



联合国

# 国际法委员会报告

第五十五届会议

(2003年5月5日至6月6日和  
7月7日至8月8日)

大会

正式记录

第五十八届会议

补编第10号(A/58/10)

大会  
正式记录  
第五十八届会议  
补编第 10 号(A/58/10)

## 国际法委员会报告

第五十五届会议

(2003 年 5 月 5 日至 6 月 6 日和  
7 月 7 日至 8 月 8 日)



联合国 • 2003 年，纽约



## **说明**

联合国文件都用大写英文字母附加数字编号。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《2003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 .....	1-13	1
A. 成员 .....	2-4	1
B. 主席团成员和扩大的主席团 .....	5-7	2
C. 起草委员会 .....	8-9	3
D. 工作组 .....	10-11	4
(a) 国际组织的责任工作组 .....	10	4
(b) 外交保护工作组 .....	10	4
(c) 国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任(危险活动引起跨界损害所造成的损失的国际责任)工作组 .....	10	4
(d) 国家的单方面行为工作组 .....	10	4
(e) 国际法不成体系问题(国际法多样化和扩展引起的困难)研究组 .....	10	4
E. 秘书处 .....	12	4
F. 议程 .....	13	4
二. 委员会第五十五届会议工作概况 .....	14-24	6
三. 委员会特别想听取意见的具体问题 .....	25-40	8
A. 国际组织的责任 .....	26-27	8
B. 外交保护 .....	28-29	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(危险活动引起跨界损害所造成的损失的国际责任) .....	30	9
D. 国家的单方面行为 .....	31-33	9
E. 对条约的保留 .....	34-39	9
F. 共享的自然资源 .....	40	11
四. 国际组织的责任 .....	41-54	12
A. 导言 .....	41-42	12
B. 本届会议审议这个专题的情况 .....	43-52	12
C. 委员会迄今为止暂时通过的国际组织的责任条款草案案文 .....	53-54	14

1.	条款草案案文.....	53	14
2.	委员会第五十五届会议通过的条款草案案文及其评注.....	54	14
	第1条. 本条款草案的范围.....		14
	评注.....		14
	第2条. 用语.....		17
	评注.....		17
	第3条. 一般原则.....		21
	评注.....		21
五.	外交保护.....	55-153	24
	A. 导言.....	55-65	24
	B. 本届会议审议这个专题的情况.....	66-151	25
	1. 第17条.....	70-92	26
	(a) 特别报告员的介绍.....	70-75	26
	(b) 辩论概况.....	76-86	27
	(c) 特别报告员的总结.....	87-89	29
	(d) 成立一个工作组.....	90-92	30
	2. 第18条.....	93-104	30
	(a) 特别报告员的介绍.....	93-95	30
	(b) 辩论概况.....	96-101	31
	(c) 特别报告员的总结.....	102-104	32
	3. 第19条.....	105-113	33
	(a) 特别报告员的介绍.....	105-107	33
	(b) 辩论概况.....	108-112	33
	(c) 特别报告员的总结.....	113	34
	4. 第20条.....	114-123	34
	(a) 特别报告员的介绍.....	114-116	34
	(b) 辩论概况.....	117-122	35
	(c) 特别报告员的总结.....	123	35
	5. 第21条.....	124-139	36
	(a) 特别报告员的介绍.....	124-127	36

(b) 辩论概况.....	128-135	37
(c) 特别报告员的总结.....	136-139	38
6. 第 22 条.....	140-151	39
(a) 特别报告员的介绍.....	140-142	39
(b) 辩论概况.....	143-148	40
(c) 特别报告员的总结.....	149-151	41
C. 委员会迄今为止暂时通过的外交保护条款草案案文.....	152-153	41
1. 条款草案案文.....	152	41
2. 委员会第五十五届会议通过的条款草案案文及其评注.....	153	44
第 8[10] 条 用尽当地补救办法.....		44
评注.....		44
第 9[11] 条 要求的类别.....		46
评注.....		46
第 10[14] 条 当地补救办法规则的例外.....		48
评注.....		48
六. 国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任(危险活动引起跨界损害所造成的损失的国际责任).....	154-231	55
A. 导言.....	154-164	55
B. 本届会议审议这个专题的情况.....	165-231	57
1. 特别报告员介绍其第一次报告.....	167-175	58
2. 辩论概况.....	176-224	61
(a) 一般性评论.....	176-192	61
(b) 对特别报告员总结和评论的评论.....	193-224	63
(1) 制度的实施不应妨碍其他民事责任制度(第 174 段, (c) 分段(1)小段).....	197-199	64
(2) 制度的实施不应妨碍国际法下的求偿(第 174 段, (c) 分段(2)小段).....	200	64
(3) 专题的范围与预防条款草案类似(第 174 段, (c) 分段(3)小段).....	201-202	65
(4) “重大伤害”与预防跨界伤害条款草案具有相同的门槛(第 174 段, (c) 分段(4)小段).....	203	65

(5) 国家责任例外是责任模式的基础(第 174 段, (c)分段 (5)小段) .....	204	65
(6) 指挥和控制者的责任(第 174 段, (c)分段(6)小段) .....	205-206	65
(7) 作为建立因果联系依据的合理性标准(第 174 段, (c)分段 (7)小段) .....	207	66
(8) 有限责任的例外(第 174 段, (c)分段(8)小段) .....	208	66
(9) 共同和连带赔偿责任(第 174 段, (c)分段(9)小段) .....	209	66
(10) 有限责任由补充供资机制补足(第 174 段, (c)分段 (10)小段) .....	210-215	66
(11) 各国的其他义务, 包括申诉程序的可用性(第 174 段, (c)分段(11)和(12)小段) .....	216-218	67
(12) 对环境和环境本身的损害以及利润和旅游损失(第 174 段, (c)分段(13)和(14)小段) .....	219-221	68
(13) 文书的形式 .....	222-224	68
3. 特别报告员的总结 .....	225-231	69
七. 国家的单方面行为 .....	232-308	70
A. 导言 .....	232-243	70
B. 本届会议审议这个专题的情况 .....	244-302	71
1. 特别报告员介绍其第六次报告 .....	246-271	71
2. 辩论概况 .....	272-297	74
3. 特别报告员的总结 .....	298-302	77
C. 工作组的报告 .....	303-308	78
1. 专题的范围 .....	304-306	78
2. 工作方法 .....	307-308	79
八. 对条约的保留 .....	309-368	80
A. 导言 .....	309-325	80
B. 本届会议审议这个专题的情况 .....	326-366	82
1. 特别报告员介绍其第八次报告 .....	332-339	83
2. 辩论概况 .....	340-359	85
3. 特别报告员的总结 .....	360-366	88
C. 委员会迄今为止暂时通过对条约的保留准则草案案文 .....	367-368	89

1. 准则草案案文.....	367	89
2. 委员会第五十五届会议暂时通过的准则草案案文及其评注.....	368	103
解释性说明.....		103
评注.....		103
2.5 撤回和修改保留和解释性声明.....		103
评注.....		103
2.5.1 撤回保留.....		104
评注.....		104
2.5.2 撤回的形式.....		110
评注.....		110
2.5.3 定期审查保留的功用.....		113
评注.....		113
2.5.4 [2.5.5] 在国际上提出撤回保留.....		115
评注.....		115
2.5.5 [2.5.5 之二, 2.5.5 之三] 违反与撤回保留有关的内部规则在国际上不产生后果.....		120
评注.....		120
2.5.6 撤回保留的告知.....		121
评注.....		121
2.5.7 [2.5.7, 2.5.8] 撤回保留的后果.....		124
评注.....		124
2.5.8 [2.5.9] 撤回保留的生效日期.....		127
评注.....		127
示范条款 A. 撤回保留生效日期的推迟.....		131
评注.....		132
示范条款 B. 撤回保留早日生效.....		132
评注.....		132
示范条款 C. 自由确定撤回保留生效日期.....		132
评注.....		133
2.5.9 [2.5.10] 提出保留的国家或国际组织可单方面确定撤回保留生效日期的情况.....		133

	评注.....	133
	2.5.10[2.5.11] 部分撤回保留	134
	评注.....	134
	2.5.11[2.5.12] 部分撤回保留的后果.....	141
	评注.....	141
九.	共有的自然资源.....	369-406 144
	A. 导言.....	369-371 144
	B. 本届会议审议这个专题的情况.....	372-406 144
	1. 特别报告员介绍其第一次报告.....	374-381 144
	2. 辩论概况.....	382-402 145
	3. 特别报告员的总结.....	403-406 147
十.	国际法不成体系问题：国际法多样化和扩展引起的困难.....	407-435 149
	A. 导言.....	407-411 149
	B. 本届会议审议这个专题的情况.....	412-414 149
	C. 研究组的报告.....	415-435 150
	1. 一般性评论.....	415-423 150
	2. 暂定时间表、工作方案和方法.....	424-428 152
	3. 特别法规则的职能和范围与“自足的制度”问题这一专题的讨论 情况.....	429-435 153
十一.	委员会的其他决定和结论.....	436-470 154
	A. 委员会的方案、程序和工作方法及委员会的文件.....	436-438 154
	1. 长期工作方案工作组.....	439 154
	2. 委员会的文件.....	440-443 154
	3. 委员会与第六委员会的关系.....	444-446 155
	4. 酬金问题.....	447 156
	B. 委员会第五十六届会议的日期和地点.....	448 156
	C. 与其他机构的合作.....	449-455 156
	D. 出席大会第五十八届会议的代表.....	456-457 157
	E. 国际法讲习会.....	458-470 157

## 第一章

### 导言

1. 国际法委员会分别于 2003 年 5 月 5 日至 6 月 6 日和 7 月 7 日至 8 月 8 日在联合国日内瓦办事处的会址举行了第五十五届会议第一和第二期会议。第五十五届会议由委员会第五十四届会议主席罗伯特·罗森斯托克先生主持开幕。

#### A. 成员

2. 委员会由下列委员组成：

埃曼努尔·阿克韦·阿多先生(加纳)

侯赛因·巴哈纳先生(巴林)

阿里·穆赫辛·费塔伊斯·马里先生(卡塔尔)

若奥·克莱门特·巴埃纳·苏亚雷斯先生(巴西)

伊恩·布朗利先生(联合王国)

恩里克·坎迪奥蒂先生(阿根廷)

池楨日先生(大韩民国)

佩德罗·科米萨里奥·阿丰索先生(莫桑比克)

里亚德·达乌迪先生(阿拉伯叙利亚共和国)

克里斯托弗·约翰·杜加尔德先生(南非)

康斯坦丁·伊科诺米季斯先生(希腊)

保拉·埃斯卡拉梅亚女士(葡萄牙)

萨利富·丰巴先生(马里)

乔治·加亚先生(意大利)

兹齐斯拉夫·加利茨基先生(波兰)

彼得·卡巴齐先生(乌干达)

莫里斯·卡姆托先生(喀麦隆)

詹姆斯·卢塔班齐布瓦·卡特卡先生(坦桑尼亚联合共和国)

法蒂·卡米沙先生(突尼斯)

罗曼·阿纳托利耶维奇·科洛德金先生(俄罗斯联邦)

马尔蒂·科斯肯涅米先生(芬兰)  
威廉·曼斯菲尔德先生(新西兰)  
迈克尔·马西森先生(美国)<sup>1</sup>  
特奥多尔·维奥雷尔·梅莱斯卡努先生(罗马尼亚)  
贾姆契德·蒙塔兹先生(伊朗伊斯兰共和国)  
贝恩德·尼豪斯先生(哥斯达黎加)  
迪迪耶·奥佩蒂·巴丹先生(乌拉圭)  
纪尧姆·庞布-齐文达先生(加蓬)  
阿兰·佩莱先生(法国)  
彭马拉朱·斯里尼瓦萨·拉奥先生(印度)  
维克托·罗德里格斯-塞德尼奥先生(委内瑞拉)  
罗伯特·罗森斯托克先生(美国)<sup>2</sup>  
贝尔纳多·塞普尔维达先生(墨西哥)  
薛捍勤女士(中国)  
山田中正先生(日本)

3. 在 2003 年 5 月 5 日第 2751 次会议上, 委员会选举康斯坦丁·伊科诺米季斯先生(希腊)、罗曼·阿纳托利耶维奇·科洛德金先生(俄罗斯联邦)和特奥多尔·维奥雷尔·梅莱斯卡努先生(罗马尼亚)填补瓦列里·库兹涅佐夫先生去世和布鲁诺·辛马先生和彼得·托姆卡先生当选国际法院法官造成的临时空缺。

4. 在 2003 年 7 月 7 日第 2770 次会议上, 委员会选举迈克尔·马西森先生(美利坚合众国)填补罗伯特·罗森斯托克先生辞职造成的临时空缺。

## **B. 主席团成员和扩大的主席团**

5. 委员会 2003 年 5 月 5 日第 2751 次会议选出下列主席团成员:

主 席: 恩里克·坎迪奥蒂先生  
第一副主席: 特奥多尔·维奥雷尔·梅莱斯卡努先生  
第二副主席: 池楨日先生

---

<sup>1</sup> 见第 4 段。

<sup>2</sup> 同上。

起草委员会主席：詹姆斯·卢塔班齐布瓦·卡特卡先生

报告员：威廉·曼斯菲尔德先生

6. 委员会扩大的主席团由本届会议主席团成员、委员会前任主席<sup>3</sup>和特别报告员<sup>4</sup>组成。

7. 根据扩大的主席团建议，委员会设立了由下列委员组成的规划小组：梅莱斯卡努先生(主席)、阿多先生、巴埃纳·苏亚雷斯先生、布朗利先生、池先生、杜加尔德先生、埃斯卡拉梅亚女士、伊科诺米季斯先生、丰巴先生、加亚先生、加利茨基先生、卡巴齐先生、科斯肯涅米先生、马西森先生<sup>5</sup>、奥佩蒂·巴丹先生、佩莱先生、拉奥先生、罗德里格斯-塞德尼奥先生、罗森斯托克先生<sup>6</sup>、塞普尔维达先生、山田先生和曼斯菲尔德先生(当然成员)。

### C. 起草委员会

8. 委员会分别在2003年5月5、7和28日第2751、2753和2764次会议上就下列专题设立了由下列委员组成的起草委员会：

(a) **对条约的保留**：卡特卡先生(主席)、佩莱先生(特别报告员)、科米萨里奥·阿丰索先生、埃斯卡拉梅亚女士、丰巴先生、加亚先生、卡姆托先生、罗德里格斯-塞德尼奥先生、罗森斯托克先生、薛女士、山田先生和曼斯菲尔德先生(当然成员)。

(b) **外交保护**：卡特卡先生(主席)、杜加尔德先生、阿多先生、布朗利先生、埃斯卡拉梅亚女士、加亚先生、加利茨基先生、卡巴齐先生、科洛德金先生、科斯肯涅米先生、蒙塔兹先生、罗德里格斯-塞德尼奥先生、罗森斯托克先生、塞普尔维达先生、山田先生和曼斯菲尔德先生(当然成员)。

(c) **国际组织的责任**：卡特卡先生(主席)、加亚先生(特别报告员)、布朗利先生、池先生、达乌迪先生、伊科诺米季斯先生、埃斯卡拉梅亚女士、丰巴先生、科斯肯涅米先生、科洛德金先生、拉奥先生、塞普尔维达先生、山田先生和曼斯菲尔德先生(当然成员)。

9. 起草委员会就上述三个专题一共举行了11次会议。

<sup>3</sup> 巴埃纳·苏亚雷斯先生、加利茨基先生、卡巴齐先生、佩莱先生、拉奥先生、罗森斯托克先生和山田先生。

<sup>4</sup> 杜加尔德先生、加亚先生、佩莱先生、拉奥先生、罗德里格斯-塞德尼奥先生和山田先生。

<sup>5</sup> 前注1。

<sup>6</sup> 同上。

## D. 工作组

10. 委员会还分别在 2003 年 5 月 13、16 和 23 日、6 月 6 日和 7 月 8 日第 2756、2758、2762、2769 和 2771 次会议上设立了下列不限成员名额工作组和不限成员名额研究组：

(a) **国际组织的责任工作组**

主席：加亚先生

(b) **外交保护工作组**

主席：杜加尔德先生

(c) **国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任(危险活动引起跨界损害所造成的损失的国际责任)工作组**

主席：拉奥先生

(d) **国家的单方面行为工作组**

主席：佩莱先生

(e) **国际法不成体系问题(国际法多样化和扩展引起的困难)研究组**

主席：科斯肯涅米先生

11. 2003 年 5 月 16 日，规划小组重新设立了**长期工作方案工作组**，由下列委员组成：佩莱先生(主席)、巴埃纳·苏亚雷斯先生、加利茨基先生、卡姆托先生、科斯肯涅米先生、薛女士和曼斯菲尔德先生(当然成员)。

## E. 秘书处

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

## F. 议程

13. 委员会 2003 年 5 月 5 日第 2751 次会议通过了第五十五届会议议程，其项目如下：

1. 填补临时空缺。
2. 本届会议的工作安排。
3. 外交保护。

4. 对条约的保留。
5. 国家的单方面行为。
6. 国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任(危险活动引起跨界损害所造成的损失的国际责任)。
7. 国际组织的责任。
8. 国际法不成体系问题：国际法多样化和扩展引起的困难。
9. 共有的自然资源。
10. 委员会的方案、程序和工作方法及委员会的文件。
11. 与其他机构的合作。
12. 第五十六届会议的日期和地点。
13. 其他事项。

## 第二章

### 委员会第五十五届会议工作概况

14. 关于国际组织的责任的专题，委员会审议了特别报告员的第一份报告(A/CN.4/532)。该报告叙述了国际组织责任专题的工作范围和一般原则。报告中提出了三个条文草案，委员会审议了这些条文草案，将其提交起草委员会，委员会通过了起草委员会建议的第1条至第3条，以及评注(第四章)。

15. 关于“外交保护”专题，委员会审议了特别报告员的第四份报告<sup>7</sup>，报告述及关于公司和股东以及其他法人的外交保护的17条至第22条。委员会审议了第17条至第22条草案，并将其提交起草委员会。它还根据起草委员会的建议通过了第8[10]条、第9[11]条和10[14]条，以及评注(第五章)。

16. 关于“国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任”(危险活动引起跨界损害所造成的损失的国际责任)的专题，委员会审议了特别报告员的第一份报告，<sup>8</sup>报告述及损失分担的法律制度。报告回顾了委员会前几年的工作，分析了各种文书的责任制度，提出了若干结论供委员会审议。委员会设立了一个工作组，以协助特别报告员参照其报告和委员会的辩论考虑该专题今后的方向(第六章)。

17. 关于“国家的单方面行为”专题，委员会审议了特别报告员的第六份报告<sup>9</sup>，报告的重点是单方面承认行为。委员会还通过了工作组关于专题范围的定义和工作方法的建议(第七章)。

18. 关于“对条约的保留”的专题，委员会通过了十一项关于撤回和修改保留的准则草案(和三套条款范本)。委员会还审议了特别报告员的第八份报告<sup>10</sup>，将关于撤回和修改保留和解释性声明的五项准则草案提交起草委员会(第八章)。

19. 关于“共有的自然资源”，委员会审议了特别报告员的第一份报告。<sup>11</sup>报告是初步的，阐述了该专题的背景，提出专题的范围应限于研究封闭的跨界地下水、石油和天然气，从封闭的跨界地下水开始工作(第九章)。

20. 关于“国际法不成体系问题：国际法多样化和扩展引起的困难”的专题，委员会研究组制定了本五年余下时间(2003-2006)的工作时间表，同意向委员们分

<sup>7</sup> A/CN.4/530 和 Corr.1(只更正西班牙文本) 和 Add.1。

<sup>8</sup> A/CN.4/531。

<sup>9</sup> A/CN.4/534。

<sup>10</sup> A/CN.4/535 和 Add.1。

<sup>11</sup> A/CN.4/533 和 Add.1。

发委员会 2002 年批准的研究准备报告<sup>12</sup>，决定了拟采取的研究方法，初步讨论了主席提出的“‘特别法’规则的职能和范围与‘自足的制度’问题”的纲要(第十章)。

21. 委员会设立了规划组，以审议其方案、程序和工作方法(第十一章，A 节)。

22. 委员会继续与国际法院、美洲司法委员会、亚非法律协商组织、欧洲法律合作委员会和国际公法法律顾问委员会进行传统的信息交流。委员会委员还就相互感兴趣的问题与其他机构和协会非正式地交换了意见(第十一章，C 节)。

23. 委员会举行了培训班，有不同国籍的 24 名学员参加(第十一章，E 节)。

24. 委员会决定 2004 年 5 月 3 日至 6 月 4 日和 7 月 5 日至 8 月 6 日在联合国日内瓦办事处分两期举行下届会议(第十一章，B 节)。

---

<sup>12</sup> 《大会正式记录，第五十七届会议，补编第 10 号》(A/57/10)，第 512 段。

## 第三章

### 委员会特别想听取意见的具体问题

25. 作为对大会 2002 年 11 月 19 日第 57/21 号决议的回应，委员会愿意指出，在涉及一部分专题的下列具体问题上，委员会特别希望各国政府在第六委员会表示意见或以书面形式提出意见，以便对委员会今后工作提供有效指导。

#### A. 国际组织的责任

26. 委员会将在明年关于国际组织的国际责任的研究报告中研讨行为的归属问题。国家对国际不法行为的责任条款第 4 至第 11 条中处理了与行为是否归于国家有关的一些平行问题。这些条款的第 4 条第 1 款作为一般规则规定：“任何国家机关的行为根据国际法应视为该国的行为”。接着在第 2 款规定：“机关包括根据该国国内法具有该地位的任何人或实体”。

27. 委员会特别想听取各国政府对下列问题表示的意见：

(a) 关于行为归于国际组织的一般规则是否应该提到“组织的规则”？

(b) 如果对问题(a)的答复是肯定的，那么 1986 年《维也纳国家与国际组织间或国际组织相互间条约法公约》第 2 条第 1 款(j)项中对“组织的规则”所下的定义是否适当？<sup>13</sup>

(c) 维持和平部队的行为在多大程度上归于派遣国，在多大程度上归于联合国？

#### B. 外交保护

28. 特别报告员着眼于在 2004 年提交关于外交保护的最后报告，载述两个杂项问题：

(a) 对船旗国的全体船员行使外交保护（第六委员会于 2002 年审议过的问题）；

(b) 在对勤务中受伤人员赔偿的情况下对在政府间国际组织任职的国民行使外交保护。<sup>14</sup>

<sup>13</sup> 《关于国家和国际组织间或国际组织相互间条约法的维也纳公约》第 2 条第 1 款(j)项规定：

“组织的规则”特别指该组织的组成文书、按照这些文书通过的决定和决议、以及确立的惯例。

<sup>14</sup> 对在联合国勤务中受到的损害的的赔偿，《1949 年国际法院报告书》，p. 174。

29. 委员会欢迎各国发表意见，说明除了原则上已获委员会通过的条款草案中所包括的问题以外还有哪些问题需要审议，并评论仍待委员会审议的关于这个专题的以上两个项目。

### C. 国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任(危险活动引起跨界损害所造成的损失的国际责任)

30. 委员会欢迎各国政府就特别报告员在本报告第 174 段提出的不同论点发表意见。尤其请各国政府对下列问题提出意见：

(a) 国家应该要求运营人遵循的程序性和实质性规定；

(b) 向运营人分摊损失的依据和限度；

(c) 可考虑的用于支付未由运营人承担之损失的补充性资金来源的类型；

(d) 国家资金和国家可能或应该对运营人或其他补充性资金来源未承担的损失采取的措施的性质和范围；

(e) 考虑到本专题的范围，对环境本身造成损害的程度是否应该或者可能包括在内？对环境本身造成的损害是指不包括在下列损害范围内的损害：即不包括在对人、对包括文化财产在内的财产、对包括风景在内的环境以及对一国的国家主权和管辖以及继承范围内的自然遗产的损害范围内的损害；以及

(f) 本专题工作的最后形式。

### D. 国家的单方面行为

31. 今年在委员会进行辩论以后，重新确定了本专题的范围。委员会将一如既往，继续审议严格意义上的单方面行为。<sup>15</sup>但是，委员会也将开始研究有哪些国家行为可能产生类似于此种单方面行为的法律效果，以便酌情载列一些准则或建议。

32. 在这方面，在某种情况下，有一类国家行为与严格意义上的单方面行为类似，会在国际法上产生义务或产生法律效果，委员会想知道各国政府对这类国家行为的意见。

33. 缺乏有关国家实践的资料历来是妨碍单方面行为专题研究取得进展的主要障碍。因此，委员会再度请各国政府提供资料，针对委员会所关注的事项，说明与单方面行为有关的一般实践和一些国家的单方面行为。

### E. 对条约的保留

34. 1969 年和 1986 年《维也纳公约》都没有界定对保留的反对的含义，为了弥补这个差距，特别报告员在其第八次报告第二章中提出了对保留的反对的定义。

<sup>15</sup> 国家的单方面行为是国家表达意愿或同意的声明，通过此声明，国家欲使国际法上的义务或其他法律效力产生。

他的提案是基于这样的事实：反对的国家或国际组织意图以其声明产生《维也纳公约》第 20 条第 4 款 (b) 项和第 21 条第 3 款中所规定的这种或那种效果。因此，他提议了下列定义：

准则草案 2.6.1 **对保留的反对的定义**

“反对”是指一国或一国际组织对另一国或另一国际组织对条约提出的一项保留所作的单方面声明，不论其措词或名称为何；而该国或该组织意图藉此阻止此项保留所涉及的条约规定在提出保留者与提出反对的国家或国际组织之间在保留的范围内适用，或阻止条约在提出保留者与提出反对者之间的关系上生效。

35. 有些委员认为，提议的定义过于狭隘，因为这一定义没有考虑到一些国家用于反对保留的其他类别的声明，同时认为它们的反对应该产生各种各样的效果。另一些委员认为，在《维也纳公约》的范围内，反对保留的效果不是很明确，最好不要用《维也纳条约法公约》的条款界定反对的含义。

36. 委员会特别想听取各国政府对这个问题的意见，请各国递交不包括这个(或相当的)术语、却被他们视为真正反对的具体的反对实例。

37. 委员会想知道各国对仲裁法庭于 1977 年在 Mer d' Iroise 案中为解决法国和联合王国关于划定大陆架界限的争端采取下列立场的意见：

“……因此，这种 [负面的] 反应是否仅相当于评论、仅相当于持保留立场、仅相当于反对特定的保留或仅相当于在条约范围内对与保留国缔结的任何双边关系的全面反对，全取决于有关国家的意图。”<sup>16</sup>

这种立场是否能反映实践状况？

如果能够反映实践状况，是否有对保留提出(不能定性为反对的)批评性意见的明确实例？

38. 国际法委员会也请各国政府就以下问题发表意见：明确说明对其他国家或国际组织提出的保留予以反对的理由有何利弊。

39. 准则草案 2.3.5(扩大保留范围)引起了不同的立场。这项准则已经提交给起草委员会。尤其欢迎各国政府就这一准则提出意见。<sup>17</sup>

<sup>16</sup> 《联合国国际仲裁裁决报告书》，第十八卷，pp. 32-33，第 39 段。

<sup>17</sup> 这一准则草案案文如下：

2.3.5 扩大保留范围

修改一项现有的保留，以扩大保留范围，应依照 [准则 2.3.1、2.3.2 和 2.3.3 所述的] 过时提出保留适用的规则。

## F. 共有的自然资源

40. 共有的自然资源这一专题范围广阔，委员会将暂时把注意力集中于地下水。委员会认为，十分需要收集关于地下水的资料，以便拟订这方面的适当规则。因此，委员会欢迎各国政府和各国际组织提供资料，说明它们所关心的地下水问题。由于委员会还没有对目前研究中所要包括的范围做出最后的决定，希望各国提供资料，说明与主要地下水有关的下列问题，无论这些地下水是否与地面水有关，或超越国家的疆界范围：

- (a) 主要地下水和它们在社会和经济上的重要性；
- (b) 具体地下水的主要用途和与地下水管理有关的国家实践；
- (c) 污染问题和采取的预防措施；
- (d) 国家立法、尤其是联邦国家对跨越其行政分区之地下水的立法以及关于如何执行此种立法的资料；
- (e) 关于一般地下水资源、尤其是地下水的质量和数量的双边和多边协定和安排。

## 第四章

### 国际组织的责任

#### A. 引言

41. 委员会 2000 年第五十二届会议决定将“国际组织的责任”专题列入委员会长期工作方案。<sup>18</sup> 大会 2000 年 12 月 12 日第 55/152 号决议第 8 段表示注意到委员会在长期工作方案方面的这项决定，还注意到了委员会 2000 年报告所附的这一新专题的摘要。大会 2001 年 12 月 12 日第 56/82 号决议第 8 段请委员会开始进行有关“国际组织的责任”专题的工作。

42. 委员会第五十四届会议在 2002 年 5 月 8 日举行的第 2717 次会议上，决定将这一专题列入工作方案，并任命乔治·加亚先生担任该专题特别报告员。在同届会议上，委员会设立了一个专题工作组。该工作组在报告<sup>19</sup>中简要研讨了这一专题的范围，这一新项目与“国家对国际不法行为的责任”条款草案的关系、归属问题、与会员国对国际组织的行为的责任相关的问题，以及与国际责任的内容、责任的履行和争端的解决相关的问题。在第五十四届会议结束之前，委员会通过了工作组报告。<sup>20</sup>

#### B. 本届会议审议这个专题的情况

43. 委员会本届会议收到特别报告员的第一次报告(A/CN.4/532)。

44. 特别报告员的第一次报告回顾了委员会先前开展的与国际组织的责任相关的工作，他首先回顾了委员会开展的国家与国际组织之间的关系专题方面的工作，在这一专题中，早在 1963 年就提出了国际组织的责任问题。<sup>21</sup>在国家责任专题工作中，这一问题又有提及，但后来决定不将该问题列入这一专题。特别报告员的报告解释说，尽管国际组织的责任专题被搁置，但是，在审议最终定名为“国家对国际不法行为的责任”这一专题过程中，委员会已经对一些与国际组织的责任相关的极有争议的问题进行了讨论。委员会有关国家责任的工作定将对这一新专题的研究产生影响，对于与涉及国家的问题相类似的问题，宜采用相同的做法。这样做并不是认为对于这两个专题之间出现的类似问题必然会提出类似的解决办法，而只是想要建议：如果就与国际组织相关的某些问题开展的研究得出的结果并不有别于委员会在分析国家责任过程中得出的结果，那么在提纲和措辞方面应当采用国家责任条款草案的模式。

<sup>18</sup> 《大会正式记录，第五十五届会议，补编第 10 号》(A/55/10)，第九章第 1 节，第 729 段。

<sup>19</sup> 同上，第八章 C 节，第 465 至 488 段。

<sup>20</sup> 同上，第八章 B 节，第 464 段。

<sup>21</sup> 《1963 年……年鉴》，第二卷，文件 A/CN.4/161 和 Add.1，第 172 段，p. 184。

45. 在第一次报告中，特别报告员讨论了工作的范围和关于国际组织的责任的一般原则，述及了与“国家对国际不法行为的责任”条款草案第一章（“一般原则”，第 1 至第 3 条）所研讨的对应的问题。他提出了 3 个条款草案：第 1 条“本条款草案的范围”<sup>22</sup>；第 2 条“用语”<sup>23</sup>；第 3 条“一般原则”<sup>24</sup>。

46. 委员会在 2003 年 5 月 5 日至 9 日、13 日和 27 日的第 2751、2756 和 2763 次会议上审议了特别报告员的第一次报告。

47. 在 2003 年 5 月 13 日举行的第 2756 次会议上，委员会将第 1 至第 3 条草案提交起草委员会，并设立了一个不限成员名额工作组，以审议第 2 条草案。

48. 在 2003 年 5 月 27 日举行的第 2763 次会议上，委员会审议了工作组关于第 2 条草案的报告<sup>25</sup>，并将工作组拟订的该条款的案文提交起草委员会。

49. 委员会在 2003 年 7 月 16 日举行的第 2776 次会议上审议并通过了起草委员会关于第 1 条、第 2 条和第 3 条草案的报告（见下文 C.1 节）。

50. 在 2003 年 8 月 4 日举行的第 2784 次会议上，委员会通过了上述条款草案的评注（见下文 C.2 节）。

51. 在 2003 年 7 月 16 日举行的第 2784 次会议上，委员会设立了一个不限成员名额工作组，目的是协助特别报告员编写下一次报告。该工作组举行了 1 次会议。

<sup>22</sup> 第 1 条款案文如下：

**本条款草案的范围**

“本条款草案适用于一个国际组织对国际法所指的不法行为承担的国际责任问题。它们还适用于一个国家对一个国际组织行为承担的国际责任问题。”

<sup>23</sup> 第 2 条款案文如下：

**用语**

为本条款草案的目的，“国际组织”一词是指接纳国家为其成员，而又以其本身的身份行使某些政府职能的组织。

<sup>24</sup> 第 3 条款案文如下：

**一般原则**

1. 一国际组织的每一国际不法行为引起该国际组织的国际责任。
2. 一国际组织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依国际法归于该国际组织；而且
  - (b) 该行为构成对该国际组织国际义务的违反。”

<sup>25</sup> 起草小组起草的第 2 条款案文如下：

为本条款草案的目的，“国际组织”一词是指根据条约或其他国际法文书建立的拥有自己的 [有别于其成员的] 国际法律人格的组织。国际组织的成员除了国家以外，还可包括国家以外的实体。

52. 铭记这一专题与国际组织的工作的密切关系，委员会遂于 2003 年 8 月 4 日第 2784 次会议上请秘书处每年将委员会报告中关于此专题的一章发给联合国、各专门机构以及其他国际组织，以征求意见。

## C. 委员会迄今为止暂时通过的国际组织的责任条款草案案文

### 1. 条款草案案文

53. 委员会迄今为止暂时通过的条款草案案文载录如下：

#### 国际组织的责任

##### 第 1 条

##### 本条款草案的范围

1. 本条款草案适用于一国际组织对国际法所指的一不法行为负有的国际责任。
2. 本条款草案还适用于一国对一国际组织的国际不法行为负有的国际责任。

##### 第 2 条

##### 用语

为本条款草案的目的，“国际组织”一词是指根据条约或受国际法制约的其他文书建立的拥有自己的国际法律人格的组织。国际组织的成员除了国家以外，还可包括其他实体。

##### 第 3 条

##### 一般原则

1. 一国际组织的每一国际不法行为引起该国际组织的国际责任。
2. 在下列情况下，一国际组织有国际不法行为：
  - (a) 依国际法，由作为或不作为构成的一行为属于该国际组织的行为；而且
  - (b) 该行为构成对该国际组织国际义务的违反。

### 2. 委员会第五十五届会议通过的条款草案案文及其评注

54. 委员会第五十五届会议暂时通过的条款草案案文及其评注载录如下：

#### 国际组织的责任

##### 第 1 条

##### 本条款草案的范围

1. 本条款草案适用于一国际组织对国际法所指的不法行为负有的国际责任。

2. 本条款草案还适用于一国对一国际组织的国际不法行为负有的国际责任。

### 评注

(1) 第1条中对本条款草案范围所下的定义意在使其尽可能全面和准确。虽然第1条涵盖后面各条款中要处理的全部问题，但这不影响将针对这些问题提出的任何解决方案。因此，例如，第2款中提及一国对一国际组织的国际不法行为负有的国际责任并不意味着要坚持这样一种责任的存在。

(2) 为了本条款草案的目的，第2条中对“国际组织”一语作了定义。该定义有助于界定本条款草案的范围。

(3) 一个国际组织的责任可以在不同的法律制度下得到坚持。在一个国家法院面前，一个自然人或法人很可能会援用该组织依据一种或另一种国内法而承担的责任或赔偿责任。第1条第1款以及本条款草案从始至终都使用国际责任一词，明确表明本条款草案只从国际法角度出发，审议一国际组织依据国际法是否负有责任。因此依据国内法而负有责任或赔偿责任的问题就没有被涵盖在本条款草案中。但是这并不影响在一个国家法院面前提出一组织的责任或赔偿责任的问题时，国际法某些原则或规则的适用性。

(4) 第1条第1款涉及一国际组织引起国际责任的情况。较常见的是国际组织作出国际不法行为的情况。然而，有其它一些情况也可以引起一国际组织的责任。例如，可以设想与国家国际不法行为的责任条款第一部分第四章中所提及之情况类似的情况<sup>26</sup>。这样国际组织便可因下述理由被追究责任：援助或协助另一组织或国家从事一种不法行为；或者指挥和控制另一组织或国家从事这种行为；再或胁迫另一组织或国家从事一种在没有胁迫情况下仍会是国际不法行为的行为。此外，在另一种情况下也可以认为一国际组织负有责任，这种情况就是：另一个国际组织犯下了国际不法行为，而前一个组织是其成员。

(5) 第1款中提到国际法所指的不法行为意味着本条款草案不考虑对国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果承担赔偿责任的问题。在处理国家责任时，委员会决定把不加禁止之行为的赔偿责任问题与国际责任问题分开，这使委员会在处理国际组织的责任问题上也做同样的选择。因此，与国家的情况一样，国际责任与违反国际法所规定的一项义务有关。所以一项国际法不加禁止的活动只有当进行此活动时出现违反国际法所规定的一项义务的情况才可能引起国际责任，例如，如果一个国际组织未能遵守就一项不加禁止的活动采取预防措施的义务，便会承担国际责任。

<sup>26</sup> 《大会正式记录，第五十六届会议，补编第10号》(A/56/10)，第115-129页。

(6) 第2款在本条款草案的范围内列入了国家对国际不法行为的责任条款中曾提及但未予以处理的一些问题。这些条款中第57条规定：

“本条款不影响一国际组织依国际法承担的、或任何国家对一国际组织的行为的责任的任何问题。”<sup>27</sup>

国家责任条款中所遗漏的，将在本条款草案中予以考虑的主要问题是，作为一个国际组织成员的一国对该组织的国际不法行为的责任问题。

(7) 国家对国际不法行为的责任条款第一部分第四章的措辞只提及国家援助、协助、指挥、控制或胁迫另一国的情况<sup>28</sup>。如果，至少通过类推，认为国家责任条款中没有涵盖一国对一国际组织采取类似做法的情况，那么本条款草案可以弥补这个差距。

(8) 第2款没有纳入把行为归于一国的问题，以及是否涉及到一个国际组织的问题。国家对国际不法行为的责任条款第一部分第二章以不言明的方式处理了当一个国际组织或其一个机关通常或仅在特定情况下作为一个国家机关行事时把行为归于一国的问题。第4条提到“该国国内法”是确定国家机关的主要标准，而国内法很少会将一个国际组织或其一个机关列入国家机关范畴。不过，第4条并没有将国内法规定的此种机关的地位作为一个必要条件<sup>29</sup>。因此，如果一个国际组织或其一个机关实际上作为一国的国家机关行事，那么也可以依第4条将之视为一个国家机关。根据情况，一个国际组织也可能是，如第5条中规定的“虽非第4条所指的国家机关、但经该国法律授权行使政府权力要素的个人或实体”<sup>30</sup>。随后第6条审议了“由另一国交由一国支配的机关”<sup>31</sup>的情况。如果一个国际组织将其一个机关交由一国支配，则可能出现类似的情况，不管是否可说第6条中暗含有这种可能性。关于第6条的评注指出，这种可能性“引起了国家与国际组织之间关系的这一难题，这个问题不属于国家责任的范围”<sup>32</sup>。关于第4和第5条的评注中没有提及国际组织。虽然有关把行为归于一国的所有问题似乎仍都属于国家对其国际不法行为的责任范围，因此不应重新予以审议，但是把行为归于一国或者一个国际组织的问题的某些方面或许应在讨论把行为归于国际组织的问题时予以进一步阐明。

<sup>27</sup> 同上，第289页。

<sup>28</sup> 同上，第115-129页。

<sup>29</sup> 同上，第61页。

<sup>30</sup> 同上，第68页。

<sup>31</sup> 同上，第71页。

<sup>32</sup> 同上，第6条评注第(9)段，第73页。

(9) 本条款草案将处理一国或一国机关作为国际组织的一个机关行事的责任这个对称问题。该问题涉及到把行为归于一个国际组织的问题，因此被涵盖在第1条第1款中。<sup>33</sup>

## 第2条

### 用语

为本条款草案的目的，“国际组织”一词是指根据条约或受国际法制约的其他文书建立的拥有自己的国际法律人格的组织。国际组织的成员除了国家以外，还可包括其他实体。

### 评注

(1) 第2条中给“国际组织”下的定义就本条款草案的目的而言被认为是适当的，但并不准备作为适合所有目的的定义。该定义概括了可对其适用后面有关国际组织的原则与规则的国际组织的某些共同特征。这些特征对国际组织的国际责任以外的目的或许关系重大。

(2) 一个国际组织由于不具备第2条中所述的一种或多种特征而未被纳入为本条款草案目的而确定的定义，这并不意味着后面条款中载明的某些原则和规则也不适用于这个组织。

(3) 从1969年5月23日的《维也纳条约法公约》<sup>34</sup>开始，一些法典编纂公约曾简单明了地将“国际组织”定义为“政府间组织”<sup>35</sup>。但每种情况都只是为有关公约的目的下定义，并不适合所有目的。其中有些法典编纂公约的案文给定义添加了更多的要素：例如，1986年3月21日的《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》只适用于有能力缔结条约的政府间组织<sup>36</sup>。在国际责任方面，除要具备国际法规定的一项义务外，不需要额外的要素。然而，出于以下一些理由，最好能采纳一种不同的定义。第一，将国际组织定义为政府间组织能提供多少信息是有疑问的：甚至不清楚“政府间组织”一语是指组织法

<sup>33</sup> 对于草案是否及在多大程度上适用于违反有时所称的“国际组织的内部法律”的情况，委员会尚未采取立场。关于“国际组织的内部法律”概念所引起的问题，见下文第3条评注第(10)段。

<sup>34</sup> 《联合国条约汇编》，第1155卷，p. 331，有关条款是第2条第1款(i)项。

<sup>35</sup> 见1975年3月14日《维也纳关于国家在其对普遍性国际组织关系上的代表权公约》第1条第1款(1)项，A/CONF. 67/16；1978年8月23日《关于国家在条约方面的继承的维也纳公约》第2条第1款(n)项，《联合国条约汇编》，第1946卷，p. 3；和1986年3月21日《关于国家和国际组织间或国际组织相互间条约法的维也纳公约》第2条第1款(i)项，A/CONF. 129/15。

<sup>36</sup> 见公约(同上)第6条。委员会就相应的条款草案指出：

“如果一国际组织有能力缔结至少一项条约，则条款草案中的规则将适用于它；如果一国际组织只有名称，但无能力缔结条约，则无须明确说明条款草案对之不适用。”《1981年……年鉴》，第二卷(第二部分)，p. 124。

还是实际成员。第二，“政府间”一词在某种程度上无论如何不适当，因为一些重要的国际组织是由国家机关而不是政府，或者由这些机关与政府一起建立的，而且在组织内国家也不总由政府来代表。第三，越来越多的国际组织在其成员中不仅包括有国家，而且包括有国家以外的其他实体；“政府间组织”一语似乎将这些组织排除在外，尽管就国际责任而言，很难看出为什么要找到与适用于那些只拥有国家成员的组织不同的解决方案。

(4) 多数国际组织是根据条约建立的。因此定义中将条约作为组织法反映了普遍的做法。然而，国际合作的形式有时是在无条约的情况下确立的。在某些情况中，例如，北欧理事会的情况，条约是随后缔结的<sup>37</sup>。另一些情况，尽管可能被认为存在一种不言明的协定，但成员国坚持不为此缔结任何条约，例如，欧洲安全与合作组织(欧安组织)的情况便是如此<sup>38</sup>。为了将国家在国际上未缔结条约建立的组织涵盖在内，第2条中以“受国际法制约的其他文书”代替条约。这一措辞的目的是要包括诸如联合国大会或一国际会议通过的决议等文书。如此建立的国际组织的例子有泛美地理历史学会(泛美史地学会)<sup>39</sup>；石油输出国组织(欧佩克)<sup>40</sup>和欧安组织<sup>41</sup>。

(5) 提到“条约或受国际法制约的其他文书”的目的不是要将国家以外的其他实体从国际组织的成员中排除。这对于国际组织而言不成问题，只要它们有缔结条约的能力，就完全可以是一项组成条约的缔约方。情况对于国家和国际组织以外的实体来说可能不同。但是，即使国家以外的实体不具备缔结条约的能力或不能参与通过组织法，它们也仍可以被接纳为如此建立的组织的成员。

(6) 第2条中的定义不涵盖通过受国内法制约的文书建立的组织，除非随后通过了一项受国际法制约的条约或其他文书，并且这项条约或文书已经生效<sup>42</sup>。因此，该定义中不包括这类组织，如世界保护联盟，尽管该联盟的成员中国家数

<sup>37</sup> 1962年3月23日的《合作条约》经1971年2月3日一项协定修订后，案文转载于A. J. Peaslee (编)，《国际政府间组织》第三版，第一部分，海牙：Nijhoff，1974年，pp. 1135-1143。

<sup>38</sup> 欧洲安全与合作会议在1995年于布达佩斯举行的会议上决定采用“组织”这一名称，《国际法材料》，第34卷，1995年，p. 773。

<sup>39</sup> 前注37中提到的A. J. Peaslee (编)，第三和第四部分(海牙/波士顿/伦敦：Nijhoff，1979年)，pp. 389-403。

<sup>40</sup> 见P. J. G. Kapteyn, R. H. Lauwaars, P. H. Kooijmans, H. G. Schermers 和 M. van Leeuwen Boomkamp, 《国际组织与一体化》(海牙：Nijhoff，1984年)，II. K. 3. 2. a。

<sup>41</sup> 前注38。

<sup>42</sup> 北欧理事会的情况便是如此，前注37。

目超过 70<sup>43</sup>；也不包括阿拉伯世界学会，这是根据法国法律由 20 个国家成立的一个基金会<sup>44</sup>。

(7) 第 2 条还要求国际组织拥有“国际法律人格”。要依据国际法获取法律人格并不取决于在组织法中列入诸如《联合国宪章》第一百零四条这样的条款，该条款案文如下：

“本组织于每一会员国之领土内，应享受于执行其任务及达成其宗旨所必须之法律行为能力”。

在组织法中纳入这类条款的目的是给成员国规定一项义务，使它们承认组织依据其国内法具有法律人格。当总部协定中列入类似案文后，便给东道国加以类似的义务<sup>45</sup>。

(8) 对一国际组织获取国际法规定的法律人格问题有不同的看法。一种意见认为，对一组织来说，光是存在国际法规定的义务就意味着该组织拥有法律人格。而另一种意见认为，还需要更多的要素。国际法院不曾确定特殊的先决条件，其关于国际组织的法律人格的声明似乎也没有为此作出严格规定。在其关于“1951 年 3 月 25 日卫生组织和埃及之间协定的解释案”的咨询意见中，国际法院声明：

“国际组织是国际法主体，因此受到国际法一般规则、其组织法或其参加的国际协定所规定的任何义务的约束。”<sup>46</sup>

在其关于“一国在武装冲突中使用核武器的合法性”的咨询意见中，国际法院指出：

“法院几乎无须指出，国际组织是国际法主体，与国家不同，它们不具有一般权限。”<sup>47</sup>

虽然可以认为法院在作出上述两项陈述时，考虑到的是世界卫生组织(卫生组织)这类国际组织，但其措辞相当笼统，似乎很宽大地看待国际组织获取国际法规定的法律人格问题。

<sup>43</sup> 见 <http://www.iucn.org>。

<sup>44</sup> 在法国外交部长对一个议会问题作出的答复中描述了该组织的状况，《法国国际法年鉴》，第 37 卷，1991 年，pp. 1024-1025。

<sup>45</sup> 意大利最高上诉法院在就 *Istituto Universitario Europeo v. Piette, Giustizia civile* 一案于 1999 年 3 月 18 日作出的第 149 号判决(第 49 卷(1999 年))中指出“一项国际协定中规定有义务承认一个组织的法律人格以及依法执行这项规定，仅仅意味着该组织根据缔约国国内法取得法律人格。”

<sup>46</sup> 《1980 年国际法院报告书》，pp. 89-90，第 37 段。

<sup>47</sup> 《1996 年国际法院报告书》，p. 78，第 25 段。

(9) 从前一段引用的段落，以及更明确地从其关于“联合国公务中所受伤害的赔偿案”<sup>48</sup>的咨询意见中都可以看出，国际法院似乎赞成这样的观点，即当一组织的法律人格存在时，这是一种“客观”的人格。因此，在根据本条款草案审议一组织是否对一受害国负有国际责任之前，不必调查该组织的法律人格是否已获得受害国的承认。另一方面，一个只存在于纸面上的组织不得被视为具有国际法所规定的“客观”法律人格。

(10) 一组织的法律人格可能给该组织带来国际责任，有必要将之与“其成员国的法律人格区别开来”<sup>49</sup>。这个要点反映在第2条中，该条规定法律人格应是该组织“自己的”，委员会认为这一说法与“有别于其成员国的”说法相同。但该组织拥有一种不同的法律人格并不排除可以将某一行为既归于该组织又归于其一个或多个甚至全部成员。

(11) 第2条第二句的目的首先是要强调国家在与本条款草案中涉及的所有国际组织有关的实践中发挥的作用。国际法院在其关于“一国在武装冲突中使用核武器的合法性”的咨询意见中，附带对这一关键作用发表了意见：

“国际组织受‘特殊性原则’的制约，也就是说，创建这些组织的国家赋予它们权力，该权力的限度取决于共同利益，而创建国委托这些组织来增进这种利益。”<sup>50</sup>

许多国际组织只有国家成员。在其他一些有不同类型成员的组织中，拥有国家成员对于该组织被纳入本条款草案考虑范围十分重要。<sup>51</sup>这项要求拟通过“除了国家以外”这一措辞来表达。

(12) 拥有国家成员可以表现为个别国家机关或机构作为成员参与。例如，通过一项条约建立的阿拉伯国家广播联盟将“广播组织”列为其正式成员<sup>52</sup>。

<sup>48</sup> 《1949年国际法院报告书》，p. 185。

<sup>49</sup> 当 G. G. Fitzmaurice 在就条约法建议“国际组织”一词的定义时使用了这种措辞（见《1956年……年鉴》，第二卷，p. 108），此外，国际法学会在其1995年关于“国际组织未履行其对第三方所承担之义务给成员国造成的法律后果”的里斯本决议（法国国际法年鉴），vol. 66-II (1996年)，p. 445）中也使用了这种措辞。

<sup>50</sup> 前注47，p. 78，第25段。

<sup>51</sup> 因此，第2条中的定义不包含其成员全是国际组织的国际组织，例如维也纳联合研究所（Joint Vienna Institute）便是这样的组织，它是根据五个国际组织之间的一项协议而建立的。见 <http://www.jvi.org>。

<sup>52</sup> 见《阿拉伯国家广播联盟公约》第4条。案文转载于上面注37中提及的 A. J. Peaslee，第五部分，海牙/波士顿/伦敦：Nijhoff，1976年，p. 124起各页。

(13) 第 2 条第二句作为一组织的额外成员提到国家以外的实体，如国际组织<sup>53</sup>、领地<sup>54</sup>或私人实体<sup>55</sup>等，这反映出实践中的一个重要趋势，就是，国际组织日益倾向于拥有混合成员，从而在某些领域能实现更有效的合作。

(14) 显然只有在涉及拥有一国际组织成员身份的国家时才会引出国家作为成员的国际责任问题。本条款草案将只考虑此问题，以及作为另一组织成员的国际组织的国际责任问题。至于国际组织的成员中拥有其他实体的问题，只有在这些实体的存在可能影响到国家和国际组织的国际责任时，才予以研究。

### 第 3 条

#### 一般原则

1. 一国际组织的每一国际不法行为引起该国际组织的国际责任。
2. 在下列情况下，一国际组织有国际不法行为：
  - (a) 依国际法，由作为或不作为构成的一行为属于该国际组织的行为；而且
  - (b) 该行为构成对该国际组织国际义务的违反。

