



联合国

国际法委员会报告

第五十六届会议

(2004年5月3日至6月4日

和7月5日至8月6日)

大会

正式记录

第五十九届会议

补编第10号(A/59/10)

大 会

正式记录

第五十九届会议

补编第 10 号(A/59/10)

国际法委员会报告

第五十六届会议

(2004 年 5 月 3 日至 6 月 4 日

和 7 月 5 日至 8 月 6 日)



联合国·纽约，2004

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。

前有年度和省略号的“年鉴”(如《1971年……年鉴》),是指《国际法委员会年鉴》。

委员会报告的排版本将载入《2004年国际法委员会年鉴》第二卷第二部分。

目 录

<u>章 次</u>	<u>段 次</u>	<u>页 次</u>
一、导 言.....	1 - 11	1
A. 成 员.....	2	1
B. 主席团成员和扩大的主席团.....	3 - 5	2
C. 起草委员会.....	6 - 7	3
D. 工作组.....	8 - 9	4
E. 秘书处.....	10	4
F. 议 程.....	11	5
二、委员会第五十六届会议工作概况.....	12 - 22	6
三、委员会特别想听取意见的具体问题.....	23 - 27	8
A. 外交保护.....	23 - 24	8
B. 国际组织的责任.....	25	8
C. 共享的自然资源.....	26 - 28	9
D. 国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果 的国际责任(危险活动引起跨界损害所造成 的损失的国际责任).....	29 - 30	9
E. 国家的单方面行为.....	31 - 32	9
F. 对条约的保留.....	33 - 37	10
四、外交保护.....	38 - 60	11
A. 导 言.....	38 - 52	11
B. 本届会议审议这个专题的情况.....	53 - 58	13
C. 委员会一读通过的外交保护条款草案案文.....	59 - 60	14
1. 条款草案案文.....	59	14
2. 条款草案案文及其评注.....	60	19
第一部分		21
一般规定.....		21
第 1 条. 定义和范围.....		21
评 注.....		22
第 2 条. 行使外交保护的权力.....		23
评 注.....		23

目 录(续)

<u>章 次</u>	<u>段 次</u>	<u>页 次</u>
第二部分		25
国 籍		25
第一章 一般原则		25
第 3 条. 国籍国的保护		25
评 注		25
第二章 自然人		25
第 4 条. 自然人的国籍国		25
评 注		26
第 5 条. 持续的国籍		28
评 注		29
第 6 条. 多重国籍和针对第三国的求偿		31
评 注		31
第 7 条. 多重国籍和针对国籍国的求偿		33
评 注		33
第 8 条. 无国籍人和难民		37
评 注		37
第三章 法 人		41
第 9 条. 公司的国籍国		41
评 注		41
第 10 条. 公司的持续国籍		43
评 注		44
第 11 条. 股东的保护		45
评 注		46
第 12 条. 对股东的直接损害		51
评 注		51
第 13 条. 其他法人		53
评 注		53

目 录(续)

<u>章 次</u>	<u>段 次</u>	<u>页 次</u>
第三部分		55
当地救济		55
第 14 条. 用尽当地救济		55
评 注		55
第 15 条. 求偿的类别		58
评 注		58
第 16 条. 当地救济规则的例外		60
评 注		60
第四部分		68
杂项规定		68
第 17 条. 外交保护以外的行动或程序		68
评 注		68
第 18 条. 特别条约条款		70
评 注		71
第 19 条. 船 员		72
评 注		72
五、国际组织的责任	61 - 72	75
A. 导 言	61 - 63	75
B. 本届会议审议这个专题的情况	64 - 70	76
C. 委员会迄今为止暂时通过的国际组织的责 任条款草案案文	71 - 72	77
1. 条款草案案文	71	77
2. 条款草案案文及其评注	72	80
第 4 条. 将行为归于国际组织的一般规则		82
评 注		83
第 5 条. 一国或一国际组织交由另一国际组织 支配的机关或代理人的行为		87
评 注		87

目 录(续)

<u>章 次</u>	<u>段 次</u>	<u>页 次</u>
第 6 条. 逾越权限或违背指示		91
评 注		91
第 7 条. 被一国际组织承认并当作自身行为的行为		94
评 注		95
六、共有的自然资源	73 - 157	97
A. 导 言	73 - 76	97
B. 本届会议审议这个专题的情况	77 - 157	97
1. 特别报告员介绍其第二次报告	82 - 103	98
2. 辩论概况	104 - 142	104
3. 特别报告员的总结	143 - 157	109
七、国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的 国际责任(危险活动引起跨界损害所造成的损失 的国际责任).....	158 - 176	112
A. 导 言	158 - 168	112
B. 本届会议审议这个专题的情况	169 - 174	115
C. 委员会一读通过的关于危险活动造成的跨 界损害案件中损失分配的原则草案案文	175 - 176	119
1. 原则草案案文	175	119
2. 原则草案案文及其评注	176	123
总评注		123
序 言		126
评 注		127
原则 1. 适用范围		127
评 注		127
原则 2. 用 语		133
评 注		133
原则 3. 目 的		146
评 注		146

目 录(续)

