

国际法委员会 第五十届会议工作报告

1998 年 4 月 20 日至 6 月 12 日

1998 年 7 月 27 日至 8 月 14 日

大 会

正式记录：第五十三届会议

补编第 10 号(A/53/10)



联合国 · 1998 年，纽约

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。

前有年度和省略号的“年鉴”（如《1971年……年鉴》），是指《国际法委员会年鉴》。委员会报告的排版本将载入《1998年国际法委员会年鉴》第二卷第二部分。

目 录

章次	段次	页次
一、 导言.....	1 - 10	1
A. 成员.....	2	1
B. 主席团成员和扩大的主席团.....	3 - 5	2
C. 起草委员会.....	6 - 7	3
D. 工作组.....	8	3
E. 秘书处.....	9	4
F. 议程.....	10	4
二、 委员会第五十届会议工作概要.....	11 - 25	6
三、 委员会特别感兴趣听取评论的具体问题.....	26 - 43	8
A. 外交保护.....	27 - 28	8
B. 国家的单方面行为.....	29 - 30	8
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(预防危险活动造成的越境损害).....	31 - 34	8
D. 国家责任.....	35 - 38	9
E. 国家继承中的国籍.....	39 - 40	10
F. 对条约的保留.....	41 - 42	10
G. 环境保护.....	43	10
四、 国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际 责任(预防危险活动造成的越境损害).....	44 - 55	11
A. 导言.....	44 - 45	11
B. 本届会议审议这个专题的情况.....	46 - 54	11
C. 委员会一读暂时通过的关于国际法不加禁止的行为 所产生的损害性后果的国际责任(预防危险活动造 成的越境损害)的条款草案案文.....	55	17
1. 条款草案案文.....	55	17

目 录(续)

<u>章次</u>	<u>段次</u>	<u>页次</u>
2. 条款草案案文及对案文的评注.....		22
一般性评注.....		22
第 1 条 本条款草案所适用的活动.....		24
评注.....		24
第 2 条 用语.....		27
评注.....		27
第 3 条 预防.....		30
评注.....		30
第 4 条 合作.....		34
评注.....		35
第 5 条 履行.....		36
评注.....		36
第 6 条 同其他国际法规则的关系.....		37
评注.....		37
第 7 条 核准.....		38
评注.....		38
第 8 条 影响的评估.....		40
评注.....		40
第 9 条 向民众提供资料.....		43
评注.....		43
第 10 条 通知和资料.....		45
评注.....		45
第 11 条 关于预防措施的协商.....		48

目 录(续)

<u>章次</u>	<u>段次</u>	<u>页次</u>
评注.....		48
第 12 条 公平利益均衡所涉及的因素.....		51
评注.....		51
第 13 条 没有通知时的程序.....		54
评注.....		54
第 14 条 交换资料.....		55
评注.....		56
第 15 条 国家安全和工业机密.....		57
评注.....		57
第 16 条 不歧视.....		58
评注.....		58
第 17 条 争端的解决.....		60
评注.....		60
五、 外交保护.....	56 - 110	63
A. 导言.....	56 - 58	63
B. 本届会议审议这个专题的情况.....	59 - 110	63
1. 特别报告员介绍其初步报告.....	61 - 70	64
(a) 外交保护的法律性质.....	62 - 68	64
(一) 外交保护的起源.....	62 - 65	64
(二) 国际上对个人权利的承认.....	66 - 67	65
(三) 外交保护涉及的权利.....	68	66
(b) “主要”规则和“次要”规则问题.....	69 - 70	66
2. 辩论摘要.....	71 - 106	67
(a) 一般性评论.....	71 - 75	67

目 录(续)

<u>章次</u>	<u>段次</u>	<u>页次</u>
(b) 外交保护的习惯概念.....	76 - 82	67
(c) 人权与外交保护之间的关系.....	83 - 91	69
(d) 行使外交保护的前提.....	92 - 97	71
(e) “主要”规则和“次要”规则的问题.....	98 - 103	72
(f) “外交保护”与“国家责任”两个专题 之间的关系.....	104 - 105	73
(g) 专题的范围.....	106	74
3. 设立工作组.....	107 - 110	74
六、国家的单方面行为.....	111 - 201	76
A. 导言.....	111	76
B. 本届会议审议这个专题的情况.....	112 - 201	76
1. 特别报告员介绍第一次报告.....	113 - 145	76
2. 辩论摘要.....	146 - 191	83
(a) 一般意见.....	147 - 150	83
(b) 专题的范围.....	151 - 164	84
(c) 单方面行为的定义和要素.....	165 - 176	87
(d) 处理本专题的办法.....	177 - 187	89
(e) 委员会工作的最后形式.....	188 - 191	91
3. 设立工作组.....	192 - 201	92
七、国家责任.....	202 - 451	95
A. 导言.....	202 - 214	95
B. 本届会议对专题的审议.....	215 - 451	98
1. 特别报告员介绍条款草案的若干一般性问题.....	219 - 224	99
(a) 区分国家责任的“主要”和“次要”规则...	220	99

目 录(续)

<u>章次</u>	<u>段次</u>	<u>页次</u>
(b) 条款草案的范围.....	221	100
(c) 列入有关反措施和解决争端的详细条款.....	222	100
(d) 条款草案与其他国际法规则的关系.....	223	100
(e) 条款草案最后的形式.....	224	100
2. 一般性问题辩论摘要.....	225 - 235	101
(a) 区分国家责任的“主要”和“次要”规则...	226	101
(b) 条款草案的范围.....	227 - 228	101
(c) 列入有关反措施和解决争端的详细条款.....	229	102
(d) 条款草案与其他国际法规则的关系.....	230	102
(e) 条款草案的最终形式.....	231 - 235	102
3. 特别报告员关于一般性问题辩论的总结意见.....	236 - 240	103
4. 特别报告员介绍“刑事”责任同“不法行为” 责任之间的区别.....	241 - 259	104
(a) 条款草案中如何看待国家罪行.....	241 - 245	104
(b) 各国政府对国家罪行的评论.....	246	105
(c) 关于国家刑事责任的现有国际法规.....	247 - 250	106
(d) 国家的国际刑事责任与某些同类概念之间的 关系.....	251	107
(e) 处理国家的国际罪行的可能办法.....	252 - 259	107
5. 关于“刑事”责任同“不法行为”责任之间的 区别的辩论摘要.....	260 - 321	109
(a) 各国政府关于国家罪行的评论.....	261	109
(b) 关于国家刑事责任的现有国际法.....	262 - 274	109
(一) 国际法院的判例.....	263 - 266	109
(二) 条约法.....	267	110

目 录(续)

章次

	段次	页次
(三) 国际组织.....	268	111
(四) 侵略定义.....	269	111
(五) 安全理事会的制裁.....	270 - 271	111
(六) 文献.....	272	112
(七) 关于国家实践的结论.....	273 - 274	112
(c) 国家的国际刑事责任与某些同类概念之间的关系.....	275 - 282	112
(一) 国际法规定的个人刑事责任.....	275 - 277	112
(二) 国际法的强制规范(强制法).....	278	113
(三) 普遍义务.....	279 - 282	114
(d) 处理国家国际罪行的可能办法.....	283 - 321	115
(一) 初步问题.....	283 - 287	115
a. “客观”责任概念.....	283	115
b. 国家责任的民法性质或刑法性质.....	284	115
c. 按国内法类推.....	285	115
d. 《联合国宪章》第七章和其他特别制度的适当性.....	286 - 287	116
(二) 本条款草案所含的办法.....	288 - 301	116
a. 第 19 条的国家罪行定义.....	288 - 292	116
b. 第一部分对国家罪行的处理.....	293 - 295	118
c. 受害国概念.....	296 - 297	118
d. 国家罪行的后果.....	298 - 301	119
(三) 以“特别严重的不法行为”概念取代.....	302 - 305	120
(四) 在本条款草案中制定国家刑事责任的整套制度.....	306 - 316	121

目 录(续)

<u>章次</u>	<u>段次</u>	<u>页次</u>
a. 国家罪行的准确定义(法无明文不为罪).....	308	122
b. 调查和确定国家罪行的适当程序和体制.....	309 - 311	122
c. 适当的程序保证(正当程序).....	312	123
d. 适当制裁.....	313 - 315	123
e. 恢复.....	316	124
(五) 不接受国家刑事责任的观念的问题.....	317 - 318	124
(六) 本条款草案中不包括这一概念.....	319 - 321	124
6. 特别报告员关于就“刑事责任”和“不法行为”责任的区分所进行的辩论的结论.....	322 - 330	125
7. 委员会对第 19 条草案作出的初步结论.....	331	128
8. 特别报告介绍第一部分第一至第 4 条草案.....	332 - 347	128
(a) 对二读进程的一般意见.....	333	128
(b) 用语问题.....	334 - 337	129
(c) 一般条款和保留条款.....	338	129
(d) 第一部分第一章的标题.....	339	130
(e) 第 1 条.....	340 - 343	130
(f) 第 2 条.....	344	131
(g) 第 3 条.....	345	131
(h) 第 4 条.....	346 - 347	131
9. 关于第一部分第 1 条至第 4 条草案的辩论摘要....	348 - 358	132
(a) 用语问题.....	348	132
(b) 第一部分第一章的标题.....	349	132
(c) 第 1 条.....	350 - 354	132

目 录(续)

章次

段次 页次

(d) 第 2 条.....	355 - 356	133
(e) 第 3 条.....	357	133
(f) 第 4 条.....	358	133
10. 特别报告员介绍第一部分第二章第 5 至第 8 条 和第 10 条.....	359 - 378	133
(a) 导言.....	359 - 361	133
(b) 各国政府的评论.....	362 - 363	134
(c) 近期的国家实践.....	364	134
(d) 用语.....	365 - 366	134
(e) 归责概念背后的基本原则.....	367	134
(f) 第 5 条.....	368 - 369	135
(g) 第 6 条.....	370 - 373	135
(h) 第 7 条.....	374 - 375	136
(i) 第 8 条.....	376 - 377	136
(j) 第 10 条.....	378	136
11. 关于第一部分第二章第 5 至 8 条和第 10 条 草案的辩论摘要.....	379 - 400	137
(a) 一般性意见.....	379	137
(b) 用语.....	380 - 381	137
(c) 第二章的标题.....	382	137
(d) 第 5 条.....	383 - 388	137
(e) 第 6 条.....	389	138
(f) 第 7 条.....	390 - 393	139
(g) 第 8 条.....	394 - 398	139

目 录(续)

<u>章次</u>	<u>段次</u>	<u>页次</u>
(h) 第 10 条.....	399 - 400	140
12. 特别报告员关于第一部分第二章第 5 条至第 8 条 和第 10 条的辩论的结论.....	401 - 408	140
13. 特别报告员介绍第一部分第二章第 9 条和第 11 至第 15 之二条草案.....	409 - 420	141
(a) 导言.....	409 - 411	141
(b) 第 9 条和第 12 条.....	412 - 413	142
(c) 第 9 条和第 13 条.....	414 - 415	142
(d) 第 14 条和第 15 条.....	416 - 418	142
(e) 第 11 条和第 15 之二条.....	419 - 420	143
14. 关于第 9 条和第 11 至第 15 之二条条款草案的 辩论摘要.....	421 - 444	143
(a) 第 9 条.....	422 - 424	143
(b) 第 11 条.....	425	144
(c) 第 12 条.....	426	144
(d) 第 13 条.....	427 - 429	144
(e) 第 14 和 15 条.....	430 - 441	144
(f) 第 15 之二条.....	442 - 444	146
15. 特别报告员关于第 9 条和第 11 至 15 之二条的 辩论的结论.....	445 - 451	146
八、 国家继承涉及的国籍问题.....	452 - 468	148
A. 导言.....	452 - 455	148
B. 本届会议审议这个专题的情况.....	456 - 468	149
工作组的初步结论.....	460 - 468	150

目 录(续)

<u>章次</u>	<u>段次</u>	<u>页次</u>
九、 对条约的保留.....	469 - 540	152
A. 导言.....	469 - 477	152
B. 本届会议审议这个专题的情况.....	478 - 539	153
1. 特别报告员介绍他的第三份报告.....	481 - 520	155
(a) 委员会以前关于这个专题的工作和咨询的 国家及机构的反应.....	482 - 489	155
(b) 对条约的保留的定义.....	490 - 504	157
(一) 单方面声明.....	496	159
(二) 提出保留的时机.....	497	159
(三) 有领土范围的保留.....	498	159
(四) 措辞或名称.....	499	159
(五) 排除或更改条约中若干规定的法律效力.....	500 - 502	160
(六) “排除或更改” — “广义”保留.....	503 - 504	160
(c) 解释性声明的定义.....	505 - 520	161
(一) 解释性声明的联合提出.....	509	162
(二) 措辞和名称;当禁止保留时提出解释性 声明.....	510 - 511	162
(三) 有条件的解释性声明.....	512 - 513	163
(四) 一般政策声明和说明性声明.....	514 - 516	163
(五) 保留与解释性声明的差别.....	517 - 518	163
(六) 保留与解释性声明的区分方法.....	519	164
(七) 定义范围.....	520	164
2. 辩论摘要.....	521 - 539	165
C. 委员会一读所暂时通过的对条约的保留的准则草案 案文.....	540	169

目 录(续)

<u>章次</u>	<u>段次</u>	<u>页次</u>
1. 准则草案案文.....	540	169
2. 准则草案及附加评注.....		171
1. 定义.....		171
1.1 保留的定义.....		171
评注.....		171
1.1.1 [1.1.4] 保留的对象.....		174
评注.....		175
1.1.2 可提出保留的情况.....		179
评注.....		179
1.1.3 [1.1.8] 领土适用的保留.....		182
评注.....		182
1.1.4 [1.1.3] 领土适用通知时提出的保留.....		185
评注.....		185
1.1.7 [1.1.1] 联合提出的保留.....		186
评注.....		187
附加准则.....		190
评注.....		190
十、 委员会的其他决定和结论.....	541 - 580	192
A. 委员会的方案、程序和工作方法及其文件.....	541 - 545	192
1. 本届会议工作的规划.....	541	192
2. 委员会在五年期余下期间的工作方案.....	542	192
3. 在委员会届会前提供特别报告员的报告.....	543 - 544	192
4. 第五十一届会议的安排.....	545	193
B. 纪念委员会五十周年.....	546 - 550	193

目 录(续)

<u>章次</u>	<u>段次</u>	<u>页次</u>
C. 长期工作方案.....	551 - 554	194
D. 委员会在联合国设立国际刑事法院全权代表外交会议 上的说明.....	555 - 556	195
E. 同其他机构的合作.....	557 - 561	195
F. 第五十一届会议和以后各届会议的时间和地点.....	562 - 563	197
G. 出席大会第五十三届会议的代表.....	564	197
H. 国际法讨论会.....	565 - 577	198
I. 希尔维托·阿马多纪念讲座.....	578 - 579	200
J. 委员会的秘书.....	580	200

第一章

导 言

1. 国际法委员会于 1998 年 4 月 20 日至 6 月 12 日在联合国日内瓦办事处的委员会会址举行第五十届会议第一期会议,于 1998 年 7 月 27 日至 8 月 14 日在纽约联合国总部举行第二期会议。

A. 成员

2. 委员会由下列委员组成:

伊曼纽尔·阿韦·阿多先生(加纳)

侯赛因·巴哈纳先生(巴林)

奥恩·哈索内先生(约旦)

若昂·克莱门特·巴埃纳·苏亚雷斯先生(巴西)

穆罕默德·本努纳先生(摩洛哥)

伊恩·布朗利先生(联合王国)

恩里克·坎迪奥蒂先生(阿根廷)

詹姆斯·理查德·克劳福德先生(澳大利亚)

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)

纳比勒·埃拉拉比先生(埃及)

路易吉·费拉里·布拉沃先生(意大利)

兹齐斯拉夫·加利茨基先生(波兰)

劳尔·戈科先生(菲律宾)

格哈德·哈夫纳先生(奥地利)

贺其治先生(中国)

毛里西奥·埃多西亚·萨卡萨先生(尼加拉瓜)

豪尔赫·伊留埃卡先生(巴拿马)

彼得·卡巴齐先生(乌干达)

詹姆斯·卢塔班齐布瓦·卡特卡先生(坦桑尼亚联合共和国)
莫克塔尔·库苏马-阿特马贾先生(印度尼西亚)
伊戈尔·伊万诺维奇·卢卡舒克先生(俄罗斯联邦)
特奥多尔·维奥雷尔·梅莱斯卡努先生(罗马尼亚)
瓦茨拉夫·米库尔卡先生(捷克共和国)
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)
罗伯特·罗森斯托克先生(美国)
贝尔纳多·塞普尔维达先生(墨西哥)
布鲁诺·辛马先生(德国)
杜杜·锡亚姆先生(塞内加尔)
山田中正先生(日本)

B. 主席团成员和扩大的主席团

3. 在 1998 年 4 月 20 日第 2519 次会议上,委员会选出了下列主席团成员:

主 席: 若昂·克莱门特·巴埃纳·苏亚雷斯先生
第一副主席: 伊戈尔·伊万诺维奇·卢卡舒克先生
第二副主席: 劳尔·戈科先生
起草委员会主席: 布鲁诺·辛马先生
报告员: 克里斯托弗·杜加尔德先生

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

¹ 佩莱先生、拉奥先生和锡亚姆先生。

² 本努纳先生、克劳福德先生、米库尔卡先生、佩莱先生、拉奥先生和罗德里格斯-塞德尼奥先生。

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小组:卢卡舒克先生(主席)、阿多先生、埃拉拉比先生、费拉里-布拉沃先生、加利茨基先生、劳尔戈科先生、贺先生、伊留埃卡先生、卡特卡先生、库苏马-阿特马贾先生、奥佩蒂-巴丹先生、庞布-齐文达先生、塞普尔维达先生、锡亚姆先生和杜加尔德先生(当然成员)。

C. 起草委员会

6. 委员会为所示专题设立了由下列委员组成的起草委员会:

预防危险活动造成的越境损害:辛马先生(主席)、拉奥先生(特别报告员)、阿多先生、巴哈纳先生、坎迪奥蒂先生、伊科诺米季斯先生、费拉里-布拉沃先生、加利茨基先生、哈夫纳先生、卡巴齐先生、罗森斯托克先生、庞布-齐文达先生、山田先生和杜加尔德先生(当然成员)。

国家责任:辛马先生(主席)、克劳福德先生(特别报告员)、阿多先生、本努纳先生、布朗利先生、坎迪奥蒂先生、伊科诺米季斯先生、费拉里-布拉沃先生、加利茨基先生、哈夫纳先生、贺先生、卡特卡先生、卢卡舒克先生、梅莱斯卡努先生、佩莱先生、罗森斯托克先生、罗德里格斯-塞德尼奥先生、山田先生和杜加尔德先生(当然成员)。

对条约的保留:辛马先生(主席)、佩莱先生(特别报告员)、阿多先生、哈索内先生、布朗利先生、坎迪奥蒂先生、伊科诺米季斯先生、加利茨基先生、哈夫纳先生、贺先生、埃多西亚·萨卡萨先生、卡巴齐先生、卡特卡先生、卢卡舒克先生、梅莱斯卡努先生、米库尔卡先生、罗森斯托克先生、罗德里格斯-塞德尼奥先生和杜加尔德先生(当然成员)。

7. 起草委员会就上述三个专题一共举行了 17 次会议。

D. 工作组

8. 委员会还设立了由所示成员组成的下列工作组:

(a) 国家责任:辛马先生(主席)、克劳福德先生(特别报告员)、伊科诺米季斯先生、埃拉拉比先生、费拉里-布拉沃先生、加利茨基先生、贺先生、庞布-齐文达先生、罗森斯托克先生、田中先生和杜加尔德先生(当然成员);

(b) 国家的单方面行为:坎迪奥蒂先生(主席)、罗德里格斯-塞德尼奥先生(特别报告员)、伊科诺米季斯先生、埃拉拉比先生、费拉里-布拉沃先生、哈夫纳先生、贺先生、卡巴齐先生、卢卡舒克先生、米库尔卡先生、奥佩蒂-巴丹先生和杜加尔德先生(当然成员);

(c) 国家继承中的国籍问题:米库尔卡先生(主席;特别报告员)、阿多先生、巴哈纳先生、布朗利先生、坎迪奥蒂先生、伊科诺米季斯先生、加利茨基先生、哈夫纳先生、罗森斯托先生和杜加尔德先生(当然成员);

(d) 预防危险活动造成的越境损害:山田先生(主席)、拉奥先生(特别报告员)、阿多先生、坎迪奥蒂先生、伊科诺米季斯先生、费拉里-布拉沃先生、哈夫纳先生、庞布-齐文达先生、辛马先生和杜加尔德先生(当然成员);

(e) 外交保护:不限成员名额工作组由本努纳先生担任主席和特别报告员。

(f) 未来的专题:布朗利先生(主席)、戈科先生、贺先生、埃多西亚·萨卡萨先生、米库尔卡先生、奥佩蒂-巴丹先生、塞普尔维达先生和辛马先生。

E. 秘书处

9. 负责法律事务的副秘书长、法律顾问汉斯·科雷尔先生主持会议开幕并担任秘书长的代表。法律事务厅编纂司司长罗伊·李先生担任委员会秘书并在法律顾问缺席时担任秘书长的代表。编纂司副司长曼努埃尔·拉马-蒙塔尔多先生担任委员会副秘书长。高级法律干事马努什·阿桑贾尼女士担任委员会的高级助理秘书;法律干事克里斯蒂纳·布赫罗尼亚斯-弗艾拉斯女士、大卫·哈奇桑先生、乔治·科伦济斯先生和弗吉尼亚·莫里斯女士担任委员会的助理秘书。

F. 议 程

10. 委员会在 1998 年 4 月 20 日第 2519 次会议上通过了第五十届会议议程,其项目如下:

1. 本届会议的工作安排。
2. 国家责任。
3. 国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任(预防危险活

动造成的越境损害)。

4. 对条约的保留。
5. 外交保护。
6. 国家的单方面行为。
7. 委员会的计划、程序和工作方法及其文件。
8. 与其他机构的合作。
9. 第五十一届会议的日期和地点。
10. 其他事项。

第二章

委员会第五十届会议工作概要

11. “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,国际法委员会一读通过了关于预防危险活动造成的越境损害的 17 条款草案及其评论并决定将这些条款草案发送各国政府征求评论意见(第四章)。

12. 关于“外交保护”专题,委员会审议了特别报告员的初次报告,其中讨论外交保护的法律特性以及有关该专题各项规则的性质。委员会设立了一个工作组来审议根据对本专题处理办法的讨论可能产生的各项结论,并就特别报告员向委员会下一届会议提出的报告中所包括的各项议题提供方向。在报告的结论中,工作组建议特别报告员应在其第二次报告集中处理工作组前一年报告拟议的大纲³的第一章“外交保护的依据”所提出的各项问题(第五章)。

13. 关于“国家的单方面行为”专题,委员会审查了特别报告员的第一次报告。讨论主要集中于本专题的范围、定义和单方面行为的成分、本专题的处理办法以及委员会有关工作的最后形式。普遍同意把本专题限于国家为了产生国际法律效果而进行的单方面行为,并赞成就此问题拟订可能的条款草案,附加评注。委员会请特别报告员在编写第二次报告时提出有关单方面行为定义的条款草案以及条款草案的范围,并进一步审查本专题,集中于国家单方面行为的有效性的阐述和条件等方面(第六章)。

14. 关于“国家责任”专题,委员会审议了特别报告员的初次报告,其中讨论了有关条款草案的一般性问题、“罪行”和“不法行为”责任之间的区分、以及条款草案第一部分第 1 至 15 条。委员会设立了一个工作组来协助特别报告员在条款草案二读期间审议各项问题。委员会决定将条款草案第 1 至 15 条交给起草委员会。委员会注意到起草委员会关于第 1、3、4、5、7、8、8 之二、9、10、15、15 之二和 A 条的报告。委员会还注意到第 2、6 和 11 至 14 条已予删除(第七章)。

³ 《大会正式记录,第五十二届会议,补编第 10 号》(A/52/10,第 189 段)。

15. 关于“国家继承中的国籍问题”专题,委员会审议了特别报告员的第四次报告,并设立了一个工作组来审议有关法人国籍专题第二部分可能的方针问题。工作组的初步结论载列于下面第 460 至 468 段。(第八章)

16. 关于“对条约的保留”专题,委员会审议了特别报告员关于保留(以及解释性声明)的定义的第三次报告。委员会通过了七条准则草案:保留的定义、保留的目的、拟订保留的各种情况、具有领土范围的保留、通知领土适用时拟订的保留、共同拟订的保留、以及保留的定义与可接受性之间的关系(第九章)。

17. 关于委员会本五年所余期间的工作方案,委员会确认其第四十九届会议所定方案应尽可能予以遵守(第十章 B 节)。

18. 委员会还决定长期工作方案工作组应在下一届会议继续其工作(第十章 C 节)。

19. 委员会进一步决定各专题特别报告员应及时提交报告,以确保在届会开始之前能迅速分发报告的所有文本(第十章 D 节)。

20. 委员会派代表出席联合国设立国际刑事法院全权代表外交会议。会议对国际法委员会深表感谢(第十章 E 节)。

21. 为纪念委员会五十周年,委员会:(a) 举行了一次讨论会,对委员会工作进行批判性评价,并讨论为了今后工作而汲取的教训;(b) 收到了两份出版物:“改进国际法:国际法委员会五十周年”和“国际法委员会工作分析性指南,1949-1997 年”;(c) 设立了一个由编纂司经管的国际法委员会网址(第十章 F 节)。

22. 委员会同国际法院、亚非法律协商委员会、泛美司法委员会以及欧洲委员会的国际公法法律顾问特设委员会进行了有益的对话(第十章 J 节)。

23. 委员会举办了一个培训班,有 23 名不同国籍的学员参加(第十章 K 节)。

24. 委员会为纪念其前巴西成员希尔韦托·巴马多先生,举办了一次讲演(第十章 L 节)。

25. 委员会商定,下一届会议于 1999 年 5 月 3 日至 7 月 23 日在联合国日内瓦办事处举行,2000 年的届会于 2000 年 4 月 24 日至 6 月 2 日和 7 月 3 日至 8 月 11 日举行(第十章 H 节)。

第三章

委员会特别感兴趣听取评论的具体问题

26. 为响应大会 1997 年 12 月 15 日第 52/156 号决议第 12 段,国际法委员会谨就每一专题指出以下具体问题,若各国政府在第六委员会或以书面形式对这些问题表示意见,将会特别有助于为委员会今后的工作提供有效的指导。

A. 外交保护

27. 委员会欢迎各国政府对本报告第 108 段所载工作组的结论提出评论和意见。

28. 委员会还请各国政府向委员会提供与外交保护有关的最重要的国家立法、国内法院的裁决和国家惯例。

B. 国家的单方面行为

29. 委员会欢迎就这一专题的范围是否应限于声明如特别报告员在第一次报告所建议的或专题的范围是否应比声明更广并包含国家意志以外的其它单方面表达方式,提出评论。

30. 还欢迎就专题的范围是否应限于国家对他国发出的单方面行为,或是否也应扩大包括国家对其他国际法主体发出的单方面行为,提出评论。

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

(预防危险活动造成的越境损害)

31. 鉴于委员会打算将具有造成重大损害的风险的活动与实际造成这种损害的活动分开来,以便制订和适用预防的责任,所以就产生一个问题,即后一类活动所适用或应使其适用的是哪种制度。

32. 迄今一般的理解是,预防的责任是一种行为义务而非结果义务。因此,有人提议,在没有任何实际发生的损害情况下不履行预防义务不会导致任何赔偿责任。现在委员会既已决定建议一项预防制度,以与赔偿责任制度分开,则预防责任是应被当作是一种行为义务呢?或对于不履行义务,则根据国家责任法,或民事赔偿任法,

或当起源国和营运者均有责任时,而使其必须承担适当后果呢?如果对后一问题的回答是正面的,则哪类后果为适当或可适用?

33. 条款草案应采取什么形式:公约、框架公约、还是示范法?

34. 哪种或什么形式的争端解决程序最适于处理从适用和解释条款草案所产生的争端?

D. 国家责任

35. 关于草案第一部分,一个国家机构的所有行为,根据第 5 条,是否不论行为的管理权或统治权属性而皆要归于该国?

36. 关于草案第二部分,在拟订关于赔偿的一般原则与更详细规定之间,特别是有关赔偿方面,要做到什么样的适当平衡?

37. 委员会已收到若干国家政府就条款草案或其中某些方面所提出的非常有用的评论(A/CN.4/488 和 Add.1 至 3)。这些评论涉及若干关键问题,包括:

(a) 第一部分第二章的归属规则是否足以处理诸如下列事项:为了第 5 条的目的,国内法在确定某一国家“机关”地位方面的作用,以及私有化实体行使政府职能时的地位问题(第 7(b)条草案);

(b) 第 19 条草案是否应予保留或取代,而且在条款草案中,是否可采用其他办法来阐述严重违反对整个国际社会利害攸关的规范的行为这个概念,而不是在“罪行”和“违法行为”之间加以区分(见第 331 段);

(c) 应把第一部分第五章处理的解除行为不法性的情况所涉的程度,视为完全解除有关行为的责任;

(d) 第 40 条草案中“受害国”的定义,特别是因为它涉及违背对所有国家或很多国家所应履行的义务的行为;

(e) 条款草案是否应力图对反措施作出详细的规定,特别是反措施与求助于第三方以解决争端之间的联系;

(f) 处理一般争端的解决的第三部分的规定。

38. 请尚未对条款草案提出评论的各国政府注意,它们现在提出评论仍为时未晚,欢迎它们就条款草案或任何其他问题提出评论。

E. 国家继承中的国籍

39. 工作组的报告就这个专题关于国家继承中的法人国籍问题的第二部分是否有任何前景一点提出质疑(见第 468 段)。委员会欢迎对此问题提出评论。

40. 委员会还希望重提向各国政府的要求,就 1997 年一读通过的关于国家继承中的自然人国籍的条款草案提出评论和意见,以便委员会能在下届会议时对条款草案开始进行二读。

F. 对条约的保留

41. 委员会欢迎各国政府对一国为提高其对一项条约的承诺或权利而作出超越该条约所规定的范围的单方面声明,是否应视为保留一事,提出评论和意见。

42. 委员会将欣然接收有关国家对这种单方面声明的国家实践的任何资料或材料。

G. 环境保护

43. 国际法委员会探讨处理关于国际环境法的各项特殊问题的可能性。关于这一点,委员会想得到各国的意见和建议,说明它们认为在这方面对委员会的工作最为适合的具体问题。

第四章

国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任 (预防危险活动造成的越境损害)

A. 导言

44. 国际法委员会 1997 年第四十九届会议决定着手开展有关“国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任”这一专题的工作,首先处理“预防危险活动造成的越境损害”问题。⁴ 大会第 52/156 号决议第 7 段注意到这项决定。

45. 委员会同届会议任命了彭马拉朱·斯里尼瓦萨·拉奥先生为此专题这一部分的特别报告员。⁵

B. 本届会议审议这个专题的情况

46. 委员会本届会议收到了特别报告员的第一次报告(A/CN.4/487 和 Add.1),委员会在 1998 年 5 月 8 日至 15 日举行的第 2527 至 2531 次会议上审议了这份报告。

47. 上述报告审查了自国际责任这个专题首次于 1978 年被列入议程以来委员会就它所进行的工作,特别着重讨论要拟订的条款草案的范围问题。报告接着分析一般预防责任所涉的程序性和实际性义务。关于程序性义务,特别报告员讨论了下列原则:事前核准;国际环境影响的评估;合作、交换资料、通知、本着诚意协商和谈判;预防或避免争端以及解决争端;不歧视。关于实质性义务,特别报告员审查了预防原则、污染者付清理费原则以及产权能力建设和妥善治理原则。

48. 特别报告员建议,一旦就专题的大方向达成协议,委员会即审查工作组 1996 年通过的条款草案,⁶并决定是否可能将其列入将要拟订的关于预防问题的新草案内。

49. 在 1998 年 5 月 15 日第 2531 次会议上,委员会决定将委员会工作组 1996 年建议的条款草案第 1 条(a)款(本条款所适用的活动)和第 2 条(用语)发交起草委员

⁴ 《大会正式记录,第五十二届会议,补编第 10 号》(A/52/10),第 168 段。

⁵ 同上。

⁶ 同上,《第五十一届会议,补编第 10 号》(A/51/10),附件,第 238 页。

会。⁷

50. 在同次会议上,委员会设立了一个工作组,⁸ 负责按照委员会要首先侧重预防问题的决定审查 1996 年建议的条款草案第 3 至第 22 条。此项审查的目的是核实案文是否恰当地反映了预防义务的程序原则和内容原则。

51. 特别报告员根据工作组的讨论情况,拟议了条款草案的订正案文(A/CN.4/L.556)。⁹ 委员会在 1998 年 6 月 5 日第 2542 次会议上,决定把特别报告员根据在全

⁷ 同上。这些条款如下:

“第 1 条

“本条款所适用的活动

“本条款适用于:

(a) 国际法不加禁止的、其有形后果有造成重大越境损害之危险的活动 [……]。

“第 2 条

“用语

“为本条款的目的:

(a) ‘造成重大越境损害之危险’指造成灾难性损害的可能性较小而造成其他重大损害的可能性较大的危险;

(b) ‘越境损害’指在起源国以外的一国领土内或其管辖或控制下的其他地方造成的损害——不论有关各国是否有共同边界;

(c) ‘起源国’指在其领土内或在其管辖或控制下进行第 1 条所指活动的国家;

(d) ‘受害国’指在其领土内、或在其管辖或控制下的任何其他地方发生重大损害的国家。”

⁸ 工作组的构成见上文第 8(d)段。

⁹ 特别报告员提议的案文如下:

(注:在方括号内的号数指工作组 1996 年提议的相应条文的号数。)

⁹(续)

“[第 3 条]

“[行动自由及其限制]

“{删除}

“第 3[4] 条

“预防

“各国应采取一切适当的措施,以预防或尽量减少重大的越境损害危险。

“[第 5 条]

“[责任]

“[删除]

“第 4[6] 条

“合作

“当事国应真诚合作,并于必要情形下要求任何国际组织提供协助,以预防或尽量减少重大越境损害危险。

“第 5[7] 条

“履行

“各国应采取必要的立法、行政或其他行动,以履行本条款的规定。

“第 6[8] 条

“同其他国际法规则的关系

“本条款所产生的义务不影响各国根据有关条约或国际法原则所引起的任何其他义务。

(注:就条款草案的形式作出决定以前暂不审议本条。)

“第 7[9] 条

“事前核准

“1. 在一国领土内或在其管辖或控制下的其他地方进行的属本条款范围的活动须由该国事前核准。如计划作出可能使某项活动转变为属本条款范围之活动的重大改变,亦须经事前核准。

⁹(续)

“2. 一国根据第1款规定的事前核准要求亦应适用于属本条款范围的所有在核准前已进行的活动。

(注：第2款反映被删除的第11条(核准前已进行的活动)的内容。)

“第8[10]条

“影响的评估

“1. 是否核准属本条款范围的某项活动应根据该项活动对人身、财产以及对其他国家环境可能产生之不利影响的评估作出决定。

“2. 各国应以适当方式向可能遭受属本条款范围的某项活动影响的民众提供有关该活动、所涉危险及可能造成的损害的资料,并查明其意见。

(注：第2款反映被删除的第15条(通知民众)的内容。)

“[第11条]

“[核准前已进行的活动]

(注：第11条的内容载于第7[9]条第2款。)

“[第12条]

“[不转移危险]

[删除]

“第9[13]条

“通知和资料

“1. 如果第8[10]条所指的评估表明有造成重大越境损害的危险,起源国在就是否核准该项活动作出任何决定以前,应及时通知可能受影响的国家,并向它们递交评估工作所依据的现有技术和其他有关资料。

“2. 可能受影响的国家应于合理期间内提出答复。

“第10[17]条

“关于预防措施的协商

“1. 各当事国在其中任何一国提出要求时,应进行协商,以期预防或尽量减少造成重大越境损害危险所需采取的措施达成可以接受的解决办法。

⁹(续)

“2. 各国应参照第 11[19]条寻求基于公平利益均衡的解决办法。

“3. 如果第 1 款所指协商未能取得一致同意的解决办法,起源国如果决定核准在自行承担风险的情形下从事该项活动,也应考虑到可能受影响的国家的利益,但不得妨碍可能受影响的任何国家的权利。

“第 11[19]条

“公平利益均衡所涉及的因素

“为了达到第 10[17]条第 2 款所提到的公平利益均衡,有关国家应考虑到所有有关因素和情况,包括:

(a) 重大越境损害的危险程度以及是否有办法预防或尽量减少这种危险或补救造成的损害;

(b) 有关活动的重要性,考虑到该活动在社会、经济和技术上为起源国带来的总利益和它对可能受影响国家的潜在损害;

(c) 对环境产生重大损害的危险;以及是否有办法预防或尽量减小这种危险或恢复环境;

(d) 该活动的经济可行性,考虑到可能受影响国家所要求的预防费用和在别处开展活动或以其他手段开展活动或以其他活动取代该项活动的可能性;

(e) 可能受影响的国家愿意承担预防费用的程度;

(f) 可能受影响国家对同样或类似活动所适用的保护标准以及类似的区域或国际实践中所适用的标准。

“第 12[18]条

“没有通知时的程序

“1. 如一国有合理根据认为:另一国正计划、或已经在其领土内或在其管辖或控制下的其他地方开展可能对它造成重大越境损害的某项活动,可要求另一国适用第 9[13]条的规定。这种请求应附有列举根据的佐证说明。

“2. 假如起源国认定它没有义务按照第 9[13]条发出通知,则应告知另一国家,并附上佐证说明,列举得出这一结论的理由。如果这一结论不能使另一国家满意,经另一国家请求,两国应迅速按照第 10[17]条所述的方式进行协商。

⁹(续)

“ 3. 在协商期间,如经另一国提出请求,除非另有协议,起源国应在六个月内作出安排以中止该项活动。

“第 13[14]条

“交换资料

“该项活动进行期间,有关各国应及时交换有关预防以及尽量减少会造成重大越境损害的危险的所有资料。

“第 15 条

“向民众提供资料

(注: 第 15 条 的内容载于第 8[10]条第 2 款。)

“第 14[16]条

“国家安全和工业机密

“起源国可以不提供对于其国家安全或保护其工业机密至为重要的数据和资料,但起源国应本着诚意同其他有关国家合作,在情况许可的范围内尽量提供资料。

“第 15[20]条

“不歧视

“除非有关国家为保护在属本条款范围的活动造成重大越境损害时可能受害或已经受害的自然人或法人的利益另有协议,一国不应基于国籍或居所或发生伤害的地点而在允许这些人按照该国法律制度诉诸司法程序或其他程序要求保护或其他适当补偿的机会上予以歧视。

“[第 21 条]

“[补偿或其他补救办法的性质和范围]

[删除]

“[第 22 条]

“[谈判的因素]

[删除]

体会议上发表的意见而拟议的条款草案发交起草委员会。

52. 委员会在 1998 年 8 月 12 日和 13 日第 2560 至 2563 次会议上审议了起草委员会的报告,并一读通过了关于预防危险活动造成的越境损害的一套条款草案(17 条)(见下面 C 节)。

53. 委员会在 1998 年 8 月 14 日第 2564 次会议上对三位特别报告员——罗伯特·昆廷——巴克斯特先生、胡利奥·巴尔沃萨先生和彭马拉朱·斯里尼瓦萨·拉奥先生——深表谢意,感谢他们对专题的处理作出了杰出的贡献。他们进行了博学精深的研究,具有丰富的经验,从而使委员会能够成功地完成了关于预防危险活动造成的越境损害的条款草案的一读。

54. 在同次会议上,委员会决定按照其《章程》第 16 和 21 条的规定,通过秘书长,将本章 C 节所列的条款草案转递给各国政府,以征求评论和意见,并请它们在 2000 年 1 月 1 日之前向秘书长提出这些评论和意见。

C. 委员会一读暂时通过的关于国际法不加禁止的
行为所产生的损害性后果的国际责任(预防危险
活动造成的越境损害)的条款草案案文

1. 条款草案案文

55. 委员会一读暂时通过的条款草案案文转录如下。

⁹(续)

“第 16 条

“争端的解决

“如果在解释或适用本条款方面发生分歧或争端,则应通过当事国选定的和平解决争端方式按照相互协议迅速予以解决,除其他方式外,可将争端提交仲裁或司法解决。 如果未能在三个月内就此达成协议,当事国应按其中任何一国的请求任命一个独立和公平的事实调查委员会。该委员会的报告应该具有建议的性质,并且应该由当事国本着诚意予以审议。”

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
(预防危险活动的越境损害)

第 1 条

本条款草案所适用的活动

本条款草案适用于国际法不加禁止的、其有形后果有造成重大越境损害之危险的活动。

第 2 条

用语

为本条款的目的：

- (a) “造成重大越境损害之危险”指造成灾难性损害的可能性较小而造成其他重大损害的可能性较大的危险；
- (b) “损害”包括对人、财产或环境造成的损害；
- (c) “越境损害”指在起源国以外的一国领土内或其管辖或控制下的其他地方造成的损害——不论有关各国是否有共同边界；
- (d) “起源国”指在其领土内或在其管辖或控制下进行第 1 条草案所指活动的国家；
- (e) “可能受影响国”指在其领土内、或在其管辖或控制下的任何其他地方有可能发生重大损害的国家。

第 3 条

预防

各国应采取一切适当的措施,以预防重大的越境损害或尽量减少这种危险。

第 4 条

合作

当事国应真诚合作,并于必要时要求一个或多个国际组织提供协助,以预防重大越境损害或尽量减少这种危险。

第 5 条

履行

各国应采取必要的立法、行政或其他行动,包括建立适当的监督机制,以履行本条款草案的规定。

第 6 条

同其他国际法规则的关系

本条款草案所产生的义务不影响各国根据有关条约或习惯国际法规则所承担的任何其他义务。

第 7 条

核准

1. 在一国境内或在其管辖或控制下的其他地方进行的属本条款草案范围的活动以及已获核准但拟作重大改变的活动须由该国事前核准。如计划作出可能使某项活动转变为属本条款草案范围之活动的改变,亦须经事前核准。

2. 一国的核准要求亦应适用于属本条款草案范围的所有在核准前已进行的活动。

3. 在核准的必要条件没有获得遵守的情况下,核准国应采取适当行动,包括于必要时撤销核准。

第 8 条

影响的评估

是否核准属本条款草案范围的某项活动应根据该项活动可能造成的越境损害的评估作出决定。

第 9 条

向民众提供资料

各国应以适当方式向可能遭受属本条款草案范围的某项活动影响的民众提供有关该活动、所涉危险及可能造成的损害的资料,并查明其意见。

第 10 条

通知和资料

1. 如果第 8 条所指的评估表明有造成重大越境损害的危险,起源国在就是否核准该项活动作出任何决定以前,应及时通知可能受影响国,并应向它们递

交评估工作所依据的现有技术和其他有关资料。

2. 可能受影响国应于合理期间内提出答复。

第 11 条

关于预防措施的协商

1. 各当事国在其中任何一国提出要求时,应进行协商,以期为预防重大越境损害或尽量减少这种危险所须采取的措施达成可以接受的解决办法。
2. 各国应参照第 12 条寻求基于公平利益均衡的解决办法。
3. 如果第 1 款所指协商未能取得一致同意的解决办法,起源国如果决定核准从事该项活动,也应考虑到可能受影响国的利益,但不得妨碍任何可能受影响国的权利。

第 12 条

公平利益均衡所涉及的因素

为了达到第 11 条第 2 款所提到的公平利益均衡,有关国家应考虑到所有有关因素和情况,包括:

- (a) 重大越境损害的危险程度以及有办法预防损害的程度,或者尽量减少这种危险或补救造成的损害;
- (b) 有关活动的重要性,考虑到该活动在社会、经济和技术上为起源国带来的总利益和它对可能受影响国的潜在损害;
- (c) 对环境产生重大损害的危险;以及是否有办法预防损害,或者尽量减小这种危险或恢复环境;
- (d) 起源国和酌情可能受影响国愿意承担预防费用的程度;
- (e) 该活动的经济可行性,考虑到预防费用和在别处开展活动或以其他手段开展活动或以其他活动取代该项活动的可能性;
- (f) 可能受影响国对同样或类似活动所适用的预防标准以及类似的区域或国际实践中所适用的标准。

第 13 条

没有通知时的程序

1. 如果一国有合理理由相信,另一国已计划、或已在其境内或在其管辖

或控制下的其他地方进行一项活动,可能有造成重大越境损害的危险,该国可以要求该另一国适用第 10 条的规定。这种请求应附有具体解释,说明理由。

2. 如果起源国认为它没有义务依照第 10 条发出通知,则应在合理期间内告知另一国,并附上具体解释,说明作出这一结论的理由。这一结论不能使该另一国家满意时,经该另一国家请求,两国应迅速按照第 11 条所述的方式进行协商。

3. 在协商期间,如果另一国提出请求,除非另有协议,起源国应安排采取适当可行措施以尽量减少危险,并酌情暂停有关活动六个月。

第 14 条

交换资料

该项活动进行期间,有关各国应及时交换有关预防或尽量减少重大越境损害的危险的所有现成资料。

第 15 条

国家安全和工业机密

起源国可以不提供对其国家安全或保护其工业机密至为重要的数据和资料,但起源国应本着诚意同其他有关国家合作,视情况许可尽量提供资料。

第 16 条

不歧视

除非有关国家为保护在属本条款范围的活动造成重大越境损害时可能受害或已经受害的自然人或法人的利益另有协议,一国不应基于国籍或居所或发生伤害的地点而在允许这些人按照该国法律制度诉诸司法程序或其他程序要求保护或其他适当补偿的机会上予以歧视。

第 17 条

争端的解决

1. 如果在解释或适用本条款方面发生争端,则应通过当事国按照相互协议选定的和平解决争端方式迅速予以解决,包括将争端提交调停、调解、仲裁或司法解决。

2. 如果未能在六个月内就此达成协议,当事国应按其中任何一国的请求

任命一个独立和公平的事实调查委员会。该委员会的报告应该由当事国本着诚意予以审议。

2. 条款草案案文及对案文的评注

国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任

(预防危险活动造成的越境损害)

一般性评注

(1) 本条款草案所处理的,是引起重大越境损害危险的危险活动的核准和管制方面的预防概念。在这个意义上,预防作为一种程序或者一种责任,是针对重大损害或破坏实际上发生之前的那个阶段;如果已经发生了,有关的国家就要采取补救或者补偿措施,这往往涉及到赔偿责任的问题。

(2) 预防的概念已经成为一个日益重要的专题。把着重点放在预防的责任,而不是赔偿、补救或者补偿的义务,有几个方面的重要意义。预防应该是更为可取的政策,因为在造成损害之后才去补偿,往往无法恢复该事件或者事故发生之前所存在的状况。履行预防责任,或者尽到应尽之力,现在更有必要,因为在危险活动的进行、所用的材料以及控制这些活动的过程和所涉的风险等方面,人们的知识都在不断增长。从法律角度来看,由于人们有更大能力跟踪连串的因果关系,即原因(活动)与影响(损害)之间的物理联系,甚至包括连串因果关系中的几个中间环节,所以危险活动的经营者也更应该采取一切必要步骤来预防损害。无论如何,作为政策,预防总是胜于治疗。

(3) 预防危险活动引起越境损害,是《里约宣言》¹⁰ 原则 2 十分强调的一个目标,也得到国际法院 1966 年 7 月 8 日关于“一国在武装冲突中使用核武器的合法

¹⁰ 《联合国环境与发展会议的报告,1992 年 6 月 3 日至 14 日,里约热内卢》(联合国出版物,出售品编号:E.93.I.8 及更正),第一卷:《联合国环境与发展会议通过的决议》,决议 1,附件一。

性”的咨询意见确认,¹¹ 现在已构成国际法主体的一个部分。

(4) 所以,世界环境与发展委员会环境法专家组正确地强调了预防问题。该专家组所建议的关于越境自然资源和环境干预问题的第 10 条说:“在不损害第 11 和第 12 条所定原则的情况下,各国应预防或减轻任何越境环境干预或这种干预可能造成重大损害(即并非轻微或微不足道的损害)的显著危险。”¹² 另外,还必须指出,特雷耳炼锌厂案的仲裁裁决强调了预防这一早已确立的原则,而《斯德哥尔摩宣言》原则 21 和《里约宣言》原则 2 以及大会关于各国在环境领域中合作的 1972 年 12 月 15 日第 2995(XXVII)号决议均重申了这一原则。这一原则也反映在联合国环境规划署(环境规划署)1978 年《指导各国养护和协调利用两个或两个以上国家共有自然资源的环境方面行动原则》草案原则 3,其中规定,各国必须“尽量避免和……尽量减少因利用共有自然资源而在其管辖范围以外引起不良的环境影响,以便保护环境,特别是如果此种利用可能引起下列后果:(a)对环境造成损害,从而影响到另一个共有国家对此种资源的利用;(b)对一种共有可再生资源的养护造成威胁;(c)危害另一国居民的健康”。¹³

(5) 关于保护环境、核事故、空间物体、国际水道、危险废物管理和预防海洋污染等许多多边条约,均已将预防对环境、人身和财产的越境损害视为一项重要原则。欧洲经济委员会(欧洲经委会)所缔结的若干公约也已接受这项原则,如 1979 年《远距离越境空气污染公约》、1991 年《越境环境影响评估公约》、1992 年《保护

¹¹ 1996 年 7 月 8 日咨询意见,《国际法院判例汇编(1996 年)》,第 15 页,第 29 段。另参看 A/51/218,附件。

¹² 世界环境与发展委员会环境法专家组通过的《环境保护与可持续发展——法律原则和建议》(Graham and Trotman/Martinus Nijhoff,1986),第 75 页。另外,有人指出,不造成重大损害的责任还可产生于不以条约为基础的国家惯例,以及各国单独和(或)集体所作的声明。参看 J.G.Lammers, Pollution of International Watercourses(Martinus Nijhoff,海牙,1984 年),第 346 至 347 和 374 至 376 页。

¹³ 《国际法材料》,第 17 卷(1978 年),第 1098 页。关于反映预防原则的其他资料来源,见《环境保护与可持续发展——法律原则和建议》,同前,第 75 至 80 页。

与使用越境水道和国际湖泊公约》和 1992 年《工业事故越境影响公约》。

第 1 条

本条款草案所适用的活动

本条款草案适用于国际法不加禁止的、其有形后果有造成重大越境损害之危险的活动。

评 注

(1) 第 1 条将本条款的范围限定在国际法不加禁止但有造成重大越境损害之危险的活动。第 2 条(c)项进一步把条款的范围限定于在一国领土内或在其管辖或控制下进行的活动。由于条款具有一般性和承受的性质,在本阶段没有试图列举它们所适用的活动。委员会基于不同的理由支持这项结论。有些委员认为,任何活动清单都可能不够完备,而且需要时时参酌变动中的技术情况加以修改。通用的清单无法抓住这些要素。委员会另一些成员比较愿意接受拟订活动清单的构想。但是,他们认为,在条款的形式、范围和内容都还没有得到进一步落实以前,在现阶段拟订一份清单是为时太早的。而且,他们认为,这种清单在考虑将条款制定为公约的外交会议上由有关的技术专家拟订比较适当。

(2) 第一条所指活动的范围的定义包含四个准则。

(3) 第一个准则提到本专题的标题,即本条款适用于“国际法不加禁止的活动”,无论这种禁止是对于该活动的进行还是由于其受到禁止的影响。

(4) 载于第 2 条(d)项的第二个准则是,适用于预防措施的活动是“在一国领土内或在该国管辖或控制下的领土内进行的”。这一准则中使用了三个概念:“领土”、“管辖”和“控制”。即便“一国的管辖或控制”这一提法是有些文书¹⁴中较

¹⁴ 例如参看《斯德哥尔摩宣言》原则 21,《联合国人类环境会议的报告,1972 年 6 月 5 日至 16 日,斯德哥尔摩》(联合国出版物,出售品编号:E. 73. II. A. 14 和 Corr.)第一章;1982 年 12 月 10 日《联合国海洋法公约》,《第三次联合国海洋法会议正式记录》,第十七卷(联合国出版物,出售品编号:E. 84. V. 3),A/CONF.62/122 号文件,第 194 条第 2 款;《里约宣言》原则 2(见上面注 10);1992 年 6 月 5 日《联合国生物多样性公约》第 3 条,(参看环境规划署,《生物多样性公约》(环境法和机构方案活动中心),1992 年 6 月)。