#### 评注

(1) 第 3 条具有介绍性质，说明适用于在第 1 和第 2 条定义的本条款草案范围内最常发生的情况的一般原则：就是国际组织对其自己的国际不法行为负有国际责任的情况。第 3 条中陈述的一般原则并不妨碍可能存在这样一些情况，即一组织的国际责任可以由于一国或另一组织的行为而成立。此外，一般原则明确不适用于第 1 条第 2 款中提及的国家责任问题。

(2) 第 3 条中载明的一般原则是按照国家对国际不法行为的责任条款第 1 和第 2 条中所规定的适用于国家的一般原则的模式拟订的<sup>56</sup>。似乎没什么理由以另

<sup>53</sup> 例如，欧洲共同体已成为粮食及农业组织(粮农组织)的一个成员，粮农组织于 1991 年修订其《章程》，以便接纳区域经济一体化组织为成员。关于经修订的粮农组织《章程》案文，见前注 40 中提到的 P. J. G. Kapteyn, R. H. Lauwaars, P. H. Kooijmans, H. G. Schermers 和 M. van Leeuwen Boomkamp (ed.), Supplement to volumes I. A-I. B, 海牙/波士顿/伦敦: Nijhoff, 1997 年, suppl. I. B. 1. 3. a。

<sup>54</sup> 例如，《世界气象组织(气象组织)章程》第 3 条(d)(e)款规定国家以外的实体，如“领地”或“领地集团”可以成为成员。同上, suppl. I. B. 1. 7. a。

<sup>55</sup> 例如世界旅游组织包括作为“正式成员”的国家、作为“联系成员”的“领土或领土集团”，以及作为“附属成员”的“政府间及非政府国际机构”。见前注 40 提及的 P. J. G. Kapteyn, R. H. Lauwaars, P. H. Kooijmans, H. G. Schermers 和 M. van Leeuwen Boomkamp (ed.), vol. I. B, 海牙/波士顿/伦敦: Nijhoff, 1982 年, I. B. 2. 3. a。

<sup>56</sup> 前注 26, 第 43 和 48 页。使委员会能够概括这些条款的传统分析载于罗伯特·阿戈关于国家责任的第三次报告，《1971 年……年鉴》第二卷, pp. 214-223, 第 49-75 段。

一种方式来阐明这些原则。值得注意的是，联合国秘书长在关于维和行动的一份报告中提到：

“普遍公认可适用于国际组织的国家责任原则，即如果违反国际义务而导致损失，并且这种损失是由国家(或组织)造成的，则该国(或该组织)应承担赔偿责任[……]<sup>57</sup>。”

(3) 第3条中两款的顺序和措辞与国家国际不法行为的责任条款第1和第2条中的一样，只是将“国家”改成了“国际组织”。两项原则密切相关，第一项原则说明了第二项原则的后果，似乎最好将它们纳入单一条款。

(4) 与国家的情况一样，把行为归于一国际组织的问题是一国际不法行为发生的两个基本条件之一。“行为”一词拟涵盖国际组织作为与不作为两种情况。另一个基本条件是，该行为构成对国际法规定的一项义务的违反。义务可以来自于对国际组织具有约束力的条约或来自于适用于该组织的任何其他国际法来源。而且仍与国家情况相同，损害似乎不是引起一国际组织的国际责任的必要条件。

(5) 一国际组织如作出国际不法行为，便要承担其国际责任。关于这一原则的声明，可以从国际法院关于“与人权委员会特别报告员享有法律诉讼豁免权有关的不同情况”的咨询意见里找到，法院在咨询意见里指出：

“[……]法院要指出，享受法律诉讼豁免权的问题不同于对由于联合国或其代理人以公务身份采取行动造成的任何损害予以赔偿的问题。

“联合国或许必须对这些行为造成的损害承担责任”<sup>58</sup>。

(6) 第3条，以及国家对国际不法行为的责任条款的相应规定中均没有确定国际责任的含义。就后者而言，国际不法行为的后果问题只在案文关于“一国国际责任的内容”的第二部分中才出现<sup>59</sup>。因此，在本条款草案中国际责任的内容问题也将见于进一步的条款。

(7) 不论是对于国家还是对于国际组织而言，由国际不法行为引起的法律关系不一定是双边的。对义务的违反很可能影响到不止一个国际法主体或者可能影响到整个国际社会。因此，在适当情况下，不止一个主体可以作为受害主体或其他主体，援引一国际组织的国际责任。

(8) 一国际组织对一国际不法行为负有责任这一事实并不排除在同类情况下存在其他国际法主体的平行责任。例如，一国际组织可能曾与一国合作，违反一项两者均应承担的义务。

<sup>57</sup> A/51/389号文件，第3页，第6段。

<sup>58</sup> 《1999年国际法院报告书》，pp. 88-89，第66段。

<sup>59</sup> 前注26，p. 211起各页。

(9) 第3条中载明的一般原则不包括类似于国家对国际不法行为的责任条款中第3条的一项规定<sup>60</sup>。该项条款包含两句话，第一句说明“把一国的行为定性为国际不法行为时必须遵守国际法”，这是一种相当明显的陈述。这句话可以移用于国际组织，但可能会被认为是多余的，因为原则中明确表明一国际不法行为构成对国际法规定的一项义务的违反。该原则一经宣布，似乎根本没有必要添加把一行为定性为不法行为时须依据国际法这句话。国家责任条款第3条中之所以纳入这句话的明显理由在于它为第二句话提供了一种联系。

(10) 关于国家责任的第3条中的第二句话很难适应国际组织的情况。该句说把一行为定性为国际不法行为“不因国内法把同一行为定性为合法行为而受到影响”，这是有意强调，仅依赖国家单方面意愿的国内法永远不可能为该国违反国际法下义务的行为作辩护。将这一原则移用于国际组织的困难在于，很难清楚地将一国际组织的内部法律与国际法区分开来。不管怎样国际组织的组织法是一项条约或另一受国际法制约的文书；国际组织内部法律的某些其他部分可以被视为属于国际法。一个重要的差别是，有关义务是针对成员还是非成员国存在，尽管这个差别不一定具有决定性，因为如果说组织的内部法律总是高于该组织依据国际法对一成员国负有的义务，则是有问题。另一方面，就非成员国而言，《联合国宪章》第一百零三条可能为组织违反其依据与非成员国之间的条约而承担的义务之行为提供正当理由。因此，国际法和国际组织内部法律之间的关系似乎太复杂，无法在一般原则中予以表达。

---

<sup>60</sup> 同上，p. 74。

## 第五章

### 外交保护

#### A. 引言

55. 国际法委员会于 1996 年第四十八届会议确定“外交保护”专题为适于编纂和逐渐发展的三个专题之一。<sup>61</sup>同一年，大会 1996 年 12 月 16 日第 51/160 号决议请委员会按照第六委员会辩论期间提出的评论和意见以及各国政府可能提出的书面评论，进一步审查这一专题并说明其范围和内容。委员会在 1997 年第四十九届会议期间按照大会上述决议在第 2477 次会议上设立了关于这个专题的工作组。<sup>62</sup>工作组在同届会议上提交一份报告，得到委员会核可。<sup>63</sup>工作组设法：(a) 尽可能明确这一专题的范围；(b) 界定这一专题所应研究的问题。工作组拟议了审议这一专题的大纲，委员会建议以这一大纲作为特别报告员提交初步报告的基础。<sup>64</sup>

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

57. 大会于第 52/156 号决议第 8 段中赞同委员会关于将“外交保护”专题列入其议程的决定。

58. 1998 年委员会第五十届会议收到特别报告员的初步报告。<sup>65</sup>委员会在这届会议上设立了不限成员名额的工作组，根据讨论这一专题之研究方法的情况，审议可能得出的结论。<sup>66</sup>

59. 1999 年委员会第五十一届会议期间，在本努纳先生当选为前南斯拉夫问题国际法庭法官以后，任命克里斯托弗·约翰·杜加尔德先生为本专题的特别报告员。<sup>67</sup>

60. 委员会于 2000 年第五十二届会议收到特别报告员的第一次报告(A/CN.4/506 和 Corr. 1 和 Add. 1)。由于时间不够，委员会将对 A/CN.4/506/Add.1 的审议工作推迟到下一届会议进行。委员会于这届会议上设立不限成员名额的非正式磋

<sup>61</sup> 《大会正式纪录，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。

<sup>62</sup> 《大会正式记录，第五十二届会议，补编第 10 号》(A/52/10)，第八章。

<sup>63</sup> 同上，第 171 段。

<sup>64</sup> 同上，第 189-190 段。

<sup>65</sup> A/CN.4/484。

<sup>66</sup> 工作组的结论载于《大会正式纪录，第五十三届会议，补编第 10 号》(A/53/10)，第 108 段。

<sup>67</sup> 《大会正式记录，第五十四届会议，补编第 10 号》(A/54/10)，第 19 段。

商小组，由特别报告员担任主席，研讨第 1、第 3 和第 6 条草案。<sup>68</sup>委员会随后在第 2635 次会议上决定将第 1 条、第 3 条和第 5 至第 8 条的草案连同非正式磋商小组的报告提交起草委员会。

61. 委员会 2001 年第五十三届会议收到特别报告员第一次报告的余下部分(A/CN.4/506 和 Add.1)和第二次报告(A/CN.4/514 和 Corr.1 和 2(Spanish only))。由于时间不够，委员会仅能审议第二次报告中有关草案第 10 和第 11 条的部分，把有关草案第 12 条和第 13 条的 A/CN.4/514 其余部分推迟到下一届会议审议。委员会 2001 年 7 月 12 日第 2688 次会议决定把草案第 9 条转交起草委员会，2001 年 7 月 17 日第 2690 次会议决定把草案第 10 和第 11 条转交起草委员会。

62. 委员会第 2688 次会议设立了不限成员名额的非正式磋商小组，由特别报告员担任主席，研讨第 9 条。

63. 委员会 2002 年第五十四届会议收到特别报告员第二次报告有关草案第 12 条和第 13 条的余下部分(A/CN.4/514 和 Corr.1 和 2(Spanish only))和涵盖草案第 14 至第 16 条的第三次报告(A/CN.4/523 和 Add.1)。委员会 2002 年 5 月 14 日第 2719 次会议决定把草案第 14 条(a)、(b)、(d)(与(a)项结合审议)项和(e)项转交起草委员会。委员会 2002 年 6 月 4 日第 2729 次会议还决定把草案第 14 条(c)项转交起草委员会与(a)项结合审议。

64. 委员会于 2002 年 6 月 5 至 7 日举行的第 2730 至 2732 次会议上审议了起草委员会关于第 1 至第 7[8]条草案的报告。委员会于第 2730 次会议上通过了第 1 至 3[5]条、第 2731 次会议上通过了第 4[9]、5[7]和 7[8]条、并于第 2732 次会议上通过了第 6 条。委员会于 2002 年 8 月 12 日和 13 日举行的第 2745 次和第 2746 次会议上通过了上述条款草案的评注。

65. 委员会于 2002 年 8 月 2 日举行的第 2740 次会议上设立了不限成员名额的非正式协商小组，由特别报告员担任主席，研讨对船员或机组人员以及企业公司人员和股东的外交保护问题。

## **B. 本届会议审议这个专题的情况**

66. 委员会本届会议收到特别报告员的第四次报告(A/CN.4/530 和 Corr.1(只更正西班牙文本)和 Add.1)。委员会先后于 2003 年 5 月 14 日至 23 日、5 月 28 日至 6 月 5 日举行的第 2757 至 2762 次会议和第 2764 次、第 2768 次会议上审议了报告中关于草案第 17 条至第 20 条的第一部分。委员会随后于 2003 年 7 月 15、

<sup>68</sup> 非正式磋商小组的报告载于《大会正式记录，第五十五届会议，补编第 10 号》(A/55/10)，第 495 段。

16 和 18 日举行的第 2775 至 2777 次会议上审议了关于第 21 和第 22 条草案的报告第二部分。

67. 委员会于 2003 年 5 月 23 日举行的第 2762 次会议上设立了不限成员名额的非正式协商小组，由特别报告员担任主席，研讨第 17 条第 2 款。委员会于 2003 年 5 月 28 日举行的第 2764 次会议上审议了工作组的报告。

68. 委员会于 2003 年 5 月 28 日举行的第 2764 次会议上决定将工作组提议的第 17 条以及第 18、19、20 条转交起草委员会。在第 2777 次会议上，委员会决定将第 21 和第 22 条转交起草委员会。

69. 委员会于 2003 年 6 月 5 日举行的第 2768 次会议上审议了起草委员会关于草案第 8[10]条、第 9[11]条和第 10[14]条的报告。委员会在同次会议上暂时通过了草案第 8[10]条、第 9[11]条和第 10[14]条。

## 1. 第 17 条<sup>69</sup>

### (a) 特别报告员的介绍

70. 在介绍第 17 条时，特别报告员指出，对法人的外交保护专题起到支配性作用的是国际法院于 1970 对巴塞罗那电车公司案的判决。<sup>70</sup>在这个案件中，法院详细说明了这样的规则：在公司受到损害时行使外交保护的权力属于在其境内根据其法律注册并在其境内设有办事处的国家，而不属于股东的国籍国。法院还确认：是有一些与双边或多边投资条约有关的做法倾向于给予股东直接保护，但并不能因此而证明有任何习惯国际法规则存在，主张股东的国籍国有权对他们行使外交保护。法院将其视为特别法，不予采纳。

71. 在作出判决时，国际法院裁定了政策上的三个考虑因素：(1) 股东对在国外做生意的公司进行投资时，他们承担的风险包括：公司的国籍国经过斟酌，可能不为它们行使外交保护；(2) 允许股东的国籍国行使外交保护可能由于股东是许多国家的国民甚至可能是公司而引起多重求偿；(3) 法院拒绝将与自然人有关的双重国籍规则以类比方式适用于公司和股东，因为这容许双方的国籍国行使外交保护。

<sup>69</sup> 第 17 条读作：

#### 第 17 条

1. 一国有权在拥有其国籍的公司受到损害时对它行使外交保护。
2. 就外交保护而言，一个公司的国籍国是公司在其境内注册[并在其领土内设有注册办事处]的国家。

(A/CN.4/530 和 Corr. 1(只更正西班牙文本)和 Add. 1)。

<sup>70</sup> 巴塞罗那电车、电灯和电力有限公司案，第二阶段，《1970 年国际法院报告书》，p. 3。

72. 特别报告员还记得：法官们对法院的论证普遍不同意，事实证明，十六位法官中有八位提出了另外的意见，其中有五位法官支持了股东的国籍国行使外交保护的权利。法院的判决也受到了广泛的批评，例如：它没有充分注意国家实践情况；法院确定了无法实行的标准，因为在实际上，国家不会保护与它们没有真正联系的公司。的确，有些作者认为，传统的外交保护法已经在相当大的程度上被双边或多边条约所规定的争端解决程序所取代。

73. 特别报告员认为，鉴于国际法院的判决对国际法委员会不一定具有约束力并且铭记两个机构的职责互不相同，国际法委员会应该决定是否遵循国际法院的判决。他还指出，在 ELSI (伦理、法律和社会问题) 案中，<sup>71</sup> 国际法院的一个分庭虽然在那里处理一项条约而非习惯国际法的解释问题，但它忽略了巴塞罗那电车公司案的判例而允许美利坚合众国对持有有一个意大利公司所有股份的两个美国公司行使外交保护。但是，他承认，巴塞罗那电车公司案的判例仍被视为有关这一专题的习惯国际法的真实反映，各国在实践中对公司的外交保护仍遵循这一判例。

74. 特别报告员确定了国家有权行使外交保护的七个方案：(1) 公司注册国，按照巴塞罗那电车公司案判例规则；(2) 公司注册国和与公司有真正联系的国家；(3) 公司所在地国或住所国；(4) 经济控制国；(5) 公司注册国和经济控制国；(6) 公司注册国，否则就是经济控制国；(7) 所有股东的国籍国。

75. 考虑了上述所有方案以后，他建议委员会考虑编纂巴塞罗那电车公司案规则，但不列入判决所确认的例外。第 17 条第 1 款确认：因为国家有权行使外交保护，应由国家决定是否行使。据承认，这种权利的裁量性质意味着与公司注册国没有真正联系的公司可能得不到保护。但是，这是国际法院自己承认的一个缺陷，也是双边投资条约安全成为投资者首选的原因。第 2 款寻求为了条款草案的目的为国籍国下定义。据提议，一公司的国籍国是公司在其境内注册的国家。可能进一步指明“在其境内设有办事处”，巴塞罗那电车公司案中也考虑到这一点。但是，这两个条件从严格意义上说，并不是非要不可的。

## (b) 辩论概况

76. 发言的委员一致赞扬特别报告员起草的报告质量高，对他提交委员会的方案中采取持平立论的方式表示感谢。

77. 有人认为，尽管各国发展水平不同，所有国家都依赖外国投资。因此，国际法必须给予投资者以必要的保证，委员会应该设法确保法律符合事实，同时在各国的利益和投资者的利益之间维持平衡。正是基于这样的背景，才会有人要求委员会确认国家对具有其国籍的公司行使外交保护的权利。

<sup>71</sup> 电子安全有限公司 (伦理、法律、社会问题) 案，《1989 年国际法院报告书》，p. 14。

78. 委员们普遍支持以巴塞罗那电车公司案的判决为依据的第 17 条第 1 款。这一款被认为不应据 ELSI (伦理、法律和社会问题) 案而受到质疑。据指出, 国籍国标准是按照 2002 年通过的第 3 条选定的, 指定国籍国为有权对自然人行使外交保护的國家。采取这种一致的做法, 才有可能在自然人和法人的外交保护方面适用委员会所拟订的其他规则。的确, 据提议, 第 1 款拟进一步与 2002 年一读通过的第 3 条第 1 款一致, 其案文如下: “一公司受损害时有权对其行使外交保护的國家是该公司的国籍国。”

79. 关于第 2 款, 多数委员支持特别报告员的提议, 以巴塞罗那电车公司案的规则为讨论的基础。据认为, 尽管有其缺点, 该案的判决精确地说明了当代法律在对公司的外交保护方面的状况, 并且真正地反映了习惯国际法。

80. 有些委员支持第 2 款的措词方式, 但是主张删除列于方括号内的第二项标准。据指出, 国际法院同时提到两项规定, 因为大陆法系国家倾向于适当考虑到注册办事处的所在地, 而英美法系国家则以公司的所在地标准为首要考虑。不过, 委员会可能接受后一标准, 因为它在其他法律领域起到越来越大的支配性作用。也有人认为, 可在评注中说明其他标准是多余的, 因为公司的注册办事处几乎总是位于同一國家。

81. 其他委员倾向于保留两项标准。据指出, 公司国籍国的确定基本上是各国本国管辖范围内的事项; 不过应该按照国际法解决任何冲突。正如个人的国籍是由两项备选标准——出生地制和血统制——确定的, 公司的国籍也取决于两项备选制度, 即: 公司所在地和注册办事处所在地, 不过, 许多國家都在不同程度上借用一个或另一个制度。但是, 有人奉劝小心, 因为有些國家并不适用任何一个办法, 或不曾确认公司国籍的概念。

82. 还有人认为, 如果将方括号中的另一项标准保留在案文中, 则两者之间的连接词“和”应改为“或”。另一些人倾向于同时采用两个条件。另外, 也有人表示担心, 如果在片语中保留连接词“和”, 则其注册办事处位于公司所在地國以外的公司将因为无法同时满足两项条件而有失去外交保护权利的危险。另一方面, 如果将连接词“和”改为“或”, 可能导致双重国籍, 引起希望行使外交保护的几个國家之间的竞争——从而偏离了国际法院在巴塞罗那电车公司案中采取的立场。

83. 另一些发言的委员建议进一步审议住所或所在地标准, 这是国际私法中的做法。

84. 但也有人表示支持在案文中指明公司和国籍国之间的有效联系或真正联系。的确, 据指出, 如果不在案文中提到真正联系标准, 可能助长避税所现象, 即便只是间接形成的。

85. 随后有人指出，在巴塞罗那电车公司案中，并没有人要求法院就国籍问题作出裁定，当事方不曾争论这个问题。国际法院提到了组成公司和登记办事处原则，但也提到公司与国籍国的其他联系。因此，需要有一套足够广泛的国际法标准，才能适应各种可能情况。据认为，对于第 17 条，应该采取不同的做法，而提到公司注册地国和(或)在其境内设有注册办事处的国家，以及(或)与之具有适当联系的国家。其他建议包括：表明外交保护由民族国家行使，这种国家在逐案的基础上由国内法确定；条件是民族国家和有关公司之间有真正联系或关系，并将第 17 条案文重拟如下：“根据其法律组成公司并且在其境内设有注册办事处的国家有权作为国籍国对受损害的公司行使外交保护。”另一些建议包括将第 2 款的案文重新拟订为“就外交保护而言，一公司的民族国家是该公司在其境内注册并在其境内设有注册办事处或住所的国家，或在其境内有基本经济活动或国际所确认的体现公司与该国之间有真正联系存在的任何其他要素”；并将第 2 款的后一部分案文重新拟订为“或以另一种方式确认该公司取得其国籍的国家”。

86. 但也有人对实行“真正联系”的标准提出告戒，指出这项标准并没有在巴塞罗那电车公司案中被接受，因此实行一项检验，实际上以按照多数股权加以衡量的经济控制为依据。据指出，要实行“真正联系”的要求就得揭开“法人的面纱”，会使得法院和投资国都感到为难，它们必须决定是否接受任何国家由于相信与它有真正联系的公司受到损害而提出的外交请求或求偿。此外，有人提到，多国公司在许多国家有业务活动，要确定其“适当”联系，是一件复杂的工作。

### (c) 特别报告员的总结

87. 特别报告员说，多数委员赞同第 1 款。

88. 关于第 2 款，他指出，委员们起初表示普遍支持他的着手方式，但也有人表示了不同的意见，主张只列一项标准，反对为了外交保护的确定公司国籍的第二项标准。但是，随后的辩论发生转折，许多委员一方面支持第 17 条的主要概念，却主张在案文中强调公司与行使外交保护的国家之间的正式联系。虽然有些提案小心谨慎，避免提到股东的国籍国，另一些提案则进而揭开公司的面纱，以便查明与公司关系最密切的国家，以此确定公司的经济控制地点。他说，后者固然难于与巴塞罗那电车公司案取得一致，却与诺特博姆案相符，该案强调与国家的联系原则。但是，由于委员会在关于自然人的第 3 条草案中没有遵循诺特博姆案的检验，在关于法人的条款中这样做可能是不合理的。

89. 此外，辩论期间有人提出双重保护问题，即：公司注册国和公司所在国都对同一公司行使外交保护，在巴塞罗那电车公司案中，有许多法官赞同这个概念。国际法院在对巴塞罗那电车公司案的判决中，一向对双重保留保护概念或对保护公司和股东的第二项权利持敌对态度。

**(d) 成立一个工作组**

90. 委员会随后决定成立一个由特别报告员主持的不限成员名额的工作组，着手审议第 17 条，然后才决定将其提交起草委员会。

91. 特别报告员后来报告了审议这一条款的结果。他说，工作组达成共识，认为首先需要适应本国体制不了解组成公司的习例，而根据另一些制度成立公司的情况，其次则根据国际法院在巴塞罗那电车公司案的判决中所宣示的联系规则在公司和国家之间建立一些联系。但是，工作组也一向小心，避免采取可能使人以为审理这一事项的分庭认为应该考虑到控股人国籍的办法。

92. 工作组议定了第 17 条的下列案文，特别报告员提请委员会将其提交起草委员会。

就[对受损害的公司的]外交保护而言，国籍国[是公司根据其法律成立的国家]/[在每一具体情况下根据国内法确定]，与公司之间具有[充分]/[密切和长期][管理上的]/[正式的]联系。

**2. 第 18 条<sup>72</sup>****(a) 特别报告员的介绍**

93. 特别报告员解释说，第 18 条处理第 17 条中普遍规则的例外。(a) 款中所载述的第一个例外在公司的注册地此公司已不存在的情况。他说，巴塞罗那电车公司案中使用过“已不存在”一语，历来不曾引起所有作者的注意，许多作者倾向于在公司“实际上已不存在”的情况下，在为股东进行交涉方面采取较低的门槛。他本人认为第一个解决办法或许较为可取。

94. 载于 (b) 款中的第二个例外规定，当一公司有需对造成损害负责的国家的国籍时，其股东的国籍国可以介入。某些国家往往坚持认为，在其境内的外国人应该通过依该国法律注册的公司，才能在该国做生意。如果该国没收该公司资产或以另一些方式损害该公司，该公司在国际上所能够得到的唯一救济是由其股东的国籍国提出交涉。但是，如同特别报告员在其报告中所描述的，这一规则难免引起争论。

<sup>72</sup> 第 18 条读作：

**第 18 条**

在公司受损害的情况下，公司股东的国籍国无权对这些股东行使外交保护，除非：

- (a) 在公司的注册地此公司已不存在；或
- (b) 公司拥有对它造成损害的国家的国籍。

(A/CN.4/530 和 Corr. 1 (只更正西班牙文本) 和 Add. 1)。

95. 特别报告员进一步解释说，在巴塞罗那电车公司案以前，国家实践、仲裁和学说都支持第二个例外的存在。在巴塞罗那电车公司案中，国际法院提出了这个例外存在的可能性，后来认为没有必要由它宣示这个事项，因为其案情并不是注册国(加拿大)对公司造成损害。在巴塞罗那电车公司案以后，主要可以在解释投资条约的情况下找到对这项原则的支持。在伦理、法律、社会问题案中，国际法院的分庭容许美国保护一个在意大利成立并注册以后、遭受意大利政府损害的公司的美国股东。该分庭不曾在该案中处理这个问题，但在一些法官的心目中，的确这样认为。但是，一些作者还是对这个问题有分歧。特别报告员建议委员会接受这个例外。

**(b) 辩论概况**

96. (a)款得到普遍支持，不过有人认为，应该规定一个时限，或许可以从该公司宣布破产之日算起。另一些建议包括：删除“注册地”，而以“注册国”取代。

97. 有些委员认为，一公司“已不存在”的要求可能门槛太高，需要检验的标准可以是“实际不存在”或“丧失了该公司采取补救办法的可能性”。按照这种方式，公司不致实际不存在，只是周转不灵，无法挽救。也有人认为，可以在“已不存在”之前添加“在法律上或事实上”等字。又有人建议在评注中说明：“已不存在”应该解释为一公司即使处于破产管理状态也还继续存在。另一项建议认为，应该规定：若“通过公司进行补救的可能性”已经排除，或公司事实上不再能够提起诉讼以维护其权利或利益，则可对股东行使外交保护。

98. 委员们对(b)款所列的例外表示了不同的意见。有一套意见认为，该例外会引起很大的争议，具有破坏安定的潜在作用，因此不应列入案文。有人表示，这个例外的法律依据很微弱。它忽视了这样的传统的规则：一国由于对本国国民造成损害而违反国际法的行为不是犯罪行为。也有人担心，给予股东的国籍国提起诉讼的权利，可能引起漫长而复杂的诉讼程序，并且可能由于股份迅速易手而在国籍持续规则方面发生困难。此外，在大多数情况下，公司注册国提供了一套法律体系，因此规定了可在权力被滥用的情况下采取的国内补救办法。只有在已经用尽补救办法仍不能计回公道的极端情况下，才能适用(b)款。的确，投资者经常保有不在特定国家投资的自由。此外，有人认为，该例外可能危害本国股东和持有另一国籍的股东之间待遇平等原则，从而违反关于外国人待遇的国际规则。同样，据指出，最近的投资保护协定为投资者规定了有效的法律补救办法，可在由于注册国拒绝司法或违法而对公司造成损害的情况下予以采取。

99. 另一些发言的委员提到列入特别报告员所提出的例外的政策依据，即：资本进口国往往要求愿意在其境内做生意的外国财团成立一个根据其法律注册的公司。有人提到大不列颠及北爱尔兰联合王国在墨西哥之鹰案中所表示的关切，即：根据当地法律注册的规定可能导致滥用权力现象，各国将利用这种注册作为拒绝另一国行使外交保护之意图的借口。这相当于限制了“[外国政府]根据国际法保

护其国外侨民商业利益的无可置疑的权利”。<sup>73</sup>因此，(b)款中的例外是为了对这些公司提供保护的措施。大家记得，这种基本原则体现在世界各国所缔结的许多投资条约中，而无论各国的发展水平或意识形态的取向如何。也有人表示，尽管编纂的时机尚未完全成熟，应该在国际法上积极考虑这一例外的逐渐发展。

100. 据指出，如果这一例外获得接受，则可接着提到表现为持有多数股权的、对公司的经济控制情况。另一些人认为，这种规定会变得更加复杂，并且可能出现差别。另一种意见认为，其适用范围可能限于东道国的法律要求成立公司的情况。

101. 又有另一种意见认为，应该规定行使外交保护的“合理时限”。另一些人质疑列入这项规定的必要性。

### (c) 特别报告员的总结

102. 特别报告员认为，(a)款中所载的第一个例外没有引起任何特定的困难，委员会的委员们多半赞成这样做。但是，为改善这一条款提出了几项建议，例如对求偿的提出规定一个时限。由于对第18条(a)款没有反对意见，他建议将其提交起草委员会。

103. (b)款引起了激烈得多的辩论，委员会意见分歧。总的说来，委员们多半赞成载列第18条(b)款。他认为，这个例外是一系列规则和原则的一部分，一起形成了国际法院在巴塞罗那电车公司案中的判决。因此，他认为应该予以列入条款草案。至于这个例外是否习惯国际法的一部分，委员们也有分歧的意见。他自己认为，习惯规则正在发展，应鼓励委员会在必要时在这个领域内从事法律的逐渐发展。当然，在这样做时，应该格外小心。

104. 特别报告员还说，有几位委员辩称，第18条(b)款没有必要，因为股东们可以利用一些双边或多边协定中所规定的另一些补救办法，例如：本国法院或国际解决投资争端中心或国际法庭。但这种说法并不总是正确，不是由于没有任何国内补救办法，就是由于国籍国或东道国没有成为国际解决投资争端中心或双边投资条约的缔约国所致。有几位委员也着重指出，第18条(b)款所载的例外应该只用于最后才采取的办法。他认为：它不是一个应该轻易采用的补救办法，应该在别无他法的时候才予以采用，这是不言自明的。因此，他建议将第18条(b)款提交起草委员会。

<sup>73</sup> 怀特曼，《国际法文摘》，第八卷，pp. 1272-1274。

### 3. 第 19 条<sup>74</sup>

#### (a) 特别报告员的介绍

105. 特别报告员解释说，第 19 条是一个保留条款，用于保护受到损害的股东的、而不是公司的权利。国际法院在巴塞罗那电车公司案中确认，股东在上述情况下有独立的起诉权，并且有资格为自己的权利要求行使外交保护。国际法院的分庭也在伦理、法律、社会问题案中审议了这个问题，但是没有宣示关于这个问题的习惯国际法规则。提议的条文没有回答两个问题：一、权利的内容如何或发生这种直接损害的时间为何；二、据以作出那种决定的法律秩序何在。

106. 国际法院在巴塞罗那电车公司案中提到股东最明显的一些权利，但没有穷尽无遗地一一列举。那种做法意味着留待法院根据个别案件的事实确定这种权利的范围。但是，必须小心地划清股东权利和公司权利的分界线。他不认为能够就这个问题起草一项规则，因为应该留待法院在个别案件中作出决定。

107. 关于第二个问题，显然，关于适用于股东的直接权利受到侵犯的法律究竟为何，这个问题必须由公司注册国的法律体系作出决定，不过可以提到一般国际法原则，作为该法律秩序的补充。他不拟起草一项新规则，只拟重述国际法院在巴塞罗那电车公司案的判决中所确认的一项规则，即：在股东的权利直接受到侵犯的情况下，其国籍国可以对他们行使外交保护。

#### (b) 辩论概况

108. 委员们普遍赞成第 19 条。有人认为，它不会引起任何困难，因为它编纂了最常见的情况，即：股东个人的主观权利受到侵犯的情况，它相当于专门载述对自然人的外交保护条款草案的一般性规则。

109. 据指出，评注认为股东自己的权利有别于公司的权利。例如，这种权利可能包括控制和管理公司的权利。的确，有人认为，应该界定该条款的范围，明确区分由于公司受到损害而使股东的权利受到侵犯的情况和章程规则和公司法授予股东的权利直接受到侵犯的情况，巴塞罗那电车公司案对此提供了一些实例。

110. 有人问起：由于公司被国有化之后无法在当地法院以股东的名义提起诉讼致使公司已不存在，在这种情况下，是否将股东的权利视为直接权利？这种情况是否属于第 18 条 (b) 款或第 19 条的适用范围？

<sup>74</sup> 第 19 条读作：

#### 第 19 条

第 17 条和第 18 条不妨碍公司股东的国籍国在这些股东受到另一国的国际不法行为损害时为他们提供保护的权力。

(A/CN.4/530 和 Corr. 1 (只更正西班牙文本) 和 Add. 1)。

111. 有人认为，第 19 条可以视为第 17 条所载规则的另一个例外——它涉及股东受到的直接损害。的确有人提议将这一条纳入第 18 条。另一些人认为，由于不曾发生对公司的外交保护问题，第 19 条不能视为第 17 条的一个例外。

112. 关于据以确定股东权利的法律秩序问题，有人认为，应根据公司注册国的法律确定这些权利的内容。委员们一致表示同意这样的提议：应该注意在若干情况下援用一般法律规则的可能性，因为有些国家的法律制度可能没有明确界定何种情况构成对这种直接权利的违反。

### (c) 特别报告员的总结

113. 特别报告员说，第 19 条呈现了一些困难。有些委员认为这是一个例外，最好放置于第 18 条，他认为，为了与巴塞罗那电车公司案的判决保持一致，这两条应该单独开列。

## 4. 第 20 条<sup>75</sup>

### (a) 特别报告员的介绍

114. 在介绍关于公司的持续国籍时，特别报告员说，关于这个专题的国家实践主要涉及自然人。他记得，委员会曾经在 2002 年第五十四届会议上通过了关于这个问题的第 4[原来的第 9]条草案。这个原则对自然人很重要，因为自然人比公司更加频繁地改变国籍，改变起来也比较容易。公司只能在另一国重新注册才能改变国籍，在这种情况下，它彻底地改变了国籍，从而中断了其国籍的持续性。因此，似乎有理由规定：一国只有在一公司受到损害之时和正式提出求偿之日都根据该国法律注册才有资格对该公司行使外交保护。

115. 但是，如果由于另一国的国际不法行为致使公司在注册地已不存在，所引起的问题是：是否需要按照第 18 条(a)款由股东的国籍提出求偿，或由已不存在的公司的国籍国，或由股东的国籍国和公司的国籍国一起提出求偿？他同意国际法院一些法官在巴塞罗那电车公司案中所表达的意见，即：两个国籍国都应该有权行使外交保护，因为很难断定公司不复存在的确切时刻，可能会有“一个时间上的模糊领域”，在这一期间，公司几乎不存在，但可能还没有达到已经正式不存在的地步。在这种情况下，公司注册国和和股东的国籍国都应该能够介入。他

<sup>75</sup> 第 20 条读作：

#### 第 20 条

一国有权针对在受到损害之时并在正式提出求偿之日均属根据其法律注册的公司行使外交保护：[条件是，如果该公司因所受损害已不存在，停业公司的注册国可继续代表该公司求偿]。

(A/CN.4/530 和 Corr. 1(只更正西班牙文本)和 Add. 1)。

注意到，国际法院在巴塞罗那电车公司案中不赞成这种双重保护，但这种解决办法似乎适当。

116. 最后，他不认为需要起草关于股东持续国籍的单独规则，因为他们是自然人，可以适用第 4 [9] 条。

#### **(b) 辩论概况**

117. 第 20 条草案获得支持。有人认为，条款草案原则上不应该在持续国籍上给予法人以比自然人更加优惠的待遇。

118. 另一种意见认为，自然人持续国籍规则的困难也存在于法人的情况中，这是由于外交保护所依据的法律虚构原则所致，只有发生国际不法行为需受保护的人的国籍才与此有关。但是，由于委员会在第 4 [9] 条中采取了不同的立场，对法人采取不同的论证方式是不协调的。

119. 有人认为，涉及自然人情况的第 4 条第 2 款中所规定的例外也应该扩大适用同样用于法人。

120. 有人赞成留下第 20 条置于方括号内的文字，因为它是与第 18 条 (a) 款一致的解决办法。但是，有人认为，第 18 条 (a) 款或第 20 条都不是公司必须在法律上已不存在的重要因素。比较有关的因素是：公司必须事实上无法和几乎无法维护其权利和利益。另一些人认为，方括号中的条文似乎与第 18 条 (a) 款互相抵触，后者规定：公司已不存在时，公司的国籍国不再有权行使外交保护。但是，根据第 20 条的例外，该国籍国仍有资格对已不存在的公司行使外交保护。因此，有人建议删除该例外。另一种意见认为，第 20 条可分为两款，其第二款可由方括号内的条文组成，其中“但条件是”四字应予删除，另外在第 18 条 (a) 款草案末尾“已不存在”之后增添“，但第 20 条第 2 款所规定的情况除外；或”等字符。

121. 还有人支持特别报告员的立场，认为：无需为股东起草一个单独的持续规则。但是，自然人的持续规则是否总是适用于股东的情况呢？这一点并不是很明确。只有在一些情况下，才能这么说。在另外的众多情况下，公司的股东都是法人。

122. 有人建议将“根据其法律注册”一语可能改为“具有其国籍”，“已不存在的公司的注册国”则改为“已不存在的公司的国籍国”。

#### **(c) 特别报告员的总结**

123. 特别报告员认为，对第 20 条没有严重的反对意见。但是，对其例外有分歧的意见。也有人建议，使这一条的案文同第 4 条第 9 款取得协调。他随后建议将这一条提交起草委员会。

## 5. 第 21 条<sup>76</sup>

### (a) 特别报告员的介绍

124. 在介绍第 21 条时，特别报告员说，他曾在关于外交保护的第四次报告提醒大家注意这样的事实：外国投资日益受到 2000 多项双边投资条约(BIT)的保护。这种协定为在东道国采取国内补救办法提供了两个途径：(1) 直接解决东道国和投资人之间的争端；(2) 投资人(无论是公司或个人)的国籍国和东道国对双边投资条约协议的解释或适用发生争端时以仲裁方式解决其投资争端。历来所有案件都可以采用后一程序，以强化投资人和国家之间的争端解决程序。有些国家也是《解决各国和其他国家国民之间投资争端公约》的缔约国，<sup>77</sup>该《公约》准备在国际解决投资争端中心(ICSID)的主办和赞助下设立法庭。

125. 特别报告员解释说，若援引 BIT 中所规定的或 ICSID 的争端解决程序，便排除有关外交保护的惯法规则。显然，这两个方法中的争端解决程序对外国投资人提供的好处大于习惯国际法。例如，在习惯国际法的情况下，外交保护的裁量性质中总是隐藏着政治上的不确定情况。在援引 BIT 和 ICSID 的情况下，外国投资人可以直接使用国际仲裁。国际法院在巴塞罗那电车公司案中确认了这种特别协定的存在，它倾向于将这种协定视为特别法(*lex specialis*)。

126. 第 21 条的目的是要明确：该条款草案不适用于双边和多边投资条约中所规定的特别制度。这一条仿效关于国际不法行为的国家责任条款草案第 55 条。<sup>78</sup> 据指出，第 55 条评注说，为适用本原则，“同一事项由两个条款处理是不够的；两个条款之间必定会有实际上的抵触，或者会有可以辨别的意图，在采用其中一个条款时排斥另一个条款。”<sup>79</sup>

127. 特别报告员认为，关于对公司投资行使外交保护的惯法规则和关于外国投资的特别制度之间有明显的抵触；前者规定只有国家经过裁量以后决定予以保护才保护，而且只对公司本身行使保护；后者以特别条约规定直接给予外国

<sup>76</sup> 第 21 条读作：

#### 第 21 条 特别法

这些条文不适用于由国际法特别规则就保护公司或公司股东，包括解决公司或公司股东与国家间争端，作出规定的情形。

(A/CN.4/530 和 Corr.1(只更正西班牙文本)和 Add.1)。

<sup>77</sup> 《联合国条约汇编》，第 575 卷，p. 159。

<sup>78</sup> 第 55 条的案文读作如下：“在并且只在一国际不法行为的存在条件或一国国际责任的内容或履行应由国际法特别规则规定的情况下，不得适用本条款。”参看《大会正式记录，第五十六届会议，补编第 10 号》(A/56/10)，第 76 段。

<sup>79</sup> 第 55 条评注第(4)段，同上，第 77 段。

投资人(公司或股东)以权利,可由国际法庭就此作出决定。因此必须在条款草案中列入这样一项条款。

**(b) 辩论概况**

128. 委员们就是否需要在条款草案中列入关于特别法的条文表示了不同的意见。讨论了三种可能性:(1) 将条文草案的范围限于保护投资的双边和多边条约;(2) 将它重新拟订为适用于整个条款草案的较为概括的条文;(3) 予以删除。

129. 有一种意见认为,列入这样的条文有其优点,因为它能够澄清该原则与条款草案之间的关系,并且确认适用于保护投资领域的这一特别法重要制度的存在。据认为,有许多特别规则存在于外交保护领域。有些特别规则规定了解决争端的方法,给予投资人扮演直接的角色,来排斥或推迟保护。另一些条款修改求偿当事方的国籍要求或暂不适用当地补救规则。有一种类似的意见认为,无论是否在条款草案中列入特别规则,它都将作为一项法律通则适用,不是非要列入不可,但列入了不会造成任何损害,为格外谨慎起见可予列入。

130. 但是,有人认为,虽然这种特别规则多半会影响对公司或其股东的外交保护,却不应该限于保护公司或其股东。反之,它应该有较广阔的范围,并且置于条款草案的最后条款中。的确,有人表示,在保护自然人的情况下没有理由不给予诸如保护人权的条约以优先地位。

131. 另一些委员对给予该项规定以比整个条款草案更为广阔的适用范围表示关切。的确,据指出,它可能预先避免在有保护人权的“特别”规则存在时对自然人行使外交保护,这种规则通常是以多边公约为依据,常常不以明示方式预先排除外交保护的行使。因此,把特别规则的适用范围扩大到包括自然人可能产生这样的印象:外交保护的可能性必须由保护人权规则的存在予以排除。相反,两种制度的拟订是为了互相补充。因此,有人建议在这一条中规定:特别规则只宜全部适用,而且必须明文作出这样的规定才行,否则国际法一般规则也能适用。

132. 另一种意见认为,可以在第 21 条的案文中载明:据以处理同一案由事项的两项规定必须实际发生抵触,并且有可辨别的意图显示一项规定排斥另一项规定。有人提到,2001 年通过的关于国际不法行为的国家责任条款草案第 21 条和第 55 条之间的不同之处,即:在并且“只在”外交保护问题应由国际法特别规则予以规定的情况下,不得适用一般规则。另一些委员指出,这项规定与第 55 条不同,它处理一般规则和特别规则之间发生抵触的情况。反之,第 21 条规定一项优选原则:对公司而言,优先地位应该给予特别程序,其地位优先于一般规则。因此建议将这项规定重新拟订为一项优先规则,以便不致完全排除外交保护。还有一种意见认为,不能假定存在着一种优先制度,并且不能总是将一种“特殊制度”视为在运用外交保护之前需要用尽的补救办法。

133. 又有一项意见认为，所应遵循的基本办法是在条款草案中或在其评注中确有保护投资的重要的特别规则存在，其中包括但不限于双边投资条约(BIT)，条款草案的目的不是为了取代或修改这些规则。采用这个办法的结果是，国际习惯法规则若与特别规则发生抵触，仍可适用。

134. 要求重新拟订案文的意见包括：把条文重新拟订为一项有条件的除外责任条款，指明它的内容和适用范围，使其用语较密切地贴近投资条约中使用的术语，并且删除标题中的“特别法”三字。

135. 另一方面，另一些委员提出质疑，认为根本没有必要列入一项特别规则。据指出，如果特别法的依据只是条约规定，可能没有必要列入。也有人认为，这项规定势必使人错误地以为，外交保护规则不是完全适用就是完全不适用，形成“两个取一”的局面。例如，若有一项适切的规则，例如人权公约的规定，那么所有的外交保护规则立即失效(而这样理解是不正确的)。此外，如果在委员会拟定的案文中添加这一规则，也可能产生一种不正确的相反印象，即：一项公约若根本不提及特别法规则，就是意味着具有特别的“不容减损的”地位。因此有人认为最好将这一条完全删除，然后在评注中处理这个问题。

### (c) 特别报告员的总结

136. 特别报告员说，他基于两个理由提议了第 21 条的案文：(1) 遵循关于国际不法行为的国家责任条款草案的实例；(2) 有必要考虑到这样的事实，即：双边投资条约(BIT)以明示方式着眼于避免使用具有裁量性质的外交保护制度，并且为了把权利赋予股东的国籍国。但是，经过辩论以后，他不再能够确信这两点理由。他同意，没有必要盲目遵循关于国际不法行为的国家责任条款草案并且相信了这样的论点，即：双边投资条约(BIT)不是为了完全排除习惯国际法。当事方的确常常意图采用习惯国际法以弥补制度的不足，在解释这些条约时对法庭起到引导作用。若第 21 条的含义是双边投资条约(BIT)制度起到排除习惯规则的作用，那就不正确，可能也是危险的。若要加以保留，就必须加以修改，删除标题中的“特别法”三字，并且按照辩论期间的方针重新拟订案文。

137. 特别报告员还记得有人针对第 21 条提出其他批评，认为没有理由将其限定于双边投资条约(BIT)。另一些特别规则也存在于不要求用尽当地补救规则的若干条约中，有些制度包括人权标准，有可能补充或取代外交保护。在这方面，他注意到，有人建议将这一条改写为一般条款，附载于条款草案末尾。但是，他警告不要相信外交保护可以用一项人权条约予以排除的观点，事实上，外交保护可能提供更加有效的补救办法。他认为，如果个人的权利需要取得最大限度的保护，该个人应该能够援引所有的制度。

138. 经过思考，并且参照辩论期间提出的关切事项，他提议委员会考虑删除第 21 条，而在评注中处理这个问题。

139. 但是，委员会决定将这项规定提交起草委员会，以期把它重新拟订并置于条款草案末尾，比如作为一项“不妨碍”条款。

## 6. 第 22 条<sup>80</sup>

### (a) 特别报告员的介绍

140. 特别报告员解释说，第 22 条的目的是将公司情况下阐明的规则适用于其他法人，容许加以改动，以适应该等其他法人的不同结构、目标和性质。特别报告员认为，其他法人可能也需要外交保护。国际常设法院的若干判决着重指出这样的事实：其他机构可能具有法律人格，从而需要外交保护。一国没有理由不保护在国外受到损害的私立大学，但该大学必须是完全私有的大学。如果受到损害的是由国家编列经费的或由国家管理的大学，这种损害必须是对国家的直接损害。他还提到基金会和非政府组织的事例，它们越来越多地到国外参加保健、福利、人权、妇女权利等方面的慈善工作。他认为，这些基金会和非政府组织应该在国外受到保护(尽管有些学者持相反的看法)。

141. 他说，要为公司以外的每一种法人拟订外交保护条款是办不到的。困难之处在于：各法律制度在赋予法人地位方面没有一致性或统一性，结果产生具有不同特性的各种各样的法人，包括公司、国营企业、大学、学校、基金会、教会、市政当局、非营利协会、非政府组织、(甚至包括某些国家中的)伙伴关系。由于不可能在所有这些法人之间找到共同或统一的特征，国际公法和国际私法的作者都倾向于把注意力放在公司。另外的原因是，公司参加国际贸易和对外投资，结果关于这个事项的判例多半涉及与公司(而不是其他法人)有关的投资争端。这个问题的复杂性表现在这样的伙伴关系中：在大多数的法律制度，尤其是英美法系中，伙伴关系不是法人。但是，有些伙伴关系被赋予了法律人格。因此，伙伴关系在某一国家可能被视为法人，在另一国家则不是。

142. 在这种情况下，唯一的办法是把注意力放在公司，然后按照第 22 条的处理方式添加一个一般条款，将在公司情况下阐明的原则比照适用于其他法人。他还说，涉及对公司以外法人之外交保护的情况多半适用第 17 条和第 20 条，而涉及保护股东情况的第 18 条和第 19 条则不适用于公司以外的法人。

<sup>80</sup> 第 22 条读作：

#### 第 22 条 法人

第 17 条至第 21 条所载的关于公司的原则应比照适用于其他法人。

(A/CN.4/530 和 Corr.1(只更正西班牙文本)和 Add.1)。

**(b) 辩论概况**

143. 有人表示赞同这样的看法：为处理对每一种法人的外交保护拟订更多的条文，是办不到的。这种着手方式的主要困难是，法人可能采取无穷无尽的形式，视各国国内法规而定。也有人认为，保留这项规定有实际价值，但应注明这些情况无论多么罕见，却也的确存在，Peter Pázmány 案便属于这种情况。<sup>81</sup>

144. 有人表示赞同列入比照适用的措词，因为它已成为被接受的法律用语，但也有人表示，它不能完全解决问题。据指出，困难在于：它很少提到需要适用不同规则的情况，也很少提到该不同规则的内容，即：会促成这种变化的是什么？这种变化又是什么？因此，有人主张根据对国家实践的分析，拟订一个实在规则，处理公司以外法人的情况。提议了下列案文：“有权对公司以外的法人行使外交保护的国家是根据其法律赋予该法人以法律人格的国家，但该法人的管理机构所在地或登记地点必须在该国境内。”

145. 另一项意见要求在案文中规定有关国家相互承认某一实体的法律人格。另一些委员坚持认为，要求行使外交保护的國家才应该给予这种承认，因为必须互相承认，不曾承认非政府组织等若干实体的某一国家也就可以自由决定如何对待它们。的确，有人提到，在公司的情况下，并不曾列入这种互相承认的要求。还有另一种意见认为，任何法人的共同面是享有权利和承担义务的属性。如果在国内法中，一实体已被指定为法人，就外交保护来说，国际法律秩序就应该承认其法律人格。另一些委员认为，可以留待该国决定是否愿意对该法人行使外交保护。

146. 一些委员对国家为公司以外的法人例如非政府组织的利益行使外交保护表示关切，这些非政府组织的建立和运作通常遵守着这些国家的国内法律。有人提到，行使外交保护的行为基本上是一项政治决定，有人坚持认为，一国有可能愿意支持在其境内设立的某一法人，而反对没有与它维持亲善关系的另一个国家。因此，主张在第 22 条中使用明确的措词方式，指明非政府组织是否可以享受这种保护。的确，有人表示支持这样的看法：在大多数情况下，非政府组织与登记国并没有充分的联系，因而无法容许该国为它行使外交保护。另一些委员认为，外交保护的範圍涵盖所有其他法人，包括非政府组织；无论怎样，国家可自由决定使用其保护本国国民的权利。

147. 另一些委员提出质疑，认为根本不应该列入这项规定，因为没有足够的法律材料，包括国家实践的证据，可据以拟订对公司以外的法人行使外交保护的规则草案。也有人关切地指出：第 22 条涉及的问题远较初步认识到的复杂，很难把公司和股东以外的法人同化。据提议，应该另外对这个问题进行单独研究。

<sup>81</sup> 对捷克斯洛伐克-匈牙利混合仲裁庭的裁决提出的上诉 (*Peter Pázmány University v. Czechoslovakia*)，《常设国际法院汇编》，A/B 辑，第 61 号，p. 208。

148. 另外，还有一些意见认为，对第 17 条至第 21 条的提法是不精确的，因为第 18 条和第 19 条并不适用。这项规定只应该说：“在第 17 条和第 20 条中”。另外，标题可以称为“其他法人”。另一些委员问起：是否需要提到“一些原则”。

### (c) 特别报告员的总结

149. 特别报告员认为，关于一国保护公司以外的法人之情况的国家实践很少。公司是最经常从事国际贸易的法人，因此，它们在国际诉讼中起到最为重要的作用。问题在于，在国家实践很少、甚至没有的情况下，如何在条款草案中满足处理对公司以外的法人行使外交保护的实际需要。他记得，在辩论对公司的保护期间，有些委员提出了保护公司以外法人的问题。如果不在条款草案中列入这项规定，在第六委员会和国际法律界都会有人提出同样的问题。他认为，只因为没有足够的国家实践，就避免处理这个问题，并不合适。必须列入关于这个问题的一项规定，由于它涉及巴塞罗那电车公司案的所载述的一般原则，也由于可以类比方式加以使用，或采取逐渐发展的方式。

