,那显然就没有问题,至少"不开放"条约是如此;由欧洲委员会、¹³⁹美洲国家组织¹⁴⁰或非洲统一组织¹⁴¹等区域国际组织主持订立的条约通常属于这一类。对于没有清楚说明哪些国家有权成为缔约国的条约,包含"任何国家"等字的"开放"条约¹⁴²或谈判参与者商定此后可以加入的条约,¹⁴³则情况就复杂得多。下列情况显然尤其如此:保存职能由某一国家行使,而该国不仅与一些国家没有外交关系,¹⁴⁴而且不承认某些宣布自己为国家的实体是国家。
- (14) 《秘书长作为多边条约保存人的惯例汇总》用整章篇幅叙述秘书长确定"可以成为缔约方的国家和国际组织"的困难。¹⁴⁵ 法律理论家已充分强调了这些困难。¹⁴⁶ 然而,就此对委员会条约保留问题单作出答复的国家没有提及这方面的任何特定困难,其原因可能是这个问题并非与保留特别有关,而是
- 138 有意思的是,尽管联合国专门机构不是也无权成为《专门机构特权和豁免公约》的缔约方,但它们的确接到一些国家对其条款提出保留的告知。特别见《秘书长作为多边条约保存人的惯例汇总》(上文脚注89),第60-61页,第199-202段。
- 139 例如,见《欧洲社会宪章》(修订本) K 条第1款:"本宪章将开放供欧洲委员会成员签署";或《反腐败刑法公约》第32条第1款。
 - 140 例如,见《美洲国家反腐败公约》第十八条。
- ¹⁴¹ 例如,见《禁止非法买卖野生动植物合作执法行动卢萨 卡协定》第12条第1款。
- 142 例如,见《禁止并惩治种族隔离罪行国际公约》第十三条: "本公约开放供所有国家签署……"; 或1986年《维也纳公约》第84条第1款: "本公约应持续对任何国家、由(……)纳米比亚以及具有缔约能力的任何国际组织开放加入"。又见《联合国海洋法公约》第305条,其中规定《公约》开放不仅供"所有国家"签署,而且供(独立前的)纳米比亚以及自治国家和领土签署。
 - ¹⁴³ 见1969年和1986年《维也纳公约》第15条。
 - ¹⁴⁴ 见1969年和1986年《维也纳公约》第74条。
 - ¹⁴⁵ 见上文脚注89,第五章,第21-30页,第73-100段。
- ¹⁴⁶ 除其他外,见 Frowein,见上述引文(上文脚注 127),第 533 539 页和 Rosenne,"再论国际条约保存人",同上,第 847 848 页。

与保存职能关系更大。因此,委员会也认为不必提议就此通过一项或多项准则。

- (15) 与此恰成对照的是,无论 1969 年和 1986 年《维也纳公约》(后者取其最广义的措辞)第 23 条第 1款的规则有多大的问题和争议,这项规则无疑仍需转载于《实践指南》。
- (16) 委员会还希望说明,正如保留必须以书面形式提出和确认,¹⁴⁷保留也必须以书面形式告知其他有关国家和组织,这是使接收人在完全知情的情况下作出反应的唯一方法。这后一项要求在 1969 年和 1986年《维也纳公约》中并未言明,但从上下文来看是很清楚的,因为这些《公约》第 23 条第 1 款的规定要求保留以书面形式提出,而且使用非常明确的方式将其与保留告知的要求联系起来。另外,在没有保存人的情况下,保留的提出和告知须同时进行。¹⁴⁸况且,这也符合惯例。¹⁴⁹
- (17) 准则草案 2.1.5 第 2 款涉及国际组织组成文书保留的特定情况。
- (18) 1969 年和 1986 年《维也纳公约》关于保留程序的第 23 条没有述及这一特定情况。但该条第 1 款规定的总则在着方面必须予以澄清和扩充。
- (19) 根据 1969 年和 1986 年《维也纳公约》第 20 条第 3 款: "条约是一国际组织的组成文书时,除另有规定外,保留需经该组织主管机关接受"。只有在该组织知道这项保留的情况下,主管机关才能作出决定,因此,保留必须传送该机关。
- (20) 关于条约法的前三位特别报告员都忽视了这个问题,直到1962年沃尔多克在其第一次报告中才述及这个问题。他提议订立关于"提出和收回保留的权力"的很长的条款草案第17条,其中第5款规定如下:

然而,如果对一国际组织的组成文书提出保留,而且这种保留没有得到该文书具体授权,这种保留就应传递有关组织秘书处首长,以便将保留可否接受的问题提交该组织主管机关审议。¹⁵⁰

- (21) 沃尔多克表示,作出这一澄清是由于:
 - ¹⁴⁷ 见准则草案2.1.1和2.1.2。
 - ¹⁴⁸ 见准则草案2.1.6,第1(a)段。
 - 149 见联合国秘书长的"交存通知"。
 - 150 《1962年······年鉴》[英], 第二卷, A/CN.4/144号文件。

- 注意到《秘书长的惯例汇总》(ST/LEG/7) 第 81 段的一个要点,该段指出:"如果所涉协定是一国际组织的宪章,秘书长遵循的惯例和第六委员会的讨论表明,在有关国家成为缔约国之前,保留应提交该组织的主管机关。只有该组织有权解释其宪章,并确定某项保留是否符合其规定。"。¹⁵¹
- (22) 起草委员会审议后,这项条款就从条款草案中消失了,¹⁵² 可能是因为起草委员会成员认为,通过一项明言规定关于保留对组成文书的效果的决定必须由"有关组织主管机关"作出,¹⁵³ 使这一澄清变得多余。后来,似乎这个问题没有再提出。
- (23) 并不奇怪,沃尔多克在 1962 年就问道: 三年前,印度对后称国际海事组织(海事组织)的《政府间海事组织(海事协商组织)公约》提出保留时,曾出现严峻的问题。¹⁵⁴ 联合国秘书长作为公约保存人,将印度在海事协商组织大会第一届会议开幕当天提出的保留案文递交海事协商组织。他建议海事协商组织秘书处将这个问题提交海事协商组织大会决定。有人对此提出异议时,秘书长在一份条理清楚的报告中坚持认为,"这一程序(1)符合《海事协商组织公约》的规定;(2)符合一机关或机构可以转交保留的情况下的交存先例;(3)符合大会在上次就多边公约的保留问题进行辩论时对这一特定情形表达的意见"。¹⁵⁵
- (24) 除其他外,秘书长还指出,"如果现行多边公约为组织的组成文书,或是建立审议机关的文书,以往凡遇哪个国家对这种公约提出保留的情况,秘书长均将其提交有权对有关公约作出解释的机关"。¹⁵⁶ 例如,他说,1948 年美利坚合众国对《世界卫生组织宪章》提出的保留交给了世界卫生大会,¹⁵⁷ 下一年南非联盟和南罗得西亚对《关税和贸易总协定》(总协定)的保留交给了总协定缔约国。¹⁵⁸ 秘书长在 1997 年《秘书长作为多边条约保存人的惯

- 153 同上,条款草案第20条,第4款,第176页。
- 154 见 A/4235 号文件。
- ¹⁵⁵ 同上,第18段。关于此事,又见Oscar Schachter,"1959年大会期间对条约的保留问题",载于《美国国际法学报》,第54卷(1960年),第372-379页。
 - 156 A/4235号文件,第21段。
- ¹⁵⁷ 同上,第22段。又见Oscar Schachter,"通过联合国秘书处的法律意见国际法取得发展的情况",载于《英国国际法年鉴》,1948年,第124-126页。
 - ¹⁵⁸ A/4235号文件, 第22段。

¹⁵¹ 同上,第66页。

同上, A/5209号文件,条款草案第18条,第175-176页。

例汇总》中举了另一个例子,说明他在这方面的一贯做法: "德国和联合王国接受经订正的 1979 年 5 月 17 日《关于设立非洲开发银行的协定》时,提出该《协定》中没有设想的保留。秘书长作为保存人,适当地将保留转递该银行,并只是在银行通知他已接受保留之后,才同意保存批准书"。¹⁵⁹

- (25) 考虑到 1969 年和 1986 年《维也纳公约》第 20 条第 3 款规定的原则和联合国秘书长通常遵循的惯例,委员会认为的确应该在一项准则草案中规定将对一国际组织组成文书的保留传递给该组织的义务。
- (26) 但关于这项规则的精确范围(其原则似乎没有 疑问),委员会提出三个问题:
 - (a) 准则草案应否说明(该说明列于1962年 沃尔多克草案 ¹⁶⁰)保留必须传递有关组织秘书处首 长?
 - (b) 应否像秘书长在1959年《惯例汇总》中所述,说明如果严格而言,某一条约并非一国际组织的组成文书,但该条约设立了一个可就保留是否合法问题采取立场的"审议机构",同一规则也应适用? 161
 - (c) 向一国际组织传递对该组织组成文书的保留, 是否就不再有义务也向有关国家和国际组织传递保留案文?
- (27) 关于第一个问题,委员会认为,这样的说明并 无必要:即使函件一般是发给秘书处首长,但由于 特定组织的特定结构,情况并非都是如此。例如, 就欧洲联盟而言,欧盟委员会的合议性质,可能引 起一些问题。此外,上述说明无具体价值:重要的 是应适当提请有关组织关注这一问题。
- (28) 如果严格而言,根据一条约设立的"审议机关"不是国际组织,那么同一规则应否适用于这样的机关?关于这个问题,1959年联合国秘书长报告的起草人很可能考虑到关贸总协定的问题,特别是因为所举的一个例子与关贸总协定有关。¹⁶²鉴于关贸总

协定已由世界贸易组织(世贸组织)取代,上述问题已不再存在。但另一种情况仍然存在:某些条约,特别是裁军或环境保护领域的条约,设立了有秘书处的审议机构,而一些这样的审议机构有时无法取得国际组织地位。¹⁶³ 委员会无意对此表明观点,但认为可在《实践指南》中提及这一假定情况。同一规则适用于对下列两种条约的保留似乎有理由:(一)严格意义上的组成文书;(二)设立监督机构协助实施条约,虽然这些机构作为国际组织的地位可能受到挑战。

- (29) 然而,委员会大多数委员认为,为了将这类机构分类,"审议机构"一词虽然有人支持,但并不十分恰当;为了避免混乱,最好提"有能力接受保留的机构"。
- (30) 上文第(26)段中的最后一个问题最难回答,但也具有最大的实际意义,因为与否定的答复相比,肯定的答复会加重保存人的负担。此外,秘书长的做法虽然似乎并不完全前后一贯,¹⁶⁴但倾向于反方向。¹⁶⁵尽管如此,委员会认为,对组成文书的保留不仅应传递给有关组织,而且应传递给所有其他缔约国和缔约组织以及有权成为缔约方的国家和组织。
- (31) 这一立场的论据有两条。第一,一组织接受保留,是否意味着排除了成员国(和国际组织)反对这项保留,这一点很不清楚。委员会打算在对能否反对条约明言允许的保留问题进行深入研究之后,就此作出决定。第二,支持作出肯定答复的有一条很好的实际理由:即使保留告知该组织本身,事实上作出决定的是该组织的成员国(或国际组织)。因此,

¹⁵⁹ 见上文脚注89,第59页,第198段。又见Frank Horn,前引书(上文脚注73),第346-347页。

¹⁶⁰ 见本评注第(20)段。

¹⁶¹ 见《秘书长作为多边条约保存人的惯例汇总》,ST/LEG/7号文件,又见上文本准则草案评注第(24)段。

¹⁶² 见本评注第 (24) 段。

¹⁶³ 见 R. R. Churchill 和 G. Ulfstein 合著: "多边环境协定中的自主性体制安排: 国际法中很少受到注意的现象",载于《美国国际法学报》,第94卷(2000年),第623-659页;一些作者还认为,严格而言,国际刑事法院不是国际组织。

¹⁶⁴ 早些时候的一个示例是,秘书长将美利坚合众国对《世界卫生组织宪章》的保留传递给有关各国和有关组织,见Oscar Schachter,"通过联合国秘书处的法律意见国际法取得的发展",(上文脚注157),第125页。又见《秘书长作为多边条约保存人的惯例汇总》(上文脚注89),第51页,第170段。

¹⁶⁵ 然而,至少在一个情况下,提出单方面声明(相当于保留)的国家(联合王国)曾就其声明同设立一国际组织的协定(即《关于设立加勒比开发银行的协定》)与签署国直接协商(见联合国,《交给秘书长保存的多边条约:截至2000年12月31日的状况》,第一卷,(联合国出版物,出售品编号:E.01.V.5),第482页,脚注8)。提出保留者还可主动与有关国际组织协商(见法国对《关于设立亚洲一太平洋广播发展机构的协定》的保留,同上,第二卷(联合国出版物,出售品编号:E.01.V.5),第298页,脚注3)。

重要的是应让它们知道保留的提出。分两步走的程 序浪费时间。

- (32) 毫无疑问,只有有关国际组织存在,换言之,只有条约有效,才会出现向有关组织传递对该组织组成文书保留的案文的义务。¹⁶⁶ 这件事看来如此之明显,委员会某些委员对于是否有必要在指导性草案中进行澄清提出质疑。但这种澄清看来是必要的,否则就难以理解准则草案 2.1.5 第 2 款的结尾部分(无法将保留告知不存在的国际组织或机构)。
- (33) 尽管如此,可能出现的问题是:在组织切实成立之前,应否将这种保留传递给通常为准备组成文书迅速切实生效而设立的"筹备委员会"(或任何名称的相应机构)。即使在许多情况下似乎需要就此作出肯定的答复,但难以一概而论,因为一切都取决于通过条约的会议授予筹备委员会的确切任务。此外,提及"有能力接受保留的机构"似乎已包含这一可能性。

2.1.6 [2.1.6、2.1.8] 告知保留的程序

- 1. 除非条约另有规定或各缔约国和缔约组织另有协议外,对条约之保留的告知:
- (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资格成为该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,应送交保存人,由他 尽早告知所要送交的国家和组织。
- 2. 保留的告知只有在该通知所要递交的国家或组织、或保存人收到该通知的情况下,才应视为提出保留者已告知保留。
- 3. 可对保留提出反对意见的时期从国家或国际组织收到该项保留通知之日算起。
- 4. 如果对条约的保留是以电子邮件或传真告知, 必须以外交照会或保存人的通知加以确认。这种情况下,电子邮件或传真的日期即告知的日期。

评注

- (1) 像在后面两项准则一样,准则草案 2.1.6 力图澄 清在将对条约保留的文本告知准则草案 2.1.5 说明的 告知接受者时要遵循的各项程序。这包括三个不同 而密切联系的方面:告知者;告知的实际方式;以 及其效果。
- (2) 1969年和1986年《维也纳公约》第23条没有说明由谁负责告知。在大多数情况下,如1986年《维
- ¹⁶⁶ 在实际上,如果组成文书没有生效,联合国秘书长则按 对待任何其他条约相同的方式行事。

也纳公约》第79条 ¹⁶⁷ 规定所示,应由保存人告知,规定一般适用于条约的所有通知和告知。该条还提到这类告知的一些方式及其效果。

- (3) 以前审议条约保留专题时,委员会或其特别报告员计划明确地规定,保存人有责任将提出的保留案文告知有关国家。因此,例如委员会第三届会议认为,"多边公约的保存人在收到每一项保留时,应将之告知该公约各缔约国和有权成为该公约缔约国的国家"。¹⁶⁸ 同样地,在1965 年关于条约法的第四次报告中,沃尔多克提议"应将保留通知保存人,如无保存人,应通知其他有关国家"。¹⁶⁹
- (4) 这项办法最后没有为委员会所采纳。委员会注意 到以前通过的草案"载列若干条款,其中提到拟直 接告知或通知有关国家,如有保存人,则告知或通 知保存人"。委员会的结论是,"如果列入一项有 关通知或告知的一般性条款,则各条款的案文将可 简化许多"。¹⁷⁰
- (5) 这就是 1966 年条款草案第 73 条 ¹⁷¹ 即目前的 1969 年《维也纳公约》第七十八条的意图。1986 年《维也纳公约》第 79 条除了增加提到国际组织外,不加更动地转录此条:

通知和告知

除条约或本公约另有规定外,任何国家或任何国际组织根据本公约所作出的任何通知或告知:

- (a) 如无保存机关,应直接致送所要送达的国家和组织;如有保存机关,应致送该机关;
- (b) 只有被送达国或被送达组织收到通知或告知时, 或按情况在保存机关收到时,才应视为业经致送国或致送 组织作出了通知或告知;
- (c) 如系送交保存机关,只有在其所要送达的国家或组织收到保存机关按照第78条第1款(e)项发出的报告时,才应视为业经该国或组织收到了通知或告知。"
- (6) 第 79 条与这后一项条款是分不开的,根据这后一项条款:
 - 1969年《维也纳公约》第七十八条。
- ¹⁶⁸ 《1951年······年鉴》[英],第二卷,A/1858号文件,第 130页,第34段。
- ¹⁶⁹ 《1965年······年鉴》[英], 第二卷, A/CN.4/177和 Add.1和2号文件,第53页。
- ¹⁷⁰ 《1966年······年鉴》[英],第二卷, A/6309/Rev.1号文件,对条款草案第73条的评注第(1)段,第270页。
 - 171 同上。

1. 除条约另有规定或各缔约国和缔约组织或按情况 各缔约组织另有协议外,保存机关的职务主要包括下列 各项:

.....

- (e) 将有关该条约的文书、通知和告知报告当事各方及有权成为该条约当事方的各国和国际组织。
- (7) 可以顺便指出,该款所用"当事方及有权成为该条约当事方的各国和国际组织"的表述,与《公约》第23条第1款所用的提法并不完全相同,该第1款提及"缔约国和缔约组织"。这一差别没有任何实际意义,因为按照《公约》第2条第1(f)款对此用语的定义,缔约国和缔约国际组织都有权成为缔约方;但是,这样一来,《实践指南》内的准则草案如何措辞便成问题了。
- (8) 毫无疑问, 1986年《维也纳公约》第78条第1(e)款和第79条的规定应在《实践指南》中转录并加以修改以适应保留的特殊情况;否则,《指南》不能实现其下列实际目的,即让用户有一整套准则,能够在遇到与保留有关的问题时确定采取何种做法。但是委员会考虑,在编写这项草案(或这些草案)时,应转录这两项条款的措辞,还是转录《公约》第23条第1款的措辞?似乎合乎逻辑的是采用第二个解决办法中的术语,以避免《实践指南》的各项准则之间存在任何模棱两可和自相矛盾之处——尽管是纯属表面的。
- (9) 此外,毫无疑问,与保留有关的告知——特别是与某国或某国际组织提出的保留案文有关的告知——按上文提及的 ¹⁷²《公约》第 78 条第 1(e) 款的意义,是"有关该条约的"告知。而且,在 1966 年草案里,委员会明确交托保存人一项任务,即"审查签署、文书或保留是否符合条约的规定和符合目前的各项条款"。 ¹⁷³ 这一表述在维也纳时改为"审查签署以及与条约有关的任何文书、通知或告知", ¹⁷⁴ 范围变得更广。但是这些话不能解释为把保留排除在该项规定的范围之外。
- 173 条款草案第72条,第1(d)段,《1966年……年鉴》[英],第二卷,A/6309/Rev.1号文件,第269页。关于该项规定的内容,见下文准则草案2.1.7的评注。
- 174 1969年《维也纳公约》第七十七条第一(丁)项。新提法来自委员会以32票对24票、27票弃权通过的白俄罗斯苏维埃社会主义共和国提出的修正案。见《联合国条约法会议正式记录》,(上文脚注72),A/CONF.39/11/Add.2号文件,第202页,第657(四)(4)段,以及第203页,第660(一)段,又见第141页,第164(三)段。

- (10) 此外,如委员会 1966 年通过的条款草案第 73 条 (现在的 1986 年《维也纳公约》第 79 条)的评注第 (2)段所指出的,这项条款 (a) 项所定下的规则"基本上涉及与条约的'生命'——提出同意、保留和反对的文书,关于失效、终止的通知等等——有关的通知和告知。¹⁷⁵
- (11) 在本质上看,1986年《维也纳公约》第78条第1(e) 款和第79(a) 项无疑都反映目前的做法。¹⁷⁶ 这些无须特别加以评论,只是要指出,即使在有保存人的情况下,保留提出国可直接将该项保留的内容通知其他有关国家或国际组织。例如,联合王国通知作为《建立加勒比开发银行的协定》保存人的联合国秘书长说,它已经就其批准书所附声明(构成一项保留)的一个问题征求了该协定各签署国的意见(这项声明后来为该银行董事会通过,之后为联合王国所撤销)。¹⁷⁷ 同样,法国本身向亚太广播发展研究所董事会提交它就设立该组织的协定提出的一项保留,秘书长也是该协定的保存人。¹⁷⁸
- (12) 似乎无人反对这种做法,只要保存人不会因此无须履行其本身的义务。¹⁷⁹ 但是,这却是混乱和不确定的根源,因为保存人可依赖保留提出国去履行 1986 年《维也纳公约》第 78 条第 1(e) 款以及第 79(a) 条最后一段 ¹⁸⁰ 明确赋予他的职务。为此,委员会认为不应鼓励这种做法,也不会提出体现这种做法的准则草案。
- (13) 在 1966 年的评注中,委员会讨论了条款草案第73 条第 1(e) 款 (现在的 1969 年《维也纳公约》第七十七条第一(戊)项) ¹⁸¹ 内交托保存人的任务的重要性,并强调说,"很明显保存人宜于迅速执行这

- ¹⁷⁷ 见上文脚注165。
- 178 同上。
- 179 见下文准则草案2.1.7。
- 180 1969年《维也纳公约》第七十七条,第一(戊)项和第七十八条,(甲)款。在上述法国对《建立亚太广播发展研究所的协定》提出保留的情况中,似乎秘书长将自己限定在注意到该组织理事会没有提出异议(见联合国,《交给秘书长保存的多边条约:截至2000年12月31日的状况》,ST/LEG/SER.E/19,第二卷(上文脚注165),注2)。秘书长在这件事上的消极做法受到批评。
 - 181 1986年《维也纳公约》第78条第1(e)款。

¹⁷⁵ 《1966年······年鉴》[英],第二卷,A/6309/Rev.1号文件,第270页。

¹⁷⁶ 见同上,条款草案第73条评注第(2)段,对该条(a)项的讨论(后成为1969年《维也纳公约》第七十八条和1986年《维也纳公约》第79条)。

一职务"。¹⁸² 这是一个重要问题,与 1969 年《维也 纳公约》第七十八条(乙)和(丙)款有关: ¹⁸³ 保留 的效果只有在被送交的国家和组织收到与保留有关的通知或告知之日起产生,而不是在提出之日起产生。事实上,是否由保留提出者告知无关紧要;如果送交接收者迟了,只能怪自己。另一方面,如果有保存人,后者必须迅速去做;否则,保存人可能妨碍保留的效果以及其他有关国家和国际组织对该项保留作出反应的机会。¹⁸⁴

- (14) 实际上,由于具有现代化通讯手段,条约的保存人,至少是作为条约保存人的国际组织,完成任务极为迅速。1980年代从收到保留到将其告知需要一至两个月,甚至三个月。但从联合国法律事务厅条约科送交给委员会的材料可以看出:
 - 1. 条约科从收到正式保留到将其告知各条约缔约方所需时间大约24小时,除非需要翻译或涉及法律问题。如需要翻译,条约科便紧急要求提供翻译。如法律问题非常复杂或者所涉告知缔约方一事联合国无法掌控,就可能会有些耽搁;但是,这种情况非常罕见。应当指出,除了少数情况外,正式保留都在24小时内告知有关当事方。
 - 2. 交存通知均在24小时处理时间内,用普通邮件和电子邮件告知常驻代表团和有关组织(见LA41TR/221(23-1))。此外,从2001年1月开始,交存通知可通过英特网在联合国条约集上查阅,网址是: http://untreaty.un.org(英特网上的交存通知仅供参考,不能视为交存国的正式通知)。交存通知如有大容量的附件,例如与第11章(b)节第16段¹⁸⁵有关的通知,则用传真发出"。¹⁸⁶

3. 请注意,如条约行动是对现有保留进行修改和某缔约 方确定同意接受约束后提出保留,则交存做法已经改变。现 在,有关条约的一个缔约方可在12个月内通知保存人说,它

- (15) 过去,海事组织曾表示,对于该组织是其保存人的条约,从告知对该条约的保留到将该保留转递有关国家所需时间一般是一到两周。告知函都翻译成该组织的三种正式语文(英文、法文和西班牙文),始终采用普通邮件寄出。
- (16) 欧洲委员会秘书处向国际法委员会描述其做法如下:

"通常是2至3周(通知都加以分类,大约每2个星期寄出一次)。在某些情况下,由于有大量声明/保留或附录(关于国内法和做法的叙述或摘要)需要查对或翻译成为另一正式语文(欧洲委员会要求所有通知以正式语文之一提出或者至少附有另一正式语文的译文。条约处负责将通知翻译成为另一正式语文)。立即生效的紧急通知(例如《欧洲保护人权与基本自由公约》(《欧洲人权公约》)第15条规定的减损)在几天内便转递。

除非缔约方希望将通知直接寄给外交部(目前43个成员国中有11个国家希望这样做),否则通知正本以书面方式寄给驻在斯特拉斯堡的常驻代表,由他们转告知其首都。对于在斯特拉斯堡没有外交使团(领事馆)的非成员国,则通过其在巴黎或布鲁塞尔的外交使团转告。过去10年中成员国数量和通知的增加,使得这一方法有所简化:自1999年以来,每项通知不再由主管法律事务的总干事(代表欧洲委员会秘书长)逐一签字,而是将通知分类,只在每封附信上签字。没有人对此程序有所抱怨。

从我们的新网站 (http://conventions.coe.int) 于 2000年1月开始运作以来,所有与正式保留有关的信息都立即在这个网址提供。保留或声明的案文在正式通知当天,就全文放在这个网址。但是,网址上公布的文本不能被视为正式文件。

(17) 最后,从美洲国家组织(美洲组织)发送来的材料可以看出:

对美洲国家间各条约的任何新的签字和批准 都通过每天印发的美洲组织通讯通知各成员国。 我们每3个月通过寄给常驻美洲组织各代表团的 议事录通知各成员国,或在有相当数量成员国新

反对该项修改或者它不想审议在批准、接受、核准等等之后提出的保留。这一12个月时限是保存人根据发出交存通知之日计算的(见LA41TR/221(23-1))。

¹⁸² 《1966年······年鉴》[英],第二卷,A/6309/Rev.1号文件,第72条评注第(5)段,第270页。

^{183 1986}年《维也纳公约》第79条(a)和(b)款。见上文对该项准则草案评注的第(5)和第(6)段中有关这些规定的案文。

¹⁸⁴ 见《1966年······年鉴》[英],第二卷,A/6309/Rev.1号文件,第270-271页,对条款草案第73条评论第(3)至(6)段;又见 T. O. Elias,《现代条约法》,(多布斯费里/莱顿,奥西阿纳/西哈托夫出版社,1974年),第216-217页。

¹⁸⁵ 这些告知与《关于对轮式车辆以及可装配和/或用于轮式车辆的装备和配件采用统一技术规范和互相承认根据这些规范所作出的许可的条件的协定》有关(见联合国,《交给秘书长保存的多边条约:载至2000年12月31日的状况》,第一卷,(上文脚注165),第593页)。

¹⁸⁶ 条约科还建议说:

签字和批准条约的会议(诸如联合国大会)之后, 以更正式的方式通知各成员国。

正式通知还包括总秘书处和其他缔约方签署 的双边协定,都以西班牙文和英文写成。

- (18) 委员会认为无须将这些非常有益的澄清说明全文载于《实践指南》。但是,在准则草案 2.1.6 中以一般建议方式向保存人(如有的话)和保留提出者(如果没有保存人)提供一些资料也是有所助益的。这将1986 年《维也纳公约》的第 78 条 1(e) 款和第 79 条相结合,¹⁸⁷ 并使其适用于解决保留告知引起的特殊问题。
- (19) 准则草案的起首部分转录与 1969 年《维也纳公 约》第七十七和第七十八条以及1986年《维也纳公 约》第78和第79条起首部分相同的有关部分,但 作些简化: 在维也纳决定的第78条前言的措辞("缔 约国和缔约组织或按情况各缔约组织……")似乎非 常累赘,所载附加信息很少。此外,如上所述,188 准则草案 2.1.6 的案文转录 1986 年《维也纳公约》 第23条第1款的提法("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"),而 不用第78条第1(e)款的措辞("各当事方及有权成 为该条约当事方的各国和国际组织")。虽然后者也 许较有文采而且意思一样,但是,它没有采用《公约》 关于保留那一节的用语。尽管如此,在第1款(a) 和(b)项案文中两次使用第23条的措辞,似乎没 有什么好处。不过,这纯属改进行文风格而并不涉 及改变维也纳案文: "所要送交的国家和组织"((b) 项) 指的是"缔约国和缔约组织及有权成为条约缔约方 的其他国家和国际组织"((a)项)。同样,将准则草 案第1段分为两项也许容易看得懂而意思又不改变。
- (20) 关于将保留送交所要送交的国家和国际组织,委员会认为不可能规定一个死板的时限。在 (b) 项中"尽快"的提法似乎足以引起收件人注意必须快速进行。但从另外一方面看,在 (b) 项中则不需要这种提法,因为需在这方面承担责任的是保留提出者。¹⁸⁹
- (21) 按照准则草案 2.1.1 和 2.1.2 所规定的保留的提出和确认必须书面作出的精神,准则草案 2.1.6 第四

款规定对所要交送的国家和国际组织的告知必须是正式的。虽然委员会的一些委员对此规定的必要性表示怀疑,但考虑到条约保存人经常使用现代通讯手段电子邮件或传真,而其可靠程度又不如传统方式,因此这种规定似乎有益。因此,委员会多数委员认为,保留的任何告知应以外交照会(如果告知者为国家)或保存人通知(如果是来自于国际组织)¹⁰⁰的形式加以确认。有些委员则不同意,委员会认为,在这种情况下,时限应从电子邮件或传真发送时算起。这将有助于防止引起关于确认收到日期的争论,也不会引起具体问题,因为委员会收到的情况显示,书面确认通常在电子邮件或传真发送的同时或稍后就已办妥,至少作为保存人的国际组织是如此。这些澄清载于准则草案 2.1.6 第 4 款。

- (22) 规定告知所使用语言既无用处又不可能,因为保存人的做法各异。¹⁹¹ 同样,委员会认为在告知发往机构的问题上应遵循实际情况。¹⁹²
- (23) 另外一方面,准则草案 2.1.6 第 2 款转录了 1986 年《维也纳公约》第 79条 (b) 项和 (c) 项的规定。 193 但似乎可将措辞简化而不区分保留由提出者直接告知还是由保存人告知。"按情况"这一提法包括有保存人的假设。在这种情况下,向保存人告知保留,即使只是要求保存人尽快加以递送来说,也可能直接产生效果。时限的计算只能以保存者收到告知的日期为准;另外,有些委员指出,许多保留条款都从这一天起计算时限。
- (24) 准则草案 2.1.6 第 3 款讨论了国家或国际组织对保留提出反对的时限这一特定情况。其根据是 1986 年《维也纳条约》第 20 条第 5 款 (其本身又是依据 1969 年《维也纳条约》的相应条款)中体现的原则,案文为:

······除条约另有规定外,倘在接获关于保留之通知后十二个 月期间届满时或至其表示同意承受条约拘束之日为止,两者

- ¹⁹¹ 如果保存人为一国家,此类告知似乎一般以其官方语文 发送:国际组织则可使用所有正式语文(海事组织)或一、两 种工作语文(联合国)。
- ¹⁹² 外交部长,派往保存国的外交使团,派往保存组织的常驻代表团。
 - 193 见本评注第 (5) 段。

¹⁸⁸ 见上文对该项准则草案评注第7段和第8段。

¹⁸⁹ 见本评注第(13)段。

¹⁹⁰ 保存人通知已成为作为保存人的国际组织或秘书处首长就条约进行告知的通常方式。但国际组织也可使用通常的外交照会,如果告知是发送给该组织不具有观察员地位的成员国的话。

中以较后之日期为准,并未对保留提出反对,则此项保留即 视为业经该国或该国际组织接受。

应该指出,在这种情况下,因收到的时间不同,各国或各组织的通知生效日期可能会有不同。

2.1.7 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正当的适当形式,并酌情将此事提请有关国家或组织注意。
- 2. 如果一国或一国际组织与保存人之间对保存 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。

评注

- (1) 关于条约法的两项《维也纳公约》关于保留的部分未提及保存人的作用。审议 1969 年《公约》时姗姗来迟通过的决定,把与告知保留有关的规定纳入《公约》有关保存人的一般条款,说明了未提及的原因。¹⁹⁴ 因此,不言而喻的是,1986 年《维也纳公约》第 77 条和第 78 条的各项规定 ¹⁹⁵ 只要与保留有关就可完全适用于保留。准则草案 2.1.7 完成了这种转变。
- (2) 根据 1986 年《维也纳公约》第 78 条第 1(e) 款,保存人负责"将有关该条约的文书、通知和告知报告各当事方和有权成为该条约当事方的各国和国际组织"。这一规则结合第 79 条 (a) 项的规则,转录于准则草案 2.1.6。该草案还意味着,保存人接收和保管保留: 196 因此,似无必要明确提及这一点。
- (3) 不言自明,第77条第2款的一般性规定涉及保存人职务的国际性质及其不偏不倚地行事的义务,这适用于保留,如同适用于任何其他领域。¹⁹⁷在这一般形式下,这些原则不是专门针对保存人在处理保留方面的职能,因此,似乎无须在《实践指南》
- ¹⁹⁴ 见《1966年······年鉴》[英],第二卷,A/6309/Rev.1号文件,第270页。准则草案第73条评注第(1)款。
 - 1969年《维也纳公约》第七十六和第七十七条。
- 196 见第78条: "······保管机关的职务(······)包括(······): (c)接受对该条约的任何签署及接收并保管有关条约的任何文书、通知和告知"。
- 197 "条约的保管机关的职务是国际性的,保管机关有秉公执行职务的义务。特别是,条约在若干当事方间尚未生效或一国或一国际组织与保管机关间对该机关职务的执行意见分歧的事实,不应影响该项义务。"

中照章转录这些规定。但是这些规定应照第78条第2款那样来拟定:

如果一国或一国际组织与保管机关间对该机关职务的 执行意见分歧,保管机关应将此问题:

- (a) 提请各签署国和签署组织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。
- (4) 由于某些保留产生了问题,才写入了对保存人职能的诸多限制;因此,似乎更需要在《实践指南》中重温这些规定,并使其适应特殊的保留情况。
- (5) 如果保存人是一个国家而且该国是条约的缔约国,或者是"一个国际组织或该组织的行政首长",¹⁹⁸那么这个问题就以不同的措辞提出。在第一种情况下,"如果其他缔约方在这个问题上与保存人意见不同——就我们所知,这种情况从来没出现过——它们就不能坚持说他的行为与他相信他应采取的行为不同"。¹⁹⁹与此相反,在第二种情况下,该组织(由不一定是条约缔约国的国家组成)的政治机关可向保存人发出指示。正是在这种情况下才出现问题,其解决办法一直倾向于严格限制保存人的判断力,最后是制定了1969年《维也纳公约》规定的并在1986年《公约》中转录的规则。
- (6) 早在 1927年,奥地利为了推迟签署《国际鸦片公约》而提出保留,这些保留造成了一些困难,国际联盟理事会通过了一项决定,核准一个专家委员会的结论,²⁰⁰ 并指示国联秘书长应如何行事。²⁰¹
- (7) 但是在联合国里产生的问题才最为严重。这从秘书长作为保留保管人作用的演变的几个主要阶段可以看出: ²⁰²
 - 1986年《维也纳公约》第77条第1款。
- 199 J. Dehaussy, "条约的保存人", 《国际公法综合评论》, 第56卷(1952年), 第515页。
- ²⁰⁰ 委员会(由Fromegeot先生、Diena先生和MacNair先生组成)的报告,载于《国际联盟公报》,(1927年7月),第880页及其后各页。
- ²⁰¹ 1927年6月17日决议,同上,理事会第四十五届第6次会议,第791页,详见第800-801页。又见美洲国家第八届国际会议(1938年,利马)第24号决议,其中规定泛美联盟在保留方面应遵循的规则,美洲国家第八届国际会议,《最后文件》,1938年,第48页,转载于《1965年······年鉴》[英],第二卷,A/5687号文件,第80页。
- ²⁰² 例如,又见P.-H. Imbert,《条约法正式生效之际——对联合国秘书长行使保存人职务实践情况的反思》,《法国国际法年鉴》,第26卷(1980年),第528-529页,或S. Rosenne,《条