常用的语句,委员会认为也提到“领土”这一概念以便强调这些条款下的活动和一国之间领土联系的重要性——如存在这一联系的话——是有用的。

(5) 第1条中“领土”一词的用法可能来自于对现代国际法中可能无法肯定国家对某些活动行使域外管辖的程度表示的关注。委员会认为,为了这些条款的目的,属地管辖权是主要标准。因此一旦在一国的领土上展开某项活动,该国必须遵守预防措施义务。因此“领土”是管辖权的决定性证明。有鉴于此,如果对于这些条款述及的一项活动的管辖权有冲突,属地管辖权优先。然而,委员会考虑到在有些情况下,依据国际法,一国必须将其领土上的管辖权让给另一国。这种情况的首要事例是外国船舶无害通过领海或领水。在这种情况下,如果外国船舶的活动造成严重越境损害,船旗国而不是领土所属国必须遵守本条款的规定。

(6) 就这些条款来说,“领土”概念是狭窄的,因此也使用了“管辖”和“控制”概念。除了在一国领土上展开的活动以外,“管辖权”一词还意在包括一国依照国际法有权行使职权和权力的一些活动。委员会意识到,确定管辖权的问题是复杂的,有时是争端的核心。本条无疑并不是为了解决所有管辖权冲突问题。

(7) 有时由于活动的地点,一国与活动之间没有属地联系,例如在外层空间或公海上展开的活动。最常见的事例是船旗国对船只的管辖权。1958年《日内瓦海洋法公约》和1982《联合国海洋法公约》载列了船旗国的许多管辖能力。

(8) 在根据国际法一个以上的国家有权行使并不相互矛盾的特定管辖权的地方也可展开活动。存在功能性混合管辖权的最常见的方面是航行和通过领海、毗连区的专属经济区。在这种情况下,有权对本专题所列活动行使管辖权的国家当然必须遵守这些条款的规定。

(9) 在一个以上的国家对这些条款所列活动拥有并行管辖权的情况下,各国应分别遵守,必要时应共同遵守这些条款的规定。

(10) 国际法中“控制”这一概念的功能,其目的是使其对某些活动或事件的管辖权未得到国际法承认的国家承担某些法律后果;这包括一国行使事实上的管辖权,即使它没有法律上的管辖权等各种情况,例如尚未得到国际法承认的干涉、占领和非法吞并。在这一方面可以参照国际法院就“南非不顾安全理事会第276(1970)号

决议继续留驻纳米比亚(西南非洲)对各国的法律后果案”提出的咨询意见。¹⁵ 在这一案件中,法院判定南非对于产生并维持被法院宣布为非法的一种状况应负责任,并认定南非有义务从纳米比亚撤销其政府,但随后认为南非对纳米比亚的事实上的控制产生了某些法律后果。法院判定:

“非不再有权管理该领土,这一事实并不免除它根据国际法在对该领土行使其权力方面对其他国家的义务和责任。对某一领土的实际控制,而不是主权或权利的合法性,正是对影响到其他国家的行为的国家责任的基础。”¹⁶

(11) 控制的概念也可用于干涉的情况,赋予行使控制权而不是管辖权的国家以某些义务。此处的干涉是指一国对置于另一国管辖之下的事件或活动实行短期的有效控制。委员会认为,在这种情况下,如果管辖国表明,它实际上已被剥夺对这些条款所列活动的管辖权行使,控制国则有责任遵守这些条款规定的义务。

(12) 第三项准则是这些条款所列活动必须具有“造成严重越境损害的危险”。第2条中为用语下了定义(见第2条评注)。“越境损害”一语意在排除仅在活动所在国领土上造成损害而不损害任何其他国家的那些活动。对“重大”一词的讨论见第2条评注。

(13) 关于“危险”的要素,按照定义,它涉及未来的可能性,因此包含对危险的鉴定或评估因素。如果在进行活动的时候,没有任何以适当方式得到情报的观察员注意到或已经注意到该活动所涉及的危险,光凭损害毕竟是由某一活动造成的事实并不能说该活动有危险。反之,某一活动可能有造成重大损害的危险,即便那些负责进行活动的人低估了或甚至没有觉察到危险。因此,必须客观对待危险概念,象适当得到情报的观察员已经或应该做到的那样,指出对某一活动造成的可能损害的评估情况。

(14) 在这一点上,应该着重指出,这些条款作为一个整体,具有持续的运作和效力,即:除非另外说明,它们适用于不时进行的活动。因此有可能发生这样的情况:某一活动刚刚开展的时候并不涉及危险(就第(13)段中所解释的情况来说)可能由于某些事

¹⁵ 《国际法院判例汇编(1971年)》,第16页。

¹⁶ 同上,第118段。

件或事态发展而有危险。例如,本来绝对安全的蓄水库却由于地震而变成危险,继续使用该水库就成了有危险的活动了。或者,科学知识的发展可能揭示某种结构或材料的内在弱点,可能因此而断裂或倒塌,在这种情况下,本条款草案可能根据其用语适用于有关的活动。

(15) 第四项准则是,严重越境损害必须是这些活动的“实际后果”造成的。委员会同意,为了把这一专题限制在一个可以处理的范围内,应该排除金融、社会经济或类似领域的国家政策可能造成的越境损害。委员会认为,限制这些条款之范围的最有效的方法是规定这些活动须产生越境实际后果,并产生了严重损害。

(16) 实际联系必须把这种活动同其越境影响联系起来。这意味着涉及到一种非常特定的影响—这种活动或有关情况对一种自然法产生或可能产生的一种后果。这意味着,这些条款所列活动其本身必须具有一种实际性质,而且后果必须产生于这种性质,而不是产生于某一项干预政策决定。因此武器的储存并不产生储存的武器会被交战方使用的后果。但这种储存可定性为由于储存物质的爆炸或燃烧性质可能会带来灾难性事故的潜在危险的一种活动。

第 2 条

用 语

为本条款的目的:

(a) “造成重大越境损害之危险”指造成灾难性损害的可能性较小而造成其他重大损害的可能性较大的危险;

(b) “损害”包括对人、财产或环境造成的损害;

(c) “越境损害”指在起源国以外的一国领土内或其管辖或控制下的其他地方造成的损害—不论有关各国是否有共同边界;

(d) “起源国”指在其领土内或在其管辖或控制下进行第 1 条草案所指活动的国家;

(e) “可能受影响国”指在其领土内、或在其管辖或控制下的任何其他地方有可能发生重大损害的国家。

评 注

(1) (a)项把“造成重大越境损害之危险”的概念定义为包括造成灾难性损害

的较小可能性和造成其他重大损害的较大可能性。委员会觉得,与其分别给“危险”和“损害”的概念下定义,不如将“造成重大越境损害之危险”作为一个概念给予定义,这是因为考虑到“危险”和“损害”之间的相互关系以及二者和形容词“重大”之间的关系。

(2) 为本条款之目的,“造成重大越境损害之危险”是指发生事故的可能性及其损害性影响之程度的综合效应。因此,决定限度的是“危险”和“损害”的综合效应。委员会从欧洲经济委员会 1990 年通过的《关于越境内水意外污染的行为守则》¹⁷ 中得到启示。根据《行为守则》第 1 条(f)款,“‘危险’系指发生不良事件的可能性及其程度的综合效应”。委员会认为,根据“危险”和“损害”的综合效应所下的定义对本条款更为合适,综合效应应达到可被认为重大的程度。委员会中的普遍意见是,给缔约国规定的预防义务不仅应当合理,而且应当足够有限以避免在实际上任何活动方面都规定这种义务,因为所讨论的活动是国际法所不禁止的活动。这样做的目的是要均衡有关各缔约国的利益。

(3) 前一段中的定义使“危险”和“损害”之间的关系有一个范围,二者均要达到“重大”程度。这个定义确定了两个极限,本条款所指活动都将在两个极限之内。一个极限是造成灾难性损害的较小可能性。这通常是极危险活动的特点。另一个极限是造成其他重大损害的较大可能性。这包括那些有造成损害的较大可能性的活动,这种损害虽然不是灾难性的,但仍然是重大的。但这不包括造成越境重大损害的可能性非常小的活动。第一行中“包括”一词意在突出表示,定义是要为这些条款所指活动标明其所属范围。

(4) 关于“重大”一词的含义,委员会知道,它并非没有含糊性,在每一具体情况下都要进行确定。它要求较多的是对事实的考虑,而不是法律上的确定。一般理解到,“重大”的程度超过“察觉”,但不必达到“严重”或“显著”的程度。损害必须对一些方面有实际破坏作用,如其他国家中人的健康、工业、财产、环境或农业。这些破坏作用必须能以实际和客观的标准衡量。

(5) 本星球的生态整体并不和政治边界相联系。各国在本国境内进行的各种合

¹⁷ E/ECE/1225-ECE/ENVWA/16。

法活动时相互影响。这种相互的影响,只要没有达到“重大”程度,就被认为是可以容忍的。考虑到本条款给缔约国规定的义务涉及国际法不加以禁止的活动,损害不能被容忍的阈限不能低于“重大”的水平

(6) 阈限的概念在特雷尔冶炼厂仲裁案和拉诺湖法庭裁决案中得到反映,前者使用了“严重后果”的措辞,¹⁸ 后者则依靠“严重地”这一概念。¹⁹ 一些公约也以“重大”、“严重”或“显著”为阈限。²⁰ 其他法律文书和国内法中也使用了“重大”一词。²¹

(7) 委员会还认为,根据实际和客观标准确定的“重大”一词也涉及价值的确

¹⁸ 特雷尔冶炼厂案:联合国,《国际仲裁裁决汇编》,第3卷,第1965页。

¹⁹ 拉诺湖仲裁案(法国-西班牙),同上,第12卷,第281页。

²⁰ 例如参看1988年6月2日《管制南极矿物资源活动公约》(《国际法材料》,第27卷(1988),第868页)第4条第2款;1991年2月25日《越境环境影响评估公约》(E/ECE/1250,转载于《国际法材料》,第30卷(1991),第800页)第2条第1款和第2款;《关于越境内水意外污染的行为守则》第一条(b)项,(见上面注17)。

²¹ 例如参看关于环境领域的国家间合作的大会1972年12月15日第2995(XXVII)号决议第1和第2段;经济合作与发展组织(经合组织)理事会1974年就《关于越界污染问题的原则》提出的建议,第6段经合组织,《关于越界污染的不歧视问题:经合组织主要文件》第35页,也转载于《国际法材料》,第14卷,第246页;《关于使用国际河川水道的赫尔辛基规则》,第10条,国际法律协会,《第五十二届会议报告,1966年,赫尔辛基》,第496页;美洲司法委员会1965年拟订的关于工业和农业利用国际河流与湖泊的公约草案,美洲国家组织,《国际河流与湖泊》,第132页(第4版,1971年)。

另见1980年《美国和加拿大关于越境空气污染的意向备忘录》,《美国条约》第32卷,第2541页,《条约及其他国际文件汇编》第9856号;1983年《美国和墨西哥关于合作解决边境地区环境问题的协定》,第7条,《国际法材料》,第22卷,第1025页(1983年)。

美国在其处理环境问题的国内法中也使用了“重大”一词。参看美国法律研究所,《重申法律》,第601节,报告员说明3,第111至112页。

定,这将取决于具体案件的情况以及进行确定的时期。例如,某一具体损失在某一特定时期可能不被认为是“重大”,因为在那一时期,科学知识或人对某一具体资源的认识还没有达到能赋予该资源很大价值的程度。但一段时间以后,这种观点可能会改变,同样的损害可能被认为是“重大”的。

(8) (b)项是不言而喻的,即为了本条款草案的目的,“损害”包括对人、财产或环境造成的损害。

(9) (c)项给“越境损害”下的定义为:在起源国之外的一国领土内或其管辖或控制下的地方造成的损害,不论有关各国是否有共同边界。这一定义,除所设想的在一国境内进行的对另一国产生有害影响的典型活动以外,还包括在一国管辖或控制下进行的各种活动,如在公海上进行的对另一国领土有影响的的活动,或在其管辖或控制下的地方进行的的活动。例如,这种影响包括对其他国家在公海的船舶或钻井平台的有害影响。这也包括在一国领土上进行的,例如,对公海上的其他国家船舶或钻井平台有有害影响的的活动。委员会不能预测所有可能的未来“越境损害”。但是,它想明确的一点是:其意图是划出一条界线以明确区分进行本条款所包括活动的国家和受到有害影响的国家。分界线就是领土界线、管辖界线和控制界线。因此,“越境损害”一语中的“越境”一词应结合第1条中所用“在其领土内或在其管辖或控制下的领土内”一语来理解。

(10) 在(d)项中,“起源国”一语指:在其领土内或在其管辖或控制下进行第1条所指活动的国家。(见第1条评注第(4)至(11)段)。

(11) 在(e)项中,“可能受影响国”一语指:可能在其领土内或在其管辖或控制的其它地方发生重大越境损害的国家。任何既定活动的可能受影响国家也许不只一个。

第3条

预 防

各国应采取一切适当的措施,以预防重大的越境损害或尽量减少这种危险。

评 注

(1) 第3条以“使用自己财产时,不得损害别人财产”的基本原则为根据,这项

原则反映在《斯德哥尔摩宣言》²²原则 21,内容如下:

“依照《联合国宪章》和国际法原则,各国具有按照其环境政策开发其资源的主权权利,同时亦负有责任,确保在它管辖或控制范围内的活动,不致对其他国家的环境或其本国管辖范围以外地区的环境引起损害。”

(2) 但是,第 3 条和以后各条却更具体地阐明原则 21 对国家自由所施加的限制。

(3) 本条连同第 4 条为委员会去年通过的有关预防的条文规定了理论基础。这些条文规定了各国应预防重大越境损害或尽量减少的这种危险具体与详尽义务。这个条文简短而精要。它规定各国应采取一切适当措施以预防或尽量减少造成重大越境损害之危险。“措施”一词指已经通过的关于预防和尽量减少越境损害的各条文中所规定的一切具体行动和步骤。

(4) 作为一般原则,按照第 2 条对这些用语所下的定义,第 3 条中的预防或尽量减少危险的义务只适用于有造成重大越境损害危险的活动。大体上,在预防方面,一国不产生在其领土或在其管辖或控制下进行的、国际法不加禁止的活动对其它国家的不可预见的后果的危险。另一方面,“采取适当措施以预防或尽量减少损害的危险的义务”不能够只限于已经适当地被评鉴为有这种危险的活动。这项义务扩及于采取适当措施以查明有这种危险的活动,而且这项义务具有持续的性质。

(5) 本条接着规定了涉及每一国家有关第 1 条之活动的预防原则。起源国履行其依本原则规定之预防义务的方式包括为执行该国已经通过的法律、行政决定与政策采取立法、行政或其他行动。(见第 5 条及其评注)。

(6) 各国采取预防措施或尽量减少损害措施是适当措施之一,需要由各国采取若干单方面的措施以预防或尽量减少重大越境损害之危险。本条所规定的义务并不是一项结果的义务。据以确定一国是否遵守本条款下之义务的是一国的行为。

(7) 给予适当注意的义务作为保护环境使其不受损害的标准基础可以追溯到一些国际公约²³以及一些国际会议与国际组织的决议与报告。²⁴给予应有注意的义务

²² 见上面注 14。

²³ 参看《联合国海洋法公约》第 194 条第 1 款(见上面注 14);《防止倾倒废物及其他物质污染海洋公约》第一、第二和第七(2)条,《国际法材料》,第 11 卷,第 1294

最近在德国与瑞士之间有关桑多斯制药公司污染莱茵河的纠纷得到讨论;瑞士政府承认应为此事负责,因为它没有履行适当责任为预防事故对制药业进行适当的管理。²⁵

(8) 在(美利坚合众国诉大不列颠及北爱尔兰联合王国)阿拉巴马案中,法庭核阅了当事国对给予适当注意所下的不同定义。美国对给予适当注意所下的定义是:

“[某种]与案情的重要性相称、并且同给予注意之国家的尊严与力量相称之应有的注意;将在和解的一切阶段使用积极警惕和在中立国的一切其他手段防止其土地遭受侵犯之应有的注意;以同样方式阻止在违反中立国意志之情形下在其土地上实行战争行动之图谋”。²⁶

(9) 英国对“应有的注意”所下的定义是“政府通常对国内事项所给予的注意”。²⁷ 法庭似乎采纳美国提出的含义较广的对于“应有的注意”的标准,并且对英国提出的对于“应有的注意”的“国家标准”表示关切。法庭指出“英国的事例似乎也窄化了一国政府应行使国内法所赋约束力量之国际责任的范围,并且忽视了中

²³ (续)

页;《保护臭氧层维也纳公约》第2条;同上,第26卷,第1529页;《管制南极矿物资源活动公约》第7条第5款(见上面注20);《越境环境影响评估公约》第2条第1款,同上;《保护与使用越境水道和国际湖泊公约》第2条第1款,《国际法材料》,第31卷(1992),第1312页。

²⁴ 参看《世界自然宪章》原则21,大会1982年10月28日第37/7号决议;世界卫生组织(卫生组织)和联合国环境规划署(环境规划署)编写的关于人工影响天气的原则草案原则六,载于《美国国际法实践文摘》,1978年,第1205页。

²⁵ 参看《纽约时报》,1986年11月11日,第A1页;1986年11月12日,第A8页;1986年11月13日,第A3页。另参看亚历山大·基斯,《“切诺比”或化学品对莱茵河的污染事故》,载于《法国国际法年鉴》,第33卷,1987年第719至727页。

²⁶ 《日内瓦仲裁(阿拉巴马案)》,载于J. B. Moore,《以美国为当事国的国际仲裁的历史与摘要》,第一卷,1898年,第572至573页。

²⁷ 同上,第613页。

立国在法律不够完备的情况下应予修订的义务”。²⁸

(10) 阿特金爵士在多诺霍诉斯蒂芬森案中对给予应有的注意的义务的范围与标准阐述如下:

“要爱邻人的规则在法律上成为了你不能伤害邻人,而法律提出的问题:‘谁是邻人’得到了有限度的回答。你必须合理地小心避免你可以合理地预见有可能伤害邻人的作为或不作为。那么,在法律上,谁是你的邻人呢?对这个问题的回答似乎是一邻人是会由于我的行为或不行为而受到密切和直接的影响的人,因此当我采取了变为有实际重要性的行为或不行为时,应该合理地考虑到他们。”²⁹

(11) 在本条款的情形下,应有的注意表现为一国作了合理的努力,认识到预期会涉及所拟订之程序的事实和法律组成部分,并且及时采取适当措施来面对它们。因此,国家有义务采取单方面的措施来预防第 1 条范围内的活动造成重大越境损害或尽量减少这种危险。这些措施包括:一、旨在预防或尽量减少重大越境损害的政策;二、执行这些政策。这些表现为立法与行政规章并且通过各种执行办法予以落实。

(12) 委员会认为,应该研讨的将据以判断一国行为的应有的注意的标准通常被认为是与在特定情况下发生越境损害之危险程度相称的适当的标准。例如,可能被认为是与在特定情况下发生越境损害之危险程度相称的适当的标准。例如,可能被认为是有害的活动需要在拟订政策时采取高得多的注意标准,国家执行这些政策的努力程度也高得多。经营规模、区位、特别气候条件、活动中所使用的材料以及在特定情况下适用上述因素所得出的结论是否合理等问题都是在每种情况下确定应有注意要件时所应该考虑到的因素。委员会也认为,被认为合理的、关于小心或应有的注意的标准是会随着时间而改变的;在一时一地被认为适当而合理的程序、标准或规则,在将来的某些时候可能不再是那么一回事了。因此,应有的注意要求一国赶上技术变革以及科学发展,所要确定的不仅是用于某一特定活动的设备是否能够正常操作,还要看它是否符合目前的规格与标准。

(13) 委员会注意到《关于环境与发展的里约宣言》原则 11:

“各国应制定有效的环境立法。环境标准、管理目标和优先次序应反应它

²⁸ 同上。

²⁹ [1932]A.C.,第 580 页(H.L.(Sc))。

们所适用的环境与发展情况。一些国家所实施的标准对别的国家特别是发展中国家来说可能是不适当的,也许会使它们承担不必要的经济和社会代价。”³⁰

(14) 《斯德哥尔摩宣言》原则 23 也是这样说。但是,这项原则指明这种国内的标准“不得妨害国际社会可能同意的一般准则”。³¹委员会认为,各国的经济水平是在确定一国是否给予应有之注意有适当标准时应该考虑到的因素之一。但是,不能以一国的经济水平作为不履行这些条款所规定之义务的借口。

(15) 国家的义务首先是设法拟订政策并且予以实施以预防重大越境损害。如果办不到这一点,那么,这项义务就是设法减少发生这种损害的危险。委员会认为,“尽量减少”一词的含义在这个情形下应该被理解为使可能发生的损害减少到最低点。

(16) 第 3 条对国家施加一项义务,规定它采取一切必要措施,以预防造成重大的越境损害或尽量减少这种危险。这项义务可包括采取适当的措施,以十分审慎的方式行事,即使在科学上仍无法充分确定,但却应避免或预防严重或不可逆转的损害。这在《里约宣言》原则 15 中已清楚阐明,但受有关国家的能力制约,人们认识到,如要更适度和更有效率地履行预防义务,则必须在活动中增加技术的投入,划拨适当的财政资源和受过必要培训的人力资源,以管理和监督这项活动。

(17) 预期活动的营运者将承担预防费用,对活动的营运负责。也预期起源国将承付必要的支出,使第 5 条所指的各种行政、财政和监督机制到位。

(18) 委员会指出,各国都在能力建设、技术转让和财政资源等领域从事各种不断演变的互利计划。委员会确认,这些制订管制和履行预防义务的统一国际标准的努力,都是为了促进全体国家的共同利益。

第 4 条

合 作

当事国应真诚合作,并于必要时要求一个或多个国际组织提供协助,以预防重大越境损害或尽量减少这种危险。

³⁰ 见上面注 10。

³¹ 见上面注 14。

(1) 各国必须遵守合作原则,拟订并执行有效政策,以预防或尽量减少重大越境损害危险。在规划与执行的所有阶段,各国都需要进行合作。《斯德哥尔摩宣言》原则 24 和《里约宣言》原则 7 都确认合作是任何有效环境保护规划的必要组成部分。以下各条规定了更加具体的合作方式。这些条文规定,为了提高预防行动的效能,必须有可能受影响国家参与。这些国家比谁都清楚有关活动的哪些特征对它最为有害,或其领土中靠近边界的哪些区——例如特别容易受到损害的生态系统——可能由于该活动受到较大的越境影响。

(2) 本条规定当事国应真诚合作。联合国宪章第 2 条第 2 项规定各“会员国应一秉善意,履行其依宪章所担负之义务。”《维也纳条约法公约》和《关于国家在条约方面的继承公约》都在序言部分声明真诚原则受到普遍确认。此外,《维也纳条约法公约》第 26 条和第 31 条第 1 款都确认这一原则在条约结构中的重要地位。国际法院在核试验案中的裁决触及真诚的适用范围。在该案中,法院宣告“无论其渊源为何,制约法律义务之产生与执行的一项基本原则是真诚原则。”³²法院对此案的意见意味着真诚也适用于单方面行为。³³事实上,真诚原则包含了“国际关系的整个结构”。³⁴

(3) 英国与法国就圣劳伦斯布列塔尼海湾过滤争端组成的仲裁法庭认为,真诚原则是对预防一当事方滥用其权利的任何危险提供充分保证的因素之一。³⁵

(4) 本条中“当事国”一词指起源国与一个或数个可能受影响国家。虽然鼓励能够为条文目标作出贡献的其他国家进行合作,但这些国家并没有义务这么做。

³² 核试验案(澳大利亚诉法国),1974 年 12 月 20 日的判决,《国际法院判例汇编(1974 年)》,第 268 页。

³³ 参看 M.Virally,E.Zoller 的论文评述,《国际法中的真诚》,1977 年,载于《美国国际法学报》,第 77 卷,第 130 页。

³⁴ 参看 R.Rosenstock,“关于友好关系的国际法原则宣言:概况”,《美国国际法学报》,第 65 卷,第 734 页。

³⁵ 《国际法案件汇编》,第 82 卷,第 614 页。

(5) 本条规定各国应于必要时寻求一个或多个国际组织的协助,以执行他们依这些条文应有的预防义务。各国应只在它认为有必要时才这么做。于必要时一语是为了考虑到一些可能的情况,包括在下面第(6)至(9)段所述的情况:

(6) 第一,寻求国际组织的协助可能不是在预防越境损害或尽量减少这种危险的每一情况下都适当或有必要。例如,起源国或可能受影响国家自己可能具有先进技术,并且可能具有与国际组织一样、甚至更好的技术能力,一来预防重大越境损害或尽量减少这种危险。显然,在这种情况下,并没有寻求国际组织协助的任何义务。

(7) 第二,“国际组织”一词指与这种事项有关、并且有能力协助的组织。尽管国际组织日益增加,却不能假定,一定会有某一个国际组织具有某一特定情况下所需要的协助能力。

(8) 第三、尽管有有关的国际组织,它们的组织法却可能不许它们响应各国的请求。例如,某些组织可能只要求(或容许)响应其成员国的协助请求,它们也可能为了章程上的另一些障碍而苦恼。显然,本条的拟订不是为了规定:各国际组织有响应依本条提出之协助请求的义务。

(9) 第四、要求国际组织协助可以由一个或多个当事国提出。合作原则的含义是:最好这种要求由所有当事国提出。但是,所有当事国不寻求必要协助的事实并不解除个别国家寻求协助的义务。当然,在只有一个国家提出请求的情况下,国际组织的反应与参与方式将取决于请求的性质、所需协助的类型、国际组织必须实行这种援助的地点等等。

第 5 条

履 行

各国应采取必要的立法、行政或其他行动,包括建立适当的监督机制,以履行本条款草案的规定。

评 注

(1) 本条载述了可能被认为显然的事实,即成为本条款的缔约国以后,各国必须采取必要的履行措施,无论是立法、行政或其它性质的措施。第 5 条载列在这里,一则为了强调本条款的持续性质,需要时时采取行动以预防本条款所适用的活动引起

的越境损害或尽量减少这种危险,再则规定发生重大越境损害的若干情况下的责任。³⁶

(2) 本条所指的措施包括诸如允许有关人士陈述证言和制订准司法程序等。使用“其他行动”一词旨在涵盖各国可用来执行本条款草案的各种方法和途径。第 5 条明白提及某些措施只是为了对国家提供指导;采取什么措施全凭它们自己决定。提及“适当的监督机制”是为了强调国家一般就危险活动而采取的检查措施。

(3) 说各国必须采取必要措施的含义并不是它们必须自己参与第 1 条所适用的有关活动的执行问题。在这些活动是由私人或企业经营的情形下,国家的义务仅限于建立适当的管理准则,按照本条款加以实施。在既定情况下,管理准则的适用将随而成为普通行政事项,在发生争议的情况下,则由有关法院或法庭借助第 16 条中载述的不歧视原则办理。

第 6 条

同其他国际法规则的关系

本条款草案所产生的义务不影响各国根据有关条约或习惯国际法规则所承担的任何其他义务。

评注

(1) 已经着重指出:本条款草案仅适用于国际法不加禁止的活动,无论这种禁止是针对活动的进行或活动的后果。本条款草案在执行上具有填补空白的性质。它们仅适用于没有更具体的起指导作用的国际规则或制度的情况。

(2) 因此,第 6 条是为了尽量澄清本条款草案不妨碍任何其它国际法国家义务的存在、执行或作用,只有在人们认为适用本条款草案的涉及作为或不作为这种义

³⁶ 本条类似于《越境环境影响评估公约》第 2 条第 2 款,其案文为:

“每一当事国应采取一切必要的法律、行政或其它措施以履行本公约的规定,包括在附录一所列可能造成相当不利越境影响的拟议的活动方面规定一套环境影响评估程序,允许公众参与并编制附录二中所述环境影响评估文件”(见上面脚注 20)。

务欠缺的情况下才适用本条款。因此,不能从某一活动明显属于本条款草案的范围的事实推论任何其它国际法规则——包括任何其它初级规则的存在或不存在,或推论有关活动或其实际或潜在的越境影响。在第6条中提到任何其它国家义务同时包括条约义务和习惯国际法义务。同样,也有意把两者扩及于具有特定适用——无论是对某一区域或指明的活动——的规则和在范围上具有普遍性和一般性的规则。本条款草案的背景性质由此得到进一步强调。

第7条

核准

1. 在一国境内或在其管辖或控制下的其他地方进行的属本条款草案范围的活动以及已获核准但拟作重大改变的活动须由该国事前核准。如计划作出可能使某项活动转变为属本条款草案范围之活动的改变,亦须经事前核准。

2. 一国的核准要求亦应适用于属本条款草案范围的所有在核准前已进行的活动。

3. 在核准的必要条件没有获得遵守的情况下,核准国应采取适当行动,包括于必要时撤销核准。

评注

(1) 本条规定了一项基本原则,即须经一国事前核准,方可在该国领土上或在其管辖或控制下的其他地方进行有造成重大越境损害危险的活动。“核准”一词指政府当局准许进行这些条款所涉及的一项活动。各国可随意选择核准的形式。

(2) 委员会认为,核准的要求责成一国查明是否有会造成重大越境损害之危险的活动正在其领土上或在其管辖或控制下的其他地方进行,该国应该采取这些条款规定的措施。这条要求该国起到一种比较负责和积极的作用,对在其领土或其管辖和控制下的其他地方进行的可能造成重大越境损害的活动进行管理。委员会在这方面注意到,特雷尔冶炼厂仲裁法庭认为,加拿大政府“有责任...保证这项活动符合该自治领根据这里确定的国际法所负有的义务。”³⁷ 法庭认为特别“应该要求特雷尔

³⁷ 同前(见上面注18),第1965至1966页。

冶炼厂避免放出烟尘而给华盛顿州造成损害”。³⁸委员会认为,第 7 条符合这项要求。

(3) 国际法院在对科孚海峡案的裁决中认为,一国有义务“不故意允许使用其领土进行有违其他国家权利的行为。”³⁹

(4) “在其领土上或在其管辖或控制下的其他地方”字样引自第 2 条。“本条款范围内的活动”的措辞方式提出了第 1 条对于某一活动属于这些条文范围以内的所有要求。

(5) 如第 7 条第 1 款第一句末尾所反映那样,如果一项活动本已在第 1 条的范围内,如计划作出改变,而且这种改变可能会增加危险或改变其危险的性质或危险的影响范围时,则这种改变也需要事先核准。第 1 款第二句考虑到这样一种情况,即建议对一项本来无害的活动的进行方式作出改变,而这种改变会将这项活动变成有造成重大越境损害之危险的活动。实行这种改变也需要国家的核准。

(6) 第 7 条第 2 款强调,一个国家一旦采纳了这些条款所包含的制度,核准要求就应适用于属本条款范围的所有本来已在进行的活动。委员会意识到,规定各国一承担本条款下的义务,便立即将其适用于本来已在进行的活动,也许是不合理的。在这种情况下,可能需让该项活动的经营者有多一些时间来符合核准要求。委员会认为,应该由起源国来决定,该项活动在等待核准期间是否应该停止进行,还是可以进行,以待经营者办理核准手续。假如起源国拒绝核准,则假定起源国将会制止该项活动。

(7) 第 2 款设想的调整一般在下列情况发生:由于安全标准或国家必须强制遵循的新的国际标准或义务而要实行的新立法和行政规定时。但是,一些成员认为这个问题应在题为“持续预防”的新的一条下处理。一种看法是,就国际法不加禁止的活动来说,追溯核准对营运者施加过渡的负担。

(8) 第 7 条第 3 款指出了经营者不符合核准要求的后果。它给予对监测这些活动负有主要责任的起源国必要的灵活性,以确保经营者符合有关的要求。在适当情

³⁸ 同上,第 1966 页。

³⁹ 科孚海峡案,1949 年 4 月 9 日的判决,《国际法院判例汇编,(1949 年)》,第 22 页。

况下,起源国可以撤销核准,从而完全禁止该项活动的进行。

第 8 条

影响的评估

是否核准属本条款草案范围的某项活动应根据该项活动可能造成的越境损害的评估作出决定。

评注

(1) 根据第 8 条规定,一国在准许经营厂商开展第 1 条所提及的活动之前,应确保对有可能造成重大越境损害的活动进行评估。通过这项评估可以使该国能够确定活动所涉危险的程度和性质,从而确定其应该采取的预防措施。委员会认为,由于这些条款全球适用,因而不能过份详细,而只应以规定清楚为限。

(2) 虽然在特雷尔冶炼厂案中所做的影响评估可能不直接涉及对危险的责任,但是,它强调了对造成重大危险的活动的后果加以评估的重要性。该案的仲裁法庭指出,由老牌的知名科学家进行的这项调查研究“可能是在受到由工业烟尘引起的大气污染的任何地区所做过的、历来最为彻底的[一次]调查研究。”⁴⁰

(3) 第 8 条的要求完全符合《关于环境和发展的里约宣言》的原则 17,原则 17 也规定就可能对环境造成重大不良影响的活动,进行影响评估:

“环境影响评估,作为一种国家手段,应针对拟议开展的、可能对环境有重大不良影响的活动进行,并须由主管国家当局作出决定。”⁴¹

许多国际协定以各种形式收入了对活动的不良影响进行评估的规定。⁴²其中最突

⁴⁰ 同前(见上面注 180,第 1973 至 1974 页。

⁴¹ 见上面注 10。

⁴² 例如参看《联合国海洋法公约》第 205 和 205 条(见上面注 14);1988 年 6 月 2 日《管制南极矿物资源活动公约》第 4 条(见上面注 20);1991 年 10 月 4 日《南极条约关于环境保护的议定书》第 8 条,《国际法材料》,第 30 卷,第 1461 页;1992 年 6 月 5 日《联合国生物多样性公约》第 14 (1)(a)和(b)条(见上面注 14);1985 年 7 月 9 日

出的是 1991 年 2 月 25 日的《越境环境影响评估公约》,该公约专门载述影响评估的进行程序和内容。⁴³

(4) 应该由谁进行评估的问题由各国自己决定。这种评估一般由经营厂商根据国家制定的某些指导原则进行。这些事项必须由各国自己通过其国内法或可适用的国际文书加以解决。但是一般认为应由国家指定一个政府的或非政府的机构代表政府对评估工作进行评价,并对该机构得出的结论承担责任。

(5) 本条没有具体说明危险评估的内容是什么。显然活动危险评估工作只有将危险与可能造成的损害联系起来才能有的放矢地进行准备。现有的国际公约和法律文书多数都没有说明评估的内容。但也有例外,例如《越境环境影响评估公约》就详细规定了这种评估的内容。⁴⁴ 环境规划署环境法专家工作组 1981 年编写的关于

⁴² (续)

《关于保护自然和自然资源的东盟协定》第 14 条,环境规划署,《环境方面多边条约选集》第二卷,第 343 页;1986 年 11 月 25 日《关于保护南太平洋区域自然资源 and 环境的努美阿公约》,《国际法材料》,第 26 卷(1986),第 38 页;1978 年 4 月 24 日《关于合作防止海洋环境污染的科威特区域公约》第十一条,联合国《条约汇编》,第 1140 卷,第 133 页;以及 1982 年 2 月 14 日《关于保护红海和亚丁湾区域环境的吉达区域公约》,环境规划署同前,第 144 页。有些条约储蓄规定了影响评估的要求。例如,两项关于通讯系统的多边条约要求签约国使用其通讯设施时不对其他缔约国的设施产生干扰。1927 年《国际无线电报公约》第 10 条第 2 款要求公约缔约国的无线电台的操作方式不至于影响到其他缔约国或受这些国家政府核准的个人的无线电通讯。国际联盟,《条约汇编》,第 84 卷,第 97 页。1936 年《广播用于和平事业国际公约》禁止向另一国广播旨在挑动民众以不符合该国国内治安秩序的方式行事材料。同上,第 186 卷,第 301 页。

⁴³ 见上面注 20。

⁴⁴ 该公约第 4 条规定,缔约国对环境影响的评估最低限度应该载有公约附件二所述的资料。附件二开列有如下几项资料:

“环境影响评估文献的内容

“根据第 4 条的规定,须收入环境影响评估文献的资料最低限度应该有:

与在国家管辖范围内进行海上采矿和钻探有关的环境的法律问题的研究报告⁴⁵ 在第 8 号结论中也详细规定了对沿海采矿和钻探活动的评估内容。

(6) 委员会内的普遍看法是将评估的具体内容留给进行这种评估的国家的国内法规定。但一些成员则认为,可取而且必要的做法是,第 8 条草案应详细阐明环境影响评估后应包括的内容,作为对各国的指导。不过,为了第 8 条的目的,这种评估应该含有对有关的活动可能造成的越境有害影响的估价。根据第 10 条的规定,起源国必须将危险评估报告转交给可能受该项活动损害的国家。为便于这些国家评估可能遇到的危险,它们需要知道该项活动可能对它们造成有害影响以及产生这种损害的可能性大小。

(7) 评估不仅应该包括对人身和财产而且也应包括对其他国家环境的影响。委员会深信有这种必要性,深信保护环境的重要性不以是否对个人或财产造成任何损害为转移。

(8) 本条并不规定各国必须对任何在其领土或在其管辖或控制下的其他地方进行的活动作危险评估。可能造成重大越境损害的活动有一些可识别的一般特征,可以在某种程度上向各国指明哪些活动可能属于这些条款的规定的范围之内。例如,制造过程中的使用的能源类型、活动的地点以及活动靠近边界地区等等都能够表明

⁴⁴ (续)

- (a) 说明拟议的活动及其目的;
- (b) 酌情说明能够合理取代拟议活动的办法(例如,地点或技术性取代办法以及不行动取代办法;)
- (c) 说明可能受到拟议活动重大影响的环境及其替代环境;
- (d) 说明拟议活动可能产生的环境影响及其替代活动并对其意义作出估计;
- (e) 说明使不利的环境影响降至最低程度的缓解措施;
- (f) 明确说明各种预测办法和基本假设以及所使用的有关环境资料;
- (g) 查明汇编所需资料过程中遇到的知识差距;
- (h) 酌情编制监测和管理方案的纲要以及项目后分析计划;
- (i) 非技术性的简要说明,包括酌情以图象说明(地图、统计图表等)。”

⁴⁵ 参看 UNEP/GC.9/ADD.5,附件三。

这项活动是否可能属于这些条款范围内的。有一些物质在某些工业中被列为危险或有害物质,任何活动中使用这些物质本身就可能表明这些活动可能造成重大越境损害。⁴⁶ 另外还有一些公约开列了据认为是有害的活动,这可能表明那些活动可能属于这种活动范畴之内的。⁴⁷

第 9 条

向民众提供资料

各国应以适当方式向可能遭受属本条款草案范围的某项活动影响的民众提供有关该活动、所涉危险及可能造成的损害的资料,并查明其意见。

评注

(1) 第 9 条要求各国尽可能以适当方式向本国或他国可能受影响的民众提供有关的资料,说明一项须经核准方可进行的活动可能引起的危险和损害,并查明他们对

⁴⁶ 例如,1974 年《防止陆源物质污染海洋公约》第 4 条规定缔约国有义务消除或限制某些物质对环境的污染,公约附件中开列了这些物质,环境规划署,《环境方面多边公约选集》,参考丛书第三卷,1983 年,第 430 页。同样,1974 年《保护波罗的地海地区海洋环境公约》附件一中也列有各种有害物质,附件二列有各种有毒物质和材料,公约禁止或严格限制将这些物质投入海洋,[IM01]LDC.2/cIRC.303;另参看《1976 保护地中海免受污染公约的议定书》,同上;以及 1976 年《保护莱茵河免受化学污染公约》,联合国,《条约汇编》,第 1124 卷,第 375 页。

⁴⁷ 参看 1991 年《越境环境影响评估公约》附件一,其中把一些活动,例如原油冶炼厂、热电厂、核燃料提炼装置等确定为对环境可能危险需要根据公约进行环境评估(见上面注 20;1993 年《关于危害环境的活动造成损害的民事责任公约》附件二,其中将通过陆上或海上焚化办法部分或全部处理固态、液态或气态废物的装置或场地、固态、气态或液态或废物在供氧降低的情况下进行热降解的装置或场地等确定为危险活动。该公约附件一中也列有危险物质的清单,《欧洲条约汇编》,第 150 号。

这事的意见。因此,这一条要求各国:(a) 向民众提供有关这项活动及其所涉危险和损害的资料;(b) 查明民众的意见。向民众提供资料的目的显然是让人们彼此通传消息,然后查明他们的意见。没有这第二步,本条的目的就落空了。

(2) 应向民众提供的资料包括关于活动本身及其带来的危险和损害的性质和范围的资料。这种资料载于根据第 10 条提出的通知所附文件中,或载于可能受影响国家根据第 13 条提出的评估中。

(3) 这一条受到国际法、特别是环境法的新趋势的启发。这种趋势设法让那些生命、健康、财产及环境可能受到影响的个人参与决策进程,让他们有机会提出意见,并让负责最后决策者听取他们的意见。

(4) 《关于环境与发展的里约宣言》原则 10 对公众参与决策进程规定如下:

“环境问题最好是在所有关心环境的市民的参与下,在恰当的级别上加以处理。在国家一级,每一个人都应能适当取用公共当局所持有的关于环境的资料,包括关于在其社区内的危险物质和活动的资料,并应有机会参与各项决策进程。各国应通过广泛提供资料来便利及鼓励公众的认识和参与。应规定人人都能有效地使用司法和行政程序,包括补偿和补救程序。”⁴⁸

(5) 近时一些关于环境问题的其他国际法律协定也要求各国向公众提供资料,并让他们有机会参加决策进程,《越境内陆水意外污染行为守则》第五条第 1、2 两款同这方面有关:

“1. 为促进中央、地区或地方当局在关于越境内陆水意外污染事件中作出有见识的决策,各国应便利可能受到影响的公众参加听证会和初步调查并就拟作的决定提出异议,以及进行行政和司法程序。

“2. 发生事件国家应采取一切适当措施,向可能因越境内陆水意外污染遭受重大危险的自然人或法人提供充分资料,使他们能够行使国家法律按照本守则的目标所赋予他们的各项权利。”⁴⁹

以下各项公约都有向公众提供资料的规定:《保护与使用越境水道和国际湖泊公

⁴⁸ 见上面注 10。

⁴⁹ 见上面注 17。

约》⁵⁰第 16 条;《越境的环境影响评估公约》⁵¹第 3 条第 8 款;《保护波罗的海地区海洋环境公约》⁵²第 17 条;《联合国气候变化框架公约》⁵³第 6 条。

(6) 参与决策进程的方式很多。有一种参与决策的方式是:审阅作为决定基础的数据和资料,有机会通过行政法庭、法院或关心此事的公民团体来对其中的事实、分析和政策考虑等的正确性表示确认或提出质疑。委员会认为,这种公众参与形式可增进防止越境环境损害的努力。

(7) 第 9 条所载义务受到“以适当方式”一语的限制,这是为了让国家、国内法律规定和国家政策来确定提供资料的方式,例如是否应通过传播媒介、非政府组织、公共机构、地方当局等来提供这种资料。对于一国疆界以外的民众,如果直接传达信息是不可行或者不切实际的,可以酌情通过有关的国家提供资料。

(8) 还有,可能遭受影响的国家从起源国收到通知和资料后,应在对通知作出答复之前,以适当方式向可能遭受影响的那些本国民众提供资料。

第 10 条

通知和资料

1. 如果第 8 条所指的评估表明有造成重大越境损害的危险,起源国在就是否核准该项活动作出任何决定以前,应及时通知可能受影响国,并应向它们递交评估工作所依据的现有技术和其他有关资料。

2. 可能受影响国应于合理期间内提出答复。

评注

(1) 第 10 条涉及到这样一种情况:一国根据第 8 条进行的评估结果表明所计划的活动的确有造成重大的越境损害的危险。这一条和第 9、11、13、14 条构成

⁵⁰ 见上面注 23。

⁵¹ 见上面注 20。

⁵² 见上面注 46。

⁵³ 见《国际法材料》,第 31 卷(1992),第 851 页。

了平衡有关各国利益所需的必要程序,使它们有合理机会在设法开展活动的同时采取旨在预防或尽量减少越境损害的合理措施。

(2) 第 10 条要求一国通知可能受到计划中的活动所影响的其他国家。这里所指的活动包括该国本身和私人实体所计划的活动。通知要求是任何一种旨在预防越境损害或尽量减少这种危险的制度所不可或缺的一部分。

(3) 向面临重大损害的危险的其他国家发出通知的义务反映在科孚海峡案中,国际法院在该案中将警告的义务定性为出于“基本的人道考虑”。⁵⁴ 这一原则已在国际水道使用法方面得到确认,而且也载于一些国际协定、国际法院和法庭的决定、政府间组织和各种会议所通过的宣言和决议以及政府间组织和国际非政府组织的研究报告之中。⁵⁵

(4) 除了国际水道使用之外,通知原则也已在具有越境影响的其它活动中得到确认。例如《越境的环境影响评估公约》⁵⁶第 3 条和《工业事故越境影响公约》⁵⁷第 3 条和第 10 条。《关于环境与发展的里约宣言》第 19 条谈到了及时通知问题:

“各国应就可能具有重大不利的跨国界环境影响的活动向可能受影响的国家预先和及时地发出通知和提供有关资料,并应在早期阶段诚意地同这些国家进行磋商。”⁵⁸

(5) 经合发组织的一些决议也规定了通知程序。例如就某些化学品而言,经合发组织 1971 年 5 月 18 日第 C(71)73 号决议规定,成员国若要求就对人类或环境有不利影响的化学品采取措施,而这些措施可能会对其他国家的经济和贸易产生重大影

⁵⁴ 同前(见上面注 39)第 22 页。

⁵⁵ 关于水道方面涉及预先通知和交换资料的条约,参看《国际水道非航行使用法》条款草案“关于可能造成不利影响的计划的措施的通知”的第 12 条主注(第(6)段,《大会正式记录,第四十九届会议,补编第 10 号》(A/49/10)。第三章 D 节第三部分。

⁵⁶ 该公约第 3 条规定了详细的通知方法(见上面注 20)。

⁵⁷ 《国际法材料》,第 31 卷(1992)第 1333 页。

⁵⁸ 见上面注 10。

响,则必须预先通知其他成员国。⁵⁹经合发组织在关于“越境污染原则”的 1974 年 11 月 14 日第 C(74)224 号决议中的“提供资料和磋商原则”中规定,在进行一项可能会造成重大越境污染危险的活动之前应发出通知和进行磋商。⁶⁰

(6) 在环境发生紧急情况时发出通知的原则已成为一种成规。《关于环境与发展的里约宣言》⁶¹原则 18、《联合国海洋法公约》⁶²第 198 条、《及早通报核事故公约》⁶³第 2 条、《生物多样性公约》⁶⁴第 14(1)(d)和(3)条、《石油污染应急、反应和合作国际公约》⁶⁵第 5(1)(c)条都规定了通知的责任。

(7) 当评估结果表明有造成重大的越境损害的危险时,按照第 1 款,打算进行这一活动的国家有义务通知可能受影响的国家。随通知应附上评估工作依据的现有技术资料。案文中提到“现有”技术和其他有关资料是为了表明起源国的义务仅限于提供与活动有关的已有技术和其他资料。这种资料一般在按照第 8 条对活动进行评估时便已显示。第 1 款假定来自评估的技术资料不仅包括所谓的原始数据,如情况说明书、统计数字等,而且还包括起源国本身用以确定越境损害危险的资料分析。

(8) 各国可自由决定如何通知可能受影响的国家。通常是假定有关国家会通过外交渠道同其他国家直接接触。在没有外交关系的情况下,各国可通过第三国向其他国家发出通知。

(9) 第 1 款是针对下列一种情况:尽管起源国作出了种种努力,但仍无法在授权进行该项活动之前辨认所有会受影响的国家,而只是在活动进行后才认识到这一点。根据这一款,在这种情况下,起源国有义务在获得有关资料后,在合理期间内,一有机会确定某些其他国家可能会受到该项活动的影响,便即发出通知。

⁵⁹ 经合组织,《经合组织与环境》,1986 年,第 89 页,附件第 4 段。

⁶⁰ 同上,第 142 页。

⁶¹ 见上面注 10。

⁶² 见上面注 14。

⁶³ 《国际法材料》,第 25 卷(1986),第 1369 页。

⁶⁴ 见上面注 14。

⁶⁵ 《国际法材料》,第 30 卷(1990),第 735 页。

(10) 第 2 款所处理的,有关的国家要在合理期间作出答复。什么是“合理期间”,是由几个因素决定的。一般来说,这段期间应该足以让有关的国家对所涉的数据进行评估,然后得出它们自己的结论。这项要求的前提是合作与诚意。

第 11 条

关于预防措施的协商

1. 各当事国在其中任何一国提出要求时,应进行协商,以期为预防重大越境损害或尽量减少这种危险所须采取的措施达成可以接受的解决办法。
2. 各国应参照第 12 条寻求基于公平利益均衡的解决办法。
3. 如果第 1 款所指协商未能取得一致同意的解决办法,起源国如果决定核准从事该项活动,也应考虑到可能受影响国的利益,但不得妨碍任何可能受影响国的权利。

评 注

(1) 第 11 条要求各当事国,即起源国和可能受到影响的国家,进行协商,以便就预防重大越境损害或尽量减少造成这种危险的措施达成协议。协商可能在批准和开始一项活动之前,或者在进行该活动期间,这取决于何时援引第 11 条。

(2) 在本条里,委员会试图在两项同等重要的考虑之间保持平衡。首先,本条所处理的活动不是国际法所禁止的,并且通常对于起源国的经济发展而言很重要。其次,容许在不与其他国家协商和不采取适当预防性措施的情况下进行这些活动,对其他国家而言不公平。因此,本条并没有只规定一项起源国必须遵循但却无真正意图要达成一项为其他国家可以接受的解决办法的手续;它也没有为很可能受到影响的国家规定了否决权。为维持平衡,本条依靠了各当事方进行协商的方式和目的。各当事方必须怀着诚意进行协商,都必须考虑到对方的正当利益。各当事方相互征求意见,以期就为预防重大越境损害或尽量减少造成这种危险而需采取的措施找到可以接受的解决办法。

(3) 委员会认为,诚意原则是任何协商和谈判要求的组成部分。拉诺湖案的裁决承认了真正并怀着诚意进行协商和谈判的义务,仲裁庭在裁决书里说:

“两国之间的协商和谈判必须是真实的,必须符合诚意规则,不应仅仅成为手续。合理规则和诚意规则适用于与分享国际河流的使用有关的程序性权利和义务。”⁶⁶

(4) 关于诚意这一点,委员会还依靠了国际法院对捕鱼区管辖(联合王国诉冰岛)案的判决。法院在判决书里说:“[各当事方的]任务是在每一方必须怀着诚意对另一方的合法权利给予合理尊重的基础上进行谈判”。⁶⁷委员会还发现国际法院在北海大陆架(德意志联邦共和国诉丹麦、德意志联邦共和国诉荷兰)案⁶⁸中就应如何进行谈判所作的判决与本条有关。在这些案件上,法院裁定如下:

“(a) 各当事方有义务进行谈判,以期达成协议,不是单单经过一种正式的谈判程序,把此种程序作为在缺乏协议的情况下自动实施某种划界方法的某种预先条件;各当事方有义务恰当行事,使谈判具有意义。如果任何一方坚持自己的立场而不考虑对自己的立场作任何修改,提出谈判便失去了意义”。⁶⁹即使法院在这一判决里说的是“谈判”,但委员会认为,各当事方不论是进行协商还是进行谈判,诚意的要求应是相同的。

(5) 各当事方协商的目的,是就为预防重大越境损害或尽量减小造成这种危险而需采取的措施找到可以接受的解决办法。在论及采取预防措施时,使用了“可以接受的解决办法”这一短语,这指的是各当事方按照第 2 款所定的准则而接受的措施。一般而言,各当事方将通过一定形式的协议来表示对预防措施的同意。

(6) 各当事方的目标显然首先是选定那些可能避免造成重大的越境损害的措施,如果这不可能,则选定尽量减小这种损害危险的措施。根据第 4 条的规定,各当事方还必须按照第 1 款最后句子,合作执行这些措施。这一规定也是源自委员会的如下

⁶⁶ 同前(见上面注 19)。

⁶⁷ 捕鱼区管辖(联合王国诉冰岛)案,案情实质,1974 年 7 月 25 日的判决,《国际法院判例汇编(1974 年)》,第 78 段。

⁶⁸ 北海大陆架(德意志联邦共和国诉丹麦、德意志联邦共和国诉荷兰)案,1969 年 1 月 20 日的判决,《国际法院判例汇编(1969 年)》,第 3 页,特别是第 85 和 87 段。

