

国际法委员会年鉴

2004年

第二卷

第二部分

国际法委员会提交大会的
第五十六届会议
工作报告

联合国



国际法委员会年鉴

2004年

第二卷
第二部分

国际法委员会提交大会的
第五十六届会议
工作报告



说 明

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

提及《国际法委员会年鉴》时省略为前有年度和省略号的《年鉴》（如《2003年……年鉴》）。

国际法委员会每届会议的《年鉴》由两卷组成：

第一卷：该届会议各次会议的简要记录；

第二卷（第一部分）：特别报告员的报告和会议期间审议的其他文件；

第二卷（第二部分）：国际法委员会提交联合国大会的报告。

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

A/CN.4/SER.A/2004/Add.1 (Part 2)

联合国出版物

ISSN 1994-4705

目 录

页 次

A/59/10 号文件：国际法委员会第五十六届会议工作报告 (2004 年 5 月 3 日至 6 月 4 日和 7 月 5 日至 8 月 6 日)	1
第五十六届会议文件一览表.....	146

国际法委员会第五十六届会议工作报告
(2004年5月3日至6月4日和7月5日至8月6日)

目 录

	页次	
简 称		6
关于引文的说明		7
本卷引用的多边文书		8
章次	段次	
第一章 本届会议的工作安排	1-11	15
A. 成 员	2	15
B. 主席团成员和扩大的主席团	3-5	15
C. 起草委员会	6-7	16
D. 工作组	8-9	16
E. 秘书处	10	17
F. 议 程	11	17
第二章 委员会第五十六届会议工作概况	12-22	18
第三章 委员会特别想听取意见的具体问题	23-37	20
A. 外交保护	23-24	20
B. 国际组织的责任	25	20
C. 共有的自然资源	26-28	20
D. 国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任 (危险活动跨界损害所造成损失的国际责任)	29-30	21
E. 国家的单方面行为	31-32	21
F. 对条约的保留	33-37	21
第四章 外交保护	38-60	22
A. 导 言	38-52	22
B. 本届会议审议本专题的情况	53-58	23
C. 委员会一读通过的外交保护条款草案案文	59	24
1. 条款草案案文	59	24
2. 条款草案案文及其评注	60	25
第一部分 一般规定		26
第 1 条 定义和范围		26
评注		26
第 2 条 实行外交保护的權利		27
评注		27

* 起初作为《大会正式记录，第五十九届会议，补编第10号》分发。

章次	段次	页次
第二部分 国籍		28
第一章 一般原则		28
第 3 条 国籍国的保护		28
评注		28
第二章 自然人		28
第 4 条 自然人的国籍国		28
评注		28
第 5 条 持续的国籍		30
评注		30
第 6 条 多重国籍和针对第三国的求偿		31
评注		31
第 7 条 多重国籍和针对国籍国的求偿		32
评注		32
第 8 条 无国籍人和难民		34
评注		34
第三章 法人		36
第 9 条 公司的国籍国		36
评注		36
第 10 条 公司的持续国籍		37
评注		37
第 11 条 股东的保护		38
评注		38
第 12 条 对股东的直接损害		41
评注		41
第 13 条 其他法人		42
评注		42
第三部分 当地补救办法		43
第 14 条 用尽当地补救办法		43
评注		43
第 15 条 求偿的类别		45
评注		45
第 16 条 当地补救办法规则的例外		46
评注		46
第四部分 杂项规定		50
第 17 条 外交保护以外的行动或程序		50
评注		50
第 18 条 特别条约条款		51
评注		52
第 19 条 船员		52
评注		52

章次	段次	页次
第五章 国际组织的责任	61-71	54
A. 导 言	61-63	54
B. 本届会议审议本专题的情况	64-70	54
C. 委员会迄今为止暂时通过的国际组织的责任条款草案案文	71	55
1. 条款草案案文	71	55
2. 委员会第五十六届会议通过的条款草案案文及其评注	72	56
第 4 条 将行为归于国际组织的一般规则		57
评注		57
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		59
评注		60
第 6 条 逾越权限或违背指示		62
评注		62
第 7 条 被国际组织承认并当作自身行为的行为		63
评注		63
第六章 共有的自然资源	73-157	65
A. 导 言	73-76	65
B. 本届会议审议本专题的情况	77-157	65
1. 特别报告员介绍其第二次报告	82-103	65
2. 辩论概况	104-142	68
3. 特别报告员的总结	143-157	71
第七章 国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任 (危险活动跨界损害所造成损失的国际责任)	158-176	73
A. 导 言	158-168	73
B. 本届会议审议本专题的情况	169-174	74
C. 委员会一读通过的关于危险活动跨界损害 案件中损失分配的原则草案案文	175-176	76
1. 原则草案案文	175	76
2. 原则草案案文及其评注	176	78
总评注		78
序言		79
评注		80
原则 1 适用范围		80
评注		80
原则 2 用语		83
评注		83
原则 3 目的		90
评注		90
原则 4 及时和充分的赔偿		93
评注		94

章次	段次	页次
原则 5 回应措施		99
评注		99
原则 6 国际和国内救济		100
评注		100
原则 7 拟订专门的国际制度		102
评注		102
原则 8 执行		103
评注		103
第八章 国家的单方面行为	177-247	104
A. 导 言	177-191	104
B. 本届会议审议本专题的情况	192-247	105
1. 特别报告员介绍其第七次报告	193-209	105
2. 辩论概况	210-237	107
3. 特别报告员的结论	238-244	110
4. 工作组的结论	245-247	110
第九章 对条约的保留	248-295	111
A. 导 言	248-235	111
B. 本届会议审议本专题的情况	269-293	113
1. 特别报告员介绍第九次报告	275-279	113
2. 辩论概况	280-291	114
3. 特别报告员的结论	292-293	115
C. 委员会迄今为止暂时通过对条约的保留准则草案案文	294-295	115
1. 准则草案案文	294	115
2. 委员会第五十六届会议暂时通过对条约的保留准则草案案文及其评注	295	121
2.3.5 扩大保留范围		121
评注		121
2.4.9 修改解释性声明		123
评注		124
2.4.10 限制和扩大有条件解释性声明的范围		124
评注		124
2.5.12 撤回解释性声明		125
评注		125
2.5.13 撤回有条件解释性声明		126
评注		126
第十章 国际法不成体系问题：国际法多样化和扩展引起的困难	296-358	127
A. 导 言	296-297	127
B. 本届会议审议本专题的情况	298-299	127
C. 研究组的报告	300-358	127
1. 一般性意见和工作组预计的工作成果	300-302	127
2. 关于特别法规则的职能和范围及“自足制度”的研究的讨论情况	303-358	128

章次	段次	页次
	(a) 特别法	304-313 128
	(b) 自足(特别)制度	314-330 130
3.	关于同一事项先后所订条约之适用 (《维也纳条约法公约》第三十条)的研究提纲的讨论情况	331-337 132
4.	关于仅在若干当事国间修改多边条约之协定 (《维也纳条约法公约》第四十一条)的研究提纲的讨论情况	338-334 133
5.	关于在国际法的一般发展和国际社会关注的情况下参照“适用于 当事国间关系的任何有关国际法规则”(《维也纳条约法公约》 第三十一条第三项(丙)款)解释条约的提纲的讨论情况	345-351 134
6.	国际法的等级:强制法、普遍义务、作为解决冲突的规则 联合国《宪章》第一百零三条	352-358 135
第十一章	委员会的其他决定和结论	359-391 137
A.	委员会的计划、程序和工作方法及其文件	359-369 137
1.	长期工作方案工作组	362-363 137
2.	列入委员会目前工作方案的新专题	364 137
3.	战略框架	365 137
4.	委员会的文件	366-368 137
5.	酬金	369 138
B.	委员会第五十七届会议的日期和地点	370 138
C.	同其他机构的合作	371-376 138
D.	出席大会第五十九届会议的代表	377-378 138
E.	国际法讨论会	379-391 139
附件	国际法中的引渡或起诉的义务	141

简称

亚非法协 (AALCO)	亚非法律协商组织
双边投资条约 (BIT)	双边投资条约
欧洲经委会 (ECE)	联合国欧洲经济委员会
欧洲人权法院 (ECHR)	欧洲人权法院
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
水文地质协会 (IAH)	国际水文地质学家协会
国际法院 (ICJ)	国际法院
红十字委员会 (ICRC)	红十字国际委员会
国际投资争端解决中心 (ICSID)	国际投资争端解决中心
基金组织 (IMF)	国际货币基金组织
海事组织 (IMO)	国际海事组织
油污赔偿基金 (IOPC)	国际油污赔偿基金
海洋法法庭 (ITLOS)	国际海洋法法庭
南共市 (MERCOSUR)	南方共同市场
北美贸协 (NAFTA)	北美自由贸易协定
经合组织 (OECD)	经济合作与发展组织
泛美卫生组织 (PAHO)	泛美卫生组织
常设国际法院 (PCIJ)	常设国际法院
教科文组织 (UNESCO)	联合国教育、科学及文化组织
世卫组织 (WHO)	世界卫生组织
世贸组织 (WTO)	世界贸易组织

*

* *

《美国国际法学报》 (AJIL)	《美国国际法学报》 (<i>American Journal of International Law</i>) (哥伦比亚特区华盛顿)
《英国国际法年鉴》 (BYIL)	《英国国际法年鉴》 (<i>British Year Book of International Law</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>) (哥伦比亚特区华盛顿)
《国际法报告》 (ILR)	《国际法报告》 (<i>International Law Reports</i>)
《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: 截至 1930 年)
《常设国际法院汇编》, A/B辑 (<i>P.C.I.J. Series A/B</i>)	常设国际法院, 《判决、命令和咨询意见汇编》 (<i>PCIJ, Judgments, Orders and Advisory Opinions</i>) (第 40-80 号: 始于 1931 年)
《国际仲裁裁决汇编》 (UNRIAA)	联合国, 《国际仲裁裁决汇编》 (<i>United Nations, Reports of International Arbitral Awards</i>)

*

* *

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

*

* *

关于引文的说明

引文中，后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翻译。

*

* *

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

本卷引用的多边文书

来 源

特权与豁免，外交与领事关系等

- 《联合国特权和豁免公约》[英]（1946年2月13日，纽约） 联合国，《条约汇编》，第1卷，第4号，第15页和第90卷，第327页（对第1卷的更正）。
- 《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。
- 《维也纳领事关系公约关于强制解决争端之任择议定书》（1963年4月24日，维也纳） 同上，第596卷，第8640号，第487页。

人权

- 《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。
- 《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》（1966年12月16日，纽约） 同上。
- 《美洲人权公约》（《哥斯达黎加圣何塞公约》）[英]（1969年11月22日，圣何塞） 同上，第1144卷，第17955号，第123页。
- 《消除对妇女一切形式歧视公约》（1979年12月18日，纽约） 同上，第1249卷，第20378号，第13页。
- 《非洲人权和人民权利宪章》[英]（1981年6月27日，内罗毕） 同上，第1520卷，第26363号，第217页。
- 《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。

麻醉药品和精神药物

- 《1961年麻醉品单一公约》（1961年3月30日，纽约） 联合国，《条约汇编》，第520卷，第7515号，第151页。

来源

《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。

难民和无国籍人

- 《关于国籍法冲突的若干问题公约》[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。
- 《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。
- 《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。
- 《非统组织关于非洲难民问题特定方面的公约》[英](1969年9月10日, 亚的斯亚贝巴) 同上, 第1001卷, 第14691号, 第45页。
- 《欧洲国籍公约》[英](1997年11月6日, 斯特拉斯堡) 同上, 第2135卷, 第37248号, 第213页。

国际贸易和发展

《关于解决国家与他国国民之间投资争端公约》[英](1965年3月18日, 哥伦比亚特区华盛顿) 联合国, 《条约汇编》, 第575卷, 第8359号, 第159页。

运输和通信

- 《外国飞机对地面(水面)上第三者造成损失的公约》[英](1952年10月7日, 罗马) 联合国, 《条约汇编》, 第310卷, 第4493号, 第181页。
- 《附加在欧洲补充1968年11月8日于维也纳开放供签署的路标和信号公约协定上的关于路面标示的议定书》(及各附件和图示)[英](1973年3月1日, 日内瓦) 同上, 第1394卷, 第23345号, 第263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。

航海

《国际海事组织公约》(1948年3月6日, 日内瓦) 联合国, 《条约汇编》, 第289卷, 第4214号, 第3页。

来源

刑事事务

- 《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。
- 《欧洲刑事事项互助公约》[英](1959年4月20日,斯特拉斯堡) 同上,第472卷,第6841号,第185页。
- 《关于向国外送达民事或商事司法文书和司法外文书公约》[英](1965年11月15日,海牙) 同上,第658卷,第9432号,第163页。
- 《关于民商事司法管辖和判决执行的公约》[法](1968年9月27日,布鲁塞尔) 同上,第1262卷,第20747号,第154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。
- 《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。
- 《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。

海洋法

- 《联合国海洋法公约》(1982年12月10日,蒙特哥湾) 联合国,《条约汇编》,第1833卷,第31363号,第3页。
- 《保护东北大西洋海洋环境公约》(《奥斯巴公约》)[英](1992年9月22日,巴黎) 同上,第2354卷,第42279号,第67页。

适用于武装冲突的法律

- 《1899年关于陆战法规和习惯的海牙第二公约》[英](1899年7月29日,海牙) 《1899年和1907年海牙公约与宣言》,J.B.Scott(编辑),纽约,牛津大学出版社,1918年,第100页。
- 《1907年关于陆战法规和习惯的海牙第四公约》[英](1907年10月18日,海牙) 同上。
- 《1907年关于战时海军轰击的海牙第九公约》[英](1907年10月18日,海牙) 同上,第157页。
- 《关于陆战法规和习惯的章程》[英](1899年和1907年第二和第四海牙公约附件) 同上,第107页。
- 《协约及参战各国对德和约》(《凡尔赛条约》)[英](1919年6月28日,凡尔赛) 《1919年英国和外国文献》,第一百一十二卷,伦敦,皇家印务局,1922年,第1页。
- 《协约及参战各国对匈牙利和约》(《特里亚农条约》)[英](1920年6月4日,特里亚农) 《1920年英国和外国文献》,第一百一十三卷,伦敦,皇家印务局,1923年,第486页。

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970-973号, 第31页及以下各页。
- 《一九四九年八月十二日日内瓦四公约关于保护国际性武装冲突受难者的附加议定书》(《第一议定书》)(1977年6月8日, 日内瓦) 同上, 第1125卷, 第17512号, 第3页。
- 《一九四九年八月十二日日内瓦四公约关于保护非国际性武装冲突受难者的附加议定书》(《第二议定书》)(1977年6月8日, 日内瓦) 同上, 第1125卷, 第17513号, 第609页。
- 《关于发生武装冲突时保护文化财产的公约》[英](1954年5月14日, 海牙) 同上, 第249卷, 第3511号, 第215页。
- 《1954年关于发生武装冲突时保护文化财产的海牙公约第二议定书》(1999年3月26日, 海牙) 同上, 第2253卷, 第3511号, 第172页。

条约法

- 《维也纳条约法公约》(1969年5月23日, 维也纳) 联合国, 《条约汇编》, 第1155卷, 第18232号, 第331页。
- 《关于国家在条约方面的继承的维也纳公约》(1978年8月23日, 维也纳) 同上, 第1946卷, 第33356号, 第3页。
- 《关于国家和国际组织间或国际组织相互间条约法的维也纳公约》(1986年3月21日, 维也纳) A/CONF.129/15。

赔偿责任

- 《核能方面第三者责任公约》[英](1960年7月29日, 巴黎) 联合国, 《条约汇编》, 第956卷, 第13706号, 第263页。
- 《核能方面第三者责任公约附加议定书》[英](1964年1月28日, 巴黎) 同上。
- 《经1964年1月28日附加议定书修正的修正1960年7月29日核能方面第三者责任公约的议定书》[英](1982年11月16日, 巴黎) 同上, 第1519卷, 附件A, 第13706号, 第329页。
- 《经1964年1月28日附加议定书和1982年11月16日议定书修正的修正1960年7月29日核能方面第三者责任公约的议定书》[英](2004年2月12日, 巴黎) 《欧洲联盟公报》, L97号, 2004年4月1日, 第55页。
- 《核动力船舶经营人的责任公约》[英](1962年5月25日, 布鲁塞尔) 原子能机构, 《关于核损害民事责任的国际公约》, 第4号法律汇编, 修订本, 1976年, 维也纳, 第34页。

来源

- 《关于核损害民事责任的维也纳公约》（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。
- 《修正关于核损害民事责任的维也纳公约的议定书》（1997年12月12日，维也纳） 同上，第2241卷，第16197号，第270页。
- 《国际油污损害民事责任公约》[英]（1969年11月29日，布鲁塞尔） 同上，第973卷，第14097号，第3页。
- 《修正国际油污损害民事责任公约的议定书》[英]（1992年11月27日，伦敦） 同上，第1956卷，第14097号，第255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。
- 《关于因勘探和开采海床矿物资源而造成油污损害的民事责任公约》[英]（1977年5月1日，伦敦） 《国际法律资料》，第16卷（1977年），第1451页。
- 《关于道路、铁路和内陆航运船只运载危险物品引起损害的民事责任公约》[英]（1989年10月10日，日内瓦） 联合国出版物（出售品编号：E.90.II.E.39）。
- 《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。
- 《国际海上运载有害和有毒物质造成损害的责任和赔偿公约》（《有害物质公约》）（1996年5月3日，伦敦） 《有害物质公约》，国际海事组织出版物（出售品编号：IMO-479E）。
- 《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） 联合国，《条约汇编》，第28911号。
- 《国际燃油污染损害民事责任公约》（《国际油舱油污损害民事责任公约》）（2001年3月23日，伦敦） 联合国，《2001年法律年鉴》（出售品编号：C.04.V.12），第305页。

环境

- 《关于设立油污损害赔偿国际基金的国际公约》[英]（1971年12月18日，布鲁塞尔） 联合国，《条约汇编》，第1110卷，第17146号，第57页。
- 《修正关于设立油污损害赔偿国际基金的国际公约的1992年议定书》[英]（1992年11月27日，伦敦） 同上，第1953卷，第17146号，第330页。
- 《关于受危害的野生动植物区系物种的国际买卖公约》（《濒危野生动植物种国际贸易公约》）（1973年3月3日，华盛顿） 同上，第993卷，第14537号，第243页。
- 《1973年国际防止船舶造成污染公约》（《防止船污公约》）[英]（1973年11月2日，伦敦） 同上，第1340卷，第22484号，第61页。

- | | 来 源 |
|---|---|
| 《1973年国际防止船舶污染公约（防止船污公约）的1978年议定书》[英]（1978年2月17日，伦敦） | 同上。 |
| 《保护莱茵河免受氯化物污染公约》[法]（1976年12月3日，波恩） | 同上，第1404卷，第23469号，第90页。 |
| 《保护莱茵河免受氯化物污染公约附加议定书》[法]（1991年9月25日，布鲁塞尔） | 同上，第1840卷，第23469号，第372页。 |
| 《及早通报核事故公约》（1986年9月26日，维也纳） | 同上，第1439卷，第24404号，第275页。 |
| 《南极矿物资源活动管理公约》[英]（1988年6月2日，惠灵顿） | 《国际公法概览》，第93卷（1989/1），第182页。另见《国际法律资料》，第27卷（1988年），第859页。 |
| 《国际油污防备、反应和合作公约》（1990年11月30日，伦敦） | 联合国，《条约汇编》，第1891卷，第32194号，第77页。 |
| 《越境环境影响评估公约》[英]（1991年2月25日，埃斯波） | 同上，第1989卷，第34028号，第309页。 |
| 《关于工业事故越境影响的公约》[英]（1992年3月17日，赫尔辛基） | 同上，第2105卷，第36605号，第457页。 |
| 《关于工业事故越境影响对越境水体造成损害的民事责任 and 赔偿的议定书》[英]（2003年5月21日，基辅） | ECE/MP.WAT/11。 |
| 《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。 |
| 《保护波罗的海地区海洋环境公约》[英]（1992年4月9日，赫尔辛基） | 同上，第2099卷，第36495号，第195页。 |
| 《保护黑海免受污染公约》[英]（1992年4月21日，布加勒斯特） | 同上，第1764卷，第30674号，第3页。 |
| 《生物多样性公约》（1992年6月5日，里约热内卢） | 同上，第1760卷，第30619号，第79页。 |
| 《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） | 同上，第2226卷，第30619号，第208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。 |
| 《核损害补充赔偿公约》（1997年9月12日，维也纳） | 原子能机构，INFCIRC/567（1998年7月22日）和《国际法律资料》，第36卷（1997年11月），第1473页。 |
| 《在环境问题上获得信息、公众参与决策和诉诸法律的公约》[英]（1998年6月25日，奥胡斯） | 联合国，《条约汇编》，第2161卷，第37770号，第447页。 |

来源

杂项

- 《世界卫生组织组织法》（1946年7月22日，纽约） 联合国，《条约汇编》，第14卷，第221号，第185页。
- 《南极条约》[英]（1959年12月1日，华盛顿） 同上，第402卷，第5778号，第71页。
- 《关于环境保护的南极条约议定书》[英]（1991年10月4日，马德里） 《国际法律资料》，第30卷，第6号（1991年11月），第1461页。
- 《建立亚洲开发银行协定》[英]（1965年12月4日，马尼拉） 联合国，《条约汇编》，第571卷，第8303号，第123页。
- 《关于禁止和防止非法进出口文化财产和非法转移其所有权的方法的公约》[英]（1970年11月14日，巴黎） 同上，第823卷，第11806号，第231页。
- 《保护世界文化和自然遗产公约》[英]（1972年11月16日，巴黎） 同上，第1037卷，第15511号，第151页。
- 《保护非物质文化遗产公约》（2003年10月17日，巴黎） 同上，第2368卷，第42671号，第3页。

第一章

本届会议的工作安排

1. 国际法委员会分别于2004年5月3日至6月4日和7月5日至8月6日在联合国日内瓦办事处会址举行了第五十六届会议第一和第二期会议。本届会议由委员会第五十五届会议主席恩里克·坎迪奥蒂先生主持开幕幕。

A. 成 员

2. 委员会由下列委员组成：

埃曼纽尔·阿克韦·阿多先生（加纳）
侯赛因·巴哈纳先生（巴林）
阿里·穆赫辛·费塔伊斯·马里先生（卡塔尔）
若奥·克莱门特·巴埃纳·苏亚雷斯先生（巴西）
伊恩·布朗利先生（大不列颠及北爱尔兰联合王国）
恩里克·坎迪奥蒂先生（阿根廷）
池楨日先生（大韩民国）
佩德罗·科米萨里奥·阿丰索先生（莫桑比克）
里亚德·达乌迪先生（阿拉伯叙利亚共和国）
克里斯托弗·约翰·罗伯特·杜加尔德先生（南非）
康斯坦丁·伊科诺米季斯先生（希腊）
保拉·埃斯卡拉梅亚女士（葡萄牙）
萨利富·丰巴先生（马里）
乔治·加亚先生（意大利）
兹齐斯拉夫·加利茨基先生（波兰）
彼得·卡巴齐先生（乌干达）
莫里斯·卡姆托先生（喀麦隆）
詹姆斯·卢塔班齐布瓦·卡特卡先生（坦桑尼亚联合共和国）
法蒂·卡米沙先生（突尼斯）
罗曼·阿纳托利耶维奇·科洛德金先生（俄罗斯联邦）
马尔蒂·科斯肯涅米先生（芬兰）
威廉·曼斯菲尔德先生（新西兰）

迈克尔·马西森先生（美利坚合众国）
特奥多尔·维奥雷尔·梅莱斯卡努先生（罗马尼亚）
贾姆契德·蒙塔兹先生（伊朗伊斯兰共和国）
贝恩德·尼豪斯先生（哥斯达黎加）
迪迪耶·奥佩蒂·巴丹先生（乌拉圭）
纪尧姆·庞布-齐文达先生（加蓬）
阿兰·佩莱先生（法国）
彭马拉朱·斯里尼瓦萨·拉奥先生（印度）
维克托·罗德里格斯·塞德尼奥先生（委内瑞拉）
贝尔纳多·塞普尔维达先生（墨西哥）
薛捍勤女士（中国）
山田中正先生（日本）

B. 主席团成员和扩大的主席团

3. 委员会于2004年5月3日和4日举行的第2791和第2792次会议上选出下列主席团成员：

主 席：特奥多尔·维奥雷尔·梅莱斯卡努先生
第一副主席：薛捍勤女士
第二副主席：康斯坦丁·伊科诺米季斯先生
起草委员会主席：维克托·罗德里格斯·塞德尼奥先生
报告员：佩德罗·科米萨里奥·阿丰索先生

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

¹ 若奥·克莱门特·巴埃纳·苏亚雷斯先生、恩里克·坎迪奥蒂先生、兹齐斯拉夫·加利茨基先生、彼得·卡巴齐先生、阿兰·佩莱先生、彭马拉朱·斯里尼瓦萨·拉奥先生和山田中正先生。

² 克里斯托弗·约翰·罗伯特·杜加尔德先生、乔治·加亚先生、阿兰·佩莱先生、彭马拉朱·斯里尼瓦萨·拉奥先生、维克托·罗德里格斯·塞德尼奥先生和山田中正先生。

5. 根据扩大的主席团建议，委员会设立了由下列委员组成的规划组：薛捍勤女士（主席）、伊恩·布朗利先生、恩里克·坎迪奥蒂先生、池楨日先生、克里斯托弗·约翰·罗伯特·杜加尔德先生、萨利富·丰巴先生、乔治·加亚先生、兹齐斯拉夫·加利茨基先生、彼得·卡巴齐先生、詹姆斯·卢塔班齐布瓦·卡特卡先生、法蒂·卡米沙先生、罗曼·阿纳托利耶维奇·科洛德金先生、马尔蒂·科斯肯涅米先生、威廉·曼斯菲尔德先生、迈克尔·马西森先生、特奥多尔·维奥雷尔·梅莱斯卡努先生、贝恩德·尼豪斯先生、纪尧姆·庞布-齐文达先生、阿兰·佩莱先生、彭马拉朱·斯里尼瓦萨·拉奥先生、维克托·罗德里格斯·塞德尼奥先生、贝尔纳多·塞普尔维达先生、山田中正先生和佩德罗·科米萨里奥·阿丰索先生（当然成员）。

C. 起草委员会

6. 委员会在分别于2004年5月4日和25日、6月2日和7月9日举行的第2792、第2803、第2808和第2815次会议上就下列专题设立了由下列委员组成的起草委员会：

(a) 外交保护专题：维克托·罗德里格斯·塞德尼奥（主席）、克里斯托弗·约翰·罗伯特·杜加尔德先生（特别报告员）、埃曼纽尔·阿克韦·阿多先生、伊恩·布朗利先生、恩里克·坎迪奥蒂先生、池楨日先生、保拉·埃斯卡拉梅亚女士、乔治·加亚先生、彼得·卡巴齐先生、罗曼·阿纳托利耶维奇·科洛德金先生、威廉·曼斯菲尔德先生、迈克尔·马西森先生、贝恩德·尼豪斯先生、贝尔纳多·塞普尔维达先生、薛捍勤女士和佩德罗·科米萨里奥·阿丰索先生（当然成员）；

(b) 国际组织的责任专题：维克托·罗德里格斯·塞德尼奥先生（主席）、乔治·加亚先生（特别报告员）、恩里克·坎迪奥蒂先生、池楨日先生、康斯坦丁·伊科诺米季斯先生、保拉·埃斯卡拉梅亚女士、彼得·卡巴齐先生、罗曼·阿纳托利耶维奇·科洛德金先生、马尔蒂·科斯肯涅米先生、威廉·曼斯菲尔德先生、贾姆契德·蒙塔兹先生、贝

恩德·尼豪斯先生、山田中正先生和佩德罗·科米萨里奥·阿丰索先生（当然成员）；

(c) 对条约的保留专题：维克托·罗德里格斯·塞德尼奥先生（主席）、阿兰·佩莱先生（特别报告员）、侯赛因·巴哈纳先生、恩里克·坎迪奥蒂先生、康斯坦丁·伊科诺米季斯先生、萨利富·丰巴先生、乔治·加亚先生、罗曼·阿纳托利耶维奇·科洛德金先生、迈克尔·马西森先生、纪尧姆·庞布-齐文达先生和佩德罗·科米萨里奥·阿丰索先生（当然成员）；

(d) 国际责任专题：维克托·罗德里格斯·塞德尼奥先生（主席）、彭马拉朱·斯里尼瓦萨·拉奥先生（特别报告员）、伊恩·布朗利先生、池楨日先生、里亚德·达乌迪先生、康斯坦丁·伊科诺米季斯先生、乔治·加亚先生、兹齐斯拉夫·加利茨基先生、詹姆斯·卢塔班齐布瓦·卡特卡先生、罗曼·阿纳托利耶维奇·科洛德金先生、马尔蒂·科斯肯涅米先生、威廉·曼斯菲尔德先生、迈克尔·马西森先生、贾姆契德·蒙塔兹先生、薛捍勤女士、山田中正先生和佩德罗·科米萨里奥·阿丰索先生（当然成员）。

7. 起草委员会就上述四项专题一共举行了17次会议。

D. 工作组

8. 委员会还在分别于2004年5月11日和12日、6月3日和7月16日举行的第2796、第2797、第2809和第2818次会议上设立了所有委员均可参加的下列工作组和研究组：

(a) 国际法不成体系（国际法多样化和扩展引起的困难）研究组。主席：马尔蒂·科斯肯涅米先生；

(b) 共有的自然资源工作组。主席：山田中正先生；

(c) 国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任（危险活动跨界损害所造成损失的

国际责任)工作组。主席:彭马拉朱·斯里尼瓦萨·拉奥先生;

(d)国家的单方面行为工作组。主席:阿兰·佩莱先生。

9. 重新召集了长期工作方案工作组,由下列委员组成:阿兰·佩莱先生(主席)、若奥·克莱门特·巴埃纳·苏亚雷斯先生、兹齐斯拉夫·加利茨基先生、莫里斯·卡姆托先生、马尔蒂·科斯肯涅米先生、薛捍勤女士和佩德罗·科米萨里奥·阿丰索先生(当然成员)。

E. 秘书处

10. 主管法律事务副秘书长兼代理法律顾问拉尔夫·萨克林先生担任秘书长的代表。法律事务厅编纂司司长瓦茨拉夫·米库尔卡先生担任委员会秘书并在代理法律顾问缺席时担任秘书长的代表。编纂司副司长马努什·H.阿桑贾尼女士担任委员会副秘书长。高级法律干事乔治·科伦济斯先生担任高级助理秘书;法律干事特雷沃尔·齐敏巴先生、雷南·维拉西斯先生和阿诺德·普龙托先生担任委员会助理秘书。

F. 议 程

11. 委员会在第2791次会议上通过了第五十六届会议议程,议程项目如下:

1. 本届会议的工作安排。
2. 国际组织的责任。
3. 外交保护。
4. 国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任(危险活动跨界损害所造成损失的国际责任)。
5. 国家的单方面行为。
6. 对条约的保留。
7. 共有的自然资源。
8. 国际法不成体系问题:国际法多样化和扩展引起的困难。
9. 委员会的计划、程序和工作方法及其文件。
10. 与其他机构的合作。
11. 第五十七届会议的日期和地点。
12. 其他事项。

第二章

委员会第五十六届会议工作概况

12. 关于“外交保护”专题，委员会审议了特别报告员的第五次报告（A/CN.4/538），该报告涉及外交保护与国际组织的职能保护、外交保护与人权以及外交保护与船旗国对船员的保护之间的关系。委员会将条款草案第26条和重新拟定的条款草案第21条提交了起草委员会。委员会还请起草委员会考虑就保护船员与外交保护之间的关系问题制订一项规定。委员会一读通过了一套共计19条的关于外交保护的条款草案，并根据其《章程》第16和第21条，将这些条款草案转交各国政府，请它们发表意见。委员会还请特别报告员考虑“洁手”原则与外交保护之间可能存在的关系。特别报告员就这个问题编写并提交了一份备忘录，但由于时间不够，委员会决定在下届会议上审议这份备忘录（见第四章）。

13. 关于“国际组织的责任”专题，委员会审议了特别报告员的第二次报告（A/CN.4/541），该报告涉及行为归属国际组织的问题。报告提出了四项条款草案，委员会审议了这些条款草案，并提交给起草委员会。委员会通过了起草委员会建议的四项条款草案（条款草案第4至第7条）以及各项评注（见第五章）。

14. 关于“共有的自然资源”专题，委员会审议了特别报告员的第二次报告（A/CN.4/539和Add.1），该报告载有七项条款草案。委员会还设立了一个不限成员名额跨界地下水工作组，由特别报告员担任主席，并举行了两次非正式简报会，由欧洲经委会、教科文组织、粮农组织和水文地质协会的地下水问题专家介绍情况（见第六章）。

15. 关于“国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任（危险活动跨界损害所造成损失的国际责任）”专题，委员会审议了特别报告员的第二次报告（A/CN.4/540），该报告述及关于危险活动引起跨界损害所造成损失的分担的法律制

度。委员会设立了一个工作组来审议特别报告员提出的建议，将工作组提出的八项原则草案提交起草委员会，并一读通过了一套关于危险活动跨界损害情况下损失分配的原则草案以及各项评注（见第七章）。

16. 关于“国家的单方面行为”专题，委员会审议了特别报告员的第七次报告（A/CN.4/542及Corr.2和Corr.3），该报告载有一份关于国家在单方面行为方面的实践的调查。委员会重组了单方面行为工作组，工作重点是详细审议单方面行为的具体示例（第八章）。

17. 关于“对条约的保留”专题，委员会通过了五项关于扩大保留范围及更改和撤回解释性声明的准则草案。委员会还审议了特别报告员的第九次报告（A/CN.4/544），向起草委员会提交了两项准则草案，分别述及对保留的反对的定义以及反对过时提出保留或扩大保留的范围（第九章）。

18. 关于“国际法不成体系问题：国际法多样化和扩展引起的困难”专题，委员会研究组审议了关于特别法规则的职能和范围与自足制度问题的初步研究报告，并审议了关于同一主题事项先后所订条约之适用（《维也纳条约法公约》（下称1969年《维也纳公约》）第三十条）的研究提纲；关于仅在若干当事方之间修改多边条约（《公约》第四十一条）的研究提纲；关于根据“适用于当事方间关系之任何有关国际法规则”（《公约》第三十一条第三项（丙）款）解释条约的研究提纲；以及关于国际法中的等级：强制法、普遍义务和作为解决冲突的规则之《联合国宪章》第一百零三条的研究提纲（见第十章）。

19. 委员会设立了一个规划组，负责审议委员会的计划、程序和工作方法（见第十一章，A节）。应规划组的建议，委员会决定将两项新专题，即

“驱逐外国人”和“武装冲突对条约的影响”，列入其目前的工作方案。在这方面，委员会决定任命莫里斯·卡姆托先生为“驱逐外国人”专题的特别报告员，任命伊恩·布朗利先生为“武装冲突对条约的影响”专题的特别报告员。委员会还同意规划组的下述建议，即把“引渡或起诉的义务”专题列入其长期工作方案。委员会设想在下届会议上，将此专题列入其目前的工作方案。

20. 委员会继续与国际法院、美洲司法委员会、亚非法律协商组织、欧洲法律合作委员会和国

际公法法律顾问委员会进行传统的信息交流。委员会委员还就相互感兴趣的问题与其他机构和协会非正式地交换了意见（见第十一章，C节）。

21. 委员会举行了讨论会，有24名不同国籍的学员参加了讨论（见第十一章，E节）。

22. 委员会决定于2005年5月2日至6月3日和7月4日至8月5日在联合国日内瓦办事处分两期举行下届会议（见第十一章，B节）。

第三章

委员会特别想听取意见的具体问题

A. 外交保护

23. 委员会欢迎各国政府就一读通过的关于外交保护的条款草案的各个方面发表评论和意见（见下文第四章，C节）。

24. 委员会还欢迎各国政府就条款草案的评注发表评论和意见（同上）。

B. 国际组织的责任

25. 委员会于2003年举行的第五十五届会议上通过了三项关于国际组织责任一般原则的条款草案，³并于2004年的届会上通过了四项关于行为归属问题的条款草案（见下文第五章，C节）。委员会在这样做的过程中，沿用了委员会第五十三届会议通过的国家对国际不法行为的责任条款草案⁴的一般办法。特别报告员大体上将继续采用相同的办法，准备在应于2005年提交的第三次报告中讨论如下专题：违背一项国际义务；解除行为不法性的情况；以及与一国或另一组织不法行为有关的国际组织的责任。为此，就下述问题发表的意见将特别有帮助：

(a) 一国际组织与其成员国之间的关系，以及一国际组织与其代理人之间的关系通常受制于该组织的规则。根据条款草案第4条第4款的规定，这些规则具体包括“组成文书、该组织根据那些文书通过的决定、决议和其他文件；以及组织已确立的惯例”（同上）。就国际法而言，组织规则的法律性质是有争议的。无论怎样，问题在于，委员会在

³ 《2003年……年鉴》，第二卷（第二部分），第四章，C节，第23页。

⁴ 《2001年……年鉴》，第二卷（第二部分）和更正，第30页及以下各页，第76段。

根据国际法研究国际组织的责任时，应在多大程度上考虑一国际组织可能对其成员国或其代理人作出的违背义务行为。委员会应给自己这方面的研究限定多大范围？

(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“危急情况”，一国在某些条件下可以援引危急情况，首先一项条件就是“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”。⁵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？

(c) 如果一成员国遵从一国际组织的要求而采取的某项行为似乎违背了该国和该组织所负某项国际义务，那么，根据国际法，是否应认为该组织也负有责任？如果该国的不法行为不是应该组织要求，而只是由该组织准许作出的，答案是否相同？

C. 共有的自然资源

26. 在这个专题下，委员会目前正着重关注跨界地下水问题。

27. 在下届会议上，特别报告员将要提交其第三次报告，其中包括一整套跨界含水层系统法条款草案，这套草案以他在第二次报告（A/CN.4/539和Add.1）中提议的总框架为基础，该总框架转载于下文第六章第86段的脚注。委员会欢迎各国政府就这个总框架发表意见。

⁵ 同上，第32页，第76段。

28. 委员会还欢迎各国政府提供详细和确切资料, 介绍可能与将被列入条款草案的原则有关的实践, 具体来说, 即:

(a) 与跨界含水层系统的地下水分配有关的双边或区域实践情况; 以及

(b) 与不可再生的跨界含水层系统的管理有关的双边或区域实践情况。

D. 国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任(危险活动跨界损害所造成损失的国际责任)

29. 委员会欢迎各国政府就一读通过的关于危险活动跨界损害情况下损失分配的原则草案(见下文第七章, C节)的各个方面发表评论和意见。委员会尤其欢迎就原则草案的最终形式发表评论和意见。

30. 委员会还欢迎各国政府就原则草案的评注(同上)发表评论和意见。委员会指出, 评注解释了每项原则草案的范围和背景, 分析了有关趋势以及有助于各国采取适当国家执行措施和拟订具体国际制度的可能备选方案。

E. 国家的单方面行为

31. 一般说来, 委员会认为今年开始的实践研究也应当包括国家的单方面行为的演变和存在时间问题。具体说来, 委员会认为应更进一步地关注各个相关方面, 诸如: 日期、行为人/机构及其权限、形式、内容、背景和情况、目标、对象、对象和第三方的反应、理由、执行、修改、终止/撤销、法律范围以及通过的与单方面行为有关的法院裁决和仲裁裁决。这样才有可能确定对于采取单方面行为是否存在可适用的一般性规则和原则。

32. 委员会希望收到各国根据上述要素对自己这方面实践情况发表的意见。而且, 如本届会议成立的工作组商定的那样, 特别报告员在关于本专题的下次报告中, 将适当考虑这些要素, 以及委员会某些委员将提供给他实践示例。

F. 对条约的保留

33. 特别报告员打算在其明年的报告中讨论保留的“效力”问题。

34. 1969年《维也纳公约》和《关于国家和国际组织间或国际组织相互间条约法的维也纳公约》(下称1986年《维也纳公约》)处理了一国或一国际组织“不能”提出保留的情况(第19条), 但它们均未用一个形容词来限定仍可能在其中一种情况下作出的保留。在这方面, 各国在实践中使用的术语完全不一致。

35. 对于这方面应使用的术语, 国际法委员会和第六委员会中均有不同意见, 并进行了长时间讨论。例如, 有意见指出, “合法性(*licité, licitud*)”一词有缺陷, 可能会涉及国家责任法, 不过委员会尚未审查一项受到禁止的保留或以不适当方式提出的保留是否会引起提出保留者的责任这一问题。此外, 不但必须在“可受理性(*admissibility*)”与“可允许性(*permissibility*)”这两个词中间作出选择, 与这两个词相对应的法文字(“*recevabilité*”)也并非令人满意。至于“效力(*validité, validez*)”一词, 特别报告员认为它是中性的, 足以令人理解, 而且这个词还具有优点, 在委员会的所有工作语文中都可找到与之相对应的词, 但“效力”一词却受到了批评, 理由是它可能会使人混淆保留的无效性与可施用性。⁶

36. 在2002年第五十四届会议上, 委员会“决定将其搁置不做结论, 直到对”两项《维也纳公约》第19条规定所涉及的保留的“效果有了最终明确的态度”。⁷

37. 在确定最终立场之前, 委员会欢迎各国政府对此问题发表评论和意见。

⁶ 见特别报告员关于与对条约的保留有关的法律和实践的第一次报告, 《1995年……年鉴》, 第二卷(第一部分), A/CN.4/470号文件, 第97-114段。

⁷ 《2002年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第45页(准则草案2.1.8[2.1.7之二]评注, 第7段)。

第四章

外交保护

A. 导言

38. 国际法委员会于1996年第四十八届会议确定“外交保护”专题为适于编纂和逐渐发展的三项专题之一。⁸ 同一年，大会1996年12月16日第51/160号决议第13段请委员会根据第六委员会辩论期间提出的评论和意见以及各国政府愿意提交的任何书面评论，进一步审查这项专题并说明其范围和内容。委员会在1997年第四十九届会议上按照上述大会决议在第2477次会议上设立了关于该专题的工作组。⁹ 工作组在同届会议上提交了一份报告，得到委员会核可。¹⁰ 工作组力图：*(a)* 尽可能地明确这项专题的范围；*(b)* 界定这项专题所应研究的问题。工作组拟议了审议这项专题的大纲，委员会建议以该大纲作为特别报告员提交初步报告的基础。¹¹

39. 委员会在第四十九届会议上任命穆罕默德·本努纳先生为这项专题的特别报告员。¹²

40. 大会于1997年12月15日第52/156号决议第8段中赞同委员会关于将“外交保护”专题列入其议程的决定。

41. 委员会1998年第五十届会议收到特别报告员的初步报告。¹³ 委员会在同届会议上设立了一

个不限成员名额工作组，负责根据对这项专题的研究方法的讨论，审议可能得出的结论。¹⁴

42. 本努纳先生当选为前南问题国际法庭法官之后，委员会于1999年第五十一届会议上任命克里斯托弗·约翰·罗伯特·杜加尔德先生为本专题的特别报告员。¹⁵

43. 委员会2000年第五十二届会议收到特别报告员的第一次报告。¹⁶ 由于时间不够，委员会决定将第三章的审议工作推迟到下届会议进行。委员会于同届会议上设立了一个不限成员名额非正式磋商小组，由特别报告员担任主席，研讨条款草案第1、第3和第6条。¹⁷ 委员会随后决定将条款草案第1、第3、第5、第6、第7和第8条连同非正式磋商小组的报告转交起草委员会。

44. 委员会2001年第五十三届会议收到特别报告员第一次报告的剩余部分和第二次报告。¹⁸ 由于时间不够，委员会仅能审议第二次报告中有关条款草案第10和第11条的部分，把报告有关条款草案第12和第13条的其余部分推迟到下届会议审议。在同届会议上，委员会决定把条款草案第9、第10和第11条转交起草委员会。

⁸ 《1996年……年鉴》，第二卷（第二部分），A/51/10号文件，第101页，第248段和附件二，增编1，第141页。

⁹ 《1997年……年鉴》，第二卷（第二部分），第61页，第169段。

¹⁰ 同上，第61页，第171段。

¹¹ 同上，第63-64页，第189-190段。

¹² 同上，第64页，第190段。

¹³ 《1998年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/484号文件，第337页。

¹⁴ 工作组的结论载于同上，第二卷（第二部分），第50页，第108段。

¹⁵ 《1999年……年鉴》，第二卷（第二部分），A/54/10号文件，第18页，第19段。

¹⁶ 《2000年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/506和Corr.1和Add.1号文件。

¹⁷ 非正式磋商小组的报告见同上，第二卷（第二部分），第88-89页，第495段。

¹⁸ 《2001年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/514号文件，第101页。

45. 也是在同届会议上，委员会设立了一个不限成员名额非正式磋商小组，由特别报告员担任主席，研讨第9条。

46. 委员会2002年第五十四届会议收到特别报告员第二次报告有关条款草案第12和第13条的剩余部分以及涵盖条款草案第14至第16条的第三次报告。¹⁹ 委员会在这届会议上决定把条款草案第14条*a*项、*b*项、*d*项（将结合*a*项予以审议）和*e*项转交起草委员会。随后，委员会还决定把条款草案第14条*c*项转交起草委员会，以结合*a*项予以审议。

47. 委员会还在这届会议上审议了起草委员会关于条款草案第1至第7[8]条的报告。委员会通过了第1至第3[5]、第4[9]、第5[7]、第6和第7[8]条。此外，委员会还通过了上述条款草案的评注。²⁰

48. 委员会还设立了一个不限成员名额非正式磋商小组，由特别报告员担任主席，研讨对船员以及对公司和股东的外交保护问题。

49. 委员会2003年第五十五届会议收到特别报告员的第四次报告。²¹ 委员会在分别于2003年5月14日至23日、5月28日和6月5日举行的第2757至第2762次、第2764次和第2768次会议上，审议了关于条款草案第17至第20条的报告第一部分。委员会随后于2003年7月15日、16日和18日举行的第2775至第2777次会议上，审议了关于条款草案第21和第22条的报告第二部分。

50. 委员会在第2762次会议上决定设立一个不限成员名额工作组，由特别报告员担任主席，研讨第17条第2款。²² 委员会在第2764次会议上审议了该工作组的报告。

51. 委员会在第2764次会议上决定将该工作组提议的第17条²³以及第18至第20条转交起草委员会。委员会随后在第2777次会议上进一步决定将第21和第22条转交起草委员会。

52. 委员会在第2768次会议上审议了起草委员会关于条款草案第8[10]、第9[11]和第10[14]条的报告。委员会在同次会议上暂时通过了条款草案第8[10]、第9[11]和第10[14]条。²⁴

B. 本届会议审议本专题的情况

53. 委员会本届会议收到特别报告员的第五次报告（A/CN.4/538）。委员会于2004年5月3日至11日举行的第2791至第2796次会议上审议了该报告。

54. 在审议第五次报告期间，委员会要求特别报告员考虑“洁手”原则是否与外交保护专题有关，如果有关，是否应该用条款的形式加以体现。特别报告员就这个问题编写了一份备忘录，可是，委员会没有时间加以审议，决定到下届会议再回头审议这个问题。

55. 委员会在2004年5月6日举行的第2794次会议上决定将条款草案第26条以及特别报告员提议的条款草案第21条的替代性案文转交起草委员会。委员会还在第2796次会议上进一步决定，起草委员会应考虑拟订一项关于船员的保护与外交保护之间联系的规定。

56. 委员会在2004年5月28日举行的第2806次会议上审议了起草委员会的报告（A/CN.4/L.647），并一读通过了一套含有19条的外交保护条款草案（见下文C节）。

57. 在同次会议上，委员会根据其章程第16和第21条决定通过秘书长将条款草案（同上）转交各国政府征求评论和意见，并请各国政府在2006年1月1日之前将评论和意见提交秘书长。

¹⁹ 《2002年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/523和Add.1号文件，第57页。

²⁰ 条款草案案文及其对应评注，见同上，第二卷（第二部分），第五章，C节，第66-75页，第280-281段。

²¹ 《2003年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/530和Add.1号文件。

²² 同上，第二卷（第二部分），第33-34页，第90-92段。

²³ 同上，第92段。

²⁴ 条款草案案文及其评注，见同上，第42-49页，第153段。

58. 在2004年8月3日举行的第2827次会议上, 委员会向两位特别报告员穆罕默德·本努纳先生和约翰·杜加尔德先生深表感谢。他们以学术性研究和广泛的知识, 为委员会处理这项专题作出了杰出贡献, 从而使委员会顺利地完成了外交保护条款草案的一读工作。

C. 委员会一读通过的外交保护条款草案案文

1. 条款草案案文

59. 委员会一读通过的条款草案案文载录如下。

外交保护

第一部分

一般规定

第1条 定义和范围

外交保护系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。

第2条 实行外交保护的权力

一国享有按照本条款草案实行外交保护的权力。

第二部分

国籍

第一章

一般原则

第3条 国籍国的保护

1. 有权实行外交保护的国家和国籍国。

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。

第二章

自然人

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自然人因出生、血缘、国家继承、归化或以不违反国际法的任何其他方式获得了其国籍的国家。

第5条 持续的国籍

1. 一国有权对在受到损害之时为其国民并在正式提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。

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。

第7条 多重国籍和针对国籍国的求偿

一国籍国不得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, 该国的国籍均为该人的主要国籍。

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。

第三章

法人

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。

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的公司, 继续有权实行外交保护。

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，公司具有被据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。

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。

第 13 条 其他法人

条款草案第 9 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。

第三部分

当地补救办法

第 14 条 用尽当地补救办法

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补救办法之前，不得提出国际求偿。

2. “当地补救办法”系指受害人可以在据称应对损害负责的国家的普通或特别司法或行政法院或机构获得的法律补救办法。

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求偿的宣告性判决时，应用尽当地补救办法。

第 16 条 当地补救办法规则的例外

在下列情况下，无需用尽当地补救办法：

- (a) 当地补救办法不具有实现有效补救的合理可能性；
- (b) 救济过程受到不当拖延，且不当拖延是由据称应对损害负责的国家造成的；
- (c) 受害人与据称应对损害负责的国家之间没有相关联系，或者依据案情，用尽当地补救办法实为不合理；
- (d) 据称应对损害负责的国家放弃了用尽当地补救办法的要求。

第四部分

杂项规定

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。

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权力不因船舶国籍国在国际不法行为给船舶造成损害时，为受害船员，不论其国籍，寻求补救而受到影响。

2. 条款草案案文及其评注

60. 委员会第五十六届会议一读通过的外交保护条款草案案文及其评注载录如下。

外交保护

(1) 起草外交保护条款最初被视为属于国家责任问题的研究范围。实际上，国家责任问题的第一任特别报告员加西亚·阿马多尔先生在 1956 年至 1961 年提交的报告²⁵里收入了若干关于此问题的条款草案。后来进行的关于国家责任问题的编纂工作很少注意外交保护问题。关于国家责任问题的最后条款草案明确指出，对于外交保护至关重要的两项议题，即求偿的国籍问题与用尽当地补救办法问题，将由委员会单独开展工作，更深入地加以处理。²⁶ 尽管如此，国家责任条款草案与本条款草案之间存在着密切联系。国家责任

²⁵ 第一次报告：《1956 年……年鉴》[英]，第二卷，A/CN.4/96 号文件，第 173 页；第二次报告：《1957 年……年鉴》[英]，第二卷，A/CN.4/106 号文件，第 104 页；第三次报告：《1958 年……年鉴》[英]，第二卷，A/CN.4/111 号文件，第 47 页；第四次报告：《1959 年……年鉴》[英]，第二卷，A/CN.4/119 号文件，第 1 页；第五次报告：《1960 年……年鉴》[英]，第二卷，A/CN.4/125 号文件，第 41 页；和第六次报告：《1961 年……年鉴》[英]，第二卷，A/CN.4/134 和 Add.1 号文件，第 1 页。

²⁶ 《2001 年……年鉴》，第二卷（第二部分）和更正，第 138 页（第 44 条评注，脚注 683 和 687）。

条款草案中的许多原则与外交保护相关，因而这些原则在本条款草案里不再重复。这尤其适用于关于国际不法行为的法律后果的规定。对外国国民所受损害负有责任的国家有义务停止不法行为，并就国际不法行为所造成的损害作出充分赔偿。赔偿可采取恢复原状、补偿或抵偿等其中一种形式或多种形式并用。这些事项在国家责任条款草案里都得到了处理。²⁷ 委员会一些委员认为，本条款草案应该处理外交保护的法律责任问题；注意力不应该集中在是否可提出求偿这一问题上。²⁸

(2) 外交保护属于“外国人待遇”这一问题的范围。然而本条款草案并没有试图处理关于这一问题的主要规则，即关于外国人人身和财产待遇的规则，违反这种规则通常引起受害人国籍国的责任。相反，本条款草案仅限于次要规则，即关于必须满足何种条件才可提出外交保护求偿的规则。这大致上是指关于求偿的可受理性的规则。国家责任条款草案第44条规定：

“在下列情况下不得援引一国的责任：

- (a) 不是按照涉及求偿国籍的任何可适用规则提出要求；
- (b) 该项要求适用用尽当地补救办法规则，但却未用尽可利用的有效当地救济。”

本条款草案通过拟订关于求偿国籍和用尽当地补救办法的规则，赋予了这项规定以内容。

(3) 本条款草案没有处理国际组织对代理人的保护问题，这种保护一般被称作“职能保护”。虽然职能保护与外交保护有相似之处，但两者的区别也很大。外交保护是一种旨在确保一国国民在受到损害时能够获得赔偿的机制，它基于一项原则，即国民受到的损害即为国家本身受到的损害。职能保护则是一种制度，为的是通过确保国际组织的代理人受到尊重并保证其独立性，从而促进国际组织有

效运作。这种区别导致委员会得出结论认为，在一套关于外交保护的条款草案里不应写入国际组织保护其代理人的内容。至于一国可否为担任国际组织代理人的本国国民实行外交保护的问题，国际法院在伤害赔偿案中作了回答：

在这样的情况下，没有任何法律规则赋予一方或另一方以优先地位，或强迫该国或该组织不得提出国际求偿。法院看不出为何有关方面不得出于善意和常理来寻求解决办法。²⁹

第一部分

一般规定

第1条 定义和范围

外交保护系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。

评注

(1) 第1条为外交保护下定义，描述了外交保护的主要内容，同时说明了这项机制可用于保护在国外受损害的国民的范围。

(2) 国际法认定一国对其不法行为或不行为对一外侨造成的损害负有责任。外交保护是受害人的国籍国为保护受害人，并使该受害人针对对其造成损害的国际不法行为得到赔偿所使用的程序。本条款草案只涉及与可实行外交保护的情况和在实行外交保护以前必须符合的条件有关的规则。本条款草案不拟界定或描述使外侨受到损害的国家应为之承担责任的国际不法行为。本条款草案与国家对国际不法行为的责任条款草案一样，坚持对主要规则与次要规则的区分，而且只处理次要规则。³⁰

(3) 第1条明确规定，外交保护的权力属于国家。在实行外交保护的过程中，一国以国家的名义

²⁷ 第28、第30、第31和第34-37条。关于补偿（第36条）的评注用大部分篇幅讨论了适用于外交保护相关求偿的原则。

²⁸ 《2001年……年鉴》，第二卷（第二部分）和更正，第30页，第76段。

²⁹ 对执行联合国职务时所受伤害的赔偿案，咨询意见，《1949年国际法院汇编》，第174页，详见第185-186页。

³⁰ 《2001年……年鉴》，第二卷（第二部分）和更正，第35页（总评注，第(1)至第(3)段）。

采纳了其国民因另一国国际不法行为而提出的诉因。这一措辞方式沿用了国际法院在国际工商业投资公司案中的措辞，法院在该案中指出：起诉国“采纳”了其权利受到侵害的“国民的诉因”。³¹ 国家实行外交保护的合法权益来源于一国民因另一国的不法行为而受到的损害。

(4) 在大多数情况下，外交保护的行使是基于国家与受害人之间的国籍联系，第4和第9条述及这一事项。在这一条内，“国民”一词涵盖了自然人和法人。本条款草案后面的部分对限定自然人和法人的规则作了区分，并在必要情况下，分别处理这两项概念。

(5) 外交保护必须以合法且和平的手段行使。若干司法裁决在描述国家为实行外交保护可以采取的行动时，对“外交行动”与“司法程序”作了区分。³² 第1条保留了这一区分，但是更进一步，把司法程序列入了“其他和平解决手段”的范围。“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。《联合国宪章》第二条第四项所禁止的使用武力也是实行外交保护权时不许使用的方法。

(6) 第1条明确了在总评注³³里已经提及的一点，即本条款只处理一国实行外交保护的问题，而不涉及国际组织给予其代理人的保护，这一点国际法院在损害赔偿案的咨询意见中已经确认。³⁴

(7) 外交保护主要涵盖对不是以国家名义参加官方国际事务的国民的保护。参加官方国际事务的官员受到诸如《维也纳外交关系公约》和《维也纳领事关系公约》等其他国际法规则和文书的保护。

第2条 实行外交保护的权力

一国享有按照本条款草案实行外交保护的权力。

评注

(1) 第2条强调外交保护的权力属于或授予国家。该条承认了瓦泰勒提出的观点，即对一国民的损害便是对一国的间接损害。³⁵ 常设国际法院在马夫罗马蒂斯在巴勒斯坦的特许权案中比较审慎地提出了这一看法，它指出：

事实上，一国为其某一国民出面，代表他诉诸外交行动或国际司法诉讼，就是在维护其本身的权利，即通过其国民本身确保国际法规则得到尊重的权利。³⁶

这项看法常常遭到批评，被认为是一种虚拟情况，很难符合外交保护的现实：现实要求主张外交求偿时必须具有持续的国籍、³⁷ 受损害的国民必须用尽当地补救办法、损害的评估务必与个人受到的损失一致。但是，“马夫罗马蒂斯原则”或“瓦泰勒拟制”就像对一国民的损害即对该国的损害这一概念一样，仍然是外交保护的奠基石。³⁸

(2) 一国有权对一国民实行外交保护。国家没有任何责任或义务这样做。一国国内法可能会责成国家对一国民实行外交保护，³⁹ 但国际法并没有规

³¹ 国际工商业投资公司案，初步反对意见，判决，《1959年国际法院汇编》，第6页，详见第27页。另见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。

³² 马夫罗马蒂斯在巴勒斯坦的特许权案（见上文脚注31）；帕涅韦兹斯-萨尔杜提斯基铁路案，1939年的判决，《常设国际法院汇编》，A/B辑，第76号，第4页，详见第16页；以及诺特博姆案，第二阶段，判决，《1955年国际法院汇编》，第4页，详见第24页。

³³ 见上文总评注第(3)段。

³⁴ 见上文脚注29。

³⁵ “无论谁虐待一名公民，均间接损害须保护该公民的国家”，E. de Vattel，《国家法律或自然法则》（1758年），哥伦比亚特区华盛顿，卡内基研究所，1916年，第一卷，系列二，第六章，第136页。

³⁶ 马夫罗马蒂斯在巴勒斯坦的特许权案（见上文脚注31），第12页。

³⁷ 见上文第5和第10条的案文。

³⁸ 对这一概念的讨论和对它的批评，见特别报告员关于外交保护的第一次报告（上文脚注16），第61-74段。

³⁹ 对有关这项主题的国内法的研讨，见同上，第80-87段。

定这种义务。国际法院在巴塞罗那电车公司案中明确了它的立场：

……在国际法规定的范围内，一国可采用其认为妥当的手段、在其认为妥当的程度上实行外交保护，因为国家维护的是本身的权利。如果它所代表的自然人或法人认为其权利没有得到充分保护，他们在国际法下是无法得到救济的。如有方法，他们也只能诉诸国内法，以期继续争取其利益或得到补救。[……]必须认识到，只有国家可以决定是否提供保护，在何种程度上提供保护，以及何时停止提供保护。在这方面，国家保留裁量权，这种权力的行使可取决于与特定案件无关的政治考虑或其他考虑。⁴⁰

委员会否决了规定国籍国应负有限保护责任的提议，认为它超越了法律的逐渐发展所能容许的范围。⁴¹

(3) 一国实行外交保护的权利只能够根据本条款的规定行使。

第二部分

国籍

第一章 一般原则

第 3 条 国籍国的保护

1. 有权实行外交保护的国家的国籍国。

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。

评 注

(1) 第 2 条确认国家有实行外交保护的裁量权利，第 3 条则表明受害人的国籍国有权、而不是有义务为该人实行外交保护的原则。这一条把重点放在国家与个人之间的国籍联系上，正是它使得国家

⁴⁰ 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，详见第 44 页。

⁴¹ 见特别报告员关于外交保护的第一次报告（上文脚注 16）中的第 4 条。委员会的辩论情况，见《2002 年……年鉴》，第二卷（第二部分），第 90-91 页，第 447-456 段。

有权实行外交保护。相对于自然人和法人而言，这种联系是不同的。因此，自然人和法人的情况都单辟一章专门作出规定。

(2) 第 2 款承认，在某些情况下可为非本国国民实行外交保护。第 8 条规定了为无国籍人和难民提供这种保护的情形。

第二章 自然人

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自然人因出生、血缘、国家继承、归化或以不违反国际法的任何其他方式获得了其国籍的国家。

评 注

(1) 第 4 条为了对自然人进行外交保护的目，规定了国籍国的定义。这项定义的前提是以下两项原则：第一，应由国籍国根据本国法律决定谁有资格取得其国籍；第二，国际法对国籍的授予规定了限制。第 4 条也列举了一些并非详尽无遗、通常构成授予国籍之正当理由的关连因素。

(2) 由各国决定谁是其国民的原则得到司法裁决和条约的支持。1923 年，常设国际法院在突尼斯和摩洛哥的国籍法令案中指出：“按照目前的国际法，国籍问题[……]原则上属保留范畴之内”。⁴² 这项原则得到《关于国籍法冲突的若干问题公约》第 1 条的证实：“每一国家依照其法律决定何人为其国民。”最近，1997 年《欧洲国籍公约》（第 3 条）也认可了这项原则。

(3) 第 4 条中所列给予国籍的关连因素是说明性的，并非详尽无遗。但是，它们包括了各国在给予国籍时最常用的关连因素：出生（出生地法）、血缘（血统制）和归化。与国民结婚没有列入，因为在大多数情况下，不能仅凭婚姻本身给予国籍：它规定需要居住一段时间之后才能按照归化方式取得国籍。在与一国民结婚以后，配偶一方自动取得

⁴² 突尼斯和摩洛哥的国籍法令案，1923 年的咨询意见，《常设国际法院汇编》，B 辑，第 4 号，第 6 页，详见第 24 页。

另一方的国籍，在这种取得国籍的方式是否符合国际法方面可能会出现问题。⁴³ 国籍也可因国家继承而获得。⁴⁴

(4) 第4条中所列关连因素是一些国家为确定国籍而最常使用的因素。在一些没有明确出生记录的国家，国籍很可能难以证实。在这种情况下，住所可为国籍提供证明，尽管住所本身并不构成国籍的基础。不过，一国可通过归化方式给予这种人国籍。

(5) 第4条不要求一国按照诺特博姆案⁴⁵中所认定的方式，证明该国与某一国民之间的有效联系或真正联系，作为实行外交保护的一项附加因素，即使该国民只持有一个国籍。尽管对该案的解释存在意见分歧，委员会认为，有若干因素促使诺特博姆案限定在案情范围内，尤其是：诺特博姆先生与列支敦士登（起诉国）之间的联结“极为薄弱”，⁴⁶ 诺特博姆先生与危地马拉（被告国）之间超过34年的联结则极为密切，因此，国际法院屡次申明列支敦士登“无权针对危地马拉对诺特博姆实行保护”。⁴⁷ 这意味着法院不拟阐明一项适用于所有国家的一般性规则，⁴⁸ 而只拟阐明一项有关规则，根据该项规则，凡是处于列支敦士登所在立场的国家都必须表明该国与诺特博姆先生之间的真正联系，以便容许该国针对与诺特博姆先生有极密切联系的危地马拉

⁴³ 例如见《消除对妇女一切形式歧视公约》第9条第1款，该款禁止在这种情况下取得国籍。另见下文该条款草案评注第(6)段。

⁴⁴ 见国家继承涉及的自然人国籍问题条款草案，《1999年……年鉴》，第二卷（第二部分），第22页，第47段。

⁴⁵ 在诺特博姆案中，国际法院指出：“根据各国实践、仲裁裁决和司法裁决以及各位作者的意见，国籍是一种法律上的联结，其依据是一种社会属性，一种存在、权益和情感的真正联系，再加上对等权利和义务的存在。可以说它构成司法上对以下事实的表达：直接通过法律或由于当局行为而获得国籍的个人，事实上与给予国籍国人口的联系远远超过与任何其他国家人口的联系。一国给予的国籍，只有在构成个人与给予其国民身份的国家间联系的法律表述时，才授权该国针对另一国实行保护”（见上文脚注32），第23页。

⁴⁶ 同上，第25页。

⁴⁷ 同上，第26页。

⁴⁸ 意大利-美国调解委员会在弗莱根海默案中对诺特博姆案作了这样的解释，1958年9月20日第182号裁决，《国际仲裁裁决汇编》，第十四卷（出售品编号：65.V.4），第327页，详见第376页；或《国际法报告》（1958-I），第25卷（1963年），第91页，详见第148页。

为他提出权利主张。此外，委员会考虑到这样的事实：如果严格适用诺特博姆案中提议的真正联系规定，将有成百上千万人因之而无法得益于外交保护，因为在经济全球化和移民的今日世界中，有成百上千万人离开其国籍国，而到另一个国家生活，有的从来不曾取得其国籍，有的则通过出生或血缘从与他们联结最薄弱的国家取得国籍。⁴⁹

(6) 第4条最后一个短语强调：必须以不违反国际法的方式获得国籍。虽然一国有权决定谁是其国民，但这项权利并不是绝对的。1930年《关于国籍法冲突的若干问题公约》第1条证实了这一点，该条在表示“每一国家依照其法律决定何人为其国民”的同时，还载列了一项但书：“此项法律如与国际公约、国际习惯及已被普遍承认的关于国籍的法律原则不相冲突，其他国家应予承认。”⁵⁰ 目前，公约，尤其是各项人权领域的公约，规定各国在给予国籍时应遵守国际标准。⁵¹ 例如，《消除对妇女一切形式歧视公约》第9条第1款规定：

缔约各国应给予妇女与男子有取得、改变或保留国籍的同等权利。它们应特别保证，与外国人结婚或于婚姻存续期间丈夫改变国籍均不当然改变妻子的国籍，使她成为无国籍人，或把丈夫的国籍强加于她。⁵²

(7) 因此，第4条确认，一国作为以受害外侨名义求偿的对象，可由于该人以违反国际法的方式取得国籍而提出质疑。第2款规定，国籍应以“不违反国际法”的方式取得。双重否定的措辞方式强调了这样的事实：关于国籍是以违反国际法的方式获得的举证责任，应由对受害人国籍提出质疑的国家承担。举证责任应由对受害人国籍提出质疑的国家承担来源于这样的认识：国籍给予国在决定是否

⁴⁹ 主张限制诺特博姆案范围的更为详尽的论点，见特别报告员关于外交保护的第一次报告（上文脚注16），第106-120段。

⁵⁰ 另见《欧洲国籍公约》第3条第2款。

⁵¹ 美洲人权法院在其对哥斯达黎加政治宪法归化规定拟议修正案的咨询意见中强调了这一点，认为必须兼顾两项原则，一是国籍的给予属于一国的国内管辖范围，另一项是“国际法对一国的权力施加了某些限制，这些限制与国际制度为保护人权而规定的各项要求有关”（《国际法报告》，第79卷（1989年），第283页，详见第296页）。

⁵² 另见《美洲人权公约》（《哥斯达黎加圣何塞公约》）第20条和《消除一切形式种族歧视国际公约》第5条(d)款(三)项。

给予国籍时必须要有“判断余地”，⁵³ 并且预先认可一国给予国籍的效力。⁵⁴

第5条 持续的国籍

1. 一国有权对在受到损害之时为其国民并在正式提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，但条件是該人已丧失原国籍，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該人所受到的损害实行外交保护。

评注

(1) 虽然持续国籍规则已经确立，⁵⁵ 但历来受到相当多的批评，⁵⁶ 因为如果个人由于与要求外交保护无关的原因而改变其国籍，这项规则便会窒碍难行。认为应该放弃这项规则的意见受到反对，反对者担心有人钻空子，为了获得外交保护而“购买国籍”。⁵⁷ 委员会认为，持续国籍规则应该保留，但也应该规定例外情况，以便考虑到如若不这样就会引起不公平结果的情况。