- 起初,秘书长"似乎独自决定……他在这个问题上的行为规则",²⁰³并规定如果缔约方或涉及其组成文书的国际组织一致接受保留,则保留可以接纳。²⁰⁴
- 按照国际法院 1951 年 5 月 28 日关于对《防止 及惩治灭绝种族罪公约》²⁰⁵ 提出的保留案的咨 询意见,大会通过了第一项决议,要求秘书长 在处理未来的公约方面:
 - (一) 在提出保留或反对保留之文件交存时继续为其保存人,对此等文件之法律效力则不作主张;
 - (二) 将此等有关保留及反对保留之文件的案文送达一切有关国家,由各国决定其法律意涵。"²⁰⁶
- 这些准则扩大到秘书长按照 1959 年 12 月 7 日 第 1452 B(XIV) 号决议担任保存人职务的所 有条约,这项决议是由于与印度对政府间海事 协商 组织(海事协商组织)的组成文书提出 保留有关的问题通过的。²⁰⁷
- (8) 这就是联合国秘书长从那时起在有关条约没有一项保留条款时在保留方面一直采取的做法。显然,所有国际组织(或者国际组织的秘书处首长)也采取这种做法。²⁰⁸ 委员会制定保存人在这方面应适用的规则时所参照的也是这种做法。
- (9) 也应当再次指出,这里所采用的措辞也趋向于对保存人的权力施加越来越多的限制:
 - 1962 年委员会第十四届会议一读通过的条约 法草案,关于"保存人的职务"的条款草案第 29条第5款规定:

对于已经提出的保留,保存人应有责任:

(a) 审查该保留的提出是否符合该条约的规定和与保留的提出有关的本条款的规定,如有必要,应将此告知保留提出国;

约法在1945-1986年间的发展情况》(剑桥大学出版社, 1989年), 第429-434页。

- ²⁰³ Dehaussy, 见上述引文 (上文脚注199), 第514页。
- 204 见《秘书长作为多边条约保存人的惯例汇总》(上文脚注89),第50-51页,第168-171段。
 - ²⁰⁵ 《1951年国际法院报告》,第15页。
 - ²⁰⁶ 1952年1月12日第598(VI)号决议,第3(b)段。
 - ²⁰⁷ 见上文准则草案 2.1.5 第 (23) 款和第 (24) 款评注。
- ²⁰⁸ 见《秘书长作为多边条约保存人的惯例汇总》(上文脚注 89),第52-56页,第177-188段。

- (b) 按第18和第19条的规定,将任何保留的案文和接受或反对该项保留的任何通知告知有关国家"²⁰⁹;
- 1966 年二读通过的条款草案还进一步规定, 保存人的职务包括"审查一项签署、一项文书 或一项保留是否符合条约和本条款的规定,如 有必要,应将此事提请有关国家注意"²¹⁰

但是,关于这项规定的评论却谈到对保存人的审查 权力的严格限制:

- 第1(d)款承认保存人有一定责任要去审查一项签署、一项文书或一项保留是否符合条约的任何适用条款和本条款的规定,如有必要,应将此事提请有关国家注意。但是,这就是保存人在这方面的责任的界限。判定一项文书或保留是否有效都不属职务范围。如果文书或保留似有不正常的现象,保存人的适当做法是提请保留国注意此事项,如果后者不赞成保存人的做法,则将保留送交其他有关国家并提请它们注意似有不正常的问题……²¹¹
- 在联合国条约法会议期间,白俄罗斯苏维埃社会主义共和国提出一项修正案,²¹² 该修正案使有关规定更成问题;即使没有明确提及保留肯定不会使1969年《维也纳公约》第七十七条²¹³第一(丁)项作出的规定无法适用于这些文书,但是事实仍然是,此后保存人的权力便只限于审查保留的形式,他的职务是"审查该条约的签署及有关该条约的任何文书、通知或告知是否妥善,如有必要则将此事提请有关国家注意。"²¹⁴
- (10) 这样,保存人作为"信箱"的原则得到体现。T. O. Elias 写道: "务必强调,保存人的职务中没有这样的部分,即在有关条约一缔约方对其他缔约方的保留的性质或特点的任何争端中承担解释或判断的任务,或者当某项条约受到有关条约的一个或多个缔约方的质疑时宣布其生效"。²¹⁵
- (11) 削减保存人关于保留的职权究竟好还是不好, 大家意见纷纭。当然,如国际法院在其 1951 年关于
- ²⁰⁹ 《1962年······年鉴》[英],第二卷,A/5209号文件,第 185页。
- ²¹⁰ 条款草案第72条第1(*d*) 款,《1966年······年鉴》[英], 第二卷, A/6309/Rev.1号文件,第269页。
 - 211 同上, 第269-270页, 评注第(4)段。
- 212 见《联合国公约法会议正式记录》(上文脚注 72 和 174)。
 - 213 1986年《维也纳公约》第78条。
 - 214 1986年案文。
 - ²¹⁵ 同前 (脚注 184),第 213 页。

对《防止及惩治灭绝种族罪公约》提出的保留案的咨询意见中所强调的,"[保存人]的任务将简化和限制接收对条约的保留和反对这些保留,并将它们通知[有关方面]"。²¹⁶"据说,其后果是将联合国系统无疑的主观性从保存人的肩上转移到作为缔约方的个别有关国家身上,而且仅此而已。可以认为这是积极的创新,或者也许是澄清现代条约法,特别是澄清对于多边条约的保留,很可能减少或至少限制不能允许的保留的'争议'因素"。²¹⁷

- (12) 反之,我们从联合国秘书长遵循的并在 1969 年《维也纳公约》中体现而且的确是"加强了的"做法中可以看出,就保存人来说,"一个不必要的复杂系统"²¹⁸ 再也不可能使得对保留的解释和执行有最起码的连贯性和统一性。²¹⁹
- (13) 事实上,如上文对 1969 年和 1986 年《维也纳公约》有关条款各项规定的分析所反映的,这种对保存人的不信任无论是在思想上还是在实践上都太根深蒂固,以致无法考虑修订 1969 年通过并在 1986 年继续保持的规则。委员会认为,它别无选择,只好在《实践指南》中逐字转录这些规则,²²⁰ 并同 1986 年《维也纳公约》第 78 条第 1(d) 和 2 款的有关规定结合为一单一准则,将其只适用于保存人与保留有关的职能。
- (14) 这项准则草案的第 1 款是基于 1986 年《维也纳公约》第 78 条第一部分第 1(d) 款的案文,它明确地专门阐述了保留人对保存应采取的做法。准则第 2 款转录了同一条第 2 款的案文,但把设想的情况限

- 217 S. Rosenne,《条约法在1945-1986年间的发展情况》,(见上文脚注202),第435-436页。
- ²¹⁸ Imbert,同前(见上文脚注202),第534页;作者将此术语仅用于秘书长的做法,似乎认为1969年《维也纳公约》简化了问题的内容。
- ²¹⁹ 但是,保存人可以在"保留对话"方面起到并非无关紧要的作用,即在适当时调解不同的观点。又见 H.H. Han,"联合国秘书长的条约保存人的职能:所涉法律问题",《布鲁克林国际法学报》,第14卷,第3号(1988年),第570-571页;作者在这里谈到保存人可以发挥的重要作用,但文章出现于联合国条约法会议之前。

制于只谈这一职能(不像第78条那样讨论保存人的一般职能)。

2.1.8 [2.1.7之二]显然[不能允许]提出保留之情况下的程序

- 1. 如果保存人认为显然 [不能允许] 提出某项保留,则应提请提具保留者注意保存人认为的构成这种 [不能允许的状况]。
- 2. 如果提出保留者坚持保留,保存人应将保留的案文告知各签署国和国际组织以及各缔约国和国际组织,并酌情告知有关国际组织的主管机关,说明该项保留所引起的法律问题的性质。

评注

- (1) 讨论准则草案 2.1.7 的过程中,委员会一些委员 认为,对于显然"不能允许"的保留,完全适用它 设立的规则会产生某些困难。他们特别强调指出, 没有理由像准则草案 2.1.7 第 1 款那样规定由保存人 对保留的正式效力作详细审查,而同时又不允许他 对显然不能允许的保留作出反应。
- (2) 但是,允许他在后一种情况下进行干预就是国际法的逐渐发展,而且必须承认,这种发展变化脱离了 1969 年和 1986 年《维也纳公约》关于保存人职能的规定的精神。²²¹ 因此,委员会第五十三届会议认为就下列问题与第六委员会各会员国进行商讨是有益的,即保存人是否可以或应该"拒绝将显然不能允许的保留,特别是被一项条约规定所禁止的保留,告知有关国家和国际组织。"²²²
- (3) 各国代表团对第六委员会这一问题的答复的细微差别,促成了准则草案 2.1.8 的措辞。总的来说,各国赞成《实践指南》与 1969 年《维也纳公约》关于保存人作用的规定,特别是与该《公约》第七十七条的规定严格保持一致。一些代表团在发言中强调,保存人在履行其职能时必须公正和中立,因此应将其职能局限于将提出的保留告知缔约方。但第六委员会的若干代表认为,当保留显然不能允许时,保存人有责任拒绝将其告知,或至少要将这一立场告诉保留提出者,如果提出者坚持保留,则要将保留告知并提请其他缔约方注意这一问题。
- (4) 委员会的大多数委员支持这种折衷的解决办法。 他们认为,不能允许保存人进行任何形式的责难,

²¹⁶ 《防止及惩治灭绝种族罪公约》(见上文脚注205)第27页;可以认为:"正是这句话奠定了大会和国际法委员会后来的各项行动的理论基础,因为这句话强调了〔保存人的〕职务本质上的行政性质,任何政治性〔意思就是决定性的〕作用都尽可能削减",S. Rosenne,"The Depositary of International Treaties",《美国国际法学报》,第61卷,第4号〔1967年10月〕,第931页。

²²⁰ 不过,见准则草案2.1.8。

²²¹ 见上文准则草案2.1.7评注第(9)和第(10)段。

²²² 《2001年······年鉴》,第二卷(第二部分),第22页,第 25段。

但如责成保存人将显然不能允许的保留的案文告知缔约或签署条约的国家和国际组织,而不事先使保留的国家或国际组织注意保存人认为对保留有影响的缺陷也是不恰当的。但应该说明的是,如果保留提出者坚持的话,则正常程序应当恢复,保留应当送交,同时指出有关法律问题的性质。事实上,这就等于使显然"不能允许"保留情况下遵循的程序与引起形式问题的保留情况下遵循的程序一致起来。根据准则草案 2.1.7,如果在此类问题上存在不同意见,保存人"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的注意;或 (b) 在适当情况下提请有关国际组织主管机关的注意。"

- (5) 根据委员会一些委员的意见,只有在保存人提出的"不能允许"是基于1969年和1986年《维也纳公约》第19条(a)项和(b)项时(由条约所禁止的保留或只允许某些特定保留的条约未规定的保留),才应遵循这一程序。其他委员则认为,惟一真正的问题在于保留是否与条约的宗旨与目的相容(第19条,(c)项)。委员会认为,将第19条中列出的各种"不能允许"的情况加以区分是没有理由的。
- (6) 同样,尽管有一些委员表示了相反的意见,委员会还是认为,将保留提出者和保存人交换意见限定在严格时间范围内,如准则草案 2.1.7 所暗示,也并没有什么用处。该准则草案无损于准则草案 2.1.6(b),根据后者的规定,保存人必须"尽快"采取行动。而且,无论如何,应该是由提出保留的国家或国际组织说明其是否愿意与保存人讨论这一事项。如果提出保留的国家或国际组织不愿意,则应遵循原来程序将保留告知其他缔约方或签署方。
- (7) 虽然到目前为止,委员会已经使用"不能允许"这一措辞来说明 1969 年和 1986 年《维也纳公约》第 19 条规定中涵盖的保留,但一些委员指出,这一措辞在这种情况下并不合适:在国际法中,对国际上的不法行为,其行为者要负有责任,²²³ 而如果提出保留违背了相关条约的规定或与其宗旨和目的不容,则明显不属于这种情况。委员会决定将其搁置不做结论,直到对这些不一致或不相容的效果有了最终明确的态度;为此目的,"不能允许"一词一直放在方括号内,委员会打算在适当时候作出决定。

2.4 解释性声明的程序

评注

由于1969年和1986年《维也纳公约》未就解释性声明作出任何规定,而且关于这种声明的实践比较欠缺或具有相对不确定性,因此,不能孤立地考量这种声明。我们只能通过与保留进行类比(或对比)的方法加以考虑,同时一定要注意区分有条件和无条件的解释性声明。²²⁴

2.4.1 提出解释性声明

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该国际组织同意接 受条约的人提出。

评注

- (1) 准则草案 2.4.1 转录并改变准则草案 2.1.3 关于提出保留的规定使之成为按准则草案 1.2 ²²⁵ 所定义的解释性声明。
- (2) 然而,毋庸赘言,只有在有权代表国家签订条约的当局作出解释性声明时,这种声明才能产生这种效力。由于声明的目的是产生关于条约的效力,因此,看来宜将提出声明者限定为有权在国际一级代表国家签订条约的当局。
- (3) 关于解释性声明的形式,这方面有一个与有关保留很不同的问题;提出解释性声明是为了指明或澄清其对条约或其中某些条款赋予的含义或范围,但不表示接受这种解释的约束。除了准则草案 2.4.3 中说明的有条件解释性声明外,声明方采取了一种立场 226,但不试图用该立场约束其他缔约方。因此,这种声明不必像保留(准则草案 2.1.1)或有条件解释性声明(准则草案 2.4.3)那样,以书面形式提出。当然最好将这种声明通知其他当事方,但不知晓这种声明并不一定使其丧失所有法律后果。此外,口头提出这种声明的做法并非罕见,并未妨碍法官或国际仲裁员承认其具有某些效力。227

²²³ 见委员会第五十三届会议通过并作为2001年12月12日 大会第56/83号决议附件的关于国家对国际不法行为责任的 条款草案第1条(同上,第76段)。

²²⁴ 关于两者的区分,见准则草案1.2和1.2.1及其评注(见上文脚注56)。

²²⁵ 同上。

²²⁶ 当这种立场包含"一个当事方对其文书义务的承认"时,这种立场可具有"相当的证明价值"(见国际法院,"1950年关于西南非洲国际地位的咨询意见",载于《1950年国际法院判例汇编》,第135-136页);见关于准则草案1.2.1的评注(上文脚注56),脚注342。)

²²⁷ 见准则草案1.2.1评注(同上)。

- (4) 因此,没有必要拟订关于简单解释性声明形式的 准则草案,因为形式并不重要。《实践指南》对此 保持缄默就足以说明无此必要。
- (5) 而且似乎没有理由将关于传递保留的规则转用于可以口头提出的简单解释性声明;因此,如果坚持要将这种声明正式传递给其他有关国家或国际组织,那就自相矛盾。如果提出声明者不这样传递其声明,该声明就可能不能产生所期望的效力,但这完全是另一个问题。因此无需转用关于保留告知的准则草案 2.1.5 至 2.1.8 之规定中的相应部分,而且也似乎并无必要将关于这一点的澄清纳入《实践指南》。

[2.4.2 [2.4.1 之二]在内部一级提出解释性声明

- 1. 确定在内部一级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之权限和程序的国内法规定或国际组织规则的事实,认定该项声明无效。]

评注

- (1) 委员会认为,关于保留的评论也适用于在国内一级提出的解释性声明。这方面的国家规则和实践极其多样。各国对委员会关于对条约的保留的问题单所作答复明确显示了这一点。在对问题 3.5 和 3.5.1 ²²⁸ 作出答复的 22 个国家中:
 - 七个国家答复说,仅行政部门有权提出声明;²²⁹
 - 一个国家答复说,只有议会拥有这种权力;²³⁰
 - 14个国家答复说,由两个部门分享这种权力,²³¹ 而其协作方式如同关于保留的方式是多种多样的。
- 一般而言,与保留相比,行政部门可能发挥更显著的作用。
- ²²⁸ 问题3.5: "在国内一级,由哪个或哪些当局决定作出这种解释性声明?"; 问题3.5.1: "议会是否参与这种声明的提出工作?"(见上文脚注12)。对这些问题作出答复的国家名单不同于对关于保留的类似问题作出答复的国家名单。
- ²²⁹ 智利、印度、以色列、意大利、日本、马来西亚和罗马 教廷。
 - ²³⁰ 爱沙尼亚。
- ²³¹ 阿根廷、玻利维亚、克罗地亚、芬兰、法国、德国、墨西哥、巴拿马、斯洛伐克、斯洛文尼亚、西班牙、瑞典、瑞士和美利坚合众国。

- (2) 因此,更有理由认为,确定何者有权提出解释性声明以及这方面须遵行的程序纯属国内法事项,而且一国或国际组织无权以违反国内法为由否定其所作声明可能产生的法律效力——尤其是因为一般而言各国看来更依赖于惯例而不是正式的书面规则。
- (3) 因此,宜将关于在内部一级提出保留的准则草案 2.4.2 的规定用于解释性声明,而不论其是否是有条件还是无条件,在有条件解释性声明和其他种类的解释性声明之间无需进行区分。

[2.4.7 [2.4.2、2.4.9] 提出和告知有条件解释性声明

- 1. 必须以书面提具有条件解释性声明。
- 2. 也必须以书面正式确认有条件解释性声明。
- 3. 有条件解释性声明必须以书面方式告知缔约国、缔约组织以及有权成为该条约缔约方的其他国家和国际组织。
- 4. 有条件解释性声明如果涉及建立国际组织的现行条约或据以建立一有权接受保留之机构的条约,也必须告知该组织或机构。]

评注

- (1) 就有条件解释性声明而论,的确有几条道理使其偏离适用于保留的形式和程序的各种规则:即使从定义来看,提出声明的国家或国际组织只同意受特定解释的约束。²³² 因此,关于保留以书面形式提出,并由有权代表国家或国际组织签订条约的人士确认的要求在这里同样是适用的:既然它们与提出者同意接受约束不可分割地联系在一起,合作者就必须被告知,而且他们可能会提出异议,因为声明的目的在于对条约关系产生影响。因此提出声明的程序应与提出保留的程序一致。
- (2) 因此,准则草案 2.1.1 和 2.1.2 应完全用于提出有条件解释性声明:
 - 必须以书面形式提出;以及
 - 如果解释性声明需要按照准则草案 2.4.5 规定的条件正式确认,则也需以书面形式作出。

这在准则草案 2.4.7 第1和第2款中作出了规定。

- (3) 但是,由于所有的解释性声明必须由主管当局提出才能使国家承担义务,²³³ 因此在提出有条件声明
 - ²³² 见上文准则草案1.2.1。
 - ²³³ 见上文准则草案 2.4.1。

时似乎不必具体重申这一点。在内部一级提出声明 也是如此。²³⁴

- (4) 但应注意有条件解释性声明在告知其他国家和国际组织方面的特殊性。在这方面,将有关提出保留的规则转为提出这类声明的规则是非常有理由的:有争议的必定是正式声明,按定义,它们规定其提出者表示同意接受条约所约束的条件,而其他有关国家和国际组织必须有机会对之作出反应。因此,准则草案 2.4.7 的第 3 款和第 4 款则按照准则草案

- 2.1.5 的案文拟就,不过委员会并不认为有必要转录准则草案 2.1.6 至 2.1.8 中规定的细节,但其主要成分在细节上做必要修正后可用于有条件解释性声明。
- (5) 至于有关有条件解释性声明的所有准则草案,包括准则草案 2.4.7,是否应在考虑到对其适用的法律系统的情况下将其保留在《实践指南》中,委员会对此保留重新考虑以作出选择的权利。如果最后证明该系统与保留的系统充分地相同,所有这些准则草案将被一个把声明和保留等同起来的单一规定所取代。在就此作出最后决定之前,委员会暂时通过准则草案 2.4.7,并将其置于方括号内。

第五章

外交保护

A. 导言

104. 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。²³⁵ 同一年,大会 1996 年 12 月 16 日第 51/160 号决议第 13 段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。²³⁶ 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。²³⁷ 工作组试图: (a) 尽可能阐明该专题的范围; (b) 确定在该专题范围内所应研究的问题。工作组拟议了审议该专题的大纲,委员会建议以该大纲作为特别报告员提交初步报告的基础。²³⁸

105. 委员会也是在第四十九届会议上,任命穆罕默 德·本努纳先生为该专题特别报告员。²³⁹

106. 大会在第 52/156 号决议第 8 段中认可委员会关于将"外交保护"专题列入其议程的决定。

107. 1998 年委员会第五十届会议收到特别报告员的 初步报告。²⁴⁰ 委员会在这届会议上设立了不限成员 名额的工作组,根据讨论这一专题之研究方法的情况,审议可能得出的结论。²⁴¹

108. 1999 年第五十一届会议期间,在本努纳先生当选为前南斯拉夫问题国际法庭法官以后,委员会任

命克里斯托弗·约翰·罗伯特·杜加尔德先生为该 专题特别报告员。²⁴²

109. 委员会于 2000 年第五十二届会议收到特别报告员的第一次报告。²⁴³ 由于时间不够,委员会将审议第三章的工作推迟到下一届会议进行。委员会在同届会议上着手对条款草案第 1、第 3 和第 6 条进行不限成员名额的非正式磋商,由特别报告员主持。²⁴⁴ 委员会随后在 2000 年 6 月 9 日第 2635 次会议上决定将条款草案第 1、第 3、第 5、第 6、第 7 和第 8 条连同非正式磋商的报告提交起草委员会。

110. 在 2001 年第五十三届会议上,委员会收到特别报告员第一次报告的余下部分和第二次报告。²⁴⁵ 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 和第 11 条的部分,把该报告有关条款草案第 12 和第 13 条的其余部分推迟到下届会议审议。在 2001 年 7 月 12 日第 2688 次会议上,委员会决定把条款草案第 9 条提交起草委员会。在 2001 年 7 月 17 日第 2690 次会议上,委员会决定把条款草案第 10 和第 11 条提交起草委员会。²⁴⁶

111. 委员会在第 2688 次会议上设立了一个关于条款草案第 9 条的不限成员名额非正式磋商小组,由特别报告员担任主席。²⁴⁷

B. 本届会议审议本专题的情况

112. 在本届会议上,委员会收到特别报告员关于条款草案第 12 和第 13 条的第二次报告余下部分 ²⁴⁸ 和第三次报告 (A/CN.4/523 和 Add.1)。委员会先后于

²³⁵ 《1996年······年鉴》,第二卷 (第二部分),A/51/10号 文件,第101页,第248段,以及附件二,补编1,第141页。

 $^{^{236}}$ 《1997年······年鉴》,第二卷 (第二部分),第61页,第169段。

²³⁷ 同上,第61页,第171段。

²³⁸ 同上,第63-64页,第189-190段。

²³⁹ 同上,第64页,第190段。

²⁴⁰ 《1998年······年鉴》,第二卷 (第一部分),A/CN. 4/484号文件。

 $_{241}$ 工作组的结论载于同上,第二卷 (第二部分),第 $_{50}$ 页,第 $_{108}$ 段。

 $^{^{242}}$ 《1999年······年鉴》,第二卷 (第二部分),A/54/10号 文件,第18页,第19段。

²⁴³ 《2000年······年鉴》,第二卷 (第一部分),A/CN.4/506 和 Add.1号文件。

²⁴⁴ 非正式磋商小组的报告载于《2000年······年鉴》,第二卷(第二部分),第88页,第495段。

²⁴⁵ 见上文脚注3。

²⁴⁶ 见《2001年······年鉴》,第一卷。

²⁴⁷ 同上。

²⁴⁸ 见上文脚注3。

2002年4月30日至5月14日举行的第2712至第2719次会议和6月4日举行的第2729次会议上,审议了第二次报告余下部分,以及关于外交保护专题研究情况和关于第14和第15条的第三次报告第一部分。后来,委员会先后于5月24日举行的第2725次会议和5月30日至6月4日举行的第2727至第2729次会议上审议了关于第16条的第三次报告第二部分。

113. 在 2002 年 8 月 2 日第 2740 次会议上,委员会设立了不限成员名额的非正式协商小组,由特别报告员担任主席,讨论对船员或机组人员以及企业公司和股东的外交保护问题。

114. 在第 2719 次会议上,委员会决定把条款草案第 14 条 (a)、(b)、(d)(拟与 (a) 项一并审议) 和 (e) 项提交起草委员会。在第 2729 次会议上,委员会决定把条款草案第 14 条 (c) 项提交起草委员会,供与 (a) 项一并审议。

115. 在 2002 年 6 月 5 日至 7 日举行的第 2730 至第 2732 次会议上,委员会审议了起草委员会关于条款草案第 1 至第 7[8] 条的报告。委员会在第 2730 次会议上通过了第 1 至第 3[5] 条,在第 2731 次会议通过了第 4[9]、第 5[7] 和第 7[8] 条,并在第 2732 次会议上通过了第 6 条。(见下文 C 节)

116. 在2002年8月12日和13日举行的第2745和第2746次会议上,委员会通过了上述条款草案评注。

1. 研究情况概述

(a) 特别报告员的介绍

117. 特别报告员介绍其第三次报告说:外交保护专题在编纂工作、公约、国家实践、判例和学说方面的典据很多。国际法中没有任何其他领域有这样丰富的典据。但是,在实践上往往互不一致、相互矛盾。他的任务是介绍所有典据和备选办法,使委员会能够作出知情的选择。

118. 关于本条款草案的范围,特别报告员再度指出,他不拟超出外交保护范围内的传统专题,即求偿当事人的国籍和用尽当地补救办法。但是,他说,在前一个五年期的辩论过程中,有人建议研讨外交保护领域内的若干其他事项,例如:国际组织对其官员的职能保护、船舶或航行器的国籍国为船员或机

组人员,甚至为乘客(无论当事个人的国籍为何)求偿的权利、甲国根据乙国的授权而对乙国的国民行使外交保护的情况、以及某一国家或国际组织管理或控制一领土的情况。他在注意到这些问题的重要性的同时,坚持认为,委员会不应该在目前这套条款草案中审议这些问题;若委员会想在本五年期终了时二读通过该条款草案,就更不应该如此。他还告诫说,关于一国或一国际组织管理或控制一领土的情况等问题的辩论,可能大大超出外交保护传统领域的范围。

119. 他还说,委员会若不研究拒绝司法和卡尔沃条款,²⁴⁹就很难完成关于外交保护的研究报告,因为两者在这个专题的判例中占有显著的地位。

120. 特别报告员还确认,他打算在下一次报告中审 议企业公司的国籍问题。

(b) 辩论摘要

121. 特别报告员的报告和他对问题采取的开明的探讨方式受到祝贺,但也有人认为,特别报告员的做法似乎过于笼统。因此,有人表示赞成审议特别报告员第三次报告中所列举的另一些问题。

122. 有人认为,本条款草案应排除国际组织对其官员的职能保护问题,因为该问题成了国籍原则的例外事项,而国籍原则却是外交保护问题的基本原则。国际法院在对伤害赔偿案的咨询意见中²⁵⁰明确指出:该组织求偿的依据并不是受害者的国籍,而是受害者作为该组织代理人的身份。同样,国际劳工组织行政法庭在其关于胡拉多案的判决²⁵¹中指出,给予劳工组织官员特权和豁免完全是为了该组织的利益。

123. 但是,有人建议国际法委员会审议一国际组织的国籍国有权行使保护的因果关系。国际法院在伤害赔偿案咨询意见中提到了国籍国和联合国对联合国官员个人受到伤害的竞争性求偿问题。有人建议密切研究职能保护与外交保护之间的关系,并在本条款草案中稍微提及职能保护。也有人认为,应该像国际法院在其咨询意见中那样,明确地指出:国

²⁴⁹ 见《1956年······年鉴》[英],第二卷,A/CN.4/96号文件,第203-204页。

²⁵⁰ 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。

²⁵¹ 国际劳工组织,行政法庭,1964年9月11日第70号判决。

家要行使外交保护权而国际组织要行使职能保护权 的竞争,不能导致两项求偿或两项赔偿行为。因此, 委员会可能审议是否需要限制求偿和赔偿。

124. 也有人指出,国际组织对其官员的职能保护问题是已有一些国民在国际组织任职的小国所关心的,因为如果只有国籍国才能给予保护,就会导致待遇上的不平等。

125. 另外,有人问是否可以把这种保护定性为外交保护。如果委员会同意把对外交官员和领事官员的保护排除于本专题范围以外,同样的逻辑便适用于国际组织的官员。同样,武装部队的成员通常受到掌管这些部队的国家的保护,但是,这种保护不被视为"外交保护"。

126. 另一种意见认为,外交保护与职能保护的区分不一定适用于对武装部队成员行使的外交保护。这种保护是各该部队所属国家之合法利益的运用。虽然国籍联系是对国民、本国企业和机构的合法利益的主要表现,法律却确认合法利益的另一些依据,例如武装部队的成员资格。

127. 为了支持将本条款草案的范围扩大到包括对船只的船员和乘客的外交保护的建议,有人引述了"赛加羚羊号"案(第2号),²⁵² 国际海洋法法庭认为,船只的国籍国有权就船员受到的损害求偿,而不论其个人的国籍为何;因此,国籍国并不拥有行使外交保护的专属权利。同时,有人针对"赛加羚羊号"案(第2号)发出告诫,该案是依据《联合国海洋法公约》第292条提起的,并不是一般性的外交保护案件。

128. 也有人说,国际法的演变表现在越来越强烈关注尊重人权。因此有人说,如果船员或机组人员能够从船只或飞行器的国籍国得到保护,这只是给予更有力的保护,应该受到欢迎。

129. 另一些人坚持认为,特别报告员提议委员会把船只或飞行器的国籍国以船员或机组人员或乘客的名义求偿的权利排除在本条款草案范围以外,是正确的。据称,问题不在于一国应该如何在海外保护其国民,而是如何避免来自不同国家的竞争性求偿。在该船只悬挂方便旗的情况下,若船员的国籍国政府不行使外交保护,注册国也不会这样做。持这种

看法者认为,无论如何,这些案例应该属于海洋法 的范围。

130. 也有人认为,对船员的保护问题适用《联合国海洋法公约》,也适用先前的国际协定。因此,应更深入研究其他国际文书。

131. 也有人说,有关飞行器的国籍问题所适用的法律原则已经载于国际法,尤其许多文书中,例如《关于飞行器上违法行为和若干其他行为的公约》。在这个事例中,决定性因素是国籍国或注册国与某一船只或飞行器之间的特别关系。这种关系不涉及人员,而且,尽管有关国际文书在若干情况下赋予一国有权行使的特权,乍看起来类似外交保护,但这种保护另具一种性质。因此,这种问题不属于外交保护专题的审议范围。

132. 特别报告员建议委员会不要审议甲国根据授权对乙国国民行使外交保护的情况,有人对此表示不同意。履行国家责任的手段是引起争议的问题。因此,原则上,一国没有理由不在上述情况下行使外交保护。另一些人说,如果将外交保护视为一国的裁量权,便可以在评注中阐明这样的论点: 国家有权在国籍原则所规定的一些例外事项中授权其他国际法主体对其公民或与它有真正联系的其他人行使外交保护。但是,务必不要把外交保护的有关规则混同于其他类型的保护个人或其利益。

133. 特别报告员认为,本条款草案不应当审议一国际组织控制一领土的情况,有人对此表示支持。据称,它涉及一种极为具体的保护形式,至少它与职能保护的关系同与外交保护的关系一样密切;而且,如同国家责任条款,委员会应该不理会与国际组织有关的一切问题。同时,有人表示支持这一建议:本条款草案应该审议受托管理或控制某一非本国的领土的国家意图以该领土居民的名义行使外交保护的情况。

134. 另一种意见认为,在一国际组织管理一领土的情况下,该国际组织履行一个国家的所有职能,因此,应该对可能无国籍的人或国籍不明确的人行使外交保护。此外,国籍联系过去具有一定的重要性,那时国家是国际舞台上的唯一行动者,而在国际组织与国家相比作用日益增大的这个世界中,国籍联系的重要性就降低了。因此,有人认为,应该把这个问题列入本条款草案。但据指出,如果以为联合

²⁵² 见上文脚注 5。

国作为领土管理者的特别职能和临时职能可以与国家管理领土等量齐观,则是轻率的。

135. 还有一种观点坚持认为,外交保护问题的核心是国籍原则,即一国与它的国民之间的联系。当一国针对一国际不法行为对其国民造成的损害行使外交保护而索取合法权益时,合法权益和国家之间的联系是国民的国籍。如果将提议的更多问题载入本条款草案,即使只列为例外情况,也难免影响外交保护规则的性质,而不适当地扩大了国家的干预权。

136. 也有人认为,如果委员会决定不审议上述的另一些问题,至少应该在评注中予以提及。

137. 委员会还审议了可列入本条款草案范围的若干问题的另一些建议。它研讨了是否需要在本条款草案中提到"洁手"理论的问题。有人表示,虽然该理论与对外交保护问题的讨论有关,却不可能在本条款草案中予以特殊处理。有人引述了委员会在国家责任专题对这个理论的处理方式,委员会决定:它不构成排除不法性的情况。²⁵³ 同样,有人认为,某人没有"洁手"的事实不能成为拒不给予外交保护的理由。有人对"洁手"概念的法律地位表示进一步的保留。据指出,这一概念极少使用,主要是作为一种偏颇论点被提出,因此,委员会必须谨慎,不要"意外地"把它合法化了。

138. 另一方面,有人指出,在外交保护方面提及这个问题是合理的。作为行使外交保护对象的人是否有"洁手"的问题不容忽视,而且无论从中得出什么结论,都务必提出这个问题。另外,还有人指出,委员会最好不要对"洁手"规则持赞成或反对的立场。

139. 委员会也审议了载列一项关于拒绝司法条款的必要性。²⁵⁴ 记得委员会以往不曾打算在本条款草案中明文提拒绝司法的概念。也有人坚持认为,这一概念是实体法的一部分,属于外侨待遇的议题,与外交保护没有直接关系。曾有过在外侨使用法院的情况下,有时发生了拒绝司法情事,这与涉及使用当地补救办法的任何境况没有什么关系。因此,接受这个议题是不合逻辑的,会使委员会陷入重大的困难。

140. 但是,有人指出,就外侨和国民使用司法系统的机会的平等待遇而言,拒绝司法问题触及实质问题。国际私法和有关这个题目的现有公约广泛地处理了这个议题,美洲区域更是这样,规定外侨有权使用与国民同样的补救办法,另一些最近的法律案文重申了这项权利。就此而论,很难漠视拒绝司法问题,作为本项研究的一部分,拒绝司法可能是需要行使外交保护的境况之一。