⁶⁹ 同上,第 85 段。

看法,即应有的注意义务,作为预防重大越境损害或尽量减小这种危险的规定的核心基础,是连续性的义务,影响到进行该活动的每个阶段。

(7) 不论何时,只要对采取预防措施必要性有了疑问,便可援引第 11 条。这些疑问显然可能由第 10 条引起,因为起源国向别的国家发出了通知,说它打算进行的活动可能具有造成重大越境损害的危险;也可能在按照第 14 条交换资料的过程中或者因为关于在没有通知时采取的程序的第 13 条而产生。

(8) 第 11 条具有很广的适用范围。它适用于与预防措施有关的所有问题。例如,当当事方按照第 10 条发出通知或按照第 14 条交换资料时,并且来往文函中有含糊不清之处时,便可单单为了澄清那些模糊之处而提出进行协商的要求。

(9) 第 2 款为就预防措施而进行协商的国家提供了指导原则。各当事方应参照第 12 条寻求基于公平的利益均衡的解决办法。本条第 2 款和第 12 条都没有排除各当事方在实现公平的利益均衡时考虑到它们认为有关的其他因素。

(10) 第 3 款处理的是如下可能的情况:尽管各当事方都作出了最大努力,但它们仍然不能就可以接受的预防措施达成协议。正如上文第(3)段所说明的,本条在两项考虑之间维持平衡,其中一项考虑是不给可能受到影响的国家以否决权。在这一点上,委员会愿提及拉诺湖案的裁决,仲裁庭在裁决书里说,可能受到影响的国家有可能违反诚意原则,使真正的谈判努力瘫痪。⁷⁰考虑到这种可能,本条规定起源国可以照旧进行其活动,不这样做,等于事实上为可能受到影响的国家创造了否决权。起源国虽然可以照旧进行其活动,但仍然有义务考虑到可能受到影响的国家的利益。由于进行了协商,起源国认识到可能受影响国家所关切的问题,更有可能在进行其活动时认真考虑到它们的关切。

(11) 第 3 款最后部分还保护可能受影响国家的利益。这是意在扩大范围,把可能受到影响的国家根据任何国际法规则、一般法律原则、国内法等而具有的权利都包括在内。

(12) 委员会一名成员认为,在有关国家没有商定的解决办法的情况下,应优先考虑按照第 17 条第 2 款的规定任命一个单方面作出决定要着手进行有关活动。就一

⁷⁰ 同前(见上面注 19),第 128 页。

项处理预防重大越境损害问题的文书来说,真诚原则的确要求这样做。

第 12 条

公平利益均衡所涉及的因素

为了达到第 11 条第 2 款所提到的公平利益均衡,有关国家应考虑到所有有关因素和情况,包括:

(a) 重大越境损害的危险程度以及有办法预防这种损害的程度,或者尽量减少这种危险或补救造成的损害;

(b) 有关活动的重要性,考虑到该活动在社会、经济和技术上为起源国带来的总利益和它对可能受影响国的潜在损害;

(c) 对环境产生重大损害的危险;以及是否有办法预防这种损害,或者尽量减少这种危险或恢复环境;

(d) 起源国和酌情可能受影响国愿意承担预防费用的程度;

(e) 该活动的经济可行性,考虑到预防费用和在别处开展活动或以其他手段开展活动或以其他活动取代该项活动的可能性;

(f) 可能受影响国对同样或类似活动所适用的预防标准以及类似的区域或国际实践中所适用的标准。

评 注

(1) 本条的目的,是为进行协商以求达到公平的利益均衡的国家提供指导。在达到公平的利益均衡时,必须确定事实,权衡所有有关因素和情况。

(2) 本条的主要条款规定,为了“达到第 11 条第 2 款所提到的公平的利益均衡,有关国家应考虑到所有有关因素和情况”。该条接着述及一份并非详尽无遗的清单,列举了此种因素和情况。这些条款包括类别广泛不同的活动,这些活动又将在不同的形势和情况下开展,使人们不可能详尽地编写出与所有个案有关的各种因素的清单。有些因素在特定情形下是相关的,其他因素可能并不相关,而又有一些未载于清单的因素可能被证明是相关的。没有指明所列因素和情况的优先次序或份量,因为在某些情形下,一些因素和情况可能更加重要,而在其他情形下,其他因素和情况可能

值得给予更多份量。总之,所列因素和情况允许缔约国一特定情形可能涉及的费用和利益进行比较。

(3) (a)项款对于重大越境损害的危险程度与是否有办法预防这种损害或尽量减少此种危险及是否可能补救造成的损害,做了比较。例如,损害的危险程度可能很大,但是也可能存在一些措施,可防止损害或减少危险,或者有可能补救造成的损害。这里既是数量比较也是质量比较。

(4) (b)项对于在社会、经济和技术益处方面活动对起源国的重要性与对可能受影响国家的潜在损害,做了比较。在此方面委员会回顾到,法院在多瑙申根案的判决中指出:

“必须公平地权衡有关各国的利益。不仅必须考虑对邻国造成的绝对损害,而且必须考虑一国所获利益与对另一国所造成损害之间的关系。”⁷¹

(5) (c)项以与(a)项同样的方式,对于重大环境损害的危险与是否有办法预防这种损害或尽量减少此种危险及是否可能恢复环境,做了比较。委员会强调,保护环境的特别重要性。委员会认为《里约宣言》原则 15 与此项有关,该原则指出:“遇有严重或不可逆转损害的威胁时,不得以缺乏科学的充分可鞏性为理由,延迟采取符合成本效益的措施防止环境退化。”⁷²

(6) 委员会考虑以“保存”一词代替“恢复”的可能性,但决定保留后者。委员会的看法是,各国应考虑各种适当办法,尽可能恢复发生损害之前的状况。它认为这一点应予强调,作为有关国家要计及的一个因素。这些国家应采取可损害环境的措施。

(7) 委员会一名成员认为,(c)项应予删除,因为根据第 2(b)条的定义,(a)项的规定已处理对环境的损害。其他成员则认为(a)项与危险的程度和自由预防的程度更直接

⁷¹ Wurttemberg 和 Prussia 诉 Baden(多瑙申根案)(1927 年),载于 *Entscheidungen des Reichsgerichts Zivilsachen* (柏林,de Gouyter)第 116 卷,附录,第 18 至 45 页(1927 年),载于《国际公法案件年摘》(1927 至 1928 年)(伦敦,1931 年),第 131 页;参看 *Kansas 诉 Colorado*(1907 年)206US 100 以及 *Washington 诉 Oregon*(1936 年)297US517。

⁷² 见上面注 10。

有关,而(c)项则处理有必要确保采取对环境更关心的措施的问题。因此,应值得把后者作为一项独立规定对待。

(8) (d)项规定,决定预防措施之选择的因素之一,是起源国和可能受影响国家是否愿意承担预防费用。例如,如果可能受影响国家准备承担预防措施的支出,在考虑到其他因素的情况下,有理由期望起源国采取耗资较大但更有效的预防措施。不过,这不应妨碍起源国按照第 3 条规定采取适当措施,首先有义务采取合乎成本效益的措施。

(9) “酌情”一语显示,起源国可能受影响国在分担预防费用方面的程度不同。有关国家往往就分摊预防措施的费用问题展开谈判。这样,它们是依据第 3 条所引伸的原则行事的。根据这项原则,这些费用应由营运者或起源国承担。这些谈判大多数在下列情况下进行:未能就预防措施的规模达成协议;受影响国分担预防措施的部分费用,以确保它希望得到的保护远远超越起源国所应确保提供的保护。(d)项尤其反映出分摊费用与预防措施的规模之间的联系。

(10) (e)项述及必须加以比较和考虑的若干因素。必须将活动的经济可行性与预防费用相比。预防措施的费用不应太高,使活动在经济上不可行。还应从改变地点的可能性、或以其他手段开展活动、或以其他活动取代该项活动的角度,评估活动的经济可行性。“以其他手段开展活动”一语的目的是考虑到这样的情形:例如,在活动中使用的可能成为越境损害来源的某种化学物质可由另一种化学物质替代;或者,装置或工厂中的机械设备可由不同的设备替代。“以其他活动取代该项活动”一语的目的是考虑到这样的可能性,即另一种没有重大越境损害的危险或危险程度低得多活动可能可达到同样或类似的结果。

(11) (f)项对于起源国所要求的预防标准与在可能受影响国家适用于同样或类似活动的预防标准做了比较。根据在于,在一般情况下,可能没有理由要求起源国遵守比在可能受影响国家采用的预防标准高得多的标准。但是这一因素本身并非是绝对的。在某些情形下,可能会指望起源国适用的预防标准高于在可能受影响国家所适用的标准,即:起源国是高度发达的国家,适用的是国内既定的环境法律的规章。比起不发达的、在预防标准问题上即使可能(实际上需要)有规章、但也是很少的起源国所适用的规章,这些规章的要求要高得多。考虑到其他因素,起源国可能必须适用自

己的预防标准,而这些标准高于可能受影响国家的标准。

(12) 如果其他区域有适用于同样或类似活动的预防标准,各国还应当考虑到这些标准,或者考虑到适用于类似活动的国际预防标准(如果有这种标准的话)。例如,在有关国家没有此种活动的任何预防标准或它们愿意改善现有标准时,这一点就特别相关。

第 13 条

没有通知时的程序

1. 如果一国有合理理由相信,另一国已计划、或已在其境内或在其管辖或控制下的其他地方进行一项活动,可能有造成重大越境损害的危险,该国可以要求该另一国适用第 10 条的规定。这种请求应附有具体解释,说明理由。

2. 如果起源国认为它没有义务依照第 10 条发出通知,则应在合理期间内告知另一国,并附上具体解释,说明作出这一结论的理由。这一结论不能使该另一国满意时,经该另一国请求,两国应迅速按照第 11 条所述的方式进行协商。

3. 在协商期间,如果另一国提出请求,除非另有协议,起源国应安排采取适当可行措施以尽量减少危险,并酌情暂停有关活动六个月。

评注

(1) 第 13 条针对的情况是:一国没有收到依照第 10 条发出的关于某项活动的通知,但知悉另一国国家本身或通过私人实体正在进行某项活动,并有合理理由相信该项活动有对其造成重大损害的危险。

(2) “一国”一词并不排除可能有多于一国相信一项已计划的活动可能重大影响有关国家。“适用第 10 条的规定”不应被理解为表示打算核准或已经核准某项活动的国家必然没有遵行第 10 条规定的义务。也就是说,该国可能评估了计划的活动是否会造成重大越境损害的问题,但诚信地断定活动不会造成这种影响。第 1 款允许一国要求活动起源国“重新审议”其评估和结论,没有预断起源国最初是否有履行第 10 条的义务的问题。

(3) 可能受影响的国家必须满足两个条件才有权提出要求。第一个条件是,请求国必须有“合理理由相信”有关活动可能有造成重大越境损害的危险。第二个条

件是,请求国必须提供“具体解释,说明理由”。这些条件旨在要求请求国的忧虑不是空泛和毫无根据的。请求国的认识必须是严肃和有事实根据的,特别是因为起源国可能须根据第 13 条第 3 款暂停执行其计划。

(4) 第 2 款第一句针对的情况是,计划国在进行本评注第(2)段所述的“重新审议”后断定,该国没有义务依照第 10 条发出通知。在这种情况下,第 2 款力求合理兼顾有关国家的利益,同第 1 款对请求国规定的条件一样,起源国也必须就其决定提供同样的理由。第 2 款第二句涉及请求国对起源国的结论感到不满意的情况。草案规定,在这种情况下,起源国根据请求国的要求,应迅速与请求国进行协商。第 11 条第 1 和第 2 款规定协商的方式。也就是说,协商是为了达成“可以接受的解决办法”,采取措施,以防止或尽量减少造成重大越境损害的危险,而且寻求的解决办法应当是“基于公平兼顾各方利益的”。第 11 条的评注讨论了这两句话。

(5) 第 3 款规定,在协商期间,如果另一国提出要求,起源国应采取适当可行措施以尽量减少危险,并酌情暂停有关活动六个月。有关国家也可以另行议定其他办法。

(6) 其他法律文书载有类似规定。《国际水道非航行使用法公约》⁷³第 18 条及《越境环境影响评估公约》⁷⁴第 3 条第 7 款规定的另一程序是,可能受一项活动影响的国家可以主动要求与起源国进行协商。

(7) 一名成员认为,第 3 款规定暂停活动六个月是完武断的。而且不清楚的是,所提的这一期间是否为建议的期限,或起源国在这一情况下是否有义务暂停有关活动六个月。该名成员的看法是,“酌情”一词使人们更难解释这项规定。另一些成员则为现有的提法辩护,认为它切合实际。

第 14 条

交换资料

该项活动进行期间,有关各国应及时交换有关预防或尽量减少重大越境损

⁷³ 大会第 51/229 号决议,附件。

⁷⁴ 见上面注 20。

害的危险的所有现成资料。

评注

(1) 第 14 条涉及到一项活动开始进行后要采取的步骤。所有这些步骤的目标都与前面各条的一样,即预防或尽量减少重大越境损害的危险。

(2) 第 14 条要求起源国和可能受影响各国在活动开始进行后交换有关该项活动的资料。委员会认为,基于“适当的努力”的概念来预防和尽量减少越境损害的危险并不是一次过的努力,而是需要持续不断的努力。这意味着“适当的努力”这一责任并不因为已授权进行活动和开始进行活动而告终;相反,只要该项活动仍在继续进行,则在监督活动执行的过程中一直必须负起这种责任。

(3) 根据第 14 条需交换的资料包括一切在具体情况下对预防重大损害的危险有用的资料。一般来说,这种资料是起源国知道的资料,但当可能会受影响的国家获得任何可能会有助于预防目的的资料时,它应向起源国提供这种资料。

(4) 要求交换资料的规定在旨在预防或减少环境和越境损害的公约中非常普遍。这些公约规定有各种收集和交换资料的方法,或是在有关各方之间交换,或是通过向一个国际组织提供资料,而由该组织将资料提供其他国家。⁷⁵在这些条款中,如果有关活动很可能只涉及少数一些国家,则资料直接在有关国家之间交换。若资料涉及很多国家,有关资料可通过主管国际组织一类的其他渠道交换。

(5) 第 14 条要求这种资料应及时交换。这意味着一旦一国获得这种资料,它应

⁷⁵ 例如《关于保护海洋免受来自陆地的污染公约》第 10 条,《国际法材料》,第 13 卷(1974),第 352 页;《保护臭氧层维也纳公约》第 4 条,同上,第 26 卷,第 1529 页;以及《联合国海洋法公约》第 200 条(见上面注 14)。它们都谈到了缔约国就预防或减少污染进行的个别研究或联合研究,以及将这样得出的资料直接或通过主管国际组织发给其他缔约国。《远距离越境空气污染公约》规定就公约缔约国所进行的活动的影响进行调查并交换所得资料,《国际法材料》,第 18 卷(1979),第 1442 页。其他公约也载有这方面的例子:《关于越境内水意外污染的行为守则》第六条第(三)款(见上面注 17);《联合国生物多样性公约》第 17 条(见上面注 20);《保护与使用越境水道和国际湖泊公约》第 13 条(见上面注 23)。

及时通知其他国家,以便有关国家有足够的时间探讨适当的预防措施,或使可能会受影响的国家有足够的时间采取适当的行动。

(6) 本条没有规定交换资料的频率。只有当一国得到任何与预防或尽量减少越境损害的危险有关的资料,第 14 条的规定才予适用。

第 15 条

国家安全和工业机密

起源国可以不提供对其国家安全或保护其工业机密至为重要的数据和资料,但起源国应本着诚意同其他有关国家合作,视情况许可尽量提供资料。

评注

(1) 第 15 条旨在对国家按照第 9、第 10 和第 14 条提供资料的义务规定狭窄的例外。委员会认为国家不应有义务透露对其国家安全至为重要或认为属于工业机密的资料。这类条款在规定交换资料的条约中并非少见。《国际水道非航行使用法公约》第 31 条⁷⁶对要求透露对国防或国家安全至为重要的资料的规定,也规定类似的例外。

(2) 第 15 条除了国家安全之外,加入工业机密。在本条款草案的范围内,第 1 条范围内的若干活动极可能牵涉到使用先进技术,而这种技术又牵涉到即使国内法亦予以保护的若干类别资料。通常,国家的国内法规定什么资料是工业机密,并对这些资料加以保护。这类保障条款在处理交换有关工业活动资料的法律文书中并非少见。例如《保护与使用越境水道和国际湖泊公约》第 8 条和⁷⁷《越境环境影响评估公约》第 2 条第 8 款⁷⁸都规定对工业和商业机密加以类似的保护。

(3) 第 15 条承认必须在起源国正当利益和很可能受到影响的国家的正当利益之间取得平衡。因此,它规定根据安全和工业机密理由不提供资料的起源国应本着诚意同其他国家合作,视情况许可尽量提供资料。举例来说,“尽量提供资料”一语

⁷⁶ 见上面注 73。

⁷⁷ 见上面注 23。

⁷⁸ 见上面注 20。

包括一般地说明危险所在以及国家可能受到的损害的种类和程度。“视情况许可”一语与据以不提供资料的条件相关。第 15 条基本上鼓励和指望缔约方真诚合作。

第 16 条

不歧视

除非有关国家为保护在属本条款范围的活动造成重大越境损害时可能受害或已经受害的自然人或法人的利益另有协议,一国不应基于国籍或居所或发生伤害的地点而在允许这些人按照该国法律制度诉诸司法程序或其他程序要求保护或其他适当补偿的机会上予以歧视。

评注

(1) 本条规定一项基本原则,即起源国必须在不基于国籍或居所或发生伤害的地点而实行歧视的基础上,允许诉诸其司法程序或其他程序。

(2) 第 16 条载有两项基本要素,即不基于国籍或居所或发生伤害地点而实行歧视。这项规则使国家有义务确保因第 1 条所述活动造成重大越境损害而受害的人,不论其国籍或居所,亦不论发生伤害的地点,均能得到起源国在发生国内损害时给予其本国国民的相同待遇。这项义务不是为了影响某些国家的现行做法,即要求非住民或外国侨民缴纳备供支付法院费用或其他费用的保证金,作为利用其法院系统的条件。这种做法在本条的含义范围内并非“歧视性的”而且“按照该国法律制度”一语已考虑到这种做法。

(3) 第 16 条还规定起源国不得在发生损害地点的基础上实行歧视。换言之,如果在 B 国内进行第 1 条所述的活动,在 A 国内造成重大损害,B 国不得以损害在其管辖范围以外地点发生为理由,阻止诉讼。此项规定的目的,还在于使没有身份证或护照的人以及土著人民或亲缘集团可能受到的损害获得赔偿。

(4) 如“除非有关国家...另有协议”一语所示,这项规则是剩余性的。因此有关国家可协议最好的办法,例如通过双边协定,以对受到重大损害的人提供保护和补偿。本条款草案鼓励有关国家协议制定处理可能造成重大越境损害的活动的特别体制。在这种安排内,国家也可对重大越境损害情况的有关人员的利益,提供保护方法和途径。使用“为保护...自然人或法人的利益”一语,目的在表明本条并非旨在建

议国家可通过双边协定,在允许诉诸其司法程序或其他程序方面或允许补偿权利方面,实行歧视。国家间协定的宗旨永远应该为保护受损害者的利益。

(5) 本条所载义务的先例可以在国际协定和国际组织的建议中找到。例如,丹麦、芬兰、挪威和瑞典 1974 年 2 月 19 日缔结的《保护环境公约》第 3 条载有如下规定:

“受到或可能受到在另一缔约国进行的对环境有害的活动造成的公害影响的人,应有权将是否允许进行这种活动的问题,包括预防损害的措施问题提交该国主管法院或行政当局,并按照与活动所在国的法律实体一样的条件和规定,对法院或行政当局的裁决提出上诉。

“本条第 1 款的规定应该同样适用于对环境有害的活动所造成的损害要求补偿的诉讼情况。补偿问题不应按照对受害方而言比活动所在国的补偿规则不利的规则判决。”⁷⁹

经济合作和发展组织(经合组织)理事会通过了《关于在越境污染情况下给予同等权利和不得歧视的建议》。该建议第 4 款(a)规定如下:

“起源国应确保遭受越境污染损害或有遭受越境污染重大危险的任何人,至少应得到与起源国在国内污染情况下和可比较的情况下给予...情况或状况相同的人享有的同等的待遇。”⁸⁰

⁷⁹ 联合国,《条约汇编》,第 1092 卷,第 279 页,收录于《国际法材料》,第八卷(1974)第 591 页。类似的规定也载于欧洲经委会 1991 年 2 月 25 日《越境环境影响评估公约》第 2 条第 6 款,E/ECE/1250 号文件;关于越境水污染的责任和赔偿责任的准则,第二部分,B.8 节,欧洲经委会关于越境水污染的责任和赔偿问题工作队编写,ENVWA/R.45 号文件,1990 年 11 月 20 日;以及欧洲经委会《环境权利和义务宪章》草案,第 6 段,1991 年 2 月 25 日至 3 月 1 日举行的环境专家会议编写,ENVWA/R.38 号文件,附件一。

⁸⁰ 经合组织 C(77)28 号(最后)文件,附件,载于经合组织,《经合组织与环境》,1986 年,第 150 页。这也是在环境方面指导各国养护与和谐利用两个或多个国家共有自然资源的行为原则草案原则 14 的主旨,经联合国环境规划署(环境计划署)理事会 1978 年

第 17 条

争端的解决

1. 如果在解释或适用本条款方面发生争端,则应通过当事国按照相互协议选定和平解决争端的方式迅速予以解决,包括将争端提交调停、调解、仲裁或司法解决。

2. 如果未能在六个月内就此达成协议,当事国应按其中任何一国的请求任命一个独立和公平的事实调查委员会。该委员会的报告应该由当事国本着诚意予以审议。

评注

(1) 第 17 条提出解决本条款草案中所制定的预防制度的解释或执行方面所引起的争端的基本规则。这条规定属于剩余性质,在有关国家未曾订有关于解决此种争端的适用协议的情况下予以适用。

(2) 根据假定,只有在有关国家已经通过适当的协商和谈判用尽一切可用的劝解方法之后,才适用这一条规定。此种协商和谈判可按本条款草案规定的义务或国家间关系的正常途径上以其他方式进行。

(3) 以如果不能通过协商和谈判达成任何协议,则敦促有关国家继续通过它们可以采用的其他和平解决方法,包括调停、调解、仲裁或司法解决,努力解决其争端。这些都是《联合国宪章》第三十三条、《友好关系宣言》⁸¹有关一节第二段和《马尼拉宣言》⁸²第一节第 5 段中所规定的和平解决争端方法,可供各国根据相互协议自

⁸⁰ (续)

5 月 19 日第 6/14 号决定核准(参看《大会正式记录,第三十三届会议,补编第 25 号》(A/33/25),附件一)。关于同样机会的原则的讨论,可参看 Van Hoogstraten,《环境政策和法律》,第 2 卷(1976 年),第 77 页。

⁸¹ 《关于各国依联合国宪章建立友好关系和合作的国际法原则宣言》,大会第 2625(XXV)号决议,附件。

⁸² 《关于和平解决国际争端的马尼拉宣言》,大会第 37/10 号决议,附件。

由选定。⁸³

(4) 如果有关国家未能在六个月内就任何和平解决争端方法达成协议,按第 17 条第 2 款的规定,有关国家应按其中任何一国的请求任命一个独立和公平的事实调查委员会。这是一种法定的强制程序。委员会认为这一程序是有用和必要的,以帮助两国根据事实的客观鉴定和评价迅速解决其争端。对于事实缺乏适当的了解往往是国家间发生分歧或争端的根本原因。

(5) 向独立和公平的事实调查委员会请教或求助是许多双边或多边条约中所载的一种众所周知的方法,其中包括《联合国宪章》以及某些专门机构和联合国系统内其他国际组织的组织法。它在预防国际争端方面的可能贡献已在大会 1963 年 12 月 16 日“关于调查事实之方法问题”的第 1967(XVIII)号决议中得到确认。⁸⁴

(6) 此种委员会根据调查事实和澄清争端问题的任务规定,通常有权安排双方的听证会、讯问证人或进行现场考察。

(7) 委员会的报告通常应鉴定或澄清“事实”。凡是不需要估定或评价的事实,一般都不会继续有争执。有关国家仍然可以按自己认为适当的方式来权衡这些“事实”,以达成争端的解决。但是,第 17 条规定有关国家必须至少本着诚意审议事实调查委员会的报告。

(8) “关于诚意”的规定曾由国际法院在丹麦与德意志联邦共和国之间北海大陆架案中加以阐释。国际法院在执行这项原则时指出,争端的当事双方“有义务妥当行事,以求进行有意义的谈判,如任何一方坚持本身立场而不考虑对本身立场作任何改变,则谈判不会有何意义”。⁸⁵

(9) 第 17 条并非自我执行的。它需要以附件形式进一步制订事实调查委员会的

⁸³ 参看《和平解决国家争端手册》(联合国出版物,出售品编号:E.92.V.7)对各种和平解决争端方法的分析及所引据的有关国际文书。

⁸⁴ 同上,第 71 页。另参看《联合国在维持和平与安全方面事实调查宣言》,大会第 46/59 号决议(附件)。

⁸⁵ 《国际法院判例汇编(1969 年)》,第 3 页,在第 47 页第 85 段。另参看加尔奇科沃-大毛罗什计划案(匈牙利/斯洛伐克),《国际法院判例汇编(1997 年)》,第 141 段。

组织和动作的方式和手段。接受第 17 条的国家可依特别协议制订关于组织此种委员会的程序。将来任何订有预防制度的公约也可以规定必须制订此种程序。在这方面的一个模式载于《国际水道非航行使用公约》⁸⁶第 33 条之中。但是,有人认为在没有就条款草案的形式作出决定之前,在现阶段在现有案文内列出如此详细的程序是过早的。

⁸⁶ 见上面注 73。

第五章

外交保护

A. 导言

56. 国际法委员会 1996 年第四十八届会议确定“外交保护”专题为适于编纂和逐步发展的三个专题之一。⁸⁷ 同一年,大会 1996 年 12 月 16 日第 51/160 号决议请委员会按照第六委员会辩论期间提出的评论和意见和各国政府可能提出的任何书面评论进一步审查这一专题并表明其范围和内容。在 1997 年第四十九届会议期间,委员会按照大会决议在第 2477 次会议上设立了一个关于这一专题的工作组。⁸⁸ 工作组在同届会议上提交了一份报告,得到了委员会的核可。⁸⁹ 工作组试图:(a) 尽可能阐明这一专题的范围;(b) 确定应在这一专题范围内加以研究的问题。工作组提出了一个审议这一专题的大纲,委员会建议将这一大纲作为特别报告员提交初步报告的基础。⁹⁰ 委员会还决定,它应设法在本五年期结束之前完成这一专题的一读。

57. 在 1997 年 7 月 11 日第 2501 次会议上,委员会任命穆罕默德·本努纳先生为这一专题的特别报告员。

58. 大会第 52/156 号决议第 8 段赞同委员会关于将“外交保护”专题列入其议程的决定。

B. 本届会议审议这个专题的情况

59. 在本届会议上,委员会收到了特别报告员的初步报告(A/CN.4/484)。

60. 委员会在 1998 年 4 月 28 日至 5 月 1 日第 2520 至 2523 次会议上审议了特别报告员的初步报告。

⁸⁷ 《大会正式记录,第五十一届会议,补编第 10 号》(A/51/10),第 249 段和附件二增编 1。

⁸⁸ 同上,《第五十二届会议,补编第 10 号》(A/52/10),第八章。

⁸⁹ 同上,第 171 段。

⁹⁰ 同上,第 189 至 190 段。

1. 特别报告员介绍其初步报告

61. 特别报告员在其初步报告中提出了作为这一专题之基础的一些基本问题,征求委员会的意见。这些问题分成两大类:(a) 外交保护的法律性质;(b) 外交保护指导规则的性质。

(a) 外交保护的法律性质

(一) 外交保护的起源

62. 特别报告员在提到 1997 年工作组关于这一专题的报告时指出,外交保护主要涉及到编纂,其习惯起源是由 *Mavrommatis Palestine Concessions* 案中的法官意见形成的。⁹¹ 特别报告员在提到历史上对外交保护机制的使用情况时提到人们历来对外交保护提出的一些批评,例如:有人声称,外交保护机制是歧视性的,因为只有强国能够用它来针对弱国。根据这种批评,外交保护不是平等的,因为个人是否有可能在国际上提出诉讼,取决于其国籍所属的国家。在另一些批评中,有人断言,外交保护是干涉某些国家事务的一种借口。⁹² 特别报告员指出,卡尔沃主义的形成是为了防止滥用,使外国国民同意遵守平等原则而与东道国国民一样接受其法庭的唯一管辖。

⁹¹ 国际常设法院指出:

“一国提出该国某一国民的案件并代表该国民采取外交行动或国际司法程序,实际上是维护该国本国的权利——为其国民确保国际法规则得到尊重的权利。因此根据这一观点,当前的争端是否起因于对私人利益的损害是无关紧要的,而对私人利益的损害在许多国际争端中是事实问题。一旦一国代表其国民向国际法庭提出案件,国际法庭即认定该国是唯一的原告”。

《常设国际法院,汇编 A,第 2 号》,1924 年 8 月 30 日的判决,第 12 页。

⁹² 参看 1970 年 2 月 5 日对巴塞罗那电车、电灯和电力有限公司案(比利时诉西班牙)的判决中法官 Padilla Nervo 的个人意见,他指出:

“对待外国国民方面的国家责任历来是滥用职权、非法干涉弱国的国内管辖权、在行使保护权的幌子下提出不公正索赔、加以威胁甚至进行军事侵略以及为了逼迫一国政府按要求作出赔偿而实行制裁的历史。”,

《国际法院判例汇编(1970)》,第 246 页。

63. 特别报告员解释说,外交保护的核心在于:东道国和由于权利被剥夺而遭受伤害的外国国民之间发生争端。如果外国国民无法使争端国际化并使其摆脱当地法律的范围,其国籍国可斟酌支持这个个人的要求,使这项要求经历一次真正的“转变”,因为只有国家才能够援引另一国的责任。他认为,这种传统观点基本上是根据一种法律拟制形成的,因为需要凭借外国国民所遭受的伤害来确定东道国的责任并评估国籍国应该得到的赔偿。⁹³

64. 他进一步指出,在拟订国家责任条款草案第 22 条中关于用尽当地补救办法的原则时,⁹⁴ 委员会已考虑到所涉及的规则是“程序性规则”还是“实质性规则”的论辩。委员会认为是实质性规则,因此只有当个人用尽当地补救办法以后,才产生东道国的责任。但特别报告员认为,委员会的评注没有明确表明在进行当地程序之后,这种权利如何转变成国籍国的权利,以便回到外交保护的逻辑上来。

65. 他还提到后来的发展情况:有些国家按照协定承认国籍国有权采取行动,包括要求某一仲裁机构执行条约赋予其国民的权利,或者个人可以直接要求国际仲裁的情况。特别报告员认为,由于上述发展情况和个人取得了作为国际法直接受益人的某种法人资格这一事实,有人对外交保护的传统观点是否适切,从理论上提出了比较明确的质疑。

(二) 国际上对个人权利的承认

66. 特别报告员提到,现在出现了许多多边条约,承认个人有受到保护的权利,不以国家的干预为转移,而是由个人自己直接诉诸国际论坛。就这一点来说,他提到了请愿权。他还提到,承认基本人权即产生了普遍性义务,并产生了所有国家的利益。⁹⁵ 由于上述发展情况,加上促进和保护双边投资的协定激增以及一国国民可对

⁹³ 参看霍茹夫工厂案,《常设国际法院,汇编 A,第 17 号》,1928 年 9 月 13 日的判决书,第 28 页。

⁹⁴ 第 22 条及其评注,见《1997 年...年鉴》,第二卷(第二部分),第 30 至 50 页。

⁹⁵ 巴塞罗那电车公司案(见上面注 32),第 92 页,第 33 至 34 段。

另一国提出索赔的机关⁹⁶的成立,在外交保护传统观点的范围以外产生了一个法律框架。

67. 特别报告员指出,一般来说,各国的国内法没有向国民提供外交保护的任何“权利”。他注意到一些宪法最近的发展似乎已将外交保护的权利赋予国民,他认为,宪法中的这些规定所表明的首先是道德责任,其次才是法律义务,因为一国就这一问题所作的任何决定会受到政治考虑和有关国家之间外交关系的影响。

(三) 外交保护涉及的权利

68. 特别报告员指出,确立的观点是,如果一国国民由于某种违反国际法的行为而遭受伤害,该国有提出国际索赔以保护其国民的“程序性”权利,而这项权利可以放弃。按照传统的外交保护观点,一国支持其国民的索赔就是在强制执行本国的权利。比较现代的观点认为,国家只是作为其国民的代理人在国际上依法保护其利益。视选择国家的权利还是国民的权利而定,人们要么强调极为古老的习惯,认为主权比应得的权益重要,甚至诉诸拟制,要么强调习惯的逐渐发展,同时考虑到对人权给予国际承认的现实。所选择的办法会对本专题条款的拟订产生实际的影响。

(b) “主要”规则和“次要”规则问题

69. 特别报告员请求委员会予以指导,说明是否应该按照工作组 1997 年的建议将这一专题限于次要规则,还是对此采取比较灵活的态度,因为他认为,国际法无法将“主要”规则和“次要”规则截然隔开。特别报告员回顾说,工作组之所以提出建议和委员会之所以核准建议,是因为委员会第一次试图编纂“对外国侨民的人身和财产损害的国家责任”这一专题时陷入了僵局,他建议采取另一种办法。根据这种办法,委员会将限于讨论次要规则,遇到一般类别的论题时才讨论主要规则,以便于必要时适当地编纂次要规则。这方面的事例包括自然人或法人的国籍联系的情况或根据个别索赔人的行为免除责任的理由。因此所要考虑的不是给予国籍的问题,而是

⁹⁶ 例如根据 1981 年 1 月 19 日《阿尔及尔协定》建立的伊朗—美国索赔法庭和 1965 年《关于解决各国和其他国家的国民之间的投资争端的公约》的规定的仲裁程序。

考虑能否对另一国适用的问题；同样,所要考虑的不是个人是否遵守东道国规章的问题,而是考虑个人的行为构成免除东道国责任之理由的各种情况。

70. 特别报告员还建议将这一专题的标题改为“对人身和财产的外交保护”因为这似乎更符合其内容。“对人身和财产的外交保护”这个新标题也澄清了本专题与涉及外交和领事关系的外交保护之间的区别。

2. 辩论摘要

(a) 一般性评论

71. 普遍认为,这个专题所处理的问题很复杂,但具有重大的实际意义;几乎没有任何其他专题象外交保护那样成熟到可以编纂的程度,而且有了比较健全的一套硬法律。

72. 有人指出,随着经济、社会和政治观念从欧洲和北美洲传播到世界上其他地区,已经形成涉及外交保护的许多国际法。在发展法律以期普遍适用时,必须注意避免依靠过时有材料,反之,必须时刻适应现代形式,并且考虑到新兴国家的态度。

73. 有人指出,外交保护制度的原始目的是为了减少自然人和法人所受到的不利和不公正待遇。因此,外交保护远远不是一个压迫制度,它起码部分地矫正了某一制度中使个人——尤其是私人矮化为不是国际法主体而是侵犯国际法行为受害者的不公正现象。也不能说外交保护“基本上是歧视性的”。它在实行上是歧视性的,按照定义,它几乎完全是最强大国家的特权。因此,务必不要不适当地一概而论。

74. 有人指出,也许应当制订准则或规则——例如国籍、有价值的要求、执法不公或侵犯基本人权等,以防止外国滥用提供外交保护的酌处权。

75. 还有一些意见认为,从实行外交保护的历史看来,尽管有过一些滥用情事,外交保护制度常常用于地位平等的国家之间,而且往往是同一区域的国家。

(b) 外交保护的习惯概念

76. 有些成员不同意关于一国对其国民的命运合法权益涉及到法律上的假定的说法。他们认为,一国有这种权益的观念没有什么错。占有和拥有的概念是法律释义,因此在同样的意义上,外交保护也是一种法律释义。因此根据 *Mavrommatis* 案

的释义,不应将外交保护看作是一种法律上的假定。对于特别报告员用法律上的假定作为类比会使人误入迷津的说法,还有一些成员认为没有说服力。他们认为,法律是由假定组成的,换言之,是对现实作规范性的重新释义。

77. 还有人认为,不管提法如何(假定、更新或是替换),这里所涉及的是与专题的规范发展无关的理论性办法。特别报告员正确地强调说,主要问题是谁持有通过外交保护的办​​法所行使的权利,是国籍国还是受害者呢?显然,他认为对这个问题的答案必定是国家;从原则上说,国家在这方面的权力是可以自由斟酌的。外交保护一直是作为国际法主体的国家的最高特权。如果不是这样,第二次世界大战后就不会签定对国有化的财产作赔偿的协议。

78. 至于在实行外交保护中国家行使自己的权利还是行使受伤害国民的权利的问题,也有人认为,因国籍而与某国有关系的个人属于该国人口的一部分,从而也是该国的一个组成分子。如同保护自己的领土或捍卫自己的主权一样,保护自己的国民也是一国的基本义务。这样做的同时,国家也在捍卫受到另一国“伤害”的国民的具体权益。因此,不可能严格区分国家的权利和该国国民的权利;这两种权利是互补的,可以同时捍卫。还有人指出,一国总的来说有权关心自己的国民在外国是否受到公正待遇的问题,但如果说只要国民在外国受到伤害,该国民的原籍国也受到伤害。这种说法不免太过份。实际上,受损害的程度不是按国家受伤害的程度来测量的,而是按个人受伤害的程度来测量的,是把对个人的伤害实际上看作是一种诉讼原因。

79. 还有人说,必须要确定谁有直接的法律权益、归属和提起国际诉讼的权力。一种意见认为,国家没有这种直接的权益。如果是这样的话,这种权利将是不可避免的,而且不能由国家自行决定来行使。例如,关于保护外国投资的协定,赋予自然人和法人以提起国际诉讼的法律能力。卡尔沃条款的情况就是如此,外国人可根据该条款按合同拒绝他的原籍国的外交保护。同样在这种情况下,只有个人才明显对诉讼有直接的权益。因此,对法律上在这些权利持有人方面的假定的辩论不会得出任何结果,委员会相反着重讨论现在得到保护的权利和法律权益。

80. 还有一种意见认为,国家间接地行使原来授予个人的权利。因此必须明确区别行使受到保护的权利与行使权利本身。国家有行使外交保护的裁量权,但受到

保护的权力不是国家的权利,而是受伤害个人的权利。特别报告员还同意说,拥有权利与行使权利之间的区别有助于在这一问题上使习惯法与新的发展协调一致。

81. 在这方面,有人评述说,委员会可能需要重新审议对个人没有权利的国家在外交保护方面的酌处权问题。但还有一种意见认为,在决定对于某一具体案件是否要实行外交保护时,一国必须评估国家在执行外交政策中的总体利益等问题,而不仅仅是评估可能因别国的不法行为而受伤害的公民个人的利益。因此,实行外交保护应由国家裁量酌处。

82. 有人指出,鉴于问题很复杂,因此不宜用理论概念来使这一主题加重负担。例如,承认个人具有国际法主题的地位的问题是非常有争议的,在本阶段不应提出。较好的办法是尊重实践,特别是司法实践中将个人作为国际法的受益者。

(c) 人权与外交保护之间的关系

83. 关于人权与外交保护之间的关系,一些人认为,在比较这两种制度或在这两者之间分出高低时应小心谨慎。

84. 有人指出,诚然,外交保护法早在人权产生前就作为国际法的一种艺术术语而存在,但这两种途径是并存的,它们各自的潜力只有一部分是重叠的。为了人权而抛弃外交保护,有时会使个人失去他们以前受到的保护。当然,目前,人权可能有助于加强国籍国实行的外交保护,例如,有些国家只要有可能就靠某种人权观点来实行外交保护,因为以人权为根据提出的诉讼显然对许多国家来说较受欢迎,如果以整个十九世纪和二十世纪上半叶一直受到争论不休的国际最低标准来提出诉讼,就不会受到欢迎了。在这方面,有人指出,传统上按“*Mavrommatis*”案的办法处理外交保护,有其长足之处,不应不经认真考虑落实个人权利的要求就将其抛弃。有人认为可以将人权观点逐项逐条地渗透到委员会对这一专题的进一步辩论中,但在落实这种重点时,委员会绝不能再对外交保护的这种基础提出疑问。

85. 有人评述说,人权制度与外交保护原则的作用类似:它是申诉人用尽当地现有的补救办法后的受理条件,各国代表个人或公司接受某项声称的酌处权。欧洲人权委员会的实践非常类似:在一些重要的原则案件中,个人决定撤诉,但欧洲委员会不同意将其作为撤诉处理,因为这对维护欧洲公共秩序的标准有着客观利益。

因此,委员会应注意不要使人权与外交保护之间形成虚假的对立。在尚未找到有效的替代办法的时候,不应排斥外交保护制度。

86. 还有人评述说,人权和外交保护是截然不同的,如果对这个问题作较全面的研究,就可以看出,外交保护历来严格地涉及承袭权,而人权涉及个人自由的基本精神。外交保护在传统上所包含的权利包括对企业提出的最惠国待遇和业绩要求,而这不是传统人权所关注的中心。另一些成员不同意这种观点。他们指出,虽然实际上在承袭权受到侵犯时援引最多的是外交保护,但同样也可以运用其他权利。因此,如果认为外交保护只处理财产的损害问题,不免过于狭窄。

87. 还有人认为,可以在外交保护和人权要求之间取得一种平衡。这个问题特别适用于法人问题,这是一个灰色区域,委员会或其他机构均没有深入探讨过,只是在巴塞罗那电车公司案⁹⁷中引证意义有点含糊的附加意见。还有人指出,在欧洲保护人权制度的层面上,最接近于法人的人权,即财产权,没有在《欧洲人权公约》中予以处理,而是另外制订议定书予以处理,这并非是巧合。因此,似乎在慢慢形成一种新的处理办法,这将是特别报告员从事研究的一个关键方面。但在这方面,有人指出,《美洲人权公约》规定了任何人都不得被任意剥夺财产的原则,但这条原则是与在正当程序方面的人权密切相连的。

88. 有人评述说,人权案件中的个人请愿程序与外交保护之间的区别并不像看上去那样显而易见。在有些情况下,外交保护的某一内容可以成为人权请愿程序中的一个附加成份。例如,在 *Soering* 案⁹⁸中,德国政府代表它的国民在欧洲人权法院提起诉讼。文献还认为这两种制度之间至少有一种理论上的联系。

89. 有人认为,如果对外国国民的伤害涉及侵犯被认作人权的某项权利,就没有任何理由能够阻止该外国国民的原籍国赞成他或她的申诉。在有些国家的实践强调了这种处理办法。如果已侵犯人权为刑事的对外国人的伤害被排除在实行外交保护之外,那么如果外国人无法进入某一国际人权机构的程序,就没有有效的补救办法。但是,在大多数侵犯外国人人权的情况下,如不公正监禁或虐待,国际程序是不存在的,

⁹⁷ 见上面注 92。

⁹⁸ 欧洲人权法院,*Soering* 案,1989年1月26日的决定,A辑,第161号。

因此必须要确认原籍国实行国际保护的权利。

90. 在分析人权与外交保护之间的关系中,有人指出了国家在特定制度下赞同提出申诉不属于外交保护的范围时在这种制度下人权被侵犯的情况。

91. 特别报告员强调说,他从来没有想把外交保护和人权对立起来。他只是想声明,外交保护的概念产生在人权概念之前,如果不认真考虑近年来人权问题的演变,是不能予以研究的。对加强人权有最大利益从而对保证国家行动考虑个人有最大利益的是正在向民主过渡的国家。

(d) 行使外交保护的前提

92. 有人提出,对 *Mavrommati* 案的判决已确定外交保护的必要前提。第一个前提是,必须有证据,证明对一个国民造成了伤害;该伤害违反了国际法;可归咎于对之提出起诉的国家;最后,造成的伤害和伤害的归罪之间有因果联系。因此,在外交保护的国际索赔中有三个主要角色:本人、财产或权利受到伤害的主体;造成伤害的国家;支持提出索赔的国家。行使外交保护的第二个前提是,受伤害的主体必须是无力通过国内的补救办法求得适当的解决,给该国以机会,及时作出赔偿,避免违反它的国际义务。

93. 有人指出,先用尽当地的补救办法是从经验而来的,很难说这里面包含一项危险原则,也就是说在事先根本不愿与有关的司法管辖权发生关系的情况下,便无须用尽当地的补救办法。⁹⁹ 还有人认为,要求用尽当地的补救办法,还将导致另外的后

⁹⁹ 例如参看关于 1955 年 7 月 27 日的航空事件案(以色列诉保加利亚)的初步反对意见,保加利亚提出的初步反对意见称尚未用尽保加利亚的国内司法权,以色列在对之作出的反应中提出,对适用用尽当地补救办法的规则,存在一些重要的限制:

“关键的是[……]在受伤的个人与行为受到非难的国家之间,应当是有联系的。……只有在受伤害的外国人自愿、有意识和经过深思熟虑地在他本人和行动受到非难的外国之间建立了或被认为建立了联系的情况下,才能适用那项规定。……[在本案中,]受害人与保加利亚没有自愿的、有意识的和

果,即代位行使的模式不能适用于外交保护,因为权利的性质已发生根本变化。另外还指出,委员会还必须解决一个问题,即求助国际机构保护人权,是否必须视为“当地补救”的问题,尽管简单的文字解释不能对这个问题作出肯定的回答。

94. 在当地补救办法方面,产生的问题是,根据国际法给予外国人的最低待遇标准是否应当是唯一的标准。规定待遇标准是否不应提及国内法,以避免给予外国人特殊地位;可以肯定,考虑到所在国和外国之间可能存在的文化、社会、经济和法律上的差异,采用任何一种标准,都会引起争议。

95. 有一种意见说,外国投资人在保护他们的权利方面,相对于本国人而言处于一种特权地位,因为他们可以求助于三个程序——本国的补救办法、外交保护、国际仲裁——而本国国民则只能求助国内的补救办法。

96. 还有人指出,国家行使外交保护保护它的国民,不能诉讼威胁或使用武力。因此,委员会在审议这个专题方面可以作出的一项重要贡献,确定各国在落实其权利及其国民的权利方面,在外交保护问题上可使用哪些办法。

97. 提出的问题包括,国家是否可在受伤害的个人在诉讼国际解决的同时行使外交保护,以及国家是否只有在所有其他国内解决争端的办法都已用尽之后才有权行使外交保护。

(e) “主要”规则和“次要”规则的问题

98. 有人认为,在解决外交保护的体制和规则之前,讨论一些理论和概念,如主要和次要规则的区分等,可能并无帮助。那些问题可在具体情况下出现时再作讨论。有人认为,外交保护的一般意义是清楚的,重要的问题是赔偿的接受问题和在提出赔

⁹⁹(续)

经过深思熟虑的联系。情况恰恰相反。象他们之间确实着那种关系——如果可以那样讲的话——是非自愿的、不知情的和完全没有经过认真考虑的。”

参看同上,《国际法院书状》,1959 所,第 533 至 534 页。法院裁定,由于另一个原因,它没有管辖权,因而没有对初步反对意见提出的其他问题作出裁决,包括用尽当地补救办法的要求。

偿之前必须满足的先决条件的法律问题。在这方面,应以外交保护问题工作组 1997 年的报告为指导。

99. 有人提出,委员会正在讨论的是次要规则,不这样看便会引起混乱。在主要规则与次要规则之间的区分,不应作为绝对的检验标准。一项规则是列为主要规则还是次要规则,取决于具体条件下问题的性质。然而问题不在于重叠,而是在“清白”规则、国籍的一些问题,和在整个默许和拖延的问题上,接受问题和法律依据具有双重作用。因此,委员会在这个专题的范围内,不能孤立地审议次要规则。委员会还必须触及主要规则,因为作为程序性的次要规则,只是实现所给权利的手段。

100. 关于外交保护属于哪一类法律的问题,普遍同意它应属于国际法。在这方面,有人指出,有些国家在宪法中规定政府必须对它们的国民行使外交保护。还有人认为,这方面的国内法并不影响国家行使外交保护的酌处权。

101. 有人还表示,逐步制定外交保护法,使之基本上满足现代的需要,尚有作为。即使把国家法作为出发点,仍有可能从逐步制定法律着眼,提高个人在外交保护方面的地位,特别是就赔偿而言。

102. 有人提出,研究外交保护问题,必须包括研究行使外交保护的手段。传统上和平解决争端的方法,特别是谈判,但也包括调停、斡旋和仲裁,以及在外交保护方面采取反措施的问题,都应予以考虑。

103. 关于专题的题目,有人认为,或许可以将题目定得更加准确,但这件事可在今后视起草的进展情况才予处理。

(f) “外交保护”与“国家责任”两个专题之间的关系

104. 有人表示,应当记得外交保护只是广泛的国际责任领域里的一部分。它作为体现国家责任的一种手段,在两个国家之间建立了一种关系:“保护”国和被起诉国,该国被认为应对一项国际不法行为负责,该项不法行为伤害了“保护”国的国民。当今对保护人权的强调尽管完全正确,但仍不应掩盖一个基本事实,即国与国之间的关系是决定外交保护性质的关键要素。在这方面还有人提出,外交保护和国家责任这两个论题,在推理上是有联系的:如关于国家责任的条款草案第一部分所说,国家应对它所犯下的或可归咎于它的任何违反国际法的行为承担责任。如第一个条

件得到满足,便会引起一系列后果(草案的第二部分),其中的一个主要后果,是必须作出赔偿。如果赔偿责任是对一个个人而言,除极为罕见的情况外,该人一般不会有在国际上采取行动的能力,这时便需要外交保护,从而也就证明它是国家责任法的延伸、后果和组成部分。

105. 还有人提出,应当注意解决对国家造成直接损害的问题,尽管这些问题显然不属于委员会的职权范围,但在实践中却常常与外交保护问题纠缠不清。有时一个具体情况可能会同时反应直接和间接的国家利益。Rainbow Warrior 事件便是这种情况的一个例子。在这一事件中,新西兰对侵犯其主权的行动并为一名在事件中丧生的摄影师代表荷兰提出了索赔,该名摄影师在案中被作为荷兰国民处理。还有,切尔诺贝利事件涉及对一些国家的个人造成直接的经济损失,那些国家本身也可能因其领空直接受损害而提出索赔,如果它们希望这样做。这些例子都涉及到在私人利益方面实际或可能的外交保护问题。它们并不仅仅涉及私人利益的事实,不应将它们置于委员会的审议范围之外。

(g) 专题的范围

106. 有人提出,一国国民虽然不是在国外,而是在他们本国,但由于一个外交使团或那类使团官员的国际不法行为受到伤害,但却因其享受司法豁免而不能向当地法院提出起诉,应当考虑将外交保护扩大到此种情况的国民。没有理由为什么一个国家因同样情况下违反国际法的行为在国外受到伤害要给予保护,而当他们在本国境内受到伤害时不应同样给予保护。

3. 设立工作组

107. 国际法委员会于 1998 年 5 月 22 日第 2534 次会议上设立了一个不限成员名额的工作组,由这个专题的特别报告员穆·本努纳先生担任主席,审议能否根据对这个专题之着手方式的讨论得出哪些结论,并就特别报告员向委员会第五十一届会议提交的第二次报告中应该处理的问题提供指导。

108. 工作组于 1998 年 5 月 25 日和 26 日举行了两次会议。关于对这个专题的着手方式,工作组议定了下列结论:

(a) 对外交保护专题的习惯法着手方式应该形成委员会关于这一专题之工作的基础；

(b) 这个专题应研讨涉及外交保护的国际法次级规则；初级规则只在需为明确拟订特定次级规则提供指导而有必要澄清初级规则时才予以研讨；

(c) 实行外交保护是国家的权利。在实行这项权利时,国家应该考虑到受其外交保护之国民的权利和利益；

(d) 外交保护工作应该考虑到国际法的发展情况：更多地承认和保护个人的权利并使个人有更多的机会直接和间接在国际论坛行使其权利。工作组认为,这种发展在本专题范围内的实际及特定影响应该参照国家实践的情况就这些发展所涉及的国籍联系要求等有关的特定问题进行探讨；

(e) 国家实行外交保护的裁量权不妨碍它为其国民行使这项权利。在这一点上,工作组注意到有些国家的本国法律已经确认其国民有从政府得到外交保护的权利。

(f) 工作组认为：要求各国政府向委员会提供本国最主要的立法、本国法院的判决和涉及本国对外交保护的实践情况是有助益的；

(g) 工作组记得委员会 1997 年第四十九届会议关于要在本五年期终了时完成对本专题之一读的决定。

109. 关于特别报告员的第二次报告,工作组认为,这份报告应该集中探讨工作组去年在大纲草案第一章“外交保护的依据”中所提出的一些问题。

110. 委员会于 1998 年 6 月 9 日第 2544 次会议上审议并核可了工作组的报告。

第六章

国家的单方面行为

A. 导言

111. 国际法委员会 1997 年第四十九届会议决定把“国家的单方面的行为”这一专题列入议程。¹⁰⁰ 大会第 52/156 号决议第 8 段赞同委员会的决定。委员会第四十九届会议还任命罗德里格斯-塞德尼奥先生为这一专题的特别报告员。