150. 特别报告员说，好几位委员表示不同意将这项规定适用于非政府组织。他澄清说，他并无意在条款草案中处理这种实体的地位。这种做法只是承认：如果发生问题，应该探讨对公司的外交保护原则，予以比照适用。他说，除了还需要研讨一些起草上的建议以外，委员们似乎多半赞成这个办法，并且列入比照适用的措词方式。

151. 因此建议委员会将这一条文草案提交起草委员会，以期起草一项灵活的规定，容许通过实践中的发展，检验它对其他法人行使外交保护的适用情况。

## C. 委员会迄今为止暂时通过的外交保护条款草案案文

### 1. 条款草案案文

152. 委员会迄今为止暂时通过的条款草案案文载录如下。

#### 外交保护

##### 第一部分

##### 一般规定

##### 第 1 条

##### 定义和范围

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

2. 一国可根据第 7[8]条为非本国国民行使外交保护。<sup>82</sup>

<sup>82</sup> 如果条款草案中载列其他例外情况，则将重新审议本款。评注见 A/57/10, pp. 169-171。

**第 2[3]条<sup>83</sup>**

**行使外交保护的權利**

一国享有按照这些条款的规定行使外交保护的權利。

**第二部分**

**自然人**

**第 3[5]条<sup>84</sup>**

**国籍国**

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

**第 4[9]条<sup>85</sup>**

**持续的国籍**

1. 一国有权对在受到损害之时为其国民并在正式提出求偿之日为其国民的人，行使外交保护。
2. 虽有第 1 款的规定，一国对在正式提出求偿之日为其国民、但在受到损害之时不是其国民的人，可行使外交保护，但条件是該人已丧失原国籍，并且基于与提出诉求无关的原因、以不违反国际法的方式已获得該国的国籍。
3. 一人受损害时为其原国籍国而不是现国籍国的国民，则现国籍国不得针对原国籍国就該人所受到的损害行使外交保护。

**第 5[7]条<sup>86</sup>**

**多重国籍和针对第三国的求偿**

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

---

<sup>83</sup> 方括号内的数字是特別报告员所拟议之条文的序号。评注见同上，pp. 172-173。

<sup>84</sup> 委员会在审议对法人的外交保护问题时将对第 3 [5] 条进行复审。评注见同上，pp. 173-177。

<sup>85</sup> 评注见同上，pp. 178-181。

<sup>86</sup> 评注见同上，pp. 181-183。

**第 6 条<sup>87</sup>****多重国籍和针对国籍国的求偿**

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

**第 7[8]条<sup>88</sup>****无国籍人和难民**

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

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

3. 第 2 款不适用于该难民的国籍国之国际不法行为造成损害的情况。

**第 8[10]条<sup>89</sup>****用尽当地补救办法**

1. 一国对于其国民或第 7[8] 条所指的其他人所受的损害，在该受害人在不违反第 10[14] 条的前提下用尽一切当地补救办法之前，不得提出国际要求。

2. “当地补救办法”指受害人依合法权利可以在据称应对损害负责的国家普通或特别的司法或行政法院或机构获得的补救办法。

**第 9[11]条<sup>89</sup>****要求的类别**

在主要根据一国国民或第 7[8] 条<sup>90</sup>所指的其他人所受的损害而提出国际要求或请求作出与该项要求有关的宣告性裁决时，应用尽当地补救办法。

**第 10[14]条<sup>89</sup>****当地补救办法规则的例外**

在下列情况下，无需用尽当地补救办法：

(a) 当地补救办法不具有实现有效补救的合理可能性；

<sup>87</sup> 评注见同上，pp. 183-187。

<sup>88</sup> 评注见同上，pp. 188-192。

<sup>89</sup> 第 8[10]、第 9[11] 和第 10[14] 条拟收在题为“当地补救办法”的未来第四部分里并且将重新编号。评注见下文 C. 2 节。

<sup>90</sup> 如果条款草案包括了国籍规则的其他例外情形，那么将进一步审议对第 7[8] 条的交叉参考。评注见下文 C. 2 节。

(b) 补救过程受到不当拖延，且不当拖延是由据称应对损害负责的国家造成的；

(c) 受害人与据称应对损害负责的国家之间没有相关联系，或者依据案情，用尽当地补救办法实为不合理；

(d) 据称应对损害负责的国家放弃了用尽当地补救办法的要求。<sup>91</sup>

## 2. 委员会第五十五届会议通过的条款草案案文及其评注

153. 委员会第五十五届会议通过的条款草案第 8[10]、第 9[11]和第 10[14]条款案文及其评记载录如下。

### 外交保护

#### 第 8[10]条<sup>92</sup>

##### 用尽当地补救办法

1. 一国对于其国民或第 7[8]条<sup>93</sup>所指的其他人所受的损害，在该受害人在不违反第 10[14]条的前提下用尽一切当地补救办法之前，不得提出国际要求。

2. “当地补救办法”指受害人依合法权利可以在据称应对损害负责的国家普通或特别的司法或行政法院或机构获得的补救办法。

### 评注

(1) 第 8 条设法编纂关于进行国际诉讼前必须用尽当地补救办法的国际习惯法规则。国际法院在 *Interhandel* 案中承认这一规则为“习惯国际法公认的规则”<sup>94</sup>，国际法院分庭在 *电子安全有限公司(ELSI)* 案中也称它为“习惯国际法的一项重要原则”。<sup>95</sup>用尽当地补救办法规则确保“违法的国家有机会在其国内制度的框架内用本国办法进行补救”<sup>96</sup>。国际法委员会以前在国家责任的范围内审议

<sup>91</sup> 以后可重新考虑(d)项，以便把它放在题为“放弃”的单独一条规定里。评注见下文 C.2 节。

<sup>92</sup> 第 8[10]、第 9[11]和第 10[14]条拟收在题为“当地补救办法”的未来第四部分里并且将重新编号。

<sup>93</sup> 如果条款草案包括了国籍规则的其他例外情形，那么将进一步审议对第 7[8]条的交叉参考。

<sup>94</sup> *Interhandel* 案(瑞士诉美利坚合众国)(初步反对意见)，《1959 年国际法院报告书》，p. 27。

<sup>95</sup> *电子安全有限公司(伦理、法律、社会问题)案(美利坚合众国诉意大利)*，判决，《1989 年国际法院报告书》，p. 42，第 50 段。

<sup>96</sup> *Interhandel* 案，前注 94，p. 27。

过用尽当地补救办法问题，认为这是得到司法判决、国家惯例、条约和司法学家著作肯定的“一般国际法原则”。<sup>97</sup>

(2) 自然人和法人都需要用尽当地补救办法。局部或主要由公有资本资助的外国公司如果从事管理权行为，也需要用尽当地补救办法。行使保护的国家的非国民如有权在第 7(8) 条所指例外情况下享有外交保护，也需要用尽当地补救办法。

(3) 第 1 段提到提出要求，而不是提交要求，因为“提出”比“提交”更准确地反映有关的过程。“提交”意指附有后果的正式行为，用来表示正式提出要求的时间最恰当。

(4) 对“所有当地补救办法”一语，必须按照第 10(14) 条进行理解。该条叙述了不需要用尽当地补救办法的例外情况。关于在条款中说明只需要用尽“适当和有效的”当地补救办法的建议出于以下两个原因未被采纳：第一，因为限定用尽当地补救办法这一要求需要在单独条款中予以特别注意；第二，被告国一般负有举证责任证明可以得到当地补救办法，而要求国一般负有举证责任证明对受到损害的个人没有有效的补救办法<sup>98</sup>，这一事实表明当地补救办法的这两个方面需要分别处理。

(5) 外国国民提出国际要求前必须用尽的可利用补救办法在国家之间必然有很大差异。因此，不可能成功地编纂一项涵盖所有情况的绝对规则。第 2 款设法广义地描述必须用尽的补救办法的主要类别。<sup>99</sup>首先，外国国民显然必须用尽被告国国内法规定的可利用的一切司法补救办法。如果有关国内法允许根据案情向最高法院上诉，则必须进行上诉，以保证此案获得最终裁决。在这方面，法院包括普通法院和特别法院，因为“关键问题不是法律补救办法的普通性质或特别性质，而是它能否提供有效和充分的补救手段”。<sup>100</sup>还必须用尽行政补救办法。根据有权利即有补救办法的理论，受害外侨只需要用尽源于权利并可能导致约束

<sup>97</sup> 一读第 22 条，见《大会正式记录，第五十一届会议，补编第 10 号》和更正(A/51/10 和 Corr. 7)，第三章 D1；《1997 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 30-50 页；二读第 44 条，见《大会正式记录，第五十六届会议，补编第 10 号》(A/56/10)第 304-307 页。

<sup>98</sup> 特别报告员在关于外交保护的第三份报告中论述了举证责任问题；A/CN.4/523 和 Add. 1，第 102-118 段。委员会决定不列入关于这一议题的条款草案。《大会正式记录，第五十七届会议，补编第 10 号》(A/57/10)，第 240-252 段。另见电子安全有限公司案，前注 95，《1989 年国际法院报告书》，见第 46-48 页(第 59-63 段)。

<sup>99</sup> 在 Ambatielos 索赔案中，仲裁法院宣布，“国内法规定的整个法律保护制度都必须接受检验”：1956 年，《联合国国际仲裁裁决报告书》第十二卷，p. 120。该议题的论述另见 C. F. Amerasinghe，《国际法中的当地补救办法》，1990 年。

<sup>100</sup> B. Schouw Nielsen 诉 Denmark 案，Application no. 343/57 (1958-9)，2《欧洲人权公约年鉴》，p. 438(指国际法研究所在 1954 年决议里的看法)，《法国国际法年鉴》，1956 年，第 46 卷，p. 364。另见 Lawless 案，Application No. 332/57 (1958-9)，2《欧洲人权公约年鉴》，pp. 318-322。

性决定的补救办法。他不需要要求行政部门行使斟酌处置权予以补救。当地补救办法不包括恩惠性的补救办法<sup>101</sup>或“旨在获得优惠而不是维护权利的”的补救办法。<sup>102</sup>

(6) 为了以用尽当地补救办法为理由充分奠定国际要求的基础，外国的诉讼当事者必须在国内诉讼程序中提出他打算在国际诉讼程序中提出的所有论点。在电子安全有限公司案上，国际法院的审判庭指出：

“如果案件的实质已经提交有关法庭审理并且已经在当地法律和程序许可的范围内谋求案件的解决，但终未获得成功，这便构成充分的条件，使国际要求具有了可接受性。”<sup>103</sup>

在芬兰船舶仲裁案中，仲裁员说：

“要求国政府提出的所有事实论点和法律陈述……都必须曾经经过国内法院的调查和裁决。”<sup>104</sup>

(7) 因此，外国的诉讼当事者必须提出他在用尽当地补救办法过程中得到的于支持其要求的实质内容用的所有证据。<sup>105</sup> 他不能利用外交保护提供的国际补救办法来弥补他在国内一级提出要求时的准备不当。<sup>106</sup>

#### 第 9[11]条<sup>92</sup>

##### 要求的类别

在主要根据一国国民或第 7[8]条<sup>93</sup>所指的其他人所受的损害而提出国际要求或请求作出与该项要求有关的宣告性裁决时，应用尽当地补救办法。

#### 评注

(1) 用尽当地补救办法规则仅适用于要求国因其国民而“间接”受到损害的情况。<sup>107</sup> 如果要求国因另一国的不法行为而直接受到损害则不适用此规则，因为在此情况下，该国本身便有明显理由提出国际要求。

<sup>101</sup> 芬兰船主针对英国在战时使用某些芬兰船舶而对英国提出的索赔(芬兰船舶仲裁案)，1934年，《联合国国际仲裁裁决报告书》第三卷，p. 1479。

<sup>102</sup> De Becker 诉比利时，Application No. 214/56，(1958-9)，2《欧洲人权公约年鉴》，p. 238。

<sup>103</sup> 前注 95，见第 59 段。

<sup>104</sup> 前注 101，第 1,502 页。

<sup>105</sup> Ambatielos Claim，前注 99，第 120 页。

<sup>106</sup> D. P. O'Connell，《国际法》，第二卷，第 1,059 页。

<sup>107</sup> 它符合常设国际法院在 Mavrommatis Palestine Concession 案中提出的原则，即“为其某一国民出面，代表他诉诸外交行动或国际司法程序，一个国家事实上在维护自己的权利，即通过其国民本身确保国际法规则得到尊重的权利”，1924年《常设国际法院汇编》，A 辑，第 2 号，第 12 页。

(2) 实际上很难确定要求是“直接”还是“间接”的，如果要求是“混合”的，即要求包括国家及其国民都遭受损害的要素。提交国际法院的许多争端都有混合要求的特征。在人质案<sup>108</sup>中，伊朗伊斯兰共和国直接违背了它对美利坚合众国承担的保护其外交官和领事的义务，同时，被劫持为人质的美国国民(外交官和领事)也受到损害；在 Interhandel 一案<sup>109</sup>中，瑞士就两种不法行为提出要求，一种是违背条约使瑞士受到直接损害的不法行为，一种是因其本国公司受到损害而使瑞士受到间接损害的不法行为。在人质案中，国际法院将要求作为直接违反国际法处理；在 Interhandel 一案中，国际法院认为要求主要是间接的，而瑞士未用尽当地补救办法。

(3) 在混合要求的情况，法庭必须审查要求的不同要素，决定主要要素是直接的还是间接的。在 ELSI 案中，国际法院分庭反驳了美国关于其部分要求源自违反条约所以不必用尽当地补救办法的论点，指出，

“分庭毫不怀疑，影响并贯穿美国整个要求的事项是据称 Raytheon 和 Machlett[美国公司]受到的损害。”<sup>110</sup>

与主要要素检验密切相关的是必要条件或“纯粹因为”的检验，这一检验的目的是要确定如果不是为了为受损害国民提出要求，包括直接和间接损害要素的要求是否会提出。如果这一问题的答案是否定的，则这一要求为间接要求，必须用尽当地补救办法。但是，主要要素检验与“纯粹因为”检验之间没有多大区别。如果要求主要是以国民遭受的损害为基础，这证明纯粹因为国民遭受损害才提出要求这一事实。在这种情况下，委员会倾向于只采用一个标准，即主要要素检验标准。

(4) 为确定要求为直接或间接性质而采用的其他“检验方法”，与其说是检验方法，不如说是这些因素在决定要求究竟主要是直接要求抑或只间接要求，或要求是否纯粹因为国民遭受损害才提出时必须考虑的因素。作出这一评估时应予考虑的主要因素包括争端的主题、要求的性质和所要求的补救办法。因此，在争端主题是外交官<sup>111</sup>或国家财产<sup>112</sup>的情况下，要求通常为直接要求。如果国家代表其国民提出金钱救济，要求则是间接的。

(5) 第 9[11]条明确规定，不仅在国际要求中，而且在主要基于一国民受到的损害而请求作出宣告性裁决时，都必须用尽当地补救办法。下面这一观点无疑

<sup>108</sup> 美国在德黑兰的外交和领事人员案(美国诉伊朗)，《1980年国际法院报告书》，3。

<sup>109</sup> 前注 94。

<sup>110</sup> 前注 95，第 43 页，52 段；另见 Interhandel 案，前注 94，第 28 页。

<sup>111</sup> 人质案，前注 108。

<sup>112</sup> 科孚海峡案(联合王国诉阿尔巴尼亚)(案情实质)，《1949年国际法院报告书》，第 4 页。

得到支持，即如果国家未为其受害国民提出赔偿损害要求，而仅要求就某一条约的解释和适用作出裁决，则没有必要用尽当地补救办法。<sup>113</sup>但在有些情况下，要求国寻求就据称被告国在非法对待要求国国民过程中违反或无意中违反的某一条约的解释和适用作出宣告性裁决时，需要用尽当地补救办法。<sup>114</sup>第9[11]条明确规定，请求作出宣告性裁决本身并不豁免用尽当地补救办法规则。如果请求作出宣告性裁决与涉及国民损害的要求有附带关系或相关——不论是否与代表受损害国民提出的赔偿或归还要求相关——法庭仍有可能判定，从案情各方面看，作出宣告性裁决的请求主要以国民遭受的损害为基础。如果有证据表明要求国蓄意请求作出宣告性裁决以避免遵守当地补救办法规则，则法庭的这种判定是公正合理的。

#### 第10[14]条<sup>92</sup>

##### 当地补救办法规则的例外

在下列情况下，无需用尽当地补救办法：

- (a) 当地补救办法不具有实现有效补救的合理可能性；
- (b) 补救过程受到不当拖延，且不当拖延是由据称应对损害负责的国家造成的；
- (c) 受害人与据称应对损害负责的国家之间没有相关联系，或者依据案情，用尽当地补救办法实为不合理；
- (d) 据称应对损害负责的国家放弃了用尽当地补救办法的要求。<sup>115</sup>

##### 评注

(1) 第10(14)条涉及用尽当地补救办法规则的例外。(a)款至(c)款涉及要求受伤害的外国侨民进行国际诉讼前必须用尽当地补救办法不公平或不合理的情况，是用尽当地补救办法规则的明显例外。(d)款涉及一种不同的情况，即被告国放弃了用尽当地补救办法的要求。由于这一例外与(a)款至(c)款所指的例外不是同一性质，可能需要在后一阶段在单独一款中对这一情况作出规定。<sup>116</sup>

<sup>113</sup> 航空服务协定案(法国诉美利坚合众国)，1978年，《联合国国际仲裁裁决报告书》，第十八卷，415；根据联合国总部协定第21条仲裁义务的适用，《1988年国际法院报告书》，第29页，第41段。

<sup>114</sup> 见 Interhandel，前注94，第28-29页；ELSI，前注95，第43页。

<sup>115</sup> 以后可重新考虑(d)项，以便把它放在题为“放弃”的单独一条规定里。

<sup>116</sup> 同上。

## (a) 款

(2) (a) 款涉及的用尽当地补救办法规则例外，有时被广义地称为“徒劳”或“无效”例外。委员会考虑了拟订不必用尽当地补救办法情况规则的三个选择：

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

所有三种选择都得到了各当局的一定支持。

(3) 委员会考虑了 Bagge 仲裁员在芬兰船舶仲裁案<sup>117</sup>中提出的“显属徒劳”检验标准，但认为它的起点过高。另一方面，委员会认为，欧洲人权委员会在几项决定<sup>118</sup>中接受的“没有合理的成功机会”标准，对求偿人过于有利。因此，它倾向于第三种选择既避免“显属徒劳”的严格用语，又对求偿人规定了很大责任，即要求他证明，根据案情和被告国的法律制度，他不大可能得到有效补救。这一检验标准吸收了 Hersch 劳特派特 爵士在挪威贷款案<sup>119</sup>中提出的个别意见，这一意见得到了法学家著作的支持<sup>120</sup>。而且，它与司法决定是相符的，这些决定认为在当地法院对争议问题没有管辖权的情况下不需要用尽国内补救办法；<sup>121</sup>当地法院不会审查外侨申诉的行为所依据的国家法律；<sup>122</sup>当地法院极不独立；<sup>123</sup>存在

<sup>117</sup> 前注 101，第 1,504 页。

<sup>118</sup> Retimag v. Federal Republic of Germany, Application No. 712/60, 4 《欧洲人权公约年鉴》，p. 385, at p. 400; X, Y and Z v. UK, Application Nos. 8022/77, 8027/77, 18 《欧洲人权委员会，决定和报告》，p. 74。另见委员会一读通过的国家责任条款草案第 22 条评注。《1977 年……年鉴》第 11 卷(第二部分)第 47 页，第 48 段。

<sup>119</sup> 《1957 年国际法院报告书》，p. 39。

<sup>120</sup> 见 2002 年关于外交保护的第三份报告，A/CN.4/523 and Add.1，第 35 段。

<sup>121</sup> Panevezys-Saldutiskis Railway 案，1939 年《常设国际法院汇编》，A/B 辑，第 76 号，p. 18，根据《纳伊条约》第 181 条作出的仲裁，载于 1934 年 28 《联合国国际仲裁裁决报告书》p. 789; R Gelbrunk 和“Salvador Commercial Co.”等提出的索赔，1902 年，15 《联合国国际仲裁裁决报告书》，pp. 467-477; Lotti May Incident，对洪都拉斯与联合王国争议案的仲裁，1899 年，15 《联合国国际仲裁裁决报告书》，第十五卷，p. 31; 劳特派特法官就挪威贷款案提出的单独意见，前注 119，pp. 39-40; 芬兰船舶仲裁案；前注 101，p. 1, 535。

<sup>122</sup> 根据《纳伊条约》第 181 条作出的仲裁，前注 32，第 789 页。另见 Affaire des Forêts du Rhodope Central (Fond)，1933 年 3 《联合国国际仲裁裁决报告书》第三卷，第 1,405 页; Ambatielos claim，前注 99，第 119 页; Interhandel 案，前注 94，第 28 页。

<sup>123</sup> Robert E. Brown Claim, 1923 年 6 《联合国国际仲裁裁决报告书》第 120 页; Vélasquez Rodríguez 案，1989 年 28 《国际法律材料》，pp. 304-309。

一贯对外侨不利的明确判例；<sup>124</sup>当地国法院无权给予外侨适当、充分的补救办法；<sup>125</sup>被告国没有适当的司法保护制度。<sup>126</sup>

(4) 当地补救办法是否只有实现有效补救的合理可能性问题，必须参照利用补救办法时当地的法律和情况来决定。这是一个由负责审查用尽当地补救办法任务的主管国际法庭决定的问题。就这一事项作出决定时，必须假定有关要求在法律上有价值。<sup>127</sup>

#### (b) 款

(5) 在被告国对无理拖延提供当地补救办法负有责任的情况下，可以免除用尽当地补救办法的要求，编纂努力<sup>128</sup>、人权文书和实践<sup>129</sup>、司法裁判<sup>130</sup>和学者意见确认了这一点。委员会意识到赋予“无理拖延”以客观的内容或含义或试图规定一个执行当地补救办法的时限存在困难。对每一案件都须依自身事实作出判断。英国墨西哥索赔委员会在 El Oro 采矿案中說：

<sup>124</sup> Panevezys-Saldutiskis Railway 案，前注 121，p. 18；S.S. “Lisman”，1937 年，3《联合国国际仲裁裁决报告书》，p. 1, 773；S.S. Seguranca, 1939 年，3《联合国国际仲裁裁决报告书》，p. 1, 868；芬兰船舶仲裁案，前注 101，p. 1, 495；X 诉德意志联邦共和国，1956 年，1《欧洲人权公约年鉴》，p. 138；X 诉德意志联邦共和国，1958-9 年，2《欧洲人权公约年鉴》，p. 344；X 诉奥地利，1960 年，3《欧洲人权公约年鉴》，p. 202。

<sup>125</sup> 芬兰船舶仲裁案，前注 101，pp. 1, 496-1, 497；Vélasquez Rodríguez 案，前注 123，pp. 304-309；Yagci and Sargin v. Turkey, 1995 年 6 月 8 日的判决，《欧洲人权法院，报告和决定》，No. 319，p. 17，第 42 段；Hornsby v. Greece, 1997 年 3 月 19 日的判决，《欧洲人权法院，报告和决定》，No. 33，p. 509，第 37 段。

<sup>126</sup> Mushikiwabo and others v. Barayagwiza, 1997 年，107，《国际法律报告》，p. 460。智利军政权期间，美洲人权委员会认为，因军事司法下法律诉讼的固定不正常情况，不必用尽当地补救办法；resolution 1a/88, case 9755, Ann. Rep 1 A Com HR 1987/88。

<sup>127</sup> 芬兰船舶仲裁案，前注 101，第 1,504 页；Ambatielos Claim, 前注 99，第 119-120 页。

<sup>128</sup> 见 F. V. Garcia Amador 在第一份报告和所述关于以前编纂的努力，《1956 年……年鉴》，第二卷，223-226；1960 哈佛国际法研究所编写的《国家对外侨所受损害的国际责任公约》草案第 19 条第(2)款，载录于 1961 年 55《美国国际法杂志》，p. 577。

<sup>129</sup> 《公民权利和政治权利国际公约》(第四十一条(1)款(c)项)；《美洲人权公约》(第 46 条(2)款(c)项)；Weinberger 诉乌干达，第 28/1978 号来文，人权事务委员会，若干决定，第 1 卷，p. 59；Las Palmeras, 美洲人权法院 C 辑，《决定和判决》，No. 67，第 38 段(2000 年 2 月 4 日)；Erdogan 诉土耳其，Application No. 19807/92, 84 A, 欧洲人权委员会，1996 年，《决定和报告》，p. 15。

<sup>130</sup> El Oro Mining and Railway Company (Limited) (英国诉美利坚合众国)，1931 年，5《联合国国际仲裁裁决报告书》，p. 198。另见 Administration of the Prince von Pless 案(初步反对意见)，1933 年《常设国际法院汇编》，A/B 辑，第 52 号，p. 16。

“委员会不打算精确地规定法庭将在哪一期限内作出判决。这取决于几种情况，最主要的是彻底审查案件所涉及的工作量，即后者的规模。”<sup>131</sup>

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

(c) 款

(7) 第10[14]条(a)款所载的用尽当地补救办法规则的例外，说的是在“当地补救办法不具有实现有效补救的合理可能性”时无需用尽当地补救办法，并不包括当地补救办法虽具有实现有效补救的合理可能性，但用尽当地补救办法不合理或对受害外侨造成巨大困难的情况。例如，即使存在有效的当地补救办法，但在以下情况下要求受害人用尽当地补救办法不合理也不公平：其财产受到了来自非其财产所在国的污染、放射性微粒沉降或人造空间物体坠落导致的环境损害；其所乘坐的飞行器因误入被告国领空而被击落；被告国或某些其他机构对其利用当地补救办法设置严重障碍。在此类情况下，因受害人与被告国之间缺乏自愿联系或领土联系或因存在特别困难例外，当地补救办法无需用尽。

(8) 有些文献支持以下观点，在要求用尽当地补救办法的所有案例中，受害人与被告国之间都存在着某种联系，比如自愿停留、居住、拥有财产或与被告国有契约关系。<sup>132</sup>这一看法的支持者认为，外交保护的性质和当地补救办法近来已有重大变化。外交保护早期历史的特点是，在一外国居住和经商的外侨受到该国行动的伤害，因此可要求他根据“前往外国的国民通常必须接受其所在地的当地法律，包括为纠正不法行为提供的手段”的理论，用尽当地补救办法。而在今天，个人可能受到一外国在其领土以外的行为的伤害或在其领土内的某种行为的伤害，而个人与该外国领土并不存在联系。这方面的例子有：跨界环境损害(如乌克兰基辅附近切尔诺贝利核电站发生爆炸，在遥远的日本和斯堪的那维亚造成放射性微粒沉降)和击落误入一国领空的飞机(如保加利亚击落误入其领空的以色列航空公司班机的“空中事件”案)。这一自愿联系或领土联系规则的基础，是外侨承担在外国的风险。只有外侨自愿地接受被告国管辖，才可要求他用尽当地补救办法。

<sup>131</sup> 前注 130, p. 198。

<sup>132</sup> 见 Amerasinghe, 前注 99, p. 138; T. Meron, “用尽当地补救办法规则的使用范围”, 1959 年, 35 B. Y. I. L. , p. 94。

(9) 司法机构和国家惯例都没有就用尽当地补救办法规则例外的存在提出明确的指导意见。尽管在 *Interhandel* 案<sup>133</sup>和 *Salem* 案<sup>134</sup>中,有一些支持此种例外存在的试探性论述,但在其他案件<sup>135</sup>中,法庭判定在受害外侨与被告国之间缺少自愿联系的情况下仍可适用当地补救办法规则。在挪威借款案<sup>136</sup>和空中事件(以色列诉保加利亚)案<sup>137</sup>中,尽管有力地提出了支持自愿联系要求的论点,但国际法院均未就该事项作出决定。在涉及跨界污染的 *Trail Smelter* 案<sup>138</sup>中,并不存在自愿联系或领土联系,加拿大也没有坚持要用尽当地补救办法。这一案例和其他因不存在自愿联系而放弃当地补救办法的案例<sup>139</sup>,被解释为支持把自愿服从司法管辖的要求作为适用当地补救办法规则的先决条件。这些案例没有坚持适用当地补救办法规则,也可以作其他解释,比如是无需用尽当地补救办法的直接损害例子,或有关仲裁协定没有要求用尽当地补救办法等。

(10) 虽然委员会认为有必要明确规定当地补救办法规则的这一例外,但不喜欢用“自愿联系”一词来描述这一种例外,因为它强调受害人主观意愿,而不强调个人与东道国之间缺少可客观确定的联系。事实上,主观标准很难证明。因此,委员会决定要求受害外侨与东道国之间存在“相关联系”。这一联系必须“相关”,即它必须与所受损害有某种关联。法庭不仅需要审查受害人是否在东道国领土上停留、居住或经商,还要依案情审查该人在行为上是否承担了在遭受损害时接受东道国审理的风险。因此,它认为“相关”一词能够使法庭最好地考虑受害人与东道国之间在损害中的关系的核心要素,以确定受害外侨是否承担了愿意接受东道国审判的风险。

(11) (c) 款第二部分的目的是,在依案情实在无法合理地要求遵守这一规则的情况下,使法庭有权免除用尽当地补救办法的要求。在做出这一决定时,显然需要对每起案件按其进行实质审查,因此不应试图列出允许这一例外的因素的综合清单。不过,委员会建议在以下情况下可行使例外权:在国家可能设法阻止受害外侨实际上接触该国法庭,例外拒绝其进入该国领土,或制造危险,使之感到

<sup>133</sup> 国际法院说,“它认为发生侵权的国家也应有机会以自己的方式进行补救。”前注 3, at p. 27, 着重号是后加的。

<sup>134</sup> 在该案中,仲裁法庭宣布,“作为一项规则,外国人必须承认他选择居住的国家的司法对其适用”,1932年,2《联合国国际仲裁裁决报告书》,p. 1, 202。

<sup>135</sup> 芬兰船舶仲裁案,前注 101; *Ambatielos Claim*, 前注 99。

<sup>136</sup> 法国的口头诉状,1957年,《国际法院诉状汇编》,第一卷,第 408 页。

<sup>137</sup> 1955年7月27日空中事件案(以色列诉保加利亚),以色列的口头诉状,1959年,《国际法院诉状汇编》,第 531-532 页。

<sup>138</sup> 1935年,3《联合国国际仲裁裁决报告书》,第三卷,第 1,905 页。

<sup>139</sup> *Virginius* 案, J. B. Moore 《国际法文摘》,1906年,中记载,第二卷,第 895 页,见 903 页; *Jessie* 案,1922年,16《美国国际法杂志》中记载,第 114-116 页。

试图进入该国领土是不安全的；东道国的刑事密谋阻碍求偿人在当地法院提出诉讼；用尽当地补救办法的费用过高。

(d) 款

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

“对于这类案件，根据公认的国际法原则和国际实践，规定事先用尽国内补救办法的规则是为了有关国家的利益而设计的，因为根据该条规则，国家对归咎该国的行为，在没有机会通过国内办法加以补救以前，无需在一个国际机构对指控作出答辩。这项规定因此被视为一项辩护手段，因而是可以放弃的，甚至可以默示放弃。”<sup>140</sup>

(13) 放弃当地补救办法的形式有多种。有关规定可以诸于争端发生前或后缔结的双边或多边条约；可以见诸外侨和被告国之间的契约；可以是明示或默示的；或可以根据被告国在属于禁止反言或丧失权利的情况下的行为加以推定。

(14) 明示放弃可以见诸为解决现有争端而缔结的特别仲裁协定，或规定将来出现的争端应通过仲裁或其他的国际争端解决方式予以解决的一般性条约。也可以诸于国家与外侨所订的契约。普遍同意的是，明示放弃当地补救办法是有效的。放弃要求是一种常见的当代国家实践方式，许多仲裁协定都载有放弃条款。最有名的实例可能是《关于解决投资争端的公约》第 26 条，其中规定：

“除非另有规定，当事方同意根据本公约交付仲裁，应视为同意排除任何其他补救办法而交付上述仲裁。缔约国可以要求用尽当地各种行政或司法补救办法，作为其同意根据本公约交付仲裁的一个条件。”<sup>141</sup>

普遍同意，明示放弃不管载于国家间协定或载于国家与外侨间的契约，都是不可撤消的，即使契约受到东道国法律的约束。<sup>142</sup>

(15) 当地补救办法不得随便默示放弃。国际法院分庭在 ELSI 案中就这个问题说，分庭

<sup>140</sup> 哥斯达黎加政府案，美洲人权法院，1984 年，67 《国际法律报告》，第 578 页，见第 587 页，第 26 段。另见 ELSI 案，前注 95，第 42 页，第 50 段；De Wilde, Ooms and Versyp 案，“Vagrancy 案”，欧洲人权法院，1971 年，56 《国际法律报告》，第 37 页，p. 370，第 55 段。

<sup>141</sup> 《联合国条约汇编》，第 575 卷，第 159 页。

<sup>142</sup> 哥斯达黎加政府案案，前注 140，第 587 页，第 26 段；“vagrancy cases”，前注 140，第 370 页，第 55 段。

“不能接受的是习惯国际法的一项重要原则，在没有任何明确表示愿意放弃的言词的情况下，被认定为默示放弃。”<sup>143</sup>

(16) 但是，如果当事方放弃当地补救办法的意愿是明确的，则必须落实这个意愿。司法裁判<sup>144</sup>与法学家的著作都支持此结论。对于在什么情况下可以默示放弃当地补救办法的愿意，不可能为此制定一项通则。每个案例必须根据有关文书的措辞和制定的背景作出判断。在被告国同意把将来可能同请求国发生的争端交付仲裁的情况下，有人认为这种协定“不涉及放弃用尽所有当地补救办法的要求，如果有关案件涉及缔约一方为其国民提出要求。”<sup>145</sup>国际法院分庭在 ELSI 案中确认在这种情况下，基本上不推定默示或暗示放弃。<sup>146</sup>在发生有关争端后才缔结的仲裁协定，比较容易默示放弃当地补救办法。在这种情况下，如果被告国与请求国在争端所涉的国民受到损害后才缔结涉及国民待遇的争端的仲裁协定，而且协定没有就保留当地补救办法规则作出规定，则可以称说默示放弃该规则。

(17) 虽然有人支持被告国在国际诉讼程序中的行为可导致该国不得要求用尽当地补救办法，<sup>147</sup>但考虑到国际法中对禁止反言理论尚无定论，委员会不赞成在关于放弃规则的措词中提及禁止反言。委员会认为，最好是允许将可推定为放弃当地补救办法的行为当作默示放弃。

<sup>143</sup> 前注 95，第 42 页，第 50 段。

<sup>144</sup> 见 Steiner and Gross 诉波兰，1927-28 年，4 《国际公法案例年鉴》，第 472 页；美国国际集团诉伊朗案，判决 No. 93-2-3(1983) 4 Iran-US CTR，第 96 页。

<sup>145</sup> F. A. Mann, “国家契约与国际仲裁”，1967 年，42 B.Y.I.L.，p. 32。

<sup>146</sup> 前注 95。在 Panevezys-Saldutiskis Railway 案中，常设国际法院认为，接受《法院规约》第 36 条第 2 款的任择条款不构成默示放弃当地补救办法规则；前注 121。

<sup>147</sup> 见 ELSI 案，前注 95，第 44 页，第 54 段，美国与联合王国希思罗机场使用费仲裁案(仲裁法庭)，1966 年，102 《国际法律报告》第 216 页，第 6.33 段，Foti and others，1982 年，71 《国际法律报告》，第 360 页，见第 380 页，第 46 段。

## 第六章

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

#### A. 引言

154. 委员会 1978 年第三十届会议将“国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任”这一专题列入工作方案，并任命罗伯特·昆廷-巴克斯特先生为特别报告员。<sup>148</sup>

155. 委员会从第三十二届会议(1980 年)到第三十六届会议(1984 年)共收到并审议了特别报告员提交的五份报告。<sup>149</sup>这些报告试图为本专题拟订一个概念性依据和专题纲要，并载有五个条文草案建议。专题纲要载于特别报告员提交 1982 年委员会第三十四届会议的第三份报告。这五个条文草案是在特别报告员提交 1984 年委员会第三十六届会议第五份报告中提出的。委员会审议了这些条文草案，但未做出将它们交给起草委员会的任何决定。

156. 委员会在其第三十六届会议(1984 年)上还收到以下材料：对联合国法律顾问于 1983 年向 16 个选定的国际组织所发调查表的答复。除其他事项外，调查表是要查明各国彼此应尽的义务以及作为国际组织的成员应尽的义务是否足以履行或取代某些提纲中提到的程序。<sup>150</sup>委员会还收到秘书处编写的一份研究报告，题为“关于国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任的国家实践概览”。<sup>151</sup>

<sup>148</sup> 在该届会议上，委员会成立了一个工作组，由它初步审议这一专题的范围和性质。工作组的报告见《1978 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，pp. 150-152。

<sup>149</sup> 关于特别报告员的五份报告，见《1980 年……年鉴》，第二卷(第一部分)，p. 247，文件 A/CN.4/334 和 Add. 1 和 2；《1981 年……年鉴》，第二卷(第一部分)，p. 103，文件 A/CN.4/346 和 Add. 1 和 2；《1982 年……年鉴》，第二卷(第一部分)，p. 51，文件 A/CN.4/360；《1983 年……年鉴》，第二卷(第一部分)，p. 201，文件 A/CN.4/373；《1984 年……年鉴》，第二卷(第一部分)，p. 155，文件 A/CN.4/383 和 Add. 1。

<sup>150</sup> 《1984 年……年鉴》，第二卷(第一部分)，p. 129，文件 A/CN.4/378。

<sup>151</sup> 《1985 年……年鉴》，第二卷(第一部分)，增编，文件 A/CN.4/384；也见“与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有关的责任制度概览”，《1995 年……年鉴》，第二卷(第一部分)，文件 A/CH.4/471。

157. 委员会 1985 年第三十七届会议任命胡利奥·巴尔沃萨先生为本专题的特别报告员。委员会从 1985 年第三十七届会议到 1996 年第四十八届会议共收到特别报告员提交的十二份报告。<sup>152</sup>

158. 委员会 1992 年第四十四届会议设立了一个工作组，目的是审议与本专题的范围、应就本专题采取的办法以及本专题今后工作的可能方向有关的一些一般性问题。<sup>153</sup>按照工作组的建议，委员会在 1992 年 7 月 8 日第 2282 次会议上决定分阶段继续进行本专题的工作。先完成关于防止越境损害的工作，然后进行补救措施方面的工作。<sup>154</sup>鉴于本专题的标题含义不够明确，委员会决定继续依本专题应处理“活动”这一工作假设行事，并暂时不对标题作正式修改。

159. 委员会 1996 年第四十八届会议重新设立了工作组，以根据特别报告员的报告和委员会多年来举行的讨论审查本专题的各个方面，并向委员会提出建议。工作组提交了一份报告，<sup>155</sup>完整地介绍了本专题在预防原则和赔偿或其他救济责任原则方面的情况，并提供了条款及其评注。

160. 委员会 1997 年第四十九届会议再次设立了工作组，审议委员会应如何就本专题开展工作的的问题。工作组审查了委员会 1978 年以来关于本专题的工作。它注意到，由于概念和理论上的困难、标题的恰切程度和这个课题与“国家责任”的关系等因素，本专题的范围和内容还是不明确。工作组还注意到，委员会在本专题之下处理的两个问题，即“预防”问题和“国际责任”问题，虽然相互联系，却互有区别。因此，工作组议定，从今以后，预防问题和责任问题应该分别处理。

<sup>152</sup> 关于特别报告员的十二份报告，见：

《1985 年……年鉴》，第二卷(第一部分)，p. 97，文件 A/CN. 4/394；  
 《1986 年……年鉴》，第二卷(第一部分)，p. 145，文件 A/CN. 4/402；  
 《1987 年……年鉴》，第二卷(第一部分)，p. 47，文件 A/CN. 4/405；  
 《1988 年……年鉴》，第二卷(第一部分)，p. 251，文件 A/CN. 4/413；  
 《1989 年……年鉴》，第二卷(第一部分)，p. 131，文件 A/CN. 4/423；  
 《1990 年……年鉴》，第二卷(第一部分)，p. 83，文件 A/CN. 4/428；  
 《1991 年……年鉴》，第二卷(第一部分)，p. 71，文件 A/CN. 4/437；  
 《1992 年……年鉴》，第二卷(第一部分)，p. 75，文件 A/CN. 4/443；  
 《1993 年……年鉴》，第二卷(第一部分)，文件 A/CN. 4/450；  
 《1994 年……年鉴》，第二卷(第一部分)，A/CN. 4/459；  
 文件 A/CN. 4/468；文件 A/CN. 4/475 和 Add. 1。

<sup>153</sup> 《1992 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 281 段。

<sup>154</sup> 同上，第 341-349 段。关于委员会的详细建议，见《1995 年……年鉴》，第五章。

<sup>155</sup> 《大会正式记录，第四十八届会议，补编第 10 号》(A/51/10)，附件一。

161. 因此委员会决定继续就本专题开展工作，首先在“预防危险活动造成的跨界损害”这个副标题项下讨论预防问题。<sup>156</sup>大会在其第 52/156 号决议第 7 段中注意到这个决定。在同一届会议上，委员会任命彭马拉朱·斯里尼瓦萨·拉奥先生为本专题这一部分的特别报告员。<sup>157</sup>委员会从第五十届会议(1998 年)到第五十二届会议(2000 年)共收到特别报告员提交的三份报告。<sup>158</sup>

162. 委员会 1998 年第五十届会议一读通过了一套 17 条关于预防危险活动的越境损害的条款草案。<sup>159</sup>委员会 2001 年第五十三届会议通过了序言草案和一套 19 条关于预防危险活动越境损害的条款草案定本<sup>160</sup>，从而结束其对本专题第一部分的工作。此外，委员会建议大会根据上述条款草案拟订一项公约。

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

164. 委员会 2002 年第五十四届会议恢复审议本专题第二部分，并设立一个工作组来审议本专题的概念纲要。工作组的报告阐述了对本专题“国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任(危险活动引起跨界损害所造成的损失的国际责任)”的一些初步理解，提供了对其范围和应采取的办法的意见。委员会通过了工作组的报告并任命彭马拉朱·斯里尼瓦萨·拉奥先生为本专题特别报告员。<sup>161</sup>

## B. 本届会议审议这个专题的情况

165. 委员会本届会议收到了特别报告员关于危险活动引起越界损害所造成损失分担的法律制度的第一次报告(A/CN.4/531)。委员会在 2003 年 5 月 23、27、28、30 日和 6 月 3 至 6 日第 2762、2763、2764、2765、2766、2767、2768 和 2769 次会议上审议了该报告。

166. 在 2003 年 6 月 6 日第 2769 次会议上，委员会设立了一个由彭马拉朱·斯里尼瓦萨·拉奥先生担任主席的可自由参加的工作组，以便参照特别报告员的报告和委员会的辩论情况，协助特别报告员考虑本专题的未来方向。工作组共举行了 3 次会议。

<sup>156</sup> 《大会正式记录，第五十二届会议，补编第 10 号》(A/52/10)，第 168 段。

<sup>157</sup> 同上。

<sup>158</sup> A/CN.4/487 和 Add. 1; A/CN.4/501 和 A/CN.4/510。委员会还收到各国政府提出的评论和意见，A/CN.4/509 和 A/CN.4/516，后者于 2001 年收到。

<sup>159</sup> 《大会正式记录，第五十三届会议，补编第 10 号》(A/53/10)，第 52 段。

<sup>160</sup> 《大会正式记录，第五十六届会议，补编第 10 号》(A/56/10)，第 97 段。

<sup>161</sup> 《大会正式记录，第五十七届会议，补编第 10 号》(A/57/10)，第 441 段。

## 1. 特别报告员介绍第一次报告

167. 特别报告员指出第一次报告共分三个部分。第一部分回顾了委员会有关本专题的工作，先是分析了罗伯托·昆廷-巴戈斯特的办法(A/CN.4/531,第6至9段)和胡利奥·巴尔沃萨的办法(同上,第10至14段)。还分析了在委员会早期工作中引起分歧的相关问题以及这些问题得到解决或仍未解决的程度。<sup>162</sup>

168. 特别报告员回顾委员会核可了2002年工作组的建议,即委员会:(a)将本专题的范围限于与关于预防问题的条款草案所涵盖者相同的活动,即国际法不加禁止的、有通过其实际后果造成重大跨界损害危险的活动;(b)集中于因各种原因造成的但不一定涉及国家责任的损害;(c)将本专题当作在参与危险活动作业的不同行为者之间分配损失的问题处理;(d)在本专题范围内纳入人身、财产包括国家继承财产和自然遗产、国家管辖范围内的环境损失。

169. 特别报告员说,第一部分还提出了与本专题有关的广泛政策考虑(同上,第43至46段),这些考虑大体上构成委员会工作的基础:(a)每个国家必需在其领土内拥有尽可能多的与其他国家权利和利益相容的选择自由;(b)需要制订预防措施来保护这些权利和利益,但如果还是出现损害,则要有补偿措施;(c)在尽可能符合这两项原则的情况下,不应让无辜受害者<sup>163</sup>承担损失或伤害。

170. 关于预防问题的条款草案处理了第一项目标和部分第二项目标,委员会面临的挑战是处理其余的政策内容。特别是,必须鼓励各国缔结国际协定,制订适当的立法,建立机制,以便迅速有效地采取补救措施,包括为有造成重大跨界损害危险的活动提供补偿。

171. 特别报告员还说,虽然大家普遍支持以下说法:有关赔偿责任和补偿的任何制度都应力求确保尽可能不让无辜受害者承担危险活动造成的跨界损害带来的损失,但不可能每个案例都得到全额的全部补偿。不利于获得充分和完全的赔偿的因素包括:损害的定义、损失的证明和适用的法律等方面的问题,经营者的赔偿责任有限以及分担和补充供资机制运作范围有限等。

172. 报告第二部分审查了部门和区域条约以及其他文书(同上,第47至113段),其中有些已实行多年,另一些则尚未生效,但可作为发生跨界损害时分配

<sup>162</sup> 昆廷-巴戈斯特和巴尔沃萨采用的办法将预防和责任强有力地联系起来被认为是有问题的,因委员会决定把本专题劈开,先处理预防问题然后处理责任问题而得到解决。不易达成协议的其他问题有(a)国家责任和严格责任作为建立国际制度的基础的作用;(b)活动范围和为“越界损害”划定界线的标准;(c)纳入本专题的损害阈值。

<sup>163</sup> “无辜受害者”是个暂用的词语,用以指对跨界损害没有责任的人。

损失的模式。<sup>164</sup>特别报告员说，有关空间活动的责任制度是唯一规定了国家责任的制度。

173. 特别报告员说，根据审查得出的情况是混杂的。有些文书尚未生效或者未得到广泛批准，但可看出继续存在着进一步探讨责任问题的各个方面的趋势。特别报告员还提请注意各种制度的共同特点，并提出有关民事责任的根本问题，特别是指出民事责任制度牵涉的法律问题很复杂，只能根据具体案件的案情加以解决。这种解决办法还取决于提起案件的管辖区和适用的法律。尽管为解决经营某项活动适用的法律制度商定特定的条约安排是可能的，但他不想就民事责任制度作出任何一般性结论，因为这可能导致委员会进入一个完全不同的研究领域。

174. 特别报告员说，第三部分载有提供委员会审议的材料：

(a) 虽然关于责任的各个计划都有共同要素，但每个计划都是为某一特定情况订做的。毫无疑问，审查的结果并没有显示，谈判一项特定形式的责任公约便能使赔偿责任得到最好的履行。如果认为合适的话，允许物色法庭，让原告在最有利的管辖区内提起诉讼，或商定一个特别解决方法，可同样地履行这一责任。

(b) 各国应足够的灵活性来拟订适合其特别需求的责任计划。因此，委员会核可的分担损失模式应是一般性的和留有余地的。

(c) 为拟订这一模式，并考虑到委员会早先就这一专题所作的一些工作，特别报告员建议委员会不妨考虑到下列事项：

- (1) 任何制度不应损害根据本国法律所界定的民事责任提出的索偿要求以及国内一级或国际私法规定的现有补救。就本责任分担计划而言，越境损害案件中的分担损失模式不需以任何责任制度，如严格责任或过失责任，为基础；
- (2) 任何此类制度不应损害根据国际法，特别是国家责任法提出的索赔要求；
- (3) 就本责任分担计划而言，本专题的范围应与所通过的关于预防的条款草案的范围相同；
- (4) 应当适用与关于预防的条款草案中所界定和商定者相同的重大损害界限对多个责任和补救计划的调查显示，它们均赞同以某种界限作为适用某一制度的基础。

<sup>164</sup> 例如《危害环境的活动造成损害的民事责任卢加诺公约》尚未生效，见 32《国际法律材料》，1993 年，1228，以及 1999 年《危险废物越境转移及其处置所造成损害的责任及赔偿巴塞尔议定书》，其中规定在危险废物转移的不同阶段发生的损失由不同的行为者分担或承担赔偿责任，UNEP/CHW/5/29。也见 1989 年《公路、铁路和内陆航行船舶运送危险货物过程中造成损害的民事责任公约》，联合国文件 ECE/TRANS/79。

- (5) 国家责任是一种例外，只在外空活动案件中被接受；
- (6) 责任和补救义务应首先由事故或事件发生时最能控制危险活动的人承担。这不一定是装置或有危险的活动的经营者；
- (7) 一旦所造成的损害可以合理地追查到所涉活动身上，就会产生指挥或控制该危险活动者的责任问题。合理性标准而不是严格的因果关系证据应足以确定责任所在。这是必要的，因为危险活动牵涉复杂的科学和技术问题，而且所涉的损害是越界性的；
- (8) 但是，合理性标准能被下列理由推翻：例如，损害可能是一个以上的来源造成的；或有超出承担责任者控制的其他原因，如没有这些原因的干预，损害本来不会发生；
- (9) 在损害由一个以上活动造成，并可合理地追查到这些活动的每一个活动身上，但不能以任何确定的程度将其分开的情况下，责任将是共同连带责任或可将其公平分摊。或者，各国可根据其本国法律和习惯作出决定；
- (10) 应该由额外的筹资机制来补助有限责任。可利用活动的主要受益人的捐款或同一类经营者的捐款或国家专用基金来建立此类基金；
- (11) 国家，除指定专用国家基金义务之外，还应负起责任，设计特定的合适计划来解决有关越界损害的问题。此类计划能解决保护其公民免受可能的越界损害风险问题；预防此类损害因其境内的活动蔓延或扩散至其他国家；建立应急基金和其他准备措施；建立一旦发生此类损害情况必须采取的应对措施；
- (12) 国家还应确保，在其法律制度中可根据逐渐形成的国际标准追索对越界损害受害人的公平和快速补偿及补救；
- (13) 对有资格获得补偿的损害的界定是一个并未得到很好解决的事项。对人和财产的损害一般可补偿。对一国管辖范围内或其控制区域内的环境或自然资源的损害现已被广泛接受。但是，此类案件中的补偿仅限于作为预防或应对措施以及恢复措施实际引起的费用。此类措施必须是合理的或得到该国授权的或其法律规定的或由法院作出裁决的。如果费用与利用现有科学和技术手段实现的成果或可实现的成果相称的话，这些费用可视为合理的。在受损害的环境或自然资源不可能得到实际恢复的情况下，实现等同因素引起的费用可得到偿还；
- (14) 对环境本身造成的损害，如未引起对个人或国家的产权或占有权利益的直接损失，不应被认为是可补偿的。同样，由于环境损害而引起的利润和旅游损失不必列入可补偿损害的定义。不过，可由各国法院根据每个案件的案情决定这类索赔。

175. 特别报告员说,上述建议如被普遍接受,可作为起草更准确的案文的基础。还请委员会就什么性质的文书是合适的和如何最终完成本专题的工作提出意见。初步地说来,他提到的一个可能性是起草若干条款供通过作为预防制度框架公约草案的议定书。

