

# 国际法委员会年鉴

## 2006年

第二卷  
第一部分

第五十八届会议文件



# 国际法委员会年鉴

## 2006年

第二卷  
第一部分

第五十八届会议文件

## 说 明

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

提及《国际法委员会年鉴》时省略为前有年度和省略号的《年鉴》（如《2005年……年鉴》）。

国际法委员会每届会议的《年鉴》由两卷组成：

第一卷：该届会议各次会议的简要记录；

第二卷（第一部分）：特别报告员的报告和会议期间审议的其他文件；

第二卷（第二部分）：国际法委员会提交联合国大会的报告。

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

\*

\* \*

国际法委员会第五十八届会议期间审议的特别报告员的报告及其他文件最初以油印形式分发。本卷转载这些报告和文件，并包含了秘书处所作的更正及编制最后文本所必需的编辑改动。

A/CN.4/SER.A/2006/Add.1 (Part 1)

联合国出版物

ISSN 1994-4705

## 目 录

	页 次
简称 .....	v
关于引文的说明 .....	vi
<b>填补委员会临时空缺 [议程项目 1]</b>	
A/CN.4/563 号文件 秘书处的说明 .....	1
<b>外交保护 [议程项目 2]</b>	
A/CN.4/567 号文件 特别报告员约翰·杜加尔德先生关于外交保护的第七次报告 .....	3
A/CN.4/561 和 Add.1-2 号文件 从各国政府收到的评论和意见 .....	35
A/CN.4/575 号文件 从各国政府收到的评论和意见 .....	79
<b>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所造成 损失的国际责任) [议程项目 3]</b>	
A/CN.4/566 号文件 特别报告员彭马拉朱·斯里尼瓦萨·拉奥先生关于危险活动引起 跨界损害情况下损失分配的法律制度的第三次报告 .....	83
<b>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所造成 损失的国际责任) [议程项目 3]</b>	
A/CN.4/562 和 Add.1 号文件 从各国政府收到的评论和意见 .....	101
<b>国际组织的责任 [议程项目 4]</b>	
A/CN.4/564 和 Add.1-2 号文件 特别报告员乔治·加亚先生关于国际组织的责任的 第四次报告 .....	117
A/CN.4/568 和 Add.1 号文件 从国际组织收到的评论和意见 .....	143
<b>国家单方面行为 [议程项目 6]</b>	
A/CN.4/569 和 Add.1 号文件 特别报告员维克托·罗德里格斯·塞德尼奥先生关于 国家单方面行为的第九次报告 .....	167
<b>对条约的保留 [议程项目 7]</b>	
A/CN.4/572 号文件 特别报告员阿兰·佩莱先生关于准则草案 3.1.5 (条约目的和宗旨的定义) 的说明 .....	205
A/CN.4/574 号文件 特别报告员阿兰·佩莱先生关于对条约的保留的第十一次报告 .....	207
<b>驱逐外国人 [议程项目 8]</b>	
A/CN.4/573 号文件 特别报告员莫里斯·卡姆托先生关于驱逐外国人的第二次报告 .....	247
<b>武装冲突对条约的影响 [议程项目 9]</b>	
A/CN.4/570 号文件 特别报告员伊恩·布朗利先生关于武装冲突对条约的 影响的第二次报告 .....	287

引渡或起诉义务（或引渡或起诉）[议程项目 10] .....	295
A/CN.4/571 号文件 特别报告员兹齐斯拉夫·加利茨基先生关于引渡或起诉义务 （或引渡或起诉）的第一次报告 .....	295
第五十八届会议文件一览表 .....	313

## 简称

欧共体 (EEC)	欧洲经济共同体
欧盟 (EU)	欧洲联盟
粮农组织 (FAO)	联合国粮食及农业组织
原子能机构 (IAEA)	国际原子能机构
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
基金组织 (IMF)	国际货币基金组织
国际刑警组织 (INTERPOL)	国际刑事警察组织
移民组织 (IOM)	国际移民组织
海洋法法庭 (ITLOS)	国际海洋法法庭
自然保护联盟 (IUCN)	国际自然保护联盟
北约 (NATO)	北大西洋公约组织
美洲组织 (OAS)	美洲国家组织
经合组织 (OECD)	经济合作与发展组织
禁化武组织 (OPCW)	禁止化学武器组织
赔偿委员会 (UNCC)	联合国赔偿委员会
贸发会议 (UNCTAD)	联合国贸易和发展会议
开发署 (UNDP)	联合国开发计划署
环境署 (UNEP)	联合国环境规划署
教科文组织 (UNESCO)	联合国教育、科学及文化组织
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
知识产权组织 (WIPO)	世界知识产权组织
世贸组织 (WTO)	世界贸易组织

\*

\* \*

《英国国际法年鉴》(BYBIL)	《英国国际法年鉴》( <i>British Year Book of International Law</i> )
《国际法院书状》 ( <i>I.C.J. Pleadings</i> )	国际法院, 《书状、口头辩论和文件》( <i>ICJ, Pleadings, Oral Arguments, Documents</i> )
《国际法院汇编》 ( <i>I.C.J. Reports</i> )	国际法院, 《判决书、咨询意见和命令汇编》( <i>ICJ, Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders</i> )
《国际法律资料》(ILM)	《国际法律资料》( <i>International Legal Materials</i> ) (Washington, D.C.)
《国际法报告》(ILR)	《国际法报告》( <i>International Law Reports</i> (联合王国))
司法判例出版社 (LGDJ)	法学及司法判例出版社 ( <i>Librairie générale de droit et de jurisprudence</i> ) (Paris)
《常设国际法院汇编》, A 辑 ( <i>P.C.I.J., Series A</i> )	常设国际法院, 《判决汇编》( <i>PCIJ, Collection of Judgments</i> (第 1-24 号: 至 1930 年))

《常设国际法院汇编》B辑 ( <i>P.C.I.J., Series B</i> )	常设国际法院, 《判决、命令和咨询意见汇编》(PCIJ, <i>Judgments, Orders and Advisory Opinions</i> (第1-18号: 至1930年))
《常设国际法院汇编》A/B辑 ( <i>P.C.I.J., Series A/B</i> )	常设国际法院, 《咨询意见汇编》(PCIJ, <i>Collection of Advisory Opinions</i> (第40-80号: 始于1931年))
《常设国际法院汇编》C辑 ( <i>P.C.I.J., Series C</i> )	常设国际法院, 《书状、口头辩论和文件》(PCIJ, <i>Pleadings, Oral Arguments, Documents</i> (第52-88号: 始于1931年))
《公法概览》(RGDIP)	《国际公法综合杂志》( <i>Revue générale de droit international public</i> ) (Paris)
《国际仲裁裁决汇编》 (UNRIAA)	联合国, 《国际仲裁裁决汇编》(United Nations, <i>Report of International Arbitral Awards</i> )

\*

\*   \*

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;“卢旺达问题国际法庭”系指起诉应对1994年1月1日至12月31日期间在卢旺达境内的种族灭绝和其他严重违反国际人道主义法行为负责者和应对这一期间邻国境内种族灭绝和其他这类违法行为负责的卢旺达公民的国际刑事法庭。

\*

\*   \*

### 关于引文的说明

引文中,后接星号的楷体词句在原始文本中并非楷体或斜体。  
除非另有说明,出自外文著作的引文均由秘书处所译。

\*

\*   \*

国际法委员会的互联网地址是: <http://legal.un.org/ilc/>。



填补委员会临时空缺  
(《章程》第11条)

[议程项目1]

A/CN.4/563号文件

秘书处的说明

[原文：英文]

[2006年1月30日]

1. 在贝尔纳多·塞普尔维达先生于2005年11月7日当选为国际法院法官以及其后从委员会辞职后，委员会出现了一个空缺。

2. 这种情况适用委员会《章程》第11条。这一条规定如下：

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

第2条全文如下：

“1. 委员会由三十四名委员组成，各委员应为公认胜任的国际法界人士。

“2. 委员会委员不得有两人同为同一国家的国民。

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

第8条全文如下：

“选举人进行选举时应铭记：凡当选委员会委员的人士，本人必须具备必要的资格，而委员会全体则应确实代表世界各大文化体系和各主要法系。”

3. 委员会需要补选的成员任期至2006年年底届满。



# 外交保护

[议程项目2]

A/CN.4/567号文件

## 特别报告员约翰·杜加尔德先生关于外交保护的第七次报告

[原文: 英文]

[2006年3月7日]

### 目 录

	段 次	页 次
本报告引用的多边文书 .....		4
本报告引用的著作(未录入附件中) .....		4
导言 .....	1-7	6
章 次		
一、对条款草案的审议情况 .....	82-89	7
A. 第1条 .....	8-91	7
外交保护与领事协助 .....	8-21	8
B. 第2条 .....	15-21	11
C. 第3条 .....	22-24	11
D. 第4条 .....	25-27	12
E. 第5条 .....	28-30	12
F. 第6条 .....	31-47	16
G. 第7条 .....	48	16
H. 第8条 .....	49	17
I. 第9条 .....	50-51	17
J. 第10条 .....	52-55	18
K. 第11条 .....	56-59	19
L. 第12条 .....	60-68	21
M. 第13条 .....	69	22
N. 第14条 .....	70-71	22
O. 第15条 .....	72-74	22
P. 第16条 .....	75	23
1. (a) 项 .....	76-81	23
2. (c) 项 .....	77-78	24
3. (d) 项 .....	79	24
Q. 第17至第18条 .....	80-81	25
R. 第19条 .....	90-92	26
二、受害国民获得赔偿的权利 .....	93-103	27
附件: 2000年以来关于外交保护的文献目录 .....		31

## 本报告引用的多边文书

## 来源

- 《协约及参战各国对德国和约》(《凡尔赛和约》)[英]  
(1919年6月28日, 凡尔赛)
- 《关于难民地位的公约》[英](1951年7月28日, 日内瓦)
- 《建立欧洲共同体条约》[英](1957年3月25日, 罗马),  
经2001年2月26日《尼斯条约》[英]修正
- 《公海公约》(1958年4月29日, 日内瓦)
- 《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)  
《维也纳领事关系公约关于强制解决争端之任意议定书》  
(1963年4月24日, 维也纳)
- 《维也纳条约法公约》(1969年5月23日, 维也纳)
- 《消除对妇女一切形式歧视公约》(1979年12月18日, 纽约)
- 《联合国海洋法公约》(1982年12月10日, 蒙特哥湾)
- 《制定欧洲宪法条约》[英](2004年10月29日, 罗马)
- 《英国和外国文献》, 1919年, 第一百一十二卷(伦敦,  
皇家印务局, 1922年), 第1页。
- 联合国,《条约汇编》, 第189卷, 第2545号, 第137页。
- 同上, 第294卷, 第4300号, 第3页。另见《欧洲联  
盟条约》合订本,《欧洲共同体公报》, 第45卷,  
第C 325号(2002年12月24日)。
- 同上, 第450卷, 第6465号, 第11页。
- 同上, 第500卷, 第7310号, 第95页。
- 同上, 第596卷, 第8638号, 第261页。
- 同上, 第8640号, 第487页。
- 同上, 第1155卷, 第18232号, 第331页。
- 同上, 第1249卷, 第20378号, 第13页。
- 联合国,《条约汇编》, 第1833卷, 第31363号, 第3页。
- 《欧洲联盟公报》, 第47卷, 第C 310号(2004年12月  
16日), 第1页。

## 本报告引用的著作(未录入附件中)

- Amerasinghe, C. F.  
“The local remedies rule in appropriate perspective”, *Heidelberg Journal of International Law*, vol. 36, 1976, pp. 727–759.
- American Law Institute  
*Restatement of the Law Third: Foreign Relations Law of the United States*. Vol. 2. St. Paul, Minn., American Law Institute, 1987.
- Barber, Nick  
“Citizenship, nationalism and the European Union”, *European Law Review* (London), vol. 27, 2002, pp. 241–259.
- Bederman, David J.  
“Interim report on ‘lump sum agreements and diplomatic protection’”, *Report of the Seventieth Conference held in New Delhi, 26 April 2002*. London, International Law Association, 2002, pp. 230–258.
- Berlia, Georges  
“Contribution à l'étude de la nature de la protection diplomatique”, *Annuaire français de droit international* (Paris), vol. III, 1957, pp. 63–72.
- Bollecker-Stern, Brigitte  
*Le préjudice dans la théorie de la responsabilité internationale*. Paris, Pedone, 1973. 382 p.
- Borchard, Edwin M.  
*The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or the Law of International Claims*. New York, Banks Law Publishing Co., 1919. 988 p.
- “Protection diplomatique des nationaux à l'étranger”, *Annuaire de l'Institut de Droit International*, Cambridge session, July 1931, vol. I, pp. 256–435.
- “The protection of citizens abroad and change of original nationality”, *Yale Law Journal*, vol. XX, No. 4, January 1934, pp. 359–392.
- Brownlie, Ian  
*Principles of Public International Law*. 6th ed. Oxford, Oxford University Press, 2003.
- Carreau, Dominique  
*Droit International*. 7th ed. Paris, Pedone, 2001. 688 p.
- Denza, Eileen  
*Diplomatic Law: A Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations*. 2nd ed. Oxford, Clarendon Press, 1998. 451 p.
- Dubouis, Louis  
“La distinction entre le droit de l'État réclameur et le droit du ressortissant dans la protection diplomatique (à propos de l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 14 juin 1977)”, *Re-*

- vue critique de droit international privé* (Paris), 1978, pp. 615–640.
- Dunn, Frederick Sherwood  
*The Protection of Nationals: A Study in the Application of International Law*. Baltimore, Johns Hopkins Press, 1932. 228 p.
- Feller, A. H.  
*The Mexican Claims Commissions, 1923–1934: A Study in the Law and Procedure of International Tribunals*. New York, Macmillan, 1935. 572 p.
- García-Amador, F. V., Louis B. Sohn and R. R. Baxter  
*Recent Codification of the Law of State Responsibility for Injuries to Aliens*. Dobbs Ferry, New York, Oceana, 1974. 402 p.
- Geck, Wilhelm Karl  
“Diplomatic protection”, in Rudolf Bernhardt, ed., *Encyclopedia of Public International Law*. vol. 1. Amsterdam, Elsevier, 1992, pp. 1045–1067.
- Hackworth, Green Haywood  
*Digest of International Law*. vol. V. Washington, D.C., United States Government Printing Office, 1943. 851 p.
- Hurst, Sir Cecil J. B.  
“Nationality of claims”, *British Year Book of International Law*, 1926, vol. 7, pp. 163–182.
- Jennings, Sir Robert and Sir Arthur Watts, eds.  
*Oppenheim’s International Law*. 9th ed. vol. I. *Peace*. Introduction and part 1. Harlow, Longman, 1992.
- Lee, Luke T.  
*Consular Law and Practice*. 2nd ed. Oxford, Clarendon Press, 1991. 739 p.
- Lillich, Richard B.  
“The United States–Hungarian Claims Agreement of 1973”, *American Journal of International Law* (Washington, D.C.), vol. 69, 1975.
- Lillich, Richard B. and Burns H. Weston  
*International Claims: Their Settlement by Lump Sum Agreements*. Charlottesville, University Press of Virginia, 1975.
- Moore, John Bassett  
*A Digest of International Law*. vol. VI. Washington, D.C., Government Printing Office, 1906.
- Mummery, David R.  
“The content of the duty to exhaust local judicial remedies”, *American Journal of International Law* (Washington, D.C.), vol. 58, 1964, pp. 389–414.
- Nielsen, Fred K.  
*American and British Claims Arbitration: under the Special Agreement concluded between the United States and Great Britain (18 August 1910)*. Washington, D.C., Government Printing Office, 1926.
- Ralston, Jackson H.  
*The Law and Procedure of International Tribunals*. Rev. ed. Stanford University, California, Stanford University Press, 1926. 512 p.
- Schwarzenberger, Georg  
*International Law*. 3rd ed. vol. 1. London, Stevens, 1957.
- Shaw, Malcolm N.  
*International Law*. 5th ed. Cambridge, Cambridge University Press, 2003. 1288 p.
- Simpson, J. L. and Hazel Fox  
*International Arbitration: Law and Practice*. London, Stevens, 1959. 330 p.
- Stein, Torsten  
“Interim report on ‘diplomatic protection under the European Union Treaty’”, *Report of the Seventieth Conference held in New Delhi, 2–6 April 2002*. London, International Law Association, 2002, pp. 277–289.
- Whiteman, Marjorie M.  
*Digest of International Law*. Vol. 8. Washington, D.C., United States Government Printing Office, 1967.
- Zourek, Jaroslav  
“Some theoretical problems of consular law”, *Journal du droit international* (Paris), vol. 90, No. 1, 1963, pp. 4–67.

## 导言<sup>1</sup>

1. 国际法委员会在2004年举行的第五十六届会议上完成了对关于外交保护的一套共19条条款草案的一读。<sup>2</sup> 其后，委员会决定根据其《章程》第16条和第21条，经由秘书长把条款草案转递各国政府以征求评论和意见，并请求于2006年1月1日前将评论和意见提交给秘书长。秘书处于2004年10月19日的一份照会中请各国政府于2006年1月1日前提交书面评论。截至2006年1月26日，以下11个国家提交了书面评论：奥地利、萨尔瓦多、危地马拉、墨西哥、摩洛哥、荷兰、挪威代表北欧国家（丹麦、芬兰、冰岛、挪威和瑞典）、巴拿马、卡塔尔、美利坚合众国和乌兹别克斯坦。<sup>3</sup>

2. 自从2000年委员会批准关于外交保护的几条条款草案以来，关于外交保护的书籍（专著和新版的一般论著）和学术文章就源源不断，而且其中特别提及委员会的工作。这些著作的目录载于本报告附件中。

3. 在2000年以后的出版物中，许多都述及外交保护的性质，思考外交保护到底是一项保护个人人权的程序还是一项旨在保护国家实行外交保护的利益的机制这个问题。有些出版物对马夫罗马蒂斯在巴勒斯坦的特许权案中规则的有效性提出严重质疑：

一国出面处理其臣民的案件，代表其诉诸外交行动或国际司法程序，实际上是在主张该国自身的权利，即以其臣民的身份确保国际法规则得到尊重的权利。<sup>4</sup>

这类批评者正确地指出，实行外交保护必须符合的几个条件——例如，持续的国籍规则、用尽当地救济和损害评估——都表明提出的申诉实际上是个人的而不是国家的申诉。但是，该论点没有考虑到国际法主要规则与次要规则之间的区别，而这种区别对目前的条款草案来说是至关重要的。个人有权利不受酷刑，有权在没有补偿的情况下不被剥夺财产。这些权利显然不属于国家权利。个人的这些权利属于国际法主要规则的范畴，如果个人的这些权利受到侵犯，则该个人的国籍国可能会实行外交保护。但是，在发生违反这类国际法主要规则的情况下，国家通过支持申诉来实行外交保护，这属于国际法次要规则。<sup>5</sup> 由于个人主张自身权利的能力有限，不具备完整的国际法律人格，马夫罗马蒂斯在巴勒斯坦的特许权案中的拟制是国际法——一次要规则——为了执行旨在保护个人毋庸置疑的权利的主要规则所采用的手段。鉴于这些条款草案的前提是，马夫罗马蒂斯的规则是妥当的（即使不够准确）（特别见第1条），因此在现阶段审查对该规则的批评意见没有什么意义。不过，这些文章确实有助于强调外交保护是一项使国家能够参与保护个人的工具，强调外交保护的最终目标是保护个人的人权。从这个意义上说，外交保护和人权法是相辅相成的。<sup>6</sup> 荷兰对此极力赞同，敦促委员会在拟订条款草案的时候对个人的地位给予更密切的关注。<sup>7</sup>

4. 一些文献对委员会决定不将某些建议包括在内的做法提出批评。例如，批评委员会没有通过逐

<sup>1</sup> 特别报告员感谢荷兰莱顿大学博士研究生安娜玛丽克·孔斯利以及曾在纽约大学学习并于2005年作为实习生为特别报告员工作、现为新西兰惠灵顿陈帕尔默律师事务所工作的亚历克斯·史密希曼提供的协助。

<sup>2</sup> 见《2004年……年鉴》，第二卷（第二部分），第24页起，第59段。条款草案及其评注转载于第60段。

<sup>3</sup> 这些评论，以及比利时、意大利和大不列颠及北爱尔兰联合王国的评论，均载于A/CN.4/561和Add.1-2号文件，转载于本卷中。科威特的评论也载于本卷中（A/CN.4/575号文件）。

<sup>4</sup> 马夫罗马蒂斯在巴勒斯坦的特许权案，1924年第2号判决，《常设国际法院汇编》，A辑，第2号，第12页。

<sup>5</sup> 见Dominicé, “La prétention de la personne privée dans le système de la responsabilité internationale des Etats”; 以及“Regard actuel sur la protection diplomatique”。

<sup>6</sup> 见Condorelli, “L'évolution du champ d'application de la protection diplomatique”; Flauss, “Vers un aggiornamento des conditions d'exercice de la protection diplomatique”; Kooijmans, “Is the right to diplomatic protection a human right?”; Feria Tinta, “Due process and the right to life in the context of the Vienna Convention on Consular Relations: arguing the *LaGrand* case”; 以及Pinto, “De la protection diplomatique à la protection des droits de l'homme”。

<sup>7</sup> A/CN.4/561和Add.1-2号文件（见上文脚注3），一般性评论。

渐发展的方式规定国家有义务实行外交保护。<sup>8</sup> 鉴于在二读讨论期间不能也不应重提这些问题，因此这些问题没有在本报告中审议。

5. 几份学术述评对条款草案某些具体规定的文字或内容提出批评。这些问题与各国的评论一样，在对规定进行重新审查时得到了审议。

6. 本报告没有试图起草关于本条款草案如转换成条约形式才需处理的一些问题，诸如签署、批准和争端解决的问题的条款草案。在这方面，沿用了关于国家对国际不法行为的责任的条款草案的做法。本条款草案的命运与关于国家对国际不法行为的责

任的条款草案的命运紧密相连。<sup>9</sup> 如果决定将后者转换为条约形式，则很可能而且有必要也将本条款草案纳入任何此种条约。另一方面，如果关于国家责任的条款草案保持现状作为一项法律重述，则本条款草案看来将不可避免地也起到同样的作用。

7. 本报告将结合讨论各国政府以及学者对条款提出的评论意见、批评和建议来审查委员会一读通过的条款草案。必要时，将提出修正条款或者新条款案文来取代原条款草案。将要提出的重要新举措只有一项。委员会的一些成员、一些国家和一些学术界作者请求委员会列入一项规定，处理国籍国向其国民支付因该国民所受损害而获得的赔偿金的问题。在审查了19条条款草案之后，列入了一项有关该问题的提案。

<sup>8</sup> Milano, "Diplomatic protection and human rights before the International Court of Justice: re-fashioning tradition?", 第94至第97页；以及 Kooijmans, 前引文。

<sup>9</sup> 《2001年……年鉴》，第二卷（第二部分），第30页，第76段。

## 第一章

### 对条款草案的审议情况

#### A. 第1条

##### 定义和范围

外交保护是指一国针对其国民因另一国国际不法行为而受的损害，以国家的名义为该国民采取外交行动或其他和平解决手段。

8. 关于第1条的评论分为三类：要求澄清案文措辞或者改动案文；建议评注部分增添内容；要求明确区分外交保护与领事协助。第三类评论肯定是最重要的，将就此进行充分的审议。其他评论和建议则比较容易处理。

9. 乌兹别克斯坦建议在条款草案中列入一条规定，说明“法人国籍”、“公司成立”、“财产损失”等术语在本条款草案中的含义。<sup>10</sup> 乌兹别克斯坦还反

对将“国籍”一词用于法人，理由是国籍是自然人而非法人的属性。<sup>11</sup> 对此，需要作出两点评论。第一，下定义是危险的，而且定义造成的问题往往多于其所解决的问题。<sup>12</sup> 比较明智的做法是，结合每项具体规则解释这些术语的含义，这也正是条款草案要做的。第二，在法律中，“国籍”一词经常被用于法人，不可能放弃这种用法。

10. 荷兰建议，应当明确规定第1条包括第8条所指的无国籍人和难民。<sup>13</sup> 有人提议采纳上述建议，将其作为对案文的一项修正。

11. 危地马拉提议对条款草案第1条的评注第(7)段做一点补充，明确规定外交人员和领事人员

<sup>10</sup> A/CN.4/561 和 Add.1-2 号文件（见上文脚注3），其他评论和建议。乌兹别克斯坦的评论全文更清楚地表明了其建议的性质。

<sup>11</sup> 同上，对条款草案第1条的评论。

<sup>12</sup> 里德勋爵在布鲁特斯诉科曾斯案（1972年）中说过，“[一项]定义……造成的问题往往多于其所解决的问题”，Weekly Law Reports (1972)，第3卷，第525至第526页。

<sup>13</sup> A/CN.4/561 和 Add.1-2 号文件（见上文脚注3），对条款草案第1条的评论。



在不以公务身份行事时也可受益于外交保护。<sup>14</sup> 将据此作出补充。

12. 第1条明确规定“另一国国际不法行为”是实行外交保护的一个条件。这不排除一国在不法行为发生之前就采取措施保护其国民，但是，这类措施不能被称为外交保护。<sup>15</sup> 荷兰十分明智地建议在评注中澄清这个问题。<sup>16</sup>

13. 评注部分还应当说明第1条所指的“国民”——正如孔多雷利所建议——包括保护国民群体。<sup>17</sup>

14. 有几个国家建议第1条以及该条的评注进一步澄清“外交行动”和“其他和平解决手段”用语的含义，并且建议明确区分外交保护与领事协助。<sup>18</sup> 学术文章也提出了同样的建议。因此，需要对这个问题进行认真的审议。

### 外交保护与领事协助

15. 国际法承认国家可代表其国民实行的两类保护为：领事协助和外交保护。<sup>19</sup> 但是，这两者之间存在根本性区别，而长期以来一直在辩论且充满争议的问题是，政府的哪些活动属于外交保护的范畴，哪些行动不属于这个范畴。这种辩论还变得愈加激烈，因为对外交保护意义上的“行动”一词的定义一直存在误解，以至误将一些行动归类为实行领事协助。问题不在于领事协助包括哪些行动，而是如何界定外交保护意义上的行动的定义，以便将领事协助排除在外。

16. 外交保护通常涉及司法程序。有时，在司法程序之外代表国民采取的干预行动不被视为外交保护，而是被视为领事协助。但是，对外交保护的这种看法未免过于狭窄。代表国民针对外国采取的任何国家间一级的干预行动，包括谈判，均应归类为外交保护（而不是领事协助），但是必须符合实行外交保护的一般条件，也就是：发生了可追究被告国责任的违反国际法的行为；当地救济已经用尽；以及所涉个人拥有采取行为国的国籍。对外交保护意义上的“行动”一词的这种广义理解是有根据的，这种说法得到了学理<sup>20</sup> 以及国际<sup>21</sup> 和国内<sup>22</sup> 司法裁决的支持。第1条及其评注明确支持对外交行动的这种广义的解释。第1条规定，外交保护是指“采取外交行动或其他和平解决手段”，评注第(5)段指出：

“外交行动”涵盖了一国为向另一国通报自己的看法和关切事项而使用的所有合法程序，包括抗议以及为了解决争端而要求进行调查或谈判。“其他和平解决手段”则包括合法解决争端的一切形式，从谈判、调停与和解到通过仲裁与司法解决争端。<sup>23</sup>

很难就外交保护意义上的外交“行动”的含义起草比之更全面的规定和评注。因此，建议不改动现有条款草案的措辞。不过，现有规定没有明确排除领事协助，这个问题需要进一步关注。

<sup>20</sup> Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or the Law of International Claims*, 第439页; Dunn, *The Protection of Nationals*, 第18至第19页; Condorelli, “L'évolution du champ d'application...”, 第5至第6页。

<sup>21</sup> 在马夫罗马蒂斯在巴勒斯坦的特许权案中，常设国际法院宣布准许国家“通过代表国民诉诸外交行动或者\*国际司法程序”来受理一个国民的案件（见上文脚注4）。另见，帕涅韦兹斯-萨尔杜提斯基铁路案，判决，1939年，《常设国际法院汇编》，A/B辑，第76号，第16页；诺特博姆案，第二阶段，判决，《1955年国际法院汇编》，第24页；以及对执行联合国职务时所受伤害的赔偿案，咨询意见，《1949年国际法院汇编》，第177页。

<sup>22</sup> 例如，在鲁道夫·赫斯案中，联邦宪法法院认为德意志联邦共和国政府的外交行动证明该国政府履行了德国《宪法》规定的义务，《宪法》规定德国公民享有获得外交保护的权利（《国际法报告》，第90卷（1992年），第396页）。另见，卡翁达等诉南非共和国总统等案（2005年（4）），第235页；以及《国际法律资料》，第44卷（2005年1月），第173页。

<sup>23</sup> 《2004年……年鉴》，第二卷（第二部分），第27页，第60段。

<sup>14</sup> 同上。

<sup>15</sup> 孔多雷利不同意这种观点，Condorelli, “L'évolution du champ d'application...”, 第7页。

<sup>16</sup> A/CN.4/561和Add.1-2号文件（见上文脚注3），对条款草案第1条的评论。

<sup>17</sup> “L'évolution du champ d'application...”, 第6至第7页。

<sup>18</sup> A/CN.4/561和Add.1-2号文件（见上文脚注3），对条款草案第1条的评论（奥地利、荷兰和巴拿马），以及一般性评论（萨尔瓦多）。

<sup>19</sup> 另外，外交交涉与外交保护也容易混淆。但是，两者的性质非常不同，正如沃布里克和麦戈德里克所指出的：“外交交涉包括政府之间范围很广的各种沟通，通过这种沟通，一方对另一方的某些行为或者不行为表示不赞成。他们不一定将非法行为归咎于另一国”——这是实施外交保护的一个条件（“Current developments: public international law”, 第724页）。



17. 遗憾的是, 无论政府官员还是法律学者<sup>24</sup> 都未能明确地区分外交保护与领事协助。不过, 以下三个结构性差别应可作为指导来区分这两种制度。第一, 《维也纳领事关系公约》(以下称为“1963年《维也纳公约》”)规定的领事职能有限, 相比之下, 《维也纳外交关系公约》所载外交官职能则比较广泛; 第二, 领事协助与外交保护的交涉级别不同; 第三, 领事协助属于预防性质, 而外交保护属于救济性质。根据1963年《维也纳公约》第五十五条, 领事在保护本国国民方面可采取的行动十分有限, 该条规定, 领事“负有不干涉该国内政之义务”。肖认为, 这意味着, “他们可在以下方面发挥特殊作用来协助处于困境的国民, 例如, 找律师、探监、与地方当局联系, 但是他们无法干预接受国的或司法程序的内政, 也无法提供法律咨询意见或者调查犯罪活动。”<sup>25</sup> 这就是说, 领事在保护国民的过程中, 可以代表国民的利益, 而不是国家的利益。国家利益属于外交部门处理的事项。外交保护与领事协助之间还有另一个区别。领事协助基本是属于预防性的, 往往在用尽当地救济之前或者违反国际法的行为发生之前提供。这样就使领事协助不那么正式, 同时也更容易被东道国接受。<sup>26</sup> 领事协助主要涉及保护个人的权利, 需经有关个人同意。<sup>27</sup> 事实上, 根据1963年《维也纳公约》第三十六条第一款第(二)项的规定, 只有有关个人提出请求, 才能提供领事协助。而外交行动的目的则旨在将有关事项提到国际或者国家间一级, 最终可能导致国际诉讼。另外, 有关个人不能阻止其国籍国受理申诉, 或者继续进行外交保护的有关程序。

18. 在此, 需特别提及拉格朗案和阿韦纳案,<sup>28</sup> 因为这两起案件同时涉及领事协助和外交保护。在

<sup>24</sup> 见Denza, *Diplomatic Law: A Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations*, 第33页; 和Lee, *Consular Law and Practice* 第138、第148至第151、第155和第167页。关于这个问题的一般性论述, 见Künzli, “Exercising diplomatic protection: the fine line between litigation, démarches and consular assistance”。

<sup>25</sup> Shaw, *International Law*, 第688页。

<sup>26</sup> 见Caffisch, “La pratique suisse de la protection diplomatique”, 第77页。

<sup>27</sup> Zourek, “Some theoretical problems of consular law”, 第55页。

<sup>28</sup> 拉格朗案(德国诉美利坚合众国), 判决, 《2001年国际法院汇编》, 第466页, 以及阿韦纳和其他墨西哥国民案(墨西哥诉美利坚合众国), 判决, 《2004年国际法院汇编》, 第12页。

这两起案例中, 德国和墨西哥以自身的名义也为了行使外交保护权, 分别就美国违反1963年《维也纳公约》的行为对美国提起诉讼, 因为他们各自的国民个人遭受到违反该《公约》的行为造成的损害。因此, 国际法院受理的这两起案件本身的案情涉及领事协助, 而在这两起案件中用以提出权利主张的机制属于实行外交保护。在拉格朗案中, 国际法院将德国的(部分)申诉视为行使其外交保护权, 并确认德国国家和德国国民均由于没有得到领事协助而受到损害。<sup>29</sup> 但是, 在墨西哥一案中, 该法院作出了不同的裁决, 确认违反《公约》的行为对墨西哥造成了直接损害, 因此不必以外交保护作为提出申诉的手段。拉格朗案格外重要。德国向国际法院递交申诉的依据是, 美国未能立即告知拉格朗两兄弟他们有权得到领事协助, 也未将逮捕和拘留两名德国国民的情况通知德国当局, 而根据《公约》第三十六条第一款, 美国负有这两项义务。德国在辩论中指出, 德国本来可以通过实行领事协助提供充分的法律援助和相关信息, 这样, 或可避免拉格朗兄弟被判死刑。<sup>30</sup> 该申诉既是以德国自身的名义提出, 也是根据代表其国民实行外交保护的权利要求的。<sup>31</sup> 美国对德国根据外交保护进行的申诉提出异议, 力图使法院相信德国将外交保护与领事协助混为一谈, 从而应宣布该申诉不可受理。美国争辩说, 该《公约》不涉及外交保护问题, 只涉及领事协助。另外, 美国还宣称, 该《公约》不保护个人的权利, 因此不应接受实行外交保护的做法, 这与德国的论点相反。<sup>32</sup>

法院驳回了美国提出的异议, 并裁决法院有管辖权审理基于直接和间接损害提出的申诉。法院明确指出, 《维也纳领事关系公约关于强制解决争端之任择议定书》中关于一般管辖权的条款“不妨碍创设了个人权利的一项条约的缔约国受理其国民的案件, 并代表该国民提起国际司法程序”。<sup>33</sup> 法院将领事协助与外交保护明确区分开来, 认为可通过外交保护这个手段来主张源自一项领事关系条约的个人

<sup>29</sup> 见《2001年国际法院汇编》(见上文脚注28), 第494页, 第77段。

<sup>30</sup> 同上, 第491页, 第71段。

<sup>31</sup> 同上, 第481页, 第38段和第489页, 第65段。

<sup>32</sup> 同上, 第482页, 第40段。

<sup>33</sup> 同上, 第483页, 第42段; 另见Spiermann, “The LaGrand case and the individual as a subject of international law”。

权利。<sup>34</sup> 外交保护是在国际不法行为发生、造成对外国人的损害之后可以采用的一项机制。由于美国违反了1963年《维也纳公约》，侵犯了有关德国国民根据该《公约》应享有的个人权利，从而使他们受到损害，因此德国援引了正当程序来要求就损害进行赔偿。

19. 将外交保护与领事协助相混淆的一个具体来源是《制定欧洲宪法条约》（以下称为“《宪法》”）第1-10条，该条对应《欧洲联盟基本权利宪章》<sup>35</sup>第46条以及《建立欧洲共同体条约》第20条。该条第2款(c)项中规定：

联盟公民……应有……权利在其作为成员国的国籍国没有派驻代表的第三国境内享受任何成员国的外交和领事机构的保护，条件等同提供保护国的本国国民。<sup>36</sup>

初看该条规定似乎没有什么争议。该规定表达了对欧洲联盟来说至关重要的不歧视原则。联盟内部禁止基于国籍的歧视，因此规定联盟公民在联盟之外也应得到平等的保护就不足为奇了。但是，该条规定同时规定了领事协助和外交保护，忽略了这两种机制之间的根本区别。另外，考虑到提供外交保护方面的标准，这一规定就尤其有问题了。

对该条规定的主要异议是，该条违反了“协定不得使第三者担负义务亦不得给予利益”的原则。各项欧洲条约均属国际法条约，因此受《维也纳条约法公约》第三十四条的制约；该条规定，条约只适用于条约缔约方之间，对第三国不具约束力。因此，欧洲联盟条约、宪章或者宪法的任何规定对不属于联盟成员的第三国不具有约束力。第三国没有义务遵守在联盟范围有效的条约和公约所载规定，并且没有义务——而且就外交保护而言不可能——接受联盟公民个人的国籍国以外的国家的保护。<sup>37</sup>

<sup>34</sup> 《2001年国际法院汇编》（见上文脚注28），第492至第494页，第75至第77段。

<sup>35</sup> 《欧洲联盟公报》，第43卷，第C 364号（2000年12月18日），第19页。

<sup>36</sup> 尽管该《宪法》没有（或尚未）生效，因此还不是具有法律约束力的文件，但是这是规定了外交保护权的最新文件。应当铭记的是，这条规定实际上与《建立欧洲共同体条约》的规定一样，而《建立欧洲共同体条约》对欧洲联盟成员国当然有约束力。

<sup>37</sup> 见 Storost, *Diplomatischer Schutz durch EG und EU?*, 第148至第149页。

欧洲联盟“公民”并不是联盟所有成员国的国民，也就是说，具有联盟公民身份不意味着满足了为外交保护目的进行申诉的国籍条件。因此，各项声称联盟所有成员国给予所有联盟公民外交保护权利的联盟条约规定是有问题的，除非将其解释为只适用于领事协助。有人认为，这确是其本意所在。<sup>38</sup> 尽管通常仅为本国国民行使领事协助，但是国际法并不禁止向另一国国民提供领事协助。鉴于行使领事协助并非保护一国的权利，也不是支持某项申诉，它不像行使外交保护那样需要严格适用关于国籍的标准。因此，不要求通过国籍联系确定具有法律上的利益。

20. 在理论上，外交保护与领事协助之间的区别很清楚。前者系指一国的外交官员或者附属外交部的政府代表在本国国民由于另一国的国际不法行为而遭到损害且该国民已经用尽当地救济之后，所采取的国家间干预行动。这种干预行动旨在纠正一项国际不法行为，可采取多种形式，包括抗议、谈判和司法解决争端。而领事协助系指职业领事或者不从事政治代表工作的名誉领事为在一个外国陷入困境的国民（也可能是非国民）提供的协助。这种协助属于预防性，即旨在防止发生国际不法行为。有关国民获得领事咨询和法律援助，以确保该国民得到公平审判（如果被控刑事犯罪），或者保护其在东道国的个人权益或所有人权益。尽管从理论上说，这两种制度有明显的区别，但是它们有时重叠（如拉格朗案和阿韦纳案所显示的那样），有时未加区分（如欧洲联盟的各项条约所示）。在这种情况下，似宜在第1条中明确表示，委员会意识到这种区别，并希望保留这种区别。评注也将述及这个问题。

21. 建议对第1条修正如下：

“1. 外交保护是指一国针对其国民或第8条所指的人因另一国国际不法行为而受的损害，以国家的名义为该国民或该人采取外交行动或其他和平解决手段。

“2. 外交保护不应被解释为包括依照国际法规定实行的领事协助。”

<sup>38</sup> Stein, “Interim report on ‘diplomatic protection under the European Union Treaty’”, 第278页，第283至第284页。

## B. 第2条

## 实行外交保护的權利

一国享有按照本条款草案实行外交保护的權利。

22. 对本条的评论意见很少。荷兰建议，应删除或澄清评注的第(3)段。<sup>39</sup> 此段显然多余，应删除。

23. 评注的第(2)段指出，实行外交保护是国家的權利，而不是义务。自委员会决定实行外交保护不属于国家的义务以来，这个问题一直是若干国内裁决的事项：比如阿巴西等诉外交和联邦事务大臣等案、<sup>40</sup> 卡翁达等诉南非共和国总统等案<sup>41</sup> 以及范·齐尔等诉南非共和国政府等案。<sup>42</sup> 这些裁决在某种程度上证实了国内法律含有实行外交保护义务的规定，这一点应在评注中加以考虑。

24. 奥地利在对本条款草案的一般性评论中表示：

看来，委员会只着重于外交保护的一个方面，即一国为其国民提出某些主张的權利。不过该權利为其他国家接受一国提出的主张的相应义务所平衡。关于外交保护的律制度还规定一国接受另一国这种干预的条件。这种见解无疑使该律制度显得清楚，反映出其不同的方面，这是委员会的案文没有充分考虑到的。<sup>43</sup>

建议宜于第2条作出承认国家有此类义务的规定。因此第2条可以修正如下：

“(1) 一国享有按照本条款草案实行使外交保护的權利。

“(2) 一国有义务接受按照本条款草案提出的外交保护主张。”

## C. 第3条

## 国籍国的保护

1. 有权实行外交保护的國家是国籍国。

2. 尽管有第1款的规定，一国可根据条款草案第8条为非本国国民实行外交保护。

25. 荷兰提议，本条应表述如下：“国籍国是有权实行外交保护的國家。”难以理解这样的表述如何如荷兰所建议的那样“更加强调个人的观点”<sup>44</sup>。但是这种表述比目前的第3条更优雅，应该采用。

26. 荷兰还在没有解释的情况下表示，要依照欧洲公民身份的发展情况来看待该条款。如上文所解释的那样，欧洲“公民身份”与成员国的国籍有区别。第2004/38/EC号指令<sup>45</sup>定义了欧洲联盟公民身份的概念。虽然该指令主要内容是关于具有联盟公民资格的个人在联盟内部的迁徙和居留问题，但是其中的一些条款也涉及在联盟之外的保护问题。虽然序言(第3)点)规定“联盟公民身份应该是成员国国民在行使自由迁徙和居留权利时的基本身份”，但是执行部分将联盟公民定义为“任何具有一个成员国国籍的人”(第2条第(1)项)，因此国籍是联盟公民身份的前提条件。《宪法》I-10条第1款规定，“联盟公民身份是国家公民身份外的另一身份，不得替代国家公民身份”。<sup>46</sup> 这些规定明确表明，公民身份不能等同于国籍，并且联盟公民身份不应释义为否定各个国家的国籍或联盟成员国确定本国国籍法和归化标准的权力。在这些情形下，难以看出联盟公民身份对国籍有任何影响。

<sup>39</sup> A/CN.4/561 和 Add.1-2 号文件(见上文脚注3)，对条款草案第2条的评论。

<sup>40</sup> [2002] EWCA Civ 1598; [2002] All ER (D) 70 (Nov); 《国际法律资料》，第42卷，第2号(2003年3月)，第358页。

<sup>41</sup> 见上文脚注22。

<sup>42</sup> 2005年7月20日的判决，第20320/2002 [2005] 4 All SA 96 (T) 号案。

<sup>43</sup> A/CN.4/561 和 Add.1-2 号文件(见上文脚注3)，一般性评论。

<sup>44</sup> 同上，对条款草案第3条的评论。

<sup>45</sup> 欧洲议会和理事会2004年4月29日关于联盟公民及其家庭成员在各成员国境内自由迁徙和居留权利的第2004/38/EC号指令，《欧洲联盟公报》，第47卷，第L158号(2004年4月30日)，第77至第123页。

<sup>46</sup> 见 Barber, “Citizenship, Nationalism and the European Union”，该作者表示，“欧洲公民身份旨在补充而非替代国家公民身份”(第241页)。



27. 建议第3条应修正如下:

“1. 国籍国是有权实行外交保护的国家。

“2. 尽管有第1款的规定, 一国可根据条款草案第8条为非本国国民实行外交保护。”

#### D. 第4条

##### 自然人的国籍国

就对自然人的外交保护而言, 国籍国指寻求保护的因出生、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。

28. 批评第4条的理由是, 该条款没有明确指出国籍是由国内法决定的——前提条件是该国内法不违反国际法。<sup>47</sup> 委员会明显认为, 该条款的表述暗含了这一点, 并且在评注第(1)段中毋庸置疑地提出了这一点。但是, 第4条本身可对此作出明确说明。

29. 奥地利反对第4条的表述, 理由是“国籍不是通过国家继承而获得的, 而是国家继承的结果”,<sup>48</sup> 并且建议依此修改条款的表述。

30. 根据这些批评意见, 第4条的表述可以修改如下:

“就对自然人的外交保护而言, 国籍国指寻求保护的因出生、血缘或归化, 或作为国家继承的结果, 或以该国法律认可的、不违反国际法的任何其他方式获得了其国籍的国家。”

#### E. 第5条

##### 自然人的持续国籍

1. 一国有权对在受到损害之时为其国民并在正式提交求偿之日为其国民的人, 实行外交保护。

2. 尽管有第1款的规定, 一国对在正式提交求偿之日为其国民、但在受到损害之时不是其国民的人, 可实行外交保护, 但条件是该人已丧失原国籍, 并且基于与提出求偿无关的原因、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实行外交保护。

31. 各国对第5条的评论和批评最多。批评的主要焦点是截止日期(正式提交求偿之日)和第2款。这些评论和批评将予充分审查。不过, 首先应该处理若干起草案文的建议。

32. 奥地利反对第2款采用“提出求偿”一词, 因为这一措辞意味着司法程序, 因此, 就比第1款规定的各种形式的外交保护更具限制性。<sup>49</sup> 如果要保留第2款, 建议评注应该明确说明没有这种限制的意图。

33. 荷兰建议, 将第3款中的“得”改为“可”, 因为这样比较符合外交保护的自由裁量性质。<sup>50</sup> 在英文里, “may not”不比“shall not”更具任意性, 因此, 这项建议不应采纳。荷兰还建议, 为了使第5条第3款与其他规定统一, “受/受到”一词应该改为“发生”。这样做似乎是明智的。

34. 美国建议, 在第1款第一行中加入“仅”一词, 即: “一国仅\*有权对……实行外交保护”, 从而明确指出, 该款的意图是, 第2款和第3款规定的外交保护权仅限于符合持续国籍条件的人提出的求偿。<sup>51</sup> 建议接受这项建议。

35. 若干国家对第2款提出了反对意见。<sup>52</sup> 美国提出的批评最有益, 它认为第2款的主要目的是保护因继承而改变国籍的人。美国质疑, 法律是否要求在结婚和收养的情形下改变国籍。事实上, 可以

<sup>47</sup> 见乌兹别克斯坦的评论, A/CN.4/561和Add.1-2号文件(见上文脚注3), 对条款草案第4条的评论。圣图利建议该条款应重新表述为: “国籍国是指[寻求保护的]个人已依照该国国内法善意取得其国籍的国家。” (“Travaux de la Commission du droit international”(2001), 第371页)。

<sup>48</sup> A/CN.4/561和Add.1-2号文件(见上文脚注3), 对条款草案第4条的评论。

<sup>49</sup> 同上, 对条款草案第5条的评论。

<sup>50</sup> 同上。

<sup>51</sup> 同上。

<sup>52</sup> 同上(萨尔瓦多、卡塔尔和美国)。

补充指出,《消除对妇女一切形式歧视公约》<sup>53</sup>禁止在结婚的情况下自动变更妇女的国籍,这项规定使得因婚姻而改变国籍的现象更少。美国认为,外交保护权随国家继承而转移,在此种情形中行使外交保护的权力不应被视为一般规定的例外情况。因此,美国建议在第5条第1款中增加提及“被继承国”的文字,由此来处理这个问题。建议采纳这个提议。

36. 在国家实践中,几乎没有任何国家支持下述要求:从发生损害之时到提交求偿或解决求偿之日应持续保有国籍。<sup>54</sup>然而,正如美国指出,<sup>55</sup>如果起草一条不考虑起始日期和截止日期之间期限的持续国籍规则,则会造成混乱。建议对第5条第1款作出相应调整。这可能属于逐渐发展活动,但似乎是有道理的。

37. 持续国籍规则最具争议的地方是截止日期——在诉讼的最后日期或阶段,受害个人必须仍然为国民。委员会根据它对国家实践的理解,选择了正式提交求偿的日期。若干国家支持这一立场。<sup>56</sup>另一方面,美国强烈反对这一立场,而主张采用解决求偿之日,即判定赔偿之日。<sup>57</sup>

38. 在很大程度上,美国依据的是国际投资争端解决中心仲裁法庭在洛温案中作出的裁决,裁决认为:

以国际法的术语说,自引起求偿的事件发生之日(即起始日期)至解决求偿之日(即终止日期),国民身份必须是持续的。<sup>58</sup>

美国认为,若干其他仲裁裁决和通过外交渠道提交的求偿支持这项裁决,在这些裁决和求偿中,

求偿所代表的受益人在正式提交求偿之后、最后解决求偿之前改变了国籍。在所有这些案件中,当了解求偿所代表的国民并非求偿国的国民时,国际求偿就被驳回或撤回。美国声称,这些案件体现了一贯的国家实践,已经相当于一项习惯规则。而且,就政策而言,这项规则也是较可取的,因为这可以避免下述情况:受害人已不是求偿国在法律上须予照顾的对象,但被告国仍因该人所受损害而须向求偿国赔偿。

39. 关于这个问题,学术界的意见帮助不大。一些作者主张采用提交求偿的日期,<sup>59</sup>而另一些作者则支持采用解决求偿的日期。<sup>60</sup>但是,多数作者承认,尚不能确定截止日期,因为这两种立场都有支持者。<sup>61</sup>国家实践也同样帮助不大,因为条约对截止日期有不同的规定。<sup>62</sup>虽然国际法编纂会议(1930年,海牙)往往被引用来支持采用赔偿裁决日期,<sup>63</sup>但必须指出,这种“支持”的基础仅仅是一项国家意见调查,而在回答调查问题的20个国家中,8国反对持续国籍规则,3国弃权,9国(包括大不列颠及北爱尔兰联合王国及其4个自治领土)赞成!<sup>64</sup>

<sup>59</sup> Borchard, 前引书,第666页。

<sup>60</sup> Jennings and Watts, *Oppenheim's International Law*, 第512页; Hurst, “Nationality of claims”, 第163页; Garcia-Amador, Sohn and Baxter, *Recent Codification of the Law of State Responsibility for Injuries to Aliens*, 第82页。

<sup>61</sup> 《奥本海国际法》(Jennings and Watts, 前引书,第512页,脚注6)对采用裁决日作出了有保留的支持,指出在一些情形中,可以采用提交求偿的日期。另见 Schwarzenberger, *International Law*, 第597页; Brownlie, *Principles of Public International Law*, 第461页; Feller, *The Mexican Claims Commissions, 1923-1934*, 第86页和第96至第97页; 杰瑟普法官的个别意见,巴塞罗那电车、电灯及电力有限公司案,第二阶段,判决,《1970年国际法院汇编》,第202至第203页; Borchard, “The protection of citizens abroad and change of nationality”, 第377至第378页; 以及 “Protection diplomatique des nationaux à l'étranger”, 第256和第284页; Hurst, 前引文,第179至第180页; Duchesne, “The continuous-nationality-of-claims principle: its historical development and current relevance to investor-State investment disputes”, 第799至第802页; 以及 Paulsson, *Denial of Justice in International Law*, 第183页。

<sup>62</sup> 见首席仲裁员帕克在第五号行政裁决案(1924年10月31日)中的评论,《国际仲裁裁决汇编》,第七卷(出售品编号:1956.V.5),第143页。另见 Ralston, *The Law and Procedure of International Tribunals*, 第164至第165页; 以及 Hackworth, *Digest of International Law*, 第807至第808页。

<sup>63</sup> 见明妮·史蒂文斯·埃绍齐耶(大不列颠)诉墨西哥合众国案(1931年6月24日),《国际仲裁裁决汇编》(出售品编号:1952.V.3),第五卷,第210至第211页。

<sup>64</sup> 关于这次意见调查的历史,见 Duchesne, 前引文,第794至第797页。

<sup>53</sup> 第九条第1款。

<sup>54</sup> 见《2000年……年鉴》,第二卷(第一部分),A/CN.4/506和Add.1号文件,第233至第286页,第200至第205段。

<sup>55</sup> A/CN.4/561和Add.1-2号文件(见上文脚注3),对条款草案第5条的评论。

<sup>56</sup> 同上,奥地利、荷兰和挪威,代表北欧国家。

<sup>57</sup> 同上。

<sup>58</sup> 洛温集团公司诉美利坚合众国案,案件编号ARB(AF)/98/3,裁决(2003年6月26日),《国际投资争端解决中心报告》,第7卷,第485页,第225段;另见《国际法律资料》,第42卷,第4号(2003年7月),第811页。

40. 关于这个问题的司法裁决也不确定，不能证明存在习惯国际法规则。在很大程度上，司法意见之所以不一致，是因为规范这些求偿的条约规定不一致。正如首席仲裁员帕克在第五号行政裁决案中指出的：

如果分析这些案件中的多数裁决，就可以明显看出，每个案件的裁决都受制于规范裁判案件的法庭的特定议定书的措辞，这种措辞将法庭管辖范围限制在：不仅原本拥有而且持续拥有求偿国国籍情况下的求偿；在一些案件中，国籍一直须持续到提出求偿之日，在另一些案件中，国籍须持续到向法庭提交求偿之日，还有一些案件中，国籍须持续到作出判决之日，更有一些案件中，国籍须持续到清偿之日。因此，确定管辖权所根据的国籍持续期限不统一，之所以这样，是因为每个案件受制于适用的特定公约的措辞。<sup>65</sup>

在这种情况下，自然有些裁决采用提交之日，<sup>66</sup>有些采用裁决之日，<sup>67</sup>另一些则不明确。<sup>68</sup>重要的是，很多采用解决求偿之日的裁决——美国依据的就是这些裁决——涉及的情形是：国民在提交求偿后，在裁决作出之前将国籍变更为被告国国籍。在这种情形下，很难预期求偿能获得成功，因为如果成功，那就意味着被告国将就自己国民所受的损害而赔偿

<sup>65</sup> 第五号行政裁决案（见上文脚注 62）。

<sup>66</sup> W. H. 格利德尔案（大不列颠诉墨西哥），《国际仲裁裁决汇编》，第五卷（出售品编号：1952.V.3），第 44 页；报告另见 Hackworth，前引书，第 805 页；F. W. 弗拉克案（大不列颠诉墨西哥），《国际仲裁裁决汇编》（见上文），第 61 页；报告另见 Feller，前引书，第 96 页。

<sup>67</sup> 明妮·史蒂文斯·埃绍齐耶案（见上文脚注 63），第 207 页；邦希登案，即西属摩洛哥的英国财产案（西班牙诉大不列颠）（1925 年 5 月 1 日），《国际仲裁裁决汇编》，第二卷（出售品编号：1949.V.1），第 615 页（英文译文见 *Annual Digest of Public International Law Cases, years 1923 to 1924* (London, Longmans, Green, 1933)，第 189 页）；玛利亚·瓜达卢普案（未公布），报告见 Feller，前引书，第 97 页；洛温案（见上文脚注 58）。

<sup>68</sup> F. 莱德勒（已故）遗产执行人诉德国政府案，*Recueil des Décisions des Tribunaux Arbitraux Mixtes institués par les Traités de Paix*, vol. III (Paris, Sirey, 1924)，第 762 页（基本上是条约解释的问题）；F. H. 雷德沃德等（大不列颠）诉美国案（夏威夷索赔案）（1925 年 11 月 10 日），《国际仲裁裁决汇编》，第六卷（出售品编号：1955.V.3）；报告另见 Nielson, *American and British Claims Arbitration*, 第 30 页（撤回索赔）；肖邦案，《国际仲裁裁决汇编》，第十卷（出售品编号：1955.V.3），第 68 页；以及 *French and American Claims Commission, 1880-1884*, vol. 60, *Records of Claims*（撤回索赔）；毛德·T. 德·热讷案，报告见 Ralston，前引书，第 165 页；克伦索赔案，《国际法报告》，第 20 卷（1953 年），第 234 页。

另一国！<sup>69</sup> 埃比尼泽·巴斯托案、<sup>70</sup> F. 莱德勒遗嘱执行人的索赔案、<sup>71</sup> 夏威夷索赔案、<sup>72</sup> 肖邦案、<sup>73</sup> 格里布案<sup>74</sup> 以及当然还有洛温案<sup>75</sup> 就是这种情况。

41. 基本上，美国依据的是洛温案的裁决；但是，在案件的这个方面，这项裁决存在严重问题。虽然裁决的大部分内容推理严谨，经过了认真研究（例如，关于当地救济），但法庭审议的关键问题，即截止日期问题的处理方式使人丝毫看不出法庭对该事项进行过任何思考。法庭没有审查任何权威意见（虽然律师向法庭提到有关权威意见），而只是声称，根据习惯国际法，“自引起求偿的事件发生之日……至解决求偿之日，必须保有持续的国民身份。”<sup>76</sup> 法庭指出，“国际法委员会印发了一份报告，提议即使在外交保护的情况下也排除持续国籍规则”；“许多方面对报告提出了批评”；并且委员会“绝对没有根据报告重新编纂规则之意。”<sup>77</sup> 如果法庭研读了该报告，<sup>78</sup> 它就会意识到对截止日期问题的争论，这个争论在报告中非常突出。而且，如果法庭在 2003 年 6 月 26 日作出判决之前调查一下委员会关于这个问题的报告，它就会发现，委员会于 2002 年通过了一项关于持续国籍的条款草案，同意将正式提交求偿之日作为截止日期。<sup>79</sup> 但是，法庭没有这样做。如果法庭当时花点心思，了解关于持续国籍中的截止日期问题争议，法庭很可能会制订一条限制更大的规则，一条考虑它面对的事实的规则，即一条只限于使一个国家不可能代表一个在提出求偿之后即取得被告国国籍的国民提出求偿的规则。

<sup>69</sup> 见美国最高法院在比特诉丹尼斯案中的评论，133 U.S. 514 (1890)，第 520 至第 521 页。

<sup>70</sup> 见 Hackworth，前引书，第 805 页。

<sup>71</sup> 见上文脚注 68。

<sup>72</sup> 同上。

<sup>73</sup> 同上。

<sup>74</sup> 见罗伯特·S. 黑尔先生的报告，*Papers relating to the Treaty of Washington*, vol. VI (Washington, D.C., Government Printing Office, 1874)，第 14 页。

<sup>75</sup> 见上文脚注 58。

<sup>76</sup> 同上。

<sup>77</sup> 同上，第 236 段。

<sup>78</sup> 见上文脚注 54。

<sup>79</sup> 《2002 年……年鉴》，第二卷（第二部分），第 66 页，第 280 段。



42. 洛温案受到了严厉批评，这很自然。保尔森指出：

该法庭对持续国籍问题的处理，鉴于其后果起决定性作用的效力，其简练程度令人吃惊。<sup>80</sup>

裁决书中没有任何地方显示仲裁员考虑了国际法委员会外交保护问题报告员杜加尔德教授在2000年初编写的“持续国籍与求偿的可转移性”问题特别增编。他们仅写道，洛温声称已公布了这样一份报告，报告受到了一些批评。但是，任何看过该《报告》的人都可以看到，杜加尔德在广泛审查了各权威意见后得出的结论是，在这个领域，没有既定的规则。在一长串可作为截止日期的备选项中，洛温案的仲裁员采用的截止日期要求或许是最不合适的。<sup>18</sup>

<sup>18</sup> ……这些选项包括：（一）政府认可国民求偿的日期；（二）首次外交谈判的日期；（三）提出求偿的日期；（四）签署涉及有关裁判场所的条约的日期；（五）批准该条约的日期；（六）该条约生效的日期；（七）提交求偿的日期……；（八）口头听讯结束的日期；（九）判决日期（即洛温案的解决办法）；和（十）最极端的方案：清偿日期。

没有任何迹象显示洛温案的仲裁员意识到了这一点，他们采用了明妮·史蒂文斯·埃绍齐耶案（大不列颠诉美国）（1931年6月24日，V RIAA 207）中的推论方式；在该案中，明妮·史蒂文斯·埃绍齐耶的求偿被驳回，因为在口头听讯结束之日至判决之日期间，她因与一名美国人结婚而丧失了英国国籍。正如首席仲裁员（埃德温·P. 帕克）在更具影响力的第五号行政裁决案（美国诉德国）（1924年10月31日，VII RIAA 119）中指出的：（A）获得国籍转移了效忠对象，但并不带走现有的国家义务，而且（B）无论如何，多数裁决取决于有关条约的特别法，因此，并不能体现某个一般原则；“甚至完全可以怀疑这条所谓的[持续国籍]规则是否已经得到普遍承认，从而可以笼统地说这是一条既定的国际法规则”。<sup>81</sup>

同样，杜谢恩坚决主张“有充分的理由忽视”洛温案的“分量”。他接着指出：

无论洛温案的法庭裁决可能引起什么其他反应，它关于持续国籍“规则”的讨论即便不能说是草率的，那么也至少可以说是缺乏事实根据的……法庭对单纯持续国籍问题的讨论没有引用任何依据，甚至没有进行任何讨论，就单纯是声称存在着一项“规则”。法庭甚至声称：“关于国籍应持续到任何国际诉讼结束之时这一要求的历史，仅存在有限的争议。”但是，……即便是支持将持续国籍当作一项“规则”的权威人士也承认，对于原国籍应保有到什么时候的问题，众说纷纭，不存在共识。洛温案的法庭没有承认——更不用说讨论——相反的权威意见，尤其是在争端当事方作了大量情况介绍，并且就这个问题举行了完整的口头听讯之后，该法庭仍然没有这样做，这分明显示……该法庭在处理这个问题时已经有先入为主的习惯国际法概念，认为没有必要认真审查这个概念。<sup>82</sup>

在这种情况下，难怪荷兰“认为并不清楚洛温案是否真正反映了现行法律”。<sup>83</sup>

43. 鉴于在截止日期问题上存在不明确情形，委员会需要在正式提交求偿之日与解决求偿之日之间作出选择。权威意见并无结论，作出答复的国家不多，但主张采用提交求偿之日。在这种情形下，委员会在作出选择时必须以原则和政策作为指导。原则支持采用提交求偿之日，因为这最符合个人的利益。如果政策就是公平，那么政策也支持采用提交求偿之日。从提交求偿到最后解决可能历时多年，在这个时期里，剥夺个人通过婚姻或归化改变国籍的权利是不公平的。而且，提交日具有重要意义，因为在这一天，国籍国明确表示了它实行外交保护的意图——在这之前，这个事实是不明确的。或许，明妮·史蒂文斯·埃绍齐耶案（美国所采立场依据的就是这个案件）关于政策的陈述最为有力：

或许可以说，如果法庭必须考虑提出求偿至裁决之日的期间发生的变化，这将使国际管辖更为复杂。

<sup>80</sup> Paulsson, “Continuous nationality in *Loewen*”, 第214页。

<sup>81</sup> Paulsson, *Denial of Justice in International Law*, 第183至第184页。

<sup>82</sup> Duchesne, 前引文, 第808至第809页。读者应当注意, 该作者参与了洛温案。

<sup>83</sup> A/CN.4/561 和 Add.1-2 号文件 (见上文脚注3), 对条款草案第5条的评论。

这种变化可能很多，而且甚至可能相互抵消。归化入籍可能经申请并取得，也可能在自愿的前提下丧失。婚姻可能缔结也可能解除。在多数情形中，法庭不会知道身份或国籍的变更，代理人也往往不知道。要确定在作出裁决时所有个人要素是否与提交求偿时相同，这即使可能，也是极为困难的。毫无疑问，如果提出之日被接受为决定性的日期，而无需追踪从提出之日至作出判决之日之间可能十分经常发生的事情，那么管辖问题就较为简单了。

因此，博查德案（第664页和第666页）和罗尔斯顿案（第293节）都指出，长期的仲裁裁决已经确立，求偿必须持续掌握在求偿国政府的公民手中，直到提交之时；人们不应该对此感到吃惊。<sup>84</sup>

44. 像洛温案和美国依据的许多其他案件一样，国民（求偿是为该国民而提出）在提交求偿后取得被告国国籍，就应该适用不同的政策考虑因素。在这种情况下，公平性就要求选择裁决之日为截止日期，因为如果采取相反的立场，用洛温案中的话说，“就会产生非常不公正、只有不可辩驳的逻辑或极具说服力的先例才能支持的结果，而这两者皆不存在”。<sup>85</sup>

45. 因此，建议委员会保留正式提交求偿之日为持续国籍规则中的截止日期这一规定，但在为某国民提出求偿的情况下，若该国民在提交求偿后取得被告国国籍，则属于例外。在这种情形中，解决求偿之日是截止日期。

46. 或许可以说，鉴于第5条第2款被删除，第5条第3款就变得多余了。但另一方面，在因国家继承而改变国籍的情形中，该款可能仍然有意义。因此该款予以保留。

47. 建议第5条采用以下措辞：

“1. 一国仅有权对自受到损害之日起至正式提交求偿之日持续为其国民或任何被继承国国民的人实行外交保护。

“2. 一国无权对提交求偿之后获得求偿所针对的国籍的人实行外交保护。

“3. 一人发生损害时为其原国籍国而不是现国籍国的国民，则现国籍国不可针对原国籍国就该人所发生的损害实行外交保护。”

## F. 第6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实行外交保护。

2. 两个或多个国籍国可为双重或多重国籍国民共同实行外交保护。

48. 奥地利评论说，第2款没有必要，“因为毫无疑问，两个或更多的国家可以共同行使外交保护权”。即使省略这一条款，“被求偿国也必须接受这种联合交涉”。<sup>86</sup> 奥地利警告说，这一款将不可避免地引起有关如何开展共同行动或者哪个国家在提出求偿时享有优先权的困难问题。萨尔瓦多、危地马拉、卡塔尔和乌兹别克斯坦的评论也证明了警告的正确性。<sup>87</sup> 在这些情形下，似宜只保留第6条的第1款。

## G. 第7条

### 多重国籍和针对国籍国的求偿

一国籍国不可为同属另一国国民的人针对另一国籍国实行外交保护，除非在发生损害之时和正式提交求偿之日，前一国的国籍均为该人的主要国籍。

49. 学者<sup>88</sup> 或国家对本条款基本上没有提出任何批评意见。奥地利和挪威（代表北欧国家）对本规定表示欢迎。<sup>89</sup> 虽然有些国家对本条款属于习惯国

<sup>84</sup> 《国际仲裁裁决汇编》（见上文脚注63），第209页。

<sup>85</sup> 《国际法律资料》，第42卷，第4号（2003年7月），第848页，第232段。

<sup>86</sup> A/CN.4/561和Add.1-2号文件（见上文脚注3），对条款草案第6条的评论。

<sup>87</sup> 同上。

<sup>88</sup> 见 Santulli, “Travaux de la Commission ...” (2001), 第369至第378页。

<sup>89</sup> A/CN.4/561和Add.1-2号文件（见上文脚注3），对条款草案第7条的评论。



际法规则表示质疑,<sup>90</sup> 但是挪威表示, 本条款“使现有习惯国际法成为成文法”。<sup>91</sup> 一些国家坚持要澄清“主要”一词<sup>92</sup> (评注中对此进行了解释), 而摩洛哥则认为“有效”比“主要”更可取。<sup>93</sup> 但是, 委员会在评注中明确表示, 它倾向于采用“主要”, 因为该词表达了相对性并具有有关个人与某一国的联系比与另一国的联系更紧密的含义。<sup>94</sup>

因而建议, 保留第7条的现有表述。

## H. 第8条

### 无国籍人和难民

1. 一国可为无国籍人实行外交保护, 但该人须在受到损害之时和正式提交求偿之日在该国具有合法的惯常居所。

2. 一国可为被该国承认为难民的人实行外交保护, 但该人须在受到损害之时和正式提交求偿之日在该国具有合法的惯常居所。

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。

50. 人们普遍对第8条表示了不同程度的支持, 这是逐渐发展的一次明确运用。<sup>95</sup> 由于是逐渐发展, 因此明智的做法是要谨慎地, 甚至严格地对实行外交保护的条件作出规定。因而建议, 委员会不应采纳奥地利关于在一个欧洲国家被承认为难民之后在另一个欧洲国家合法居住的个人有资格获得外交保护的提议。<sup>96</sup> 出于同样的原因, 建议不采纳北欧关于

将“合法的惯常居所”这个条件改为“合法居留”的建议。<sup>97</sup> 而乌兹别克斯坦关于要求合法永久居所的提议<sup>98</sup> 则在另一个方向走得太远, 同样不应被采纳。

51. 对委员会关于灵活处理“难民”含义而不拘泥于《关于难民地位的公约》的定义这一决定, 人们存在争议。<sup>99</sup> 奥地利认为, 不能指望被告国会接受为求偿国不严格依照国际定义而认定为难民的人提出的外交保护求偿。<sup>100</sup> 另一方面, 北欧国家认为, “一个国家可以向符合与实行外交保护的国家有领土联系这一要求的人提供外交保护, 只要该国认为这个人需要保护而不一定要正式符合难民地位的要求”。<sup>101</sup> 这个问题虽然是与第8条的评注而不是表述有关, 但仍属于重要的原则问题。北欧国家完全从求偿国的角度看这个问题, 而奥地利则明智地警告, 被告国有可能拒绝承认其他国家具有为没有严格符合难民身份的人实行外交保护的权力。特别报告员请委员会就此作出指导。

## I. 第9条

### 公司的国籍国

就对公司的外交保护而言, 国籍国是指公司依照其法律成立并在其领土内设有注册办事处或管理机构或某种类似联系的国家。

52. 对本条款的评论意见提出了两个重要问题。首先, 句末短语“或某种类似联系”可能会被解释为要求在公司和实行外交保护的国家之间存在真正联系。第二, 如果一个公司在一个国家“成立”(组建)但在另一个国家设立注册办事处, 就会出现这个问题。哪个国家可以实行外交保护?

<sup>90</sup> 同上, 卡塔尔, 还可能有摩洛哥。

<sup>91</sup> 同上。

<sup>92</sup> 同上, 萨尔瓦多和乌兹别克斯坦。

<sup>93</sup> 同上。

<sup>94</sup> 《2004年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第34页, 条款草案第7条评注第(5)段。

<sup>95</sup> 美国要求(A/CN.4/561和Add.1-2号文件(见上文脚注3)), 其他评论和建议明确指出这是逐渐发展的一次运用。这在条款草案第8条评注第(2)段中完成(《2004年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第34页)。

<sup>96</sup> A/CN.4/561和Add.1-2号文件(见上文脚注3), 对条款草案第8条的评论。

<sup>97</sup> 同上。

<sup>98</sup> 同上, 乌兹别克斯坦的另一建议是在第2款“为难民”后加上“并给予其庇护”等字; 这一建议不必予以审议, 因为该款规定的承认为难民的要求已经包含了这一点。

<sup>99</sup> 见《2004年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第35页, 条款草案第8条评注第(8)段。

<sup>100</sup> A/CN.4/561和Add.1-2号文件(见上文脚注3), 对条款草案第8条的评论。另见, 萨尔瓦多和卡塔尔的评论(同上)。

<sup>101</sup> 同上。

53. 委员会在对第9条的评注中表示：

“不应把”注册办事处、管理机构“或某种类似联系”视为真正联系的形式……

按照法律解释方面的类推规则，“或某种类似联系”这一短语必须结合“注册办事处”或“管理机构”来理解。类推规则要求对这类短语作狭义的解释，以与它之前的短语保持一致。这意味着这一短语并没有自己的生命。它一定是指像“注册办事处”或“管理机构”那样的联系。<sup>102</sup>

尽管有这样的解释，但是似乎“或某种类似联系”显然会被理解为要求某种形式的真正联系。奥地利、荷兰和卡塔尔的评论意见证实了这一点。<sup>103</sup>因而建议删除该短语，因为评注如何解释都无法防止该短语被解释为等同于要求存在真正联系。

54. 一些国家提出的问题是，一个公司的注册办事处所在地国如果不同于成立（组建）地国，则这个公司是否能得到外交保护。<sup>104</sup>这是一个合理但难以回答的问题，因为目前第9条的措辞表明，只有公司在其境内成立并在其境内设有“注册办事处或管理机构或某种类似联系”的国家才能实行外交保护。第9条英文本中使用了带有定冠词 *the*\* 的“国籍国”并且评注第(7)段表示：“采用这种表述（即英文本中使用定冠词）是为了避免产生公司可能具有双重国籍的含义”<sup>105</sup>，这些都确认了这种解释。这一错误必须予以纠正。荷兰正确地指出，<sup>106</sup>公司经常多个国家成立并在多个国家设立注册办事处。这是商业活动的现实情况，不容忽略或不加承认。因而建议对第9条进行重大修订；并建议参照危地马拉的提议解决这个问题。<sup>107</sup>这将要求承认公司具有双重国籍的可能性，并采用“最紧密联系”、“有

效国籍”或“主要国籍”（配合第7条的规定）的检验标准，以指明哪个国家可以实行外交保护。（评注第(2)段已经考虑到危地马拉关于应明确“公司”指“有限责任公司”的建议。）

55. 因而建议第9条修正如下：

“1. 国家有权就具有该国国籍的公司所受损害实行外交保护。

“2. 就针对公司实行外交保护而言，公司应具有依照其法律规定成立或在其境内设有注册办事处或管理机构的国家的国籍。

“3. 当两个国家根据第2款的规定均有权实行外交保护时，应由主要国籍国实行此种保护。”

## J. 第10条

### 公司的持续国籍

1. 一国有权为在受到损害之时是其国民，并在正式提交求偿之日仍是其国民的公司实行外交保护。

2. 尽管有第1款的规定，一国对于在受到损害之时是其国民但由于所受损害而按照该国法律已不存在公司，继续有权实行外交保护。

56. 针对第5条的内容已经详尽地阐述了持续国籍规则。因此不必重复关于赞成修正第1款，即增加“只”和“持续地”等字样并且对被继承国的情况作出规定的意见。<sup>108</sup>同样也不必重复关于赞成保留正式提交求偿之日为截止日期，除非寻求保护的国民在提交求偿后取得了被告国国籍这一意见。

57. 但是美国反对第10条第2款，<sup>109</sup>认为对已消亡公司的保护不应成为持续国籍规则的例外。美国称：

<sup>102</sup> 《2004年……年鉴》，第二卷（第二部分），第37页，第(5)至(6)段。

<sup>103</sup> A/CN.4/561和Add.1-2号文件（见上文脚注3），对条款草案第9条的评论。

<sup>104</sup> 同上（萨尔瓦多、危地马拉、摩洛哥和荷兰）。

<sup>105</sup> 《2004年……年鉴》，第二卷（第二部分），第37页。

<sup>106</sup> A/CN.4/561和Add.1-2号文件（见上文脚注3），对条款草案第9条的评论。

<sup>107</sup> 同上。

<sup>108</sup> 同上。奥地利关于第10条没有规定国家继承的情况的关注（同上，对条款草案第10条的评论），与在该条中提及“被继承国”这一意见一致。

<sup>109</sup> 同上。

只要公司仍有法律人格，国家便可继续对该公司的权利主张行使保护；而只要根据国内法有权起诉或被起诉，便具有法律人格。许多国内法律制度允许公司在解散后一段有限时间里继续提出和维护公司存在期间产生的权利主张，也就是说法律人格持续至这段时间终止。因此，支持已消亡公司的权利主张的问题不会经常出现，因为大多数权利主张都可在公司仍有法律人格期间予以受理。<sup>110</sup>

美国还补充说，国内法中健全的政策考虑允许公司的法律人格逐步消失：“国内法中的遗留事项和公司结业法规中规定了一段有限的结业期，以便与公司有关者可以终局了结，知道结业期终止后，有利或不利公司的权利主张都将终止。”<sup>111</sup> 美国为支持其论点，指出加拿大、法国、联合王国和美国的法律允许公司在解散后若干年间有权起诉和被起诉。

58. 但是，美国未考虑法官（特别是美国的杰瑟普法官在巴塞罗那电车公司案<sup>112</sup>中）、法庭和学者对此提出的关注问题，评注和关于外交保护的第四次报告提到了这些问题。<sup>113</sup> 鉴于没有反驳（甚至是考虑）这些权威观点，并且缺乏对公司法律和实践的广泛的比较调查，因而无法证明存在许多法律制度允许公司在解散后有权起诉和被起诉，所以特别报告员倾向于为格外谨慎起见，保留第2款。

59. 因此第10条应修订如下：

“1. 一国只有权为从受到损害之日到正式提交求偿之日持续为该国或任何被继承国国民的公司实行外交保护。

“2. 一国对于在提交求偿后获得被求偿国国籍的公司不再享有为其实行外交保护的权力。

“3. 尽管有第1款的规定，一国对于在受到损害之时是其国民但由于所受损害而按照该国法律已不存在的公司，继续有权实行外交保护。”

## K. 第11条

### 股东的保护

在公司受到损害的情况下，公司股东的国籍国无权为这些股东实行外交保护，除非：

(a) 由于与损害无关的原因，按照成立地国的法律该公司已不存在；或

(b) 在受到损害之时，公司具有被指称应对造成损害负责的国家的国籍，并且按照该国法律成立公司是在该国开展经营活动的前提条件。

60. 第11条(a)项旨在实施巴塞罗那电车公司案的判决意见。国际法院在该意见中承认，在公司已不存在时，只有成立地国可以保护公司（及其股东）这项一般规则存在例外。<sup>114</sup> 委员会对例外的范围进行了限制，规定公司必须是“由于与损害无关的原因”而已然不存在。奥地利正确地指出，这一限制“意义极为有限，因为该公司的终止业务国与造成损害国不同”。<sup>115</sup> 特别报告员赞同这一观点，并建议将一短语删除。

61. 奥地利关于将第11条(a)项中的“成立地国”改为“国籍国”<sup>116</sup>的进一步建议不能接受，因为本规定意在强调成立地国的法律为适用法律。成立地国通常与国籍国为同一国家，但根据拟对第9条所作的修订，两者并不需要总是相同。

62. 美国建议删除第11条(a)项，“因为该项制造一种不正常的状况，使得股东国籍国比成立地国本身更有权支持公司的权利主张”。<sup>117</sup> 美国表示，评

<sup>110</sup> 同上。

<sup>111</sup> 同上。

<sup>112</sup> 《1970年国际法院汇编》（见上文脚注61），第193页。另见格罗斯法官（第277页）、吉拉尔德·菲茨莫里斯爵士法官（第101至第102页）以及里普哈根法官（第345页）的意见。

<sup>113</sup> 《2004年……年鉴》，第二卷（第二部分），第38页，条款草案第10条评注第(4)段，脚注106至108；以及《2003年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/530和Add.1号文件，第27至第30页，第93至第105段。

<sup>114</sup> 《1970年国际法院汇编》（见上文脚注61），第40至第41页，第64至第68段。

<sup>115</sup> A/CN.4/561和Add.1-2号文件（见上文脚注3），对条款草案第11条(a)项的评论。

<sup>116</sup> 同上。

<sup>117</sup> 同上。

注没有为这一例外规定提出任何理由。但是，美国没有考虑国际法院在巴塞罗那电车公司案中作出赞成这一例外的理由。<sup>118</sup> 第11条的目的是按照巴塞罗那电车公司案的判决进行法律编纂，其他国家对这一点表示赞许。<sup>119</sup> 在此情况下，建议保留第11条(a)项，但需要作出奥地利所建议的删除。

63. 美国基于法律和公共政策方面的理由反对第11条(b)项。在法律方面，美国认为，委员会据以作为这项例外规定的依据的若干案例的基础是

两国之间的特别协定，给予股东要求赔偿的权利，或者造成损害国与本国公司之间的协定，向股东提供赔偿。由于存在这些协定，上述案例不能够证明存在一项习惯国际法规则，允许各国在成立公司是为了在成立地国开展经营活动的情况下，支持股东对成立地国提出的权利主张。<sup>120</sup>

在政策方面，美国声称：

这项例外规定将建立一个制度，使得相对于外国拥有的公司的股东来说，在某国成立的公司的股东更有权在该国寻求对他们的主张提供外交保护，而外国拥有的公司的股东则必须依靠该公司的国籍国提出主张。不清楚这种结果是否公正。<sup>121</sup>

64. 特别报告员认为自己不能同意上述批评，理由如下：

(a) 这项例外规定所依据的若干案例是以特别协定为基础，这一情况并不能剥夺它们在法律形成过程中的价值。创设一项习惯规则的两个要求是惯例和法律确念。成立地国和股东国籍国之间按照特别协定来解决权利主张提供了国家实践(惯例)和被诉国方面解决权利主张的义务感(法律确念)；

<sup>118</sup> 《1970年国际法院汇编》(见上文脚注61)，第40至第41页，第64至第68段。

<sup>119</sup> A/CN.4/561和Add.1-2号文件(见上文脚注3)，对条款草案第11条的评论(北欧国家)和对第11条(b)项的评论(荷兰)。

<sup>120</sup> 同上，对条款草案第11条(b)项的评论。

<sup>121</sup> 同上。

(b) 美国未能考虑到赞成这一例外规定的大量司法意见，例如，顾维钧法官、<sup>122</sup> 杰瑟普法官、<sup>123</sup> 田中法官<sup>124</sup> 和吉拉尔德·菲茨莫里斯爵士法官<sup>125</sup> 在巴塞罗那电车公司案中的个别意见。该国也未考虑西电公司案<sup>126</sup> 对这一例外规定的支持，正如评注<sup>127</sup> 和关于外交保护的第四次报告<sup>128</sup> 所认为的那样；

(c) 尽管学理关于这一主题存在分歧，但所建议的例外规定仍获得了相当的支持；

(d) 条款草案第9条、第11条和第12条旨在编纂国际法院在巴塞罗那电车公司案中所阐明的法律。这一例外是国际法院就这一主题阐明的多项原则的一部分；

(e) 美国的观点可能在政策方面最弱。正如挪威(代表北欧国家)表示的那样：

不应当允许某国要求外国利益根据当地法律成立公司作为在该国经营活动的条件之一，然后以公司在该国成立作为拒绝外国利益国籍国实行外交保护的理。<sup>129</sup>

这呼应了联合王国对墨西哥在墨西哥鹰牌案中的论点的答复。墨西哥认为，一国(在此案中为联合王国)不能代表其在一家墨西哥公司内的股东进行干预，联合王国答复说：

如果承认这种理论，即一国政府能够首先使依照地方法律成立公司成为外国利益在其境内营运的条件，然后将这一成立作为拒绝外国外交干预的理由，则显

<sup>122</sup> 巴塞罗那电车、电灯及电力有限公司案，初步反对意见，判决，《1964年国际法院汇编》，第58页，第20段。

<sup>123</sup> 《1970年国际法院汇编》(见上文脚注61)，第191至第193页。

<sup>124</sup> 同上，第134页。

<sup>125</sup> 同上，第72至第75页。

<sup>126</sup> 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。

<sup>127</sup> 《2004年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第41页，条款草案第11条评注第(10)段。

<sup>128</sup> 《2003年……年鉴》(见上文脚注113)，第24至第25页，第81至第82段。

<sup>129</sup> A/CN.4/561和Add.1-2号文件(见上文脚注3)，对条款草案第11条(b)项的评论。



然总会有办法阻止外国政府根据国际法行使其不容置疑的权利以保护其海外国民的商业利益。<sup>130</sup>

被迫在一国成立并且由此才能在该国经营的公司被称为“卡尔沃公司”，因为在当地成立公司是对东道国的有力保护，如同卡尔沃条款一样。因此，荷兰评论到，“在涉及卡尔沃公司的情况中，股东国籍国有权实行外交保护”。<sup>131</sup> 此类政策考量比美国提出的政策考量更有说服力：

(f) 美国立场的最后一个弱点是它没有试图将自由和自愿地在一国成立的公司与那些由于法律或政治压力而被迫在一国成立的公司区分开来。美国没有考虑对第11条(b)项<sup>132</sup>来说十分关键的这一区分。

65. 特别报告员在起草本条款草案中主要遵循国家实践、司法裁决和一般原则的指导。在第11条(b)项方面，他赞成这一例外规定很大程度上受到美国实践（德拉瓜湾铁路公司案<sup>133</sup>、特里温福公司案<sup>134</sup>）、涉及美国的司法裁决（西电公司案<sup>135</sup>）、司法意见（杰瑟普法官在巴塞罗那电车公司案中的意见<sup>136</sup>）和一般原则（反对卡尔沃条款和“卡尔沃公司”）的影响。因此，他对美国指责一项美国当局强烈支持的例外规定感到奇怪。总之，为要求删除第11条(b)项而提出的理由不能令人信服，因此应该保留该项规定。

66. 北欧国家反对第11条(b)项的规定，即要符合这一例外规定，必须证明“按照”不法行为国的“法律”成立公司是在该国经营的前提条件。它们表示，“……作为国际法逐渐发展的一部分，有充分理由将这项例外也扩展到成立公司的要求并非是

正式要求，但来源于对外国利益非正式施加的压力或政治压力”。<sup>137</sup> 北欧国家认为，应在评注中解决这一问题。但是，建议在第11条(b)项案文本中解决这一问题。在大多数情况下，一国政府会在没有当地法律支持的情况下向外国投资者施加政治压力，让他们在东道国成立公司。不可避免，此类压力与法律条文同样有效。

67. 应该同意荷兰主张措辞前后一致的建议<sup>138</sup>以及奥地利关于应在评注中解释第11条(b)项中的“损害”的含义的建议<sup>139</sup>。

68. 建议第11条修订如下：

“在公司受到损害的情况下，公司股东的国籍国无权为这些股东实行外交保护，除非：

“(a) [由于与损害无关的原因，] 按照成立地国的法律该公司已不存在；或

“(b) 在受到损害之时，公司具有被指称应对造成该损害负责的国家的国籍，并且 [按照该国法律] 成立公司是在该国开展经营活动的前提条件。”

## L. 第12条

### 对股东的直接损害

在一国的国际不法行为对股东本人的权利，而非公司的权利，造成直接损害的情况下，这些股东的国籍国有权为其国民实行外交保护。

69. 美国认为这项规定是多余的，因为第2条和第3条已经涵盖了股东的权利。<sup>140</sup> 确实如此。但是，如果条款草案要全面编纂巴塞罗那电车公司案中所阐述的原则，<sup>141</sup> 则应该保留这项规定。保留这项规

<sup>130</sup> Whiteman, *Digest of International Law*, 第1273至第1274页。

<sup>131</sup> A/CN.4/561和Add.1-2号文件（见上文脚注3），对条款草案第11条(b)项的评论。

<sup>132</sup> 见《2004年……年鉴》，第二卷（第二部分），第40页，条款草案第11条评注第(8)段。

<sup>133</sup> Moore, *Digest of International Law*, 第647页。

<sup>134</sup> 特里温福公司案，1902年5月2日和8日的裁决，《国际仲裁裁决汇编》，第十五卷（出售品编号：1966.V.3），第467页。

<sup>135</sup> 见上文脚注126。

<sup>136</sup> 《1970年国际法院汇编》（见上文脚注61），第191至第193页。

<sup>137</sup> A/CN.4/561和Add.1-2号文件（见上文脚注3），对条款草案第11条(b)项的评论。

<sup>138</sup> 同上。

<sup>139</sup> 同上。

<sup>140</sup> 同上，对条款草案第12条的评论。

<sup>141</sup> 《1970年国际法院汇编》（见上文脚注61），第36页，第46至第47段。

定的另一好处是，这一规定的评注可确保有关对公司和股东的保护的评注和条款草案提供有关外交保护的这一方面的法律的全貌。特别报告员没有任何关于这一问题的建议可提交委员会，但表示比较倾向于保留这一规定。

### M. 第13条

#### 其他法人

条款草案第9条和第10条所载的关于公司的原则应酌情适用于其他法人的外交保护。

70. 第13条的目的是将有关对公司的外交保护的原则延伸至其他法人。此条无意在此类其他法人中包含自然人。<sup>142</sup> 另一方面，正如危地马拉所指出，<sup>143</sup> 股份有限公司（有限责任的营利性企业，其资本由股份组成）以外的法人或公司的股东可能需要对不超过其股权出资额的公司债务承担责任。第11条和第12条所述原则适用于它们。因此，案文提及第9条和第10条的说法应当改为第9条至第12条。特别报告员不明白卡塔尔所说的外交保护会破坏非政府组织的独立性的原因。<sup>144</sup>

71. 因此，第13条应修订如下：

“条款草案第9条至第12条所载的关于公司的原则应酌情适用于其他法人的外交保护。”

### N. 第14条

#### 用尽当地救济

1. 除非有条款草案第16条规定的情形，一国对于其国民或条款草案第8条所指的其他人所受的损害，在该受害人用尽一切当地救济之前，不可提出国际求偿。

2. “当地救济”指受害人可以在被指称应对损害负责的国家，通过普通的或特别的司法或行政法院或机构获得的法律救济。

<sup>142</sup> 见萨尔瓦多大意如此的建议（A/CN.4/561和Add.1-2号文件（见上文脚注3）），对条款草案第13条的评论。

<sup>143</sup> 同上。

<sup>144</sup> 同上。

72. 除了荷兰提出的有关重新起草该评注的建议以外，<sup>145</sup> 影响第14条第1款的唯一意见就是美国提出的意见。美国指出，在西电公司案中，国际法院“承认，如果一项主张的实质经由国内法院审理，为了国际法的目的，此主张的当地救济可视为已经用尽，而无论受到外交保护者是否为向国内法院提起主张的同一人或实体。”<sup>146</sup> 因此，美国建议，重新起草第1款，排除要求受害人用尽当地救济的规定。特别报告员感谢美国提出这一有益建议，并向委员会提出这一建议。

73. 荷兰建议对第2款作一个微小修正，以便它与第11条(b)款一致。<sup>147</sup>

74. 建议将第14条修订如下：

“1. 除非有条款草案第16条规定的情形，一国对于其国民或条款草案第8条所指的其他人所受的损害，在当地救济用尽之前，不可提出国际求偿。

“2. “当地救济”指受害人可以在被指称应对造成损害负责的国家，通过普通的或特别的司法或行政法院或机构获得的法律救济。”

### O. 第15条

#### 求偿的类别

在主要基于一国国民或条款草案第8条所指的其他人所受的损害而提出国际求偿或请求作出有关的宣告性判决时，应用尽当地救济。

75. 国际法院对阿韦纳案的裁判<sup>148</sup>，极大地丰富了有关在用尽当地救济规则背景下对直接损害和间接损害加以区分的法律内容，但是它并不影响拟

<sup>145</sup> 对条款草案第14条的评论。

<sup>146</sup> 同上，第1款。关于人权条约规定的立场，见Schermers, “Exhaustion of domestic remedies”，第954至第958页。

<sup>147</sup> A/CN.4/561和Add.1-2号文件（见上文脚注3），对条款草案第11条(b)项的评论。

<sup>148</sup> 《2004年国际法院汇编》（见上文脚注28），特别是第35至第36页，第40段。另见帕拉-阿朗古伦法官（第90至第91页，第27至第28段）和韦列谢京法官（第81至第83页，第7至第11段）的个别意见。又见Künzli, “Case concerning Mexican nationals”；和Milano, 前引文，第128至第130页。

订第15条所载原则的有效性。显然，这需要在评注中进行讨论。奥地利对第15条的标题提出了一个问题。<sup>149</sup>把标题改为“混合求偿”也许更加合适。不建议对第15条本身作任何修改。

## P. 第16条

### 当地救济规则的例外

在下列情况下，无需用尽当地救济：

(a) 当地救济不具有实现有效补救的合理性；

(b) 救济过程受到不当拖延，且不当拖延是由被指称应负责任的国家造成的；

(c) 受害人与被指称应负责任的国家之间没有相关联系，或者依据案情，用尽当地救济实为不合理；

(d) 被指称应负责任的国家放弃了用尽当地救济的要求。

76. 墨西哥对条款草案第16条作出了两条一般性评论。<sup>150</sup>首先，墨西哥提请注意在可能重复出现损害的情况下用尽当地救济规则的例外。虽然阿梅拉辛格单独对这一例外作了阐述，<sup>151</sup>但是这一例外似乎已由(a)项涵盖，并将在(a)项评注中处理。墨西哥还提议，就当地救济规则中加入一条有关举证责任的规定。可以回顾，委员会已经决定不加入这样一条规定。<sup>152</sup>尽管如此，在评注中处理这一问题也许是明智的。

#### 1. (a) 项

77. 可以回顾，在有关(a)项的辩论中，委员会有三个选择，即显属徒劳、不具有合理的成功机会

和不具有实现有效救济的合理可能性。<sup>153</sup>委员会倾向于第三个选择，现已体现在(a)项中。美国<sup>154</sup>吁请委员会重新考虑这一决定，采用显属徒劳规则，理由是这条规则更准确地反映了习惯国际法，<sup>155</sup>并得到了政策考虑的支持；政策考虑要求“除最极端的情况外，一个国家都有机会在本国法律体系内纠正违反国际法的行为”。<sup>156</sup>因此，美国建议采用下列规定：

在当地救济显属徒劳或显然无效的情况下，无需用尽当地救济。如果在一般情况下有法庭可提供有效救济，则用尽当地救济不是显属徒劳或显然无效。<sup>157</sup>

虽然特别报告员不赞成对已经决定的问题重新进行讨论，但是必须回顾，徒劳规则在委员会内部的确得到了一定的支持。因此，建议委员会重新考虑这一问题。但是，应该注意到在评注<sup>158</sup>和关于外交保护的第三次报告<sup>159</sup>中提及的对徒劳规则提出的反对意见。第三次报告指出，在芬兰船舶仲裁案<sup>160</sup>中首次阐述的“显属徒劳”检验标准，没有在西电公司案<sup>161</sup>中得到采用，并受到了一些作者的批评。<sup>162</sup>对这一检验标准提出的主要反对意见是，此标准要求当地救济之无效性必须显而易见。为克服这一点，赫希·劳特派特爵士建议，在检验标准中加入合理

<sup>153</sup> 同上，第55页，第178段。

<sup>154</sup> A/CN.4/561和Add.1-2号文件（见上文脚注3），对条款草案第16条(a)项的评论。

<sup>155</sup> 见Amerasinghe，前引书，第206页：“检验标准是显属徒劳或明显无效，而非不具有合理的成功机会或不可能成功，后两种是较不严格的检验标准。”

<sup>156</sup> A/CN.4/561和Add.1-2号文件（见上文脚注3），对条款草案第16条(a)项的评论。

<sup>157</sup> 同上。

<sup>158</sup> 《2004年……年鉴》，第二卷（第二部分），第46页，条款草案第16条评注第(2)至(3)段。

<sup>159</sup> 《2002年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/523和Add.1号文件，第57至第102页，第18至第45段。

<sup>160</sup> 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），《国际仲裁裁决汇编》，第三卷（出售品编号：1949.V.2），第1504页。

<sup>161</sup> 《1989年国际法院汇编》（见上文脚注126），第46至第47页，第59段和第62段。

<sup>162</sup> Amerasinghe, “The local remedies rule in appropriate perspective”, 第752页; Simpson and Fox, *International Arbitration: Law and Practice*, 第114页; Mummery, “The content of the duty to exhaust local judicial remedies”, 第401页。

<sup>149</sup> A/CN.4/561和Add.1-2号文件（见上文脚注3），对条款草案第15条的评论。

<sup>150</sup> 同上，对条款草案第16条的评论。

<sup>151</sup> Local Remedies in International Law, 第212页。

<sup>152</sup> 《2002年……年鉴》，第二卷（第二部分），第63页，第252段。

性这一因素，以使法院能够审查在某一案件中，有效救济是否具有“合理可能性”。<sup>163</sup> 2002年，委员会倾向于这一案文，特别报告员目前仍然赞同这一案文。

78. 如果委员会决定不接受美国的建议，那么就应该考虑奥地利提出的建议，即在(a)项中加入“可用”一词，以使该项与国家国际不法行为的责任条款草案第44条<sup>164</sup>相一致。<sup>165</sup>

## 2. (c) 项

79. 对于(c)项，人们提出了两项截然不同的建议。奥地利建议，删除本项的第一部分，使本项局限于有关情况使得用尽当地救济的做法不合理的情况。<sup>166</sup> 而美国则建议，保留本项的第一部分，并把这一项改写为：

在受害人与被指称应负责任的国家之间没有相关联系的情况下，无需用尽当地救济。<sup>167</sup>

特别报告员同意美国的建议。(c)项的主要目的是为受害人与被指称应对损害负责的国家之间没有自愿联系(如跨界污染和飞机偏离航向)的情况作出当地救济规则的例外规定。<sup>168</sup> 委员会一些委员随后提出了可能无需用尽当地救济的其他情况，如被拒绝进入被告国领土或诉讼费用过高等。<sup>169</sup> 通过

<sup>163</sup> 某些挪威公债案，判决，《1957年国际法院汇编》，第39页。

<sup>164</sup> A/CN.4/561和Add.1-2号文件(见上文脚注3)，对条款草案第16条(a)项的评论。

<sup>165</sup> 第44条内容如下：

“在下列情况下不得援引一国的责任：

“……

“(b) 该项要求适用用尽当地救济规则，却未用尽可利用的有效当地救济。”

(《2001年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第33页)。

<sup>166</sup> A/CN.4/561和Add.1-2号文件(见上文脚注3)，对条款草案第16条(c)项的评论。

<sup>167</sup> 同上。

<sup>168</sup> 美国建议，评注对飞越情事中不存在相关联系的问题进一步作出阐述(同上)。

<sup>169</sup> 更多的例子，见《2004年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第49页，条款草案第16条评注第(11)段。

(c)项第二部分是顾及这些情况。但是，美国指出，(a)项已经涵盖了这些情况。因此，建议采纳美国的建议，但须加入一个短语，明确指出如奥地利建议所述，在损害发生时必须没有相关联系。<sup>170</sup>

## 3. (d) 项

80. (d)项没有对明示放弃或默示放弃加以区分。但是，评注却明确表示，只要放弃当地救济的意图明确，可以采用默示放弃。<sup>171</sup> 这一评注将重新拟订，以考虑到危地马拉对这一问题提出的有益建议。<sup>172</sup>

81. 建议考虑第16条以下列方式表述：

“在下列情况下，无需用尽当地救济：

“或者

“(a) 当地救济不具有实现可用和有效补救的合理可能性；

“或者

“(a) 当地救济显属徒劳或显然无效。如果法院可以合理提供有效补救，则用尽当地救济就不是显属徒劳或显然无效；

“(b) 救济过程受到不当拖延，且不当拖延是由被指称应负责的国家造成的；

“(c) 受害人与被指称应负责的国家之间在发生损害时没有相关联系；

“(d) 被指称应负责的国家放弃了用尽当地救济的要求。”

<sup>170</sup> A/CN.4/561和Add.1-2号文件(见上文脚注3)，对条款草案第16条(c)项的评论。

<sup>171</sup> 见《2004年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第50页，条款草案第16条评注第(16)段。因此，无需按照乌兹别克斯坦在A/CN.4/561和Add.1-2(见上文脚注3)对第四部分的评论中所建议的那样列入有关默示放弃的明确规定。

<sup>172</sup> A/CN.4/561和Add.1-2号文件(见上文脚注3)，对条款草案第16条(d)项的评论。



## Q. 第17至第18条

## 第17条

## 外交保护以外的行动或程序

本条款草案概不影响国家、自然人或其他实体按照国际法诉诸外交保护以外的行动或程序，为因国际不法行为而遭受的损害取得补救的权利。

## 第18条

## 特别条约条款

在本条款草案与特别条约条款，包括关于公司或公司股东与国家间争端解决的规定不符的情况下，也仅在这一范围内，本条款草案不适用。

82. 乌兹别克斯坦建议，这一部分的标题应为“其他规定”，而不是“杂项规定”。<sup>173</sup> 应对此进行审议。

83. 鉴于有国家提议将第17条和第18条合并，<sup>174</sup> 这两项将结合在一起审议。第17条和第18条的目的相同：明确本条款草案不影响规定权利主张方法或权利主张解决方法的习惯国际法或条约法所规定的其他程序或制度，也不受到这些程序或制度的直接影响。初看之下，似乎将这两项条款合并起来是明智的。确实，关于外交保护的第五次报告也建议作此合并，内容如下：

这些条款概不影响国家或人援引外交保护以外的程序，为因国际不法行为而遭受的损害取得补偿[也可能导致受害人的国籍国提出外交保护求偿]的权利。<sup>175</sup>

不过经过仔细考虑，鉴于第17条和第18条各自维护的利益非常不同，似乎最明智的做法是分别保留这两项条款。

<sup>173</sup> 同上，对第四部分的评论。

<sup>174</sup> 萨尔瓦多（同上，对条款草案第18条的评论）和卡塔尔（同上，对条款草案第17条的评论）。另见荷兰（同上，其他评论和建议）。

<sup>175</sup> 《2004年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/538号文件，第四章B节。

84. 第17条实际上是为了确保外交保护制度不会干涉或阻碍以其他方式保护人权。委员会承认，外交保护只是保护人权的手段之一，而且是一种非常有限的手段，因为这种手段仅限于保护本国国民的人权。其他保护人权的程序在这方面则没有限制。人权条约向所有人权受到侵犯的人赋予权利并予以救济，而不论其国籍为何。而且国际法的最新发展允许一国——以抗议、谈判、仲裁和司法程序的形式<sup>176</sup>——保护在外国受到侵犯（具有强行法地位的<sup>177</sup>或作为普遍性义务的<sup>178</sup>）人权准则行为影响的国民和非国民。<sup>179</sup> 辛马法官最近在刚果境内的武装活动案（刚果民主共和国诉乌干达）一案中强调了这一点，<sup>180</sup> 他认为，国际法在这方面的发展已使乌干达可以保护在金沙萨机场人权受到刚果民主共和国军队威胁的本国国民和非本国国民。

85. 不幸的是，第17条的目的未被充分理解。米兰诺将2001年国家对国际不法行为的责任条款与2004年外交保护条款草案之间的关系解释为，一国根据国家对国际不法行为的责任条款第48条第1款(b)项代表强行法规定的权利受到侵犯的非本国国民进行干预的权利应受到外交保护条款草案的限制，外交保护条款草案要求国籍证明。<sup>181</sup> 他之所以得出这一结论，是因为他将第48条解释为必须服从于第44条，而后者规定，如果“不是按照涉及权利要求的国籍的任何适用规则提出权利要求”，则不得援引一国的责任；这也是外交保护条款草案目前所规定的。这使他得出结论认为，“根据国家责任法，外交保护制度享有比人权法更高的优先地位，即使对

<sup>176</sup> 当然，必须有管辖联系的存在。但是这一条件也同样适用于外交保护。

<sup>177</sup> 见国家对国际不法行为的责任条款草案第40条、第41条和第48条，《2001年……年鉴》，第二卷（第二部分），第33至第34页。

<sup>178</sup> 《1970年国际法院汇编》（见上文脚注61），第32页。

<sup>179</sup> 这一问题另见 Gaja, “Is a State specially affected when its national’s human rights are infringed?”; 和 “Droits des États et droits des individus dans le cadre de la protection diplomatique”; Condorelli, “L’évolution du champ d’application …”; 以及 Forcese, “Shelters from the storm: rethinking diplomatic protection of dual nationals in modern international law”, 第497至第498页。

<sup>180</sup> 刚果境内的武装活动案（刚果民主共和国诉乌干达），判决，《2005年国际法院汇编》，辛马法官的个别意见，第339至第350页，第17至第41段。另见专案法官卡塔法官的不同意见，同上，第381页，第69段。

<sup>181</sup> Milano, 前引文，第103至第108页。

个人的损害是由于侵犯其人权而造成的”。<sup>182</sup> 他还指出：

如果将2001年责任条款与2004年关于外交保护的条款草案放在一起看，则似乎在传统的外交保护制度以外强制执行普遍性的人权义务的余地微乎其微。<sup>183</sup>

86. 第17条必须消除这方面的疑问，明确本条款草案绝不是要阻止保护人权的其他程序。要达到这一目的，最好的方式是使用像第17条这样的一项单独条款。但是，从米兰诺的论文来看，<sup>184</sup> 似乎该条没有达到这种效果。在这种情况下，似乎有必要重新拟订第17条，使其目的更为明确，尽管在特别报告员看来，似乎已很难使这一意图更为明确。也许这可以通过荷兰的新提法来实现？

国家、自然人或其他实体诉诸外交保护以外的行动或程序、为因国际不法行为而遭受的损害取得补救的权利，概不受本条款草案的影响。<sup>185</sup>

87. 因此建议保留第17条作为一项单独条款，案文可以拟订如下：

“或者

“本条款草案概不影响国家、自然人或其他实体[根据国际法？<sup>186</sup>]诉诸外交保护以外的行动或程序，为因国际不法行为而遭受的损害取得补救的权利。

“或者

“国家、自然人或其他实体诉诸外交保护以外的行动或程序，为因国际不法行为而遭受的损害取得补救的权利，概不受本条款草案的影响。”

88. 第18条的用意是表明，本条款草案不影响可能包含涉及对个人投资者和公司投资者的不同待

遇规则的双边和多边投资条约。由于这些条约在内容和形式上都与第17条所考虑的条约大不相同，因此将这些条约单独处理较为明智。

89. 奥地利和摩洛哥都不同意第18条的措辞，尤其是不同意“特别条约条款”一语。<sup>187</sup> 摩洛哥正确地指出，《维也纳条约法公约》不承认“特别条约”的概念。因此摩洛哥提出且特别报告员建议将该条重新拟订如下：

“在本条款草案与有关保护投资的双边和多边条约所规定的特别制度不符的情况下，也仅在这一范围内，本条款草案不适用。”

## R. 第19条

### 船员

船舶船员的国籍国为本国船员实行外交保护的權利不因船舶国籍国有权在国际不法行为给船舶造成损害致使船员受到伤害时，不论国籍为受害船员寻求补救而受到影响。

90. 大多数提交了评论的国家对第19条作出了正面的回应，<sup>188</sup> 但提出了一些建议。奥地利指出，对船旗国实行保护所附加的条件可能会被解释为适用于船员的国籍国实行外交保护的權利。这可以通过按照如下建议，将该条分为两句加以解决。墨西哥请委员会解决求偿竞合的问题。委员会不愿意就双重国籍者的求偿问题采取这一做法，似乎在这种情况下这样做既不明智，也无必要。荷兰提议将第19条纳入第8条，因为这两条似乎属于同一个问题。不过这是不对的。第8条涉及将外交保护延及无国籍者和难民，而第19条承认船舶的国籍国代表船员寻求补救的權利，而不是实行外交保护的權利。

91. 美国认为第19条阐述的原则没有任何问题。不过美国认为，船旗国代表船员寻求补救的權利不属于外交保护的范畴，因此不应列入该条。<sup>189</sup> 委员会应对这一问题加以考虑。另一方面，应当回顾，

<sup>182</sup> 同上，第106页。

<sup>183</sup> 同上，第107页。米兰诺指出，第44条和第48条之间的奇怪关系，可能是因委员会大意所致，规定第44条仅仅适用于外交保护的求偿，而不适用于第48条。也许他是正确的！

<sup>184</sup> 同上。米兰诺未被第17条说服。

<sup>185</sup> A/CN.4/561和Add.1-2号文件（见上文脚注3），对条款草案第17条的评论。

<sup>186</sup> 荷兰建议删去这几个字，理由是正如欧洲联盟在美国法律案件中所做的那样，国家在国内诉讼中提出法庭之友书狀的權利必须保持不变（同上）。

<sup>187</sup> 同上，对条款草案第18条的评论。

<sup>188</sup> 同上，对条款草案第19条的评论：奥地利、墨西哥、荷兰和挪威（代表北欧国家）。

<sup>189</sup> 同上。

委员会决定列入第19条，是因为正如国际海洋法法庭在赛加羚羊号案（第2号）中所承认的，<sup>190</sup> 船旗国提供的保护与外交保护相类似，而且政策要求，对这两种保护方法都必须再次加以肯定，因为船员相对弱势，需要一切可以获得的保护。<sup>191</sup>

<sup>190</sup> 赛加羚羊号案（第2号）（圣文森特和格林纳丁斯诉几内亚），判决，《1999年海洋法法庭汇编》，第3卷，第103至第107段。

<sup>191</sup> 见《2004年……年鉴》，第二卷（第二部分），第52页，条款草案第19条评注。

92. 如果委员会决定保留第19条，建议按照目前的表述保留该条。或者委员会也可以接受奥地利的批评意见，将该条分为两句。这样该文案如下：

“船舶船员的国籍国有权为船员实行外交保护。船舶国籍国〔船旗国？〕在国际不法行为给船舶造成损害致使船员受到伤害时，〔同样？〕可以代表船员寻求补救，而不论其国籍为何。”

特别报告员倾向于采用原案文，因为他怀疑原案文是否可以按照奥地利的解释来理解。

## 第二章

### 受害国民获得赔偿的权利

93. 目前的条款草案仅涉及求偿的国籍和用尽当地救济。条款草案不涉及外交保护的主要规则，即规范外国人待遇的规则。它们也不涉及外交保护的后果。委员会在2004年和2005年第五十六届和第五十七届会议上都对条款草案的有限范围进行了辩论，并核准了这一范围。委员会决定不涉及外交保护的后果，其理由是，这一主题的多个方面已经在国家对国际不法行为的责任条款及其详尽评注中涉及。<sup>192</sup> 然而，外交保护后果有一个方面，即求偿成功的国家是否有义务向受害国民支付其可能获得的赔偿，在国家对国际不法行为的责任条款中并未得到考虑。有人对条款草案提出批评，认为条款草案错失了通过逐渐发展确认这一规则的机会。<sup>193</sup> 法国代表在2005年10月24日第六委员会上发言指出，特别报告员给出的关于不必涉及外交保护的后果的理由并没有充分的说服力。即使外交保护是一般责任法的一种例外，一国是否必须向受害个人支付本国通过实行外交保护获得的金钱赔偿，仍是一个根本问题。<sup>194</sup>

奥地利在提交委员会的评论中也提出了相似的看法：

<sup>192</sup> 《2001年……年鉴》，第二卷（第二部分），第100至第128页，第28至第39条。

<sup>193</sup> Milano, 前引文，第108页。另见Gaja, “Droits des États …”, 第69页。

<sup>194</sup> 见《大会正式记录，第六十届会议，第六委员会》，第11次会议，第73段。

特别值得考虑的另一个问题是其权利受到保护的个人与行使外交保护权利的国家间的关系。考虑这个问题还有助于处理实行外交保护的结果和个人获得该结果的问题。当然，一方面可认为这是一国与其国民间关系的问题；另一方面，应确保为其利益提出求偿的受损害个人应从外交保护的实行中得益。<sup>195</sup>

经过考虑，特别报告员认为委员会应该审议这一问题，即便是在最后一刻。

94. 马夫罗马蒂斯在巴勒斯坦的特许权案中的规则似乎规定，求偿国在代表受害国民提出求偿而可能得到的赔偿的支付方面具有绝对的自由裁量权。如果一如规则所称，“一国出面处理其臣民的案件，……实际上是在主张该国自身的权利”，并成为“唯一的求偿者”，<sup>196</sup> 那么从逻辑上讲，很难为了个人的利益而提出在解决求偿或所得赔偿的支付方面对国家加以任何制约。由于国家具有“充分的行动自由”，<sup>197</sup> 国家无需为受害国民的损害争取

<sup>195</sup> A/CN.4/561 和 Add.1-2 号文件（见上文脚注3），一般性评论。

<sup>196</sup> 见上文脚注4。

<sup>197</sup> 在巴塞罗那电车公司案中，国际法院宣布：

“在是否给予保护、给予何种程度的保护、何时终止保护方面，国家必须被视为唯一的决定者。在这方面，国家保留自由裁量权，而是否行使自由裁量权可能由与具体案件无关的政治或其他性质的考虑因素决定。由于国家的求偿不同于诉讼是由获得支持的个人或公司的求偿，国家享有充分的行动自由\*。”

（《1970年国际法院汇编》（见上文脚注61），第44页）。



充分赔偿。相反，国家可以商定赔偿部分损害的办法；这种情况经常发生。这意味着在实践中，个人所得赔偿可能仅为求偿额的百分之十。<sup>198</sup> 在1998年订立的法俄协定中，自然人和法人的金钱赔偿权中有99%被放弃。<sup>199</sup> 1994年，马德里高级法院驳回了国民就摩洛哥与西班牙达成一次总付协定之事提出的诉讼，裁定赔偿少于损害额的做法已为国际实践所允许。<sup>200</sup>

95. 委员会接受了马夫罗马蒂斯在巴勒斯坦的特许权案的规则作为条款草案的基础。出于对这一裁决的尊重，委员会拒绝了以下建议，即国家有义务为因违反强行法规而受到损害的国民实行外交保护。在另一方面，马夫罗马蒂斯案的逻辑并不一定适当。持续国籍规则和用尽当地救济要求削弱了马夫罗马蒂斯案的逻辑，表明对国民造成的损害并不一定给求偿国以外交保护的權利。在所主张的损害的评估中，马夫罗马蒂斯案的逻辑并没有得到一致采用，因为赔偿通常是根据个人所受损害计算的。这一点在霍茹夫工厂案中得到了常设国际法院的承认，<sup>201</sup> 现在已经被认为是习惯国际法的一条规则。<sup>202</sup> 莫雷利法官在巴塞罗那电车公司案中认识到这一法律情况的反常现象，他指出：

即使在赔偿案件中，赔偿数额须以私人所受损害确定，但是国际赔偿的支付对象总是国家而非私人。<sup>203</sup>

<sup>198</sup> Geck, "Diplomatic protection", 第1058页; Bederman, "Interim report on 'Lump sum agreements and diplomatic protection'"; Lillich, "The United States-Hungarian Claims Agreement of 1973"; Lillich and Weston, *International Claims: Their Settlement by Lump Sum Agreements*.

<sup>199</sup> Carreau, *Droit International*, 第462页, 第1118段。

<sup>200</sup> Pastor Ridruejo, "La pratique espagnole de la protection diplomatique", 第112页。

<sup>201</sup> 霍茹夫工厂案，案情实质，1928年第13号判决，《常设国际法院汇编》，A辑，第17号，第28页：“因此，个人遭受的损害总是不同于国家遭受的损害；只能提供一个方便的比例来计算应向国家支付的赔偿。”杜波伊斯就此判决意见发表的评论见“La distinction entre le droit de l'État réclayant et le droit du ressortissant dans la protection diplomatique (à propos de l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 14 juin 1977)”，第624页。

<sup>202</sup> Bollecker-Stern, *Le Préjudice dans la théorie de la responsabilité Internationale*, 第98页。

<sup>203</sup> 《1970年国际法院汇编》（见上文脚注61），第223页。

如果所受损害将根据“私人所受损害确定”，看来求偿国有义务就此事向受害个人了解情况，这表明国家在求偿方面并没有充分的行动自由。

96. 这一方面的国家实践相互矛盾。虽然国际和国内的司法裁决都强调，受害国民无权对国家所得赔偿提出任何主张，但是其他国内机制显示，国家承认它们在向受害国民支付所得赔偿方面具有某种义务。

97. 在第五号行政裁决案中，美国-德国混合索赔委员会确认了国家具有广泛的自由裁量权：

在行使这种控制方面，[国家]不仅要顾及有关索赔人的利益，还要顾及全体国民更大的利益；在确定索赔要求的提出和推动，或撤回或妥协的时间和方式上必须不受限制地行使自由裁量权，而私人所有者则将接受这种行动的约束。即使求偿国在裁决执行中得到赔偿的支付，国家对得到和持有的赔偿金具有充分的控制权，并且为预防欺诈、纠正错误或保护国家声誉，也可以选择将金额返还支付赔偿国或以其他方式处置\*。<sup>204</sup>

各国法院采取了相似的立场。<sup>205</sup>

#### (a) 联合王国

在民间战争索赔案<sup>206</sup>中，索赔人向国王要求得到德国根据《凡尔赛和约》就第一次世界大战造成的损害向联合王国政府支付的赔偿的一部分。根据判决，除非已经明确宣布，否则国王在与另一外国元首谈判条约时以受托人或代理人的身份代表国民行事有违其主权地位。条约没有如此规定。相反，条约留待两国政府，即两国和两国国民，来确定赔偿金的分配方式。这项裁决最近在罗荷出口有限公司诉出口信用保险部案<sup>207</sup>中得到了确认。

<sup>204</sup> 第五号行政裁决案（见上文脚注62），第152页。

<sup>205</sup> 见Jennings and Watts, 前引书，第539页。

<sup>206</sup> 民间战争索赔协会诉英王案，House of Lords, Law Reports (1932), 第14页。另见拉斯托姆吉诉英女王案（1876年）1 Q.B.D., 第487页。

<sup>207</sup> All England Law Reports [1996] 4 All ER, 第687页；

“(3) 根据国际法，当国王支持（例如作为外国国家或外国国民的债权人的国民的）求偿并提供外交保护（例如谈判一项规定向国王支付赔偿，供向其国民进行

## (b) 美国

美国法律规定：“因国际裁决或和解而从外国政府得到的任何款项属美国所有”，<sup>208</sup> 赔偿的分配根据国会的决定进行：

根据美国最高法院裁决的案件，似乎已经确定，因美国公民求偿得到和解而从外国政府得到的款项为美国的国家款项；就严格的法律权利而言，求偿人对所得款项没有任何留置权；国会也没有任何法律义务从某项基金的收益中对求偿进行支付，虽然在道义上\* 政府无疑有义务将赔偿金分配给受害人。<sup>209</sup>

## (c) 法国

在法国，外交保护仍然是“政府行为”——法律不能及的最后一个堡垒——传统上赔偿分配程序不受司法监督。<sup>210</sup>

98. 尽管上述说法都声称国家具有绝对的权利，可随意分配所得赔偿，但是有关在这种情况下国家的正常做法是向受害个人支付所得赔偿的论点也不鲜见。比如，盖克认为：“求偿国通常把被告国支

分配的条约)时，国王是以自己的名义维护了自己保护国民的权利……

“(4) (除下文(5)另有规定外,)在缔结这项条约和履行这项条约下的义务时，国王并不作为国民的代理人或受托人行事；不论条约作出何种规定，并且(在我看来)不论条约支付具有何种性质，根据这种条约向联合王国进行的支付，由国王以主权身份收取并成为国家的绝对财产……

“……

“(6) 根据英国法律，国王保留所得支付款的权利不受条约条款的影响，也不受条约中任何有关分配的条款的影响。条约的条款既不影响，也不限制国王收取这种支付的主权性质……英国法律规定，在履行条约的规定方面，国王没有法律义务或衡平法义务，至多只有道德义务。如果国王没有履行这一义务，只能求助于议会或(在与外国政府的案件中)国际诉讼……

“(7) 国王在对根据条约所得支付款进行分配时，可以确定其支付赔偿的性质并划拨赔款。”

<sup>208</sup> American Law Institute, *Restatement of the Law Third: Foreign Relations Law of the United States*, 第 902 段, 第 348 至第 349 页。

<sup>209</sup> *Distribution of the Aslop Award by the Secretary of State* (1912), 国务院法官 J. 鲁宾·克拉克的意见, 引述见 Hackworth, 前引书, 第 766 页。

<sup>210</sup> Bollecker-Stern, 前引书, 第 108 页。

付的赔偿转交给受害个人。”<sup>211</sup> 哈佛法学院编制的关于国家就对外国人造成的伤害的国际责任公约草案的评注也有相同的表述：“把所得赔偿转交给求偿个人是求偿国的正常做法……”<sup>212</sup> 为理解这种论点，有必要对各国就限制自由裁量权而采取的步骤进行审查。

99. 从 1950 年代起，各国开始对赔偿进行司法审查。法国、联合王国和美国分别成立了委员会，以处理第二次世界大战后从东欧国家得到的一次总付赔偿的分配问题。出现这一现象的原因是众多求偿人希望在被没收或收归国有的私人财产累积价值的微小的收益中争取得到自己的一份。赔偿分配成为一项极其微妙的事务，为此设立专门机构已成为明智之举。每个国家都设计了不同的程序。

## (a) 美国

第二次世界大战后，由于达成几个集体解决协定，1949 年美国根据同年的《国际索赔案件处理法》成立了国际索赔委员会，以处理一次总付协定的分配问题。这些协定是先后与南斯拉夫、巴拿马和其他实行国有化的人民民主国家订立的。1982 年，委员会更名为美国对外索赔案件处理委员会。委员会的职能是，根据有关的具体协议，采用“适用的国际法原则、公正和衡平原则”，对每项索赔进行审查，对其有效性及每个求偿人应得赔偿数额作出裁

<sup>211</sup> Geck, 前引文, 第 1057 页。

<sup>212</sup> Garcia-Amador, Sohn and Baxter, 前引书, 第 151 页。在第五号行政裁决案中，根据 1922 年 8 月 10 日协定设立的美德混合索赔委员会仲裁员表示：

“但是，如果为指定的国民提出要求并就这一要求获得赔偿裁决，有关的赔款不是国家资金，即收受国享有产权，没有任何义务向被代表提出索偿要求并得到赔偿，且作为索偿要求真正主人的私人求偿人作出说明。在一些案件中，可以发现容易出现这种解释的令人误解的概括性言论；这些案件中，法庭对就大量索赔提出要求的国家作出一次总付裁决和赔偿，而没有对每项索赔作出判决，也没有为任何指定的索偿要求分配具体数额。相信没有任何案例可证实：国际法庭对代表指定国民提出索偿要求的国家作出有利的判决，而收受赔款国在不存在欺诈和错误的情况下不愿就收到的赔偿全额向指定国民或以其名义提出要求的国民作出说明。就美国而言，国会似乎将因具体索偿要求向美国支付的款项视为以‘为美国公民或他人保管’的方式持有。”

(第五号行政裁决案(见上文脚注 62), 第 152 页)

定，把从外国政府得到的赔偿款项分配给求偿人。<sup>213</sup> 委员会具有半司法性质。所作裁决不得上诉。国家经常拨款，对从外国政府所得款项进行分配。因此，虽然赔偿所得款项为美国政府所有，但是国会通常向私人求偿人，特别是根据对一次总付赔偿协定进行分配的美国特别索赔委员会的裁判得到赔偿的个人支付赔偿。<sup>214</sup>

(b) 联合王国<sup>215</sup>

英国根据1950年《外国赔偿法》成立了外国赔偿委员会，以对因与捷克斯洛伐克、波兰和南斯拉夫订立的协议而得到的赔偿进行分配。委员会以适用国内法的普通法庭的形式运作。所适用的法律由枢密院令决定，而枢密院令也常常反映有关协议的条款。委员会的裁决不得上诉。

(c) 法国<sup>216</sup>

法国根据个案进行处理，从1951年起每项签订的协议，都由一个委员会负责对所得赔偿进行分配。处理始于俄国沙皇时代的俄国公债案债权人问题的委员会，是最近于1998年成立的。<sup>217</sup> 所作裁决一般不得上诉。虽然没有具体规定，但是委员会倾向采用包括条约法和习惯法在内的国际法。

100. 这些发展反映了国家的法律体制，因此并无重大意义。<sup>218</sup> 尽管如此，一些作者坚持认为这些发展对国际法产生了影响。<sup>219</sup>

101. 在决定如何分配赔偿的仲裁法庭的裁判中，可以找到国家自由裁量权受到侵蚀的进一步证

据。<sup>220</sup> 并且，1994年欧洲人权法院在博马丹诉法国案<sup>221</sup>中裁定，对赔偿作出规定的国际协定可能给受害人以可执行的获得赔偿权。

102. 虽然有些国内立法、司法裁决和学理主张限制国家扣留受害国民所得赔偿的绝对权利，但是很难认为这已经成为一种既定的惯例，也很难认为国家有义务限制自己的处置自由。公共政策、衡平法和对人权的尊重可能都支持限制国家返还赔偿的自由裁量权，但是这并不构成习惯国际法的规则。

103. 在这种情况下，建议委员会认真考虑就这一主题通过一条规定，作为一项逐渐发展工作。目前的条款草案几乎没有逐渐发展的内容。的确，一些答复国据此对条款草案提出了批评。就这一主题通过一条规定，将在外交保护中排除一项主要的不平等内容。请委员会审议下列建议：

“1. 在外交保护求偿的量化方面，国家应考虑本国为其实行外交保护的国民所受损害的物质和精神后果。[为此，国家应咨询受害国民。]”

评论：在很大程度上，这项规定只是编纂了现有实践。

“2. 国家因行使外交保护而从求偿得到全部或部分赔偿的，应当[应该][在扣除求偿费用后]把赔偿款转交本国为其提出求偿的国民。”

评论：在第2款中，委员会或许倾向于考虑采用“应该”(should)而非“应当”(shall)。这将产生一种有缺陷的国家义务。这种做法在国际法中已有先例。比如，《公海公约》第三条规定：“无海岸国家应该(should)\*可自由通达海洋，俾与沿海国家以平等地位享有海洋自由。”(《联合国海洋法公约》第一二五条规定：“内陆国应当(shall)\*有权出入海洋。”) ”

<sup>213</sup> Restatement of the Law Third (见上文脚注208)，第228至第229页，第713段。

<sup>214</sup> 同上，第349页，第902段。

<sup>215</sup> Berlia, “Contribution à l’étude de la nature de la protection diplomatique”, 第66至第68页。

<sup>216</sup> 同上。

<sup>217</sup> Carreau, 前引书，第484至第485页，第1172段。

<sup>218</sup> 同上，第485页，第1173段；J. 鲁宾·克拉克的意见(见上文脚注209)，第763页。

<sup>219</sup> 例如见 Berlia, 前引文，第70页。

<sup>220</sup> Bollecker-Stern, 前引书，第109页。

<sup>221</sup> 欧洲人权法院，《A辑：判决和裁决》，第296卷，博马丹诉法国案，1994年11月24日的判决，第50页。另见该法院的判例，Flauss, “Contentieux européen des droit de l’homme et protection diplomatique”，第829至第830页。



## 附件

## 2000年以来关于外交保护的文献目录

## 书籍

- Amerasinghe, Chittharanjan Felix  
*Local Remedies in International Law*. 2nd ed. Cambridge, Cambridge University Press, 2004. 445 p.
- Flauss, Jean-François, ed.  
*La protection diplomatique: mutations contemporaines et pratiques, nationales*. Brussels, Bruylant, 2003.
- Paulsson, Jan  
*Denial of Justice in International Law*. Cambridge, Cambridge University Press, 2005. 279 p.
- Storost, Christian  
*Diplomatischer Schutz durch EG und EU?* Berlin, Duncker & Humblot, 2005. 300 p.
- Tiburcio, Carmen  
*The Human Rights of Aliens under International and Comparative Law*. The Hague, Martinus Nijhoff, 2001. 318 p.
- “Regard actuel sur la protection diplomatique”, Liber Amicorum *Claude Reymond: Autour de l'arbitrage*. Paris, Éditions du Juris-Classeur, 2004, pp. 73-81.
- “L'arrêt AVENA et le sort judiciaire des droits individuels”, in Jürgen Bröhmer and others, eds., *Internationale Gemeinschaft und Menschenrechte: Festschrift für Georg Ress*. Carl Heymanns, 2005, pp. 55-62.
- Duchesne, Matthew S.  
“The continuous-nationality-of-claims principle: its historical development and current relevance to investor-State investment disputes”, *George Washington International Law Review*, vol. 36, No. 4, 2004, pp. 783-815.
- Dugard, John  
“Diplomatic protection and human rights: the draft articles of the International Law Commission”, *Australian Year book of International Law* (Canberra), vol. 24, 2005, pp. 75-91.
- Erasmus, Gerhard and Lyle Davidson  
“Do South Africans have a right to diplomatic protection?”, *South African Yearbook of International Law*, vol. 25, 2000, pp. 113-130.

## 文章

- Cafisch, Lucius  
“La pratique suisse de la protection diplomatique”, in Jean-François Flauss, ed., *La protection diplomatique: mutations contemporaines et pratiques nationales*. Brussels, Bruylant, 2003, pp. 73-86.
- Condorelli, Luigi  
“L'evolution du champ d'application de la protection diplomatique” in Jean-François Flauss, ed., *La protection diplomatique: mutations contemporaines et pratiques nationales*. Brussels, Bruylant, 2003, pp. 3-28.
- “La protection diplomatique et l'évolution de son domaine d'application actuelle”, *Rivista di Diritto Internazionale*, vol. LXXXVI, 2003, pp. 5-26.
- DEEN-RACSMÁNY, Zsuzsanna  
“Diplomatic protection and the *LaGrand* case”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 15, 2002, pp. 87-103.
- Dominicé, Christian  
“La prétention de la personne privée dans le système de la responsabilité internationale des Etats”, *Studi di Diritto Internazionale in Onore di Gaetano Arangio-Ruiz*. Naples, Editoriale Scientifica, 2004, pp. 729-745.
- Feria Tinta, Monica  
“Due process and the right to life in the context of the Vienna Convention on Consular Relations: arguing the *LaGrand* case”, *European Journal of International Law*, vol. 12, 2001, p. 363-366.
- Ferrari Bravo, Luigi  
“La pratique italienne de la protection diplomatique”, in Jean-François Flauss, ed., *La protection diplomatique: mutations contemporaines et pratiques nationales*. Brussels, Bruylant, 2003, pp. 87-91.
- Flauss, Jean-François  
“Protection diplomatique et protection internationale des droits de l'homme”, *Swiss Review of International and European Law*, vol. 13, 2003, pp. 1-37.
- “Vers un aggiornamento des conditions d'exercice de la protection diplomatique?”, in Jean-François Flauss, ed., *La protection diplomatique: mutations contemporaines et pratiques nationales*. Brussels, Bruylant, 2003, pp. 29-62.
- “Contentieux européen des droits de l'homme et protection diplomatique”, *Libertés, Justice, Tolérance: Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan*. Vol. I. Brussels, Bruylant, 2004, pp. 813-838.

- “Les contentieux des décisions de refus d’exercice de la protection diplomatique: à propos de l’arrêt du Tribunal fédéral suisse du 2 juillet 2004, Groupement X c./Conseil fédéral (1<sup>er</sup> Cour civile)”, *RGDIP*, vol. CIX, 2005, pp. 407-419.
- Forcese, Craig  
 “Shelter from the storm: rethinking diplomatic protection of dual nationals in modern international law”, *George Washington International Law Review*, vol. 37, No. 2, 2005, pp. 469-500.
- Gaja, Giorgio  
 “Droits des États et droits des individus dans le cadre de la protection diplomatique”, in Jean-François Flauss, ed., *La protection diplomatique: mutations contemporaines et pratiques nationales*. Brussels, Bruylant, 2003, pp. 63-69.
- “Is a State specially affected when its nationals’ human rights are infringed?”, in Lal Chand Vorah and others, eds., *Man’s Inhumanity to Man: Essays on International Law in Honour of Antonio Cassese*. The Hague, Kluwer, 2003, pp. 373-382.
- Hopkins, Kevin  
 “Diplomatic protection and the South African Constitution: does a South African citizen have an enforceable constitutional claim against the government?”, *SA Public Law*, vol. 16, Nos. 1-2, 2001, pp. 387-395.
- Iovane, Massimo  
 “The activity of the International Law Commission during its 55<sup>th</sup> session”, *Italian Yearbook of International Law*, vol. XIII, 2003, pp. 171-188.
- Kooijmans, Pieter H.  
 “Is the right to diplomatic protection a human right?”, *Studi di Diritto Internazionale in Onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, Naples, Editoriale Scientifica, 2004, pp. 1975-1984.
- Künzli, Annemarieke  
 “Case concerning Mexican nationals”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 18, 2005, pp. 49-64.
- “Exercising diplomatic protection: the fine line between litigation, démarches and consular assistance”, *Heidelberg Journal of International Law*, vol. 66, 2006, pp. 321-350.
- Malenovsky, Jiri  
 “La pratique de la protection diplomatique dans les P.E.C.O., en République Tchèque en particulier”, in Jean-François Flauss, ed., *La protection diplomatique: mutations contemporaines et pratiques nationales*. Brussels, Bruylant, 2003, pp. 93-107.
- Milano, Enrico  
 “Diplomatic protection and human rights before the International Court of Justice: re-fashioning tradition?”, *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. XXXV, 2004, pp. 85-142.
- Pastor Ridruejo, José  
 “La pratique espagnole de la protection diplomatique”, in Jean-François Flauss, ed., *La Protection Diplomatique: mutations contemporaines et pratiques nationales*. Brussels, Bruylant, 2003, pp. 109-113.
- Paulsson, Jan  
 “Continuous nationality in *Loewen*”, *Arbitration International*, vol. 20, No. 2, 2004, pp. 213-215.
- Pellet, Alain  
 “‘Human rightism’ and international law”, *Italian Yearbook of International Law*, vol. X, 2000, pp. 3-16.
- Pinto, Mónica  
 “De la protection diplomatique à la protection des droits de l’homme”, *RGDIP*, vol. CVI, 2002, pp. 513-547.
- Puissochet, Jean-Pierre  
 “La pratique française de la protection diplomatique”, in Jean-François Flauss, ed., *La protection diplomatique: mutations contemporaines et pratiques nationales*. Brussels, Bruylant, 2003, pp. 115-120.
- Ress, Georg  
 “La pratique allemande de la protection diplomatique” in Jean-François Flauss, ed., *La protection diplomatique: mutations contemporaines et pratiques nationales*. Brussels, Bruylant, 2003, pp. 121-151.
- Santulli, Carlo  
 “Travaux de la Commission du droit international”, *Annuaire français de droit international* (Paris), vol. XLVI, 2000, pp. 424-427; vol. XLVII, 2001, pp. 369-378; vol. XLVIII, 2002, pp. 561-564; vol. XLIX, 2003, pp. 442-446.
- “Entre protection diplomatique et action directe--la représentation: éléments épars du statut international des sujets internes”, *Colloque du Mans: Le Sujet en Droit International*. Paris, Pedone, 2005, pp. 85-98.
- Schermers, Henry G.  
 “Exhaustion of domestic remedies”, in Nisuke Ando and others, eds., *Liber Amicorum: Judge Shigeru Oda*. Vol. 2. The Hague, Kluwer, 2002, pp. 947-975.
- Spiermann, Ole  
 “The *LaGrand* case and the individual as a subject of international law”, *Austrian Journal of Public and International Law*, vol. 58, 2003, pp. 197-221.
- Storost, Christian  
 “Der Fall Abbasi: Wegbereiter eines gemeineuropäischen Anspruchs auf diplomatischen Schutz?”, *Archiv des Völkerrechts*, vol. 42, 2004, pp. 411-424.



Warbick, Colin and Dominic McGoldrick eds.

“Current developments: public international law”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 51, part 3, July 2002, pp. 723-733.

Wittich, Stephan

“Direct injury and the incidence of the local remedies rule”, *Austrian Review of International and European Law*, vol. 5, 2000, pp. 121-187.

Zieck, Marjoleine

“Codification of the law on diplomatic protection: the first eight draft articles”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 14, 2001, pp. 209-232.



# A/CN.4/561 和 Add.1-2 号文件

## 从各国政府收到的评论和意见

[原文: 阿拉伯文/英文/法文/西班牙文/俄文]

[2006年1月27日、4月3日和12日]

### 目 录

	段 次	页 次
本报告引用的多边文书 .....		40
本报告引用的著作 .....		40
导言 .....	1-3	41
从各国政府收到的评论和意见 .....		42
一般性评论 .....		42
奥地利 .....		42
比利时 .....		42
萨尔瓦多 .....		42
意大利 .....		43
墨西哥 .....		43
荷兰 .....		43
挪威, 代表北欧国家(丹麦、芬兰、冰岛、挪威和瑞典) .....		43
巴拿马 .....		43
大不列颠及北爱尔兰联合王国 .....		44
乌兹别克斯坦 .....		44
<b>第一部分 一般规定</b>		
条款草案第1条 定义和范围 .....		44
奥地利 .....		44
比利时 .....		44
危地马拉 .....		44
意大利 .....		44
荷兰 .....		45
巴拿马 .....		45
乌兹别克斯坦 .....		45
条款草案第2条 实行外交保护的权力 .....		45
奥地利 .....		45
萨尔瓦多 .....		45
意大利 .....		45
荷兰 .....		46
大不列颠及北爱尔兰联合王国 .....		46
<b>第二部分 国籍</b>		
摩洛哥 .....		47

第一章 一般原则 .....	47
条款草案第3条 国籍国的保护 .....	47
奥地利 .....	47
荷兰 .....	47
大不列颠及北爱尔兰联合王国 .....	47
第二章 自然人 .....	47
条款草案第4条 自然人的国籍国 .....	47
奥地利 .....	47
比利时 .....	47
萨尔瓦多 .....	48
卡塔尔 .....	48
大不列颠及北爱尔兰联合王国 .....	48
乌兹别克斯坦 .....	48
条款草案第5条 持续的国籍 .....	48
奥地利 .....	48
比利时 .....	48
萨尔瓦多 .....	48
危地马拉 .....	49
荷兰 .....	49
挪威, 代表北欧国家(丹麦、芬兰、冰岛、挪威和瑞典) .....	49
卡塔尔 .....	49
大不列颠及北爱尔兰联合王国 .....	49
美利坚合众国 .....	50
乌兹别克斯坦 .....	52
条款草案第6条 多重国籍和针对第三国的求偿 .....	52
奥地利 .....	52
比利时 .....	52
萨尔瓦多 .....	52
危地马拉 .....	52
卡塔尔 .....	52
大不列颠及北爱尔兰联合王国 .....	53
乌兹别克斯坦 .....	53
条款草案第7条 多重国籍和针对国籍国的求偿 .....	53
奥地利 .....	53
比利时 .....	53
萨尔瓦多 .....	53
意大利 .....	53
摩洛哥 .....	54
挪威, 代表北欧国家(丹麦、芬兰、冰岛、挪威和瑞典) .....	54
卡塔尔 .....	54
大不列颠及北爱尔兰联合王国 .....	54
乌兹别克斯坦 .....	54

条款草案第8条 无国籍人和难民 .....	54
奥地利 .....	54
比利时 .....	54
萨尔瓦多 .....	55
危地马拉 .....	55
摩洛哥 .....	55
荷兰 .....	55
挪威, 代表北欧国家(丹麦、芬兰、冰岛、挪威和瑞典) .....	55
巴拿马 .....	55
卡塔尔 .....	55
大不列颠及北爱尔兰联合王国 .....	56
美利坚合众国 .....	56
乌兹别克斯坦 .....	56
<b>第三章 法人</b> .....	56
条款草案第9条 公司的国籍国 .....	56
奥地利 .....	56
萨尔瓦多 .....	56
危地马拉 .....	56
意大利 .....	57
墨西哥 .....	57
摩洛哥 .....	58
荷兰 .....	58
卡塔尔 .....	58
大不列颠及北爱尔兰联合王国 .....	58
乌兹别克斯坦 .....	58
条款草案第10条 公司的持续国籍 .....	58
奥地利 .....	58
荷兰 .....	58
挪威, 代表北欧国家(丹麦、芬兰、冰岛、挪威和瑞典) .....	58
大不列颠及北爱尔兰联合王国 .....	59
美利坚合众国 .....	59
乌兹别克斯坦 .....	59
条款草案第11条 股东的保护 .....	59
挪威, 代表北欧国家(丹麦、芬兰、冰岛、挪威和瑞典) .....	59
大不列颠及北爱尔兰联合王国 .....	60
(a) 项 .....	60
奥地利 .....	60
萨尔瓦多 .....	60
挪威, 代表北欧国家(丹麦、芬兰、冰岛、挪威和瑞典) .....	60
大不列颠及北爱尔兰联合王国 .....	60
美利坚合众国 .....	60
(b) 项 .....	61



奥地利 .....	61
比利时 .....	61
荷兰 .....	61
挪威, 代表北欧国家(丹麦、芬兰、冰岛、挪威和瑞典) .....	61
大不列颠及北爱尔兰联合王国 .....	61
美利坚合众国 .....	61
乌兹别克斯坦 .....	62
条款草案第12条 对股东的直接损害 .....	62
大不列颠及北爱尔兰联合王国 .....	62
美利坚合众国 .....	62
条款草案第13条 其他法人 .....	62
奥地利 .....	62
萨尔瓦多 .....	62
危地马拉 .....	62
荷兰 .....	63
卡塔尔 .....	63
大不列颠及北爱尔兰联合王国 .....	63

### 第三部分 当地救济

条款草案第14条 用尽当地救济 .....	63
墨西哥 .....	63
荷兰 .....	63
第1款 .....	63
奥地利 .....	63
美利坚合众国 .....	63
乌兹别克斯坦 .....	64
第2款 .....	64
奥地利 .....	64
墨西哥 .....	64
乌兹别克斯坦 .....	65
条款草案第15条 求偿的类别 .....	65
奥地利 .....	65
大不列颠及北爱尔兰联合王国 .....	65
条款草案第16条 当地救济规则的例外 .....	65
萨尔瓦多 .....	65
墨西哥 .....	65
乌兹别克斯坦 .....	65
(a) 项 .....	66
奥地利 .....	66
意大利 .....	66
卡塔尔 .....	66
大不列颠及北爱尔兰联合王国 .....	66

美利坚合众国 .....	66
乌兹别克斯坦 .....	67
(b) 项 .....	67
意大利 .....	67
卡塔尔 .....	68
大不列颠及北爱尔兰联合王国 .....	68
(c) 项 .....	68
奥地利 .....	68
意大利 .....	68
荷兰 .....	69
卡塔尔 .....	69
大不列颠及北爱尔兰联合王国 .....	69
美利坚合众国 .....	69
(d) 项 .....	70
危地马拉 .....	70
摩洛哥 .....	70
卡塔尔 .....	70
大不列颠及北爱尔兰联合王国 .....	70
乌兹别克斯坦 .....	70
<b>第四部分 杂项规定</b>	
乌兹别克斯坦 .....	70
条款草案第 17 条 外交保护以外的行动或程序 .....	70
奥地利 .....	70
萨尔瓦多 .....	70
意大利 .....	71
荷兰 .....	71
卡塔尔 .....	71
大不列颠及北爱尔兰联合王国 .....	71
乌兹别克斯坦 .....	71
条款草案第 18 条 特别条约条款 .....	72
奥地利 .....	72
萨尔瓦多 .....	72
摩洛哥 .....	72
卡塔尔 .....	72
大不列颠及北爱尔兰联合王国 .....	72
条款草案第 19 条 船员 .....	72
奥地利 .....	72
比利时 .....	72
墨西哥 .....	72
荷兰 .....	72
挪威, 代表北欧国家(丹麦、芬兰、冰岛、挪威和瑞典) .....	73

大不列颠及北爱尔兰联合王国 .....	73
美利坚合众国 .....	73
其他评论和建议 .....	73
荷兰 .....	73
美利坚合众国 .....	74
乌兹别克斯坦 .....	74
关于最后形式的评论 .....	74
挪威, 代表北欧国家(丹麦、芬兰、冰岛、挪威和瑞典) .....	74
附件: 大不列颠及北爱尔兰联合王国国际索赔的适用规则 .....	75

### 本报告引用的多边文书

#### 来 源

《关于国籍法冲突的若干问题的公约》[英](1930年4月12日, 海牙)	国际联盟,《条约汇编》,第179卷,第4137号,第89页。
《关于难民地位的公约》[英](1951年7月28日,日内瓦)	联合国,《条约汇编》,第189卷,第2545号,第137页。
《关于难民地位的议定书》[英](1967年1月31日,纽约)	同上,第606卷,第8791号,第267页。
《建立欧洲共同体条约》合订本[英](1957年3月25日,罗马), 经2001年2月26日《尼斯条约》[英]修正	《欧洲联盟条约》合订本,《欧洲共同体公报》,第C325号,第45卷(2002年12月24日)。
《维也纳外交关系公约》(1961年4月18日,维也纳)	联合国,《条约汇编》,第500卷,第7310号,第95页。
《维也纳领事关系公约》(1963年4月24日,维也纳)	同上,第596卷,第8638号,第261页。
《公民及政治权利国际公约》[旧译《公民及政治权利国际盟约》] (1966年12月16日,纽约)	同上,第999卷,第14668号,第171页。
《维也纳条约法公约》(1969年5月23日,维也纳)	同上,第1155卷,第18232号,第331页。
《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。
《欧洲联盟条约》[英](1992年2月7日,马斯特里赫特)	同上,第1757卷,第30615号,第3页。

### 本报告引用的著作

Amerasinghe, Chittharanjan Felix <i>Local Remedies in International Law</i> . 2nd ed. Cambridge, Cambridge University Press, 2004. 445 p.	Brownlie, Ian <i>Principles of Public International Law</i> . 6th ed. Oxford, Oxford University Press, 2003.
American Law Institute <i>Restatement of the Law Third: Foreign Relations Law of the United States</i> . Vol. 2. St. Paul, Minn., American Law Institute, 1987.	Feller, A. H. <i>The Mexican Claims Commissions, 1923–1934: A Study in the Law and Procedure of International Tribunals</i> . New York, Macmillan, 1935. 572 p.
Borchard, Edwin M. <i>The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or the Law of International Claims</i> . New York, Banks Law Publishing Co., 1919. 988 p.	Fletcher, William Meade <i>Fletcher Cyclopedia of the Law of Private Corporations</i> . Rev. vol. by Jennifer L. Berger and Carol A. Jones. Vol. 16 A. West, Thomson, 2003.

- García-Amador, F. V., Louis B. Sohn and R. R. Baxter  
*Recent Codification of the Law of State Responsibility for Injuries to Aliens*. Dobbs Ferry, New York, Oceana, 1974. 402 p.
- Grossfeld, Bernhard  
“Management and control of marketable share companies”, in Alfred Conard and Detlev Vagts, eds., *International Encyclopedia of Comparative Law*. Vol. XIII: *Business and Private Organizations*. Tübingen, Mohr Siebeck, 1973.
- Hackworth, Green Haywood  
*Digest of International Law*. Vol. V. Washington, D.C., United States Government Printing Office, 1943. 851 p.
- Jennings, Sir Robert and Sir Arthur Watts, eds.  
*Oppenheim's International Law*. 9th ed. Vol I: Peace. Introduction and part 1. Harlow, Longman, 1992. 554 p.
- Jones, Mervyn  
“Claims on behalf of nationals who are shareholders in foreign companies”, *British Year Book of International Law*, 1949, vol. 26.
- La Pradelle, A. DE and Jacques Politis  
*Recueil des arbitrages internationaux*. Vol. III. Paris, Éditions Internationales, 1954.
- Moore, John Bassett  
*History and Digest of the International Arbitrations to which the United States has been a Party*. Vol. II. Washington, D.C., Government Printing Office, 1898.
- A Digest of International Law*. Vol. VI. Washington, D.C., Government Printing Office, 1906.
- Nielsen, Fred K.  
*American and British Claims Arbitration: under the Special Agreement concluded between the United States and Great Britain (18 August 1910)*. Washington, D.C., Government Printing Office, 1926.
- Ralston, Jackson H.  
*The Law and Procedure of International Tribunals*. Rev. ed. Stanford University, California, Stanford University Press, 1926. 512 p.
- Schwarzenberger, Georg  
*International Law*. Vol. I: *International Law as applied by International Courts and Tribunals*. 2nd ed. London, Stevens, 1949.
- Sinclair, I. M.  
“Nationality of claims: British practice”, *British Year Book of International Law*, 1950, vol. 27, pp. 125–144.
- Whiteman, Marjorie M.  
*Digest of International Law*. Vol. 8. Washington, D.C., United States Government Printing Office, 1967.