B. 本届会议审议这个专题的情况

112. 委员会收到了特别报告员关于这个专题的第一次报告。¹⁰¹ 委员会在 1998 年 5 月 5 日至 8 日第 2524 至 2527 次会议上审议了这份报告。

1. 特别报告员介绍第一次报告

113. 特别报告员说,他的第一次报告是初步报告,是对本项专题的介绍。他打算及时为委员会下届会议提交一份实质性报告。本报告反映的大多是理论、判例和国家实践以及各国政府过去一年中在第六委员会提出的评论。另外,报告还参照了委员会上届会议设立的工作组的结论。¹⁰² 特别报告员解释说,他编写报告的主要目标是按照工作组建议的方法,系统化地处理关于这项专题的研究。

114. 特别报告员指出,常设国际法院和国际法院数次审议过国家的单方面行为。有时,如在东格陵兰案¹⁰³和核试验案¹⁰⁴中,这些法院所得的结论是,由其审理

¹⁰⁰ 《大会正式记录,第五十二届会议,补编第 10 号》(A/52/10),第 221 段。

¹⁰¹ A/CN.4/486。

¹⁰² 《大会正式记录,第五十二届会议,补编第 10 号》(A/52/10),第 195 至 216 段。

¹⁰³ 东格陵兰的法律地位,《常设国际法院,汇编 A/B,第 53 号》,第 22、36 至 37、57 至 58 和 69 至 73 页。

¹⁰⁴ 核试验案(澳大利亚诉法国),1974 年 12 月 20 日的判决,《国际法院判例汇编(1974 年)》,第 253 页,第 34 至 51 段;核试验案(新西兰诉法国),1974 年 12 月 20 日的判决,《国际法院判例汇编(1974 年)》,第 457 页,第 35 至 53 段。下文提到这些判决的具体段落时限指两者中的前者。

的单方面行为在国际法下有约束力,无论是否可将这些行为视为属于条约法的范畴之内。但另一方面,常设国际法院和国际法院有时得出的结论是,所涉行为属于政治性质,如边境争端案¹⁰⁵和军事和准军事活动案¹⁰⁶所涉情况。但是,从这一判例看,而且从国家实践和理论看,单方面行为的确作为一种国际法现象而存在,这是没有疑问的。

115. 特别报告员认为,除非首先正确地规定国家的单方面行为的定义,或至少是认定定义中的各项要素,否则,不可能着手拟订关于此类行为的国际法规则。

116. 既然如此,他第一次报告的主要目标是就单方面行为订出一个严格的定义,以便利在将来编写较为详细的报告,列出有关此种行为的实施、正式生效、效力、解释、失效、期限、修正和终止的规则。

117. 就一项定义的各种要素而言,特别报告员解释说,他认为首先必须查明有哪些行为属于本专题的范围之外,因而应当不予研究。

118. 他说,接着就需要为确定委员会应加研究的这一类行为订出标准。特别报告员认为,这类行为是“严格”或“纯粹”单方面性质的国家单方面行为。他解释说,他在报告中使用这种说法的目的是,把他建议加以研究的行为与属于非自主或依赖性质、已在现有的国际法规则中作了处理、因而不应再予研究的单方面行为相区别。

119. 关于这些工作中的第一项,特别报告员提请注意,他挑出了一些类别的单方面行为而将其排除在研究范围之外,即:单方面政治行为、国际组织的单方面法律行为和尽管自愿,但无意在国际法中产生特定效力的国家态度、行动和行为。

120. 特别报告员首先就政治行为说,他认为应将此类行为置于委员会开展研究的范围之外。他表示,如果一种行为引起的仅仅是政治效应,在国际法中没有任何影响,就可将其视为纯属政治性质。然而,要想确定国家实施的行为的性质并不容易。

¹⁰⁵ 边境争端案,判决,《国际法院判例汇编(1986年)》,第554页,第38至40段。

¹⁰⁶ 尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动案(尼加拉瓜诉美利坚合众国),案情实质,判决,《国际法院判例汇编(1986年)》第14页,第167至177和257至262段。

实际上,在国际谈判框架之外,完全在政治范畴之内,并且没有一种国际法律行为所特有的任何手续的、貌似政治性质的行为,却可能会对实施这一行为的国家具有国际法的约束力。是否有这种约束力,取决于该国的意图,而意图何在则要由国际法院和法庭确定。所有这些都可以从国际法院对 1974 年核试验案的判决中看得很清楚。¹⁰⁷

121. 特别报告员还说,纯属政治性质的单方面行为是相当普遍的一种现象,在国际关系中经常具有重大意义。通过此种行为,国家可能作出在国际一级制约其行为的政治承诺,尽管失信于这些承诺并不引起国际法下的责任,可能不会招致任何法律制裁,但国家的政治责任就成了问题,它在国际事务中的信誉和对国际事务的参与都会受到影响。纯粹的政治承诺的确不能被视为等同于法律性质的承诺,但这两者都以十分切实的方式制约着国家在国际关系中的行为,就此而言,两者之间有共同特点。

122. 关于国际组织的单方面行为,特别报告员建议,也应将此类行为看作处于专题的范围之外。

123. 特别报告员指出,与国际组织行为有关的实践越来越丰富。这些行为中有许多采取了决议的形式,而这些决议又可以分为两种基本类型:建议和决定。以作出决定的决议为形式的这类国际组织单方面行为,如与国际组织的业务有关或发给其附属机构之一的这类决议,是具有法律约束力的。另一方面,以建议为形式发给成员国的决议是没有法律约束力的。但是,就习惯国际法规则的形成而言,它们经常十分重要。然而,还有一类国际组织的单方面行为是国际组织最高行政权威实施的行为。其中不仅包括属于内部性质的行为,而且还包括涉及到一个或多个成员国或是整个国际社会的行为。另外,特别报告员认为,拟订同时涉及国家单方面行为和国际组织单方面行为的规则是难以做到的。

124. 特别报告员认为,从他的简述中可清楚的看到,国际组织单方面行为的问题十分复杂,需要特殊考虑。

¹⁰⁷ 同前(见上面注 104),第 43 至 45、48、50 和 51 段。

125. 特别报告员建议,将引起国际责任的国家单方面行为排除在研究之外,这是委员会已经在克劳福德先生和拉奥先生的报告基础上审议的专题。

126. 关于报告第一章,特别报告员提请注意在正式法律行为与这些行为创立的法律规则之间划下的界线。他认为,委员会应当侧重于作为正式法律行为的单方面行为,也就是说,尤其是在建立行为国法律义务方面是建立法律规则的程序或工具的单方面行为。他建议,通过这种方式建立的法律规则的内容应被视为等同于委员会的研究。

127. 特别报告员提请注意他的报告第一章中关于各种实质性国家法律行为的评述,其目的是为了确定何种行为属于国际协定法范围之内,何种行为不属于这一范围之内,因而可以说需要制约其运作的特殊规则。

128. 与条约法有关的单方面行为,如签署、批准、提出保留和甚至发表解释性声明,显然都属于条约范围之内,由条约规则特别是 1969 年和 1986 年《维也纳公约》规定的规则所制约。

129. 特别报告员建议,应把下列单方面行为排除在研究范围之外:有助于惯例之形成的行为;构成行使条约或习惯法特定规则赋予之权力的行为(例如一国宣布沿海岸线设立一个海上专属区);不构成行使已经存在的法律权力、但象征行使国际法下某项自由的行为(例如,通过立法,规定国外的外国人可能从事的某种活动为罪行);建立或引起条约关系的行为(例如提出和接受)。

130. 关于不容反悔,特别报告员说,不容反悔是一种证据法规原则,起源于“普通法”法律制度,但现在在国际法的理论和判例中有其地位。然而,虽然国际法院数次审议过不容反悔理论,但几乎从来没有把它作为裁决的依据(例如,意大利与委内瑞拉之间的 1903 年 *Corvaia* 案¹⁰⁸)。另外,判例中所审议的不容反悔理念仅仅是通过表述反映的限制性不容反悔。从东格棱兰案、¹⁰⁹ 北海大陆架案、¹¹⁰ *Temple of Preah*

¹⁰⁸ *Corvaia* 案,联合国,《国际仲裁裁决汇编》,第 10 卷,第 633 页。

¹⁰⁹ 见上面注 103。

¹¹⁰ 北海大陆架案,判决,《国际法院判例汇编(1969 年)》第 3 页,第 27 至 33 段。

Vihear 案、¹¹¹ 诺特博姆案、¹¹² 巴塞罗那电车公司案、¹¹³ 和西班牙国王仲裁裁决案¹¹⁴ 的裁决中均可看出这种情况。

131. 特别报告员说,不容反悔并不构成与研究单方面行为直接相关的一种现象。不容反悔涉及的是一个国家引起另一个国家某种期待的行为或行动,而另一国家以此为根据采取了于己不利的一系列行动。虽然初看上去应为引起此事负责的国家的行为,可能与单方面法律行为有某些相似之处,但事实上性质却大不相同。引起不容反悔的行为涉及的要么是一种主动的行为,要么是一种被动态度,如缄默。另外,实施行为时并不一定就有确定法律效力的任何意图。另一方面,真正的单方面行为是一种主动的和正式的法律行为,实施这种行为的意图恰恰是要引起法律效力。此外,象许诺这类单方面法律行为在这一行为实施之后就马上将行为国置于一种法律义务之下。不容反悔与此不同,其中最主要的要素是作为表述之对象的国家的行为:也就是另一个国家信赖第一个国家对之作出的陈述的行为。因而,在不容反悔的情况下,法律效力并不是来自作出表述的国家的愿望,而是来自对之作出表述的国家对这种陈述的信赖。另一国家的行为至关重要。另一方面,从分析的角度说,在诸如一项承诺这种单方面法律行为中,受益一方的行为在确定其约束力方面没有任何重要性,国际法院在核试验案¹¹⁵ 的裁决中讲明了这一点。特别报告员还说,有些学的看法是,在巴塞罗那电车公司案、¹¹⁶ 塞尔维亚公

¹¹¹ Case concerning the Temple of Preah Vihear 案”(柬埔寨诉泰国),案情实质,1962 年 6 月 15 日的判决,《国际法院判例汇编(1962 年)》,第 27 至 33 页,特别是第 32 页。

¹¹² 诺特博姆案(第二阶段),1955 年 4 月 6 日的判决,《国际法院判例汇编(1955 年)》第 17 至 20 页。

¹¹³ 巴塞罗那电车、电灯和电力有限公司案,初步反对意见,判决,《国际法院判例汇编(1964 年)》第 24 至 25 页。

¹¹⁴ 1906 年 12 月 23 日西班牙国王仲裁裁决案,1960 年 11 月 18 日的判决,《国际法院判例汇编(1960 年)》,特别是第 209 和 210 至 213 页。另见同上,第 214 页。

¹¹⁵ 同前,注 104,第 43 和 50 段。

¹¹⁶ 见注 113。

债案¹¹⁷和北海大陆架案、¹¹⁸中,不容反悔是作为一种建立起条约关系的特殊手段受到对待的。出于这个原因,也应该将此排除在委员会从事研究的范围之外。

132. 特别报告员还建议将不属正式法律行为,然而却能够在国际法中产生影响的某些其他类型的行为排除在研究之外。例如,一国未就对其提出的某种法律要求提出抗议而保持缄默即属此例。特别报告员解释说,一国不对一项要求或某种局势提出抗议并不一定等于这个国家有造成法律影响,特别是使这种要求或局势能够为自己所反对的任何意图。此外,缄默并不是一种严格或纯粹的单方面行为,因为仅就其本身而言,缄默不能具有任何法律效力或建立起任何新的法律关系,因为如果要使缄默有任何效力,就必然要以另一国在此之前实施某种行为或行动为先决条件,缄默可被视为对这种行为或行动的一种反映。

133. 特别报告员表示,他认为类似的考虑适用于通知。不论其是否属于法律行为,通知本身不能产生法律效力。通知产生效力的前提是别的国际法主体作出另一种行为。

134. 关于报告第二章,特别报告员解释说,该章涉及他认为将确定单方面法律行为的严格的单方面性质的标准。

135. 他认为,严格的单方面行为是一国或多国的意愿的一种单独体现。因此,单方面行为可以具有单独性质,也可具体集体性质。

136. 特别报告员指出,在他的报告中,他将此类行为说成是“非规范”行为,因为它们对未参与作出此种行为的国际法主体产生法律效力。但是,他认为,这一标准不足以区分纯粹或严格具有单方面性质的行为。为此,既有必要在该行为的单一属性方面进行考虑,也有必要在其自主性方面进行考虑。某种行为只有本身足以产生法律后果才能定为严格的单方面行为,即该行为必须产生法律效力,不论其他国际法主体是否事先、同时或随后表明任何其他意愿。如果所涉行为在产生法律效力方面缺乏此种自主性,它就不是真正的单方面行为,但将属于条约范围。

¹¹⁷ 关于在法国发行的各种塞尔维亚公债付款案,《常设国际法院,汇编 A,第 20/21 号》,第 37 至 39 页。

¹¹⁸ 见上面注 110。

137. 特别报告员认为,一种单方面行为引起的义务的自主性是确定这一行为的严格单方面性质的一个关键标准。任何法律行为都引起权利和义务;单方面行为自然给作出此种行为的国家引起了一项义务,并给没有作出此种行为的一个或多个国家引起了一项权利。但是,就严格意义上的单方面行为而言,这项义务既不在它被接受之时引起,也不在作为这项义务的受益者的国家随后作出某种行为的情况下引起的。该义务是在作出单方面行为的国家打算它应出现之时引起的。一国可以通过行使国际法所赋予的自行限制这项权利而以此承担一项义务。

138. 特别报告员指出,严格意义上的单方面行为引起的义务的自主性可产生重大的实际后果。国际法院或法庭考虑某一行为是否属于严格意义上的单方面行为时,它将审查这一行为的提法,而不是据以作出这一行为并被赋予法定权利的国家的做法。法院或法庭在确定一项严格意义上的单方面行为的确切法律效力时,将采用同样的做法。¹¹⁹

139. 特别报告员指出,第二章还考虑了国家单方面行为的约束性的法律基础。条约法规定,每项条约都必须得到真诚的履行。鉴于国际关系中需要有相互信任和安全,还需要有国际法律的确定性,他认为,诚意还应当视为对国家单方面行为的约束性来说至关重要。¹²⁰

140. 特别报告员认为,还可通过提及国家在国际法之下享有的自行限制权来解释严格意义上的单方面行为的约束性。换句话说,它们可以在行使主权过程中使自己受国际法律义务的约束。此类义务不一定受对等原则的约束,因而在形式上可能完全是单方面的,在性质上可能完全是自主的。因此,一国的单方面法律行为的约束性可以说是基于作出这一行为的国家的意图,而不是基于其他国家在该国打算引起的义务的履行方面可能具有的任何法律上的利益。

141. 特别报告员接着指出,约定必须遵守原则是条约的约束性的基础,1969年《维也纳条约法公约》第26条明确规定了这一点。他建议,一项平行原则,如承诺必须遵守,可作为单方面承诺行为的约束性的基础。也可将范围更广的原则,如法规必

¹¹⁹ 参看核试验案,(上面注104),第44、45、50和51段。

¹²⁰ 同上,第46段。另见同上,第51段。

须遵守等作为基础,或者,就单方面声明而言,将声明必须遵守这一原则作为基础。

142. 根据上述考虑,特别报告员在报告第 170 段中向委员会提出了单方面行为的定义各个组成部分,以便为委员会已开始进行的研究做准备。正如该段指出,严格意义上的单方面声明可视为明确的、毫不含糊的意愿的一种自主的表达,这一声明由一国以明确和公开的方式发表,目的是确立该国同一国或多国的司法关系(后者没有参与确立此种关系),尤其是确立国际法律义务,后者无需接受此种关系,随后在行为上也无需表明接受了此种关系。

143. 特别报告员指出,这项定义仅限于单方面声明,不采取这一形式的单方面行为不在定义范围之内。在解释这一限制时,特别报告员表示,他认为单方面声明是各国用来完成它们通过单方面行为生效的交易所采用的基本手段。换句话说,单方面声明对于单方面行为法如同条约对于国际条约法那样。但尽管如此,委员会就国家单方面行为这一专题通过的任何最后文件,都应当限于也属于单方面声明的那些单方面行为。

144. 最后,特别报告员认为,国家的单方面行为在国际法中显然的确存在。此外,显然某些此类行为确实具有自主性,就是说,这些行为具有严格意义上的单方面性质,它们在法律上的有效性并不取决于意愿的任何其他的表达。委员会审议此类行为既有实际意义,也有相当重要的政治意义,因为各国在处理国际关系方面正在越来越多地作出此类行为。

145. 如果认为有可能并且适宜进行拟定单方面声明的运作规则这项工作,特别报告员建议委员会重新设立在前几届会议上设立的工作组,以便考虑今后工作的范围和内容。

2. 辩论摘要

146. 委员会成员称赞特别报告员编写的报告,认为这一专题是一个重要的专题。它也是委员会迄今为止所处理的难度最大的专题之一。

(a) 一般意见

147. 讨论过程中,有些成员对国际法中一国单方面行为本身是否能够修改该国同另一国的法律关系表示怀疑,后者并没有参与这种关系的确定。要么有必要征得

另一国的同意,要么至少该国针对或依据有关的单方面行为采取某种行动。

148. 但另一些成员却指出,单方面行为的学说在国际法理论。国际法院判例和国家实践中有着牢固的基础。这些成员还认为,大会已经预先假定了此种理论的存在,因为大会 1997 年 12 月 15 日第 52/156 号决议赞同了委员会上届会议作出的研究这一专题的决定。在这方面,有些成员认为一些国家有时对另一些国家为其作出的具体的单方面行动的约束性持有疑虑。这些成员还认为,各国倾向于在可能的情况下,通过变成条约的单方面行为使对其有利的交易生效。但是,它们自然认识到并接受这一点,即单方面行为本身能够产生国际法之下的法律效力。

149. 关于单方面行为与《国际法院规约》第 38 条列出的国际法渊源的关系,一名成员认为,虽然该条款没有明确提到单方面行为,但从第 1 款(b)项范围内的含义来看,这些行为已经包括在内。但另一些成员认为,该款并没有提到单方面行为,连含蓄地提及也没有。同时,有些成员认为,《法院规约》第 38 条第 1 款并没有详尽无疑地列出国际法的各种渊源,但尽管有遗漏,单方面行为显然是这些渊源之一。另一些成员则同意特别报告员的看法,即单方面行为并不属于国际法的一个渊源,而属于国际义务的一个渊源。但有一名成员认为,区分国际法渊源和国际义务渊源是无法做到的,另一名成员则认为,单方面行为是否构成国际法渊源这一问题须予进一步研究。

150. 关于国际法之下单方面行为的约束性的基础,一些成员认为这一基础是诚意原则以及有必要提倡国际关系中的安全、信任气氛。有人为了支持这一看法,提到了国际法院对 1974 年核试验案的判决。¹²¹ 一些成员据此认为,没有必要设法拟订对单方面行为来说恰当的原则,如法规必须遵守、承诺必须遵守或声明必须遵守。一名成员对这一结论表明赞同,但指出,单方面行为的约束性的渊源存在于国家主权中。

(b) 专题的范围

151. 一些成员认为有必要确定或规定本专题的范围,但同时表示这些范围不应过分狭窄或具有限制性。反过来,有人指出,委员会没有必要对每一类可能属于本专题范围的行为进行研究,委员会完全可以决定选择其中一些进行研究。

¹²¹ 见上面注 104。

152. 关于特别报告员提出的范围,一些成员认为,特别报告员建议委员会将研究工作限于严格意义上的或纯粹的单方面行为,因此,总的来说,他为这一专题确定的范围过于狭窄。

153. 关于特别报告员提出的将某几类行为从专题的范围中排除的建议,虽然各成员一致认为国际组织的单方面行为不在这一专题的范围之内,但有些成员认为,似可提及此类行为,从而有助于对国家单方面行为的分析。但有人指出,此类提及应限于国际组织的外部行为,不应扩展到此类组织的内部行为。

154. 各成员普遍赞同特别报告员的这一建议,即仅具有政治后果的国家的单方面行为不在本专题范围之内。

155. 关于单方面“法律”行为和单方面“政治”行为的区分,普遍认为,某一行为属于哪一类别有时往往难以确定。有一名成员认为,答案取决于作出行为的国家的意图。但是,也有人认为,行为者的明示或明确意图自然容易确定,但同时,完全可能出现的一种情况是,一种单方面行为,包括一项承诺,可能具有法律约束力或产生法律后果,但没有任何明确的证据表明行为国有此种意图。

156. 普遍赞同特别报告员的这一看法,即就一国的单方面行为可能违背其在国际法之下的义务,并引起国际责任而言,这一问题不应当是委员会在本专题范围内进行研究的主题。大家还普遍赞同特别报告员的这一看法,即条约法范围内的单方面行为,如签署、批准、退约以及保留的作出等,不在本专题的范围内。就单方面行为促使习惯国际法的规则的形成而言,各成员也认为,这一问题不属于本专题的范围。大家对构成行使某一习惯法规则或某项条约赋予的管辖权的单方面行为表示了类似的看法,这一行为有一国确定海洋区等。(在这方面,还提到了关于依照《国际法院规约》第36条第2款接受国际法院的强制性管辖的声明。)各成员还一致认为,在性质和效力上纯属内部行为的单方面行为,包括在执行一国的国际义务时采用的行为,不在本专题研究之列。

157. 但是,对下列问题却意见不一: 就一国的缄默可能改变该国在国际法中的地位或者使某种法律情况变得与其相对立而言,委员会是否应当研究沉默这一问题。委员会有些成员赞同特别报告员的看法,即这一问题不应当列入研究范围,但另一些成员却认为,委员会应当研究沉默或默认问题。就沉默和默认引起国际法之下

的法律效力而言,它们是很重要的现象,要是出于实际的考虑,很难将其排除在研究范围之外。这些成员认为,尽管沉默不是严格和正式意义上的法律行为,但沉默至少在某种程度上可视为一种单方面行为,因为它可视为有关国家承担法律义务或接受该国面临的一种司法情形的意向的一种表达。在这方面,有一名成委员强调,委员会不仅应当研究涉及面临一种要求或情形的国家的不作为的案例,还应当研究该国作出的行为意味着它接受这一要求或情形的案例。

158. 在不容反悔这一问题上,各成员也提出了不同看法。

159. 有些成员同意特别报告员的看法,即委员会不应当研究不容反悔这一问题。这些成员解释说,要不容反悔,一国就必须作出一种行为或采取某种行动,另一国也必须对此作出一种行为或采取某种行动。第一种行为或行动本身并且在没有第二种行为或行为的情况下,不会引起任何法律后果。因此,不容反悔不应成为本专题范围内的研究对象。这些成员还认为,不容反悔不一定要求作出旨在引起法律效力的行为,这一点也说明,这一问题不应成为委员会的研究对象。

160. 另一些成员则认为,关于不容反悔问题,已经形成了一个完善的法学体系,这一学说在国际法的实践中具有相当重要的意义,因此,出于实际的考虑,应当将其列入委员会旨在进行的研究范围。即使研究的重点限于自主单方面行为,即限于本身足以引起法律后果的行为,但出于上述理由,也可以将不容反悔问题作为例外。此外,研究不容反悔学说可有助于委员会更为全面地看待无疑的确属于本专题范围的这几类单方面行为。

161. 关于国家代表在国际法院或法庭的审理过程中所作的单方面陈述,某些成员不赞同特别报告员的看法,并建议委员会研究此类陈述。在这方面,这些成员指出,某些司法裁决和仲裁裁决常常在与这类行为有关的单方面行为的文献中得到引用。

162. 有一名成员提出了与特别报告员相反的看法,认为通知行为应列入研究范围。

163. 还有人认为,应当研究可能表明一国对另一些行为或某些事实或情形的态度的单方面行为。

164. 关于特别报告员在报告中列出的属于本专题范围的行为,普遍认为这项研究应涵盖承诺、承认、放弃和抗议等单方面行为。有一名成员还认为,委员会应当

对放弃行为进行研究。

(c) 单方面行为的定义和要素

165. 大家对特别报告员建议委员会首先起草一项单方面行为的定义表达了各种意见。

166. 一方面,有人表示起草一项定义是很重要的,这是为了确立本专题的范围,也是为了确定委员会工作的适当范围。某些成员就此问题说,特别报告员在其报告第170段里所提出的定义可以作为委员会工作的起点。

167. 另一方面,有人对于试图拟订一个“单方面行为”的定义是否明智,甚至是否可行,表示了疑问。各国的单方面行为在其性质上是极为不同的,因而在此问题上很难找到一致性。因此,此专题是不是一个统一题目,是否能用一个单一的包罗万象的定义来包括所有单方面行为,是成疑问的。相反,应将此专题视为一个含有多样内容的专题,包含着各种类型或类别的单方面行为,而这些行为就其特性和特点来说是互不相同的。任何想超出这些类别之上的定义不得不使用很抽象的词语,因而也就没有任何用处。而不这样做,任何定义必然是不完整的,必然会将某些单方面行为排除在外。根据这一意见,最好是简单地找出某几种类别的行为,大家商定这几类行为作为研究的题目,然后直接审议适用于每一种行为的规则。

168. 对于特别报告员所提出的单方面行为定义的要素,某些成员赞同他的意见,即委员会应侧重于单方面声明。另一些成员虽然也承认声明是本专题的核心内容,但认为委员会也应该准备审议一国可能单方面约束自己的其他不那么正式的方式。(在这方面具体提到缄默、默许、不容反悔。)另一些成员不同意这一做法,指出大会要求委员会所研究的专题是“国家的单方面行为”,而不是“单方面声明”。既然如此,委员会应该审查国家不涉及作出声明的单方面行为,这和研究单方面声明同样重要。委员会还应审查构成行动方针的单方面行为,例如国家不是以声明的形式采取的、但产生的后果与声明产生的后果相同的行为,例如构成默认的行为。

169. 委员会若干成员赞同特别报告员的如下提法,即单方面行为应明确地表达出行为者制造法律效果或改变国际法之下的法律处境的意愿或打算。另一些成员不同意,认为虽然在某些类型的单方面行为上,行为国必定具有产生法律效果的打算,但

在其他的行为上不一定如此。实际上,法理学表明,国家可以在不知道的情况下作出一项单方面行为。例如,一个国际法庭可以认为会有一项承诺的单方面宣布按照国际法对其行为者有约束力,即使该国可能坚持说当它作出这种宣布时它没有承担任何这些义务的打算。

170. 对于特别报告员所提出的法律行为概念是否有用的问题,各成员表达了不同的看法,也反映出意见差别很大。

171. 特别报告员曾提出公开性是单方面行为的一个基本特征。对此有人表示,虽然在某些判例中强调了这一因素,但至少有一项司法判决表明,这不是单方面行为具有法律效力的前提条件,例如一个单方面承诺尽管是在幕后作出的,也可能对作出此承诺的国家具有法律约束力。单方面行为的公开性对于证明该行为的存在、对证明履行该行为的打算,以及对说明行为的受益者,是有用的。另一方面,有人表示,为了相对另一国家而言改变履行单方面行为的国家的法律地位,单方面行为必须使另一国知道。所说的公开性便是指这个意思。

172. 特别报告员提出,研究的范围应局限于自主性单方面行为,即局限于按照国际法靠自身便能产生法律效果的行为,这些行为不依赖于某一其它国家作出另一种行为,或依赖于它没有作出某种行为,对此大家表达了不同的意见。

173. 委员会若干成员认为,委员会的确应将工作局限于这一类单方面行为。

174. 某些成员指出,尽管这些行为本身便能够改变作出这些行为的国家的法律关系,但这种行为可能引起其他国家的反应。在确定这些行为所产生的法律效果时,不应忽略其他国家的这种反应。这些反应有时甚至会影响有关的行为是否可以列为单方面行为,在这种情况下尤其不能忽略这种反应。在这种意义上,委员会不能避免审议提出和接受的现象。单方面行为往往是一——即使不总是——在国际谈判的背景下作出的。实际上,很少碰到不是由另一国引起的单方面行为,或者很少碰到不是对另一国的某种声明或行为作出反应的单方面行为。有人认为,这种国际谈判的背景对于恰当地分析单方面行为是很重要的。

175. 还有人表示,在确定一个行为是不是本专题范围内应予研究的行为时,该行为在产生法律后果方面具有自主性应否为一个重要因素,并不是显而易见的。某些行为不具有特别报告员所指的那种自主性,但一般仍被法律学者认为属于单方面行

为,因而鉴于其实际和理论的重要性,委员会完全有理由研究这些行为。

176. 委员会的另一些成员认为,虽然自主性单方面行为应是研究的主要对象,但委员会与此同时就料到可能会超出这些行为,至少审查某些靠本身无法产生法律效果的单方面行为。在这方面的具体例子是不容反悔、缄默和默许。

(d) 处理本专题的办法

177. 好几个成员表示赞同特别报告员的建议,认为委员会应着重注意作为“正式”行为的单方面行为,即注意作为达成法律后果的手段或程序的单方面行为,而不是注意“实质性”行为,即可能用单方面行为加以影响的法律交易或行动。另一些成员认为,不可能象特别报告员所提议的那样,对正式行为和实质性行为加以区分。正式行为与它所影响的法律交易是不可分的,离开了后者,前者便没有任何法律意义。

178. 一种意见认为,借助于单方面行为实施的不同类型的交易之间可能存在的差异不至于影响起草一套单一的关于单方面行为的法律,这正如各国际协议之间存在的差异并没有妨碍编纂一项单一的条约法。按照这一观点,委员会应集中精力查明并拟订适用于一般单方面行为的规则,而不论单方面行为所实施的是何种交易。

179. 若干成员认为,特别报告员所提议的处理办法缺乏良好的基础,因为这种办法假定单方面行为这一专题是单一性质的,并假定可以用单一的一套规则来约束单方面行为,而不论单方面行为所要实施的是何种交易。同一个问题——例如在何种情况下能够将一个行为取消——具有不同的实际含义或意义,这取决于具体审议的是哪类行为——例如一项承诺、或一项承认或抗议。因此每一种情况的答案也就很难相同。根据这种意见,委员会不应试图将此专题作为一个单一的整体来处理,也不应试图拟订适用于在其工作范围内的所有形式的单方面行为的规则。这样做只会导致拟订过于抽象因而没有任何用处的规则。相反,委员会应该分阶段地逐个地审议它可能想处理的每一种类别或类型的单方面行为,然后拟订适用于每一类别行为的规则并阐明相应的问题。另一种意见说,虽然有可能找出适用于所有单方面行为的某些规则,但也有些规则只与某一具体类别的单方面行为有关,这些规则也同样应成为委员会研究的题目。

180. 某些成员对于上述任何一种处理办法是否可行表示了疑问。他们认为,在某些国际法领域中,已经确立了与单方面行为有关的规则。当然可以试图将这些领域和法律规则移植过来,确立适用于一般单方面行为的规则。然而这样做是否有可能,是成疑问的。相反,情况很可能是这样:从国际法的一个实质性领域转移到另一个实质性领域,那些关于实施相同交易的单方面行为的条件和效果的规则于是发生变化,具有差异。因此委员会最多可以针对国际法特定实质性领域的单方面行为拟订规则,例如武装冲突法、核能法、环境法等等。

181. 关于委员会在拟订单方面行为法律时可以依靠的材料,一名成员说,实际中的法律基本上根据的是少数几个司法决定,而且这些决定给人的印象是混乱的。委员会须认真地分析这些案例,以便找出其中包含的法律意义。若干成员虽然承认分析判例是很有必要的,但认为,单方面行为的法律根据的不仅是案例法,而且还根据大量的国家实践,而国家实践比更为人知晓的现代司法裁决更有悠久历史。对此也需要加以审查。另外,虽然某一些现代决定将法律运用到事实的方式受到批评,但这些决定已经成为单方面行为方面的判例的一部分,而各国现在依赖的正是这种法律。因此对这些决定作为先例所具有的价值提出疑问是不对的。好几个成员还提到条约法规则,他们说条约法规则在拟订单方面行为法律中有关类似问题的规则是很有用的。

182. 在这方面,有人提议,秘书处应该向委员会下届会议提供与研究本专题有关的国际法院所有决定中的相关摘要汇编。还有人提出,委员会各成员可以向特别报告员提供本国实践的有关例子。

183. 尽管存在着各种渊源,但某些成员指出,尚不存在任何关于单方面行为的成熟的理论,因此委员会的工作更多地具有逐步发展的性质,而不是直截了当地编纂。

184. 若干成员提到委员会在拟订国家单方面行为的法律时需要处理的具体问题。他们具体提到关于国家的单方面行为的归属问题的规则,国家的单方面行为的存在需要满足哪些条件,包括可能存在的任何形式上的要求;关于单方面行为的解释的规则;单方面行为的效果,包括确定因单方面行为而与行为国的法律关系发生了变化的国家的规则;管制单方面行为效力的规则;以及在何种情况下以及用何种方式可以对单方面行为加以修改、中止或撤销。关于缄默和不容反悔,他们还提到一国需

要制造什么样的情况才能使另一国的承诺或交涉产生法律效果；关于抗议，委员会需要澄清在何种情况下一国才需要作出抗议。

185. 一些成员对于撤销单方面承诺的问题发表了一些看法。若干成员表示，一国能否撤销它作出的单方面的承诺，至少部分取决于它作出该种承诺时的打算如何。因此，如果它原本打算该承诺是可以撤销的，那么该承诺便可以撤销，同时须遵从该国为此为自己设置的任何条件或限制。为支持这一结论，他们提到国际法院在关于在尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动案的管辖权阶段中所作的决定。¹²² 反过来，如果该国打算承诺是不可撤销的，那么原则上就不应该撤销该承诺。对难以查明作出承诺的国家打算如何的情况，一名成员表示，既然单方面承诺所创立的法律关系从性质上讲不是互惠的，那么这样的承诺应该认定是可以由作出承诺的国家任意撤回的。

186. 然而若干成员反对这一结论，说如果这样，那么这种行为在国际法上所具有的约束性便是空谈，那么承诺的受惠国所具有的期待便没有保障。另一方面，有人表示，如果单方面承诺被认定为是无限期的，在未经承诺的受益国的同意下不得撤销的，那么各国便永远不会愿意作出这种承诺。或者，国家有时不得不中止履行自己的承诺。因此，作出这种承诺的国家应有撤回承诺的一定能力，尽管不是无限的。

187. 在这方面，有人建议可以从条约的一般规则中寻求指导。国际法院在尼加拉瓜案¹²³的管辖权阶段中曾引用了这方面的实际例子，以便分析按照《国际法院规约》第36条第2款作出的单方面声明的撤回和修改问题。同样，有人建议也应提到1969年《维也纳条约法公约》第34至37条的规则，特别是第37条第2款。

(e) 委员会工作的最后形式

188. 若干成员同意特别报告员的意见，认为现在决定委员会就此专题所作的工作应采取什么样的形式为时过早。但与此同时，有些成员则认为这一问题不应推迟，

¹²² 在尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动(尼加拉瓜诉美利坚合众国),管辖权是否受理的问题,判决,《国际法院判例汇编(1984)年》,第418页。

¹²³ 同上。

因为所选择的形式将影响委员会进行工作的方式。

189. 一方面,若干成员说,委员会的工作或许应该—至少可以设想—采取加有评注的条款草案的形式。这样的形式将有助于为国际关系带来更大的稳定和安全。然而另一些成员认为,就此专题以这样的方式拟订法律是很困难的,如果试图这样做可能导致委员会陷入到难题中,结果甚至对各国没有帮助。具体地说,这样的结果很可能限制外交家们的行动余地,从而减少了进行国际关系时最重要的工具的灵活性,这种工具的最有用的特征便是缺乏正式性。表示这种意见的一些成员并不排除委员会最终可以产生关于此专题的条款草案,但认为现在还不应该这样做,至少在开始时,应侧重于详细地研究此专题,或者应考虑让结果采取其他某种形式。

190. 另一方面,一些成员则表示委员会的工作不管是在开始还是在最后,应采取一种说明性研究的形式。然而,另一些成员说,委员会的任务不是进行理论的阐述。

191. 另一种意见认为,委员会的工作或许可以采取准则的形式。

3. 设立工作组

192. 国际法委员会第五十届会议收到了特别报告员维克托·罗德里格斯-塞德尼奥先生的第一次报告(A/CN.4/486),并在其 1998 年 5 月 5 日至 8 日第 2534 至 2537 次会议上审议了这份报告。

193. 委员会根据其讨论的结果,在其第 2537 次会议上决定重新召集国家的单方面行为工作组。¹²⁴

194. 工作组于 1998 年 5 月 18 日和 19 日举行了两次会议。关于专题的范围,普遍赞成特别报告员在其报告中采取的着手方式,认为它符合委员会在上一届会议制定的大纲,把专题的范围限定于为了产生国际法律效果所发布的国家的单方面行为。这就从专题的范围中排除了不产生法律效果的国家的单方面行为、同特定法律制度有联系的国家的单方面行为以及国际组织等其他国际法主体的行为。

195. 委员会在两个问题上出现了分歧的意见:是否将专题的范围扩大到包含针对国家以外的国际法主体或针对所有国家采取的国家的单方面行为?在专题的范围

¹²⁴ 工作组的组成见上面第 8 段。

内针对国家采取的单方面行为的效果是否也可以扩大适用于其他国际法主体？但是，有人认为，在现阶段可以着手进行工作而不必对这个事项作出最后的决定，不过需要由特别报告员和委员会全体会议进一步审议这个问题，并在适当时候进一步予以澄清。

196. 至于委员会关于这个专题的工作所应采取的形式，普遍认为，就这个事项拟订带有评注的条款草案是最适当的着手方式。这种做法将确保编纂工作具有简明和有条不紊的优点而无需预先断定这些条款草案的最后法律地位——即公约、准则、注释汇编或任何其他结果。

197. 考虑到全体会议上和工作组中的讨论情况，大家认为特别报告员可能已经能够拟订一些条款草案：在关于范围的一条中说明条款草案将适用于国家的单方面行为；在关于用语的另一条草案中说明单方面行为〔声明〕是产生国际法律效果一种国家意志的自主〔明确〕和公然表示；而另一个条文草案将规定，本条款草案不适用于同事先已经存在的国际协定有联系的国家的单方面行为，例如受条约法、海洋法、国际仲裁法或司法程序或其他特定法律制度支配的行为，也不适用于国家以外的国际法主体的行为，但这一事实并不妨碍本条款草案中所规定的任何规则对该两类行为的适用，这些规则不得违反国际法，但不以条款草案为转移。

198. 工作组的成员也普遍同意，拟订同“产生法律效果的目的”中所载的上述定义的内容有关的各个方面属于本专题的范围，但也属于本条款草案的另一些部分，例如单方面行为的效果。这将包括对于单方面行为的可能影响的研究，例如对采取单方面行为（即承诺）的国家来说产生了国际义务的情况、放弃其权利的情况、以及另一国的权利主张或某一特定法律情况（即承认或抗议）中关于可以反对或不可以反对该国家的单方面行为的声明。它也将包括为了使该单方面行为产生法律效果而是否需要被针对者予以接受或随后以行动表示予以接受的问题。

199. 也有人认为，考虑到全体会议上发表的意见，特别报告员应于适当时候研讨不容反悔问题和缄默问题，以期确定能否在国家的单方面行为范围内就此一问题拟订一些规则。

200. 关于特别报告员的未来工作，工作组建议委员会要求特别报告员在编写其第二次报告时根据工作组目前报告中所载述的考虑因素提交一些条款草案，阐明单

方面行为的定义和条款草案的范围。他也可以进一步着手审查本专题,重点研究涉及国家的单方面行为〔声明〕的表述和效力条件方面,¹²⁵ 其中除了别的外,包括关于有资格在国际一级代表国家作出单方面承诺的机关的问题和关于使国家意志的表示无效的可能依据的问题。

201. 委员会于6月8日第2543次会议上审议并核可了工作组的报告。

¹²⁵ 工作组也审议了本专题是否应该限于对国家的单方面行为的研究。有些成员赞成按照特别报告员在其第一次报告中所提议的那样,把本专题的范围限定于声明,另一些成员则认为,本专题的范围比声明广泛,应该包含按照单方面行为的一般标志所作的关于国家意志的另一些单方面表示。

第七章

国家责任

A. 导言

202. 委员会 1949 年第一届会议选定国家责任为其认为适合编纂的一个专题。大会 1953 年 12 月 7 日第 799 (VIII) 号决议要求委员会一俟认为时机成熟,即着手编纂有关国家责任的国际法原则。因此,委员会 1955 年第七届会议决定开始对国家责任进行研究,并指定加西亚·阿马多先生担任该专题特别报告员。自 1956 年至 1961 年,特别报告员连续向委员会的六届会议提出六份报告,全面论述对外国人人身及其财产造成损害的责任问题。¹²⁶

203. 委员会 1962 年第十四届会议设立了一个小组委员会,其任务是编写一份初步报告,载列有关今后研究工作范围和方法的建议。¹²⁷

204. 委员会 1963 年第十五届会议一致核可小组委员会的报告,并指定罗伯特·阿戈先生担任该专题特别报告员。

205. 委员会自 1969 年第二十一届会议至 1979 年第三十一届会议收到特别报告员的八份报告。¹²⁸

¹²⁶ 《1996 年国际法委员会年鉴》,第二卷,第 229 页。

¹²⁷ 同上,第 229 页起。

¹²⁸ 特别报告员的八份报告见:《1969 年国际法委员会年鉴》,第二卷,A/CN.4/217 和 Add.1 号文件,第 125 页至 156 页;《1970 年国际法委员会年鉴》第二卷,A/CN.4/233 号文件,第 177 页至 198 页;《1971 年国际法委员会年鉴》,第二卷(第一部分),A/CN.4/246 和 Adds.1-3 号文件,第 99 页,《1972 年国际法委员会年鉴》,第二卷,A/CN.4/246 和 Add.1 号文件,第 71 页;《1976 年国际法委员会年鉴》,第二卷(第一部分),A/CN.4/291 和 Add.1 和 2 号文件,第 3 页至 55 页;《1977 年国际法年鉴》,第二卷(第一部分),A/CN.4/302 和 Add.1-3 号文件;《1978 年年国际法委员会年鉴》,第二卷(第一部分),A/CN.4/318 和 Add.1-4 号文件及 1980 年 A/CN.4/318 和 Add.5-7 号文件。

206. 委员会 1975 年第二十七届会议通过了关于“国家责任”专题条款草案的大纲,设想条款草案的结构如下:第一部分涉及国际责任的起源;第二部分涉及国家责任的内容、形式和程度;委员会可能决定列入的第三部分涉及争端的解决和国际责任的履行。¹²⁹

207. 委员会 1980 年第三十二届会议一读时通过有关“国际责任的起源”的条款草案第一部分。¹³⁰

208. 由于阿戈先生当选为国际法院法官,委员会 1979 年第三十一届会议任命威廉·里普哈根先生担任该专题特别报告员。

209. 委员会自 1980 年第三十二届会议至 1986 年第三十八届会议收到威廉·里普哈根先生提交的七份报告,¹³¹内容涉及该主题的第二和第三部分。¹³²

210. 委员会 1987 年第三十九届会议任命加埃塔诺·阿兰焦-鲁伊斯先生担任

¹²⁹ 《1975 年国际法委员会年鉴》,第二卷,第 55 页至 59 页,A/10010/Rev.1 号文件,第 38 段至 51 段。

¹³⁰ 《1980 年国际法委员会年鉴》第二卷(第二部分),第 26 页至 63 页,A/35/10 号文件,第三章。

¹³¹ 特别报告员的七份报告见:《1980 年国际法委员会年鉴》第二卷(第一部分),第 1 页,A/CN.4/330 号文件;《1981 年国际法委员会年鉴》第二卷(第一部分),第 79 页,A/CN.4/334 号文件;《1982 年国际法委员会年鉴》第二卷(第一部分),第 22 页,A/CN.4/354 号文件;《1983 年国际法委员会年鉴》第二卷(第一部分),第 3 页,A/CN.4/366 和 Add.1 号文件;《1984 年国际法委员会年鉴》第二卷(第一部分),第 1 页,A/CN.4/380 号文件;《1985 年国际法委员会年鉴》第二卷(第一部分),第 3 页,A/CN.4/389 号文件;及《1986 年国际法委员会年鉴》第二卷(第一部分),第 107 页,A/CN.4/397 和 Add.1 号文件。

¹³² 委员会 1983 年第三十四届会议将第二部分第 1 至 6 条条款草案提交起草委员会审议。委员会 1985 年第三十七届会议决定将第二部分第 7 至 16 条条款草案提交起草委员会审议。委员会 1986 年第三十八届会议决定将第三部分第 1 至 5 条条款草案及其附件提交起草委员会审议。

特别报告员,接替任期于 1986 年 12 月 31 日届满的威廉·里普哈根先生。委员会自 1988 年第四十届会议至 1996 年第四十八届会议收到加埃塔诺·阿兰焦-鲁伊斯先生提交的八份报告。¹³³

211. 委员会第四十七届会议结束时暂时通过在下述条款草案,列入第二部分:第 1 至第 5 条¹³⁴和第 6 条(停止不法行为)、第 6 之二条(赔偿)、第 7 条(恢复原状)、第 8 条(补偿)、第 10 条(满足)、第 10 之二条(保证不重复)、¹³⁵第 11 条(受害国的反措施)、第 13 条(相称)和第 14 条(禁止采取的反措施)。¹³⁶委员会

¹³³ 特别报告的八份报告见:《1986 年国际法委员会年鉴》,第二卷(第一部分),第 6 页,A/CN.4/416 和 Add.1 号文件;《1990 年国际法委员会年鉴》,第二卷(第一部分),A/CN.4/425 和 Add.1 号文件;《1991 年国际法委员会年鉴》,第二卷(第一部分),A/CN.4/440 和 Add.1 号文件;A/CN.4/444 和 Add.1-3 号文件;A/CN.4/453 和 Add.1 和 Corr.1-3 和 A.2-3 号文件;A/CN.4/461 和 Add.1-2 号文件;A/CN.4/469 和 Corr.1(英文本)和 Add.1-2 号文件;A/CN.4/476 和 Corr.1(英文本)和 Add.1 号文件。委员会 1989 年第四十一届会议将条款草案第二部分第二章第 6 和 7 条(国际不法行为造成的法律后果)提交起草委员会审议。委员会 1990 年第四十二届会议将第二部分第 8、9、10 条条款草案提交起草委员会审议。委员会 1992 年第四十四届会议将第 11 至第 14 条和第 5(之二)条条款草案提交起草委员会,以备列入条款草案第二部分。委员会 1993 年第四十五届会议将第三部分第 1 至第 6 条款草案及所附附件提交起草委员会审议。委员会 1995 年第四十七届会议将条款草案第一部分第 15 至 20 条,和准备列入草案第三部分的新的第 7 条提交起草委员会审议。第 15 条至第 20 条涉及根据条款草案第一部分第 19 条定为罪行的国际不法行为的法律后果。

¹³⁴ 附有评注的第 1 至第 5 条(第 1 款)案文,见《1985 年国际法委员会年鉴》,第二卷(第二部分),第 24 页起。

¹³⁵ 附有评注的第 5 条第 2 款和第 6、(之二)、第 7、8、第 10 和第 10(之二)条款案文,《大会正式记录,第四十八届会议,补编第 10 号》(A/49/10),第 132 页起。

¹³⁶ 第 11、第 13 和第 14 条款案文,见《大会正式记录,第四十九届会议,补编第 10 号》(A/48/10),脚注 362。委员会通过第 11 条时达成一项谅解,即可能要根据最后通过的第 12 条款案文重行审议第 11 条(见同上,第 352 段)。

还收到起草委员会第 12 条案文（与采取反措施有关的条件），并推迟就该条案文采取行动。¹³⁷委员会第四十七届会议还暂行通过下列条款草案，列入第三部分：第 1 条（谈判）、第 2 条（斡旋与调停）、第 3 条（调解）、第 4 条（调解委员会的任务）、第 5 条（仲裁）、第 6 条（仲裁法庭的职权范围）、第 7 条（仲裁裁决的效力）和附件第 1 条（调解委员会会）和第 2 条（仲裁法庭）。

212. 在委员会第四十八届会议上，阿兰焦-鲁伊斯先生宣布辞去特别报告员一职。委员会结束了关于国家责任的条款草案第二和第三部分的一读工作，决定根据其《章程》第 16 条和第 21 条，经由秘书长将委员会一读暂时通过的条款草案¹³⁸转递各国政府征求评论意见，并要求在 1998 年 1 月 1 日之前将这些评论意见提交秘书长。

213. 委员会第四十九届会议设立了国家责任问题工作小组，处理有关该专题二读的事项。¹³⁹委员会还任命詹姆斯·克劳福德先生担任特别报告员。

214. 大会第五十二届会议建议，考虑到各国政府以书面或在大会辩论中以口头表达的评论意见，国际法委员会应继续进行关于其目前方案各个专题的工作，包括国家责任的专题。大会还回顾，委员会就其 1996 年第四十八届会议一读通过的国家责任条款草案征求各国政府意见十分重要。

B. 本届会议对专题的审议

215. 委员会本届会议面前有各国政府对委员会一读暂时通过的条款草案案文所提出的评论和意见。¹⁴⁰委员会面前还有特别报告员詹姆斯·克劳福德先生提出的第

¹³⁷ 见同上，第 352 段。

¹³⁸ 委员会第四十八届会议工作报告《大会正式记录，第五十一届会议，补编第 10 号》(A/51/10)，第 125 至 151 页。附有评注的第 42 条第 3 款和第 47、第 48 和第 51 至第 53 条见同上，第 152 页起。

¹³⁹ 委员会根据工作组建议通过的二读审议该专题的指导方针《大会正式记录，第五十一届会议，补编第 10 号》(A/51/10)，第 161 段。

¹⁴⁰ A/CN.4/488 和 Add.1 至 3。

一次报告。¹⁴¹该报告讨论了与草案有关的一般问题、“罪行”和“不法行为的责任”之间的分别和草案第一部分第 1 条至第 15 条的内容。委员会在 1998 年 5 月 19 日至 29 日、6 月 11 日和 7 月 31 日至 8 月 7 日举行的第 2532 次至第 2540 次、第 2546 次至第 2547 次和第 2553 次至 2558 次会议上审议了该报告。

216. 委员会设立了工作组,¹⁴² 协助特别报告员在二读条款草案时审议各项问题。

217. 6 月 11 日委员会第 2547 次会议决定将第 1 条至第 4 条草案送交起草委员会。8 月 4 日,委员会第 2555 次会议也决定将第 5 条至第 8 条草案和第 10 条草案送交起草委员会。8 月 7 日,委员会第 2558 次会议还决定将第 9 条草案和第 11 条至第 15 之二条的草案送交起草委员会。

218. 8 月 13 日,委员会第 2562 次会议注意到起草委员会关于第 1 条、第 3 条、第 4 条、第 5 条、第 7 条、第 8 条、第 8 之二条、第 9 条、第 10 条、第 15 条、第 15 之二条和 A 条的报告。委员会还注意到删除了第 2 条、第 6 条和 11 条至第 14 条。

1. 特别报告员介绍条款草案的若干一般性问题

219. 特别报告员称赞各位前任特别报告员就一项棘手问题所进行的工作,并感谢委员会交给他二读草案的任务。

(a) 区分国家责任的“主要”和“次要”规则

220. 报告员报告第一部分简要回顾了委员会关于国家责任的工作,论述了若干一般性问题,其中之一涉及区分国家责任的“主要”和“次要”规则。该区分构成了自 1963 年以来委员会关于这个专题的工作基础,对完成任务至关重要。次要规则旨在制定在发生不法行为时实施主要规则的框架。这是一种有系统的划分,尽管在

¹⁴¹ A/CN.4/490 和 Add.1 、 Add.2 、 Add.2/Rev.1(法文本)和 Add.2/Corr.1(阿拉伯文)、中文、英文、俄文和西班牙文本)和 Add.3 、 Add.4 、 Add.4/Corr.1 、 Add.5 和 Add.6 。

¹⁴² 工作组的组成见上文第 8 段。

具体情况下有时很难区分,而且一些条款草案,如第 27 条可能稍为偏离了这种区分。他建议继续保持 1963 年确定的委员会目标,即制定在国家责任范围内实施国际法主要实体法规的一般性框架;审议特定条款时铭记这种区分将有助于避免冗长的一般性辩论;可能应列入一项条款,尽管这样做似乎是(至少部分是)制定一项主要规则;只有在审议全部条款草案之后,才可能评估委员会是否定出了一种有系统的区分办法。