⁵³ 见美洲人权法院在哥斯达黎加政治宪法归化规定拟议修正案中的咨询意见（上文脚注51），第62段。

⁵⁴ 见 R.Y.Jennings 和 A.D.Watts（编辑），《奥本海国际法》，第9版，郎曼出版社，1922年，第一卷，《和平》，第856页。

⁵⁵ 见美国国际索赔委员会对克伦索赔案所作的裁决（1951-1954年），《国际法报告》（1953年），第20卷（1957年），第233页，详见第234页。

⁵⁶ 见法官杰拉尔德·菲茨莫里斯爵士在巴塞罗那电车公司案中的个别意见，第二阶段，判决（上文脚注40），第101-102页；另见 E. Wyler, *La règle dite de la continuité de la nationalité dans le contentieux international*, 巴黎，法国大学出版社，1990年。

⁵⁷ 见首席仲裁员帕克在第五号行政裁决案中所作的说明：“任何其他规则都会敞开滥用之门，也可能使一个强大的国家成为一个求偿代理，受到损害的原告人将其权利主张转让给该国国民，或利用归化法，使其权利主张获得支持。”1924年10月31日的裁决，美国-德国混合索赔委员会，《国际仲裁裁决汇编》，第七卷（出售品编号：1956.V.5），第119页，详见第141页。

(2) 第1款明确陈述一项传统原则：一国有权对在受到损害之时和正式提交求偿之日均为其国民的人实行外交保护。关于该国民在这两个日期之间是否必须保持求偿国国籍，国家实践和学说并不明确，主要是因为实际上很少出现这个问题。⁵⁸ 在这种情况下，委员会决定暂不处理在受害日与求偿日之间是否必须持续保有国籍的问题。⁵⁹

(3) 第一项要求是受害国民在受到损害时必须是在求偿国的国民。使一国为其国际不法行为承担责任的损害的日期与发生损害行为的日期通常是同一天。

(4) 第1款中所载的第二项时间要求是正式提交求偿的日期。对原告人持续国籍终止日期的规定有不同的司法意见。这种不确定性基本上来源于这样的事实：据以设立混合索赔委员会的公约使用了不同措辞来界定求偿日期。⁶⁰ “提出求偿”一语是条约、司法裁决和学说中最常使用的术语，用以表示实行外交保护所要求的截止日期。委员会在这一措辞中增添了“正式”一词，以表明提出求偿的日期是实行外交保护的國家第一次提出正式要求的日期，而不是就这项议题进行非正式外交接洽和查询的日期。

(5) 国家实行外交保护的權利始于正式提交求偿之日。然而，也有人认为，如果有关个人在这一日期至作出裁决或判决期间改变了国籍，他就不再是可享受外交保护的国民了。按照这种意见，持续国籍规则要求国籍联系“从发生损害之时至作出裁决为止”一直存在。⁶¹ 实际上，这种情况发生的可能性很小，委员会倾向于保留条款草案第5条所反映的立场。

(6) 第1款中“求偿”一语既包括通过外交渠道提出的要求，也包括向一司法机构提出的要求。这

⁵⁸ 见 H. W. Briggs, “La protection diplomatique des individus en droit international: la nationalité des réclamations”, 《国际法学会年鉴》，第51卷（1965年），第一部分，第5页，详见第72-73页。

⁵⁹ 国际法学会在1965年9月于华沙举行的届会上采取了同样的处理方式（同上，第二部分，第260-262页）。

⁶⁰ 见首席仲裁员帕克在第五号行政裁决案中发表的意见（上文脚注57），第143页。

⁶¹ 《奥本海国际法》（见上文脚注54），第512页。

项要求可具体说明责任国应该为停止不法行为（如果不法行为仍在继续）而采取的行动，以及应该采取的赔偿形式。2001年委员会在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草案第43条及其评注比较详尽地处理了这一事项。⁶²

(7) 委员会决定必须保留持续国籍规则的同时，也议定必须规定这项规则的例外事项。因此，第2款规定：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，但必须符合三项条件：第一，寻求外交保护的人已丧失原国籍；第二，该人已基于与提出求偿无关的原因获得另一国的国籍；第三，新国籍是以不违反国际法的方式取得的。

(8) 国籍的丧失可能是自愿的，也有可能是非自愿的。在国家继承的情况下，也有可能是在收养以及因结婚而必须改变国籍的情况下，非自愿地丧失国籍。在国籍发生其他类型变化的情况下，意愿的成分就不那样明确了。基于这种理由，第2款并未规定国籍的丧失必须是非自愿的。

(9) 如上所述，⁶³ 有人可能故意改变其国籍，以便获得一个比较愿意而且能够为其提出外交求偿的国籍国，持续国籍规则便是为了防止这种情况。第2款所载第二项条件处理了这种唯恐出现的情况，规定作为实行外交保护的對象，该人取得新国籍的原因必须与提出求偿无关。这项条件是为了将持续国籍规则的例外情况限定于强制性给予国籍的情况，例如该人取得新国籍属于婚姻、收养或国家继承等因素引起的必然结果。

(10) 为了不适用持续国籍规则而必须符合的第三项条件是：新国籍是以不违反国际法的方式取得的。这项条件的含义必须结合第4条加以理解。

(11) 第3款还为防止随意不适用持续国籍规则而附加了一项保障措施。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。在损害发生时，受害人不能是外国人。

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。

评注

(1) 双重或多重国籍确实存在于国际生活当中。一个人可以获得一个以上的国籍，这是出生地法和血统制原则平行运作或通过归化取得国籍而没有放弃先前国籍的结果。国际法不禁止双重或多重国籍：事实上，这种国籍已由《关于国籍法冲突的若干问题公约》第3条予以认可，该条规定：“……具有双重或多重国籍的人可被其每一国籍国视为国民。”因此，必须处理一国籍国为其有双重或多重国籍的国民实行外交保护的问题。第6条只适用于受害人国籍国之一针对不是其国籍国的国家实行外交保护的情况。一国籍国对另一国籍国实行外交保护的相关规定见第7条。

(2) 第1款容许一国籍国针对其同时拥有一个或一个以上其他国籍的国民实行外交保护。与同第4条一样，该款不要求该国民与实行外交保护的国家之间有真正或有效的联系。

(3) 虽然有些仲裁裁决⁶⁴和编纂工作⁶⁵也认为，双重或多重国籍者的任一国籍国与该国民之间需有

⁶⁴ 见南斯拉夫-匈牙利混合仲裁法庭对德博恩案的裁决，1926年7月12日，第205号案件，《1925年和1926年国际公法案例年度文摘》，A.McNair和H.Lauterpacht（编辑），伦敦，郎曼出版社，1929年，第277-278页。

⁶⁵ 见《关于国籍国法冲突的若干问题公约》第5条；国际法学会在1965年举行的华沙届会上通过的关于“一国因个人所受损害所提国际求偿的国家特性”的决议，《通过决议一览表（1957-1991年）》，巴黎，贝多内出版社，1992年，第57页，详见第59页（转载于《1969年……年鉴》[英]，第二卷，第142页）；1960年《关于国家对外侨所受损害所负国际责任的哈佛公约草案》第23条第（3）款（载于L.B.Sohn和R.R.Baxter，“对外国人经济利益损害的国家责任”，《美国国际法学报》（哥伦比亚特区华盛顿），第55卷，第3期（1961

⁶² 《2001年……年鉴》，第二卷（第二部分）和更正，第136-138页。

⁶³ 见本条款草案评注第（1）段。

真正或有效的联系，才能够针对受害人非其国民的国家实行外交保护，但有权威的根据却反对这样的规定。在萨利姆案中，仲裁法庭裁定，埃及不能援引受损害的个人持有有效的波斯国籍这一事实，作为反对另一国籍国美国求偿的理由。法庭裁定：

国际法的规则 [是]：双重国籍者的国籍国之一如因案件涉及该双重国籍者的利益而提出赔偿要求，第三国无权援引该人的另一国籍作为提出异议的理由。⁶⁶

这项规则历来在其他案件⁶⁷中得到遵守，最近也得到伊朗-美国索赔法庭的支持。⁶⁸委员会关于在这种情况下不要求真正或有效联系的裁决是合理的。与双重国籍者的一国籍国对另一国籍国求偿的情况不同，当双重国籍者的一国籍国寻求针对第三国实行保护时，在国籍方面并没有任何冲突。

(4)原则上，没有任何理由阻止两个国籍国共同行使一项从属于每一国籍国的权利。因此，第2款承认两个或多个国籍国可为了双重或多重国籍国民而针对非国籍国共同实行外交保护。虽然责任国不能反对两个或多个国家同时或一致提出的这种求偿，但若两个求偿国分别向同一法庭或不同法庭提出索赔，或一国籍国在另一国籍国已就该项索赔获得抵偿后求偿，责任国可予以反对。若一国籍国已放弃行使外交保护权而另一国籍国仍要求赔偿，也会引起困难。针对诸如此类的不同情况编纂若干规

年7月)，第548页。)；以及关于国家对在其领土内对外国人人身或财产造成的损害所负国际责任的条款草案第21条第(4)款，载于特别报告员加西亚·阿马多尔关于国家责任的第三次报告，《1958年……年鉴》[英]，第二卷，A/CN.4/111号文件，第47页。

⁶⁶ 萨利姆案(埃及/美国)，1932年6月8日的裁决(《国际仲裁裁决汇编》，第二卷(出售品编号：1949.V.1)，第1161页，详见第1188页。

⁶⁷ 见意大利-美国调解委员会对梅尔杰索赔案的裁决，1955年6月10日，《国际法报告》(1955年)，第22卷(1958年)，第443页，详见第456页，或《国际仲裁裁决汇编》，第十四卷，第236页；韦雷亚诺案，1957年5月17日，《国际仲裁裁决汇编》，第十四卷，第321页，或《国际法报告》，第24卷，第464-465页；以及斯坦科维奇索赔案，1963年7月26日，《国际法报告》，第40卷(1970年)，第153页，详见第155页。

⁶⁸ 见达拉勒诉伊朗案(1983年)，《伊朗-美国索赔法庭汇编》，第3卷，剑桥，格劳秀斯，1984年，第23页。

则是很困难的。应该按照共同索赔抵偿法的一般原则予以处理。

第7条 多重国籍和针对国籍国的求偿

一国籍国不得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，该国的国籍均为该人的主要国籍。

评注

(1)第7条处理一国籍国针对另一国籍国实行外交保护的情况。第6条处理为有双重或多重国籍的国民针对非国籍国求偿的情况，并不要求求偿国与国民之间有真正联系，第7条则要求求偿国证明：其国籍在该人受到损害时和正式求偿之日都是主要国籍。

(2)在过去，有人强烈支持无责任规则，根据该项规则，一国籍国不得为有双重国籍的国民针对另一国籍国提出求偿。1930年《关于国籍法冲突的若干问题公约》第4条规定：“一国不得针对其国民的另一国籍国为该国民实行外交保护。”⁶⁹后来的编纂提案采取了同样的着手方式，⁷⁰有些仲裁裁决也支持这项立场。⁷¹国际法院在1949年对伤害赔

⁶⁹ 另见1929年《关于国家对其领土内对外侨人身或财产造成的损害所负责任的哈佛公约草案》第16条(a)款，《美国国际法学报》(哥伦比亚特区华盛顿)，第23卷，特别补编(第2卷)(1929年4月)，第133页，详见第200页(转载于《1956年……年鉴》[英]，第二卷，A/CN.4/96号文件，附件9，第229页，详见第230页)。

⁷⁰ 见1960年《关于国家对外侨所受损害所负国际责任的哈佛公约草案》(上文脚注65)第23条第(5)款；国际法学会在1965年的华沙届会上通过的关于“一国因个人所受损害所提国际求偿的国家特性”的决议(同上)第4条(a)款。

⁷¹ 见亚历山大遗嘱执行人诉美国案(1898年)(美国-英国索赔委员会)，J.B. Moore,《美国作为当事方的国际仲裁的历史与文摘》，第三卷，哥伦比亚特区华盛顿，美国政府出版局，1898年，第2529页；奥尔登堡案，1929年12月19日第11号裁决，《国际仲裁裁决汇编》，第五卷(出售品编号：1952.V.3)，第74页，或委员们的决定和意见，1929年10月5日至1930年2月15日，伦敦，皇家印务局，1931年，第97页；霍尼案(英国-墨西哥索赔委员会)，1931年3月26日第23号裁决，《国际仲裁裁决汇编》，第五卷，第133页，或委员们1930年2月15日以后的进一步决定和意见，伦敦，皇家印务局，1933年，第13页；以及亚当斯和布莱克莫尔案(英国-墨西哥索赔委员会)，1931年7月3日第69号裁决，《国际仲裁裁决汇编》，第五卷，第216-217页。

偿案的咨询意见中把国家不针对其国民另一国籍国为该国民提供保护的国家实践称为“通常做法”。⁷²

(3) 但是, 即使在1930年以前, 有些仲裁裁决也支持另一种立场, 即主要国籍国或有效国籍国可以为其国民针对另一国籍国提起诉讼。⁷³ 国际法院在另一情况即诺特博姆案⁷⁴中借鉴了这个判例, 意大利-美国调解委员会在1955年的梅尔杰索赔案中明示同意这个立场。对此, 该调解委员会指出:

这项原则以国家主权平等为基础, 它排除了双重国籍情况下的外交保护, 但如果求偿国国籍是有效国籍, 该原则就必须让位于有效国籍原则。不过, 在未能证明该国籍为主要国籍的情况下, 就必须坚持这项原则, 因为这两项原则中的第一项是普遍公认的原则, 可以作为实际事务中用于消除任何可能的不确定情况的标准。⁷⁵

⁷² 对执行联合国职务时所受伤害的赔偿案(见上文脚注29), 第186页。

⁷³ 德拉蒙德案, 2 Knapp. Privy Council I, 第295页, 《英国判例集》, 第12卷, 爱丁堡/伦敦, 威廉·格林父子/史蒂文斯父子出版公司, 1901年, 第492页; 马蒂森案、史蒂文森案(英国-委内瑞拉混合索赔委员会)、布里尼奥内案和米利亚尼案(意大利-委内瑞拉混合索赔委员会), 分别载于《国际仲裁裁决汇编》, 第九卷(出售品编号: 59.V.5), 第485和第494页, 以及第十卷(出售品编号: 60.V.4), 第542和第584页, 或分别见 J.H.Ralston (编辑), 《1903年委内瑞拉仲裁汇编》, 哥伦比亚特区华盛顿, 美国政府出版局, 1904年, 分别见第429-438、第710、第754-761、第438-455、第710-720和第754-762页; 卡内瓦罗案(意大利诉秘鲁)(常设仲裁法庭), 1912年5月3日的裁决, 《国际仲裁裁决汇编》, 第十一卷(出售品编号: 61.V.4), 第397页, 或见 J.B.Scott (编辑), 《海牙法院报告》, 纽约, 牛津大学出版社, 1916年, 第284页; 海因案, 第148号案件(1922年)(英国-德国混合仲裁法庭), J.F.Williams 和 H. Lauterpacht (编辑), 《1919-1922年国际公法案例年度文摘》, 伦敦, 郎曼出版社, 1932年, 第216页; 布卢门塔尔案(1923年)(法国-德国混合仲裁法庭), 《由和平条约建立的混合仲裁法庭的裁决汇编》, 第3卷, 巴黎, 西雷出版社, 1924年, 第616页; 德蒙特福特案, 第206号案件(1926年)(法国-德国混合仲裁法庭), 《1925-1926年国际公法案例年度文摘》(上文脚注64), 第279页; 潘松案, 第194和第195号案件(1928年)(法国-墨西哥混合索赔委员会), 同上, 第297-301页或《国际仲裁裁决汇编》, 第五卷(出售品编号: 1952.V.3), 第327页; 以及特雷西案(1928年)(美国-奥地利和匈牙利三方索赔委员会), 《国际仲裁裁决汇编》, 第六卷(出售品编号: 1955.V.3), 第248-249页。

⁷⁴ 见上文脚注32, 第22和第23页。诺特博姆其人没有涉及双重国籍问题, 但是, 法院找到了对其下述观点的支持, 即诺特博姆与列支敦士登并无有效的联系。另见上文脚注73中提到的一些司法裁决。

⁷⁵ 梅尔杰案(见上文脚注67), 第247页。另见德莱昂案, 1962年5月15日第218号和1963年4月8日第227号裁决, 《国际仲裁裁决汇编》, 第十六卷(出售品编号: E/F.69.V.1), 第239页, 详见第247页。

调解委员会的意见明确认为: 有效国籍原则与主要国籍概念只是一个硬币的两面。调解委员会在随后审理的50多起涉及双重国籍者的案件中适用了根据这一概念制定的规则。⁷⁶ 伊朗-美国索赔法庭借鉴了上述情况, 在若干案件中适用了主要和有效国籍原则。⁷⁷ 安全理事会为使伊拉克赔偿它在占领科威特时造成的损害而设立的联合国赔偿委员会⁷⁸是另一个支持主要国籍原则的机构。赔偿委员会审理有伊拉克国籍的双重国籍者的索赔时所适用的条件是: 他们必须有另一国的善意国籍。⁷⁹ 最近的编纂提案认可了这种着手方式。特别报告员加西亚·阿马多尔在提交委员会的关于国际责任的第三次报告中提议:

若外侨有双重或多重国籍, 只有具有比较坚强和比较真实的法律或其他联系的国家才可行使求偿权。⁸⁰

奥雷戈·比库尼亚在提交国际法协会第六十九届会议的报告中提出同样看法。⁸¹

⁷⁶ 例如见斯波尔丁案(1956年), 《国际仲裁裁决汇编》, 第十四卷(出售品编号: 65.V.4), 第292页, 或《国际法报告》(1957年), 第24卷(1961年), 第452页; 赞格里利案(1956年), 《国际仲裁裁决汇编》, 第十四卷, 第294页, 或《国际法报告》, 第24卷, 第454页; 切斯特拉案(1957年), 《国际仲裁裁决汇编》, 第十四卷, 第307页, 或《国际法报告》, 第24卷, 第454页; 萨尔沃尼案(1957年), 《国际仲裁裁决汇编》, 第十四卷, 第311页, 或《国际法报告》, 第24卷, 第455页; 鲁斯波利-德鲁特柯伊案(1957年), 《国际仲裁裁决汇编》, 第十四卷, 第314页, 或《国际法报告》, 第24卷, 第457页; 普奇尼案(1957年), 《国际仲裁裁决汇编》, 第十四卷, 第323页, 或《国际法报告》, 第24卷, 第454页; 图里案(1960年), 《国际法报告》, 第30卷(1966年), 第371页; 格拉涅罗案(1959年), 《国际仲裁裁决汇编》, 第十四卷, 第393页, 或《国际法报告》, 第30卷, 第351页; 加纳皮尼案(1959年), 《国际仲裁裁决汇编》, 第十四卷, 第400页, 或《国际法报告》, 第30卷, 第366页; 以及迪奇乔案(1962年), 《国际法报告》, 第40卷(1970年), 第148页。

⁷⁷ 特别见埃斯帕哈尼安诉商业银行案(1983年), 《伊朗-美国索赔法庭汇编》, 剑桥, 格劳秀斯, 1984年, 第157页, 详见第166页; 以及第A/18号案件(1984年), 同上, 第5卷, 第251页。

⁷⁸ 安全理事会1991年5月20日第692(1991)号决议。

⁷⁹ 联合国赔偿委员会理事会1992年3月16日第7号决定, “其他类别索赔的标准”(S/AC.26/1991/7/Rev.1), 第11段。

⁸⁰ 《关于国家对在其领土内对外国人人身或财产造成的损害所负国际责任的草案》(见上文脚注65), 第21条第(4)款。

⁸¹ “不断变化的求偿国籍法”, 临时报告, 《国际法协会第六十九届会议报告》, 伦敦, 2000年, 第646页, 第11段。

(4) 委员会认为，容许主要国籍国或有效国籍国针对另一国籍国提出求偿的原则体现了习惯国际法当前的立场。这一结论体现在第7条。

(5) 对于一国籍国针对另一国籍国提出求偿的情况，一些权威使用了“有效”或“起支配作用”这些措辞来描述求偿国与其国民之间必须具有的联系。委员会决定不采用两词中的任何一个来描述必要的联系，而是采用“主要”这个词，因为它表述了相对性这一要素，并且表明，与另一国相比，该个人与该国有着更坚强的联系。法庭在审理这个问题时必须均衡评量国籍的竞争力度，适用于国籍问题时，以“主要”一语来表述这项工作的精华要比“有效”或“起支配作用”等词更为贴切。意大利-美国调解委员会在梅尔杰索赔案中也使用了“主要”这个词，可以把它视为目前习惯规则之发展的出发点。⁸²

(6) 委员会并不打算说明在确定哪个国籍是主要国籍时必须考虑到的因素。权威意见显示：这些因素包括惯常居所、在每一国籍国居住的期间、归化日期（即在提出求偿之前成为保护国国民的期间有多长）；受教育的地点、修习的课程和教学的语言；就业和财政利益；家庭生活的地点；在每一国籍国的家庭联系；对社会和公共生活的参与；语言的掌握；纳税、银行账户、社会保险；对其他国籍国的访问；持有和使用其他国家护照的情况以及服役的情况。没有哪项因素是起决定作用的，每项因素所占比重因案情而异。

(7) 第7条采用了否定性的表述方式：“一国籍国不得[……]实行外交保护，除非”其国籍为主要国籍。这是为了表明第7条所设想的情况应被视为特殊情况。这一表述也明确了求偿国应负举证责任，证明其国籍为主要国籍。

(8) 反对一国籍国针对另一国籍国提出求偿的主要原因是：这可能容许出现如下情况，即个人在一国籍国受到损害以后，将另一国作为其主要国籍，而后来的主要国籍国可针对前一造成损害的国籍国提出求偿。求偿国的国籍在该人受到损害之时和正式提交求偿之日都必须为主要国籍这项规定化

解了这一反对意见。这项规定呼应了关于持续国籍问题的第5条第1款申明的原则。本条的评注解释了“受到损害之时”和“正式提交求偿之日”两个用语。持续国籍规则的例外情况载于第5条第2款，但在这里并不适用，因为第7条所设想的受害人届时并未丧失其其他国籍。

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。

评注

(1) 一般规则是，一国仅可为其国民实行外交保护。1931年，美国-墨西哥索赔委员会在迪克森车轮公司诉墨西哥合众国案中认为，无国籍人不能享受外交保护。该委员会表示：

一国[……]在对无国籍的个人造成损害时，并没有犯下国际不法行为，因此任何国家均无权在损害发生之前或之后以该个人的名义进行干预或投诉。⁸³

这项意见已不再反映国际法对无国籍人和难民的准确立场。当代国际法反映出对这两类人地位的关注。这一点体现在1961年《减少无国籍状态公约》和1951年《关于难民地位的公约》等公约当中。

(2) 第8条体现了法律的逐渐发展，它脱离了只有国民才可享受外交保护的规则，而容许一国为属于无国籍人或难民的非本国国民实行外交保

⁸² 见上文脚注67。

⁸³ 迪克森车轮公司(美国)诉墨西哥合众国案，1931年7月的判决，《国际仲裁裁决汇编》，第四卷（出售品编号：1951.V.1），第669页，详见第678页。

护。虽然委员会在关于无国籍状态和难民的规则框架内行事，但它未曾试图就这些人的地位发表意见。委员会仅关心对这些人实行外交保护的问题。

(3) 第1款涉及对无国籍人的外交保护。它没有给无国籍人下定义。但这样的定义见于《关于无国籍人地位的公约》。该《公约》规定，无国籍人是指“任何国家根据它的法律不认为是其国民的人。”这项定义无疑可被视为已具有了习惯法的性质。一国可为下面这种人实行外交保护：不论他或她是怎样成为无国籍人的，只要他或她在受到损害之时和正式提交求偿之日合法、惯常居住在该国。

(4) 合法、惯常居住这两点要求确立了很高的门槛。⁸⁴ 委员会一些委员认为这一门槛太高了，可能会导致有关个人无法获得有效保护的情况，但多数委员认为，合法和惯常居住相结合这一点在据拟议法采取例外措施时是合理的。

(5) 第1款重复了第5条所载对求偿的时间要求。无国籍人在受到损害之时和正式提交求偿之日必须是求偿国的合法和惯常居民。这保证了在提出求偿的时间要求上，非本国国民与国民受制于相同的规则。

(6) 第2款涉及居住地国对难民的外交保护。居住地国的外交保护对难民尤其重要，因为难民“不能或[……]不愿受[国籍国的]保护”⁸⁵ 或者如果要利用这种保护，则有可能失去在居住地国的难民地位。第2款反映了第1款中的说法。第3款所示无国籍人与难民的重要区别，说明了委员会为何决定对每一类人用单独一款作出规定。

(7) 委员会决定坚持将合法和惯常居住作为对难民实行外交保护的前提条件，正如对待无国籍人一样，尽管《关于难民地位的公约》第28条在述及缔约国为难民发放旅行证件时规定了“合法居留”⁸⁶

⁸⁴ “合法和惯常”居住这一用语的依据是《欧洲国籍公约》第6条第(4)款(g)项，该项在述及国籍的获得时使用了这一用语。另见《关于国家对外侨所受损害所负国际责任的哈佛公约草案》(上文脚注65)，在该公约中，受保护的人包括“在该国具有惯常居所的无国籍人”，第21条第(3)款(c)项。

⁸⁵ 《关于难民地位的公约》第1条(A)款第(2)项。

⁸⁶ 该公约的准备工作材料表明，“居留”是指次于长期居住。

这一较低的门槛。委员会在作出这项决定时，受到两项因素的影响。首先，按照该公约的规定，发放旅行证件并不给予证件持有人以得到外交保护的权利；⁸⁷ 其次，在根据拟议法而引入传统规则的例外情形时，有必要确立较高的门槛。委员会一些委员认为，对于难民来说，以合法和惯常居住作为实行外交保护的前提条件，这一门槛也是太高了。⁸⁸

(8) 第2款中的“难民”一词不限于《关于难民地位的公约》和《关于难民地位的议定书》中所界定的难民，而是也包括不完全符合这项定义的人。委员会考虑使用见于《欧洲国籍公约》第6条第(4)款(g)项的“被承认的难民”这一表述，它会使难民的概念有所扩大，涵盖区域文书所承认的难民，例如《非洲统一组织关于非洲难民问题特定方面的公约》⁸⁹——被普遍视为对难民进行国际保护的典范⁹⁰——以及《卡塔赫纳难民问题宣言》。⁹¹ 然而，委员会倾向于不为此用语规定限制，以便容许一国向它认为是难民并将其作为难民对待的任何人提供外交保护。这对于未加入现有国际或区域文书的国家的难民来说，尤其重要。

(9) 第2款重复了第5条所载对求偿的时间要求。难民在受到损害之时和正式提交求偿之日必须是求偿国的合法和惯常居民。

(10) 第3款规定，收留难民的国家不得针对该难民的国籍国而为难民实行外交保护。如果容许这样做，就会违背本条文的基本精神，即国籍是实行外交保护的主要依据。另外，该款也有政策方面的理由。大多数难民都对在国籍国所遭受的待遇提出了严重指控，他们是为了逃避迫害而离开国籍国

⁸⁷ 见该公约的附则第16段。

⁸⁸ 见上文本条款草案评注第(4)段。

⁸⁹ 该公约将难民的定义扩展为也包括“凡由于外国入侵、占领、外国统治或严重扰乱其原籍国或国籍国部分或全部领土的公共秩序的事件，而被迫离开其惯常居所到其原籍国或国籍国以外的地方避难者”(第1.2条)。

⁹⁰ 联合国难民事务高级专员提交的关于国际保护的说明(A/AC.96/830)，第18页，第35段。

⁹¹ 由1984年11月19日至22日在哥伦比亚卡塔赫纳举行的中美洲、墨西哥和巴拿马地区难民的国际保护问题座谈会通过；《宣言》各项结论的案文转载于OEA/Ser.L/V/II.66 doc.10 rev.1，美洲国家组织大会，第十五届常会(1985年)，1985年12月7日举行的总务委员会第五届会议通过的决议。

的。在这样的情况下，如果容许外交保护，就会打开国际诉讼的闸门。此外，各国也可能会因为担心难民要求采取这样的行动而拒绝接收难民。

(11) 第1和第2款都规定，收留难民的国家“可实行外交保护”。这强调了这项权利的裁量性。按照国际法，对于是否为国民实行外交保护，一国拥有裁量权。⁹² 对于是否向无国籍人或难民提供这种保护，一国更是拥有裁量权。

(12) 委员会强调，第8条仅关注对无国籍人和难民的外交保护。它不关注是否给予这些人国籍的问题。不能也不应该认为无国籍人或难民实行外交保护可引起对给予国籍的正当期待。《关于难民地位的公约》第28条及其附则第15段已经表明，向难民发放旅行证件并不影响证件持有人的国籍。更不应把为难民或无国籍人实行外交保护理解为会影响受保护者的国籍。

第三章

法人

第9条 公司的国籍国

就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。

评注

(1) 条款草案第9条承认外交保护可惠及公司。本条第一部分重复了关于自然人的外交保护的条款草案第4条的措辞。本项规定表明，就公司的外交保护而言，必须满足某些条件才能成为国籍国，这与对自然人的外交保护的规定一样。

(2) 国家实践大多涉及对公司的外交保护，公司指资本呈股份形式、承担有限责任的营利性企业，不涉及其他法人。这说明了为何本条以及以下各条涉及对公司及公司股东的外交保护。对于公司以外的法人的地位问题，条款草案第13条专门作出了规定。

(3) 虽然给予国籍属于一国的“保留领域”，⁹³ 但据国际法院对巴塞罗那电车公司案的判决，国际法将“公司实体的外交保护权授予公司按照其法律成立并在其领土内拥有注册办事处的国家。”⁹⁴ 为了外交保护的目的是，公司获得国籍需满足两项条件：公司在该国组建，以及在该国设有注册办事处。实际上，大多数国家的法律都规定按照其法律成立的公司都须在其境内设有注册的办事处。因此，要求注册办事处这项额外规定似乎多余。尽管如此，国际法院还是表明，两项条件都必须得到满足，它指出：“长期实践和众多国际文书已经确认了这两项标准。”⁹⁵ 国际法院可能是想借关于注册办事处的要求，承认国家与公司之间必须有某种实际可见的联系，无论这种联系多么微弱。法院对以下事实的强调证实了这一点：巴塞罗那电车公司的注册办事处在加拿大，这一点与其他因素一道，形成了加拿大与巴塞罗那电车公司之间的“密切和永久的联系”。⁹⁶

(4) 第9条使用了“成立(formed)”一词，而不是“组建(incorporated)”，因为后者是一个技术性术语，并不为所有的法律系统所熟知。但是“成立”一词除了包含一国创立公司可用的其他手段以外，显然包含了组建和注册两个概念。按照一具体国家的法律成立(或组建)公司，仅仅这一点对于外交保护的目的是而言是不够的。除此之外，必须与成立地国家有某种实际可见的联系——以注册办事处或管理机构(*siège social*)的形式或某种类似的联系。这一措辞力图落实国际法院在巴塞罗那电车公司案上所坚持的意见，即在其境内成立公司的国家与该公司之间应该有某种联系因素。国际法院在描述巴塞罗那电车公司与加拿大间的联系时使用了“密切和永久的联系”一语，这里没有采用这一措辞，因为这为联系因素规定了过高的门槛。案文采用了“注册办事处”作为国际法院除“组建”以外所要求的联系因素。由于一些法律体系并不要求设立注册办事处，而是要求具有某种其他联系，案文里采用了“管理机构或某种类似联系”的说法作为

⁹² 见第2条及其评注。

⁹³ 突尼斯和摩洛哥的国籍法令案(见上文脚注42)，第24页。

⁹⁴ 巴塞罗那电车公司案，第二阶段，裁决(见上文脚注40)，第43页，第70段。

⁹⁵ 同上。

⁹⁶ 同上，第71段。

代替。总的来说，第9条要求公司与国家之间具有一种关系，这种关系不单单是成立或组建，而是应具有某种额外的联系因素。这种关系受试图实行外交保护的国家的国内法制约，不同的法律体系可能会采用不同的术语加以描述。⁹⁷

(5) 审理巴塞罗那电车公司案时，多数股东的国籍国（比利时）称，比利时有权就该公司实行外交保护，因为它拥有的股权使它与公司之间具有了诺特博姆案⁹⁸所承认的那种真正联系。国际法院在驳回这一论点时，并没有放弃对公司采用真正联系的标准，法院在此案中认定巴塞罗那电车公司与加拿大之间存在着“密切和永久”联系，因为该公司在加拿大设有注册办事处，并且多年来均在该国举行董事会会议。⁹⁹第9条并不要求公司与保护国之间存在比利时在巴塞罗那电车公司案上所提倡的那种真正联系。此外，在涉及对公司的外交保护问题时，第9条拒绝把真正联系这一概念作为必要的联系因素，因为这会使在一国组建但多数股份在另一国的公司处于无国籍状态。因此，委员会里的普遍意见是，不应把注册办事处、管理机构或“某些类似联系”视为真正联系的形式，尤其是因为这一术语要求将多数股份作为一项联系因素。

(6) 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。

(7) 与第4条不同的是，第9条提到国籍国时，使用了定冠词，指公司依照其法律成立的那个国家。使用定冠词是为了避免任何这样的暗示，即公

司可能具有双重国籍。由于在涉及自然人时，有可能存在多重国籍，第4条提到国籍国时使用的是不定冠词。委员会一些委员并不同意公司只能有一个国籍的观点。

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的公司，继续有权实行外交保护。

评注

(1) 第5条的评注讨论了关于必须保持持续国籍的一般原则。实际上，与涉及自然人时相比，涉及公司时，持续国籍问题出现的次数较少。自然人由于自愿和非自愿的归化（例如在结婚或收养时可能会发生的）以及国家继承等原因，可以很容易地改变国籍，公司却只能通过另一国重新成立或重新组建才能改变国籍，在这种情况下，公司具有了新的人格，因而中断了公司国籍的持续性。¹⁰⁰只有在一种情况下，公司可以不改变法律人格而改变国籍，那就是在发生国家继承时。

(2) 第1款申明了一项传统原则，即一国有权为在受到损害之时和在正式提交求偿之日都是其国民的公司实行外交保护。第一项要求，即受损害的公司提出求偿之日须是求偿国的国民，这一点没有问题。但是对于截止日期，即求偿的国籍须保持至何日，便出现了困难。¹⁰¹在正式提交求偿时，公

⁹⁷ 国际法院在巴塞罗那电车公司案中明确表示，在有关组建公司的问题上，不存在国际法规则。因此，有必要求助于国内法来确定公司组建的条件有无得到满足。法院表示：“这就意味着国际法须承认公司实体是各国在其国内管辖范围内的一个领域里创立的实体。反过来这就要求，一旦各国在处理公司和股东的权利问题方面出现了法律问题，则须求助于国内法有关规则，因为对于这些权利，国际法并没有确立自己的规则”（同上），第34-35页，第38段。

⁹⁸ 见上文脚注32。

⁹⁹ 见巴塞罗那电车公司案，第二阶段，裁决（上文脚注40），第43页，第70-71段。

¹⁰⁰ 见奥里诺科轮船公司案，根据1903年2月17日《议定书》设立的美-委内瑞拉混合索赔委员会，《国际仲裁裁决汇编》，第九卷（出售品编号：1959.V.5），第180页。在此案中，一家在联合王国组建的公司将其向委内瑞拉玻利瓦尔共和国政府提出的求偿转给了一家在美国组建的继承公司。由于设立本委员会的条约允许美国在这种情况下代表其国民提出求偿，因此，此举获得准许。然而，首席仲裁员巴奇清楚地表示，如果不是因为该条约，此举本不应允许（同上，第190页）。

¹⁰¹ 在审理帕涅韦兹斯-萨尔杜提斯基铁路案（见上文脚注32）时，常设国际法院对于此事并未作出决定，详见第17页。另见特别报告员瓦奇拉夫·米库尔卡先生关于国家继承涉及

司必须是求偿国的国民。对于这一立论，条约、司法裁决和法律学说都提供了支持。¹⁰²从这个意义上说，国家实行外交保护的权力始于正式提交求偿之日。但是，有些委员支持这样的意见，即如果在这一日期至作出裁决或判决期间，公司改变了国籍，那么，就外交保护而言，它就不再是国民了。按照这项意见，持续国籍规则要求“从发生损害之时至作出裁决之时”须一直保持国籍联系。¹⁰³鉴于实际上这样的情况很少，委员会倾向于维持条款草案第10条所反映的立场。¹⁰⁴

(3) 第1款中的“求偿”一语既包括通过外交渠道提出的要求，也包括向一司法机构提出的要求。这项要求可具体说明责任国应该为停止不法行为（如果不法行为仍在继续）而采取的行动，以及应该采取的赔偿形式。¹⁰⁵

(4) 一国针对按照成立地所在国暨国籍国法律已不存在的公司实行外交保护一事存在着困难。如果采取立场认为假如在提出求偿之时公司已经不存在，该公司的国籍国便不可提出求偿，那么，就没有任何国家可以针对公司所受损害而实行外交保护了。一国不能利用股东的国籍来提出求偿，因为它不能证明在公司受到损害之时它在公司有必要的利益。这个问题使审理巴塞罗那电车公司案的几位法官伤神，¹⁰⁶也使某些法院和仲裁法庭¹⁰⁷以及学者

的国籍问题的第四次报告，该报告强调了与国家继承涉及的法人国籍问题有关的困难，《1998年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/489号文件，第329页。

¹⁰² 见克伦索赔案（上文脚注55），第234页。

¹⁰³ 《奥本海国际法》（见上文脚注54），第512页。

¹⁰⁴ 近期的一个此类案例，见洛温集团公司和雷蒙德·洛温诉美利坚合众国案，国际投资争端解决中心，AR-B(AF)/98/3，《国际法律资料》，第42卷（2003年），第811页。

¹⁰⁵ 又见国家对国际不法行为的责任条款草案第43条及其评注，《2001年……年鉴》，第二卷（第二部分）和更正，第136-138页。

¹⁰⁶ 杰瑟普法官（见上文脚注40，第193页）、格罗斯法官（同上，第277页）和菲茨莫里斯法官（同上，第101-102页），以及临时法官里普哈根（同上，第345页）。

¹⁰⁷ 见孔哈特索赔案（根据1903年2月17日《议定书》设立的美委-委内瑞拉混合索赔委员会1903年的意见，《国际仲裁裁决汇编》，第九卷（出售品编号：1959.V.5），第171页，尤其见委内瑞拉委员保罗先生的反对意见，第180页；另见F.W.弗拉克为已故D.L.弗拉克的遗产（大不列颠）诉墨西哥

们¹⁰⁸费心。第2款采取了务实做法，容许一国为在受到损害之时是其国民但由于所受损害而停止存在——因而也不再是其国民——的公司实行外交保护。为了符合要求，求偿国必须证明该公司之所以停止存在，正是因为求偿所针对的损害。第2款必须结合第11条(a)款来读，该款表明，股东的国籍国无权针对导致公司消亡的损害而实行外交保护。

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，公司具有据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。

评注

(1) 关于公司的外交保护问题，最基本的一项原则是，公司应由公司的国籍国来保护，而不是由公司股东的（单个或多个）国籍国来保护。国际法院在审理巴塞罗那电车公司案时有力地重申了这项原则。在此案中，国际法院起初强调，法院关注的唯一问题是“一家由股票代表资本的有限责任公司”中股东的外交保护问题。¹⁰⁹这种公司的特点是公司与股东之间存在着明显区别。¹¹⁰一旦公司受到伤害而使股东利益受到损害，股东只得依赖公司采取行动，因为“同一不法行为可能会伤害两个单

合众国案，1929年12月6日第10号裁决，同上，第五卷（出售品编号：1952.V.3），第61页，详见第63页。

¹⁰⁸ 见L. Cafilisch, *La protection des sociétés commerciales et des intérêts indirects en droit international public*, 海牙，马蒂努斯·奈霍夫出版社，1969年，第206-207页；W.E. Beckett, “关于公司损害的外交索赔”，载于《格劳秀斯学会会刊》，第17卷，伦敦，斯威特与马克斯韦尔出版社，1932年，第175页；以及E. Wyler, *La règle dite de la continuité de la nationalité dans le contentieux international*, 巴黎，法国大学出版社，第197-202页。

¹⁰⁹ 巴塞罗那电车公司案，第二阶段，裁决（见上文脚注40），第34页，第40段。

¹¹⁰ 同上，第41段。

独实体的利益，但是只有一个实体的权利受到侵犯”。¹¹¹ 只有在被起诉行为的目的在于侵犯股东的直接权利时，股东才有独立的诉讼权。¹¹² 据国际法院的说法，指导在公司与股东之间作出明确区别的这类原则源于国内法，而非国际法。¹¹³

(2) 在巴塞罗那电车公司案中，国际法院裁定在公司受到损害时，应由公司成立地国而非公司股东国籍国实行外交保护，这遵循了若干项政策考虑。首先，当股东投资一家在外国开展业务的公司时，他们承担了风险，包括这家公司的国籍国可能行使裁量权，拒绝为其实行外交保护的风险。¹¹⁴ 其次，如果允许股东国籍国实行外交保护，可能会导致各国提出繁多的索赔，因为大公司常常由多国股东控股。¹¹⁵ 在这方面，国际法院表示，如果授权股东国籍国代表股东采取行动，那就没有理由认为每个个别股东不应享有这种权利。¹¹⁶ 第三，法院不愿以类推方式将双重国籍规则适用于公司和股东，也不想同时允许两者的国籍国实行外交保护。¹¹⁷

(3) 在巴塞罗那电车公司案中，国际法院同意，在两种情况下，股东的国籍国可以为股东实行外交保护：第一，公司在其成立地已不复存在¹¹⁸——巴塞罗那电车公司案不属于这种情况；第二，公司成立地国本身对公司造成伤害，而外国股东在国际一级的唯一保护手段就是通过其国籍国¹¹⁹——巴塞罗那电车公司案也不属于这种情况。对于这两种例外，国际法院在审理巴塞罗那电车公司案时并没有给予透彻审议，因为这两项例外与案件无关，但这两项例外在第11条(a)款和(b)款中得到了承认。应该强调的是，由于公司的股东可能是不同国家的

国民，可能会有若干国籍国可以依据这些例外规定实行外交保护。

(4) 第11条(a)款要求公司“已不存在”之后，股东的国籍国方可代表股东介入。但在巴塞罗那电车公司案之前，权威意见似乎赞成一项不那么严格的检验标准，允许国家在公司“实际停业”的情况下为维护股东利益而介入。¹²⁰ 但在审理巴塞罗那电车公司案时，法院为确定公司的消亡确立了更高的标准。一家公司光是“瘫痪”或“财务状况危急”是不够的。¹²¹ “实际停业”的标准也同样不予采用，因为这“在法律上十分不准确”。¹²² 法院认为只有“法律意义上的公司地位”才是重要的。国际法院说：“只有当公司在法律上已消亡时，股东才失去了通过公司获得救济的可能性；只有在股东失去了所有此种可能性之后，才会产生他们或其政府采取行动的独立权利。”¹²³ 欧洲人权法院随后对这项标准表示支持。¹²⁴

(5) 在巴塞罗那电车公司案中，国际法院并没有明确宣布，股东介入的先决条件是该公司在成立地已不存在。然而，从法院诉讼过程来看，有一点很清楚，即法院的意图是，公司是应在其成立地国，而不是在其受到损害的国家停止存在。国际法院承认公司在西班牙已倒闭，¹²⁵ 但强调这不影响它在成立地国加拿大的继续存在：“在本案中，巴塞罗那电车公司在成立地国接受破产管理。这绝不意味着这个实体或其权利的消亡，而是意味着，只

¹¹¹ 同上，第35页，第44段。

¹¹² 同上，第36页，第47段。

¹¹³ 同上，第37页，第50段。

¹¹⁴ 同上，第35页（第43段）、第46页（第86-87段）、第50页（第99段）。

¹¹⁵ 同上，第48-49页，第94-96段。

¹¹⁶ 同上，第48页，第94-95段。

¹¹⁷ 同上，第38页（第53段）和第50页（第98段）。

¹¹⁸ 同上，第40-41页，第65-68段。

¹¹⁹ 同上，第48页，第92段。

¹²⁰ 德拉瓜湾铁路公司案，J.B.穆尔，《国际法文摘》，第六卷，哥伦比亚特区华盛顿，美国政府印刷局，1906年，第648页；罗莎·格尔布特伦克和“萨尔瓦多商业公司”等索赔案（“特里温福公司”案），《国际仲裁裁决汇编》，第十五卷（出售品编号：1966.V.3），第455页，详见第479页；以及巴斯克和罗默索赔案，同上，第十卷（出售品编号：1960.V.4），第713页，详见第723页。

¹²¹ 见巴塞罗那电车公司案，第二阶段，裁决（见上文脚注40），第40-41页，第65-66段。

¹²² 同上，第41页，第66段。

¹²³ 同上；另见帕迪利亚·内尔沃法官（同上，第256页）和阿蒙法官（同上，第319-320页）的个别意见。

¹²⁴ 见阿格罗特克西姆等诉希腊案，1995年10月24日的裁决，欧洲人权法院，A辑，330-A号，第25页，第68段。

¹²⁵ 见巴塞罗那电车公司案，第二阶段，裁决（上文脚注40），第40页，第65段。另见菲茨莫里斯法官（同上，第75页）和杰瑟普法官（同上，第194页）的个别意见。

要还没开展清理工作，这些权利就仍然存在。在整个破产管理过程中，这家公司仍继续存在。”¹²⁶ 一家公司在成立或组建后就在成立地国“诞生”。相反，它在成立地国即使其得以存在的国家停业，则即为“消亡”。因此，看来合理的做法是，必须根据公司成立地国的法律来确定公司是否已不存在，以及是否不能再作为一家公司实体运作。

(6) 短语“由于与损害无关的原因”力求确保股东国籍国不得就公司所受、造成公司消亡的损害提起诉讼。根据第10条，这依然是公司国籍国的权利。因此，股东国籍国只能为因公司遭受另外的损害而遭受损失的股东实行外交保护，这样的损害与可能导致公司消亡的损害无关。这一限定语的目的在于限制股东国籍国针对公司所受损害而代表股东进行干预的可能情形。

(7) 第11条(b)款规定了一项例外，即公司股东的国籍国有权在成立地国本身应对公司所受损害负责的情况下，为股东实行外交保护。但这项例外的措辞用得十分谨慎，仅适用于下列情况：对公司造成了损害的国家规定按照其法律成立是在该国开展经营活动的前提条件。

(8) 有初步证据支持一种宽泛的例外，不附带(b)款所规定的限制性条件，这种证据见于国家实践、仲裁裁决¹²⁷和学说。重要的是，德拉瓜湾铁路案、墨西哥鹰牌案和特里温福公司案这三起索赔案为股东国籍国进行干预提供了最强有力的支持；在这些案件中，蒙受损失的公司是被迫在不法行为国家成立的。虽然这些索赔案中使用的措辞并未表

明应将干预限于此类情况，但无疑正是在这些情况下最需要进行干预。在墨西哥鹰牌案中，墨西哥提出的论点是国家不可代表一家墨西哥公司的股东进行干预。对此，联合王国政府做出如下答复：

如果承认这种理论，即政府能够首先把依照地方法律成立公司作为外国利益方在其境内营运的条件，然后将这一成立作为拒绝外国外交保护的理据，则显然总会有办法阻止外国政府根据国际法行使其确定无疑的权利以保护其海外国民的商业利益。¹²⁸

(9) 在巴塞罗那电车公司案中，被告国西班牙不是受损失公司的国籍国。因此，未向国际法院提出正在讨论的例外情况。但法院的确提到过这项例外情况：

的确，一直有人坚持认为，为公平起见，在某些情况下国家应能够保护其国民，亦即违反国际法行为受害公司的股东。因此，形成了一种理论，即如果被追究责任的国籍国是公司国籍国，那么，股东国籍国享有外交保护权。无论这项理论是否有效，它肯定不适用于该案，因为西班牙并不是巴塞罗那电车公司的国籍国。¹²⁹

菲茨莫里斯法官、¹³⁰ 田中法官¹³¹ 和杰瑟普法官¹³² 在他们关于巴塞罗那电车公司案的个别意见中表示，他们完全支持股东国籍国在成立地国让公司蒙受损失时进行干预的权利。¹³³ 菲茨莫里斯法官¹³⁴ 和杰瑟普法官¹³⁵ 都承认，当成立地国规定按照其法律成立是在该国开展经营活动的前提条件时，这样的规则便特别有必要，但两人都不愿意将

¹²⁶ 同上，第41页，第67段。

¹²⁷ 见德拉瓜湾铁路公司案(上文脚注120)；墨西哥鹰牌案(阿吉拉案)，M. M. Whiteman, 《国际法文摘》，第8卷，1967年，第1272-1274页；罗马诺-美洲案，G. H. Hackworth, 《国际法文摘》，第五卷，哥伦比亚特区华盛顿，美国政府印刷局，1943年，第841页；“萨尔瓦多商业公司”等案(“特里温福公司”案)，1902年5月8日的裁决，《国际仲裁裁决汇编》，第十五卷，第467页，详见第479页；以及德美石油公司油轮案，1926年8月5日的裁决，同上，第二卷(出售品编号：1949.V.1)，第777页，详见第790页。对各种权威意见的全面论述，见 Caffisch, 同前(上文脚注108)；以及 J. M. Jones, “代表系外国公司股东的国民索赔”，《英国国际法年鉴》，第26卷，1949年，第225页。另见 E. Jiménez de Aréchaga, “国际责任”，载于 M. Sørensen (编辑)，《国际法手册》，伦敦，麦克米伦出版社，1968年，第531页，详见第580-581页。

¹²⁸ Whiteman, 同前(上文脚注127)，第1273-1274页。

¹²⁹ 巴塞罗那电车公司案，第二阶段，裁决(见上文脚注40)，第48页，第92段。

¹³⁰ 同上，第72-75页。

¹³¹ 同上，第134页。

¹³² 同上，第191-193页。

¹³³ 顾维钧法官在巴塞罗那电车、电灯及电力有限公司案(比利时诉西班牙)中同样支持这项立场，初步反对意见，裁决，《1964年国际法院汇编》，第6页，详见第58页，第20段。

¹³⁴ 巴塞罗那电车公司案(见上文脚注40)，第73-74页，第15和第16段。

¹³⁵ 同上，第191-192页。

这项规则的适用局限于此类情况。另一方面，帕迪利亚·内尔沃法官¹³⁶、莫雷利法官¹³⁷和阿蒙法官¹³⁸则极力反对这种例外情况。

(10) 在巴塞罗那电车公司案之后的时期，与拟议例外条款有关的事态发展主要出现在条约框架内。但事态发展都支持这一概念，即当公司的成立地国应对公司所受损失负责时，公司股东可对该成立地国采取干预措施。¹³⁹ 在西电公司案¹⁴⁰中，国际法院分庭允许美国就一家意大利公司蒙受的损失对意大利提出索赔，因为该公司的股票完全由两家美国公司掌握。尽管意大利不承认据称权利受到侵犯的公司在意大利成立，而美国设法保护该公司股东的权利，法院还是避免就该案的裁定与巴塞罗那电车公司案的裁定是否一致表态。¹⁴¹ 可以如下理由解释这种沉默：即分庭并不关心对习惯国际法的解释，它关心的，是对双边《友好商业航行条约》¹⁴²的解释，该条约规定美国可以向海外股东提供保护。另一方面，显然已向分庭提出了拟议例外条款。¹⁴³ 因此，有可能推断出对这种例外规定的支持，即在成立地国应对公司所受损害负责时，赞成公司股东的国籍国有权针对成立地国采取干预措施。¹⁴⁴

(11) 在巴塞罗那电车公司案之前，拟议的例外规定就获得了支持，不过，对于国家惯例和仲裁裁决是否或在多大程度上承认该项例外规定，仍存有分歧。巴塞罗那电车公司案的附带意见及菲茨莫里斯法官、杰瑟普法官和田中法官的个别意见，无疑加重了赞同该例外规定的言论的份量。随后的事态发展，尽管是在条约解释的框架之内，也确认了这一趋势。¹⁴⁵ 在这种情况下，有可能根据司法意见而维持一种普遍的例外。但是第11条(b)款并没有走那么远。相反，它将例外规定局限于所谓的“卡尔沃公司”，如卡尔沃条款¹⁴⁶所述，成立这种公司的目的是旨在使公司免受外交保护相关国际法规则的制约。它将例外局限于下述情形：在受到损害之时（另一项限制性特征），公司拥有据称对损害负有责任的国家的国籍，并且该国规定按照其法律成立是在该国开展经营活动的前提条件。毫无疑问，会有这样的情况：对外国投资者施加压力，迫使他们在他们想做生意的国家里成立公司。按照(b)款所含的例外规定，这是不够的：该国的法律必须规定成立公司是在该国开展经营活动的前提条件。

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。

评注

(1) 法院在巴塞罗那电车公司案中确认，股东自身的权利受到影响时便有资格得到外交保护，法院指出：

……某一只只是针对和侵犯公司权利的行为并不涉及对股东的责任，即使股东的利益受到了影响。[……] 如果所控行为针对的是这类股东的直接权利，情况就不同了。众所周知，国内法给予股东的权利与给予公

¹³⁶ 同上，第257-259页。

¹³⁷ 同上，第240-241页。

¹³⁸ 同上，第318页。

¹³⁹ 见美国东南部经销公司诉伊朗国家石油公司和伊朗伊斯兰共和国案，1985年10月24日第129号案，《国际法报告》，第84卷（1991年），第484和第496页（解释《阿尔及尔理赔宣言》第七条第2款）；利比亚东部木材公司诉利比亚共和国政府案，《国际法律资料》，第26卷（1987年），第647页和第652-654页（解释《关于解决国家和其他国家国民之间投资争端的公约》第25条）。

¹⁴⁰ 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。

¹⁴¹ 同上，第64页（第106段）和第79页（第132段）。

¹⁴² 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）。

¹⁴³ 从小田法官（同上，第87-88页）和施韦贝尔法官（同上，第94页）在西西里电子公司（西电公司）案（见上文脚注140）中就这一问题进行的意见交流可清楚地看到这一点。

¹⁴⁴ Y. Dinstein表达了这样的意见，见“依据国际法对公司实施外交保护”，载于K. Wellens（编辑），《国际法：理论与实践——纪念埃里克·瑟伊文集》，海牙，马蒂努斯·奈霍夫出版社，1998年，第505页，详见第512页。

¹⁴⁵ 根据联合王国1985年的《国际索赔规则》，“如果[联合王国]国民在一家成立于另一国家因而而是其国民的公司中作为股东或以其他身份拥有权益，而该国使公司蒙受损失，则[女王陛下政府]可以进行干预，保护[联合王国]国民的利益。”规则六，重印于《国际法和比较法季刊》，第37卷，（1988年），第1007页。

¹⁴⁶ 见《1956年……年鉴》[英]，第二卷，A/CN.4/96号文件，第203-204页。

司的权利截然不同，这些利益包括获得已公布红利的权利、出席大会和在会上投票的权利、公司清算时分得剩余资产的权利。无论何时，股东的直接权利之一如受到侵犯，股东都享有独立的行动权。¹⁴⁷

然而，由于比利时清楚地表明其求偿主张并非基于对股东直接权利的侵犯，也就没有进一步要求法院审议此事。

(2) 国际法院分庭在讨论西电公司案¹⁴⁸的时候，有人把保护股东直接权利的问题提了出来。然而，就该案而言，有关权利，例如股东组织、控制和管理公司的权利，在《友好商业航行条约》¹⁴⁹中已有论述，有人要求分庭对该条约加以解释，但分庭未能就此主题详述习惯国际法的规则。与国际法院审议巴塞罗那电车公司案时一样，在阿格罗泰克西姆案¹⁵⁰中，欧洲人权法院承认股东在权利受到直接侵犯时，享有得到保护的權利，但主张本案中并没有发生这种侵权情事。¹⁵¹

(3) 第12条没有试图详尽列出有别于公司自身权利的股东的权利。法院在巴塞罗那电车公司案中提到了股东最明显的权利：获得已公布红利的权利、出席大会并在会上投票的权利以及公司清算时分得剩余资产的权利。然而，正如法院指出的，这个清单并非详尽无遗。这意味着法院可以根据个案的事实，自行确定这些权利的限制。不过，必须认真分清股东权利与公司权利之间的界限，特别是关于参与管理公司的权利。“股东本人的权利”和“而非公司的权利”这两个短语，强调了对第12条须作狭义解释这一点。

(4) 第12条没有具体说明必须确定哪些权利属于股东而不属于公司这一法律秩序。在大多数情况下，这一问题应由成立地国的国内法来决定。但是，如果公司是在作出不法行为的国家成立，可能

就需要援引一般公司法的原则，以确保外国股东的权利不受到歧视待遇。¹⁵²

第13条 其他法人

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。

评注

(1) 本章的规定迄今一直侧重于一类特定法人，即公司。这样做有两个原因。第一，与其他法人不同的是，公司具有某些共同的一致特点：它们是营利性企业，资本通常由股份来代表，公司这一独立实体与股东之间存在严格分别，股东承担有限责任。第二，与国营企业、大学、市政当局、基金会及其他法人不同，公司实际上是参与对外贸易和投资的主要法人，其活动不仅推动了国际经济生活，还推动了国际争端解决机制的发展。对法人的外交保护主要涉及对外国投资的保护。这就是为何公司是在外交保护领域占据核心地位的法人，以及为何本套条款草案的确而且应当主要关注这种实体。

(2) 普通意义的“人”是指人类。然而，在法律意义上，“人”是指法律赋予其取得权利和承担义务的能力的任何存在物、客体、团体或机构。法律制度可随意给予任何客体或团体以法律人格。各项法律制度在赋予法律人格方面没有一致性或统一性。

(3) 法学上对于法律人格的法律性质、特别是法人的形成方式存在争论。“拟制”说坚持认为，只有通过国家的正式组建行为才能形成法人。这意味着除自然人以外的机构可通过国家的行为获得人格特权，通过法律的拟制，该人格等同于自然人，需受到法律可能设置的限制制约。另一方面，“实在”说则认为，法人存在是一种现实，不取决于国家承认。如一个团体或机构作为一个单独法律实体行事，它便成为具有所有法人属性的法人，而无需

¹⁴⁷ 巴塞罗那电车公司案（见上文脚注40），第36页，第46-47段。

¹⁴⁸ 见上文脚注140。

¹⁴⁹ 见上文脚注142。

¹⁵⁰ 阿格罗泰克西姆等诉希腊案（见上文脚注124）。

¹⁵¹ 同上，第23-24页，第62段。

¹⁵² 小田法官在就西电公司案表达的个别意见中，就股东权利，谈到“公司法的一般原则。”（见上文脚注140），第87-88页。

国家赋予其法律人格。无论实在说的长处如何，法人显然必须得到法律、即某种国内法制度的某种承认才能存在。欧洲法院¹⁵³和国际法院¹⁵⁴均强调了这一点。

(4) 鉴于法人是国内法的产物，因此，目前存在大量具有不同特点的法人，包括公司、国有企业、大学、学校、基金会、教会、市政当局、非营利团体、非政府组织甚至包括合伙企业（在一些国家内）。由于无法找到所有这些法人的共同、统一特点等原因，国际公法和国际私法的著述者在研究国际法中的法人时多半只考虑公司。尽管这样，在讨论外交保护问题时，还必须考虑到公司以外的其他法人。常设国际法院的判例法显示，在某些情形下，市镇¹⁵⁵（市政当局）或大学¹⁵⁶可以获得法人资格，成为一国国民。在这种法人是不属于保护国机构的自主实体的前提下，如果它们在国外受到损害，就没有理由不给予其获得外交保护的资格。¹⁵⁷由捐赠者或遗嘱人为慈善目的而留下的资产组成的非营利基金会构成没有成员的法人。今天，有许多基金会资助国外的项目，以促进发展中国家的卫生、福利、妇女权利、人权和环境。如果这种法人受到东道国国际不法行为的影响，它将很可能得到依照其法律设立的各个国家的外交保护。在国外从

¹⁵³ 女王诉财政部和国内税务局专员案，每日邮报与通用信托集团一方诉讼，第81/87号案，1988年9月27日的判决，欧洲法院，《1988年欧洲法院汇编》，第5483页，第19段。

¹⁵⁴ 巴塞罗那电车公司案，第二阶段，裁决（见上文脚注40），第34-35页，第38段。

¹⁵⁵ 常设国际法院在波兰上西里西亚的某些德国权益案中裁定，拉蒂博尔镇属于《德国-波兰关于上西里西亚的公约》所述的“德国国民”类别（案情，1926年第7号判决，《常设国际法院汇编》，A辑，第7号，第19页，详见第73-75页）。该公约是1922年5月15日在日内瓦签署的（见G. Kaackenbeeck,《上西里西亚的国际实验》，伦敦，牛津大学出版社，1942年，第572页）。

¹⁵⁶ 常设国际法院在匈牙利-捷克斯洛伐克混合仲裁法庭裁判上诉（彼得·帕茨玛尼大学）案的声明中裁定，彼得·帕茨玛尼大学是《协约及参战各国对匈牙利和约》（《特里亚农条约》）第250条所述的匈牙利国民，因此有权索回属于它的财产（1933年的判决，《常设国际法院汇编》，A/B辑，第61号，第208页，详见第227-232页）。

¹⁵⁷ 由于外交保护是一种专门保护不属于国家一部分的自然人或法人的程序，在大多数情况下，作为政府地方分支机构的市政当局以及由国家出资并最终由国家控制的大学将不具有获得外交保护的资格。但私立大学与其他私立学校一样，有资格获得外交保护，只要它们按照国内法享有法律人格。

事有益事业的非政府组织似乎与基金会属于同一类别。¹⁵⁸

(5) 由于公司以外的法人在目标和结构上多种多样，因此不可能为每一类不同的法人都单独制定有差别的外交保护规定。最明智和唯一现实的做法是拟订一项规定，将对公司实行的外交保护原则扩展到其他法人——但需考虑到每种法人的不同特点而作出必要更改。拟议的规定就是为了做到这一点。这项规定指出，第9和第10条分别载有的关于公司国籍国的原则以及公司持续国籍原则的适用，将“酌情”适用于对公司以外的法人的外交保护。起初使用了短语“*mutatis mutandis*”，但委员会决定不用拉丁短语，因为“*as appropriate*”一语完全涵盖了委员会想要表达的意思。没有提及第11和第12条，因为这两条仅涉及股东的权利。

第三部分

当地补救办法

第14条 用尽当地补救办法

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补救办法之前，不得提出国际求偿。

2. “当地补救办法”系指受害人可以在据称应对损害负责的国家的普通或特别司法或行政法院或机构获得的法律补救办法。

评注

(1) 第14条设法编纂关于提出国际求偿前必须用尽当地补救办法的习惯国际法规则。国际法院在国际工商业投资公司案¹⁵⁹中承认这项规则是“习惯国际法公认的规则”，国际法院分庭在西电公司

¹⁵⁸ 又见K. Doehring, “非政府组织的外交保护”, M. Rama-Montaldo (编辑), *El derecho internacional en un mundo en transformación: liber amicorum en homenaje al professor Eduardo Jiménez de Aréchaga*, 蒙得维的亚, 大学文化基金会, 1994年, 第571-580页。

¹⁵⁹ 国际工商业投资公司案（见上文脚注31），第27页。

案¹⁶⁰中也称它为“习惯国际法的一项重要原则”。用尽当地补救办法规则确保“违法的国家有机会在其国内制度框架内用本国办法进行补救”。¹⁶¹国际法委员会先前在国家责任的范围内审议过用尽当地补救办法问题，认为这是一项得到司法裁决、国家惯例、条约和司法学家著作肯定的“一般国际法原则”。¹⁶²

(2) 自然人和法人都需要用尽当地补救办法。局部或主要由公有资本资助的外国公司如果从事事务权行为，也需要用尽当地补救办法。实行保护的国家的非本国国民如有权在第8条所指例外情况下享有外交保护，也需要用尽当地补救办法。

(3) 第1款提到提出要求，而不是提交要求，因为“提出”比“提交”更准确地反映了所涉过程，“提交”意指附带后果的正式行为，用来表明正式提出要求的时间最恰当。

(4) 对“所有当地补救办法”一语，必须按照第16条进行理解。该条叙述了不需要用尽当地补救办法的例外情况。关于在条款中说明只需要用尽“适当和有效的”当地补救办法的建议出于以下两个原因未被采纳：第一，因为对用尽当地补救办法这项要求的限定需要在单独条款中予以特别注意；第二，被告国一般负有的举证责任是要证明可以得到当地补救办法，而申诉国一般负有的举证责任是要证明对受到损害的个人而言，没有有效的补救办法，¹⁶³这一事实要求分别处理当地补救办法规则的这两个方面。

¹⁶⁰ 西西里电子公司（西电公司）案（见上文脚注140），第42页，第50段。

¹⁶¹ 国际工商业投资公司案（见上文脚注31），第27页。

¹⁶² 见委员会一读暂时核准的国家责任条款草案第22条，《1996年……年鉴》，第二卷（第二部分），第三章，D.1节（条款草案第22条由委员会第二十九届会议核准，该条的案文及其评注见《1977年……年鉴》[英]，第二卷（第二部分），第二章，B节，第30-50页）；以及委员会第五十三届会议通过的对国际不法行为的责任条款草案第44条（《2001年……年鉴》，第二卷（第二部分）和更正，第33页）；本条评注见第138-139页。

¹⁶³ 特别报告员在关于外交保护的第三次报告C节审议了举证责任问题（见上文脚注19）。委员会决定不列入关于这项议题的条款草案（见《2002年……年鉴》，第二卷（第二部分），第62-63页，第240-252段）。另见西西里电子公司（西电公司）案（上文脚注140），第46-48页，第59-63段。

(5) 外国人提出国际要求前必须用尽的可利用补救办法在国家之间必然有很大差异。因此，不可能成功地编纂一项可以涵盖所有情况的绝对规则。第2款设法广义地描述必须用尽的法律补救办法的主要类别。¹⁶⁴首先，外国国民显然必须用尽被告国内法规定的一切可利用的司法补救办法。如果有国内法允许根据案情向最高法院上诉，则必须进行上诉，以保证此案获得最终裁决。即使没有依法定权利向上一级法院提出上诉，但这样的法院有权酌情给予上诉许可，那么，外国国民必须仍然向该法院申请上诉许可。¹⁶⁵在这方面，法院包括普通法院和特别法院，因为“关键问题不是法律救济的普通性质或特别性质，而是它能否提供有效和充分的补救手段”。¹⁶⁶

(6) 此外，还必须用尽行政补救办法。不过，受害外侨只需要用尽可能导致约束性决定的补救办法。他不需要要求行政部门行使酌处权予以救济。当地补救办法不包括恩惠性的救济¹⁶⁷或“旨在获得优惠而不是维护权利的”的救济。¹⁶⁸要求宽厚对待和求助于监察员一般都属于这一类。¹⁶⁹

(7) 为了以用尽当地补救办法为理由充分奠定国际求偿的基础，外国的诉讼当事人必须在国内诉

¹⁶⁴ 在安巴蒂耶蒂斯求偿案中，仲裁法庭宣布，“国内法规定的整个法律保护制度都必须接受检验”（1956年3月6日的判决，《国际仲裁裁决汇编》，第十二卷（出售品编号：63.V.3），第120页）。该议题的论述又见C. F. Amerasinghe,《国际法的当地救济》，第2版，剑桥大学出版社，2004年。

¹⁶⁵ 这其中包括在美国最高法院进行的调卷令程序。

¹⁶⁶ B. 斯科武·尼尔森诉丹麦案，诉请书编号：第343/57号。1959年9月2日的判决，欧洲联盟委员会和欧洲人权法院，《1958-1959年欧洲人权公约年鉴》，第438页，提到了国际法学会在其1954年决议里的考虑因素（《国际法学会年鉴》，第46卷，1956年，第364页）。另见劳利斯诉爱尔兰案，诉请书编号：第332/57号，1958年8月30日的判决，欧洲联盟委员会和欧洲人权法院，《1958-1959年欧洲人权公约年鉴》，第308页，详见第318-322页。

¹⁶⁷ 芬兰船东就战时使用某些芬兰船舶向大不列颠求偿（“芬兰船舶仲裁”）案，1934年5月9日的裁决，《国际仲裁裁决汇编》，第三卷（出售品编号：1949.V.2），第1479页。

¹⁶⁸ 德贝克诉比利时案，诉请书编号：第214/56号，1958年6月9日的裁决，欧洲联盟委员会和欧洲人权法院，《1958-1959年欧洲人权公约年鉴》，第238页。

¹⁶⁹ 见阿韦纳和其他墨西哥国民案（墨西哥诉美利坚合众国），2004年3月31日的判决，《2004年国际法院汇编》，第12页，详见第63-66页，第135-143段。

讼程序中提出他打算在国际诉讼程序中提出的基本论点。在西电公司案上，国际法院分庭指出：

如果求偿的实质已经提交主管法庭审理并且已经在当地法律和程序许可的范围内谋求案件的解决，但终未获得成功，这便构成充分条件，使国际求偿具有了可受理性。¹⁷⁰

与芬兰船舶仲裁案中阐明的更为严格的标准相比，这项标准更为可取：

求偿国政府提出的所有事实论点和法律陈述[……]都必须曾经经过国内法院的调查和裁决。¹⁷¹

(8) 因此，外国的诉讼当事人必须提出他在用尽当地补救办法过程中得到的支持其要求的实质内容的所有证据。¹⁷² 他不能利用外交保护提供的国际补救办法来弥补他在国内一级提出要求时的准备不当。¹⁷³