## 2. 辩论概况

### (a) 一般性评论

176. 大家赞扬特别报告员作了全面的报告。评论和意见主要针对整个专题的可行性以及其相对于国际法其他领域例如国家责任而言在概念和结构上的相近性。

177. 委员会委员继续对本专题的可行性表示不同的意见。有些委员说整个专题的可行性应当不再是一个问题。2002年工作组广泛地讨论了这一问题。委员会也核可了其建议,此外,第六委员会也愿意审议本专题,认为它可作为关于预防的条款草案以及国家责任专题的合理补充。委员们还指出,鉴于大会第56/82号决议执行部分第3段请委员会恢复审议此专题的责任方面,而且《委员会章程》第18条第3款要求优先对待大会的请求,因此讨论此专题的可行性属于行事不当。

178. 仍然有人认为本专题不适合也不容易编成法典和逐渐发展。根据这一看法,全面处理办法不可能得出建设性结果。在这方面,他提到特别报告员的报告第46和150段,其中指出,所分析的条约表明不可能有单一的分担损失模式,并且牵涉的法律问题很复杂,只能根据具体案件的案情加以解决。他还指出,委员会第四十八届会议(1996年)和第四十九届会议(1997年)已经承认要求补偿的趋势是没有以一致的责任概念作基础,<sup>165</sup>并认为本专题的范围和内容是含糊不清的。<sup>166</sup>另外,没有注意到下列困难:(a)受到审议的专题根本不成一个专题,因为所考虑的问题已经构成国家责任法典;(b)对有关活动很难作出规定,因为各种制度规定了各种不同的特殊性以致要概括地处理本专题是很难的;(c)本专题的性质与国际公法无关;(d)本专题不是委员会应当审议而是应当谈判或由负责协调问题的其他机构处理的问题;(e)本专题不属于委员会的职权范围。此外,在理论、判例或实践上都不存在关于这个问题的一致意见。

179. 另一方面,有些委员认为本专题不适合法律编纂和逐渐发展,特别是因为它涉及损失分担问题。他们认为本专题在理论上和实践中都很重要,因为今后的案件发生率可能很高。他们还指出,委员会需要在其工作中考虑到对于本专题提出的各种批评,但这些批评并不妨碍委员会实现一个可行的目标。

180. 关于本专题的概念框架,有些委员说本专题填补了一个空缺。它处理的是尽管履行了采取预防措施尽可能减少风险的义务,但危险活动仍然造成重大损害

<sup>165</sup> 《1996年……年鉴》,第二卷(第二部分),文件A/51/10,附件一,第5条评注第(32)段。

<sup>166</sup> 《1997年……年鉴》,第二卷(第二部分),文件A/51/10,第七章,第165段。

的情况。在多数情况下，这类活动是私人经营者进行的，因此引起了经营者的责任和准许进行该活动的国家的责任问题。这类活动不是非法的而且对增进国际社会的福利很重要，损失分担制度有助于平衡各方的利益。

181. 也有人强调预防和危险活动分担危险活动造成的损失之间有某种联系，并且这一联系是补偿问题的基础。因此，如果不把这一关系的要素突显出来，包括查明严格责任是否构成国家对有危险活动的责任的基础，委员会的工作将会停留在表面上。还指出有必要进行研究来确定近来发生的环境灾难在多大程度上是违反预防义务的结果。

182. 有人认为委员会关于本专题的工作仍然充满结构性问题，并认为委员会必须设法解决两个主要政策问题。第一是明确地描绘本专题的轮廓，并处理以下情况：根据国家责任国际法的一般原则不存在责任但对无辜受害者造成了损害；第二是处理各种社会代价，根据对各种制度的分析结果，各个部门的情况是不同的。

183. 关于第一个问题，有人认为仅含糊地提及原则要点，即国家责任规则不得或不应受损害，可能不足以解决重复的实际问题。就工作而言，他说国家责任在很大程度上处理了本专题的主题。国家责任在实现补偿方面比公认的要更重要和更有弹性。根据科孚海峡案(案情实质)，国家在某些情况下有责任管制其领土上的损害源。<sup>167</sup> 每个国家在知晓或有能力知晓可能损害别国利益的行为的情况下，有义务不容许其领土被用于进行此种行为。这一义务也适用于环境。此外，他指出认为国家责任义务的根据是过失的看法极不平常：法庭在适用国家责任原则时一般采取的做法是采用“客观责任”原则，这实际上很接近“严格责任”概念，至少在普通法上的理解是如此。相反，一般国际法中并不存在国家责任原则。

184. 关于涉及社会费用的第二个问题，委员们强调，委员会必须考虑一般赔偿制度对鼓励或不鼓励某些有益性活动的影响。有一种模式具体地考虑到某一部门的特定需求，是按部门运作的。委员们建议探讨参照渔业养护或类似制度提出的解决办法，包括经谈判作出的或机构监督的豁免。

185. 委员会对特别报告员在报告中使用的术语和提出的各种问题发表了评论。

186. 关于报告中的术语，有些委员指出，报告的标题“关于危险活动引起越界损害所造成的损失分担的法律制度”可能使人产生误解。但也有的委员认为使用“模式”或“法律制度”可能反映委员会本身对最后结果的性质没有把握，而这些术语的使用应看作是公约草案的可能替代用语。一些委员还评论了“无辜受害者”一语是否适当的问题，尤其是在涉及对环境的损害时。另一种意见原则上反对使用“无辜受害者”这一短语。

<sup>167</sup> 《1949年国际法院报告书》，p. 22。

187. 委员们认为“损失分担”或“损失”一词不方便，建议重新采用较熟悉的“损害”和“赔偿”。“损失分担”制度可能更准确地说是“损害分担”。有些委员告诫慎重使用“民事责任”一词。他们说，在对民法和行政法加以区别的某些司法制度下，不仅在“民事责任”中对责任有大量论述，而且根据所有公民平等分配公共负担的原则在涉及“行政责任”时也大量论述。

188. 关于该专题的总体范围，委员们再次表示支持 2002 年工作组的建议。有些委员认为列入“全球公域”相当于改变该专题的方向，背离了经过核准的专题范围。有些委员将其看作是一个值得探讨的领域，建议将保护“全球公域”列入委员会长期工作方案。将国家世袭财产和国家遗产纳入个人和财产损失范围被认为是积极的。

189. 关于责任的门槛，普遍赞成维持与预防条款草案同样的“重大伤害”标准。也有的委员表示为了赔偿的目的主张使用较低的门槛，如“明显伤害”。

190. 如果跨国公司在东道国领土上造成损害及其责任的问题相当严重，有些委员认为在本专题范围内或由委员会考虑这类问题有些勉强。而且，民事责任如有效管辖下的民事责任问题，特别是审议 Ok Tedi 案<sup>168</sup>和 1984 年 Bhopal 灾难诉讼案，超出了本专题的总体范围。

191. 然而，也有的委员表示，特别报告员本应该进一步分析引述的各个案件，以说明所涉问题的全部性质。还强调，对传统民事责任办法的任何强调不应该成为不处理对环境的损害问题的借口。

192. 关于特别报告员在报告中分析的各种制度，委员会的一些委员指出，国家立法、区域和其他文书的分布可以更广，也可以分别汇编所有文书和探讨其他文书。<sup>169</sup>委员们还提到了近期缔结的文书，如 2003 年《关于工业事故对跨境水域之跨境影响所造成损害的民事责任和赔偿的基辅议定书》。<sup>170</sup>

#### (b) 对特别报告员总结和评论

193. 委员们还对特别报告员在报告中提出的具体建议作出评论(上文第 174 段，(a)分段、(b)分段和(c)分段(1)至(14)小段)。委员们普遍支持通用和备用性质的制度。有的委员认为，任何分担损失规则都不应该代替现有制度，阻碍发展新制度，或试图提出兼顾所有可预见情况的新的、详细的范围广泛的全面制度。

<sup>168</sup> Dagi and Others v, Broken Hill Property Co. Ltd., 1997 年, I Victoria Rep. 428。

<sup>169</sup> 请注意“华沙系统”下建立的民用航空责任制度。

<sup>170</sup> 联合国欧洲经委会文件 2003 年 3 月 11 日 MP/WAT/2003/1 和 CP.TELA/2003/3。这是 1992 年《保护和利用跨境水道和国际湖泊公约》的议定书, 31《国际法律材料》, 1992 年, 1312; 1992 年《工业事故跨境影响公约》, 31《国际法律材料》, 1992 年, 1333。另见 2003 年《关于建立国际石油污染补充基金的议定书》, 为“第三方”补充基金, LEG/CONF. 14/20。

194. 另一方面，有的委员认为，提出涵盖损失分担所有方面的全面制度是合理的。为此，应该全面研究损失分担问题，以将国内法律制度考虑进去。

195. 有一些委员提出了初步的评论。他们指出，由于在该专题可行性上存在分歧，提出确切的建议为时过早。在不知道最后“成品”是条约制度、国家立法或是一套建议的损失分担模式的情况下很难进行评论。委员们还提出，特别报告员报告第二部分描述的现有制度和第三部分的建议有差距，因而未能为委员会审议该事项提供一个角度。委员们还认为，有些建议(上文第 174 段，(c)分段(10)至(14)小段)进一步证实了这一专题不适于编纂。

196. 另一些委员对建议的主旨表示支持，认为这些建议是现实的，提出了拟审议的各种问题和疑问。他们还指出，有些建议，特别是第 7 至第 12 点(上文第 174 段，(7)至(14)小段)过于简洁，有些方面需要在工作组范围内进一步讨论。

**(1) 制度的实施不应妨碍其他民事责任制度(上文第 174 段，(c)分段(1)小段)**

197. 有一些委员对特别报告员的建议表示支持。由于各种制度设定的资金限制，合理的做法是不预先排除得到更多补偿和继续适用国内法污染者付费原则的可能性。

198. 委员们提出，在诉诸国际机制前不必先用尽国内机制。还可考虑让多个国家特别是原籍国和伤害国的司法机构和机制发挥作用。在这方面，委员们表示支持 *Handelskwekerij G. J. Bier 诉 Mines de Postasse d' Alsace S. A* 案<sup>171</sup>中确定的原则。还认为 2003 年《基辅议定书》为择地诉讼提供了机会。

199. 特别报告员建议损失模式不必以任何责任制度为依据，如严格责任或过失责任。有的委员还指出，建议并没有使专题的审议变得较容易。一般而言，在严格责任下责任是有限的。即使将严格或过失责任置之—旁，也将产生剩余国家责任的基础；此种情况的赔偿是全部还是有限也将是产生的问题。

**(2) 制度的实施不应妨碍国际法下的求偿(第 21 段，(c)分段(2)小段)**

200. 委员会表示支持这一建议。委员们强调，应该特别小心不要妨碍国家责任的工作。仅有这么一项声明可能不够。尚不清楚的是，如果提出国家责任求偿，当地补救办法规则是否适用：国内法院的民事责任诉讼制度是否可以替代当地补救办法规则或加强它的界限。另一不能确知的问题是，国内法制度内存在民事责任补救办法，是否可以在接受国际法院强制管辖权等词语意义内成为“另一可供利用的解决办法”。

<sup>171</sup> 21/76, II 《欧共体法院案例汇编》1976 年, 1735。欧洲共同体法院根据 1968 年《关于民商事案件管辖权和判决执行的布鲁塞尔公约》，将“伤害事件发生地法院”一词解释为在伤害发生的国家和伤害活动所在的国家之间选择法院；法院的选择由《公约》寻求保护的被告进行。

(3) **专题的范围与预防条款草案类似(上文第 174 段, (c)分段(3)小段)**

201. 委员们表示支持该建议。它使委员会最后决定“最终产品”的形式有了灵活性。有些委员对将国家管辖范围以外地区环境损害问题排除在专题外表示遗憾。还重申委员会不应讨论“全球共域”问题,至少在现阶段不这样做,因为它有自己的特点。

202. 委员们指出,某些情况下,在原籍国领土内的损害与跨界损害一样重大。在一个全面性制度中,根据个人平等待遇原则,此种损害不应该被忽略。为此,还引述 1997 年《维也纳核损害补充赔偿公约》第十一条作为实例,该条设法保护在设施国境内外遭受核损害的人。

(4) **“重大伤害”与预防跨界伤害条款草案具有相同的门槛(上文第 174 段, (c)分段(4)小段)**

203. 普遍支持维持与预防条款草案相同的“重大损害”门槛。但一些委员表示为了赔偿的目的,更愿意采用较低的门槛,例如像“明显损害”。还有一项建议是,将“重大伤害”一语改为“重大损害”。委员们强调,应该就在所有法律制度中都可理解的“重大伤害”一词的意义达成一致意见。

(5) **国家责任例外是责任模式的基础(上文第 174 段, (c)分段(5)小段)**

204. 委员们表示支持这一建议,但也指出,国家在责任和赔偿制度中起着突出作用,在承担运营人不负责的损失时是直接作用,在建立损失分担安排时是间接作用。委员们还指出,国家剩余赔偿责任在第六委员会得到了支持并且载于好几项文书中,包括《卢加诺公约》、1960 年《关于核能领域第三者赔偿责任的巴黎公约》<sup>172</sup>以及关于欧洲议会和欧洲理事会就环境责任发布一项指示的建议。<sup>173</sup>还提出值得分析空间责任制度下的做法是否和如何影响其他责任模式,反过来说,今后如何参照考虑到非国家行为者参与空间活动的其他模式对该制度进行修改。

(6) **指挥和控制者的责任(上文第 174 段, (c)分段(6)小段)**

205. 委员们指出,“运营人”不是一个艺术词语。在 1993 年卢加诺公约中,该词是指对活动行使控制权的人,在关于欧洲议会和欧洲理事会就环境责任发布一项指示的建议中,该词是指指挥活动运作的人,包括持有活动许可或授权的人和/或登记或通知此种活动者。委员们还提出“运营人”一词可用来说明“指挥和控制”者。另外还建议,活动经营者应负主要责任,因为他是实施活动的人,是自始至终的实际责任者。还指出,“指挥和控制”可能引起不同的解释。

<sup>172</sup> (1964 年和 1982 年经过修订)。《联合国条约汇编》,第 956 卷, p. 251。《英国条约集》,1968 年,1969 年;《英国条约汇编》,1989 年,6。

<sup>173</sup> 关于欧洲议会和欧洲理事会针对预防和补救环境损害问题而发布一项关于环境责任的指示的建议,布鲁塞尔,2002 年 1 月 23 日,COM(2002) 17 final, 202/0021 (COD)。

206. 此外，委员们还指出，应从在发生损失时设法保护财产的角度分析这一建议。正是为了这一原因，在有关公约里，船主而不是租船人被认为应该对船舶造成的伤害负责。拥有诸如船舶等财产的人，可为这些财产投保，必要时可以轻易地将费用转移到他人身上。

**(7) 作为建立因果联系依据的合理性标准(上文第 174 段, (c)分段(7)小段)**

207. 委员们对合理性标准表示支持，因为对包含危险成分的活动建立因果联系很困难。然而，一些委员怀疑“因果性”与“合理性”之间是否真有区别。根据这一观点，“因果性”是合理性标准。也有的委员偏向于“近似原因”。还指出，合理性标准不妨碍考虑和确定建立因果联系的证据标准。

**(8) 有限责任的例外(上文第 174 段, (c)分段(8)小段)**

208. 委员们建议，一种以上来源造成伤害的情况可以成为有限责任的例外。还指出，也有必要为武装冲突、不可抗力或受害方或第三方过失产生的损害提供保障条款。

**(9) 共同和连带赔偿责任(上文第 174 段, (c)分段(9)小段)**

209. 几位委员同意，在一个以上活动造成伤害时，需要有共同或连带责任。但怀疑在伤害难以追究到某一活动的情况下“公平分配”是否是确定责任的良好基础，实际当中能否客观确定。相反，可以允许各国根据自己的国家法律和实践进行谈判。另一方面，建议一般性规定公平分配原则，以便让有关国家或当事方商定执行措施。还建议删除“根据国家法律和实践”的提法，使国家有其他可能性，如谈判、仲裁或其他解决办法。

**(10) 有限责任由补充供资机制补足(上文第 174 段, (c)分段(10)小段)**

210. 有些委员着重指出，除了数额下限以外，也应该为保险和其他供资机制规定数额上限。

211. 有一种意见认为，损失应由各行为人分担，包括运营人、以及审定活动、管理活动和受益于活动的人。国家若担任运营人，也应该分担损失的赔偿责任。若遇到无法确定运营人、运营人无法付清赔偿额、或运营人宣告破产的例外情况，据认为，应由起源国承担余下的赔偿责任。因此，有关国家应该规定保险为强制性的要求，它有被告知危险的权利，从而要求为危险活动购买保险。另有一种意见认为，只有当一国对危险活动负有监督责任时，才需要承担赔偿责任。也有人认为，无论各国是否参加活动，都必须责成它们分担责任，据指出，《1997 年维也纳核损害补充赔偿公约》第四条是这种规定的有用先例。

212. 由于运营人负责赔偿的数额可能不足够，据认为，无论赔偿责任是否有限，总是应该以其他供资机制加以补充，《基辅议定书》第 11 条就是一个例子。

213. 但是,有人指出,据说有限赔偿责任在所有情况下都不足以付清补偿数额,这种推测并不总是正确的,在很大程度上应视活动的类型和预定的经济指标而定。

214. 委员们赞成国家应该负责拟订适当计划的建议,认为这项建议符合《斯德哥尔摩人类环境宣言》原则 21<sup>174</sup>和《里约宣言》原则 13,<sup>175</sup>两《宣言》在《可持续发展问题世界首脑会议的执行计划》中得到确认。<sup>176</sup>

215. 有人提出异议,认为国家在这个事项上的职能得到了加强,因为国家必须承担义务,在其管辖或控制的范围内进行活动,以便不致造成越界环境损害。这项预防原则在 Trail Smelter<sup>177</sup> 仲裁案中得到强调,在《里约宣言》原则 2 中得到重申,并且在“关于一国在武装冲突中使用核武器的合法性的咨询意见”中得到确认。<sup>178</sup>也有人指出,这种基本原理已经根植于集体声援原则中。另有一种看法认为,各国采取预防措施的责任也可能促使各国遵守预防条款草案。

**(11) 各国的其他义务,包括申诉程序的可用性(上文第 174 段, (c)分段, 第(11)和(12)小段)**

216. 据指出,仲裁等争端解决机制,包括与适用的法律有关的问题,不应该被排除于本专题的总体范围以外。在这方面,有人提到《基辅议定书》第 14 条,其中规定声称受到损害的人和《议定书》含义范围内的责任人之间的争端应根据《常设仲裁法院关于与自然资源和(或)环境有关的争端之仲裁备选规则》实行仲裁。

217. 据提议,特别报告员在进一步研拟建议时,应该考虑到 1996 年工作组通过的第 21 条(补偿或其他补救办法的性质和内容)和第 22 条(谈判的各项因素)<sup>179</sup>。

218. 也有委员表示赞成这样的提议:国家应该确保法律体系范围内有申诉程序可供使用。揣指出,这种权利应该得到保证。

<sup>174</sup> 《联合国人类环境会议报告》,斯德哥尔摩,1972 年 6 月 5-16 日(联合国出版物,出售品编号 E. 73. II. A. 14)。

<sup>175</sup> 《联合国环境与发展会议报告》,里约热内卢,1972 年 6 月 3-14 日(联合国出版物,出售品编号 E. 93. I. 8 和更正),第一卷:会议通过的决议,第 1 号决议,附件一。

<sup>176</sup> A/CONF. 199/20, 2002 年 9 月 2 日第 2 号决议,附件。

<sup>177</sup> 33 《美国国际法杂志》,1939 年,182 和 35 《美国国际法杂志》,1941 年,684。

<sup>178</sup> 《1996 年国际法院报告书》,p. 226,第 29 段。

<sup>179</sup> 《大会正式记录,第五十一届会议,补编第 10 号》(A/51/10),附件一。

(12) **对环境本身造成的损害以及利润和旅游损失(上文第 174 段, (c)分段第(13)和(14)小段)**

219. 有人认为,就本专题来说,对环境本身造成的损害不应视为可予补偿,这种意见获得了一定支持。在这方面,有委员指出,对环境的损害有两种,需要加以区分,一种是可以量化的损害,另一种是无法用金钱计算的损害。据指出,某些赔偿责任制度,例如《卢加诺公约》<sup>180</sup>和关于由欧洲议会和欧洲理事会就环境责任发布一项指示的建议,都规定对环境<sup>181</sup>或自然资源的损害可以直接补偿。还认为,联合国赔偿委员会的工作也对这方面有所帮助。<sup>182</sup>另一个不同的问题是有鉴于便于的相互关联性,应考虑超出国家管辖范围的环境损害。

220. 关于这种意义上的旅游损失或利润损失,有人说,虽然与所有人或所有权利益可能没有明确的因果关系,在若干情况下,损害可能对国家经济造成灾难性的后果。有些委员提到《基辅议定书》第 2 条(d)款第(三)项,把“损害”定义为也包括为经济目的使用跨界水域时,由于跨界水域受到损害,从依法受到保护的利益中得到的收入,同时考虑储蓄和费用。

221. 据指出,报告没有为达成的结论提供任何可靠的依据,它总结认为:由环境损害引起的利润和旅游损失不可能得到补偿并且不应列入本专题。也有人问起:这种损失是否与对环境本身的损害直接相关。

(13) **文书的形式**

222. 特别报告员建议委员会对赔偿责任条款采取议定书草案的形式,这个意见得到支持。有些委员主张采取载有国家间争端解决条款的公约形式。另一些委员辩称,对赔偿责任条款应该采取与预防条款草案相同的处理方式。因此主张拟定公约,不要议定书,以公约的一部分载述预防条款,另一部分阐明赔偿责任原则的一般原则。

223. 有些委员赞成拟订关于赔偿责任的建议、准则或一般规则。还认为,也有可能拟定把重点放在保护无辜受害人的原则宣言。也有些委员主张拟定条款范本,酌情载列一些备选案文。

224. 另一些委员认为,现在就决定文书的性质为时过早。这种决定必须从委员会的持续工作中产生,据指出,很可能最终宜于采取“软法律”的处理方式。

<sup>180</sup> 这种情况下的损害补偿,与这种损害的利润损失是另一回事,只补偿已实际采取复原措施或即将采取复原措施的费用。

<sup>181</sup> 根据《要求指示提议》,提案中将列入环境损害的定义,提到在社区和国家层级受保护的生物多样性,《用水框架指示》所适用的水域,并在威胁人体健康的祸源来自土地污染的情况下提到人体健康。

<sup>182</sup> 安全理事会第 687(1991)和第 692(1991)号决议。并参看《秘书长的报告》,S/22559,1991年5月2日。

### 3. 特别报告员的总结

225. 在答复一些评论和意见时，特别报告员再度提到，委员会早先探讨了概念问题，尤其是划定本专题的范围，使本专题有别于国家责任和水道的非航行使用法等其他专题，并且探讨了国际环境法对讨论的影响。据认为，最终采取务实的逐步处理方式是最为可行的办法。他还说，全球公域问题已经讨论过了，接着要决定如何使对本专题的审议便于着手<sup>183</sup>，这个问题可以在委员会确定了分担损失的模式以后再度审议。

226. 他再度谈到 2002 年工作组的讨论情况，委员会指示他研拟一个分担损失的模式，不要与任何法律依据挂钩，要借鉴各种现有的模式。因此，报告要把重点放在成果或结果，避免强调这些文书的谈判过程或各国在谈判过程中或得到结论后所采取的态度。

227. 特别报告员为了在便于处理的范围内探讨本专题的概念，避免同其他专题有任何瓜葛，所使用的术语是在这项工作中确定的。国际“赔偿责任”与国家“责任”形成反差；“分担损失”一语用于超越国家责任方面的“赔偿”或民事赔偿责任方面的“补偿”所具有的法律含义。

228. 关于运营人的赔偿责任问题，特别报告员说，这种赔偿责任的法律依据并不是自明的。虽然严格的赔偿责任在一些国家的法律体系中得到确认，不能因此就认定，人们已经接受或了解它是需要在越界损害情况下采取的一项政策，应该小心处理。此外，要制定一个包罗全面的法律制度，妥善顾及民事赔偿责任制度中的各种因素，并不容易。这种工作旷日费时，涉及许多管辖当局和不同的法律体系。

229. 他承认，有人提出关于运营人民事赔偿责任的求偿和可能对国家提出的求偿之间关系的问题。但是，若研讨的目的是由于国家对已形成的损害有赔偿责任而要求它分担损失，这些问题才是有关的，若是由于国家分担损失而有义务在国家一级上指拨社会责任经费补偿无辜受害人的损失，那就不合适了，因为这本来就不是预定由运营人承担的赔偿责任。

230. 补偿的多重办法在各种制度中形成了牢固的格局，2002 年工作组认为这种办法是适当的。<sup>184</sup>他指出，不宜因强调社会理由和公平因素而过分强调国家在次要一级参与任何分担损失补充办法，在运营人的赔偿责任有限或无法追踪或确定运营人的特殊情况下，更是这样。国际法委员会的任务是处理跨界损害，人们期望提议的模式能够有助于为(包括起源国管辖范围内的)无辜受害人提供同样的救济。其处理方式可能仍是有待进一步思考的问题。

231. 他说，需要就提出的各种问题开展进一步的工作并进行思考，并且在可能的情况下，提出具体的案文，作为下一次报告的部分内容。

<sup>183</sup> 参看《大会正式记录，第五十七届会议，补编第 10 号》(A/57/10)，第 443-448 段。

<sup>184</sup> 同上，第 449-456 段。

## 第七章

### 国家的单方面行为

#### A. 导 言

232. 委员会在 1996 年第四十八届会议工作报告中，建议大会将“国家的单方面行为”作为一项适于编纂和逐渐发展国际法的专题列入议程。<sup>185</sup>

233. 大会第 51/160 号决议第 13 段除其他外请委员会进一步审查“国家的单方面行为”这一专题并指出该专题的范围和内容。

234. 委员会在 1997 年第四十九届会议上设立了关于这个专题的工作组，工作组就该专题进行研究的可取性和可行性、专题的可能范围和内容以及该专题的研究大纲，向委员会作了报告。委员会同届会议审议并核可了工作组的报告。<sup>186</sup>

235. 委员会第四十九届会议还任命维克托·罗德里格斯-塞德尼奥先生为这一专题的特别报告员。<sup>187</sup>

236. 大会第 52/156 号决议第 8 段赞同委员会决定将这一专题列入工作方案。

237. 委员会 1998 年第五十届会议收到并审议了特别报告员关于这个专题的第一次报告。<sup>188</sup>讨论的结果是，委员会决定重新召集国家的单方面行为工作组。

238. 工作组就这个专题的范围、形式、单方面行为的定义和特别报告员今后的工作等问题向委员会作了报告。在同届会议上，委员会审议并核可了工作组的报告。<sup>189</sup>

239. 委员会 1999 年第五十一届会议收到并审议了特别报告员关于这一专题的第二次报告。<sup>190</sup>讨论的结果，委员会决定重新召集国家的单方面行为工作组。

240. 工作组向委员会报告了下列有关问题：(a) 暂用的单方面行为定义的基本要点，作为这个专题下一步工作和收集有关国家实践的出发点；(b) 确定在收集国家实践方面的总体方针；(c) 特别报告员今后的工作方向。关于以上(b)点，工作组在与特别报告员磋商后确定了由秘书长送交各国的一份调查表的大纲，请

<sup>185</sup> 《大会正式记录，第五十一届会议，补编第 10 号》(A/51/10)，第 230 页和第 328-329 页。

<sup>186</sup> 大会正式记录，第五十二届会议，补编第 10 号》(A/52/10)，第 196-210 段和第 194 段。

<sup>187</sup> 同上，第 212 和 234 段。

<sup>188</sup> A/CN.4/486。

<sup>189</sup> 见《大会正式记录，第五十三届会议，补编第 10 号》(A/53/10)，第 192-201 段。

<sup>190</sup> A/CN.4/500 和 Add. 1。

各国提供有关材料，通报本国在单方面行为领域的实践及其对委员会专题研究所涉某些方面内容的立场。

241. 委员会 2000 年第五十二届会议审议了本专题特别报告员的第三次报告<sup>191</sup>以及各国对 1999 年 9 月 30 日分发的本专题问题单的答复。<sup>192</sup>委员会在 2000 年 6 月 7 日第 2633 次会议上决定将订正的第 1 条和第 4 条草案移交起草委员会并将订正的第 5 条草案移交本专题工作组。

242. 委员会 2001 年第五十三届会议审议了特别报告员的第四次报告<sup>193</sup>并设立了一个不限名额的工作组。经工作组建议，委员会决定向各国政府发一份调查表，请它们就其作出和解释单方面行为的实践提供进一步资料。

243. 委员会 2002 年第五十四届会议审议了特别报告员的第五次报告，<sup>194</sup>以及各国对 2001 年 8 月 31 日发出的关于此专题的调查表作出的答复。<sup>195</sup>委员会还设立了一个不限名额的工作组。

## B. 本届会议审议这个专题的情况

244. 委员会本届会议收到了特别报告员的第六次报告(A/CN.4/534)。委员会在分别于 2003 年 7 月 7 日至 11 日举行的第 2770、2771、2772、2773 和 2774 次会议上审议了第六次报告。

245. 在第 2771 次会议上，委员会设立了不限名额的国家的单方面行为工作组，由阿兰·佩莱先生担任主席。工作组举行了 6 次会议(见下文 C 节)。

### 1. 特别报告员介绍其第六次报告

246. 特别报告员说，正如委员会一些委员和第六委员会一些代表所建议的，第六次报告十分初步和概括地处理了一种单方面行为——承认，并对国家的承认给予了特别的重视。

247. 严格地界定单方面行为的性质不是易事，但这绝不是说它不存在。毫无疑问，以单方面行为形式出现的声明可以产生创立法律义务的效果，正如国际法院在对“核试验”案的裁决中所指出的。

248. 特别报告员提到，委员会曾在 1997 年指出，本专题已经成熟，已有可能进行编纂和逐渐发展工作。

<sup>191</sup> A/CN.4/505。

<sup>192</sup> A/CN.4/500 和 Add. 1。

<sup>193</sup> A/CN.4/519。

<sup>194</sup> A/CN.4/525 和 Add. 1、Corr. 1、Corr. 2(只更正阿拉伯文和英文本)和 Add. 2。

<sup>195</sup> A/CN.4/524。

249. 然而，各国政府提供的意见尚不多，而这些意见对于审议本专题具有根本的意义。对这方面的实践尚未给予充分的分析，这正是特别报告员遇到的主要障碍之一。

250. 各国经常作出单方面行为，但在不知道各国意见的情况下，很难确定行为的性质究竟如何：作出单方面行为的国家是想获得法律义务？还是它认为该行为具有约束力？还是简单地认为它作为一项政策声明，是外交实践的结果？

251. 很难说委员会的工作最后将呈什么样的形式。特别报告员指出，如果事实证明不可能起草关于单方面行为的一般规则或具体规则，那么可以考虑是否能在一般原则基础上拟定一些指导方针，这将使各国能够行动，并将能够提供必要的实践，在此基础上便可开展编纂和逐渐发展的工作。不论最后得到什么样的成果，特别报告员认为适用于一般单方面行为的规则是可以确立的。

252. 首先，一般单方面行为和具体的承认行为必须由获得了授权可以在国际一级行动并可以对自己代表的国家产生约束力的人作出。而且，单方面行为必须是自由表达出来的，而这一点使行为的有效性受到各项条件的限制。

253. 单方面行为的约束性或许可用一项具体规则——“*acta sunt servanda* (行为具有约束性)”为基础，而这项具体规则是从关于条约法的规则“*pacta sunt servanda* (条约必须遵守)”得来的。另外，作为一项一般原则，可以这样说：一项单方面行为对一国具有约束力始自该行为作出的那一刻或自该国表示其意愿的声明所载明的那一刻。该行为自此之后便具有约束力了。同样，该行为不能由行为者单方面修改、暂停、取消；该行为的解释必须依据严格的标准。

254. 第六次报告的目的是将“承认”这一具体实际行为的定义和考察与委员会关于一般单方面行为的工作融为一体。

255. 第一章处理了各种形式的承认，最后提出了一个大致的定义，这个定义可以与一般单方面行为的定义草案统一起来。特别报告员试图表明，委员会所考虑的定义可以包含由承认所构成的那一类具体行为。最重要的问题是确定这种单方面行为是否属于用意是为了产生某些法律效力的单方面表达意愿的行为。

256. 特别报告员说，“承认”这一制度并不总是与单方面的承认行为相吻合。一国可以通过一系列行为来承认一种形势或法律要求。他认为，对于无疑会产生法律效力的隐含的承认，可以将之排除在委员会正试图界定的行为的研究范围之外。

257. 例如，对于被解释为承认的沉默，如“柏威夏庙宇”案或“印度境内通过权”案中的沉默，必须将之排除在确切的单方面行为范围之外，即使沉默会产生法律效力。

258. 以条约为基础的承认、通过联合国决议表示的承认行为以及源自国际组织的行为也应排除在研究范围之外。

259. 在第一章，特别报告员提出了一些对于通过单方面承认行为的定义草案极为重要的问题，特别是相对于作出这样的行为的标准及其任意决定性质而言。

260. 关于承认行为的作出，似乎没有任何标准。国家的承认以及对交战状态、叛乱状态或中立状态的承认似乎也都不受具体标准的约束。这一点似乎同样适用于涉及领土的形势。

261. 特别报告员提到了不承认。可以禁止一国承认事实上的或法律上的形势，但一国没有义务采取行动或作出此种不承认行为。

262. 报告还概括地讨论了这样的可能性：承认行为除了声明性质的以外，还可能附加上一些条件，这一点似乎与单方面行为的性质不一致。

263. 行为国的意图是一个重要的因素，因为该行为的法律性质在于表达其承认之意图，在于引发一种期待。

264. 特别报告员认为，承认行为所采取的形式，不论是书面形式还是口头形式，其本身是不重要的。最好的做法是留下为承认的目的而明确作出的承认行为。承认行为的定义载于报告第 67 段。

265. 报告的第二章简要地处理了单方面承认行为的有效性问题，严格地沿用了在一般单方面行为方面确立的先例：国家和个人的能力；对象国表示意愿；合法客体；以及更具体地说，遵守强制性国际法准则。

266. 第三章考察了具体的承认行为的法律效力问题以及该行为约束性的基础，再次提到了一般单方面行为的先例。特别报告员尤其指出，根据大多数法学作者的观点，承认行为是宣示性的，而不是构成性的。

267. 作出承认的国家必须依言行事，这和遵守不容反悔原则时的情况一样。从作出声明的那一刻起或从声明载明的时间起，对象国或其他国家可要求行为国依其声明行事。

268. 一般单方面行为和具体的承认行为所具有的约束性必须有所依据。因此，通过了一项基于“条约必须遵守”并被称作“行为具有约束性”的规则。在处理单方面行为问题时，法律的确定性也必须是追求的目标。

269. 第四章概括地处理了承认行为的适用问题，以求就下述问题得出结论：一国能否及在什么条件下可以取消一项单方面行为。该章还简要地提到了在涉及国家的承认这一具体情况时，该种承认行为在空间和时间上的适用问题。

270. 另外考察了单方面行为的修改、暂停、取消问题，即各国能否修改、暂停或取消单方面行为，就像它们作出这种行为一样。可以确立一项一般原则，即行

为者不能单方面终止行为，除非该行为里含有可以这样做的规定或者情况发生了根本的变化。行为的取消将取决于对象国的行为和态度。

271. 最后，特别报告员说，第六次报告是一份概括性的报告，需要开展进一步的审议，以确定委员会应如何完成关于此专题的工作。确立一些一般原则是值得做的事情；对于有关的实践，也应加以研究。文献方面的一些研究工作也正在做。

## 2. 辩论概况

272. 好几位委员重申了本专题的重要性，因为国家实践表明，单方面行为引起国际义务并在国际关系中发挥着实质性作用，正如国际法院审理的一些案件所证明的那样。因此有必要为了维护法律安全，为这类行为规定一些规则。各国宜知道单方面表达其意愿或意图在远离任何基于条约的联系的情况下，何时会构成自己的承诺。具体地说，在某些问题上可以寻求一种解释，例如一个主权国家何以因表达其意愿而使自己陷入困境，或者它是如何从其主权中获得法律义务的，即使它不一定与另一国发生关系。

273. 有的委员提请注意如下事实，即在介绍其第六次报告的过程中，特别报告员自己似乎也对单方面行为的存在表示了疑问。在这方面，有的委员表示，这一专题尚不适合进行编纂，因为它不是作为一个法律制度而存在；按照这一思路，单方面行为仅仅描述了各国之间的非正式交往这一社会学现实，这种非正式交往有时导致它们受其行动约束。因此，试图将这些行为正式归类是不适当的。或许根据国家和政府的承认方面的实践。可以制定一些规则或指导方针，当然这些规则或指导方针肯定不会像条约法中的规范那么精确或详细。

274. 但是另一种意见认为，借口缺乏一致性和法律品格而否认单方面行为的存在是站不住的，因为大量存在的证据和国际关系现实否定了这一立场。可以说，条约本身也可包含在国家交往的社会学现实的含义范围内。

275. 人们承认，这一专题是复杂的，它提出了一些极为困难的问题，例如此专题与条约法的关系；单方面行为的主题事项极易受到重复归类；行为的非正式性问题；单方面行为的概念过于狭窄；在国内立法中，对单方面行为缺乏明确的法律立场。

276. 一种意见认为，本专题工作的首要目标应是确定单方面行为有何法律效力，而不是对单方面行为制度的每一方面都进行描述。另一个需要决定的事项是：委员会是打算单独围绕单方面行为进行编纂工作，还是也打算把国家的行为也包括在内？在这方面，有的委员指出，如果将专题的范围作宽泛的解释，把国家的行为包括在内，那么委员会已经极为困难的工作会变得寸步难行。

277. 特别报告员试图按委员会的要求，在通过一些一般性结论之前，先提供对主要单方面行为的分析。对此，有的委员指出，第六次报告没有产生预想的结果，

该报告条理不够清晰，语句重复，与前任的报告也不一致。被注意到的另一点是，对于未来如何行动，报告没有提出任何建议，它似乎只是建议放弃拟定条款草案的做法，而倾向于拟定不那么严格的指导方针。报告论述了承认的各主要方面，但根据的是非常理论和抽象的构想；如果能提及围绕此专题存在着哪些基本的学术著作，则会更有帮助。另外，对国家实践的考察有限。分析应侧重每一种单方面行为上存在的有关国家实践以及单方面行为的法律效力、有效性的条件以及取消和终止等问题。需要通过对国家实践的评估，来确定国家实践是仅仅反映了具体的要素，还是可以构成一些关于单方面行为的更为一般性的原则。此外，报告没有着重讨论对单方面行为的规则直接有影响的承认行为。有的委员还说，报告虽然处理了一些有启发性的问题，但也使委员会远离了其最后目标，即确定承认在多大程度上产生法律效力。

278. 对特别报告员使用的方法也表示了一些疑问。他原先采用的是整体性论述的办法，而现在改成了逐案研究的办法，以求找出适用于所有单方面行为的一般规则。不清楚的是，他的专题研究如何与本专题工作的最终目标统一起来，即拟定条款草案，使各国能够认识到它们何时会因正式表达其意愿而陷入无法自拔的境地。在这方面，有的委员提议使用一种详细的表格，用栏列出各类单方面行为，用行列出需要处理的问题。这样的表格可能有用。如果在各类行为里发现了共同要素，那么就能归纳出适用于单方面行为的一般规则，这些一般规则可发展成为条款草案的实质内容。

279. 另一方面，也有委员说，就单方面行为制作一个分析表格需要花费大量的时间，其作用也许会令人失望；实际上要处理的问题恰恰是委员会应研究哪些单方面行为。根据委员会数年前确立的最初标准，目标不是研究单方面行为本身，而是研究作为国际法渊源的单方面行为。

280. 根据另一种意见，问题的核心在于界定一项行为或意愿的表达引起国家责任所依赖的手段或程序，而这一目标是不能通过研究单个行为或行为类别而实现的。然而也有委员指出，为一项单方面行为寻找手段要比为条约寻找困难得多。

281. 鉴于本专题的工作早在 1996 年就开始了，有的委员对于继续讨论方法问题表示一定的关切。

282. 对于处理本专题的最佳途径，存在着不同的意见。有的委员提议，应再次谋求为所有单方面行为拟定共同规则并完成这样的努力，然后再开始第二阶段的工作，即拟定适用于特别事项的不同的规则。另一方面，有的委员觉得，根据国家实践，产生国际义务的单方面行为是可以查明的，若干适用的规则是可以拟定的。也有的委员表示，以条约式条款的形式拟定一般原则似乎与本专题的主题事项的性质不符。也有的委员对于能否超出查明一般原则这一范围表示怀疑。根据一种意见，讨论委员会的工作可能会有什么成果为时尚早。

283. 有一种意见认为，为本专题的工作寻找取得进展的途径并不是特别报告员一个人的责任，整个委员会应协助他找到拟定一套单方面行为规则的适当方法。

284. 有一种意见认为，第六次报告对承认制度与单方面承认行为作了不当的区分；据认为离开其中一项，是无法讨论其中另一项的。承认概念和它对单方面行为的意义需要得到更清楚的界定。有的委员对于存在着被称作承认的单一行为的说法表示怀疑。

285. 对于试图将维也纳制度适用于单方面行为这一点，有的委员指出了好几项局限性。例如，在处理承认的条件时，报告过于僵硬地遵从了订立条约方面所遵循的惯例。

286. 此外，有委员说，第六次报告几乎要探讨作为制度的国家承认，因为这是另一个题目，与委员会议程上的题目不同。

287. 有委员表示，报告中提出的好几个问题，其中包括被联合国接纳为会员国是否构成一种集体承认、不承认是否具有任意决定性质、在某些情况下撤回承认是否可行等，均需要进一步研究。尽管特别报告员认为默示承认与本研究无关，但有人指出，鉴于承认行为不必有任何形式，由此必然得出的结论是，默示承认是可能存在的。

288. 也有委员说，第六次报告把着眼点放在国家的承认这一类别上，是选择不当，很可能有害而无益，因为这涉及使用太多的具体问题作为得出结论的根据。表达的意见是，国家和政府的承认都是任意决定的，法律标准不适用于它们。

289. 有一种意见认为，报告所举的不承认的例子并不是真正的单方面行为，因为在这些情况下不给予承认的法律义务源于有关组织的有关决议。

290. 有委员指出，围绕承认是宣示性的还是构成性的这一问题进行的讨论通常涉及承认的后果，而不是承认的性质，但特别报告员采用了后一种处理办法。虽然多数作者认为承认是宣示性的，但这种解释并没有覆盖所有案例：对国家实践进行考察之后，可以得出相当不同的结论。从总体上说，承认的效果可能更多地是构成性的，而不是宣示性的。另外，即使国家的承认是宣示性的，但相对于国家的承认而言是准确的结论不一定相对于其他实体的承认而言也是准确的。

291. 一些委员突出地强调了承认的任意决定性质以及下述事实：承认越来越多地由纯政治的标准和条件相伴随，而这些标准和条件超出了传统的考虑。

292. 有委员指出，承认的效力会出现不同，取决于具体的承认类型。例如国家的承认的效力就十分不同于对一国领土管辖权扩大的承认。除了承认的客体之外，效力还取决于其他因素，例如对象国的反应。例如，如果对象国没有反应，那么表示承认的国家就完全可以收回自己的行为。因此，不能将不同的概念混为一谈。

293. 有委员指出，对各种行为作出的区分不是十分清楚。如果能在报告里讨论一下承认是一种接受或默认或者是别的什么东西，可能会有所帮助。在这方面，提到了如下事实：国际法院往往把“承认”理解为一种接受或默认；这对于承认的一种具体后果的存在并没有提供足够的支持。因此对此问题需要做进一步的研究。虽然特别报告员经常提到与承认相似的概念，如默认和接受，但这些概念绝非一回事。特别报告员还提到不承认行为，不用说，这似乎与另一个类别即抗议更为接近。此外，沉默和默认不是同义词，特别是在涉及领土问题时。在处理这些概念，尤其是将其应用于强国与弱国的关系时，必须格外小心。

294. 另一种意见认为，在讨论国家的承认时，特别报告员丝毫没有提及传统上对法律上的承认与事实上的承认的区分，这种区分假定了行为国在收回其承认方面存在着各种水平的能力。法律上的承认是确定的，而事实上的承认是有条件的。

295. 有的委员对报告中的下述说法表达了怀疑：只有当具体条件满足时，承认行为的修改、暂停或取消才是可行的。

296. 关于建立和暂停外交关系的后果问题，有一种意见认为，事实上的承认不同于默示承认，前者是临时的，不涉及任何具有约束力的法律行为，而在作出单方面行为时，一方表达了其承担某些义务的意愿。建立外交关系可以视为等同于一项法律行为的承认，但也仅止于此。有委员认为，通过建立外交关系或因其他协议而发生的承认，以及因国际组织的决定而导致的承认，均应排除在本报告范围之外。

297. 有一种意见认为，特别报告员所引证的“行为具有约束性”(*acta sunt servanda*)原则必须纳入到委员会的结论中，但须附上一项“情势变迁条款”，意思是如果情况发生的根本性变化可以影响到单方面行为的客体，那么单方面行为本身也可能受到影响。另外，提到了诚意原则对于履行单方面行为产生的义务的重要性。

### 3. 特别报告员的总结

298. 特别报告员指出，辩论再次突出显示了本专题所造成的困难，这种困难不单涉及实质内容，而且涉及拟采用的方法。

299. 绝大多数委员同意认为单方面行为的确是存在的。但是有一些委员觉得本专题的范围应超出严格意义上的单方面行为，应包括可产生法律效力的某些类别的国家行为。

300. 他指出，其第六次报告之所以着重讨论承认，是因为委员会在 2002 年曾要求他沿着这一方向开展工作，但他在报告里试图揭示单方面承认行为的一般特性，而不是介绍对承认制度本身的研究。第六次报告的主要目的是表明单方面行为定义接近委员会前些年所分析的严格意义上的单方面行为定义草案。

301. 特别报告员不敢肯定的是，研究不同类型的单方面行为是不是开展本专题工作的最好办法。在好几个问题上，委员会内部显然存在着重要的意见分歧。分歧所涉及的主要方面之一事关本专题的范围，一些委员建议将范围扩大，以便把国家行为也包括在内。这样的变动肯定会影响到他在先前的报告里所做的工作，因为那些报告把这种行为排除在外了。

302. 在满足某些条件的前提下，实践中经常看到承认，所以承认值得进一步的研究。他指出，一些国家是接受集体承认的。关于单方面行为的取消，可以得出这样的结论：限制性的处理办法是最好的办法；不这样做，则会导致对“行为具有约束性”（*acta sunt servanda*）和诚意原则都提出疑问。

### C. 工作组的报告

303. 委员会在2003年7月31日第2783次会议上审议并通过了工作组报告第1和第2部分所载的建议，<sup>196</sup>这些建议载录如下：

#### 1. 本专题的范围

304. 经过相当冗长的讨论以后，工作组议定了下列折衷案文，以协商一致方式予以通过。同任何折衷案文一样，这份案文是以互相退让以后的立场为依据，任何一方都不满意，但能够接受。

305. 工作组强烈建议委员会批准这项折衷，并将其视为供特别报告员继续今后工作和委员会本身的讨论的指南，应该不要疑虑，否则，关于本专题的工作就会再度停顿下来，重犯以往的错误，给予特别报告员的各种指示互相矛盾，是造成现况的一部分原因。

306. 本工作组认为，已达成的共识持平地兼顾了工作组成员们表示的、反映整个国际委员会关于本专题范围的不同意见。

#### 建议 1

1. 为了本研究的目的，国家的单方面行为是指国家表达意愿或同意的声明，通过此声明，国家欲使国际法上的义务或其他法律效力产生。

#### 建议 2

2. 本研究也应处理在若干情况下可能在国际法上产生与上述单方面行为所产生的相类似的义务或其他法律效力的国家的行为。

<sup>196</sup> A/CN.4/L.646。

### 建议 3

3. 在与第 1 段中所述单方面行为有关的方面，本研究将提议附有评注的条款草案。在与第 2 段中所述的行为方面，本研究将审查国家实践并于适当情况下通过一些准则/建议。

## 2. 工作方法

307. 工作组本来愿意向委员会提交具体建议，阐明为了达成上面所界定的目标所应遵循的方法。遗憾的是，工作组没能在现有期间内这么做，只能提出下列建议，特别报告员不妨在其下次报告中考虑到这些建议。

308. 特别报告员是应为这些建议负主要责任的人，他告知工作组：在马拉加大学和非法研讨会学员的协助下，已经收集了大量有关国家实践的文献。

### 建议 4

4. 特别报告员将提交委员会下届会议的报告将尽可能完整地专门介绍单方面行为方面的国家实践。这份报告也应该载述行为人所提供的资料和其他国家或有关行为人的反应。

### 建议 5

5. 收集到的实际材料的内容也应该：不仅能够确定可严格适用于单方面行为的规则以期起草附有评注的条款草案，也能够确定可能适用于产生类似效力的国家行为的规则。

### 建议 6

6. 对国家实践有秩序地分类以后，应该尽可能回答下列问题：

国家采取单方面行为的原因为何？

对于国家的明示承诺或暗示承诺的效力，其标准为何？尤其是，但不排除其他因素，对于应为该行为负责的机关的权限来说，其相关的标准为何？

在何种情况和哪些条件下，单方面承诺可以修改或撤回？

### 建议 7

7. 在其下一次报告中，特别报告员将不提交能够从到迄今已提交的材料中推论出来的法律规则。这些规则将在稍后提交的报告中载述，以便起草特定的条款草案或建议。

## 第八章

### 对条约的保留

#### A. 引言

309. 大会 1993 年 12 月 9 日第 48/31 号决议批准了国际法委员会关于在其议程中列入“与对条约的保留有关的法律与实践”专题的决定。

310. 委员会 1994 年第四十六届会议任命阿兰·佩莱先生为这个专题的特别报告员。<sup>197</sup>

311. 委员会 1995 年第四十七届会议收到并且讨论了特别报告员的第一次报告。<sup>198</sup>

312. 讨论以后，特别报告员根据委员会对这个专题的审议情况归纳出下列结论：专题的标题应为“对条约的保留”；研究结果应该采取保留实践指南的形式；委员会对于这个专题的工作应该采取灵活的方式；委员会的协商一致意见认为不应对 1969 年、1978 年和 1986 年《维也纳公约》的相关条款作出任何改动。<sup>199</sup> 委员会认为，上述结论是大会 1993 年 12 月 9 日第 48/31 号决议和 1994 年 12 月 9 日第 49/51 号决议要求进行的初步研究取得的成果。就《实践指南》来说，它将采取对国家和国际组织的实践有帮助的附有评注的准则草案的形式，在必要情况下，这些准则将附有示范条款。

313. 委员会于 1995 年按照以往的做法，<sup>200</sup> 授权特别报告员编写一份关于对条约的保留的详细问题单，以确定国家和国际组织——尤其是多边公约的保存者——的实践和遇到的问题。这份问题单由秘书处寄出。大会 1995 年 12 月 11 日第 50/45 号决议注意到委员会的结论，请它按照其报告中所载述的方针继续工作，并请各国对问题单作出答复。<sup>201</sup>

314. 委员会 1996 年第四十八届会议收到了特别报告员关于这个专题的第二次报告。<sup>202</sup> 特别报告员在报告中附载了国际法委员会关于对多边规范性条约——包括人权条约——的保留问题的一份决议草案，将其提交大会，要求注意并澄清这个事项所涉及的法律问题。<sup>203</sup> 但是，由于时间不够，委员会未能审议这份报告和

<sup>197</sup> 《大会正式纪录，第四十九届会议，补编第 10 号》(A/49/10)，第 382 段。

<sup>198</sup> A/CN.4/470 和 Corr. 1。

<sup>199</sup> 《大会正式纪录，第五十届会议，补编第 10 号》(A/50/10)，第 491 段。

<sup>200</sup> 见《1993 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 286 段。