(b) 条款草案的范围

221. 第二个一般性问题是条款草案目前的范围是否足够广泛。在提到从各国政府收到的评论时,特别报告员指出可能需要进一步讨论三个事项:(a) 赔偿,特别是利息的支付;(b) 目前第 40 条第 3 款述及的对所有国家的义务;(c) 国家联合行动引起的责任。

(c) 列入有关反措施和解决争端的详细条款

222. 另一方面,特别报告员注意到一些政府对第二部分和第三部分分别列入有关反措施和解决争端的详细条款表示关切,还注意到委员会将按照审议这个专题的时间表在稍后阶段审议这些问题。

(d) 条款草案与其他国际法规则的关系

223. 第三个一般性问题涉及条款草案与其他国际法规则的关系。特别报告员注意到,一些政府认为条款草案未完全反映出其剩余性质,因此建议将第 37 条(特别法)变为一般原则。该建议似乎恰当可取,但不能适用于强制原则。他建议委员会根据下述假定讨论条款草案:如果其他国际法规则,如具体条约制度,规定自己的责任框架,则通常以该框架为准。

(e) 条款草案最后的形式

224. 最后一个一般性问题涉及条款草案最后的形式。委员会在结束对该问题的审议之后,才对有关该问题的建议作出一般性决定,尽管在某些问题诸如保留意见和国籍继承等问题在较早阶段就已作出决定。国家责任条款草案在设计上是一套既非公约也非宣言的中立条款。虽然与第二部分中反措施有关的解决争端问题可以不与

条款草案的形式问题一起审议,他认识到委员会在审议第三部分的解决争端条款(可列入公约但不可列入宣言)时,需要表明对该问题的立场。特别报告员还认识到,即使委员会选择采取公约的形式,解决争端条款的问题可留待日后的外交会议处理。一些政府对现有条款草案实质内容感到关切,这显然使其倾向于主张条款草案采取非公约的形式。委员会只有在根据后来的事态发展审查条款草案的实质内容、就关键问题作出决定及努力拟订普遍可接受的文本之后,才能够客观地处理条款草案的形式问题。特别报告员注意到有一个政府建议采取国际法其他领域已使用过的双重办法,即先通过一项原则声明,然后制定一项较详细的公约草案,但他担心反对公约形式的政府不会接受这一办法。他建议本届会议推迟审议该问题,因为这既耗费时间又分散注意力,使委员会无法集中辩论条款草案的实质性内容。

2. 一般性问题辩论摘要

225. 委员会基于下述两个理由就特别报告员提出的一般性问题进行了简短辩论:(a)委员会应在本届会议上集中讨论国家罪行问题和第一部分所载的条款;及(b)在有关这个专题的现阶段工作中,这些问题大都无法得到解决。

(a) 区分国家责任的“主要”和“次要”规则

226. 有人认为,在区分主要和次要规则方面尽管有各种不完善之处,但这一区分极大地推动了委员会的工作,使其无需继续就诸如是否存在损害或道德因素作为承担责任的条件等问题进行繁琐的理论性辩论。委员会决定不讨论不法行为所违犯的“主要”规则的具体内容时,并未打算无视各类主要规则之间的区别以及违反这些规则造成的各种后果。

(b) 条款草案的范围

227. 关于条款草案的范围,有人认为必须通过下述方式在草案前两部分之间实现平衡:删除第一部分过于详细的部分,特别是有关属性的“消极”条款和第三章中关于各项不同主要规则间的区别的某些内容,同时填补第一部分中关于国家联合行动(连带责任)等重要问题中的空白,加强第二部分中某些相当粗略的内容的份量,这些内容忽视计算利息等主要技术问题,而且过于笼统,无法满足国家的需要。有人建

议在审议草案第一部分时,应仔细区分国家实践予以确定和未予确定的条款,以避免删除已作为一些国际判决或仲裁裁决基础的条款。另一方面,有人建议委员会就条款草案的一般范围进行辩论,包括解决争端问题和关键的罪行问题,同时考虑到那些就专题提出评论意见的政府的观点,提出各种备选方法,请各国政府作出回应。

228. 关于条款草案的标题,有人认为“国际法规定的国家责任”在法律上更为精确,并强调国家责任中的国际法要素。

(c) 列入有关反措施和解决争端的详细条款

229. 普遍同意须在有关这个专题工作的稍后阶段详细审议这些问题。

(d) 条款草案与其他国际法规则的关系

230. 考虑到国际法院在《加布奇科沃-大毛罗斯》¹⁴³案中作出的裁定,认为必须明确委员会即将制定的条款草案和《维也纳条约法公约》条款之间的关系。还有人认为,将第二部分第37条中的特别法规定延伸到条款草案第一部分的设想并非看上去那么简单,因为特别法必须规定不同的规则,才能适用特别制度。

(e) 条款草案的最终形式

231. 关于条款的最终形式,一些成员赞同特别报告员的建议,即在本届会议上开始审议第一部分,推迟到下届会议才对所建议的草案形式作出决定。有人认为,委员会应避免就条款草案的形式问题进行辩论,因为这种程序性辩论可能掩盖实质性分歧,委员会不能损失宝贵的时间,它需要这些时间来处理国家责任这个广泛专题,而且它无论如何也不可能提前解决这个问题。他们指出在《维也纳条约法公约》方面就类似问题进行的审议,因此认为委员会在本届会议上对条款草案的最终形式作出决定的时机尚未成熟,尤其是鉴于各国政府提出的意见不多而且缺乏明确的指导意义。

232. 然而,其他一些成员不完全赞同这些观点。有些人虽认识到委员会通常是

¹⁴³ 《国际法院判例汇编(1997年),加布奇科沃-大毛罗斯项目(匈牙利/斯洛伐克)案》,第3页。

在完成了对草案的审议后再提出关于草案形式的建议,但他们认为委员会现在应已达到这个阶段;没有理由认为委员会在一两年后会更具备审议这个问题的条件;条款草案的形式导致若干问题未列入条款草案或在条款草案内未得到充分发展是主张委员会立即关心这个事项而不是解决争端规定的一个根本原因。有人建议不应推迟对草案的最终形式作出决定,因为文书的结构和内容要依形式而定。此外,鉴于一些国家政府对在近期内通过一项关于这个专题的公约的可能性表示怀疑,权宜之计是采取折衷解决办法,制订一项国际法规定的国家责任准则,内容近似公约,但在其约束力范围方面与大会宣言相似。

233. 有人认为,拟定一项条约并非至关重要,因为文书的积极作用来自其内容,而不是其形式。此外,就法律的适用范围而言,条约形式有一些缺点,因为一国是否为条约缔约国、条约条款的严格程度以及各国可能提出的保留决定法律的适用范围。尽管在委员会开始关于这个专题的工作时编写一项公约似乎是最合理的行动,但后来的经验表明,鉴于在批准公约方面的拖延有可能产生某些相反的解释,其他备选办法可能同样可行,因此可以考虑拟订一项由大会通过,不具有约束力但具有权威性的文件。

234. 有一些人支持考虑连续拟订两项文书,可能先采取宣言形式,然后采取公约形式。他们指出,外层空间法领域采用类似做法。他们建议,这两项文书可采用一般性宣言的形式,规定国家责任法的基本原则,并为国家实践提供更详尽的指导准则,以满足各国的需要。一方面,有人建议,第一份文件可提出国家责任领域的指导原则,包括条款草案第一部分的内容以及第二部分若干已获国家实践中接受的观点,第二份条约或非条约文书则可更详尽,可载有逐步发展的内容,力图解决国家责任的各个方面。

235. 另一方面,有人表示担心这种双轨并行的做法并不能确保通过第二份具有约束力的文书,除非这两份文书间有明确的联系,并担心这可能再进一步拖延工作。

3. 特别报告员关于一般性问题辩论的总结意见

236. 在对其报告第一部分进行审议后,特别报告员指出条款草案中没有普遍定义条款,尽管许多条文不着形迹地间接界定了一些用语,包括国家责任一词的定义。

特别报告员报告第二章谈到了用语问题。虽然“责任”一词在草案和理论上已根深蒂固,不能再改变,但他仍认为不妨在评注中对该词作出解释。

237. 他还认真地考虑了以何种方式展示评注中的丰富资料的问题。一种可能的解决办法是编写两级评注,第一级是一般性的和解释性的部分,第二级是较详细的部分。有人如实地指出第一部分同第二部分之间的鲜明对比,明显地见诸评注。

238. 委员会应请各国政府在整个工作过程中提出其关于所有问题的意见,并认真地考虑这些意见。关于草案的最终形式,考虑到至今收到的有限而分歧的观点,委员会大可决定采取宣言形式,而不是公约形式。然而,在考虑到各国政府的观点的同时,委员会还必须尽量以协商一致方式就应采取何种行动方针作出自己的结论。委员会应把这个结论作为一种初步意见提交第六委员会细心地听取第六委员会的反应。

239. 特别报告员不反对所建议的关于可能以一项宣言和一项公约的形式先后拟订两项文书的做法,但他认为须进一步澄清这种作法。这样做似乎需要对较重要的和较不重要的条款草案进行某种区分,在本届会议上没有必要进行这种区分。委员会可请第六委员会对这种备选方法表示意见,并当然会按照无论是委员会本身讨论产生的还是第六委员会产生的协商一致意见行事。但委员会不必在本届会议上作出决定。此外,从条款草案的形式以及就这些条款进行的细致工作来看,在现阶段首先拟订详尽的案文,如果有必要再根据案文概括地列举一些基本原则,这比再回到基本问题和泛泛地讨论各种原则更容易一些。后一种做法有造成进一步拖延的危险,并似乎有可能把已进行的工作搁置一旁。

240. 在本届会议期间,特别报告员希望委员会将一并审议第一部分的一般性原则(第1至第4条)和关于归责问题的详尽条款(第5至第15条),因为第5至第15条也提出一些重要原则问题。目前需要充实这个专题的实质内容,了解的是,在下届会议上他将建议一种程序来处理应采取何种形式的问题。

4. 特别报告员介绍“刑事”责任同“不法行为”责任之间的区别

(a) 条款草案中如何看待国家罪行

241. 第19条第1款指出,义务的主题与确定违背或不法行为无关。这一定论可

从第 1 条明显看出。第 19 条第 4 款界定国际不法行为为不属于罪行的任何其他国际不法行为。因此,其结果取决于第 2 款和第 3 款。

242. 第 19 条第 2 款给国际罪行下的定义是:一国所违背的国际义务对于保护国际社会的根本利益至关紧要,以致整个国际社会公认违背该项义务是一种罪行时,其因而产生的国际不法行为构成国际罪行。《维也纳条约法公约》第 53 条开此类迂回定义之先。仅是迂回并不对第 19 条造成极严重的影响。但正如委员会试图澄清第 3 款时所指出的,第 2 款的确有问题。

243. 第 19 条第 3 款存在缺陷的原因如下:未能给罪行下定义;措辞含糊使人无从了解何为罪行;只具说明性(“可由……产生”);不全面(“除了别的以外”);对罪行的概念附加许多限制,规定应根据第 2 款实施第 3 款,并以现行国际法规则为基础(本来就是唯一可作为其实施的基础);列举的一些例证,由于这些限制,根本不是例证;与第 2 款矛盾,提出违背行为严重性的新标准。实质上,第 3 款只不过是事后将某些违背行为定为“严重”违背行为的办法。

244. 委员会力图证明其决定列入第 19 条有其道理:在第 40 条脚注中称,使用“罪行”一词是为了与第 19 条保持一致,并指出可使用“具有严重性质的国际不法行为”等其他措辞,以避免“罪行”一词的刑事涵义。由此可见,本条款草案中显然不是在普通意义上而是在某种特殊意义上使用“罪行”一词。给不法行为下的定义是除罪行之外的所有其他行为,给罪行下的定义是不法行为以外的某种特殊行为——即使正确,也无济于事。

245. 各法律制度确定罪行时,一般都通过明确的程序将行为和行为人定为罪行和罪犯,同时将称为犯罪的特别后果归于罪行和罪犯。本条款草案完全未能规定明确的程序并将特别后果归于罪行。

(b) 各国政府对国家罪行的评论

246. 各国政府对国家罪行的评论表明对草案不同程度的满意或不满意:一些政府激烈反对罪行的概念,认为它能够破坏整个条款草案;其他政府却认为,可以采取一些办法反映国际法从性质上对某些违背行为的区分,而不必使用“罪行”一词;还有一些政府虽然支持此种区分,但认为目前的条款草案不令人满意,因为未能在所涉程

序问题或罪行后果方面作出适当区分。

(c) 关于国家刑事责任的现有国际法规

247. 虽然本条款草案内的许多条款已成为国际法的一部分,国际性法院和法庭在作出司法裁判时及有关文献均提到它们,但第 19 条却从未包括在内。与其他条款草案相比,实际上未见任何援用第 19 条的事例。第 19 条在法学家中间曾引起非常激烈的争辩,他们和各国未就如何对待该条取得一致意见。因此,委员会应就第 19 条进行全面辩论;自 1976 年将该条列入条款草案后,20 多年来从未再予审议。

248. 在两次世界大战之间的期间内,曾尝试实施《凡尔赛和约》中的战争罪条款(这是国际社会最接近于认定国家可负刑事责任的努力),但未成功;其后,一些在评注中进行分析的学者曾试图对国家的国际罪行制定有意义的概念。《纽伦堡宪章》与上述有限的传统理论相反,规定应惩罚个人,而不将那场战争中的大国当作罪犯处理。此外,纽伦堡法庭确认,触犯国际法的罪行是由人而不是抽象的实体实施的,惟有惩罚实施此种罪行的个人才能执行国际法的规定。

249. 1976 年以前,一些文献就罪行问题进行了相当多的讨论,但战后期间没有司法当局或公认的惯例支持此种区分。最初,1945 年后事态发展的特征是倒退。许多年来,其他在国际一级对个人进行的国际刑事审判都没有依循纽伦堡先例,而是在注重司法合作和延伸国家管辖权的体制下淡化可由国内法庭审判个人的某些罪行。

《防止及惩治灭绝种族罪公约》的确设想可在国际一级审判实施灭绝种族罪的个人,但在其关于国家责任的第九条中却未曾设想国家罪行或国家的刑事责任。此外,对在当时极有可能被认定为国家罪行的侵略罪下定义的尝试,及安全理事会的有关惯例均未支持国家罪行的概念。第 19 条的评注间接表示,1976 年没有主要的实践支持罪行概念。该评注提出三项司法裁判作为罪行的论证:二项裁判涉及针对无论如何不是罪行的行为的反措施,巴塞罗那电车公司案¹⁴⁴中的附带意见则涉及普遍义务,而非涉及罪行。重要的是,国际法院力图将普遍义务纳入一般国际法框架,例如在东帝

¹⁴⁴ 《国际法院判例汇编(1970 年),巴塞罗那电车、电灯及电力有限公司案(比利时诉西班牙),判决》,第 3 页。

汶案¹⁴⁵和波斯尼亚案¹⁴⁶中;国际法院未将此种义务视为创造一类与其他法律无关的独特义务。特别报告员认为,这是适宜的战略。普遍义务的概念不支持区分罪行和不法行为,特别是因为许多违背普遍义务的行为不是第 19 条界定的罪行。

250. 自 1976 年以来,在学术文献中针对第 19 条进行了许多辩论,但学术文献为次要来源,本身不构成国际法,特别是辩论未达成任何协商一致意见。主要来源,即条约、裁判和国家实践自 1976 年以来同样未支持国家罪行概念。裁判表明,处罚性赔偿这项罪行制度的起码要件并不是一般国际法的部分内容。最近,前南斯拉夫问题国际法庭的上诉分庭就一传票问题(检察官诉布拉斯基奇¹⁴⁷)作出裁判,认为根据现行国际法,国家不能成为象国家刑事司法制度所规定的那种刑事制裁的对象。虽然安全理事会制定了审判和惩罚实施国际法罪行的个人的程序,但从未针对国家使用第 19 条所述的“国际罪行”一词;甚至极不愿意针对明显非法使用武力事件使用“侵略”一词;在谴责可能视为罪行的国家行为方面,安全理事会的做法极不一致。

(d) 国家的国际刑事责任与某些同类概念之间的关系

251. 特别报告员认为,已实际制定的国家罪行条款妨碍进行更重要的工作,即在国际法各级公认的实体法规范(包括普遍义务和不可减损的强制法规范)中更有系统地确定各类义务的后果。委员会应设法确保在条款草案中严格规定上述各类规范的后果。

(e) 处理国家的国际罪行的可能办法

252. 特别报告员提请注意其第一次报告第 76 段中提出的 5 个处理国家的国际罪行的可能办法,即(a)本条款草案内载的办法;(b)以“极为严重的不法行为”概念取代;(c)在本条款草案内制订整套国家刑事责任制度;(d)不接受国家刑事责任概念;和(e)

¹⁴⁵ 《国际法院判例汇编(1995 年),东帝汶案(葡萄牙诉澳大利亚),判决》第 90 页。

¹⁴⁶ 《国际法院判例汇编(1996 年),防止及惩治灭绝种族罪公约的适用(波斯尼亚 - 黑塞哥维那诉南斯拉夫)(初步反对意见)》,第 595 页。

¹⁴⁷ 《检察官诉布拉斯基奇(就克罗地亚共和国请求复核 1997 年 7 月 18 日第二审判分庭的裁判所作出的判决)》,第 1T-95-14-AR108 之二号案件。

将此概念排除在本条款草案之外,而不影响(一)本条款草案的一般范围和(二)以后在另一案文中进一步制订“国家罪行”概念的可能性。

253. 委员会在审议这些办法时,应铭记国际社会和委员会的受到的限制。前者实际地排除了建立罪行制度的可能性,因为这一制度在某些重要方面限制了《联合国宪章》现行条款。至于后者,委员会的优先是在本五年期间完成对专题的审议。

254. 特别报告员提请注意一个重要的问题,即在使用“罪行”一词时,委员会是否打算表达特殊不法行为的一般内涵。这种不法行为招致整个国际社会同声谴责,在行为性质上异于其它形式的不法行为,可造成特殊后果,并需根据特别程序予以处理。尽管国际制度和国家制度有许多区别,但不应完全排除与国内法的相类之处,“罪行”一词不应用于异乎寻常的意义。应强调,每当国际案文使用“罪行”一词时(经常使用,尽管极少针对国家),该词都具有一般的刑事内涵。

255. 关于委员会面临的选择,第一个备选办法是维持现状,保留本条款草案内有关罪行的规定。但这些规定并未建立独特和适当的罪行制度:第一部分在处理如归责、同谋或过错(诈欺或过失)等有关国际责任起源的问题时未对“罪行”和“不法行为”加以区分;第二部分在不承认或不协助维持罪行造成的非法局面方面,对罪行或不法行为的后果稍加区分,但这些义务未严格局限于罪行;第三部分未规定任何具体的程序处理罪行,尽管在其他法律制度中存在此类程序和刑事责任的一项特征是对正当程序的要求。本条款草案对罪行的后果轻描淡写,也倾向于使不法行为显得微不足道。

256. 第一读所通过的第40条脚注中简述了第二个备选办法,即以特别严重的不法行为概念取代国际罪行概念。对此备选办法可能有两种解释,但都有问题。第一,该备选办法可能相当于以另一个名称重新采用罪行概念。委员会应依其原意使用“罪行”一词。第二,该备选办法可涵盖更广泛的严重的不法行为,但没有提出单独一类规范。但说明只有某些规范才会引起违背义务问题将会贬低其他的国际法。

257. 第三个备选办法是通过承认国家罪行的存在并将其作为需要谴责、特殊对待、特别程序和特别结果的真正罪行加以对待的方式来规定国家责任是刑事责任。这需要对本草案进行重大修改,充分明确罪行定义,规定共同调查制度,制定确定国家罪责的程序、制裁制度及最后解除有罪国家罪责的制度。

258. 第四个备选办法是完全排除国家罪行的可能性,因为现行国际体制未能接受这一概念,并通过两个特设国际法庭和今后可能设立的国际刑事法院起诉和惩罚犯罪的个人。

259. 第五个备选办法是将国家的刑事责任问题与涉及本条款草案处理的一般义务法规的问题分开,同时承认可能存在罪行,因而有必要制定国际社会对其做出反应时所可依循的适当程序。这个办法应符合几乎所有区别对待刑事责任的法律制度,并有助于制订正当程序国际标准所需要的特别程序。

5. 关于“刑事”责任同“不法行为”责任之间的区别的辩论摘要

260. 特别报告员提出了一份全面而深刻的报告,透彻分析了关于国家罪行的各种问题和选择,促成了富于启发,富于成果的辩论,因此受到赞扬。

(a) 各国政府关于国家罪行的评论

261. 普遍同意在进行第二读审议本条款草案时,应考虑各国政府的意见。在这方面,一些成员强调需要考虑多国政府对国家罪行概念所持的反对意见,因为这可能影响到这项专题的工作的成败。不过,另一些成员不愿从少数几个国家提出的不同意见中得出任何结论,认为这不一定代表国际社会的意见。

(b) 关于国家刑事责任的现有国际法

262. 对于现有国际法在多大程度上为国家罪行这一概念提供基础,意见很分歧。

(一) 国际法院的判例

263. 国际法院的判例被引用来证明,国家罪行构成国际法整体内容的一部分,而且这一概念正得到越来越多的国家的接受。在这方面,一些成员提及关于适用《防止及惩治灭绝种族罪公约》案(波斯尼亚-黑塞哥维那诉南斯拉夫)¹⁴⁸中的陈述和初步裁判内容,认为这些都表明:《公约》第一条承认灭绝种族罪应为国际法中的一项

¹⁴⁸ 见上文注 146。

罪行并不意味它只涉及国家人员所实行的罪行;第四条中关于“统治者”或“公务员”实行灭绝种族行为的规定并不排除一个国家对其机关行为所承担的责任;第九条也不排除任何形式的国家责任,包括刑事责任。

264. 与此相反,另一些成员则认为,这一案件在法庭/或各方的陈述中都没有表示,《灭绝种族罪公约》在刑法意义上提到国家的刑事责任。此外,起草资料明确表示,公约第九条没有提及国家的刑事责任。所以,在灭绝种族罪方面,国家责任制度所起的作用或多或少类似一般责任制度所起的作用,尤其是在确定国家责任以赔偿受害人所受损害方面。

265. 另还有人提到关于承认普遍义务的巴塞罗那电车公司案¹⁴⁹判决和国际法院其他有关的判决,认为这是一个演化进程的一部分,奠定了国家罪行这一概念的基础。第 19 条代表国际法从一个不完善的初期法律制度发展到成为一个成熟的法律制度;从仅仅力求为受损害一方提供补偿的双边主义转变为一个可以对违反共同价值采取共同反应的多边主义制度;从对国际法规定的罪行负个人刑事责任发展到国家的责任这一演变过程中的一个主要阶段。这一演变过程的目的是在国际责任制度基础上,发展和巩固国际公共秩序这一概念,以维护整个国际大家庭的利益。

266. 与此相反,国际法院对巴塞罗那电车公司案¹⁵⁰的判决有人认为是关于普遍义务的范畴,而非国家的刑事责任。接受强制法普遍义务时,即默认可能须对整个国际社会,而非仅仅在双边基础上负有国际义务。承认共同利益可以被看作是承认任何罪行概念,或违反强制法或普遍义务概念的一个必要先决条件,但并不能说这需要创造国家罪行概念。

(二) 条约法

267. 有一种意见认为,根据《联合国宪章》和国际惯例,条约法把侵略、灭绝种族罪、战争罪、危害和平罪、危害人类罪、种族隔离和种族歧视作为特别严重的不法行为。随着国际法,尤其是国际判例的演化,各国正逐渐承认国家的此类不法行为

¹⁴⁹ 见上文注 144。

¹⁵⁰ 见上文 144。

属于特定一类不法行为。

(二) 国际组织

268. 有人认为,各国际机构经常提及受到特别严重不法行为,或所谓“罪行”威胁的国际社会根本利益。

(四) 侵略定义

269. 针对国家罪行并不存在或无法界定这一看法,有人提请注意大会 1974 年 12 月 14 日第 3314(XXIX)号决议通过的侵略定义。不过,另一些成员并不认为该项决议构成承认国家负有刑事责任或构成刑法上的国家侵略罪的定义。这些成员认为,无论如何,这是一项漏洞百出的定义。

(五) 安全理事会的制裁

270. 对于安全理事会近年来越来越经常实施的制裁是刑事处罚,还是为恢复国际和平与安全而采取的措施,各国意见不一。一些成员认为,《联合国宪章》第七章授权安全理事会代表整个国际社会对一个威胁或破坏和平或实行侵略行为的国家采取集体预防和强制措施,包括动用武力,从而彻底地打破责任法中的传统双边关系及其传统的统一性。安全理事会根据《联合国宪章》对会员国采取其认为有必要的措施的权力完全是以责任关系为基础,因为安全理事会只是在一个国家违反了国际法中特别重要的规范时才有权采取行动。在一个国家严重违背国际义务,给国际和平与安全带来威胁时,安全理事会有权采取预防措施或使用武力。指出的是,安全理事会同意轰炸伊拉克即为刑事处罚而非民事制裁的例证。

271. 与此相反,另一些成员认为,对于特别严重的不法行为,其内容及其后果的国际责任必须同《宪章》赋予安全理事会恢复或维持国际和平与安全的权力区分开来。安全理事会不是在国家责任的意义上采取行动,不加以制裁或加以惩罚。当面对一个威胁国际和平与安全的局势时,安全理事会可以采取适当的军事或非军事措施来处理局势。这些措施可能与一个没有实施不法行为的国家的利益相抵触,也可能影响到一个实行了被认为违反国际法的行为的国家。根据《宪章》第七章实施的联合国制裁以及战争赔偿和所谓的“惩罚性损害赔偿”都具有特殊措施,同刑事责

任没有关系。

(六) 文献

272. 对于从学者们在有关本专题的文献中已表达的各种意见中得出的结论,意见各不相同。

(七) 关于国家实践的结论

273. 一些成员得出结论认为,国家罪行这一概念在有关国家责任的国际法中并未确立。法律中也没有为各类违背国际义务的行为作出质量上的区别的根据。迄今为止,与个人刑事责任原则不同,国家实践中没有为国家国际罪行这一概念提供基础。个人刑事责任原则已经在纽伦堡法庭、东京法庭、前南斯拉夫和卢旺达问题法庭上得到确定,见诸许多国际法律文书,并将在未来的国际刑事法院中执行。没有任何国家实践支持国家罪行这一概念,这同自从第二次世界大战以来有关个人责任的积极发展正好相反。第 19 条确定的区别在国际判例中未见采用。从来没有一个作为法人的国家曾以被告的身份出现在刑事诉讼之中,这同国家领导人的情况正好相反。

274. 另一些成员认为,今天普遍承认,在国际法中存在着对于保护整个国际社会的基本利益十分必要的规则,而且这些规则常常遭到违背。含有暴力并受到世界舆论谴责的罪行在国际级别上出现,视这为严重的不法行为并不切实、妥当或准确。缺少法律判决并不意味着罪行不存在,而是意味着缺少拥有审理这些罪行的管辖权的机构。罪行和强制法的概念确实存在,但在实际上几乎从未运用过,主要是因为很少有规则具有这些特点,而且严重的违法行为也不多见。但是不常发生并不意味着可忽略这种情事,因为国际法的未来就取决于这些概念以及寄望于一个以加强团结为基础的社会。即使假设目前的实际情况倾向于赞同认为国际法不承认国家罪行的意见,但这也不意味着委员会没有必要或是不应该就此作出任何努力。

(c) 国家的国际刑事责任与某些同类概念之间的关系

(一) 国际法规定的个人刑事责任

275. 对于国家是否能同个人一样实施国际法规定的罪行并为此负责的问题,看

法不一。一些成员认为,国家作为法人,或是仅仅一个抽象概念,不能是罪行的直接行为。国家通过其由自然人组成的机构行事。计划和执行国家重大罪行的个人,包括国家领导人必须负刑事责任。这些成员提到纽伦堡法庭判决书,指出违反国际法的罪行是由个人实施的,而非抽象实体。个人刑事责任原则甚至适用于国家元首或政府首脑,因此可以审判在最高级别计划和实施罪行的人,不需要确定国家罪行这一概念,而这一需要将因为成立国际刑事法院而进一步削弱。更值得发展个人国际刑事责任的概念。这一领域已出现重大发展。个人的国际刑事责任没有为“国家罪行”提供任何基础。以个人刑事责任同国家罪行责任相比拟是不明智的,而且也会造成误解。

276. 另一些成员认为,某些国际罪行可以是个人和国家所共同实行的,以纽伦堡方式为基础的传统看法过于狭隘。个人的行为可以导致其所代表的国家的刑事责任。在这类情况中,国家本身必须以某种形式承担责任,例如惩罚性损害赔偿或影响到国家尊严的措施。第 19 条列举的罪行是国家政策上的结果,而非个人行为所造成者,因此仅仅对个人加以惩罚不合乎逻辑。当然,对个人和对国家的刑事制裁不会一样。鉴于纽伦堡审判以来个人刑事责任的进一步发展。拒绝承认国家本身对同样类型的罪行承担特别严重的责任是不符合事态发展的。这种演变合乎逻辑,也符合人意,因为它的方向是保障人类的最高价值:国际和平及正义。

277. 一些成员认为,应继续明确区分国家责任和个人刑事责任。这种看法认为,国家犯罪时,政府官员负有刑事责任;但这并不意味着国家本身负有刑事责任。布拉斯基奇案说明了这一点。

(二) 国际法的强制规范(强制法)

278. 对于国际法的强制规范(强制法)同国家刑事责任之间的关系,看法不一。一些成员认为,这两个概念密切相关,如同《维也纳条约法公约》第 53 条的强制法定义同本草案第 19 条第 2 款的国家罪行定义之间的相同性质所表明。不过,这不意味着违反强制法必然导致国际罪行,或违反强制法的后果必然与国际罪行的后果相同。委员会在一读时没有充分注意这些问题,现在应予认真处理。另一些成员同意,委员会应审议本条款草案是否适当处理了强制规范,却不同意这些规范同国家刑事责任

之间有任何联系。他们认为,国家刑事责任是不存在的。有人建议,委员会应在极为严重的不法行为方面,而非国家罪行方面考虑强制法概念。

(三) 普遍义务

279. 对于本条款草案中是否应进一步发展普遍义务,看法不一。一些成员认为,违反普遍义务所造成的法律后果有着重大的不同,而本条款草案没有充分处理这个问题。改善草案的建议包括:提供一个适当分级的责任制度,处理普遍义务;根据区分和权衡轻重的制度确定违背这些义务的法律后果。在考虑这些后果时,一些成员还强调应铭记,虽然所有强制法规范在定义上都是普遍规范,但并非一切普遍规范都一定是国际社会的当务之急,或对国际社会具有重大意义。

280. 另一些成员对于在本草案中优先重视或是进一步发展普遍义务的后果表示关注。这些义务只是作为三种类型规则的一种,三者所涉范围一个比一个小:普遍义务、强制法规范、国际罪行。普遍适用的原则也被看作是主要涉及某一特定案件中国家的权益和地位(出庭权)。这可能在任何国家的权益方面引起下列这些问题:(a)采取行动保护共同的公共利益或集体利益,但这有可能造成法律行动的繁衍,使得国家更加不愿接受国际法院的管辖权;(b)在司法场合之外,例如在国际论坛上为争取共同或集体利益而主张法律权益;(c)针对它们所认为的一个或多个行为国采取单方面或共同反措施;(d)在没有司法控制的情况下,自封为国际社会的警察;及(e)在没有遭到任何物质损害的情况下要求获得赔偿。

281. 一些成员强调,在审议国际不法行为的后果时,有必要仔细分析普遍义务、强制法规范和极为严重的不法行为或国家罪行之间的关系。有人建议,应审查目前的条款草案,以确定是否需要重新安排或重新拟定,尤其是在不法行为的属性、解除不法行为的情况、受害国的确定、其他国家的权利和义务、赔偿的手段、自助机制的运作、争端的解决以及一般责任制度和特殊制度之间的关系等方面。

282. 一些成员承认国家罪行概念同强制法和普遍义务概念之间确有关系,但也认为,国家罪行概念应在本条款草案中加以阐述,因为它并不等同于其他概念,也不应减损其重要性,以其他概念予以取代或将其贬为其他概念的一种。

(d) 处理国家国际罪行的可能办法

(一) 初步问题

a. “客观”责任概念

283. 有人支持以“客观”责任概念为整个草案的根本基础,使之成为基础扎实的草案。有人认为,委员会采取了真正的革命性步骤,使国家责任脱离以造成损失为前提的传统双边办法,选择以违反规则为依据的客观办法,使国家责任更接近于现代国内法中的公共秩序制度。有人建议,现在委员会必须采取余下的,也是最重要的第二步,将概念上的突破付诸实施,处理违反国际法,构成对整个国际社会的犯罪的行为。有人将客观责任概念表述为确认国际合法性概念的存在,各国必须尊重国际法,即使在不尊重国际法时并不损害他国的具体利益,即使其违法行为并不对另一个国际法主体造成直接损害。简言之,立基于法律的国际社会是存在的。有人进一步说,责任的“客观性”就国际罪行而言最明显,因为正是在这一范围,整个国际社会的一般利益和“客观”利益都必须得到保护。有人认为,将损害增列为不法行为的要件,或者提及某种形式的过失或诈欺,即犯罪意图,都不会使国际关系更加明晰或稳定,因为这种概念是主观性的。

b. 国家责任的民法性质或刑法性质

284. 对于国家责任法的性质及其对国家罪行问题的影响,意见很分歧。有些成员认为,国家罪行概念不符合国家责任的民法性质。其他成员认为,国家责任法规范平等主权国家之间的关系,它既不是刑事的,也不是民事的,而是国际性的和独特的。还有一些成员表示,国家责任法可能会进一步朝着分开民事责任和刑事责任的方向发展。

c. 按国内法类推

285. 关于按国内法类推对国家刑事责任问题的影响,存在各种不同的看法。一些成员认为,按国内法类推以确定国家刑事责任概念可能是有用的,并提请注意一些法律制度已形成法人刑事责任的概念及刑事程序的国际标准。这并不是说委员会应从依国内法预设的犯罪概念出发,也不是说国内法的每个方面都可以适用于国际一

级。另一些成员认为,国内法不为“国家罪行”提供任何依据,国家可以犯罪的想法应当放弃,以避免同只适用于个人而无法纳入国际法的国内法概念相混淆。

d. 《联合国宪章》第七章和其他特别制度的适切性

286. 对于本条款草案同《联合国宪章》第七章等特别制度的关系问题,有各种不同的看法。有人担心,安全理事会对其职权范围内事项的责任会受到侵害。针对这种看法,有人认为,国家行为刑事化不会损害安全理事会的作用,因为谁也没有提议改变安理会对维持国际和平与安全的主要责任。安全理事会处理这类罪行的政治方面,国家责任制度则处理其法律和司法方面。此外,安全理事会在处理这种情况时的做法并不一贯,安理会常任理事国往往通过使用否决权阻止国际社会对涉及实施国际罪行的国家采取有效行动。

287. 但有人认为,必须认识到,现行国际法为处理第 19 条所列的违法行为提供了比较全面的特别制度,如处理侵略的《联合国宪章》第七章、联合国人权制度和环境条约网络。因此,委员会应采取审慎做法,以确保未来具有法律后果的制度对受具体制度规范的违反集体义务行为只起剩余或补充作用。还有人认为,在国际社会采取行动制止侵略、灭绝种族和战争罪等令人发指的罪行方面,国家责任制度不应起主要作用;联合国安全理事会是《防止及惩治灭绝种族罪公约》第八条和《联合国宪章》第七章授权采取行动的政治机构;这一制度的缺陷只能由联合国本身来弥补,不应由国家责任制度来弥补。鉴于《联合国宪章》就维持国际和平与安全所作的规定以及目前安全理事会根据《宪章》第七章采取的有力行动,国家罪行概念的必要性和作用已减弱。

(二) 本条款草案所含的办法

a. 第 19 条的国家罪行定义

288. 第 19 条对国家罪行的定义,一方面被视为费解,迂回,缺少刑法所必需的准确性,无助于起诉任何个人或国家,而且不确定,因为它取决于其后国际社会的承认。另一方面,有人说,所有定义必然较为难懂、武断和不完整;第 19 条所载的定义并不比《维也纳条约法》第五十三条所载的“国际法强制规律”(绝对法)不准确、不完

整;第 19 条事实上可能较为清楚和明确,因为它用实例来说明概念。还有人指出,第 19 条先提供犯罪的一般标准,然后列举最明显的罪行,这种立法技术并不完美,但并非没有先例。有人提请注意特别报告员所建议的不同办法(第一次报告第 48 段),即通过提出罪行的独特程序性事件或其后果来界定罪行,并将不法行为定义为违反义务,对此只能补偿或恢复原状,不能处以罚金或其他制裁。

289. 至于第 19 条第 2 款,有人表示担心,如要求整个国际社会承认,就需要各国作出一致决定,而要做到这一点却极为困难甚至不可能,或者需要国际社会主要组成部分达成协议,而这一点并未说明。有人建议将该款修正如下:“一国所违背的国际义务对于保护整个国际社会的根本利益至关重要,由此引起的国际不法行为有明确的法律后果。”

290. 有人认为,存在这类不法行为这一点应在第 2 款中保持,但第 3 款应完全删除。第 3 款中对严重性(“严重违背”)的额外要求被认为没有道理,因为第 2 款所列的罪行必然具有严重性。有人批评第 19 条第 3 款只是列举了含糊不清的罪行概念,与第 2 款相矛盾。对此,有人指出,《危害人类和平及安全治罪法》草案只是列举了这些罪行,没有作出具体定义。

291. 关于第 3 款(a)项,有些成员认为,侵略已被确认为国家罪行;侵略是极为严重地违反国际法的行为,只能由国家而不能由自然人所实施;因此,本条款草案必须处理这种极为严重地违反国际法的行为问题。相反,另一些成员则认为,侵略不应用作国家罪行的主要例子,因为鉴于安全理事会根据《宪章》所起的作用,侵略无法在本条款草案中加以界定;《治罪法》草案没有对侵略作出定义,因为界定这一概念极为困难;大会有关决议是政治文件,不是法律文书;侵略是一些个人代表国家并利用国家资源实施的罪行;国家从未因侵略受到审判,但一国的领导人却因侵略受到审判,纽伦堡审判即为一例。

292. 关于第 4 款,有人建议,应依据违法行为的严重程度区分国际罪行和国际不法行为,以避免将违反国际关税税则的行为同侵略和灭绝种族等同起来。另一方面,一些成员认为,用与刑法领域有关的“罪行”和“不法行为”等措词来表述不相关的现象是不妥的。国内法中“罪行”和“不法行为”等词的含义被认为不适合于国际领域,因为一国的责任既非民事的,也非刑事的,而是国际的。有人对“不法行为”

一词也表示怀疑。特别报告员指出,如不重新说明罪行概念,“不法行为”一词就不应在第 19 条中采用。

b. 第一部分对国家罪行的处理

293. 有人认为,第一部分各条款(第 19 条除外)只为处理“不法行为”的目的而起草,因为没有更好的办法才适用于“罪行”。委员会从未认为第一部分的某些条款不能重新拟订,例如与解除不法行为的情况有关的条款。“主要规则”对于保护整个国际社会的根本利益极为重要,与违反“主要规则”有关的“次要规则”的具体特点问题必须整个草案中提出来。在第一部分中,某些条款草案不能直接适用于违背多边义务的行为,更不能直接适用于违背普遍义务的行为,这一类义务比第 19 条第 2 款提及的义务范围大得多,因为依其是否具有强制规范的性质而定,各种普遍规则存在“质的”差别。但是,第一部分所载各条规则的“技术”性质引起了一个问题,即在普遍规则这一类别中,根据其“内容”的“质的”差别而加以区别是否仍有必要?或在何种情况下有此必要?

294. 有人还认为,委员会在一般责任制度的框架内拟订了草案的第一部分,以避免使各种不同的制度支离破碎;委员会没有认真地为两项制度奠定基础,以充分反映国家罪行概念;委员会应重新考虑第一部分的各项规定,以便使草案的各部分更好地协调,在这方面提到特别报告员第一次报告第 83 段和脚注 111。

295. 有人还认为,第 1 条和第 19 条的基本原理是相同的,应加以合并审议,对第 19 条作出的任何改动必然会对其前面各条造成影响。

c. 受害国概念

296. 一般都同意,委员会应进一步考虑第 40 条所载的受害国定义,特别是就下列方面而言:普遍义务、强制法,以至国家罪行或特别严重的不法行为。一般还同意,这些概念不属于共同范围,应单独审议,以避免混淆。

297. 有人认为,第 40 条第 3 款体现集体可对侵犯集体利益的行为作出强烈反应的权益,将每个国家都定为“受害国”,允许它们对“罪行”作出各种反应,包括采取反措施的权利,这就使得滥用权利的危险特别严重。当国家成为不法行为受害国时,根据其离该不法行为的“远近”而允许不同的国家采取不同程度的反应,这并不侵

犯集体对违背集体义务的行为作出强烈反应的权益。第 40 条可以重新起草,按照《维也纳条约法公约》第 60 条的做法,将不法行为的受害国分成三类,这是解决问题的重要一步。

d. 国家罪行的后果

298. 一些委员认为,本条款草案所载的轻微的、不适当的和令人费解的各种后果与国家罪行的概念并不相称,本条款草案没有规定任何刑事处罚、惩罚性赔偿、罚金或其他制裁措施。如果扩大恢复原状的适用范围,以致可能损害不法行为国的政治独立,但却拒绝更严重的惩罚性赔偿的想法,这是无意义的做法。不给予援助的义务被视为微不足道得可笑,合作的义务在实践中也没有效用。认为不予以承认和不给予援助和帮助的义务只适用于被定为罪行的不法行为是不正确的。

299. 相反,有人认为,委员会未能界定所谓的“罪行”制度的原因不能只归因于违背对保护国际社会的根本利益极为重要的义务所引起的问题的复杂性,更不能归因于在国际生活中没有这种违背行为;主要原因是委员会采取的做法前后不一致,在处理完“普通”违背行为,即违法行为之后,一读期间没有充分注意“罪行”问题。同样,有人说,在一读期间,委员会先以不加区别的方式处理了罪行和不法行为的后果,然后才处理罪行的实际后果,因而造成拟订的条款不令人满意。有人建议,在对草案进行二读期间,委员会应逐条进行审议,决定每一行为是否为第 19 条所指的罪行,以确定委员会将拟订的次要规则制度是否和在什么程度上可予适用。

300. 一些成员认为,在二读期间,委员会应系统地分罪行的后果和不法行为的后果,而不应停止审议罪行的后果。即使只是为了赔偿的目的也必须作出质的区别,因为金钱补偿不适用于灭绝种族等严重罪行。有人建议,本条款草案应平衡地区分两类责任,就违反没有写入第 51 条至第 53 条的对维护整个国际社会利益至关重要的准则的行为另外单独制定一个制度,填补其他一些空白,包括违反行为问题由谁提出来,由何种机制来确定是否存在严重违反行为,如何和由谁来规定相应的惩罚。还有人建议,委员会应设法分别拟订罪行的后果,同时考虑到程序方面和使犯罪国获得正当程序的保障,这些内容可单列一章,可以是任择性质,使国际社会有最大范围的选择。有人还说,有些后果本来应该是罪行的后果,但已列作一般不法行为的后果,例如关于反措施的规定。此外,委员会忽视了犯罪概念的下列基本后果:(a)惩罚性损害赔偿

偿,第 45 条第 2 款表明在国际法中存在这种处罚;以及(b)对于作为政府官员以国家的名义实施严重的行为并经该国家交由国际刑事法庭审判的个人,不给予国家豁免。

301. 关于第 53 条,有人建议,委员会应拟订并补充在草案第 53 条中载列的国际罪行的相当有限但并非可以忽略的后果,使之更为有力和令人信服。有人说,第 53 条(a)项反映了罪行后果和不法行为后果的根本差别,与其他违反行为的受害者不同,在发生罪行时,所有国家,包括直接受害国,有义务不承认不法行为所造成的状况为合法。有人问,是否有人会反对不应承认由国际罪行所造成的状况为合法的义务或不应向实施国际罪行后希望维持以这种方式造成的状况的国家提供援助的义务。虽然不反对不承认所谓的国家罪行所造成的后果,有人却对相反的影响表示担忧,例如为进行自卫而合法使用武力所获取的领土。在诸如灭绝种族等案件中,不承认罪行所造成的状况为合法的义务显然也是不够的。此外,有人认为,不承认的义务和在消除罪行后果方面给予合作的义务都反映了国际社会成员团结精神的不断加强以及根据国际公共秩序概念作为集体采取行动的一种尝试,这种尝试是国家间团结义务方面的正面发展。有人指出,建立在团结基础上的集体概念正在逐渐发展壮大,在拟订规范国家间关系的法律规定时必须加以考虑。

(三) 以“特别严重的不法行为”概念取代

302. 一些成员支持以“特别严重的不法行为”概念取代国家罪行概念的建议。他们认为,这更符合国家责任的国际或特殊性质,可避免国内法类推和刑法含意造成的混乱,使专题的审议复杂化。其他成员认为,“国家罪行”的概念没有内在的刑事含意;一个措辞具有在特定法律体系中赋予它的意义;用语不是重要的问题;“国家罪行”一词可由另一词取代,只要保留第 19 条 2 款中的基本思想。有人建议,用“违反对整个国际社会至关重要的规则”或甚至用违反强制法规则替代“罪行”。还有一些委员认为,“国家罪行”一词已具有某种意义并获得一定程度的接受;改变代表该概念的用语可能减损其重要性;国家罪行的概念应等同于国内法罪行的概念;国内法一般附加于罪行的严重后果也应见诸国家罪行。

303. 多名代表就委员会如何继续采用这一办法提出了意见和建议。有人认为,从责任专题中删除特别严重的不法行为这一类别将是建立更公正、更公平国际秩序

进程中不可接受的倒退;委员会应继续审议特别严重的不法行为这一特殊类别,并尽可能明确用于确定此类行为的标准和适用于这些行为的责任规范;第 19 条第 2 款阐述的特别严重的不法行为的基本观点考虑到必须保护整个国际社会的更高利益,这一观点应予以保留,但不将国际责任定为刑事责任。

304. 还有人认为,委员会不能忽视为维护国际社会根本利益的国际法规则制定适当制度,处理违反规则的法律后果的必要性;委员会应制定分清责任的制度,包括处理严重违反对共同利益的根本义务的适当国家责任制度,其中应纳入两个要素:普遍义务和各国间不得立约免受其限制的强制法规范;第 19 条第 2 款可作为良好的起点,制定表示对国际社会负有国际义务而不是表示罪行的新概念。

305. 有人指出,事实上存在须视违反主要规则而定的不同程度的责任。这些责任涉及不同级别的责任而不只是罪行和不法行为,因此应更深入地分析,以在编纂有关规范时确定不同的后果。根据违反哪一种规则来确定不同程度的责任而非处理罪行问题将取得更令人满意的结果,因为后者阻碍而不是促进在要求法律严谨性的领域取得进展。有人认为,必须区分国家在违背各种国际义务时实施的不法行为的严重程度,尤其是必须确定各种不法行为造成的法律后果。还有人认为,必须考虑义务在程度上差异,包括适用于各法律主体之间关系的义务和涉及国际社会根本利益的义务,因为这会引起不同的法律后果。虽然在法律主体之间关系的范围内都是由受害国采取行动,而且损害和因果关系与要求补偿或赔偿一样都是责任制度的组成部分,但在违反根本规范或更高层次规范时,采取行动的是国际社会已造成直接损害不属于要件之一,而且惩罚是违反行为的后果。还有人指出,较切实的办法是承认违反行为有各级不同的严重程度,从违反双边义务的轻微行为到性质极为严重的违反对所有国家的义务的重大违反行为。特别报告员指出,如果对罪行和不法行为采取严格的二分法,以致限制了关于本专题的工作,这将会于事无补,特别是因为同一行为对不同的人或实体可构成不法行为或罪行。

(四) 在本条款草案中制定国家刑事责任的整套制度

306. 一些成员赞成在草案中发展国家罪行的概念;没看出这样做有什么问题,因为一读已经以存在国家罪行为基础;认为委员会目前任务规定的范围不局限于国家责任某些方面,因此可以确定国家罪行概念的内容并制定有关制度;但认为不必为特

别报告员提出这一办法时所设想的所有五项要素拟定案文。主张国家刑事责任制度应包含五项要素是以“罪行”概念这一先入为主之见为基础的。该主张错误地假定国际法中的这个制度必须与国内法的各个方面相同,未考虑到国际社会与国内社会之间的区别,未认识到措辞具有其所属法律制度赋予的意义。有人认为,委员会无意按国内法形式对国家行为追究刑事责任,关于国家责任的条款草案,严格地讲,不包括任何刑事内容。有人说,企求一个包括这些要素的国家责任制度是在空想。

307. 其他成员由于支持第 302 至 305 段或第 317 至 318 段讨论的办法,所以不支持这一办法。

a. 国家罪行的准确定义(法无明文不为罪)

308. 有人认为,制定国家罪行的准确定义是一项艰巨的任务。有人建议,制定国家罪行概念的一般定义即可,不必确定构成罪行的要件。

b. 调查和确定国家罪行的适当程序和体制

309. 一些成员认为,委员会应审议客观确定国家罪行的适当程序和体制。有人认为,必须制定特别程序或整套规则,以便满足国际社会对某种保护机制的合理要求,因为在国际一级尚没有将刑事责任归于国家或确保遵守任何刑法的立法、司法或警察机关。还有人认为,必须制定适当的体制以便客观地确定何时实施了犯罪或不法行为,不应将此问题交由受害国主观确定,以避免出现强国滥用国家罪行概念压迫弱国的危险。

310. 另一些成员认为,在国际社会当前发展阶段设想这种程序或体制是不现实的,因为不具备下列条件:确定刑事责任和认定罪责的中央权威;确定一国是否实施犯罪的权威性程序;公认有权就罪行的存在和必要的法律反应作出决定的机制;有权针对国家执行刑事管辖和确定惩罚的机制;适于针对国家罪行执行刑事司法的机关。有人认为,刑事司法假定业已存在有权裁定是否发生罪行并确定罪责的司法制度,但鉴于平等者之间不存在统治权的基本原理,上述各种程序和机制并不存在,将罪行的刑事概念移植到国际法领域决非易事。有人指出,前任特别报告员考虑设立一个独立的主管机关,赋予其将行为定为罪或非罪的任务,但委员会拒绝接受这一处理国家罪行指控的复杂制度,认为拟议的办法不可行,有违《联合国宪章》,超出了委员会的

任务规定。

311. 有人指出,由于国际社会基本上仍然是一个权力分散,以相互关系为特点的体制,而且只有国家才有权确保根据各自的利益遵守法律,因此各国应有责任采取必要步骤,在法治至上的国际社会中依法将应负责任的国家绳之以法。

c. 适当的程序保证(正当程序)

312. 有人认为,如果保留国家罪行概念,就必须在关于义务的一般法规的草案中包括涉及下列内容的若干程序规定:可能建立的检察机关、控诉制度、辩护和证据规则、逮捕、保释和释放,以及具有认定罪责和有关判刑事项的强制权力的国际司法机构。这将导致混乱的结果。还有人认为,尽管必须考虑到国家罪行概念的程序问题,但不可能保证正当法律程序将获实施。

d. 适当制裁

313. 有人认为,补偿一类的民事责任不足以赔偿如灭绝种族等严重违背行为所造成的损害,惩罚性损害赔偿是所有司法赔偿系统的组成部分。有人建议,在排除在惩罚问题上将国家视为犯罪国的可能性之前,委员会有必要认真考虑国家实践,包括安全理事会针对诸如曾实行种族隔离制度的南非、伊拉克和阿拉伯利比亚民众国所采取的措施。

314. 还有人认为,不能将安全理事会作为维持世界和平与安全的政治机构所实行的制裁与司法机构判处的刑罚相提并论。正如前南斯拉夫问题法庭和美洲人权法院的最新判决所指出,按照定义,国家不能成为象国内刑事司法制度所规定的那种刑事制裁的对象。有人认为,补偿性损害赔偿和惩戒性或惩罚性损害赔偿源于不法行为和关于义务的一般法规,刑罚则源于罪行;将行为称为罪行毫无意义,除非是对其实施必要的刑事制裁;某些国际不法行为比较严重,但不一定构成罪行;严重的国际不法行为可以通过反映行为的严重性质的损害赔偿予以补偿。