## 导言

1. 国际法委员会在2004年举行的第五十六届会议上完成了关于外交保护的一套共19条的条款草案的一读。<sup>1</sup> 委员会随后根据其规约第16条和第21条，决定经由秘书长把条款草案转递各国政府，以供各国政府提出评论和意见，并要求于2006年1月1日以前向秘书长提交评论和意见。秘书处2004年10月19日发出照会，邀请各国政府于2006年1月1日以前提交书面评论。

2. 2004年12月2日，大会通过了题为“国际法委员会第五十六届会议工作报告”的第59/41

号决议，其中除其他外，提请各国政府注意必须向委员会提出本国意见，特别是就涉及外交保护的条款草案和评注提出意见。大会在2005年11月23日第60/22号决议中再次提请各国政府注意此事项。

3. 截至2006年4月12日，以下14个国家提交了书面评论：奥地利、比利时、萨尔瓦多、危地马拉、意大利、墨西哥、摩洛哥、荷兰、挪威（代表北欧国家丹麦、芬兰、冰岛、挪威和瑞典）、巴拿马、卡塔尔、大不列颠及北爱尔兰联合王国、美利坚合众国和乌兹别克斯坦。它们的评论按条款次序转载于下文中。

<sup>1</sup> 见《2004年……年鉴》，第二卷（第二部分），第24页，第59段。这些条款及其评注转载于第60段。



## 从各国政府收到的评论和意见

### 一般性评论

#### 奥地利

1. 外交保护法无疑是一个适宜编纂的国际法传统专题。它符合有必要如此做的所有条件。当然，鉴于人权制度的产生，可能有人怀疑这个法律制度在国际法方面多大程度上仍然发挥重大作用。不过，实践显示，即便在国际法院最近审理的案件中，外交保护对保护个人仍是至关重要的。

2. 奥地利赞赏委员会的做法，把条款草案归结为基本规则和着重有关外交保护的次要规范；任何其他做法，例如尝试界定违反实体法的行为，必然将面临无法克服的困难。因此，奥地利主张排除任何关于拒绝司法的条款草案，因为这涉及主要法规。用尽当地救济的义务必须与国家提供诉讼权的义务区分开来。奥地利也赞同委员会的意见，即条款草案不处理卡尔沃条款的问题，也不涉及洁手原则。这两个条款似乎都没有获得普遍接受。

3. 看来，委员会只着重于外交保护的一个方面，即一国为其国民提出某些主张的权利。不过该权利为其他国家接受一国提出的主张的相应义务所平衡。关于外交保护的法律制度还规定一国接受另一国这种干预的条件。这种见解无疑使该法律制度显得清楚，反映出其不同的方面，这是委员会的案文没有充分考虑到的。

4. 值得商榷的是，其他问题是否也应列入该专题，例如国际组织实行外交保护的权力，尤其是考虑到有关船旗国相关权利的条款草案。最初，奥地利主张对这一专题范围进行此类扩大。不过，国际组织的法律结构仍然构成重大问题，这可从国际组织责任的问题中看到。基于这个理由，似乎较宜只以国家为主，以便实现一个可管控的法律制度。但这种限制不应理解为不承认最终必须着手处理国际组织的问题，因为在国际关系中，甚至在保护个人方面，国际组织发挥着越来越大的作用。

5. 特别值得考虑的另一个问题是其权利受到保护的个人与行使外交保护权利的国家间的关系。也可考虑处理实行外交保护的结果和个人获得该结果途径的问题。当然，一方面可认为这是一国与其国民关系的问题；另一方面，应确保为其利益提出主张的受损害个人应从外交保护的实行中得益。

#### 比利时

比利时谨指出，它认为委员会一读通过了一套很有用的外交保护条款草案，并认为外交保护是产生于国际条约法和习惯国际法的一系列保护人权和基本自由的机制之一，其中一些规定了任何国家均有权为权利受侵犯的任何个人（包括非国民）进行干预。

#### 萨尔瓦多

1. 萨尔瓦多认为，应当把条款草案所设想的外交保护范围与《维也纳外交关系公约》和《维也纳领事关系公约》所指的明确区分开来。否则，由于委员会正在着手国际法在这方面的编纂和逐渐发展，萨尔瓦多认为需要适当考虑到《维也纳外交关系公约》和《维也纳领事关系公约》的相关规定，特别是后一公约第三十六条的规定，其中提到向在另一国被拘留的国民提供领事保护，并保证这些国民获得适当程序。由于该规定很重要，若干美洲国家间机构（比如，美洲人权法院 OC-16/99 号咨询意见<sup>2</sup>）和国际机构（比如，国际法院在阿韦纳和其他墨西哥国民案中的判决<sup>3</sup>）都发表了咨询意见。

2. 萨尔瓦多提出上述各点，是因为根据条款草案第1条有关外交保护的定义，这种保护范围限于一国以自身的名义认可本国国民的事由，并根据有关条款草案实行外交保护的情况，这可被解释为《维

<sup>2</sup> 在正当法律程序保障框架内获得领事协助信息的权利案，第 OC-16/99 号咨询意见，美洲人权法院，A 辑，第 16 号（1999 年）。

<sup>3</sup> 阿韦纳和其他墨西哥国民案（墨西哥诉美利坚合众国），判决，《2004 年国际法院汇编》，第 38 页，第 45 至第 47 段。

也纳领事关系公约》规定的一些领事职能将被排除，因可能出现一国以自身的名义不认可为本国国民的事由的情况。

3. 鉴于上述内容，萨尔瓦多认为必须牢记在国际一级，应当区分外交保护概念与国际法有关保护个人的其他概念，特别是在人权领域内要求国家履行确切义务（即强行法和普遍适用）的概念。

### 意大利

意大利祝贺委员会开展了工作，并赞成委员会在拟定条款草案方面所采取的办法。

### 墨西哥

1. 墨西哥过去已经指出，外交保护在墨西哥外交政策中是高度优先关注的重大事项。因此，墨西哥非常注意委员会条款草案的发展。虽然，总的来说，墨西哥认为条款草案可予接受，但想要突出说明与条款草案第9条、第14条、第16条和第19条有关的几点（见下文）。

2. 根据关于外交保护的现有条款草案，墨西哥想要重申就洁手原则作出的评论。委员会在条款草案第1条中规定，外交保护是指一国针对其国民因另一国国际不法行为而受的损害，以国家的名义为该国民采取外交行动或其他和平解决手段。

3. 根据该规定，墨西哥认为如果某人须对或推定须对在国外发生的应受谴责的行为负责，其国籍国可因此不幸情况，决定不实行外交保护。不过，这不是说“洁手”是一国实行外交保护的必要条件。因此，墨西哥欢迎委员会作出把该专题从条款草案中删除的决定。

### 荷兰

1. 荷兰总体上支持该条款草案并赞扬委员会迄今的工作。

2. 荷兰注意到委员会特别报告员约翰·杜加尔德先生在其第一次报告中已在人权保护的范围内提及外交保护；他在该报告中说，“外交保护仍然是人

权保护武库中的重要武器”。<sup>4</sup> 特别报告员还在其第五次报告说，“有关外交保护的惯国际法规则已经过数世纪的演变，它们与最新的人权保护原则相辅相成，最终服务于一个共同的目标——保护人权”。<sup>5</sup> 荷兰完全同意特别报告员所表达的立场。

3. 从这个视角来看，荷兰对条款草案和评注都没有详加考虑外交保护这一方面的互补性感到遗憾。一些条款草案的写法符合目前对人权的保护和国际法的其他发展。荷兰认为现有的条款草案没有为逐渐发展提供充分的要素或范围。荷兰关于条款草案案文（如条款草案第3条）的几项建议是基于下述一般性方法的。

4. 荷兰希望进一步的讨论将促使委员会较密切注意个人的立场。

5. 荷兰赞同特别报告员关于洁手原则的结论。

### 挪威，代表北欧国家

（丹麦、芬兰、冰岛、挪威和瑞典）

1. 北欧国家对整套条款草案总体上感到满意。

2. 北欧国家支持所采用的办法，但前提是国家有权利而不是责任实行外交保护。此外，它们强调外交保护原则和规则不妨害领事保护法和其他适用的国际法规则，包括有关海洋法的规则。

3. 此外，北欧国家注意到委员会多数委员有关洁手原则的意见和赞同不应把这项原则纳入条款草案的意见。

### 巴拿马

1. 巴拿马认为，条款草案的规定充分涵盖了外交保护作为确保为一国国民所受损害寻求补救的机制，传统上这个专题处理的问题。条款草案详细处理了关于求偿的国籍问题和用尽当地救济的规则。

<sup>4</sup> 《2000年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/506和Add.1号文件，第246至第247页，第32段。

<sup>5</sup> 《2004年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/538号文件，第76至第77页，第37段。

2. 因此，巴拿马支持草案着重以最传统和典型的方式编纂有关实行外交保护的条件的习惯规则。基于该理由，它不涵盖由其他规则、体制和程序规定的职能保护和其他保护类别。

3. 巴拿马同意委员会的意见，条款草案的一般规定应保留对主要规则和次要规则的区分，后者涉及实行外交保护的情形和实行的先决条件。因此，巴拿马认为草案的目的不是处理外交保护的效力问题，所以，它不包括赔偿规则的适用问题。

#### 大不列颠及北爱尔兰联合王国

1. 联合王国重申支持委员会有关外交保护的工作。条款草案的大部分内容已有大量既定的国家惯例。

2. 联合王国同意委员会的决定，即目前的外交保护审查并不是对将赋予国际组织的职能保护进

行任何审查的适当场合。本条款草案旨在不损害一国可能拥有的为本国侨民实行领事保护的任何权利；但联合王国认为，这一点应在条款草案本身，或至少在评注中更明确地说明。

#### 乌兹别克斯坦

1. 乌兹别克斯坦认为关于外交保护的条款草案使长期以来一种相当广泛的做法，即为外国管辖下的产业及其他资本进行“政治游说”的做法合法化。条款草案所遵循的原则是：在一国可以实行外交保护之前，必须先用尽当地救济。因此，乌兹别克斯坦认为，关于外交保护的条款草案是协调目前个别采用的做法的手段。

2. 条款草案必须明确界定在另一国的不法行为造成损害的情况下，缔约国在实行外交保护方面的权利、义务和责任。

### 第一部分

#### 一般规定

#### 条款草案第1条 定义和范围

##### 奥地利

条款草案第1条的主旨是可以接受的。然而，尽管“外交行动”似乎没有一个普遍接受的含义，但有必要明确某些行为，如领事馆的保护措施，并不在这一术语范围之内。

##### 比利时

条款草案第1条将外交保护定义为一国“针对其国民因另一国国际不法行为而受的损害”，以国家的名义为该国民采取的行动。这是外交保护很广义的解释。比利时提议，此分句改写如下：“针对其国民因另一国的国际不法行为而受的损害……由此正式对该另一国的国际责任提出质疑”。这样的澄清使各国能够采用严格的外交保护框架以外的非正式程序。

#### 危地马拉

关于条款草案第1条评注第(7)段，如果外交人员或领事人员在一国境内行使其职能，但该国未履行《维也纳外交关系公约》和《维也纳领事关系公约》有关条款要求其对该等人员履行的义务，则显然外交保护规则不适用于此等情形。这一点在条款草案第15条评注第(4)段的最后一句中得到了确认。但危地马拉认为，外交保护应适用于该国对该等人员在该等人员行使职能范围之外以及上述条款草案适用范围以外造成的损害。例如，危地马拉认为，外交保护应适用于无偿没收被派驻该国的外交官员个人所拥有财产的情况。

#### 意大利

1. 意大利认为，条款草案第1条在界定“外交保护”的概念及其应用范围时，采用了过于传统的措辞，尤其是提到一国“以国家的名义为该国

民……”。这一措辞不仅暗示外交保护权只属于实行此种保护的国家，而且暗示，国际不法行为所损害的权利也只属于同一国家。然而，后一概念在现行国际法中已不再准确了。国际法院在拉格朗案<sup>6</sup>和阿韦纳和其他墨西哥国民案<sup>7</sup>中认定，在对待外国人方面违背国际准则，可能会同时构成对国籍国权利和个人权利的侵犯。美洲人权法院在 OC-16/99 号咨询意见中也得出了同样的结论。<sup>8</sup>

2. 因此，意大利建议修改条款草案第1条，以便更清楚地编撰现行国际法。不妨采用以下的新措辞（摘自阿韦纳案，第40段）：

“外交保护是指一国声称其自身权利及其国民的权利因另一国的国际不法行为导致该国民受到损害而受侵犯时，该国为该国民采取外交行动或其他和平解决手段。”

应当注意到，这一措辞没有改变实行外交保护之权利属于国家的基本概念。

### 荷兰

1. 条款草案排除了领事协助。这项排除也许应在评注中明确指出。

2. 条款草案区分了“外交行动”和“其他和平解决手段”。但具体条款草案是与其中之一有关还是与二者均有关，却并不明确。荷兰建议评注应指出若干条款草案只与“其他和平解决手段”有关。

3. 根据条款草案第1条评注第(2)段，实行外交保护前必须已有“不法行为”发生。评注可以指出，在这些条款草案框架之外，一国在“不法行为”实际发生前，自然地拥有多种其他备选办法，以采取必要措施保护其臣民。

4. 荷兰认为，“其国民”一词限制性太强，因为条款草案的范围在后来被扩大了。因此，评注中应加进一句话，明确条款草案第1条并无排除条款草案第8条之意。

### 巴拿马

关于谁有权实行外交保护及这样做的可能性的问题，巴拿马认为重要的一点是，必须明确这种权利属于国家，而一国实行外交保护的合法权益源于该国与因另一国的不法行为而受损害的受害人之间的国籍联系。因此，巴拿马认为适宜在条款草案第1条中加进有关规定，说明一国在诉诸外交保护时可采取的正当、和平手段，以及在该规定中区分两种程序，即外交行动与其他和平解决手段。

### 乌兹别克斯坦

[俄文本]条款草案第1条使用了“法人国籍”一语，这是不可接受的，因为国籍是自然人而非法人的属性。国家是在历史中形成的具有共同语言、民族特性和独特文化的人的群体形式。因此，在这方面，将“法人国籍”的说法修改为“法人起源国”看来更合适，以表明法人的设立地国。

### 条款草案第2条 实行外交保护的权力

#### 奥地利

虽然确定外交保护为国家的一项权利一事经常是讨论的话题——因为国家通过其国民而受到损害只是一种拟制——但条款草案第2条没有引起任何重大争议。它反映了这方面的长期做法。

#### 萨尔瓦多

（见上文一般性评论。）

#### 意大利

1. 意大利认为，实行外交保护的权力通常只属于国家，国际法既没有规定受害个人有权从其国家获得外交保护，也没有规定其国家具有相应的义务。然而，从国际法的逐渐发展角度而言，在某些特定

<sup>6</sup> 拉格朗案（德国诉美利坚合众国），判决，《2001年国际法院汇编》，第494页，第77段。

<sup>7</sup> 阿韦纳和其他墨西哥国民案（墨西哥诉美利坚合众国），判决，《2004年国际法院汇编》，第35页，第40段。另见《国际法律资料》，第43卷（2004年），第581页。

<sup>8</sup> 在正当法律程序保障框架内获得领事协助信息的权利案，OC-16/99号咨询意见，美洲人权法院，A辑，第16号（1999年），第80至第84段。



和十分有限的情况下，当对基本价值观的保护涉及人格尊严并且国际社会全体公认处于危急关头时，此项规则应有例外。

2. 特别报告员约翰·杜加尔德先生采用上述办法，提出了在违反强行法规则情形下一项类似的例外。与此形成对照的是，意大利坚持认为，在下列情况下，条款草案第2条应当列入一项更准确、更有限的例外：*(a)* 在基本人权，更准确地说，在生命权受到严重侵犯时，以及在禁止酷刑和不人道或有损人格的待遇或处罚、禁止奴隶制以及禁止种族歧视方面；以及*(b)* 此外，发生这些侵权行为后，如果受害个人不可能求助于能提供赔偿的国际司法或准司法机关。如果同时具有这两项条件，国籍国就应有义务实行外交保护，帮助受害个人，在它拒不实行外交保护时，还有提供有效国内救济、帮助受害个人的附属义务。

3. 在上述例外情形下，关于人权的某些国际基本规则（当然具有强行法的性质）也赋予个人权利，违反这些规则（这牵涉到十分严重的国家责任）也就侵犯了个人权利，这两个实际情况必然会影响到国籍国与受害个人之间的关系，从而会对有关外交保护的次要规则产生影响。人们还应当考虑到这样的情况：在这些例外和剩余的情形下，外交保护乃是个人唯一可用的救济，如果国籍国加以拒绝，就会损害到整个国际社会强烈主张保护的人格尊严基本原则。

4. 所以，意大利建议条款草案第2条增加两款，措辞可以如下：

“2. 虽有第1款的规定，但一国在下列情形下，在法律上有义务应要求为受害人实行外交保护：

“(a) 如果伤害的起因是严重违反对于保护人而言至为重要的一项国际义务，如保护生命权、禁止酷刑或不人道或有损人格的待遇或处罚、以及禁止奴隶制和种族歧视，而此违反行为可归咎于另一国。

“(b) 此外，如果受害人不能就此伤害向主管的国际法院或法庭或准司法当局提出求偿。

“3. 在第2款所述情形下，各国在义务在其国内法中规定在主管国内法院或在其他独立的国内当局强制执行个人获得外交保护的权力。”

#### 荷兰

条款草案第2条评注第(3)段说明：“一国实行外交保护的权力只能够根据本条款的规定行使。”但这些限制到底是什么却不明确。荷兰认为，鉴于条款草案第2条的措辞，应删除或明确第(3)段。

#### 大不列颠及北爱尔兰联合王国

联合王国欢迎委员会将外交保护定性为国家没有义务行使的一项国家权利。它也同意，每一个国家在不违背本国法律的情况下，对如何实行外交保护保留自由裁量权（如有）。没有义务行使这一点也在条款草案第2条、第3条和第8条的评注中说明。

## 第二部分

## 国籍

## 摩洛哥

对于规定国籍问题的条款草案，委员会宜在二读审议这些条款草案时将国家在这方面的做法考虑在内。

## 第一章 一般原则

## 条款草案第3条 国籍国的保护

## 奥地利

条款草案第3条规定受害人与实行外交保护的国家之间的国籍联系要求这项基本规则，反映了一项基本谅解，因此没有引起重大问题。

## 荷兰

1. 荷兰提议第1款重新拟订如下：“国籍国是**有权**实行外交保护的国家。”这样更强调了个人的角度。

2. 此外，重要的一点是从欧洲（即欧洲联盟）公民身份的角度看待条款草案第3条。虽然目前没有理由对这一点作更为具体的规定，但未来的发展难以预料。

（另见上文一般性评论。）

## 大不列颠及北爱尔兰联合王国

条款草案第3条重申了一项习惯国际法规则，即**有权**实行外交保护的国家是受害人的国籍国。但联合王国不同意第3条第2款中的规则例外反映了习惯国际法；这点在第8条得到进一步讨论。

（另见上文对条款草案第2条的评论。）

## 第二章 自然人

## 条款草案第4条 自然人的国籍国

## 奥地利

1. 对条款草案第4条的理解应有所保留，因为国籍不是通过国家继承而获得的，而是国家继承产生的后果。一般而言，国籍是通过有关国家的法律规定而获得的。这类法律可用本条款草案所列的事实之一作为获得国籍的决定性标准。在国家继承的情况下，可适用不同的标准授予国籍，这从委员会在这方面的工作即可以看出。因此提议相应地重新拟订条款草案第4条。

2. 在这方面，奥地利想提出一个条款草案看来没有处理的问题。近年来，逐渐形成了一种做法，即国家将实行外交保护和领事保护的**权利**委托其他国家行使。这种做法的最好例证就是《欧洲联盟条约》第8c条。<sup>9</sup>根据该条规定，如果国籍国在接受国未设代表，则国籍国之外的欧洲联盟成员国可以实行这种保护。当然，有人也许会主张这并非真正的外交保护；但是，按照条款草案第1条目前的措辞，这种情形当然在该条定义的范围之内。因此，要么必须明确条款草案不涉及此类保护，要么条款草案就应处理这个问题。但目前在这方面，条款草案没有明确的指示。

## 比利时

比利时认为，条款草案不要求拥有**求偿国**的有效国籍，但是根据条款草案第7条，若对国籍国提出**求偿**，那么**求偿国**国籍必须优于**被告国**国籍。比利时注意到这方面的进展，特别是诺特博姆案的

<sup>9</sup> 其后成为《建立欧洲共同体条约》合订本第20条。

判决,<sup>10</sup>但担心“挑选国籍”现象增加。为尽量降低这一风险,评注可提及在没有真正国籍联系的情况下,被告国有权对实行外交保护之举提出质疑,但应当理解为求偿国负有举证责任。

(另见下文对条款草案第7条的评论。)

### 萨尔瓦多

应当考虑国际私法学理中奉行的国籍原则,因为必须确定双重国籍、多重国籍或无国籍人士引起的国籍的积极冲突和消极冲突中的关系问题。萨尔瓦多因此认为,条款草案第4条应当区分出生国籍(无论是依据出生地主义还是血统主义)和通过入籍取得的国籍。

### 卡塔尔

这一条款草案不仅清晰,而且相当明确,因为它确认国家拥有绝对的权利依其国内法确定谁有资格取得其国籍。这与国际法中阐明的“应由各国按照本国法律自行决定谁是其国民”<sup>11</sup>的观点是一致的。

### 大不列颠及北爱尔兰联合王国

条款草案第4条载有为人们普遍接受的国际法中赋予国籍的依据。联合王国同意条款草案第4条的含义,即主要由国籍国按本国国内法确定视哪些个人为国民。该国的国际索赔适用规则(见本报告的附件)要求,受害方必须是联合王国国民,联合王国才能代表他或她提出求偿。但是,联合王国不另外要求索赔人与国籍国之间存在“有效联系”。它支持委员会的结论,即国际法院在诺特博姆案<sup>12</sup>中没打算确定一项普遍适用的规则,关于有效或真正联系的要求在其他情况下不一定适用。

<sup>10</sup> 诺特博姆案,第二阶段,判决,《1955年国际法院汇编》,第4页。

<sup>11</sup> 《关于国籍法冲突的若干问题的公约》[英],第1条。

<sup>12</sup> 诺特博姆案,第二阶段,判决,《1955年国际法院汇编》,第4页。

### 乌兹别克斯坦

条款草案第4条指出了获得国籍的方法,并规定这些方法必须与国际法一致。但看来有必要指出,确立国籍取得程序的是国内法而非国际法。因此,获得国籍的方法必须符合有关国家的国内法。这些评论也涉及条款草案第5条第2款。

### 条款草案第5条 持续的国籍

#### 奥地利

关于条款草案第5条,奥地利赞同草案此条的总体内容。但是,必须牢记,有时可能很难证明国籍的获得方式不违反国际法。此条款草案的措辞同条款草案第1条所给的定义有不一致之处:条款草案第5条提到“提出求偿”,这意味着采用比较正式甚至是司法的程序,而条款草案第1条对外交保护的定义则比较笼统,不仅指提出求偿,还包括其他行为。应当加以统一。

#### 比利时

1. 关于第1款,具体地说,即是否必须在受害和提交求偿之间保持国籍这一未决问题,比利时认为,缺乏持续国籍对实行外交保护的权利没有任何影响,条件是受损害时有该国国籍,提交求偿时(也)有该国国籍。

2. 此外,比利时感到遗憾的是,国家继承与外交保护之间关系的问题没有处理,就连条款草案第5条和第7条的评注也未提及。应讨论两种情况:

(a) 被继承国希望对一个非自愿获得继承国国籍、但未丧失被继承国国籍的国民实行外交保护,条件是被继承国国籍占主导地位的情况;

(b) 继承国希望对一个非自愿保留被继承国国籍的国民行使外交保护,条件是继承国国籍占主导地位的情况。

### 萨尔瓦多

尽管条款草案第5条没有提到持续国籍的基本规则,但是萨尔瓦多仍对第2款有所顾虑。它认为,

国籍的改变问题应得到更明确的阐述，以确保不偏离此条款草案第1款规定的基本规则。

### 危地马拉

(见下文对条款草案第8条的评论。)

### 荷兰

1. 荷兰赞同草案此条款中作出的规定，因为该规定试图保护个人的地位。至于国际投资争端解决中心对洛温案的裁决可否作为修正条款草案第5条的理由，荷兰进行了研究。洛温案的裁决第225段内容如下：

“求偿者 TLGI [洛温集团公司] 坚称，既然在求偿发生之时和在求偿提出之前它已具备必要的国籍，那么目前的实际有关当事方（即求偿受益人）是美国公民这一点并不重要。但不管从历史上的还是当前的国际先例来看，这种论点都是站不住脚的。在国际法术语中，自引起求偿的事件发生之日（起算日）至求偿解决之日（终止日），求偿者必须有持续的国民身份。”<sup>13</sup>

2. 然而荷兰也怀疑洛温案能否真正反映法律的现状。另外，在牵涉第三国的案件中适用该条规则，则可能产生不良后果。下面举一个假想的情形为例：假定卢森堡对一个荷兰籍的个人采取行动，对此人造成损害。然后荷兰决定实行外交保护，但在法院或仲裁员作出判决前，此人失去了荷兰国籍并获得德国国籍。在这种情况下，如果适用洛温案的标准，那么荷兰和德国就都无法实行“充分”的外交保护。

3. 最好能够将第3款中的“不得……实行”改为“不可……实行”，因为用“不可”一词更符合一国在实行外交保护时的自由裁量权。而且，条款草案第7条和第14条中都使用了“不可”的字眼。另外，草案其他各条中使用了“发生的损害”，而此处却使用了“受/受到的损害”。建议对文字加以统一。

### 挪威，代表北欧国家 (丹麦、芬兰、冰岛、挪威和瑞典)

条款草案第5条规定，实行外交保护的一个条件就是持续国籍。问题是，这一条件是否在争端解决或作出裁决或判决之日前始终适用，而非仅在正式提交求偿之前适用。但在实践中，争端解决的确切时间是很难确定的。因此，北欧国家赞同委员会选用的办法，即一国可对在损害之时为其国民并在正式提交求偿之日也为其国民的人实行外交保护。

### 卡塔尔

1. 卡塔尔支持的持续国籍规则是，一国有权对自受到损害之时至正式提交求偿或最多至求偿裁定之时始终为其国民的人实行外交保护。不过，在此类情形中某人改变国籍的少数情况并不能作为条款草案第5条第2款的理由，因为不能以某种罕见的情况为由排除对所有情况适用该法律原则，特别是对在拟订这些条款草案过程中设想的情况适用该法律原则。

2. 卡塔尔之所以强调这一点，是因为它希望防止个人试图改换一个国际影响力更大的国家的国籍。而采用持续国籍的原则便可杜绝这一可能性，使得外交保护原则的实施规则更具可信度。

### 大不列颠及北爱尔兰联合王国

1. 条款草案第5条第1款符合习惯国际法，因为它要求求偿人在受到损害之日和提交求偿日是国民。联合王国的索赔规则（见本报告的附件）要求求偿人从受到损害之日到提交求偿日一直是国民；不过，实践中只需证明在受到损害之日和求偿日具有国籍即可。

2. 条款草案第5条第2款将改变现行习惯国际法规定。联合王国自身的索赔规则（见本报告的附件）允许联合王国接受在受到损害之日后不再是或才成为其国民者的求偿。联合王国若决定在这种情况下提出求偿，一般只会与先前或之后的国籍国一起提出。联合王国认为，必须维护求偿的持续国籍规则，以防求偿人将国籍改为更可能代表他或她提出求偿的国家的国籍。所以，联合王国欢迎在条款

<sup>13</sup> 洛温集团公司诉美利坚合众国案，《国际投资争端解决中心报告》，第7卷(Cambridge, Grotius, 2005)，第485页。另见《国际法律资料》，第42卷(2003年)，第847页。



草案第5条第2款中，作为防止未来求偿人可能操纵求偿规则的必要条件，纳入丧失国籍和为与求偿无关的原因获得国籍的条件。

### 美利坚合众国

1. 条款草案第5条第1款规定，一人必须在受到损害之日和在正式提交求偿之日皆为某国国民，该国才有权就该国民的求偿对其实行外交保护。该条款草案所附的评注解释说，受到损害之日与发生损害行为之日通常是同一天。评注还指出，“提交求偿之日是实行外交保护的国家第一次提出正式要求之日”。<sup>14</sup> 至于是否必须在求偿发生之日和提出求偿之日之间持续保有国籍，草案此条没有就此问题作出规定。

2. 条款草案第5条第2款规定持续国籍规则的例外情况，即寻求外交保护的人已丧失原国籍，其获得另一国国籍的原因与求偿无关，且新国籍是以不违反国际法的方式取得的。条款草案第5条第3款又对这一例外加以限制，即不允许就此人在仍是原籍国国民时受到的损害向原国籍国提出求偿。草案的评注部分解释说，这些规则的目的是为了允许为因国家继承、收养或婚姻而失去原国籍的人提出求偿。

3. 条款草案第10条第1款规定，享受一国外交保护的公司在“受到损害之时”必须是该国国民，并在“正式提交求偿之日”也是其国民。至于是否必须在求偿发生之日和提出求偿之日之间持续保有国籍，草案此条也没有就此问题作出规定。

4. 美国认为，上述条款草案并未准确反映习惯国际法，也没有严格针对条款草案寻求实现的目标来进行拟订。因此，它强烈要求将条款草案第5条第1款修改如下：

“一国仅有权对从受到损害之日至求偿得到解决之日一直是该国或其被继承国国民的人实行外交保护。”

同样，条款草案第10条第1款应表述为：

<sup>14</sup> 《2004年……年鉴》，第二卷（第二部分），第30页，第5条评注第(4)段。

“一国仅有权对从受到损害之日至求偿得到解决之日一直是该国或其被继承国国民的公司实行外交保护。”

5. 上述修订建议同委员会的草案有四点重要不同之处，解释如下。首先，在拟议的这两条条款草案中，都提出增加一个“仅”字，以明确上述条款将外交保护的范限于有关国民满足持续国籍条件的求偿之内。第二，持续国籍条件的终止日期应描述为“求偿得到解决之日”，以便草案符合习惯国际法。第三，国籍从引起求偿的事件发生之日至求偿得到解决之日应当持续不变，以便草案同此条规则的传统提法之间统一。第四，建议通过确认主张外交保护的权也随国家继承而转移，以简单直接地解决国家继承造成的国籍变化的影响，从而不必再作出条款草案第5条第2款关于这一问题的规定；至于条款草案第5条第2款所述的其他几个方面，也没有应予处理的足够理由，因此不应保留。促使作出这些提议的关注点将在下文一一详述。

6. 第一，条款草案第5条第1款和第10条第1款都意图将条款草案第2条和第3条中所述的外交保护权限定于满足持续国籍条件的人提出的求偿。增加一个“仅”字对实现这一目的是必要的，反之，则不能明确这两条旨在限制条款草案第2条和第3条的范围。

7. 第二，美国质疑条款草案第5条和第10条中的国籍条件的终止时间。草案所附的评注提出，尽管国籍条件或许会直至解决之日，但“实际上，这种情况发生的可能性很小”<sup>15</sup>，因此采用“提交求偿之日”<sup>16</sup>作为国籍条件的终止时间。然而，据美国所知，有八项仲裁裁决及通过外交渠道提交的求偿案都提出并解决过在求偿提交至求偿得到解决之间国籍变化之效力的问题。<sup>17</sup> 在每一案例中，求偿人或

<sup>15</sup> 《2004年……年鉴》，第二卷（第二部分），第30页，第5条评注第(5)段。

<sup>16</sup> 同上。

<sup>17</sup> 见 Hackworth, *Digest of International Law*, 第五卷，第805页，在此案中，美国索赔人埃比尼泽·巴斯托在其向日本政府提交求偿后死亡。美国拒绝继续支持该求偿，因为死者的妻子，即该项求偿的新所有者，是日本人；明妮·史蒂文斯·埃绍齐耶（大不列颠）诉墨西哥合众国案（1931年6月24日），《国际仲裁裁决汇编》（出售品编号：1952.V.3），第五卷，第207页，前英国国民的求偿遭到驳回，因为此人在



提交求偿所代表的人都是在向被告国正式提交求偿之后并在求偿最后解决之前改变了国籍。<sup>18</sup> 在所有这些案例中，一经得知求偿变成为非求偿国国民进行主张之后，有关的国际求偿便被驳回或撤销。最近在洛温案中，仲裁法庭确认了这一原则，指出：“以国际法的术语说，自引起求偿的事件发生之日……至求偿解决之日，求偿者必须有持续的国民身份。”<sup>19</sup>

提出求偿后因婚姻而成为美国公民；玛利亚·瓜达卢普案（未公布）（法国-墨西哥委员会 1931 年），有关论述见 Feller, *The Mexican Claims Commissions, 1923-1934: A Study in the Law and Procedure of International Tribunals*, 第 97 页（法庭驳回了求偿，因为“不仅在提交求偿后，而且在具体求偿被作为可接受项目列入 1930 年《法国和墨西哥补充公约》后”，索赔者失去其法国国籍）；邦希登案，即西属摩洛哥的英国财产案（西班牙诉大不列颠）（1925 年 5 月 1 日），《国际仲裁裁决汇编》，第二卷（出售品编号：1949.V.1），第 706 页（求偿被驳回，因为索赔人在英国向西班牙发出第一份关于求偿的意见交涉书之后便失去了受保护的地位：“求偿必须保持国民身份直至判决之时，或至少保持到有关辩论结束之时”）（英文译文见 *Annual Digest of Public International Law Cases, years 1923 to 1924* (London, Longmans, Green, 1933), 第 189 页；F. 莱德勒（已故）遗产执行人诉德国政府案，*Recueil des Décisions des Tribunaux Arbitraux Mixtes institués par les Traités de Paix*, vol. III (Paris, Sirey, 1924), 第 762 和第 765 页（英-德混合仲裁法庭 1923 年）（英国的索赔人在求偿通知发出后死亡，而其受益人都是德国人，求偿因此被驳回；如果允许此种救济，则“不符合《条约》的精神，因为那便等于是……让德国向德国国民支付”（第 770 页）；F. H. 雷德沃德等（大不列颠）诉美国案（夏威夷索赔案）（1925 年 11 月 10 日），《国际仲裁裁决汇编》，第六卷（出售品编号：1955.V.3）；报告另见 Nielson, *American and British Claims Arbitration*。在仲裁法庭（大不列颠-美国）受理的夏威夷索赔案中，英国政府自愿撤回三项求偿，因为在求偿首次提出时和诉状递交之日之间的十四年中，“求偿人已经获得美国国籍”（同上，第 30 页）；肖邦案，《国际仲裁裁决汇编》，第十卷（出售品编号：1955.V.3），第 68 页（*French and American Claims Commission, 1880-1884*, 第 60 卷，*Records of Claims*（该求偿于 1864 年 8 月 30 日由法国通过外交渠道正式提交，1883 年 5 月 24 日又因请求驳回其中一名受益人的求偿而撤回，因为该受益人在求偿提出后因婚姻而成为美国国民））；Report of Robert S. Hale, Esq., *Papers relating to the Treaty of Washington*, 第六卷 (Washington, D.C., Government Printing Office, 1874), 第 14 页（美-英索赔委员会的代理人报告称，委员会一致认为，格里布案的求偿人不具备英国臣民的地位，因为他“在提交诉状之前已经宣布打算[寻求美国公民身份]……并在委员会审结求偿案之前完成了入籍程序，因而在其提出求偿理由之时他已是美国公民”）。

<sup>18</sup> 尽管在所举的大多数案例中，出现的都是受保护的国民成为被告国国民的情况，但在至少一个案例中，受保护的国民成为了第三国国民。在明妮·史蒂文斯·埃绍齐耶案中，联合王国向墨西哥提出求偿，但当受保护的国民在求偿提交后和获得解决前成为美国公民时，求偿被驳回（见上文脚注 17）。

<sup>19</sup> 洛温集团公司诉美利坚合众国案，《国际投资争端解决中心报告》，第 7 卷 (Cambridge, Grotius, 2005), 第 485 页，第 225 段。另见《国际法律资料》，第 42 卷（2003 年），第 847 页。

8. 上述案例证明了一个明确的习惯国际法规则。在上述每一案例中，求偿的驳回或撤回反映了法律义务感。在由仲裁法庭裁决的每一案例中，解决问题的依据都是习惯国际法，而不是某一条约的具体条款。而在每一个求偿被撤回的案件中，撤回求偿的结果是，求偿国不向其指称实施了国际不法行为的被告国获取赔偿。简而言之，这些案例反映了一贯的国家实践。另外，从政策上来说，这一规则也是比较可取的，因为它避免了被告国为一个已不再与求偿国有法律关系的人所受的损害而向求偿国赔偿。条款草案第 5 条第 1 款和条款草案第 10 条第 1 款应作修改，以反映此条国际法规则。

9. 第三，美国认为，条款草案第 5 条第 1 款应作修改，规定从受到损害之日至求偿得到解决之日必须保持持续国籍。美国认识到委员会的一点关切，即适用这一规则的实践有限，但是它的建议是以大多数学者及国际裁判机构所采用的关于持续国籍条件的习惯措辞为依据。正如上文所述，法庭在洛温案中对这一国籍条件的定义是“自引起求偿的事件发生之日……至求偿解决之日……有持续的\*国民身份”。<sup>20</sup> 除与实践保持一致，还要考虑的一个因素是，若拟订了一条持续国籍条件而后又不要求将国籍的持续不断作为该条件的内容，则会造成严重混乱。因此，美国敦促委员会对条款草案第 5 条第 1 款加以修改，使其与学者及各法庭对该规则的习惯描述一致。

10. 最后，美国也知道因国家继承引起的持续国籍条件问题，国家继承的确会导致指定国籍的变化。然而，美国认为，外交保护权随国家继承而转移，在此种情形中，获得外交保护的权力不应被当作一般条件的例外情况。因此，它建议将条款草案

<sup>20</sup> 同上。审理洛温案的仲裁庭绝不是唯一采用这一提法的法庭或学者。例如，布朗利就表示，按照持续国籍条件的规则，索赔人必须从受损害之日起直至求偿获得解决之日为止，“持续不断地”作为求偿国的国民，其求偿才能受到该国保护（*Principles of Public International Law*, 第 483 页）。同样，加西亚-阿马多、索恩和巴克斯表示，“外交实践以及国际判例法的主导观点”要求，“受害人在损害产生之时必须是其国民，并保持\*其国籍直至求偿获得裁决”（*Recent Codification of the Law of State Responsibility for Injuries to Aliens*, 第 82 页）。另见 Ralston, *The Law and Procedure of International Tribunals*, 第 188 至第 189 页（批评法国-美国索赔委员会未能在法国代表一国民提出的某求偿中采用持续国籍的规则，此案中，该国民在求偿待决期间先成为美国国民而后又恢复法国国籍）。

第5条第2款删除。美国认为，可以在条款草案第5条第1款和条款草案第10条第1款中增加提及“被继承国”的文字，这是解决这一问题的最佳办法。采用这一建议办法可明确国家继承不造成持续国籍的中断，因为继承国保留为原是被继承国公民的本国公民的求偿情事实行保护的权力，前提是其他所有条件都得到满足。保留现在的条款草案第5条第3款可确保继承国不得支持其公民向其原国籍国提出求偿。

11. 虽然若按提出的建议对条款草案第5条第1款进行修改，可解决国家继承引起的问题，但是将条款草案第5条第2款删除则会遗漏因收养或因结婚而强制改变国籍者的求偿的外交保护问题。美国质疑此项规定的事实前提，因为其评注并没有列举任何规定因同外国人结婚或被外国人收养而必须丧失国籍的法律。另外，条款草案第5条第2款同外交保护的理論依据相矛盾。此款允许一国为一个受损害时是另一国国民的人所受的损害（因而所受损害仅影响另一国的国际法权利）实行外交保护。这与国家继承的情况截然不同，在国家继承的情形中，新国家继承了被继承国的国际法权利及义务，因而可以被认为国际法权利受到了侵害。鉴于上述原因，美国建议删除第2款。按照美国的建议修改，可在保留新成立的国家为其公民实行外交保护的权力的同时，避免允许各国就其他国家所受的损害实行外交保护。

#### 乌兹别克斯坦

（见上文对条款草案第4条的评论。）

建议在条款草案第5条和第10条中规定，国民或法人在受到损害之时和权利受侵害的问题获得裁决之时必须属于提交求偿的国家；这一规定将使此类当事方的权利得到明确保护。

#### 条款草案第6条 多重国籍和针对第三国的求偿

##### 奥地利

条款草案第6条第1款没有引起特别评论，而第2款则需要作出进一步评论。奥地利认为，这样一项规定没有必要，因为毫无疑问，两个或更多的国家

可以共同行使外交保护权。即使没有第2款中的规定，提交求偿所针对的国家也必须接受这种联合行动。真正的问题是，两个国家可能用不同的方式行使外交保护权。由于这个问题的复杂性，评注有意没有作出结论；然而，奥地利认为，一旦委员会涉及多重外交保护的可能性时，委员会就有探讨甚至更为复杂的问题和提出解决这些问题的办法的任务。否则，就最好不要讨论联合外交保护问题，因为这自然会引起刚才所说的各种问题。

##### 比利时

（见上文对条款草案第4条和第7条的评论。）

##### 萨尔瓦多

萨尔瓦多认为，案文应考虑到关于双重和多重国籍的国际私法规则，即国家必须尊重实际上使用的国籍的规则。这还涉及国际法院在诺特博姆案中的国际判例；该案确立了“有效国籍”的先例。<sup>21</sup>

##### 危地马拉

关于条款草案第6条评注第(4)段的最后一部分，希望能对所谈的“一般原则”作出说明：是些什么原则，或在哪儿可以找到这些原则？

##### 卡塔尔

1. 卡塔尔认为，为了使第2款更为明确清晰，也许需要对其进行审议，或是确定其中一国有保护的权力，或是提出标准以防止出现两个或两个以上国家分别提出求偿而可能引起的任何问题。这方面，卡塔尔建议如下：

“(a) 两个国籍国商定共同提出一项求偿；

“(b) 两个国籍国商定由其中一国提出求偿；

“(c) 只考虑主要[有效]国籍。”

<sup>21</sup> 诺特博姆案，第二阶段，判决，《1955年国际法院汇编》，第22页。

2. 这个做法符合 F. V. 加西亚 - 阿马多先生在提交委员会的关于国际责任的第三次报告中采取的办法；他在报告中说：“若外国人有双重或多重国籍，那么与该人具有比较有力和比较真实的法律或其他联系的一国才有权提出求偿。”<sup>22</sup>

### 大不列颠及北爱尔兰联合王国

条款草案第6条规定，在存在双重国籍的情况下，任一国籍国都可对除另一国籍国以外的任一国家行使外交保护权。这项规定可以超出现行习惯国际法的范围。联合王国可以受理任何具有双重国籍的个人的求偿，尽管在某些情况下，比较妥当的办法是与其他一个或多个国籍国共同受理，或完全由另一国籍国受理。拟议的规则有别于联合王国自己的条约义务，包括《关于国籍法冲突的若干问题的公约》第5条，该条款允许与该个人具有最密切联系的国家提出求偿。尽管没有说明联合王国将在什么情况下实行外交保护，但联合王国通常对一个持有联合王国签发的旅行证件在第三国旅行的双重国籍者只提供领事保护。

### 乌兹别克斯坦

#### 1. 条款草案第6条第1款的措辞应改为：

“与双重或多重国籍国民具有最密切联系的国家，可针对该国民的非国籍国对该国民实行外交保护。”

2. 这样的措辞有助于避免该人的国籍国为保护其权利而采取重复行动。

#### 条款草案第7条 多重国籍和针对国籍国的求偿

### 奥地利

在条款草案第7条中，委员会对双重国籍情况采用了逐渐发展的观点。虽然这种观点与条款草案第3条的规定（即取消关于真正联系的要求）不符，但奥地利赞成这项条款草案。

<sup>22</sup> 《1958年……年鉴》[英]，第二卷，A/CN.4/111号文件，第61页，第21条，第4款。

### 比利时

比利时认为，单是提供真实取得国籍的证据不能满足主要国籍的要求，而条款草案的评注似乎建议考虑这一点；该评注提及联合国赔偿委员会的做法，该委员会是安全理事会设立的，目的是对伊拉克占领科威特而造成的损失进行赔偿。比利时认为，委员会的做法合情合理，但是针对具体情况作出的考虑不全盘适用于外交保护。因此提到这种做法似乎不妥。

（见上文对条款草案第4条和第5条的评论。）

### 萨尔瓦多

萨尔瓦多对主要国籍（有效国籍）的范畴有一些意见。它认为，这个用语的范围非常广，可能导致非常主观的解释。

### 意大利

1. 意大利就一国针对另一国实行外交保护的可能性问题建议重新采用真正联系标准，而不用主要国籍标准。真正有效联系标准似乎更符合国际判例所概述的各项要素。<sup>23</sup>

2. 出于以上理由，意大利建议条款草案第7条的最后案文如下：

“一国国籍国可为同属另一国国民的人针对另一国籍国实行外交保护，条件是在发生损害之时和正式提交求偿之日，该人与前一国之间存在真正的联系。”

<sup>23</sup> 见国际法院1955年4月6日对诺特博姆案的裁决，第二阶段，判决，《1955年国际法院汇编》，第25至第26页；意大利—美国调解委员会对梅尔杰索赔案的裁决（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246至第247页，及《国际法报告》（1955年），第455页。另见伊朗—美国索赔法庭1983年3月29日分别对以下两案的裁决：第157号案，纳赛尔·埃斯法尼恩诉伊朗商业银行案，《Iran—United States Claims Tribunal Reports, vol. 2 (Cambridge, Grotius, 1984), 第166页起，和第211号案，阿塔乌拉·戈尔皮拉诉伊朗伊斯兰共和国政府案，同上，第174至第175页。



### 摩洛哥

1. 条款草案第7条中提出了主要国籍问题，但没有清楚地说明区分主要国籍和单纯国籍的标准。此外，这种在国籍方面划分等级的做法在一定程度上损害国家主权平等；而无论是在习惯法还是在成文法中，主权平等都是一项不变的原则。

2. 在此情况下，较审慎的做法是参照诺特博姆案中所述的有效国籍概念<sup>24</sup>，而非主要国籍概念；因为国际法中尚未确定主要国籍这个概念，它仍然是一种主观和含糊的表述。此一做法的好处是至少不会质疑国家主权平等原则，而且是国际法所认可的。

### 挪威，代表北欧国家

（丹麦、芬兰、冰岛、挪威和瑞典）

北欧国家大力支持委员会在条款草案第7条中采用的做法。就多重国籍而言，损害发生时和正式提交求偿之日均为“主要”国籍国的国家，应该有权针对有关人的另一国籍国实行外交保护。北欧国家认为，条款草案第7条使现有习惯国际法成为成文法。为了使这项规则充分明晰，还应说明，此规则对提供领事协助的可能性没有任何影响，因为领事协助不在外交保护法律的管辖范围内。

### 卡塔尔

卡塔尔认为，条款草案第7条与传统的外交保护概念有所不同；传统的外交保护基本上是由国籍国针对违反国际法的外国实行的。卡塔尔还认为，主要国籍的标准在这种情况下不适用，因为有关人的两个或两个以上的国籍国享有同等法律地位。

### 大不列颠及北爱尔兰联合王国

条款草案第7条阐明了一项国际法一般规则，即一个国家不支持一个具有双重国籍的人对另一个国籍国的求偿。如果被告国是第二个国籍国，联合王国通常不受理一个国民的求偿。但在例外情况下，它可以受理一个人对另一国籍国提出的求偿，条件是

被告国在导致损害的情况下，把这个人当作联合王国国民。但联合王国认为，条款草案第7条所列对“主要国籍”进行检验的说法需要进一步澄清。

### 乌兹别克斯坦

条款草案第7条使用“前一国的国籍均为该人的主要国籍”的用语。没有说明在什么情况下某国籍可能是主要国籍。显然，必须考虑到应依据一个国民与某个国家或另一国家相联系的程度（居住地点、工作等）来确定哪一个国籍是主要的。

### 条款草案第8条 无国籍人和难民

#### 奥地利

1. 鉴于难民人数不断增加，条款草案第8条特别重要。关于无国籍人，合法的惯常居所这一要求提出了较高的标准，但为了防止滥用这种权利，这种标准无疑是必要的。

2. 关于第2款所述的难民，可能有人要问，关于实行外交保护的条件是否太严格，因为不仅要求在实行外交保护的国家里有合法的惯常居所，并且要求该国承认此人为难民。有关的人合法居住在给予其难民地位的国家以外的另一国家完全是可能的事；在欧洲联盟内就可能发生这种情况。在这种情况下，难民将不能享有任何外交保护。因此，或许有人要问，在此人获得难民地位后，其合法的惯常居住国是否有权对其实行外交保护。

3. 与条款草案第8条的评注相反，奥地利从这样的假设出发：这项条款草案中所用的“难民”一词是《关于难民地位的公约》中的用语。不能期望一个国家对“难民”这个用语赋予两种不同的含义。还必须铭记，实行外交保护的权力的法律效力在于另一国家有义务接受根据这一法律权利提出的求偿。如果像评注那样让“难民”这个用语的意义不明确，就必然会引起各种问题，因为被求偿国将依赖求偿国使用的“难民”的定义。因此，最好对评注作出相应修改。

#### 比利时

1. 比利时认为，“难民”的概念应具备国际法赋予它的含义。

<sup>24</sup> 诺特博姆案，第二阶段，判决，《1955年国际法院汇编》，第22页。

2. 关于第3款, 根据对条款草案第1条的评论意见, 比利时认为, 倘若要保留对外交保护的广义解释, 该款就应当删除, 以便对难民的国籍国提出某些非正式的救济要求。否则, 第3款即对居住国的难民和该国国民造成不当区分。此外, 被要求提供保护的国家可以自由决定是否给予保护。

### 萨尔瓦多

这里使用的“难民”这个词的范围远远超过《关于难民地位的公约》及其《议定书》所规定的、而且得到普遍接受的定义。虽然萨尔瓦多不反对这种用法, 但应谨慎考虑, 因为这将构成新的定义, 须予正式提出, 并使其与该《公约》一致。

### 危地马拉

关于条款草案第8条第1至第2款, 危地马拉认为, 应针对下述情况, 对条款草案第5条第1款中确定的持续国籍规则作出例外规定: 分别根据条款草案第8条第1至第2款获得保护的无国籍人或难民在受到损害之时至正式提交求偿之日期间获得保护国的国籍, 但其情况不在条款草案第5条第2款所述的范围内。

### 摩洛哥

虽然这项条款不是习惯国际法或成文国际法的一部分, 而是代表国际法的逐渐发展, 但并没有造成真正的困难, 因为实际上, 这类人的地位时期有限。

### 荷兰

条款草案第8条是条款草案中少数逐渐发展的条款之一。荷兰认为该条款草案朝着正确的方向迈出了一步, 并赞赏委员会在评注第(7)段中陈述的理由。

### 挪威, 代表北欧国家

(丹麦、芬兰、冰岛、挪威和瑞典)

1. 北欧国家尤其感到高兴的是, 委员会草拟了关于在某些情况下为无国籍人和难民提供外交保护的条款。条款草案第8条不同于过去的观点, 即各

国应只为本国国民实行外交保护。能够为这些弱势群体提供外交保护, 极为重要。

2. 北欧国家支持条款草案第8条评注中灵活处理的办法, 根据这种办法, “难民”一词不一定只限于符合《关于难民地位的公约》及其《议定书》定义的人。评注让国家决定是否“向它认为并视为难民的任何人提供外交保护”。<sup>25</sup> 北欧国家的立场是, 一个国家可以向符合与行使外交保护的国家有领土联系这一要求的人提供外交保护, 只要该国认为这个人需要保护而不一定要正式符合难民地位的要求。

3. 关于所提议的时间方面的要求, 即有关无国籍人或难民必须在受到损害之时和正式提交求偿之日在实行外交保护的国家具有合法的惯常居所, 可能会产生一个具体问题。北欧国家认为, 这项要求似乎设下了过高的门槛。就需要有效外交保护而言, 在许多情况下, 损害实际上发生在有关人员进入实行外交保护的国家的领土之前。

4. 因此, 北欧国家建议考虑对提议的标准进行调整。在条款草案第8条中, 可考虑使用“合法居留”标准, 而不是“合法的惯常居所”标准。这是《关于难民地位的公约》中关于向难民签发旅行证件的第28条的确切措辞。

### 巴拿马

巴拿马认为, 在外交保护的框架内, 关于对无国籍人和难民的外交保护的条款草案第8条, 不仅适切合理, 并且实际有助于国际法的逐渐发展。确实, 对无国籍人和难民采用同样的保护标准, 对于这两类人都是适当的解决办法。对于这两类人来说, 联系因素是有关的人在某个国家具有合法的惯常居所, 但需要有其他必备的条件(家庭关系、利益中心、职业活动等)表明该个人与该国具有真正联系。

### 卡塔尔

第2款在未考虑到国际法对“难民”定义的情况下限制保护国可以给予难民法律地位的情况。最近,

<sup>25</sup> 《2004年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第35页, 第8条评注第(8)段。



由于各种原因出现了大规模移民潮，卡塔尔认为，应更仔细地研究这一款，以便根据国际规范确定保护难民的客观标准。

### 大不列颠及北爱尔兰联合王国

关于条款草案第8条，联合王国认为，保护无国籍人和难民不属于为人所理解的现行国际法的外交保护范畴。联合王国认为，条款草案第8条的规定属于拟议法。联合王国是否愿意特别地例如基于人道主义的理由代表无国籍人或难民进行交涉或采取其他行动，将取决于具体情况并自由裁量决定，但严格地说，这不属于实行外交保护。无论如何，任何这种交涉并不肯定也不表明某人拥有联合王国难民或国民的地位，或可能被给予这种地位。

(见上文对条款草案第2至第3条的评论和下文对条款草案第15条的评论。)

### 美利坚合众国

(见下文其他评论和建议。)

### 乌兹别克斯坦

1. 在第1至第2款中，应该用“在该国具有合法的永久居所”来取代“在该国具有合法的惯常居所”。在这两款中，对“具有……惯常居所”可作出两种解释：或是具有惯常居所，或是具有永久居所。因此，乌兹别克斯坦提议将其改为“具有……永久居所”。

2. 在第2款中，应在“为难民”后加上“并获其庇护”等字。

## 第三章 法人

### 条款草案第9条 公司的国籍国

#### 奥地利

1. 条款草案第9条引起了重大问题，因为它要求满足两项条件，即注册办事处和管理机构或某种类似联系。要求满足这两条标准，肯定会使一些公司失去外交保护。然而，正如评注所述，这两条标

准正是国际法院在巴塞罗那电车公司案判决中所援用的。<sup>26</sup> 有意思的是，委员会在此提及与国际法院巴塞罗那电车公司案判决相符的某种真正联系，而对自然人则不要求此种联系，这与诺特博姆案的情况相反。<sup>27</sup>

2. 但必须强调的是，对于国际法院另外提及的某些情况，也可适用其他标准，如对公司的控制标准：根据条款草案第18条，此类特殊情况必然需要有协定基础，作为特别法处理。或可提出这样一个问题：这一特别法规则是否应仅限于条约，还是也可以习惯国际法为基础，因为可以想象，如果两个国家的既定做法是采用控制概念来确定公司国籍国，那么其中任何一国便会认为自己有权在提出求偿时适用控制概念。因此，奥地利建议放松条款草案第9条所反映的这一规则。

### 萨尔瓦多

萨尔瓦多想知道的是，如果一个公司在某国成立，但在另一国设立了注册办事处或总部，这会导致怎样的情况。这样的公司是否就不可能得到外交保护？

### 危地马拉

1. 条款草案第9条显得过于简略。可以通过把它一分为二进行纠正，第一款为委员会第五十五届会议报告脚注71中出现的条款草案第17条案文的第1款。<sup>28</sup> 第二款是略经修改的条款草案第9条的现有案文。

2. 如果这一提案被接受，条款草案第9条内容如下：

“1. 一国有权就具有其国籍的公司所受损害实行外交保护。

<sup>26</sup> 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。

<sup>27</sup> 诺特博姆案，第二阶段，判决，《1955年国际法院汇编》，第4页。

<sup>28</sup> 《2003年……年鉴》，第二卷（第二部分），第31页，第70段。

“2. 就对公司的外交保护而言，公司的国籍国是其依照该国法律成立并在其领土内有注册办事处或管理机构或某种类似联系的国家。”

3. 不过，上文第2款有一个问题。这个常见的问题是，公司在某国有注册办事处或管理机构或某种类似联系，但却是根据另一国法律成立的。在此情况下，似乎没有国家可为此公司实行外交保护。如把第2款中的“并”改为“或”，便可解决这一难题。但要是所述的假设情况中如此改动，便会有两个国家有权实行外交保护。为解决这一新问题，应增加一个新的第三款，措辞如下：

“3. 如果第2款的适用意味着有两个国家有权实行外交保护，则公司与之总体而言有最密切联系的那个国家应实行此种保护。”

4. 初看上去，危地马拉在公司方面的其他关注问题似乎只是语言上的，但实际上比语言问题深刻。

5. 任何人，哪怕对英美法律只有最粗浅的知识，也会知道，在该法系中，“corporation”一词并不仅仅指法文中的 *société anonyme* 和西班牙文中的 *sociedad anónima*，*société anonyme* 一词在国际法院对巴塞罗那电车公司案<sup>29</sup>的判决法文本中出现，对应于该判决英文本中的“limited company whose capital is represented by shares（资本划分为股份的有限公司）”。

6. 不过，危地马拉倾向于认为条款草案英文本中的“corporation”一词不会带来问题。在该文本中，该词显然具有英语国家赋予其的最通用的含义，即有限公司。但不妨在最后案文的英文本中加上一条脚注，说明该文本中的“corporation”一词应被理解为“资本划分为股份的有限公司”。

7. 但是，至于条款草案第9至第12条（含第9条和第12条）的法文本和西班牙文本，危地马拉认为，要使这几条与英文本一致，“société”和“sociedad”分别应改为“société anonyme”和“sociedad anónima”。

<sup>29</sup> 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37页，第50段。

## 意大利

1. 意大利怀疑，为外交保护的目的是向公司提供国籍，应受注册地和所注册的办事处地址（法文本用 *siège social* 一词）或者其管理地或某种类似联系的限制。国际法院在巴塞罗那电车公司案<sup>30</sup>的裁决中——这是委员会所提到的唯一的先例——确实同时考虑到这两个相关联的因素。然而，法院所处理的这一案件中，两个相关联的因素实际上碰巧重合了。此外，法院还指出，“在公司实体外交保护的具体领域，没有任何‘真正联系’的绝对检验标准得到普遍接受”。<sup>31</sup>除了巴塞罗那电车公司案外，意大利所忧虑的是一公司在某国成立，然后将其所注册办事处或管理办事处迁至另一国的情形。此种情形并不只是理论上的。例如，欧洲联盟理事会关于欧洲公司法的2001年10月8日条例（(EC) No. 2157/2001）第8条<sup>32</sup>所针对的正是这种情形。如果国际法院在1970年受理一公司利用欧洲共同体条例第8条所涉各种可能性的案件，那它会如何裁定呢？难以想象！

2. 毫无疑问的是，如果公司成立所在的国家不是公司按照条款草案第9条所述其他关联因素而联系的国家，那么，同时采用成立国标准和其他标准，结果就不会有任何外交保护。从条款草案第9条的评论来看，并不清楚委员会在多大程度上审议了这一可能性。无论如何，意大利建议，为弥补这一漏洞，条款草案第9条不应当为外交保护的目的是，考虑成立地点；而应考虑条款草案第9条所设想的其他关联因素之一。虽然这可能导致出现为外交保护的目的是而考虑不止一个国家的情况，但总比没有任何国家可视为国籍国的情况要好。显然，可通过采用条款草案第6条为自然人所设想的标准来实现不同国籍国间的协调。

## 墨西哥

墨西哥在阅读案文时还认识到，委员会考虑了墨西哥在过去几年就为实行外交保护目的而确定公司国籍国的问题所作的评论。

<sup>30</sup> 同上，第42页，第70段。

<sup>31</sup> 同上。

<sup>32</sup> 《欧洲共同体公报》，L 294号（2001年11月10日），第4页。

### 摩洛哥

根据现有措辞，本条草案使用了（具体规定的）标准以确定公司的国籍国。但应指出的是，本条草案未具体说明，对于在一国成立、但把注册办事处转至另一国的公司，哪个国家有权实行外交保护。

### 荷兰

1. 荷兰认为委员会应更彻底研究本条草案，参考比较公司法和当前的经济发展或有帮助。现有的此条草案排除了公司拥有双重国籍的可能性。在此方面，委员会不妨注意在荷兰具有双重国籍的富通公司和联合利华公司等公司。

2. 荷兰建议删除“或某种类似联系”这一短语，因为它过于模糊。本条草案已充分援用巴塞罗那电车公司案所用标准<sup>33</sup>，以照顾到不同国家的法律制度。加上这一标准只会造成混乱。

### 卡塔尔

1. 卡塔尔认为，作为一项原则，根据某国法律建立的公司必须在该国注册和设立管理机构，该国才可以行使对该公司的外交保护权。因此，本条草案既符合逻辑，又切合实际，而且尽可能排除了探讨公司多重国籍问题的必要性。

2. 本条草案句尾的“或某种类似联系”这一短语含义模糊，今后可能会产生不同解释。因此，或许应考虑删除或代之以更精确的短语。

### 大不列颠及北爱尔兰联合王国

条款草案第9条似乎对代表公司实行外交保护提出了一个新要求：除公司成立地外，还要有另一个相关因素存在。习惯国际法中没有这项要求。国际法院对巴塞罗那电车公司案的裁决是，习惯国际法不要求国家在对公司实行外交保护时，国家与公司之间必须存在“真正联系”<sup>34</sup>。此外，联合王国

<sup>33</sup> 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42页，第70段。

<sup>34</sup> 同上。

也认为，国际法院在诺特博姆案<sup>35</sup>中就自然人提出的“真正联系”概念不适用于对公司实行外交保护的范畴。联合王国在决定是否行使外交保护权时，可能会审议该公司与联合王国是否具有真实和实质性联系。这是一个政策问题，不是任何法律规定的结果。

### 乌兹别克斯坦

“公司的国籍国”应改为“公司的起源国”，并在题为“用语”的条款草案中增列“公司的起源国”这一概念的定义（见下文其他评论和建议）。条款草案第10条和第11条(b)项须作同样的改动。

### 条款草案第10条 公司的持续国籍

### 奥地利

至于条款草案第10条，评注将国家继承视为无需审议的情况，因为此类情况属特殊性质。但近期的发展证明，需要有类似于涉及自然人的规则那样的规定。奥地利看不出有什么理由在这面对公司不予触及而对自然人则订有规则。至于持续规则在国家继承情况下对公司的适用，可能出现以下问题：在大多数国家继承情况中，被继承国的国内法律秩序作为新成立国家的法律继续存在。因此，根据被继承国法律成立的公司也根据新国家的法律继续存在。但与此同时，公司获得新国籍。在此种情况下，条款草案第10条现有措辞可能导致外交保护利益的丧失。

### 荷兰

关于条款草案第5条的评论也适用于条款草案第10条。

### 挪威，代表北欧国家

（丹麦、芬兰、冰岛、挪威和瑞典）

与（有关条款草案第5条的观点（见上文））一致，北欧国家赞成委员会在条款草案第10条有关公

<sup>35</sup> 诺特博姆案，第二阶段，判决，《1955年国际法院汇编》，第23页。



司的问题上采用同样的解决办法。条款草案第10条第2款所述的例外情况，即一国对于在受到损害之时是其国民、但由于所受损害而不复存在的公司有继续实行外交保护，这似乎是合理的。

### 大不列颠及北爱尔兰联合王国

根据条款草案第10条第2款和第11条(a)项的规定，关于在公司停止存在情况下提供保护的问题，联合王国认为没有什么理由对视公司是否因伤害而停止存在来决定是否实行保护的国家加以区分。总的说来，在公司因任何原因停止存在的情况下，成立地国可能没有多少保护非本国国民股东的资本的动力，而股东们的国籍国通常会出于重大的利益关系必须这样做。

### 美利坚合众国

(关于第1款，见上文对条款草案第5条的评论。)

1. 条款草案的评注承认，第2款所述规则并不反映习惯国际法，而是试图解决对不复存在的公司适用持续国籍规则时可能出现的难题。但评注未提供评估出现此类难题的可能性的依据，这使得条款草案第10条的政策依据不充足。

2. 美国不同意委员会的观点，即对不复存在的公司的外交保护属持续国籍规则的例外情况。首先，只要公司仍有法律人格，国家便可继续对该公司的权利主张实行保护；而法律人格与国内法下的起诉权或应诉权同样不附带条件。<sup>36</sup> 许多国内法律制度允许公司在解散后一段有限时间里继续提出和维护公司存在期间产生的权利主张，也就是说法律人格持续至这段时间终止。<sup>37</sup> 因此，支持已消亡公司的权利

<sup>36</sup> 国际法院在巴塞罗那电车公司案中解释指出，该公司没有“停止存在”，因为该公司虽说有财务问题，但仍可在西班牙各法院自由行使法律权利。如国际法院所述，“不能把危急的财务状况等同于公司实体的消亡……惟有法律意义上的公司地位是有意义的”（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41页，第66段）。

<sup>37</sup> 例如，在美国大多数辖区，公司可在解散后最长达三年时间内起诉或被诉（Model Business Corporation Act，第14章第7条（2002年））；另见Delaware Code, Title 8: Corporations, 第278章（2005年）（公司解散后权利主张期限三年）。《示范商业公司法》和《特拉华州法典》被认为是

主张的问题不会经常出现，因为大多数权利主张都可在公司仍有法律人格期间获得受理。

3. 但公司停止存在后，有一个突出的政策理由可能与拟议的例外相悖。这项例外忽视了国内法允许公司法律人格消失的政策理由。国内法中的存续和公司结业法规包括一段有限的结业期，以便与公司有关者可以获得终局权益，并知道结业期终止后，有利或不利公司的权利主张便将停止存在。<sup>38</sup> 条款草案第10条第2款允许在公司结束存在后涉及该公司的权利主张无限期地存在，这可能有损这一定局以及相应的资源分配决定。

### 乌兹别克斯坦

(见上文对条款草案第5条和第9条的评论。)

### 条款草案第11条 股东的保护

#### 挪威，代表北欧国家

(丹麦、芬兰、冰岛、挪威和瑞典)

1. 关于为股东实行外交保护的问题，北欧国家感到满意的是，委员会已确保总体上遵守国际法院建立在巴塞罗那电车公司案基础上的判例法。<sup>39</sup>

美国公司法的参照法规。其他一些州允许在公司解散后提出公司存在期间产生的权利主张的时限不等，从两年到无限期，取决于权利主张的法定时效。见2005 Illinois Code-805 ILCS 5/ Business Corporation Act of 1983, 第12.80节（在公司解散前产生的有利或不利公司的权利主张可在公司解散后最长达五年时间内提出）；New York Business Corporation Law, 第1006(a)(4)段（在公司解散前产生的任何有利或不利公司的权利主张的执行无时间限制）；Pennsylvania Consolidated Statutes 第15部分，第1979段（公司解散后提出有利或不利公司的权利主张的时限为两年）。其他国家有类似的处理公司解散后的法律人格问题的法律。在联合王国，经法院允许，公司可在解散后最长达两年时间内起诉或被诉（Companies Act 1985 (c. 6), 第651节）。在加拿大，已解散公司也需要法院许可才可起诉或被诉，但此权利似乎未设时限（Canada Business Corporations Act, R.S.C. 1985第C章，第44条，第209款）。法国《商法典》允许在公司解散后最长达三年时间内受理有利或不利公司的权利主张（第L231-1-237-31条）。

<sup>38</sup> 由于这一情况，至少美国规定，在公司结业期终了时，未能在该期间了结的权利主张一般即告终止（Fletcher, *Fletcher Cyclopedia of the Law of Private Corporations*, 第8144.40款）。

<sup>39</sup> 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。

2. 国际法院1970年的判决不偏不倚地对待公司利益和股东利益，并使法律更加明确。北欧国家同意不推翻关于主要由公司国籍国向该公司提供外交保护的基本规则。此外，在购买外国公司股票时，股东也许要承担的商业风险之一就是无法要求本国政府提供保护。

### 大不列颠及北爱尔兰联合王国

1. 联合王国大体上支持规范保护公司股东的条款草案第11至第12条。在巴塞罗那电车公司案中，<sup>40</sup>多数人的看法是，国际法承认，股东的国籍国不拥有单独实行外交保护的这项一般规则有两个例外：第一是在公司停业时，第二是在成立地国自己造成损害时。

2. 条款草案第11条预料，多重国籍股东的存在可能会引发多重求偿，这样就会有好几个国家有权实行外交保护。在联合王国提出这种求偿的情况下，在实践中，而不是由于法律规定，联合王国通常的做法是寻求与其他国家联合提出求偿。它也尽量避免提出交涉，除非那些持有大部分股份资本的人的国籍国支持联合王国提出交涉。总的说来，联合王国敦促委员会更多地考虑涉及多重求偿的情况，包括需要协调求偿的情况。

3. 巴塞罗那电车公司案的裁决只适用于以股份代表资本的有限责任公司；根据国际法院的这一明确意图，条款草案第11条限制适用于公司股东的利益。应当考虑公司投资者而不是股东的利益，例如债券持有人、被提名者和受托管理人。联合王国的索赔规则（见本报告的附件）允许联合王国在其国民在一个公司具有利益（不论是作为股东还是其他身份）的情况下进行干预。

(a) 项

#### 奥地利

关于条款草案第11条(a)项，或许有人要问为何只提到“成立地国”而非国籍国，不像其他相关条款

草案那样采用国籍国，并将国籍所需的双重标准考虑在内。这项规定的影响十分广泛，因为其措辞涉及某公司具有甲国国籍并“按照成立地国的法律”在A国结束业务，但受到B国损害的情况。如果该公司股东具有C国和D国国籍，可能产生多重索赔，那么，“与损害无关的原因”的限制基本上无意义，因为该公司的终止业务国与造成损害国不同。只有当这项规定也意味着针对在损害发生时属于造成损害国国民的公司，而且该公司由于这项损害，根据该国法律已不复存在时，该条款才有用。为了尽可能清楚，奥地利建议，将这两项问题写在两个不同的款项中。

#### 萨尔瓦多

关于条款草案第11条(a)项，该项涉及由于与损害无关的原因，该公司按照成立地国的法律已不存在时，公司股东的保护问题，但没有解决由于与损害有关的原因而不存在的公司的股东的问题。似乎股东权利受损害越多，国籍国实行外交保护的可能越小。

#### 挪威，代表北欧国家

(丹麦、芬兰、冰岛、挪威和瑞典)

北欧国家还支持条款草案第11条(a)至(b)项所述的例外情况。

#### 大不列颠及北爱尔兰联合王国

联合王国已经提到，它也认为，在公司停业的情况下，股东的国籍国可以代表股东进行干预。然而，联合王国担心的是，规定求偿与公司停业理由无关这一要求不适当地缩小了巴塞罗那电车公司案所承认的例外情况。股东国籍国的权利不应取决于公司停止存在的理由或方式。<sup>41</sup>

(见上文对条款草案第10条的评论。)

#### 美利坚合众国

美国极力敦促委员会删除条款草案第11条(a)项，因为它制造出一种不正常的状况，使得股东的

<sup>40</sup> 同上。

<sup>41</sup> 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。



国家比公司成立地国本身更有权支持公司的权利主张。至少根据美国法律，股东没有任何权利主张已经解散公司的过权利，<sup>42</sup> 因为公司是保护其本身权利的主要载体。因此，国际法院在巴塞罗那电车公司案<sup>43</sup> 中认为，成立地国应当对公司的损害实行外交保护。评注没有提出任何理由设立一类权利主张，使得股东的国家能够支持公司的主张而公司成立地国则不能。此项规则不符合基本公司法原则，故应予删除。这决不会损害股东的国家支持股东对所遭受的直接损害要求赔偿的权利，当然，条款草案第2至第3条允许采取这种行动。

(b) 项

#### 奥地利

条款草案第11条(b)项提出损害的问题，因为不清楚在这里是指哪一类损害，尤其是是否应当按照条款草案第1条的意思加以理解，即“国民因另一国国际不法行为而受的损害”。如果根据起首句解读，显然条款草案第11条(b)项所指的损害必须是由公司遭受的。然而，由于公司具有造成“损害”国的国籍，这种损害很难说是“因另一国国际不法行为而受的损害”。评注没有就此问题提供答案；为了消除关于此问题的任何疑问，应当在评注中澄清此问题。

#### 比利时

对向股东提供外交保护强制规定的限制性条件，即根据对造成损害负责的国家的法律组建公司是在该国开展经营活动的前提条件，比利时认为，这个条件未反映习惯国际法的规则，因此应予以取消。

#### 荷兰

1. 本条草案似乎在第六委员会中引起了争论。委员会试图编纂巴塞罗那电车公司案所述这两项例

<sup>42</sup> Fletcher, 前引书, 第8144.40段, 其中描述了美国法律如何不允许股东提出已经解散了的公司的过权利。总的来说, 美国属于比较能够允许股东代表公司采取行动的国家之一, 这意味着其他国家也不可能允许股东起诉要求执行已不存在的公司的权利。见Grossfeld, “Management and control of marketable share companies”, 第107页, 其中解释了美国通常比其他国家更容许股东提出代表诉讼。

<sup>43</sup> 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。

外情况。<sup>44</sup> 荷兰同意委员会的意见, 即在卡尔沃公司的情况中, 股东的国籍国有权实行外交保护。

2. (b)项提到“被指称应对造成损害负责”。条款草案第14条第2款的措辞有所不同: “被指称应对损害负责”。条款草案的措辞应当前后一致。

#### 挪威, 代表北欧国家

(丹麦、芬兰、冰岛、挪威和瑞典)

(见上文对(a)项的评论。)

1. 不应当允许某国要求外国资本根据当地法律成立公司, 以此作为在该国经营活动的一个条件, 然后以公司在该国成立作为拒绝外国资本的国籍国实行外交保护的理理由。

2. 根据条款草案第11条(b)项的评注, 这项例外适用于根据当地法律成立公司作为经营活动前提条件这项规定被纳入当地立法而成为一项正式要求的情况。然而, 作为国际法逐渐发展的一部分, 有充分理由将这项例外也扩展到成立公司的要求并非正式要求, 但来源于对外国资本施加的非正式压力或政治压力等情况。北欧国家建议, 条款草案第11条(b)项现有的措辞: “是在该国开展经营活动的前提条件”, 也应适用于这种非正式要求。因此, 这应当反映在条款草案第11条(b)项的评注中。

#### 大不列颠及北爱尔兰联合王国

联合王国认为, 无论在成立地国成立公司的理由为何, 都应允许股东的国籍国行使保护权。例如, 它自身的索赔规则(见本报告的附件)规定, 如果英国国民为在其他地方成立的一个公司的股东, 而成立地国损害了公司, 那么联合王国就可以干预以保护英国股东的利益。联合王国因此认为, 条款草案第11条(b)项的限制不当。

#### 美利坚合众国

1. 美国对条款草案第11条(b)项表示严肃关注。正如该国原先向委员会所作的解释那样, 提议的例

<sup>44</sup> 同上。

外规定在习惯国际法中缺乏根据。在委员会为这项例外规定而提供的所有证明性案例中，事实上，两国之间存在一项特别协定，规定给予股东要求赔偿的权利，或者造成损害国与其国民公司之间存在一项协定，规定向股东提供赔偿。<sup>45</sup> 由于存在这些协定，上述案例不能够支持存在一项习惯国际法规则，允许各国在成立公司是在成立地国开展经营活动的前提条件的情况下，支持股东对成立地国提出的权利主张。同样，国际法院在巴塞罗那电车公司案<sup>46</sup>中也没有机会审议该例外规定的有效性，因为在该案中，造成损害国不是成立地国。

2. 在没有习惯国际法的支持下，美国对于这项例外规定是否有一个合理的公共政策基础表示关注。正如该国原先已指出的，这项例外规定将创设一个制度，使得相对于外国拥有的公司的股东来说，在本国成立的公司的股东更有权在该国寻求对他们的主张的外交保护，而外国拥有的公司的股东则必须依靠该公司的国家提出主张。不清楚这种结果是否公正。

#### 乌兹别克斯坦

(见上文对条款草案第9条的评论。)

#### 条款草案第12条 对股东的直接损害

##### 大不列颠及北爱尔兰联合王国

(见上文对条款草案第11条的评论。)

<sup>45</sup> 德拉瓜湾铁路公司案(Moore, *A Digest of International Law*, 第64页), 葡萄牙、联合王国和美国之间达成协定, 将联合王国和美国的股东因葡萄牙没收了一家葡萄牙公司而应得的赔偿问题提交国际仲裁解决; 墨西哥鹰牌案(Whiteman, *Digest of International Law*, 第1274页), 墨西哥与联合王国之间对墨西哥将英国资本控制的墨西哥公司所拥有的油田国有化引起的争端, 通过墨西哥与该公司之间的解决方案得到解决; 罗马尼亚-美国案(Hackworth, 前引书, 第844页), 罗马尼亚提出就所没收的资产向罗马尼亚石油公司支付赔偿了结争端; 特里温福公司案(1902年), 《国际仲裁裁决汇编》, 第十五卷(出售品编号: 1966.V.3), 第467页(萨尔瓦多与美国签订议定书, 同意将萨尔瓦多没收萨尔瓦多公司资产、美国股东应得赔偿的问题提交国际仲裁)。

<sup>46</sup> 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。

#### 美利坚合众国

美国认为, 条款草案第12条规定了股东的国籍国有权为遭受直接损害的股东实行外交保护, 这样就可以成文法反映了一项习惯国际法。这项规定在此处是多余的。条款草案第2条和第3条已澄清, 在条款草案的其他要求得到满足的情况下, 一国享有为其国民的主张实行外交保护的权力。股东是国民, 就像所有其他国民一样, 因此没有任何理由通过一项单独的条款指出允许股东的权利主张。相反, 如果委员会认为有必要, 条款草案第2条和第3条的评注应表明, 股东也属于国民, 其损害可得到外交保护。

#### 条款草案第13条 其他法人

##### 奥地利

鉴于奥地利国内法律规定了各种不同的法人, 奥地利强调条款草案第13条的重要性。

##### 萨尔瓦多

萨尔瓦多建议, 本条草案也应在适用的情况下提到条款草案第11至第12条, 因为其他法人也可能是相当于股东的自然人。

##### 危地马拉

1. 在民法法系中, 存在一类混合商业公司, 介于公司或有限公司与合伙之间; 前者的资本分为股份, 股份表明股东责任的限度, 而且能够自由转让; 后者的股东需要对公司债务承担完全责任, 而且无法轻易转让所有的资产份额。这种中间类型的商业公司属于有限责任公司——法文称作 *société à responsabilité limitée*, 德文称作 *Gesellschaft mit beschränkter Haftung*。这类公司显然也存在于、至少是普通法法系的一些国家中, 被称作有限责任公司, 其股东类似于公司或有限公司的股东, 他们需要其股权出资对公司债务承担责任, 但仅限于股权出资额。但是, 有限责任公司的资本并不划分为股份。

2. 毫无疑问, 有限责任公司属于条款草案第13条的范围, 因此, 条款草案第9至第10条可以视

情况适用于这类公司。然而，从字面上来看，条款草案第11至第12条不能适用，因为它们没有在条款草案第13条中被提到。不过，危地马拉认为，条款草案第11至第12条应适用于有限责任公司及其股东。

3. 因此，条款草案第13条的案文中，“第9条和第10条”应当改为“第9至第12条（含第9条和第12条）”，条款草案第13条评注第（4）段应明确提到有限责任公司。这样才可以清楚表明，为了条款草案第11至第12条的目的，有限责任公司的股东相当于公司或有限公司的股东。

#### 荷兰

评注第（4）段“从事有益事业”的措辞是不必要的，应当删除。荷兰认为，国家实行外交保护的自由裁量权提供了充分的范围。

#### 卡塔尔

卡塔尔希望提请委员会注意，条款草案第13条的范围包括非政府人权组织，而独立性是这类组织的特点。卡塔尔担心，国家对这类组织行使外交保护权，可能会破坏这种独立性，消极影响这类组织与其国际环境之间的关系。

#### 大不列颠及北爱尔兰联合王国

联合王国认为，该条提议发展同外交保护有关的法律，因为公认的习惯国际法原则目前限于考虑公司的国籍。在联合王国法律制度内，很多实体形式目前未被视为具有单独的法律人格。联合王国以往的做法，至少是在公司、合伙和协会领域，都是以创建法人实体的个人或合伙人的国籍为依据的。联合王国支持澄清这个领域的法律，但认为在评注中作进一步的澄清也许会有帮助。

### 第三部分

#### 当地救济

##### 条款草案第14条 用尽当地救济

#### 墨西哥

墨西哥对于用尽当地救济规则的适用尤其感兴趣。为了确保正确适用这项规则，必须明文规定这条规则的例外情况。墨西哥在对2003年以来委员会各次报告的评论中指出，墨西哥基本同意在目前审查的条款草案中就此规则和例外情况拟订的案文。

#### 荷兰

1. 荷兰建议在评注中增加以下内容：

“不提出国际求偿的外交行动无须先用尽当地救济。见《美国外交关系法重述（第三次）》（1987年），第703段，评论*d*：‘个人未用尽〔国内〕救济不妨碍国家代表个人进行非正式调解’。”

2. 荷兰还认为，评注必须明确说明是否打算将“规则”同“原则”加以区分。

3. 最后，荷兰注意到，评注中对“求偿”一词的使用前后不一。第（3）段令人有些费解。如将其同条款草案第1条评注第（5）段和条款草案第5条评注第（6）段一并研读，就不清楚“求偿”一词是否必须理解为只能指正式求偿了。

#### 第1款

#### 奥地利

（见上文一般性评论。）

#### 美利坚合众国

1. 条款草案第14条第1款规定，“除非有条款草案第16条规定的情形”，国家对于其国民所受的损害，“在该受害人用尽一切当地救济之前”，不得提出国际求偿。在条款草案第14条的评注中，委员会解释说，该条力求体现西电公司案中规定的用尽救济规则，该规则要求，“如果求偿的实质已经提交



有关法庭并且已经在当地法律和程序许可的范围内展开诉讼，但终未获得成功，这便构成充分的条件主张求偿具有可受理性”。<sup>47</sup>

2. 美国同意国际法院对西电公司案的裁决正确体现了习惯国际法关于用尽当地救济的规定。但是，美国认为，条款草案第14条第1款应修订如下：

“除非有条款草案第16条规定的情形，一国对于其国民或条款草案第8条所指的其他人所受的损害，在当地救济用尽之前，不可提出国际求偿。”

3. 此项表述比现有条款草案更好地表达了习惯国际法，因为它与西电公司案保持一致，容许“受害人”以外的实体只要在国内法院就主张的实质用尽救济，就符合用尽当地救济的规定。在西电公司案中，美国向意大利提出求偿，指控意大利征用西电公司的工厂和资产，从而违反了美国和意大利之间的《友好、通商和航海条约》<sup>48</sup>。毋庸置疑，美国的雷神公司和麦奇里特公司全资拥有的意大利子公司西电公司在意大利法院质疑意大利政府没收其工厂和资产的合法性，但最终没有成功。不过，作为一个初步事项，意大利主张美国不能代表雷神公司和麦奇里特公司提出求偿，因为这两家美国公司没有分别向意大利法院就没收提起诉讼，指控该没收行为违反了《条约》。

4. 国际法院驳回了意大利关于西电公司诉讼案不符合用尽当地救济规定的说法。法院指出，西电公司提出的求偿的实质是对与其破产有着因果关系的没收的合法性提出质疑，同美国向国际法院提出的求偿的实质是相同的。在此情况下，法院认为“[用尽]当地救济的规则并不要求，事实上也不能要求，向国内法院提出的求偿所采用的形式和提出的论据，必须适合对不同当事方适用不同法律的国际法庭”。<sup>49</sup>换言之，国际法院承认，如果一项求偿的实质经由国内法院审理，为了国际法的目的，此主张的当地救济可视为已经用尽，而无论向国内法

院提起诉讼的该人或实体是否受到外交保护。<sup>50</sup> 提议的新表述更好地表达了西电公司案的裁定，不再要求推定为外交保护对象的“受害人”为用尽当地救济的一方。

### 乌兹别克斯坦

1. 根据条款草案第14条，国家对自然人或法人行使保护权，必须以“用尽”当地救济为前提，在这种情况下，考虑到各国不同的法律程序，有关的人要在一段时间后才能得到保护。这可能会削弱外交保护的实效。

2. 有必要指明除“用尽”当地救济外，其他确保实现保护的手段，并对条款草案第16条作相应修正。

### 第2款

### 奥地利

奥地利对条款草案第14条的理解是，“当地救济”的定义不包括为保护人权和基本自由而诉诸国际法院或法庭。因此，不排除一国在某个个人在欧洲人权法院对该国提起诉讼的同时行使外交保护权。可通过承认在两个不同的裁判场所解决两种不同的争端来解释上述情况。

### 墨西哥

1. 墨西哥不能沉默地不理睬委员会在条款草案第14条第2款中对“当地救济”一词所下的定义。它包含受害人在被指称应对损害负责的国家的普通法院或特别法院获得的司法救济和行政救济。

2. 在这方面，墨西哥高兴地看到，委员会在关于用尽当地救济的条款草案第14条评注第(6)段中

<sup>47</sup> 西西里电子公司（西电公司）案，判决，《1989年国际法院汇编》，第46页，第59段。

<sup>48</sup> 1948年2月2日在罗马签署（联合国，《条约汇编》，第79卷，第1040号，第171页）。

<sup>49</sup> 见上文脚注47。

<sup>50</sup> 西电公司案便是如此。法院确实考虑了意大利法律是否为美国公司提供了西电公司所没有的、而它们必须用尽的独特救济办法的问题。法院认定意大利未证明存在任何这样的救济，因此裁断救济已经用尽，从而使法院能够着手审理案件实质（同上，第46至第48页，第60至第63段）。

考虑到了国际法院在阿韦纳案<sup>51</sup>中的判决。委员会指出，行政救济确实也必须用尽，但是这只适用于可能导致补救的情况。受害人不需要请求他已用尽当地救济的国家的行政权力机构通过行使自由裁量权给予救济，因为当地救济不包括宽恕性的救济，例如行政宽恕或请求赦免。

### 乌兹别克斯坦

1. 为界定“当地救济”的概念，似乎有必要在题为“用语”的条款草案中纳入条款草案第14条第2款（见下文其他评论和建议）。

2. 该款也需要修订。为使案文更清楚，可使用以下措辞：

“‘当地救济’指受害人可以获得的法律救济。这可包括诉诸被指称应对损害负责的国家的司法或行政法院或普通机构或特别机构。”

### 条款草案第15条 求偿的类别

#### 奥地利

1. 奥地利怀疑本条的标题是否符合本条草案的实质，因为本条草案的要旨与所谓的混合求偿有关，并涉及国家提出的求偿是针对不需要用尽当地救济的直接损害，还是需要用尽当地救济的间接损害的问题。最近，国际法院对阿韦纳案<sup>52</sup>的裁决明显暴露了这一区别的问题。该判决只是突显了需要制定如本条草案内所载的规则。

2. 在第六委员会的口头评论中，奥地利询问在本条草案中保留具体提到“请求作出……宣告性判决”文字的适当性，因为在这方面，唯一决定性标准就是国家是否受到直接损害。引入可能的进一步标准只会产生混乱。本条草案的案文似乎认为应当将“请求作出……宣告性判决”与任何其他“国际求偿”加以区分。但是考虑到评注中已有大量解释，奥地利不再提出这一问题。

<sup>51</sup> 阿韦纳和其他墨西哥国民案（墨西哥诉美利坚合众国），判决，《2004年国际法院汇编》，第12页。

<sup>52</sup> 同上。

### 大不列颠及北爱尔兰联合王国

联合王国支持采用主要要素检验标准，因为它同意应该把重点放在所受损害的性质上。但是，如果条款草案第15条指的是条款草案第8条规定的代表非国民提出的求偿，则联合王国重申先前对该条的评论，即习惯国际法中并没有代表非国民提出求偿的权利。

### 条款草案第16条 当地救济规则的例外

#### 萨尔瓦多

萨尔瓦多赞同本条草案的实质内容，但是认为该条有些措辞过于复杂，另一些措辞则不够明确，可能在各项条款之间造成混淆。因此萨尔瓦多认为，更为清晰和精确的措辞有助于较有效地陈述例外规定。

#### 墨西哥

（见上文对条款草案第14条的评论。）

1. 关于当地救济规则的例外情况，墨西哥认为，条款草案第16条下的四项全都没有涉及一种例外情况。这种例外适用于在将会一再造成损害的情况下无需用尽当地救济的情况。<sup>53</sup>这种例外的根据是，如果造成损害的行为确定可能重复发生，则用尽当地救济实属徒劳。

2. 墨西哥认为，这些条款草案应当规定，被告国有责任具体说明求偿者仍可采取的补救办法，来证明当地救济尚未用尽。如果可以表明仍有当地救济办法可以利用，则索赔者应负举证责任，证明存在在用尽当地救济规则的某些例外情况。<sup>54</sup>

#### 乌兹别克斯坦

（见上文对条款草案第14条第1款的评论。）

<sup>53</sup> 见 Amerasinghe, *Local Remedies in International Law*, 第206页。

<sup>54</sup> 见 Jennings and Watts, *Oppenheim's International Law*, 第526页。



(a) 项

### 奥地利

奥地利的理解是，条款草案第16条(a)项也提到了当地救济的可用性，这与委员会所通过的国家对国际不法行为的责任条款第44条(b)项的措辞（即“可利用的有效当地救济”）<sup>55</sup>相似。为求条款术语的统一，似应在此使用同样的措辞。

### 意大利

1. 意大利认为，当地救济规则的第一项例外情形，也是其最重要的一项，措辞过于概略、限制太大。

2. 首先，应当考虑到，长时间以来，国际实践和判例法已经形成了一系列例外情形，即当地救济“不存在”、“不可用”、“无效”和“不适当”。这是四项具体、准确和自主的概念，很难在所谓的“显属徒劳规则”标准或类似的标准（如条款草案第16条(a)项所用的标准：“不具有实现有效补救的合理可能性”）之内，全面考虑上述各项情形。事实上，(a)项的措辞并不包括上述各项例外情形，而是针对有所不同的一个问题：即，找到最适当的检验标准或解释性标准，每次都对当地救济的徒劳性作出具体评价，特别是从其无效的角度这样进行评价。因此，(a)项的措辞过于含糊、不确定和笼统，可能包括不了上述各项例外情形，从而不利受害个人的损害。意大利建议按以下方式对(a)项进行修改：

“(a) 当地救济不存在、不可用、无效或不适当。”

2. 第二，如果委员会不接受上述建议，而选择维持单一的综合表述方式，意大利认为：鉴于最近在严格意义上的外交保护领域以及人权领域内，当地救济规则出现的发展情况，(a)项的现有措辞限制性过大。事实上，实践正趋向于更灵活的解释标准，可更好地表述如下：“当地救济不具有成功的合理前景。”特别报告员约翰·杜加尔德先生考虑过这一

措辞，但令人遗憾的是，他放弃了这一表述。然而，意大利认为，(a)项的现有措辞不符合国际实践的趋势，有可能使得当地救济规则在今后的应用更死板，更不利于个人。

### 卡塔尔

1. 卡塔尔认为，条款草案第16条的(a)、(b)和(c)项范围过广，含糊不清，可能使条款草案第14条无法适用。它们还可能违反关于用尽当地救济的规则，而用尽当地救济是行使外交保护权的必要条件。此外，这些例外情况可能导致作出彼此不同、互相冲突的国际法律裁决的情况，因为在没有明确的标准可据以确定条款草案第16条中的例外情况是否适用的情况下，各法院必须凭借自身的能力审议每个案件，以确定是否已经用尽当地救济。

2. 卡塔尔认为，在审议直接涉及基本人权和自由的案件时，可能可以接受这些例外情况。

### 大不列颠及北爱尔兰联合王国

条款草案第16条(a)项进一步阐述了“有效”救济的概念，委员会在试图解决何时救济为无效的适当表述问题。委员会在选择“不具有实现有效补救的合理可能性”这一概念时，发展了现有原则。联合王国对这一规定的理解是，只要事实证明索赔人向高级法院提出上诉不会有结果的话，则索赔人没有义务上诉。与此类似，在没有司法可用尽的国家，索赔人也无须用尽该国的司法。联合王国还认为，在用尽当地救济的过程中阻挠或歧视索赔人的情况可相当于对索赔人拒绝司法，因此联合王国保留为属于联合王国国民的索赔人进行干预的权利，以确保纠正这种不公。除了这些意见以外，联合王国基本上支持委员会在外交保护这一领域的进展。

### 美利坚合众国

1. 在条款草案第16条的评注中，委员会解释说，它在考虑了三种不同的标准后才订出“有效补救的合理可能性”这一标准。委员会没有采纳“显属徒劳”标准，因为这种证明徒劳的标准是设置了“过高的门槛”。委员会也不接受欧洲人权委员会

<sup>55</sup> 《2001年……年鉴》，第二卷（第二部分），第138页。

“没有合理的成功机会”<sup>56</sup>的标准，因为这种标准会使索赔者在太多情况下得以忽略当地救济。委员会认为，它所提出的标准适中，也符合国际实践。

2. 美国不同意委员会结论，即显属徒劳标准设置了“过高的门槛”。美国相信，这一标准如果得到适当的理解，可以设定一种既尊重国家主权又符合习惯国际法的证明标准。美国认为本条草案应规定为：

“在当地救济显属徒劳或显然无效的情况下，无需用尽当地救济。如果在一般情况下有法庭可提供有效救济，则用尽当地救济不是显属徒劳或显然无效。”

3. 根据适用的习惯国际法原则，索赔者只能在极其有限的情况下证实他无须用尽当地救济。索赔者仅仅证明成功的可能性很小或者进一步上诉很困难或费用很高是不够的。要想在没有用尽当地救济的情况下使有关国家负责，“检验标准为显属徒劳或显然无效，而不是没有合理的成功机会或不可能成功，因为两者都是较不严格的检验标准。”<sup>57</sup> 根据条款草案第16条(a)项，徒劳与否的调查重点在于补救的可能性，从而将考虑的方向转向获得成功结果的可能性，阿梅拉辛格指出，根据国际法，这种做法是不正确的。此外，对是否可能取得成功的结果作出评估是一项极其困难的工作。相反，拟议的备选提法的第二句将重点放在是否存在一个在通常情况下能够提供补救的裁判场所这一点上。这种提法认识到，徒劳与否的适当检验标准为国内法院体系本身是否在通常情况下能够提供法律救济。因此，应将重点放在是否存在一个适当的裁判场所而不是这种裁判场所取得成功的可能性。

<sup>56</sup> 《2004年……年鉴》，第二卷（第二部分），第47页，第16条评注第(3)段。

<sup>57</sup> Amerasinghe, 前引书，第206页。另见例如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），《国际仲裁裁决汇编》，第三卷（出售品编号：1949.V.2），第1504页（对未用尽救济辩解的规则“多作出最严格的解释，如果存在实体性上诉权利，那么未能提起上诉的情况就构成救济的障碍”）；以及 Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or the Law of International Claims*, 第824页（“索赔者声称由于贫穷而没有能力支付有关费用、不知道本身享有上诉权、自己是根据律师的意见行事，或是向当地法院提起诉讼看起来不可能或是起不了什么作用等等，并不能免除其用尽当地救济的要求。”）。

4. 此外，美国政策的观点上认为，上述提法对条款草案而言是较为可取的。当地救济规则的目的是要确保有关国家有机会在本国的法律制度内处理违反国际法的行为。<sup>58</sup> 即使不是所有、至少也是多数国家都具有这种自我纠正的能力。在这种情况下，基于对国家主权的尊重，索赔者在援引有关国家对违反国际法行为的责任的规定前，必须先利用有关国家的法律制度。美国所倡议的提法除了符合国际法以外，还具有一项有利因素，即确保在最极端情况以外的其他情况下，有关国家有机会在本国法律制度内矫正违反国际法的行为。相反，该条款草案使索赔者得以在完成纠正程序前就将针对所指称的违反国际法的行为的索赔提交国际性的裁判场所，这有损于国家主权并会妨碍国内司法制度法律规则的发展。

#### 乌兹别克斯坦

必须具体说明由哪个国内或国际机构来界定诉诸当地救济的“合理性”和“非合理性”。

(b) 项

#### 意大利

意大利认为，(b) 项不仅应包括救济过程的不当拖延，还应包括拒绝司法本身。事实上，国际实践表明，如果（在救济过程的任何阶段）当地法院拒绝伸张正义，<sup>59</sup> 或不具备必要的独立性，<sup>60</sup> 或作出显然不公正的判决或恶意判决，或侵犯个人基本的程序性权利，<sup>61</sup> 则当地救济规则的可有例外情形。

<sup>58</sup> 见工商业投资公司案，初步反对意见，《1959年国际法院汇编》，第27页。

<sup>59</sup> 科茨沃斯和鲍威尔案，见 Moore, *History and Digest of the International Arbitrations to which the United States has been a Party*, 第2050页。

<sup>60</sup> 罗伯特·E. 布朗（美国）诉大不列颠案，《国际仲裁裁决汇编》，第六卷（出售品编号：1955.V.3），第124页起；唐·帕西菲科案，*A Digest of International Law*, 第853页；帕涅韦兹斯-萨尔杜提斯基铁路案，《常设国际法院汇编》C辑，第86号，第195页；《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），第327页。

<sup>61</sup> 萨利姆案（埃及、美国）（1932年6月8日），《国际仲裁裁决汇编》，第二卷（出售品编号：1949.V.1），第1202页；B. E. 查廷（美国）诉墨西哥合众国案

相比之下，从条款草案第16条(a)项中不容易推断出拒绝司法的例外情形。因此，(b)项应改为：

“(b)救济过程中有拒绝司法情形，或该过程受到不当拖延，且不当拖延可归咎于被指称应负责任国。”

#### 卡塔尔

(见上文对(a)项的评论。)

#### 大不列颠及北爱尔兰联合王国

联合王国支持以条款草案第16条(b)项编纂目前对不当拖延的规定。

(c)项

#### 奥地利

奥地利赞成(c)项对外交保护施加的限制，但还是希望较详尽地界定没有相关联系的具体情况。该项也没有表明何时必须裁定没有相关联系：可以设想有关的人在受害的时刻身在某一国家（就是在该国受害），然后又离境。在这种情况下，该人的国籍国是否能够受益于(c)项所规定的例外情况，还是假定已存在用尽当地救济所需要的相关联系？对此，本项的措辞没有提供明确的答案。除非表明要求的是在受损害时不存在相关联系，否则可以提议将不存在相关联系同“合理性”挂钩，这样，唯有在受害人同被指称应负责的国家之间没有任何相关联系而且用尽当地救济的做法不合理的情况下，才无须用尽当地救济。鉴于这一办法，也可以建议删除本项前一部分，使本项限于有关案件的情形使得用尽当地救济的做法不合理的情况。评注然后可以举例说明这一情况，提及不存在相关联系这一点。但是，这种解决办法将排除一种滥用本项规定的情况，即有关的人受到损害就离开被指称应负责的国家以规避用尽当地救济这一要求。如此，该个人可以轻易剥夺被指称应负责的国家通过本国程序对损害予以补救的机会。考虑到用尽当地救济规则的基本目标，

(1927年7月23日)，同上，第四卷（出售品编号：1951.V.1），第288页起。

也就是使有关国家有机会为损害提供补救，确实必须杜绝这种滥用情况。

#### 意大利

1. 意大利认为，(c)项规定应分为两个不同的段落，因为它涉及当地救济规则两种不同的例外情形：(a)“受害人与被指称应负责任的国家之间没有相关联系”；以及(b)“依据案情……用尽当地救济实为不合理”。这两种例外情形之间没有大的联系。此外，从现有措辞来看，规定并未明确没有相关联系这一点本身就构成例外情形，还是仅在使用尽当地救济实为不合理之时，才构成例外情形（人们也许能从条款草案第16条的评注第(7)段作如此推论）。

2. 另一方面，意大利认为，上述第二种例外情形（涉及案情）的表述应更广泛，同时也更准确，既明确采用众所周知的“特殊情形”的术语，<sup>62</sup>又在条款草案第16条（或至少在评注中）明确列入可由国际实践推断出的、最为重要的“特殊情形”。

3. “特殊情形”的术语可从严格意义上的外交保护领域的现行实践中找到，在更多情况下，可在人权领域的现行实践中找到。另外，这两个领域的实践都使人们可以挑出具有主、客观性质的下列主要特殊情形，在这些情形下，受害个人极难用尽当地救济。这些情形包括：(a)现实的或空间性的客观、严重困难；<sup>63</sup>(b)危险、可能遭报复或严重损害和司法费用高得离奇的情形；<sup>64</sup>(c)司法制度功能失调或整个政府机构不稳定的总体情形；<sup>65</sup>(d)非法的立法

<sup>62</sup> 《2002年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/523和Add.1号文件，第88页，第15条，第2款。

<sup>63</sup> *John W. Carmalt*案，in *La Pradelle and Politis, Recueil des arbitrages internationaux*，第126页；*M. S. Perry*，同上，第127页；《国际法院书状》，诺特博姆案，第一卷（列支敦士登诉危地马拉），第416页。

<sup>64</sup> 海王星案，见 *Schwarzenberger, International Law*，第244页；和 *La Pradelle and Politis*，前引书，第139页起；诺特博姆案（见上文脚注63），第408页。

<sup>65</sup> 阿克迪瓦尔等诉土耳其案，欧洲人权法院，《判决和裁决汇编》，1996-IV，第1211页，第69段；阿克索伊诉土耳其案，同上，第2276至第2277页，第52至第57段；戈迪内斯·克鲁兹案，美洲人权法院，C辑，第5号（1989年），第58段；等等。



措施或行政实践；<sup>66</sup> 以及 (e) 严重、系统性地侵犯人权的情形。<sup>67</sup> 后三种情形是最近实践中最重要和最具相关性的。

4. 然而，意大利指出，条款草案第16条(c)项目前的表述只给予了此种例外情形极少的重要性。这从评注中也看得出来；评注十分简略，而且只以少数情形为例，忽略了最重要的情形。

5. 相反，意大利非常重视这一例外情形，认为：如在草案中加入明确、独立的、涉及“特殊情形”的例外情形，其后附上例证清单（其中也考虑到人权领域最近的实践），那么就能在当地救济规则的例外情形方面对国际法的逐渐发展作出重大贡献。

### 荷兰

荷兰认为，应采纳第(11)段的评注，以使条款草案既包括“法律上的拒绝”，也包括“事实上的拒绝”。

### 卡塔尔

（见上文关于(a)项的评论。）

### 大不列颠及北爱尔兰联合王国

联合王国认为，条款草案第16条(c)项是关于逐渐发展现有的习惯国际法的一项提议；目前尚无必要对自愿联系或领土联系或艰难情形作出规定。联合王国建议，有必要作出进一步的说明，特别是对要求的“相关联系”作出说明。

## 美利坚合众国

1. 条款草案第16条(c)项规定索赔者得以在受害人与损害国之间“没有相关联系”或是用尽当地救济“实为不合理”的情况下无需用尽当地救济。该条款草案的评注解释说，前一例外旨在应对索赔者不打算同被告国打交道但受到该国某项行动的损害的情况。所提供的典型的例子是跨界污染和航空器偏离航向。根据评注，后一例外规定是要设法在当地救济规则的应用显然“不合理”时允许逐案确定例外情况。

2. 美国同意在受害人与损害国之间没有相关联系的情况下有理由准许这方面的例外情况。但是，它建议删除“不合理”一语以免含糊和范围过宽。美国敦促将条款草案第16条(c)项改写为：

“在受害人与被指称应负责任的国家之间没有相关联系的情况下，无需用尽当地救济。”

3. 美国建议修订的案文删除了在“依据案情，用尽当地救济实为不合理”情况下用尽当地救济规则的例外规定。这一例外没有习惯国际法的根据，也不是基于合理的公共政策考虑。美国认为(c)项的提法过于含糊，也给用尽当地救济规则的应用带来了太多的不确定性。条款草案第16条的其余部分所规定的例外准确地涵盖了不适用关于用尽当地救济的规定情况，包括评注第(11)段中所列的情况。无法实际诉诸法院、非法妨碍司法程序和费用过高，凡此种种都可能使救济“显属徒劳”，从而为根据条款草案第16条(a)项不适用关于用尽当地救济的规定提供理由。因此无须在此提出进一步的无限制的例外情况。

4. 美国还认为，应澄清有关评注，表明单单是飞越一国领土的行为并不构成必须用尽当地救济的“相关联系”。评注中固然表明误入一国领空的航空器同该国并没有“相关联系”，但美国认为，在任何航空器仅仅是飞越作为其预定飞行路线的一部分的一国领空的情况下，并没有确立“相关联系”。鉴于受害人同损害国之间的联系属于间接联系，在这种情况下要求用尽当地救济的做法实属过分。相反，以卡车将货物运往一个国家而途经另一国的商人同后者则具有较具体的联系，包括可利用该途径国的地方法院保护自己的财产。在这种情况下，已确立“相关联系”——在此处为商业和领土联系，从而依规定必须用尽当地救济。

<sup>66</sup> 唐纳利等诉联合王国案，欧洲委员会，《欧洲人权公约年鉴》（1976年），第146页；阿克迪瓦尔案（见上文脚注65），第1210页，第67段；贝拉斯克斯·罗德里斯案，美洲人权法院，C辑，第4号（1988年），第68段；等等。

<sup>67</sup> 德尔米特·巴尔巴托诉乌拉圭案，1982年10月21日的裁决，《大会正式记录，第三十八届会议，补编第40号》（A/38/40），附件九，第124页；自由法律援助小组诉扎伊尔案，非洲人权和人民权利委员会，《国际人权报告》（1997年），第92页；大赦国际诉苏丹案，同上（2001年），第261页；等等。



(d) 项

摩洛哥

危地马拉

1. 任何国家对于放弃一项权利必须明白表示的原则，是国际习惯法的一项既定原则。但是，条款草案第16条的评注第(12)、(15)、(16)和(17)段就这项原则对于一国放弃要求用尽当地救济的权利的可适用性提出了若干问题。

2. 但是，应当指出的是，在许多（即使不是多数）情况下，上述问题根本不成问题。如果缔结了仲裁协定以解决通常用尽当地救济规则可适用于两个缔约国之一的情况下已经存在的争端，那么就不能说该国明示或默示放弃了要求用尽当地救济的权利。事实上产生了一种全然不同情况：由于特殊情况相较于正常情况更占优势的原则，习惯国际法规则，即要求用尽当地救济的规则，被一项条约所载相矛盾的规定所取代。放弃实质上是单方面的，仅仅这一事实就表明，在这种情况下说放弃是不正确的。当条约规定以仲裁方式解决今后在通常必须用尽当地救济的问题上的争端时，将对这种条约作出解释来确定其是否规定了相关规则的不可适用性。如果断定其中一项条约确实规定了这种不可适用性，那么基于同样的理由，不应作出当地救济规则已被放弃的结论。

摩洛哥建议删除(d)项，理由是这种规定将会偏离一项重要的国际法原则，同时也不具任何实际意义。

卡塔尔

(d)项中的例外符合一般法律原则，因此是可以接受的。

大不列颠及北爱尔兰联合王国

有必要进一步审议条款草案第16条(d)项对放弃用尽当地救济要求所作的规定。放弃这样一项习惯国际法根本性的规定应该明示作出；允许作出不具有明确的放弃意图的默示放弃有违国际法目前的立场。必须严格解释所采用的有关放弃的任何规则，因为它除了保护放弃要求的国家的利益外，还保护其他利益。委员会还不妨考虑，如有明确的用尽国内救济的条约义务，究竟是否还有放弃的可能。

乌兹别克斯坦

应在“要求”之后增加“或是该国的行为或不行为等于放弃了这种要求”一语。

#### 第四部分

#### 杂项规定

乌兹别克斯坦

第四部分应称为“其他规定”而不是“杂项规定”。

条款草案第17条 外交保护以外的行动或程序

奥地利

条款草案第17条旨在保护那些可以确保个人权利的其他法律手段。这会导致在不同裁判场所提起

重复的诉讼，从而可能产生相互分歧的裁判。然而，为了有效保护个人权利，应该接受这样的风险。

萨尔瓦多

应该考虑到，外交保护针对的情况是各国凭借自己的权利而不是凭借国民在受到他国损害时得到本国提供的外交保护的认可自己的某个国民的事由。所以，外交保护不能与国际人权法目前规定的保护措施相提并论。萨尔瓦多因此认为，条款草案第17条的措辞应该反映这一点。

## 意大利

1. 该条有一保障条款，允许国家或所要保护的人诉诸国际法规定的、外交保护以外的其他诉讼或程序。评注（第（4）段）指出，此类程序包括各项国际人权公约所述程序，或旨在设立保护投资机制的程序。同样是在此评注（第（6）段末句）中，委员会正告：即使是在国家利用其他程序时，国家仍将能够行使对其国民进行外交保护的权力。

2. 意大利强调评注第（6）段最后部分的重要性。然而，意大利认为，这部分可加以改进，加强针对性；条款草案第17条的案文应当体现出此针对性。事实上，不论是国家还是所要保护的个人的诉诸其他程序，如果该程序要求一名完全独立、公正的法官作出具有约束力的裁决，那么，实行外交保护的权力就不应继续存在。在此情形下，不应再有开展外交行动的理由，因为诉诸其他程序而获得有约束力之裁判的做法，可以更有效地消除可能已经实施的任何不法行为的后果。如果是在无力作出具有约束力的裁决的机构（如根据《公民及政治权利国际公约》第二十八条所设人权事务委员会）采取其他程序时，就不会出现这种结果。在此情形下，不能迫使国家放弃其进行外交保护的权力，因为违约国（其违约行为已经该机构查明）没有义务遵守这项裁决或承担其后果。

3. 所以，意大利建议，条款草案第17条采取一项办法，允许在上述标准的基础上对外交保护和其他程序加以协调。意大利意识到，委员会一名委员提出，在外交保护规则方面，要把有关人权事项的救济视为特别法（见评注第（7）段），但委员会拒绝了这项提议；意大利承认，就任何其他救济而言，这项提议当然是过分了。不过，意大利认为，此提议如果只是针对上述范围较窄的管辖救济，那它就十分合理。

## 荷兰

1. 应该删除“按照国际法”的字样。荷兰认为，特别有必要保留一项权利，即在国内诉讼当中提交法庭之友书状的权利。这是欧洲联盟在美国法律诉讼案中采取的做法。

2. 荷兰还建议效仿条款草案第19条的做法，对条款草案第17条修正如下：

“国家、自然人或其他实体诉诸外交保护以外的行动或程序、为因国际不法行为而遭受的损害取得补救的权利，概不受本条款草案的影响。”

## 卡塔尔

1. 不需要重申国家、自然人或其他实体有权按照国际法诉诸外交保护以外的行动或程序，为因国际不法行为而遭受的损害取得补救，因为人们已将此视为国家和个人根据国际法规则享有的不可剥夺的权利。

2. 条款草案第17条所提到的如果是国家和个人援引国际人权公约的权利，那么就没有增加任何新意。归根结底，国家和个人可以诉诸国际人权法这一事实提供了比外交保护所提供的更多的保障，因为前者以适当和灵活的法律原则为基础，可帮助和允许个人在基本权利和自由受到侵犯时行使自己的权利。

3. 鉴于以上所述，卡塔尔同意关于合并条款草案第17条和第18条的意见，并提议由此产生的条款草案应该是：

“在本条款草案与解决公司或公司股东和国家之间争端的特别条约的规定不符的情况下，也仅在这一情况下，本条款草案不适用。”

## 大不列颠及北爱尔兰联合王国

联合王国支持条款草案第17条，只要该条保护人权和其他文书规定的现有权利和习惯国际法的原则。联合王国建议进一步考虑在不同裁判场所出现若干求偿的可能性。

（见下文对条款草案第18条的评论。）

## 乌兹别克斯坦

应把条款草案第17条的规定列入题为“用语”的条款草案（见下文“其他评论和建议”），以界定“其他和平解决手段”一语（根据条款草案第1条）。

## 条款草案第18条 特别条约条款

## 奥地利

奥地利提请注意该国就关于国籍问题的条款草案第4条发表的评论。不能排除用双边或区域性习惯法取代某些条款(例如关于国籍问题的规定)的可能性。奥地利因此建议,该条仿效在国家对国际不法行为的责任条款的框架内的特别法规定(第55条)<sup>68</sup>,仅提及特别法,或只是提及“国际法特别规则”。

## 萨尔瓦多

萨尔瓦多认为,本条草案反映的构想与条款草案第17条的构想相同,因此赞成将二者合并为一项条款草案。

## 摩洛哥

1. 本条草案的措辞在两个方面含混不清。第一,摩洛哥不知道“il est incompatible”[法文本]指的是什么。这几个词如果指的是“présents articles”,应该为复数形式。

2. 第二,本条草案提到特别条约,意味着条约有一般和特别之分。然而,在国际法,特别是《维也纳条约法公约》中,没有任何地方提到“特别条约”。因此,可以像关于国家责任和国际组织责任的条款所做的那样,提到特别规则,或是修正该句话中的部分,将其改为:“……与有关保护投资的双边和多边条约所规定的特别制度不符的情况下……”。

## 卡塔尔

(见上文对条款草案第17条的评论。)

## 大不列颠及北爱尔兰联合王国

联合王国同意把条款草案第18条放在整套条款草案的末尾,认为此种调整改进了前几个版本。它认为有必要在评注中说明条款草案第18条和第17条之间的关系,这也可能适用于投资条约。

<sup>68</sup> 《2001年……年鉴》,第二卷(第二部分),第160页至第161页。

## 条款草案第19条 船员

## 奥地利

条款草案第19条的基本思想无疑已经为实践所证实。然而,应该重新考虑这一条款草案的结构,因为当前的措辞会导致意外的结果。可能引起的一个疑问是,如果所述条件没有得到满足,船员的国籍国实行外交保护的权利是否受影响。这肯定不是希望取得的结果。奥地利因此建议首先强调这两类国家实行外交保护的权利,然后阐明,一个国家的权利不影响另一国家的权利。

## 比利时

比利时认为,作为逐步演变发展的进程的一部分,并考虑到空运的增长和机组人员日益具有多国籍性质,扩大此项规定的范围从而包括航空器机组人员的做法是合理的。

## 墨西哥

1. 在关于船员的条款草案第19条方面,墨西哥意识到,委员会进行的编纂适当地反映了这个领域的国际法和实践。同样,墨西哥满意地注意到,委员会考虑到了该国代表团近年来就这个具体专题发表的评论,并将其纳入自己的工作。

2. 在争取保证充分尊重船员的人权方面,国籍国实行外交保护的能力和船旗国代表船员寻求补救的权利无疑是一项具有根本意义的发展。然而,条款草案第19条评注的第(8)段没有解决在两个国家都寻求救济时的竞合性求偿问题。

3. 因此,墨西哥请委员会研究这个假设情况,以便能够在条款草案或条款草案第19条评注中提到这一情况,从而解决违法国作出双重赔偿的问题。

## 荷兰

(见上文对条款草案第17条的评论。)

荷兰建议把本条草案并入条款草案第8条。这样做更加符合条款草案的结构。

### 挪威，代表北欧国家 (丹麦、芬兰、冰岛、挪威和瑞典)

北欧各国完全支持条款草案第19条采用的方法，即，船旗国实行外交保护的权力并不排斥船员的国籍国行使同样的权利，反之亦然。这是一项非常重要的原则。这个方法意味着海洋法确立的重要保护措施因此没有受到损害。

### 大不列颠及北爱尔兰联合王国

对条款草案第19条的修正反映了对赛加羚羊号案<sup>69</sup>的裁决。联合王国同委员会一样，承认存在支持船旗国根据《联合国海洋法公约》提出求偿的实际考虑。如果因为本条款可能会发展现有的习惯国际法而产生争议，则联合王国认为可以从关于外交保护的现有条款草案中省去该条，因为它并不涉及实行国际法目前意义上的外交保护。

### 美利坚合众国

1. 条款草案第19条将确认，船员的国籍国有权对其国民实行外交保护，此举不损害船舶的国籍国在船员由于船舶遭受的国际不法行为而受到损害时不论船员国籍而为其寻求补救的权利。该条草案所附评注指出，在一个国家是否可以扩大保护范围以涵盖非国民船员的问题上，国际法没有定论，但认为，国际判例倾向于承认寻求补救的权利。评注谨慎地指出，这一寻求补救的权利并不是外交保护，但解释说，该项权利与外交保护非常类似。

2. 美国欢迎该条评注澄清，条款草案第19条不打算赋予船舶的国籍国对非国民船员给予外交保护的权力。正如美国在2003年5月的评论<sup>70</sup>中解释的那样，在习惯国际法是否允许船舶的国籍国保护第三国船员的问题上，存在很大的不确定性。

3. 然而，考虑到委员会现在其评注中明确承认，这一条款不涉及外交保护，美国认为，条款草案第19条超出了本项目的范围，因此应予删除。请

求发起这个项目的大会1996年12月16日第51/160号决议只请委员会审议“外交保护”问题。根据这项任务规定，委员会的一个工作组向委员会第四十九届会议报告，本套条款草案将仅限于“严格意义上的外交保护”。<sup>71</sup>鉴于本套条款草案仅仅是为了把外交保护规则编纂成法律，如果把把这个项目的范围扩大到包括各国为船员寻求补救的权利，那么就有可能在整个条款草案的范围上导致混乱，因此这样做是不合理的。较好的办法是把这个问题交由其他国际法文书，例如《联合国海洋法公约》处理。

4. 条款草案第19条的评注还指出，这一条的目的是确认，船员的国籍国可以支持船员提出索赔。美国虽然也认为这项原则是习惯国际法，但是本条对该原则的阐述是多余的。条款草案第2至第3条将明确指出，如果符合条款草案中的其他规定，一个国家有权对其国民提出的索赔实行外交保护。由于船员和所有其他人一样也是国民，所以没有任何理由单独通过一项条款草案来指出他们的索赔可以得到受理。如果委员会认为有必要，应该在条款草案第2至第3条的评注中说明，船员也是国民，在受损害时享有外交保护。

### 其他评论和建议

#### 荷兰

1. 特别报告员在第五次报告第四章中提出了两个“保障条款”，作为条款草案第17至第18条的备选案文。提出的第一个条款是作为条款草案第17条的备选案文，内容如下：

#### 第26条

这些条款概不影响国家（有权实行外交保护的国家除外）或个人由于国际不法行为而可以享有的权利。<sup>72</sup>

荷兰认为可以支持该条草案。

<sup>69</sup> 赛加羚羊号案（第2号）（圣文森特和格林纳丁斯诉几内亚），判决，《1999年海洋法法庭汇编》，第10页。

<sup>70</sup> 已在纽约联合国编纂司存档。

<sup>71</sup> 《1997年……年鉴》，第二卷（第二部分），第61页，第176段。

<sup>72</sup> 《2004年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/538号文件，第四章A节，第76页。



2. 提出的第二个条款包括条款草案第21条的另一种措辞，合并了条款草案第17条和第18条的内容：

这些条款概不影响国家或人援引外交保护以外的程序，为因国际不法行为而遭受的损害取得补救〔也可能使受害人的国籍国提出外交保护求偿〕的权利。<sup>73</sup>

荷兰认为也可以支持这一“总括性保障条款”<sup>74</sup>。

3. 关于外交保护的第六次报告<sup>75</sup>讨论了“洁手”原则。荷兰支持特别报告员得出的结论。

### 美利坚合众国

1. 美国无法审查评注中的每一项陈述、脚注和对文献的引用。然而，它通过检查这些评注，发现在很多情况中，援引的案例或条约看来并不支持所涉观点。美国敦促委员会仔细检查评注的准确性和其中对所引材料的描述。

<sup>73</sup> 同上，第四章B节，第77页。

<sup>74</sup> 同上，第42段。

<sup>75</sup> 《2005年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/546号文件，第1页。

2. 美国希望请委员会在评注当中明确指出它认为哪些条款草案是对法律的逐渐发展，而不仅仅是把习惯国际法编纂成文。例如，美国虽然不反对条款草案第8条，但该条明显是对法律的逐渐发展，因此应该予以指明。

### 乌兹别克斯坦

乌兹别克斯坦认为，有必要单独编写一条题为“用语”的条款草案，以解释条款草案中使用的以下术语：“法人国籍”〔俄文本〕；“公司国籍”；“公司成立”；“成立国”；“人身伤害”；“财产损害”；“个人非财产权利所受损害”；等等。

### 关于最后形式的评论

### 挪威，代表北欧国家 (丹麦、芬兰、冰岛、挪威和瑞典)

北欧国家认为，有必要相当迅速地推进二读通过条款草案。此外，北欧各国还认为，应在较短的时间内以一项公约的形式通过关于外交保护的条款。这将提高这个重要法律领域中的法律清晰度和可预见性。

## 附件

## 大不列颠及北爱尔兰联合王国国际索赔的适用规则

## 1. 规则基础

联合王国的规则和评论已刊登在几份出版物中，例如《国际法和比较法季刊》，第37卷（1988年），第1006至第1008页。这些规则均以习惯国际法的一般原则为基础。

有时即便在严格适用下列规则会阻止提出正式索赔的情况下，也可允许和应当作非正式的陈述。

这些规则并不涉及国家的什么行为违背国际法并应承担这一较为复杂的问题。关于这一问题，第4章作了较为详尽的论述。

## 2. 关于索赔者国籍的规则

## 规则一

除非索赔者目前是联合王国的国民，并在受损害之日亦为联合王国国民，否则英国政府将不受理索赔。

## 评论

国际法规定，索赔者必须在损害发生时并自此持续直到正式提交索赔时为提交索赔国家的国民，其索赔才能得到认可。但是，在实践中，历来只需在受到损害之日和提交索赔之日证明国籍就已足够（见 I. M. 辛克莱所著“求偿的国籍：英国惯例”，《英国国际法年鉴》，1950年，第27卷，第125至第144页）。

“联合王国国民”一词包括：

(a) 根据《1981年英国国籍法案》凡属以下类别之一者皆为英国国民（或根据早先的立法可归入相应类别之一者）：

(一) 英国公民

(二) 英国附属领土公民

(三) 英国侨民（海外）

(四) 英国海外公民

(五) 《法案》第四部分规定的英国臣民

(六) 英国保护的人

(b) 按照联合王国法律或联合王国为其承担国际责任的领土的法律所成立的公司。

## 规则二

如果索赔者在损害发生之日之后成为或不再是联合王国国民，英国政府可在适当情况下，与其先前或嗣后的国籍国政府协同受理其索赔。

## 规则三

如索赔者是双重国籍者，英国政府受理其提出的索赔（但是在某些情况下，可能适合由英国政府与有权受理索赔的其他国家政府共同受理）。如果被告国是[持有双重国籍的]联合王国国民的第二国籍国，英国政府一般不受理其提出的索赔；但如果被告国在造成损害的情况下将索赔者作为联合王国国民对待，则可受理其索赔。

## 规则四

英国政府可受理按照联合王国法律或英国政府为其承担国际责任的任何领土的法律创建和管理的公司或其他法人的索赔。

## 评论

这条规则所基于的原则是，法人（例如公司、股份公司或具备有别于其成员的法律人格的其他

协会)的国籍国是该法人依其法律正式创设、组织以及结业或解散的国家。国际法院在1970年巴塞罗那电车公司案(比利时诉西班牙)中肯定了这一原则。有些国家采用不同的检验标准确定公司的国籍:集中管理地(公司所在地)或有效控制地(确定这一项时,可能会考虑多数股东常住地以及多数董事常住地)。但国际法院说,在这些关于“真正联系”的检验标准中没有一种得到国际公认。

英国政府在确定是否行使保护权时,可能会考虑该公司是否在实际与联合王国有真正的实质性联系。(默文·琼斯在其文章“代表外国公司中的本国股东提出求偿”中进一步讨论了这一问题和规则四至六产生的其他几点事项,见《英国国际法年鉴》,1949年,第26卷,第225页。)

#### 规则五

如果联合王国国民在成立于另一国的公司中作为股东或以其他身份而享有利益,而该公司因第三国的行为而蒙受损害,则英国政府通常只与公司成立国的政府一起受理索赔。在特殊情况下,如公司停业,英国政府或许会独立进行干预。

#### 规则六

如果联合王国国民在成立于另一国家并因此作为其国民的公司中作为股东或以其他身份享有利益,而该公司因该国而蒙受损害,则英国政府可以进行干预以保护该联合王国国民的利益。

#### 评论

在有些情况下,公司成立地国对该公司并不拥有首要国家利益。一个公司可以出于法律或经济上的利益依照某一国家的法律成立,可是公司资本几乎完全由另一国的国民拥有。在这种情况下,该公司成立地国可能无甚兴趣保护该公司,而拥有资本的国民的国籍国却对此兴趣浓厚。国际法院在巴塞罗那电车公司案中否定了在外国的股东的国籍国根据习惯国际法享有实行外交保护的固有权利。但是,法院多数法官承认在规则五和规则六所述的两种情况下保护股东权的存在(即在所涉公司

已停业的情况下,以及在公司成立地国(虽然理论上是该公司的合法保护人)本身使公司蒙受损害的情况下)。

如果某家外国公司的资本由几个国家(其中包括联合王国)的国民拥有,份额不等,则英国政府通常不提出交涉,除非拥有多数资本的国民的国籍国支持他们提出交涉。

#### 规则七

英国政府对联合王国国民向另一国提出的索赔通常不予接办及正式支持,除非当事人用尽该国国内可以利用的所有法律救济(如有)。

#### 评论

如能明确证明,据案件具体情况,向该国更高级法庭提起上诉不会有任何作用,则未用尽当地救济这一点将不妨碍提出索赔。如该国并无任何司法途径可供利用,则索赔者对另一国提出索赔并不需要用尽司法救济。

#### 规则八

索赔者如在用尽国内一切救济的过程中受到歧视或阻挠,而这些歧视或阻挠构成了拒绝司法,则英国政府可代表他进行干预,以确保纠正司法不公。

#### 规则九

如果在提出索赔申述方面有不当迟延,英国政府将不予受理索赔,除非该种迟延是索赔者无法控制的原因所致,但无时限规定,取决于公平而非法律上的定义。

### 3. 与条约规定的救济有关的规则

#### 规则十

如果条约中的明确规定与规则一至九中的一项或多项不一致,则在不一致的情况下,以条约规定为准。如果模棱两可,则根据这些规则和国际法规定的其他规则对条约或国际协定的规定进行解释。

## 4. 关于移交求偿的规则

## 评论

## 规则十一

如果索赔者在其本人或财产受到损害之日后死亡，其遗产代理人可以设法为其遗产争取损害救济或赔偿。这种索赔不得与死者的受养人为其死亡索取损害赔偿混为一谈。

如果该遗产代理人与原索赔者拥有不同的国籍，可比照单独索赔者变更国籍的情况，适用上列各条规则。





## 从各国政府收到的评论和意见

[原文：阿拉伯文/英文]

[2006年8月18日]

### 目 录

	段 次	页 次
导言 .....	1	80
从各国政府收到的评论和意见 .....	2-36	80
科威特 .....		80
A. 外交保护的法律性质 .....	2-18	80
B. 条款草案 .....	19-36	81

### 导言

1. 科威特在2006年8月1日的信件中，送交了  
对国际法委员会在2004年第五十六届会议上一读通  
过的关于外交保护的条款草案和评注<sup>1</sup>的一系列评论

和意见。这些评论和意见是在二读通过条款草案后  
收到的，因此委员会未能有机会加以审议。

<sup>1</sup> 见《2004年……年鉴》，第二卷（第二部分），第24  
页，第59段。条款草案转载于第60段。

## 从各国政府收到的评论和意见

### 科威特

#### A. 外交保护的法律性质

2. 普通人在不能保障其权利时，便设法促使其  
国籍所属国对之实行保护，对造成这一国际不法行  
为的国家提起法律诉讼。国家的这种干预行为在国  
家责任规则中被称为“对侨民的外交保护”。

3. 这种干预行为使个人与国家之间的冲突成为  
主权国之间的争端，并把个人排除在争端之外。个  
人必须等待国际一级对其案件作出判决，以使其国  
家能够将从负有国际责任的国家得到的赔偿转交给  
他。而且，其国家本身也因其国民所受的屈辱而蒙  
受损害。

4. 因此，科威特认为，外交保护是国家责任的  
一部分，即国家责任的主要专题之一，也是保护人  
权免受他国不法行为侵犯的一项国际文书，或如委  
员会所认为的那样，外交保护只是保护人权的手段  
之一（特别报告员关于外交保护的第七次报告(A/  
CN.4/567)第84段）。<sup>2</sup>

#### 1. 放弃外交保护

5. 基于上文第2至第4段的考虑，个人没有权  
利放弃其国家保护他的权利，因为在这种情况下，

<sup>2</sup> 转载于本卷。

他所放弃的权利并非属于他，而属于他的国家。此外，这里所涉及的是被他国的不法行为侵犯的某项人权。这种权利是不可剥夺的，因此也是不可放弃的。再者，这些权利属强行法，不得经由协定减损。

## 2. 国家实行外交保护的自由裁量权

6. 委员会在讨论条款草案第2条时，决定不强行规定国家实行外交保护的义务，而是适用国际判例法中的规则，即实行这种保护是国家的权利，国家可以使用也可以不使用这种权利。

## 3. 用尽当地救济

7. 受害人用尽当地救济是实行外交保护的一个先决条件，这是习惯国际法的一项一贯明确的既定规则，国际法院在1959年的工商业投资公司案<sup>3</sup>中已经申明和决定。

8. 这一规则基于两点考虑，其一是为了尊重当事个人居住地所在外国国家的主权，该个人要服从该国的国内管辖，并假定这种管辖不带偏见而且中立。第二点考虑简言之是为了让行为国有机会用自己的方法、在其国内法框架内进行救济。

9. 委员会已经解决了这一要求，条款草案第14至第16条对此作出规定。

## 4. 国籍要求

10. 既定的国家惯例要求个人和国家之间至少应该在两个时间点上有着国籍联系：第一是发生国际不法行为和造成损害的时间，第二是通过外交途径或国际司法正式提交保护要求的日期。

11. 各国在委员会中详尽讨论了持续国籍作为一国实行外交保护的基本条件这一问题（条款草案第3至第10条论述国籍的存在问题，第5条专门论述持续国籍）。

12. 持续国籍规则最有争议的地方是：受害人必须依然是国民的最后日期以及在此必须考虑的究竟是正式提交求偿的日期，还是对求偿作出最后裁决和给出有关判决的日期。

13. 审视国际对此事的立场可以发现，不少国家支持第一种做法，赞成持续国籍应直到向国际提交求偿之日为止，而美利坚合众国则坚决反对这种观点，认为国籍必须持续到解决求偿之日。

14. 在很大程度上，美国依据的是国际投资争端解决中心仲裁法庭在洛温案中作出的裁决。该法庭认为，以国际法的术语说，“自引起求偿的事件发生之日”，即称之为“损害发生之时”的日期，“至解决求偿之日”，即称之为“终止日期”，“国民身份必须是持续的”<sup>4</sup>。

## 5. 关于外交保护的第七次报告第35至第46段

15. 无论对上述赔偿的观点如何，科威特认为，美国关于国籍必须持续到寻求外交保护的日期得到解决之日为止这一立场是恰当的，符合法律和实践标准，并看到了外交保护本身的明智性。

16. 的确，一国对已经失去维系隶属关系的国籍的人继续进行外交保护既令人无法接受，也不合乎情理，更不用说正如科威特所指出的，外交保护是以两点考虑为基础的：即国家的权利和受国际不法行为损害的人的权利。如果后者的国籍不复存在，则国家继续其外交保护的权也就告终，因为此人不再是其国民。再者，这种保护是一种国际求偿，禁止非国际主体享有；只有国际主体才有权利提出这种诉讼。

17. 有一种论点认为，由于受害人所属的新国家会为他实行外交保护，因此这种持续性是没有必要的。倘若人们考虑到新国家将继续国际诉讼以进行外交保护，那么可见这种论点非但没有削弱反而加强了持续国籍是必要的这一观点。在受害人丧失原先国家的国籍至取得另一个国家的国籍期间，

<sup>3</sup> 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。

<sup>4</sup> 洛温集团公司诉美利坚合众国案，《国际投资争端解决中心报告》，第7卷(Cambridge, Grotius, 2005)，第485页，第225段。

情况会不同。在新国家对已取得其公民身份的受害人不提供外交保护时也同样，因为如前文指出，行使外交保护权是国家的自由裁量权，即国家可选择行使或不行使的一种权利。

18. 科威特提出和探讨外交保护的法律性质，除了意在为这一国际工作作出自己的贡献之外，还在于使这些原则对委员会正在起草的条款草案产生影响。

## B. 条款草案

19. 拟议草案共包括19条，委员会在第五十八届会议上借此规范了国际法中外交保护的某些方面，即国籍问题和用尽当地救济问题。但它没有论述外交保护的主要规则，即适用于外国人待遇的规则；也没有论述外交保护的后果问题，如确定成功的求偿国是否有义务将其就该求偿可能收到的任何赔偿支付给受害国民的问题。关于外交保护的第七次报告的结束部分对这一问题进行了论述。<sup>5</sup>

20. 科威特现将按顺序论述各条款，分为以下各点：

### 1. 第1条

21. 该条的拟议修正案文的第1款对“外交保护”下了定义。第2款提到外交保护和领事协助的区别，称外交保护不应被解释为包括给予领事协助，其依据是关于外交保护的第七次报告所提出的考虑因素，即正确的理论和实际考虑，为简明扼要和避免重复起见，科威特请读者自行参看。

### 2. 第2条

22. 该条案文经修正后，确定了一国享有按照本条款草案实行外交保护的权力。

23. 在这方面，科威特请读者参看上文中科威特就作为外交保护法律性质一个方面的国家外交保护权问题发表的意见。

### 3. 第3至第8条

24. 这些条款规定国籍国对自然人，包括多重国籍人以及无国籍人和难民，提供保护。

25. 科威特认为应重拟第4条，增加“依照该国法律确定”一语，因为国籍问题仍属于各国的专属事务。

26. 关于持续国籍的规则（第5条），科威特请读者参看上文在这方面的论述，并结合关于外交保护法律性质的讨论。

27. 除上述各点以外，科威特同意委员会拟订的这些条款草案。

### 4. 第9至第10条

28. 条款草案第9条和第10条就针对法人的外交保护涉及的两个方面作出规定，分别是公司的国籍国问题和公司的持续国籍问题。

#### (a) 第9条 公司的国籍国

29. 科威特同意第9条的措辞在其第2款经修正删除“或某种类似联系”一语，内容如下：

“就对公司的外交保护而言，国籍国是指公司依照其法律成立并在其领土内设有注册办事处或管理机构的国家”

因为上述词语如不删除，可能会导致各种解释，引起意义混淆，而且也含糊不清，不够精确。

#### (b) 第10条 公司的持续国籍

30. 该条第2款（修订后第10条第3款）如下：

“尽管有第1款的规定，一国对于在受到损害之时是其国民但由于所受损害而按照该国法律已不存在的公司，继续有权实行外交保护。”<sup>6</sup>

<sup>5</sup> 见上文脚注2。

<sup>6</sup> 《2004年……年鉴》，第二卷（第二部分），第37页，第60段。



31. 案文中的“存在”一词可能不够精确，会引起诸多解释上的困难和问题，因为从既定的惯例来看，大多数（文明）国家在公司继续或终止存在问题上奉行的规则是，即使在公司解散后，公司的法律人格（无论是经同意或依法令）仍继续存在，直到按照公司清算法律规则的详细规定对所有债权人的索赔全部或在资产不足的情况下部分清偿为止。

32. 科威特因此提议将“但由于所受损害而按照该国法律已不存在”修改为“但由于所受损害而按照该国法律不再具有法律人格并已清算完毕”。

#### 5. 第11条

33. 关于修订前和修订后文本中均出现的“公司已不存在”一语，科威特请读者参看前文中其关于公司存在问题的评论，并提议重拟案文，改用“公司已全部清算且法律人格失效”取代上述现有的短语。

#### 6. 第18条

34. 科威特提议用“双边和多边条约”替代“特别条约条款”，以明确含义并与条约的概念相一致。

#### 7. 受害国民获得判决补偿的权利

35. 按照国际惯例曾经遵循过的既定原则，国际损害赔偿的对象总是一个国家而非个人，即使是在进行补偿时，而且尽管补偿金额必须按个人所受损害而确定，也是如此。但在现代，许多国家已对这一原则进行重新审视，这些国家承认它们有一定的义务将其获得的补偿支付给受害国民，因为国家是为受害个人的利益而提出索赔的，受害个人理应得益于外交保护的实行。

36. 鉴于公平和尊重人权方面的考量，委员会不得不认真地考虑就这一问题通过一项规定，以此作为一项逐渐发展方面的工作，以消除外交保护中的不公平现象。委员会因此草拟出了有关案文（科威特同意该案文），呼吁求偿国将因对其受害国民进行外交保护并为该国民利益求偿而获得的损害赔偿款项，在扣除国家在此过程中支出的各项费用之后，转交给该国民。

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所造成的损失的国际责任)

[议程项目3]

A/CN.4/566号文件

特别报告员彭马拉朱·斯里尼瓦萨·拉奥先生  
关于危险活动引起跨界损害情况下损失分配的法律制度的第三次报告\*

[原文: 英文]

[2006年5月7日]

目 录

	段 次	页 次
本报告引用的多边文书 .....		84
本报告引用的著作 .....		84
导言 .....	1-2	86
章 次		
一、各国政府就危险活动引起跨界损害情况下的损失分配原则草案提出的评论和意见.....	3-22	87
A. 主要趋势 .....	3-4	87
B. 对提出的一些问题的澄清 .....	5-22	88
1. 门槛问题 .....	7-8	89
2. 对于专题范围内活动清单的澄清 .....	9	90
3. 专题范围的扩大 .....	10	90
4. 对环境本身的损害以及就“非使用”价值所受损害的索赔 .....	11-14	90
5. 多重索赔 .....	15-18	91
6. 原则草案的法律地位 .....	19-22	92
二、审查原则草案的若干显著特征 .....	23-37	94
A. 审慎做法或原则 .....	24-26	94
B. “谁污染谁付费”原则: 经营者的严格和有限责任 .....	27-30	95
C. 值得注意的国家义务 .....	30-32	97
D. 不歧视原则和最低标准 .....	33-35	98
E. 确保及时和充分的赔偿 .....	36-37	98
三、原则草案的最终形式 .....	38-44	99
四、原则草案与关于预防的条款草案之间的关系 .....	45-46	100

\* 特别报告员感谢在本次报告编写期间德国海德堡马克斯·普朗克比较公法与国际法研究所给予的接待。他还要感谢哥伦比亚特区华盛顿的乔治·华盛顿大学法学院黛娜·谢尔顿女士组织学生围绕所讨论的问题编写了各国法律和实践备忘录。特别报告员同时还要感谢希腊雅典大学法学院的伊利亚斯·普拉科克法洛斯先生在本次报告编写期间提供的研究支持。

## 本报告引用的多边文书

## 来源

- 《建立欧洲共同体条约》[英](1957年3月25日,罗马),  
经2001年2月26日《尼斯条约》[英]修正
- 《公海公约》(1958年4月29日,日内瓦)
- 《南极条约》[英](1959年12月1日,哥伦比亚特区华盛顿)
- 《南极条约环境保护议定书》[英](1991年10月4日,马德里)
- 《南极条约环境保护议定书关于环境紧急情况产生的赔偿责任的附件六》[英](2005年6月17日,斯德哥尔摩)
- 1968年《关于民商事司法管辖和判决执行的布鲁塞尔公约》[法]  
(1968年9月27日,布鲁塞尔)
- 《联合国海洋法公约》(1982年12月10日,蒙特哥湾)
- 《关于民商事司法管辖和判决执行的公约》[英](1988年9月16日,  
卢加诺)
- 《国际油污防备、反应和合作公约》(1990年11月30日,伦敦)
- 《关于工业事故越境影响的公约》[英](1992年3月17日,赫尔辛基)
- 《关于在国际贸易中对某些危险化学品和农药采用事先知情同意程  
序的鹿特丹公约》(1998年9月10日,鹿特丹)
- 《生物多样性公约的卡塔赫纳生物安全议定书》(2000年1月29日,  
蒙特利尔)
- 《欧洲联盟条约》合订本。《欧洲共同体公报》,第45卷,  
第C 325号(2002年12月24日),第33页。
- 联合国,《条约汇编》,第450卷,第6465号,第11页。
- 同上,第402卷,第5778号,第71页。
- 《第十一届南极条约特别协商会议最后报告》,第三章,  
第111页。另见《国际法律资料》,第三十卷,第6  
号(1991年11月),第1461页。
- 《第二十八届南极条约特别协商会议最后报告》,  
第二章A节,第63页。另见《国际法律资料》,  
第45卷(2006年),第5页。
- 《欧洲共同体公报》,第15卷,第L299号(1972年12  
月31日),第32页。
- 联合国,《条约汇编》,第1833卷,第31363号,第3页。
- 《欧洲共同体公报》,第31卷,第L319号(1988年11  
月25日),第9页。
- 联合国,《条约汇编》,第1891卷,第32194号,第51页。
- 同上,第2105卷,第36605号,第457页。
- 同上,第2244卷,第39973号,第337页。
- 同上,第2226卷,第30619号,第208页。

## 本报告引用的著作

- Austin, Jay E. and Carl E. Bruch  
“The Kosovo conflict: a case study of unresolved issues”, in  
Jay E. Austin and Carl E. Bruch, eds., *The Environmental  
Consequences of War: Legal, Economic, and Scientific Per-  
spectives*. Cambridge, Cambridge University Press, 2000,  
pp. 647–664.
- Bar, Christian Von  
“Environmental damage in private international law”, *Col-  
lected Courses of The Hague Academy of International  
Law*, 1997. The Hague, Martinus Nijhoff, 1999. Vol. 268,  
pp. 291–411.
- Baxter, R. R.  
“Multilateral treaties as evidence of customary international  
law”, *British Year Book of International Law*, 1965–1966,  
vol. 41, pp. 275–300.
- “Treaties and custom”, *Collected Courses of The Hague Acad-  
emy of International Law*, 1970–I. Leiden, Sijthoff, 1971.  
Vol. 129, pp. 25–105.
- Bernasconi, Christophe and Gerrit Betlem  
“Transnational enforcement of environmental law: second re-  
port”, *Report of the Seventy-first Conference held in Berlin,  
16–21 August 2004*. London, International Law Associa-  
tion, 2004, pp. 896–933.
- Birnie, P. W. and A. E. Boyle  
*International Law and the Environment*. 2nd ed. Oxford, Ox-  
ford University Press, 2002. 798 p.
- Boehmer-Christiansen, Sonja  
“The precautionary principle in Germany: enabling govern-  
ment”, in Tim O’Riordan and James Cameron, eds., *Inter-  
preting the Precautionary Principle*. London, Earthscan,  
1994, pp. 31–60.
- Boutillon, Sonia  
“The precautionary principle: development of an international  
standard”, *Michigan Journal of International Law (Ann Ar-  
bor)*, vol. 23, No. 2, winter 2002, pp. 429–469.
- Boyle, A. E.  
“Globalising environmental liability: the interplay of national  
and international law”, *Journal of Environmental Law*, vol.  
17, No. 1, 2005, pp. 3–26.
- Briggs, Herbert W.  
*The International Law Commission*. Ithaca, New York, Cornell  
University Press, 1965. 380 p.
- Brownlie, Ian  
*Principles of Public International Law*. 6th ed. Oxford, Oxford  
University Press, 2003. 742 p.

- Cassese, Antonio  
*International Law*. 2nd ed. Oxford, Oxford University Press, 2005. 558 p.
- Charney, Jonathan I.  
“Third State remedies for environmental damage to the world’s common spaces”, in Francesco Francioni and Tullio Scovazzi, eds., *International Responsibility for Environmental Harm*. London, Graham & Trotman, 1991, pp. 149–177.
- Crawford, James  
*The International Law Commission’s Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries*. Cambridge, Cambridge University Press, 2002. 387 p.
- Cuperus, K. W. and A. E. Boyle  
“Articles on private law remedies for transboundary damage in international watercourses”, *Report of the Sixty-seventh Conference of the International Law Association held at Helsinki, 12–17 August 1996*. London, International Law Association, 1996, pp. 403–411.
- Daillier, Patrick and Alain Pellet  
*Droit international public*. 7th ed. Paris, LGDJ, 2002. 1510 p.
- Dupuy, Pierre-Marie  
“La contribution du principe de non-discrimination à l’élaboration du droit international de l’environnement”, *Revue québécoise de droit international*, vol. 7, No. 2, 1991–1992, pp. 135–144.
- Freestone, David  
“The road from Rio: international environmental law after the Earth Summit”, *Journal of Environmental Law*, vol. 6, 1994, pp. 193–218.
- International Union for Conservation of Nature (IUCN)  
“Guidelines for applying the precautionary principle: biodiversity conservation and NCM management”, *Environmental Policy and Law*, vol. 35, No. 6, December 2005, pp. 274–275.
- Kammerhofer, Jörg  
“Uncertainty in the formal sources of international law: customary international law and some of its problems”, *European Journal of International Law*, vol. 15, No. 3, June 2004, pp. 523–553.
- Kiss, Alexandre and Dinah Shelton  
*International Environmental Law*. 3rd ed. Ardsley, New York, Transnational, 2004. 837 p.
- Koester, Veit  
“Global environmental agreements: drafting, formulation and character”, *Environmental Policy and Law*, vol. 35, No. 4–5, October 2005, pp. 170–183.
- Lammers, J. G.  
*Pollution of International Watercourses: A Search for Substantive Rules and Principles of Law*. Boston, Martinus Nijhoff, 1984. 724 p.
- Larsson, Marie-Louise  
*The Law of Environmental Damage. Liability and Reparation*. The Hague, Kluwer, 1999. 681 p.
- Lefeber, René  
*Transboundary Environmental Interference and the Origin of State Liability*. The Hague, Kluwer, 1996. 365 p.
- Leigh, Kathy  
“Liability for damage to the global commons”, *Australian Year Book of International Law*, vol. 14, 1993, pp. 129–156.
- Mahiou, Ahmed  
“Rapport général”, *Société Française pour le Droit International, Colloque d’Aix-en-Provence: la codification du droit international*. Paris, Pedone, 1999, pp. 11–65.
- McIntyre, Owen and Thomas Mosedale  
“The precautionary principle as a norm of customary international law”, *Journal of Environmental Law*, vol. 9, No. 2, 1997, pp. 221–241.
- Okowa, Phoebe N.  
*State Responsibility for Transboundary Air Pollution in International Law*. Oxford, Oxford University Press, 2000. 285 p.  
“Procedural obligations in international environmental agreements”, *British Year Book of International Law*, 1996, vol. 67, pp. 275–336.
- Reid, Elspeth  
“Liability for dangerous activities: a comparative analysis”, *International and Comparative Law Quarterly* (London), vol. 48, 1999, pp. 731–756.
- Rest, Alfred  
“Need for an international court for the environment? Underdeveloped legal protection for the individual in transnational litigation”, *Environmental Policy and Law*, vol. 24, No. 4, 1994, pp. 173–187.
- Sadeleer, Nicolas De  
*Environmental Principles: From Political Slogans to Legal Rules*. Translated by Susan Leubuscher. Oxford, Oxford University Press, 2005.
- Sand, Peter H.  
“Compensation for environmental damage from the 1991 Gulf war”, *Environmental Policy and Law*, vol. 35, No. 6, December 2005, pp. 244–249.
- Sands, Philippe  
*Principles of International Environmental Law*. 2nd ed. Cambridge, Cambridge University Press, 2003. 1116 p.
- Schachter, Oscar  
“International law in theory and practice: general course in public international law”, *Collected Courses of The Hague Academy of International Law*, 1982–V. Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1985. Vol. 178, pp. 9–395.



Shaw, Malcolm N.

*International Law*. 5th ed. Cambridge, Cambridge University Press, 2003.

Sinclair, Sir Ian

*The International Law Commission*. Cambridge, Grotius, 1987. 177 p.

Smets, Henri

“Le principe de non-discrimination en matière de protection de l’environnement”, *Revue européenne de droit de l’environnement*, No. 1, 2000, pp. 3–33.

Stoll, Peter-Tobias

“Transboundary pollution”, in Fred L. Morrison and Rüdiger Wolfrum, eds., *International, Regional and National Environmental Law*. The Hague, Kluwer, 2000, pp. 169–200.

Wolfrum, Rüdiger

“Purposes and principles of international environmental law”, *German Yearbook of International Law*, vol. 33, 1990, pp. 308–330.

“International environmental law: purposes, principles and means of ensuring compliance”, in Fred L. Morrison and Rüdiger Wolfrum, eds., *International, Regional and National Environmental Law*. The Hague, Kluwer, 2000, pp. 3–70.

Xue, Hanqin

*Transboundary Damage in International Law*. Cambridge, Cambridge University Press, 2003. 368 p.