141. 考虑到其他意见,提议在进行本项研究时适度 顾及行使外交保护的影响。

142. 也有人表示赞成按照特别报告员的建议研讨对 企业公司的外交保护问题。

143. 关于术语使用方面,有人指出,"求偿当事人的国籍"的概念会引起混淆,而且这是普通法的概念,在若干其他法律体系中找不到类似用语。特别报告员在答复中承认,这个用语具有普通法的意涵,但指出,国际法院就伤害赔偿案发表的意见中也以法语使用了这个术语。

(c) 特别报告员的总结

144. 特别报告员指出,总的来说,人们似乎支持他的做法,即:把条款草案的范围限定于与求偿当事人的国籍和用尽当地补救办法规则有关的问题,以便能够在委员会五年期内结束对该专题的审议。

145. 关于他在第三次报告中所查明的与求偿当事人的国籍有关、但历来不属于该领域的问题,特别报告员指出,没有任何代表认为应该彻底研究国际组织对其官员的职能保护问题。但是,有几位发言者强调必须在评注中辨别外交保护与职能保护,特别提及国际法院在伤害赔偿案的咨询意见中对问题二(联合国行使职能保护如何与国籍国保护其国民的权利一致)的答复。他提议在第1条评注阐述竞争性保护要求时处理这个事项,不过,他还没有决定是否单独载列关于该事项的条文。

146. 特别报告员指出,看来对于是否将条款草案的范围扩大到包括船舶或飞行器的国籍国,以便包括为其船员或机组人员和乘客求偿的权利方面存在分歧意见。他说将进一步考虑这个事项。

²⁵⁴ 也见下文 B.6节。

147. 关于一国授权他国行使外交保护的情况,他认为,在实践中这种情况不常发生,文献中也很少论及。他也指出,关于持续国籍的条文部分地涉及了这个问题。

148. 特别报告员指出,把管理、控制或占领一领土的一国行使外交保护的问题纳入本项研究的范围的提议得到了某些支持,尽管得到的支持不多。有些委员提议审议由国际组织保护其控制下领土居民的问题,例如联合国在科索沃和东帝汶遇到的情况。他认为,虽然有些人支持这种想法,但委员们多半认为,这个问题最好放在国际组织的责任范围内探讨。

149. 关于"洁手"原则,特别报告员说,它可能因受害人、求偿国或应诉国的行为引起,因此难以提出一项适用于所有情况的规则。他也认为,这个问题将在第三次报告 D 节和涉及巴塞罗那电车公司案中的企业公司国籍时述及。²⁵⁵

2. 第 12 和第 13 条 256

(a) 特别报告员的介绍

150. 特别报告员忆及,在2001年提交委员会第五十三届会议的第二次报告中探讨了第12和第13条,但由于时间不够,没有审议。他认为,这两项条文应该一并解读,因此,提议一并予以处理。两者都涉及用尽当地补救办法规则是程序规则还是实质规则的问题,这是用尽当地补救办法方面最具争议性的问题。

"第12条

"必须用尽当地补救办法的规则是一项程序性先决条件,国家在根据针对其国民所犯的违反当地法律和国际法的国际不法行为对该国民造成的损害提出国际要求前,必须予以遵守。

"第13条

"外国国民在一国国内诉讼法院提出法律诉讼程序以就一项违反该国国内法、但不等于国际不法行为的行为取得补救时,此一诉讼程序在其国内提出的国家,如对该国国民有拒绝司法的行为,即须负国际责任。除第14条的规定外,以该受损害外国国民名义提出的国际要求,在提出之前,该受损害外国国民必须用尽可能利用的任何其他当地补救办法。"

151. 据指出,委员会以前在国家责任专题范围内就该事项采取了立场。他记得,委员会第二十九届会议制订了一项条文,²⁵⁷并在第四十八届会议上联系委员会一读暂时通过的国家责任条款草案予以确认。²⁵⁸ 但是,他认为,这项规则本质上是程序规则,不是实质规则,因此必须重新审议这个事项。

152. 曾经采取的三项立场是:实质立场、程序立场和他所谓的"混合"立场。主张采取实质立场的人,包括博查德和阿戈,坚持认为,在用尽当地补救办法以前,违法国的国际不法行为并未完成。在这里,用尽当地补救办法规则是实质条件,是国际责任赖以存在的基础。

153. 阿梅拉辛格等支持程序性立场的人的论点是: 用尽当地补救办法规则是一项程序性条件,在提出 国际求偿以前必须满足这个条件。

154. 福塞特主张的混合立场,²⁵⁹ 区分了外侨在国内 法范围内受到的损害与在国际法范围内受到的损害。 如果损害是由不违反国际法、只违反国内法的行为 造成的,例如由于违反特许合同造成的,则只有当 被告国有拒绝司法行为时,例如,当一外侨企图在 国内法庭行使其权利时,司法部门对他存有偏见, 才引起国际责任。在这种情况下,用尽当地补救办 法规则显然是必须履行的实质性条件。反之,如果 对外侨的损害违反了国际法或同时违反了国际法与 国内法,在发生损害时,即已引起国际责任,而用 尽当地补救办法规则是提出国际求偿的程序性条件。

155. 特别报告员还指出,虽然有些人辩称,这三种立场纯粹是学术性的,引起国际责任的时刻问题实际上往往相当重要。首先,就求偿当事人的国籍而言,在犯下国际不法行为时,外侨必须是一国民。因此,务必确定犯下国际不法行为的时刻。其次,可能会有摩洛哥磷酸盐案中发生的管辖权问题,²⁶⁰ 那么问题就在于:为了决定法院是否具有管辖权,国际责任发生于何时?第三、如果用尽当地补救办法规则是实质性规则,一国就不可能放弃,因为在没有用

²⁵⁵ 见上文脚注 6。

²⁵⁶ 特别报告员在其第二次报告(见上文脚注3)中建议的第12和第13条案文如下:

²⁵⁷ 第22条; 见《1977年······年鉴》[英], 第二卷(第二部分), 第30页。

²⁵⁸ 见《1996年······年鉴》,第二卷(第二部分),第59页。

²⁵⁹ 见 J.E.S. 福塞特, "用尽当地补救办法: 实质还是程序?", 载于《英国国际法年鉴》, 1954年, 第452-458页。

 $^{^{260}}$ 判决,《1938年国际常设法院汇编》,A/B辑,第74号,第10页。

尽当地补救办法的情形下,就不会发生国际不法行为。

156. 特别报告员说,困难在于:关于应该依循什么途径的资料来源并不清楚。他还在其报告中总结了以往多次尝试的各种编纂工作。他说,虽然委员会在 1977 年第二十九届会议上在当时的国家责任条款草案第 22 条中倾向于持实质性的看法,²⁶¹ 但是到 2000 年,对人员和财产的外交保护委员会报告员在国际法协会中采取了一种纯粹程序性的立场。²⁶²

157. 特别报告员还说,司法裁决也是不明确的,可以作出不同的解释,既可能支持程序性立场,也可能支持实质性立场。例如,关于摩洛哥磷酸盐案,特别报告员阿戈坚持认为,常设法院不曾作出反对实质性立场的裁决。但是,目前特别报告员对裁决中一段关键文字的解释是:法院支持了法国的论点,即认为,关于用尽当地补救办法的规则只是程序性规则。

158. 特别报告员还说,国家实践没有什么价值,因为它通常采取在国际议事录中介绍论点的形式,而国家必定会支持最符合其本国利益的立场。因此,无法从国家提出的论点中得到任何明确的结论。

159. 此外,据指出,对这个问题的学术意见也有分歧。 他确认,很少有人注意他所支持的第三个立场。例如, 对一外侨施加酷刑的国家在它犯下这一行为的时刻 已经引起国际责任,但是,它可能也意识到该行为 违反了本国的立法。如果本国的补救办法已经存在, 必须予以用尽以后,才能提出国际求偿;在这种情况下,用尽当地补救办法规则是程序性的。第12和 第13条草案意图实施这项结论,学术意见也对这一 立场提供了一些支持。

160. 委员会也面临偏离它在国家责任条款草案第22条原案文的立场的决定。但是,在拟议该条文时,当时的国家责任问题特别报告员曾经假定:该文件定本将区分行为的义务与结果,这一区分二读时未

予保留。因此,特别报告员认为,委员会可以通过 他所提议的立场。

(b) 辩论摘要

161. 支持实质性立场的人认为,如果必须用尽、却一直没有用尽当地补救办法,则不得行使外交保护。因此,不能就据称的违背义务行为提出求偿,并且不得采取反措施。在这一点上,一项据称违背义务以后没有补救办法的行为,若对有关的国家或个人来说没有在国际上产生任何后果,其实际意义并不明确。就此而论,由于先决条件适用于涉及这种情况的所有程序,所以必须把它视为实质性的。

162. 另一些人表示支持程序性立场。据指出,对于没有用尽当地补救办法而作出宣告性判决的情况来说,例如由于程序费用过于高昂等原因,用尽当地补救办法实际上并不总是办得到的。在没有用尽当地补救办法的情形下获得的宣告性判决可能给予切实的抵偿,导致实际变革。但是,如果将用尽当地补救办法规则规定为实质性的,便会排除这种可能性。

163. 有人表示支持特别报告员在其报告中所描述的 福塞特的"第三种观点"。另一方面,有人表示,福塞特的研究报告对国内法中的补救办法和国际法中的补救办法作了区分,它所提到的各种可能性会引起理论上的争辩,使这个问题不必要地复杂化。

164. 委员会中占优势的观点认为,应该删除条款草案第 12 条和第 13 条,因为这两条没有对第 11 条增添任何内容。据确认,虽然采纳这个或那个理论以后,可能牵涉到一些问题,上述补救办法是实质性的或者程序性的问题,在摩洛哥磷酸盐案等特殊情况下某种程度上是无法避免的,它们并非至关重要,因此没有理由将其列入有关条款草案。同样,有人说,为了在全球探讨用尽当地补救办法问题,这种区分并不是很有用或者适切。这样做也不能达到多少实际目的。的确,有人表示担心这种区分可能使委员会的任务大大复杂化,它将需要详细审议必须用尽的补救办法。也有人指出,第 12 和第 13 条使第 10 和第 11 条中所载述的原则声明复杂化了,或者只是指出拒绝司法一类的概念,而没有充分阐明这些概念。

²⁶¹ 见上文脚注257。

²⁶² "用尽当地补救办法",国际法协会临时报告,《大会第六十九届会议报告》(伦敦,2000年),第606页,尤其见第629-630页。

165. 此外,有人说,当纯粹从外交保护方面着眼时,这种区分似乎无关紧要。其假定是:已经犯下一国际不法行为;因此所要审议的问题只是当一个人受到损害时,应该基于哪些条件或许根据哪些程序进行赔偿;因为在没有国际不法行为的情形下,外交保护不会发生。从那个观点着眼,这个问题是直截的;外交保护是可能借以履行国家的国际责任的一个程序;用尽当地补救办法是实施该程序的先决条件,它到底是一项实质性或程序性规则没有什么差别。

166. 记得最初是在审议国家责任专题期间,为了确定发生不法行为的精确时刻才进行这种区分的。问题在于:是否一犯下国际不法行为就引起国家的责任,而与是否用尽当地补救办法无关。因此,据提议,为了前后一致,委员会依循了委员会第五十三届会议通过的国际不法行为国家责任条款草案第44条"可否提出要求"中的做法。²⁶³同样,有人指出,关于外交保护的条款草案第12条有待商榷:有人质疑触犯当地法律本身如何构成国际不法行为。这似乎同时抵触了国家责任条款的精神和文字,特别是其中的第3条。

167. 此外,有些发言者质疑这样的断言:自动放弃不符合用尽当地补救办法规则的实质性。各国可以针对实质问题或程序问题自动放弃提出求偿的先决条件。用尽当地补救办法规则并非强制性的,而是可由各国之间议定的。

168. 还有人说,用尽当地补救办法规则的性质问题引起了棘手的理论问题,而且具有政治影响,因为有人认为,程序理论轻视许多国家视为根本性的规则的重要性。由于这些问题,委员会又没有达成共识,人们认为不宜赞同任何竞争性意见。

169. 也有人认为,委员会可以采取另一种办法:在政策、实践和历史情况的基础上,审议完全根据经验对用尽当地补救办法规则进行研究的报告。例如,有人说,承担风险原则、外侨和东道国之间存在自愿联系、依常识适用用尽当地补救办法规则可能比程序问题或实质问题更为有关。

170. 还有一种说法认为,可以在第 10、第 11 和第 14 条的评注中处理这个问题。

²⁶³ 《2001年······年鉴》,第二卷(第二部分),第四章,第76段: 见第33页的第44条。

171. 另一些人坚持认为,第12和第13条是有用的,但必须改用另一种形式提出。这种意见认为,用尽当地补救办法规则作为一种程序事项,可能也会有实质结果。因此,有人提议,应该规定例外情况,考虑到这种规则的适用会有不公平的情况,例如国籍改变或拒绝接受一国际法院的管辖。在这种情况下,必须规定该国有权要求行使外交保护的起始时间,它可能是该国国民受到伤害行为发生时。如果采取这样的措辞,第12和第13条就不会与第10条重复。

172. 也有人认为, 仅应该将第12条提交起草委员会, 但应将第13条删除, 因为它处理违反国内法的结果引起损害的情况, 不属于本条款草案的范围。

(c) 特别报告员的总结

173. 特别报告员确认,他并不强烈地倾向于在条款草案中保留对程序性立场和实质性立场的区分。他同意,这种区分并不是用于研究外交保护的大纲的论点。但是,在用尽当地补救办法的研究中不能完全忽视它,因为它在国家责任条款草案(明确地体现在其中的第22条)一读时,以及关于用尽当地补救办法规则的所有法律著作中占有显著地位。它在确定发生损害的时间(这是涉及求偿当事人的国籍的问题)方面也有实际影响,因为在发生损害时,受到损害的外侨必须是求偿国国民。

174. 有人认为,阐述用尽当地补偿办法规则的基本原理,以说明国际法作出这一规定的原因,应该比较有用。他在答复这一看法时指出,他的第二次报告 264 载有绪言部分,说明该规则的基本原理,但委员会对此反应不佳。他将在第 10 条评注中进一步补救这个疏失。

175. 他认为,第 12 和第 13 条受到相当多的批评,还没有得到普遍认可。批评者认为这两条过于概念化、不适切,是以双重立场为其前提,过分受到程序与实质的区分的影响。他承认,对第 13 条的某些批评确有实据。他举例阐述说,某项国际规则被违背以后,外交保护便开始起作用;而第 13 条主要处理的是没有发生国际不法行为的情况。他还说,一些委员指出:第 13 条主要处理犯下国际不法行为的时刻问题;因此,它不属于用尽当地补救办法规则的范畴。

²⁶⁴ 见上文脚注3。

176. 因此,他提议:不将第12和第13条提交起草委员会,这个解决办法的好处是可以避免用尽当地补救办法规则是程序性还是实质性的问题,可以让委员们随意对这个事项各持己见。

3. 第14条

(a) 徒劳(第14条(a)项)²⁶⁵

(一) 特别报告员的介绍

177. 特别报告员在介绍第 14 条时说,他拟议了一项统括条款,用以处理用尽当地补救办法规则的例外情况。该条款采纳了在委员会和第六委员会中提出的如下建议: 只有一切现有的适当而有效的当地法律补救办法才必须加以用尽。他同意这样的建议: 在用尽当地补救办法的通则中规定当地补救办法必须是现有的和有效的,但必须以一项单独的条款专门处理当地补救办法无效或徒劳的情况。主要的理由是: 如同他在拟议的第 15 条中所说的,被告国和原告国都应承担举证责任,前者必须证明当地补救办法是徒劳的或无效的。

178. 他认为"无效"这一术语的含义过于模糊,应 予舍弃。他根据司法判决和文献提出了据以确定"无 效的"当地补救办法的三项检验标准。当地补救办 法若显属徒劳、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,则是无效的。

179. 据指出,第一项检验标准是显属徒劳,它要求当地补救办法的徒劳性立即呈现。这受到一些论著作者和审理西电公司案的国际法院的批评,²⁶⁶ 认为它过于严格。同样,第二项检验标准因要求原告人只须证明当地补救办法没有合理的成功机会,而被

²⁶⁵ 特别报告员第三次报告中提出的第14条(*a*)项案文如下:

"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:

- "显属徒劳(选择1);
- "没有合理的成功机会 (选择 2);
- "没有提供获得有效补救办法的合理可能性 (选择3);"

认为软弱无力。第三项检验标准是前两项的综合, 要求证明当地补救办法没有提供获得有效补救办法 的合理可能性,他认为这个办法应该是优选办法。

180. 他为了支持自己的立场,引述了当地补救办法被认为无效或徒劳的情况: 当地法院对争端没有管辖权的情况(例如帕涅韦兹斯一萨尔杜提斯基铁路案 ²⁶⁷); 当地法院必须适用有争议的本国法规的情况,例如没收财产的法规; 当地法院缺乏独立性已臭名昭著(例如罗伯特•E.布朗求偿案 ²⁶⁸); 有对外侨不利的一贯和确凿无疑的先例;被告国没有适当的司法保护制度。

(二) 辩论摘要

181. 发言者普遍表示赞成将(a) 项提交起草委员会。 尤其表示赞同第三项选择,据此,若有获得有效补 救办法的合理可能性,才需要用尽某项补救办法。

182. 据指出,当地补救办法的徒劳是一个复杂问题,因为它涉及主观判断,也涉及与举证责任的关系;它提出了国籍国是否能仅凭当地补救办法由于各种原因显属徒劳这一假设便向国际法院提出权利要求的问题。必须防止作出有利于原告国或东道国的极端解释。就此而论,有人认为,第三项选择是优选办法,可据以起草适当的条款,因为它采取了适当的中间立场,提出了稳妥看法。

183. 但是有人认为,对无效的检验必须客观。例如 当地补救办法被不当地和不合理地拖延或不可能提 供有效补救,或当地法院完全屈从于行政部门,便 属于此类情况。

184. 但是,有人表示,无论采纳哪项选择,在拟议的术语中,无论是"徒劳"或"合理",都留下了相当大的主观解释空间。合理性的标准是模糊的,并且涉及举证责任问题,从而与特别报告员拟议的第15条有关。但是,据指出,第15条未能对第14条中所采用的标准的明显任意性施加限制。此外,有人指出,"有效补救办法"和"不当拖延"是相对的概念,不可能有普遍标准。就此而论,必须根据具体背景和情况以及法律面前人人平等、不歧视

²⁶⁶ 西西里电子公司(西电公司)案,判决,《1989年国际法院汇编》,第15页。

²⁶⁷ 帕涅韦兹斯一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4页。

²⁶⁸ 罗伯特·布朗(美国)诉太不列颠案, 1923年11月23日裁决,《国际仲裁裁决汇编》,第六卷(出售品编号: 1955.V.3),第120页。

和透明等其他同样重要的原则来判断。也有人认为, 为了认定某一个人是否用尽当地补救办法,仅向国 内主管法院提起某一讼案是不够的;原告人还必须 提出有关的法律论据。

185. 有人提出若干起草上的建议,包括在(a) 项起首语中以单数提及"补救办法",以避免概括地说明是否所有补救办法均可供使用;删除提及"合理"一语,因为这是多余的,而且反而意味着人们除非得到行为必须合理的具体训示,否则行为就会不合理;提及所有"适当和有效的"当地补救办法;"合理的可能性"一语必须细察,因为它们指原告国的主观考量。也有人指出,第14条(a) 项似乎与(c)、(d)、(e)和(f)等项重叠,后几项处理可能无法提供有效补救的一些具体情况。

186. 也有人表示赞成将第二项和第三项选择相结合。 另一种意见认为,除非当地补救办法显属徒劳(即第一项选择),否则就应该遵守用尽当地补救办法的规则。但是,有人说,显属徒劳的检验过于严格。

(三) 特别报告员的总结

187. 特别报告员记得,在委员会第五十三届会议和 随后在该年举行的第六委员会会议上,都有人认为, 有效性概念只应作为例外事项处理。他希望,委员 会对这一议题保持沉默是表示对该项立场的支持。

188. 他认为,曾一致支持将第 14 条 (a) 项提交起草委员会;委员们大多赞成第三项选择,不过也有一些委员支持第二项和第三项选择相结合;极少有人支持第一项选择。因此,他认为,应该将 (a) 项提交起草委员会,责成它审议第二项和第三项选择。

(b) 放弃要求和禁止反言 (第 14 条 (b) 项)²⁶⁹

(一) 特别报告员的介绍

189. 特别报告员在介绍处理放弃要求和禁止反言的 (b) 项时指出,由于用尽当地补救办法规则是为了被

²⁶⁹ 特别报告员第三次报告中建议的第14条(b)项案文如下: "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;"

告国的利益拟定的,它可以选择放弃要求。放弃要求可以明示或暗示,也可以作为被告国行为的结果,在这种情况下,可以说,被告国不得反言宣称尚未用尽当地补救办法。他指出,可以在解决现有争端的专案仲裁协议中载列明示放弃要求;也可以在一般条约的情况下规定未来争端应以仲裁解决。这种放弃要求的方式可以接受,并通常认为不可撤销。

190. 以暗示放弃要求困难较大,这一点可以从西电公司案中看出,国际法院在该案中"无法接受不以任何言辞明示意向的情况下悄然摒弃习惯国际法上一项重要原则"。²⁷⁰ 因此,务必有明确的证据表达这种意图,有些法学家曾提出反对暗示放弃的假设,虽然这项假设并非无法反驳的。但若放弃当地补救办法规则的意图是明文载于协议中或一如该案的情况,则必须暗示放弃要求。

191. 他认为,对于什么时候放弃要求可以是暗示的 难以规定任何通用原则,但他提到其在第三次报告 中引述的可以适用特殊考虑的四个事例,即: (a)以 一般仲裁协议处理未来争端的情况——在这种协议 中, 沉默并不暗示放弃要求; (b) 根据任择条款提 交声明是否暗示放弃要求的问题——国家实践显示 不会是这样(根据对帕涅韦兹斯一萨尔杜提斯基铁 路案的判决); (c) 在发生争端以后缔结专案仲裁协 议而该协议对用尽当地补救办法规则保持沉默的情 况——沉默可以解释为放弃要求,因为专案协议是 在争端发生以后缔结的;以及(d)一外侨与东道国之 间的合同暗示放弃用尽当地补救办法规则,被告国 于是拒绝交付仲裁的情况。如果国籍国在这种情形 下着手处理求偿要求, 暗示的放弃要求也可能扩大 适用于国际诉讼,不过一些权威对此有分歧。于是 可以得出结论认为,放弃要求是不容易暗示的,但 若有明确的迹象显示被告国有放弃要求的意图,则 必须如此暗示。因此他建议暗示的放弃应保留在第 14条(b)项中。

192. 同样的考虑也适用禁止反言的情况。若被告国的行为显示它已经放弃要求用尽当地补救办法的权利,即不得改口要求在其后阶段适用当地补救办法规则。国际法院的一个分庭在审理西电公司案时接受了在这种情况下禁止反言的可能性,并得到人权案判例的支持。

²⁷⁰ 西电公司案 (见上文脚注 266), 第 50 段。

193. 此外,特别报告员指出,放弃用尽当地补救办法规则在司法判决上引起一些困难,程序/实质上的区别便开始起作用。若规则是程序性的,便没有理由不能放弃。它只是必须依循的程序,因此,被告国可以舍弃它。国际不法行为不受影响,争端可以由国际法庭判决。反之,若用尽当地补救办法是实质性的,被告国就不能放弃要求,因为不法行为要等到在用尽当地补救办法方面发生拒绝司法情事以后,或者在确定了被告国没有适当或有效的补救办法后才完成。诚然,有些实质论者认为,这个论点与实质论的立场一致。

(二) 辩论摘要

194. 有人支持按照特别报告员拟议的形式将第 14 条 (b) 项提交起草委员会。

195. 据指出,放弃要求在外交保护方面起到不同的作用。国家对国际不法行为的责任条款第45条(a)项²⁷¹考虑到由受害国放弃要求,而本条款草案第14条(b)项则提及由被告国放弃要求。实际上,被告国的放弃要求通常涉及用尽当地补救办法的义务,但它也可能涉及求偿要求可否受理的其他方面,例如原告人的国籍。因此,有人提议,拟订比较笼统的条款,以便在外交保护方面作出由原告国或被告国放弃要求,以及关于默许或禁止反言的规定。此外,有人坚持认为,要是委员会还是认为必须就放弃要求载列特定的、而不是概括性的规定,最好将这项规定同关于当地补救办法有效性的规定,或同该个人与被告国之间需有切实联系的规定分开,因为后者涉及该规则的范围和内容,而放弃要求主要涉及在特定情况下行使外交保护。

196. 也有人认为,放弃要求之所以不应该同原告国与被告国之间的协议混淆起来,原因在于:无需用尽当地补救办法。这种协议具有同样的作用,但属于特别法的情况,在编纂一般国际法时不应予以顾及。

197. 有人认为,可以密切研究暗示放弃要求和禁止反言问题以进一步完善(b)项。就暗示放弃要求而言,有人担心,即使含义明确,也可能引起混淆。据认为,放弃要求是单方面行为,应是不可撤销的,也不应该轻易假定已放弃要求。据指出,毫不含糊地暗示放弃要求的情况极少。《关于和平解决争端的欧洲

公约》证实了上述论点,该《公约》是关于解决一般争端的极少数条约之一,它明文规定必须用尽当地补救办法。另外,有人认为该条款表明,被告国必须明确、毫不含糊地放弃关于应该用尽当地补救办法的要求。

198. 反之,有人认为,暗示放弃要求的可能性不应不假思索地予以拒绝。必须强调意图标准和意图的明确性,同时考虑到一切有关因素。

199. 有人怀疑提及禁止反言概念是否可取。据指出,禁止反言是一个普通法概念,民法的实行者对它有些怀疑,它属于暗指放弃要求的更广泛概念范围内。有人还指出,特别报告员就禁止反言所引述的事例毫无例外地都属于以下情况:有一项裁决或判决指出,由于被告国对未能用尽当地补救办法一直保持沉默,它不能在其后阶段援引这种情事。就此而论,第 14 条 (b) 项和 (f) 项的内容有些重叠。

200. 另一些人虽然接受(b) 项中所载述的原则,却对其措辞方式有所保留。据认为,应该指出,放弃要求即使是采取暗示的方式,也必须清晰而且明确。也有人认为提到"被告国"的措辞似乎暗指诉讼,提交起草委员会的条文或第12和第13条都没有提到该措辞,因而表示严正质疑。有人认为,优选办法是采用国家对国际不法行为的责任条款中的用语。

(三) 特别报告员的总结

201. 特别报告员认为,有人强烈支持以明示放弃要求作为用尽当地补救办法规则的例外,但许多发言者对暗示放弃要求感到困扰,因此认为应该以明晰和不含糊的方式放弃要求。但是,即使是这些委员会也没有否认起草委员会应该审议这个问题。因此,他提出将第 14 条 (b) 项提交起草委员会,同时建议它对暗示放弃要求持审慎态度,并且考虑将禁止反言视为暗示放弃要求的一个形式。

(c) 自愿联系和领土联系 (第 14 条 (c) 项和 (d) 项)²⁷²

(一) 特别报告员的介绍

²⁷² 特别报告员在第三次报告中提议的第14条(c)和(d)项的 案文如下:

"第14条

"在下列情况下,无需用尽当地补救办法:

202. 特别报告员在介绍第 14条 (c) 和 (d) 项时认为,这两项关系密切,委员会应将其一并审议。他指出,虽然有人支持这些规则,也有可能举出证据,表明一些排除当地补救办法的现行规则可能也包括了这两项。他也记得,当委员会第四十八届会议在对国家责任条款草案第 22条进行一读 273 期间审议这一事项时,已经决定无需载列这些规定。

203. 他在报告中提出了国际法委员会是否需要以一个或多个单独条款处理缺乏自愿联系或领土联系的问题。对该议题的辩论基本上产生于 1955 年 7 月 27 日空中事件案, 274 在该案中,受害方与保加利亚之间并没有任何自愿联系。在所有处理用尽当地补救办法规则的一切案件中,在受害个人与被告国之间都以身体的行踪、住所、财产所有权或与被告国之间的合同关系的形式存在着一些联系。此外,外交保护在近年来经历了重大改变。在过去,外交保护所涉及的案情是一国民侨居国外,应该用尽当地补救办法以后,才能进入国际层面。但是,最近以来,发生了诸如切尔诺贝利事故等越境环境损害问题。

204. 特别报告员还指出,支持对当地补救办法规则 采用自愿联系或领土联系作为例外情况的人强调, 在传统案件中,历来可能假设外侨由于在被告国的 管辖范围内而面临风险,因而必须用尽当地补救办 法。但是,对于是否需要拟订一项单独规则,并没 有明确的权威依据。特别报告员在指出关于这个问 题的司法判决多半含糊其词时,提到若干此类判决, 其中包括国际工商业投资公司案、²⁷⁵ 萨利姆案、²⁷⁶ 挪 威公债案、²⁷⁷以及1955年7月27日空中事件案。同样, 凡是涉及跨界损害的案件往往意味着无需用尽当地 补救办法。例如,在特雷尔炼锌厂案 ²⁷⁸ 中,就没有

"(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;"

²⁷³ 见上文脚注 287。

- ²⁷⁴ 《国际法院书状》,1955年7月27日空中事件案(以色列诉保加利亚;美利坚合众国诉保加利亚;联合王国诉保加利亚)。
- ²⁷⁵ 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6页。
- 276 《国际仲裁裁决汇编》,第二卷 (出售品编号: 1949.V.1),第 1161 页。
 - ²⁷⁷ 挪威公债案, 判决,《1957年国际法院汇编》, 第9页。
- 278 《国际仲裁裁决汇编》,第三卷 (出售品编号: 1949.V.2),第1905页。

坚持用尽当地补救办法。但是,该案的判决也可能被解释为处理被告国(加拿大)对原告国(美国)受到的直接损害,因此无需在那种情况下用尽当地补救办法。他认为,主张规定自愿联系/领土联系的人已经引证了一个有力的示例。

205. 主张规定自愿联系的人从来不曾将这种联系与住所等同起来。如果住所是必要条件,若受害外侨在被告国并非永久居民,就无法为没收外国财产和进行合同交易而适用用尽当地补救办法规则。若一国已经为意外击落一架外国飞机负责,该国多半不会坚持首先必须用尽当地补救办法。跨界环境损害的情况也是如此——例如,在加拿大放弃了该项要求的《设立国际仲裁法庭处理美国关于古特大坝索赔的协议》²⁷⁹以及《外空物体所造成损害之国际责任公约》中,都没有要求用尽当地补救办法。

206. 特别报告员说,早期的编纂工作通常把重点放在一国在其境内对外国人的人身或财产造成损害的国家责任,以及一外国人到另一国设置居所并且进行商业活动的传统情况。在对关于国家责任的条款草案进行一读时,委员会避免在有自愿联系存在的情况下拟订当地补救办法规则的例外条款,因为由于国家实践或司法判决都不曾处理这样的例外条款,委员会认为,最好由现行规则予以处理,并且允许国家实践逐步开展。

207. 他认为,有很好的理由可据以认真考虑在第 14 条 (c) 项和 (d) 项中载列一些例外规则。在以下四种情况下,坚持外侨必须用尽当地补救办法似乎不切实际和不公平:由污染、幅射落尘或人造外空物体造成跨界环境损害;击落位于被告国领土以外的飞机或意外进入其领空的飞行器;驻扎在甲国领土上的乙国士兵杀害甲国国民;以及被告国人员从一外国国民的所在国或第三国跨界诱拐该外国国民。

208. 委员会应审查这些事例是否需要特别规则,以 使它们脱离当地补救办法规则的范围,或它们是否 已经适用现行规则。在许多这类情况下,被告国对 原告国造成的损害是直接的。例如,跨界环境损害、 意外击落飞行器和跨界诱拐一国民等,大多属于这 种情况。他留待委员会决定它是否愿意遵循原先在 讨论国家责任时所采取的做法,允许这个事项在国

²⁷⁹ 1965年3月25日签署于渥太华。联合国、《条约汇编》,第607卷,8802号,第142页;案文转载于《国际法律资料》,第4卷,第3号(1965年5月),第468页。

家实践中发展,或它是否认为有必要根据拟议法介 入这一事项。

(二) 辩论摘要

- 209. 有人表示支持一种看法,即在个人与被告国之间没有自愿联系或被告国的行为是在其境外发生的情况下,硬性要求该个人用尽当地补救办法可能不公平,因而有理由在逐渐发展的状况中对用尽当地补救办法规则规定上述例外事项。又有人指出,基本原则看来是一个常识问题和公平的问题。
- 210. 但是,特别报告员报告中迟疑的语气引起问题。 有人坚持认为,尽管缺乏支持或反对自愿联系的明确权威,如果委员会愿意,可以任由它逐渐发展国际法。因此,据认为,委员会可以更直接地研讨当地补救办法规则的基本政策问题。
- 211. 但是,有人警告说,第 14条 (c) 项和 (d) 项的 案文断然声称,不存在自愿联系和被告国的行为不在其领土管辖范围内发生的事实本身,完全排除了用尽当地补救办法的要求,这种提法走得太远了。据认为,应该拟订一项单一条款,考虑到在上述两种情况下,如果有理有据,即可不必用尽当地补救办法的例外情况。
- 212. 另一种看法认为,这个问题不是用尽当地补救 办法规则的一个例外,而是涉及该规则本身存在的 基本理由。
- 213. 另一些人认为, 自愿联系概念问题在于: "联系"是一个物质概念, 是十九世纪人们对人员行踪的看法。但是, 在经济全球化的时代, 个人日益能够从域外影响整个经济体。因此, 当地补救办法规则也可以视为保护被告国, 其利益必须予以考虑。
- 214. 据指出,用尽当地补救办法并不涉及风险的推定,而是在问题成为国际问题以前在政府之间加以解决的一种方式。因此,把重点放在该规则的若干方面,往往会使它被扭曲为个人的风险推定,会起误导作用。固然应该作为合理性概念的一部分或主要根据个人活动和用尽当地补救办法的法律责任支持区分的另一些概念,来考虑"自愿联系"概念,但是应该把它作为从属的、而不是主要的考虑因素来对其进行研讨。例如,在某些情况下,可能从技术意义上讲有一种自愿的联系,但出于其他原因,要求用尽当地补救办法可能不合理。

215. 也有人强调不要混淆外交保护与一般国际求偿。 尽管这个概念有助于解释为什么必须用尽当地补救 办法,但认定如果没有自愿联系就不应援引外交保 护,却是错误的。