315. 一些成员还表示关切的是,试图针对国家犯下的罪行惩罚该国家而不惩罚应对罪行负责的国家领导人实际上可导致集体惩罚。有人认为,惩罚非民主国家等于处罚无辜的人民,迫使几代人对可能与他们毫不相干的行为承担罪责。但另一些成员认为,设想对国家采取处罚性措施是可以接受的。有人建议,应更关注遭受另一

国违反国际法的后果而且无法控制或影响该另一国领导人的国家的人民。还有人指出,事实上整个国家的人民都受到安全理事会通过的措施的惩罚。

e. 恢复

316. 有人认为,有关避免指称国家犯刑事罪行的第五项要素忽视了当今现实情况。还有人认为,不能将国家罪行的概念纳入关于国家责任的草案,因为由继承国继承其先前国被定为犯罪的行为是不公平的。

(五) 不接受国家刑事责任的概念的问题

317. 一些委员认为,鉴于在本草案上文(d)(二)分节提出的理由,国家罪行的概念没有必要也不可行。他们认为,国家罪行的概念本身就有缺陷;没有法律价值;在原则上站不住脚;与大多数国际法的发展不符;对委员会的工作无关紧要;在第 19 条中未予以充分阐述,而且试图这样做将极大地推迟关于该专题的工作;不会被接受,也不会确保正当程序,因为没有可裁定国家是否犯罪的司法或准司法体制,国际社会也未愿意予以接受;将加重国家间的争端,因为它们将轻易指称对方是犯罪国。

318. 相形之下,另一些成员赞成保留国家罪行的概念,原因如下:在影响整个国际社会而且单凭补偿无法解决的特别严重的违反行为方面,国家罪行的概念并不新,可追溯到 19 世纪初的情况;“不法行为”和“罪行”这两个词已成为公众认识、整个国际法和国家责任的一部分;国家罪行的概念是国际法的演化进程和国际社会发展的一部分,普遍义务、强制法和国际团结等相关概念已证实这一点;国家罪行的概念发挥重要的威慑功能,应通过在本条款草案中处理这一概念予以加强;事实上,国家经常犯罪,而一些国家目前受到的对待实际上是将它们作为犯罪国处理;删除国家罪行的概念将是个倒退,无视国际法的重要发展,对该专题和国际关系中的法治有害无益。

(六) 本条款草案中不包括这一概念

319. 有一些人支持保留国家罪行的概念,并将它作为以后分别加以处理的专题,从而可使委员会能顾及国际法今后的发展。有人说有三个原因使得委员会不能把本条款草案变为有关“国家“刑事”责任”和国家不法行为责任的综合性立法:第一,正如同第 3 条(不作为或疏忽的责任)、第 10 条(越权行为的责任)、第 27 条(无意识

或犯意的共谋的责任)以及第 29 条(同意作为解除不法性的情况)诸条所显示的,本条款草案实质上与“民事”责任有关;第二,本条款草案并没有载列刑事司法制度的必要构成部分,或载列刑法的主要原则;第三,本条款草案没有恰当处理好国家罪行的概念。因此,最好在目前这个五年期完成有关一般责任的法规,并要求获得新的任务权限以着手编纂严格意义上的国家刑事责任法规。一些成员则质疑是否有必要为这项工作要求新的任务授权。与此相反,其他一些成员认为删除第 19 条不妨碍今后审议国家罪行的概念,并认为无论将这一概念作为国家责任的要素还是以其他方式,都不应鼓励对其进行审议。

320. 如果委员会决定删除国家罪行的概念,大家对载列一项保留条款及其可能包含的内容意见很分歧。有人建议本草案应包括这样一条保留条款,其中清楚地表明委员会确认国家罪行的存在而且不排斥第 19 条,即采取与 1996 年通过的《危害人类和平及安全治罪法》草案第 4 条相同的做法。另外有人建议,最好应表明删除第 19 条并不影响今后可能在现有的条款草案以外,作为委员会的一个单独专题,通过国家实践或通过国际组织的实践来发展国家罪行的概念。但是,也有人说,如果根本理由是避免作出相反的结论,那么,删除第 19 条并不影响在某些其他场合可能使用罪行概念的情况。这种决定不能建立在以下基础上,即委员会只是处理关于义务的一般法规,而大多数法律制度均将此与罪行分开处理。

321. 其他成员根据上文特别是第 318 段所述的理由,反对从条款草案中删除有关区分不法行为和罪行的概念。

6. 特别报告员关于就“刑事责任”和“不法行为”责任的区别所进行的辩论的结论

322. 特别报告员指出,本条款草案对多边义务这个广泛领域的处理从所有角度看几乎都不令人满意。委员会一致认为国家责任的专题不应仅局限于双边责任。然而,委员会 1976 年编写第 19 条的原意并未实现。当时,委员会特意没有针对国际罪行采取“最低共同标准”的办法,但事实上,后来却采取了这种办法。支持应从根本上区别第 19 条第 2 款所载之国际罪行和国际不法行为的人也不否认已经偏离了原有意旨。

323. 在二读审议本条款草案时,委员会遇到了对第 19 条的意见不一致的严重问

题。在现阶段,通过表决解决问题的做法缺乏建设性,而且各种立场都有广泛支持。成员们之间显然意见不一致,表明意向的表决不仅非常不合时宜,而且也解决不了问题。特别报告员理解对继续采取折衷的解决办法所表达的关切,但在委员会这种审议机构中,这也是无法避免的。委员会可采取建议性的折衷解决办法,并以此作为各国进一步讨论的基础。委员会就国际刑事法院通过的折衷解决办法表明了这一点。

324. 对这一专题进行的大量辩论显示了第 19 条引起问题的复杂性,以及第 2 款所提问题面对的现实。为了首先说明国家罪行概念的复杂性,特别报告员提出一些情况,同一项行为既可以被视为对一国实施的“罪行”,也可被视为对另一国实施的“不法行为”,因为这两个国家受其影响的程度有所不同。至于第 2 款,普遍同意存在着对国际社会的义务并应在本条款草案中适当予以反映。本草案从“最低共同标准”做法中继承了实际上把多边责任作为双边责任处理的缺点:第 40 条第 3 款就把所谓多边责任转变为一系列双边责任。这不仅在理论上,而且在实践中造成了一个非常严重的问题,即准许那些受到一般性损害的国家,但非有关的主要国家采取单方面做法。前任特别报告员在工作了三年之后,就因为这个问题而陷入困境,这也是促使他辞职的一个因素。如果个别国家可单独获准代表国际社会的利益行事而不受任何形式的管制,因而出现的严重程序性困难,无论是委员会还是工作组都将束手无策。

325. 总之,特别报告员希望强调以下五点。第一,大家对国际罪行和国际不法行为的区别表示不满意,并对此提出了许多批评意见,其中包括“罪行”一词的刑法涵义模糊不清,以及不宜按国内法类推。委员会看来好象准备设想其他解决问题的办法,而不是在罪行和不法行为之间作出明确的区分。

326. 第二,大家一致同意强制法和普遍义务这两个公认的类别的意义,并认为第一类比第二类的范围要窄些。国际法院根据一些非常重要的准则,作出根本的区别,从而在《“巴塞罗那电车公司”案¹⁵¹》的判决中形成了普遍义务的观点。事实上,国际法院在其这项著名的意见中提出的实例正是目前被视为强制法的准则的实例。法院不认为普遍义务存在与否应取决于多边文书的存在,或者多边文书的规定必须普

¹⁵¹ 见上面注 144。

遍适用。可以肯定地说,关于国家责任的这两个现代概念都是法律逐渐发展的一部分,将对国家责任领域产生重要影响。

327. 第三,大家一致认为目前的条款草案,尤其是第 40 条,没有充分恰当地处理好上述基本概念,因此必须重新草拟这些条款。提出的另一个问题是,在普遍义务或强制法规范的领域内,是否应进一步区别较严重或较轻微的违法行为。就普遍义务而言,这一区别肯定是有意义的。至于强制法规范,这一区别是否有用却不甚明朗。任何规范都有一个极限问题;例如,某个进程必须达到多广的范围才构成灭绝种族罪或危害人类罪。但很难说国际法在这些类别中进一步区分了“严重”的危害人类罪或“严重”的灭绝种族罪同其他罪行之间的差异。第 19 条和 3 款就引起这方面的含糊不清。

328. 第四,大家一致认为本条款草案造成了执行上的严重困难,有必要作进一步探讨,例如解决争端的问题和直接受害国和其他国家之间的关系。在这方面,应强调指出,违反禁止灭绝种族或实行自决权等最基本的规范的行为的主要受害者通常都是人民大众,而非其他国家。针对人民大众或人类群组违反基本规范的行为不可避免地涉及代表索赔权这个严重问题,并加深了区别直接受害国和非直接受害国的问题。鉴于执行上的种种绝不可低估的困难,国家责任的一般制度在某种程度上是剩余性的。这一情况并不限于《宪章》明确作出了处理办法的公然侵略情势。实际上,就最基本的集体义务而言,国家责任规则可能不仅仅产生积极影响,而且甚至会产生负面影响,例如阻止一国或少数国家单方面采取强制措施。如果确认存在有共同利益,问题就在于确保实施的强制措施保存集体的特征,而这正是第 40 条的缺陷。因此,委员会应重新考虑这些问题,并顾及一些委员提出的关于应采取更具区别性的制度的建议,例如应将受害国权利方面的中止同作出赔偿区别开来。

329. 第五,在讨论中曾表达了各种不同意见的两派成员后来逐渐形成了一致的看法,即第 19 条没有构想一种独特的刑事类别,在国际法现阶段的发展中,刑事意义上的“国家罪行”尚未获得承认。双方都赞成委员会于 1976 年核准的建议,即在某种意义上说,国家责任是一个统一的领域,尽管其中也实际区分了与整个国际社会有关的义务和与一个或几个国家有关的义务。特别报告员仍然坚信今后国际制度会制订出真正的;适用于包括国家在内的实体的法人刑事责任制度。委员会大多数成员

都拒绝设想这一假定,并发言赞成采取双轨办法,即一方面通过特设法庭和国际刑事法院的机制并与各国法庭相互配合以发展个人刑事责任的概念,另一方面在国家责任的范畴内发展对违反整个国际社会关切的最重要的规范的行为负责任的概念。

330. 关于实际认定国家行为为犯罪行为的问题,有人认为这是个不切实际的计划,但特别报告员强调说这不只是一个归类的问题,如果委员会今后要重新讨论这个问题,就必须通过真正的程序确定实际的刑事后果。

7. 委员会对第 19 条草案作出的初步结论

331. 辩论结束后,考虑到特别报告员的评论,委员会指出条款草案内“罪行”和“不法行为”两词的用法问题尚无一致意见,认为须作进一步努力,寻求办法解决提出的实质性问题的。因此,委员会同意:(a) 在不妨碍任何委员会成员的意见的情况下,委员会将暂时搁置第 19 条草案的审议,开始审议第一部分其他方面;(b) 应考虑如下问题:在条款草案内系统地拟定一些关键概念,如义务(普遍义务)、强制性规范(强制法)及可能另成一类的极为严重地违背国际义务的行为,是否足以解决第 19 条引起的问题;(c) 这个问题首先将在为此专题设立的工作组内及在特别报告员第二次报告内审议;(d) 如无法通过这个进一步审议和辩论的过程达成一致,委员会将重新审议第一次报告内就第 19 条草案提出的问题,就问题作出决定。

8. 特别报告介绍第一部分第一至第 4 条草案

332. 特别报告指出,该报告讨论了与国家责任的条款草案有关的两项问题:与全部条款有关的用语问题和关于第一部分第一章第 1 至第 4 条规定的一般原则的建议。

(a) 对二读进程的一般意见

333. 委员会开始就二读国家责任的条款进行实质性讨论。必须为此提出两点意见。第一:由于条款草案必须以整体看待,委员会的惯例是,在通过所有条款草案以前,任何一条条款草案均应在委员会中二读通过。第二,委员会对第一部分条款草案尤其是第一章和第二章的审议不应影响对第 19 条可能做出的任何结论。如果国家的国际罪行按照本义获得通过,则第一部分所需做出的修改要比现阶段设想的更为广

泛。

(b) 用语问题

334. 特别报告员指出,条款草案没有载列有关定义的案文。草案只在需要时才界定用语。关于是否需要拟订定义条款的问题可在以后再行讨论。他还指出,条款草案中的用语曾受到质疑,因此提请委员会注意报告附表中所载若干关键用语在所有工作语文中的对应译法。

335. 虽然“国际不法行为”在五种联合国工作语文中有直接对应的用语,但该用语在俄文中与“国际非法行为”的意义更为接近。“国际不法行为”的用语在关于责任问题的一般性辩论中早已确定,因此应予保留。这一用语在俄文中的用法可能需要再行审议。

336. 他建议以“不法行为国”替代“实行国际不法行为的国家”,理由有二。第一,这种用法更为简洁。第二,动词使用过去时态表示不法行为已经完成,但条款草案也明确适用于继续进行中的不法行为。他指出,国际法委员会在《加布科沃——大毛罗什项目》案¹⁵²中就使用“不法行为国”的用语。

337. 还必须澄清“伤害”和“损害”这两个名词。条款草案提到“受害国”,而非伤害,而这一用语在第40条中已有定义,是指权利受侵犯的国家,即在最广泛意义下的伤害。在条款草案中没有任何地方指出“伤害”与“损害”相关:一个国家可能受到损害而没有受到伤害,或可能受到伤害而款受到损害。“损害”在条款草案中指实际受到的损失,因此草案区别对待经济上的实际损害和精神损害。泛指实际经济损害和精神损害的损害概念应与“伤害”一词,即侵害权利或法律上的侵权行为有所区分。第二部分中的其他用语问题可在适当时审议。

(c) 一般条款和保留条款

338. 条款草案内有三项保留条款,即第37、第38和第39条,但这三条条款均不属于第一部分。有人建议,这三条保留条款,尤其是第37条应普遍适用于整个条款草案。将第39条适用于整个条款草案也可能减轻该条所引起的一些困难。特别报告

¹⁵² 见上文注143。

员原则上同意这些建议,但提议在讨论第二部分的这些条款之前,暂不讨论一般条款和保留条款的问题。

(d) 第一部分第一章的标题

339. 特别报告员指出,起草委员会不妨考虑以“责任的根据”代替“国家责任的起源”作为第一部分的标题的建议,因为“起源”的用法有些不寻常,其意义超过单纯探讨责任问题的范围;它可能被理解为探讨较广泛的历史问题,如“法国革命的起源”一语的意思。

(e) 第 1 条

340. 本条旨在规定违背国际义务的一切国际不法行为,不论该行为是出于积极行动,还是出于不作为或不采取行动。过失或损害不是对国际不法行为承担责任的一般要件,损害或过失的问题是主要规则问题。如果对国际义务规定损害的一般要件,所有条约事实上将成为临时承诺,一国认为不对其他国家造成重大损害时即可置之不理。此外,侵犯如人权法等某些国际法领域通常并不对其他国家造成损害。

341. 有三项重要的条件与没有过失或损害的一般要件有关,这足以减轻国际对滥诉、受到无关国家的干扰等问题的合理关注。第一,国际法有规则规定损害是义务的要件;只是并非所有规则均为此种形式。第二,较不直接受害国或多个受害国的问题在第二部分中单独讨论。第三,损害并非与责任,如赔偿的数额和形式或反措施的对等程度等完全无关。

342. 虽然条款旨在处理国家责任的专题,但第一部分并不限于一国对他国的责任,而涉及了国家之外对其承担责任的实体的问题。不过,在理论或在判例法中都没有任何案例显示,国际法中关于国家对个人的责任的次级规则与其对其他国家的责任有何明显的不同要求。不过,国家的义务永远与一个或多个其他国家或个人的权利有关。这就排除了抽象责任,即脱离实际的责任的可能性。虽然第二部分的范围限于受害国的权利,但为了第一部分的目的,不妨“客观”地说明责任的涵义,以符合委员会长期以来采取的立场。

343. 因此,特别报告员建立通过第 1 条,不做任何更动,但以后将进一步审议该条与第 40 条规定的以及在第二部分中适用的“受害国”概念的关系。他还提出,与第

1 条有关的许多意见也都与第 3 条有关。

(f) 第 2 条

344. 本条是公认的真理,从未遭到任何异议。否认本条等于否认国家平等原则和整个国际法系统。此外,本条并未直接涉及国际责任问题,而是讨论具有这种责任的可能性。这是案文过于精细的例子,是条款草案的一个问题。他建议删除这一不必要的条款。

(g) 第 3 条

345. 第 3 条的重要性在于其结构及没有包括的内容。特别是,除(a)和(b)项内提到的一般条件之外,它未提及负担责任的任何其他一般条件。虽然英文“act”一字与法文的“fait”不同,通常不包含作为和不作为双重意义,但第 3 条明确指出“行为”具有作为和不作为两种含义。因此,在(a)项中列入“法律行为”或“法律上的行为”均非必要,因为目前的措辞已包括法律上行为,而且这点可能在评论中加以澄清。所以,第 3 条同样可以予以通过,不作任何改动。

(h) 第 4 条

346. 第 4 条的内容已一再获得从《阿拉巴马》仲裁案¹⁵³ 开始的国际法的确定。常设国际法院曾经多次指出,将行为定性为非法是国际法本身的功能,不取决于国内法的定性,也不因同一行为在国内法中被定性为合法而受影响。这并不表示国内法与行为被定性为非法行为无关;与此相反,它可能有多方面的影响。各国政府在评论中对本条没有任何批评,因此他建议通过本条,不作任何改动。

347. 最后,特别报告员建议委员会在辩论后应将第 1、第 2、第 3 和第 4 条送交起草委员会,建议起草委员会通过第 1、第 3 条和第 4 条,不作任何改动,并删除第 2 条。起草委员会不妨考虑调换这些条款的次序,将第 3 条置于第 1 条之前,并重拟第一部分的标题。

¹⁵³ Moore, 《国际仲裁》,第 1 卷,第 653 页。

9. 关于第一部分第1条至第4条草案的辩论摘要

(a) 用语问题

348. 由于“不法行为国”可能具有的含义,有些代表对使用这一用语的提案表示怀疑。同样地,“责任国”的用语也不完全令人满意。有人建议,法文本中或可使用“*État mis en cause*”的用语。

(b) 第一部分第一章的标题

349. 有人表示支持订正标题的提案。有人建议,在法文本中,“基础”一词应译为“*les fondements*”。

(c) 第1条

350. 有人支持保留第1条的内容,不作任何修改。

351. 有人对损害的概念提出三方面的反对意见,以支持特别报告员不另规定损害的要件的提案。首先规定损害的特定要件事后将对主要规则造成混淆,因为主要规则一般不载入这项规定,尤其在经济或物质损失方面。第二,根据第二次世界大战以来国际法的发展应采用“侵害权利”和受害国的广泛概念,以表明在没有证明具体损害的情况下也可能需要承担赔偿责任。第三,过分强调损害的概念可能影响道义损害的重要概念,尤其在人权领域。

352. 关于“过失”的规定,有人指出,在英文中,过失或“*culpa*”不一定包括诈欺(*dolus*)的要素,因此,“过失或诈欺”的用语在评论中可能是有用的。

353. 有人还指出,如果保留国家罪行责任的概念,则过失作为一项一般要件的问题就必须再行讨论,而且犯罪意图(*mens rea*)的问题也必须在国家责任的范围内加以讨论。

354. 特别报告员指出,第1条并未明确提到过失的概念,但这项概念却显示于法文本的用语中。在英文本中并没有这项问题因为“不法”并不必然具有“过失”的贬损含义。起草委员会不妨考虑是否可能使用“责任国”一词,这有双重好处,既避免了任何贬义,又使用内容更加精确。

(d) 第 2 条

355. 对于拟议删除此条有不同的看法。有人建议,评论应解释删除此条的理由,以避免任何误解。

356. 特别报告员建议,本条所依据的构想,即法律面前各国平等的重要概念可反映在条款草案的序言和评论内。

(e) 第 3 条

357. 有人表示,不仅如(a) 项所规定,由一项作为或不作为构成的行为必须根据国际法归于国际,(b) 项提到的违反国际义务的情况也必须根据国际法加以评价,但这项规定并未明确载列。因此,建议本条应改为:

“根据国际法一国的国际不法行为,在下列情况下发生:

(a) 由作为或不作为构成的行为可归于该国;

(b) 该行为构成对该国国际义务的违背。”

(f) 第 4 条

358. 有人指出,第二句并未明确指出国内法必须符合国际法的规定,因此本句应改用较中性的措辞,例如:“在这方面,国内法不能超越国际法。”

10. 特别报告员介绍第一部分第二章第 5 至第 8 条和第 10 条

(a) 导言

359. 特别报告员指出,第二章确定了按国际法将行为归于国家的条件。这一章中的条款,必须参照第 3 条来考虑,该条规定了国家责任的两个基本条件:(a) 可以归于国家的作为或不作为;和(b) 违背了该国的一项国际义务。第二章所处理的是其中第一个条件。

360. 虽然第二章中的条款草案都已经过透彻审查,但令人鼓舞的是,过去 20 年来,条款草案的基本结构和许多写法,都没有与国家实践或者司法裁判发生抵触。对条款草案提议作出的修改,多数只是为了澄清某些方面的问题,和处理某些新问题,而不是对实质内容作出任何根本性的修改。

361. 特别报告员建议,不妨首先集中审议关于归责的普通和一般条件的第 5、6、7、8 和 10 条,然后才审议处理某些特殊问题的第 9 条和第 11 至 15 条,包括新提议的第 15 之二条。

(b) 各国政府的评论

362. 各国政府对第 5 至 15 条提出了相当多实质性评论意见,报告对此作了充分讨论。

363. 若干国政府表示关切的是,归责的根据应当足够广泛,以确保各国不能依据其构成机关的正式定义来逃避责任,特别是鉴于近来有的趋势是把越来越多的公共职能交给私营部门,例如监狱设施的维持。在另一方面,迄今还没有任何一国政府认为应该把归责条件的范围缩小。

(c) 近期的国家实践

364. 自从第二章内的条款在 1970 年代获得通过以来,这个国际法领域又有了一些重要的决定和其他相关的实践做法。重要的是要确保任何重要的发展都得到充分反映。

(d) 用语

365. 特别报告员指出,国际法委员会选择了采用“归于”一词而不用“可归责于”。起草委员会不妨考虑使用“可归责于”,因为国际法院和其他法庭后来也采用这一词,反映“归于”一词也许未能得到接受。不过,特别报告员倾向于保留“归于”一词,认为它反映这是一个法律过程;与此相比,“可归责于”一词至少在英文中不必要地含有一种虚构的意味。

366. 特别报告员还建议将第二章的标题“国际法所指的‘国家行为’”改为“根据国际法将行为归于国家”,使它与第 3 条相符,并且避免引起某些国家法律制度所承认的“国家行为”这一不同概念。

(e) 归责概念背后的基本原则

367. 特别报告员提请注意归责概念背后的某些基本原则,即国家的有限责任、国家与非国家部门之间的区别、国家的统一性、特别法原则(国家通过缔结协定订

立指导相互关系的不同原则),及归责与违背义务之间具有根本重要性的区分。

(f) 第 5 条

368. 尽管有一国政府提议将“机关”改成“机关或公务人员”,特别报告员还是倾向于保留机关与公务人员之间的区分。第 5 条和第 8 条分开处理两者,因为机关与公务人员之间有不同的考虑。

369. 特别报务员虽然指出,对于一个人或者实体是否归类为机关,国内法具有首要相关性,但是他也同意一些政府的意见,它们建议不要提及国内法,以免造成一个印象,以为这是必然的决定性标准。这样做有几个理由。第一,孤立地考虑国内法可能导致错误结论,因为在许多法律制度之中,实践和惯例也起很重要的作用。第二,国内法不一定一无遗漏地将国家机关加以分类,事实上就国家责任而言,国内法与国际法使用的“机关”一词就不一定具有相同的意义。第三,在某些情况下,国内法中“机关”的狭义分类可能等同于企图逃避责任,而按照第 4 条中的原则,国家应该是不能这样做的。国内法作为一个重要标准的相关性可以在评注中加以说明。

(g) 第 6 条

370. 这一条与其说是一条归责规则,倒不如说是对第 5 条中“机关”一词的范围作出解释。它明确指出,国家机关可以属于政府的制宪部门、立法部门、行政部门、司法部门或任何其他部门,可以履行国际职能或是纯粹国内性质的职能,也可以处于任何级别的政府。虽然在这些问题上的任何不明确性早在 1945 年以前已经解决,但其中至少有两个要素具有足够重要性,值得明文加以确认。此外,第 6 条肯定了一个国家机关以这种身份从事的一切行为都可以归于国家,不因列举的权力而表示有所限制。为了将行为归于国家的目的,也不应该施加任何限制或者加以区分,不象国家豁免等其他法律领域那样。

371. 不过,第 6 条无必要提及国际与国内性质职能之间的区分的无关性;它所建议的“国际”和“国内”范畴之间的区分过于绝对。这一点已经足够明显,没有任何争议;在评注中处理就足够了。

372. 关于一个机关的“上级或下级”地位的提法过于狭窄,因为这可能被理解为不包括中级的或者独立的、自主的机关。特别报务员认为,最好澄清这项条文,改

为提及所有国家机关,“无论它们在国家结构中处于什么地位”。

373. 特别报告员建议保留第 5 和第 6 条,但作出所提议的措词修改,并合并成为一条,因为后者其实是对前者的解释,而不是另一条归责规则。

(h) 第 7 条

374. 第 1 款申明了一项既定原则,即一个领土政府实体的一个机关即使在国家内享有一定程度的自主,其行为仍然是一个国家结构的一部分。然而,这条规定可以删去,因为这样的实体的行为按更明确拟定的第 5 条的规定可归于国家。

375. 第 2 款是关于虽非国家的一部分但行使政府权力的实体,这种情况具有日益重要的实际意义,因为最近的趋势是把政府权力授予私营部门实体。这项规定没有受到各国政府的任何批评;如果说有什么意见的话,那就是这项规定涉及面应足够广,以涵盖各种各样的这类实体的激增。然而,总的说来,现有的规定似乎处理了各种困难,特别是在同第 8 条一并理解时。特别报告员建议保留这项规定,并建议在评注中进一步澄清政府权力的概念,除其他外,以反映最近的各种做法。

(i) 第 8 条

376. 在实体按照明确的指示代表国家行事时,其行为根据(a)款的规定显然归于国家。出现的问题是,实体在国家指导或管制下行事时,其行为是否也归于国家。后来的判例在某种程度上支持用更广泛的有效控制准则来取代明确授权准则。报告员建议澄清这一款,以便在与有关行动相关时,这一款可以适用于实际指示以及直接和有效控制这两种情况。另一方面,规定不应草拟得太广,以免可能把国营公司的活动也包括在内,国营公司的活动事实上不是由国家指导或控制的。

377. (b)款是关于不常见但重要的一种情况,即个人或实体,在不存在有效运作的政府时行使政府权力。然而,这项规定的措词有些矛盾,因为它好像说引起国家责任的可能非法的行为毕竟是“有理由”的。特别报告员建议保留这项条款,但作出修正,用“需要”取代“有理由”,以使案文更明确。

(j) 第 10 条

378. 这一条是关于未经授权或越权的行为,如果行为是“打着”官方资格进行

的,行为仍归于国家。条约法严格限制国家可依靠国内法来逃避国际义务的范围;在国家责任法方面更应如此。后来的判例和政府评论都表明,这项原则得到普遍支持。特别报告员建议保留这项条款;然而起草委员会可考虑用“以官方资格或打着官方资格行事”的措辞来涵盖表面资格的概念,并把第中间一段话修改为“即使在某一特定事件中,机关或实体逾越其权力或违背关于行使其权力的指示”,以使案文更清楚,并与删除第5条中提及国内法之处的建议一致。

11. 关于第一部分第二章第5至8条和第10条草案的辩论摘要

(a) 一般性意见

379. 特别报告员对第一部分第二章所载条款的一般处理方法得到广泛支持。大家对没有对草案进行任何重大的或广泛的修改表示满意。该草案已被最高司法当局以赞同的态度援引,并已被广泛接受。

(b) 用语

380. 有人表示支持保留“归于”,而不用特别报告员建议的“可归责于”。

381. 相反,某些成员问,在第10条所涉的情况或在替代责任的情况下,“可归责于”的概念是否更适当。有些成员根据有关判例支持用“可归责于”一词。有人建议可在条款草案和评注中酌情使用这两个词。

(c) 第二章的标题

382. 有人表示支持对这一章提议的新标题,认为它更准确地表达其内容,并避免可能与“国家行为”原则相混淆。

(d) 第5条

383. 有些人支持关于把提及国内法之处删去的建议,因为他们认为提及国内法引起混淆和误解,应在评注中澄清这个问题。有人表示不应过分强调国内法在确定国家结构方面的重要作用,因为在国家责任方面是国际法在确定国家结构中起决定性作用。报告中引用的有关判例表明了这一点。不理睬国内法的其他例子包括在南非前种族隔离政权下的班图斯坦。尽管班图斯坦被南非定为是独立的实体,而不

是国家“机关”,但国际社会和第三国的国内法院均不理睬并反对这种划分。虽然有人基于法律确定性理由而支持提议的删除,但也有人认为“国内法”的含义很广,可以涵盖实践。

384. 然而,鉴于国内法对确定国家机关有着根本重要性,很多人对提议的删除感到关切。有人说,只有国内法才能界定国家机关。还有人说,提及国内法正是这一条存在的原因。这与国际法没有预先对国家结构作出任何定义,国家有权决定自己内部结构是相符的。有人对自决原则和国家法律人格在这方面的重要性表示了不同的观点。

385. 鉴于国家可能企图依靠其国内法律结构,特别是通过在事后作出改变来逃避其责任,删除提及国内法之处是否适当,大家有不同的看法。有人表示第 4、7 和 8 条中已充分论及这些事项。

386. 有人对拟议的引言“为本条款的目的”的必要性提出质疑;另一方面,有人指出,为国家责任目的的归责问题与为条约法或单方面行动目的的归属问题是两码事。

387. 有人表示支持保留第 5 条最后一个分句,但有人说最后一个分句是不必要的,限制太严。大家对重新拟订最后一个分句的建议有不同的看法。一方面,有人表示支持用较中性的措辞重新拟订,这有助于澄清内容。另一方面,有人对提及国家机关的职能和地位是否必要和有作用提出质疑。按照这种观点,可删除第 6 条,只在评注内予以说明。

388. 有人建议,在提议的定义条款中把“国家”一词定义为“国际法定义的任何国家,而不论其结构或组织是单一、联邦还是其形式的”。还有人建议,第 5 条在提及国家实体时应考虑到第 7 条提及的国家正式结构。还有人建议在评注中澄清国家实体的概念。

(e) 第 6 条

389. 有人支持特别报告员的提议,即删除第 6 条并将其与第 5 条合并。但也有有人认为,应将第 6 条作为一个单独条款予以保留,因为其中所载的原则很重要。

(f) 第 7 条

390. 有人同意特别报告员重视处理国家职能分配给私营部门这一复杂问题,同时提出一个问题,即是否应在第 7 条第 2 款下或其他地方处理该问题。有人认为很难预先界定国家职能,因为保留给公共部门的职能和分配给私营部门的职能都在不断演变。还请大家注意这一演变过程中的三种不同情况:(a)国家继续垄断其职能,但委托公共或私营实体执行其中一些职能;(b)国家完全放弃其职能,将其交付私营部门;及(c)国家保留其职能,但同时允许私营部门执行平行的职能,以鼓励竞争。

391. 大家对关于删除提及地方政治实体之处的建议意见不一。某些成员强调,必须列入与国家机关不同的地方政治实体,譬如联邦国家的组成单位。认为尤其重要的是确认这些机关的行为在与中央政府各机关相同的基础上,归于国家,即使它们享有最大程度的自治,并有足够的独立法律行为能力在国际一级独立行事,例如订立协定。还请大家注意国家的区域实体可缔结跨边界协定。有人认为,此事项相当重要,值得列入讨论中的条款。至于有人关注这可能与第 5 条重叠,可通过在第 5 条提及地方政治实体的办法予以处理。但有人对在第 5 条处理此事项表示关注,因为这会使起草工作复杂化,减小第 5 条的清晰度并产生不可取的相反含义。

392. 有人认为,“职能”一词比“政府权力”一词的范围广,使用该词更为可取,或至少在评注中对后一措词的使用加以澄清。但有人指出,以“政府权力”取代“职能”一词可能使人以为条款草案是关于管理权行为问题,但这一点并不明显,无论如何应在评注中说明。

393. 有人支持保留最后一分句所载的限制条款,指出可通过在“但以”二字后添加“查明”二字加以澄清。

(g) 第 8 条

394. 一些成员认为,需要在案文和评注中对本条款所涉情况予以澄清。必须确保本条款范围广泛,足以涵盖国际法院《尼加拉瓜》案¹⁵⁴和拉丁美洲数起失踪案所

¹⁵⁴ 《在尼加拉瓜对该国采取军事和准军事行动(尼加拉瓜诉美利坚合众国)案件事实,判决,国际法院(1986年)判例汇编》,第 14 页。

涉及的那些情况。这些案件提出了特别棘手的证据问题,关于实际指示的证据自然很难或不可能获取。还请注意国家在没有发出正式明确指示下或甚至在没有直接控制下助长或鼓励个人或集团进行非法行为的情况。

395. 有人支持特别报告员关于修正第 8 条(a)项的提议,以反映控制标准,同时请注意在不同的具体法律范围内需要不同程度的充分控制标准。有人支持拟议的案文,但提出一个问题,即该案文是否包括一国建立傀儡国家的情况,其中前者对后者实行政治控制但无公开的军事控制,而且前者的国内法指出不对后者承担责任。有人强调“傀儡国家”不应等同于地方政府实体。

396. 另一方面,有人关注拟议的澄清可能适得其反,导致归责规则的范围更为狭窄和过于僵硬,使责任的确定更为困难。对于有人关注新案文可能限制太多的问题,请注意两个补充要素:新拟议的第 15 之二条以及国家对未能防止不应归于它的集团或个人的行为所承担的责任。

397. 有人主张保留第 8 条(b)项中的“有理由”一词。

398. 有人就在第 8 条(a)项和(b)项中使用“实际上”一语的必要性提出质疑。但有人指出,起码第 8 条(a)项是关于实际权力的问题,因此该语有一定的作用。

(h) 第 10 条

399. 有人认为,不应将地方政治实体列入本条款。

400. 有人主张保留“权限”一词,不采用范围可能较窄的“权力”一词,但这必须在评注中进一步予以澄清。还有人指出,法文本“权限”一词是指在法律框架内行使的权力而不是事实上行使的权力。

12. 特别报告员关于第一部分第二章第 5 条 至第 8 条和第 10 条的辩论的结论

401. 关于第二章的标题,特别报告员指出委员会普遍同意修正草案。

402. 关于第 5 条,一些国家政府深感不安的是,一国可能逃避对其实是机关的实体承担责任,因为该实体依国内法并不属于机关,甚至可能被错误归类。必须对严重关切作出回应。在此方面,必须承认国内法和国际法在国家机关概念方面发挥的补

充作用。一方面,“机关”一词在国际法中具有特殊的意义。另一方面,国家机关的内容主要取决于国内法包括该国的实践和惯例,所确定的国家内部结构,。

403. 有人认为,在第 5 条中使用“以此种资格行事”这一措辞有助于明确区分涉及第 5 条所载国家机关的一般情况和涉及第 7 条第 2 款所载其他实体的特殊情况。

404. 关于第 6 条,似乎广泛支持将该条款与第 5 条合并。

405. 关于第 7 条,地方政治实体最好在第 5 条中处理,这样可避免这些条款看来重复的问题,同时又照顾到对删除第 7 条第 1 款的建议所表达的关切。此外,第 7 条第 2 款所涉实体行为的问题显然需要更详细地审议。

406. 关于第 8 条,由于该条款的重要性以及后来的判例引起的问题,必须确保(a)项的范围足够广泛精确。在考虑到尤其是对《尼加拉瓜》案¹⁵⁵中的问题的讨论,拟议对第 8 条 a 项进行的澄清本打算扩大而不是缩小先前案文的范围。不过,起草委员会可讨论某些其他案文是否更可取。

407. 第 8 条 b 项是有关判例予以承认的既定原则,似乎没有任何异议。但应审议第 8 条的拟议标题是否准确地反映了该条的内容。

408. 虽然第 10 条体现一项公认原则,但其措辞可以改进。辩论中在此方面提出了有益的建议。

13. 特别报告员介绍第一部分第二章第 9 条 和第 11 至第 15 之二条草案

(a) 引言

409. 特别报告员指出,条款中有四条规定,除非其他条款另有规定,行为不归于国家。这四条负面条款缺乏实质性内容,因为根据第 3 条的规定,行为必须归于国家。另一个问题是为什么将某些要素,特别是第 12 条和第 13 条提到的要素挑出来作为“不归责”的依据。这些条款基本上是多余的,应予删除。

410. 其余条款讨论下列四种行为的归责问题:代表另一国行事的一国机关的行

¹⁵⁵ 前引文。

为(第 9 条和第 12 条)、代表一国行事的国际组织的行为(第 9 条和第 13 条)、叛乱运动的行为(第 9 条和第 15 条)以及其他行为(第 11 条和第 15 之二条)。

411. 特别报告员的建议旨在保留这些条款的所有实质性内容,但作出某些增补,以反映自这些条款通过以来的国家实践。

(b) 第 9 条和第 12 条

412. 第 9 条规定,如一国将其机关提供给另一国使用,该机关的行为归于接受国。报告内所援引的实例反映出种种不同的实践。正如评注所强调,这个概念范围狭小,规定该机关必须是实际交由另一国支配;这意味着该机关按接受国的意向行事,并且该机关起码在政策上即使不在细节上受该国控制。就关于国家机关的规定而言,该条款范围虽小但有实用价值,应予保留。

413. 第 12 条是一条多余的负面条款,应予删除;其中提到的问题应在第 9 条评注中讨论。

(c) 第 9 条和第 13 条

414. 第 9 条还讨论了一国际组织的机关交由一国支配的情况。至少有一些国际组织,包括联合国本身,认为难以找到这一类不可思议的情况的实例。特别报告员指出,近年来出现了关于国家对国际组织的责任的复杂问题。但是,这些问题应在国际组织法规的范围内讨论。因此,他建议从草案中删除这一要素,增加一项保留条款(A 条),明确地指出条款草案不影响国际组织或国家对国际组织的行为应负的责任。

415. 第 13 条是应删除的第二条负面条款。

(d) 第 14 条和第 15 条

416. 第 15 条正面提出两项关于叛乱运动的行为归责规则。在这种情况下,应首先从反面提出除两种例外情况外,叛乱运动的行为通常不归于一国,因此,旧的第 14 条和第 15 条应合并为一条。关于例外情况,必须将两种例外情况区分开来,一种情况是叛乱运动成功,成为其推翻目标国家的政府;另一种情况是叛乱运动参加民族和解政府。如果一国政府必须承担非法反对运动的一切责任,才能把反对运动的成员纳入新政府内,这往往会妨碍为解决冲突和实现民族和解而采取的步骤。因此,例外情

况应只适用于反对运动实际上已推翻并取代有关国家政府的特定情况。

417. 特别报告员建议,例外情况应只限于“建立的”“叛乱运动的机关的行为”;不应适用于叛乱运动支持者的不协调行为。

418. 法律文献对第 15 条的批评是,该条未能区分民族解放运动和在国际上没有地位或没有得到国际承认的其他叛乱运动。这种批评没有将归责问题和某些运动应负的义务的问题区分开来,特别是没有考虑到运动地位愈高,其所应负的国际人道主义法责任愈大。这个问题可在评注中讨论。

(c) 第 11 条和第 15 之二条

419. 第 11 条是应删除的第四条负面条款,但应将详尽的评注并入第 15 之二条的评注内。此外,第 11 条问题很多,因为它指出,个人行为不归于国家,但情况并非一律如此。因此,必须明确指出个人行为归于国家的少数情况,但这可以另行作出规定。

420. 第 15 之二条的规定适用于以后经国家采纳或承认的私人行为的情况,如《灯塔》案¹⁵⁶ 或《人质》案¹⁵⁷。必须区分仅给予一般性赞同的行为和第 15 之二条强调的国家实际采纳的行为,“承认或采纳该行为作为其本身的行为”的措辞就是为了达到这一目的。这种情况实际上经常发生。

14. 关于第 9 条和第 11 至第 15 之二条条款草案的辩论摘要

421. 许多成员认为删除负面条款和精减案文是一大改进。

(a) 第 9 条

422. 委员会成员提请注意必须确保这一条的范围足以包括各种不同的情况。所提的一个问题是第 9 条是否包括一国为另一国或代表另一国行使领事关系的情况。委员会成员认为这一条应处理一国在若干方面局部代表另一国这一个相当普遍的现

¹⁵⁶ 联合国,《国际仲裁裁决》,第十二卷,第 160 页。

¹⁵⁷ 《美国驻德里兰外交和领事工作人员(美利坚合众国诉伊朗),判决,国际法院(1980 年)判例汇编》,第 3 页。

象,以澄清代表国与被代表国的责任。委员会建议不妨进一步审议一个机关在其权限内代表另一国行使职能的复杂情况。

423. 此外,有人询问这一条是否应包括一国必须按一个国际组织的决定行事的情况。

424. 有人赞成保留这一条但不提及国际组织的建议,并表示支持拟议的关于国际组织的保留条款。

(b) 第 11 条

425. 此外,有人赞成删除这一条的建议,因为这条条款是多余的。

(c) 第 12 条

426. 还有人赞成删除这一条的建议,因为这条条款是多余的。另一方面,有人认为应改拟这一条,以解决报告员第一次报告第 249 段至第 255 段所提出的问题。

(d) 第 13 条

427. 有人赞成删除这一条的建议,因为这条条款是多余的,而且不符第 1 条所述的草案范围,但认为应包括拟议的保留条款。

428. 有人怀疑是否应删除这一条,并特别提请注意两个关于国家与国际组织间关系的问题。第一个问题是,国家试图要总部所在国对其境内的国际组织所采取的行动负责。第二个问题是,一个非成员国承认一个国际组织的责任的问题,这引起了间接承认其法律人格或地位的问题。如果这些问题没有得到解决,就必须列入拟议的保留条款。

429. 另一种看法认为,草案纯粹关于国家责任,因此,规定不包括国际组织责任是不必要的。

(e) 第 14 和 15 条

430. 大家同意将第 14 和 15 条合并的建议。

431. 有些成员对使用“叛乱运动”一词提出质疑。他们认为该词是过时的;此外评注没有反映自 1960 年代以来的非殖民化实践。有人认为,该条没有在叛乱运动和民族解放运动之间作出区分,而后者获得国际的承认和具有国际地位。

432. 还有人指出,即使将同样的国家责任制度适用于叛乱运动和民族解放运动,这两个名词仍然不能加以等同,因为前者具有负面含义而后者具有正面含义。有人提议,应当考虑或许在草案的第二部分中考虑承认叛乱运动或民族解放运动的所涉责任问题。还有人提议寻找一个新的名词。

433. 有人指出,内乱的种类很多,从内部骚乱、暴乱到叛乱运动,甚至在一国部分领土上建立实际政府。这些都需要清楚区分。有人认为,国际责任涉及有效控制而不是合法控制的问题,如《纳米比亚》案¹⁵⁸所示,因此,叛乱运动的法律地位问题不在本专题的范围之内;把它列在这里只会使工作更为复杂,造成不必要的困难。草案应当处理一般性的归责法律问题,解决各种可能情况,而不是有关叛乱运动的政治问题。

434. 有人认为“叛乱运动”和“民族解放运动”的两个名词都已经过时,不过在放弃这两个名词时也要注意不去选择一个也可能很快过时的新名词。因此有人建议“叛乱运动”可以在缺乏一个适当的、同样包含范围广的名词之前暂予保留。

435 关于第 1 款,有人指出,当领土东道国没有防止在其领土上的叛乱运动向另一个国家采取的行动时,它可以被追究责任。即使该国不能被追究叛乱运动的行动的责任,但在某种情况下可以追究其不作为,没有防止没有控制的力量造成伤害的责任。还有人指出,当一国政府中的某些派系在某些方面卷入或支持一个反叛集团,而该反叛集团对另一个国家或第三方造成损害时,也可以追究该国的责任,而草案或许应在另一条中当对各种不同的情况作出规定。

436. 相对而言,有人认为,不可能对各种不同情况作出规定,这一条只应规定叛乱运动行为可以归于国家的范围:其余的问题属于主要规则问题。还有人表示把叛乱运动的行为与国家责任联系在一起是概念上的错误,这应当属于国家未能采取必要的预防措施的问题,而这种问题可以在评注中充分讨论。

437. 对于涉及叛乱运动本身责任问题的第 15 条第 3 款,有人认为应当予以保留。对于删除第 3 款中的“不妨碍”条款的建议,以及这些问题近年来的相关性及

¹⁵⁸ 《南非不顾安全理事会第 276(1970)号决议继续留驻纳米比亚(西南非洲)的法律后果,咨询意见,国际法院(1971 年)判例汇编》,第 16 页。

其对国际人道主义法等方面的发展的影响可能未获得考虑的情况,有人表示感到疑虑。

438. 在叛乱运动的行为可以归于国家的情况,应当考虑叛乱运动成为新政府的一部分的情况或者被政府在国家的结构内给予相当程度的自主权的情况。

439. 有人建议应当考虑把“不妨碍”规定纳入条款内,以明确表示主要规则的一贯作用,特别是关于由于叛乱运动的结果而形成的国家义务的规则。依其所涉义务的性质,国家通常不能由于叛乱或内乱而解除其责任。

440. 有人关切拟议的第 15 条,认为第 1 款措辞含糊不清,认为鉴于第 15 之二条,关于叛乱运动成功后成为新政府的部分没有必要,并且认为先前几条中至少有一部分是没有必要和与主题无关的。

441. 有人对在第 15 条草案的起首部分使用“建立的”一词提出质疑,认为“为反对...而建立”是不言而喻和没有必要的。还有人指出,“建立的”一词可以被解释为叛乱运动开始对一个国家的部分领土行使有效控制的时刻,而国家的责任一直持续到那个时刻。

(f) 第 15 之二条

442. 有人表示支持拟议的案文,认为它填补了草案中一个重要的空白。但有人评论说,第 15 之二条应当是关于对早期行为的承认相当于对现存局势的一种承认的情况,也就是说,具有证明价值的情况,以有别于另外新采取的、政府早期没有参与的行为的情况。

443. 有人提议用正面方式重写这一条。还有人提议另外起草一条第 15 之二条第 2 款或第 15 之三条,拟订关于叛乱运动或民族解放运动的责任的保留条款。

444. 有人质疑该项规定的必要性和在后半句中使用“或”而不使用“和”的决定。

15. 特别报告员关于第 9 条和第 11 至 15 之二条的辩论的结论

445. 特别报告员指出,许多评论很有用,澄清并阐明了对这些条款的一般性了解。他指出,可能除了第 15 条以外,这些条款并没有引起主要的原则问题。

446. 普遍同意,国际组织和国家对国际组织行为的责任是重要的问题,这个问题本身就值得研究,但是它也引起超越了责任归属的范围的问题。最明智的做法是将这些问题排除在本草案之外。排除这些问题须有一个保留条款,因为这牵涉到责任归属问题。有人提议这项保留条款应当涵盖在一个国际组织的框架内采取的行为以及国际组织本身采取的行为。另一方面,国家可能要对在国际组织范围内发生的行为承担个别责任,而这个区别必须予以承认。

447. 第 9 条获得普遍赞同。虽然国家机关交由另一国支配的一些例子可能被认为是殖民主义的残余痕迹,可是有些其他的例子显示,所涉国家自由作出这种决定。删除这一条可能会造成影响第 5 条的范围的问题。

448. 普遍同意,第 11 至 14 条中以负面方式拟订的条款没有必要,可以删除。其中有用的部分可以在评注中处理。提到的关于一国在另一国领土上的行为的问题需要进一步思考,可能在第一部分第四章内处理。

449. 对于把第 14 条和第 15 条合并的建议,普遍表示同意。起草委员会应当考虑新第 15 条是否应当以负面或正面的方式起草。基于普遍赞同保留第 5 条中提到的地方政治实体,应当考虑第 5 条和第 15 条之间的关系。特别报告员仍然相信“建立的”一词是有必要的,这为第 15 条的目的划分叛乱运动所处的阶段,并且区分了第 5 条涉及的地方政治实体和第 15 条涉及的实际行政当局。

450. 起草委员会应当考虑“叛乱运动”和“民族解放运动”二词所产生的用语问题。或许需要在草案中应当增加一个简短的介绍性条款,说明其范围仅限于国家责任,并不延伸到如叛乱运动一类活动的责任问题。

451. 最后,普遍认为提议的第 15 之二条是有必要的。

第八章

国家继承涉及的国籍问题

A. 导言

452. 委员会 1993 年第四十五届会议决定,在其议程中列入“国家继承及其对自然人和法人国籍的影响”专题。¹⁵⁹ 大会 1993 年 12 月 9 日第 48/31 号决议第 7 核可了委员会的决定,但有一项理解,即关于这个专题的工作最终采取何种形式,将在向大会呈交一份初步研究报告后再作决定,委员会 1994 年第四十六届会议任命瓦茨拉夫·米库尔卡先生为本专题的报告员。¹⁶⁰

453. 委员会 1995 年第四十七届会议和 1996 年第四十八届会议审议特别报告员的第一份和第二份报告,¹⁶¹ 委员会第四十七届会议设立了一个工作组,负责确定由本专题引起的各种问题,将与之有密切联系的问题归纳分类,根据当今主要关注的问题,帮助委员会确定研究哪些问题可能最为有利,并向委员会提出一份采取行动的时间表。¹⁶² 工作组在第四十八届会议上完成了对本专题的初步研究任务。

454. 委员会第四十八届会议决定建议大会表示注意到对本专题的初步研究已经完成,请委员会根据提出的行动计划,就“国家继承中的国籍问题”这一专题开展实质性研究,除其他外,行动计划设想:(a) 将自然人的国籍问题与法人的国籍问题分开审议,优先审议前者;(b) 关于法人的国籍问题,工作如何开展,将在自然人的国籍问题工作完成之后,视大会可能请各国对国家继承在这个领域引起的实际问题向大会提出的意见,再作决定。¹⁶³ 大会 1996 年 12 月 16 日第 51/160 号决议第 8 段核可了委员会的建议。

¹⁵⁹ 《大会正式记录,第四十八届会议,补编第 10 号》(A/48/10)第 440 段。

¹⁶⁰ 同上,《第四十九届会议,补编第 10 号》(A/49/10)第 383 段。

¹⁶¹ 分别为 A/CN.4/467 和 A/CN.4/474 和 Corr.1 及 Corr.2(仅有中文本)号文件。

¹⁶² 《大会正式记录,第五十届会议,补编第 10 号》(A/50/10)第 147 段。

¹⁶³ 同上,《第五十一届会议,补编第 10 号》(A/51/10)第 88 段。

455. 在 1997 年第四十九届会议上,委员会审议了特别报告员的第三份报告,¹⁶⁴ 其中载有一套涉及国家继承的自然人国籍问题条文草案和评注。在同届会议上,委员会一读通过了涉及国家继承的自然人国籍问题的序言草案和一套 27 条条款草案。¹⁶⁵ 大会第 52/156 号决议第 2(a)段请各国政府务必表示它们对于这些条款草案的看法,并促请它们于 1998 年 10 月 1 日前提交书面评论和意见。

B. 本届会议审议这个专题的情况

456. 在本届会议上,委员会收到了特别报告员的第四份报告,¹⁶⁶ 涉及本专题的第二部分,即国家继承涉及的法人国籍问题,他于 1998 年 6 月 9 日第 2544 次会议介绍了该报告。

457. 特别报告员认为,由本届会议就本专题第二部分的探讨方式进行初步的意见交流,有助于委员会在将来就这个问题作出决定,鉴于各国政府到目前为止还没有针对大会第 52/156 号决议中的要求提交任何书面意见,这种意见交流就更有必要。特别报告员在他的报告中概述了本委员会和第六委员会目前对这个问题的讨论情况以后,也针对法人国籍问题的研讨方针提出了一些问题,他建议在工作组内讨论这些问题。

458. 委员会在 1998 年 5 月 14 日第 2530 次会议上设立了一个工作组,¹⁶⁷ 审议本专题第二部分可能采取的方针问题,以利委员会就这一问题作出决定。1998 6 月 9 日委员会第 2544 次会议审议了工作组的初步结论,并予核可,初步结论见下文第 460 至 468 段。

459. 在审议工作组的初步结论期间,有些委员表示支持第二个选择,即研究国家继承涉及的法人地位,并且鼓励特别报告员在他的下一份研究报告中进一步研究国家继承涉及的国籍专题的这一部分。

¹⁶⁴ A/CN.4/480 和 Corr.1(仅有法文本)和 Add.1 和 Corr.1 和 Corr.2(仅有法文本)。

¹⁶⁵ 《大会正式记录,第五十二届会议,补编第 10 号》(A/52/10)第四章 C 节。

¹⁶⁶ A/CN.4/489。

¹⁶⁷ 工作组的组成见第 8 段。

工作组的初步结论

460. 本专题的第二部分“国家继承涉及的国籍问题”包含委员会尚未研讨的法人的国籍问题。工作组认为,就本专题目前的定义来说,第二部分中所涉及的问题过于具体,解决这些问题的实际需要并不明显。除了审议可否建议委员会不要进行本专题这一部分的工作以外,工作组认为应该研究可否采取特别报告员第四份报告第三部分中所载述的备选办法的问题。¹⁶⁶ 工作组成员一致认为,原则上,有两个备选办法可据以扩大属本专题第二部分的问题的研究范围,下文对这两个办法作了解释。无论采取哪个办法,都需要重新拟订委员会对本专题这一部分的任务授权。

461. 第一个办法是把国家继承涉及的法人国籍问题的研究范围扩大为一般国际法中的法人国籍问题。由于法人国籍的概念并不是所有法律体系都有的,最好是委员会也应该审议一些类似的概念,通常根据这种审议建立同国籍概念的类比关系。

462. 这一办法的好处是有助于澄清国际关系中法人国籍的一般概念,也使委员会能够以比较有系统的方式进一步审议它在研讨国家责任、外交保护和国家继承等专题时已经遇到的问题。

463. 委员会在选择这个办法时可能遇到的难题是,由于各国法律在这方面差异很大,委员会将会遇到与在审议管辖豁免专题时已经遇到的问题相类似的问题。这项工作也将与外交保护专题的工作有一些重复之处。而且,这种研究有助于进行理论性的分析,而非拟订可直接实际应用的规则。但是,绝不应该低估了这项工作的艰巨程度。很难把研究的范围限定在可以驾驭得了的范围内。

464. 第二个办法是把研究范围限定在国家继承,但是超出国籍问题的范围,而把法人地位问题(尤其是法人行为能力中固有的权利与义务,包括决定法人类别的那些权利与义务)等问题包括在内,可能的话,也把国家继承而产生的法人运作条件包括在内。

465. 工作组认为,这个办法的好处是有助于澄清国家继承法的一个广大领域。

466. 在选择这一办法时,委员会必须正视各国法律在这方面有巨大差异的问题。一旦沿着这个方向扩大,就不容易对这个专题设定新范围了。

467. 如果以上述任一办法继续研究下去,委员会还必须决定:这项研究的范围应

该包括哪几类“法人”?应该只限于研究哪种法律关系?委员会有关本专题这一部分的工作可能得出哪些成果?