<sup>201</sup> 到 2003 年 7 月 31 日为止，有 33 个国家和 25 个国际组织答复了问题单。

<sup>202</sup> A/CN.4/477 和 Add. 1。

<sup>203</sup> 《大会正式纪录，第五十一届会议，补编第 10 号》(A/52/10)，第 137 段。

决议草案，不过，有些委员对报告发表了意见。因此，委员会决定将这个专题的辩论推迟到下一年。

315. 委员会 1997 年第四十九届会议再度收到特别报告员关于这个专题的第二次报告。

316. 经过辩论以后，委员会通过了关于对规范性多边条约——包括人权条约——的保留问题的初步结论。<sup>204</sup>

317. 大会 1997 年 12 月 15 日第 52/156 号决议注意到委员会的初步结论，并注意到委员会请所有愿意这样做的由规范性多边条约设立的条约机构以书面方式就这些结论提出评论和意见，同时提请各国政府注意国际法委员会很需要得到它们对初步结论的意见。

318. 委员会 1998 年第五十届会议收到了特别报告员关于这个专题的第三次报告，<sup>205</sup> 其中载述了对条约的保留和解释性声明的定义。委员会同一届会议暂时通过了六条准则草案。<sup>206</sup>

319. 委员会 1999 年第五十一届会议再度收到特别报告员第三次报告中没有足够时间在其第五十届会议上予以审议的部分和关于这个专题的第四次报告。<sup>207</sup> 此外，本报告附载了关于本专题的经过修订的参考书目，最初书目已由特别报告员在 1996 年附载于第二次报告之后。<sup>208</sup> 第四次报告也述及了保留的定义和解释性声明的问题。在同一届会议上，委员会暂时通过了 17 条准则草案。<sup>209</sup>

320. 鉴于对解释性声明的考虑因素，委员会通过了准则草案 1.1.1 [1.1.4] 的新案文和没有标题或编号的准则草案（它已经成为准则草案 1.6（定义的范围））。

321. 委员会 2000 年第五十二届会议收到了特别报告员关于本专题的第五次报告，<sup>210</sup> 报告一方面述及替代保留和解释性声明的程序，另一方面也谈到了保留和解释性声明的程序，尤其是其拟订方法和提出过迟的问题。在该届会议上，委员会暂时通过了五条准则草案。<sup>211</sup> 委员会将载于 A/CN.4/508/Add.3 和 Add.4 中的特别报告员第五次报告的第二部分推迟至下届会议审议。

<sup>204</sup> 《大会正式记录，第五十二届会议，补编第 10 号》(A/52/10)，第 157 段。

<sup>205</sup> A/CN.4/491 和 Corr.1 (只更正英文本)，A/CN.4/491/Add.1, Add.2 和 Corr.1, Add.3 和 Corr.1 (只更正中文、法文和俄文本)，Add.4 和 Corr.1, Add.5 和 Add.6 和 Corr.1。

<sup>206</sup> 见《大会正式记录，第五十三届会议，补编第 10 号》(A/53/10)，第 540 段。

<sup>207</sup> A/CN.4/499。

<sup>208</sup> A/CN.4/478/Rev.1。

<sup>209</sup> 《大会正式记录，第五十四届会议，补编第 10 号》(A/54/10)，第 470 段。

<sup>210</sup> A/CN.4/508/Add.1 至 4。

<sup>211</sup> 《大会正式记录，第五十四届会议，补编第 10 号》(A/54/10)，第 470 段。

322. 委员会 2001 年第五十三届会议先是收到了关于保留和解释性声明的程序问题的第五次报告第二部分(A/CN.4/508/Add.3 和 Add.4)，接着收到了特别报告员的第六次报告(A/CN.4/518 和 Add.1 至 3)，该报告的内容涉及提出保留和解释性声明的方式(包括其形式和通知)和保留和解释性声明的公开宣布(通报、接受人和保存人的义务)。

323. 委员会同一届会议暂时通过了 12 条准则草案。<sup>212</sup>

324. 委员会 2002 年第五十四届会议收到了特别报告员的第七次报告(A/CN.4/526 和 Add.1 至 3)，涉及保留和解释性声明的提出、修改和撤回。委员会在同一届会议上暂时通过了 11 条准则草案。<sup>213</sup>

325. 在 2002 年 7 月 31 日第 2739 次会议上，委员会决定将下列准则草案提交起草委员会：2.5.1 (撤回保留)、2.5.2 (撤回的形式)、2.5.3 (定期审查保留的功用)、2.5.5 (在国际上撤回保留的权限)、2.5.5 之二(在内部撤回保留的权限)、2.5.5 之三(违反与撤回保留有关的内部规则在国际上不产生后果)、2.5.6 (撤回保留的告知)、2.5.6 之二(撤回保留的告知程序)、2.5.6 之三(保存人的职能)、2.5.7 (撤回保留的后果)、2.5.8 (在反对保留同时反对条约对提出保留的国家或国际组织生效的情况下撤回保留的后果)、2.5.9 (撤回保留的生效日期)(包括相关的示范条款)、2.5.10 (保留国可以单方面确定撤回保留生效日期的情况)、2.5.11 (部分撤回保留)和 2.5.12 (部分撤回保留的后果)。

## B. 本届会议审议这个专题的情况

326. 委员会本届会议收到了特别报告员的第八次报告(A/CN.4/535 和 Add.1)，涉及撤回和修改保留和解释性声明以及反对保留和解释性声明的提出。

327. 委员会在 2003 年 7 月 25 日至 31 日第 2780 至 2783 次会议上审议了特别报告员的第八次报告。

328. 委员会在 2003 年 7 月 31 日第 2783 次会议上决定将准则草案 2.3.5“扩大保留的范围”、<sup>214</sup> 准则草案 2.4.9“更改解释性声明”、准则草案 2.4.10“更改有条件的解释性声明”、准则草案 2.5.12“撤回解释性声明”和准则草案 2.5.13“撤回有条件的解释性声明”提交起草委员会。

329. 在 2003 年 5 月 21 日第 2760 次会议上，委员会审议并暂时通过了下列准则草案：2.5.1(撤回保留)、2.5.2(撤回的形式)、2.5.3(定期审查保留的功用)、2.5.4[2.5.5](在国际上提出撤回保留)、2.5.5[2.5.5 之二，2.5.5 之三](违反

<sup>212</sup> 《大会正式记录，第五十六届会议，补编第 10 号》(A/56/10)，第 114 段。

<sup>213</sup> 《大会正式记录，第五十七届会议，补编第 10 号》(A/57/10)，第 50 段。

<sup>214</sup> 于表决后提交准则草案 2.3.5。

与撤回保留有关的内部规则在国际上不产生后果)、2.5.6(撤回保留的告知)、2.5.7[2.5.7, 2.5.8](撤回保留的后果)、2.5.8[2.5.9](撤回保留的生效日期)(连同示范条款A、B和C)、2.5.9[2.5.10](提出保留的国家或国际组织可单方面确定撤回保留生效日期的情况)、2.5.10[2.5.11](部分撤回保留)、2.5.11[2.5.12](部分撤回保留的后果)。这些准则已经在第五十四届会议上提交给起草委员会。

330. 在2003年8月…日第…次会议上,委员会通过了对上述准则草案的评注。

331. 这些准则草案及其评注转载于下文C.2节。

### 1. 特别报告员介绍其第八次报告

332. 关于对条约的保留的第八次报告(A/CN.4/535 and Add.1)分为引言和实质性部分。在引言中叙述委员会审议第七次报告的情况、第六委员会的反应、对条约的保留的最新发展情况;实质性部分一方面涉及扩大保留范围、撤回和修改解释性声明,另一方面则涉及对保留提出反对。

333. 特别报告员说,除了可能排除关于“显然[不允许]提出保留之情况下的程序”的准则草案2.1.8以外,第六委员会赞同地欢迎在第五十四届会议上通过的那些准则草案。关于被条约执行情况监测机关认定不允许的保留之撤回的准则草案“2.5.X”已被撤回,有关这一准则草案的讨论仍未能得出结论。

334. 特别报告员提到了一份文件:“消除种族歧视委员会就各项人权条约的保留意见问题提出的初步意见”,这份文件采取了一点也不墨守成规的着手方式。消除种族歧视委员会将与各国进行对话以鼓励彻底执行该《公约》。特别报告员会见了人权委员会、禁止酷刑委员会和经济、社会及文化委员会的委员,这是他从汲取的主要经验教训。<sup>215</sup>特别报告员也提到极为确切的事实:欧洲委员会法律事务处终于对关于保留的问题单第一部分提出了答复。

335. 关于第八次报告的结构,特别报告员认为,比较合理的做法是,在关于提出接受保留意见之程序的一章之前,用一章的篇幅叙述对保留的反对。

336. 第一章谈及扩大保留的范围、撤回和修改解释性声明。扩大保留的范围与过时提出保留的情况明显类似,因此,在这种情况下通过的限制(准则2.3.1至2.3.3)必须比照适用于判定保留范围的情况,也必须反映在联合国秘书长等保存人的近期实践上。因此,准则草案2.3.5<sup>216</sup>只是提到了适用于过时提出保留

<sup>215</sup> 参看A/CN.4/535,第18段。

<sup>216</sup> 这一准则草案读作如下:

2.3.5 扩大保留范围

修改一项现有的保留,以扩大保留范围,应依照[准则2.3.1、2.3.2和2.3.3所述的]过时提出保留适用的规则。

的规则。以委员会最近通过的、关于部分撤回保留的准则草案 2.5.10 为基础，其第 1 款不妨载列一个关于扩大的定义。

337. 关于撤回和修改解释性声明的国家实践极为稀少。根据准则草案 2.5.12,<sup>217</sup> 各国可随时撤回单纯的解释性声明，条件是该声明必须由主管当局作出。同样，单纯的解释性声明也可以随时修改(准则草案 2.4.9.)。<sup>218</sup> 由于修改单纯解释性声明和提出单纯解释性声明的规则相同，特别报告员认为，对(已经通过的)准则草案 2.4.3 和 2.4.6 的案文和评注稍做修改，把对解释性声明的案文和修改结合起来，也就够了。

338. 准则草案 2.5.13<sup>219</sup> 和 2.4.10<sup>220</sup> 载述撤回和修改有条件的解释性声明。特别报告员认为，很难确定，无论是单纯的或是有条件的解释性声明，经过修改以后，到底是得到加强还是受到限制。因此，修改有条件的解释性声明应该遵循适用于过时提出保留或加强一项保留的规则，而且其修改必须限于没有任何其他缔约方“反对”修改的情况。但是，撤回有条件的解释性声明似乎必须遵循关于撤回保留的规则。

339. 第二章述及提出反对，不曾在任何地方加以界定。特别报告员认为，这项定义的一个要素应该是必须提出反对的时刻，1969 年和 1986 年《维也纳公约》(第 20 条第 5 款)间接提到这个问题。意图是一项反对的关键要素，仲裁法庭在 *Mer d'Iroise* 案中对法国和联合王国关于划定大陆架界限的争端所做的裁决说明了

<sup>217</sup> 这项准则草案读作如下：

2.5.12 撤回解释性声明

除非条约另有规定，解释性声明可依照其提出时适用的同样程序，由[按照准则 2.4.1 和 2.4.2 的规定]有此权力的当局随时撤回。

<sup>218</sup> 这项准则草案读作如下：

2.4.9 修改解释性声明

除条约规定解释性声明必须在特定时间作出[或修改]外，解释性声明可以随时修改。

<sup>219</sup> 这项准则草案读作如下：

2.5.13 撤回解释性声明

撤回解释性声明应依照[准则 2.5.1 至 2.5.9 所述]撤回保留适用的规则。

<sup>220</sup> 这项准则草案读作如下：

2.4.10 修改有条件解释性声明

一国或一国际组织在表示同意受条约约束之后，不得修改有关该条约的有条件解释性声明，除非没有任何其他缔约方反对此一修改。

这一点。这是一个复杂的问题。准则草案 2.6.1<sup>221</sup> 提议拟订反对的定义，同时考虑到理论上的考虑因素和对实践的研究。但它不考虑一些因素，其中之一是提出保留的一国或一国际组织是否必须是缔约方，这个问题将在稍后的研究报告中处理。提议的定义也不对反对的效力采取立场。准则草案 2.6.1 之二<sup>222</sup> 是为了消除由于委员会以“反对”一词同时指对保留的反对和对提出过时保留的反对所引起的混淆。准则草案 2.6.1 之三<sup>223</sup> 提到对“全域”保留的反对，以完善反对的定义（准则草案 1.1.1）。

## 2. 辩论概况

340. 特别报告员提议的准则草案多半获得赞同，但还需要作一些澄清或微小的改动。有几个委员也对委员会和一些人权条约监督机构进行的意见交流表示满意。辩论基本上把重点放在准则草案 2.3.5(扩大保留的范围)和准则草案 2.6.1(对保留的反对的定义)。

341. 有几位委员指出，对保留的反对的定义涉及一些引人注目的问题的实质内容。

342. 有些委员认为，特别报告员的提议完全符合《维也纳公约》，其用意只是改编 1969 年和 1986 年针对反对提出的保留的定义，这种着手方式相当正确。他们认为，反对国的意图是定义草案中的一个关键要素，必须符合 1969 年《维也

<sup>221</sup> 这项准则草案读作如下：

### 2.6.1 对保留的反对的定义

“反对”是指一国或一国际组织对另一国或另一国际组织对条约提出的一项保留所作的单方面声明，不论其措词或名称为何，而该国或该组织意图藉此阻止此项保留所涉及的条约规定在提出保留者与提出反对的国家或国际组织之间在保留的范围内适用，或阻止条约在提出保留者与提出反对者之间的关系上生效。

另一个可能的办法是在一个准则草案中纳入准则草案 2.6.1 之三，措词如下：

### 2.6.1 对保留的反对的定义

“反对”是指一国或一国际组织对另一国或另一国际组织对条约提出的一项保留所作的单方面声明，不论其措词或名称为何，而该国或该组织意图藉此阻止此项保留所涉及的条约规定或整个条约的某些具体方面在提出保留者与提出反对的国家或国际组织之间在保留的范围内适用，或阻止条约在提出保留者与提出反对者之间的关系上生效。

<sup>222</sup> 这项准则草案读作如下：

### 2.6.1 之二 反对过时提出保留

“反对”也可以指一个国家或国际组织用来反对过时提出保留的单方面声明。

<sup>223</sup> 这项准则草案读作如下：

### 2.6.1 之三 反对的目的

一项反对，如果不是为了阻止条约在提出保留者与提出反对者之间的关系上生效，便是意图阻止此项保留所涉及的条约规定或整个条约的某些具体方面在提出保留者与提出反对的国家或国际组织之间在保留的范围内适用。

纳条约法公约》第二十一条第三款和第二十条第四款(乙)项的规定。定义中不得包括“准反对”或对保留持“等着瞧”的立场的字眼。

343. 另一种看法认为，特别报告员提议的定义不完全令人满意。

344. 据指出，根据《维也纳公约》，反对保留的法律效力并不确定，甚至可与接受保留的法律效力相提并论，因为保留所关涉的规定不能适用。但是，反对国的意图显然不接受保留，而是鼓励保留国撤回保留。因此，反对的定义应该反映反对国的真正意图，而不是要根据《维也纳公约》中所规定的反对保留的法律效力维系该项立场。

345. 国家实践的情况显示：有时候，反对国想要的效果与《维也纳公约》第二十条和第二十一条中所规定的效果并不相同。可能还会有如下各种反对类型：只拟排除保留所关涉的规定但也因而排除了条约的一个整体部分的反对；指出某一保留违反条约的目标和宗旨但也考虑到应在保留国和反对国之间建立条约关系的反对；甚至包括对“全域保留”的反对，意图藉此阻止整个条约的某些特定方面在保留的范围内适用(准则草案 2.6.1 之三包括了后面这一类型)。反对国的意图通常是确保某一保留不容反对。根据这个观点，准则草案 2.6.1 对于反对的定义应该扩大范围。

346. 在这方面，有人提到，反对的规则很不完善。有一种看法认为，适用合同中止学说(“超级上限”效力)的反对实际上并不是反对，这种论点违背了《维也纳公约》的一项基本原则，即：首先应该考虑国家的意图，不要拘泥于使用的术语。另一些委员认为，虽然一些独立机构(例如欧洲人权法院和美洲人权法院)作出了关于保留可否允许的裁决，合同中止学说还会引起争议，若各国(要在诸如人权条约的情况下)适用这种学说，更是难免争议。在这种情况下，一些国家为了维护条约的完整性，往往牺牲协商一致原则。

347. 这种看法认为，即使是引起争议的反对产生的法律后果不明确，也应该总是将其视为反对。因此，反对的定义的范围应该广泛得多，并且包括对保留的单方面反应的所有类型，例如意图防止对整个条约适用的反对和被称为“准反对”的反对。委员会也应该重新审议 1997 年考虑到条约的特定目标和宗旨并参照最近做法所作出的初步结论。应该在主权国家的同意和条约的完整性之间保持审慎均衡。

348. 有些委员指出，只有对反对的内容作一番分析才能够显示其背后的意图。另一种观点认为，从对上下文的分析可能看出，所关涉的内容是否正当的反对或者只是为了使保留国撤回其保留所做的另一种反应。但是，在这方面，也有人提到欧洲理事会部长委员会作为分析反对国意图的手段不认可对国际条约提出的保留的第 R(99)13 号建议。区域组织提出的这项建议显示：关于反对的实践正在出现。

349. 也有人说，意图不应该受到限制，因为特别报告员已经把它列入提案中，如果意图同反对的效力有联系，那就应该把对定义问题的审议推迟到审议了保留和反对的效力以后。另一种看法认为，特别报告员对《维也纳公约》的遵循过于盲从和拘泥。应该也考虑到国家实践。反对的定义应该灵活得多。这是在逐渐发展国际法方面的一个相当复杂的问题。

350. 也有人认为，虽然反对的定义应该考虑到“意图”，可以在拟订的案文中不提及反对的“效力”。为了避免拟订一个复杂和麻烦的定义，必须在列入的各项因素中作出选择。无论如何，应该区分对“可认可的”保留的反对和对“不予认可的”保留的反对。对这两类保留的反对的效力应该分别处理。也有人认为，应该搁置保留所关涉的规定是习惯性规则的情况。

351. 有人认为，反对国的定义应该以第二十三条第一款为基础，并且包括有资格成为条约缔约国的国家或国际组织。

352. 委员们普遍支持特别报告员的提议：拟订一项准则草案，以鼓励反对国解释其反对。

353. 对于准则草案 2.3.5，有些委员说，他们对扩大保留范围的可能性感到惊奇和关切。他们认为，过时提出保留和扩大保留范围之间有基本的差异。过时提出保留是某个国家忘记了本着善意在其批准书后附加保留，扩大保留的范围则是使条约和总的国际法驶入危险的航道。这种保留事实上是一项新的保留，会危害国际法律的确定性，与《维也纳公约》中对保留的定义背道而驰。因此，这是对权利的滥用，不应予以认可。也有人问起：是否有合法的理由可用于证明扩大保留范围是正当的做法。因此认定：过时提出保留的准则草案适用于扩大保留的范围的说法并不精确。

354. 因此，持这种意见的人认为，应该遵循欧洲理事会秘书长的实践，而禁止扩大保留的范围；这一准则草案要么不予列入《实践指南》，否则就应该规定很严格的要求。应该要求各国对这种实践提出意见。有一种看法认为，这项准则违反准则草案 2.3.4（“采用保留以外的其他程序事后排除或更改条约的法律效力”），因为从来不可能对早先作出的保留作出更宽泛的解释，即使条约缔约方同意了该项保留。此外，委员会在对准则草案进行二读期间，应该限制过时提出保留的可能性。

355. 但是，委员们多半同意：应该把扩大保留的范围视为过时提出保留，因为确实应该保持适用于过时提出保留的限制。在这方面，据指出，关于反对过时提出保留的准则草案 2.3.3 必须适应扩大保留范围的情况，因为在遇到反对的情况下，保留维持着原先的形式。排除扩大保留范围的可能性是过于僵化的做法。以某一区域的做法强加于世界上其他区域也不是明智的做法。

356. 若干委员认为，扩大保留范围的定义应该增加一个第二款。

357. 对于用语问题，若干委员同意特别报告员的看法，认为应该区分反对保留和反对过时提出保留的程序。目前，委员会不应该再度审议已经通过的决定。

358. 若干委员赞成关于更改和撤回(单纯的和有条件的)解释性声明的准则草案，他们说：应该把有条件的解释性声明视为保留。有一种看法认为，委员会应该拟订一项准则草案，限制会使解释性声明的范围扩大的更改。

359. 委员们普遍赞成委员会与人权条约监督机构进行意见交流。有几位委员还提请注意“保留对话”的重要性，特别报告员打算在下届会议提交一些准则草案。

### 3. 特别报告员的总结

360. 辩论结束以后，特别报告员说，委员会不应该回头审议自己通过的决定而对已经通过的一些准则草案提出质疑。不应该由于有些委员不认为关于扩大保留范围的规则符合适用于过时提出保留的规则就怀疑已经在 2001 年通过的关于过时提出保留的准则草案。关于扩大保留范围的准则草案精确地反映了他在第八次报告中举例说明过的实践情况，他不认为，任何国家有必要本着恶意扩大保留的范围。在一些情况下，可能会基于纯粹技术性的或立法上的考虑因素证明应当这样做。他还说，只要有任何一个国家反对，就能够防止扩大保留的范围。

361. 他不理解，为什么要把欧洲理事会秘书长作为保存人所采取的严格做法(其实并不象所声称的那么严格)强加于世界上其他地区，他认为，联合国秘书长的做法比较灵活，所以比较合适。总之，就扩大保留的范围来说，没有理由偏离关于过时提出保留的规则。

362. 关于反对的定义的准则草案 2.6.1, 特别报告员极为关注地听取了已经表达的各种意见。不过，他想驱除有关欧洲理事会部长委员会第 R (99) 13 号建议的一些混淆：对不予认可的保留的典型反应很明显地都是“反对”，都使用了这个术语。但是，国家对保留的反应并不总是这样，务必不要这样假定：若对某项保留作出反应的国家使用了不明确或含糊的术语，所作出的反应便是反对。仲裁法院在 1977 年说过：对某项保留的反应不一定是反对。务必不要以保留对话作为不明确或误解的借口。保留国和其他国家，无论是否反对，必须知道自己所持的立场，辨别真正的反对和不能称为反对的对于保留的反应。

363. 特别报告员认为，国家或国际组织的“意图”是反对的定义的关键要素，委员们似乎多半这样认为。这种意图显然要防止某项保留发生针对反对国的任何效力。在这方面，他认为，有超级最大效力的反对把意图表示到了极限，因为就一切实际目的来说，它“摧毁了”保留，所以他仍然对这种做法的效力持怀疑态度。总之，在对保留下定义时并没有考虑到可予认可的程度，因此对反对的定义也可以采取同样的做法，而不用担心反对的效力。因此，他提议重新拟订准则草案 2.6.1 的案文如下：

“‘反对’是指一国或一国际组织针对另一国或另一国际组织对条约的保留所作的单方面声明，无论其措词和名称为何，都是意图防止该项保留产生任何效力。”

364. 特别报告员提议，要么，把准则草案 2.6.1 的新案文提交起草委员会，要么，由委员会进一步加以审议，明年再作决定。他说，已经对关于撤回和更改解释性声明的其他准则草案发过言的委员们都表示赞成，但需要在文字上作一些润色。

365. 最后，特别报告员说，委员会仍须对有条件的解释性声明问题保持耐心。虽然它们不是保留（参看准则 1.2.1），似乎起到与保留类似的作用。必须就这个专题取得进展，以便确定这个单独的类别是否需要遵守与保留同样的规则。

366. 鉴于有若干委员表示关注，特别报告员打算提交一份准则草案，鼓励反对国说明提出反对的理由。

## C. 委员会迄今为止暂时通过对条约的保留准则草案案文

### 1. 准则草案案文

367. 委员会迄今为止暂时通过的准则草案案文载录如下。

#### 对条约的保留

##### 实践指南

##### 解释性说明

本“实践指南”中的一些准则草案附有示范条款。采纳这些示范条款可能在特定情况下具有好处。使用者应参照评注，以评估适合采用某一示范条款的情况。

### 1. 定义

#### 1.1 保留的定义<sup>224</sup>

“保留”是指一国或一国际组织在签署、批准、正式确认、接受、核准或加入条约，或一国发出继承条约的通知时所作的单方面声明，不论其措词或名称如何，该国或该组织意图藉此排除或更改条约中某些规定对该国或该组织适用时的法律效力。

<sup>224</sup> 对本条准则草案的评注，见《大会正式记录，第五十三届会议，补编第 10 号》(A/53/10)，pp. 196-199。

### 1.1.1[1.1.4]<sup>225</sup> 保留的目的<sup>226</sup>

保留的目的，是为了排除或更改条约中某些规定或整个条约的特定方面对提出保留的国家或国际组织适用时的法律效力。

### 1.1.2 可提出保留的情况<sup>227</sup>

可根据准则 1.1 提出保留的情况，包括以 1969 年和 1986 年《维也纳条约法公约》第 11 条提及的种种方式表示同意接受条约约束的时机。

### 1.1.3[1.1.8] 有领土范围的保留<sup>228</sup>

一国提出单方面声明，意图藉此排除条约或其中某些规定对某一领土的适用一如无此项声明条约即可适用，此项声明即构成保留。

### 1.1.4[1.1.3] 在通知领土内适用时提出的保留<sup>229</sup>

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

### 1.1.5[1.1.6] 旨在限制声明方义务的声明<sup>230</sup>

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

### 1.1.6 旨在以相当方式履行义务的声明<sup>231</sup>

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

### 1.1.7 [1.1.1] 联合提出的保留<sup>232</sup>

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。

<sup>225</sup> 方括号内的号数指本准则草案在特别报告员报告中的序号，或已并入准则草案最后案文的某一准则草案在特别报告员报告中的原号数。

<sup>226</sup> 对本条准则草案的评注，见《大会正式记录，第五十四届会议，补编第 10 号》(A/54/10)，pp. 210-217。

<sup>227</sup> 对本条准则草案的评注，出处同上，第五十三届会议，补编第 10 号(A/53/10)，pp. 203-206。

<sup>228</sup> 对本条准则草案的评注，同上，pp. 206-209。

<sup>229</sup> 对本条准则草案的评注，同上，pp. 209-210。

<sup>230</sup> 对本条准则草案的评注，出处同上，第五十四届会议，补编第 10 号(A/54/10)，pp. 217-221。

<sup>231</sup> 对本条准则草案的评注，同上，pp. 222-223。

<sup>232</sup> 对本条准则草案的评注，见《大会正式记录，第五十三届会议，补编第 10 号》，(A/53/10)，pp. 210-213。

### 1.1.8 根据排除条款作出的保留 <sup>233</sup>

一国或一国际组织在表示同意接受条约约束时，根据某一条款作出单方面声明，如该条款明确准许各缔约方或某些缔约方排除或更改条约中的某些规定对其适用的法律效力，此项声明即构成保留。

### 1.2 解释性声明的定义 <sup>234</sup>

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

#### 1.2.1 [1.2.4] 有条件的解释性声明 <sup>235</sup>

一国或一国际组织在签署、批准、正式确认、接受、核可或加入条约时提出单方面声明，或一国在通知对条约的继承时提出单方面声明，从而使该国或该国际组织同意受条约约束一事取决于对条约或对其某些规定的特定解释，此项声明即构成有条件的解释性声明。

#### 1.2.2 [1.2.1] 联合提出的解释性声明 <sup>236</sup>

若干国家或国际组织联合提出的解释性声明，不影响该解释性声明的单方面性质。

### 1.3 保留和解释性声明之间的区别 <sup>237</sup>

作为保留或解释性声明的单方面声明，其性质由它意图产生的法律效力决定。

#### 1.3.1 对保留和解释性声明加以区别的方法 <sup>238</sup>

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

<sup>233</sup> 对本条准则草案的评注，同上，第五十五届会议，补编第 10 号(A/55/10)，pp. 230-241。

<sup>234</sup> 对本条准则草案的评注，同上，第五十四届会议，补编第 10 号(A/54/10)，pp. 223-240。

<sup>235</sup> 对本条准则草案的评注，同上，pp. 240-249。

<sup>236</sup> 对本条准则草案的评注，同上，pp. 249-252。

<sup>237</sup> 对本条准则草案的评注，同上，pp. 252-253。

<sup>238</sup> 对本条准则草案的评注，同上，pp. 254-260。

### 1.3.2 [1.2.2] 措词和名称 <sup>239</sup>

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

### 1.3.3 [1.2.3] 在禁止保留时提出单方面声明 <sup>240</sup>

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

## 1.4 有别于保留和解释性声明的单方面声明 <sup>241</sup>

就条约提出的既非保留也非解释性声明的单方面声明不属于本实践指南的范围。

### 1.4.1 [1.1.5] 旨在作出单方面承诺的声明 <sup>242</sup>

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

### 1.4.2 [1.1.6] 旨在增添条约内容的单方面声明 <sup>243</sup>

一国或一国际组织提出单方面声明，意图藉此增添条约的内容，则此项声明构成更改条约内容的提议，不属于本实践指南的范围。

### 1.4.3 [1.1.7] 不予承认的声明 <sup>244</sup>

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

<sup>239</sup> 对本条准则草案的评注，同上，pp. 260-266。

<sup>240</sup> 对本条准则草案的评注，同上，pp. 266-268。

<sup>241</sup> 对本条准则草案的评注，同上，pp. 268-270。

<sup>242</sup> 对本条准则草案的评注，同上，pp. 270-273。

<sup>243</sup> 对本条准则草案的评注，同上，pp. 273-274。

<sup>244</sup> 对本条准则草案的评注，同上，pp. 275-280。

#### 1.4.4[1.2.5] 一般性政策声明 <sup>245</sup>

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

#### 1.4.5[1.2.6] 关于在内部履行条约的方式的声明 <sup>246</sup>

一国或一国际组织提出单方面声明以说明该国或该组织意图在内部履行条约的方式，如该声明的目的不在于影响其他缔约国的权利和义务，则此项声明构成解释性说明并且不属于本实践指南的范围。

#### 1.4.6[1.4.6, 1.4.7] 根据任择条款作出的单方面声明 <sup>247</sup>

一国或一国际组织根据条约某一条款作出单方面声明，如该条款明确准许各缔约方接受并非该条约加诸缔约方的一项义务，则此项声明不属于本实践指南的范围。

此项声明中载列的限制或条件不构成本实践指南所指的保留。

#### 1.4.7[1.4.8] 对条约规定作出选择的单方面声明 <sup>248</sup>

一国或一国际组织根据条约所载条款作出单方面声明，如该条款明确规定各缔约方须在条约的两项或几项条款之间作一选择，则此项声明不属于本实践指南的范围。

### 1.5 对双边条约的单方面声明 <sup>249</sup>

#### 1.5.1[1.1.9] 对双边条约的“保留” <sup>250</sup>

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

<sup>245</sup> 对本条准则草案的评注，同上，pp. 280-284。

<sup>246</sup> 对本条准则草案的评注，同上，pp. 284-289。

<sup>247</sup> 对本条准则草案的评注，同上，第五十五届会议，补编第 10 号，pp. 241-247。

<sup>248</sup> 对本条准则草案的评注，同上，pp. 247-252。

<sup>249</sup> 对本条准则草案的评注，同上，第五十四届会议，补编第 10 号，(A/54/10)，pp. 289-290。

<sup>250</sup> 对本条准则草案的评注，同上，pp. 290-302。

### 1.5.2 [1.2.7] 对双边条约的解释性声明<sup>251</sup>

准则草案 1.2 和 1.2.1 均适用于对多边和双边条约的解释性声明。

### 1.5.3 [1.2.8] 对双边条约的解释性声明获得另一缔约方接受所产生的法律效力<sup>252</sup>

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

## 1.6 定义的范围<sup>253</sup>

实践指南本章所载列的单方面声明的定义，不妨碍按照对它们适用的规则允许发表此类声明，也不影响此类声明的效力。

## 1.7 替代保留和解释性声明的程序<sup>254</sup>

### 1.7.1 [1.7.1, 1.7.2, 1.7.3, 1.7.4] 替代保留的程序<sup>255</sup>

为了达到与保留类似的效果，国家和国际组织也可采取替代程序，例如：

- 在条约中增列旨在限定其范围或适用的限制条款；
- 根据一条约的明确规定缔结协定，使两个或两个以上国家或国际组织可根据协定免除或更改该条约中的若干条款在它们之间的法律效力。

### 1.7.2 [1.7.5] 替代解释性声明的程序<sup>256</sup>

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

- 在条约中增列旨在解释该条约的规定；
- 为同一目的缔结补充协定。

<sup>251</sup> 对本条准则草案的评注，同上，pp. 302-306。

<sup>252</sup> 对本条准则草案的评注，同上，pp. 306-307。

<sup>253</sup> 对本条准则草案的评注，同上，pp. 308-310。

<sup>254</sup> 对本条准则草案的评注，同上，第五十五届会议，补编第 10 号，(A/55/10)，pp. 252-253。

<sup>255</sup> 对本条准则草案的评注，同上，pp. 253-269。

<sup>256</sup> 对本条准则草案的评注，同上，pp. 270-272。

## 2. 程序

### 2.1 保留的形式和告知

#### 2.1.1 书面形式<sup>257</sup>

保留必须以书面形式提出。

#### 2.1.2 正式确认的形式<sup>258</sup>

保留必须以书面形式正式确认。

#### 2.1.3 在国际一级提出保留<sup>259</sup>

1. 在不违反作为条约保存人的国际组织的惯例的情况下，以下人士有权代表一国或一国际组织提出保留，如果：

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

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

2. 以下人士因其职务无须出示全权证书，有权代表一国在国际一级提出保留：

(a) 国家元首、政府首脑和外交部长；

(b) 就对一国际会议通过的条约提出保留而言，各国派驻该国际会议的代表；

(c) 就对一国际组织或其机关通过的条约提出保留而言，各国派驻该国际组织或其机关的代表；

(d) 就对派驻国与国际组织间的条约提出保留而言，常驻该国际组织的代表团团长。

#### 2.1.4 [2.1.3 之二、2.1.4] 违反与提出保留有关的内部规则在国际一级不产生影响<sup>260</sup>

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

<sup>257</sup> 对本条准则草案的评注，见《大会正式记录，第五十七届会议，补编第 10 号》(A/57/10)，pp. 63-67。

<sup>258</sup> 对本条准则草案的评注，同上，pp. 67-69。

<sup>259</sup> 对本条准则草案的评注，同上，pp. 69-75。

<sup>260</sup> 对本条准则草案的评注，同上，pp. 75-79。

一国或一国际组织不得援引某项保留的提出违反了该国国内法规定或该组织有关提出保留的权限和程序的规则这一事实，认定该项保留无效。

#### 2.1.5 保留的告知<sup>261</sup>

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

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

#### 2.1.6[2.1.6、2.1.8] 告知保留的程序<sup>262</sup>

除非条约另有规定或各缔约国和缔约组织另有协议外，对条约之保留的告知：

- (一) 在没有保存人的情况下，应由提出保留者直接送交缔约国和缔约组织以及有资格成为该条约缔约方的其他国家和国际组织；或者
- (二) 在有保存人的情况下，应送交保存人，由他尽早告知所要送交的国家 and 组织。

保留的告知只有在该通知所要递交的国家或组织、或保存人收到该通知的情况下，才应视为提出保留的国家已告知保留。

可对保留提出反对意见的期间始于一国或一国际组织接到该项保留通知之日。

如果对条约的保留是以电子邮件或传真告知，必须以外交照会或保存人的通知加以确认。在这种情况下，告知被认为在电子邮件或传真之日期作出。

#### 2.1.7 保存人的职能<sup>263</sup>

保存人应审查由一国或一国际组织提出的对某一条约的保留是否具有应有的适当形式，并在必要时将问题提请有关国家或国际组织注意。

如果一国或一国际组织同保存人之间对保存人履行职能有分歧，保存人应将此问题：

- (a) 提请各签署国和签署组织以及缔约国和缔约组织注意，或

<sup>261</sup> 对本条准则草案的评注，同上，pp. 80-93。

<sup>262</sup> 对本条准则草案的评注，同上，pp. 94-104。

<sup>263</sup> 对本条准则草案的评注，同上，pp. 105-112。

(b) 在适当情况下提请有关国际组织的主管机关注意。

### 2.1.8 [2.1.7之二] 显然[不允许]提出保留之情况下的程序 <sup>264</sup>

如果保存人认为显然[不允许]提出某项保留，则应提请提出保留者注意保存人认为的构成这种[不能允许的状况]。

如果提出保留者坚持保留，保存人应将保留的案文告知各签署国和国际组织以及各缔约国和国际组织，并酌情告知有关国际组织的主管机关，说明该项保留所引起的法律问题的性质。

### 2.2.1 正式确认在签署条约时提出的保留 <sup>265</sup>

凡在签署须经批准、正式确认、接受、核准的条约时提出的保留，须由保留国或保留国际组织在表示同意接受条约约束时正式予以确认。遇此情形，该项保留应被认为在其确认之日提出。

### 2.2.2 [2.2.3] 在签署条约时提出的保留无须予以确认的情况 <sup>266</sup>

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

### 2.2.3[2.2.4] 条约明文规定可在签署时提出的保留 <sup>267</sup>

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

.....<sup>268</sup>

### 2.3.1 过时提出的保留 <sup>269</sup>

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

<sup>264</sup> 对本条准则草案的评注，同上，pp. 112-114。

<sup>265</sup> 对本条准则草案的评注，同上，第五十六届会议，补编第 10 号，(A/56/10)，pp. 465-472。

<sup>266</sup> 对本条准则草案的评注，同上，pp. 472-474。

<sup>267</sup> 对本条准则草案的评注，同上，pp. 474-477。

<sup>268</sup> 特别报告员提出的第 2.3 节，论及过时提出的保留。

<sup>269</sup> 对本条准则草案的评注，同上，pp. 477-489。

### 2.3.2 同意过时提出保留<sup>270</sup>

除非条约另有规定，或保存机构采取不同惯例，如一缔约方在收到通知之日起十二个月期限届满之后，仍未对一过时提出的保留提出反对，该保留应被认为已为该缔约方接受。

### 2.3.3 反对过时提出保留<sup>271</sup>

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

### 2.3.4 事后采用保留以外的方式排除或限制条约的法律效力<sup>272</sup>

条约缔约方不得通过下列办法排除或更改条约的各项规定的法律效力：

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

## 2.4 解释性声明的程序<sup>273</sup>

### 2.4.1 提出解释性声明<sup>274</sup>

被认为代表一国或一国际组织通过或认证一条约案文或表示该国或该国际组织同意接受一条约约束的人士必须提出解释性声明。

#### [2.4.2 [2.4.1 之二] 在内部一级提出解释性声明<sup>275</sup>

确定在内部一级提出解释性声明的主管机构和所应遵循的程序是每一国的国内法或每一国际组织的有关规则所处理的事项。

一国或一国际组织不得援引某项解释性声明的提出违反了关于提出解释性声明之权限和程序的国内法规定或国际组织规则的事实，认定该项声明无效。]

### 2.4.3 可以提出解释性声明的时刻<sup>276</sup>

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

<sup>270</sup> 对本条准则草案的评注，同上，pp. 490-493。

<sup>271</sup> 对本条准则草案的评注，同上，pp. 493-495。

<sup>272</sup> 对本条准则草案的评注，同上，pp. 495-499。

<sup>273</sup> 对本条准则草案的评注，同上，第五十七届会议，补编第 10 号(A/57/10)，p. 115。

<sup>274</sup> 对本条准则草案的评注，同上，pp. 115-116。

<sup>275</sup> 对本条准则草案的评注，同上，pp. 117-118。

<sup>276</sup> 对本条准则草案的评注，同上，第五十六届会议，补编第 10 号(A/50/10)，pp. 499-501。

**2.4.4 [2.4.5] 无须确认在签署条约时提出的解释性声明** <sup>277</sup>

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

**2.4.5 [2.4.4] 正式确认在签署条约时提出的有条件解释性声明** <sup>278</sup>

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

**2.4.6 [2.4.7] 过时提出解释性声明** <sup>279</sup>

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

**[2.4.7 [2.4.2、2.4.9] 提出和告知有条件的解释性声明** <sup>280</sup>

必须以书面方式提出有条件的解释性声明。

有条件的解释性声明也必须以书面方式正式确认。

有条件的解释性声明必须以书面方式告知缔约国、缔约组织以及有权成为该条约缔约方的其他国家和国际组织。

有条件的解释性声明涉及的现行条约如果是一国际组织的组织法或是建立一有权接受保留之机构的条约，也必须告知该组织或机构。]

**2.4.8 过时提出有条件解释性声明** <sup>281</sup>

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

<sup>277</sup> 对本条准则草案的评注，同上，pp. 501-502。

<sup>278</sup> 对本条准则草案的评注，同上，pp. 502-503。

<sup>279</sup> 对本条准则草案的评注，同上，pp. 503-505。

<sup>280</sup> 对本条准则草案的评注，同上，第五十七届会议，补编第10号(A/57/10)，pp. 118-119。

<sup>281</sup> 对本条准则草案的评注，同上，第五十六届会议，补编第10号(A/56/10)，pp. 505-506。本条准则(原2.4.7 [2.4.8])因第五十四届会议通过了新的准则草案而重新编号。

## 2.5 撤回和修改保留和解释性声明

### 2.5.1 撤回保留 <sup>282</sup>

除条约另有规定外，保留可随时撤回，无须经业已接受保留的国家或国际组织同意。

### 2.5.2 撤回的形式 <sup>283</sup>

撤回保留必须以书面提出。

### 2.5.3 定期审查保留的功用 <sup>284</sup>

对条约提出一项或多项保留的国家或国际组织应定期审查各项保留，并考虑撤回已不适用的保留。

在进行这样的审查时，国家和国际组织应对维护多边条约的完整性这一目标给予特别注意，并在必要时，尤其是根据其国内法自从提出保留以来的演变情况，考虑各项保留是否仍然有用。

### 2.5.4 [2.5.5] 在国际上提出撤回保留 <sup>285</sup>

1. 在不违反作为条约保存人的国际组织的惯例的前提下，下列情况中的人士有权代表一国或一国际组织撤回所提出的保留：

(a) 就撤回保留而言，该人士出示了适当的全权证书；或

(b) 从惯例或其他情况看，有关国家和国际组织有意认为该人士有权，无须出示全权证书撤回保留。

2. 以下人士因其职务无须出示全权证书，有权代表一国在国际上撤回保留：

(a) 国家元首、政府首脑和外交部长；

(b) 就撤回对一国际组织或该组织一个机关所通过的条约的保留而言，各国派到该国际组织或其机关的代表；

(c) 就撤回对委派国与一国际组织间的某项条约的保留而言，常驻该组织的代表团团长。

<sup>282</sup> 评注见下文 C.2 节。

<sup>283</sup> 同上。

<sup>284</sup> 同上。

<sup>285</sup> 同上。

### 2.5.5 [2.5.5 之二, 2.5.5 之三] 违反与撤回保留有关的内部规则在国际上不产生后果<sup>286</sup>

确定撤回保留的内部主管机构和应遵循的内部程序属于每个国家的国内法或每个国际组织的有关规则所处理的事项。

一国或一国际组织不得以保留的撤回违反了关于撤回保留的权限和程序的该国国内法或该组织内部规则为理由宣布撤回无效。

### 2.5.6 撤回保留的告知<sup>287</sup>

撤回保留的告知程序遵循准则 2.1.5、2.1.6 和 2.1.7 所载的适用于保留的告知的规则。

### 2.5.7 [2.5.7, 2.5.8] 撤回保留的后果<sup>288</sup>

在撤回一项保留的国家或国际组织与所有其他缔约方的关系中，撤回该项保留即引起该项保留所涉及的各级规定全部适用，不论其他缔约方曾接受还是反对该项保留。

在撤回一项保留的国家或国际组织与反对该项保留并由于该项保留而反对条约在它自己和提出保留者之间生效的国家或国际组织的关系中，撤回该项保留即引起条约生效。

### 2.5.8 [2.5.9] 撤回保留的生效日期<sup>289</sup>

除条约另有规定或另经协议外，撤回保留只有在一缔约国或一缔约组织收到撤回通知时才开始对该国或该组织发生效力。

### 示范条款<sup>290</sup>

#### A. 撤回保留生效日期的推迟

对本条约提出保留的缔约方可向[保存人]发出通知撤回保留。撤回在[保存人]收到通知日之后 X[月][天]期满时开始生效。

<sup>286</sup> 同上。

<sup>287</sup> 同上。

<sup>288</sup> 同上。

<sup>289</sup> 同上。

<sup>290</sup> 同上。

**B. 撤回保留早日生效** <sup>291</sup>

对本条约提出保留的缔约方可向[保存人]发出通知撤回保留。撤回自[保存人]收到通知之日起生效。

**C. 自由确定撤回保留生效日期** <sup>292</sup>

提出保留的缔约方可向[保存人]发出通知撤回保留。撤回自该国发给[保存人]的通知中所确定的日期起生效。

**2.5.9[2.5.10] 提出保留的国家或国际组织可单方面确定撤回保留生效日期的情况** <sup>293</sup>

撤回保留自撤回国家或国际组织确定的日期起生效，条件是：

(a) 该日期须晚于其他缔约国或缔约国际组织收到撤回通知的日期；或

(b) 撤回保留并不增加撤回国家或国际组织相对于其他缔约国或缔约国际组织而言所拥有的权利。

**2.5.10[2.5.11] 部分撤回保留** <sup>294</sup>

部分撤回保留限制了该保留的法律效力，并使条约的规定或整个条约更完整地适用于撤回国家或国际组织。

部分撤回保留须遵守与全部撤回相同的形式和程序规则并在相同条件下生效。

**2.5.11[2.5.12] 部分撤回保留的后果** <sup>295</sup>

部分撤回一项保留使该保留的法律效力改变到与新表述的该保留相符的程度。对该保留提出的任何反对意见，只要其提出者不撤回反对意见，则继续有效，但条件是该反对意见不是专针对被撤回的那部分保留提出的。

对部分撤回之后所形成的保留不得提出反对意见，除非部分撤回具有歧视效果。

---

<sup>291</sup> 同上。

<sup>292</sup> 同上。

<sup>293</sup> 同上。

<sup>294</sup> 同上。

<sup>295</sup> 同上。

## 2. 委员会第五十五届会议通过的准则草案案文及其评注

368. 委员会第五十五届会议通过的准则草案案文及其评注载录如下。

### 解释性说明

《实践指南》中有些准则草案附有条款范本。在特定情况下，制定条款范本可能的好处。使用人应参阅评注，以评估使用某一条款范本的有关情况。

### 评注

(1) 按照起草委员会的建议，国际法委员会认为，应该把“解释性说明”放在《实践指南》的开端，向《指南》的使用人说明其结构和宗旨。将来可能产生的问题也可以列入这些初步说明中。

(2) 这一首份解释性说明的宗旨是界定某些准则草案按照委员会第四十七届会议的决定所附载的条款范本的功能和“使用需知”。<sup>296</sup>

(3) 这些条款范本的用意主要是为各国和国际组织载示一些条款范例，可将其列在某项条约的案文中，以避免在特定情况下由于对与该条约的保留有关的特定问题保持沉默而导致不确定或不利的结果。

(4) 条款范本是供谈判者从中选择一个最能体现其意图的若干备选案文，有一项理解是，他们可以根据所寻求的目标酌情予以修改。因此必须提到这些条款范本的评注，根据评注确定是否应该将条款范本列入条约内的情况。

## 2.5 撤回和修改保留及解释性声明

### 评注

(1) 《实践指南》本部分的宗旨是要指明某项保留的实质内容和形式可予修改或撤回的条件。

(2) 就整个《指南》的情况来说，列入本部分的准则草案是以 1969 年和 1986 年《维也纳公约》中与目前审议中的问题有关的条文为蓝本拟订的。这些条文是第 22 条第 1 款和第 3(a) 款，以及第 23 条第 4 款，其中只载述保留的撤回问题，而不涉及其修改问题。委员会力图弥合这一差距，为此提议了条约当事方意图修改先前所作保留之内容而发表声明的一些准则，无论修改的宗旨是限制或加强其范围。<sup>297</sup>

<sup>296</sup> 参看国际法委员会第四十七届会议报告，《1995 年……年鉴》，第二卷第二部分，p. 108，第 487(b) 段。

<sup>297</sup> 参看准则草案 2.5.10 [2.5.11] 和 2.5.11 [2.5.12]。

(3) 不过，委员会为了使用方便，认为第 2.5 节应该载列关于保留的撤回的所有条款草案，而限于《指南》第二章的标题所述及的程序。因此，以准则草案 2.5.7[2.5.7, 2.5.8]和 2.5.11[2.5.12]载述了撤回某项保留的全部或一部分的影响。

### 2.5.1 撤回保留

除条约另有规定外，保留可随时撤回，无须经业已接受保留的国家或国际组织同意。

#### 评注

(1) 准则草案 2.5.1 抄录了 1986 年《关于国家与国际组织间或国际组织彼此之间关系的维也纳条约法公约》第 22 条第 1 款的案文，后者是以 1969 年《维也纳公约》第 22 条第 1 款为基础，增加了有关国际组织的规定。在筹备工作期间很少对这些条款进行讨论。

(2) 撤回保留的问题，在晚近才约略引起条约法各位特别报告员的注意。对于保留可否接受的标准问题，J. L. 布赖尔利和赫尔施·劳特帕赫特爵士集中注意保留可否接受的问题，未曾拿出任何一条条款草案用以解决撤回保留的标准问题。<sup>298</sup> 杰拉尔德·菲茨莫里斯爵士在 1956 年才在他的第一次报告中提出第 40 条第 3 款的草案如下：

“保留虽经接受，仍可随时以正式通知撤回。在这种情况下，先前提出保留的国家应自动负起充分遵守与该保留有关的条约规定的义务，并且有权以互惠方式要求其他各方遵守这项规定”。<sup>299</sup>

(3) 这项草案并未经委员会讨论，但汉弗莱·沃尔多克爵士的第一次报告在专门讨论“提出保留和撤回保留的权力”的第 17 条草案<sup>300</sup>中复述了这个概念，其中提出了一个原则，就是“任何国家有单方面撤回保留的绝对权利，即使该项保留业经其他国家接受”：<sup>301</sup>

任何提出保留的国家可随时单方面将该项保留全部或部分撤回，不论该项保留是否业经其他有关国家接受或拒绝。撤回保留应以书面通知条约有关

<sup>298</sup> 劳特派特充其量只是提请注意 1954 年 4 月在人权委员会就对“人权公约”的保留问题提出的若干建议，其中明确规定只须通知联合国秘书长就可以撤回保留(关于条约法的第二次报告，A/CN.4/87，第 7 段；《1954 年……年鉴》，第二卷，pp. 131-132)。

<sup>299</sup> 《1956 年……年鉴》，第二卷，p. 116，A/CN.4/101 号文件。在评注这项规定时，杰拉尔德·菲茨莫里斯爵士只表示这项规定不需解释(同上，p. 131，第 101 段)。

<sup>300</sup> 《1962 年……年鉴》，第二卷，p. 61。

<sup>301</sup> 同上，p. 75，文件 A/CN.4/144，第 17 条评注第(12)段。

文书的保存人。如无保存人，应以书面通知条约各缔约国或即将成为缔约国的每个国家。<sup>302</sup>

这项提案未经全体会议讨论，起草委员会虽然保留其精神，却把草案的文字、甚至内容做了重大的修改，以致于专门讨论“撤回保留”的新的第 19 条草案中不再提到通知撤回的程序，只列入专门讨论“撤回的后果”的第 2 款。<sup>303</sup> 根据巴尔托什的请求在这项草案第 1 款中增添了一个句子，然后予以通过，其中规定了撤回生效的日期。<sup>304</sup> 根据一读草案第 22 条：

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

2. 撤回保留后，第 21 条的规定停止适用”。<sup>305</sup>

(4) 只有三个国家反对第 22 条草案，<sup>306</sup> 后经特别报告员修改，建议：<sup>307</sup>

这条规定应采取备用规则的形式；

应明文规定如有保存人，应由保存人发送撤回的通知；

撤回的生应有有一个宽缓期。<sup>308</sup>

(5) 在审议这些建议时，有两名委员坚持认为，一个国家提出的保留经另一国家接受，即构成这两国之间的一项协议。<sup>309</sup> 这项理论得到极少人的支持，大多数人赞成巴尔托什的主张，认为“通常来说，缔结条约是要全部适用；保留是