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求偿的宣告性判决时，应用尽当地补救办法。

评 注

(1) 用尽当地补救办法规则仅适用于求偿国因其国民而“间接”受到损害的情况。¹⁷⁴ 如果求偿国因另一国的不法行为而直接受到损害则不适用此项规则，因为在此情况下，该国本身便有明显理由提出国际求偿。

(2) 实际上，在求偿属“混合”性质时，即在国家及其国民都遭受损害的情况下，很难确定它是“直接”还是“间接”的。提交各国际法院的许多争端都属于混合求偿的情况。在美国驻德黑兰外交和领事人员案中，¹⁷⁵ 伊朗伊斯兰共和国直接违背了它对美利坚合众国承担的保护其外交和领事人员的义务，同时，被劫持为人质的美国国民（外交和领事人员）也受到损害；在国际工商业投资公司案中，¹⁷⁶ 瑞士就两种不法行为提出求偿，一种是违背条约使瑞士受到直接损害的不法行为，一种是因其本国公司受到损害而使瑞士受到间接损害的不法行为。在美国驻德黑兰外交和领事人员案中，国际法院将求偿作为直接违反国际法的情况处理；在国际工商业投资公司案中，国际法院认为求偿主要是间接的，国际工商业投资公司并未用尽当地补救办法。

(3) 在混合求偿的情况中，法庭必须审查求偿的不同要素，确定主要要素是直接的还是间接的。在西电公司案中，国际法院分庭反驳了美国关于其部分要求源自违反条约的行为所以不必用尽当地补救办法的论点，指出：

分庭毫不怀疑，渲染并贯穿美国整个要求的事项是据称雷锡恩公司和麦奇里特公司[美国公司]受到的损害。¹⁷⁷

与主要性检验密切相关的是必要条件或“若非”检验，这项检验的目的是要确定如果不是因为为受损害国民提出要求，包括直接和间接损害要素的要求是否会提出来。如果这一问题的答案是否定的，则这项要求为间接要求，必须用尽当地补救办法。但是，主要性检验与“若非”检验之间没有多大区别。如果要求主要是以国民遭受的损害为基础，这就证明了若非国民遭受损害，便不会提出要

¹⁷⁰ 西西里电子公司(西电公司)案(见上文脚注 140)，第 46 页，第 59 段。

¹⁷¹ 芬兰船舶仲裁案(见上文脚注 167)，第 1502 页。

¹⁷² 见安巴蒂耶洛斯求偿案(见上文脚注 164)。

¹⁷³ 见 D. P. O'Connell, 《国际法》，第 2 卷，第 2 版，伦敦，史蒂文斯出版社，1970 年，第 1059 页。

¹⁷⁴ 这符合常设国际法院在马夫罗马蒂斯在巴勒斯坦的特许权案中提出的原则，即“为其某一国民出面，代表他诉诸外交行动或国际司法程序，一个国家事实上是在维护自己的权利，即通过其国民本身确保国际法规则得到尊重的权利”(见上文脚注 31)，第 12 页。

¹⁷⁵ 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。另见阿韦纳和其他墨西哥国民案(见上文脚注 169)，第 40 段。在该案中，国际法院认为，依照《维也纳领事关系公约》第 36 条第 (1) 款的规定，墨西哥因其国民受害而直接受损。

¹⁷⁶ 见上文脚注 31。

¹⁷⁷ 西西里电子公司(西电公司)案(见上文脚注 140)，第 43 页，第 52 段；另见国际工商业投资公司案，(见上文脚注 31)，第 28 页。

求这一事实。在这种情况下，委员会倾向于只采用一项标准，即主要性检验标准。

(4) 为确定要求为直接或间接性质而采用的其他“标准”，与其说是标准，不如说是在确定要求究竟主要是直接要求还是间接要求，或是否若非国民遭受损害，就不会提出要求时，必须考虑的因素。作出这一评估时应予考虑的主要因素包括争端的主题、要求的性质和所要求的救济。因此，在争端主题是外交官¹⁷⁸ 或国家财产¹⁷⁹ 的情况下，要求通常为直接要求。如果国家代表其国民寻求金钱救济，要求将是间接性的。

(5) 第15条明确规定，不仅在国际求偿中，而且在主要基于一国民受到的损害而请求作出宣告性判决时，都必须用尽当地补救办法。下面这项观点得到一定支持，即如果国家未为其受害国民提出赔偿损害的要求，而仅要求就某一条约的解释和适用作出裁决，则没有必要用尽当地补救办法。¹⁸⁰ 但在有些情况下，要求国寻求就据称被告国在非法对待要求国国民过程中违反或无意中违反的某一条约的解释和适用作出宣告性判决时，则需要用尽当地补救办法。¹⁸¹ 第15条明确规定，请求作出宣告性判决本身并不豁免用尽当地补救办法规则。如果请求作出宣告性判决与涉及国民损害的要求有附带关系或相关——不论是否与代表受损害国民提出的赔偿或恢复原状要求相关——法庭仍有可能判定，从案情各方面看，作出宣告性判决的请求主要以国民遭受的损害为基础。如果有证据表明要求国蓄意请求作出宣告性判决以避免遵守当地补救办法规则，则法庭的这种裁定就是公正合理的。

¹⁷⁸ 见美国驻德黑兰外交和领事人员案（上文脚注175）。

¹⁷⁹ 见科孚海峡案（联合王国诉阿尔巴尼亚），案情，判决，《1949年国际法院汇编》，第4页。

¹⁸⁰ 见3月27日美利坚合众国与法国间的空运协定案，1978年12月9日的裁决，《国际仲裁裁决汇编》，第十八卷（出售品编号：E/F.80.V.7），第417页；1947年6月26日联合国总部协定第21条所规定仲裁义务的适用案，咨询意见，《1988年国际法院汇编》，第12页，详见第29页，第41段。

¹⁸¹ 见国际工商业投资公司案（上文脚注31），第28-29页；以及西西里电子公司（西电公司）案（上文脚注140），第43页。

第16条 当地补救办法规则的例外

在下列情况下，无需用尽当地补救办法：

- (a) 当地补救办法不具有实现有效补救的合理可能性；
- (b) 救济过程受到不当拖延，且不当拖延是由据称应负责的国家造成的；
- (c) 受害人与据称应对损害负责国家之间没有相关联系，或者依据案情，用尽当地补救办法实为不合理；
- (d) 据称应对损害负责的国家放弃了用尽当地补救办法的要求。

评注

(1) 第16条涉及用尽当地补救办法规则的例外。(a)款至(c)款涉及要求受伤害的外国侨民提出求偿前必须用尽当地补救办法属不公平或不合理的情况，是用尽当地补救办法规则的明显例外。(d)款涉及一种不同的情况，即被告国放弃了用尽当地补救办法的要求。

a款

(2)(a)款涉及用尽当地补救办法规则的例外，有时被广义地称为“徒劳”或“无效”例外。委员会考虑了三种拟订规则的备选方案，来描述不必用尽当地补救办法的情况：

- (一) 当地补救办法显属徒劳；
- (二) 当地补救办法没有合理的成功机会；
- (三) 当地补救办法不具有实现有效补救的合理可能性；

所有三种方案都得到了权威意见的一定支持。

(3) 委员会考虑了首席仲裁员巴奇在芬兰船舶仲裁案¹⁸² 中阐释的“显属徒劳”标准，但认为它设置的门槛过高。另一方面，委员会认为，欧洲人权

¹⁸² 芬兰船舶仲裁案（见上文脚注167），第1504页。

委员会在几项决定¹⁸³中接受的“没有合理的成功机会”标准，对求偿人过于有利。因此，它倾向于第三种方案，既避免“显属徒劳”的严格用语，又对求偿人规定了很大责任，即要求他证明，根据案情和被告国的法律制度，按合理情况推论，他不大可能得到有效补救。这项标准起源于赫希·劳特帕特爵士在挪威公债案¹⁸⁴中的个别意见，并得到了法学家著作¹⁸⁵的支持。此外，它符合如下司法裁决，即在当地法院对争议问题没有管辖权的情况下不需要用尽当地补救办法：¹⁸⁶当地法院不会审查为外侨所申诉行为进行辩护的国家法律；¹⁸⁷当地法院极其缺乏独立性；¹⁸⁸存在对外侨不利的连贯

性既定判例；¹⁸⁹当地法院无权给予外侨适当、充分的救济；¹⁹⁰被告国没有适当的司法保护制度。¹⁹¹

(4) 当地补救办法是否能够提供实现有效补救的合理可能性的问题，必须结合利用救济时当地的法律和情况来决定。这个问题将由负责审查有无用尽当地补救办法这项任务的主管国际法庭来决定。就这一事项作出决定时，必须假定有关求偿在法律上有价值。¹⁹²

b 款

(5) 在被告国对无理拖延提供当地救济负有责任的情况中，可以免除用尽当地补救办法的要求，

¹⁸³ 见雷迪马格房地产管理公司诉德意志联邦共和国案，诉请书编号：第712/60号，1961年12月16日的判决，欧洲联盟委员会和欧洲人权法院，《1961年欧洲人权公约年鉴》，第385页，详见第400页；X、Y和Z诉联合王国案，诉请书编号：第8022/77和第8027/77号，1979年12月8日的裁决，欧洲委员会，欧洲人权委员会，《决定和报告》，第18卷，第66页，详见第74页。另见委员会第二十九届会议通过的国家责任条款草案第22条评注（上文脚注162）。

¹⁸⁴ 见挪威公债案（法国诉挪威），判决，《1957年国际法院汇编》，第9页，详见第39页。

¹⁸⁵ 见关于外交保护的第三次报告（上文脚注19），第35段。

¹⁸⁶ 见帕涅韦兹斯-萨尔杜提斯基铁路案（上文脚注32），第18页；和根据《讷伊条约》第181条的仲裁案，《美国国际法学报》，第28卷（1934年），第760页，详见第789页；特里温福公司案（上文脚注127），第476-477页；“洛蒂梅号”事件案，1899年4月18日的仲裁裁决，《国际仲裁裁决汇编》，第十五卷，第29页，详见第31页；劳特帕特法官就挪威公债案提出的个别意见（上文脚注184），第39-40页；芬兰船舶仲裁案（上文脚注167），第1535页。

¹⁸⁷ 见根据《讷伊条约》第181条的仲裁案（上文脚注）。另见罗多彼中部森林案，案情，1933年3月29日的裁决，《国际仲裁裁决汇编》，第三卷，第1405页；安巴蒂耶洛斯案（上文脚注164），第119页；国际工商业投资公司案（上文脚注31），第28页。

¹⁸⁸ 罗伯特·E.布朗（美国）诉大不列颠案，1923年11月23日的裁决，《国际仲裁裁决汇编》，第120页；贝拉斯克斯·罗德里格斯诉洪都拉斯案，案情，1988年7月29日的裁决，《国际法律资料》，第28卷，1989年，第291页，见第304-309页。

¹⁸⁹ 帕涅韦兹斯-萨尔杜提斯基铁路案（上文脚注32）；“利斯曼号”轮船案，1937年10月5日的裁决，《国际仲裁裁决汇编》，第三卷，第1767页，见第1773页；“塞古兰卡号”轮船案，1939年9月27日的裁决，同上，详第1861页，见第1868页；芬兰船舶仲裁案（上文脚注167），第1495页；X诉德意志联邦共和国案，诉请书编号：第27/55号，1956年5月21日的裁决，欧洲人权委员会，1955年、1956年和1957年的《文件和决定》，第138页；X诉德意志联邦共和国案，诉请书编号：第352/58号，1958年9月4日的裁决，欧洲联盟委员会和欧洲人权法院，《1958-1959年欧洲人权公约年鉴》，第342页，详见第344页；以及X诉奥地利案，诉请书编号：第514/59号，1960年1月5日的裁决，欧洲联盟委员会和欧洲人权法院，《1960年欧洲人权公约年鉴》，第196页，详见第202页。

¹⁹⁰ 见芬兰船舶仲裁案（上文脚注167），第1496-1497页；贝拉斯克斯·罗德里格斯诉洪都拉斯案（上文脚注188）；亚哲和萨尔根诉土耳其案，1995年6月8日的判决，欧洲人权法院，《A辑：报告和决定》，第319卷，第3页，详见第17页，第42段；霍恩斯比诉希腊案，1997年3月19日的判决，同上，欧洲人权法院，《报告和决定》（1997-II），第33号，第495页，详见第509页，第37段。

¹⁹¹ 见穆斯基瓦博等诉巴拉亚格维扎案，1996年4月9日的裁决，《国际法律资料》，第107卷（1997年），第457页，详见第460页。智利实行军事独裁期间，美洲人权委员会认为，因军事司法下法律诉讼存在固有的不正常情况，不必用尽当地救济（见第9755号案（智利），第01a/88号决议，第9755号案，《1987-1988年美洲人权委员会年度报告》，OEA/Ser.L/V/II.74, 10 rev. 1号文件，第136页及以下各页）。

¹⁹² 见芬兰船舶仲裁案（上文脚注167），第1504页；以及安巴蒂耶洛斯案（上文脚注164），第119-120页。

编纂努力、¹⁹³ 人权文书和实践、¹⁹⁴ 司法裁决¹⁹⁵ 和学者意见等都确认了这一点。委员会意识到赋予“无理拖延”以客观的内容或含义或试图规定一项执行当地补救办法的时限存在困难。对每一案件都须依案件事实作出判断。英国-墨西哥索赔委员会在埃尔奥罗矿业和铁路公司案中說：

委员会不打算精确地规定法庭将在哪一期限内作出判决。这取决于几种情况，最主要的是彻底审查案件所涉及的工作量，换句话说，即后者的规模。¹⁹⁶

(6)b 款明确规定，救济过程拖延是据称对外侨损害负责的国家造成的。这里使用“救济过程”而不使用“当地补救办法”，是为了涵盖援引和执行当地补救办法以及引导当地补救办法的整个过程。

c 款

(7) 第 16 条 (a) 款所载的用尽当地补救办法规则的例外，说是在“当地补救办法不具有实现有效补救的合理可能性”时无需用尽当地补救办法，并不包括当地补救办法虽具有实现有效补救的合理可能性，但用尽当地补救办法不合理或会对受害外侨造成巨大困难的情况。例如，即使存在有效的当地补救办法，但在以下情况下要求受害人用尽当地补救办法不合理也不公平：其财产受到了来自非其财产所在国的污染、放射性沉降或空间物体坠落导致的环境损害；其所乘坐的飞行器因误入一国领空

¹⁹³ 见特别报告员加西亚·阿马多尔在关于国家责任的第一次报告中对以前编纂努力的讨论，《1956年……年鉴》[英]，第二卷，A/CN.4/96号文件，第173-231页，详见第223-226页；以及哈佛法学院1960年编写的《关于国家对外侨所受损害所负国际责任的公约草案》第19条第(2)款，载录于 Sohn 和 Baxter，如上（上文脚注65），第577页。

¹⁹⁴ 《公民及政治权利国际公约》（第41条第(1)款(c)项）；《美洲人权公约》（《哥斯达黎加圣何塞公约》）（第46条第(2)款(c)项）；魏因贝格尔诉乌拉圭案，第28/1978号来文，人权事务委员会，《决定选编》，第1卷，第57页，详见第59页；拉斯帕尔梅拉斯村案，初步反对意见，2000年2月4日的判决，美洲人权法院，C辑，《决定和判决》，第67号，第38段；埃尔多安诉土耳其案，诉请书编号：第19807/92号，第84A号，欧洲人权委员会，1996年，《决定和报告》，1996年，第5页，详见第15页。

¹⁹⁵ 见埃尔奥罗矿业和铁路有限公司案（英国诉墨西哥合众国），1931年6月18日第55号裁决，《国际仲裁裁决汇编》，第五卷，第191页，详见第198页；以及冯普勒王子事务管理案，1933年2月4日的命令，《常设国际法院汇编》，A/B辑，第52号，第11页，详见第16页。

¹⁹⁶ 见上文脚注195。

而被该国击落；被告国或某些其他机构为其利用当地补救办法设置严重障碍。在此类情况下，有人提出，因受害人与被告国之间缺乏自愿联系或领土联系或因存在特别困难例外，无需用尽当地补救办法。

(8) 有些文献支持以下观点，在要求用尽当地补救办法的所有案例中，受害人与被告国之间都存在着某种联系，比如自愿停留、居住、拥有财产或与被告国有契约关系。¹⁹⁷ 这项看法的支持者认为，外交保护和当地补救办法规则的性质近来已有重大变化。早期外交保护历史的特点是，在一外国居住和经商的外侨受到该国行动的伤害，因此，根据前往外国的国民通常必须接受其所在地的当地法律，包括为补救不法行为提供的手段这项理论，可要求他用尽当地补救办法。然而在今天，个人可能受到一外国在其领土以外的行为或在其领土内的某种行为伤害，而个人与该国土并不存在联系。这方面的示例有：跨界环境损害（如乌克兰基辅附近切尔诺贝利核电站发生爆炸，在遥远的日本和斯堪的那维亚造成放射性沉降）和击落误入一国领空的飞机（如1955年7月27日空中事件案¹⁹⁸所阐述的，在该案中，保加利亚击落误入其领空的以色列航空公司班机）。这一自愿联系或领土联系规则的基础，是外侨承担在外国的风险。只有外侨自愿接受被告国管辖，才可要求他用尽当地补救办法。

(9) 司法部门和国家惯例都没有就此类用尽当地补救办法规则例外的存在提出明确的指导意见。尽管在国际工商业投资公司案¹⁹⁹和萨利姆案²⁰⁰中，有一些支持此种例外存在的试探性论述，但在其他

¹⁹⁷ 见 C. F. Amerasinghe, 《国际法上的当地补救办法》（上文脚注164），第169页；以及 T. Meron, “用尽当地补救办法的发生率”，《英国国际法年鉴》，第35卷（1959年），第83页及以下各页，详见第94页。

¹⁹⁸ 1955年7月27日空中事件案（以色列诉保加利亚），判决，《1959年国际法院汇编》，第127页。

¹⁹⁹ 在此，国际法院表示，“它认为发生侵权的国家也应有机会以自己的方式进行补救。”（见上文脚注31），第27页（楷体是后加的）。

²⁰⁰ 在萨利姆案中，仲裁法庭宣布，“作为一项规则，外国人必须承认他选择居住的国家的司法对其适用”（见上文脚注66），第1202页。

案件²⁰¹中，法庭判定在受害外侨与被告国之间缺少自愿联系的情况下仍适用当地补救办法规则。在挪威公债案²⁰²和1955年7月27日空中事件案²⁰³中，尽管有力地提出了支持自愿联系要求的论点，但国际法院均未就该事项作出决定。在涉及跨界污染的特雷尔炼锌厂案²⁰⁴中，并不存在自愿联系或领土联系，加拿大也没有坚持要用尽当地补救办法。这一案例和其他因不存在自愿联系而免除当地补救办法的案例，²⁰⁵被解释为支持把自愿服从司法管辖的要求作为适用当地补救办法规则的先决条件。然而，在这些案件中，没有坚持适用当地补救办法规则也可以作其他解释，例如是无需用尽当地补救办法的直接损害例子，或有关仲裁协定没有要求用尽当地补救办法等。

(10) 虽然委员会认为有必要明确规定当地补救办法规则的这一例外，但不喜欢用“自愿联系”一词来描述这一例外，因为它强调受害人的主观意愿，而不强调个人与东道国之间缺少可客观确定的联系。此外，在实践中，主观标准很难证明。因此，委员会决定要求受害外侨与东道国之间存在“相关联系”。这一联系必须“相关”，即它必须与所受损害有某种关联。法庭不仅需要审查受害人是否在东道国领土上出现、居住或经商，还要依案情审查该人的行为是否表明他承担了在遭受损害时接受东道国裁判的风险。因此，委员会认为“相关”一词最有利于法庭考虑在发生损害情况下受害人与东道国之间关系的核心要素，进而确定受害外侨是否承担了接受东道国裁判的风险。

(11) c款第二部分的目的是，在依案情实在无法合理地要求遵守这项规则的情况下，使法庭有权

²⁰¹ 芬兰船舶仲裁案(上文脚注167); 安巴蒂耶洛斯案(见上文脚注164)。

²⁰² 挪威公债案(法国诉挪威), 1957年7月6日的判决, 法国的口头诉状, 《国际法院书状》, 第一卷, 第408页。

²⁰³ 1955年7月27日空中事件案(以色列诉保加利亚), 初步反对意见, 以色列的口头诉状, 《国际法院书状》, 第531-532页。

²⁰⁴ 特雷尔炼锌厂案(美国诉加拿大), 《国际仲裁裁决汇编》, 第三卷, 第1905页。

²⁰⁵ 弗吉尼厄斯号案(1873年), 载于J. B. 穆尔, 《国际法文摘》(上文脚注120), 第二卷, 第895页, 详见第903页; 以及杰西案(1921年), 载于《美国国际法学报》, 第16卷(1922年), 第114-116页。

免除用尽当地补救办法的要求。在做出这项决定时, 显然需要对每起案件本身的案情进行审查, 因此, 不应试图列出允许这项例外的因素的综合清单。不过, 委员会建议在以下情况下可行使例外权: 一国设法阻止受害外侨实际上接触该国法庭, 例如拒绝其进入该国领土, 或制造危险, 使之感到试图进入该国领土是不安全的; 东道国的刑事密谋阻碍求偿人在当地法院提出诉讼; 用尽当地补救办法的费用高昂令人负担不起。

d 款

(12) 国家可能愿意放弃用尽当地补救办法的要求。由于此项规则旨在保护被控不当对待外侨的国家的利益, 有关国家自然可以自行放弃这项保护。美洲人权法院申明:

对于这类案件, 根据公认的国际法原则和国际实践, 规定事先用尽国内救济的规则是为了有关国家的利益而设计的, 因为根据该项规则, 国家对归咎该国的行为, 在没有机会通过国内办法加以补救以前, 无需在一个国际机构对指控作出答辩。这项规定因此被视为一种辩护手段, 因而是可以放弃的, 甚至可以默示放弃。²⁰⁶

(13) 放弃当地补救办法可采用多种形式。有关放弃的规定可见于争端发生前或发生后缔结的双边或多边条约; 可见于外侨与被告国之间的契约; 可以是明示或默示的; 或可以根据被告国在属于不容反悔或丧失权利的情况下的行为加以推定。

(14) 明示放弃可以见诸为解决现有争端而缔结的特别仲裁协定, 或规定将来出现的争端应通过仲裁或其他的国际争端解决方式予以解决的一般性条约; 也可见诸国家与外侨所订的契约。普遍同意的是, 明示放弃当地补救办法是有效的。放弃这一要求是当代国家实践的一种常见特征, 许多仲裁协定都载有放弃条款。最有名的实例可能是《关于解

²⁰⁶ 1981年11月13日哥斯达黎加政府案(事关维维安娜·加利亚多等人), 1981年11月13日的裁决, 美洲人权法院, 《国际法报告》, 第67卷(1984年), 第578页, 详见第587页。另见西西里电子公司(西电公司)案(上文脚注140), 第42页, 第50段; 以及德怀尔德、奥姆斯和韦尔西普案(“比利时流浪案”), 欧洲人权法院, 1971年6月18日的判决, 《国际法报告》, 第56卷, 第337页, 详见第370页, 第55段。

决国家和其他国家国民之间投资争端的公约》第26条，其中规定：

除非另有规定，当事方同意根据本公约交付仲裁，应视为同意排除任何其他救济而交付上述仲裁。缔约国可以要求用尽当地各种行政或司法救济，作为其同意根据本公约交付仲裁的一项条件。

人们普遍同意，明示放弃无论载于国家间协定还是国家与外侨间的契约，都是不可撤消的，即使契约受到东道国法律的约束。²⁰⁷

(15) 不得随便默示放弃当地补救办法。国际法院分庭在西电公司案中就这个问题说，分庭

不能接受的是，习惯国际法的一项重要原则，在没有任何明确表示愿意放弃的言词的情况下，被认定为默示放弃。²⁰⁸

(16) 但是，如果当事方放弃当地补救办法的意图是明确的，则必须落实这项意图。司法裁判²⁰⁹与法学家的著作都支持此项结论。对于在什么情况下可以默示放弃当地补救办法的愿图，不可能制定一项通则。每起案件都必须根据有关文书的措辞和通过时的背景作出判断。在被告国同意把将来可能与申诉国发生的争端交付仲裁的情况下，有人认为“如果有关案件涉及缔约一方支持其国民的要求”，则这种协定“不涉及放弃用尽所有当地补救办法的要求。”²¹⁰ 国际法院分庭在西电公司案中确认，在这种情况下，基本上不推定默示或暗示放弃。²¹¹ 在

²⁰⁷ 见维维安娜·加利多等人案(上文脚注206)和德怀尔德、奥姆斯和韦尔西普案(“比利时流浪案”(同上))。

²⁰⁸ 西西里电子公司(西电公司)案(见上文脚注140)，第42页，第50段。

²⁰⁹ 例如见施泰纳和格罗斯诉波兰国家案，第322号案(1928年)，《1927年和1928年国际公法案例年度文摘》，A. McNair和H. Lauterpacht(编辑)，伦敦，郎曼出版社，1931年，第472页；美国国际集团公司诉伊朗伊斯兰共和国案，第93-2-3(1983)号裁决，《伊朗-美国索赔法庭汇编》，剑桥，格劳秀斯，1985年，第4卷，第96页。

²¹⁰ F.A. Mann, “国家合同与国际仲裁”，《英国国际法年鉴》，第42卷(1967年)，第32页。

²¹¹ 见上文脚注140。在帕涅韦兹斯-萨尔杜提斯基铁路案(见上文脚注32)中，常设国际法院认为，接受《法院规约》第36条第2款的任择条款不构成默示放弃当地补救办法规则

发生有关争端后才缔结的仲裁协定中，比较容易默示放弃当地补救办法。在这种情况下，如果被告国与申诉国在争端所涉国民受到损害后才缔结涉及国民待遇相关争端的仲裁协定，而且协定没有就保留当地补救办法规则作出规定，则可以称说是默示放弃该项规则。

(17) 虽然有人支持一种主张，即被告国在国际诉讼程序中的行为可导致该国不得要求用尽当地补救办法，²¹² 但考虑到国际法中对不容反悔理论尚无定论，委员会不赞成在关于放弃的规则措辞中提及不容反悔。委员会认为，最好是允许将可推定为放弃当地补救办法的行为当作默示放弃。

第四部分

杂项规定

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。

评注

(1) 习惯国际法有关外交保护的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，最终服务于一项共同的目标——保护人权。²¹³ 因此，本条款无意排除或取消受损害人国籍国和国籍国以外的国家根据习惯国际法或者多边或双边人权条约或其他条约保护该人的权利。本条款也无意干涉自然人或其他实体例如非政府组织按照国际法

(正如范艾辛加法官在反对意见里所主张的那样，同上，第35-36页)。

²¹² 见西西里电子公司(西电公司)案(上文脚注140)，第44页，第54段；美国与联合王国希思罗机场使用费仲裁案，1992年11月30日的裁决，《国际仲裁裁决汇编》，第二十四卷，第65页，第6.33段(另见《国际法报告》，第102卷，第216页，详见第285页，第6.33段)；以及福蒂等人案，案情，1982年12月10日的判决，《国际法报告》，第71卷，第366页，详见第380页，第46段。

²¹³ 见关于外交保护的第一次报告(上文脚注16)，特别是第22-32段。

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。

(2) 一国可根据下列文书，在国家间的诉讼中针对受损害人国籍国或第三国保护非本国国民：《公民及政治权利国际公约》（第41条）、《消除一切形式种族歧视国际公约》（第11条）、《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》（第21条）、《欧洲人权公约》（第24条）、《美洲人权公约》（《哥斯达黎加圣何塞公约》）（第45条）和《非洲人权和人民权利宪章》（第47-54条）。上述公约还允许一国在国家间诉讼程序中保护自己的国民。另外，习惯国际法允许国家通过抗议、谈判，并在管辖权文书许可的情况下通过法律程序，保护非本国国民的权利。国际法院在1996年西南非洲案²¹⁴中作出了国家不能提起法律程序来保护非本国国民权利的裁定，这项裁定如今已被视为是一项错误的法律，国际法委员会已在关于国家责任的条款中对其作了明确驳斥。²¹⁵此外，在所违背义务是对整个国际社会承担的义务时，关于国家责任的条款第48条允许由受害国以外的国家援引另一国的责任。²¹⁶

(3) 根据各项国际人权公约，个人也享有保护自己不受损害国损害的权利和补救办法，不论损害国是该个人的国籍国还是另一国。为达到这项目的最经常利用的是向国际人权监测机构请愿的权利。²¹⁷国际法上的个人权利也可在人权框架之外产生。在拉格朗案中，国际法院认为《维也纳领事关系公约》第36条“创立了个人权利，被拘留者的国籍国可根据《任择议定书》第1条在本法院援引这些权利；”²¹⁸在阿韦纳案中，法院进一步指出：

²¹⁴ 西南非洲案，第二阶段，1966年7月18日的判决，《1966年国际法院汇编》，第6页。

²¹⁵ 《2001年……年鉴》，第二卷（第二部分）和更正，第145页（第48条评注，脚注725）。

²¹⁶ 同上，第76段。

²¹⁷ 例如见《公民及政治权利国际公约任择议定书》；《消除一切形式种族歧视国际公约》第14条；《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》第22条。

²¹⁸ 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，详见第494页，第77段。

侵害个人依据第36条享有的权利可能会牵涉对派遣国权利的侵害，对后者权利的侵害也可能牵涉对个人权利的侵害。²¹⁹

已经在关于国家责任的条款内增添了一项保留条款即第33条，以顾及国际法的这一发展。²²⁰

(4) 第17条提及的行动或程序包括根据全球性和区域性人权条约以及任何其他条约可以采取的行动或程序，例如许多保护投资的条约所载行动或程序。但第17条并没有涉及国内补救办法。

(5) 这项条文主要涉及采用外交保护以外的手段保护人权。但这项条的确也涵盖其他事项（例如保护外国投资）方面的条约和习惯规则所给予国家、自然人和其他实体的权利。同样，本套条款草案不妨碍在外交保护以外的程序下存在的这类权利。

(6) 第17条表明，本条款草案不影响国家、自然人或其他实体诉诸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的权利。然而，当一国诉诸此种程序时，它并没有放弃为身为其国民的个人实行外交保护的权利。²²¹

(7) 委员会一位委员认为，按照人权条约所寻求的补救办法属于特别法，优先于按照外交保护所寻求的补救办法。委员会一些委员还表示，第17和第18条应该合并。

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。

²¹⁹ 阿韦纳和其他墨西哥国民案（见上文脚注169），第36页，第40段。

²²⁰ 该条第2款的案文是：“本部分不妨碍任何人或国家以外的实体由于一国的国际责任可能直接取得的任何权利。”（《2001年……年鉴》，第二卷（第二部分），第76段）。

²²¹ 在塞尔牟尼诉法国案（诉请书编号：第25803/94号，1999年7月28日的判决，欧洲人权法院，《判决和决定汇编》（1999-V），第149页中，荷兰作出了干预，支持一名国民在欧洲人权法院提出对法国的控诉。这并不排除荷兰为受损害的个人实行外交保护而提出求偿，假如它愿意这样做的话。

评 注

(1) 外国投资基本上由双边投资条约加以规范和保护。²²² 双边投资条约的数量近年来增长很快, 据估计目前共有约 2000 项这样的条约。双边投资条约的一项重要特点是其解决投资争端的程序。一些双边投资条约规定, 通过诉诸特别法庭, 或诉诸国际投资争端解决中心根据《关于解决国家和他国国民之间投资争端公约》所设立的法庭, 直接解决投资者与所在国之间的投资争端。另一些双边投资条约则规定, 围绕双边投资条约有关规定的解释或适用问题, 通过在投资者(公司或股东)国籍国与东道国之间作出仲裁, 来解决投资争端。双边投资条约和国际投资争端解决中心《公约》所提供的解决争端程序, 对于外国投资者来说提供了较大的便利, 远优于关于外交保护的惯例国际法制度, 因为这些程序使投资者能够直接诉诸国际仲裁, 并且避免了外交保护的裁量性所固有的政治不确定性。

(2) 如果援引了双边投资条约或国际投资争端解决中心《公约》所提供的解决争端程序, 那么在大多数情况下, 外交保护便被排除在外。²²³

(3) 第 18 条表明, 本条款草案不适用于双边或多边投资条约所规定的特别的替代性外国投资者保护制度, 但第 18 条也承认, 某些条约并不完全排除诉诸外交保护的行为。因此, 案文所用的措辞是, 本条款草案“在……也仅在”与双边投资条约不符的情况下不适用。在本条款草案与有关双边投资条约一致的情况下, 本条款草案继续适用。

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时, 为受害船员, 不论其国籍, 寻求补救而受到影响。

²²² 国际法院在巴塞罗那电车公司案(第二阶段, 决定(见上文脚注 40), 第 47 页, 第 90 段)中承认了这一点。

²²³ 国际投资争端解决中心《公约》第 27 条第(1)款规定:“缔约国对于它本国的一名国民和另一缔约国根据本公约已同意交付或已交付仲裁的争端, 不得给予外交保护或提出国际要求, 除非该另一缔约国未能遵守和履行对此项争端所作出的裁决。”

评 注

(1) 条款草案第 19 条的目的是确认船员的一个或多个国籍国有权为船员实行外交保护, 同时也承认, 船舶的国籍国也有权在船员因国际不法行为给船舶造成损害而受到伤害时为他们寻求补救, 而不论其国籍为何。有必要确认船员的国籍国有权为他们实行外交保护, 从而排除一种暗示, 即这项权利已经被船舶国籍国的权利所取代。同时, 也有必要承认, 船舶的国籍国有权为全体船员寻求救济。虽然由于船舶的船旗国与全体船员之间缺乏国籍联系, 故不能称之为外交保护, 但这种保护与外交保护之间仍然存在着紧密的相似性。

(2) 国家实践、司法裁定和国际法专家的著述²²⁴ 在某种程度上支持船舶的国籍国(船旗国)可以为船舶上不具有该国国籍的船员寻求补救这一立场。也有政策考虑支持这种做法。

(3) 国家实践主要来自美国。根据美国法律, 外国海员在美国船舶上供职时有权受到美国的保护。美国的观点是, 一名海员一旦成为一艘船舶的船员, 唯一相关的国籍就是船旗国的国籍。²²⁵ 在美国船舶上供职的外国人所具有的这一独特地位在美国的外交信件和领事规定中历来得到重申。²²⁶ 但是, 连美国在 2003 年 5 月 20 日致国际法委员会的信件中,²²⁷ 也对这一做法是否能够证明存在着习惯规则提出了疑问。

(4) 国际仲裁裁决在国家向非国民海员提供保护的權利问题上尚无定论, 但倾向于支持而不是反

²²⁴ 见 H. Myers, 《船舶的国籍》, 海牙, 马蒂努斯·奈霍夫出版社, 1967 年, 第 90-107 页; R. Dolzer, “外国人的外交保护”, 载于 R. Bernhardt (编辑), 《国际公法百科全书》, 第 1 卷, 阿姆斯特丹, 爱思唯尔出版公司, 1992 年, 第 1067 页; 以及 I. Brownlie, 《国际公法原则》, 第 6 版, 牛津大学出版社, 2003 年, 第 460 页。

²²⁵ 见罗斯案, 《美国最高法院判例汇编》, 第 140 卷(1911 年), 第 453 页。

²²⁶ 见哈克沃思, 同前(上文脚注 127), 第三卷, 第 418 页和第四卷, 第 883-884 页。

²²⁷ 这一信件由联合国法律事务厅编纂司收存。美国在信件里大量援引了 A. Watts 的一篇评论文章, “外国船员的保护”, 《国际法和比较法季刊》, 第 7 卷(1958 年), 第 691 页。

对这项权利。在麦格里迪案中，首席仲裁员爱德华·桑顿爵士认为：

海员在悬挂非本国国旗的海军船只或商船上供职，供职期间有权获得其所服务之国旗国的保护。²²⁸

“孤独号”案²²⁹的起因是一艘加拿大船只被美国海岸警卫队击沉，在该案中，加拿大政府成功地代表三名非国民船员提出赔偿要求，认为在代表船舶提出求偿时，就求偿而言，全体船员应被视为具有与船舶相同的国籍。在伤害赔偿案的咨询意见中，两名法官在其个别意见中接受了国家对外国船员实行保护的权利。²³⁰

(5) 1999年，海洋法法庭对“赛加羚羊号”案²³¹作出的裁决虽然不很明确，但对船旗国为非国民船员寻求救济的权利表示支持。在该案中，争执的起因是“赛加羚羊号”轮在向几内亚沿岸的渔船供应燃油时，遭到几内亚的逮捕和扣押。“赛加羚羊号”轮是在圣文森特和格林纳丁斯（“圣文森特”）注册的，其船长和船员为乌克兰国民。逮捕时，船上还有三名塞内加尔工人。几内亚在实施逮捕后扣押了船舶和船员。在海洋法法庭举行的诉讼程序中，几内亚反对受理圣文森特的求偿，理由之一是受害船员不是圣文森特国民。海洋法法庭驳回了这一求偿的可受理性提出的质疑，认为几内亚逮捕并扣押船舶及其船员，侵犯了圣文森特的权利。海洋法法庭命令几内亚针对“赛加羚羊号”所受损失及船员所受伤害向圣文森特作出赔偿。

(6) 尽管海洋法法庭主要将这项争议视为关于对圣文森特的直接损害的争议，²³²但法庭的推理表明，法庭还认为该事项涉及某种类似外交保护的內

²²⁸ 麦格里迪（美国）诉墨西哥案，J.B. Moore,《国际仲裁》，第3卷，第2536页。

²²⁹ “孤独号”案（加拿大诉美国），《国际仲裁裁决汇编》，第三卷，第1609页。

²³⁰ 对执行联合国职务时所受伤害的赔偿案（见上文脚注29），第202-203页（哈克沃思法官）和第206-207页（巴达维·帕夏法官）。

²³¹ “赛加羚羊号”轮案（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10页。

²³² 同上，第45-46页，第98段。

容。几内亚对关于船员的求偿的可受理性明确表示反对，理由是求偿构成了一种对非圣文森特国民提供外交保护的权利要求。²³³ 圣文森特也明确坚持认为，该国无权向悬挂该国国旗船只的船员提供保护，而“不论其所属国籍”。²³⁴ 海洋法法庭驳回了几内亚的反对意见，表示《联合国海洋法公约》的若干相关条款，包括第292条，没有将船旗国的国民与非国民加以区分。²³⁵ 法庭强调指出：

船只、船只上的每一物件以及参与船只操作或与船只操作有关的每个人，均被视为与船旗国有关联的实体。这些人的国籍并不相干。²³⁶

(7) 对于允许船旗国为船舶的船员寻求救济，存在着令人信服的政策理由。海洋法法庭在“赛加羚羊号”案中对这一点予以承认，当时法庭提请注意“船舶船员的组成具有短暂和多国籍的特性”，并表示：

大型船只的船员可能由属于若干国籍的人员组成。假如每名受伤害者都必须向其国籍国寻求保护，就会随之带来过度的困难。²³⁷

不应忽视与提出赔偿要求有关的实际考虑因素。与要求所有船员的国籍国代表其国民分别求偿相比，由一个国家为全体船员寻求救济则更容易，也更有效率。

(8) 对于船旗国为船员寻求救济的权利，人们给予了相当大的合理的支持。但不能将之归类为外交保护，也不应认为它取代了外交保护。在委员会看来，国籍国的外交保护与船旗国为船员寻求救济的权利都应得到承认，对这两种保护应一视同仁。船员往往面对着来自船旗国的困难，例如工作条件差，或来自第三国的困难，例如在船只被扣押时。在这种情况下，他们应获得国际法所能提供的最大限度的保护。

²³³ 同上，第47页，第103段。

²³⁴ 同上，第104段。

²³⁵ 同上，第47-48页，第105段。

²³⁶ 同上，第48页，第106段。

²³⁷ 同上，第107段。

第五章

国际组织的责任

A. 导言

61. 委员会2000年第五十二届会议决定将“国际组织的责任”专题列入委员会长期工作方案。²³⁸ 大会2000年12月12日第55/152号决议第8段表示注意到委员会在长期工作方案方面的这项决定，还注意到了委员会向大会提交的第五十二届会议工作报告所附的这项新专题的提纲。大会2001年12月12日第56/82号决议第8段请委员会开始进行“国际组织的责任”专题的工作。

62. 委员会在2002年第五十四届会议上决定将这项专题列入工作方案，并任命乔治·加亚先生担任该专题特别报告员。²³⁹ 在同届会议上，委员会设立了一个专题工作组。²⁴⁰ 该工作组在其报告²⁴¹中简要审议了这项专题的范围，这一新项目与委员会第五十三届会议通过的国家对国际不法行为的责任条款草案²⁴²的关系、归属问题、与成员国对归于国际组织的行为的有关的问题，以及与国际责任的内容、责任的履行和争端的解决有关的问题。在第五十四届会议结束之前，委员会通过了工作组的报告。²⁴³

63. 委员会2003年第五十五届会议收到特别报告员的第一次报告，²⁴⁴ 该报告提出了条款草案第1至第3条，内容涉及条款草案的范围、用语以

及一般原则。在同一届会议上，委员会审议了这些条款草案并将这些草案提交给了起草委员会。委员会在2003年7月16日举行的第2776次会议上审议并通过了起草委员会关于条款草案第1、第2和第3条的报告。

B. 本届会议审议本专题的情况

64. 委员会本届会议收到特别报告员的第二次报告(A/CN.4/541)。

65. 特别报告员的第二次报告述及将行为归于国际组织的问题，为此他提出了四项条款草案：第4条（将行为归于一国际组织的一般规则）、²⁴⁵ 第5条（一国或一国际组织交由另一国际组织支配的机关的行为）、²⁴⁶ 第6条（逾越权限或违背指示）²⁴⁷ 和第7条（经一国际组织确认并当作为本身行为的

²⁴⁵ 条款草案第4条案文如下：

“第4条 将行为归于一国际组织的一般规则

1. 一国际组织中的一个机关、其一名官员或受委托行使该组织部分职能的其他人的行为，依国际法应视为该组织的行为，不论该机关、官员或人在该组织结构中的地位如何。

2. 前一款所述的机关、官员和人是指根据该组织的规则如此定性的机关、官员和人。

3. 为了本条的目的，‘组织的规则’具体是指组成文书、按照这些组成文书通过的[决定和决议][组织的文件]和该组织[已确立的][普遍接受的]的惯例。”

²⁴⁶ 条款草案第5条案文如下：

“第5条 一国或一国际组织交由另一国际组织支配的机关的行为

一国的机关或一国际组织的机关被交由另一国际组织支配，以履行后一国际组织的一项职能，该机关的行为依国际法应视为后一国际组织的行为，只要该组织对该机关的行为行使有效控制。”

²⁴⁷ 条款草案第6条案文如下：

“第6条 逾越权限或违背指示

机关、官员或经授权行使组织部分职能的其他人，若以此种资格行事，即使逾越权限或违背指示，其行为仍应视为国际法所指的组织行为。”

²³⁸ 《2000年……年鉴》，第二卷（第二部分），第729段。

²³⁹ 《2002年……年鉴》，第二卷（第二部分），第461和第463段。

²⁴⁰ 同上，第462段。

²⁴¹ 同上，第465-488段。

²⁴² 见上文脚注4。

²⁴³ 《2002年……年鉴》，第二卷（第二部分），第464段。

²⁴⁴ 《2003年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/532号文件。

行为)。²⁴⁸ 这些条款相当于国家对国际不法行为的责任条款草案第一部分第二章。²⁴⁹ 那一章包含了与归属问题有关的八项条文,但与国际组织有关的归属问题只需要四项条文草案。特别报告员指出,虽然将行为归于国家方面的某些问题也相应地适用于将行为归于国际组织,或有相似的适用,但另一些问题只与国家有关,只可在例外情况下适用于国际组织。

66. 特别报告员还指出,应委员会建议,²⁵⁰ 秘书处将委员会提交大会的本届会议工作报告中的有关章节发给了各国际组织,请它们提出意见并向委员会提供任何有关材料。大会2003年12月9日通过的第58/77号决议第5段也发出了类似请求。该决议还请各国提供关于其有关实践的资料。特别报告员说,除个别答复值得注意外,收到的答复相对于已经公布的材料而言,没有增加多少新内容。他希望,随着委员会继续讨论这项专题,各国际组织及各国会提供进一步的资料,以便使委员会的研究更贴近实际,进而更加有用。

67. 委员会于2004年5月18日至25日举行的第2800至第2803次会议上审议了特别报告员的第二次报告。

68. 委员会于2004年5月25日举行的第2803次会议上将条款草案第4至第7条转交起草委员会。

69. 委员会于2004年6月4日举行的第2810次会议上审议并通过了起草委员会关于条款草案第4至第7条的报告(见下文C.1节)。

70. 委员会于2004年8月3日举行的第2826至第2827次会议上通过了上述条款草案的评注(见下文C.2节)。

C. 委员会迄今为止暂时通过的国际组织的责任条款草案案文

1. 条款草案案文

71. 委员会迄今为止暂时通过的国际组织的责任条款草案案文载录如下。

国际组织的责任

第1条²⁵¹ 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一不法行为负有的国际责任。

2. 本条款草案还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。

第2条²⁵² 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。国际组织的成员除了国家以外,还可包括其他实体。

第3条²⁵³ 一般原则

1. 一国际组织的每一国际不法行为引起该国际组织的国际责任。

2. 在下列情况下,一国际组织有国际不法行为:

(a) 由作为或不作为构成的行为依国际法可归于该国际组织;

(b) 该行为构成对该国际组织国际义务的违反。

第4条²⁵⁴ 将行为归于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。

²⁴⁸ 条款草案第7条案文如下:

“第7条 经一国际组织确认并接受为本身行为的行为

按照前述各条款不归于国际组织的行为,在并且只在该国际组织确认并接受为其本身行为的情况下,依国际法视为该国际组织的行为。”

²⁴⁹ 《2001年……年鉴》,第二卷(第二部分)和更正,第30-31页。

²⁵⁰ 见《2002年……年鉴》,第二卷(第二部分),第464-488段和《2003年……年鉴》,第二卷(第二部分),第23页,第52段。

²⁵¹ 本条的评注,见《2003年……年鉴》,第二卷(第二部分),第四章,C.2节,第24-25页,第54段。

²⁵² 同上。

²⁵³ 同上。

²⁵⁴ 本条评注见下文C.2节。

2. 为第1款的目的,“代理人”一词包括替该组织行事的官员和其他人或实体。²⁵⁵

3. 为确定该组织的机关和代理人的职能,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:该组织的组成文书、依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。²⁵⁶

第5条²⁵⁷ 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,如该组织对该行为行使有效控制。

第6条²⁵⁸ 逾越权限或违背指示

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。

第7条²⁵⁹ 被国际组织承认并当作自身行为的行为

按照前述各条草案不能归于一国际组织的行为,在并且只在该组织承认此行为并当作自身行为的情况下,依国际法应视为该组织的行为。

2. 委员会第五十六届会议通过的条款草案案文及其评注

72. 委员会第五十六届会议通过的条款草案案文及其评注载录如下。

把行为归于国际组织²⁶⁰

(1) 本条款草案第3条第2款规定:依国际法把行为归于一国际组织是该国际组织出现国际不法行为的一种情况,另一种情况是同一行为构成对该国际组织依国际法所承担之义务的违背。随后第4至

²⁵⁵ 以后可以重新考虑第2款的位置,以期最终把所有术语的定义放在第2条。

²⁵⁶ 以后可以重新考虑第4款的位置,以期最终把所有术语的定义放在第2条。

²⁵⁷ 本条评注见下文C.2节。

²⁵⁸ 同上。

²⁵⁹ 同上。

²⁶⁰ 委员会或起草委员会尚未通过该标题。

第7条处理了把行为归于一国际组织的问题。正如第3条第2款中所述,行为是指作为和不作为。

(2) 正如第3条评注第(1)段中所说明的,在某些情况下,不把行为归于一国际组织,也会引起该国际组织的责任。²⁶¹ 在这些情况下,行为会归于一国或另一国际组织。在后一种情况下,把行为归于一国际组织的规则也与之相关。

(3) 与关于国家对国际不法行为的责任条款草案²⁶²第4至第11条一样,本条款草案第4至第7条处理的是行为的归属,而不是责任的归属。实践通常把重点放在责任的归属,而不是行为的归属。对好几项法律文书来说,也是这样。例如,《联合国海洋法公约》附件九在要求各国际组织及其成员国就《公约》所涉及的事项申报其各自的权限以后,就在附件第6条中审议了责任归属问题:

依本附件第5条具有权限的缔约国对未能遵守义务或侵犯本《公约》的任何其他行为负有责任。

不一定暗含把行为归于有责任的缔约国的意思。

(4) 虽然在实践中不经常发生,还是不能排除行为的双重、甚或多重归属的情况。因此,把若干行为归于某一国际组织并不意味着不能把同一行为归于一国,反之,也不能排除在把行为归于一国以后又把同一行为归于一国际组织的情况。人们也可能设想把行为同时归于两个或两个以上国际组织的情况,例如,当这些组织设立了一个共同机关而通过这个机关采取行动的情况。

(5) 正如二读时对国家责任条款所做的,本条款只提供了正面的归属标准。因此,本条款不指向不能把行为归于该组织的情况。例如,条文中没有明言而只是暗指:安全理事会授权国家或国际组织在将这些部队与联合国联系一起的指挥链范围以外采取必要措施时,不能把国家或国际组织的军事力量的行为归于联合国。联合国维持和平行动部外地

²⁶¹ 《2003年……年鉴》,第二卷(第二部分),第四章,C.2节,第27页,第54段。

²⁶² 见上文脚注249。

行政和后勤司司长最近在给比利时常驻联合国代表的一封信中，就索马里发生的一起车祸引起的索赔表明了那个很少引起争议的观点，其措辞如下：

特遣队不归联合国指挥，本组织历来拒绝承担为这些部队事故提出的索赔的赔偿责任。²⁶³

(6) 本条款草案第4至第7条考虑了国家对国际不法行为的责任条款草案第4至第11条中与国家有关的大多数问题。但是，目前条款中没有任何案文适用于关于国家责任的第9和第10条中处理的问题。下文一些条文涉及官方当局不存在或不在场的情况下所进行的行为，并且分别提到叛乱运动或其他运动的行为。在国际组织方面，这些情况不可能发生，因为它们预先假定：行为所归于的实体行使着对领土的控制。虽然人们可能找到某一国际组织管理领土的一些事例，²⁶⁴ 但任何上述问题在这方面成为相关问题的可能性看来过于微小，没必要专门设立一项条款。但是，据理解，如果在国际组织方面仍然发生这种问题，人们就必须通过类比方式对该组织适用对国家适用的相关规则，即国家对国际不法行为的责任条款草案第9或第10条。

(7) 一些实践处理了把行为归于国际组织的问题，但是被用于处理民事责任问题，而不是国际不法行为的责任问题。但是，若说明或适用某项标准不是为了认定它只与审议中的特定问题有关，为了依国际法确定行为归属的目的，上述实践仍然有关。

第4条 将行为归于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”一词包括替该组织行事的官员和其他人或实体。

²⁶³ 未发表的1998年6月25日的信件。

²⁶⁴ 例如，根据安全理事会1999年6月10日第1244(1999)号决议，其中授权“秘书长在有关国际组织的协作下，在科索沃设立国际民事存在，以便在科索沃建立一个临时行政当局……”。

3. 为确定该组织的机关和代理人的职能，适用该组织的规则。

4. 为本条款草案的目的，“该组织的规则”具体是指：该组织的组成文书、依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。

评注

(1) 根据关于国家对国际不法行为的责任的第4条，²⁶⁵ 把行为归于一国基本上是以作为代理人或实体的“国家机关”的特性为前提的。但是，正如本评注所澄清的，²⁶⁶ 确定归属很难依赖有关国家国内法中特定术语的使用。在与国际组织有关的相应的法律系统方面，可以作类似论证。

(2) 值得注意的是，虽然《联合国宪章》的一些规定使用“机关”的术语，²⁶⁷ 国际法院在审议代理联合国行事的人的地位时，只认定联合国的机关赋予某一个人职务的事实是相关的。法院使用了“代理人”一词，并没有认定该人有或没有官方身份的事实。国际法院在关于损害赔偿案的咨询意见中指出，大会所处理的问题涉及联合国在一代理人受伤时提出索赔的能力，并且说：

法院非常宽泛地理解“代理人”一词，也就是说此人是该组织的一个机关委托履行或协助履行它的一项职能的任何人，无论是否向他支付薪酬，也无论是否予以长期雇用——简而言之，就是替该组织行事的任何人。²⁶⁸

法院在随后关于《联合国特权和豁免公约》第六条第二十二节的适用案的咨询意见中指出：

²⁶⁵ 《2001年……年鉴》，第二卷（第二部分）和更正，第30页。

²⁶⁶ 同上，第45-47页。

²⁶⁷ 《联合国宪章》第七条提到“主要机关”和“辅助机关”。后一用语也出现在《宪章》第二十二和第三十条中。

²⁶⁸ 对执行联合国职务时所受伤害的赔偿案（见上文脚注29），第177页。

在实践中,根据秘书长提供的资料,联合国需要将性质越来越不同的各种任务交给不具有联合国官员身份的人员。²⁶⁹

关于特权和豁免,法院还在同一项咨询意见中指出:

此事的实质不在于其行政职务,而在于其任务的性质。²⁷⁰

(3)最近,法院在关于人权委员会特别报告员享有法律程序豁免的争议案的咨询意见中指出:

享有法律程序豁免问题不同于对因联合国或其官员身份行事的代理人所实施的行为而造成的损害给予赔偿的问题。²⁷¹

法院还在同一项咨询意见中扼要谈到行为的归属问题,指出如果:

……因联合国或其官员身份行事的代理人所实施的行为而造成损害,可要求联合国对由此产生的损害负责。²⁷²

因此,法院认为,联合国的行为除包括其主要机关和辅助机关的行为外,还包括其“代理人”的作为或不作为。“代理人”这一用语不仅指联合国官员,而且指根据联合国的一个机关赋予的职能而为联合国行事的其他人员。

(4)国际法院有关联合国的评论可更广泛地适用于各国际组织,而大多数国际组织是通过其机关(无论是否如此界定)和受委托行使该组织职能的各种代理人行事的。正如瑞士联邦委员会在1996年10月30日的一项裁定中指出的那样:

一般来说,人们可以将国际组织各种级别和各种性质的机关及其代理人在行使职权时的作为和不作为归属该国际组织。²⁷³

(5)机关和代理人之间的区别看来与把行为归于一国际组织的目的无关。机关和代理人的行为都归于该组织。当人或实体按照该组织的规则被定性为机关时,无疑这些人或实体的行为原则上必须归于该组织。代理人的类别比较难于捉摸。因此,为了确定行为的归属,提供代理人的定义是有用的。第2款中的定义是以损害赔偿案咨询意见中的上述措辞为依据的。²⁷⁴正如法院接着指出的,与一个人被视为代理人有关的不是该人作为官员的特性,而是他/她“替[该组织]行事”的事实。²⁷⁵

(6)为了确定行为归属的目的,人或实体的法律性质也不是决定性的。机关和代理人不一定是自然人。他们可以是替该组织行事的法人或其他实体。因此,本条草案第2款指明:“‘代理人’一词包括‘包括替该组织行事的官员和其他人或实体’。”

(7)第1款中提到机关或代理人“履行该机关或代理人的职务”这一事实,是为了指明,当该机关或代理人履行被赋予的职能时,该行为归于该国际组织,当该机关或代理人以私人身份行事时,绝对不能把行为归于该组织。下文第6条载述了越权行为的归属问题。

(8)根据国家对于国际不法行为的责任条款草案第4条第1款,在把一机关的行为归属一国家时,“无论该机关行使立法、行政、司法职能,还是任何其他职能,无论在国家组织中具有何种地位,也无论它作为该国中央政府机关或一领土机关而具有何种特性”。²⁷⁶后一种特别说明也许不能适用于国

²⁶⁹ 《联合国特权和豁免公约》第六条第二十二节的适用案,咨询意见,《1989年国际法院汇编》,第177页,详见第194页,第48段。

²⁷⁰ 同上,第47段。

²⁷¹ 关于人权委员会特别报告员享有法律程序豁免的争议案,咨询意见,《1999年国际法院汇编》,第62页,详见第88页,第66段。

²⁷² 同上,第88-89页,第66段。

²⁷³ 英文本是从法文翻译过来的,法文原文是:“*En règle générale, sont imputables à une organisation internationale les actes et omissions de ses organes de tout rang et de toute nature et de ses agents dans l'exercice de leurs compétences.*” (VPB 61.75号文件,发表于瑞士联邦网站:www.vpb.admin.ch)。

²⁷⁴ 对执行联合国职务时所受伤害的赔偿案(见上文脚注29)。

²⁷⁵ 同上,第177页。

²⁷⁶ 《2001年……年鉴》,第二卷(第二部分)和更正,第30页。另见相关评注第(6)-(7)段(同上,第46-47页)。

际组织。其他要素可予以保留，但最好用更简洁的措辞加以概括，这也是因为虽然可要求所有国家履行上述的全部职能，但在这方面，各组织的情况差别很大。因此，第1款只说明“无论该机关或代理人相对于该组织而言具有何种地位。”

(9) 有关国际组织确定将何种职能委托给每一机关或代理人。通常这是按照第3款中所指明的“组织的规则”办理的。第3款所用措辞不让组织规则的适用成为唯一标准，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。

(10) 第4款中“组织的规则”的定义在很大程度上从属于1986年《维也纳公约》中所载同一术语的定义。²⁷⁷除了在职裁上作了微小改动以外，第4款中的定义与编纂公约中所载的不一样，只因为它连同“决定”和“决议”提到“该组织……通过的其他文件”。这一增添是为了更加全面地涵盖国际组织所通过的多种文件。为了第4条的目的，只要根据该组织的组成文书赋予各机关或代理人职能，那些决定、决议和其他文件就都是有关的，无论它们被视为有否拘束力。后面几项文书在提到时都使用了复数，始终与示范条款的措辞方式一致，不过，某一组织可能的确拥有单一的组成文书。

(11) 第4款中所通过的“组织的规则”有一项重要特点，那就是它对惯例相当重视。这项定义似乎在组成文书所载列的、为成员国所正式接受的规则与有关组织作为一机构有必要取得发展两者之间达到了平衡。正如国际法院在损害赔偿案的咨询意见中所说：

国家具有国际法所确认的全部国际权利和义务，但像本组织这样的实体的权利和义务则必须取决于其组成文件所具体说明和暗示的、以及在实践中演变而成的宗旨和职能。²⁷⁸

(12) 国家对国际不法行为的责任条款草案第5条²⁷⁹涉及“行使政府权力要素的个人或实体的行为”。这个术语对于国际组织来说通常并不适当。人们可能必须用不同的方式来表示某一实体与某一国际组织之间可能有的联系。但是，在本条款中增添一项规定，以便纳入相应于国家对国际不法行为的责任条款草案第5条所设想的那种情况中的人或实体，却是多余的。“代理人”一词在第2款中具有广泛的含义，足可涵盖上述的人或实体。

(13) 对于国家对国际不法行为的责任条款草案第8条²⁸⁰中所指的人或人群，可以得出同样的结论。这项规定涉及实际上按照一国的指示或在其指挥或控制下行事的人或人群，如果换作是人或人群按照一国际组织的指示或在其指挥或控制下行事，根据条款草案第4条第2款中所下定义，必须把他们视为代理人。如同上文（本评注第9段）所指出的，在例外情况下，为了确定行为的归属，应该把人或实体视为受到委托行使该组织的职能，即使这并不是根据该组织的规则办理的。

(14) 第2和第4款载有一些定义，是为了第4条的目的而明文规定的，却具有更加广泛的含义。例如，“代理人”一词也出现于第5和第6条中，并且明确地保留着同样含义。同样，“组织的规则”虽然在第6和第7条中未被提及，但在一定程度上也与这些规定有关（见下文第6条评注第(2)和第(5)段及第7条评注第(5)段）。条款草案的另外一些条文可能会提到“代理人”或“组织的规则”。这种情况使得在一读的稍后阶段将目前第4条第2和第4款移到第2条（用语）显得更为可取，²⁸¹只需对措辞作出必要的更改即可。

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，其行为依国际法应该视为

²⁷⁷ 第2条第1款(j)项规定“‘组织的规则’特别指该组织的组成文书、按照这些文书通过的决定和决议以及确立的惯例。”

²⁷⁸ 对执行联合国职务时所受伤害的赔偿案（见上文脚注29），第180页。

²⁷⁹ 《2001年……年鉴》，第二卷（第二部分）和更正，第30页。

²⁸⁰ 同上。

²⁸¹ 《2003年……年鉴》，第二卷（第二部分），第四章，C节，第23页。

后一国际组织的行为，如该组织对该行为行使有效控制。

评注

(1) 当一国机关交由一国际组织支配时，该机关可能完全接受该组织调派。在这种情况下，该机关的行为将明确地只归于该接收组织。当一国际组织的机关或代理人完全接受另一组织的调派时，可以适用同样的因果关系。在这种情况下，便可适用第4条中载述的一般规则。第5条处理不同的情况，被借调的机关或代理人仍然在一定程度上作为借出国的机关或作为借出组织的机关或代理人行事。例如，一国把军事特遣队交由联合国在维持和平行动中调派任务便属于这种情况，因为该国对其国家特遣队成员仍保留纪律权力和刑事管辖权。²⁸² 在这种情况下，会出现是否应该把借调机关或代理人的特定行为归于接收组织或借出国或借出组织的问题。

(2) 借出国或借出组织可以就将一机关或代理人交由另一组织调遣事宜与接收组织缔结一项协定。这项协定可以规定哪一国或组织应该对该机关或代理人的行为负责。例如，根据与联合国一会员国交由联合国调遣的军事特遣队有关的捐助协定范本，联合国被视为对第三方负有责任，但在“损失、损坏、死亡或伤害[是因为]政府提供的人员的严重疏忽或蓄意失职”等情况下，联合国有权向派遣国提出追偿。²⁸³ 该协定似乎只处理分担责任事宜，而不涉及行为的归属。总之，这种协定是非决定性的，因为它只制约派遣国或派遣组织与接收组织之间的关系，因此，无法剥夺第三方根据一般规则对责任国或责任组织所拥有的任何权利。

(3) 把行为归于派遣国或派遣组织或归于接收组织的标准，根据第5条，以对交由接收组织调遣的机关或代理人的具体行为的实际控制为依据。国家对国际不法行为的责任条款草案第6条采取了类似的处理方式，不过措辞有所不同。根据后一条

²⁸² 通常在联合国与派遣国缔结的协定中明文规定这一点。见秘书长关于联合国维持和平行动的指挥和控制的报告(A/49/681)，第6段。

²⁸³ 《捐助协定范本》第9条(A/50/995，附件；A/51/967，附件)。

文，重要的是“机关……为行使支配国的政府权力要素而行事”。²⁸⁴ 但是，国家对国际不法行为的责任条款草案第6条的评注解说明：要把行为归于接收国，它必须是“根据其唯一的指挥和控制，而不是按照派遣国的指示”。²⁸⁵ 总之，不能在这里复制第6条的措辞，因为“行使政府权力要素”的提法对国际组织不合适。

(4) 对于国家来说，控制的存在历来主要是结合人或人群的行为，尤其是非正规军的行为是否可归于国家这一问题来讨论的。²⁸⁶ 在把一机关或代理人交由一国际组织调遣的情形下，控制起到不同的作用。它不涉及某一行为是否可归于一国或一国际组织的问题，而是可将行为归于哪一实体（派遣国或派遣组织或接收组织）的问题。

(5) 联合国认为原则上它对维持和平部队中国家特遣队的部署拥有唯一的控制。由于这项前提，联合国法律顾问说：

作为联合国的一个辅助机关，一支维持和平部队的行为，从原则上说，可归属本组织，如果实施此种行为违反了国际义务，就会引起本组织的国际责任及其赔偿责任。²⁸⁷

这项声明总结了联合国关于联合国刚果行动（联刚行动）、²⁸⁸ 联合国驻塞浦路斯维持和平部队（联塞部队）²⁸⁹ 和后来的维持和平部队的做法。²⁹⁰

²⁸⁴ 《2001年……年鉴》，第二卷（第二部分）和更正，第30页。

²⁸⁵ 第6条评注第(2)段（同上，第50页）。

²⁸⁶ 见国家对国际不法行为的责任条款草案第8条及其评注（同上，第54-56页）。

²⁸⁷ 2004年2月3日联合国法律顾问给编纂司长的未发表的信。

²⁸⁸ 见联合国与比利时（联合国，《条约汇编》，第535卷，第7779号，第191页）、希腊（同上，第565卷，第8230号，第3页）、意大利（同上，第588卷，第8525号，第197页）、卢森堡（同上，第585卷，第8487号，第147页）以及瑞士（同上，第564卷，第621号，第193页）等国缔结的赔偿协定。

²⁸⁹ 联合国，《1980年法律年鉴》[英]（出售品编号：E.83.V.1），第184-185页。

²⁹⁰ 见《秘书长关于联合国维持和平行动经费的筹措的报告》(A/51/389)，第7-8段。

(6) 在目前情形下, 由于派遣国保留对纪律事项和刑事事务的控制, 涉及维和部队的实践特别重要。²⁹¹ 这可能对行为的归属会有影响。例如, 联合国法律事务厅在遵守1973年《濒危野生动植物种国际贸易公约》所规定义务方面采取了下列方针:

由于《公约》要求缔约国承担执行规定的责任, 还由于部队派遣国保留对其军事人员的刑事行为的管辖权, 执行《公约》规定的责任由作为《公约》缔约国的部队派遣国承担。²⁹²

将行为归于派遣国显然与该国对其国家特遣队保留一些权力从而在有关方面拥有控制权有关。

(7) 正如若干学者历来所认为的那样,²⁹³ 当一机关或代理人被交由一国际组织调遣时, 与特定行为归属有关的关键问题似乎是谁对有关行为具有有

效控制。例如, 在诸如为调查第二期联合国索马里行动(第二期联索行动)人员受到武装攻击事件而设立的调查委员会报告所述情况下, 就很难将部队的行为归于联合国:

第二期联索行动部队指挥官没有有效地控制若干国家的特遣队, 他们在执行部队指挥部命令之前不同程度地坚持征求其本国当局的命令。

在联合国的旗帜下和在联索行动任务范围内进行的许多大型行动完全不在联合国的指挥和控制之下, 即使对联索行动的任务及其人员的安全发生重大的影响。²⁹⁴

(8) 联合国秘书长认为, “有效控制的程度”这项标准对联合行动最为关键:

联合国对于联合国部队与作战有关活动负有国际责任的前提是, 所涉行动应完全在联合国的指挥和控制下。[……]在联合行动中, 部队行为的国际责任在于根据确定提供部队的国家与联合国之间合作方式的安排赋予行动的指挥及控制。在联合国与部队提供国之间没有正式安排的情况下, 则根据双方在进行行动中所行使的有效控制程度个别确定责任。²⁹⁵

在涉及第二期联索行动和索马里快速反应部队等联合军事行动中所认定的论点应该也适用于维持和平行动, 只要能够在其彼此关系中辨别分别属于联合国和派遣国的有效控制区。虽然为了军事行动的效率, 联合国坚持要求对维持和平部队的唯一的指挥和控制, 这是可以理解的, 但在这个方面, 行为的归属也应该以实际标准为依据。

(9) 适用于维持和平部队的原则可延伸到交由联合国支配的其他国家机关, 如救灾股, 对此, 联合国秘书长写到:

在新德里举行的第七十届会议报告》, 伦敦, 2002年, 第797页)。

²⁹⁴ S/1994/653, 第243-244段。

²⁹⁵ A/51/389, 第17-18段。

²⁹¹ 见上文, 本条款草案评注第(1)段和脚注282。

²⁹² 联合国,《1994年法律年鉴》(出售品编号: E.00.V.8), 第450页。

²⁹³ 见 J. P. Ritter “有关国际组织的外交保护”, 《法国国际法年鉴》, 第8卷(1962年), 第427页及以下各页, 详见第442页; R. Simmonds, 《联合国刚果军事行动产生的法律问题》, 海牙, 马蒂努斯·奈霍夫出版社, 1968年, 第229页; B. Amrallah, “联合国对于联合国维和部队开展的活动所负的国际责任”, 《埃及国际法评论》, 第32卷(1976年), 第57页及以下各页, 详见第62-63页和第73-79页; E. Butkiewicz, “政府间组织的国际责任的前提条件”, 《波兰国际法年鉴》, 第11卷(1981-1982年), 第117页及以下各页, 详见第123-125页和第134-135页; M. Pérez González, “Les organisations internationales et le droit de la responsabilité”, 《国际公法综述》, 第92卷(1988年), 第63页及以下各页, 详见第83页; M. Hirsch, 《国际组织对第三方的责任》, 多德雷赫特, 马蒂努斯·奈霍夫出版社, 1995年, 第64-67页; C. F. Amerasinghe, 《国际组织的国际法原则》, 剑桥大学出版社, 1996年, 第241-243页; P. Klein, 《国际组织在国内法律秩序和国际法中的责任》, (布鲁塞尔, 布瑞朗出版社/法国大学出版社, 1998年), 第379-380页; I. Scobbie, “国际组织与国际关系”, 载于 R.-J. Dupuy (编辑), 《国际组织手册》, 第2版, 多德雷赫特, 马蒂努斯·奈霍夫出版社, 1998年, 第891页; C. Pitschas, 《欧洲共同体及其成员国的国际责任》, 柏林, 邓科尔和翰布洛出版社, 2001年, 第51页; 以及 J.-M. Sorel, “联合国在维和行动中的责任”, 《国际法论坛》, 第3卷, 第2期(2001年), 第127页及以下各页, 详见第129页; 一些作者提到“有效控制”, 另一些作者提到“行动控制”。Bothe 也使用了后一种观念(见 M. Bothe, 《国际组织的部队》, 科隆/柏林, 海曼出版社, 1968年, 第87页)。Condorelli 着重指出难于在行动控制与组织控制之间划定一条界线(L. Condorelli, “Le statut des forces de l'ONU et le droit international humanitaire”, 《国际法杂志》, 第78卷(1995年), 第881页及以下各页, 详见第887-888页)。国际法协会的国际组织问责问题委员会提议的草案提到了“实际控制(行动指挥和控制)”的标准(国际法协会,《2002年4月2日至6日

如果救灾股本身由联合国设立，该股就是联合国的辅助机关。此类救灾股的法律地位类似于例如联合国驻塞浦路斯部队（联塞部队）的法律地位。²⁹⁶

(10) 对一国际组织将其机关之一交由另一国际组织支配这一较少见的情况，也必然得出类似结论。泛美卫生会议提供了一个示例，由于世卫组织与泛美卫生组织之间的一项协定，该会议“在《世界卫生组织组织法》范围内，分别作为区域委员会和世界卫生组织西半球区域办事处”。²⁹⁷ 世卫组织的法律顾问指出：“根据那项安排，泛美卫生组织及其工作人员的行为可以牵涉到世卫组织的责任。”²⁹⁸

第6条 逾越权限或违背指示

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。

评注

(1) 第6条载述国际组织的机关或代理人的越权行为。该行为可能超越该组织的权限。²⁹⁹ 它也可能在该组织的权限范围之内，但是超出了代理机关或代理人的授权。虽然其措辞方式只提到第二个情况，但第一个情况也是适用的，因为超过该组织权限的行为必然超过了该机关或代理人的权限。

(2) 第6条必须结合与行为归属有关的其他条文，尤其是第4条来解读。据理解，第4条规定，

²⁹⁶ 联合国，《1971年法律年鉴》（出售品编号：E.73.V.1），第187页。

²⁹⁷ 《世界卫生组织与泛美卫生组织的协定》第2条，1949年5月24日在华盛顿签署（联合国，《条约汇编》，第32卷，第178号，第387页，详见第388页）。

²⁹⁸ 世卫组织法律顾问2003年12月19日给联合国法律顾问的未发表的信件。

²⁹⁹ 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所说：“[……]与国家不一样，国际组织[……]不拥有一般的权限。国际组织受到‘特殊性原则’的制约，也就是说，是由创设它们的国家授予权力的，其限制是以共同的利益为基础发挥作用的，国家委托它们促进这种共同的利益。”（《1996年国际法院汇编》，第66页，详见第78页，第25段）。

机关和代理人是行使该组织职能的人和实体。除了例外情况（第4条评注第(9)段），该组织的规则按照第4条第4款的规定，将制约如下问题，即一机关或代理人是否有权采取某些行为。其含义是，只有当指示对机关或代理人具有约束力的时候，就行为归属的目的来说，它们才是有关的。此外，在这方面，组织的规则通常是决定性的。

(3) 第6条的措辞严格依循着国家对国际不法行为的责任条款草案第7条的措辞。其案文的主要不同是由于如下事实所致：后一条文考虑到关于国家责任的第4和第5条的措辞，从而审议了“国家机关或经授权行使政府权力要素的个人或实体的”³⁰⁰越权行为，而目前的条文只需要与第4条一致就行了，因此，只是提到了“国际组织的机关或代理人”。

(4) 国家对国际不法行为的责任条款草案第7条和目前条文中归属的关键要素都是机关或代理人“以此种资格”行事这项必要条件。这种措辞方式是为了表示，在越权行为和机关或代理人的职能之间，必需有密切的联系。正如国家责任条款草案第7条评注所说，案文“表明所指行为仅包括意图行使或明显行使其官方职能的机关的作为和不作为，而非恰巧属于国家机关或代理人的个人的私人作为或不作为”。³⁰¹

(5) 第6条只涉及行为归属，不影响越权行为是否有效或不符合该组织的规则的问题。即使该行为被视为无效，也可能引起该组织的责任。由于需要保护第三方，归属不能只限于有效的行为。

(6) 国际法院在联合国某些经费案的咨询意见中承认了将某一机关越权采取的行为归于某一国际组织的可能性，法院在咨询意见中表示：

如果确定所涉行为属联合国职能范围之内，但据称是由若干机关以不符合《宪章》所述职能分工的方式启动或实施的，这就涉及内部层面，涉及联合国的内部组织架构。如果这一行为是由一个不该实施该行

³⁰⁰ 《2001年……年鉴》，第二卷（第二部分）和更正，第30页。

³⁰¹ 第7条评注第(8)段（同上，第53页）。

为的机关所为，这对内部组织架构而言是违规行为，但这并不一定意味着所产生的费用不是联合国的费用。国内法和国际法均预期可能发生法人团体或政治团体因一代理人的越权而对第三方承担法律责任的情况。³⁰²

国际法院认为联合国须承担其某一机关的越权行为所产生的费用，这体现了涉及不法行为时似乎更为强有力的政策考虑因素。拒绝行为归属可能会使第三方无从获得任何救济，除非可将行为归于某国或另一组织。

(7) 将机关和官员的行为与其他代理人的行为相区分，这没有什么理由，因为这种区分对国际组织的实践意义有限。³⁰³ 国际法院似乎认为，组织也应该为官员以外的其他人的越权行为承担责任。法院在关于人权委员会特别报告员享有法律程序豁免的争议案的咨询意见中指出：

无需赘言，联合国所有代理人无论以何种官方身份行事，必须注意不逾越职能范围，他们应该谨慎行事，以免其行为导致对联合国的索赔。³⁰⁴

为何代理人（此处所涉及的是执行特派任务的专家）也应该注意避免逾越职能范围以免出现对组织的索赔，一个明显的理由是，该组织很有可能须为该代理人的行为承担责任。

(8) 第6条所述规则在基金组织总法律顾问的下列声明中也得到支持：

如果官员未遵守规则或玩忽职守，那么，即使他逾越了授予他的权限，也可将所涉行为归于组织，但一官员并非以官方身份行事的行为不可归于组织。³⁰⁵

(9) 国际组织的实践证实：当机关或代理人的越权行为与机关或代理人的官方职能有关时，该行为可归于组织。这似乎是联合国法律事务厅在一份有关维持和平部队成员值勤时间外行为所涉索赔问题的备忘录中所采取立场的依据：

联合国对维持和平部队成员在值勤时间外的行为政策是，本组织对此种行为所造成的死亡、伤害或损害不负任何法律或财务赔偿责任。[……] 我们认为确定是否处于“在值勤时间外”这种状况的首要因素是事件发生时维持和平特派团成员是否以非公务/非业务身份行事，而不是他/她在事件发生时是穿着军装还是平民服装，也不是事件是发生在行动区域内还是行动区域外。[……] 就联合国的法律和财务赔偿责任而言，维和部队中处于警戒状态的成员，如果他/她在指定的“警戒状态”期间以不属于履行公务的个人身份单独行事，则可能具有在值勤时间外的地位。[……] 我们要指出，每一案例的事实情况各不相同，因此，确定维持和平特派团成员是处于在值勤时间内的地位还是处于在值勤时间外的地位可能部分取决于案件的特定因素，同时要考虑部队指挥官或参谋长的意见。³⁰⁶

国家特遣队中某一成员“在值勤时间外”的行为不归于本组织，³⁰⁷ 但“在值勤时间内”的行为可归于本组织。届时，在出现越权行为的情况下，我们将不得不审查该行为与授予有关个人的职能之间是否有关系。

第7条 被国际组织承认并当作自身行为的行为

按照前述各条草案不能归于一国际组织的行为，在并且只在该组织承认此行为并当作自身行为的情况下，依国际法应视为该组织的行为。

评注

(1) 第7条涉及国际组织将按照前述条文不归于该组织的行为“承认并当作”其自身行为的情况。届时，行为的归属依据的是该组织对某一行为的态

³⁰² 联合国某些经费案（《宪章》第十七条第二项），1962年7月20日的咨询意见，《1962年国际法院汇编》，第151页，详见第168页。

³⁰³ 国际法协会国际组织问责问题委员会提议以下规则：“根据国际法，如果国际组织的机关或官员或代理人以官方身份行事，则其行为应该视为该组织的行为，即使这一行为逾越了所授权限或违背了指示（越权行为）”（国际法协会，《第七十届会议报告》（见上文脚注293），第797页）。

³⁰⁴ 关于人权委员会特别报告员享有法律程序豁免的争议案（见上文脚注271），第89页，第66段。

³⁰⁵ 国际货币基金组织总法律顾问2003年2月7日致国际法委员会秘书的未发表的信件。

³⁰⁶ 联合国，《1986年法律年鉴》（出售品编号：E.94.V.2），第300页。

³⁰⁷ 海法地方法院在1979年5月10日的一项判决中审议了黎黎部队一成员显然是“在值勤时间外”的行为，该成员参与将爆炸物运入以色列领土（见联合国，《1979年法律年鉴》（出售品编号：E.82.V.1），第205页）。

度。“在并且只在”的提法反映它所承认和当作其自身行为的可能只是该行为的一部分。

(2) 第7条反映了国家对国际不行行为的责任条款草案第11条³⁰⁸的内容，两者措辞方式相同，但后者指的是国家而不是国际组织。正如第11条评注所解释的，当行为“不可能归于国家”时，可以根据承认和当作自身行为予以确定。³⁰⁹换言之，目前考虑的归属标准即使在尚未确定是否可根据其他标准确定归属的情况下也可以适用。

(3) 在同时涉及国家和国际组织的若干实践情况中，承认所涉及的是行为归属还是责任归属可能并不明确。例如，在欧洲共同体某些计算机设备海关分类案中，在向世贸组织专家组提交的口头申诉中，代表欧洲共同体作出了下列声明，在声明中，这一点并不完全确定。欧洲共同体宣称，它“准备对关税减让方面的所有措施承担全部国际责任，无论遭到投诉的措施是在欧共体一级还是在成员国一级采取的”。³¹⁰

(4) 前南斯拉夫问题国际法庭第二审判分庭对尼科利奇案³¹¹的裁决明确述及归属问题。提出了将被告逮捕是否可归于稳定部队的问题。审判分庭首先指出，国际法委员会关于国家责任的条款“对国家没有约束力”，³¹²然后，分庭提及第57条，并

³⁰⁸ 《2001年……年鉴》，第二卷（第二部分）和更正，第30页。

³⁰⁹ 第11条评注第(1)段（同上，第60页）。

³¹⁰ 未经发表的文件。

³¹¹ 检察官诉德拉甘·尼科利奇案，案件编号：IT-94-2-PT，就辩护方对法庭行使管辖权提出质疑作出的裁决，2002年10月9日，前南斯拉夫问题国际法庭，《司法补编》，第37号。

³¹² 同上，第60段。

指出，这些条款“主要是针对国家责任而不是国际组织或者实体的责任”。³¹³不过，分庭认为，“纯粹作为一般性法律指导”，它将“采用条款草案规定的原则，只要它们有助于确定正在处理的问题”。³¹⁴因此，分庭广泛引用了第11条及有关评注。³¹⁵然后分庭补充说：

审判分庭认为，双方采用“承认”、“当作”、“认可”、“同意”、“批准”的标准，与国际法委员会采用的标准相同或者相似。因此，问题是，在假定事实的基础上，是否可以认为，稳定部队已经“承认”个人所采取的行为“并当作自身行为”。³¹⁶

审判分庭的结论是，稳定部队的行为不“等于‘承认’这些违法行为或将其‘当作自身行为’”。³¹⁷

(5) 似乎没有任何政策上的理由妨碍对国际组织适用以承认和当作自身行为为基础的归属标准。在国际组织是否有权承认和将行为当作自身行为的事项上，以及在哪个机关或代理人有权这样做方面，有可能出现问题。虽然不大可能有特定的规则，但组织的规则也制约着这个问题。

³¹³ 同上。

³¹⁴ 同上，第61段。

³¹⁵ 同上，第62-63段。

³¹⁶ 同上，第64段。

³¹⁷ 同上，第66段。该上诉基于其他理由被驳回。对有争议之处，上诉分庭只是指出，“发生作为私人的个人实施绑架行为时，不应拒绝行使司法管辖权，这些个人的行为，除非是受国家或者国际组织或其他实体的怂恿、确认或者纵容，本身并不一定侵犯国家主权”（检察官诉德拉甘·尼科利奇案，案件编号：IT-94-2-AR73，就关于逮捕合法性的中间上诉作出的裁决，2003年6月5日，前南斯拉夫问题国际法庭，《司法补编》，第42号，第26段）。

第六章

共有的自然资源

A. 导言

73. 委员会2002年第五十四届会议决定将“共有的自然资源”专题列入其工作方案。³¹⁸

74. 委员会还在同一届会议上决定任命山田中正先生为特别报告员。³¹⁹

75. 大会2002年11月19日第57/21号决议第2段注意到委员会决定将“共有的自然资源”专题列入其工作方案。

76. 委员会2003年第五十五届会议审议了特别报告员的第一次报告。³²⁰

B. 本届会议审议本专题的情况

77. 委员会本届会议收到了特别报告员的第二次报告(A/CN.4/539和Add.1)。

78. 委员会在分别于2004年5月12日、13日和14日举行的第2797、第2798和第2799次会议上审议了特别报告员的第二次报告。

79. 委员会在第2797次会议上设立了一个跨界地下水问题不限成员名额工作组，由特别报告员担任主席。该工作组举行了三次会议。

80. 委员会还于2004年5月24日和25日听取了欧洲经委会、教科文组织、粮农组织和水文地质协会的地下水问题专家的非正式情况介绍。这些专家由教科文组织安排出席会议。

81. 应特别报告员的请求，委员会还于2004年8月4日第2828次会议上商定，由特别报告员拟订一个调查表，发给各国政府和有关政府间组织，就地下水问题征求意见和资料。

1. 特别报告员介绍其第二次报告

82. 特别报告员指出，第二次报告提供了一些水文地质学案例研究和其他技术背景，但遗憾的是，由于一些技术困难，无法按照报告第6段的设想，在增编中列入对现有条约和世界地下水图表的审查。在这方面，他表示，这些材料和其他一些材料将在非正式情况下向委员会提供。

83. “共有的资源”可以指人类的共同遗产或共同所有权的概念，鉴于国际法委员会和第六委员会对这一措辞所表示的敏感，特别报告员提议将重点放在“跨界地下水”这一分专题上，不使用“共有的”一词。

84. 尽管第二次报告载有一些条款草案，但特别报告员强调说，这不应当被理解为表明了委员会的努力所要采取的最后形式。在这一初始阶段，他并不打算建议将任何条款草案交给起草委员会；编写条款草案是为了让大家发表评论，得到更具体的提议，以及找出应当加以处理的其他领域。

85. 特别报告员曾在2003年表示，《国际水道非航行使用法公约》(下称“1997年《公约》”)所载的几乎所有原则都适用于地下水。他感谢针对这

³¹⁸ 《2002年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第99页，第518段。

³¹⁹ 同上，第519段。

³²⁰ 《2003年……年鉴》，第二卷(第一部分)，A/CN.4/533和Add.1号文件。

一说法发表的批评意见，进而承认需要调整这些原则。尽管如此，他还是相信，《1997年公约》为详细拟定有关地下水的制度提供了基础。

86. 在报告第8段中，特别报告员为拟订条款草案提出了总框架。³²¹ 这一框架或多或少地反映了1997年《公约》，也考虑到了委员会2001年第五十三届会议通过的预防危险活动跨界损害条款草案。³²²

87. 在第二次报告中，特别报告员提出了条款草案的第一部分“导言”和第二部分“一般原则”。他表示，他计划在2005年提出其余各部分的条款草案，请求就提议的总框架发表评论，并提出有关修正、增补或删除的建议。

88. 关于导言，特别报告员指出，他在报告中继续使用“地下水”一词，但在条款草案中选用了“含水层”一词，它是一个更确切的科学术语。

³²¹ 特别报告员编写的总框架如下：

“第一部分 导言

公约的范围

用语（定义）

第二部分 一般原则

跨界地下水使用原则

不造成损害的义务

一般合作义务

经常交换数据和资料

各种使用之间的关系

第三部分 对其他国家造成影响的活动

对影响的评估

交换信息

磋商和谈判

第四部分 保护、保全和管理

监测

预防（预防性原则）

第五部分 杂项规定

第六部分 争端的解决

第七部分 最后条款”

³²² 《2001年……年鉴》，第二卷（第二部分）和更正，第166页，第97段。

89. 拟议的公约的范围见报告第10段，即条款草案第1条。³²³ 特别报告员指出，2002年，他曾根据下列设想着手工作：委员会的努力将仅包括1997年《公约》所没有涵盖的跨界地下水，即所称的“封闭的跨界地下水”。委员会使用“confined（封闭的）”一词来指与地表水“不相通”、“不相连”或“不连”的地下水体。但是，使用“封闭的”一词引起了严重问题。

90. 第一，地下水专家使用该词具有完全不同的含义。对他们而言，“confined（承压的）”是指水在压力下储存的一种水力状态。因此，最好不用“封闭”一词，以避免法律专家与地下水专家之间出现混淆，因为地下水专家将参与所拟议公约的实施。

91. 在拟议公约范围中舍弃“封闭”概念的另一项重要原因是，人们有一个不恰当的设想，即委员会应仅仅处理1997年《公约》所不包括的地下水。特别报告员说明了为什么此种办法不可取，他提到乍得、埃及、阿拉伯利比亚民众国和苏丹四国之间巨大的努比亚砂岩含水层系统。尽管该系统在喀土穆附近与尼罗河相连，从而使1997年《公约》适用于整个含水层系统，但其与尼罗河的连接实际上微不足道。该含水层实际上没有补给，具有地下水的的所有特征，而非地表水。瓜拉尼含水层系统（阿根廷、巴西、巴拉圭、乌拉圭）也存在类似情况。报告中列入了这两个含水层的案例研究。

92. 特别报告员认为，委员会应当包括这两类重要的含水层，因此他决定从公约草案范围中删除“与地表水不相连”这项限制因素。

93. 这可能会引起同一含水层系统在许多情况下可以同时适用拟议公约和1997年《公约》的问题。在这方面，特别报告员并不认为平行适用会引起问题，无论如何，可以设想一个区分先后的条款草案，以处理任何潜在的问题。

³²³ 特别报告员在第二次报告中提议的条款草案第1条案文如下：

“第1条 本公约的范围

本公约适用于跨界含水层系统的使用及对这些系统有影响或可能产生影响的其他活动，并适用于这些系统的保护、保全和管理措施。”

94. 关于他提出的对使用跨界地下水以外的活动加以规范的建议，特别报告员解释说，为保护地下水免受工业、农业和林业等地面活动引起的污染，这样做是必要的。

95. 至于有关定义的条款草案第2条，³²⁴ 他说，该条除其他外载有“含水层”和“含水层系统”的技术定义。在地下水的情况下，含水层的概念既涵盖了储水的岩层，也涵盖了岩层中的水体，因此，用“含水层的使用”来涵盖所有使用类别就足够了。在这方面，特别报告员提到报告结尾介绍的含水层模型案例4，此案例介绍的是A国和B国国内的含水层，但它们水力上相连，因此，应当作为单一系统对待，以便妥善管理。此种含水层系统是跨界的，因此，他认为必须有一项“含水层系统”的定义，并提议在整个公约草案中规范含水层系统。

96. 特别报告员还提到报告结尾介绍的含水层模型案例3，他说，还可能有案例3之二：国内含水层在水力上与B国内河相连。尽管在报告中，他曾说过，1997年《公约》和拟议的公约都适用于案例3，但经过思考，他不再肯定这种水力上的联系是否就是1997年《公约》起草人所想的与地表水的联系。如果是，并适用1997年《公约》，则载有无害原则的第7条会缓解一些问题。但是，条款草案第2条的拟订并未使此种含水层为跨界含水层，因此，如何处理这种含水层，需要有一个足够好的解决办法。

97. 关于报告结尾介绍的含水层模型案例5，他说，在含水层和含水层系统的定义中，补给区和排泄区在含水层之外。为了妥善管理含水层，这些

区域也应当加以规范，因此，他计划拟订条款草案予以规范，也许放在总框架第四部分中。

98. 关于第二部分一般原则，其中将载有一个有关跨界含水层系统使用原则的条文草案，特别报告员表示，他需要就如何拟订此种条文草案得到指导。1997年《公约》第5条载有两项基本原则，“公平使用”和“合理利用”，对委员会的努力来说可能不适当。尽管对于资源在真正意义上为“共有的”的情况，“公平使用”可能被认为是充分适用的，但在地下水的情况下，人们对“共有的资源”概念的抵制使人怀疑，公平使用原则是否会被证明在政治上可接受。关于另一项原则——“合理利用”，其中含有“可持续使用”的科学含义，如果有关资源为可再生资源，则该原则成立，但鉴于有些地下水并非可再生，因此，可持续使用的概念就与此无关了。有关国家将必须确定，它们是希望在短期还是长期内用尽有关资源。这就引起了可适用于此种情况的客观标准的问题，特别报告员对这一问题尚无答案。

99. 关于另一项关键原则，即不对其他含水层国家造成损害的义务，特别报告员提到条款草案第4条，³²⁵ 其第1和第2款要求防止对其他含水层系统国造成“重大损害”。在国际法委员会和第六委员会中，都有人表示认为，由于地下水的脆弱性，需要采用低于“重大损害”的门槛。但是，他保留了1997年《公约》第7条和预防危险活动的跨界损害条款草案第3条中通过的重大损害的门槛，因为“重大”的概念足够灵活，足以保障含水层的存在。

³²⁵ 同上，特别报告员在第二次报告中提议的条款草案第4条案文如下：

“第4条 不造成损害的义务

1. 含水层系统国在本国领土内利用跨界含水层系统时，应采取一切适当措施，防止对其他含水层系统国造成重大损害。
2. 含水层系统国在本国领土内进行影响或可能影响跨界含水层系统的其他活动时，应采取一切适当措施，防止通过该系统对其他含水层系统国造成重大损害。
3. 含水层系统国不应损害跨国含水层系统的自然功能。
4. 如结果对另一含水层系统国造成重大损害，在没有关于这种活动的协定的情况下，其活动造成这种损害的国家应同受到影响的国家协商，采取一切适当措施，消除或减轻这种损害，并酌情讨论赔偿问题。”

³²⁴ 同上，特别报告员在第二次报告中提议的条款草案第2条案文如下：

“第2条 用语

为本公约的目的：

- (a) “含水层”是指能够产生可开发水量的透水岩层；
- (b) “含水层系统”是指一个或一系列含水层，每一含水层与特定的岩层有关，在水力上相互连通；
- (c) “跨界含水层系统”是指其组成部分位于不同国家的含水层系统；
- (d) “含水层系统国”是指其领土上存在跨界含水层系统的任何组成部分的本公约缔约国。”

100. 关于条款草案第4条第3款——涉及含水层系统遭到永久性损坏的情况——的位置问题，他认为可将其放在第四部分。

101. 特别报告员回顾说，第4款提到补偿问题，但并未涉及赔偿责任本身。国际法委员会有些委员和第六委员会的一些代表团提议列入一项关于赔偿责任的条款，特别报告员认为，这个问题最好留给委员会在国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任这一专题下审议。

102. 特别报告员说，条款草案第5条、³²⁶第6条³²⁷和第7条³²⁸不言自明。他说，定期交换数据和信息是含水层系统国之间有效合作的一项先决条

件，鉴于有关含水层系统的科学结论不够充分，拟订了条款草案第6条第2款。

103. 条款草案第7条涉及含水层系统不同类别使用之间的关系，沿用了1997年《公约》第10条的先例。关于条款草案第7条第2款结尾“人类生活的必需”这项措辞，特别报告员回顾说，关于这项措辞有一项谅解，全体工作组主席在详细介绍1997年《公约》时曾经提到。这项谅解是，“在确定‘人类生活的必需’时，应该特别注意提供足够的水，以维持人类的生命，包括饮用水和制造食物所需的水，以避免饥饿”。³²⁹

2. 辩论概况

104. 委员们赞扬特别报告员的第二次报告，鉴于该专题的专业性，该报告根据现有的科学数据，对有关术语做了改动。委员们还欢迎他正在从技术专家们那里得到的帮助。有几位委员表示，需要进一步进行研究，特别是在地下水与其他活动之间的互动关系方面。尽管如此，还是有委员提出了在开始拟定法律框架之前仍需要多少额外技术信息这样的询问。

105. 还有委员提出，委员会不应高估地下水的重要性，研究所涉的有些地下水可能位于地下深处，其本身是否存在也许无法完全肯定。

106. 第14段假设1997年《公约》未充分解决某些地下水问题，委员们对此假设表示了一定的关注。对1997年《公约》的限制性解释并非委员会可能希望着手进行的事项；提出的问题也许可以通过一项新的不一定具有强制性的文书来处理，或通过1997年《公约》的一项议定书来处理。

107. 有些委员同意特别报告员的意见，认为工作的重点不能仅限于1997年《公约》未涵盖的那些地下水，另一些委员则认为，应当对目前努力范围所不包括的地下水加以更详细的解释。

108. 关于委员会工作的范围，有人表示支持特别报告员的立场，即排除那些非跨界的含水层。

³²⁶ 同上，特别报告员在第二次报告中提议的条款草案第5条案文如下：

“第5条 一般合作义务

1. 含水层系统国应在主权平等、领土完整、互利和善意的基础上进行合作，使跨界含水层系统得到适当利用和充分保护。

2. 在确定这种合作的方式时，含水层系统国如果认为有必要，可以考虑设立联合机制或委员会，以便参照各区域的现有联合机制和委员会所得的合作经验，就执行相关措施和程序进行合作。

³²⁷ 同上，特别报告员在第二次报告中提议的条款草案第6条案文如下：

“第6条 经常地交换数据和资料

1. 根据第5条，含水层系统国应经常地交换关于跨界含水层系统状况，特别是有关含水层系统的地质、水文地质、水文、气象和生态性质和水化学方面的便捷可得的数据和资料以及有关的预报。

2. 鉴于某些跨国含水层系统的性质和范围并不确定，含水层系统国应根据现行的做法和标准，尽力单独地或共同地，并酌情协同或通过国际组织，收集和编制新的数据和资料，以更全面地确定含水层系统的情况。

3. 如果一含水层系统国请求另一含水层系统国提供非便捷可得的数据或资料，后者应尽力满足请求，但可附带条件，要求请求国支付收集和酌情处理这些数据或资料的合理费用。

4. 含水层系统国应尽力收集和酌情处理这种数据和资料，以便于收到数据和资料的其他含水层系统国利用。”

³²⁸ 同上，特别报告员在第二次报告中提议的条款草案第7条案文如下：

“第7条 各种不同的使用之间的关系

1. 如无相反的协定或习惯，跨界含水层系统的任何使用均不具有自动优先于其他使用的地位。

2. 任何跨界含水层系统的各种使用之间发生冲突时，采取的解决办法应特别顾及人类生活的必需。”

³²⁹ A/51/869，第8段。

有委员还提出，应当在条款草案的某处提到在公约草案范围之外的那些地下水。另一方面，有委员还提出，了解为什么技术专家认为应当规范所有各类地下水，而不仅仅是跨界地下水，将会令人感兴趣。此外，还提出了这样的问题：国际社会是否应当关心这样一个问题，即确保在诸如水这样的生命基本必需品方面，一国的行为应当对其公民的子孙后代负责。

109. 有观点表示认为，委员会必须确定其努力的目标。委员会着手开展的工作似乎并不涉及编纂国家的实践，也不涉及国际法的逐渐发展，而是立法性质的工作。还有人说，委员会的主要努力目标是确立对一种自然资源的适当使用，而不是详细拟定一项环境条约或对行为加以规范。

110. 有人提出，报告没有具体提及地下水形成的国家，而条款草案应当面向的正是这些国家。

111. 有人提出，每一国家对决定使用其地下水资源的方式负有首要责任，这一责任先于国际一级的国家责任。因此，有关国家须通过国家之间的协议并在国际社会的协助下制定相关的行为守则，其中区域安排将发挥特殊的作用。在这方面，提到了南共市各国——阿根廷、巴西、巴拉圭和乌拉圭——对瓜拉尼含水层采取的办法。

112. 在这方面，人们回顾到，1997年《公约》第2条承认了区域作用的重要性，提到了“区域经济一体化组织”。因此，有人主张优先采用区域办法，区域办法并不否认各项基本原则，诸如不造成损害、开展合作和合理使用资源等义务，这些原则当然可以在条款草案中得到反映。

113. 作为区域一级所开展工作的示例，委员们提到南共市两个有关瓜拉尼含水层的项目：第一个是一项技术研究，考虑了诸如准入和可能的使用等问题，第二个项目谋求建立法律准则，规范资源所在国的权利和义务。人们指出，南共市各国考虑了某些有关瓜拉尼含水层的要素：地下水属于其所在土壤国家的领土范围；地下水是指与地表水不相连的水；瓜拉尼含水层是仅属于南共市四国的一个跨界含水层；它们认为该含水层的开发作为一个区域基础设施一体化项目，属于该区域经济一体化组

织的管辖范围。南共市各国与各国际组织密切合作，重点保护、有控制地开发和共同管理瓜拉尼含水层，但所有权、管理和监测由南共市各国自己完全负责。因此，将会同时开展两项程序。一方面，委员会将继续其编纂工作，而与此同时，关于瓜拉尼含水层的区域安排则将以更快的速度进行；信息交换进程将被证明最为有用。

114. 但是，也有观点认为，公约草案不会与区域或国家的有关办法不相容。而且，由委员会来说明各国在地下水管理方面的一般义务有助于鼓励各国拟订区域协议。

115. 有人强调，地下水必须被视为属于其所在的国家，就像石油和天然气被承认为受主权管辖一样；地下水不能被视为一种普遍的资源，委员会的工作不应当给人以这样一种印象：即地下水适用某种不同于石油和天然气的特别待遇。还有人建议说，案文可以明确规定——也许可在序言中规定，对地下水的主权不容质疑。

116. 在以1997年《公约》作为委员会地下水相关工作的基础方面，有人敦促应当谨慎，因为该《公约》尚未生效，签署和批准的国家数目不多。还有人说，在以预防危险活动造成的跨界损害条款草案³³⁰为指导方面，同样应当谨慎，因为大会尚未通过这套条款草案。

117. 委员们表示支持特别报告员的如下建议：详细拟定一项规定，说明1997年《公约》与委员会这项分专题工作之间可能出现的重叠。

118. 委员们注意到，各国对委员会要求提供有关跨界地下水使用和管理的信息并未作出什么反应。有人认为国家实践的缺乏是另一项理由，证明应当对建立一个关于该分专题的法律框架持谨慎态度。但是，也有人提出，委员会应当鼓励特别报告员继续从事该专题的工作，因为其授权并不限于编纂现有实践。

119. 有些委员表示支持特别报告员在第二次报告中所用的“跨界”一词，因为先前所用的“共

³³⁰ 见上文脚注322。

有的”一词受到批评。尽管如此，也有人说，虽然使用“跨界”一词，但并未消除财产的含义，因为有关资源不可分割，所以是与另一个也具有权利的国家“共有的”。如特别报告员所建议，也有人支持列入“含水层”一词，删除“confined（封闭的）”一词。

120. 有人建议，可以起草一项条款，以突出构成公约草案范围的三项要素；此种条款将规定公约草案在下列方面适用于跨界含水层系统：(a) 其使用；(b) 对其有或可能有影响的活动；以及(c) 保护、维护和管理跨界含水层系统的措施。

121. 有人提出在本专题的标题中是否应当继续使用“共有的”一词这一问题。

122. 关于委员会所作努力的最后成果应当采取的形式，发表的意见各不相同。有人提出，没有充分的国家实践作依据，公约草案将不会为各国所接受，因此，这种观点认为，最好拟订一些准则，载列一些建议，用以帮助起草双边或区域公约。另外一种建议是，详细拟定一项示范法或一项框架公约。也有人表示支持特别报告员采用的办法，即编写条款草案以协助委员会工作，将最后形式的问题留待以后阶段处理。

123. 关于特别报告员在第二次报告第8和第9段中提议的总框架，有人说，根据所开展研究的结果，将来可能需要进行修订。

124. 关于条款草案第1条，有些委员支持条款的适用不限于“使用”，而扩大至“其他活动”。人们认为，应当进一步明确“使用”和“活动”这些措辞。建议用“开发”取代“使用”，这一概念见于草案第2条(a)款。

125. 有人建议“使用”一词的对象应当指地下水，而非“含水层”。

126. 第二次报告第15段建议不使用“对这些系统有影响或可能产生影响”这一短语，而使用“有可能对这些系统造成影响”这一表述，对此人们表示有一定困难，因为新的措辞将不适用于目前

对跨界含水层系统有影响的活动。委员们也对前一措辞表示支持，因为其中包含了对环境的关注。

127. 关于条款草案第2条中所载的定义，人们认为，作为技术性的规定，它们是委员会讨论的坚实基础。关于条款草案第2条(a)款，有两点需要澄清。第一，提及可开发性是完全依据现有技术来解释，还是意味着随着技术的发展，其他的含水层也在公约范围之内。第二，可开发的概念是指可用的水量还是指商业上可行的概念。

128. 此外，鉴于条款草案第2条的定义，并同条款草案第4条第2和第3款一道来看，有人提出，含水层系统国是否必须保护可在将来使用的含水层；人们认为应当适当保护此种含水层。

129. 关于条款草案第2条(b)款所载“含水层系统”的定义，有意见认为，为什么含水层必须与特定的岩层有关这一点并不清楚，因为其在水力上相互连通这一事实就已足够了。

130. 还有人提出，“含水层”的定义在关于开发含水层的义务方面可能会被证明不够充分或不确切，因此要求一项有关“含水层的水”的定义。

131. 关于“跨界含水层系统”的定义，有人质疑其是否充分涵盖了位于有争议领土的含水层情况，这种情况将要求处理有关国家采取临时保护措施的必要性问题。

132. 关于应当指导公约草案的各项原则，有人提到需要列入比1997年《公约》所载更多的原则，特别是在环境保护和可持续利用含水层方面；有人认为保护人的基本需求是重大原则之一，应在草案中列举。由于资源可以用尽的性质，应当考虑一些有关石油和天然气的原则，不过也有人提出，由于地下水的特性，不能像对待石油和天然气一样对待地下水。还有人说，1997年《公约》所载公平和合理使用和参与的原则应当列入条款草案。尽管如此，也有人提出，鉴于地下水和水道之间的不同，列入这些原则应当十分谨慎。需要就特别报告员在第23段中提出的一些疑问查询相关的国家实践。

133. 关于条款草案第4条, 有人建议, 第1和第2款的次序应当颠倒过来, 因为第2款中提及的活动在开发含水层之前可能就已经开始, 而且, 还有人说, 提到的预防措施也应当适用于那些尽管本身并非含水层系统国但却是开展可能对含水层有影响的活动的国家, 这一点同样也适用于条款草案第5条第1款和条款草案第6条第3款。

134. 关于条款草案第4条第1和第2款中所载不造成损害的义务, 有人说, 出于代际公平和尊重环境完整性这些考虑, 应当规定防止对含水层本身造成损害的义务, 而非像条款中建议的不对含水层国家造成损害的义务。在这方面, 有人表示, 条款草案第4至第7条仅应当在有关范围得到充分界定、有关原则得到充分拟订的情况下才讨论。

135. 关于“损害”一词, 有人指出, 该词虽然有用, 却牵涉一个松散概念, 要求提出造成了一定程度损害的证据。因此, 委员会应当进一步考虑, 确定其所设想各类损害。

136. 此外, 有人表示了一些关注, 认为当前的“重大损害”概念不适用于地下水不可持续使用造成的问题, 不过, 条款草案第4条第3款可以被理解为是在努力处理取水率的问题。还有人说, 重大损害的概念根据不同的因素而异, 如时间的流逝、经济发展水平等, 因此, 最好避免界定重大损害, 这一问题可由各国在区域一级商定。还有人提出, 也许需要一个低于重大损害的门槛, 因为地下水比地表水更容易受到污染损害。

137. 有人说, 条款草案第4条第3款需要更加确切, 其中“损害”一词的含义需要进一步澄清; 该段的案文似乎涵盖了一种不同于报告第27段所述的情况。也有人说, 该款应当用上“重大损害”一词。

138. 还有人说, “措施”一词的概念有些含糊, 除其他外, 可能指地下水的形成、保护和养护。

139. 关于第二次报告第28段提到的赔偿责任和争端解决机制问题, 有人说, 赔偿也许永远不是一种充分的救济, 因此, 预防才是关键。因而, 委员会也许可以拟订条款, 鼓励各国合作行事, 承认

其在地下水资源方面的相互依存性, 并查明在解决可能出现的任何争端方面获得援助的手段。还有人说, 如条款草案第4条第4款所提议的那样, 损害跨界含水层功能的国家应当有义务做得更多, 而不仅仅是讨论赔偿问题。此外, 如果损害是由不法行为造成, 这种情况可能引起责任问题。另一种意见认为, 如特别报告员所建议的, 赔偿责任问题最好是在国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任专题下处理。

140. 关于条款草案第5条, 有人建议在第1款合作的义务中专门提到环境保护和可持续使用。还有人提议解释第1款中“领土完整”一词的含义, 不过也有人说, 这一词汇已经过辩论并列入了1997年《公约》第8条。另一项建议是加强条款草案第5条第2款。

141. 关于条款草案第6条第2款, 有人说, 其内容看来隐含在同一条款草案第1款中, 因此该款没有必要; 1997年《公约》中就没有类似于第2款的规定。还有人表示, 可以列入一项规定, 述及对国防和国家安全至关重要的数据和信息, 这也许是受到1997年《公约》第31条的启发。

142. 关于条款草案第7条, 有人说, 第2款中提及的“人类生活的必需”应当在多大程度上先于第1款提及的协定或习惯的存在, 这一点并不清楚。另一种意见认为, 这两款可以合并, 给人类生活的必需以优先地位。有人说, 如果一国必须停止开发地下水, 以顾及人类生活的必需, 则应当得到赔偿。但是, 也有人提出, 人类生活的必需并非强制法, 因此不能优先于条约义务。此外, 还有人建议允许有关含水层系统国处理各种使用的优先次序问题。

3. 特别报告员的总结

143. 关于缺乏国家实践引起的严重困难, 特别报告员表示, 他将尽最大努力, 从妥善管理地下水的国际合作努力中, 特别是区域一级作出的努力中找出此种实践, 他承认, 大多数现有条约仅以微不足道的方式涉及到地下水。

144. 特别报告员强调，他完全赞成区域地下水安排非常重要这一点，这些安排适当考虑到了有关地区的历史、政治、社会和经济特点。他表示，委员会拟订普遍规则应当旨在为各种区域安排提供指导。

145. 关于委员会工作的最后形式，人们发表了各种不同的意见，但是他希望能够将最后形式问题推迟到在实质性问题各个重要方面取得进展之后再作决定。他重申，尽管报告中的各项提议以条款草案的形式提出，而且多处提及公约草案，但他并不排除任何可能的形式。

146. 特别报告员欢迎各位委员提出具体的建议和问题，并表示，有些建议和问题可以在专家的协助下得到澄清。

147. 他认为，所提议的条款草案第1条的新措辞极为有用。他还认为，定义中涵盖了目前没有开发但将来可能开发的含水层。

148. 关于地下水的概念，特别报告员解释说，存于地面之下的水并非都是地下水。留在岩层不饱和带中、最终汇入河流或湖泊或被植被再吸收的水，并不构成地下水，而称为中间流。只有到达饱和带的水才成为地下水。因此，含水层是一个地质构造，它含有充分饱和的具有渗透性的材料，能够释放大量的水。他认为，评注中可以作出详细的解释。

149. 应适当考虑对“跨界”——不仅涉及跨界含水层，还涉及跨界损害——作出界定的必要性。

150. 特别报告员不肯定是否需要一项单独的有关“水”的定义，因为把重点放在岩层中储存的水的使用上可能就足够了。

151. 关于为什么对他国的损害必须限于通过含水层系统造成的损害的疑问，特别报告员认为，其他损害，如通过大气造成的损害，可能包括在国际赔偿责任专题下开展的工作之中。

152. 关于条款草案第4条第3款提及的对含水层系统功能的损害与对含水层的永久毁坏之间的关系，他的理解是，当含水层的开发超过了一定程度，岩层就丧失了其释放水的能力；因此就不再是条款草案第2条所界定的含水层了。

153. 关于“不造成损害”的条款，有几位委员从不同的角度提到“重大损害”问题。特别报告员回顾了委员会围绕这项概念进行广泛辩论的历程，在通过国际水道非航行使用法条款草案³³¹的二读期间最后商定了“重大损害”一词。当时的理解是，如果损害并非轻微或微小，但又能轻于“显著”或“严重”，则为“重大”损害。委员会在通过预防危险活动的跨界损害条款草案³³²第3条时，也采取了同一立场。此外，他回顾说，委员会曾两次就类似项目向大会建议重大损害的门槛，因此，修订这一门槛需要有令人信服的理由。他欢迎这方面的任何其他建议。

154. 关于条款草案第2条(b)款，他同意下列建议，认为可以舍弃“每一含水层与特定的岩层有关”一语，因为这是对含水层系统的一个科学描述，没有法律影响。

155. 关于1997年《公约》的范围问题，特别报告员认为，委员会作为该文书的起草人，应当提供这方面的答复。

156. 有几位委员提到条款草案第7条中不同类型使用之间的关系问题。特别报告员认为，该条取决于含水层系统使用原则的最后结果。他并不认为第2款是第1款的一项例外。第2款意味着，在为饮用目的与娱乐目的取水之间发生冲突的情况下，前者应当优先。

157. 特别报告员还说，他将提及并在适当时考虑到国际法协会将于2004年8月最后确定的水规则。

³³¹ 《1994年……年鉴》，第二卷（第二部分），第90页。

³³² 见上文脚注322。

第七章

国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任 (危险活动跨界损害所造成损失的国际责任)

A. 导言

158. 委员会1978年第三十届会议将“国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任”这项专题列入工作方案，并任命罗伯特·Q·昆廷-巴克斯特先生为特别报告员。³³³

159. 1980年第三十二届会议到1984年第三十六届会议期间，委员会共收到并审议了特别报告员提交的五份报告。³³⁴ 这些报告试图为本专题拟订一个概念性依据和纲要，并载有五项条款草案的提案。该纲要载于特别报告员提交1982年委员会第三十四届会议的第三次报告。这五项条款草案是在特别报告员在提交委员会第三十六届会议的第五次报告中提出的。委员会审议了这些条款草案，但未做出将它们交给起草委员会的决定。³³⁵

³³³ 在该届会议上，委员会成立了一个工作组，由它初步审议这项专题的范围和性质。工作组的报告见《1978年……年鉴》[英]，第二卷（第二部分），第150-152页。

³³⁴ 特别报告员的五份报告，见初步报告，《1980年……年鉴》[英]，第二卷（第一部分），A/CN.4/334和Add.1和2号文件，第247页；第二次报告，《1981年……年鉴》[英]，第二卷（第一部分），A/CN.4/346和Add.1和2号文件，第103页；第三次报告，《1982年……年鉴》[英]，第二卷（第一部分），A/CN.4/360号文件，第51页；第四次报告，《1983年……年鉴》[英]，第二卷（第一部分），A/CN.4/373号文件，第201页；第五次报告：《1984年……年鉴》[英]，第二卷（第一部分），A/CN.4/383和Add.1号文件，第155页。

³³⁵ 委员会在第三十六届会议上还收到以下材料：对联合国法律顾问于1983年向16个选定的国际组织所发调查表的答复。除其他事项外，调查表是要查明各国彼此应尽的义务以及作为国际组织的成员应尽的义务是否足以履行或取代提纲中提到的某些程序，《1984年……年鉴》[英]，第二卷（第一部分），A/CN.4/378号文件，第129页；委员会还收到秘书处编写的一份研究报告，题为“关于国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任的国家实践概览”，《1985年……年鉴》[英]，第二卷（第一部分），增编，A/CN.4/384号文件，第1页。另见秘书处编写的关于“国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任”专题的各种责任制度概览，《1995年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/471号文件，第61页。

160. 委员会1985年第三十七届会议任命胡利奥·巴尔沃萨先生为本专题的特别报告员。委员会从第三十七届会议到1996年第四十八届会议期间共收到特别报告员提交的十二份报告。³³⁶

161. 委员会1992年第四十四届会议设立了一个工作组，目的是审议与本专题的范围、应就本专题采取的办法以及本专题今后工作的可能方向有关的一些一般性问题。³³⁷ 按照工作组的建议，委员会决定分阶段继续进行本专题的工作：首先是完成关于预防跨界损害的工作，然后进行补救措施方面的工作。³³⁸ 鉴于本专题的标题含义不够明确，委员会决定继续依本专题应处理“活动”这一工作假设行事，并暂时不对标题作正式修改。

162. 委员会1996年第四十八届会议重新设立了工作组，以根据特别报告员的报告和委员会多年来举行的讨论，审查本专题的各个方面，并向委员

³³⁶ 特别报告员的十二份报告，见初步报告，《1985年……年鉴》[英]，第二卷（第一部分），文件A/CN.4/394号文件，第97页；第二次报告，《1986年……年鉴》[英]，第二卷（第一部分），A/CN.4/402号文件，第145页；第三次报告，《1987年……年鉴》[英]，第二卷（第一部分），A/CN.4/405号文件，第47页；第四次报告，《1988年……年鉴》[英]，第二卷（第一部分），A/CN.4/413号文件，第251页；第五次报告，《1989年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/423号文件，第329页；第六次报告，《1990年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/428和Add.1号文件，第148页；第七次报告，《1991年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/437号文件，第81页；第八次报告，《1992年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/443号文件，第59页；第九次报告，《1993年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/450号文件，第199页；第十次报告，《1994年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/459号文件，第129页；第十一次报告，《1995年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/468号文件，第51页；以及第十二次报告：《1996年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/475和Add.1号文件。

³³⁷ 见《1992年……年鉴》，第二卷（第二部分），A/47/10号文件，第341-343段。

³³⁸ 委员会的详细建议，见同上，第344-349段。

会提出建议。工作组提交了一份报告,³³⁹ 完整地介绍了本专题在预防原则和赔偿责任或其他救济原则方面的情况, 并提交了一些条文及其评注。

163. 委员会1997年第四十九届会议设立了国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任工作组, 负责审议委员会应如何就本专题开展工作。³⁴⁰ 工作组审查了委员会1978年以来关于本专题的工作。它注意到, 由于概念和理论上的困难、标题的恰切程度和这个课题与“国家责任”的关系等因素, 本专题的范围和内容还是不明确。工作组还注意到, 委员会在本专题之下处理的两个问题, 即“预防”和“国际责任”, 虽然相互联系, 却互有区别。因此, 工作组议定, 从今以后, 预防问题和责任问题应该分别处理。

164. 据此, 委员会决定继续就本专题开展工作, 首先在“预防危险活动的跨界损害”这个副标题项下讨论预防问题。³⁴¹ 大会在其第52/156号决议第7段中注意到这项决定。在同一届会议上, 委员会任命彭马拉朱·斯里尼瓦萨·拉奥先生为本专题这一部分的特别报告员。³⁴² 委员会在1998年第五十届会议到2000年第五十二届会议期间共收到特别报告员提交的三份报告。³⁴³

165. 委员会1998年第五十届会议一读通过了一套包含17项条文的关于预防危险活动的跨界损害的条款草案。³⁴⁴ 委员会2001年第五十三届会议通过了序言草案和一套包含19项条文的关于预防危

险活动的跨界损害的条款草案定本,³⁴⁵ 从而结束了本专题第一部分的工作。此外, 委员会建议大会根据上述条款草案拟订一项公约。³⁴⁶

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

167. 委员会2002年第五十四届会议恢复审议本专题第二部分, 并设立了国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任工作组来审议本专题的概念纲要。³⁴⁷ 工作组的报告³⁴⁸ 阐述了对“国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任(危险活动跨界损害所造成损失的国际责任)”专题的一些初步理解, 提供了对其范围和应采取办法的意见。委员会通过了工作组的报告并任命彭马拉朱·斯里尼瓦萨·拉奥先生为本专题的特别报告员。³⁴⁹

168. 委员会2003年第五十五届会议审议了特别报告员关于危险活动跨界损害情况下损失分配的法律制度的第一次报告,³⁵⁰ 并设立了一个不限成员名额工作组, 由彭马拉朱·斯里尼瓦萨·拉奥先生担任主席, 协助特别报告员参照他的报告和委员会的辩论情况审议本专题今后的工作方针。

B. 本届会议审议这个专题的情况

169. 委员会在本届会议上收到了特别报告员关于危险活动跨界损害情况下损失分配的法律制度的第二次报告(A/CN.4/540)。该报告分析了各国对一些涉及损失分配的主要问题的评论。它参照所述意见以及委员会的前几次辩论得出一般性结论。

³³⁹ 《1996年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 附件一, 第104页。

³⁴⁰ 《1997年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第162段。

³⁴¹ 同上, 第168(a)段。

³⁴² 同上。

³⁴³ 特别报告员的三次报告, 见初步报告: 《1998年……年鉴》, 第二卷(第一部分), A/CN.4/487和Add.1号文件, 第187页; 第二次报告, 《1999年……年鉴》, 第二卷(第一部分), A/CN.4/501号文件, 第127页; 以及第三次报告, 《2000年……年鉴》, 第二卷(第一部分), A/CN.4/510号文件, 第127页。委员会还收到各国政府提出的评论和意见, 《2000年……年鉴》, 第二卷(第一部分), A/CN.4/509, 第143页和《2001年……年鉴》, 第二卷(第一部分), A/CN.4/516号文件, 第181页(2001年收到)。

³⁴⁴ 《1998年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第22页, 第52段。

³⁴⁵ 《2001年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第166-168页, 第97段。

³⁴⁶ 同上, 第94段。

³⁴⁷ 《2002年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第89页, 第441段。

³⁴⁸ 同上, 第89-91页, 第442-457段。

³⁴⁹ 同上, 第89页, 第441段。

³⁵⁰ 《2003年……年鉴》, 第二卷(第一部分), A/CN.4/531号文件。

特别报告员也在其报告中提交了一套载有12项原则的草案。³⁵¹ 委员会在2004年5月26日和27日及

6月1日、2日和3日举行的第2804、第2805、第

³⁵¹ 特别报告员提议的这套原则草案内容如下：

“1. 适用范围

本原则草案适用于预防危险活动的跨界损害条款草案范围内的危险活动，即国际法不加禁止、但却具有通过其有形后果造成重大跨界损害的风险的活动所造成的损害。

2. 用语

为本条款草案的目的：

(a) “损害”指对人身、财产或环境造成的重大损害；包括：

- (一) 人员死亡或人身伤害；
- (二) 按照本条款负有责任的个人所持有财产以外的财产的损失或损害；
- (三) 财产的使用或自然资源或环境的使用因受到损害而直接产生的经济利益的收入损失，但须计及节余和费用；
- (四) 恢复财产或自然资源或环境原状的措施的费用，但须以实际采取措施的费用为限；
- (五) 回应措施费用，包括这种措施造成的任何损失或损害，但须以危险活动造成或引起的损害为限；

(b) “环境损害”指环境或自然资源因受损坏而造成的损失或损害；

(c) “环境”包括：生物性和非生物性自然资源，例如空气、水、土壤、动物和植物等以及这些因素之间的相互作用；作为文化遗产的财产；以及景观的特征部分；

(d) “危险活动”指具有造成重大或灾难性损害风险的活动；

(e) “经营者”指发生造成跨界损害事件时指挥或控制活动的任何人，可包括母公司或其他有关实体，不论其是否为法人组织；

(f) “跨界损害”指在起源国以外的一国领土或在其管辖或控制下的领土之外的其他地方，或在包括起源国在内的任何国家管辖或控制范围之外的其他地方造成的损害，不论当事国或地区是否拥有共同边界；

(g) “复原措施”指任何旨在评估、复原或恢复被损或被毁的环境部分，或在无法采取这种措施的情况下酌情为这些环境部分采用等值替代的合理措施。有权采取这种措施的人可由国内法明确指定；

(h) “回应措施”指跨界损害发生后包括公共当局在内的任何个人采取的预防、减少或减轻可能的损失或损害或安排进行环境清理的任何合理措施。有权采取这种措施的人可由国内法明确指定；

(i) “起源国”指在其领土或在其管辖或控制下的地方进行原则1所指活动的国家；

(j) “受害国”指在其领土或在其管辖或控制下的地方发生跨界损害的国家；

(k) “可能受影响国”指在其领土内存在重大跨界损害风险的一个或多个国家，或对可能遭受这种损害的任何其他地方拥有管辖或控制权的一个或多个国家；

(l) “当事国”指起源国、可能受影响国和受害国。

3. 受害人赔偿 and 环境保护

1. 本套原则的主要目标是确保在国家法律规定的范围内，不让受害人单独承担跨界损害可能对其造成的损失。

2. 目标还旨在确保危险活动对国家管辖或控制范围以外地区或地方的环境或自然资源造成的跨界损害，都能按照原则所规定的限制和条件得到赔偿。

4. 及时和充分的赔偿

备选案文 A

1. 起源国应采取必要措施，确保就在其领土或在其管辖或控制下的地方的危险活动对另一国人员造成的跨界损害进行及时和充分的赔偿。

2. 起源国还应采取必要措施，确保对在其领土或在其管辖或控制下的地方的危险活动对任何国或任何国家管辖或控制范围以外地区的环境或自然资源造成的跨界损害进行及时和充分的赔偿。

3. 上文第1和第2段所指的各项措施，应根据批准这项活动的起源国法律规定的适用条件、限制或免责条款加以执行。

4. 在考虑危险活动与跨界损害之间因果联系的证据时，应[适当]考虑到危险活动固有的造成重大损害的风险。

备选案文 B

1. 在一国领土或在其管辖和控制下的地方的危险活动经营者应就这种活动造成的跨界损害对任何其他国家领土或在其管辖和控制下的地方的人或环境或自然资源，或对任何国家管辖和控制范围以外地区的环境或自然资源负有责任。

2. 经营者应根据批准这项活动的起源国的法律规定的适用条件、限制或免责条款承担责任。

3. 在考虑危险活动与跨界损害之间因果联系的证据时，应[适当]考虑到危险活动固有的造成重大损害的风险。

5. 补充赔偿

1. 当事国应采取必要措施，建立补充供资机制，对根据本原则就跨界损害[依法]提出索赔而无法得到经营者及时和充分赔偿的跨界损害的受害人进行赔偿。

2. 这种供资机制应由活动的主要受益者、相同类别的经营者、国家专项资金或三者结合的捐款建立。

3. 当事国应该建立根据本原则草案确定赔偿实属不足的标准。

6. 保险和财政计划

当事国应采取必要措施，以确保经营者为偿付索赔建立并维持财政保障，例如保险、债券或其他财务担保。

7. 回应行动

1. 各国应要求从事本原则所述范围内的活动的所有经营者迅速采取有效行动回应活动中出现的任何事故，使事故可能导致的任何损害，包括任何跨界损害，尽可能减少。回应行动应包括迅速通知所有可能受影响国，以期同他们协商及进行合作。

2. 如果经营者未采取必要的、迅速和有效的回应行动，起源国应视情况同可能受影响国协商安排回应行动。

8. 提供申诉程序

1. 当事国应确保向危险活动所致跨界损害的所有受害者提供迅速、充分和有效的行政和司法补救措施。

2. 各国应确保这些补救措施与提供给本国国民的补救措施同样迅速、充分和有效，并包括提供受害者行使索偿权利所需的信息。

3. 各个国家应确保法院拥有审理此类索赔案的必要权能。

9. 同其他国际法规则之间的关系

2807、第2808和第2809次会议上审议了这份报告。作为非正式文件，委员会还备有秘书处编制的与这项专题有关的责任制度概览。³⁵²

170. 委员会在2004年6月3日第2809次会议上设立了一个工作组，由彭马拉朱·斯里尼瓦萨·拉奥先生担任主席，负责研究特别报告员提交的建议，同时考虑到委员会的辩论情况，以期推荐条件成熟、可以提交起草委员会的原则草案，并且同时继续讨论其他问题，包括这项专题应该采取的工作形式。工作组于2004年6月4日及7月6日、7日和8日举行了六次会议。工作组在其工作中审查并订正了特别报告员提交的12项原则草案，并且建议将其报告(A/CN.4/661和Corr.1)中所载的8项原则草案提交起草委员会。

171. 委员会于2004年7月9日举行的第2815次会议上收到工作组主席的口头报告，决定向起草委员会提交那八项原则草案。委员会也请起草委员会拟订序言部分的案文。

本套原则不影响缔约方根据关于国家的国际责任问题的一般国际法规则所具有的权利和义务。

10. 争端的解决

1. 在解释或适用本条款方面发生的任何争端，都应通过和平解决争端的方式迅速予以解决，包括通过谈判、调解、仲裁或司法解决方式。

2. 如果未能按第1款解决争端，争端各方可相互同意接受以下两种解决争端方式之一或两种：(a) 将争端提交国际法院，或(b) 仲裁。

11. 制定更详细、更具体的国际制度

1. 各国应在全球和区域基础上合作拟订合适的国际协定，以便就特定类别危险活动的预防和回应措施以及保险和赔偿措施作出更详细的安排。

2. 此类安排可包括行业和(或)国家供资的赔偿基金，以期在经营者财政资源、包括保险不足以应付事故损失的情况下作为补充赔偿。任何此类基金都可指定用于补充或取代国家级的行业基金。

12. 执行

1. 各国应通过执行上述条款可能需要的任何法律、规章和行政措施。

2. 这些条款及任何执行措施均应在所有国家适用，不得因国籍、居住地或居所而有所歧视。

3. 各国应相互合作，依据国际法规定的义务执行这些条款。

³⁵² 关于国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任(危险活动跨界损害所造成损失的国际责任)专题的各种责任制度概览，《2004年……年鉴》，第二卷(第一部分)，A/CN.4/543号文件。

172. 委员会在2004年7月23日举行的第2822次会议上审议了起草委员会的报告，并且一读通过了关于危险活动跨界损害情况下损失分配的八项原则草案(见下文C节)。

173. 委员会于2004年8月4日举行的第2828次会议上决定按照其章程第十六和第二十一条，通过秘书长，将这些原则草案递交各国政府，征求评论和意见，同时要求至迟于2006年1月1日将这些评论和意见提交秘书长。

174. 委员会于2004年8月5日举行的第2829次会议上向特别报告员彭马拉朱·斯里尼瓦萨·拉奥先生深表感谢，他以卓越的学术研究和丰富的经验，为委员会处理这项专题作出了杰出贡献，从而使委员会顺利地完成了此项专题赔偿责任方面的原则草案的一读工作。

C. 委员会一读通过的关于危险活动跨界损害情况下损失分配的原则草案案文

1. 原则草案案文

175. 委员会一读通过的原则草案案文载录如下。

关于危险活动引起跨界损害情况下损失分配的原则草案*

大会，

忆及《关于环境与发展的里约宣言》原则13和16，

还忆及《预防危险活动的跨界损害条款草案》，

认识到尽管有关国家已遵守了《预防危险活动的跨界损害条款草案》的规定，危险活动引起的事件仍会发生，

注意到由于这种事件，其他国家和(或)其国民可能遭受损害和严重损失，

关切地注意到应该制定适当而有效的措施，以尽量确保因这种事件而蒙受损害或损失的自然人和法人，包括国家，能够获得及时和充分的赔偿，

* 委员会保留在二读时根据政府的评论和意见再次审议文书的最后形式问题的权利。如果委员会必须拟定一份框架公约草案，这项工作将对原则草案4至8的案文作某些修订，并有几处增加，特别是在解决争端以及公约草案与其他国际文书间的关系方面。

注意到国家应对违反国际法规定的预防义务承担责任，

认识到各国间国际合作的重要性，

忆及针对某些特殊种类的危险活动制订有国际协定，

希望为进一步发展这一领域的国际法作出贡献；

.....

原则 1

适用范围

本原则草案适用于国际法不加禁止、但却具有通过其有形后果造成重大跨界损害风险的活动所造成的跨界损害。

原则 2

用语

为本原则草案的目的：

(a) “损害”指对人身、财产或环境造成的重大损害；包括：

(一) 人员死亡或人身伤害；

(二) 财产的损失或损害，包括形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) 合理回应措施的费用。

(b) “环境”包括：非生物性和生物性自然资源，例如空气、水、土壤、动物和植物等以及这些因素之间的相互作用；以及景观的特征部分；

(c) “跨界损害”指在一国领土或在其管辖或控制下的其他地方所造成的损害，但不包括在其领土或在其管辖或控制下的其他地方进行有原则草案 1 所指活动的国家；

(d) “危险活动”指具有通过其有形后果造成重大损害风险的活动；

(e) “经营者”指发生造成跨界损害事件时指挥或控制活动的任何人。

原则 3

目标

本原则草案的目标是确保跨界损害，包括环境损害的受害者——自然人或法人，包括国家，得到及时和充分的赔偿。

原则 4

及时和充分的赔偿

1. 各国应采取必要措施，确保在其领土或其管辖或控制下的其他地方的危险活动引起跨界损害时对受害者进行及时和充分的赔偿。

2. 这些措施应包括要求经营者或酌情要求其他人或实体履行责任。这种责任不应要求出具过失证明。任何条件、限制或免责条款均应符合原则草案 3。

3. 这些措施也应包括要求经营者，或酌情要求其他人或实体为偿付索赔建立并保持财务担保，例如保险、债券或其他财务担保。

4. 在适当情况下，这些措施应包括要求在国家级设立行业基金。

5. 若以上各段中所列措施不足以提供充分的赔偿，各国还应确保拨给更多的财政资源。

原则 5

回应措施

为了尽量减轻本原则草案范围内的活动所涉事件造成的跨界损害，各国应在必要时在经营者的协助下，或在适当情况下，经营者应采取及时和有效的回应措施。这些回应措施应包括及时通知所有可能受影响国，并在适当的时候同它们协商及进行合作。

原则 6

国际和国内救济

1. 各国应提供适当程序以确保按照原则草案 4 向危险活动所致跨界损害的受害者提供赔偿。

2. 这些程序可包括诉诸迅速而又最经济的国际理赔程序。

3. 为按照原则草案 4 作出赔偿的目的，各国应确保其本国行政和司法机制拥有必要权限，对此类受害者提供有效救济。这些机制的及时、充分和有效程度应不逊于其本国国民的待遇，并且应有获得诉诸此种机制所需资料的适当机会。

原则 7

拟定专门的国际制度

1. 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回应措施以及应采取的赔偿和财务担保措施，作出安排。

2. 这些协定可包括行业和（或）国家供资的赔偿基金，以期在经营者财政资源，包括财务担保措施不足以应付事

故损失的情况下作为补充赔偿。任何此类基金都可指定用于补充或取代国家级的行业基金。

原则 8

执行

1. 各国应通过执行本原则草案可能需要的任何法律、规章和行政措施。

2. 本原则草案和任何执行规定的适用都不应有任何歧视，如基于国籍、居住地或居所的歧视。

3. 各国应相互合作，依据国际法规定的义务执行本原则草案。

2. 原则草案案文及其评注

176. 委员会第五十六届会议一读通过的关于危险活动跨界损害情况下损失分配的原则草案案文及其评注载录如下。

关于危险活动跨界损害情况下损失分配的原则草案*

总评注

(1) 序言概述了这些原则草案的背景以及所采用的处理方法。序言将这些原则草案置于《关于环境与发展的里约宣言》(《里约宣言》)³⁵³ 有关规定的背景之下，接着具体提及委员会2001年第五十三届会议通过的《预防危险活动的跨界损害条款草案》。³⁵⁴

(2) 序言简要地介绍了最重要的背景：即使有关国家充分遵守其按照那些条款草案所承担的预防义务，但意外或其他事件仍有可能发生并产生跨界后果，给其他国家和其国民造成损害和重大损失。

* 委员会保留在二读时根据政府的评论和意见再次审议本项文书最后形式问题的权利。如果委员会必须拟订一份框架公约草案，这项工作将对原则草案4至8的案文作某些修订，并有几处增加，特别是在解决争端以及公约草案与其他国际文书间的关系方面。

³⁵³ 《联合国环境与发展会议的报告，1992年6月3日-14日，里约热内卢》(联合国出版物，出售品编号：C.93.I.8和更正)，第一卷：环发会议通过的决议，决议1，附件一。

³⁵⁴ 见上文脚注322。

(3) 正如序言所述的，重要的是，因这种涉及危险活动的事件而遭受损害或损失的人不应无辜地承受这些损失，必须能够获得及时和充分的赔偿。

(4) 这些原则草案确立了实现这项目的可用办法。

(5) 序言指出，可在针对某些特殊种类危险活动的国际协定中做出必要的赔偿安排。本原则草案鼓励酌情在国际、区域或双边一级制订这样的协定。

(6) 因此，本原则草案的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。

(7) 序言还指出，各国按照国际法有责任履行其预防义务。因此，本原则草案不妨碍关于国家责任的规则以及一旦发生违背预防义务之事时按照那些规则可能提出的任何要求。

(8) 在起草这些原则草案时，委员会以若干基本谅解为出发点。首先，一项普遍的谅解是：(a) 这项法律制度应是一般性和剩余性的；(b) 这项制度不应妨碍委员会2001年通过的关于国家责任的有关规则。³⁵⁵ 其次，有一项谅解是，责任问题的范围应与委员会2001年通过的《预防危险活动的跨界损害条款草案》³⁵⁶ 的范围相同。具体地说，委员会还商定，为了启动关于跨界损害的制度，应采用跨界损害情况下所适用的同样标准，即“重大”标准。委员会还认真审议了是否有必要讨论全球域相关问题这一事项。委员会注意到与该项专题相关的问题各不相同，有其自己的特点，因而得出结论认为，那些问题需要区别处理。³⁵⁷ 第三，委员会还一致认为，应基于某些政策考虑制订这些原则草案：(a) 虽然本专题拟涵盖的活动对经济发展必不可少，并且有益于社会，但本项制度应该作出规定，一旦这些活动引起跨界损害，则应为无辜受

³⁵⁵ 见上文脚注4。

³⁵⁶ 见上文脚注322。

³⁵⁷ 见《2002年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第90页，第447段。

害者提供及时和充分赔偿；(b)除了预防问题条款草案所设想的内容以外，还应制订应急计划和回应措施。

(9)第四，现有的各种赔偿责任和赔偿模式已经证实，国家的赔偿责任是一种例外情况，主要是在外层空间活动方面被接受。因此，另一项普遍性的一致意见是，本原则草案范围内的活动的赔偿责任应主要与经营者联系在一起；此类赔偿责任不要请求提供过失证明，并且可能是有限责任，或是有例外——考虑到社会、经济和其他政策因素。然而同样获得承认的一点是，这样的赔偿责任并不需要总由危险活动的经营者来承担。重要的一点是，最处于指挥地位的人或适当情况下的其他人或实体也可被认定负有责任。

(10)第五，可以指出的是，人们普遍赞同在任何损失分配方案中都考虑到补充供资；如果接受有限赔偿责任的概念，这种供资便尤为重要。基本的谅解是，采纳一项损失分配方案，将损失在众多行为者之间分摊，包括国家在内。鉴于原则草案的一般性和剩余性，据认为不必要事先确定不同行为者的份额，也无需精确查明国家应承担的角色。与此同时，委员们承认，国家根据国际法承担着预防义务，这就要求实施与应有注意义务有关的某些最低限度标准。³⁵⁸按照这些义务，各国只能允许在获得事先批准的情况下进行具有重大跨界损害风险的危险活动，同时应酌情利用环境或跨界影响评估，评价对批准的申请并确定适当的监测安排以监测这种跨界影响。换句话说，将主要赔偿责任与经营者联系在一起，丝毫没有免除国家本身依据国际法应履行的预防义务。

(11)第六，对于有关危险活动造成损害时的损失分配方案的制度应包含哪些基本内容，委员会存在着广泛的一致意见。大家都理解，在大多数情况下，用于解决赔偿要求的实质性法律或适用法律

会涉及到民事赔偿责任或刑事赔偿责任，或两者兼而有之，并且取决于若干变量。与选择法院有关的民法或普通法或国际私法原则可能成为焦点，这取决于所涉及背景情况和管辖地。所以，提议的方案不仅具有一般性和剩余性，而且具有灵活性，对可能产生的要求及适用的法律和程序不会有任何妨碍。

(12)最后，关于文书的形式问题，委员们在这一阶段已经提出了各种不同的意见。一方面有人提出，这些原则草案应采取条款草案的形式，因而在形式和内容上与预防问题条款草案相对应。

(13)另一方面，有人指出，由于原则草案必定是一般性和剩余性的，因此更适宜采用原则草案的形式。具体危险活动的不同特性可能要求在具体安排上采取不同的处理办法。另外，在不同的法律制度下，所作的选择或采用的办法也很可能不同。而且，作出的选择和采用的办法及其执行也可能因有关国家处在不同的经济发展阶段而受到影响。

(14)经过权衡，委员会得出结论认为，建议的原则草案具有一项优点，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。但正如标题所附脚注指出的，委员会保留在二读时根据各国政府的评论和意见再次审议文书的最后形式问题的权利。

序言

大会，

忆及《关于环境与发展的里约宣言》原则13和16，

还忆及《预防危险活动的跨界损害条款草案》，

认识到尽管有关国家已遵守了《预防危险活动的跨界损害条款草案》的规定，危险活动引起的事件仍会发生，

注意到由于这种事件，其他国家和（或）其国民可能遭受损害和严重损失，

³⁵⁸ Birnie和Boyle在论及关于预防的条款草案时说：“关于将委员会[关于预防跨界损害]的公约草案规定视为对现有国际法的编纂……条约、判例法以及国家实践中都存在着大量的权威意见同意这样做。这些规定是各国在处理跨界危险和履行《里约宣言》原则2时须遵守的最低限度标准”，P. W. Birnie和A. E. Boyle,《国际法与环境》，第2版，牛津大学出版社，2002年，第113页。

关切地注意到应该制定适当而有效的措施，以尽量确保因这种事件而蒙受损害或损失的自然人和法人，包括国家，能够获得及时和充分的赔偿，

注意到国家应对违反国际法规定的预防义务承担责任，

认识到各国间国际合作的重要性，

忆及针对某些特殊种类的危险活动制订有国际协定，

希望为进一步发展这一领域的国际法作出贡献；

.....