- 216. 也有人对特别报告员报告中为支持自愿联系要求所引述的事例是否恰当,表示怀疑。例如,据指出,在该报告第79段中提到的涉及击落外国飞行器的情况下,一般说来,责任国坚持认为,该行为是事故,拒绝接受对违法行为的责任,但为补偿受害人提供恩恤付款。也有人表示不同意提及《外空物体所造成损害之责任国际公约》的事例,因为它涉及一项特别制度。
- 217. 虽然有些人支持特别报告员所持关于在跨界环境损害等困难情况下要求一受害外侨用尽国内补救办法是不合理的看法,但另一些人认为,跨界损害概念有它自己的特性,未必符合外交保护的概念。
- 218. 对于切尔诺贝利事故的事例,有人举例指出,本来可以要求联合王国的原告们在乌克兰法院用尽当地补救办法。有人认为,要求资金不足的群体在这种情况下用尽当地补救办法是难以忍受的。
- 219. 另一些人质疑将特雷尔炼锌厂案、切尔诺贝利 事件和其他跨界损害以及环境污染事件称为属于外 交保护专题范围是否合适。这些案件历来被当作对 国家造成直接损害的事例处理。否则就可能把外交 保护的范围过分扩大了。进而言之,切尔诺贝利事 故是否构成国际不法行为并不明确。虽然它也许会 是国际赔偿责任问题,并不显然是国际责任问题。 也有人坚持认为,将联合王国和其他国家采取的回 应措施视为行使外交保护并不自然。
- 220. 另一方面,有人认为,切尔诺贝利事故的确产生了由于未能尊重预防职责而引起的国际责任问题。 也有人指出,该案中异乎寻常的只是受害人数;若 干主要欧洲多边公约中都设想到核事故的风险,其 目的就在于处理遇到这种事故时的民事责任问题。
- 221. 此外,有人记得,委员会第五十三届会议已在 预防危险活动的跨界损害条款草案 (第 15 条)中载 列了关于平等使用权的规定。²⁸⁰ 大多数环境条约中 所载列的这种规定,都鼓励住在其他国家的受害个 人利用污染起源国现有的补救办法。但是,第 14 条

²⁸⁰ 《2001年······年鉴》,第二卷(第二部分),第五章,第 166页,第97段。

(c) 项的作用是要使人们不这样做,除非他们与起源 国之间的联系是自愿的。因此有人提出忠告说,当 委员会在一般国际法领域做任何事情的时候,应该 记住特定领域内可能有偏离它正在进行的工作的事 态发展。

222. 委员会审议了与起草第 14 条 (c) 项有关的若干备选案文,包括不将自愿联系要求视为用尽当地补救办法规则的例外,而把它列为一个单独条款,或将它连同第 14 条 (a) 项或第 10 条和第 11 条一并审议。有些委员会将自愿联系要求视为行使外交保护的必要条件,而不是例外。此外,还有一些委员会只把它视为一项考虑因素。

223. 关于第14条(d)项,有些发言者称,一并审查"自愿联系"概念和"领土联系"概念的做法,使他们感到混淆。有人认为(d)项没有任何价值,因为它似乎只是第14条(c)项之概念的一个次级概念。因此,有人提议删除(d)项。

(三) 特别报告员的总结

224. 特别报告员说,从辩论中得出的结论并不明确。一般普遍同意,无论第 14 条 (c) 项情况如何,第 14 条 (d) 项都是它的一个组成部分,没有理由分开处理。许多委员认为,虽然第 14 条 (c) 项体现了一个重要原则,它首先是行使外交保护的先决条件,其次才是一个例外。另一些委员坚持认为,这些问题可以在第 14 条 (a) 项的合理性范围内加以处理。若干委员辩称,跨界损害的情况涉及没有违法行为情况下的责任,因此应完全排除。他初步认为,无需载列 (c) 项和 (d) 项,因为在大多数情况下,它们会被包括在关于直接损害的第 11 条和关于有效性的第 14 条 (a) 项范围内。

225. 应委员会的要求,特别报告员后来分发了一份非正式讨论文件,汇总了他打算就第 14条 (c) 项采取的行动建议。他相信,自愿联系基本上是用尽当地补救办法规则的存在理由,就此而论,它不适于编纂。他认为,如果委员会仍要编纂自愿联系,可以采取若干方式进行,例如将第 10条的案文修改为:"一国不得在受害国民用尽所有当地法律补救办法之前为其与责任国有自愿联系的国民(无论其为自然人或法人)受到的损害提出国际索赔。"另一项办法是,自愿联系可以按照条款草案第 14条 (c) 项中所拟议的方针,作为例外保留下来。如果有人反对

使用"自愿联系"一语,可以将(c)项的案文改为: "(c)用尽当地补救办法的任何要求会对受害外侨造成重大困难[/极其无理]"。另外一种意见认为,(c)项不可取,干脆删除,从有关跨界损害的法律的发展情况看来,尤其是这样。

226. 他的优选办法不是对自愿联系作明文规定,而是在第10条评注中提及,作为用尽当地补救办法规则的传统理据;在第11条评注中论及在无需用尽当地补救办法的情况下一国所受到的直接损害;并在第14条(a)项评注中讨论当地补救办法是否为有效的补救提供合理的可能性。

227. 提到他在第三次报告第83段中讨论到的困难以 及在那种情况下要求受害外侨用尽当地补救办法不 合理的情况,他指出,在第一种情况即:污染、幅 射落尘或人造外空物体造成了跨界环境损害, 如果 损害是由不属于国际不法行为的某一行为所引起的, 就不属于包括外交保护在内的国家责任问题,而是 赔偿责任问题。如果损害是由国际不法行为引起, 这种损害就是直接损害。因此,他认为,没有必要 以单独的条款把自愿联系列为适用当地补救办法规 则的先决条件。在第二种情况,即:在责任国领土 以外击落一飞行器或一飞行器意外进入其领空,就 的确发生了直接损害,而国家实践显示:在大多数 情况下,责任国不会坚持要求用尽当地补救办法。 关于第三种情况,包括驻扎在甲国的乙国士兵杀害 甲国国民, 在大多数情况下, 会有国际条约规定对 乙国提出求偿的可能性。但是, 如果没有这样的协 定,只要有得到有效补救的合理机会,就没有任何 理由规定该个人的继承人不应向乙国的法院要求补 偿。这种情况已经包括在条款草案第14条(a)项中, 无需为此单列一项规定。关于责任国的人员从一外 国国民的本国或第三国进行跨界诱拐,则有两个可 能的选择:明确侵犯了该外国人国籍国的领土主权, 这会导致该国直接对责任国提出主张;或者受害方 有可能在责任国的本国法院提起诉讼, 那就没有理 由不使用这种补救办法。如果这种可能性不存在, 则属于第 14 条 (a) 项所包含的情况。

228. 他认为,委员会不应该妨碍关于这一问题的国际法的发展,鉴于环境损害等领域的国家实践不断演变,情况更是这样。他建议委员会不要在条款草案中对自愿联系作出规定,只要在关于若干情况的

评注中提到它,并且在国际法不加禁止的活动所造成的损害性后果的国际责任专题中加以处理就行了。

(d) 不当拖延和拒绝接触 (第 14 条 (e) 项和 (f) 项)²⁸¹

(一) 特别报告员的介绍

229. 特别报告员认为,关于不当拖延的第 14条 (e) 项在若干编纂工作、人权文书和诸如埃尔奥罗矿业和铁路有限公司案²⁸²和国际工商业投资公司案²⁸³的司法判决中得到支持。但是此类关于用尽当地补救办法的例外难以适用于复杂的案件,尤其是涉及公司实体的案件。虽然它可以包含在第 14条 (a) 项规定的例外条款中,却应该作为单独条款保留下来,以便告诫被告国不应不当地拖延与其法院的接触。

230. 他还认为,关于阻止接触司法机构的第 14条 (f) 项切合当代情况。被告国可能以不能保障外侨的安全为藉口或以不给签证的方式拒绝该外侨接触其法院,这种事例屡见不鲜。

(二) 辩论摘要

231. 有人对第 14(e) 项 (不当拖延)和 (f) 项 (拒绝接触)表示满意。另一些人坚持认为,这两项并不构成特定类别,因为就 (a) 项而言,无论按照选项 1 或选项 3 拟订案文,其适当的含义都应该同时包括两个例外情况。因此,有人认为,这两项可以按照 (a) 项的修订案文重新拟订。也有人提议,将 (e) 项同 (a) 项合并,或者至少加以移动,使它比较靠近该项规定。

²⁸¹ 特别报告员在其第三次报告中提议的第14条(e)项和(f) 项案文如下:

"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:

"(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。"

²⁸² 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,英国一墨西哥索赔委员会,《国际仲裁裁决汇编》,1931年6月18日第55号判决,第五卷(出售品编号:1952.V.3),第191页。

²⁸³ 见上文脚注 275。

232. 另一种意见认为,从第 14条 (a) 项看来,第 14条 (e) 项并未成为多余的。(a) 项和 (e) 项所包含的情况从一定意义上说,在时间上相连接:从 (a) 项的角度看来,乍看具有"合理可能性"的某一现有的当地补救办法,鉴于在适用过程中受到不当拖延,随后可能无需继续采用。也有人指出,案文应该提到的不是"拖延提供当地补救办法",而是法院在就已采用的补救办法作出决定方面拖延。

233. 虽然议定,必须"无不当拖延地"获得判决,据认为,案文指明了滥用的情况。也有人指出,构成不当拖延的应该是必须在每一案件中加以判决的事实内容。有人提议将这一条款重新拟订为"若国际不法行为责任国的法律无法在一段合理期间内提供使受害人获得赔偿的客观可能性,则无需用尽当地补救办法。"应该接着作出这样的解释:"在一段合理期间内获得赔偿的客观可能性,必须[参照通常的做法]或[遵照一般法律原则]善意地加以评量"。

234. 另一方面,有人对第 14 条 (e) 项中规定的例外的正当性表示怀疑,因为不当拖延可能只是司法部门工作过于繁重的结果,在审理案件的称职法官和其他资源严重欠缺的国家往往会有这样的情况。另一些委员不同意这个观点,他们指出,一国不应该由于其本国司法部门允许案件不必要地拖延而从中获得好处。

235. 对于第 14条 (f) 项,有人认为,若使用补救办法受到阻挠,即可断定无法补救。因此拟议的措辞不符合本意。反之,特别报告员的提议提到一种不同的情况,即:一外侨无法被拒绝进入据称的责任国领土,或该外侨若入境则其安全堪虞的情况。这些因素在民事补救中很少有决定作用。通常,原告无需亲自到责任国要求民事补救。据指出,在大多数法系中,完全有可能由律师或代表用尽当地补救办法。

236. 据提议,例外条款应限于适用原告亲自出面是成功使用补救办法的条件。也有人认为,应提及——即便只是在评注中——以恫吓手段阻挠个人或律师提起诉讼所引起的问题。同样,也有人问起:为什么该款只适用于被告国拒绝受害人使用当地补救办法的情况。非国家人员也同样可能对这种使用形成阻碍。

237. 另一些人表示怀疑,认为,该款可以被视为已由第 14条 (a) 项所涵盖。如果被告国有效地阻止受害的外侨向法院提起诉讼,则在实际上,不存在获得有效补救的合理可能性。因此,有人提议,把它作为 (a) 项中所述及的有效性的概括检验标准列入评注中阐述。

(三) 特别报告员的总结

238. 特别报告员指出,对关于不当拖延的第 14条 (e) 项存在不同意见。虽然有些委员反对,另一些委员则建议可以把它列入第 14条 (a) 项中处理。大多数委员主张把它列为单独的一款处理。因此,他提议把该项提交起草委员会,同时考虑到这样的建议,即应该说明拖延是由法院造成的。

239. 对于第 14 条 (f) 项,特别报告员提到普通法与 民法系统的区分。在普通法体系中,受害的个人可 能必须亲自出庭出示证据,如果他或她不能获准进 入被告国,就根本无法求偿。有些委员支持将第 14 条 (f) 项提交起草委员会。但是,委员们多半认为, 最好在第 14 条 (a) 项下处理这个问题。因此,他建 议不要将第 14 条 (f) 项提交起草委员会。

4. 第 15 条 284

(a) 特别报告员的介绍

240. 特别报告员认为,国际诉讼的举证责任所涉问题是须证明什么,须由哪一方证明。这是一个难于编纂的问题,首先由于大多数国内法体系中所载述的那种国际法中的详细规则付诸缺如,其次则由于具体情况逐案不同,而适用于所有情况的一般规则难于规定。但是,他认为,这个议题对于用尽当地

²⁸⁴ 特别报告员在其第三次报告中提议的第15条的内容如下:

"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) 被告国有责任举证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) 原告国有责任举证证明第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。

补救办法规则是重要的,因此应该列入本条款草案 中。

241. 此外,作为一般原则,举证责任在于提出主张的一方。第15条第1款体现了这项原则。但是,他认为,这项一般原则还不够,因此,他提议了载于第2款中的另两项原则。它们涉及关于是否有当地补救办法、当地补救办法是否有效的举证责任。他记得,以前关于编纂用尽当地补救办法规则的尝试避免了就这些议题拟订条款。

242. 据认为,这个议题已在相当一个时期里由人权条约监督机构审议,它们的判例支持了两项主张,即: (a)被告国必须证明,还有原告国尚未用尽的补救办法; (b)如果有补救办法,原告国必须证明办法无效或者适用当地补救办法的另一些例外情况。但是,他承认,这些判例严格地遵循了据以设立条约监督机构的文书,而这些机构所阐述的原则是否直接与外交保护的一般原则有关,是很可疑的。

243. 关于司法裁决和仲裁裁决,特别报告员说,对他已经概述的原则的一些支持论据,见于帕涅韦兹斯一萨尔杜提斯基铁路案、²⁸⁵ 芬兰船舶仲裁案、²⁸⁶ 安巴蒂耶洛斯求偿案、²⁸⁷ 西西里电子公司案、²⁸⁸1955年7月27日空中事件案 ²⁸⁹ 和挪威公债案。²⁹⁰ 可以从这些案件中得到两项结论:一.举证责任在被告国一方,它必须证明有当地补救办法可资利用。二.原告国负有举证责任显示如果有补救办法,确实是无效的,或者适用另一些例外情况,例如,已对原告国造成直接损害。

244. 同时,他承认,拟订一般原则有其困难,因为 其结果涉及每一案件的案情。他记得挪威公债案涉 及具体的事实格局,在这方面,劳特派特法官拟订 了四项原则,在文献中得到相当的支持: 原告国必 须证明没有可供采取的有效补救办法; 如果有法律 规章显然剥夺了私人求偿者使用补救办法的权利,

²⁸⁵ 见上文脚注267。

²⁸⁶ 芬兰船东就战时使用某些芬兰船舶向大不列颠求偿案, 1934年5月9日裁决,《国际仲裁裁决汇编》,第三卷(出售 品编号:1949.V.2),第1479页。

²⁸⁷ 1956年3月6日裁决,《国际仲裁裁决汇编》,第十二卷(出售品编号: 63.V.3),第91页。

²⁸⁸ 见上文脚注266。

²⁸⁹ 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。

²⁹⁰ 见上文脚注 277。

则无需这种举证;在这种情形下,被告国必须证明: 虽然明显缺乏补救办法,但可以合理地假定有这样 的办法存在;举证的程度不应过于严格。

245. 特别报告员确认,他认为,劳特派特法官所引证的四项原则来源于挪威公债案中的不寻常情况。 因此,他无损于他本人的假说,即基本上有两项规则涉及有无当地补偿办法及其有无效能,如载于第 15条第2款(a)和(b)项的情况那样。

(b) 辩论摘要

246. 虽然有人表示支持第 15 条,委员会中也有人强烈反对将关于举证责任的第 15 条列入条款草案。有人质疑是否应该把证据规则载入本专题的范围。此外,习惯证据规则如果的确存在的话,却是难于证明的。有人提到英美法系和大陆法系在涉及举证责任方面的差异。同样,有人说,证据规则也因国际诉讼程序的类型而大为不同。另外,有人指出,鉴于对举证责任的传统要求,任何司法或其他机构似乎不会由于附加规定极为复杂而感到为难。

247. 有人认为,被告国比法官或原告国更便于证明 有补救办法存在。同样,国籍国最能提供个人的国 籍证明。在这一点上,原告国应负举证责任。因此, 作为原告国或被告国的立场似乎不比有无证据重要。

248. 此外,有人质疑,在程序体系内由特定条约的规定演化出来的人权判例,是否适用于界定一般国际法中举证责任的范围。而且,同一个条约机构在各个程序阶段中可能使用不同的证据规则。有人引述了欧洲人权法院在这方面的示例。虽然特别报告员提议了简单、有吸引力的规则,但实践中的情况肯定复杂得多。也有人说,可能不容易就第 15 条的议题达成协议。

249. 据认为,举证责任最好留给国际司法法庭在议事规则或仲裁协议中处理,以及在提交国内裁决法庭的情况下由该国法律处理。也有人提议可在评注中讨论举证责任问题。

250. 对于第 1 款,有人认为,作为一般原则宣称谁主张谁举证,所起的指导作用不大。重要的不是指控,而是当事方必须愿意证明看来有关的若干事实。另一方面,有人认为,第 1 款有用,应予列入条款草案。

251. 对于第2款,有人认为,被告国应该证明有补救办法,原告国则应该证明补救办法缺乏效能,两者之间的区分是人为的。没有成功机会的补救办法——换言之,无效的——是无需用尽的。因此,被告国所关注的不只是证明有补救办法存在:它还必须证明有合理的成功机会。引起争议的是,在受到损害时并没有恰切司法先例的情况下补救办法是否有效。另一种看法认为,这个问题只是起草问题,可交由起草委员会研究解决。

(c) 特别报告员的总结

252. 特别报告员说,有人认为第 15 条是无害的,也有人认为它过于复杂,但大多数反对将其列入条款草案。因此,他不建议将第 15 条提交起草委员会。

5. 第 16 条 291

(a) 特别报告员的介绍

253. 特别报告员介绍第 16 条说,卡尔沃条款 ²⁹² 是用尽当地补救办法这一规则的历史和发展,至今继续有其意义。他解释说,卡尔沃条款是一项契约行为,即一个自愿与他不是该国国民的国家发生关系的人同意放弃寻求他的国籍国给予外交保护的权利,并在履行契约方面把自己限于只使用当地补救措施。

254. 从一开始,卡尔沃条款就有争议。拉丁美洲国家曾把它看作是一般国际法的规则,并且看作是国际法的区域性规则,其中许多国家,特别是墨西哥,还曾把它列入本国宪法。另一方面,其他国家则认

²⁹¹ 特别报告员在其第三次报告中提议的第16条内容如下:

"第16条

- "1. 如果外侨与经商地国家订立契约, 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利,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,为该人行使外交保护的权利。

"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诀办法。

²⁹² 见上文脚注 249。

为它违背国际法,理由是它触犯了瓦特勒拟制,根据瓦特勒拟制,即对一个国民的伤害就是对该国家的伤害,²⁹³并只有国家才能放弃外交保护的权利。

255. 这一专题中的代表性案例是 1926 年墨西哥美国赔偿委员会对北美疏浚公司案所作的决定。²⁹⁴ 该项判决表明卡尔沃条款一般地与国际法相容,尤其是与外交保护权相容,不过该项判决受到法学家严肃的批评。

256. 但是,关于卡尔沃条款的目的和范围仍然 存在争论,他提到在争论中出现的几种考虑:第 一,卡尔沃条款效力有限,因为它并不构成对外交 干预的彻底杜绝。它只是用于涉及外侨与东道国 之间缔结的包含该条款的争议,而不适用于违背 国际法的情况。第二,卡尔沃条款确认用尽当地 补救措施规则的重要性。有些作者曾经主张说, 该条款只不过是对该规则的再次肯定而已, 但是 大多数作者认为它超出了这样一个再度确认。第 三,国际法并不禁止外侨根据契约放弃请求国籍 国代表其行使外交保护的权力或权利。第四,外 侨不能借助于卡尔沃条款放弃根据国际法属于本 国政府的权利。第五,卡尔沃条款中的放弃只及于 因契约发生的争议,或对契约的违背,这无论如何 不能构成对国际法的违背; 尤其不能扩大到拒绝司 法。

257. 卡尔沃条款的产生,是由于拉丁美洲国家害怕在外交保护的掩盖下干涉其国内事务。而资本输出国则害怕他们的国民在其认为司法标准有欠缺的国家中不能受到公平待遇。从那以后局面已发生变化。可是卡尔沃条款仍然是拉丁美洲在对待国际法方面的一个重要特色,而且这一学说影响了非洲和亚洲发展中国家的态度,它们害怕大国干涉其国内事务。

258. 此外,卡尔沃条款的学说已经反映在 1962 年 12 月 14 日关于对自然资源永久主权的大会第 1803 (XVII) 号决议中,又再次出现在 1974 年 12 月 12 日大会第 3281(XXIX) 号决议中所载的《各国经济权利和义务宪章》中,该《宪章》在第 2 条第 2 (c) 款

中宣称,由于征收外国财产引起的关于赔偿的争端,必须按照实行国有化的国家的国内法律解决。卡尔沃学说的影响还可在《卡塔赫纳协定》(分区域一体化协定(《安第斯条约》))第24号决定中看到。另一方面,《北美自由贸易协定》²⁹⁵允许外国投资者诉诸国际仲裁而无须首先用尽当地补救措施,这被有些人看作是背离了卡尔沃条款的学说。

259. 有两种办法可供委员会选择:第一,可以不就此问题草拟任何条款,理由是如果认为卡尔沃条款仅仅重申了用尽当地补救规则,这样做就是多余的;或者也可以草拟一项条款,将卡尔沃条款的有效性限制于含有该条款的契约所产生的争议,而不排除侨民的国籍国在他或她因缔约国的国际不法行为而遭到伤害时行使外交保护的权利。第2段规定,这样一项条款构成一种推定,主张在求助于国际司法裁定之前必须用尽当地补救措施。这里有一项妥协,为用尽当地补救措施规则规定了一项例外。

(b) 辩论摘要

260. 特别报告员透彻地回顾了卡尔沃条款学说的历史渊源并对卡尔沃条款在国际法方面引起的问题进行了处理,委员会为此对他表示赞赏。关于是否在条款草案中列入一项有关卡尔沃条款的条文,发表了各不相同的观点。

261. 有些人表示,第 16 条经过少许的文字改进后, 应该保留下来作为对第 10 条的补充。作为一项汇编 成法律的规则,它将明确一国家与一侨民之间契约 关系的限度,尤其要保障国籍国依照国际法享有的 权利。一些委员还表示,提议的条款没有处理传统 意义上的卡尔沃条款,而仅仅处理了在具体情况下 用尽当地补救办法的义务。有人主张,该规定强调 用尽当地补救措施规则是有益的。有人甚至表示, 用尽当地补救措施规则如果汇编成法律,而对卡尔 沃条款不予承认就是不完整的。

262. 还有一种观点表示,卡尔沃条款的价值不仅是历史性和象征性的,它在现代世界上仍是个重要问题,其国际意义远远超过根据国内法所定契约的规定。不仅如此,虽然诉诸卡尔沃条款的做法曾经主要限于拉丁美洲,但它谋求解决的问题不仅是区域

²⁹³ 见 E. de Vattel, *Le droit des gens, ou Principes de la loi naturelle* (国家法, 或自然法原则),《国际法经典》1758 年版英译本,第三卷(哥伦比亚特区华盛顿,卡内基学会,1916年)。

²⁹⁴ 德克萨斯州北美疏浚公司(美国)诉墨西哥合众国案, 1926年3月31日判决,《国际仲裁裁决汇编》,第四卷(出售品编号:1951.V.1),第26页。

²⁹⁵ 见《北美自由贸易区》,第一卷。《美利坚合众国政府、加拿大政府和墨西哥合众国政府之间的北美自由贸易区协定》(哥伦比亚特区华盛顿,美国政府印刷局,1993年)。

性问题,而具有全球意义。如果列入该条款,委员会就把一项区域性的习惯性规则汇编为法,它也就顺理成章地上升到普遍规则的高度。

263. 更有一种观点表示,卡尔沃条款并不违反国际法,因为它有两项重要原则:各国主权平等,因而有义务互不干涉;对国民和侨民给予平等待遇。还有人指出,第16条的目的并不是要将卡尔沃条款本身汇编成法律,而是要对它在国际关系中的应用设定限制。它还明确,在这方面个人权利与国家权利之间的关系,即一个外国人或公司有权寻求外交保护,一个国家有权行使外交保护。

264. 另一些人发言反对在关于外交保护的条款草案中列入这项规定,主张将其删除。一种观点表示,第 16 条超出了委员会章程的范围,尤其是其中的第 15 条:它不是一项法律规则,因此不足以汇编成法律。此说法认为卡尔沃条款仅仅是起草契约的一种用语。

265. 有人指出,一个国家的国民不能代替该国家,因为所涉及的不是该国民的权利而是该国家的权利。一个侨民不可能放弃不属于他的权利。可见第 1 款中的放弃权利其法律意义是不明确的,因为该侨民的请求并不是行使外交保护的先决条件。不过侨民可以做的是首先保证仅依靠东道国的法律,其次是不寻求本国的外交保护。不可以做的是为了国籍国确保他有权看到国际法在其国民个人身上得到尊重而保证不干预。可见问题并不在于卡尔沃条款根据国际法是否有效。根据国际法,该条款既不被禁止也不被认为合法。如果侨民请求国籍国外交保护,那么该侨民或国籍国所违背的是契约而不是国际法规定的义务。

266. 另外也有人指出,卡尔沃条款虽然具有重要历史意义,但在实践中用得越来越少。此外,比起一个世纪以前拟定卡尔沃条款的时候,国际背景已经不同。卡尔沃学说所反映的关切已经由二十世纪后半叶的事态发展给予了很大程度的解决,其中包括通过了特别报告员报告中提到的若干重要国际文书。同样,当今世界各国的行为已经受到国际人权法所施加的普遍标准的影响,甚至由这些标准所规定。此外,由于各国政府给予私营企业的重视和承认,使得外国私人投资能够享有安全的法律环境。例如,各国在缔结投资协议时更普遍地规定,在发生争议时可以直接求助于国际仲裁。

267. 对于将第 2 款包括在内,也存在不同意见。有人认为它与用尽当地补救规则相矛盾。未必需要卡尔沃条款的存在才能造成预设要用尽当地补救措施。该预设的存在与任何契约条款无关。

268. 有人建议起草一项一般条款,既对国籍国也对东道国的放弃作出规定,委员会继续审议了此项建议。但是这一建议遭到反对,理由是还没有在全体会议上充分讨论。

(c) 特别报告员的总结

269. 特别报告员指出,对于是否列入第 16条,委员会相当平均地分成两种意见。在他看来,认为卡尔沃条款不属委员会职权范围之内的人还是确信该条款在历史上和外交保护的发展上具有重要意义。因此,将反映卡尔沃条款的第 16条列入是可以接受的。辩论双方的论据都使他印象深刻,他注意到争论双方都有各区域集团的代表。

270. 他评论说,对第 16 条第 2 款的支持很是微弱,只不过有人说它的内容应该在第 14 条 (b) 项评注中给予考虑。

271. 可见委员会面临的问题是,或者把第 16 条第 1 款和辩论期间提出的重要修正一起转交给起草委员会,或者将其从草案中略去。如果略去,这一问题就必须在评注中,特别是第 10 条和第 14 条 (b) 项评注中详加论述。

272. 特别报告员进一步指出,在全会充分审议之前就讨论起草一项统括的放弃条款,是不适宜的。

273. 鉴于委员会内意见分歧的双方几乎势均力敌,他感觉到难以建议下一步如何做。但是经过权衡,他建议委员会将第 16 条第 1 款提交起草委员会,但需考虑在辩论期间提出的关于起草事宜的各项建议。委员会后来决定不把第 16 条提交起草委员会。

6. 拒绝司法

(a) 特别报告员的介绍

274. 特别报告员说, "拒绝司法"的概念与包括其 无效性在内的用尽当地补救办法规则的许多特点密 不可分, 因此可以说它具有次要性质。他建议在其 第三次报告增编中考虑拒绝司法在条款草案中的地位,并请委员会就此发表意见。

(b) 辩论摘要

275. 有一种观点表示,"拒绝司法"概念仅是一项比较一般的规则的表现之一,即当地补救办法如果失败或者注定要失败就应认为已经用尽。因为该概念已经包括在第14条(a)、(e)和(f)项中,所以没有必要单列一条,这一点可以在评注中加以强调。有人还提醒说,处理拒绝司法这一问题可能十分困难,而且严格地说,它不属于外交保护的范围。

276. 另一些人主张,把拒绝司法问题弃之不顾是困难的,因为它可能是引起行使外交保护的情况之一, 所以在本项研究中包括一些对拒绝司法的考虑会是 适宜的。

(c) 特别报告员的总结

277. 特别报告员指出,辩论表明多数委员对于把拒绝司法列入研究的问题抱着反对或至少中立的态度。有些委员强调说它是一项首要规则,但是另一些委员则指出,拒绝司法的情形确实在一些程序性背景下曾经发生过,因此是一项次要规则。

278. 他指出,拒绝司法这一概念的内容是不明确的。在二十世纪初,该概念曾涉及拒绝准入法庭;拉丁美洲学者曾把司法不公和推迟司法包括在内,但另一些人认为拒绝司法并不限于司法的作为或不作为,而是包括行政和立法部门对国际法的违反。当代的观点是,拒绝司法限于司法部门或司法程序的行为,其形式是程序不完备或判决不公正。但是,它在司法制度中日益式微,并已经在很大程度上由国际人权文书规定的司法标准所取代,特别是被《公民及政治权利国际公约》第14条所取代。

279. 鉴于委员会中占主导地位的观点是该概念不属于本项研究的范围,他不打算就此编写一个补编。

C. 委员会暂时通过的外交保护条款草案 第1至第7条

1. 条款草案案文

280. 委员会第五十四届会议暂时通过的条款草案第 1 至第 7 条案文载录如下:

外交保护

第一部分

一般规定

第1条 定义和范围

- 1. 外交保护系指一国针对本国国民因受他国国际不法行为损害而提出的诉因,行使自身权利所采取的外交行动或其他和平解决手段。
 - 2. 一国可根据第7[8]条对非本国国民行使外交保护。296

第 2[3] 条 297 行使外交保护的权利

一国享有按照本条文的规定行使外交保护的权利。

第二部分

自然人

第 3[5] 条 ²⁹⁸ 国籍国

- 1. 有权行使外交保护的国家是国籍国。
- 2. 就对自然人的外交保护而言,国籍国系指寻求保护的个人因出生、血缘、国家继承、归化或以不违反国际法的任何其他方式获得了其国籍的国家。

第 4[9] 条 持续的国籍

- 1. 一国有权对在受到损害之时为其国民,并在正式提出求偿之日为其国民的人,行使外交保护。
- 2. 虽有第1款的规定,一国对在正式提出求偿之日为其国民、但在受到损害之时不是其国民的人,可行使外交保护,但条件是该人已丧失原国籍,并且基于与提出诉求无关的原因、以不违反国际法的方式已获得该国的国籍。
- ²⁹⁶ 如果本条款草案中载有其他例外情况,将重新审议本款。
 - 297 方括号内的数字是特别报告员所拟议之条文的序号。
- ²⁹⁸ 委员会在审议对法人的外交保护时将对第3条进行复审。

3. 一人受损害时为其原国籍国、而不是现国籍国的国民,则现国籍国不得针对原国籍国就该人所受到的损害行使外交保护。

第 5[7]条 多重国籍和针对第三国的求偿

- 1. 双重或多重国籍国民的任一国籍国,可针对非国籍国为该国民行使外交保护。
- 2. 两个或多个国籍国可为双重或多重国籍国民共同行使外交保护。

第6条 多重国籍和针对国籍国的求偿

甲国的国民同时也是乙国的国民时, 甲国不可针对乙国 为该人行使外交保护, 除非甲国在该人受害时和正式提出求 偿之日都是主要国籍国。

第7[8]条 无国籍人和难民

- 1. 一国可为无国籍人行使外交保护,但该人在受到损害 之时和正式提出求偿之日在该国须有合法的惯常居所。
- 2. 一国可为被该国承认为难民的人行使外交保护,但该人在受到损害之时和正式提出求偿之日在该国须有合法的惯常居所。
- 3. 第2款不适用于该难民的国籍国之国际不法行为造成 损害的情况。

2. 条款草案案文及其评注

281. 委员会第五十四届会议通过的条款草案第1至 第7条案文及其评注载录如下:

外交保护

第一部分

一般规定

第1条 定义和范围

1. 外交保护系指一国针对本国国民因受他国国际不法行为损害而提出的诉因, 行使自身权利所采取的外交行动或其他和平解决手段。

2. 一国可根据第7[8]条对非本国国民行使外交保护。²⁹⁹

评注

- (1) 第 1 条为外交保护下定义,描述了外交保护的主要内容,并且说明了该机制用于保护在国外受损害的国民的范围。
- (2) 国际法认定一国对其不法行为或不行为对一外侨造成的损害负有责任。外交保护是受损害人的国籍国为保护该人并使该人从受国际不法行为造成的损害得到赔偿所使用的程序。本条款草案只涉及可行使外交保护的情况以及在行使外交保护以前必须符合的条件的规则。本条款草案不拟界定或描述使外侨受到损害的国家应为之承担责任的国际不法行为。本条款草案,如同委员会第五十三届会议通过的国家对其国际不法行为的责任条款草案那样,300维持对主要规则与次级规则的区分,而只处理次级规则。
- (3) 第 1 款明确规定外交保护的权利属于国家。外交保护系指一国行使自身权利采纳本国国民因受他国国际不法行为损害而提出的诉因。这一措辞方式沿用国际法院在国际工商业投资公司案中的措辞,国际法院当时指出:起诉国"采纳"其权利受到侵害的"国民的诉因"。³⁰¹ 国家行使外交保护的合法权益来源于一国民受到他国不法行为的损害。
- (4) 在大多数情况下,外交保护的行使是基于国家与受害人之间的国籍联系,这在第3条中论及。该条中的"国民"一词的含义包括自然人和法人。本条款草案稍后部分对自然人和法人的规定作了区分,并在必要情况下分别处理这两个概念。
- (5) 必须以合法和和平的手段行使外交保护。若干司法裁决在描述国家为行使外交保护可以采取的行动时,对"外交行动"与"司法程序"作了区分。³⁰² 第1条保留了这一区分,但是更进一步,把司法程序纳入"其他和平解决手段"的范围。"外交行动"包括: 国家为了相互通报自己的看法和关切事项而使用的所有合法程序,包括为了解决争端而提出抗

- 301 国际工商业投资公司案 (见上文脚注275),第27页。
- 302 帕涅韦兹斯一萨尔杜提斯基铁路案,(见上文脚注267),第16页和诺特邦案,第二阶段,判决,《1955年国际法院汇编》,第4页,尤其见第24页。

²⁹⁹ 见上文脚注296。

³⁰⁰ 见上文脚注263。

议、要求进行调查和谈判。"其他和平解决手段"包括合法解决争端的一切形式,从谈判、调停与和解到仲裁与司法解决争端。为《联合国宪章》第二条第四项所禁止的使用武力是行使外交保护权时不许使用的方法。

- (6) 第 1 款明确规定本条款只处理一国行使外交保护,而不涉及国际组织给予其官员的保护,后者是国际法院关于伤害赔偿案的咨询意见中所确认的。³⁰³ 职能保护 ³⁰⁴ 与外交保护大不相同之处在于,它是以该组织的职能和该人员的地位为前提的。³⁰⁵
- (7) 外交保护的范围包括对不以国家名义参加官方国际事务的国民的保护。外交官和领事受到其他国际法和国际文书规则的保护,尤其是《维也纳外交关系公约》和《维也纳领事关系公约》。
- (8) 第2款确认一国可在一些情况下对非国民行使外交保护。第7条规定可为无国籍人和难民行使外交保护。第2款的脚注表明:委员会可在其工作的稍后阶段增添另一些例外事项。

第 2[3] 条 行使外交保护的权利

一国享有按照本条文的规定行使外交保护的权 利。

评注

(1) 第 2 条强调外交保护的权利属于或授予国家。该条承认了瓦特勒的观点,即对一国民的损害便是对一国的间接损害。³⁰⁶ 常设国际法院在马夫罗马蒂斯案中更审慎地提出这一看法,指出:

事实上,一国为其某一国民出面,代表他诉诸外交行动或国际司法诉讼,就是在维护其本身的权利,即通过其国民本身确保国际法规则得到尊重的权利。³⁰⁷

这个看法常常受到批评,被认为是一种虚拟的情况, 与外交保护的实际情况难以相容:外交保护要求提 出者必须具有持续的国籍、³⁰⁸ 受损害的国民必须用 尽当地补救办法、损害的评估必须与个人所受的损 失一致。但是,"马夫罗马蒂斯原则"或"瓦特勒 拟制"都认为对一国民的损害即是对该国的损害, 这一概念仍然是外交保护的基石。³⁰⁹

(2) 一国享有行使外交保护的权利。该国没有责任或义务这样做。一国国内法可能规定对一国民行使外交保护,³¹⁰ 但国际法并没有规定这种义务。国际法院在巴塞罗那电车案中明确说明了这一立场:

"……在国际法规定的范围内,一国可采用其认为妥当的手段、在其认为妥当的程度上实行外交保护,因为国家维护的是本身的权利。如果它所代表的自然人或法人认为其权利没有得到充分保护,他们在国际法下是没有补救办法的。如有方法,他们也只能诉诸国内法,以期继续争取其利益或得到补救……。必须认识到,只有国家可以决定是否提供保护,在何种程度上提供保护,以及何时停止提供保护。在这方面,国家保留酌处权,这种权利的行使可取决于与特定案件无关的政治考虑或其他考虑。"³¹¹

委员会否决了规定国籍国应负有限保护责任的一项 提议,认为它超越了法律的逐渐发展所能允许的范 围。³¹²

(3) 一国的外交保护的权利只能根据本条款的规定行使。

第二部分

自然人

第 3[5] 条 313 国籍国

- 1. 有权行使外交保护的国家是国籍国。
- 2. 就对自然人的外交保护而言, 国籍国系指 寻求保护的个人因出生、血缘、国家继承、归化或

- 310 有关这一议题的国内法的研讨,见同上,第80-87段。
- 出 巴塞罗那电车公司案(见上文脚注6),第44页。
- 312 见特别报告员关于外交保护的第一次报告第4条(上文脚注243)。委员会辩论情况见《2000年······年鉴》,第二卷(第二部分),第80-81页,第447-456段。

³⁰³ 见上文脚注250。

³⁰⁴ 同上,第185页。

³⁰⁵ 同上,第180和第186页。

³⁰⁶ 在 Le droit des gens ··· (见上文脚注293) 中,Emmerich De Vattel 说: "无论谁虐待一个公民,均间接损害须保护该公民的国家"(第六章,第136页)。

³⁰⁷ 马夫罗马蒂斯在巴勒斯坦的特许权案,《1924年常设国际法院汇编》, A 辑,第2号判决,第12页。

³⁰⁸ 见第4条。

³⁰⁹ 对这一概念的讨论和对这一概念的批评,见特别报告员关于外交保护的第一次报告(上文脚注243),第61-74段。

³¹³ 见上文脚注298。

外交保护 69

以不违反国际法的任何其他方式获得了其国籍的国 家。

评注

- (1) 第2条确认国家行使外交保护的酌处权,第3条则表明受害人的国籍国有权、而不是有义务为该人行使外交保护的原则。这一条把重点放在国家与个人之间的国籍联系,它使得国家有权行使外交保护。第1款确认了这一点。
- (2) 第2款为了外交保护的目的而对国籍国下了定义。这项定义的前提是以下两项原则:一、由国籍国根据本国法律决定谁有资格取得其国籍;二、国际法对国籍的授予规定了限制。第2款也列举了并不是毫无遗漏的、通常构成授予国籍之正当理由的一些关连因素。
- (3) 由每一国决定谁是其国民的原则受到司法裁决和条约的支持。1923年,常设国际法院在突尼斯和摩洛哥颁布的国籍法令案中指出:"按照目前的国际法,国籍问题……原则上属保留范畴之内"。³¹⁴ 这项原则得到《关于国籍法冲突的若干问题公约》(下称《1930年海牙公约》)第1条的确认:"应由每个国家按照本国法律自行决定谁是其国民。"最近,《1997年欧洲国籍公约》认可了这项原则(第3条)。
- (4) 第 2 款中所列给予国籍的关连因素是说明性的,而不是详尽无遗的。但是,它们包括了各国在给予国籍时最常使用的关连因素:出生(出生地法)、血缘(血统制)和归化。与国民结婚没有列入,因为在大多数情况下,不能仅凭婚姻本身给予国籍:它规定需要居住一段短暂期间后因归化而授予国籍。在与一国民结婚以后,一配偶自动取得另一配偶国籍的情况下,可能产生以这种方式取得国籍是否符合国际法的问题。³¹⁵ 有些国家也按照委员会二读通过的关于国家继承中的自然人国籍条款草案所载列的原则给予国籍。³¹⁶
- (5) 第 2 款中所列关连因素是发 达国家为确定国籍最常使用的因素。没有明确出生
- 314 咨询意见,《 1923 年常设国际法院汇编》, 84 ,第4号,第6页,详见第24页。
- 315 例如见《消除对妇女一切形式歧视公约》第9条第1款,禁止在这种情况下取得国籍。又见下文本草案条款评注第(7)
- ³¹⁶ 见《1999年······年鉴》[英],第二卷(第二部分), A/54/10号文件,第22页,第47段。

记录的一些发展中国家很难证实国籍。在这种情况下,住所可为国籍提供证明,尽管未必能构成国籍的依据。但是,一国可通过归化给予这种人国籍。

- (6) 第2款不要求一国按照诺特博姆案 317 中所认定 的方式证明该国和某一国民之间的有效联系或真正 联系,作为行使外交保护的另一个附加因素,即使 该国民只持有一个国籍。尽管对于该案的解释意见 各异,但委员会认为,有若干因素使诺特博姆案限 定在案情范围内,尤其是:诺特博姆先生与列支敦 士登(起诉国)之间的联结"极为薄弱", 318 诺特博 姆先生和危地马拉(被告国)之间超过34年的联结 则是密切的,因此,国际法院一再断言列支敦士登"无 权针对危地马拉对诺特博姆实行保护"。319 这意味 着法院不拟阐明一项适用于所有国家的通用规则,320 而只拟阐明一项相关规则:情况和列支敦十登相同 的国家必须表明该国和诺特博姆先生之间的联结, 才能准许该国代表他向与诺特博姆先生有极密切联 结的危地马拉提出权利主张。而且,委员会考虑到 这样的事实: 如果严格适用诺特博姆先生提议的真 正联系的要求,数以百万计的人将因之而无法得益 于外交保护, 因为在经济全球化和移民的当今世界 中,数以百万计的人漂离其国籍国,而到别国谋生, 他们从未取得该国国籍,或者通过出生或血缘从与 他们联结薄弱的国家取得国籍。321
- (7) 第2款最后一个短语强调:必须以不违反国际法的方式获得国籍。虽然一国有权决定谁是国民,但这项权利并不是绝对的。1930年《海牙公约》第1条证实了这一点,该条在表示"应由每个国家按照本国法律自行决定谁是其国民"的同时,还载列了

- ³¹⁸ 同上,第25页。
- 319 同上,第26页。
- 320 意大利一美国调解委员会在弗勒根海默案(1958年)中对诺特邦案作了这样的解释。1958年9月20日第182号判决,《国际仲裁裁决汇编》,第十四卷(出售品编号:65.V4),第327页,详见第376页,或《国际法报告》,第25卷,第91页,详见第148页。
- 321 主张限制诺特邦紊范围的更详尽的论点,见特别报告员关于外交保护的第一次报告(上文脚注243),第106-120段。

³¹⁷ 在该案中,国际法院指出:"根据各国实践、仲裁裁决和司法裁决以及各位作者的意见,国籍是一种法律上的联结,其依据是一种社会属性,一种存在、权益和情感的真正联系,再加上相互的权利和义务的存在。它可以说构成司法上对以下事实的表达:直接通过法律或当局的行为而获得国籍的个人,事实上与给予国籍人口的联系远远超过与任何其他国家人口的联系。国籍由一个国家给予,它只授权该国针对另一国实行保护,如果这在司法上使该个人的联系成为其国民。"(见上文脚注302,第23页)。

一项但书: "这项法律应得到其他国家的承认,但须符合有关国籍的国际公约、国际习惯和普遍公认的法律原则。"³²²目前,公约,尤其是人权领域的公约,规定各国在给予国籍时应遵守国际标准。³²³例如,《消除对妇女一切形式歧视公约》第9条第1款规定:

缔约各国应给予妇女与男子有取得、改变或保留国籍的同等权利。缔约各国应特别保证,与外国人结婚或于婚姻存续期间丈夫改变国籍均不当然改变妻子的国籍,使她成为无国籍人,或把丈夫的国籍强加于她。³²⁴

(8) 因此,第2款确认,一国作为以受害外侨名义求偿的对象,可由于该人以违反国际法的方式取得国籍而予以质疑。第2款规定,国籍应以"不违反国际法"的方式取得。双重否定的措辞方式强调了这样的事实:关于国籍是以违反国际法的方式获得的举证责任应由对受害人的国籍提出质疑的国家承担。举证责任应由对受害人国籍提出质疑的国家承担来源于这样的认识:国籍给予国对于是否给予国籍的决定必须有"鉴别的余地",325并且预先认可一国给予国籍的效力。326

第 4[9] 条 持续的国籍

- 1. 一国有权对在受到损害之时为其国民,并在正式提出求偿之日为其国民的人,行使外交保护。
- 2. 虽有第1款的规定,一国对在正式提出求偿之日为其国民、但在受到损害之时不是其国民的人,可行使外交保护,但条件是该人已丧失原国籍,并且基于与提出诉求无关的原因、以不违反国际法的方式已获得该国的国籍。

3. 一人受损害时为其原国籍国、而不是现国籍国的国民,则现国籍国不得针对原国籍国就该人所受到的损害行使外交保护。

- (1) 虽然持续国籍规则已经确立,³²⁷ 但一直受到相当多的批评,³²⁸ 因为如果原告人由于与要求外交保护无关的原因而改变其国籍,这项规则便会造成巨大困难。应该放弃这项规则的意见遭到抵制,因担心被滥用并导致为了获得外交保护而"购买国籍"。³²⁹ 委员会认为,持续国籍规则应该保留,但也应允许例外,以顾及如若不这样就会引起不公平结果的案件。
- (2) 第 1 款指出传统原则: 一国有权对在受到损害之日为其国民、并在正式提出求偿之日为其国民的人,行使外交保护。国家实践和学说对该国民是否必须在这两个日期之间保持求偿国的国籍并不明确,主要是因为实际上这个问题很少发生。³³⁰ 在这种情况下,委员会决定暂不处理是否必须在受害日与求偿日之间持续保有国籍的问题。³³¹
- (3) 第一项规定是受害国民在受到损害时必须是求偿 国的国民。通常,引起国际不法行为的责任的损害 日期与发生损害的日期是同一天。
- (4) 第1款中所载的第二个时间上的规定是正式提出求偿的日期。对原告人持续国籍终止日期的规定有

- 328 见法官杰拉尔德·菲茨莫里斯勋爵在巴塞罗那电车公司 案中另作陈述的意见(见上文脚注6),第101-102页);另 见 E. Wyler,《国际诉讼中涉及国籍的持续的规则》(巴黎, 法国大学出版社,1990年)。
- 329 见首席裁决人帕克法官在第五号行政裁决案中发表的意见: "任何其他规则会敞开滥用之门,结果会使一个强大的国家成为一个求偿代理,代理那些受到损害者将其权利主张转让给该国国民,或利用归化法支持其诉求。" 美国德国混合索赔委员会,1924年10月31日判决,《国际仲裁裁决汇编》,第七卷(出售品编号:1956.V.5),第119页,详见第141页。
- 530 参看 H.Briggs,"国际法中对个人的保护: 索赔原告人的国籍",《国际法学会年鉴》,第51卷(1965年),第一册,第5页,特别见第72-73页。
- 331 国际法学会1965年9月华沙会议上采取了同样立场: 见《国际法学会年鉴》,第51卷(1965年),第二册,第260-262页。

³²² 另见《欧洲国籍公约》,第3条第2款。

³²³ 美洲人权法院在其对哥斯达黎加政治宪法归化条款拟议修正案的咨询意见中强调了这一点,它认为,必须兼顾"国籍的给予属于一国的本国管辖范围"原则和"国际法对该国权力施加与国际保护人权制度所规定的要求相互联系的若干限制的另一原则"(《国际法报告》,第79卷,第283页,详见第296页)。

³²⁴ 另见《美洲人权公约》(《哥斯达黎加圣何塞公约》)和《消除一切形式种族歧视国际公约》第5条(d)款第(三)项。

³²⁵ 见美洲人权法院对哥斯达黎加政治宪法归化条款拟议修正案的咨询意见,(上文脚注323),第62段。

³²⁶ 见《奥本海国际法》(上文脚注112),第856页。

³²⁷ 例如,见1951-1954年美国国际索赔委员会对克伦索赔 案所作的决定,《国际法报告》,第二十卷,第233页,特别 见第234页。

外交保护 71

不同的司法意见。³³² 这种不确定性基本上来源于这样的事实:据以设立混合索赔委员会的公约使用了不同的用语来界定求偿日期。³³³ "提出求偿"一语是在条约、司法裁决和学说中最常使用的术语。委员会在这一措辞中增添了"正式"一语以表明:提出求偿的日期是行使外交保护的国家第一次提出官方或正式要求的日期,而不是就这一议题进行非正式外交接洽和查询的日期。

- (5) 第 1 款中"求偿"一语包括通过外交渠道提出的要求,也包括向一司法机构提出的要求。这一要求可具体说明责任国应该为停止持续中的不法行为而采取的行动,以及应该采取的赔偿形式。国家责任条款草案第 43 条及其评注比较详尽地处理了这一事项。³³⁴
- (6) 虽然委员会决定必须保留持续国籍规则,但议定:必须规定这项规则的例外事项。因此,第2款规定:一国在正式提出求偿之日为其国民、但在受到损害之时不是其国民的人,可行使外交保护,但必须符合三项条件:一、该人已丧失原国籍;二、该人基于与提出诉求无关的原因已获得另一国的国籍;三、新国籍是以不违反国际法的方式取得的。
- (7) 国籍的丧失可能是自愿的,也有可能是非自愿的。 在国家继承的情况下,还有可能是因收养和结婚(此时改变国籍是被迫的),将非自愿地丧失国籍。在 国籍发生其他变化的情况下,意志的成分就不那样 明确了。基于这种理由,第2款并未规定国籍的丧 失必须是非自愿的。
- (8) 如上所述,³³⁵ 担心有人可能故意改变其国籍,以 便获得一个比较愿意而且能够为他提出外交诉求的 国籍国,持续国籍规则便是以此为基础而制订的。 第 2 款中所载述的第二项条件处理了这种担心,为 此规定: 作为行使外交保护对象的人,取得其新国 籍的原因必须与要求外交保护无关。这项条件是为 了将持续国籍的例外情况限定于将国籍强加于人的 情况,例如该人取得新国籍是由于婚姻、收养或国 家继承等因素引起的必然结果。

(9) 持续国籍规则不适用所必须符合的第三项条件 是,新国籍是以不违反国际法的方式取得的。这项 条件必须结合第3条第2款理解。

(10) 第3款还为防止滥用不适用持续国籍规则而附加一项保障措施。一人受到损害时为其原国籍国而不是现国籍国的国民,则现国籍国不得针对原国籍国就该人所受到的损害行使外交保护。

第 5[7]条 多重国籍和针对第三国的求偿

- 1. 双重或多重国籍国民的任一国籍国,可针对 非国籍国为该国民行使外交保护。
- 2. 两个或多个国籍国可为双重或多重国籍国民 共同行使外交保护。

- (1) 虽然有些本国法律制度禁止其国民取得双重或多重国籍,双重或多重国籍是国际生活中的事实,必须予以承认。一个人可能获得一个以上的国籍,这是出生地及血缘原则平行运作或通过归化取得国籍而没有放弃先前国籍的结果。国际法不禁止双重或多重国籍:事实上,这种国籍获得1930年《海牙公约》第3条的认可,该条规定:"……具有双重或多重国籍的人可被其每一国籍国视为其国民。"因此,必须处理一国籍国为其有双重或多重国籍的国民行使外交保护的问题。第5条只适用于受害人国籍国针对不是其国籍国的国家行使外交保护的情况。一国籍国对另一国籍国行使外交保护的规定载于第6条。
- (2) 第 1 款甚至允许一国籍国对一个或一个以上国籍 的国民行使外交保护。如第 3 条,该款不要求该国 民与行使外交保护的国家之间有真正或有效的联系。
- (3) 虽然仲裁裁决³³⁶和编纂工作中³³⁷都有人支持这样的规定,即双重或多重国籍者的任一国籍国与该国
- 336 见南斯拉夫一匈牙利混合仲裁法庭对德伯恩案的裁决,第205号案件,A.McNair 和 H.Lauterpacht 编辑,《1925-1926年国际公法案例年度文摘》,(伦敦,郎曼出版社,1929年),第277-278页。
- 337 见1930年《海牙公约》第5条; 国际法学会1965年华沙届会通过的关于一国就个人受伤害提出的国际索赔要求的国家性质决议,第4条,(b)项,《通过的建议表(1957-1991年)》(巴黎,贝多内出版社,1992年),第57页; 尤其见第59页(载于《1969年······年鉴》[英],第二卷,第142页);

³³² 有一种观点认为,"求偿的国籍"概念造成了混乱,因为 这是一个普通法系中的概念,其他法系对此并无所知。

³³³ 见首席裁决人帕克法官在第五号行政裁决案(见上文脚注329)中发表的意见,第143页。

³³⁴ 见上文脚注263。

³³⁵ 见本评注第(1)段。

民之间需有真正或有效的联系才能对受害人非其国民的国家行使外交保护,但有权威的根据却不要求作出这样的规定。在塞利姆案中,仲裁法庭认为,埃及不能援引受损害的个人持有有效的波斯国籍这一事实作为反对另一国籍国美国求偿的理由。法庭申明:"国际法的规则[是]:在双重国籍的情况中,双重国籍者的国籍国之一如因案件涉及该双重国籍者的利益而提出赔偿要求,第三国无权援引该人的另一国籍作为提出异议的理由。" 338 其他案件 339 也遵循这项规则,最近还得到伊朗 - 美国索赔法庭的支持。340 委员会关于在这种情况下不要求真正或有效联系的裁决是合理的。与双重国籍者的一国籍国对另一国籍国求偿的情况不同,当双重国籍者的一国籍国寻求针对第三国行使保护时,在国籍方面不存在冲突。

(4) 原则上,两个国籍国没有理由不可以共同行使属于每一国籍国的一项权利。因此,第2款承认两个或多个国籍国可为双重或多重国籍的国民对非国籍国共同行使外交保护。责任国虽然不能反对两个或多个国家同时或一致提出这种求偿,但若两个求偿国分别向同一法庭或不同法庭提出索赔,或一国籍国在另一国籍国已就该项索赔获得抵偿后求偿,该责任国可予以反对。若一国籍国已放弃外交保护权而另一国籍国仍要求赔偿,也会产生问题。针对诸

1960年《国家对外侨造成的损害的国际责任哈佛公约草案》,第23条,第3款,载于 L.B.Sohn 和 R.R.Baxter, "国家对外侨经济利益造成的损害的责任",《美国国际法学报》,第55卷,第3号(1961年7月),第548页;《关于国家在其领土上对外侨人身或财产造成损害的国际责任草案》,第21条,第3款,载于特别报告员加西亚•阿马多尔关于国际责任的第三次报告,《1958年······年鉴》[英],第二卷,A/CN.4/111号文件,第61页。

- ³³⁸ 萨利姆案 (见脚注 276), 第 1188页。
- 339 见意大利一美国调解委员会对合并索赔案的裁决,1955年6月10日,《国际仲裁裁决汇编》,第十四卷(出售品编号:65 V.4),第236页,或《国际法报告》(1955年),第22卷(1958年),第443页,详见第456页;维拉诺索赔案,1957年5月17日,《国际仲裁裁决汇编》,第十四卷,第321页,或《国际法报告》(1957年),第24卷(1961年),第464-465页;以及斯坦科维奇索赔案,1963年7月29日,《国际法报告》第40卷,第153页,详见第155页。
- 340 见达拉尔诉伊朗案 (1983年),《伊朗-美国索赔法庭报告书》,第3卷(剑桥,格劳秀斯出版社,1984年),第23页。

如此类的不同情况编纂规则是很困难的。应该按照共同索赔抵偿法的一般原则予以处理。

第6条 多重国籍和针对国籍国的求偿

甲国的国民同时也是乙国的国民时, 甲国不可 针对乙国为该人行使外交保护, 除非甲国在该人受 害时和正式提出求偿之日都是主要国籍国。

- (1) 第6条处理一国籍国针对另一国籍国行使外交保护的情况。第5条处理为有双重或多重国籍的国民针对非国籍国求偿的情况,并不要求求偿国与国民之间有有效联系,第6条则要求求偿国证明:其国籍在该人受到损害时和正式求偿之日都是主要国籍。
- (2) 在过去,有人强烈支持无责任规则,据此一国籍国不得为有双重国籍的国民针对另一国籍国提出求偿。1930年《海牙公约》第 4 条宣示: "双重国籍者的任一国籍国不得对另一国籍国行使外交保护。"³⁴¹后来的编纂提议持同样态度,³⁴²有些仲裁裁决也支持这一立场。³⁴³国际法院在1949年对伤害赔偿案的咨询意见中把不针对另一国籍国保护其国民的国家实践称为"通常做法"。³⁴⁴
- 341 另见1929年《关于国家在其领土上对外侨人身或财产造成损害的责任的哈佛公约草案》,第16条,(a) 项,《美国国际法学报》,第23卷,特别补编(第2卷)(1929年4月),第133页,详见第200页 (转载于《1956年……年鉴》[英],第二卷,A/CN.4/96号文件,附件9,第229页,详见第230页)。
- 342 见1960年《关于国家对外侨经济利益造成损害的国际责任的哈佛公约草案》,第23条,第5款(上文脚注337);以及国际法学会1965年华沙届会通过的关于一国就个人受伤害提出的国际索赔要求的国家性质决议,第4条,(a)项(同上)。
- 343 见 Executors of R.S.C.A.Alexander 诉美国案(1898年)(美国-英国索赔委员会), J.B. 穆尔,《以美国为当事国的国际仲裁的历史和摘要》,第三卷(哥伦比亚特区华盛顿,美国政府印刷局,1898年),第2529页; Oldenbourg 案,1929年12月19日第11号判决,《国际仲裁裁决汇编》,第五卷(出售品编号:1952.V.3),第74和第204页,或《专员们的决定和意见》,1929年10月5日至1930年2月15日(伦敦皇家印务局,1931年),第97页; Honey 案(英国-墨西哥索赔委员会),1931年3月26日第23号判决,《国际仲裁裁决汇编》,第五卷,第133页,或《专员们的进一步决定和意见》,1930年2月15日以后(伦敦皇家印务局,1933年),第13页;以及 Adams和 Blackmore 案(英国-墨西哥索赔委员会),1931年7月3日第69号判决,《国际仲裁裁决汇编》第五卷,第216页。
 - ³⁴⁴ 伤害赔偿案 (见上文脚注250), 第186页。

外交保护 73

(3) 但是,即使在 1930 年以前,有些仲裁裁决也支持另一种立场,即:主要国籍国或有效国籍国可以为其国民针对另一国籍国提起诉讼。³⁴⁵ 国际法院在诺特博姆案 ³⁴⁶ 的另一情况中借鉴了这个判例,意大利-美国调解委员会在 1955 年合并求偿案中也明示同意这个立场。对此,调解委员会指出:

这项原则是以国家主权平等为基础,它排除了双重国籍情况下的外交保护,如果原告人的国籍是求偿国,该原则就必须让位于有效国籍原则。但在未能证明其国籍为主要国籍的情况下,就不能让位,因为这两项原则中的第一项是普遍公认的,可能是在实际事务中用于消除任何可能发生的不确定情况的标准。³⁴⁷

调解委员会认为:有效国籍原则和主要国籍概念只是一个硬币的两面。调解委员会在随后审理的涉及 双重国籍者的五十多起案件中适用了根据这一概念 制定的规则。³⁴⁸ 伊朗-美国索赔法庭借鉴了上述情况,

345 Drummond 案, 2 Knapp, Privy Council I, 第295页,《英 国报告》,第12卷(爱丁堡/伦敦,威廉·格林父子/斯蒂 芬父子出版社,1901年),第492页; Mathison 案、Stevenson 案 (英国 - 委内瑞拉混合索赔委员会), Brignone 和 Milliani 案(意大利-委内瑞拉混合索赔委员会),《国际仲裁裁决汇编》, 第九卷 (出售品编号: 59.V.5), 第485和第494页, 以及第 十卷(出售品编号: 60.V.4), 分别载于第542和第584页, 或 J.H.Ralston 编辑,《1903年委内瑞拉仲裁》(哥伦比亚特 区华盛顿,美国政府印务局,1904年),分别见第429-438 页、第710页、第754-761页、第438-455页、第710-720页 和第754-762页; Carnevaro 案 (意大利诉秘鲁)(常设仲裁法 庭), 1912年5月3日裁决,《国际仲裁裁决汇编》,第十一 卷 (出售品编号: 61.V.4), 第397页, 或 J.B.Scott 编辑, 《海 牙法庭报告书》(纽约,牛津大学出版社,1916年),第284 页;海恩案,第148号案件(1922年)(英国-德国混合仲裁 法庭), J.F.William 和 H. Lauterpacht 编辑,《1919-1922年国 际公法案例年度文摘》,(伦敦,郎曼出版社,1932年),第 216页; Blumenthal 案 (1923年) (法国 - 德国混合仲裁法庭), 《混合法庭裁决汇编》,第3卷(巴黎,西雷出版社,1924年), 第616页; de Montfort 案, 第206号案 (1926年) (法国 - 德 国混合仲裁法庭),《1925-1926年国际公法案例年度文摘》 (上文脚注336), 第279页; Pinson 案, 第194和第195号 案件(1928年)(法国-墨西哥混合索赔委员会),同上,第 297-301页,或《国际仲裁裁决汇编》,第五卷(出售品编号: 1952.V.3), 第327页; 以及 Tellech 案 (1928年) (美国一奥 地利一匈牙利三方索赔委员会),《国际仲裁裁决汇编》,第 六卷(出售品编号: 1955.V.3), 第248-250页。

³⁴⁶ 见上文脚注302,第22-23页。诺特博姆其人没有涉及双重国籍问题,但是,法院在如上文脚注345中提到的一些司法裁决中找到支持的观点,认为诺特博姆与列支敦士登并无有效的联系。

³⁴⁷ 合并案,《国际仲裁裁决汇编》(见上文脚注339),第247页。

348 例如,可见斯波尔丁案(1956年)《国际仲裁裁决汇编》,第十四卷(出售品编号: 65.V.4),第292页,或《国际法报告》(1957年),第24卷(1961年),第452页; 赞格里利案(1956年),《国际仲裁裁决汇编》,第十四卷,第294页,或《国际法报告》,第24卷,第454页; Cestra 索赔案(1957年),《国

在若干案件中适用了主要国籍和有效国籍的原则。³⁴⁹ 安全理事会为使伊拉克赔偿它在占领科威特时造成的损害所设立的联合国赔偿委员会是支持主要国籍原则的另一个机构。³⁵⁰ 赔偿委员会审理有伊拉克国籍的双重国籍者的索赔时所适用的条件是:他们必须有另一国的真实国籍。³⁵¹ 最近的编纂提议认可了这一做法。特别报告员加西亚•阿马多尔在提交国际法委员会关于国际责任的第三次报告中提议:"若外侨有双重或多重国籍,与他有比较牢固和比较真实的法律或其他联系的国家才可行使求偿权。"³⁵² 奥雷戈•比库尼亚在提交国际法协会第六十九届会议的报告中也提出了同样看法。³⁵³

- (4) 委员会认为,允许主要国籍国或有效国籍国针对 另一国籍国求偿的原则体现了习惯国际法当前的立 场,而且符合国际人权法(甚至针对个人的国籍国) 对个人给予法律保护的情况。这一结论体现在第6条。
- (5) 一些权威根据在一国籍国针对另一国籍国提出求偿的情况下,使用了"有效"联系或"起支配作用的"联系描述求偿国与其国民之间必须具有的联系。委员会决定不以"有效"或"起支配作用的"联系来描述必要的联系,而称之为"主要"联系,因为它表述了相对关系的意涵,并且表明:该个人与一国有比另一国坚强的联系。法庭在审理这个问题时

际仲裁裁决汇编》,第十四卷,第307页,或《国际法报告》,第24卷,第454页;*Salvoni* 案(1957年),《国际仲裁裁决汇编》,第十四卷,第311页,或《国际法报告》,第24卷,第455页;*Ruspoli-Droutzkoy* 案(1957年),《国际仲裁裁决汇编》,第十四卷,第314页,或《国际法报告》,第24卷,第457页;*Puccini* 案(1957年),《国际仲裁裁决汇编》,第十四卷,第323页,或《国际法报告》,第24卷,第454页;*Turri* 案(1960年),《国际法报告》,第30卷(1966年),第371页;*Graniero* 案(1959年),《国际仲裁裁决汇编》,第十四卷,第400页,或《国际法报告》,第30卷,第366页;以及*Di Cicio* 索赔案(1962年),《国际法报告》,第40卷(1970年),第148页。

- ³⁴⁹ 特別见 *Esphahanian* 诉 *Tejarat* 银行案 (1983年)《伊朗-美国索赔法庭报告书》,第2卷(剑桥,格罗秀斯出版社,1984年),第157页,详见第166页;以及第A/18号案件(1984年),同上,1985年,第5卷,第251页。
 - ³⁵⁰ 安全理事会1991年5月20日第692(1991)号决议。
- ³⁵¹ 1992年3月16日赔偿委员会理事会第7号决定,"适用于另外类别赔偿要求的标准"(S/AC.26/1991/7/Rev.1),第11段。
- 352 《关于国家在其领土上对外侨人身或财产造成损害的国际责任草案》第21条,第3款(见上文脚注337)。
- 353 "不断变化中的求偿人国籍法",临时报告,载于国际法协会《第六十九届会议报告》(见上文脚注262),第646页,第11段。

必须均衡评量国籍的竞争力度,以"主要国籍"一语表述这个运作的内容比"有效国籍"或"起支配作用的国籍"更为贴切。意大利-美国调解委员会在合并索赔案中也使用了"主要国籍"一语,可以把它视为目前习惯规则之发展的出发点。³⁵⁴

- (6) 委员会不打算说明在确定主要国籍时必须考虑到哪些因素。一些权威根据显示:这些因素包括惯常居所、在每一国籍国居住的期间、归化日期(索赔前作为行使外交保护的国家国民的期间有多长);受教育的地点、修习的课程和教学的语言;就业和财务利益;家庭生活的地点;每一国籍国的家庭联系;对社会和公共生活的参与;语言的掌握;纳税、银行帐户、社会保险;对另一国籍国的访问;持有和使用另一国家护照的情况;服兵役的情况。没有哪一项因素是决定性的,每项因素所占的份量因案情而异。
- (7) 第 6 条采取负面表述方式: "一国籍国不可行使 外交保护······除非"其国籍为主要国籍。这是为了 表明第 6 条所设想的情况应视为例外。这也明确了 求偿国应负举证责任,证明其国籍为主要国籍。
- (8) 反对甲国籍国针对乙国籍国提出求偿的主要意见 是:这可能允许该个人在其乙国籍国受到损害以后 才到甲国设定主要国籍从而(由甲国籍国)对乙国籍 国提出求偿。求偿国的国籍在该人受害时和正式提 出求偿之日都必须是主要国籍这一规定化解了这一 反对意见。这项规定呼应了第4条第1款申明的持 续国籍原则。本条评注解释了"受害时"和"正式 提出求偿之日"这两个用语。第4条第2款中关于 持续国籍的例外规定在这里不适用,因为第6条中 设想的受害人不致丧失其另一国籍。

第7[8]条 无国籍人和难民

- 1. 一国可为无国籍人行使外交保护,但该人在 受到损害之时和正式提出求偿之日在该国须有合法 的惯常居所。
- 2. 一国可为被该国承认为难民的人行使外交保护,但该人在受到损害之时和正式提出求偿之日在该国须有合法的惯常居所。

3. 第2款不适用于该难民的国籍国之国际不法 行为造成损害的情况。

- (1) 一般规则是,一国仅可为其国民行使外交保护。 1931年,美国-墨西哥索赔委员会在迪克森车轮公司案中认为,无国籍人不能享受外交保护。该委员会说: "一国······在对无国籍的个人施加损害时,并没有犯下国际不法行为,因此任何国家均无权在损害发生之前或之后以该个人的名义进行干预或投诉。" 355 鉴于这项规则已不再反映无国籍人和难民的确切地位。当代国际法反映了对这两类人地位的关注。这一点体现在诸如1961年《减少无国籍状态公约》和1951年《关于难民地位的公约》。
- (2) 第7条乃法律的逐步发展的体现,它脱离了只有 国民才可享受外交保护的传统规则,而允许一国为 属于无国籍人或难民的非国民行使外交保护。虽然 委员会在关于无国籍状态和难民的规则框架内行事, 但它未曾试图就这些人的地位发表意见。委员会仅 关心行使对这些人的外交保护的问题。
- (3) 第 1 款涉及对无国籍人的外交保护。它没有给无国籍人下定义。但这样的定义见于《关于无国籍人地位的公约》第 1 条:无国籍人系指"任何国家根据其法律不认为是它的国民的人。"这项定义无疑可认为已具有了习惯法性质。一国可为这样的人行使外交保护,而不论他或她是怎样成为无国籍人的,只要他或她在受到损害之时和正式提出保护要求之日在该国具有合法的惯常居所。
- (4) 对合法和惯常居所的要求,门槛都很高。³⁵⁶委员会的一些委员认为这一门槛太高,可能造成对有关个人不能给予有效保护的情况,但多数认为,惯常居所与合法居所结合起来接近在涉及国籍时所提到的有效性要求,并且在据拟议法而采取例外措施时是合理的。

³⁵⁴ 见上文脚注339。

³⁵⁵ 迪克森车轮公司(美国)诉墨西哥合众国案,1931年7月 判决,《国际仲裁裁决汇编》,第四卷(出售品编号:1951.V.1),第669页,详见第678页。

³⁵⁶ 对住所使用"合法"和"惯常"等词语,是依据《欧洲国籍公约》第6条第4(g)款,该款将这些词语用于国籍的取得。又见《国家对外侨造成的损害的国际责任哈佛公约草案》,第21条,第3(c)款(上文脚注337),该款为根据该《公约》给予保护的目的,写入了"在该国有惯常住所的无国籍人"。