<sup>302</sup> 条款草案第 17 条第 6 款，同上，p. 61。

<sup>303</sup> 根据巴尔托什的请求（《1962 年……年鉴》，第一卷，第 664 次会议，1962 年 6 月 19 日，p. 234，第 67 段。）

<sup>304</sup> 同上，第 69-71 段和第 667 次会议，1962 年 6 月 25 日，p. 253，第 73-75 段。

<sup>305</sup> 《1962 年……年鉴》，第二卷，p. 181，A/5209 号文件；关于“保留的适用”的第 21 条。

<sup>306</sup> 汉弗莱·沃尔多克爵士关于条约法的第四次报告，《1955 年……年鉴》，第二卷，第 59 段，A/CN.4/177 和 Add.1 和 2 号文件。以色列认为这种通知应通过保存人发送，而美利坚合众国则赞同“撤回保留”自其他国家收到通知时起开始发生效力的规定；大不列颠及北爱尔兰联合王国的评语涉及撤回的生效日期；参看下文准则草案 2.5.8 评注第(4)段；这三个国家的意见全文参看《1966 年……年鉴》，第二卷，p. 351(美国)、p. 295(以色列，第 14 段)和 p. 344(联合王国)。

<sup>307</sup> 沃尔多克提出的草案全文参看同上，p. 56，或《1965 年……年鉴》，第一卷，第 800 次会议，1965 年 6 月 11 日，p. 174 段，第 43 段。

<sup>308</sup> 关于这一点，参看下文准则草案 2.5.8 评注第(4)段。

<sup>309</sup> 参看费尔德罗斯和达马多(较不直截了当)的发言，第 800 次会议，1965 年 6 月 11 日，p. 175，第 49 段和 p. 176，第 60 段。

一种只可容忍的例外情况”。<sup>310</sup> 经过这次讨论之后，起草委员会在另一个条文中几乎复述 1962 年案文第 1 款的两个概念。<sup>311</sup> 这个案文就是最后通过的案文，<sup>312</sup> 成为最后草案第 20 条（“撤回保留”）：

“1. 除条约另有规定外，保留可随时撤回，无须经业已接受保留的国家同意。

2. 除条约另有规定或另经协议外，撤回保留自其他国家收到通知时才开始发生效力。”<sup>313</sup>

(6) 这一条规定的评注复述了 1962 年的评注<sup>314</sup>，只是略加阐明。委员会在评注中特别表示“除非条约载有一个限制撤回保留的条款，否则应该假定缔约各方希望提出保留的国家放弃保留”<sup>315</sup>

(7) 在维也纳会议上，虽然有人提出几个细节的修正案，但这条草案(后来成为公约第 22 条)却未经修改列为公约第 20 条，<sup>316</sup> 不过根据匈牙利的建议，通过增添两个要点：

首先，决定使撤回对保留的反对的程序与撤回保留的程序趋于一致<sup>317</sup>；

其次，在第 23 条中增列第 4 款，规定撤回保留(和反对)必须以书面提出。<sup>318</sup>

<sup>310</sup> 同上，p. 175，第 50 段。

<sup>311</sup> 参看上文第(3)段；起草委员会于 1965 年通过的第一次案文，参看《1965 年……年鉴》，第一卷，第 814 次会议，1965 年 6 月 29 日，p. 272，第 22 段。

<sup>312</sup> 《1965 年……年鉴》，第一卷，第 816 次会议，p. 280，第 56 至 60 段，和《1966 年……年鉴》，第一卷，第二部分，p. 327，第 106 段。

<sup>313</sup> 《1966 年……年鉴》，第二卷，p. 209。A/6309/Rev. 1 号文件；按照同样的措词草拟，这个案文就是 1965 年草案的第 22 条（《1965 年……年鉴》，第二卷，p. 162，A/6009 号文件）。

<sup>314</sup> 参看上文第(3)段。

<sup>315</sup> 《1966 年……年鉴》，第二卷，p. 209。

<sup>316</sup> 参看这些修正案和再修正案的清单和案文，载于《联合国条约法会议正式记录，第一届和第二届会议，1968 年 3 月 26 日至 5 月 24 日和 1969 年 4 月 9 日至 5 月 22 日，维也纳，会议文件》（联合国出版物，出售品编号 E. 70. V. 5），委员会全体会议文件，pp. 141-142，第 205 至 211 段。

<sup>317</sup> 匈牙利的修正案参看 A/CONF. 39/L. 18 号文件，载于《联合国条约法会议正式记录》，前注 316，p. 267，修正案的讨论，参看条约法会议第 11 次全体会议（1969 年 4 月 30 日）的辩论，载于《联合国条约法会议正式记录，第二届会议，1969 年 4 月 9 日至 5 月 22 日，维也纳，全体会议和全体委员会会议简要记录》（联合国出版物，出售品编号 E. 70. V. 6），pp. 36-38，第 14 至 41 段。

<sup>318</sup> 关于这个修正案，参看准则草案 2.5.2. 评注第(2)段。

(8) 根据“在保留方面没有理由区分国际组织的情况和国家的情况”这一原则，保罗·罗伊特在其关于国家与国际组织间或国际组织相互间所订条约问题的第四次报告中只提出“一些条款草案，其中将 1969 年公约第 19 条至第 23 条所订的规则扩大到国际组织所缔结的协定”，唯一的细微差别是“编辑方面的小改动”<sup>319</sup>第 22 条和第 23 条第 4 款的情况就是如此，特别报告员只在前一条文中附带提到国际组织，而后一条文则一字不改地照抄。<sup>320</sup> 这些建议未经改动就得到委员会通过<sup>321</sup>，并在二读时得到保留<sup>322</sup>。1986 年维也纳会议没有作出任何重要的改动。<sup>323</sup>

(9) 从通过条款的过程看来，撤回一项保留是单方面行为。对于保留的法律性质问题究竟是单方面行为、还是常规行为，一度在理论上进行过深入的辩论，现在已经不再争论了。<sup>324</sup> 两项维也纳公约的第 22 条第 1 款都采取了头一项立场。国际法委员会在对一读通过的条款草案评注中也是这样表述的。<sup>325</sup>

“偶而有人主张，如果一项保留业经另一国接受，未经后者同意，不得撤回，因为接受保留，即有两国之间建立一条规则，非经双方同意，不得更改。但是，委员会认为另一条规则比较可取，就是提出保留的国家在所有情况下都有权根据本身的意愿，彻底调整其过去对条约各项规定所采取的立场”<sup>326</sup>。

<sup>319</sup> 《1975 年……年鉴》，第二卷，pp. 36-37，A/CN. 4/285 号文件，第二节的一般评注第(5)段。

<sup>320</sup> 同上，p. 38，和第五次报告，《1976 年……年鉴》，第二卷(第一部分)，p. 148。

<sup>321</sup> 参看 1977 年委员会的辩论：第 1434 次会议，1977 年 6 月 6 日，《1977 年……年鉴》，第一卷，pp. 100-101，第 30 至 34 段；第 1435 次会议，1977 年 6 月 7 日，同上，p. 103，第 1 至 2 段；第 1451 次会议，1977 年 7 月 1 日，同上，pp. 194-195，第 12 至 16 段，和委员会的报告，《1977 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，pp. 114-115。

<sup>322</sup> 国家和国际组织对这些规定未曾提出任何意见。参看保罗·罗伊特的第十次报告，《1981 年……年鉴》，第二卷(第一部分)，pp. 63-64，委员会的辩论：第 1652 次会议，1981 年 5 月 15 日，《1981 年……年鉴》，第一卷，p. 54，第 27 至 29 段；第 1692 次会议，1981 年 7 月 16 日，同上，pp. 264-265，第 38 至 41 段；委员会的报告，《1981 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，p. 140，和 1982 年最后报告，《1982 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，p. 37。

<sup>323</sup> 参看《联合国关于国家和国际组织间或国际组织相互间条约法正式记录，1986 年 2 月 18 日至 3 月 21 日，维也纳》，第一卷，《全体会议和全体委员会会议的简要记录》(联合国出版物出售品编号 E. 94.V. 5，第一卷)，第五次全体会议(1986 年 3 月 18 日)，p. 14，第 62 至 63 段。

<sup>324</sup> 对于这项理论的这一不同意见，参看 P.H. Imbert 著，《对多边条约的保留》，巴黎 Pedone 出版社，1979，p. 288，或 Frank Horn，《保留和解释性声明》，T.M.C. Asser Institut，1988 年，pp. 223-224，和所引述的参考资料。起草第 22 条期间对这一不同意见的评论已经沉寂下来，参看上文第(5)段。

<sup>325</sup> 参看上文第(3)段。

<sup>326</sup> 《1962 年……年鉴》，第一卷，pp. 181-182，A/5209 号文件，第 22 条的评注第(1)段。

(10) 委员会仍然持这种看法。顾名思义，保留是单方的<sup>327</sup>行为，即使国家或国际组织可以经由协议方式取得与保留产生的相同结果，<sup>328</sup>但是，选择提出保留就是采取与此相反的方式的确意味着采取单方行动。

(11) 或许有人可以提出这样的论点：根据《维也纳公约》第20条，国家或国际组织所提出的、非经条约明文规定的保留，只对业已接受、至少默示接受保留的缔约方发生效力。但是，一方面，接受保留并不改变保留的性质，接受使保留发生效力，但这是不同的一项单方面行为，另一方面，这主要是一种极端形式主义的推论，没有考虑到为了条约的完整性应该限制保留的数目和内容。有人曾经适当地指出，<sup>329</sup>多边条约的缔约国原则上期望条约全文被人接受，至少有一种假设，认为保留若是不可避免，却是其他缔约国感到遗憾的一种缺点。此外，应该指出，尽管有些条约对撤回保留有所管制，<sup>330</sup>但是从来没有一项条约的条款加以禁止。<sup>331</sup>

(12) 此外，据委员会所知，单方撤回保留，从未引起特别的争议，对委员会关于保留的问题单<sup>332</sup>提出答复的国家或国际组织中没有一个提到过这方面的问题。承认这样一种撤回权也是符合条约中关于撤回保留的明确条款的文字和精神，这些条款或是采用类似第22条第1款的措词<sup>333</sup>，或是为了鼓励撤回保留，敦促国家“在情况许可时尽早”撤销保留<sup>334</sup>。本着同样的精神，国际组织和监督各项人权公约的机构提出更多的建议，敦促各国撤回它们在批准或加入条约时所提出的保留。<sup>335</sup>

<sup>327</sup> 参较两项《维也纳公约》第2条第1款(d)项和《实践指南》准则草案1.1。

<sup>328</sup> 参较准则草案1.7.1[1.7.1, 1.7.2, 1.7.3, 1.7.4]。

<sup>329</sup> 参看上文第(5)段。

<sup>330</sup> 参看对准则草案2.5.7[2.5.7, 2.5.8]和2.5.8[2.5.9]的评注。

<sup>331</sup> 参较路易吉·米廖里诺，“撤回保留和撤回对保留的反对”，《国际法评论》，1994年。

<sup>332</sup> 参看发给国家的问题单中关于撤回保留的问题1.6, 1.6.1, 1.6.2和1.6.2.1。

<sup>333</sup> 参看皮埃尔—亨利·安贝尔，前注324，p.287，注19，或弗兰克·霍恩，前注324，p.437，注1中所举的实例。并参看1951年7月28日《关于难民地位的日内瓦公约》第42条第2款；1958年4月29日《日内瓦大陆架公约》第12条第1款；1955年12月13日《欧洲居留公约》第26条第3款，或1962年欧洲理事会标准条款，载于秘书处备忘录(CM(62)148, 1962年7月13日，pp.6和10)中所发布的“最后条款范例”。

<sup>334</sup> 参看1973年10月5日《慕尼黑欧洲专利公约》第167条第4款以及皮埃尔—亨利·安贝尔，前注324，p.287，注20，或弗兰克·霍恩，前注324，p.437，注2中所举其他实例。

<sup>335</sup> 参看对准则草案2.5.3的评注中所引述的实例，后注369。

(13) 这些目标也证明对条约的保留可以“随时”撤回，<sup>336</sup> 包括该条约对撤回先前提出的保留的国家生效之前，<sup>337</sup> 虽然特别报告员不知道是否有过这种情况。<sup>338</sup>

(14) 1969年和1986年《维也纳公约》的第22条第1款和第23条第4款中所载规则，原文载录于准则草案 2.5.1，目前的这种习惯性质似乎没有发生争论，<sup>339</sup> 也符合通用的遵循惯例。<sup>340</sup>

(15) 这个条文不会引起特别的批评，最多是有人可能不满意这句话的第一部分(“除条约另有规定外……”)，委员会的一些委员认为应予删除。这项解释性的规定载于委员会的最后案文，但不曾列入1962年草案，<sup>341</sup> 是特别报告员汉弗莱·沃尔多克爵士根据若干政府的意见提出来<sup>342</sup> 在1965年第十七届会议上得到赞同。<sup>343</sup> 很明显地，维也纳公约的大多数规定和其中所载各项程序性规则，都有一种表示意志的后备性质，“除条约另有规定外”，应该理解为一体适用。对于《实践指南》来说，更应该如此。第22条第1款的解释性起首语看来似乎是

<sup>336</sup> 撤回保留的一个适当时机当然是国家继承的时刻，因为在这个日期，新独立的国家可以表示打算不维持先前国提出的保留(参较1978年《关于国家在条约方面的继承的维也纳公约》第20条第1款)。在广泛研究国家继承时对保留和解释性声明的处理方式时，将考虑到这种情况。

<sup>337</sup> 1954年6月4日《海关便利旅游公约》及其《附加议定书》和《关于私有公路车辆暂时进口的海关公约》(第5款)对这种可能情况都有明确的规定；参看《1966年……年鉴》，第二卷，p. 105, A/5687号文件，第二部分，附件二，第2段。有很多例子表明，国家在签订条约时提出保留，后来因为其他签字国和保存人提出抗议而撤销保留(参较弗兰克·霍恩，前注324，pp. 345-346中所举实例)；但严格说来，这不是撤回保留；参看对准则草案2.5.2的评注第(7)和(8)段。

<sup>338</sup> 另一方面，可以引述关于提出保留之后很快撤回保留的一些事例。参看爱沙尼亚对国际法委员会问题单问题1.6.2.1的答复：接受1973年《防止船污公约》(业经1978年议定书修改)附件三至五的限制；该国在1991年12月2日加入公约，被认定能够遵守这些文书规定的条件以后，在1992年7月28日取消上述限制；联合王国曾对1959年《成立美洲开发银行公约》提出一项保留，三个月后宣布撤销保留，回溯到批准之日生效。

<sup>339</sup> 参较路易吉·米廖里诺，前注331，pp. 320-321，或雷纳塔·沙法尔兹，“对多边条约的保留”，《波兰国际法年鉴》，1970年，p. 313。

<sup>340</sup> 参较联合国法律事务厅条约科编写的《秘书长保存多边协定的惯例概览》，1997年，ST/LEG/8，联合国出版物出售品编号E.94.V.15，P.64，第216段。有些国家在答复关于保留的问题单(问题1.6.2.1)时提出这方面的意见，表示它们是在修改国内法(哥伦比亚、丹麦、美国、以色列、瑞典、瑞士)或重新评估本身的利益(以色列)之后，才撤回先前提出的保留。关于撤回保留的动机，参看让-弗朗索瓦·弗洛斯，“略述法国撤回对国际条约的保留”，《法国国际法年鉴》，1986年，pp. 860-861。

<sup>341</sup> 参看上文第(3)和(5)段。

<sup>342</sup> 条约法第四次报告，《1965年……年鉴》，第二卷，pp. 55-56；并参看同上，第一卷，第800次会议，p. 174，第45段。

<sup>343</sup> 同上，第814次会议，1965年6月29日，p. 272，第22段。

多余的，但委员们多半认为，其措词是于1969年《公约》中拟定、其后又在1986年《公约》中得到保留，若要加以修改，实在缺乏充分的理由。

(16) 提到条约中一些规定的这一起首语似乎认为，应该在《实践指南》中载列一些条款范本。但是，就此而论，这牵涉到是似乎不是纯属程序问题，而是关系到撤回的后果的问题；提到与条约中一些规定抵触的任何情况，实际上只是默默地响应了委员会某些委员和某些政府所关切的问题，担心突然撤回保留会造成各种困难。<sup>344</sup> 为了解决这些关切问题，应该在条约的特定条款中对随时撤回保留的权利施加一些限制。<sup>345</sup>

### 2.5.2 撤回的形式

撤回保留必须以书面提出。

#### 评注

(1) 这项准则草案抄录了1969年和1986年《维也纳公约》中措辞完全相同的第23条第4款的规定。

(2) 委员会于1962年一读通过的第17条第7款规定：撤回保留应“以书面通知”，<sup>346</sup> 1966年的案文对撤回的形式保持沉默。若干国家建议恢复以书面方式撤回的要求<sup>347</sup> 以使这项规定与第18条[《公约》定本第23条]统一，该条规定：保留、对保留的明示接受和反对保留，均须以书面提出。”<sup>348</sup> 虽然亚辛(伊拉克)认为这是“对这个程序设置的一个没有必要的补充条件，[从而列入]一个应该尽可能简化的程序。<sup>349</sup> 该原则以一致意见获得通过，<sup>350</sup> 决定不将这项规定列入第20条本身，而列入概述“关于保留的程序”的第23条，由于增添了新的第4款，因而列在该节的末尾。<sup>351</sup>

<sup>344</sup> 参看对准则草案2.5.8的评注第(4)段。

<sup>345</sup> 参看委员会在准则草案2.5.8后面提议的一些条款范本。

<sup>346</sup> 《1962年……年鉴》，第二卷，p. 75，A/CN.4/144号文件，p. 69，参看对准则草案2.5.1的评注第(5)段。

<sup>347</sup> 参看奥地利和芬兰(A/CONF.39/C.1/L.4和Add.1)、匈牙利(A/CONF.39/C.178和A/CONF.39/L.4)和美国(A/CONF.39/C.1/L.171)提出的修正案，载于《联合国条约法会议正式记录》，第一和第二届会议，维也纳，1968年3月26日至5月24日和1969年4月9日至5月22日，会议文件(联合国出版物，出售品编号E.70.V.5)，全体委员会文件，pp. 152-153和287。

<sup>348</sup> 博科尔-塞格女士(匈牙利)的说明载于《……正式记录》，同上，p. 36，第13段。

<sup>349</sup> 同上，p. 38，第39段。

<sup>350</sup> 同上，第41段。

<sup>351</sup> 同上，第29次会议，1969年5月19日，p. 159，第10-13段。参看何塞·玛丽亚·鲁达，“对条约的保留”，《海牙国际法学院教程汇编》1975-III，第146卷，p. 194。

(3) 虽然在 1969 年的会议上，亚辛曾经正确地强调“应该尽可能简化”撤回的程序，<sup>352</sup> 但是最好不要夸大要求撤回保留的国家提出书面通知所造成的负担。而且，虽然采用相同形式的规则并非国际法上一条绝对的原则，<sup>353</sup> 但是，既然保留必须以书面形式提出是毫无疑问的事，如果只须口头声明就可以撤回保留，那是前后不一致的做法。<sup>354</sup> 这样会给其他缔约方造成很大的疑惑。它们会收到保留的书面通知，却不一定收到撤回保留的通知。<sup>355</sup>

(4) 但是，委员会还要考虑：撤回保留可否采用暗示方式进行，可否从正式撤回以外的情况产生。

(5) 的确，如 J. M. 鲁达所指出，“撤回保留……不应根据假定”。<sup>356</sup> 但是，仍然有一个问题存在，就是国家或国际组织的某些行为或举动应不应当定性为撤回保留。

(6) 的确，譬如同样的几个缔约方签订后来的一项条约，其中载列与先前的条约完全一样的若干条款，有某一缔约方曾经对原来这些条款提出保留，却没有对第二项条约提出保留，这实际上与撤回原先的保留有相同的效果。<sup>357</sup> 但这仍然是另一项文书，而且曾经提出保留的国家是根据第二项条约而不是根据第一项条约承担义务；举例来说，如果对第二项条约而言的第三国加入第一项条约，这项保留在该国与提出保留的国家之间的关系上仍产生充分的效力。

(7) 同样，国家在确定表示接受条约的约束时，如果没有确认在签约时提出的保留，<sup>358</sup> 也不能解释为撤回保留：保留确实已经“提出”，但是未经正式确认，所以没有“完成”或“确立”。<sup>359</sup> 提出保留的一方只是在经过签约日期到批准、正式确认、接受或核可日期这段思索期间之后，放弃了这项保留。

<sup>352</sup> 前注 349。

<sup>353</sup> 参看对准则草案 2.5.4 的评注第(6)段。

<sup>354</sup> 参看准则草案 2.1.1。

<sup>355</sup> 在这方面，参看何·玛·鲁达，前注 351，pp. 195-196。

<sup>356</sup> 同上，p. 196。

<sup>357</sup> 在这方面，参看：让-弗朗索瓦·弗洛斯，前注 340，pp. 857-858，但也参看蒂伯基扬，《保护在法国的难民》，经济出版社，巴黎，1984 年，pp. 34/35(弗洛斯所摘录的文字，p. 858)。

<sup>358</sup> 参较 1969 年和 1986 年《维也纳公约》，第 23 条第 2 款，和准则草案 2.2.1 以及委员会第五十三届会议工作报告中对该准则草案的评注，《大会正式记录，第五十六届会议，补编第 10 号》(A/56/10)，pp. 464-472。

<sup>359</sup> 但是，偶而会有人把未加确认(错误地)称为“撤回”；参较《交给秘书长保存的多边条约》，截至 2000 年 12 月 31 日的情况(联合国出版物出售品编号 E.01.V.5，第一卷，p. 376，注 16，指出印度尼西亚政府没有确认它在签署 1961 年《麻醉品单一公约》时提出的保留。

(8) 有人反驳了这种理论,所持的理由基本上是:保留在确认之前就已存在;必须把保留考虑在内,以便了解签约国(或国际组织)根据《条约法公约》第 18 条所承担义务的范围;而且,根据第 23 条第 3 款,“在该项保留被确认之前所提出的明示接受或反对无须重新提出”<sup>360</sup>。但是,同一位作者仍然承认“如果一项保留未经明示或暗示重新提出(确认),对于保留国来说,或在保留国与其他缔约国之间关系上,似乎没有改变,因为在那个时刻之前,该国不受条约的约束。反过来说,如果是在交存批准书或加入书之后撤回保留,保留国的义务便扩大到保留的范围内,而且该国可能第一次与曾经对其保留提出反对的某些缔约国同受条约的约束。因此,这种撤回改变了条约的适用情况,而从这种观点来看,未加确认却不产生任何影响。”<sup>361</sup> 所以未加确认与撤回的效果非常不同,不能把这两种办法混为一谈。

(9) 甚至似乎不可能把逾期的保留视为已经撤销。实际上,在条约中增列的一个条款偶然会限制了保留的有效期间。<sup>362</sup> 但是,失效是法律行动超过规定期限的后果,而撤回则是表达保留国意志的一种单方面法律行为。

(10) 有时候,保留本身订明有效的期限,也是如此。例如,爱沙尼亚在其对关于保留的问题单的答复<sup>363</sup>中表示,它对《欧洲人权公约》的保留限定一年,因为它“认为一年期间足够修改有关法律”。<sup>364</sup> 在这种情况下,保留之所以停止生效,不是因为撤回,而是因为保留本身所定的有效期限届满。

<sup>360</sup> 皮埃尔—亨利·安贝尔,《对多边条约的保留》,前注 324, p. 286。

<sup>361</sup> 同上;脚注略。

<sup>362</sup> 参阅欧洲理事会《1961 年关于统一发明专利实质法中若干论点的公约》第 12 条,其中规定了最多在 5 或 10 年内不对其条款重新提出保留的可能性,但《1973 年关于机动车辆造成损害的民事赔偿责任的欧洲公约》的附件允许比利时在《公约》从公约生效之日起三年内提出的一项保留。并参看西亚·斯皮奥普洛斯·阿克马克,“在欧洲理事会范围内缔结的条约的保留条款”,《国际法和比较法季刊》,1999 年,pp. 499-500,或皮埃尔—亨利·安贝尔,前注 324, p. 287,注 21 以及 1998 年 7 月 17 日《罗马国际刑事法院规约》第 124 条,其中把拒绝法院在战争罪行方面管辖权的期限定为 7 年。欧洲理事会范围内的其他公约只允许提出暂时性的、但可予以延长的保留,例如,1967 年 4 月 24 日《欧洲关于收养儿童的公约》,和 1975 年 10 月 15 日《非婚生子女法律地位公约》由于在这些条款的执行上会遇到困难,也只允许提出暂时性的、但可重新提出的保留(参较约尔格·波拉基维茨,《欧洲理事会范围内缔结条约的方法》,欧洲理事会,1999 年,pp. 101-102);欧洲理事会一些公约的新保留条款规定未经延长即导致保留失效(参看 1999 年《贪污刑法公约》第 38 条第 2 款)。

<sup>363</sup> 对问题 1.6 和 1.6.1 的答复。

<sup>364</sup> 还参看约尔格·波拉基维茨举出的例子,前注 362, pp. 102-104。偶而也会有一些国家在提出保留时表示将尽早撤回保留(参较马耳他对《消除对妇女一切歧视公约》第 13 条、第 15 条和第 16 条的保留,《交给秘书长保存的多边公约》,前注 359, p. 234;并参看巴巴多斯对《公民权利和政治权利国际公约》的保留,同上,第一卷, p. 167。

(11) 还必须提到所谓“被遗忘的保留”<sup>365</sup>。尤其是，如果保留涉及国内法的一项规定，而这项规定后来被新的条文所修改而作废。这种情况并非不寻常，<sup>366</sup>认为虽然很难进行评估，通常可能是出于有关当局的疏忽或有关机构之间缺乏协调，不免造成麻烦。的确会引起法律上的混乱局面，尤其是在奉行法律一元论的国家之间。<sup>367</sup>此外，对国际法来说，国内法是奉行一元论或二元论的涉讼国家所依靠的“简单事实”，<sup>368</sup>在国际一级提出而未经撤回的保留原则上在国际一级继续发挥充分的效力，保留国继续可以利用它来对付其他缔约国，尽管这种态度可能使人对真诚原则发生疑问。

(12) 委员会的成员们多半认为，这些例子综合显示，撤回保留不可能以暗示方式进行；只有保留国根据《维也纳条约法》第 23 条第 4 款中所载列、并且载入准则草案 2.5.2 中的规则，正式地或者以书面宣告予以撤销，其才算已经撤回。有些委员虽然同意这个观点，却也认为，一国或一国际组织对于撤销某项保留的意思表示引起了立即的法律后果，会反映在条约签字国根据 1969 年和 1986 年《维也纳条约法公约》第 18 条所应承担的义务上。

### 2.5.3 定期审查保留的功用

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

在这项审查中，国家和国际组织应特别注意维护多边条约的完整性的目标，并于必要时特别地省察自从提出保留以来国内法的演变情况，考虑继续保留的功用。

### 评注

(1) 条约监督机构越来越频繁地呼吁各国具体地重新考虑它们在人权领域(但不限于人权领域)所做的保留，如果办得到的话，则予以撤回。这种呼吁常常

<sup>365</sup> 让—弗朗索瓦·弗洛斯，p. 861 或弗兰克·霍恩，前注 324，p. 223。

<sup>366</sup> 参看让—弗兰克·弗洛斯，前注 340，p. 861；参看 pp. 861-862，这位作者所举的关于法国的一些例子。

<sup>367</sup> 在这些国家里，法官被认为必须实施经过正当手续批准的条约(除掉保留)，而这种条约通常都凌驾于国内法、甚至后来制定的国内法之上(参较 1958 年《法国宪法》第 55 条以及非法法语国家的宪法抄袭或效法这一条款的许多规定。)这样就会出现不合常理的现象，就是一个国家根据条约修改了国内法，如果保留未经正式撤回，作准的却是经过批准的条约(除掉保留所针对的条款)。在奉行二元论的国家之间，这个问题比较不尖锐：在这种国家里，国际条约不是作为条约来实施，因此在一切情况下，国家法官所使用的是最新的国内法规。

<sup>368</sup> 参较国际常设法院 1926 年 5 月 25 日判决书，“德国在波兰上西里西亚的某些权益”A 辑，第 7 号，p. 19。

由联合国大会和欧洲委员会的部长委员会等国际组织的总决策机构予以传达。<sup>369</sup> 准则草案 2.5.3 反映了这些方面的关切事项。

(2) 委员会认识到, 这样一项规定不应列入公约草案, 因为它不能具有多大的规范价值。但是, 《实践指南》并不拟成为公约, 它只是“提议的业务守则”。<sup>370</sup> 似乎应当提请使用者注意这些“被遗忘的”、过时或多余的保留所造成的麻烦<sup>371</sup> 并且定期审查撤回保留的好处, 以期予以全部或部分撤回。

(3) 不用说, 这只是一个建议, 对这一点的强调表现在: 准则草案 2.5.3 的条件时态、第一段中的“考虑”、和第二段中的“于必要时”等语法, 以及缔约国仍可充分地自由决定是否撤回其保留。因此, 委员会从不认为必须确切规定多久重新考虑一次。

(4) 同样, 在第二款中, 需要考虑的要素只是用举例的方式引述, 例如使用了“特别地”的字眼。提到多边条约的完整性是暗指保留引起的麻烦, 它可能破坏条约制度的一致性。之所以提到仔细考虑国内法和提出保留以来国内法的演变情况是由于缔约国常常以其现行规定与条约的规定有分歧作为提出保留的理由。国内规定是不变的, 但是, (参加某项条约实际上应该是修改国内条约的诱因), 可能发生而且往往发生的情况是: 由于国内法已经与条约的规定接轨, 某项保留也就作废。<sup>372</sup>

(5) 有些委员虽然赞成准则草案 2.5.3, 却也指出: “国内法”一词适用于国家, 却对国际组织不适用。在这方面, 应该指出: 关于国家与国际组织间或国际组织相互间条约法的 1986 年《维也纳条约法》第 46 条载有“关于缔结条约之权限的一国的国内法规定或一国际组织的规则”。<sup>373</sup> 但是, 委员会认为, “国际

<sup>369</sup> 最近的实例, 主要可参看联大下列决议: 2000 年 12 月 4 日关于儿童权利的第 55/79 号决议(第一节第 3 段); 1999 年 12 月 17 日关于国际人权机构的第 54/157 号决议(第 7 段); 关于《消除对妇女一切歧视的国际公约》的 1999 年 12 月 17 日第 54/137 号决议和 2000 年 12 月 4 日第 55/70 号决议(第 5 段); 以及关于《儿童权利公约》执行情况的 1992 年 12 月 6 日第 47/112 号决议(第 7 段)。并可参看增进和保护人权小组委员会 2000 年 8 月 18 日第 2000/26 号决议(第 1 段); 欧洲理事会部长委员会 1998 年 12 月 10 日《世界人权宣言》五十周年宣言; 可不限于人权条约而更加广泛地参看欧洲理事会议会 1993 年 10 月 1 日第 1223(1993)号决议第 7 段。

<sup>370</sup> 这是瑞典对委员会 1962 年条约法草案的评论用语; 参看汉弗雷·沃尔多克爵士第四次报告, 《1965 年……年鉴》, 第二卷, p. 49。

<sup>371</sup> 在这方面, 参看对准则草案 2.5.2 的评注第(9)-(11)段。

<sup>372</sup> 参看同上, 第(11)段。

<sup>373</sup> 参看委员会通过对相应的条款草案的评注, 载于《1982 年……年鉴》, 第二卷第二部分, p. 53, 第 2 段。

组织的规则”并未普遍使用，由于缺乏定义，其含义并不精确。而且，“一国际组织的内部法律”通常用于指国际组织“自己的法律”<sup>374、375</sup>。

#### 2.5.4[2.5.5] 在国际上提出撤回保留

1. 依照保存条约的国际组织的惯例，以下人士有权代表一国或一国际组织提出保留：

(a) 该人士出示为保留发布的适当全权证书；或

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

2. 以下人士因其职务无须出示全权证书，有权代表一国在国际上提出保留：

(a) 国家元首、政府首脑和外交部长；

(b) 各国为提出针对一国际组织或其某一机关通过的条约的保留而派驻该国际组织或其机关的代表；

(c) 为针对委派国与该国际组织之间缔结的一项条约提出保留而常驻该国际组织的代表团团长。

#### 评注

(1) 1969 和 1986 年的两项《维也纳条约法公约》对提出保留的程序叙述不多，<sup>376</sup> 而对于撤回保留的程序则只字不提。准则草案 2.5.4 的目的是为了弥补这项疏失。

(2) 但是，委员会关于条约法的几位特别报告员并没有完成忽视这个问题。1956 年，杰拉尔德·菲茨莫里斯爵士拟议了一个条款，其中规定撤回保留需“正式通知”，<sup>377</sup> 但没有具体说明由谁发出通知，通知谁或如何发出通知。后来，汉弗雷·沃尔多克爵士于 1962 年在他的第一次报告中更详细地叙述了第 17 条第 6 款草案，并建议予以通过：

<sup>374</sup> 参看詹克斯，《国际组织的内部法律》，斯蒂文斯出版社，伦敦，1962 年，p. 282。

<sup>375</sup> 参看拉扎尔·佛克萨内阿努，“联合国的内部法律”，《法国国际法年鉴》，1957 年，pp. 315-349；菲利普·加叶，“国际组织的内部法律”，RGDIP，1963 年，pp. 563-602；巴拉多赫·帕利埃，“国际组织的内部法律”，《海牙国际法学院教程汇编》，1969-II，第 127 卷，pp. 1-38；帕特里克·达利叶和阿尔·佩莱，《国际公法》（阮国定），LGDI，巴黎，2002 年，pp. 576-577。

<sup>376</sup> 参看下文第(7)段。

<sup>377</sup> 参看准则草案评注第(2)段。

“……撤回保留应书面通知条约文书保存人，如果没有保存人，则应通知条约的每一当事国或有权成为当事国的国家。”<sup>378</sup>

(3) 虽然该提案没有在全体会议讨论，但起草委员会删除了该提案，<sup>379</sup> 国际法委员会也没有予以恢复。但是，在简短地讨论起草委员会的草案过程中，沃尔多克指出：“撤回保留的通知通常由保存人发出”。<sup>380</sup> 这个办法得到以色列的赞同。以色列是对一读通过的关于该主题的草案发表评论的唯一国家。<sup>381</sup> 特别报告员提议修正该草案，规定撤回“需在其他有关国家收到保存人转递的撤回通知后才有效”。<sup>382</sup>

(4) 在委员会的讨论过程中，沃尔多克说，一读时没有提及保存人完全是因为“粗心大意”。<sup>383</sup> 他纠正这一遗漏的建议原则上没有引起争论。但罗塞恩先生认为，事情“并非象看起来那样明确”，<sup>384</sup> 并建议一个关于保存人发出的所有通知的案文。<sup>385</sup> 起草委员会虽然没有立即采用这项建议，但可能会解释其案文又没有提及保存人的原因。<sup>386</sup> 委员会的最后草案<sup>387</sup> 和公约本身的案文<sup>388</sup> 也都没有提及保存人。

(5) 《维也纳公约》不提撤回保留的程序，委员会应在《实践指南》中予以纠正，可能为此考虑移植关于提出保留的规则。但这不是显而易见的事情。

(6) 一方面，很不明朗的是，国际法是否已经接受形式平等规则。委员会在 1966 年关于条约法涉及各方同意终止或退出条约的第 51 条草案的评注中认为，“这一理论反映了特定国家的宪法惯例，但不是国际法规则。委员会认为，

<sup>378</sup> 《1962 年……年鉴》，第二卷，p. 61；并参看准则草案 2.5.1，第 3 款。条约法特别报告员没有对草案的这一部分附加评注，(同上，p. 66)。

<sup>379</sup> 《1962 年……年鉴》，第一卷，第 664 次会议，1962 年 6 月 19 日，p. 234，第 67 段。

<sup>380</sup> 同上，第 71 段。

<sup>381</sup> 《1965 年……年鉴》，第二卷，p. 55。

<sup>382</sup> 同上，p. 56，参看对准则草案 2.5.1 的评注，前注 306。

<sup>383</sup> 《1965 年……年鉴》，第一卷，第 800 次会议，1965 年 6 月 11 日，p. 74，第 45 段。

<sup>384</sup> 同上，p. 176，第 65 段。

<sup>385</sup> 参看，同上，第 803 次会议，1965 年 6 月 16 日，pp. 197-199，第 30-56 段；提案案文见《1965 年……年鉴》，第二卷，p. 73。

<sup>386</sup> 参看，同上，第 814 次会议，1965 年 6 月 29 日，p. 272，第 22 段，和罗塞恩先生和汉弗雷爵士的评论，同上，第 26-28 段。

<sup>387</sup> 第 20 条第 2 款；参看对准则草案 2.5.1 的评注第(5)段中所列该条款案文。

<sup>388</sup> 参较 1969 年和 1986 年的《维也纳条约法公约》第 22 条和第 23 条。

国际法不接受‘反向行为’的理论”。<sup>389</sup> 这一有细微差别的立场可以而且应该适用于保留问题：尤其鉴于撤回保留通常值得欢迎，撤回保留的程序不一定必须与提出保留的程序相同。但撤回时应让所有缔约方清楚了解采取步骤放弃保留的国家或国际组织的意愿。因此，一个想法是撤回保留的程序应仿效提出保留的程序，在此基础上行事似乎是合理的，但可能需要酌情做出一些修改和细微调整。<sup>390</sup>

(7) 另一方面，应该指出，《维也纳条约法》第 23 条第 1 款仅仅说明保留必须“致送缔约国[和缔约组织]及有权成为条约缔约方之其它国家[和其它国际组织]”；除此之外，《维也纳公约》中极少具体提及保留的程序。<sup>391</sup>

(8) 由于没有与撤回保留的程序直接有关的条约规定，并鉴于提出保留的规定也不完善，委员会审议了关于通知保留的程序的准则草案 2.1.3—2.1.8[2.1.7]，为此参考了惯例，进行了(稀有的)理论讨论，并且研讨能否将这些准则转用于保留的撤回，以及这样做是否适当。

(9) 关于提出保留本身，准则草案 2.1.3 直接抄录《维也纳公约》关于“全权证书”的第 7 条<sup>392</sup>。看来，没有理由不将这些规则适用于保留的撤回。这些规则适用于提出保留的理由<sup>393</sup>也适用于撤回保留：保留改变了保留国和其他缔约方的义务，因此，提出保留的个人或机关，应与有权表明该国或国际组织在国际上受约束个人或机关相同。这必须完全适用于保留的撤回，因为保留使保留国的承诺变得完善。

(10) 一个会员国的常驻代表团曾询问 1953 年 3 月 31 日《妇女政治权利公约》和 1962 年 12 月 10 日《关于婚姻的同意、结婚最低年龄和婚姻登记的公约》

<sup>389</sup> 关于第 51 条草案的评注第(3)段，《1966 年……年鉴》，第二卷，p. 249；参看关于第 35 条的评注，同上，pp. 232-233。

<sup>390</sup> 《条约法导论》，法国大学出版社，巴黎，第三版，菲利普·加叶编著，p. 141，第 211 段。并参看兰·辛克莱爵士，维也纳条约法会议，曼彻斯特大学出版社，第二版，1984 年，p. 183。关于废止条约的灵活立场，参看国际法院 2000 年 6 月 21 日的裁决，1999 年 8 月 10 日空中事故(法院的权限)，《2000 年国际法院报告书》，p. 25，第 28 段。

<sup>391</sup> 准则草案 2.1.5 第 1 款采用这一案文，第 2 款具体说明保留针对某一国际组织组成文书时应遵循的程序。

<sup>392</sup> “1. 依照保存条约的国际组织的惯例，为了提出保留的目的，以下人士被视为代表着一国或一国际组织：(a) 该人士出示适当全权证书，表明有权通过或确认涉及提出保留的条约案文或有权表示该国或组织同意接受该条约的约束；或(b) 从惯例或其他情况看，有关国家和国际组织的意图是认为该人士拥有为此类目的的权限，无须出示全权证书。2. 为了提出保留的目的，以下人士因其职务无须出示全权证书而被视为在国际上代表着一国：(a) 国家元首、政府首脑和外交部长；(b) 各国为提出针对国际会议通过的条约的保留而委派出席该国际会议的代表；(c) 各国为提出针对一国际组织或其某机关通过的条约的保留而派驻该国际组织或其机关的代表；(d) 为提出针对委派国与一国际组织的一项条约的保留而常驻该组织的代表团团长。”

<sup>393</sup> 参看对准则草案 2.1.3 的评注，载于《国际委员会第五十四届会议(2002 年)工作报告》，《大会正式记录，第五十七届会议，补编第 10 号》(A/ 57/ 10)，第(8)-(12)段。

的某些保留“撤回通知形式；联合国秘书处在 1974 年 7 月 11 日给该常驻代表团法律顾问的一封信中坚定地采取了上述立场。<sup>394</sup> 这封信的起草人指出，《维也纳公约》没有提及这个问题，并回顾了第 2 条第 1 款 C 项关于“全权证书”的定义。<sup>395</sup> 随后他指出：

“显然，撤回保留是一个重要的行为，为此无疑应考虑出示全权证书。将提出保留的通知规则适用于撤回保留的通知似乎是完全合理的，因为撤回保留对有关条约适用的变动与原来提出保留所涉及的变动完全一样”。

最后他指出：

“因此，我们认为保留的撤回原则上应由国家元首、政府首脑和外交部长或他们中一人授权的一名官员通知秘书长。虽然如此高级别的程序可能有些烦琐，但这些不便必不可少，这能为有关各方提供基本保障，确保通知有效”。<sup>396</sup>

(11) 虽然这一结论语气坚定，但在秘书处法律咨询意见案文中“原则上”一词证明这里还有某些不确定之处。其原因正如信件起草人所承认的那样，

“在若干情况下，为了使各项条约得到更广泛的适用，秘书长保存文书的做法往往是收存常驻联合国代表团以普通照会或信件形式提出的保留撤回。据认为，正式委派到联合国、按其政府指示行事的常驻代表因其职能而无须出示全权证书，他们已经有此授权”。<sup>397</sup>

(12) 这里提出了一个问题，特别报告员谈到提出保留时已经提及这个问题<sup>398</sup>：有无理由认为一国驻保存条约的国际组织的代表(或一国驻保存国大使)有权发出关于保留的通知？而涉及撤回保留时，这个问题更加尖锐，因为大家可能希望便利这样的步骤，使条约得到更加全面的适用，从而帮助维持或确立其完整性。

(13) 委员会经过仔细的考虑，还是没有通过这项逐渐发展，因为力求尽可能少地偏离《维也纳公约》第 7 条的规定。一方面，如果没有强有力的理由，便

<sup>394</sup> 《1974 年联合国法律年鉴》，pp. 190-191。

<sup>395</sup> [《维也纳公约》]规定：称“全权证书”者，谓“一国主管当局所颁发，指派一个或数人代表该国谈判、议定或认证条约约文之文件”。

<sup>396</sup> 1976 年 7 月 1 日，秘书长的一份备忘录确认了下列结论：“保留必须书面提出(《(维也纳)公约》第 23 条第 1，保留和撤回必须由有权表示某一国家在国际上接受约束的三个权威人士(国家元首、政府首脑或外交部长)之一提出(《公约》第 7 条)”(《1976 年联合国法律年鉴》，p. 211。)

<sup>397</sup> 《1974 年联合国法律年鉴》，pp. 190 和 191。1976 年 7 月 1 日的备忘录对此做了认可：“关于这一点，秘书长在一些情况下的做法是接受仅由有关国家驻联合国代表通知的保留撤回”，《1976 年联合国法律年鉴》，p. 211，注 121。

<sup>398</sup> 对准则草案 2.1.3 的评注，前注 393，第(13)-(17)段。

不应偏离反向行为原则，<sup>399</sup> 但有一项理解认为“非形式主义的概念”<sup>400</sup> 是可取的。在这种情况下，这就意味着有权代表国家提出保留的任何当局也可能撤回保留，撤回保留不一定由与提出保留相同的机关提出。另一方面，虽然大家可能希望便利撤回保留，但撤回与其说类似于提出保留，不如说更类似于表示同意受条约的约束。这就是不偏离《维也纳公约》第7条所载规则的另一论点。

(14) 此外，从此以后，联合国秘书长似乎采取了更加严格的立场，不再接受由常驻联合国代表发出的撤回保留的通知。<sup>401</sup> 法律事务厅条约科在《秘书长作为多边条约保存人的惯例摘要》的最新版本中指出：“撤回保留必须以书面提出，由三个公认权威人士之一签字，因为撤回保留通常会从实质上改变条约适用范围”。<sup>402</sup> 这里没有提及任何可能的例外。

(15) 但联合国秘书长并不是多边条约的唯一保存人，其他保存人在这方面的惯例也应得到考虑，遗憾的是，各国对关于保留的问题单的答复没有提供这方面任何实际有用的资料。另一方面，欧洲委员会的出版物表明，欧洲委员会接受由常驻委员会代表以信函提出<sup>403</sup> 和撤回<sup>404</sup> 保留。

(16) 这种做法是完全可以接受的，似乎不会产生任何特别问题。如果在《实践指南》中列入过分僵化的规则，从而对这种做法提出质疑，那就很令人遗憾。但如果将准则2.1.3转用于保留的撤回，那就能够避免这样的缺陷，因为所提议的准则草案2.5.4[2.5.5]也注意保持“保存条约的国际组织的惯例”。

(17) 除了以“撤回”取代“提出”以外，移植的案文也并非全部抄录：

鉴于根据定义，撤回保留的程序与通过和确认条约案文或表示同意接受约束的程序相分离，且撤回保留可能会在多年以后，宣布撤回的人士需要出示特定的全权证书(第1款(a)项)；

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

<sup>399</sup> 参看上文第(6)段。

<sup>400</sup> 参看保罗·洛伊特的用语，同上。

<sup>401</sup> 让—弗朗索瓦·弗洛斯提及的一个例子如下：1984年3月22日，法国常驻联合国代表团撤回了法国(对1980年3月1日《消除对妇女一切歧视公约》第7条的保留(“关于法国撤回对上述条约的保留的说明”，《法国国际法年鉴》，1986年，p. 860)。

<sup>402</sup> 《秘书长作为多边条约的保存人的惯例摘要》，联合国法律事务厅法律科编写，1997年，ST/LEG/7，联合国出版物，出售品编号：E.94.V.15.p. 64，第216段。

<sup>403</sup> 参看对准则草案2.1.3的评注，前注393，第(14)段。

<sup>404</sup> 参较欧洲法律合作委员会，《欧洲法律合作委员会的公约和对这些公约的保留》，由法律事务总局编写的秘书处的说明，CDCJ(99)36，1999年3月30日。

### 2.5.5[2.5.5之二, 2.5.5之三] 违反与撤回保留有关的内部规则在国际上不产生影响

确定撤回保留的内部主管机构和应遵循的程序是每一国家内部法律或每一国际组织内部规则所规定的事项。

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

#### 评注

(1) 关于撤回保留的准则草案 2.5.5[2.5.5之二, 2.5.5之三]是与关于“违反与提出保留有关的内部规则在国际不产生影响”的准则草案 2.1.4[2.1.3之二, 2.1.4]互相对应的。<sup>405</sup>

(2) 有权在国际上撤回保留的当局不一定与在内部有权就此问题作出决定的当局相同。根据比照适用的方式,<sup>406</sup> 这个问题与提出保留所涉及的问题相同。<sup>407</sup>

(3) 各国和国际组织对关于保留的问题单没有就在内部撤回保留的权限提出任何可以利用的资料。但是, 法律理论在这方面提供了若干指示。<sup>408</sup> 比较详尽的研究可能揭示: 撤回保留的内部权限与提出保留的内部权限具有同样的多样性。<sup>409</sup> 因此, 似乎没有任何理由认为, 准则草案 2.1.4[2.1.3之二, 2.1.4]的案文不能转用于撤回保留。

(4) 尤其, 似乎有必须在《实践指南》中说明一国能否以及在何种程度上能够以其国内法没有得到遵守为由宣称保留无效, 即使委员会不能举出明确的例子, 但这种情况完全可能发生。

<sup>405</sup> “确定撤回保留的内部主管机构和应遵循的程序是每一国家内部法律或每一国际组织内部规则所规定的事项。”

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

<sup>406</sup> “撤销”对条约的保留, 其撤回的作用使接受的程度达到最高点。

<sup>407</sup> 参看对准则草案 2.1.4 的评注, 《大会正式记录, 第五十七届会议, 补编第 10 号》(A/57/10), pp. 75-79。

<sup>408</sup> 参看乔治·加亚, “撤回保留的单一方式”, 《国际法评论》, 1989 年, pp. 905-907, 或路易吉·米廖里诺, 前注 331, pp. 332-333, 其中谈到意大利撤回对《1951 年难民地位公约》的保留, 或参较法国的学说, 让-弗朗索瓦·弗洛斯, 前注 340, p. 863。

<sup>409</sup> 参看准则草案 2.1.4, 前注 407, 第(3)-(6)段。

(5) 如同委员会在提出保留方面所提到的，<sup>410</sup> 在某些情况下可能适用《维也纳公约》第 46 条的“有缺陷的批准”规则，这条规则与其说与完善批准或加入程序有关，不如说与撤回保留有关。无论是涉及提出保留或更多地涉及撤回保留，适用的规则都很少在宪法或法律的正式条文中得到明确的解释。<sup>411</sup>

(6) 委员会考虑干脆请读者直接参阅准则草案 2.1.4[2.1.3 之二, 2.1.4]，因为准则草案 2.5.5[2.5.5 之二, 2.5.5 之三]只是在加以移植时，将“提出”和“撤回”的词类分别从名词改为动词而已。与它对准则草案 2.5.6 所持的立场相反，委员会决定在这个情况下抄录准则草案 2.1.4[2.1.3 之二, 2.1.4]的案文：准则草案 2.5.5[2.5.5 之二, 2.5.5 之三]与准则草案 2.5.4[2.5.5]是分不开的，予以简单参照是办不到的。<sup>412</sup> 它似乎宁可在两种情况下都采取同样的方式。

### 2.5.6 撤回保留的告知

撤回保留的告知程序遵循准则 2.1.5、2.1.6[2.1.6, 2.1.8]和 2.1.7 中所述适用于告知保留的规则。

#### 评注

(1) 委员会在其他地方指出，<sup>413</sup> 《维也纳公约》对撤回保留的告知程序只字不提。第 22 条第 3 款(a)项无疑意味着：撤回应该告知各缔约方和国际组织，但没有指明由谁告知或应遵循的程序。准则草案 2.5.6 起到弥补差距的作用。

(2) 为此目的，委员会对严格意义的撤回保留采用了与提出保留同样的方法，<sup>414</sup> 并且考虑能否酌情将准则草案 2.1.5 转用于它已经通过的关于保留本身的告知的准则草案 2.1.7。

(3) 首先必须指出，虽然《维也纳公约》没有指明撤回保留所应遵守的程序，1969 年公约的起草工作情况显示：条约法的起草人无疑确信下列事实：

如果有保存人，则应由保存人通报；而且

必须告知“每一国家或有资格成为缔约方的国家”和“感兴趣的国家”。<sup>415</sup>

<sup>410</sup> 同上，第(10)段。

<sup>411</sup> 由于存在这些不确定的情况，处理这个问题的作者也就极少(见前注 408)。如果处理这些问题的本国专家彼此有分歧，或批评其政府的做法，那就更不能要求其他国家或国际组织去探讨国内法的奥秘和微妙了。

<sup>412</sup> 参看准则草案 2.5.4[2.5.5]的评注，第(17)段。

<sup>413</sup> 同上，第(1)段。

<sup>414</sup> 同上，第(8)段。

<sup>415</sup> 同上，第(2)和第(3)段。

(4) 只是因为，至少可以说部分由于，罗塞恩先生的倡导，大家才决定将与保存人和通知有关的所有规则列在一起，成为 1989 年《维也纳公约》第 76 至 78 条，<sup>416</sup> 这些提议后来没有被采纳。<sup>417</sup> 但这些提议与准则草案 2.1.5 和 2.1.6[2.1.6, 2.1.8]所述的准则完全相符。<sup>418</sup>