评注

(1) 过去，委员会通常向大会提交不带序言草案的条款草案，序言草案由各国来拟订。但是也有过委员会提交序言草案的先例。在提交关于消除未来无国籍状态的公约草案、关于减少未来无国籍状态的公约草案、³⁵⁹ 国家继承涉及的自然人国籍问题条款草案³⁶⁰ 以及预防问题条款草案³⁶¹ 时，委员会都这样做过。

(2) 正如在总评注里指出的，第一序言段先是提到《里约宣言》³⁶² 原则 13 和 16。该项《宣言》的原则 13 重申了《联合国人类环境会议宣言》（《斯德哥尔摩宣言》）³⁶³ 原则 22，强调各国必须就污染和其他环境破坏的责任问题和受害者赔偿问题制订国内法。《里约宣言》原则 16 考虑到“谁污染谁付费”原则，论述了推动环境成本内部化的问题。

³⁵⁹ 《1954年……年鉴》[英]，第二卷，A/2693号文件，第143页。

³⁶⁰ 《1999年……年鉴》，第二卷（第二部分），A/54/10号文件，第22页，第47段。

³⁶¹ 见上文脚注322。

³⁶² 见上文脚注353。

³⁶³ 《1972年6月5日至16日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），第一部分，第一章。

(3) 第二序言段不言自明。它将本原则草案与预防问题条款草案联系在一起。第三、第四和第五序言段力求为本原则草案提供最基本的理由。

(4) 第六序言段强调，这些原则草案不影响一国因违反国际法规定的预防义务而可能引起的责任。

(5) 序言的最后三段不言自明。第七序言段承认在这方面开展国际合作的重要性。第八序言段承认针对各种类别的危险活动存在着具体的国际协定，最后序言段突显了本专题工作对进一步发展该领域国际法所具有的重要意义。

原则 1

适用范围

本原则草案适用于国际法不加禁止、但却具有通过其有形后果造成重大跨界损害风险的活动所造成的跨界损害。

评注

(1) 拟订关于适用范围的原则草案是为了反映委员会的下述一致意见，即将2001年《预防危险活动的跨界损害条款草案》的范围也应用于关于跨界损害的本原则草案。³⁶⁴ 在委员会的工作背景之下，不需要特别强调“预防”和“赔偿责任”这两个概念之间的相互关联。³⁶⁵ 原则草案1表明，这些原则的核心问题是跨界损害。英文本中“transboundary damage”的概念与“tranboundary harm”的概念一样，注重的是一国境内的活动在另一国管辖范围内引起的损害。

(2) 首先，属于本原则草案范围内的活动是那些“具有通过其有形后果造成重大跨界损害风险的活动”。在这一类别之下，可以列出各种不同的活动。正如原则草案标题所显示的，任何危险或极端危险活动，只要在最低限度上具有引起重大跨界损

³⁶⁴ 见上文脚注322。

³⁶⁵ 见委员会2002年第五十四届会议设立的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的建议，《2002年……年鉴》，第二卷（第二部分），第90页，第447-448段。

害的危险，均包括在内。极端危险活动是指这样的活动：通常经过良好管理而处在安全状态，但有可能在极个别的时候造成极端严重（不仅仅是重大、严重或实质性）损害。

(3) 在本国际责任专题的不同发展阶段，曾有人建议拟订一项活动清单，并且可以随时增加或删除清单上的活动。就像处理预防问题条款草案一样，委员会决定不要这样的清单。详细地列出活动清单并非没有问题，而且从功能上讲，人们认为清单并非必不可少。任何这样的清单都可能罗列不全，并且随着不断演变的技术发展，可能很快就需要予以审查。此外，除了某些极端危险的活动以外（这些活动大多受到特别制度的约束，例如在核领域或在外空活动领域），一项活动所产生的风险主要取决于对具体技术的运用、具体背景以及操作方式。委员会认为，很难在一般性的清单里将所有这些要素都包括在内。无论如何，本原则草案范围内的活动都已经是预防问题条款草案中必须获得事先批准的活动。

(4) 另外，各国总是可以通过多边、区域或双边安排，来具体说明在本原则草案范围内的活动是哪些活动，或在其国家立法中作出这样的规定。³⁶⁶

(5) “国际法不加禁止、但却具有通过其有形后果造成重大跨界损害风险的活动”一语具有特定含义，可理解为包含四项要素，即 (a) 这类活动未受国际法禁止；(b) 这类活动具有引起重大损害的可能；(c) 这类损害必须是跨界的；以及 (d) 跨界损害必须是由这类活动通过其有形后果而引起的。所有这些要素——人为要素、风险要素、领土（外）

要素、有形要素——由预防问题条款草案改编而来并在草案中得到解释，均得以保留。³⁶⁷

(6) “国际法不加禁止……的活动”这一特定短语之所以会被采用，主要是为了将本原则草案的作用与关于国家责任的规则的作用区分开来。委员会不仅承认国际不法行为的责任问题的重要性，而且承认对某些活动产生的有害后果进行赔偿义务的重要性，特别是那些因其性质而具有某些风险的活动。然而，鉴于风险赔偿责任的完全不同的基础和风险规则的不同性质以及风险可能具有的内容和形式，委员会决定分别处理这两个问题。³⁶⁸ 也就是说，对本原则草案而言，着重点是活动的后果，而不是活动本身的合法性。

(7) 本原则草案与预防问题条款草案一样，关注的均是主要规则。因此，如果不履行预防问题条款草案所规定的预防义务，便可能引起国家责任，而不一定同时引起这样的暗示：活动本身是受到禁止的。³⁶⁹ 在这样的情况下，援引国家责任不仅是为

³⁶⁷ 见《2001年……年鉴》，第二卷（第二部分）和更正，第170-172页（条款草案第1条评注）。

³⁶⁸ 见《1973年……年鉴》[英]，第二卷，A/9010/Rev.1号文件，第169页，第38段。

³⁶⁹ 见《2001年……年鉴》，第二卷（第二部分）和更正，第150段（第1条评注第(6)段）。另见 M. B. Akehurst, “国际法不加禁止的行为产生的损害性后果的国际赔偿责任”，《荷兰国际法年鉴》，第16卷，海牙，马蒂努斯·奈霍夫出版社，1985年，第3-16页；A.E.Boyle, “国际法不加禁止的行为产生的损害性后果的国家责任与国际赔偿责任：一项必要的区分？”《国际法与比较法季刊》，第39卷（1990年），第1-26页；K. Zemanek, “国家责任与国家赔偿责任”，载于 W.Lang, H.Neuhold 和 K.Zemanek(编辑)，《环境保护与国际法》，伦敦，格雷厄姆和特罗特曼/马蒂努斯·奈霍夫出版社，1991年，第197页；特别报告员彭马拉朱·斯里尼瓦萨·拉奥，关于国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任（预防危险活动的跨界损害）的第二次报告，《1999年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/501号文件，第35-37段；J. Barboza, “La responsabilité ‘causale’ à la Commission du droit international”，《法国国际法年鉴》，第34卷（1988年），第513-522页；Ph. Cahier, “Le problème de la responsabilité pour risque en droit international”，载于《不断变化的世界中的国际关系》，莱顿，西哈托夫出版社，1977年，第409-434页；C. G. Laubet, “Le droit internationale en quête d'une responsabilité pour les dommages résultant d'activités qu'il n'interdit pas”，《法国国际法年鉴》，第29卷（1983年），第99-120页；D. Lévy, “La responsabilité pour omission et la responsabilité pour risque en droit international public”，《国际公法综述》，第32卷，第1期（1961年），第744-764页；以

³⁶⁶ 例如，各种赔偿责任制度都处理了在其范围内的各种类型的活动：《保护波罗的海地区海洋环境公约》、《关于工业事故越境影响的公约》、《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》附件一以及《关于危害环境的活动造成损害的民事责任公约》附件二，在该项文书里，在陆地或海洋上建立以焚化方式部分或完全处置固体、液体或气体废物的场点的活动，或建立在缺氧条件下以热降解方式处置固体、液体或气体废物的场点的活动均被列为危险活动；该公约的附件一还含有一份危险物品清单。另见欧洲议会和欧盟理事会2004年4月21日关于预防和补救环境损害方面的环境赔偿责任的第2004/35/CE号指令，《欧洲联盟公报》，L 143号，2004年4月30日，第56页。

了履行国家自身的义务，也是为了履行经营者的民事责任或职责。³⁷⁰事实上，在预防问题条款草案的整个起草过程中，大家都清楚这一点。³⁷¹

(8) 人们承认，即使履行了预防义务，仍有可能发生损害。可能出于好几项其他原因而发生跨界损害，不涉及国家责任。例如，会有这样的情况：采取了预防措施，但结果事实证明预防措施不够充分，或者在最初批准时，未能查明引起跨界损害的特定危险，因此也未能设想采取适当的预防措施。³⁷²换句话说，跨界损害可能意外发生，或者可能在原先未曾设想的情况下发生。另外，经过一段时间，由于不利影响逐渐积累，也可能发生损害。在讨论赔偿时，应考虑到这种区别。由于在危险活动与发生的损害之间确定因果联系存在着困难，在后一种情况下提出索赔并不常见。³⁷³

及 P. Štruma, “La responsabilité en dehors de l’illicite en droit international économique”, 《波兰国际法年鉴》, 第 20 卷 (1993 年), 第 91-112 页。

³⁷⁰ 见 P.-M. Dupuy, *La responsabilité internationale des États pour les dommages d’origine technologique et industrielle*, 巴黎, 贝多内出版社, 1997 年; I. Brownlie, 《各国的法律体系: 国家责任, 第一部分》, 牛津, 克拉伦登出版社, 1983 年, 第 50 页; A. Rosas, “民事责任制度下的国家责任与赔偿责任”, 载于 O. Bring 和 S. Mahmoudi (编辑), 《当前的国际法问题: 北欧的看法 (Jerzy Sztucki 纪念论文集)》, 多德雷赫特, 马蒂努斯·奈霍夫出版社, 1994 年, 第 161 页; 以及 F. Bitar, *Les mouvements transfrontaliers de déchets dangereux selon la Convention de Bâle. Etude des régimes de responsabilité*, 巴黎, 贝多内出版社, 1997 年, 第 79-138 页。然而, 在责任、举证责任和救济方面, 有各种不同的标准适用于国家责任和赔偿责任。另见 P.-M. Dupuy, “Où en est le droit international de l’environnement à la fin du siècle?” 载于《国际公法综述》, 第 101 卷, 第 4 期 (1997 年), 第 873-903 页; T. A. Berwick, “环境损害的责任与赔偿责任: 国际环境制度的路线图”, 《乔治敦国际环境法评论》, 第 10 卷, 第 2 期 (1998 年), 第 257-267 页; 以及 P.-M. Dupuy, “À propos des mésaventures de la responsabilité internationale des États dans ses rapports avec la protection internationale de l’environnement”, 载于 M. Prieur 和 C. Lambrechts (编辑), *Les hommes et l’environnement: quels droits pour le vingt-et-unième siècle? Études en hommage à Alexandre Kiss*, 巴黎, 弗里松·罗什出版社, 1988 年, 第 269-282 页。

³⁷¹ 见《2002 年……年鉴》, 第二卷 (第二部分), 第 89 页, 第 443 段。

³⁷² 同上, 第 444 段。

³⁷³ 见 P. Wetterstein, “财产所有人权益或单独占有权益: 一项申请环境损害赔偿的必要条件”, 载于 P. Wetterstein (编辑), 《对环境的危害: 获取赔偿的权利与损害评估》, 牛津, 克拉伦登出版社, 1997 年, 第 29-54 页, 详见第 30 页。另见薛捍勤, 《国际法的跨界损害》, 剑桥大学出版社, 2003 年, 第 19-105 页和第 113-182 页。

(9) 本原则草案的侧重点是所引起的损害, 而不论是否履行了预防问题条款草案所载的应有注意义务。然而, 如果起源国没有履行应有注意义务, 那么除了根据本原则草案要求赔偿以外, 还可针对国家对不法行为的责任提出求偿。

(10) 第二项标准是, 本原则草案所涉及的活动是那些最初就具有“造成重大跨界损害风险”的活动。正如预防问题条款草案第 2 条 (a) 款评注所界定的, “造成重大跨界损害风险”这一短语“[包括]造成灾难性跨界损害的较小可能性或造成重大跨界损害的较大可能性”。³⁷⁴这样一来, 这一短语提到的就是发生意外的可能性与损害性影响的规模两者的合并后果。因此, “风险”与“损害”的合并效果产生了所谓的重大后果。

(11) “重大”一词被理解成是指“超过‘察觉’, 但不必达到‘严重’或‘显著’的程度”。³⁷⁵这种损害必须对其他国家中的人体健康、工业、财产、环境或农业等事项造成实际有害影响。这些有害影响必须能以实际和客观的标准加以衡量。地球在生态上作为一个单元与政治上的边界并不对应。各国在其境内开展合法活动的时候, 会相互产生影响。这些相互影响只要尚未达到“重大”的水平, 就被认为是可容忍的, 不在本原则草案的范围之内。

(12) 第三项标准涉及有关活动造成的损害的跨界性质。原则草案 2 界定了“跨界损害”。它将跨界损害与进行有关活动的国家以外的另一国领土或其管辖或控制下的其他地方联系起来。因此, 这项标准涉及三个概念, 即“领土”、“管辖”和“控制”。预防问题条款草案对这些概念都作了界定。³⁷⁶活动必须在一国领土上或受一国管辖或控制的其他地方进行, 但对另一国领土或受其管辖或控制的其他地方产生影响。

(13) 划定本专题范围的第四项标准是, 重大跨界损害必须是由有关活动的“有形后果”引起的。

³⁷⁴ 《2001 年……年鉴》, 第二卷 (第二部分) 和更正, 第 172 页 (第 2 条评注第 (1) 段)。

³⁷⁵ 同上 (第 2 条评注第 (4) 段)。

³⁷⁶ 同上, 第 172-173 页 (第 1 条评注第 (7)-(12) 段)。

因此，一国在货币、社会经济或类似领域的政策和引起的跨界损害排除在本专题范围之外。³⁷⁷

(14) 最后，原则草案所关注的是由危险活动“造成的损害”。在本原则草案里，在仅提到损害(harm)风险而不是损害实际发生的后来阶段时，保留了跨界损害(harm)的较宽泛概念。“损害(damage)”是用来指后一阶段的。使用“damage”一词是为了具体指已经发生的跨界损害(harm)。这个词也是人们比较熟悉的。在赔偿责任制度里这是经常使用的术语。³⁷⁸“损害(Damage)”之前加上了“跨界”一词，是为了强调本原则草案的范围所寻求的跨界特点。使用“in relation to transboundary damage”这一短语目的是为了强调本原则草案所处理的与损害有关的范围广泛的问题。这些问题超出了及时和充分赔偿原则的范围。

原则 2

用语

为本原则草案的目的：

³⁷⁷ 同上，第172页（第1条评注第(16)和第(17)段）。

³⁷⁸ 损害(Damage)的定义见于：《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》第2条第2款(c)项；《关于工业事故越境影响对越境水体造成损害的民事责任赔偿的议定书》第2条第2款(d)项；《关于危害环境的活动造成损害的民事责任公约》第2条第7款；《国际海上运载有害和有毒物质造成损害的责任和赔偿公约》（《有害物质公约》）第1条第6款；《关于道路、铁路和内陆航运用船只运载危险物品引起损害的民事责任公约》第1条第10款。另见欧洲议会和欧盟理事会2004年关于预防和补救环境损害方面的环境赔偿责任的第2004/35/CE号指令第2条第2款（上文脚注366）；《外空物体所造成损害之国际责任公约》第一条(a)款。

污染损害(Pollution damage)的定义见于：《国际油污损害民事责任公约》第1条第6款；《经修正国际油污损害民事责任公约的议定书修正的公约》第1条第6款（另见P. W. Birnie和A. E. Boyle,《关于国际法和环境的基本文件》，牛津，克拉伦登出版社，1995年，第91-106页）；《国际油舱油污损害民事责任公约》第1条第9款；《关于因勘探和开采海底矿物资源而造成油污损害的民事责任公约》第1条第6款。

核损害(nuclear damage)的定义见于：《关于核损害民事责任的维也纳公约》第一条第1款(k)项；经《修正关于核损害民事责任的维也纳公约的议定书修正的公约》第一条第1款(k)项；《核损害补充赔偿公约》第1条；《经1964年1月28日附加议定书和1982年11月16日议定书修正的修正1960年7月29日核能方面第三者责任公约的议定书》第一条B款第七)项。

另见《南极矿物资源活动管理公约》第1条第(15)款，该款界定了南极环境或其附属或相关生态系统的损害；以及《国际水道非航行使用法公约》，该《公约》第7条寻求“防止造成重大损害”。

(a)“损害”指对人身、财产或环境造成的重大损害；包括：

- (一) 人员死亡或人身伤害；
- (二) 财产的损失或损害，包括形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) 合理回应措施的费用。

(b)“环境”包括：非生物性和生物性自然资源，例如空气、水、土壤、动物和植物等以及这些因素之间的相互作用；以及景观的特征部分；

(c)“跨界损害”指在一国领土或在其管辖或控制下的其他地方所造成的损害，但不包括在其领土或在其管辖或控制下的其他地方进行有原则草案1所指活动的国家；

(d)“危险活动”指具有通过其有形后果造成重大损害的风险的活动；

(e)“经营者”指发生造成跨界损害事件时指挥或控制活动的任何人。

评注

(1) 损害的定义对于本原则草案来说十分重要。将损害的要素单独列出是为了阐明对损害提出求偿的根据。在阐明损害的各项要素之前，需要指出一点，有资格获得赔偿的损害应达到一定程度，然后才能导致适用本原则草案。例如，特雷尔炼锌厂案的仲裁裁决仅仅关注炼锌厂在特雷尔所造成的“严重后果”。³⁷⁹拉努湖案的裁决也仅处理严重的伤害。³⁸⁰若干公约也提到“重大”、“严重”或“显著”伤害或损害，认为这是引发法律求偿的

³⁷⁹ 特雷尔炼锌厂案（见上文脚注204），第1970页。

³⁸⁰ 拉努湖仲裁案（法国诉西班牙），《国际仲裁裁决汇编》，第十二卷（出售品编号：1963.V.3），第281页。

门槛。³⁸¹“重大”一词也用在其他法律文书和国内法中。³⁸²

(2)“重大损害”的确定既涉及客观标准，也涉及对价值的认定。后者取决于具体案件的情景和发生的时间。例如，在特定时间剥夺某一种东西可能不会被视作“重大”，因为在这一具体时间里，科学知识或人的意识可能认为这种剥夺是可容忍的。但过了一段时间以后，这种观点可能变化，同样的剥夺可能被认为是“重大损害”。国际社会对空气和水污染的敏感度一直在不断变化。

(3)(a)款界定“损害”为对人身、财产或环境造成的重大损害。第(一)和第(二)项涉及人身伤害和财产损害以及纯粹的经济损失，还有可能属于国家财产的国家文化遗产的损失。损害不会孤立地出现或发生在真空中。损害一定是对人或物发生的。

³⁸¹ 例如见《南极矿物资源活动管理公约》第4条第(2)款；《越境环境影响评估公约》第2条第(1)和第(2)款；以及《国际水道非航行使用法公约》第7条。

³⁸² 例如见美洲法律委员会1965年编写的国际河流和湖泊工农业用途公约草案第5条（美洲组织，《国际河流和湖泊（工农业用途）》，第四版，订正本（OEA/Ser. I/VI, CIJ-75 Rev. 2）（哥伦比亚特区华盛顿，1971年，第132页）；《关于使用国际河川水道的赫尔辛基规则》第十条（国际法协会，《1966年赫尔辛基第五十二届会议报告》，1967年，伦敦，第496页）；《[经订正的]国际法协会关于公平使用和可持续发展水域的规则》（2004年2月第十稿）第21条（国际法协会，《2004年8月16日至21日柏林第七十一届会议报告》，2004年，伦敦，第334页）；关于各国在环境方面的合作的大会1972年12月15日第2995（XXVII）号决议第1和第2段；经合组织理事会1974年11月14日关于跨界污染原则的C(74)224号建议（经合组织，《经合组织与环境》，1986年，巴黎，第142页，重印于《国际法律资料》，第14卷，第1号（1975年1月），第246页）；美国政府和加拿大政府1980年8月5日《订立关于跨界空气污染问题的协定的意向备忘录》（联合国，《条约汇编》，第1274卷，第21009号，第235页）；以及《墨西哥合众国和美利坚合众国关于合作保护和改善边界地区环境的协定》第7条，1983年8月14日签署（同上，第1352卷，第22805号，第73页，转载于《国际法律资料》，第22卷，第5号（1983年9月），第1025页）。美国还在其处理环境问题的国内法中使用了“重大”一词。见美国法学会，《第三次法律重述，美国外交关系法》，第2卷，明尼苏达州圣保罗市，美国法学会出版社，1987年，第111-112页。

(4)因此，第(一)项中对人身的损害包括死亡或人身伤害。在国内法³⁸³和条约实践³⁸⁴中都有这样的示例。即使那些仅关注环境损害、不直接处理人身伤害的赔偿责任制度也承认其他规则同样会适用。³⁸⁵那些对此事不置一词的制度似乎也并不完全排除在损害这一标题之下提出求偿的可能性。³⁸⁶

(5)第(二)项列出了对财产的损害，这包括财产的损失或损害。财产包括动产和不动产。国内法³⁸⁷和条约实践³⁸⁸中有这样的示例。出于政策考虑，一些赔偿责任制度将责任人的财产所受的损害排除在外。侵权行为人不得因其自己的错误行为而受益。《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》第2条第(2)款(c)项

³⁸³ 例如德国的《环境责任法》涵盖了遭受死亡或人身伤害的任何人。芬兰的《环境损害赔偿法》、瑞典的《环境法典》以及丹麦的《环境损害赔偿法》都涵盖人身伤害。

³⁸⁴ 一些赔偿责任制度作了如下规定：《关于核损害民事责任的维也纳公约》第一条第1款(k)项规定核损害包括“(一)丧失生命、任何人身损害或对财产的损失或破坏……”；《修正关于核损害民事责任的维也纳公约的议定书》第一条第1款(k)项也提到“(一)生命丧失或人身损害；(二)财产的损失或破坏；……”；《经1964年1月28日附加议定书和1982年11月16日议定书修正的修正1960年7月29日核能方面第三者责任公约的议定书》第一条B款第七)项规定核损害包括“1. 生命丧失或人身伤害[……]；2. 财产的损失或破坏；……”；《关于道路、铁路和内陆航运船只运载危险物品引起损害的民事责任公约》在第1条第10款中对“损害”下的定义是“(a) 生命丧失或人身伤害……；(b) 财产的损失或破坏……”；《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》第2条第2款(c)项中将“损害”界定为：“(一) 生命丧失或人身伤害；(二) 财产的损失或破坏，但按照本议定书负有责任之人自己持有的财产除外”；《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》第2条第2款(d)项将损害定义为：“(一) 生命丧失或人身伤害；(二) 财产的损失或破坏，但按照本议定书负有责任之人自己持有的财产除外；”《关于危害环境的活动造成损害的民事责任公约》第2条第(7)款将损害定义为：“a. 生命丧失或人身伤害；b. 财产的损失或破坏，但设施本身或在危险活动场地由经营者控制的财产所受损失或破坏除外”。

³⁸⁵ 欧洲议会和欧盟理事会关于预防和补救环境损害方面的环境赔偿责任的第2004/35/CE号指令（见上文脚注366）不适用于人身伤害案件，也不适用于对私人财产的破坏或任何经济损失，不影响与这些类型损害有关的权利。

³⁸⁶ 污染损害的定义见于《国际油污损害民事责任公约》第1条第6款和1992年《修正国际油污损害民事责任公约的议定书》第2条第3款。

³⁸⁷ 例如芬兰的《环境损害赔偿法》涵盖对财产的损害，瑞典的《环境法典》第32章也规定了对财产损害的赔偿；丹麦的《环境损害赔偿法》也涵盖对财产的损害。

³⁸⁸ 见上文脚注384中所举的示例。

(二)目、《关于危害环境的活动造成损害的民事责任公约》第2条第(7)款(b)项以及《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》第2条第(2)款(d)项(二)目项都含有这样的规定。

(6)在传统上,所有权更多关注的是个人的私人权利而不是公众的权利。个人在就其个人权利或所有权提出求偿方面不会遇到任何困难。这些求偿涉及与死亡或人身伤害或财产的损失或损害有关的所有权。侵权行为法也倾向于涵盖可能与环境有关的损害。由于环境受到损害而造成的财产损失、人身伤害或纯粹的经济损失就属于这种情况。在这方面,往往会区分由损害造成的经济损失与纯粹的经济损失。³⁸⁹

(7)由损害造成的经济损失指死亡或人身伤害或财产损害的后果。这包括因人身受到伤害而造成的收入上的损失。例如,按照美国《石油污染法》第2702节(b)款,任何人对其动产和个人财产遭受损害或因为这些财产被破坏而造成的经济损失均可要求赔偿,拥有或租用这些财产的个人均可要求挽回损失。该款还规定,任何人可要求获得“与因动产、个人财产……遭受损害、破坏或丧失而造成的利润损失或收入能力损失等额的赔偿*”。³⁹⁰同样,德国《民法典》第252节规定,任何利润损失均应赔偿。就本原则草案而言,这类损失列于第(一)和第(二)项下。³⁹¹因此,对于收入损失的赔偿,存

在着不同办法。然而,在缺乏收入损失索赔方面的具体法律规定的情况下,有理由期待,如果涉及危险活动的事件直接给受害人造成严重收入损失,那么有关国家应采取行动,确保受害人不会孤立无援地承受损失。

(8)另一方面,纯粹的经济损失与人身伤害或财产损失没有联系。海岸附近的石油泄漏很可能立即给事件地点周围地区的旅游业和渔业造成损失。这类事件导致人们提出对纯粹经济损失的求偿,但没有多少结果。然而,一些国内立法和赔偿责任制度现在承认这类损害是可以赔偿的。美国《石油污染法》第2702节(b)款规定,任何人可要求获得“与因自然资源[……]遭受损害、破坏或丧失而造成的利润损失或收入能力损失等额的赔偿”。³⁹²芬兰《环境损害赔偿法》也涵盖了纯粹经济损失,除非这种损失的数额很小。瑞典《环境法典》第32章也就纯粹经济损失作出规定。不是由犯罪行为引起的纯粹经济损失只有在达到重大程度时才可以赔偿。丹麦《环境损害赔偿法》涵盖了经济损失以及预防措施或恢复环境的合理费用。另一方面,德国《环境责任法》没有涵盖纯粹经济损失。³⁹³

(9)《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》第2条(d)款第(三)项和《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》第2条第(2)款(d)项(三)目都涵盖了出于经济利益而使用环境的过程中因环境受到损害而发生的收入损失,同时考虑

³⁸⁹ 见B. Sandvik和S. Suikkari,“国际条约体系中的危害与赔偿”,载于P.Wetterstein(编辑)(上文脚注373),第57页。一般性资料见E.H.P.Brans,《对于公共自然资源损害的赔偿责任:诉权、损害和损害评估》,海牙,克卢沃国际法律出版社,2001年,第9-63页。另见特别报告员胡利奥·巴尔沃萨关于国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任的第十一次报告(上文脚注336)。

³⁹⁰ 《载有美国一般性和永恒性法规的2000年版美国法典》,2001年1月2日生效,第18卷,哥伦比亚特区华盛顿,美国政府出版局,2001年,第694页。

³⁹¹ 例如见经《修正公约的议定书》第2条第(2)款修订的《关于核损害民事责任的维也纳公约》第一条第(1)款(k)项,该项将核损害定义为包括“……在主管法院法律所确定的范围内下列每一分款:(三)由第(一)或第(二)分款中所述损失或损害引起的在此两分款中未包括的经济损失,条件是有资格对所述损失或损害提出索赔的人员遭受了此种损失;[……](七)环境损坏所造成的损失以外的任何其他经济损失,只要此类损失为主管法院一般民事责任法所认可……”。另见《核损害补充赔偿公约》第1条(f)项,该项包括在主管法院法律所确定的范围内下列每一分款:“……(三)由第

(一)或第(二)分款中所述损失或损害引起的在此两分款中未包括的经济损失,条件是有资格对所述损失或损害提出索赔的人员遭受了此种损失;[……](七)环境损坏所造成的损失以外的任何其他经济损失,只要此类损失为主管法院一般民事责任法所认可。《经1964年1月28日附加议定书和1982年11月16日议定书修正的修正1960年7月29日核能方面第三者责任公约的议定书》第一条B款第七)项定义的“核损害”包括“……在主管法院法律所确定的范围内下列每一分款:(3)由上文第(1)或(2)分款中所述损失或损害引起的在此两分款中未包括的经济损失,条件是有资格对所述损失或损害提出索赔的人员遭受了此种损失。”

³⁹² 见上文脚注390。

³⁹³ 一般性资料见P.Wetterstein,“北欧国家和德国法律制度中的环境损害”,载于M.Bowman和A.Boyle,《国际法和比较法中的环境损害:定义和评估问题》,牛津大学出版社,2002年,第223-242页。

到了节省和费用。就基本原则草案的目的而言，这类损害列在第（三）项下。³⁹⁴

(10) 第（二）项还包含了成为文化遗产一部分的财产。国家财产包括国家的文化遗产。这涉及许多方面，包括历史遗迹、建筑和遗址，而“自然遗产”是指自然特征和场点以及地质和生理学形态。它们的价值在于其历史、艺术、科学、美学、民族学或人类学方面的重要性或对自然美景的保存。《保护世界文化和自然遗产公约》提出了一项全面的文化遗产定义。³⁹⁵ 并非所有民事责任制度都在这一项之下包含了文化遗产方面。例如，《关于危害环境的活动造成损害的民事责任公约》在其“环境”的定义里包含了构成文化遗产一部分的财产。³⁹⁶

(11) 尊重和保护文化财产在和平时期和武装冲突时期都是重要考虑。《关于发生武装冲突时保护文化财产的公约》就重申了这项原则。另外，国际

³⁹⁴ 例如见经《修正公约的议定书》第2条第(2)款修订的《关于核损害民事责任的维也纳公约》第一条第(1)款(k)项，该项将核损害定义为包括“……在主管法院法律所确定的范围内下列每一分款：[……](五)由于环境的明显损坏所引起的收入损失，而这种收入来自环境的任何利用或享用方面的经济利益，并且该损失未被第(二)分款所包括”。另见《核损害补充赔偿公约》第1条，该条包括“在主管法院法律所确定的范围内下列每一分款：[……](五)由于环境的明显损坏所引起的收入损失，而这种收入来自环境的任何利用或享用方面的经济利益，并且该损失未被第(二)分款所包括”；以及《经1964年1月28日附加议定书和1982年11月16日议定书修正的修正1960年7月29日核能方面第三者责任公约的议定书》第1条B款第(7)项，该项定义的核损害包括“……在主管法院法律所确定的范围内下列每一分款，[……](5)由于环境的明显损坏所引起的收入损失，而这种收入来自环境的任何利用或享用方面的经济利益，并且该损失未被第(2)分款所包括”。

³⁹⁵ 第1条规定，为了该《公约》的目的，“文化遗产”是指：
——文物：从历史、艺术或科学角度看具有突出的普遍价值的建筑物、碑雕和碑画、具有考古性质成份或结构、铭文、窟洞以及联合体；

——建筑群：从历史、艺术或科学角度看，在建筑式样、分布均匀或与环境景色结合方面，具有突出的普遍价值的孤立或连接的建筑群；

——遗址：从历史、审美、人种学或人类学角度看具有突出普遍价值的人类工程或自然与人联合工程以及考古地址等地方。

另见《关于发生武装冲突时保护文化财产的公约》第1条中有关文化财产的定义，该定义基本上指的是对各族文化遗产具有重要意义的动产和不动产。另见《关于禁止和防止非法进出口文化财产和非法转让其所有权的方法的公约》。另见《保护非物质文化遗产公约》。

³⁹⁶ 另见《保护和利用跨界水道和国际湖泊公约》第1条(2)款。

人道主义法禁止针对构成各族人民文化遗产的历史古迹和艺术作品采取敌对行动。³⁹⁷

(12) 第（三）项关注的是对环境本身造成损害的问题。这是危险活动对环境本身造成的损害，与对人或财产的损害没有任何关系。在对环境本身的损害问题上，不容易确立立场。环境不属于任何人。普遍认为环境是不得由私人拥有的公共财产(*res communis omnium*)，这与无主财产(*res nullius*)不同，那是不属于任何人但可由私人拥有的财产。个人对这种公共财产不拥有个人权利，通常无法针对这种财产所受损害而提出求偿。³⁹⁸ 而且，为了确立索赔，并不总是容易确定谁可能遭受了生态或美学价值上的损失或因此受到伤害。国家以信托方式掌管这些财产，通常是公共当局，更近些时候，是公共利益团体，获得了提出索赔的地位。³⁹⁹

(13) 第（三）至第（四）项处理了通常与环境损害有关的索赔。(b)款处理了环境的定义。这两款都可视为一个整体概念的组成部分。这两款一起构成了环境损害定义所包含的基本要素。环境损害的概念反映在好几项赔偿责任制度中。⁴⁰⁰ 对于不同

³⁹⁷ 《1949年8月12日内瓦四公约关于保护国际性武装冲突受害者的附加议定书》第53条和《1949年8月12日内瓦四公约关于保护非国际性武装冲突受害者的附加议定书》第16条。另见关于陆战法规和习惯的海牙公约，尤其是《第四公约》(关于陆战法规和习惯的章程第27和第56条，载于1899年《第二公约》和1907年《第四公约》附件)和《关于战时海军袭击的第九公约》(第5条)，以及《关于发生武装冲突时保护文化财产的海牙公约第二议定书》。

³⁹⁸ 在伯吉斯诉塔马诺号轮案中，法院指出：“另外无可争议的是，完成索赔或获得索赔结果的权利……不是任何个人的私有权利，而是由国家‘为了人民的共同福祉而受托’持有的公共权利……”(1973年7月27日的意见，美国缅因州地区法院，《联邦判例汇编补编》，第370卷(1973年)，第247页)。

³⁹⁹ 按照美国1980年《环境综合治理、赔偿和责任法》(《美国法典注释》，第42编，第103章，第9601节及以下各节)、1977年《清洁水法》(同上，第33编，第26章，第1251节)、《石油污染法》(见上文脚注390)(第2701节及以下各节)，美国“国会授权政府机构拥有对自然资源的管理权，以便作为受托人对损害进行评估并收回损害赔偿……公共信托的广泛定义包括属于联邦、州或地方政府或印第安部落或由其管理、受托持有或以其他方式控制的‘自然资源’”。

⁴⁰⁰ 例如见《关于危害环境的活动造成损害的民事责任公约》(第2条第(7)款(d)项)；《关于工业事故越境影响的公约》(第1条(c)款)；《保护与使用越境水道和国际湖泊公约》(第1条第(2)款)；《南极矿物资源活动管理公约》(第8条第(2)款(a)、(b)和(d)项)；《关于道路、铁路和内陆航运船只运载危险物品引起损害的民事责任公约》(第10条(c)项)；《危

的目的，可以对环境作出不同的定义，因此有必要牢记，不存在一项普遍接受的定义。然而为了本原则草案的目的，提供一项工作定义还是有用的。这项定义有助于人们比较客观地认识需就环境损害采取的救济行动的范围。⁴⁰¹

(14)(b)款给“环境”下了定义。对环境可以作出狭义的定义，使之仅限于自然资源例如空气、土壤、水、动物和植物及其相互作用。宽泛的定义还可包括环境价值。委员会决定在定义里包括后者，即把诸如地貌的美学方面等非服务价值也包括在内。⁴⁰²这包括由于自然美及其娱乐特征和与其相随的机会而享受自然。由于本原则草案的一般性和剩余性，采取这种宽泛的处理办法是有道理的。⁴⁰³

(15)另外，委员会之所以采取这种整体性办法，采用国际法院在审理加布奇科沃-大毛罗斯项目案时所说的话表述，是因为委员会

意识到，在环境保护领域，由于环境损害往往具有不可逆转的特性，也由于这类损害的赔偿机制本身往往存在着局限性，警惕和预防是必要的。⁴⁰⁴

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》(第2条第(2)款(c)项第(四)和第(五)目);以及《关于工业事故越境影响对越境水体造成损害的民事责任及赔偿的议定书》(第2条(d)项第(四)-(五)目)。

⁴⁰¹ 见委员会给理事会和议会及经济社会委员会的信:关于纠正环境损害的绿皮书, COM(93)47 final, 1993年5月14日,第10页。另见欧洲议会和欧盟理事会关于预防和补救环境损害方面的环境赔偿责任的第2004/35/CE号指令第2条。

⁴⁰² 对生物多样性损害赔偿制度的哲学分析,见 M. Bowman, “生物多样性、内在价值和环境损害的界定与评估”,载于 M. Bowman 和 A. Boyle, 同前(上文脚注393),第41-61页。《保护世界文化和自然遗产公约》第2条将“自然遗产”定义为“从审美或科学角度看具有突出的普遍价值的由物质和生物结构或这类结构群组成的自然面貌;从科学或保护角度看具有突出的普遍价值的地质和自然地理结构以及明确划为受威胁的动物和植物生境区;从科学、保护或自然美角度看具有突出的普遍价值的天然名胜或明确划分的自然区域。”

⁴⁰³ 对环境损害定义的不同处理办法的精要讨论,见 Ph. Sands,《国际环境法原则》,第2版,剑桥大学出版社,2003年,第876-878页。

⁴⁰⁴ 加布奇科沃-大毛罗斯项目案(匈牙利/斯洛伐克),判决,《1997年国际法院汇编》,第7页,详见第77页,第140段。法院在这方面还暗示,有必要考虑到不同代人之间和同一代人内部不同人的利益以及推动可持续发展概念的现实需要。

(16)此外,宽泛的定义会减弱赔偿责任制度对可接受的救济措施规定的任何限制,并反映在第(四)和第(五)项里。

(17)因此,虽然(b)款中提到的“自然资源[……]以及这些因素之间的相互作用”包含了人们熟悉的受保护生态系统内的环境的概念,⁴⁰⁵但提及“景观的特征部分”则暗示着承认更宽泛的环境概念。⁴⁰⁶自然资源的定义包含有生命和无生命的自然资源,包括其生态系统。

(18)第(三)项论及环境损害会采取的形式。这包括“环境受损而引起的损失或损害”。受损包括伤害、改变、改动、恶化、毁坏或丧失。这意味着以有害的方式造成质量、价值或优秀程度的降低。正如上文第(9)段所指出的,上述针对环境受损引起的收入(直接来自环境的任何利用方面的经济利益)损失的索赔,均可列在这一项下。

(19)可以指出的是,第(四)项提到“恢复……的合理措施的费用”,第(五)项提到与“合理回应措施的费用”相关的合理“清理”费用,这些都是现代概念。这些损害要素在更近些时候获得了承认。因为正如一位评论者所指出的,“现在出现了

⁴⁰⁵ 根据《生物多样性公约》第2条,“‘生态系统’是指植物、动物和微生物群落和它们的无生命环境作为一个生态单位交互作用形成的一个动态复合体。”按照《南极矿物资源活动管理公约》第1条第(15)款:

“对南极环境或其附属或相关生态系统的破坏”是指对该环境或那些生态系统中的生物或无生命组成部分造成的任何影响,包括对大气、海洋或地表生物的伤害,此种伤害超出了可忽略的程度或按照《公约》被评估为或判定为可接受的程度。”

另见《关于环境保护的南极条约议定书》第3条第1款。

⁴⁰⁶ 《关于危害环境的活动造成损害的民事责任公约》第2条第(10)款列有非详尽的环境组成部分清单,其中包括“生物性和非生物性自然资源,诸如空气、水、土壤、动物和植物等以及这些因素之间的相互作用;构成文化遗产的财产;以及地貌特征”;《关于工业事故越境影响的公约》第1条(c)款提及工业事故对下列几方面的不利影响:“(一)对人类、植物和动物;(二)对土壤、水、空气和地貌;(三)(一)和(二)所列因素之间的相互作用;(四)物质财产和文化遗产,包括历史建筑”;《保护与使用越境水道和国际湖泊公约》第1条第(2)款指出,“对环境的影响包括对人类健康和安、植物、动物、土壤、空气、水、气候、地貌和历史建筑或其他物质结构或对这些因素的相互作用的影响;还包括由于这些因素改变而对文化遗产或社会经济条件产生的影响”。另见欧洲议会和欧盟理事会关于预防和补救环境损害方面的环境赔偿责任的第2004/35/CE号指令第2条(上文脚注366)。

一种新趋势，人们开始更多地关注对环境本身的损害，而不是主要关注对人和财产的损害”。⁴⁰⁷ 第(四)项表明，合理恢复措施的费用可以偿还，作为针对跨界损害提出的求偿的一部分。最近的条约实践往往确认了这类措施的重要性，但交由国内法来表明谁有权采取这些措施。这类措施被描述为目的如下的任何合理措施：评估或恢复受损害或毁坏的环境组成部分，或者在不可能这样做时，酌情将这些组成部分的等值物引入环境中。⁴⁰⁸

(20) 提到“合理”一词是为了表明，这类措施的费用相对于这类措施的用途而言不应该过高。在审理埃科洛科特罗尼号案时，美国第一巡回上诉法院指出：

[可收回的费用是指] 为了恢复受影响地区的环境使之重新达到原先的状况，或者在不需要过高支出的情况下尽可能达到原先的状况而需要支付的合理费用。在确定这样的救济时，核心问题应是合理和谨慎的主权国家或其代理人为减轻污染造成的损害而将采取的步骤，并同时注意技术可行性、有害的副作用、这种再生过程的兼容性或其重叠性（这是人们自然期待的）以及在多大程度上这种努力超出了某一点便会变得多余或过于昂贵。⁴⁰⁹

⁴⁰⁷ L. de la Fayette, “国际赔偿责任制度下的环境损害概念”, 载于 M. Bowman 和 A. Boyle (编辑), 同前(上文脚注 393), 第 149-189 页, 详见第 167 页。

⁴⁰⁸ 例如见经《修正公约的议定书》第 2 条第(2)款修订的《关于核损害民事责任的维也纳公约》第一条第 1 款(k)项(四)目：“为恢复受损环境而采取的措施的费用，除非这种损害可以忽略，如果这种措施实际上已经采取或即将采取，并且未列在(二)目中”；《核损害补充赔偿公约》第 1 条(f)款(五)项“由于环境的明显损坏所引起的收入损失，而这种收入来自环境的任何利用或享用方面的经济利益，并且该损失未被第(二)项所包括”；《经 1964 年 1 月 28 日附加议定书和 1982 年 11 月 16 日议定书修正的修正 1960 年 7 月 29 日核能方面第三者责任公约的议定书》(第一条 B 款第七)项：“为恢复受损环境而采取的措施的费用，除非这种损害可以忽略，如果这种措施实际上已经采取或即将采取，并且未列在第 2 项中”。《国际油污损害民事责任公约》第 1 条第 6 款提及“环境的损害，而非由此引起的利润损失”，并明确规定对此类损害的赔偿“应限于实际进行或即将进行的合理恢复措施的费用。另见《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》第 2 条第(2)款(c)项第(四)目和(d)项，《关于危害环境的活动造成损害的民事责任公约》第 2 条、第 7 条(c)项和第 8 条，以及《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》第 2 条第(2)款(d)项第(四)目和(g)项。

⁴⁰⁹ 英联邦波多黎各等诉埃·科洛科特罗尼等案，628 F.2d, 第 652 页，美国第一巡回上诉法院，1980 年。引述于 C. de la Rue, “环境损害评估”，见 R. P. Kröner (编辑), 《跨界

(21) 第(五)项包括了在针对跨界损害提出可受理的求偿时可以列出的合理回应措施的费用。最近的条约实践往往确认这种措施的重要性，但对于谁有权采取这类措施的问题，留给了国内法来处理。⁴¹⁰ 这类措施包括在发生跨界损害之后，包括公共当局在内的任何人为防止、缩小或减轻可能的损失或损害或为安排对环境的清理而采取的任何合理措施。回应措施必须合理。

(22)(c) 款界定了“跨界损害”。它指的是由于一国发生的涉及危险活动的意外或事件而在另一国造成的损害。这项概念根据的是人们已经公认的一国的领土、管辖权和控制等概念。在这个意义上，它指的是在一国领土上或在其管辖或控制下的其他地方所开展的危险活动，在另一国领土上或在该国管辖或控制下的其他地方所造成的损害。有关国家是否拥有共同边界并不重要。这项定义包括了例如在一国管辖或控制下在其船只或公海平台上进行的活动，这种活动对另一国的领土或其管辖或控制下的其他地方造成影响。

(23) 这项定义是为了明确区分下列两者：一是在其管辖和控制下进行本原则草案所涵盖活动的国家，二是遭受了有害影响的国家。为了本原则草案的目的，可以采用不同的术语。正如预防问题条款草案⁴¹¹ 所界定的，这些术语包括“起源国”（指在

环境赔偿责任与保险》，伦敦，格雷厄姆和特罗特曼出版社，1993 年，第 72 页。

⁴¹⁰ 例如见经《修正公约的议定书》第 2 条第(2)款修订的《关于核损害民事责任的维也纳公约》第一条第 1 款(k)项第(六)目：“预防措施的费用，以及由这种措施引起的进一步损失或损害”；《核损害补充赔偿公约》第 1 条(f)款第(六)项：“预防措施的费用，以及由这种措施引起的进一步损失或损害”；《经 1964 年 1 月 28 日附加议定书和 1982 年 11 月 16 日议定书修正的修正 1960 年 7 月 29 日核能方面第三者责任公约的议定书》第一条 B 款第七)项：“预防措施的费用，以及由这种措施引起的进一步损失或损害，如果涉及上述第 1 至第 5 项所指的情况，则仅限于核设施内任何放射源或核燃料或核放射性物质或废物所释放的电离辐射”。1992 年《修正国际油污损害民事责任公约的议定书》第 1 条第 6 款提及预防措施的费用以及由这种措施引起的进一步损失或损害。另见《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》第 2 条第(2)款(c)项第(五)目和(d)项；《关于危害环境的活动造成损害的民事责任公约》第 2 条第(7)款(d)项和第(9)款以及《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》第 2 条第(2)款(d)项第(五)目和(h)项。

⁴¹¹ 见上文脚注 322。

其领土内或在其管辖下或控制下的其他地方进行第1条所指活动的国家)和“可能受影响国”(指在其领土内或在其管辖或控制下的任何其他地方有可能发生重大跨界损害的国家,相对任何特定的跨界损害情况而言,有可能不止一个可能受影响国)。另外,也可以采用“受害国”(在其领土上或在其管辖或控制下的其他地方发生跨界损害的国家)以及“当事国”(起源国,可能受影响国;以及受害国)等词语。本原则草案没有使用这些措辞,但在评注的不同地方酌情使用了这些术语。

(24) 本原则草案范围内的事件的实际情况经常是,起源国和其他受害国内都可能有害人。在发放赔偿,尤其是按照下文原则草案4所设想的向受害人发放赔偿金时,一部分资金可用于赔偿在起源国遭受的损害。《核损害补充赔偿公约》第十一条就设想了这样的制度。

(25)(d) 款界定了“危险活动”的含义,它指的是任何可能以有形后果造成跨界损害的活动。上文原则草案1的评注解释了所用术语的含义和重要性。

(26)(e) 款界定了“经营者”的含义。“经营者”的定义是一项功能性定义。必须有人指挥或控制危险活动。

(27) 在国际法中,对于经营者,没有一项一般性定义。但这一词在国内法⁴¹²和条约实践中都有使用。在条约实践中,核损害制度规定了经营者的赔偿责任。⁴¹³但依据有关活动的性质不同,经营

⁴¹² 关于国内法,例如见1990年《石油污染法》(上文脚注390),在该法中,下述个人可被认为负有责任:(a) 责任方,如船舶、岸上或沿海设施、深水港和管道的所有人或经营人;(b) “担保人”,即“本身非责任方但为责任方提供了财务责任担保的人”;以及(c) 第三方(不在前两个类别之列的个人、他们的代理人或雇员或独立的承包人,其行为是造成损害的唯一原因)。另见美国《环境综合治理、赔偿和责任法》(上文脚注399)。

⁴¹³ 例如见《核能方面第三者责任公约》和《经1964年1月28日附加议定书和1982年11月16日议定书修正的修正1960年7月29日核能方面第三者责任公约的议定书》:“与核设施有关的‘经营人’指由主管公共当局指定的设施经营人”(共同第1条第(六)款)。另见《关于核损害民事责任的维也纳公约》(经营人)(第四条);《修正关于核损害民事责任的维也纳公约的议定书》(经营人)(第1条(c)款);《核动力船舶经营人的责任公约》(核动力船舶经营人)(第二条)。

者的定义也会有所变化。将赔偿责任归结到一个单一的实体身上(无论它是所有者还是经营者)是严格赔偿责任制度的最明显特征。所以,除经营者以外,另外的人也可以被具体认定为负有责任,这取决于特定危险活动所涉及的利益。例如,在导致通过了1969年《国际油污损害民事责任公约》的1969年会议上,存在着为船舶所有人或货物所有人或同时为两者规定赔偿责任的可能性。⁴¹⁴然而,按照达成的一项折中方案,船舶所有人被规定负有严格赔偿责任。“指挥”一词暗示着有能力使用或控制某种工具。因此,它可以包含在发生损害时使用飞机的人或飞机的所有者(如果他保留着航行权的话)。⁴¹⁵

(28) “控制”一词暗指有权管理、指导、约束、经管或监督。⁴¹⁶这包括对活动的技术运作获得了决策权的人,包括持有开展这种活动的许可证或批准书的人,或登记或通知这种活动的人。⁴¹⁷也可以包括母公司或其他相关实体(无论是否公司),尤其是当该实体实际控制着活动时。⁴¹⁸经营者可以是公

另见《关于道路、铁路和内陆航运船只运载危险物品引起损害的民事责任公约》,该《公约》将内陆航运船舶的“承运人”定义为“在发生事故时控制着载运危险物品的运具的人”(第1条第8款);《关于因勘探和开采海床矿物资源而造成油污损害的民事责任公约》将大陆架设施的经营人定义为包括“对设施所进行的活动拥有总体控制权的人”,如果缔约方未予以具体指定的话(第1条第3款);按照欧洲议会和欧盟理事会关于预防和补救环境损害方面的环境赔偿责任的欧盟第2004/35/CE号指令(上文脚注366)(该指令为经营人规定了赔偿责任)，“经营人”一词包括经营或控制着有关职业活动的任何自然人或法人,无论是私人还是公共法人。

⁴¹⁴ 见《1969年关于海洋污染损害的国际法律会议正式记录》,政府间海事协商组织,1973年(LEG/CONF/C.2/SR.2-13),引述于D. W. Abecassis和R. L. Jarashow,《船舶油污:国际、联合王国和美国的法律与实践》,伦敦,史蒂文斯父子出版公司,1985年,第253页。一些为船舶所有人规定赔偿责任的制度包括:《修正国际油污损害民事责任公约的议定书》(第三条第1款);《国际油舱油污损害民事责任公约》(第三条);以及《国际海上运载有害和有毒物质造成损害的责任和赔偿公约》(《有害物质公约》)(第7条第1款)。

⁴¹⁵ 见《外国飞机对地面(水面)上第三者造成损失的公约》(第12条)。

⁴¹⁶ 《国际油舱油污损害民事责任公约》对船舶所有人所下的定义十分宽泛。它包括“注册的所有人、空船包租人、船舶的管理人和经营人”(第1条第2款)。

⁴¹⁷ 见欧洲议会和欧盟理事会关于预防和补救环境损害方面的环境赔偿责任的欧盟第2004/35/CE号指令(上文脚注366),第2条第6款。

⁴¹⁸ 按照《南极矿物资源活动管理公约》第8条,基本的赔偿责任由经营人承担,第1条第(11)款对经营人的定义是“一

有实体，也可以是私有实体。按照设想，为了本定义的目的，国家可以成为经营者。

(29) 采用短语“发生……事件时”一语是为了确立经营者与跨界损害之间的联系。

原则 3

目的

本原则草案的目标是确保跨界损害，包括环境损害的受害者——自然人或法人，包括国家，得到及时和充分的赔偿。

评注

(1) 本原则草案的主要目标是以可预计、公平、迅速和成本效益良好的方式提供赔偿。本原则草案也有意达到其他目标，包括：(a) 促使经营者与其他有关的人或实体愿意预防危险活动造成的跨界损害；(b) 促进各国之间的合作以便以友好方式解决有关赔偿的问题；以及 (c) 保存和促进对国家和民族的福利至为重要的经济活动的持久活力。

(2) 自从委员会开始探讨这项专题以来，确保跨界损害的受害人通过获得赔偿得到保护的主要目标，历来是一个不可或缺的要素。罗伯特·Q. 昆廷-巴克斯特在其纲要中，也强调需要保护受害人，要求采取“尽可能避免引起损失或伤害的预防措施，在无法避免的情形下则采取赔偿措施”，而且“……无辜的受害人不应该承担损失或伤害，……”⁴¹⁹ 预防问题条款草案⁴²⁰ 已经探讨了前项考虑因素。

缔约方或一缔约方的机构或机关或按照一缔约方法律建立的法人或仅由上述……任何组合构成的合资企业”。按照国际海床管理局2000年7月13日通过的《区域内多金属结核探矿和勘探规章》附件中的勘探合同标准条款第16条第1款，承包人应对由其不法行为或不作为引起的任何实际损害数量负责，包括对海洋环境的损害，这也包括其雇员、分包商、代理人以及为他们工作的所有人所造成的损害” (ISBA/6/A/18, 附件4, 第16条)。

⁴¹⁹ 《1982年……年鉴》[英]，第二卷（第一部分），A/CN.4/360号文件，第63页（纲要，第5节，第2-3段）。

⁴²⁰ 见上文脚注322。

(3) 有人认为对“受害人”一词下一个正式定义没有必要，但为了本原则草案的目的，受害人的定义包括自然人和法人，包括作为公共财产管理人的国家。这一含义与原则草案2中的损害定义有联系，可能还是从中推论出来的，这一损害包括对人、财产或环境的损害。⁴²¹ 人群或社区也可能是受害人。在根据《1987年马绍尔群岛核求偿法庭法》成立的马绍尔群岛核求偿法庭受理的埃内韦塔克人民民事案中，法庭审议了出于以下理由，对埃内韦塔克人民给予补偿的问题：过去和将来丧失了对埃内韦塔克环礁的使用；恢复埃内韦塔克社区的安全和生产状态；埃内韦塔克人民在因环礁上进行的核试验致使环礁用途灭失而搬迁以后遇到困难。⁴²² 在阿莫科·卡迪兹号诉讼案中，阿莫科·卡迪兹号巨型油轮在布列塔尼岸外酿出灾祸以后，法国的北部海岸省和非尼斯泰尔省及许多被称为“社区”的市政当局，以及许多法国的个人、商行和协会控告阿莫科·卡迪兹油轮的所有人及其设在美国的母公司。求偿金额包括商业交易的损失。法国政府本身也要求收回污染损害的损失和清理费用。⁴²³

(4) 受害人的含义也与身份问题有关。《关于危害环境的活动造成损害的民事责任公约》及欧洲议会和欧盟理事会关于预防和补救环境损害方面的环境赔偿责任的欧盟第2004/35/CE号指令等赔偿责任制度，为一些非政府组织提供了身份。⁴²⁴ 《在环

⁴²¹ 国际刑法中的受害人定义，例如见《为罪行和滥用权力行为受害者取得公理的基本原则宣言》，大会1985年11月29日第40/34号决议。另见《国际刑事法院罗马规约》（第79条）。

⁴²² 见《国际法律资料》，第39卷，第5号（2000年9月），第1214页及以下各页。1947年12月，该族人民被从埃内韦塔克环礁迁移到乌杰朗环礁。迁移的时候，该环礁的面积是1,919.49英亩。1980年10月1日返回时，已经进行过43次核装置试验，收回使用的面积为815.33英亩，另外的949.8英亩不能供他们使用，另外的154.36英亩则消失了（同上，第1214页）。

⁴²³ 见1978年3月16日阿莫科·卡迪兹号油轮在法国海岸的溢油事件案，见MDL Docket No. 376 NDILL. 1984, 第2123-2199号美国海事案件。见M. C. Maffei, “帕特莫斯案例中的生态损害赔偿”，载于F. Francioni和T. Scovazzi（编辑），《环境的国际责任》，伦敦，格雷厄姆和特罗特曼出版社，1991年，第381页。另见1978年3月16日阿莫科·卡迪兹号油轮在法国海岸的溢油事件案，美国第七巡回上诉法院，954 F.2d 1279; 1992 U.S. App. LEXIS 833; 1992 AMC 913; 22 ELR 20835, 1991年6月12日。

⁴²⁴ 见《关于危害环境的活动造成损害的民事责任公约》第18条和欧洲议会和欧盟理事会关于预防和补救环境损害方面

境问题上获得信息、公众参与决策和诉诸法律的公约》也给予一些非政府组织以公共环境利益的名义采取行动的身份。受害人也有可能是那些根据本国法律被指定以公共托管人的名义，采取行动维护那些资源，因而具有提出诉讼的法定身份的人。在许多权限范围内公共信托概念向各种被指定的人提供适当的身份，以便在任何跨界损害的情形下提出恢复和清除的要求。⁴²⁵ 例如，美国《石油污染法》规定，这种权利可赋予美国政府、州、印地安部落、外国政府。美国1980年《环境综合治理、赔偿和责任法》，1986年经《舒坡尔基金修正案》和《重新授权法》修订之后规定，已经取得诉讼地位的只有联邦政府、经核定的州代表、自然资源的托管人，或印地安部落的指定托管人。在另一些管辖区域中，公共当局已经获得类似的追索权。例如挪威法律规定一些私人组织和社团具有要求恢复费用的诉讼地位。在法国，有些环境协会在涉及违反某些环境条例的行为的刑事案件中被赋予要求赔偿的权利。

(5) 针对受害人的赔偿责任和赔偿概念也载于《斯德哥尔摩宣言》原则22，其中表达了一项共同的信念：

各国应互相合作，进一步发展关于一国管辖或控制范围以内的活动对其管辖范围以外地区所引起的污染及其他环境损害的受害人的赔偿责任与赔偿问题的国际法。⁴²⁶

(6) 《里约宣言》原则13进一步载述了这项论点：

各国应制定关于污染和其他环境损害的责任以及赔偿受害者的国内法。各国还应迅速并且更坚决地进行合作，进一步制定关于在其管辖或控制范围内的活动对在其管辖外的地区造成的环境损害的不利影响的责任和赔偿的国际法。⁴²⁷

的环境赔偿责任的第2004/35/CE号指令（见上文脚注366）第12条。

⁴²⁵ P. Wetterstein, “财产所有人权益或单独占有权益”，如上（上文脚注373），第50-51页。

⁴²⁶ 见上文脚注363。

⁴²⁷ 见上文脚注353。

(7) 应该从实现“费用内部化”的角度来认识及时和充分赔偿的需要，追本溯源，“费用内部化”构成“谁污染谁付费”原则的核心。⁴²⁸ 这项原则主张使活动本身经营费用范围内关于污染的控制、清除和保护措施的真正经济费用内部化。它企图按照这种方式确保各国政府不致由于补贴上述环境费用而扭曲国际贸易和投资的费用。经合组织的政策和欧洲联盟都认可了这项论点。但是，在执行方面，所认可的这项原则展现了它本身在不同情况中的差异。若干国际文书提到“谁污染谁付费”原则。《里约宣言》原则16概括性地载述了这项原则：

考虑到污染者原则上应承担污染费用的观点，国家当局应该努力促使内部吸收环境成本费用，并利用各种经济手段，适当地照顾到公众利益，又不要使国际贸易和投资失常。⁴²⁹

(8) 在条约实践中，这项原则已经成为建立严格赔偿责任制度的基础。《关于危害环境的活动造成损害的民事责任公约》的情况也是这样，它在序言部分中“注意到需要考虑到‘谁污染谁付费’原则而在这方面规定严格赔偿责任”。《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》在其序言部分提到“谁污染谁付费”原则为“国际环境法的一般原则”，《保护与使用越境水道和国际湖泊公约》和《关于工业事故越境影响的公约》的缔约国“也都接受了”这项原则。⁴³⁰

⁴²⁸ 见 H. Smets, “Le principe pollueur-payeur, un principe économique érigé en principe de droit de l'environnement ?”, 《国际公法综述》，第97卷，1993年，第339-364页；以及 N. de Sadeleer, 《污染者的支付原则：预防与预防措施》，布鲁塞尔，布吕郎出版社，1999年，第157页及以下各页。

⁴²⁹ 联合国在其关于《21世纪议程》执行情况的报告中指出：

在把《……里约宣言》所载的原则纳入各种国际和国家法律文书方面已取得进展，其中包括……谁污染谁付费原则。尽管在通过各种国际法律文书实施联合国环境与发展会议的承诺方面已取得一些进展，仍需作出大量努力，使里约达成的各项原则更坚实地体现在法律和实践之中。

《大会正式记录，第十九届特别会议，补编第2号》（A/S-19/33），第14段。

⁴³⁰ 该项原则也在下列公约中有所提及：1990年《国际油污防备、反应与合作公约》；《保护东北大西洋海洋环境公约》（《奥斯巴公约》）；《保护波罗的海地区海洋环境公约》；《保护黑海免受污染公约》；《保护与使用越境水道和国际湖泊公约》；《关于工业事故越境影响的公约》和《关于危害环境的活动造成损害的民事责任公约》以及欧洲议会和欧盟理事会关于预防和补救环境损害方面的环境赔偿责任的第2004/35/CE号指令（见上文脚注366）。

(9) 一些国家司法机关也确认了这项原则。例如，印度最高法院在韦洛尔公民福利论坛诉印度联邦等案⁴³¹中，将这项原则作为一般国际法的一部分处理，指示印度政府设立一个机构，以处理由于泰米尔纳德邦制革业的活动引起的环境退化情况。在该案中，据估计，制革业地带大约35,000公顷的农地已经有一部份或全部不适于耕作，铬制革法中使用的170种化学药品严重污染了当地的饮用水。法院要求每家制革厂向环境保护基金缴纳罚款10,000卢比，还命令制革业的污染者支付补偿，并且命令泰米尔纳德邦的收税员/地方官员负责补偿金的付款，由按照法院指示设立的机构评估和征收。⁴³²

(10) 在法国与荷兰之间关于适用1976年12月3日《保护莱茵河免受氯化物污染公约》和1991年9月25日《保护莱茵河免受氯化物污染公约附加议定书》的仲裁中，有人要求仲裁法庭在对《公约》的解释中顾及“谁污染谁付费”原则，不过没有在其中明文提到这一点。法庭在2004年3月12日的裁决中总结认为，尽管在条约法中非常重要，但“谁污染谁付费”原则并不是一般国际法的一部分，因此，法庭认为与它对该《公约》的解释并不相干。⁴³³

⁴³¹ 见《1996年全印度判例汇编》，第83卷，第2715页。

⁴³² 韦洛尔公民福利论坛诉印度联邦等案（上文脚注431）的简略情况，见D. Kaniaru, L. Kurukulasuriya 和P.D. Abeyegunawardene（编辑），《环境相关案件司法裁决摘要（特别涉及南亚各国）》，科伦坡，南亚环境合作计划，1977年，第25页。印度最高法院在后来审理的安得拉邦污染控制委员会诉M. V. 奈杜教授（已退休）等案中，进一步阐述了预防义务，为此强调了警惕原则（代替《斯德哥尔摩宣言》（见上文脚注363）所载的同化能力原则），加之于被告的举证责任和善治原则，其中包括需要采取必要的立法、行政和其他行动（在这方面，最高法院倚重特别报告员彭马拉朱·斯里尼瓦萨·拉奥先生关于预防危险活动的跨界损害的初步报告（见上文脚注343），第103-104段），《1999年全印度判例汇编》，第86卷，第812页。另见安得拉邦污染控制委员会诉M. V. 奈杜教授（已退休）等案，其中有对这些原则的重申，见www.supremecourtindia.nic.in。

⁴³³ 法院在有关部分指出：“法院指出，荷兰为支持它的请求，提到了‘谁污染谁付费’原则。[……]法院认为，这项原则载于若干国际文书，包括双边文书和多边文书，并且具有不同的效力等级。法院没有否定它在条约法中的重要性，但认为这项原则并不构成一般国际法的一部分。”（适用1976年12月3日《保护莱茵河免受氯化物污染公约》的1991年9月25日《附加议定书》审计荷兰和法国间的账目案，2004年3月12日的仲裁裁决，联合国，《国际仲裁裁决汇编》，第二十五卷（出售品编号：E/F.05.V.5），第312页，第102-103段。裁决案文也可查阅<http://www.pca-cpa.org>。

(11) 此外，已经有人指出，“或许除了涉及欧共体国家、欧洲经委会和经合组织时之外，它（‘谁污染谁付费’原则）是否达到习惯国际法中普遍适用规则的地位，还是令人怀疑的”。⁴³⁴

(12) 这项原则有其限制。在这方面，有人指出：

民事责任责成污染者为环境损害付费的范围和程度取决于各种因素。如果赔偿责任是由于疏忽造成的，不仅需要证明这一点，既无法合理预期、也无法合理避免的损害将不予补偿，受害人或纳税人（而不是污染者）将承担损失。严格赔偿责任是“谁污染谁付费”原则的较佳近似值，但在数额受到限制的情况下，如在涉及油轮或核设施的国际议定方案中，就不是这样。此外，对损害的狭隘定义可能排除了不容易以金钱数额量化的环境损失，例如野生动植物，或影响环境质量而不造成实际有形损害的环境损失。⁴³⁵

(13) 据宣称，不能将这项原则当作一项“普遍适用的严格规则对待，用以执行这项规则的方法也不是在一切情况下都一样”。⁴³⁶ 据认为，“如果充分考虑到危险性质上的不同，考虑到在各行业中实现环境费用完全内部化的经济可行性也不同（因各个行业承担费用的能力不同），存在大量灵活性则是必然的”。⁴³⁷

(14) 原则草案3也强调，对“环境”本身的损害是可以控告的，需要提供及时和充分的赔偿。正如上文原则草案3的评注所述，赔偿可能不仅包括向索赔人支付赔偿金，它也肯定容许偿付合理的恢复和回应措施的费用。

⁴³⁴ 另见Sands，同前（上文脚注403），第280页，载有在经合组织和欧盟的情形下灵活运用这项原则的例证。

⁴³⁵ P. W. Birnie 和 A. E. Boyle，《国际法与环境》，同前（上文脚注358），第93-94页。

⁴³⁶ 同上，第94-95页。另见秘书处编写的关于国际法不加禁止的行为所产生损害性后果的国际责任（危险活动跨界损害所造成损失的国际责任）专题的各种责任制度概览（上文脚注352），第二章。