468. 由于没有从各国收到赞成意见,委员会不得不总结认为,各国对本专题第二部分的研究不感兴趣。委员会应该在其报告中提醒各国就大会 1997 年 12 月 15 日第 52/156 号决议第 5 段中所征询的问题提出答复。大会尤其应该请有过国家继承经验的国家说明:如何确定法人国籍?对由于国家继承而成为“外国”法人的法人给予何种待遇?等问题。

第九章

对条约的保留

A. 导言

469. 大会 1993 年 12 月 9 日第 48/31 号决议中批准国际法委员会关于将“对条约的保留的法律和实践”这一专题列入其工作计划的决定。

470. 委员会在其 1994 年第四十六届会议上任命阿兰·佩莱先生为该专题的特别报告员。¹⁶⁸

471. 委员会在 1995 年第四十七届会议收到并审议了特别报告员的第一份报告。¹⁶⁹

472. 特别报告员从委员会审议该专题时所进行的讨论中摘要得出一些结论;这些结论包括:这一专题的名称应改为:“对条约的保留”;研究结果所采取的形式;委员会进行有关这一专题的工作所应采取的灵活方式;委员会的协商一致意见认为,不应该变更 1969、1978 和 1986 年《维也纳公约》的有关条款。¹⁷⁰委员会认为,这些结论就是大会 1993 年 12 月 9 日第 48/31 号决议和 1994 年 12 月 9 日第 49/51 号决议要求开展的初步研究所得出的结果。

473. 1995 年,委员会根据以往的惯例,¹⁷¹ 授权特别报告员编写一份详尽的关于对条约保留意见的调查问卷,以判明各国和各国际组织,特别是多边公约保存国的做法和遇到的问题。该调查问卷由秘书处分送。大会在其 1995 年 12 月 11 日第 50/45 号决议中表示注意到委员会的结论,请它按照其报告中所称的方针……继续进行其工作,也请各国答复该问卷。¹⁷²

¹⁶⁸ 《大会正式记录,第四十九届会议,补编第 10 号》(A/49/10),第 382 段。

¹⁶⁹ A/CN.4/470 和 Corr.1。

¹⁷⁰ 《大会正式记录,第五十届会议,补编第 10 号》(A/50/10),第 491 段。

¹⁷¹ 见《1993 年国际法委员会年鉴》第卷(第二部分)第 286 段。

¹⁷² 截至 1998 年 6 月 30 日,有 32 个国家和 22 个国际组织答复了问卷。

474. 委员会第四十八届会议处理特别报告员就这个专题提交的第二份报告。¹⁷³ 特别报告员的报告载有国际法委员会关于对规范性多边条约——包括人权条约的保留的决议草案,这项决议将提交大会,以提请注意澄清该事项的法律问题。¹⁷⁴ 委员会虽然让一些委员就特别报告员提交的这份报告表示了意见,由于时间不够,却未能审议这份报告和决议草案。结果,委员会决定将对这个专题的辩论推迟到下一年。

475. 委员会在第四十九届会议上继续处理特别报告员关于这个专题的第二份报告。

476. 在辩论结束后,委员会通过了关于对包括人权条约在内的规范性多边条约的保留的初步结论。¹⁷⁵

477. 大会 1997 年 12 月 15 日第 52/156 号决议中注意到委员会的初步结论以及委员会请愿意以书面方式就这些结论提出评论和意见的、由这些规范性多边条约设立的所有机构采取这种做法,同时吁请各国政府就其认为重要的关于初步结论的意见通知国际法委员会。

B. 本届会议审议这个专题的情况

478. 在本届会议上,委员会处理了特别报告员关于这个专题的第三份报告,¹⁷⁶ 主要是讨论对条约的保留(和解释性声明)的定义。委员会分别在 1998 年 6 月 4 日、5 日、10、12 日和 7 月 27、28、29、30 日举行的第 2541、2542、2545、2548、2549 至 2552 次会议上审议了这份报告。

479. 委员会决定将下列准则草案发交起草委员会:1.1(保留的定义);1.1.1(联合提出一项保留);1.1.2(提出保留的时机);1.1.3(领土适用通知时提出的保留);1.1.4(保留的对象);1.1.5(旨在增加行为国义务的声明);1.1.6(旨在限制行为国义务的声明);1.1.7(涉及不承认的保留);1.1.8(有领土范围的保留);1.2(解释性声明的定义)和 1.4(定义的范围)

¹⁷³ A/CN.4/477 和 Add.1。

¹⁷⁴ 《大会正式记录,第五十一届会议,补编 10 号》(A/51/10),第 137 段。

¹⁷⁵ 见《大会正式记录,第五十二届会议补,编第 10 号》(A/52/10),第 157 段。

¹⁷⁶ A/CN.4/491/Add.1。

¹⁷⁷ 准则草案案文如下:

“ 1. 1 保留的定义

“ 1. 1 “‘保留’是指一国或一国际组织在签署、批准、正式确认、接受、核准或一国加入条约或发出继承条约的通知时所作的单方面声明,不论其措辞或名称为何,意图藉此排除或更改条约中某些规定对该国或该国际组织适用时的法律效力”。

“ 1. 1. 1 联合提出一项保留

保留的单方面性质不妨碍若干国家或若干国际组织联合提出一项保留。

“ 1. 1. 2 提出保留的时机

一国或一国际组织可在表示同意接受条约约束时按照 1969 年和 1986 年《维也纳条约法公约》第 11 条提出一项保留。

“ 1. 1. 3 领土适用通知时提出的保留

一国在通知某一条约可在其领土范围内适用时可提出单方面声明,意图藉此排除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. 4 保留的对象

一项保留可涉及条约的一项或数项规定,或更笼统地涉及一国打算执行的整个条约的方式。

“ 1. 1. 5 旨在增加行为国义务的声明

如果一国或一国际组织发表的单方面声明所作的承诺超越条约规定的义务,即使这项声明是该国或国际组织在表示同意接受条约约束时发表,也不构成保留,[而受适用于单方面法律行为的规则的制约]

“ 1. 1. 6 旨在限制行为国义务的声明

一国或一国际组织在表示同意接受一项条约约束时发布单方面声明,意图藉此限制该条约施加于它的义务和其他缔约方按照该条约享有的权利,即构成保留,除非该声明对该条约增添了一项新规定。

480. 在 1998 年 8 月 7 日举行的第 2558 次会议上,委员会审议并通过了准则草案 1.1(保留的定义)、 1.1.1[1.1.4](保留的对象)、 1.1.2(可以提出保留的情况)、 1.1.3[1.1.8](有领土范围的保留)、 1.1.4[1.1.3](领土适用通知时提出的保留)、 1.1.7[1.1.1](保留的共同提出)和一项关于定义与保留的许可性之间关系的、无标题或编号的准则草案。这些准则草案及其有关评论的文字转载于下文 C 节。

1. 特别报告员介绍他的第三份报告

481. 特别报告员在介绍他的第三份报告时承认,从法律方法的角度看,本专题专题的有许多微妙和棘手的方面。他的报告分两章。第一章专门讨论委员会以前关于这个专题的工作,第二章专门讨论保留(和解释声明)的定义以及对双边条约的保留(和解释性声明)。

(a) 委员会以前关于这个专题的工作和咨询的国家及机构的反应

482. 特别报告员指出委员会以前的决定,¹⁷⁸ 同时回顾两项原则:第一,原则上和

¹⁷⁷ (续)

“ 1. 1. 7 涉及不承认的保留

一国发布单方面声明,排除某一条约在它本国与不为它所承认的一个或多个其他国家间的适用,无论发布日期为何,均构成保留。

“ 1. 1. 8 有领土范围的保留

一国发布单方面声明,意图藉此排除某一条约或其中某些规定对某一领土的适用——如无此项声明该条约即可适用,无论发布日期为何,均构成保留。

“ 1. 2 解释性声明的定义

解释性声明是指一国或一国际组织所作的单方面声明,不论其措辞或名称为何,意图藉此阐明或澄清声明者对条约或其某些规定所认定的意义或范围。

“ 1. 4 定义的范围

“根据关于保留或解释性声明的规则将某一单方面声明定为保留或解释性声明不影响该声明的合法性,规则是限定保留与解释性声明的执行。

¹⁷⁸ 《大会正式记录,第五十届会议,补编第 10 号》(A/50/10)。

除有特殊需要外,委员会不会质疑《维也纳公约》中关于对条约的保留的规定,限于强制其缺陷并酌情消除含糊之外和阐明不明确的情况。第二,这项工作最终目标将是拟订一项实践指南以及准则,确定现行规定,弥补缺陷,并根据需要增添关于保留的示范条款;委员会建议各国和各国际组织酌情在将来它们缔结的条约中包括这些条款。

483. 特别报告员说明了对其第二份报告¹⁷⁹采取的后续行动¹⁷³以及对委员会关于包括人权条约在内的规范性多边条约的保留的初步结论作出的反应。他回顾说对于委员会未经表决通过的初步结论,辩论中出现两派。一方面,绝大多数的一派认为委员会已向前迈进了一大步,因为它确认人权监督机构可以就各国作出的保留是否合法这点提出评论和拟订建议,¹⁸⁰并且呼吁各国与监督机构合作和适当考虑到这些机构的建议。另一方面,第二派希望委员会能够更进一步,即承认这些监督机构有权象欧洲人权法院那样(Belilos 案)从它们的证明中作出结论。

484. 特别报告员表示,这种分歧与第六委员会内部的国家之间的分歧相似,但依据不同的区分界线。对这点表态的国家约有半数赞成初步意见,而另一半的国家则表示保留态度,认为不但只有国家才有权对保留可能的非法性作出结论,而且只有国家才有权证实其非法性。特别报告员深信,如果这些办法符合适当的趋势并且已合理运行,委员会则发挥了它的作用,向各国提交了进步的备选解决办法。然而,他提请委员会注意各国在人权机构范围内提出的建议。

485. 特别报告员又表示迄今只收到人权事务委员会主席关于初步结论第 12 段向他提出的初步评论,认为在这方面,全球性监督机构在发展适用的实践和规则方面作出与区域机构相同的贡献。¹⁸¹

486. 然而特别报告员表示,继续辩论委员会必须再次审议的初步结论时机尚未

¹⁷⁹ A/CN.4/477 和 Add.1。

¹⁸⁰ 初步结论第 5 段,《大会正式记录,第五十二届会议,补编第 10 号》(A/52/10)第 157 段,初步结论第 5 段。

¹⁸¹ A/CN.4/491,第 16 段。

成熟;为此,委员会宜一方面等待它要求的人权机构和国家提出的意见,¹⁸² 哪怕再次坚持要求它们作出答复;另一方面,等待对保留的合法性问题作出的审议以及对保留的反应。

487. 特别报告员宣称,对于各国对委员会关于条约保留问题工作的关心表示感动。这项关心不但表现在大家在第六委员会上踊跃发言上,还表现在亚洲法律协商委员会和欧洲委员会的国际公法法律顾问委员会(国际公法顾委会)在这个问题方面所进行的工作上;国际公法顾委会已设立了一个关于对国际条约的保留问题专家组。¹⁸³

488. 从各国(32 国)和各国际组织(22 个)收到的关于该专题问卷的大量答复也证明了这项关心。特别报告员希望更多国家和国际组织作出答复,可是很遗憾地看到作为保存机构以及大量多边条约缔约方的欧洲共同体至今仍保持缄默态度。

489. 报告第二章分两节;第一节讨论对条约的保留的定义和解释性声明的定义,第二节讨论对双边条约的保留的定义和对双边条约的解释性声明的定义。由于缺乏时间,特别报告员不得不放弃讨论原来打算讨论的“条约的变通”问题。

(b) 对条约的保留的定义

490. 特别报告员以 1969 年、1978 年和 1986 年这三项《维也纳公约》给予的定义作起点,尤其倾向于 1969 年《维也纳条约法公约》,特别是第 2 条第 1 款(a)项。在提到导致本项定义通过的筹备工作时,¹⁸⁴ 他强调了三:

(a) 委员会内部以及 1969 年维也纳会议本身很少讨论保留的定义问题。

(b) 大家和首任特别报告员詹姆斯·布赖尔利一起拟订了保留的合同定义,意思是指为达成单方面声明的概念,向其他缔约方提出的建议。

(c) 此外,保留的定义逐步脱离解释性声明的定义和对这种声明的反应。最后一份特别报告员汉弗莱·沃尔多克爵士认为解释性声明属于关于解释的一章的范

¹⁸² 目前已有四个国家(中国、列支敦士登、摩纳哥和瑞士)答复。

¹⁸³ A/CN.4/491 第 27 至 30 段。

¹⁸⁴ 同前,第 53-68 段。

围。

491. 特别报告员指出,在随后的两项《维也纳公约》中,国际组织缔结的条约法的编纂和条约方面的国家继承的法典编纂对保留的定义也产生影响。1986年《维也纳公约》第21条(d)和1978年《维也纳公约》第21条(g)。

492. 这些相继的条款带来的结果是,三项《维也纳公约》都没有提供完整的保留定义;由于这个原因,特别报告员拟订了一项列入这些条款的综合案文。¹⁸⁵ 将这项定义称为“维也纳定义”,可列于《实践指南》第一章前面。

493. 在分析这项定义的历史和要素时,特别报告员回顾,未经重大的法理或政治辩论就通过了这项定义,¹⁸⁶ 且在这三项公约中这项定义列于“采用用语”(而非“定义”)的标题下,用以明确表示采用的定义仅“为本公约的目的”。然而,国家实践和判例接受了这项定义而没有设法了解在各国援引这项定义的情况下,《维也纳公约》是否因此适用。这样,各国在将解释性声明重新界定为保留时和在争论性案件中辩护时,在它们互相实践方面经常明确引用这项定义。关于判例,除其他事项外,特别要指出1977年大不列颠及北爱尔兰联合王国与法兰西共和国之间的《大陆架划界》案¹⁸⁷(英吉利海峡案),1982年提交欧洲人权委员会审理的 *Temeltasch* 案¹⁸⁸和1983年美洲人权法院关于《限制死刑》的咨询意见。

494. 特别报告员指出,目前的法理学界几乎一致拥护维也纳定义;这项定义已成为权威,并构成关于保留定义的所有思考的必然出发点,哪怕某些学者继续提出他们自己的定义。虽然如此,特别报告员认为,仍然存在一些棘手的问题。正是在这方面委员会可以着力明确说明和补充维也纳定义。

495. 为此,特别报告员指出维也纳定义包括三项要素,即它必须为单方面声明;在国家或国际组织表示同意接受条约制约时提出“不论其措辞或名称为何”是一项重大要素,即保留意图排除或更改条约某些规定的法律效力。

¹⁸⁵ 同上,第82段。

¹⁸⁶ A/CN.4/491/Add.1 第53段。

¹⁸⁷ 联合国《国际仲裁裁决汇编》,第十八卷,第3页。

¹⁸⁸ 《裁决与报告》,1983年4月:欧洲人权委员会1982年5月5日裁决。

(一) 单方面声明

496. 一项保留不一定必须有单方面声明的正式性。首任特别报告员詹姆斯·布赖尔利提出保留颇有“合同”(或“协定”)的概念,认为这是当事方之间的一项协议,借以限制条约对其中一当事方或某些当事方适用时的效力。后来,摆脱了这项不符合维也纳制度的定义。虽然有关条款对此种声明采取的方式保持缄默的态度,但特别报告员认为,一如1969年和1986年的《公约》第23条明文规定那样,必须以书面形式提出这种方式。可是他又促请大家注意不要对保留的这种“单方面性质”采取形式主义的看法,同时指出通过特别的团结关系结盟的国家作出的一致保留以及几个国家共同提出的保留的案例。¹⁸⁹ 因此,宜在《实践指南中》指出这些实践并非不符合保留的定义,而这正是准则草案1.1.1的目标。

(二) 提出保留的时机

497. 特别报告员指出,从维也纳定义出发,关于可以提出保留的时机的冗长条文不是详尽无遗,也不是非常严密。即使在这方面有些要素是来自保留的法律制度,重视时机的作用在于防止条约的可能当事方随便提出保留,因为如果这样做就会造成合同关系方面的极大不稳定。虽然如此,仍宜于表明这项条文(第2条第1款(d))基本上与第11条条文相同,而这正是准则草案1.1.2的目标。

(三) 有领土范围的保留

498. 在这方面,特别报告员指出,在声明条约对领土扩大适用时也可以提出保留,这种保留本身当然不构成保留。这项实践已获得接受,没有引起异议,并最后拟订了准则草案1.1.3。然而,如《维也纳公约》第29条规定,当一国作出声明,意图摒除条约对部分领土的适用时,该国设法“排除或更改”条约通常具备的法律效力。特别报告员认为这样则构成真正的基于属地理由的保留(准则草案1.1.8)。

(四) 措辞或名称

499. 维也纳定义最后的一项正式要素是非难“不论其措辞或名称为何”所表现

¹⁸⁹ 如欧洲国家,即使不提出保留,至少也提出解释性声明和联合反对意见。

的“法律上的唯名论”。这项要素大致上获得实践的接受,而且在解释声明方面应可以找到配对,但无需特别的准则草案。

(五) 排除或更改条约中若干规定的法律效力

500. 维也纳定义的这项重大要素具有目的性(保留意图“排除或更改条约若干规定对该国或国际组织适用时的法律效力”)。它提出一些技术性和复杂的方面。

501. 特别报告员认为,人们错误地提出“若干规定”的用语来取代根据“义务”¹⁹⁰(而非规定)引起了最初的一系列问题。另一方面,在实践上存在一些横向的保留;这些保留不涉及任何特别规定,而是涉及行为国或行为国际组织意图适用条约的方式,即是适用整项条约还是包括排除条约对某类人的适用。这项实践体现在准则草案 1.1.4 上。

502. 另外的一系列问题是因保留者追求的目标而引起的。特别报告员指出,正是这项特点区别声明保留或不承认保留;事实上,当保留者意图不是对条约本身造成影响或不是除在其与不承认当事方的关系上摒除条约的适用时,这些保留则不构成保留。可是,当保留者确切表明不接受与其不承认的实体之间的任何合同关系时,由于直接影响条约对两个当事方的适用,构成真正的保留。在不承认的实体成为缔约方时即在声明者表示接受条约的制约后,则可以提出这种单方面声明(准则草案 1.1.7)。

(六) “排除或更改” — “广义”保留

503. “广义保留”这个用语的确切范围引起极为敏感的问题并且会引起法理上的争论。¹⁹¹ 更具体地说,特别报告员要了解这个用语是否意图延伸保留者对于法理辩论相当含糊的问题的权利或义务。他认为,如果这是保留者作出的单方面承诺,超出条约对其规定的范围,那么根据维也纳定义则不构成保留,因为其最后的约束力根源不在于条约。批准、签署或加入不过是发表这种声明的国家作出单方面承诺的机会;如果该国接受制约,那是根据国际法院在 1974 年核试爆一案中提出的理由(准则

¹⁹⁰ 如 P.H.Imbert; 见 A/CN.4/491/Add.2, 第 72-88 段。

¹⁹¹ A/CN.4/491/Add.2, 第 72 至 88 段。

草案 1.1.5)。

504. 可是,如一国或国际组织意图通过保留限制条约对其规定的义务并相应限制其他缔约方按照该条约享有的权利,则构成保留。如果事实上一国不能通过保留对条约其他缔约方规定一般国际法义务以外的新义务,保留国反正可以通过保留否定其他缔约方按照该条约而不是按一般国际法享有的义务。可是,该国不能利用保留来“合法”和企图对其他国家规定不是由一般国际法产生的义务(准则草案 1.1.6)。特别报告员总结时建议委员会将《实践指南》中的八项准则草案提交起草委员会。

(c) 解释性声明的定义

505. 接着,特别报告员在介绍其报告中关于保留与解释性声明的区分的部分时,提出三点一般说明:

(a) 第一,三项《维也纳公约》对于解释性声明的问题一字不提,不过,委员会在草拟条约法的条款草案时,曾于 1956 年和 1962 年研讨过这个问题。公约中一字不提,固然有其缺点,例如对解释性声明毫无指示和说明,但也有其优点,它与保留的情况不同,在这方面没有“正统理论”存在。因此,委员会可以按照成员们的信念和当今国际社会的需要来作出新的规定;

(b) 第二,这一领域有许多实例¹⁹² 证明国家利用解释性声明的情况与利用保留的情况一样普遍。这种实例由来已久,回溯到 1815 年维也纳会议的《最后文件》,并与传统的多边形式平行发展;

(c) 第三,有两种因素使解释性声明更难以定义:(一) 不明确的用语;(二) 国家的外交政策和法律战略。就前者而言,有一个问题发生,就是把“保留”与“解释性声明”对立起来作二元的区分,借以分析影响条约的单方面声明,这样是否有点太过趋向卡笛儿的理性主义。的确,尽管有些语言似乎采取了这种二元区分的办法,但别的语言,例如英文,则似乎采用一种远为错综的办法。不过,没有一个答复问题单的国家——包括英语国家——或国际组织反对把单方面的声明分成两类。

¹⁹² 见 A/CN.4/491/Add.4,第 236 至 239 段。

506. 然而,用语并不因此而更为明确,实际上,国家或者根本并未为其声明定性,或者使用种种迂回或含糊的措辞。¹⁹³

507. 含糊的措辞其实就是属于第二种困难:尽管这类措辞有时是在无意中使用的,但是,这类措辞往往是故意使用的,目的是回避某项关于禁止提出保留的规定,或者象某一个国家在答复问题单时所说,为了避免提出保留可能造成的坏印象。

508. 特别报告员指出,在 1969 年《维也纳公约》的准备工作期间,解释性声明被人加上一个“否定的”定义——就是说并非保留;他表示已经通过实验的方法订出一个肯定的定义(准则草案 1.2)。这项定义包含保留和解释性声明两者所共有的因素:两者不论措辞或名称为何,都是单方面的声明。

(一) 解释性声明的联合提出

509. 联合提出是保留和解释性声明两者的共同点之一,但后者的这种做法则是根深蒂固¹⁹⁴ (准则草案 1.2.1)。

(二) 措辞和名称;当禁止保留时提出解释性声明

510. 特别报告员提到在保留和解释性声明两种定义中对唯名论的驳斥(“不论措辞或名称为何”),他不知道对各国所说的话应不应该一律采信,(按照日本在 1969 年所建议,并按照委员会一名成员在 1997 年的提议),保持各国赋予其单方面声明的名称。但是,他承认这样的做法将与惯例大相迳庭,等于由委员会来制订法律,而这工作并非委员会的职能。因此,他采取了一种比较实际的办法,以人权事务委员会、人权委员会和欧洲人权法院的司法决定为基础,他提议采取一种看法,就是纵使一项解释性声明的标题并不证明其法律性质为何,但却创造一种假定——虽然不是—种无可辩驳的假定——特别是如果提出(这种声明的)国家或组织把某些声明称为“保留”,而把另一些称为“解释性声明”(准则草案 1.2.2)。

511. 同样,某一条约禁止保留时,似乎有理由可以假定——也不是无可辩驳地假

¹⁹³ 同上,第 261 至 266 段。

¹⁹⁴ 同上,第 275 页。

定——提出解释性声明的国家或组织,基于同样的目的,采取了真诚的行动,提出了真正的一项解释性声明(准则草案 1.2.3)。

(三) 有条件的解释性声明

512. 提出声明的国家或国际组织如果使其同意接受条约约束取决于其本身对条约的解释,就象提出某项保留的国家或组织以该保留作为接受条约约束的条件,则此项声明即是有条件的解释性声明。¹⁹⁵

513. 这样一项声明与一项保留要近似得多,而不大近似一项纯粹的解释性声明。此外,在解释性声明的确实范围方面,或在其性质上有无条件方面,如果有任何疑问存在,都必须采用《维也纳公约》第 31 条所载关于解释的一般规则来处理,必定时辅以该公约第 32 条所规定的其他方法处理(准则草案 1.2.4)。

(四) 一般政策声明和说明性声明

514. 一般性声明与条约的目标相同,但其目的不在解释条约,而在列明提出声明国家或组织对条约目标的政策(准则草案 1.2.5)。

515. 在解释性声明中,一个国家表明它打算如何在国内一级履行其义务,而不影响其他国家的权利和义务(准则草案 1.2.6)。

516. 上述两种声明都不是保留或解释性声明。

(五) 保留与解释性声明的差别

517. 解释性声明与保留有两方面的差别:(a) 时间因素,换句话说,提出声明的时刻;(b) 目的因素,即提出声明者提出该声明的目的。后者是关键因素:一项保留旨在摒除或更改条约的规定对提出的国家或组织适用时的法律效果,一项解释性声明则仅仅旨在解释条约或其中某些规定,也就是说,澄清条约的意义或范围,此点业经常设国际法院和国际法院一再肯定。因此,这项解释接受其所提到的各项规定及其法律

¹⁹⁵ 特别报告员列举法国在签署《特拉特洛尔科条约第二号附加议定书》时提出的声明为例,见《联合国条约汇编》,第 634 卷(英文第 281 页,第 936 卷(英文)第 420 页。

效果。特别报告员指出,后者在解释性声明的定义(1.2)中颇为清楚,但是如果委员会希望,还可以在准则中甚至更明确地重申,明白界定保留和解释性声明两者的标准(准则草案 1.3.0 和 1.3.0 之二)。虽然说不说明标准,两者各有各的优劣长短,在《实践指南》中必须使国家知道这一点。

518. 特别报告员认为,时间因素与其在保留定义中不同,¹⁹⁶ 不应包括在解释性声明的一般定义内(但有条件的解释性声明除外)。虽然保留是在签订条约时提出,解释性声明则涉及条约的解释,而条约的解释本身也是条约实施的一个方面。关于这一点,特别报告员同意前任报告员的看法,认为解释性声明在任何时候——无论在谈判期间、或在签署或批准时,或以后在继起的实践期间——都可以提出。

(六) 保留与解释性声明的区分方法

519. 特别报告员表示,这种方法事实上可以仿效《维也纳条约法公约》第 31 和 32 条中所规定的模式,其中载有关于条约的解释的一般规则。不仅按照国家的惯例,而且特别按照美洲人权法院、欧洲人权法院和英吉利海峡案件专设仲裁法庭的司法判决,单方面的声明必须一秉诚意、按照上下文中各项用语所赋予的含义来解释,以等待利用补充的解释资料,特别是准备工作资料,核定用此方法所得的结果(准则 1.3.1)。

(七) 定义范围

520. 关于在委员会讨论保留的定义期间所提出的保留的合法性问题,特别报告员指出,一项定义并不是一项有约束力的规定,《实践指南》第一部分中所载的各项定义都不妨害保留的法律范围,特别是不妨害保留的合法性。一项保留(或解释性声明)可能合法,也可能不合法,但仍然是一项保留或解释性声明。一项单方面声明的合法性取决于它被界定为一项保留还是一项解释性声明(准则草案 1.4)。

¹⁹⁶ 特别报告员甚至认为,将时间因素列入保留定义之中是“不幸”的,其原因是基于法律政策上要达到条件关系的稳定和各项条约的统一。

2. 辩论摘要

521. 关于处理所谓“广义”保留问题的准则草案(1.1.5 和 1.1.6),一些成员指出,旨在增加保留国义务的声明(如特别报告员引用的南非就《关税和贸易总协定》(《关贸总协定》)发表的声明¹⁹⁷)的例子极少;这类声明要么可能是在一项条约中增列的提案,其他缔约国可予以接受,也可不予以接受,要么可能是一种解释性声明,错误地对保留国根据条约承担的义务作出广义的解释。关于准则草案 1.1.6,一些成员指出,该准则仅仅提出与保留相对的一个定义,尤其是考虑到在公约领域严格适用的相互性原则,并考虑到这一规定与保留的一般定义十分接近的性质。此外,若干成员声称,确切而言,通过单纯的单方面声明在“条约中增列新条款”是不可能的。

522. 另一些成员提出准则草案 1.1.5 和 1.1.6 的措辞所引起的问题。他们引用下列假设的例子:如果某一特定条约暂停适用国际法一般规则,那么对该条约的保留就是恢复了根据一般国际法承担的义务。另一方面,如一条约规定不得提出保留,但允许提出“临时”性声明,藉此缩小条约规定的义务的范围和性质(例如最近设立国际刑事法院的罗马规约)。在这种情况下,要问的问题是,这一文书是否建立了分别适用于保留和适用于声明的两种法规,还是仅向各国提供一种选择。另一种意见认为,两个准则草案可合二为一,合并的准则主要适用于通过不构成保留的声明“更改”条约本身(而不是其效果)的情况。有些成员认为,这两个准则草案所产生的问题远远超越简单的起草问题。准则草案 1.1.5 和 1.1.6 提出的对构成保留的单方面声明和不构成保留的单方面声明的区分不能使他们信服。从法理上来说,减少声明国义务的声明与增加声明国义务的声明之间并无很大的区别。从这一角度来看,他们问,既然维也纳定义只谈到“更改”问题,为何从保留定义中排除旨在增加声明国义务、且可能因相互性效果也增加其他缔约国义务的声明。

523. 另一方面,其他一些成员则认为,这两个准则草案在《实践指南》中可能非常有用,尤其是结合处理旨在增加声明国义务的声明和旨在限制其义务、从而构成保留的声明。在此阶段,并无必要说明前者的性质或例如,这种声明是否受适用于单

¹⁹⁷ A/CN.4/491/Add.3,第 213 段。

方面法律行为的规则所制约。他们对保留的概念作了澄清。在这方面,他们还提出有无可能以大致相当的其他义务代替条约规定的某些义务。¹⁹⁸

524. 总结时,特别报告员首先强调维也纳定义中所用术语的真正含义。如果称一项保留条约的规定,或认为维也纳各项公约给保留下限制条约规定的法律效果,这种说法似乎不对。所使用的词语是“更改”,由此才产生广义保留的问题。

525. 第二,特别报告员认为,即使若干成员认为委员会在目前阶段不应就声明表态,可是旨在增加行为国义务的声明构成了单方面的法律行为。实际问题是想知道一个国家可否通过保留增加其他国家的义务:特别报告员认为,必须区分两个非常不同的方面:

(a) 第一方面是要知道一项保留可否增加条约对缔约方规定的一般义务。所有保留的一般职能旨在使条约中的某些规定失去作用;这是毫无疑义的;

(b) 第二方面是保留国是否可能增加其共同缔约方不单根据条约而且还根据一般国际法所规定的义务。似乎难以想象一个国家竟然可以通过一项保留更改有利于自己的习惯国际法。认为一项更议性的“保留”能够根据习惯国际法的规定增加保留国的权利和增加共同缔约国的义务,似乎是不合理的。此外,将这种实践界定为“保留”会对发展不足的小国产生严重影响:由于这些国家缺乏非常有组织的法务系统,经过一段时间后会认为接受了这些保留。这样,这些国家也就会受到外面对它们规定的某种“立法”的制约。

526. 第三,特别报告员指出,行为国称为保留的几项单方面声明(如以色列意图在红十字徽章上加上戴维盾而对 1949 年《日内瓦公约》作出的保留)¹⁹⁹ 旨在增加或减少共同缔约国的义务,事实上为修正提案。只有其他缔约方接受,这些提案才能生效。考虑到对保留的默然接受,因此问题是要了解这些“保留”是否为真正的保留。

¹⁹⁸ 他们援引日本对 1971 年《粮食援助公约》(其中规定缔约国承诺向某些国家提供小麦)提出的一项保留,其中表示,由于日本不是小麦生产国,日本将提供相应数量的大米,其价值相当于日本本来应提供的小麦的价值。

¹⁹⁹ A/CN.4/491/Add.3,第 225 段。

527. 关于准则草案 1.1.7,许多成员虽承认澄清不承认声明的性质有实际用处,但怀疑这些声明真的构成保留。他们着重指出,这是在声明一方与不被承认一方之间排除整个条约的适用,而不是排除该条约若干特定规定的适用,这与维也纳公约的定义文字不同。此外,有人指出,任何保留都先假定保留一方与条约他方之间有条约关系或契约关系存在,而不承认声明正就是否定一方的缔约能力。因此,这些声明是属于承认或解释性声明的范围,而非属于条约法,尤其是保留法的范围。这些声明只是在表示同意接受条约约束的时候作出。有人还指出这已离开条约法而进入明显政治性领域,必须在不承认国家、不承认政府和不承认国际组织之间加以区分。这种声明的实例很多,人们不应以“预防”性质阻止最大多数国家参加条约。

528. 另一个观点是,这一准则草案远超过维也纳条约的制度,可能让人得到这样的印象:国际法委员会打算在保留制度之内包括最大数目的可能情况。关于这点,有人说,如果这些声明在什么日期都可作出,那么就更远离保留的“传统”性质。另一方面,声明的效果可能因声明对象的条约类别(例如限制性条约)而不同。有人还指出,将这些声明归类为保留,并试图对之适用保留制度可能会造成荒谬结果,例如这些保留为条约所禁止,或者缔约各国彼此互不承认。

529. 若干成员认为,人们应反过来提出一个问题,就是一项保留是否可以排除整个条约在两方之间适用;如果是,则问题是这项保留是否必须与不承认挂钩。此外,有人提到这些声明与“建议”或彼此间协定挂钩的可能性。有人还提到与解释性声明同时进一步思考这个现象或研究这个现象的可能性。

530. 另外,一些成员指出,这是单方面的、自成一类的声明,或者“排除声明”,或者产生类似保留效果的声明,这些声明都应载入《实践指南》(或者载入指南的一个附件),因为这些声明表达一个无可置疑的现实。有人还认为,这些声明构成否定不被承认实体缔结条约关系的能力声明,属于缔结条约的范围,准则草案应明确说明,这些声明不构成保留。

531. 另一方面,若干成员认为,这些声明构成真正的保留,因为它们是要改变条约的法律效果,这也就是保留的内涵。不过,保留的一般制度对这些声明并非全部适用:整个条约被排除,而且提出声明的时间可能不同。关于这方面,他们指出,即使承认是一个政治问题,它也产生法律效果。

532. 特别报告员总结讨论情况时指出,这次讨论提出五个主要问题:

(a) 第一个问题是哲学问题:即使这个问题象许多成员似乎所相信的那样,是“政治”问题,他认为也应该予以讨论,以期明确说明它在法律方面的效果;

(b) 除了这些声明目前惯称为“保留”,显示这一方向之外,他看不出为何保留不能根据属人管辖、属事管辖或属地管辖作出。此外,如果可以用反对方法排除整个条约在两方之间适用,那么他问为何不能用保留方法来做。他认为严格遵守维也纳定义所述的“若干规定”字样,似乎太过形式化;

(c) 不过,他承认即使把这些声明视为保留,保留制度的某些性质(反对等等)也不能对这些声明适用;

(d) 这些声明可以在什么正确时候作出的问题,也需要明确规定;如果人们想维护条约关系的稳定,那么无疑应该明确规定这些声明可以在不被承认的实体成为条约缔约方的时候作出,而不是在任何时候都可作出;

(e) 他认为自成一类的“归类”办法不能令人满意,他在辩论结束时的想法与最初不同,他认为:如果这些声明并非保留,则可视为类似一般政策声明的声明,或者针对条约的声明,这些声明对条约适用方面并不产生法律效力;不过他对这一点仍有保留。

533. 关于报告中有关解释性声明部分²⁰⁰的说明,许多成员同意特别报告员的说法,即解释性声明中所用的措词非常混乱,他们认为准则草案 1.2 和 1.2.2 澄清此事,有助于避免含糊不清的情况。有一种观点认为,除了词语方面的问题外,定义在确定单方面声明的合法性方面起基本作用。但也有人支持特别报告员的意见,即首先必须确定解释性声明的定义,然后才处理合法性的问题。有人还指出,维也纳制度对解释性声明的问题并非完全沉默,其中所载的一般性解释规则对这些声明适用。不过,解释性声明与保留之间的区别有时很难作出。但是,有人也指出,《维也纳公约》中所述的一般解释规则,目的在于澄清两方或多方之间意愿协定的含义,国际法委员会应考虑是否可将这些规则转用于解释性声明,也就是单方面声明。

534. 别的一些成员提出一个问题,就是是否必须详细研究解释性声明,他们认为

²⁰⁰ A/CN.4/491/Add.4。

必须这样做,并强调必须明确界定区分这些声明与保留之间的区别准则(特别报告员所有的建议,或许除了有关解释性声明的联合提出的准则草案 1.2.1 之外,正就是为了界定这些准则。)但是有人认为有条件的解释性声明构成真正的保留,应作为保留处理,特别是在这些声明应符合条约的目的和宗旨方面。

535. 关于有条件的解释性声明,有人问如果另一缔约方提出反对,这些声明是否妨碍条约在提出有条件声明国家与反对国家之间生效。

536. 关于解释性声明的定义(准则草案 1.2),许多成员认为这个定义非常符合消除围绕解释性声明概念的各种误会的需要。有人还指出,这个定义可以配合一项否定的“对称”规定,即解释性声明的目的既非在于改变条约若干规定的法律效果,亦非在于排除这些法律效果。

537. 别的一些成员着重指出必须对太过主观的解释权力加以限制(这项权力尤其见于“声明国对条约……所认定的……”一语),指明这项权力必须符合条约所述规定的文字和精神。

538. 另一项观点认为,解释性声明往往涉及执行条约的条件(如 1982 年《海洋法公约》),这一要点也可以载入定义内。

539. 特别报告员在总结讨论情况时着重指出,在本质上,定义并没有规范性内容(指狭义的规范),但却是一项必要的先决条件,以证实这些单方面声明的合法性,并适用有关两者的法律制度。主要问题显然在于确定法律制度是否可以移用于解释性声明的制度,以及可以在什么程度上移用。但目前进行讨论尚为时过早。在他这方面,他认为即使在许多情况下,有条件的解释性声明制度可以同保留制度看齐,但这两项概念似乎不可能完全合一。

C. 委员会一读所暂时通过对条约的保留的准则草案案文

1. 准则草案案文

540. 委员会第五十届会议所暂时通过的准则草案 1.1 、[1.1.1]、²⁰¹ 1.1.2 、1.1.3[1.1.8]、1.1.4[1.1.3]、1.1.7[1.1.1]案文如下。

²⁰¹ 方括弧中数字指特别报告员第三次报告中的顺序号。

对条约的保留

《实践指南》

1. 定义

1.1 保留的定义

“保留”是指一国或一国际组织在签署、批准、正式确认、接受、核准或加入条约或一国发出继承条约的通知时所作的单方面声明,不论其措辞或名称如何,该国或该组织意图藉此排除或更改条约中某些规定对该国或该国际组织适用时的法律效力。

1.1.1[1.1.4] 保留的对象²⁰²

一项保留可涉及条约的一项或数项规定,或更笼统地涉及一国或一国际组织打算执行的整个条约的方式。

1.1.2 提出保留的时机

根据《指南》第 1.1 条提出保留的时机,包括以各种方式同意接受 1969 年和 1986 年《条约法公约》第 11 条提及条约的约束。

1.1.3[1.1.8] 有领土范围的保留²⁰³

一国发布单方面声明,意图藉此排除某一条约或其中某些规定对某一领土的适用——如无此项声明该条约即可适用,此项声明即构成保留。

1.1.4[1.1.3] 领土适用通知时提出的保留

一国在通知某一条约可在其领土范围内适用时可提出单方面声明,意图藉此排除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。

²⁰² 本准则草案将参照对解释性声明的讨论再予审查,必要时可以修改文字。

²⁰³ 本准则草案的案文将在委员会下届会议中与准则 1.1.1 一同复审。

1.1.7[1.1.1] 联合提出保留

若干国家或若干国际组织联合提出一项保留不影响保留的单方面性质。

.....

将某一单方面声明定为保留根据关于保留的规则不影响其可允许性和效力。²⁰⁴

2. 准则草案及附加评注

对条约的保留

实践指南

1. 定义

1.1 保留的定义

“保留”是指一国或一国际组织在签署、批准、正式确认、接受、核准或加入条约时、或一国发出继承条约的通知时所作的单方面声明,不论其措辞或名称为何,意图借此排除或更改条约中某些规定对该国或该国际组织适用时的法律效力。

评注

(1) 委员会采用的保留定义无非就是 1969 年、1978 年和 1986 年《维也纳公约》中所载定义的综合案文,未加任何更改。

(2) 委员会打算在《实践指南》其他各章中原则上沿用这一方法。这一方法符合委员会于 1995 年采用²⁰⁵ 并于 1997 年确认²⁰⁶ 的立场,也就是说,关于条约法的各项《维也纳公约》的有关规定不应更改。在大会第六委员会辩论对条约的保留问题期间,这一立场已得到普遍赞同。

(3) 1969 年 5 月 23 日《维也纳条约法公约》第 2 条第 1 款(d)项所载保留的定义如下:

²⁰⁴ 本准则的题目和位置以后确定。

²⁰⁵ 见《大会正式记录,第五十届会议,补编第 10 号》(A/50/10),第 491 段。

²⁰⁶ 同上,《第五十二届会议,补编第 10 号》(A/52/10),第 116 至 123 段。

“‘称保留’者,谓一国于签署、批准、接受、赞同或加入条约时所作之片面声明,不论措辞或名称为何,其目的在摒除或更改条约中若干规定对该国适用时之法律效力”。

(4) 此一定义抄录了 1966 年委员会在其关于条约法的条款草案中提出的案文,²⁰⁷ 在委员会之内²⁰⁸ 或在维也纳会议期间都没有引起冗长的辩论。1978 年《关于国家在条约方面的继承的维也纳公约》和 1986 年《关于国家和国际组织间或国际组织相互间条约法的维也纳公约》²⁰⁹ 也抄录了这项定义案文,几乎没有引起任何讨论。

(5) 然而应该指出,1978 年《公约》第 2 条第 1 款(j)项和 1986 年《公约》第 2 条第 1 款(d)项并非单纯抄录 1969 年《公约》第 2 条第 1 款(d)项的案文。每项公约各依个别的目的,增列所需的明确规定:

(a) 1978 年《公约》订明一国“发生继承条约的通知时”,可提出保留;

(b) 1986 年《公约》补充订明一国际组织以正式确认方式表示同意接受条约约束时,可提出保留。

(6) 因有这些差异,才需要为《实践指南》制订一项综合案文,包含 1978 年和 1986 年的补充规定,而不单纯抄录 1969 年的案文。

²⁰⁷ 《1966 年……年鉴》,第二卷,法文本第 193 页。

²⁰⁸ 见 Brierly、Fitzmaurice 和 Waldock 提议的定义(分别载于《1950 年……年鉴》,第二卷,A/CN.4/23 号文件第 84 页;《1956 年……年鉴》,第二卷,法文本第 112 页;《1962 年……年鉴》,第二卷,法文本第 36 页)以及 1962 年和 1965 年起草委员会的建议(分别载于《1962 年……年鉴》,第一卷,法文本第 264 页;《1965 年……年鉴》,第一卷,法文本第 335 页)。

²⁰⁹ 在委员会起草这个问题的条款草案时,有人曾提议简化这项定义,以避免仿照 1969 年的定义详细列举提出保留的时刻(见《1974 年……年鉴》,第二卷,第一部分,第 306 页)。但委员会在 1981 年重新采用为 1969 年案文基础的案文(见《1981 年……年鉴》,第二卷,第二部分,第 122 页和第 124 页)。

(7) 这项定义业经载入多项司法判决中,²¹⁰ 并经各国在提出保留或对其他缔约国的保留作出反应时实际采用,因此,在法学家的著作中得到普遍的赞同,虽然有些著作家曾针对若干具体要点提出批评,并建议加以增补或修改。²¹¹

(8) 委员会的立场也是如此。但委员会有些成员却强调维也纳定义之中有缺漏或含糊之处。他们声称,除其他外:

(a) 这项定义将纯属定义方面的要素与更近似保留的法律制度的其他要素,特别是关于提出保留时刻的要素,结合起来;

(b) 此外,所列举的时刻,纵然加上 1978 年和 1986 年的补充规定,仍不完全,且与 1969 年和 1986 年的《公约》第 11 条所列表示同意接受条约约束的方式不相配合;

(c) 定义应补充内容,规定保留须以书面提出;

(d) 应明确指出一项保留可以——有一名成员认为只可——缔约国提出企图限制它所针对的规定的法律效力。

(9) 然而,委员会认为,上述异议不构成怀疑维也纳定义的充分理由。维也纳定义可以并且应该在《实践指南》中加以补充和阐明,因为这正是《实践指南》的目的和存在的理由。

²¹⁰ 例如参看 1977 年 6 月 30 日大不列颠及北爱尔兰联合王国与法兰西共和国之间大陆架划界案的仲裁判决,《联合国,国际仲裁裁决》,第十八卷,第 54 和 55 段,第 39 至 40 页(仲裁法院注意到,双方虽然不是 1969 年《公约》的缔约国,但同意认为该公约第 2 条第 1 款(d)项载有保留的正确定义,并据此作出必要的结论),或参看 1982 年 5 月 5 日欧洲人权委员会对关于 *Temeltasch* 一案的判决(《裁决和报告》,1983 年 4 月,第 69 至 82 段,第 130 至 131 页)。

²¹¹ 尤其参看下列作品提出的定义: Pierre-Henri Imbert, *Les réserves aux traités multilatéraux*, Paris, Pédone, 1979, 第 18 页, 和 Marjorie Whitman, *Digest of International Law*, vol. 14, 1970, 第 137 页。并参看 Frank Horn, *Reservations and Interpretative Declarations to Multilateral Treaties*, T.M.C. Asser Instituut, Swedish Institute of International Law, vol. 5, 1988, 第 83 页。

(10) 鉴于《实践指南》中所采用的定义从一开始就是脱胎于各项《维也纳公约》，《维也纳公约》中则抄录了委员会的这一条款草案，因此，条款草案第2条第1款(d)项的评注仍然十分确切：

“提出这一定义的必要性在于当国家在签署、批准、加入、接受或核准一项条约时，往往就其对某些事项的理解或对一特定条款的解释提出声明。此类声明或许仅澄清一国的立场或许构成保留，这取决于该项声明是否修改或排除按通过的条约适用条约的条款。”²¹²

(11) 这项解释清楚说明《实践指南》这第一部分所载定义的功能：²¹³ 目的是区分对条约提出的保留和其他单方面声明(其中最重要的一类是解释性声明)，因为两者适用不同的法律制度。

(12) 此外，还应认识到这种声明的局限：无论如何细心界定保留的定义并对保留与其他单方面声明加以区分，但因为这种声明与保留具有某些共同的因素，所以这种区分不可避免地有几分含糊。这是任何定义的适用方面所固有的情况，因为一项解释工作，如在一定程度上依情况和背景而定，则不免引起解释者的主观性。

1.1.1 [1.1.4]²¹⁴保留的对象²¹⁵

一项保留可涉及条约的一项或数项规定，或更笼统地涉及一国或一国际组织打算执行整个条约的方式。

²¹² 《1966年……年鉴》，第二卷，第2条评注，第(11)段，第206页。

²¹³ 特别报告员第二次报告中所载“暂定研究计划”分六个部分(一、对多边条约的保留的法律制度的统一性或多样性，这个专题已在第二次报告(A/CN.4/477)第二章中讨论；二、保留的定义；三、提出和撤回保留、接受和反对；四、保留、接受和反对的效果；五、在国家继承情况下保留、接受和反对的地位；六、解决与保留制度有关的争端)(A/CN.4/477，第37段)。

²¹⁴ 方括号内的数字表示在特别报告员第三次报告(A/CN.4/491 和 Add.1-6)中原有的编号。

²¹⁵ 本准则草案将参照关于解释性声明的辩论情况重新审查，必要时可能加以修订。(关于本草案的通过情况，见对准则草案1.1的评注第(12)段)。

(1) 按字面来理解,维也纳定义²¹⁶似乎把非涉及条约的某一项或数项规定而涉及整个条约的单方面声明排除在保留的总类之外。准则草案 1.1.1 的目的是在解释这项定义时考虑到全面保留方面的长久惯例;按狭义来理解这项定义,将产生一种过分狭隘而且违反现实的解释。

(2) 《维也纳公约》起草人的用语受到了批评,第一个原因是其中确定“保留与公约规定……之间的”关系。“实际上,一项保留所要排除的不是一项规定,而是一项义务”。²¹⁷ 这项批评似乎并没有什么根据,因为它是针对 1969 年《公约》第 2 条第 1 款(d)项中所载的定义,该项定义特意阐明提出保留者的目的在排除或更改条约中若干规定对其适用时的法律效力,而不在排除或更改这些规定本身。²¹⁸

(3) 这一条文所引起的第二种批评是其中采用“若干规定”一词。有人指出,这方面的解释是“因为十分适当地希望排除那些过于笼统和含糊^[219]而结果取消条约的强制性的保留”,但似乎应该问一问,这项考虑是否“应该放进第 2 条中。实际上,这涉及保留的有效性。然而,不是因为一项声明引起不当的后果,才不得视为一项保留。此外,惯常作法提供许许多多的例子,说明有些保留虽然不是针对个别的条款,但仍是完全有效的:这种保留不许在某些明确界定的情况下执行整个条约”。²²⁰

²¹⁶ 参看上面准则 1.1。

²¹⁷ Pierre-Henri Imbert, *Les réserves aux traités multilatéraux* (Paris Pédone, 1979 年), 第 15 页。

²¹⁸ 1969 年和 1986 年两项《公约》第 21 条第 1 款的措辞较有问题,因为它把保留的法律效力说成修正有关的条款。

²¹⁹ 参较以色列政府对国际法委员会第一次草案的意见(《1965 年年鉴》,第二卷,第 14 页)或智利代表于 1968 年在第一届维也纳会议上的发言(A/CONF.39/11/SR.4, 第 5 段)。

²²⁰ Pierre-Henri Imbert, *Les réserves aux traités multilatéraux* Paris Pédone, 1979, p. 14-15。在这方面,例如参看:Renata Szafarz, “Reservations to Multilateral Treaties”, *Polish Year Book of International Law*, 970, p. 296。

(4) 一方面,我们不应把一项一般的保留与一项全面的保留混为一谈,前者的特征是内容含糊笼统,后者涉及提出保留的国家或国际组织打算执行整个条约的方式,但不一定会被人指责含糊不明。