## 导言

1. 国际法委员会在2004年举行的第五十六届会议上，一读通过了危险活动引起跨界损害情况下的损失分配原则草案。<sup>1</sup>大会在2004年12月2日第59/41号决议第3段和2005年11月23日第60/22号决议第3段中，提请各国政府注意就原则草案提出各自的意见对委员会的重要性。在2004年大会第五十九届会议期间参加第六委员会就委员会报告进行的辩论的各代表团对原则草案基本表示肯定。各代表团对委员会能够迅速拟定原则草案表示高兴，这与大会注意到委员会完成“国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任”议程项目下的剩余工作的重要性相距不到一年的时间。<sup>2</sup>大会在2001年第五十六届会议上，对就预防问题开展的有

价值的工作表示赞赏，<sup>3</sup>同时请求委员会恢复有关责任问题的工作，铭记预防和责任之间的相互关系，并考虑到国际法的发展和各国提出的评论意见。<sup>4</sup>一些国家政府不仅在第六委员会发表意见，还就2004年委员会一读通过的分配原则草案提出了书面评论。<sup>5</sup>

2. 在本报告中，特别报告员对委员会根据各国的评论意见在危险活动引起跨界损害情况下的损失分配原则草案二读时应予处理的问题进行了分析。一些国家还就案文的拟订方式提出了具体建议。这些建议没有收入本次报告。毫无疑问，委员会将在起草委员会的范围内适时审议这些建议。

<sup>1</sup> 《2004年……年鉴》，第二卷（第二部分），第76至第77页，第175段。

<sup>2</sup> 见荷兰的发言，《大会正式记录，第五十九届会议，第六委员会》，第17次会议，第47段。

<sup>3</sup> 关于预防危险活动的跨界损害条款草案，见《2001年……年鉴》，第二卷（第二部分），第97段。

<sup>4</sup> 大会2001年12月12日第56/82号决议，第3段。

<sup>5</sup> A/CN.4/562和Add.1号文件（转载于本卷）。

## 第一章

### 各国政府就危险活动引起跨界损害情况下的损失分配原则草案提出的评论和意见

#### A. 主要趋势

3. 在对各国在书面答复以及在第六委员会的发言中就危险活动引起跨界损害情况下的损失分配原则草案提出的评论和意见进行分析之后，似乎可以发现以下趋势：

(a) 各国对委员会采取的基本方法普遍表示欢迎，即草案应具有一般和剩余性质，以使各国能够根据相关的特殊情况为特定的活动部门灵活制定具体的责任制度；<sup>6</sup>

(b) 各国广泛认可的方法是由活动经营者，即引起跨界损害的事件发生时风险管理的指挥者或控制者，承担主要责任；<sup>7</sup>

(c) 鉴于考虑列入草案范围的活动，即危险活动的性质，有人支持适用经营者的严格责任。达成的理解是，这种责任也是有限的。并且，经营者责任方面将有一些例外。但是，这些例外必须限于少数情况。<sup>8</sup> 一些意见认为，可在这一机制内纳入关于危险活动与跨界损害之间因果关系的可反驳的推定。因此，经营者需承担举证责任证明自己不应承担责任；<sup>9</sup>

(d) 鉴于倾向选择的经营者责任是严格而有限的责任，一些国家还支持考虑从不同来源筹措补充资金，从而分担损失并尽量减轻跨界损害受害者因这种有限责任而承受损失的负担。在这方面，它们设想起源国将参加这种补充筹资机制。<sup>10</sup> 回顾起源国有义务确保在其领土或专属管辖和控制区内开展的任何危险活动均应事先得到其批准，且这种事先批准的条件是经营者必须对跨界损害的风险管理采取最佳方法并尽最大努力，因此，它们主张应该进一步规定经营者须具备必要的财政能力，以满足跨界损害情况下的索赔。这些国家表示，这种能力可以通过经营者购买适当保险或通过适当的银行担保或其他财务担保获得；<sup>11</sup>

(e) 各国还强调了获得救济的重要性；起源国和其他有关国家应该允许跨界损害的受害者诉诸司法和其他行政机构，不受任何歧视地争取索赔，并寻求起源国就同一损害向本国受害者提供的救济。<sup>12</sup> 一些国家支持以向危险活动造成损害的所有受害者提供救济和赔偿的方法建立某些最低标准，并要求各国在国家立法中作出这种规定。<sup>13</sup> 换言之，国际法已不再允许一国在未进行适当立法以确保在发生引起跨界损害的事件时提供适当救济和赔偿的情况下批准在其领土内

<sup>6</sup> 见大会第五十九届会议期间第六委员会举行的讨论的专题摘要(A/CN.4/549/Add.1)，第58段。但是，德国对灵活方法的价值表示怀疑，因为该国认为委员会所拟制度不会自动执行（《大会正式记录，第五十九届会议，第六委员会》，第18次会议，第4段）。

<sup>7</sup> A/CN.4/549/Add.1号文件（见上文脚注6），第63段。另见巴基斯坦的书面评论（A/CN.4/562和Add.1，转载于本卷），A节，以及乌兹别克斯坦的书面评论，同上。大不列颠及北爱尔兰联合王国在书面评论中，极力支持经营者责任和“谁污染谁付费”的原则，反对对国家强加责任，即使是次要责任和剩余责任。

<sup>8</sup> 见奥地利的评论，《大会正式记录，第五十九届会议，第六委员会》，第18次会议，第55段。但是，联合王国建议以较不死板的术语拟订严格责任制度，并认为这一制度可能无法全面适用于各种危险活动（A/CN.4/562和Add.1号文件，转载于本卷）。

<sup>9</sup> 见墨西哥的书面评论（A/CN.4/562和Add.1号文件，C节，转载于本卷）。

<sup>10</sup> A/CN.4/549/Add.1号文件（见上文脚注6），第66、68、90和91段。另见葡萄牙的评论（《大会正式记录，第五十九届会议，第六委员会》，第19次会议，第15段）、俄罗斯联邦的评论（同上，第64段）、墨西哥的评论（同上，第25次会议，第48段）和塞拉利昂的评论（同上，第52段）。但联合王国表示，对国家强加任何剩余责任将会产生问题（同上，第18次会议，第36段）。肯尼亚认为，应该更多地限制国家的作用，评注应该明确表示不要求起源国拨备资金（同上，第20次会议，第18段）。

<sup>11</sup> 德国的发言（《大会正式记录，第五十九届会议，第六委员会》，第18次会议，第5段）。联合王国表示，确保进行保险和取得其他财务担保并不容易，不应以硬性的方式强加这项要求（A/CN.4/562和Add.1号文件，转载于本卷）。

<sup>12</sup> 联合王国认为，在跨界损害索赔方面获得国家行政和司法救济的问题，属于国际私法问题，应服从这些原则（A/CN.4/562和Add.1号文件（转载于本卷））。

<sup>13</sup> 荷兰的发言（《大会正式记录，第五十九届会议，第六委员会》，第17次会议，第49段）。另见荷兰的书面评论（A/CN.4/562和Add.1号文件，E节，转载于本卷）。

开展可能引起跨界损害的危險活动。然而，有一种观点认为，在不妨碍有关一个或多个国家的特殊情况的前提下，这一国家义务应视为最大努力义务；<sup>14</sup>

(f) 各国还对广义界定损害，以涵盖对国家管辖范围内的人员、财产和环境本身造成的损害这一做法给予好评。<sup>15</sup> 一些国家还建议，把对国家管辖范围以外的全球公域造成的损害纳入定义之中，但可能有以有关危险活动对这种地区造成的直接损害为限。<sup>16</sup> 但是，一些国家政府认为，在对环境本身造成损害的情况下有关提起诉讼的资格问题，以及包括涉及“非使用价值”的索赔在内的可受理索赔类型的问题，都没有得到解决，也许最好单独进行审议或由各国立法作出规定；<sup>17</sup>

(g) 有些国家还对原则5（应对措施）、原则7（拟定专门的国际制度）和原则8（执行）表示支持。<sup>18</sup>

<sup>14</sup> 见印度的发言（《大会正式记录，第五十九届会议，第六委员会》，第18次会议，第11段）。另见A/CN.4/562和Add.1号文件（转载于本卷），E节。

<sup>15</sup> 一些代表团反对在原则2的损害定义中列入环境本身，理由是原则2的(a)项(三)目中提及的环境损失难以金钱量化，难以确定诉讼地位，也难以确定有关活动与环境损害之间的因果关系（见A/CN.4/549/Add.1号文件（上文脚注6），第77段）。但是，这些问题并不是无法解决的。见下文以及《2004年……年鉴》，第二卷（第二部分），第86页，原则2评注第(12)段。

<sup>16</sup> 见意大利的发言（《大会正式记录，第五十九届会议，第六委员会》，第17次会议，第85段）和新西兰的发言（同上，第89段）。另见荷兰的书面评论（A/CN.4/562和Add.1号文件（转载于本卷），D节）。

<sup>17</sup> 见A/CN.4/549/Add.1号文件（上文脚注6），第76至第77段。另见中国的发言（《大会正式记录，第五十九届会议，第六委员会》，第17次会议，第69段）、印度的发言（同上，第18次会议，第10段）和俄罗斯联邦的发言（同上，第19次会议，第62段）。联合国认为，鉴于起诉资格和环境本身损害的量化问题十分复杂，评注应该对这些复杂的问题作出更好的解释。该国还认为，国家就这种损害提出的赔偿要求应该排除在原则草案范围之外，原则草案应仅限于私人当事方的索赔（A/CN.4/562和Add.1号文件（转载于本卷））。

<sup>18</sup> A/CN.4/549/Add.1号文件（见上文脚注6），第65段。另见捷克共和国、墨西哥、荷兰、美利坚合众国和乌兹别克斯坦的书面评论（A/CN.4/562和Add.1（转载于本卷），F节）。这些评论认为，原则草案的主旨可以接受，但可继续改进，或者更好地对有关争议的问题作出澄清；并且还提出了一些具体的建议。联合国指出，关于原则5，原则草案在国家采取应对措施的义务的基础方面还不够明确；并且，原则4应该规定经营者具有采取补救行动的义务，如同关于预防和补救环境损害方面的环境责任的第2004/35/CE号欧洲指令的做法一样〔《欧洲共同体公报》，L143号，第47卷（2004年4月30日），第56页〕；关于原则7，应该鼓励国家之间和非国家实体之间订立不具约束力的文书，因为具有约束力的文书并不总是能够轻易订立；关于原则8，执行问题是国内事务，不应列入原则草案（A/CN.4/562和Add.1号文件（见上文））。

4. 最后，特别报告员认为，各国似乎普遍赞成委员会据以一读通过危险活动引起跨界损害情况下的损失分配原则草案的政策考虑。但是，在这些原则的形式问题上，仍然存在异议或分歧。一些国家认为，这些原则必须以条款草案的形式并尽可能规范地加以表述。而另一些国家认为，应该保留一读通过的形式；原则草案可为各国谈判有关具体活动部门的条约或协定或涵盖可能开展这种活动的具体地区的条约或协定提供必要的指导。这种看法认为，任何其他形式都有违委员会采取、并为各国普遍赞成的一般性和剩余性方法。委员会在一读通过原则草案时对形式问题保留了立场，这个问题需在委员会完成二读和最后一读前进行审议。特别报告员在本报告第三章中提出了这一问题。

## B. 对提出的一些问题的澄清

5. 各国在评论中还要求对其他问题作出澄清。比如，一些代表团对委员会关于将拟定的制度仅适用于重大损害的决定提出质疑。<sup>19</sup> 而且，虽然危险活动引起跨界损害情况下的损失分配原则草案处理的是其适用范围内的危险活动，但是一些国家表示应该在评注中列入一份有关这些活动的例举清单。<sup>20</sup> 还有国家建议，扩大原则草案范围使之包括在两个或多个国家之间发生战争的情况下对中立国家造成跨界损害的责任；恐怖分子从事危险活动而产生的责任和筑坝蓄水可能产生的责任。<sup>21</sup> 要求进一步澄清的其他问题涉及用语的定义，特别是损害的广义定义；对国际不法行为的国家责任条款草案<sup>22</sup> 与一国作为受害者就公共财产所受损害提起诉讼的权利之间的关系；获得及时和充分赔偿的方式和办法；以及“谁污染谁付费”和审慎原则的作用。有一种观点希望，

<sup>19</sup> 见荷兰的书面评论（A/CN.4/562和Add.1号文件（转载于本卷），C节）。北欧国家也反对采用“重大”门槛来界定条款草案范围内的损害（《大会正式记录，第五十九届会议，第六委员会》，第17次会议，第95段；另见A/CN.4/549/Add.1号文件（上文脚注6），第73段）。另见巴基斯坦的书面评论（A/CN.4/562和Add.1号文件，A节）。联合国则建议把门槛提高到“严重损害”，而且以可预见的严重损害为限（同上）。

<sup>20</sup> 见巴基斯坦的书面评论（A/CN.4/562和Add.1号文件（转载于本卷），A节）。

<sup>21</sup> 同上。

<sup>22</sup> 《2001年……年鉴》，第二卷（第二部分），第30页。



拟定的制度不要导致多重索赔,<sup>23</sup>而造成这种多重索赔的原因,可能是就同一诉讼事由在同一管辖区域内内分别对经营者和国家提出索赔,也可能是在一个管辖区域内对国家、在另一管辖区域内对经营者提出索赔,或者同时在多个管辖区域内对经营者提出索赔。另一种观点要求对原则草案的地位作出澄清,并认为委员会的工作已经超越了传统意义上的编纂和逐渐发展。<sup>24</sup>有国家指出,原则草案“显然具有创新意义,并且立意高远,而不是对现有法律或国家做法的描述”。<sup>25</sup>

6. 特别报告员认为,应该在以下段落解决上述的一些问题。

### 1. 门槛问题

7. 首先,有国家提出对于跨界损害的情况不应设立门槛,即使这种门槛对关于预防危险活动的跨界损害条款草案是有用和必要的。对此,仅需指出这一问题已在本专题的各个审议阶段,特别是在草案分为预防和责任两部分之前已经进行了讨论,结果均认为必须设立门槛。<sup>26</sup>在这方面,必须指出,可能除辐射污染外,各国在相互关系中对某种程度的污染均采用容忍态度,一般认为只有在这种污染达到重大程度时才可提起诉讼。<sup>27</sup>虽然“重大”门槛在

国际责任专题下已经通用并得到承认,但这一门槛显然“是一个事实和客观标准,并涉及价值判断,这种价值判断取决于特定案件的情况和作此判断的时期”。<sup>28</sup>据此,在某个时间或某个区域被视为重大的损害,在另一时间或另一区域不一定同样被视为重大损害。因此,设定具体门槛是一个政策问题,并在本专题的整个审议中在委员会内部得到了广泛支持。并且,需要重复的一点是,设定门槛是为了防止无意义和无根据的索赔,并在实际上允许就任何并非微不足道的损害提出索赔。有鉴于此,要扭转委员会在本专题的责任方面保留“重大”门槛的做法似乎没有充分的理由。

8. 另外一点是,设定门槛可能有违不歧视原则。这一点所依据的假定是,起源国国民即使只受到极轻微的损害也会获得赔偿,而跨界损害的受害者只能在重大损害情况下有权获得赔偿。在缺乏国家实践方面的证据的情况下,这可能更大程度上是一个理论问题,而非现实或实际的问题。无论如何,在国民和外国人的待遇方面,国际法的确允许某些形式的歧视。如果根据国内法,国民即使没有遭受重大损害,也仍然享有索赔的权利,而只要待遇符合国际法规定的最低待遇标准(在这里即为对重大跨界损害进行赔偿的原则),可以说并未违反不歧视原则。<sup>29</sup>从另一角度来看,同样不能排除一个国

<sup>23</sup> 见捷克共和国和联合王国的书面评论(A/CN.4/562和Add.1号文件(转载于本卷),A节),以及联合王国的发言(《大会正式记录,第五十九届会议,第六委员会》,第18次会议,第35段)。

<sup>24</sup> 见联合王国的发言(《大会正式记录,第五十九届会议,第六委员会》,第18次会议,第34段)。另见A/CN.4/549/Add.1号文件(上文脚注6),第62段。

<sup>25</sup> 美国的书面评论(A/CN.4/562和Add.1号文件(转载于本卷),A节)。

<sup>26</sup> 见《1998年……年鉴》,第二卷(第一部分),A/CN.4/487和Add.1号文件,第209至第210页,第87至第98段。虽然罗伯特·昆廷·巴克斯特先生提出了较高的“实质性的跨界损害”(同上,第90段)门槛,但是1994年暂时通过的条款草案第2条(a)项则建议设定较低的“重大损害”(同上,第94段)门槛;委员会工作组于1996年核可了这一较低门槛(同上,第95段)。随后这一内容得到澄清:“重大”损害概念是指大于“可察觉”或“可感知”但低于“严重”或“实质”的损害。此后,它又进一步被定义为一种并非琐细或并非微不足道的损害(同上,第97段,脚注140)。此外还有人认为,鉴于这一专题涉及国际法不加禁止的活动,所设门槛不应低于这一水平(同上)。

<sup>27</sup> 见Okowa, *State Responsibility for Transboundary Air Pollution in International Law*,第176页。Lefebvre, *Transboundary Environmental Interference and the Origin of State Liability*,

第86至第89页,作者在书中指出对设定门槛的需求,并探讨了采用“重大损害”门槛的理由和解释其含义的可能方法。另见Lammers, *Pollution of International Watercourses*,第346至第347页,以及Wolfrum, “Purposes and principles of international environmental law”,第311页。另见联合国欧洲经济委员会《跨界水污染的责任和赔偿责任指导方针》(1990年11月20日ENVWA/R.45,附件)。

<sup>28</sup> 《1998年……年鉴》(见上文脚注26),第210页,第98段。

<sup>29</sup> 布朗利在另一种情况下评论国民待遇标准,认为

“可以允许诉诸法院,但辅助事项规则可予调整:因此,外国人可能无法得到法律援助,并可能必须交付诉讼费用担保。当然,条约可以设定更为一般性的差异。目前通常采用的待遇标准有:对等、开放、睦邻标准以及同一、国民、最惠国、衡平和优惠待遇等标准。”

(*Principles of Public International Law*,第502页)

Schachter, “International Law in Theory and Practice: general course in public international law”,第321页,文章表示:

“平等待遇固然是一个值得称赞的准则,但是并不能说明国家根据跨国经营的条件和有关国家的经济政策采取的行动承担责任的合理性”。但他又认为,“不歧视原则应该要求支持基于社会偏见的歧视态度或针对外国



家给外国人以国民待遇，以此执行不歧视原则和对外国受害者适用优于国际法要求或规定的标准。<sup>30</sup>

## 2. 对于专题范围内活动清单的澄清

9. 第二，关于具体列明可以认为属于原则草案范围的活动的活动的需求，应该提及原则草案1的评注第(3)段。<sup>31</sup>委员会仔细审议了列出活动清单的问题，并决定不采取这一做法。委员会的解释是，难以把握构成有风险活动的各种因素，因为风险“主要取决于对具体技术的运用、具体的背景以及操作方式”。<sup>32</sup>

## 3. 专题范围的扩大

10. 第三，人们可能会考虑这一可能性，即扩大原则草案的范围使之包括因战争行为对中立国造成的损害、“恐怖主义活动所造成的危险活动”和“诸如筑坝蓄水等任何良性活动所造成的跨界损害”而产生的责任。<sup>33</sup>必须回顾指出，本专题的初衷是仅仅针对“国际法不加禁止的活动”，不法活动本身已被排除在外。<sup>34</sup>专题包括有形后果可能造成重大损害的各种活动。1996年，在预防危险活动的快捷损害条款草案通过之前，委员会工作组承认其成果将包括持续经营和具有持续影响的活动。<sup>35</sup>正如原则草案4的

政府政策而对外国国民实施不利行为的国家承担责任并采取预防措施”。

<sup>30</sup> 还应指出，由于人权法高度发展，国际法规定了本国管辖范围内外国人的最低待遇标准，对国民与外国人不加歧视，而把他们均作为应该得到人权保护的对待（见 *Cassese, International Law*, 第122页和 *Shaw, International Law* 第736页）。

<sup>31</sup> 《2004年……年鉴》，第二卷（第二部分），第81页。

<sup>32</sup> 同上。但另见脚注366（同上）中的各项公约，这些公约对可能属于原则草案范围内的各类活动作了规定。

<sup>33</sup> 巴基斯坦的书面评论（A/CN.4/562和Add.1号文件（转载于本卷），A节）。

<sup>34</sup> 简而言之，可以指出如果损害是冲突当事国一方的行动所致，而该国被视为违反习惯法所载禁止规定使用武力，如伊拉克入侵科威特，则该国对损害负有责任。另一方面，如果一国出于正当自卫而参与冲突，但违反适用的战争法，则仍可对该国就赔偿提起诉讼。但问题是，有关冲突的索赔常常得不到解决，因为无法确定所涉使用武力的不法性或摧毁任何目标的合法性。有趣的分析见 *Austin and Buruch, “The Kosovo conflict: a case study of unresolved issues”*。

<sup>35</sup> 《1996年……年鉴》，第二卷（第二部分），附件一，第111页，第1条评注第(23)段。另见《1998年……年鉴》（上文脚注26），第213页，第111段(c)项和《2001年……年鉴》，第二卷（第二部分），第172页，预防条款草

评注所述，如果损害为战争行为所致，则经营者将被免除责任。一些文书规定，如果损害是由武装冲突、敌对行动、内战或叛乱所致，那么责任将予免除。一些国家的法律规定，恐怖主义行为也在免责事由之列。<sup>36</sup>另一方面，人们承认十分安全的水库也可能因为地震而变得危险，因此这种水库的持续经营将是一种有风险的活动。因此，筑坝蓄水可以成为一种有风险的活动，并可以在发生争端时视为属于原则草案范围内的活动，除非管理这一事项的公约或条约的各当事方把这项活动排除在外。

## 4. 对环境本身的损害以及就“非使用”价值所受损害的索赔

11. 原则草案2对损害作了定义，对环境本身的损害被纳入(a)项，与对人身和财产的损害并列。在(b)项中，环境被广泛地界定为包括“景观的特征部分”。必须指出，该定义仅指一国管辖和控制范围内的环境，而不包括属于全球公域的环境。

12. 各国政府就环境问题所提出的意见强调了三类不同的问题。首先，有国家指出，原则草案2中的环境定义不包括对全球公域的损害。<sup>37</sup>不妨回顾，特别报告员曾建议，应当在原则草案范围内处理对全球公域的损害，只要这种损害可以追踪并联系到预防危险活动的跨界损害条款草案范围内的危险活动。<sup>38</sup>不过，委员会根据在2004年第五十六届会议上设立的工作组的建议，<sup>39</sup>决定将有关全球公域的问题排除在外。尽管它承认这些问题十分重要，但是认为最好还是单独处理全球公域问题，因为这个问题在起诉资格、适当法院、适用的法律和损害量化

案第2条(a)项，规定只有具有“造成重大跨界损害风险的”活动才属于条款草案规范的活动。

<sup>36</sup> 《2004年……年鉴》，第二卷（第二部分），第97页，原则4评注第(27)段。另见《2004年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/543号文件，第117页。另见《南极条约环境保护议定书》附件六。

<sup>37</sup> A/CN.4/549/Add.1号文件（见上文脚注6），第61段。另见墨西哥的发言（《大会正式记录，第五十九届会议，第六委员会》，第25次会议，第47段）和新西兰的发言（同上，第17次会议，第89段），以及荷兰的评论（A/CN.4/562和Add.1号文件（转载于本卷），D节）。

<sup>38</sup> 见《2004年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/540号文件，第101页，第36(8)段。

<sup>39</sup> 见A/CN.4/L.661和Corr.1号文件，第2段。

方面存在一些特殊问题。<sup>40</sup> 特别报告员确信, 由于本套原则草案的重点是有关国家境内、涉及各国国民和资源的跨界损害, 因此这些问题无法在本原则草案的有限范围内妥善加以分析。

13. 第二, 一些国家政府认为环境定义较为宽泛。必须承认, 国际社会已经认识到环境的价值, 有必要时刻保持警惕, 并持续评估各种人类活动对环境的负面影响。委员会在通过一项全面环境定义时依据了国际法院在有关加布奇科沃-大毛罗斯项目案的法官意见。<sup>41</sup> 而且, 若干近期缔结的有关这一主题的公约涉及了对环境的损害这一概念。<sup>42</sup> 在最低限度上, 环境损害关系到涉及合理的应对和恢复措施的要求,<sup>43</sup> 包括环境恶化所造成的清理费用和损害赔偿, 只要这种恶化导致直接源于环境利用的经济利益方面收入的损失。<sup>44</sup> 鉴于当前对环境的关切, 特别报告员认为, 在属于一般和剩余性质的责任制度中, 环境的定义最好以较宽泛的措辞拟订, 以“减弱责任制度对可接受的救济措施规定的任何限制”。<sup>45</sup>

14. 第三, 一些国家政府尽管承认委员会所采取的做法的价值, 但是表示希望更进一步纳入并允许就环境的“非使用价值”提出的索赔。委员会在通过关于国家对国际不法行为的责任条款草案时, 委

<sup>40</sup> 与全球公域所受损害问题有关的困难, 如索赔的资格和适当法律依据, 见 Charney, “Third State remedies for environmental damage to the world's common spaces”, 第 150 页; Xue, *Transboundary Damage in International Law*, 第 236 至第 269 页; Leigh, “Liability for damage to the global commons”。

<sup>41</sup> 加布奇科沃-大毛罗斯项目案(匈牙利/斯洛伐克), 判决, 《1997 年国际法院汇编》, 第 77 至第 78 页, 第 140 段。另见《2004 年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第 87 页, 原则 2 评注第(15)段。

<sup>42</sup> 《2004 年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第 82 页, 原则 2 评注第(13)段, 以及脚注 400。

<sup>43</sup> 关于恢复问题, 有一点是公认的, 即恢复的目标应当是重现损害发生前的状况。如无法做到, 则允许对在适当情况下引入价值相当的要素所发生的费用提出索赔(同上, 原则 2 评注第(19)段)。1991 年海湾战争后, 为替代遭受了不可逆损失的生态服务而批准进行了三个赔偿项目, 其中约旦因损失牧场和生境而获赔 1.60 亿美元, 科威特在建立海岸线保护区方面获赔 800 万美元, 沙特阿拉伯在建立海岸线保护区方面获赔 4600 万美元(见赔偿委员会, 《专员小组就第五批“F4”类索赔提出的报告和建议》(S/AC.26/2005/10), 技术附件, 引述见 Sand, “Compensation for environmental damage from the 1991 Gulf war”, 第 249 页, 注 41)。

<sup>44</sup> 见《2004 年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第 87 至第 88 页, 原则 2 评注第(18)至(21)段。

<sup>45</sup> 同上, 第 87 页, 第(16)段。

员会本身就有一些人对这种索赔表示支持, 尽管人们承认这种损害难以量化。<sup>46</sup> 赔偿委员会近期决定对“环境损害”一词作广义解释, 这预示着将来的新发展。对于 F-4 类环境和公众健康索赔, 赔偿委员会的 F-4 类索赔专员小组允许就无商业价值的自然资源所受损害(所谓纯粹环境损害)提出索赔, 而且还允许就在完全恢复以前只是暂时丧失资源用途的索赔。<sup>47</sup> 危险活动引起跨界损害情况下的损失分配原则草案中对环境的广义定义为在责任方面进一步发展法律提供了可能性。

## 5. 多重索赔

15. 在若干情形下可能出现多重索赔。一种情况是, 原告可能就其遭受的损害在一个管辖区域针对起源国未能履行其应有的注意义务并且针对经营者造成跨界损害之事提出索赔。这里有两项假定, 一是起源国未履行应有的注意义务, 二是其未遵守应有的注意义务的事实直到损害实际发生后才被受影响国和受影响个人注意和确认。<sup>48</sup> 通常, 如果未履行这一义务的情况在损害发生前即被注意到, 则其他有关国家和自然人或法人可能已经对该国提出交涉, 以迫使该国履行其根据国际法规定应当对他们履行的义务。关于预防危险活动的跨界损害条款草案所规定的大多数应有的注意义务均被视为习惯法的一部分,<sup>49</sup> 不履行其中一项或多项义务将使起源

<sup>46</sup> 见《2001 年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第 116 页, 第 36 条评注第(15)段: “环境损害往往大大超过可以容易地从清理费用或财产贬值的角度予以定量的程度。从原则上说, 对于这类环境价值(生物多样性、环境的舒适性等——有时称为“非使用价值”)的损害, 其真实和应该予以赔偿的程度不亚于对财产的损害, 不过可能很难定量。”另见 Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries*, 第 223 页。

<sup>47</sup> 见 S/AC.26/2005/10 号文件(上文脚注 43)。另见 Sand, 前引文, 第 247 页。在前后五份报告中, F4 专员小组所建议并由赔偿委员会理事会未加修改而核准的赔偿金共计 52.6 亿美元, 是“国际环境法历史上最大一笔赔偿”(同上, 第 245 页)。另见赔偿委员会关于环境索赔裁定后续方案的准则(S/AC.26/Dec.258(2005), 附件), 还见于 *Environmental Policy and Law*, 第 35 卷, 第 6 号(2005 年 12 月), 第 276 至第 281 页。

<sup>48</sup> 如有关国家或个人已注意到起源国未能遵守应有的注意义务, 但却没有在一段合理的期限内敦促遵守这些义务, 那么在日后审议赔偿要求时是否仍然可以提出国家责任则值得怀疑。可以肯定地说, 在这种情况下, 将禁止个人和有关国家提出国家责任问题(见 Okowa, 前引书, 第 169 至第 170 页)。

<sup>49</sup> 见 Birnie and Boyle, *International Law and the Environment*, 第 113 页。

国无权主张损害并不是由于缺少应有的注意而发生的。<sup>50</sup> 在这种情况下, 国家责任和经营者的责任将成为索赔的依据。只要有可能就同一诉讼事由针对该国和该经营者提出多项索赔, 多重索赔情况就是一种实际可能。尽管涉及国家责任的求偿可能存在于不同国家之间, 但是经营者的责任可能使身为自然人或法人的损害受害人成为原告, 而经营者将成为被告。针对该国的索赔是否应当在穷尽对经营者的索赔之后才予以接受(因为有时有责任限制), 还是应当作为一类单独和独立的索赔加以处理, 这是一个有争议的问题, 也许可以根据案件具体情况予以确定。

16. 不过, 法院在处理这种多重索赔时可以首先对其予以合并, 分清国家的责任和经营者的责任。在无法确定国家责任与损害之间的直接因果关系的情况下, 该国可能需要表示道歉并保证履行。在由于其不履行而导致重大损害的情况下, 该国必须赔偿原告的损失。而经营者将在其责任限度内承担损害的赔偿责任。无论如何, 受害人在这两种情况下获得的赔偿不得高于法院评估的受害人实际损失数额。

17. 在另一种情况下, 多重索赔是由于同一原告在不同管辖区域就同一项损害提起了不同的索赔。这样就有必要防止同时在不同的管辖区域进行法律诉讼。1968年《关于民商事司法管辖和判决执行的布鲁塞尔公约》提供了一套解决办法。较近期提出、并已提交在海牙举行的外交会议第一部分的2001年关于民商事司法管辖和外国判决的公约草案基本认可了这套解决办法。<sup>51</sup> 它一方面假定被告住所地所在的缔约方的管辖权具有优先性,<sup>52</sup> 在环境侵权索赔案中, 还提供了另一种管辖权依据。这就是造成损

害的行为或不行为发生地国的法院, 或者损害发生地国的法院。<sup>53</sup> 这就为索赔者提供了一种选择, 选择其认为最适合的法院。提供这样一种选择被认为是基于“关于国际管辖权的公约和各国制度中已经牢固确立的一种趋势”。<sup>54</sup>

18. 关于跨界受害人选择起源国的法律<sup>55</sup> 还是受害人所属国法律<sup>56</sup> 的问题, 相当多的意见支持关于应当适用最有利于受害人的法律这一原则。根据提交国际法协会会议(2004年, 柏林)的关于环境法的跨国执行问题的第二次报告的作者所述, “最有利法律原则”已在欧洲若干管辖区域、突尼斯和委内瑞拉, 以及甚至可能在中国被采纳。<sup>57</sup> 一些作者, 甚至还有那些通常不赞成在所有跨界侵权案件中采用这一原则的作者, 都在跨界污染问题上赞成采用这一原则。<sup>58</sup> 不过, 美国法律似乎倾向于适用与事件和各当事方具有“最重大关系”的地方的法律。<sup>59</sup> 尽管国内法和实践中缺少全体一致性, 但采用“最有利法律原则”似乎是一项好政策, 因为这一原则具有加强环境保护的好处, 并且为经营者更好地维护其设施提供了某种激励。<sup>60</sup>

## 6. 原则草案的法律地位

19. 在原则草案的法律地位问题上, 尽管很少国家表明其立场, 但是一些代表团主张原则草案采用条款草案的形式。这意味着它们愿意接受部分或多数原则至少是具有拟议法的地位, 表明一致的国

<sup>53</sup> 见 Bernasconi and Betlem, “Transnational enforcement of environmental law”, 第 900 页。不过, 如果可以证明在非起源国国家内发生的损害是无法预见的, 则允许对这一管辖权依据提出抗辩。

<sup>54</sup> 同上, 第 899 页。

<sup>55</sup> 同上, 第 914 页。奥地利、丹麦、芬兰、日本和瑞典采用危险活动发生地法律(行为地法)。

<sup>56</sup> 同上, 法国、罗马尼亚、西班牙、土耳其, 联合王国, 最近还有荷兰, 均采用损害发生地法律(损害地法)。加拿大魁北克省具有类似立法。

<sup>57</sup> 同上, 第 911 页。

<sup>58</sup> 同上。

<sup>59</sup> 同上, 第 914 至第 915 页。根据 1971 年出版的《第二次法律重述: 冲突法》规则 145 第 2 款的规定, 应加以考虑的“联系”包括损害发生地、造成损害的行为的实施地、住所地、居所地、国籍、公司成立地、各方的营业地以及各方之间的关系集中所在地。

<sup>60</sup> 同上, 第 912 页。

<sup>50</sup> Okowa, 前引书, 第 169 页。

<sup>51</sup> 海牙国际私法会议, 外交会议第一部分(2001年6月6日至20日)中第二委员会讨论成果的概述, 常设主席团和共同报告员编写。

<sup>52</sup> 这一点所根据的原则即为主张被告在住所地国的法院能够最好地为自己辩护的原则。这样做的理由是, 判决的效力是针对被告而来。不过, 尽管自然人的住所地由各国法律确定, 但是法人或公司的国籍问题却没有那么明确。1968年《布鲁塞尔公约》以及相似的1988年《关于民商事司法管辖和判决执行的公约》“将住所地的的问题交由诉讼提起地国法院根据冲突法确定的法律解决”(Bar, “Environmental damage in private international law”, 第 336 页)。



家实践。显然，其他一些代表团希望将原则草案看作纯粹意愿性的。

20. 在确定原则草案的法律地位问题上存在明显的困难。首先，在其本身的性质上，无法仅仅根据一项原则被各国在条约文本中作为议定条款一再采用即令人信服地作出权威性断言，声称该项原则是一般国际法的一部分。例如在缔结的条约尚未生效或不可能生效的情况下，就会出现这种困难。即使条约已生效，如果只从表面看而不考虑其他因素，<sup>61</sup> 这些条约最多只能看作是对双边和多边和解的表述，因而仅仅适用于有关条约的缔约方。因此，这些条约本身不能视为形成一般国际法原则。

21. 至于习惯法，表明各国的一贯和一致做法这个问题本身就非常复杂，主要是由于在什么构成相关实践方面缺乏一致意见。证明与这种国家实践有关的法律确信的责任甚至更为复杂，因为各国在采取某种做法时通常不宣布其用意。因此，对法律确信的评估涉及两个层面上的主观分析：一是有关国家本身在决定采用其视为一贯和一致的做法之前必须作出判断，另一个是决策者/观察者必须作出判断，各国遵循这种做法是否确实出于确信其为强制性的，而不仅仅是因为这些国家认为采取该做法较为方便，或较为有利。这使得在任何一项原则上对习惯法进行评估变得困难得多。<sup>62</sup> 除上述困难以外，实践中，尽管委员会《章程》第15条对其任务作了规定，但是委员会通常不将其通过的建议区分

为属于现行国际法的编纂，或是属于法律的逐渐发展。<sup>63</sup>

22. 尽管对原则草案的法律地位的任何评估均面临困难，但是这些原则在不同的国家立法和条约条文中被一再采用，证明国际法的主流趋势支持一些共同政策倾向，因而其法律价值不可低估。<sup>64</sup> 如果各国因某些提法已经被各国广泛接受而选择重复这些提法，同时拒绝采用其他可供采纳的可能提法，则有关其倾向于法律确信的推定就十分有力。有人已经指出，委员会并没有回避依据一致的国内立法和国家评论来编纂海洋法方面的习惯原则。<sup>65</sup> 还有人指出，委员会“巩固某一法律领域的发展，使其成为现行法律的一部分”的工作具有法律价值。<sup>66</sup>

<sup>63</sup> 一般见 Sinclair, *The International Law Commission*, 第7页。对于委员会章程第1条所述委员会的基本任务，即以促进国际法（主要是国际公法）的逐渐发展和编纂为宗旨，已有过广泛的讨论。自委员会工作一开始就有一种理解，认为不管是在选择工作方法或工作程序方面，还是拟订其最终建议方面，都无法保持逐渐发展与编纂二者之间的严格区别。正如委员会的经验所表明的，要清楚地将其结论归入这一类或那一类中，甚至更为困难。辛克莱指出，“委员会在其工作开始不久就多多少少已经不再试图在‘逐渐发展’项目和‘编纂’项目之间保持明确的区分”。布里格斯（*The International Law*, 第140页）指出，到了1956年的报告“编写海洋法规则时，委员会已经确信，无论如何在这方面，其章程中确立的两类活动[编纂和发展]之间的区别已经很难再维持下去”（《1956年……年鉴》[英]，第二卷，A/3159号文件，第255页，第26段）。另见 Mahiou, “Rapport général”, 第19页。

<sup>64</sup> A/CN.4/543号文件（见上文脚注36），第6段，它在这方面表述非常贴切：“本研究报告没有忽视在将一个特定事例评价为国家实践的‘证据’方面存在的困难。缔结条约或作出裁决可能出于不同的政策考虑。一些条约和裁决可能是外界原因促成的妥协或让步。但是，国家实践中反复发生的事例如果遵循和提倡类似的政策，就可以使人们预期，这些政策对将来的行为具有权威性。即使某些政策可能并不是就有关事件明确地阐明的，或可能有意明确地使这些政策问题悬而不决，但类似行为的继续发生仍可能导致形成一种习惯规范。无论本研究报告审查的材料是否已确立为习惯法，这些材料表明预期的一种趋势，可能有助于阐明关于国际责任专题的某些详细原则的政策。实践还表明，像‘国家主权’和‘国内管辖’这样一些相竞争的原则是怎样与新规范相协调的。”另见 Baxter, “Multilateral treaties as evidence of customary international law”, 第291页，其中作者指出了《公海公约》作为一个法律渊源而对于尚未成为公约缔约方的国家的法律价值。

<sup>65</sup> Brownlie, 前引书，第384页。根据作者所述，这是在海洋法的制定过程中，委员会主要依赖国家立法和各国政府的评论。

<sup>66</sup> 詹姆斯·克劳福德先生的观点，引述于 Boyle, “Globalising environmental liability: the interplay of national and international law”, 第19页。

<sup>61</sup> 巴克斯特尽管承认在将条约作为习惯法的决定性证据看待时固然面临着困难，但是他指出，每一项多边和双边条约“在确定国际法的真正规则前，必须首先与其他习惯法证据进行权衡”。他认为：

“在诸如法律编纂性条约等宣布法律的条约这种情况下该任务最为简单……即使条约草案或已经签署但尚未生效的条约也仍然具有影响……对文本的审议工作量、在确定条约文本的过程中参与者的数量，以及最重要的是，相对于其余的法律证据，条约是对法律的明确和一致的表述，这一切都会引起非缔约方的兴趣。条约是易于采用的证据。”

（Baxter, “Treaties and Custom”, 第99至第100页）

<sup>62</sup> 见 Daillier and Pellet, *Droit International Public*, 第334至第336页。另见 Kammerhofer, “Uncertainty in the formal sources of international law: customary international law and some of its problems”。



## 第二章

## 审查原则草案的若干显著特征

23. 委员会于2004年一读通过的危险活动引起跨界损害情况下的损失分配原则草案是细致评估该专题的长期发展趋势后得出的结果。它们所代表的政策力度及法律价值一直是委员会一再讨论的一个主题，而得到广泛认同的相关结论为这些原则草案的拟订提供了基础。一些较特殊的规定也被确认为一般国际法规则，即便其中一些原则只有在高度概括的层次才有此地位，尚不能从一般概念的特定要素的实施中推论出国家实践的一致性。在目前阶段，或许有必要参照国家实践、司法裁决和评注者意见审议原则草案的一些显著特征及其法律地位。

## A. 审慎做法或原则

24. 在《关于环境与发展的里约宣言》中被接纳为原则15的“防备措施”便是一例。<sup>67</sup> 一些国家将此作为一项原则对待，一些全球协定则将此称为审慎措施。用词不同并不重要，即便含义有细微差别。<sup>68</sup> 国家在履行预防（起源国准许在其境内或在其控制下进行）的危险活动跨界损害条款草案规定的应有的注意义务时，均应尊重这一原则或做法。这项原则虽说主要源自欧洲的做法，<sup>69</sup> 但作为以符合环境保护目的的方式谨慎管理经济发展和自然资源

<sup>67</sup> 《联合国环境与发展会议的报告，1992年6月3日至14日，里约热内卢》，第一卷，《环发会议通过的决议》（联合国出版物，出售品编号：C.93.I.8及更正），决议1，附件一。

<sup>68</sup> 桑兹认为，《里约宣言》原则15的措辞如今已得到“广泛支持”（*Principles of International Environmental Law*, 第279页）。另外，一般见 Sadeleer, *Environmental Principles: From Political Slogans to Legal Rules*, 第91至第223页。

<sup>69</sup> 事实上，这一做法最初是由德国法律采纳的：见 Boehmer-Christiansen, “The precautionary principle in Germany: enabling government”。《建立欧洲共同体条约》第174条第2款规定：共同体的环境政策“应当以审慎原则和采取预防行动原则为依据”。欧洲法院在 C-180/96 R 号案，大不列颠及北爱尔兰联合王国诉欧洲共同体委员会案，1996年7月12日法院命令，《1996年欧洲法院汇编》，第I-3903页，以及 T-76/96 R 号案，全国农民联合会等诉欧洲共同体委员会案，1996年7月13日一审法院院长令，同上，第II-815页，都支持这一原则。1992年以来的环境问题国际文书几乎都采纳了审慎原则（见 Kiss and Shelton, *International Environmental Law*, 第207页）。

开采和生物多样性的一项原则或做法，已被全世界广泛采纳。<sup>70</sup> 其重要性和法律地位或可解释如下：

“审慎原则虽说仍在不断发展变化，但它却似乎在理论和实践两方面均已成为一项国际法标准……但极端的不同观点[欧洲和美国]依然存在，一个是把该原则视为指导方针，另一个则主张该原则有约束力。

“……

“这样一个制度的要素是遵守客观风险评估程序，界定社会可以接受的风险程度，不断进行科学研究，根据所掌握的资料重新审议审慎措施。举证责任问题也许仍是审慎原则分歧最大的一个方面，因为举证责任倒置常常被认为是该原则的最重要的表述。

“……

“原则作为一项标准的地位并不一定是形成一项新规则的一个步骤，这一点很重要。事实上，某一条约规定审慎为一项规则，这并不改变审慎作为一项标准的性质。例如，国内法的合理性标准，其效力在于它是一项判断标准，而不能变为硬性规则。国际标准的作用与此类同。因此，审慎原则的法律价值来自于谈判者的琢磨和裁决者的诠释，而不在于转化为传统规则。”<sup>71</sup>

25. 目前已经制定了一套指导方针以帮助决策者和决定者适用审慎原则。这套指导方针主张，在作决定时可利用现有的最佳资料（可以从多个

<sup>70</sup> 国际法院在加布奇科沃-大毛罗斯项目案（见上文脚注41）中未就此问题作出表示，尽管匈牙利提出了这一问题，而且威拉曼特里法官在其反对意见中赞同地提及这一点（见 Birnie and Boyle, 前引书，第118页）。

<sup>71</sup> Boutillon, “The precautionary principle: development of an international standard”, 第468至第469页。麦金太尔和莫斯戴尔表达了不完全相同的类似观点，认为：“因此，审慎原则是‘在科学依据不确定情况下的一个决策工具’，它切实‘改变了科学数据的作用’”（“The precautionary principle as a norm of customary international law”, 第222页）。有人认为，该原则反映了习惯法，见 Sands, 前引书，第279页。

“无利益冲突的独立和接受公共问责的机构”<sup>72</sup>得到), 但必须考虑到适用审慎原则的一切社会经济成本效益。正如一位学识渊博的评注者所指出的, 关于审慎原则或做法的法律地位的辩论在一定程度上过于简单化, 实际情况是法庭和决策者关注这一原则并将其适用于特定情况, 且产生了重大影响。<sup>73</sup>

26. 因此, 在跨界损害发生时和跨界损害发生后的损失分配过程中适用危险活动引起跨界损害情况下的损失分配原则草案方面, 审慎原则是否会发挥越来越大的作用, 这仍有待观察。显然, 在损害发生过程中, 起源国有义务确保并在必要时自行或与经营者及其他相关主管组织合作采取一切适当的应对措施以减轻损害的影响。在此项行动中, 应利用最佳可用技术。沃尔夫鲁姆认为, 这作为一项义务, 与审慎原则或做法的适用直接相关。<sup>74</sup> 如已指出的那样, 审慎原则或做法对于赔偿要求的提出和裁决或作为应给予受害者的救济之一部分有着重要影响。例如, 一旦出现损害, 甚或在很有可能是非定论性质的现有最佳科学证据显示有损害威胁时, 暂停或结束活动, 直至再次证明此项活动无害环境, 这便是补救办法之一。因此, 在提出或裁决权利主张, 尤其是要求终止或暂停正在进行的危险业务

的权利主张时, 审慎原则似乎对所需的证据标准及举证责任的倒置有影响。<sup>75</sup>

## B. “谁污染谁付费”原则: 经营者的严格和有限责任

27. 很有理由提出这样一个主张, 即根据习惯国际法, 经营者<sup>76</sup>对极端危险活动所致损害的责任是严格而有限的。经营者的责任这一主张因若干理由而逐渐被确认, 主要是基于这样一个观点: 为谋求经济利益而造成高度风险者必须承担控制此项活动的任何不利后果的责任。这也被泛称为“谁污染谁付费”原则。“谁污染谁付费”原则本身不能说已获得了一般国际法原则的地位,<sup>77</sup> 但经营者对极端

<sup>75</sup> 如欲了解审慎原则的适用问题, 见 Freestone, “The road from Rio: international environmental law after the Earth Summit”, 第 211 页。关于暂停的例子, 见 Birnie and Boyle, 前引书, 第 118 页。面对金枪鱼种群养护问题的科学不确定性, 在争端解决前, 国际海洋法庭裁定暂停蓝鳍金枪鱼的进一步开发(见南方蓝鳍金枪鱼案(新西兰诉日本; 澳大利亚诉日本), 临时措施, 1999 年 8 月 29 日的命令, 《1999 年海洋法法庭汇编》, 第 280 页)。关于终止活动的例子见安得拉邦污染控制委员会案(上文脚注 73)。萨德利尔指出, “审慎原则应使人们对谨慎义务有新的认识, ……减轻证明因果关系的重担”(前引书, 第 212 页)。

<sup>76</sup> 原则草案从功能角度来设定“经营者”的定义, 根据物件在相关时刻由谁使用、控制和指挥等事实而定。这样的定义总体而言符合法国法律中的定义方法。见 Reid, “Liability for dangerous activities: a comparative analysis”, 第 755 页。更一般而言, 有观点认为, 虽说“未拟定普遍适用的经营者基本概念, ……但有一点得到了认同, 即经营者这个概念意指在实际上、法律上或经济上控制着污染活动的人”(Larsson, *The Law of Environmental Damage: Liability and Reparation*, 第 401 页)。但应当明确, 经营者一词不包含在相关时刻为有关活动工作或管理该活动的雇员。见《南极条约环境保护议定书关于环境紧急情况产生的赔偿责任的附件六》第 2 条(c)项, 其中指出, “‘经营者’意指在南极条约区组织进行活动的任何自然人和法人, 不论属政府或非政府性质。经营者不包含在南极条约区组织进行活动的政府或非政府性质的自然人或法人的自然人雇员、承包者或分包者、代理人或提供服务者, 也不包含代表国家经营者行事的法人承包者或分包者”。委员会 2004 年通过的草案中原则 2(e) 项中所用的“经营者”定义属功能定义。对此以及对一些公约中所用的“经营者”定义说明, 见《2004 年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第 89 至第 90 页, 原则 2 评注第(26)至(29)段。

<sup>77</sup> 沃尔夫鲁姆指出: “尽管 1990 年《国际油污防备、反应和合作公约》和《关于工业事故越境影响的公约》均在序言中把‘谁污染谁付费’原则称为一项‘国际环境法的一般原则’, 但从美国的实践以及有关该原则的范畴及后果的不确定性来看, 这一观点不能成立。”(“International environmental law”, 第 19 页)。一般见 Sadelcer, 前引书, 第 21 至第 60 页。不过, 不同国家管辖区域对“谁污染谁付费”原则的接纳程度各不相同。印度最高法院在韦洛尔公民福利论坛诉印度联邦案(*All India Reporter 1996*, 第 83 卷, 最高法院部分, 第 2715 页)中裁定, 印度《宪法》第 21 条、第 47 条、第 48 条 A 款和第 51 条 A 款(g) 项所认可的审慎原则、“谁污染谁

<sup>72</sup> 自然保护联盟, “审慎原则适用指南: 生物多样性养护和自然资源管理”, 这是野生动植物保护国际、自然保护联盟、非洲资源和野生生物贸易研究委员会的联合倡议, 第 274 页。

<sup>73</sup> 关于在印度适用该原则的情况, 见安得拉邦污染控制委员会诉 M. V. 奈杜案, 印度, Supreme Court Cases (2001), 2 号, 第 62 页。这里涉及的问题是, 是否应允许一个危险的产业在工厂排放物有可能污染地下水的情况下继续运营。安得拉邦高等法院根据该产业的专家证据允许其运营。最高法院在审理此案上诉案时根据更广泛来源的以及独立专家团体的科学证据, 推翻了高等法院的许可, 停止了该产业的运营, 因为科学证据表明, 该厂排放物造成的镍沉积很有可能污染地下水。印度法律委员会指出, 在这里显然适用了审慎原则, 表明“有了更多数据, 并适用更好的科学程序或更好的技术, 便总是可以得出更准确的结论”(“One hundred eighty sixth report on proposal to constitute environment courts” (2003 年 9 月), 第 18 页, 可在以下网址查阅: <http://lawcommissionofindia.nic.in/reports.htm>)。

<sup>74</sup> 关于必须利用最佳可用技术这一要求, 沃尔夫鲁姆指出, 这与审慎原则密切相关(“International environmental law: purposes, principles and means of ensuring compliance”, 第 15 页)。还有观点认为, “可用”一词意指“国家有责任采用已在市场上推出的新技术, 而不是指污染控制领域的每一项新技术”(Stoll, “Transboundary pollution”, 第 182 页)。



危险活动的责任则可以说已获得这样的地位。<sup>78</sup> 普通法系和民法法系均把极端危险或非正常危险活动的严格责任视为最适当的技术, 以便危险和极端危险活动的受害者获得赔偿, 而无需依赖详细的技术证据完成过错举证,<sup>79</sup> 为了获得这种技术证据, 受害者需要全面了解复杂难懂的业务或活动。如果危险是由被告单方面造成的, 那么设定严格责任就更

付费”原则和新的举证责任已成为印度环境法的一部分(见印度法律委员会的报告(上文脚注73), 第36页)。加拿大多个省有关环境损害及其后的补救问题的法规都承认该原则。在西班牙, 各法院依据“享受利益者亦应承担相应责任”原则, 即, 从活动中受益者必须负担由此活动产生的损害这一原则来追究矿采、废物、失水所致损害和毒性气体所造成的损害的责任。在日本, 对于采矿活动所致的污染和海洋污染, 污染者须负责清除公共污染并将受害者的财产恢复至受损前的状况。法国的法律制度以不同形式认可“谁污染谁付费”原则。在维利翁夫诉贝内特-克里斯托弗不动产公司案(JCP 1971.II.16781)中, 法国最高法院认为, “所有权人以法律或法规不加禁止的最绝对方式享受其财产的权利受制于不对任何他人的财产造成超出相邻者的通常不便利程度的损害这一义务”。瑞典1998年通过、1999年1月1日生效的《环境法典》规定, 对污染负合理责任的一方应就可能的污染的调查、清除和减轻损害支付费用。合理性检验标准取决于(a)污染发生后已经过的时间;(b)涉及的环境风险;(c)经营者所起的作用。爱尔兰已颁布法规, 把国际条约中有关船只泄漏石油和危险废物的严格责任规定纳入国内法。而且, 爱尔兰正筹备执行第2004/35/CE号欧洲指令(见上文脚注18), 该指令将在2007年前生效, 该指令对环境损害规定了严格责任和“谁污染谁付费”原则。爱尔兰法院已开始以“谁污染谁付费”原则为审判依据。在巴西, 严格责任正成为处理危险活动或有害或可能有害环境的活动所致损害的一个准则。意图无需证明。南非的《国家环境管理法》(1998年第107号)对可能或已经或正造成严重污染、退化或环境损害的经营者规定了严格责任。新加坡对犯罪行为规定了严格责任, 并规定污染者有清除污染的义务, 而无需证明其存在意图或疏忽行为。

注: 有关不同国家法律和实践的資料是以哥伦比亚特区华盛顿的乔治·华盛顿大学法学院黛娜·谢尔顿女士的环境法课程的学生编制的国内法律备忘录为依据, 特别报告员收到后已予存档。另见A/CN.4/543号文件(上文脚注36)。

<sup>78</sup> 在A/CN.4/543号文件中, 委员会秘书处在审查了国家一级有关非常危险活动或极端危险活动的经营问题的国家立法和实践后, 得出结论认为:

“以上对国内法的回顾表明, 作为一种法律概念, 严格责任现在似乎已被大多数法律制度所接受。受严格责任调整的活动的范围也许各有不同; 在有些国家, 这一范围要比其他国家更小一些。严格责任的法律根据也不相同, 从‘推定过失’到‘风险’概念、或者‘所涉危险活动’等等。然而, 显而易见的是, 严格责任是适用于具有不同法律制度的相当多国家的一项共同原则, 这些国家的共同经验是应对与这项原则有关的活动加以规范。尽管各国在这项原则的具体运用上可能会有所不同, 但它们对这项原则的理解和提法基本上是相同的。严格责任也越来越多地运用于有关环境保护的立法中”

(《2004年……年鉴》(见上文脚注36), 第162页, 第112段)。

<sup>79</sup> 见Reid, 前引文, 第756页。另见A/CN.4/543号文件(上文脚注36), 第23段。

为合理。<sup>80</sup> 不过, 对于危险活动造成的损害, 合理的做法是在国际一级对经营者规定严格而有限的责任, 作为法律逐渐发展的一项措施。<sup>81</sup>

28. 但应指出的一点是, 把严格责任这一在国内法范畴既定的、但在不同司法管辖中的援引情况各不相同的概念转化为国际标准, 就需要谨慎界定其要素, 同时不要迷失其基本目的, 也即无需过错举证便可使从事危险或有害活动而造成风险者承担责任。这样一个定义是必要的, 它不仅抓住不同司法管辖中的严格责任概念的最积极要素, 从而使这一国际标准广为接受, 而且可确保这样一个标准真正服务于危险活动受害者, 从而便于迅速、切实地提供救济。

29. 这可从不同途径着手。<sup>82</sup> 例如, 像原则草案1那样对损害作出适当定义, 该原则草案把损害定义为对人身、财产和环境的损害。第二, 在把严格责任定为援引责任的标准时, 可具体说明这包括所有最普通形式的可预见损害, 对潜在危险程度的认知不是责任的前提条件。此外, 作为该规则的适用的一部分, 不妨指出, 经营者不得以所涉使用系自然使用为由而请求免除责任, 只要该使用对他人构成损害危险, 便足以成为责任的理由。

30. 严格责任当然允许一些抗辩理由, 国际条约和规定了严格责任概念的国内立法也作出了各种

<sup>80</sup> 关于对民法和普通法中责任概念的有趣回顾, 另见A/CN.4/543号文件(上文脚注36)。

<sup>81</sup> 可以考虑一下委员会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1996年在把原则草案范围内所有活动所致的损害都指定为适用严格责任制度时所表现出的犹豫。不妨回顾指出, 委员会指出, 严格和绝对责任的概念虽说是“人们熟悉的并且拟定于许多国家的国内法中, 也涉及国际法中的若干[极端危险]活动……但在国际法上却没有针对如第1条所述的更多活动加以充分研拟”(《1996年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 附件一, 第三章一般性评注第(1)段)。工作组在作出这一结论时参考了秘书处编写的各种责任制度概览(《1995年……年鉴》, 第二卷(第一部分), 第61页, A/CN.4/471号文件)。

<sup>82</sup> 特别报告员在提出以下建议时, 参考了里德的有用意见, 前引文, 第741至第743页。另见秘书处编写的各种责任制度概览这一有用文件, 第一章B节(A/CN.4/543(上文脚注36), 第29至第260段)。印度最高法院在M. C. 梅塔等诉印度联邦共和国等案(发烟硫酸气雾泄漏案), *All India Reporter* 1987, 第74卷, 最高法院部分第1086页中裁定, 就危险活动案而言, 不能以损害是不可预见、所涉用途系自然用途等理由而请求免除绝对或严格责任(见印度法律委员会报告(上文脚注73), 第30页)。

例外规定。<sup>83</sup> 不过, 为了凸显“谁污染谁付费”原则在危险活动引起跨界损害情况下的损失分配原则草案的总体制度中可发挥的作用, 或许宜把此类例外情况局限在最小范围内, 即: 武装冲突行为、敌对行动、内战或叛乱、天灾或自然灾害以及第三方行为——包括受害者行为(或称共同过失)。<sup>84</sup>

### C. 值得注意的国家义务

31. 国家对极端危险活动或危险活动的跨界损害的责任, 即便作为法律逐渐发展的一项措施, 似乎也未得到支持。但有一项一般国际法原则显然已形成, 它要求国家在核准危险活动时,<sup>85</sup> 以及在核准后乃至在尽管作了最大的预防努力、但损害还是发生的情况下监测进行中的活动时履行应有的注意义务。国际法院在加布奇科沃-大毛罗斯项目中指出, 有必要——或许可以说有义务——持续监测危险活动, 因为人们“意识到环境的脆弱性, 认识到必须持续评估环境风险”。<sup>86</sup>

32. 习惯法中的这些义务还有若干附带义务。为本原则草案之目的, 这一义务的一项延伸义务是相关国家有责任始终保持警惕, 随时准备尽力预防损害, 在损害实际发生时, 以最佳可用技术减轻损害的影响。<sup>87</sup> 因此, 国家有义务根据当前对风险的认识以及可利用的管理风险的技术、科技和财政手段, 以应对措施的形式做好必要的应急准备, 一旦出现紧急情况, 就采用所掌握的最佳手段。当有关活动的运作即将或实际上已经造成跨界损害扩张这种紧急情况时, 根据习惯法, 国家有义务通知所有相关国家。<sup>88</sup> 根据习惯法, 受影响国家在得到通知后, 也有义务采取一切适当、合理的措施以减轻自己所面临的损害。<sup>89</sup> 显然, 国家在此方面应承担的注意义务是与善政相关的义务。但必须铭记的是, 正如《里约宣言》原则 11<sup>90</sup> 適切指出的, 鉴于各国的社会和经济状况差异很大, 适用于一些国家的标准对其他国家, 特别是对发展中国家来说, 可能不合适, 并且会造成不合理的经济和社会成本。<sup>91</sup>

<sup>83</sup> 见 A/CN.4/543 号文件(上文脚注 36)。

<sup>84</sup> 恐怖主义行为被列入最新的责任文书:《南极条约环境保护议定书关于环境紧急情况产生的赔偿责任的附件六》。《附件六》第 8 条第 1 款涉及免除责任的问题, 内容如下:

“如果证明环境紧急情况由以下原因所致, 经营者不承担第 6 条所规定的责任:

“(a) 保护人的生命或安全所需要的行为或不行为;

“(b) 一般而言或在特定情况下未能合理预见到的、对南极而言是不寻常的自然灾害的事件, 前提是为减少环境紧急情况的风险及其可能的不利影响而采取了所有合理的预防措施;

“(c) 恐怖主义行为; 或者

“(d) 针对经营者活动的交战行为。”

<sup>85</sup> 与事先核准义务密切相关的义务是进行环境影响评估。见 Xue, 前引书, 第 166 页。奥科华指出, 与环境影响评估义务相关的附带义务至少有五类。其中之一是必须清楚阐明并向可能受影响国家通报活动性质及其可能后果。但她指出, 除少数公约外, 大多数文书都规定, 提议进行活动的国家是不利影响的可能性或严重性的唯一裁定者。审议中的条约都未准许第三国在其对起源国的评估不满意的情况下, 可提议进行另外或不同的评估。见 Okowa, “Procedural obligations in international environmental agreements”, 第 282 至第 285 页。关于环境影响评估的内容, 同上, 第 282 页, 脚注 25 和第 286 页。

<sup>86</sup> 《1997 年国际法院汇编》(见上文脚注 41), 第 68 页, 第 112 段。

<sup>87</sup> 同上, 第 78 页, 第 140 段。国际法院指出, 法院认识到, 在环境保护领域, 鉴于环境损害往往具有不可逆性质, 并鉴于此类损害的赔偿机制本身内在的局限性, 因此要求保持警惕和预防。关于最佳可用技术的要求, 见上文脚注 74。

<sup>88</sup> Okowa, 前引书, 第 170 页, 作者透彻分析了应有的注意义务的各个要素, 包括它们的法律地位, 并非常肯定地认为起源国有义务在出现紧急情况时向所有相关国家通报各国面临的危险。

<sup>89</sup> 在加布奇科沃-大毛罗斯项目案(见上文脚注 41)中, 因匈牙利拒绝遵守 1977 年捷克斯洛伐克与匈牙利缔结的条约的规定, 斯洛伐克在多瑙河上实施了变通方案 C, 分流了近 80% - 90% 的多瑙河河水, 斯洛伐克就此辩称: “缔约方因另一缔约方不履行而受损害时, 必须设法减轻所受损害; 这是国际法的一般原则。”(《1997 年国际法院汇编》, 第 55 页, 第 80 段)。国际法院在论及该原则时指出, “根据这样一项原则可以认为, 受害国如未采取必要措施控制损害, 便无权就本可避免的损害提出赔偿要求”(同上)。法院指出: “该原则或可作为损害计算的一个依据, 但在另一方面, 它不能成为不法行为的辩解理由。”(同上)法院认为实施变通方案 C 是不法行为, 因此未进一步探讨受影响国家有义务减轻所面临的损害影响的原则, 这是另一个问题。在计算这些国家最终有权提出的损害赔偿要求方面, 法院把减轻损害方面的不作为作为重要的考虑因素是一个重要的事实, 无异于确认根据一般国际法, 受跨界损害影响的国家有义务尽力减轻损害。

<sup>90</sup> 见上文脚注 67。

<sup>91</sup> 有关履行应有的注意义务的一些一般国际法原则的说明, 见 Stoll, 前引文, 第 180 至第 183 页; 关于需要在适用应有的注意标准时适当考虑有关国家的经济和社会因素的内容, 第 181 至第 182 页。有观点认为, “如果国家希望改进所用技术, 可向因经济或其他原因而得不到相关技术的国家转让合适的保护或预防技术”, 见 Wolfrum, “International environmental law ...”, 第 15 至第 16 页。



#### D. 不歧视原则和最低标准

33. 原则草案6第3款提到不歧视原则, 该原则规定各国应及时、充分和有效地向跨界受害者提供不逊于本国国民待遇的救济。这项原则既可被视为程序性要求, 也可被看作实质性要求。第一项要求本质上是程序性要求, 意味着起源国应向受害国居民提供与本国国民相同的获得司法的机会。这项要求在国家实践中已得到越来越多的认可。<sup>92</sup> 而另一方面, 第二项要求作为不歧视原则的实质部分, 其确切内容更加难以确定, 而且缺乏类似共识。<sup>93</sup> 有人建议, 只要向跨界受害者提供与本国国民相同程度的救济, 本项原则的要求即应视为已得到全面遵守。

34. 鉴此, 正如原则草案6的评注第(7)段所述, “尽管有不足之处, 但该原则在提供获得信息的渠道及确保境内外相关法院与国家当局适当合作方面确实超出了原来的要求, 即各国在为跨界求偿者提供救济时必须满足最低限度的效力标准”。<sup>94</sup> 同一评注还指出, 不足之处仍是原则6第3款没有、同时考虑到草案的简约性也不能“减缓或解决法律选择方面的问题”, 这些问题相当重要, 是目前“妨碍”向受害者提供“及时、充分和有效的司法申诉程序和救济”的因素。<sup>95</sup> 各国必须在适当专业机构的协助下, 继续通过双边和多边努力, 缓解这些问题。

<sup>92</sup> 见 Kiss and Shelton, 前引书, 第 201 至第 203 页, 以及 Birnie and Boyle, 前引书, 第 269 至第 270 页。根据不歧视原则的程序要求, 起源国程序法中的一些规定应予删除; 如卡普鲁斯和博伊尔所述, 这些规定包括“外国原告诉讼费用的担保、拒绝对外国原告给予法律援助以及在某些司法管辖区域以各种形式出现的拒绝管辖涉及外国土地的诉讼的规则” (“Articles on private law remedies for transboundary damage in international watercourses”, 第 408 页)。

<sup>93</sup> 伯尼和博伊尔表示, 即使可以在平等机会这样一个全然不同的专题下进行国家实践审查, 但并不容易把问题说清楚(前引书, 第 271 至第 274 页)。关于不歧视规则的局限性, 同上, 第 274 至第 275 页。另见 Xue, 前引书, 第 106 至第 107 页。另见 Kiss and Shelton, 前引书, 第 201 至第 203 页; Birnie and Boyle, 前引书, 第 269 至第 270 页; 以及 Dupuy, “La contribution du principe de non-discrimination à l’élaboration du droit international de l’environnement”。关于不歧视原则已成为一般国际法原则的观点, 见 Smets, “Le principe de non-discrimination en matière de protection de l’environnement”。

<sup>94</sup> 《2004 年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第 101 页。

<sup>95</sup> 同上, 原则 6 评注第(8)段。

35. 在某些区域, 最低标准的内容正日趋完善。但是, 为了在全球一级达到这类最低标准, 不同国家之间和世界各个区域的经济、社会及政治价值观需要较趋一致。<sup>96</sup> 因此, 即使无法借助全球共同最低标准, 确保所有司法管辖区域绝对平等, 但仍可表明, 在危险性活动造成任何损害时, 不歧视原则确实假定本国国民将首先获得适当的救济和充分的赔偿, 而跨界受害者也将获得同样程度的救济和赔偿。

#### E. 确保及时和充分的赔偿

36. 原则草案3提到, 及时和充分赔偿是原则草案的主要目的。及时性和充分性标准被认为是委员会2004年所定草案的最大贡献, 在特雷耳冶炼厂案、<sup>97</sup>《里约宣言》的原则10、<sup>98</sup>《联合国海洋法公约》第二三五条第2款、国际法协会1996年编写的国际水道中跨界损害条款草案第2条第1款,<sup>99</sup> 以及一些人权法判例中都得到支持。<sup>100</sup>

37. 在这方面需要说明一下, “及时性”指的是管辖提供获得司法的机会的程序, 以及管辖依照当地法律作出必要裁决、确定特定案件中应支付的赔偿的程序。鉴于在国内法院进行索赔诉讼费用高昂而且可能长达数年, 这项标准也应当予以强调。为了提供更加广泛、高效和及时的获得司法的机会, 有人建议设立国家或国际特别环境法院。<sup>101</sup> 另一方面,

<sup>96</sup> Xue, 前引书, 作者很好地说明了这一点: 首先, “损害赔偿不但关系到司法公正, 还是一个需要分配资源的经济问题”(第 107 页); 其次, “甚至在生态系统内部, 每一部分的资源都彼此相关联, 国家边界也不容忽视, 因为有不同的政治、经济及社会制度存在其间”(第 108 页)。

<sup>97</sup> 《国际仲裁裁决汇编》, 第三卷(出售品编号: 1949.V.2), 第 1905 页。

<sup>98</sup> 见上文脚注 67。

<sup>99</sup> Cuperus and Boyle, 前引文, 第 405 页。

<sup>100</sup> 关于及时和充分赔偿原则之优点的有用指南, 见 Boyle, 前引文, 第 18 页。

<sup>101</sup> 见 Rest, “Need for an international court for the environment? Underdeveloped legal protection for the individual in transnational litigation”。在国家一级, 印度法律委员会就在印度设立国家环境法院提出了有力的论据(见上文脚注 73)。获得司法, 特别是在环境事项上获得司法, 是印度《宪法》第 21 条的基本内容。新西兰和澳大利亚已经设立了环境法院。

“充分”赔偿可以指多个方面。<sup>102</sup> 例如，经营者或起源国与受害者或其他当事国将所有受害者的索赔合并，通过谈判商定一次总付赔偿金，就是充分的赔

<sup>102</sup> 欲详细了解及时、充分和有效赔偿原则在实践中的贯彻情况，见 Lefeber，前引书，第 229 至第 311 页。

偿。法院根据在本辖区进行的诉讼而判定给予的赔偿，只要符合适当法律程序规定，也属于充分的赔偿。在任何情况下，赔偿只要不是任意给出，或者与实际损害严重不相称，即使赔偿金低于全额，也可以被视为是充分的。换言之，充分性指的并不是“充足性”。

### 第三章

#### 原则草案的最终形式

38. 首先要指出，虽然关于预防和关于损害情况下损失分配（包括责任）的课题最初是作为整体进行构思的，但实际上两者根本是在两个不同的层次推进。关于预防危险活动的跨界损害条款草案在内容上拥有广泛共识，在国家实践中也已得到越来越多的认可，更为重要的是，它还得到了世界各国司法裁决的承认。而另一方面，关于危险活动引起跨界损害情况下的损失分配的原则草案则以一些有广泛共识的一般原则为基础。例如，原则草案的基本目的，即向跨界损害受害者提供及时和充分赔偿的义务，已在国家实践和国内司法裁决中得到充分认可，有些评论者视其为一项一般国际法原则。因此，至少有一位评论者提议，如果委员会不想让这个重要课题所得进展演变成一个纯粹的“空想”，<sup>103</sup> 就应考虑将原则草案 4 第 1 款和原则草案 6 第 1 款和第 3 款从单纯建议性的形式改为更加规范性的形式，在措辞方面用“应当”取代“应”。

39. 不过，鉴于诸多相关义务对全面实施基本义务而言同等重要，看来需要时间让这些义务获得司法承认和国家实践的确认。原则草案建议各国承担行为义务和应有的注意义务，以全面实施向危险活动造成跨界损害的受害者提供及时和充分赔偿的原则，这些义务与预防方面要求各国承担的应有的注意义务相比，需要在国家实践中获得更加广泛和更加一致的认可。它们还要等待世界各国司法裁决的确认，因为这样的司法裁判仍然少之又少。在这方面，下列原则即为其中一些例子：当经营者由于当地法律认可的责任限制或破产而无法满足赔偿要

求时，国家有义务安排更广泛的资金网，包括有义务参与提供这类用于满足赔偿要求的资金；对于有风险的危险性操作，国家有义务确保、而经营者有义务购买适足的保险；<sup>104</sup> 国家有义务作出一定程度的应急安排，并拥有与操作风险相称的技术和经济能力；此外，国家有义务从技术角度监测复杂操作，并建立有效的事后应对措施；有义务在不歧视的基本原则之外，按照某些尚不明确或缺乏共识的最低标准来提供行政、司法救济和赔偿。

40. 由此不难看出，国际共识为什么迟迟不能达成。法律制度存在差异，而且即使法律制度相似，国家实践又有所不同。在全球一级开展的任何统一努力，也显然存在固有困难。发展中国家的政治现实、发展重点和资源限制也是一些因素。这些观点在调查了上述和以往历次报告所述各项原则的法律地位后得到证实，也是特别报告员在他关于危险活动引起跨界损害情况下的损失分配法律制度的第二次报告中提出的一项结论。<sup>105</sup>

41. 不妨回顾一下，委员会过去也曾讨论过本主题最终成果所应采用的形式的问题。有人建议以“框架安排”的形式通过，不起草主要规则，但也有人建议以指导方针的形式通过，以协助各国在基本

<sup>104</sup> 在欧洲联盟谈判环境赔偿责任问题时，据说用了近 15 年时间才就这项指令达成协议，阻碍达成协议的最后一个问题之一，就是保险问题。妥协的结果是，保险成为任意性规定，并非强制性规定（见“EU agrees to make polluters pay for environmental damage”，*Agence France Presse* (21 February 2004)，引自乔治·华盛顿大学法学院学生编写的瑞典国内法律备忘录（见上文脚注 77），第 17 页，资料由特别报告员存档备查）。

<sup>105</sup> 《2004 年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/540 号文件，第 104 至第 105 页，第 36 段，结论 (10)。

<sup>103</sup> Boyle，前引文，第 19 页。

合作义务中添入更加积极的内容。“结果是，”辛克莱指出，“没有就最终成果的形式作出任何最终决定，但是从辩论中可知，这个专题可能无法采用委员会在起草条款以供纳入一项公约的情况下通常采用的处理方法。”<sup>106</sup>

42. 如果可能和可行，以更加规范性的形式表达整个最终成果较为可取。<sup>107</sup> 同样不可否认的是，在别无更好选择时，以原则草案的形式形成最终成果，也是有意义的。<sup>108</sup> 以下对原则草案的评注已经指出这一点：

<sup>106</sup> Sinclair, 前引书, 第 38 页。

<sup>107</sup> 有人表示，“具体义务（行动和特定措施）往往更为严格，而监测具体义务的遵守情况，在其他因素不变的情况下，比监测其他各类义务的遵守情况要容易得多。此外，具体义务还可以预防争端，特别是当这些义务同时默示或自动构成各方直接权利的时候，诸如与跨界活动有关的义务（例如 1998 年《关于在国际贸易中对某些危险化学品和农药采用事先知情同意程序的鹿特丹公约》和《卡塔赫纳生物安全议定书》）”（Koester, “Global environmental agreements: drafting, formulation and character”, 第 170 页）。不过，大多数多边环境协定都是“可能的艺术”的好例子，因为它们都以协商一致的方式通过。这种进程被描述为大力追求“最小公分母”的行为，有的评论“甚至更为悲观”。但事实却是，“各国希望成为缔约国，因此促成通过它们有能力遵守的规定，并为此估定本国立法需做何种程度的修正，以及修正的可行程度和经济后果等。像这样的考虑是无可厚非的”（同上）。

<sup>108</sup> “有人认为，‘软性’法律文书有许多优势，比如愿意采取明确（以及雄心勃勃）的承诺，这样做效果更好，因为更容易转化为具体行动，也更容易审查和评估。研究也显示，

“经过权衡，委员会得出结论认为，建议的原则草案具有一个优点，即不要求各国法律和各项法律制度实现统一，而这种统一很可能是做不到的。委员会还认为，如果采取建议的原则草案这一形式，那么普遍接受其实质性规定这一目标便更有可能实现。”<sup>109</sup>

43. 法官和政治家可利用这类广泛共识和原则本身的固有优点，在本国和国际上实行这些原则。这样做或许会为今后通过国际协定编纂关于这个专题的国际法铺平道路。

44. 考虑到这一现实，特别报告员认为，似宜确认应以原则草案的形式制作关于损失分配这个专题的最终成果。不过，委员会不妨作一些慎重考虑，用更加规范性的语言，体现支付赔偿的基本义务和寻求救济的权利。

‘软性’法律文书可对行为产生非常积极的影响，‘出于多种原因而无约束力的文书在同有法律约束力的措施共同适用时，好处常常最为明显’。因此，‘软性’法律文书可作为增进效力的一种方式。

“此外，此类文书还可改善遵守情况，并通过详细和精确地说明条约所定各项承诺的内容，充当预防争端的工具。”

（同上，第 174 页）

<sup>109</sup> 《2004 年……年鉴》，第二卷（第二部分），第 79 页，总评注第 (14) 段。

## 第四章

### 原则草案与关于预防的条款草案之间的关系

45. 接着出现的问题是，目前正等待大会采取进一步行动的预防危险活动的跨界损害条款草案与危险活动引起跨界损害情况下的损失分配原则草案之间的关系。建议大会或许可以通过关于预防的条款草案。其实早在 2001 年，委员会就曾建议大会以关于预防的条款草案为基础制订一项公约。这项工作可酌情由第六委员会的一个工作组以审查的方式进行。审查时可考虑以一项关于责任的条款草案的形式，在关于预防的条款草案中列入责任的若干要素，从而认可各国有义务确保向跨界损害的受害者提供有效的获得司法的机会和救济以及及时和充分

的赔偿。该条草案还可注明，在履行这项基本义务时，应顾及委员会可能希望在二读和最后一读时敲定的关于损失分配的原则草案。这项原则草案可作为任何有关决议的一个单独附件。

46. 另一种可能是将预防和责任这两个相互关联的方面完全分开处理。大会可通过两项单独的决议，分别核可并通过关于预防危险活动的跨界损害条款草案和关于危险活动引起跨界损害情况下的损失分配原则草案。委员会可向大会提出这些可能性。此事最终必须由大会经过充分审议后作出决定。

国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任  
(危险活动引起跨界损害所造成损失的国际责任)

[议程项目3]

A/CN.4/562 和 Add.1 号文件

从各国政府收到的评论和意见

[原文: 阿拉伯文/英文/法文/俄文/西班牙文]

[2006年1月27日和4月12日]

目 录

	段 次	页 次
本报告引用的多边文书 .....		102
导言 .....	1-2	103
从各国政府收到的评论和意见 .....		103
A. 一般性评论 .....		103
捷克共和国 .....		103
黎巴嫩 .....		103
墨西哥 .....		103
荷兰 .....		104
巴基斯坦 .....		104
阿拉伯叙利亚共和国 .....		105
大不列颠及北爱尔兰联合王国 .....		105
美利坚合众国 .....		105
乌兹别克斯坦 .....		106
B. 序言 .....		106
荷兰 .....		106
C. 原则1——适用范围 .....		106
荷兰 .....		106
大不列颠及北爱尔兰联合王国 .....		107
D. 原则2——用语 .....		107
捷克共和国 .....		107
墨西哥 .....		107
荷兰 .....		108
大不列颠及北爱尔兰联合王国 .....		108
乌兹别克斯坦 .....		108
E. 原则3——目标 .....		109
原则4——及时和充分的赔偿 .....		109
捷克共和国 .....		109
墨西哥 .....		109
荷兰 .....		110



巴基斯坦 .....	110
大不列颠及北爱尔兰联合王国 .....	111
乌兹别克斯坦 .....	111
F. 原则5——应对措施 .....	111
荷兰 .....	111
大不列颠及北爱尔兰联合王国 .....	112
G. 原则6——国际和国内救济 .....	112
捷克共和国 .....	112
荷兰 .....	112
大不列颠及北爱尔兰联合王国 .....	113
H. 原则7——拟定专门的国际制度 .....	113
荷兰 .....	113
大不列颠及北爱尔兰联合王国 .....	113
美利坚合众国 .....	113
I. 原则8——执行 .....	113
墨西哥 .....	113
荷兰 .....	114
大不列颠及北爱尔兰联合王国 .....	114
乌兹别克斯坦 .....	114
J. 最后形式 .....	114
墨西哥 .....	114
荷兰 .....	114
美利坚合众国 .....	115

### 本报告引用的多边文书

#### 来 源

《关于核损害民事责任的维也纳公约》[英]（1963年5月21日，维也纳）	联合国，《条约汇编》，第1063卷，第16197号，第265页。
《外空物体所造成损害之国际责任公约》（1972年3月29日，伦敦、莫斯科和哥伦比亚特区华盛顿）	同上，第961卷，第13810号，第187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。
《控制危险废物越境转移及其处置巴塞尔公约》（1989年3月22日，巴塞尔）	同上，第1673卷，第28911号，第57页。
《危险废物越境转移及其处置所造成损害的责任及赔偿巴塞尔议定书》（1999年12月10日，巴塞尔）	UNEP/CHW.5/29，附件三
《保护与使用越境水道和国际湖泊公约》[英]（1992年3月17日，赫尔辛基）	联合国，《条约汇编》，第1936卷，第33207号，第269页。
对1992年《保护与使用越境水道和国际湖泊公约》以及1992年《关于工业事故越境影响的公约》的《关于工业事故越境影响对越境水体造成损害的民事责任和赔偿的议定书》[英]（2003年5月21日，基辅）	ECE/MP.WAT/11-ECE/CP.TEIA/9。
《关于危害环境的活动造成损害的民事责任公约》[英]（1993年6月21日，卢加诺）	欧洲委员会，《欧洲条约汇编》，第150号。另见《国际法律资料》，第三十二卷（1993年），第1230页。
《国际水道非航行使用法公约》（1997年5月21日，纽约）	《大会正式记录，第五十一届会议，补编第49号》，第三卷，第51/229号决议，附件。
《南极条约环境保护议定书关于环境紧急情况产生的赔偿责任的附件六》[英]（2005年6月17日，斯德哥尔摩）	南极条约协商会议，第二十八届会议最后报告，第二章A节，第63页。另见《国际法律资料》，第45卷（2006年），第5页。

## 导言

1. 国际法委员会在2004年第五十六届会议上读通过了危险活动引起跨界损害情况下的损失分配原则草案。<sup>1</sup>委员会在报告第29至第30段中指出,委员会欢迎各国政府就原则草案的所有方面和就这些原则的评注特别是就最后形式提出评论和意见。委员会在其报告第173段中决定,根据其《章程》第16条和第21条,请秘书长将该原则草案转交各国政府以征求评论和意见,并要求在2006年1月1日以前将这类评论和意见提交秘书长。秘书长就此于2004

<sup>1</sup> 《2004年……年鉴》,第二卷(第二部分),第76页起,第175段。

年10月24日转发了一份通告照会。大会在其2004年12月2日第59/41号决议第3段和2005年11月23日第60/22号决议第3段中提醒各国政府注意,委员会了解各国政府对原则草案的意见十分重要。

2. 截至2006年4月12日,收到了下列国家的答复:捷克共和国、黎巴嫩、墨西哥、荷兰、巴基斯坦、阿拉伯叙利亚共和国、大不列颠及北爱尔兰联合王国、美利坚合众国和乌兹别克斯坦。这些答复已经按主题排列,首先是一般性评论,随后依次按原则归类排列。

## 从各国政府收到的评论和意见

### A. 一般性评论

#### 捷克共和国

危险活动引起跨界损害情况下的损失分配原则草案对于国际法的逐渐发展是一个有用的工具。不过,在捷克共和国看来,目前的案文造成了一些问题。当然,随着该文书的案文逐渐接近最终定稿,还可能产生其他问题。捷克共和国希望严密考虑以下有关原则2、3、4和6的三个问题,这三个问题将在下文中作进一步讨论:(a)原则2中对“损害”,包括对环境造成的损害的广义定义;(b)原则3至4中对“及时和充分的赔偿”的拟议解决办法;及(c)原则6中对“国际和国内救济”的拟议解决办法。

#### 黎巴嫩<sup>2</sup>

委员会2004年在联合国日内瓦办事处举行了第五十六届会议,由代表全世界各大洲的34名国际法专家组成。实际上,黎巴嫩认为危险活动引起跨界

损害情况下损失分配原则草案的案文并不载有任何与黎巴嫩据以建立之法律法规相违背之内容。

#### 墨西哥

1. 墨西哥高度重视这一专题。委员会的工作将强化国际环境损害方面的现有规则,各国在《关于环境与发展的里约宣言》中均对这些规则作出了承诺。<sup>3</sup>

2. 对于该草案的实质内容,墨西哥谨提出下列评论:

(a) 总体来说,墨西哥同意该草案的实质方面。对于其范围,墨西哥同样认为,应当确立一个具有一般性质和剩余性质的制度;

(b) 墨西哥同意委员会的意见,即根据该原则草案,环境损害所产生的责任应当属于严格责任,而不是绝对责任;

<sup>2</sup> 黎巴嫩司法部立法和咨询专家组拟定的答复的序言部分大量转载了八项原则草案的案文,故予省略,但可在法律事务厅编纂司处查阅。

<sup>3</sup> 《联合国环境与发展会议的报告,1992年6月3日至14日,里约热内卢》,第一卷:《环发会议通过的决议》(联合国出版物,出售品编号:C.93.I.8及更正),决议1,附件一。

(c) 墨西哥坚决认为，委员会在这一问题上的工作的关键是这样一项原则，即无辜的受害者不应承担跨界损害所造成的损失。委员会的工作是为了建立一个规定应对无辜受害者进行及时和充分赔偿的制度，墨西哥对此表示欢迎。正如委员会自己所指出的，这一做法与《里约宣言》原则13和原则16是一致的。

### 荷兰

1. 荷兰认为，委员会提出这些原则草案之举在国际法中宣传了一个重要的新观点，即在本身不属非法的危险活动造成跨界损害时，各国负有义务规范赔偿。这些活动包括直接产生危险（有毒物质排放等）的大规模工业活动和诸如产生空气污染、且该种污染可长期造成跨界损害的活动。而且，这些原则不仅规定各国负有义务相互支付赔偿，而且明确承认了个人受害者主张赔偿的权利，尽管并未给予个人以具体的法律救济。

2. 这些原则是传统国家责任规则的延伸，因为在传统国家责任规则中，责任必须总是建立在不法行为的基础上。如果受害者不能证明所遭受的损害是由不法行为所导致的，则不存在赔偿问题（有权利即有救济：只有侵权行为才产生获得救济的权利）。不过，这些原则不再绝对适用这一学说。有害的活动并非不合法，不一定被法律加以禁止。不过，针对开展通常在经济上十分重要的危险活动的权利，这些原则规定了各国负有义务——单独地和集体地——确保对所造成的损害作出“及时和充分的”赔偿。

3. 荷兰的结论是，这些原则是对国际法发展的一个重大贡献，因为这些原则包含了一些逐渐发展的因素，如：承认存在不属非法、但是给开展和/或允许开展（活动）的国家施以责任的危险活动。由于这类活动不断增加，而其在经济上又十分重要，这一原则为越来越多的人所接受，其对于社会的重要性不言而喻。这样，各国可以更多地意识到自己在危险活动方面的责任——制定法律、监测遵守情况、对不遵守规定的行为加以处罚等等，并且可以为受害者提供更多的赔偿，与此同时，有关活动所推动的经济发展仍然可以实现。

4. 另一个积极因素是，委员会认为，应当尽可能对跨界损害的受害者作出赔偿，各国负有责任这样做，也应当接受这样的责任。

5. 考虑到各国的立场，荷兰对于委员会能对这些原则达成这样一项协定感到吃惊，同时感到十分高兴，但是荷兰仍然认为，应当为个人受害者提供救济。荷兰还认为，委员会报告<sup>4</sup>中所载评注实际上只不过是对于这些原则的注释。

### 巴基斯坦

1. 该原则草案非常笼统，因而有可能具有非常广泛的范围。这方面的一个例子是原则草案1至2中的“重大”界限问题。此外，原则草案2对“损害”和“环境”的定义非常广泛。因此巴基斯坦认为，十分有必要重新审查原则草案，以期更明确地界定不同的方面，使之更为具体。

2. 该原则草案基本上针对危险活动，但是自始至终没有对危险活动加以具体规定，而且在所提供的评注中除核回落以外，也没有详细说明任何例子。因此巴基斯坦认为，有必要制定一份受本法律约束的活动的清单。此外，该原则草案没有涉及在两个或两个以上的国家之间发生战争的情况下对中立国所造成的跨界损害问题。因此巴基斯坦建议，应将“责任”的范围扩大以涵盖对这类活动负有责任的国家。

3. 原则中可以列入恐怖主义活动所造成的任何危险活动。该原则草案还可以涉及诸如筑坝蓄水等任何良性活动所造成的跨界损害。

4. 危险活动所造成的损害或损失应当由“经营者”作出赔偿，而不是由经营者的营业地国作出赔偿。因此，巴基斯坦支持特别报告员所提议的关于原则4（及时和充分的赔偿）的备选案文B。<sup>5</sup>

5. 在经营者和国家之间发生纠纷的情况下，就需要国际司法立法，这可以作为原则的一部分。针

<sup>4</sup> 见《2004年……年鉴》，第二卷（第二部分），第78页起，第176段。

<sup>5</sup> 见《2004年……年鉴》，第二卷（第二部分），第75至第76页，脚注351。

对这些情况，可以建立一个国际赔偿机构，以便高效地向受害者提供赔偿。

6. 应当有一个监测机构，以测量和研究不同国家所产生的污染。有关数据应当与国际质量和标准一致。

7. 可以规定一个负责仲裁的第三方机构，因为原则草案没有涉及有关经营者或实体未能向受害者支付赔偿或拒绝向受害者支付赔偿的情形。

8. 可以为下游国家规定各种保障机制，以保护它们不受经由流自邻国的水系的跨界危险活动的危害。不应忽视其有形后果有可能造成重大跨界损害的危险。

9. 同样，邻国工业活动的增加所造成的温室气体和其他有害气体水平上升，或航运活动所造成的沿海地区海洋污染，需要一个更加强有力的国内和国际法律框架来规定由此造成的损害的赔偿，只要现行国际法并不禁止。

#### 阿拉伯叙利亚共和国

1. 鉴于需要建立必要的立法、行政和监管措施以执行这些原则，原则草案4至第8应当更加明确，所以应重新加以拟定。

2. 在条约方面的研究认识到必须采取措施来执行这些原则。不过，它也认识到各国的立法机关是制定这类措施的机构。

#### 大不列颠及北爱尔兰联合王国

1. 联合王国赞扬委员会及其特别报告员就危险活动引起跨界损害情况下的损失分配原则草案所开展的工作。

2. 联合王国注意到，委员会暂时认定应以不具法律约束力的形式通过原则草案。联合王国完全同意这一观点。正如委员会所述，原则草案的一般性和剩余性意味着它们不适合以具有法律约束力的文书形式进行编纂或逐渐发展。联合王国还认为，在下文阐述的许多方面，原则草案并没有反映法律的

现状，而且陈述过于笼统，无法为拟议法提供理想的指导。

3. 联合王国注意到，原则草案虽然是在国际一级提交给各国，但牵涉的问题主要是各国自身法律制度中与危险活动的跨界损害的受害者有关的民事救济规定。评注的前提看来似乎是，由于原则草案不具法律约束力且涉及国家一级民事责任的制定，所以违反这些原则草案并不会产生国家责任；对此，联合王国将给予支持。

4. 不过，评注确实表明，当一国违反其与预防损害有关的义务时，“除”原则草案拟议的索赔外，还可根据有关国家责任的国际法提出权利主张。因此，联合王国请委员会再对有关预防义务的国家责任主张和原则草案拟议的民事索赔之间可能存在什么样的关系稍作研究。例如，不妨研究一下如何协调重叠的主张，以确保不出现双重损害赔偿。

#### 美利坚合众国

1. 回顾该原则草案与委员会在国家责任问题上的工作不同，并且不妨碍这方面的工作，因为原则草案涉及的是由不违背国际法义务的行为或不行为造成损害的情况下的“责任”问题，美国希望明确说明，在美国看来，该原则草案显然具有创新意义，并且立意高远，而不是对现有法律或国家实践的描述。

2. 就此而言，委员会制定了一个有助于指导各国在委员会在第五十六届会议的报告中确认的情形下行动的框架。具体来说，委员会的报告指出，这些原则“目的是促进这一领域国际法的进一步发展：本原则草案不仅就具体协定未涵盖的危险活动向各国提供了适当指导，而且指明了这类协定应处理的事项<sup>6</sup>”。

3. 关于就国际协定不涵盖的危险活动提供指导的问题，美国希望指出委员会的原则草案中各国在具体情况下可能需要加以特别考虑的一些方面：*(a)* 这些原则谨慎地说明了其适用范围，即范围限于有

<sup>6</sup> 《2004年……年鉴》，第二卷（第二部分），第78页，总评注第(6)段。



可能由于其有形后果而导致重大跨界损害的具体活动，以及在各国领域内或其管辖或控制范围内的其他地方所造成的损害；(b) 这些原则未预先假定在任何情况下只有活动的“经营者”承担责任；(c) 这些原则承认，所负责任可能有具体的条件、限制或例外情形。

4. 关于指出与危险活动有关的国际协定中应当涉及的事项问题，美国认为，委员会的工作有助于突出强调参与制定任何与危险活动有关的具体责任制度的国家应当考虑的许多重要问题，例如：(a) 哪一类损害可以得到赔偿？只有原告受到的直接经济损失？环境损害呢？(b) 是否有一个具体门槛，损害达到这个门槛就产生责任，例如重大损害或特殊损害？(c) 应当提供何种救济？(d) 责任是否有金额限制？(e) 如何确定因果关系？(f) 根据该制度谁负有责任？私人经营者？经营者以外的私人？国家？(g) 责任的标准为何：绝对标准，严格标准，还是其他标准？(h) 在严格的和以过失为依据的制度中，可以有哪些抗辩：武装冲突，不可抗力，还是符合公共许可？(i) 责任索赔的诉讼地在哪里？(j) 责任制度是排他的，默认的，还是补充性的？及(k) 该制度能否溯及既往，还是仅适用于将来？如仅适用于将来，是从行为或不行为之日起算，还是从损害被发现之日起算？

#### 乌兹别克斯坦

1. 长期以来，一直有必要制定和通过一项联合国关于各国对危险活动所造成的损害的国际责任的单一国际公约。

2. 国际社会对该原则草案进行了深入的讨论。乌兹别克斯坦认为，这些原则以较为公平的方式处理了跨界损害问题，涉及赔偿问题，并规定了对受害者提供当地救济。不过，乌兹别克斯坦认为，如果在关于及时和充分的赔偿的原则4中纳入特别报告员所提议的备选案文B<sup>7</sup>将是十分有意义的，因为该备选案文规定危险活动的经营者（而不是国家）应负较大的责任。其他规则可以更容易地在双边或区域协定中加以规定。

<sup>7</sup> 见《2004年……年鉴》，第二卷（第二部分），第75页，脚注351。

3. 有必要在原则草案中界定由哪一个机构负责评估跨界损害，同时考虑到各国有不同的本国货币，还要界定采用何种货币进行支付。

#### B. 序言

##### 荷兰

1. 荷兰认为，这些原则的核心可见序言部分第五段：必须尽量给造成跨界损害或损失的事件的受害者提供“及时和充分的赔偿”。就司法程序而言，荷兰认为，应该规定可能追究经营国的责任（见《关于核损害民事责任的维也纳公约》）。

2. 序言部分第五段使用了“尽量”这个限定词，而这个限定在各项原则的任何其他地方均未出现。荷兰认为应该删除这个措辞。

#### C. 原则1——适用范围

##### 荷兰

1. 荷兰认为，使用“重大”这个形容词来限定修饰“跨界损害”，提高了适用这些原则的门槛（另见原则2）。荷兰认识到，“重大”一词出现在预防危险活动的跨界损害条款草案<sup>8</sup>中。然而，不应把原则中的各项义务同条款草案中的义务画等号。后者仅适用于国家之间，而原则还涉及给个人受害者提供救济。

2. 在这方面，荷兰提及《关于核损害民事责任的维也纳公约》。就分配损失而言，《公约》没有要求发生的损害必须是重大的。这涉及《公约》使用的严格责任的概念。其他责任制度也没有适用类似的门槛。的确，《关于危害环境的活动造成损害的民事责任公约》提到过环境影响的“可容忍水平”<sup>9</sup>，《南极条约环境保护议定书关于环境紧急情况产生的赔偿责任的附件六》也对一旦对环境紧急情况采取应对行动时的责任加以限制，但两者均非典型的民事责任形式。

<sup>8</sup> 见《2001年……年鉴》，第二卷（第二部分），第166页，第97段。

<sup>9</sup> 第8条(d)项。

3. 荷兰认为, 不歧视原则不允许在对待受同一活动损害的外国和本国受害者时有任何区别: 原则的目的是确保如果外国受害者不必展示他们受到重大损害, 并仅因这种损害而得到赔偿, 那么一国境内的受害者也不需要承担这一举证责任, 且所受一切损害均可获得赔偿。

4. 荷兰还认为, 对损害是否“重大”这个问题所作的任何评价都与时间相关, 因此对赔偿权具有限制性。过去遭受的损害根据当时的普遍观点可能是完全可以接受的, 或可能根本没有得到注意。然而, 在了解方面取得的进展, 例如对环境影响的进一步了解, 可能后来表明损害确实十分重大。尽管如此, 只有在根据当时科学知识状况可以预测某种危险活动可能造成重大损害的情况下才能支付赔偿。就“重大”这个门槛而言, 还应指出, 危险活动通常在每次实施时才产生危害。然而, 危害也可能隐藏在重复活动之中, 每次单独的活动都可以接受, 但日积月累就会造成重大损害。由于严格责任所适用的时限经常比一般责任时限要短, 所以很久后才暴露的损害更加难以获得赔偿。

5. 荷兰最后表示, 由于“重大”一词中隐含的限制, 载入原则8第2款的不歧视原则变得更为重要, 必须将它置于更突出的位置, 在原则清单排次顺序中上移。

#### 大不列颠及北爱尔兰联合王国

1. 原则草案1用非常笼统的词语阐述了原则草案的适用范围。关键要素似乎是: (a) 存在跨界损害; (b) 跨界损害由国际法不加禁止的活动造成; (c) 这些活动有造成重大跨界损害的风险。联合王国认为, 应进一步明确第一个要素(跨界损害)和第三个要素的相关性; 也就是说, 所产生的损害应同第三个要素言及的风险具有相同性质, 而且是可以预见的。

2. 联合王国注意到, 原则草案适用于跨界损害达到“重大”损害这个门槛时的情形。联合王国虽然承认这个门槛在其他一些协定中已有采用(例如, 《国际水道非航行使用法公约》(大会1997年5月21日第51/229号决议)), 但它指出, 实践中对其作出进一步定义的实例仍然比较少。联合王国有点担心的是, 在一项如本原则草案这样可能被广泛适用的

制度中, 重大损害这个门槛或许是一个过于模糊的标准, 会有门槛设得太低的危险。联合王国请委员会进一步审议, 设立一个更加清晰和较高的门槛(比如“严重”损害)是不是更为恰当。

#### D. 原则2——用语

##### 捷克共和国

1. 原则草案2将“损害”定义为“对人身、财产或环境造成的重大损害”。这个定义非常笼统, 因为根据该草案, 它包括以下内容:

“(一) 人员死亡或人身伤害;

“(二) 财产的损失或损害, 包括构成文化遗产部分的财产;

“(三) 环境受损而引起的损失或损害;

“(四) 恢复财产或环境, 包括自然资源的合理措施的费用;

“(五) 合理应对措施的费用。”<sup>10</sup>

2. 应该承认, 而且委员会也承认, 对于在没有给人身或财产造成损害的情况下是否应承担对环境本身造成损害的责任, 人们一直犹豫不决。委员会最后注意到, 情况不断发生变化, 而且显然选择了逐步发展法律的道路。它注意到, 在对自然资源或环境造成损害的情况下, 存在着就合理预防、复原和恢复措施的费用获得赔偿的权利(当然, 问题在于哪些措施可谓“合理”)。不应先验地反对如此逐渐发展以形成关于可赔偿损害的更广泛定义。滥用的危险只有在涉及赔偿的实质性和程序性条件时才会出现。<sup>11</sup>

##### 墨西哥

墨西哥认为, 委员会纳入对环境本身的损害概念是明智之举。这突出表明, 环境保护一直对国际

<sup>10</sup> 《2004年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第77页, 第175段。

<sup>11</sup> 另见第176段(同上), 第100至第102页, 原则6评注。

社会具有重要意义，同时强调对所造成的损害及其后果的责任分配。的确，评估环境损害成本有种种困难，因此，墨西哥建议委员会鼓励各国在评论原则草案时，进一步探讨这个问题，包括非使用价值的概念。

### 荷兰

1. 为了更好地保护受害者，荷兰支持原则2使用相当宽泛的“损害”定义，其中不仅包括人身伤害和财产损害，而且还包括其他财政损失和环境损害。

2. 荷兰认为，客观和科学地对待确定价值工作绝不是一个简单的问题，在环境损害方面尤为如此。为了说明这一点，可以考虑一下渡渡鸟的灭绝情况应确定经济价值几何这个修辞上的疑问。

3. 荷兰注意到，原则没有涵盖全球公域（例如公海），其中“跨界”指的是“跨越另一国边界”。根据委员会的预防危险活动的跨界损害条款草案，损害必须是在一国领土上或在该国管辖或控制下的地方所造成的损害，才属于原则适用范围。<sup>12</sup>就条款草案而言，荷兰认为，没有涵盖这个领域是一种疏忽。

4. 荷兰认为，鉴于使用的词语同原则适用范围之间的联系，为了使定义更加统一，最好在原则2中使用委员会在该原则草案评注<sup>13</sup>中使用的“起源国”、“可能受影响国”和“有关国家”等措辞。

5. 就(b)项中的“环境”定义包括“自然资源”而言，可以说“自然资源”一词总的来说具有非常实用的经济内涵。然而，在这种情况下，“自然资源”目前被更为全面地使用——这是正确的。这个定义不仅囊括各个因素，而且还涵盖了它们彼此之间的相互作用。

6. 荷兰提议，在规定“经营者”定义的(e)项后面增加(f)项如下：“‘人’指自然人或法人”，以

<sup>12</sup> 《2001年……年鉴》，第二卷（第二部分），第166页，第97段。

<sup>13</sup> 见《2004年……年鉴》，第二卷（第二部分），第88至89页，原则2评注第(23)段。

确保原则适用于自然人和法人或两者的结合。这项提议对于责任的施加特别重要。

### 大不列颠及北爱尔兰联合王国

联合王国注意到，原则草案2的(a)项(三)目纳入了属于原则草案适用范围的环境本身遭受损失或损害的可能情况。联合王国认为，保护环境本身的责任是一个较新的概念，有关实践只局限于很少一些非常特定的情况。联合王国认为，它提出了一些在原则草案和评注中均未充分述及的复杂问题。例如，评注的意思是，主要是公共机关，可能还有一些公共利益团体有权提出此类索赔。但是，联合王国认为，这一观点或许会让人产生疑问，民事责任制度是不是探讨广泛公共利益问题的恰当手段。此外，关于这类损失的量化问题，评注没有提供多少指导。因此，联合王国促请委员会在评注中更加详细地研究上述及其他相关事项。

### 乌兹别克斯坦

1. 有必要确定原则2中使用的词汇是否符合现行有效的国际文书中规定的定义，这些国际文书包括：《外空物体所造成损害之国际责任公约》、《控制危险废物越境转移及其处置巴塞尔公约》、《联合国人类环境会议宣言》<sup>14</sup>以及《关于环境与发展的里约宣言》<sup>15</sup>中规定的定义。

2. 例如，原则草案中的“损害”一词的定义没有包括对国家财产和法人财产的破坏或损害。这个疏忽必须得到纠正。还必须更具体地确定“跨界损害”的概念。

3. “环境”概念必须有更明确的措辞，以涵盖自然环境和人类环境。

4. 乌兹别克斯坦认为，最好在原则2的(a)项(二)目中确定“环境损害”概念。从原则草案的案

<sup>14</sup> 《一九七二年六月五日至十六日在斯德哥尔摩举行的联合国人类环境会议报告书》（联合国出版物，出售品编号：C.73.II.A.14及更正），第一部分，第一章。

<sup>15</sup> 《联合国环境与发展会议的报告，1992年6月3日至14日，里约热内卢》，第一卷：《环发会议通过的决议》（联合国出版物，出售品编号：C.93.I.8及更正），决议1，附件一。



文看，可被视为“重大损害”的财产损害程度也不明确。

5. 可被视为“环境损害”的损失或损害程度，即自然资源或环境受损情况所反映的损害程度，应该在原则草案2的(b)项中加以定义。

6. 乌兹别克斯坦认为，原则2的(a)项(四)目最好行文如下：“恢复财产、自然资源或环境而实际采取的措施的开支。”

### E. 原则3——目标

#### 原则4——及时和充分的赔偿

##### 捷克共和国

1. 关于文件的目标，捷克共和国的立场是，看来最好是通过改善法律，特别在赔偿条件、各项索赔之间的关系和索赔限制方面进行改善，以赶上法律的逐步发展，而不是限制损害定义的范围，从而使赔偿总额最后不致超过损害总额。

2. 原则3和4应相互结合并连同序言一起理解，这两个原则规定对所有跨界损害受害者提供“及时和充分的赔偿”；受害者可以是自然人或法人，也可以是国家。显然，就对环境本身（即不是对任何个人人身或财产）造成的损害而言，国家将是有权提起诉讼的实体。的确，实际上通常是国家承担环境卫生和恢复措施的费用。然而，原则草案没有规定国家的国际责任，而是很可能在民法中的无过错责任原则的基础上，为各国确立了一般性赔偿制度。

3. 根据原则草案，国家不承担赔偿损害的直接义务，而只负责在其国内立法中建立有效制度，确保在国家领土内或在其管辖或控制下的其他地方的活动造成损害的情况下，对所有有资格者，即受伤害的实体，给予“及时和充分的赔偿”。应负责任的实体（有被诉资格者）通常都是危险活动的经营者，但也可能是在导致损害的事故发生时实施控制的人，或最能够作出赔偿的其他人。然而，这种背离“集中责任”原则的做法（通常在特别条约中被广泛采用）意味着，受伤害的一方有权向一个以上的实体索赔。如果没有对各实体之间的关系作出详尽规定（共同责任、担保、互补等等），这种做法就有可能造成问题。

4. 原则草案明确申明（特别在序言中），国家对违反国际法规定的预防义务的行为负有责任。强调经营者负主要责任并不免除国家的责任。换言之，国家对非法活动，即对违反其主要义务的活动所负有的责任不能免除。当然，预防是其中的一项义务，国家应对疏忽履行这一义务的行为负责。然而，确保在国家一级作出“及时和充分的赔偿”也是国家的主要义务。在这方面，国家如果没有保障受伤受害方根据规定的要素获得赔偿的权利，也有可能须对某种国际非法活动承担责任。这种责任可能特别主要表现为对损害的赔偿，如果无法恢复原状，则采取经济赔偿形式。

5. 从国际法观点看，所有这一切只是选定的解决办法的一种合乎逻辑的结果。如果同时制定规则，规范因国家承担责任而支付的赔偿同由经营者、第三方或在某些情况下甚至是国家（直接或间接）支付的赔偿之间的关系，那么这就不一定会出现问题。由于没有任何规则表明前者排除（或按比例减少）后者，因此根本无法避免对于同一损害（物质损失意义上的）提出多重索赔和并行支付赔偿的情况。这可能涉及大量金钱，最终有可能直接或间接地给国家预算造成负担。

##### 墨西哥

1. 墨西哥高兴地注意到，纳入草案范围的活动责任制度将责任主要分配给经营者，而且在施加这项责任不必进行过错举证。墨西哥认为，正确的做法是对经营者施加严格责任。这符合民事责任领域的各项国际文书，也与危险活动的性质相适宜。

2. 墨西哥认为，证明因果关系的要求会给此类损害的受害者带来过于沉重的负担。在这方面，墨西哥认为，应该把新出现的国际法原则，例如“谁污染谁付费”原则和审慎原则，扩大适用于程序问题，以便使无辜受害者不必承担因果关系的举证责任。可以通过允许因果关系推定和规定被告必须证明有关活动和损害之间不存在因果关系等做法来实现这一目标。墨西哥建议委员会考虑在原则草案4的评注第(24)或(25)段中列入这种可能性。<sup>16</sup>

<sup>16</sup> 《2004年……年鉴》，第二卷（第二部分），第97页。



## 荷兰

1. 荷兰赞成原则3表达的的原则的目标，即确保对跨界损害作出及时和充分的赔偿。这是原则的核心。

2. 荷兰指出，原则1应同原则3一并理解。这些原则涉及必须作出及时和充分赔偿的跨界事件。荷兰认为，“充分”至少意味着给予别国受害者的赔偿应同给予活动源起国受害者的赔偿相等。不歧视原则是最低标准，但并不是在一切情况下都足够。各法律制度的发展水平不尽相同。鉴于这些原则背后的理由是尽量给受害者作出赔偿，“及时和充分的赔偿”有时决不能仅仅意味着只适用不歧视原则，还必须达到客观、绝对和最低的标准。换言之，“及时和充分的赔偿”应指“不低于国民待遇的赔偿，以对受害者更有利者为准”，原则8第2款也对此予以明确规定。

3. 荷兰认为，原则4的执行有赖于各国的执行工作不带任何歧视。各国应该在国家一级采取原则4第1款提及的“必要措施”。荷兰还要指出，“……必要措施，确保……进行及时和充分的赔偿”措辞前面没有定冠词，也没有以任何其他方式，例如以“一切”一词加以限定。荷兰赞成有此类限定词。

4. 荷兰同意原则4第2款所规定的，不应要求过错举证，因为在这方面适用严格责任。尽管如此，宜于同时发出警告：严格责任所附随的限制也一并适用。例如，它们涉及可能的赔偿水平和索赔时限。现行国际制度规定的并为国际所接受的各项限制，例如战争行为造成的损害，也予适用。然而，荷兰认为，这些限制不能也不许破坏主要目标，即及时和充分的赔偿。

5. 关于何方最宜承担责任的问题，荷兰认为，经营者并非总是最适于承担责任。有时，选择最能承受风险和实际上最能提供赔偿的一方或几方更为适宜，《危险废物越境转移及其处置所造成损害的责任及赔偿巴塞尔议定书》<sup>17</sup>就是这样做的。从受害

<sup>17</sup> 另见《2004年……年鉴》，第二卷（第二部分），第95页，原则4评注第(12)段。

者的观点看，最好能够让单一实体承担责任。从环境观点看，更为清晰的是：它应该是能够对该风险施加最有效影响的实体。鉴于这些原则是针对国家的，并因此形成一个总体框架，荷兰最后指出，在实践上需要有各项具体协定和/或条约，以令人满意的方式对责任归属问题加以规范。

6. 荷兰同意对原则4第2款所载责任的范围和例外情况加以广泛限制。然而，荷兰要指出，核责任公约已经不使用或不再使用委员会评注提及的例外情况。<sup>18</sup>

7. 原则4第2至第3款提及“经营者，或酌情要求其他人或实体”，在这方面，荷兰提议将此措辞换成“经营者和任何其他入”，因为这几个词已在原则2的(e)项(“经营者”)和原则2中拟议的(f)项(“人”指任何自然人或法人)中得到明确定义。根据原则4第2款的意图，除经营者外，所有者和供应商也可因此承担责任。

8. 荷兰同意原则4第5款。国家作出有效规定以涵盖任何剩余责任的义务是一个逐渐发展的因素，从保护受害者角度看，非常值得欢迎。然而，没有必要为此从公共资金中提取各项所需资金：可以用经营者提供的资金设立一个基金。

9. 荷兰提议将原则4第5款中的“划拨更多的财政资源”的表述换成“提供更多的财政资源”。总之，这些资源不必从公共资金中提取，“提供”一词对应了原则4第1款的用法。

## 巴基斯坦

1. 原则4第2款规定经营者或实体必须承担责任而无需过错举证。在确定经营者的责任以前，应对这种责任进行全面的外部调查。

<sup>18</sup> 同上，第97至第98页，评注第(27)段：“在下列情况下，可以免除责任：尽管采取了一切适当措施，但(a)损害是武装冲突行为、敌对、内战或叛乱的结果；或者(b)具有例外、不可避免、不可预计和不可抵抗性质的自然现象的结果；或者(c)完全是遵守受害国一公共当局的强制性措施的结果；或者(d)完全是第三国国际不法行为的结果。”另见第98页评注第(28)至(29)段。

2. 为了确保在赔偿不足时提供更多资金, 拟议的筹资机制可以同现行筹资机制之一联系起来, 例如与《联合国海洋法公约》或其他类似公约设立的机制联系起来。

#### 大不列颠及北爱尔兰联合王国

1. 联合王国认识到, 原则草案3所阐述的原则草案的目标, 即跨界损害的受害者应得到及时和充分的赔偿, 广泛体现了《关于环境与发展的里约宣言》之原则13。<sup>19</sup>

2. 但是, 联合王国认为, 将国家列为跨界损害的受害者是不恰当的。它认为, 如果列入国家的索赔, 原则草案就不再是一项为国内法律的施行而制定的民事责任制度。本原则草案主要涉及私人当事方之间在国内法院的民事索赔要求, 联合王国不支持将其中所述的民事责任规则转移适用于国家按国际公法提出的主张。

3. 联合王国认为, 确定作为赔偿依据的各项原则是非常重要的, 但对目前原则草案4的提法有些担心。首先, 联合王国认为应将“谁污染谁付费”原则作为这方面的指导原则, 它对原则4没有更明确地述及这一原则感到意外。特别是第2至第3款, 在提到“经营者, 或酌情要求其他人或实体”时, 并没有在这方面做到应有的清晰。

4. 原则草案4第2款似乎规定实施严格责任制, 无需过错举证。联合王国政府承认, 在一些特定领域, 例如某些极度危险的活动中, 无过错责任可以发挥作用。联合王国已接受一系列有此类规定的具体国际协定, 并已在国内法律中作出补充规定, 酌情对若干事项适用严格责任。因此, 联合王国认为, 原则草案在这方面应更加灵活, 也就是说, 应支持酌情施行严格责任, 而不是全面加以施行。

5. 原则草案4第3款强制要求经营者投保或作出其他财务担保, 联合王国认为, 目前这项要求过

于严格。环境事项保险的可获性不得高估, 而强制性保险或财务担保计划可能带给产业造成的额外负担也不容低估。因此, 就强制性保险或强制性维持财务担保提出一般性要求可能会给产业带来无法承受的沉重负担。所以, 联合王国不能支持这项提议。

6. 原则草案4第5款表明国家可能要承担某种程度的剩余责任, 以确保有适足的财政资源用于满足赔偿; 联合王国对此表示关切。联合王国注意到, 该款没有明确所提到的国家是指受害人的国家还是危险活动发生地国。而不论是哪种情况, 联合王国都不认为这类剩余责任反映了国际法的现状。联合王国也不认为在这方面强制施加国家剩余责任是适宜的, 因为别的暂且不说, 这样做会再次混淆适用于民事责任索赔的原则和适用于国家按国际公法提出的求偿的原则。

7. 最后, 关于原则草案4的救济规定, 联合王国注意到, 该原则并未提到要求经营者必须就环境损害采取救济行动的可能性。在这方面, 它提到了欧洲议会和欧洲理事会2004年4月21日关于预防和救济环境损害的环境责任的第2004/35/CE号指令的规定,<sup>20</sup> 国家主管机关可要求经营者实际采取救济措施。联合王国认为, 这类规定或许会超出传统民事责任制度的范畴, 但在某些情况下, 只有赔偿而不要求经营者对损害采取救济行动, 可能是不够的。因此, 联合王国请委员会对这个问题作进一步研究。

#### 乌兹别克斯坦

原则3的标题没有反映其内容。最好称之为“原则的目标”, 并将之移至原则草案之首。

#### F. 原则5——应对措施

#### 荷兰

原则5构成了预防危险活动的跨界损害条款草案<sup>21</sup> 同本原则之间的一座桥梁。另外, 从方法观点

<sup>19</sup> 《联合国环境与发展会议的报告, 1992年6月3日至14日, 里约热内卢》, 第一卷, 《环发会议通过的决议》(联合国出版物, 出售品编号: C.93.I.8及更正), 决议1, 附件一。

<sup>20</sup> 《欧洲共同体公报》, L 143号, 第47卷(2004年4月30日), 第56页。

<sup>21</sup> 《2001年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第166页, 第97段。

看，原则5实际上并不涉及——或仅部分涉及——各项原则应当加以规范的问题，<sup>22</sup> 因为原则的目标是就已经发生的损害分配费用。原则5却与此相反，涉及避免进一步损害和就为此采取的措施买单的问题。然而，鉴于对已经发生的损害的赔偿同预防进一步损害之间存在实际联系，列入原则5和原则7乃是妥善之举。必须在此铭记，如果要给经营者指派任何具体的任务，经营者必须真正有能力限制这种损害。

### 大不列颠及北爱尔兰联合王国

联合国注意到，原则草案5似乎是指国家应当采取的应对措施，但也没有明确应当采取行动的是危险活动发生地国还是受害人的国家。委员会也没有说明国家采取应对措施是不是一项法律义务，如果是，也没有说明打算将这项义务作为根据国内法对国民承担的义务，还是将其视为在国际法一级由国家之间相互承担的义务。

### G. 原则6——国际和国内救济

#### 捷克共和国

1. 实体法没有完全解决的问题（对赔偿条件未作出适当规定），仍可在程序上通过禁止对损害重复或并行起诉来加以处理。原则6中提议的国际和国内救济的解决办法，甚至比实质性的责任条例更为模糊。按照该原则草案，各国只须确保救济，无论是国际程序形式的救济（即：仲裁、总括赔偿），还是国内行政和司法体制层面上的救济。显然，这只是一种框架规定，细节由特别条约规定。不过，问题是国家应至少让外国受害者能不受歧视地利用其国内程序。尽管如此，该原则草案没有对法院选择作出规定，也许在这方面允许自由选择（或称“选择法院”）。此外，可能存在允许快速解决赔偿要求的国际机制（草案支持这种机制）。这暗示，应可以及时进行仲裁，而不是采取以用尽外交救济为条件的传统外交保护。

<sup>22</sup> 这也部分地适用于原则7第1款：

“各国应在全球、区域或双边的基础上合作拟订适当的国际协定，以便就特定类别危险活动应遵循的预防措施和应对措施以及应采取的赔偿和财务担保措施，作出安排。”

（《2004年……年鉴》，第二卷（第二部分），第102页，第175段。）

2. 和实体法没有规范各项平行赔偿要求之间的关系一样，程序规则也没有规范在一个以上国家甚至国际机构提出的诉讼之间的关系。毫无疑问，拟议的框架原则主要是为了保护受害者，即确保迅速而充分地赔偿所受损害。但是，国际法其他领域中的一些例子，如有关保护国际投资的争端，都表明即使用意良好的条例也会对采用国不利。如果有多个条约制度来管理赔偿及相关程序，那么也有可能对同一个实体（包括国家）或在不同诉讼场所对同一个实体提出多重诉讼。

3. 要为被告（但也为原告）确保法律确定性，似宜尊重关于诉讼期间（未决诉讼）的一般原则和已决诉讼的一般原则，国际文书中也应如此。国际人权条约可以作为一种示范，因为这些条约不允许在一个以上的国际管制机构（例如，欧洲人权法院、人权事务委员会等）提出申诉。

4. 捷克共和国认为，各种程序性救济（在国际和国家层面）及其相互关系的问题需要进一步阐述。

#### 荷兰

1. 荷兰指出，在法律程序方面，不歧视原则也已经正确地被纳入了原则6。荷兰还强调了原则6第3款所述的有效救济的必要性。

2. 荷兰认为，可能有人会问，一国若未履行预防条款所规定的义务，是否会引起责任加重，或者至少是否可以争辩说，这时的责任大于没有违反义务情况下的责任。但荷兰的结论是，这些原则只是为了确保赔偿实际遭受的损害，而不是要规定惩罚性的损害赔偿金。

3. 荷兰建议委员会将法院的选择和判决的承认纳入原则6。虽然这些事项在评注中已获得讨论，但在原则6的内容方面没有得出结论。

4. 至于委员会作出的排他性法院选择，荷兰认为，从受害者的角度，第一眼看上去允许选择法院是可取的，这与委员会不一样。<sup>23</sup> 不过，这意味着，

<sup>23</sup> 见《2004年……年鉴》，第二卷（第二部分），第102页，原则6评注第(8)段。



作出一个不明智的选择，受害者便要面对一个不方便审理的法院。因此，最终的选择是，诉讼应在损害造成地国进行。荷兰支持这一决定。实践经验教育我们，对排他性责任作出规定的条约（油污损害和核损害）是此类条约中唯一有成效的条约。还应记住，如果向几个互不协调的法院提供资金，显然会有问题。所以，对受害者提供有效保护不一定意味着有一种以上的救济。但《卢加诺公约》及《巴塞尔议定书》和《基辅议定书》<sup>24</sup> 确实规定了可以选择法院。从执行判决的角度看，只选择损害造成地国也是最简单的选择。

### 大不列颠及北爱尔兰联合王国

关于原则草案6，联合王国对其中笼统规定国家应向跨界损害的受害者提供国内救济感到有些担心。原则草案6第1款没有明确，拟议的向受害者提供适当程序的要求针对的是哪个国家，也就是说，是受害人的国家还是危险活动发生地国。而评注的意思是，这一义务针对“所有国家”。<sup>25</sup> 这与原则6草案第3款或许有所不同。对于该款，评注的意思是主要针对损害起源国（即危险活动发生地国）。这种情况可能会带来复杂的国际私法问题，联合王国无法确定，在原则草案6所述所有可能出现的情形中，受害者都必然会获得行政和/或司法程序。联合王国认为，原则草案6规定的适用应当符合法院地国承认的国际私法原则。

## H. 原则7——拟定专门的国际制度

### 荷兰

1. 荷兰认为，预防危险活动的跨界损害条款草案中关于解决争端的规定<sup>26</sup> 不可在这里使用：在那些条款草案中，争端涉及损害是否可以预防。荷兰还要指出，在预防和赔偿制度失效或并不存在的情况下，就必须协调责任。

<sup>24</sup> 《关于危害环境的活动造成损害的民事责任公约》；《危险废物越境转移及其处置所造成损害的责任及赔偿巴塞尔议定书》；对1992年《保护与使用越境水道和国际湖泊公约》以及1992年《关于工业事故越境影响的公约》的《关于工业事故越境影响对越境水体造成损害的民事责任和赔偿的议定书》。

<sup>25</sup> 《2004年……年鉴》，第二卷（第二部分），第100页，原则6评注第(1)段。

<sup>26</sup> 《2001年……年鉴》，第二卷（第二部分），第166页，第97段。

2. 荷兰强调，制度必须是有效和适当的。这不仅仅是缔结更多条约的问题；相反，应该有更好的条约和更好地执行这些条约。

### 大不列颠及北爱尔兰联合王国

联合王国注意到，原则草案7鼓励各国拟订国际预防和赔偿协定，也反映了《关于环境与发展的里约宣言》之原则13。<sup>27</sup> 不过，正如特别报告员在早些时候研究这个专题时所述，经验表明，谈判一项在国际一级具有法律约束力的责任制度既复杂既耗时，又很少能获得成功。因此，联合王国促请委员会以更加灵活的形式重新起草原则7，确认可酌情拟订一系列国际文书和/或其他安排。其中可包括适当的正式国际协定、国家之间不具约束力的安排，以及私人之间具有或不具有约束力的安排，如行业协定或业务守则等。

### 美利坚合众国

美国认为，原则草案7鼓励各国合作拟定适当的国际协定。在不妨害各国在主权上对于缔结这种协定及决定协定应包括什么内容的自由裁量权的情况下，美国要强调，制定具体责任制度所处的背景相差很大（例如，这种谈判可能会涉及相当不同的工业部门），并且应该认识到，选择的办法可能会相应不同。有鉴于此，美国的看法是，责任领域的国际条例应就具体议题（例如：石油污染、有害废物）或具体区域进行审慎谈判（例如，最近结束的对《南极条约环境保护议定书关于环境紧急情况产生的赔偿责任的附件六》的谈判）。美国相信，只有在具体的背景下，各国才能适当考虑那些委员会正确提议的任何责任制度都应处理的事项。

## I. 原则8——执行

### 墨西哥

原则草案8的一个重要方面，是委员会明示各国需要采取措施来纳入这些原则，以加强执行，从而加强环境保护。

<sup>27</sup> 《联合国环境与发展会议的报告，1992年6月3日至14日，里约热内卢》，第一卷，《环发会议通过的决议》（联合国出版物，出售品编号：C.93.I.8及更正），决议1，附件一。



## 荷兰

1. 荷兰要强调原则8第2款的重要性，并指出其与预防危险活动的跨界损害条款草案第15条<sup>28</sup>有关，但是后者显然关心的是已发生的损害，如浸水沉没船只漏油，这种情况下的唯一关切是尽量减少污染损害，如对沿岸的污染损害（另见原则5和条款草案第16条<sup>29</sup>）。

2. 原则8第3款的措辞是“各国应该(should)相互合作，依据国际法规定的义务执行本原则草案”，而序言则使用了更具强制性的措辞“应(shall)”（“国家应对违反国际法规定的预防义务承担责任”）。荷兰绝对是赞成采用后者。

## 大不列颠及北爱尔兰联合王国

最后，联合王国认为，关于施行问题的原则草案8不宜在这类文书中出现，较为恰当的做法是将其看作对国家决策者的指导，而不是一系列需要履行的义务。

## 乌兹别克斯坦

1. 原则8的标题“执行”应扩大为如下：“国家为执行各项原则的规定而采取的措施”。

2. 乌兹别克斯坦相信，应在第2款中反映出不歧视原则的一系列相关要素，同时考虑到1948年12月10日《世界人权宣言》<sup>30</sup>的各项条款，特别是关于种族、肤色、性别、语言、宗教、政治或其他见解、国籍或社会出身、财产、出身或其他身份方面的规定。

## J. 最后形式

### 墨西哥

1. 起草工作应强调此处规范的活动应负的法律义务；因此，本文书的各项规定应以规则（条款）的

形式进行草拟，而不是仅仅作为原则。我们必须记住，草案的目的不仅是发展国际法，还要编纂适用于国际法不加禁止的行为产生损害的情况的规则。

2. 此外，墨西哥回顾，大会在2001年12月12日第56/82号决议第3段中说，委员会在开展这一专题的工作时，应铭记预防和责任之间的相互关系。因此，责任条款的待遇应和预防条款的待遇一样。

3. 墨西哥仍然对小标题中使用“损失分担”的用语有疑问，因为责任制度的一个主要功能是提供损害赔偿，而不只是分配“损失”。另外，该用语似乎要建立一种不同于“谁污染谁付费”法律原则所衍生的规则的损害赔偿法律制度。

4. 如果委员会决定这些条款应继续像现在这样以原则的形式出现，那么墨西哥便认为必须改写其中的一些条款（特别是原则4至8），使之具有规范性，而不是劝告性质。因此，墨西哥建议在草案[英文本]中用“shall”一字代替“should”一字（例如见原则4至8）。

5. 墨西哥相信，既然委员会认为这是一个很重要的专题，就应抓住这次机会建立一套明确、公正和规范性的规则，最终目的是保护全球环境，并确保“谁污染谁付费”。只在预防损害方面制定规范性规则而不在发生事故时的赔偿方面制定规范性规则，无疑将导致该专题得不到平衡和公平的处理，这也无助于所寻求的法律确定性。

## 荷兰

1. 委员会说过，它将在这些原则的二读期间，审议该文书应采取的最后形式的问题。如果委员会计划起草一项框架协议，荷兰相信，这将意味着对原则4至8进行进一步谈判，而且委员会将必须作出一些补充，特别是在解决争端以及预防危险活动的跨界损害条款草案与其他国际文书协调一致方面。

2. 荷兰希望尽可能多的国家积极参与进一步讨论这些原则，同时积极参与正式讨论委员会提交第六委员会的报告的一部分，以及其他。荷兰希望，委员会的报告能激发订立关于预防危险

<sup>28</sup> 《2001年……年鉴》，第二卷（第二部分），第168页。

<sup>29</sup> 同上。

<sup>30</sup> 大会第217 A(III)号决议。

活动的跨界损害的双边、区域和其他多边协定和规定。

### 美利坚合众国

鉴于委员会保留权利在这些原则草案的二度时再讨论最后形式的问题，美国希望表明其强烈同意委员会的意见，即采用目前形式的原则要比非建议

性的原则更有可能得到广泛接受。<sup>31</sup> 鉴于已作出决定避免提出执行所不需要的具有争议性的主张，如有关审慎、“谁污染谁付费”或全球公域等的一般性主张，这种接受会更有可能。

---

<sup>31</sup> 《2004年……年鉴》，第二卷（第二部分），第79页，第176段，总评注第(14)段。



# 国际组织的责任\*

[议程项目4]

A/CN.4/564和 Add.1-2号文件

## 特别报告员乔治·加亚先生关于国际组织的责任的第四次报告

[原文: 英文]

[2006年2月28日以及4月12日和20日]

### 目 录

	段 次	页 次
本报告引用的多边文书 .....		117
本报告引用的著作 .....		118
导言 .....	1-4	120
章 次		
一、解除行为不法性的情况 .....	5-52	121
A. 一般性评论 .....	5-8	121
B. 同意 .....	9-14	122
C. 自卫 .....	15-20	122
D. 对一国际不法行为采取的反措施 .....	21-25	124
E. 不可抗力 .....	26-32	124
F. 危难 .....	33-34	126
G. 危急 .....	35-46	126
H. 对强制性规范的遵守 .....	47-49	129
I. 援引解除行为不法性的情况的后果 .....	50-52	130
二、国家对国际组织行为的责任 .....	53-96	130
A. 一般性评论 .....	53-57	130
B. 一国援助或协助、指挥和控制以及胁迫一国际组织实施国际不法行为 .....	58-63	131
C. 身为国际组织成员的国家利用该组织的独立人格 .....	64-74	133
D. 国际组织应负责任情况下该组织成员的责任问题 .....	75-96	136

### 本报告引用的多边文书

#### 来 源

《美洲国家间互助条约》[英](1947年9月2日, 里约热内卢)	联合国,《条约汇编》,第21卷,第324号,第77页。
《北大西洋公约》[英](1949年4月4日, 哥伦比亚特区华盛顿)	同上,第34卷,第541号,第243页。
《保护人权与基本自由公约》(《欧洲人权公约》)[英](1950年11月4日, 罗马)	同上,第213卷,第2889号,第221页。

\* 特别报告员感谢斯特凡诺·多里戈(意大利比萨大学博士生)、保罗·帕尔凯蒂(意大利马切拉塔大学副教授)和安东尼奥斯·察纳科保洛斯(纽约大学法学硕士)对撰写本报告所提供的帮助。



- 《防止核武器蕃衍条约》(《不扩散核武器条约》)(1968年7月1日, 伦敦、莫斯科和哥伦比亚特区华盛顿) 同上, 第729卷, 第10485号, 第161页。
- 《维也纳条约法公约》(1969年5月23日, 维也纳) 同上, 第1155卷, 第18232号, 第331页。
- 《外空物体所造成损害之国际责任公约》(1972年3月29日, 伦敦、莫斯科和哥伦比亚特区华盛顿) 同上, 第961卷, 第13810号, 第187页。
- 《联合国国际货物销售合同公约》(1980年4月11日, 维也纳) 同上, 第1489卷, 第25567号, 第58页。
- 《第六个国际锡协定》(1981年6月26日, 日内瓦) 同上, 第1282卷, 第21139号, 第205页。
- 《非洲联盟组织法》[英](2000年7月11日, 洛美) 同上, 第2158卷, 第37733号, 第3页。
- 《建立欧洲共同体条约》[英](1957年3月25日, 罗马), 经2001年2月26日《尼斯条约》[英]修正 《欧洲联盟条约》合订本[英], 《欧洲共同体公报》, 第C 325号, 第45卷(2002年12月24日), 第33页。
- 《2001年国际可可协定》(2001年3月13日, 日内瓦) 联合国, 《条约汇编》, 第2229卷, 第39640号, 第2页。

### 本报告引用的著作

Abass, Ademola

“Consent precluding State responsibility: a critical analysis”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 53, part 1, January 2004, pp. 211–225.

Adam, H.-T.

*Les organismes internationaux spécialisés: contribution à la théorie générale des établissements publics internationaux*. Paris, LGDJ, 1965. 338 p.

Amerasinghe, C. F.

“Liability to third parties of member States of international organizations: practice, principle and judicial precedent”, *American Journal of International Law* (Washington, D.C.), vol. 85, 1991, pp. 259–280.

Amrallah, Borhan

“The international responsibility of the United Nations for activities carried out by U.N. peace-keeping forces”, *Revue égyptienne de droit international* (Cairo), vol. 32, 1976, pp. 57–82.

Arsanjani, Mahnoush H.

“Claims against international organizations: *quis custodiet ipsos custodes*”, *Yale Journal of World Public Order*, vol. 7, No. 2, Spring 1981, pp. 131–176.

Brownlie, Ian

*Principles of Public International Law*. 6th ed. Oxford, Oxford University Press, 2003. 742 p.

“The responsibility of States for the acts of international organizations”, in Maurizio Ragazzi, ed., *International Responsibility Today: Essays in Memory of Oscar Schachter*. Leiden, Martinus Nijhoff, 2005, pp. 355–362.

Cox, Katherine E.

“Beyond self-defense: United Nations peacekeeping operations & the use of force”, *Denver Journal of International Law and Policy*, vol. 27, No. 2, spring 1999, p. 239–273.

Di Blase, Antonietta

“Sulla responsabilità internazionale per attività dell’ONU”, *Rivista di diritto internazionale*, vol. LVII, No. 2, 1974, pp. 250–280.

Frulli, Micaela

“Le operazioni di peacekeeping delle Nazioni Unite e l’uso della forza”, *Rivista di diritto internazionale*, vol. LXXXIV, No. 2, 2001, pp. 347–392.

Galicki, Zdzislaw

“Liability of international organizations for space activities”, *Polish Yearbook of International Law*, vol. V, 1972–1973, pp. 199–207.

Gattini, Andrea

“Smoking/no smoking: some remarks on the current place of fault in the ILC draft articles on State responsibility”, *European Journal of International Law*, vol. 10, No. 2, 1999, pp. 397–404.

Ginther, Konrad

*Die völkerrechtliche Verantwortlichkeit internationaler Organisationen gegenüber Drittstaaten*. Vienna, Springer-Verlag, 1969. 202 p.

Hartwig, Matthias

*Die Haftung der Mitgliedstaaten für Internationale Organisationen* (Responsibility of Member States for International Organizations). Berlin, Springer-Verlag, 1993. 371 p. (Theiss, University of Heidelberg, 1991)

Herdegen, Matthias

“The insolvency of international organizations and the legal position of creditors: some observations in the light of the International Tin Council crisis”, *Netherlands International Law Review*, vol. XXXV, issue 2, 1988, pp. 135–144.

Higgins, Rosalyn

“The legal consequences for member states of the non-fulfilment by international organizations of their obligations toward third parties: provisional report”, Institute of International Law, *Yearbook*, vol. 66, part I, session of Lisbon, 1995, preparatory works.

Hirsch, Moshe

*The Responsibility of International Organizations Toward Third Parties: Some Basic Principles*. Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1995. 222 p. (Legal aspects of international organization, vol. 20)

Hoffmann, Gerhard

“Der Durchgriff auf die Mitgliedstaaten internationaler Organisationen für deren Schulden”, *Neue juristische Wochenschrift*, vol. 41, No. 10, March 1988, pp. 585–590.

Johnstone, Ian

“The plea of ‘necessity’ in international legal discourse: humanitarian intervention and counter-terrorism”, *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 43, No. 2, 2005, pp. 337–388.

Kirsch, Philippe, ed.

“Canadian practice in international law: at the Department of Foreign Affairs in 1995–96”, *Canadian Yearbook of International Law*, vol. XXXIV, 1996, pp. 387–416.

Klein, Pierre

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

Lamberti Zanardi, Pierluigi

*La legittima difesa nel diritto internazionale*. Milan, Giuffrè, 1972. 313 p.

Lowe, Vaughan

“Precluding wrongfulness or responsibility: a plea for excuses”, *European Journal of International Law*, vol. 10, No. 2, 1999, pp. 405–411.

Münch, Ingo von

*Das völkerrechtliche Delikt in der modernen Entwicklung der Völkerrechtsgemeinschaft*. Frankfurt am Main, Keppeler, 1963. 356 p.

Pellet, Alain

“L'imputabilité d'éventuels actes illicites: responsabilité de l'OTAN ou des États membres”, in Christian Tomuschat, ed., *Kosovo and the International Community: A Legal Assessment*. The Hague, Kluwer, 2002, pp. 193–202.

Pernice, Ingolf

“Die Haftung internationaler Organisationen und ihrer Mitglieder”, *Archiv des Völkerrechts*, vol. 26, 1988, pp. 406–433.

Pitschas, Christian

*Die völkerrechtliche Verantwortlichkeit der Europäischen Gemeinschaft und ihrer Mitgliedstaaten: Zugleich ein Beitrag zu den völkerrechtlichen Kompetenzen der Europäischen Gemeinschaft*. Berlin, Duncker & Humblot, 2001. 302 p.

Ritter, Jean-Pierre

“La protection diplomatique à l'égard d'une organisation internationale”, *Annuaire français de droit international*, vol. VIII, 1962, pp. 427–456.

Sadurska, Romana and C. M. Chinkin

“The collapse of the International Tin Council: a case of State responsibility?”, *Virginia Journal of International Law*, vol. 30, No. 4, summer 1990, pp. 845–890.

Salmon, Jean

“Les accords Spaak–U Thant du 20 février 1965”, *Annuaire français de droit international* (Paris), vol. XI, 1965, pp. 468–497.

“Les circonstances excluant l'illicéité”, in Prosper Weil, ed., *Responsabilité internationale*. Paris, Pedone, 1987, pp. 89–225.

Sapienza, Rosario

“Considerazioni sulle attività di assistenza e monitoraggio elettorale dell'ONU”, *Rivista di diritto internazionale*, vol. LXXXVIII, No. 3, 2005, pp. 647–666.

Sands, Philippe and Pierre Klein

*Bowett's Law of International Institutions*. 5th ed. London, Sweet & Maxwell, 2001.

Sarooshi, Dan

*International Organizations and their Exercise of Sovereign Powers*. Oxford, Oxford University Press, 2005. 151 p.

Schermers, Henry G.

“Liability of international organizations”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 1, No. 1, May 1988, pp. 3–14.

Schmalenbach, Kirsten

*Die Haftung Internationaler Organisationen im Rahmen von Militäreinsätzen und Territorialverwaltungen*. Frankfurt am Main, Peter Lang, 2004.

Seidl-Hohenveldern, Ignaz

“Die völkerrechtliche Haftung für Handlungen internationaler Organisationen im Verhältnis zu Nichtmitgliedstaaten”, *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht* (Vienna), vol. XI, Nos. 3–4, 1961, pp. 497–506.

*Corporations in and under International Law*. Cambridge, Grotius, 1987. 138 p. (Hersch Lauterpacht Memorial Lecture Series)

“Liability of member States for acts or omissions of an international organization”, in Sabine Schlemmer-Schulte & Ko-

- Yung Tung, eds., *Liber Amicorum Ibrahim F. I. Shihata: International Finance and Development Law*. The Hague, Kluwer, 2001, pp. 727–739.
- Shihata, Ibrahim F. I.  
 “Role of law in economic development: the legal problems of international public ventures”, *Revue égyptienne de droit international*, vol. 25, 1969, pp. 119–128.
- Shraga, Daphna  
 “UN peacekeeping operations: applicability of international humanitarian law and responsibility for operations-related damage”, *American Journal of International Law* (Washington, D.C.), vol. 94, No. 2, April 2000, pp. 406–412.
- Stein, Torsten  
 “Kosovo and the international community—the attribution of possible internationally wrongful acts: responsibility of NATO or of its member States”, in Christian Tomuschat, ed., *Kosovo and the International Community: A Legal Assessment*. The Hague, Kluwer, 2002, pp. 181–192.
- Tallon, Denis  
 “Article 79”, in C. M. Bianca and M. J. Bonell, *Commentary on the International Sales Law: The 1980 Vienna Sales Convention*. Milan, Giuffrè, 1987, pp. 572–595.
- Wenckstern, Manfred  
 “Die Haftung der Mitgliedstaaten für internationale Organisationen”, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, vol. 61, 1997, pp. 93–114.
- Zemanek, Karl  
 “The legal consequences for member States of the non-fulfilment by international organizations of their obligations toward third parties: réponses et observations des membres de la Commission”, *Institute of International Law, Yearbook*, vol. 66, part I, session of Lisbon, 1995, preparatory works, pp. 325–330.
- Zwanenburg, Marten  
*Accountability of Peace Support Operations*. Leiden, Martinus Nijhoff, 2005. 363 p. (International Humanitarian Law Series, vol. 9)

## 导言

1. 国际法委员会在2003年、2004年和2005年其第五十五届、第五十六届和第五十七届会议上暂时通过了关于“国际组织的责任”专题的16条条款草案。<sup>1</sup> 条款草案分为四章，其标题如下：“导言”（第1至第3条）、“将行为归于一国际组织”（第4至第7条）、“违背国际义务”（第8至第11条）和“一国际组织对一国或另一国际组织行为的责任”（第12至第16条）。

2. 迄今通过的条款草案和委员会提出的问题已经引起了各国（主要在第六委员会辩论中）和各国

际组织的若干评论。在前几次报告提及的书面评论印发后，A/CN.4/556号文件又收录了若干进一步评论。<sup>2</sup> 在本报告提交前，又收到了比利时、国际刑事警察组织、禁止化学武器组织（禁化武组织）和世界银行的最新书面评论。

3. 本报告将述及就委员会尚未讨论的问题所表达的观点，而对委员会已经通过的条款草案的评论将在委员会修订目前的条款草案时审议。

4. 本报告第一章论述解除行为不法性的情况，第二章则述及国家对国际组织行为的责任。

<sup>1</sup> 迄今为止暂时通过的条款草案案文转载于《2005年……年鉴》，第二卷（第二部分），第47至第49页，第205段。

<sup>2</sup> 《2005年……年鉴》，第二卷（第一部分），第23页，从各国政府和国际组织收到的评论和意见。

## 第一章

## 解除行为不法性的情况

## A. 一般性评论

5. 同前几次报告一样，本分析遵循了国家对国际不法行为的责任条款采用的一般格式。该条款第一部分第五章在“解除行为不法性的情况”标题下载有八项条款。<sup>3</sup> 本条款草案第一部分第五章准备采用同一标题。

6. 一些评论者指出，国家对国际不法行为的责任条款第一部分第五章将若干不同类情况归到一起，而且尤其是没有在理由和辩解之间加以区分。<sup>4</sup> 如果作出这种区分，第一类别将归纳根本排除不法性的情况，而其他情况的效果较为有限，只在例外情况下才形成免于责任的理由。据此建议作出的区分可能对举证问题有一定的意义。然而，理由不宜列为解除行为不法性的情况，因为这将排除任何违背国际义务的行为。因此，关于国家责任的条款没有采纳建议作出的区分。虽然评注确实用“理由”和“辩解”两词来阐述解除行为不法性的情况，<sup>5</sup> 但根据第20条的评注：

……对于某种情况或某种行为过程的同意，与对于作为其依据的义务本身的同意，这两者之间必须加以区分。<sup>6</sup>

仅第一类型的同意被视为解除行为不法性的情况。委员会似乎最好在目前的条款草案中采取同一处理办法，因为国际组织的责任问题在这方面不具特殊性。

<sup>3</sup> 《2001年……年鉴》，第二卷（第二部分），第80页，第76段。

<sup>4</sup> Lowe, “Precluding wrongfulness or responsibility: a plea for excuses”, 第405页; Gattini, “Smoking/no smoking: some remarks on the current place of fault in the ILC draft articles on State responsibility”, 第401页; Johnstone, “The plea of ‘necessity’ in international legal discourse: humanitarian intervention and counter-terrorism”, 第349至第356页。

<sup>5</sup> 例如，第五章导言的评注（《2001年……年鉴》，第二卷（第二部分），第35页，评注第(2)段。

<sup>6</sup> 同上，第82页，第20条评注第(2)段。

7. 同样是基于与国家责任的处理办法保持一致这个理由，本条款草案不应采纳没有在国家对国际不法行为的责任条款中确定、但同样适用于国家和国际组织的解除不法性的情况。

8. 国际组织的被迫行为就是一例。由于要同有关国家责任的案文保持一致，因此最好不要将此列为解除行为不法性的情况，<sup>7</sup> 但是目前条款的第14条(a)项建议，受强迫的国家或国际组织可免于国际责任，如果它认为：

在没有胁迫的情况下，该行为会是被胁迫国或国际组织的国际不法行为。<sup>8</sup>

该项除并列提及国际组织和国家外，案文同关于国家对国际不法行为的责任的第18条(a)项完全相同。此外，后一条款还含有将胁迫视为解除行为不法性的情况的含意，但关于国家责任的条款没有具体列举这种情况。<sup>9</sup> 本条款草案没有必要在这方面同有关国家责任的条款有所区别。

<sup>7</sup> 俄罗斯联邦认为，国家或国际组织的强制行为可以造成解除行为不法性的情况（《大会正式记录，第六十届会议，第六委员会》，第12次会议，第70段）。约翰·杜加尔德先生在委员会主张在国家对国际不法行为的责任条款中把胁迫列为解除行为不法性的情况（《1999年……年鉴》，第一卷，第2592次会议，第22至第23段）。Sarooshi, *International Organizations and their Exercise of Sovereign Powers*, 第51页，作者认为，当一国际“组织善意谋求行使法定的管制权以防止实施违法行为，但一国对该组织的控制无论如何还是导致了该行为的实施”时，就可能存在解除行为不法性的情况。白俄罗斯表达的观点在下章阐述将更为适宜。该国认为

“在某些情况下，宜于免除国际组织对国际不法行为的责任，规定成员国承担集体责任，特别是对资源有限并且成员国较少的国际组织而言，每个成员国对这类组织各项活动的控制程度都很高。”

（《大会正式记录》（见上文），第52段。）

<sup>8</sup> 《2005年……年鉴》，第二卷（第二部分），第47页，第205段。

<sup>9</sup> 《2001年……年鉴》，第二卷（第二部分），第30页。



## B. 同意

9. 同意在提及的解除行为不法性的情况中居于首位。对有关条款（第20条）的评注解释称，这“反映了关于同意的国际法基本原则”。<sup>10</sup> 这项原则既适用于国家，也适用于国际组织。

10. 国际组织可以对一国或一国际组织的行为表示同意。一组织对一国表示的同意不属于本条款草案的范畴，因为在这种情况下，国家的责任就会因获得同意而解除。这里需要考虑的是对一国际组织实施某种行为所表示的同意。

11. 同国家一样，国际组织履行若干职能时，如果一国或一国际组织对此不予同意，这些职能就会产生国际责任。最经常发生的相关情况是，国家同意组织在其领土上行使职能。

12. 请国际组织核查选举进程是比较经常出现的例子，表明各个国家同意某一组织行使若干职能，如无这种同意，行使这些职能将会构成对国家主权的干涉。<sup>11</sup>

13. 向印度尼西亚部署亚齐监察团的行动提供了国家对一国际组织和几个国家给予同意的最新案例。该监察团是在印度尼西亚政府向欧洲联盟、东南亚国家联盟五个派遣国家（文莱达鲁萨兰国、马来西亚、菲律宾、新加坡和泰国）、挪威和瑞士发出正式邀请后，于2005年9月15日派出的。<sup>12</sup>

14. 似乎没有任何理由区分同意构成解除国家行为不法性条件的条件和适用于国际组织的条件。因此，宜只对有关国家对国际不法行为的责任的第20条<sup>13</sup>作出必要的文字修改。根据上述意见，拟议案文如下：

<sup>10</sup> 同上，第35页，评注第(1)段。

<sup>11</sup> 关于同意在核查选举进程职能方面所起的作用，见秘书长关于提高定期真正选举原则的效率的报告(A/49/675)，第16段。最近进行的调查见Sapienza, “Considerazioni sulle attività di assistenza e monitoraggio elettorale dell’ONU”。

<sup>12</sup> 提及印度尼西亚政府2005年7月12日发出的邀请的内容可见于2005年9月9日关于欧洲联盟亚齐（印度尼西亚）监察团的第2005/643/CFSP号理事会联合行动第(3)段，《欧洲联盟公报》（2005年9月10日），L 234号，第13页。

<sup>13</sup> 《2001年……年鉴》，第二卷（第二部分），第82页。

## “第17条 同意

“一国或一国际组织以有效方式表示同意另一国际组织实施某项特定行为时，则对于该国或前一国际组织而言，该特定行为的不法性即告解除，但以该行为不逾越该项同意的范围为限。”

## C. 自卫

15. 虽然《联合国宪章》第五十一条仅在涉及一个国家受到武力攻击的情况下提及自卫，但一个国际组织也可能面临与国家相同的情况，这绝非不可想象。法律事务厅在向秘书长的高级政治顾问发送的一份备忘录就视此为理所当然，备忘录是这样说的：

使用武力进行自卫是联合国部队为进行集体和单独防卫而行使的固有的权利。<sup>14</sup>

如果一个国际组织成了武力攻击的对象而不能作出合法反应（不一定要通过使用武力<sup>15</sup>），这的确有些奇怪。<sup>16</sup>

16. 有人认为，当联合国在刚果的部队对比利时雇佣军的攻击作出抵抗时，联合国可以援引自卫，因而不引发其的国际责任。<sup>17</sup> 关于联合国保护部队，加拿大外交和国际贸易部法律司的一份备忘录认为：

“自卫”完全可以包括保卫安全区及这些地区的平民。<sup>18</sup>

<sup>14</sup> 《1993年联合国法律年鉴》（联合国出版物，出售品编号：C.97.V.13），第359页，1993年7月19日备忘录第6段。

<sup>15</sup> 这一点见Salmon, “Les circonstances excluant l’illicéité”, 第169页。

<sup>16</sup> 有些作者认为联合国和其他国际组织在成为武力攻击的对象时可以援引自卫，见Arsanjani, “Claims against international organizations: quis custodiet ipsos custodes”, 第176页；Klein, *La responsabilité des organisations internationales dans les ordres juridiques internes et en droit des gens*, 第421页；Schmalenbach, *Die Haftung Internationaler Organisationen im Rahmen von Militäreinsätzen und Territorialverwaltungen*, 第264至第265页；以及Zwanenburg, *Accountability of Peace Support Operations*, 第16页。

<sup>17</sup> 这一观点见Salmon, “Les accords Spaak—U Thant du 20 février 1965”, 第482页。

<sup>18</sup> Kirsch, “Canadian practice in international law: at the Department of Foreign Affairs in 1995-96”, 第389页。

17. 规定维持和平部队任务的案文经常提及自卫。例如，对于联合国驻塞浦路斯维持和平部队（联塞部队），秘书长说：

驻赛维持和平军之军队，不得采取主动使用武力。武力之使用，唯有在自卫情况下，方属许可。<sup>19</sup>

随着时间的推移，维持和平部队与执行和平部队的任务规定中自卫的实际含义已经变广。联合国秘书长最初主张：

对于联合国紧急军似乎已经确定一项合理定义，其所采规则厥为从事此项行动之人员决不能主动使用军队但遇有武力攻击时，有以武力还击之权，包括企图使用武力迫令其从自己根据司令官依大会赋与之职权并就大会决议案范围内发布命令而据守之阵地撤退。<sup>20</sup>

威胁、挑战和改革问题高级别小组最近的一项评估说：

……有权使用武力进行自卫，而且人们普遍公认这一权利包括“特派团的防卫”。<sup>21</sup>

虽然维持和平部队与执行和平部队的任务各不相同，但提及自卫则证实，自卫构成解除不法性的情况。有关条款似乎设想的是对主要是由国家和国际组织之外的实体向联合国部队发动的攻击作出回应，但这并不影响这个结论。<sup>22</sup> 没有根据武力攻击的来源作任何区分。

18. 援引自卫不应仅限于联合国。其他一些组织也部署军队或参与领土管理。自卫在多大程度上可以作为解除一国际组织所实施的行为的不法性的

<sup>19</sup> S/5653 号文件（1964 年 4 月 11 日），第十六段。

<sup>20</sup> 《大会正式记录，第十三届会议，附件》，议程项目 65，A/3943 号文件（1958 年 10 月 9 日），第一七九段。

<sup>21</sup> 《一个更安全的世界：我们的共同责任：威胁、挑战和改革问题高级别小组的报告》(A/59/565)，第 213 段。关于维持和平与执行和平行动中自卫作用的演变，最近的调查见 Cox, “Beyond self-defense: United Nations peacekeeping operations & the use of force”, 以及 Frulli, “Le operazioni di peacekeeping delle Nazioni Unite e l’uso della forza”, 第 347 页。

<sup>22</sup> 强调这个方面的内容见 Lamberti Zanardi, *La legittima difesa nel diritto internazionale*, 第 298 至 299 页以及 Klein, 前引书，第 421 页。

情况，取决于可以容许自卫的条件。武力攻击的概念越宽泛，自卫就越有可能适用于参与军事行动的国际组织。在这方面，可以回顾国际法院在石油平台案的判决中，国际法院这样说：

本法院不排除这种可能性，即单独一艘军舰布雷也许就足以触发“固有的自卫权利”。<sup>23</sup>

19. 除了规定自卫措施必须“合法”并“按照《联合国宪章》”以外，关于国家对国际不法行为的责任的第 21 条没有明确规定援引自卫的条件。<sup>24</sup> 很清楚，在本条款草案中应遵循同样的办法。这意味着条款草案案文不应处理一个国际组织在其一个成员受到武力攻击的情况下可以援引自卫的问题。然而，也许应在此提出这个问题，并考虑是否应在条款草案评注中作些说明。出现这个问题是因为若干组织是为了便利其成员进行集体自卫而成立的。虽然成立这些组织的大多数条约的条款仅提及成员国而不是有关组织使用武力的问题，<sup>25</sup> 但一直以来的理解也许是成员国将通过该组织采取行动，甚至该组织将直接作出反应。<sup>26</sup>

20. 无论如何，援引自卫作为解除国际组织行为为不法性的情况，其重要性似乎足以说明应该列入一个明确的条款草案。<sup>27</sup> 可以仿照关于国家对国际

<sup>23</sup> 石油平台案（伊朗伊斯兰共和国诉美利坚合众国），判决，《2003 年国际法院汇编》，第 195 页，第 72 段。

<sup>24</sup> 《2001 年……年鉴》，第二卷（第二部分），第 84 页。

<sup>25</sup> 例如，《北大西洋公约》第 5 条第一段内容如下：

“各缔约方同意对于欧洲或北美之一个或数个缔约方之武装攻击，应视为对缔约方全体之攻击；因此，缔约方同意，如此种武装攻击发生，每一缔约方，为行使《联合国宪章》第五十一条所承认之单独或集体自卫权利，将单独并会同其他缔约方采取其视为必要之行动（包括武力之使用）来协助被攻击之缔约方，以恢复并维持北大西洋区域之安全。”

《美洲国家间互助条约》第 3 条也显示了类似的观点。

<sup>26</sup> 这种看法可见安全理事会第 770 (1992) 号决议第 2 段案文，其中，安全理事会请各国“单独或通过区域机构或安排采取一切必要措施，……便利”在波斯尼亚和黑塞哥维那提供人道主义援助。

<sup>27</sup> 虽然指出“如果试图对国际组织适用如自卫等解除不法性的某些条件，则可能产生一些困难”（《大会正式记录，第六十届会议，第六委员会》，第 12 次会议，第 70 段），俄罗斯联邦并没有排除自卫可以作为这样一种情况的可能。

不法行为责任的第21条的案文拟订。<sup>28</sup> 该条款草案可以拟定如下：

#### “第18条 自卫

“一国际组织的行为如构成按照《联合国宪章》采取的合法自卫措施，该行为的不法性即告解除。”

#### D. 对一国际不法行为采取的反措施

21. 在关于国家对国际不法行为的责任条款中，第22条和第三部分第二章（第49条至第54条）研究了反措施问题。<sup>29</sup> 尽管后几条研究了国家可以采取反措施的条件，但第22条的目的只是说：

一国不遵守其对另一国国际义务的行为，在并且只在该行为构成按照第三部分第二章针对该另一国采取的一项反措施的情况下，其不法性才可解除。<sup>30</sup>

22. 国际组织可以采取类似的方法，只要不绝对排除这类组织可以采取反措施的可能性。这种结论不大可能，因为大量对涉及国际组织采取反措施可准许性的实践进行研究的文献显示，人们对国际组织在某些情况下可以采取反措施的事实并无异议。<sup>31</sup> 这种情况显示，有关反措施的规定应列入有关解除不法性情况的条款草案，至少加括号列入其中。

23. 如果一个国际组织未能遵守对另一国际组织承担的国际法规定的义务，例如，一个国际组织不提供某种产品而且不为其不法行为作出赔偿，就会出现这样的问题：受害的组织是否可以以及在何种情况下可以诉诸反措施，以确保首要义务或者赔偿义务得到履行。一个国际组织在何种条件下有权对另一国际组织采取反措施，这个问题的研究可以推迟到以后阶段，即到委员会审议国际组织的国际责任的履行问题时再说。

24. 这方面出现的其他问题涉及一国际组织对一国采取反措施以及反过来一国对一组织采取反措施的情况。这两种情况有关联，因为似乎在允许一国对一国际组织采取反措施的同时很难不允许后者这样做。至于是否应在现有条款草案中处理这些问题，最好在研究国际责任的履行问题时作出决定。

25. 如果不知道最终是否会在条款草案中处理一组织对一国采取反措施的问题，那么就很难起草有关反措施作为解除国际组织行为不法性的情况的条款案文。一个办法是暂时让该条款案文空白。另一个办法是起草案文而将部分内容置于括号之内。然后可以按关于国家对国际不法行为的责任的第22条的方向起草这个条款。<sup>32</sup> 然而，提及的条件问题尚未得到研究，将其列入没有什么道理，因此，对反措施可以暂时以“合法”加以限定。按建议的这两个办法起草的条款草案如下：

#### “第19条 反措施

##### “备选条款 A

“……

##### “备选条款 B

“一国际组织不遵行其对另一国际组织[或一国]国际义务的行为，在并且只有在该行为构成针对该另一国际组织[或该国]采取的一项合法反措施的情况下，其不法性可以解除。”

#### E. 不可抗力

26. 各国法律制度一般认为，在不可抗力或类似情况之下不产生责任，这些情况可以定义为目的落空、履行不现实、不能预见或嗣后不能。<sup>33</sup> 各国法律制度采取的方法各不相同，从而促使像《联合国国际货物销售合同公约》这样的统一法条约使用中性的术语。这项《公约》的第七十九条第(1)款规定：

<sup>28</sup> 《2001年……年鉴》，第二卷（第二部分），第84页。

<sup>29</sup> 同上，第148页。

<sup>30</sup> 同上，第85页。

<sup>31</sup> 见 Klein，前引书，第396至第409页。

<sup>32</sup> 《2001年……年鉴》，第二卷（第二部分），第85页。

<sup>33</sup> 例如，见 Tallon，“Article 79”，第573至第575页。



当事人对不履行义务不负责任，如果他能证明此种不履行义务是由于某种非他所能控制的障碍，而且对于这种障碍，没有理由预期他在订立合同时能考虑到或能避免或克服它或它的后果。

27. 在国际法与各国的关系方面，关于国家对国际不法行为的责任的第23条界定了不可抗力和相关条件。<sup>34</sup> 没有什么理由可认为不能对国际组织适用同样的条件。

28. 在涉及国际组织的不可抗力方面，存在一些实例，尽管数量有限。一些国际组织缔结的某些协定提供了这方面的例子。例如，开发署和世卫组织于签署的《执行机构协定》的第十二条第6款中写明：

如果出现不可抗力或其他类似情况或事件，使执行机构无法成功执行某个项目，执行机构应立即把所发生之事通知开发署，并可以经过与开发署协商之后，撤出该项目的执行工作。如果撤出，除非各缔约方另有商定，否则应向执行机构补偿在实际撤出日之前发生的实际费用。<sup>35</sup>

这一段尽管说的是撤出协定，但隐含地认为，由于不可抗力而不履行协定义务的情况不构成违约。

29. 曾有国际组织在国际行政法庭的诉讼中为解除行为的不法性而援引不可抗力作为理由。在费尔南多·埃尔南德斯·德阿圭罗诉美洲国家组织秘书长案的第24号判决中，美洲组织行政法庭驳回了以不可抗力为理由为终止一个官员的合同的的做法提出的辩解：

鉴于不可抗力作为已经过很多探讨的法则，指的是某一不可抗拒的自然事件的发生，本庭认为，在本案中不存在任何使得秘书长无法履行所涉定期任用合同的不可抗力。<sup>36</sup>

<sup>34</sup> 见上文脚注 32。

<sup>35</sup> 《开发署和世卫组织执行机构协定》（1992年9月17日于纽约，1992年10月19日于日内瓦），联合国，《条约汇编》，第1691卷，第1066号，第325页。

<sup>36</sup> 1976年11月16日作出的判决第3段。判决文本可见：[www.oas.org](http://www.oas.org)。美洲组织在2003年1月8日致委员会秘书的信中指出：

该法庭虽然驳回了该项辩解，但显然承认，不可抗力可以被援引作为抗辩理由。

30. 劳工组织行政法庭在巴特尔案的第664号判决中采取了类似的方针。该法庭认为，不可抗力与雇用合同相关，表示：

不可抗力是当事各方所无法控制、不以其意志为转移的不可预见的事件的发生，不可避免地使其共同意图落空。<sup>37</sup>

在这个案件中，是雇员针对国际组织援引不可抗力，而不是由组织援引不可抗力，但这并不重要。

31. 国际刑警组织曾指出，在某个组织所无法控制的情况下，财政危难可能影响该组织履行义务的能力：

国际组织与国家和其他领土实体不同，通常没有税务管辖权，因此不能赚取收入。国际组织依靠参加国的财政捐助。如果许多国家不缴纳会费，可能会出现国际组织不能履行财政义务的情况。国际锡业理事会的终级表明，与国家的情况不同，资金不足可危及国际组织的存在。在编纂和逐渐发展国际组织责任法方面应特别重视这一问题，无论是在不可抗力或“危急”的标题下，还是在处理国际组织破产的安排中。<sup>38</sup>

财政危难有可能构成不可抗力情况，有关组织可以援引其作为理由，解除其未履行国际义务的行为的不法性。不可抗力情形也许是一个组织的成员国的行为所造成，但这一情况并不妨碍该组织作为

---

“向美洲组织行政法庭提出的大多数索赔都是指控违反美洲组织的一般标准、美洲组织大会的其他决议、秘书长根据美洲组织《宪章》所赋予的权限而颁布的规则、行政法庭本身在其判例中建立的规则。这些标准和规则经过合法设立的国际当局批准，均构成国际法。因此，指控违反了这些规范和规则的控诉可视为指控违反了国际法。”

（《2004年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/545号文件，I.5节，第3段）

<sup>37</sup> 1985年6月19日作出的判决第3段，见[www.ilo.org](http://www.ilo.org)。

<sup>38</sup> 2005年2月9日国际刑警组织总法律顾问致委员会秘书的信（见《2005年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/556号文件，M.2节，第56页）。引文中略去了脚注。



一个独立的实体援引该情形作为理由。该组织不履行义务的行为会提出其成员国是否有责任的问题，下一部分将讨论这个问题。

32. 如果以关于国家对国际不法行为的责任的第23条<sup>39</sup>作为模式来制定关于国际组织援引不可抗力作为理由的规定，可以采用以下案文：

#### “第20条 不可抗力

“1. 一国际组织与其国际义务不符的行为如起因于不可抗力，即有不可抗拒的力量或该组织无法控制、无法预料的事件发生，以致该组织在这种情况下实际上不可能履行义务，该行为的不法性即告解除。

“2. 在以下情况中第1款不适用：

“(a) 不可抗力情况是由援引该情况的组织的行为单独导致或与其他因素一并导致；或

“(b) 该组织已承担发生这种情况的风险。”

#### F. 危难

33. 关于国家对国际不法行为的责任的第24条<sup>40</sup>认为，当“有关行为人……为了挽救其生命或受其监护的其他人的生命，除此行为之外，别无其他合理方法”时，危难即构成解除行为不法性的一种情况。援引危难作为理由来解除一个国家的行为的不法性的情况非常罕见。因此，在已知的实践中没有国际组织在类似的情况下援引危难作为理由的实例，这毫不奇怪。然而，如果一个组织的不法行为起因于该组织的某个机关或代理人为挽救该机关或该代理人的生命，或为挽救受该机关或该代理人监护的其他的人的生命的企图，则看来没有任何理由不把同样的解除不法性的情况适用于该国际组织。<sup>41</sup>

而且没有任何理由提出应该对国家和国际组织适用不同的规则。

34. 因此，以关于国家对国际不法行为的责任的第24条<sup>42</sup>的措辞为基础，现提议该条款草案如下：

#### “第21条 危难

“1. 对于一国际组织与其国际义务不符的行为，如有关行为人在遭遇危难的情况下，除此行为之外，别无其他合理方法来挽救其生命或受其监护的其他人的生命，则该行为的不法性即告解除。

“2. 在以下情况中第1款不适用：

“(a) 危难情况是由援引该情况的组织的行为单独导致或与其他因素一并导致；或

“(b) 所涉行为很可能导致程度相当或更大的危险。”

#### G. 危急

35. 危急可能是最受争议的解除不法性的情况。对这种情况的考虑几乎只与国家有关。的确，正如基金组织所述，<sup>43</sup>国际法院在加布奇科沃-大毛罗斯项目案中并没有具体提及国家，国际法院说：

习惯国际法认可危急情况是解除某个不符合国际义务的行为的不法性的依据。<sup>44</sup>

但是，如果从案件事实以及委员会一读通过的有关危急的条款草案全文来看这段话，显然法院考虑的只是国家之间的关系。因此，很难同意基金组织的如下看法：

<sup>39</sup> 《2001年……年鉴》，第二卷（第二部分），第76段。

<sup>40</sup> 同上。

<sup>41</sup> Klein, 前引书，第415至第416页，作者举了一个假设的例子，即，难民署的人员未经许可跨越边界，以救助一些在该组织保护下的难民，使其免受轰炸难民营所造成的影响。

<sup>42</sup> 见上文脚注39。

<sup>43</sup> 2005年4月1日基金组织总法律顾问致委员会秘书的信（见《2005年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/556号文件，M.3节，第56页）。

<sup>44</sup> 加布奇科沃-大毛罗斯项目案（匈牙利/斯洛伐克），判决，《1997年国际法院汇编》，第40页，第51段。

……可利用所引述的意见支持危急可解除国际组织行为不法性的主张。<sup>45</sup>

36. 虽然某些国际组织缔结的一些协定允许这些组织在遇到严重问题或困难时可以不遵守国际义务，但是并不能据此作出什么推论。<sup>46</sup> 这种并不普遍的做法不足以表明一般国际法承认国际组织可以援引危急为不遵守义务的借口。

37. 声称联合国部队可以援引“行动需要”或“军事需要”的说法给予了这种做法更重要的内容。<sup>47</sup> 秘书长在关于联合国维持和平行动经费的筹措的报告中认为：