⁴³⁷ P. W. Birnie 和 A. E. Boyle，《国际法与环境》，同前，第95页。作者们指出，“在《里约宣言》原则16中提到的‘公共利益’为例外条款留下了‘广大的空间’[……]。在里约通过的‘谁污染谁付费’原则既不是绝对的，也不是必须的”（第93页）。他们还指出，就东欧核设施来说，“代表最大潜在受害人团体的西欧国家政府[……]已经资助进行改善安全标准的工作”（第94页）。

(15) 概括地说, 人们历来不愿意接受对环境本身所受损害的赔偿责任, 除非这种损害作为环境损害的结果涉及人员或财产。⁴³⁸ 这种情况正日益改变。⁴³⁹ 在对自然资源或环境造成损害的情形下, 有权要求赔偿或偿付采取合理的预防、恢复或复原措施所产生的费用。有些公约还将这种权利进一步限于实际采取的措施, 排除了环境损害引起的利润损失。⁴⁴⁰

⁴³⁸ 相反的结果, 见蓝圈工业公司诉国防部案,《1998年全英判例汇编大全》, 第3卷, 第385页; 以及默林与另一人诉英国核燃料公司案,《1990年全英判例汇编大全》, 第3卷, 第711页。

⁴³⁹ 关于生态损害和前景的索赔所涉及的困难, 见帕特莫斯案和黑文案。一般情况, 见 A. Bianchi, “意大利有关环境损害的做法: 国际法与国内法之间的互动”, 载于 P. Wetterstein(编辑)(上文脚注373), 第103页, 详见第113-129页。另见 Maffei, 如上(上文脚注423), 第381页, 详见第383-390页; 以及 D. Ong, “环境破坏与污染之间的关系: 马来西亚和新加坡的海洋石油污染法”, 载于 M. Bowman 和 A. Boyle(编辑), 同前(上文脚注393), 第191页, 详见第201-204页。另见 Sands, 同前(上文脚注403), 第918-922页。另见1979年和1987年的安东尼奥·葛兰西事件, 油污赔偿基金, 关于国际油污赔偿基金1980年间各项活动的报告; 同上,《1989年年度报告》, 第26页; 以及同上,《1990年年度报告》, 第27页。一般情况, 另见 W. Chao, 《海上石油运输污染: 赔偿责任与赔偿》, 伦敦, 克卢沃出版社, 1996年, 第361-366页; 油污赔偿基金1980年10月17日第3号决议不容许法院“按照根据理论模式算定的损害的抽象量化”评估应该由该基金支付的赔偿数额(FUND/A/ES.1/13, 附件一)。在阿莫科·卡迪兹案(见上文脚注423)中, 伊利诺北区法院命令阿莫科石油公司支付8520万美元的罚款——4500万美元作为清理溢出油污的费用, 3900万美元用于支付利息。它驳回了针对非经济损害的赔偿。于是, 法院对针对失去景观和生态受损提出的要求不予受理。它指出: “诚然, 社区暂时没有清洁的海滩供市民使用, 社区在未经清理的情况下, 交通繁忙, 这只是它的正常状况, 社区无法维持正常的安宁、寂静和自由”, 但是法院总结认为, “社区的丧失享受的求偿, 根据法国的法律, 是无法获得支持的”(Maffei, 如上(上文脚注423), 第393页)。关于丧失悦目的景观, 法院认为, 在而且只在能够证明这种景观的丧失对社区造成某种相因而生的损害的时候, 原告人的求偿在可以度量的损害方面, 是可予赔偿的, 例如本来会到访的旅行者和游客因此种损害而不再到访该社区。但是, 这完全是社区内的旅馆、餐馆、露营地和其他商业场所个别提出求偿的案由事项。关于生态损害, 法院处理了评量“由于石油溢出而在潮间带被杀害的物种”的问题, 认为“声称的这种损害应该按照无主之物原则处理, 由于任何人或实体都没有名分提出求偿, 所以不予赔偿”, 同上, 见第393-394页。另见马绍尔群岛核求偿法庭受理的埃内韦塔克人民事项案(上文脚注422)。法庭审议了对于埃内韦塔克环礁族人由于美国进行核试验而受到的损失来说, 恢复是否适当的救济措施。它裁决了清洁和复原费用如下: 移动土壤费用2200万美元; 处理钾的费用1550万美元; 土壤处理费用(堤道)3150万美元; 清除铯的费用1000万美元; 测量费用4510万美元; 恢复土壤和再种植费用1770万美元(第1222-1223页)。

⁴⁴⁰ 大体上见原则2的评注, 上文第(8)-(9)段和第(18)-(21)段。

(16) 目标不是要恢复或使环境回归原来的状态, 而是使它能够保持持久的功能。在这个过程中, 并不预期引起与希望得到的结果不相称的费用, 这些费用应该符合成本效益。在上述考虑因素的限制下, 如果不可能使环境恢复或复原, 按理应该向环境中引进上述组成部分的等值物。⁴⁴¹

(17) 参与采取恢复措施或回应措施的国家或任何其他机构可于稍后阶段从经营者那里收回此类活动的费用。例如,《环境综合治理、赔偿和责任法》(CERCLA 或舒坡尔基金)所规定的情况。该法规设置了“舒坡尔基金”, 必要时, 以从责任方收回的费用补充税款, 支付清除费用。美国环境保护局经营舒坡尔基金, 具有广泛的权力, 可调查污染, 选择适当的救济行动, 命令责任方履行清除义务, 或自行开展工作, 然后收回费用。⁴⁴²

原则 4

及时和充分的赔偿

1. 各国应采取必要措施, 确保在其领土或其管辖或控制下其他地方的危险活动引起跨界损害时对受害者进行及时和充分的赔偿。

2. 这些措施应包括要求经营者或酌情要求其他人或实体履行责任。这种责任不应要求出具过失证明。任何条件、限制或免责条款均应符合原则草案3。

3. 这些措施也应包括要求经营者, 或酌情要求其他人或实体为偿付索赔建立并保持财务担保, 例如保险、债券或其他财务担保。

⁴⁴¹ 对环境的定义和可赔偿的环境损害因素的分析, 见特别报告员胡利奥·巴尔沃萨关于国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任的第十一次报告(上文脚注336), 特别是第57页, 第28段。对损害问题、损害的定义、损害、不利影响和损害评估的有趣说明, 见 M. A. Fitzmaurice, “环境的国际保护”, 《海牙国际法学院演讲集》, 2001年, 海牙, 马蒂努斯·奈霍夫出版社, 第293卷(2002年), 第9页及以下各页, 详见第225-233页。

⁴⁴² 对《环境综合治理、赔偿和责任法》的分析, 见 W. D. Brighton 和 D. F. Askman, “政府受托人在追讨自然资源损害赔偿中的作用”, 载于 P. Wetterstein(编辑)(上文脚注373), 第177-206页, 详见第183-184页。

4. 在适当情况下，这些措施应包括要求在国家级设立行业基金。

5. 若以上各段中所列措施不足以提供充分的赔偿，各国还应确保拨给更多的财政资源。

评注

(1) 这项原则草案反映起源国在建立可行的制度以便遵守“及时和充分的赔偿”要求方面可发挥的重要作用。在目前情况下提及的“各国”是指起源国。这项原则草案包含了四项相互关联的要素：一、国家应该建立赔偿责任制度；二、任何此类赔偿责任制度不应该要求出具过失证明；三、可能施加于这些赔偿责任的任何条件或限制不应该减损及时和充分赔偿的要求；四、应该设置各种形式的担保、保险和行业基金，以便为赔偿提供充足的财政保证。原则草案4的这五款体现了上述四项要素。

(2) 第一款载述第一项要求。它要求起源国采取必要措施，确保在其领土或其管辖下的其他地方的危险活动引起跨界损害时对受害人提供及时和充分的赔偿。本款后一部分的案文为“其领土或其管辖或控制下其他地方”，其措辞与委员会2001年通过的关于预防危险活动跨界损害的条款草案第6条第1款(a)项措辞⁴⁴³相同。当然，也认定应为这种事故在起源国造成的损害提供同样的赔偿。

(3) 第2款载述第二和第三项要求。它规定：这一赔偿责任制度不应要求出具过失证明，对这一赔偿责任制度的任何条件和限制均应符合原则草案3，该项原则突出强调了“及时和充分的赔偿”的目标。第一句强调“谁污染谁付费”原则，并且规定应该要求经营者，或者酌情要求其他个人或实体承担赔偿责任。第二句规定，这种赔偿责任不应要求出具过失证明。第三句确认，按照各国和国际公约中的惯例，赔偿责任会受到一些条件或限制约束。但是，为了确保这些条件和免责条款不致从根本上改变提供及时和充分的赔偿这项要求的性质，强调任何此类条件或免责条款均应符合原则草案3中所载、关于提供及时和充分的赔偿的要求。

(4) 第3款规定起源国提供的措施应该包括要求经营者或酌情要求其他个人或实体建立并保持财政担保，例如保险、债券或其他财政担保，以应付索赔要求。

(5) 第4款涉及国家级行业基金。“这些措施”的措辞体现这样的想法：要求国家采取的行动应该包括各种各样的措施。

(6) 第5款规定：若以上各段中所列措施不足以提供充分的赔偿，起源国还应确保拨给更多的财政资源。对于如何确保财政安全以便提供及时和充分的赔偿，最后三段让起源国自由决定。该项原则草案还要求起源国保持警惕，不断地审查其国内法，以确保随时更新其规章条例，使其符合本国和其他地方的技术发展和行业实践。第5款没有要求起源国设立政府基金以保证提供及时和充分的赔偿，但它规定起源国应该确保拨给更多的财政资源。

(7) 第1款强调的是一切“必要措施”，各国有足够的灵活性，以实现确保及时和充分赔偿的目标。强调这项要求并不妨碍国家或其他责任实体可能另外考虑拨给受害人的任何惠给金或采取附带和救济措施。

(8) 此外，为了本原则草案的目的，如上所述，我们假定起源国充分履行了根据预防问题条款草案，特别是草案第3条⁴⁴⁴要求它履行的一切义务。在讨论本原则草案时，并没有考虑国家对不法行为的责任问题，但这并不影响根据国家责任法和其他国际法原则提出的求偿。

(9) 在这方面，第1款把重点放在国家应该确保支付充分和及时的赔偿这项要求上。国家本身没有支付赔偿的义务。按照目前的形式，这项原则草案响应并且体现了一项日益增长的需求和国际社会的共识：作为允许在其管辖和控制下进行危险活动的安排的一部分，一般普遍期望，国家必须建立充分的机制，以便在发生任何损害时回应赔偿要求。

⁴⁴³ 《2001年……年鉴》，第二卷（第二部分）和更正，第167页。

⁴⁴⁴ 同上，第1页。

(10) 如原则草案3的评注所述, 拟定国际赔偿责任制度的需要已经获得确认, 并且在诸如《斯德哥尔摩宣言》原则22和《里约宣言》原则13中得以体现。⁴⁴⁵ 虽然这些原则无意规定具有法律约束力的义务, 但它们体现了国际社会的愿望和优先选择。⁴⁴⁶

(11) 本原则草案的根本假设也可以回溯到特雷尔炼锌厂案的仲裁。⁴⁴⁷ 虽然在该案中, 加拿大以私营公司的名义自己承担了支付必要赔偿的义务, 但该案所确立的基本原则使国家有责任在发生任何跨界损害时, 确保及时和充分的赔偿。

(12) 第2款说明了各国应该采取的第一项重要措施, 即要求经营者或酌情要求其他个人或实体承担赔偿责任。原则草案1的评注已经描述了经营者的含义。但是, 值得强调的是, 重大损害情况下的赔偿责任已经导向⁴⁴⁸ 设施的经营者。不过, 还存在着其他的可能性。在船舶的情形下, 赔偿责任归于船东, 而不是经营者。这意味着, 例如根据《国际油污损害民事责任公约》, 租船人可能是实际上的经营人, 却不需要承担赔偿责任。在其他情况下, 必须承担赔偿责任的不只一个实体。根据《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》, 废物产生者、出口者、进口者和处理者都在废物运输的不同阶段中负有潜在的责

任。真正的根本原则不在于“经营者”总是负有责任, 而在于事故发生时能够最有效控制危险的、或最具有切实赔偿能力的当事方负有主要责任。

(13) 人们认为, 由经营者或单一的个人或实体承担责任的规定是“谁污染谁付费”原则的体现。但是, 如同上文原则草案3的评注所解释的, 该项原则本身有一定的局限因而需要灵活使用。尽管该项原则影响到目前污染行业费用逐渐内部化的趋势, 却还没有被广泛视为一般国际法的一部分。

(14) 第2款也规定, 赔偿责任不应该以过失证明为依据。本原则草案的主题——危险和超危险活动牵涉到复杂的作业, 涉及一些会引起重大损害的固有危险。在这些问题中, 人们普遍确认, 不应要求出示过失或疏忽证明, 即使一个谨慎的人所应该有的必要注意都做到了, 也应该要求这个人承担责任。在许多管辖区域内, 在分配固有危险或危险活动的赔偿责任时, 严格赔偿责任都得到确认。⁴⁴⁹ 总之, 可以把目前的建议视为逐渐发展国际法的措施。在若干文书中, 严格赔偿责任已经被采用为赔偿责任的依据, 而在一些最近商定的文书中, 它已经载入《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》第4条、《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》第4条和《关于危害环境的活动造成损害的民事责任公约》第8条。

(15) 采用严格赔偿责任存在着若干理由。有些活动涉及较为复杂的技术性工业程序和设施, 含有危险, 严格赔偿责任解除了求偿人的举证负担。有关工业把极为复杂的科技活动的各种危险和营运情况当作秘密一样牢牢地守护着, 要求求偿人证明过失或疏忽, 这是一种沉重的负担, 既不公正, 也不恰当。

(16) 此外, 由于与危险活动相联系的利润为进行这种活动的行业提供了诱因, 人们通常认定, 严格赔偿责任制度鼓励了对所涉危险的较佳管理。这是一项假定, 不见得总是兑现。仅仅因为这些活动

⁴⁴⁵ 分别见上文脚注363和353。另见环境署理事会在其第六届特别会议上通过的《马尔默部长宣言》, 《大会正式记录, 第五十五届会议, 补编第25号》(A/55/25), 附件一, 2000年5月31日SS.VI/1号决定和环境署理事会在其第二十一届特别会议上通过的《21世纪头十年环境法发展和定期审查方案》(《蒙得维的亚方案三》), UNEP-E-GC21, 2001年2月9日第21/23号决定; 以及《可持续发展问题世界首脑会议执行计划》, A/CONF.199/20, 2002年9月4日决议2, 附件。

⁴⁴⁶ Birnie和Boyle指出: “这些原则都体现国际法和国家实践近期的发展情况, 它们目前作为一般国际法原则的地位比较可疑, 但是, 《里约宣言》所提供的舆论支持证据是这些原则正在出现的法律意义的重要迹象”(P. W. Birnie和A. E. Boyle, 《国际法与环境》, 同前(上文脚注358), 第105页)。

⁴⁴⁷ 见上文脚注204。

⁴⁴⁸ 根据Goldie的看法, 有关核责任的公约开始了使赔偿责任回归经营者的新趋势, 而“无论因果关系的链条有多长, 也不论干预因素(数目极为有限的免责因素除外)有多么新颖”(L. F. E. Goldie, “严格和绝对赔偿责任概念与在相对风险暴露方面的赔偿责任排名”, 《荷兰国际法年鉴》, 第16卷(见上文脚注369), 第196页)。关于这项论点, 另见Goldie, “损害赔偿责任与国际法的逐渐发展”, 第14卷(1965年), 第1189页, 详见第1215-1218页。

⁴⁴⁹ 见秘书处编写的关于国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任(危险活动跨界损害所造成损失的国际责任)专题的各种责任制度概览(上文脚注352), 第一章。

具有社会效用，而且是经济成长所不可或缺的，人们才予以接受，各国不妨利用每一个适当机会，审查这些活动不可或缺的程度，其途径是探索更无害环境而且较不危险的备选办法。

(17) 严格赔偿责任情形下同样常见的是有限赔偿责任概念。有限赔偿责任有几项政策性目标。为了便于鼓励经营者继续从事这种危险但是于社会和经济有益的活动，实行有限赔偿责任是正当的。严格但有限的赔偿责任也着眼于使危险活动获得合理的保险。此外，如果赔偿责任必须是严格赔偿责任，也就是说，如果必须在索赔人没有严格举证负担的情形下确定赔偿责任，则有限赔偿责任可以被视为合理的交换条件。虽然这些提议中没有一项是不言而喻的真理，人们普遍认为它们是相关因素。⁴⁵⁰

(18) 人们也许会说，有限赔偿责任方案不能令人满意，因为它无法为经营人提供足够激励，促使他们采取更严格的预防措施。如果把限制的门槛订得太低，它甚至可能变成污染或对他人的伤害的许可证，从而使得经营者的费用外部化。第二，它可能无法满足无辜受害人在伤害情况下提出赔偿时的合理需要和要求。基于这项理由，必须为财务赔偿责任设定一个足够高的门槛，同时考虑到这种活动的危险程度和涉及大部分危险的保险的合理可能性。

(19) 从受害人的观点来说，严格但有限的赔偿责任的一个优势是，当事人不需要证明疏忽也可以明确地知道应该以谁作为起诉的对象。

(20) 在损害是由一个以上的活动造成且无法以合理方式追查到底是由其中哪一个造成或者无法以足够肯定程度予以区分的情况下，管辖法院倾向于规定共同连带赔偿责任。⁴⁵¹ 一些现有的国际文书也规定了这种赔偿责任。⁴⁵²

⁴⁵⁰ 见 R. R. Churchill, “通过条约促进环境损害的(跨国)民事赔偿诉讼: 进展、问题与前景”, 《国际环境法年鉴》, 第12卷(2001年), 第3-41页, 详见第35-37页。

⁴⁵¹ 关于共同连带赔偿责任, 见 L. Bergkamp, 《赔偿责任与环境: 国际范围内环境损害民事赔偿责任的私法与公法方面》, 海牙, 克鲁沃出版社, 2001年, 第298-306页。

⁴⁵² 条约实践的示例, 例如见《污染损害民事责任公约》第四条; 《修正国际油污损害民事责任公约的议定书》第4条; 《国际海上运载有害和有毒物质造成损害的责任和赔偿公约》(《有害物质公约》)第8条; 《国际油舱油污损害民事责任公

(21) 在关于海上石油污染和核事故的制度中, 限制是众所周知的。例如, 《修正国际油污损害民事责任公约的议定书》规定, 对船东赔偿责任的最大限度限制是5970万特别提款权(第6条), 其后, 油污赔偿基金有责任赔偿进一步的损害, 总额不超过1.35亿特别提款权(包括从船东处收到的金额), 或在由自然现象造成灾害的情况下, 不超过2亿特别提款权。⁴⁵³ 同样地, 《关于核损害民事责任的维也纳公约》也为经营者的赔偿责任规定了适当限制。⁴⁵⁴

(22) 《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》第9条和《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》第12条规定了严格但有限的赔偿责任。与此形成对照的是, 《关于危害环境的活动造成损害的民事责任公约》第6条第(1)款和第7条第(1)款规定了严格赔偿责任但没有用任何条款限定赔偿责任。在对经营者的财务赔偿责任规定限额的情形下, 通常这种限额不影响主管法院所裁决的任何利益或费用。此外, 必须经常对赔偿责任的限额加以复核。

约》第5条; 《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》第4条; 《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》第4条; 《关于危害环境的活动造成损害的民事责任公约》第11条。另见《核动力船舶经营人的责任公约》第七条; 《修正关于核损害民事责任的维也纳公约的议定书》第2条; 《关于核损害民事责任的维也纳公约》第二条; 《核能方面第三者责任公约》第3条; 《经1964年1月28日附加议定书和1982年11月16日议定书修正的修正1960年7月29日核能方面第三者责任公约的议定书》第3条。

⁴⁵³ 经1992年《议定书》修正的《国际油污损害民事责任公约》第五条第(1)项; 《关于设立油污损害赔偿国际基金的国际公约》第4条和《修正关于设立油污损害赔偿国际基金的国际公约的1992年议定书》。埃丽卡号于1999年12月在法国海岸沉没以后, 赔偿最高限额提高到了8977万特别提款权, 2003年11月1日起生效。根据2003年11月生效的《修正关于设立油污损害赔偿国际基金的国际公约的1992年议定书》的2000年修正案, 该数额已经从1.35亿特别提款权提高到2.03亿特别提款权。如果为基金缴款的三个国家每年收到的石油超过6亿吨, 最高限额将从2亿特别提款权提高到3.0074亿特别提款权。另见 Sands, 同前(上文脚注403), 第915-917页。

⁴⁵⁴ 安装国必须保证经营者为损失不少于3亿特别提款权的任何一起事故承担赔偿责任或在10年的过渡期间内, 除了安装国本身的保险数额以外, 另外由经营者为1.5亿特别提款权的过渡金额购买保险。《核损害补充赔偿公约》规定了额外款项, 可能超过10亿美元(见第三和第四条)。

(23) 大多数赔偿责任制度在过失情形下排除有限赔偿责任。经营者需为他或她错误且蓄意、轻率或疏忽性的作为或不作为引起或促成的损害承担责任。这种特殊规定载于《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》第5条和《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》第5条。在涉及高度复杂的化学或工业程序或技术的运营的情形下，过失赔偿责任可能会给受害人带来沉重的举证负担。但是，受害人的权利可以按照若干方式得到更好的保护。例如，举证负担可能倒转过来，要求经营者证明没有牵涉到任何疏忽或蓄意不法行为。对存在固有危险的活动可得出自由的推论。经营者可能需要履行法定义务，向受害人或公众提供营运资料。

(24) 严格赔偿责任可能会减轻受害人本来可能需要证明经营者过失的举证负担，但是无法消除确定损害与活动来源之间必要因果关系所涉及的困难。因果关系原则与可预见性和邻近性或直接损失等问题有关。在倾向于采用过失赔偿责任的案件中，可以指出的是，关于疏忽的指控可能导致对损害的求偿胜诉，但原告人必须能够确定：(a) 被告人必须对原告人履行义务，遵守规定的注意标准；(b) 被告人违背了这项义务；(c) 被告人违背义务的行为间接造成对原告人的伤害；以及 (d) 原告人受到损害。

(25) 不同国家法院适用了这项原则以及损害的近因、充分因果关系、可预见性、远因等概念。这是一个裁量自由度高而且不可预知的法律分支。不同国家在适用它们之后取得了不同结果。值得一提的是，在现代侵权行为法中，邻近性标准似乎已经逐渐放松。事态发展表明，已从可预见性（“充足性”）标准上的严格必要条件论转向了只要求将损害“合理归因”这一较不严格的因果关系标准。此外，随着在医学、生物学、生物化学、统计学和其他有关领域内取得进展，可预见性标准可能变得越来越不重要。鉴于这些原因，有人认为，看来不容易把这些标准纳入一个比较全面的关于损失分配的分析模型中。⁴⁵⁵ 但是，每一国家在建立本国的赔偿责任制度时，都需要探讨所有这些问题。

⁴⁵⁵ 见 P. Wetterstein, “财产所有人权益或单独占有权益”, 如上(上文脚注373), 见第40页。

(26) 即使确定了因果关系，在有资格获得赔偿的要求方面，也还会有一些难题，例如经济损失、遭受疼痛和苦楚、终身残疾、失去便利设施或配偶的权利以及对伤害的估价。同样，可以修理或置换的财产损害可以根据修理或置换的价值给予赔偿。但是，除非在个案处理的基础上以任意估价的数额为依据，否则很难针对具有历史或文化价值的物品所遭受的损害实行赔偿。此外，与受到损害的财产的联系越是宽松越是不具体，是否存在赔偿权利这一问题就越是不确定。还存在一个问题，即某项纯粹的经济损失是否有资格获得赔偿，其中，这项损失只涉及个人享受公共设施之权利的丧失，但不涉及直接的个人损失或对所有权利益的伤害。⁴⁵⁶ 不过，瑞典和芬兰等国的法院都认为，旅馆所遭受的那种纯粹经济损失是可以支付的，另一些国家法院则不这样认为。⁴⁵⁷

(27) 第2款也处理了免除责任的条件问题。通常，规定严格赔偿责任的赔偿制度和国内法都会就经营者的赔偿责任载列一套数目有限且相当一致的例外事项。免责条款的典型例证见《关于危害环境的活动造成损害的民事责任公约》第8和第9条；《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》第3条或《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》第4条。⁴⁵⁸ 在下列情况下，可以免除赔偿责任：

⁴⁵⁶ 同上，第32页。

⁴⁵⁷ 见 J. M. van unné, “纯经济损失的赔偿责任：规则或例外？比较学者关于民法与普通法之间就侵权法中非物质损害赔偿的分歧的看法”，《欧洲私法评论》，第4卷（1999年），第397-428页。另见威乐公司和另一人诉口蹄疫研究所案，联合王国，王座法庭，《1966年判例汇报》，第1卷，第569页。

⁴⁵⁸ 经1992年《议定书》修正的《国际油污损害民事责任公约》第三条第2和第3款规定，战争、敌对状态、内战、叛乱或具有例外、不可避免和不可抗力性质的自然现象都是可免除所有人赔偿责任的因素，不以求偿人一方的疏忽行为为转移。另见《国际油污损害民事责任公约》第三条；《国际油舱油污损害民事责任公约》第3条和《国际海上运载有害和有毒物质造成损害的责任和赔偿公约》（《有害物质公约》）第7条。《关于因勘探和开采海床矿物资源而造成油污损害的民事责任公约》第3条对装置的经营者的经营者作了类似规定。另见《关于道路、铁路和内陆航运船只运载危险物品引起损害的民事责任公约》第3条。

《修正关于核损害民事责任的维也纳公约的议定书》第6条也提到免责条款：根据本公约，如果经营者证明核损害直接归因于武装冲突行为、内战、叛乱，则没有任何赔偿责任应该归属于经营者。另见《关于核损害民事责任的维也纳公约》第四条第3款；《经1964年1月28日附加议定书和1982

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。

(28) 但是，如果受害人是由于他或她自己的过失所造成或促成的损害而受害，可以在考虑到一切有关情况的前提下，拒绝其赔偿要求或减少其赔偿数额。

(29) 经营者的赔偿责任或许可基于上述任何一项理由获得免除，但这并不意味着受害人必须独自承担损失。通常，各国除了提供救济和复原协助以外，还会拨给惠给金。而且，还可以从补充供资机制得到赔偿。经营者若由于遵守政府的公共政策和规章这一例外情况而被免除赔偿责任，还有可能要求当事国赔偿。

(30) 第3款确定了国家应该采取的另一项重要措施。它应该责成经营者（或适当情况下的另一个人或实体）备有可供它处置的充足基金，不仅能够安全地管理危险活动，尽到一个谨慎的人在一些情况下应当尽到的一切应有注意，还能够在发生事故或事件时应付索赔要求。为此目的，可以要求经营者拥有必需的财政担保。

(31) 当事国可以为此目的设置最低限度的财政担保，同时考虑到通过银行或其他金融机构取得资金资源的可行性。即使是保险计划可能也会要求经营者具备某种最低限度的财政偿付能力以扩大其投保范围。按照大多数赔偿责任方案，经营者必须购买保险并取得其他适当的财政担保。⁴⁵⁹ 只要有条件

年11月16日议定书修正的修正1960年7月29日核能方面第三者责任公约的议定书》第9条；《核损害公约补充赔偿公约》附件第3条第(5)款；欧洲议会和欧盟理事会关于预防和补救环境损害方面的环境赔偿责任的第2004/35/CE号指令第4条第(1)款。该指令也不适用于主要目的是为国防或国际安全服务的活动。根据第4条第(6)款，它也不适用于唯一目的是保护免受自然灾害损害的活动。国内法中的示例，见秘书处编写的关于国际法不加禁止的行为所产生损害性后果的国际责任（危险活动跨界损害所造成损失的国际责任）专题的各种责任制度概览（上文脚注352），第二章。

⁴⁵⁹ 条约实践，例如见《核船舶经营人的责任公约》第三条；《修正关于核损害民事责任的维也纳公约的议定书》第7条；

件便应该利用这种有限的财政赔偿责任计划，这可能特别有必要。但是，鉴于法律制度的多样性和经济条件的差异，在要求和安排适当财务和安全担保方面，可以给予各国一些灵活性。⁴⁶⁰ 有效的保险制度可能也要求潜在感兴趣的国家广泛参与。⁴⁶¹

(32) 这种机制的重要性无论怎样强调也不算过分。已经有人指出，“财政担保对所有利益攸关者都有益：对公共当局和一般公众来说，它是一种（如果不是唯一一种）最有效的途径，能够确保按照谁污染谁付费原则实际开展复原工作；对于行业经营者来说，它提供了一种分散危险和管理不确定情况的途径；对保险业来说，它是一个相当大的市场”。⁴⁶² 保险的范围也可能包括清理费用。

(33) 从在美国发展起来的保险市场中获得的经验能够迅速地转移到其他市场，因为保险业是一个不断成长的全球市场。例如，关于预防和补救环境损害方面的环境赔偿责任的欧盟第2004/35/CE号指令⁴⁶³第14条规定，成员国应该采取措施鼓励由适当的证券经济和金融经营者发展担保手段和市场，包括破产情形下的财政机制，目标是使经营者使用财政担保来履行根据该指令所承担的责任。

(34) 提供保险和金融担保的后果之一是，根据国内法直接针对提供财政担保的任何人提出索赔要求，成为一项允许采用的备选办法。但是，该个人可以有权要求经营者加入诉讼。该个人还有权援

《关于核损害民事责任的维也纳公约》第七条；《核能方面第三者责任公约》第10条；《经1964年1月28日附加议定书和1982年11月16日议定书修正的修正1960年7月29日核能方面第三者责任公约的议定书》第10条。另见经1992年《议定书》修正的《国际油污损害民事责任公约》第五条；《国际海上运载有害和有毒物质造成损害的责任和赔偿公约》（《有害物质公约》）第12条；《国际油舱油污损害民事责任公约》第7条；《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》第14条；《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》第11条；《关于危害环境的活动造成损害的民事责任公约》第12条。

⁴⁶⁰ 例如见中国的发言，载于《大会正式记录，第五十八届会议，第六委员会》，第19次会议（A/C.6/58/SR.19），第43段。

⁴⁶¹ 例如见意大利的发言，同上，第17次会议（A/C.6/58/SR.17），第28段。

⁴⁶² 见2002年1月23日关于拟订欧洲议会和理事会关于预防和补救环境损害方面的环境赔偿责任的指令的提案（COM(2002)17 final）。

⁴⁶³ 见上文脚注366。

引经营者根据法律本来有权援引的辩护。《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》第11条第(3)款和《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》第14条第(4)款规定了这种可能性。但是,这两项议定书都容许各国在它们不愿意容许这种直接诉讼时发表相关声明。

(35) 第4和第5款提到各国应该关注的其他一些同样重要的措施。这里涉及设置国家级的补充基金。当然,这并不排除在联邦制国家中,由下一级政府承担起上述责任。所有现有的损失分配方案都设想提供某种补充供资,以便在经营者经营的基金不足以赔偿受害人时,用于解决索赔要求。涉及危险活动的赔偿责任制度多半规定设置额外的资金来源以便应付索赔要求,尤其是支付回应措施和恢复措施的费用。为了遏制损害,并且恢复受损自然资源和公共设施的价值,这些措施是必不可少的。

(36) 可以从不同的账户设置额外供资来源。第一种可以是作为国家预算一部分的公共资金。换言之,国家可以在分担损害造成的损失时承担一个份额。第二个账户是由同一类危险活动的经营者或所进行危险活动的直接受益实体缴款设置的综合基金。通常并不指明哪个基金——经营者设置的、受益人设置的,还是国家设置的——将在经营者的赔偿责任限额穷尽以后,优先提供救济。

原则 5

回应措施

为了尽量减轻本原则草案范围内的活动所涉事件造成的跨界损害,各国应在必要时在经营者的协助下,或在适当情况下,经营者应采取及时和有效的回应措施。这些回应措施应包括及时通知所有可能受影响国,并在适当的时候同它们协商及进行合作。

评注

(1) 一旦发生引起重大损害的事故或事件,就采取回应行动,这种行动的重要性无论怎样强调都不过分。事实上,应立即采取这种回应措施,它们对于防止损害范围的扩大十分必要。多数情况下,

在采取回应措施之前甚至不必浪费时间去查明责任者或引发事件的原因或过失。根据原则草案5,须由有关国家负责决定如何采取这类措施以及由谁采取这类措施——是由国家自己、由经营者还是由其他适当的人或实体。虽然在“各国应在必要时在经营者的协助下,或在适当情况下,经营者”这种表述中没有提出这方面的行动次序,但人们认为可以合理地假定,在大多数跨界损害情况下,国家应发挥更突出的作用。这样的职责源于国家的一项一般义务,即确保其管辖和控制范围内的活动不引起跨界损害。而且,国家可以选择获得合理回应措施的费用偿还款。起草的措辞也考虑到了这类案件中经常会出现的外交方面的微妙情况。另一方面,也不打算排除包括跨国公司在内的经营者首先采取回应行动的可能性。

(2) 此外,很常见的情况是,国家当局立即作出反应,将受影响的人们转移到安全地方并立即提供紧急医疗和其他救援。正因为如此,鉴于国家的任务是在任何时候都要确保公共福利并保护公众利益,该项原则确认国家在出现紧急情况后立即采取必要措施方面具有重要作用。

(3) 本原则草案为国家设想的任务是对预防问题条款草案中有关“紧急备灾”和“通知紧急情况”的第16和第17条所规定任务的补充。⁴⁶⁴

(4) 然而,本原则草案应当有所不同,并超越那些规定。本原则草案涉及的是,造成损害的事故发生后,必须采取必要的回应行动,如果可能应在损害具有跨界性质之前就采取行动。引起损害的国家为了其自身利益,甚至作为出于“基本的人道考虑”⁴⁶⁵而承担的义务,应与可能受影响国协商决

⁴⁶⁴ 预防问题条款草案第16和第17条的案文及其评注,见《2001年……年鉴》,第二卷(第二部分)和更正,第189-190页。关于必须将维持应急计划和针对紧急污染情况作出反应的条约义务视为国家控制已知环境损害来源的应有注意义务的一部分这项观点,见P. W. Birnie和A. E. Boyle,《国际法与环境》,同前(上文脚注358),第137页。两位作者还指出“将科孚海峡案视为对已知环境危险发出警告的习惯义务方面的判例是合理的”(第136页)。

⁴⁶⁵ 见科孚海峡案(上文脚注179),第22页。不同于《国际法院规约》第三十八条中所列举的传统国际法渊源,作为“某些普遍公认的原则所产生的义务”(同上)一部分的这项特定概念,见B. Simma,“从双边主义到国际法中的共同利益”,《演讲集:1994年第六期海牙国际法学院演讲集》,第250卷

定预防或减轻跨界损害的可能的最佳回应行动。⁴⁶⁶ 本原则草案第二句话考虑了各层次的干预行动，即通知、协商与合作。根据考虑，“及时”一词更适合修饰“通知”，但在紧急情况中就“协商”和“合作”而言，可能并不完全合适，因为“协商”和“合作”需要双方同意，需有诚意，而且通常是应要求进行的。有观点认为，“在适当的时候”这一表达法能够充分涵盖这些条件，并足够灵活，可以根据每种具体情况包括范围广泛的互动程序。

(5) 反过来说，可能受影响国应给予起源国充分合作。不言而喻，已受到或可能受到跨界损害影响的国家也必须采取回应措施。这些国家应在其所管辖的地区内以及自身权力范围内采取回应措施，以协助预防或减轻跨界损害。这种回应行动不仅对公共利益至关重要，对使有关当局和法院能够处理随后的赔偿要求及偿还因采取合理回应措施而带来的费用的要求也至关重要。⁴⁶⁷

(6) 然而，国家针对危险活动造成的紧急情况所采取的任何措施不得且不应将经营者的作用置于次要地位，或仅让它们起剩余性作用。在保持紧急备灾状态和一旦发生事故便立即采取任何这类措施方面，经营者担负着同等重要的责任。经营者可以并应当给予国家履行其责任所需的一切援助。具体地说，经营者最能够说明事故的详情、性质、发生时间和确切地点，以及说明可能受到影响的各方可以采取哪些措施来尽量减轻损害的后果。⁴⁶⁸ 如果经营者不能采取必要的回应行动，起源国应作出必要

安排来采取这类行动。⁴⁶⁹ 在此过程中，它可以向其他国家或主管国际组织寻求必要和可获得的帮助。

原则 6

国际和国内救济

1. 各国应提供适当程序以确保按照原则草案 4 向危险活动所致跨界损害的受害者提供赔偿。

2. 这些程序可包括诉诸迅速而又最经济的国际理赔程序。

3. 为按照原则草案 4 作出赔偿的目的，各国应确保其本国行政和司法机制拥有必要权限，对此类受害者提供有效救济。这些机制的及时、充分和有效程度应不逊于其本国国民的待遇，并且应有获得诉诸此种机制所需资料的适当机会。

评注

(1) 原则草案 6 指明了实施和执行原则草案 4 所载目标的必要措施。第 1 款规定确保制定适当程序以保证提供赔偿的要求对各国均适用。该款应当与第 3 款相对照，后者将第 1 款所包含的要求具体适用于起源国。

(2) 第 2 款旨在更具体地说明有关程序的性质。它提及“国际理赔程序”。可以设想若干程序。例如，在跨界损害情况中，国家可以谈判商定应付的赔偿额。⁴⁷⁰ 这其中可以包括混合索赔委员会和为确

(1997 年)，海牙，马蒂努斯·奈霍夫出版社，第 220 页及以下各页，详见第 291-292 页。

⁴⁶⁶ 关于国家通知并彼此进行协商以便采取适当行动来减轻损害的义务，见《里约宣言》（上文脚注 353）原则 18；《关于工业事故越界影响的公约》；《生物多样性公约》和《生物多样性公约的卡塔赫纳生物安全议定书》以及核事故方面的条约和《及早通报核事故公约》。另见 Sands，同前（上文脚注 403），第 841-847 页。

⁴⁶⁷ 关于估算可接受的恢复费用时的合理性标准，大体上可参见 P. Wetterstein，“财产所有人权益或单独占有权益”，如上（上文脚注 373），第 47-50 页。

⁴⁶⁸ 发生核事故的国家必须通报这些详细情况。见《及早通报核事故公约》第 2 条。这些国家还必须通过原子能机构向可能受影响国提供其他必要资料，以便尽量减轻辐射后果。另见 Sands，同前（上文脚注 403），第 845-846 页。

⁴⁶⁹ 按照欧洲议会和欧盟理事会 2004 年 4 月 21 日关于预防和补救环境损害方面的环境赔偿责任的第 2004/35/CE 号指令（上文脚注 366）第 5 和第 6 条规定，根据第 13 条指定的主管当局可以要求经营者采取必要的预防或恢复措施，如果经营者不采取这些措施或者找不到经营者，主管当局则可以自己采取这类措施。

⁴⁷⁰ 在渔民（日本国民）因美利坚合众国 1954 年在马绍尔群岛附近进行核试验而受到损害的案件中，美国向日本赔偿了 200 万美元，见 Whiteman，同前（上文脚注 127），第 565 页。另见 E. Margolis，“氢弹试验与国际法”，《耶鲁法律杂志》，第 64 卷，第 5 期（1955 年 4 月），第 629-647 页及以下各页，详见第 638-639 页。1978 年 1 月宇宙-954 号坠毁后，苏维埃社会主义共和国联盟向加拿大赔偿了 300 万加元，Sands，同前（上文脚注 403），第 887 页。另见《国际法律资料》，第 18 卷（1979 年），第 907 页。作者还指出，尽管若干欧洲国家向遭受切尔诺贝利核事故损害的国民支付了赔偿金，但它们不曾尝试提出正式的求偿要求，尽管它们保留了这样做的权利，同上，第 886-889 页。还可以提及委员会设立的国际

定一次性总付款额进行的谈判等。虽然说的是国际程序，但不排除起源国可以通过受影响国确立的国家求偿程序来向该国支付赔偿金的可能性。这类谈判，除非另有需要，不必阻碍起源国与受害私人各方之间以及受害私人各方与造成重大损害的活动负责人之间进行的谈判。可以通过审判或庭外解决程序商定一次性总付赔偿额。⁴⁷¹ 受害者可立即获得暂时性的合理赔偿，以等候就求偿要求可否受理以及实际应付赔偿额作出决定。为此而成立的国家求偿委员会或联合求偿委员会可以审查求偿要求并决定最终应支付的赔偿额。⁴⁷²

(3) 对于第2款下设想的一些程序，可以联合国赔偿委员会⁴⁷³ 作为有益的模式。在这种情况下，受害人获准求助于国际程序，而不必用尽国内补救办法。这样做是为了能够在短时间内使索赔得到解决。

(4) 国际法委员会认识到，在国际上进行求偿的费用和开支高昂。它还认识到，解决某些国际求偿，需要很长时间。提及迅速而又最经济的程序的目的是要反映这样一种愿望，即不让受害者因为类

似于司法审判的漫长程序而负担过重，因为这种程序可能会起到抑制作用。

(5) 第3款着重于国内程序。其中具体说明义务是针对起源国的。这是一项关于平等获取权的规定。该款首先推定，只有在为一人行使其权利确立了适当机制后，才能行使获取权。因此，第3款第一句话论及给予行政和司法机制必要权限的必要性。这类机制应能够受理涉及本原则草案范围内活动的求偿要求。第一句话强调确保有效补救办法的重要性，强调必须排除障碍以确保参加行政听审和诉讼。第二句话论及平等获取权的两个方面。它强调为决定涉及危险活动的求偿要求，制定程序上的不歧视标准非常重要。其次，它论及平等获取资料的问题。提及“适当”获取是要说明，在某些情况下，获取资料或公开资料的要求可能遭到拒绝。然而，即使在这种情况下，也必须准备好提供关于适用的例外、拒绝的理由、审查程序和适用的费用（如果有）的资料。如可行，应当可以免费或以最低费用获得这类资料。

(6) 跨界损害情况中提供的国家申诉程序应类似于依据本国法律提供给本国国民的申诉程序。不妨回顾，预防问题条款草案第16条就预防阶段可能出现的求偿，为各国规定了类似义务，在这个阶段，各国必须以应有的注意来管理危险活动所涉及的风险。⁴⁷⁴ 《国际水道非航行使用法公约》第32条针对已尽力预防损害但损害实际发生之后引起的求偿情况作出了类似规定。

(7) 追索权是一项以不歧视和平等获取国家补救办法为基础的原则。尽管有不足之处，但该项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，即各国在为跨界损害求偿者提供补救办法时必须满足最低限度的效力标准。这项原则也反映在《里约宣言》⁴⁷⁵ 原则10和《世界大自然宪章》⁴⁷⁶ 原则23中。

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于1996年通过的条款草案第21和第22条。第21条建议起源国和受影响国应在任一方提出要求的情况下，谈判赔偿或其他补救的性质和程度。第22条提到了国家为达成最公平的赔偿额不妨考虑的若干因素（见《1996年……年鉴》，第二卷（第二部分），附件一，第134-135页）。

⁴⁷¹ 关于博帕尔煤气泄漏事故，印度政府曾试图合并受害者的求偿要求。它首先设法向美国法院寻求赔偿，但基于该法院为不便于审理的法院，该案件被交由印度最高法院审理。1985年《博帕尔煤气泄漏事故（求偿处理）法》为合并求偿要求提供了依据。印度最高法院在联合碳化物公司诉印度工会等案中，颁布命令要求一次性偿付赔偿额。它规定联合碳化物公司向印度工会一次性支付4.7亿美元，以彻底解决与博帕尔煤气泄漏事故有关和由此引起的所有求偿要求、权利和赔偿责任问题（见《1990年全印度判例汇编》，第77卷，第273页及以下各页）。印度政府最初的求偿额超过10亿美元。

⁴⁷² 2002年4月，就美国1946年至1958年期间进行的核方案给土地造成的损害，向埃尼威托克人赔偿324,949,311美元，见39 ILM (2000) 1214。

⁴⁷³ 根据安全理事会第687（1991）号决议设立。另见安全理事会第674（1990）号、第692（1991）号决议以及秘书长根据安全理事会第687（1991）号决议第19段提交的报告，S/22559号文件。关于联合国赔偿委员会采纳的程序，见M. Kazazi, “联合国赔偿委员会内有关环境损害的实践”，载于M. Bowman 和 A. Boyle (编辑)，同前（上文脚注393），第111-132页。

⁴⁷⁴ 《2001年……年鉴》，第二卷（第二部分）和更正，第189-190页。

⁴⁷⁵ 见上文脚注353。

⁴⁷⁶ 大会1982年10月28日第37/7号决议，附件。

各国有关环境保护问题的宪法法律也日益确认了这项原则。⁴⁷⁷

(8) 第3款没有减轻或解决法律选择方面的问题。各国对此问题意见各异，缺乏任何共识，因此，它严重妨碍向受害者提供及时、充分和有效的司法申诉程序和补救办法，⁴⁷⁸尤其是在受害者系贫穷者且在当地得不到专家律师帮助的情况下。尽管有这些不足之处，该项原则仍是朝正确方向迈出的一步，甚至可以说是根本性的一步。各国可以通过促进法律的统一和同意扩大这种获取权和补救办法来推进发展。

(9) 根据《关于民商事司法管辖和判决执行的公约》，只有在下列情况下可从某一当事方的法院获得补救办法：(a) 受到损害；(b) 经营者有惯常居所；或(c) 经营者有主要营业地点。《关于危害环境的活动造成损害的民事责任公约》第19条、《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》第17条和《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》第13条都规定了类似的选择法院的权利。

原则 7

拟订专门的国际制度

1. 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回应措施以及应采取的赔偿和财务担保措施，作出安排。

2. 这些协定可包括行业和（或）国家供资的赔偿基金，以期在经营者财政资源，包括财务担保措施不足以应付事故损失的情况下作为补充赔偿。任何此类基金都可指定用于补充或取代国家级的行业基金。

⁴⁷⁷ 见 K. W. Cuperus 和 A. E. Boyle, “关于对国际水道跨界损害私法补救的条款”，载于国际法协会，《1996年8月12日至17日在赫尔辛基举行的第六十七次会议报告》，伦敦，1996年，第403页及以下各页，详见第407页。

⁴⁷⁸ 同上，详见第406页。

评 注

(1) 原则草案7与原则草案4中的各项规定相当，只是原则草案7中的规定是要在国际上发挥作用。第1款鼓励各国在全球、区域或双边的基础上合作，在如下三个方面拟订国际协定：制定关于预防的安排；制定关于特定类别危险活动发生事故后为尽量减轻跨界损害而采取的回应措施的安排；以及最后制定关于赔偿及为保证提供及时和充分赔偿而采取的财务担保措施的安排。

(2) 第2款鼓励各国合作，通过行业基金或国家基金在国际上建立起各种财务担保系统，以便保证向跨界损害受害者提供充足、及时和充分的救济。第2款还确认，无论国家可能在国内采取什么行动来遵循回应措施和赔偿规定，若要使这方面的实践更安全可靠和更一致，还必须作出国际安排。这项原则指出，各国有必要作出更详细的安排，并使其适应各类危险活动的具体情况。它也确认，跨界损害赔偿责任制度中存在若干变数，鉴于各国自身特有的需要、政治现状和经济发展阶段，最好由它们或者其各自的国家法律或实践自主选择。在区域范围内就特定类别危险活动作出的安排，可能更有成效和可更持久地保护区域内各国公民的利益以及他们所依赖的环境和自然资源。

(3) 不妨回顾，从本专题一开始，委员会就假定其主要目的是要“促进建立各种制度，不用禁止的方式，管制任何被认为构成实际或潜在重大危险并引起跨界影响的特定活动”。⁴⁷⁹ 据此，赔偿责任这一术语的含义是“一种负资产，一种与权利成对比的义务”。⁴⁸⁰ 因此，它不但是指违反一种义务的后果，而且也是指义务本身。这样看来，这项专题讨论的是国家的主要责任，同时考虑到“合法利益和多重因素”的存在和调和。⁴⁸¹ 人们进一步认识到，这项工作不仅要制定预防原则，作为应有和合理注意责任的一部分，而且要规定充分和高定的赔偿框

⁴⁷⁹ 特别报告员罗伯特·Q. 昆廷-巴克斯特关于国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任的初步报告，《1980年……年鉴》[英]，第二卷（第一部分），A/CN.4/334和Add.1和2号文件，第250页，第9段。

⁴⁸⁰ 同上，第12段。

⁴⁸¹ 同上，第258页，第38段。

架，以反映对公平原则的适用。这是贯穿整项制度的基本原理，它可以最恰当地称为一种“共同期望”的制度，⁴⁸²为国家提供了“无限的选择”。⁴⁸³

原则 8

执行

1. 各国应通过执行本原则草案可能需要的任何法律、规章和行政措施。

2. 本原则草案和任何执行规定的适用都不应有任何歧视，如基于国籍、居住地或居所的歧视。

3. 各国应相互合作，依据国际法规定的义务执行本原则草案。

评注

(1) 原则草案 8 重申了其他原则草案的含义，即每一国家都应制订法律、规章和行政措施，以执

⁴⁸² “共同期望”是指“(a)有关国家之间在通信或其他交流中所表示的期望，或在无明确表示情况下，(b)有关国家、它们所属的区域或其他集团或国际社会通过共同立法或其他正常行为标准所暗示的期望”(特别报告员罗伯特·Q. 昆廷-巴克斯特关于国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任的第三次报告，《1982年……年鉴》[英]，第二卷(第一部分)，A/CN.4/360号文件，第63页，纲要，第4节，第4段)。关于“共同期望”的性质，巴尔沃萨解释说，“这种期望在一定程度上可以产生权利。这一点属于诚意原则、不容反悔原则或某些法律制度下的‘自身行为’原则的范围”(特别报告员胡利奥·巴尔沃萨关于国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任的第二次报告，《1986年……年鉴》[英]，第二卷(第一部分)，A/CN.4/402号文件，第150页，第22段)。

⁴⁸³ 关于国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任的初步报告(见上文脚注479)，第261页，第48段。

行本原则草案。该原则草案有意突出国家通过国内法律来执行由国际安排和协定之缔约国商定的国际标准或义务的重要意义。第2款强调，在适用这些原则草案和执行任何规定时，不得有基于任何理由的歧视。在此强调“任何”，是为了指出基于任何理由的歧视都是无效的。保留关于国籍、居住地或居所地的提法是要列举一些有关的示例，它们是解决涉及跨界损害的求偿问题时常见且相关的歧视理由。

(2) 第3款属于一般性条款，规定各国应相互合作，依据国际法规定的义务执行本原则草案。这项条款是根据《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》第8条拟订的。执行机制的重要性无论如何强调都不过分。从一般国际法和协定国际法的角度看，它在国际一级发挥作用，主要是在国家之间，而且它要求在国家一级通过具体的国内宪法和其他立法手段予以执行。1969年《维也纳公约》第二十六条载明了“条约必须遵守”这项基本原则。该《公约》第二十七条阐明了众所周知的论点，即各国不得援引其国内法为理由或者以缺乏国内法为理由而不履行其条约义务。⁴⁸⁴ 各国必须颁布合适的国内法律来执行这些原则，以免跨界损害受害者得不到充分救助。

⁴⁸⁴ 见《现代条约法与实践》，剑桥大学出版社，2000年，第143-161页，详见第144页。关于在国家一级执行国际决定的问题，有大量论及不同国家经验的文献(见《各国法律顾问、国际组织法律顾问和国际法领域职业人员论文集》(联合国出版物，出售品编号：E/99.V.13)，第三章，第165-219页)。

第八章

国家的单方面行为

A. 导 言

177. 委员会在提交大会的1996年第四十八届会议工作报告中，建议大会将“国家的单方面行为”作为一项适于编纂和逐渐发展国际法的专题列入议程。⁴⁸⁵

178. 大会在1996年12月16日第51/160号决议第13段中，除其他外，请委员会进一步审查“国家的单方面行为”这项专题并指出该专题的范围和内容。

179. 委员会在1997年第四十九届会议上设立了关于这项专题的工作组，工作组就针对该专题进行研究的可取性和便利性、专题的可能范围和内容以及该专题的研究大纲，向委员会作了报告。委员会同届会议审议并核可了工作组的报告。⁴⁸⁶

180. 委员会第四十九届会议还任命维克托·罗德里格斯·塞德尼奥先生为这项专题的特别报告员。⁴⁸⁷

181. 大会1997年12月15日第52/156号决议第8段赞同委员会决定将这项专题列入其工作方案。

182. 委员会1998年第五十届会议收到并审议了特别报告员关于这项专题的第一次报告。⁴⁸⁸ 会

议讨论的结果是，委员会决定重新召集国家的单方面行为工作组。

183. 工作组就这项专题的范围、处理方式、“单方面行为”的定义和特别报告员今后的工作等问题向委员会作了报告。在同届会议上，委员会审议并核可了工作组的报告。⁴⁸⁹

184. 委员会1999年第五十一届会议收到并审议了特别报告员关于这项专题的第二次报告。⁴⁹⁰ 会议讨论的结果是，委员会决定重新召集国家的单方面行为工作组。

185. 工作组向委员会报告了下列有关问题：*(a)* 可用的“单方面行为”定义的基本要素，作为这项专题下一步工作和收集有关国家实践的出发点；*(b)* 确定收集国家实践的一般准则；以及*(c)* 特别报告员今后的工作方向。关于以上*(b)*点，工作组在与特别报告员磋商后确定了由秘书长送交各国的一份问题单的大纲，请各国提供有关材料，通报本国在单方面行为领域的实践及其对委员会专题研究所涉某些方面内容的立场。

186. 委员会2000年第五十二届会议审议了本专题特别报告员的第三次报告⁴⁹¹ 以及各国对1999年9月30日分发的本专题问题单的答复。⁴⁹² 委员会决定将经订正的条款草案第1和第4条移交起草委员会并将经订正的条款草案第5条移交本专题工作组。

⁴⁸⁵ 《1996年……年鉴》，第二卷（第二部分），A/51/10号文件，第248段和附件二。

⁴⁸⁶ 《1997年……年鉴》，第二卷（第二部分），第194、第196和第210段。

⁴⁸⁷ 同上，第212和第234段。

⁴⁸⁸ 《1998年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/486号文件。

⁴⁸⁹ 同上，第二卷（第二部分），第192-201段。

⁴⁹⁰ 《1999年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/500和Add.1号文件。

⁴⁹¹ 《2000年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/505号文件。

⁴⁹² 同上，A/CN.4/511号文件。

187. 委员会2001年第五十三届会议审议了特别报告员的第四次报告⁴⁹³并设立了一个不限名额工作组。响应工作组的建议,委员会要求向各国政府分发一份问题单,⁴⁹⁴请它们就其作出和解释单方面行为的实践提供进一步资料。

188. 委员会2002年第五十四届会议审议了特别报告员的第五次报告,⁴⁹⁵以及各国所提交答复⁴⁹⁶的案文,其中,答复针对的是2001年8月31日发出的关于此项专题的问题单。⁴⁹⁷委员会还设立了一个不限名额工作组。

189. 委员会2003年第五十五届会议审议了特别报告员的第六次报告。⁴⁹⁸

190. 委员会设立了不限成员名额的国家的单方面行为工作组,由阿兰·佩莱先生担任主席。工作组举行了六次会议。

191. 委员会在同届会议上审议并通过了关于专题范围和工作方法的工作组报告第一和第二部分中所载的建议。⁴⁹⁹

B. 本届会议审议本专题的情况

192. 委员会在本届会议上收到了特别报告员的第七次报告(A/CN.4/542),并在2004年7月5日至7日以及7月9日、13日、14日和16日举行的第2811至第2813次会议和第2815至第2818次会议上进行了审议。

⁴⁹³ 《2001年……年鉴》,第二卷(第一部分),A/CN.4/519号文件。

⁴⁹⁴ 同上,第二卷(第二部分),第29和第254段。问题单的案文见<http://untreaty.un.org/ilc/sessions/53/53sess.htm>。

⁴⁹⁵ 《2002年……年鉴》,第二卷(第一部分),A/CN.4/525和Add.1、Corr.1、Corr.2和Add.2号文件。

⁴⁹⁶ 同上,A/CN.4/524号文件。

⁴⁹⁷ 见上文脚注494。

⁴⁹⁸ 《2003年……年鉴》,第二卷(第一部分),A/CN.4/534号文件。

⁴⁹⁹ 《2003年……年鉴》,第二卷(第二部分),第67页,第304-308段。

1. 特别报告员介绍其第七次报告

193. 特别报告员指出,根据委员会2003年提出的建议(特别是建议4),⁵⁰⁰第七次报告涉及单方面行为方面的国家实践,并考虑了为编纂和逐渐发展工作确定有关规则的需要。他特别感谢马拉加大学法律系的师生,他们为本报告作出了宝贵的工作。这份报告的依据包括各区域和法律系统提供的材料、各国政府和国际组织代表的发言以及各国际法院的裁决。此外,报告还考虑了第六委员会中各国政府的意见。然而,很少有政府对收到的问题单作出答复。⁵⁰¹

194. 本报告讨论产生法律效力的行为和声明,这只是一种初步研究,如果委员会认为必要,今后可以进行更详细的审议。

195. 为了确定对行为和声明的分类标准,特别报告员采用了已普遍确立的三个类别:一国据以承担义务的行为(允诺和承认);一国据以放弃一项权利的行为(放弃);以及一国据以重申一项权利或一项要求的行为(抗议)。尽管通知在形式上是一种单方面行为,但它通常根据其所涉情况(抗议、允诺、承认等)产生不同的效力,例如在条约制度中的情况。

196. 可能产生类似单方面行为之法律效力的行为构成一个单独章节的主题,其中对沉默、同意和不容反悔以及它们与单方面行为的关系进行了简要分析,并介绍了某些国际法院的实践。

197. 允诺和承认属于国家据以承担义务的行为。它们采取的形式是由一个国家单独或几个国家集体作出单方面声明,据此来承担义务并给予其他国家、国际组织或其他实体权利。报告中列举了若干这类声明的示例,其中有些仍引起争论,如1956年7月26日埃及作出的关于苏伊士运河的声明。根据这些声明可以确定,允诺是一项持有特定意图和目的的国家公开单方面表示的意愿。这种声明可以涵盖大量专题,从防御问题或财政问题,到承诺不

⁵⁰⁰ 同上,第306和第308段。

⁵⁰¹ 见上文脚注494和496。

适用可能对第三国产生不利影响的内部规则。研究中不包括不产生法律义务的允诺，如允诺协助两国之间进行的谈判工作等。

198. 有些允诺会引起那些认为自己受到影响的国家的反应。这种反应采取的形式可以是对某种特定情况表示抗议或承认。其他形式取决于具体情况，而这引出的问题是，它们是否构成严格意义上的单方面行为。

199. 可能引起委员会关注的某些声明是在裁军谈判中作出的。这些声明有些由经授权在国际上代表国家的人（外交部长、大使、代表团团长等）作出，这种声明的效力范围提出了难题。它们是政治声明还是意图产生法律义务的声明？作出这些声明的背景可能是澄清它们的范围与后果的一个途径。

200. 出于方法原因，承认被包括在国家据以承担义务的行为中。虽然没有进行全面彻底的研究，但报告指出承认通常以一个已存在的情况为基础，它并不造成这种情况。尽管如此，多数作者将承认视为一个国际法主体意愿的表示，该主体借此注意到某种情况，并表明其视这种情况为合法的意图。承认可以通过明示或暗示、口头或书面声明（甚或通过不构成严格意义上的单方面行为的行为）来表达。承认影响到“承认”国的权利、义务和政治利益，而且如判例（海军上将欧仁·L. 迪迪埃等诉智利案）⁵⁰²所表明的，它并不具有追溯效力。

201. 鉴于主要与前南斯拉夫国家等东欧“新”国家有关的大量实践，本报告讨论了承认国家的各种情况。其中提及有条件的承认和由于参加某一国际组织而出现的承认情况。

202. 另一方面，承认政府的情况比较少也不很明确。外交关系的继续与否以及大使的撤离都是采取承认行为过程中的因素。

203. 本报告还讨论了国家借以表明其对有争议领土（北塞浦路斯土耳其共和国、东帝汶等）或对一种战争状况的立场的正式声明或行为。

204. 另一类行为涉及一国据以放弃一项权利或法律主张的行为，包括通过退位或让与来放弃。

205. 从国际法院判例得出的结论是，不得推定一国放弃了其权利。沉默或默许不足以使一放弃行为产生效力（国际法院，摩洛哥境内美利坚合众国国民的权利案⁵⁰³）。只有明确行为才能使一项放弃获得接受（常设国际法院，上萨伏依自由区及热克斯区案⁵⁰⁴）。

206. 第三个类别涉及抗议，或一抗议国据以表明它不承认其所抗议之行为的合法性，或者不接受这种行为造成或可能造成的状况的单方面声明。因此，抗议与承认的效力相反：抗议可以是反复的行为，并且必须明确，但严重违背国际义务的情况，或者抗议是出于国际法强制性规则的情况除外。本报告列举了若干抗议的示例，其中有些涉及到国家之间存在的领土或其他争端。

207. 报告中讨论的最后类别涉及到可能产生类似单方面行为之法律效力的国家行为。这种行为可能导致承认或不承认、抗议另一国家的主张甚或导致放弃。

208. 报告还审议了沉默和不容反悔问题，它们与单方面行为密切相关，尽管事实上，沉默的法律效力问题经常引起争论。

209. 本报告各项结论的目的是要促进对此专题的研究，并确定一些普遍适用的原则。虽然列举的示例以普遍接受的单方面行为类别为基础，但特别报告员建议根据第五十五届会议暂时通过的定义，并考虑到可能产生类似单方面行为之法律效力的国家行为的各种形式，对单方面行为提出一项新的定义。

⁵⁰² 见 J. B. Moore, 《美国作为当事方的国际仲裁的历史与文摘》，哥伦比亚特区华盛顿，美国政府出版局，1898年，第四卷，第4332页。另见 V. Coussirat-Coustère 和 P.M. Eisemann, 《国际仲裁判例法汇编》，第一卷（1794-1918年），多德雷赫特，马蒂斯·奈霍夫/克卢沃出版社，1989年，第54页。

⁵⁰³ 摩洛哥境内美利坚合众国国民的权利案，1952年8月27日的判决，《1952年国际法院汇编》，第176页。

⁵⁰⁴ 上萨伏依自由区及热克斯区案，1932年的判决，《常设国际法院汇编》，A/B辑，第46号，第96页。

2. 辩论概况

210. 有几位委员对第七次报告及其中介绍的大量实践情况表示满意。一些委员回顾，鉴于报告的密度，委员会当初要求特别报告员在第七次报告中专门讨论国家实践问题的想法是正确的。然而，单方面行为的概念仍没有得到足够严谨的分析。此外，一些委员和一些国家曾在第六委员会中说明他们认为本专题不应成为条款草案的主题。一种意见认为委员会应挑选某些方面进行研究，说明国家实践情况和适用的法律。

211. 有观点认为，诸如允诺等某些类别的单方面行为继续引起问题，并认为不应考虑行为国用以限定其行为的词语。选定的类别并非那样清晰。有意见认为，应将承认和对国家或政府的承认排除在研究范围之外，因为不应当认为大会将视这个敏感问题为单方面行为专题的一部分。在这方面，有人指出，对国家或政府的承认在原先的待编纂专题清单上是一个单独项目。然而，根据另一种意见，研究应包括承认和不承认的法律效力问题。

212. 有人指出，应将作出声明的行为国相对于一个或多个其他国家所承担的国际法律义务的概念，而并不是法律效力的概念，作为一项标准，后一概念要宽泛许多。因此，单方面行为应被当作一种国际法渊源来研究。这方面没有很多实践，国际法院在核试验案⁵⁰⁵中的裁决仅仅是一个孤立的情况。

213. 还有人说特别报告员完成了委员会委托给他的任务。不过仍可能令人感到有点困惑，并想知道委员会是否陷入了僵局。如果当初没有错误地选择方法，在与条约相同的基础上处理单方面行为问题，目前的情况很可能会好一些。

214. 有人指出，对分类的使用方式可能受到质疑，特别是特别报告员倾向于将具有类似于单方面行为之法律效力的行为形式归为严格意义上的单方面行为。

215. 据一些委员认为，本报告载有大量取自实践的事实情况和法律情况方面的例子（其中有些并不真正相关），但对所列举的例子缺乏分析。报告没有回答工作组建议6中提出的问题，即国家采取单方面行为的原因是什么。⁵⁰⁶此外，也没有论及该建议中的其他问题，即国家的明示承诺或暗示承诺的效力标准是什么，以及在什么情况下，根据什么条件才能修改或撤回单方面承诺。要回答这些问题需要额外的资料并进行深入分析，即使相关的实践没有很多。国际法院诉讼的最新示例（《防止及惩治灭绝种族罪公约》的适用案⁵⁰⁷）表明，国家机构通过单方面行为引起国家责任的权限问题十分复杂。

216. 其他委员也疑惑，在许多提供有例证的情况中，有些是否不会构成政治行为。在这方面，一致认为在没有客观标准的情况下，很难说明政治行为与法律行为之间的区别，这将是委员会应处理的问题之一。建议1中所选定义的要点，即国家欲产生国际法规定的义务或其他法律效力的意图，具有主观性。如何能够客观地确定这种意图呢？由此出发，报告中列举的若干示例只不过是意图产生法律效力的政治性行为或声明。行为的目的是确定其性质的一项重要因素——这方面的一个适当例子是对国家或政府的承认。如果无法确定行为的性质，则应考虑主权不受限制原则或限制性解释原则。如果不是不可能，起码也很难确定严格意义上的单方面行为（一些作者认为在行为的对象国总是认可的情况下，这些行为不构成法律来源）；不过，进行专题研究或阐述性研究的想法值得考虑。至于单方面行为的效力标准或修改或撤销单方面行为的条件，最好弄清楚与条约的类比是否并不完全有关或令人满意，因为酌定权或对等概念所发挥的作用不同。单方面承诺的灵活性是一个可以更深入研究的问题。

217. 据另一种意见认为，“单方面行为”一语涵盖了范围广泛的法律关系或国家在针对其他国家的行为中使用的程序。行为即指作为，而作为包括

⁵⁰⁶ 见上文脚注500。

⁵⁰⁷ 《防止及惩治灭绝种族罪公约》的适用案（波斯尼亚和黑塞哥维那诉南斯拉夫），初步反对意见，判决，《1996年国际法院汇编》，第595页。

⁵⁰⁵ 核试验案（新西兰诉法国），1974年12月20日的判决，《1974年国际法院汇编》，第457页。

沉默和默许。作为也可以旨在建立法律关系或使诚意原则发挥作用。承认可以包括法律或政治承认。常用的术语帮助不大，寻找相关的标准可能是个办法。在这方面，应当考虑到国际法院审理的某些案件，包括在緬因湾海洋边界划界案⁵⁰⁸中援引的沉默的情况以及不容反悔原则。

218. 此外，还提醒注意，在核试验案⁵⁰⁹和边界争端案（布基纳法索 / 马里共和国）⁵¹⁰中，国际法院判例都大力强调作出声明的行为国希望能够产生法律义务的意图。单方面行为无可否认地存在并能够产生一整套双边或多边关系体系，这种体系的机制并不总是很清楚或甚至是很不明显。应当继续进行研究，以便从审议的材料中归纳出法律规则。单方面行为的定义草案提供了一个有用的依据，但为此目的，应对特别报告员提及的所有类别进行重新审议。这项研究采取的最终形式取决于对国家实践的评估及其结论。在没有公约草案的情况下，或许可以考虑制定灵活准则的可能性。

219. 特别报告员的初步结论中包含了一些有用的线索，但还是要求进行更全面的分析，以便断定存在与1969年《维也纳公约》所确定的规则或法律制度相类似的可普遍适用的规则或法律制度。

220. 此外，注意到在介绍实践情况时提出了一些实质性问题，如条件性与严格意义上的单方面行为是否相容。在作出单方面行为的动机中，条件性可能是一项决定因素。行为的目的也应被考虑在内，因为它可以表明行为是政治性的还是法律性的。当然，委员会应将自己的工作限于研究单方面法律行为。此外，一行为的目的可以决定它是否是自主的，反过来，这对能否将一行为归属为单方面行为至关重要。未来的任何制度都应包括一项与1969年《维也纳公约》第十八条相当的规定，从而确保行动自由与国家间关系的安全之间的平衡。此外，或许也应当考虑其他方面，如撤销一个单方面行为的问题，这可能要获得受惠方的同意。

⁵⁰⁸ 緬因湾海洋边界划界案，判决，《1984年国际法院汇编》，第246页。

⁵⁰⁹ 见上文脚注505。

⁵¹⁰ 边界争端案（布基纳法索 / 马里共和国），判决，《1986年国际法院汇编》，第554页。

221. 这样，单方面行为的自主性排除了在协定或共同关系框架内作出的任何行为，或者与习惯法或体制法有关的任何行为。作为一种国际法渊源，单方面行为的特定性质取决于一些标准，例如行为国的意图和对象国作为国际法主体的地位，以及作出行为的方式和所属框架等。