外交保护 75

- (5) 第 1 款重复了第 4 条所载的对求偿的时间要求。 无国籍人在受到损害之时和正式提出要求之日必须 是提出保护的国家的合法的惯常居民。这保证了在 提出求偿的时间要求上,非国民与国民受制于相同 的规则。
- (6) 第2款涉及居住地国对难民的外交保护。居住地国的外交保护在下述情况下尤其重要:难民"不能或[自己]不愿意利用[国籍国的]保护"³⁵⁷或者如果利用这种保护,就会冒失去居住地国难民地位的危险。第2款对应了第1款中的说法。第3款所示的无国籍人与难民的重要区别说明了委员会为何对每一类人用单独一款作出规定。
- (7) 委员会决定坚持将合法的惯常居所作为行使对难民的外交保护的先决条件,正如对待无国籍人一样,尽管《关于难民地位的公约》第 28 条在涉及缔约国为难民发放旅行证件时规定了"合法居留"³⁵⁸ 这一较低的门槛。委员会在作出这一决定时,受到两项因素的影响。首先,按照该《公约》的规定,发放旅行证件绝不可能使证件持有人有权得到外交保护。³⁵⁹ 其次,在根据拟议法而引入对传统规则的例外情形时,确立较高的门槛有其必要性。委员会的一些委员认为,对于无国籍人和难民来说,作为行使外交保护的先决条件,合法的惯常居所这一门槛太高了。³⁶⁰
- (8) 第 2 款中的"难民"一词不限于《关于难民地位的公约》及其《关于难民地位的议定书》中所界定的难民,而是也包括不完全符合这一定义的人。委员会认为使用见于《欧洲国籍公约》第 6 条第 4 (g)款的"被承认的难民"一词,会使难民的概念也包含区域文书所承认的难民,如:《非统组织关于非洲难民问题特定方面的公约》,361 该《公约》被普

357 《关于难民地位的公约》,第1条,A.2款。

遍视为对难民进行国际保护的样板; ³⁶² 以及《关于难民的卡塔赫纳宣言》。 ³⁶³ 然而,委员会倾向于不为此语规定限制,从而允许一国能向它认为并视为难民的任何人提供外交保护。这对于未加入现有国际或区域文书的国家的难民来说,尤其重要。

- (9) 第2款重复了第4条所载的对求偿的时间要求。 该难民在受到损害之时和正式提出求偿之日必须是 提出保护的国家的合法惯常居民。
- (10) 第3款规定,收留难民的国家不得针对该难民的国籍国而为该难民行使国际保护。如果允许这样做,就会违背本条文的基本精神,即国籍是行使外交保护的主要基础。该款也有政策方面的理由。大多数难民对在国籍国所遭受的待遇提出了严重的指控,他们是为了逃避迫害而离开国籍国的。在这样的情况下如果允许外交保护,就会打开国际诉讼的闸门。而且,由于担心难民会要求采取这样的行动,各国会拒绝接受难民。
- (11) 第1和第2款都规定,收留难民的国家"可行使外交保护"。这强调了该项权利的酌定性。按照国际法,对于是否为一国民行使外交保护,一国拥有酌定权。³⁶⁴ 很显然,对于是否向无国籍人或难民提供这种保护,一国更有酌定权。
- (12) 委员会强调,第7条仅关注对无国籍人和难民的外交保护。它不关注给予这些人国籍的问题。为无国籍人或难民行使外交保护不能也不应视为可引起对给予国籍的正当期待。《关于难民地位的公约》第28条连同其附表第15段已表明,向难民发放旅行证件并不影响证件持有人的国籍。为难民或无国籍人行使外交保护更不应理解为会影响受保护者的国籍。

³⁵⁸ 该《公约》的准备工作文件表明,"停留"指短于长期居住。

³⁵⁹ 见该《公约》附表第16段。

³⁶⁰ 见本评注第(4)段。

³⁶¹ 该《公约》将难民的定义扩展为包括"凡由于外国入侵、 占领、外国统治或严重扰乱其原籍国或国籍国的部分或全部 领土的公共秩序的事件被迫离开其惯常居住地而到其原籍国 或国籍国以外的地方避难者"。

³⁶² 见联合国难民事务高级专员提交的关于国际保护的说明 (A/AC.96/830),第17页,第35段。

^{363 1984}年11月19-22日在哥伦比亚卡塔赫纳举行的对中美洲、墨西哥和巴拿马难民的国际保护——法律和人道主义问题——座谈会上通过;宣言的结论案文载于OEA/Ser.L/V/II.66 doc 10,rev.1号文件。美洲国家组织大会,第十五届常会(1985年),1985年12月7日举行的总务委员会第五届会议通过的决议。

³⁶⁴ 见第2条及其评注。

第六章

国家的单方面行为

A. 导言

282. 委员会在向大会提交的 1996 年第四十八届会议 工作报告中,建议大会将国家的单方面行为作为一 项适于编纂和逐渐发展国际法的专题列入议程。³⁶⁵

283. 大会第 51/160 号决议第 13 段除其他外还请委员会进一步审查"国家的单方面行为"这一专题,并指出本专题的范围和内容。

284. 委员会在 1997 年第四十九届会议上设立了关于本专题的工作组,工作组就本专题进行研究的可取性和可行性、专题的可能范围和内容以及本专题的研究大纲,向委员会作了报告。委员会同届会议审议并核可了工作组的报告。³⁶⁶

285. 委员会第四十九届会议还任命维克托•罗德里格斯•塞德尼奥先生为本专题特别报告员。³⁶⁷

286. 大会第 52/156 号决议第 8 段赞同委员会决定将本专题列入议程。

287. 委员会 1998 年第五十届会议收到并审议了特别报告员关于本专题的第一次报告。³⁶⁸ 作为讨论的结果,委员会决定重新召集国家的单方面行为工作组。

288. 工作组就本专题的范围、做法、单方面行为的 定义和特别报告员今后的工作等问题向委员会作了 报告。在同届会议上,委员会审议并核可了工作组 的报告。³⁶⁹

289. 委员会 1999 年第五十一届会议收到并审议了特别报告员关于本专题的第二次报告。³⁷⁰ 作为讨论的

结果,委员会决定重新召集国家单方面行为问题工作组。

290. 工作组向委员会报告了下列有关问题: (a) 可行的单方面行为定义的基本要点,作为本专题下一步工作和收集有关国家实践的出发点: (b) 确定在收集国家实践方面的总体方针: (c) 特别报告员今后的工作方向。关于上文(b) 点,工作组在与特别报告员磋商后确定了由秘书处送交各国的一份问题单的大纲,请各国提供有关材料,通报本国在单方面行为领域的实践及其对委员会专题研究所涉某些方面内容的立场。

291. 委员会 2000 年第五十二届会议审议了特别报告员关于本专题的第三次报告 ³⁷¹ 以及各国对 1999 年9月30日分发的本专题问题单的答复。 ³⁷² 委员会在 2000年6月7日第2633次会议上决定将订正的条款草案第1至第4条移交起草委员会,并将订正的条款草案第5条移交本专题工作组。

292. 委员会 2001 年第五十三届会议审议了特别报告员的第四次报告 ³⁷³ 并设立了一个不限名额的工作组。经工作组建议,委员会决定向各国政府分发一份问题单,请它们就其拟定和解释单方面行为的实践提供进一步资料。³⁷⁴

B. 本届会议审议本专题的情况

293. 委员会本届会议收到了特别报告员的第五次报告 (A/CN.4/525 和 Add.1 和 2) 以及各国政府对 2001年8月31日发出的关于本专题的问题单作出的答复(A/CN.4/524)。

³⁶⁵ 《1996年······年鉴》,第二卷 (第二部分),A/51/10号 文件,第101页,第248段和附件二。

 $^{^{366}}$ 《1997年······年鉴》,第二卷 (第二部分),第65-66页,第194、第196和第210段。

³⁶⁷ 同上,第212和第234段。

 $^{^{368}}$ 《1998年······年鉴》,第二卷 (第一部分),A/CN. 4/486 号文件。

³⁶⁹ 同上,第二卷(第二部分),第59-60页,第192-210段。

³⁷⁰ 《1999年······年鉴》,第二卷 (第一部分),A/CN.4/500 和 Add.1号文件。

³⁷² 同上, A/CN.4/511号文件。

 $^{^{373}}$ 《2001年······年鉴》,第二卷 (第一部分),A/CN.4/519 号文件。

³⁷⁴ 同上,第二卷 (第二部分),第23 和第229页,第29 和第254 段。 问题单的内容见 http://untreaty.un.org/ilc/session/53/53/sess.htm。

294. 委员会在分别于 2002 年 5 月 15 日、21 日、22 日、24 日、28 日和 30 日举行的第 2720、第 2722、第 2723、第 2725、第 2726 和第 2727 次会议上审议了特别报告员的第五次报告。

295. 委员会第 2727 次会议确定举行可自由参加的非正式磋商,由国家的单方面行为问题特别报告员主持。

1. 特别报告员介绍其第五次报告

296. 特别报告员指出,按照上届会议上提出的建议, 第五次报告扼要地重述了本专题的进展情况和某些 概念和术语有所改变的原因。

297. 介绍涉及本专题的先前审议情况、对国际实践的讨论、本专题的可行性和困难以及第五次报告某些部分的重述性质。

298. 第一章处理了委员会以往会议审议的本专题的四个方面:单方面行为的定义;有效的条件和无效的原因;解释的规则:单方面行为的分类。

299. 第三章讨论了可能导致拟订适用于所有单方面 行为(无论其实质内容和法律效力如何)的共同规则 的三个问题:关于尊重单方面行为的规则;单方面 行为的适用时间;单方面行为的适用领土。

300. 第四章简要地讨论了确定单方面行为从何时起产生法律效力这一同样重要的问题,同时也包含了三个极为重要和复杂的问题:单方面行为的取消、修改和暂停以及终止。

301. 最后,第五章阐述了已起草的条款的结构和今后的工作计划。

302. 在介绍第五次报告时,特别报告员再次说,国家的单方面行为是一个十分复杂的专题,处理难度大。他深入研究了最重要的判例和大量文献,但遗憾的是,由于各种原因,他未能对国家实践给予全面的研究,原因之一是,各国对 2001 年问题单作出的答复十分有限。现有国家实践方面的资料基本上是罗列事实,这就很难确定各国对那些行为的作出、行为的性质和意欲达到的效果有何看法。他指出,只有通过解释行为国的意图,才能解决大量的国家单方面行为是属于政治行为还是属于法律行为这一

问题,而对意图作出解释是一个极为复杂和主观性 很强的事情。

303. 虽然条约是各国在国际法律关系中用得最广泛的形式,但国家的单方面行为越来越多地用作左右其后来行为的办法。根据一般国际法,一国可以在不需要另一国参与的情况下拟定一项行为,其意图是产生某些法律效果,但又不需要对象国以任何形式表示接受。

304. 为了进一步说明本专题的困难,特别报告员的介绍指出,除抗议外,委员会认为最经常采用的单方面行为,即放弃、承认和许诺,并不总是通过宣告来表明,而且也不总是单方面的,因而不属于委员会的工作范围。

305. 在概括地重述单方面行为定义的构成要素时,特别报告员解释了对第一次报告中的定义草案所作的各种修改,例如使用了"行为"一词,加上了"国家明确表示意愿,意在……产生法律效果",并删去了"自主性"概念。

306. 特别报告员指出,虽然定义只赋予国家拟定单方面行为的能力——这是委员会任务中包含的事项——但这绝不可解释为其他国际法主体,尤其是国际组织,不能这样做。对象国概念作广义解释,这样,单方面行为不仅可针对一国或数国,而且可针对国际组织。在这方面,他提到,委员会的一些委员认为其他国际法律实体例如解放运动,也可以是这种行为的对象,这就提出了一些值得认真考虑的问题。

307. 他还指出,提交给起草委员会的单方面行为定义是广泛磋商后产生的结果,其中考虑了委员会各位委员以及各国政府的意见;通过这项定义是关键性的,以使在其他条款草案上取得进展。

308. 在介绍第五次报告第一章 B 至 D 节时,特别报告员以补充而不是复述的方式,论及了本专题的某些方面。这些章节处理了单方面行为有效的条件和无效的原因,以及单方面行为的解释和分类。

309. 上届会议听到的一项意见是,单方面行为无效的原因应该与有效的条件一并审议,并且应以宽阔的眼光来看,而不应只看到意愿表示方面存在的缺陷。有的委员提出,可能影响单方面行为有效性的

其他无效原因也应该考虑,这包括行为者的能力、同意的有效性以及单方面行为的客体的合法性。

- 310. 虽然文献中提到这些问题的文字很少,并且 有关的实践似乎基本上不存在,但特别报告员认 为,1969年《维也纳公约》尤其是其第四十二至第 五十三条和第六十九至第七十一条,可以用作有效 的参照点。
- 311. 他感到,对有效的条件应有些提及,即使条款草案中没有具体规定;正因此报告才论述了单方面行为的条件问题。
- 312. 在这方面,他说,委员会的任务仅限于国家的单方面行为,因此须拟定单方面行为的是国家,当然正如上文所说的,其他国际法主体也没有被排除在外。此外,单方面行为须由能够在国际一级代表国家行事并作出承诺的人来拟定。
- 313. 使单方面行为有效的另一项条件是其客体的合法性。单方面行为不得与强制性国际法(强制法)准则冲突。此外,意愿的表示必须完全,没有任何缺陷。
- 314. 特别报告员提到,与国际法中的有效性有关的制度毫无疑问是研究一般国际法律行为过程中遇到的最复杂问题之一。提出的一个相关问题是与先前的一项行为——无论是约定行为还是单方面行为——相冲突的单方面行为的效力问题:换言之,与同一国先前订立的义务相违背的单方面行为的效力问题。还提到了绝对无效性(即不能证实或证明其有效的行为)和相对无效性(即能够证实或证明其有效的行为)。在前一种情形下,行为与强制性国际法准则(强制法)冲突,或者说行为的拟定是行为国的代表强迫的结果;在第二种情形下,各当事国可以克服无效的原因,因而行为可以具有法律效力。
- 315. 在第五次报告中,原先提交的关于无效的原因的单一条款被分开的几项规定所取代,这是响应委员会委员和第六委员会成员的意见的结果。新案文提到了一国或多国,是顾及了这一可能性,即一国可以对源于集体决定的单方面行为援引无效性。
- 316. 报告还指出,在条款草案第5条的新案文里,拟定了单方面行为的国家或数个国家可以援引官员的错误、欺诈或腐败,视之为意愿表示的缺陷,而在单方面行为违背一项强制性国际法准则(强制法)

或安全理事会根据《联合国宪章》第七章作出的决 定时,任何国家均可援引单方面行为的无效性。

- 317. 特别报告员说,仍有一些问题未得到解决,有待进一步审议。一个问题是,如果涉及源于集体决定的单方面行为,参加该行为拟定过程的其中一个国家可能援引无效性。另一个问题是,行为的无效性会对援引无效性的国家与参加行为拟定过程的其他国家的关系以及对这些国家与对象国的关系产生什么影响。而且,除其他外,还须考虑有利于第三方的规定。在此种情况下,如果导致关系产生的行为被认定无效,那么与第三方的关系便终止。在这方面,特别报告员提到,1969年《维也纳公约》第六十九条规定了行为无效的后果,这种后果不同于源于集体决定的单方面行为无效的后果。他指出,与这一点有关的意见可反映在关于此项问题的未来一项规定中。
- 318. 单方面行为的多样性会影响到援引行为的无效性的能力。例如,在涉及许诺或承认时,行为国可援引行为的无效性,但在涉及抗议时,情况则不同:虽然行为国不大可能援引行为的无效性,但对象国这样做时似乎不受任何妨碍。
- 319. 报告中涉及但没有明文提及的另一问题是, 行为国能否因其行为或态度(无论是默示还是明示的)而失去援引无效的原因或终止一项行为的理由的权利。
- 320. 报告中还提出了这样的问题: 一国能否通过其后来的行为证明其任何和所有的单方面行为有效, 抑或必须根据行为的不同法律效力而作出区分。例如, 对于抗议, 可以从一个不同的角度处理。
- 321. 报告中触及的另一个问题是,能否由于违反了 涉及拟定单方面行为的权限和对表示意愿的权力加 以特定限制的国内法律,而认定一项单方面行为无 效。根据维也纳制度,只有当违反是明显的,并且 涉及一项对该国的国内法十分重要的准则时,才可 援引这种无效性。
- 322. 报告中处理的另一个事项是对单方面行为的解释。特别报告员认为,由于牵涉到意愿表示,与解释有关的规则可适用于所有单方面行为,而无论其内容如何。因此,他试图如维也纳制度那样,确立一项一般规则和一项关于补充性解释办法的规则,同时顾及单方面行为的具体特点。

- 323. 虽然关于解释的条款草案没有明确提及解释的限制性,但在评注里可以这样提及或对此概念予以反映。
- 324. 报告第一章处理的另一个问题是单方面行为的分类。虽然有些人可能认为分类无用,但特别报告员认为分类可能有助于条款草案的分组和结构安排。他还说,即使一时无法分类,但委员会应作出一项最后决定,以确定是否就某一类行为例如许诺(许诺意味着行为国承担单方面义务)拟定详细规则。下一次报告便可处理单方面行为的取消、修改、终止、暂停等复杂问题。如果只与这一种行为相比较,处理这些复杂的问题较为容易。
- 325. 他指出,单方面行为的取消不能由适用于所有 行为的规则加以规定。取消一项许诺或取消一项一 国承担了单方面义务的行为,似乎与取消一项一国 重申了一项权利的行为不同。
- 326. 在审议单方面行为的终止或暂停实施的问题时,还必须考虑到单方面行为的具体特点。他认为,与单方面行为的终止有关的规则应参照 1969 年《维也纳公约》从第五十九条起为条约规定的那几条来草拟,而在审查终止和暂停实施的问题时应根据该《公约》第七十和第七十二条,但应适当考虑单方面行为的具体特点。
- 327. 特别报告员认为,这些问题不是由普通规则所能规定的,可以由委员会和将要设立的工作组来处理。

2. 辩论摘要

- 328. 委员们对特别报告员第五次报告表示赞赏,该报告回顾了一项复杂专题的一系列根本问题,虽然尚不足以据之拟定规则,但在国际关系方面具有重大意义。另一种观点认为,第五次报告没有根据批评和意见对这一专题采取新的做法,也没有根据这些考虑提出新的条款草案。
- 329. 有些委员再次表示,国家的单方面行为专题有可能导致汇编成法律并由国际法委员会逐步予以发展,因为在这方面已经存在大量的国家实践、先例和学说。据认为,这项工作对各国是有益的,因为它将有助于各国尽可能详细地了解在拟定单方面行为时它们将冒何种风险。

- 330. 尽管如此,一名委员表示,关于本专题的工作 在方向和内容上都存在根本的怀疑。在这方面有人 指出,条款草案第1条谈到单方面行为所用的语言, 说它"意图产生法律效力",而条款草案第5条在 提及单方面行为的有效条件及其解释时说"拟定一 项单方面行为",这些用语存在问题。条款草案提示, 单方面行为完全是自愿的策划或法律,是一种承诺 或者是一种单方面的宣告。
- 331. 但是,从这一观点看,很难找到这样一个案例: 一个国家单方面提出一项承诺,同时认为自身受到 该承诺在法律上的约束,而不期望任何其他国家的 对等做法。
- 332. 在相关的实践中, 行为国本身从不认为它是为了建立法律的效力而按拟定行动的。相反, 它总是发现自己被它的作为或不作为、表示或不表示所约束, 这与它可能就如何作为或如何表示所作的拟定没有关系。
- 333. 提到本专题引起的一些困难,同一委员指出,委员会在过去成功地审议了一些涉及有别于其他法律制度并能界定的法律制度方面的专题,可是单方面行为是一个包罗万象的术语,它所解释的往往是国家不是通过某一特定制度的效力所受到的约束,或者是国家通过特殊的行为途径来创设法律效力。可见委员会试图汇编的是某种并不存在的法律制度,也不知道如何界定它才能使它成为一种法律制度。
- 334. 另外还有一项困难,即单方面行为这一概念本身存在着根本的矛盾,因为它所解释的是两个不同的东西。一方面,它是国家行为的社会学的解释,国家采取千千万万的行为,它们这样做的时候是采取单方面的方式,也就是说它们决定作为单独的个体采取行动。另一方面,这一概念也是指一种法律机制,其中法律秩序对国家行为方式施加规范和责任,并对它们的行动施加法律的后果;在这一机制中无论行为者本身如何,法律秩序都是一样发挥作用的。
- 335. 根据这一观点,当各国单方面地走到一起参与世界外交的时候,它们就建立了一种期望,善意地要求大家互不失望。这一机制不可能解释为国家自愿地谋划以实现其创设法律效力的意图,并拟定行动然后加以实现。

336. 由此可见,法律秩序对某些行为施加强制力, 其方式与条约或其他法律制度有所不同,因而这是 一个创立特定法律而不是普遍法律的问题,是在行 为国与其他通过特定行为已经建立了某些期望的国 家之间存在的双边互制关系。

337. 从这一角度来看,不可能制定普遍规则,因为特定关系是不可能普遍化的,例如法国、新西兰和澳大利亚之间关于核试验案 ³⁷⁵ 的案例,以及柬埔寨与泰国之间关于柏威夏寺案 ³⁷⁶ 的案例,都是多年历史和地理状况造成的结果,具有特殊性。不可能使通过单方面行为造成的互制关系受制于理解的通用标准,因为它不在国际体制之内,并且只有在人类行为和有关国家历史的背景下才是可以理解的。

338. 提出这一做法的根据是假定单方面行为作为一种现象存在于社会生活之中。这种行为有时与诸如条约和习惯法等法律制度发生联系。在单方面行为的情况下,什么样的法律体制把行为转化为义务并不明显。有一篇文章说,这样的制度并不存在,因此单方面行为根本就属于法理学范围以外。但是有时一种无形的体制却在一项行为和一项义务之间建立起联系。这种无形的体制是公正与合理在特定情况下的模糊概念。

339. 因此,这位委员说,委员会应当放弃以国家意图为根据的自愿计谋这一概念,并应把注意力集中在这一问题所提出的期望和所发生的合法义务方面是否合理的各个方面。委员会还应放弃与条约法类比的做法,因为这种做法对整个外交领域采取了非人性化的态度,而应把社会关系法作为其考虑的依据,因为根据这一法律个人在复杂的关系网络中行使着或大或小的权力。委员会不妨拟定一些普遍原则,阐明在何种情况下国家之间的特定关系具有约束力,不过这样做也许过于雄心勃勃,甚至不可行。

340. 另一种办法是,委员会不妨考虑对国家承认的体制,以填补由于不存在法律体制而形成的真空,因为对国家承认的体制虽然是在与条约或习惯不同的水平上运作,仍然起到在行为方式和法律义务之间建立联系的作用。另一些委员同意上述意见的各个方面。

341. 一方面承认单方面国家行为这一专题确实与比较传统的专题有所不同,但也指出,委员会实际上已经穷尽了传统专题,因此它有责任着手进行新的研究,这是一项挑战,但是对于创新和渐进地发展和国际法的汇编也是一次机遇。

342. 至于有人说委员会试图对某种不存在的法律体制进行汇编,有一种观点认为单方面行为是不是一种体制要看如何界定这一术语。委员会所面临的根本问题是,国际法中是否存在一种法律现象称为"单方面行为",如果存在,由何种法律制度管束。何况,根据《国际法委员会章程》第15条,委员会的任务是在没有理性概念的地方创立理性概念,并在必要时加以澄清。

343. 有一种看法认为条约作为意志的行为是管理世界外交的唯一手段,委员会的一些委员对此表示不同意。这方面有人指出,一国的意志与其意图之间的关系是很难揭示的,而且意志和意图这两个范畴之间的界线也难以划定。

344. 还有人表示,虽然国际法并不完全以国家意志的表示为基础,但是很明显,既然它们被条约义务和单方面行为所约束,它就是各国单独或集体的意愿。

345. 有一种提法认为委员会所进行工作涉及的相关体制范畴仅仅由条约和习惯所构成,对于这一提法也有人表示怀疑。有人指出,除了条约义务和根据国际习惯法产生的义务以外,显然还有一些国际义务是从国家的单方面行为所产生的。举一个明显例子:承认是一单方面的政治行为,但在国际上也产生法律效力。因此有人主张,特别报告员可以少注意行为国的行为和意图,更多地注意单方面行为对其他国家所产生的后果。

346. 重新提到条约为何必须受到尊重的理由时,有一句言简意赅的格言: "约定必须遵守",于是有人指出,特别报告员所主张的法典汇编工作值得注意之点在于,他的想法是"对细节作必要的修改后",这一点对单方面行为同样适用:也就"是行为必须遵守"。后一格言适用的确切条件如何,当然有待确定。不过,探讨这项原则的深奥理由不是本委员会的事。

347. 至于互惠问题,有人指出,虽然一个国家一般 不会在对本身没有好处的情况下拟定单方面行为,

³⁷⁵ 核试验案 (澳大利亚诉法国), 判决,《1974年国际法院 汇编》, 第253页; (新西兰诉法国), 判决, 同上, 第457页。

³⁷⁶ 柏威夏寺案,初步反对意见,判决,《1961年国际法院汇编》,第17页;案情,判决,《1962年国际法院汇编》,第6页。

但是此种利益不一定是互惠的。例如,有个国家寻求引渡一个人就向另一国家许诺说将不对那个人判处死刑,就是这种情况。

348. 在这方面有人指出,在最近的国家实践中,有一个问题实际上已引起了争议: 究竟是哪个国家机关有资格代表请求国作出这种许诺,是议会还是政府。这证明特别报告员提出的关于在拟定单方面行为时国家代表权问题和关于国内宪法程序的国际相关性的条款是符合实际需要的。

349. 此外,有人说作为单方面行为基本因素的应加以约束的意图,与宣称要建立合法预期这二者之间并不存在矛盾,这两个概念在本质上是相辅相成的。

350. 有人主张,单方面行为仅仅引起双方面的要求,因此不宜汇编为法律,针对这项主张有人提请注意一个事实,此种行为有时可以在范围上比较普遍。这种情况可以葡萄牙就澳大利亚与印度尼西亚之间的《帝汶海沟条约》³⁷⁷ 提出的抗议为例,该条约影响广泛,使其他国家以至与该地区利益相关的跨国公司等其他实体受到影响。同样,葡萄牙多次主张东帝汶人民的自决权利具有普遍性质,这一主张后来国际法院在东帝汶案中给予肯定。³⁷⁸

351. 还有人表示,委员会应该注意防止拿条约法规 定的义务与单方面行为情况下承担的较弱的义务进 行类比,从而把条约法规定的"硬性"义务冲淡。

352. 有人主张委员会审议对国家的承认问题,对此意见分歧。一方面,有人认为委员会不是讨论人权问题或高度政治性问题的场所,如对国家的承认问题。而且,有人提醒说该领域的实践和学说分歧甚多人所共知,因此难以汇编为法律。但是,根据另一观点,诸如对国家承认的问题的确存在规则和国家实践,因此尽管这些领域在政治上敏感,委员会仍可以既汇编法律也逐步对其加以发展。

353. 关于与条约法类比的问题,有人表示,虽然 1969 年《维也纳公约》不能全面借用,但还是可以 在其对单方面行为的适用范围方面提供指导和促成 一场富有成果的讨论。 354. 特别报告员建议创立一项规则,其实质是"行为必须遵守",对此有人表示,要设定这项原则就要求委员会必须仔细考查单方面行为的约束力的所有理论解释;因此不能同意这项建议。另一观点表示,在该专题研究的目前阶段,"行为必须遵守"的规定不能走得太远,只能说明行为国关于单方面行为有责任采取前后一致的行动,并顾及善意原则和必须尊重由该行为带来的信任程度和合理的期待,同时铭记单方面行为的多样性;只有委员会进入单方面行为具体类别时,才能就每一行为的法律后果进行更明确的表述。

355. 委员会还就下一问题交换了意见:单方面行为是否和通常的来源——即条约和习惯——在相同的水平上构成国际法的来源。这就提出了一个问题,即单方面行为能不能减损一般国际法或普遍义务。在这方面,有人表示,单方面行为永远不能凌驾于一般国际法或单方面行为行为国作为缔约方加入的多边公约条款之上。有人建议特别报告员研究单方面行为与其他国际法法源之间的关系。

356. 另一方面有人指出,在对国际法渊源进行分类时,不能把单方面行为包括在内。在这方面有人表示,单方面行为产生的是义务而不法律,由于没有能够就国家之间相互义务对单方面行为理念化,条款草案第5条自始至终不得已使用了"有效性"概念,这在某些情况下可能造成一连串的矛盾。

357. 根据另一观点,单方面行为究竟是法律来源还是义务来源,这一问题的产生是由于混淆了制订规则和产生法律效力。如果把一项单方面行为放在现实生活的具体背景下,可以看到在某些情况下它能使行为国产生一项义务,而该项义务常常决定该国未来的行为,而其他国家可能受该行为所左右。不过,无论是作为权利还是作为义务,单方面行为的法律效力不能自行其是,必须受国际法的制约。如果委员会把单方面行为脱离现有法律,特别是条约关系,作为在权利义务方面产生法律效力的问题加以对待,那么委员会可能很容易地迷失方向,因为它过分强调拟定单方面行为的标准。

358. 还有人说,单方面行为及其各种各样的表现形式,可能值得注意并可能具有法律效力,但是它们本身缺乏国际义务的价值。只能根据其他国家以这样或那样的形式作出反应,采取行动并予以接受来对其进行评价。

^{377 《}澳大利亚和印度尼西亚共和国之间关于印度尼西亚东帝 汶省与北澳大利亚之间的一个地区的合作区条约》(帝汶海, 1989年12月11日),《1991年澳大利亚条约集》,第九号(堪 培拉,澳大利亚政府出版局,1995年)。

³⁷⁸ 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。

359. 但是有人对这一做法表示不同意见,因为承诺做某事,承认另一国家或状况,放弃一项权利,或者对另一国际法主体的行为提出抗议,这些肯定都产生法律效力,不过在某些情况下只有其他国家或国际法院相信行为国的话才可以。

360. 此外还提请注意一个事实,即使单方面行为本身并不是创立法律或创立规范的机制,它们却有可能标志着一种国家实践的开始,从而创立一种规范。

361. 委员会内还讨论了由单方面行为产生的义务的 终止问题。有人指出,在条约中存在着一种程序和 一种商定的方法必须得到尊重,而在单方面行为中, 只有禁止改口、默许或者一项条约、习惯或其他义 务存在的情况下才能防止同样单方面的终止。

362. 但是按照另一观点,一项单方面行为任何时候都不能取消,因为既然一个国家已经单方面地表示了它的意志将被约束,那么它在事实上已经受到约束。为此援引了1974年国际法院对核试验案所作的判决,国际法院宣称单方面行为"不可以解释为它具有暗含的任意重新考虑的权利"。³⁷⁹单方面行为像条约一样可能导致国家不自愿地被捉住的局面;它们的许诺一旦表示就不能撤回,而条约或行为不被其他国家援引就没有效力。不过也有人指出,单方面行为可以善意地终止,而撤回单方面行为的技巧在研究终止单方面行为的手段时应占有一席之地。

363. 还有人建议请特别报告员处理单方面行为在经过一定时间以后的法律效力问题,以及国家单方面行为和国家行为之间的关系,并审议这些相关的概念。另外,还可以考虑单方面行为是否必须确认,如果是,由保持沉默引起的问题如何解决。

364. 关于单方面行为的分类,发表了各不相同的看法。一方面,有人说国家显然意在使其单方面行为产生法律效力。在这个意义上,单方面行为和条约之间没有区别,后者也不可能简单地归结为一个单一而雷同的范畴,而是必须服从于普遍规则的适用。可见单方面行为可以分为两类,至少在其效力上是这样。但是与特别报告员所提议的分类方法不同的是,有人建议把单方面行为区分为"条件性的"和"自动性"两类,条件性单方面行为,如通知和抗议,其所以必要是为了使另一行为产生法律效力,而"自动性"的单方面行为产生法律效力,如许诺、放弃

和承认,其中放弃可以看作是许诺的反面,承认也是一种许诺。在研究法律效力时,对这两类加以区分无疑是必要的,不过应该能够达成一项关于单方面行为的定义,以及一项制约单方面行为的一般法律制度。

365. 另一方面,特别报告员建议把单方面行为区分为国家重申其权利的行为和作为义务来源的行为,有人认为这是不能接受的。例如以宣布中立为例,这既是行为国的权利的来源,也是所涉交战国的义务的来源。把这样一种宣布当作放弃或许诺并非令人满意的解决办法,因为如果行为国后来受到交战国之一的进攻,出于自卫可能决定加入冲突。

366. 根据另外一种观点,委员会应该避免试图对单方面行为分类;文献曾致力于解决这一问题但收效甚微,而国际法学界显然对单方面行为的分类排队兴趣不大。还有一种观点表示,分类的时机尚不成熟,就国家实践收集和分析资料应该先行一步。

367. 关于委员会应该采取何种方式处理单方面行为 这一专题,也发表了不同的看法。委员会有些委员 认为,建立一套单方面行为的最低限度的一般规则 是完全可能做到的,这确实是国际法的一部分。有 人表示,关于单方面行为的一般学说不应仅局限于 特别报告员提出的那四种具体行为,也不应该要求 这些单方面行为的效力必定是义务;此外,所牵涉 的关系可能不只是双边的或三边的,也可以是普遍 性的。委员会在审议了一般规则之后可以着手讨论 这四种具体行为中的一种或几种。在这方面有人指 出,看来承认或许诺这两种行为作为讨论的专题可 能最具潜力。

368. 有一种观点认为,委员会改变其工作方法为时已晚。因此委员会应该尽快完成一般条款草案的任务,对于有关解释问题的条款草案应该结束其审议,不要试图拟定"行为必须遵守"原则,也不要审议关于中断、停止和追溯力的问题,这些问题可以在更具体地讨论某些单方面行为时审议。嗣后,委员会不妨转向几种具体的单方面行为,即许诺、放弃、承认和抗议。委员会在其第三阶段的工作中,应回过头来再讨论根据具体案例拟定的全套原则,以决定就本专题拟定条款草案是不是最佳步骤。

369. 在表示支持委员会继续工作的同时,有一种意见认为最好把工作范围扩大到包括单方面行为的中

³⁷⁹ 核试验案 (见上文脚注 375), 澳大利亚诉法国, 第 270 页; 新西兰诉法国, 第 475 页。

断和终止问题,以求有一个全面认识。另外一种对策认为,单方面行为所涉及的情况千差万别,其中每一件都有事实根据并涉及国家间的长久关系,要找到通用规则极其困难。

370. 但是根据另一种观点,认为委员会也可以从审议一些单方面行为的实例开始,如承认、许诺、放弃和抗议,这样才能明确是否能够拟订一些一般规则。然后,委员会可以着手更仔细地研究某一特定种类的单方面行为;委员会还可以致力于审议其他行为或无作为,如沉默、默许和禁止反言。

371. 因此有人主张,与其设法把五花八门的单方面 行为纳入一套通用规则,不如针对具体类型的单方 面行为对具体问题进行描述性的研究。

372. 还有一种观点指出,仅就单方面行为汇编学说和法理体系是不够的。只有在完成了对国家实践的研究之后,委员会才能决定到底是进行一般性的工作,还是从研究具体的单方面行为开始。

373. 鉴于只有三个国家对 2001 年发给各国政府的问题单作出答复,有人建议可以利用其他的资料来源,例如由各国外交部编辑出版的国家实践以及其他国际法年鉴。在这方面有人建议,有可能利用一个基金会提供的经费开展一个研究项目,其重点为根据四种典型单方面行为的具体案例对实践进行分析研究。

374. 谈到条款草案本身,有一种观点认为,条款草案第1条包含的单方面行为的定义应该予以扩展,不仅包括国家和国际组织,还应扩大到其他实体,如运动、人民、领土,甚至包括红十字国际委员会。在这方面,有人提请注意,有必要分析一个被某些政府承认而不被其他政府承认的政治实体拟定的单方面行为,或者该政治实体代表着一个正在创立过程中的国家,如巴勒斯坦。此外,一项单方面行为可能也会产生普遍的效果;其至关重要的因素是该行为在国际法体系中产生后果。

375. 另一观点建议临时采纳特别报告员提出的文本作为工作定义。根据这项观点,在定义中提到国家"有意"受约束是正确的,因为此种意图明显地存在于所列举的四种单方面行为之中;另一方面,"明确"一词看来是多余的,因为如果意志的表示不是"明确"的,那就会产生一个强有力的推论即并不存在受约束的真正意向。在这方面也有人指出,尽管如此,