(5) 全面的保留是一种标准作法,因此从来未曾引起任何特别的反对。凡是排除或限制条约在下列各方面的适用性的保留,其情况也是如此:

- (a) 对某几类人员;²²¹
- (b) 或某几类物品、特别是运输工具;²²²
- (c) 或对某些情况;²²³
- (d) 或对某些领土;²²⁴

²²¹ 例如参看联合王国《关于公民权利及政治权利国际盟约》对武装部队人员及俘虏的适用性的保留(《秘书长负责保管的多边条约—截至 1996 年 12 月 31 日的现况》,联合国出版物,出售品编号 E.97.V.5 第四章,第 129 页)或危地马拉关于 1954 年 6 月 4 日《关于私用公路车辆临时进口的海关公约》仅对自然人适用性的保留(同上,第九章 A.8,第 431 页)。

²²² 例如参看南斯拉夫的保留,其中声称《统一内河航行碰撞若干规则的公约》的规定不得适用于公共权力机构的专用船舶(同上,第十二章第 3 节,第 663 页)或德国的保留,其中声称 1965 年 1 月 25 日《内陆航行船舶注册公约》不适用于在湖泊中航行而属于德国联邦铁路公司所有的船舶(同上,第十二章,第 4 节,第 665 页)。

²²³ 例如参看阿根廷对 1982 年《国际电信联盟公约》提出的关于可能增加阿根廷会费和其他缔约国可能不遵守公约规定义务问题的保留(阿根廷对保留问题单的答复)或法国在 1985 年签署《欧洲海洋区域内海上无线电示标规划问题区域行政会议最后文件》时提出的关于需要法国无线电导航服务机构发挥适当功能及利用多频率相位计量系统问题的保留(法国对保留问题单的答复)。

²²⁴ 参看下面准则 1.1.3。

(e) 或在某些特定情况下;²²⁵

(f) 或因与提出保留者的国际地位有关的特殊理由;²²⁶

(g) 或对提出保留国家的国内法;²²⁷

等等。

(6) 这些保留之中,有些因为笼统和含糊而引起反对,²²⁸可能其中有一些保留,

²²⁵ 参看法国对 1928 年 9 月 26 日《仲裁公约》提出的保留,内称“……将来[加入本公约一事]不得扩大适用于与法国政府参战期间发生事件有关的争端”(同上,第 1006 页)。(联合王国和新西兰也曾提出类似的保留)。并参看 1925 年《关于禁止窒息性、毒性或其他气体和细菌作战方法的日内瓦议定书》的大多数缔约国提出的保留。根据这些保留,如有任何敌对国家的武装部队或同盟国不遵守这项议定书所规定的禁令,该议定书即丧失其对提出保留国家政府对付该敌对国家的手段的约束力。《裁军和限制军备方面各项多边协定的现况》,第四版,1992 年,第一卷,第 11 至 21 页。

²²⁶ 例如参看奥地利和瑞士对 1972 年 4 月 10 日《关于禁止发展、生产、储存和使用细菌(生物)武器及销毁此种武器的公约》提出的关于维持其中立地位的保留(瑞士对保留问题单的答复),或奥地利对 1976 年 12 月 10 日《禁止为军事目的或任何其他敌对目的使用改变环境技术公约》提出的类似保留(《多边条约...》,第二十六章,第 1 节,第 892 页),或欧洲共同体成员国对 1991 年 1 月 13 日《关于禁止发展、生产、储存和使用化学武器的公约》提出的保留,其中声称各成员国将按照建立欧洲共同体的条约所规定的义务,在这些规则的适用范围之内,执行《公约》的规定(同上,第二十六章,第 3 节,第 904 页)。

²²⁷ 例如参看美国、意大利和日本的保留,其中声称这些国家将“临时在国内立法的范围内”执行 1986 年 3 月 14 日《国际小麦协定》;或加拿大对 1953 年 3 月 31 日《妇女政治权利公约》提出的“有关属于各省立法管辖范围的各项权利”的保留(同上,第十六章,第 1 节,第 704 页)。

²²⁸ 例如参看许多国家反对马尔代夫对 1979 年 12 月 18 日《消除对妇女一切歧视公约》提出的有关伊斯兰宗教法的保留的理由(同上,第四章,第 8 节,第 177-182 页)以及埃及对同一公约提出的保留。在这方面,请参看下列文章:Anna Jenefsky

根据 1969 年和 1986 年《维也纳公约》第 19 条所列理由,迹近非法。但是,这种非法性质是基于保留的法律制度,这个问题与保留定义的问题不同。此外,把一般的保留并入保留的类别之中,是根据有关保留的法律制度的相关规则来审查保留的有效性的一个不可缺少的先决条件;一项非法的保留(a) 仍不失为一项保留;(b) 除非它是一项保留,否则不能宣布它是非法。

(7) 赞成对维也纳定义不作字面上解释的另一个因素是有些条约禁止提出全面的保留或某几类全面的保留,特别是一般的保留。²²⁹ 如果企图全面更改条约的法律效力的单方面声明并不构成保留,则这样一项条款是多余的(而且无法解释的)。

(8) 全面的保留的惯例既普遍又一贯(这种保留也不一定都是含糊和笼统的保留),而且人们对这类保留并未表示原则上的反对,这就表明有一种社会需要存在,如果单凭抽象的法律逻辑加以否定,则是荒唐。此外,法律规则的解释不应始终不变;《维也纳公约》第 31 条第 3 款促请解释条约规则的人注意“应与上下文一并考虑者尚有……(b)嗣后在条约适用方面造成各当事国同意对条约解释之所有惯例”,而且象国际法院所极力强调的,一项法律原则必须根据“国际法后来的发展”来解释。²³⁰

²²⁸ (续)

“Permissibility of Egypt's Reservations to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women”, *Maryland Journal of International Law and Trade*, Vol. 15, 1991, pp. 199-233, 及 R. Cook “Reservations to the Convention on Elimination of All Forms of Discrimination Against Women”, *Virginia Journal of International Law*, Vol. 30, 1990, pp. 643-716。并参看某些国家反对美国对 1948 年 12 月 9 日《防止及惩治灭绝种族罪行公约》提出的《关于美国宪法》的保留的理由(同上,第四章,第 1 节,第 88 页)。

²²⁹ 《欧洲人权公约》第 64 条第 1 款,或《美洲关于被迫失踪人士的公约》第十九条的情况也是如此(International Legal Materials. vol. XXXIII, 1994; p. 1532)。

²³⁰ 1971 年 6 月 21 日的咨询意见,《南非不遵守安全理事会第 276(1970)号决议继续留驻纳米比亚对各国的法律后果》(《国际法院判例汇编》,1971 年,英文第 16 页,第 51 段。

(9) 因此,为了消除任何含糊之点并避免任何争议,似乎照理应当在《实践指南》中采用各国实际上对维也纳定义内所载关于保留的预期效果看似狭义的条文所给予的广义解释。总之,与委员会某些成员表示担忧的情况相反,采用的条文不应引起在解释性声明方面的误解,的确有些解释性声明的目的可能是表明“该国或该国际组织打算执行整个条约的方式”,但此处说得十分明显,这项规定只涉及单方面的声明,而这种声明在其他方面却构成符合维也纳定义的规定的保留;这是因为这项准则草案的开端就载有“保留……”等字。

(10) 显然,这样一项定义尽管如此精确,但无论如何不能预断各项保留为合法(或非法):它们不论是涉及条约的某些规定,还是涉及整个条约,都应遵守关于保留的有效性(或可容许性)的实质规则。

(11) 在这方面,准则草案 1.1.1 中所用“可”字不应按照宽大的含义来解释,暗示国家和国际组织“有权”,而应从纯粹描述性的观点来解释,指出实际上这种全面性的单方面声明的确是保留,与其可容许性完全无关。这很明显地是由于它已列入《实践指南》的第一部分,该部分纯粹讨论这种声明的定义,并由下面所载暂时未编号的准则草案加以确认。

(12) 委员会有些成员表示对准则草案 1.1.1[1.1.4]的措辞有疑问。他们认为这项措辞对于解释性声明和全面保留同样适用。其他成员则指出这项措辞仅涉及“一项保留”,没有理由。不过,委员会决定将参照关于解释性声明的讨论情况来“测验”所用措辞是否适当。

1.1.2 可提出保留的情况

载在准则 1.1 可提出保留的情况包括表示同意受 1969 年和 1986 年关于条约法《维也纳公约》第 11 条所提到的条约约束的所有方式。

评注

(1) 本准则草案旨在试图纠正 1969 年和 1986 年《维也纳公约》措词的毛病,即第 2 条 1 款(d)和第 11 条措辞不一致,可能造成混乱。

(2) 象在准则 1.1 的评注中²³¹已指出,有人批评在《维也纳公约》的定义中列

²³¹ 第 8 段。

举可提出保留的情况,特别是因为列举不详尽,并且应列在《公约》有关保留的法律制度的条款中,而不应列在关于保留的定义条款中。

(3) 尽管在保留的定义中列入可提出保留的时间限制,似乎不合逻辑,但这种做法日益受到重视,²³²因为允许缔约各方可随时提出保留的制度会严重妨碍法律关系的稳定。事实上,这影响到条约必须遵守原则本身,因为任一缔约方都可通过提出保留,推卸其在条约下所负的义务;此外,保管人的任务也变得极为复杂。

(4) 事实上,《维也纳公约》限制性地列举可提出保留的时间,受到批评。一方面,有人认为列举不详尽,特别是当初没有考虑到在国家继承时提出保留的可能性²³³,但1978年《关于国家在条约方面的继承的公约》已填补这个空白。另一方面,许多作者指出,在某些情况下,可在《维也纳公约》定义²³⁴规定的时间以外提出保留,特别是一项条约可明确规定可在签署或表示同意受条约约束时候以外的时间提出保留。²³⁵

²³² 保留的最早定义一般不包括这一时间要素(见例如 David Hunter Miller 所建议的定义(*Reservations to Treaties: The Effect and Procedure in Regard Thereto*, 华盛顿, 1919 年, 第 76 页), Dionisio Anzilotti(*Cours de droit international*, 法文本由 G. Gidel 翻译, 巴黎, Sirey, 第一卷, 1929 年, 第 399 页)或 R. Genet(“*Les reserves dans les traites*”, *Revue de droit international et de sciences diplomatiques et politiques*, 1932 年, 第 103 页))。

²³³ 见 Renata Szafarz, 《对多边条约的保留》, 《波兰国际法年鉴》, 1970 年, 第 295 页。

²³⁴ 见同上和 Giorgio Gaja, “Unruly Treaty Reservations” 载在 *Le droit international a l'heure de sa codification-Etudes en l'honneur de Roberto Ago*(Giuffrè, 米兰, 1987 年), 第一卷, 第 310 至 313 页; D. W. Grieg, “Reservations: Equity as a Balancing Factor?” 《澳大利亚国际法年鉴》1995 年, 第 28 至 29 页; Frank Horn, *Reservations and Interpretative Declarations to Multilateral Treaties*, T. M. C. Asser Instituut, 瑞典国际法学院, 国际法研究, 第 5 卷, 1988 年, 第 41 至 43 页或 Paul Reuter, *Introduction au droit des traites*, 第 3 版, 经 Philippe Cahier 增补(巴黎, P. U. F., 1995 年), 第 71 页。

²³⁵ 特别见 Pierre-Henri Imbert, *Les reserves aux traites multilateraux*(巴黎, Pedone, 1979 年), 第 12 页。

(5) 在《实践指南》中明确提出这项可能性似乎没有用:当然,一个条约可规定这一可能性;但这成为一项条约规定,一项特殊法,与《维也纳公约》所提出的总原则有抵触,《公约》原意只具有补充意愿,绝不妨碍这类例外情况。关于保留的《实践指南》具有同样的性质,因此不宜在其每个标题下重新指出国家和国际组织可不按其规定,在它们缔结的条约中载入特别规定的保留条款。

(6) 另一方面,即使按照一般国际法,似乎可以提出保留的情况清单,例如《维也纳公约》第2条第1款所载的清单,并不包罗表示同意受条约约束的所有方式。不过,按照此一规定的精神,国家在表示同意时可提出(或证实)保留,并只有在这个时候才能够这样做。因此不应过分重视这个列举清单的文字,因它不但有缺漏,且与1969年和1986年《维也纳公约》第11条所列举的清单不相符。²³⁶

(7) 此外,委员会在讨论关于国家和国际组织间或国际组织相互间条约法的条款草案时已认识到该问题,因为它一开始就按照其特别报告员 Paul Reuter 先生的建议,简化保留的定义,并打算只规定“一国或一国际组织于签署条约或...同意受条约约束时”,可提出保留,²³⁷ 这构成暗示地提到未来公约的第11条。然而,为了尽可能不背离1969年的案文,委员会最后以该案文为其草案的依据,放弃有益处的简化。²³⁸

(8) 1969年和1986年公约第2条第1款(d)与第11条的措辞不同,前者的规定没有载入后者所列的两项假定:“交换构成条约的文书”和“所协议的任何其他方式”。委员会一位成员指出,交换函件不太可能构成一项一般性的多边条约。然而,不能完全排除这项假定,并且也不能排除在《维也纳公约》第2条第1款(d)和第11条

²³⁶ 1986年《维也纳公约》第11条如下:

“1. 一国同意受条约拘束,可以签署、交换构成条约的文书、批准、接受、核准或加入,或以所协议的任何其他方式表示。

2. 一国际组织同意受条约拘束,可以签署、交换构成条约的文书、正式确认、接受、核准或加入,或以所协议的任何其他方式表示。”

²³⁷ 《1974年国际法委员会年鉴》,第二卷,第一部分,第145页;还见本草案的评注,同上,第307页。

²³⁸ 见前注209。

所列表示同意受条约约束的方式之外,制定其他表示同意的方式。为了避免在这些情况下引起的问题,准则草案 1.1.2 明确表示不应太重视这两项规定的措辞有差别。

(9) 此一准则的目的不在于填补《维也纳公约》定义中所列举的清单的缺漏,特别是不提在通知条约可在领土适用时提出保留的假定,此项假定是准则草案 1.1.4[1.1.3]的目的。一般说来,委员会建议在《实践指南》第二章内详细处理提出保留方面所引起的问题。

(10) 按照委员会一位成员的建议,委员会想了解它既然经由准则草案 1.1.2,致力使《维也纳公约》的定义与 1969 年和 1986 年《公约》第 11 条取得一致,那么它是否也应确切表明,1978 年《关于国家在条约方面的继承的维也纳公约》第 2 条第 1 款(j)所载“继承条约通知”一词必须只按该公约第 17 和第 18 条加以解释。它认为宜在《实践指南》中关于国家在条约保留方面的继承部分确切表明这一点。

1.1.3 [1.1.8] 领土适用的保留²³⁹

一国发布单方面声明,意图藉此排除某一条约或其中某些规定在其领土适用(如无该声明该条约应可在该领土适用),此项声明即构成保留。

评注

(1) 如其标题所示,此一准则草案是关于一国发布单方面声明,²⁴⁰ 藉此排除某一条约全部或部分规定在其领土适用;该国同意该条约在事项规定上全部适用,但不得在其根据某项权利管辖的一个或多个领土上适用。

(2) 在过去,这特别涉及所谓的“殖民地保留”,也就是说,管理国发布声明,表明它是否打算在其全部或部分殖民地适用某一条约或其中某些规定。²⁴¹ 由于现在殖

²³⁹ 这一准则草案的案文将在国际法委员会下届会议上连同准则草案 1.1.1 一并重新审查。

²⁴⁰ 为了明显的理由,这一假设与国际组织无大关系,但可以想象一种情况,就是某一国际组织具有领土管辖权,在这种情况下,该组织可以作出这类保留。

²⁴¹ 参看比利时的保留(排除比属刚果和卢旺达——布隆迪领土)、不列颠帝国的保留(排除某些殖民地等等)或法国的保留(排除在法兰西共和国主权或权力下的全部保

民地现象很少,这方面的问题目前很少发生。不过,确定这类声明在时际法(Droit intertemporel)上的法律性质还是可能有用的,以便评价这些声明的可容许性或其效力——这些声明所针对的条约在引起这些声明的殖民地情况消失后依然生效。

(3) 总之,领土保留的做法在非殖民地情况中依然存在:或者一个国家排除某一条约在其本国全部或部分适用,²⁴² 或者该国基于别的权利有权代表有关领土承担国际义务,但不打算这样做。²⁴³

(4) 尽管有人反对,²⁴⁴ 这些单方面声明构成维也纳定义所述的保留:这些声明是

²⁴¹ (续)

护地、殖民地、属地或海外领土),这些保留是针对 1923 年 12 月 9 日《国际铁路制度公约》(《多边条约...》第二章,第 27 节,第 1035 页);或参看联合王国的保留,排除 1958 年关于领海和毗邻区、公海和公海捕鱼的《日内瓦公约》在“波斯湾国家”适用(同上,第二十一章,第 1 节,第 833 页;第二十一章,第 2 节,第 839 页和第二十一章,第 3 节,第 844 页)。同时参看联合王国在南罗德西亚非法宣布独立后(1965 年至 1980 年)表示同意接受许多条约约束所附的保留(参看不列颠对 1966 年两人权盟约的保留“...盟约的规定在联合王国未通知联合国秘书长,表示它可直接保证其在[两盟约]下对该领土所负义务能全部履行之前,不适用于南罗德西亚”(同上,第四章,第 2 节和第 3 节,第 122 和 137 页),或参看对 1966 年 3 月 7 日《消除一切形式种族歧视国际公约》的保留(同上,第四章,第 2 节,第 107 页)。

²⁴² 例如完全排除一国的全部领土,参看美国对 1970 年 9 月 1 日《国际易腐食品运输及其所用特别设备的协定》的保留(以及这项保留引起的反对)(《多边条约...》,第十一章,第 B-22 节,第 635 页)。

²⁴³ 旧的例子,参看丹麦于 1932 年 7 月 27 日批准 1930 年 6 月 7 日《解决汇票和本票的某些法律抵触公约》时的声明,排除该公约对格陵兰岛适用(《多边条约...》,第二章,第 8 节,第 1005 页);新的例子,参看挪威 1985 年的声明,排除 1968 年 11 月 8 日《公路交通公约》和《公路标志与号志公约》对斯瓦尔巴群岛和扬马延岛领土适用(同上,第十一章第 B.19 节,第 622 页)。

²⁴⁴ 尤其参看前引书第 5 卷,1988 年,第 100 至 101 页(见注 234)。

在规定的时间内作出,旨在排除或变更整个条约或其中某些规定对声明国的法律效力。²⁴⁵ 如果没有这些声明,按照 1969 年和 1986 年《维也纳公约》第 29 条的规定,条约应对该国全部领土适用。²⁴⁶ 由于是局部排除或变更条约的适用,构成保留的实质内容,这些声明因此是真正的保留。

(5) 委员会若干成员对这点表示怀疑,他们特别指出,领土保留只有在其针对的条约明白有此规定时才有可能。这是对 1969 年和 1986 年《公约》的非常狭义解释,该《公约》不要求这方面的明确规定,并在以下情况容许局部领土适用的可能:如果这种适用是条约容许,或另经确定的话。无论如何,一方面,这项反对与保留定义无关,只与保留的生效条件有关,另一方面,一项条约所规定的单方面声明仍然是一项保留,如果它是经条约明白许可的话;这出于 1969 年和 1986 年公约第 19 条(b)款,其中设想条约规定仅准许作出特定的保留。另一方面,如果条约明白设想领土保留的可能性,则除条约明白表示相反意思外,不意味其他保留均被禁止。²⁴⁷

(6) 也有人说,很难把领土保留置于保留的一般法律制度下,特别是在对这些保留提出反对。这点是正确的,如果这种保留是条约明示或暗示地容许的话,国际法委员会大多数成员都认为一切领土保留都应如此。²⁴⁸ 例如,不能对这种保留提出反对,并非由于这种保留的领土性,而是由于其具有条约所准许保留的地位,在这点上领土保留与其他各类所准许的保留并无分别。

(7) 最后,别的成员虽然承认这些声明如果旨在排除或变更条约某些规定的法律效力,则是真正的保留,但他们怀疑旨在完全排除条约对特定领土适用的声明,

²⁴⁵ 参看前文准则草案 1.1.1[1.1.4]。

²⁴⁶ 1969 年公约第 29 条:“该条约表示不同意思,或另经确定外,条约对每一当事方的拘束力及于其全部领土”。

²⁴⁷ 在这方面,有人指出,第 19 条(b)款只与规定“仅准许特定保留”的条约有关。并非意指条约不得规定提出若干保留但不妨碍其他保留的可能性。

²⁴⁸ 这一点无疑可在《实践指南》另加一项与 1969 年和 1986 年公约第 19 条(b)款有关的新准则。

也属于这种情况。但是,国际法委员会认为,属事保留与属地保留之间并无分别。事实上,维也纳定义无论明示地或暗示地都没有规定这种区分。

(8) 因此,领土保留至迟必须在国家表示同意接受条约约束时作出,如果该项保留旨在完全排除该条约对特定领土适用的话;关于这点,领土保留的定义与保留的一般定义,两者间无需作任何区分。但如果对有关领土具有管辖权的国家打算排除或局部变更条约对领土的适用,则情况不同:在这一情况下,保留不仅可在签署或确定表示同意接受条约约束时作出,也可在国家将该条约推广适用于该领土时作出——该条约以前对该领土并不适用。某些领土保留的这种特殊时间问题,在准则草案 1.1.4[1.1.3 处理。

1.1.4 [1.1.3] 领土适用通知时提出的保留

一国发布单方面声明,就某一条约在一领土的适用提出一项通知,意图藉此排除或变更其中某些规定对该领土的法律效力,此项声明即构成保留。

评注

(1) 准则草案 1.1.3[1.1.8]是关于若干保留的地域范围的,准则 1.1.4[1.1.3]则是关于定义的时间要素,亦即某些“领土保留”可在什么时间作出。

(2) 通常,国家在签署条约或在表示确定同意接受约束时作出这种保留。在以下情况,这甚至是唯一可以作出领土保留的时间:如果保留的目的是要使整个条约对该领土不适用。²⁴⁹ 但以下情况的保留不同:保留的目的在于排除或变更条约某些规定在对该条约以前原不适用的领土适用时法律效力。

(3) 事实上,可能有这样的情况:由于一国决定将某一条约推广适用于其管辖下的某一领土(该条约以前不适用于该领土),²⁵⁰ 或由于该领土是在该条约生效后才归该国管辖,或由于与条约保留法毫无关系的任何其他理由,以至该条约领土适用的范围,按时间而有不同。在这种情况下,负责领土国家关系的国家可以纯粹将条约推广

²⁴⁹ 参看前文关于准则 1.1.3[1.1.8]的评注第 8 段。

²⁵⁰ 例如撤回某项领土保留(参看前文准则草案 1.1.3[1.1.8])。

适用于该领土,但它亦可以只局部地推广;在后一情况,它在向保存条约机构提出扩大条约领土适用范围的通知时,附带提出专对该领土的新的保留。没有任何理由阻止它这样做:这种禁止会使条约的领土范围更难扩大,而且毫无必要,因为在这种情况下作出的单方面保留受到保留的法律制度支配,因此它必须符合条约的目的和宗旨才算合法。

(4) 关于在这种情况下提出的保留例子,有联合王国于 1962 年 3 月 19 日将 1954 年 9 月 28 日《关于无国籍人地位的公约》推广适用于斐济、西印度群岛和新加坡国时提出的保留,²⁵¹ 以及荷兰于 1971 年 7 月 29 日将 1951 年 7 月 28 日《关于难民地位的公约》在领土上对苏里南适用时提出的保留。²⁵²

(5) 关于在领土适用通知时提出的保留新近例子:1993 年 4 月 27 日,葡萄牙通知联合国秘书长,表示它打算将 1966 年的两项国际人权盟约适用于澳门。这项通知附有专对该领土适用的保留;²⁵³ 1996 年 10 月 14 日,联合王国通知秘书长,表示它决定将 1979 年 12 月 18 日《消除对妇女一切形式歧视公约》对香港妇女适用,同时有若干项保留。²⁵⁴ 这些保留并没有引起其他缔约国的反应或反对。

(6) 因此,有理由如同有法学家著作在理论上建议的那样,²⁵⁵ 明确规定一国在领土适用通知时提出的单方面声明构成保留,如果该项声明符合此补充的维也纳定义所规定的有关条件的话。当然,这样的一种明确规定不影响有关这些保留的可容许性问题。

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。

²⁵¹ 《多边条约...》,第五章,第 3 节,第 257 至 258 页)。

²⁵² 同上,第五章,第 2 节,第 249 页。

²⁵³ 参看《多边条约...》(1997 年,纽约,联合国),第四章,第 3 节,第 126 页,注 16。

²⁵⁴ 同上,第四章,第 8 节,第 192 页,注 10。

²⁵⁵ 参看前注,第 295 页,(见注 220)。

(1) 保留的一个根本性质是单方面声明,²⁵⁶ 委员会大多数成员深信《维也纳公约》定义的这个组成部分不能有例外,即使形式上不禁止若干国家或若干国际组织联合提出一项保留,也就是说,在以若干缔约方的名义提交给一项多边条约的保管人的一份单一文书内提出这项保留。

(2) 一致保留的做法业已成为惯例:具有相同或相似传统、利益或意识形态的国家共同商议,以便对一项条约提出相同或类似的保留,是现行被承认的惯例。提倡社会主义的东欧国家、²⁵⁷ 北欧国家、²⁵⁸ 欧洲理事会或欧洲共同体成员国²⁵⁹ 常常这样做。不过,每项保留是由每个有关国家个别提出的,因此对《维也纳公约》的定义没有造成问题。

²⁵⁶ 虽然在过去,若干作者对保留具有“缔约”概念(见 *Charles Rousseau, Principes généraux de droit international public*, 巴黎, Pedone, 1994 年, 第一卷, 第 290 页; 又见 James L. Brierly 1950 年在《1950 年国际法委员会年鉴》建议的定义, 1950 年, 第二卷, 第 238-239 页, 第 84 段)。1969 年《维也纳公约》的通过平息了关于这一点的争议。

²⁵⁷ 见例如保加利亚、匈牙利、蒙古、德意志民主共和国、罗马尼亚、捷克斯洛伐克以及苏维埃社会主义共和国联盟对 1946 年 2 月 13 日《联合国特权和豁免公约》第 13 节的保留; 若干这些保留从 1989 年起已撤销(见《多边条约...》第三章, 第 1 节, 第 41 和 42 页)。

²⁵⁸ 见例如芬兰和瑞典对 1963 年 4 月 24 日《关于领事关系的维也纳公约》第 35 和第 58 条的保留(见同上, 第三章, 第 6 节, 第 77 和 79 页, 或丹麦、芬兰、冰岛和瑞典对 1996 年 12 月 16 日《公民权利和政治权利国际盟约》第 10 条的保留(同上, 第 130、131、133 和 137 页)。

²⁵⁹ 见例如德国(第 1)、奥地利(第 5)、比利时(第 1)和法国(第 6)对 1996 年同一盟约的保留, 或欧洲共同体全体成员国以共同体的名义对 1993 年《关于禁止发展、生产、储存和使用化学武器和销毁此种武器的公约》所作的“声明”(同上, 第 938-939 页)。

(3) 但是,在讨论后来成为《维也纳公约》第2条第1(d)款的草案时,委员会一位成员曾指出,一项保留不仅可以一致,而且可联合提出。²⁶⁰ 这个意见当时没有引起反应,并且在实践上,各国到目前为止似乎都没有联合提出保留。²⁶¹ 不过,不能排除联合提出保留的可能性,因为这种情况很有可能发生,目前虽然没有联合提出的保留,但以下情况相当常见:

(a) 联合反对其他缔约方所提出的保留,²⁶²

(b) 联合解释性声明(不过,这往往不容易与在严格意义上的保留区分)。²⁶³

(4) 因此,不能排除将来会出现这个问题,委员会认为宜在《实践指南》中预料这个可能性。

(5) 委员会认为,对于由若干国家或若干国际组织联合提出一项保留没有什么可以反对的:既然它们可分开和以相同的措辞提出保留,没有什么理由阻止它们一起提出保留。由于共同市场、关税联盟及经济联盟增多,这个伸缩性更有必要,上述由联合反对或联合解释性声明构成的先例,很有可能在保留方面发生,因为这些机构与其成员国往往分享管辖权;要求后者与它们所属的机构分开采取行动是很勉强的。况且,理论上,这个做法肯定不违反《维也纳公约》定义的精神:若干国家的单独行为

²⁶⁰ Paredes 先生在 1962 年 5 月 25 日第 651 次会议上的发言(《1962 年国际法委员会年鉴》,第一卷,第 163 页,第 87 段)。

²⁶¹ 一个国际组织提出的保留由该组织负责,而非由其成员国负责;因此这些保留不能视为“联合”提出的保留。

²⁶² 因此,欧洲共同体和(当时)其 9 个成员国,在一份单一文书内反对保加利亚和德意志民主共和国就 1975 年 11 月 4 日《关于国际公路货运通行证制度下国际货运海关公约》第 52 条,第 3 款所作的“声明”,该条约提出海关或经济联盟成为缔约方的可能性(见《多边条约...》,第十一章,第 A-16 节,第 471 页)。

²⁶³ 见“欧洲共同体和其成员国”或后者单独对例如 1992 年 5 月 9 日《联合国气候变化框架公约》(同上,第二十七章,第 7 节,第 976 页)。1992 年 6 月 5 日《生物多样性公约》(同上,第二十七章,第 8 节,第 980 页)和 1995 年 8 月 4 日《跨界鱼类种群协定》(同上,第二十一章,第 7 节,第 888-889 页)所作的声明。

可被视为单方面的行为,如果其对象没有参与。²⁶⁴

(6) 在实践上,联合提出保留的做法有很大的好处,它使保管人的工作简易——能够将联合提出的保留案文提交给其他缔约方,而无需增加通知书——同时方便其他缔约方,只要它们愿意,可通过一份单一文书作出反应。

(7) 委员会考虑宜否更进一步,设想提出集体保留的可能性,根据这一办法,一些国家或国际组织不仅可以着手共同提出保留,还可以作为一个集团共同撤回或修改保留。这将意味着其他缔约国必须一致接受或反对这一办法。虽然这个办法是由一名成员提倡,但它看来是困难多于优点:

(a) 从实际上来看,这个办法将构成撤回保留时的一种障碍,往往被视为一种“无可避免的坏事”,²⁶⁵把提出保留的所有国家或国际组织的同意,作为撤回联合保留的必要条件。

(b) 从理论上来看,这个办法意味着一些缔约国集团可以强迫其他缔约国接受它们商定的保留规则,这不符合对条约的相互关系原则;换句话说,可能发生一种情况,就是一些国家或国际组织达成协议,认为它们共同提出的保留只可以共同撤回或修改,但对这项保留所涉的其他条约缔约国来说,这样一项协议则是他人之间的行为。

(8) 委员会在设想联合提出保留的可能性时,就是根据这些理由而决定具体规定这种保留应受一般保留制度的约束,这种制度大体上是根据“单方面”性质,不能因为这种联合保留而受到影响。

(9) 此外,应具体说明,准则草案 1.1.7[1.1.1]²⁶⁶中使用的并列连词“或”字绝不排除一个或几个国家联合提出保留和一个或几个国际组织联合提出保留的可能性,因而应被理解为具有“和/或”的意义。然而,委员会认为这样的措辞会使案文过于

²⁶⁴ 这是所谓的“多方单方面行为”的情况;关于这一点,见 V. Rodriguez-Cedeno 先生关于国家的单方面行为的第一个报告(A/CN.4/486,第 79 和 133 段)。

²⁶⁵ 见罗伯托·阿戈在 1965 年 6 月 8 日委员会第 797 次会议上的发言,《1965 年……年鉴》,第一卷,第 166 页。

²⁶⁶ “……几个国家或国际机构……。”

累赘。

附加准则

.....

把单方面声明界定为构成保留,并不预断它根据有关保留的规则所具的可容许性和效力。

评注

(1) 委员会暂时通过了上面这项准则草案。将在稍后阶段决定其标题及其在《实践准则》中的位置。此外,委员会将考虑是否可能在一项解释中同时提到保留和解释性声明,前者是这项准则的唯一对象,后者依照某些成员的看法,构成完全相同的问题。

(2) 然而,为了澄清和阐明与至今通过的保留定义有关的整套准则草案的范围,并很清楚地说明其特定目标,似乎需要暂时通过这项准则草案。

(3) 定义与规定不同。“作为对一个事物的基本性质的确切说明”,²⁶⁷ 定义的唯一功能是确定某项声明所应归属的总类。然而,这种分类绝不预断各该声明的有效性:一项保留可能合法,也可能不合法,但如果符合既定的定义,就仍然是一项保留。反过来说,如果它不符合这些条款草案所载的标准(及委员会打算在 1999 年通过的标准),就不是一项保留,但这并不一定意味着从国际法其他规则的观点来看,这项声明是合法还是不合法。

(4) 此外,准确地决定一项声明的性质,是实施某一法律制度、首先是断定其可容许性的一个先决条件。须俟某项文书界定为保留之后,才能决定它是否合法、评价其法律适用范围,并确定其效力。然而,这种合法性和这种效力在其他方面并不受定义的影响,定义只要求适用有关的规则。

(5) 按照准则草案 1.1.1[1.1.4]来看,准则草案.....特别重要,其中使用动词“可”字。该条的评注中已经指出,这个字在上下文中应被理解为纯粹是说明性的,而不表示容许;委员会并不想指出一项全面的保留是可容许或还是不可容许,只想指

²⁶⁷ 牛津英文字典,第二版(Oxford,the Clarendon Press 1989)。

出,这种性质的单方面声明构成保留,因而必须遵守保留的法律制度。同样,准则草案 1.1.2 中表示,在准则草案 1.1 及 1969 年和 1986 年《维也纳公约》第 11 条中提及的情况中都“可以提出”保留,但这并不表示这样一项保留是可容许的;可容许与否取决于它是否符合关于对条约的保留的法律中所规定的条件,特别是这两项公约第 19 条所规定的条件。

(6) 更总括地说,至今通过的整套准则草案是相互依存的,不能彼此孤立地来解释和理解。

第十章

委员会的其他决定和结论

A. 委员会的方案、程序和工作方法及其文件

1. 本届会议工作的规划

541. 在届会开始时举行为期两天的讨论会,以纪念委员会五十周年。委员会计划在日内瓦举行的届会第一期会议将专门讨论特别报告员就委员会议程上各个专题提出的报告,而在纽约举行的届会第二期会议则分配给通过各项条款草案(关于保留意见、国家责任和国际责任各专题)和委员会的报告。

2. 委员会在五年期余下期间的工作方案

542. 委员会确认应当尽可能遵照委员会在其第四十九届会议工作报告内制定的五年期余下期间工作方案。²⁶⁸

3. 在委员会届会前提供特别报告员的报告

543. 现提到委员会第四十八届会议报告²⁶⁹内的建议,即“应当极力做到在每届会议开始以前几个星期就向委员会分发一切报告,以便研读和思考”。考虑到文件的编辑、翻译、制作和分发所需的时间(在届会前通常为六周),委员会决定特别报告员应及时提交其报告,以确保在届会开始前能立即以所有语文提交。在这方面,委员会进一步决定,在今后应当提醒特别报告员候选人在获任命时注意到将在时间和工作方面提出的要求。

544. 委员会强调应当要求秘书处向委员会所有成员提交一份向特别报告员发出的信的副本,提醒他们注意到提交其报告的截止日期。同时,委员会也请秘书处在收

²⁶⁸ 《大会正式记录,第五十届会议,补编第 10 号》(A/52/10), (第 220 和第 221 段)。

²⁶⁹ 同上,《第五十一届会议,补编第 10 号》(A/51/10),第 191 段。

到特别报告员的报告时并在予以编辑后,将该报告的原语文文本分发给所有成员。

4. 第五十一届会议的安排

545. 参照其第四十九届会议报告第 224 段内的建议,即为了加强对工作进行有效的安排,主席团下一届会议的成员,或至少主席和起草委员会主席,应该在一届会议终了时,而不是象历来的做法那样在开始时议定,²⁷⁰ 规划小组注意到东欧成员将提名委员会主席,而拉丁美洲成员则将提名起草委员会主席。各成员必须进行协商,以使提名程序得以结束。

B. 纪念委员会五十周年

546. 按照委员会第四十九届会议的决定,²⁷¹ 1998 年 4 月 21 日和 22 日在日内瓦举行了一次讨论会以纪念委员会五十周年。讨论会的主题是:为对其未来着想,就委员会的工作和所得经验进行批判性评价,将重点放在下列议题的五个小组已讨论了该主题:(a)全面审查 1948-1998 年国际法委员会的工作:国际责任和义务——关于委员会作法的评论;(b)国家豁免权:从过去继承下来的目前的问题?;(c)条约法:仍未决的问题;(d)今后的主题;(e)国际立法过程的问题及编纂成书的用处和危险。学术界成员、外交官和各国政府和国际组织的法律顾问应邀参与进行讨论。

547. 讨论会的记录将出版并分发给各有关机构,以使国际法得到更深入的体会。

548. 《改善国际法:国际法委员会的五十年》于 1998 年 6 月出版,以纪念委员会成立五十周年。它载有 1997 年 10 月 28 日和 29 日举行的国际法的逐渐发展和编纂问题座谈会的记录。秘书长为该出版物写了序言,其中分为三部分:第一部分,包括口头提出文件和公开讨论,根据下列主题安排:(a)全面审查国际法制定的过程和委员会的作用;(b)在现代国际法制定方面所遇到的主要复杂问题;(c)选择由委员会编纂和逐渐发展的主题及其工作方法;(d)委员会的工作和国际法的形成;促进委员

²⁷⁰ 同上,《第五十二届会议,补编第 10 号》(A/52/10),第 224 段。

²⁷¹ 同上,第 229 段。大会 1997 年 12 月 15 日第 52/156 号决议第 19 段对此项决定表示欢迎。

会与其他立法机构和各有关学术机构和专业机构的关系;(e)使国际法具有现实意义并随时可供适用;(f)国际法院对国际法委员会工作的影响和委员会对国际法院工作的影响。第二部分载有所收到的书面文件。第三部分载有委员会关于其第四十八届会议通过的方案、程序和工作方法的决定和结论,和国际法委员会章程(英文和法文本)。

549. 1998年7月出版的《1949-1997年国际法委员会工作的分析手册》是编纂司为纪念委员会五十周年而编制的,并作为现已出第五版的《国际法委员会工作》的出版物的补编。该《手册》的目的是要作为促进研究委员会在其成立第一个五十年期间,在国际法的编纂和逐渐发展方面作出贡献的工具。该《手册》是按主题编制的,分成为在委员会内审议的各个类目和阶段;以使读者能查明各主题从开始到结束的发展情况。

550. 为纪念委员会五十周年,编纂司便设立了国际法委员会的网址。该网址的主要目的是要通过电子媒介将关于委员会各项活动的信息传播给尽可能广泛的对象。由于委员会的许多文件和报告已转成电子格式并公布在互联网上,因此该网址也将作为这些文件和报告的出版的硬拷贝版本的补编。它包括下列部分:关于委员会第五十届会议的资料;对委员会的介绍,包括历史的提要;关于委员会组成和成员的资料及其第四十八、第四十九和第五十届会议的活动情况;对其工作方案的讨论;委员会报告以及委员会通过的或根据其工作编制的各种文件的联机文本和《国际法委员会工作的分析手册》的联机文本。此网址由编纂司维持。

C. 长期工作方案

551. 规划小组本届会议重新设立长期工作方案工作组,以审议委员会在本五年期后可能会讨论的主题。

552. 工作组主席是伊恩·布朗利先生。工作组向规划小组汇报。²⁷²

553. 委员会按照第四十九届会议的工作报告²⁷³第238段的建议,同意长期工作

²⁷² 工作小组的组成见上文第8段。

²⁷³ 《大会正式记录,第五十二届会议,补编第10号》(A/52/10)。

方案主题的选择应遵循下列标准：“主题应反映各国在逐渐发展和编纂国际法方面的需要；主题在国家实践的阶段性方面应足够先进，以容许进行逐渐发展和编纂工作；主题应具体且可行，以供进行逐渐发展和编纂工作”。工作组还同意，委员会不应自限于传统主题，也可审议那些反映国际法中新发展的主题和整个国际社会的紧迫关切事项。

554. 委员会注意到规划小组的报告，其中举出和检查了若干涉及国际法不同的重要方面的主题，诸如人权、环境、责任和条约。又注意到该小组报告为列入长期工作方案选择了以下题目：“国际组织的责任”、“武装冲突对条约的影响”、“共有的自然资源（受到禁锢的地下水和单一的油、气地质结构”和“驱逐外国人”。工作组同意规划小组的建议，打算就这些题目编写简要说明，以便在下届会议审议。工作组并同意规划小组的建议，决定对若干其他题目进行可行性研究，以便审议是否宜于列入长期工作方案。委员会决定在下届会议中恢复长期工作方案工作小组，以期完成其任务。

D. 委员会在联合国设立国际刑事法院全权代表外交会议上的说明

555. 由于考虑到委员会编制的并提交大会第四十九届会议的国际刑事法院规约草案，²⁷⁴ 因此，委员会便决定指定詹姆斯·克劳福德先生代表委员会出席该会议。1998年6月16日，克劳福德先生在该会议上发言，并于1998年7月27日向委员会提出报告。

556. 1998年7月27日，委员会秘书，当时也兼作为会议的执行秘书，转递了该会议通过的下列有关决议：

“联合国设立国际刑事法院全权代表外交会议，

“决定向国际法委员会表示深深地感谢，感谢它为起草规约的原始案文作出了杰出的贡献，为筹备委员会的工作奠定了基础。”

E. 同其他机构的合作

557. 1998年5月28日，在其第2537次会议上，亚非法律协商委员会（亚非法律协

²⁷⁴ 同上，《第四十九届会议，补编第10号》（A/49/10），第91段。

商会)秘书长唐承元先生表示,该委员会继续对目前列在国际法委员会议程上的专题感到关注。关于国家责任问题,他告诉委员会说,亚非法律协商会 1998 年 1 月在德黑兰举办的关于“国家立法的国际域外适用:对第三方实施的制裁”的讨论会已经讨论过与抵制措施有关的法律。关于对条约的保留,已在新德里举行的亚非法律协商会第三十七届会议期间安排了一次特别会议。列在委员会议程上并经过亚非法律协商会讨论的其他专题包括:预防危险活动造成的越境损害;与国家继承有关的国籍问题和国家的单方面行动。亚非法律协商会同一届会议也审议了其他一些专题,例如:国际刑事法庭的设立和国际河流法以及关于国际航道非航行使用法的框架公约。亚非法律协商会将继续同委员会维持密切的工作关系。

558. 1998 年 8 月 3 日,在委员会第 2554 次会议上,美洲法律委员会(美洲法律会)告知国际法委员会该委员会当前的活动。美洲法律会最近曾参与有关下列问题的研究:一体化和国际贸易的法律层面,特别是最惠国条款,以及取得信息的权利,包括有机会获得信息和保护个人数据。此外,美洲法律会还起草了一份反对贪污腐化的公约草案,后来由美洲国家组织通过,它也正在制订有关非法获利和跨国贿赂问题的示范法。美洲法律委员会最近曾参与审议的其他专题包括:加强美洲的司法裁判、打击恐怖主义的美洲合作、美洲各国适用联合国海洋法公约、关于土著人民权利的一项宣言草案以及美洲制度中的民主。

559. 1998 年 8 月 7 日,在其第 2558 次会议上,观察员拉斐尔·贝尼特兹先生告知委员会欧洲委员会国际公法法律顾问特设委员会的工作和活动。委员会设立了关于对条约保留问题的专家工作组,工作组 1998 年 2 月在巴黎开会,并将于 1998 年 9 月再度举行会议。工作组已经审议过或即将审议的问题包括:保留是否可以接受、条约机构的作用、非法保留的效果和欧洲委员会成员关于对条约保留的惯例。该小组特别铭记委员会正在这个领域进行的工作。关于与国际继承有关的国家惯例问题和承认问题,特设委员会决定,同一些其他机构合作,在 1998 年 3 月编写一份报告,旨在分析欧洲委员会成员国的惯例。

560. 1998 年 6 月 10 日,在其第 2538 次会议上,国际法院院长斯蒂芬·施韦贝尔法官就国际法院目前审理的案件向委员会作了分析性说明。他指出,承办案件数目

增多无可避免地导致案件的审理日益拖延时日。平均而言,现在各国可以预期,从最初申请到最终判决之间大约需要等四年。这种拖延在国际法院内外引起一些责难,这是可以理解的。基本问题是,国际法庭可以运用的资源并没有随着对其服务的需求增高而增加,近年来甚至还有裁减。因此,翻译事务处和档案库部门的规模都不敷需要,国际法庭法官没有办事员,而书记官处也没有设置一批人员,指定个别协助他们,而法律工作人员的人数很少。国际法院本身采取了若干步骤加快其程序。例如,正在鼓励各国先后而不是同时提交辩护书和限制辩护书的附件泛滥,以致不成比例地占用大量翻译的时间。关于国际法院利用国际法委员会制订的条款草案,院长指出,多年来,国际法院一向极其重视经委员会详尽阐述的公约。尽管条款草案仅仅是草案,因此不能给予同等份量的比重,但只要争议各方商定,某些条款草案对某一点是法律的权威陈述,则国际法院将给予它们相应的重视。

561. 1998年6月9日,委员会成员同红十字国际委员会和红十字会与红新月会国际联合会负责法律事务的人员举行了一次非正式工作会议,讨论各机构共同关切的事项。

F. 第五十一届会议和以后各届会议的时间和地点

562. 委员会商定,下一届会议将于1999年5月3日至7月23日在联合国日内瓦办事处举行,为期十二个星期。考虑到委员会对1999年以后各届会议预期的工作量和必须以最高生产效率安排其工作,委员会又商定,除非发生意外情况,1999年以后各届会议将分为分配相当平均的两个部分举行,其中间隔一段合理的时间,会期总共十二个星期。因此,根据这项决定,已请秘书处提出必要的行政和预算要求。在这方面,委员会秘书就可能需要的开支发了言。

563. 根据规划小组的建议,委员会决定,2000年那届会议将于2000年4月24日至6月2日和2000年7月3日至8月11日在日内瓦举行。

G. 出席大会第五十三届会议的代表

564. 委员会决定,应当由主席若昂·克莱门特·巴挨纳·苏亚雷斯先生代表委

H. 国际法讨论会

565. 依照大会第 52/156 号决议,第三十四届国际法讨论会已于 1998 年 5 月 11 日至 29 日在万国宫举行。讨论会供下列人士参加:专修国际法的高等程度学生和打算从事学术或外交职业或在其本国公务员系统中任职的年青教授或政府官员。

566. 分属不同国籍的 23 名参与者,大部分来自发展中国家,能够参与这届讨论会。²⁷⁶ 讨论会的参与者观察了委员会全体会议、参加了特别安排的专题演讲和参与了关于特定专题的工作组。

567. 讨论由委员会主席若昂·巴埃纳·苏亚雷斯先生主持开幕。

568. 委员会成员发表了下列专题演讲:彭马拉朱·劳先生:“国际法委员会的工作”;Zdzislaw Galicki 先生:“作为一项人权的国籍”;穆罕默德·本努纳先生:

²⁷⁵ 1998 年 8 月 14 日,委员会第 2563 次会议请条约保留问题特别报告员阿兰·佩莱先生根据大会 44/35 号决议的规定出席大会第五十三届会议。

²⁷⁶ 下列人士参加了第三十四届国际法讨论会:Irène Abessolo 女士(加蓬);Agalar Atamoglanov 先生(阿塞拜疆);Yen The Banh 先生(越南);Kesab Prasad Bastola 先生(尼泊尔);Gela Bezhuashvili 先生(格鲁吉亚);Mohamed Bouqentar 先生(摩洛哥);Irena Cacic 女士(克罗地亚);Mélanne Civic 女士(美利坚合众国);Juan Norberto Colorado Correa 先生(哥伦比亚);Patricia Galvao Teles 女士(葡萄牙);Zafar Iqbal Gondal 先生(巴基斯坦);Fernando Herera Rodriguez 先生(墨西哥);Kumbirai Hodzi 先生(津巴布韦);Alba Ibrahimy 女士(阿尔巴尼亚);Ali Reza Jahangiri 先生(伊朗伊斯兰共和国);Gilberto Marcos A. Rodrigues 先生(巴西);Alejandro Moreno Diaz 先生(委内瑞拉);Dewi Naidu 女士(丹麦);Samuel Nerquaye-Tetteh 先生(加纳);Giovanni Palec 先生(菲律宾);Seranjika Tittawella 女士(斯里兰卡);Jeannette Tramhel 女士(加拿大);Mncedisi Xego 先生(南非)。另有一名选定人选(来自赞比亚)未参加讨论会。由 Nguyen-Huu Tru 教授(日内瓦国际关系研究所名誉教授)担任主席的遴选委员会在 1998 年 3 月 11 日开会,并从 75 名申请人当中选定 24 名人选参加讨论会。

“外交保护”；詹姆斯·克劳福德先生：“国家责任”；特奥多·梅莱什卡努先生：“经济制裁”。

569. 下列人士也发表了专题演讲：裁军谈判会议秘书处兼联合国日内瓦办事处主任弗拉基米尔·彼德罗夫斯基先生：“多边裁军”；法律事务厅编纂司司长兼国际法委员会秘书李世光先生：“国际刑事法庭的设立：法律问题”；联合国难民事务高级专员办事处(难民专员办事处)前任主任米歇尔·穆萨利先生：“难民的国际保护”；红十字国际委员会法律顾问斯蒂芬·珍妮特先生：“国际人道主义法和红十字国际委员会的工作”；联合国赔偿委员会主要理事会秘书处 Mojtaba Kazazi 先生：“安全理事会的行动：联合国首席协调员的工作”。

570. 指定讨论会参与者加入四个工作组之一，以便在委员会成员的指导下研究特定的专题如下：“国内法对条约的保留”(佩莱先生)；“单方面的行动”(坎迪奥提先生)；“外交保护”(哈夫纳先生)和“国家责任”(达加德先生)。每一个工作组都向讨论会提出了调查结果；两个工作组提交了论文，即关于“国家的单方面行动”和关于“外交保护”的论文，也提交给委员会成员。

571. 参与者也有机会利用联合国图书馆和难民专员办事处访客中心的设施和参观红十字委员会博物馆。

572. 在导游讲解下参观了阿拉巴马厅和大理事会厅之后，日内瓦共和国郡向参与者提供了传统的热烈接待。

573. 委员会主席若昂·巴埃纳·苏亚雷斯先生和 Ulrich von Blumenthal 先生代表联合国日内瓦办事处和 Patricia Galvao Teles 女士代表参与者在讨论会闭幕式上向委员会和参与者致词。每一名参与者都收到一份在学证书。

574. 委员会特别感谢地指出，丹麦、芬兰、德国、匈牙利、爱尔兰、瑞士和委内瑞拉七国政府向联合国国际法讨论会信托基金提供了自愿捐款。由于它们的捐助，得以颁发足够数目的研究金，从而使参与者达到适当的地区分配，使本来无法前来的发展中国家符合资格的候选人前来参加。1998年，向15个人选颁发了全额研究金(旅费和生活津贴)，并向4名人选颁发了部分研究金(仅有津贴)。

575. 从1965年开始举行讨论会以来，在分属144个不同国籍的760名参与者当中，有426名获得研究金。

576. 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青律师能够熟悉委员会的工作和总部设在日内瓦的许多国际组织的活动。委员会建议大会应当再度向各国发出呼吁,请它们提供自愿捐款,以便保证 1999 年举行讨论会,并有尽可能广泛的参与。

577. 委员会满意地注意到,1998 年向讨论会提供了综合口译服务。它表示,尽管有现有的经费限制,希望将向下一届讨论会提供同样的服务。

I. 希尔维托·阿马多纪念讲座

578. 1998 年 5 月 13 日,前巴西外交部长拉米罗·萨拉伊瓦·格雷罗大使担任了纪念杰出的巴西法学家和委员会前任成员希尔维托·阿马多先生的所设纪念讲座第十四届的演讲人,讲题是:“国际法委员会的设立和对设想的国际法新来源的一些讨论”。

579. 由于巴西政府慷慨捐助,才可能设立希尔维托·阿马多纪念讲座,委员会对此表示感谢。它请主席向巴西政府转达谢意。

J. 委员会的秘书

580. 1998 年 8 月 14 日,委员会第 2562 次会议通过一项决议,感谢李世光先生对委员会的工作以及对国际法的编纂与逐渐发展的重大贡献;感谢他对委员会友善、高效率的协助,并祝福他退休愉快。