222. 还有人指出，虽然实践方面有丰富的示例，是一个不可避免的参考来源，但仍然必须探讨这些行为，特别是允诺（尤其是在它们未得到履行的情况中）激起的反应。是否能够援引允诺国的国际责任？从这个角度对实践进行研究或许可以揭示单方面行为是否会引起行为国的国际法律义务。国际法院审议了这种行为的法律范围（尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动案⁵¹¹或边境争端案（布基纳法索 / 马里共和国）⁵¹²）。此外，还应更详细地分析对单方面行为的抗议，如美利坚合众国1993年针对伊朗伊斯兰共和国法律中的海事索赔规定提出的抗议。⁵¹³即使抗议是依据一项条约（例如《联合国海洋法公约》）提出的，它们在某些情况下仍可以是一种国际法渊源。因此，对单方面行为的“存在期”或背景进行全面研究可以说明其特定特征，并使得有可能确定适用于它们的法律规则。

223. 在这方面，可能必须考虑严格意义上的单方面行为，即旨在产生法律效力的单方面行为。在此不必严格遵从特别报告员提及的单方面行为的类别，但最好确定研究单方面行为的最佳方式。

224. 此外，还有人指出单方面行为应以一种国际法律义务的概念而不是其法律效力的概念为标准。法律效力是一个宽泛而模糊的概念，适用于所有的国家单方面行为，无论是否具有自主性，因为所有这些行为都产生法律效力，而且不同行为的法律效力明显不同。

⁵¹¹ 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，《1984年国际法院汇编》，第392页和案情，判决，《1986年国际法院汇编》，第14页。

⁵¹² 见上文脚注510。

⁵¹³ 见《海洋法：国家实践的最新发展》，第四号（联合国出版物，出售品编号：E.95.V.10），第147-149页。

225. 有意见认为或许应对产生义务的行为与重申权利的行为加以区别。由于就单方面行为而言缺乏一种一致的概念, 所以很难进行分类。如果单独研究一种包含有某些专门的子原则的类型学, 或许会更有助益。

226. 委员会还应再次向各国重申其意愿, 精心处理这项专题。在这方面, 一国在国际上作出单方面承诺的意图必须绝对清楚明确。

227. 根据另一种观点, 如果先验地将在一条约制度框架内作出的单方面行为(例如, 批准条约后采取的做法)排除在外, 将很可惜。

228. 此外, 应详细研究单方面行为的可撤销性问题。根据单方面行为本身的性质, 据说可以自由撤销单方面行为, 除非明确规定不容许撤销, 或在撤销之前, 该行为在被最初行为受益者接受后已成为一项条约承诺。

229. 其他问题, 如哪些机构有权通过单方面行为使国家受到约束, 或规定这些行为效力的条件是什么等, 可以参照1969年《维也纳公约》来解决。

230. 有意见表示, 报告中作为示例提及的若干声明只构成不欲产生法律效力的政治声明, 它们是外交手段和国家间关系不可或缺的一部分。

231. 报告中对国家实践的介绍表明, 要就所提及的各种不同类型的行为得出普遍适用的结论有多么艰难。例如, 承认行为具有使之不同于其他类别行为的特定法律后果。因此, 委员会应适当考虑每种行为的具体特征, 对它们进行逐一分析并分别得出结论。

232. 尚不清楚可以在多大程度上确定单方面行为的确切法律后果。鉴于这种行为极其多样, 委员会在提出这方面建议时应特别审慎。据另一种意见认为, 单方面行为不构成一种体制或法律制度, 因此不适于编纂, 因为编纂在于拟订有关的概念。但涉及彼此不同和相互独立的单方面行为时, 缺乏的正是这些概念。

233. 一些委员认为, 将某些实体的实践情况作为国家单方面行为的示例提出是错误的, 因为这些实体不是国家。有意见认为, 报告中提及的一些涉及将台湾作为国际法主体的情况, 不符合大会1971年10月25日第2758(XXVI)号决议, 所以不当被包括在内。

234. 此外, 还有人指出, 关于就核武器问题在安全理事会作出的郑重声明不具有法律价值的说法不完全正确。这正好表明了这项专题有多么复杂和困难。即使本报告提供了若干类型声明的示例(这些示例可能并不完全符合严格意义上的单方面行为的定义), 只简单地列举这些声明也是不够的: 如核试验案⁵¹⁴所表明的那样, 为了确定意图是否产生法律效力, 必须考虑声明的事先和事后背景情况。关于这个主题, 报告几乎没有提供任何资料。此外, 分类是根据传统类别进行的, 并且从假设出发, 没有包含关于应如何使用的说明。特别报告员没有采纳工作组要求的演绎法, 而是使用了归纳法。一项行为可以同时属于几个类别(例如, 一项偿还债务的允诺可被视为对某些权利的放弃、允诺或承认)。更一般地说来, 从“目的论”的分类法得不出具有建设性的结论。另外, 在国家据以自愿作出承诺的行为与国家在不明确表明意愿的情况下据以作出承诺的行为之间, 也应加以区分, 而在最初阶段, 只应考虑第一类行为。

235. 背景研究对于理解单方面行为至关重要, 但往往十分欠缺。因此, 有必要从现在起集中注意力分析示例, 并努力拟订一张比较表, 其中应包括关于行为者、行为的形式、宗旨、目的和动机、第三方的反应、可能作出的修改、撤销(如果可行)以及执行的情况。这张表的目的是要确定对所研究行为共同适用的规则。至于单方面行为的自主性问题, 曾有人指出没有任何单方面行为是完全自主的。法律效力总是来自于已存在的规则或原则。一些委员指出, 自主性是个有争议的内容, 不应载列于定义中, 不过应当承认行为的非依赖性。

236. 一些委员认为可以再次成立一个工作组, 以便澄清本项研究下一阶段的方法, 并对实践进行审慎的评价。

⁵¹⁴ 见上文脚注505。

237. 应鼓励工作组根据前一年提出的建议继续开展工作，并着重未来工作的方向。此外，应继续收集和分析国家实践，尤其要注重国家承诺的效力标准和可以修改或撤回这些承诺的情况。工作组应当选择并深入分析旨在产生法律效力的单方面行为的突出示例（遵从第五十五届会议通过的定义）。

3. 特别报告员的结论

238. 讨论结束时，特别报告员指出第七次报告只是对有关国家实践的一个初步概述，在对报告中明确的某些行为的发展方式以及对其他有待确定的行为进行研究后，将予以更充分的阐述。

239. 这种行为的演变、存在期和效力等问题可在下次报告中予以讨论。下次报告将必须努力回答工作组在第五十五届会议上通过的提议⁵¹⁵中提出的问题。委员会的讨论再次强调了这项主题的复杂性，以及在编纂和逐渐发展适用于单方面行为的规则时遇到的难题。不论工作最后采取何种形式，考虑到本专题在国际关系中变得日益重要，值得进行深入审议。

240. 为了解决一国声明、行为或作为的性质问题，以及这种行为是否产生法律效力的问题，必须确定国家作出承诺的意愿。这需要根据限制性标准作出解释。

241. 严格意义上的单方面行为，无论是被视为国际法渊源还是国际义务的渊源，都是一种创建国际法的方式。单方面行为是双边或多边关系的一部分，即使这种关系不能被描述为条约安排。

242. 论及承认行为可以促进对有条件的单方面行为及其各个方面（适用、修改或撤销）的研究。

243. 至于未来的工作方向，可以对实践进行更深入的研究，探讨具体问题，如某些发言者提出

的问题（行为者、形式、主题、反应、随后的演变等），并研究某些可能主要来自于法院判决和仲裁裁决的特定问题。

244. 下次报告将考虑工作组（如果已经成立）提出的结论或建议。

4. 工作组的结论

245. 在2004年7月16日第2818次会议上，委员会设立了国家的单方面行为不限成员名额工作组，由阿兰·佩莱先生担任主席。工作组举行了4次会议。

246. 在2004年8月5日第2829次会议上，委员会听取了工作组的口头报告。

247. 工作组商定，将文献充分的单方面行为样例留下来，以便作深入分析。工作组还确定了一项清单，可采用统一的分析工具来分析。⁵¹⁶工作组的成员共同做一些研究，将按照确立的清单来进行。这些研究将在2004年11月30日之前交送特别报告员。工作组决定，完全以这些研究报告为依据的综合摘要将由特别报告员来写，他在拟定其第八次报告中的有关结论时将考虑到这些摘要。

⁵¹⁶ 这项清单包括下列要点：

- 日期
- 行为者 / 机关
- 行为者 / 机关的权限
- 形式
- 内容
- 背景和情境
- 目的
- 对象
- 对象的反应
- 第三方的反应
- 根据
- 实施
- 修改
- 结束 / 取消
- 法律范围
- 法官或仲裁官的裁决
- 评论
- 文献

⁵¹⁵ 见上文脚注500。

第九章

对条约的保留

A. 导言

248. 大会1993年12月9日第48/31号决议批准了国际法委员会关于在其议程中列入“与对条约的保留有关的法律与实践”专题的决定。

249. 委员会1994年第四十六届会议任命阿兰·佩莱先生为这项专题的特别报告员。⁵¹⁷

250. 委员会1995年第四十七届会议收到并且讨论了特别报告员的第一次报告。⁵¹⁸

251. 讨论以后，特别报告员根据委员会对这项专题的审议情况归纳出下列结论：专题的标题应为“对条约的保留”；研究结果应该采取保留方面的实践指南的形式；委员会对于这项专题的工作应该采取灵活的方式；委员会的协商一致意见认为，不应对1969年《维也纳公约》、《关于国家在条约方面的继承的维也纳公约》（下称“1978年《维也纳公约》”）和1986年《维也纳公约》的相关条款作出任何改动。⁵¹⁹委员会认为，上述结论是大会1993年12月9日第48/31号决议和1994年12月9日第49/51号决议要求进行的初步研究取得的成果。就《实践指南》来说，它将采取对国家和国际组织的实践有帮助的附有评注的准则草案的形式，在必要情况下，这些准则将附有示范条款。

252. 委员会还在第四十七届会议上，按照以往的做法，⁵²⁰授权特别报告员编写一份关于对条约

的保留的详细问题单，⁵²¹以查明国家和国际组织——尤其是多边公约的保存者——的实践和遇到的问题。这份问题单由秘书处寄给了收件人。大会1995年12月11日第50/45号决议注意到委员会的结论，请它按照其报告中所载述的方针继续工作，并请各国对问题单作出答复。⁵²²

253. 委员会1996年第四十八届会议收到了特别报告员关于这项专题的第二次报告。⁵²³特别报告员在报告中附载了国际法委员会一份关于多边规范性条约，包括人权条约的保留问题的决议草案。该决议草案是面向大会提出的，目的是提请注意并澄清这个事项所涉及的法律问题。⁵²⁴但是，由于时间不够，委员会未能审议这份报告和决议草案，不过，有些委员对报告发表了意见。因此，委员会决定将这项专题的辩论推迟到下届会议。⁵²⁵

254. 委员会1997年第四十九届会议再度收到特别报告员关于这项专题的第二次报告。

255. 经过辩论以后，委员会通过了关于规范性多边条约，包括人权条约的保留问题的初步结论。⁵²⁶

256. 大会1997年12月15日第52/156号决议注意到委员会的初步结论，并注意委员会请所有

⁵¹⁷ 见《1994年……年鉴》，第二卷（第二部分），第176页，第381段。

⁵¹⁸ 《1995年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/470号文件。

⁵¹⁹ 同上，第二卷（第二部分），第124页，第487段。

⁵²⁰ 见《1983年……年鉴》[英]，第二卷（第二部分），第83页，第286段。

⁵²¹ 见《1995年……年鉴》，第二卷（第二部分），第489段。送往各国和国际组织的问题单转载于《1996年……年鉴》，第二卷（第二部分），A/CN.4/477和Add.1号文件，附件二和附件三。

⁵²² 截至2003年7月31日，有33个国家和25个国际组织答复了问题单。

⁵²³ 《1996年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/477和Add.1号文件及A/CN.4/478号文件。

⁵²⁴ 同上，第二卷（第二部分），第136段和脚注238。

⁵²⁵ 辩论摘要，见同上，第六章，B节，特别是第137段。

⁵²⁶ 《1997年……年鉴》，第二卷（第二部分），第157段。

由规范性多边条约设立的条约机构，如果愿意这样做的话，以书面方式就这些结论提出评论和意见，同时提请各国政府注意国际法委员会很需要得到它们对初步结论的意见。

257. 委员会1998年第五十届会议收到了特别报告员关于这项专题的第三次报告，⁵²⁷ 其中载述了对条约的保留和解释性声明的定义。委员会同届会议暂时通过了六项准则草案。⁵²⁸

258. 委员会1999年第五十一届会议再度收到特别报告员第三次报告中没有足够时间在第五十届会议上审议的部分和关于这项专题的第四次报告。⁵²⁹ 此外，这次报告附载了关于本专题经过修订的参考书目，最初书目已由特别报告员在第四十八届会议上附载于第二次报告之后。第四次报告也述及了保留和解释性声明的定义。在同届会议上，委员会暂时通过了17项准则草案。⁵³⁰

259. 鉴于对解释性声明的审议，委员会通过了准则草案1.1.1 [1.1.4] 和没有标题或编号的准则草案（它已经成为准则草案1.6（定义的范围）的新案文。

260. 委员会2000年第五十二届会议收到了特别报告员关于本专题的第五次报告，⁵³¹ 报告一方面述及替代保留和解释性声明的程序，另一方面也谈到了与保留和解释性声明有关的程序，尤其是其提出方式以及过时提出保留和解释性声明的问题。在该届会议上，委员会暂时通过了五项准则草案。⁵³² 委员会还将特别报告员第五次报告的第二部分推迟至下届会议审议。

261. 委员会2001年第五十三届会议先是收到了关于保留和解释性声明的程序问题的第五次报告第二部分，接着收到了特别报告员的第六次报告，⁵³³ 该报告的内容涉及提出保留和解释性声明的方式（包括其形式和通知）及保留和解释性声明的公示（通报、接收方和保存人的义务）。

262. 委员会同届会议暂时通过了12项准则草案。⁵³⁴

263. 委员会2002年第五十四届会议收到了特别报告员的第七次报告，⁵³⁵ 涉及保留和解释性声明的提出、修改和撤回。委员会在同届会议上暂时通过了11项准则草案。⁵³⁶

264. 在同届会议上，委员会决定将下列准则草案提交起草委员会：准则草案2.5.1（撤回保留）、2.5.2（撤回的形式）、2.5.3（定期审查保留的功用）、2.5.5（在国际上撤回保留的权限）、2.5.5之二（在内部撤回保留的权限）、2.5.5之三（违反与撤回保留有关的内部规则在国际上不产生后果）、2.5.6（撤回保留的告知）、2.5.6之二（撤回保留的告知程序）、2.5.6之三（保存人的职能）、2.5.7（撤回保留的效力）、2.5.8（在反对保留同时反对条约对提出保留的国家或国际组织生效的情况下撤回保留的效力）、2.5.9（撤回保留的生效日期）（包括相关的示范条款）、2.5.10（保留国可以单方面确定撤回保留生效日期的情况）、2.5.11（部分撤回保留）和2.5.12（部分撤回保留的效力）。

265. 委员会2003年第五十五届会议收到了特别报告员的第八次报告，⁵³⁷ 涉及撤回和修改保留和解释性声明以及提出对保留和解释性声明的反对。

⁵²⁷ 《1998年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/491和Add.1-6号文件。

⁵²⁸ 同上，第二卷（第二部分），第540段。

⁵²⁹ 《1999年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/499和A/CN.4/478/Rev.1号文件。

⁵³⁰ 同上，第二卷（第二部分），第96-136页，第470段。

⁵³¹ 《2000年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/508和Add.1-4号文件。

⁵³² 同上，第二卷（第二部分），第663段。

⁵³³ 《2001年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/518和Add.1-3号文件。

⁵³⁴ 同上，第二卷（第二部分）和更正，第193页，第114段。

⁵³⁵ 《2002年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/526和Add.1-3号文件。

⁵³⁶ 同上，第二卷（第二部分），第16页，第50段。

⁵³⁷ 《2003年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/535和Add.1号文件。

266. 委员会在2003年5月21日第2760次会议上审议并暂时通过了在第五十四届会议上提交起草委员会的11项准则草案。⁵³⁸

267. 委员会在2003年7月25日至31日举行的第2780至第2783次会议上审议了特别报告员的第八次报告。

268. 委员会在2003年7月31日第2783次会议上决定将准则草案2.3.5（扩大保留的范围）、⁵³⁹ 准则草案2.4.9（修改解释性声明）、准则草案2.4.10（修改有条件的解释性声明）、准则草案2.5.12（撤回解释性声明）和准则草案2.5.13（撤回有条件的解释性声明）提交起草委员会。

B. 本届会议审议本专题的情况

269. 委员会本届会议收到了特别报告员的第九次报告（A/CN.4/544），涉及反对的对象和定义。实际上，这次报告构成了关于提出对保留和解释性声明的反对的第八次报告的补充部分。

270. 委员会在2004年7月21日至23日举行的第2820、第2821和第2822次会议上审议了特别报告员的第九次报告。

271. 委员会在第2822次会议上决定将准则草案2.6.1（对保留的反对的定义）和2.6.2（反对过时提出保留或扩大保留范围）提交起草委员会。

272. 委员会在2004年6月4日举行的第2810次会议上审议并暂时通过了准则草案2.3.5（扩大保留范围）、2.4.9（修改解释性声明）、2.4.10（限制和扩大有条件解释性声明的范围）、2.5.12（撤回解释性声明）和2.5.13（撤回有条件的解释性声明）。这些准则草案已经在第五十五届会议上提交起草委员会。

273. 委员会在2004年8月5日举行的第2829次会议上通过了上述准则草案的评注。

274. 这些准则草案的案文及其评注载录于下文C.2节。

1. 特别报告员介绍第九次报告

275. 特别报告员介绍了其第九次报告，说明该报告事实上是对讨论反对的定义（准则草案2.6.1、2.6.1之二和2.6.1之三）的第八次报告第二部分的“更正”。

276. 虽然准则草案在委员会中引起的某些批评似乎理由充分，但特别报告员仍认为《实践指南》必须界定“反对”的含义。由于1969年和1986年《维也纳公约》没有界定该词语，给它下定义便成为逐渐发展国际法的问题。特别报告员起初认为反对的定义应仿照“保留”的定义，因此，准则草案2.6.1着重于反对国或提出反对的国际组织的意图。在委员会2003年开展的辩论过程中，一些委员指出，这个起点是人为的，因为1969年和1986年《维也纳公约》关于反对的第20条第4款(b)项和第21条第3款的效力往往模糊不清，而各国或许希望其反对产生的效果不同于这些条款所规定的效果。所以，特别报告员认为，如果国家借反对来声称在整个条约（包括保留所涉条款在内）下，与提出保留者之间具有一种有约束力的关系，这种反对（具有“超大效果”的反对）则可能受到质疑，因为整个保留法受制于条约原则以及国家不能在违背自己意志的情形下受到约束的概念。但始终存在的事实是这种反对仍然是反对。其他类型的反对包括，国家提出反对，借此表明自己不仅仅不想在保留所涉条款下，而且不想在保留未明确提及的一整套条款下，与提出保留者之间保持有约束力的关系（具有“中等程度效果”的反对）。

277. 此外，特别报告员最初提议的定义或许会使人觉得对反对的有效性及其效果预先作出了判断。为了考虑这项批评意见，特别报告员曾“建议”不将有关准则草案提交起草委员会。委员会也曾就这一点询问过各国的意见。特别报告员根据2003年进行的讨论、第六委员会中提出的意见及其自己对此问题的想法，就“反对”提议了一个新定义。⁵⁴⁰

⁵³⁸ 同上，第二卷（第二部分），第70页，第329段。

⁵³⁹ 准则草案2.3.5是在进行表决之后提交起草委员会的。

⁵⁴⁰ “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

278. 新定义是中立的，没有预先判断反对可能具有的效果，并且搁置是否允许提出意图产生与1969年和1986年《维也纳公约》所规定之效果不同的效果的反对这个问题。不过，既然这项定义也以提出反对者的意图为依据，它就不违背两项《维也纳公约》第20至第23条。然而，该定义没有指明哪类国家或国际组织可以提出反对，或者必须或可以在何时提出反对。这些都是敏感问题，最好制定单独的准则草案。

279. 第八次报告还包括其他两项准则草案，即准则草案2.6.1之二（“反对过时提出保留”）和2.6.1之三（“反对的目的”）。根据提议的新定义，准则草案2.6.1不再必要，准则草案2.6.1之二则至关重要，因为它界定了“反对”一词的另一个含义：由于准则草案2.3.1至2.3.3中使用的术语，“反对”既指反对一项保留，也指反对过时提出保留或扩大保留的范围，两者是不同的。目前该准则草案的编号为2.6.2。⁵⁴¹ 特别报告员提议将准则草案2.6.1和2.6.2提交起草委员会。

2. 辩论概况

280. 几位委员赞扬特别报告员能够灵活并积极主动地重新审议曾引起评论和批评的准则草案。第九次报告所载“反对”的新定义考虑了针对旧定义提出的批评，并且考虑了与意图产生与1969年和1986年《维也纳公约》所规定之效果不同的效果的反对有关的国家实践。

281. 尽管如此，仍有意见指出，一项反对的结果通常不是“改变期望保留产生的效果”。照例不会对这些效果有任何改变。因此，最好不要把反对国的意图作为定义的基础，而应当说，这个国家意图表明它不接受保留或认为保留无效。这样一项定义可以将反对与仅就一项保留“发表意见”区别开来。

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借此改变[提出保留者]期望此项保留产生的效果。”

⁵⁴¹ “2.6.2反对过时提出保留或扩大保留范围

‘反对’也可以指一国或一国际组织据以反对过时提出保留或扩大保留范围的单方面声明。”

282. 此外，还有人认为，根据1969年和1986年《维也纳公约》第23条第1款，反对的定义最好能明确说明哪些国家可以提出反对，以及何时可以提出反对。

283. 有几位委员认为，反对的定义还必须包括防止一项保留产生其效果这一目的。因此，应在定义中“改变”一词处添加“防止”这个词。

284. 还有意见指出，“期望”一词太主观，应当使用如“意图”这样更准确的措辞。此外，还必须强调，要考虑的唯一关系是保留国与反对国之间的关系。

285. 有意见认为，“不论其措辞或名称为何”一语不适合“反对”的定义。根据另一种观点，“意图借此改变期望产生的效果”一语引入了超出1969年和1986年《维也纳公约》所规定之效果的内容：反对国出于一种“报复”心理，将条约中保留未涉及到的其他条款也排除在外，这样就背离了两项《维也纳公约》。

286. 此外，有人想知道试图在审议反对的效果之前确定反对的定义是否为时过早。甚至有人询问反对的定义是否必要。

287. 无论如何，定义中应排除不是真正反对而是政治性声明的反应行为。对最初拟议定义的两项重新表述是正确方向上的举措。

288. 还有意见指出1969年和1986年《维也纳公约》中关于反对的条款不明确，需要澄清。

289. 应当保持反对制度基于条约且属自愿的特性。反对国想使整项条约对保留国具有约束力的意图违背了该项原则。

290. 只有条约签署国有权提出反对。作为交换，它们有义务在条约生效前坚守其目的和宗旨。不过，可以在一项单独的准则中处理这个问题。另一些委员认为可以先审议“反对”的定义，之后再讨论其法律效力，即使到时可能不得不根据后者来重新审议定义。然而，在规范性条约（如人权条约）

的情况下，某些反对可能不产生效果，除非反对国拒绝与保留国建立条约关系。

291. 几位委员支持准则草案2.6.2，并强调了其用处。但是，有意见表示，不应认为这项准则是在鼓励过时提出保留或扩大保留的范围。

3. 特别报告员的结论

292. 辩论结束时，特别报告员指出这次辩论非常有意义。虽然只涉及到一个细节，但这是他总体方法必不可少的一部分。他承认自己的方法进展缓慢，但能够对问题进行更深入的审议，并有时进行思索。希望通过这样一种方法，《实践指南》中的准则能够更加丰富，得到更仔细的考虑并且更加有助益。

293. 特别报告员强调了下述几点：

(a) 他毫不怀疑在目前阶段给“反对”下定义的效用。这个要求与在对保留的效力或合法性进行任何审议之前就给“保留”下定义的要求完全一致。在这方面，曾在第六委员会中就此问题发表意见的国家强调，“反对”的定义有巨大的价值和实用意义。

(b) 虽然1969年和1986年《维也纳公约》将反对的效果描述为“客观的”，但他在相继提议的说法中均未这样描述，因为从上届和本届会议辩论中得出的一致结论是，“反对”的定义必须以提出反对者意图产生的效果为中心。

(c) 提出反对的时间问题以及能够提出反对的国家和国际组织的类别问题非常复杂和敏感，应在单独的准则中予以处理。

(d) 根据辩论结果，他考虑了对准则草案2.6.1的措辞的一些改动，其中最重要的一项改动是在“改变”前添加“防止”一词。另一方面，他认为只用“防止”一词不明智，因为已经形成了一种做法，即对一项保留表示反对的国家在其与保留国的关系中排除了保留所涉条款以外的其他条约条款。这种态度并不阻止保留产生效力，但这些效力超出了保留国所希望产生的效力。换言之，反对国接受

了保留，但从中引出的后果超出了保留国原先所希望造成的后果。正是出于这层意思，他使用了“改变”这个词。对于这种反对是否有效的问题他不表态，他认为这种反对显然属于维也纳制度所依据的协商一致框架，与背离这个框架并具有超大效果的保留不同。

(e) 考虑到辩论中提出的各种意见，对准则草案2.6.1提出了另一种表述法，案文如下：

“对保留的反对的定义”

“反对”指一国或一国际组织[针对][为反对]另一国或另一国际组织对条约[作出][提出]的一项保留所作的单方面声明，提出反对的国家或国际组织意图借此排除或改变保留在提出保留者与提出反对者之间关系中的效果。”

(f) 最后，准则草案2.6.2对“反对”一词的两个含义进行了区分，几乎获得全体一致同意。

C. 委员会迄今为止暂时通过对条约的保留 准则草案案文

1. 准则草案案文

294. 委员会迄今为止暂时通过的准则草案案文载录如下。⁵⁴²

⁵⁴² 见准则1.1、1.1.1[1.1.4]、1.1.2、1.1.3[1.1.8]、1.1.4[1.1.3]和1.1.7[1.1.1]的评注，《1998年……年鉴》，第二卷（第二部分），第102-111页；准则1.1.1[1.1.4]、1.1.5[1.1.6]、1.1.6、1.2、1.2.1[1.2.4]、1.2.2[1.2.1]、1.3、1.3.1、1.3.2[1.2.2]、1.3.3[1.2.3]、1.4、1.4.1[1.1.5]、1.4.2[1.1.6]、1.4.3[1.1.7]、1.4.4[1.2.5]、1.4.5[1.2.6]、1.5、1.5.1[1.1.9]、1.5.2[1.2.7]、1.5.3[1.2.8]和1.6的评注，《1999年……年鉴》，第二卷（第二部分），第98-136页；准则1.1.8、1.4.6[1.4.6]、1.4.7、1.4.7[1.4.8]、1.7、1.7.1[1.7.1]、1.7.2、1.7.3、1.7.4和1.7.2[1.7.5]的评注，《2000年……年鉴》，第二卷（第二部分），第111-127页；准则2.2.1、2.2.2[2.2.3]、2.2.3[2.2.4]、2.3.1、2.3.2、2.3.3、2.3.4、2.4.3、2.4.4[2.4.5]、2.4.5[2.4.4]、2.4.6[2.4.7]和2.4.7[2.4.8]的评注，《2001年……年鉴》，第二卷（第二部分）和更正，第202-218页；准则2.1.1、2.1.2、2.1.3、2.1.4[2.1.3之二]、2.1.4、2.1.5、2.1.6[2.1.6]、2.1.8、2.1.7、2.1.8[2.1.7之二]、2.4、2.4.1、2.4.2[2.4.1之二]和2.4.7[2.4.2、2.4.9]的评注，《2002年……年鉴》，第二卷（第二部分），第27-47页。解释性说明和准则2.5、2.5.1、2.5.2、2.5.3、2.5.4[2.5.5]、2.5.5[2.5.5之二、2.5.5之三]、2.5.6、2.5.7[2.5.7、2.5.8]和2.5.8[2.5.9]、示范条款A、

对条约的保留 实践指南

解释性说明

本《实践指南》中的一些准则草案附有示范条款。采纳这些示范条款可能在特定情况下具有好处。使用者应参照评注，以评估适合采用某一示范条款的情况。

1. 定义

1.1 保留的定义

“保留”是指一国或一国际组织在签署、批准、正式确认、接受、核准或加入条约，或一国发出继承条约的通知时所作的单方面声明，不论其措词或名称如何，该国或该组织意图藉此排除或更改条约中某些规定对该国或该组织适用时的法律效力。

1.1.1 [1.1.4]⁵⁴³ 保留的目的

保留的目的，是为了排除或更改条约中某些规定或整个条约的特定方面对提出保留的国家或国际组织适用时的法律效力。

1.1.2 可提出保留的情况

可根据准则1.1提出保留的情况，包括以《维也纳条约法公约》和《关于国家和国际组织或国际组织相互间条约法的维也纳公约》第11条所提表示同意接受条约约束的所有方式。

1.1.3 [1.1.8] 有领土范围的保留

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

1.1.4 [1.1.3] 在通知领土内适用时提出的保留

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

1.1.5 [1.1.6] 旨在限制声明方义务的声明

B和C、准则2.5.9[2.5.10]、2.5.10[2.5.11]和2.5.11[2.5.12]的评注，《2003年……年鉴》，第二卷（第二部分），第79-103页。准则2.3.5、2.4.9、2.4.10、2.5.12和2.5.13的评注载于下文第2节。

⁵⁴³ 方括号内的号数指本项准则草案在特别报告员报告中的序号，或已并入准则草案最后案文的某一准则草案在特别报告员报告中的原号数。

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

1.1.6 旨在以相当方式履行义务的声明

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

1.1.7 [1.1.1] 联合提出的保留

若干国家或若干国际组织联合提出一项保留，不影响该保留的单方面性质。

1.1.8 根据排除条款作出的保留

一国或一国际组织在表示同意接受条约约束时，根据某一条款作出单方面声明，如该条款明确准许各缔约方或某些缔约方排除或更改条约中的某些规定对其适用的法律效力，此项声明即构成保留。

1.2 解释性声明的定义

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

1.2.1 [1.2.4] 有条件的解释性声明

一国或一国际组织在签署、批准、正式确认、接受、核可或加入条约时提出单方面声明，或一国在通知对条约的继承时提出单方面声明，从而使该国或该国际组织同意受条约约束一事取决于对条约或其某些规定的特定解释，此项声明即构成有条件的解释性声明。

1.2.2 [1.2.1] 联合提出的解释性声明

若干国家或国际组织联合提出的解释性声明，不影响该解释性声明的单方面性质。

1.3 保留和解释性声明之间的区别

作为保留或解释性声明的单方面声明，其性质由它意图产生的法律效力决定。

1.3.1 对保留和解释性声明加以区别的方法

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

1.3.2 [1.2.2] 措辞和名称

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

1.3.3 [1.2.3] 在禁止保留时提出单方面声明

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

1.4 有别于保留和解释性声明的单方面声明

就条约提出的既非保留也非解释性声明的单方面声明不属于本实践指南的范围。

1.4.1 [1.1.5] 旨在作出单方面承诺的声明

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

1.4.2 [1.1.6] 旨在增添条约内容的单方面声明

一国或一国际组织提出单方面声明，意图藉此增添条约的内容，则此项声明构成更改条约内容的提议，不属于本实践指南的范围。

1.4.3 [1.1.7] 不予承认的声明

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

1.4.4 [1.2.5] 一般性政策声明

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

1.4.5 [1.2.6] 关于内部履行条约的方式的声明

一国或一国际组织提出单方面声明以说明该国或该组织意图在内部履行条约的方式，如该声明的目的不在于影响其他缔约国的权利和义务，则此项声明构成解释性说明并且不属于本实践指南的范围。

1.4.6 [1.4.6, 1.4.7] 根据任择条款作出的单方面声明

1. 一国或一国际组织根据条约某一条款作出单方面声明，如该条款明确准许各缔约方接受并非该条约加诸缔约方的一项义务，则此项声明不属于本实践指南的范围。

2. 此项声明中载列的限制或条件不构成本实践指南所指的保留。

1.4.7 [1.4.8] 对条约规定作出选择的单方面声明

一国或一国际组织根据条约所载条款作出单方面声明，如该条款明确规定各缔约方须在条约的两项或几项条款之间作一选择，则此项声明不属于本实践指南的范围。

1.5 对双边条约的单方面声明

1.5.1 [1.1.9] 对双边条约的“保留”

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

1.5.2 [1.2.7] 对双边条约的解释性声明

准则草案 1.2 和 1.2.1 均适用于对多边和双边条约的解释性声明。

1.5.3 [1.2.8] 对双边条约的解释性声明获得另一缔约方接受所产生的法律效力

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

1.6 定义的范围

实践指南本章所载列的单方面声明的定义，不妨碍按照对它们适用的规则允许发表此类声明，也不影响此类声明的效力。

1.7 替代保留和解释性声明的程序

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

为了达到与保留类似的效果，国家和国际组织也可采取替代程序，例如：

(a) 在条约中增列旨在限定其范围或适用的限制条款；

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

1.7.2 [1.7.5] 替代解释性声明的程序

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

- (a) 在条约中增列旨在解释该条约的规定；
- (b) 为同一目的缔结补充协定。

2. 程序

2.1 保留的形式和告知

2.1.1 书面形式

保留必须以书面形式提出。

2.1.2 正式确认的形式

保留必须以书面形式正式确认。

2.1.3 在国际一级提出保留

1. 在不违反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) 就对一国际会议通过的条约提出保留而言，各国派驻该国际会议的代表；
- (c) 就对一国际组织或其机关通过的条约提出保留而言，各国派驻该国际组织或其机关的代表；
- (d) 就对派驻国与国际组织间的条约提出保留而言，常驻该国际组织的代表团团长。

2.1.4 [2.1.3 之二，2.1.4] 违反与提出保留有关的内部规则在国际一级不产生影响

1. 确定在本国提出保留的主管机构和所应遵循的程序，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。

2.1.5 保留的告知

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

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

2.1.6 [2.1.6, 2.1.8] 告知保留的程序

1. 除非条约另有规定或各缔约国和缔约组织另有协议外，对条约之保留的告知：

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

(b) 在有保存人的情况下，应送交保存人，由他尽早告知所要送交的国家或组织。

2. 保留的告知只有在该通知所要递交的国家或组织、或保存人收到该通知的情况下，才应视为提出保留的国家已告知保留。

3. 可对保留提出反对意见的期间始于一国或一国际组织接到该项保留通知之日。

4. 如果对条约的保留是以电子邮件或传真告知，必须以外交照会或保存人的通知加以确认。在这种情况下，告知被认为在电子邮件或传真之日期作出。

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，并在必要时将问题提请有关国家或国际组织注意。

2. 如果一国或一国际组织同保存人之间对保存人履行职能有分歧，保存人应将此问题：

(a) 提请各签署国和签署组织以及缔约国和缔约组织注意，或

(b) 在适当情况下提请有关国际组织的主管机关注意。

2.1.8 [2.1.7 之二] 显然 [不允许] 提出保留之情况下的程序

1. 如果保存人认为显然 [不允许] 提出某项保留，则应提请提出保留者注意保存人认为的构成这种 [不能允许的状况]。

2. 如果提出保留者坚持保留，保存人应将保留的案文告知各签署国和国际组织以及各缔约国和国际组织，并酌

情告知有关国际组织的主管机关，说明该项保留所引起的法律问题的性质。

2.2.1 正式确认在签署条约时提出的保留

凡在签署须经批准、正式确认、接受、核准的条约时提出的保留，须由保留国或保留国际组织在表示同意接受条约约束时正式予以确认。遇此情形，该项保留应被认为在其确认之日提出。

2.2.2 [2.2.3] 在签署条约时提出的保留无须予以确认的情况

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

2.2.3 [2.2.4] 条约明文规定可在签署时提出的保留

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

.....⁵⁴⁴

2.3.1 过时提出保留

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

2.3.2 同意过时提出保留

除非条约另有规定，或保存机构采取不同惯例，如一缔约方在收到通知之日起十二个月期限届满之后，仍未对一过时提出的保留提出反对，该保留应被认为已为该缔约方接受。

2.3.3 反对过时提出保留

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

2.3.4 事后采用保留以外的方式排除或更改条约的法律效力

条约缔约方不得通过下列办法排除或更改条约的各项规定的法律效力：

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

2.3.5 扩大保留范围

修改一项现有的保留，以扩大其范围，应遵守过时提出保留所适用的规则。但是如果对该项修改提出了反对，则最初的保留保持不变。

2.4 解释性声明的程序

2.4.1 提出解释性声明

解释性声明必须由被认为代表一国或一国际组织通过或认证条约案文或表示该国或该国际组织同意接受条约约束的人士提出。

[2.4.2 [2.4.1 之二] 在内部一级提出解释性声明

1. 确定在内部一级提出解释性声明的主管机构和所应遵循的程序是每一国的国内法或每一国际组织的有关规则所处理的事项。

2. 一国或一国际组织不得援引某项解释性声明的提出违反了关于提出解释性声明之权限和程序的国内法规定或国际组织规则的事实，认定该项声明无效。]

2.4.3 可以提出解释性声明的时刻

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

2.4.4 [2.4.5] 无须确认在签署条约时提出的解释性声明

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

2.4.5 [2.4.4] 正式确认在签署条约时提出的有条件解释性声明

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

2.4.6 [2.4.7] 过时提出解释性声明

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

[2.4.7 [2.4.2, 2.4.9] 提出和告知有条件的解释性声明

- 1. 有条件的解释性声明必须以书面方式提出。
- 2. 有条件的解释性声明也必须以书面方式正式确认。
- 3. 有条件的解释性声明必须以书面方式告知缔约国、缔约组织以及有权成为该条约缔约方的其他国家和国际组织。

⁵⁴⁴ 特别报告员提出的第2.3节论及过时提出保留。

4. 有条件的解释性声明涉及的现行条约如果是一国际组织的组织法或是建立一有权接受保留之机构的条约，也必须告知该组织或机构。]

2.4.8 过时提出有条件解释性声明⁵⁴⁵

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

2.4.9 修改解释性声明

除条约规定解释性声明仅可在特定时间作出或修改外，解释性声明可以随时修改。

2.4.10 限制和扩大有条件解释性声明的范围

限制和扩大有条件解释性声明的范围，应遵守部分撤回保留和扩大保留范围分别适用的规则。

2.5 撤回和修改保留和解释性声明

2.5.1 撤回保留

除条约另有规定外，保留可随时撤回，无须经业已接受保留的国家或国际组织同意。

2.5.2 撤回的形式

撤回保留必须以书面提出。

2.5.3 定期审查保留的功用

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

2. 在进行这样的审查时，国家和国际组织应对维护多边条约的完整性这一目标给予特别注意，并在必要时，尤其是根据其国内法自从提出保留以来的演变情况，考虑各项保留是否仍然有用。

2.5.4 [2.5.5] 在国际上提出撤回保留

1. 在不违反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。

2.5.7 [2.5.7, 2.5.8] 撤回保留的效力

1. 在撤回一项保留的国家或国际组织与所有其他缔约方的关系中，撤回该项保留即引起该项保留所涉及的各项规定全部适用，不论其他缔约方曾接受还是反对该项保留。

2. 在撤回一项保留的国家或国际组织与反对该项保留并由于该项保留而反对条约在它自己和提出保留者之间生效的国家或国际组织的关系中，撤回该项保留即引起条约生效。

2.5.8 [2.5.9] 撤回保留的生效日期

除条约另有规定或另经协议外，撤回保留只有在缔约国或一缔约组织收到撤回通知时才开始对该国或该组织发生效力。

示范条款

A. 撤回保留生效日期的推迟

⁵⁴⁵ 本项准则草案(原2.4.7 [2.4.8]) 因第五十四届会议通过了新的准则草案而重新编号。

对本条约提出保留的缔约方可向〔保存人〕发出通知撤回保留。撤回在〔保存人〕收到通知日之后 X〔月〕〔天〕期满时开始生效。

B. 撤回保留生效日期提前

对本条约提出保留的缔约方可向〔保存人〕发出通知撤回保留。撤回自〔保存人〕收到通知之日起生效。

C. 自由确定撤回保留生效日期

提出保留的缔约方可向〔保存人〕发出通知撤回保留。撤回自该国发给〔保存人〕的通知中所确定的日期起生效。

2.5.9 [2.5.10] 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

撤回保留自撤回国家或国际组织确定的日期起生效，条件是：

(a) 该日期须晚于其他缔约国或缔约国际组织收到撤回通知的日期；或

(b) 撤回保留并不增加撤回国家或国际组织相对于其他缔约国或缔约国际组织而言所拥有的权利。

2.5.10 [2.5.11] 部分撤回保留

1. 部分撤回保留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。

2. 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。

2.5.11 [2.5.12] 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。

2.5.12 撤回解释性声明

解释性声明可依照其提出时适用的同样程序，由具有此项权力的当局随时撤回。

2.5.13 撤回有条件解释性声明

撤回有条件解释性声明，应遵守撤回保留所适用的规则。

2. 委员会第五十六届会议暂时通过对条约的保留准则草案案文及其评注

295. 委员会第五十六届会议暂时通过的准则草案案文及其评注载录如下。

2.3.5 扩大保留范围

修改一项现有的保留，以扩大其范围，应遵守过时提出保留所适用的规则。但是如果对该项修改提出了反对，则最初的保留保持不变。

评注

(1) 应当结合撤回保留和过时提出保留的问题来提出修改保留的问题。如果修改是为了缩小保留的范围，这就相当于部分撤回原先提出的保留。这一点不会引起任何原则问题，但须遵守与撤回有关的一般规则，即应适用准则草案 2.5.10 [2.5.11] 和 2.5.11 [2.5.12]。⁵⁴⁶ 相反，如果修改是为了扩大现有保留的范围，从逻辑上似可推断出，这相当于过时提出保留，因而应适用这方面适用的规则，见准则草案 2.3.1 至 2.3.3。⁵⁴⁷

(2) 这就是准则草案 2.3.5 所依据的推理。准则草案 2.3.5 一方面参照与过时提出保留有关的规则，另一方面也明确指出，如果一国“反对”扩大保留的范围，那么最初提出的保留保持不变。

(3) 这些假定受到委员会一小部分委员的质疑。他们认为这些规则违背 1969 年《维也纳公约》，有可能不适当地削弱各国的条约权利。另外，欧洲理事会已经确立的做法似乎表明禁止任何“扩大”保留范围的修改。

(4) 在理事会范围内，“有时，一些国家会向秘书处询问是否可以修改和如何修改现有的保留。秘书处在作答复时一贯强调，不能接受会扩大现有保留范围的修改。这里适用与过时提出保留情况相同

⁵⁴⁶ 见这些准则草案及其评注，《2003 年……年鉴》，第二卷（第二部分），第 98-103 页。

⁵⁴⁷ 这些准则草案及其评注，见《2001 年……年鉴》，第二卷（第二部分）和更正，第 207-214 页。

的逻辑[……]。准许此种修改将构成危险的先例，可能威胁到法律的确定性并妨碍欧洲条约的统一执行”。⁵⁴⁸

(5) 同一作者还问一国是否可以从它已经提出过保留的条约中退出，以便随后附加扩大的保留再予以批准。他认为，根据与欧洲理事会各项公约相关的理由，这种做法可能会构成滥用权利。⁵⁴⁹

(6) 但是，委员会大部分委员认为，不可以将一项区域性实践（实践本身也尚未完全确立⁵⁵⁰）移用作一项普遍性规定，在扩大保留范围的问题上适用有别于过时提出保留所适用规则的规则，是不符合逻辑的。

(7) 如果一国或一国际组织在作出保留的前提下表示同意之后，想要“扩大”保留的范围，即对保留所涉条约规定的法律效力作出有利于自己的修改，那么这些规定也完全适用，理由相同：

⁵⁴⁸ J. Polakiewicz, 《欧洲委员会内的条约制定工作》，斯特拉斯堡，欧洲委员会出版社，1999年，第96页。这一立场贴近欧洲人权委员会在赫里索斯托莫斯等诉土耳其案（欧洲人权法院，诉请书编号：第15299/89、第15300/89和第15318/89号，1991年3月4日的裁决，《人权总评》，第3卷，第5期（1991年7月），第193页）中采取的立场。

⁵⁴⁹ 见 Polakiewicz, 同前（上文脚注548）。可以此来解释瑞士联邦法院1992年12月17日在 F. 诉 R. 和图尔高州联邦院案中所作的裁决（《法院杂志》，1995年，第523页）；另见关于对条约的保留的第七次报告（上文脚注535），第199-200段。关于同一点，见 J.-F. Flauss, “向瑞士联邦法院提出对《欧洲人权公约》的保留之有效性的争议：第6条第1款解释性声明的挽歌”，《人权总评》，第5卷，第9-10期（1993年12月），第297页，详见第303页。关于这个问题，要指出的是，1998年5月26日，特立尼达和多巴哥废止了《公民及政治权利国际公约任择议定书》，在附加上一条新的保留之后又于当日重新予以批准，见《交给秘书长保存的多边条约：截至2003年12月31日的情况》，第一卷（联合国出版物，出售品编号：E.04.V.2），第222页，注3。在遭到若干反对和人权事务委员会作出一项决定（见《大会正式记录，第五十五届会议，补编第40号》（A/55/40），第二卷，附件十一，第845/1999号来文，罗尔·肯尼迪诉特立尼达和多巴哥案，第258页和关于对条约的保留的第五次报告（上文脚注531），第12段）之后，特立尼达和多巴哥于2000年3月27日再次废止了该《议定书》（见《交给秘书长保存的多边条约：截至2003年12月31日的情况》，第一卷，第222页，注3）。但是这次涉及的不是修改现有的保留，而是提出一项全新的保留。

⁵⁵⁰ 见准则草案2.3.1及其评注，《2001年……年鉴》，第二卷（第二部分）和更正，第207-212页，特别是第211页，第14段，脚注1064。

— 不鼓励过时提出对条约适用的限制，这很重要；

— 另一方面，一国或一国际组织可能出于正当理由，希望修改原先的保留，而且在某些情况下，提出该项保留的人有可能退出该条约，然后在“扩大保留”之后重新批准该条约；

— 条约的缔约方总是可以随时以一致同意的方式来修改条约；⁵⁵¹ 因此，这些缔约方也可以通过一致同意的方式容许一缔约方在任何时候修改条约某些规定或整项条约在某些特定方面适用于该缔约方时的法律效力；

— 在扩大保留范围时要求其他缔约方一致同意，这似乎构成了防止滥用的足够保障。

(8) 另外至少从普遍意义上讲，人们有理由不愿意鼓励条约的缔约国在表示同意受条约约束之后扩大对条约的保留，但这并不妨碍扩大保留方面的做法以过时提出保留方面的做法为基础，⁵⁵² 这是完全符合常理的。

(9) 保存人对“扩大性修改”的处理办法与对过时提出的保留相同。他们在收到一缔约方提出的此种请求后，会征求所有其他缔约方的意见，如无任何一方在规定作出答复的期限内表示反对，则接受新提出的保留。

(10) 例如，芬兰在1985年4月1日加入《附加在补充1968年11月8日于维也纳开放供签署的路标和信号公约的欧洲协定上的关于路面标示的议定

⁵⁵¹ 见1969年和1986年《维也纳公约》第39条。

⁵⁵² 加亚举出法国1982年8月11日“更正”其在《1973年国际防止船舶污染公约（防止船污公约）的1978年议定书》核准书中所提保留的示例。该核准书于1981年9月25日交给海事组织秘书长保存，见乔治·加亚，“不守规矩的条约保留”，载于《处于编撰时期的国际法：罗伯托·阿戈纪念文集》，米兰，鸠福雷出版社，1987年，第307-330页，详见第311-312页。这一示例有点特别，因为在作出“更正”时，《议定书》尚未对法国生效；本例中，保存人似未曾以其他各缔约方的一致同意作为接受新案文的条件，而若干缔约方确实反对所修改保留的内容，见《国际海事组织或其秘书长行使保存人或其他职能的多边公约和文书：截至1999年12月31日的状况》，第81页。

书》时，对此项文书的一项技术条款提出了保留。⁵⁵³十年之后，芬兰于1995年9月5日声明其保留对最初所提情况之外的另一情况同样适用：⁵⁵⁴

按照类似情况下采用的做法，若无缔约国对提交保存本身或设想之程序表示反对，秘书长打算接受有关修改的保存。鉴于没有任何缔约国在发文之日（1995年12月20日）起90天期限内通知秘书长表示反对，上述修改于规定之90天期限届满后，即1996年3月19日被接受保存。⁵⁵⁵

秘书长采用的程序与当前过时提出的保留方面使用的程序相同。^{556, 557}

(11) 另举一个示例，马尔代夫政府于1999年1月29日通知联合国秘书长，要修改1993年加入《消除对妇女一切形式歧视公约》时提出的保留。⁵⁵⁸曾对初始保留提出反对的德国也反对修改这些保留，除其他外，德国争论说：

一国仅可于签署、批准、接受、赞同或加入条约时作出保留（《维也纳条约法公约》第十九条）。一国一旦依据国际法受到条约约束，即不得再提出新的保留、扩大先前的保留或增加保留。该国只能全部或部分撤回初始保留；遗憾的是，马尔代夫共和国政府所做的修改并非如此。⁵⁵⁹

(12) 然而，德国虽然反对马尔代夫所提初始保留在两国之间生效，但却不反对提出保留的行

为，同样，德国也没有正式对修改行为表示反对。这使得委员会一些委员更加怀疑是否应使用“反对（objection）”一词来表示国家对过时修改保留持反对态度（opposition）。一国完全可以在接受修改程序的同时反对所修改保留的内容。⁵⁶⁰然而，尽管与多数委员的意见相左，委员会仍决定在准则草案2.3.2和2.3.3⁵⁶¹中使用“反对（objection）”一词来表示国家对过时提出保留的反对立场（opposition），因此，委员会认为这里应使用同样的措辞。

(13) 准则草案2.3.5隐晦地提到了关于过时提出保留的准则草案2.3.1、2.3.2和2.3.3。案文没有必要明确地说出这一点，因为在《实践指南》里这几项准则刚刚出现过。

(14) 但是也应当指出，将准则草案2.3.3所载的适用于过时提出保留的规则移用于扩大现有保留的范围不能是绝对的。在两种情况下，如果任何一个缔约方表示“反对”，那么原先存在的形势保持不变；但这一形势是有所差别的：在过时提出一项保留之前，在没有作过其他保留的情况下，整项条约在缔约方之间适用；而如果是过时扩大保留的范围，那么保留已经存在并且产生了1969年和1986年《维也纳公约》所承认的效力。准则草案2.3.5中的第二句考虑的正是这种形势上的差别，该句规定，如果对扩大保留范围提出了“反对”，那么最初作出的保留保持不变。

(15) 委员会觉得没有必要在一项准则草案里界定什么是“扩大保留范围”，因为其含义显而易见。鉴于准则草案1.1和1.1.1中载有的保留定义，很显然，这一术语适用于意在以比初始保留更宽泛的方式，排除或更改条约某些规定或整项条约在某些特定方面适用于提出保留的一国或一国际组织时的法律效力的任何修改。

2.4.9 修改解释性声明

除条约规定解释性声明仅可在特定时间作出或修改外，解释性声明可以随时修改。

⁵⁵³ 在对附件第6段提出的初始保留中，芬兰保留“使用黄色作为相反流向的道路之间的实线分道线的权利”（《交给秘书长保存的多边条约：截至2003年12月31日的情况》，第一卷（上文脚注549），第830页）。

⁵⁵⁴ “……芬兰作出的保留同样适用于危险提示分界线”（同上，第831页）。

⁵⁵⁵ 同上，注3。

⁵⁵⁶ 见准则草案2.3.1的评注，《2001年……年鉴》，第二卷（第二部分）和更正，第207-212页。

⁵⁵⁷ 需要注意的是，现在规定的期限是12个月而不是90天，见准则草案2.3.2，同上，第212页，特别是评注第(5)至第(10)段，第213页。

⁵⁵⁸ 见《交给秘书长保存的多边条约：截至2003年12月31日的情况》，第一卷（上文脚注549），第263页，注42。

⁵⁵⁹ 同上，第264页。德国的最初反对意见，见第248页。芬兰也反对马尔代夫修改后的保留，同上，第245页。德国和芬兰是在通知修改90天（秘书长当时规定的期限）之后才提出反对的。

⁵⁶⁰ 见准则草案2.3.1评注第(23)段，《2001年……年鉴》，第二卷（第二部分）和更正，第212页。

⁵⁶¹ 见这些草案的案文，同上，第212-214页。

评注

(1) 根据准则草案1.2所给的定义,“简单的”解释性声明只是澄清条约规定的含义或范围。这样的声明可以随时作出⁵⁶²(除非条约有其他规定⁵⁶³),并且不要求确认。⁵⁶⁴因此,在条约没有规定只能在特定时间提出解释性声明的情况下,没有任何理由阻止随时对这类解释性声明加以修改。这就是准则草案2.4.9的含义,其案文结合了准则草案2.4.3(可以提出解释性声明的时刻)和2.4.6[2.4.7](过时提出解释性声明)的案文。

(2) 因此,对“简单的”解释性声明可以随时予以修改,除非条约本身含有相反的规定,即条约规定必须在特定时间作出这样的声明,或者依另一种不大可能的假设——但原则上我们不能排除这样的假设,条约明确地限制对解释性声明作出修改的可能性。

(3) 能够对这项准则草案加以说明的实例不多。然而,可以提到如下情况:墨西哥对1987年加入1979年《反对劫持人质国际公约》时就《公约》第16条所作的声明进行了修改。⁵⁶⁵

(4) 还可以想象到一种情况,就是一国修改根据任择条款所作的单方面声明⁵⁶⁶或规定在条约条款中作出选择的单方面声明;⁵⁶⁷但是这样的声明“不属于本实践指南的范围”。⁵⁶⁸此外,2002年3月7日,保加利亚修正了1994年签署《欧洲刑事事项

互助公约》时所作并在交存批准书时确认的一项声明;⁵⁶⁹但是,严格地讲,可以认为这与其说是对一项解释性声明的修改,不如说是对一项保留的解释。⁵⁷⁰

(5) 此外,尽管有说服力的示例很少,但是准则草案2.4.9似乎是依逻辑产生于解释性声明的定义本身。

(6) 很显然,如果条约规定只能在特定时刻作出解释性声明,明显的推论应是,这样的声明不能在其他时刻进行修改。假设条约在时间上限制作出或修改解释性声明的可能性,而一国或一国际组织不顾这项限制,仍打算修改原先的解释性声明,那么准则草案2.4.6[2.4.7]所载的过时提出这种声明所适用的规则应在适当变动之后完全适用:这样的修改只有在其他缔约方没有任何一方提出反对的情况下才可作出。

2.4.10 限制和扩大有条件解释性声明的范围

限制和扩大有条件解释性声明的范围,应遵守部分撤回保留和扩大保留范围分别适用的规则。

评注

(1) 与修改“简单的”解释性声明不同,修改有条件的解释性声明不能随意而为:原则上,只能在一国或一国际组织表示同意受条约约束时提出(或确认)此类声明,⁵⁷¹而且不得过时提出,“除非其他缔约方不反对”。⁵⁷²因此,任何修改都类似于

⁵⁶² 见上文准则草案2.4.3。

⁵⁶³ 见上文准则草案2.4.6[2.4.7]。

⁵⁶⁴ 见上文准则草案2.4.4[2.4.5]。

⁵⁶⁵ 见《交给秘书长保存的多边条约:截至2003年12月31日的情况》,第二卷(联合国出版物,出售品编号:E.04.V.2),第109页。

⁵⁶⁶ 例如见澳大利亚和新西兰对批准《建立亚洲开发银行协定》时根据《协定》第24条第2款第(二)项所作声明进行的修改,《交给秘书长保存的多边条约:截至2003年12月31日的情况》,第一卷(上文脚注549),第509-512页。

⁵⁶⁷ 例如见墨西哥驻海牙大使2002年1月24日向《关于向国外送达民事或商事司法文书和司法外文书公约》保存人发出的照会,该照会告知了墨西哥有关该《公约》第5条适用情况的一些要求, www.hcch.net。

⁵⁶⁸ 准则草案1.4.6[1.4.6、1.4.7]和1.4.7[1.4.8]。

⁵⁶⁹ 联合国,《条约汇编》,第6841卷,第185页。另见 www.conventions.coe.int。

⁵⁷⁰ 另见1988年,在欧洲人权法院1988年4月29日就贝利洛斯诉瑞士案作出裁决之后,对瑞士1974年就《保护人权与基本自由公约》(《欧洲人权公约》)第6条第1款所作的“解释性声明”进行的修改(联合国,《条约汇编》,第1496卷,第234-235页,第1525卷,第213页和第1561卷,第386-387页)。贝利洛斯案的判决见欧洲人权法院,《A辑:法令和决定》,第132卷。然而,法院将此“声明”归为一项保留;瑞士只是在1992年12月17日联邦法院就F.诉R.和图尔高州联邦院案(见上文脚注549)作出裁决之后,追溯撤回了其声明(同上,第2123卷,第141页)。

⁵⁷¹ 见准则草案1.2.1[1.2.4]和2.4.5[2.4.4]。

⁵⁷² 准则草案2.4.8。

过时提出，只有未遭到任何其他缔约方反对时，才可“确立”。这正是准则草案2.4.10所规定的。

(2) 虽然在某些情况下可能难以确定一项修改是为了限制还是为了扩大一项有条件解释性声明的范围，但在委员会大多数委员看来，在此问题上没有理由背离与修改保留有关的规则，因此应分别参照部分撤回保留⁵⁷³和扩大保留范围⁵⁷⁴所适用的规则。

(3) 在第二种情况下，适用规则同样也与准则草案2.4.8（过时提出有条件解释性声明）所载规则相同，其中规定：

在表示同意接受条约约束之后，一国或一国际组织不得提出有关该条约的有条件解释性声明，除非其他缔约方不反对该项过时提出的有条件解释性声明。⁵⁷⁵

(4) 委员会意识到，条约的一缔约方也有可能决定不将解释性声明作为它参加条约的条件，而坚持称该声明为“简单的”解释。然而，这是一个学术问题，似乎不存在任何实例。⁵⁷⁶ 因此，大概没有必要针对这种情况拟定一项准则草案，尤其是因为这样做实际上等于将有关声明作为有条件的解释性声明撤回，因而等于是简单的撤回，对此将需要适用准则草案2.5.13所载规则，其结果就是可以随时这样做。

2.5.12 撤回解释性声明

解释性声明可依照其提出时适用的同样程序，由具有此项权力的当局随时撤回。

评注

(1) 根据准则草案2.4.3，除条约另有规定外，⁵⁷⁷“简单的”解释性声明“可以随时提出”。由此当然可以推出，此种声明也可随时撤回而无需特别程序。此外，保留可以“随时”撤回，⁵⁷⁸如果撤回解释性声明所受的限制多于撤回保留，则会显得奇怪。

(2) 尽管各国很少撤回其解释性声明，但这种情况确实偶有发生。例如，1990年3月1日，“意大利政府通知秘书长它决定撤回其只承认[《关于难民地位的公约》]第17和第18条的规定为建议的声明”。⁵⁷⁹另外，“2001年4月20日，芬兰政府通知[联合国]秘书长，它决定撤回在批准1969年《维也纳公约》（该国于1977年批准）时就第七条第二项所作的声明”。⁵⁸⁰

(3) 这一做法与解释性声明十分不正规的性质是一致的。

⁵⁷⁷ 见上文准则草案2.4.6 [2.4.7]。

⁵⁷⁸ 见1969年和1986年《维也纳公约》第22条第1款和上文准则草案2.5.1。

⁵⁷⁹ 《交给秘书长保存的多边条约：截至2003年12月31日的情况》，第一卷（上文脚注549），第356页，注23。对于这项声明的性质，仍存在疑惑。还有一些撤回“不承认声明”的情况（例如见于戴维营商定并于1978年9月17日在华盛顿签署《中东和平框架》后，埃及撤回了就1966年《消除一切形式种族歧视国际公约》或《1961年麻醉品单一公约》作出的针对以色列的声明（联合国，《条约汇编》，第1138卷，第17853号，第39页），《交给秘书长保存的多边条约：截至2003年12月31日的情况》，第一卷，第136和第409页，注18，但是这些声明“不属于本实践指南的范围”（准则草案1.4.3 [1.1.7]）。

⁵⁸⁰ 《交给秘书长保存的多边条约：截至2003年12月31日的情况》，第二卷（上文脚注565），第336页，注13。该声明涉及共和国总统、政府首脑及外交部长各自在缔结条约方面的权力。另见新西兰撤回批准《建立亚洲开发银行协定》时所作的声明，同上，第一卷（上文脚注549），第512页，注11。

⁵⁷³ 见上文准则草案2.5.10 [2.5.11]和2.5.11 [2.5.12]。

⁵⁷⁴ 见上文准则草案2.3.5。

⁵⁷⁵ 这项准则草案的评注，见《2001年……年鉴》，第二卷（第二部分）和更正，第218页。

⁵⁷⁶ 但是也存在着这样的声明，规定原先的解释性声明不构成保留。例如见“后来的信函”（日期不详），法国政府在信函里指出，它在批准《消除一切形式种族歧视国际公约》时所作“声明”的第一段“不是为了限制法国政府按照本公约应承担的义务，而是为了记录它对《公约》第4条的解释”（《交给秘书长保存的多边条约：截至2003年12月31日的情况》，第一卷（上文脚注549），第153页，注19）。另见：例如印度尼西亚和马来西亚就它们批准《国际海事组织公约》时所作声明而作出的声明，同上，第二卷（上文脚注565），第9页，注14和16；或印度关于同一《公约》的立场，同上，注13。另见O. Schachter，“1959年大会上的条约保留问题”，《美国国际法学报》，第54卷，第2号（1960年4月），第372-379页。

(4) 但是，撤回解释性声明须遵守准则草案 2.4.1 和 2.4.2 [2.4.1 之二] 所载的几项程序，这些准则规定了哪些当局有权提出这样的声明（与能够代表一国或一国际组织通过或认证条约案文或表示同意接受约束的当局相同）。准则草案 2.5.12 所用措辞暗示须参照这些规定。

2.5.13 撤回有条件解释性声明

撤回有条件解释性声明，应遵守撤回保留所适用的规则。

评 注

(1) 与简单的解释性声明不同，有条件的解释性声明在提出时应依循关于保留的法律制度，即必

须在国家或国际组织表示同意接受约束之时提出，⁵⁸¹ 除非没有任何其他缔约方反对过时提出。

(2) 由此必然推出：撤回有条件的解释性声明时适用的规则必须与保留在这方面适用的规则相同，而这只会坚定下述立场，即不需要对此类声明制订特别的准则草案。但委员会还是认为，在这种“直觉”还未在关于保留和有条件解释性声明有效性的规则方面得到证实之前，对此问题作出最终决定的时机尚未成熟。

(3) 在就这项原则问题取得确切的立场之前，准则草案 2.5.13 所暗示参照的规则是准则草案 2.5.1 至 2.5.9 [2.5.10] 所载的规则。

⁵⁸¹ 见上文准则草案 1.2.1 [1.2.4]。

第十章

国际法不成体系问题：国际法多样化和扩展引起的困难

A. 导言

296. 在审议了关于“国际法不成体系引起的危险”专题的可行性研究报告⁵⁸²以后，委员会在2000年举行的第五十二届会议上决定将这项专题列入其长期工作方案。⁵⁸³两年后，委员会在2002年举行的第五十四届会议上将该专题列入其工作方案并建立了一个研究组；还决定将该专题的标题改为“国际法不成体系问题：国际法多样化和扩展引起的困难”。⁵⁸⁴此外，委员会还商定了一些建议，包括进行一系列研究，首先由研究组主席主持研究“特别法规则的职能和范围及‘自足的制度’问题”。

297. 委员会2003年第五十五届会议任命马尔蒂·科斯肯涅米先生为研究组主席。研究组制定了本五年期余下期间（2003-2006年）的暂定工作时间表，研究组成员之间对2002年商定的其他专题的有关工作进行了分工，⁵⁸⁵并且决定了工作将采用的方法。委员会也初步讨论了研究组主席提出的关于“特别法规则的职能和范围及‘自足制度’问题”的提纲。

B. 本届会议审议本专题的情况

298. 委员会在本届会议上重新组建了研究组，研究组于2004年5月12日和17日、6月3日及7月15日、19日、21日、26日和28日举行了八次会议。委员会也收到了研究组主席马尔蒂·科斯肯涅米先生编写的关于特别法规则的职能和范围及自足制度问题的初步研究报告，以及特奥多尔·维奥雷尔·梅莱斯卡努先生编写的关于就同一事项先后所订条约之适用（1969年《维也纳公约》第三十条）的研究提纲；威廉·曼斯菲尔德先生编写的关于在国际法的一般发展和国际社会关注的情况下参照“适用于当事国间关系的任何有关国际法规则”（1969年《维也纳公约》第三十一条第三项（丙）款）解释条约的研究提纲；里亚德·达乌迪先生编写的关于仅在若干当事国间修改多边条约（1969年《维也纳公约》第四十一条）的研究提纲；以及兹齐斯拉夫·加利茨基先生编写的关于国际法的等级：强制法、普遍义务、作为解决冲突的规则之《联合国宪章》第一百零三条的研究提纲。⁵⁸⁶

299. 委员会在2004年8月4日举行的第2828次会议上注意到研究组的报告（A/CN.4/L.663/Rev.1），报告转载于下文C节。

C. 研究组的报告

1. 一般性意见和工作组预计的工作成果

300. 工作组的讨论首先审查了2003年所设研究组的报告⁵⁸⁷以及秘书处编制的关于大会第五十八届会议期间第六委员会举行讨论的专题摘要（A/CN.4/537, G节）。

⁵⁸² 格哈德·哈夫纳，“国际法不成体系引起的危险”，《2000年……年鉴》，第二卷（第二部分），附件，第150页。

⁵⁸³ 见上文脚注238。

⁵⁸⁴ 《2002年……年鉴》，第二卷（第二部分），第94页，第492-494段。

⁵⁸⁵ (a) 在国际法的一般发展和国际社会关注的情况下参照“适用于当事国间关系的任何有关国际法规则”（1969年《维也纳公约》第三十一条第三项（丙）款）解释条约；(b) 关于同一事项先后所订条约之适用（《公约》第三十条）；(c) 仅在若干当事国间修改多边条约（《公约》第四十一条）；(d) 国际法的等级：强制法、普遍义务、作为解决冲突之规则的《联合国宪章》第一百零三条，《2003年……年鉴》，第二卷（第二部分），第109页，第427段。

⁵⁸⁶ 这些文件可向法律事务厅编纂司索取。

⁵⁸⁷ 《2003年……年鉴》，第二卷（第二部分），第107-110页，第415-435段。

301. 研究组确认研究组的全称已基本概括了其任务。对于不成体系一词所涵盖的国际法多样化和扩展的正面和反面，都要研究。研究组决定以2003年届会期间商定的暂定时间表、工作方案和方法⁵⁸⁸作为执行任务的基础。

302. 研究组欢迎2003年大会第五十八届会议期间在第六委员会发表的意见，认为关于工作组工作方针的各项决定得到了广泛赞同。具体地说，关于集中探讨实质性问题并撇开不成体系所涉体制问题的决定以及将重点放在关于1969年《维也纳公约》的工作上的决定，看来已经获得第六委员会成员的同意。研究组也注意到从其工作中获得实际结论的愿望。在这方面，研究组也讨论了与工作最终结果有关的问题。虽然一些成员认为拟订带有评注的准则是合适的目标，另一些成员则怀疑能否着眼于拟订规范。但是，成员们一致认为，分析工作应该已经见效，研究组至少应该根据各项研究，针对国际法“不成体系”现象的性质和后果提出自己的结论。研究组确认有意拟订一份实质性的集体文件，作为研究组的工作成果。这份文件将于2006年提交委员会，其中将载录研究组成员编写、经研究组讨论补充和修改后的个别报告的实质内容。文件分为两部分：*(a)* 关于专题的实质性研究；以及*(b)* 载有拟议结论和适当时编写的关于如何处理不成体系问题的准则的简明摘要。