一项内容模棱两可的宣言还是能够约束一个国家, 只要它愿意受约束。此外,有人认为"明确"一词 涉及解释问题而不是定义问题,因此在条款草案第1 条中无须写入。

376. 关于是否把"为该国家或国际组织所知晓"等词包括在内,发表了不同的意见,因为它和"明确"一词引起的问题是一样的,而且涉及到一个举证因素,使该定义不必要地复杂化了。

377. 有人建议对条款草案第 1 条加以改进,即写入 1969 年《维也纳公约》第二条中的"由国际法制约",并提及单方面行为可能采取何种形式并不重要。

378. 此外,还有人质疑该定义是否从单方面行为的 范畴中排除行为主题;还有人表示,对于沉默这一概念可以给予更多的重视。

379. 还有一种观点认为,应首先根据国家实践对于 各个类型的单方面行为进行研究,确定它们是否存 在共性,然后才能通过一项关于单方面行为的定义。

380. 一些委员欢迎特别报告员就单方面行为的有效性拟议的条款草案,这些条款草案的依据是引用了1969年《维也纳公约》的有关条款,但这些条款能否移用于单方面行为受到质疑。

381. 在这方面有若干建议主张对条款草案进行更加详尽的审议,既涉及主题事项,也有必要考虑到有关国家实践。有人建议,可以1969年《维也纳公约》第六十四条关于强制法新规则的出现为依据列入一项条款;还有人建议列出单方面行为无效性的各种影响,而不要规定哪些实体能够使之无效;还有人表示支持把列举无效性原因的清单缩短。

382. 另有一项建议主张列入一条单方面行为有效性的条件的一般规则,即它们的内容是否实际可行,在国际法中是否允许,意志的表达有无缺陷,意志的表达是否为公众所知晓,以及其意图是否会在国际一级产生法律效力。

383. 还有人表示,必须区别两种情况,一种情况是单方面行为宣布无效,另一种情况是单方面行为由于与国际法的强制性规范相冲突而无效。在后一种情况下,是国际法的约束使该行为无效,而不是因为拟订该行为的国家或任何其他国家使之无效。

384. 关于绝对无效与相对无效二者之间的区别问题,有人表示,问题在于在条约法中行之有效的这一区分能不能借用于单方面行为的领域。条约法作出这一区分的主要理由是为了保证各国不会因质疑互惠承诺而妨害其法律安全,但是在单方面行为的情况中不存在互惠的意愿。

385. 关于单方面行为的有效性问题,有人指出它取决于与习惯法规则或条约法规则的相互关系,就是说一般国际法另有一项规则授权国家单方面行为,这一问题特别报告员可以加以处理。

386. 有人指出,"绝对"有效性的概念是有问题的,委员会可以考虑使用这一概念是否有必要。

387. 还有人说,无效性的概念可能导致在集体单方面行为方面遇到相当大的困难。例如,若干行为国当中只有一些存在着无效性理由的时候,就会产生该单方面行为是否对所有行为国集体无效的问题。此外有人指出,集体单方面行为的提法可以放在评注中,或者单独拟定一项条款。

388. 有一种观点表示,条款草案第 5 条所根据的理念,即单方面行为可以从它们的有效性或无效性两方面加以观察,被认为是错误的:单方面行为事实上应该从对抗性和非对抗性两个方面加以观察。有效性是法律的一种品质:当议会通过一项法律的时候,它就产生效力并具有约束力。而另一方面,单方面行为并不遵守法律必须遵守以创造合法后果这一正规的标准。相反,单方面行为在特定情况下造成法律后果,在此情况下一个国家的行为可能被若干其他国家解释为可反对的。

389. 由于假定单方面行为可以享有有效性,特别报告员于是就列出了若干无效性的条件,可是却漏掉了可以反对一项行为的最明显的条件,即该行为违背法律并违背在国家责任范畴内该国的义务这样一项简单的理由。显然,一项单方面行为可以是非对抗性的,或用特别报告员的话来说是"无效的",因为根据一般法律制度它是非法行为,既然一般法律制度是有效的,并指出国家的特定行为具有对抗性从而对该行为给予定性。

390. 根据另外一个观点,对抗性和有效性这两个概念来自两个完全不同的领域。就有效性而言,可以设问一项行为事实上能不能产生义务。一旦该问题得到回答,就可以再问该行为为什么人产生义务,

这就可以称为对抗性。尽管如此,对于正在讨论的 专题而言这是无的放矢的问题。一项单方面行为对 于有效拟定它的一方来说可能永远是对抗性的,问 题是它是否对于其他实体也是对抗性的。既然对抗 性问题可以包括在这一专题的工作以内,就不应排 除委员会研究无效性的各种原因。

391. 有一种说法称,一旦国家有意受约束,一项有效的单方面行为便存在,即使该行为仅对那个国家具有对抗性,对此有人不同意。在这方面有人说,对单方面行为不能完全脱离其他国家来观察;至少不能脱离双边关系,因为该行为在与其他国家的关系方面是要产生后果的,如果脱离了这些关系可以说就没有任何事情受到国际法的约束。

392. 对于条款草案 5(a) 使用的短语"[意志的表达][同意]受该行为约束",有人表示有所保留,因为一个国家在拟定一项单方面行为时也许仅是主张一项权利。

393. 对于特别报告员拟议的条款草案 5(d) 至 5(h),有人指出这几条虽然是以 1969 年《维也纳公约》为依据的,但是它们没有原样采用该《公约》的用语,因此可以改写。

394. 关于条款草稿 5(f),有人指出 1969 年《维也纳公约》第五十三条仅表示一项条约"是无效的"。

395. 有人表示,任何国家均应视为援引无效性,不仅单方面行为违反强制性规范时是这样,而且当使用或威胁使用武力时也是这样。换句话说,最好以那个形式重新引用 1969 年《维也纳公约》中的对绝对无效与相对无效所作的区别。

396. 另外有人指出条款草案 5(g) 可能引起一些困难,在义务发生冲突的情况下要以《联合国宪章》规定的义务为准,虽然如此这并不意味着与安全理事会决定相冲突的单方面行为必定是无效的;在这方面有人表示最好寻求一种提法,既能充分发挥各种规范的先后次序,同时又可以避免"无效性"这一十分危险的用语;会使该条款在条款草案关于无效性的章节中完全没有地位。

397. 条款草案 5(h) 说,拟订单方面行为的国家可以援引这一行为的无效性,如果该行为与对拟订国的国内法极具重要性的规范发生冲突。在这方面有人质疑,能否援引国内法使一项已经产生国际法律效

力的行为失效,以及这是否给行为国带来国际责任。 还有人建议,应提及与对拟订国的国内法极具重要 性的规范发生冲突的"明显"性质。

398. 关于何人有权拟订单方面行为的问题,有一种观点认为,此种资格只应限于1969年《维也纳公约》第七条第二项(甲)款提到的人士,不过另有一种观点认为有必要考虑有关国家的实践,以便确定其他机构是否能在特定领域对国家进行约束。

399. 有人提出问题,一个机构越权采取行动或实行 其指示是否仍然约束该国家在国际上这样做;根据 有关国际不法行为国家责任的条款草案第7条,³⁸⁰ 答案是肯定的。因此对条款草案第5(h)条有必要进 行更加详尽的审议,因为它的原则本身是会引起问 题的。此外人们还指出,关于对一个国家表示同意 的权利施加限制的问题,这在1969年《维也纳公约》 第四十七条中有所处理,那么同一点就显得尤其正 确;但是特别报告员没有提供理由说明为什么没有 把它借用在单方面行为上。

400. 但是根据另一观点,没有必要援引关于国家责任的条款草案,因为问题不在于责任,而是对国家有约束的意志的表达,这不可能只是由该国的一个官员表述。

401. 另外还有人指出,只有行为国能够质疑拟订单方面行为的人是否具有资格;还不清楚其他国家能否引用这一论点。

402. 谈到有关错误、欺诈、腐败和胁迫的条款时, 有一种观点表示应该对这些表述进行进一步的思考, 更充分地考虑这一领域中已经存在的大量国家实践。

403. 有些委员同意,在对单方面行为的解释中最主要的标准是行为国的意图,如果对现有的筹备工作进行参考可能是有帮助的。在这方面,有人指出参考筹备工作只是被当作解释的补充手段,而且在(b)条中被放在了方括号内,这说明它只是一种次要考虑,而实际上它很重要,而且在意图方面应该受到强调。

404. 另一方面,另一些委员在谈到援引筹备工作时 表示了他们的保留意见,因为在谈到单方面行为时 求助于此种工作是否可行十分令人怀疑。另外有人 提到,特别报告员已经说明了对单方面行为的解释是有限度的,这在条款草案的案文中没有反映。

405. 有人主张,(a) 条第2款保留了"序言和附录"字样,可能没有必要,因为事实上它们在单方面行为中不常出现。在这方面还有人建议该条款可以表示为了解释单方面行为其上下文可以包括案文和必要的序言和附件。关于(b) 条提到筹备工作,也可以采取类似办法。

406. 有人建议,可以用制定一项解释单方面行为的 广义的一般规则使工作方法简化,而将诸如如何使 用序言和筹备工作等细节置于评注中,但有一项谅 解,以后也许有必要具体针对某些种类的行为草拟 解释规则。

407. 还有人建议,鉴于国家实践的多样性,最好采用逐案进行的做法,而不要试图拟订任何普遍统一的解释规则。

408. 另有一项提议请委员会注意单方面行为的专题和目的,以此作为对之进行解释的指针。根据另外一个观点,审议单方面行为的解释还为时过早。

409. 关于条款草案第7条所说单方面行为在本质上 具有约束力,有人指出这一条款不可能当作普遍规 则,因为例如抗议未必可以说对拟订它的国家有约 束力。

3. 特别报告员的总结

410. 特别报告员指出,在辩论过程中各种不同的观点已经形成。有些委员认为,就单方面行为规则编纂法律是不可能的。另外一些委员认为,这一专题十分困难,必须重新审视所采取的研究方法,才能取得进展。另外还有一些委员说,虽然他们有些疑虑,但还是觉得这一专题事项可以汇编法律,而且为了保障国家之间的法律关系,有必要确定一些规则。

411. 特别报告员指出,他同意大多数委员的意见,即单方面行为确实存在,在国际法中是一个相当成熟的体制,它们在某些有效性条件下,可能对行为国产生约束。他认为在《国际法院章程》第 38 条的意义范围内,单方面行为不是一个法律来源,但是可以成为义务的来源。他指出国际法院的司法制度

³⁸⁰ 见上文脚注263。

中已经涉及单方面行为,例如核试验案、³⁸¹ 柏威夏 寺案 ³⁸² 和渔业管辖权案。³⁸³

412. 谈到委员会某委员对本专题五年来缺乏进展表达的关切,特别报告员指出,直到委员会就如何处理这一专题达成最低限度的一致意见以前,是不可能取得进展的。这需要采取理论与实践并重的研究方法。委员会必须深入审议这一专题,同时考虑各国政府的意见。他同意有必要研究相关的国家实践,因此他支持一项提议,即在外部私人机构可能的援助下建立一个机制来开展对国家实践的研究。不过他再次提出他曾请委员会各委员提供本国国家实践资料。

413. 在承认本专题的复杂性的同时,特别报告员同意委员会大多数委员的意见,即只要能够在某些点上达成共识,这一专题的工作是可以继续下去的。他的主张是,委员会可以继续进行已经开始的工作,接着审议国家实践问题。所以没有必要暂停或完全放弃这一专题,因为这样做就和委员会早些时候对国际社会发出的信息自相矛盾,当时的信息是:国际法律关系的安全性很重要,就单方面行为汇编法律可能有助于在国际法律关系中建立信任。

414. 因此他建议,在第一阶段先由一个工作组拟订对所有行为普遍适用的规则,然后再集中力量对特定种类的单方面行为,例如许诺或承认,审议具体的规则。

415. 关于是否能够起草一项条款来界定"行为必须遵守"原则的问题,特别报告员指出,这一界定对于制定适用于单方面行为的规则来说可能迈出一步。关于就单方面行为的约束性拟订规则的必要性,在他的第五次报告第三章中已经提到,他认为该问题值得由一个工作组作进一步的研究。

416. 关于是不是需要互惠的问题,特别报告员说,按照理论和判例,单方面行为的主要特点是,为了发生效力,他们并不需要对方接受或者作出任何其他反应才能产生法律效力。此外,必须区分互惠和行为国的利益。在这方面他还指出,即使在常规范

畴互惠也并不总是存在,因为一项条约可能涉及无 须互惠的承诺。

417. 有人建议由于主题事项五花八门不大可能拟订普遍的规则,因此研究工作应只局限于许诺和承认这两种单方面行为,对此特别报告员答复说,他觉得就单方面行为的拟订和解释草拟一般性规则是可能的;单方面行为是单方面的意志表达,无论它的内容和法律效力如何这一点都是一样的。

418. 有一种观点主张应更多地重视所产生的效果而不是意图,对此他指出,为了确定一项行为的法律效力,首先必须确定它的性质,然后据此确定行为者的意图,这就牵涉到解释问题。

419. 特别报告员表示,委员会委员普遍同意条款草案第1条所载单方面行为的定义可以适用于所有这一类行为;对于使用"明确"这一术语以及要求单方面行为必须"知晓",有些人表示疑虑,还有人主张扩大单方面行为对象的范畴,这些可以在起草委员会内给予处理。

420. 关于什么人被授权以国家名义行动并使国家在国际一级受到约束的问题,形成了两派意见。一种意见要求把拟订单方面行为的资格限制到特别具体的人,包括 1969 年《维也纳公约》第七条所指的人,而另外一种意见认为此种资格应该扩大到其他人,几乎所有的人都可以由国家授权去拟订可能影响其他国家的单方面行为。在这方面他指出,他在第五次报告第 93 段曾经提到对国际不法行为的国家责任草案条款中的第 7 至第 9 条,这意味着这几项条款或者第 3 条所规定的扩大责任范围,对于单方面行为来说是无效的或者不能适用的,因为这两个主题事项在国际法中具有不同的渊源,需要注意的考虑也是不同的。

421. 有些委员指出最好不要区分单方面行为的绝对 无效性和相对无效性,另一些委员则认为这一区分 可能是有益的。他认为,"绝对"或"相对"无效 性的概念对于确定什么人可以援引一项行为的无效 性具有重要作用。

422. 关于单方面行为无效性原因的条款草案 5(a) 至 5(h),他同意一些委员的意见,他们正确地指出,"同意"一词是指条约法而言,因此对于单方面行为的情况并不适用,他还同意一种主张,即应当考虑到 1969 年《维也纳公约》第六十四条,该条论及

³⁸¹ 见上文脚注375。

³⁸² 见上文脚注376。

³⁸³ 渔业管辖权案(西班牙诉加拿大),法院管辖权,判决,《1998年国际法院汇编》,第432页。

- 一般国际法当中出现的一项新的强制性规范。提到 单方面行为由于违背安全理事会某项决定而无效时, 他提出也许只有根据《联合国宪章》第四十一和第 四十二条通过的决定才应在考虑之列。
- 423. 委员会有些委员提到,某项单方面行为因违反一个国家以公约方式或单方面承担的义务而属于无效。他认为,这不是属于该行为的无效性或有效性的缺陷,而是属于规则的冲突,这在维也纳公约制度中是由与条约的无效性相关的不同条款所制约的。
- 424. 谈到有人认为没有必要在条款草案中使用"援引"一词时,他提醒说这一术语在 1969 年和 1986 年《维也纳公约》的相应条款中都使用过。在正在审议的案文中,它指的是一个国家可能援引无效性的原因,而援引无效性则是另一回事。
- 425. 与一些委员的意见相反,特别报告员认为解释的规则至关重要,并应在当前阶段给予审议。只有通过解释才能确定一项行为是否单方面,是否合法,是否产生法律效力从而约束行为国,以及它是否由条约法等其他制度所覆盖。何况,在本委员会以及在第六委员会都曾强调,关于解释的普遍性规则可以适用于单方面行为。

- 426. 就解释的规则而言,已就行为国的意图这一提法发表了评论。他重复说,对意图的解释必须出于善意,并应依据其上下文的声明条款,即案文本身及其序言和附件。判定行为国的意图是必不可少的,这不但可以根据其书面或口头的宣告,以特定的背景和具体情况为根据,而且当根据一般解释规则不能判定其含义的时候,还可以使用补充手段,例如筹备工作。一些委员对难以了解筹备工作的情况表示关切。针对这种关切,特别报告员建议在条款草案中加入"当可能时"的字样。
- 427. 有些委员提请注意必须在案文中明确提及解释的限制性;这样可以消除这一顾虑,即任何行为都可能造成对国家的约束,或者国家可能被它的代表人物之一所拟订的行为所约束。
- 428. 在特别报告员看来,关于无效性的原因和关于解释的条款草案应提交给一个工作组,由该工作组确定能否拟订适用于一切行为的条款,然后处理所产生的实质问题。
- 429. 关于一个国家能否撤回它已经拟订的单方面行为,例如承认一个国家,特别报告员的观点是,虽然该行为是单方面的,但是所产生的法律关系并不是单方面的,因此一个国家拟订了承认的行为之后就不能将其撤回。

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)

A. 导言

430. 委员会第三十届会议 (1978年)将"国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任"这一专题列入工作计划,并任命罗伯特•Q•昆廷-巴克斯特先生为特别报告员。³⁸⁴

431. 委员会自第三十二届会议 (1980 年)到第三十六届会议 (1984 年) 共收到并审议了特别报告员提交的五份报告。³⁸⁵ 这些报告试图为本专题拟订一个基本概念和专题纲要,并载有五项条款草案提案。专题纲要载于特别报告员提交 1982 年委员会第三十四届会议的第三份报告。这五项条款草案是在特别报告员提交委员会第三十六届会议的第五份报告中提出的。委员会审议了这些条款草案,但未作出任何将它们交给起草委员会的决定。

432. 委员会在其第三十六届会议上还收到以下材料: 对联合国法律顾问于 1983 年向 16 个选定的国际组织所发调查表的答复。除其他事项外,调查表是要查明各国彼此应尽的义务,以及各国作为国际组织成员应尽的义务是否足以履行或取代某些专题纲要中提及的某些程序。³⁸⁶ 委员会还收到秘书处编写的一份研究报告,题为"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国家实践概览"。³⁸⁷

433. 委员会第三十七届会议 (1985年) 任命胡利 奥·巴尔沃萨先生为本专题特别报告员。委员会自 第三十七届会议到第四十八届会议 (1996年) 共收到 特别报告员提交的十二份报告。³⁸⁸

434. 委员会第四十四届会议 (1992年)设立了一个工作组,目的是审议本专题的范围、本专题应采取的办法以及今后工作可能的方向等一些一般性问题。³⁸⁹按照工作组的建议,委员会在 1992年 7月 8日第 2282次会议上决定分阶段继续进行这一专题的工作——先完成关于防止跨界损害的工作,然后采取补救措施。³⁹⁰鉴于本专题的标题含义不够明确,委员会决定继续按本专题应处理"活动"这一工作假设行事,并暂时不对标题作正式修改。

435. 在 1996 年第四十八届会议上,委员会重新设立了工作组,以根据特别报告员的报告和委员会历年来举行的讨论全面审查该专题,并向委员会提出建议。

的行为所产生的损害性后果的国际责任"专题有关的责任制度概览",《1995年······年鉴》,第二卷(第一部分),A/CN.4/471号文件,第61页。

³⁸⁸ 特别报告员的12份报告转载情况如下: (初步报告)《1985 年……年鉴》, 第二卷 (第一部分), A/CN. 4/394号文件; (第二份报告)《1986年······年鉴》,第二卷(第一部分),A/ CN.4/402号文件; (第三份报告)《1987年 ······年鉴》, 第 二卷(第一部分), A/CN.4/405号文件; (第四份报告) 《1988 年 ······ 年鉴》, 第二卷 (第一部分), A/CN.4/413号文件; (第五份报告)《1989年······年鉴》,第二卷(第一部分),A/ CN.4/423号文件; (第六份报告) 《1990年······年鉴》, 第 二卷 (第一部分), A/CN.4/428和 Add.1号文件; (第七份报 告)《1991年 ······年鉴》,第二卷(第一部分),A/CN.4/437 号文件; (第八份报告)《1992年……年鉴》, 第二卷(第一 部分), A/CN.4/443号文件; (第九份报告) 《1993年 ······年 鉴》,第二卷(第一部分),A/CN.4/450号文件;(第十份报告) 《1994年······年鉴》,第二卷(第一部分),A/CN.4/459号文 件; (第十一份报告)《1995年……年鉴》, 第二卷(第一部分), A/CN.4/468号文件; (第十二份报告)《1996年 ······年鉴》, 第二卷 (第一部分), A/CN.4/475和 Add.1号文件。

³⁸⁹ 见《1992年······年鉴》,第二卷 (第二部分),A/47/10 号文件,第55页,第341-343段。

³⁹⁰ 关于委员会的详细建议,见同上,第344-349段。

³⁸⁴ 在该届会议上,委员会建立了一个工作组,初步审议本专题的范围与性质。工作组的报告见《1978年······年鉴》[英],第二卷(第二部分),第150-152页。

等别报告员的五份报告转载情况如下:(初步报告)《1980年……年鉴》[英],第二卷(第一部分),A/CN.4/334和Add.1和2号文件,第247页;(第二份报告)《1981年……年鉴》[英],第二卷(第一部分)。A/CN.4/346和Add.1和2号文件,第103页;(第三份报告)《1982年……年鉴》[英],第二卷(第一部分),A/CN.4/360号文件,第51页;(第四份报告)《1983年……年鉴》[英],第二卷(第一部分),A/CN.4/373号文件,第201页;(第五份报告)《1984年……年鉴》[英],第二卷(第一部分),A/CN.4/373号文件,第201页;(第五份报告)《1984年……年鉴》[英],第二卷(第一部分),A/CN.4/383和Add.1号文件,第155页。

 $^{^{386}}$ 《1984年……年鉴》,第二卷 (第一部分),A/CN.4/378 号文件。

^{387 《1985}年······年鉴》,第二卷 (第一部分),增编,A/CN.4/384号文件; 也见秘书处编写的与"国际法不加禁止

436. 工作组提交了一份报告,³⁹¹ 完整地介绍了本专题有关预防原则和赔偿或其他救济责任原则等方面,并提供了条款及其评注。

437. 在1997年第四十九届会议上,委员会再次设立了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,审议委员会应如何就该专题开展工作的问题。³⁹²工作组审查了委员会1978年以来关于本专题的工作。它注意到,由于概念和理论上的困难、标题是否合适以及这个专题与国家责任的关系等因素,该专题的范围和内容还是不明确。工作组还注意到,委员会在这个专题下处理了两个问题:"预防"和"国际责任"。工作组认为,这两个问题虽然相关,却互有区别。因此,工作组议定,从今以后,预防问题和责任问题应分别处理。

438. 因此,委员会决定就"国际法不加禁止的行为 所产生的损害性后果的国际责任"专题开展工作, 首先在"预防危险活动的跨界损害"这个副标题项 下讨论预防问题。³⁹³ 大会在其第 52/156 号决议第 7 段中注意到这项决定。在同一届会议上,委员会任 命彭马拉朱•斯里尼瓦萨•拉奥先生为专题这一部 分的特别报告员。³⁹⁴

439. 在 2001 年第五十三届会议上,委员会通过了序言草案和关于预防危险活动跨界损害的一套 19 条条款草案的定本 ³⁹⁵,从而结束了其对本专题第一部分的工作。此外,委员会建议大会根据上述条款草案草拟一项公约。³⁹⁶

440. 大会第 56/82 号决议第 3 段请委员会恢复审议 该专题的责任方面,同时铭记预防与责任之间的相 互关系,并考虑到国际法的发展和各国政府的评论。

B. 本届会议审议本专题的情况

441. 在本届会议上,委员会恢复审议了本专题的第二部分。委员会在 2002 年 5 月 8 日第 2717 次会议

上设立了一个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。在2002年8月8日和9日第2743和第2744次会议上,委员会审议和通过了经委员会修正的工作组报告(A/CN.4/L.627),该报告转载于下文C节。此外,委员会任命彭马拉朱•斯里尼瓦萨•拉奥先生为本专题特别报告员。

C. 工作组的报告

导言

442. 在本届会议上,委员会设立了一个工作组,³⁹⁷ 由彭马拉朱·斯里尼瓦萨·拉奥先生任主席,工作组在 2002 年 5 月 27 日和 30 日,6 月 23 日、24 日和 29 日以及 8 月 1 日总共举行了七次会议。

443. 鉴于委员会完成了关于预防的条款草案,工作组根据大会第56/82号决议第3段开始对该专题第二部分进行审议。也很重要的是,委员会完成了其有关国家责任的工作。据理解,未能履行早先关于预防的条款草案中针对国家的预防义务会给国家带来责任。

444. 工作组认识到,尽管忠实地履行预防义务但仍然会发生损害,同时,为了审查本专题其余部分的目的,假定此种义务已经履行。在这种情况会因为几种不涉及到国家责任的理由发生损害,例如尽管采取了预防措施,但在当时的情况下证明是不足够的,或者在当时没有查明引起损害的具体风险而没有采取适当的预防措施。

445. 如果尽管缔约国履行了义务还是发生了损害,就会产生国际责任。因此,委员会在处理本专题有关危险活动造成的重大跨界损害的其他内容时的工作,应是在行动的各参加者(例如活动的授权者、管理者或受益者)之间分配损失。例如,他们可以按照具体的制度或通过保险机制来分担风险。

446. 会上普遍承认,各缔约国应有合理的自由允许 在其领土内或其管辖或控制区内进行所希望的活动, 尽管这些活动有可能产生跨界损害。然而,与会者 也同样认识到,它们应该确保,如果尽管采取了适 当的预防措施还是发生了实际损害那么就应提供某 种形式的救助,例如赔偿。否则的话,潜在的受影 响国家和国际社会就可能坚持要求起源国预防有关

³⁹¹ 《1996年······年鉴》,第二卷 (第二部分),附件一。

 $^{^{392}}$ 《1997年······年鉴》,第二卷 (第二部分),第60页,第162段。

³⁹³ 同上,第168(a)段。

³⁹⁴ 同上

 $^{^{395}}$ 《2001年······年鉴》,第二卷 (第二部分),第166页,第97段。

³⁹⁶ 同上,第166页,第94段。

³⁹⁷ 工作组成员见上文第10(a)段。

活动引起的所有损害,这可能造成活动本身不得不被禁止。

1. 范围

447. 工作组审议了涉及专题的整个范围的各种可能性。在这方面,工作组承认,蔓延性污染和多种来源的污染所造成的损害或对国家管辖范围以外地区环境造成的损害具有其自身的特征。为此,工作组建议继续将该专题的其余部分的范围局限于预防专题所涵盖的活动。这种办法还会有效地将目前的工作与过去的工作相联系从而完成本专题。

448. 关于范围,工作组的理解是:

- (a) 所涵盖的活动与预防危险活动造成的快捷损害专题范围内所包括的相同;
- (b) 必须确定一个基线,以便启用所造成损失的 分配制度; ³⁹⁸
- (c) 应该涵盖人身损失; 财产,包括国家世袭财产和国家遗产等要素的损失; 以及国家管辖范围内环境的损失。

2. 经营人和国家在分配损失中的作用

449. 工作组就采取不同的模式和理念来论证在有关 参与者之间分配损失的不同方法初步交换了意见。

450. 就若干点达成了一致意见。首先,原则上不应 让无罪的受害者承担损失。第二,分配损失的任何 制度必须确保对参与危险活动的所有各方规定有效 的激励机制,以便在预防和应对中采取最佳做法。 第三,这种制度应该广泛地涵盖除国家外的各种有 关参与者。这些参与者包括私人实体,如经营人、 保险公司和工业基金的联合体。此外,各国在制订 和参与分担损失的计划中起到重要作用。本专题的 许多内容将会涉及这些参与者之间分配损失的详细 情况,在辩论中,强调了以下的各种考虑。

(a) 经营人的作用

- 451. 经营人直接控制活动,因此应在任何分配损失的制度中承担主要责任。经营人所承担的损失份额将包括在损失发生时其需要承担来控制损失的费用,以及恢复和赔偿的费用。在求算这些费用时,特别是有关恢复和赔偿的费用时,是否履行了预防义务以及对经营活动进行了适当管理等考虑将是很重要的。其他的考虑,例如第三方的参与、不可抗力、损害的不可预见性以及无法十分有把握地将损害追溯到活动的源头,也需要顾及。
- 452. 工作组还审议了制定适当的保险计划是否有益,由属于同一行业的经营人向一些筹资机制作强制性捐款,并由缔约国指拨款项来应对危险活动造成重大损害产生的紧急和意外事件。
- 453. 会议还认识到,保险业对许多危险活动产生的 损害未必承保,特别是那些被认为特别危险的活动。 在这种情况下,由缔约国为这种保险提供国家经费 或激励的做法值得一提。关于这一点,一些缔约国 已经承诺用适当的激励来推动适当的保险计划。
- 454. 在任何有关损失分配的制度中,如果恢复和赔偿的费用超过现有的保险或经营人生存所必需的自有资源的限度,那么就不能设想经营人的份额将是充分和无所不包的。因此,对经营人在重大意外事件中损失的份额可以加以限制。会议还指出,如果经营人的支付责任是严格的或绝对的,那么其份额一般将受到限制。于是,损失的其余部分将摊派给其他来源。

(b) 缔约国的作用

455. 工作组讨论了缔约国在分担危险活动造成损害 所产生的损失方面的作用。工作组一致同意,缔约 国在制订适当的国际和国内责任计划以实现公平分 摊损失方面起到关键性作用。在这一方面,发表的 一种意见认为,应制订出这样的计划以便确保经营 人内部消化其经营活动的所有费用,因此没有必要 使用公共经费来赔偿这种危险活动所产生的损失。 如果缔约国本身是经营人的话,也应根据这种计划 承担责任。然而,工作组还一致认为,有可能产生 这样的情况,私人的责任可能证明不足以实现公平 的分配。工作组的一些成员于是指出,在这种情况下, 损失的其余部分应分配给该缔约国。其他成员认为,

³⁹⁸ 在工作组内对这一问题有不同意见。一种意见认为应保留"重大损害"作为启动标准,另一种意见认为,这种起点虽然适用于预防制度,但并不合适,因此对于目前的工作必须确定一个更高的基线。

虽然不能完全排除这一备选办法,但是只有在例外情况下才应产生任何剩余的国家赔偿责任。与会者指出,在一些情况下,如空间物体造成的损害,国家已同意承担首要责任。

456. 工作组还讨论如果危险活动造成的跨界损害存在剩余的国家责任会产生什么问题。在这种情况下,应由哪一国参与分担损失并不是不言自明的。在一些情况下,起源国可能负有责任。会议指出,授权或监测有关经营活动或从中受益的国家也应参与承担损失。在其他情况下,责任可能落在有关经营人

国籍国的身上。在确定国家在损失分配方面的作用 时可以考虑国家控制的程度,以及国家作为有关活 动受益者的作用。

3. 额外的问题

457. 在这一方面供审议的事项包括合并索赔的国家间和国家内机制;经营人国际代表性造成的问题;索赔的评估、量化以及理赔程序;向有关讲坛申诉的机会;以及现有补救方法的性质。

第八章

国际组织的责任

A. 导言

458. 在2000年第五十二届会议上,委员会决定将"国际组织的责任"专题列入其长期工作方案。³⁹⁹

459. 大会 2000 年 12 月 12 日第 55/152 号决议第 8 段注意到委员会关于长期工作方案的决定,并注意到委员会向大会提交的第五十二届会议工作报告所附关于新专题的纲要。

460. 大会第 56/82 号决议第 8 段请委员会开始就"国际组织的责任"专题进行工作,并适当考虑各国政府提出的意见。

B. 本届会议审议本专题的情况

461. 在本届会议上,委员会在2002年5月8日举行的第2717次会议决定将本专题列入其工作方案。

462. 同次会议上,委员会成立了本专题的工作组。400

463. 委员会在同次会议上还决定,任命乔治·加亚 先生为本专题特别报告员。

464. 在 2002 年 8 月 2 日 举 行 的 第 2740 次 会 议 上,委员会审议并通过了该工作组的报告 (A/CN.4/L.622),该报告载于下文 C 节。

C. 工作组的报告

1. 专题范围

(a) 责任概念

465. 委员会在国家对国际不法行为的责任[下称国家责任]条款 ⁴⁰¹ 中以"责任"一词指国际不法行为在国际法中的后果。应该假定,新专题中的"责任"的意义至少包含同样的概念。因此,这项研究应该

包含国际组织对其不法行为的责任。其范围也应合理地包括国家责任条款中未顾及的有关事项:例如,第 57 条评注第 (4) 段所说的"国际组织为行为者,而国家因参与该组织行为或由于为其成员而被认为负有责任的问题。"⁴⁰²

466. 国家责任条款目的在于确立一般国际法规则,搁置"国际法特别规则规定"的"国际不法行为存在的条件"和关于"一国的国际责任的内容或履行"的问题(第55条)。对国际组织采取类似办法似乎也合理。这种选择不排除可能从"特别规则"和各自执行做法中得到制定一般规则的某些启示。同样,国际法一般规则也可适用于解释该组织的"特别规则"。

467. 可能产生国际组织对成员国和非成员国的责任。非普遍性国际组织更有可能对非成员国产生责任。至于成员国,如果国际组织不履行它对成员国的义务,或者成员国不履行它对国际组织的义务,国际组织及其成员国之间存在着的多种多样的关系以及许多特别规则(大多涉及有关的"组织规则")对于这个问题的适用性,可能会使一般规则在这方面的意义受到限制。但是,国际不法行为的责任问题不应仅由于这些问题在国际组织与其成员国之间产生而被排除在该专题的研究之外。

468. 国际组织的责任问题常常与这些组织在国际法下的赔偿责任问题连在一起,如空间物体造成的损害问题,因为根据 1972 年《外空物体所造成损害之国际责任公约》第二十二条第 3 款,或许还可根据一般国际法的一项平行规则或通过适用一般法律原则,国际组织可能应对此承担赔偿责任。责任和赔偿责任问题相互交织的情况并不少见,因为损害的造成,一部分可能是由于合法行为,一部分是由于违反防止的义务或者其他义务。但是,由于委员会已另立了一个国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任专题,该专题目前正审议之中,因此在委员会就该项研究的工作得出结果之前,暂

³⁹⁹ 《2000年······年鉴》,第二卷 (第二部分),第九章,第 136页,第 729 段。

⁴⁰⁰ 工作组成员见上文第10(b) 段。

⁴⁰¹ 《2001年······年鉴》,第二卷(第二部分),第30页,第76段。

⁴⁰² 同上,第142页。

时似乎最好推迟审议国际组织的赔偿责任问题,不在国际组织的责任范围内审议这类问题。

(b) 国际组织的概念

469. 在联合国主持下通过的一些公约将国际组织一词的意义限定为政府间组织,即国家通过条约或者(在特殊情况下,如欧安组织)未通过条约建立的组织。1986年《维也纳公约》第2条第1款(i)项规定,"'国际组织'系指政府间组织"。这一概念无疑包含了可能会产生国际法下责任问题的大多数实体。应该假定,国际法赋予这些国际组织以法人资格,因为如若不然,它们的行为便会归属于它们的成员,就不会产生一组织在国际法中的责任问题。