联合国对于由联合国部队的正常行动所导致的财产损失和破坏的责任可以因“行动需要”而免除，这指的是维持和平部队在根据任务规定开展行动过程中因采取必要行动而导致的损失。<sup>48</sup>

从这个角度，行动需要似乎会使干预私人财产的行为合法化。在其他情况下，援引的是“军事需要”，例如在法律事务厅起草的一份有关第二期联合国索马里行动（第二期联索行动）占用摩加迪沙一所营地的备忘录中：

如果证实……敌对的派别占领该房舍将使第二期联索行动受到严重的威胁，那么若第二期联索行动不实际占领该房舍，就无法确保有效保护“联合国及其各机构、红十字委员会及非政府组织的人员、装置和设备”……在这种情况下，可将占领该房舍视为具有军事必要性的行为，以确保实现安全理事会第814（1993）号决议规定的目标。

<sup>45</sup> 见上文脚注 43。

<sup>46</sup> Klein, 前引书, 第 417 至第 419 页, 作者提及欧洲经济共同体与某些非成员国达成的一些合作协定。比利时在发言中也提及了这些协定（《大会正式记录, 第五十九届会议, 第六委员会》, 第 22 次会议, 第 77 段）。

<sup>47</sup> 关于这两个概念的区别, 见 Shraga, “UN peacekeeping operations: applicability of international humanitarian law and responsibility for operations-related damage”, 第 410 至第 411 页。“军事需要”因范围过广而引起了一些批评意见。见 Sands and Klein, *Bowett's Law of International Institutions*, 第 520 页, 脚注 64。

<sup>48</sup> A/51/389 号文件, 第 13 段。

从这个观点出发, 占用该房舍可被视为是合法的。<sup>49</sup>

38. 劳工组织行政法庭在 T.D.-N. 诉欧洲核研究组织案的第 2183 号判决中提及国际组织可以援引危急的问题。这个案件涉及查看一名休假员工的电子账户的问题。法庭表示：

由于情况紧急或电子邮件账户所有者休假时间长, 而必须查看该账户, 则组织必须能够以恰当的技术保障措施打开账户。危急情况要援引作为查看有可能是保密性的资料的适当理由, 必须极为慎重地评估。<sup>50</sup>

虽然这段内容具体涉及的是国际组织与其雇员之间的关系, 但是法庭的陈述更为全面, 表达的观点是组织可以援引危急作为解除不法性的情况。<sup>51</sup>

39. 即使此类实践很少, 但如国际刑警组织所指出：

危急并不涉及本质上显然不适用于国际组织的国际法领域。<sup>52</sup>

欧洲联盟委员会<sup>53</sup>、基金组织<sup>54</sup>、知识产权组织<sup>55</sup>和世界银行<sup>56</sup>也主张国际组织可以援引危急。虽

<sup>49</sup> 《1994 年联合国法律年鉴》（联合国出版物, 出售品编号: C.00.V.8）, 第 537 页。

<sup>50</sup> 2003 年 2 月 3 日作出的判决第 19 段。书记官处从法文原件翻译而来的内容见 [www.ilo.org](http://www.ilo.org)。

<sup>51</sup> 国际刑警组织在 2006 年 1 月 31 日致委员会秘书的一封信中“指出, 虽然行政法庭采用‘危急情况’一词, 但是可以说没有满足国际法委员会关于国家对国际不法行为的责任条款第 16 条 (a) 项规定的检验标准”（A/CN.4/568 和 Add.1, J.3 节, 第 6 段, 转载于本卷）。

<sup>52</sup> 2005 年 2 月 9 日国际刑警组织总法律顾问致委员会秘书的信（见《2005 年……年鉴》, 第二卷（第一部分）, A/CN.4/556 号文件, M.2 节, 第 55 至第 56 页）。

<sup>53</sup> 2005 年 3 月 18 日欧洲联盟委员会致联合国法律顾问的信（见《2005 年……年鉴》, 第二卷（第一部分）, A/CN.4/556 号文件, M.1 节, 第 55 页）。

<sup>54</sup> 2005 年 4 月 1 日基金组织致联合国法律顾问的信（见《2005 年……年鉴》, 第二卷（第一部分）, A/CN.4/556 号文件, M.3 节, 第 56 页）。

<sup>55</sup> 2005 年 1 月 19 日知识产权组织法律顾问致联合国法律顾问的信（见《2005 年……年鉴》, 第二卷（第一部分）, A/CN.4/556 号文件, M.5 节, 第 57 页）。

<sup>56</sup> 2006 年 1 月 31 日世界银行高级副总裁兼法律顾问致委员会秘书的信（见 A/CN.4/568 和 Add.1, K.11 节, 第 6 段, 转载于本卷）。

然第六委员会中对国际法委员会提出的一个问题的答复意见不一，但是各个国家的多数意见赞成将危急列为解除行为不法性的情况。<sup>57</sup> 反对这一点的发言主要强调缺乏相关实践、有可能被滥用或者有必要采取比适用于国家的更加严格的条件。对于后者，可以通过在规定援引危急的条件时考虑国际组织的特点加以解决。

40. 当审议危急作为解除不法性的情况时，关于国家对国际不法行为的责任的第25条要求，此类行为“是该国保护基本利益、对抗某项严重迫切危险的唯一办法”。<sup>58</sup> 国际法院在加布奇科沃 - 大毛罗斯项目案的判决中也强调条件是存在对“实施与自身某项国际义务冲突的行为的国家的某项‘基本利益’”的威胁。<sup>59</sup> 委员会在对第25条的评注中指出：

某一特定利益是否为“基本”利益要视所有的情况而定，而不能事先作出判断。这涉及该国及其人民的特定利益，也涉及整个国际社会的特定利益。<sup>60</sup>

#### 41. 基金组织认为：

尚不清楚国际组织是否能够主张类似国家的“基本利益”，以便援引危急的辩护理由。<sup>61</sup>

虽然可以认为一个国家有权保护自身或国际社会的某项基本利益，但是国际组织可为之援引危急

的利益范围却不能像国家的那样广泛。例如，我们不能将国家的生存利益与国际组织不消亡的利益等同起来。而且国际组织在保护国际社会基本利益的问题上与国家的地位也不一样。

42. 对于国际组织而言，有关的基本利益应当与该组织承担的职能有关。世界银行认为：

国际组织的法律人格不同于其成员国的法律人格，因此是独立的法律主体，不能先验地否认它们也有基本利益，需要根据组成文书加以保护。<sup>62</sup>

与此类似，基金组织认为：

将危急适用于国际组织的问题也应与国际组织的宗旨和职能相关联。<sup>63</sup>

欧洲联盟委员会指出：

国家可援引“环境危急”，在类似情形下国际环境组织或许也可予援引，但前提是：

……它需要保护其《章程》所载的、作为其核心职能和存在理由的基本利益。<sup>64</sup>

43. 上述评论会使人认为，国际组织只有在严重的危险<sup>65</sup>影响到该组织有责任保护的某项利益时，才可以援引危急。仅仅考虑组成文书可能过于局限。正如国际法院在国家在武装冲突中使用核武器的合法性案的咨询意见中指出：

赋予国际组织的权力通常明确表达在组成文书中。但是，由于国际生活存在各种危急情况，因此各个组织可能需为实现目标而获得指导其活动的基本文书没有明确规定的附属权力。一般认为，国际组织可以行使此类权力，它们被称为“默示”权力。<sup>66</sup>

<sup>57</sup> 发言明确表示赞成的国家有：法国（《大会正式记录，第五十九届会议，第六委员会》，第22次会议，第12段）、奥地利（同上，第23段）、丹麦代表北欧国家芬兰、冰岛、挪威和瑞典（同上，第65段）、比利时（同上，第76段）、俄罗斯联邦（同上，第23次会议，第23段）和古巴（同上，第25段）。暂时持赞成立场的国家有：西班牙（同上，第22次会议，第49段）。发言表示相反意见的国家有：德国（同上，第21次会议，第22段）、中国（同上，第42段）、波兰（同上，第22次会议，第2段）、白俄罗斯（同上，第45段）和希腊（同上，第23次会议，第43段）。暂时持反对立场的国家有：新加坡（同上，第22次会议，第57段）和新西兰（同上，第23次会议，第10段）。

<sup>58</sup> 《2001年……年鉴》，第二卷（第二部分），第32页。

<sup>59</sup> 《1997年国际法院汇编》（见上文脚注44），第40页，第52段。在被占巴勒斯坦领土上修建隔离墙的法律后果案，咨询意见，《2004年国际法院汇编》，第195页，第140段，法院在其中再次引述国家责任条款第25条第1款(a)项，从而提及关于“基本利益”的要求。

<sup>60</sup> 《2001年……年鉴》，第二卷（第二部分），第95页，评注第(15)段。

<sup>61</sup> 见上文脚注54。

<sup>62</sup> 见上文脚注56。

<sup>63</sup> 见上文脚注54。

<sup>64</sup> 见上文脚注53。

<sup>65</sup> 新加坡代表“不知在什么对一个国际组织构成危险方面是否有共同的理解”（《大会正式记录，第五十九届会议，第六委员会》，第22次会议，第57段）。可以认为此类危险必然会影响基本利益，但不一定会影响到组织。

<sup>66</sup> 国家在武装冲突中使用核武器的合法性案，咨询意见，《1996年国际法院汇编》，第79页，第25段。



44. 如果某个国际组织设立的目标是保护国际社会的某项利益，则该组织可以在该利益面临严重危险时援引危急。这似乎也适用于非普遍性组织，它们之所以这样做，是因为它们是由成员为此目的设立的，而按照条款草案第2条中的定义，<sup>67</sup> 其成员是国家或至少包括国家。按照关于国家对国际不法行为的责任的第25条规定，<sup>68</sup> 国家为保护国际社会的某项基本利益，可以单独援引危急，这一规定对于由国家组成的国际组织也应同样适用。

45. 按照关于国家对国际不法行为的责任的第25条的规定，援引危急所针对的行为不应“损害作为所负义务对象的一国或数国的基本利益或整个国际社会的基本利益”。<sup>69</sup> 在关于一个国际组织可以援引危急的条款草案中，不必提及对另一个国际组织的一项基本利益的损害。与国家援引的情况一样，另一个组织的基本利益只有在与一个或多个国家或者国际社会的基本利益一致时才得到保护。

46. 在上文没有讨论的方面，没有理由背离关于国家对国际不法行为的责任的第25条所提供的模式。<sup>70</sup> 因此建议案文如下：

#### “第22条 危急

“1. 国际组织不得援引危急作为理由来解除该组织与其国际义务不符的行为的不法性，除非该行为为：

“(a) 是该组织保护其有责任保护的一项基本利益、对抗某项严重迫切危险的唯一办法；并且

“(b) 没有严重损害其对之承担义务的一国或多国的基本利益，或者整个国际社会的基本利益。

“2. 在下列情形中，国际组织无论如何不得援引危急作为解除不法性的理由：

“(a) 有关的国际义务排除了援引危急的可能性；或

“(b) 该组织促成了危急情况。”

#### H. 对强制性规范的遵守

47. 国家对国际不法行为的责任条款第一部分第五章载有一项“不妨碍”<sup>71</sup> 规定，其中提及解除不法性的所有情况。该规定的目的在于指出，“违反一般国际法强制性规范所产生的义务”的行为将被视作不法行为，即便该行为在其他情况下不会被视作不法行为。<sup>72</sup> 原则上，强制性规范对国际组织和国家具有同样的约束力。不过，某些强制性规范对国际组织的适用可能引起一些问题。

48. 主要的问题与禁止使用武力有关，这一禁止被广泛认为是源自强制性规范。虽然一国可有效同意另一国进行的具体干预，<sup>73</sup> 但是，给予另一国的以允许其自发进行军事干预的一般性同意势必要被视作不符合强制性规范。显然，联合国根据《联合国宪章》第七章的规定已经获得了使用武力的权力，因此不存在违反强制性规范的情况。相反，赋予一个区域组织某些军事干预权则可被视作违反该强制性规范。不过，如果使用武力的权力代表成员国政治一体化的一个要素，则可对被授予使用武力的权力的区域组织持有不同看法。<sup>74</sup>

49. 虽然适用有关强制性规范的“不妨碍”规定可能具有一些具体的特点，但在此可以使用关于国家对国际不法行为的责任的第26条<sup>75</sup> 所载的一般性陈述，仅需将“国家”一词换成“国际组织”：

<sup>71</sup> 同上，第27条。

<sup>72</sup> 同上，第26条。

<sup>73</sup> “双方同意的干预可排除关于国家对国际不法行为的责任的第26条的适用”的观点见 Abass, “Consent precluding State responsibility: a critical analysis”, 第224页。

<sup>74</sup> 可从这一角度考虑《非洲联盟组织法》第4条(h)项的规定，即“联盟有权根据大会就战争罪、灭绝种族罪和危害人类罪的严重情况作出的决定对成员国进行干预。”另一种解释可以是，一个组织在这些情况进行干预的权力将不视为被强制性规范所禁止；这或许是一种替代性的解释。

<sup>75</sup> 《2001年……年鉴》，第二卷（第二部分），第32页。

<sup>67</sup> 《2005年……年鉴》，第二卷（第二部分），第47页，第205段。

<sup>68</sup> 《2001年……年鉴》，第二卷（第二部分），第32页。

<sup>69</sup> 同上。

<sup>70</sup> 同上。



### “第23条 对强制性规范的遵守”

“一国际组织违反一般国际法强制性规范所产生的义务的任何行为，不得以本章中的任何规定作为解除其不法性的理由。”

#### I. 援引解除行为不法性的情况的后果

50. 关于国家对国际不法行为的责任的第27条(a)项中所述的实质内容几乎无可争议，当然也适用于国际组织。其案文如下：

根据本章援引解除行为不法性的情况不妨碍：

(a) 在并且只在解除行为不法性的情况不再存在时遵守该项义务。<sup>76</sup>

尽管此案文强调时间因素，<sup>77</sup> 但关于遵守义务的规定也涉及情况的所有其他方面。显然，解除不法性的某一情况仅可在其存在期间具有此种效力。实际上，该规定没有遗留任何“不妨碍”的问题。它表达的意思只是，在相关情况所及的范围之外，行为的不法性不受影响。

<sup>76</sup> 同上。

<sup>77</sup> 这一时间因素得到强调，其原因可能是国际法院在加布奇科沃-大毛罗斯项目案的判决中指出，“一旦危急情况不再存在，遵守条约义务的义务即告恢复”（《1997年国际法院汇编》（见上文脚注43），第63页，第101段）。

51. 第27条(b)项提及的赔偿问题在国家对国际不法行为的责任条款中被归为不受妨碍的问题，因为该问题在该条款中未予涵盖。对由本应构成不法行为、但因某一情况而不具不法性的行为所造成的损失作出赔偿的问题，很难确定一般规则。无论如何，国际不法行为不会产生责任。理由和辩解的区分不会为解决是否应给予赔偿的问题提供决定性的因素。<sup>78</sup> 例如，对某一行为的同意可能含有也可能不含有放弃与损失有关的任何索赔的意思。

52. 由于在关于国家对国际不法行为的责任的第27条所涵盖的事项方面，国际组织的情形与国家的情形相同，<sup>79</sup> 因此倾向的处理办法是转用目前条款草案的案文，但(a)项的措辞可予改进，更宽泛地提及情况的所有要素，而不是仅提到时间因素。拟议案文如下：

### “第24条 援引解除行为不法性的情况的后果”

“根据本章援引解除行为不法性的情况不妨碍：

“(a) 在解除行为不法性的情况不再存在时遵守该项义务；

“(b) 对该行为所造成的任何物质损失的赔偿问题。”

<sup>78</sup> 认为需要为此目的而区分理由和辩解的主张见Lowe, 前引文, 第410页; 以及Johnstone, 前引文, 第354页。

<sup>79</sup> 见上文脚注75。

## 第二章

### 国家对国际组织行为的责任

#### A. 一般性评论

53. 根据目前条款草案的第1条第2款：

本条款草案也适用于一国对一国际组织的国际不法行为负有的国际责任。<sup>80</sup>

<sup>80</sup> 《2005年……年鉴》，第二卷（第二部分），第47页，第205段。

正如有关的评注所说明的，<sup>81</sup> 把这个主题纳入现有条款草案的范围内，目的是填补关于国家对国际不法行为的责任条款中故意留下的空白。后者条款第57条说，这些条款“不影响一国际组织依国际

<sup>81</sup> 《2003年……年鉴》，第二卷（第二部分），第24页，第1条评注第(7)段。

法承担的、或任何国家对一国际组织的行为的责任的任何问题”。<sup>82</sup>

54. 并非所有可能影响到国家对国际组织行为负有的责任的问题都应该在目前的情况下加以探讨。举例说，关于行为归属于国家的问题已经包含在国家对国际不法行为的责任条款内。显然，最好不要在此处考虑。因此，如果出现某一行为应归属于一国或一个国际组织或两者的问题，本条款只提供准则来解决该行为是否应归属于一个国际组织的问题，而关于国家责任的条款则将评断同一行为是否应归属于一个国家。

55. 国家对国际不法行为的责任条款所建立的模式并没有专辟一章以适当地纳入国家对国际组织行为的责任问题。在本草案中，应该设想为此目的增辟新的一章。把这一章置于草案的第一部分，其优点是把这些问题放在处理类似问题的同一部分中来讨论，这些类似问题涉及相反的情况，即国际组织对国家行为的责任。<sup>83</sup> 如果采用这里建议的备选办法，第一部分现有的标题“国际组织的国际不法行为”可能必须修改，因为该部分增列了一些关于国家责任的规定。

56. 新的一章中所要考虑的问题，大多数涉及一个国际组织的不法行为可能引起国家责任的情况。但是，在某些情况下，该组织的行为并不一定是非法行为。本条款草案第四章中考虑的事项也可能发生这种情况，这一章中也包含一国或一国际组织胁迫另一个实体实施一种如非出于胁迫即为国际不法行为的的情况。

57. 关于国家作为国际组织成员对该组织的非法行为的责任（如有）问题，针对国家得出的结论可能也适用于国家以外可能也是该组织的成员的实体。在这方面，将来通过的条款草案如果也包括后一类成员在内，新的一章将超出国家对国际组织行为的责任问题之外。实现这一目的的可能做法是在各有关条款中以“成员”之措辞替代“国家”；但是，本草案不能同时处理国家或国际组织以外其他实体

的责任问题。如果国际组织的成员除了国家以外也都是国际组织，那么另一个备选办法可以是在新的一章的所有条款中只提到国家，并针对作为国际组织成员的其他国际组织起草一些具体的规定，即使内容相同。继而可以把后一些规定纳入第四章中。该章现有的标题是“一国际组织对一国或另一国际组织行为的责任”<sup>84</sup> 范围够广，足以同时涵盖上述的规定。

#### B. 一国援助或协助、指挥和控制以及胁迫一国际组织实施国际不法行为

58. 国家对国际不法行为的责任条款第一部分第四章<sup>85</sup> 只包括国家援助或协助另一国实施国际不法行为，或指挥和控制另一国实施此种行为，或胁迫另一国实施一种如非出于胁迫则应为国际不法行为的情况。很难找出理由来排除国家对国际组织采取相同做法的可能性。同样，如果一方面一国协助另一国实施诸如非法使用武力等国际不法行为，另一方面一国协助一个国际组织实施同样行为，那么很难假定应该对两者适用不同的规则。<sup>86</sup>

59. 据此类推，可以对一国协助一国际组织实施国际不法行为的情况适用一项规则，这项规则实质上与关于国家对国际不法行为的责任的第四章中所表示的关于国家间关系的规则完全相同。对于该章中提到的所有其他情况来说，也是如此。但是，似乎最好在本草案中载列一些具有专门针对性的规则，以涵盖一国协助一组织实施国际不法行为的情况和关于国家责任的第四章中所设想的各种情况。

<sup>84</sup> 同上。

<sup>85</sup> 《2001年……年鉴》，第二卷（第二部分），第73页。

<sup>86</sup> 有几个作者认为，有时候暗示，对于一国与另一国的关系和一国与一个国际组织的关系应适用类似的规则。Amrallah, “The international responsibility of the United Nations for activities carried out by U.N. peace-keeping forces”, 第69页，作者认为“对于联合国的不法行为，如果东道国在该不法行为中实施了共谋行为，即教唆实施或为实施此种行为提供便利，那么除了联合国的责任以外，东道国可能负有国际责任”。Klein, 前引书，第468至第469页，作者提到一国将自己的领土交给一个国际组织处置，允许该组织实施违背国际义务的行为的情况。Sands and Klein, 前引书，第524页，以及Sarooshi, 前引书，第63和第104页，作者考虑到一国援助或协助一个国际组织实施国际不法行为的情况。Hirsch, *The Responsibility of International Organizations Toward Third Parties: Some Basic Principles*, 第171页，提到“单独一个成员实际完全或几乎完全控制该组织的活动”的情况。

<sup>82</sup> 《2001年……年鉴》，第二卷（第二部分），第35页。

<sup>83</sup> 《2005年……年鉴》，第二卷（第二部分），第47至第49页，第205段。

这个解决办法，虽然大体上重复，但对明确性却有帮助。此外，如果草案载列一章说明国家对国际组织的行为的责任，却没有提到一国援助或协助、或指挥和控制一国际组织实施国际不法行为的情况，那么会很奇怪。把一国对一个组织施行胁迫的情况略去不提的理由也令人费解。

60. 委员会在其2005年提交大会的报告中<sup>87</sup>提出下列问题：本草案中是否应该载列关于一国进行援助或协助、指挥和控制以及胁迫的规定。各国在第六委员会中表示的意见绝大多数对这个问题作出了肯定的答复。<sup>88</sup>有些个国家不赞成载列这些问题的规定，但同意以一项“参阅条款”提到关于国家对国际不法行为的责任的相应规定，<sup>89</sup>或建议载列一项保障条款，其中规定参阅评注。<sup>90</sup>国际刑警组织认为本草案不是处理一国“援助和协助或指挥和控制国际组织犯下国际不法行为”的“适当地方”，<sup>91</sup>欧洲联盟委员会也认为，“现有关于国家责任的规则完全可以比照适用于一国不是援助或协助另一国家，而是援助或协助一国际组织实施国际不法行为的情况”。<sup>92</sup>而禁化武组织和世卫组织则表示赞成载列与国家责任条款中所载者类似的规定。<sup>93</sup>

<sup>87</sup> 《2005年……年鉴》，第二卷（第二部分），第17页，第26段。

<sup>88</sup> 中国的发言（《大会正式记录，第六十届会议，第六委员会》，第11次会议，第52段）、奥地利的发言（同上，第64段）、大韩民国的发言（同上，第86段）、意大利的发言（同上，第12次会议，第4段）、白俄罗斯的发言（同上，第49至第50段）、俄罗斯联邦的发言（同上，第71段）、罗马尼亚的发言（同上，第77段）、匈牙利的发言（同上，第13次会议，第8段）、丹麦代表北欧国家芬兰、冰岛、挪威和瑞典（同上，第20段）、阿拉伯利比亚民众国（同上，第19次会议，第11段）和阿尔及利亚（同上，第20次会议，第60段）。

<sup>89</sup> 西班牙说：“加入一条参考条款，以确保比照应用《国家对国际不法行为的责任》的条款已确定的规则，可能足矣。”（同上，第13次会议，第53段）。

<sup>90</sup> 根据法国的发言，“一项带有评注的保障条款应该足够了”（同上，第11次会议，第80段）。以色列认为，“在评注中可能适宜提到……”（同上，第16次会议，第57段）。

<sup>91</sup> 见上文脚注52。

<sup>92</sup> A/CN.4/568和Add.1号文件，L.1节（转载于本卷），2006年2月3日欧洲联盟委员会法律事务司司长致联合国法律顾问的信。

<sup>93</sup> 同上，2006年1月30日禁化武组织法律顾问致联合国法律顾问的信和2006年2月21日世卫组织法律顾问致联合国法律顾问的信。

61. 有人对关于国家对国际不法行为的责任的第16至第18条以及本草案中考虑到一个国际组织所进行的援助或协助、指挥和控制以及胁迫的类似规定提出某些一般性批评。<sup>94</sup>姑且不论这项批评有无道理，国家责任条款和现有草案中已经载列的条款需要连贯一致，这就表示：在目前阶段，示范条款措辞的修改程度应限于确定拟议的条款草案打算涵盖的那些情况所必需者。

62. 援助或协助，或指挥和控制以及胁迫一个国际组织的国家可能是也可能不是成员国。如果是成员国，这项行为就不能是单单按照该组织的有关规则参与该组织的决策进程。这种影响力可能构成援助或协助、指挥和控制，或者胁迫，而且必须被该国作为与该组织彼此独立的一个法律实体而加以利用。这并不是说，国家如果在国际组织一个机关之内行事，就不可能实施国际不法行为；也不是说，国家因为是以成员身份行事，所以就可以不必承担该组织的国际不法行为的责任。后一个问题将在本报告稍后的部分讨论。<sup>95</sup>

63. 就援助或协助，指挥和控制以及胁迫而言，鉴于没有理由将国家与国际组织之间的关系和国家之间的关系加以区分，即将起草的条款应该密切依循关于国家对国际不法行为的责任的第16至第18条。标题需要略为修改，以便有别于本草案第12至第14条已经采用的标题。<sup>96</sup>关于国家责任的第19条载有一项保障条款，<sup>97</sup>在本草案中不一定需要采用。建议采用下列案文：

**“第25条 一国援助或协助一国际组织  
实施国际不法行为**

“援助或协助一国际组织实施国际不法行为的国家应对其援助和协助行为负国际责任，如果：

<sup>94</sup> 以色列的发言（《大会正式记录，第六十届会议，第六委员会》，第16次会议，第55至第56段）。这项批评是针对是否合适“把援助或协助情形下的某国责任仅限于行为如果由该国实施即成为国际不法行为的情况”。

<sup>95</sup> 下文D节，第136页。

<sup>96</sup> 《2005年……年鉴》，第二卷（第二部分），第47页，第205段。

<sup>97</sup> 国家对国际不法行为的责任的第19条原文如下：“本章不妨碍实施有关行为的国家或任何其他国家根据这些条款的其他规定应该承担的国际责任”（《2001年……年鉴》，第二卷（第二部分），第31页）。



“(a) 提供援助或协助的国家在知道该国际不法行为的情况下这样做；而且

“(b) 该行为若由提供援助或协助的国家实施会构成国际不法行为。

**“第26条 一国指挥和控制—国际组织实施  
国际不法行为**

“指挥和控制—国际组织实施—国际不法行为的国家应对该行为负国际责任，如果：

“(a) 发出指示和进行控制的国家在知道该国际不法行为的情况下这样做；而且

“(b) 该行为若由发出指示和进行控制的国家实施会构成国际不法行为。

**“第27条 一国胁迫—国际组织**

“胁迫—国际组织实施—行为的国家应对该行为负国际责任，如果：

“(a) 在没有胁迫的情况下，该行为会是该国际组织的国际不法行为；而且

“(b) 进行胁迫的国家在知道该行为的情况下这样做。”

**C. 身为一国际组织成员的国家  
利用该组织的独立人格**

64. 现有草案第15条涉及一种情况，即一国际组织作出对其成员有约束力的决定，或建议或授权成员实施某一行为，而此种决定、建议或授权意味着该组织借此规避其某一国际义务。<sup>98</sup> 在这类情况中，该组织避免了直接采取行动。它表面上并未违背其任何义务，但却取得了与违背义务同样的效果，而且利用其成员的独立法律人格避免遵守义务。

<sup>98</sup> 《2005年……年鉴》，第二卷（第二部分），第47至第49页，第205段。

虽然第15条在第六委员会引起了各种各样的意见，<sup>99</sup> 但其中大多数（纵然不是全部）意见都不质疑这样一项基本的假定：一个国际组织可能因为要求成员实施的行为而须承担国际责任。

65. 爱尔兰代表团在第六委员会中指出，第15条并不包括以下这种情况，即成员国的行为如果是由国际组织委托作出，则并不引起国际责任。<sup>100</sup> 瑞士代表团补充说，“各国不应在国际组织行为的掩护下逃避责任”。<sup>101</sup> 虽然草案第四章不是从成员国责任的角度来考虑这个问题的适当地方，但实际上理所当然应在草案中设想反面情况，就是一国为了避免遵守其某项国际义务而要求一国际组织代其行事，可能因此而招致国际责任。在后一种情况下，利用另一实体的独立法律人格的实体是一个国家。

66. 如果被要求实施行为的实体能够实施该行为而且不违背其国际义务并因此合法，那么第15条审查的情况和目前考虑的相反情况就有了实际的重要性。一个例子是：一国身为一项禁止发展某些武器的条约的缔约方，却利用不受该条约约束的一个国际组织间接取得了对此类武器的控制权。

67. 一个成员国在一个国际组织的机关中负有某一任务的情况不能成为要求该国为该组织行为承担责任的正当理由：这等于否定了该组织具有独立的法律人格。如果这种义务也包括该国作为一个国际组织的成员可能作出的行为，在这种情况下该国如有任何责任，也是因其本身的行为违背了国际义

<sup>99</sup> 爱尔兰的发言（《大会正式记录，第六十届会议，第六委员会》，第11次会议，第33至第37段）、中国的发言（同上，第51段）、奥地利的发言（同上，第61至第62段）、法国的发言（同上，第79段）、日本的发言（同上，第12次会议，第7段）、荷兰的发言（同上，第15至第18段）、美国的发言（同上，第26至第28段）、葡萄牙的发言（同上，第35段）、白俄罗斯的发言（同上，第50段）、俄罗斯联邦的发言（同上，第68至第69段）、危地马拉的发言（同上，第105段）、匈牙利的发言（同上，第13次会议，第7段）、丹麦代表北欧国家芬兰、冰岛、挪威和瑞典（同上，第19段）、希腊的发言（同上，第26至第28段）、德国的发言（同上，第34段）、瑞士的发言（同上，第45段）、西班牙的发言（同上，第52段）、波兰的发言（同上，第59段）和印度的发言（同上，第18次会议，第60段）。欧洲共同体的观察员也对这个问题表示了意见（同上，第12次会议，第13至第14段）。

<sup>100</sup> 同上，第11次会议，第33段。

<sup>101</sup> 同上，第13次会议，第45段。



务而导致，不是因该组织的行为而产生。可以举一个例子，无核武器国家根据《不扩散核武器条约》规定，负有不获取核武器的义务。这种义务似乎包括禁止该条约的缔约国协助其所属的国际组织获取核武器。反过来说，如果认为条约规定的义务不包括缔约国作为一个组织的成员实施的行为，一国在该组织之内的行为本身不会引起国家的责任。只有确认条约的缔约国利用该组织取得了条约所禁止的结果时，才可以断定该国负有责任。

68. 虽然第15条中设想的情况和此处讨论的相反情况有一些相似之处，但在探讨国家对国际组织行为的国际责任的问题时，却难以重视第15条认为相关的那些因素。比如说一国有权作出对一个组织具有约束力的决定，或者甚至说通过一项建议影响该组织的行为，这虽然不是不可想像，却是不大可能的事。最可能出现而与目前观点也许有关的情况是，一国在其某些职能方面承担若干国际义务，后来却将这些职能转移给了一个国际组织。还是以不扩散核武器的例子来说，受《不扩散核武器条约》约束的国家，如果建立了一个获取或发展核武器的国际组织，那么可能被认为应负责任。

69. 欧洲人权法院在一些判决中考虑到下列问题：身为一国际组织成员的国家，如果将某些主权职能转移给该组织，是否应为违背《保护人权与基本自由公约》（《欧洲人权公约》）规定的义务的行为承担责任。在韦特和肯尼迪诉德国案中，该法院审查了下列问题：一国给予欧洲航天局对聘用方面的索赔的豁免权之举，是否不当损害了获得司法的权利。法院声称：

如果各国建立国际组织，以谋求或加强在某些活动领域的合作，而且将若干权能归于这些组织并给予豁免权，可能因此涉及基本权利的保护问题。然而，如果各缔约国借此免除自己依《公约》对此种归属所涵盖的活动领域的责任，则与《公约》的宗旨和目标不符。<sup>102</sup>

<sup>102</sup> 欧洲人权法院，《判决和裁决汇编》，1999-I，韦特和肯尼迪诉德国案，1999年2月18日的判决（欧洲委员会，斯特拉斯堡），第410页，第67段。类似的一段文字载于同日比尔和里根诉德国案的判决中，《European Human Rights Reports》，第33卷（London, Sweet & Maxwell, 2001），第78页，第57段。一段更简洁的文字载于同日马修斯诉联合王国案的判决中，《判决和裁决汇编》（见上文），第265页，第32段。案文引述的一段文字反映欧洲人权委员会在1990年2月

不过，该法院总结说，虽然因为相关组织被赋予豁免权而无法诉诸德国法院，但鉴于申诉人“还有其他法律程序可以利用”，申诉人依本公约“诉诸法院的权利实质上”并未受到损害。<sup>103</sup>

70. 在博斯普鲁斯航空旅游和贸易股份公司诉爱尔兰案中，欧洲人权法院采取了类似的态度，但把对等标准订得比较普遍。这项申诉涉及一国为履行因欧洲共同体一项条例而产生的义务所采取的措施。法院重申，它认为，一国不能通过将一些职能转移给一个国际组织，从而免除它根据《欧洲人权公约》所承担的义务，因为：

如果完全免除各缔约国在此种转移所涵盖的领域内依《公约》负有的责任，则与《公约》的宗旨和目标不符：《公约》规定的各项保障可能被人任意限制或排除，从而《公约》的强制性被剥夺，并其保障措施的实用性和有效性减损……法院认为，在《公约》生效之后，该国对条约的各项承诺继续负有《公约》下的责任。<sup>104</sup>

法院认为，对《公约》各缔约国的要求是：有关组织必须保障“各种基本权利，包括提供实质保证及其遵守情况的监督机制，而所用方式至少可被视为与《公约》规定的方式相等”。<sup>105</sup>如果在例如当前的情况之下，已经给予相等的保护，则该国不必承担责任。

71. 值得注意的是，欧洲共同体委员会在欧洲人权法院采取了同样的观点，它在就胜利航运有限责任公司诉欧洲联盟十五个成员国案提出的书面意见中说：

《公约》各签署国原则上不得将权力转移给独立的国际组织，借以规避其义务；虽然这也许是事实，但不得据此认为可以要求各签署国对这些组织在个别情况下采取的行动承担责任。为了遵守《公约》规定的义

9日M.& Co.诉德意志联邦共和国案的裁决中所表示的观点，《裁决和报告》，第64卷，第145页。

<sup>103</sup> 《判决和裁决汇编》（见上文脚注102），第412页，第73段。

<sup>104</sup> 欧洲人权法院，2005年6月30日的判决，《判决和裁决汇编》，2005-VI（欧洲委员会，斯特拉斯堡），第157至第158页，第154段。

<sup>105</sup> 同上，第158页，第155段。

务，签署国只要在该组织之内对基本权利提供同等程度的保障就够了。<sup>106</sup>

72. 有很多文献主张：成员国如果“滥用另独立的人格，借以实施违法行为，或借以规避其法定义务”，则应承担责任的。<sup>107</sup> 正如一位作者所说，“应该防止各国施用诡计，把某项活动交给国际组织去进行，意图借此避免承担它们如果个别进行这种活动则必须承担的后果”。<sup>108</sup> 重点放在下列情况：国家建立一个国际组织并把一些职能委托该组织履行，在履行这些职能方面，各国须受国际法规定的义务约束，而该组织则不需受其约束。<sup>109</sup> 既然把职能转移给一个国际组织借以避免履行国际义务的情况与前面几段提到的做法例子的情况相同，似乎最好是起草一项条款草案来处理这种情况。这个备选办法并不排除依此类推以相似方式处理其他情况的可能性。

73. 条款草案第15条使用动词“避免承担”来描述下列情况：如果一国际组织通过“一项具有约束力的决定，使一成员国或成员国际组织实施若由前一组织自己实施即会构成国际不法行为”的行为，使前一组织避免承担国际义务，则该前一国际组织负有责任。<sup>110</sup> “避免承担”一词在第六委员会中受到

一些批评，<sup>111</sup> 主要是因为这个用语似乎不明确，虽然评注企图解释它，并特别指出不一定要有“规避义务的具体意图”。<sup>112</sup> 鉴于这项批评，现有草案中最好采用不同的措辞。用语的更改并不引起与第15条前后连贯的问题，因为正如上面所指出，根据该条规定国际组织负有责任的情况与此处讨论的条款草案相关的情况有所不同。

74. 虽然基于上文第57段所说明的理由，国际组织成员的责任可能涉及国家以外的其他实体，但此处提议的草案只提到国家。惯例和文献指出一个条件，即：涉及避免承担国际义务的行为应实际发生。尽管如上面所指出，这种情况的实际意义取决于国际组织不受该义务的约束这一事实，但这当然不是一个必要条件，而且也许最好按照条款草案第15条第3款的做法那样，尽可能作出说明。建议的标题试图仿照这一章前述各条款草案标题的形式。因此提议采用下列案文：

**“第28条 作为一国际组织成员的国家利用  
该组织的独立人格**

“1. 作为一国际组织成员的国家负有国际责任，如果：

“(a) 该国为避免履行与某些职能有关的国际义务而将这些职能转移给该组织；而且

“(b) 该组织实施了一项行为，而此项行为若由该国实施即意味着其未履行该项义务。

“2. 不论上述行为是否构成该国际组织的国际不法行为，第1款均适用。”

或建议一成员“实施若由该组织自己实施即会构成国际不法行为的行为”。

<sup>111</sup> 见欧洲联盟委员会观察员的发言（《大会正式记录，第六十届会议，第六委员会》，第12次会议，第13至第14段）、荷兰的发言（同上，第15至第18段）、美国的发言（同上，第26至第28段）、危地马拉的发言（同上，第105段）、匈牙利的发言（同上，第13次会议，第7段）和希腊的发言（同上，第26至第28段）。

<sup>112</sup> 《2005年……年鉴》，第二卷（第二部分），第55页，第206段，第15条评注第(4)段。

<sup>106</sup> 2001年3月1日的意见(JURM(2000)4030)，第25段。该法院在该案的判决中未曾处理这个问题。

<sup>107</sup> Hirsch, 前引书, 第195页。

<sup>108</sup> Zemanek, “The legal consequences for member States of the nonfulfilment by international organizations of their obligations toward third parties: réponses et observations des membres de la Commission”, 第329页。

<sup>109</sup> Münch, *Das völkerrechtliche Delikt in der modernen Entwicklung der völkerrechtsgemeinschaft*, 第269页, 作者把国际组织成员国的责任与它们利用该组织的独立法律人格以规避其义务的情况联系起来。Seidl-Hohenveldern, *Corporations in and under International Law*, 第121页, 作者坚称: “一国不能委托另一个法人履行其国际义务借以逃避其依国际法承担的责任, 同样, 一个普通的国际企业的伙伴国家在国际法上对该企业的行为应承担连带责任。”下列著作对成员国与国际组织的关系也表达了类似的看法: Di Blase, “Sulla responsabilità internazionale per attività dell’ONU”, 第271至第276页; Sands and Klein, 前引书, 第524页; 和 Sarooshi, 前引书, 第64页。在研讨了欧洲人权法院在上文韦特和肯尼迪诉德国案(第69段)中的判词之后, Brownlie, “The responsibility of States for the acts of international organizations”, 第361页, 作者指出: “虽然背景是人权, 但所援引的似乎却是普遍适用的原则。”

<sup>110</sup> 《2005年……年鉴》，第二卷（第二部分），第47至第49页，第205段。这项案文提及第1款；第2款中也使用了同一动词，其中考虑了下列情况：一国际组织授权一成员

#### D. 国际组织应负责任情况下该组织成员的责任问题

75. 有两件事突出了下列问题：身为一国际组织成员的国家是否因为其所属的组织实施一项国际不法行为而应承担责任。这两件事导致国内法院作出若干项判决，其中有一件事还导致几项仲裁裁决。虽然在这两个案件之中，重点都不在于成员国根据国际法是否应负责任，但有若干评论却是针对这个问题而发；而且，这些裁决中所提出的某些一般性考虑似乎也与国际责任的问题有关。

76. 第一个案件的起因是韦斯特兰直升机有限公司针对阿拉伯工业化组织及该组织的四个成员国（埃及、卡塔尔、沙特阿拉伯和阿拉伯联合酋长国）提起仲裁请求。这项请求是根据该公司与阿拉伯工业化组织签订的合同中的一项仲裁条款提出的。仲裁法庭在临时裁决中审查了其本身的管辖权问题和这四个成员国对该组织的行为的责任问题。这份裁决试图提出理由证明成员国的责任，因此值得长篇引述。仲裁法庭在这方面的主要论点如下：

有一个普遍的理论，起源于罗马法（“法人之债权，不是其各个成员之债权；法人之债务，也非其成员之债务”：《罗马法汇编》第3卷第4篇第7条第1款），排除一个法人以及组成该法人的个体的累积责任，因为后者不是该法人的任何一种法律关系的当事方。这个观念，可以视为“严格”，但却不能适用于本案……一个组织被指定为“法人”，而且有独立存在的特性，这些不能作为任何理由据以断定组成该组织的个体不应该受该组织承担的义务的约束。<sup>113</sup>

因为这四个国家不能正式排除它们的责任，所以与阿拉伯工业化组织订约的第三方就可以合乎逻辑地期望它们负责。这个规则是从法律的一般原则和善意中引申出来的。<sup>114</sup>

这四个国家，在成立阿拉伯工业化组织时，并未完全打算躲在该组织的背后，而是打算作为“负责任的成员”参加阿拉伯工业化组织。<sup>115</sup>

人们必须承认，在本案的情况下，阿拉伯工业化组织实际上与该四国合而为一。在成立阿拉伯工业化组织的同时，该《条约》设立了高级委员会（“联合国部长级高级委员会”），由四国的主管部长组成，不但负责核定《基本章程》，还负责设立一个临时的理事会，并且还负责指导阿拉伯工业化组织的一般政策，而《基本章程》第23条形容这个委员会是“居于首要地位的权力机构”。不可能有其他办法更清楚证明这些国家与阿拉伯工业化组织实为一体，尤其是因为《章程》第56条明确规定，委员会内部如果意见不一，应提交这些国家的国王、亲王和总统处理。<sup>116</sup>

仲裁法庭提到阿拉伯工业化组织与该公司签订协定的情况，并指出各成员国“不可能不知道本身行动所涉的问题”，<sup>117</sup>然后断定：

如果这四个国家应受阿拉伯工业化组织订约承担的义务的约束，该四国同样应受阿拉伯工业化组织所签订的仲裁条款的约束，因为实体法规定的义务不能与程序法方面存在的义务分开。<sup>118</sup>

法庭约略参考了国际法，提出一些“衡平法的考虑”：

衡平法与国际法的原则一样，允许揭开公司的面纱，以保护第三方，使其免于因滥用而遭受损害（国际法院，1970年2月5日，巴塞罗那电车公司案）。<sup>119</sup>

77. 日内瓦的法院应埃及的请求，仅仅针对埃及一国撤销了这项仲裁裁决。<sup>120</sup>该法院认为仲裁法庭没有管辖权，因而不同意下列结论：

仲裁法庭认定，阿拉伯工业化组织在某种意义上是一个普通的合伙关系（合股公司），该四国并不打算躲在其背后，而是同意作为“承担责任的成员”（责任成员）参加该组织。不明白仲裁法庭有什么法律根据，既承认阿拉伯工业化组织是国际法下的一个法律实体，

<sup>113</sup> 韦斯特兰直升机有限公司诉阿拉伯工业化组织案，1984年3月5日的临时裁决，引自《国际法报告》，第80卷（1989年），第612页，公布的英文译文。

<sup>114</sup> 同上，第613页。

<sup>115</sup> 同上，第614页。

<sup>116</sup> 同上，第614至第615页。

<sup>117</sup> 同上，第615页。

<sup>118</sup> 同上。

<sup>119</sup> 同上，第616页。

<sup>120</sup> 同上，1987年10月23日的判决，第622页。



又把它归入私法规定下的、被国家立法承认并应受这些立法规则支配的一个公司。<sup>121</sup>

韦斯特兰直升机有限公司不服这项判决，向瑞士联邦最高法院提出上诉，但未成功。最高法院确认该仲裁条款对埃及没有约束力，并且说：

各[成员]国发挥主导作用，而且阿拉伯工业化组织的最高权力机构是各国部长组成的一个高级委员会，但是，这既不能减损该组织的独立性和人格，也不能据以断定：当阿拉伯工业化组织的各机关与第三方打交道时，理所当然对各创始国具有约束力。

……阿拉伯工业化组织的地位是根据国际公法而来，但这丝毫没有减少它相对于创始国的独立性。<sup>122</sup>

78. 一个新的仲裁小组审理了阿拉伯工业化组织和对临时裁决未曾表示不服的三个成员国的责任问题。法庭认为：

只能根据构成联合组织的行为，并按照创始国的行为加以解释，来评断这些国家在个别情况下的责任。<sup>123</sup>

法庭认定各成员国并未打算排除它们的责任，而且本案的特殊情况致使“与该组织订约的第三方相信，该组织因为有成员国经常支持，所以能够履行其承诺”。<sup>124</sup>但是，作出的最后裁决似乎只是针对阿拉伯工业化组织。<sup>125</sup>

79. 第二件引起人们深入讨论成员国责任的事件的起因是国际锡业理事会未履行若干合同规定的义务。在英国高等法院受理的案件之一中，原告将

联合王国贸易与工业部、22个外国国家和欧洲经济共同体（欧共体）告上法庭。<sup>126</sup>斯托顿法官在参考了上文的临时仲裁裁决和欧共体一项条例之后说：

因此，有资料可以据此断定：在某些国家的国内法和国际公法中，社团是一个法人与社团债务应由其成员对债权人承担，这两者并不矛盾。<sup>127</sup>

但是，他又说：

实际上，我并未断定：在国际法上，一个社团具有法律人格与其成员应该为该社团的义务对第三方承担责任，这两者是不是互相矛盾。<sup>128</sup>

他倒是断定，根据英国法律，成员不负责任。论点之一如下：

在我看来，议会的观点……是，在国际法上，法律人格必然意味着一个组织的成员对该组织的义务不负责任。<sup>129</sup>

在高等法院受理的一个类似案件中，米利特法官采取同样的态度，认为如果成员国“应受批评，那不是因为它们没有向债权人直接偿债，而是因为让国际锡业理事会拥有资金来偿付它们容许该机构承担的债务。”<sup>130</sup>

80. 高等法院所作的这两项判决都被人提起上诉，两项上诉业经合并裁决。上诉法院中，克尔勋爵的观点属于多数派意见。他指出，本案引起的法律问题需要“在国际法方面并在国际法与[英国]国内法之间的关系方面进行分析”。<sup>131</sup>在前一方面，他说：

<sup>121</sup> 同上，第 643 页。

<sup>122</sup> 同上，1988 年 7 月 19 日的判决，第 658 页。日内瓦法院和瑞士联邦法院原始的法文本判决分别载于 *Revue de l'arbitrage*，第 3 号（1989 年 7 月至 9 月），第 515 和第 525 页。

<sup>123</sup> 1991 年 7 月 21 日的裁决第 56 段，引述于 Higgins, “The legal consequences for member states of the non-fulfilment by international organizations of their obligations toward third parties: provisional report”, 第 393 页。

<sup>124</sup> 同上，第 393 至第 394 页。

<sup>125</sup> 最后裁决是在 1993 年 6 月 28 日作出，全文未经公布。1994 年 8 月 3 日英格兰高等法院对韦斯特兰直升机有限公司诉阿拉伯工业化组织案的判决中提到这项裁决，见《国际法报告》，第 108 卷（1998 年），第 567 页。

<sup>126</sup> 雷纳有限公司诉贸易与工业部等人案（1987 年 6 月 24 日），《国际法报告》，第 77 卷（1988 年），第 55 页。

<sup>127</sup> 同上，第 76 页。

<sup>128</sup> 同上，第 77 页。类似的字句出现在第 79 至第 80 页。

<sup>129</sup> 同上，第 88 页。

<sup>130</sup> 麦克莱恩·沃森有限公司诉贸易与工业部等人案，1987 年 7 月 29 日的判决，《国际法报告》，第 80 卷（1989 年），第 47 页。

<sup>131</sup> 同上，以及雷纳有限公司诉贸易与工业部等人案及相关上诉案，1988 年 4 月 27 日的判决，同上，第 57 页。



我们参阅了相当少的国际法学家的著作，因为我们听说并没有其他的法学家可供参考。他们大多数人的意见似乎是赞成在国际法上把国际组织当作“混合的”实体，而不是公司机构。但是他们的观点，无论多么高深，都是以个人的意见为基础；在许多情况下，表达这些观点时，都带有几分可以理解的犹疑。迄今为止，对国际组织的这些方面，显然还没有法理的定论。

……没有任何把握可以从其他方面推断出国际法上的立场。<sup>132</sup>

克尔勋爵认为：

情况很可能是，如果一个国际社团不履行它对一个国家或国际社团或另一个国际组织的义务，那么，由社团成员承担次要责任的制度可以作为国际法的事项来实施。但是无论如何不能据此认为，在国内法制度的框架内可以假定有任何关于成员接受义务的类似规定。<sup>133</sup>

但是，克尔勋爵的结论并非完全依据国内法。他还表示：

总之，我找不到任何根据可以断定：迄今已经显示，国际法有任何规则对国际锡业理事会的成员国有约束力，据此可以在任何国家法院要求它们就国际锡业理事会以本身名义签订的合同所引起的国际锡业理事会的债务承担责任——更不用说承担连带责任。<sup>134</sup>

81. 拉尔夫·吉布森勋爵表示赞同。他指出：

如果合同是由该组织以其独立法律人格签订，那么，在我看来，国际法不会只因为成员的成员身份便把这种责任强加于成员，除非按照对组成文件的适当解释，引据明文或暗示的规定，成员已经负有直接的次要责任。<sup>135</sup>

他还说：

毫无迹象显示有任何国家惯例表明，如果没有除外条款，即承认或同意任何国家负有直接责任。<sup>136</sup>

同样，持反对意见的法官诺斯勋爵虽然采取反面的假设，但对成员国所采立场却给予明确的重视。他说：

法学家和韦斯特兰案法庭的观点本质上就认为，一个国际组织的创始国可以按照本身章程的条款，规定排除或限制、或者毫无疑问包括它们对该组织各种义务的责任；此外，还认为这样的规定将决定国际法上的这个问题。因此，创始国的意愿是至高无上的……而且，我们必须注意到谢哈塔与韦斯特兰案法庭一样，很重视在何种程度上向与国际锡业理事会打交道的第三方表明这些国家的意愿。<sup>137</sup>

诺斯勋爵认为，“《第六个国际锡协定》缔约国的意愿是，国际锡业理事会的成员应当对该组织的义务负责”<sup>138</sup>，他说：

国际锡业理事会具有国际法上的独立人格，不过，其锡矿及在英国的贷款合同所承担的债务，如果不能由国际锡业理事会自行偿付，其成员应对全部或剩余部分债务共同连带地、直接且毫无限制地承担责任。<sup>139</sup>

82. 上诉法院多数派意见中所作出的结论得到上议院一致维持。坦普尔曼勋爵否定成员国的责任可“从法律的一般原则引申出来”的说法，指出：“并未提出任何法律依据足以支持这项所谓的一般原则。”<sup>140</sup> 所谓国际法规则强制规定“一个国际组织如不偿付其债务，其成员国应共同连带地承担此种债务的责任，除非建立该国际组织的条约明确否认成员应负任何责任”，在这方面，坦普尔曼勋爵认为：“并未提出任何可信的证据证明在1982年签订《第六

<sup>132</sup> 同上，第108页。

<sup>133</sup> 同上，第109页。

<sup>134</sup> 同上。

<sup>135</sup> 同上，第172页。

<sup>136</sup> 同上，第174页。

<sup>137</sup> 同上，第141页。

<sup>138</sup> 同上，第145页。

<sup>139</sup> 同上，第147页。

<sup>140</sup> 1989年10月26日判决，澳大利亚和新西兰银行集团有限公司等诉澳大利亚等人案，1989年10月26日的判决，《国际法律资料》，第二十九卷，第3号（1990年5月），第674页。

个国际锡协定》之时或前后确有这样一项国际法规则存在。”<sup>141</sup> 该名法官提出另外一个论据，认为：

如果存在一项国际法规则，在条约中暗示或强制规定缔结条约的主权国家（如果条约中未明确免除责任）有义务偿付该条约所建立的国际组织的债务，那么此项国际法规则只能按照国际法实施。<sup>142</sup>

同样，埃尔默顿的奥利弗勋爵也不相信国际法有一项规则规定国际组织的成员应负责任，不论是“主要的或次要的”责任。他说：

国际法的一项规则，必须已经确定并为全体文明国家所普遍接受（不论是否被纳入国内法），才成为规则；主张有这项规则的人必须加以证明，必要时应在国际法院加以证明。一个国内法庭当然不应该为了国内法的目的，并且根据毫不确定的资料，实质上生造出一项规则来。<sup>143</sup>

83. 1989年有一架加拿大直升机在为埃及和以色列成立的多国部队和观察员组织在西奈半岛执勤时坠毁，造成伤害；加拿大政府在处理与此有关的索赔时，附带谈到成员国的责任问题。1999年11月4日和9日加拿大与多国部队和观察员组织的换文中载有下列一段：

加拿大政府同意3 650 000美元的支付构成全部的最终赔偿，一旦支付，应立即认为加拿大政府无条件解除和免去了多国部队和观察员组织、并由此免除了以色列国和阿拉伯埃及共和国该组织对这些索赔可能负有的任何和一切责任或义务。<sup>144</sup>

<sup>141</sup> 同上，第 675 页。

<sup>142</sup> 同上。

<sup>143</sup> 同上，第 706 页。几个月后，检察长达尔蒙在欧洲共同体法院受理的麦克莱恩·沃森有限公司诉欧洲共同体理事会和委员会案，即 C-241/87 号案中，也提出成员国不能因为参与了组织的“内部决策过程”就必须承担责任，《法院和初审法院案例汇编》(1990-5)，第 I-1822 页，第 144 段。该案在法院宣判之前达成和解。

<sup>144</sup> 1990年5月3日多国部队和观察员组织总干事与美国驻意大利大使之间有关一架飞机坠毁引起的索赔要求的换文也采用了类似的措辞。详情见《2004年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/545号文件，I.3节，第49页，和附件，第53页。

在该段中可找到对一看法的支持，即本可以向这两个成员国提出索赔。

84. 一些国家就委员会目前这项研究对成员国的责任问题表示了一些意见。在这方面，德国在其书面评论中回顾该国曾经：

在欧洲人权委员会（M. & Co. 案）、欧洲人权法院（胜利航运公司案）及国际法院（使用武力的合法性案）中，……一直主张分别责任原则，拒绝因自己的成员身份而为欧洲共同体、北约及联合国所采取的措施负责。<sup>145</sup>

85. 委员会在其第五十七届会议的有关报告中，曾经就“一国还应该在哪些情况下为它所加入的国际组织的国际不法行为负责”这个问题征求意见。<sup>146</sup> 在第六委员会中，针对这一点表达的意见寥寥无几。有两项发言表示，本条款草案不该处理这个问题，<sup>147</sup> 其他的发言则表达了一种不同的意见<sup>148</sup> 并提出各种不同的解决办法。中国代表团指出，国际组织的决策和行为一般受成员国控制或有赖于成员国的支持，因此，在有关决策中投赞成票或实施有关的决定、建议或授权的成员国应承担相应的国际责任。<sup>149</sup> 其他代表团认为，原则上成员国没有责任，但主张在“某些例外情况”<sup>150</sup> 下，如果“忽略对组织的监督”，<sup>151</sup> 或“特别是对资源有限并且成员国较少的国际组织而言，每个成员国对这类组织各项活动的控制程度都很高”，<sup>152</sup> 则成员国可能应负责任。另一个代表团指出有“各方面因素”可能有关。<sup>153</sup>

86. 根据国际刑警组织的观点，如果“一组织的组成文书或另一项规则规定该组织成员对该组织的行为或债务负有衍生责任或次要的责任”，就

<sup>145</sup> 《2005年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/556号文件，O.3节，第69页。

<sup>146</sup> 同上，第二卷（第二部分），第17页，第26段(b)项。

<sup>147</sup> 摩洛哥的发言（《大会正式记录，第六十届会议，第六委员会》，第11次会议，第43段）和阿根廷的发言（第12次会议，第80段）。

<sup>148</sup> 塞拉利昂的发言（同上，第17次会议，第11段）强调这个问题的“极其重要性”。

<sup>149</sup> 同上，第11次会议，第53段。

<sup>150</sup> 意大利的发言，同上，第12次会议，第3段。

<sup>151</sup> 奥地利的发言，同上，第11次会议，第65段。

<sup>152</sup> 白俄罗斯的发言，同上，第12次会议，第52段。

<sup>153</sup> 西班牙的发言，同上，第13次会议，第53段。

会出现某种“特别法的情况，其中国际组织的规则具体规定了一国对所属国际组织国际不法行为的责任”。<sup>154</sup>但是，成员国根据组织规则负有责任，并不意味着这些国家对第三国负有责任，除非国际法规定它们的责任与该国有关系。因此，与国际刑警组织表达的意见相反，不能根据组成文书假定在欧洲共同体违背条约义务的情况下，欧洲共同体的成员国就负有责任。《建立欧洲共同体条约》第300条第7款无意建立成员国对非成员国的义务。<sup>155</sup>正如德国的书面评论所指出，“该条款仅提供了根据共同体法律应对欧洲共同体承担的义务的根据，第三方并不可据此而对欧洲共同体成员国提出直接的权利要求”。<sup>156</sup>基于类似的理由，不能认为部队地位协定中可能载列的关于国际组织的部队派遣国与该组织之间责任分配的规定在国际法下本身与第三国有关。<sup>157</sup>

87. 如果一项条约规定了成员国的责任，<sup>158</sup>或限制了此种责任，或将这种责任排除，<sup>159</sup>基于条约的这项规定与一个潜在的求偿国有关之假设，便可以订立一条国际法的特别规则。<sup>160</sup>鉴于此种条款的种类很多，很难根据这种条约实践建立一个论点并以某种办法作出论断，来解决成员国的责任问题。

<sup>154</sup> 2006年1月31日的信函（见上文脚注51）。

<sup>155</sup> 第300条第7款内容如下：“依本条所载条件缔结的协定对共同体各机构和成员国应有约束力。”欧洲法院指出，这项规定并不意味着成员国在与非成员国的关系方面受约束并因此在国际法之下可能承担责任。见法国诉委员会案，C-327/91号案，1994年8月9日的判决，《法院案例汇编》（1994-8），第I-3674页，第25段。

<sup>156</sup> 《2005年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/556号文件，O.1节(a)项(三)目，第60页。

<sup>157</sup> 对有关北约和欧洲联盟部队地位的各项协定的分析，见Schmalenbach，前引书，第556至第564页和第573至第575页。另见《2005年……年鉴》（上文脚注156），O.2节(c)项(二)目，第67至第68页。联合国与东道国之间部队地位协定范本(A/45/594，附件)并未载列关于责任的规定。

<sup>158</sup> 例如，根据《外空物体所造成损害之国际责任公约》第二十二条第三款(b)项：“唯有在该组织于六个月期间内未给付经协议或决定作为此种损害之赔偿之应付数额时，求偿国始得援引为本公约缔约国之会员国所负给付该数额之责任。”Galicki，“Liability of international organizations for space activities”，第207页，作者指责组织成员的责任实际上只是为了该《公约》的缔约国而规定。

<sup>159</sup> 例如，可以引述《2001年国际可协定》第24条：“一成员对理事会以及对其他成员的责任只限于本协定具体规定的其缴款义务的范围之内。与理事会交涉的第三方应被视为注意到本协定关于理事会权力和成员义务的条款……”

<sup>160</sup> 这将需要第三国的接受或至少默认。

88. 当一个组织实施了一项国际不法行为，身为该组织成员的国家究竟有无责任，对于这个问题，法律文献的意见存在分歧。有些作者认为成员国应负责任，因为他们不认为该组织具有自己的法律人格，或者他们认为该组织的法律人格只能对承认此种法律人格的非成员国具有法律效力。<sup>161</sup>这些观点与本草案第2条所作的假设抵触，该条假设组织具有“自己的国际法律人格”。<sup>162</sup>其他作者，根据不同的前提坚称，如果该组织没有履行它就国际不法行为作出赔偿的义务，则成员国应负责任。<sup>163</sup>他们的意见受到其他几个作者的反对，这些其他作者认为，鉴于该组织具有独立的法律人格，成员国不承担任何从属责任。<sup>164</sup>不过，其中有些作者同意，在特殊情况下，成员国仍可能要负责任。<sup>165</sup>

<sup>161</sup> 关于这个观点，见Münch，前引书，第267至268页；Seidl-Hohenveldern，“Die völkerrechtliche Haftung für Handlungen internationaler Organisationen im Verhältnis zu Nichtmitgliedstaaten”，第502至第505页；以及Stein，“Kosovo and the international community—the attribution of possible internationally wrongful acts: responsibility of NATO or of its member States”，第192页。

<sup>162</sup> 《2005年……年鉴》，第二卷（第二部分），第47页，第205段。

<sup>163</sup> 见Adam，《Les organismes internationaux spécialisés: contribution à la théorie générale des établissements publics internationaux》，第130页；Ginther，《Die völkerrechtliche Verantwortlichkeit internationaler Organisationen gegenüber Drittstaaten》，第177至第179页和第184页；Hoffmann，“Der Durchgriff auf die Mitgliedstaaten internationaler Organisationen für deren Schulden”，第586页；Pitschas，《Die völkerrechtliche Verantwortlichkeit der Europäischen Gemeinschaft und ihrer Mitgliedstaaten》，第92至第96页；Sadurska and Chinkin，“The collapse of the International Tin Council: a case of State responsibility?”，第887至第890页；Schermers，“Liability of international organizations”，第9页；以及Wenckstern，“Die Haftung der Mitgliedstaaten für internationale Organisationen”，第108至第109页。Brownlie，《Principles of Public International Law》，第655页，作者认为，“如果是比较专门性而成员数量少的组织，也许需要援引成员国的集体责任”。

<sup>164</sup> 见Hartwig，《Die Haftung der Mitgliedstaaten für internationale Organisationen》，第290至第296页；Klein，前引书，第509至第510页；Pellet，“L'imputabilité d'éventuels actes illicites: responsabilité de l'OTAN ou des États membres”，第198和第201页；Pernice，“Die Haftung internationaler Organisationen und ihrer Mitglieder”，第419至第420页；以及Ritter，“La protection diplomatique à l'égard d'une organisation internationale”，第444至第445页。上文脚注160中提到的几个作者也认为，组织的法律人格可以对抗非成员国时，成员国不负责任。

<sup>165</sup> 几个作者认为，如果成员国同意它们可以为该组织的国际不法行为承担责任，则应容许例外。在一份具有影响力的文件——Shihata，“Role of law in economic development: the legal problems of international public ventures”，第125页——中，作者认为对国际公司来说，“所有有关规定和情况都必须经过研究，以确定在这方面各方的意向为何并且在何种程度



89. 后一种意见也体现于国际法学会1995年在里斯本通过的一项决议，内容是关于国际组织不履行对第三方的义务时成员国所承担的法律后果。该决议第6条(a)项规定：

除第5条中明确规定的情况外，国际法没有任何一般规则规定成员国仅仅因其身为成员，即应对其所承担的国际组织的义务承担共同或从属的责任。<sup>166</sup>

第5条内容如下：

“(a) 国际组织的成员对该组织各项义务的责任问题参照该组织的规则确定。

“(b) 在特别情况下，按照有关的国际法一般法律原则，例如默认或滥用权利，国际组织的成员可能需对该组织的各项义务承担责任。

“(c) 此外，在下列情况下，一个成员国可能需对第三方承担责任：

“(一) 该国已经作出承诺，或

“(二) 如果该国际组织在法律上或事实上是作为该国的代理人行事。”<sup>167</sup>

上曾经向与该企业交往的第三方表明这种意向”。至于国际组织的成员，Seidl-Hohenveldern, “Liability of member States for acts or omissions of an international organization”, 第739页，作者认为同样应该“考虑到所有有关规定和情况”。Klein, 前引书，第509至第510页，作者认为成员国的行为或许暗示它们为该组织引起的义务提供保证。Herdegen, “The insolvency of international organizations and the legal position of creditors: some observations in the light of the International Tin Council crisis”, 第141页，作者认为，“除非成员国明确有意分享该组织的权利以及分担其义务，否则单单成员身份不能作为一种适当的根据，以扩大索赔要求和责任的范围。”Amerasinghe, “Liability to third parties of member States of international organizations: practice, principle and judicial precedent”, 第280页，作者认为，根据“政策性理由”，“如有证据证明成员（全部或部分）或该组织在成员的同意之下，使债权人有权认为其成员（全部或部分）同意接受共同或次要的责任，即使在组成文书中并无此种明示或默示的意愿，无责任之推定也将被推翻”。根据Hartwig, 前引书，第299至第300页，和Hirsch, 前引书，第165页，受害一方有权要求各成员履行其向有关组织提供资金的义务。

<sup>166</sup> Institute of International Law, *Yearbook*, 第66卷，第二部分（1996年，里斯本会议），第449页。

<sup>167</sup> 同上。

90. 国际法学会的决议中采取的一般态度似乎符合上面对实践的分析所提供的要点。除了有关韦斯特兰直升机有限公司案的临时仲裁裁决（见上文第76段）和国际锡业理事会案中诺斯勋爵在上诉法院提出的少数派意见（见上文第81段）之外，上文考虑到的各项裁决都依循一种意见，认为没有任何根据可以推定成员国负有责任（见上文第77至第82段）。绝大多数国家都认同这个观点：包括上文第76至第82段考虑到的两个案件中被诉的所有国家（超过25个）和就本研究而对这个问题提出评论的大多数国家（见上文第84至第85段）。

91. 在一种情况下，国家被认为对其所属的组织实施的国际不法行为例外地负有责任，就是这些国家接受责任。接受责任一般只意味着在该组织不履行对某一非成员国的义务时承担从属责任。例如，拉尔夫·吉布森勋爵在对国际锡业理事会案的意见中就提到在“组成文件”中接受责任。<sup>168</sup> 接受也可以在组成文件以外的其他文书中表示。但是，在审议《建立欧洲共同体条约》第300条第7款时已经指出（见上文第86段），只有当成员国接受责任的行为在其与受损害的非成员国之间的关系中产生法律效力时，成员国才在国际法下负有责任。这种情况最可能根据条约中赋予第三国权利的规定而产生。<sup>169</sup> 受损害国家不能只以组成文书为根据来支持其索赔要求，因为在成员国与非成员国的关系上，组成文书对成员国并无约束力。

92. 虽然接受责任的情况似乎直截了当，但是有另一种情况也需要类似的解决办法。这种情况是，成员国以本身的行为促使非成员国在与该组织交往中信赖该组织成员国会承担从属责任。在实践中设想到的某些情况<sup>170</sup> 可以用一个提到信赖成员国的从属责任的例外规定来概括。韦斯特兰直升机有限公司案中根据案情所作的仲裁裁决有一句切中要害的话。

<sup>168</sup> 见上文第81段。同一段还引述了诺斯勋爵意见中的一段话，其中也提到有关国际组织的“章程”。

<sup>169</sup> 这样，《维也纳条约法公约》第三十六条所载的条件就可以适用。

<sup>170</sup> 见上文第76段、第83段和第85段。上文第82段引述的国际法学会的决议中提到的一些例外情况关系到同类情况，而“国际组织在法律上或事实上是作为该国的代理人行事”（第5条(c)项(二)目）的情况则似乎引起了行为归属的问题。



该法庭提到“与该组织订约的第三方相信，该组织因为有成员国经常支持，所以能够履行其承诺”。<sup>171</sup>谈到确定非成员国是否有理由信赖成员国的责任，可能有几个相关的因素。这些因素中，正如白俄罗斯在评论中所说的，“成员较少”<sup>172</sup>可以是一个。但是，不能认为有一个或几个这样的因素存在本身就意味着成员国负有责任。

93. 以上几段提到的两个例外情况并不一定与身为国际组织成员的所有国家都有关系。例如，如果单单某些成员国表示接受从属责任，那么可以认为只有这些国家负有责任。另一方面，如果该组织的责任是因为其某一机关所作决定而产生，那么即便有关决定只经某些成员国投票后作出，也并不意味着只有这些国家负有责任。<sup>173</sup>投赞成票的国家与其他国家之间的区分并不总是有理由的。这也将反映一种政策性理由，因为重视这种区别可能会对许多组织的决策程序产生不利的影响，因为这种引起责任的风险会妨碍达成共识。

94. 此处建议的解决办法得到其他许多政策性理由的支持。首先，如果认为成员国普遍负有责任，纵然是从属的责任，国际组织与非成员国之间的关系也会受到不利的影响，因为它们会觉得难以独立自主行事。而且，已经有人指出，“如果成员知道它们对国际组织的行为所造成的合同损害或侵权伤害可能负有责任，它们必定会干涉国际组织几乎所有

的决策”。<sup>174</sup>建议的这两个例外情况也是基于政策性的理由，因为它们把成员国的责任与成员国的行为联系起来。一旦成员国接受责任或致使非成员国信赖它们的责任，则成员国应该面对自己行为的后果，这似乎是公道的。

95. 基于上文第57段说明的理由，建议的条款草案将只考虑作为国际组织成员的国家。但是，正如原子能机构所指出的：

初步看来，在处理上，作为国际组织一员的成员国的任何潜在责任应当类似于作为另一国际组织一员的国际组织的潜在责任。<sup>175</sup>

96. 上面这些话使人得出结论：只有在例外的情况下，身为国际组织成员的国家才可能对该组织的国际不法行为承担责任。这一点可以在类似下列的案文中表现出来：

“第29条 作为一国际组织成员的国家对该组织的国际不法行为的责任

“除本章以上各条规定的情况外，作为一国际组织成员的国家对该组织的国际不法行为不负责任，除非：

“(a) 该国已同意对受损害的第三方可以承担责任；或

“(b) 该国已使受损害的第三方信赖其将承担责任。”

<sup>171</sup> 上文第78段引述了这段话。

<sup>172</sup> 《大会正式记录，第六十届会议，第六委员会》，第12次会议，第52段。

<sup>173</sup> 强调投票赞成有关决定的情况的重要性的内容见中国的发言（同上，第11次会议，第53段）和白俄罗斯的发言（同上，第12次会议，第51段）。

<sup>174</sup> Higgins, 前引文, 第419页。

<sup>175</sup> 《2004年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/545号文件，B.1节(b)段，第34页。

# 国际组织的责任

[议程项目4]

A/CN.4/568 和 Add.1 号文件

从国际组织收到的评论和意见

[原文: 英文]

[2006年3月17日和5月12日]

## 目 录

	页 次
本报告引用的多边文书 .....	144
本报告引用的著作 .....	144
导言 .....	145
从国际组织收到的评论和意见 .....	145
A. 一般性评论 .....	145
欧洲联盟委员会 .....	145
国际劳工组织 .....	145
禁止化学武器组织 .....	146
联合国教育、科学及文化组织 .....	146
世界卫生组织 .....	146
B. 条款草案第1条——本条款草案的范围 .....	147
国际劳工组织 .....	147
C. 条款草案第2条——用语 .....	147
联合国教育、科学及文化组织 .....	147
D. 条款草案第3条——一般原则 .....	148
联合国教育、科学及文化组织 .....	148
E. 条款草案第4条——将行为归于一国际组织的一般规则 .....	148
国际劳工组织 .....	149
联合国教育、科学及文化组织 .....	149
F. 条款草案第5条——一国或一国际组织交由另一国际组织支配的机关或代理人的行为 .....	151
国际劳工组织 .....	152
G. 条款草案第6条——逾越权限或违背指示 .....	152
国际劳工组织 .....	152
H. 条款草案第8条——违背国际义务行为的发生 .....	153
欧洲联盟委员会 .....	153
国际劳工组织 .....	153
联合国教育、科学及文化组织 .....	154
世界卫生组织 .....	154
I. 条款草案第15条——向成员国和成员国际组织作出的决定、建议和授权 .....	154
欧洲联盟委员会 .....	155

国际刑事警察组织 .....	155
国际劳工组织 .....	155
联合国教育、科学及文化组织 .....	156
世界卫生组织 .....	156
J. 解除不法行为的情况——一般考虑因素 .....	156
国际刑事警察组织 .....	156
国际劳工组织 .....	157
联合国教育、科学及文化组织 .....	158
K. 解除行为不法性的情况——危急 .....	158
世界银行 .....	158
L. 国家对国际组织不法行为的责任 .....	159
欧洲联盟委员会 .....	159
国际刑事警察组织 .....	159
国际劳工组织 .....	162
禁止化学武器组织 .....	164
联合国教育、科学及文化组织 .....	165
世界卫生组织 .....	165

### 本报告引用的多边文书

#### 来 源

《协约及参战各国对德国和约》(《凡尔赛和约》) [英] (1919年6月28日, 凡尔赛)	《英国和伦敦文献》, 1919年, 第一百二十卷(伦敦, 皇家印务局, 1922年), 第1页。
《联合国教育、科学及文化组织组织法》[英] (1945年11月16日, 伦敦)	联合国, 《条约汇编》, 第4卷, 第52号, 第275页。
《国际货币基金组织协定》和《国际复兴开发银行协定》(《布雷顿森林协定》) [英] (1945年12月27日, 哥伦比亚特区华盛顿)	同上, 第2卷, 第20号, 第39页。
《关于各国探测及使用外空包括月球与其他天体之活动所应遵守原则之条约》(《关于各国探索和利用包括月球和其他天体在内外层空间活动的原则条约》) (1967年1月27日, 莫斯科、伦敦和哥伦比亚特区华盛顿)	同上, 第610卷, 第8843号, 第205页。
《外空物体所造成损害之国际责任公约》(1972年3月29日, 伦敦、莫斯科和哥伦比亚特区华盛顿)	同上, 第961卷, 第13810号, 第187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号文件。
《建立欧洲共同体条约》[英], 经2001年2月26日《尼斯条约》[英]修正	《欧洲联盟条约》合订本[英], 《欧洲共同体公报》, C 325号, 第45卷(2002年12月24日), 第33页。

### 本报告引用的著作

Crawford, James

*The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries.* Cambridge, Cambridge University Press, 2002.

Klein, Pierre

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

## 导言

1. 国际法委员会在2003年其第五十五届会议上，请秘书处每年将委员会报告中关于“国际组织的责任”这一专题的部分发给各国际组织，以征求意见。<sup>1</sup> 根据此项请求，选定的国际组织已受邀就委员会2003年、2004年和2005年报告的相关部分提交评论意见。<sup>2</sup> 最近，委员会就其2005年报告第六章<sup>3</sup> 和其在2005年报告第26段中指出的特别关心的问题征求了意见。<sup>4</sup>

<sup>1</sup> 《2003年……年鉴》，第二卷（第二部分），第22页，第52段。

<sup>2</sup> 2005年5月9日前收到的国际组织的书面评论意见载于《2004年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/545号文件 and 《2005年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/547，第23页和A/CN.4/556号文件，第31页。

<sup>3</sup> 《2005年……年鉴》，第二卷（第二部分），第45页。

<sup>4</sup> 《2005年……年鉴》，第二卷（第二部分），第13页的内容如下：

“26. 特别报告员的下一次报告将探讨涉及解除不法性的情况以及国家对国际组织的国际不法行为的责任

2. 截至2006年5月12日，已收到以下七个国际组织的书面评论意见（括号内为提交日期）：国际刑警组织（2006年1月31日）、禁化武组织（2006年1月30日）、世界银行（2006年1月31日）、世卫组织（2006年2月21日）、欧洲联盟委员会（2006年2月3日）、劳工组织（2006年4月5日）和教科文组织（2006年4月28日）。这些评论按主题逐项转载于下文中。

的问题。委员会欢迎就这些问题，尤其是下列要点，提出评论和意见：

“(a) 委员会在其第五十三届会议上通过的国家对国际不法行为的责任条款第16条只考虑到一国援助或协助另一国实施一国际不法行为的情况。委员会是否应该在有关国际组织责任的条款草案中也列入一项关于一国援助或协助一国际组织实施一国际不法行为的条款？对上述问题的答案是否也应该适用于一国对一国际组织实行指挥和控制或胁迫，致使其实施了一项在没有胁迫的情形下本属于不法行为的情况？”

“(b) 除了(a)项所考虑到的情况以外，一国还应该在哪些情况下为它所加入的国际组织的国际不法行为负责？”

## 从国际组织收到的评论和意见

### A. 一般性评论

#### 欧洲联盟委员会

欧洲联盟委员会对国际法委员会2005年工作的一般性意见已在2005年10月25日欧洲联盟和欧洲共同体向大会第六委员会的发言中表达了（见《大会正式记录，第六十届会议，第六委员会》，第12次会议）。

欧洲联盟委员会欢迎国际法委员会取得的进展，并祝贺特别报告员乔治·加亚先生完成了第三次报告。<sup>5</sup> 欧洲联盟委员会非常重视国际法委员会的工作，但必须从一个相当特定的国际组织的角度来看待这些工作。因此，它只对条款草案的少数几个方面发表意见。

<sup>5</sup> 《2005年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/553号文件，第9页起。

本草案第8条第1款、第9条、第10条和第11条与国家国际不法行为的责任条款的第12条第1款、第13条、第14条和第15条相同。<sup>6</sup> 在这方面，的确没有必要偏离适用于国家的规则，因此，欧洲联盟委员会不予评论。

关于时际法的条款草案第12至第14条反映了国家对国际不法行为的责任条款第16至第18条的先例。<sup>7</sup> 欧洲联盟委员会也无需作出任何评论。

#### 国际劳工组织

这是劳工组织首次为此专题提交资料。因此有些评论不可避免地涉及委员会在2005年第五十七届

<sup>6</sup> 《2001年……年鉴》，第二卷（第二部分），第30至第31页。

<sup>7</sup> 同上，第31页。



会议之前处理的问题。希望特别报告员和委员会仍能够考虑这些意见。

总体来看，可以说劳工组织在国际责任方面没有重要的实践。当然，在该组织相对于其官员的责任方面有大量的实践，包括劳工组织行政法庭详尽阐述的丰富的判例法。但是，由于这一实践反映的是具体的法律制度，劳工组织认为它与眼下探讨的专题无关，有关这一点下文中会给出更详细的解释。

劳工组织总体上认为，一些组织（即国际刑警组织和基金组织）对委员会2003年和2004年报告相关部分、关于国家责任法和国际组织责任法之间的差异的评注是切合实际的。在这方面有两点对劳工组织来说特别重要。首先，牵涉到国际组织的组织原则或内部治理的问题依国际法处理，而至于成员国国家，从国际法和国际法庭的角度来看，其国内法（包括国家宪法在内）只是表达国家的意愿和构成国家活动的行为。<sup>8</sup>另一方面，国际组织的情况不同于国家，对于国际组织来说，由于不具有一般权能，所以必须根据其组成文件中具体规定或默示的以及在实践中发展的组织宗旨和职能来研究其国际责任。<sup>9</sup>

### 禁止化学武器组织

关于第六章，禁化武组织认为该章比较全面、透彻、平衡地处理了国际组织的国际责任方面出现的各种问题。它非常有助于澄清和发展关于这个专题的国际法的现况。

### 联合国教育、科学及文化组织

首先，教科文组织表示支持委员会的选择，即原则上依照国家对国际不法行为的责任条款所采取的办法。<sup>10</sup>但是，如下文所阐述的，教科文组织认为，即使在没有任何相关实践的情况下，委员会也应当

谨慎行事，不要过于严格遵循这些条款，因为国际组织的客观性质似乎表明应当拟订一种不同的解决办法。暂时通过的一些条款在许多情况下是基于单一类型活动（维持和平部队采取的军事行动）的实践情况。然而，大多数国际组织并不开展此类活动。国际组织实施和开展的各种不同类型的行为和活动，以及这些行为和活动在什么情况下可能引起组织责任，应予进一步研究。

委员会要求就针对教科文组织提出的有关违反国际法行为的申诉提供信息，关于这一点，该组织自成立以来似乎还没有遇到此类申诉。

尽管如此，仍可提及教科文组织作为被告参与的一些民事诉讼，这些案例对目前的研究可能具有意义，因为它们发展的论据（例如，有关行为归属的问题）可以类推适用于国际不法行为的责任领域。

### 世界卫生组织

关于第六章，世卫组织注意到，委员会正按照其决定开展工作，即以国家对国际不法行为的责任条款为基础并酌情加以修订。<sup>11</sup>世卫组织原则上同意委员会在不影响对国际组织适用上述各条款所述原则的具体问题的情况下，以此种方式开展工作的决定。但与此同时，世卫组织同意一些国际组织在对条款草案的评论中表达的担忧，这些国际组织在评论中强调，国家和国际组织作为国际法主体存在根本区别，国际组织之间也存在根本区别。由于这些区别，特别报告员和委员会应认真评估可能有损国际组织利益的解决办法。同国家责任领域相比，国际组织责任领域的现有惯例不多，国际法的地位显然不够明确，因此总体情况复杂而微妙。这尤其表现在有关条款（例如条款草案第12至第14条）的内容上，因为这些条款涉及国际组织同其成员国之间关系中具有特殊政治敏感性的问题。

鉴于上述考虑，世卫组织建议委员会和特别报告员在推进通过进一步的条款草案的过程中，同有关国际组织定期协商。因此，世卫组织对国际组织的责任问题被列入即将召开的联合国系统法律顾问会议议程并且特别报告员同意参加这次会议之事表示欢迎。

<sup>8</sup> 《2005年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/556号文件，国际刑警组织的评论，L.2节，第50至第54页。

<sup>9</sup> 同上，基金组织的评论，L.3节，第54至第55页。

<sup>10</sup> 《2001年……年鉴》，第二卷（第二部分），第30页，第76段。

<sup>11</sup> 同上。

世卫组织在上一份函件中曾指出，它并没有处理有关其违反国际义务行为的申诉的任何实践；因此，对委员会提出的询问，世卫组织只能作推测性的答复，或者仍依靠对国家国际不法行为的责任条款的类推作出答复。虽然世卫组织秘书处非常希望对委员会有关该专题的工作作出贡献，但是世卫组织并非总能够对自己没有实践并且可能具有政策影响的一般性法律问题采取正式立场。因此，世卫组织不能答复委员会提出的部分或全部询问这一事实不应被视为世卫组织不关心此事或默认委员会采取的方式。

### B. 条款草案第1条——本条款草案的范围

3. 委员会在2003年其第五十五届会议上暂时通过的条款草案第1条内容如下：

#### 第1条 本条款草案的范围

1. 本条款草案适用于一国际组织对国际法所指的不法行为负有的国际责任。

2. 本条款草案也适用于一国对一国际组织的国际不法行为负有的国际责任。<sup>\*</sup>

<sup>\*</sup> 《2003年……年鉴》，第二卷（第二部分），第23页，第53段。

### 国际劳工组织

关于条款草案第1条第2款，一国对一国际组织行为的共同责任<sup>12</sup>对欧洲共同体这种自成一类的国际组织，也许比对其他任何国际组织更有具体意义。实际上，正如条款草案第2条指出的，组织的法律人格应是该组织“本身的”法律人格，因此应“有别于其成员国的法律人格”。<sup>13</sup>

关于劳工组织在这方面的有限实践，请参考下文劳工组织对委员会所提出的、涉及一个国家在援

助或协助、指挥和控制或胁迫一国际组织实施某种行为的情况下应承担的的具体问题的评论。

### C. 条款草案第2条——用语

4. 委员会在2003年其第五十五届会议上暂时通过的条款草案第2条内容如下：

#### 第2条 用语

为本条款草案的目的，“国际组织”一词是指根据条约或受国际法制约的其他文书建立的拥有自己的国际法律人格的组织。国际组织的成员除国家以外，还可包括其他实体。<sup>\*</sup>

<sup>\*</sup> 《2003年……年鉴》，第二卷（第二部分），第25页，第53段。

### 联合国教育、科学及文化组织

根据这一条款规定，国际组织一词是指“根据条约或受国际法制约的其他文书建立的拥有自己的国际法律人格的组织。国际组织的成员除国家以外，还可包括其他实体”。<sup>14</sup>

根据“受国际法制约的其他文书”建立的组织这一提法，在教科文组织通过简化程序建立政府间组织的做法中得到印证，其中，教科文组织理事机构（大会或执行局）根据这种简易程序通过其章程，而那些对其活动感兴趣的成员国则可通知总干事它们接受这些章程。1959年在罗马建立的国际文物保存和修复研究中心就是一例。教科文组织大会通过该研究中心的章程时，没有人对该中心的章程的性质提出质疑，这个章程似乎是被默认为建立一个政府间组织的具有法律约束力的国际文书。<sup>15</sup> 1959年5月22日教科文组织副法律顾问克洛德·吕西埃致劳工组织法律顾问弗朗西斯·沃尔夫的信（未印发）中解释道，成立国际文物保存和修复研究中心所遵循的程序是教科文组织内部使用的一项法律工具，用

<sup>12</sup> 见《2004年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/541号文件，第8页，第8段，和《2002年……年鉴》，第二卷（第二部分），第94页，第479段。

<sup>13</sup> 见《2003年……年鉴》，第二卷（第二部分），第27页，条款草案第2条评注第(10)段。

<sup>14</sup> 《2003年……年鉴》，第二卷（第二部分），第25页，第53段

<sup>15</sup> 见教科文组织，《大会记录，第九届会议，新德里，1956年，决议》，第9C/Resolution 4.53号决议，可在以下网址查阅 <http://unesdoc.unesco.org>。

以建立补充和完成教科文组织各项活动的机构。他指出，这些工具包括：(a) 在教科文组织主持下谈判的多边政府间协定（如欧洲核研究组织）；和 (b) 创建一个成员国法律制度下运作的机构的国内法案。国际文物保存和修复研究中心一例则被阐述为这两种解决办法之间的“中间道路”。在另一法律意见中，教科文组织法律顾问汉纳·萨巴指出，该中心是由大会建立，并经由大会的决定而获得国际法律人格。<sup>16</sup> 其后，国际文物保存和修复研究中心章程在联合国秘书处登记，从而确认为默认的国际协定。

最近的一个例子是中东实验科学与应用同步加速器辐射国际中心，该中心建于2002年，具有政府间组织的结构。该中心的章程经教科文组织大会授权、由教科文组织执行局（执行局成员有限制：由大会选出的58个成员组成）核准，在总干事收到有关区域一定数目（六个）成员国发出的接受文书之后生效。<sup>17</sup>

#### D. 条款草案第3条——一般原则

5. 委员会在2003年其第五十五届会议上暂时通过的条款草案第3条内容如下：

##### 第3条 一般原则

1. 一国际组织的每一国际不法行为均引起该国际组织的国际责任。

2. 在下列情况下，一国际组织的作为或不作为构成国际不法行为：

(a) 依国际法，该行为可归于该国际组织；并且

(b) 该行为构成对该国际组织国际义务的违反。\*

\* 《2003年……年鉴》，第二卷（第二部分），第27页，第53段。

<sup>16</sup> 1959年11月12日H. 萨巴给教科文组织博物馆和历史古迹司司长J. K. 范德赫根的备忘录（未印发的文件）。

<sup>17</sup> 见执行局在2002年5月21日至30日巴黎第164届会议上通过的第164 EX/Decision 3.33号决定，可在以下网址查阅 <http://unesdoc.unesco.org>。

#### 联合国教育、科学及文化组织

##### 第2款

关于国际组织因未能采取行动而必须承担责任的这一可能性问题，教科文组织赞同基金组织表示的看法（见《2004年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/545号文件，D.2节，第4段），认为有必要考虑到不行为可能是仅仅由于有关国际组织根据该组织的组织法实施决策过程的结果。例如，如果该组织的理事机构必须一致同意才能作出决定，那么人们可能要问，一个成员国依法行使否决权，从而使该组织不能采取行动，这种情况对于免除或限制该组织对于与某种政治僵局情况有关的不行为的责任是否具有任何意义。

特别报告员对基金组织提出的论点试图给予答复，他说，由于政治决策进程而引起的遵守方面的困难，国家在履行采取积极行动的义务方面同样也会遇到。在这方面，特别报告员提及了联合国未能预防卢旺达种族灭绝一事（见《2005年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/553号文件，第8至第10段）。不过，人们也许要问，安全理事会未能在理事会成员之间达成协议以采取必要行动防止种族灭绝这种情况，同秘书长作为联合国维持和平部队军事行动指挥系统最高当局，在发生大规模种族灭绝行为时决定不予干预的情况，是否可以相提并论：是否可以认为联合国对这两种情况下的不行为应负同等程度的责任？

教科文组织认为，应当进一步探讨对国际组织适用条款草案第3条第2款所载原则的后果，特别是关于对作出不实施行为的决定负责的机关的类型（无论是集体的或是单独的，具有政治性质的或具有行政性质的）。应当考虑的是，一个国际组织的社会基础是由国家，即国际法的其他主体组成这一事实。

#### E. 条款草案第4条——将行为归于一国际组织的一般规则

6. 委员会在2004年其第五十六届会议上暂时通过的条款草案第4条内容如下：



#### 第4条 将行为归于一国际组织的一般规则

1. 一国际组织的一个机关或代理人履行该机关或代理人的职能的行为，依国际法应视为该组织的行为，不论该机关或代理人相对于该组织而言具有何种地位。

2. 为第1款的目的，“代理人”一词包括该组织行事时所借助的官员和其他人或实体。

3. 为确定该组织的机关和代理人的职能，应适用该组织的规则。

4. 为本条草案的目的，“该组织的规则”具体是指：组成文书、该组织按照这些组成文书通过的决定、决议和其他文件及该组织已确立的惯例。<sup>\*</sup>

<sup>\*</sup> 《2004年……年鉴》，第二卷（第二部分），第55页，第71段。

### 国际劳工组织

#### 第2款

条款草案第4条第2款中“代理人”一词的定义“包括该组织行事时所借助的官员和其他人或实体”。考虑到这个定义的普遍重要性及其对以后规定的意义，<sup>18</sup> 劳工组织担心定义范围过大。<sup>19</sup> 该规定的评注特别解释说，“代理人”的法律性质“对于确定行为归属……不是决定性的”。<sup>20</sup> 这个词显然也可以包括一个组织“外部”的实体，例如私人公司。<sup>21</sup> 关于从其他国际组织收到的评论（见《2004年……年鉴》，第二卷

<sup>18</sup> 见《2004年……年鉴》，第二卷（第二部分），第59页，第72段，条款草案第4条评注第(14)段。

<sup>19</sup> 国家对国际不法行为的责任条款第4条载有国家机关行为归于国家的基本规则，但其仅限于“任何根据国家的国内法有该国[的机关]身份的个人或实体”（《2001年……年鉴》，第二卷（第二部分），第30页，第76段），即任何自然人或法人，例如官员、委员会、部门或行使公共权力的其他机构（同上，第45页，条款草案第4条评注第(2)段）。“外部”实体行为的归属问题属于第5条（行使政府权力要素的个人或实体的行为）和第8条（受到国家指挥或控制的行为）（同上，第45页）的范围。在关于国际组织的责任的条款草案中，这两条被“并入”关于归属的基本规定中，范围因此变得非常广泛。

<sup>20</sup> 《2004年……年鉴》，第二卷（第二部分），第58页，第72段，条款草案第4条评注第(6)段。

<sup>21</sup> 同上，第(12)至(13)段。

（第一部分），A/CN.4/545号文件，A.2节和H.3节），劳工组织似乎同样很难预见此类实体的行为可归于劳工组织的情况。因此，欢迎委员会提供此类实例。

#### 第3款

“代理人”一词的定义问题，从条款草案第4条第3款的规定看来，似乎更加重要；该款规定“为确定该组织的机关和代理人的职能，应适用该组织的规则”。虽然劳工组织欢迎提及组织的规则，但评注解释说，这个措辞“是为了考虑到，在例外情况下，组织的机关或代理人的职能即使不能说是、也可以看成是根据该组织的规则赋予的”。<sup>22</sup> 不清楚此类“例外情况”指的是什么，也不清楚在这种情况下赋予职能的基础是什么。劳工组织认为，如果个人或实体的行为并非基于组织的规则，那么只有当个人或实体按照组织的指示或在其指挥或控制下行事时，其行为才能归于该组织。<sup>23</sup>

### 联合国教育、科学及文化组织

#### 第2至第3款

条款草案第4条第2款中“代理人”一词的定义特别引起了教科文组织的关注，因为这不仅适用于教科文组织的官员和特派专家，而且从广义上适用于“该组织行事时所借助的其他人或实体”。

显然，组织与其代理人之间存在职能上的联系是确定将该代理人的行为归于该组织的一个必要条件，条款草案第4条第1款所提及的一个机关或代理人“履行该机关或代理人的职能”的行为，已经暗示了这一点。<sup>24</sup> 根据条款草案第4条第3款，组织的规则应在原则上作为确定这些职能的尺度。不过，职能上的联系这一提法尚未得到充分发展，不能明确界定“代理人”这一类别。

<sup>22</sup> 同上，第(9)段。

<sup>23</sup> 见国家对国际不法行为的责任条款第8条（受到国家指挥或控制的行为），该条载有国际法的基本归属原则，即只有在“一人或一群人实际上按照国家的指示或在其指挥或控制下行事”的情况下，该行为才可归于该国（《2001年……年鉴》，第二卷（第二部分），第54页，第76段）。

<sup>24</sup> 见《2004年……年鉴》，第二卷（第二部分），第58页，第72段，条款草案第4条评注第(7)段。



在这方面，教科文组织想提及该组织同其私营承包商的合同中所含的一项条款，这项条款的案文是：

承包商或承包商为进行工作而雇佣的任何人不得视为教科文组织的代理人或工作人员，并且除本合同另有规定外，不得享有任何特权、豁免、赔偿或偿还，也无权使教科文组织承担任何支出或其他义务。

教科文组织承包商可根据付酬合同<sup>25</sup>和顾问合同<sup>26</sup>执行各种非常不同的业务活动（包括技术援助）。尽管教科文组织官员也会执行同类型的活动，但是就承包商来说，教科文组织认为这些承包商实施的行为不得视为该组织的行为，因为该组织的规则明确排除了这种可能性。再者，有关合同对承包商只规定实现成果的义务（例如，在外地实施一个项目），而该组织不指挥或控制承包商的行动，也不可对其施行惩戒的权力。

但是，委员会在条款草案第4条第3款的评注中提到了“在例外情况下，组织的机关或代理人的职能即使不能说是、也可以看成是根据该组织的规则赋予的”这种可能性。<sup>27</sup>但并没有明确解释这些例外情况何时发生。条款草案第4条的评注似乎是说这种情况是指所谓事实上的机关，即事实上按照一个组织的指示或在其指挥或控制下行事的人或人群；<sup>28</sup>但除了后一情况之外，教科文组织实在想象不出还能在什么其他情况下可以不以一个组织的内部规则和条例为基础而将一个行为归于该组织。在这方面，教科文组织请委员会进一步澄清可以实际设想的情况类型。教科文组织认为，除官员或特派专家以公

务身份执行任务的行为外，只有在个人或实体实际上按照一组织的指示或在其指挥或控制下行事时，其行为才可以归于该组织。

在承包商的合同中，如果对承包商与该组织之间的联系的真正性质没有明确表述，那么，承包商的行为可能会引起法律问题，可能会误导第三方。例如，该组织曾经签署一份合同，该合同授权承包商在主办应由该承包商本身资助的文化体育活动中使用教科文组织的名称和标志，承包商通过筹资活动筹集资金，而教科文组织不直接参与。尽管该项合同明确表明该承包商的活动绝不引起该组织的法律或财务责任，而且载有本评论第3段引述的条款，但是，一项仲裁裁决仍然认定教科文组织未能履行与该承包商合作的义务，而且授权承包商使用组织的名称和标志的行为造成了对第三方来说显然是意义不明确的风险，因而对该承包商（该承包商须对其债权人承担相关的财务责任）负有部分责任。在这一案例中，该承包商不被认为是教科文组织的代理人，但是教科文组织仍被认为负有部分责任，因为除其他外，在承包商的真正地位问题上制造了一种模棱两可的情况。<sup>29</sup>

除上述案例外，上文所述条款似乎能够有效地保护教科文组织免受可能因其承包商的行为而产生的申诉。教科文组织并不知道有该组织因其承包商的行动而被认定应直接或间接地负有责任的任何具体案例存在。

#### 条款草案第4条第2款，与条款草案第5条相关

关于一组织行事时可能借助的“实体”，教科文组织认为在条款草案第4条和第5条的评注中没有就这一概念的内容作出充分澄清。教科文组织想知道，条款草案第4条第2款所包括的“代理人”的广泛定义在不予进一步限定的情况下是否会造成这样一种可能：将偶然成为一组织的“承包商”的国家实体或私营实体（如大学、研究所等）实施的行为归于该组织。教科文组织赞同对第4条的评注中所表达的意见，根据这一意见，国家对国际不法行为的责任条款草案第5条使用的“行使政府权力要素的个人

<sup>25</sup> 付酬合同是教科文组织同具有专门技能的个人或法律实体签署的合同，通过一次性付款（包括承包者的薪酬），在规定期限内获得特别货物或服务，例如编写或负责未经出版的手稿或原始著作，开发新的或改进的产品或程序，或提供其他特别适用于本组织的服务（见《教科文组织行政手册》，第一卷，第七章，第700项）。

<sup>26</sup> 顾问是指教科文组织雇佣的高级专家，从事特定的短期工作，例如执行本组织活动方案中的优先任务，在实地对复杂问题开展分析工作，并在秘书处无所需专家的领域寻求创新解决办法；作为技术顾问出席有关单位组织召开的会议；参加有关单位举办的研讨会或培训班，进行专门的讲授；或在成员国执行短期任务，之后编写报告，就有关单位开展的活动方案事项向该国政府或国家机构提供咨询意见（同上，第二卷，第二十四章，第2435项）。

<sup>27</sup> 《2004年……年鉴》，第二卷（第二部分），第59页，第72段，条款草案第4条评注第(9)段。

<sup>28</sup> 同上，第(13)段。

<sup>29</sup> 该仲裁裁决副本附于教科文组织提交的文件之中。

或实体……其行为”的提法，对于国际组织并不合适；<sup>30</sup> 不过，教科文组织认为对这一点有必要进一步详细阐述，以便更好地界定这些实体与有关组织之间必然存在的联系。

在教科文组织的法律框架内，在这方面可以提及各个全国委员会，这些委员会并不是教科文组织的组成部分，但在教科文组织《组织法》中被提及。<sup>31</sup> 这些全国委员会可能是政府机构，即国家机关（通常是成员国的主管部委的一个部门或一个单位），也可能是非政府组织。根据依照《教科文组织全国委员会宪章》所作的具体安排，这些实体可由该组织各机关委以具体任务。<sup>32</sup> 可以分包给这些实体的活动的性质差别很大，但是，除非为此目的另有具体安排，教科文组织对这些实体的行为从来没有实施有效控制，因为这些实体显然独立于该组织。鉴于条款草案第5条仅仅提及“一国或一国际组织交由另一国际组织支配”的机关或代理人，这一规定对于教科文组织全国委员会来说似乎并不适合，特别是当交由教科文组织支配的代理人来自非政府组织的时候。尽管如此，全国委员会可能属于条款草案第4条第2款规定的“代理人”的广泛定义范围之内，而其中并没有明确规定有效控制为先决条件。

对于组织和可能被认为代表组织行事的外部实体之间的联系，最好有一个较为明确的定义，因为教科文组织特别容易遭受的风险是被人就法律上独立、而出于历史原因同该组织发展了密切关系的实体的行为提起责任主张。例如，有若干机构和中心

<sup>30</sup> 见《2004年……年鉴》，第二卷（第二部分），第59页，第72段，条款草案第4条评注第(12)段。

<sup>31</sup> 《组织法》第七条第2款规定：“各国全国委员会或国内合作机构成立后，应对其出席本组织大会之代表团、本国在执行局的代表及其代理人及本国政府就涉及本组织有关事项起顾问作用，同时在与本组织有关之一切事项中充当联络机构。”（见教科文组织，《基本文件》，（2004年，巴黎），或教科文组织网站 <http://unesdoc.unesco.org>。）

<sup>32</sup> 根据教科文组织大会通过的《教科文组织全国委员会宪章》第二条第2款，“根据各会员国所作的安排，全国委员会还可：(a) 单独或与其它组织合作负责实施教科文组织在其国内的项目以及使其国家参与教科文组织的分地区、地区或国际活动”。该《宪章》第三条第4款规定全国委员会“应为实施教科文组织的计划作出有效的贡献：……(b) 负责实施教科文组织的某些计划活动”。根据第V条第3款，“教科文组织可通过全国委员会扩大和发展其行动：(a) 根据需要，与全国委员会签订合同，开展计划中的活动”（同上，第148至第150页）。

被称为“第2类机构和中心”，是置于教科文组织“赞助下”的全国性机构或政府间组织。这些实体在法律上并不是该组织的组成部分，但经由大会批准的正式安排而同该组织建立了联系，可以为教科文组织的项目实施作出贡献。<sup>33</sup> 例如教科文组织俱乐部和协会，这些俱乐部和协会在第二次世界大战结束时建立于世界各地，负责宣传该组织的工作。这些俱乐部和协会属于民间团体，根据成员国的国内法律建立，教科文组织对之没有任何直接控制。然而，第2类机构和中心及教科文组织俱乐部都得到授权，可在其宣传活动中使用教科文组织的名称和标志。

教科文组织认为，只有以公务身份执行任务的官员和特派专家的行为，以及被视为该组织组成部分的实体的行为才可以归于该组织。至于涉及承包商的一切情况，无论承包商是私人个人、公共或私营法律实体，抑或是全国委员会，他们的行动都不能归于教科文组织，也不应由教科文组织承担责任，除非有具体安排将其置于该组织的控制之下，或除非该组织后来批准了他们的行动。

#### 第4款

教科文组织支持在关于行为归属问题一般规则的条款草案第4条第4款中提及组织的规则。教科文组织认为条款草案第4条第4款所载定义是适当的，并赞同扩大《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2条第1款(j)项）所载定义以在“决定”和“决议”外涵盖“该组织通过的其他文件”的决定。在教科文组织内部，有一套详细的行政条例，用以管理该组织的运作，其中指明了该组织各机关的权能和职能范围。

#### F. 条款草案第5条——一国或一国际组织交由另一国际组织支配的机关或代理人的行为

7. 委员会在2004年其第五十六届会议上暂时通过的条款草案第5条内容如下：

<sup>33</sup> 见教科文组织，“关于联合国教科文组织研究机构和中心（第1类）和由联合国教科文组织赞助的研究机构和中心（第2类）的建立和运作问题的原则和指导方针”（2005年8月4日，33 C/19），印刷本，也可在教科文组织网站查阅 <http://unesdoc.unesco.org>。

**第5条 一国或一国际组织交由另一国际组织支配的  
机关或代理人的行为**

一国的机关或一国际组织的机关或代理人在交由另一国际组织支配之后，其行为依国际法应视为后一国际组织的行为，只要该后一组织对该行为行使有效控制。\*

\* 《2004年……年鉴》，第二卷（第二部分），第59页，第71段。

**国际劳工组织**

正如特别报告员在其第二次报告中所确认的，“在一个国家机关被交由一个组织支配的情形中，多数有关行为归属的实践是有关维持和平部队的”（《2004年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/541号文件，第34段）。但是劳工组织注意到，一种普遍的做法是，成员国或其他国际组织将自己的官员交由诸如劳工组织这样的国际组织支配。国际刑警组织提交的评论中也提到了这种做法（见《2005年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/556号文件，F.1节）。

将官员交由劳工组织支配的法律框架可以导致两种不同情况。第一种情况是国家官员或另一国际组织的官员成为劳工组织的官员。在这种情况下，由于该名官员成为了劳工组织的代理人，所以劳工组织应该对其行为负责。

在第二种情况下，相关官员仍受派出国家或国际组织的雇佣合同制约。这种形式的借调（在联合国共同制度的术语中也称为“借出”）是基于相关国家和国际组织之间或两个组织之间的协定进行的。对官员行为的有效控制这个问题不是很明显。该官员的法定地位取决于派出组织或派出国规定的任用条件，并且派出组织或派出国仍负责承担因派遣该官员产生的所有费用，例如薪酬、休假、津贴、医疗保健、养恤金、工伤事故或疾病。派出国或国际组织一般仍保留执行惩戒措施的权力。

但是，借调的官员由劳工组织的一名官员对其进行行政监督，并且同劳工组织正规工作人员一样使用办公空间、计算机和执行其在劳工组织的任务所必需的其他设施。该官员有义务依照派出组织或

派出国同劳工组织签订的协定，按规定遵守适用于劳工组织官员的行为标准和其他规则。

鉴于以上所述，劳工组织欢迎进一步澄清条款草案第5条中“有效控制”一语的涵义。

**G. 条款草案第6条——逾越权限或违背指示**

8. 委员会在2004年其第五十六届会议上暂时通过的条款草案第6条内容如下：

**第6条 逾越权限或违背指示**

一国际组织的机关或代理人若以此种资格行事，其行为依国际法应视为该国际组织的行为，即使该行为逾越了该机关或代理人的权限或违背了指示。\*

\* 《2004年……年鉴》，第二卷（第二部分），第62页，第71段。

**国际劳工组织**

劳工组织赞同这条原则，即一国际组织的机关或官员的行为逾越该机关或官员依该组织规则具有的权力时，尤其该行为逾越该组织的组织文书赋予该组织的权力时，可要求该国际组织对其机关或官员的这种越权行为负责。但是这两种情况应加以区别。行为逾越一机关或官员的权力但是未逾越该组织的权力时，情况与一个国家的机关越权行为的情况相同：第三方需要保护，因为他们不可能了解该国或该组织界定相关机关或官员的权力的内部法律规则。但是，行为逾越国际组织的权力时，情况就不同了——这种情况不可能对国家发生，因为国家有一般权能。由于在这种情况下，第三方所需保护似乎较少，所以将诸如国际刑警组织和基金组织建议的组织责任的例外情况（见《2005年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/556号文件，G节）纳入这一条，看起来是合适的。

关于组织的越权行为必须具备相关机关或官员以其公务身份行事要件的规定，特别报告员指出，“‘以此种资格’这一短语相当晦涩含糊”（见《2004年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/541号文件，第57段）。虽然实践中确实需要制订较详



尽的标准，但应注意到在另一种情况下，也就是在适用特权和豁免的情况下，由于给予官员的管辖豁免通常仅限于官员以其公务身份行事的行为，因而国际组织在断定其官员是否以这种身份行事方面已经有了长期和丰富的实践。

## H. 条款草案第8条——违背国际义务行为的发生

9. 委员会在2005年其第五十七届会议上暂时通过的条款草案第8条内容如下：

### 第8条 违背国际义务行为的发生

1. 一国际组织的行为如不符合一项国际义务对它的要求，即为违背该国际义务，而不论该义务的起源或特性为何。

2. 第1款也适用于违背该国际组织的规则所确立的国际法义务的情况。<sup>\*</sup>

<sup>\*</sup> 《2005年……年鉴》，第二卷（第二部分），第47页，第205段。

### 欧洲联盟委员会

本草案第8条第1款、第9条、第10条和第11条与关于国家对国际不法行为的责任的第12条第1款、第13条、第14条和第15条相同。<sup>34</sup> 在这方面，完全没有必要偏离适用于国家的规则，因此欧洲联盟委员会没有什么评论意见。

但是关于违背“该国际组织的规则所确立的国际法义务”的第8条第2款却引起一些问题。该规则未指明国际组织哪一类规则属于“国际法义务”。当然，就欧洲共同体而言，会出现一个重要问题，即共同体某一机构违反共同体的次级法律时，是否会引起欧洲共同体的国际责任。鉴于欧洲法院自1960年代以来一直将欧洲共同体视作一个独立的法律秩序系统，因此共同体内部的普遍观点认为，这不会引起欧共体的国际责任。（欧洲联盟委员会认为，一个成员国违反共同体次级法律时，情况亦然。）评注在这方面可能

<sup>34</sup> 《2001年……年鉴》，第二卷（第二部分），第30至第31页。

有些价值，因为评注指出，该条并不试图在这一争论中采取明确的立场支持认为国际组织的“内部”法部分或全部独立于国际法的一派，或支持认为这种“内部”法是国际法组成部分的一派。然而，关于第8条第2款是否是条款草案的重要部分，尚无定论。

## 国际劳工组织

条款草案第8条第2款规定，“第1款也适用于违背该国际组织的规则所确立的国际法义务的情况”。这项规定没有解决国际组织规则的法律性质这个争议性问题，因此似乎没有为国际组织提供必要的法律安全保障。另一方面，如果各组织有两个附带条件可依赖，那么这些规则的法律性质可能就不具有决定性；这两个附带条件在很大程度上会限制就不遵守国际组织规则承担的国际责任的范围。

第一个附带条件是全面适用“特别法优于一般法”原则。委员会在条款草案第8条的评注中指出这样的事实：“组织的规则可以对违背义务行为以及违背义务行为的发生问题拟订专门的处理办法”。<sup>35</sup> 虽然委员会举了两个例子来说明特别规则不一定优于条款草案规定的原则，但劳工组织认为大部分可能违背其内部规则的行为，特别是包括可能违背其各种行政条例和规则的行为，不会导致劳工组织依条款草案承担国际责任，因为相关义务只是在组织的特别内部法律秩序范围内制定、履行以及有时候强制执行的，而这些义务本身就是特别内部法律秩序的一部分。在这方面，劳工组织工作人员条例是最不容置疑的例子。由于这些条例是劳工组织理事会为规范劳工组织与其官员之间的关系而通过的，而且这些规则确定的责任可通过劳工组织行政法庭得到执行，所以没有条款草案所编纂的一般法规定的国际责任问题。

第二个附带条件是，若有一国际组织违背其规则，在断定一国是否有权援引该组织的责任时，应充分考虑该组织的独特法律人格。例如，如果一国际组织的秘书处由于不遵守该组织的财务条例（例如有关投资或采购的条例）而给该组织造成财政损失，那么应认识到被违背的义务是对该组织本身的义务，而不是对为该组织的预算缴款的成员国的义务。国际组织

<sup>35</sup> 《2005年……年鉴》，第二卷（第二部分），第51页，第206段，第8条评注第(7)段。



的法律人格构成有效的双向“面纱”：它不仅保护成员国，使第三方无法要求成员国为其在国际组织内的行为承担责任（有关这一点，见下文L节就委员会提出的具体问题的评论），而且反过来它也阻止成员国援引实际上对作为国际法特殊主体的组织所承担的义务。在劳工组织的实践中，类似上述举例说明的情况应由外部审计人报告给理事会，总干事将为损失承担政治责任，然后对直接负责的官员实施内部制裁。

如果委员会在审查涉及特别法和援引国际组织责任的问题时<sup>36</sup>考虑上述两个附带条件，那么条款草案第8条第2款的措辞造成的不确定因素似乎是可以接受的。

### 联合国教育、科学及文化组织

关于组织的规则相对国际法而言法律性质存在争议这一点，教科文组织注意到，委员会拟定有关违背国际义务行为的发生的第8条第2款时，选择了不排除将本条款草案建立的原则适用于违背组织的规则所确立的义务的情况这种可能性。关于这一点，教科文组织赞同其他组织发表的意见，认为违背此类义务的行为应视为一种特殊制度，因此不应当包括在研究报告范围之内。

至于一组织与其工作人员之间的雇佣关系，该组织对于违背内部规则的责任是在该组织内部法律秩序中得到确立的，这一内部法律秩序原则上规定了适当的法律救济。这应视为一种“自足制度”。对于教科文组织来说，劳工组织行政法庭有权审查有关教科文组织违背该组织工作人员条例和细则情况的投诉，在教科文组织无视工作人员条例或通过有悖于国际公务员法一般原则的工作人员条例，从而侵犯教科文组织雇员的基本权利（如工作人员协会的集体权利）时，有权确保教科文组织雇员的这些基本权利得到保护。

关于一国际组织违背其内部规则所确立的对其成员国的义务的情况，该组织的内部法律秩序一般会提供一个制度，在各机关之间建立一种制约平衡

关系，这一制度足以保护各成员国依据组织条约而确立的各种权利。如果一成员国认为该组织侵犯了这些权利，该成员国可诉诸组织条约所规定的争端解决办法。<sup>37</sup>

根据上文所述，教科文组织认为条款草案第8条第2款只是重复而已，因为这一条款仅仅确认了条款草案所确立的各项原则也适用于违背该组织的内部规则所确立的国际法义务的情况。对这种可能性的接受并没有对目前研究的范围提供任何明确的阐述，因此，对于这一根本问题，国际组织不能接受如此程度的不确定性。

### 世界卫生组织

关于委员会暂时通过的一些条款，世卫组织同意关于一组织的规则对确定违背国际义务行为的发生的重要意义的第8条第2款的表述。正如第8条的评注所指出以及一些组织的评论所表达的，某一组织的规则（根据条款草案第4条中的定义）的法律性质以及这些规则同国际法的关系问题错综复杂，不适合通盘解决。世卫组织总体上支持这样的观点，即：一组织因其规则而承担的义务是否可被视为国际义务，该问题取决于有关规则的渊源和主题。一组织的组成文书直接产生的、相对于其成员国的义务无疑具有国际性，但是世卫组织认为一组织与其官员之间根据工作人员条例和细则产生的义务则不然。因此，第8条第2款采取的解决办法在这一点上看来是一种可以接受的折中。

#### 1. 条款草案第15条——向成员国和成员国际组织作出的决定、建议和授权

10. 委员会在2005年其第五十七届会议上暂时通过的条款草案第15条内容如下：

##### “第15条 向成员国和成员国际组织作出的决定、建议和授权

1. 如果一国际组织通过一项具有约束力的决定，使一成员国或成员国际组织实施若由前一组织自己实

<sup>36</sup> 国家对国际不法行为的责任条款中相应的规定分别为第55条和第42条（《2001年……年鉴》，第二卷（第二部分），第33至第44页）。

<sup>37</sup> 见《联合国教育、科学及文化组织组织法》第十四条第2款，其中规定“任何有关本组织法解释之问题或争议应由大会按议事规则决定提交国际法院或仲裁法庭裁决”。

施即会构成国际不法行为并使本身避免承担某项国际义务的行为，则前一组织负有国际责任。

2. 一国际组织负有国际责任，如果：

(a) 该组织授权一成员国或成员国际组织实施若由前一组织自己实施即会构成国际不法行为并使本身避免承担某项国际义务的行为，或建议一成员国或成员国际组织实施此种行为；而且

(b) 该成员国或成员国际组织根据该项授权或建议实施有关行为。

3. 无论有关行为对于上述决定、授权或建议所针对的成员国或成员国际组织是否构成国际不法行为，第1款和第2款均适用。<sup>\*</sup>

<sup>\*</sup> 《2005年……年鉴》，第二卷（第二部分），第47至第49页，第205段。

### 欧洲联盟委员会

欧洲联盟委员会关心地注意国际法委员会如何处理条款草案第15条中国际组织的决定、建议和授权的“规范控制”问题。它同意起草委员会主席的看法，认为没有明确的实例可以有助于拟订这一特定条款。因此，欧洲联盟委员会建议国际法委员会今后讨论这一条时应特别谨慎。

欧洲联盟委员会欢迎第15条把一国际组织具有约束力的决定（第1款）和单纯的授权或建议（第2款）区分开来。所根据的想法是，如果一国际组织没有要求成员国采取某项行动，而成员国在该国际组织的授权或建议之外、根据自己的意志决定这样做，则该国际组织不应对此成员国的行为负责。

然而，这一区分可能不够细致。以欧共体的一项法律为例，根据《建立欧洲共同体条约》第249条，欧共体的次级法律可以整体上具有约束力，直接适用于所有成员国（条例），或是只对所要达成的结果有约束力（指令），或是只对特定对象有约束力（决定）。有人认为，基于结果的义务（例如，共同体的指令）与有约束力的决定非常相近，但仍然可能留给一组织的成员国一定的自由裁量余地。因此，条款

草案第15条第1至第2款在这一点上很可能需要稍加完善。

回到第15条第1款，此处一国际组织使成员国实施国际不法行为的强制要件是，还必须使该国际组织“避免承担”某项国际义务。但是，根据国际法委员会自己关于第15条的评注，欧洲联盟委员会怀疑避免的概念是否必不可少。如果如评注所说，预期成员会遵守有约束力的决定，<sup>38</sup> 则整个避免承担的概念也许都是多余的。那么，在第15条第1款最后部分，“避免承担”最好理解为“违反”。另一方面，如果认为构成违反国际法的强制性“书中法律”的想法仅限于世贸组织法律的有限范围，并未在一般国际法中站住脚，或者在任何情况下都取决于法律的实际规定，则避免承担的概念在第1款中就没有作用。看来国际法委员会应在稍后阶段重新考虑这一条及有关评注，以使这个问题更加清晰明白。

### 国际刑事警察组织

国际刑警组织总秘书处重申它对条款草案第15条所述规则的关注和保留意见，特别是涉及国际组织对其成员按照一组织的建议所实施的行为的责任。总秘书处还未曾听说一国际组织有意命令或建议其成员犯下国际不法行为的先例或做法，可以作为委员会提出有关规则的依据。拟议规则的概念重点也不清楚，特别是涉及仅仅按照国际组织的建议所实施的行为。就国际刑警组织来说，其《章程》第9条明确规定，“只要符合其自身义务，成员国应当在能力范围内尽其所能执行大会的决定”，这就使情况更加复杂。

还有，条款草案第15条的提法表明，尽管一项建议涉及国际组织无能力处理的问题，但是拟议规则也适用。鉴于国际刑警组织《章程》第8条(f)项明文限制大会对该组织有能力处理的问题的建议权，国际刑警组织难以接受这种效力。

### 国际劳工组织

值得注意的是，根据条款草案第15条第1款，一个国际组织通过一项对一成员国或国际组织具有

<sup>38</sup> 《2005年……年鉴》，第二卷（第二部分），第55至第56页，第206段，第15条评注第(5)段。

约束力的决定，使其实施具有所述不法性质的行为，即使该成员国实际并没有实施这样的行为，该国际组织也应承担国际责任。根据这样的提法，如果没有其他规定，只是制定一项相互矛盾的国际义务这个事实本身似乎不够充分，成员国援引不法性来为其不遵守决定的行为进行辩护时尤其如此。发生一国际组织的国际不法行为的两个条件之一是相关行为“构成对该组织的国际义务的违背”。劳工组织不明白的是，制定上文提及的有约束力的决定这个事实本身，在国家实际并未实施相关行为时，是否构成对相关组织的国际义务的违背。相反，条款草案第15条第2款关于根据授权或建议实施一项行为的规定虽然看起来是合理的，但是似乎违背了第1款在确定不法性方面采用单一标准的前提。

### 联合国教育、科学及文化组织

总体来看，教科文组织赞同为本条草案选择的结构和措辞。不过，应当进一步阐述可能会属于这一条款范围的各种情况。

具体而言，教科文组织认为条款草案第15条第2款的范围应当在同一条款的评注中予以进一步阐述，即采用“若由前一组织自己实施即会构成国际不法行为并使本身避免承担某项国际义务的行为”这一提法是否意味着实施的国际不法行为和避免行为必须指同一国际义务？

### 世界卫生组织

条款草案第15条涉及对国际组织、尤其是世卫组织这样的技术机构具有潜在政治敏感性的问题，因为世卫组织的规范性职能主要是由其执行委员会或秘书处向成员国提出建议。世卫组织赞成有关该条的评注第(1)段表述的看法，<sup>39</sup>即不应容许一国际组织“外包”如果该组织直接采取即属非法的行动。同时，世卫组织难以设想会实际出现属于条款草案第15条第2款的情况，尤其是在同一条第3款所规定的一项授权或建议所针对的国家或国际组织的行为并非不法行为的情况下。此外，世卫组织注意到特别报告员报告中转载的声明和一些国际组织

在其评论中表达的立场，其大意是，一国际组织不应对其成员根据其授权或建议而实施的行为承担责任。因此，在这方面如果能在适当时修订条款草案第15条的评注，提供实例说明委员会意指的情形，则会有帮助。

### J. 解除不法行为的情况——一般考虑因素

#### 国际刑事警察组织

各个国际行政法庭已处理了解除国际组织行为不法性的情况问题。这些法庭的判例法证实，解除不法性的情况是违背国际义务行为的责任法中固有的。因此，对这个问题恰当加以审议，以便列入国际组织对国际不法行为的责任的条款草案。

然而，可能需要澄清术语的使用情况并考虑是否可以把委员会关于国家对国际不法行为的责任条款的相应规定中作出的区分，即：同意、反措施、不可抗力、危难、危急和遵守强制性规范，全盘照搬到国际组织的责任问题中。在这种情况下，国际刑警组织总秘书处要提及国际行政法庭判决的三个案例：

#### 1. 美洲国家组织行政法庭，第24号判决<sup>40</sup>

这项案例涉及美洲组织关于解除投诉人总秘书处办公室主任职务并终止他与该组织的合同的决定，其中声称这是出于投诉人已知、但该组织无法控制的不可抗力原因。在驳回这项论据时，该法庭遵循了不可抗力的限制性概念，同时提出不可能性也能成为一种解除不法性的情况：

本法庭认为，本案没有出现使总秘书处无法履行定期合同的不可抗力情况，因为经过大量探讨的法律表明不可抗力指的是不可抵御的自然现象的发生。也没有出现因总秘书处之外的理由而不能履行合同的情况。

<sup>39</sup> 《2005年……年鉴》，第二卷（第二部分），第49页，第206段。

<sup>40</sup> 公布于以下网址：[http://www.oas.org/tribadm/catalog\\_test/english/hist\\_76/24.doc](http://www.oas.org/tribadm/catalog_test/english/hist_76/24.doc)。美洲组织行政法庭的一般判决可在下列网址查阅：[www.oas.org/tribadm/search\\_busqueda/query\\_en.asp](http://www.oas.org/tribadm/search_busqueda/query_en.asp)。



## 2. 国际劳工组织行政法庭，第339号判决<sup>41</sup>

在该案例中，对于各国家未向组织支付应支付的会费这个理由以外的其他原因造成的财政困难能否作为一种解除不法性的情况，劳工组织行政法庭在附带意见中答复了这个问题。投诉人曾获得并接受有关组织的“咨询”合同。投诉人要进行工作的项目是开发署的项目。开发署遇到了财政困难，不得不中止或注销贷记款。用于支付投诉人的咨询工作费用的贷记款因而被取消。该组织通知投诉人，它取消了任命。行政法庭站在投诉人的立场说：

像开发署撤资这样的事件可能表明该组织持续实施合同的能力受到重大影响，因而构成终止合同的合理理由；这是可能的。但是没有任何档案材料能使本法庭得出任何有关该撤资的效力的结论。合同中并没有提到开发署。假设开发署必须向投诉人支付全部或部分薪金，但档案材料中没有适当说明它与粮农组织的财政安排或这些安排如何影响该组织对该合同供资的能力。仅有的来往函件是开发署的两份电报。1976年1月22日的第一封电报说，开发署“不能批准”为期三个月拟议的咨询服务，但提出另一种资金来源。1976年1月29日的第二封电报批准了一项拟议咨询服务，但“不能批准”投诉人剩余三个月的咨询服务。电报中并没有把不批准与财政状况联系起来。粮农组织直到2月17日才决定取消与投诉人的安排；推迟决定表明可能有其他因素要考虑。最后，停止征聘和提前终止已签订的合同之间有很大差别。从开发署提供的信息中可以推断，它认为它在投诉人案例中所做的一切只不过是停止新的征聘；这并不意味着它对已签订的合同也会这么做。

## 3. 国际劳工组织行政法庭，第2183号判决

在该案例中，投诉人长期休病假，任何人都不能查阅她的电子邮件。她的顶头上司要求进入她的计算机账户、查阅她的电子邮件并报告说他已把公务邮件与私人邮件分开，把私人邮件存为一个新的文件。但投诉人听说了她所谓的“侵犯电子邮件事件”后，向行政主任提出了投诉。投诉人对收到的答复不满意并对答复内容提出质疑。该组织以危急为由提出抗辩。行政法庭对该案例事实适用以下原则，并驳回了索赔要求：

首先，欧洲核研究组织在相关时期适用的规则……表明：

……“包括网络在内的计算机设施，除欧洲核研究组织的正式工作方案预定的目的外，不得他用，但另有特殊协议者除外。”

不过，欧洲核研究组织承认，它像其他组织一样，并不追究在适当限度内为私人目的使用电子邮件地址的行为，“条件是这样做不得对该组织的运作造成不利影响”。

其次，必须遵守为专业电子邮件账户内存放的私人邮件保密的原则。

第三，如果因紧急情况或账户持有者长期缺勤而必须进入电子邮件账户，有关组织必须有权打开有关账户，但要采用适当的技术保障措施。对这种可成为获得可能是机密信息的理由的危急情况，必须进行慎之又慎的评估。<sup>42</sup>

必须指出，虽然该法庭采用了“危急情况”的术语，但是可以说没有满足委员会关于国家对国际不法行为的责任条款第16条(a)项<sup>43</sup>规定的检验标准。

## 国际劳工组织

在不妨碍劳工组织可能对委员会即将就解除行为不法性的情况开展的工作作出评论的前提下，劳工组织认为国际组织可援引此类情况，这是一般国际法认可的。劳工组织认为，在编纂这些规则的时候应充分考虑到国际组织的特殊性质。

关于在同国家对国际不法行为的责任条款第25条所述相似的一类情况下，国际组织是否可以援引危急作为抗辩理由的问题，<sup>44</sup>劳工组织尚不知存在任何相关的实践。劳工组织同意危急抗辩仅限于例外情况，并且只有根据严格条件，尤其是在保护“基本利益免遭某项严重而迫在眉睫的危险”的条件下，

<sup>41</sup> 劳工组织行政法庭的判决可在下列网址查阅：[www.ilo.org/dyn/triblex/triblexmain.advancedSearch?p\\_lang=en](http://www.ilo.org/dyn/triblex/triblexmain.advancedSearch?p_lang=en)。

<sup>42</sup> 见上文脚注41。

<sup>43</sup> 《2001年……年鉴》，第二卷（第二部分），第31页。

<sup>44</sup> 《2001年……年鉴》，第二卷（第二部分），第32页。



才允许以危急为理由进行抗辩。<sup>45</sup> 鉴于国际组织任务和职能繁多以及国家在实践中为使用此抗辩理由而援引各种各样的“基本利益”<sup>46</sup>，劳工组织认为，不应阻止国际组织援引这一抗辩理由。至于在这种情况下是否可以援引国际组织的组成文书所载的国际组织的“基本利益”，劳工组织欢迎委员会对此进行研究。<sup>47</sup>

### 联合国教育、科学及文化组织

关于对国际组织适用国家对国际不法行为的责任条款草案关于解除不法性情况的规定，这些规定原则上可移用于本项研究。

关于同意、自卫、危难和不可抗力的条款草案似乎并不造成任何特别问题，但是，在比照适用于反措施和危急的规定方面，似乎存在较多问题。

关于反措施问题，教科文组织认为，如果要在本草案中处理反措施问题，则应将这一问题同制裁问题明确区别开来，因为制裁可由一组织对自己的成员国实施。

关于危急的问题，教科文组织赞同特别报告员在其第四次报告（A/CN.4/564和Add.1-2号文件，第35至第46段）中所持的立场，<sup>48</sup> 根据这一立场，对组成文书的提及，对于界定一组织可能必须保护以对抗某项严重而迫近的危险的“基本利益”来说，可能过于局限。教科文组织认为，拟议的条款草案第22条中纳入提及组织的“职能”的文字，对于划定该项条款的范围来说，可能更为合适。

### K. 解除行为不法性的情况——危急

11. 委员会在2004年报告中就危急提出以下问题：

<sup>45</sup> 加布奇科沃-大毛罗斯项目案（匈牙利/斯洛伐克），判决，《1997年国际法院汇编》，第40页，第50段。

<sup>46</sup> Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries*, 第183页。

<sup>47</sup> 见欧洲联盟委员会的答复，《2005年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/556号文件，M.1节。

<sup>48</sup> 转载于本卷。

(b) 在解除行为不法性的情况中，国家对国际不法行为的责任条款草案第25条提到“危急”，一国在某些条件下可以援引危急，首先一个条件就是“不遵守该国某项国际义务的行为……是该国保护基本利益，对抗某项严重迫切危险的唯一办法”。那么，一国际组织在一系列类似情况下是否也能援引危急情况？\*

\* 《2004年……年鉴》，第二卷（第二部分），第20页，第25段。

### 世界银行

在委员会关于国家对国际不法行为的责任条款草案中，危急被认定为解除不法性的一种情况，但只是在特殊情况下，而且有严格的限制条件：根据条款草案第25条，<sup>49</sup> 一国不得援引危急，除非(a) 这是该国保护基本利益、对抗某项严重而迫在眉睫的危险的唯一办法；(b) 不严重损害所违反的的对象国家（一国或一个以上国家）的现有基本利益或整个国际社会的基本利益。而且，一国如促成了危急情况，或违反了某项义务而排除了援引危急的可能性，便不得援引危急。

在这些严格的限制条件范围内，难以看出为何国际组织不能援引危急。援引危急的基本前提条件之一是保护“基本利益”。国际组织的法律人格独立于其成员国的法律人格，因此是独立的法律主体，不能先验地否认它们也有基本利益，需要根据组成文书加以保护。

《一般条件》中的某些条款肯定了特殊情况在世界银行业务中的重要性，这些条款已经纳入了世界银行的金融协定，在此可以类推比较。《适用于单一货币贷款的贷款和担保协定的一般条件》（1995年5月30日，截至2004年5月1日的修正）第6.02节(e)项规定，在以下情况下，借款人从贷款账户中提款的权利可能被全部或部分中止：

《贷款协定》生效后发生的事件导致了特殊情况，以致项目无法实施或使借款人或担保者无法履行《贷款协定》或《担保协定》规定的义务。

<sup>49</sup> 《2001年……年鉴》，第二卷（第二部分），第32页。

同样,《适用于固定利差贷款的贷款和担保协定的一般条件》(1999年9月1日,截至2004年5月1日的修订)第6.02节(k)项规定,在以下情况下可能中止权利:

出现特殊情况,在此情况下继续提取贷款将不符合世界银行《协定》第三条第3节的规定。<sup>50</sup>

最后,关于援引危急的理由即危险,国际法院在加布奇科沃-大毛罗斯项目案中指出,危险必须是已客观确定的,而不能仅是感到有可能的,而且,一旦确定,遥远的危险也可能被视为“迫在眉睫”的危险。<sup>51</sup>这后一项澄清对世界银行的业务而言至关重要,因为迫近的危险可能现于长期的资金承诺中。因此,世界银行认为,应在委员会将通过的相关条款案文或至少在相关条款的评注中反映国际法院作出的此项澄清。

鉴于上文所述,世界银行认为,委员会的案文:

(a)应表明,国际组织如遇国家为保护基本利益、对抗严重和迫在眉睫的危险而援引危急的类似情形,也可援引危急作为解除不法性的一种情况;

(b)应明确申明,最好是在相关条款中,或至少是在相关条款的评注中明确申明,危险一旦确定,则遥远的危险也可能被视为是迫在眉睫的。

<sup>50</sup> 《协定》第三条第3节规定如下:“银行承做的担保、参与的贷款以及直接发放的贷款的未偿还总额,在任何时候,如再行增加则其总数将超过银行足值的认缴股本、准备金、公积金的100%时,即不得再增加。”

<sup>51</sup> 加布奇科沃-大毛罗斯项目案(匈牙利/斯洛伐克),判决,《1997年国际法院汇编》,第42页,第54段:

“‘危险’一词当然使人联想到‘风险’,这正是‘危险’与实质性损害的区别之处。但是,如果未在相关之时妥为确定‘危险’,危急情况便不可能存在;仅是感到可能的‘危险’,这是不够的。如果构成危急情况的‘危险’同时也是‘严重’和‘迫在眉睫’的,便更是如此。‘迫在眉睫’与‘即刻’或‘迫近’同义,远远超出‘可能性’的范畴。正如国际法委员会在其评注中强调指出的,‘极端严重和迫在眉睫的’危险必须‘构成了实时的利益威胁’……法院认为,这不排除这样的情况,即危险一旦确定,那么,在相关时间,遥远的‘危险’可能被视为是‘迫在眉睫的’,因此,这一危险的到来无论有多么遥远,都不是不那么肯定和不可避免的。”

## L. 国家对国际组织不法行为的责任

### 欧洲联盟委员会

关于国际法委员会在2005年报告第26段所提的问题(见上文导言第1段),欧洲联盟委员会不认为委员会有处理这些问题的绝对必要。草案处理的是国际组织的国际责任。条款草案第16条已经指出,它不影响国家,包括有关国际组织的成员国的国际责任。现有关于国家责任的规则完全可以类推适用于一国不是援助或协助另一国家、而是援助或协助一国际组织实施国际不法行为的情况。

另一方面,欧洲联盟委员会在实践中面临一些索赔要求,这些要求认为欧洲共同体应对援助或协助第三国实施国际不法行为之举负责,因而触发共同体本身的国际责任问题。一个相关的案例是,有人向一个第三国法院控告共同体,声称共同体资助了一个公共机构的非法活动,并声称该机构的雇员造成了申诉人家人的死亡。在这种情况下,重要的是对触发国际责任适用与国家责任规则第16条<sup>52</sup>关于国家援助或协助规定类似的高门槛。因此,援助或协助一国际不法行为只有在满足下列条件时才触发一国际组织的国际责任:

(a) 该国际组织在知道该国际不法行为的情况下这样做;和

(b) 该行为若由该国际组织实施即会构成国际不法行为。

### 国际刑事警察组织

关于国家对国际组织不法行为的责任问题,除非委员会打算在某个时候把国际不法行为责任问题的各个方面纳入一个全面框架,否则人们似乎是在国家责任的领域而不是在国际组织责任的领域探索。委员会提出这些问题表明了一种影响,即国际责任通常与作为国际法常规主体的国家一并审议。同时研究国际组织责任的举动表明国际组织被共同视为国际法主体。然而,国际责任根本上是个更广泛的

<sup>52</sup> 《2001年……年鉴》,第二卷(第二部分),第31页。

问题，同谁是承担被违背的国际法律义务的当事方这一问题密不可分。换言之，任何主体（不论是国家、国际组织、自然人或国内法人）的国际不法行为都涉及国际责任的法律。因此，理论和经验都表明，这个问题要比单单国家对国际组织不法行为的责任更加广泛。因此，单独挑出国家对国际组织不法行为的责任可能是没有正当理由的有选择行为。

在处理以下两个具体问题时，即：(a) 条款草案应否含有关于一国援助和协助一国际组织实施国际不法行为的规定；(b) 是否有案例表明一国应对所属国际组织的国际不法行为负责，上述情况就更加清楚了。如下文所述，这些问题应在国家对国际不法行为的责任条款内处理。

### 1. 援助、协助、指挥和控制

有人提出，关于国家对国际不法行为责任的条款第16条和第17条<sup>53</sup>在范围上受到不适当的限制。它们仅涉及援助和协助另一国以及指挥和控制另一国实施国际不法行为的情况，但没有涉及援助和协助国际组织等国际法其他主体实施国际不法行为的情况。如果第16条和第17条不受那样的限制，就没有必要提出这样的问题，即国际组织的责任条款中应否含有一国援助和协助或指挥和控制一国际组织实施国际不法行为的规定。鉴于第16条和第17条的限制性提法，委员会提出的问题似乎是一个国家责任问题，按照国家对国际不法行为的责任条款第56条，<sup>54</sup>这个问题继续受到国际法适用规则的约束。在这方面，可以回顾一下，常设国际法院在霍茹夫工厂案<sup>55</sup>中采用的一般提法内容非常广泛，足以涵盖援助和协助或指挥和控制国际法另一主体实施国际不法行为的各种情况。

因此，只有在一般国际法没有任何规定一国对援助和协助或指挥和控制国际组织实施国际不法行为之举负责的规则（不过这并不是显而易见的），才存在需要逐步发展国际法来加以弥补的空白。不过，即使那样，有人还认为，国际组织责任的条款也不

是这样做的适当地方。对于将国际组织的责任限于援助/控制/胁迫一国或另一国际组织违背国际法，人们可以提出不同意见加以反对（见草案第12至14条）。

### 2. 成员的责任

在某种程度上，上述讨论部分回答了是否有案例表明一国可对所属国际组织犯下的国际不法行为负责这个问题。不清楚的是哪些没有涵盖在内的案例可加以考虑。国家对国际不法行为的责任条款第57条<sup>56</sup>的一项功能是从条款范围中排除任何国家对国际组织行为的责任问题。然而，该条没有把一国对自身行为，即按照国家责任条款第一部分第二章属于一国的行为的责任问题排除在条款范围之外。委员会已宣布打算根据第57条排除这些问题，虽然它们正式属于国家责任条款的范围，因为它们涉及与第一部分第四章所涉问题相似的国家责任问题。因此，第57条的范围不广，仅涉及有时被称为成员国对一国际组织的行为或债务的衍生责任或第二位责任的内容。<sup>57</sup>

国际刑警组织总秘书处以前曾说过（《2005年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/556号文件，M.2节），对于一组织成员从财政上放弃该组织时可能出现的情况，需要在本文中加以反映。可以回顾一下，在裁决效力案<sup>58</sup>中，国际法院清楚地表明，核准预算的职能并不意味着一国际组织的全体机关拥有绝对权力，可核准或不核准向它提出的支出，因为支出中有一部分是该组织已有的债务，全体机关在这种情况下没有其他办法，只有偿还这些债务。然而，有关胁迫问题的条款不是已涵盖了成员国拒绝让其组织履行承诺这一情况吗？国际锡业理事会的案例就是成员国完全放弃该组织、从而导致违约和最终解体的特殊案例。可以设想，从财政上放弃一组织，这可以成为一种情况，引发成员国根据与国家对国际不法行为的责任条款第18条类

<sup>53</sup> 《2001年……年鉴》，第二卷（第二部分），第31页。

<sup>54</sup> 同上，第34页。

<sup>55</sup> 霍茹夫工厂案，案情实质，1928年第13号判决，《常设国际法院汇编》，A辑，第17号。

<sup>56</sup> 《2001年……年鉴》，第二卷（第二部分），第35页。

<sup>57</sup> 见 Crawford, 前引书，第57条的评注，第311页，第(5)段。

<sup>58</sup> 联合国行政法庭补偿裁决的效力案，咨询意见，《1954年国际法院汇编》，第59页。



似的规则承担责任。<sup>59</sup> 但是除了这个实例之外，仍然不清楚“一国对一国际组织国际不法行为的责任”标题应该涵盖哪些内容。

### (a) 特别法

国家对国际不法行为的责任条款第55条<sup>60</sup>和1986年《关于国家和国际组织间或国际组织相互间条约法的维也纳公约》第74条第3款已经涉及到特别法的情况，其中国际组织的规则具体规定了一国对所属国际组织国际不法行为的责任。一组织的组成文书或另一项规则规定该组织成员对该组织的行为或债务负有衍生责任或第二位责任，便属这种情况。例如，《建立欧洲共同体条约》第300条第7款就是这种情况，其中规定欧洲共同体按照该条所述条件签订的协定对共同体各机构和成员国都有约束力。

### (b) 三方协定

与此类似，如果一国际组织的国际不法行为产生于该组织违背其与国家或与另一国际组织签订的国际协定中的义务，根据《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34条和第35条的规定，实施了不法行为的组织的成员国只有在同意保证履行有关协定规定的义务的情况下，它们才对对该组织违背义务的行为承担责任。

### (c) 缺少资金

在可证明国家对国际组织不法行为的责任的学说中援引的一种情形涉及一组织因缺少资金而没有履行义务的情况。撇开不受国际法制约的财政义务的情况，各个国际法院和法庭的判例法具有某种权威依据，表明这些案例都被解除行为不法性的情况所涵盖。

国际行政法庭两项判决说明了这种情况。一项判决涉及一个组织因外部因素遇到财政困难时可能出现的情况，另一项涉及因成员国没有向该组织履行其财政义务而导致的情况。

如上所述，劳工组织行政法庭在第339号判决中对因成员国没有向该组织缴纳会费以外的其他原因产生的财政困难能否作为解除不法性的情况的问题作出了肯定的回答。然而，根据美洲组织行政法庭第124号判决，如果不是外部原因、而是成员国没有履行其财政义务所导致的话，财政困难仅导致该组织暂时不能履行其义务：

行政法庭认为该组织有义务偿还债务，但同时认识到特殊情况或不可抗力可能暂时妨碍该组织履行其法律义务。

牢记这个现实，在此适用的法律原则是只能按照该组织内部法律制度和免除、付款、到期和赔偿等一般法律原则规定的方式，而不是以成员国不支付摊款额等任何其他方式，免除债务。

把成员国不支付摊款额和义务具有法律约束性这两个方面结合在一起，该组织必须代表总秘书处工作人员开设一个由财务主任管理并负责的特别账户，为雇员建立一个完全和专门用于该组织向工作人员支付任何福利金的储备金。储备金必须入账，成员国支付摊款，履行对该组织的现期财政义务时，必须支付储备金。（见《宪章》第六条和第五十四条以及AG/RES.900(XVII-O/87)号决议，其中大会规定，“向美洲国家组织支付摊款和会费是其成员国的法律义务”；另见“关于确定成员国必须向美洲国家组织缴纳摊款提供资金的大会决议的强制性质”，1988年7月7日OEA/Scr.G/CP/doc.1907/88号文件，第1至第2页，该文件由美洲组织总秘书处编写并存放于该组织常设理事会。另见1962年7月20日国际法院“联合国某些经费案（《宪章》第十七条第二项）”的咨询意见（《1962年国际法院汇编》），美洲组织总秘书处也在上述文件中也加以引用，其中法院坚持认为联合国大会确定的摊款额和1978年8月7日联合国法律顾问的备忘录具有约束力，法律顾问在备忘录中坚称，《联合国宪章》第十七条“规定会员有法律义务缴纳大会为它们确定的摊款额”（*Digest of United States Practice in International Law*, 第225至第226页。）<sup>61</sup>

<sup>59</sup> 《2001年……年鉴》，第二卷（第二部分），第31页。

<sup>60</sup> 同上，第34页。

<sup>61</sup> 杰罗·托里斯等诉美洲国家组织秘书长案 (www.oas.org)，第31页。



后一份判决似乎表明，由于属于一国际组织的国家根据国际法有义务支付该组织主管机构分摊的会费，该组织必须采取措施处理其成员国不缴纳现期会费的情况。然而，一国际组织成员国支付其全体机关规定的摊款额的固有法律义务依然是他人的行为，似乎并不等同于成员国对一国际组织的行为或债务的所谓衍生责任或第二位责任。

(d) 放弃一般原则？

如上所述，在一国对一国际组织国际不法行为的责任题目下应包含哪些内容还不清楚。可以设想其他两种可能性。

首先，就一般国际法的实在法而言，一国对一国际组织的国际不法行为的责任减损了国家对国际不法行为的责任条款第一章和第三章规定的一般原则。<sup>62</sup> 第1条规定，一国的每一国际不法行为都引起该国的责任。还有，第13条规定，一国的行为不构成对该国国际义务的违背，除非该行为是在该义务对该国有约束力的时期发生。然而，没有任何国际实践证明国际法减损性习惯规则得到了发展，以至于一国也要对所属国际组织的国际不法行为负责。即使以最具倾向性的角度阅读韦斯特兰直升机有限公司诉阿拉伯工业化组织案的仲裁裁决<sup>63</sup> 仍然会得出结论认为，法庭基本认定，阿拉伯工业化组织的行为可归为成员国的行为，因为阿拉伯工业化组织与成员国之间基本上不可区分。因此，除了后来瑞士司法部正确地废除了这项裁决之外，<sup>64</sup> 韦斯特兰直升机有限公司诉阿拉伯工业化组织案的仲裁裁决实际上适用了国家对国际不法行为责任的条款第一章规定的一般原则。

其次，可以说，作为拟议法，应有一项减损国家对国际不法行为责任的条款第一章和第三章规定的一般原则的规则。不过，同国内法律制度不同，国际社会既没有法律和行政合并过程，也没有任何共同的国际组织标准。因此，采用这种做法将需要处理因国际组织的多样性而产生的太多问题。举几

个例子：多边银行机构与非银行业国际组织应否同样对待？一些组织是融合主义者，另一些组织不是，这有没有问题？各类义务之间应否加以区别？各国际组织的内部控制机制是否要与这些规则运作的条件相一致？

### 国际劳工组织

问题 (a)

劳工组织对问题 (a) 的基本立场是，不能把国家对国际不法行为的责任条款第16条至第18条<sup>65</sup> 移植到国际组织的责任条款草案中，除非澄清其范围，使其仅适用于成员国在组织的章程框架范围外行事时产生的责任。

如果要把第16条至第18条移植到国际组织的责任方面，则必须一国与国际组织在该组织实施国际不法行为时有相互合作或其他互动的情况。在这方面，应从根本上区别一国际组织可同一成员国进行互动的两个不同层面：一方面，一成员国可在组织的章程框架和程序以内行事。作为该组织机关的成员，成员国在集体决策中发挥作用，包括通过（或不通过）该组织法律文书的决定。同时，它也依照组成条约履行成员的基本义务，例如，支付其分摊会费的义务。另一方面，一成员国可能在章程规定它作为一国际组织的成员而应承担的义务范围以外同该组织进行互动；在这种情况下，该国和该组织作为两个相互独立的国际法主体发生关系；这种关系，除其他外，受适用于其关系的国际法的任何相关规则制约。这种关系的实例包括，一国为组织的预算外技术合作活动提供经费或作为受益者接受此类活动，或者一国作为有关组织的总部、办事处或会议的东道国并给予该组织特权和豁免。

委员会在国家对国际不法行为的责任条款第57条的评注<sup>66</sup> 中认为，一国可能由于它是一国际组织的成员而承担国际责任。这似乎暗示着在一组织的章程框架内行事的成员国可能要对该组织实施的国际不法行为的后果负责。如果对国家责任条款第16至

<sup>62</sup> 《2001年……年鉴》，第二卷（第二部分），第30页。

<sup>63</sup> 《国际法报告》，第80卷（1989年），第595页。

<sup>64</sup> 同上，第622页。

<sup>65</sup> 《2001年……年鉴》，第二卷（第二部分），第31页。

<sup>66</sup> 同上，第77段。

第18条作必要的更改后搬到国际组织的责任条款草案中，后果确实可能是这样。但是，劳工组织认为，这样的后果没有反映适用的习惯和实践。

国际法学会1995年的一份决议正确地指出，“没有任何一般性国际法规则要求国际组织的成员国仅仅由于其成员的身分而对所属国际组织的义务承担共同或从属责任”。<sup>67</sup> 如果相关组织的组成文书中没有相反的规定，除非相关成员国表示同意，否则成员国应受该组织本身的独立法律人格的保护。虽然某些国际组织的组成文书确实规定一国际组织和其成员国应分担责任，<sup>68</sup> 但是大部分国际组织的组成文书包括《国际劳工组织章程》<sup>69</sup> 并非如此，而且没有实践表明存在此类共同或从属责任。学术著作中有一种观点认为，在有些情况下，成员国可能要在一国际组织的国际不法行为负责；这些情况似乎主要基于国际锡业理事会案和韦斯特兰直升机有限公司案，但对这两个案例的范围和关联性的评价似乎过高。<sup>70</sup> 劳工组织无意参加对这个问题的一般性辩论，而是想说明它不认为这些案例是适用于劳工组织这样的组织的国际责任的先例；像劳工组织这样的组织的任务不会带来国内法下的重大经济活动。

假设将国家对国际不法行为的责任条款第16条至第18条<sup>71</sup> 移植到国际组织的责任中，这似乎会具体包括下述情况：成员国参与一国际组织引发不法行为（行为或不行为）的决定在主管集体决策机构中投赞成票、反对票或弃权票，或者允许或阻碍达成一致意见，从而促成该国际组织的国际不法行为。在这方面，除了上一段提出的一般性考虑以外，劳工组织之所以需依赖其国际法律人格的“面纱”，还有一个具体原因。劳工组织所有理事机关都由三方成员构成，这意味着除了政府代表以外，非政府成

<sup>67</sup> 国际法学会在1995年里斯本届会上通过的决议第6条，可在下列网址查阅：[www.idi-iil.org](http://www.idi-iil.org)。

<sup>68</sup> 例如见《外空物体所造成损害之国际责任公约》规定了组织与成员国对依据《关于各国探索和利用包括月球和其他天体在内外层空间活动的原则条约》开展的活动所造成的损害共同承担责任的制度。

<sup>69</sup> 《协约及参战各国对德国和约》（《凡尔赛和约》）第十三部分。

<sup>70</sup> 例如见Klein, *La responsabilité internationale des organisations internationales dans les ordres juridiques internes et en droit des gens*, 第430至第438页。

<sup>71</sup> 见上文脚注65。

员，即雇主代表和工人代表，也与各国政府同等地参与这些机关的工作和决策。具体而言，作为劳工组织的枢纽机关，国际劳工局理事会被赋予重要的决策权，其一半是雇主和工人成员，他们在参与理事会的决策中有同等表决权。由于他们是以个人身份由国际劳工大会选举任职，因此不能被视为任何成员国政府的代理人，甚至也不能被视为其各自雇主组织或工人组织的代理人。<sup>72</sup>

如果要求成员国政府对劳工组织根据理事会决定而实施的国际不法行为承担共同责任，而理事会的雇主和工人成员却不用承担共同责任，这将产生不符合劳工组织《章程》固有的结构性原则的扭曲。国际刑警组织建议条款草案第1条第2款也可包括非国家实体的责任（见《2005年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/556号文件，B节），但这项建议的作用有限，只是将组织机关的那些本身并非该组织成员的个人成员也包括在内。不过，劳工组织无论如何不赞同将条款草案范围作如此的扩大，因为在这方面似乎没有任何实践。

鉴于上述观点，劳工组织建议，如果将第16条至第18条移植到国际组织的责任条款草案中，就应对其范围加以限制，以便排除仅在组织的章程框架和程序范围内行事的成员国的共同责任或从属责任，除非该组织及其成员国明确达成其他协议。但是，这不妨碍该国在违背组织的组成文书的情况下根据国家国际不法行为的责任条款本身应承担的责任。

如果能如上所述限制条款的范围，劳工组织则赞同至少把第16条移植到本条款草案中，并且也不反对移植第17条和第18条，但是它不知道在后两方面是否有任何实践。作为一般性评论，应指出的是，这些修改后采用的条款所规定的责任不必只限于本身是相关国际组织的成员的国家，因为非成员的国家也可能实施某些可能属于这些条款规定范围的援助、协助、指挥、控制或胁迫一类的行为。

关于第16条，将其比照适用于一个国家援助或协助一个国际组织实施国际不法行为的情况似乎是

<sup>72</sup> 见劳工组织《章程》，第7条（上文脚注78）。

合理的。例如，此类援助或协助可能采取为组织的预算外技术合作活动提供经费，或作为组织的总部、办事处或会议的东道国的形式。在实践中，国家在这些情况下承担共同责任的情况确实存在，这从国家有时借助协定排除这种责任的事实可以看出。例如，劳工组织的捐助国政府有时会排除其对资助项目下劳工组织的活动可能造成的损害的责任。<sup>73</sup> 劳工组织通常又把这些活动中产生的第三方索赔的主要责任转给受惠国政府。<sup>74</sup> 与此类似，劳工组织同瑞士签订的总部协定也规定，“瑞士不因国际劳工组织在其领土上的活动而就按照职能范围行为或不行为的该组织或其代理人的行为或不行为承担任何国际责任”。<sup>75</sup>

关于国家对国际不法行为的责任条款第17条，应指出的是，委员会在这一条的评注中提到的一国对另一国的指挥或控制事例，不适合国际组织。<sup>76</sup> 实际上，不明确的一点是，一个国家如何能够在一国际组织的章程框架以外对其进行指挥或控制。总之，任何这样的企图都会构成对国际组织的独立性原则以及维护该组织行政首长和其他工作人员独立性的组成文书规定的违背，这会导致国家本身的责任。但是，假设一国家可对一组织进行事实上的指挥或控制，第17条的规定似乎对国家共同责任问题作出了合适的回答。

与此类似，关于第18条，劳工组织不知道有任何一国胁迫一国际组织的实践存在，但认为这些规定可转用于此类假设情况。

<sup>73</sup> 例如，同一个捐赠国政府机构签订的赠款协定载有下列条款：“对于第三方因本赠款造成的损害提出的索赔，[捐赠国]不承担任何责任。”

<sup>74</sup> 劳工组织同受惠国政府签订的标准协定中有一条同开发署《标准基本援助协定》(DP/107, 附件一)常见的一个条款相类似，其案文如下：

“指定机构应处理因本协定的相关业务活动而产生的向劳工组织、其官员或代其执行公务的其他人提出的任何第三方索赔或争端，并承担责任，并且应保证他们在此类索赔或争端中不受损害。对于上述个人的严重疏忽或故意的不当行为所致的索赔或争端，当事方应协商以便寻求满意的解决方法。”

<sup>75</sup> 《瑞士联邦委员会与国际劳工组织关于国际劳工组织在瑞士的法律地位问题的协定》，第24条（联合国，《条约汇编》，第15卷，第103号，第383页）。

<sup>76</sup> 《2001年……年鉴》，第二卷（第二部分），第31页。

问题 (b)

除了上文考虑的情况以外，劳工组织在其实践的基础上，认为不可能还有一国家应对其所属国际组织的国际不法行为负责的其他情况。

### 禁止化学武器组织

委员会在其2005年的报告第三章C部分<sup>77</sup>邀请就三个问题发表评论和看法。

#### 1. 援助或协助、指挥和控制或胁迫

第一个问题（第26段(a)项）是，委员会是否应在关于国际组织的责任的条款草案中列入关于一国援助或协助一国际组织实施一项国际不法行为的一条规定。第二个问题是，对第一个问题的回答是否也应适用于下述情况，即一国指挥和控制或者胁迫一国际组织实施了一项若非胁迫本应构成不法行为的行为。禁化武组织认为，这两个问题在当代国际事务中均具有重要的意义，而且禁化武组织认为这两个问题确实需要得到委员会的审议。在审议这个问题时，委员会不妨考虑，如果结论是一个国家在这两种情况下均有责任，会带来什么样的实际后果。另外，最好澄清第二个问题中所述不法行为是国内不法行为还是国际不法行为，因为第26(a)段对此没有具体说明。

#### 2. 国际组织的成员国的责任

最后一个问题（第26段(b)项）是，是否有这样的情况，即，一国会因为其所加入的一国际组织实施了一项国际不法行为而被追究责任。禁化武组织认为，正如从国际和国内诉讼以及学术文献中所看到的那样，最近的一些事件表明这个问题具有重要的实际意义，多次出现需要审议成员国可能承担的责任的情况。但是，学术文献的共识是，法律状况不是很清楚。因此，委员会审议这个问题可有助于澄清国际法在这个问题上的现况，不论审议结果如何。

<sup>77</sup> 《2005年……年鉴》，第二卷（第二部分），第17页。



### 联合国教育、科学及文化组织

在审议问题 (a) 所述问题时, 委员会应当铭记本原则草案适用的那些国际组织确实具有国际法律人格, 因此, 在原则上是独立于成员国的主体。基于这一前提, 必须明确指出, 成员国在该组织的章程框架内采取的所有行动 (促成该组织作出行为或不行为的决定) 并不会对这些成员国造成责任, 除非在其组成条约中为此目的有明确规定。成员国只有在可以说掌握对该组织行动的完全控制、以致该组织的法律人格被认为是徒有虚名的情况下, 才能肯定须负责任。

因此, 上述有关一国援助或协助一国际组织实施国际不法行为的情况的规定, 一方面应当局限于该组织同非成员国之间的关系, 另一方面, 在同成员国的关系上, 应当局限于该组织和有关成员国作为国际法独立主体相互作用的情况。一成员国武装部队与一组织指挥领导的部队协作, 以非法地推翻一外国政府, 或一成员国从一组织获得技术援助, 而且该国人员与该组织工作人员协作, 实施诸如非法贩运文物等国际不法行为, 即属此类情况。

在这方面, 值得指出的是, 在技术援助活动方面, 组织和受援国之间应作出具体安排, 以排除该组织对因该组织人员在该国实施活动而产生的索赔或债务的责任。教科文组织同受援国就技术援助签订的标准协定包括下列标准条款, 反映了联合国系统专门机构签署此类协定时所遵循的既定惯例:

政府应负责处理第三方可能针对教科文组织、其财产以及其工作人员或代表教科文组织提供服务的其他人员提出的任何索赔, 并应在根据本《业务计划》开展活动而引起任何索赔或债务时, 确保教科文组织、其财产、工作人员及上述其他人员不受伤害, 除非教科文组织和该政府一致认为此类索赔或债务是由上述工作人员或人员的重大过失或故意不当行为所引起。

此外, 如果一成员国愿意向组织捐助资金, 以便在另一成员国境内开展技术援助活动, 捐助国政府通常会要求在同教科文组织的协定中加入下列免责条款:

[成员国 X] 对第三方因此赠款而产生的损害所提出的索赔不承担任何责任。

对于一国指挥或控制一国际组织实施国际不法行为或对一个国际组织实施胁迫, 此种情况似乎不大可能发生。有一种假设性很强的情况, 例如, 一国可在对被胁迫的组织所在国实施军事占领之后对该国际组织秘书处实施胁迫。但是, 在一组织的章程框架内, 由一成员国对组织的行动实施指挥或控制, 似乎是不可能的, 因为组成条约通常都规定了法律保障。

### 世界卫生组织

关于报告第三章 C 节,<sup>78</sup> 世卫组织注意到, 委员会并不要求对有关解除不法性的任何具体情况作出评论, 委员会在以前征求评论意见的要求中曾列入主张危急对国际组织的适用问题。作为目前阶段的一般性评论, 世卫组织建议特别报告员和委员会考虑到国家和国际组织之间的根本区别以及各国际组织之间在职能和宗旨上的区别, 对国家对国际不法行为的责任条款第一部分第五章列举的解除不法性的情形<sup>79</sup> 作出评估, 研究哪些情形可被视为适用于国际组织, 尤其要考虑到在该领域很可能缺乏惯例。例如, 像自卫这样的情形就其本质而言显然只适用于一个国家的行动, 但是, 可对以下问题提出质疑: 通常对国际组织适用的国际义务是否有可能导致违反国家责任条款第 26 条之下的一般国际法强制性规范。<sup>80</sup>

委员会还询问是否应在条款草案中列入一国援助或协助一国际组织实施国际不法行为的情形以及一国指挥和控制一国际组织、或胁迫一国际组织实施国际不法行为的情形。报告指出, 这些属于国家对国际不法行为的责任条款第 16 至第 18 条设想的情况。<sup>81</sup> 世卫组织对该问题的一般性答复是, 如果这三种情况中的任何一种情况涉及一国际组织的国际责任, 则将这些情况列入条款草案看来是符合逻辑的做法。一般而言, 一国援助或协助、或指挥和控制一国际组织实施国际不法行为情况的处理, 看来应以国家责任条款的结构和内容根据。不过, 对于一国际组织受一国胁迫而实施若无胁迫即属不法的行为的情况, 看来有不同的答复, 因为这种特殊情况排除了受胁迫组织的责任。

<sup>78</sup> 《2005 年……年鉴》, 第二卷 (第二部分), 第 17 页。

<sup>79</sup> 《2001 年……年鉴》, 第二卷 (第二部分), 第 31 至第 32 页。

<sup>80</sup> 同上, 第 32 页。

<sup>81</sup> 同上, 第 31 页。





# 国家单方面行为

[议程项目6]

A/CN.4/569 和 Add.1 号文件

## 特别报告员维克托·罗德里格斯·塞德尼奥先生 关于国家单方面行为的第九次报告

[原文: 西班牙文]

[2006年4月6日]

### 目 录

	段 次	页 次
本报告引用的多边文书 .....		168
本报告引用的著作 .....		168
导言 .....	1-9	172
章 次		
一、国家单方面行为 .....	10-124	174
A. 单方面行为的有效性和持续时间 .....	10-78	174
1. 无效的理由 .....	11-78	174
(a) 单方面行为因代表缺乏权能而无效 .....	18-34	175
(一) 1969年《维也纳公约》第四十六条 .....	22-30	176
(二) 对表示一国同意的权力的特定限制 .....	31-34	178
(b) 无效性的理由涉及同意的表示 .....	35-66	179
(一) 错误 .....	36-43	179
(二) 欺诈 .....	44-47	180
(三) 对代表的贿赂 .....	48-52	181
(四) 胁迫 .....	53-66	182
a. 对一国代表的胁迫 .....	54-58	182
b. 以威胁或使用武力对一国进行胁迫 .....	59-66	182
(c) 单方面行为因违反强行法的规范而无效 .....	67-78	184
B. 单方面行为的终止和中止及其他有关概念 .....	79-124	187
1. 因单方面行为作出方的意愿而产生的情形 .....	95-108	189
2. 与单方面行为作出方的意愿无关的情况造成的情形 .....	109-124	192
(a) 1969年《维也纳公约》规定的情形 .....	110-119	193
(b) 1969年《维也纳公约》没有明确规定的情况 .....	120-124	195
二、供工作组审议的指导原则草案 .....	125-161	196
A. 单方面行为的定义 .....	126-139	196
B. 单方面行为的作出 .....	140-152	198
1. 国家作出单方面行为的能力 .....	140-141	198
2. 有权代表国家作出单方面行为的人员 .....	142-150	199
3. 对未经授权作出的单方面行为的事后确认 .....	151-152	200

C. 单方面行为约束性质的基础 .....	153–156	200
D. 单方面行为的解释 .....	157–161	201
附件：指导原则草案 .....		203

### 本报告引用的多边文书

#### 来 源

- |  |   |
|--|---|
| 《关于苏伊士运河自由航行的公约》[英]（1888年10月29日，君士坦丁堡）     | N. Singh, ed., <i>International Maritime Law Conventions</i> , 第4卷（伦敦，史蒂文斯出版社，1983），第2834页。 |
| 《协约及参战各国对德国和约》（《凡尔赛和约》）[英]（1919年6月28日，凡尔赛） | 《英国和外国文献》，1919年，第一百一十二卷（伦敦，皇家印务局，1922年），第1页。  |
| 《防止及惩治灭绝种族罪公约》（1948年12月9日，纽约）              | 联合国，《条约汇编》，第78卷，第1021号，第277页。   |
| 《维也纳条约法公约》（1969年5月23日，维也纳）                 | 同上，第1155卷，第18232号，第331页。  |
| 《关于国家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。  |
| 《儿童权利公约》（1989年11月20日，纽约）                   | 同上，第1577卷，第27531号，第3页。  |
| 《美洲国家反腐败公约》[英]（1996年3月29日，加拉加斯）            | 《国际法律资料》，第35卷，第5号（1996年9月），第724页。   |
| 《反腐败刑法公约》[英]（1999年1月27日，斯特拉斯堡）             | 联合国，《条约汇编》，第2216卷，第39391号，第225页。  |
| 《反腐败刑法公约之附加议定书》[英]（2003年5月15日，斯特拉斯堡）       | 同上，第2466卷，第39391号，第168页。  |

### 本报告引用的著作

- |  |  |
|--|--|
| Akehurst, Michael  | Bondía García, David   |
| “The hierarchy of the sources of international law”, <i>BYBIL</i> 1974–1975 (Oxford), vol. 47, 1977, pp. 273–285.  | <i>Régimen jurídico de los actos unilaterales de los Estados</i> . Barcelona, Bosch, 2004. 221 p.  |
| Alexidze, Levan  | Brownlie, Ian  |
| “Legal nature of <i>jus cogens</i> in contemporary international law”, <i>Collected Courses of The Hague Academy of International Law, 1981–III</i> . The Hague, Martinus Nijhoff, 1982. vol. 172, pp. 219–270.  | <i>Principles of Public International Law</i> . 6th ed. Oxford, Oxford University Press, 2003. 742 p.  |
| Aspremont Lynden, Jean D'  | Capotorti, Francesco   |
| “Les travaux de la Commission du droit international relatifs aux actes unilatéraux des États”, <i>RGDIP</i> , vol. CIX, 2005, pp. 163–189.  | “L’extinction et la suspension des traités”, <i>Collected Courses of The Hague Academy of International Law, 1971–III</i> . Leiden, Sijthoff, 1972. vol. 134, pp. 417–587. |
| Barberis, Julio A.   | Carrillo Salcedo, Juan Antonio   |
| “Los actos jurídicos unilaterales como fuente del derecho internacional público”, in Manuel Pérez González and others, eds., <i>Hacia un nuevo orden internacional y europeo: estudios en homenaje al Profesor Don Manuel Díez de Velasco</i> . Madrid, Tecnos, 1993, pp. 101–116. | “Reflections on the existence of a hierarchy of norms in international law”, <i>European Journal of International Law</i> (Florence), vol. 8, 1997, pp. 583–595.           |
|  | Casado Raigón, Rafael  |
|  | <i>Notas sobre el jus cogens internacional</i> . Córdoba, Spain, 1991. 43 p.   |

Casado Raigón, Rafael and Eva María Vázquez Gómez

“La impronta del *ius cogens* en el proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos”, in Ana Salinas de Frías and Marina Vargas Gómez-Urrutia, eds., *Soberanía del Estado y derecho internacional: homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*. Seville, University of Seville, 2005. vol. I, pp. 343–360.