(5) 这些意见得到关于这一专题的法律学说的赞同，<sup>419</sup> 也与实践相符。因此，

- 无论是联合国秘书长，<sup>420</sup> 还是欧洲委员会秘书长，<sup>421</sup> 在保留问题上遵循的程序与适用于保留的告知程序相同；各国或国际组织如撤回对由他们交存的条约的保留，需就此通知他们，由他们告知所有缔约方以及有权成为缔约方的国家和国际组织；

<sup>416</sup> 以及 1986 年《维也纳公约》第 77 至 79 条。

<sup>417</sup> 参看准则草案 2.5.4[2.5.5]评注第(4)段。

<sup>418</sup> 准则草案 2.1.5(“保留的告知”)：

“保留必须书面告知缔约国和缔约的组织以及有权成为条约缔约方的其他国家和国际组织。

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

准则草案 2.1.6[2.1.6, 2.1.8] (“保留的告知程序”)：

除条约中另有规定或缔约国和缔约组织另有协议外，对条约的保留的有关告知：

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

(二) 如果有保存人，则应送交保存人，保存人应尽早通知保留所要送交的国家

保留的告知只有在该通知所要递交的国家或组织、或保存人收到该通知的情况下，才应视为提出保留的国家已告知保留。

对保留提出反对意见的期限从国家或国际组织收到保留通知之日算起。

如果对条约的保留是以电子邮件或传真告知，则必须通过外交照会或保存人通知加以确认。这种情况下，电子邮件或传真的日期即告知的日期。

<sup>419</sup> 参看路易吉·米廖里诺，前注 331，p. 323，或阿多尔佛·马雷斯加，《条约法》，吉屋弗雷出版社，米兰，1971 年，p. 302。

<sup>420</sup> 参看《交由秘书长保存的多边条约——截至 2000 年 12 月 31 日的情况》(联合国出版物出售品编号：E.01.V.5)，第一卷和第二卷，各处(可参看的例子很多，例如：撤回对 1961 年 4 月 16 日《维也纳外交关系公约》的保留，第一卷，p. 111，注 13；埃及，同上，注 15；蒙古，同上，p. 112，注 17，或对 1988 年 12 月 20 日《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》的保留，哥伦比亚、牙买加和菲律宾；同上，pp. 409-410，注 8、9 和 11)。

<sup>421</sup> 参看欧洲法律合作委员会(CDC)，《公约和对这些公约的保留》，由 CDC 法律事务总局起草的秘书处的说明(1999 年)(参看德国和意大利撤回对 1963 年《关于减少双重国籍的公约》的保留，pp. 11 和 12。)

- 此外，此外，公约明确论述撤回保留应遵循的程序的各个条款往往参照适用于提出保留的模式，并遵循准则草案 2.1.5 和 2.1.6[2.1.6, 2.1.8] 所述规则，因为这些规则具体规定了撤回保留应通知保存人，<sup>422</sup> 或甚至规定保存人应将保留的撤回告知各缔约方，<sup>423</sup> 或更广泛地告知有权成为缔约方的“所有国家”，或告知“所有国家”，而不加其他具体说明。<sup>424</sup>

(6) 准则 2.1.6 和 2.1.7 草案在提出保留方面要保存人发挥的作用十分有限，<sup>425</sup> 没有理由要求他发挥不同的作用。准则 2.1.6[2.1.6, 2.1.8] 和 2.1.7 草案结合了 1986 年《维也纳公约》第 77 条和第 78 条第 1 款(d)项及第 2 款，<sup>426</sup> 且与起草关于这个问题的维也纳规则所依据的原则相符：<sup>427</sup>

- 根据第 78 条(e)款，保存人负责“将有关条约之行为、通知及公文转告条约缔约方及有权成为条约缔约方的国家和国际组织”；上述案文已预先考虑到保留和撤回保留的通知。准则 2.1.6[2.1.6, 2.1.8] 草案第 1 款第(二)项重述了这些规定；
- 准则 2.1.7 草案第 1 款重述了第 78 条(d)款的原则，要求保存人审查“有关条约……通知或公文是否妥善，如有必要并将此事[提请]有关国家或

<sup>422</sup> 参阅 1956 年 5 月 19 日《欧洲国际商品公路运输合同公约》第 48 条第 2 款；1988 年 8 月 1 日《国际商品销售时效订正公约》第 40 条第 2 款；《欧洲共同体工作人员和欧洲联盟成员国工作人员反腐败公约》第 15 条第 2 款；《欧洲理事会关于网络空间犯罪问题的公约》第 43 条第 1 款。

<sup>423</sup> 参阅 1957 年 12 月 13 日《欧洲路标协定》第 15 条第 2 款和第 17 款(b)项；1961 年 10 月 26 日《关于保护艺术家、演员、唱片制作人和广播电台的公约》第 18 条和第 34 条(c)款。

<sup>424</sup> 参阅 1971 年 2 月 21 日《精神药物公约》第 25 条第 5 款和第 33 条；1972 年 12 月 2 日《集装箱关税公约》第 26 条第 3 款和第 27 条；1982 年 10 月 21 日《统一边境商品管制国际公约》第 21 和 25 条；1996 年《关于父母责任领域权限、适用法律、承认、执行与合作以及保护儿童措施的公约》第 63 条(通知“海牙国际私法会议成员国”)。

<sup>425</sup> 参看上列准则草案 2.1.6[2.1.6, 2.1.8] 的案文，前注 418，准则草案 2.1.7(保存人的职能)。

“保存人应审查由一国或一国际组织提出的对某一条约的保留是否具有适当形式，并在必要时，将此事提请有关国家或组织注意。

如果一国或一国际组织对保存人履行职能有分歧，保存人应就此问题：

- (a) 提请各签署国和签署组织以及缔约国和缔约组织注意；或
- (b) 适当时提请有关国际组织的主管机关注意。

<sup>426</sup> 这些与 1969 年公约第 77 条和第 78 条相符。

<sup>427</sup> 参看对准则草案 2.1.6[2.1.6, 2.1.8] 和 2.1.7 案文的评注，载于委员会第五十四届会议(2002 年)工作报告，《大会正式记录，第五十七届会议，补编第 10 号》(A/57/10)，pp. 102-123。

国际组织注意”；这一原则对提出保留和撤回保留都同样适用(这可以解决某些问题，例如有关通知者的问题)；<sup>428</sup>

- 该准则草案第2款采纳了《维也纳公约》认可的关于在发生分歧时“保存人/传信人”的作用的理论推论，使用了1986年公约第78条第2款的案文，而且此处似乎也不必对提出保留和撤回保留加以区分。

(7) 既然准则2.1.5至2.1.7草案提出的规则的所有要点都可以转用于保留的撤回，那么，应仅说明参照这些准则、还是重述关于撤回保留的权限呢？对于保留的提出，委员会倾向于重述、并将准则草案2.1.3和准则草案2.1.4[2.1.3之二, 2.1.4]的案文调整为准则草案2.5.4[2.5.5]和准则草案2.5.5[2.5.5之二, 2.5.5之三]。但采取这一立场，主要是考虑到适用于提出保留的规则不可能原封不动地转用于撤回保留。<sup>429</sup> 对于撤回保留的告知和保存人在这方面的作用而言，情况并非如此：准则草案2.1.5、2.1.6[2.1.6, 2.1.8]和2.1.7的案文完全合适只需将“提出”两字改为“撤回”。参照的办法缺点较少，不过有些委员不以为然，但委员会认为可以在这些准则草案予以采用。

#### 2.5.7[2.5.7, 2.5.8] 撤回保留的后果

在撤回一项保留的国家或国际组织与所有其他缔约方的关系中，撤回该项保留即引起该项保留所涉及的规定完整地适用，不论其他缔约方曾接受还是反对该项保留。

在撤回一项保留的国家或国际组织与反对该项保留并由于该项保留而反对条约对它自己和提出保留者生效的国家或国际组织的关系中，撤回该项保留即引起条约生效。

#### 评注

(1) 抽象地说，把关于撤回保留的后果的准则草案列入《实践指南》专门讨论保留方面的程序的一章中并不是很符合逻辑的做法，这尤其是因为撤回的后果很难与保留本身分开：两者是相互抵消的关系。但特别报告员经过犹豫之后，还是决定这样做，出于两个理由：

- 首先，《维也纳公约》第22条使关于撤回方式和程序的规则<sup>430</sup>与撤回后果问题密切联系在一起；

<sup>428</sup> 参看准则草案2.5.4评注第(10)和(11)段。

<sup>429</sup> 参看准则草案2.5.4[2.5.5]评注第(17)段和准则草案2.5.5[2.5.5之二, 2.5.5之三]评注第(6)段。

<sup>430</sup> 当然，仅在第3款(a)项提及撤回的“通知”的意义上。

- 其次，撤回的后果可以视为独立的，因此不必理会保留本身的复杂无比的后果。

(2) 《维也纳公约》第 22 条第 3 款(a)项仅从撤回“开始发生效力”的日期这个特定角度关心撤回保留的后果。但委员会在为 1969 年《公约》进行筹备工作时，偶尔讨论了撤回如何发生效力这个更为实质性的问题。

(3) 杰拉德·弗茨莫里斯爵士在他关于条约法的第一次报告中曾提议这样规定：如撤回保留，则原先提出保留的国家自动承担完全遵守保留所涉及的那项条约规定的义务，并同样有权要求其他缔约方也遵守该项规定。<sup>431</sup> 国际法委员会 1962 年一读通过的第 22 条草案第 2 款规定“如撤回保留，[关于保留的适用的]第 21 条规定停止适用”；<sup>432</sup> 这一句在委员会最后草案中消失了。<sup>433</sup> 汉弗莱·沃尔多克爵士在全体会议上建议起草委员会讨论另一个问题，即“这样一种可能性：撤回保留可能产生的后果是，在两国之间的关系上，原先未生效的条约现在生效了”；<sup>434</sup> 在维也纳会议期间，一些修正案试图在公约条文中重新订立一项这样的规定。<sup>435</sup>

(4) 会议起草委员会排除了这些修正案，认为它们是多余的；撤回保留的后果是不言自明的。<sup>436</sup> 这只能说对了一半。

(5) 毫无疑问的是，“撤回保留的后果显然是恢复条约的原有条文”。<sup>437</sup> 可是必须区分三种情况。

(6) 在保留国(或国际组织)与接受保留者之间的关系上(《维也纳公约》第 20 条第 4 款)，保留在下述情况下停止发生效力(第 21 条第 1 款)：“在这种情况下，撤回保留会产生的后果是在保留国与接受保留国之间的关系上，恢复了条约

<sup>431</sup> 《1956 年……年鉴》第二卷，第 118 页，A/CN.4/101 号文件，第 40 条第 3 款。

<sup>432</sup> 《1962 年……年鉴》，第二卷，第 181 页。

<sup>433</sup> 在起草委员会审查了汉弗莱·沃尔多克爵士提出的新草案之后，二读时放弃了这一句，因为他部分保留了这项规定(参看准则草案 2.5.8 的评注)，而没有给予任何说明(参看《1965 年……年鉴》第一卷，第 814 次会议，1965 年 6 月 29 日，第 297 页，第 22 段)。

<sup>434</sup> 同上，第 800 次会议，1965 年 6 月 14 日，第 195 页，第 86 段；在同样的意义上，参看 S. Rosenne，同上，第 87 段。

<sup>435</sup> 奥地利和芬兰的修正案(A/CONF.39/C.1/L.4 和 Add.1，参看《联合国条约法会议正式记录，第一届和第二届会议，维也纳，1968 年 3 月 26 日至 5 月 24 日和 1969 年 4 月 9 日至 5 月 22 日，会议文件》(联合国出版物，出售品编号 E.70.V.5)，全体委员会文件，由苏联的一项补充修正案予以补充(A/CONF.39/C.1/L.167，同上)。

<sup>436</sup> 《联合国条约法会议正式记录，第一届会议，维也纳，1968 年 3 月 26 日至 5 月 24 日，全体会议和全体委员会会议简要记录》(联合国出版物，出售品编号 F.68.V.7)，全体委员会，第 70 次会议(1968 年 5 月 14 日)，起草委员会主席 K. Yasseen 的声明，第 453 页，第 37 段。

<sup>437</sup> Derek Bowett，“对非限制性多边条约的保留”，《英国国际法年鉴》，1976-1977 年，第 87 页。又参看 R. Szafarz，前注 339，p. 313。

原来的内容。撤回保留造成了假使没有作出保留而会存在的情况。”<sup>438</sup> Migliorino 先生指出 1989 年匈牙利的例子，当时匈牙利撤回其对《1961 年麻醉品单一公约》规定国际法院管辖权的第 48 条第 2 款的保留，<sup>439</sup> 这项保留未曾受到反对；由于这项撤回，国际法院在公约的解释和适用上的管辖权即从撤回生效之日起确立。<sup>440</sup>

(7) 在撤回保留的国家或国际组织与反对保留但不反对条约对其自己和提出保留者生效的国家或国际组织之间的关系上，情况也是如此。在这种情况下，根据《维也纳公约》第 21 条第 3 款的规定，保留所涉及的规定对两个缔约方之间的关系未曾适用：“在这种情况下，在保留国与反对国之间的关系上，撤回保留产生的后果是使条约的适用范围扩大及保留所涵盖的规定”。<sup>441</sup>

(8) 如果提出反对的国家或国际组织反对条约对自己和保留国或组织生效，撤回保留会产生最重大的后果。根据这项假设，条约自撤回发生效力之日起生效。<sup>442</sup> 对以前表达了最严重反对意见的一国而言……撤回保留将意味着与保留国建立全面的条约关系”。<sup>443</sup>

(9) 换言之，在撤回保留国或国际组织与所有其他缔约方之间的关系上，撤回保留引起适用整个条约的后果(当然除非还有其他保留)，不管这些缔约方曾接受保留还是曾反对保留，但有一项理解是，在曾反对保留的情况下，如果反对国或国际组织反对条约对自己和保留者生效，条约则自撤回生效之日起生效。

(10) 在后一种情况下，即使其他保留还存在，但保留国或国际组织与反对国或国际组织之间的关系已经确立，因为该国或国际组织反对条约生效的理由是

<sup>438</sup> (“Intervenendo in una situazione de questo tipo, la revoca della riserva avra l'effeto di ristablire il contenuto del trattato nei rapporti tra lo Stato riservante e lo Stato che ha accettato la riserva. La revoca della riserva crea quella situazione giuridica che sarebbe esistita se la riserva non fosse stata appostata”) 路易吉·米廖里诺，前注 331，p. 325；在同样的意义上，参看 R. Szafarz，前注 339，p. 314。

<sup>439</sup> 参看《交由秘书长保存的多边条约——截至 2000 年 12 月 31 日的情况》(联合国出版物，出售品编号：E.01.V.5)，第一卷，第 382 页，脚注 16。

<sup>440</sup> 路易吉·米廖里诺，前注 331，pp. 325-326。

<sup>441</sup> 同上，pp. 326-327；作者指出 1972 年葡萄牙的例子，当时葡萄牙撤回其对 1961 年《维也纳外交关系公约》第 37 条第 2 款的保留，此举引起了一些国家的多方面反对，可是，这些国家没有反对该公约对它们和葡萄牙生效(参看《……多边条约》，前注 439，p. 112，脚注 18)。

<sup>442</sup> 参看《维也纳公约》第 24 条，尤其是第 3 款。

<sup>443</sup> R. Szafarz，前注 339，第 315 和 316 页；在相同的意义上参看 J. M. Ruda，“对条约的保留”，《海牙国际法学院教程汇编》，1975 年第三集，第 146 卷，第 202 页；D. Bowett，前注 437，第 87 页，以及 L. Migliorino，前注 331，第 328 和 329 页。后一位作者指出 1989 年匈牙利撤回其对《1969 年维也纳公约》第 66 条的保留的例子(参看《……多边条约》，前注 439，第二卷，第 273 页，脚注 13)；这个例子没有真正的说服力，因为反对国在它们与匈牙利之间的关系上没有正式反对适用该公约。

反对所撤回的那项保留。按照《维也纳公约》第 21 条的规定，自条约在两个缔约方之间的关系中生效之日起，其他保留也发生效力。

(11) 还应该指出，准则草案的措词沿用了《维也纳公约》的措词，尤其是第 2 条第 1 款(d)项和第 23 条的规定。这样的措词含有这样的假定，即保留是对条约规定(复数)的保留。不言而喻，保留可以只针对一项规定作出；如果是总括性的保留，也可以针对“整个条约的特定方面”提出。<sup>444</sup> 准则草案 2.5.7[2.5.7, 2.5.8]第一段包含了两种情况。

### 2.5.8[2.5.9] 撤回保留的生效日期

除条约另有规定或另经协议外，撤回保留只有在一缔约国或一缔约组织收到通知时才开始对该国或该组织发生效力。

#### 评注

(1) 准则草案 2.5.8[2.5.9]沿用了 1986 年《关于国家和国际组织间或国际组织相互间条约法的维也纳公约》第 22 条第 3 款的“起首语”和该款(a)项的文字。

(2) 这项条款沿用了 1969 年的条文，唯一增添的内容是提及了国际组织。在进行 1986 年《公约》的筹备工作时没有对这项规定进行任何特别讨论，<sup>445</sup> 1968-1969 年维也纳会议时也没有对这项规定进行任何特别讨论，维也纳会议仅仅澄清了<sup>446</sup> 国际法委员会二读通过的条文。<sup>447</sup> 然而在 1962 年和 1965 年，这项规定的通过曾引起委员会内部某些争论。

<sup>444</sup> 参看准则草案 1.1.1。

<sup>445</sup> 参看 Paul Reuter, 关于国家与国际组织或两个或更多的国际组织之间缔结的条约的第四次报告,《1975 年……年鉴》,第二卷第 41 页;第五次报告,《1976 年……年鉴》,第二卷第一部分,第 154 页;关于委员会的讨论(未讨论)情况:《1977 年……年鉴》,第一卷,第 1434 次会议,1977 年 6 月 6 日,第 101 页,第 30 至 35 段和第 1435 次会议,1977 年 6 月 7 日,第 104 页,第 1 和第 2 段,然后第 1451 次会议,1977 年 7 月 1 日,第 197 和 198 页,第 12 至第 16 段和委员会同年的报告,第二卷,第一部分,第 114 和 115 页;关于二读,参看 P. Reuter 的第十次报告,《1981 年……年鉴》,第二卷,第一部分,第 66 页,第 84 段;讨论(未讨论)情况:第 1652 次会议,1981 年 5 月 15 日和第 1692 次会议,1981 年 7 月 16 日,《1981 年……年鉴》,第一卷,第 50 和 51 页,第 27 和 28 段以及第 249 页第 38 段;最后条文,同上,第二卷第二部分,第 141 页和《1982 年……年鉴》,第二卷第二部分,第 37 和 38 页。

<sup>446</sup> 参看《联合国条约法会议正式记录,第一届和第二届会议,维也纳,1968 年 3 月 26 日至 5 月 24 日和 1969 年 4 月 9 日至 5 月 22 日,会议文件》(联合国出版物,出售品编号 E.70.V.5),第 153 页,第 211 段(起草委员会的案文)。

<sup>447</sup> 从复数(“……其他缔约国收到此项通知时”——参看《1966 年……年鉴》,第二卷,第 227 页,文件 A/6309/Rev.1)改为单数,这项改变的好处是表明对每一缔约方适用的生效日期(参看会议起草委员会主席 Yasseen 的解释:载于《……正式记录》,同前引,前注 446,第 11 次全体会议,第 39 页,第 11 段)。关于委员会最后通过的第 22 条草案,参看《1965 年……年鉴》,第一卷,第 310 页,和《1966 年……年鉴》),第一卷,第 363 页。

(3) 虽然杰拉德·费茨莫里斯爵士在1956年他的第一次报告中曾计划阐明撤回保留的后果，<sup>448</sup> 可是汉弗莱·沃尔多克爵士在1962年他的第一次报告中没有表示这样的打算。<sup>449</sup> 然而正是在这一年委员会进行辩论时，应巴尔托什的要求，在专门讨论撤回保留的第22条草案中首次引入这么一项规定，即保留的撤回“在其他有关国家收到撤回通知时开始发生效力”。<sup>450</sup>

(4) 在一读通过这项规定之后，有三个国家作出反应：<sup>451</sup> 美利坚合众国对此表示欢迎，以色列和大不列颠及北爱尔兰联合王国对其他缔约国因撤回的突然后果而可能碰到的问题表示关注。它们的意见促使特别报告员建议第22条草案增加一个措词复杂的(c)项，按照(c)项规定，一俟其他国家收到撤回通知，撤回即发生效力，但它们可有三个月的时间进行任何必要的调整。<sup>452</sup> 通过这种方式，汉弗莱爵士想让其他缔约方“酌情通过必要的立法或行政措施”使其国内法与撤回保留造成的情况相一致。<sup>453</sup>

(5) 委员会委员们除了批评特别报告员提出的这项解决办法过于复杂外，对这项规定所含的原则也意见不一。在布里格斯的支持下，鲁达认为撤回保留时没有理由规定一段宽限期，因为一国在表示同意接受条约约束因而使条约生效时并不存在这么一项规定。<sup>454</sup> 可是另一些委员，尤其是图恩基尼(Tunkin)和沃尔多克本人不无理由地指出，这两种情况截然不同：关于批准问题，“一国可以简单地拖延批准，从而获得必要的时间，以便对其国内法作出必要的修订”；撤回保留的情况刚好相反，“情况的改变不是取决于有关国家的意愿，而是取决于决定”撤回保留的“行为国”。<sup>455</sup>

(6) 但委员会认为，“这样的条款会使情况过分复杂化。实际上，在有关国家肯定会进行的磋商中，可能产生的困难都会得到排除。”<sup>456</sup> 但委员会在再次规定撤回生效的日期是其他缔约方收到通知的日期时还是略显犹豫，因为委员会

<sup>448</sup> 见准则草案2.5.1的评注第(2)段。

<sup>449</sup> 同上，第(3)段。

<sup>450</sup> 同上，第(5)段。

<sup>451</sup> 参看汉弗莱·沃尔多克爵士的第四次报告，《1965年……年鉴》，第二卷，第59页，A/C.4/177和Add.1和2号文件。

<sup>452</sup> “(c)从撤回开始生效之日起，第21条停止适用，但有一项理解，即在该日期之后的3个月内，不得仅仅因为该缔约方没有对其国内法或其行政做法作出必要的修订而认为缔约方违反了保留所涉及的规定。”

<sup>453</sup> 《1965年……年鉴》，第一卷，第800次会议，1965年6月11日，第192页，第47段。

<sup>454</sup> 同上，第193页，第59段(鲁达)和第194页，第76段(布里格斯)。

<sup>455</sup> 同上，第193页，第68和69段(图恩基尼)；又参看第192页，第54段(鹤冈千仞)，和第194页，第78至80段(沃尔多克)。

<sup>456</sup> 沃尔多克提供的解释，同上，第814次会议，1965年6月29日，第273页，第24段。

在其最后评注中说明，它得出的结论是，拟定一项一般规则，给各国规定一段较短的时间以“根据[撤回保留造成的]新情况修改国内法……，这样走得太远”，但委员会“同时认为，宜由条约的一项具体规定来解决这一问题。委员会又认为，即使没有一项这样的规定，如果一国需要一段较短的时间以便使其国内法与撤回保留造成的情况相一致，诚信原则使得保留国无法就其本身提出的保留造成的困难表示任何怨言”。<sup>457</sup>

(7) 这提出了另一个问题：通过这样做，委员会悄悄地在评注里再次引入了沃尔多克曾试图写进《公约》第 22 条案文里的例外。这样做不仅有问题，而且提及诚信原则并不能提供任何明确的指导意见。<sup>458</sup>

(8) 委员会认为，问题仍然是“实践指南”是否应包含 1965 年评注中已包含的澄清：与一般的条约法公约相比，在包含着做法建议的这套指南里规定得较为具体是有道理的。但在这里所谈的情况中，人们对包含这种澄清提出了一些严肃的反对意见：评注里所述的“规则”明显地与《公约》里的规则抵触，把这一规则列入“指南”将会背离那一项规则。只有为了一个明确的需要时，这样做才可以接受，但这里涉及的情况显然不是这样。1965 年，汉弗莱·沃尔多克爵士“未曾听到过一国撤回其保留会给条约的适用带来任何困难”；<sup>459</sup> 38 年之后，情况似乎仍是这样。因此，质疑或放松《维也纳公约》第 22 条第 3 款所述的规则似没有必要或者说不明智。

(9) 但在某些情况下，在发出通知后保留的撤回立即生效的确会产生一些困难。但 1965 年的评注本身已经给这一问题提出了正确的答案：“此事应该……由条约中的一项具体规定加以处理”。<sup>460</sup> 换言之，每当条约涉及一个问题，例如个人地位或国际私法的某些方面时，而且据认为意外地撤回保留会因其他缔约方没有调整其国内法律而给它们造成困难时，条约中应加入一项条款，规定解决撤回所造成的情况而需要的时间。

(10) 而且这也是实际当中发生的情况。数目众多的条约对于撤回保留的生效规定的期限都长于《维也纳公约》第 22 条第 3 款(a)项按照一般法规定的时间。这种期限通常为一至三个月不等，在大多数情况下，自向保存人发出通知之日起

<sup>457</sup> 《1966 年……年鉴》，第二卷，第 228 页(A/6309/Rve.1 号文件，第 2 段)第 20 条草案的评注第(2)段。

<sup>458</sup> 正如[国际]法院指出的，“诚信原则是关于创立和履行法律义务的最基本的原则之一”，核试验案，《1974 年国际法院报告书》，第 268 页，第 46 段；第 473 页，第 49 段；“在不规定这项原则为义务的情况下，这项原则本身通常不产生义务”，边界与跨界武装行动(尼加拉瓜诉洪都拉斯)，判决，《1998 年国际法院报告书》，第 105 页，第 94 段。

<sup>459</sup> 《1965 年……年鉴》，第一卷，第 814 次会议，1965 年 6 月 29 日，第 273 页，第 24 段。

<sup>460</sup> 见上文第(6)段。

计算，而不是自向其他缔约方发出通知之日起计算。<sup>461</sup> 反过来，条约规定的期限也可短于《维也纳公约》中所述的期限。1989年5月5日的《欧洲跨界电视公约》第32条第3款便是这样规定的：

根据第1款提出保留的所有缔约国可向欧洲理事会秘书长提出通知全部或部分撤回保留。撤回自秘书长收到通知之日起开始生效。

而不是自其他缔约方收到保存人的通知之日起生效。<sup>462</sup> 有时条约则规定，由撤回保留的国家说明撤回的生效日期。<sup>463</sup>

(11) 这些明文条款的目的是克服《维也纳公约》第22条第3款(a)项所确立的原则的缺点；该项原则并不是完美无缺的。除了上面所述的问题<sup>464</sup>——这些问题有时产生于撤回自其他缔约方收到通知之日起生效这一点，还有人指出，该款没有“真正解决时间因素这个问题”(ne résout pas vraiment la question du facteur temps)，<sup>465</sup> 当然，由于1969年《维也纳公约》作出的具体规定，<sup>466</sup> 撤回保留的国家或国际组织的伙伴确切知道撤回保留对它们生效的时间，可是撤回的行为者自己仍然处在不确定之中，因为其他缔约方收到通知的日期可能非常不同，这样就造成很不方便的后果，使撤回的行为者不能确定它的新义务在哪个日期开始生效。<sup>467</sup> 除了修改第22条第3款(a)项的条文本身外，没有消除这个缺点的其他办法，但实际上，这个缺点似乎尚未严重到必须“修订”维也纳条文的地步。<sup>468</sup>

<sup>461</sup> 见下列学者在下列著作中所举的例子：Pierre-Henri Imbert, 前注 324, p. 390, 或 Frank Horn, 前注 324, p. 438. 另外参看(例如)1980年4月11日《联合国国际货物销售合同公约》，第94条第4款(六个月)、1979年6月23日《养护野生动物移栖物种公约》(波恩公约)，第十四条第2款(自保存人将撤回通知转发给各缔约方之日起90天)或海牙国际私法会议于1989年8月1日通过的《死者遗产继承的法律适用公约》第24条第3款(发出撤回通知之后三个月)。

<sup>462</sup> 斜体格式是后加的。含有撤回保留的条款的欧洲理事会公约通常沿用这一规定：参看1963年《减少多重国籍情况和在多重国籍情况下的兵役义务的公约》，第8条第2款；1977年《欧洲递送司法协助申请协定》第13条第2款；或1977年《欧洲国籍公约》第29条第3款。

<sup>463</sup> 参看1973年5月18日《关于简化和协调海关手续的国际公约》(京都公约(修订本))第12条第2款：“……作出保留的任何缔约方可在时候，通过向保存人发出通知，全部或部分撤回保留并说明此项撤回生效的日期”。

<sup>464</sup> 第(4)至(9)段。

<sup>465</sup> P. H. Imbert, 前注 324, 第 290 页。

<sup>466</sup> 参看前注 447。

<sup>467</sup> 关于这方面，参看布里格斯的评注，《1965年……年鉴》，第一卷，第800次会议，1965年6月14日，第194页，第75段，和第814次会议，1965年6月29日，第297页，第25段。

<sup>468</sup> 参看上文第(8)段。

(12) 但是在这方面应该指出，《维也纳公约》中的案文背离了一般法律：一般来说，与条约有关的行为从保存人收到通知之日起开始生效。这正是 1969 年《公约》第 16 条(b)项、第 24 条第 3 款或第 78 条(b)项所规定的。<sup>469</sup> 国际法院对接受其强制性管辖权的任择性声明也是这样裁定的，它所采用的推理过程也可借用于条约法领域：<sup>470</sup>《维也纳公约》第 22 条第 3 款(a)项之所以确立一项例外情况，是因为想避免这么一种情况：在一国撤回对条约的保留时，该条约的其他缔约方可能由于没有遵守条约规定而须对该国承担责任，尽管它们不知道撤回一事。<sup>471</sup> 对这样的担心，应该表示赞同。

(13) 委员会对《维也纳公约》的某些规定里使用“除非条约另有规定”这一短语有时给予批评。<sup>472</sup> 但在某些情况下，这一短语是有价值的，它提请注意在实际的条约里加入特定的保留条款是必要的，这样才能避免与适用一般规则或沉默造成的模棱两可相关的缺点。<sup>473</sup> 在撤回保留何时生效的问题上，情况的确是这样。每当《维也纳公约》第 22 条第 3 款(a)项所述的并且也是准则草案 2.5.8[2.5.9]所包含的原则在适用上可能产生问题时，便肯定有必要说明撤回保留生效的时间。这所以产生问题，或是因为撤回在短时间内仓促生效可能使其他缔约方处于很不方便的地位，或是因为正相反，存在着一种愿望，想使其他缔约方收到撤回通知之前的这段时间的长度不具有重要性。

(14) 为了在出现这种问题时向条约的谈判者提供帮助，委员会决定在“实践指南”里加上示范条款，供必要时借鉴。“实践指南”开头的“解释性说明”澄清了这些示范条款的范围和“使用说明”。

#### 示范条款 A——撤回保留生效日期的推迟

**对本条约作出保留的缔约方可向[保存人]发出通知撤回保留。在[保存人]收到通知之日之后 X[月][天]期满时，撤回开始生效。**

<sup>469</sup> 1986 年《公约》第 79 条(b)项。

<sup>470</sup> “通过将其接受声明交由秘书长保存，接受国成为对于所有其他声明国适用的选择性规定制度的当事方，具有第 36 条……产生的所有权力和义务。事实上，正是从这天开始构成选择性规定基础的双方同意的关系开始在有关国家之间生效”。1957 年 11 月 26 日的裁决，在印度领土上的通过权(初步反对意见)，《1957 年国际法院报告书》，第 146 页；又参看《1998 年国际法院报告书》，第 291 页，第 25 段。参看国际法院 1998 年 6 月 11 日的裁决，喀麦隆与尼日利亚之间的陆地和海洋边界(初步反对意见)，《1998 年国际法院报告书》，第 293 页，第 30 段。

<sup>471</sup> 参看国际法委员会对一读通过的 22 条草案的评注，《1962 年……年鉴》，第二卷，第 201 页，和二读通过的 22 条草案的评注，《1966 年……年鉴》，第二卷，第 175 页。

<sup>472</sup> 例如见准则草案 2.5.1 的评注，第(15)段。

<sup>473</sup> 例如见准则草案 2.3.1 和 2.3.2。

## 评注

(a) 示范条款 A 的目的是延长撤回保留生效日期所需的时间，特别推荐用于下列情形：其他缔约方可能须将其自己的国内法加以调整，从而与撤回造成的新情况保持一致。<sup>474</sup>

(b) 虽然谈判人员显然可以随意自由地调整撤回保留发生效力所需的期限，可是在委员会提议的示范条款中，似乎宜于从保存人收到撤回通知之日起而不是依《维也纳公约》第 22 条第 3 款(a)项的规定从其他缔约方收到撤回通知之日起开始计算期限。首先，这项规定确定的生效日期(肯定必须在准则草案 2.5.8[2.5.9]中予以保留)存在的缺点不少。<sup>475</sup> 其次，在目前情况下，各缔约方掌握着所有信息，知道向其他各国或有关各国际组织发送撤回通知的可能时间；因此，各缔约方可以确定生效日期。

## 示范条款 B——撤回保留早日生效

**对本条约作出保留的缔约方可向[保存人]发出通知撤回保留。撤回自[保存人]收到通知之日起生效。**

## 评注

(a) 示范条款 B 的目的是处理与示范条款 A 所处理的情况相反的情况，因为有时各缔约方可能商定在较短的时间内生效，而不是适用《维也纳公约》第 22 条第 3 款(a)项及准则草案 2.5.8[2.5.9]所载的原则。它们可能希望避免拖拉，避免与其他缔约方必须收到撤回通知这一要求相关联的不确定性，这尤其是当国内法不会因为另一国或组织撤回保留而需要改变时。

(b) 没有理由反对这样做，只要所说的条约包含一项规定就行，这项规定偏离《维也纳公约》第 22 条第 3 款(a)项所载的一般原则并且将生效期缩短。采用示范条款 B 的案文，在条约里加上这么一项规定，便能达到这样的目的。示范条款 B 的措词源于 1989 年《欧洲跨界电视公约》第 32 条第 3 款。<sup>476</sup>

## 示范条款 C——自由确定撤回保留生效日期

**对本条约作出保留的缔约方可向[保存人]发出通知撤回保留。撤回自该国发给[保存人]的通知中所确定的日期起生效。**

<sup>474</sup> 见准则草案 2.5.8 的评注第(4)段。

<sup>475</sup> 见准则草案 2.5.8 [2.5.9] 的评注。

<sup>476</sup> 完整的案文见准则草案 2.5.8 的评注第(10)段。

## 评注

(a) 缔约方也可任由作出保留的国家或国际组织确定撤回生效的日期。示范条款 C 沿用了 1973 年《京都公约》(修订本)第 12 条第 2 款的措词,<sup>477</sup> 适用于这种情况。

(b) 如果是准则草案 2.5.9 所涉及的情况,在条约里插入这样的条款则没有道理,也没有实际意义,除非这样做的意图是容许保留的行为者使保留的撤回立即生效,或不论怎样,是为了确保撤回在比《维也纳公约》第 22 条第 3 款(a)项所规定的更短的时间内生效。因此,示范条款 C 的目的类似于示范条款 B 的目的。

### 2.5.9[2.5.10] 提出保留的国家或国际组织可单方面确定撤回保留生效日期的情况

撤回保留自撤回保留的国家或国际组织确定的日期起生效,但:

(a) 该日期晚于其他缔约国或缔约国际组织收到关于撤回保留的通知的日期;或

(b) 撤回保留并不增加撤回保留的国家或国际组织相对于其他缔约国或缔约国际组织而言所拥有的权利。

## 评注

(1) 准则草案 2.5.9[2.5.10]说明了《维也纳公约》第 22 条第 3 款(a)项不适用的情况,这不是因为该项规定有例外,而是因为该项规定不是为此目的设计的。除了条约明文规定不许适用本项准则所体现的原则的情况,本项准则适用于上述两种情况,即保留的行为者可单方面确定撤回的生效日期。

(2) 准则草案 2.5.9[2.5.10]第一分段考虑了撤回保留的国家或国际组织确定的生效日期晚于适用《维也纳公约》第 22 条第 3 款(a)项后而得到的日期的可能性。这样做没有造成任何特别困难:这里规定的期限的目的是让其他缔约方不至于措手不及,让它们能够充分了解相对于放弃保留的国家(或国际组织)而言它们的承诺的范围。因此,从这一信息有效获得之时起,保留的行为者没有理由不按自己意愿确定撤回保留的生效日期,因为无论怎样,它原本可以在较晚的一个时间通知保存人,从而将日期推迟。

(3) 准则草案 2.5.9[2.5.10]的(a)项“其他缔约国或缔约国际组织”故意使用复数,而第 22 条第 3 款(a)项则使用单数(“一缔约国或一缔约组织”)。为了使撤回在其行为者确定的日期开始生效,事实上,所有其他各缔约方都必须收到通知,不然,就不能符合第 22 条第 3 款(a)项的精神和存在理由。

<sup>477</sup> 见准则草案 2.5.8 的评文案文,前注 463。

(4) (b)项涉及的情况是：保留的行为者确立的日期早于其他缔约方收到通知之日。在这种情况下，只有撤回的国家或国际组织(以及在相关时，还有保存人)知道保留被撤回。在认定撤回是追溯性的撤回时(这种情况有时发生)，这项准则尤为适用。<sup>478</sup>

(5) 在条约未作特别规定的情况下，保留国单方面表达的意向从理论上说不能优先于《维也纳公约》第22条第3款(a)项的明确规定，如果其他缔约方反对该意向的话。但委员会认为，不值得特殊对待确立“完整义务”的条约类别，特别是在人权领域；在这种情况下，如果原先提出保留的国家愿意，则撤回可以立即生效甚至以追溯性的方式生效，对此不可能加以反对——恰恰相反，因为其他国家的立法依其定义不受影响。<sup>479</sup> 实际上，这是一种发生了追溯性撤回的情况。<sup>480</sup>

(6) 委员会讨论了这样的问题：是从撤回的国家的角度看问题好呢，还是从其他缔约方的角度看问题好？如果是从其他缔约方的角度看问题，则(b)项的措词应该是这样：“……撤回保留并不增加其他缔约国或缔约国际组织的义务”。经过长时间讨论之后，委员会一致认为一个硬币有两面，于是决定采用第一种说法，这样做似与决定撤回保留的国家的主动角色相一致。

(7) 在英文本里，“auteur du retrait(撤回的行为者)”被译成了“withdrawing State or organization(撤回/退出的国家或国际组织)”。不用说，这里指的不是从条约中退出的国家或国际组织，而是撤回保留的国家或国际组织。

### 2.5.10[2.5.11] 部分撤回保留

部分撤回保留对保留的法律效力产生限制，并使条约的规定或整个条约更完整地适用于撤回保留的国家或国际组织。

部分撤回保留须遵守与全部撤回相同的形式和程序规则并在相同条件下生效。

### 评注

(1) 根据主流学说，“保留既然可以撤回，在某些情况下也可以修订，或甚至予以取代，但其结果需是限制保留的影响”<sup>481</sup>。这一原则虽然措辞谨慎，但几

<sup>478</sup> 见 Pierre-Henri Imbert 所给的例子，前注 324，p. 291 (丹麦、挪威和瑞典撤回对 1951 年《关于难民地位的公约》和 1954 年《关于无国籍人地位的公约》的保留：见《交由秘书长保存的多边条约——截至 2000 年 12 月 31 日的情况》(联合国出版物，出售品编号：E.01.V.5)，第一卷，第 314 页和第 319-320 页)。

<sup>479</sup> 在这方面，见 P.H. Imbert，前注 324，第 290-291 页。

<sup>480</sup> 见前注 478。

<sup>481</sup> Anthony Aust, 《现代条约法与实践》，剑桥大学出版社，2000 年，p. 128。另见 Pierre-Henri Imbert，前注 324，p. 293，或 Jörg Polakiewicz，前注 362，p. 96。

乎无可置疑，实际上可以更加明确地表达出来：只要修订保留是为了缩小保留的范围并且与部分撤回相当，这种修订就无可非议。这是准则草案 2.5.10 的出发点。

(2) 这种修订如果在条约中有明文规定，那显然就不会造成任何问题。虽然条约对此有明文规定的情况很少，但这种保留条款是有的。例如，1976 年 2 月 6 日《国际内河客货运输合同公约》（《内河客货运公约》）第 23 条第 2 款规定：

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

(3) 此外，对完全或部分撤回保留作明言规定的保留条款是更为常见的。例如，1957 年 2 月 20 日《已婚妇女国籍公约》第 8 条第 3 款规定：

“依本条第一项提出保留之国家，得随时通知联合国秘书长将业经接受之保留全部或部分撤回。此项通知应于收到之日起生效”<sup>482</sup>。

1998 年 11 月 4 日《欧洲理事会关于利用刑法保护环境的公约》第 17 条第 2 款也有类似的规定：

任何缔约国如曾……提出保留，均可向欧洲理事会秘书长发出通知，完全或部分撤回保留。撤回应于秘书长收到通知之日生效。<sup>483</sup>

此外，1997 年 5 月 26 日《欧洲共同体工作人员和欧洲联盟成员国工作人员反腐败公约》第 15 条第 2 款规定如下：

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

(4) 许多公约条款都一并提及完全和部分撤回保留，这突出表明这两者关系密切。这种关系得到实践的确认，但有时在法学著作中受到质疑。

(5) 国际法委员会拟订条约法条款草案时，汉弗莱·沃尔多克爵士曾建议通过一个条款草案，将完全和部分撤回保留列在一起<sup>484</sup>。起草委员会在审议该草案后，在提交全体会议的案文中删除了提及可能“部分”撤回保留的全部

<sup>482</sup> 例如，另见 1961 年《麻醉品单一公约》第 50 条第 4 款以及 1975 年的修正：“提出保留的国家得随时以书面通知撤回其所提保留的全部或一部”。

<sup>483</sup> 例如，另见 1977 年 1 月 27 日《欧洲打击恐怖主义公约》第 13 条第 2 款：“任何国家均可通过向欧洲理事会秘书长发出声明，完全或部分撤回其根据上款提出的保留。此一声明应于秘书长收到之日生效”。在欧洲理事会主持下缔结的列有相应条款的公约的其他例子，见准则草案 2.5.2 的评注，前注 362。

<sup>484</sup> 参看第 17 条第 6 款草案，载于汉弗莱爵士的第一次报告，《1962 年……年鉴》第二卷第 69 页，第 69 段。

内容<sup>485</sup>，而从讨论情况摘要中则无法推断这一修改的理由。似乎最合理的解释是：这似乎是不言自明的——“能多做者也能少做”；鉴于评注中对“撤回”一词含义只字不提，令人惊讶，由此可见，该词很可能应作相似解释，意为“完全或部分撤回”。

(6) 事实上，这样做并不是完全不言自明的，而且实践和理论似乎都多少有些犹豫不定。<sup>486</sup> 在实践中，人们可以举欧洲理事会框架内的一些例子，说明对公约的一些保留被修订但没有引起反对。<sup>487</sup> 欧洲人权委员会对《欧洲人权公约》第 64 条<sup>488</sup> 的时间条件“显示出一定的灵活性”：

由于国内法会经常修订，委员会认为，如果修订受保留保护的律，即使由此也修订了保留，那也不影响第 64 条的时间要求。委员会指出，尽管第 64 条有明言规定，……但鉴于当时在国内生效的法律不符，……奥地利 1962 年 7 月 5 日的法律涉及其 1958 年 9 月 3 日提出的保留(1958-1959 年)(2《法国国际法年鉴》88-91)，而其结果不是事后扩大不受委员会监督的范围<sup>489</sup>。

(7) 最后这一点很重要，也许揭示了这种判断的含义：正是由于新法律并没有扩大保留的范围，委员会才认为新法律与保留有关<sup>490</sup>。从技术上来说，这并非与修订保留本身有关，而是修订国内法的影响问题。此外，有些国家曾正式修订了其《欧洲人权公约》的保留，而没有引起其他缔约国的抗议<sup>491</sup>。

(8) 欧洲人权法院的判例可用同样方式予以解释。如果说斯特拉斯堡认为新的更有限制性的法律不能适用于在批准时提出的保留，但如果批准条约后制定

<sup>485</sup> 同上，第 201 页；关于起草委员会对特别报告员的草案的修订，见准则草案 2.5.1 的评注第(3)段。

<sup>486</sup> 参看 P.H. Imbert，前注 324，第 293 页。

<sup>487</sup> V. J. Polakiewicz，前注 362，p. 95；确切而言，这与其说与保留有关，不如说与准则草案 1.4.5 所述的“关于在内部履行条约的方式的声明”更加有关(《大会正式记录，第五十四届会议，补编第 10 号》(A/54/10)，第 232 至 236 页)。

<sup>488</sup> 自从第二号议定书生效以来为第 57 条：“1. 所有国家在签署本公约或在交存批准书时，均可视其国内某一现行法律与公约特定条款不符的情况，提出对该条款的保留。按本条规定，不允许一般性的保留。2. 根据本条提出保留时，均应对所涉法律作简要说明”。

<sup>489</sup> William A. Schabas，第 64 条评注，载于 L.E. Pettiti, E. Decaux 和 P.H. Imbert，《欧洲人权公约——逐条评注》，Economica，巴黎，1995 年，第 932 页；脚注略。见委员会关于协会 X 诉奥地利案的报告 (req. No. 473/59)，年鉴 2，第 405 页或 X 诉奥地利 (req. No. 88180/78)，DR 20，第 23 至 25 页。

<sup>490</sup> 参较 Valticos 法官在 Chorherr 诉奥地利案中有些不同的意见：“在修订法律时，涉及保留的不同之处如果不是那么严格，也许应在新案中予以保持，但保留绝不能自然增强”(1993 年 8 月 25 日裁决，A 集，第 266-B 号，第 40 页)。

<sup>491</sup> 参看芬兰 1996 年、1998 年、1999 年和 2001 年先后部分撤回其对第 5 条的保留(见 <http://conventions/coe/int/Treaty/FR/cadreprincipal.htm>)。

的法律“没有超越提出保留之日有效的法律”，则处理办法就会不同<sup>492</sup>。但 Belilos 案的结果对此提出了质疑。

(9) 斯特拉斯堡法院对此案采取的立场认为瑞士 1974 年针对《公约》第 6 条第 1 款提出的“声明”无效<sup>493</sup>。此后，瑞士经再三犹豫，<sup>494</sup> 首次修订了其“声明”，以期使之符合 1988 年 4 月 29 日的裁决<sup>495</sup>。法院将此“声明”比作保留，至少就适用的规则而言是如此。瑞士将经过修订的“解释性声明”通知《公约》保存人欧洲委员会秘书长和“作为法院裁决执行情况监测机关的”部长委员会<sup>496</sup>。这些通知似乎没有引起异议，也没有在《公约》各机关或给其他缔约国造成困难<sup>497</sup>。但是在瑞士法院发生的情况就不同了。瑞士联邦法院于 1992 年 12 月 17 日对 Elisabeth B. 诉图尔高州政府一案作出的判决认为，如果从 Belilos 案判决的理由上看，被宣布无效的是整个的 1974 年“解释性声明”，因此没有什么有效提出的保留在 12 年后可予修订；这至多是一项新的保留，但这不符合《罗马公约》<sup>498</sup> 第 64 条和 1969 年《维也纳公约》<sup>499</sup> 第 19 条就提出保留所规定的时间条件。2000 年 8 月 29 日，瑞士正式撤回了与《公约》第 6 条有关的“解释性声明”<sup>500</sup>。

(10) 尽管有点迹象，但不能从这一重要判决中推断认定，在一个合法的条约监测机关认定一项保留无效时(不管是否涉及到人权)，就排除了对有争议的保留的一切更改：

<sup>492</sup> 1982 年 2 月 25 日的裁决，Campbell et Cosans, A 集，第 48 卷，第 17 页，第 37 段。

<sup>493</sup> 法院认为，“所提出的声明没有满足《公约》第 64 条的两项要求(参看前注 488)，因而无效”(A 集，第 132 卷，第 60 段)；法院还指出，既然“毫无疑问，无论该声明是否有效，瑞士都认为其受《公约》约束”，则无需考虑该声明，《公约》应在瑞士实施(同上)。

<sup>494</sup> Iain Cameron 和 Frank Horn, “对《欧洲人权公约》的保留：Belilos 案”，G. Y. B. I. L., 1990 年，pp. 69-129。

<sup>495</sup> 瑞士认为法院的批评仅与“刑事方面”有关，因此使其“声明”局限于民事诉讼。

<sup>496</sup> J. -F. Flauss, “le contentieux de la validité des réserve à la CEDH devant le Tribunal fédéral suisse: *Requiem* pour la déclaration interprétative relative à l'article 6 § 1”, R. U. D. H. 1993, p. 301; 另见 William Schabas, “对人权条约的保留：革新与改革的时刻”，《1985 年加拿大国际法年鉴》，第 48 页。关于提及这些通知之处，见欧洲理事会，《欧洲条约集》，第 5 号，第 16 和 17 页以及委员会 1989 年 9 月 19 日第 DH(89)24 号决议(附件)。

<sup>497</sup> 但一些法学家对其有效性提出质疑；参较 Gérard Cohen-Jonathan, “Les réserves à la Convention européenne des droits de l'homme”, RGDIP 1989, 第 314 页，以及后注 499 所引瑞士联邦法院 1992 年 12 月 17 日的裁决(第 6. b 段)中引用的著述和 J. F. Flauss 的著述，前注 496，第 300 页。

<sup>498</sup> 见前注 488。

<sup>499</sup> 联邦法院判决的长篇摘录已译成法文，载于《法庭公报》，第一卷：联邦法律，1995 年，第 537 页。在此提到的段落见判决第 7 段(第 533 页至 537 页)。

<sup>500</sup> 参看 <http://conventions.coe.int/treaty/en/cadreprincipal.htm>

瑞士联邦法院的立场依据的想法是，1974 年的“声明”整体上无效(尽管欧洲人权法院没有明白宣布该声明无效)；尤其是：

在同一判决里，法院表示：

“1988 年声明只不过是说明和限制 1974 年提出的保留，没有理由不遵循这一程序。鉴于《罗马公约》第 64 条或 1969 年《维也纳条约法公约》都没有对这一问题做出明白规定，似可认为，如果重新拟订现有保留的目的是为了弱化现有的保留，那么一般来说应该总是可能的。这一程序不会限制有关国家相对于其他国家而言所担负的承诺，而是依照公约增强了其承诺”<sup>501</sup>。

(11) 这是一种极好的陈述，对适用的法律及其基本前提都作了很好说明：没有任何合理的理由反对一个国家通过撤回来限制以前保留的范围，尽管只是部分撤回保留；条约的完整性得到了更好的保证，同时不排除某些其他缔约方因此而取消原来可能针对原始保留作出的反对<sup>502</sup>。此外，正如有人指出的，如果没有这种可能性，缔约方之间的平等会打破(至少在有一个监测条约执行情况机关存在的情况下)：“久已加入公约的国家在与(最近)才批准公约的国家的关系上，可能自认为受到不平等待遇，更不要说与未来缔约方的关系上。”<sup>503</sup> 对未来的缔约方有利的是，它们了解了监测机关对与它们自己可能打算提出的保留相类似的保留的有效性采取的立场，从而能够做出修改。

(12) 此外，正是这类考虑<sup>504</sup> 促使委员会在 1997 年的初步结论中认为，在一国对一项不当保留作出结论时，“该国可以修改保留，消除其不当性”<sup>505</sup>：很明显，只有该国有权通过部分撤回保留修改保留，这才有可能。

(13) 在实践中，部分撤回的情况虽不是特别多却绝非没有，但撤回保留一般来说不会非常多。1988 年，在针对联合国秘书长作为保存人的条约提出的 1,522 份保留或解释性声明中，Frank Horn 先生指出“有 47 份已完全撤回或部分撤回。”<sup>506</sup> 大多数情况(即 30 个声明)属于部分撤回。其中 6 个曾连续撤回，