470. 以上对国际组织的定义涵盖了性质相当不同的实体。成员资格、职能、议事方式以及可供它们使用的手段有很大的差异,因此在责任问题上指望能适用于所有政府间组织的通用规则,也许是不合理的,特别是在国家可能因其参加的组织所从事的活动而招致的责任问题方面。也许必须要为不同类别的国际组织拟订具体规则。

471. 有些国际组织,如世界旅游组织的成员除了国家外还有非国家行为者。本项研究也可以包括对这类组织引起的责任问题。对非国家成员的责任问题不必直接作研究,但若涉及成员国的责任,则可予以考虑。

472. 如果本项研究包括国家根据国内法(如某一国家的法律)建立的组织以及非政府组织,该专题的范围就会大得多,因此,似乎最好是搁置(至少暂时搁置)涉及这类组织的责任问题。

2. 国际组织的责任专题与国家责任条款之间的关系

473. 国际组织的责任条款草案必须在形式上独立于国家责任条款的案文。但不一定因此就不能在新案文中一般性地提及在国家责任方面通过的规则,并为不能通过如此提及而得到充分处理的问题作出具体规定,或者不对其中有些问题持任何成见。这种做法的好处在于有机会写出较简短而又突出具体问题的案文。但在这样做时,我们可能会低估该专题的一些具体方面,特别是在国际组织方面很少实践经验的一些情况。国家责任条款中反映了对国家的

习惯国际法规则方面的一些事项,对于国际组织来说只能留待逐渐发展。无论选择何种起草方式,都必须非常谨慎地考虑该专题的具体方面。

474. 这种情况不能完全与条约法方面所发生的情况相比,在这方面,早在委员会完成国际组织方面的工作之前,关于国家间条约的编纂公约就已通过并生效;此外,1986年联合国条约法会议达成的结论说,关于国际组织条约的规则应在大多数方面与1969年《维也纳公约》的规则相一致。其结果是,1986年《维也纳公约》原文照搬该《公约》的许多规定。这难免受到了批评,说这种做法没有必要:通常只需指出,适用于国家的条款被认为也适用于国际组织即可。在责任方面出现了不同情况。大会第56/83号决议建议各国注意关于国家的条款,但推迟了今后就这些条款采取行动的决定。可以说,国际组织的责任所特有的问题比条约方面的多。因此,至少在目前,就责任问题起草一项综合性案文比起草条约法更有理由。

475. 鉴于委员会第五十三届会议完成的漫长工作所产生的结果的质量,以及必须使委员会的成果保持某种连贯性,因此应经常考虑国家责任条款。无论在国际组织方面的类似解决办法是否有理,它们应该被看作是一种启发。如果能确切地弄清国际组织的特点以及国家责任条款的发展情况,就能表明是否可以对该专题的一部分充分地参照适用于国家的规则。如果委员会在国际组织的责任方面所从事的初步工作确实研讨了具体事项,则必须重新起草部分案文的可能性就一定会减到最低限度。

3. 归属问题

476. 实践中在国际组织的责任方面考虑最多的一个问题涉及将不法行为归咎于某一组织或其成员国或其中一些成员国;可以想象,在某些情况下可以同时归咎于某一组织及其成员国。国家责任条款第57条评注第(5)段指出,"第57条并未将一国对自己的行为,,即根据第一部分第二章归于它的行为而不是国际组织机关的行为担负的责任问题,排除在本条款之外"。⁴⁰³但是,如第4条所示,这段引述的评注并不意味着一个国家机关的行为必定归咎于国家。第57条评注第(3)段提到一种例外情况,即"如果是一国家派官员到一国际组织去,作为该

⁴⁰³ 同上。

组织的机关或官员行事,他们的行为将归于该组织 而不是派出国,而且不属于本条款范围之内"。⁴⁰⁴

477. 一个国家机关"被借"给一个国际组织的情况并不是引起国家机关的行为是否应归于该国或该组织的问题的唯一情况。我们还可能要考虑国家机关的行为由国际组织授权,或者发生在某组织的专属管辖范围内的领域的情况。例如,《联合国海洋法公约》附件九在第5条第1款中规定,一个组织及其成员国在参加《公约》时必须发表"一项声明,指明关于本公约所规定的何种事项的权限已由其为本公约缔约国的成员国转移给该组织";第6条第1款规定,"根据本附件第5条,具有权限的缔约各方应对不履行义务或任何其他违反本公约的行为负责"。显然,对这些问题的研究,必须要比在撰写关于国家责任的第57条评注时所作的研究更加深入。

4. 成员国对归于国际组织的 行为的责任问题

478. 各国家对它们是成员的国际组织的活动是否得负责的问题,也许是正在审议的本项专题中最有争议的问题。由于它有一部分与归属问题相关,因此最好是其后紧接着处理这个问题。在成员国的责任方面,有一些情况与国家责任条款第一部分第四章相类似。该章涉及国家间的关系,只考虑一国援助或协助、指挥和控制、或者胁迫另一国犯下国际不法行为的情况。在其他情况下也可以要成员国承担责任。如已经指出的那样,由于国际组织的结构和职能不同,对目前审议中的问题可能要采取不同的解决办法。

479. 如果成员国必须对它们所加入的国际组织也应负责的国际不法行为负责,就必须查问是否存在连带责任或者个别责任,或者成员国的责任是否只是从属性的。

480. 在实践方面产生的一个尽管有限但可能必须要予以审议的问题涉及: 在一个国际组织不履行自己承担的义务且该组织后来又解散的情况下其成员国的责任。另一方面,国际组织之间的继承问题引起

了若干似乎不属于国际组织责任专题范围的问题, 可予搁置。

5. 对国际组织产生责任的其他问题

481. 国家责任条款为涉及对国际组织产生责任的其余部分的结构提供了一种模式。因此我们必须要依次审议关于违反国际义务的问题、关于一个组织对另一组织或国家的行为的责任问题以及关于解除行为不法性的情况,包括将放弃作为一种同意的形式的问题。

482. 如果我们认为,一个国家机关的行为,即使是由国际组织授权的,也归于该国,那么该国际组织在这种情况下是否应承担责任的问题必须与一个组织援助或协助、指挥和控制或者胁迫一个国家实施国际不法行为的情况结合在一起审议。

6. 国际责任的内容和履行问题

483. 国家责任条款的第二和第三部分只涉及一国对另一国的责任的内容以及在国家间关系中履行责任的问题。第33条第2款说,第二部分"不妨碍任何人或者国家以外的实体由于一国的国际责任可能直接取得的任何权利"。虽然第33条评注没有具体提到国际组织,但显而易见,它们可以被看作是一国应对之承担责任的非国家实体。

484. 将研究范围扩大到国际组织的国际不法行为的 法律后果,似乎是合乎逻辑的。这就是国家责任条 款中所谓的"国际责任的内容"。如果新的条款草 案依循国家责任条款第二部分的格局,就没有必要 具体说明与应负责任之组织的义务相对应的权利, 是否属于一国、另一组织或个人或者国家或组织以 外的实体。

485. 由于新的专题涉及国际组织的责任,因此它不包括有关国际组织可能向国家提出的权利要求的问题。但是,由于它包括了国际组织可能对其他组织提出的权利要求,因此,对国家提出的权利要求方面的有些问题需要包括在内,哪怕只是以类比方式包括。履行一个组织的责任,如果也包括组织提出的权利要求,则会产生一些具体问题。例如,有人可能会提出诸如此类的问题,即一组织是否有权在违反对整个国际社会的义务情况下援引责任,或者某些组织是否可以采取反措施。在后一种情况下,

⁴⁰⁴ 同上。

我们还必须考虑到组织及其成员国在采取反措施中各自的作用。此前曾指出,解决这些问题,将在组织可能向国家提出的权利要求方面产生影响。我们还必须考虑谁有权代表该组织援引责任的问题。鉴于上述有些问题的复杂性,因此在本阶段明智的做法也许是,暂时不去解决这项研究是否应当包括涉及履行国际组织的责任问题,如果应当,则是否应只考虑国家的权利要求,还是也应考虑国际组织的权利要求。

7. 争端的解决

486. 国家责任条款没有包括解决争端的规定,这似乎表明在国际组织的责任方面也应作出类似选择。如果大会在今后决定争取通过关于国家责任的公约,则必须要审查这个问题。但是,由于国际组织责任条款草案在形式上是独立的,因此只对后一个专题通过一项公约,是不可能的,但也并非无法想象。此外,有一个论点支持在国际组织的责任方面考虑争端的解决,原因是人们普遍认为必须改进解决这些争端的办法。在本阶段最好暂缓讨论是否应起草争端解决的规定,但这并不影响其今后是否列入。

8. 应予考虑的惯例

487. 成员国对国际组织的行为负有附属责任的几个 最著名的案例,涉及一个组织与私人当事方缔结的 商业合同。产生的问题主要根据国内法或一般法律原则予以审议。这种案件提出了性质截然不同于国际法下的责任的问题:例如,可适用的法律问题、是否存在执行国际组织组织法的立法问题或者该组织的豁免权问题。因此没有理由将国际组织责任问题的研究范围扩大到包括没有在国际法中产生的责任问题。但是,有关的司法判决或仲裁裁决确实为研究国际法下的责任提供了一些令人感兴趣的要素。例如,艾尔默顿的坦普尔曼爵士和奥利弗爵士在1989年上议院对雷诺有限公司诉贸易部案 405 的判决中提出的意见,对成员国在国际法中的责任问题作了一些附带评述;此外,在国内法方面形成的论点也许有可用于类比的有用内容。应该从后一种角度去考虑关于商业合同的司法判决和仲裁裁决。

9. 工作组的建议

488. 鉴于获得至今为止尚未出版的材料的重要意义, 工作组建议秘书处与国际组织治商,以收集有关的 材料,侧重探讨行为的归属问题和国际组织成员国 对归于该组织之行为的责任问题。

⁴⁰⁵ 雷纳有限公司诉贸易与工业部及其他人和有关上诉案,《国际法报告》,第81卷,第671页,详见第676和第684页。

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

A. 导言

489. 委员会在审议了国际法不成体系引起的危险专题的可行性研究报告 406 之后,在 2000 年第五十二届会议上决定将本专题列入其长期工作方案。407

490. 大会在第 55/152 号决议第 8 段中,注意到委员会关于长期工作方案的决定,并注意到委员会向大会提交的第五十二届会议工作报告所附的这一新专题的内容提要。

491. 大会在第 56/82 号决议第 8 段中请委员会对即将列入长期工作方案的各项专题作进一步的审议,同时酌情顾及各国政府的评论。

B. 本届会议审议本专题的情况

492. 在 2002 年 5 月 8 日举行的本届会议第 2717 次 会议上,委员会决定将本专题列入其工作方案。

493. 在同次会议上,委员会成立了关于本专题的研究组。⁴⁰⁸

494. 在 2002 年 8 月 6 日和 7 日举行的第 2741 和第 2742 次会议上,委员会审议并通过了经修订的研究组报告 (A/CN.4/L.628 和 Corr.1),该报告载于下文 C 节。在这样做的同时,委员会决定,除其他外,将本专题的标题改为"国际法不成体系:国际法的多样化和扩展引起的困难"。

C. 研究组的报告

1. 讨论概况

(a) 对开展此项专题研究的支持

495. 研究组所审议的主要问题之一是国际法不成体系问题(意指国际法的扩展和多样化的后果)由委员会研究是否合适。虽然本专题的可能范围以及委员会工作最后可能取得的结果的内容和形式,至少在初期,存在着相当大的不确定性,但研究组几乎所有成员都大力赞同研究这一问题。委员们的一般感觉是,进一步研究这一专题是可取的,这是一个委员会可以提供有意义的指导意见的领域,至少就该问题的各具体方面而言是这样。

496. 委员会从一开始就认识到,这一专题性质不同。⁴⁰⁹ 然而本专题的独特性并没有减弱对委员会审议该专题的广泛支持。

497. 人们一致认为,不成体系并不是一个新现象。 有的委员表示,国际法本来就是一个不成体系的世界的法律。另一些委员进一步指出,不成体系问题 的加重也是国际法不断扩大的自然结果。因此研究 组认为委员会不应把不成体系问题视为一个新现象, 那样做会使人忽视国际法所发展出的解决不成体系 引起的问题的现有机制。

498. 研究组注意到不成体系现象对国际法的统一和一致带来的危险和挑战,这在上文第 489 段提到的 2000 年所做可行性研究中已经有所讨论。委员会的工作应该以应对这些危险和挑战作为方向。另一方面,研究组也认为有必要强调不成体系的积极方面。例如,不成体系可以视为国际法富有活力的表现。还有委员提到,规则、制度和机构的增多有可能加强国际法。区域性的国际法和机构也是这样。有的委员提请注意如下事实: 国际法范围的扩大意味着

⁴⁰⁶ 格哈德·哈弗纳,"国际法不成体系引起的危险",《2000年……年鉴》,第二卷(第二部分),附件,第150页。

⁴⁰⁷ 见上文脚注399。

⁴⁰⁸ 研究组成员见上文第10(c) 段。

⁴⁰⁹ 委员会向大会提交的第五十二届会议工作报告称,该专题"与委员会到目前为止审议的其他专题不一样"(《2000年……年鉴》,第二卷(第二部分),第136页,第731段)。

原先未由国际法处理的领域现在正得到处理。同样, 国际法中多种声音的增加以及多中心体系的出现也 是有好处的。

(b) 程序性问题

499. 对于程序性问题,有的委员质疑本专题是否在委员会的职权范围内。但多数委员认为这种担心没有根据。有的委员提出一个问题,即委员会是否须取得大会进一步核可(见上文第 490 和第 491 段)才能处理这一专题。但多数委员认为这一问题会得到大会的必要支持。

(c) 适当的标题

500. 研究组普遍感觉本专题的标题"国际法不成体系引起的危险"不够全面,因为用"不成体系"一词来表述这种现象,是过于消极的说法。但研究组认为,不成体系一词可能含有下述意思,即国际法扩展到新的领域会产生某些不好的后果。

(d) 工作方法和形式

501. 在方法问题上,对于如何处理这一广泛的专题, 存在着各种各样的想法。一致意见是,该问题不适 合以传统的条款草案形式进行编纂。

502. 提出的处理本专题的一种办法是侧重于具体的问题领域或主题。沿着这一思路,有的委员建议委员会应查明存在着相互冲突的国际法规则的某些领域,例如引渡条约和人权规范,并在可能时拟订解决这些冲突的办法。还有的委员提到委员会应采取更为描写性的方法,将工作的范围限定于评估国际法不成体系问题的严重程度。

503. 与此大为不同的是,有的委员提议采取更探索性的做法,而在这一阶段不一定有必要明确制订方法。据认为这种做法符合本专题的独特性,方法由其逐步形成可能最为恰当。

504. 研究组查明了不适合委员会进行研究的好几个 领域。有的委员说,这一问题可以不同方式予以概 念化。

505. 研究组一致认为,委员会不应处理国际司法机构的创立及其相互关系的问题。然而研究组认为,鉴于各司法机构对相同或相似的国际法规则的认定

与适用可能不同,那么此种差异所产生的问题是应该处理的。

506. 另一项一致意见是,与国内法律体系进行类比未必恰当。据认为,这种类比引入了国际法中所没有的等级概念,也不应该加上这种等级概念。有的委员提到,国际法中不存在经过认真制定并具有权威性的价值等级。此外,也不存在一个能够解决冲突的代表体系等级的最终机构。

507. 委员们承认,委员会不应在各机构间关系或相 互冲突的规则方面充当裁判。另一方面,委员会可 以处理此类机构之间的沟通问题,从而发挥有益的 作用。

508. 有的委员建议,委员会可在以后组织一个研讨会讨论不成体系问题,委员会在这种研讨会中可作为参加者或主持者。研讨会的目的是全面了解各国的实践,并为开展对话和实现可能的统一提供一个论坛。根据另一项建议,研讨会可在委员会每年届会开始时举行。研究组认为,这种做法符合《国际法委员会章程》第三章。另一项建议是,就委员会促进协调的作用而言,可超出举行研讨会的想法。据设想,可以进行更为制度化的定期会议。有的委员指出,现在已经存在类似做法,例如在联合国举行的人权条约机构负责人会议以及大会届会期间的各国法律顾问年度会议。

509. 有人建议,以发放问题单的形式,对现有的协调机制例如前一段中提及的那些协调机制进行调查,是较为可取的。

(e) 关于委员会工作的可能结果的建议

510. 研究组多数成员的意见是,委员会工作的结果 应是一项研究报告,尽管对任何这种报告的具体形式或范围尚无一致意见。委员会将据此决定采取适当的行动。

2. 建议

511. 根据研究组对本专题的标题进行的讨论(见上文第500段),研究组建议将标题改为"国际法不成体系:国际法的多样化引起的困难"。

- 512. 研究组建议,应就本专题的各个具体方面开展一系列研究,然后将研究报告提交委员会审议并由它采取适当行动。这些研究的目的是协助国际法官和从业人员应对国际法多样化的后果。在这方面,除其他外,下列题目可以列为研究的内容:
- (a) "特别法"规则的职能和范围与"自足的制度"问题;
- (b) 在国际法的一般发展和国际社会的关切方面,依照"适用于当事国间关系之任何有关国际法规则"(1969年《维也纳公约》第三十一条第三项(丙)款)对条约进行解释的问题;
- (c) 关于同一事项先后所订条约之适用(《公约》 第三十条);

- (d) 仅修改某些当事国间的多边条约(《公约》 第四十一条);
- (e) 国际法的等级:绝对法、普遍性义务、作为解决冲突规则的《联合国宪章》第一百零三条这三者之间的关系。

在选择研究的题目时,须参照委员会原先所做的工作,例如参照委员会在条约法或国家对国际不法行为的责任领域的工作。这样,类似于围绕对多边条约的保留专题所采取的研究办法,这些研究将以原先的案文作为基础,并进一步加以发展。这项工作的目的应是提供一个"工具箱",以协助解决现有法律准则与制度不一致和相互冲突所引起的实际问题。

513. 建议作为第一步,研究组主席先就"'特别法' 规则的职能和范围与'自足的制度'问题"开展研究。

第十章

委员会的其他决定和结论

A. 委员会的方案、程序和 工作方法及其文件

514. 委员会在 2002 年 5 月 1 日举行的第 2713 次会议上,为整个届会设立了一个规划组。 410

515. 规划组举行了六次会议。它收到了秘书处编写的大会第五十六届会议第六委员会讨论专题摘要 E 节, 题为"委员会的其他决定和结论"(A/CN.4/521, 第122-123 段)。

516. 委员会在2002年8月9日2744次会议上审议并批准了规划组的报告。

1. 新专题

517. 2002年5月8日,委员会第2717次会议决定:

- (a) 在委员会工作方案中列入"国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任"(危险活动引起跨界损害的损失情况下的国际责任)专题,⁴¹¹并就此专题设立一个工作组;
- (b) 在委员会工作方案中列入"国际组织的责任" 专题,任命一位这一专题的特别报告员,并设立一 个工作组在委员会本届会议期间协助特别报告员。
- 518. 在同次会议上,委员会还决定:
- (a) 在委员会工作方案中列入"共有的自然资源" 专题,任命一位该专题的特别报告员,并设立一个 工作组协助特别报告员;
- (b) 在委员会工作方案中列入"国际法不成体系:国际法的多样化和扩展引起的困难"⁴¹²的专题,并就此专题设立一个研究小组。
- 519. 在 2002 年 5 月 8 日第 2717 次会议上,委员会决定任命乔治·加亚先生为"国际组织的责任"专

题的特别报告员,在 2002 年 5 月 30 日第 2727 次会议上,任命山田中正先生为"共有的自然资源"专题的特别报告员。在 2002 年 8 月 8 日第 2743 次会议上,委员会决定任命彭马拉朱•斯里尼瓦萨•拉奥先生为"国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任(危险活动引起跨界损害的损失情况下的国际责任)"专题的特别报告员。

2. 委员会在五年期余下期间的工作方案

520. 今年是五年期的第一年,按照惯常做法,委员会认为有必要为以后四年确定一项工作方案,用一般措辞列出这一期间拟就每项专题所要实现的目标。委员会认为工作方案是临时性的,因为有关工作的性质和复杂性排除了预先作出任何肯定的长期预断的可能性。

工作方案 (2003-2006年)

2003年:

对条约的保留

特别报告员关于保留的有效性的第八次报告。

外交保护

特别报告员关于企业公司国籍的第四次报告。

国家的单方面行为

特别报告员关于适用于单方面行为的一般规则的第六次报告(第一部分结束)。

国际组织的责任

特别报告员关于本研究的范围和行为责任归属的第一次报告。

共有的自然资源

关于该专题提纲的第一次报告。

⁴¹⁰ 关于规划小组的组成,见上文第7段。

⁴¹¹ 委员会第2744次会议通过的当前使用的标题。

⁴¹² 委员会2002年8月7日第2742次会议通过的当前使用的标题。

国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际 责任(危险活动引起跨界损害的损失情况下的 国际责任)

进一步拟定本专题的概念性提纲。

国际法不成体系问题:国际法多样化和扩展引起的困难

关于处理国际法不成体系问题的国际法律途径和手段(例如关于特别法和"自足制度")的第一次报告(文件)。

2004年:

对条约的保留

特别报告员关于保留的有效性和对保留的反对 意见问题的第九次报告。

外交保护

关于各种未决问题的第五次报告并完成外交保护的一读。**一**读通过条款草案及其评注。

国家的单方面行为

特别报告员关于适用于某些单方面行为的特定规则的第七次报告(第二部分)。

国际组织的责任

特别报告员关于成员国对归因于国际组织的行为的责任问题的第二次报告。

共有的自然资源

关于封闭地下水的第二次报告。

国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际 责任(危险活动引起跨界损害的损失情况下的 国际责任)

有待以后确定。

国际法不成体系问题:国际法多样化和扩展引起的 困难

关于处理国际法不成体系问题的国际法律途径 和手段(例如关于根据可适用的一般国际法对条约进 行解释的1969年《维也纳公约》规则)的第二次报告(文件)。

2005年:

对条约的保留

特别报告员关于在保留方面的国家继承问题的第十次报告;"最后订正"和一读通过准则。

外交保护

各国政府对一读通过的条款草案及其评注的评论。

国家的单方面行为

特别报告员关于可适用于第七次报告没有提到的单方面行为的规则的第八次报告。

国际组织的责任

特别报告员就与国际组织责任的产生有关的余留问题提交的第三次报告。

共有的自然资源

关于石油和天然气的第三次报告。

国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任(危险活动引起跨界损害的损失情况下的国际责任)

有待以后确定。

国际法不成体系问题: 国际法多样化和扩展引起的 困难

关于处理国际法不成体系问题的国际法律途径和手段(例如关于历次所订条约的适用和多边条约相互之间的修订)的第三次报告(文件)。

2006年:

对条约的保留

二读。

外交保护

关于第六委员会和各国政府的评论的第六次报 告,二读通过条款草案及其评注。

国家的单方面行为

一读通过条款草案及其评注。

国际组织的责任

特别报告员的第四次报告。一读通过条款草案 及其评注。

共有的自然资源

关于全面审查的第四次报告。

国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际 责任(危险活动引起跨界损害的损失情况下的 国际责任)

有待以后确定。

国际法不成体系问题: 国际法多样化和扩展引起的 困难

关于国际法委员会实际作用的第四次(最后)报告(文件)。

3. 长期工作方案

521. 2002年5月1日,规划小组决定重新设立长期方案工作组,并任命阿兰·佩莱先生为该工作组主席。⁴¹³工作组于2002年7月31日举行了会议,主席于2002年8月1日向规划小组口头做了进展报告。工作组的工作在本阶段具有初步性质。

4. 程序和工作方法

522. 委员会审议了有关委员会工作程序方面问题的各项提议。特别讨论了在国际法委员会第五十三届会议就已提出的一项提议。⁴¹⁴ 该提议涉及:委员会部分改选制度;改进出席委员会会议的情况;使委员会委员的性别代表性更加平衡的措施。另一项提议

涉及主席团席位按地域分配轮流担任问题。对这些提议进行了深入讨论,但最后人们认为,这些提议除了可能引起各种敏感的政治问题外,实际上执行起来极其困难。还审议了一项口头提议,这项提议涉及大会 A/56/62 号决议第 12 段所提及的继续改善参加大会届会的委员会委员之间的非正式讨论问题。

523. 委员会还审议了"小型辩论"机制——即全体会议在专题审议中对特定事项或提出的问题进行简短的专题辩论或交换看法。委员会认为,"小型辩论"是有用的,是委员会工作方法中一项重大创新。但是,这些辩论应当简短,重点突出,发言人不应利用其作超出小型辩论范围的冗长发言。

5. 节省开支的措施

524. 大会第 56/82 号决议第 10 段鼓励委员会今后各届会议在组织其工作方案方面继续采取节约费用措施。关于这一问题,委员会谨指出,委员会正在尽一切努力,争取以成本效益最高和最经济的方式开展工作。委员会认为,将其本届和下届(第五十五届)会议缩短为 10 周是一项重大的节省开支措施。委员会还打算在恢复 12 周届会会期之时,考虑以类似其第五十三届会议的方式安排其工作。

6. 酬金问题

525. 委员会指出,委员们在受命担任其职务之后, 大会于2002年4月23日通过了第A/56/272号决议, 减少了付给委员们和某些其他机构成员的酬金。

526. 委员会提请注意秘书长的报告 415 中所提到的如下一点,即自1981年以来,酬金水平一直未得到审查,而大会作出上述决定与该报告提出的应审查酬金的结论和建议直接矛盾。

527. 委员会指出,大会作出上述决定未与委员会协商,并认为上述决定在程序和内容上既不符合联合国处理事务时所遵循的公平原则,也不符合委员会委员们花费时间开展其工作所体现出的服务精神。

528. 此外,委员会认为必须着重指出,上述决议尤 其影响到特别报告员,特别是来自发展中国家的特 别报告员,因为该决议缩减了对其研究工作的支助。

⁴¹³ 工作组成员见上文第11段。

⁴¹⁴ 《2001年······年鉴》,第二卷 (第二部分),第230页, 第258段。

⁴¹⁵ A/53/643。

- 529. 委员会决定提请会员国注意其关注,以便希望上述决议能得到适当的重新审议。
- 530. 委员会还对支付现行象征性酬金所涉的行政费 用表示关注,并决定今年不领取这一酬金。
- 531. 委员会建议,国际法委员会主席应向有关当局 发送一封含有上述各点的信件。

B. 第五十五届会议的日期和地点

532. 委员会决定于 2003 年 5 月 5 日至 6 月 6 日和 7 月 7 日至 8 月 8 日在联合国日内瓦办事处分两期举行共 10 周的届会。

C. 与其他机构的合作

- 533. 奥兰多·雷巴格利亚蒂先生代表美洲法律委员会出席了委员会本届会议。雷巴格利亚蒂先生在委员会 2002 年 6 月 5 日第 2730 次会议上作了发言,他的发言载于该次会议的简要记录。
- 534. 亚非法律协商组织秘书长瓦菲克·卡米勒先生 代表该机构出席了委员会本届会议。卡米勒先生在 委员会 2002 年 7 月 30 日第 2738 次会议上作了发言, 他的发言载于该次会议的简要记录。
- 535. 国际法院院长吉尔伯特•纪尧姆法官在委员会 2002 年 7 月 31 日第 2739 次会议上作了发言,他向委员会通报了国际法院最近的活动和法院正在审理的案件。发言后双方交换了意见。委员会认为,继续与国际法院进行这种交流十分有益。
- 536. 拉斐尔•贝尼特斯先生代表欧洲法律合作委员会和欧洲委员会国际公法法律顾问特设委员会出席了委员会本届会议。贝尼特斯先生在委员会 2002 年8月9日第2744次会议上作了发言,他的发言载于该次会议的简要记录。
- 537. 2002 年 5 月 4 日,委员会委员与国际红十字委员会法律事务部的工作人员就两个机构感兴趣的问题非正式地交换了意见。

D. 出席大会第五十七届会议的代表

538. 委员会决定应由其主席罗伯特•罗森斯托克先 生作为代表出席大会第五十七届会议。 539. 此外,委员会还在 2002 年 8 月 16 日第 2750 次会议上,请外交保护问题的特别报告员杜加尔德先生根据大会 1989 年 12 月 4 日第 44/35 号决议第 5 段的规定,出席大会第五十七届会议。

E. 国际法讨论会

- 540. 依照大会第 55/152 号决议,第三十八届国际法讨论会于 2002 年 5 月 21 日至 6 月 7 日委员会本届会议期间在万国宫举行。讨论会的对象是攻读国际法专业高等学位的学生和打算在本国从事学术、外交或文职生涯的青年学者或政府官员。
- 541. 主要来自发展中国家而分属不同国籍的 24 名学 员参加了这届讨论会。⁴¹⁶ 讨论会的学员观察了委员 会的全体会议,出席了特别安排的专题演讲并参加 了特定专题工作组。
- 542. 讨论会由委员会主席罗伯特·罗森斯托克先生主持开幕。联合国日内瓦办事处法律事务资深干事乌尔里希·冯·布卢门塔尔先生负责讨论会的组织和运作。
- 543. 委员会委员作了以下演讲: 彼得·托姆卡先生: "国家责任"; 乔治·加亚先生: "对条约的保留"; 彭马拉朱·拉奥先生: "国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任"; 维克多·罗德里格斯·塞德尼奥先生: "国家的单方面行为"; 伊恩·布朗利先生: "国际法院的工作"; 布鲁诺·辛马先生: "人权与国际法委员会"; 约翰·杜加尔德先生: "外交保护"。
- 416 下列人士参加了第三十八届国际法讨论会: Babafemi Akinrinade 先生(尼目利亚); Marlene Aldred 女士(牙买 加); Marc Araba 先生 (贝宁); Mama Aissata Bangoura 女 士 (几内亚); Hee-Deok Choi 先生 (大韩民国); Luis Cieza Palo 先生 (秘鲁); Nebiyou Dagne 先生 (埃塞俄比亚); Anita Demeter 女士 (匈牙利); Aasmund Eriksen 先生 (挪 威); Sodnom Ganhuyag 先生(蒙古); Abdelmoneim Hassan 先生(苏丹); Ulrike Hiebler 女士(奥地利); Franziska Isliker 女士(瑞士); Alireza Kazemi Abadi 先生(伊朗伊斯兰共和 国); Atip Latipulhayat 先生(印度尼西亚); Ernest Makawa 先生 (马拉维); Fernanda Millicay 女士 (阿根廷); Alexander Orakhelashvili 先生(格鲁吉亚); Mateja Platise 女士(斯洛文 尼亚); Maria Angela Ponce 女士(菲律宾); Ali Qazilbash 先 生 (巴基斯坦); Maria Sanglade Rodriguez 女士 (委内瑞拉); Drahoslav Stefanek 先生(斯洛伐克); Wenjuan Yin 女士(中国)。 George Abi-Saab 教授(日内瓦国际关系研究院名誉教授)担 任主席的遴选委员会于2002年4月4日开会,从79名申请人 中选出24人参加讨论会。

544. 委员会委员举行了以下讲座 联合国法律顾问、负责法律事务的副秘书长汉斯•科雷尔先生: "国际刑事法院与其他联合国特设法庭";国际海洋法法庭法官、委员会前委员格维兹门迪•尔瑞克森教授: "国际海洋法法庭";难民署难民法宣传科资深法律干事 Stéphane Jaquemet 先生: "难民署的保护任务";法律事务部协理法律干事阿诺德•普罗托先生: "国际法委员会的工作"。应欧洲核子研究组织(欧洲核研究组织)法律顾问 Eva Gröniger-Voss 女士的邀请,安排了一个上午参观该组织,主要讨论与欧洲核研究组织有关的法律事项。

545. 讨论会学员被分配到三个工作组中的一个,在委员会委员兼协调员保拉•埃斯卡拉梅亚女士的指导下研究以下专题: "东帝汶的案例: 走向民主之路的法律问题"。每个小组把它的研究所得提交给讨论会。学员们还被分配到其他工作组去,这些工作组的主要任务是准备每次演讲之后的讨论,并就这些演讲提交简要报告。已经将报告汇编成册并分发各学员。

546. 也给学员们提供机会使用联合国图书馆的设施。

547. 日内瓦共和国/州按照传统热情接待了学员,由导游带领他们参观了阿拉巴马厅和大理事会厅,并在其后举行了招待会。

548. 在讨论会闭幕式上,委员会主席罗伯特•罗森斯托克先生、乌尔里希•冯•布卢门塔尔先生代表联合国日内瓦办事处,以及由 Marc Araba 先生代表

学员向委员会和学员们致词。每一名学员都收到一份与会证书。

549. 委员会特别感谢地指出,奥地利、芬兰、德国、挪威、瑞士和联合王国政府向联合国国际法讨论会信托基金提供了自愿捐款。基金的财务状况使它可以提供足够份数的研究金,保证学员适当的地域分布,并使无资助便无力参加讨论会的发展中国家的优秀学员得以参加。今年,向11名学员颁发了全额补贴的研究金(旅费和生活津贴),向7名学员颁发了部分补贴的研究金(仅生活津贴)。

550. 1965 年开始举行讨论会以来,在分别属于 152 个不同国籍的 855 名学员当中,有 505 名获得了研究金。

551. 委员会强调,它十分重视各届讨论会,这些讨论会使特别是来自发展中国家的年轻律师能够熟悉委员会的工作和总部设在日内瓦的许多国际组织的活动。委员会建议大会再度向各国发出呼吁,请它们提供自愿捐款,以保证能在2003年举行讨论会,并有尽可能多的学员参加。必须强调指出,由于捐款日益减少,讨论会的组织者今年已经不得不动用信托基金的准备金。如果这种状况继续下去,信托基金的财政状况恐怕将不允许提供这样多份数的研究金。

552. 委员会满意地注意到,2002年度讨论会获得了全面的口译服务。尽管目前财力拮据,委员会表示希望下届讨论会也能获得同样的服务。

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。通过的议程见上文第13页。
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 委员会讨论国际法委员会报告的专题摘要	油印件。
A/CN.4/522 和 Add.1	填补委员会临时空缺(章程第 11 条): 秘书处的说明	A/CN.4/522 转载于《2002 年······年 鉴》,第二卷(第一部分)。 A/CN.4/522/Add.1。油印件。
A/CN.4/523 和 Add.1	特别报告员约翰·罗伯特·杜加尔德先生关于外交 保护的第三次报告	转载于《2002年······年鉴》,第二 卷(第一部分)。
A/CN.4/524	国家的单方面行为: 各国政府对问题单的答复	闰上。
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。起草委员会通过的条款草案的标题和 案文	油印件。
A/CN.4/L.614	对条约的保留。起草委员会通过的准则草案的标 题和案文	转载于《2002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]	国际法委员会第五十四届会议工作报告草稿:第一章(本届会议的工作安排)	油印件。通过的案文,见《大会正式记录,第五十七届会议,附编第10号》(A/57/10)。最后案文,见上文第9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 11 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13页。
A/CN.4/L.618 和 Add.1-4	同上: 第四章(对条约的保留)	同上, 第 15 页。
A/CN.4/L.619 和 Add.1-6	同上:第五章(外交保护)	同上,第49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77页。

文件	标题	备注和参考资料
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) 造成的越境 损害带来损失的国际责任))	同上,第89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	油印件。转载自上文第93页,第八章 C节开始。
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	国际法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。通过的案文,见《大会正式记录,第五十七届会议,附编第10号》(A/57/10)。最后案文自上文第93页开始。
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97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100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,第七章 C 节,第 90 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,第九章 C 节,第 97 页。
A/CN.4/L.629	委员会的计划、程序和工作方法及其文件。规划 小组的报告	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。最后案文载于《2002 年······ 年鉴》,第一卷。