Casanovas la Rosa, Oriol

“La modificación de los acuerdos internacionales por la práctica posterior”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XXI, No. 1, January–March 1968, pp. 328–345.

Cassese, Antonio

*International Law*. Oxford, Oxford University Press, 2001. 469 p.

Charpentier, Jean

“Engagements unilatéraux et engagements conventionnels: différences et convergences”, in Jerzy Makarczyk, ed., *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century*. The Hague, Kluwer, 1996, pp. 367–380.

Coussirat-Coustère, Vincent and Pierre Michel Eisemann, eds.

*Repertory of international arbitral jurisprudence*. vol. I, 1794–1918. Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1989. 546 p.

Danilenko, Gennady M.

“International *ius cogens*: issues of law-making”, *European Journal of International Law* (Florence), issue 1, 1991, pp. 42–65.

Degan, Vladimir-Djuro

“Unilateral act as a source of particular international law”, *Finnish Yearbook of International Law* (Helsinki), vol. V, 1994, pp. 149–266.

Dehaussy, J.

“La déclaration égyptienne de 1957 sur le canal de Suez”, *Annuaire français de Droit International* (Paris), vol. VI, 1960, pp. 169–184.

Elias, T. O.

“Problems concerning the validity of treaties”, *Collected Courses of The Hague Academy of International Law, 1971–III*. Leiden, Sijthoff, 1972. vol. 134, pp. 333–416.

Fernández Tomás, Antonio

“El *ius cogens* y las obligaciones derivadas de normas imperativas: entre el mito y la realidad”, in Ana Salinas de Frías and Marina Vargas Gómez-Urrutia, eds., *Soberanía del Estado y derecho internacional: homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*. Seville, University of Seville, 2005. Vol. I, pp. 619–638.

Gaja, Giorgio

“*Jus cogens* beyond the Vienna Convention”, *Collected Courses of The Hague Academy of International Law, 1981–III*. The Hague, Martinus Nijhoff, 1982. vol. 172, pp. 271–316.

Gómez Robledo, Antonio

“Le *ius cogens* international: sa genèse, sa nature, ses fonctions”, *Collected Courses of The Hague Academy of International Law, 1981–III*. The Hague, Martinus Nijhoff, 1982. vol. 172, pp. 9–217.

*El ius cogens internacional: Estudio histórico-crítico*. Mexico, Universidad Nacional Autónoma de México, 2003. 195 p.

González Vega, Javier A.

“El reconocimiento de Belice ante la Corte de Constitucionalidad de Guatemala: la sentencia de 3 de noviembre de 1992”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XLV, No. 2, July–December 1993, pp. 580–585.

Guggenheim, Paul

“The validity and the nullity of international legal acts”, *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1949–I*. Paris, Sirey, 1949. vol. 74, pp. 191–268.

Gutiérrez Espada, Cesáreo

*Derecho Internacional Público*. Madrid, Trotta, 1995. 699 p.

“Sobre las normas imperativas del derecho internacional”, *Pacis Artes: Obra Homenaje al profesor Julio D. González Campos*, vol. I, *Derecho Internacional Público y Derecho Comunitario y de la Unión Europea*. Madrid, Editer, 2005, pp. 273–288.

Hannikainen, Lauri

*Peremptory Norms (Jus Cogens) in International Law: Historical Development, Criteria, Present Status*. Helsinki, Finnish Lawyers' Publishing Company, 1988. 781 p.

Haraszti, György

“Treaties and the fundamental change of circumstances”, *Collected Courses of The Hague Academy of International Law, 1975–III*. Leiden, Sijthoff, 1977. vol. 146, pp. 1–93.

Higgins, Rosalyn

*Problems and Process: International Law and How We Use It*. Oxford, Clarendon Press, 1994. 274 p.

Jacqué, Jean-Paul

*Éléments pour une théorie de l'acte juridique en droit international public*. Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1972. 511 p.

“À propos de la promesse unilatérale”, *Mélanges offerts à Paul Reuter—le droit international: unité et diversité*. Paris, Pedone, 1981, pp. 327–345.



Kiss, Alexandre-Charles

*Répertoire de la pratique française en matière de droit international public*. vol. I. Paris, Centre National de la Recherche Scientifique, 1962.

Koskenniemi, Martti

“Report of the Director of Studies of the English-speaking Section of the Centre”, in Pierre Michel Eisemann and Martti Koskenniemi, eds., *State Succession: Codification Tested against the Facts*. The Hague, Martinus Nijhoff, 2000, pp. 65–132.

Lauterpacht, H., ed.

*Annual Digest and Reports of Public International Law Cases: Years 1935–1937*. London, Butterworth, 1941.

*Annual Digest and Reports of Public International Law Cases: Years 1919–1942*. London, Butterworth, 1947.

*Annual Digest and Reports of Public International Law Cases: Years 1943–1945*. London, Butterworth, 1949.

Marston, Geoffrey, ed.

“United Kingdom materials on international law 1981”, BY-BIL 1981, vol. 52, 1982, pp. 361–534.

“United Kingdom materials on international law 1982”, BY-BIL 1982, vol. 53, pp. 337–570.

“United Kingdom materials on international law 1987”, BY-BIL 1987, vol. 58 (1988), pp. 497–650.

Meron, Theodor

“Article 46 of the Vienna Convention on the Law of Treaties (*ultra vires* treaties): some recent cases”, BYBIL 1978, vol. 49, 1979, pp. 175–199.

Moore, John Bassett

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

Nahlik, S. E.

“The grounds of invalidity and termination of treaties”, *American Journal of International Law*, vol. 65, 1971, pp. 736–756.

Navarro Batista, Nicolás

“La práctica comunitaria sobre reconocimiento de Estados: nuevas tendencias”, *Revista de Instituciones Europeas* (Madrid), vol. 22, No. 1, 1995, pp. 475–507.

Nicoloudis, E. P.

*La nullité de jus cogens et le développement contemporain du droit international public*. Athens, Papazissi, 1974.

Oraison, André

“Le dol dans la conclusion des traités”, RGDIP, vol. 75, No. 3, July–September 1971, pp. 617–673.

*L'erreur dans les traités*. Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1972. 281 p.

Ortega Terol, Juan Miguel

*Textos y documentos sobre los desmembramientos de la Unión Soviética y de Yugoslavia*. Cuenca, Universidad de Castilla-La Mancha, 1996. 100 p.

“Aspectos teóricos y prácticos de la continuidad en la identidad del Estado”, *Anuario de Derecho Internacional* (Pamplona), vol. XV, 1999, pp. 273–323.

Pecourt García, Enrique

“El principio del ‘estoppel’ en derecho internacional público”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XV (1962), Nos. 1–2, págs. 97–139.

Poch de Caviedes, Antonio

“From the *clausula rebus sic stantibus* to the revision clause in international conventions”, *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1966–II*. Leiden, Sijthoff, 1968. vol. 118, pp. 105–208.

Remiro Brotons, Antonio

*Derecho Internacional Público*. vol. II: Derecho de los Tratados, Madrid, Tecnos, 1987. 551 p.

Rodríguez Carrión, Alejandro J.

*Lecciones de derecho internacional público*. 5 th ed. Madrid, Tecnos, 2002. 659 p.

Rousseau, Charles

“Chronique des faits internationaux”, RGDIP, vol. LXXXV, 1981.

“Chronique des faits internationaux”, RGDIP, vol. LXXXVI, 1982.

“Chronique des faits internationaux”, RGDIP, vol. LXXXVIII, 1984.

“Chronique des faits internationaux”, RGDIP, vol. LXXXIX, 1985.

“Chronique des faits internationaux”, RGDIP, vol. XCI, 1987.

“Chronique des faits internationaux”, RGDIP, vol. XCII, 1988.

Rozakis, Christos L.

*The concept of jus cogens in the law of treaties*. Amsterdam, Elsevier, 1976. 206 p.

Rubin, Alfred P.

“The international legal effects of unilateral declarations”, *American Journal of International Law*, vol. 71, 1977, pp. 1–30.

Ruda, José M.

“Terminación y suspensión de los tratados”, in Emmanuel G. Bello and Bola A. Ajibola, eds., *Essays in honour of Judge Taslim Olawale Elias*. vol. I: *Contemporary International*

- Law and Human Rights*. Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1992, pp. 93–116.
- Ruiloba García, Eloy  
*Circunstancias especiales y equidad en la delimitación de los espacios marítimos*. Saragossa, Real Instituto de Estudios Europeos, 2001. 559 p.
- Seve de Gastón, Alberto  
 “Los actos jurídicos internacionales unilaterales con especial atinencia a los intereses marítimos argentinos”, *Anuario Argentino de Derecho Internacional* (Córdoba, Argentina), vol. I, 1983, pp. 251–357.
- Sicault, Jean-Didier  
 “Du caractère obligatoire des engagements unilatéraux en droit international public”, *RGDIP*, vol. LXXXIII, 1979, pp. 633–688.
- Sinclair, Sir Ian  
*The Vienna Convention on the Law of Treaties*. 2th ed. Manchester, Manchester University Press, 1984. 270 p.
- Skubiszewski, Krzysztof  
 “Unilateral acts of States”, in Mohammed Bedjaoui, ed., *International Law: Achievements and Prospects*. Paris, UNESCO, 1991, pp. 221–240.
- Sztucki, Jerzy  
*Jus cogens and the Vienna Convention on the Law of Treaties: A Critical Appraisal*. Vienna, Springer-Verlag, 1974. 204 p.
- Torres Cazorla, María Isabel  
 “Rights of private persons on State succession: an approach to the most recent cases”, in Pierre Michel Eisemann and Martti Koskeniemi, eds., *State Succession: Codification Tested against the Facts*. The Hague, Martinus Nijhoff, 2000, pp. 663–717.
- Los actos unilaterales de los Estados en el derecho internacional contemporáneo*. Málaga, October 2001. 182 p. Mimeographed.
- “El derecho del menor a una nacionalidad: análisis de los recientes casos de sucesión de Estados”, *Los Derechos del Niño: Estudios con motivo del X Aniversario de la Convención de los Derechos del Niño*. Madrid, Ministry of Labour and Social Affairs, 2002, pp. 193–212.
- “El último cambio de Yugoslavia: de la República Federativa de Yugoslavia (Serbia y Montenegro) a la Unión de Serbia y Montenegro”, *Revista Española de Derecho Internacional* (Madrid), vol. LV, No. 1, January-June 2003, pp. 487–492.
- Urios Moliner, Santiago  
*Actos unilaterales y derecho internacional público: delimitación de una figura susceptible de un régimen jurídico común*. Castellón, Universitat Jaume I, April 2001. Mimeographed. (Thesis, University Jaume I, Spain)
- Van Bogaert, E.  
 “Le sens de la clause ‘*rebus sic stantibus*’ dans le droit des gens actuel”, *RGDIP*, vol. LXX, 1966, pp. 49–74.
- Venturini, Gian Carlo  
 “The scope and legal effects of the behaviour and unilateral acts of States”, *Recueil des cours de l’Académie de droit international de La Haye, 1964–II*. Leiden, Sijthoff, 1964. vol. 12, pp. 363–467.
- Verdross, Alfred  
 “*Jus dispositivum* and *jus cogens* in international law”, *American Journal of International Law* (Washington, D.C.), vol. 60, 1966, pp. 55–63.
- Verhoeven, Joe  
*La reconnaissance internationale dans la pratique contemporaine: les relations publiques internationales*. Paris, Pedone, 1975.
- “La reconnaissance internationale: déclin ou renouveau?”, *Annuaire français de droit international* (Paris), vol. XXXIX, 1993, pp. 7–40.
- Verzijl, J. H. W.  
 “La validité et la nullité des actes juridiques internationaux”, *Revue de droit international* (Paris), vol. XV, No. 2, April-May-June 1935, pp. 284–339.
- International Law in Historical Perspective. Part VI: Juridical facts as sources of international rights and obligations*. Leiden, Sijthoff, 1973.
- Virally, Michel  
 “Réflexions sur le ‘*jus cogens*’”, *Revue de droit international* (Paris), vol. XII, 1966, pp. 5–29.
- Visscher, Paul DE  
 “Remarques sur l’évolution de la jurisprudence de la Cour Internationale de Justice relative au fondement obligatoire de certains actes unilatéraux”, in Jerzy Makarczyk, ed., *Essays in International Law in honour of Judge Manfred Lachs*. The Hague, Martinus Nijhoff, 1984, pp. 459–465.
- Weil, Prosper  
 “Le droit international en quête de son identité: cours général de droit international public”, *Collected Courses of The Hague Academy of International Law, 1992–VI*. The Hague, Martinus Nijhoff, 1996. vol. 237, pp. 9–370.
- Weiler, J. H. H. and Andreas L. Paulus  
 “The structure of change in international law or is there a hierarchy of norms in international law?”, *European Journal of International Law* (Florence), vol. 8, 1997, pp. 545–565.
- Zafra Espinosa de los Monteros, Rafael  
*Aproximación a una teoría de los actos unilaterales de los Estados*. University of Seville, 2001. Mimeographed.

## 导言

1. 国际法委员会在2005年7月15日和19日至21日举行的第2852次至第2855次会议上审议了关于国家单方面行为的第八次报告<sup>1</sup>。该报告按照国家单方面行为工作组和委员会委员发表的意见，以及各国政府代表在大会第六委员会上发表的意見，提出了国家单方面行为的一些事例。尽管并非所有事例都代表委员会所关注的意义上的单方面行为，但它们有助于促进对这个主题的审议取得进展。

2. 在委员会讨论的过程中，有委员再次指出，“由于效果的多样性和行为发生背景的重要性，很难形成单方面行为的‘理论’或‘制度’”。<sup>2</sup>但其他一些委员认为，建立这样的制度是可能的，<sup>3</sup>尽管有以下说明的限定条件。

3. 在委员会讨论这一专题期间，还有人指出，“至今所研究的实践，或许还要加上对其他行为……的进一步研究，可能会为正式的、具有某种灵活性的定义提供基础”。<sup>4</sup>在确定这种定义之后，“委员会应研究单方面行为的行为者的能力和权限”。<sup>5</sup>还有的委员建议应“以附带一般性或初步结论并且涵盖所有一致同意的要点的宣言形式”编写“委员会关于本主题工作的概要”。<sup>6</sup>有的委员还指出，“不能忽视需要保证各国仍然可以自由在任何时候发表政治声明，而不感到受限于可能必须接受法律承诺，这一点同样重要”。<sup>7</sup>

4. 以前有人在委员会多次提出另一个观点，即“由于所谓的单方面行为种类繁多、性质多样复杂，所以无法以条款草案的形式编纂”；<sup>8</sup>“因为行为发生的背景对于行为的确定很关键，所以最好的办法是进行一项关于本专题的‘阐释’性研究”。<sup>9</sup>鉴于委员会很难在一般规则上达成一致意见，有些委员认为，最好是“致力于制定一些可以为国家提供帮助和指导的准则和原则，同时为这一事项提供更大的确定性”。<sup>10</sup>

5. 在委员会第五十七届会议和单方面行为工作组会议<sup>11</sup>的讨论期间审议的另一个问题是“单方面行为的可撤销性”问题，<sup>12</sup>有人说，要彻底研究这一专题，就必须讨论这一问题；<sup>13</sup>因此本报告详细讨论了这一问题。

6. 在大会2005年第六十届会议期间，会员国在第六委员会上审议了这一报告和委员会的讨论。在2005年10月24日和11月3日举行的会议上，各国政府的代表强调指出了这一专题的困难，<sup>14</sup>并对委员会工作进展缓慢表示关注；<sup>15</sup>代表们表示

<sup>1</sup> 《2005年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/557号文件，第139页。

<sup>2</sup> 同上，第二卷（第二部分），第303段，埃斯卡拉梅亚女士和坎迪奥蒂先生发表的意见。

<sup>3</sup> 同上，除其他人外，卡姆托先生、佩莱先生、坎迪奥蒂先生和薛女士的意见。

<sup>4</sup> 同上，丰巴先生的意见。

<sup>5</sup> 同上，第305段，尤其是埃斯卡拉梅亚女士、佩莱先生和达乌迪先生的意见。

<sup>6</sup> 同上，第307段，坎迪奥蒂先生和薛女士的意见。

<sup>7</sup> 同上，第309段，佩莱先生的意见。

<sup>8</sup> 同上，第310段，科斯肯涅米先生和布朗利先生的意见。

<sup>9</sup> 同上，布朗利先生的意见。

<sup>10</sup> 同上，第314段，除其他人外，坎迪奥蒂先生和佩莱先生的意见。

<sup>11</sup> 在主席佩莱先生的主持下，不限成员名额工作组举行了四次会议（2005年5月11日和18日、6月1日和7月25日）（同上，第327至第332段）。

<sup>12</sup> 同上，第315段。

<sup>13</sup> 国际法委员会第五十七届会议主席蒙塔兹先生应委员会委员的请求，在第六委员会上告诉各国政府的代表，委员会欢迎各国政府就单方面行为的撤销或修正、其具体情况和条件、撤销或修正单方面行为的效力以及第三方可能作出的各种反应等方面的实践提供意见（《大会正式记录，第六十届会议，第六委员会》，第13次会议，第80段）。

<sup>14</sup> 同上，第11次会议，第59段，西班牙的发言；第16次会议，第12段，俄罗斯联邦的发言；第19次会议，第14段，阿拉伯利比亚民众国的发言；第20次会议，第38段，委内瑞拉玻利瓦尔共和国的发言。

<sup>15</sup> 同上，第11次会议，第46段，摩洛哥的发言；第14次会议，第52段，日本的发言；第15次会议，第10段，大韩民国的发言；第16次会议，第52段，危地马拉的发言；同上，第72段，肯尼亚的发言。

同意特别报告员在第八次报告中采用的方法；<sup>16</sup> 还提出了与这一专题有关的更具体的问题。代表们提到应将这一专题的范围限于一国可以通过单方面声明承担的义务、其有效性的条件<sup>17</sup> 及其对第三国的影响，包括对这些国家的相应权利的影响。这样做可以避免审查国家行为这一极其复杂的问题。<sup>18</sup>

7. 关于应如何继续进行这一专题的工作，有些代表团强调需要在2006年结束这一研究，<sup>19</sup> 在委员会以前工作的基础上提出一般性结论，<sup>20</sup> 同时重视单方面行为的特定性质，即在结论上不完全仿效《维也纳条约法公约》（以下称为“1969年《维也纳公约》”）的条款。<sup>21</sup> 但其他一些代表团认为，可以用条约法的条款作为一个出发点，甚至可以在作必要的更改后作为一个框架。<sup>22</sup> 一个代表团说，它在以前的届会上发表意见说应搁置这一专题，现在仍然坚持这一意见；<sup>23</sup> 另一代表团说，由于很难界定这类行为的性质，所以这类行为是无法按照编纂或逐渐发展的方法处理的。<sup>24</sup> 其他一些代表团认为，委员会对这一专题的审议已经作出了积极的贡献，它查明和澄清了单方面行为的概念，<sup>25</sup> 使得有可能就这

<sup>16</sup> 同上，第14次会议，第10段，奥地利的发言；第44段，新西兰的发言；第52段，日本的发言；同上，第16次会议，第12段，俄罗斯联邦的发言；第21段，波兰的发言；第46段，智利的发言。

<sup>17</sup> 同上，第11次会议，第59段，西班牙的发言；第74段，法国的发言。

<sup>18</sup> 同上，第59段，西班牙的发言；第74段，法国的发言；第16次会议，第22段，波兰的发言；同样，智利代表认为，最好先巩固在严格意义上的单方面行为方面取得的进展，然后再着手对行为进行详尽的研究（同上，第48段）。

<sup>19</sup> 同上，第12次会议，第42段，丹麦代表北欧国家的发言；第16次会议，第35段，葡萄牙的发言。

<sup>20</sup> 同上，第12次会议，第42段，丹麦代表北欧国家的发言；第13次会议，第106段，阿根廷的发言；第15次会议，第18段，中国的发言。

<sup>21</sup> 同上，第14次会议，第44段，新西兰的发言。

<sup>22</sup> 同上，第15次会议，第10段，大韩民国的发言；第16次会议，第54段，危地马拉的发言。

<sup>23</sup> 同上，第14次会议，第7段，大不列颠及北爱尔兰联合王国的发言。

<sup>24</sup> 同上，第15次会议，第2段，美利坚合众国的发言。

<sup>25</sup> 同上，第16次会议，第46段，智利的发言；第54段，危地马拉的发言；第17次会议，第6段和第10段，古巴的发言；第18次会议，第74段，白俄罗斯的发言。

一专题制订构想和指导原则；<sup>26</sup> 这或许提供了一个良好的基础，作为朝向可能将其编纂成法律的目标迈出的第一步。

8. 针对委员会委员所表达的关切，并为了促进对这一专题的审议，特别报告员今年提交了其第九次报告。报告分为两章，第一章涉及单方面行为无效性的理由、这种行为的修正和中止，以及其他有关概念。这些问题虽在前几年讨论过，但在特别报告员以前的报告中没有正式予以介绍。本报告的第二章从结构角度处理了委员会及于2004年和2005年设立、由阿兰·佩莱先生担任主席的国家单方面行为工作组已经审议过的专题：单方面行为的定义，这一定义的处理在于使其能够区别于其他一些虽然表面上是单方面的、但实际上构成条约关系——因此须遵守1969年《维也纳公约》规定的制度——的行为。另一方面，这种行为从严格意义上说是意愿的表现，须区别于可能产生类似法律效力的单方面行为。就同一主题，还提到单方面行为的对象，但这并不影响这一专题仅限于国家作出的单方面行为。在这方面，报告提出了两个建议，它们可以作为这种行为的定义的一部分，并可确定指导原则草案的范围；第二，报告介绍了提议的与作出单方面行为有关的措辞：国家的能力、经授权代表国家在国际关系中作出行为和作出法律承诺的人，以及对未经授权作出的行为的事后确认；第三，就单方面行为具有约束力的根据提出了拟议的措辞；最后，就单方面行为的解释提出指导原则草案。本文件的附件载列了提议的所有指导原则，包括在第一章中进行了讨论的有关单方面行为的无效性、终止和中止的原则。

9. 特别报告员提议，本报告第一章由全会审议，第二章则交由国家单方面行为工作组按照其任务规定进一步审议，以加速本届会议关于本专题的工作。

<sup>26</sup> 同上，第93段，马来西亚的发言。



## 第一章

## 国家单方面行为

## A. 单方面行为的有效性和持续时间

10. 本部分所讨论的国家单方面行为的有效性和持续时间专题，虽然在委员会前几届会议上讨论过，但必须更详尽地研究，以便为正在拟议的指导原则提供依据。委员会和第六委员会都表示需要尽可能彻底地讨论这一专题。考虑到这一目标，尽管缺少先例，但本报告仍将努力说明在文献和实践两方面中这一问题的现况。

## 1. 无效的理由

11. 在法律文献中，对国家单方面行为的有效性讨论得很少，而且都是蜻蜓点水地触及。<sup>27</sup> 尽管在条约法领域，条约的无效性、终止和中止的可能理由一直是大量文献研究的主题，也出现了很多意见，<sup>28</sup> 但在本报告关心的领域中，情况却不是这样。<sup>29</sup> 这并不是说，这一专题没有引起任何兴趣；情况恰恰相反。事实上，几乎是在委员会刚刚开始讨论这一专题的时候，第六委员会的各国政府代表就发表意见，认为委员会未来应集中讨论单方面行为的作出和有效性条件问题。<sup>30</sup> 委员会本身把有关无效性原因的一些问题交由工作组处理；这是“一

<sup>27</sup> 对这一问题的分析在很大程度上依靠托雷斯·卡索拉提出的结论，见 Torres Cazorla, *Los actos unilaterales de los Estados en el derecho internacional contemporáneo*, 第 115 至第 172 页。

<sup>28</sup> 应该注意的是，1969 年《维也纳公约》中有 31 个条款（第四十二条至第七十二条）和一个附件专门处理条约的无效、终止和中止施行（第五部分）。《公约》的目的值得称赞：将条约的无效、终止和中止施行限制到几个例外情况，以保持条约关系稳定及在法律上得到安全保障。

<sup>29</sup> Pecourt García, “El principio del *estoppel* en derecho internacional público”, 第 125 页，作者表达的观点可能仍然有效，尽管它的发表是在 1969 年《维也纳公约》问世以前。这一观点也可适用于国家单方面行为，内容是：“在国际法律行为的有效和无效方面，缺少根本性的理论和一套统一的原则，因此几乎不可能在一般有效性的框架内针对某一特定类型的行为研究这些概念。这意味着我们必须在相对自主的概念和规章框架内，考虑不同类型的国际行为的有效和无效问题。”

<sup>30</sup> 奥地利的发言（《大会正式记录，第六十届会议，第六委员会》，第 13 次会议，第 10 段）和罗马尼亚的发言（第 18 次会议，第 3 段）的发言尤其明确地说明了这一点。

个棘手的问题……值得进行更广泛的研究，同时亦应审议单方面行为有效性的条件问题”。<sup>31</sup>

12. 文献中表达了如下看法，即善意原则产生了确保遵守单方面承诺的需要。这一原则又反映出信守诺言的道德义务，或者确保国际关系稳定的社会需要，其实现有赖于声明国的诚意及第三方对单方面行为将得到遵守的期待。<sup>32</sup> 这些意见还认为，“因此，在国际关系稳定的根本需要方面，单方面承诺提供了与条约承诺类似的确实可靠保障”。<sup>33</sup> 这一评价还突出了单方面行为和国际条约这两个概念之间的密切关系，并说明特别报告员之所以认为本专题的研究应考虑 1969 年《维也纳公约》关于条约可能无效、终止或中止的规定的一个理由，即便由于单方面行为性质特殊，这些规定不可能整个移用于单方面行为领域。<sup>34</sup>

13. 本研究报告将要处理的第二个主要问题是，几乎没有讨论过可能影响单方面行为的意外事故问题；在国际实践方面，事例同样也很少。此外，试图外推国内法产生的某些概念的做法已引起文献中的某些怀疑，甚至曾在几个案例中涉及这一主题的判例法也未能驱除这些怀疑。古根海姆恰当地指出：

把有关同意方面的缺陷的私法理论引进国际法，是把一个原本适用于国内法领域的理论移入国家间关系的领域，忘记了只有通过长时间积累先例，才可能发

<sup>31</sup> 《2001 年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/519 号文件，第 123 页，第 4 段。另见第 5 至第 6 段和第 19 段。

<sup>32</sup> Charpentier, “Engagements unilatéraux et engagements conventionnels: différences et convergences”, 第 378 页。

<sup>33</sup> 同上，第 380 页。

<sup>34</sup> Akehurst, “The hierarchy of the sources of international law”, 第 280 至 281 页，作者强调指出了这两个意见，他说，“这些行为多种多样，很难一概而论……在其他情况下，单方面行为是法律渊源，或至少是法律权利和义务的渊源……这些行为的作用与条约是类似的，或许在等级上与条约具有同等的价值；这就是说，一国可以通过允诺或放弃而失去按照条约或习惯规则所享有的自由或权利，但是其后的条约或习惯可取消允诺承担的义务或恢复因放弃而失去的权利”。

展出一个前后一贯的关于同意方面的缺陷的理论，而国际法并不具备这种长时间的积累。<sup>35</sup>

14. 或许由于将国内法规则移入国际一级的这一努力，文献对两种缺陷进行了区分，一种缺陷直接影响意愿的表达本身，因此使意愿丧失了其实质，另一种缺陷影响到主体的意愿，使其成为反常，但不一定消除这一意愿。根据这一推论，这两种情况最初产生的后果也可能有所不同。因此，正如文图里尼所指出的，“在第一种情况下，法律行为被剥夺了其一部分组成内容，必须被认为是无效的，而在第二种情况下，仅仅是不明显的反常，表明有关主体有权质疑该行为”。<sup>36</sup> 贝谢尔则采取更实际的观点，认为这种区分是从不同的法律制度外推而来，<sup>37</sup> 还可能有益于国际公法的宗旨，尤其适用于单方面行为。<sup>38</sup>

15. 那么，这实际上是未涉及过的领域，文献中很少提到——或是倾向于提到条约法，而且几乎不存在任何惯例。所有这些方面无疑都缩小和限制了这一专题研究的范围，但本报告仍将尽量努力提供实例，说明所讨论的概念。

16. 1969年《维也纳公约》中规定的无效性理由，在多大程度上可适用于单方面行为呢？有人说，“当单方面行为作为法律权利和义务的来源时，单方面行为有效性的普通条件与条约有效性的条件基本相同”。<sup>39</sup> 按照这一观点，有效性的条件如下：单方

<sup>35</sup> Guggenheim, “The validity and the nullity of international legal acts”, 第197页。

<sup>36</sup> Venturini, “The scope and legal effects of the behaviour and unilateral acts of States”, 第420页，尽管作者承认，文献没有完全接受无效性与可撤销之间的区别。事实上，1969年《维也纳公约》最后没有进行这种区分。

<sup>37</sup> Verzijl, “La validité et la nullité des actes juridiques internationaux”, 第298页，作者引用了以下情况作为例子：一项行为的绝对不存在相对于行为本身无效；无效性和可撤销性；绝对无效和相对无效；可被法庭自行宣布的无效与因缔约方决定而必须获得承认的无效；全部无效和部分无效；可以纠正的无效与不可纠正的无效；嗣后无效和自始无效。

<sup>38</sup> 同上，第306页。

<sup>39</sup> Degan, “Unilateral act as a source of particular international law”, 第187页。实际上，还有一位作者持有同样的观点，Skubiszewski, “Unilateral acts of States”, 第230页，作者说：“任何单方面行为必须表达行为者的真实意图。因此，错误、欺诈或一国代表受贿造成的单方面行为是可撤销的，同时，因（无论是国家代表还是国家本身）被胁迫而产生的单方面行为是无效的。在这方面，条约的无效与单方面行为的无效非常类似。”

面行为必须由有能力作出这种行为的人作出；其内容必须是实际可能的，而且没有受到一般国际法强制性规范（强行法）的禁止；作出单方面行为者所表示的意图必须与其真实意图一致，而且不受到缺陷和无效因素的影响。至于单方面行为应采取的形式，这里假定它有相当大的自由；然而，如同一些意见所指出的，有一些单方面行为需要作出正式通知，以便及时予以公布，并给予它们法律安全保障<sup>40</sup>（例如，海洋法有关基线划定和各自区域划界的规定方面）。<sup>41</sup> 正如前几次报告和本报告开卷时所说，这种单方面行为与条约制度有关，因此受到它们被归入的具体条约制度的管辖。

17. 此处讨论的无效性理由将分为以下三类：(a) 单方面行为因代表缺乏权能而无效；(b) 无效性的理由涉及同意的表示；(c) 单方面行为因违反强行法的规范而无效。

(a) 单方面行为因代表缺乏权能而无效

18. 正如将来要在第二章详细讨论的，根据国际惯例可以推论，除了在最高级别代表国家的人员以外，还有其他一些人由于其职能及在特定情况下，可在国家的国际关系中作出有法律约束力的单方面行为，代表国家作出承诺。

19. 按照大多数法律专家的意见及国际惯例，可以假定，在最高级别代表国家的人员因此有权在条约的情况下表达国家的同意，同时也有权以单方面行为约束国家。这是根据1969年《维也纳公约》第七条第二项（甲）款所作的一种推断，而类推方法是有一定风险的。但在这一方面，国际上的情况

<sup>40</sup> 在这方面，国际法院在最近关于刚果民主共和国和卢旺达之间争端的裁决（刚果境内的武装活动案（新诉请书：2002年）（刚果民主共和国诉卢旺达），管辖权和可受理性，判决，《2006年国际法院汇编》，第25页，第41段）中，采取了非常严格的做法，它特别提到撤回保留的问题，它说：“因此，必须明确区分以下两种情况，一是在一国国内法律秩序内作出撤回对一项条约的保留的决定；一是国家主管当局在国际法律秩序内执行该决定，只有将撤回保留一事通知了有关条约的其他缔约国，这一执行才能有效。”

<sup>41</sup> 这是因为这种行为的独特性质，它们受到关于海洋法的条约的管辖。在这方面，见 Ruiloba Garcia, *Circunstancias especiales y equidad en la delimitación de los espacios marítimos*, 第34页：“海洋划界的性质各种各样，因此每一划界案都有自己特殊的性质，像雪花一样独特和不可重复。”

非常复杂，这里只特别举出一点：其他一些人，包括上述条款提到的人（外交代表或出席国际会议的代表）和没有提到的人（提出适当全权代表证书的人）可能具有某种权力以约束其所代表的国家。这个问题先前在讨论有资格代表国家行事和作出承诺的人员时曾讨论过。

20. 如果国家代表行事越权，那会怎么样？这个问题同国内法广泛采取的处理办法更加直接相关。各国宪法倾向于规定一个相当详尽无遗的清单，载明哪些国家机构可以参与和如何参与表达国家同意接受国际条约的约束；而单方面行为不在此列。<sup>42</sup>

21. 1969年《维也纳公约》规定了一些可能影响国家代表权限的因素，使国家代表无权签订对国家具有约束力的条约，这反映出一种谨慎的态度，即假定这些规定是例外性质，因此以保全和维持条约关系这一原则为基础。特别报告员相信，在单方面行为方面，必须特别着重同一原则；如果不这样做，会在国际关系上造成不信任，从而妨碍使用单方面行为作为国家在国际级别上行事和作出承诺的一种方式。此外，援引目前讨论的一项无效性的原因可能造成的不确定情形和不履行承诺的现象，会使人倾向于在可能范围内确认有此缺陷的单方面行为的有效性。为了澄清这个问题，特别报告员认为应至少简略地再次讨论该公约第五部分的两项规定，以确定这些规定能否适用于眼下所关注的这个主题。

<sup>42</sup> 在这一意义上，特备报告员完全同意雷米罗·布罗顿所表示的观点，即：

“宪法规定议会参与条约，这反映国家对国际规则和义务产生方式的一个静态观点。条约绝非唯一的方式。我们还可以想到一些自主性的、具有国际重要性的单方面行为（承认、允诺、抗议、报复）……这是议会——有时甚至政府作为一个合议机关——不予参与的领域，尽管有点不合逻辑：可以不经议会而允诺某些事项，但必须经由议会、通过条约才能履行这些事项。为了澄清这一灰色地带，我们需要有一个新的观点，提供不同于议会参与的解决办法，还要符合这些承诺的流动性以及它们被纳入实在法的方式。目前只有少数国家制度敢于进入这个领域，西班牙的制度不是其中之一。丹麦《宪法》（第19.3条）和瑞典《宪法》（第十章第2条、第6至第8条；第十三章第2条）是一个创新范例，它规定议会充分参与（但不严格控制）最重要的外交决定，不论其形式如何。这两国的《宪法》规定建立较小的代表机构，随时依通知集会听取国际关系发展的机密情报，并在政府采取重要决定之前，向政府提供咨询意见。”

（Remiro Brotóns, *Derecho Internacional Público*, 第116页）

#### （一）1969年《维也纳公约》第四十六条

22. 众所周知，题为“国内法关于缔约权限之规定”的第四十六条第一项规定如下：“一国不得援引其同意承受条约拘束之表示为违反该国国内法关于缔约权限之一项规定之事实以撤销其同意，但违反之情事明显且涉及其具有基本重要性之国内法之一项规则者，不在此限。”<sup>43</sup>

23. 该条款采用否定式措辞反映出它是一项例外；原则上，国家不得援引其国内法关于缔约权能的一项规定以宣布某一协定无效。如果对条约是如此，那么会产生一个问题，就是这一解决办法对单方面行为是否可类推适用。关于1932年常设国际法院在波兰国民和其他波兰裔人士在但泽领土内的待遇案中所表示的意见，<sup>44</sup> 应指出的是，1969年《维也纳公约》在这方面采取了比较微妙的立场。这可能因为委员会考虑到历史先例而采取了实事求是的观点，<sup>45</sup> 留点空间，以便处理一些特别极端的情况，<sup>46</sup>

<sup>43</sup> 关于违反之情事显明一语应如何解释，可参看同条第二项，其中规定“违反情事倘由对此事依通常惯例并秉善意处理之任何国家客观视之为显然可见者，即系显明违反。”关于此点，见Meron, “Article 46 of the Vienna Convention on the Law of Treaties (*ultra vires treaties*): some recent cases”。

<sup>44</sup> 波兰国民和其他波兰裔人士在但泽领土内的待遇案，咨询意见，1932年，《常设国际法院汇编》A/B辑，第44号，第24页，内容如下：

“但应指出的是，虽然一方面，根据一般公认的原则，一国对抗另一国，不能依靠该另一国的《宪法》，而只能依靠国际法和正式接受的国际义务；但另一方面，反过来，一国不能援引本国《宪法》对抗另一国，以期规避其按照国际法或现行有效条约应负的义务。对本案适用这些原则的结果是，波兰国民或波兰裔或操波兰语的其他人的待遇问题必须完全根据国际法规则和波兰与但泽间生效的条约规定解决。”

<sup>45</sup> 然而，见《1966年……年鉴》[英]，第二卷，A/6309/Rev.1号文件，第241页，第(7)段，该段提到这个问题时指出：

“国家实践中常有以宪法上的理由主张条约无效的例子，但这些例子中没有一个例子是争端另一方接受这种主张的。此外，在三个案例（接纳卢森堡加入国际联盟，波利蒂斯事件和阿根廷会员国资格）中，国际联盟似乎是根据如下原则行事：一个表面上有权限的国家代理人在国际一级所作的同意不因其后披露该代表并无代表国家作出承诺的宪法权力而无效。”

<sup>46</sup> 1856年2月7日解决的乔治·克洛夫特案（葡萄牙诉联合王国）是一个单方面行为因违反重大宪法规则而不可能执行的历史性例子：

“如果葡萄牙政府或其法定代表在任何时候以其通常国际往来方式，向英国政府承诺，克洛夫特先生将得到协助，从而获得赔偿，或者，克洛夫特先生在这一方



例如本节提到的条款中所述的情况。原则上，这是基于保全条约效力同时考虑到下文提到的例外情况的考虑。

24. 必须讨论的是，是否可以援引如下事实作为使单方面行为无效的理由：单方面行为的作出明显违反了具有根本重要性并涉及缔约权能的一项国内法规定。正如上文所指出的，这里的主要问题是，宪法文本倾向于具体规定能够参与表达国家同意意思的机制和机构，但这只与国际条约有关，与单方面行为无关。

25. 1969年《维也纳公约》第四十六条对援引条约无效规定了三个条件：*(a)* 所援引的违反情事必须与一项具有根本重要性的国内法规则有关，这种国内法指的是《宪法》和具有宪法效力且当时有效的法律（这一条件要对单方面行为适用的话，这些法律必须在有关单方面行为作出时和该行为被主张无效时均有效）；*(b)* 有关规则必须与缔结条约的权能有关；特别报告员认为，这一句如从最严格意义上解释，可类推适用于单方面行为，但有下文所讨论的一些限制；*(c)* 违反国内法的情况必须是显明的，也就是说，对任何正常、善意地处理这件事的国家来说，违反情事在客观上是很明显的。<sup>47</sup>

26. 特别报告员在其关于国家单方面行为的第二次报告中拟议了一个条款，其措辞相当接近1969年《维也纳公约》的规定，它用七款列明了可能使单方面行为无效的理由。该条款草案如下：

面不会受损害，那么，这一承诺无疑产生一项完全有效的权利，可以向葡萄牙获得赔偿，因为这些方式是国内法承认的宪法方式，是一国向另一国订立国际义务的方式。但如下情况就不是如此：除政府向本国当局发出一项有利于某一外国臣民的命令之外，显然别无其他，而且事前也没有向该外国臣民所属国家的政府作出任何承诺。如果在这种情况下，所发布的命令遭遇宪法上的障碍，就不可能执行，而且不能根据国际法向政府要求对由于其命令不能执行而造成的损害提供赔偿。”

(Moore, *History and Digest of the International Arbitrations to which the United States has been a Party*, 第4982至第4983页)。另见 Coussirat-Coustère and Eisemann, *Repertory of International Arbitral Jurisprudence*, 第46页。

<sup>47</sup> 见 Elias, “Problems concerning the validity of treaties”, 第357至第358页；另见《1966年……年鉴》[英]（上文脚注45），第242页，第(11)段。委员会得出结论认为，试图事先具体规定违反国内法可视为“显明”的情况，可能不可行，也不适宜，因为这个问题在很大程度上必须视每一个案的特殊情况而定。

#### “第7条 单方面行为的无效

遇有下列情形之一，一国得援引单方面行为无效：

……

(g) 一国受单方面行为约束的同意明显违反其国内法一项具有根本重要性的规范。<sup>48</sup>

27. 这个条款草案不像1969年《维也纳公约》第四十六条那么具有限制性，因为它只提到明显违反一项具有根本重要性的规范，而没有具体指出这个规范应与表达同意的权能相关（这里与单方面行为有关）。<sup>49</sup>

28. 次年，关于国家单方面行为的第三次报告提出的相应条款草案（第5条*(h)*项）更为简洁，它规定如下的无效性理由：“所作单方面行为违反了行为国内法的一项重要规范。”<sup>50</sup>这一措辞引起委员会委员的不同反应，情况见委员会2000年第五十二届会议工作报告：

有些委员认为，该项草案可被解释为重国内法而轻国际法下的承诺，这是不可接受的。有些委员还不清楚该项是否适用于下列情况，即一国利用本国法律规定，规避它通过一项有效的单方面行为而承担的国际义务。<sup>51</sup>

此外，在这些讨论过程中，有人提出这样的建议：该项应突出如下事实，即在作出行为时，已违反国内法或宪法性法律“就承担国际义务或在国际一级作出法律行为的能力”的一项具有根本重要性的国内规范。<sup>52</sup>如果这一建议不被接受，这一条款

<sup>48</sup> 《1999年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/500和Add.1号文件，第240页，第109段。

<sup>49</sup> 在委员会1999年第五十一届会议讨论期间，委员们对本条表达了不同意见；有些委员主张，这一规范应更接近1969年《维也纳公约》第四十六条，而另外一些委员认为，这个条款应反映单方面行为固有的灵活性（同上，第二卷（第二部分）），第146页，第559段。

<sup>50</sup> 《2000年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/505号文件，第307页，第167段。

<sup>51</sup> 同上，第二卷（第二部分），第101页，第602段。

<sup>52</sup> 同上，第603段。



草案非常宽泛的性质可能表示，任何违反国内法一项规范（尽管是非常重要的规范）的行为都可能造成单方面行动被宣布无效，以及随之引起的风险。

29. 特别报告员倾向于准确反映在维也纳提出的论点和1969年《维也纳公约》反映的观点，采取一种限制性办法处理一般的无效性理由，特别是上段所述的无效性理由。为了确保法律安全，国家代表在作出国际承诺、由此延及单方面行为时，必须小心谨慎。与此类似，对于有关行为，保持其后随时予以确认的可能性。这一解决办法不但可以避免断然宣布行为无效的步骤，而且可以让国家在作出承诺和履行诺言方面处于较从容的地位。<sup>53</sup>

30. 根据上文所述，关于单方面行为应遵守国内法律秩序的指导原则草案可拟订如下：

<sup>53</sup> 这方面的一个值得注意的案件是1992年11月3日由危地马拉宪法法院裁决的，该宪法法院确认共和国总统豪尔赫·塞拉诺·埃利亚斯所采取的一系列行动有效，总统通过这些行动承认伯利兹并同伯利兹建立外交关系。伯利兹和危地马拉之间曾发生对抗，因此1985年危地马拉《宪法》的过渡条款第19条第1款特别规定：

“行政部门有权采取步骤，按照危地马拉的国家利益，解决针对伯利兹的各项权利问题。任何最后协定必须由共和国议会按《宪法》第173条交付人民咨商程序。”

现在的问题是，危地马拉对伯利兹的承认是否应视为一项“最后协定”，如果是，总统行为的表现和后果是否应视为无效。参与宪法法院作成此一裁决的法官的多数意见认为，承认行为是由于伯利兹脱离英国独立、争端有所改变的结果，它不应被视为《宪法》含义和效力上的一项最后步骤。但是，宪法法院院长和两名法官提出“理由充分的异议”，表达不同立场；冈萨雷斯·维加（“El reconocimiento de Belice ante la Corte de Constitucionalidad de Guatemala: la sentencia de 3 de noviembre de 1992”，第580页）赞同这三名法官的少数意见，提出相同的解决办法，认为在没有共和国议会及人民的参与下，对伯利兹的承认并非国家的决定，因此不能产生法律效力，亦不能予以执行。因此，这名作者得出如下结论：

“宪法法院少数法官意见的明显后果是：承认行为属无效，并意味着可以撤销，因为它是由一个根据危地马拉《宪法》无权能的机关作出的。”

（同上，第584页）

也许有许多因素导致宪法法院作出这一裁决，例如国际环境变化和不想由于国家最高代表进行的一项行为而使人对危地马拉的立场产生怀疑。在这方面，见González Vega，前引文。同这个案例相似的另一个案例在关于国家单方面行为的第八次报告中曾加以研究（《2005年……年鉴》（上文脚注1），第123至第125页，第13至第35段），是关于1952年哥伦比亚外交部长关于洛斯蒙赫斯群岛的一份照会。

“违反行为国内法一项具有根本重要性的规范的单方面行为无效

“作出单方面行为的国家不得援引该行为违反其国内法的事实作为该行为无效的理由，除非该行为违反其国内法一项具有根本重要性的规范，而且违反情事显明。”

## （二）对表示一国同意的权力的特定限制

31. 1969年《维也纳公约》题为“关于表示一国同意权力之特定限制”的第四十七条与本报告所讨论的专题直接有关。该条规定：

如代表表示一国同意承受某一条约拘束之权力附有特定限制，除非在其表示同意前已将此项限制通知其他谈判国，该国不得援引该代表未遵守限制之事实以撤销其所表示之同意。

32. 此项规则比上文讨论的第四十六条更具限制性。纳赫利克对这两项规则的意见是坚定认为，“可以援引这两个条款的实际案件将极少”。<sup>54</sup> 但是，适用第四十七条所载的概念不能完全类推及于单方面行为，因为上述这些行为的特点主要在于其作出的方式。涉及国际条约时，一国家的代表能够把表示同意方面的任何限制通知其他国家的代表；但单方面行为的实质的一方面就是没有其他的谈判方，因此上述规定变得毫无意义。事实上，这并没有纳入关于国家单方面行为的第二次和第三次报告所述的无效性理由之中，<sup>55</sup> 但是这两次报告都提到条款草案的一项原始规定：有关随后确认先前讨论的单方面行为的可能性的规定。

33. 在1969年《维也纳公约》类似条款上增加两个方面：提到在国际一级作出国家承诺的行为（单方面行为的一个基本方面，即便它也可视为可适用于条约法）；强制确认条款。

<sup>54</sup> Nahlik, “The grounds of invalidity and termination of treaties”, 第741页。

<sup>55</sup> 《1999年……年鉴》和《2000年……年鉴》（见上文脚注48和50）。

34. 在这一基础上，兹提出如下的指导原则草案，但有一项谅解是，此一原则可能不必要，因为已制订了另一项关于确认或核可单方面行为的指导原则，并已提交国家单方面行为工作组审议：

“无此资格的人作出的行为无效

“对未经授权或无此资格的人员作出的单方面行为可以宣布无效，但这并不妨碍发出该行为的国家可以根据指导原则4确认该行为。”

(b) 无效性的理由涉及同意的表示

35. 本节所研究的一切可能的无效性理由有一个共同特征，就是通过单方面行为接受约束的同意表示有缺陷。1969年《维也纳公约》又可作为参考。这些理由中有三个（错误、诈欺和胁迫）是根源于罗马法传统，《公约》将之纳入主要出于两个理由：因为发生任何此类情况时（虽然很少发生），它们可作为一种安全阀，并且因为将之纳入可以排除任何认为《公约》关于无效性理由的规定并非详尽无遗的论点，从而防止国家寻求其他可能的无效性理由。现在将逐一研究这三个理由。

(一) 错误

36. 委员会在1966年第十八届会议上提交大会的报告中载入了关于条约法的条款草案及其评注，委员会在报告中着重指出，“援引实质错误作为影响条约基本有效性的情况不多。差不多所有有记载的情况都是关于地理上的错误，而且大部分都是关于地图上的错误的”。<sup>56</sup> 如果这在条约方面是这样，在单方面行为方面应该也是这样。

37. 无论在国际惯例上或在现行判例法中，都很少有援引错误作为理由以正当地宣布无效的情况。但是，也有一些例证。例如，在东格陵兰的法律地位案中，安齐洛蒂法官在其反对意见中说：

挪威外交部长的声明是否无效，这是一个完全不同的问题，因为这个声明在一个重要点上犯了错误，即

<sup>56</sup> 《1966年……年鉴》[英]（见上文脚注45），第243页，第45条评注第(1)段。

它在作出时忽略了一个事实：丹麦主权的延伸会牵涉到独占和驱逐制度的相应延伸。

……

我自己的意见是，根本不存在错误，丹麦政府对所谓独占的问题保持缄默以及在伊伦先生的答复中没有对这个问题表示任何意见或保留，很容易被解释为具有这种提议性质，期待将来解决。但是，即便一时接受这个假定，即伊伦先生误解了丹麦主权延伸可能造成的后果，也必须承认，这一错误不足以导致协定无效。如果要以错误为理由，错误必须具有可原谅性质；人们不大相信一个政府会忽视主权延伸的法律后果；\*我还要补充一点，在世界上所有的国家政府中，挪威政府是最不至于不知道丹麦管理格陵兰的方法，或者独占制度和驱逐制度在格陵兰的作用的。<sup>57</sup>

38. 一般公认的是，要使一国在条约中的同意无效，错误必须与构成国家同意接受条约约束的主要基础的一个问题有关；特别报告员相信这个解决办法也应在作出相应修改后适用于国家的单方面行为。<sup>58</sup>

39. 特别报告员在其关于国家单方面行为的第二次报告中拟议了一个条款，措辞同1969年《维也纳公约》关于错误的条款（第四十八条）几乎完全相同，但是它把这种错误必须具备的基本特点缩合在一款中，内容如下：

遇有下列情形之一，一国可援引单方面行为无效：

(a) 一国表示同意作出行为是基于该国在作出行为时推定存在的事实或情况错误，且这构成其同意受该行为约束的主要根据。如错误是由该国本身行为所促成，或如当时情况足以使该国知悉可能有错误，以上规定不适用。<sup>59</sup>

40. 在委员会中，人们对这个问题提出了许多不同意见。例如，有人说措辞应进一步脱离1969年《维也纳公约》，同时考虑到单方面行为与国际条约之间

<sup>57</sup> 东格陵兰的法律地位案，判决，1933年，《常设国际法院汇编》A/B辑，第53号，第92页。

<sup>58</sup> 强调见 *Oraison, L'erreur dans les traités*，第41页。

<sup>59</sup> 《1999年……年鉴》（见上文脚注48），第240页，第109段，第7条。

的差异；<sup>60</sup>也有人建议，不应该用“同意”一词，因为它的“条约含义”。<sup>61</sup>关于国家单方面行为的第三次报告采用了这一建议，保持整条条款草案不变，只在第一句使用了“一国作出行为是基于”<sup>62</sup>的措辞，而非先前使用的措辞（“一国表示同意作出行为是基于”）。

41. 事实上，特别报告员认为，错误作为导致单方面行为无效的一种情况，必须是决定国家行为的一种关键性决定因素。此外，善意方面的要求直接关系到主张无效的国家必须没有以本身的行为促成这一错误，这是为了防止可能发生一种行为，其最终目的是使有关国家得以免于履行其在国际领域所作的承诺。

42. 错误必须由作出单方面行为和犯错误的国家主张，尽管可能有这样的一种假设情况：从单方面行为得益的某一第三国基于有关情况发现出现了错误，并将错误通知作出行为的国家。还可能有一种更不寻常的情况，就是错误是由第三国的欺诈行为造成的；这种情况可能产生两种无效性的原因，使有关的单方面行为无效，除非依有关情况，作出行为的国家认为该项行为应继续有效，愿意予以确认。

43. 指导原则7草案第1款措辞转载如下，它涉及可能造成无效的原因；关于无效理由的其余各款将在下文每款评注之后列出：

#### “单方面行为无效

“1. (a) 一国作出单方面行为后，不得以错误作为宣布该行为无效的理由，除非该国在单方面行为作出时以假定存在的一项错误事实或错误情况为基础，而这项事实或情况构成该国同意接受此行为约束的根本基础；

<sup>60</sup> 有人认为国家在作出声明时所犯的事实错误应比有关国际条约的错误较易纠正，因为单方面行为在作出上通常比条约更灵活和迅速（同上，第二卷（第二部分），第555段）。

<sup>61</sup> 《2000年……年鉴》，第二卷（第二部分），第101页，第593段。

<sup>62</sup> 同上，第二卷（第一部分）（见上文脚注50），第307页，第167段。

“(b) 如错误是由该国本身行为所促成，或如当时情况足以使该国知悉可能有错误，以上规定不适用。”<sup>63</sup>

#### (二) 欺诈

44. 按照1969年《维也纳公约》第四十九条，“倘一国因另一谈判国之诈欺行为而缔结条约，该国得援引诈欺为理由撤销其承受条约拘束之同意。”因此，这种使国际条约无效的原因可不可以比照适用于一项单方面行为，应当加以审议。依照西科的看法，欺诈<sup>64</sup>和错误都是造成无效的原因，完全可以适用于单方面行为。提到这两种原因，可能是因为两者之间有微妙的界线，已在法律文献中经过几次阐述。<sup>65</sup>

45. 如果在单方面行为方面接受这种造成无效的原因，也应该遵守在条约方面考虑欺诈时要求具备的同样条件。雷米罗·布罗顿着重指出，第三方的行为必须具备下列三个要素，才能被称为欺诈行为，受诱骗而作出的行为才能被宣告无效：(a) 实质因素，即被指称的欺诈行为，委员会认为其中包括“任何不实陈述、虚假陈述或其他欺骗行动”；<sup>66</sup>(b) 心理因素，指有意或存心导致误解（就单方面行为而言，指意图引诱作出该项行为的国家实施其中的规定，不论这些规定的性质为何）；以及(c) 以欺诈手段取得的一种结果。在这方面，有人说这必须是实质性的欺诈。<sup>67</sup>

<sup>63</sup> 为了容许作出单方面行为的国家以外的国家援引错误，兹向委员会提出如下措辞供审议：

“在如下情况下，得援引错误作为宣布单方面行为无效的理由：如果该行为的作出是以作出行为时该国假定存在的一项事实错误或情势为基础，而且这项事实错误或情势构成同意受这项单方面行为约束的主要基础。”

<sup>64</sup> Sicault, “Du caractère obligatoire des engagements unilatéraux en droit international public”, 第667页：“必须承认，如果作出单方面承诺者是被另一个国际公法主体的欺诈行为所引诱而作出该项承诺，则该承诺者可以援引诈欺为理由撤销其关于受该承诺约束的同意。”

<sup>65</sup> 见 Oraison, “Le dol dans la conclusion des traités”, 第622页。

<sup>66</sup> 《1966年……年鉴》[英]（见上文脚注45），第245页，第46条评注第(3)段。

<sup>67</sup> Remiro Brotóns, 前引书，第435页。



46. 关于单方面行为，特别报告员在第二次报告中向委员会提出的建议载于当时的条款草案第7条的(b)项，该项规定，“一国被另一国的欺诈行为诱导而作出该行为”的话，可以援引该项行为无效。<sup>68</sup> 该报告接着又说，“欺诈甚至可由不行为实施，比如一国掌握某些实情但没有传达，从而诱使另一国作出一项法律行为。”<sup>69</sup> 但是，最后这一点引起委员会若干委员各种不同的批评，他们认为这种解释“可能侵害国家领导其外交政策并说服其他国家参与该政策的某些公认方式”。<sup>70</sup> 须依靠解释来区分存在欺诈的情况与不存在欺诈的情况。

47. 同一项关于无效性理由的指导原则草案载有的第2款如下：

“2. 如果行为国的一项单方面行为因受另一国的欺诈行为诱使而作出，则得以欺诈作为宣布该单方面行为无效的理由。”

### (三)对代表的贿赂

48. 虽然作为1969年《维也纳公约》前身的条款草案到很晚才增列这个无效性的原因，因为它是被归入欺诈的概念之下的，但是后来决定把它列入草案作为第50条，措辞如下：“倘一国同意承受条约拘束之表示系经另一谈判国直接或间接贿赂其代表而取得，该国得援引贿赂为理由撤销其承受条约拘束之同意。”当然，“贿赂”一词语气强烈，因此必须准确界定这个概念。通常授勋和款待，是外交惯例的一部分，不应视为贿赂；还需要某种额外的条件。<sup>71</sup> 缺乏先例的原因可能是国家不愿意承认自己的代表要对给予这种有缺陷的同意承担责任。<sup>72</sup>

<sup>68</sup> 《1999年……年鉴》（见上文脚注48），第240页，第109段和第三次报告中条款草案第5条(b)项，《2000年……年鉴》（见上文脚注50），第307页，第167段，两者内容完全相同。

<sup>69</sup> 《1999年……年鉴》（见上文脚注48），第136段。

<sup>70</sup> 同上，第二卷（第二部分），第146页，第555段。

<sup>71</sup> “贿赂”一词的定义见《1966年……年鉴》[英]（上文脚注45），第245页，第47条评注第(4)段，其中说明“只有蓄意对缔结条约代表的意向发挥重大影响的行为，才可以被援引为理由，撤销他声称代表本国作出同意的表示”，而不是在签订条约期间可能向他表示的“一点礼貌或优惠”。

<sup>72</sup> Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 第175页：“毫无疑问有一种实际的保障，就是国家不愿意承认它们自己的代表受人贿赂。”

49. 这种可能造成无效的原因对单方面行为所起的作用可能与它对条约所起的作用几乎完全相同；分析一下关于国家单方面行为的第二次报告中对这种原因的描述方式，就揭示出有某些限制因素存在，这些因素后来在第三次报告中都删除了。原来的案文草案（第7条(c)项）措辞如下：

遇有下列情形之一，一国得援引为单方面行为无效：

……

(c) 一国同意受单方面行为约束的表示是因其代表直接或间接受另一国贿赂而作出。<sup>73</sup>

50. “一国同意受……约束的表示”这一表述限制了这项条款草案的适用范围，第三次报告对此作了进一步的细化规定如下：“一国作出行为是由行为者受他国直接或间接行贿所致。”<sup>74</sup> 这项规定的第一部分包含了这项修正；现在措辞如下：“一国作出行为”，“代表”一词已为“行为者”所取代，后者比较笼统，引起较大程度的不确定性。

51. 鉴于国际关系的实际情况可能产生此类行为，这种性质的原因当然是必要而且有用的。委员会有些委员表示赞成把它列入草案，因为正如《美洲国家反腐败公约》和欧洲委员会通过的《反腐败刑法公约》及其《附加议定书》所强调的，需要在全世界打击这种情况。委员会在2000年提交给大会的第五十二届会议工作报告中描述的另一个值得注意的发展情况就是，有人问及“需不需要把贿赂的可能性缩小到‘另一国直接或间接的行动’”。鉴于某些实体能取得极大的权力，这一点所突出的情况已经变成当今国际生活中一个不容否认的事实，就是：“不能排除这样一种可能性，即作出单方面行为的人可能是受到他人或某一企业的贿赂。”<sup>75</sup>

52. 基于上述理由，这个指导原则草案第3段内容如下：

<sup>73</sup> 《1999年……年鉴》（见上文脚注48），第240页，第109段。

<sup>74</sup> 《2000年……年鉴》（见上文脚注50），第307页，第167段。

<sup>75</sup> 同上，第二卷（第二部分），第101页，第594段。



“3. 如果单方面行为因作出该行为的国家代表受贿而作出, 则得以该国家代表的受贿情况作为宣布该单方面行为无效的理由。”

#### (四) 胁迫

53. 除了错误和欺诈之外, 考虑到下面讨论的细微差别, 胁迫是1969年《维也纳公约》规定的第三类无效性的理由, 而且这一点是起源于罗马法牢固的传统。《公约》包括两类胁迫: 对一国代表的胁迫(第五十一条)和以威胁或使用武力对一国本身施行胁迫(第五十二条)。这两类似乎都完全可以适用于国家的单方面行为。

##### a. 对一国代表的胁迫

54. 实际上, 在许多情况下, 对一国代表施行胁迫, 有时到了后者有生命危险的地步, 从而导致缔结协定, 甚至作出倘无胁迫则不会作出的行为。<sup>76</sup> 胁迫必须施加于代表(作为个人, 而不是作为国家机关), 而胁迫的概念涵盖各种各样的情况, 正如委员会在条款草案的评注中所指出的, 包括影响到该代表的人身安全、自由、职业、财产、社会或家庭状况的“任何形式的强制或威胁”<sup>77</sup>。

55. 就条约而言, 区分胁迫与贿赂的主要特点之一是: 前者是任何人都可能采用, 后者必须由另一谈判国采用, 才能得到承认。至于单方面行为, 把这两个因素都纳入上面提到的两个概念之中, 是有道理的, 因为无法排除下列的可能性: 行贿的个人或实体虽然不是实实在在的国家, 但能够施加压力以对一个代表行贿, 诱使其作出倘无这种贿赂本来不会作出的承诺。

56. 对这种无效性的原因施加过度的限制, 例如关于国家单方面行为的第二次报告的条款草案第7

<sup>76</sup> 一个值得注意的例子见 Remiro Brotóns, 前引书, 第438页: “他[费迪南七世]在4月20日被俘, 因为他对父亲查理四世犯了叛国罪, 一旦出现这种情况, 他除非退位, 否则就面临死刑的威胁。他终于在5月6日退位。一天前, 查理四世为了换取金钱上的补偿, 已经把权力让给拿破仑, 拿破仑又把权利转让给弟弟约瑟夫。加迪斯法院以欺诈和暴力为理由, 认为这些行为无效, 随后在1811年发布判决, 宣告费迪南德七世被囚禁在巴伦西期间, 他所作的任何承诺无效。”

<sup>77</sup> 《1963年……年鉴》[英], 第二卷, A/5509号文件, 第197页, 第35条评注第(2)段。

条中各种明显的限制, 是不明智的; 该条规定遇有下列情形, 可以援引单方面行为无效: “一国同意受单方面行为约束的表示是以行为或威胁对其代表施加胁迫而取得”。<sup>78</sup> “对其代表施加”一语可被解释为意味着这种胁迫——在西班牙文中, “coacción”是比“coerción”更为恰当的用语, 因为后者暗示一种外力因素, 而这个因素并不一定存在——也可以针对该代表直接的个人利益(例如其财产或家庭)并由此产生意欲实现的结果。

57. 次年的提案包括类似在贿赂方面讨论过的内容的一些修正, 但是上面提到的其他要点一般都得到了保留; 这项提案措辞如下: “一国作出行为是由行为者受到针对他的行动或威胁胁迫所致。”<sup>79</sup> 委员会注意到这种无效性的原因有特别的确定性, 认为

对行为者进行胁迫是特例, 因为在这种情况下, 所涉个人表达的不是他应代表的国家的意愿, 而是进行胁迫的国家的意愿。无意愿, 则无法律行为; 无行为, 则无所谓无效。其他几款的情况为无效的法律行为; 该款的情况则是无行为。<sup>80</sup>

因此, 这个情况造成自始无效, 因为该项行为始终都不存在, 从一开始就是无效。

58. 这项指导原则草案中关于无效性理由的相关内容如下:

“4. 如果单方面行为因作出该行为的人受到针对行为或威胁而作出, 则得以胁迫行为人作出行为之情况作为宣布此单方面行为无效的理由。”

##### b. 以威胁或使用武力对一国进行胁迫

59. 这是条约无效的最重要、最现代的原因, 其出现和发展是与国际关系中禁止威胁或使用武力以及这项禁令的范围息息相关。这项禁令终止了一

<sup>78</sup> 《1999年……年鉴》(见上文脚注48), 第240页, 第109页, 第7条(d)项。

<sup>79</sup> 《2000年……年鉴》(见上文脚注50), 第308页, 第167段, 第5条(d)项。

<sup>80</sup> 同上, 第二卷(第二部分), 第101页, 第595段。

种惯常获取领土的方法（兼并），而这种做法往往凭借一项国际条约得到认可。但是，若干问题与这个无效性理由直接有关，必须解决。第一个问题涉及1969年《维也纳公约》第五十二条提到的一类武力；被并入联合国条约法会议最后文件的关于禁止在缔结条约过程中实施军事、政治或经济胁迫的《宣言》反映了大量国家（尤其是属于发展中国家集团的国家）所采的立场，显示这些（赞成对武力的概念采用广义解释）的国家的立场与最后胜利的狭义立场之间的鸿沟。<sup>81</sup>但是，不可避免地出现一个问题：1969年采用的那个武力概念是应当保留在当前的国际环境内，还是为了把这个概念推广到未来的单方面行为而应当考虑采取一种更广义的解释。

60. 首先，关于国家单方面行为的第二次报告大体上转载了1969年《维也纳公约》的各项规定——除了标题之外，措辞几乎完全一样；因此，它指出“单方面行为的作出是违反《联合国宪章》所载国际法原则以威胁或使用武力的方式取得”所产生的情况是造成无效的一种原因。<sup>82</sup>

61. 在委员会审议期间，有人提出了一个建议，主张增列另一个无效性理由，即所作出的单方面行为违反安全理事会根据《联合国宪章》第七章通过的决议，例如作出一项承认的行为，因而违反安全理事会要求联合国各会员国不要承认某个实体为国家的决议。<sup>83</sup>关于国家单方面行为的第三次报告响应这项建议，提议一项单方面行为可被视为无效，如果“作出单方面行为时，违反了安全理事会的决定”，<sup>84</sup>而不作进一步的限定。

62. 关于应不应当增列这一项规定的问题，委员会内部曾经进行激烈的辩论：有些委员表示支持这项建议，有些委员提议对这项规定的范围施加进一步限制，还有一些委员要求把它删除。毫无疑问，在一些情况下，单方面行为可能与行为作出后才通过的安全理事会决定发生抵触；这不一定会导致单方面行为无效，但是可能导致这项行为中止直至——举例来说——理事会解除一项制裁。<sup>85</sup>也许应当问一问，这样一种情况——涉及理事会决定的情况——是否在对全体会员国有约束力的有关强制性规范的规定的适用范围之内。这一点的依据可能是对《联合国宪章》第二条第六项、第二十五条和第一百零三条的一种解释；<sup>86</sup>据此，违反这项准则的单方面行为均属无效，在该准则通过之前作出的行动将中止，直至此项决定不再有效。委员会应仔细考虑并决定应不应当增列这样一种无效性的理由。

63. 与使用武力和现有准则框架直接有关的另一个问题是承认及其所起作用。在这方面，特别报告员与赞成“限制承认自由”这种学说的人发生了冲突。其中最有关联的一种限制，可能属于在此讨论的主题的范围之内，就是不承认以干涉或使用武力方式建立起来的国家。<sup>87</sup>

64. 惯例汇编中援引了各种案例，其中提到许多涉及承认的情况，例如弗里茨·杰利内克等诉维克托·G. 莱维案，经塞纳区商事法院以1940年1月18日的裁决结案，在此裁决中，该法院拒绝把没收财产和导致德国对捷克斯洛伐克使用武力的其他行

<sup>81</sup> 《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），A/CONF.39/26号文件。正如Nahlik，前引文，第744页中所指出的，这项《宣言》是两种立场折中而成，把《公约》第五十二条限制于《联合国宪章》所载原则中已经禁止的各种情况。

<sup>82</sup> 《1999年……年鉴》（见上文脚注48），第240页，第109段，第7条(e)项。

<sup>83</sup> 同上，第二卷（第二部分），第101页，第560段。这项建议由杜加尔德先生提出（同上，第一卷，第2595次会议，第24段），还由波兰在第六委员会提出（《大会正式记录，第五十四届会议，第六委员会》，第25次会议，第122段）。

<sup>84</sup> 《2000年……年鉴》（见上文脚注50），第308页，第167段，第5条(g)项。

<sup>85</sup> 《2000年……年鉴》，第二卷（第二部分），第101页，第601段。

<sup>86</sup> 当然要假定不是对这几条作严格的字面解释；举例来说，《宪章》第一百零三条如果要适用于这种情况，应规定不仅通过条约承担的义务，还规定通过单方面行为承担的义务。该条规定：“联合国会员国在本宪章下之义务与其依任何其他国际协定所负之义务有冲突时，其在本宪章下之义务应居优先。”从这一点可以合理地推断，任何单方面行为如与这项规定抵触，便是无效。在这方面，《宪章》第二十五条规定：“联合国会员国同意依宪章之规定接受并履行安全理事会之决议”，明确界定了这些决定的性质。此外，如果特别报告员限于考虑与维持国际和平与安全有关的决定，《宪章》甚至在第二条第六项下规定了对目前数目极少的非联合国会员国适用，其中规定：“本组织在维持国际和平及安全之必要范围内，应保证非联合国会员国遵行上述原则。”

<sup>87</sup> 关于这个主题，见Rodríguez Carrión, *Lecciones de Derecho Internacional Público*, 第92页中对这些限制的讨论和若干实例。

为视为有效；<sup>88</sup> 巴黎法院在1953年7月21日对领地管理机构诉索金夫人案的判决中确认兼并或强行占领不得产生任何法律效力，<sup>89</sup> 在此之前，最高上诉法院的刑事分庭在其1946年7月24日（瓦格纳等人案）的裁决中也作出这样的裁定。<sup>90</sup> 类似的裁决出现在判例法的许多其他裁决中。<sup>91</sup> 比较晚近的案例包括不承认以色列对戈兰高地的兼并和随后发生的抗议，<sup>92</sup> 直接反对成立土族塞人国<sup>93</sup> 和伊拉克对科威特的占领。<sup>94</sup>

65. 但是，这个立场并非始终一致；在承认方面，情况可能有点含糊，例如满洲国的情况：尽管国际联盟发表了谴责，但许多会员国仍然与该实体维持贸易关系，并对它所作出的行为给予某种程度

<sup>88</sup> 该院裁定，“法国法院不能容许德意志帝国单凭这种理由而且不给予适当补偿即以暴力夺取所谓‘非雅利安’公民财产的行为在该共和国领土内发生任何效力。”（Kiss, *Répertoire de la pratique française en matière de droit international public*, 第17页, 第29段）。

<sup>89</sup> Kiss, 前引书, 第28页, 第51段：“考虑到奥斯威辛（Auschwitz（德文名称），或者说得更准确，Osweicim（波兰文名称））位于波兰境内；可见当地的法律是波兰法律，事实上的武力兼并或占领不能使波兰法律失效。”

<sup>90</sup> 同上, 第29段, 第52段：“鉴于被援引作为论据的、所谓德国兼并阿尔萨斯的宣言只不过是一项单方面行为，不能合法修改德国代表1919年6月28日在凡尔赛签署的条约的规定。”

<sup>91</sup> 同上, 第30至第34页, 载述法国法院若干类似的决定。

<sup>92</sup> 这种不承认曾经表现在许多场合：美国、欧洲共同体各成员国外交部长、阿拉伯国家政府、安全理事会、大会、世卫组织一年一度的世界卫生大会等等（见 Rousseau, “Chronique des faits internationaux” (1982), 第596至第598页, 和 Marston, “United Kingdom materials on international law 1981”, 第516至第518页）。

<sup>93</sup> 1983年11月15日土族塞人国在塞浦路斯北部宣布成立时，土族塞人大会声称“两族人，即希腊人和土族人注定要在塞岛上比邻共处。新的共和国不会与任何其他国家联合。它不会结盟。……宣布独立不会阻碍反而有助于推动成立一个真正的联邦”（Rousseau, 前引文 (1984), 第431页）。这项宣言得到土耳其的承认，但是受到希腊、联合国、法国、德意志联邦共和国、意大利、美国、加拿大、澳大利亚、印度、日本、苏维埃社会主义共和国联盟及社会主义集团各国的断然反对。这项宣言遭到安全理事会和欧洲委员会的谴责；前者认为它在法律上无效，并要求按照安全理事会第541 (1983) 号决议予以撤回（同上, 第431至第432页）。

<sup>94</sup> 1990年8月8日，西班牙外交情报局发表下列公报：“西班牙政府，按照《联合国宪章》，认为以武力取得领土是不能接受的，因此反对并且不承认巴格达今天宣布的伊拉克共和国对科威特实行的兼并”（*Actividades, Textos y Documentos de la Política Exterior Española* (Madrid, Ministry for Foreign Affairs and Cooperation, 1991), 第53页, 和 *Revista Española de Derecho Internacional*, 第四十三卷, 第1(1991)号, 第144页）。

的承认。<sup>95</sup> 然而，在若干情况下，法院（通常是国内法院）裁定不予承认某些领土的兼并行为，认为这些行为无效，因此没有法律效力，<sup>96</sup> 特别是自第二次世界大战以来。在某种程度上，这个问题与下面(c)节直接有关，其中讨论的是违反强制性规范的单方面行为推定为无效。

66. 下列指导原则可以置于原则7（单方面行为的无效）之下：

“5. 如果任何单方面行为因受到违反《联合国宪章》所载国际法原则的武力威胁或使用武力的胁迫而作出，该单方面行为无效。”

#### (c) 单方面行为因违反强行法的规范而无效

67. 作出单方面行为的能力基本上受强行法规范的限制，<sup>97</sup> 因为如果假定1969年《维也纳公约》第五十三条<sup>98</sup> 的规定可一般性适用而且可以准用于单方面行为，那么凡与这种规范抵触的任何单方面行为都是无效的。

68. 姑且不提各方对什么规范具有强行法地位的意见纷纭不一，<sup>99</sup> 也不提最后导致将这个概念纳

<sup>95</sup> 见 Guggenheim, 前引文, 第229页。

<sup>96</sup> 其中许多情况的引述见 Guggenheim, 前引文, 第232页, 也载述于 Lauterpacht, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases, Years 1919-1942*, 第123号案, 1941年9月8日乌得勒支省法院的裁决；同上, *Years 1943-1945*, 第9号案, 第226页, 美国不承认兼并爱沙尼亚的情况, 以及第8号案和第54号案, 第23页和第188页, 载于同一卷中, 关于承认德国对奥地利的兼并；以及同上, *Years 1935-1937*, 第38号案, 第119页, 1937年5月11日由英国最高法院结案。

<sup>97</sup> 但是，有些作者严厉批评把条约法中有关强行法的信条适用于单方面行为的做法。例如，Weil, “Le droit international en quête de son identité: cours général de droit international public”, 第282页, 作者写到：“简言之，对于国家的单方面行为或行动，我们必须停止参照强行法，并把这个理论留给条约法，因为它本来就应该留在那里。”

<sup>98</sup> 第五十三条（与一般国际法强制规律（强行法）抵触之条约）规定：

“条约在缔结时与一般国际法强制规律抵触者无效。就适用本公约而言，一般国际法强制规律指国家之国际社会全体接受并公认为不许损抑且仅有以后具有同等性质之一般国际法规律始得更改之规律。”

<sup>99</sup> 这些意见的实例见 Alexidze, “Legal nature of *jus cogens* in contemporary international law”; Carrillo Salcedo, “Reflections on the existence of a hierarchy of norms in international law”; Casado Raigón, *Notas sobre el “jus cogens” internacional*; Casado



入1969年《维也纳公约》的那些激烈辩论，<sup>100</sup> 现在要研讨的是单方面行为与其可能和某一强行法规范抵触的事实之间的关系。在考虑这个问题时必须牢记，正如布朗利所指出的：“强行法概念的各种推论目前仍在探索之中。”<sup>101</sup>

69. 强制性规范“是作出单方面法律行为能力的制约因素；它们包括源自于《联合国宪章》的一些规范以及有关奴隶制和灭绝种族等众多问题的基本公约所载的一些规范”。<sup>102</sup> 与这样一个规范抵触的任何单方面行为将被认为自始无效；因此可以预料，这项行为从作出的时候起，就会引起抗议。但是，这方面的惯例几乎不存在。<sup>103</sup>

70. 根据同样的论点，应当特别指出前南斯拉夫问题国际会议仲裁委员会（巴丹泰委员会）发表的关于承认南斯拉夫联邦共和国（塞尔维亚和黑山）的1992年7月4日第10号意见。其中第4段说：

尽管承认并非建立国家的先决条件，而且只有宣示价值，但它却是其他国家可以在自己选择的时候、以

Raigón and Vázquez Gómez, “La impronta del *ius cogens* en el proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos”; Danilenko, “International *jus cogens*: issues of law-making”; Fernández Tomás, “El *ius cogens* y las obligaciones derivadas de normas imperativas: entre el mito y la realidad”; Gaja, “*Jus cogens* beyond the Vienna Convention”; Gómez Robledo, “Le *ius cogens* international: sa genèse, sa nature, ses fonctions”; 和 *El ius cogens internacional: estudio histórico-crítico*; Gutiérrez Espada, “Sobre las normas imperativas del derecho internacional”; Hannikainen, *Peremptory Norms (Jus Cogens) and International Law: Historical Development, Criteria, Present Status*; Nicoloudis, *La nullité de jus cogens et le développement contemporain du droit international public*; Rozakis, *The Concept of jus cogens in the Law of Treaties*; Sztucki, *Jus cogens and the Vienna Convention on the Law of Treaties*; Verdross, “*Jus dispositivum* and *jus cogens* in international law”; Virally, “Réflexions sur le *jus cogens*”; 和 Weiler and Paulus, “The structure of change in international law or is there a hierarchy of norms in international law?”.

<sup>100</sup> 见《1999年……年鉴》（上文脚注48），第243页，第139段。

<sup>101</sup> Brownlie, *Principles of Public International Law*, 第490页

<sup>102</sup> 《1999年……年鉴》（见上文脚注48），第243页，第140段。

<sup>103</sup> Verzijl, *International Law in Historical Perspective*, 第76至第77页，作者指出：“以单方面行为来说，我在这里只能引述下列一些情况：占领部分公海，例如连接领海的部分公海；在战争期间、签订和平条约之前兼并外国领土……；把原来不应宣布禁止的物品和材料宣布为违禁品；加入一项开放的公约而违反允许加入公约时必须具备的条件；实行所谓和平封锁，假装产生法律效力，使第三国蒙受损害，等等。”

自己选择的方式作出的一种自由裁量的行为，只须遵守一般国际法的指导规范，特别是禁止对于其他国家使用武力的指导规范或保障种族、宗教或语文上的少数人的权利的指导规范。<sup>104</sup>

值得注意的是，该段提出“指导”或强制性规范来限制作出承认的自由，由此可以合理推断，这类规范适用于一切单方面行为，而承认只是其中一个例子，也许是最有争议性的一个例子。<sup>105</sup> 在这方面，应当回忆几乎整个国际社会所采取的不承认南非的班图斯坦<sup>106</sup> 和南非在纳米比亚的存在立场；<sup>107</sup> 这些领土内实施的种族隔离政策和设置的阻挠纳米比亚独立的障碍被分别援引为不承认这些与真正强制性规范抵触的情况的理由。<sup>108</sup> 各国日益表示反对其他国家通过与若干不得减损的规范发生抵触的国内规范。<sup>109</sup>

<sup>104</sup> A/48/874-S/1994/189, 附件。Navarro Batista, “La práctica comunitaria sobre reconocimiento de Estados: nuevas tendencias”, 第484页，作者在其中强调，在这种情况下，应该特别注意有关的承认行为所应遵循的“条件性”。因此，作者确定说，“实际上，文献里再三努力强调承认行为具有无条件的性质，但这似乎不是反映国家的惯例，而是一种（值得赞扬的）有关限制一种现实情况的意图，这种现实情况被认为很不幸，太容易受到政治变化无常的影响”。

<sup>105</sup> 见 Verhoeven, “La reconnaissance internationale: déclin ou renouveau?”, 尤其在第32至第39页。

<sup>106</sup> 联合王国外交及联邦事务大臣答复如下：

“联合王国，像南非以外所有其他国家一样，不承认特兰斯凯、博普塔茨瓦那、文达和西斯凯是独立主权国家。因此，英国官员不与任何自称代表它们所谓‘政府’的人有任何来往。”

（Marston, 前引文，1982年，第358页）

<sup>107</sup> 联合王国外交与联邦事务大臣声称：

“并不会出现承认这一问题。实际上，纳米比亚境内存在的一个法院系统是作为南非在该地区的行政当局的一部分。我们不承认南非有任何权利继续管理纳米比亚……我们不干预在纳米比亚或其他地方的司法程序，这是历任政府的政策。”

（同上，1987年，第528页）。

<sup>108</sup> 关于这个问题，见 Cassese, *International Law*, 第144页，作者说：“由此可见，除其他外，每逢一个具有国家所有特征的实体在侵略后出现，或以经常剥夺少数民族的权利或人权为其基础，其他国家在法律上有义务不予承认。”

<sup>109</sup> 除其他外，见 Cassese, 前引书，第430页，尾注94所举实例，内容是与《防止及惩治灭绝种族罪公约》有关的文告，以及瑞士政府联邦委员会1999年3月31日送交议会的有关的刑法修订，其中说明：“鉴于禁止灭绝种族是万国法的一项强制性规范（强行法），各国不得同意将其摒弃。因此，一项和约如果准许大赦灭绝种族行为，绝不能被视为具有法律效力。所以，从国际法的观点来看，准许或本身规定对某一群体进行灭绝种族行为的国内法律，绝不能用于将犯下此种行为者或其共犯的行为合法化。”



71. 鉴于上文所述内容，可以在紧接上述各段之后，拟定一项指导原则，内容如下：

“6. 如果任何单方面行为在作出时违反了一般国际法的强制性规范（强行法）（或与之冲突），则该单方面行为无效。”

72. 分析了可能被援引来宣布一项单方面行为无效的各种可能的理由之后，人们必须反躬自问，谁有权力宣布该项行为被推定为无效，根据国际法——要牢记是在进行法律上的推测——可以建立什么可能的渠道使这种宣告具有效力。这是一个非常抽象的领域，在这个领域里，如果有一个第三方（通常是一个国际法院或仲裁庭）可以依据职权或其他资格宣布一项单方面行为无效，这种模棱两可的情况大多数都会消失。但是，很明显，在法律确定程度方面推定之所得，即为单方面行为的本质方面之所失，这种行为要遵循一个制度，但各方甚至不同意把这个制度纳入1969年《维也纳公约》。

73. 作出单方面行为的国家通常应当能够援引该行为的无效性，这一点似乎是合理的，但在这方面必须特别注意善意；否则，任何国家如果想取消它过去以单方面行为作出的承诺，就可以宣布这些行为根据事实本身属无效，从而造成极大不确定的情况，使人对该国是否认真推行其外交政策有许多疑问，也与审查这种行为时的基本精神发生抵触，而这种精神是要确保国际关系中的信心和法律确定性。关于这一点，在作出此种承诺时，善意具有一种特别重要的作用。

74. 但是，无效性的一切理由是不是一律平等，还是应该根据各种理由的影响以及根据谁有权宣布无效来作出关键性的区分？原则上，如果适用联合国条约法会议（该会议制订出了1969年《维也纳公约》）所产生的准则，那么就可能出现一个双重制度。例如，援引无效理由基本上被视为受影响一方的专属权利，而且除非援引的理由是对方的非法行为，否则宣布此种无效的后果有限，在这种情况下，人们就可以宣布相对或部分无效（参照《公约》第四十六至第五十一条）。如果援引上面开列的其他无效理由之一（对国家代表或国家进行胁迫，或该行为与强行法规范不能相容），则可以适用所谓“绝对无效”，在这种情况下，考虑到这些情况的性质

更为严重，不但制订条约（或者，在本报告下，作出单方面行为）的国家，而且任何其他国家，都可以援引无效性。

75. 正如在国际法的其他方面一样，问题在于无法确定一个有权能的机构来确保单方面行为遵守这个制度，或者确定一个有权限的机构依据本身职权或经作出该行为的国家或知道确有造成无效的理由存在的第三国提出请求而有权宣布行为无效。鉴于在处理这个问题时，国际条约方面已经出现种种困难，而在国际条约的领域内，规范性渠道似乎有明确得多的规定，特别报告员认为，在单方面行为方面，考虑到当前的国际情势，几乎不可能提出并通过一个机制来解决单方面行为及其可能的无效性的理由所引起的任何争执。“单方面”一词暗示也许唯一可行和真正变通的办法是，作出单方面行为的国家作为一个实体，有权限——如果情况严重有此必要时，也有义务——提请各方注意该行为的任何缺陷，从而公布这个情况并阻止该行为继续产生效力。

76. 当然，这个专题的审议工作基本上是凭借推测，因为尽管努力起草关于这个问题的指导原则，但可适用的法律仍然有点不明确。无论如何，像条约法的情况一样，这个主题虽有争议，但很重要。应当在这个领域以后可能的一个工作阶段加以研究。

77. 还有一个问题，与单方面行为的无效相关，目前没有公认的答案，这个问题就是曾被推定为无效的一项单方面行为能不能被确认为有效。这个问题的答案，不论是肯定或否定，都必须略加限制，以反映每个案例的特殊情况，因为没有“是”或“否”的肯定答案可以适用于各种单方面行为。无论如何，可以辩称，对于特别严重的无效性理由，即胁迫或有关单方面行为与强行法规范抵触，确认有效的可能性是很渺茫。<sup>110</sup> 对于其他可能造成无效性的情况

---

<sup>110</sup> 几乎纯属假设的情况除外；举例来说，如果有一个新的强行法规范出现，而以前被视为无效的单方面行为与其相符，甚至如果存在情势的根本变更促使一国作出一项单方面行为，而这项行为实质上与在胁迫下所作行为完全相同，尽管后来的行为之中并无胁迫的因素存在。如果作出新的单方面行为的国家有意将其溯及既往地适用于被推定为无效的行为被作出时，应不应该剥夺这项权利，或者反过来说，应不应该承认先前那项单方面行为有效，而不加以限制？特别报告员认为后一种备选办法如果准确反映了该国的意图，即是有效的。

来说，情况可能有所不同，至少确认有效不大会引起这样多的问题。错误、欺诈或代表越权等情况，如果作出单方面行为的国家后来的举措对这种结果给予认可，或许可以承认行为有效。

78. 甚至国际法院，在其一些判决中，也指出这种确认有效的可能性，虽然这些判决涉及国际条约。举例来说，这一点明显反映在国际法院对西班牙国王1906年12月23日仲裁裁决案的裁决中。<sup>111</sup>与此类似，柏威夏寺案的判决也是非常清楚的例子，虽然它实际处理的问题是争端一方后来的行为可否被视为确认据称错误的原始行为的有效之举。<sup>112</sup>

### B. 单方面行为的终止和中止及其他有关概念

79. 考虑了可能使单方面行为无效的理由之后，现在将审查这种行为的适用，尤其是它们具有效力的期限。这包括行为的终止、中止、变更和撤销。

80. 关于单方面行为，善意原则是一种实质性范式，这意味着单方面行为不应随时间而改变。从逻辑上说，正如巴伯里所指出的，“作出一项单方面法律行为者没有权力以另一项单方面法律行为任意制定一条规则来减损前一项行为所制定的规则”。<sup>113</sup>文图里尼表达了几乎同样的意见，他指出，关于单方面行为，“只有在国际法律制度一般规则规定的情况下才许可撤销，否则这种行为的约束力就会完全由行为者任意决定了”。<sup>114</sup>

<sup>111</sup> 西班牙国王1906年12月23日仲裁裁决案，判决，《1960年国际法院汇编》，特别是第213至第214页，其中声称：

“在本法院的判决中，尼加拉瓜已通过明确的宣告和行为承认此项裁决有效，尼加拉瓜再也不能推翻该项承认并质疑该裁决的有效性。尼加拉瓜在知悉该项裁决的所有规定后若干年内未曾对该裁决的效力提出任何疑问，这进一步证实本法院所得出的结论。尼加拉瓜当局在那段期间的态度符合《加梅-博尼拉条约》第七条，其中规定仲裁裁决，无论种类为何——本法院认为其中包括西班牙国王以仲裁员身份所作的裁决——‘应视为缔约双方之间的完善、有约束力和永久性条约，不得对其提出上诉’。”

<sup>112</sup> 柏威夏寺案，案情实质，判决，《1962年国际法院汇编》，第22至第24页（及其他地方）。

<sup>113</sup> Barberis, “Los actos jurídicos unilaterales como fuente del derecho internacional público”, 第113页。

<sup>114</sup> Venturini, 前引文，第421页。

81. 委员会面临艰巨的任务，要设法找出根据那些一般国际法规则可以撤销一项单方面行为。<sup>115</sup>特别报告员怀疑，从国际法这方面的实践（这种实践非常少）或从文献（也只提供很少的事例）中是否能得出结论，确定在什么情况下才许可终止、变更或中止一项单方面行为。

82. 在进入这一未知领域之前，必须至少在基本层面上界定将要提到的各种概念：终止一项单方面行为的可能性（虽然文献往往用“撤销”一词来表述这种情形，因为指的是单方面行为）和中止一项单方面行为或变更其内容的可能性；最后那种情况往往引起一项新的单方面行为的作出（或甚至缔结一项条约，内载原始单方面行为的修订文本）。在这方面可能出现的情况与国际情况本身一样多种多样。因此，要试图涵盖尽可能多的假想情况，但应铭记实践和文献在这方面都没有提供多少资料。所以必须调查相关条约，查明可以外推适用于单方面行为这一类别的各种可能性，并设法确定这对单方面行为可能带来的后果。

83. 关于单方面行为，文献中使用两个可以互相换用的词来表示这种行为的停止发生效力：“撤销”使用得非常频繁，而“终止”是以另一词隐含了结果。特别报告员认为，即使这两个词可以互相换用，但两个概念的意义还是有细微的差别。终止可以是由于外在因素（例如单方面行为的标的物已停止存在或是导致作出单方面行为的情势发生了根本变化）或甚至是内在因素（单方面行为包含时限或甚至是解除条件，但须其目的是合法的，而且没有在未经第三方同意的情况下强加给第三方任何义务）。“撤销”一词意味着某种事物（此处是一项单方面行为）因为作出国有此意图而被认为终止或不再起作用。<sup>116</sup>

<sup>115</sup> 早在1998年，特别报告员提交关于国家单方面行为的第一次报告时，委员会有些委员就提及需要研究这些问题；见哈夫纳先生和山田先生的观点，《1998年……年鉴》，第一卷，第2526次会议，第60页，第71至第72段；和庞布-奇文达先生和埃多西亚·萨卡萨先生的观点，同上，第60页，第76至第78段。

<sup>116</sup> 根据西班牙皇家学院出版的词典给出的定义，西班牙文中的“revocar”一词意指使一项特许权、任务或决定不起作用。根据《牛津简明英语词典》，英文中的“revoke”一词意指“终止（一项法令、决定或允诺的）有效性或施行”。1969年《维也纳公约》第三十七条使用了“取消”一词；加利茨基先生在委员会引述这项规定作为这方面一个可能的指导来源（《1998年……年鉴》，第一卷，第2527次会议，第62页，第10段）。

特别报告员相信“终止”一词比较广泛，因为它还包括一项单方面行为由于与作出该行为的国家的意愿无关的情势而停止效力的情况。

84. 中止，与确定性的终止不同，意指暂时和临时停止遵守该项单方面行为。与原则上可能的假定相反，这两个概念有许多共同特点：这也许是1969年《维也纳公约》第五编第三节将它们合并处理的一个主要原因。

85. 可能出现某种情势使单方面行为必须作出调整以反映当时的现实；没有什么永远是永远不变的，单方面行为也不必是例外。那么，问题在于为什么不应容许变更其内容，就像国际条约的情况那样。关键是，就单方面行为而言，是由作出该行为的一方的意愿来决定该行为是应继续保持同样的内容，还是可以作出某种变更；否则，针对的就是别的东西（在多数情况下是双边协定）而不是单方面行为了。因此，修改单方面行为的可能性是作出该行为的一方的特权，但所作改变不应影响到原始单方面行为的实质，因为如果改变了实质，则实际上等于以一项新的单方面行为使早先的行为失效。

86. 文献中没有讨论单方面行为（可能的）变更，这直接反映了关于修改条约的情况。这是国际制度根本性质的必然结果。<sup>117</sup>

87. 为确保对这些概念的讨论是基于对其准确的了解，必须从一开始就分析其内容。

一国可能会作出为期10年的承诺或对承诺定出解除条件。在这种情况下，如果承诺的期限届满或解除条件得到满足，则承诺停止生效，无须采取任何撤销行动。还有一种情况是，作出承诺或放弃者明文规定

<sup>117</sup> Casanovas y la Rosa, “La modificación de los acuerdos internacionales por la práctica posterior”, 第330页，其中指出：

“在国内法律制度中，大多数合同是一次性执行的，持续的合同较不常见，而在国际制度中，许多条约和协定的目的是在大致永久性的基础上规范当事各方之间的关系。如果我们再注意到，国际制度没有提出正式要求（这在私法领域是许多合同生效所必需的），也没有规定任何当局有强制管辖权，能在任何特定时候就发生的争端决定当事方权利义务的确切性质，我们可以很容易地假设，通过后来的实践修改协定的做法可能在国际领域比国内领域普遍得多。然而，国际判例法对这类情况的讨论并不多，而且在某些方面……不明确。”

在某种情势下加以撤销的可能性。但如单方面法律行为的背景或性质都没有产生撤销的可能性，则单方面承诺或单方面放弃在原则上都是不可撤销的。<sup>118</sup>

国际判例法曾不时确认，也有一些行为是可以撤销的，但有某些限制，正如国际法院在审理尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动案时，在1984年11月26日关于法院的管辖权和请求的可受理性的判决中所着重表明的。国际法院认为：

立即终止一项无期限的声明的权利还远未确立。根据善意的要求，似乎应按照条约法来类推对待，条约法规定：要有一段合理的时间才能退出或终止没有规定有效期限的条约。<sup>119</sup>

88. 在这方面古铁雷斯·埃斯帕达也发表了有关的意见，称：

似可合理地假设，原则上任何单方面行为都可由作出行为者撤销，除非情势明确和绝对地表明不可撤销。我们虽可用类推的方式引用条约的“退约”，但必须记住只有在某些条件下才能退约……单方面行为的可撤销性也同样受到某些限制。<sup>120</sup>

莫斯勒法官在上述尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动案的个别意见中发表了几乎同样的立场。<sup>121</sup>

89. 有些情况下可以变更或终止单方面行为，即使这种结果并非单方面行为者真正想要的。不能遵守、标的物已不复存在或情势有了根本改变，都是终止或变更单方面行为的有效理由，而一般国际法出现新的强制性规范将终止任何与之抵触的单方面行为。

90. 在编纂条约法时，当时担任该主题特别报告员的吉拉尔德·菲茨莫里斯爵士提出了条款草案

<sup>118</sup> Barberis, 前引书，第113页。

<sup>119</sup> 尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动案（尼加拉瓜诉美利坚合众国），管辖权和可受理性，判决，《1984年国际法院汇编》，第420页，第63段。

<sup>120</sup> Gutiérrez Espada, *Derecho Internacional Público*, 第597页。

<sup>121</sup> 《1984年国际法院汇编》（见上文脚注119），第466页。



第22条，其第2款规定如下（明文提及撤销单方面行为的可能性）：

除非该声明本身规定不可撤销，否则因声明而受益的国家不得反对声明国按其意愿撤销或变更声明；但是，如果产生与本案文第20条第4款(c)项所涉类似的后果，<sup>122</sup> 则声明国有责任为造成的损失或损害支付赔偿或作出其他适当补偿。<sup>123</sup>

91. 1969年《维也纳公约》第三十七条第二项的内容与此项提案相似。<sup>124</sup> 因此，如果该条所指的意图并不存在，则有关权利可以撤销；<sup>125</sup> 不过，条款没有提及对可能造成的伤害提供补偿的可能性。这个问题涉及国际责任，这是编纂者没有处理的。

92. 乌里奥斯·莫利内尔对这条规定进行了解释并直接联系到眼下讨论的问题，即单方面行为，他确认（特别报告员认为是正确的）：

这种声明原则上是不可撤销也不能变更的，除非该声明的条款默示这种可能性而且声明中为此定出的必要情势和条件都已满足，或者已经受到伤害的当事方已给予同意，或者导致作出该声明的情势已有根本改变。<sup>126</sup>

简言之，目的是确保维持单方面行为，只有在特别和非任意的情况下才能加以终止、变更或中止。

93. 很明显，这个主题领域引起了许多意见分歧，这直接反映在第六委员会的辩论中；认为单方

<sup>122</sup> 此处所指的情况是，第三国为行使条约授予的权利而采取行动，招致的损害超过了该国不采取这种行动或没有行使任何这种权利时所承受的损害。

<sup>123</sup> 《1960年……年鉴》[英]，第二卷，A/CN.4/130号文件，第81页。

<sup>124</sup> 依照第三十六条使第三国享有权利时，倘经确定原意为非经该第三国同意不得撤销或变更该项权利，则各当事国不得撤销或变更之。

<sup>125</sup> 与人们假想的相反，Capotorti, “L’extinction et la suspension des traités”, 第496页，作者指出，1969年《维也纳公约》在这一点上相比传统的看法（例如哈佛法学院起草的《条约法公约》草案所反映的看法）向前迈出了一大步，传统看法认为国际条约授予第三方的权利在任何情况下都可由缔约方撤销，而《维也纳公约》至少在有关条约有此规定时在一定程度上限制了这种可能性。

<sup>126</sup> Urios Moliner, *Actos unilaterales y derecho internacional público: delimitación de una figura susceptible de un régimen jurídico común*, 第125页。

面行为不可撤销，除非该行为的对象同意撤销该行为的观点<sup>127</sup> 遭到其他意见的挑战。其中包括如下立场：如果单方面行为须遵守某个时间限制或满足某项条件，或是应遵循情势变迁原则<sup>128</sup> 等一般原则、不可抗力的例外情况或其他原则，则单方面行为可以取消。甚至可以说，某些行为应被认为除了非常有限的情况之外都是可以撤销的。<sup>129</sup>

94. 特别报告员相信德国是对的：德国在答复关于单方面行为的调查表时指出，单方面行为是否可以撤销的问题不能不顾该行为的具体情况而抽象评论；任何以抽象、通用的原则来处理这个问题的企图都是没有意义的。<sup>130</sup> 其他的国家代表支持单方面行为可以撤销的观点。<sup>131</sup> 各方发表的意见指出了各种各样的处理办法。因此，这里将试图区分两种情形：一种是在作出单方面行为时已经规定的情形或直接源于作出行为者的意愿的情形，另一种是外部因素引起有关变化的情形。

#### 1. 因单方面行为作出方的意愿而产生的情形

95. 国家通过作出单方面行为来表达其意愿，如果在作出此种行为时，这一意图已与有关单方面行为一样被明确表达，那么国家就可以中止或更改这一行为，或限制行为的期限。

<sup>127</sup> 大韩民国代表说，为了保护对象的权利和维护国际法律的稳定性，不应许可国家未经其他有关国家同意就撤销或变更单方面行为（《大会正式记录，第六十届会议，第六委员会》，第15次会议，第10段）。白俄罗斯代表说，国家要终止单方面行为必须与注意到这些行为并相应修正其行为的国际法主体达成协定（同上，第18次会议，第75段）。

<sup>128</sup> 大韩民国代表说，情势变迁原则也可认为是撤销和变更单方面行为的理由（同上，第15次会议，第10段）。

<sup>129</sup> 另见第六委员会在特别报告员介绍关于国家单方面行为的第二次报告后进行的讨论的摘要（《秘书处编制的关于大会第五十四届会议期间第六委员会辩论的专题摘要》（A/CN.4/504和Add.1号文件），第156段）。

<sup>130</sup> 《2000年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/511号文件，第311页。早在1973年，Verzijl, 前引书，第106页，该作者就表示了同样的看法，说：“它们可否被单方面撤回，取决于其具体性质，因此不能作为可以有适用于所有情况的解决办法的问题来讨论。”在大会第六十届会议上，日本代表在第六委员会发表了同样的主张（《大会正式记录，第六十届会议，第六委员会》，第14次会议，第54段），说日本政府认为，单方面行为可否撤销和变更，取决于该行为的形式、内容、行为者和对象，必须审视每一类单方面行为才能决定。

<sup>131</sup> 这包括萨尔瓦多和格鲁吉亚的代表，而芬兰、以色列和意大利采取了更为细致的办法，提到这种可能性应有某些限制（见《2000年……年鉴》（上文脚注130），第310至第313页）。



96. 从逻辑上来说, 在作出单方面行为时应可以通过明确阐述行为的时间限制条件来对该单方面行为施加时间限制<sup>132</sup>。特别报告员认为, 如果作出单方面行为时就规定某一暂停期或一段不适用此种行为的时期, 则同样的逻辑也适用于暂停施行的情况。这种行为随后(所定的时期届满后或既定条件满足后)即恢复法律效力。

97. 如果在作出单方面行为时没有对可能终止、中止或更改此种行为作出规定(这往往也是多数情况), 这些问题就会变得更为复杂。因此, 考虑到作出该行为的国家也是设法终止该行为者, 这里就出现了能否这样做的问题。如果单方面行为已经或可能使第三方产生某种期待, 则问题的复杂性就更进一层。从惯例和文献中能搜集到的资料不多, 现讨论如下。

98. 有人主张, 一般而言, 作出单方面允诺者可以撤销或修改允诺的内容, 但条件是允诺对象明确表示同意, 或受该允诺影响的人没有提出反对。这一设想从理论上来说可能十分合理, 但对于具有普遍影响的允诺<sup>133</sup>、对象不确定的允诺或对象身份尚有疑问的允诺, 则并非如此合理。在这方面, 鲁宾提出了很有意思的一点, 他指出,

在一些情况下, 单一当事方无疑有可能合法地终止其当然的条约义务, 而不违反善意原则。没有明显的理由认为根据单方面声明所承担的义务要比根据条约规定承担的义务更难以终止。<sup>134</sup>

99. 法国代表在安全理事会中对埃及关于苏伊士运河的声明表示了类似的看法。<sup>135</sup> 随后, 他对该声明的不可撤销性提出质疑, 因为他认为该声明的不可撤

<sup>132</sup> 就国际条约而言, 这种时限可有各种形式: 固定日期、时段的经过或作为解除条件的特定事件完结, 也许是最常见的形式。时限甚至可以由表示从某一时刻起某一义务已被接受的特定活动的停止来确定。

<sup>133</sup> 见 Sicault, 前引文, 第 650 页。

<sup>134</sup> Rubin, "The international legal effects of unilateral declarations", 第 10 页。

<sup>135</sup> 关于苏伊士运河及其营运安排的声明(信函转发给联合国秘书长)(1957年4月24日, 开罗), 埃及政府在声明中承诺遵守 1888 年《关于苏伊士运河自由航行的公约》规定的义务(联合国, 《条约汇编》, 第 265 卷, 第 3821 号, 第 299 页)。

销性与允诺本身的价值不同, 他说: “单方面声明即使经过登记, 也显然不能超越单方面行为的范畴。根据这些研究结果, 我们必须得出结论认为, 正如声明是单方面发表的一样, 声明可按同样方式予以修正或废止”。<sup>136</sup> 秘书长在 1957 年 4 月 25 日举行的记者招待会上对该声明采取了几乎同样的立场。<sup>137</sup> 由于在这一时期甚至连单方面行为的定义本身都尚不明确, 行为国的意图对撤销此种行为的可能性有影响。

100. 主要问题在于允诺会或可能会使第三方产生某种期望, 第三方似乎有某种权利假设这种允诺在一定限度内将得到信守。在这方面, 雅克指出:

单方面允诺在允诺对象获悉该允诺后即创设了一种权利, 即期待允诺者信守其承诺。但正如条约法授权当事方在某些情况下在条约到期之前可终止条约一样, 法院也不保障单方面允诺不会被撤销或绝对不被修改。<sup>138</sup>

然而, 国际法院 1974 年的意见则表明, 撤销的可能性不是绝对的, 而且远非绝对的: “法院认为, 解释声明中的单方面承诺时, 不能认为重新考虑的自由专断权\* 不宜自明。”<sup>139</sup>

101. 允诺能否撤销的问题带来种种困难, 只能根据具体情形予以解决。善意原则在此处的作用极其关键, 因为允诺会产生某种期望, 如果撤销允诺, 会造成失望。虽然如此, 承诺不应被视为国家永远

<sup>136</sup> 《安全理事会正式记录, 第十二年, 第七七六次会议》, 第 59 段。另见 Kiss, 前引书, 第 618 页。法国外交部长在法国、苏联、联合王国和美国于 1955 年 11 月 8 日在日内瓦举行的一次外交部长会议上对撤销单方面行为的可能性也采取了几乎相同的立场。他说: “的确, 由于西方防务组织采取了各种措施, 苏联目前享有的保障是单方面性质的, 因此可以予以撤销”(同上, 第 618 页)。

<sup>137</sup> 他在记者招待会上指出: “登记本身并没有使文件不可撤销, 因为从文件性质来看, 该文件……对提交的国家具有约束力。也就是说, ……另一声明……可以取代该文件”(引述见 Dehaussy, "La déclaration égyptiennes de 1957 sur le canal de Suez", 第 180 页, 脚注(32))。

<sup>138</sup> Jacqué, "A propos de la promesse unilatérale", 第 342 页。

<sup>139</sup> 核试验案(澳大利亚诉法国), 判决, 《1974 年国际法院汇编》, 第 270 页, 第 51 段。国际法院在尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动案(《1984 年国际法院汇编》(见上文脚注 119)), 第 418 页, 第 59 段)发表了类似的意见, 指出“声明的单方面性质并不意味着声明国可以随意修改声明的范围及其庄严承诺的内容”(“声明的单方面性质”指接受国际法院管辖的声明, 但特别报告员认为, 这里的意见可普遍用于各国提出的所有单方面声明。))。

不能摆脱的永久义务。因此应采取一种相对灵活的立场。德维舍指出：“应根据每一案件的政治和法律背景来看待相对性、属人性、属时性和属事性”。<sup>140</sup>这种相对主义可能会带来问题，但适用法律时必须考虑到其顺应情形的能力。因此，考虑能否（通过终止、中止或变更）改变许诺时，应特别注意需要作这种改变的情形，并注意作出单方面行为、而后又希望改变这种行为的国家的善意。事实上，甚至可以认为，如果进一步考虑称为拟议法的变通办法，在第三方大失所望时，假如能证明试图终止其单方面承担的义务或大幅度修改义务内容的国家是任意行事或存有恶意，就应有可能要求赔偿。

102. 关于承认的概念，特别报告员发现关于该主题的意见已经过若干不同阶段的讨论，结果，文献中关于承认可否撤销的看法已有很大改变。该领域几乎没有实践，大家意见有分歧；有人认为承认是不可撤销的<sup>141</sup>（或者至少所谓法律上的承认是如此），另有人认为事实上的承认有所不同（这种承认被认为是临时的，因此是可以撤销的）。鉴于意见分歧大，而且又没有任何重要实践可以说明某些问题，最好谨慎行事。

103. 例如，一些作者显示了这种谨慎的态度。他们从承认是可以撤销的这一假设出发，认为“承认可予以撤销，主张维持承认的权利并不存在。然而，只要承认没有收回，受益方就有权要求承认方尊重其承认某一情况的行为所产生的义务”。<sup>142</sup>其他作者也采取相同的立场。他们区分两种情况：一

<sup>140</sup> De Visscher, “Remarques sur l'évolution de la jurisprudence de la Cour Internationale de Justice relative au fondement obligatoire de certains actes unilatéraux”, 第 464 页。让我们来考虑作出允诺的国家的社会政治情形阻碍国家履行允诺的一个实际案例。日本首相铃木善幸在一次声明中曾表示，同美国举行适当协商后，日本将授权携带核武器的船只过境（Rousseau, 前引文（1981 年），第 905 页）。这意味着他公开表示日本将偏离其核政策的三个基本原则，即日本不拥有、不生产、不引进此类武器。这些言论引起了愤怒的反应，迫使首相改变主意，随后他向新闻界宣布日本将不给予此种授权。1984 年 8 月 9 日，日本首相中曾根康弘在长崎遭到原子弹袭击事件的纪念仪式上重申了这一立场。他说，日本将不允许携带核导弹的美国战舰使用日本港口（同上（1985 年），第 166 页）。

<sup>141</sup> 这方面很能说明问题的建议见 Verhoeven, *La reconnaissance internationale dans la pratique contemporaine: les relations publiques internationales*, 第 650 页，脚注（69）。

<sup>142</sup> Jacqué, *Éléments pour une théorie de l'acte juridique en droit international*, 第 337 页。

种是纯粹单方面承认，他们认为这种承认是可以撤销的；另一种是承认行为载入国际条约的情况，这种情况会产生相反的结果。目前，这种立场似乎带来许多不定因素，而且这种区分的结果使条约条款被认为比单方面行为具有更多确定性。特别报告员认为，考虑到当前事态，这种区分完全不现实。

104. 承认产生的结果十分重要，因此在明确断言承认可能具有可撤销性时必须谨慎。一个复杂的例子是前南斯拉夫各共和国。这些共和国在某一时点都承认（通过条约条款）当时被称为<sup>143</sup>南斯拉夫联盟共和国（塞尔维亚和黑山）的延续性质；<sup>144</sup>由于这一情况，在关于儿童权利的《公约》方面出现了明显的矛盾。事件经过如下：1991 年 1 月 3 日，南斯拉夫社会主义联邦共和国批准了该《公约》，但对第 9 条第 1 款<sup>145</sup>提出保留，随后（此时为南斯拉夫联盟共和国）于 1997 年 1 月 28 日撤回保留。<sup>146</sup>对此，斯洛文尼亚（1997 年 5 月 28 日）、克罗地亚（1997 年 6 月 3 日）、波斯尼亚和黑塞哥维那（1997 年 6 月 4 日）<sup>147</sup>以及前南斯拉夫的马其顿共和国（1997 年 10

<sup>143</sup> 在这方面，见关于南斯拉夫联盟共和国国名的讨论，载于 Torres Cazorla, “El último cambio de Yugoslavia: de la República Federativa de Yugoslavia (Serbia y Montenegro) a la Unión de Serbia y Montenegro”。

<sup>144</sup> 见国际法院 1996 年 7 月 11 日对《防止及惩治灭绝种族罪公约》的适用案的判决第 17 段，初步反对意见，判决，《1996 年国际法院汇编》，第 610 页。在此案中，波斯尼亚和黑塞哥维那显然希望将南斯拉夫联盟共和国视为一个继承国。这一立场为该法院接受，至少就《公约》而言是如此。南斯拉夫联盟共和国与前南斯拉夫其他共和国分别签订的关于关系正常化的双边协定似乎也接受南斯拉夫联盟共和国（塞尔维亚和黑山）是南斯拉夫社会主义联邦共和国的人格延续的观点。这方面的例子包括 1996 年 4 月 8 日《关于调整马其顿共和国和南斯拉夫联盟共和国之间的关系和促进两国间的合作的协定》第 4 条（S/1996/291，附录）。另见《国际法律资料》，第三十五卷，第 5 号（1996 年 9 月），第 1248 页；1996 年 8 月 23 日《南斯拉夫联盟共和国和克罗地亚共和国关系正常化协定》第 5 条（同上，第 1221 页；以及 A/51/318-S/1996/706，附件）；以及 1996 年 10 月 3 日塞尔维亚总统与波斯尼亚和黑塞哥维那总统发表的联合声明第四段（A/51/461-S/1996/830，附件）。另见 *Review of International Affairs*, 第 1049-1050 号，第 15 页。对这些问题和其他有关问题的分析，见 Torres Cazorla, “Rights of private persons on State succession: an approach to the most recent cases”, 第 674 至第 676 页。

<sup>145</sup> 联合国，《交给秘书长保存的多边条约：截至 2005 年 12 月 31 日的状况》，第一卷（联合国出版物，出售品编号：E.06.V.2），第 335 页，脚注 3。

<sup>146</sup> 同上，第 340 页，注 38。

<sup>147</sup> 同上。

月10日)<sup>148</sup> 随后提交来文。波斯尼亚和黑塞哥维那、克罗地亚和斯洛文尼亚称：“1991年通知批准[该《公约》]并作出保留的国家是前南斯拉夫社会主义联邦共和国(南斯拉夫)，而1997年1月28日通知撤回保留的是南斯拉夫联盟共和国”。<sup>149</sup> 此外，它们提请注意安全理事会第757(1992)号和第777(1992)号决议以及大会第47/1号决议，其中表示南斯拉夫社会主义联邦共和国已停止存在，南斯拉夫联盟共和国不能被视为其唯一继承国。考虑到所涉情况模棱两可(即保留国已不再存在，而推定的继承国撤回了其并没有作出的保留)，有关国家请秘书长澄清情况。前南斯拉夫的马其顿共和国指出，“南斯拉夫联盟共和国没有发出关于其继承《公约》的通知，也没有按照国际条约法以任何其他合适的方式加入《公约》。因此，南斯拉夫联盟共和国不是、也不能被视为《公约》的缔约国”。<sup>150</sup> 虽然前南斯拉夫各共和国最初似乎承认南斯拉夫联盟共和国的延续性，但一年以后它们又表示相反的意见。<sup>151</sup> 将近十年时间内，南斯拉夫联盟共和国都面临这一复杂的情况。这说明这种情况会产生多少问题。<sup>152</sup>

105. 特别报告员认为，案件情形、善意以及单方面行为给第三方带来期望的可能性是确定一国能否通过进一步表示单方面意愿来改变其最初单方面行为时必须考虑到的关键要素。<sup>153</sup> 然而，由于单方面行为就其性质而言是极其灵活的，在这个问题上制定确定的规则的任何努力都必然徒劳无功。这方面应考虑到、而且目前无法克服的另一障碍是，没有

<sup>148</sup> 联合国，《条约汇编》，第1993卷，第27531号，第316页。

<sup>149</sup> 同上，《……多边条约》(见上文脚注145)，第340页，注38。

<sup>150</sup> 见上文脚注148。

<sup>151</sup> 关于这一情况的详尽介绍见Torres Cazorla, “El derecho del menor a una nacionalidad: análisis de los recientes casos de sucesión de Estados”, 第200至第201页。

<sup>152</sup> 关于所有这些问题的精彩讨论见Ortega Terol, “Aspectos teóricos y prácticos de la continuidad en la identidad del Estado”, 第287至第300页。

<sup>153</sup> 为终止单方面行为而进一步表示愿望的做法甚至可能包括签署一项内容有悖于原先单方面行为的国际条约。这可能会产生一些情况：原先因单方面行为而产生某种期望的国家可能也是该条约的缔约方，在这种情况下不会有问题；但如果它们不是缔约方，则会出现各种义务、有时候还是彼此矛盾的义务，从而会产生不遵守单方面行为或不遵守条约的问题。在这个特定方面，国际责任的问题将是十分令人关注的问题。

一个机构负责审议和解决在这个方面可能出现的问题(虽然各国正是意在于此并希望如此)。特别报告员认为，只有《联合国宪章》第三十三条在其允许自由选择和平解决争端方法的限度内，能够作为处理这类问题的指南。

106. 如果单方面行为已经完全实施，通常会呈现结合上述两种情况要素的一种情形，一般意味着有可能终止单方面行为。这种情况可能包括各种情形：例如，单方面行为可能通过单一行动(如取消债务的允诺)完成，或构成单方面行为的义务可能具有特定内容，这些内容一俟耗竭，这一行为即不再有效。就条约而言，履行是所谓契约性条约终止的一个理由。根据定义，契约性条约指会产生特定性质法律关系的条约。一俟这类条约产生的义务得到履行，条约即不再有效。<sup>154</sup>

107. 关于上述终止行为可能的理由的各种指导原则不妨作为单一原则草案予以拟订，最初可包括下列理由，供委员会审议：

#### “单方面行为的终止(第一部分)”

“行为国可以终止或撤销单方面行为：

“(a) 如果该行为作出时规定了终止行为的具体时间(或如果默示了在实施一项或多项行为后即终止)；

“(b) 如果该行为作出时就规定了解除条件。”

108. 因标的物不复存在而终止单方面行为的情况在某种程度上与另一原因有关，这个问题将在下一节审议：因嗣后的履行不能而可能终止、变更或中止实施。这个原因与目前讨论的原因不同，在1969年《维也纳公约》中已有规定。

## 2. 与单方面行为作出方的意愿无关的情况造成的情形

109. 国际条约终止、变更或中止的原因一直是研究的重点，引起了很多疑虑，尤其是当这种改变

<sup>154</sup> 见Capotorti, 前引文, 第525至第526页。



是由条约一个缔约方单方意愿造成或者导致的时候。尽管这些疑虑有其理由，但针对一些其他原因也存在质疑，包括与作出方（这里是单方面行为的作出方）本身意愿无关的情况导致行为终止、变更或中止的问题。<sup>155</sup> 在分析可能引发这些改变的各种情况时，特别报告员将首先审查1969年《维也纳公约》<sup>156</sup> 明确规定那几种可以适用于单方面行为的可能性，然后在下节考虑其他情况。<sup>157</sup>

(a) 1969年《维也纳公约》规定的情形

110. 1969年《维也纳公约》第六十一条规定的一项终止或中止施行国际条约的原因，特别报告员认为完全可以适用于单方面行为。这个原因是嗣后的履行不能，可作为单方面行为终止的适当理由，条件是如第六十一条第一项所述，“倘因实施条约所必不可少之标的物永久消失或毁坏以致不可能履行条约”；或作为行为中止的适当理由，条件是这种不可能履行只属暂时性质。“谁都没有责任做不可能做的事”原则在此完全可以适用，因为不然的话，国家必须去做一件不可能做到的事。单方面行为实施所不可或缺的标的物的丧失或消失，构成这一终止原因的基本特征（例如，丧失单方面行为效力所针对的领土、海岸地带）。<sup>158</sup>

111. 第六十一条提到的不可能情况可类推适用于单方面行为，但须具备如下特征：(a) 必须是一种嗣后发生的不可能情况；(b) 不可能情况必须是永久性的或不可逆转的，否则发生的就是中止的问题，而非终止；(c) 必须影响到实施单方面行为不可或缺的标的物，因为这种不可能必须是手段上的

<sup>155</sup> 这与 Capotorti, 前引文, 第 514 页中的看法一致。

<sup>156</sup> 分析的第一部分涉及嗣后履行不能、情势的根本变迁、新的一般国际法强制性规范（强行法）出现以及一定程度上的外交或领事关系断绝（《公约》第六十一条至第六十四条）。

<sup>157</sup> 这些情况包括新国际习惯出现、发生战争或国家继承，这些都可能引所讨论的单方面行为的改变，这将在下文讨论。

<sup>158</sup> 正如文献所指出的，这种情况同即将进一步分析的情势根本变迁有点相似。Ruda, “Terminación y suspensión de los tratados”, 第 103 页，作者写到：

“无可否认，条约标的物的消失或毁坏，构成缔结条约时所存在的情况的根本改变，但国际法委员会认为，这是两个法律上不同的原因。我们认为，差别在于：嗣后履行不能是一个客观标准；在情势根本变迁则在于对情况的主观评价；这种区别应分开处理。”

不可能，而不一定必须是自然法则上或实质上的不可能。

112. 如果这种实质上的不可能情况是由于作出单方面行为国家本身的举动所促成，并且应对标的物的丧失负责，那么就会出现一个值得注意的问题。然而，这里必须区分1969年《维也纳公约》没有加以区分的两个因素：一个是丧失标的物的情况，这种情况可以、并且在逻辑上应该造成单方面行为的终止或可能是中止；另一方面是国家就本身举动引发实质上不可能的情况可能应负的国际责任。这不是说有关一方不能援引不可能情况，这是一个事实，而是说它不能避免针对第三方承担国际责任。这个问题在大多数情况下都会引起争议，应该可通过国际法规定的渠道解决。

113. 援引情势的根本改变作为国际条约终止的原因，一直是法律文献非常广泛研究的问题之一。<sup>159</sup> 这个理由与“条约必须遵守”规则之间的反差是条约法中最为复杂的辩论之一。<sup>160</sup> 在国际秩序中，国家意愿及影响国家意愿的外在实际情况发挥着基本的作用；国际秩序必须具有灵活性，这种灵活性突出了这个条款的重要性；这只是逻辑上的，因为严格执行“条约必须遵守”原则而不容任何例外，“将破坏条约原则本身，因为这使它具有一种神圣不可侵犯、近乎神秘的性质，将它升高到“禁止接触”的地位”。<sup>161</sup> 这一终止原因的重要性或许是使得1969年《维也纳公约》第六十二条进行详细规定并采用否定措辞的首要 and 最终原因，该条限制了援引这种情况的可能性。这反映出文献对可能援引这个条款的问题采取了限制性立场，以防可能发生的任意行动。关于改变的情势所必须具备的根本性质，文献在逻辑上确认，

<sup>159</sup> 见 Haraszti, “Treaties and the fundamental change of circumstances”, 第 46 至第 64 页。

<sup>160</sup> 关于这个主题的参考书目非常多，特别报告员只着重指出在产生1969年《维也纳公约》的研究工作结束前，范博盖尔特所说的话，Van Bogaert, “Le sens de la clause ‘*rebus sic stantibus*’ dans le droit des gens actuel”, 第 50 页；作者说：“应指出的是，‘条约必须遵守’和‘情势变迁’是确保法律有效并且公平的两个要素。”

<sup>161</sup> Poch de Caviedes, “From the *clausula rebus sic stantibus* to the revision clause in international conventions”, 第 168 页。



变更的情势必须是基本性的；同时必须如上所述，影响到条约的基本法则或本身的基础，而且，它必须是特殊的，因为超越或者超过了起草私人契约或国际条约时正当和通常会预期发生的那种普通改变。<sup>162</sup>

114. 情势的根本变迁的定义可以引起各种不同的解释，甚至可能适用于缔约方之间发生战争的情况。在印度与巴基斯坦之间的卡奇沼泽地案中，印度把常设国际法院在丹麦与挪威间争端中考虑的伊伦声明<sup>163</sup>同该案情况相比，它向法庭声称：

伊伦声明作出时，丹麦与挪威之间并无争端；后来发生争端，态度转变了。激烈争执发生后，声明不能与信上一句话等同，因为“双方就某一特定态度以书信互相攻击”。<sup>164</sup>

115. 有人坚称，1969年《维也纳公约》第六十一条（发生意外不可能履行）和第六十二条（情况之基本改变）<sup>165</sup>经过作必要的更改后可适用于某些单方面行为（特别是产生义务的那些行为）；因为变更和终止条件与条约法关于国际条约产生的义务的中止或终止的条件规定非常接近。<sup>166</sup>然而，在单方面行为方面，这些情况还附带产生一种条约法内通常不会发生的情况，那就是单方面修改单方面行为的内容。因此，国际法院在审议援引情势根本

变迁的问题上采取谨慎态度，它在加布奇科沃-大毛罗斯项目案中說：

情势的根本变迁必须是事前不能预料的；《条约》缔结时存在的情况必须是缔约各方当时同意接受《条约》约束的主要基础。此外，《维也纳条约法公约》第六十二条采取否定和附条件的措辞，也就是清楚表明，为了条约关系的稳定，主张情势发生根本变迁只能在例外情况下适用。<sup>167</sup>

116. 有时，作出单方面行为的国家的心理因素或信念很重要，这种因素或信念使其认为当初使其采取原始立场的情况发生了根本改变。一个有趣的例子是波兰采取的立场，它起初通知劳工组织说要退出该组织，其后又在该通知要实际生效前一天发出另一通知，撤回起初的通知。<sup>168</sup>

117. 外交关系或领事关系的断绝是否意味这种性质的改变，从而引发单方面行为的终止、中止或者变更？原则上，如果人们在这方面采取编纂国际条约的处理方法，这种关系的断绝不会引发重大改变，除非从单方面行为本身的内容可以引出相反结论（例如，外交关系或领事关系是实施单方面行为的一个条件，没有这些关系就不会作出该单方面行为，或者，如果没有这些关系就非常难开展相关行为）。因此，1969年《维也纳公约》第六十三条规定：

“条约当事国间断绝外交或领事关系不影响彼此间由条约确定之法律关系，但外交或领事关系之存在为适用条约所必不可少者不在此限。”

该《公约》采用了“必不可少”这一措辞；由此或许可以推断，这一要求也应该适用于单方面行为；但是，特别报告员不大愿意赞同这种观点；事实上，

<sup>162</sup> 同上，第 170 页。

<sup>163</sup> 东格陵兰法律地位案（见上文脚注 57），第 70 页。

<sup>164</sup> 《国际法报告》（伦敦），第 50 卷，1976 年，第 379 页。另见有关印度和巴基斯坦之间的印-巴西部边界案件（卡奇沼泽地案），《国际仲裁裁决汇编》，第十七卷，第 410 页。

<sup>165</sup> 见 Sicault，前引文，第 654 至第 665 页，作者认为，作出单方面承诺的国家可以援引情势根本变迁作为撤销承诺的理由，但必须符合如下三个条件：(a) 该情势的存在必须是同意受该项承诺约束的主要基础；(b) 情势的改变必须造成尚未按照单方面行为实施的义务发生根本改变；(c) 情势的改变并非由于作出承诺国家违反某项国际义务（不论是该项承诺下的义务或任何其他义务）而造成。

<sup>166</sup> 有一个领域非常敏感，各国经常表示很大疑虑，或在有人采取争议性行为时提出抗议，那就是有关裁军或暂停进行核试验的问题。还有，国家经常作出一些并非完全单方面的、而是直接与别国采取的行为有关的承诺。例如 1986 年 12 月 18 日苏联宣布，一旦美国恢复核试验，苏联也将恢复核试验，从而终止 1985 年 8 月 6 日起实施的暂停。1987 年 2 月 3 日，美国在内华达核试验场进行地下核试验（其后又在 2 月 11 日进行第二次、3 月 18 日进行第三次核试验），苏联政府于 2 月 4 日正式宣布，美国的这一举动已经终止了暂停。苏联随后于 2 月 26 日在哈萨克斯坦进行了核试验（Rousseau，如上（1987 年），第 945 页）。

<sup>167</sup> 加布奇科沃-大毛罗斯项目案（匈牙利/斯洛伐克），判决，《1997 年国际法院汇编》，第 65 页，第 104 段。

<sup>168</sup> 1984 年 11 月 17 日，波兰经由其驻日内瓦代表通知劳工组织理事会，波兰退出劳工组织。信中重申三年来对该组织的指控，包括干涉波兰内政、持续的反波兰宣传以及敌视波兰的态度（Rousseau，前引文（1985 年），第 467 页）。这一通知后来作废，因为波兰政府又于 1987 年 11 月 16 日上午通知劳工组织总干事，波兰撤回前一通知，因为对由于劳工组织内针对波兰提出的诉讼导致的、致使波兰不能参加该组织工作的各项问题能够得到一劳永逸的解决感到满意。波兰退出劳工组织的期限原定为 1987 年 11 月 16 日午夜（同上（1988 年），第 407 页）。

他认为，通常的情况是，如果外交关系或领事关系断绝，作出单方面行为的国家不大可能愿意继续实施这一行为，至少不愿意以相同方式实施。

118. 1969年《维也纳公约》第六十四条所述的新的一般国际法强制规范（强行法）的出现，同已经提到的《公约》第五十三条有点逻辑上的关联。第六十四条规定：“如有新的一般国际法强制规律产生，任何现有条约之与该项规律抵触者即成为无效而终止。”但是，尽管该条结尾使用了措辞（“即成为无效而终止”），我们在此发现，强行法规范出现时，发生的是一种灭失的情形，而非上述的无效性情形；这点的后果很重要：在这种规范出现之前条约产生的效力尽可能继续维持，这与无效性情况下的不同。这就是上述两项规则之间的主要差异。

119. 基于以上所述，可以在上述指导原则下，提出关于其他可能的终止原因的下列款项：

“单方面行为的终止（续）

“行为国可以终止或撤销单方面行为：

“……

“(c) 如果该单方面行为的标的物消失；

“(d) 如果导致作出该行为的情势发生根本变化（情势变迁），从而使该行为不可能完成；

“(e) 如果在作出行为后出现与该行为相冲突的国际法强制性规范。”

(b) 1969年《维也纳公约》没有明确规定的情况

120. 单方面行为领域有一个值得注意的问题，就是在单方面行为作出之后出现一项习惯法规范，而该行为与该规范抵触，那么该规范是否会导致该行为终止、变更或中止。这个问题的答案不明确，在编纂条约法的时候委员会曾经提出。但是，委员会当时认为，条约与习惯法规则之间可能发生冲突的争议性问题涉及许多困难，因此觉得这个问题太过复杂，不宜处理其所有方面，否则可能严重影响

编纂和逐步发展的工作。<sup>169</sup>也许在普遍或一般习惯领域，可能能够找到一项规范性的基础，可以据以解决这个问题；但是，对于区域性惯例，特别报告员则很感怀疑，因为一项违反区域性甚或是地方性习惯的单方面行为的存在，可能构成一项重大障碍，妨碍这一习惯的普及甚至是对抗作出单方面行为国家的能力。实践显示，相反的情况更易发生；也就是说，同一事项上存在许多单方面行为可能使当时有效的法律制度发生变化。这一新的做法甚至可能被写入一项条约。<sup>170</sup>

121. 第二种情况在1969年《维也纳公约》中似乎没有规定，那就是，如果作出单方面行为者发生重大转变，单方面行为的情况如何？换句话说，发生国家继承时，情况如何处理？先前按照单方面行为作出的承诺应维持有效，抑或这些承诺自国家继承发生之日起无效，特别是在被继承国消失的情况下？这个问题在涉及国际条约的情况下很棘手，<sup>171</sup>在涉及单方面行为的情况下更不简单；在涉及单方面行为的情况下，国际层面上出现两种竞争性需求的情况更为明显：必须确保国际关系具有某种稳定性，同时遵守单方面行为所作出的国际承诺，以此作为前者的重要反映。在每种情况下，解决方案都须视特定情况以及继承国是否仍可能遵守有关单方面行为而定。特别报告员认为，无论如何，目前不存在任何标准可以先验地指向某种限制性的解决办法。但毫无疑问的是，如果在继

<sup>169</sup> 见 Capotorti, 前引文, 第 518 页。

<sup>170</sup> 例如，这种情况就发生在海洋法领域，涉及领海范围延伸至 12 海里以及设立专属经济区；这些规定的源起与“承袭海”的概念直接相关（Seve de Gastón, “Los actos jurídicos internacionales unilaterales con especial atención a los intereses marítimos argentinos”, 第 260 页，作者提供了关于所有这些问题的概览以及国家单方面行为的例子清单（按洲排列），同上，第 260 至第 261 页和第 295 至第 357 页）。

<sup>171</sup> 国际上对于支持被继承国为缔约国的国际条约继续有效原则（相对于“白板”规则）缺乏共识，这一点越来越明显。它可以从两方面看出。一方面，接受《关于国家在条约方面的继承的维也纳公约》（以下称为“1978年《维也纳公约》”）的国家很少，该《公约》一直到1996年才获得足够国家批准从而生效。另一方面，过去十年间，国际实践在被继承国的国际条约延续、继承通知、加入或效力终止等方面，歧见很大。正如科斯基涅米所着重指出的（“Report of the Director of Studies of the English-speaking section of the Centre”, 第 89 页）：“在规范方面，人们可以得出的唯一相对没有质疑的结论仍然是程序上的：国家应该一秉善意进行谈判。但是，这一义务并非以1978年《维也纳公约》为基础，而是以外交制度的结构要求为基础。”

承后，国家发生很大转变，单方面行为可能因此变更。

122. 另一方面，还有这一问题发生：武装冲突的爆发是否能够使交战国之间有效的单方面行为终止或中止。同上文讨论的问题一样，1969年《维也纳公约》只提到它不涵盖这个情况。该《公约》第七十三条明确规定：“本公约之规定不妨碍国家继承或国家所负国际责任或国家间发生敌对行为所引起关于条约之任何问题。”这个问题由于极具争议性，因而被搁置。委员会现在重新着手处理，并指派布朗利先生为该专题的特别报告员；他于2005年提出了第一次报告。<sup>172</sup>

123. 在这一点上，特别报告员认为，较诸任何其他情况，必须更清楚地审视有关的单方面行为，以确定战争是否影响特定单方面行为的实施。如果单方面行为是有利于与该行为作出国交战的国家的一项承诺或放弃，作出单方面行为的国家可以选择予以终止或至少是中止。此外，也可以援引情势根本变迁。高度政治性的制度，例如承认，在武装冲

<sup>172</sup> 2005年，关于武装冲突对条约的影响的第一次报告（《2005年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/552号文件，第247页）提出，同时一并提出的还有秘书处编写的一份备忘录，题为“武装冲突对条约的影响：对实践和理论的审查”（A/CN.4/550和Corr.1-2号文件），转载于委员会网站。

突的情况下通常会发生变化，甚至会产生其他情况，例如承认武装冲突状态及其产生的后果。<sup>173</sup>

124. 上述关于单方面行为的有效性、无效性原因及适用的这些讨论，很大程度上受维也纳制度影响，其目的是补充先前的几次报告，尽可能澄清这些问题，并向委员会提出一系列关于这一特定领域的指导原则。所有这些评论，除了关于中止的部分，都已在相关一节中提出，但特别报告员选择再这一时刻再次整体地重申，以免忽略全局。

#### “单方面行为的中止

“行为国可以中止单方面行为：

“(a) 如果在作出单方面行为时已具体规定了可以中止该行为的情形；

“(b) 如果单方面行为在作出时已受中止条件的限制；

“(c) 如果单方面行为的标的物暂时消失；

“(d) 如果导致作出单方面行为的情势发生根本变化，使该行为暂时不可能实施。”

<sup>173</sup> 关于这个问题的详细讨论，见Verhoeven，前引书，第100至第167页。

## 第二章

### 供工作组审议的指导原则草案

125. 正如本报告开始时所提及的，这里提出关于先前在委员会和第六委员会讨论的各项问题的指导原则草案，供委员会审议。这些指导原则草案可交由今年重新召集的国家单方面行为工作组审议。这一套指导原则包括关于单方面行为的有效性和终止的内容，这个主题在本报告第一部分已经加以讨论。

#### A. 单方面行为的定义

126. 委员会自1997年开始审议这个专题以来，讨论最多的一个问题是单方面行为的定义，这

个定义是拟订关于这些行为运作的规则或指导原则的关键。关于定义的第一个问题是，区别单方面法律行为和国家不旨在建立或确认某种法律关系的单方面行为，也就是单方面政治行为。从开始研究这个专题时，人们就特别强调要区分这两个类型的行为，这是一项困难的工作，因为它的目的对于确定作出单方面行为的国家的意图非常重要。单方面法律行为当然须遵守国际法，如果违反国际法，行为国须负国际责任。而单方面政治行为只是国家在政治范围内的承诺，如不履行承诺，国家只承担政治后果。



127. 这个专题无须重新审议，但应指出的是，委员会在全体会议和国家单方面行为工作组中都曾仔细审议过若干属于国际政治关系范畴的行为，这些行为不在国际法的范围内；在被审议的这些行为中，包括核武器国家所作的单方面声明，这些声明被称为消极安全保证，是在不同级别、不同国际机构和范围作出的。大多数委员认为，这些声明是政治性的，因此对声明国没有法律约束力。对这些声明的文本及作出声明的情况或背景的详细审查得出了这样的结论：声明国无意就这些消极安全保证承担法律义务。因此，这些声明是单方面政治声明，不受国际法约束。

128. 在审议这个专题之始，委员们还普遍同意分开单列显然属于条约关系一部分、因而受1969年《维也纳公约》约束的国家单方面法律行为。这些行为在形式上是单方面的，也就是说，行为由一个国家作出，但属于条约关系的一部分。例如签署、批准、提出和撤回保留、通知、交存有关条约的文书等等。严格意义上的单方面行为在行为的作出国和行为的对象国之间建立了某种关系，但这种关系与条约关系不同。

129. 还要分开单列的一种单方面行为是与某套特定规范许可的特定制度有关的单方面行为。例如，建立专属经济区或通常而言划定海洋区域界限的声明就是此类行为。

130. 还有，接受国际法院强制管辖的声明也排除在外：尽管从形式上看，这些声明是单方面声明，但这些声明受维也纳条约法制度的约束。这些声明虽然在形式上是单方面的，但国际上大多数学者和判例法都将之视为条约关系的一部分，因此属于维也纳制度的范畴。但是，这些声明是一种自成一类的任择性声明，对于这种声明，某些规则、例如解释规则，应较灵活地适用。在这方面，应指出的是，在尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动中，美国主张说这种声明：

是自成一类的，不构成条约，不受条约法约束，美国对接受法院的强制管辖有加以限制的主权权利，此项权利是国家实践反映和发展起来的任择条款制度的固有特征。<sup>174</sup>

131. 注意到这些声明自成一类的性质，如同先前英伊石油公司等案件的情况那样，国际法院认为这些声明实际上构成条约关系的一部分。它指出，接受国际法院管辖的声明并非两个或两个以上国家之间谈判得出的条约文本，而是“单方面起草的结果”。<sup>175</sup> 这些声明向秘书长登记和立存这一事实证明了这一观点。阅读该法院1984年的判决可以得出这样的结论：尽管这些声明受条约制度的约束，但其单方面起草这一事实在解释时应予以考虑。

132. 1997年以来委员会审议的单方面行为，即一个或几个国家作出的旨在产生特定法律效力的单方面声明，至少在作出或实现方面，应与同样为单方面且能产生类似法律效力的举动分开，后者并非严格意义上的行为。大多数委员认为，不应在同一研究中同时审议单方面行为和单方面举动，另一些委员及若干国家政府则认为这两者的审议是相关的，因为它们尽管是在不同情况下“作出”或“实现”的，但产生的效力是类似的。特别报告员认为，尽管行为和举动之间，至少在作出方面，明显有别，但研究和委员会的审议不应把后者排除。关于严格意义上的单方面行为的指导原则，在作必要的更改后，可适用于国家的单方面举动。

133. 根据特别报告员的报告，委员会非常彻底地研究了一系列大多数法学家认为是典型的单方面行为的行为（承认、允诺、放弃、抗议），并得出结论认为，尽管研究很有价值，且有助于丰富国际上关于这一主题的学说，但委员会理解，单方面行为的性质不影响其法律效力。委员会在得出结论时指出，单方面行为可有各种不同性质，但不影响作出行为者寻求产生的法律效力。不论单方面行为的性质如何，重要的是确定作出行为的国家在作出该行为时是否打算对行为的对象作出法律上的承诺。

134. 委员会关注的单方面行为是一种声明，由一个或几个国家作出，声明的形式——应特别指出——并不重要，其中表明单方面的意愿，打算承担某些特定义务或确认某些特定权利。这种声明的拟订过程与条约的拟订过程不同，后者的过程是由

<sup>174</sup> 《1984年国际法院汇编》（见上文脚注119），第415页，第53段。

<sup>175</sup> 英伊石油公司案，初步反对意见，判决，《1952年国际法院汇编》，第105页。



两个或两个以上国家参加的；前者的过程使人很难确定作出声明的国家是否打算接受法律上的约束。

135. 作出单方面行为的国家寻求通过这种声明“产生某些特定法律效力”，这一比较一般性的措辞涵盖了声明国可能通过这种行为承担的义务和重申的权利。文献中和委员会内都有对这个问题的广泛辩论。肯定的是，一个国家可以通过行使主权来单方面承担义务，但不能在未经他国同意的情况下将义务加诸该国，这是条约法制度已经确立的原则。但是，若干委员认为，纯粹只提到承担义务，可能限制了条款草案的范围；应提到产生法律效力，以涵盖承担义务及重申权利这两种可能性。

136. 单方面行为应“按照国际法”作出，因为它本身就是以国际法为基础，因此才成为义务的来源<sup>176</sup>（甚至是重申权利的来源），这与条约或习惯法规范或国际组织的文书是一样的。

137. 基于以上所述，并根据委员会的讨论结果和专为审议此一问题而设立的国家单方面行为工作组的结论，兹提出如下的指导原则草案。草案案文概括载有特别报告员曾在第一次报告中提出过的定义草案的构成要素，<sup>177</sup> 这些要素当时是被作为讨论的初步基础，以促进对这个主题进行研究。

#### “原则1 单方面行为的定义

“国家的单方面行为是指一国作出、并意图根据国际法产生某些特定法律效力的单方面声明。”

138. 在这个定义的框架和范围内，现在应提及行为的对象。尽管审议的主题和指导原则草案涉及的是国家作出的单方面行为，但应当明确指出，这类行为可能针对某一他国、某一组国家、整个国际社会、某一国际组织或受国际法约束的任何其他实体。

<sup>176</sup> 在这方面，应该提及国际法院于2006年2月3日在关于刚果境内的武装活动案的可受理性问题上所作的判决，《2006年国际法院汇编》（见上文脚注40），第26页，第45段（法院在其中使用了“具有法律效力的单方面承诺”一语）；以及第27页，第46段（法院又提及“代表该国履行具有国际承诺效力的单方面行为”）。

<sup>177</sup> 《1998年……年鉴》，第二卷（第一部分），第351页，A/CN.4/486号文件。

139. 因此有必要在定义中提到这一特征（第2款）。兹向委员会提出该款的两个备选案文：第一个备选案文列举这些单方面行为的可能对象，这使该款较具限制性；第二个备选案文规定比较泛，指出单方面行为必须按照国际法作出，但不说明必须针对谁作出。<sup>178</sup>

#### “原则1

#### “2. 国家单方面行为的对象

#### “备选案文A:

“单方面行为的对象可以是一个或一个以上国家、整个国际社会、一个或一个以上国际组织或受国际法约束的任何其他实体。”

#### “备选案文B:

“按照国际法作出的单方面行为将产生法律效力，不论其对象为何。”

### B. 单方面行为的作出

#### 1. 国家作出单方面行为的能力

140. 同条约法中的情况一样，国家具有作出单方面行为的能力。事实上，国家可以通过行使主权来作出旨在产生某些特定法律效力的声明，承担单方面义务，而鉴于声明的性质，声明对象无须接受或作出任何反应。所使用的“作出”一语，与条约法使用的“拟订”或“缔结”一语是类似的。事实上，已经指出，“作出”反映了行为的单方面形式，而“拟订”或“缔结”条约假定存在协议或共同意图，这在单方面行为中并无必要。

141. 这样，依循1969年《维也纳公约》（第六条）的措辞，每一国家皆有作出单方面行为的能力，但单方面行为的作出必须“按照国际法”。因此，指导原则可以起草如下：

<sup>178</sup> 在这方面，关于国家单方面行为的第八次报告曾提到一些例子；单方面行为的对象中，甚至包括国际组织的官员或非国家实体（《2005年……年鉴》（见上文脚注1），第147页，第44至第54段和第156至第159页，第138至第156段）。

## “原则2 国家作出单方面行为的能力

“每一国家皆有按照国际法作出单方面行为的能力。”

### 2. 有权代表国家作出单方面行为的人员

142. 在作出单方面行为方面，有一个更复杂的问题是，哪些人可以代表国家作出这种性质的行为，使国家在国际关系上受到约束。委员会曾多次审议这个问题，特别是在关于国家单方面行为的第二次和第三次报告提出之后的辩论中。应指出的是，特别报告员曾根据委员会委员的意见及一些国家在答复秘书处寄送的调查表时提出的意见，就这个主题提出若干一般性的初步意见。<sup>179</sup>

143. 依照维也纳条约法制度，作为出发点的规则是，某些人员可以不经授权即实施行为，使国家在国际关系上受到约束（国家元首、政府首脑、外交部长），推定这些人员具有这样做的充分权力。正如国际法院最近所表示的（重申其一贯判例）：

国际法的一个既定规则是，国家元首、政府首脑和外交部长，仅仅基于其行使职能的事实，即可视为代表国家；履行职能包括代表该国履行具有国际承诺效力的单方面行为。<sup>180</sup>