<sup>501</sup> 见前注 499 提到的判决，第 535 页。

<sup>502</sup> 在这方面，见 Frank Horn，前注 324，第 223 页。

<sup>503</sup> J. F. Flauss，前注 496，第 299 页。

<sup>504</sup> 见《1997 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 55-56 段；A/52/10 号文件，第 86 段和第 141-144 段。

<sup>505</sup> 见初步结论，《1997 年……年鉴》，第二卷第二部分，第 10 段。

<sup>506</sup> 在这 47 项撤回中，有 11 项是在国家继承时作出的。无疑，继承国可以部分撤回或全部撤回被继承国的保留(请参看 1978 年《关于国家在条约方面的继承的维也纳公约》第 20 条)，但按照委员会的决定(请参看《1995 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 112 页，第 477 段，或者《1997 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 70 页，第 221 段)，与国家继承有关的保留的所有问题将在末尾加以研究，并将成为《实践指南》中单独一章的主题。

但仅有两个最后是全部撤回”。<sup>507</sup> 从那时以来，这种发展情况虽没有加快，但也并没有放慢。人们可以举出许多这方面的例子：

- 1988年11月11日，瑞典部分撤回了对《自国外获取赡养公约》第9条第2款的保留；<sup>508</sup>
- 瑞典分别于1986年和1995年两次部分撤回或全部撤回对1961年10月26日《保护表演者、唱片制作者和广播组织国际公约》的某些保留；<sup>509</sup>
- 1995年7月5日，阿拉伯利比亚民众国在提出许多反对之后，修改了该国在加入1979年12月18日《消除对妇女一切形式歧视公约》时提出的一般保留，“使保留更加具体”。<sup>510</sup>

这些只不过是其中一些例子。在所有这些情况下，秘书长作为有关公约的保存人，注意到了修改，但未作任何评论。

(14) 但秘书长的做法也非绝对一致。有时候对于那些似乎缩小有关保留范围的修改，他会视作过时提出的保留对待，<sup>511</sup> 仅仅“依照类似情况遵循的惯例”，“接收提交保存的声明，除非任何缔约国对保存本身或对设想的程序提出反对”。<sup>512</sup> 《秘书长作为多边条约的保存人实践摘要》中对这种做法提出理由如下：“如果国家希望以新保留代替交存时所做的保留，在提出新的保留之后，其行为实际上可视为对原始保留的撤回。这不会造成困难”。<sup>513</sup> 联合国法律顾问于2000年4月4日发出的一份通告似乎证实了这一立场。该通告清楚说明“秘书长作为保存人在处理各国为了修改秘书长作为保存人的多边条约的保留而提交的通知

<sup>507</sup> 前注 324，第 226 页。这些数字是有趣的指标，但应谨慎对待。

<sup>508</sup> 《交由秘书长保存的多边条约——截至 2000 年 12 月 31 日的情况》(联合国出版物，出售品编号：E.01.V.5)，第二卷，第二十一章，脚注 9；也见瑞典于 1996 年重新提出对 1951 年《关于难民地位的公约》的保留中的一项保留，同时撤回了其它几项保留(同上，第一卷，脚注 23)；并见瑞士先于 1963 年部分撤回，后于 1980 年全部撤回的对同一公约的保留。

<sup>509</sup> 同上，第二卷，第十四章第 3 节，脚注 7；也见芬兰为了缩小保留的范围，于 1994 年 2 月 10 日对同一公约的保留的修改(同上，脚注 5)。

<sup>510</sup> 同上，第一卷，第四章第 8 节，脚注 24。

<sup>511</sup> 见准则草案 2.3.1 的评注，《大会正式记录，第五十六届会议，补编第 10 号》(A/56/10)，第 482-484 页，第(10)至(12)段。

<sup>512</sup> 例如请参看阿塞拜疆在 2000 年 9 月 28 日，就对旨在废除死刑的公民权利和政治权利国际公约第二任择议定书提出的保留提出的修改所遵循的程序。在某种意义上说，该项修改具有无可争议的限制性(曾经反对该国原始保留的国家亦如此认为)《……多边条约》，第一卷，第四章第 12 节，第 310 页和 311 页，脚注 6)。

<sup>513</sup> 法律事务厅条约科编写的文件(ST/LEG/7/Rev.1)，第 206 段。

或者可以理解为旨在提出这类修改的通知方面所遵循的做法”；依照这份通告，其他缔约方作出反应的期限从 90 天延长到 12 个月。<sup>514</sup>

(15) 这一立场不仅与拟议的修改会限制所修改的保留的范围时所接受的主要惯例不符，其差别比乍看起来时还大。事实上，2000 年 4 月 4 日通告应该和法律顾问于同一天对葡萄牙以欧洲联盟名义发出的一份普通照会所作答复结合起来看待。该照会提到 90 天期限的规定所造成的困难。这份照会对“修改现有保留”和“部分撤回现有保留”进行了区分。关于后一类通知，“法律顾问对常驻代表表示的关切有同感，即仅仅部分撤回保留的通知最好尽可能不采用适合于修改保留的程序”。

(16) 从那时以来，这只不过是一个措辞问题：秘书长把扩大保留范围的撤回称为“修改”，把缩小保留范围的撤回称为“部分撤回”，而部分撤回不采用(或者不应该采用，尽管这一做法有时可能存在)过时提出保留所适用的繁琐程序。<sup>515</sup>在削弱的保留能够生效之前规定一年期限并使之可能面临被另外一个单独的缔约方否决的危险，很明显会产生反作用，并且违背尽可能保全条约完整性的原则。

(17) 尽管有若干点还不明确，从上文所述各点考虑看来，使保留内容削弱的更改应该遵守全部撤回的同一法律制度。为了避免任何含糊，特别是关于联合国秘书长所用的用语方面，<sup>516</sup>在此最好采用“部分撤回”一词。

(18) 准则草案 2.5.10[2.5.11]第二段考虑到了关于部分撤回保留的规则与关于全部撤回保留的规则须在文字上保持一致。因此该段以隐含的方式提及准则草案 2.5.1、2.5.2、2.5.5[2.5.5 之二，2.5.5 之三]、2.5.6 和 2.5.8[2.5.9]，这些准则都完全适用于部分撤回。但关于全部撤回的后果，即关于准则草案 2.5.7，情况不是这样。<sup>517</sup>

(19) 为了避免任何混乱，委员会还认为有必要在第一段里列出部分撤回的定义。这个定义借鉴了源于 1969 年和 1986 年《维也纳公约》第 2 条(d)项的实际保留定义和准则草案 1.1 和 1.1.1[1.1.4] (“使……整个条约更完整地适用”即指这两项准则草案)。

(20) 但这一定义与该项准则不是完全一致的：保留被行为者的目的“主观”地界定(“意在……”一语即反映这一点)，而部分撤回被这种行为产生的后果“客观”地界定。对这种差别，可作如下解释：只有被接受(明示或默示)之后，保留

<sup>514</sup> 法律顾问给各会员国常驻联合国代表的通告，LA4ITR/221(23-1)。关于这一期限的详细情况，见准则草案 2.3.2 的评注，A/56/10，前注 511，第 491-492 页，第(8)和(9)段。

<sup>515</sup> 请参看准则草案 2.3.1 至 2.3.3，同上，第 512-531 页。

<sup>516</sup> 见上文，第(14)至(16)段。

<sup>517</sup> 见准则草案 2.5.11 和评注第(1)段。

才产生后果；<sup>518</sup> 而撤回，不论是全部撤回还是部分撤回，均产生后果，而“无须经业已接受保留的国家或国际组织同意”，<sup>519</sup> 实际上不需要任何另外的手续。这种后果在准则草案 2.5.10[2.5.11]第一段里提到(部分撤回保留“对保留的法律效力产生限制，并使条约的规定或整个条约更完整地适用于撤回保留的国家或国际组织”)并在准则草案 2.5.11[2.5.12]里得到解释。

### 2.5.11[2.5.12] 部分撤回保留的后果

保留的法律效力因部分撤回保留而发生与新形成的保留相符的改变。对原保留提出的任何反对意见，只要其提出者不撤回反对意见，则继续有效，但条件是该反对意见不是仅仅针对被撤回的那部分保留提出的。

对部分撤回之后所形成的保留不得提出反对意见，除非部分撤回具有歧视效果。

#### 评注

(1) 虽然部分撤回的形式和程序一定得与单纯、简单的撤回的形式和程序相一致，<sup>520</sup> 但问题是，准则草案 2.5.7[2.5.7, 2.5.8] (“撤回保留的后果”)的规定是否也能移植到部分撤回上。事实上，不可能有任何犹豫：一项部分保留的部分撤回根本无法与完全撤回相比，也不可能认为“在**部分**撤回一项保留的国家或国际组织与所有其他缔约方的关系中，**部分**撤回该项保留即引起该项保留所涉及的规定完整地适用，不论其他缔约方曾接受还是反对该项保留。”<sup>521</sup> 当然，条约可以在作出保留的国家或国际组织与其他缔约方之间的关系中更充分地执行，但不是作为一个整体执行，因为根据假设，保留(当然，从形式上说已经较有限的保留)依然存在。

(2) 但是，虽然部分撤回保留并没有构成一项新的保留，<sup>522</sup> 但它毕竟还是造成原先的案文被更改。因此，正如准则草案 2.5.11[2.5.12]第一句所说的，保留的法律效力发生“与新形成的保留相符的改变”。这一措词根据的是《维也纳公约》第 21 条里的用语，<sup>523</sup> 但没有对保留与反对保留的后果进行实质性讨论。

<sup>518</sup> 见《维也纳公约》第 20 条。

<sup>519</sup> 见准则草案 2.5.1。

<sup>520</sup> 见上文，准则草案 2.5.10[2.5.11]的评注，第(18)段。

<sup>521</sup> 参看准则草案 2.5.7。

<sup>522</sup> 见准则草案 2.5.10[2.5.11]的评注，第(15)段。

<sup>523</sup> 参看第 21 条第 1 款：“依照第十九条、第二十条及第二十三条对另一当事国成立之保留：(甲)对保留国而言，其与该另一当事国之关系上照保留之范围修改保留所关涉及条约规定”。

(3) 部分撤回还产生了另一个具体问题。如果是完全撤回，则效果是导致对最初的保留所提出的反对意见不产生后果，<sup>524</sup> 即使在提出反对意见时还同时反对让条约与作出保留的国家或国际组织生效。<sup>525</sup> 但如果是部分撤回，则没有理由一定是这样。诚然，如果导致提出反对意见的动机因保留的修改而被消除，那么提出反对意见的国家或国际组织完全应当重新考虑其反对意见并撤回反对意见，它们也很可能这样做，<sup>526</sup> 但不能要求它们这样做，它们如果认为适当，完全可以维持其反对意见，基于的理解是，被撤回的那部分保留曾是它们提出反对意见的正当理由。在后一种情况下，反对便消失了，这正是“但条件是该反对意见不是仅仅针对被撤回的那部分保留提出的”的含义。但这方面还是产生了两个问题。

(4) 第一个问题是知道非此种性质的反对意见的提出者是否必须正式确认自己的反对意见，或者说将此种反对意见理解为适用于新形成的保留。依据实践情况，几乎毫无疑问的是，必须假定存在着这种连续性。而联合国秘书长作为保存人似乎认为反对意见的连续性是无庸置疑的。<sup>527</sup> 这种看法看来是合理的，因为部分撤回并没有消除最初的保留，也不构成一项新保留；按照推论，对保留提出的正当反对意见只要其提出者不撤回就将继续有效。准则草案 2.5.11[2.5.12 第一段的第二句说明了必要的后果。

(5) 产生的第二个问题是部分撤回保留是否能反过来提供一个新的机会，借此反对部分撤回后形成的保留。由于这不是一项新保留，而是现有保留的较弱形式，且弱化后能使保留国的义务与条约规定的义务更加一致，那么从表面上看，对于其他缔约方能否反对新形成的保留，似很有疑问：<sup>528</sup> 如果它们经过调整已经适应了最初的保留，很难看到它们如何反对新的保留，新的保留从理论上说仅产生较弱的后果。因此，从原则上讲，如同不会反对单纯、简单的撤回一样，一国也不可能反对部分撤回。

(6) 委员会认为，这一原则仍然有一项例外。虽然还举不出例子，但部分撤回有可能产生歧视性后果。譬如，一国或一国际组织放弃了先前的一项保留，

<sup>524</sup> 参看准则草案 2.5.7[2.5.7, 2.5.8] 第一段(“……不论其他缔约方曾接受还是反对该项保留”)。

<sup>525</sup> 参看准则草案 2.5.8[2.5.9] 第二段。

<sup>526</sup> 见准则草案 2.5.10[2.5.11] 的评注第(11)段和前注 502。

<sup>527</sup> 丹麦、芬兰、墨西哥、荷兰、挪威或瑞典对阿拉伯利比亚民众国对 1979 年《消除对妇女一切形式歧视公约》的保留而提出的反对意见(见准则草案 2.5.10[2.5.11] 的评注，前注 510) 没有因该项保留发生变化而被修改，依然载于《交由秘书长保存的多边条约——截至 2000 年 12 月 31 日的情况》(联合国出版物，出售品编号：E.01.V.5)，第一卷，第四章第 8 节，第 245-250 页。

<sup>528</sup> 其他缔约方当然可以撤消最初的反对意见，反对意见与保留一样是可以随时撤回的(见 1969 年和 1986 年《维也纳公约》第 22 条第 2 款)；见准则草案 2.5.10[2.5.11] 的评注第(11)段。

但对某些缔约方或某些类别的缔约方除外，或使某些缔约方受益而将另一些缔约方排除在外，这就会产生歧视。在这些情况下，似有必要使这些缔约方能够反对该项保留，即使它们没有反对对所有缔约方均适用的最初保留。准则草案 2.5.11[2.5.12]第二段既列出了在发生部分撤回时不得反对一项保留的原则，也列出了当撤回具有歧视性后果时的例外情况。

## 第九章

### 共有的自然资源

#### A. 引言

369. 委员会 2002 年第五十四届会议决定将“共有的自然资源”专题列入其工作方案。<sup>529</sup>

370. 委员会还在 2002 年 5 月 30 日举行的第 2727 次会议上决定任命山田中正先生为特别报告员。<sup>530</sup>

371. 大会在 2002 年 11 月 19 日第 57/21 号决议第 2 段注意到委员会决定将“共有的自然资源”这一专题列入其工作方案。

#### B. 本届会议审议这个专题的情况

372. 委员会本届会议收到了特别报告员的第一次报告(A/CN.4/533 和 Add.1)。

373. 委员会在分别于 2003 年 7 月 22 日和 23 日举行的第 2778 和 2779 次会议上审议了特别报告员的第一次报告。委员会还于 2003 年 7 月 30 日听取了粮食及农业组织和国际水文地质学家协会的地下水专家的非正式情况通报。这些专家是经联合国教育、科学及文化组织安排而到会的。

##### 1. 特别报告员介绍其第一次报告

374. 特别报告员指出，委员会收到的报告(A/CN.4/533 和 Add.1)是初步性的；报告力求提供关于此专题的背景情况并希望就今后的研究方向得到委员会的总的指导。除此之外，报告还提供了一个围绕本专题开展工作的暂定时间表。

375. 关于标题，特别报告员觉得应保留目前使用的标题，因为这是大会正式批准过的。

376. 他回顾说，委员会在编纂国际水道的非航行使用法律的过程中首次处理了共有的自然资源问题。当时，委员会决定将与地面水无关的封闭的地下水排除在那个专题之外；尽管如此，委员会当时觉得，由于封闭的地下水在世界许多地区所具有的重要性，值得就此问题单独进行一项研究。委员会注意到，与地下水有关的法律与关于石油和天然气开采的法律更为相近。

377. 在此专题下，特别报告员拟论述封闭的地下水、石油和天然气问题，并且从封闭的地下水开始。为了查明 1997 年《国际水道非航行使用法公约》所载的原则在多大程度上适用，他认为必须首先准确地了解这里所说的地下水指的是什

<sup>529</sup> 《大会正式记录，第五十七届会议，补编第 10 号》(A/57/10)，第十章 A.1，第 518 段。

<sup>530</sup> 同上，第 519 段。

么。他还指出，围绕国际责任专题开展的工作，特别是与预防方面有关的部分，将与此专题相关。

378. 本报告的增编是技术性的文件，力求帮助人们更好地了解什么是封闭的跨界地下水。他指出，为管理地下水而作出的国际努力是在各个不同的场合展开的。

379. 特别报告员指出，封闭的地下水与地面水虽然具有相同的大气层来源，但封闭的地下水在好几个方面不同于地面水。与地面水不同的是，地下水的管理是相当新近的事物，正如水文地质科学那样；如经采掘，一些地下水资源可能会很快枯竭；地面上所进行的不相关的活动也可能对地下水产生不利的影 响，因此也许有必要将地下水的使用以外的其他活动也视为应管理的活动。

380. 虽然“封闭的跨界地下水”可用抽象的方式理解，但他指出，这一概念在实施地下水管理过程中是否可行尚不十分清楚。即使在地下水管理水平已经十分先进的地区，并没有对相关的地下水与无关的地下水进行区分。另外，他指出，水文地质学家在使用“封闭”一词时意指承压含水层。对专家来说，浅含水层不被视为封闭的，只有古含水层才被视为封闭的含水层，有鉴于此，似乎有必要找到人人都能容易理解的术语。

381. 特别报告员最后说，他打算研究各国在使用和管理方面的实践，包括污染预防、冲突案例以及国内和国际规则等。此外，他试图从现有的制度中提取一些法律规范并且有可能拟定一些条款草案。

## 2. 辩论概况

382. 发言者都对第一次报告表示欢迎，认为该报告阐明了本专题的背景以及可以处理的主要问题。正如报告所说的，鉴于水在满足人类基本需要方面所发挥的根本作用，本专题将对国际和平与安全产生长远的影响。委员们表示支持特别报告员采取谨慎做法，这种做法强调需要首先对技术和法律问题开展进一步的研究，然后才就委员会应如何行动作出最后决定。

383. 一些委员提请注意本专题与国际责任专题具有联系，认为对这两个专题的工作进行一定的协调是可以做到的。

384. 一些委员认为，标题太宽泛，可予以澄清，例如可以加上一个小标题，说明特别报告员打算处理的三个分专题，或者仅仅提到封闭的跨界地下水这个小标题也可。对于“共有的”一词的含义，标题也需要更精确：谁共有？什么时候共有？是否也适用于石油和天然气？在这方面，有的委员说鉴于各种含水层的性质会有各种差异，“共有”这一隐喻说法很难适用。

385. 对于修改专题的标题的建议，有的委员指出，大会正式批准了该标题，当然，如果有必要，在以后的某个阶段是可以更改标题的。

386. 对于第一次报告将矿物和迁徙性动物排除在共有的资源范围之外，有委员表示了一些担心。但是也有委员说，矿物所引起的问题是不同性质的问题，而迁徙性动物所引起的问题可以通过双边和多边协定得到妥善处理。

387. 有一种意见认为，编写一份总的报告，除了地下水以外，把石油和天然气也包括在内，这可能有助于人们对本专题有总体的了解，特别是就适用于这三种资源的原则和它们之间的差别而言。

388. 对于在所提议的石油和天然气分专题上委员会能作出什么贡献，有委员表示了怀疑。这方面的问题是不同性质的问题，通常通过外交和法律程序加以处理。

389. 有委员提议，应优先注意封闭的地下水问题，尤其是不连接的地下水的污染问题。有委员认为，只有在完成对封闭的地下水问题的研究之后，委员会才可审议石油和天然气问题。

390. 鉴于地下水的特性，有委员提出这样的问题：一个框架性的制度是否也可适用于地下水？也有委员强调，主权原则应适用于地下水，正如适用于石油和天然气一样，因此任何提及人类共同遗产的概念都会引起问题。

391. 有委员指出，对于封闭的跨界地下水的研究范围，需要给予更详细的审议。有委员提出，这项研究不仅应包括含水层水质保护方面的实践，而且应包括其开采利用问题。在这方面，十分有必要审视共有资源的标准：一国的需要、比例性或公平性。

392. 有一种意见认为，对于“地下水”的确切含义，有必要在术语上加以澄清；在这方面专家提供的协助最为有用。也有委员指出，有必要理解封闭的地下水与地面水的区别，正如报告所建议的那样，并且有必要澄清“封闭的”含义，因为这似乎不是水文地质学家们所用的术语。

393. 也有委员建议，委员会需要制定与地面水不连接的跨界地下水的定义并确定其对各国的意义，尤其是对发展中国家的意义。此外，在今后的报告里似乎有必要加上发展中国家的统计数字。与发达国家相比，发展中国家对地面水的依赖程度更大。

394. 也有委员支持这样的想法：特别报告员应设法获得全球范围内封闭的跨界地下水清单，清单应同时附有对各区域资源特性的分析。

395. 一些委员指出，在处理本专题时采取谨慎做法十分重要，应避免过于强调全球性，应考虑到有关的区域动态。在这方面，突出强调的一点是，现有的国际协定仅提及自然资源的管理，而没有提及自然资源的所有权或利用。

396. 有些委员表示，报告里提到的解决世界水危机的办法是在其地下发现水资源的国家的责任范围内的事项；就石油和天然气资源而言，情况便是如此。没有

理由对地下水资源采用另一种处理办法。还有委员说，应考虑到大会 1962 年 12 月 14 日第 1803 (XVII) 号决议所载的各国对其自然资源拥有永久主权原则。

397. 另一些委员对 1997 年《国际水道非航行使用法公约》所载的原则对本专题是否适用表示了怀疑。他们认为其中一些原则不能自动地移用于像地下水这样根本不可能再生并且数量有限的资源的管理上。例如上述公约第 5 条便是这样，该条涉及公平和合理利用原则。但在另一些情况下，该公约的规定过于软弱或者说需要修改；鉴于古含水层极易受到污染，该公约关于防止对其他国家造成明显损害的第 7 条是不够的。一些委员还对本项研究的范围表示了担心，尤其是相对于《国际水道非航行使用法公约》而言。

398. 另一些委员认为，现在需要做的是对地下水的特征进行分析，而与国际公约进行类比可以在以后阶段做。

399. 有委员指出，鉴于本专题十分复杂，对地下水的研究可能需要更长的时间，超出特别报告员所预想的时间。

400. 根据报告所提供的资料，看来很可能有必要采用比地面水所采用的更严格的使用和防止污染标准；也有委员提出，宜采用比责任专题中所采用的标准和“重大损害”概念更严格的标准。也有委员提到需要设立解决争端的机制。

401. 另一种意见认为，对提出的问题不会有任何“法律的”解决办法，而要想成功地处理这些问题需要将政治、社会和经济程序复杂地结合在一起。因此，委员会不应着手制定一套规定性的规则，而是发展一项制度，帮助各国相互合作，并在解决获取和管理所说的资源方面可能出现的分歧时能找到适当办法。

402. 有一种意见认为，委员会可以在适当考虑到区域机制的同时，拟定出关于此专题的一般规则。另外还说，委员会拟定的规范以何形式出现，可以在以后阶段决定。

### 3. 特别报告员的总结

403. 特别报告员指出，对于围绕“共有”一词出现的关切，他的理解是“共有”概念不是指所有权，而是指资源管理的责任。这方面的意见分歧可以通过实际界定本专题的范围来解决。

404. 他表示，他本人倾向于首先着重讨论封闭的跨界地下水问题，在以后的阶段再就范围问题作出最后决定。辩论还突出说明需要重新考虑报告中所处理的地下水的定义。

405. 对于封闭的跨界地下水引起的问题，他赞成这样的意见，即法律的解决办法并不是包治百病的良药，因此或许有必要先拟定一些原则，然后再讨论合作制度，包括争端的解决等问题。特别报告员还承认，为了查明《国际水道非航行使

用法公约》所载的原则在多大程度上适用于封闭的跨界地下水，还需要作更多的分析。就跨界损害拟定更严格的标准可以说也是这样。

406. 此外，他指出，区域制度可能比一项普遍性制度更为有效，因此他认为在拟定规则时可以更充分地承认这些制度的作用。

## 第十章

### 国际法不成体系问题：国际法多样化和扩展引起的困难

#### A. 引言

407. 在审议“国际法不成体系引起的危险”这一专题的可行性研究结果<sup>531</sup>后，委员会在2000年第五十二届会议上决定将这一专题列入其长期工作方案。<sup>532</sup>

408. 大会在2000年12月12日第55/152号决议第8段中，注意到委员会关于其长期工作方案的决定，以及2000年委员会报告的附件中所载的新专题提纲。

409. 大会在2001年12月12日第56/82号决议第8段中，请委员会进一步审议要列入其长期工作方案的专题，同时适当考虑各国政府所作的评论。

410. 委员会在第五十四届会议(2002年)上决定将本专题列入其工作方案并建立本专题的研究组。它还决定将本专题标题改为“国际法不成体系问题：国际法的多样化和扩展引起的困难”。<sup>533</sup>它还确定了一些建议，包括进行一系列研究，首先由研究组主席主持研究“特别法规则的职能和范围与‘自足的制度’”问题。

411. 大会在2003年11月19日第57/21号决议第2段中，除其他外注意到委员会决定将本专题列入其工作方案。

#### B. 本届会议审议本专题的情况

412. 委员会在本届会议2003年5月16日第2758次会议上决定建立本专题的不限成员名额研究组，任命马尔蒂·科斯肯涅米先生为主席，代替已离开委员会去国际法院担任法官的布鲁诺·辛马先生。

413. 研究组于2003年5月27日和7月8、15和17日举行了四次会议，重点讨论了制定本五年期余下时间(2003-2006年)暂定工作时间表、研究组成员之间对2002年决定的议题(b)至(e)<sup>534</sup>进行分工、决定该工作采用的方法以及初步

<sup>531</sup> 格哈德·哈夫纳，“国际法不成体系引起的危险”，《大会正式记录，第五十五届会议，补编第10号》(A/55/10)，附件。

<sup>532</sup> 同上，第九章A.1，第729段。

<sup>533</sup> 《大会正式记录，第五十七届会议，补编第10号》(A/57/10)，第九章A.，第492-494段。

<sup>534</sup> 2002年列入下列议题：(a) 特别法规则的职能和范围与“自足的制度”问题；(b) 在谈论国际法的一般发展和国际社会的关注时依照“适用于当事国间关系之任何有关国际法规则”(《维也纳条约法公约》第31条第3款(c)项)对条约进行解释的问题；(c) 关于同一事项先后所订条约之适用(《维也纳条约法公约》第30条)；(d) 仅在若干当事国间修改多边条约之协定(《维也纳条约法公约》第41条)；(e) 国际法的等级：绝对法、普遍性义务、作为解决冲突规则的《联合国宪章》第一百零三条这三者的关系。

讨论主席提出的“特别法规则的职能和范围与‘自足的制度’”问题(2002年决定的议题(a))的提纲。

414. 在2003年7月23日第2779次会议上,委员会注意到研究组的报告。

## C. 研究组的报告

### 1. 一般性评论

415. 在初步交换意见期间,研究组的讨论所依据的主要是2002年研究组报告的评述(A/57/10,第489—513段)以及秘书处编制的关于大会第五十七届会议期间第六委员会讨论的专题摘要(A/CN.4/529,F节)。

416. 关于本专题的背景和工作方法,研究组指出,审查不成体系问题的各种论述和著作可以发现,体制视角与实质内容视角应该有所区别。前者的重点是实际协调、体制机构等级以及各行为者——特别是国际法院和法庭——需对彼此管辖权的注意等体制方面的问题,而后者是考虑法律实质内容是否和如何分裂成各种不统一或相互冲突的专门制度。

417. 研究组指出,此种区分对委员会如何进行这项研究十分重要。分析委员会在第五十四届会议(2002年)上的讨论似乎可以看出它倾向于从实质内容的角度进行研究。2002年报告第505段<sup>535</sup>指出,研究组一致同意委员会不应处理国际司法机构的创立及其相互关系的问题。换言之,没有要求委员会处理机构扩散问题。

418. 大会第六委员会似乎同意委员会对此问题的意见。专题摘要第227段指出,委员会目前不应处理国际司法机构的设立问题或这些机构之间的关系问题;第229段又指出,委员会不应该充当机构之间的裁判。

419. 在处理实质方面时,研究组指出,必须铭记至少有三种不同的解释或冲突模式,它们都与不成体系问题有关,但又必须加以区分:

(a) 一般法不同理解或解释上的冲突。“Tadic案”<sup>536</sup>就是这种情况。前南斯拉夫问题国际刑事法院上诉法庭在判决中偏离了国际法院在“尼加拉瓜案”<sup>537</sup>中使用的“有效控制”标准,这是确定在初步推定的国内武装冲突中何时可将武装或准武装团体视为代表外国力量行事的法律依据。相反,它选择了“总体控制”

<sup>535</sup> 《大会正式记录,第五十七届会议,补编第10号》(A/57/10),第九章。

<sup>536</sup> “公诉人诉Dusko Tadic”,判决号IT-94-1-A.A.Ch,999年7月15日,第115-145段。

<sup>537</sup> “在尼加拉瓜和对尼加拉瓜的军事和准军事行动”(尼加拉瓜诉美国),案情,《1986年国际法院报告书》,第14页,第109-116段。国际法院在该案中指出,“在据称违反[人权和人道主义法]时,必须对军事和准军事行动具有‘有效控制’”:第115段。国际法院在尼加拉瓜其他诉讼中没有使用同一“有效控制”标准。

标准。在该案件中，上诉法庭审查了国际法院和其他机构的管辖权，决定不采纳国际法院判决的推理。

(b) 当一特别机构不是因为对一般法有异议而是因为需要适用特别法因而偏离一般法时产生的冲突。特别机构并不设想要对一般法进行修改，只是认为在该情况下应适用特别法。当人权机构对一般条约法适用人权法，特别是涉及保留效力时，便出现了这些情况。欧洲人权法院在“Belilos 案”<sup>538</sup> 中打回了一项解释性声明，首先认定它是不可接受的保留，然后置之不理，同时宣布声明国应接受《公约》的约束。

(c) 专门法律领域似乎相互矛盾产生的冲突。例如，国际贸易法与国际环境法之间可能有矛盾。判例对这一事项的处理并不一致。关贸总协定争端解决小组在 1994 年“金枪鱼/海豚争端案”<sup>539</sup> 报告中虽然认为可持续发展的目标得到了关贸总协定缔约方的广泛承认，但指出双边和多边环境条约下的做法不可能是关贸总协定制度所辖法律下的做法，因此不影响对它的解释。在“牛肉激素案”<sup>540</sup> 中，世贸组织上诉机构认为，无论环境法下的“预防原则”具有何种地位，它对世贸组织都没有约束力，因为在它看来尚未成为国际习惯法规则。

420. 上述案例只是说明可能出现实质性冲突的概念框架，而不对每一案件的案情进行判断，也不表示它们是理解这些案件的唯一方式。这三种情况——一般法上的不同理解或解释上的冲突、一般法与自称为一般法例外的特别法的冲突、两个专门法律领域之间的冲突——应该在分析上加以区分，因为它们以不同方式引起了不成体系问题。

421. 2002 年报告第 506 段指出，委员会决定不与国内法律体系进行等级类比，但在委员会研究中没有完全忽视等级。在委员会 2002 年报告第 512 段(e)分段建议中，提出了“国际法的等级：绝对法、普遍性义务、作为解决冲突规则的《联合国宪章》第一百零三条这三者的关系”，以做进一步研究。

<sup>538</sup> “Belilos 诉瑞士”，1988 年 4 月 29 日判决，1988 年《欧洲人权法院汇编》(A 辑)，第 132 号，第 60 段。

<sup>539</sup> “美国—限制金枪鱼进口”，33《国际法律材料》(1994) 839。也见“美国—限制金枪鱼进口”30《国际法律材料》(1991) 1594。1994 年小组还指出，将在设立世贸组织的安排中考虑环境与贸易措施的关系：p. 899。不过，也见“虾/龟争端：美国—禁止进口某些虾和虾制品”，AB-1998-4，上诉机构的报告，WT/DS58/AB/R，其中承认需要保护和保有环境的意义，包括采取有效措施保护濒危物种，并且成员可在世贸组织或其他论坛内进行双边或多边合作保护这些物种。不过，它强调任何这类措施的适用方式不得构成对世贸组织成员的任意和不合理的歧视或变相的贸易限制：第 184-186 段。关于提及的各种环境条约，见第 129-135、153-155 和 168 段。

<sup>540</sup> 欧盟对肉和肉制品(激素)采取的措施，AB-1997-4，上诉机构的报告，WT/DS26/AB/R，WT/DS48/AB/R，第 120-125 段。

422. 研究组注意到，虽然委员们对不成体系这一专题的研究是否合适表示了某些关切，但大会第六委员会在第五十七届会议上给予了普遍支持。第六委员会认为，鉴于适用或解释国际法的机构的扩散有可能在实质和程序上引起冲突，这一专题具有很大的现实意义。它认为，这一专题在性质上与委员会以前审议的其他专题不同，所以需要成立一个研究组。研究组还指出了不成体系状况的积极和消极方面，并表示支持进行研究和举办研讨会。

423. 委员会 2002 年报告中的建议得到了第六委员会的广泛支持。它主张全面研究解决冲突的规则和机制。大会还赞同委员会关于维也纳《条约法公约》为研究提出了一个有关框架的观点。此外还提出了审议“后法”规则的建议，但认为应该在现有工作方案中进行。

## 2. 暂定时间表、工作方案和方法

424. 研究组商定了 2004-2006 年的以下暂定时间表。它基本同意在 2002 年报告第 512 段所载建议的基础上进行工作。

425. 它同意由研究组现任主席在提纲和研究组 2003 年讨论的基础上于 2004 年进行特别法规则的职能和范围与“自足的制度”问题的研究。研究中应该分析整个不成体系问题产生和认识的一般理论框架。还可提出准则草案，提交委员会在下一阶段工作中通过。

426. 在 2004 年，研究组还同意由委员会委员编写第 512 段余下的(b)至(e)议题的简短介绍性提纲。这些提纲应适当地阐述以下四个问题：(a) 不成体系专题的性质；(b) 有关规则的接受和理由；(c) 有关规则的运作；(d) 结论，包括可能的准则草案。

427. 提纲的编写工作分配如下：

(a) 在谈论国际法的一般发展和国际社会的关注时依照“适用于当事国间关系之任何有关国际法规则”（《维也纳条约法公约》第 31 条第 3 款(c)项)对条约进行解释的问题：威廉·曼斯菲尔德先生；

(b) 关于同一事项先后所订条约之适用（《维也纳条约法公约》第 30 条）：特奥多·梅莱什卡努先生；

(c) 仅在若干当事国间修改多边条约之协定（《维也纳条约法公约》第 41 条）：里亚德·达乌迪先生

(d) 国际法的等级：绝对法、普遍性义务、作为解决冲突规则的《联合国宪章》第一百零三条这三者的关系：兹齐斯拉夫·加利茨基先生。

428. 在 2005 年，将完成五项研究。研究组将对拟议准则的性质和内容进行初次讨论，2006 年，将核对所有专题的最后研究报告，包括制定拟议准则。

### 3. 有关特别法规则的职能和范围与“自足的制度”问题的研究的讨论情况

429. 在讨论本专题时，研究组将重点放在主席编写的专题提纲上。它对提纲的主旨表示欢迎，提纲除其他外说明了不成体系的规范框架。它还支持所提出的一般概念框架，概念框架区分了按以上第 419 段所述研究不成体系问题应参照的三类规范冲突。虽然一般法解释上的冲突产生的不成体系不一定是特别法的情况，但也是一个值得进一步研究的重要不成体系方面。由于处理机构问题的敏感性，建议只考虑对所涉问题进行分析评估，包括提出增加各行为者对话的实际建议。

430. 研究组审议了“特别法规则的职能和范围”提纲的初步概念问题。问题主要有特别法规则的性质、它的接受和理由、“一般”规则和“特别”规则之间关系的区分以及对“同一事项”适用特别法规则。

431. 研究组一致同意，特别法规则可以说在提纲中提到的两种不同环境下运作，即特别法是在特定情况下对一般法的阐释和适用；特别法是一般法的例外。狭义的观点认为，特别法仅适用于特别规则与一般法相互冲突的情况。人们还一致认为，应在一项解释性研究中探讨特别法的广义和狭义概念两个方面，以便有可能在下阶段限定研究方针。此外，还应考虑一般法禁止作克减的情况。

432. 研究组决定，虽然有些委员认为区域法规定的领域在概念上与特别法不同，但也应在本专题内审议。它也认为，区域安排或组织根据《联合国宪章》在中央集体安全制度内采取的措施这一问题也值得注意。还需要参考研究组就该议题提出的不同意见，进一步调查和扩展在一般国际法原则无处不在的情况下适用特别法规则的一般结论。

433. 研究组审议了提纲所述“自足制度”是否存在的问题。它同意，虽然有时可通过内含的特别次要规则来发现这些制度，但常常难以适用主要和次要规则之间的区别，而且在研究中可能也不需要此种区别。在审查这些制度的接受和理由，以及自足制度与一般法的关系时，研究组强调一般国际法在其分析这些问题中的重要性。它特别强调，一般国际法规定了自足制度未具体规定的那些运行方面，在“自足制度”可能停止运行时充分适用。

434. 研究组同意，需要在一般法的背景下考虑特别法和自足制度。但它也认为，在阐明特别法与一般国际法之间关系时，需要列举具体实例，而不是泛泛地进行理论讨论。例如，对国际法是否可被认为是一种“完整制度”这一问题可能不必坚持。

435. 研究组有兴趣地注意到产生多样化、不成体系现象和区域主义的社会和历史因素，如可能存在共同的法律文化，但强调自己的研究应侧重于法律和分析问题，以及拟订准则以提交委员会审议。

## 第十一章

### 委员会的其他决定和结论

#### A. 委员会的方案、程序和工作方法及委员会的文件

436. 委员会在 2003 年 5 月 16 日第 2758 次会议上为本届会议设立了一个规划小组。

437. 规划小组举行了七次会议。小组收到了秘书处编写的题为“委员会的其他决定和结论”的大会第六委员会在大会第五十七届会议期间讨论情况的专题摘要(A/CN.4/529,G 节)以及大会关于国际法委员会第五十四届会议工作报告的第 57/21 号决议中第 7、8、10、12 和 15 段。

438. 委员会在 2003 年 7 月 31 日第 2783 次会议上注意到规划小组的报告。

#### 1. 长期工作方案工作组

439. 规划小组重新组建了其长期工作方案工作组，并任命佩莱先生为该工作组主席。

#### 2. 委员会的文件

440. 关于委员会的文件问题，有鉴于秘书长题为“改进大会事务和会议事务部的工作情况”的报告(A/57/289)以及大会第 57/21 号决议第 15 段，委员会理解秘书长题为“改进大会事务和会议事务部的工作情况”的报告(A/57/289)的背景，该报告旨在为各附属机构的报告限定篇幅。然而委员会希望重申，由于其工作的特殊性，不宜对委员会的文件加以篇幅限制。

441. 委员会指出，成立委员会的目的是为了协助大会履行其依据《联合国宪章》第十三条第一项子款所承担的义务，即鼓励国际法之逐渐发展与编纂。而这项义务的产生是由于参与起草《宪章》的人们认识到，如果要以一致意见达成国际法律规则，那么在国际法的许多领域，达成一致意见的过程中必须对国家惯例进行分析和确切阐述。因此，按照其章程，委员会必须根据现有法律和有关依照国际社会当前需要而逐渐发展的要求，证明其向大会并最终向各国提出的建议是正确合理的。这意味着特别报告员报告中所载的条款草案或其他建议以及委员会报告本身都必须援引大量的国家惯例、原则和判例作为根据，并附上大量评注。委员会根据其章程第 20 条要求，应以条款形式编写草案，并连同其评注一起提交大会，评注的内容包括：(a) 充分说明判例和其他有关资料，包括条约、司法判决和原则；(b) 涉及以下各点的结论：(一) 各国惯例和原则对每项问题的同意程度；(二) 目前存在的不同意见和分歧，以及因主张这种或那种解决办法而产生的争论。

442. 除上述法律要求外，委员会希望进一步指出，委员会的报告、各位特别报告员的报告以及有关研究项目、研究报告、工作文件和针对各国提出的问题，出于下述原因也是必不可少的：

- (一) 它们是向各国咨询并获得其意见这个程序的重要组成部分；
- (二) 它们能协助每个国家理解并解释各项编纂的公约中规定的规则；
- (三) 它们是这些公约筹备工作的一部分，并且在各国的外交信函中、在国际法院面前辩论时和在国际法院自己的判决中经常被提及或引用；
- (四) 它们有助于根据联合国的有关方案传播关于国际法的信息；
- (五) 它们与条款草案本身一样是委员会工作的重要成果，并且使委员会能够依据其章程履行大会交付的任务。

443. 因此，正如委员会以前<sup>541</sup>指出的，它认为企图预先抽象地限制特别报告员的报告或委员会自己的报告或各种有关研究项目的报告、研究报告及其他工作文件的篇幅是完全不适当的。如上面所解释的，一份特定的委员会文件的长度将取决于一系列可变因素，如专题的性质和有关的国家惯例、原则及判例的范围等。因此委员会认为，诸如 A/57/289 号文件中所载明的那些关于篇幅限制的新规定不应适用于委员会的文件。委员会文件的篇幅应继续不受限制，这一点曾在大会以前的决议中得到支持<sup>542</sup>。然而委员会希望强调，委员会及其特别报告员充分意识到有必要在总的文件量方面尽可能节约，并将继续铭记这一点。

### 3. 委员会与第六委员会的关系

444. 作为促进委员会与第六委员会之间开展更好和更有效对话的办法之一，委员会在其 1996 年的报告<sup>543</sup>中曾建议：

“委员会应该努力更多地采用查明需要特别征求意见的问题的做法，如果可能的话，在通过有关条款草案以前征求意见。这些问题应该具有更一般的‘战略性’，而不涉及起草技术问题。”

第六委员会曾支持该建议，并在其第 51/163 号决议第 14 段中要求委员会查明各国政府对每项专题中哪些具体问题发表意见(在第六委员会中发表或以书面形式提交)对有效指导委员会未来的工作特别重要。

445. 因此，委员会在其 1997 年的报告中增添了两章(第二和第三章)。第二章的目的是从宽广的视角概括地介绍委员会在当前会议上就某一特定专题所做的

<sup>541</sup> 见《1977 年……年鉴》第二卷第二部分，第 132 页和《1982 年……年鉴》第二卷第二部分，第 123-124 页。

<sup>542</sup> 见第 32/151 号决议第 10 段、第 37/111 号决议第 5 段和随后有关委员会提交大会的年度报告的所有决议。

<sup>543</sup> 《1996 年……年鉴》第二卷(第二部分)，第 181 段。

工作。第三章则要在单独一章中列出与具体专题有关的问题，各国政府就这些具体专题发表的意见对委员会特别有益。此外，鉴于委员会报告的篇幅较长，报告的正式印制和分发因而会被推迟，所以请委员会秘书处以非正式方式将第二和第三章发给各国政府。

446. 为了能更好地利用第三章，委员会建议各位特别报告员在拟订特别需要征求各国政府意见的问题时，不妨提供充足的背景资料并作实质性阐述，以便更好地协助各国政府拟定其答复。

#### 4. 酬金

447. 委员会重申在第五十四届会议工作报告(A/57/10)第 525 至 531 段中表明的意见。委员会再次强调，大会第 56/272 号决议中作出的决定：(一) 与 A/53/643 号文件所载秘书长报告中的结论和建议直接矛盾，(二) 在作出时未曾与委员会协商，并且 (三) 在程序和内容上既不符合联合国处理事务时所根据的公平原则，也不符合委员会委员们花时间开展其工作所体现出的服务精神。委员会强调，上述决议尤其影响到特别报告员，特别是来自发展中国家的特别报告员，因为该决议缩减了对其必要的研究工作的资助。

#### B. 委员会第五十六届会议的日期和地点

448. 委员会决定为期 10 周的第五十六届会议分两期于 2004 年 5 月 3 日至 6 月 4 日和 7 月 5 日至 8 月 6 日在联合国日内瓦办事处举行。

#### C. 与其他机构的合作

449. 格兰迪诺·罗达斯先生代表美洲法律委员会出席了委员会本届会议。罗达斯先生在委员会 2003 年 5 月 28 日第 2764 次会议上作了发言，他的发言载于该次会议的简要记录。发言之后进行了意见交换。

450. 国际法院院长史久镛法官在委员会 2003 年 7 月 15 日第 2775 次会议上作了发言，他向委员会通报了国际法院最近的活动和法院正在审理的案件。他的发言载于该次会议的简要记录。发言之后进行了意见交换。

451. 吉·德维尔先生代表欧洲法律合作委员会和国际公法法律顾问委员会出席了委员会本届会议。德维尔先生在委员会 2003 年 7 月 18 日第 2777 次会议上作了发言，他的发言载于该次会议的简要记录。发言之后进行了意见交换。

452. 亚非法律协商组织秘书长瓦菲克·卡米勒先生代表该机构出席了委员会本届会议。卡米勒先生在委员会 2003 年 7 月 22 日第 2778 次会议上作了发言，他的发言载于该次会议的简要记录。发言之后进行了意见交换。

453. 委员会委员与下列机构的成员就共同感兴趣的问题，尤其是就“对条约的保留”专题，非正式地交换了意见：2003 年 5 月 13 日，与禁止酷刑委员会和经

济、社会、文化权利委员会的委员；2003年7月31日，与人权事务委员会的委员；以及2003年8月7日，与促进和保护人权小组委员会的委员。2003年7月30日，委员会委员与粮农组织和国际水文地质学家协会的专家就“共有的自然资源”专题举行了一次非正式会议，这些专家是经教科文组织安排到会的。

454. 2003年5月15日，委员会委员与法国国际法学会的成员着重就国际法不成体系问题非正式地交换了意见。2003年5月22日，委员会委员与国际红十字委员会法律事务部的工作人员就共同感兴趣的问题非正式地交换了意见。2003年7月29日，委员会委员与国际法学会的成员就两个机构共同感兴趣的问题(外交保护问题、国际组织的责任问题以及长期工作方案)，非正式地交换了意见。

455. 这些会议扩大了委员会与其他机构交换意见和进行合作的范围，因而是特别有益的。

#### D. 出席大会第五十八届会议的代表

456. 委员会决定，由委员会主席恩里克·坎迪奥蒂先生作为代表出席大会第五十八届会议。

457. 此外，委员会还在2003年8月8日第2790次会议上，请乔治·加亚先生根据大会第44/35号决议第5段的规定，出席大会第五十八届会议。

#### E. 国际法讲习会

458. 依照大会第55/152号决议，第三十九届国际法讲习会于2003年7月7日至7月25日委员会本届会议期间在万国宫举行。讲习会的对象是攻读国际法专业高等学位的学生和打算从事外交或学术生涯或在其本国公务员系统中任职的年轻教授或政府官员。

459. 主要来自发展中国家而分属不同国籍的24名学员参加了这届讲习会。<sup>544</sup> 讲习会的学员观察了委员会的全体会议，参加了特别安排的专题演讲和关于特定专题的工作组。

<sup>544</sup> 下列人士参加了第三十九届国际法讲习会：Sylvia Ama Adusu 女士(加纳)；Mutlaq Al-Qahtani 先生(卡塔尔)；Karine Ardault 女士(法国)；Bernard Bekale-Meviane 先生(加蓬)；David Berry 先生(加拿大)；Laura Castro Grimaldo 女士(巴拿马)；Athina Chanaki 女士(希腊)；Namalimba Coelho Ferreira 女士(安哥拉)；Rolands Ezergailis 先生(拉脱维亚)；Suraya Harun 女士(马来西亚)；Khin Oo Hlaing 女士(缅甸)；Azad Jafarov 先生(阿塞拜疆)；Tamar Kaplan 女士(以色列)；Norman Antonio Lizano Ortiz 先生(哥斯达黎加)；Yvonne Mendoke 女士(喀麦隆)；Ngor Ndiaye 先生(塞内加尔)；Tabitha Wanyama Ouya 女士(肯尼亚)；Elena Paris 女士(罗马尼亚)；Juha Rainne 先生(芬兰)；Luther Rangreji 先生(印度)；Daniela Schlegel 女士(德国)；Karolina Valladares Barahona 女士(尼加拉瓜)；Cristina Villarino Villa 女士(西班牙)；Edgar Ynsfrán Ugarriza 先生(巴拉圭)。George Abi-Saab 教授(日内瓦国际关系研究院名誉教授)担任主席的遴选委员会于2003年4月8日开会，从99名申请人之中选出24人参加讲习会。

460. 讲习会由委员会主席恩里克·坎迪奥蒂先生主持开幕。联合国日内瓦办事处法律事务资深干事乌尔里希·冯·布卢门塔尔先生负责讲习会的行政管理、组织事宜和会议的进行。

461. 委员会委员作了以下演讲：维克托·罗德里格斯·塞德尼奥先生：“国家的单方面行为”；彭马拉朱·斯里尼瓦萨·拉奥先生：“危险活动引起的跨界损害”；贾姆契德·蒙塔兹先生：“制止有罪不罚现象”；约翰·杜加尔德先生：“外交保护”；伊恩·布朗利先生：“国际法院的工作”；乔治·加亚先生：“国家组织的责任”；山田中正先生：“共有的自然资源”；保拉·埃斯卡拉梅亚：“国际法中的使用武力问题”；以及马尔蒂·科斯肯涅米先生：“国际法不成体系问题”。

462. 下列人士也作了演讲：法律事务厅高级法律干事乔治·科伦济斯先生：“条约法最近发展情况的一些方面”；法律事务厅法律干事阿诺德·普龙托先生：“国际法委员会的工作”；难民署高级法律干事史蒂文·沃尔夫森先生：“国际难民法”；国际红十字委员会法律顾问耶莱娜·佩伊奇女士：“国际人道主义法律目前面临的挑战”；卫生组织高级法律干事吉安·卢卡·布尔奇先生：“卫生组织烟草控制框架公约”。

463. 讲习会的每个学员被分配到两个工作组（“国家的单方面行为”和“国际法不成体系问题”）中的一个。委员会负责这两个专题的特别报告员维克托·罗德里格斯-塞德尼奥先生和马尔蒂·科斯肯涅米先生对两个工作组给予了指导。每个小组把它的研究所得提交给讲习会。学员们还被要求就听过一次演讲提交书面简要报告。已经将报告汇编成册并分发给各位学员。

464. 也给学员们利用联合国图书馆的设施的机会。

465. 日内瓦共和国和州向学员们提供了传统的热情接待，由导游带领参观阿拉巴马厅和大理事会厅，最后又举行了招待会。

466. 在讲习会闭幕式上，委员会主席恩里克·坎迪奥蒂先生、联合国日内瓦办事处总干事谢尔盖·奥尔忠尼基泽先生、讲习会主任乌尔里希·冯·布卢门塔尔先生以及由克里斯蒂娜·比利亚里诺·比利亚女士代表学员向委员会和学员们致词。每一名学员都收到一份证书，证明他/她参加了第三十九届讲习会。

467. 委员会特别感谢地指出，奥地利、塞浦路斯、芬兰、德国、挪威、爱尔兰、大韩民国和瑞士政府向联合国国际法讲习会信托基金提供了自愿捐款。基金的财务状况使它可以提供足够份数的研究金，使发展中国家的优秀学员得以参加，从而保证了学员的适当地域分布。今年，向 13 名学员颁发了全额研究金（旅费和生活津贴），向 4 名学员颁发了半额研究金（只给生活津贴）。

468. 1965 年开始举行讲习会以来，在分别属于 154 个不同国籍的 879 名学员当中，有 522 名获得了研究金。

469. 委员会强调，它十分重视各届讲习会，这些讲习会使特别是来自发展中国家的年轻法律工作者能够熟悉委员会的工作和总部设在日内瓦的许多国际组织的活动。委员会建议大会再度向各国发出呼吁，请它们提供自愿捐款，以保证能在 2004 年举行讲习会，并有尽可能多的学员参加。虽然在 2003 年能够维持研究金的使用人数和数额，但资金形势依然严峻。要想维持与以往相同的研究金发放数量，必须增加资金支持。

470. 委员会满意地注意到，2003 年度讲习会获得了全面的口译服务。委员会希望下届讲习会在现有资源范围内也能获得同样的服务。