2. 关于特别法规则的职能和范围及“自足制度”的研究的讨论情况

303. 研究组围绕主席编写的关于“特别法规则的职能和范围及‘自足制度’问题”的研究报告开始了实质性讨论。该研究报告根据研究组2003年的一项决定，在序言中说明了不成体系状况的类型。对三种不成体系的类型作了区分：*(a)* 对一般法作了不一致的解释；*(b)* 特别法的出现，作为一般法的例外；*(c)* 不同类型的特别法之间的冲突。由于这些区别已经在2003年获得认可，目前已无需对它们进行讨论。研究组于是决定直接探讨研究报告的内容。研究报告分为两部分。第一部分载述对特别法准则的讨论，第二部分则集中讨论“自足制度”。

⁵⁸⁸ 同上，第424-428段。

(a) 特别法

304. 主席在介绍研究报告关于特别法规则的职能和范围的部分时，强调了几项论点。第一，他强调，诉诸特别法规则是法律推理的一个方面，与国际法作为一个法系的概念密切相关。特别法准则寻求以解释或在彼此间的优先次序上建立明确关系来协调不一致的标准。他说，事实上，往往难以区分技术机能的这两个方面：参照一般法解释特别法和鉴于有不一致的特定规则存在而撇开一般法。他强调了一般与特殊之间所存在区分的相关特性。某项规则是“一般”或“特殊”，绝对不是抽象的概念，其性质总是相对于另外的一些规则而言的。例如，一项规则的“特殊性”可能源自于它所覆盖的国家范围，或其主题事项的宽度。某项规则（例如睦邻条约）可能就前者来说具有特殊性，但是就后者而言就具有一般性。采取系统性的观点之所以重要，正是为了避免用过于正式或僵化的方式认识特别规则。它的实施通常受到其法律系统环境的限制。

305. 第二，主席说，特别法减损一般法的原则是一项传统的、已广为接受的法律解释准则和解决规范冲突的手段。有许多案例法采用了特别法的手法。国际法委员会也在关于国家对国际不法行为的责任条款草案第55条⁵⁸⁹中认可了这一点。主席把对特别法规则的接受归因于论证的力量：它讲求实效、更为清晰、更为确切，因此使人感到比一般规则“更强硬”或“更具约束力”。此外，它规范待处理事项时具有较大的效能和效率，其效用是能够更确切地探知当事方的意愿。

306. 第三，主席区分了案例法中出现特别法规则的四种情况：*(a)* 可用于确定同一项文书中的两项规定（特别与一般）之间的关系，例如比格尔海峡仲裁案⁵⁹⁰的情况；*(b)* 两项不同文书中的规定之间的关系，例如马夫罗马蒂斯在巴勒斯坦的特许权案⁵⁹¹中的情况以及比较典型的诸如世贸组织范

⁵⁸⁹ 《2001年……年鉴》，第二卷（第二部分）和更正，第160页。

⁵⁹⁰ 阿根廷和智利关于比格尔海峡的争端案，《国际仲裁裁决汇编》，第二十一卷（出售品编号：E/F.95.V.2），第53页。另见《国际法报告》，第52卷（1979年），第97页。

⁵⁹¹ 马夫罗马蒂斯在巴勒斯坦的特许权案（见上文脚注31），第31页。

围内的系统环境等情况⁵⁹²；(c) 条约标准与和非条约标准之间的关系，例如 INA 公司诉伊朗伊斯兰共和国政府案⁵⁹³ 的情况；以及 (d) 两项非条约标准之间的关系，如印度领土通行权案⁵⁹⁴ 的情况，其中适用了类比推理，不过没有采用特别法的术语表达。

307. 第四，主席认为，虽然在国际法的渊源之间没有任何正式的等级，但实际却出现了一种非正式的等级，即法律推理的“法庭”或“自然”方面，特别标准的地位高于较为一般性的标准。他认为，这种讲求实效的等级表现了国际法的协商一致基础：常常优先采用特别标准，因为它最能反映特定情况下的要求，也最能体现将受其限制的人的意图。

308. 第五，主席指出，法律以两种方式考虑到特殊规则与一般规则之间的关系。在第一种情况下，可以将特殊规则视为一般标准的适用、阐释或更新。在第二种情况下，反过来，又可以将特殊规则视为对一般规则的修订、驳回或撇开（即特别法是一般规则的例外）。主席着重指出，通常很难说，是否应该把一项规则视为对另一项规则的“适用”或“撇开”。从某种程度上说，这一区别——以及结合这一区别得出的特别法规则作为解释规则和作为解决冲突规则之间的区别——是人为的。因此，两者都与特别法规则的研究有关。他强调说，即使这项规则被用作解决冲突的手法，它也不能彻底废除一般法，一般法将仍然停留“在后台”并且影响对特别法的解释。

⁵⁹² 例如见世贸组织，《土耳其对其纺织品和服装制品进口所施加的限制》，专家组报告 (WT/DS 34/R)，1999 年 5 月 31 日，第 9.92 段；《印度尼西亚某些影响汽车工业的措施》，专家组报告 (WT/DS 54/R, WT/DS 55/R, WT/DS 59/R, WT/DS 64/R)，1998 年 7 月 2 日，第 14.28 段；以及《印度对于农产品、纺织品和工业产品进口的定性限制》，专家组报告 (WT/DS 90/R)，1999 年 4 月 6 日，第 4.20 段。例如，另见欧盟范围内的情况，JT 有限公司诉欧洲共同体委员会案 (T-123/99 号案)，2000 年 10 月 12 日的判决，《2000 年 9/10 月法院和初审法院案例报告》，第二节，初审法院，第 3269 页，详见第 3292 页，第 50 段。

⁵⁹³ 见 INA 公司诉伊朗伊斯兰共和国政府案，案件编号：第 161 号，1985 年 8 月 12 日，伊朗-美国索赔法庭，《伊朗-美国索赔法庭汇编》，第 8 卷，第 373 页，详见第 378 页。

⁵⁹⁴ 印度领土通行权案（案情），判决，《1960 年国际法院汇编》，第 6 页，详见第 44 页。

309. 第六，主席指出，一般国际法大多是处置性的，也就是说，它可能为特别法规则所减损。但是，在某些情况下，一般法明文禁止偏离或者可从一般法的性质中推断出这种禁止。这类情况中最为人所知的就是强制法。但是，还存在另外一些不容许减损的情况。有关的考虑因素包括：例如，谁是义务的受益人？以及如果减损可能破坏一般条约在当事方权利与义务之间达成的均衡，是否可能会禁止减损。

310. 最后，主席评论说，他还没有在报告中处理特别法问题的一个方面，即区域制度和区域主义问题。他将在 2005 年就这个问题为研究组编写一份补充报告。研究组欢迎这项提议。

311. 研究组赞同这份研究报告所采取的“系统”观点，也赞成如下结论，即一般国际法以无处不在的方式在特殊规则和制度的背后发挥作用。即使特别法有时确实会减损一般法，印度领土通行权案和加布奇科沃-大毛罗斯项目案⁵⁹⁵ 等都已证明，一般法并非因此而被搁置一旁，而是继续“在后台”发挥影响力。但是，研究组一些成员想知道：能否更加明确地扼要叙述这一点在实践中的含义。据指出，案例法调查阐明了特别法准则作为一种国际法法律推理技巧的作用和职能。但是，研究组一致认为，为这项准则的使用规定严格或正式的规则，是没有任何理由的，实际上也是完全办不到的。有时候，这项准则作为解释办法发挥作用，有时候又是一种解决冲突的技巧。如何使用应视情况而定，包括规范性环境。据指出，除了研究报告中述及的内容外，以减损法律或发展法律的方式使用准则，两者之间存在着区别，这两方面的接近程度彰显了它非正式和视情况而定的性质。一项相关区别，即减损的可容许性与确定规则减损内容之间的区别，也是如此。例如，即使减损可能已被禁止，特别法仍可能作为相关规则的一种“发展”而具有可适用性。

312. 研究组的讨论基本上赞同研究报告的结论。但是，突出了某些特别的方面。有人说，研究报告没有广泛地讨论时间因素，换句话说，即特别法与后法之间的关系。但是，大家一致认为，应该

⁵⁹⁵ 见上文脚注 404。

如何处理这一点也是取决于具体情况，包括要考虑到当事方的意愿。

313. 研究组一些成员对特别法准则表明了非正式等级的说法表示质疑。他们认为，在国际法渊源之间并不存在任何正式或非正式的等级。若一项条约相对一项一般习惯通常具有优先地位，这并不是由于法律上的等级，而只是基于实现当事国意愿的需要。基于同样的理由，特别习惯可能相对一般性条约具有优先地位，这并非不可思议。总之，有理由区分法律渊源间的优先次序和法律规范间的优先次序。主席对减损一般法的能力问题的处理方式也引起了一些批评意见。除了强制法的问题外，减损的可容许性问题仍然是一个不明确的事项。

(b) 自足（特别）制度

314. 在介绍研究报告中有关自足制度部分时，主席评论说，其研究的主旨是强调一般法的持续重要性。他说，这是自然的，因为两者的基本原理是一样的。自足制度是特别法的一个子类。

315. 主席说，使用“自足制度”这个术语时，存在三种稍微不同的含义。他是以委员会2001年通过的国家责任条款草案第55条⁵⁹⁶为起点进行分析的，其中给出了两个这方面的示例：常设国际法院对温布尔登号案⁵⁹⁷的判决和国际法院对美国驻德黑兰外交和领事人员案⁵⁹⁸的判决。但是，这两起案件提到稍微不同的情况。前者（广义的）提到对单一问题的一套条约论点（即关于基尔运河航行问题的《协约及参战各国对德和约》（《凡尔赛条约》的条款）。后者（狭义的）说明了一套特别的次级规则（即外交法规则），声称关于不法行为后果的国家责任的一般规则具有优先地位。广义的内容概述了一套用于管理已确定问题的特殊规则和原则，狭义的内容则涉及一项有关国家责任的特别制度——特别法。他说，有些用语存在一定的问题。

⁵⁹⁶ 《2001年……年鉴》，第二卷（第二部分）和更正，第160页。

⁵⁹⁷ “温布尔登号”轮船案，《常设国际法院汇编》，A辑，第1号，1923年，第23-24页。

⁵⁹⁸ 美国驻德黑兰外交和领事人员案（见上文脚注175），第40页，第86段。

委员会在其评注中对“较弱”和“较强”的特别法作了区别，却把自足制度与后者联系起来，这种做法尤其令人感到遗憾。自足制度比起其他形式的特别法，既不是较强，也不是较弱。

316. 就第三种含义来说，其提出是为了刺激对这个事项的辩论。有时，学术评注和实践会使用自足（特别）制度这一术语，来描述功能专门化或目的论导向的整个领域，因为人们认为应该使用特别规则和方法来进行解释和管理（即具有自己的原则、体制和目的的国际法特别分支，诸如“人权法”、“世贸组织法”、人道主义法等）。例如，国际法院在其关于以核武器进行威胁或使用核武器的合法性案的咨询意见中便提到了这种区别。⁵⁹⁹但是，“自足制度”的这三种含义并非总是能够明确地互相区分。

317. 如上所述，委员会国家责任专题特别报告员已经不断地从狭义和广义的角度使用“自足制度”的概念。虽然特别报告员认为，各国有权建立关于国家责任的自足制度，但人们从来不曾认为，这种制度会形成“封闭的法律管道”。在“自足制度”没有明确涵盖的情形中，剩余性地适用一般规则的问题，从来不曾在国际法委员会进行过详细地探讨。但是，特别报告员里普哈根和阿兰焦-鲁伊斯应该都讨论过在自足制度未能发挥应有作用的情形下可能“回归”的问题，两人都认为，在上述情况下，必须容许诉诸一般法，这是不言而喻的。从委员会早先的辩论中得到的主要结论是，委员会、特别报告员和在这方面经常讨论的任何情况都不曾暗示特别规则将彻底脱离一般国际法。

318. 主席认为，事实上，“自足制度”一词是不当的用词，因为没有任何一套规则，无论是从狭义还是从广义上说，是完全脱离一般法的。他怀疑，这种脱离是否真有可能：一项制度只有凭借其自身之外的（有效和有约束力的）规则或原则才能够获得（或无法获得）法律上的约束力（“效力”）。

⁵⁹⁹ 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，详见第239、第241、第243-244和第247页，第24、第27、第34、第37和第51段。

319. 主席总结认为，就任何特别制度而言，一般法都具有双重作用。第一，一般法提供了规范性背景，并使得特别制度能实现一些其本身未具体规定的功能。例如，某些实体是不是“国家”或是否在某一领土上行使着主权，这些问题几乎总是需要参照一般法加以处理。第二，若特别制度不能适当地发挥功能，一般法规则将取而代之。因此，他认为，今后开展关于特别制度的工作时，应该关注的主要问题是：(a) 确立特别制度的条件；(b) 正常情况下，特别制度相对一般国际法的适用范围；(c) 由于特别制度失灵而“回归”一般规则的条件。

320. 关于确立特别制度的条件，有人建议，与特别法有关的减损规则也应适用于特别制度。因此，虽然有强制性规范和另一些不可减损的情况，但通常容许退出合约。

321. 关于正常情况下特别制度与一般国际法之间的关系，这通常应该按照对形成制度的条约的解释加以确定。引用人权制度⁶⁰⁰和世贸组织法⁶⁰¹中所载述的示例，主席评论说，现有的条约制度之中没有一项制度排除了一般国际法的适用。相反，条约机构在不断地引用一般国际法。主席指出，这不是因为任何特定的“并入”行为所致。正如国际

法院在西电公司案⁶⁰²中指出的，它源于在缺乏明确减损条款的情况下适用的一般习惯原则的性质。只有“并入”以后一般国际法才适用于特别制度的说法在实践中得不到任何支持。事实上，很难理解制度的建立者怎么可能同意不并入（即退出）国际法的一般原则。若是那样做，这种协定的约束性将从何而来？

322. 关于特别制度失灵导致回归一般规则的情况，有人指出，怎样才算“失灵”，一点也不明确。在理论上，无法制定任何一般性标准，用以确定怎样才算“制度失灵”。特别制度成员可以采用的至少一部分途径已经扼要地载于1969年《维也纳公约》里。另外，在这种情况下，关于国家责任的规则也可能是相关规则。

323. 主席说，他的研究报告的主要结论是：目前使用特别法准则的情况或特别条约制度的出现不曾严重破坏法律保障、可预测性或法律主体的平等。这些技术显示了对经济发展、人权和环境保护以及区域主义的关切，这些关切既合法又让人有强烈感受。系统并未陷入危机之中。

324. 他也注意到，从现实情况看来，没有任何同质的等级制度可以用来解决互相冲突的规则和法律制度所引起的问题。对于一致性和合理的多元主义的需求将继续指向不同的方向。为此，必须更加注意1969年《维也纳公约》在处理规范和制度冲突时所采用的办法。他认为，或许也应该阐明“一般国际法”的概念和这种概念在特定规则和制度方面的实施情况。

325. 因此，关于后一项目今后的工作，主席提议侧重于特别制度在人们所理解的这三种含义上的运作情况。这方面的进一步研究不妨阐明：(a) 其确立的条件；(b) 其自主运作的方式；(c) 一般国际法在各种制度中的作用，包括制度间冲突的解决；以及(d) 制度失灵的条件和后果。

326. 在随后的讨论中，研究组注意到主席促请注意的术语不安全问题。研究组一致认为，这项

⁶⁰⁰ 见贝拉斯克斯·罗德里格斯诉洪都拉斯案，1988年7月29日的判决，美洲人权法院，C辑，第4号，第184段；麦克埃尔希尼诉爱尔兰案，欧洲人权法院，诉请书编号：第31253/96号，总庭，2001年11月21日的判决，《判决和裁决汇编，2001-XI》；阿德萨尼诉联合王国案，欧洲人权法院，诉请书编号：第35763/97号，总庭，2001年11月21日的判决，同上，第100页，第55段。另见洛伊齐杜诉土耳其案，欧洲人权法院，诉请书编号：第15318/89号，1996年12月18日的判决，《判决和裁决汇编，1996-VI》，第43段；福格蒂诉联合王国案，欧洲人权法院，诉请书编号：第37112/97号，总庭，2001年11月21日的判决，《判决和裁决汇编，2001-XI》；以及班科维奇诉比利时等国案，欧洲人权法院，诉请书编号：第52207/99号，2001年12月12日的判决，《国际法报告》，第123卷（2003年），第94页，详见第108-109页。另见L. Cafisch和A. A. Cançado Trindade，“美国和欧洲的人权公约与一般国际法”，《国际公法概览》，第108卷（2004年），第10页及以下各页，详见第11-22页。

⁶⁰¹ 世贸组织，《美国精炼汽油标准与传统汽油标准》，上诉机构报告(WT/DS2/AB/R)，1996年5月20日；《韩国影响政府采购的措施》，专家组报告(WT/DS163/R)，2000年5月1日，第7.96段；《美国对某些虾和虾产品的进口禁令》，上诉机构报告(WT/DS58/AB/R)，1998年11月6日，第127-131段。

⁶⁰² 西西里电子公司（西电公司）案（见上文脚注140），第42页，第50段。

概念不断地被用于狭义层面（即关于国家责任的次要特别规则）和广义层面（即关于特定问题的主要和次要特别规则）。成员们认为，特别制度，按照第三种含义上的理解（即功能专门化的整个领域），呈现了一种有趣的现象，应该加以进一步研究，以便充分了解它引起的与一般法和报告中讨论的另外两类特别制度的关系。

327. 研究组一致认为，“自足”的概念只不过意在传达制度“特殊性”的含义。研究组也注意到，应该舍弃“强势”和“弱势”特别制度之间的区别。成员们普遍认为，即使是在特别制度之间，一般法也以各种方式持续发挥作用。但是，这种制度与一般法之间的关系无法以任何一般规则加以解决。

328. 研究组一些成员认为，与其把西西里电子公司（西电公司）案解读成确立了必须明确表示对一般法的必要减损这项一般原则，不如从反对减损的假定方面来理解此案，可能更加符合现实情况。

329. 研究组着重指出，有无发生制度失灵应该参照构成制度本身的条约来加以解释。在这方面，还是无法提供任何一般规则。但是，或许还应该进一步研究可能发生上述失灵的不同搭配情况。也有人认为，应该由特别制度的当事方来确定制度有无失灵？后果是什么？

330. 研究组指出，一般与特别之间的关系所呈现的困难是相对的，困难的发生视每起案件的情况而定。有些人对阐明“一般国际法”的努力持怀疑态度。有人强调，任何此种努力都应该把重点放在一般法相对于特定规则和制度的实施情况上。在这方面，有人强调，虽然1969年《维也纳公约》制定了一个总体框架，但其规则具有剩余性，往往可以用协定加以取代。

3. 关于同一事项先后所订条约之适用（《维也纳条约法公约》第三十条）的研究提纲的讨论情况

331. 研究组根据特奥多尔·梅莱斯卡努先生的提纲和口头介绍对这项专题进行了讨论。这份提纲，除其他外，考虑了《维也纳公约》第三十条获

得通过之前所做的筹备工作，⁶⁰³ 分析了该条的主要规定，⁶⁰⁴ 其中包括与其适用有关的基本原则，即载于第一项中的等级原则、第二项中的前法原则以及第三项和第四项(a)款中的后法原则。围绕同一事项先后出现数项条约，这是在变动的环境中响应新需要并促进国际合作的结果。

332. 基本上，第三十条是以有关事项为基础，并没有引起严重的不成体系问题。只有第三十条第四项(乙)款(涉及两条约之当事国与仅为其中一条约之当事国彼此之间关系)的确形成一种与未来考虑因素有关的情况。研究组注意到三点。第一，光是缔结一项后续的不一致条约本身不会产生违背国际法的行为。只有加以适用以后，才会发生违背国际法行为。第二，第三十条并没有明确处理两份不一致的条约的效力问题，只处理了两者的相对优先次序。

333. 此外，该项规定没有载述关于停止施行或终止的问题，也没有提到一项条约违背另一项条

⁶⁰³ 特别报告员赫希·劳特帕特先生、杰拉尔德·菲茨莫里斯先生和汉弗莱·沃尔多克先生的工作，见《1953年……年鉴》[英]，第二卷，A/CN.4/63号文件，第90页及以下各页，详见第156-159页；《1954年……年鉴》[英]，第二卷，A/CN.4/87号文件，第123页及以下各页；《1958年……年鉴》[英]，第二卷，A/CN.4/115号文件，第20页及以下各页；以及《1963年……年鉴》[英]，第二卷，A/CN.4/156和Add.1-3号文件，第36页及以下各页。

⁶⁰⁴ 1969年《维也纳公约》第三十条内容如下：

“第三十条

关于同一事项先后所订条约之适用

一、以不违反《联合国宪章》第一百零三条为限，就同一事项先后所订条约当事国之权利与义务应依下列各项确定之。

二、遇条约订明须不违反先订或后订条约或不得视为与先订或后订条约不合时，该先订或后订条约之规定应居优先。

三、遇先订条约全体当事国亦为后订条约当事国但不依第五十九条终止或停止施行先订条约时，先订条约仅于其规定与后订条约规定相合之范围内适用之。

四、遇后订条约之当事国不包括先订条约之全体当事国时：

(甲) 在同为两条约之当事国间，适用第三项之同一规则；

(乙) 在为两条约之当事国与仅为其中一条约之当事国间彼此之权利与义务依两国均为当事国之条约定之。

五、第四项不妨碍第四十一条或依第六十条终止或停止施行条约之任何问题，或一国因缔结或适用一条约而其规定与该国依另一条约对另一国之义务不合所生之任何责任问题。”

约的法律后果。第三，第三十条的规定具有剩余性质，从这个含义上说，它不是强制性的规定。从根本上说，应由国家按照自己的利益并依自己的意志确定先后所订条约的优先次序。在这方面，有人提出，研究的重点之一可以是，可在多大程度上抵制国家的意愿——具体地说，作为两项互相抵触的条约的当事国的下述意愿：它将选择履行哪一项条约，以及选择违背哪一项条约并为违背行为承担国家责任方面的后果？有关这一点的进一步研究将依据国家实践、判例法和理论学说，包括审议条约非经第三国同意不为该国创设义务或权利原则（1969年《维也纳公约》第三十四条）及先到者有优先权原则。

334. 研究组在其讨论中注重这项研究的未来方向。人们承认，第三十条的大部分案文并没有引起严重的不成体系问题。唯一会出现规范相互冲突并且得不到解决的情况是第四项（乙）款所述的那一种。

335. 关于第四项（乙）款，研究组认为，考虑历任条约法问题特别报告员对这个问题的处理和所做选择可能有用。研究组赞成把重点放在是否可以对国家意愿施加限制上，即限制它随意从所参加的互相抵触的条约中作出选择，决定遵守哪一项而违背哪一项。有人问，基于对等、相互依存和绝对义务（例如围绕第四十一条所规定的仅在若干当事国间修改条约一事所讨论的义务）间的区别而产生的标准是否也能够为执行第三十条提供一些指导方针。

336. 除第四项（乙）款外，确定了另外两种可能有关的情况，即：(a) 与同一事项有关的先后所订双边条约的情况；(b) 与习惯国际法不同的某一多边或双边条约的情况。关于不成体系问题，研究组认为，前者的情况通常很不成问题。对于后者，据认为，虽然这种情况可能引起困难，却是属于一般性质，无需在这方面加以处理。

337. 研究组一致认为，第三十条的规定具有剩余性质。但是，有些成员问起：认定它们不是强制性的规定，是否正确？这些规定基本上反映了已被接受的合理考虑。研究组还一致认为，通常只有在适用后续条约的时候才会产生冲突，但是，也有

人认为，至少在某些情况下，可能在缔结后一条约的时候，就已经发生冲突。

4. 关于仅在若干当事国间修改多边条约之协定（《维也纳条约法公约》第四十一条）的研究提纲的讨论情况

338. 研究组根据里亚德·达乌迪先生的提纲和口头介绍进行了讨论。除其他外，这份提纲考虑了1969年《维也纳公约》第四十一条⁶⁰⁵所规定相互协定适用时的背景情况，这种适用引起两种法律关系：“一般关系”适用于多边条约的所有当事国，而“特殊”关系适用于相互协定的两个或两个以上的当事国。因此，相互协定修改的是条约原文的实施，它没有修正条约案文。一般和特殊之间的关系类似于一般法和特别法之间的关系。

339. 第四十一条的主要关注事项是容许相互协定，但同时确保条约原文的连贯性。缔结相互协定的条件包括：(a) 保存原多边条约当事国的权利和义务；⁶⁰⁶ (b) 不为多边协定的当事国施加额外的义务或负担；(c) 保存多边条约的目标和宗旨。此外，有一些条件涉及将相互协定通知其他当事国和这些当事国对这一通知的反应。

340. 关于与条约的目的和宗旨不合的问题（第四十一条第一项（乙）款（二）目），相互协定的有关情况看来与适用于保留的规则没有任何不同。据认为，拟订一项客观标准可能有助于确定相互协定的可允许性。在条约规定了对等义务的情况下，修改不会引起困难，这就是说，当条约基本上

⁶⁰⁵ 1969年《维也纳公约》第四十一条的内容如下：

“第四十一条

仅在若干当事国间修改多边条约之协定

一、多边条约两个以上当事国得于下列情形下缔结协定仅在彼此间修改条约：

- (甲) 条约内规定有作此种修改之可能者；或
- (乙) 有关之修改非为条约所禁止，且：

(一) 不影响其他当事国享有条约上之权利或履行其义务者；

(二) 不关涉任何如予损抑即与有效实行整个条约之目的及宗旨不合之规定者。

二、除属第一项（甲）款范围之情形条约另有规定者外，有关当事国应将其缔结协定之意思及协定对条约所规定之修改，通知其他当事国。”

⁶⁰⁶ 例如见《联合国海洋法公约》第311条第(3)款。

是由一个双边关系网组成时，修改不会引起困难。⁶⁰⁷就包含相互依存义务⁶⁰⁸和绝对义务⁶⁰⁹的条约来说，修改权是受到限制的。

341. 该提纲也讨论了对相互协定当事国违背多边条约行为的制裁问题。第四十一条案文撇开了两个问题，即构成重大违约的违背第一项行为的法律效果和接到第四十一条第二项规定的通知以后提出的反对意见的法律效果。1969年《维也纳公约》第六十条规定了对当事国的重大违约情事作出反应的条件，但没有界定什么情况构成“重大违约”。国家责任法可适用于相互协定违反条约原文的情况。

342. 研究组指出，第四十一条反映了可以理解的需要，即当事国有必要容许以相互协定研拟履行条约的方式。有时候可以把条约原文与相互协定之间的关系视为最低限度标准与其进一步发展之间的关系。它通常不会以造成不成体系问题的方式引起困难。容许相互协定的条件体现了条约法中意图维护条约完整的一般原则。但是，也有人指出，相互协定的条件并不总是与原始协定的性质相连，它也关涉到其中所载规定（第四十一条第一项（乙）款（二）目）的性质。第四十一条并没有明确处理不允许的相互协定的后果，应该予以进一步的分析。

343. 有人提请注意在适用第四十一条时，“修改”、“修正”和“订正”的语义是不一样的。虽然这些措辞从技术上说不一样，其差异则并非总是明确。例如，修改有时候被理解为修正案。有人提议，在开展进一步的研究时应该稍微注意这一点。同样，也有人表示，或许应该审查不同的连贯原则之间的关系，包括第三十条（后续协定）、第四十一条（相互协定）和《联合国宪章》第一百零三条（宪章义务优先）之间的关系。

⁶⁰⁷ 例如，1961年《维也纳外交关系公约》和1963年《维也纳领事关系公约》。

⁶⁰⁸ 裁军条约是一种相互依存的条约，因为一当事国履行其义务是其他当事国履行各自义务的先决条件。一当事国的违约行为事实上是对所有其他当事国的违约行为。

⁶⁰⁹ 人权条约产生绝对义务。它所规定的义务是独立的而且是绝对的，这些义务的履行独立于其他当事国对其义务的履行。

344. 也有人认为，应该进一步探讨相互协定的“通知”在减少不成体系情事方面实际上能够发挥的作用。在可能的范围内，应审查一下通知其他国家和其他国家对这些通知作出反应的实际情况。

5. 关于在国际法的一般发展和国际社会关注的情况下参照“适用于当事国间关系的任何有关国际法规则”（《维也纳条约法公约》第三十一条第三项（丙）款）解释条约的提纲的讨论情况

345. 研究组根据威廉·曼斯菲尔德先生的提纲和口头介绍进行了讨论。除其他外，提纲讨论了第三十一条第三项（丙）款⁶¹⁰的作用，尤其是它的文本结构，指出它提到了国际法规则；它不局限于习惯国际法；它提到了既相关又适用的规则；它不受时间性限制。研究组在分析第三十一条第三项（丙）款时还参照了委员会先前的审议情况⁶¹¹以及该项规定在伊朗-美国索赔法庭、⁶¹²欧洲人权法院⁶¹³和国际法院⁶¹⁴所审理的若干案件中的使用情况。它还审议了该项规定适用于以下三个具体

⁶¹⁰ 1969年《维也纳公约》第三十一条第三项（丙）款的内容如下：

“第三十一条 解释之通则

[……]

三、应与上下文一并考虑者尚有：

[……]

（丙）适用于当事国间关系之任何有关国际法规则。

[……]”

⁶¹¹ 特别报告员汉弗莱·沃尔多克爵士关于条约法的第三次报告，《1964年……年鉴》[英]，第二卷，A/CN.4/167和Add.1-3号文件，第5页，详见第52-65页。另见委员会向大会提交的第六十届会议工作报告，同上，文件A/5809号文件，第173页。

⁶¹² 埃斯帕哈尼亚诉商业银行案（1983年）和A/18号案（1984年）（见上文脚注77）。此外，在格里姆诉伊朗案（1983年）（同上，1984年，第2卷，第78页）中，一项反对意见也就伊朗未能保护一人是否达到“影响”其妻子“财产权利”（第81页）的程度这一问题援引了这项规定。

⁶¹³ 戈尔德诉联合王国案，1975年2月21日的判决，欧洲人权法院，《A辑》，第18卷。另见福格蒂诉联合王国案（上文脚注600）；麦克埃尔希尼诉爱尔兰案（同上）；阿德萨尼诉联合王国案（同上）。

⁶¹⁴ 石油平台案（伊朗伊斯兰共和国诉美国），初步反对意见，判决，《1996年国际法院汇编》，第803页（裁决案文另见《国际法律资料》，第42卷，第6号（2003年11月），第1334页）。另见威拉曼特里法官在加布奇科沃-大毛罗斯项目案（匈牙利诉斯洛伐克）（上文脚注404）中的个别意见，第114页。

事例的情况：国际海洋法法庭、保护东北大西洋海洋环境公约（奥斯巴公约）仲裁法庭和联合国海洋法会议仲裁法庭审理的混氧核燃料厂案；⁶¹⁵ 北美自由贸易协定（北美贸协）法庭审理的波普与塔尔博特公司诉加拿大政府案；⁶¹⁶ 在世贸组织争端解决程序范围内的美国—禁止进口某些虾和虾产品案⁶¹⁷ 以及欧共体肉类和肉类产品（激素）相关措施案⁶¹⁸。

346. 提纲就第三十一条第三项（丙）款的表述未能解决的问题提出了一些初步结论，并就今后的工作提出了一些建议。提纲指出了条约解释技巧作为在与第三十一条第三项（丙）款有关的方面减少不成体系情况的手段所固有的局限。有人指出，这些局限来源于：(a) 国际法其他规则可能已经得到发展和适用的不同情况；(b) 许多条约在国际法发展过程中的进步性目的。

347. 作为一项通则，除非条约本身在解释方面引起困难，否则没有必要参照国际法的其他规则。如果出现下列情况，通常会引起专门使用第三十一条第三项（丙）款的需要：(a) 条约规则不明确，模糊之处似乎需要参照较完善的国际法规则才能解决；(b) 条约中的用语在习惯国际法中有明确的含义，因此可认定当事国愿意参照习惯国际法；以及 (c) 条约用语从其性质来说是开放性的，参照其他国际法来源将有助于为规则注入内容。⁶¹⁹

⁶¹⁵ 国际海洋法法庭：混氧核燃料厂案（爱尔兰诉联合王国），请求发布临时措施令，2001年12月3日的命令，《2001年海洋法法庭汇编》，第95页；常设仲裁法院：爱尔兰与大不列颠及北爱尔兰联合王国间关于《奥斯巴公约》第九条的信息使用权的争端案，最后裁决，2003年7月2日的裁决，《国际仲裁裁决汇编》，第二十三卷（出售品编号：E/F.04.V.15），第59页（另见《国际法律资料》，第42卷（2003年），第1118页）；以及混氧核燃料厂案（爱尔兰诉联合王国），2003年6月24日第三号命令，《国际法律资料》，第42卷（2003年），第1187页。

⁶¹⁶ 第二阶段关于案情的裁决，2001年4月10日，《国际投资争端解决中心汇编》，第7卷（2005年），第102页；关于损害的裁决，2002年5月31日，同上，第148页；后一项裁决也可见于《国际法律资料》，第41卷（2002年），第1347页。

⁶¹⁷ 见上文脚注601。

⁶¹⁸ 世贸组织，1998年1月16日上诉机构报告（WT/DS-26/AB/R）。

⁶¹⁹ 这是在美国——禁止进口某些虾和虾产品案和欧共体肉类和肉类产品（激素）相关措施案（见上文脚注601和618）中讨论到的、对于解释《总协定》第二十条所持的立场。

348. 其次，讨论了时际性问题，因为它涉及应该适用其他国际法规则的时间点的确定以及演变中的标准的相关性。再次，提纲举出了在适用第三十一条第三项（丙）款方面关于参照适用于当事国之间关系的其他条约的措辞未能解决的一些问题。有人特别问起：正在被解释的条约的所有当事国是否都需要成为正在参照的其他条约的当事国，还是只要其中某些国家为当事国就足够了。

349. 研究组强调，第三十一条第三项（丙）款只有在出现解释问题时才适用。在这种情形下，这项规定指向了在进行解释时应“考虑到的”一些规则。但是，它没有指明具体应该如何进行。尤其是，它也不曾意味着那些规则将决定解释的内容。必须结合具体情况以适当方式对照权衡各种规则。有人指出，第三十一条第三项（丙）款很少被明确地引述这一事实不应该模糊了它作为一项条约解释规则的重要性。加强协调和保证国际法律制度的统一是很有必要的。因此，它值得仔细研究。

350. 研究组详细地讨论了哪些规则是第三十一条第三项（丙）款所暗指的规则这一问题。虽然该项规定明确提到其他一些相关和适用的条约规则，但它并没有排除其他国际法渊源的适用，例如习惯法和文明国家所承认的一般原则。在今后的研究中，不妨注意应如何适用习惯法和其他有关规则的问题。此外，虽然指涉的范围应视为很宽，但应该牢记，务必将解释视为权衡所有有关规则的过程。

351. 研究组也讨论了第三十一条第三项（丙）款与其他条约解释规则之间的关系——例如那些提及善意及条约的目标和宗旨的规则——并且提议不妨注意它与第三十二条之间的总体关系。同样，有人强调，应该考虑到“机动”概念的存在和国际社会公认标准的出现。有人问起：鉴于1969年《维也纳公约》通过以来国际体系发生的众多变革，当时看待时际法的方式是否仍然有效。

6. 国际法的等级：强制法、普遍义务、作为解决冲突的规则的国际法宪章第一百零三条

352. 研究组根据兹齐斯拉夫·加利茨基先生的提纲和口头介绍进行了有关这项专题的讨论。提

纲载述了国际法不成体系相关专题的性质，首先简单说明了强制法、⁶²⁰ 普遍义务⁶²¹ 和有关《联合国宪章》第一百零三条的性质的性质，以及它们的被接受程度和基本原理，指出了当代国际法赋予这些规范和义务以高于其他规范的优先地位。据认为，今后的工作应该分析这些类别的规范和义务，但意图并不是要确定法律渊源的任何等级。

353. 其次，提纲简单地描述了国际法中的等级概念。大家记得，研究组曾经商定，不应当总是从国内法体系引出等级类比。对于国际法的价值系统来说，并没有任何高度发展的和权威性的等级，因此，就解决冲突的手法来说，也没有任何稳定的等级可言。⁶²² 因此，等级体现了法律发展的过程。有时候，这些等级会促成法律的支离破碎，有时候则促成统一。有人表示，今后的工作应该描述这种演变的情况，并且着重注意规范等级的产生。

354. 再次，提纲间接提到需要阐述强制法、普遍义务和作为解决冲突的规则规则的《联合国宪章》第一百零三条。这意味着要注重：*(a)* 它们相对其他一般国际法规范而言所具有的优先地位；*(b)* 它

⁶²⁰ 见1969年《维也纳公约》第五十三条。另见委员会第五十三届会议通过的国家对国际不法行为的责任条款草案第41条和第48条，《2001年……年鉴》，第二卷（第二部分）和更正，第130-132页和第146页。

⁶²¹ 见巴塞罗那电车公司案，第二阶段，判决（上文脚注40），第32页。另见对《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，详见第23页；东帝汶案（葡萄牙诉澳大利亚），判决，《1995年国际法院汇编》，第90页，详见第102页；以及《防止及惩治灭绝种族罪公约》的适用案（上文脚注507），第616页。

⁶²² 见《2002年……年鉴》，第二卷（第二部分），第97页，第506段。

们相互之间的等级关系；以及*(c)* 这些类型范围内的等级关系（例如互相抵触的强制法规范）。

355. 研究组着重探讨了今后的研究方向。有人强调，研究工作必须注重实际，避免划定一般的或绝对的等级。应该把等级视为法律推理的一个方面，在这个框架内，通常使用这种手法来搁置较不重要的规范而提及比较重要的规范。这就是将这些手法作为解决冲突的规则加以处理的本意所在。明智的做法是，不要过度讨论等级，而是要把这种讨论限定于等级在解决规范冲突方面所起的作用。另一方面，不妨说明一下这些等级概念的演变性质在实际当中是如何显现的。

356. 研究组确认，对这项专题进行过度偏重理论的讨论会引起复杂和有争议的问题。应该把重点放在举例说明在实践和理论中用等级关系解决规范冲突的情况方面。这些案例可能会有助于说明一些确立了等级关系的典型情况。

357. 也有人认为应该分析强制法与普遍义务之间的差别。有些成员问普遍义务是否像强制法那样暗含着等级关系。同样，有人认为，应该注意使用等级关系的后果：被高级规则撇到一旁的低级规则的状况会是如何？会不会牵涉到国家责任呢？

358. 虽然等级有时候会导致体系混乱，但研究组强调，在大多数情况下，等级用于确保国际法律体系的统一。研究组赞成按照建议，把重点放在三种等级手法之间可能发生的冲突以及每一类别范围内可能发生的冲突方面。也有人表示赞成考虑本研究与其他研究所探索的解释手法之间的关系。

第十一章

委员会的其他决定和结论

A. 委员会的计划、程序和工作方法及其文件

359. 委员会在2004年7月16日举行的第2818次会议上为本届会议设立了一个规划组。⁶²³

360. 规划组举行了三次会议。小组收到了题为“委员会的其他决定和结论”的第六委员会在大会第五十八届会议期间讨论情况的专题摘要 H 节 (A/CN.4/537, H 节) 以及大会关于国际法委员会第五十五届会议工作报告的第 58/77 号决议。

361. 在2004年7月27日举行的第2823次会议上, 委员会注意到了规划组的报告。

1. 长期工作方案工作组

362. 长期工作方案工作组重建后, 由阿兰·佩莱先生担任工作组主席。⁶²⁴ 工作组举行了五次次会议, 其主席于2004年7月20日向规划小组作了口头汇报。工作组打算连同它提议在本五年期終了时列入长期工作方案的一些专题, 提交一份详尽的报告。但是, 工作组建议将“引渡或起诉的义务(或引渡或起诉)”专题列入委员会的长期工作方案。它认为, 这项专题符合委员会2000年向大会提交的第五十二届会议工作报告中提到的有关标准, 即这项专题主旨精确, 从编纂和逐渐发展国际法的角度来说, 具有理论和实践上的效用。⁶²⁵

363. 委员会同意规划组关于将这项专题列入长期工作方案的建议。介绍这项专题的初步提纲附于本报告。委员会打算在下届会议上将这项专题列入其目前的工作方案。

⁶²³ 规划小组的组成情况见上文第5段。

⁶²⁴ 工作组的组成情况见上文第9段。

⁶²⁵ 见《2000年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第135页, 第728段。

2. 列入委员会目前工作方案的新专题

364. 委员会审议了选择列入委员会目前工作方案的新专题, 决定列入两项新专题, 即“驱逐外国人”和“武装冲突对条约的影响”。在这方面, 委员会决定任命莫里斯·卡姆托先生为“驱逐外国人”专题的特别报告员, 任命伊恩·布朗利先生为“武装冲突对条约的影响”专题的特别报告员。

3. 战略框架

365. 委员会审议了依据大会2003年12月23日第58/269号决议为方案6: 次级方案3(国际法的逐渐发展和编纂)⁶²⁶ 拟订的战略框架(2006-2007年)的一部分, 并赞同地注意到战略框架的这个部分。

4. 委员会的文件

366. 委员会满意地注意到大会在其第58/77号决议第16段中核可了委员会关于其文件的结论。

367. 关于大会2003年12月23日第58/250号决议“会议时地分配办法”中涉及有权编写简要记录的各机关的第二节 B 部分第9段, 委员会审议了秘书处提议的几种可能办法, 得出结论认为, 其中没有一种办法符合委员会的需要。委员会记得, 委员会曾经数度认定, 就其工作程序和方法来说, 简要记录是非有不可的。它们相当于准备工作, 是逐渐发展和编纂国际法过程中不可或缺的一部分, 对委员会的工作至关重要。委员会还强调了简要记录作为《国际法委员会年鉴》中不可或缺的一部分的重要性。

⁶²⁶ 见 A/59/6 (方案6)。

368. 委员会赞赏地注意到编纂司编制的《责任制度概览》修订版以及各国政府和国际组织提交的关于国际组织责任专题的评论和意见, 建议把它们作为委员会的正式文件印发。

5. 酬 金

369. 委员会再次重申它在提交大会的第五十四届会议工作报告第525至第531段⁶²⁷和第五十五届会议工作报告第447段⁶²⁸中表明意见。委员会重申, 大会2002年3月27日关于酬金问题的第56/272号决议尤其影响到特别报告员, 特别是来自发展中国家的特别报告员, 因为该决议缩减了对其必要的研究工作的资助。

B. 委员会第五十七届会议的日期和地点

370. 委员会决定举行一次为期10周的分期届会, 会议将于2005年5月2日至6月3日和7月4日至8月5日在联合国日内瓦办事处举行。

C. 与其他机构的合作

371. 国际法院院长史久镛法官在委员会2004年7月7日举行的第2813次会议上作了发言, 他向委员会通报了国际法院最近的活动和法院正在审理的案件。他的发言载于该次会议的简要记录。发言后进行了意见交换。

372. 居伊·德韦尔先生代表欧洲法律合作委员会和欧洲委员会国际公法法律顾问委员会出席了委员会本届会议, 他在委员会2004年5月14日举行的第2799次会议上作了发言。⁶²⁹发言之后进行了意见交换。

373. 亚非法律协商组织(亚非法协)秘书长瓦菲克·Z. 卡米勒先生代表该机构出席了委员会本届会议, 他在委员会2004年7月13日举行的第

2816次会议上作了发言。⁶³⁰发言之后进行了意见交换。

374. 费利佩·保列洛先生代表美洲法律委员会出席了委员会本届会议, 他在委员会2004年7月20日举行的第2819次会议上作了发言。⁶³¹发言之后进行了意见交换。

375. 委员会委员于2004年5月19日与儿童权利委员会成员, 于2004年8月4日与消除种族歧视委员会成员, 就共同感兴趣的问题, 尤其是就“对条约的保留”专题, 非正式地交换了意见。应促进和保护人权小组委员会的邀请, 委员会委员于2004年8月5日出席了小组委员会讨论对人权条约的保留问题的会议, 并于讨论之后进行了意见交换。

376. 2004年6月1日, 委员会委员与红十字国际委员会法律事务部的工作人员就共同感兴趣的问题非正式地交换了意见。2004年7月28日, 委员会委员与国际法协会成员就两个机构共同感兴趣的专题, 特别是工作方案、国际组织的责任、水资源问题, 非正式地交换了意见。

D. 出席大会第五十九届会议的代表

377. 委员会决定, 由委员会主席特奥多尔·维奥雷尔·梅莱斯卡努先生作为代表出席大会第五十九届会议。

378. 此外, 委员会在2004年8月6日举行的第2830次会议上, 请“外交保护”专题特别报告员克里斯托弗·约翰·杜加尔德先生和“国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任(危险活动跨界损害所造成损失的国际责任)”专题特别报告员彭马拉朱·斯里尼瓦萨·拉奥先生根据大会1989年12月4日第44/35号决议第5段的规定, 出席大会第五十九届会议。

⁶²⁷ 《2002年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第101-102页。

⁶²⁸ 《2003年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第112页。

⁶²⁹ 这次发言的内容载于该次会议的简要记录,《2004年……年鉴》, 第一卷。

⁶³⁰ 同上。

⁶³¹ 同上。

E. 国际法讨论会

379. 依照大会第58/77号决议，第四十届国际法讨论会于2004年7月5日至23日委员会本届会议期间在万国宫举行。讨论会的对象是攻读国际法专业高等学位的学生和打算从事学术或外交生涯或在其本国公务员系统任职的年轻教员或政府官员。

380. 主要来自发展中国家而分属不同国籍的24名学员参加了这届讨论会。⁶³² 讨论会的学员列席了委员会全体会议，参加了特别安排的专题演讲和关于特定专题的工作组。

381. 讨论会由委员会主席特奥多尔·维奥雷尔·梅莱斯卡努先生主持开幕。联合国日内瓦办事处高级法律顾问乌里希·冯·布卢门塔尔先生负责讨论会的行政管理、组织事宜和会议的进行。

382. 委员会委员作了以下演讲：若奥·克莱门特·巴埃纳·苏亚雷斯先生：“联合国改革问题高级别委员会的工作”；约翰·杜加尔德先生：“外交保护”；马尔蒂·科斯肯涅米先生：“国际法不成体系问题”；乔治·加亚先生：“国际组织的责任”；山田中正先生：“共有的自然资源”；迈克尔·马西森先生/贾姆契德·蒙塔兹先生：“国际法院关于石油平台的裁决（2003年11月6日）”；彭马拉朱·斯里尼瓦萨·拉奥先生：“国际责任”。

383. 下列人士也作了演讲：助理秘书长代理法律顾问拉尔夫·萨克林先生：“联合国设立的国际法院：获得的经验教训”；马拉加大学教授玛丽亚·伊莎贝尔·托雷斯·卡索拉女士：“单方面行为”；世贸组织法律事务干事佩雷拉-弗雷德里希森女士：“世贸组织的争端解决制度”；红十字国际委员会法律顾问耶莱娜·佩伊奇女士：“国际人道主义法律目前面临的挑战”；联合国法律事务厅高级法律干事乔治·科伦济斯先生：“国际法委员会的历史：工作方法、工作方案”；人权高专办高级法律干事马库斯·施密特先生：“人权事务委员会与各项申诉程序”。

384. 讨论会学员或者被分配到“单方面行为”工作组，或者被分配到“含水层”工作组。委员会负责这两项专题的特别报告员维克托·罗德里格斯·塞德尼奥先生和山田中正先生（“共有的自然资源”）对两个工作组给予了指导。每个小组把它的研究所得介绍给讨论会。讨论会还要求学员们就听过的一次演讲提交书面简要报告。已经将报告汇编成册并分发给各位学员。

385. 学员们还有机会利用联合国图书馆的设施。讨论会期间，图书馆延长了开放时间。

386. 日内瓦共和国和州一如既往，热情接待各位学员，由导游带领参观了阿拉巴马厅和大理事会厅，随后又举行了招待会。

387. 在讨论会闭幕式上，委员会主席特奥多尔·维奥雷尔·梅莱斯卡努先生、联合国日内瓦办事处总干事谢尔盖·奥尔忠尼基泽先生、讨论会主任乌里希·冯·布卢门塔尔先生以及由斯里尼瓦斯·伯拉先生代表学员向委员会和学员们致词。每一名学员都收到一份证书，证明他/她参加了第四十届讨论会。

388. 委员会特别感谢地指出，奥地利、芬兰、德国、爱尔兰、挪威和瑞典政府向联合国国际法讨论会信托基金提供了自愿捐款。基金的财政状况使它可以提供足够份数的研究金，使发展中国家的优秀学员得以参加，从而保证了学员的适当地域分布。今年，向17名学员颁发了全额研究金（旅费

⁶³² 下列人士参加了第四十届国际法讨论会：Ghulam Shabbir Akbar 先生（巴基斯坦）、Abdul Rahman Al Baloushi 先生（阿拉伯联合酋长国）、Steven James Barela 先生（美利坚合众国）、Martin Bartoň 先生（斯洛伐克共和国）、Philip Bittner 先生（奥地利）、Srinivas Burra 先生（印度）、Jean d'Aspremont Lynden 先生（比利时）、Sandra Deheza Rodriguez 女士（玻利维亚）、Rosa Delia Gómez-Durán 女士（阿根廷）、Mateja Grašek 女士（斯洛文尼亚）、Hisaa Hussain 女士（马尔代夫）、Mbelwa Kairuki 先生（坦桑尼亚联合共和国）、Sifana Ibsén Kone 先生（布基那法索）、Annemarieke Künzli 女士（荷兰）、Eneida Lima 女士（佛得角）、Maxim Musikhin 先生（俄罗斯联邦）、Jeannette Mwangi 女士（肯尼亚）、Katya Pineda 女士（厄瓜多尔）、Resfel Pino Álvarez 先生（古巴）、Pablo Sandonato de León 先生（乌拉圭）、Abdoulaye Tounkara 先生（马里）、Ian Wadley 先生（澳大利亚）、Yehnew Walilegne 先生（埃塞俄比亚）、王晨先生（中国）。由 Jean-Marie Dufour 先生（日内瓦国际学术网络主席）担任主席的遴选委员会于2004年4月21日开会，从77名申请人中选出24人参加讨论会。

和生活津贴)，向2名学员颁发了部分补贴的研究金（只给生活津贴）。

389. 1965年开始举行讨论会以来，在分别属于156个不同国籍的903名学员当中，有541人获得研究金。

390. 委员会强调，它十分重视各届讨论会，这些讨论会使特别是来自发展中国家的年轻律师能

够熟悉委员会的工作和许多总部设在日内瓦的国际组织的活动。委员会建议大会再度向各国发出呼吁，请它们提供自愿捐款，以保证能在2005年举行讨论会，并有尽可能多的学员参加。

391. 委员会满意地注意到，2004年度讨论会使用了综合口译服务。委员会希望下届讨论会在现有资源范围内也能获得同样的服务。

附 件

国际法中的引渡或起诉的义务

兹齐斯拉夫·加利茨基的初步意见

一、对专题的一般性介绍

1. “引渡或起诉”（拉丁文为：“*aut dedere aut judicare*”）这项准则通常被用来指与如何对待被指控罪犯有关的替代义务，“……这个义务载于多项多边条约之中，旨在确保国际合作，以制止某些类型的犯罪行为”。¹

2. 如学说中所强调的，“‘*aut dedere aut judicare*’这一表述是格劳秀斯所用‘*aut dedere aut punire*’（或引渡或处罚）的现代版”。²但是，就其目前的适用而言，替代引渡义务的一种更宽容的提法（“起诉”（*judicare*）而非“处罚”（*punire*））更为适合，这同时也考虑到了格劳秀斯的主张，即凡涉及另一国受到伤害的所有罪行，都存在一种引渡或处罚的一般义务。

3. 现代的表达看来并没有走那么远，因为还考虑到被指控的罪犯可能会被认定无罪。此外，现代的表达对以下问题不带任何偏见：所讨论的义务是完全源于有关条约，还是也反映了习惯国际法下的一项一般义务，至少相对于特定的国际罪行是如此。

4. 这项学说强调，为了确定基于引渡或起诉义务的制度的效力，必须解决三个问题：“第一，这项原则在国际法中的地位和适用范围；第二，这项规则所含各种备选办法的等级，如果被请求国能

够选择的话；第三，实施起诉方面的具体困难”，³看来还有必要查明，在可能源于引渡或起诉义务（下称“义务”）的各项特定义务中是否有任何等级，或者这仅仅是有关国家可以自由裁量的一个事项。

5. 本专题未来编纂工作中的一项初步任务是完成一份有关条约及其所用反映这项义务的提法的比较清单。这项学说已经作出了一些努力，列举了大量此类条约和公约。⁴其中既有实质性条约（界定特定罪行，要求将其定为犯罪，并起诉或引渡罪犯），也有程序性公约（涉及引渡和国家之间的其他法律合作事项）。

6. 具体地说，在过去几十年中，引渡或起诉的义务被列入了所有所谓反恐怖主义的“部门”公约，首先是《关于制止非法劫持航空器的公约》，其第7条规定：

在其境内发现被指称的罪犯的缔约国，如不将此人引渡，则不论罪行是否在其境内发生，应无例外地将此案件提交其主管当局以便起诉。

7. 如学说所指出，可以看出该《公约》的准则有两种不同的版本：

(a) 将案件提交起诉的备选义务，凡涉及外国人的，视一国是否选择授权行使治外法权而定；

¹ M. Cherif Bassiouni 和 E. M. Wise,《引渡或起诉, 国际法上的引渡或起诉义务》, 多德雷赫特, 马蒂努斯·奈霍夫出版社, 1995年, 第3页。

² 同上, 第4页。另见 H. Grotius,《战争与和平法》, 第二编, 第二十一章, 第三和第四段, 英译文由 F.W. Kelsey 翻译,《战争与和平法》, 载于 J. B. Scott (编辑),《国际法经典》, 牛津, 克拉伦登出版社, 1925年, 第526-529页。

³ M. Plachta,“引渡或起诉: 实施途径与方式概述”, 载于《马斯特里赫特欧洲法和比较法期刊》, 第6卷, 第4期(1999年), 第332页。

⁴ Cherif Bassiouni 和 Wise, 同前(本附件脚注1), 第75-302页; 另见《奥本海国际法》(上文脚注54), 第一卷, 第953-954页。

(b) 只有当引渡要求被拒绝之时才引起将案件交予起诉的义务。⁵

8. 例如, 可以提及下列公约:

—关于 (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 (b): 《欧洲制止恐怖主义公约》(第 7 条)。

9. 《关于制止非法劫持航空器的公约》所载这种表述结合了制止有关恐怖主义行为的普遍性原则, 由此, 有关义务大为加强。但是, 制止的普遍性原则不应当等同于管辖的普遍性原则或司法机构权限的普遍性原则。在此, 制止的普遍性是指: 由于在有关国家之间适用引渡或起诉的义务, 没有任何地方可供罪犯逃避刑事责任, 找到所谓的“庇护所”。

10. 另一方面, 普遍管辖和权限原则的概念, 特别是在近几年中, 常常与国际刑事法院的设立及其活动有关。但是, 实际上, 此种“普遍管辖和权限”的范围取决于接受设立此种法院的国家数目, 与引渡或起诉的义务并不直接相关。

11. 看来不可避免的是, 在分析这项义务适用性的各个方面时, 要追溯一下普遍性原则从上文所引《关于制止非法劫持航空器的公约》第 7 条所载最初形式到 1998 年《国际刑事法院罗马规约》规定的发展情况。

12. 在已经编纂的范围内, 可以在委员会 1996 年第四十八届会议通过的《危害人类和平及安全治罪法草案》第 9 条(引渡或起诉的义务)中找到这项义务。该条规定:

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^[6]所述罪行之个人的缔约国应引渡或起诉该个人。⁷

⁵ Plachta, 同前(本附件脚注 3), 第 360 页。

⁶ 此种罪行如“灭绝种族罪”、“危害人类罪”、“对联合国及有关人员的犯罪”和“战争罪”。

⁷ 《1996 年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第 32 页。

13. 尽管委员会在所引条款中承认有关义务的存在, 但却只是在涉及一组严格限定和界定的罪行时才予以承认, 这些罪行一般被称为危害人类和平与安全罪(不包括“侵略罪”)。无论如何, 这一承认可被视为进一步审议这项义务可在多大程度上扩及其他类罪行的一个起点。此外, 值得注意的是, 委员会提出了一种“三重备选办法”的概念, 不仅考虑到了由有关国家, 而且考虑到了由国际刑事法院行使平行管辖权的可能性。

14. 此种“第三种选择”的最早示例可见于 1937 年 11 月 16 日在日内瓦开放供签署的《创立国际刑事法院公约》。⁸ 设立该法院是打算从同一天起, 用该法院来审判被控犯有《防止和惩治恐怖主义公约》所列罪行的人。⁹ 根据第一项《公约》第 2 条的规定, 被控犯罪者可由国家在本国法院起诉, 或引渡到有权要求引渡的国家, 或提交国际刑事法院审判。不幸的是, 这项《公约》从未生效, 有关法院也未能设立。

15. 根据 1998 年 7 月 17 日《国际刑事法院罗马规约》设立的国际刑事法院的备选权限广为人知。《罗马规约》在由有关国家本身对罪犯行使管辖或将其提交国际刑事法院管辖之间提供了一种选择。

16. 在过去几十年中, 现行条约实践得到极大丰富, 特别是通过各种针对恐怖主义和其他威胁国际社会的犯罪的公约, 这似乎奠定了充分基础, 可据此考虑引渡或起诉的义务在多大程度上已成为一项确定的法律义务, 作为一个国际刑事政策问题, 这项义务显然是十分重要的。

17. 此外, 已经有了一种司法惯例, 涉及所述义务, 并确认了其在当代国际法中的存在。提交国际法院的洛克比案在这方面提出了许多令人感兴趣

⁸ 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》(秘书长提交的备忘录), (出售品编号: 1949.V.8), 第 88 页, 附录 8。另见 *International Legislation: A Collection of the Texts of Multipartite International Instruments of General Interest*, M. O. Hudson (编辑), 第七卷(1935-1937 年), 第 402-505 期, 哥伦比亚特区华盛顿, 卡内基国际和平基金会, 1941 年, 第 878 页。

⁹ 国际联盟, C. 546.M. 383. 1937.V 号文件。另见 *International Legislation: A Collection of the Texts of Multipartite International Instruments of General Interest* (上文脚注 8), 第 862 页。

的材料，特别是通过五位法官对1992年4月14日法院裁决的反对意见。法院当时决定，一如利比亚阿拉伯民众国的要求，“不行使其发布临时措施的权力”。¹⁰ 尽管法院本身没有就有关义务发表什么意见，持反对意见的法官却在其意见书中确认了“习惯国际法规则——引渡或起诉”的存在，¹¹ 以及“一项得到国际法承认、甚至被一些法学家认为是强制法的权利”的存在。¹² 这些意见虽未得到法院确认，但在考虑所述义务的当代发展趋势时，应当予以考虑。

18. 看来十分明显的是，关于引渡或起诉义务的主要考虑与国际法的规范和实践有关。但不能忘记，

……促使以引渡或起诉原则为根据的规范机制最佳化的努力既可以在国际一级、也可以在国家一级作出。¹³

在此，应对国内刑法条例甚至宪法条例与国际法律规范和惯例给予同等考虑。

19. 正如学说已经正确地注意到的：

……引渡或起诉原则不能被视为万应良药，不能认为其普遍适用将克服引渡在如此长时间以来一直具有的弱点和弊病。[……] 为了将引渡或起诉定为一项普遍的引渡规则，应当努力使下列主张为人们所接受：第一，此种规则已成为在国际上制止犯罪和将罪犯绳之以法的一个不可或缺的要素；第二，很难继续将其范围限于各项国际公约所界定的国际罪行（甚至并非所有此类罪行）。¹⁴

委员会未来的编纂工作似乎可以遵循这项指导方针。

¹⁰ 下列案件通过了两项相同的决定：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和第114页。

¹¹ 同上，第51和第161页（威拉曼特里法官，反对意见）。

¹² 同上，第82和第187页（阿吉博拉法官，反对意见）。

¹³ M. Plachta，如上（本附件脚注3），第332页。

¹⁴ 同上，第364页。

20. 鉴于以上所述，“国际法中的引渡或起诉的义务”这项专题似乎已足够成熟，可以编纂，还有可能列入一些逐渐发展的内容。但是，在目前阶段，决定委员会工作的最终成果是应当采取条款草案、准则还是建议的形式，似乎还为时过早。如果该项专题将被接受，委员会首先要考虑如下要点：

二、初步行动计划

21. 对相关公约和其他国际文书所载有关该项义务的适当规定进行比较分析——系统地查明现有的各种相同和不同之处。

22. 义务的演变和发展情况——从“格劳秀斯准则”到“三重备选办法”：

(a) 引渡或处罚；

(b) 引渡或起诉；

(c) 引渡或起诉或提交国际法院。

23. 义务在当代国际法中的实际地位：

(a) 源于国际条约；

(b) 基于习惯规范——习惯地位的结果；

(c) 混合性质的可能性。

24. 义务实质性适用的范围：

(a) 适用于“另一国受到特别伤害的所有罪行”（格劳秀斯）；

(b) 适用于有限的一类或数类罪行（例如适用于“危害人类和平与安全罪”，或适用于“国际罪行”等）——限定此种罪行的可能标准。

25. 义务的内容：

(a) 国家的义务（引渡或起诉）：

(一) 引渡：条件和例外；

(二) 管辖：确立的根据：

(b) 国家的权利（在适用或不适用该项义务的情况下）。

26. 该义务与有关国家在刑事事项中的管辖权的其他规则之间的关系：

(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，¹⁵《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) 管辖权的普遍性原则：

(一) 由国家行使；

(二) 由国际司法机构行使。

27. 根据国际法，适用该项义务所引起的特定义务的性质：

(a) 各种备选义务（引渡或起诉）平等，或其中一项处于主要地位（义务的等级）；

(b) 履行备选义务的可能限制或除外情况（例如不引渡本国国民、政治罪行例外、源于人权保护的限制等）；

(c) 此种限制或除外情况对另一类义务的可能影响（例如引渡例外对作为替代实行的起诉的影响）；

(d) 该项义务是作为一项实质性或程序性规则，还是一项混合规则；

(e) 该项义务在国际法规范等级中的地位：

(一) 次要规则，

(二) 主要规则，

(三) 强制法规范（？）。

28. 该项义务与其他国际法原则之间的关系（例如国家主权原则、保护人权原则、普遍制止某些罪行的原则等）。

三、与选择新专题的条件兼容性

29. 提议国际法委员会审议的“国际法中的引渡或起诉的义务”专题符合委员会第四十九届¹⁶和第五十二届¹⁷会议确定的选择专题的条件，并且依据了下列标准：

(a) 专题应反映出各国在逐渐发展和编纂国际法方面的需要；

(b) 专题应在国家实践上处于较高级的阶段，以便能够逐渐发展和编纂；

(c) 专题对于逐渐发展和编纂而言是具体和可行的；

(d) 委员会不应局限于审议传统专题，也应该审议反映国际法新动态和国际社会各项迫切关注的专题。

30. “国际法中的引渡或起诉的义务”专题看来反映了各国在逐渐发展和编纂国际法方面的实际需要。一种不断发展的做法，特别是在过去几十年中，是将所述义务列入多项国际条约以及各国在相互关系中适用，这就引起了统一有关义务运作的各个方面的问题。需要立即澄清的最重要的问题包括，是否有可能将该项义务承认为不仅是基于条约的义务，而且至少在一定程度上是根源于习惯规范义务。

31. 该项专题似乎已足够成熟，可以逐渐发展和编纂，特别是鉴于发展中的国家实践、其在法院活动中日益得到反映以及大量有关学说的著作。拟订并在法律上确切查明引渡或起诉的义务的要素，这将是促进各国在刑事问题上开展合作并提高合作效力的主要积极因素之一，看来符合各国的利益。

¹⁶ 《1997年……年鉴》，第二卷（第二部分），第72页，第238段。

¹⁷ 见上文脚注625。

¹⁵ 见本附件脚注7。

32. 该项专题表述确切，所述义务的概念自古以来就在国家的国际关系中很好确立。这项专题既不太宽，也不太窄，在逐渐发展和编纂方面，其可行性似乎并无疑问。因此，委员会业已将该项义务列入了适于将来审议的专题清单。¹⁸ 自那时以来，很明显，有关审议应当尽快开始。

¹⁸ 见《1996年……年鉴》，第二卷（第二部分），附件二，第139页，第4段（大纲第七节第2段(a)项）。

33. 尽管引渡或起诉的义务可能初看起来十分传统，但我们不应当为其古老的拉丁提法所误导。不能只把该项义务本身作为一项传统专题对待。其从格劳秀斯时代至最近时期的演变，及其作为一个有效的工具在对付犯罪行为对国家和个人日益增长的威胁方面的重大发展，均可以使我们很容易地得出一个结论——它反映了国际法的新发展，反映了国际社会的迫切关注。

第五十六届会议文件一览表

文 件	标 题	备注和参考资料
A/CN.4/536	第五十六届会议临时议程	油印件。通过的议程，见上文第 19 页。
A/CN.4/537	秘书处编制的关于大会第五十八届会议期间第六委员会讨论的专题摘要	油印件。
A/CN.4/538	特别报告员约翰·杜加尔德先生关于外交保护的第五次报告	转载于《2004 年……年鉴》，第二卷（第一部分）。
A/CN.4/539 和 Add.1	特别报告员山田中正先生关于共有的自然资源的第二次报告：跨界地下水	同上。
A/CN.4/540	特别报告员彭马拉朱·斯里尼瓦萨·拉奥先生关于危险活动跨界损害情况下损失分配的法律制度的第二次报告	同上。
A/CN.4/541	特别报告员乔治·加亚先生关于国际组织的责任的第二次报告	同上。
A/CN.4/542 [和 Corr.2 及 3]	特别报告员维克托·罗德里格斯·塞德尼奥先生关于国家的单方面行为的第七次报告	同上。
A/CN.4/543	秘书处编写的关于国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任（危险活动跨界损害所造成损失的国际责任）专题的各种责任制度概览	同上。
A/CN.4/544	特别报告员阿兰·佩莱先生关于对条约的保留的第九次报告	同上。
A/CN.4/545	国际组织的责任。从各国际组织收到的评论和意见	同上。
[A/CN.4/546]	特别报告员约翰·杜加尔德先生关于外交保护的第六次报告	[将转载于《2005 年……年鉴》，第二卷（第一部分）。]
[A/CN.4/547]	国际组织的责任。从各国政府收到的评论和意见	同上。

文 件	标 题	备注和参考资料
A/CN.4/L.647 和 Add.1	外交保护。起草委员会一读通过的条款草案的标题和案文	油印件。
A/CN.4/L.648 和 Corr.1	国际组织的责任。起草委员会通过的草案第 4、第 5、第 6 和第 7 条的标题和案文	同上。
A/CN.4/L.649 和 Corr.1	对条约的保留。起草委员会通过的准则草案的标题和案文	同上。
A/CN.4/L.650	国际法委员会第五十六届会议工作报告草稿：第一章(本届会议的工作安排)	油印件。通过的案文，见《大会正式记录，第五十九届会议，补编第 10 号》(A/59/10)。最后案文见上文第 15 页。
A/CN.4/L.651	同上：第二章(委员会第五十六届会议工作概况)	同上，上文第 18 页。
A/CN.4/L.652	同上：第三章(委员会特别想听取意见的具体问题)	同上，上文第 20 页。
A/CN.4/L.653 [和 Corr.1] 及 Add.1	同上：第四章(外交保护)	同上，上文第 22 页。
A/CN.4/L.654 [和 Corr.1] 及 Add.1	同上：第五章(国际组织的责任)	同上，上文第 54 页。
A/CN.4/L.655 [和 Corr.1]	同上：第六章(共有的自然资源)	同上，上文第 65 页。
A/CN.4/L.656 和 Add.1-3	同上：第七章[国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任(危险活动跨界损害所造成损失的国际责任)]	同上，上文第 73 页。
A/CN.4/L.657 和 Add.1	同上：第八章(国家的单方面行为)	同上，上文第 104 页。
A/CN.4/L.658 [和 Corr.1] 及 Add.1 和 2	同上：第九章(对条约的保留)	同上，上文第 111 页。
A/CN.4/L.659	同上：第十章(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，上文第 127 页。
A/CN.4/L.660	同上：第十一章(委员会的其他决定和结论)	同上，上文第 137 页。

文 件	标 题	备注和参考资料
A/CN.4/L.662	同上。起草委员会通过的关于危险活动跨界损害情况下损失分配的原则草案序言部分、标题和原则草案 1、2、3、4、5、6、7 和 8 的案文	同上。
A/CN.4/L.663/Rev.1	国际法不成体系问题：国际法多样化和扩展引起的困难。研究组的报告	同上。转载于上文第 127 页。
A/CN.4/L.664/Rev.1	委员会的计划、程序和工作方法及其文件。规划组的报告	油印件。
A/CN.4/SR.2791-A/CN.4/SR.2830	第 2791 至第 2830 次会议临时简要记录	同上。最后案文见《2004 年……年鉴》，第一卷。

United Nations publication
ISSN 1994-4705

Yearbook of the International Law Commission 2004
Volume II (Part Two)

Printed at United Nations, Geneva – 1604712 (C) – April 2016 – 51