144. 指导原则草案第1款规定此一般原则，可以措辞如下：

### “原则3 代表国家作出单方面行为的权能<sup>181</sup>

“1. 国家元首、政府首脑和外交部长，基于其职务，被视为其国家代表，并有能力代表其国家作出单方面行为。”<sup>182</sup>

<sup>179</sup> 例如见阿根廷和以色列的意见，《2000年……年鉴》（见上文脚注130），第316至第317页。

<sup>180</sup> 《2006年国际法院汇编》（见上文脚注40），第27页，第46段。

<sup>181</sup> 这个标题采用了庞布-奇文达先生建议的措辞（《2000年……年鉴》，第一卷，第2628次会议，第130页，第31段）。

<sup>182</sup> 许多国家在答复秘书处寄送的调查表时，都着重指出，在确定谁有权通过作出单方面行为使国家受到约束方面，

145. 除了草案原则3第1款所述人员以外，可能还有一些其他人员可以代表国家行事，作出单方面声明，使国家受到约束。在第六委员会内，有许多意见表示不大愿意扩大有资格作出单方面行为的人员范围。<sup>183</sup> 此外，在国际法委员会内，许多委员举出例子证明，虽然在许多情况下，出席国际会议的代表所发表的声明似乎在某种意义上约束其所代表的国家，但最终情况并非如此。<sup>184</sup>

146. 固然前引文所述，这一条款会引起许多问题，但这是一项惯例，特别是在一些国际机构或组织中，常常有上述人员以外的国家代表实施某些行为，并通过这些行为可能或在事实上使其所代表的国家受到约束。<sup>185</sup>

147. 在委员会的商议过程中，有人提出一种可能性，就是国家元首、政府首脑或外交部长以外的一些其他人员，根据国际法也能够在这一方面代表国家行事，并使国家受到约束。在辩论过程中，有人认为，上述人员以外的某一个人如果被视为已获得授权的话，就可以在这一方面行事并使国家受到约束。这一有限的创新反映国际关系的发展演进性质以及一些人获授权并在事实上代表国家行事的可能性。这一观点认为，单方面行为的特殊性质使得必须设置一项比条约规则更灵活的规则，同时规定只有在特定情况下，国家才可受维也纳制度传统规定以外的人员的约束。

必须采取限制性标准（见《2000年……年鉴》（上文脚注130），第316页）。在这一方面，蒙塔兹先生在委员会的一次会议上表达了这一观点，认为可以作出单方面行为的人员应以1969年《维也纳公约》第七条第二项（甲）款提到的人员为限（见《2002年……年鉴》，第一卷，第2723次会议，第90页，第30段）。

<sup>183</sup> 例如，智利代表在讨论对确定哪些人员有能力作出单方面行为问题采取灵活标准时表示，智利代表团反对采取与比1969年《维也纳公约》所采用的规则更灵活的规则。见《大会正式记录，第六十届会议，第六委员会》，第16次会议，第47段，他说这种灵活性很危险，可能引起许多滥用，因为它让对象国可以自己决定，未经正式授权而作出单方面声明的人是否实际有权约束其宣称代表的国家。在《公约》第七条第一项（乙）款中，关于国家代表方面的灵活项，完全以受影响国家的惯例为限，因此决定权不在单一国家手中。肯尼亚代表赞同这一意见，认为有权约束国家的人应以《公约》第七条所规定者为限（同上，第73段）。

<sup>184</sup> 见哈夫纳先生所援引的例子，《1999年……年鉴》，第一卷，第2595次会议，第217页，第34段）。

<sup>185</sup> 例如，具有部长级别但不一定是外交部长的国家代表出席欧洲联盟理事会时，会发生什么情况。

148. 国际法院在其2006年2月3日关于该法院管辖权及刚果民主共和国对卢旺达提出的诉请可否受理问题的判决中表示:

在现代国际关系中,越来越多的情况是,在特定领域代表国家的其他人员,可以获国家授权就其权限范围内的事项作出声明,并对国家构成约束。例如,技术部会行使在对外关系上行使其权限范围内的权利,甚至还有某些官员,都是如此。<sup>186</sup>

这段话确认,除了条约领域准许代表国家行事的人员以外,还有一些其他人员可以通过作出单方面声明或宣言使国家受到约束,根据国际法院在所述的案件中提及卢旺达司法部长所作行动的案文可以推断如此。

149. 此外,特别报告员还应补充的是,除了根据惯例推断,一个人可以在特定领域代表其国家行事并使国家受到约束之外,作出有关单方面行为的情况也很重要,下文将予论述。事实上,单方面行为作出的方式、声明的措辞(正如国际法院所指出的,措辞的清晰性和精确性)以及其背景,都是关键因素,因为它们合起来提供了有关该单方面行为的一切信息。

150. 这个问题将来在讨论单方面行为的解释时还会更详细地审议;基于这一理解,特别报告员现在提出指导原则3第2款,措辞如下:

除前款所述人员外,如果从作出行为的国家在这一方面遵循的惯例及单方面行为作出时的情况可以作出推断的话,其他人员也可视为能够代表国家作出单方面行为。

### 3. 对未经授权作出的单方面行为的事后确认

151. 同条约法的情况一样,对于未经授权或无资格人员作出的单方面行为,国家可以予以确认。特别报告员在前几次报告中曾建议,鉴于单方面行为的性质,此种确认必须是明确的,但此一意见未得到委员会委员们的普遍支持。

<sup>186</sup> 《2006年国际法院汇编》(见上文脚注40),第27页,第47段。

152. 除了在本次报告第一章审议单方面行为无效性的原因时也审查这个问题之外,特别报告员现提出关于确认的指导原则草案如下:

“原则4 对未经授权(或无资格)的人员作出的行为的事后确认

“未经授权(或无资格)代表国家行事的人员按照前述各项指导原则作出的单方面行为,可于事后由该国家通过明示方式或可据以明确推断确认之意的确定性行为加以确认。”

### C. 单方面行为约束性质的基础

153. 自从向委员会提出这个专题的第一次报告以来,<sup>187</sup>单方面行为的基础这一问题,也就是说,它的约束力来自何处的的问题,曾引起多次讨论,但终无一致意见。特别报告员现在无意详细讨论或是回到先前的历次报告和委员会关于这个专题的讨论情况,只是指出,无论在法律文献<sup>188</sup>或委员会委员的意见上,对这个问题都没有达成一致的立场,让他可以明确地确定单方面行为约束力的基础何在。<sup>189</sup>

154. 依照1974年国际法院发表的意见,必须考虑善意这一基本原则;法院意见如下:

建立和履行法律义务(不论其来源如何)的基本原则之一是善意原则。信赖和信任是国际合作所固有的,特别是在这种合作在许多领域越来越必要的这个时代。如同条约法的“条约必须遵守”规则以善意为基础一样,

<sup>187</sup> 见《1998年……年鉴》(上文脚注177),第366至第367页,第152至第162段。

<sup>188</sup> 关于这一点,见Bondía García, *Régimen jurídico de los actos unilaterales de los Estados*, 尤其在第76页,作者选择提出双重基础:一个是主观标准,即国家给予单方面行为约束效力的意图;一个是客观标准,以保护正当信任(善意)为基础;在另外一个西班牙法律文献的例子中,见Zafra Espinosa de los Monteros, *Aproximación a una teoría de los actos unilaterales de los Estados*, 第54至第56页,作者倾向于采纳国际法院在核试验案中表示的意见,以善意及互相信任为约束性的基础。

<sup>189</sup> 有些委员想将单方面行为的约束性质建立于“行为必须遵守”或“声明必须遵守”之类的规则基础上,但这一解决办法引起许多批评。委员会有些委员甚至表示,“没有必要另创一个‘声明必须遵守’之类的特别规则……善意原则已经够了”(卢卡舒克先生的意见,《1998年……年鉴》,第一卷,第2524次会议,第38至第39页,第47段)。



单方面声明所承担的国际义务的约束性质也是以善意为基础。因此，有关国家可能会认识到单方面行为，对之表示信任，也有权要求遵守由此产生的义务。<sup>190</sup>

155. 从实事求是的角度看，作出单方面行为国家的意图也是确定单方面行为约束性质的基础时必须认真考虑的要素。有人在委员会内表达过这一观点，<sup>191</sup>这一观点也得到了法律文献<sup>192</sup>和国际法院裁决<sup>193</sup>的支持。国际法院在上述2006年2月3日的判决中，重申必须考虑到“[一项声明的]实际内容及其作出时的情况”（换言之，其背景）；法院还指出，“这种声明只有在采用了清晰而明确的措辞时，才能创设法律义务”。<sup>194</sup>

156. 根据以上所述，关于单方面行为约束性的基础的指导原则可以措辞如下：<sup>195</sup>

“原则10 单方面行为约束性质的基础

“国家单方面行为的约束性质以善意原则及作出该行为的国家接受约束的意图为基础。”

D. 单方面行为的解释

157. 基于单方面行为的性质，为这种行为拟订与条约现有的类似的解释规则，实际上不可能。在向委员会提出的第四次和第五次报告中，<sup>196</sup>已经提

<sup>190</sup> 《1974年国际法院汇编》（见上文脚注139），第268页，第46段。

<sup>191</sup> 《2000年……年鉴》（见上文脚注50），第23页，第35至第36段。

<sup>192</sup> 关于这点，见Higgins, *Problems and Process: International Law and How We Use It*, 第35页；同时见Bondía García, 前引书，第76至第77页。

<sup>193</sup> 例如，再回到核试验案（澳大利亚诉法国），法院认定，“这些声明不论以何种形式表达，都必须被认为构成国家的承诺，同时考虑到了声明的用意及其作出时的情况”（《1974年国际法院汇编》（见上文脚注139），第269页，第49段）。

<sup>194</sup> 《2006年国际法院汇编》（见上文脚注40），第28页，第49至第50段。

<sup>195</sup> 这一指导原则草案的编号有改变，因为特别报告员认为，本次报告第一章关于单方面行为的无效和终止原因的拟议原则应列在这个指导原则之前，如附件将各原则依次排列的顺序那样。

<sup>196</sup> 关于这点，见《2001年……年鉴》（上文脚注31），第138至第146页，第101至第154段，及《2002年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/525和Add.1-2号文件，

出了若干初步标准，作为解释单方面行为的准则。委员会委员发表了各种不同意见，明确显示，想拟订一项可以获得普遍接受的关于解释单方面行为的标准，有许多困难。<sup>197</sup>特别报告员在上述这些报告中建议了一些方法，例如参考准备工作、序言或附件，这些方法在国际条约方面很有用；但这些建议还是被放弃了，因为委员会大多数委员<sup>198</sup>及大多数法律文献<sup>199</sup>不予支持。

158. 特别报告员必须着重指出的是，国际法院所审议的那些单方面声明，不论其是否属于条约关系范畴，都曾被解释，在这里应予提及。事实上，法院认为，对于国家作出的意在限制自己行动自由的声明，必须作限制性解释；同时，它强调必须考虑到这种单方面行为作出时的背景，包括之前已指出的措辞的清晰性和准确性。<sup>200</sup>

159. 上述所有这些要素都可用来解释单方面行为；在这方面，背景起关键作用，因此，在评估单方面行为及据此推断可能的法律后果时，必须特别予以重视。

160. 根据此一方针，特别报告员提出指导原则草案如下：

“原则11 单方面行为的解释

“国家作出单方面行为时的背景以及所用措辞的清晰性及准确性，在进行解释时应予以考虑。”

第129至第131页，第120至第135段，其中提出一项解释通则和补充的解释方法。

<sup>197</sup> 见《2001年……年鉴》，第二卷（第二部分），特别是第228至第229页，第239至第244段。当时，有人认为，处理解释问题为时尚早；一些委员认为，1969年《维也纳公约》的条款有帮助；另一些委员则持完全相反的意见，认为单方面行为的性质不同。在委员会该届会议中，委员们特别着重单方面行为的目的和宗旨以及背景概念。

<sup>198</sup> 见《2002年……年鉴》，第二卷（第二部分），第85页，第405至第406段。

<sup>199</sup> 见d'Aspremont Lynden, “Les travaux de la Commission du droit international relatifs aux actes unilatéraux des États”, 第180至第181页，专门讨论单方面行为的解释问题。

<sup>200</sup> 见《1974年国际法院汇编》（上文脚注139），第267页，第44段，以及《2006年国际法院汇编》（上文脚注40），第28页，第49至第50段。



161. 特别报告员认为他已完成了委员会规定的任务：他提出了有合理根据的、可以适用于国家单方面行为的指导原则草案。如果委员会认为合适，可将这些原则草案交给国家单方面行为工作组，然

后再交给起草委员会审议；特别报告员认为，这些指导原则可帮助各国实际评估国家单方面行为可能产生的效力，这个专题是委员会自1997年以来一直所关注的。

附件

## 指导原则草案

为了便于委员会概览本届会议期间提出供其审议的各项指导原则草案，特将所有指导原则草案按顺序系统排列如下。

**原则1\* 单方面行为的定义**

国家的单方面行为是指一国作出、并意图根据国际法产生某些特定法律效力的单方面声明。

**国家单方面行为的对象****备选案文 A**

单方面行为的对象可以是一个或一个以上国家、整个国际社会、一个或一个以上国际组织或受国际法约束的任何其他实体。

**备选案文 B**

按照国际法作出的单方面行为将产生法律效力，不论其对象为何。

**原则2 国家作出单方面行为的能力**

每一国家皆有按照国际法作出单方面行为的能力。

**原则3 代表国家作出单方面行为的权能**

1. 国家元首、政府首脑和外交部长，基于其职务，被视为其国家代表，并有能力代表其国家作出单方面行为。

2. 除前款所述人员外，如果从作出行为的国家在这一方面遵循的惯例及单方面行为作出时的情况

可以作出推断的话，其他人员也可视为能够代表国家作出单方面行为。

**原则4 对未经授权(或无资格)的人员作出的行为的事后确认**

未经授权(或无资格)代表国家行事的人员按照前述各项指导原则作出的单方面行为，可于事后由该国通过明示方式或可据以明确推断确认之意的确定性行为加以确认。

**原则5 无此资格的人作出的行为无效**

对未经授权或无此资格的人员作出的单方面行为可以宣布无效，但这并不妨碍发出该行为的国家可以根据指导原则4确认该行为。

**原则6 违反行为国国内法一项具有根本重要性的规范的单方面行为无效**

作出单方面行为的国家不得援引该行为违反其国内法的事实作为该行为无效的理由，除非该行为违反其国内法一项具有根本重要性的规范，而且违反情事显明。

**原则7 单方面行为无效**

1. (a) 一国作出单方面行为后，不得以错误作为宣布该行为无效的理由，除非该国在单方面行为作出时以假定存在的一项错误事实或错误情况为基础，而这项事实或情况构成该国同意接受此行为约束的根本基础；

(b) 如错误是由该国本身行为所促成，或如当时情况足以使该国知悉可能有错误，以上规定不适用。

2. 如果行为国的一项单方面行为因受另一国的欺诈行为诱使而作出，则得以欺诈作为宣布该单方面行为无效的理由。

\* 可以包括两款：一款涉及定义本身，另一款涉及单方面行为的对象。

3. 如果单方面行为因作出该行为的国家代表受贿而作出，则得以该国家代表的受贿情况作为宣布该单方面行为无效的理由。

4. 如果单方面行为因作出该行为的人受到针对行为或威胁而作出，则得以胁迫行为人作出行为之情况作为宣布此单方面行为无效的理由。

5. 如果任何单方面行为因受到违反《联合国宪章》所载国际法原则的武力威胁或使用武力的胁迫而作出，该单方面行为无效。

6. 如果任何单方面行为在作出时违反了一般国际法的强制性规范（强行法）（或与之冲突），则该单方面行为无效。

#### 原则8 单方面行为的终止

行为国可以终止或撤销单方面行为：

(a) 如果该行为作出时限定了终止行为的具体时间（或如果默示了在实施一项或多项行为后即终止）；

(b) 如果该行为作出时就规定了解除条件；

(c) 如果该单方面行为的标的物消失；

(d) 如果导致作出该行为的情势发生根本变化（情势变迁），从而使该行为不可能完成；

(e) 如果在作出行为后出现与该行为相冲突的国际法强制性规范。

#### 原则9 单方面行为的中止

行为国可以中止单方面行为：

(a) 如果在作出单方面行为时已具体规定了可以中止该行为的情形；

(b) 如果单方面行为在作出时已受中止条件的限制；

(c) 如果单方面行为的标的物暂时消失；

(d) 如果导致作出单方面行为的情势发生根本变化，使该行为暂时不可能实施。

#### 原则10 单方面行为的约束性质的基础

国家单方面行为的约束性质以善意原则及作出该行为的国家接受约束的意图为基础。

#### 原则11 单方面行为的解释

国家作出单方面行为时的背景以及所用措辞的清晰性及准确性，在进行解释时应予以考虑。

# 对条约的保留

[议程项目7]

A/CN.4/572号文件\*

## 特别报告员阿兰·佩莱先生关于准则草案3.1.5 (条约目的和宗旨的定义)的说明

[原文: 法文]

[2006年6月21日]

1. 在委员会2005年第五十七届会议上, 特别报告员在关于对条约的保留的第十次报告<sup>1</sup>中提出了一个关于条约目的和宗旨定义的准则草案3.1.5; 该定义在确定保留的有效性方面起着关键作用。该草案的措词如下:

### 3.1.5 条约目的和宗旨的定义

为评估保留的有效性的目的, 条约的目的和宗旨是指构成条约存在理由的条约基本规定。<sup>2</sup>

2. 由于时间所限, 委员会对该准则草案的审议很简短, 而一些委员在第五十七届会议期间未能就此发表意见。尽管大多数发言的委员没有对特别报告员的建议表示强烈反对, 但是一些发言者有理由地指出, 拟议的定义不大可行, 没有明显用处。<sup>3</sup>

3. 在大会第六委员会中, 会员国在总体上接受了特别报告员提议的这一草案。一些会员国表示, 委员会应当继续审议这个草案。<sup>4</sup> 然而, 也有

人评论说, 该定义用语模糊, 解释不清, 没有多大用处。<sup>5</sup>

4. 尽管委员会的一些委员<sup>6</sup>和第六委员会的一些代表团<sup>7</sup>也许有异议, 但特别报告员依然认为<sup>8</sup>《实践指南》当然必须包含条约目的和宗旨的定义。起草的明显困难不应成为不对这一相当于保留法甚至整个条约法的核心概念作出定义的理由。另外必须记住, 《实践指南》的目的是解释和澄清两项关于条约法的《维也纳公约》<sup>9</sup>所制定的关于对条约的保留的规则。特别报告员认为, 如果不去界定一个虽然难以理解、但对于判断一项保留的有效性又非常重要的概念, 则将在《指南》中留下一块很大的空白, 从而破坏其在保留问题上向各国提供协助这一目标。

<sup>5</sup> 瑞典代表北欧国家(同上, 第14次会议, 第21段)和中国(同上, 第15次会议, 第19段)。

<sup>6</sup> 加亚先生(《2005年……年鉴》, 第一卷, 第2857次会议, 第206页, 第43段)和科斯肯涅米先生(同上, 第2858次会议, 第211页, 第31段)。

<sup>7</sup> 联合国(《大会正式记录, 第六十届会议, 第六委员会》, 第14次会议, 第5段), 新西兰(同上, 第45段)和危地马拉(同上, 第65段)。

<sup>8</sup> 另见特别报告员在第五十七届会议上审议过程中的结论, 《2005年……年鉴》, 第一卷, 第2859次会议, 第222页, 第16段: “努力界定目的和宗旨的概念是必要的, 对关于保留的法律和整个条约法, 这是基本的东西。”

<sup>9</sup> 《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, 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》(1986年3月21日, 维也纳), A/CONF.129/15。另见俄罗斯代表团在第六委员会上的评论, 《大会正式记录, 第六十届会议, 第六委员会》, 第16次会议, 第18段: “可能难以对一个条约的目标和宗旨作准确而客观的描述, 但这样的描述对于解释一个具体的国际条约以及该条约所作的保留可能是一个有用的指南。”

\* 纳入了 A/CN.4/572/Corr.1。

<sup>1</sup> 《2005年……年鉴》, 第二卷(第一部分), A/CN.4/558和Add.1-2号文件, 第165页。

<sup>2</sup> 同上, 第192页, 第89段。

<sup>3</sup> 加亚先生(同上, 第一卷, 第2857次会议, 第43段), 埃斯卡拉梅女士(同上, 第2858次会议, 第3段), 科斯肯涅米先生(同上, 第31段), 丰巴先生(同上, 第34段), 伊科诺米季斯先生(同上, 第72段), 薛女士(同上, 第86段)和罗德里格斯·塞德尼奥先生(同上, 第101段)。

<sup>4</sup> 俄罗斯联邦(《大会正式记录, 第六十届会议, 第六委员会》, 第16次会议, 第18段), 墨西哥(同上, 第15次会议, 第5段)和阿根廷(同上, 第13次会议, 第103段)。



5. 然而, 不可争辩的是, 一个特定条约之目的和宗旨只能参照每一条约的文本和特性来确定。尽管没有通用的定义, 并且在每一个别情况下也不可避免地会存在某种程度的主观性, 但是有可能限制后者的影响。如同特别报告员在关于对条约的保留的第十次报告中所强调的, 关于条约目的和宗旨定义的准则“肯定不会解决一切问题”, 但是

如果人们善意地加以运用并具有一点常识, 这些准则一定会有助于解决问题。似乎可移用1969年和1986年《维也纳公约》第31至第32条中适用于条约解释的原则, 使之适于确定条约的目的和宗旨。<sup>10</sup>

6. 在仔细听取了委员会委员就此点发表的意见并研究了第六委员会各代表团的评论后, 特别报告员得出结论认为, 目前准则草案3.1.5中提议的定义未充分说明什么是他所认为的基本因素, 而突兀地提及条约“存在理由”可能只是用一个谜代替另一个谜<sup>11</sup>。

7. 根据第五十七届会议上的一项建议,<sup>12</sup> 特别报告员认为也许应该采用准则草案3.1.12(对一般人权条约的保留)<sup>13</sup> 第二部分措辞的模式并将保留

<sup>10</sup> 《2005年……年鉴》(见上文脚注1), 第193页, 第91段。

<sup>11</sup> 见 Isabelle Buffard and Karl Zemanek, “The ‘object and purpose’ of a treaty: an enigma?”, *Austrian Review of International and European Law*, 第3卷(1998), 第311至第343页。

<sup>12</sup> 加亚先生(《2005年……年鉴》, 第一卷, 第2857次会议, 第206页, 第46段)。

<sup>13</sup> “在评估一项保留是否与保护人权的一般条约的目的和宗旨相符时, 应考虑条约所载各项权利的不可分割性、保留所针对的权利在条约总体结构中所具有的重要性, 以及保留对条约产生的影响的重大程度。”(《2005年……年鉴》(见上文脚注1), 第196页, 第102段)。

与其对条约整体结构所将产生的(或者意图产生的)影响联系起来。铭记这一点, 则可以采纳下述定义作为起草委员会工作的基础:

### “3.1.5 条约目的和宗旨的定义

“为评估保留的有效性的目的, 条约的目的和宗旨是指条约整体结构必不可少的基本规则、权利和义务, 它们构成条约的存在理由, 对其改动或排除可能严重打破条约的平衡。”

8. 作为替代办法, 根据同样的思路还可以采用下述定义。它更偏重于程序的角度, 从而与前一个有所不同:

### “3.1.5 与条约目的和宗旨不符的保留

“一项保留如果严重影响条约整体结构必不可少的基本规则、权利或义务, 从而否定了其存在理由, 则与条约的目的和宗旨不符。”

9. 这些替代案文<sup>14</sup> 似乎可能比2005年提出的措辞更可行: 它们保留了重要的灵活度, 而最终给解释者的主观判断留下了余地。另外, 它们还澄清: 虽然在特别报告员看来, 条约目的和宗旨的概念在1969年和1986年《维也纳公约》包含这一概念的有关规定中都一样,<sup>15</sup> 但这两个案文明确指出它们仅适用于保留的有效性问题的而已。

<sup>14</sup> 特别报告员明确倾向于第一套定义; 他认为该定义更符合至今为止所通过的《实践指南》中定义的一般精神。

<sup>15</sup> 参见关于对条约的保留的第十次报告, 《2005年……年鉴》(见上文脚注1), 第189至第190页, 第77至第78段。

## A/CN.4/574号文件

### 特别报告员阿兰·佩莱先生关于对条约的保留的第十一次报告

[原文: 法文]

[2006年8月10日]

#### 目 录

	段 次	页 次
本报告引用的多边文书 .....		208
本报告引用的著作 .....		208
导 言 .....	1-57	210
A. 关于对条约的保留的第八次报告及成果 .....	2-15	210
1. 委员会对第八次报告的审议 .....	2-5	210
2. 第六委员会对国际法委员会2003年报告第八章的审议 .....	6-15	211
B. 关于对条约的保留的第九次报告及成果 .....	16-26	212
1. 委员会对第九次报告的审议 .....	16-17	212
2. 第六委员会对国际法委员会2004年报告第九章的审议 .....	18-26	212
C. 关于对条约的保留的第十次报告及成果 .....	27-83	214
1. 委员会对第十次报告的审议 .....	27-31	214
2. 第六委员会对国际法委员会2005年报告第十章的审议 .....	32-43	214
D. 对条约的保留方面的最近进展 .....	44-56	216
E. 对第十一次报告的一般性陈述 .....	57	220
提出和撤回接受和反对 .....	58-180	220
A. 提出和撤回对保留的反对 .....	58-180	220
1. 作出反对的自由 .....	60-86	220
2. 提出反对的程序 .....	87-144	226
(a) 反对的形式 .....	95-111	228
(b) 反对的确认 .....	112-124	231
(c) 可以提出反对的时间 .....	125-144	234
3. 撤回和修改对保留的反对 .....	145-180	238
(a) 撤回反对的形式和程序 .....	152-156	240
(b) 撤回反对的效力 .....	157-160	241
(c) 撤回一项反对的生效日期 .....	161-168	241
(d) 部分撤回反对及其效力 .....	169-175	243
(e) 扩大对保留的反对 .....	176-180	244

## 本报告引用的多边文书

## 来 源

- 《防止及惩治灭绝种族罪公约》(1948年12月9日, 纽约) 联合国,《条约汇编》,第78卷,第1021号,第277页。
- 《保护人权与基本自由公约》(《欧洲人权公约》)[英](1950年11月4日, 罗马) 同上,第213卷,第2889号,第221页。
- 《维也纳外交关系公约》(1961年4月18日, 维也纳) 同上,第500卷,第7310号,第95页。
- 《维也纳领事关系公约》(1963年4月24日, 维也纳) 同上,第596卷,第8638号,第261页。
- 《消除一切形式种族歧视国际公约》(1965年12月21日, 纽约) 同上,第660卷,第9464号,第195页。
- 《公民及政治权利国际公约》[旧译《公民及政治权利国际盟约》](1966年12月16日, 纽约) 同上,第999卷,第14668号,第171页。
- 《公民及政治权利国际公约任择议定书》[旧译《公民及政治权利国际盟约任择议定书》](1966年12月16日, 纽约) 同上。
- 《维也纳条约法公约》(1969年5月23日, 维也纳) 同上,第1155卷,第18232号,第331页。
- 《国际易腐食品运输及其所用特别设备协定》(《易腐食品运输协定》)[英](1970年9月1日, 日内瓦) 同上,第1028卷,第15121号,第121页。
- 《关于防止和惩处应受国际保护人员包括外交代表的罪行的公约》(1973年12月14日, 纽约) 同上,第1035卷,第15410号,第167页。
- 《关于国际公路货运通行证制度下国际货运海关公约》(《国际公路货运公约》)[英](1975年11月14日, 日内瓦) 同上,第1079卷,第16510号,第89页。
- 《国际热带木材协定》(1983年11月18日, 日内瓦) 同上,第1393卷,第23317号,第67页。
- 《小麦贸易公约》[英](1986年3月14日, 伦敦) 同上,第1429卷,第24237号,第71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) 《联合国关于国家和国际组织间或国际组织相互间条约法的会议正式记录》,第二卷(联合国出版物,出售品编号:.94.V.5)。
- 《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》(1988年12月20日, 维也纳) 联合国,《条约汇编》,第1582卷,第27627号,第95页。
- 《儿童权利公约》(1989年11月20日, 纽约) 同上,第1577卷,第27531号,第3页。
- 《联合国人员和有关人员安全公约》(1994年12月9日, 纽约) 同上,第2051卷,第35457号,第363页。
- 《制止恐怖主义爆炸事件的国际公约》(1997年12月15日, 纽约) 同上,第2149卷,第37517号,第256页。
- 《国际刑事法院罗马规约》(1998年7月17日, 罗马) 同上,第2187卷,第38544号,第3页。
- 《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》(1999年12月9日, 纽约) 同上,第2178卷,第38349号,第197页。

## 本报告引用的著作

Abi-Saab, Georges

“Concluding remarks”, in Vera Gowlland-Debbas, ed., *Multilateral Treaty-Making: The Current Status of Challenges to and Reforms Needed in the International Legislative Process*. The Hague, Martinus Nijhoff, 2000, pp. 137–142. (Nijhoff Law Specials, vol. 47)

Baratta, Roberto

*Gli effetti delle riserve ai trattati*. Milan, Giuffrè, 1999. 437 p.

Bowett, D. W.

“Reservations to non-restricted multilateral treaties”, BYBIL, 1976–1977, vol. 48, 1978, pp. 67–92.

Clark, Belinda

“The Vienna Convention reservations regime and the Convention on Discrimination against Women”, *American Journal of International Law*, vol. 85, No. 2, April 1991, pp. 281–321.

Coccia, Massimo

“Reservations to multilateral treaties on human rights”, *California Western International Law Journal*, vol. 15, No. 1, winter 1985, pp. 1–51.

Edwards Jr., Richard W.

“Reservations to treaties”, *Michigan Journal of International Law*, vol. 10, No. 2, spring 1989, pp. 362–405.

Gamble Jr., John King

“The 1982 U.N. Convention on the Law of the Sea: a ‘mid-stream’ assessment of the effectiveness of article 309”, *San Diego Law Review*, vol. 24, No. 3, 1987, pp. 627–644.

Greig, D. W.

“Reservations: equity as a balancing factor?”, *Australian Year Book of International Law 1995*, vol. 16, pp. 21–172.

Horn, Frank

*Reservations and Interpretative Declarations to Multilateral Treaties*. The Hague, T.M.C. Asser Instituut, 1988. 514 p. (Thesis, University of Uppsala, Sweden)

Imbert, Pierre-Henri

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

Jovanović, Stevan

*Restriction des compétences discrétionnaires des États en droit international*. Paris, Pedone, 1988. 240 p.

Kohona, Palitha T. B.

“Some notable developments in the practice of the UN Secretary-General as depositary of multilateral treaties: reservations and declarations”, *American Journal of International Law*, vol. 99, No. 2, April 2005, pp. 433–450.

“Reservations: discussion of recent developments in the practice of the Secretary-General of the United Nations as depositary of multilateral treaties”, *Georgia Journal of International and Comparative Law*, vol. 33, No. 2, 2005, pp. 415–450.

Lijnzaad, Liesbeth

*Reservations to UN-Human Rights Treaties: Ratify and Ruin?* Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1995.

Migliorino, Luigi

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

Müller, Daniel

“Article 20”, in Olivier Corten and Pierre Klein, eds., *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités: commentaire article par article*. vol. I. Brussels, Bruylant, 2006, pp. 797–882.

“Article 21”, in Olivier Corten and Pierre Klein, eds., *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités: commentaire article par article*. vol. I. Brussels, Bruylant, 2006, pp. 883–934.

Pellet, Alain

“Conclusions générales”, *La codification du droit international*. Société Française pour le Droit International, Colloque d’Aix-en-Provence. Paris, Pedone, 1999, pp. 329–341.

“Responding to new needs through codification and progressive development”, in Vera Gowlland-Debbas, ed., *Multilateral Treaty-Making: The Current Status of Challenges to and Reforms Needed in the International Legislative Process*. The Hague, Martinus Nijhoff, 2000, pp. 13–23. (Nijhoff Law Specials, vol. 47)

“Article 22”, in Olivier Corten and Pierre Klein, eds., *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités: commentaire article par article*. vol. I. Brussels, Bruylant, 2006, pp. 935–970.

Pellet, Alain and William Schabas

“Article 23”, in Olivier Corten and Pierre Klein, eds., *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités: commentaire article par article*. vol. I. Brussels, Bruylant, 2006, pp. 971–1022.

Redgwell, Catherine

“Universality or integrity? Some reflections on reservations to general multilateral treaties”, *BYBIL*, 1993, vol. 64, 1994, pp. 245–282.

Reuter, Paul

*Introduction to the Law of Treaties*. 2nd ed. London, Kegan Paul International, 1995. 294 p. Translated by José and Peter Hagggenmacher.

Riquelme Cortado, Rosa

*Las reservas a los tratados: lagunas y ambigüedades del régimen de Viena*. Murcia, University of Murcia, 2004. 434 p.

Szafarz, Renata

“Reservations to multilateral treaties”, *Polish Yearbook of International Law*, vol. III, 1970, pp. 293–316.

Tomuschat, Christian

“Admissibility and legal effects of reservations to multilateral treaties: comments on arts. 16 and 17 of the ILC’s 1966 draft articles on the law of treaties”, *Heidelberg Journal of International Law*, vol. 27, 1967, pp. 463–482.

Zemanek, Karl

“Some unresolved questions concerning reservations in the Vienna Convention on the Law of Treaties”, in Jerzy Makarczyk, ed., *Essays in International Law in honour of Judge Manfred Lachs*. The Hague, Martinus Nijhoff, 1984, pp. 323–336.



## 导言<sup>1</sup>

1. 关于对条约的保留的第七次报告概要地介绍了委员会此前关于该专题的工作。<sup>2</sup> 在委员会进入一个新的五年期之际，这看起来是比较有用的。委员会和大会第六委员会审议第七次报告得出的主要结论已被写入了关于对条约的保留的第八次报告。<sup>3</sup> 今年的报告再次按照这种习惯，先简述委员会和大会第六委员会审议第八次、第九次和第十次报告得出的经验，然后再概述特别报告员了解到的这几年在保留方面出现的主要发展。

### A. 关于对条约的保留的第八次报告及成果

#### 1. 委员会对第八次报告的审议

2. 2003年，委员会在第五十五届会议上通过了特别报告员在第七次报告中提出的关于撤回或修改保留的11项准则草案，<sup>4</sup> 这些草案已在委员会第五十四届会议上提交给起草委员会，但由于时间所限，起草委员会未能在该届会议上对其<sup>5</sup> 及相应的评注进行审议。<sup>6</sup> 这样，委员会继续补充了《实践指南》第三部分关于提出和撤回保留、接受和反对方面欠缺的内容。<sup>7</sup> 委员会还向起草委员会提交了特别报告

员的第八次报告提出的关于撤回和修改解释性声明的准则草案。<sup>8</sup>

3. 关于扩大保留范围问题，委员会多数委员赞同特别报告员提出的准则草案，<sup>9</sup> 即应参照逾期提出保留问题的解决办法为扩大保留范围问题找到解决办法。然而，委员会有些委员反对这项提案；他们认为，这项提案可能危及法律上的确定性，并违反1969年《维也纳公约》所载的保留定义。<sup>10</sup> 最后，该准则草案在经过表决后被提交给起草委员会；国际法委员会决定请各国对此问题提出评论。<sup>11</sup>

4. 关于对条约的保留的第八次报告<sup>12</sup> 提出的对保留的反对的定义准则草案引发了特别是对反对国的意图及其旨在产生的效力问题的批评性<sup>13</sup>、但富有成果的意见交流。特别报告员注意到这方面的辩论，并以更中性的措辞提出了反对的定义。然而，相应的准则草案还未提交起草委员会；特别报告员建议在下次报告中对此问题再作进一步研究。<sup>14</sup>

5. 由于时间所限，起草委员会未能在2003年委员会第五十五届会议期间审议委员会全体会议提交的准则草案。

<sup>1</sup> 特别报告员感谢巴黎十大南特大学博士研究生、南特国际法中心研究员丹尼尔·穆勒为编写本报告提供了特别有力的协助。本报告特别参考了他对《维也纳条约法公约》（以下称为“1969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》（以下称为“1986年《维也纳公约》”）第20至第21条的评注，“Article 20”和“Article 21”。本报告还有些内容来自对第22条（特别报告员编写的“Article 22”）和第23条（Pellet and Schabas, “Article 23”）的评注。

<sup>2</sup> 《2002年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/526和Add.1-3号文件，第8至第16页，第2至第47段。

<sup>3</sup> 《2003年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/535和Add.1号文件，第37至第40页，第2至第16段。

<sup>4</sup> 《2002年……年鉴》（见上文脚注2），附件，第50页。

<sup>5</sup> 《2003年……年鉴》（见上文脚注3），第38页，第6段。

<sup>6</sup> 同上，第二卷（第二部分），第79页，第368段。

<sup>7</sup> 见特别报告员在第二次报告中提出的“暂定研究计划”（《1996年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/477和Add.1号文件，第51页，第37段）；在第七次报告中又提到了这项计划（《2002年……年鉴》（见上文脚注2），第11页，第18段）。

<sup>8</sup> 准则草案2.4.9（修改解释性声明）、2.4.10（修改有条件解释性声明）、2.5.12（撤回解释性声明）和2.5.13（撤回有条件解释性声明），《2003年……年鉴》（见上文脚注3），第45至第47页，第49至第68段。

<sup>9</sup> 准则草案2.3.5（扩大保留范围），同上，第44页，第46段。

<sup>10</sup> 《2003年……年鉴》，第二卷（第二部分），第73页，第353至第354段。

<sup>11</sup> 见下文第6至第7段。

<sup>12</sup> 《2003年……年鉴》（见上文脚注3），第54至第56页，第98至第105段。

<sup>13</sup> 另见关于对条约的保留的第九次报告，《2004年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/544号文件，第373至第374页，第6至第11段。

<sup>14</sup> 见下文第17段。

## 2. 第六委员会对国际法委员会 2003 年报告 第八章的审议

6. 委员会 2003 年第五十五届会议工作报告第八章专门阐述了对条约的保留。<sup>15</sup> 按照惯例，第二章简短介绍了专题概况，<sup>16</sup> 第三章陈述了“委员会乐意听取评论的具体问题”<sup>17</sup>。关于对条约的保留问题，委员会征求了各国对以下两个问题的意见和评论：第一，委员会请各国就对保留的反对提出意见并提供有关各国通常实践的具体例子，以补充委员会关于反对的定义和理由的资料；<sup>18</sup> 第二，委员会请各国就准则草案 2.3.5（扩大保留范围）提出意见，因为委员会内部对此项草案存在不同观点。<sup>19</sup>

7. 关于扩大保留范围的问题，一些代表团认为，扩大保留范围和逾期提出保留是不同的；委员会应排除国家扩大保留范围的可能，以防影响法律上的确定性。<sup>20</sup> 然而，大多数代表团赞同参照委员会起草的有关逾期提出保留的规则来制定有关扩大保留范围的规则。<sup>21</sup> 有人强调，扩大保留范围不一定构成保留国对权利的滥用，而可能是善意提出的，甚至对于将有关国家国内法的变化带来的新约束纳入考虑来讲是必要的。<sup>22</sup>

8. 关于对保留的反对及反对的定义，各代表团提出很多不同意见，几乎涉及所提定义中的每个要素。

9. 一种极端的意见认为，不必将反对的定义写入《实践指南》，因为 1969 年《维也纳公约》第二十条第四项（乙）款和第五项以及第二十一条的规定对这个问题来讲已经足够。<sup>23</sup>

10. 然而，特别报告员所作的选择是尝试界定哪些事项构成一项反对；这一选择得到委员会的支持以及大多数代表团的赞同。这些代表团认为，反对的任何定义一定要考虑到反对者的意图及其意在产生的法律效力。<sup>24</sup>

11. 然而，拟议的定义受到了一些批评。有些代表团认为，意图要素如仅限于对保留作出反对者旨在产生的法律效力，则其限制性过强；因为国家作出反对是出于各种原因，虽然经常是单纯出于政治原因，但也有时是由于认为有关保留违背了条约的目的和宗旨。<sup>25</sup> 因此，这些代表团认为，特别报告员提出的定义<sup>26</sup> 会使各国失去目前具有的灵活性。<sup>27</sup>

12. 有些代表团认为，所涉的法律效力过于广泛，大大偏离了 1969 年《维也纳公约》的制度。<sup>28</sup> 这些国家认为，定义时只能保留该《公约》所述的效力，但应基于下述理解：应为“保留对话”留有余地，以使保留国可藉此修改保留。<sup>29</sup> 但也有人坚称，

<sup>15</sup> 《2003 年……年鉴》，第二卷（第二部分），第 68 至第 103 页。

<sup>16</sup> 同上，第 18 页，第 18 段。特别报告员对这类“摘要”是否有用仍持有很大怀疑，因为它们几乎没有什么信息含量，却可能给仓促的读者不读有关章节提供了不良借口。

<sup>17</sup> 同上，第 19 页。

<sup>18</sup> 同上，第 20 至第 21 页，第 34 至第 38 段。

<sup>19</sup> 同上，第 21 页，第 39 段。

<sup>20</sup> 奥地利（《大会正式记录，第五十八届会议，第六委员会》，第 19 次会议，第 97 段）；希腊（同上，第 20 次会议，第 53 段）。

<sup>21</sup> 以色列（同上，第 17 次会议，第 47 段）；斯洛文尼亚（第 19 次会议，第 4 段）；荷兰（同上，第 23 段）；阿根廷（同上，第 89 段）；罗马尼亚（同上，第 62 段）；瑞典代表北欧国家（同上，第 29 段）；意大利（同上，第 33 段）；中国（同上，第 44 段）；智利（同上，第 78 段）；肯尼亚（同上，第 21 次会议，第 36 段）。

<sup>22</sup> 法国（同上，第 19 次会议，第 37 段）；智利（同上，第 79 段）。

<sup>23</sup> 葡萄牙（同上，第 14 段）；巴基斯坦（同上，第 20 次会议，第 67 段）；美利坚合众国（同上，第 9 段）。特别报告员对这种意见感到颇为惊讶，因为这些条款没有提出任何对反对的定义。

<sup>24</sup> 特别见阿根廷（同上，第 19 次会议，第 89 段）；罗马尼亚（同上，第 63 段）；日本（同上，第 48 段）；澳大利亚（同上，第 20 次会议，第 16 段）；马来西亚（同上，第 20 段）。

<sup>25</sup> 荷兰（同上，第 19 次会议，第 21 段）；瑞典代表北欧国家（同上，第 28 段）；美国（同上，第 20 次会议，第 9 段）；以色列（同上，第 17 次会议，第 45 段）。

<sup>26</sup> 特别报告员提出的反对的定义表述如下：

“‘反对’是指一国或一国际组织针对另一国或另一国际组织对条约的保留所作的单方面声明，无论其措词和名称为何，都是意图防止该项保留产生任何效力。”

（《2003 年……年鉴》，第二卷（第二部分），第 74 页，第 363 段）。

<sup>27</sup> 美国（《大会正式记录，第五十八届会议，第六委员会》，第 20 次会议，第 9 段）。

<sup>28</sup> 但见斯洛文尼亚（同上，第 19 次会议，第 4 段）；马来西亚（同上，第 20 次会议，第 20 段）。

<sup>29</sup> 法国（同上，第 19 次会议，第 38 段）；马来西亚（同上，第 20 次会议，第 20 段）。

反对的定义应包括对保留的所有消极反应,<sup>30</sup> 并且有人认为定义不应局限于1969年和1986年《维也纳公约》所确定的法律效力, 因为反对的法律效力毕竟取决于反对国的意图。<sup>31</sup> 然而, 有些国家强调, 具有“超级最大效力”<sup>32</sup> 的反对完全破坏了国家同意加入条约的一个基本要素。<sup>33</sup>

13. 最后, 有些代表团建议该定义指出, 反对的效力仅限于有关保留国和反对国之间。<sup>34</sup>

14. 总的来讲, 各国代表团对委员会已经通过的准则表示欢迎;<sup>35</sup> 对于提出的一些修改,<sup>36</sup> 特别报告员将在《实践指南》二读时予以考虑。还有人建议在评注中更系统有条理地指出哪些准则是旨在澄清1969年和1986年《维也纳公约》的解释性准则, 哪些只是对各国的建议。<sup>37</sup> 特别报告员觉得, 这并不比将严格意义上的编纂性规则和逐代表逐渐发展的规则区分开来之举更可行。<sup>38</sup>

15. 还有人指出, 对于令各国颇感兴趣的“保留对话”, 不应预先制定其形式, 因为各国可以采取多种方式来表达对某项保留或反对的意图。<sup>39</sup>

<sup>30</sup> 意大利(同上, 第19次会议, 第31段)。

<sup>31</sup> 荷兰(同上, 第21段); 塞浦路斯(同上, 第70段); 希腊(同上, 第20次会议, 第51段); 保加利亚(同上, 第63段); 阿根廷(同上, 第19次会议, 第89段); 罗马尼亚(同上, 第63段); 日本(同上, 第48段); 澳大利亚(同上, 第20次会议, 第16段); 马来西亚(同上, 第20段)。

<sup>32</sup> 《2003年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第74页, 第363段。

<sup>33</sup> 伊朗伊斯兰共和国(《大会正式记录, 第五十八届会议, 第六委员会》, 第20次会议, 第70段)。

<sup>34</sup> 越南(同上, 第23段)。

<sup>35</sup> 印度(同上, 第21次会议, 第41段); 匈牙利(同上, 第7段); 斯洛文尼亚(同上, 第19次会议, 第3段); 塞浦路斯(同上, 第70段); 罗马尼亚(同上, 第62段); 瑞典代表北欧国家(同上, 第24段); 保加利亚(同上, 第20次会议, 第63段)。

<sup>36</sup> 奥地利(同上, 第19次会议, 第92段); 越南(同上, 第20次会议, 第22段)。

<sup>37</sup> 波兰(同上, 第19次会议, 第103段); 奥地利(同上, 第93段); 危地马拉(同上, 第9段)。

<sup>38</sup> 见Pellet, “Conclusions générales”, 第330页, 和“Responding to new needs through codification and progressive development (Keynote address)”, 特别是第15至第16页; 以及Abi-Saab, “Concluding remarks”, 尤其是第138页。

<sup>39</sup> 日本(《大会正式记录, 第五十八届会议, 第六委员会》, 第19次会议, 第47段)。

## B. 关于对条约的保留的第九次报告及成果

### 1. 委员会对第九次报告的审议

16. 委员会在2004年第五十六届会议上暂时通过了上届会议提交给起草委员会的准则草案(见上文第2至第3段)及有关评注。<sup>40</sup>

17. 关于对条约的保留的第九次报告<sup>41</sup> 实际上是对第八次报告第二章<sup>42</sup> 的调整。特别报告员考虑到自己的提案在委员会上届会议期间(见上文第4段)及第六委员会内部(见上文第8至第13段)遭受的各种批评, 重新研究了反对的定义问题。新定义对反对的有效性这一困难(也是过早提出的)问题采用了更中性的措辞; 准则草案2.6.2提出了对逾期提出保留或扩大保留范围的反对的定义; 新定义及准则草案2.6.2在经过若干修改之后, 最后被提交给起草委员会, 但起草委员会未能在第五十六届会议期间进行审议。

### 2. 第六委员会对国际法委员会2004年报告第九章的审议

18. 委员会第五十六届会议工作报告第九章<sup>43</sup> 专门阐述了对条约的保留专题。按照惯例, 第二章简短概述了工作情况,<sup>44</sup> 第三章涉及委员会乐意听取评论的具体问题。关于对条约的保留问题, 委员会征求了各国对以下问题的意见和评论: 对于不符合1969年《维也纳公约》第十九条的标准的保留, 在今后的工作中应采用何种术语(“合法性”、“可允许性”或是“有效性”)。<sup>45</sup>

19. 人们对委员会提出的术语问题发表了许多意见, 但是未能形成明确的趋势。英文措辞“unlawful”和“wrongful”遭到坚决反对, 法文措辞“licéité”、“recevabilité”和“validité”有

<sup>40</sup> 《2004年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第121页起, 第295段。

<sup>41</sup> 《2004年……年鉴》(见上文脚注13)。

<sup>42</sup> 《2003年……年鉴》(见上文脚注3), 第48页。

<sup>43</sup> 《2004年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第111至第126页, 第248至第295段。

<sup>44</sup> 同上, 第18页, 第17段。另见上文脚注16。

<sup>45</sup> 同上, 第21页, 第33至第37段。



人赞同也有人反对。有些代表团坚称，英文措辞“permissible/impermissible”（对应法文措辞“licéité/illicéité”）看起来被很多人接受，而且具备所需的中立性。<sup>46</sup> 但有人指出，“可允许性”一词意味着存在一个有权判定某项保留与条约是否相符的机关。<sup>47</sup> 也有人指出，“有效性”一词有预断某项保留的法律效力之嫌。<sup>48</sup> 而且，“无效保留”的说法被认为会造成混乱，因为它暗示这种保留是未经有关国家授权的代表提出的。<sup>49</sup>

20. 还有一种观点是，不符合1969年《维也纳公约》第十九条（甲）款和（乙）款条件的保留与不符合第十九条（丙）款条件的保留应当区别开来。前者应视为“不允许的”，而后者属于“无效的”。<sup>50</sup>

21. 许多代表团倾向于采用“可接受性”一词，认为它能最贴切地反映平等主权国家之间的情况。<sup>51</sup>

22. 然而，也有些代表团倾向于“有效性”一词，因为1969年《维也纳公约》第十九条以外的若干条款中都出现了这个词，因此是最合适的措辞。<sup>52</sup> 一些代表团还强调，《公约》第二条第一项（丁）款和第二十三条第一项关于保留的时间选择和形式的条款也是“有效性”的条件。<sup>53</sup> 另外，还有人认为只要在“可对抗性”和“有效性”之间作出明确区分，就可以采用“有效性”一词。“不可对抗性”被看作是最适当的“无效性”惩罚；<sup>54</sup> 特别报告员初步赞同这种看法，但这个问题需在下一份报告中进行深入的分析。

<sup>46</sup> 希腊（《大会正式记录，第五十九届会议，第六委员会》，第24次会议，第10段）；日本（同上，第25次会议，第6段）；马来西亚（同上，第40段）。

<sup>47</sup> 大韩民国（同上，第31段）。

<sup>48</sup> 德国（同上，第23次会议，第68段）；葡萄牙（同上，第24次会议，第2段）。

<sup>49</sup> 新加坡（同上，第25次会议，第21段）。

<sup>50</sup> 瑞典代表北欧国家（同上，第24次会议，第14段）；新加坡（同上，第25次会议，第20段）。

<sup>51</sup> 大韩民国（同上，第31段）。

<sup>52</sup> 美国（同上，第24次会议，第7段）；西班牙（同上，第21段）。

<sup>53</sup> 比利时（同上，第25次会议，第13至第15段）。

<sup>54</sup> 波兰（同上，第24次会议，第24段）；日本（同上，第25次会议，第6段）；比利时（同上，第12段）；马来西亚（同上，第40段）。

23. 若干代表团利用委员会提出的术语问题再次阐述了它们对确定保留有效性及其效力的问题的观点。<sup>55</sup>

24. 关于对保留的反对的定义问题，各国提出的观点分歧颇大，但与前一年所提的非常相似（见上文第8至第13段）。有些代表团认为反对的定义、特别是关于提出反对者旨在产生的效力方面过于狭隘，<sup>56</sup> 而另一些代表团对定义相对1969年《维也纳公约》而言过分的灵活性表示关切。<sup>57</sup> 另有代表团提出，为在过于宽泛和过于狭隘的定义之间寻求折衷，应将反对界定为旨在使保留的效力在提出反对国和保留国之间的关系中不具可对抗性的反应。<sup>58</sup> 然而，还有些代表团对拟议的定义表示满意，虽然它们也注意到保留在面临反对时的效力这个关键问题仍未得到解决。<sup>59</sup> 但若干代表团坚持认为，反对的定义不得给予反对“超级最大效力”，因为这显然违背了条约的基本法律原则。<sup>60</sup> 另一方面，有人指出，拟议的定义可能没有充分涵盖“最小效力”的反对；事实上，在一定条件下，这种反对产生的效力与有关保留产生的效力是相同的；因此，人们提出了一项备选定义。<sup>61</sup>

25. 有几个代表团重新谈到扩大保留范围问题，称委员会通过的准则草案没有充分阻止采用这种做法。<sup>62</sup> 然而，有人再次指出（见上文第7段），扩大

<sup>55</sup> 例如见比利时（同上，第12至第15段）；新加坡（同上，第20至第22段）。

<sup>56</sup> 意大利（同上，第24次会议，第34段）；俄罗斯联邦（同上，第25次会议，第23段）。

<sup>57</sup> 法国（同上，第24次会议，第16段）。

<sup>58</sup> 同上，第18段。

<sup>59</sup> 西班牙（同上，第20段）。

<sup>60</sup> 法国（同上，第16至第17段）；澳大利亚（同上，第25次会议，第44段）；伊朗伊斯兰共和国（同上，第24次会议，第36段）；智利（同上，第22次会议，第89段）。但见瑞典（代表北欧国家）对具有“超级最大”效力的反对所表达的意义深远的观点（同上，第24次会议，第13段）。

<sup>61</sup> 见波兰（同上，第23段）：“‘反对’是指一国或一国际组织所作的单方面声明，不论其措辞或名称为何，该国或该组织意图借此表示对保留的不接受（或拒绝）的行为——此项行为将会产生某些法律效果。”

<sup>62</sup> 大不列颠及北爱尔兰联合王国（同上，第22次会议，第36段）；奥地利（同上，第23次会议，第79段）。



保留范围虽然只能是特殊情况，但在有些情况下确实是有正当理由的。<sup>63</sup>

26. 其他若干评论主要是针对形式问题提出的。<sup>64</sup> 特别报告员将在《实践指南》二读时予以考虑。

### C. 关于对条约的保留的第十次报告及成果

#### 1. 委员会对第十次报告的审议

27. 委员会在2005年第五十七届会议上通过了上一届会议期间连同有关评注一起提交起草委员会的关于反对的定义的准则草案。<sup>65</sup>

28. 特别报告员在关于对条约的保留的第十次报告中，提出了保留的有效性问题的，同时暂不讨论有关提出保留、接受及反对的尚未解决的问题。由于时间有限，委员会未能对第十次报告进行全面讨论。对关于保留与条约目的和宗旨相符性问题的准则草案的审议<sup>66</sup>已引发了一次有限范围内的讨论，<sup>67</sup>它与保留有效性的确定问题<sup>68</sup>都被留待2006年第五十八届会议再加以讨论。

29. 总体而言，特别报告员在其关于对条约的保留的第十次报告中提出的其他准则草案得到了委员会的积极评价。委员会仅建议对这些准则草案进行一些起草上的修改。因此，这些准则草案<sup>69</sup>被提交给起草委员会，一并提交的还有准则草案1.6（定义的范围）<sup>70</sup>和2.1.8（保留显然[不可允许]情况

下的程序），<sup>71</sup>后二者此前已获暂时通过，但由于委员会又按照特别报告员的建议<sup>72</sup>批准更改了术语，即最终决定使用“有效性”这一中性词，而不采用暗含责任法意味的“可允许性”一词，因而须重新审议。<sup>73</sup>

30. 然而，起草委员会未能对其收到的准则草案加以审议，而是将这一工作推迟到2006年委员会第五十八届会议期间进行。

31. 另外，委员会欢迎特别报告员提出的一项建议，即在其第五十八届或第五十九届会议期间组织一次与人权机构的会议，除其他外，讨论保留的有效性问题的，特别是结合条约的目的和宗旨进行讨论。然而，这一计划遇到了种种困难，可能于本届会议期间在规划小组内部加以讨论为妥。

#### 2. 第六委员会对国际法委员会2005年报告第十章的审议

32. 委员会2005年第五十七届会议工作报告第十章<sup>74</sup>专门阐述对条约的保留问题。按惯例，在第二章中有一个特别简短的摘要，<sup>75</sup>而第三章则叙述了委员会乐意听取评论的具体问题。在对条约的保留问题上，委员会仅向各国提出了一个问题。<sup>76</sup>

33. 这个问题内容如下：

国家往往反对它们认为不符合条约的目的和宗旨的保留，而不反对其自身与提出保留者之间签订的条约的生效。委员会将特别感兴趣了解各国政府对这一实践的评论。委员会特别想了解反对者期望这些反对产生什么样的影响，以及各国政府对于这种实践如何遵循1969年《维也纳公约》第十九条（丙）款的看法。

<sup>63</sup> 俄罗斯联邦（同上，第25次会议，第23段）。

<sup>64</sup> 马来西亚（同上，第41段）；澳大利亚（同上，第45段）；俄罗斯联邦（同上，第23段）。

<sup>65</sup> 《2005年……年鉴》，第二卷（第二部分），第92页起，第438段。

<sup>66</sup> 《2005年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/558和Add.1-2号文件，第165页。

<sup>67</sup> 《2005年……年鉴》，第一卷，第2856次至2858次会议。

<sup>68</sup> 《2005年……年鉴》（见上文脚注66），第207至第221页，第147至第208段。见特别报告员的说明，同上，第一卷，第2854次会议。

<sup>69</sup> 准则草案3.1（提出保留的自由）、3.1.1（条约明文禁止的保留）、3.1.2（特定保留的定义）、3.1.3（条约默示许可的保留）和3.1.4（条约许可的非特定保留）。

<sup>70</sup> 关于本条准则草案的案文及有关评注，见《1999年……年鉴》，第二卷（第二部分），第98页。

<sup>71</sup> 《2002年……年鉴》，第二卷（第二部分），第44页。

<sup>72</sup> 《2005年……年鉴》（见上文脚注66），第172至第174页，第2至第8段，以及同上，第一卷，第2854次会议。

<sup>73</sup> 同上，第一卷，第2859次会议；同上，第二卷（第二部分），第79页，第358段。

<sup>74</sup> 同上，第二卷（第二部分），第77至第92页，第333至第438段。

<sup>75</sup> 同上，第15页，第18段。另见上文脚注16。

<sup>76</sup> 《2005年……年鉴》，第二卷（第二部分），第18页，第29段。

34. 若干代表团就委员会提出的问题提交了评论，其中一些评论涉及了保留的管辖法律一个很重要也很棘手的方面，尽管在实践中只会在极少和非常极端的情况下才会出现与条约目的和宗旨不符的问题。<sup>77</sup> 然而，必须承认，会上所表达的观点存在严重分歧。

35. 若不论对被认为不符合1969年和1986年《维也纳公约》第19条(丙)项所指条约目的和宗旨的保留作出的反对的具体效力，与会者发表的评论总体上认为，各国在提出此类反对时，已表达了它们不赞同保留的态度，即判定保留是无效的。若干代表团因此认为，这样一项或多项类似的反对构成了确定条约目的和宗旨的重要因素。<sup>78</sup>

36. 某些代表团主张，对不符合条约目的和宗旨的保留的单纯反对，其唯一结果是使条约得到整体适用，而不考虑该项保留，<sup>79</sup> 即反对产生了所谓的“超级最大效力”。其他代表团则对此种效力表示反对，认为其有违条约法基本的同意原则。<sup>80</sup> 对于这些国家而言，只有在特殊情况下，当能够认为保留国已接受或默认这种效力时，才能在适用条约时不考虑其保留。<sup>81</sup>

37. 答复了委员会所提问题的大多数代表团认为，一国不顾保留国提出与条约目的和宗旨不符的保留，而仍希望与之建立条约关系，这就已经说明该国决定不反对条约生效。持此态度不仅是出于政治和法外的原因。<sup>82</sup> 某些代表团则明确主张，通过在提出对与条约目的和宗旨不符的保留的单纯反对过程中采取这种“似是而非”的态度，提出反对的

国家可试图展开“保留对话”，以便说服保留国对保留加以重新考虑或干脆直接予以撤回。<sup>83</sup>

38. 更为普遍的是，若干代表团认为，各国难以审议其他国家提出的过多保留。这些代表团还强调，由于政治上的因素，各国往往不对此类保留作出反应。这些代表团认为，鉴于实际和政治上的困难，各国在此类情形中所保持的沉默究竟应产生何种效力毫不明确；但是，在任何情形下，这种沉默都不表示对保留的默认有效。<sup>84</sup>

39. 具体到特别报告员第十次报告以及拟议或通过的准则草案，发表意见的各代表团则总体上持积极肯定的态度。

40. 有与会者认为，准则草案3.1(提出保留的自由)中的“自由”一词不符合维也纳制度的内容，应当改为“权利”一词。<sup>85</sup> 一些代表团对此条准则草案默示的对保留有效的推定表示怀疑(然而应回顾，此条准则草案仅仅是直接用了1969年和1986年《维也纳公约》第19条的规定)。这些国家认为，应在促使尽可能多的国家参加条约和维护条约完整性二者之间寻求一种平衡。<sup>86</sup> 还有人建议，在此项准则草案中应增加可适用于保留的默示禁止规定。<sup>87</sup>

41. 关于条约目的和宗旨以及这一概念的定义问题的准则草案，委员会虽未能加以深入讨论，但参与辩论的国家均给予了较肯定的评价，其中一些国家表示，委员会应继续加以审议。<sup>88</sup> 而其他代表

<sup>77</sup> 联合国(《大会正式记录，第六十届会议，第六委员会》，第14次会议，第3段)。

<sup>78</sup> 日本(同上，第57段)；比利时(同上，第16次会议，第67和69段)；希腊(同上，第19次会议，第39段)。

<sup>79</sup> 瑞典(代表北欧国家)(同上，第14次会议，第22至第23段)；西班牙(同上，第17次会议，第24段)；马来西亚(同上，第18次会议，第86段)；希腊(同上，第19次会议，第39段)。

<sup>80</sup> 联合国(同上，第14次会议，第3段)；澳大利亚(同上，第40段)；法国(同上，第72段)；意大利(同上，第16次会议，第20段)；葡萄牙(同上，第44段)；西班牙(同上，第17次会议，第25段)。

<sup>81</sup> 联合国(同上，第14次会议，第4段)。

<sup>82</sup> 葡萄牙(同上，第16次会议，第43段)。

<sup>83</sup> 法国(同上，第14次会议，第72段)；意大利(同上，第16次会议，第20段)；葡萄牙(同上，第44段)；西班牙(同上，第17次会议，第25段)。同样，见日本(同上，第14次会议，第57段)；比利时(同上，第16次会议，第69段)；罗马尼亚(同上，第77段)。

<sup>84</sup> 联合国(同上，第14次会议，第2段和第5段)；奥地利(同上，第13段)；葡萄牙(同上，第16次会议，第38段)。这方面，另见《2005年……年鉴》[英](上文脚注66)，第204至第205段。

<sup>85</sup> 联合国(《大会正式记录，第六十届会议，第六委员会》，第14次会议，第6段)。

<sup>86</sup> 马来西亚(同上，第18次会议，第87段)。

<sup>87</sup> 西班牙(同上，第17次会议，第19段)；委内瑞拉玻利瓦尔共和国(同上，第20次会议，第37段)。

<sup>88</sup> 俄罗斯联邦(同上，第16次会议，第18段)；墨西哥(同上，第15次会议，第5段)；阿根廷(同上，第13次会议，第103段)。

团则质疑寻求条约“目的和宗旨”的定义是否有必要或有用，它们认为，弄清在具体情形中如何处理会更加有用。<sup>89</sup> 还有人表示，目前提出的定义实际上并没有用，因为其采用的术语模棱两可，难以理解。<sup>90</sup>

42. 关于准则草案3.1.7（含糊笼统的保留），有人认为，对提出笼统模糊的保留的做法固然要加以劝阻，但将笼统模糊的保留自动界定为与条约目的和宗旨不符则过于严厉。<sup>91</sup> 还有人建议删除准则草案3.1.12（对一般人权条约的保留），因为这样做有可能导致对条约采用不同的标准。<sup>92</sup> 除此以外，有代表团提醒，不要将保留问题同争端解决的问题掺杂在一起。它们认为，准则草案3.1.13（对关于解决争端或监测条约实施情况的条约规定的保留）有可能不利于各国参加有关条约；<sup>93</sup> 另外，有人指出，国际法院的判例法从未将对此类条款的保留视为与条约目的和宗旨不符。<sup>94</sup> 其他一些代表团则认为，准则草案在维护条约目的和宗旨以及选择争端解决机制或监测条约实施机制的自由二者之间建立了适当的平衡。<sup>95</sup>

43. 然而，委员会在2006年其第五十八届会议上，将对上述问题进行更详细的讨论。关于特别涉及一项反对的具体效力问题的众多评论，<sup>96</sup> 大大超出了定义问题的范畴；特别报告员将在其下一次报告中加以审议，处理关于保留的接受和反对的效力问题。

<sup>89</sup> 联合王国（同上，第14次会议，第5段）；新西兰（同上，第45段）；危地马拉（同上，第65段）。

<sup>90</sup> 瑞典代表北欧国家（同上，第21段）；中国（同上，第15次会议，第19段）。

<sup>91</sup> 奥地利（同上，第14次会议，第15至第16段）。

<sup>92</sup> 马来西亚（同上，第18次会议，第89段）。

<sup>93</sup> 马来西亚（同上，第90段）；葡萄牙（同上，第16次会议，第40段）。

<sup>94</sup> 马来西亚（同上，第18次会议，第90段）；另见上文第49至第50段。

<sup>95</sup> 西班牙（《大会正式记录，第六十届会议，第六委员会》，第17次会议，第18段）。

<sup>96</sup> 例如见下列国家的评论：荷兰（同上，第14次会议，第30段），危地马拉（同上，第61段）和波兰（同上，第16次会议，第31段）。

#### D. 对条约的保留方面的最近进展

44. 国际法院在刚果境内的武装活动案（新诉请书：2002年）（刚果民主共和国诉卢旺达）<sup>97</sup> 中作出的关于管辖权和可受理性问题的判决中，就对条约的保留权所涉的值得注意的重要问题作出了裁决。

45. 首先，国际法院处理了撤回保留这个纯粹程序性的问题。刚果民主共和国向国际法院辩称，卢旺达政府通过了一项法令，由此撤回了卢旺达在加入或核准以及批准国际人权文书时作出的各项保留，因此卢旺达已撤回了其对《防止及惩治灭绝种族罪公约》第九条的保留。但法院不赞同这一论点：

在国际法中有一条规则，它来自于法律保障原则，也是实践中既定的，即除非另立相反的协定，一缔约国若撤回其对多边条约的保留，则只有在其他缔约国收到有关撤回保留的书面通知时，保留的撤回才对这些国家生效。《维也纳条约法公约》第二十二项（甲）款阐明了这一规则，规定如下：“三、除条约另有规定或另经协议外：（甲）保留之撤回，在对另一缔约国之关系上，自该国收到撤回保留之通知之时起方始发生效力。”该《公约》第二十三项第四款又规定，“撤回保留或撤回对保留提出之反对，必须以书面为之”。

……国际法院认为，上述法令的通过及其在《卢旺达共和国公报》上的颁布本身并不能构成这种通知。有关国家必须在国际一级收到关于撤回的通知，这一撤回才能具有国际法效力。<sup>98</sup>

46. 这样，国际法院便确认了准则草案2.5.2（撤回的形式）<sup>99</sup> 和2.5.8（撤回保留的生效日期）<sup>100</sup> 中所述的规则，这些准则草案已获得通过，它们仅仅是重申了1969年《维也纳公约》所定的规则。

<sup>97</sup> 刚果境内的武装活动案（新诉请书：2002年）（刚果民主共和国诉卢旺达），管辖权和可受理性，判决，《2006年国际法院汇编》，第6页。

<sup>98</sup> 同上，第25至第26页，第41至第42段。

<sup>99</sup> “撤回保留必须以书面提出。”（《2003年……年鉴》，第二卷（第二部分），第83页）。关于对这一准则草案的评注，见第83页。

<sup>100</sup> “除条约另有规定或另经协议外，撤回保留只有在缔约国或缔约组织收到通知时才开始对该国或该组织发生效力。”（同上，第78页。）关于对这一准则草案的评注，见第79页。



47. 第二, 刚果民主共和国向国际法院声称, 卢旺达对《防止及惩治灭绝种族罪公约》第九条的保留无效。国际法院首先重申了1951年5月28日其在关于对该《公约》的保留问题的咨询意见<sup>101</sup>中所持的立场, 即对该《公约》的保留只要不违背该《公约》的目的和宗旨就可予以许可, 然后法院得出如下结论:

卢旺达对《灭绝种族罪公约》第九条的保留问题在本法院的管辖范围之内, 且该保留不影响该《公约》就灭绝种族行为本身规定的实质性义务。在这种情形下, 本法院不能认定, 卢旺达的有关保留(其目的是要排除《公约》解释、适用和执行方面某种争端解决办法)与该《公约》目的和宗旨不符。<sup>102</sup>

国际法院因此确认了卢旺达对该《公约》第九条的保留有效, 正如国际法院此前在使用武力的合法性案中, 在应关于指示临时措施的请求而发布的命令内审议类似保留进行的确认一样。<sup>103</sup>

48. 实质上, 这一解决办法反映在特别报告员关于对条约的保留的第十次报告所拟议的准则草案3.1.13(对关于解决争端或监测条约实施情况的条约规定的保留)。<sup>104</sup>

49. 然而, 若干法官在联合个别意见中认为, 国际法院在其判决中所采用的原则在范围上可能并不是绝对的。他们强调, 可能会出现对争端解决条款的保留违反条约目的和宗旨的情况; 一切都要取决于具体情形。<sup>105</sup> 这也正是特别报告员在其第十次报告中所

拟议的准则草案3.1.13最后一部分的主旨所在, 其中规定了在两种例外情况下, 该原则不再适用。<sup>106</sup>

50. 一般地说, 发表联合个别意见的这几位法官对1951年咨询意见提出了较细腻的解读。尤其是, 他们的意见反映了这样一种观点, 即确定一项保留是否符合条约目的和宗旨不是各国的专有权能, 而且若干司法机构及条约监测机构采取的立场与该咨询意见也并无相左之处, 只不过构成了1951年未向国际法院提出的问题的法律发展。<sup>107</sup>

51. 第三, 在卢旺达对《消除一切形式种族歧视国际公约》第二十二条的保留问题上, 国际法院却采取了一种明显不同的处理方式, 考虑了该《公约》自身规定的对保留有效性的评估机制:

法院指出, 《种族歧视公约》禁止与其目的和宗旨不符的保留。在这方面, 法院注意到, 该《公约》第二十条第二款规定: “凡经至少三分之二之本公约缔约国反对者, 应视为抵触性……之保留。”然而, 法院指出, 就法院的管辖而言, 卢旺达提出的保留不属于此列。在不损及将本法院在卢旺达对《灭绝种族罪公约》第九条的保留问题上进行的推论和结论(见上文第66至第68段)<sup>108</sup>比照适用于卢旺达对《种族歧视公约》第二十二条的保留问题的前提下, 法院认为, 卢旺达对第二十二条的保留不能因此而被视作与该《公约》目

<sup>106</sup> 准则草案3.1.13案文规定如下:

“对关于解决争端或监测条约实施情况的条款的保留, 就其本身而言, 并非与条约的目的和宗旨不符, 除非:

“(a) 保留涉及的规定构成条约存在的理由; 或者

“(b) 保留的效力是使作出保留者在其原先已经接受的一项条约规定方面, 不受争端解决或条约实施情况监测机制的约束, 而该条约的目的正是实施这一机制。”

(《2005年……年鉴》(见上文脚注66), 第195页, 第99段)。

<sup>107</sup> 《2006年国际法院汇编》(见上文脚注97), 第4至第23段。五名签署人在他们的联合个别意见(第68页, 第14段)中, 提到了委员会关于对条约的保留问题的工作:

“对条约的保留问题的研究极其复杂, 目前国际法委员会正在编写这一报告。(关于该意见所审议的问题, 请特别参看特别报告员阿兰·佩莱先生关于对条约的保留的第二次报告, 《国际法委员会向大会提交的五十九届会议工作报告》[《1997年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第45至第58页]; 特别报告员阿兰·佩莱先生关于对条约的保留的第十次报告[……][《2005年……年鉴》, 第二卷(第一部分), A/CN.4/558和Add.1-2号文件]。”

<sup>108</sup> 见本报告上文第47段。

<sup>101</sup> 对《防止及惩治灭绝种族罪公约》的保留案, 咨询意见, 《1951年国际法院汇编》, 第15页。

<sup>102</sup> 《2006年国际法院汇编》(见上文脚注97), 第32页, 第67段。

<sup>103</sup> 使用武力的合法性案(南斯拉夫诉西班牙)和(南斯拉夫诉美利坚合众国), 临时措施, 1999年6月2日的命令, 《1999年国际法院汇编》, 分别见第772页, 第32至第33段和第924页, 第24至第25段。

<sup>104</sup> 见下文脚注106。

<sup>105</sup> 希金斯、科艾曼斯、阿拉比、小和田和西马法官的联合个别意见, 《2006年国际法院汇编》(见上文脚注97), 第70至第71页, 第21段。



的和宗旨不符。法院还注意到，刚果民主共和国加入该《公约》时并未对有关保留提出反对。<sup>109</sup>

52. 刚果民主共和国认为此项保留无法律效力的理由是，一方面，禁止种族歧视是一般国际法的强制性规范，而另一方面，此类保留与强制性规范不符；对此，国际法院提到

法院在驳回刚果民主共和国针对卢旺达就《灭绝种族罪公约》第九条的保留问题所持类似论点时的推论（见上文第64至第69段）<sup>110</sup>：争端涉及违背一般国际法强制性规范问题，这一事实不足以认定本法院具有对此争端进行审理的管辖权，况且根本不存在一项强制性规范规定各国应同意此种管辖权以解决与《种族歧视公约》有关的争端。<sup>111</sup>

53. 联合国内部设立各机构或是国际人权条约设立各机构自身也在不断地发展和协调其对这一问题的处理方法。例如，弗朗索瓦斯·汉普森女士于2004年提交了关于人权条约的保留问题的最后工作文件（E/CN.4/Sub.2/2004/42），论述了保留的提出、国家的反应以及各个监测机构及机制的反应。这一意义深远的研究报告提出了非常有意思和均衡的结论。值得注意的是，作者得出了下列结论：

(a) “……没有任何规定表明人权条约或含有人权条约的某种条约应适用一项特别制度”（第6段）；

(b) “司法或准司法机构具有固有管辖权，可以确定……(a) 一项声明是否是保留；(b) 如果是，该项声明是否是有效保留；(c) 执行关于有效性的结论”（第37段）；

(c) “条约机构的一般性评论和结论性意见对缔约国没有约束力。人权事务委员会根据《公民及政治权利国际公约任择议定书》提出的结论性意见也没有约束力。不过，应该承认，条约机构的结论性意见虽然不具约束力，但有很大的说服力，因为

<sup>109</sup> 《2006年国际法院汇编》（见上文脚注97），第35页，第77段。

<sup>110</sup> 见本报告上文第47段。

<sup>111</sup> 《2006年国际法院汇编》（见上文脚注97），第35页，第78段。

有可能对其他缔约方的类似保留提出同样的结论”（第18段）。

应特别注意该报告第38段：

有人认为，监测机制无权“确定”任何事项，因为它们的结论不具有法律约束力。也有人说，这是混淆两个不同的问题。第一个问题是就实质性问题做出结论的权力范围。第二个问题是实质性结论的约束力。监测机构关于实质性结论不具有法律约束力这一事实，并不意味着关于管辖权的结论也不具有约束力。即便得到有关国家的同意，监测机构行使本身并不具有的权力也属越权。

上述结论与特别报告员在其关于对条约的保留的第十次报告中的、特别是准则草案3.2至3.2.4所反映的结论基本一致。<sup>112</sup>

54. 根据增进和保护人权小组委员会第2004/110号决定（E/CN.4/2005/2，第74页），上述工作文件已经转交所有条约机构和国际法委员会。汉普森女士建议，在国际法委员会就对人权条约的保留问题开展进一步工作报前，暂停对这一专题的审议（E/CN.4/Sub.2/2004/42，第72段）。

55. 第三次人权条约机构委员会间会议<sup>113</sup>和人权条约机构第十六次主席会议分别于2004年6月21日至22日以及6月23日至25日在日内瓦举行，二者均审议了对人权条约的保留问题，并指出，“虽然并非所有条约机构都遇到这个问题，但采取共同方针是有好处的”。<sup>114</sup> 根据第四次委员会间会议的建议，<sup>115</sup> 设立了一个保留问题工作组，以审议秘书处编写并不断更新的关于人权条约机构在国际人权条约的保留问题上的做法的报告（HRI/MC/2005/5和

<sup>112</sup> 《2005年……年鉴》（见上文脚注66），第207至第214页，第151至第180段。

<sup>113</sup> 参加上述会议的人权条约机构有：人权事务委员会、经济、社会和文化权利委员会、儿童权利委员会、消除对妇女歧视委员会、消除种族歧视委员会、禁止酷刑委员会和移徙工人问题委员会。

<sup>114</sup> 第三次人权条约机构委员会间会议的报告（A/59/254号文件，附件，第18段）。另见第四次人权条约机构委员会间会议的报告（A/60/278号文件，附件，第14段）。

<sup>115</sup> A/60/278号文件，附件，第14段和第35段（六）项。

Add.1)；工作组由各委员会各派一名代表组成。工作组在2006年6月8日至9日的会议上<sup>116</sup>通过了如下建议，供第五次委员会间会议参考：<sup>117</sup>

1. 工作组欢迎秘书处为第四次委员会间会议汇编的、关于人权条约机构在国际人权条约保留问题上的做法的报告(HRI/MC/2005/5)及其增编(HRI/MC/2005/5/Add.1)。

2. 工作组建议，虽然一国在批准条约时作出的任何声明，无论其措辞如何，均可被视为一项保留，但在认定应将该声明视为一项保留之前必须谨慎，即使该国未使用“保留”一词。

3. 工作组承认，尽管人权条约具有特殊性，即此类条约不构成国与国之间法律义务的简单交换，而是以法律的形式表述了每一个人作为人必须能够行使的基本权利，但是一般条约法还是适用于人权文书的，且必须在适用时充分考虑此类条约的特殊性，包括其内容和监督机制。

4. 工作组认为，得到明示或默示许可的保留有助于条约获得普遍批准这个目标。而未获许可的保留，包括那些不符合条约目的和宗旨的保留，则无助于条约获得普遍批准这个目标。

5. 工作组认为，条约机构有权评估保留是否有效，以便履行自己的职能，并可能有权评估关于保留无效的裁定所产生的后果，尤其是在审查个人来文或就具备其他调查职能的条约机构方面。

6. 工作组认为，依据条约目的和宗旨确定保留有效性的标准认定，不仅便于各国在考虑作出保留时参考，而且也便于条约机构在行使其职能时参考。在这方面，国际法委员会特别报告员关于对条约的保留的第十次报告(A/CN.4/558/Add.1)所载方法准则草案内的标准是一项进步。工作组对与国际法委员会的对话感到高兴，并欢迎开展进一步对话的想法。

7. 工作组认为，保留无效的唯一可预见后果是，该国可能被视为未参加该条约，或虽仍是条约缔约国但不适用已对之作出保留的条款，或仍是条约缔约国但不享有保留的益处。在具体情况下该适用哪一种后果，取决于该国在提出其保留时的意图。这种意图必须通过认真审阅可获资料加以确定，并有一个可予反驳的假定前提，即该国宁愿在不享受保留益处的情況下继续作为条约缔约国，而不愿被排除在条约之外。

8. 工作组欢迎在根据国际人权条约提交报告的协调准则草案，包括编写共同核心文件和具体条约报告的准则草案(HRI/MC/2006/3)中列入关于保留的条款。它强调条约机构与保留国之间对话很重要；这种对话旨在更准确地确定保留的范围和后果，可能会鼓励缔约国重新提出或撤回保留。

9. 工作组建议，根据国际法委员会关于对条约的保留的最新讨论另行召开一次会议。<sup>118</sup>

56. 在区域一级，欧洲委员会特设国际公法法律顾问委员会（公法顾委）<sup>119</sup>于1990年代末设立的对国际条约的保留欧洲观察站继续推动并支持欧洲委员会成员国在对委员会框架内外缔结的公约提出的保留方面采取共同处理方式，并作出共同反应。按2002年作出的一项决定，<sup>120</sup>欧洲委员会正着手按照该观察站所列清单，采取真正共同的行动，以处理对打击恐怖主义条约的各项有问题的保留。代表级的部长理事会在呼吁成员国考虑撤回可能有问题的保留，并邀请欧洲委员会秘书长将公法顾委关于非成员国的保留的结论通知这些国家。另外，部长理事会鼓励成员国“自愿同有关非成员国联系，讨论它们各自的保留”。<sup>121</sup>有意思的是，自上述通知发出后，保留国和欧洲委员会有关机构之间已开始了真正的对话。例如，俄罗斯联邦对秘书长2005年的通知给予了答复，解释了其对《制止向恐怖主义

<sup>118</sup> 保留问题工作组会议报告(HRI/MC/2006/5)，第16段。

<sup>119</sup> 见关于对条约的保留的第三次报告，《1998年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/491和Add.1-6号文件，第250页，第28至第29段，以及对国际条约的保留问题专家组的报告(DI-S-RIT(98)10)。

<sup>120</sup> 《2003年……年鉴》（见上文脚注3），第41页，第23段。

<sup>121</sup> 欧洲委员会部长理事会，第904次部长代表会议(CM(2004)174)，第4段；另见2005年11月2日的决定，同上，第944次会议(CM(2005)148)，第3段。

<sup>116</sup> 在6月8日的会议上，委员会高级助理秘书乔治·科龙奇斯先生向工作组提供了委员会最近关于保留专题的研究工作信息。

<sup>117</sup> 截至本报告定稿之时，于2006年6月19日至21日举行的此次会议的报告(A/61/385号文件，附件)尚未公布。

提供资助的国际公约》的保留；公法顾委因此将此保留从有问题的保留清单上删除。<sup>122</sup> 欧洲委员会的非成员国也针对欧洲委员会采取的措施作出了积极反应，就其针对打击恐怖主义的条约的、被视为有问题的保留作出了解释和澄清。<sup>123</sup>

### E. 对第十一次报告的一般性陈述

57. 本次报告除了可能在一个附件当中根据2005年委员会第五十七届会议期间对第十次报告的

<sup>122</sup> 见公法顾委，第29次会议，2005年3月17日至18日，斯特拉斯堡，会议报告（CAHDI(2005)8），第84至第85段。

<sup>123</sup> 马来西亚的情况就是如此，该国就其关于《关于防止和惩处侵害应受国际保护人员包括外交代表的罪行的公约》的声明提供了有关信息以及说明（公法顾委，第30次会议，2005年9月19日至20日，斯特拉斯堡，会议报告（CAHDI(2005)19），第42至第43段）。

讨论（见上文第28段）来重新研究条约目的和宗旨的定义以外，专门论述了程序性问题，以便结束对特别报告员在其第二次报告<sup>124</sup>中提出并由委员会于1996年认可<sup>125</sup>的临时研究计划第三部分的审议。报告首先审议了与反对的提出有关的问题，关于对条约的保留的第八次和第九次报告在某种程度上已涉及了这些问题。<sup>126</sup>接着，报告审议了接受的提出<sup>127</sup>和对解释性声明的反应。

<sup>124</sup> 《1996年……年鉴》（见上文脚注7）。

<sup>125</sup> 见《1997年……年鉴》，第二卷（第二部分），第53页，第116至第123段。另见关于对条约的保留的第七次报告，《2002年……年鉴》（上文脚注2），第11页，第18段。

<sup>126</sup> 《2003年……年鉴》（见上文脚注3），第35页，和《2004年……年鉴》（见上文脚注13），第1至第29段。

<sup>127</sup> 经深思熟虑，特别报告员认为，在审议保留、对保留的接受及对保留的反对的效力问题之前，不能讨论“保留对话”问题。

## 提出和撤回接受和反对

### A. 提出和撤回对保留的反对

58. 委员会在2005年第五十七届会议上通过了关于反对的定义的准则草案2.6.1。该准则草案案文如下：

#### “2.6.1 对保留的反对的定义

“‘反对’是指一国或一国际组织针对另一国或另一国际组织对条约提出的一项保留所作的单方面声明，不论其措辞或名称为何，提出反对的国家或国际组织意图在与提出保留的国家或组织的关系中据此排除或改变保留的法律效力，或排除整个条约的适用。”<sup>128</sup>

59. 这一定义在《实践指南》二读时可能最好列于该指南的第一部分。该定义有意不完整，<sup>129</sup>因为它与保留的定义<sup>130</sup>不同，没有明确指定可以提出

反对的时间，也没有确切说明哪类国家或国际组织可以提出反对。这些是评估作出反对的自由的范围（下文第1节）的若干要素。这方面的研究还应结合有关提出反对的程序（下文第2节）以及撤回或修改反对的条件和效力（下文第3节）的具体规定。

### 1. 作出反对的自由

60. 如今业已确立，一国或一国际组织可针对另一国或另一国际组织提出的保留作出反对，而与该保留是否有效无关。<sup>131</sup>然而，这项权力虽极为广泛（见下文第63段和第66段），但也并非无限制，因此似乎最好称之为“自由”，而不是“权利”。<sup>132</sup>

<sup>131</sup> 在本报告中，特别报告员不谈保留的无效性可能影响对保留的接受或反对的情况。特别报告员建议在讨论接受和反对的效力时研究这个问题。

<sup>132</sup> 保留的情况类似，见关于对条约的保留的第十次报告中的准则草案3.1的表述（《2005年……年鉴》（上文脚注66），第174至第175页，第12段）。但汉弗莱·沃尔多克爵士在关于条约法的第一次报告中提到“[任何国家]提出反对的权利”（《1962年……年鉴》[英]，第二卷，A/CN.4/144和Add.1号文件，第62页）。委员会就反对与保留是否符合条约目的和宗旨之间关系的问题进行了长期讨论（同上，第

<sup>128</sup> 《2005年……年鉴》，第二卷（第二部分），第92页，第438段。

<sup>129</sup> 见准则草案2.6.1的评注，同上，第(4)、(6)和(7)段。

<sup>130</sup> 见准则草案1.1，《2003年……年鉴》，第二卷（第二部分），第74页，第367段。



另一方面，尽管保留只能是由保留者“提出”，因为只有在其他有关国家或有关国际组织以某种形式表示同意后，保留才有效，<sup>133</sup>但是反对则并非如此，反对一经反对者单方面提出即为“作出”，至少只要反对者是条约缔约方即是如此。<sup>134</sup>

61. 1969年《维也纳公约》准备工作材料对于提出反对的自由裁量性质则明确无疑，但是没有清楚阐明谁可提出反对。

62. 条款草案第20条第2款(b)项在委员会经过激烈辩论，<sup>135</sup>于1962年被委员会一读通过，它在反对与保留不符合条约目的和宗旨的情况之间建立了联系，这似乎是这两种情况下有效性的必要条件。<sup>136</sup>然而，澳大利亚、丹麦和美国政府发表评论后，<sup>137</sup>特别报告员重新采取了委员会一读时采取的立场，删除了他拟议的条款草案第19条第3款(b)项中提及符合性标准的部分。<sup>138</sup>在委员会辩论过程中，汉弗莱·沃尔多克爵士再次表示保持相反的立

场，<sup>139</sup>但起草委员会仍然再次省去了提及关于符合性标准的部分，而没有为此作出解释。<sup>140</sup>根据这一立场，1965年二读通过的条款草案第19条第4款(b)项仅规定，“一缔约国对保留提出反对，即阻止条约在反对国与保留国之间生效，但反对国表明相反意图者不在此限”。<sup>141</sup>尽管一些代表团表示疑虑，<sup>142</sup>1968年至1969年联合国条约法会议还是没有提到反对与保留有效性标准之间缺乏联系的问题。然而，专家顾问汉弗莱·沃尔多克爵士在回答加拿大提出的一个问题时，特别明确地表示支持委员会采取的立场：

第二个问题如下：如果某一保留未经明示准许，但亦不受第16条(c)款的禁止，缔约国有无权利以此保留不符合条约目的和宗旨为由提出反对？答案无疑是肯定的。每个缔约国都可完全自由\*地根据其利益自主决定是否接受保留。<sup>143</sup>

63. 关于这一点，维也纳制度偏离了国际法院在1951年咨询意见中提出的解决办法。<sup>144</sup>在这方面，

一卷，第651次至654次会议以及第656次会议，第139至第168页，和第172至第175页；另见下文第62段）后，特别报告员拟议的条款草案第19条第1款(a)项中的这个规定在起草委员会提议的、将条款草案第18条和第19条合并后的条款草案第18条案文中完全消失。在这方面，特别报告员指出，他的两个草案“已经大大压缩，但重要内容均没遗漏”（同上，第663次会议，第223页，第36段）。在辩论过程中以及在后来提交委员会或是委员会通过的案文中，均未重新提及提出反对的“权利”问题。

<sup>133</sup> 见《2005年……年鉴》（上文脚注66），第175页，第14段。

<sup>134</sup> 在以下两种假设中情况也许有差别：第一种是条约本身尚未生效，这种情况理所当然；第二种情况（在下文（第83段）中审议）是提出反对的国家或国际组织有意成为缔约方，但尚未明确表示同意受条约约束。

<sup>135</sup> 与条约目的和宗旨相符性的标准在关于保留的最初讨论中十分重要（《1962年……年鉴》[英]，第一卷，第651次至654次会议和第656次会议，第139至第168页，和第172至第175页）。主张这一标准与对保留的反应之间应有联系的一位主要倡导者是罗森先生，他的论点是以国际法院咨询意见为依据（见下文脚注144）（同上，第651次会议，第79段）。

<sup>136</sup> 根据该规定：“认为某一保留不符合条约目的和宗旨的国家对保留提出反对，即排除了条约在反对国与保留国之间生效，但反对国表明相反意图者不在此限”（《1962年……年鉴》[英]，第二卷，A/5209号文件，第176页）。

<sup>137</sup> 见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及2号文件，第45至第47页。

<sup>138</sup> 同上，第52页，第10段。

<sup>139</sup> 同上，第一卷，第799次会议，第169页，第65段。另见鹤冈先生，同上，第69段。相反观点见通金先生，同上，第167页，第37段。

<sup>140</sup> 同上，第813次会议，第265至第268页，第30至第71段，特别是第57至第66段。

<sup>141</sup> 同上，第二卷，A/6009号文件，第162页。

<sup>142</sup> 尤其见美国的修正案（《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）（A/CONF.39/14），第136页，第179段(v)项(d)，和美国代表的评论（同上，《第一届会议，1968年3月26日至5月24日，维也纳，全体会议和全体委员会会议简要记录》（联合国出版物，出售品编号：E.68.V.7），第21次会议，第108页，第11段）。另见下列国家的批评意见：澳大利亚（同上，第22次会议，第49段）、日本（同上，第21次会议，第29段）、菲律宾（同上，第58段）、联合王国（同上，第74段）、瑞士（同上，第41段）和瑞典（同上，第22次会议，第32段）。

<sup>143</sup> 同上，第25次会议，第3段。

<sup>144</sup> 国际法院认为，“保留与《公约》目的和宗旨的相符性这一点正是一个国家加入《公约》时作出保留的态度以及一个国家反对保留时的评价的标准。这就是行为规则，指导每个国家作出各自的以及从自己的角度出发的、关于任何保留的可接受性的评价”（《1951年国际法院汇编》（见上文脚注101），第24页）。另见Coccia，“Reservations to multilateral treaties on human rights”，第8至9页；Edwards Jr.，“Reservations to treaties”，第397页；Lijnzaad，“Reservations to U.N. Human Rights Treaties. Ratify and Ruin?”，第51页；和Zemanek，“Some unresolved questions concerning reservations in the Vienna Convention on the Law of Treaties”，第333页。



所提议的解决办法无疑已经逾期，且不再符合现有的实在法。<sup>145</sup> 一国或一国际组织有权对不符合有效性标准的保留以及“根据自身利益”（上文第62段）认为无法接受的保留作出反对，即使该保留有效。换言之，各国和各国际组织可自由提出反对，可以某一保留无效为由，也可依据其他任何理由。<sup>146</sup>

64. 这一办法基于同意原则，而同意原则是保留制度的基础，事实上也是整个条约法的基础，正如国际法院在1951年的咨询意见中回顾说：

一条定论是，一国在其条约关系中，不能在未予同意的情况下受约束，因此，任何保留在未经任何国家同意的情况下，不能针对这些国家产生效力。<sup>147</sup>

65. 因此，一国（或一国际组织）不受不符合其利益的条约义务的约束。<sup>148</sup> 提出保留的国家只是提出修改条约设定的条约关系。<sup>149</sup> 然而，任何国家都没有义务接受这种修改，除非是条约明示准许的保留所产生的修改，当然，它们不得违反条约的目的和宗旨。<sup>150</sup> 如果限制对违反第十九条确立的有效

<sup>145</sup> 这一解决办法也不可能体现1951年的实在法状况。似乎从未有人主张，在全体一致制度内，只有在保留违反条约目的和宗旨时，一国才有提出反对的自由。

<sup>146</sup> 当然，必须遵守一般法律原则——它可限制各国在国际上行使自由裁量权，以及禁止滥用权利的原则。

<sup>147</sup> 《1951年国际法院汇编》（见上文脚注101），第21页。持反对意见的法官在其联合意见中也强调了这一原则：

“各方的同意是条约义务的基础。关于保留的法律只是这一基本原则的具体适用，无论各方是在保留提出之前或是与此同时或在此之后表示同意。”

（同上，第31至第32页）。另见常设国际法院在“荷花”号案中的著名判词：

“约束国家的法律规则产生于这些国家的自由意志，这种意志体现于公约或体现于被普遍认为包含了各项法律原则并且被确立以规范这些共存的独立体之间的关系或实现共同目标的惯例。因此，不能推定这些是对国家独立性的限制。”

（“荷花”号案，1927年第9号判决，《常设国际法院汇编》，A辑，第10号，第18页）。另见《1996年……年鉴》（上文脚注7），第62至第63页，第97段和第99段。

<sup>148</sup> 这显然并不意味着各国不受其他来源的法律义务的约束。

<sup>149</sup> 见《2005年……年鉴》（上文脚注66），第14段。

<sup>150</sup> 见 Horn, *Reservations and Interpretative Declarations to Multilateral Treaties*, 第121页；Tomuschat, “Admissibility and legal effects of reservations to multilateral treaties: comments on arts. 16 and 17 of the ILC’s 1966 draft articles on the law of treaties”, 第466页。

性标准之一的保留提出反对的权利，就不仅侵犯了接受或拒绝条约义务的主权权利，<sup>151</sup> 而且还会确立作出保留的事实权利。而这一权利无疑并不存在，且有悖于国家主权平等原则，因为这一权利会使保留国（或作出保留的国际组织）得以单方面将其意愿强加于其他缔约方。<sup>152</sup> 这实际上会使接受和反对机制完全失效。<sup>153</sup>

66. 因此，国家和国际组织拥有对保留作出反对的自由裁量权，这一点似乎无可争议。准则草案对此应予以反映，强调一国或一国际组织不仅有权对保留提出反对，而且能以自由裁量的方式行使这一权利；换句话说，可以任何理由提出反对，哪怕仅仅是出于政治和权宜的考虑，而无需说明其理由（关于这一点，见下文第105至第111段）。

67. “自由裁量”毕竟不意味着“任意”<sup>154</sup>，这一权利尽管无疑产生于一国作出自身判断的权力，但并非是不受限制的。毕竟，这一权利的行使应受程序和形式的限制；这些限制将在本报告下文更详细地阐述。例如，一开始就应强调，已经接受一项保留的国家或国际组织丧失了随后对同一保留提出反对的权利。这无疑源于1969年和1986年《维也纳公约》第20条第5款关于接受保留的推定，以后在讨论接受程序时将更详细地讨论这一推定（见上文第57段）。

#### “2.6.3 提出反对的自由

“一国或一国际组织可根据本实践指南的规定对一项保留提出反对，无论理由为何。”

68. 以任何理由作出反对的自由，也包括反对条约在提出保留的国家或国际组织与提出反对者之间生效的自由。这一可能性源于1969年和1986年

<sup>151</sup> 见 Tomuschat, 前引文。

<sup>152</sup> 在这方面，见委员会在第五十八届会议上通过的适用于能够产生法律义务的国家单方面声明的指导原则第九条，《2006年……年鉴》，第二卷（第二部分），第176段。

<sup>153</sup> 见 Müller, “Article 20”, 第837页，第74段。另见帕尔先生在委员会中的发言（《1962年……年鉴》[英]，第一卷，第653次会议，第153页，第5段）。

<sup>154</sup> 特别见 Jovanović, *Restriction des compétences discrétionnaires des États en droit international*.

《维也纳公约》第20条第4款(b)项和第21条第3款，其中规定了反对的效力。

69. 这些规定的酝酿，尤其是1969年《维也纳公约》第二十条第四项(乙)款的酝酿，相当困难。这是因为，委员会头几任特别报告员都坚定支持全体一致制度，对有关反对的问题没有兴趣；他们认为，反对的效力纯粹是机械性的(见下文第88段)：在他们看来，反对阻碍保留国成为条约缔约方似乎是不证自明的。<sup>155</sup> 1962年，汉弗莱·沃尔多克爵士尽管转而支持采用较灵活的制度，但仍坚持这种见解；他在关于条约法的第一次报告中提出的条款草案第19条第4款(c)项就说明了这一点：“反对应阻止条约在反对国与保留国之间生效。”<sup>156</sup>

70. 但委员会委员，<sup>157</sup> 包括特别报告员，<sup>158</sup> 都倾向于放弃这一绝对化的处理办法，而赞成采用简单的推定，以便进一步根据国际法院1951年的咨询意见起草这一条款，国际法院的咨询意见说：

鉴于任一国家不能受其不同意的保留的约束，因此对保留提出反对的国家可以也可以不根据其自身对保留不逾越上述目的和宗旨标准限度的评价将保留国视为《公约》缔约方。<sup>159</sup>

71. 为了严格遵循这一立场，委员会委员在引入一个简单推定赞同条约在保留国与反对国之间不生效的同时，将反对条约生效的可能性限于保留违背条约目的和宗旨的情况。<sup>160</sup> 因此，一读通过的条款草案第20条第2款(b)项规定如下：

<sup>155</sup> 见 Reuter, *Introduction to the Law of Treaties*, 第83页, 第134段。

<sup>156</sup> 《1962年……年鉴》[英](见上文脚注132), 第62页。

<sup>157</sup> 特别见通金先生(《1962年……年鉴》[英], 第一卷, 第653次会议, 第156页, 第26段, 及第654次会议, 第162页, 第11段)、罗森先生(同上, 第653次会议, 第157页, 第30段)、希门尼斯·德阿雷查加先生(同上, 第158页, 第48段)、德卢纳先生(同上, 第160页, 第66段)、亚辛先生(同上, 第654次会议, 第161页, 第6段)。

<sup>158</sup> 同上, 第162页, 第17段和第20段。

<sup>159</sup> 《1951年国际法院汇编》(见上文脚注101), 第26页。

<sup>160</sup> 见上文第62段和脚注135。

一国如认为某一保留不符合条约的目的和宗旨而对其提出反对，即阻止了条约在反对国与保留国之间生效，但反对国表明相反意图者不在此限。<sup>161</sup>

72. 作出反对的可能性与符合条约目的和宗旨的标准脱钩后，<sup>162</sup> 反对国反对条约在其共同保留国的关系中生效的自由就成为无条件的了。因此，反对国可基于任何理由排除本国与保留国之间一切条约关系。在委员会最后采用的措辞中，这一效力甚至是自动的：一项反对(无论以何种理由提出)阻止了条约生效，除非有关国家表明相反意图。<sup>163</sup> 在维也纳举行的联合国条约法会议期间，经过激烈辩论，又推翻了这一推定的要旨，主张条约在反对国与保留国之间生效。<sup>164</sup>

73. 这一新的处理办法尽管似乎也接受批评，但反对国仍然可自由地反对条约在其共同保留国的关系中生效。这一推定的推翻仅仅要求反对国就此作出明确声明，而反对国在作出此类声明的理由方面仍然毫无限制。

<sup>161</sup> 《1962年……年鉴》[英](见上文脚注136), 第176页。另见第181页, 第20条评注第(23)段。

<sup>162</sup> 关于这一点, 见上文第62段的解释。

<sup>163</sup> 二读通过的条款草案第17条第4款(b)项规定：

“另一缔约国对保留作出反对，即阻止条约在反对国与保留国之间生效，但反对国表明相反意图者不在此限。”

(《1966年……年鉴》[英], 第二卷, A/6309/Rev.1号文件, 第202页)

<sup>164</sup> 委员会委员在讨论一读通过的条款草案的过程中已提出这个问题，捷克斯洛伐克和罗马尼亚代表团在第六委员会中也曾提出这个问题(汉弗莱·沃尔多克爵士, 第四次报告(《1965年……年鉴》[英](上文脚注132), 第48至第49页)。委员会一些委员为推翻推定的见解辩护(通金先生(同上, 第一卷, 第799次会议, 第167页, 第39段)和拉克斯先生(同上, 第813次会议, 第268页, 第62段)。但关于这一点, 捷克斯洛伐克(A/CONF.39/C.1/L.85, 《联合国条约法会议》(上文脚注142), 第135页)、叙利亚(A/CONF.39/C.1/L.94, 同上)和苏维埃社会主义共和国联盟(A/CONF.39/C.1/L.115, 同上, 第133页)的提案没有为1968年会议所接受(同上, 第137页, 第182段(j)项, 以及同上, 《第一届会议》, 第25次会议, 第135页, 第35段及其后各段)。只有在1969年, 苏联在这个问题上的一个新的修正案(A/CONF.39/L.3, 同上, 《第一届和第二届会议》, 第265至第266页)才以49票对21票、30票弃权最终获得通过(同上, 《第二届会议, 1969年4月9日至5月22日, 维也纳, 全体会议和全体委员会会议简要记录》(联合国出版物, 出售品编号: E.70.V.6), 第十次全体会议, 第79段)。

74. 在实践中,令人感到惊奇的是,各国往往明文宣布其反对并不阻止条约在其与保留国的关系中生效;尽管根据1969年和1986年《维也纳公约》第20条第4款(b)项的推定,这一情况会自动产生。此外,这一做法也不是因为要说明反对理由,因为国家甚至对其认为不符合条约目的和宗旨的保留也是提出最低效力的反对(同时明确表示条约应在其共同保留国的关系中生效)。<sup>165</sup>但是,也能找到反对国明确声明其反对阻止条约在其共同保留国之间的关系中的例子。<sup>166</sup>这种情况尽管很少,<sup>167</sup>但也表明各国能够也确实在认为适当的情况下提出了这样的反对。

75. 因此,以任何理由作出反对的权力也意味着,反对国或国际组织可自由地反对条约在其同保

<sup>165</sup> 见比利时针对埃及和柬埔寨对《维也纳外交关系公约》的保留提出的反对(联合国,《交给秘书长保存的多边条约:截至2005年12月31日的状况》,第一卷(联合国出版物,出售品编号:E.06.V.2),第三章第3节)以及德国针对关于同一公约的若干保留提出的反对(同上)。然而,有意思的是,虽然德国认为所涉所有保留均“不符合《公约》的文字和精神”,但德国宣布,一些反对将不阻止条约在德国与保留国之间生效;但对其他情况则没有采取立场。在针对就《公民及政治权利国际公约》的保留提出的反对中,能找到很多例子;特别是比利时、丹麦、芬兰、法国、意大利、荷兰、挪威、葡萄牙、西班牙和瑞典就美国对该《公约》第六条的保留提出的反对(同上,第四章第4节)。上述各国均认为这一保留不符合《公约》的目的和宗旨,但不反对《公约》在其同美国的关系中生效。只有德国没有说明其对保留的反对是否将影响《公约》的生效(同上)。然而,这一现象并不局限于人权条约。例如见奥地利、法国、德国和意大利就越南对《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》的保留提出的反对(同上,第六章第19节)以及欧洲委员会成员国就针对《制止恐怖主义爆炸事件的国际公约》的保留作出的反对(同上,第二卷,第十八章第9节)和针对《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》的保留作出的反对(同上,第十八章第11节)。

<sup>166</sup> 例如见中国和荷兰针对若干社会主义国家对《防止及惩治灭绝种族罪公约》的保留提出的反对(联合国,《……多边条约》(上文脚注165),第一卷,第四章第1节),以色列、意大利和联合王国就布隆迪对《关于防止和惩处侵害应受国际保护人员包括外交代表的罪行的公约》的保留提出的反对(同上,第二卷,第十八章第7节),法国和意大利就美国对《国际易腐食品运输及其所用特别设备协定》的保留提出的反对(同上,第一卷,第十一章B.22节)以及联合王国就叙利亚、越南及新西兰就叙利亚对1969年《维也纳公约》的保留提出的反对(同上,第二卷,第二十三章第1节)。

<sup>167</sup> 这并不意味着附有第20条第4款(b)项所述声明的最大效力反对正如里克儿姆·科尔塔多所称(*Las reservas a los tratados: lagunas y ambigüedades del Régimen de Viena*,第283页),是一种正在消失的反对。有人认为,各国之所以不随便提出具有最大效力的反对,原因可能正是在于联合国条约法会议上保持的(倾向条约生效的)推定以及各种政治考虑(见Redgwell,“Universality or integrity? Some reflections on reservations to general multilateral treaties”,第267页)。但见各国对委员会关于这一点提出的问题的解释,上文第33至第38段,特别是第37段。

留国或组织之间生效。所以,反对者仍可完全自由地按其意愿设定反对的效力,而无需说明其决定的理由。在如下准则草案2.6.4中清楚说明这一点似乎很有用:

#### “2.6.4 反对条约在同保留者的关系中生效的自由

“对某一保留提出反对的一国或一国际组织可根据本实践指南的规定,以任何理由反对条约在其与保留国或国际组织之间生效。”

76. 关于对保留的反对的定义的准则草案2.6.1实际上没有回答关于哪些国家或国际组织可以自由反对另一国或另一国际组织提出的保留的问题;委员会通过该准则草案时明确留下了这个问题(见上文第59段)。

77. 1969年和1986年《维也纳公约》都就此问题提供了一些指导。1986年《公约》第20条第4款(b)项所述的是“……经一缔约国或一缔约组织反对……”。但从该短语中并不能清楚推定只有第2条第1款(f)项含义中的缔约国或缔约组织才有权提出反对。<sup>168</sup>第20条第4款(b)项仅确定了一缔约国或一缔约组织提出的反对的可能效力;但第4款没有确切说明缔约国或缔约组织以外的其他国家或组织提出的反对的效力这一事实并不必然意味着这些其他国家或组织不得提出反对。<sup>169</sup>实际上,一种明智的做法可以是,让有意成为缔约方、但尚未表示最终同意受条约约束的国家或国际组织对一项保留表示反对。这种“先发制人的”反对只有在反对者成为缔约国或缔约组织之后才会产生第20条和第21条所述效力。<sup>170</sup>

78. 此外,1969年和1986年《维也纳公约》第20条第4款(b)项似乎暗示的对可能的反对者的限制

<sup>168</sup> 克拉克似乎支持这一立场,Clark,“The Vienna Convention reservations regime and the Convention on Discrimination against Women”,第297页。

<sup>169</sup> 关于这一点,见Imbert, *Les réserves aux traités multilatéraux*,第150页。

<sup>170</sup> 国际法院在1951年的咨询意见中认为,“有权签署或加入、但尚未签署或加入的国家对保留作出的反对不具有任何法律效力”(《1951年国际法院汇编》(见上文脚注101,第30页))。但这决不意味着这些国家不能提出反对。



在第21条第3款中没有被加以表述；该款论及在反对者不反对条约在其自身与保留国间生效的情况下，反对对条约适用的影响。尤其是1969年《维也纳公约》第二十三条第一项明确指出，保留、明示接受及反对，不仅必须致送缔约国，而且必须致送“有权成为条约当事国之其他国家”。除非这些国家事实上能通过明示接受或反对保留来对保留作出反应，否则这种通知便无意义。这种反应的具体效力问题则另当别论。

79. 汉弗莱·沃尔多克爵士在关于条约法的第一次报告中提议的条款草案第19条专门讨论反对及其效力问题，其中规定，“缔约国或有权成为缔约国\*的国家，均有权利提出反对”。<sup>171</sup>

80. 此外，秘书长作为多边条约保存人，对非缔约国或非签署国提出的反对的处理办法在这方面仍然模棱两可。这些反对被冠以“来文”之名，同时这些反对因不被认为具有法律效力，而没有根据《联合国宪章》第一百零二条的规定予以登记，也没有在《条约汇编》里发布。<sup>172</sup> 原因如下：除少数特定情况外，<sup>173</sup> 只要一签署国没有成为所涉条约的缔约国，该国提出的反对就不会产生效力。因此，秘书长的实践在提出反对的自由方面并未说明问题，因为只是说反对不产生效力并不意味着不能提出反对。

81. 因此，并非只有缔约国或缔约国际组织才拥有作出反对的自由。但也不是说所有国家或国际组织都可提出反对。无意成为缔约方的国家或国际组织显然没有理由对保留发表意见；在这一特定情况下提出的反对，不会有任何效力，甚至没有潜在效力。

82. 综上所述，只有缔约国或缔约组织或“有权成为缔约方的”国家或组织才可对已经提出的保留作出反对。这一限制虽然对于含有“任何国家”措辞的“开放性”条约而言似乎是多余的，但对于

参与受限制的条约的特定情况则是必要的，不论这类条约是否适用1969年和1986年《维也纳公约》第20条第2款所述全体一致的要求。

83. 但应指出，虽然缔约方的反对一经提出即已“作出”，意即这种反对立即有效（见上文第60段），但这里存在一个问题，非缔约方的国家或国际组织提出的反对能否被视为已经“作出”，因为这些反对只有在条约对其生效后才会产生具体效力。特别报告员认为，这一细微之处应反映在准则草案2.6.5中采用“提出”而不用“作出”一词，该准则草案可予以通过，借以澄清准则草案2.6.1至2.6.2中的有关要点。但不能夸大这种修改的效力：在这种情况下，与保留产生的效力相反，反对的效力并不受制于保留国或另一缔约方的具体反应。

84. 因此，准则草案2.6.5可按以下方式予以拟订：

#### “2.6.5 反对者

“对保留的反对可由以下人提出：

“(a) 任何缔约国和任何缔约国际组织；以及

“(b) 有权成为该条约缔约方的任何国家和国际组织。”

85. 虽然根据准则草案2.6.1的定义，反对是单方面声明，<sup>174</sup> 但多个国家和/或多个国际组织完全可以联合提出反对。这方面的实践并未得到高度发展，但也并非不存在。<sup>175</sup> 特别突出的一个例子是比利时、丹麦、法国、德国、爱尔兰、意大利、卢森堡、荷兰、联合王国和欧洲共同体以同样的措辞

<sup>171</sup> 《1962年……年鉴》[英]（见上文脚注132），第62页。

<sup>172</sup> 《秘书长作为多边条约保存人的实务提要》（联合国出版物，出售品编号：E.94.V.15），ST/LEG/7/Rev.1号文件，第214段。

<sup>173</sup> 见1969年和1986年《维也纳公约》第20条第2款：反对的提出即阻止该条所述全体接受之条件的得到满足。

<sup>174</sup> 另见准则草案2.6.1（对保留的反对的定义）评注，《2005年……年鉴》，第二卷（第二部分），第438段，评注第(6)段。

<sup>175</sup> 在区域组织的框架内，尤其是在欧洲委员会内，各国努力协调统一其对保留的反应和反对。虽然成员国继续单独提出反对，但各国不仅协调反对的时机，而且协调反对的措辞，对与各项反恐公约有关的保留提出反对时尤其如此（另见上文第56段）；例如见欧洲委员会若干成员国对与《制止恐怖主义爆炸事件的国际公约》有关的保留提出的反对（联合国，《……多边条约》（上文脚注165），第二卷，第十八章第9节）以及对与《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》有关的保留提出的反对（同上，第十八章第11节）。



针对保加利亚和德意志民主共和国对《关于国际公路货运通行证制度下国际货运海关公约》（《国际公路货运公约》）的保留提出的反对。<sup>176</sup> 欧洲共同体还“以欧洲经济共同体及其成员国的名义”提出了若干反对。<sup>177</sup>

86. 此外，从技术上来看，与联合提出保留的情况一样，没有任何理由阻止联合提出反对的做法。<sup>178</sup> 但这毫不影响反对的单方面性质。由于这些原因，委员会无疑希望参照关于联合提出保留的准则草案通过一项准则草案。<sup>179</sup>

#### “2.6.6 联合提出反对

“若干国家或国际组织联合提出一项反对，不影响该反对的单方面性质。”

### 2. 提出反对的程序

87. 提出反对的程序规则与提出保留的程序规则并无很大的差异。这或许是委员会在1969年《维也纳公约》的准备工作中显然没有对这些问题给予很多注意的原因。

88. 未予注意这一点对于那些主张采用传统的全体一致制度的特别报告员，即J. L. 布赖尔利、H. 劳特派特和G. G. 菲茨莫里斯<sup>180</sup>而言很容易解释。虽

<sup>176</sup> 同上，第一卷，第十一章A.16节。

<sup>177</sup> 联合国，《条约汇编》，第1404卷，第23317号，第426页，对苏维埃社会主义共和国联盟就《国际热带木材协定》发表的声明提出的反对。另见对苏维埃社会主义共和国联盟就《小麦贸易公约》发表的声明提出的同样的反对（同上，第1455卷，第24237号，第286页）。同样的例子，见自2002年以来欧洲委员会对就与打击恐怖主义有关的公约作出的保留采取的做法（上文第56段）。

<sup>178</sup> 《1998年……年鉴》（见上文脚注119），第266页，第130至第133段。

<sup>179</sup> 准则草案1.1.7（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。”（同上，第二卷（第二部分），第540段）。关于该准则草案的评注，见第540段。另见准则草案1.2.2（联合提出的解释性声明）及其评注（《1999年……年鉴》，第二卷（第二部分），第97页）。

<sup>180</sup> 尽管劳特派特先生的拟议法议案考虑到了反对，但特别报告员认为没有必要规定提出反对要遵守的程序。见第9条的备选草案，《1953年……年鉴》[英]，第二卷，A/CN.4/63号文件，第91至第92页。

然在他们的眼中，应围绕接受，这一传统的全体一致制度的中心，建立法律框架，特别是在涉及其时间性的情况下，但他们认为反对不过是拒绝接受、阻碍形成全体一致，从而保留国不能成为文书的一方，因此不必去特别考虑。

89. 汉弗莱·沃尔多克爵士关于条约法的第一次报告提出了“灵活”制度，在这一制度中，反对的作用如果说不是更重要，那么至少是更加模糊不清了；这一报告的合理之处仅在于其包含了关于提出反对的程序问题的完整条款草案。<sup>181</sup> 尽管该条款非常详细，但报告只是简要地对其发表评注，表示“本条的规定主要体现了[有关提出保留和撤回保留的权力的条款（第17条）和对保留的同意及其效力的条款（第18条）]的规定，因此无需再作其他解释”。<sup>182</sup>

90. 在对特别报告员最初提出的有关接受和反对的条款草案<sup>183</sup>进行重大修改后，只有起草委员会

<sup>181</sup> 条款草案第19条的内容如下：

“2. (a) 对保留的反对应由反对国的主管当局或由享有该国适当授权的代表书面提出。

“(b) 反对应按条约规定的有关此种致送的程序（如有），致送提出保留的国家和所有缔约国和有权成为缔约国的国家。

“(c) 如果条约没有规定任何程序，但指定了与条约有关的文书的保存人，则反对的提出应致送保存人，保存人的职能为：

“（一）将反对的案文送交保留国和条约的其他所有缔约国或有权成为缔约国的国家；

“（二）提请保留国和其他有关国家对条约中有关对保留的反对的条款予以注意。

“3. (a) 如果条约是诸边条约或多边条约，则对保留的反对必须在保留正式致送反对国之日起的十二个月届满前提出方可生效；但是，就多边条约而言，在上述正式致送时尚未加入条约的国家如果在该国签署成为缔约国所必需的文件后提交反对，则该反对仍应有效。

“(b) 就诸边条约而言，尚未实际加入或推定尚未加入条约的国家提出的反对：

“（一）如果反对国在提出反对之日起十二个月内未签署加入条约的确定性文件，则其反对不再有效；

“（二）如果条约已经生效，且条约案文获通过已满四年，则反对无效。”

（《1962年……年鉴》[英]（见上文脚注132），第62页）

<sup>182</sup> 同上，第68页，第19条评注第(22)段。

<sup>183</sup> 可在委员会工作文件中找到的委员会为何把汉弗莱·沃尔多克爵士最初提出的条款草案合并起来的唯一解释

1962年提交的条款草案第18条第5款论及反对的提出和反对的通知，<sup>184</sup> 委员会认为，该条款“似乎不需要评论”。<sup>185</sup> 这种不予注意的状况持续到1965年，那一年对条款草案进行了二读。尽管通篇阐述程序问题的新的条款草案第20条谈到了反对，但特别报告员并不认为宜进一步对其发表评论。<sup>186</sup>

91. 提出、通知和致送保留以及提出、通知和致送反对需要相似的程序规则，这一要求在委员会辩论时得到强调，最后在1969年《维也纳公约》第二十三条第一项中得到反映，这一条款规定了提出明确接受保留和提出反对保留的程序。1965年，卡斯特伦先生正确地指出：

[第二十条] 第五项[经过大幅度精简后成为第二十三条第一项]阐述的对保留的反对的程序规则与第一项中提出和通知保留的程序规则完全相同。因此，最好是把这两项合并起来，否则，第五项应简单地指出，第一项的规定也适用于对保留的反对。<sup>187</sup>

92. 因此，在《实践指南》的框架内简单地注意到提出保留和提出反对的程序的相似性也许是明智的。尤其宜指出，由于提出反对的程序和提出保留的程序之间存在这些相似之处而导致的显著形式主义要求，其理由是，反对可能会对保留和保留的适用以及条约本身的生效和实施产生非常重大的影响。<sup>188</sup>

93. 但是，这种相似不可能是完全的。很明显，适用于提出保留程序的某些规则不能用于提出反对

见他在委员会第663次会议上对起草委员会报告的介绍(见上文脚注132)。特别报告员当时说“新的第18条中既有对保留的接受，也有对保留的反对；在不遗漏基本要点的情况下，对先前的第18条和第19条进行了大幅度的精简”(《1962年……年鉴》[英]，第一卷，第663次会议，第223页，第36段)。

<sup>184</sup> 同上，第668次会议，第258页，第30段。另见一读通过的条款草案第19条第5款，同上，第二卷(见上文脚注136)，第176页。

<sup>185</sup> 同上，第二卷，第180页，第19条评注第(18)段。

<sup>186</sup> 见《1965年……年鉴》[英](上文脚注137)，第53至第54页，第14、15和19段。

<sup>187</sup> 同上，第一卷，第799次会议，第168页，第53段。

<sup>188</sup> 见1969年和1986年《维也纳公约》第20条第4款(b)项，和第23条第3款。

的程序。有关何时可以提出反对的情况就是一个明显的例子；确认在作出者成为缔约方前提出的反对的问题显然必须用不同的措辞提出。<sup>189</sup> 此外，虽然提出保留和提出反对都要采用书面形式，但对此加以明确阐述无疑是有用的。至少应分别在不同的准则草案中阐述这三个问题。

94. 与此相反，有关在国际上有权提出保留的当局以及违反有关提出保留的内部规则的后果(或无后果)的规则、有关通知和致送保留的规则以及保存人在这方面的职能的规则，则似乎可以准用于反对的提出。特别报告员认为，无需转载准则草案2.1.3(在国际一级提出保留)、<sup>190</sup> 2.1.4(违反与提出保留有关的内部规则在一级不产生影响)、<sup>191</sup>

<sup>189</sup> 见1969年和1986年《维也纳公约》第23条第3款。

<sup>190</sup> “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约案文、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，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。”

(《2002年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第29页，第103段。另见评注，第29至第30页)

<sup>191</sup> “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。

“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规则这一事实，认定该项保留无效。”

(同上，第30页)

2.1.5 (保留的告知)、<sup>192</sup> 2.1.6 (告知保留的程序)<sup>193</sup> 和 2.1.7 (保存人的职能),<sup>194</sup> 只要在这些准则草案案文中将“反对”与“保留”并列, 然后提及这些准则草案即可。<sup>195</sup>

#### “2.6.9 提出反对的程序

“准则草案 2.1.3、2.1.4、2.1.5、2.1.6 和 2.1.7 作必要修改后, 可适用于反对。”

<sup>192</sup> “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。”

(同上, 第 33 页)

<sup>193</sup> “2.1.6 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或组织。

“2. 保留的告知只有在该通知所要递送的国家或组织、或在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的通知之日算起。

“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。”

(同上, 第 38 页)

本项准则第 3 款引起了一些问题, 因为它制定了一项有关在什么期限内可以对一保留提出反对的规则; 这个问题将在下文第 126 至第 129 段加以详细讨论。

<sup>194</sup> “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应有的适当形式, 并酌情将此事项提请有关国家或国际组织注意。

“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。”

(同上, 第 42 页)

<sup>195</sup> 委员会以同样方式处理了准则草案 1.5.2 (参考准则草案 1.2 和 1.2.1)、2.4.3 (参考准则草案 1.2.1、2.4.6 和 2.4.7), 以及更明显的, 准则草案 2.5.6 (参考准则草案 2.1.5、2.1.6 和 2.1.7) (《2003 年……年鉴》, 第二卷 (第二部分), 第 76 至第 77 页)。

#### (a) 反对的形式

##### (一) 书面形式

95. 根据 1986 年《维也纳公约》第 23 条第 1 款, 对保留的反对“均须以书面提出, 并通知各缔约国和缔约组织及有权成为该条约当事方的其他国家”。

96. 同保留一样,<sup>196</sup> 在委员会内进行辩论时和在联合国条约法会议期间的辩论中, 对保留的反对必须以书面形式提出这一点从未有人表示异议, 而是作为不证自明的事项提出。此外, 第一位起草有关反对的条款的特别报告员汉弗莱·沃尔多克爵士 (另见上文第 87 至第 89 段) 在第一次报告中在完全针对对保留的反对的条款草案第 19 条第 2 款 (a) 项中就规定了“对保留的反对应以书面形式提出”,<sup>197</sup> 而未对这一正式要求给予评注。<sup>198</sup> 虽然特别报告员根据两个国家政府提出的“程序条款要简练一些”<sup>199</sup> 的意见对程序性的准则作了全面修订, 但一直明确规定对保留的反对必须以书面形式提出:

(a) 在一读 (1962 年) 通过的第 19 条第 1 款中: “对保留的反对应以书面形式提出, 并应通知”;<sup>200</sup>

(b) 在特别报告员第四次报告 (1965 年) 中拟议的第 20 条第 5 款中: “对保留的反对必须采用书面形式”;<sup>201</sup>

(c) 在二读 (1965 年) 通过的第 20 条第 1 款中: “保留、对保留的明确接受和对保留的反对, 必须以书面形式提出, 并致送其他缔约国家”。<sup>202</sup>

<sup>196</sup> 见准则草案 2.1.1 (书面形式) 及其评注, 《2002 年……年鉴》, 第二卷 (第二部分), 第 27 页, 第 103 段。

<sup>197</sup> 见上文脚注 181。

<sup>198</sup> 《1962 年……年鉴》[英] (见上文脚注 132), 第 68 页, 第 19 条评注第 (22) 段, 其中请读者参看第 17 条评注 (同上, 第 66 页, 第 (11) 段)。

<sup>199</sup> 《1965 年……年鉴》[英] (见上文脚注 137), 第 53 页, 第 13 段。这两国政府是瑞典政府和丹麦政府 (同上, 第 46 至第 47 页)。

<sup>200</sup> 《1962 年……年鉴》[英] (见上文脚注 136), 第 176 页。

<sup>201</sup> 《1965 年……年鉴》[英] (见上文脚注 137), 第 53 页。

<sup>202</sup> 同上 (见上文脚注 141), 第 162 页。1965 年的条款草案第 20 条, 在委员会 1966 年通过的案文中, 成为附修改的条款草案第 18 条 (《1966 年……年鉴》[英] (见上文脚注 163), 第 208 页)。



在1968年和1969年的维也纳会议上，没有人对书面形式提出异议。相反的，对有关程序的所有拟议修正案都保留了对保留的反对必须以书面形式提出的要求。<sup>203</sup>

97. 反对必须采用书面形式这一点已经确定。通知是适用于反对的另一个程序要求（根据1969年和1986年《维也纳公约》第23条第1款），它必须是一份书面文件；单纯的口头通知无法由条约的保存人存档或登记，也无法通知其他有关国家。此外，出于法律上的可靠性的考虑，采用书面形式也是合理和必要的。人们不应忘记，反对对以下事项具有重大法律影响：保留的可对抗性、条约规定在保留国和反对国之间的可适用性（两项《维也纳公约》第21条第3款）和条约的生效（第20条第4款）。此外，反对推翻了由两项《公约》第20条第5款产生的关于接受的推定，书面形式是一个重要的证据，用于确定一个国家是否真正在该条款规定的时限内对保留表示了反对，或在一国未表示反对的情况下，视其已接受保留。

98. 因此，似乎需要在与准则草案2.1.1并行的准则草案2.6.7中保留1969年和1986年《维也纳公约》第23条第1款的第一部分。

#### “2.6.7 书面形式

“反对必须以书面形式提出。”

#### (二) 表示反对条约生效的意图

99. 如前所述（见上文第68至第75段），对保留作出反对的国家可以反对条约在本国和保留国之间生效。根据1986年《维也纳公约》第20条第4款(b)项，要这样做，还需要“反对国或国际组织明确地表示了”这一意图。

100. 反对影响到条约在保留国和反对国之间生效的有关推定被推翻（见上文第69至第72段）之后，要使条约不生效，就要作出一个明确无误的声

明。<sup>204</sup> 荷兰对针对《防止及惩治灭绝种族罪公约》第九条的保留作出反对的情况就是如此，该国在反对中指出“荷兰王国政府……认为，所有作出或意欲作出此类保留的国家都不是该《公约》的缔约国”。<sup>205</sup> 法国也对美国针对《国际易腐食品运输及其所用特别设备协定》（《易腐食品运输协定》）的保留非常明确地表示了这一意图，宣布它“同美利坚合众国的关系将不受《易腐食品运输协定》的约束”。<sup>206</sup> 与此类似，联合王国在它阿拉伯叙利亚共和国针对1969年《维也纳公约》的保留的反对中声称，它“不接受该《公约》在联合王国和叙利亚之间生效”。<sup>207</sup>

101. 另一方面，仅凭保留被认为违反了条约的目的和宗旨就提出反对，这一事实是不够的。<sup>208</sup> 在这方面，有关做法不容质疑，因为各国经常以这种不符合性为由提出反对，同时又说明这种认定并不妨碍条约在它们与保留者之间生效。<sup>209</sup> 以色列、意大利和联合王国对布隆迪针对《关于防止和惩处侵害应受国际保护人员包括外交代表的罪行的公约》的保留的反对就称这一保留不符合该《公约》的目的和宗旨。但是，这些反对者多少有些含糊不清地指出，它们不会“认为布隆迪已经有效地加入了该《公约》，除非布隆迪撤回这一保留”。<sup>210</sup> 这一声明可能会促使人们讨论已表示的意向的明确性。

<sup>204</sup> 见 Baratta, *Gli effetti delle riserve ai trattati*, 第 352 页。作者说：“毫无疑问，要使有关合格的反对的规则产生预期的后果，作者必须就此表明意图。”

<sup>205</sup> 联合国，《……多边条约》（见上文脚注 165），第四章第 1 节。另见中国的反对（同上）。

<sup>206</sup> 同上，第十一章 B.22 节。另见意大利的反对（同上）。

<sup>207</sup> 同上，第二卷，第二十三章第 1 节。另见联合王国对越南的保留的反对（同上）。

<sup>208</sup> 这一说法只涉及根据 1969 年和 1986 年《维也纳公约》第 20 条第 4 款 (b) 项作出的声明，而不预断另一不同的问题，即不符合条约目的和宗旨的保留是否自动无效；这一问题在关于保留的第十次报告中得到了审查（《2005 年……年鉴》（见上文脚注 66），第 195 至第 200 段），而且将在下一次报告中再次被讨论。

<sup>209</sup> 有许多例子，见欧洲委员会若干成员国以阿拉伯叙利亚共和国对《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》作出的保留不符合《公约》的目的和宗旨为由提出的反对（奥地利、比利时、加拿大、丹麦、爱沙尼亚、芬兰、法国、德国、拉脱维亚、挪威、荷兰、葡萄牙、瑞典）（联合国，《……多边条约》（见上文脚注 165），第十八章第 11 节）。在所有情况下，这些国家均指出，反对并不阻止《公约》在反对国与阿拉伯叙利亚共和国之间生效。另见上文脚注 165 援引的例子。

<sup>210</sup> 同上，第二卷，第十八章第 7 节。

<sup>203</sup> 见西班牙的修正案 (A.CONF.39/C.1/L.149)：“保留、对保留的接受和对保留的反对必须书面提出，并由保留国、接受国或反对国以适当方式致送其他缔约国或有资格成为缔约国的国家。”（《联合国条约法会议》（上文脚注 142），第 138 页，第 192 段 (i) 项。



102. 1969年和1986年《维也纳公约》或其准备工作材料都没有提供有用的说明，说明提出反对的国家或国际组织应在何时明确表示其反对条约在自己和保留国之间生效的意图。然而，可以进行推论。根据两项《维也纳公约》第20条第4款(b)项的推定，反对并不排除条约在提出反对的国家或国际组织与作出保留的国家或组织的条约关系中生效，除非明确声明相反意思，因此，反对的同时如没有附上这种声明，则条约生效，但须适用两项《公约》关于保留对双方关系的影响的第21条第3款。如果提出反对的国家或国际组织在随后的声明中表示相反意图，它不仅将损害法律上的安全性，而且还会放大它的反对：最低效力的反对将变成最大效力的反对（见下文第177段），而应当看到，这根本是不可能的（见下文第176至第180段和准则草案2.7.9）。

103. 因此，反对国要有效地反对条约在它自己和提出保留的国家之间生效，还必须在提出反对的同时，提出1969年和1986年《维也纳公约》第20条第4款(b)项规定的声明。关于条约在双边关系中不生效的声明届时就成为具有最大效力的反对的一项具体内容，它必须是反对的一个组成部分。

104. 于是，国家或国际组织反对条约生效的自由受两个条件的限制：一项明确的声明，以及该声明是在反对中表示（见上文第68至第75段和准则草案2.6.4）。这两个条件反映在准则草案2.6.8中，可措辞如下：

#### “2.6.8 表明反对条约生效的意图

“如果对保留作出反对的国家或国际组织意图反对条约在自己和提出保留的国家或国际组织之间生效，就必须在提出反对时明确表示这一意图。”

#### (三) 陈述理由

105. 尽管初步确立了反对与保留与条约的目的和宗旨的相符性之间的联系（见上文第62段），但汉弗莱·沃尔多克爵士从未设想要求就反对陈述理由。两项《维也纳公约》也未对此作出规定。这很令人遗憾。

106. 当然，正如上文所解释（见第60至第83段），一个国家或国际组织可以以任何理由对保留提出反对，而无论该保留是否有效。“任何国家都不能受它认为不适当的合同义务的约束。”<sup>211</sup> 此外，在第六委员会进行讨论期间，若干国家表示，各国提出反对常常完全是出于政治理由。<sup>212</sup> 如果是这种情况，陈述理由可能会毫无意义地使提出反对的国家或国际组织处于窘境，既不会给反对国或国际组织带来任何好处，也不会给其他有关国家或国际组织带来任何好处。

107. 但是，如果国家或国际组织对保留提出反对是因为它认为保留无效（不管出于何种理由），问题就不是这样了。暂且不谈各国对不符合条约目的和宗旨的保留可能具有作出反对的法律义务，<sup>213</sup> 不管怎样，在“灵活”的条约制度中，反对在确定保留的有效性方面实际发挥着至关重要的作用。在缺少一个保留控制机制的情况下，各国和各国际组织就有义务通过反对来表明它们对特定保留有效性的看法，这种看法必然是主观的。<sup>214</sup> 然而，只能通过有关保留无效性的审议激发的反对来履行这一职能。很难理解，为何在评价保留是否符合1969年和

<sup>211</sup> Tomuschat, 前引文, 第466页。

<sup>212</sup> 见大会第五十八届会议期间，美国代表在第六委员会的发言：“实践表明国家和国际组织出于不同打算反对保留的原因有很多，通常是政治原因多于法律原因。”（《大会正式记录，第五十八届会议，第六委员会》，第20次会议，第9段）。在第六十届会议上，荷兰代表指出：“在目前的体制下，反对所涉政治层面，即反对国对保留的可取性表达的意见，发挥着重要作用，而反对的法律效力却变得越来越无关紧要。”（同上，《第六十届会议，第六委员会》，第14次会议，第31段）；关于反对所涉政治层面，见葡萄牙（同上，第16次会议，第44段）。另见美洲人权法院，凯撒诉特立尼达和多巴哥案，2005年3月11日的判决，案情实质，赔偿和费用，C辑，第123号，A.A.坎卡多·特林达德法官的个别意见，第24段。

<sup>213</sup> 荷兰认为“缔约国，作为一项具体条约的监护者，即使没有法律义务，也有道德义务反对违背该条约目标和宗旨的保留”（《大会正式记录，第六十届会议，第六委员会》，第16次会议，第29段）。由此来看，“当一个缔约方被要求诚信地履行它的承诺时，便禁止它接受不符合条约目的和宗旨的保留”（弗朗索瓦斯·汉普森提交的关于人权条约的保留的最后工作文件(E/CN.4/Sub.2/2004/42)，第24段）；然而，汉普森女士认为，似乎又没有一般性义务必须对不符合条约目的和宗旨的保留表示反对（同上，第30段）；特别报告员的初步立场也是这样。

<sup>214</sup> 某些条约制度竟然到了根据反对的数目来决定保留是否可以接受的地步。例如见《消除一切形式种族歧视国际公约》第二十条第二款，该款规定：“凡与本公约之目标及宗旨抵触之保留不得容许，其效果足以阻碍本公约所设任何机关之业务者，亦不得准许。凡经至少三分之二之本公约缔约国反对者，应视为抵触性或阻碍性之保留\*。”

1986年《维也纳公约》第19条的规定时，要考虑那些完全出于政治理由提出的反对。即便只是由于这个原因，尽可能指明反对的理由看起来也是合理的，甚至是必要的。

108. 此外，陈述反对的理由不仅能让作出保留的国家或国际组织了解其他有关国家和有关国际组织对保留的有效性的看法，而且也能对那些需要确定有关保留是否符合条约的监测机构提供重要证据。因此，在洛伊齐杜一案中，欧洲人权法院确认了其有关土耳其声明的保留和《欧洲人权公约》其他缔约国作出的反对的结论。<sup>215</sup> 与此类似，汉普森女士在2004年提交给增进和保护人权小组委员会的工作文件中指出，“条约机构为了履行职责，需要审查条约缔约方的保留和反对”。<sup>216</sup> 人权事务委员会本身在第24号一般性评论中对各国提出反对的做法和可根据反对得出的有关评估保留有效性的结论深表怀疑；但是，其中仍然表示“国家保留态度遇到的反对意见可以帮助委员会解释该保留是否符合条约的目的和宗旨”。<sup>217</sup>

109. 各国的做法表明，各国往往不仅在反对中表明它们认为有关保留违背了条约的目的和宗旨，而且或多或少详细地解释了它们是如何和为什么得出这一结论的。在大会第六十届会议上，意大利出席第六委员会的代表认为，委员会应鼓励各国采用1969年《维也纳公约》第十九条中规定的方式来阐明它们的反对。<sup>218</sup>

110. 有鉴于这些考虑，加之维也纳制度未规定提出反对必须说明理由的义务，似乎宜在《实践指南》中列入一项准则草案，鼓励各国（和国际组织）

扩大和形成说明理由的做法。<sup>219</sup> 但是，应明确表明，这样的规定只是一种建议，是指导各国实践的一项准则，而不是对既定国际法规则的编纂。<sup>220</sup>

111. 因此，特别报告员提议准则草案2.6.10措辞如下：

#### “2.6.10 陈述理由

“反对应尽可能说明作出反对的理由。”

#### (b) 反对的确认

112. 与1969年《维也纳公约》第二十三条第二项关于保留的规定相反，<sup>221</sup> 根据该《公约》第二十三条第三项，如果反对是在保留获得正式确认之前作出，则该反对无须经过反对方正式确认；第二十三条第三项案文如下：

明示接受保留或反对保留系在确认保留前提出者，其本身无须经过确认。

113. 这项规定是在1969年《维也纳公约》准备工作的相当晚期才被纳入。早期关于提出反对所适用的程序的条款草案并不涉及对尚未获得正式确认的保留作出反对的情况。直到1966年，反对无须确认这一点才在二读通过的条款草案第18条第3款中加以表述，而未作出任何解释或说明；<sup>222</sup> 但它在当时被陈述为属于拟议法的范畴。<sup>223</sup>

<sup>219</sup> 委员会已经对这一设想表示欢迎（《2003年……年鉴》，第二卷（第二部分），第72页，第352段）。

<sup>220</sup> 这不是《实践指南》中第一个起建议作用的准则。见关于定期审查保留的实用性的准则草案2.5.3（同上，第78页，第368段）。

<sup>221</sup> 另见准则草案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、接受或核准的条约时提出的保留，须由保留国或保留国际组织在表示同意接受条约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。”（《2001年……年鉴》，第二卷（第二部分），第157段。）对这项准则草案的评注，见第157段（同上）。

<sup>222</sup> 见《1966年……年鉴》[英]（见上文脚注163），第208页。

<sup>223</sup> “委员会认为，在保留获得确认之前对这项保留作出的反对不需要在保留获得确认之后重申”（同上，评注第(5)段）。

<sup>215</sup> 洛伊齐杜诉土耳其案，欧洲人权法院，《A辑：判决和裁决》，第310卷（初步反对意见），1995年3月23日的判决，第28至第29页，第81段。另见瑞典代表北欧国家在第六委员会的发言（《大会正式记录，第六十届会议，第六委员会》，第14次会议，第22段）。

<sup>216</sup> E/CN.4/Sub.2/2004/42号文件（见上文脚注213），第28段。还可一般参阅这一重要研究报告的第21至第35段。

<sup>217</sup> 人权事务委员会报告，《大会正式记录，第五十届会议，补编第40号》(A/50/40)，第一卷，附件五，第17段。

<sup>218</sup> 《大会正式记录，第六十届会议，第六委员会》，第16次会议，第20段。

114. 毫无疑问, 这项规则合乎情理: 提出保留牵涉到所有已经或有资格成为缔约方的国家和国际组织; 而接受和反对主要涉及的是保留者与每个表示接受或反对的国家或组织之间的双边关系。保留是向所有缔约方发出的一项“要约”, 这些缔约方可接受也可拒绝; 是保留国或组织危害了条约的完整性, 并可能使条约降格为一系列的双边关系。另一方面, 接受或反对是在保留获得确认之前还是之后作出并不重要: 重要的是保留国或组织获知其伙伴的意图,<sup>224</sup> 只要各方都遵守了第二十三条第一项确立的告知程序, 情况就是如此。

115. 有关确认反对的国家实践非常少, 而且不一致: 各国有时会在保留国本身确认其保留之后确认先前作出的反对, 有时又不这样做。<sup>225</sup> 虽然这第二种做法似乎更为常见, 但此种确认的存在并不会使第二十三条第三项所制定规则的积极意义无效: 它们绝不属于因感觉到有法律义务(法律确信)而采取的防范措施。

116. 有鉴于此, 只需在《实践指南》中重复1969年和1986年《维也纳公约》第23条第3款所述规则即可:

“2.6.11 在保留获得正式确认之前作出的反对无须确认

“国家或国际组织在保留根据准则草案2.2.1获得确认之前对该保留作出的反对本身无须确认。”

117. 不过, 1969年和1986年《维也纳公约》第23条第3款并没有回答这样一个问题, 即如果国家

<sup>224</sup> 国际法院在1951年5月28日关于对《防止及惩治灭绝种族罪公约》的保留案的咨询意见中介绍了签署者以“警告”形式对保留者作出的反对(《1951年国际法院汇编》(见上文脚注101), 第29页)。另见下文第119段和第122段。

<sup>225</sup> 例如, 澳大利亚和厄瓜多尔对白俄罗斯苏维埃社会主义共和国、捷克斯洛伐克、乌克兰和苏维埃社会主义共和国联盟在签署《防止及惩治灭绝种族罪公约》时提出的保留作出了反对; 这些保留国到批准该《公约》时才对这些保留加以确认, 而澳大利亚和厄瓜多尔没有确认它们的反对(联合国, 《……多边条约》(见上文脚注165), 第四章第1节)。与此类似, 爱尔兰和葡萄牙也没有确认它们对土耳其在签署《儿童权利公约》时提出、后来在批准文书中才确认的保留(同上, 第四章第11节)。另一方面, 卡塔尔在批准该《公约》并确认它对该《公约》的保留时, 芬兰就确认了它此前对卡塔尔的保留所作的反对(同上, 第331页)。

或国际组织在作出反对之时尚未表示同意接受条约约束, 那么该反对是否须经过最终确认才能产生所设想的效力。虽然汉弗莱·沃尔多克爵士没有忽视签署国或仅有权成为条约缔约方的国家提出反对的情况,<sup>226</sup> 但却从未提出有关此种保留的随后确认问题。<sup>227</sup> 波兰在联合国条约法会议期间就这个问题作出的提议<sup>228</sup> 没有得到审议。因此, 这两项《公约》在这方面存在空白, 委员会应设法加以弥补。

118. 在这方面的国家实践几乎没有。一个难得的例子是美国就针对1969年《维也纳公约》本身的多项保留提出的反对。<sup>229</sup> 美国在对阿拉伯叙利亚共和国的保留提出的反对(至今仍未表示同意接受该《公约》约束)中表明, 该国

有意在其未来成为《维也纳条约法公约》缔约方之时, 重申其对上述保留的反对\*, 并拒绝在自身与阿拉伯叙利亚共和国之间形成《公约》第五编各项规定下的所有条约关系, 对此, 阿拉伯叙利亚共和国拒绝接受《公约》附件所述的强制和解程序。<sup>230</sup>

奇怪的是, 美国对突尼斯的保留提出的第二项反对却没有这样的明确表述。

119. 国际法院在1951年咨询意见中似乎也认为, 非缔约国作出的反对无须确认。国际法院认为:

<sup>226</sup> 特别见汉弗莱·沃尔多克爵士在其关于条约法的第一次报告中提议的条款草案第19条第3款(b)项(《1962年……年鉴》[英](上文脚注132), 第62页)以及在其关于条约法的第四次报告中提议的条款草案第20条第6款(《1965年……年鉴》[英](上文脚注137), 第53页)。

<sup>227</sup> 或许通金先生发表的评论是一个例外, 《1965……年鉴》[英], 第一卷, 第799次会议, 第38段: “显然, 现代实践主张, 只有在最终同意接受约束时提出或确认的保留才是有效保留, 这正是1962年草案反映的推定内容。这也可以适用于对保留的反对。这一点已经部分纳入了特别报告员提议的新的第20条的案文第6款中。”

<sup>228</sup> A/CONF.39/6/Add.1号文件, 第18页。波兰政府提议将第18条第2款(后来成为第23条)拟订如下: “在以批准、接受或核准为条件通过案文或签署条约时提出的保留及可能对该保留作出的任何反对, 均须由保留国和反对国在表示同意接受条约约束时正式确认。遇此情形, 该项保留和反对应被视为在它们获得确认之日作出。”

<sup>229</sup> 有关的保留是阿拉伯叙利亚共和国和突尼斯提出的(联合国, 《……多边条约》(见上文脚注165), 第二卷, 第二十三章第1节)。

<sup>230</sup> 同上。



在批准之前，签署所产生的临时地位使签署方有权利提出临时性的反对作为一项预防措施。如果签署之后未作批准，这类反对就将消失，反之则随着批准而生效\*。

……

作出保留的国家将获知，一旦宪法或其他方面可导致时效中止的程序已经完成，它就将面对一项具有完全法律效力的有效反对。<sup>231</sup>

鉴此，国际法院似乎已承认，一旦批准，反对就自动生效，无须经过确认。<sup>232</sup>只不过国际法院尚未就这个问题正式表态，而辩论也依然未结束。

120. 但是，1969年和1986年《维也纳公约》的案文并没有要求国家或国际组织对在批准或核准之前作出的反对加以确认，据此可以推断，委员会委员和参加联合国条约法会议的代表都不认为此种确认有必要。<sup>233</sup>波兰为了使反对在这方面同保留一致而提出的修正案<sup>234</sup>未获通过，这一事实也确证了这一观点。如果能铭记两项《公约》第23条第2款所牢固确立的、关于在签署条约时提出的保留须经过正式确认这一要求在委员会通过之时严格而言在性质上属于逐渐发展而非编纂，<sup>235</sup>那么这些考虑就更加具有说服力。因此，在这一点上，将针对提出保留和提出反对的程序规则作出区分不能被认为是一种疏漏，而应合乎情理地视为已经过深思熟虑。

121. 关于国家或国际组织在表示同意接受条约约束之前作出的反对无须正式确认这一点，还有其他理由。保留由于危及条约完整性而常常被视为“必

要之损害，但仍然是一种损害”，<sup>236</sup>而反对只是对其他相关国家或国际组织的公开回应，目的是在缺乏集中监测机制的情况下，监测或限制提出保留的自由。诚然，反对可能对条约产生决不可以忽视的影响，甚至还可能阻碍条约生效。但保留无疑才是真正的“损害”<sup>237</sup>；必须从实质内容和形式方面对保留作出限制，这样才能使提出保留的国家或国际组织能够评估其单方面声明的范围。反对当然决不是无关痛痒的行为：其他缔约方只有通过反对，才能对保留的有效性或适当性发表看法。从这个角度看，形式上的要求，只要不过分，可在可能范围内阻止提出保留的做法。

122. 保留国或国际组织在成为条约缔约方之前提出的保留不会产生任何法律效力，在国家有效表示同意接受条约约束之前，它始终是一纸空文。在这种情况下，尤其是在保留一旦被接受，就将改变这一同意的情况下，要求对该保留作出正式确认是合理的。反对的情况则有所不同。虽然反对在作出反对的国家或国际组织成为缔约方之后也只会产生1969年和1986年《维也纳公约》第20条第4款和第21条第3款所述的效力，但它在此之前并非没有意义。反对其实是反对方对保留的有效性或可接受性问题发表的看法，因此，有权评估保留有效性的机构可能会对其加以考虑（见上文第108段）。此外，国际法院有关这一点的咨询意见依然有效，即反对是反对国就其对保留的态度向保留国发出的通知。国际法院指出：

签署国对一项保留作出反对所追求的法律利益因此可得到充分保障。作出保留的国家将获知，一旦宪法或其他方面可导致时效中止的程序已经完成，它就将面对一项具有完全法律效力的有效反对，因此，它将在反对被说明之后，考虑是维持还是撤回其保留。<sup>238</sup>

所以，这种在表示同意接受条约约束之前提出的反对将促使保留国以与缔约国作出反对的情况下

<sup>231</sup> 《1951年国际法院汇编》（见上文脚注101），第28至第29页。

<sup>232</sup> 在这个意义上见Horn，前引书，第137页。

<sup>233</sup> 同上。

<sup>234</sup> 见上文脚注228。

<sup>235</sup> 见汉弗莱·沃尔多克爵士的第一次报告（《1962年……年鉴》[英]（上文脚注132），第66页，第17条评注第(11)段）；Greig, “Reservations: equity as a balancing factor?”, 第28页；以及Horn，前引书，第41页。另见准则草案2.2.1（正式确认在签署条约时提出的保留）的评注，《2001年……年鉴》，第二卷（第二部分），第202页，第157段，第(8)段。

<sup>236</sup> 《1965年……年鉴》[英]，第一卷，第797次会议，第151页，第38段（阿戈先生）；另见Gamble Jr., “The 1982 U.N. Convention on the Law of the Sea: a ‘midstream’ assessment of the effectiveness of Article 309”, 第628页。

<sup>237</sup> 特别报告员不认为保留在所有情况下及任何情形中都必定是一种损害。

<sup>238</sup> 《1951年国际法院汇编》（见上文脚注101），第29页。



所采方式相同的方式，重新思考、修改或撤回其保留。但如果反对国需要在表示同意接受条约约束时确认其反对，那么这种通知就会变得可有可无。特别报告员因此认为，要求另行正式确认，将会大大损害尚未成为缔约方的国家和国际组织提出反对的自由。

123. 此外，在这种情况下不确认反对，并不会带来任何法律安全性方面的问题。同任何涉及条约的通知或告知一样，<sup>239</sup> 签署国或有权成为条约缔约方的国家所提出的反对都必须以书面形式作出，并按缔约方作出反对的形式进行告知和通知。而且，反对与保留不同，它只改变适当收到通知的保留国与反对国双边关系中的传统关系。反对国相对条约其他缔约国的权利和义务不受任何影响。

124. 综上所述，有理由认为，尚未表示同意接受条约约束的国家或国际组织提出的反对完全没有正式确认的必要。但1969年和1986年《维也纳公约》对此未作规定，这一做法必须予以修正，以消除对这个问题的任何疑虑。这一目的可以通过草拟准则草案2.6.12达到：

“2.6.12 在表示同意接受条约约束之前作出的反对无须确认<sup>240</sup>

“国家或国际组织在表示同意接受条约约束之时，无须对其在表示同意接受条约约束之前作出的反对加以正式确认。”

(c) 可以提出反对的时间

125. 关于国家或国际组织何时及在何时之前可提出反对的问题，1969年和1986年《维也纳公约》第20条第5款作了部分和间接的回答。在1986年案中，该条款规定：

为第2和第4款的目的，<sup>241</sup> 除该条约另有规定外，如一国或一国际组织直至其接到关于保留的通知后十二个月期间届满之日或直至其表示同意受条约拘束之日，并未对该保留提出反对，该保留就被认为已为其所接受，上述两个日期以较后的一个为准。

126. 需要指出的是，委员会于2002年通过的准则草案2.1.6（告知保留的程序）第3款从这项规定中得出了关于在什么时间期限内可提出反对的明确结论。该段案文如下：

可对保留提出反对意见的时间始于一国或一国际组织接到该项保留的通知之日。<sup>242</sup>

127. 这一规定在特别报告员的提案<sup>243</sup> 和起草委员会的报告<sup>244</sup> 中都未出现，而是经加亚先生提议<sup>245</sup> 后在全体会议上增列入准则草案2.1.6的，当时这一提议得到了特别报告员的欢迎。<sup>246</sup> 然而，仔细一想，这项规定中对提出反对的期限表述造成了两个困难：

(a) 首先，在一项关于保留告知程序的准则草案中列入一项不涉及保留却涉及反对的规则，其逻辑可能会被质疑；<sup>247</sup>

<sup>241</sup> 第2款涉及对参与范围有限的条约作出的保留；第4款确定了除条约明确准许的保留外，所有情况下接受保留和反对的效力，包括参与范围有限的条约和国际组织的组成文件。

<sup>242</sup> 《2002年……年鉴》，第二卷（第二部分），第24页。

<sup>243</sup> 见《2001年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/518和Add.1-3号文件，第173和第174页，第153段和第155段，其中列有特别报告员提议的准则草案2.1.6和2.1.8，这两项准则草案是委员会最终通过的准则草案2.1.6的来源。

<sup>244</sup> 见山田先生对起草委员会报告的介绍，《2002年……年鉴》，第一卷，第2733次会议，第164页，第21至第24段。

<sup>245</sup> 同上，第166页，第43段。

<sup>246</sup> 同上，第45段。

<sup>247</sup> 需要注意的是，这项规定所附的简短评注对委员会作出该决定的原因未作任何说明：

“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《维也纳公约》第20条第5款（这又依据1969年《维也纳公约》相应条款）中体现的原则，案文为：

“……除条约另有规定外，倘一国或国际组织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，两者中以较后之日期为准，迄未对保留提出反对，此项保留即视为业经该国或国际组织接受。”

<sup>239</sup> 见1969年《维也纳公约》第七十八条和1986年《维也纳公约》第79条。

<sup>240</sup> 此项准则草案的标题借鉴了准则草案2.4.4（无须确认在签署条约时提出的解释性声明）见《2001年……年鉴》，第二卷（第二部分），第217页。

(b) 其次, 更为严重的是, 该准则草案第3款虽然不是不准确, 但不够完整, 可能会引起混淆: 因为它只提到了可提出反对的期限的起始日期(起算日期)问题(而且还不完整<sup>248</sup>), 而对终止日期问题全然不顾; 很明显, 后面这个问题肯定不能省略处理, 如果不提及起始日期, 就难以单独对其作出回答并确定这个期限的终止日期。<sup>249</sup>

128. 在这种情况下, 看来必须在《实践指南》的这一部分中列入一项关于提出反对之期限的全面准则草案; 这正是准则草案2.6.13的目的所在。不妨更加贴近地采用1986年《维也纳公约》第20条第5款的相关部分案文, 将该准则草案拟订如下:

#### “2.6.13 提出反对的期限

“除条约另有规定外, 一国或一国际组织可在接到关于保留之通知后十二个月期限届满之日前或该国或该国际组织表示同意接受条约约束之日前提出对该项保留的反对, 上述两个日期以较后的一个为准。”

129. 很明显, 该准则草案在一定程度上重复了准则草案2.1.6第3款, 同时也对其作了完善, 消除了含糊不清之处。因此, 委员会有两条路可选。它可以决定删除准则草案2.1.6第3款(以及对该条款的评注第(24)段), 这样做比较一致, 缺点是要重新开始一项已经通过的条款。它也可以决定让两个条款并存(两者彼此并不冲突, 但如果两者都被保留则会让人困惑), 同时在《实践指南》草案二读期间, 保留删除准则草案2.1.6第3款以实现必要的一致性的可能。至于如何选择, 特别报告员提请委员会定夺。

130. 不过, 准则草案2.6.13只是部分回应了关于从何时起可对保留提出反对这个问题。案文确实已明确指出, 可提出反对的期限始于有意提出反对的国家或国际组织接到关于保留的通知之时, 这意味着, 从那一日开始就可以提出反对。但不能因此就认为, 反对一定不能更早一些作出。与此类似, 委员会于2005年通过的关于反对的定义(见上文第58段)就此明确规定, 国家或国际组织可“对另一国或另一国际组织对条约提出的一项保留\*”作出反对, 这似乎意味着, 国家或国际组织只有在保留已经提出的情况下才能作出反对。从理论上讲, 这似乎颇合逻辑, 但其结论可能有些仓促。

131. 实际上, 国家实践表明, 各国还会提出“先发制人的”反对。例如, 智利针对1969年《维也纳公约》提出了下列反对:

智利共和国对已经作出或今后可能作出的针对《公约》第六十二条第二项的保留提出反对。<sup>250</sup>

同样, 日本也曾提出如下反对:

日本政府反对任何旨在排除全部或部分适用第六十六条及附件中关于解决争端强制程序的各项规定而作出的保留, 并认为日本与已经或有意提出此种旨在排除上述强制性程序对《公约》第五编各项规定的适用的保留的国家之间不存在条约关系。<sup>251</sup>

不过, 日本政府在这一反对的第二部分指出, 这项反对针对阿拉伯叙利亚共和国和突尼斯具有效力(中等效力<sup>252</sup>)。后来, 日本重申其声明, 并澄清该反对对于已经提出与阿拉伯叙利亚共和国和突尼斯所提出的保留相似的保留的德意志民主共和国和苏维埃社会主义共和国联盟也具有相同效力。<sup>253</sup>其他国家则对另一个缔约国对这些规定新提出的保留逐一提出了新的反对。<sup>254</sup>

<sup>248</sup> “应该指出, 在这种情况下, 通知生效日期因接收时间不同可能会因国家或组织而异。”

(同上, 第二卷(第二部分), 第41页, 准则草案2.1.6的评注第(24)段)。加亚先生和特别报告员在这方面的立场(上文脚注245和246)几乎没有说得更清楚: 他们都仅仅是提及了1969年和1986年《维也纳公约》第20条第5款。

<sup>249</sup> 见下文第130至第135段和准则草案2.6.14。

<sup>249</sup> 无论如何, 准则草案2.1.6第3款的评注(上文脚注247)明确提及了的1969年和1986年《维也纳公约》第20条第5款, 这也说明同一个道理。

<sup>250</sup> 联合国, 《……多边条约》(见上文脚注165), 第二卷, 第二十三章第1节。

<sup>251</sup> 同上。

<sup>252</sup> 关于反对的“中等”效力(见《2003年……年鉴》(上文脚注3), 第54页, 第95段)。

<sup>253</sup> 联合国, 《……多边条约》(见上文脚注165), 第二卷, 第二十三章第1节。

<sup>254</sup> 例如见德国、荷兰、新西兰、联合王国和美国对若干国家就1969年《维也纳公约》作出的类似保留所作的声明和反对(同上)。

132. 日本对巴林<sup>255</sup>和卡塔尔就《维也纳外交关系公约》提出的保留所作的反对还明确指出, 不仅两项直接相关的保留被视为无效, 而且[日本的]“这一立场也同样适用于其他国家今后可能为同一目的作出的任何保留”。<sup>256</sup>

133. 希腊针对《防止及惩治灭绝种族罪公约》的反对也属于事先反对。它声明:

我们还声明, 我们过去没有接受、现在也不会接受此项文书的签署国或者已经加入或可能加入此项文书的国家已经或可能作出的任何保留。<sup>257</sup>

荷兰也对涉及同一公约第九条的保留作出了一般性的反对。虽然该项反对列出了已经作出此种保留的国家, 但其结论是: “荷兰王国政府认为, 任何已经或将要提出此种保留的国家都不是《公约》的缔约方。”不过, 该项反对在1996年针对马来西亚和新加坡的声明而被撤回, 同时针对撤回了各自保留的保加利亚、匈牙利和蒙古而撤回。<sup>258</sup>

134. 所以, 在这方面的国家实践大相径庭。但特别报告员认为, 没有任何理由阻止国家或国际组织在保留提出之前提出先发制人的或者预防性的反对, 或者在保留已经提出的情况下, 阻止事先声明反对任何相同或类似的保留。当然, 只有在其他缔约国或其他缔约组织提出相应的保留时, 此类反对才会产生1969年和1986年《维也纳公约》第20条第4款和第21条第3款所述的效力。<sup>259</sup>这种情况与仅仅签署而尚未成为缔约方的国家或国际组织提出的保留遭到另一国家或组织反对的情况没有太大差别; 如果保留国在表示同意接受条约约束之时确认了保留, 此类反对就不需要任何正式确认(见上文第117

至第124段以及准则草案2.6.11)。先发制人的反对仍然是反对方关于拒绝接受某种保留的通知。正如国际法院所指出的, 此类通知一方面保障了反对国的权利, 另一方面又警告了有意提出相应保留的其他国家: 此类保留将遭到反对(见上文第122段所引述的国际法院1951年咨询意见的有关章节)。

135. 现在的问题就是, 有无必要为此在《实践指南》中单列一项准则, 还是只需在关于提出反对之期限的准则2.6.13的评注中指明, 通知保留的日期即构成这一期限的起始日期, 但不一定必须在此日期之后才可作出反对。先发制人的反对有诸多好处, 看来有必要单独通过一项针对这一做法的准则草案, 不妨将其草拟如下:

#### “2.6.14 先发制人的反对

“一国或一国际组织可对潜在或未来的特定保留, 或对此种保留的特定类别提出反对, 也可在其与此种潜在或未来保留作出者之间的关系中排除条约的整体适用。此种先发制人的反对只在保留已切实提出并给予通知的情况下才产生法律效力。”

136. 如同可以预先提出反对一样, 没有任何理由阻止国家或国际组织逾期提出反对, 也就是说, 在12个月期限(或条约规定的任何其他期限)届满之后, 或在12个月期限届满后加入条约的国家和国际组织表示同意接受条约约束之后。

137. 这一做法绝非鲜见。洪恩在1988年发表的一项研究报告中就曾认定, 在调查的721项反对中, 有118项属于逾期提出,<sup>260</sup>此后这一数字又有增加。<sup>261</sup>许多例子<sup>262</sup>涉及人权条约,<sup>263</sup>也有一些涉

<sup>255</sup> 同上, 第一卷, 第三章第3节。对于1971年11月2日巴林提出的保留, 日本于1987年1月27日作出的反对必须视为逾期。这无疑是由于日本的反对还涉及卡塔尔于1986年6月6日提出的保留, 秘书长才将其作为“反对”印发, 而不是按照习惯做法, 将其作为普通的“来文”。不过, 这样做并没有预判这项逾期提出的反对可能产生的效力。

<sup>256</sup> 同上。

<sup>257</sup> 同上, 第四章第1节。除这项一般性反对外, 希腊还对美国的保留提出了两项进一步的反对(同上)。

<sup>258</sup> 同上。

<sup>259</sup> 也不会产生假设在法律上可能产生其他效力前提下的任何其他效力。

<sup>260</sup> Horn, 前引书, 第206页。另见Riquelme Cortado, 前引书, 第264至第265页。

<sup>261</sup> Riquelme Cortado, 前引书, 第265页。

<sup>262</sup> 后面引述的只是秘书长查明的例子, 因此以“来文”形式发出通知。实际上, 研究报告之所以显得复杂, 是因为交存秘书长的多边条约汇编中所指明的不是通知日期, 而是交存包含保留的文书的日期。

<sup>263</sup> 见里克尔姆·科尔塔多编制的详尽清单, 前引书, 第265页, 脚注316。



及涵盖条约法<sup>264</sup>、打击恐怖主义<sup>265</sup>、《联合国人员和有关人员安全公约》<sup>266</sup>和《国际刑事法院罗马规约》<sup>267</sup>等主题的条约。

138. 这一做法确实无可厚非。恰恰相反，它能使各国和国际组织通过反对表达对一项保留、哪怕是在12个月前提出的保留的有效性的看法；尽管此类逾期的反对不会产生任何直接的法律效力，但它是有好处的。实际上，对监测机构或各国际法院等解释机构而言，有关国家和国际组织对一项保留的有效性的立场正是确定该保留之有效性时需考虑的一个要素（另见上文第108段）。此外，逾期提出的反对也是促成保留开展对话的一个要素。<sup>268</sup>

139. 不过，根据1969年和1986年《维也纳公约》第20条第5款，如果一个国家或国际组织在保

<sup>264</sup> 同上，脚注317。

<sup>265</sup> 见针对巴基斯坦（2002年8月13日）在加入《制止恐怖主义爆炸事件的国际公约》时作出的声明所作的逾期反对：摩尔多瓦共和国（2003年10月6日）、俄罗斯联邦（2003年9月22日）和波兰（2004年2月3日）（联合国，《……多边条约》（上文脚注165），第二卷，第十八章第9节，注5）；或一些国家针对另一些国家就《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》提出的保留所作的逾期反对：俄罗斯联邦（2005年6月7日）和阿根廷（2005年8月22日）针对比利时的保留（2004年5月17日）；比利时（2004年9月24日）、俄罗斯联邦（2005年3月1日）、日本（2005年7月14日）和阿根廷（2005年8月22日）针对约旦的保留（2003年8月28日）；摩尔多瓦共和国（2003年10月6日）、德国（2004年6月17日）和阿根廷（2005年8月22日）针对朝鲜民主主义人民共和国的保留（2001年11月12日签署时提出；由于该国没有批准该《公约》，其保留也未经确认）（同上，第十八章第11节，注4、5和8）。

<sup>266</sup> 见葡萄牙（2005年12月15日）针对土耳其的声明（2004年8月9日）提出的逾期反对（同上，第十八章第8节，注4）。

<sup>267</sup> 见爱尔兰（2003年7月28日）、联合王国（2003年7月31日）、丹麦（2003年8月21日）和挪威（2003年8月29日）针对乌拉圭的解释性声明（2002年6月28日，反对国认为是一项禁止的保留）所作的逾期反对（同上，第十八章第10节，注7）。

<sup>268</sup> 继瑞典提出逾期反对之后，泰国撤回了它对《儿童权利公约》的保留（同上，第一卷，第四章第11节，注13）。关于乌拉圭对《国际刑事法院罗马规约》的解释性声明（见上文脚注267），乌拉圭通过2003年7月21日的来文说明了它作出声明的理由，并保证该解释性声明绝对不是保留。巴拉塔认为：

“反对是一种工具，不仅仅也不主要是用于明确表示不赞成其他人的保留以及有时指出其不符合国际法下的其他义务，而且主要用于促使保留者重新考虑甚至是撤回其保留。”

（前引书，第319至第320页）

留提出之后12个月内或在表示同意接受条约约束之日前未提出反对，即它被视为已接受此项保留及其产生的一切后果。关于这种默示接受的效力问题，特别报告员将在下一次报告中作进一步的阐述，本报告在此不予详细研究，而只需指明，这种接受的效力在原则上将导致条约在保留国（或国际组织）与被视为已接受此项保留的国家（或组织）之间生效。如因一项逾期多年提出的反对而质疑此种结果，法律安全就必然会遭受严重损害。作为多边条约保存人，秘书长的做法也证实了这一观点。秘书长收到逾期提出的反对之后，会将其作为“来文”而不是作为反对向其他相关国家和组织发出通报。<sup>269</sup>

140. 各国似乎都已意识到，此类过时的反对不能产生按时作出的反对所能产生的那种正常效力。联合王国在其（在规定的12个月期限内作出的）针对卢旺达就《防止及惩治灭绝种族罪公约》第九条作出的保留的反对中表示，它希望“将有关他们对德意志民主共和国作出并于1973年4月25日来函通知的[与卢旺达的保留]类似的保留也将采取相同立场[换句话说，就是他们不能接受该保留]之事记录在案”。<sup>270</sup>显然，英国对于德意志民主共和国的保留的反对已经逾期。该反对措辞慎重这一点表明联合王国并未期望此项反对会产生在1969年《维也纳公约》第二十条第五项规定的期限内提出的反对的法律效力。

141. 2002年1月21日秘鲁针对奥地利就秘鲁对1969年《维也纳公约》的保留所作的一项仅仅逾期数日的反对<sup>271</sup>发出的来文非常有意思：

<sup>269</sup> 《……实务提要》（见上文脚注172），第213段。不过，在《……多边条约》（见上文脚注165）中，在“反对”一节中给出了若干逾期反对的例子。例如，日本（1987年1月27日）对巴林（1971年11月2日）和卡塔尔（1986年6月6日）就《维也纳外交关系公约》所作保留的反对。虽然这一保留针对巴林的保留而言严重逾期，而针对卡塔尔的保留而言则是在期限内作出的；这无疑就是此项反对是作为反对、而不是“来文”进行通报的原因（同上，第三章第3节）。这种情况还包括联合王国（1975年11月21日）针对卢旺达（1975年4月16日）的保留所作的反对，其中也涉及德意志民主共和国（1975年4月25日）的保留（见下文第140段）。

<sup>270</sup> 《……多边条约》（见上文脚注165），第四章第1节。

<sup>271</sup> 该项逾期反对已作为“来文”加以通知（同上，第二卷，第二十三章第1节，注18）。



[秘鲁政府提到奥地利政府针对秘鲁在批准时所作保留而发出的来文]。在本文件中，会员国被提请注意奥地利政府的一项来文，其中表示，该国反对2000年9月14日秘鲁政府在交存相关批准书时作出的针对《维也纳条约法公约》的保留。

[秘书处内]众所周知，《维也纳公约》第二十条第五项规定，“倘一国在接获关于保留之通知后十二个月期间届满时（……），迄未对保留提出反对，此项保留即视为业经该国接受”。秘鲁批准《维也纳公约》和提出这项保留之事均于2000年11月9日告知各会员国。

鉴于秘书处于2001年11月14日收到奥地利政府发出的来文，并于2001年11月28日分发给各会员国，秘鲁代表团认为，奥地利政府已默示接受秘鲁提出的保留，因为在《维也纳公约》第二十条第五项所述的12个月期限内，没有任何一方提出反对。秘鲁政府认为，奥地利政府的来文系逾期提交，不具有任何法律效力。<sup>272</sup>

虽然认为奥地利的来文不具有任何法律效力的观点似乎有点过分，但秘鲁的来文非常清晰地表明，逾期的反对并不妨碍根据1969年和1986年《维也纳公约》第20条第5款进行关于接受的推定。

142. 由此可见，逾期的反对可能是确定一项保留之有效性的一个要素，但它不能产生1969年和1986年《维也纳公约》第20条第4款(b)项和第21条第3款规定下的反对所能产生的“正常”效力。<sup>273</sup>

143. 当然不应阻止各国提出逾期的反对：正好相反。但要强调的是，此类逾期的反对不能产生1969年和1986年《维也纳公约》所述的效力。这正是需要赋予两项《维也纳公约》第20条第5款的含义。

#### “2.6.15 逾期的反对

“在准则2.6.13规定的期限届满之后对一项保留提出的反对，不会产生在该期限内作出的反对所能产生的所有法律效力。”

<sup>272</sup> 同上。

<sup>273</sup> 然而，这不预断关于被视为已接受的保留是否及如何产生该两项《公约》第21条第1款所规定的“正常”效力的问题。为产生这一效力，仅有其他国家的同意是不够的；保留还必须满足这两项《公约》第19条和第23条所规定的有效性条件。

144. 这项准则草案的措辞比较灵活，为逾期反对方面既有的国家实践留出了余地。它不禁止国家或国际组织在规定期限，即接到关于保留之通知后12个月（或条约规定的任何其他期限）之后，或在其表示同意接受条约约束之日后（如果这一时限较晚），提出反对。不过，鉴于此类逾期的反对不能产生在经准则2.6.13（提出反对的期限）转载的、1969年和1986年《维也纳公约》第20条第5款所规定期限内作出的保留所能产生的“正常”效力，因此，似宜使用“提出”一词代替“作出”（见上文第60段）。逾期的反对不能产生一项反对的“正常”效力，这并不意味着它没有任何效力（见上文第138段）。

### 3. 撤回和修改对保留的反对

145. 与撤回保留的情况一样，1969年和1986年《维也纳公约》也只是非常粗略地处理了撤回对保留的反对问题，<sup>274</sup>其中仅仅对撤回反对的方式及撤回反对之举生效的时间的说明。至于反对的修改，则只字未提。

146. 第二十二项规定：

二、除条约另有规定外，对保留提出之反对得随时撤回。

三、除条约另有规定或另经协议外：

（乙）保留之撤回，在对另一缔约国之关系上，自该国收到撤回保留之通知之时起方始发生效力。

第二十三条第四项明确规定了撤回反对的方式：

撤回保留或撤回对保留提出之反对，必须以书面为之。

147. 委员会就撤回反对开展了很少的工作。最初几位特别报告员在工作中都没有提到这个问题；这不足为奇，因为他们都赞同传统的全体一致的理

<sup>274</sup> 尤其是涉及撤回保留的效力问题（见Szafarz, “Reservations to multilateral treaties”, 第314页。

论（见上文第88段），这一理论必然排除了撤回反对的可能性。同样必然的是，推崇灵活制度的汉弗莱·沃尔多克爵士在他的第一次报告中第一次提出了关于撤回对保留的反对的提案。他提议的条款草案第19条第5款案文如下：

对一项保留提出反对的国家可随时单方面全部或部分撤回这项反对。撤回反对应通过向条约所涉文书的保存人发出书面通知的形式进行，如无保存人，则通过向条约缔约国或有权成为条约缔约方的国家逐一发出通知的形式进行。<sup>275</sup>

但在关于保留和反对之形式和程序的条款进行重大修订后，<sup>276</sup>这一条款草案由于只是重申了准用有关撤回保留的类似条款规定<sup>277</sup>而被放弃，委员会没有说明这样做的理由。在一读通过的案文和委员会的最终草案中，该条款均未出现。

148. 直到联合国条约法会议之时，根据匈牙利关于重新将撤回反对的程序与撤回保留的程序统一的修正案，<sup>278</sup>撤回反对的问题才重新被引入第二十二和第二十三条的案文中。博科尔-塞戈女士代表匈牙利代表团作了如下说明：

如果采纳关于撤回保留的条款，就必须同时谈及撤回对保留的反对的可能性，何况这种可能性在实践中已经存在。<sup>279</sup>

<sup>275</sup> 《1962年……年鉴》[英]（见上文脚注132），第62页。

<sup>276</sup> 见上文脚注132。

<sup>277</sup> 条款草案第17条第6款规定如下：“提出保留的国家可随时单方面全部或部分撤回其保留，无论该保留是否被其他有关国家接受或拒绝。保留的撤回方式为向条约所涉文书的保存人发出书面通知，如无保存人，则是向全体条约缔约国或有权成为条约缔约方的国家发出书面通知。”（《1962年……年鉴》[英]（见上文脚注132），第61页）。汉弗莱·沃尔多克爵士强调了这两个案文的相似性，他在条款草案第19条第5款的评注中认为，后一规定反映了条款草案第17条第6款，“因此无需另作解释”（同上，第68页，第(22)段）。

<sup>278</sup> A/CONF.39/L.18号文件，《联合国条约法会议正式记录，第一届和第二届会议》（上文脚注142），第267页。匈牙利的修正案稍作修改后，以98票对0票获得通过，同上，《第二届会议》（见上文脚注164），第十一次全体会议，第38页，第41段。

<sup>279</sup> 同上，《第二届会议》（见上文脚注164），第37页，第14段。

参加会议的意大利代表也表示支持将撤回对保留的反对的程序与撤回保留的程序统一：

保留与对保留的反对之间的关系相当于诉讼与反诉之间的关系。诉讼的消灭或保留的撤回，受反诉的消灭或对保留的反对的撤回的制衡，后者在缔结条约的过程中同样属于外交和法律上的程序性阶段。<sup>280</sup>

149. 不过，在这方面的国家实践几乎没有。洪恩只能确认一个清晰无疑的撤回反对的例子。<sup>281</sup>1982年，古巴通知秘书长，该国撤回其在批准《防止及惩治灭绝种族罪公约》时针对若干社会主义国家就第九和第十二条提出的保留所作的反对。<sup>282</sup>

150. 虽然1969年《维也纳公约》中有关撤回反对的规定并不是太详细，但从准备工作材料中可以清楚地看到，原则上，撤回反对适用与撤回保留相同的规则，如同提出反对遵循与提出保留相同的规则（见上文第89至第92段）。因此，为了解释和说明相关条款，可以将委员会已经通过的关于撤回（和修改）保留的准则草案<sup>283</sup>作为基础，然后通过必要改动以反映反对的特征。不过，这一做法决不是要恢复形式平行主义理论；<sup>284</sup>问题不在于将撤回反对的程序与提出反对的程序统一，而是对撤回反对适用与撤回保留所适用的相同的规则。毫无疑问，这两种行为对条约的生命力具有不同的效力，在性质和对象上也有所差别。但它们又彼此相似，完全可以受类似的形式制度和程序的制约，正如《公约》筹备工作所提议的那样。

151. 按照关于撤回和修改保留的准则草案，有必要讨论五个方面的问题，即：撤回的形式和程序、撤回的效力、撤回反对发生此类效力的时间、部分撤回及可能扩大反对的情形。

<sup>280</sup> 同上，第37至第38页，第27段。

<sup>281</sup> Horn, 前引书，第227页。

<sup>282</sup> 联合国，《……多边条约》（见上文脚注165），第四章第1节，第134页，注30。

<sup>283</sup> 准则草案2.5.1至2.5.11。关于这些草案的案文和评注，见《2003年……年鉴》，第二卷（第二部分），第78至第79页，第368段。

<sup>284</sup> 见《2002年……年鉴》（上文脚注2），第29至第30页，第119段。

## (a) 撤回反对的形式和程序

152. 关于撤回反对的形式问题, 1969年和1986年《维也纳公约》, 特别是其中第22条第2款和第23条第4款已经作了回答(见上文第146段)。反对可随时撤回, 撤回须以书面形式为之, 在此都已无须赘述, 而两项《公约》的规定本身已经足够, 尤其因为在这方面几乎没有国家实践。就随时撤回反对的可能性及书面形式而言, 可适用的规则顺理成章也必须借鉴关于撤回保留的规则。

153. 不过, 关于其中第一个要点, 应当注意, 1969年和1986年《维也纳公约》第22条第1款(关于撤回保留)和第2款(关于撤回反对)的措辞是不同的: 第1款特地指明, 关于一项保留, “无须经业已接受保留之国家同意”,<sup>285</sup> 第2款述及反对时则完全没有作此类说明。但不能从反面理解这一差异: 之所以没有这一款规定, 是因为在这第二种情况下, 撤回的纯粹单方面性质不证自明。此外, 匈牙利修正案<sup>286</sup>中关于使第2款措辞与第1款统一的部分在英国代表团的要求下被搁置, 这也是一项证据; 英国代表团认为:

保留和对保留的反对之间存在本质差别: 撤回反对显然不需要保留国的同意; 如果为此作出明文规定, 反而让人觉得这个问题多少存有疑问。<sup>287</sup>

这足以说明两项规定使用不同措辞的原因, 无须再作讨论。

154. 另一方面, 关于形式问题, 1969年和1986年《维也纳公约》第23条第1款对保留和反对作了同样的处理。

155. 因此, 根据上述评论意见, 似可仅仅在准则草案2.7.1和2.7.2中转载1969年和1986年《维也纳公约》第22条第2款和第23条第4款提出的规则, 不作任何修改:

<sup>285</sup> 关于这一点, 见准则草案2.5.1及其评注, 同上, 第85至第90段。

<sup>286</sup> A/CONF.39/L.18号文件(见上文脚注278)。该修正案使得第23条增加了第2款(见上文第148段)。

<sup>287</sup> 《联合国条约法会议正式记录, 第二届会议》(见上文脚注164), 第38页, 第31段。

## “2.7 撤回和修改对保留的反对

## “2.7.1 撤回对保留的反对

“除条约另有规定外, 对保留的反对可随时撤回。

## “2.7.2 撤回对保留的反对的形式

“撤回对保留的反对须以书面为之。”

156. 至于撤回的提出和告知问题, 1969年或1986年《维也纳公约》都未作实用或具体的阐述。但从准备工作材料中可以看出(见上文第147段和第148段), 撤回反对的程序与撤回保留的程序相同。因此, 《实践指南》只需要引述有关撤回保留之程序的相关规定<sup>288</sup>, 这些规定可比照适用于撤回反对。<sup>289</sup>

<sup>288</sup> 换句话说, 就是以下准则草案:

## “2.5.4 [2.5.5] 在国际上提出撤回保留

“1. 在符合作为条约保存人的国际组织的惯例的前提下, 下列情况中的人士有权代表一国或一国际组织撤回所提出的保留:

“(a) 就撤回保留而言, 该人士出示了适当的全权证书; 或

“(b) 从惯例或其他情况看, 有关国家和国际组织有意认为该人士有权, 无须出示全权证书撤回保留。

“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上撤回保留:

“(a) 国家元首、政府首脑和外交部长;

“(b) 就撤回对一国际组织或该组织一个机关所通过的条约的保留而言, 各国派到该国际组织或其机关的代表;

“(c) 就撤回对委派国与一国际组织间的某项条约的保留而言, 常驻该组织的代表团团长。

“2.5.5 [2.5.5之二, 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后果

“1. 确定撤回保留的内部主管机构和应遵循的内部程序属于每个国家的国内法或每个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以保留的撤回违反了关于撤回保留的权限和程序的该国国内法或该组织内部规则为理由宣布撤回无效。

## “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 [2.1.6、2.1.8] 和2.1.7所载的适用于保留的告知的规则。”

(《2003年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第78页, 第367段)。关于这些准则草案的评注, 见第86至第91页, 第368段(同上)。

<sup>289</sup> 见上文脚注195。



### “2.7.3 提出和告知撤回对保留的反对

“准则2.5.4、2.5.5和2.5.6可比照适用于撤回对保留的反对。”

#### (b) 撤回反对的效力

157. 按照特别报告员的建议，<sup>290</sup> 委员会审议了撤回一项保留的效力，同时研究了撤回的程序。<sup>291</sup> 不过，保留的撤回仅仅是在保留者与其他缔约方之间的关系中恢复了条约的完整性，而撤回一项反对则可能会产生多重后果。

158. 毫无疑问，一个国家或一个国际组织如果撤回其对保留的反对，就应被视为接受了该保留。这实际上来源于1969年《维也纳公约》第二十条第五项的假定，即一个国家或一个国际组织如不提出反对就等于接受。鲍厄特还主张，“撤回对保留的反对……等于接受保留”。<sup>292</sup> 甚至还有人辩称，“撤回一项反对是接受保留的一种具体形式”。<sup>293</sup>

159. 然而，存在疑问、并且无论如何也为时过早<sup>294</sup>的是：认为撤回一项反对便产生了“保留具有全部效力”的观点<sup>295</sup>。撤回一项反对或由此造成的“延迟”接受，事实上可能会产生多重而复杂的效力，其产生的效力不仅取决于保留的性质，<sup>296</sup>而且取决于反对本身的性质：<sup>297</sup>

(a) 如果该项反对未附带1969年《维也纳公约》第二十条第四项(乙)款所规定的明确声明，保留就产生第二十一条第一项所规定的“正常”效力；

<sup>290</sup> 《2002年……年鉴》(见上文脚注2)，第57页，第152段。

<sup>291</sup> 见准则草案2.5.7(撤回保留的效力)及有关评注，《2003年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第78至第92页。

<sup>292</sup> “Reservations to non-restricted multilateral treaties”，第87至第88页，另见Migliorino, “La revoca di riserve e di obiezioni a riserve”，第329页。

<sup>293</sup> Szafarz, 前引文，第314页。

<sup>294</sup> 保留、接受和反对的效力问题将是后一次报告的讨论主题，暂定研究概述对此作了说明(见上文脚注7)。

<sup>295</sup> Bowett, 前引文，第88页。

<sup>296</sup> 及其有效性或其无效性——不过这是一个完全不同的问题。

<sup>297</sup> 在这个意义上，见Szafarz, 前引文，第314页，和Migliorino, 前引文，第329页。

(b) 如果该项反对为“最大效力的”反对，根据第二十一条的规定，双方之间条约生效，且保留产生全面的效力；

(c) 如果该项反对构成阻止条约根据第二十条第二项的规定在所有缔约方之间生效，或阻止保留国适用第二十条第四项，那么条约生效(并且保留产生其效力)。<sup>298</sup>

160. 因此，通过一项条款以涵盖撤回一项反对的全部效力，这不仅看起来很难——由于这个问题的复杂性，而且还可能妨害委员会今后关于保留的效力以及接受保留的效力的工作。因此，在现阶段，慎重并且无论如何也足够的是，指出撤回对一项保留的反对就等于接受保留，并且撤回其反对的国家应被视为接受了有关保留。这样的规定便意味着接受保留及其效力。

#### “2.7.4 撤回反对的效力

“一国如撤回先前对一项保留提出的反对，即被认为接受该保留。”

#### (c) 撤回一项反对的生效日期

161. 1969年《维也纳公约》中对撤回反对何时生效有一项明确规定。第二十二条第三项规定如下：

除条约另有规定或另经协议外：

(甲) ……

(乙) 对保留提出之反对之撤回，自提出保留之国家收到撤回反对之通知时起方始发生效力。

162. 这项规定有别于关于撤回保留的生效日期的相应规则，其不同之处在于：就后者而言，撤回“在对另一缔约国之关系上，自该国收到撤回保留之通知之时方始发生效力”(第二十二条第三项(甲))

<sup>298</sup> 可能会有许多其他情形，特别是如果承认具有“中等”效力或“超级最大”效力的保留的有效性。关于这些概念的定义，见下文脚注307至310。



款)。这一措辞上的区别的理由相当容易理解。可以设想,撤回一项保留改变了保留国或国际组织与其他所有缔约国或缔约组织之间的条约义务的内容,而撤回一项对保留的反对一般来说仅仅改变保留国或组织与反对国或组织之间的双边条约关系。出席1969年联合国条约法会议的匈牙利代表博科尔-塞戈女士对该国代表团提出的(甲)项和(乙)项(见上文第148段)之间措辞上的区别作了如下解释:

撤回一项反对直接涉及的只是反对国和保留国。<sup>299</sup>

163. 不过,第159段已经指出,撤回对一项保留的反对的效力可能会超越单纯保留方和反对方之间的双边关系。一切都取决于反对的内容和规模:撤回这样的反对甚至可能产生这样的效力:条约在所有批准国和国际组织之间生效。在下述假设中尤其如此:反对产生的效力阻碍了一项参与范围有限的条约在缔约各方之间生效(第二十条第二项),或者在一种更加不大可能的情况下,撤回一项反对使得保留国或国际组织成为所涉条约的缔约方,从而使缔约方数目达到条约生效所需数目。因此,可能有人会质疑,撤回对一项保留的反对的生效日期仅取决于将撤回一事通知保留国(其当然是主要相关方,但不一定是唯一的相关方)的时间,这样做是否合法?在上述情况中,通知要求方面的这种限制使得其他缔约国或组织不可能确定条约生效日期。

164. 不过,这种不方便似乎主要是理论上的,而不是实际的,因为撤回反对的告知不仅应致送保留国,而且要致送所有相关国家和组织,或条约保存人,由保存人发送这一告知。<sup>300</sup>

165. 委员会在通过准则草案2.5.8(撤回保留的生效日期)时,针对保留讨论了确定将生效日期定为通知撤回之日的规则的其他不利之处。<sup>301</sup> 这些不

利之处一方面涉及效力的即时性,而另一方面涉及撤回者不能确定有关国家或国际组织收悉通知的日期。撤回反对也会发生同样的情况,不过没有这么棘手。<sup>302</sup> 关于撤回的效力的即时性,不能忘记主要的利益攸关方是保留者,其愿望是其保留能对另一个缔约方全面生效:从保留者的角度说,反对撤回得越快越好。

166. 就上述观点而言,看来没有必要修改1969年《维也纳公约》第二十二项第三项(乙)款确立的规则。如果考虑到多边条约的主要保存人、特别是秘书长在这方面的最近实践<sup>303</sup>——使用现代化的快捷通信手段发出通知,则保留国或组织以外的国家和国际组织通常将会与直接相关方同时得到通知。因此,看来实用而合理的做法是,只在准则草案中照搬《公约》中的条款,同时在评注中说明存在的问题;针对撤回保留的相似规则也采取了这样的做法。<sup>304</sup>

167. 按照委员会的做法,宜通过一项照搬1986年《维也纳公约》第22条第3款(b)项的准则草案;该条款比1969年的相应条款更全面,因为其中考虑到了国际组织,而含义没有改变。

#### “2.7.5 撤回反对的生效日期

“除条约另有规定或另经协议外,对保留提出之反对的撤回,自提出保留之国家或国际组织收到撤回反对之通知时方始发生效力。”

168. 出于准则草案2.5.9(提出保留的国家或国际组织可单方面确定撤回保留生效日期的情况)<sup>305</sup>的评注已经说明的理由,应该通过一项部分类推的准则草案,以包括这样一种假设情形:提出反对的

<sup>299</sup> 《联合国条约法会议正式记录,第二届会议》(见上文脚注164),第37页,第14段。

<sup>300</sup> 这产生于准则草案2.7.3和准则草案2.5.6(撤回保留的告知)以及2.1.6(告知保留的程序),对此它已提到。由此,必须将反对的撤回告知“缔约国和缔约组织以及其他有资格成为缔约方的国家和国际组织”。

(《2003年……年鉴》,第二卷(第二部分),第367段)。

<sup>301</sup> 见关于准则草案2.5.8(撤回保留的生效日期)的评注,同上,第368段。

<sup>302</sup> 同上,评注第(12)段。

<sup>303</sup> 见准则草案2.1.6(告知保留的程序)的评注第(14)至(18)段,《2002年……年鉴》,第二卷(第二部分),第103段。另见Kohona,“Some notable developments in the practice of the UN Secretary-General as depository of multilateral treaties: reservations and declarations”,和“Reservations: discussion of recent developments in the practice of the Secretary-General of the United Nations as depository of multilateral treaties”。

<sup>304</sup> 见准则草案2.5.8及其评注,《2003年……年鉴》,第二卷(第二部分),第78页至第96页,第368段。

<sup>305</sup> 同上,第79页。

国家或国际组织自己单方面确定了撤回该项反对的生效日期。然而，至于反对国决定将其撤回反对的生效日期定在保留国收到该撤回反对之通知日期之前的情形，即对应准则草案2.5.9(b)项的情形，<sup>306</sup>这样的做法把保留国置于一种特别难堪的境地。撤回反对的国家被认为接受了相关的保留，因此，根据第21条第1款的规定，可以按对等原则援引该保留所产生的效力。这样保留国就会在无意识的情况下负担了国际义务，这会严重损害条约关系中的法律安全性。因此，在准则2.7.9中不宜提及这样的假设，这样最终也就是承认，撤回反对的国家只能将生效日期定在通知日期之后。

#### “2.7.6 反对国或国际组织可单方面确定撤回对保留的反对之生效日期的情况”

“撤回反对在撤回国确定的日期生效，但该日期应晚于保留国收到撤回反对的通知的日期。”

#### (d) 部分撤回反对及其效力

169. 同撤回保留一样，完全可以设想一个国家（或一个国际组织）可能会通过部分撤回反对来调整对一项保留的反对：

(a) 首先，一国可以将一项具有“最大”<sup>307</sup>（甚至“超级最大”<sup>308</sup>）效力或具有中等效力<sup>309</sup>的反对改变为一项“一般”或“简单”反对；<sup>310</sup>在这样的情况中，经过这一修改的反对便产生第23条第3款所述的效力。而且具有最大效力的反对转变为简单反

对或具有中等效力的反对会导致条约在保留者和反对者之间生效。<sup>311</sup>

(b) 其次，看来不可能阻止一个国家“限定”其反对的实际内容（接受一项保留可以分离的某些方面），<sup>312</sup>同时保持其原则；在这种情况下，两国之间的关系受制于新提出的反对。

170. 据特别报告员所知，这种部分撤回反对的情况在国家实践中并不存在。不过，看来这也不足以排除这样的假设。汉弗莱·沃尔多克爵士在其关于条约法的第一次报告中也明确设想了这种部分撤回的可能性。条款草案第19条第5款专论反对，但因条款草案本身结构的变更，该款已不复存在（见上文第89段），该第5款规定：

对一项保留提出反对的任何国家可以在任何时候单方面全部或部分\*撤回该反对。<sup>313</sup>

特别报告员提交的这一条款的评注<sup>314</sup>没有解释提出这一条款的理由。不过，值得注意的是，条款草案第19条第5款也应与关于撤回保留的相应提案一致，<sup>315</sup>汉弗莱·沃尔多克爵士在他的评注中明确地提到了这一点。<sup>316</sup>

171. 尽管完全没有相关实践，但毫无理由排除部分撤回反对的可能性。因此，使委员会顾及部分撤回保留的可能性的论点<sup>317</sup>可比照适用于部分撤回反对，不过在这种情况下，结果不是确保更完整地适

<sup>306</sup> 同上，第79页，准则草案2.5.9的评注第(4)至(5)段。

<sup>307</sup> “最大”效力的反对是指反对者表示意图根据1969年和1986年《维也纳公约》第20条第4款(b)项的规定阻止条约在其本身与保留者之间生效。见《2003年……年鉴》（上文脚注3），第34页，第95段；另见上文第103段。

<sup>308</sup> 一项“超级最大”效力的反对包括不仅指出反对所针对的保留无效，而且指出因此整个条约在两国关系中依照事实适用。见《2003年……年鉴》（上文脚注3），第34页，第96段。

<sup>309</sup> 一国如提出“中等”效力的反对，即表示愿意与保留者建立联系，但同时认为排除条约关系应该超越1969年和1986年《维也纳公约》第21条第3款规定的范围（同上，第34页，第95段）。

<sup>310</sup> “一般”或“简单”反对就是“最低”效力的反对，1969年和1986年《维也纳公约》第21条第3款对此作出了规定（同上）。

<sup>311</sup> 反之，如果放弃一项“超级最大”效力的反对，并以最大效力的反对取而代之，则条约在相关国家或国际组织之间不再有效；即便承认一项超级最大效力的反对被认为是有效的，这也会扩大反对的范围，而这是不可能的（见下文第176至第180段以及准则草案2.7.9）。

<sup>312</sup> 在某些情况下，在后一种假设中，是否真正可能论及这种“限制”这一问题存在争论，同样有争论的问题是修改保留是否构成保留的部分撤回。

<sup>313</sup> 《1962年……年鉴》[英]（见上文脚注132），第62页——见上文第147段。

<sup>314</sup> 同上，第68页。

<sup>315</sup> 见条款草案第17条，第6款，同上，第61页。

<sup>316</sup> 同上，第68页。

<sup>317</sup> 见准则草案2.5.10（部分撤回保留）的评注，《2003年……年鉴》，第二卷（第二部分），第100至第101页，评注第(11)和第(12)段。

用条约规定，恰恰相反，是给予保留全面的效力（或更大的效力）。因此，正如部分撤回保留遵循完全撤回保留所适用的规则，<sup>318</sup>看来部分撤回反对的程序与全面撤回反对的程序应当一致。

172. 虽然如此，关于“部分撤回反对”的简明定义很难沿用委员会为确定部分撤回保留的定义所采用的模式，根据准则草案2.5.10的规定，它“限制了该保留的法律效力，并使条约的规定或整个条约更完整地适用于撤回国家或国际组织”。<sup>319</sup>在部分撤回反对的问题上，判断全部撤回的效力方面所存在的困难（见上文第157至第160段）说明了问题的广度：在这种情况下，保留并不是被单纯地接受；相反，反对国或国际组织的意图仅仅是些微地调整反对的效力，而基本上仍然坚持这项反对。尽管在此阶段就反对的效力采取立场既不可能，也无用处，但是毫无疑问，反对的效力多种多样，并（主要是）体现在反对者和保留者之间的关系中（正如1969年和1986年《维也纳公约》第21条第3款所规定的），如果撤回一项具有“最大”效力的反对而以一项简单反对取而代之这种做法可使条约生效的话，它们还可能对条约本身产生影响。

173. 考虑到这种复杂性，通过采用一般性措辞的准则草案2.7.7也许是明智而充分的：

#### “2.7.7 部分撤回反对

“1. 除条约另有规定外，一国或一国际组织可部分撤回对一项保留的反对。部分撤回限制了反对对反对者与保留者之间的条约关系的法律效力或对整个条约的法律效力。

“2. 部分撤回反对的形式和程序适用与全部撤回反对一样的规则并且生效条件相同。”

174. 至于部分撤回的效力，由于抽象确定比较困难，因此需要有一项范围足够大并且灵活的准则来包括可能出现的全部情形。目前通过的关于部分

<sup>318</sup> 见准则草案2.5.10（部分撤回保留）第2款：“部分撤回保留须遵守与全部撤回相同的形式和程序规则并在相同条件下生效。”（同上，第98页。）

<sup>319</sup> 同上，第1段。

撤回保留的效力的措辞<sup>320</sup>看来能满足这些要求。部分撤回在新措辞的范围内修改了原先的反对。因此，反对继续产生新案文所具体说明的效力。

175. 与部分撤回保留相比，其他国家或国际组织或保留国或保留组织更加不可能对部分撤回反对之事作出反应。反对本身依据国家或国际组织作出反对的自由原则产生效力，无论出现怎样的反应。<sup>321</sup>如果国家或国际组织能够依照自己的意愿作出反对，那么它们也能够撤回反对或限制反对的法律效力。

#### “2.7.8 部分撤回反对的效力

“部分撤回反对以对反对的新表述修改了反对的法律效力。”

#### (e) 扩大对保留的反对的范围

176. 委员会的准备工作材料以及1969年和1986年《维也纳公约》均没有关于扩大一个国家或国际组织原先提出的反对的范围的条款或说明，并且这方面也不存在国家实践。

177. 从理论上讲，完全可以设想已经对一项保留作出反对的国家或国际组织想要扩大其反对范围的情况，比如增加1969年和1986年《维也纳公约》第20条第4款(b)项规定的声明，由此将原本不阻碍条约在保留方和反对方之间生效的简单反对转变为阻止保留方和反对方之间产生一切条约关系的限制性反对。这一例子足以说明这样的举措会引起的法律安全问题。一切扩大对一项保留的反对的范围的示意都可能严重危及条约在保留方与新反对提出方之间的双边关系中的地位。而且，因为保留方原则

<sup>320</sup> 准则草案2.5.11（部分撤回保留的效力）：

“1. 部分撤回一项保留使该保留的法律效力改变到与新表述的该保留相符的程度。对该保留提出的任何反对意见，只要其提出者不撤回反对意见，则继续有效，但条件是该反对意见不是专针对被撤回的那部分保留提出的。

“2. 对部分撤回之后所形成的保留不得提出反对意见，除非部分撤回具有歧视效果。”

（同上，第102页）

<sup>321</sup> 见上文第60至第67段和准则草案2.6.3（作出反对的自由）。

上没有权利对反对作出反应，允许扩大反对的范围将使保留国被反对者牵着鼻子走，而反对者在任何时候均可任意改变双方之间的条约关系。

178. 因此，很容易理解为什么不存在国家实践，这表明国家和国际组织认为扩大对一项保留的反对的范围根本是不可能的。

179. 其他方面的考虑也支持这个结论。委员会在其关于保留的工作中已探讨了扩大保留范围<sup>322</sup>和扩大有条件的解释性声明范围的类似问题。<sup>323</sup>在上述两种情况下，扩大范围被理解为逾期提出新的保留或新的有条件的解释性声明。<sup>324</sup>然而，一国或一国际组织若是撤回对保留的反对，则被认为接受了该保留（见上文第157至第160段），此后，它们就不能够

对该保留提出其他反对。此外，由于1969年和1986年《维也纳公约》第20条第5款包含的推定，逾期提出的反对可能没有法律效力。所有在12个月期限过后或在有关条约所规定的期限过后提出的声明不再被看作是严格意义上的反对，而被看作是不顾对保留国已作的承诺而摒弃原先的接受，<sup>325</sup>秘书长作为多边条约保存人的实践肯定了这一结论。<sup>326</sup>

180. 因此，显然有必要在准则草案2.7.9中肯定地说明扩大对一项保留的反对的范围是不可能的。

#### “2.7.9 禁止扩大对一项保留的反对的范围

“对一项保留已作出反对的国家或国际组织以后不得扩大该反对的范围。”

<sup>322</sup> 见准则草案2.3.5(扩大保留范围)及其评注,《2004年……年鉴》,第二卷(第二部分),第121页,第295段。

<sup>323</sup> 见准则草案2.4.10(限制和扩大有条件解释性声明的范围)及其评注,同上。

<sup>324</sup> 见准则草案2.3.5的评注,同上,第(1)段,以及准则草案2.4.10的评注,同上,第124页,第(1)段。

<sup>325</sup> 另见上文第136至第144段。

<sup>326</sup> 见上文第139段和脚注269。





# 驱逐外国人

[议程项目 8]

A/CN.4/573 号文件\*

## 特别报告员莫里斯·卡姆托先生关于驱逐外国人的第二次报告

[原文: 法文]

[2006年7月20日]

### 目 录

	段 次	页 次
本报告引用的多边文书 .....		248
本报告引用的著作 .....		250
导言 .....	1-43	252
A. 专题的历史回顾 .....	2-5	252
B. 对关于驱逐外国人的初步报告的审议 .....	6-14	253
1. 委员会的审议情况 .....	7-9	253
2. 第六委员会的审议情况 .....	10-14	253
C. 专题方面的最新发展 .....	15-35	254
1. 若干国家的最新实践 .....	16-26	254
(a) 打击恐怖主义与驱逐问题 .....	17-19	254
(b) 非正规移民与驱逐问题 .....	20-26	255
2. 国际移徙: 国际移徙问题全球委员会的报告 .....	27-30	257
3. 移徙与发展问题欧非部长级会议(2006年7月10日至11日, 拉巴特) .....	30-35	258
D. 专题的范围 .....	36-41	259
E. 本报告的一般性陈述 .....	42-43	259
一般规则 .....	44-122	260
章 次		
一、范围 .....	45-122	260
A. 在驱逐国境内合法居住的外国人 .....	50-53	261
B. 无正规身份的外国人 .....	54-56	261
C. 难民 .....	57-71	262
D. 流离失所者 .....	72	264
E. 寻求和受到庇护者 .....	73-99	264
1. 概念 .....	73-77	264
2. 庇护类型 .....	78-95	265
3. 寻求庇护者和难民 .....	96-99	267
F. 无国籍人 .....	100-104	268

\* 纳入了 A/CN.4/573/Corr.1。

G. 原国民 .....	105-109	268
H. 新国家诞生后即丧失国籍而成为外国人的人 .....	110-111	269
I. 与东道国发生武装冲突的国家的国民 .....	112-115	269
J. 移徙工人 .....	116-122	270
二、定义 .....	123-194	271
A. 外国人 .....	124-152	271
1. 国民 .....	127-129	272
2. 公民 .....	130-132	272
3. 臣民 .....	133-135	273
4. 侨民 .....	136-152	273
B. 驱逐 .....	153-194	278
1. 驱逐及相近概念 .....	154-177	278
(a) 递解出境 .....	155-158	278
(b) 引渡 .....	159-161	279
(c) 驱离 .....	162-164	279
(d) 押解出境 .....	165-166	279
(e) 驱回 .....	167-170	280
(f) 不准入境 .....	171-173	281
(g) 移送、移交或移解 .....	174-177	281
2. 领土、边界和驱逐 .....	178-186	282
(a) 领土 .....	179-182	282
(b) 边界 .....	183-186	283
3. 驱逐的构成要素 .....	187-194	283
(a) 行为或举动 .....	188-192	284
(b) 强制 .....	193-194	284

### 本报告引用的多边文书

#### 来源

《协约及参战各国对德国和约》(《凡尔赛和约》)[英](1919年6月28日, 凡尔赛)	《英国和外国文献》, 1919年, 第一百一十卷(伦敦, 皇家印务局, 1922年), 第1页。
《主要协约及参战各国对波兰和平条约》[英](1919年6月28日, 凡尔赛)	同上, 第225页。
《第六届美洲国家国际会议通过的确立给予庇护所应遵循的规则公约》[西](1928年2月20日, 哈瓦那)	国际联盟,《条约汇编》, 第132卷, 第3046号, 第323页。
《关于政治庇护权的公约》[英](1933年12月26日, 蒙得维的亚)	《第七届美洲国家国际会议最后文件》, 1933年12月3日至26日, 乌拉圭, 蒙得维的亚, 第168页。
《控诉和惩处欧洲轴心国主要战犯的协定》[英](1945年8月8日, 伦敦)	联合国,《条约汇编》, 第82卷, 第251号, 第279页。
《国际难民组织组织法及安置难民及失所人民临时措施协定》(1946年12月15日, 纽约)	同上, 第18卷, 第283号, 第3页。
《国际劳工组织移徙就业公约(第97号)》[英](1949年7月1日, 日内瓦)	同上, 第120卷, 第1616号, 第71页。
关于保护战争受难者的日内瓦四公约[英](1949年8月12日, 日内瓦)	同上, 第75卷, 第970至第973号, 第31页起。

- 《改善战地武装部队伤者病者境遇之日内瓦公约》[英] 同上, 第970号, 第31页。
- 《改善海上武装部队伤者病者及遇船难者境遇之日内瓦公约》[英] 同上, 第971号, 第85页。
- 《关于战俘待遇之日内瓦公约》[英] 同上, 第972号, 第135页。
- 《关于战时保护平民之日内瓦公约》[英] 同上, 第973号, 第287页。
- 《保护人权与基本自由公约》(《欧洲人权公约》)[英] (1950年11月4日, 罗马) 同上, 第213卷, 第2889号, 第221页。
- 《关于难民地位的公约》[英] (1951年7月28日, 日内瓦) 同上, 第189卷, 第2545号, 第137页。
- 《关于难民地位的议定书》[英] (1967年1月31日, 纽约) 同上, 第606卷, 第8791号, 第267页。
- 《外交庇护公约》[英] (1954年3月28日, 加拉加斯) 同上, 第1438卷, 第24377号, 第101页。
- 《领土庇护公约》[英] (1954年3月28日, 加拉加斯) 同上, 第24378号, 第127页。
- 《关于无国籍人地位的公约》[英] (1954年9月28日, 纽约) 同上, 第360卷, 第5158号, 第117页。
- 《欧洲居留公约》[英] (1955年12月13日, 巴黎) 同上, 第529卷, 第7660号, 第141页。
- 《建立欧洲共同体条约》[法] (1957年3月25日, 罗马), 经2001年2月26日《尼斯条约》[英]修正 《欧洲联盟公报》合订本[英], 《欧洲共同体公报》, 第45卷, C 325号(2002年12月24日), 第1页。
- 《欧洲引渡公约》[英] (1957年12月13日, 巴黎) 联合国, 《条约汇编》, 第359卷, 第5146号, 第273页。
- 《减少无国籍状态公约》(1961年8月30日, 纽约) 同上, 第989卷, 第14458号, 第175页。
- 《维也纳领事关系公约》(1963年4月24日, 维也纳) 同上, 第596卷, 第8638号, 第261页。
- 《维也纳领事关系公约关于强制解决争端之任意议定书》(1963年4月24日, 维也纳) 同上, 第8640号, 第487页。
- 《公民及政治权利国际公约》[旧译《公民及政治权利国际盟约》] (1966年12月16日, 纽约) 同上, 第999卷, 第14668号, 第171页。
- 《公民及政治权利国际公约任择议定书》[旧译《公民及政治权利国际盟约任择议定书》] (1966年12月16日, 纽约) 同上。
- 非统组织《关于非洲难民问题某些特定方面的公约》[英] (1969年9月10日, 亚的斯亚贝巴) 同上, 第1001卷, 第14691号, 第45页。
- 《美洲人权公约: “哥斯达黎加圣何塞公约”》[英] (1969年11月22日, 圣何塞) 同上, 第1144卷, 第17955号, 第123页。
- 《关于恶劣条件下的移徙和促进移徙工人机会和待遇平等公约》[英] (1975年6月24日, 日内瓦) 同上, 第1120卷, 第17426号, 第323页。
- 《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》(1984年12月10日, 纽约) 同上, 第1465卷, 第24841号, 第85页。
- 《申根文书——比荷卢经济联盟国家、德意志联邦共和国和法兰西共和国政府关于逐步取消共同边界检查的协定》[英] (1985年6月14日, 申根) 《欧洲共同体公报》, L 239号(2000年9月22日), 第13至第18页。
- 《申根文书——实施1985年6月14日比荷卢经济联盟国家、德意志联邦共和国和法兰西共和国政府关于逐步取消检查的申根协定的公约》[英] (1990年6月19日, 申根) 同上, 第19至第62页。
- 《保护所有移徙工人及其家庭成员权利国际公约》(1990年12月18日, 纽约) 联合国, 《条约汇编》, 第2220卷, 第39481号, 第3页。
- 《修正欧洲联盟条约、建立欧洲共同体的各项条约和若干有关文件的阿姆斯特丹条约》[英] (1997年10月2日, 阿姆斯特丹) 《欧洲共同体公报》, C 340号(1997年11月10日), 第1页。
- 《欧洲国籍公约》[英] (1997年11月6日, 斯特拉斯堡) 联合国, 《条约汇编》, 第2135卷, 第37248号, 第213页。
- 《国际刑事法院罗马规约》(1998年7月17日, 罗马) 同上, 第2187卷, 第38544号, 第3页。
- 《非洲、加勒比和太平洋国家集团成员一方与欧洲共同体及其成员国为另一方之间的伙伴关系协定》[英] (2000年6月23日, 科托努) 《欧洲共同体公报》, L 317号, 第43卷(2000年12月13日), 第3页。



## 本报告引用的著作

Abraham, Ronny

“La reconduite à la frontière des demandeurs d’asile”, *Revue française de droit administratif* (Paris), vol. 8, No. 1, January–February 1992, pp. 90–103.

Basdevant, Jules

*Dictionnaire de la terminologie du droit international*. Paris, Sirey, 1960.

Benoît-Rohmer, Florence

“Reconduite à la frontière: développements récents”, *Revue du droit public et de la science politique en France et à l’étranger*, vol. 110, 1994, pp. 429–478.

Boeck, Charles De

“L’expulsion et les difficultés internationales qu’en soulève la pratique”, *Collected Courses of The Hague Academy of International Law, 1927–III*. Paris, Hachette, 1928. vol. 18, pp. 447–647.

Borchard, Edwin M.

*The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or the Law of International Claims*. New York, Banks Law Publishing Co., 1919.

Brownlie, Ian

*Principles of Public International Law*. 6th ed. Oxford, Oxford University Press, 2003.

Chaltiel, Florence

“Le juge administratif, juge de l’immigration”, *Revue du droit public*, vol. 116, No. 1, 2000, pp. 153–193.

Cholewinski, Ryszard

*Migrant Workers in International Human Rights Law: Their Protection in Countries of Employment*. Oxford, Clarendon Press, 1997. 405 p.

Daillier, Patrick and Alain Pellet

*Droit international public*. 7th ed. Paris, LGDJ, 2002. 1510 p.

Dent, John A.

*Research Paper on the Social and Economic Rights of Non-Nationals in Europe*. London, European Council on Refugees and Exiles, November 1998. 130 p.

D’Haëm, Rudolph

*La reconduite à la frontière des étrangers en situation irrégulière*. Paris, Presses Universitaires de France, 1997. 128 p. (Que sais-je?).

Doehring, Karl

“Aliens, expulsion and deportation”, in Rudolf Bernhardt, ed., *Encyclopedia of Public International Law*. Amsterdam, Elsevier, 1985. vol. 8, pp. 14–16.

Draper, Gerald

*The Red Cross Conventions*. New York, Praeger, 1958.

Economidès, Constantin P.

“Les effets de la succession d’États sur la nationalité des personnes physiques”, *RGDIP*, vol. 103/1999/3, pp. 577–599.

Elles, Baroness

*International Provisions Protecting the Human Rights of Non-Citizens*. United Nations publication, Sales No. E.80.XIV.2 (E/CN.4/Sub.2/392/Rev.1)

Fabre-Alibert, Véronique

“Réflexions sur le nouveau régime juridique des étrangers en France”, *Revue du droit public et de la science politique en France et à l’étranger* (Paris), vol. 110, 1994, pp. 1165–1195.

Favoreu, Louis and Loïc Philip

*Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*. 5th ed. Paris, Sirey, 1989. 808 p.

Fleck, Dieter, ed.

*The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts*. Oxford, Oxford University Press, 1995. 589 p.

Franck, Claude

“L’évolution des méthodes de protection des droits et libertés par le Conseil constitutionnel sous la septième législature”, *Semaine Juridique*, vol. 60, No. 38, 17 September 1986, doctrine 3256.

Gaja, Giorgio

“Expulsion of aliens: some old and new issues in international law”, *Bancaja Euromediterranean Courses of International Law*. Elcano, Aranzadi, 1999. vol. III, pp. 283–314.

Garner, Bryan A.

*A Dictionary of Modern Legal Usage*. 2nd ed. Oxford, Oxford University Press, 1995.

Garner, Bryan A., ed.

*Black’s Law Dictionary*. 8th ed. St. Paul, Minn., West, 2004.

Gay, Jean-Christophe

*Les discontinuités spatiales*. Paris, Economica, 1995. 112 p. (Collection “Géopoche”)

Genevois, Bruno

“Un statut constitutionnel pour les étrangers”, *Revue française de droit administratif*, vol. 9, No. 5, September–October 1993, pp. 871–900.

- Grahl-Madsen, Atle  
*The Status of Refugees in International Law*, vol. II, *Asylum, Entry and Sojourn*. Leiden, Sijthoff, 1972. 482 p.
- Griffin, W. Martin  
“Colonial expulsion of aliens”, *American Law Review* (St. Louis), vol. XXXIII, 1899, pp. 90–96.
- Guimezanes, N.  
“La loi du 9 septembre 1986 sur les conditions d’entrée et de séjour des étrangers en France”, *Semaine Juridique*, Édition générale, No. 3, 1987, part I (doctrine), 3270.
- Hathaway, James C.  
*The Rights of Refugees under International Law*. Cambridge, Cambridge University Press, 2005.
- Institute of International Law  
*Annuaire de l’Institut de droit international*. vol. 11, 1891–1892. Hamburg Session, September 1892. Brussels, Weissenbruch, 1892. 441 p.  
“Règles internationales sur l’admission et l’expulsion des étrangers proposées par l’Institut de droit international et adoptées par lui à Genève, le 9 septembre 1892”, *Annuaire de l’Institut de droit international*. vol. 12, 1892–1894. Geneva Session, September 1892. Paris, Pedone-Lauriel.  
“Régime de la neutralité”, *Annuaire de l’Institut de droit international*. vol. 21. Ghent Session, September 1906. Paris, Pedone, 1907.  
“Statut juridique des apatrides et des réfugiés”, *Annuaire de l’Institut de droit international*. vol. 39–II, Brussels Session, April 1936. Brussels, Falk, 1936.  
“Asylum in public international law (excluding neutral asylum)”, *Annuaire de l’Institut de droit international*. vol. 43–II. Bath Session, September 1950. Basel, Editions juridiques et sociologiques, 1950.
- International Law Association  
*Report of the Fifty-Fifth Conference held at New York, 21–26 August 1972*. London, ILA, 1974.
- Jahn, Eberhard  
“Refugees”, in Rudolf Bernhardt, ed., *Encyclopedia of Public International Law*. vol. 4. Amsterdam, Elsevier, 2000, pp. 72–76.
- Jennings, Sir Robert and Sir Arthur Watts, eds.  
*Oppenheim’s International Law*, vol. I, Peace, parts 2 to 4. 9th ed. Harlow, Longman, 1992.
- Julien-Laferrrière, François  
“Le mythe de ‘l’immigration zéro’”, *L’actualité juridique: droit administratif*, No. 2, 20 February 1994, pp. 83–95.
- Kiss, Alexandre-Charles  
*Répertoire de la pratique française en matière de droit international public*. Vols. II and VI. Paris, Centre national de la recherche scientifique, 1966 and 1969.
- Ladhari, Mohamed  
“La reconduite à la frontière des étrangers en situation irrégulière”, *Les Petites Affiches*, No. 96, 10 August 1990, pp. 13–26.
- Lochak, Danièle  
“L’entrée et le séjour des étrangers en France: une législation sous influence”, *L’actualité juridique: droit administratif*, No. 10, 20 October 1989, pp. 586–597.
- Mangoldt, Hans von  
“Stateless persons”, in Rudolf Bernhardt, ed., *Encyclopedia of Public International Law*. Amsterdam, Elsevier, 2000. vol. 4, pp. 656–660.
- Miller, Hunter, ed.  
*Treaties and Other International Acts of the United States of America*. vol. 2, documents 1–40: 1776–1818. Washington, D.C., Government Printing Office, 1931.  
*Treaties and Other International Acts of the United States of America*. vol. 4, documents 80–121: 1836–46. Washington, D.C., Government Printing Office, 1934.
- Norek, Claude  
“Le droit d’asile en France dans la perspective communautaire”, *Revue française de droit administratif* (Paris), vol. 5, No. 2, March–April 1989, pp. 200–206.
- Parry, Clive, ed.  
*The Consolidated Treaty Series*. vol. 88, 1838–1839. Dobbs Ferry, New York, Oceana, 1969.
- Pellonpää, Matti  
*Expulsion in International Law: A Study in International Aliens Law and Human Rights with Special Reference to Finland*. Helsinki, Suomalainen Tiedeakatemia, 1984, pp. 292. (Academic dissertation, University of Helsinki)
- Pillet, A. and J.-P. Niboyet  
*Manuel de droit international privé*. Paris, Sirey, 1924.
- Rewald, Roman  
“Judicial control of administrative discretion in the expulsion and extradition of aliens”, *American Journal of Comparative Law*, vol. 34 (Supplement), 1986, pp. 451–465.
- Rivier, Alphonse  
*Principes du droit des gens*. vol. 1. Paris, Arthur Rousseau, 1896. 596 p.
- Rousseau, Charles  
*Droit international public*. vol. II: *Les sujets de droit*. Paris, Sirey, 1974. 797 p.

Salmon, Jean, ed.

*Dictionnaire de droit international public*. Brussels, Bruylant, 2001.

Sandoz, Yves, Christophe Swinarski and Bruno Zimmermann, eds.

*Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*. Geneva, ICRC/Martinus Nijhoff, 1987.

Sohn, Louis B. and Thomas Buergenthal, eds.

*The Movement of Persons across Borders*. Washington, D.C., American Society of International Law, October 1992. (Studies in Transnational Legal Policy, No. 23)

Teitgen-Colly, Catherine and François Julien-Laferrrière

“Chronique de législation: étrangers”, *L’actualité juridique: droit administratif* (Paris), No. 11, 20 November 1998, pp. 922–930.

Trebilcock, Anne M.

“Sex discrimination”, in Rudolf Bernhardt, ed., *Encyclopedia of Public International Law*. vol. 4. Amsterdam, Elsevier, 2000, pp. 390–394.

Turpin, Dominique

“La réforme de l’ordonnance du 2 novembre 1945 sur la condition des étrangers par la loi du 10 janvier 1980”, *Revue critique de droit international privé*, 1980, pp. 41–57.

“Les nouvelles conditions de l’expulsion des réfugiés”, *Revue française de droit administratif*, vol. 2 (2), March–April 1986, pp. 137–154.

Vincent, J.-Y.

“Le nouveau régime de l’entrée et du séjour des étrangers en France”, *La Revue Administrative*, No. 196, July–August 1980, pp. 363–382.

“La réforme de l’expulsion des étrangers par la loi du 29 octobre 1981”, *Semaine juridique*, Édition générale, 1982, part I (doctrine), 3054.

Visscher, Charles De

*Theory and Reality in Public International Law*. Rev. ed. English translation by P.E. Corbett. Princeton, N.J., Princeton University Press, 1968. 527 p.

Warzazi, Halima Embarek

“Exploitation of labour through illicit and clandestine trafficking” (E/CN.4/Sub.2/L.640 of 20 November 1975). United Nations, Economic and Social Council, Commission on Human Rights, Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, Twenty-ninth Session.

Whiteman, Marjorie M.

*Digest of International Law*. vol. 10. Washington, D.C., Department of State, 1968.

## 导言

1. 由于特别报告员没有在关于驱逐外国人的初步报告中介绍专题的历史,<sup>1</sup> 因此第二次报告首先简要回顾有关历史的做法很合适。本报告随后简明概述了初步报告中提出的主要意见, 并介绍专题方面的最新发展情况, 最后提出本报告的一般陈述。

### A. 专题的历史回顾

2. 1998年, 国际法委员会在第五十届会议上注意到规划小组的报告除其他以外, 将驱逐外国人这一专题定为可列入委员会长期工作方案的专题。<sup>2</sup>

3. 2000年, 委员会在第五十二届会议上将驱逐外国人专题列入了长期工作方案,<sup>3</sup> 并在委员会报告的附件中列入一项初步总体计划或大纲。<sup>4</sup> 大会在2000年12月12日第55/152号决议第8段注意到上述专题的列入。

4. 委员会在2004年第五十六届会议期间决定, 将“驱逐外国人”专题纳入现行工作方案, 并任命莫里斯·卡姆托先生为专题特别报告员。<sup>5</sup> 大会在2004年12月2日第59/41号决议第5段核准了委员会这项决定。

<sup>1</sup> 《2005年……年鉴》, 第二卷(第一部分), A/CN.4/554号文件, 第225页起。

<sup>2</sup> 见《1998年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第113页, 第554段。

<sup>3</sup> 《2000年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第136页, 第729段。

<sup>4</sup> 同上, 附件第139页。

<sup>5</sup> 见《2004年……年鉴》, 第一卷, 第2830次会议, 第4段。另见第二卷(第二部分), 第139至第142页, 第364段。

5. 特别报告员在2005年委员会第五十七届会议上对其初步报告进行了介绍,<sup>6</sup> 委员会在2005年7月11日至第15日举行的第2849次至第2852次会议上对其进行了审议。<sup>7</sup>

## B. 对关于驱逐外国人的初步报告的审议

6. 特别报告员在初步报告中阐述了对专题的理解, 并请委员会对若干方法论问题提出意见, 以指导他今后的工作。

### 1. 委员会的审议情况

7. 委员会基本赞成特别报告员的选择及关于驱逐外国人的初步报告所附的工作计划草稿。然而, 委员会建议在工作计划中加入若干对适用于驱逐外国人问题的原则的具体审查。它尤其建议研究应考虑到如下内容: 国际人权法要求驱逐决定依法作出的条款, 即程序规则和驱逐条件均须合法; 适用不歧视原则; 设法兼顾驱逐国利益和被驱逐者隐私权及家庭生活权利; 以及关于个人权利在目的地国可能受到侵害的问题。

8. 特别报告员解释说, 这些原则是国际法中驱逐外国人问题的核心问题, 当然不容忽视; 但他认为不宜在初步报告中研究这些原则。然而, 他的工作计划草案第一部分第二章(该章专门论述一般原则)非常明确地指出, 以后各次报告将详细研究在这方面适用的所有相关原则。

9. 委员会有些委员认为, 专题中不应列入关于不准入境和移民、人口流动、非殖民化和自决情况或者中东被占领领土等问题。然而, 委员会赞同特别报告员下述意见, 即: 起草的专题条款草案应依照构成国际法中驱逐外国人问题的法律基础的若干基本原则, 提出一个尽可能完备的法律制度。

### 2. 第六委员会的审议情况

10. 大会第六十届会议期间, 若干国家代表在第六委员会审议国际法委员会的报告第八章(驱逐外国人)<sup>8</sup> 时作了发言。发言者一般都指出了专题的重要性、意义和紧迫性, 但也谈到其复杂性和困难性。<sup>9</sup> 总的来讲, 各国代表和委员会一样, 明确支持特别报告员提出的对专题的总体办法。<sup>10</sup>

11. 辩论中, 人们还提出很多建议。比如在操作办法方面, 有人认为, 正如特别报告员本人所述, 此专题的编纂工作需要对各国的法律(特别是在研究驱逐理由问题时)、<sup>11</sup> 国际法有关规则以及有关国际和区域判例<sup>12</sup> 深入进行比较研究。本着这种看法提出的意见有, 应审议根据《伯尔尼倡议》并由国际移徙组织以及国际移徙问题全球委员会(该委员会于2005年10月5日向联合国秘书长提交了报告)<sup>13</sup> 在过去四年中开展的工作。

12. 在内容方面, 这些建议更加多种多样, 有时甚至是互相矛盾, 特别是在有关专题范围的方面。有些代表原则上坚持认为所有涉及移民或边境管制政策(不准入境和驱回)的问题都应排除在本专题范围之外;<sup>14</sup> 而另一些代表则认为, 对处于驱逐国所控制的船只或飞机上的移民不准入境的情况应属于驱逐的范畴。<sup>15</sup> 还有人提出, 专题中不应包括有关国

<sup>8</sup> 同上, 第二卷(第二部分), 第54页。

<sup>9</sup> 见关于大会第六十届会议期间第六委员会对国际法委员会报告讨论的专题摘要(A/CN.4/560), 第128至第152段。

<sup>10</sup> 特别见加拿大的发言(《大会正式记录, 第六十届会议, 第六委员会》, 第12次会议, 第111至第112段); 中国的发言(同上, 第11次会议, 第54段); 以及波兰的发言(同上, 第13次会议, 第62至第64段)。

<sup>11</sup> 见奥地利的发言(同上, 第11次会议, 第66段); 以及日本的发言(同上, 第12次会议, 第8至第9段)。

<sup>12</sup> 见上述中国的发言(同上, 第11次会议, 第54段); 罗马尼亚的发言(同上, 第78段); 以及新西兰的发言(同上, 第109至第110段)。

<sup>13</sup> 见上述加拿大的发言(同上, 第12次会议, 第111至第112段)。

<sup>14</sup> 尤其见上述罗马尼亚的发言(同上, 第11次会议, 第78段); 瑞典代表北欧国家的发言(同上, 第13次会议, 第21至第23段); 以及大韩民国的发言(同上, 第11次会议, 第88至第91段)。

<sup>15</sup> 见上述中国(同上, 第54段)和大韩民国(同上, 第88至第91段)的发言; 相反意见见上述北欧国家代表的发言(同上, 第13次会议, 第21至第23段)。

<sup>6</sup> 见上文脚注1。

<sup>7</sup> 见《2005年……年鉴》, 第一卷, 第135至第164页。



际人道主义法的问题，<sup>16</sup> 例如在武装冲突时驱逐敌对国的国民，或者因领土争端而大规模驱逐某类人群的问题。<sup>17</sup> 此外，有人提醒注意，应当审议被驱逐者返回原籍国的问题，包括被剥夺国籍而无国籍的人在获得新国籍之前的返回问题。<sup>18</sup> 在这方面，有人建议，一国政府有关驱逐外国人的决定不引起其他国家接纳被驱逐者的义务。与此类似，还有人提出了被驱逐者的过境国的问题；有人认为，这些过境国也没有义务再接纳被驱逐的外国人。

13. 某国代表团严重质疑该专题应当按照现行协定国际法和习惯国际法自主处理的观点，或是认为驱逐行为应当定性为“国家的单方面行为”的观点。该国代表团认为，不宜在本专题范畴提及外交保护，因为只有在国家违反国际法并且当地救济已经用尽时才能实施外交保护。<sup>19</sup>

14. 对这些发言中提出的问题和疑问，特别报告员将在本报告和今后的报告中作出解答。目前只需指出：第一，既然上述发言承认存在这方面的习惯法规则，就可以将本专题进行编纂，无需证明就国际协定已有约定的相关问题具有自主处理权；第二，提及外交保护不是要重新研究这个专题，因为委员会已基本完成了外交保护专题的研究，并最后通过了一套条款草案。但是，原则上排除外交保护，就要假定驱逐绝不违反国际法，而这是不太可能的。特别报告员仍然认为，将外国人驱逐出境的条件可能使国家承担责任。十九世纪末和二十世纪初的仲裁裁决<sup>20</sup> 充分显示了这一点；国际法院待决的迪亚洛案<sup>21</sup> 也说明了这样的问题，我们对此案中法院将作何判决仍拭目以待。然而，特别报告员不打算起草这方面的专门责任制度，而是打算援用关于国家对国际不法行为的责任的相关规则。

<sup>16</sup> 见摩洛哥的发言（同上，第 11 次会议，第 45 段）。

<sup>17</sup> 见上述中国的发言（同上，第 54 段）。

<sup>18</sup> 见上述加拿大的发言（同上，第 12 次会议，第 111 至第 112 段）。

<sup>19</sup> 见葡萄牙的发言（同上，第 38 至第 39 段）。

<sup>20</sup> 许多此类仲裁裁决的引述见 Boeck, “L’expulsion et les difficultés internationales qu’en soulève la pratique”, 尤其是第 486 至第 494 页。

<sup>21</sup> 艾哈迈杜·萨迪奥·迪亚洛案（几内亚共和国诉刚果民主共和国），2002 年 11 月 7 日的命令，《2002 年国际法院汇编》，第 607 页。

## C. 专题方面的最新发展

15. 特别报告员不打算在此标题下涵盖驱逐外国人专题在近些年、甚至是他提出初步报告之后的发展。他只是打算更为适度地介绍初步报告发布以来各国在这方面的实践的的主要趋势以及联合国内部和其他国际论坛正在对此专题进行的研究。如果现阶段提出，以后又就专题某一方面进行阐述，必然造成重复，为免出现这种情况，本文件将在适当时就讨论涉及的特定问题提及最新判例和法律文书。

### 1. 若干国家的最新实践

16. 目前有两方面问题增加了驱逐外国人问题的复杂性，一是严峻而复杂的打击恐怖主义问题，二是同样令人关切的非正规移民猖獗的问题。

#### (a) 打击恐怖主义与驱逐问题

17. 由于打击恐怖主义的要求加深了很多国家对外国人的不信任，因此，驱逐外国人现象（即使在严格意义上被认为不包括不准入境和驱回的问题）越来越严重。在这方面，有些国家开始修正本国立法，对入境和居留的条件限制更加严格。在 2005 年 8 月 12 日《卫报》的一篇文章中，英国大法官福尔克纳勋爵认为，从 2005 年 7 月 7 日和 21 日伦敦发生袭击以来，情况已经发生变化，应当制定一项法律向法官明示“对欧洲《保护人权与基本自由公约》的正确阐释”。他补充说：“我希望制定一项法律，规定内政大臣应在法院的监督下，兼顾被驱逐者的个人权利和国家安全的风险。”<sup>22</sup> 基于这种理由，英国当局决定驱逐九名涉嫌参与恐怖主义活动的阿尔及利亚国民。英国内政大臣查尔斯·克拉克在关于这一问题的讲话中称：“依照我出于国家安全的理由驱逐不宜在联合王国存在的个人的权力，移民局今天逮捕了我认为对国家安全构成威胁的十位外国国民”。<sup>23</sup>

<sup>22</sup> 《卫报》，2005 年 8 月 12 日，星期五 (<http://www.guardian.co.uk>)。

<sup>23</sup> 《独立报》，2005 年 8 月 11 日。另见 *El Watan*（《阿尔及利亚日报》），2005 年 8 月 13 日 (<http://www.elwatan.com>)。

18. 基于同样的理由，法国设立了打击伊斯兰原教旨主义地区办事处，以宣扬极端主义为由驱逐了几名原阿尔及利亚的伊玛目，包括奇莱里·本奇莱里、阿卜杜卡迪尔·邦齐阿内和阿卜杜勒·艾萨维。法国总理称，他“相信，谴责煽动暴力行为的伊斯兰讲道者、粉碎原教旨主义网络、驱逐不尊重我们价值观和法律的外国人，是有效反恐工作的起点”。<sup>24</sup> 2005年7月29日，法国内政部长宣布将于8月底把大约10名伊斯兰教徒驱逐回原籍国，以此作为惩治“这些可能影响年轻人或易受影响的人的极端主义讲道者”的行动。<sup>25</sup> 剥夺当事人通过归化入籍取得的法国国籍以便对其进行驱逐，这在法国是鲜有的做法，因此这一行为具有重要法律意义。内政部长就此讲到：“我想对拥有法国国籍者启动剥夺国籍程序。事实上这不是一个新事物，而是我国《刑法典》现有的规定，只不过一直没有利用。”<sup>26</sup> 除了这里所述的《刑法典》第25条之外，2004年6月至7月法国议会修正的1945年11月2日第45-2658号条例第26条<sup>27</sup> 以及关于控制移民、外国人在法国的居留和国籍的2003年11月26日第2003-1119号法案，都允许基于煽动对某人或某群体（例如妇女）的歧视、仇恨或暴力行为等理由而实施驱逐。

19. 法国不是唯一制定了旨在便利驱逐鼓吹极端主义的伊玛目的法律规范的欧洲国家。2003年4月起，大不列颠及北爱尔兰联合王国政府认为应当剥夺任何对国家构成威胁者的公民身份；例如，该国政府就因伊斯兰宗教领袖阿布·哈姆扎·马斯里宣扬“圣战”而剥夺了其国籍。奥地利的本国立法也变得更为严格，2006年1月1日起适用的新措施中包括对讲话危害公共安全的讲道者进行驱逐的规定。德国2005年年初生效的一项法律也为驱逐“煽动扰乱秩序思想者”提供了便利。<sup>28</sup>

<sup>24</sup> 多米尼克·德维尔潘总理的讲话，引述于 Colette Thomas, “Paris et Londres coopèrent dans la lutte contre le terrorisme”, 发表于2005年7月25日法国国际广播电台 (<http://www.rfi.fr>)。

<sup>25</sup> 内政部长尼古拉斯·萨科齐访谈，发表于法文日报, *Le Parisien*, 2005年7月29日星期五。

<sup>26</sup> 同上。

<sup>27</sup> 2004年7月15日，法国参议院未经订正一读通过了国民议会在第十二届议会任期期间一读通过的法案：1654, 1670 et T.A. 309; Sénat: 360 et 403 (2003-2004) (<http://ameli.senat.fr>)。

<sup>28</sup> Myriam Berler, “Expulsions et déchéance de nationalité pour les imams radicaux”, 发表于2005年7月29日法国国际

## (b) 非正规移民与驱逐问题

20. 面对贫困移民源源不断的涌入，发达国家开始严防死守。它们对若干类外国人的大门越关越紧，包括加强移民控制，并不断严控入境和在其领土内居留的条件。<sup>29</sup> 2005年9月9日，法国内政部长对各省省长发表讲话，界定了其政策在数量方面的目标，并要求各省省长必须取得成果，他说：

在我们上一次会议上，我给大家确定了数字目标，要求各位本年度内至少将23 000名无正规身份的外国人驱离出境。我注意到，截至8月底，12 849名外国人已经被有效驱离；换句话说，就是八个月内我们完成了目标的56%。因此，各位在剩下五个月中要进一步努力。我还注意到，各省取得的成果不尽相同。

现在，我希望大家都全力调动起来，并请成果低于平均数的省长与国家领导和资源中心联系，以便获得行动支持。<sup>30</sup>

他认为，各省省长应排除万难完成这项工作：

各位还应当毫不犹豫地利用法律允许的操作空间。这样的操作空间之所以存在是有道理的。因此，各位应当用好《外国人入境和居留法》赋予你们的权力，不论当地有何请愿活动。我要求各位能够顶住形形色色只代表自己利益的“团体”或“协会”的压力。<sup>31</sup>

广播电台 (<http://www.rfi.fr>)。西班牙和意大利虽然明显受到极端团体的威胁，但是没有制定专门法规。还有一些欧洲国家，尤其是北欧国家，从尊重言论自由出发，暂时决定不采取具体措施，而要逐案解决问题。

<sup>29</sup> 欧洲领导人虽然承认，“欧洲也需要移民”，而且移民“是必要的，因为移民对欧洲经济增长起着决定性的促进作用”（2003年10月15日，时任欧洲联盟委员会主席的罗马诺·普罗迪在欧洲理事会之前于布鲁塞尔举行的记者招待会上的讲话），但却一致认为应采取更有效的措施，“承诺打击非法移民”。例如，计划采取或已经实施的措施包括：设定配额；签证政策；计量生物学身份识别手段；建立外部边境事务合作管理机构（2003年11月20日欧洲联盟委员会提出（COM (2003) 687 final/2））；设立欧洲边界警察或欧洲边防队（见委员会关于这一专题的来文（COM (2002) 233 final））。以上所有内容，见 *Justice & Security* ([www.euroactiv.com](http://www.euroactiv.com), 2005年12月13日）。

<sup>30</sup> 这份讲话的文稿附于 Alain Gresh, “M. Sarkozy contre l’anti-France”, *Le Monde Diplomatique*, 2005年9月26日 ([www.monde-diplomatique.fr](http://www.monde-diplomatique.fr))。另见 [www.interieur.gouv.fr](http://www.interieur.gouv.fr)。

<sup>31</sup> 同上。

不论是这些官员对容留寻求庇护者的关切，还是欧洲人权法院关于人人有权在自己选择的地方过家庭生活的判例法引发的其他考虑，都不能构成行动的障碍。他解释说：

为便利进行驱离，我还决定进一步加速行政羁押方案……

应我要求，外交部也同时制定了程序，制裁在发放旅行证件方面不合作的国家，限制法国发给这些国家国民的短期签证的数量。此举涉及十几个国家，各位已经确定，包括：塞尔维亚和黑山、几内亚、苏丹、喀麦隆、巴基斯坦、格鲁吉亚、白俄罗斯和埃及。<sup>32</sup>

21. 对被指定为“非法移民国家”（相对于“可靠国家”）的国家采取此类外交报复措施，或许有人会质疑其合法性。<sup>33</sup> 但是，这里看起来只要目的正当，就可以不择手段。这位内政部长毫不含糊地表明了达到自己最终目标的决心。实际上，他在讲话最后以恩威并施的方式异常明确地指出：

若要取得成果，各位应当长期坚决地亲自采取行动。这是你们的本职所在和合法性来源，因为这将是对你们进行评价的标准。我们共同的成功和法国人的生活水平处在危急关头。<sup>34</sup>

然而，此类政策是否有效则令人怀疑。这是从“零移民”神话<sup>35</sup> 变成“选择性移民”幻想，<sup>36</sup> 而无视秘密移民的深层根源，即全球经济的不平衡和非法移民原籍国的极端贫困。当然，2003年4月30日，萨科奇先生在国民议会中就移民法案（该法案最终

在2006年获得法国议会两院通过）作出解释性声明时，抨击了“零移民信条”，称其对法国“有害”。他所提的法案，提出深入全面地修正关于驱逐措施和对犯有某些轻罪的外国人处以禁止进入法国的相关刑罚的法律，“保留对在法国没有个人或家庭联系的外国人发出驱逐令或施加禁止进入法国的刑罚的可能”，并制定了一项他称为“推迟驱逐”的制度，属于一种严重警告程序。<sup>37</sup>

22. 比利时对于1980年12月15日关于外国人入境、居留、定居和驱离出境问题法，已按照政府1974年确定、目前仍然有效的“停止一切新移民”政策的目标，多次进行了修正；根据这一法律，2003年，在比利时居留了短则数周、但大多数是长达几年的14 110人遭到驱逐或遣返，其中7 742人被送上飞机驱逐出境。同一年中，另有3 339人在尚未越过比利时边境时被“驱回”。<sup>38</sup> 2005年2月17日，荷兰议会以多数票核准了驱逐26 000名无正规身份的外国人、即所谓“无证件者”的决定。<sup>39</sup> 在被摩洛哥领土包围的西班牙飞地休达，数以百计的寻求庇护者蜂拥街头，西班牙援助难民委员会主席失望地说：“今天，我们非常痛心地说，西班牙在政府的政策下成为一个对难民不友好的国家……2003年民主的西班牙忘却了1939年流血的西班牙，当时数十万计的西班牙儿女为逃避佛朗哥镇压政权而流落于世界各地。”<sup>40</sup>

23. 关于驱逐问题，《阿姆斯特丹条约》制定的统一欧洲移民政策工作，在2004年3月9日具体化为执行最初在2004年1月22日至23日都柏林司法和内政委员会会议上提出的强制回返的共同政策的第一步：比利时、卢森堡和荷兰联合安排了第一架飞往普里什蒂纳和地拉那的共同体包机。<sup>41</sup> 虽然欧洲议会在2004年4月1日的动议中表示反对，但这项政策已逐步推广开来。事实上，在2005年7月5日在法国依云举行的欧洲五国内政部长会议上，他们宣

<sup>32</sup> 同上。

<sup>33</sup> Alain Morice, “Europe blocks right to asylum”, *Le Monde Diplomatique*, 2004年3月17日，英文版由保罗·琼斯翻译 ([www.monde-diplomatique.fr](http://www.monde-diplomatique.fr))。

<sup>34</sup> 上述萨科奇先生的发言（见上文脚注30）。

<sup>35</sup> 法国国务部长兼内政和领土整治部长查尔斯·帕斯夸先生在1993年6月2日制定的目标（见他的访谈，*Le Monde*, 1993年6月2日），导致法国议会于1993年12月15日通过了一项所谓的“帕斯夸法”，并于1993年12月30日颁布；关于此专题，另见Julien-Laferrère, “Le mythe de ‘l’immigration zéro’”。

<sup>36</sup> 这是时任法国内部部长的尼古拉·萨科奇先生的政策理念梗概（BBC新闻，2006年5月18日 (<http://news.bbc.co.uk>)）。

<sup>37</sup> 见国民议会通过的2006年5月17日第362号法案，正在参议院审议 ([www.senat.fr](http://www.senat.fr))。

<sup>38</sup> 见 Francisco Padilla, “La politique belge en matière d’expulsion des étrangers” ([www.universal-embassy.be](http://www.universal-embassy.be))。

<sup>39</sup> Morice, 前引文（见上文脚注33）。

<sup>40</sup> 同上。

<sup>41</sup> 为落实这项政策，欧洲联盟委员会决定提供3 000万欧元的财政支持。



布, 法国、德国、意大利、西班牙和联合王国将安排“联合驱逐”, 把非法移民遣回其原籍国。有关人员通过“联航”予以遣送。以前, 比如德国和意大利就曾经采取过这类行动; 此后在2005年7月底, 又有“法英联航”遣回了“大约40名”非法进入法国和联合王国的移民。<sup>42</sup> 这类行动存在操之过急或造成令人遗憾的错误的风险, 因为驱逐国将非法移民遣回原籍国时可能无法确保他们的声明不受到任何威胁, 或确保他们不遭受酷刑或不人道、残忍和有辱人格的待遇。除了这方面的考虑以外, 此种情况下的问题还有, 这是否属于集体驱逐情况。此外, 这一做法似乎正在导致一种日益令人担忧的情况, 即难民受到和其他移民一样的对待, 这对庇护制度构成了真正的威胁。

24. 欧洲国家总体上阻止移民和采取一切手段打击秘密移民的意愿, 实际上催生了两个新的法律现象: “重新接纳协定”和“过境协定”。

25. “重新接纳协定”是确定居留国将非法移民“驱离出境”的法律框架和条件的双边协定。这是非法移民“接收”国及这些移民的原籍国或推定原籍国之间达成的条约, 根据这种协定, 原籍国或推定原籍国同意接纳驱逐国负责查出并移送的有关移民, 而费用由驱逐国承担。这种做法得到了逐渐推广; 例如, 西班牙已与若干国家签署了这种协定, 并仍在努力尽量与更多国家达成这种协定。西班牙缔结的某些重新接纳协定所载条款规定, 向被遣返者发放一定数额的补贴, 以便其重新融入目的地国。<sup>43</sup>

26. “过境协定”的目的不同, 其实质更具有争议; 例如, 2003年1月8日塞内加尔和瑞士达成的过境协定规定就显示了这一点。根据这项“过境协定”的条款, 塞内加尔承诺接收并转送所有被瑞士驱逐或禁止入境的非洲人, 并作为接受国负责确定原籍国。在这方面, 《议定书》第15条简略提及了“特别事务”问题, 其支出费用由“双方协议支付”。<sup>44</sup> 这种被称为“过境协定”的法律怪异现象, 使各国政

府得以无视对人格尊严的基本尊重和当事人的悲惨境遇, 就非法移民者问题进行可鄙的金钱交易。但是, 面对塞内加尔国内民众的强烈抗议和瑞士人权维护者的行动, 有关协议未能缔结。

## 2. 国际移徙: 国际移徙问题全球委员会的报告

27. 伴随世界全球化的迅猛发展, 今天的移徙现象规模空前。这个问题的复杂性、其经济影响及其政治敏感性, 使移徙成为国际社会关切的问题。因此, 2003年12月23日大会在第58/208号决议中决定, 在2006年第六十一届会议上专门举行关于国际移徙问题的高级别对话。大会还请秘书长在大会第六十届会议上向大会报告关于组织举办这一高级别对话的详情, 并在2004年12月22日第59/241号决议中回顾了这项要求。秘书长在就此问题向大会第六十届会议提交的报告中, 建议在2006年9月14日至15日举行高级别对话, 并提出了具体组织安排。<sup>45</sup>

28. 截至2003年12月, 一批核心国家在秘书长的鼓励下设立了国际移徙问题全球委员会; 这一独立机构<sup>46</sup> 的目标是, 为解决国际移徙问题制定协调一致的综合性应对办法确立框架。2005年10月, 国际移徙问题全球委员会编写了一份深刻的研究报告, 题为“相互关联世界中的移徙问题: 新行动方针”。<sup>47</sup> 虽然国际移徙问题全球委员会主要关注的是, 研究移徙与经济发展之间的联系, 特别是移徙对移民的原籍国和目的地国各自发展的影响, 但是国际法委员会在审议议程所列的“驱逐外国人”项目时不应忽视这个高级专家小组作出的工作成果。显然, 国际移徙问题全球委员会也探讨了非正规移民带来的挑战<sup>48</sup> 以及适用于所谓非法移民者的人权规则等问题。<sup>49</sup>

<sup>45</sup> 2005年8月8日, A/60/205号文件。

<sup>46</sup> 2005年8月, 国际移徙问题全球委员会是一家非正式咨询机构, 秘书处设于日内瓦, 包括来自世界所有区域的30多个国家, 包括: 阿尔及利亚、澳大利亚、孟加拉国、比利时、巴西、加拿大、埃及、芬兰、法国、德国、罗马教廷、匈牙利、印度、印度尼西亚、伊朗伊斯兰共和国、日本、墨西哥、摩洛哥、荷兰、尼日利亚、挪威、巴基斯坦、秘鲁、菲律宾、南非、西班牙、斯里兰卡、瑞典、瑞士、土耳其和联合国以及欧洲联盟。

<sup>47</sup> 国际移徙问题全球委员会的报告, 可在如下网址查看: [www.gcim.org](http://www.gcim.org)。

<sup>48</sup> 同上, 第32至第41页。

<sup>49</sup> 同上, 第53至第64页。

<sup>42</sup> 见 Karine G. Barzegar, “Paris et Londres expulsent ‘cette semaine’ une ‘quarantaine’ de clandestins afghans par ‘vol groupé’”, *Associated Press*, 2005年7月26日。

<sup>43</sup> 外交资料。

<sup>44</sup> Morice, 前引文(见上文脚注33)。



29. 国际移徙问题全球委员会的报告指出，人们对移民数量的增长和非正规移民的比例增长具有广泛共识。经合组织估算，欧洲的5 600万移民中，非正规身份移民占10%至15%；此外，欧洲每年还接纳约500 000名无证的新移民。美利坚合众国有1 000多万非正规移民（其中半数来自墨西哥），且这个数字以每年约500 000名的速度在增长。非正规移民情况决不仅仅限于发达国家。亚洲是存在非正规身份移民数量最多的大洲。例如，据估计，仅仅印度就有2 000万非正规身份移民。非洲和拉丁美洲的大部分移民也是非正规身份移民，<sup>50</sup>因为这些地方各邻国的人口具有很大的相似性，而且边境管制很松，从而便利了移民流动。特别是在非洲，只有国家当局把移民视为非法活动，民众则将移民看作相同族群成员之间的自然流动，往往不把国际边界当作一回事，因为他们认为这种边界无论如何都是抽象的、人为的。

30. 非正规移民的情况是凸显因经济全球化和不发达国家加速贫穷而导致社会经济不平衡加剧的现象之一。但它也反映了民众在极端贫困加之战祸频繁和政治不宽容的国家内的悲惨境遇。在此背景下，移民为逃避其处境和生活环境不惜作出一切牺牲。非洲青年如浪潮一般袭击西班牙飞地休达和梅利亚的铁丝网围护墙的景象，就是令人触目惊心的例证。每年，为穿越这些屏障（包括地中海这样的自然屏障以及西班牙边界之类由各国建造起来的屏障）进入欧洲而丧生的秘密移民数量估计多达2 000人。与此类似，每年大约有400名墨西哥人在企图越界进入美国国境时丧生。<sup>51</sup>

### 3. 移徙与发展问题欧非部长级会议 (2006年7月10日至11日，拉巴特)

31. 参加移徙与发展问题欧非部长级会议的有来自30个欧洲国家、俄罗斯联邦、土耳其和乌克兰、27个非洲国家、墨西哥以及21个国际组织的代表。

<sup>50</sup> 同上，第32至第33页。

<sup>51</sup> 同上，第34页。另见据收录最新遇难者名单的一些协会的数据；它们估计在1992年5月中至2003年12月期间，根据记录，有4 000多人在向欧洲的秘密移民过程中死亡。资料来源：非法移民受害者家庭协会；Gay, *Les discontinuités spatiales*；Olivier Clochard and Philippe Rekacewicz, “En dix ans plus de 4 000 morts aux frontières de l’Union Européenne”, *Le Monde diplomatique*, www.monde-diplomatique.fr, 2004年3月。

32. 这次会议通过的《行动计划》着手从两方面应对非正规移民流问题：一是在打击非法移民方面开展合作，二是提高过境国和离境国的国家边界控制能力。会议倡导在合作打击非法移民的主题下，特别要在后勤和资金方面合作，以利于移民从过境国自愿回返；在尊重人格尊严和个人的基本权利的前提下，在所有有关国家间建立有效的重新接纳制度，尤其是通过切实执行《科托努协定》第13条的相关规定，<sup>52</sup>和在北非、中非、西非有关国家之间以及欧洲共同体或其某成员国与北非、中非、西非国家之间达成重新接纳协定的方式；为确定非法移民的国籍而提供技术和后勤支持；便利非正规移民在回返后重新融入母国；向潜在的移民宣传介绍非法移民的风险；以及提供财政资源援助紧急面临非法移民紧急情况的国家。可以看出，参加会议者潜在的主导思想是，有系统地将所有非法移民驱逐回原籍国。这种心照不宣的原则似已确立，因为剩下的案文仅仅就是确定将来被驱逐者的回返和重新融入社会的条件，让被驱逐者的国籍国协助确定被驱逐者的国籍并重新接纳其进入本国境内。

33. 此外，移徙与发展问题欧非部长级会议主张提高这些国家和过境国的国家边界控制能力，包括完善相关部门雇员的培训和提供更好的跨界行动合作装备；它还敦促开展合作为有关国家提供数字化的数据库，用于有效打击非正规移民，以及开展合作，按欧洲模式建立早期预警机制，以便尽快传递关于秘密移民和走私犯罪组织活动的先兆。

34. 然而，在题为“移徙与发展问题欧非伙伴关系”的《拉巴特宣言》中，与会各国外交部长重申承诺“打击非法移民，包括重新接纳非法移民”，<sup>53</sup>同时他们还建议“采取积极的政策，使合法移民融入社会，并打击排外、仇外心理和种族主义”，并承诺“在尊重移民和难民的权利和尊严的前提下，以全面、平衡、务实和注重行动的办法”密切开展合作。然而，这些都是空话，因为对欧洲国家来讲，移徙与发展问题欧非部长级会议的主要目的是为大规模驱逐非法移徙的非洲国家移民奠定基础，使其具有国际合法性。当然，驱逐无正规身份的外国人，

<sup>52</sup> 《非洲、加勒比和太平洋国家集团成员为一方与欧洲共同体及其成员国为另一方之间的伙伴关系协定》，签署于2000年6月23日，科托努。

<sup>53</sup> 《拉巴特宣言》见 www.maec.gov.ma。

属于这些国家行使无可争议的主权权利，因此没有遭遇太多、甚至几乎没有任何反对意见。但是，这些国家必须注意维护当事人的基本权利和尊严，这才真正是国际法的全部要求，特别报告员打算在本专题中重点强调这一点。

35. 委员会成员及其后各个国家在讨论关于驱逐外国人的初步报告<sup>54</sup>时所提的意见以及互不相同有时甚至互相矛盾的各种建议，加上各国在驱逐外国人方面最新实践的上述发展，还有国际移徙问题全球委员会和移徙与发展问题欧非部长级会议的评论——其中突出强调了非正规移民现象在全世界范围之广并提出了应对办法，这些都显示出有必要具体确定本专题的确切范围以界定本专题。

#### D. 专题的范围

36. 关于驱逐外国人的初步报告的目的之一是在委员会和第六委员会引发就专题的方法论问题和专题范围的讨论。这两个委员会的辩论情况说明，大家一致认为有些问题应纳入本研究专题的处理范围，而对另一些问题则存在分歧。然而，没有人认为委员会不应当处理这个专题。<sup>55</sup>

37. 人们看来一致认同，专题应包括在一国境内居住但不拥有该国国籍的人，同时区分有正规身份者和无正规身份者两类人，包含已在驱逐国长期居住的人。专题还应包括难民、寻求庇护者、无国籍人和移徙工人。<sup>56</sup>

38. 另一方面，委员会有些成员和第六委员会一些成员国代表认为，接受国对于新的非法移民或尚未安顿下来的人拒绝接纳之举很难纳入专题范围。还有人认为，在非殖民化背景下因居住所在领土的地位发生变化而变更国籍者应排除在本专题范围之外。

39. 特别报告员认为，原则上不能排除这些情况。在这方面，应区分下列两种情况：一种是因国籍变更而引起人口（集体）迁移，这些人口因领土的地位发生变化而获得新的国籍；另一种情况是获得上述国籍的人被驱逐。驱逐后一种情况下的人应遵循一般法律制度，因此没有任何理由将其排除在本专题范围之外。

40. 关于不准入境（或“驱逐”非法移民）问题，若干国家的实践以及将任何越过边界进入所在国领土者确定为外国人的做法，显然让人感到，把这个问题排除在本专题范围之外必将对其造成严重限制。事实上，大韩民国认为，这样做“不仅会对委员会的工作范围造成不恰当的限制，而且还使全世界许多非法居住者的权益和担忧无人问津”。<sup>57</sup>然而，在传统观念上，驱逐涉及合法入境或逗留的外国人，而不准入境涉及其入境或逗留遭遇领土所在国家阻止的外国人；驱离涉及的是身在边境或刚刚跨过边境的非法移民，严格来讲，属于不准入境而不是驱逐。按照这种谨慎的区分，特别报告员认为，不准入境不属于本专题的范围。

41. 特别报告员没有找到有效理由把武装冲突中的驱逐外国人问题排除在本专题范围之外。委员会选定的办法是充分利用现行条约规则来对本专题进行编纂；虽然国际人道主义法已有这方面的具体规则，但毫不妨碍将此问题纳入本专题的范围。此外，2004年12月17日厄立特里亚诉埃塞俄比亚案的裁决<sup>58</sup>为重新研究这方面的传统规则提供了借鉴；在该案中，以剥夺国籍的手段实施驱逐的问题就是在武装冲突背景下发生的，因而更为复杂。

#### E. 本报告的一般性陈述

42. 本报告的目的是，依照法律著作中处理这一问题的方式，研究习惯法、条约法、判例法和各国实践中得出的适用于驱逐外国人问题的一般规则。

<sup>54</sup> 见上文脚注1。

<sup>55</sup> 匈牙利出席第六委员会的代表在大会第五十九届会议上表达观点时说，这个专题“本来应由联合国系统内其他各种机构，如联合国难民事务高级专员办事处或人权委员会处理”（《大会正式记录，第六十届会议，第六委员会》，第13次会议，第9段）。他注意到特别报告员就此专题向大会第六十届会议提交的初步报告，称匈牙利认为，特别报告员和委员会应“谨慎确定今后研究的确切范围和内容”（同上）。

<sup>56</sup> 见《2005年……年鉴》，第二卷（第二部分），第69页，第273段。

<sup>57</sup> 《大会正式记录，第六十届会议，第六委员会》，第11次会议，第89段。

<sup>58</sup> 厄立特里亚-埃塞俄比亚索赔委员会，部分裁决，埃塞俄比亚联邦民主共和国和厄立特里亚国之间的平民索赔案，埃塞俄比亚第5号索赔案（2004年12月17日，海牙）。

通过研究，审议关于驱逐外国人的初步报告<sup>59</sup>时提出的若干问题和建议就可以得到解决。

43. 在这方面，特别报告员大体上将紧循关于驱逐外国人的初步报告所附工作计划草案概述的办法；这项办法已获委员会核准，<sup>60</sup>并如本报告第10

<sup>59</sup> 见上文脚注1。

<sup>60</sup> 见《2005年……年鉴》，第二卷（第二部分），第69页，第269至第272段。

段所述，得到大会第六十届会议期间大部分国家在第六委员会就本专题发言时的赞同。然而，他调换了“范围”和“定义”的次序，将“定义”放在“范围”之后；另外就是调整了“范围”中的内容，将其许多内容放在“定义”章节下，而“范围”现在包含的是驱逐所适用的外国人的标准分类。为了精确起见，本报告研究了关于驱逐外国人的部分一般规则，其间将深入研究有关问题，以提出关于本专题范围和主要术语的定义的条款草案。

## 一般规则

44. 对关于驱逐外国人的初步报告的审议说明，在国际法委员会和第六委员会引起争论和争议的主要问题是本专题的范围。因此，本报告首先将着重

确定专题的范围。在限定专题范围之后，下一步是比初步报告更精确地界定专题的有关概念，再着手研究这方面的一般国际法原则。

## 第一章

### 范围

45. 本报告的导言概述了专题的范围。现在应更加精确地划定专题的范围，列出涉及的各类人员。依照本报告第37至第41段提出的观点以及国际法委员会和第六委员会赞成就此专题拟定尽可能完备的法律制度的意见，特别报告员将依次研究下列情况：在一国境内合法居住的外国人、无正规身份的外国人、难民、流离失所者、寻求和获得庇护者、无国籍人、一国前国民、因新的国家诞生而丧失国籍以致沦为外国人的人、与接受国发生武装冲突的国家的国民以及移徙工人。

46. 驱逐条件和程序受特别规则约束的若干类外国人不在本专题的范围之内。特别是享有某些特权和豁免的外国人，主要包括受特别规则（特别法）而不是适用于国际法下驱逐外国人的一般规则约束的外交官、领事官员、在外国国家任职的特派团成员、国际公务员、执行公务的武装部队成员或多国部队成员<sup>61</sup>。

<sup>61</sup> 见秘书处关于驱逐外国人问题的备忘录(A/CN.4/565)，第28至第35段，见委员会的网址(<http://legal.un.org/ilc>)。

47. 虽然有人断言国际法没有禁止驱逐本国国民，<sup>62</sup>但特别报告员认为，国际法也没有准许这样做。相反，一般原则是反对驱逐本国国民的。1892年9月在德国汉堡举行的国际法学会会议上，费罗-吉哈德先生在提交的驱逐外国人规章草案中就这个主题提议下述规则：

一国不得通过行政或司法途径驱逐本国国民，不论其宗教信仰、种族或民族血统为何。

若此行为意在造成的后果是把被判有罪或只是受到法律起诉的人驱离去到其他领土，则构成严重违反国际法的行为。<sup>63</sup>

48. 一般来讲，国家的属人管辖权要求国家确保本国国民在境内外都受到保护，由此引出上述规

<sup>62</sup> 同上，第36段和脚注53至61。

<sup>63</sup> *Annuaire de l'Institut de droit international* (1891-1892)，第278至第279页。



则是顺理成章的。<sup>64</sup> 不驱逐国民规则可以被认为是“无可争辩的”，因此，这项规则即使没有明确表达，也是暗含在内的。<sup>65</sup> 因此，若干国家的国内法明文禁止驱逐国民。<sup>66</sup> 这样一项规则暗含一国国民有权在本国居住或逗留<sup>67</sup> 或者入境，<sup>68</sup> 因此不允许一国驱逐本国国民。此外，上述规则的后果是，国家有义务接纳在国外遭驱逐的本国国民，而没有义务接纳遭驱逐的其他国家国民，无论这些人是被他们自己国家还是第三国驱逐；只有一国明确同意接纳被驱逐的其他国家国民（一般是依照国际协定），才须承担这项义务。<sup>69</sup> 具体而言，应当指出，一些人权条约明文禁止一国驱逐属于本国国民的人出境。<sup>70</sup>

49. 除了事实上很少有国家驱逐持本国国籍者的事例之外，上述论证也说明，此类驱逐情况纯属例外，而且只有依照与接受国之间的明文协定才可进行这样的驱逐。无论如何，由于一国国民并非或不可能同时是外国人，因此驱逐本国国民的法律制度不属于驱逐外国人专题的范围。

#### A. 在驱逐国境内合法居住的外国人

50. 所谓在外国合法居住的外国人，可以理解为在某国合法入境或遵照该国关于外国人存在或居住条件的立法和 / 或规章被某国正式接纳并在该国居住的外国人。这里暂不讨论是否应当区分过境的外国人、临时接纳或短期接纳的外国人和长期居民等等的问题。目前关注的唯一问题是这些人在接受国境内存在的合法性，但是这种逗留的时间长短也可能影响到驱逐的后果。

<sup>64</sup> 见 Dailler and Pellet, *Droit international public*, 第 493 至第 501 页, 第 322 至第 327 段。

<sup>65</sup> Boeck, 前引文, 第 447 页。

<sup>66</sup> 见 A/CN.4/565 号文件 (上文脚注 61), 第 36 段, 脚注 60。

<sup>67</sup> 同上, 脚注 56。

<sup>68</sup> 国际法学会拟议并于 1892 年 9 月 9 日在日内瓦通过的《接纳和驱逐外国人的国际规则》，其中载有一项条款规定，一国原则上不得禁止本国国民或者丧失了本国国籍但尚未取得其他国籍的人入境或在本国境内逗留 (*Annuaire de l'Institut de droit international* (1892-1894), 第 219 页)。

<sup>69</sup> 见 Jennings and Watts, *Oppenheim's International Law*, 第 944 至第 945 页。

<sup>70</sup> 见 A/CN.4/565 号文件 (上文脚注 61), 第 36 段, 脚注 55。

51. 所谓在接受国合法入境，是指持该国当局认可的有效旅行证件跨入了该国边界。所谓合法逗留，是指合法跨入边界的外国人满足逗留条件，即该国国内法规定的在该国继续存在的条件。

52. 然而，外国人在接受国合法入境不一定是该国合法存在的必要条件。在某些国家，人们在非法入境接受国之后，可以使地位合法化并取得法律上的居民地位。<sup>71</sup> 尤其在欧洲和美洲的主要秘密移民接受国，这种做法越来越普遍，不同的国家有的采取集体合法化的做法，有的采取逐案个别合法化的做法。<sup>72</sup>

53. 驱逐在驱逐国合法居住的外国人往往是大部分条约唯一假设的情况。因此，很多载有驱逐问题条款的国际公约只涵盖这一假设情况。<sup>73</sup>

#### B. 无正规身份的外国人

54. 有些条约对合法存在的外国人和无正规身份的外国人进行了区分，但没有规定“非法外国人”一词的定义。一些国家的国内立法规定了这类外国人的定义要素，但不同国家的法律指代这类外国人的措辞各有不同。<sup>74</sup>

55. 所谓无正规身份的外国人，可以理解为指违反接受国关于外国人入境、逗留或居住的立法而存在于该国境内的外国人。首先，入境条件可以确定非法性。非法移民或秘密移民就是这种情况。因此，外国人如果违反驱逐国关于外国人入境的规则而进入该国，则被视为无正规身份。第二，在驱逐国境内的逗留条件而非入境条件也可以确定非法性。

<sup>71</sup> 见 Grahl-Madsen, *The Status of Refugees in International Law*, 第二卷. *Asylum, Entry and Sojourn*, 第 348 页; 另见 A/CN.4/565 号文件 (上文脚注 61), 第 44 段。

<sup>72</sup> 例如，意大利和西班牙在过去几年对无正规身份的外国人进行大规模合法化；法国在经过一场大规模合法化之后，对无正规地位的外国人的态度更加强硬，最多不过采取逐案合法化的办法；美国联邦移民局最近建议对墨西哥移民大规模合法化，但仍在国会遭到一些反对意见。

<sup>73</sup> 尤其见《公民及政治权利国际公约》(第十三条)；《关于难民地位的公约》(第 32 条)；《关于无国籍人地位的公约》(第 31 条)；《欧洲居留公约》。另见 A/CN.4/565 号文件 (上文脚注 61), 第 755 段, 脚注 1760 至 1763。

<sup>74</sup> 见 A/CN.4/565 号文件 (上文脚注 61), 第 129 段, 脚注 249 至 258。



这类情况中，外国人虽然合法进入该国、因此属于合法入境，但其后并没有满足接受国法律规定的逗留条件。例如，合法入境的外国人超过该国主管当局规定的期限在该国境内滞留。第三，造成外国人在驱逐国境内非法存在的是上述两项缘由；例如，外国人非法进入接受国，其后身份也未获得合法化，这样就既不满足准予入境条件，也不满足逗留条件。

56. 外国人的逗留条件包括两方面：外国人在特定期限（不论可否延期）内在该国境内合法存在的居住许可；以及外国人逗留期间须遵守的规则，例如关于外国人在逗留过程中可以或者不可以从事的活动的规则。自愿进入某外国领土并在该国境内居住者必须遵守该国的逗留或居住条件，包括奉守其法律制度和规则，这是一项基本原则。<sup>75</sup> 不遵守这些条件规则，可导致居住许可被撤回或取消，从而使该外国人的身份从合法变为非法，甚至可能被驱逐。

### C. 难民

57. “难民”一词从社会学或法律角度理解有不同的含义。其社会学含义由来已久，外延广泛，不是很严谨。本报告所述的“难民”一词，在很长一个时期用于指称出于某种原因被迫离开家园到其他地方避难的人。<sup>76</sup> “其他地方”不是相对于一国边界而定的。今天，“难民”一词的这种用法没有完全消逝。但无论是否有意识地受了新闻语言的影响，现在有些国际论坛用此词指称在本国境内流离失所、与在某外国流亡避难者的实际情况相似的人。这种人也称为“国内难民”或“境内流离失所者”。尽管如此，他们也需要国际援助，大会已多次要求联合国难民事务高级专员办事处向他们提供人道主义援助。<sup>77</sup>

58. 然而，“难民”一词在法律上有更确切的含义。在这方面，它一般是指被迫离开本国而到其他国家寻求避难的人。正如国际法院在哥伦比亚和秘鲁之间的庇护权案的判决中所述，“难民身在避难国

境内”；<sup>78</sup> 换句话说，一个人如果在其国籍国境内，就不拥有难民身份。依照关于难民的各项国际公约，难民是由于种族、宗教信仰、国籍、某一社会团体的成员身份或政治见解而受到迫害或有正当理由畏惧受到迫害而逃离自己国家的人。有些作者认为，非因上述原因而逃离本国的人属于“流离失所者”<sup>79</sup> 而不是法律意义上的难民。难民还包括在国籍国或居住地国境外、但不能或有正当理由不愿返回本国的人。<sup>80</sup>

59. 《关于难民地位的公约》界定的“难民”一词的定义，如排除偶然因素和其他环境因素，根据该《公约》第1条（一）款（乙）项，“难民”一词很显然是指由于发生特定事件之后：

因有正当理由畏惧由于种族、宗教、国籍、属于某一社会团体或具有某种政治见解的原因留在其国籍国之外，并且由于此种畏惧而不能或不愿受该国保护的人；或者不具有国籍并由于上述事件留在他以前经常居住国家以外而现在不能或由于上述畏惧不愿返回该国的人。

60. 非统组织《关于非洲难民问题某些特定方面的公约》采用了更广泛的“难民”定义。非统组织《公约》规定，除《关于难民地位的公约》所述的人<sup>81</sup> 之外，“难民”一词：

还应适用于因其原籍国或国籍国部分或全部遭到外来侵略、占领、外国统治或发生严重破坏公共秩序的事件，而被迫离开惯常居住地，到其原籍国或国籍国之外的其他地方寻求避难的所有人。<sup>82</sup>

61. “难民”一词的这一广义定义在非洲以外产生了影响，已成为非洲对确定这一概念含义作出的重要贡献。1980年代初，国际社会明显开始接受非

<sup>75</sup> 见 Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or the Law of International Claims*, 第 179 页。

<sup>76</sup> 见 Jahn, “Refugees”, 第 72 页。

<sup>77</sup> 同上, 第 73 页。

<sup>78</sup> 庇护权案, 判决, 《1950 年国际法院汇编》, 第 274 页。

<sup>79</sup> Sohn and Buergenthal, *The Movement of Persons across Borders*, 第 99 页。

<sup>80</sup> 见《关于难民地位的公约》、《关于难民地位的议定书》和《国际难民组织法》以及《对难民和流离失所者应采取的临时措施协定》；另见 Jahn, 前引文, 第 72 页。

<sup>81</sup> 非统组织《公约》第一条第 1 款援用了这一概念。

<sup>82</sup> 第一条第 2 款；联合国难民事务高级专员办事处与媒体关系和公共事务处（日内瓦）也以分册形式发布了这项公约。

洲统一组织确定的定义，联合国难民事务高级专员办事处方案执行委员会在1981年指出，全世界很多地方、尤其是发展中国家难民大量增加，使寻求庇护者群体的组成发生了变化，不仅包括属于《关于难民地位的公约》及其《议定书》所定义的难民的人，而且包括非统组织《关于非洲难民问题某些特定方面的公约》第1条第2款所述的对象。<sup>83</sup>

62. 继1981年难民事务高级专员办事处的声明，中美洲国家于1984年通过了《卡特赫纳难民宣言》，建议扩大“难民”定义的范围，涵盖“因普遍发生暴力、外来侵略、国内冲突、大规模侵犯人权或其他严重破坏公共秩序的情况而致其生命、安全或自由遭受威胁，从而逃离本国的人”。<sup>84</sup>

63. 虽然美洲组织在《美洲人权公约：“哥斯达黎加圣何塞公约”》第22条第7款中采用了较狭义的定义，但后来美洲人权委员会和美洲组织大会都可了范围较广的定义。<sup>85</sup>

64. 这一定义的措辞方面存在一些差别。不同之处主要涉及是否所有逃离原籍国领土的群体都可被视为难民，而无论他们因何缘故被迫离开。有人说，“难民”一词除了“核心含义”之外，还有涵盖得不到原籍国政府任何保护的人的“灰色地带”<sup>86</sup>。这些“灰色地带”概念模糊不清，可能在申请难民身份者之间或者援助他们的国际组织和东道国之间造成分歧；因为人们倾向于把某些形式的社会压迫的受害人、经济变化的受害人（有时称为“经济难民”）或者纯粹为了个人便利而离开本国的人纳入“灰色地带”。因此，在理论和实践上都需要给国际法中的“难民”概念作出明确定义，这也是本研究的需要。

65. 依照上述意见，并根据国际组织和各国的做法，可以指出，国际法中“难民”一词定义的基础

要素如下：(a) 跨出了原籍国边界的人；(b) 离开原籍国是出于受到某种压迫；(c) 这种压迫应有可以明确确定的原因，包括：有正当理由畏惧因其种族、宗教、国籍、某社会团体的成员身份或政治观点而受到迫害；国内或国际武装冲突；政治暴力；外来侵略或外国或者外国统治。也就是说，“难民”可以理解为在国籍国之外的人，或如果该人为无国籍人，则是在惯常居住地国之外的人，或由于有正当理由畏惧因其种族、宗教、国籍、某社会团体的成员身份和政治观点而受到迫害、或因其原籍国或国籍国部分或全部遭到外来侵略、占领、外国统治、发生国内或国际武装冲突或严重破坏公共秩序的事件，从而被迫到其原籍国之外寻求避难的人。

66. 根据这样的定义，“难民”一词既指一种状态又指一种身份。这首先是一种状态，因为符合上述定义的任何人都被视为难民，即便东道国尚未给予其法律上的难民身份。其次它也是一种身份，因为人们依照各项国际公约<sup>87</sup>和各国立法规定的条件和程序取得了上述法律身份后，就可受到难民应享有的法律保护。这种法律身份的概念可以区分对处于难民情形（状态）者给予援助的人道主义干预和具有法律上的难民身份应享有的法律保护和权利。

67. 这种区别在驱逐外国人问题上很重要。虽然东道国只有在特殊情况下按照特定具体条件才能驱逐有难民身份的人，但驱逐处于难民状态和可能要寻求此种身份的人所必须遵守的规则却没有很强的约束性，下文将谈到这一点。有些情况下，寻求难民身份者可能被当作非法或秘密移民，即无正规身份的外国人，而享有难民身份者则受到专门法律制度的管辖，特别是在驱逐的问题上。

68. 人们普遍认为，对于任何有关国际公约缔约国的法律制度下初步推定为难民的人，无论其法律身份是否合法，均应给予难民应有的权利。<sup>88</sup>然而，

<sup>83</sup> 见 Sohn and Buergenthal, 前引书, 第103页; 以及 A/CN.4/565号文件(上文脚注61), 第153段。

<sup>84</sup> 《卡特赫纳难民宣言》(1984年11月22日), 《美洲人权委员会年度报告》(美洲组织文件 OEA/Ser.L/V/II.66/doc.10, rev.1), 第190至第193页(1984至1985年), 第3段。

<sup>85</sup> 见 A/CN.4/565号文件(上文脚注61), 第156段。

<sup>86</sup> 同上, 第157段。

<sup>87</sup> 例如, 根据《关于难民地位的公约》第1条(一)款的规定, 有双重国籍的难民必须能够证明他畏惧受到迫害或不再受到任一国籍国的保护。此外, 难民如不接受国籍国的保护, 或在丧失国籍之后又重新获得其国籍, 则不能再得到联合国难民事务高级专员办事处的保护。

<sup>88</sup> 见 Grahl-Madsen, 前引书, 第94页; 另见丹特受欧洲难民和流亡者问题理事会(难民理事会)委托编写的, *Research Paper on the Social and Economic Rights of Non-Nationals in Europe*, 第15页。

人们对“合法存在”和“合法逗留”表述的含义有争议。有些评论者认为，只要难民的存在没有被《关于难民地位的公约》缔约国承认为合法，<sup>89</sup>即这些人没有获得难民身份，其存在就不合法。

69. 这种情况有些含糊不清，因为等待对其法律身份作出决定的难民显然既不属于“合法存在”也不属于“非法存在”，最好将其视为一种实际合法存在，但这些人不能要求享受有法律上的难民身份者应有的一切权利。<sup>90</sup>

70. 然而，另一些作者认为，难民从被准许进入获得法律上的难民身份或被东道国接纳的程序起，即可视为合法存在。但他们认为，在东道国没有规定获得法律上的难民身份的制度或程序之前，寻求此种身份的难民在该国境内的存在应默认为合法。<sup>91</sup>

71. 应当指出，无论各方看法在细处上有何差别，人们都把寻求或等候难民身份者与享有难民身份者区分开来。所有观点也都赞同两者法律地位不同的事实。需要讨论的焦点是，申请难民身份者在提出申请到得到答复之间的法律地位该如何界定。有一些作者认为，合法逗留应当有一定的时间限制。<sup>92</sup>实际上，对这个问题的答复要根据各国立法而定，将在分析驱逐条件时对此问题进行适当研究。

#### D. 流离失所者

72. 难民和流离失所者不同。流离失所者也是因外力而身处其原籍国或国籍国以外的外国领土，这种状况与难民相似。然而，流离失所者不能等同于难民，尽管他们一般也需要与难民所需要的相同的保护。两种状况的区别在于到国外避难的原因。流离失所者之所以身处其原籍国或国籍国境外，其原因与国际法对“难民”的定义所述的原因不同：这些人身在本国境外是由于自然或人为引起的灾祸。

<sup>89</sup> 例如见 Pellonpää, *Expulsion in International Law: A Study in International Aliens Law and Human Rights with Special Reference to Finland*, 第 292 页。

<sup>90</sup> 见 Grahl-Madsen, 前引书, 第 362 页。

<sup>91</sup> 见 Hathaway, *The Rights of Refugees under International Law*, 经丹特援引, 前引书, 第 17 页。

<sup>92</sup> 有些评论者认为“合法逗留”指为期三个月或以上的存在：见 Grahl-Madsen, 前引书, 第 374 页。

这类流离失所者主要包括的是此类灾祸的受害者，即通常所讲的“生态”难民或“环境”难民。1977年以来大会谈及“难民和流离失所者”时所指的就是这类人。

#### E. 寻求和受到庇护者

##### 1. 概念

73. 庇护权起源于国内法，<sup>93</sup>但现已确立为一项习惯国际法规则。《世界人权宣言》第十四条第一款规定：

人人有逃避迫害有权在他国寻求并享受庇身之所。<sup>94</sup>

74. 《领域庇护宣言》也确认了这一规则，其中第一条第一款规定：

一国行使主权，对有权援引世界人权宣言第十四条之人，包括反抗殖民主义之人，给予庇护时，其他各国应予尊重。<sup>95</sup>

75. 这项权利的行使属于国家主权的范畴。

76. 虽然庇护和难民两个概念有共同之处，但是庇护在国际法中制定的时间更早。在国际法学会1950年巴思届会通过的各项决议中，“‘庇护’一词是指，一国在本国境内或在本国某些机关管辖的其他场所向寻求保护的人给予的保护”。<sup>96</sup>

77. 根据这项定义，可以得出庇护的一般含义。然而，关于庇护权的法律制度在不同的行使地、视适用于庇护受益人的规则不同而有所不同。

<sup>93</sup> 例如，法国1958年10月4日《宪法》序言收录的1946年10月27日《宪法》序言第4款规定：“任何因追求自由的行动受到迫害者，可以在共和国领土主张庇护权”(www.conseil-constitutionnel.fr)。

<sup>94</sup> 大会1948年12月10日第二一七(三)甲号决议，第十四条，第一款。

<sup>95</sup> 大会1967年12月14日第二三一二(二十二)号决议。

<sup>96</sup> Institute of International Law, resolution entitled “Asylum in public international law (excluding neutral asylum)”, art. 1, *Annuaire de l'Institut de droit international* (1950), 第 389 页。



## 2. 庇护类型

78. 庇护分三种不同类型：领土庇护或者说境内庇护、域外庇护或者说外交庇护，以及中立庇护。

79. 前两类庇护涉及地理因素标准或者说涉及领土管辖权，第三类涉及受益人的性质和对其适用的规则。

80. 领土庇护权被理解为意指一避难国在本国领土向请求庇护的外国人提供庇护或保护的权利。<sup>97</sup>《领域庇护宣言》规定，除受到迫害者之外，“反抗殖民主义”者<sup>98</sup>也可以享受领土庇护。依照《世界人权宣言》第十四条第二款，“控诉之确源于非政治性之犯罪或源于违反联合国宗旨与原则”之行为者，不在此列。<sup>99</sup>

81. 条约法帮助界定了领土庇护的概念。《领土庇护公约》明确了由于哪些原因受到迫害者可以享受领土庇护权。该公约第二条规定：

依照国际法，应尊重各国对其领土内居民的管辖权，同样应不附带任何限制条件地尊重各国对从因其信仰、观点或政治背景、或可视为政治罪的行为受到迫害的国家进入本国领土的人的管辖权。

由一国政府或其在一国的代理人在另一国领土上实施危害某人生命或安全的行为所构成的侵犯主权行为，不得因迫害行为在该国境外开始、或迫害是由于政治考虑或国家原因而视为减轻。

82. 与此类似，《美洲人权公约》第22条第7款规定：

每一个人在因政治罪或有关的普通罪而被起诉时，均有权按照某外国法律和国际公约，在该外国领土寻求和获得庇护。

83. 域外庇护权被理解为意指一国在本国领土之外、但属于本国管辖的场所向个人给予避难所的权利。这种场所可以是多种多样的。国际法学会认为：

可以在外交使团馆舍、领事馆、战舰、用于公共目的的政府船舶、军用飞机以及经授权在该领土上行使权力的外国国家另一机关管辖的场所提供庇护。<sup>100</sup>

84. 给予域外庇护主要是出于政治考虑。特别是在域外庇护采取外交庇护形式的情况下。外交庇护权是派遣国使团团团长拥有的一项条约权利，<sup>101</sup>可拒绝向接受国当局交付在使团馆舍避难的、属于接受国国民的政治人员，并可为此类人员获得离开其国家的安全通行证。<sup>102</sup>

85. 在庇护权案中，<sup>103</sup>因“军事叛乱罪”<sup>104</sup>受到起诉的美洲人民革命联盟党主席维克多·劳尔·阿亚·德拉托雷及该党其他成员，在驻利马的哥伦比亚大使馆寻求庇护。哥伦比亚大使依照1928年两国在哈瓦那签署的《确立给予庇护所应遵循的规则公约》第2条中第二项规定，在1949年1月3日致函秘鲁外交部长，告知其：阿亚·德拉托雷先生已经“在[该国]使团驻地获得庇护”<sup>105</sup>；1月14日，哥伦比亚大使再次明确函告，按照其从本国使馆收到的指示，哥伦比亚政府已依照1933年12月26日两国在蒙得维的亚签署的《关于政治庇护权的公约》第2条赋予其的权利，“给予维克多·劳尔·阿亚·德拉托雷政治难民身份”。<sup>106</sup>

86. 秘鲁政府对所给予的庇护的合法性持有异议，并拒绝按哥伦比亚的要求发放安全通行证。国际法院指出，依照《确立给予庇护所应遵循的规则

<sup>100</sup> Institute of International Law, “Asylum in public international law (excluding neutral asylum)”, art. 3, 第390页。

<sup>101</sup> 有些国家经常提供外交庇护，尤其在拉丁美洲，这已成为区域国际法中确立的一项制度。例如，第六届美洲国家国际会议通过的《确立给予庇护所应遵循的规则公约》；以及《外交庇护公约》。

<sup>102</sup> Salmon, 前引书，第94页。

<sup>103</sup> 《1950年国际法院汇编》（见上文脚注78）。

<sup>104</sup> 同上，第273页。

<sup>105</sup> 同上。

<sup>106</sup> 同上。

<sup>97</sup> 见 De Visscher, *Theory and Reality in Public International Law*; 以及 Salmon, *Dictionnaire de droit international public*, 第94页。

<sup>98</sup> 第一条，第一款（见上文脚注95）。

<sup>99</sup> 见上文脚注94。



的公约》第2条第2款，避难者人身受到迫在眉睫或持久的危险是给予庇护的主要理由，因此哥伦比亚必须举证证明上述条件已经满足的事实。法院认为，哥伦比亚引述的庇护案例不能使法院“将这些案例的价值评价为先例，确定领土国有法律义务承认给予以使免受当地司法当局起诉的庇护有效”。<sup>107</sup>此外，从这些案例一般可以看出，“领土国承认庇护似乎是出于便利或单纯政治权宜考虑，而不是出于某种法律义务作出这种决定”。<sup>108</sup>

87. 国际法院认为，这些评论说明，

拉丁美洲实行的庇护制度，很大程度上是由于法外的因素而发展起来的。在各共和国的睦邻关系下，各国政府受各种政治利益驱使，在没有任何明确界定的法律制度的情况下相互承认庇护。<sup>109</sup>

88. 但国际法院还指出，各方对以下情况没有异议，即：“可出于人道主义目的给予庇护，以保护政治犯免遭不负责任民众分子的无序暴力行为”。<sup>110</sup>

89. 虽然国际法院的某些意见显示，一般国际法不承认外交庇护权是产生权利义务的法律制度，但显然，庇护权可以来自习惯，不仅仅是区域或地方习惯，而且包括一般习惯。无疑，应从这个意义上理解国际法学会1950年巴斯届会对此项专题的编纂工作。

提供庇护的对象可以是生命、自由或人身受到暴力威胁的任何人，而此类暴力是地方当局实施的，或者地方当局显然无力对抗以保护该人，甚或地方当局姑息或怂恿此类暴力。这些规定在相同条件下适用于因内乱造成的此类威胁。

如果一国的政府权力明显运作失调或被某派别所掌控，以至无法为个人提供充分的人身安全保障，那么外交人员……可以给予庇护或持续提供庇护，甚至避免该人被当地掌权机构提起诉讼。<sup>111</sup>

90. 与领土庇护不同的是，外交庇护中的避难者身在罪行实施地国境内；因此，给予庇护的决定减损了罪行实施地国的主权，因为这一决定基本上取决于给予庇护权的国家；该国只是不得就寻求庇护者被指控犯下的罪行的性质作出对犯罪实施地国有约束力的“单方面最后定性”<sup>112</sup>。由于给予庇护的决定使罪犯免受领土国的管辖，构成对该国专属管辖范围内事务的干预，因而国际法院认为：“不能承认这种减损领土主权的行为，除非在每个特定案件中都可确定法律依据。”<sup>113</sup>

91. 中立庇护通常在发生冲突的情况下适用。国际法学会在1906年9月关于中立的决议中对其定义如下：“中立庇护权是中立国在其管辖范围内，向寻求躲避战祸者提供避难所的权利”（第7条）。<sup>114</sup>

92. 避难可以包括提供避难所和临时允许在中立国领土或其政府船上逗留；中立庇护可以给予交战各方的武装部队成员、逃脱的战俘、伤病平民或躲避武装冲突的难民。获得中立庇护者不得继续参与战斗，也不得保留战斗器械。实际上，在职的武装部队成员应被解除武装并扣留；逃脱的战俘如愿意留在中立国，可为其指定住宿。<sup>115</sup>

93. 在这种情况下，中立应当理解为，一国不卷入冲突。在这方面，武装冲突法规定非冲突当事国有义务：

治疗和人道地对待……伤病平民，但没有义务一直将其容留到敌对行动结束，这与对伤病军人的规定不同。伤病平民可要求回返，尤其是通过本国外交代表机构。他们也可向其所在领土国或其他国家寻求庇护。<sup>116</sup>

94. 中立庇护给受庇护人的身份不是永久的。中立庇护主要是基于人道主义的原因，在一段有限

<sup>107</sup> 同上，第286页。

<sup>108</sup> 同上。

<sup>109</sup> 同上。

<sup>110</sup> 同上，第282至第283页。

<sup>111</sup> 见上文脚注100。

<sup>112</sup> 《1950年国际法院汇编》（见上文脚注78），第275页。

<sup>113</sup> 同上。

<sup>114</sup> Institute of International Law, *Annuaire de l'Institut de droit international* (1906)，第375页。

<sup>115</sup> 见 Salmon，前引书，第95页。

<sup>116</sup> Sandoz, Swinarski and Zimmerman, *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*，第334页。

时间内应对威胁受庇护人生命的严重危机局势。因此，中立庇护与前文已经探讨了性质和重要意义的传统庇护形式不同；尤其是如上所述，受到中立庇护者可向中立国或其他国家申请庇护。

95. 尽管如此，受中立庇护者也会受到驱逐外国人问题的影响，因为给予他们的保护和中立国对其承担的义务显然说明，不能随时或随便以任何方式将其驱离该中立国领土。

### 3. 寻求庇护者和难民

96. 人们对庇护制度和难民概念之间的区别有时不是很清楚。有些国家的法律对两个用语往往互换使用，<sup>117</sup> 而另一些国家的法律则在比“难民”更广的意义上适用“庇护”一词。<sup>118</sup> 在这方面，后者与国际法是一致的。国际法协会对两个概念所作的区别是：“庇护”一词的含义比“难民”一词更广。<sup>119</sup> 该协会起草的领土庇护公约草案对二词的定义如下：

第1条(a) 各国有权向一切受到迫害或有正当理由畏惧受到迫害者及政治犯提供庇护。

(b) 缔约方承诺在其领土内向一切由于种族、宗教、国籍、特定社会团体（应理解为包括任何区域性或语言性群体）的成员身份或持有特定政治见解而受到迫害因此寻求庇护者提供避难所。<sup>120</sup>

97. 特定形式的迫害才可以导致难民身份的产生，而作为获得庇护的前提，迫害的形式是有限制的。例如，近几年由于性别原因受到的迫害或与性别有关的做法已经成为要求庇护的理由。<sup>121</sup>

98. 有些作者还通过对本国国内法的分析，强调区分庇护和难民身份的必要性。庇护是国家具有

“准许外国人申请逗留效力”的主权决定，而国家主管当局确认难民身份，则“使获得这一身份者不仅有逗留的权利，而且还有其它特定权利”。<sup>122</sup> 依照这种区分，法国宪法委员会将庇护权视为基本权利，即在法国法律中构成“保护其他权利和自由的基本保障之一”；<sup>123</sup> 该委员会确认，外国人可以要求享受这一法国人民庄严承诺的权利，即“一切因追求自由的行动受到迫害者，有权在共和国领土内得到庇护”。<sup>124</sup>

99. 寻求庇护者与难民情况相似，退回（驱回）上述两者均需遵守特定限制条件，而驱逐寻求庇护者或难民身份以外的外国人则不受这些条件约束。《关于难民地位的公约》规定，缔约国不得“以任何方式将难民驱逐或退回至其生命受威胁的领土边界”（第33条，第1款）。通常而言，寻求庇护的外国人可以在领土内临时停留，直到其申请获得裁定。例如，法国司法先例承认，申请难民身份的寻求庇护者可以在法国领土内临时停留，直到法国难民和无国籍人保护局或在适用的情况下，救助难民委员会对其申请作出裁定。<sup>125</sup> 法国宪法委员会认为，此项原则的依据是1946年《法国宪法》的序言，而国家委员会认为，其依据为《关于难民地位的公约》第31条第2款及关于成立法国难民和无国籍人保护局的1952年7月25日《法案》。<sup>126</sup>

<sup>122</sup> Norek, “Le droit d’asile en France dans la perspective communautaire”, 第204页。

<sup>123</sup> Franck, “L’évolution des méthodes de protection des droits et libertés par le Conseil constitutionnel sous la septième législature”.

<sup>124</sup> 宪法委员会，1993年8月13日第93-325 DC号决定，*Journal Officiel*, 18 August 1993, 第11722页；另见 Fabre-Alibert, “Réflexions sur le nouveau régime juridique des étrangers en France”, 第1183页。由于获得庇护权在法国法律中被视为一项基本权利，因此依照既定的司法先例，立法不能“规范适用于这一权利的条件，除非旨在使其更加具有实质性或协调其与其他宪法级规则或原则”（宪法委员会，1984年10月10日至11日第84-181 DC号决定，援引自 Favoreu and Philip, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 第609页）。

<sup>125</sup> 见 Abraham, “La reconduite à la frontière des demandeurs d’asile: conclusions sur Conseil d’État, Assemblée, 13 décembre 1991”(2 espèces: 1) *M. Nkodia (Alfonso)*, 2) *Préfet de l’Hérault c. M. Dakoury*); 以及与此司法先例同样的，第93-325 DC号决定（上文脚注124），第84段。

<sup>126</sup> 见 Fabre-Alibert, 前引文，第1184页。

<sup>117</sup> 见 A/CN.4/565号文件所列事例（上文脚注61），第171段，脚注344。

<sup>118</sup> 同上，脚注345。

<sup>119</sup> International Law Association, *Report of the Fifty-Fifth Conference held at New York, 21–26 August 1972*, 第196至第211页。

<sup>120</sup> 同上，第207页。

<sup>121</sup> 见 Trebilcock, “Sex discrimination”, 第395页。

## F. 无国籍人

100. “无国籍人”一词，简短来讲，是指没有国籍的人。更详细地说，可以理解为意指没有任何国家国籍或依照有关国家的相关国内法没有国籍的人。有人认为，此词可以解释为包括有国籍但不受本国政府保护的人。<sup>127</sup> 对于这个词的含义的更广泛的观点则应谨慎对待，因为可能造成实践中难以执行。在何种情况下可认为一国不对本国国民提供保护？这种保护涉及采取措施的义务还是产生结果的义务？何人负责断定国家未能充分履行保护义务？很多穷国往往不向本国国民提供适当的保护，甚至包括在此种保护不可或缺的情况下也不予提供，应当如何处理？

101. 另一方面，从法律上很容易理解，某人可能因下列原因成为无国籍人：出生时没有获得一国国籍（通常称为原国籍），或后来丧失了或者被剥夺了一国国籍而未获得另一国国籍。<sup>128</sup> 这些是无国籍的典型情况。

102. 《关于无国籍人地位的公约》受到国际法学会在1936年布鲁塞尔会议上通过的决议的启发，对无国籍作出了精确定义。《公约》的定义为：“无国籍人一词，是指不被任何国家视为具有本国国籍的人。”<sup>129</sup> 与此类似，《公约》第1条第1款以慎选的措辞和精确地改进了国际法学会的定义，规定：“本公约下‘无国籍人’一词是指任何国家根据本国的法律均不认为属于本国国民的人。”

103. 一些国家的法律，或采用《关于无国籍人地位的公约》中的定义，或按常理将“无国籍人”定义为没有国籍或国籍不详的人。<sup>130</sup>

104. 虽然缔结了《减少无国籍状态公约》，<sup>131</sup> 但是很多国家仍存在无国籍人。这种情况涉及本专

<sup>127</sup> 见 Mangoldt, “Stateless persons”, 第 656 页；以及 A/CN.4/565 号文件（上文脚注 61），第 173 段。

<sup>128</sup> 见 Jennings and Watts, 前引书，第 886 至第 890 页。

<sup>129</sup> Institute of International Law, “Statut juridique des apatrides et des réfugiés”, 第 294 页。

<sup>130</sup> 见 A/CN.4/565 号文件（上文脚注 61），第 175 段，脚注 350 至 355。

<sup>131</sup> 《公约》第八条第一款规定：“缔约国对国籍如被取消即无国籍者，不得取消其国籍。”

题，因为无国籍人没有东道国的国民身份，也不具有其他任何国家的国籍。也就是说，在法律上，无国籍人在任何地方都是外国人；正因如此，国际法对无国籍人提供特别保护。

## G. 原国民

105. “原国民”一词是指曾为一国国民、但不再具有该国国籍的人。这种情况可能是丧失国籍或被剥夺国籍造成的。<sup>132</sup>

106. 丧失国籍必须是一国国民采取自愿行为、从而结束其作为该国国民资格所造成的情况。一般来讲，这种情况是因归化而产生的；归化是指一个人出于自由意志，采取行动以获得新国籍，如其原国籍国或新国籍国的法律不允许双重或多重国籍，则将同时丧失先前国籍。一些国家的国内法律，尤其是新兴国家的法律都载有不允许多重国籍的条款。<sup>133</sup>

107. 与丧失国籍不同，被剥夺国籍是国家剥夺一个人的国籍的行为造成的后果。剥夺国籍可以是对归化入籍者违反了其成为国民而所属的国家的国籍法给予的惩罚。<sup>134</sup> 这种情况下，一般是通过行政法令剥夺国籍。然而，为处理特殊情况也可以通过立法法令剥夺国籍，例如在一国分裂为两个或多个国家之后，国民在法律上或事实上成为另一国国民的情况。<sup>135</sup>

108. 1993年4月，厄立特里亚人民在就自决进行的全民投票中选择独立之后，厄立特里亚从埃塞俄比亚分离，因而出现了上述情况。许多拥有厄立

<sup>132</sup> 例如，制定《喀麦隆国籍法》的1968年6月11日第1968-LF-3号法案第2节规定：“人在出生后可依法或依公共当局依法作出的决定获得或丧失喀麦隆国籍。”（*Journal officiel de la République fédérale du Cameroun*, 1968年7月15日）

<sup>133</sup> 《喀麦隆国籍法》（见上文脚注132）第31节规定：

“下列人士丧失喀麦隆国籍：

“(a) 执意获得或保留外国国籍的成年喀麦隆国民；

“(b) 依本法规定宣告放弃喀麦隆国籍的人；

“(c) 在国际公共机构或外国机构担任职务并在喀麦隆政府令其辞去该职后仍坚持留任的人。”

<sup>134</sup> 厄立特里亚-埃塞俄比亚索赔委员会（见上文脚注58），第10段。

<sup>135</sup> 同上。



特里亚血统但持有埃塞俄比亚国籍的人，在埃塞俄比亚生活，拥有财产而且在埃塞俄比亚开展习惯的活动。厄立特里亚指称埃塞俄比亚“违背多项国际法律义务，不法地剥夺了数以万计厄立特里亚血统的埃塞俄比亚公民的国籍，对其进行驱逐和虐待，并剥夺其财产”。

109. 埃塞俄比亚对这项指控持有异议，从而产生了厄立特里亚诉埃塞俄比亚案，该案被提交索赔委员会进行仲裁：2004年12月17日，该委员会就此问题作出了部分裁决。<sup>136</sup> 该案以后还会多次在本专题下被更详细地审查。此案既涉及国家继承过程中丧失或被剥夺国籍的问题，也涉及在武装冲突情况下因双重国籍者成为一敌国国民而予以驱逐，导致双重国籍者被剥夺两个国籍之一的问题。

#### H. 新国家诞生后即丧失国籍而成为外国人的人

110. 现有国家的非殖民化、部分领土转移或分离、统一、解体或分裂，可能诞生新国家。新国家无论被视为继承国与否，其主权包括依照国内法规给予或拒绝给予本国国籍的权力。然而，正如委员会在关于国家继承涉及的自然人国籍的条款草案的序言部分所述，这应遵守“国际法所定的限制条件”；而且，在这方面所作的决定应“适当兼顾国家和个人双方的合法利益”。<sup>137</sup> 事实上，个人的主要关切是享有国籍，因为人人有权享有国籍如今已成为国际法的一项基本原则。<sup>138</sup> 1999年二读通过的委员会上述条款草案的第1条重申了这项原则：“在国家继承日期具有先前国国籍的每一个人，不论其取得该国籍的方式为何，均有权……取得至少一个有关国家的国籍。”<sup>139</sup>

<sup>136</sup> 同上。

<sup>137</sup> 《1999年……年鉴》，第二卷（第二部分），第22页，第47段。

<sup>138</sup> 《世界人权宣言》（见上文脚注94）第十五条规定了这一点，《欧洲国籍公约》第4条和第18条重申了这一点。

<sup>139</sup> 见上文脚注137；另见，有关该条款草案的，该专题特别报告员（1995年至1998年）瓦茨拉夫·米库尔卡先生的各次报告（《1995年……年鉴》，第二卷（第一部分），第163页，A/CN.4/467号文件；《1996年……年鉴》，第二卷（第一部分），第133页，A/CN.4/474号文件；《1997年……年鉴》，第二卷（第一部分），第7页，A/CN.4/480和Add.1号文件；以及《1998年……年鉴》，第二卷（第一部分），第329页，A/CN.4/489号文件）；以及Economides, “Les effets de la succession d’États sur la nationalité des personnes physiques”。

111. 关于国家继承涉及的自然人国籍条款草案引入了“国籍推定”的概念，其主要目的之一是防止无国籍现象；因此，可以说，它“在国家继承涉及的实际需求和对人权的关切之间取得了令人满意的平衡，可有助于使现在经常变动的做法稳定下来”。<sup>140</sup> 然而，该条款草案没有完全消除产生无国籍情况的可能。此外，该草案根本没有排除如下情况：因新国家诞生而具有双重国籍的人，可能丧失一种国籍以至在失去国籍的国家成为外国人，因而可能受到驱逐。实际上，先前国与从先前国产生的新国家之间通常按照族裔划分人口，有些构成新国家人口的族裔群体成员选择新国家的国籍；在这种情况下，先前国（旧国家）只要决定剥夺这些人的国籍，就会造成很多人在他们长期定居的国家一下变成外国人。厄立特里亚诉埃塞俄比亚案<sup>141</sup>中，剥夺厄立特里亚血统的埃塞俄比亚国民的埃塞俄比亚国籍的决定是1998年两国之间爆发战争的结果；如果抛开这一点，该案就是上述假设的一个较好说明。

#### I. 与东道国发生武装冲突的国家的国民

112. 长期以来，人们一直认为各国有权将敌国国民逐出本国领土；这种观点至少持续到十九世纪末。把外国人分为友国人和敌国人是行使这项权利的基础，但其中并不区别对待以某种方式参与原籍国战争行动或对东道国持敌对态度的敌国人和在东道国和平生活的敌国人。英国法理学者对此问题有明确的立场，表述如下：

英国行政当局有权在战时驱逐不友好国家的臣民，这一点清晰无疑。这同样适用于代表外国主权的外国君主或大使任何时候的入境，其任何时候的强行入境将构成交战理由。对于上述任一情况，因英国行政官员的驱逐行为而造成有关人员的伤害，不构成他们在英国法院提起诉讼的理由。<sup>142</sup>

113. 如今，这样一种极端的观念已不再获得接受；由于国际社会长期重视保护人权，因此有些与该种权利不相符的传统做法已经弱化，甚至被彻底抛弃。

<sup>140</sup> Dailier and Pellet, 前引书, 第543页, 第354段。

<sup>141</sup> 见上文脚注58。

<sup>142</sup> Griffin, “Colonial expulsion of aliens”, 第91页。



114. 然而，不能说驱逐“敌国”外国人或与东道国发生武装冲突的国家的国民的原则或做法已经消失。在厄立特里亚诉埃塞俄比亚案中，厄立特里亚控诉埃塞俄比亚进行了“种族清洗”<sup>143</sup>，大规模驱逐厄立特里亚血统的埃塞俄比亚国民，即违反国际法驱逐本国国民。厄立特里亚-埃塞俄比亚索赔委员会同意埃塞俄比亚对此问题的申辩，并指出，国际人道主义法赋予了交战各方在冲突期间将敌国国民逐出本国领土的广泛权力。在这方面，委员会援引了一本国际法权威著作，即《奥本海国际法》，其中写到：

国家驱逐外国人的权利已经获得公认。无论外国人是临时游访，还是为专门事业或其他目的而在该国境内定居，设立固定的住所。

另一方面，虽然国家在行使驱逐外国人权利方面的自由裁量权是宽泛的，但这种自由裁量权不是绝对的。因此，依照习惯国际法，国家不得滥用权利任意决定驱逐外国人，而且在进行驱逐时必须以合理方式行事。然而，除此之外，习惯国际法没有规定关于驱逐的详细规则，因此一切要根据个案情况而定。理论和实践对敌对行动时期与平时时期的驱逐作出区别是有道理的。一交战方可能认为驱逐在其境内居住或临时逗留的所有敌对国家国民是合宜的：虽然这一措施对外国人个人可能打击很大，但是一般认为这种驱逐是正当的。<sup>144</sup>

大部分国际人道主义法作者都赞同这个观点。<sup>145</sup>

115. 在这种情况下，厄立特里亚-埃塞俄比亚索赔委员会还认为，埃塞俄比亚在埃塞俄比亚安全委员会核证了大量埃塞俄比亚-厄立特里亚双重国籍者的身份之后剥夺这些人的埃塞俄比亚国籍的做法是合法的。该委员会还指出：“埃塞俄比亚可以

<sup>143</sup> 厄立特里亚-埃塞俄比亚索赔委员会（见上文脚注58），第19页，第80段。

<sup>144</sup> Jennings and Watts, 前引书, 第940至第941页, 第413段; 另见厄立特里亚-埃塞俄比亚索赔委员会（上文脚注58），第19页，第81段。

<sup>145</sup> 例如，见 Doehring, “Aliens, expulsion and deportation”, 第16页：“如果一国的安全和存续受到严重威胁，例如……处于战争状态，那么该国仍然可以驱逐这样一个群体而无需顾及成员的个别行为”；Draper, *The Red Cross Conventions*, 第36至第37页，引述见 Whiteman, *Digest of International Law*, 第274页（引用了“一国在冲突开始时享有驱逐一切敌国人的习惯权利”）；以及 Fleck, *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts*, 第287页，第589节，第5段。

合法地将这些人作为交战敌国的国民进行驱逐，但应确保这些人依照日内瓦第四公约和其他适用的国际人道主义法的要求受到保护。”<sup>146</sup>

## J. 移徙工人

116. 关于移徙工人问题的区域讨论会显示，各大洲都存在这个问题。<sup>147</sup> 随着国际交通的发展，这个现象日益广泛。因此导致的移徙工人复杂多样，每种情况都应给予个别考虑。不予个别考虑往往导致接受国颁布规则对此类工人加以歧视。<sup>148</sup>

117. 所谓“移徙工人”，是指从一国移徙到另一国谋业但非自营职业的人。<sup>149</sup> 按照这种理解，劳工组织《移徙就业公约》（第97号）和《关于恶劣条件下的移徙和促进移徙工人机会和待遇平等公约》（第143号）对这一词的定义是指“不是为了自己开业的缘故，而是为了就业，从一国移徙到另一国的人，包括任何作为移徙工人经常获准入境的人”。<sup>150</sup>

118. 与此类似，《保护所有移徙工人及其家庭成员权利国际公约》<sup>151</sup>（该公约于2003年7月1日生效）第2条第1款规定，移徙工人一词指“在其非国民的国家将要、正在或已经从事有报酬的活动的人”。

<sup>146</sup> 厄立特里亚-埃塞俄比亚索赔委员会（见上文脚注58），第20页，第82段。

<sup>147</sup> 见 Elles, *International Provisions Protecting the Human Rights of Non-Citizens*, 第21至第22页。为联合国编制的研究报告对保护移徙工人权利问题作出了更详细的介绍，见哈利玛·恩巴雷克·瓦尔扎齐女士对通过非法和秘密贩运以剥削劳工问题的研究报告(E/CN.4/Sub.2/351)；大会1972年11月15日第二九二〇(XXVII)号决议；以及1975年7月4日瓦尔扎齐女士的最后报告(E/CN.4/Sub.2/L.629)，它和1975年11月12日至24日在突尼斯举行的移徙工人人权讨论会的报告(ST/TAO/HR/50)一并在大会第三十一届会议上被人权委员会提交大会（见大会1976年12月16日第31/127号决议）。

<sup>148</sup> 见 Elles, 前引书, 第22页。

<sup>149</sup> 见 Cholewinski, *Migrant Workers in International Human Rights Law: Their Protection in Countries of Employment*, 第101页；另见第102页和第150页；另见 Dent, 前引书, 第24页和第27页。

<sup>150</sup> 《公约》（第97号），第11条，第1款。可以注意到，《公约》（第143号）在定义中增加了从一国“移徙到”另一国的人。

<sup>151</sup> 该《公约》是在防止歧视及保护少数小组委员会应经济及社会理事会要求（见1973年5月18日第1789(LIV)号理事会决议）对移徙工人情况所作研究的基础上提出的。

119. 应指出,“将要从事”的说法是指持有就业合同的打算从事工作的移徙工人。这些定义完全排除了没有与雇主签定就业合约而第一次到外国找工作的人和非法移民工人。其中也不包括其他若干类人员,如:边境工人、短期入境的自由职业者和艺术家、接受培训和教育的人员以及在限定时间内在东道国受雇完成某项工作的人。

120. 另一方面,劳工组织公约没有排除拥有难民身份的人;但《保护所有移徙工人及其家庭成员权利国际公约》把难民和无国籍人排除在适用范围之外。<sup>152</sup>其理由是,这两类人已经享有特定的国际身份,这种身份对其提供了专门的保护。然而,应指出,该《公约》进行这种排除的做法造成了一种反常情况,即:寻求庇护者如获准在东道国工作,即被视为“移徙工人”;但按《公约》规定,他们一旦获得难民或流亡者身份,就会丧失移徙工人身份。<sup>153</sup>

<sup>152</sup> 见该《公约》第3条列出了公约适用范围之外的各类人员。

<sup>153</sup> 见 Cholewinski, 前引书,第153页。

121. 大量国际法律文书为移徙工人提供广泛的保护。<sup>154</sup>有关目前审议的专题的,已确立的原则是,不得集体驱逐移徙工人;而个别驱逐应遵循若干条件,这些条件以后将在驱逐制度框架下进行审议。

122. 上文已经对因其情况(在其非国民的国家境内的存在事实,无论合法或不合法)、法律地位(难民、寻求庇护者、无国籍人、被剥夺了领土国国籍的双重或多重国籍者)及从事的活动(移徙工人)而属于本专题框架内驱逐所涉外国人范围各类人员进行了确认。在此基础上,特别报告员为划定专题范围,拟提出如下条款草案:

#### “第1条 范围

“1. 本条款草案适用于所有在其为非国民的国家境内存在的人(侨民)。

“2. 本条款草案特别适用于在东道国内合法存在或无正规身份的外国人、难民、寻求庇护者、无国籍人、移徙工人、敌国国民(侨民)和丧失或被剥夺国籍的驱逐国国民(侨民)。”

<sup>154</sup> 今后的报告将在适当时候提出并分析这些国际、区域或双边性质的法律文书,特别是在研究适用于驱逐的原则以及驱逐的理由和后果时。

## 第二章

### 定义

123. 确定“外国人”和“驱逐”之类关键概念的确切含义和内容,是专题的一个主要难点。因此,应尽可能明确这些概念,找出它们在法律上的确定含义,或者至少是在本研究和本研究将产生的条款草案中的含义。正如关于驱逐外国人的初步报告所指出,<sup>155</sup>由于只有理解外国人的定义才能理解驱逐的定义,因此在研究驱逐的定义之前先要研究外国人的定义。

<sup>155</sup> 见上文脚注1。

#### A. 外国人

124. “外国人”一词本身无法作为定义,但可以从反面入手,说外国人不是某国的国民或不具有该国国籍的人,或说外国人不是该国侨民。按这种理解,外国人是归于另一个国家管辖的人,即不具有法院地国国籍的人。<sup>156</sup>按这种理解,《非居住国公

<sup>156</sup> Salmon, 前引书,第468至第469页。

民个人人权宣言》使用了“外国人”一词，该《宣言》将其用于指“非该国国民的任何个人”。<sup>157</sup>

125. 这样，可以基于与领土国的国籍联系这一单一标准，从反面着手给“外国人”下定义。然而，单单根据这个标准，还不足以从反面界定所有属于本专题所设定的“外国人”类别的人，尤其是国际法语言中除了“国民”一词，还有诸如“公民”、“臣民”和“侨民”等近义词，<sup>158</sup>而这些词所指的个人与领土国之间的法律联系不一定是同一类型。因此，“外国人”这一概念将从上述各种对立概念入手理解。这种办法的好处是，通过确定这些概念中哪些最能够涵盖属于一国管辖的所有人，就可以同时找出指明外国人与其原籍国或所属国的从属关系的适当用语。

126. 具体来讲，也就是要回答如下问题：理解“外国人”的含义，是否只需要将其作为具有领土国国籍的人（国民）的对立概念，还是也要相对原籍国或所属国的公民、臣民或侨民进行理解？我们将逐一研究这些概念。

### 1. 国民

127. “国民”一词作为名词，是指具有所在地国国籍的人，而国籍是人（此处为自然人）从出生就起或出生后通过归化、婚姻或法律而形成的与某国之间的法律联系。国际法院在诺特博姆案的判决中指出：

根据各国实践、仲裁裁决和司法裁决及作者的观点，国籍是一种法律纽带，其基础是一种社会归属事实，一种存在、利益和情感的实际相互联系，以及彼此权利义务的存在。国籍可以说是构成了对如下事实的法律表述：直接依照法律或因当局行为而获得国籍的个人，与赋予其国籍的国家的人口群体之间的联系比其他任何国家的人口群体之间的关系更为密切。一国给予的国籍，只有在作为有关个人与将其作为国民的国家之间联系的法律表述时，才使该国有资格相对另一国实行保护。<sup>159</sup>

<sup>157</sup> 大会 1985 年 12 月 13 日第 40/144 号决议，附件，第 1 条。

<sup>158</sup> 关于“臣民”一词，里维尔写到：“臣民、国民、公民、居民：均为同义词，其反义词是外国人”（*Principes du droit des gens*，第 137 页）。

<sup>159</sup> 诺特博姆案，第二阶段，判决，《1955 年国际法院汇编》，第 23 页。

128. 外国人可以是原籍国或所属国的国民，或反过来说，是领土国或法院地国的非国民。但这一国籍联系标准就“外国人”概念而言过于狭隘，因为不是所有外国人都一定是某国的国民。

129. 在本专题范围内，无论如何不能通过援引国籍标准来界定“外国人”。因为不仅获取国籍的条件严格来说属于各国国内法的范围，即各国可视情况给予或拒绝给予本国国籍，而且国际判例中对国籍问题的争论也非常复杂。<sup>160</sup> 在国际法方面，特别报告员约翰·R. 杜尔加德先生在关于外交保护的第一次报告<sup>161</sup>中解释说：虽然诺特博姆案被看作是要求个人与国籍国之间具有有效或真正联系的依据，但对此案所作判决是一个“非典型”判决，<sup>162</sup> 一是因为对列支敦士登给予诺特博姆国籍的方式存在质疑，二是因为诺特博姆与危地马拉存在密切联系。此案后来引发的争论说明，委员会内部对给予国籍的标准存在学理分歧：出生地主义、血统主义、通过收养、准正、承认、婚姻或某些其他方式；“非自愿归化”、“自愿归化”，或按弗莱根海默案中采用的术语“善意”标准的“有效归化”。<sup>163</sup> 由于无论在法律文献或判例法中存在何种观点，规定给予国籍的标准总是国内立法，因此最好避开这方面的争论。

### 2. 公民

130. “公民”一词在国际法中是指，享有参与国家生活的政治权利的个人。<sup>164</sup> 这个一般定义不能

<sup>160</sup> 例如，见 1923 年 9 月 15 日常设国际法院咨询意见中关于这个问题的争论。法院提及《主要协约及参战各国对波兰和平条约》第 93 条时称，“[它们]大大延伸了少数民族和人口的概念，因为它们一方面暗指了领土居民”（取得波兰国籍案，咨询意见，1923 年，《常设国际法院汇编》B 辑，第 7 号，第 14 页）。

<sup>161</sup> 《2000 年……年鉴》，第二卷（第一部分），第 233 页，A/CN.4/506 和 Add.1 号文件。

<sup>162</sup> 同上，第二卷（第二部分），第 82 页，第 457 段。

<sup>163</sup> 弗莱根海默案，1958 年 9 月 20 日第 182 号裁决（《国际仲裁裁决汇编》，第十四卷（出售品编号：65.V.4），第 377 页）。另见《2000 年……年鉴》（上文脚注 161），第 41 页，第 111 段，以及同上，第二卷（第二部分），第 83 页，第 464 至第 465 段。

<sup>164</sup> 《公民及政治权利国际公约》（见大会 1966 年 12 月 16 日第二二〇〇（二十一）号决议，附件）第二十五条规定：

“凡属公民，无分第二条所列之任何区别，不受无理限制，均应有权利及机会：



确定公民与所涉国家之间联系的性质。它可能是一种国籍联系，因为在某种意义上，公民是国民或侨民的同义词。1980年联合国法律事务厅的一份法律意见确认了这一点，写道：

“国籍”和“公民身份”总的来说属于国内法的范围，除非国家的自由裁量权受到国际义务的约束。这两个词是指个人在与国家关系中的身份。它们有时被用作同义词，但所描述的与国家的关系不一定相同。<sup>165</sup>

131. 确实，公民身份与国籍不总是完全对应的，至少两者的法律基础和各自与国家关系的性质存在不同之处。欧洲联盟的法律很好地说明了这一点。它确认公民身份是联盟的公民身份，但国籍是各成员国的国籍。《建立欧洲共同体条约》第17条（前第8条）对此规定如下：

1. 兹确立联盟公民身份。任何具有一成员国国籍的人均为联盟公民……

2. 联盟公民依本条约享有权利并承担义务。<sup>166</sup>

132. 获得欧洲公民身份显然以具有欧洲联盟一成员国的国籍为条件。同时，联盟一成员国的国民在其不作为国民的另一联盟成员国享有与欧洲公民身份相关的权利，不是凭国民的法律联系，而是单凭公民身份。也就是说，一个欧洲人尽管只有一个成员国的国籍，但在任何欧洲联盟成员国都不算外国人。从这方面讲，公民身份覆盖的范围大于国籍；并且从外国人类别中排除了本来单凭国籍标准应算作外国人的人。

“（一）直接或经由自由选择之代表参与政事；

“（二）……投票及被选……；

“（三）以一般平等之条件，服本国公职。”

<sup>165</sup> 《1980年联合国法律年鉴》[英]（联合国出版物，出售品编号：E.83.V.1），第190页，第3段。

<sup>166</sup> 应注意，根据《条约》，欧洲公民享有许多权利，包括：在成员国境内自由流动和居住（第18条）；在居住地成员国参加国内选举和欧洲议会选举的选举权和被选举权（第19条）；在本国未设代表机构的第三国获得任何成员国外交保护的权利（第20条）；请愿权、向行政监察专员提出申请权（第21条）。

### 3. 臣民

133. 所谓臣民，是指隶属于其效忠的君主或亲王的人。臣民之于君主国相当于公民之于共和国。例如，人们称法兰西共和国、美利坚合众国或喀麦隆共和国的公民，而称比利时、不列颠或西班牙的臣民。在这个意义上，1839年3月1日比利时和西班牙签署的关于继承的《公约》规范了一国臣民获得和继承在另一国的财产的权利，其中规定：“比利时国王陛下所辖各国的比利时臣民无论以何种方式获得的物品在输出时，不征收任何财产移出税或财产移入税。”<sup>167</sup>

134. 在殖民时期，“臣民”一词用于指殖民地本土居民，与宗主国的“公民”相对。<sup>168</sup> 1935年1月12日法国外交部法律处的一份照会指出：

在法国，“侨民”一词一般被认为不仅仅包括宗主国法国的法国人，还包括殖民地的臣民和各被保护国的国民……

关于臣民，情况很明确；而被保护者有时与侨民相提并论，情况则不太明确。<sup>169</sup>

135. 《国际公法词典》还认为，“臣民”一词也是“国民或公民的同义词”。<sup>170</sup> 但根据以上内容可以看出，“侨民”一词可以涵盖所有三类人。

### 4. 侨民

136. “侨民”一词目前通常用作“国民”的同义词[两者在英文中通常都译作“national”]。这两个词的同义性在一些国际法律文书<sup>171</sup>和国际判例中很明显。

<sup>167</sup> Parry, *The Consolidated Treaty Series*, 第2条, 第330页。

<sup>168</sup> 见 Salmon, 前引书, 第1061页。

<sup>169</sup> Kiss, *Répertoire de la pratique française en matière de droit international public*, 第二卷, 第236页, 第438号。另见 Pillet and Niboyet, *Manuel de droit international privé*, 第66页, 脚注(2)。

<sup>170</sup> 见上文脚注168。

<sup>171</sup> 例如, 《欧洲居留公约》第30条第1款规定:“本公约下,‘国民’[侨民]为具有缔约一方国籍的自然人。”



137. 在国际联盟行政院提交常设国际法院的有关常设国际法院第7号咨询意见的问题中, 行政院似乎是用“侨民”一词来指代“具有……国籍的人”。行政院在问题导言中指出:

波兰政府已经决定把一些原德国国民[侨民]作为没有取得波兰国籍、继续拥有德国国籍的人对待, 在波兰对这些人适用非波兰国籍、特别是德国国籍的人的待遇。<sup>172</sup>

138. 常设国际法院在对波兰上西里西亚的某些德国权益案的判决中指出:

本法院认为, “国民”[侨民]概念还包括拉齐布日市等市镇。正如针对 Königs- und Laurahütte 公司案所解释的那样, 《日内瓦公约》中的“国民”[侨民]一词一般是指自然人。但在国内法的法人与国家之间, 也存在类似自然人与国家之间所谓国籍关系的关系, 尽管形式有所不同。<sup>173</sup>

139. 有关波兰国民和其他波兰裔或操波兰语人士在但泽领土内的待遇案的问题表现了“国民”概念的狭义理解, 让人看到血统相同、讲同种语言的其他人不一定就是国民, 而且这个词与“侨民”不完全相同。常设国际法院还在此案中指出, “如果只是禁止基于波兰国籍、波兰族裔或操波兰语言而实行歧视, 那么但泽可以将所有波兰人赶出领土, 只要这种驱赶同样适用与其他外国人”,<sup>174</sup> 这就说明一国国民和原籍该国的人是有区别的。

140. 然而, 该意见似乎指出, “侨民”一词完全可以涵盖此案所涉的三类人。实际上, 常设国际法院指出, 大使会议在起草有关但泽自由市法律地位的公约时, 收到三个初步草案, 其中一个是在但泽市提交的, 另外两个是波兰提交的: “但泽市的草案载有关于缔约双方国民[侨民]权利的详细条款。……第二个波兰草案载有依照互惠原则给予波兰国民[侨

民]国民待遇的条款。”法院还补充说, “但泽和波兰的各项草案中都提出了波兰国民[侨民]的国民待遇问题……但是大使会议没有给予但泽的波兰国民[侨民]国民待遇, 而是在第30条中对此问题处理”如下, 不给“波兰国民和其他波兰族裔或操波兰语的人国民待遇, 而对其采用保护少数群体的制度”。<sup>175</sup>

141. 常设国际法院在1935年4月6日关于阿尔巴尼亚少数群体学校案的咨询意见中申明, “侨民”一词相对“国民”一词而言具有吸纳性; 为实现一切保护少数群体的条约的根本要旨, 首先应“确保属于种族、宗教或语言上的少数群体的国民<sup>176</sup>在各方面都与该国其他国民[侨民]完全平等”。<sup>177</sup> 常设国际法院还指出, “所有阿尔巴尼亚国民[侨民]享有”1921年10月2日《宣言》“第4条所述的法律上的平等”;<sup>178</sup> 还确定该《宣言》第5条第1款“赋予属于种族、宗教或语言上的少数群体的阿尔巴尼亚国民[侨民]本款第二句所述的权利”。<sup>179</sup>

142. 在摩洛哥境内美利坚合众国国民的权利案中, 以及提交国际法院及其前身的所有涉及一方国民的案件中, “侨民”一词在英文中均译为“nationals”。此案中, 法国请国际法院判决并宣布“美利坚合众国国民在摩洛哥的特权只包括1836年9月16日《条约》第20条和第21条案文所述的特权”。<sup>180</sup> 美国认为, “1787年《条约》和1836年《条约》赋予美国的管辖权是对所有美国公民之间的案件的民事和刑事管辖权”,<sup>181</sup> 并且依照最惠国条款效力和习惯, 美国在摩洛哥已经取得“对一切被告为美国公民或其保护者的案件的管辖

<sup>172</sup> 取得波兰国籍案(见上文脚注160), 第6页。

<sup>173</sup> 波兰上西里西亚的某些德国权益案, 案情实质, 1926年第7号判决, 《常设国际法院汇编》, A辑, 第7号, 第74页。

<sup>174</sup> 波兰国民和其他波兰裔或操波兰语人士在但泽领土内的待遇案, 咨询意见, 1932年, 《常设国际法院汇编》A/B辑, 第44号, 第41页。

<sup>175</sup> 同上, 第33至第34页。

<sup>176</sup> 在法文里为“ressortissants”。

<sup>177</sup> 阿尔巴尼亚少数群体学校案, 咨询意见, 1935年, 《常设国际法院汇编》A/B辑, 第64号, 第17页。

<sup>178</sup> 同上, 第19页。

<sup>179</sup> 同上, 第22页。

<sup>180</sup> 摩洛哥境内美利坚合众国国民的权利案, 判决, 《1952年国际法院汇编》, 第179页。法文本为: “[L] es privilèges des ressortissants des États-Unis d’Amérique au Maroc sont uniquement ceux qui résultent du texte des articles 20 et 21 du traité du 16 septembre.” 《和平条约》(1836年9月16日, 梅克内斯) 转载于 Miller, *Treaties and Other International Acts of the United States of America*, 第4卷, 第33页。

<sup>181</sup> 《1952年国际法院汇编》(见上文脚注180), 第186页。摩洛哥与美国之间的《和平友好条约》(1786年6月28日和7月15日) 转载于 Miller, 前引书, 第2卷, 第185页。

权”。<sup>182</sup> 1836年《和平条约》第21条的确使用了“公民”<sup>183</sup>而不是“国民”（侨民）一词，但很明显其所指内容与“国民”是相同的。国际法院本身也把两个用语作为相同的词使用。国际法院在陈述判决理由时回顾，就摩洛哥给予的领事管辖权而言，最广泛的特权是依照1856年与大不列颠之间的《总条约》针对“不列颠国民”<sup>184</sup>（侨民）授予的；<sup>185</sup>民事和刑事管辖权是依照摩洛哥与西班牙之间的《通商条约》（1861年11月20日，马德里）<sup>186</sup>确立的，“针对被告为西班牙国民[侨民]的案件”；<sup>187</sup>因此，美国是“依照最惠国条款取得了对所有被告为美国国民[侨民]的案件的民事和刑事领事管辖权”。<sup>188</sup>在该判决的执行部分一节中，法院一致认定，美国

无权主张在摩洛哥的法国属地对美国公民适用所有法律法规时需征得美国政府同意，但美国领事法庭可拒绝对美国公民适用未经美国政府同意的法律或法规。<sup>189</sup>

“国民”、“公民”和“侨民”这几个词乍看是相同的。然而，在美国就此案提交的呈件对“一切被告为美国公民或其保护者的案件”的提法中，<sup>190</sup>是否并不容易看出国际法中“侨民”的措辞比“国民”和“公民”包含内容更广？

143. 由于国籍联系是国家采取外交保护行动的基础，向国际法院提起的各外交保护案中所用的“侨民”一词，是“国民”或“具有……国籍的人”的同义词。

<sup>182</sup> 《1952年国际法院汇编》（见上文脚注180），第186页。

<sup>183</sup> 该条款规定：“如果美国公民打死或打伤摩尔人，或摩尔人打死或打伤美国公民，则应适用国内法律，依法予以公平处理，由领事在审判中提供协助。”（同上，第189页）。

<sup>184</sup> 同上，第190页。

<sup>185</sup> 构成关于联合王国与摩洛哥帝国之间1856年12月9日签署的《通商航海公约》的协定的换文（1957年3月1日，拉巴特），联合国，《条约汇编》，第310卷，第4480号，第3页。

<sup>186</sup> *Tratados de España: Documentos internacionales del Reinado de Doña Isabel II desde 1842 a 1868* (Madrid, Ginesta, 1869), 第245页。

<sup>187</sup> 《1952年国际法院汇编》（见上文脚注180），第190页。

<sup>188</sup> 同上。

<sup>189</sup> 同上，第213页。

<sup>190</sup> 同上，第189页。

144. 在美国驻德黑兰外交和领事人员案中，<sup>191</sup>双方及国际法院本身都不作区别地使用“侨民”和“公民”二词，狭义上都是指“国民”或“具有美国国籍的人”。因此，美国政府在关于该案的呈件中坚称，美国在伊朗伊斯兰共和国采取行动是“为解救（伊朗武装攻击美国大使馆中受害的）美国国民[侨民]”<sup>192</sup>，并要求立即“释放（关押在大使馆房舍内的）所有美国国民[侨民]”<sup>193</sup>以及“根据其本身权利和通过行使对其国民[侨民]的外交保护权”<sup>194</sup>作出赔偿。法院在判决中回顾了案件的有关事实，指出在伊朗“好战分子”<sup>195</sup>占领大使馆之后，“在德黑兰别处被扣的其他美国工作人员和一名美国平民[侨民]”<sup>196</sup>后来被带往大使馆作为人质。国际法院还在后面几段讲到“被扣美国公民总数”<sup>197</sup>和“另外两名没有外交或领事身份的美国籍人[侨民]”。<sup>198</sup>“一些伊朗公民获签发的未来入境美国”的签证“被撤消”，<sup>199</sup>美国政府禁止本国公民[侨民]赴伊朗旅行。法院在陈述判决理由时指出：“对于被作为人质扣押在大使馆五个多月的美国国民[侨民]，美国政府对他们的命运表示由衷关切，这当然是可以理解的”。<sup>200</sup>法院在判决的第3段中裁决，伊朗“必须立即停止非法扣押目前在伊朗被当作人质的外交和领事人员以及其他美国国民[侨民]”。<sup>201</sup>

145. 德国在拉格朗案<sup>202</sup>的呈件中，也在“国民”的意义上使用了“侨民”一词，德国认为，美国在逮捕卡尔·拉格朗和瓦尔特·拉格朗之后没有立即告知他们依《维也纳领事关系公约》享有的权利，

<sup>191</sup> 美国驻德黑兰外交和领事人员案，判决，《1980年国际法院汇编》，第3页。

<sup>192</sup> 同上，第18页，第32段。

<sup>193</sup> 同上，第6页，第8段。

<sup>194</sup> 同上，第7页。

<sup>195</sup> 同上，第12页，第17段。

<sup>196</sup> 同上。

<sup>197</sup> 同上，第13页，第21段。

<sup>198</sup> 同上，第22段。

<sup>199</sup> 同上，第17页，第31段。

<sup>200</sup> 同上，第43页，第93段。

<sup>201</sup> 同上，第44页，第95段。

<sup>202</sup> 拉格朗案（德国诉美利坚合众国），判决，《2001年国际法院汇编》，第466页；另见《维也纳领事关系公约》案（巴拉圭诉美利坚合众国），临时措施，1998年4月9日的命令，《1988年国际法院汇编》，第248页。

因此已经“违反了美国对德国的国际法律义务，侵犯了德国本身的权利及其对本国国民〔侨民〕实施外交保护的权力”；<sup>203</sup> 依照这些国际法律义务，美国应向德国保证，“今后在任何羁押或刑事起诉德国国民〔侨民〕时”，<sup>204</sup> 美国的法律和实践不妨碍国际法的适用。<sup>205</sup> 国际法院在回顾案件事实时指出，“瓦尔特·拉格朗和卡尔·拉格朗分别于1962年和1963年出生于德国，均为德国国民〔侨民〕”。<sup>206</sup> 法院不接受美国认为德国并不具有“为本国国民〔侨民〕主张这些权利的资格”的异议。<sup>207</sup> 在国际法院的用语中，“侨民”和“具有……国籍的人”显然属于同义词，因为“法院认为，依照《任择议定书》第一条，被扣押个人的国籍所属国可在国际法院援引第36条第1款创设的个人权利”。<sup>208</sup> 国际法院还在判决第(7)段指出：“如果德意志联邦共和国国民〔侨民〕（在《维也纳公约》规定的）权利未得到（尊重的情况下）被判处重刑”<sup>209</sup>，美国应通过其自己选择的途径，对判决进行重新审查和复核。

146. 在阿韦纳和其他墨西哥国民案中，墨西哥在其最后呈件中请国际法院判决并宣布美国“违反了美国对墨西哥的国际法律义务，侵犯了墨西哥本身的权利及其对本国国民〔侨民〕提供领事保护的权力”。<sup>210</sup> 墨西哥还声称“该国本身直接以及经由其国民〔侨民〕受到了”伤害，因此提出了国家索赔。<sup>211</sup> 在拉格朗案<sup>212</sup>中提到的对“侨民”和“国民”或“持有一国国籍的人”被作为同义词使用的做法，在此案中也得到了确认。国际法院在回顾了拉格朗案判决的第77段案文之后，审查了“墨西哥的索赔所涉

的所谓若干墨西哥国民〔侨民〕的双重国籍问题”。<sup>213</sup> 美国对此项主张持有异议，认为

如果在接受国被逮捕或拘留的人是该国国民，即使此人同时是《维也纳公约》另一个缔约国的国民，第三十六条也不适用，这是一项公认的原则……；墨西哥也指出，在本案范围内，对具有双重国籍的人无权获知第三十六条规定的权利这一点不持异议。<sup>214</sup>

法院指出，“墨西哥除了要对本国国民〔侨民〕提供外交保护”，<sup>215</sup> 还以国家本身的名义提出索赔；并且，墨西哥可就涉及“其任何国民〔侨民〕”的违背《维也纳领事关系公约》第三十六条之情事提出申诉，<sup>216</sup> 对此，美国“可以就此说明因当事人同时也是美国国民〔侨民〕，所以第三十六条不适用”。<sup>217</sup> 更重要的是，法院指出，墨西哥声称其已履行举证责任证明52名涉案人员“是墨西哥国民〔侨民〕……向法院提供了这些国民〔侨民〕的出生证明书，以及其中42人表明他们未取得美国国籍的声明”。<sup>218</sup> 此案双方应共同承担举证责任，因为在美国看来，“具有墨西哥国籍的人，依据其父母的出生日期和地点、居所地或其出生时的父母婚姻状况等，也可依法获得美国公民身份”。<sup>219</sup> 法院认为，“应由墨西哥证明……列明的52人在被逮捕时具有墨西哥国籍”，并且法院注意到，墨西哥“就此出具了出生证明书和国籍声明，且内容未受到美国质疑”。<sup>220</sup> 显然，当事双方和法院的用语都没有对“侨民”、“国民”甚至“公民”作出区别。美国告知法院，“数百万计外国人在美国境内合法或非法居住，而且美国关于公民身份的法律也是非常宽容的”。<sup>221</sup> 法院指出：

<sup>203</sup> 《2001年国际法院汇编》（见上文脚注202），第471页，第10段。

<sup>204</sup> 同上，第473页，第11段。

<sup>205</sup> 同上，第12段。

<sup>206</sup> 同上，第474至第475页，第13段。

<sup>207</sup> 同上，第483页，第42段。

<sup>208</sup> 同上，第494页，第77段。

<sup>209</sup> 同上，第516页，第128段。

<sup>210</sup> 阿韦纳和其他墨西哥国民案（墨西哥诉美利坚合众国），判决，《2004年国际法院汇编》，第35页，第40段。

<sup>211</sup> 同上，第35至第36页。这个词在判决的法文本中其他很多段也是这种用法。除上述引用之外，另见第69段和102段。

<sup>212</sup> 见上文脚注202。

<sup>213</sup> 《2004年国际法院汇编》（见上文脚注210），第36页，第41段。

<sup>214</sup> 同上。

<sup>215</sup> 同上，第42段。

<sup>216</sup> 同上，第37页。

<sup>217</sup> 同上。

<sup>218</sup> 同上，第41页，第55段。

<sup>219</sup> 同上，第56段。

<sup>220</sup> 同上，第57段。

<sup>221</sup> 同上，第44页，第64段。



凭语言或外貌都不必然能确定某人是外国人……，而且……生活在美国的外国人很多，正说明在逮捕任何个人时都应就其国籍问题循例调查。<sup>222</sup>

法院指出，它没有收到任何证据表明在其中一名当事人的案件（萨尔西多先生，第22号案）中，同时有“存在墨西哥国籍的迹象，这种迹象本可以使逮捕当局实行快速调查”。<sup>223</sup> 法院还在判决的第(6)、(7)、(9)和(11)项提及“墨西哥国民[侨民]”。<sup>224</sup>

147. “侨民”一词除了在狭义含义下表达与“具有……国籍”的内容之外，在国际法中还有非常广泛的含义，特别是在加上“敌国”这一定语使用时。例如，一“敌国侨民”[敌国人]是指一交战方认为在法律上归属一敌国管辖的自然人或法人，但各国国内法对这种归属关系的标准可能不同。<sup>225</sup> 问题的核心在于一个人对这样一个国家的效忠，或更准确地讲，正如国际法院所指出的，引用列支敦士登在诺特博姆案的答辩中所述，“国籍、居所……、作为效忠证据的个人或商业联系……或列入黑名单之情况”。<sup>226</sup> 很明显，这一点所适用的人员范围极广，因为只要他们对有关敌国表示了效忠，则无需确定国籍<sup>227</sup> 即可认为他们为该国的“侨民”。

148. 本专题范围内，特别报告员对“侨民”概念不采用如此广泛的含义。在该措辞限于国籍概念的意义和包含交战国基于对某敌国的效忠应受惩罚而将其定为敌国人的所有人这一意义之间，还有一种中间意义。当然，各国可通过协定决定按其愿望确定该词的含义。但是，特别报告员尽力界定一种广泛而又精确的定义：不仅仅适用于国民，还适用于由于特定的法律联系而受特定国家管辖的人；这种法律关系包括难民或寻求庇护者身份、源于无国籍身份的法律关系、甚至托管或保护等创设的从属关系。例如，1935年1月12日法国外交部法律处的

照会（见上文第134段）指出：“法国建议采用下列表达方式：‘包括被法国保护者在内的所有法国侨民’。”<sup>228</sup>

149. 然而，本专题框架下使用这个词的确切含义，则是1927年12月30日法-德混合仲裁法庭对法拉-纳塔夫兄弟诉德国案所作的裁决表述：

鉴于被告声称，申诉人持有突尼斯国籍，因此属于受法国保护者，所以不能被视为一联盟国或联系国的侨民……

鉴于《凡尔赛和约》第297条所使用的“侨民”一词不仅限于一国的国民，还包括因除国籍本身之外的其他某种法律联系而与一国有联系的所有人。<sup>229</sup>

150. 因此，所谓“侨民”，是指由于国籍等任何法律关系而归属某国管辖的任何人。

151. 鉴于上述考虑，可提出：本专题范围内，“外国人”一词是指接受国或领土国以外某国的侨民，或反过来，称为接受国或领土国的“非侨民”<sup>230</sup>。

152. 当然，如此广泛的“侨民”概念可能会引起问题，当个人实际上既不具有一国国籍，与该国之问又没有确实的联系，只是单纯由于这种或那种原因而希望被驱逐到该国时，这些个人就可以假称或纯粹投机性地声称具有该国侨民的身份。这个问题的存在不容置疑，实际上这种情况在实践中也经常发生。但是，各国有责任维护其国籍、公民身份和其他维系侨民与国家归属关系的法律联系，确保他们获取或者是国家当局向他们发放证明个人身份的官方证件，尤其是民事登记证件、国民身份证和护照。核实这些证件的真实性当然是被驱逐者声称所属国家的责任，而不是驱逐国的责任。

<sup>222</sup> 同上。

<sup>223</sup> 同上，第66段。

<sup>224</sup> 同上，第71至第73页，第153段。

<sup>225</sup> 见 Salmon，前引书，第1001页。

<sup>226</sup> 《国际法院书状》，诺特博姆案，第一卷（列支敦士登诉危地马拉），第411页。

<sup>227</sup> 法国外交部法律处的照会（1937年2月18日）（Kiss，前引书，第六卷，第883号，第441页）。

<sup>228</sup> 同上，第二卷，第438号，第236页。

<sup>229</sup> *Recueil des décisions des tribunaux arbitraux mixtes institués par les Traités de paix (Paris)*，第七卷，1928年，第655页。

<sup>230</sup> 关于“非公民”概念，大会第三委员会的一个工作组在1980年10月24日的一份文件中阐述的解释比较含糊不清（《1980年联合国法律年鉴》[英]（见上文脚注165），第189至第191页）。



## B. 驱逐

153. “驱逐”一词通常被用来泛指而不是确指以强制某人离开某国领土为目的或具有此种效力的一整套措施或行动。因此，驱逐这一概念是针对某一特定领土空间而言，或者广义上而言，是针对驱逐国在其中行使主权的领土。为理解驱逐的确切含义，一方面要区分驱逐同若干相近概念，另一方面要确定跨出驱逐国边境在驱逐过程中的确切作用。

### 1. 驱逐及相近概念

154. “驱逐”有许多与其有共同点的相关用语，其中有些用语构成本专题拟定的驱逐过程的一部分，而其他用语则是完全不同的。特别应当注意下列用语：递解出境、引渡、驱离、押解出境、驱回、不准入境和移送等。

#### (a) 递解出境

155. “递解出境”一词有着特殊的历史背景，因为它同第二次世界大战的若干戏剧性的事件密切相关。在这一背景下，更笼统地说，在战争法的背景下，递解出境一词指的是强制将受1949年8月12日的日内瓦四公约保护的平民个人或群体迁出或移出被占领土。在这方面，1945年8月8日在伦敦签署的《控诉和惩处欧洲轴心国主要战犯的协定》所载《纽伦堡国际军事法庭宪章》提到，“为奴役或任何其他目的将被占领土的或被占领土内的平民递解出境”<sup>231</sup>属于该法庭有权管辖的罪行之一，其中存在个人责任。

156. 该原则是“禁止自被占领土将被保护人个别或集体强制移送及递解出境前往占领国之领土或任何其他被占领或非被占领国家之领土”。<sup>232</sup>安全理事会1992年对前南斯拉夫特别是波斯尼亚和黑塞哥

维那境内“强行驱逐和放逐大量平民”的消息表示“极为震惊”。<sup>233</sup>

157. 除这一历史背景和战争法背景外，“递解出境”一词在国际法中的使用并非完全一致。在英美法系的实践中，“递解出境”和“驱逐”似乎可以互换，但是两种程序在技术上存在差异。国际法已经对两者作出区分，递解出境指的是国家权力机关强制将外国人驱逐到递解国任意选定的国家，而驱逐指的是将外国人逐出驱逐国领土，目的地由驱逐国在被驱逐人同意的情况下确定，无论如何应当是被驱逐人作为国民/侨民的国家。<sup>234</sup>

158. 有人提议将“递解出境”一词理解为国家主管机关为驱逐外国人而采取的有目的的措施，<sup>235</sup>这是考虑到如前文所述，盎格鲁-撒克逊法律制度下的学者们不加区分地用“驱逐”和“递解出境”来指同一件事物。<sup>236</sup>虽然在英文中，这样做可能不会带来特别的语义问题，但正如前文所述，这是一个有着深刻历史内涵的词，并非所有语文是以同一方式加以理解。特别是，在法文中若要表达出递解出境可能是驱逐的配套措施或执行措施的观点，有点困难。因此，特别报告员提议，按前文所述战争法中的含义理解（至少在涉及法文时）“递解出境”一词，而且仅限于在这一背景下使用。

<sup>233</sup> 安全理事会第771(1992)号决议。

<sup>234</sup> 见Sohn and Buergenthal, 前引书, 第90页, 第12.03段。Garner, *Black's Law Dictionary*, 第471页, 其中, “递解出境”一词被定义为: “将一个人迁移到另一个国家的行为或情况; 特别是, 将一个外国人驱逐或移送出境”。另见Garner, *A Dictionary of Modern Legal Usage*, 第266至第267页。有人还注意到, 国内立法对“递解出境”一词的使用也变化不一, 几乎不与“驱逐”作区分; 例如, 尼日利亚、大韩民国和西班牙等国的立法, A/CN.4/565号文件(上文脚注61), 第183段, 脚注371。

<sup>235</sup> A/CN.4/565号文件(见上文脚注61), 第184段。

<sup>236</sup> 例如, 里瓦尔德就谈及“驱逐外国人(包括递解出境和引渡)” (“Judicial control of administrative discretion in the expulsion and extradition of aliens”, 第451页); “指导原则12”(发表于*Studies in Transnational Legal Policy*, 第23卷(1992年), 第89页)题为“外国人的驱逐或递解出境”; 在编者按“驱逐和排除外国人的宪法限制”(Minnesota Law Review, 第三十七卷(1952-1953年), 第440页)中这样写道: “近期最高法院的裁决, 帮助澄清了作为行使驱逐权和排斥权方面的宪法限制问题基础的长期竞合的政策。递解出境人数不断增加, 司法部长宣布将拒绝长期居留者再次进入其家庭所在国。”

<sup>231</sup> 第6条(b)项, 第288页。

<sup>232</sup> 《关于战时保护平民之日内瓦公约》第49条。但它也承认, “如因居民安全或迫切的军事理由而有此必要, 占领国得在一定区域施行全部或部分之疏散。上述疏散不得致使被保护人在被占领土边界外流离失所, 但因重大理由不能避免上述流离失所情况除外。依此被疏散之人, 一俟该区域内敌对行动停止, 应立即移送回家”(同上); 另见同一《公约》第70条和第147条。

## (b) 引渡

159. 引渡是国家之间的一种司法合作制度。根据这一法律机制, A 国(“被请求国”)在 B 国(“请求国”)的要求下, 自愿将其境内的某个人(在这种情况下为被告)送交 B 国,<sup>237</sup> 而 B 国提出请求的目的是提起刑事诉讼或执行判决。<sup>238</sup>

160. 因此, 与驱逐不同, 引渡不是一个国家的单方面决定。引渡是一国(被请求国)对另一国(请求国)的请求作出的回应。引渡法律依据并不完全是引渡国的国内法律, 这与驱逐依据驱逐国之国内法的情形有所不同; 引渡通常既依据引渡程序当事国的国内立法, 又依据双边和多边国际法律文的规定。而且该机制以对等原则为基础。《欧洲引渡公约》第 1 条就规定, “缔约方承诺按照本公约作出的规定和条件, 交出因违法被请求国主管当局起诉或通缉以执行一项判决或羁押令的人”。

161. 当条约或者习惯法都未规定引渡义务时(例如秘鲁在阿亚·德拉托雷案<sup>239</sup>中所称), 是否引渡就属于被请求国的主权决定。但这种决定无论如何是在请求国提出请求之后才可作出的; 一国不可自行引渡。另一方面, 被请求国可以拒绝这一请求, 特别是在涉及其本国国民的情况下。1992 年 4 月 14 日, 国际法院四名成员在回复关于指示就洛克比案采取临时措施的请求发布的命令所附联合声明中写到:

1. 在安全理事会介入此案之前, 我们认为, 法律情形十分明确。联合王国和美国有权要求利比亚引渡被美英两国当局指控参与摧毁洛克比事件中毁损的飞机的两名利比亚国民。两国为此可采取任何与国际法相符的行动。利比亚则有权利拒绝引渡, 有权声称利比亚国内法同其他许多国家的法律一样, 禁止引渡本国国民。

<sup>237</sup> 布朗利写道: “如果这种合作依据申请程序和同意进行, 并且接受若干普遍原则的制约, 这一国际司法协助形式就称为引渡。”(Principles of Public International Law, 第 313 页)。

<sup>238</sup> 例如见 Jennings and Watts, 前引书, 第 948 至第 950 页, 第 415 段。加亚认为, 引渡“可以视为驱逐中一个适用特殊规则的分类”, 但他也承认, 由于引渡制度的特殊性, 引渡“通常被视为一种与众不同的法律措施, 因此不在(驱逐的研究)范围之内”(“Expulsion of aliens: some old and new issues in international law”, 第 291 页)。

<sup>239</sup> 阿亚·德拉托雷案, 判决, 《1951 年国际法院汇编》, 第 71 页。

2. 从一般国际法的角度看, 引渡其实是被请求国的主权决定, 被请求国绝无引渡的义务。<sup>240</sup>

## (c) 驱离

162. 驱离是一个统称, 包括将外国人逐出某个特定国家的各种形式或程序。驱离一词虽然在有关驱逐外国人的法文法律文献中经常出现,<sup>241</sup> 但严格而言, 它并不是一个法律用词。“驱离”一词可理解为既指“驱逐”, 也指法国法律中所称的“押解出境”。<sup>242</sup>

163. 不过, 除了这个主要根据对两种措施适用的不同程序规则作出的区分之外, 有人还作过如下表述: “不论动机为何, 驱离外国人都源自同一种法律制度, 即有关驱逐的法律制度。”<sup>243</sup>

164. 因此, 不妨考虑特别报告员在关于驱逐外国人的初步报告<sup>244</sup>中的提议, 即在广义上使用“驱逐”和“驱离”两个措辞, 这已获得委员会的核准。<sup>245</sup>

## (d) 押解出境

165. 在法国法律中, 这一措辞出现在有关外国人入境和逗留的立法中; 法国法对驱逐和押解出境作了区分。“驱逐”指的是驱离在法国境内的存在严

<sup>240</sup> 埃文森、塔拉索夫、纪尧姆和阿吉拉尔·毛德斯莱法官的联合声明, 洛克比空中事件引起的 1971 年《蒙特利尔公约》的解释和适用问题案(阿拉伯利比亚民众国诉联合王国), 临时措施, 1992 年 4 月 14 日的命令, 《1992 年国际法院汇编》, 第 24 页。

<sup>241</sup> 例如, 见 D'Haëm, *La reconduite à la frontière des étrangers en situation irrégulière*。他提到, 法国自 1981 年以来就对一项特别程序存在共识, 即准许“将非法条件下进入法国和在法国居住的外国人驱离法国领土”(第 3 页); “押解出境”只是一种具有短暂效力的“驱离类型”, 是为“有效驱离秘密入境的外国人”(第 4 页); 或“驱离过程中的外国人”(第 5 页); 另见 Teitgen-Colly and Julien-Laferrière, “Chronique de législation: étrangers”, 第 927 至第 929 页; 和 Lochak, “L'entrée et le séjour des étrangers en France: une législation sous influence”, 第 595 页。

<sup>242</sup> D'Haëm, 前引书, 第 3 页: 他认为“押解出境”是“一种具体的驱离措施”, 区别于“另一种驱离措施, 即驱逐”。

<sup>243</sup> 同上, 第 5 页。

<sup>244</sup> A/CN.4/554 号文件(见上文脚注 1)。

<sup>245</sup> 同上, 第 13 段。

重威胁公共秩序的外国人，不论其身份是否正规，<sup>246</sup>而“押解出境”指的是对根据外国人警务立法认定为身份不正规的外国人采取的驱离措施。<sup>247</sup>与法国立法中狭义理解的驱逐一样，押解出境也是通过命令作出，区别是该命令由国家警察总长签发，而非内政部长。与严格意义上的驱逐不同，被押解出境的外国人不能向难民救助委员会提起求助，但可返回法国，而被驱逐的外国人须等待有关法令的废止。<sup>248</sup>

166. 不过，在1980年1月10日第80-9号法案中，这一区分并不是很清晰，例如，押解出境被认为只是驱逐措施的一个强制执行手段；该法第6条规定，“被驱逐的外国人可予押解出境”。<sup>249</sup>尽管如此，不论哪种情况都关系到将外国人“驱离”一国领土，剩下的就是与两种措施有关的程序和法律效力问题。因此，至少在本专题中，不宜将“驱逐”和“押解出境”作区分，而应将押解出境视为广义“驱逐”中诸多驱逐措施中的一种。

#### (e) 驱回

167. 从表面上看，“驱回”一词是指将新近到达的秘密移民逐出该国领土，而驱逐则适用于有合法身份者、寻求庇护者或申请难民身份者，或许还指在驱逐国长期生活的无正规身份者。更为简单地说，驱回可以理解为适用于所有无正规身份的外国人，而驱逐则适用于所有身份合法的外国人。这一推论或许可在1984年8月9日联合国难民事务高级专员关于国际保护问题的说明中找到一些论据，其中指出，“遵行不驱回原则，与确定难民地位密切相关”。<sup>250</sup>这一陈述似乎表示，驱回可以针对已经被拒

绝给予难民地位的人，反之则不驱回。《关于难民地位的公约》在题为“禁止驱逐出境或退回（驱回）”的第三十三条中对这两个词作了明确区分；但不论是第三十三条的内容，还是包含“难民”一词定义的第一条，都不能够确定这两个词的不同之处。<sup>251</sup>

168. 驱逐和驱回的另一种区分是，驱逐作为保护公共秩序的一种措施，只有在外国人在境内的存在严重威胁公共秩序的情况下方可采用，而驱回是针对身份不正规的外国人的驱赶措施：“禁止仅以违反逗留法规为由驱逐外国人，并不意味着外国人可以免于受到任何驱离领土的措施。现在的情况同1980年以前一样，驱逐已经被驱回代替。”<sup>252</sup>另一位作者在评论1980年1月10日法案对1945年11月2日法案所作的修正时写到：“身份不正规的外国人已不再被驱回，而是被驱逐。”<sup>253</sup>

169. 无论如何，法律作者对这一点没有统一的想法，术语也远不能令人满意。例如，有作者写到，法国1980年1月9日关于防止秘密移民的法律将法国按照相关国际公约承担的义务缩减为“只是禁止将当事人驱回或驱逐到其生命或自由将遭受威胁的领土”。<sup>254</sup>该作者还写道，难民地位申请人的处境相对不确定，但丝毫不妨碍对其发出驱逐令；<sup>255</sup>大部分对于难民地位的申请在难民救助委员会收到具有中止效力的上诉之后被拒绝；在长达三年（1985年缩短为一年）的时限之后，就很难“退回[驱回]当事人”，因为其中许多人已经不知去向。<sup>256</sup>对于波城行政法院一起著名的案件中的难民地位申请人，该作者写到，“没有被武力退回或押解出境的当事人，其待遇将优于众多申请庇护者”。<sup>257</sup>

<sup>246</sup> 见1945年11月2日关于外国人在法国入境和居留条件的第45-2658号条例第23条（*Journal officiel*, 1945年11月4日）。

<sup>247</sup> 关于法国有关这一概念的法律制度，尤见：Ladhari, “La reconduite à la frontière des étrangers en situation irrégulière”; Abraham, 前引文, 第91页; Benoît-Röhmer, “Reconduite à la frontière: développements récents”, 第429页; 以及D’Haëm, 前引书, 第3页。

<sup>248</sup> Guimezanes, “La loi du 9 septembre 1986 sur les conditions d’entrée et de séjour des étrangers en France”, 第15段。

<sup>249</sup> *Journal officiel de la République française*, 1980年1月11日, 第71页; 另见Turpin, “La réforme de l’ordonnance du 2 novembre 1945 sur la condition des étrangers par la loi du 10 janvier 1980”, 第41页; 和Vincent, “Le nouveau régime de l’entrée et du séjour des étrangers en France”, 第363页。

<sup>250</sup> 《联合国大会正式记录, 第三十五届会议》, A/AC.96/643号文件, 第17段。

<sup>251</sup> 另见《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》第3条; 《领土庇护公约》(上文脚注95), 第3条, 第1款; 非统组织《关于非洲难民问题某些特定方面的公约》第二条, 第3款; 以及《美洲人权公约: “哥斯达黎加圣何塞公约”》, 第22条, 第8款。

<sup>252</sup> Vincent, “La réforme de l’expulsion des étrangers par la loi du 29 octobre 1981”。

<sup>253</sup> Turpin, “La réforme...”, 第42页。

<sup>254</sup> 同上, “Les nouvelles conditions de l’expulsion des réfugiés”, 第140页。

<sup>255</sup> 同上。

<sup>256</sup> 同上, 第141页。

<sup>257</sup> 同上。需要注意的是, 一个因被拒绝入境而被驱回的人, 可能会在其原籍国遭受迫害。怎么办? 该人若是尚未取得难民地位, 就不能受益于《关于难民地位的公约》第三十三条



170. 由此可知,“驱逐”、“押解出境”和“驱回”这三种表述在名词学上其实未有真正的区分;三个词可互换使用,没有任何特殊的语义限制。因此,本专题将使用“驱逐”一词统称所有这些表述以及“将外国人退回至某国”<sup>258</sup>或“排拒外国人”<sup>259</sup>等诸多其他表述所指的所有情形,而且不仅限于这些情形。

#### (f) 不准入境

171. 主权国家始终有权不让任何外国人进入其领土。<sup>260</sup>正是基于这一观点,国际法学会在1892年9月9日通过的《接受和驱逐外国人的国际规则》的序言中声明:“接受或不接受外国人入境或是有条件地接受外国人入境或者驱逐外国人出境的权利,是每个国家独立自主的必然结果。”<sup>261</sup>

172. 国家有权阻止不受欢迎或不符合入境与逗留的法律所定条件的外国人进入其领土,这一主权权利对已提交难民地位申请、但仍身处国际地区或入境申请人拘留所的外国人<sup>262</sup>同样有效。对于区分不准入境和广义上的驱逐,跨越边界或进入领土的

第(一)款的规定。看来正是这种解释启发了美国最高法院在塞尔诉海地中心理事会案(1993年6月21日的意见,《国际法律资料》,第三十二卷,第4号(1993年7月),第1052页起)中的观点;但加亚有相反的看法,他以美洲人权委员会的报告为依据作出评论,认为“美国政府违反了(《公约》)第三十三条规定的条约义务”,“因为这一条款没有‘地域限制’”(前引文,第291页)。毫无疑问,从保护人权的角度看,这种解释没有错。但如果将驱回视为不准入境的一种后果,鉴于不准入境所针对的是尚未进入驱回国领土的外国人,也就是尚未跨入本专题所界定的边界的外国人,那么就不能要求拒绝接纳外国人的国家履行该国在驱逐情况下应当履行的义务;因此,必须承认,不准入境不同于驱逐。这至少是特别报告员对这两个概念的确切含义所作的结论。

<sup>258</sup> 例如,政府专员的书状中就同时使用这个词(Abraham,前引文,第93页)和“押解出境”的表述(同上,第90页);另见D’Haëm,前引书,第111页。

<sup>259</sup> 英文法律文献中经常使用这个词;例如,见“Constitutional restraints of the expulsion and exclusion of aliens”(上文脚注236);另见常设国际法院的咨询意见,波兰国民……的待遇案(上文脚注174)。

<sup>260</sup> 见Boeck,前引文,第456页;另见Guimezanes,前引文,第5段。

<sup>261</sup> *Annuaire de l’Institut de droit international*(见上文脚注68),第219页。其中还声明:“但要考虑,人性和正义都要求各国在行使这一权利时,在无损本国安全的情况下,尊重意欲进入其领土或已经在其领土之内的外国人的权利和自由。”

<sup>262</sup> Turpin,“Les nouvelle conditions …”,第141页。

标准非常重要,因为在特别报告员看来,穿越移民控制障碍且身处入境申请人被拘留的特别区域之外的接受国领土的外国人已不能被拒绝入境,而只能被驱逐。

173. 拒绝入境可由国家主管入境申请的当局作出明文决定,或采用拒绝发放签证这一进入大多数国家的必要但非充分条件的手段。一般而言,外交和领事机关有权自由裁量决定向提出申请的外国人拒绝发放签证。<sup>263</sup>针对外国人作出的拒绝入境决定可由行政部门依职权作出,<sup>264</sup>也就是说,不需要借助法院的裁决。即使从广义上理解,这也已超出了驱逐的范畴。因此,就本专题而言,驱逐的定义范围中不包括不准入境。

#### (g) 移送、移交或移解

174. 移送同驱逐一样,指的是强制将某人从某国送到另一国,也就是说送出边界以外。然而,它同驱逐和引渡都是有区别的:驱逐是驱逐国根据国内法律程序作出的主权决定,引渡则如先前所述,是结合了国内法律规则和国际条约或习惯法规则的一项特殊制度。从技术角度看,移送其实是将某人交予提出请求的外国或国际管辖,以便让此人到庭应诉、出庭作证或协助调查。原则上,这类程序以规定所有缔约国有移送义务的国际公约为依据。根据大会1990年通过的《刑事事项互助示范条约》规定,在被羁押人和被请求国同意且被请求国法律准许的情况下,可以将被羁押人移送给请求国。<sup>265</sup>

175. 移送的做法在最近几年随着国际刑事法院的建立而有所发展。根据与这些刑事法院有关的国际法律文书,一国家可以将某个人移送给前南斯拉夫问题国际法庭,卢旺达问题国际法庭,以及国际

<sup>263</sup> 例如,见Chaltiel,“Le juge administratif, juge de l’immigration”,第168页;和Lochak,前引文,第592页;另见法国行政法院1986年2月28日作出的裁定,*Ngako Jeuga, Recueil des décisions du Conseil d’État statuant au Contentieux, et du Tribunal des Conflits, et des jugements des Tribunaux administratifs*(Paris, Sirey, 1986),第49页。

<sup>264</sup> 见Genevois,“Un statut constitutionnel pour les étrangers”,annex,Constitutional Council of France,decision No. 93-325 DC of 13 August 1993,第888页,第5段。

<sup>265</sup> 大会1990年12月14日第45/117号决议,附件,第13条,第1款。



刑事法院。<sup>266</sup> 《前南斯拉夫问题国际法庭程序和证据规则》<sup>267</sup> 规定，法庭可要求移送嫌疑人（规则40之二）或证人（规则90之二）。<sup>268</sup> 《国际刑事法院罗马规约》则使用“移交”一词来形容某国将某人移到法院的行为。<sup>269</sup> 应当指出，在委员会1994年通过的国际刑事法院规约草案中，所有将嫌疑人交给法院审判的情形都使用了“移送”一词。<sup>270</sup>

176. 移送的实践方面还存在一些滥用。例如将在外国逮捕的个人“法外移送”到美国接受刑事指控。<sup>271</sup> 这种滥用打击国际恐怖主义的斗争中有所加剧，被称为“特别移送”或“特别送交”，与“法外移送”异曲同工。美国法院在这两种情况中都倾向于忽视逮捕的情节。但在姑且称之为“传统型”的法外移送中，嫌疑人抵达美国后享有正当的刑事案件程序，而在“特别移送”中则毫无规则可言，完全处于无法律规则状态：通常，被扣留的个人如果属恐怖主义嫌疑人，就会被禁止与外界接触，且不享有任何权利。<sup>272</sup> 美国最高法院最近刚刚要求对在古巴关塔那摩湾实施拘押的事件恢复合法性。<sup>273</sup>

<sup>266</sup> 例如，塞尔维亚和黑山将南斯拉夫联盟共和国前总统斯洛博丹·米洛舍维奇移送前南斯拉夫问题国际法庭；喀麦隆将泰奥内斯特·巴加索拉移送卢旺达问题国际法庭；刚果民主共和国2006年将伊图里地区的一名刚果军阀移送国际刑事法院；尼日利亚2006年将利比里亚前总统查尔斯·泰勒移送位于海牙的塞拉利昂问题特别法庭。

<sup>267</sup> 见 IT/32/Rev.38 号文件。

<sup>268</sup> 被拘押的证人根据法庭的请求进行移送，条件是该人要在该法庭确定的期限内返还（规则90之二(A)）。嫌疑人则在任何情况下都不得被拘押超过90天，90天之内如果未确认予以起诉或签署逮捕令，嫌疑人将被释放或送交被请求国家当局（规则40之二(D)）。

<sup>269</sup> 1998年7月17日通过的《国际刑事法院罗马规约》第五十九条。

<sup>270</sup> 《1994年……年鉴》，第二卷（第二部分），第64页，第53条。

<sup>271</sup> 例如，巴拿马国前国家元首曼努埃尔·诺列加在巴拿马被绑架，然后被移到美国应对贩毒为主的若干指控。

<sup>272</sup> 关于“法外移送”和“特别移送”或“特别送交”的区别，见“Torture, American style”, by Bob Herbert in *The New York Times*, 2005年2月11日；以及应欧洲联盟要求起草的关于某些欧洲国家自2003年联盟发动第二次伊拉克战争以来与美国共谋通过欧洲进行此类移送（或送交）问题的报告的初步结论（欧洲委员会、议会、法律事务和人权委员会，“被指控涉及欧洲委员会成员国的秘密拘留和非法在国家间移送被拘留者”，公布于 www.assembly.coe.int）。需要指出的是，2002年9月，美国当局向叙利亚当局移交在 J. F. 肯尼迪机场逮捕的34岁叙利亚裔加拿大国民梅赫尔·阿拉尔，也是出于同一逻辑。

<sup>273</sup> 美国最高法院在2006年6月29日的一项裁决中宣布，为审判关塔那摩囚犯而设立的军事法庭不符合宪法，并建

177. 不论是否符合国际法，移送的概念都不属于本专题下驱逐的范畴：一方面是因为移送与驱逐不同，其依据完全在于国际法律秩序；另一方面则是因为移送既涉及移送国的国民，也涉及在该国境内居住的外国人，而驱逐只涉及外国人，国家不驱逐本国国民是一项既定的原则。

## 2. 领土、边界和驱逐

178. 驱逐指的是强制将某人迁移出某个地点的已知边界到另一个地点。从国家的角度看，则是指通过强制手段将某人从驱逐国迁移到领土边界之外的目的地国。因此，有必要在本专题中分别确定国家领土和边界的含义。

### (a) 领土

179. 国家领土可以描述为包括“陆地表面，以及由底土和位于下层表面之上的空域组成的陆地表面垂直延伸部分”。<sup>274</sup> 可以看出，这一领土表述结合了由“土地”一词衍生的严格意义上的领土概念和指代空域的空间概念。不过，尽管被称为“全面”，<sup>275</sup> 但这一定义并未涵盖所有可以纳入领土概念的空间。领土还包括归属国家主权的其他海洋空间，例如内水（包括河口和小海湾）以及领海，还有其上方空域。<sup>276</sup>

180. 根据一个与一国领土主权全面相符、且特别报告员也认为与本专题相关的定义，领土指的是“国家行使其主权所产生的全部权力”的空间；<sup>277</sup> 因此它不包括国家只行使主权权利或职能管辖的空间，例如大陆架和毗连区、渔区以及专属经济区。

议乔治·W. 布什总统同国会合作，找到替代解决办法。在2006年7月7日的备忘录中，国防部副部长戈登·英格兰先生说，最高法院已决定将1949年8月12日的日内瓦四公约之共同第3条“依法适用于同基地组织的冲突”(www.defense.gov)，因此该条也延伸适用于关塔那摩的囚徒（另见 *Le Monde*, 2006年7月13日）。

<sup>274</sup> Rousseau, *Droit international public*, 第36至第37页。

<sup>275</sup> 同上，第37页。

<sup>276</sup> 关于这一点，见国际法院1986年6月27日的判决，尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动案（尼加拉瓜诉美利坚合众国），案情实质，判决，《1986年国际法院汇编》，第111页，第212段。

<sup>277</sup> Daillier and Pellet, 前引书，第414页，第270段。

181. 国际法没有要求国家领土必须属于同一个持有人,也没有要求其各个陆地或岛屿组成部分必须处在与主体部分相邻的同一地理区域。众所周知,历史上曾经存在飞地和领土走廊,甚至如今也仍有若干先前的殖民或非殖民大国在世界不同区域拥有岛屿或大陆领土附属地。

182. 虽说划定国家领土的界线在法律上并不是国家存在的必要条件,但毫无疑问,正如国际法院在领土争端案中所指出的,界定领土就是界定其边界。<sup>278</sup>

### (b) 边界

183. 有人凭经验将“边界”定义为“确定两个相邻国家领土起始和结束的界线”。<sup>279</sup>但边界所分隔的不仅仅是相邻国家;边界还将一个国家同不论远近的任何其他国家分隔开来。在这方面,边界不仅仅是分隔领土范围的物理界线。它是国家主权和管辖权的国际界限。<sup>280</sup>正如负责确定几内亚比绍和塞内加尔海洋边界的仲裁法庭所言,国际边界是由一系列划定一国法律秩序所适用的最大范围边界点组成的线,<sup>281</sup>不论其为陆地边界或海洋边界。

184. 边界法律制度源自国际法规则和每个国家有关出入境的国内法。但这一法律制度也可以通过特定法律空间内的国家彼此达成协定的方式确定。这样,缔结《申根文书——比荷卢经济联盟国家、德意志联邦共和国和法兰西共和国政府关于在共同边界逐步取消检查的1985年6月14日申根协定的公约》及实施该协定的《公约》的欧洲联盟成员国决定

逐步取消在共同边界的检查;<sup>282</sup>但法国宪法委员会表示,有关规定并不“等于取消或修改在法律上划定的国家领土管辖范围的边界”。<sup>283</sup>

185. 将边界线同边境地区的概念相结合的做法的确曾招来批评,<sup>284</sup>但在本专题下重新获得了解释和改写;经过仔细考虑,它可能更加符合在接受或不接受及驱逐外国人情况下的边界概念。边界作为驱逐国欲将外国人驱离至其之外的领土界线,其实是一个多功能区,包括一组精心划定的、具有不同法律地位的区域。这个问题可以归结为正式出入境地点。因为虽然非法移民是外国人偷越边界上的任何可能地点,但驱逐通常只经由正式出入境地点,包括港口、机场和陆地边界点进行。这些正式出入境地点设有检查站,国际机场和某些港口还设有专区,用于拘押不准入境或正在驱逐的外国人,有的甚至还设有国际区,区内外国人被视为仍在领土之外。被阻于机场、港口和陆地边界点专区,等待被送上飞机、轮船或车辆的被驱逐的外国人,在法律上已经被驱逐,但这并不改变尊重其作为人所拥有的尊严和基本权利的义务。

186. 在这方面,边界不能只看作是一条线,而应看作是一个区域,区域范围由国家根据所规划的区域制订规章加以确定。边界是一个边缘区域。被驱逐者越过界线只需一瞬,但却是驱逐过程的关键。因此,可以说,在本专题中,国家边界指的是国家领土的边缘区域,在这个区域内,其他国家国民不再享有外国居民的地位,而在这个区域之外,国家的驱逐程序即告完成。

### 3. 驱逐的构成要素

187. 驱逐是驱逐国的一种行为。驱逐有没有可能也是驱逐国的一种举动?在任何情况下,驱逐都具有强制性质。

<sup>278</sup> 领土争端案(阿拉伯利比亚民众国诉乍得),判决,《1994年国际法院汇编》,第20页,第38段。

<sup>279</sup> Basdevant, *Dictionnaire de la terminologie du droit international*, 第293页。

<sup>280</sup> 《布莱克法律词典》将边界定义为:“标示国家或具有国际地位的其他实体领土管辖范围的线”(Garner, 第198页)。

<sup>281</sup> 1989年7月31日裁决,几内亚比绍和塞内加尔间海洋划界案,《国际仲裁裁决汇编》,第二十卷(出售品编号:E/F.93.V.3),第119页。还登载于RGDIP,第九十四卷(1990年),第253页。另见1995年10月13日有关阿根廷和智利划定62号界桩和菲茨罗伊山之间边境线的边界争端的沙漠湖案的仲裁裁决,《国际仲裁裁决汇编》,第二十二卷(出售品编号:E/F.00.V.7),第153页;以及边界争端案(贝宁诉尼日尔),判决,《2005年国际法院汇编》,第142页,第124段。

<sup>282</sup> 见Daillier and Pellet,前引书,第465页,第298段。

<sup>283</sup> 宪法委员会,1991年7月25日第91-294 DC号决定, *Journal Officiel*, No. 174 (27 July 1991)。

<sup>284</sup> 见1957年11月16日仲裁裁决,拉诺湖案,《国际仲裁裁决汇编》,第十二卷(出售品编号:63.V.3),第307页;比较1968年2月19日仲裁裁决,有关印度和巴基斯坦之间的印-巴西西部边界(卡奇沼泽地)案,同上,第十七卷(出售品编号:E/F.80.V.2),第1至第576页。

## (a) 行为或举动

188. 在大多数国家的国内法中，驱逐都是国家的单方面行为，采取单方面行政行为的形式，因为这是行政机关的决定。<sup>285</sup> 驱逐是一种正式行为，对这种行为，可向驱逐国法院提出异议，因为驱逐是一个程序性过程，每一个阶段都可进行争讼。

189. 鉴此，驱逐是否在所有情况下都必须以一项正式措施为前提？正如加亚先生所述，一旦国家创设条件使当事人无法生存，似乎也就有必要考虑不存在正式法律行为情形下发生驱逐的情况。在实践中，正式驱逐措施同旨在将某人逐出国家领土的国家举动之间似乎差别不大，因为在两种情况下，当事人都必须离境。“看来可以将两种情况都包含在驱逐的概念中。”<sup>286</sup>

190. 作者为此援引了伊朗 - 美国索赔法庭的两项裁决作为论据。在国际技术产品公司诉伊朗伊斯兰共和国政府案中，该法庭承认：

原则上，驱逐的构成要素（威胁强制驱离情况下的“自愿”离开，或强制驱离）在特殊情况下是有可能得到满足的，即使外国人在离开该国之时未经直接强迫或正式下令这么做。此类情况至少有以下两个前提：(1) 居住国的情势让该外国人别无真正选择；(2) 在导致离开的事件或行为背后有逐出该外国人的意图，而且根据国家责任原则，这些行为可归于国家。<sup>287</sup>

191. 伊朗 - 美国索赔法庭在杰克·兰金诉伊朗伊斯兰共和国案中指出，阿亚图拉·霍梅尼在1979年2月返回伊朗后要求所有外国人离境，其政府随后执行的政策也迫使大批外国人离开伊朗。法庭还表示：

但是，并不能因此就自动认为，在执行此项政策后离开伊朗的所有美国国民……都是被不正当驱逐。有必

要审视每一个离境案件的情况，查明所依据的一般和具体行为，以确定此类行为当时如何影响或刺激现在声称被驱逐的个人，以及此类行为是否可以归于伊朗。<sup>288</sup>

192. 鉴此，在国家采取一项正式驱逐行为的情况下，如果造成离境的举动可归于东道国，就有必要通过审查确定当事人离开东道国的事实或情形。<sup>289</sup> 因此，在本专题中，驱逐将被理解为国家强制外国人离开其领土的行为或举动。

## (b) 强制

193. 驱逐决不会是被驱逐者要求或同意的行为或事实。驱逐是迫使当事人离开驱逐国领土的一项正式措施或一种不可抗拒的局势。这一强制因素是区分驱逐与外国人正常或通常离境的关键。正是这一因素引起了被驱逐者的目的地国和第三国对由此产生的情势的关注或兴趣，因为国家行使这一不容争辩的权利使基本人权的保护成为问题。甚至在某些安全部队成员在实施驱逐过程中犯下暴力行为之前，下令驱逐的正式措施本身就是一项强制令，是法律上的强制，正如迫使外国人离境的举动一样，后者同样也是一种强制，因为它事实上给人这样的感觉。

194. 以上尝试界定了“驱逐”和“外国人”这两个概念。现在需要将两者联系在一起，从中得出其含义和几个重要概念的意义，以便能够更加有效地研究这个专题。根据前文阐述，不妨拟议关于定义的条款如下：

## “第2条 定义

“在本条款草案中：

<sup>285</sup> 在国际法院尚未结案的迪亚洛案中，驱逐是由当时的总理通过一项决定宣布的（见上文脚注21）。

<sup>286</sup> Gaja, 前引文, 第290页。

<sup>287</sup> 国际技术产品公司诉伊朗伊斯兰共和国政府案, 1985年8月19日的裁决, 《伊朗 - 美国索赔法庭的报告》, 第9卷(1987年), 第18页。

<sup>288</sup> 杰克·兰金诉伊朗伊斯兰共和国案, 1987年11月3日的裁决, 《伊朗 - 美国索赔法庭的报告》, 第17卷(1988年), 第147至第148页; 另见阿尔弗烈德·L. W. 诉伊朗伊斯兰共和国案, 1987年7月14日的裁决, 同上, 第16卷(1988年), 第85至第86页。归属机制已通过国家对国际不法行为的责任条款第8条作出解释, 大会于2001年在第56/83号决议中注意到了该条款(见《2001年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第30页, 第76段)。

<sup>289</sup> 见Gaja, 前引文, 第290页。

“(1) ‘驱逐外国人’是指驱逐国强制另一国侨民离开其领土的行为或举动；

“(2) 下列用语理解为：

“(a) ‘外国人’是指除领土国或驱逐国之外的其他国家侨民；

“(b) ‘驱逐’是指驱逐国强制外国人离开其领土的行为或举动；

“(c) ‘边界’是指驱逐国领土的边缘区域，在这个区域内，外国人不再享有居民地位，而在这个区域之外，国家的驱逐程序即告完成；

“(d) ‘侨民’是指任何通过包括国籍在内的某种法律关系，归属一国〔管辖〕〔属人管辖〕的人；

“(e) ‘领土’是指国家行使其主权所产生的全部职能的空间。”





# 武装冲突对条约的影响

[议程项目9]

A/CN.4/570号文件\*

## 特别报告员伊恩·布朗利先生关于武装冲突对条约的影响的第二次报告

[原文: 英文]

[2006年6月16日]

### 目 录

	段 次	页 次
本报告引用的多边文书 .....		287
导言 .....	1	288
章 次		
一、初步问题 .....	2-4	288
二、条款草案 .....	5-42	288
条款草案第1条 范围 .....	5-6	288
条款草案第2条 用语 .....	7-13	288
A. 条约 .....	7	289
B. 武装冲突 .....	8-13	289
条款草案第3条 当然终止或中止 .....	14-17	290
条款草案第4条 在发生武装冲突时可能终止或中止条约的征象 .....	18-28	290
条款草案第5条 关于实施条约的明示规定 .....	29-31	292
条款草案第6条 涉及诉诸武装冲突的理由的条约 .....	32-33	292
条款草案第7条 根据条约目的和宗旨的必然含义实施条约 .....	34-42	293

### 本报告引用的多边文书

#### 来 源

关于保护战争受难者的日内瓦四公约 [英] (1949年8月12日, 日内瓦)	联合国,《条约汇编》,第75卷,第970至第973号,第31页起。
《改善战地武装部队伤者病者境遇之日内瓦公约》[英]	同上,第970号,第31页。
《改善海上武装部队伤者病者及遇船难者境遇之日内瓦公约》[英]	同上,第971号,第85页。
《关于战俘待遇之日内瓦公约》[英]	同上,第972号,第135页。
《关于战时保护平民之日内瓦公约》[英]	同上,第973号,第287页。
《维也纳条约法公约》(1969年5月23日,维也纳)	同上,第1155卷,第18232号,第331页。
《关于国家和国际组织间或国际组织相互间条约法的维也纳公约》(1986年3月21日,维也纳)	《关于国家和国际组织间或国际组织相互间条约法的联合国会议正式记录》,第二卷(联合国出版物,出售品编号:E.94.V.5)。

\* 纳入了 A/CN.4/570/Corr.1 号文件。

## 导言

1. 本报告的目的是提交在国际法委员会2005年第五十七届会议上提出的关于武装冲突对条约的影响的第一次报告<sup>1</sup>中所载的原始条款草案的前七条，报告中提到委员会和大会第六委员会在后来的

辩论中提出的各种问题。提出条款草案前七条似乎是向前推进的一种切实做法。在委员会第五十七届会议辩论期间，特别报告员强调第一次提出的这些条款草案具有暂定性质，并不是要急于作出评判。<sup>2</sup>

<sup>1</sup> 《2005年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/552号文件，第247页。

<sup>2</sup> 同上，第二卷（第二部分），第34页，第124段。

## 第一章

### 初步问题

2. 对关于武装冲突对条约的影响的第一次报告的答复帮助澄清了一些问题。

持纳入这些条约。<sup>9</sup>但是对于其必要性，没有形成普遍一致意见，有人还提到《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74条第1款。

3. 一些代表团（中国、<sup>3</sup>印度尼西亚、<sup>4</sup>约旦、<sup>5</sup>摩洛哥、<sup>6</sup>尼日利亚<sup>7</sup>和波兰<sup>8</sup>）赞成将各国际组织缔结的条约纳入其中。在委员会辩论期间，几名委员支

4. 委员会普遍表示支持特别报告员的观点，即该专题应成为条约法的一部分，而不是成为有关使用武力的法的一部分。正如大会第六十届会议期间第六委员会进行的讨论的专题摘要（A/CN.4/560号文件，第47段）中指出的，同时有人指出，该主题还与国际人道主义法、自卫和国家责任等国际法其他领域有着密切的关系。

<sup>3</sup> 《大会正式记录，第六十届会议，第六委员会》，第18次会议，第8段。

<sup>4</sup> 同上，第20次会议，第9段。

<sup>5</sup> 同上，第19次会议，第32段。

<sup>6</sup> 同上，第11次会议，第41段。

<sup>7</sup> 同上，第20次会议，第47段。

<sup>8</sup> 同上，第19次会议，第20段。

<sup>9</sup> 《2005年……年鉴》，第二卷（第二部分），第35页，第129段。

## 第二章

### 条款草案

#### 条款草案第1条 范围

本条款草案适用于武装冲突对国家间条约的影响。

二十五条允许条约的暂时适用，因此，条款草案似乎应适用于暂时适用的条约。<sup>10</sup>

5. 在第六委员会，有人认为，鉴于《维也纳条约法公约》（以下称为“1969年《维也纳公约》”）第

6. 有人在委员会建议将1969年《维也纳公约》第二条第一项（己）款中所指的缔约方国家与非缔约

<sup>10</sup> 荷兰的评论，《大会正式记录，第六十届会议，第六委员会》，第18次会议，第40段。

方国家区别开来。有些委员主张应该包括尚未正式生效的条约，另一些委员则认为，只有在冲突之时已经正式生效的条约才应该列入本条款草案的范围。<sup>11</sup>

### 条款草案第2条 用语

为本条款草案的目的：

(a) “条约”是指国家间根据国际法以书面形式缔结的国际协定，不论是载于一项单一文书内还是两项或多项相关的文书内，也不论其特定名称为何；

(b) “武装冲突”是指战争或冲突状态，所涉武装行动由于其性质或范围可能影响武装冲突当事国之间或武装冲突当事国与第三国之间条约的实施，不论武装冲突任何当事方或所有当事方是否正式宣战或作出其他声明。

#### A. 条约

7. 这一提法没有引起任何评论。

#### B. 武装冲突

8. 第一份报告对武装冲突的定义进行了审查。<sup>12</sup> 特别报告员提出的条款草案包括国内武装冲突对条约的影响。同时，部分学说将国际武装冲突与非国际武装冲突之间的区别作为基本性质，针对本条款草案将后者排除在外。

9. 这一问题在第六委员会引起很大的意见分歧。有五个代表团反对纳入国内武装冲突（阿尔及利亚、<sup>13</sup> 奥地利、<sup>14</sup> 中国、<sup>15</sup> 印度尼西亚<sup>16</sup> 和伊朗伊斯兰共和国<sup>17</sup>）。有六个代表团赞成纳入非国际武装

冲突（希腊、<sup>18</sup> 摩洛哥、<sup>19</sup> 尼日利亚、<sup>20</sup> 荷兰、<sup>21</sup> 波兰<sup>22</sup> 和斯洛伐克<sup>23</sup>）。应当考虑的政策因素指向了两种不同的方向。如果采用连续性原则，将非国际武装冲突纳入其中将有利于稳定。但是，连续性原则的适用在很多时候是有条件的，如果武装冲突定义的范围不断扩大，问题的范围也将扩大。

10. 与定义工作有关的一些资料来源引用如下：

(a) 检察官诉杜什科·塔迪奇案：“国家间一旦诉诸武力或政府当局与有组织的武装集团或一国内部的此种集团之间一旦发生持久的武装暴力行动，武装冲突即告发生”；<sup>24</sup>

(b) 1969年《维也纳公约》（第七十三条）提到“国家间发生敌对行为”；

(c) 有可能涉及威胁、挑战和改革问题高级别小组的报告（A/59/565和Corr.1号文件，第四章）。

11. 还有两点需要铭记。第一点是荷兰代表团提出的：

关于武装冲突的定义要提到的最后一点是，军事占领应包括在定义中，即使军事占领没有伴随旷日持久的武装暴力或武装行动。因为被占领的国家往往不能履行其条约义务。此外，这样一种做法符合国际人道主义法的相关规定，尤其是1949年日内瓦四公约共有的第2条的规定，该条款是这方面的特别法。如果这样的占领足以促成与武装冲突有关的具体准则的可适用性，那么似乎也足以促成有关武装冲突对条约的影响的条款草案的可适用性。关于这一点，特别报告员

<sup>11</sup> 《2005年……年鉴》，第二卷（第二部分），第35页，第130段。

<sup>12</sup> 《2005年……年鉴》（见上文脚注1），第16至第22段。

<sup>13</sup> 《大会正式记录，第六十届会议，第六委员会》，第20次会议，第64段。

<sup>14</sup> 同上，第18次会议，第26段。

<sup>15</sup> 同上，第8段。

<sup>16</sup> 同上，第20次会议，第9段。

<sup>17</sup> 同上，第18次会议，第2段。

<sup>18</sup> 同上，第19次会议，第36段。

<sup>19</sup> 同上，第11次会议，第41段。

<sup>20</sup> 同上，第20次会议，第47段。

<sup>21</sup> 同上，第18次会议，第43至第44段。

<sup>22</sup> 同上，第19次会议，第18段。

<sup>23</sup> 同上，第45段。

<sup>24</sup> 检察官诉杜什科·塔迪奇又名“杜莱”案，案件编号IT-94-1-AR72，前南斯拉夫问题国际法庭，上诉分庭，关于就管辖权提起的中间上诉的答辩动议的决定（1995年10月2日），第70段。另见《国际法律资料》，第三十五卷，第1号（1996年1月），第32页。



关于在条款草案第5条第1款中援引国际人道主义法作为特别法的决定值得肯定。<sup>25</sup>

12. 在委员会第五十七届会议辩论期间，有人表示关切说，特别报告员提出的用词可适用于武装冲突普通概念范围以外的情况，例如毒品卡特尔、犯罪团伙和国内恐怖主义分子的暴力行为。不过，条款草案第2条(a)款的措辞就是为了避免这类不当描述。“武装冲突”的概念显然必须在适当背景下才适用。如果像委员会一些委员所认为的那样，这涉及到“循环论证”，那也只能如此。

13. 必须在务实的基础上处理武装冲突的定义。如果委员会全体会议能够大致表明是否包括非国际武装冲突，这将是有助益的。必须清楚，想为所有国际公法部门设计一个“武装冲突”定义的框架，是不合适的。

#### 条款草案第3条 当然终止或中止

以下当事方之间的条约实施不因武装冲突的爆发而当然终止或中止：

(a) 武装冲突当事方之间；

(b) 一个或多个武装冲突当事方与第三国之间。

14. 关于武装冲突对条约的影响的第一次报告对条款草案第3条的精确起源和重大意义作了说明。<sup>26</sup> 条款草案第3条是1985年国际法学会通过的决议的最重要的产物。<sup>27</sup> 第六委员会的大多数代表团都不认为条款草案第3条有什么问题。奥地利认为条款草案第3条的基本概念“是整套条款草案的出发点”。<sup>28</sup> 有人认为应将“当然”的提法改为“必然”；这一意见得到很多人的支持。<sup>29</sup>

<sup>25</sup> 概述见《大会正式记录，第六十届会议，第六委员会》，第18次会议，第44段。

<sup>26</sup> 《2005年……年鉴》（见上文脚注1），第25至第28段。

<sup>27</sup> Institute of International Law, *Yearbook*, 第61卷，第二部分，1985年赫尔辛基会议 (Paris, Pedone, 1986), 第278至第283页。

<sup>28</sup> 《大会正式记录，第六十届会议，第六委员会》，第18次会议，第27段。

<sup>29</sup> 关于委员会的辩论，见《2005年……年鉴》，第二卷（第二部分），第37页，第142至第148段。

15. 特别报告员向委员会解释说，条款草案第3条的目的基本上具有法规性质，执行部分载于条款草案第4条至第7条。因此，委员会在报告中指出：

特别报告员将条款草案第3条定性为基本上具有阐释的性质：根据随后各条的措辞，尤其是条款草案第4条的措辞，这一条并不是严格必需。其目的只是要强调，早先的立场是武装冲突自动废除条约关系，这一点已经被比较现代的立场所取代，即单纯武装冲突的爆发，无论是否宣战，都不会当然终止或中止冲突各方之间有效的条约。但是，如果委员会愿意，他不反对将这项规定删除。这一条的案文是以1985年国际法学会通过的决议第2条为基础拟订的。<sup>30</sup>

16. 还有：

虽然有人表示支持特别报告员的提议，但有一些委员指出，特别报告员的报告和秘书处的备忘录中都提到实践的事例，其中似乎暗示武装冲突会导致各类条约关系全部或部分自动中止。的确，有人提出，条款不应该排除在某些情况下自动中止或终止的可能性。另一种意见认为，该条款只需规定：武装冲突的爆发并不必然终止或中止任何条约的实施。<sup>31</sup>

17. 最后还需强调的是，条款草案第3条只是条款草案第4条至第7条的前导。

#### 条款草案第4条 在发生武装冲突时可能终止或中止条约的征象

1. 在发生武装冲突时终止或中止条约的可能性，根据缔约方在缔约时的意图确定。

2. 在终止或中止条约的可能性方面，条约缔约方的意图应根据以下因素确定：

(a) 《维也纳条约法公约》第三十一条和三十二条的规定；和

(b) 有关武装冲突的性质和范围。

<sup>30</sup> 同上，第142段。

<sup>31</sup> 同上，第143段。

18. 条款草案第4条体现了条款草案第3条确认的原则的实际执行模式。对该草案的大多数答复都接受条款草案第4条背后的原则，但是有人对证实意图的问题仍有保留。特别报告员采取的政策已在关于武装冲突对条约的影响的第一次报告中清楚说明。<sup>32</sup>

19. 委员会委员（和一些代表团）对意图作用提出的保留需要进行认真审查。首先，考虑到该主题的性质（作为条约法的一部分），将意图作用边缘化的主张是不现实的。同时，特别报告员承认有必要考虑其他因素，包括条约的目的和宗旨以及冲突的具体情形。条款草案第4条的现有内容绝没有与提到的这些其他因素相抵触，其表述当然可以改进。

20. 在第六委员会辩论期间，就重新起草条款草案第4条问题，人们提出了一项有用的提案：

1. 当条约表明缔约方在发生武装冲突时有关终止或中止条约的意图，或是从条约的解释中可以推断出这种意图，则该意图应是存在的。

2. 在任何其他情况下，若缔约方对发生武装冲突时条约是否终止或中止的意图意见不一，则该意图应由任何合理方式来确定，其中可以包括条约的准备材料或是条约缔结时的情形。

3. 上述情况不应妨碍缔约方根据相互协定，而且在在不违反强行法的情况下在任何时候作出的任何决定。<sup>33</sup>

21. 但是应避免作出这样的假设，即条款草案第4条应在同一案文中处理所有可能的问题。条款草案第4条是作为预设其后面各项条款，特别是条款草案第7条的一项基础条款。关于武装冲突对条约的影响的第一次报告有关条款草案第7条的评注<sup>34</sup>中提到了可凭以发现意图的各种背景下的大量国家实践。秘书处提出的《备忘录》中提到了更多的材料（A/CN.4/550和Corr.1-2号文件）。<sup>35</sup>

<sup>32</sup> 《2005年……年鉴》（见上文脚注1），第45至第54段。

<sup>33</sup> 危地马拉的发言，《大会正式记录，第六十届会议，第六委员会》，第19次会议，第4段。

<sup>34</sup> 《2005年……年鉴》（见上文脚注1），第261至第266页，第62至第83段。

<sup>35</sup> 公布于委员会网站（<http://legal.un.org/ilc/>）。

22. 此外，一些国内判例法表明了一项条约的目的和宗旨所涉含义的重要性。相关裁决包括如下：高尔奈公司诉寡妇加伊多案；<sup>36</sup> 关于巴拉比尼案；<sup>37</sup> 国家诉里尔登案；<sup>38</sup> 布兰迪泰克斯毛纺厂诉阿扎伊斯和维达尔公司案；<sup>39</sup> 西尔韦里奥诉德利·佐蒂案；<sup>40</sup> 关于奥特莫兰案；<sup>41</sup> 海外福音传道会诉纽黑文镇和威廉·惠勒案；<sup>42</sup> 泰科特诉休斯案；<sup>43</sup> 古斯诉布罗克斯案；<sup>44</sup> 卡奴斯诉美国案；<sup>45</sup> 苏菲·瑞克麦斯号诉美国案；<sup>46</sup> 克拉克诉艾伦案；<sup>47</sup> 关于迈耶的遗产案；<sup>48</sup> 布劳内尔诉旧金山市和旧金山县案；<sup>49</sup> 阿尔真托诉霍恩案；<sup>50</sup> 加利纳诉弗雷泽案。<sup>51</sup>

23. 上述各项裁决表明，具有各不同管辖权的国内法院在对武装冲突的影响进行裁决时，一般倾向于参考一项条约的目的和宗旨。

24. 若干答复提出了一个特别问题。为此，美国代表团评述说：

<sup>36</sup> 第155号案，法国，巴黎上诉法院（1951年5月7日），《国际法报告》（1951年），第506页。

<sup>37</sup> 第156号案，法国，巴黎上诉法院（1950年7月28日），同上，第507页。

<sup>38</sup> 美利坚合众国，堪萨斯州最高法院（1926年5月15日），120 Kan. 614; 245 P. 158。

<sup>39</sup> 意大利，最高上诉法院（联席会议）（1971年11月8日），《国际法报告》，第71卷，第595页。

<sup>40</sup> 第118号案，卢森堡，高级法院（1952年1月30日），同上（1952年），第558页。

<sup>41</sup> 第129号案，荷兰，最高上诉法院（1948年4月2日），*Annual Digest and Reports of Public International Law Cases, year 1949* (London, Butterworth, 1955)，第380页。

<sup>42</sup> 美国，最高法院（1823年），21 U.S. 464。

<sup>43</sup> 同上，纽约州上诉法院（1920年6月8日），229 N.Y. 222。

<sup>44</sup> 同上，内布拉斯加州最高法院（1929年），117 Neb. 750, 223 N.W. 13。

<sup>45</sup> 同上，最高法院（1929年），279 U.S. 231。

<sup>46</sup> 同上，纽约州南区法院（1930年），45 F.2d 413。

<sup>47</sup> 同上，最高法院（1947年），331 U.S. 503。

<sup>48</sup> 同上，地区上诉法院，加利福尼亚州（1951年），107 Cal. App. 2d 799。

<sup>49</sup> 同上（1954年），271 P.2d 974。

<sup>50</sup> 同上，上诉法院第六巡回审判庭（1957年），241 F.2d 258。

<sup>51</sup> 同上，地区法院，康涅狄格州（1959年），177 F.Supp. 856，《国际法报告》，第31卷，第356页。

特别报告员认为缔约方在缔约时的意图是一个决定性因素。美国政府认为这一做法有问题，因为进行条约谈判的缔约方一般不会考虑武装冲突期间如何适用条约的规定。<sup>52</sup>

25. 郑重说来，这是在提出一个假两难推理。解释条约（和立法）时的一个共同经验是，必须将缔约方（或其他行动者）的意图“复原”为一种实际假设。在此情况下，特别报告员将认同美国代表团提出的进一步意见：

为了处理这一问题，必须考虑其他因素，包括条约的目的和宗旨、有关具体条文的特点及冲突的情况。<sup>53</sup>

委员会辩论期间也提出了类似的建议。<sup>54</sup>

26. 某些结构性问题依然存在。其中包括条款草案第4条与条款草案第7条之间的关系。特别报告员打算通过协调适用这些条款。有人会说，如果要重新起草条款草案第4条，以便提到包括目的和宗旨在内的其他因素，那么条款草案第7条就变成多余了。

27. 如出现这种情况，目前条款草案第7条的内容就将被并入评注。然而，这种行事方法会造成实质内容的缺失。事实上，即便不是全部，条款草案第7条的大部分内容仍反映了国家实践和比较统一的司法标准。

28. 还有另一个结构性问题。起草条款草案第4条需要提到1969年《维也纳公约》第三十一条至第三十二条。将这两条列入其中的做法必然是机械性的，但是不可能为了专用于本条约草案的上下文而形成“设计者”的解释原则。

#### 条款草案第5条 关于实施条约的明示规定

1. 根据条约明示规定适用于武装冲突情况的条约在发生武装冲突时实施，但不妨害武装冲突当事方之间就中止或放弃相关条约缔结合法协定。

2. 武装冲突爆发不影响武装冲突当事方依照《维也纳条约法公约》规定缔结条约的权能。

29. 关于武装冲突对条约的影响的第一次报告已对本条规定的目的作了说明。<sup>55</sup> 委员会委员普遍表示支持。委员会认为为了明确起见，有必要列入本条规定。

30. 在委员会辩论期间，有人提到了国际法院关于核武器案<sup>56</sup>的咨询意见中阐述的原则，即某些人权和环境原则在武装冲突期间并不停止实施，它们的适用是由“可适用的特别法，即在武装冲突中适用的、旨在调整敌对行为而制定的法律”决定的。<sup>57</sup> 特别报告员也认为应将此原则适当反映在本条款草案中。

31. 应将本条款草案第2款中的“权能”一词改成“能力”。

#### 条款草案第6条 涉及诉诸武装冲突的理由的条约

任何条约，若其地位或解释是导致诉诸武装冲突的问题的主题，则推定该条约不因法律的实施而终止，但这一推定不适用于已证明缔约方有相反意图的情况。

32. 关于武装冲突对条约的影响的第一次报告审查了该条款草案的依据。<sup>58</sup> 其构想产生于特别报告

<sup>55</sup> 《2005年……年鉴》（见上文脚注1），第260页，第55至第58段。

<sup>56</sup> 以核武器进行威胁或使用核武器的合法性案，咨询意见，《1996年国际法院汇编》，第226页。

<sup>57</sup> 同上，第240页，第25段。另见《2005年……年鉴》，第二卷（第二部分），第159段。另见美国的发言，《大会正式记录，第六十届会议，第六委员会》，第20次会议，第33段。

<sup>58</sup> 《2005年……年鉴》（见上文脚注1），第260至第261页，第59至第61段。

<sup>52</sup> 概述见《大会正式记录，第六十届会议，第六委员会》，第20次会议，第32段。另见《2005年……年鉴》[英]，第二卷（第二部分），第32页，第152段。

<sup>53</sup> 概述见《大会正式记录，第六十届会议，第六委员会》，第20次会议，第32段。

<sup>54</sup> 见《2005年……年鉴》，第二卷（第二部分），第38页，第153段。

员在用司法或其他手段和平解决边界争端方面的经验。此条草案在委员会遭到批评。有人认为严格说来，条款草案第6条没有必要，因为条款草案第3条的规定包括了其解释可能是冲突缘由的条约。<sup>59</sup> 有人指出，这个事项可以在条款草案第3条的评注中处理。<sup>60</sup> 在大会辩论期间，一些代表团表示了类似的意见。<sup>61</sup>

33. 特别报告员认为，应删除该条草案，如果认为合适，可以在条款草案第3条的评注中提及这一问题。

#### 条款草案第7条 根据条约目的和宗旨的 必然含义实施条约

1. 如果条约目的和宗旨包含在武装冲突期间继续实施条约的必然含义，发生武装冲突本身不妨碍这些条约的实施。

2. 有此特点的条约包括：

(a) 明示适用于武装冲突情况的条约；

(b) 声明、确立或规定永久权利或永久制度或地位的条约；

(c) 友好、通商和航海条约及关于私权的类似协定；

(d) 保护人权条约；

(e) 保护环境条约；

(f) 关于国际水道和有关装置和设施的条约；

(g) 多边造法条约；

(h) 关于以和平手段，包括通过调解、调停、仲裁和国际法院，解决国家间争端的条约；

(i) 与商业仲裁和执行裁决有关的多边公约引起的义务；

(j) 外交关系条约；

(k) 领事关系条约。

34. 特别报告员在辩论期间所作的介绍中，对提出本条草案的政策解释如下：

特别报告员评论说，条款草案第7条涉及目的和宗旨包含有在武装冲突期间继续实施条约这一必然含义的各种条约。第1款规定了武装冲突事件本身不会阻止这些条约实施的基本原则。第2款开列了清单，指出了部分此类条约。有人评论说，这样分类的作用是要就那些类型的条约的目的和宗旨建立一套可予辩驳的不充分假定，作为条约的目的和宗旨的证明，证明条约将在战争期间继续存在。他澄清说，虽然他并不是同意清单上所列全部类型的条约，但是，他却把它们列为供委员会考虑选定的可能对象。这一清单反映了几个世代的作者的看法，在很大程度上反映在可用的国家实践中，尤其是美国始于1940年代的实践中。这一条款草案虽然与第3条和第4条密切相关，但基本上是阐释性的，因此，可以排除在外。<sup>62</sup>

35. 关于武装冲突对条约的影响的第一次报告对条款草案第7条的法律背景进行了广泛的审查。<sup>63</sup> 其中提到了秘书处编制的实质性备忘录（A/CN.4/550和Corr.1-2）。<sup>64</sup> 可对条款草案第7条的作用分析如下：

(a) 该条草案完全可以理解为一项解释性草案，以便在国家实践领域和国内法院的经验中适用条款草案第4条确立的原则；

(b) 作为一个起草事项，条款草案第7条严格地说多余。它仅具有提示性质，为列明特别报告员利用的大量研究材料提供一种手段；

<sup>59</sup> 同上，第二卷（第二部分），第40页，第164段。

<sup>60</sup> 同上。

<sup>61</sup> 例如见罗马尼亚，《大会正式记录，第六十届会议，第六委员会》，第19次会议，第42段。

<sup>62</sup> 《2005年……年鉴》，第二卷（第二部分），第40页，第167段。

<sup>63</sup> 同上（见上文脚注1），第220至第228页，第62至第118段。

<sup>64</sup> 见上文脚注35。



(c) 无论怎样, 委员会一些委员和一些国家政府都认为将分类作为分析手段本身就有缺陷。在大会第六十届会议期间, 美国代表团在第六委员会的发言明确表达了这一观点:

第7条草案根据条约的目的和宗旨包含的含义处理条约的实施。这是条款草案中最复杂的一条草案。它列出了12类条约, 其目的和宗旨意味着武装冲突期间这些条约应继续得到实施。这其实是有问题的, 因为如此宽泛地分类条约的尝试好像总是以失败而告终。条约不会自动归入几类中的一类。此外, 即便是对某些条款进行分类, 条款使用的语言和缔约方意图与其他缔约方之间缔结的条约中的类似条款也不尽相同。如果委员会能够列举出一些因素, 引导得出在发生武装冲突时一项条约或其中的一些条款应当继续实施(或应当中止或终止)的结论, 这将更富有成效。在很多情况下, 确定这些因素将为国家如何行事提供有用的信息和指导。<sup>65</sup>

36. 在此需要作一个区分。一方面, 也许有人会认为, 利用条款草案第7条列出的这种分类是一种拙劣的办法, 对于起草目的而言是不适当的。另一方面, 正如关于武装冲突对条约的影响的第一次报告所述, 准确地说, 所采用的多数分类来源于领导当局的政策和法律评估, 以及大量的判例法和实践。换言之, 这些材料所表明的因素正是美国在上述发言中提到的因素。

37. 说到底, 解决办法也许就在提出条款草案的范围内。以此为依据, 条款草案第7条将予以删除: 正如已经强调的那样, 其目的是进行提示和解释。接下来的问题是条款草案第7条所依据的材料找到一个适当的储存器。答复是明显的, 就是准备一份由秘书处在特别报告员协助下编写的附件, 其中载入对国家实践和判例法的分析。

<sup>65</sup> 概述见《大会正式记录, 第六十届会议, 第六委员会》, 第20次会议, 第34段。

38. 除了分类做法的一般方式以外, 人们还在国际法委员会和第六委员会的讨论中提出了一些具体要点。关于(a)项, 有人认为没有必要列出这一类别, 因为它已经包括在条款草案第5条里了。<sup>66</sup> 这一评述就分析来说是正确的, 但是它却忽视了条款草案第7条的解释性目的。事实上, 所涉类别引发了一些政策方面的重要讨论。

39. 大不列颠及北爱尔兰联合王国认为列入环境保护方面的条约是有问题的。<sup>67</sup>

40. 在委员会内, 有关永久制度或地位的这类条约受到批评, 被认为模糊不清、没有明确设限。<sup>68</sup> 特别报告员则指出, 此项分类在学理中得到普遍支持, 并得到其他法律来源的承认。

41. 讨论中产生的“制度”问题大体上就是武装冲突期间特别法的实施, 这种实施排除了任何一般连续性原则的适用。这一结果对人权领域产生影响。在这里, 尽管存在连续性的良好基础, 但是对人权的保护必须与武装冲突法有关。同样的分析适用于武装冲突期间环境原则的适用。

42. 鉴于这些考虑, 拟定具体的连续性原则显然是成问题的。提示性清单也许反映了国内法院通过的政策和向法院提出的一些执行意见。不可能认为清单得到常规方式的国家实践的支持。<sup>69</sup>

<sup>66</sup> 《2005年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第41页, 第171段。

<sup>67</sup> 《大会正式记录, 第六十届会议, 第六委员会》, 第20次会议, 第1段。

<sup>68</sup> 除其他外, 见《2005年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第41页, 第171段。

<sup>69</sup> 见印度的观点, 概述于《大会正式记录, 第六十届会议, 第六委员会》, 第18次会议, 第64段。

# 引渡或起诉义务 (或引渡或起诉)

[议程项目10]

A/CN.4/571号文件

## 特别报告员兹齐斯拉夫·加利茨基先生关于引渡或起诉义务 (或引渡或起诉)的第一次报告

[原文: 英文]

[2006年6月7日]

### 目 录

	段 次	页 次
本报告引用的多边文书 .....		295
本报告引用的著作 .....		296
序言 .....	1-3	297
导言 .....	4-15	298
章 次		
一、 压制的普遍性和管辖权的普遍性 .....	16-30	299
二、 普遍管辖权与引渡或起诉义务 .....	31-34	302
三、 引渡或起诉义务的来源 .....	35-48	303
A. 国际条约 .....	35-39	303
B. 国际习惯和一般法律原则 .....	40-42	304
C. 国内立法和国家惯例 .....	43-48	304
四、 引渡或起诉义务的范围 .....	49-57	305
五、 方法问题 .....	58-60	307
六、 初步行动计划 .....	61	308
附件: 入门性参考书目 .....		311

### 本报告引用的多边文书

#### 来 源

《取缔伪造货币国际公约》[英](1929年4月20日,日内瓦)	国际联盟,《条约汇编》,第112卷,第2623号,第371页。
《防止和惩治恐怖主义公约》[英](1937年11月16日,日内瓦)	同上, C.546.M.383.1937.V号文件。
关于保护战争受难者的日内瓦四公约[英](1949年8月12日,日内瓦)	联合国,《条约汇编》,第75卷,第970至第973号,第31页、第85页、第135页及第287页。
《一九四九年八月十二日日内瓦四公约关于保护国际性武装冲突受难者的附加议定书》(《第一议定书》)(1977年6月8日,日内瓦)	同上,第1125卷,第17512号,第3页。
《欧洲引渡公约》[英](1957年12月13日,巴黎)	同上,第359卷,第5146号,第273页。

- 《公海公约》(1958年4月29日,日内瓦) 同上,第450卷,第6465号,第11页。
- 《一九六一年麻醉品单一公约》(《1961年麻醉品单一公约》)(1961年3月30日,纽约) 同上,第520卷,第7515号,第151页。
- 《修正一九六一年麻醉品单一公约的议定书》(1972年3月25日,日内瓦) 同上,第976卷,第14151号,第3页。
- 《关于制止非法劫持航空器的公约》[英](1970年12月16日,海牙) 同上,第860卷,第12325号,第105页。
- 《心理旋转物质公约》(《精神药物公约》)(1971年2月21日,维也纳) 同上,第1019卷,第14956号,第175页。
- 《关于制止危害民用航空安全的非法行为的公约》[英](1971年9月23日,蒙特利尔) 同上,第974卷,第14118号,第177页。
- 《禁止并惩治种族隔离罪行国际公约》(1973年11月30日,纽约) 同上,第1015卷,第14861号,第243页。
- 《关于防止和惩处应受国际保护人员包括外交代表的罪行的公约》(1973年12月14日,纽约) 同上,第1035卷,第15410号,第167页。
- 《欧洲制止恐怖主义公约》[英](1977年1月27日,斯特拉斯堡) 同上,第1137卷,第17828号,第93页。
- 《关于核材料的实质保护公约》(《核材料实物保护公约》)(1979年10月26日,维也纳) 同上,第1456卷,第24631号,第101页。
- 《反对劫持人质国际公约》(1979年12月17日,纽约) 同上,第1316卷,第21931号,第205页。
- 《联合国海洋法公约》(1982年12月10日,蒙特哥湾) 同上,第1833卷,第31363号,第3页。
- 《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》(1984年12月10日,纽约) 同上,第1465卷,第24841号,第85页。
- 《制止危及海上航行安全非法行为公约》(1988年3月10日,罗马) 同上,第1678卷,第29004号,第201页。
- 《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》(1988年12月20日,维也纳) 同上,第1582卷,第27627号,第95页。
- 《反对招募、使用、资助和训练雇佣军国际公约》(1989年12月4日,纽约) 同上,第2163卷,第37789号,第75页。
- 《联合国人员和有关人员安全公约》(1994年12月9日,纽约) 同上,第2051卷,第35457号,第363页。
- 《制止恐怖主义爆炸事件的国际公约》(1997年12月15日,纽约) 同上,第2149卷,第37517号,第256页。
- 《国际刑事法院罗马规约》(1998年7月17日,罗马) 同上,第2187卷,第38544号,第3页。
- 《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》(1999年12月9日,纽约) 同上,第2178卷,第38349号,第197页。
- 《联合国打击跨国有组织犯罪公约》(《巴勒莫公约》)(2000年11月15日,纽约) 同上,第2225卷,第39574号,第209页。
- 《联合国打击跨国有组织犯罪公约关于预防、禁止和惩治贩运人口特别是妇女和儿童行为的补充议定书》(《联合国打击跨国有组织犯罪公约关于防止、禁止和惩治贩运人口特别是妇女和儿童行为的补充议定书》)(2000年11月15日,纽约) 同上,第2237卷,第A-39574号,第319页。
- 《联合国打击跨国有组织犯罪公约关于打击陆、海、空偷运移民的补充议定书》(2000年11月15日,纽约) 同上,第2241卷,第A-39574号,第480页。
- 《联合国打击跨国有组织犯罪公约关于打击非法制造和贩运枪支及其零部件和弹药的补充议定书》(2001年5月31日,纽约) 同上,第2326卷,第A-39574号,第211页。
- 《联合国反腐败公约》(2003年10月31日,纽约) 同上,第2349卷,第42146号,第41页。
- 《制止核恐怖主义行为国际公约》(2005年4月13日,纽约) 同上,第2445卷,第44004号,第89页。
- 《欧洲委员会防止恐怖主义公约》(2005年5月16日,华沙) 欧洲委员会,《条约汇编》,第196号。

### 本报告引用的著作

AMNESTY INTERNATIONAL

*Universal Jurisdiction: The Duty of States to Enact and Implement Legislation.* London, International Secretariat, 2001.

BASSIOUNI, M. Cherif and Edward M. WISE

*Aut Dedere Aut Judicare: The Duty to Extradite or Prosecute in International Law.* Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1995. 340 p.

BROOMHALL, Bruce

“Towards the development of an effective system of universal jurisdiction for crimes under international law”, *New England Law Review* (Boston), vol. 35, No. 2, winter 2001, pp. 399–420.

DUGARD, John and Christine VAN DEN WYNGAERT

“Reconciling extradition with human rights”, *American Journal of International Law* (Washington, D.C.), vol. 92, No. 2, April 1998, pp. 187–212.

ENACHE-BROWN, Colleen and Ari FRIED

“Universal crime, jurisdiction and duty: the obligation of *aut dedere aut judicare* in international law”, *McGill Law Journal* (Montreal), vol. 43, 1997–1998, pp. 613–633.

FISHER, Keith R.

“*In rem* alternatives to extradition for money laundering”, *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, vol. 25, No. 3, summer 2003, pp. 409–456.

GROTIUS, Hugo

*De Jure Belli ac Pacis* (1646). Book II. English translation by Francis W. Kelsey, in James Brown Scott, ed., *The Classics of International Law*. Oxford, Clarendon Press, 1925. Vol. 2.

GUILLAUME, Gilbert

“Terrorisme et droit international”, *Collected Courses of The Hague Academy of International Law*, 1989–III. Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1990. vol. 215, pp. 287–416.

HARVARD LAW SCHOOL

“Research in international law, II: jurisdiction with respect to crime”, Supplement to the *American Journal of International Law* (Washington, D.C.), vol. 29, 1935, pp. 435–651.

HENZELIN, Marc

*Le principe de l'universalité en droit pénal international: droit et obligation pour les États de poursuivre et juger selon le*

*principe de l'universalité*. Basel, Helbing & Lichtenhahn, 2000.

HUDSON, Manley O., ed.

*International Legislation: A Collection of the Texts of Multi-partite International Instruments of General Interest*. vol. VII (1935–1937), Nos. 402–505. Washington, D.C., Carnegie Endowment for International Peace, 1941.

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL

*Tableau des résolutions adoptées (1957–1991)*. Paris, Pedone, 1992. 165 p.

JENNINGS, Sir Robert and Sir Arthur WATTS, eds.

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

LARSAEUS, Nina

“The relationship between safeguarding internal security and complying with international obligations of protection: the unresolved issue of excluded asylum seekers”, *Nordic Journal of International Law*, vol. 73, No. 1, 2004, pp. 69–97.

PLACHTA, Michael

“*Aut dedere aut judicare*: an overview of modes of implementation and approaches”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 6, 1999, pp. 331–365.

“The *Lockerbie* case: the role of the Security Council in enforcing the principle *aut dedere aut judicare*”, *European Journal of International Law*, vol. 12, No. 1, February 2001, pp. 125–140.

ROHT-ARRIAZA, Naomi

“State responsibility to investigate and prosecute grave human rights violations in international law”, *California Law Review* (Berkeley), vol. 78, No. 2, March 1990, pp. 449–513.

## 序言

1. 国际法委员会在2004年第五十六届会议上, 根据长期工作方案问题工作组的建议, 确定将“引渡或起诉义务(或引渡或起诉)”这个专题列入其长期工作方案。<sup>1</sup> 大会在2004年12月2日第59/41号决议中注意到委员会关于其长期工作方案的报告。委员会在2005年8月4日举行的第2865次会议上考虑选择一个新的专题以列入委员会目前的工作方案,

并决定将“引渡或起诉义务(或引渡或起诉)”这个专题列入其议程, 还任命兹齐斯拉夫·加利茨基先生为这个专题的特别报告员。<sup>2</sup>

2. 上述专题已经出现在1949年委员会第一届会议的计划专题清单上,<sup>3</sup> 但是大体上被遗忘了半个

<sup>1</sup> 见《2004年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第137页, 第362段; 关于这个专题的提纲, 见第21至第24段(同上)。

<sup>2</sup> 《2005年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第109页, 第500段。

<sup>3</sup> 《1949年……年鉴》[英], A/925号文件, 第283页, 第16段第(4)项。



多世纪，直至1996年《危害人类和平及安全治罪法》草案第8条至第9条才给予简短的讨论。<sup>4</sup>这两条描绘出“或引渡或起诉”原则及与其相关的普遍管辖权原则的起码轮廓。应当记得，正如两年后《国际刑事法院罗马规约》的通过所证实的，该《治罪法》草

<sup>4</sup> 《1996年……年鉴》，第二卷（第二部分），第29页和第32页。

4. “或引渡或起诉”（拉丁文：*aut dedere aut judicare*）这个惯用语通常被用来指出对待被指控的罪犯时两者选一的义务，“这个义务载于多项多边条约之中，目的在于谋求国际合作以惩治某些种类的犯罪行为”。<sup>5</sup>

5. 如这个学说中所强调的，“‘或引渡或起诉’这种表述是现代人改写格劳秀斯所用的短语：‘或引渡或惩罚’。”<sup>6</sup>但是，现在适用起来，引渡之外的另一种义务采用比较宽容的字眼（用“起诉”而不是“惩罚”），似乎是适当的，另外还应记得，格劳秀斯曾宣称，对于伤害到另一国家的一切罪行，都存在引渡或惩罚的一般义务。

6. 现代的做法似乎不像格劳秀斯走得那么远，同时还考虑到被指控的罪犯可能被认定为无罪。此外，这个做法不会影响到这样一个问题：所讨论的义务究竟是纯粹从有关的条约衍生出来，还是它也反映习惯国际法之下的一项普遍义务，至少对某些特定国际罪行是如此。

7. 这个学说也采用一些其他的惯用语来形容上述的义务，例如“起诉或引渡”或“或引渡或诉讼”，<sup>7</sup>

<sup>5</sup> Bassiouni and Wise, *Aut Dedere Aut Judicare: The Duty to Extradite or Prosecute in International Law*, 第3页。这两个作家搜集了内容丰富的一批确立了引渡或起诉义务的国际刑法公约，将其分成许多类别并加以评论，同上，第75至第302页。它可能是委员会未来工作的一个好的起点。

<sup>6</sup> 同上，第4页。另见 Grotius, *De Iure Bellis ac Pacis*, 第二十一章，第三至四段，第526至第529页。

<sup>7</sup> 见 Guillaume, “Terrorisme et droit international”（第371页），作者说，“国家面前的真正选择必定是引渡或起诉”。

案大体上是对1996年存在的习惯国际法进行的一次编纂工作，而不是国际法的一种逐步发展。

3. 下面提出的报告是特别报告员编写的，作为与本专题的实质有关的、非常初步性的一套最初意见，指出最重要的各点供进一步审议，并包括委员会在这个领域的未来工作的一个非常笼统的路线图。

## 导言

甚至“或引渡，或起诉，或搁置”。<sup>8</sup>在“执行层面，还有一个选择办法，就是按照‘或引渡或刑事诉讼’的原则执行外国的刑事判决”。<sup>9</sup>

8. 有些作者还指出，有必要区分普遍管辖权原则和“或引渡或起诉”原则。根据他们的见解：

后一个表述基本上是现代修改格劳秀斯在《战争与和平法》中所用的“或引渡或惩罚”一语而成，他用这个短语来形容受损害国家要求由其本身或由嫌疑犯所在国施加惩罚的天然权利。但是，现代的用语似乎更加切合当代的含义，因为严格来说，它并不暗示有义务“施加惩罚”，而是有义务审判或起诉，甚至只是“采取步骤以起诉”。<sup>10</sup>

上述两个原则的相互关系问题将在本报告第二章中获得初步审议。毫无疑问，对刑事事项的普遍管辖权原则与“或引渡或起诉”原则之间的关联的全面讨论在委员会未来有关本专题的工作中占有重要地位。

9. 虽然引渡或起诉义务乍看之下似乎是一个非常传统的义务，但我们不应该被它古老的拉丁文表述形式所误导。引渡或起诉义务不能只被看做一个传统的专题。它从格劳秀斯时代到近代的演进，

<sup>8</sup> 内容意译为“交出、起诉或推委搪塞”（Fisher, “*In rem alternatives to extradition for money laundering*”, 第412页）。

<sup>9</sup> Plachta, “*The Lockerbie case: the role of the Security Council in enforcing the principle aut dedere aut judicare*”, 第131页。

<sup>10</sup> Larsaeus, “*The relationship between safeguarding internal security and complying with international obligations of protection: the unresolved issue of excluded asylum seekers*”, 第79页。

以及它显著发展成为一种对付刑事罪行对国家和个人造成的日益严重威胁的有效工具，使人们能容易得到这样一个结论：它反映了国际法的新发展和国际社会迫切关注的问题。

10. 委员会已经把“或引渡或起诉”规则纳入了《危害人类和平及安全治罪法》草案，<sup>11</sup>同时还对这个原则及其基本理由解释如下：

案犯所在领土的羁押国被规定有义务起诉或引渡。羁押国有义务采取行动，确保此种个人受到该国国家当局或以请求引渡表示愿意起诉该案的另一个国家的起诉。由于被控罪犯在其领土之内，羁押国处在一个确保本《治罪法》得到实施的独特位置上。因此，羁押国有义务采取必要和合理的步骤缉拿任何被控罪犯，并确保主管的司法机关对此种个人进行起诉和审判。引渡或起诉的义务适用于羁押“被控犯有罪行的个人”的国家。这一短语是用来指并非按照未经证实的指控、而是根据有关事实材料被鉴别出的人。<sup>12</sup>

11. 委员会注意到起诉或引渡义务有赖于充分的证据，但它同时也注意到：

关于提起刑事诉讼或批准引渡请求所需要证据的充分程度，各国的国家法律制度不同。<sup>13</sup>

12. 国际法学会认识到这项有关的原则对有效执行引渡的重要性，于是1983年9月1日在英国剑桥的届会上通过了关于引渡的新问题的决议，其中第六部分标题为“或起诉或引渡”，第1段说：

<sup>11</sup> 《治罪法》草案相应第9条的案文，见下文第24段。

<sup>12</sup> 《1996年……年鉴》，第二卷（第二部分），第32页，第9条评注第(3)段。

<sup>13</sup> 同上，第(4)段。

“或起诉或引渡”规则应该加强和扩大，并应规定法律协助的详细方法。<sup>14</sup>

13. 这个学说强调，要确定以引渡或起诉的义务为基础的制度是否有效，必须讨论三个问题：

第一，在国际法之下这个原则的适用情况和范围；第二，如果被请求国可以选择，这项规则中所包括的各种选择办法的高低等级；第三，实行起诉的实际困难。<sup>15</sup>

14. 引渡和起诉两方面似乎平等地存在着此类实际的困难和障碍。目前引渡和法律互助制度的严重弱点在很大程度上源于过时的双边引渡和法律互助条约。无数拒绝的理由在涉及国际法下的罪行时都不适当；但是在涉及把人引渡到可能令其面临不公正审判、酷刑或死刑的国家时，往往又缺少各种重要的保障。<sup>16</sup>另一方面，起诉制度的效力也面临许多对此类罪行并不适当的障碍，包括时效法、豁免以及对发生时依据国际法为犯罪的行为禁止进行追溯性的刑事诉讼。

15. 似乎需要查明，从引渡或起诉的义务中可能衍生出来的特定义务是否有任何高低等级，还是只是有关国家的自由裁量问题。

<sup>14</sup> Institut de droit international, *Tableau des résolutions adoptées (1957-1991)*, 第161页。

<sup>15</sup> Plachta, “*Aut dedere aut judicare: an overview of modes of implementation and approaches*”, 第332页。

<sup>16</sup> 惩治国际罪行的趋势与基本人权的保护互相对抗，在这种情形下，对“或引渡或起诉”作为解决办法这一点的许多有趣的意见见 Dugard and Van den Wyngaert, “*Reconciling extradition with human rights*”, 第209至第210页。

## 第一章

### 压制的普遍性和管辖权的普遍性

16. 尤其是，过去几十年来，引渡或起诉的义务一直被包括在一切所谓反对恐怖主义的部门性公约中，最早是《关于制止非法劫持航空器的公约》，其中第7条规定：

所指控的罪犯被发现所在领土所属的缔约国，如不将此人引渡，则不论该罪行是否在其境内实施，应无一例外地将此案件提交其主管当局进行起诉。

17. 学理指出，上述《公约》的提法可以确认存在两个不同的版本：

(a) 将案件提交起诉的备选义务在涉及一名外国人的情况下，则取决于一国是否授权行使域外管辖权的选择；

(b) 只有在引渡请求被拒绝时，才会产生将案件提交起诉的义务。<sup>17</sup>

这两个版本都反映在后来缔结的多项打击各种国际或跨国罪行的全球公约和区域公约中。

18. 通过诸如《关于制止非法劫持航空器的公约》所载的表述，上述义务得到了显著的加强，因为它与普遍压制恐怖主义行为的原则结合起来。但是，不应当把普遍压制原则与普遍管辖权原则或司法机关权能的普遍性等看待。在这方面，压制的普遍性是指，由于有关国家间适用引渡或起诉义务，罪犯无论在任何地方都不能逃避刑事责任，也不能找到所谓的庇护所。

19. 刑事事项的普遍管辖权概念有不同的描述。其中看起来实际可行的一种说法把普遍管辖权形容为：

任何国家的检察官或调查法官能够调查或起诉某些人在该国境外所实施、但不因该嫌疑犯或受害人的国籍或者对该国本身的国家利益造成的损害而与该国有关的罪行。<sup>18</sup>

20. 因此，根据上文所引的定义的作者的观点，应受普遍管辖的罪行可分成下列三类：

(1) 国际法下的罪行，例如战争罪、危害人类和灭绝种族罪，以及酷刑、法外处决和“失踪”；

(2) 国内法下引起国际关注的罪行，例如劫持或毁坏航空器、劫持人质和攻击外交人员；以及

(3) 国内法下的普通罪行，例如谋杀、绑架、伤害和强奸。<sup>19</sup>

21. 另一方面，普遍管辖权和权能原则的概念，尤其是近年来，往往被认为与各个国际刑事法院的设立及其活动有关。但是，实际上，这种准普遍“管辖权和权能”要看有多少国家同意设立这种法院而定，而与引渡或起诉义务并无直接关联。但是，为了避免误解，必须强调：虽然各个国际刑事法院行使不同地理范围（包括全球范围）的国际管辖权，但这种管辖权不应被视为上文定义的普遍管辖权，因为后者是只有国家才能行使的管辖权。这两类管辖权通常被视为相辅相成，但具有完全不同的性质。

22. 在分析引渡或起诉义务的适用性的各个方面时，似乎不可避免要追溯管辖权普遍性原则从传统概念到《国际刑事法院罗马规约》的条款的演变情况。在观察这个演变情况时，哈佛法学院创办的《国际法研究》在1935年起草的有关罪行的《管辖权公约》草案中有一个有趣的例子，说明了最早分析普遍管辖权这个现象的尝试之一。<sup>20</sup> 其中包括与这个问题有关的两条规定：第9条，标题为“普遍性——海盗行为”，以及第10条，标题为“普遍性——其他罪行”。后一条规定：

一国对外国人在其境外犯下的任何罪行，除第6条、第7条、第8条和第9条中所列的罪行外，<sup>21</sup> 具有管辖权，具体如下：

(a) 当犯罪地点不在该国管辖之下，而在另一国管辖之下，如果构成罪行的行为或不行为按照实施地的法律也是犯法行为，如果已经提出将该外国人移交给一个或几个此类其他国家进行起诉，但是这个提议尚

<sup>19</sup> 同上。

<sup>20</sup> “Research in international law, II: jurisdiction with respect to crime”，第439页。

<sup>21</sup> 这几条中“所列的罪行”包括涉及“国家安全”、“伪造货币”、“海盗行为”的罪行，以及外国人在一国境外所犯“涉及履行其受雇为该国家行使的”或“受雇为具有该国国家性质的船只或航空器的人员之一时”所行使的“公共职能”的罪行。

<sup>17</sup> Plachta, “Autdedere aut judicare ...”，第360页。可以举出下列公约为例：关于版本(a)：《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》，第6条，第9款；关于版本(b)：《欧洲制止恐怖主义公约》，第7条。

<sup>18</sup> Amnesty International, *Universal Jurisdiction: The duty of States to Enact and Implement Legislation*, introduction, 第1页。

未被接受，而且如果按照犯罪地的法律，起诉尚未因时效终止而被禁止。所判刑罚无论如何不得比犯罪地的法律对同样行为或不行为规定的刑罚更加严重。

(b) 当犯罪地点不在任何国家管辖之下，如果构成犯罪的行为或不行为按照该外国人国籍国的法律也是犯法行为，如果已经提出将该外国人移交给该外国人的一个或几个国籍国进行起诉，但是这个提议尚未被接受，而且如果按照该外国人国籍国的法律，起诉尚未因时效中止而被禁止。所判刑罚无论如何不得比该外国人国籍国的法律对同样行为或不行为规定的刑罚更加严重。<sup>22</sup>

23. 上面引用的表述把国家的普遍管辖权的若干因素与国家基于领土和国籍而拥有的各项管辖权，以及备选办法引渡（“移交”）的可被视为反映了“或引渡或起诉”原则的额外因素，结合起来。但是，这些规定的整个结构似乎着眼于国家享有进行引渡或起诉的权利，而不是负有进行引渡或起诉的义务。

24. 在以前编纂工作的范畴中，可在1996年委员会于第四十八届会议上通过的《危害人类和平及安全治罪法》草案<sup>23</sup>所载、标题为“引渡或起诉的义务”的第9条中找到这项有关的义务。该条规定如下：

在不妨碍国际刑事法院的管辖权的情形下，在其领土上发现据指控有第17、第18、第19或第20条所述罪行之个人的缔约国应引渡或起诉该个人。<sup>24</sup>

25. 同时，《危害人类和平及安全治罪法》草案第8条的标题为“管辖权的确定”，要求每个“缔约国”

采取必要措施确定其对第17、第18、第19和第20条所载罪行的管辖权而不论这些罪行的实施地点或实施者为何。<sup>25</sup>

在本条的评注中，委员会说：

对本治罪法涵盖的罪行的管辖权首先是由国际法确定的，其次是由国内法确定的。关于国际法，任何缔约国依照第9条所列“普遍管辖权”原则，有权对其领土内被控应对第17至第20条列明的国际法中之罪行负责的个人行使管辖权。本条第一项规定中使用了“不论这些罪行的实施地点或实施者为何”的短语，以避免对于此种罪行的普遍管辖权的存在产生任何怀疑。<sup>26</sup>

26. 虽然在条款草案第9条中，委员会并未使用“普遍管辖权”一词，但上面引用的评注表明委员会的观点，即至少对第8条至第9条中所载“国际法下之罪行”清单（即：灭绝种族罪行、危害人类罪行、危害联合国人员和有关人员罪行以及战争罪行）来说，委员会认为它们应接受“普遍管辖权”。与此类似，委员会承认，针对这些罪行也应遵守“或引渡或起诉”的义务。

27. 但是，有趣的是，当时的特别报告员杜杜·锡亚姆先生1986年在《危害人类和平及安全治罪法》草案首次提出引渡或起诉义务的概念时，有关的条款草案的标题是“世界性犯罪行为”，并规定每个国家都有义务“审判或引渡在其领土上逮捕的任何犯有危害人类和平及安全罪行的人”。<sup>27</sup>

28. 次年，特别报告员把有关条款的标题改为“或引渡或起诉”。<sup>28</sup> 在一读通过时，这个义务的表述再次被改为“审判或引渡的义务”<sup>29</sup>，后来委员会在1996年最后通过的《危害人类和平及安全治罪法》草案中终于确定了上文所引的最后形式（引渡或起诉）。

<sup>26</sup> 同上，第30页，评注第(7)段。

<sup>27</sup> 《1986年……年鉴》[英]，第二卷（第一部分），A/CN.4/398号文件，特别报告员杜杜·锡亚姆先生关于《危害人类和平及安全治罪法》草案的第四次报告，第82页，第4条，第1款。

<sup>28</sup> 《1987年……年鉴》[英]，第二卷（第一部分），A/CN.4/404号文件，第3页。

<sup>29</sup> 第4条（审判或引渡义务）：

“1. 在其领土内出现被指控犯有危害人类和平及安全罪行的个人的国家应对其进行审判或引渡。”

（《1988年……年鉴》[英]，第二卷（第二部分），第66页）；另见《1994年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/460号文件，第100页。

<sup>22</sup> Harvard Law School, 前引文, 第440至第441页。

<sup>23</sup> 《1996年……年鉴》，第二卷（第二部分），第19页。

<sup>24</sup> 同上，第32页。诸如“灭绝种族罪行”、“危害人类罪行”、“危害联合国人员和有关人员罪行”和“战争罪行”。

<sup>25</sup> 同上，第29页。



29. 委员会在1972年拟订关于防止和惩处侵害外交人员和其他受国际保护人员的罪行的条款草案时, 在第6条中使用了一项类似的措辞, 但是这限于明确指定的“侵害外交人员和其他受国际保护人员的罪行”。<sup>30</sup> 大会在1973年12月14日通过的

<sup>30</sup> 第6条:

“缔约国于嫌疑犯在其领土内时, 如不予以引渡, 则应毫无例外, 并不得当稽延, 将案件交付主管当局, 以便依照本国法律规定的程序提起诉讼。”

(《1972年……年鉴》[英], 第二卷, A/8710/Rev.1号文件, 第318页)

《关于防止和惩处侵害应受国际保护人员包括外交代表的罪行的公约》<sup>31</sup> 第七条一字不改地抄录了“或引渡或起诉”原则。

30. 在上面引用的委员会的做法中可以明显看出, “或引渡或起诉”原则在形式上和内容上都经过一种演进。这种演进现在可能有助于委员会现在决定引渡或起诉义务的最后表述。看起来特别重要的是, 确定究竟应当保留“*judicare* (拉丁文)”一词的最通常译法, 还是应当改成“审判”或“判决”。

<sup>31</sup> 大会第3166 (XXVIII)号决议, 附件。

## 第二章

### 普遍管辖权与引渡或起诉义务

31. 一个非政府组织在所编写的一份著名的法律备忘录中已经指出并强调这两种制度之间的密切相互关系:

目前存在两个重要且彼此有关、但概念不同的国际法规则。

**普遍管辖权**是指任何国家的法院能够审判人们在该国领土之外所实施、但不因该嫌疑犯或受害人的国籍或者对该国本身的国家利益造成的损害而与该国有关联的罪行。这项规则有时被称为任意性普遍管辖权。这项规则现在是习惯国际法的一部分, 虽然它也反映在关于国际法规定的罪行、引起国际关注的普通罪行和国内法规定的一般罪行的许多条约、国内立法和判例之中……

根据相关的“或引渡或起诉(引渡或起诉)”规则, 一国不得包庇某些类别的罪行的嫌疑犯。相反, 它应当对某些类别的罪行的嫌疑犯行使管辖权(在某些情况下必然包括普遍管辖权), 或将该人引渡到一个有能力而且愿意行使管辖权的国家, 或将该人移交给对该嫌疑犯和罪行有管辖权的一个国际刑事法院。在实践方面, 当“或引渡或起诉”规则适用时, 境内发现嫌疑犯的国家, 若遇有不能将该嫌疑犯引渡到另一国家或将其移

交给一个国际刑事法院的情况, 必须确保本国法院能行使一切可能形式的地域管辖权, 包括普遍管辖权。<sup>32</sup>

32. 2005年, 大会第六委员会在大会第六十届会议上进行讨论期间, 有些代表团欢迎列入“引渡或起诉义务(或引渡或起诉)”这个专题, 并认为:

对这一专题的分析应当考虑到对刑事事件实行普遍管辖权这一原则。尤其是近年来越来越多的国际条约列入引渡或起诉的义务, 而且越来越多的国家在其相互关系中也予以适用, 因此就产生了对实行这项义务的各个方面进行统一的问题。其中亟待澄清的最重要的问题是, 是否有可能承认这不仅是一项以条约为基础的义务, 而且起码在某种程度上是一项植根于习惯规则的义务。<sup>33</sup>

33. 许多学者也强调了普遍管辖权制度与引渡或起诉义务两者之间存在的直接关联:

<sup>32</sup> Amnesty International, 前引书, 第1章, 第11至第12页。

<sup>33</sup> 关于大会第六十届会议期间第六委员会讨论的专题摘要(A/CN.4/560), 第243段。

规定了“普遍管辖权”制度的条约通常给一种罪行下定义，然后规定各缔约方都有义务调查并（如适用）起诉该罪行，或将嫌疑犯引渡到一个愿意这么做的缔约方。这就是“或引渡，或起诉”（“要么引渡要么起诉”）义务。<sup>34</sup>

34. 但是，对于“或引渡或起诉”原则（和义务！）适用于普遍管辖权原则所涵盖的一切罪行

<sup>34</sup> Broonhall, “Towards the development of an effective system of universal jurisdiction for crimes under international law”, 第 401 页。

的问题，并非所有作者都表示同意。有一个学者概括说：

有一种说法……认为“或引渡或起诉”原则应作为习惯国际法适用于所有应普遍受到谴责的罪行，还有一种理论……认为这个原则在某些情况下甚至等同于一种普遍义务，然而，两者都是极端的立场。虽然我没有找到足够的证据来支持这样一种义务，但我不排除，对一些公约甚至某几类公约来说，这个原则可能已经取得了习惯法的地位。<sup>35</sup>

<sup>35</sup> Larsaeus, 前引文，第 91 页。

### 第三章

#### 引渡或起诉义务的来源

##### A. 国际条约

35. 将来这个专题的编纂工作的一个初步任务是汇编一个比较表，列出各项有关条约及其中用来表示这个义务的措辞。在学理中已经有几次尝试试图开列大量这类的条约和公约。<sup>36</sup> 其中包括实质性条约和程序性公约：前者界定各种罪行，要求对其予以刑事定罪，并起诉或引渡罪犯，后者规定引渡和国家间其他法律合作事项。

36. 在审查这些条约时，必须至少审视确立引渡或起诉义务的国际刑法公约中涉及下列问题的条款（按照学理中的列举）：

(1) 禁止侵略；(2) 战争罪行；(3) 非法使用武器；(4) 危害人类罪行；(5) 禁止灭绝种族；(6) 种族歧视和种族隔离；(7) 奴隶制和有关罪行；(8) 禁止酷刑；(9) 非法的人体实验；(10) 海盗行为；(11) 劫持航空器和有关罪行；(12) 危害国际海上航行安全罪行；(13) 使用武力侵害受国际保护人员；(14) 劫持平民人质；(15) 毒品罪行；(16) 淫秽出版物的国际交易；(17) 保护国宝和考古珍宝；(18) 保护环境；(19) 盗窃核材料；(20) 非法使用邮件；

<sup>36</sup> 见 Bassiouni and Wise, 前引书，第 75 至第 302 页；另见 Jennings and Watts, *Oppenheim's International Law*, 第 953 至第 954 页。

(21) 干扰海底电缆；(22) 伪造货币；(23) 国际商业交易中的腐败行为和 (24) 雇佣军活动。<sup>37</sup>

这个目录虽然打算涵盖所有各类有关条约，但并未穷尽，比方说，没有包括最近的各项反恐怖主义的条约，以及关于制止各种国际或跨国罪行的公约。<sup>38</sup>

37. 还有一个目录选列规定了普遍管辖权和“或引渡或起诉”义务的国际条约，载于上文引用的大赦国际编写的备忘录中。该目录载列了 1929 年至 2000 年期间缔结的 21 项公约，这些公约被该项备忘录的作者视为最能代表普遍管辖权和“或引渡或起诉”义务。这些文书开列如下：<sup>39</sup>

(1) 《取缔伪造货币国际公约》；(2) 关于保护战争受难者的日内瓦四公约；(3) 《公海公约》；(4) 《一九六一年麻醉品单一公约》；(5) 《关于制止非法劫持航空器的公约》；(6) 《精神药物公约》；(7) 《关于

<sup>37</sup> Bassiouni and Wise, 前引书，第 73 页。

<sup>38</sup> 例如见《联合国打击跨国有组织犯罪公约》及其各项《议定书》，或《制止核恐怖主义行为国际公约》。另见《欧洲委员会防止恐怖主义公约》，其中第 18 条规定了“引渡或起诉”义务，但它并未直接涉及恐怖主义行为，只涉及了与恐怖主义有关的罪行。

<sup>39</sup> 见 Amnesty International, 前引书，第 15 章，第 18 页。

制止危害民用航空安全的非法行为的公约》；(8)《修正一九六一年麻醉品单一公约的议定书》；(9)《禁止并惩治种族隔离罪行国际公约》；(10)《关于防止和惩处侵害应受国际保护人员包括外交代表的罪行的公约》；(11)《一九四九年八月十二日日内瓦四公约关于保护国际性武装冲突受难者的附加议定书》(《第一议定书》)；(12)《反对劫持人质国际公约》；(13)《核材料实物保护公约》；(14)《联合国海洋法公约》；(15)《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》；(16)《制止危及海上航行安全非法行为公约》；(17)《反对招募、使用、资助和训练雇佣军国际公约》；(18)《联合国人员和有关人员安全公约》；(19)《制止恐怖主义爆炸事件的国际公约》；(20)《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》；(21)《联合国打击跨国组织犯罪公约》。

38. 现有的条约实践在过去几十年，特别是通过各项打击恐怖主义和其他威胁国际社会的罪行的公约，得到了极大的充实，它似乎已经奠定了足够的基础，可以考虑引渡或起诉的义务——这个如此重要的国际刑事政策事项——在什么程度上已经成为一项具体的法律义务。

39. 此外，有几项条约（例如《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》）迫使缔约国制订规则来执行“或引渡或起诉”原则，根据该原则，一国如不下令引渡，就有义务进行起诉。与此类似，根据国际人道主义法，国家有义务搜寻并起诉被指控应对严重违反1949年8月12日的日内瓦四公约及其《第一议定书》的行为负责或在其他方面应对战争罪行负责的人，并起诉这种人或将其引渡到另一国接受审判。因此，各国应该建立适当机制确保有效执行这项原则，并且更全面地确保有一个有效的框架，以便在这些事项上与其他国家进行司法合作。

## B. 国际习惯和一般法律原则

40. 毫无疑问，委员会在拟订关于引渡或起诉原则时必须解决的关键问题之一是给下列问题找到一个可以得到普遍接受的答案：引渡或起诉义务的法律来源究竟应该限于对有关国家有约束力的条约，还是应该扩大到适当的习惯法准则和一般法律原则。学理对这个问题并无共识，但是大量、且越来越多的学者

倾向于支持认为，“或引渡或起诉”这样一项国际法律义务作为一项一般性义务，不仅仅是以特定国际条约的规定为基础，而且也以有普遍约束力的习惯法准则为基础，至少对某些类别的罪行是如此。<sup>40</sup>

41. 有些作者试图通过各项条约中衍生出来的一般惯例证明这个习惯法准则的存在：

有理由断言，如果一国已经签订并批准相当多载有“或引渡或起诉”内容表述的条约，那么，该国已经通过这个做法证明了“或引渡或起诉”是一项习惯法准则。该国通过签署有关国际协定这项行为，表明它相信“或引渡或起诉”是一个公认的准则，也相信它是防止某些形式的行为的最有效办法。在确立习惯法准则时，这一信念符合法律确信的条件。如果一国加入许多国际条约，而所有这些条约之中都有一项大同小异的“或引渡或起诉”原则，那么就有了强有力的证据证明它愿意受这项可以归纳的规定约束，也证明此种惯例应导致这项原则在习惯法之中获得了确立。一国在许多涉及国际罪行的条约中接受“或引渡或起诉”的条款，这已经表明，针对国际罪行，它相信确保遵守条约的最佳办法是强制规定这样一项义务。<sup>41</sup>

42. 要最终界定这项义务的法律性质，必需仔细、透彻地评估“或引渡或起诉”义务在习惯法上的可能依据。这样一个定义在何种程度上将依靠国际法的编纂或逐渐发展，大体上要看可不可能在普遍接受的习惯法准则中找到坚实的理由。

## C. 国内立法和国家惯例

43. 在审查引渡或起诉义务的可能来源的问题时，人们不应该自我限制于国际法的传统渊源，例

<sup>40</sup> 见 Bassiouni and Wise, 前引书；以及 Roht-Arriza, “State responsibility to investigate and prosecute grave human rights violations in international law”, 第 466 页，其中指出，凡是设置了“或引渡或起诉”义务的条约，“不论针对国际罪行或国内罪行，都显示国际法中一种日益明显的趋势，就是要求国家调查并起诉严重罪行”。另见 Henzelin, *Le principe de l'universalité en droit pénal international: droit et obligation pour les États de poursuivre et juger selon le principe de l'universalité*, 其中指出，针对某些罪行，各种趋势指向把“或引渡或起诉”确立为一项习惯国际法规则。

<sup>41</sup> Enache-Brown and Fried, “Universal crime, jurisdiction and duty: the obligation of *aut dedere aut judicare* in international law”, 第 629 页。

如国际条约和习惯法规则，而应该把分析扩大到国内立法和国家惯例。这种惯例内容非常丰富，值得深入考虑。把普遍管辖权领域的国内立法和惯例以及各国内部适用“或引渡或起诉”原则的情况都考虑在内，可能有助于更透彻理解应该如何参照现代的普遍管辖权概念来考虑对这个原则的传统看法。

44. 在这方面，就国内立法而言，有许许多多的例子表明，行使普遍管辖权的权力并不限于国际法规定的罪行，而是扩大到大多数国家的国内法所载的普通罪行。将近二百年前，奥地利成为世人所知第一个颁布立法，规定对国内法之下的普通罪行实行普遍管辖的国家。举例来说，应当回顾《奥地利刑法典》，它继1803年立法之后，纳入了多项反映有关普遍管辖权的“或引渡或起诉”原则的规定。“首先，第64.1.6条规定，对于在国外犯下的、奥地利法律规定的某些罪行，如果奥地利有义务惩处这些罪行，不论罪行发生地的刑法有何规定，可以按奥地利的刑法加以惩处。”其次，

《刑法典》第65.1.2条规定，如有下列情况，法院可以对在国外犯下的罪行行使普遍管辖权：(1) 在行为实施地，此种行为也应受惩处（双重罪行条件），(2) 嫌疑犯如果不是国民，是在奥地利境内，以及(3) 基于该罪行的性质和特征以外的理由，不能将该嫌疑犯引渡到另一国。国际法规定的罪行不是政治罪行。<sup>42</sup>

45. 阿根廷也是最早在本国刑法典中立法规定对一切或大多数罪行行使普遍管辖权并对在其境内发现而涉嫌曾在外国犯下普通罪行的外国人强制规

<sup>42</sup> *Amnesty International*, 前引书，第6章，第5至第6页。

定“或引渡或起诉”义务的国家之一。1885年通过的阿根廷引渡法第5条规定：

遇有按照本法令的规定共和国政府没有义务移交被请求的罪犯的情况，应由我国法院审讯该罪犯，并按照有关在共和国境内所犯罪行或违规行为的法律规定判刑。<sup>43</sup>

46. 国家内部惯例的另一个有趣的例子——虽然许多年后采用——载于比利时在2001年9月27日（并在2004年5月17日重复）对《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》提出的保留案文，其中声称：

比利时回顾，根据其法院管辖权的规则，比利时应受“或引渡或起诉”这项一般法律原则的约束。<sup>44</sup>

47. 把本节中关于引渡或起诉义务的来源所作的初步说明归纳起来，似乎显示引渡或起诉义务方面的主流意见是经由国际法的准则和惯例而来。但是不可忘记，“在国际一级或国内一级，都可以作出努力，使植根于‘或引渡或起诉’原则的管理机制尽可能趋于完善”。<sup>45</sup> 国内的刑法、诉讼法甚至宪法性法规也应当在此与国际法准则和惯例得到平等的考虑。

48. 根据迄今所说，关于初步的行动计划，特别报告员坚信，引渡或起诉义务的来源应该包括一般法律原则、国内立法和司法裁决，而非单单包括条约和习惯法规则。

<sup>43</sup> 同上，第4章，第11页。

<sup>44</sup> 联合国，《条约汇编》，第2261卷，第A-38349号，第271页。

<sup>45</sup> Plachta, “*Aut dedere aut judicare ...*”, 第332页。

## 第四章

### 引渡或起诉义务的范围

49. 引渡或起诉的义务是采用两者择一的形式，赋予国家选择权，来决定它要履行这项义务的哪一部分。假定国家履行了这个组合义务——要么引渡，要么起诉——的一部分之后，就不必履行另一部分。但是，有一个可能性，就是一国可能愿意履行这项义务的两个部分。举例来说，在确立管辖权、起诉、

审讯并判决罪犯之后，该国可能决定将这样一名罪犯引渡到（或移交给）另一个也有权确立管辖权的国家，以便执行判决。

50. 如果我们比较一下载有“或引渡或起诉”原则的各项国际公约，对引渡或起诉义务的详细说



明有显著的差异。在上文引述的《关于制止非法劫持航空器的公约》中，所采用的是一项简单的表述，规定在其境内发现被指称的罪犯的缔约国，“如不将此人引渡，则不论该罪行是否在其境内实施，应无一例外地将此案件提交其主管当局进行起诉。”<sup>46</sup> 一个类似的义务，例如《联合国反腐败公约》中规定的义务，措辞却细致得多：

如果被指控罪犯被发现在某一缔约国而该国仅以该人为本国国民为理由不就本条所适用的犯罪将其引渡，则该国负有义务在寻求引渡的缔约国提出请求时将该案提交本国主管机关以便起诉，而不得有任何不应有的延误。<sup>47</sup>

该《公约》还在同一条中作出下列补充规定，使引渡或起诉的义务的实质范围扩大：

有关缔约国应当相互合作，特别是在程序和证据方面，以确保这类起诉的效率。<sup>48</sup>

51. 虽然委员会在上面所引述的《危害人类和平及安全治罪法》草案（上文第24段）的规定中承认这项义务的存在，但它这样做，完全是针对严格限制和界定的一些罪行，即一般称为危害人类和平及安全的罪行（“侵略罪行”除外）。无论如何，这项承认可以视为一个起点，以便进一步考虑在何种程度上可以把这个义务扩大到其他种类的罪行。

52. 此外，值得注意的是，委员会考虑到不仅有关的国家，还有不同国际刑事法院，都可能平行的管辖权，因此引进了“三种选择”的概念。在“或引渡或起诉”原则历来的“选择模式”的发展进程中，这是向前跨出的一大步。

53. 在1937年11月16日在日内瓦开放签字的《创立国际刑事法院公约》中可以找到这个“第三种选择”的最早例子之一。<sup>49</sup> 设立该法院的目的是审判

被控在相同日期犯有的《防止和惩治恐怖主义公约》所载罪行的人们。<sup>50</sup> 按照第一项公约第2条，被告可由一国在其本国法院起诉，或引渡到有权请求引渡的国家，或交付给国际刑事法院审判。不幸的是，这项《公约》始终没有生效，这个法院也始终没有设立。

54. 根据《国际刑事法院罗马规约》成立的国际刑事法院的选择管辖权是众所周知的。《罗马规约》让国家选择自己对罪犯行使管辖权，或将其移交给国际刑事法院管辖。

55. 此外，已经有司法惯例处理上述义务并证实它存在于当代的国际法之中。国际法院受理的洛克比案带来了这方面的大量有趣的资料，特别是五名法官对该院对于阿拉伯利比亚民众国的请求“不行使其指示临时措施的权力”的决定提出的反对意见带来的资料。<sup>51</sup> 虽然法院本身对这个义务保持缄默，但持反对意见的法官在其意见中证实“‘或引渡或起诉’这项习惯国际法规则”<sup>52</sup> 和“国际法所承认、甚至被一些法学家视为强行法的一项权利”<sup>53</sup> 的存在。这些意见虽然未经法院确认，但在审议当前这个义务的发展趋势时应该加以考虑。

56. 正如学理所正确指出的，委员会今后继续进行的编纂工作应该遵循：

“或引渡或起诉”原则不能视为万灵药，不能认为如能普遍应用，可以医治长期以来引渡事项的弱点和疾患……

为了把“或引渡或起诉”建立起来成为一项普遍性引渡规则，应该努力争取各方接受一种主张：第一，

（出售品编号：1949.V.8），第88页，附录8。另见Hudson, *International Legislation: A Collection of the Texts of Multipartite International Instruments of General Interest*, 第878页。

<sup>46</sup> 关于公约案文，见Hudson，前引书，第862页。

<sup>47</sup> 国际法院就下列案件通过了两项内容一致的裁决：洛克比空中事件引起的1971年《蒙特利尔公约》的解释和适用问题案（阿拉伯利比亚民众国诉联合王国），临时措施，1992年4月14日的命令，以及同上（阿拉伯利比亚民众国诉美利坚合众国），临时措施，1992年4月14日的命令，《1992年国际法院汇编》，分别见第3页和第114页。

<sup>48</sup> 同上，第51页和第161页（威拉曼特里法官，反对意见）。

<sup>49</sup> 同上，第82页和第187页（阿吉博拉法官，反对意见）。

<sup>46</sup> 见上文第16段。

<sup>47</sup> 第四十四条，第十一款。

<sup>48</sup> 同上。另见大会2003年10月31日第58/4号决议，附件。

<sup>49</sup> 国际联盟，C.547(1).M.384(1).1937.V号文件，转载于联合国，《国际刑事管辖问题历史研究（总干事备忘录）》

这条规则已经成为制止犯罪并在国际领域将罪犯绳之以法的一个必不可少的要素；第二，继续把它的适用范围限制在各项国际公约界定的国际罪行（甚至不是所有国际罪行）的主张是站不住脚的。<sup>54</sup>

57. 鉴于上面所说的情况，委员会已经决定，“引渡或起诉义务（或引渡或起诉）”这个专题已经

达到足够实际的成熟度，可供编纂，其中可以包括一些逐渐发展的因素。有些学者也强调这个义务具有发展中的性质，他们说：

应当鼓励习惯法的一条新出现的规则具体化，使国家有义务引渡或起诉那些被合理怀疑犯有国际罪行的人。<sup>55</sup>

<sup>54</sup> Plachta, “*Aut dedere aut judicare ...*”, 第 364 页。

<sup>55</sup> Broomhall, 前引文, 第 406 页。

## 第五章

### 方法问题

58. 要确定国际社会愿意批准并遵循哪些关于引渡或起诉义务的法律规则，将其作为有约束力的准则或作为“软性法律”工具，还需要各方、包括国际和国家单位作出广泛和全面的努力。

59. 在这个阶段，要决定委员会工作的最后成果是否应该采取条款草案、指导方针还是建议的形式，似乎为时过早。不过，特别报告员将在以后各次报告中设法拟订关于“或引渡或起诉”原则的概念、结构和适用的条款草案，但毫不妨碍这些条款草案的最后法律形式方面的问题。不过，极其重要的是，特别报告员应就这个专题目前进行的工作的最后形式，征求委员会其他委员的意见。

60. 委员会可以向各成员国发出一份书面请求，向他们索取资料。委员会欢迎各国政府自愿提供有关这个专题的实践、特别是有关比较近期的实践的任何资料。委员会和特别报告员还欢迎各国政府提供其认为与这个专题有关的任何其他资料。这种资料尤其应该与下列情况有关：

(a) 对某一国家有约束力且载有引渡或起诉义务的国际条约，以及该国为限制引渡或起诉义务而作出的保留；

(b) 某一国家通过并适用的有关引渡或起诉义务的国内法律条例，包括宪法性条款和刑法典或刑事诉讼法典；

(c) 某一国家的反映普遍管辖权原则和“或引渡或起诉”义务的适用和适用范围或不适用的司法实践；

(d) 在某一国家的法律 / 实践中，普遍管辖权原则和“或引渡或起诉”义务适用于哪些罪行 / 犯法行为；

(e) 某一国家在国际和国内法院中遇到何种障碍对下列两个事项的可能适用有消极影响：

(一) 普遍管辖权；

(二) “或引渡或起诉”原则。

## 第六章

### 初步行动计划

61. 根据上面提出的初步意见，委员会开头应当审议的10个要点可能如下：

1. 第一，有必要对各项相关公约和其他国际文书中所载的关于引渡或起诉义务的相应规定作出一次全面的比较分析，同时有系统地指出存在的相同和差异之点。虽然过去曾经多次试图收集并系统化此类国际文书，但为了使委员会今后的工作有效，更新有关的资料可能最为重要。

2. 上述分析应包括叙述引渡或起诉义务的演进和发展过程，即从“格劳秀斯规则”到“三种选择”：

- (a) 引渡或惩罚；
- (b) 引渡或起诉；
- (c) 引渡或起诉或移交给国际法院。

3. 第二，既然“或引渡或起诉”原则似乎已经被纳入许多国内立法，那么有必要进行另一次有系统的收集，也就是说，收集个别国家在这方面已经起草并通过的项有关的法律规定，连同这些规定的适用的现有实践。应当指明这些国内立法和实践之间存在的相同和差异之点，以及国际条例对国内立法的影响（以及国内立法对国际条例的影响）。

4. 考虑到上面对引渡或起诉义务的来源所说的内容，第三个重要步骤就是需要确定这个义务在当代国际法中的实际地位：

- (a) 完全从国际条约衍生而来；还是
- (b) 也植根于习惯法准则——然后考虑其习惯法地位的可能后果。

还有一种可能性，就是这个义务的混合性质，例如，“引渡”起源于公约中的承诺，而“起诉”则可能根据习惯法准则（反之亦然）。

5. 第四项初步任务应该是尽可能精确地确立普遍管辖权原则与“或引渡或起诉”义务之间目前的相互关系和相互依存。

6. 必须确定的决定性因素之一是引渡或起诉义务的实际适用范围：

(a) 适用于特别伤害到另一国家的一切犯罪行为（格劳秀斯）；还是

(b) 适用于有限的一类或几类犯罪行为/罪行（例如，“危害人类和平及安全罪行”，或“国际犯罪行为”，或“国际法下的罪行”，或“国内法规定而引起国际关注的罪行”，等等）。

确定这种罪行的可能分类标准将是非常重要的工作。

7. 考虑到引渡或起诉义务的复杂性和选择性，应当查明并分析这个义务的内容，包括：

- (a) 国家的义务（引渡或起诉）：
  - (一) 引渡：条件和例外情况，
  - (二) 管辖权：确立管辖权的根据，以及
- (b) 国家的权利（在适用和不适用这个义务的情况下）。

委员会必须决定，引渡和起诉在什么范围内应视为国家二者选一的义务，在什么时候可以视为国家的权利或权能。

8. 引渡或起诉的义务与国家在刑法事项上的管辖权限的有关规则之间的相互关系应该纳入委员会进行的分析之中，包括诸如下列问题：

(a) “针对罪行的”办法（例如，《危害人类和平及安全治罪法》草案第9条；<sup>56</sup>《关于制止非法劫持航空器的公约》第7条）；

(b) “针对罪犯的”办法（例如，《欧洲引渡公约》第6条第2款）；

(c) 管辖权普遍性原则：

(一) 国家行使管辖权；

(二) 国际司法机关行使管辖权。

9. 应该界定根据国际法从适用引渡或起诉义务衍生而来的各种特别义务的法律性质，同时特别注意：

(a) 两者选一的义务（引渡或起诉）地位平等，还是其中一种居于优先地位（两种义务的等级）；

(b) 在履行两者选一的义务时的可能限制或例外（例如，不引渡本国国民、政治罪行例外、从人权保护衍生出来的限制，等等）；

(c) 这种限制或例外对另一种义务的可能影响（例如，引渡方面的例外对另行选择起诉的影响）；

(d) 这个义务是当作一项实体性或程序性规则，还是当作一项混合规则；

(e) 这个义务在国际法准则的等级制度中的地位：

(一) 次要规则；

(二) 主要规则；

(三) 强行法规范（？）。

10. 委员会在分析这个专题时，也必须考虑到引渡或起诉义务与其他国际法原则（例如，国家主权原则、保护人权的原则、普遍制止某些罪行的原则，等等）之间的关系，以及这些原则对这个义务的适用范围的影响。

<sup>56</sup> 见上文第24段。





## 附件

## 入门性参考书目

(本报告未曾引用的著作)

Cassese, Antonio

*International Criminal Law*. Oxford, Oxford University Press, 2003. 472 p.

Costello, Declan

“International terrorism and the development of the principle *aut dedere aut judicare*”, *Journal of International Law and Economics*, vol. 10, 1975, pp. 483–501.

Goodwin-Gill, Guy S.

“Crime in international law: obligations *erga omnes* and the duty to prosecute”, in Guy S. Goodwin-Gill and Stefan Talmon, eds., *The Reality of International Law: Essays in Honour of Ian Brownlie*. Oxford, Clarendon Press, 1999, pp. 199–223.

Guillaume, Gilbert

“Terrorism and international law”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 53, part 3, July 2004, pp. 537–548.

Kelly, Michael J.

“Cheating justice by cheating death: the doctrinal collision for prosecuting foreign terrorists: passage of *aut dedere aut judicare* into customary law & refusal to extradite based on the death penalty”, *Arizona Journal of International and Comparative Law*, vol. 20, No. 3, 2003, pp. 491–532.

Plachta, Michael

“Extradition and the principle *aut dedere aut judicare* in the new Polish legislation”, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, vol. 6, 1998, pp. 94–105.

Strapatsas, Nicolaos

“Universal Jurisdiction and the International Criminal Court”, *Manitoba Law Journal*, vol. 29, No. 1, 2002, pp. 1–31.

Sunga, Lyal S.

*The Emerging System of International Criminal Law: Developments in Codification and Implementation*. The Hague, Kluwer, 1997. 486 p.

Werle, Gerhard

*Principles of International Criminal Law*. The Hague, TMC Asser Press, 2005. 485 p.

Wise, Edward M.

“Extradition: the hypothesis of a *civitas maxima* and the maxim *aut dedere aut judicare*”, *International Review of Penal Law*, vol. 62, 1991, pp. 109–134.

“The obligation to extradite or prosecute”, *Israel Law Review*, vol. 27, 1993, pp. 268–287.



## 第五十八届会议文件一览表

文 件	标 题	备注和参考资料
A/CN.4/559	临时议程	油印件。关于通过的议程，见《2006年……年鉴》，第二卷（第二部分）。
A/CN.4/560	秘书处编制的关于大会第六十届会议期间第六委员会讨论的专题摘要	油印件。
A/CN.4/561 和 Add.1-2	外交保护：从各国政府收到的评论和意见	转载于本卷。
A/CN.4/562 和 Add.1	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所造成的损失的国际责任）：从各国政府收到的评论和意见	同上。
A/CN.4/563 和 Add.1	填补委员会的临时空缺（章程第11条）：秘书处的说明	A/CN.4/563 转载于本卷。A/CN.4/563/Add.1 为油印件。
A/CN.4/564 和 Add.1-2	特别报告员乔治·加亚先生关于国际组织的责任的第四次报告	转载于本卷。
A/CN.4/565 [ 和 Corr.1 ]	驱逐外国人：秘书处的备忘录	油印件。可登录委员会网站查阅。
A/CN.4/566	特别报告员彭马拉朱·斯里尼瓦萨·拉奥先生关于危险活动引起跨界损害情况下损失分配的法律制度的第三次报告	转载于本卷。
A/CN.4/567	特别报告员约翰·杜加尔德先生关于外交保护的第七次报告	同上。
A/CN.4/568 和 Add.1	国际组织的责任：从国际组织收到的评论和意见	同上。
A/CN.4/569 和 Add.1	特别报告员维克托·罗德里格斯·塞德尼奥先生关于国家单方面行为的第九次报告	同上。
A/CN.4/570 [ 和 Corr.1 ]	特别报告员伊恩·布朗利先生关于武装冲突对条约的影响的第二次报告	同上。
A/CN.4/571	特别报告员兹齐斯拉夫·加利茨基先生关于引渡或起诉义务（或引渡或起诉）的初步报告	同上。
A/CN.4/572 [ 和 Corr.1 ]	对条约的保留：特别报告员阿兰·佩莱先生关于准则草案3.1.5（条约目的和宗旨的定义）的说明	同上。
A/CN.4/573 [ 和 Corr.1 ]	特别报告员莫里斯·卡姆托先生关于驱逐外国人的第二次报告	同上。
A/CN.4/574	特别报告员阿兰·佩莱先生关于对条约的保留的第十一次报告	同上。
A/CN.4/575	外交保护：从各国政府收到的评论和意见	同上。
A/CN.4/L.682 [ 和 Corr.1 ] 及 Add.1	国际法不成体系问题：国际法多样化和扩展引起的困难：委员会研究组的报告，定稿人：马尔蒂·科斯肯涅米	油印件。可登录委员会网站查阅。最后案文将作为一份增编载于本卷。
A/CN.4/L.683	共有的自然资源工作组（地下水）：工作组的报告	油印件。
A/CN.4/L.684 [ 和 Corr.1-2 ]	外交保护：起草委员会二读通过的外交保护条款草案的标题和案文	案文转载于《2006年……年鉴》，第一卷，第2881次会议简要记录（第1段）。
A/CN.4/L.685 [ 和 Corr.1 ]	对条约的保留：起草委员会通过的准则草案标题和案文	案文转载于《2006年……年鉴》，第一卷，第2883次会议简要记录（第1段）。
A/CN.4/L.686 [ 和 Corr.1 ]	国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任：起草委员会二读通过的关于危险活动引起跨界损害情况下损失分配的序言和原则草案的标题的案文	案文转载于《2006年……年鉴》，第一卷，第2882次会议简要记录（第1段）。
A/CN.4/L.687 及 Add.1 [ 和 Corr.1 ]	国际组织的责任：起草委员会通过的条款草案的标题和案文	案文转载于《2006年……年鉴》，第一卷，第2884次、第2891次和第2902次会议简要记录。



文 件	标 题	备注和参考资料
A/CN.4/L.688	共有的自然资源：起草委员会一读通过的条款草案的标题和案文	案文转载于《2006年……年鉴》，第一卷，第2885次会议简要记录（第1段）。
A/CN.4/L.689	委员会第五十八届会议工作报告草稿：第一章（导言）	油印件。关于通过的案文，见《大会正式记录，第六十一届会议，补编第10号》(A/61/10)。最后案文见《2006年……年鉴》，第二卷（第二部分）。
A/CN.4/L.690	同上：第二章（委员会第五十八届会议工作概况）	同上。
A/CN.4/L.691	同上：第三章（委员会特别想听取意见的具体问题）	同上。
A/CN.4/L.692及Add.1	同上：第四章（外交保护）	同上。
A/CN.4/L.693和Add.1	同上：第五章（国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任（危险活动引起跨界损害所造成的损失的国际责任））	同上。
A/CN.4/L.694及Add.1[和Corr.1]	同上：第六章（共有的自然资源）	同上。
A/CN.4/L.695[和Corr.1]及Add.1[和Corr.1]及Add.2	同上：第七章（国际组织的责任）	同上。
A/CN.4/L.696[和Corr.1]及Add.1[和Corr.1]及Add.2-3	同上：第八章（对条约的保留）	同上。
A/CN.4/L.697及Add.1[和Corr.1]及Add.2	同上：第九章（国家单方面行为）	同上。
A/CN.4/L.698	同上：第十章（武装冲突对条约的影响）	同上。
A/CN.4/L.699	同上：第十一章（引渡或起诉义务（或引渡或起诉））	同上。
A/CN.4/L.700	同上：第十二章（国际法不成体系问题：国际法多样化和扩展引起的困难）	同上。
A/CN.4/L.701和Add.1	同上：第十三章（委员会的其他决定和结论）	同上。
A/CN.4/L.702	国际法不成体系问题：国际法多样化和扩展引起的困难：委员会研究组的报告	油印件。关于通过的案文，见《大会正式记录，第六十一届会议，补编第10号》(A/61/10)。最后案文见《2006年……年鉴》，第二卷（第二部分），第241至第251段。
A/CN.4/L.703	国家单方面行为——工作组的报告：委员会的结论	油印件。关于通过的案文，见《大会正式记录，第六十一届会议，补编第10号》(A/61/10)。最后案文见《2006年……年鉴》，第二卷（第二部分），第176段。
A/CN.4/L.704	委员会的方案、程序、工作方法和文件：规划小组的报告	油印件。关于通过的案文，见《大会正式记录，第六十一届会议，补编第10号》(A/61/10)。最后案文见《2006年……年鉴》，第二卷（第二部分），第253至第270段。
A/CN.4/SR.2867-A/CN.4/SR.2913	第2867至第2913次会议临时简要记录	同上。最后案文见《2006年……年鉴》，第一卷。

---

United Nations publication  
ISSN 1994-4705

**Yearbook of the International Law Commission 2006**  
**Volume II (Part One)**

Printed at United Nations, Geneva – 1731844 (C) – December 2017 – 31

---