<u>章 次</u>	<u>段 次</u>	<u>页 次</u>
原则 4. 及时和充分的赔偿		153
评 注		154
原则 5. 反应措施		162
评 注		163
原则 6. 国际和国内救济		165
评 注		165
原则 7. 拟定专门的国际制度		168
评 注		169
原则 8. 执 行		170
评 注		170
八、国家的单方面行为	177 - 247	172
A. 导 言	177 - 191	172
B. 本届会议审议这个专题的情况	192 - 247	174
1. 特别报告员介绍其第七次报告	193 - 209	174
2. 辩论概况	210 - 237	176
3. 特别报告员的总结	238 - 244	182
4. 工作组的总结	245 - 247	182
九、对条约的保留	248 - 295	184
A. 导 言	248 - 268	184
B. 本届会议审议这个专题的情况	269 - 293	187
1. 特别报告员介绍其第九次报告	275 - 279	188
2. 辩论概况	280 - 291	189
3. 特别报告员的总结	292 - 293	191
C. 委员会迄今为止暂时通过对条约的保留		
准则草案案文	294 - 295	192
1. 准则草案案文	294	192

目 录(续)

<u>章 次</u>	<u>段 次</u>	<u>页 次</u>
2. 准则草案案文及其评注.....	295	210
2.3.5. 扩大保留范围		210
评 注		211
2.4.9 修改解释性声明		215
评 注		215
2.4.10 限制和扩大有条件解释性声明的范围		217
评 注		271
2.5.12 撤回解释性声明		218
评 注		218
2.5.13. 撤回有条件解释性声明		219
评 注		219
十、国际法不成体系问题：国际法多样化和扩展引		
起的困难.....	296 - 358	220
A. 导 言.....	296 - 297	220
B. 本届会议审议这个专题的情况	298 - 299	221
C. 研究组的报告	300 - 358	221
1. 一般性意见和工作组预计的工作成果.....	300 - 302	221
2. 关于特别法规则的职能和范围以及“自 足制度”的研究的讨论情况	303 - 330	222
(a) 特别法	304 - 313	222
(b) 自足的(特别)制度	314 - 330	226
3. 关于同一事项先后所订条约的适用 (《维也纳条约法公约》第三十条)的研 究提纲的讨论情况	331 - 337	229
4. 仅在若干当事国间修改多边条约之协定 (《维也纳条约法公约》第四十一条)研究 提纲的讨论情况	338 - 344	232

目 录(续)

<u>章 次</u>	<u>段 次</u>	<u>页 次</u>
5. 关于在国际法的一般发展和国际社会的关注中参照“适用于当事国间关系之任何有关国际法规则”(《维也纳公约》第三十一条第三款(丙)项)解释条约的提纲讨论情况	345 - 351	234
6. 国际法的等级：绝对法、普遍义务、作为解决冲突的规则的宪章第一百零三条	352 - 358	236
十一、委员会的其他决定和结论	359 - 391	238
A. 委员会的方案、程序和工作方法及委员会的文件	359 - 369	238
1. 长期工作方案工作组	362 - 363	238
2. 列入委员会目前工作方案的新专题	364	238
3. 战略框架	365	239
4. 委员会的文件	366 - 368	239
5. 酬 金	369	239
B. 委员会第五十七届会议的日期和地点	370	240
C. 与其他机构的合作	371 - 376	240
D. 出席大会第五十九届会议的代表	377 - 378	241
E. 国际法讲习会	379 - 391	241
附件 国际法上引渡或起诉的义务		244

第一章

导言

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

A. 成 员

2. 委员会由下列委员组成：

埃曼纽尔·阿克韦·阿多先生(加纳)

侯赛因·巴哈纳先生(巴林)

阿里·穆赫辛·费塔伊斯·马里先生(卡塔尔)

若奥·克莱门特·巴埃纳·苏亚雷斯先生(巴西)

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

B. 主席团成员和扩大的主席团

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

主 席： 特奥多尔·维奥雷尔·梅莱斯卡努先生

第一副主席： 薛捍勤女士

第二副主席： 康斯坦丁·伊科诺米季斯先生

起草委员会主席：维克托·罗德里格斯-塞德尼奥先生

报告员： 佩德罗·科米萨里奥·阿丰索先生

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

¹ 巴埃纳·苏亚雷斯先生、坎迪奥蒂先生、加利茨基先生、卡巴齐先生、佩莱先生、拉奥先生和山田先生。

² 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。

5. 根据扩大的主席团建议，委员会设立了由下列委员组成的规划小组：薛捍勤女士(主席)、布朗利先生、坎迪奥蒂先生、池先生、杜加尔德先生、丰巴先生、加亚先生、加利茨基先生、卡巴齐先生、卡特卡先生、卡米沙先生、科洛德金先生、科斯肯涅米先生、曼斯菲尔德先生、马西森先生、梅莱斯卡努先生、尼豪斯先生、庞布-齐文达先生、佩莱先生、拉奥先生、罗德里格斯-塞德尼奥先生、塞普尔维达先生、山田先生和科米萨里奥·阿丰索先生(当然成员)。

C. 起草委员会

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

- (a) 外交保护：罗德里格斯-塞德尼奥(主席)、杜加尔德先生(特别报告员)、阿多先生、布朗利先生、坎迪奥蒂先生、池先生、埃斯卡拉梅亚女士、加亚先生、卡巴齐先生、科洛德金先生、曼斯菲尔德先生、马西森先生、尼豪斯先生、塞普尔维达先生、薛捍勤女士和科米萨里奥·阿丰索先生(当然成员)；
- (b) 国际组织的责任：罗德里格斯-塞德尼奥先生(主席)、加亚先生(特别报告员)、坎迪奥蒂先生、池先生、伊科诺米季斯先生、埃斯卡拉梅亚女士、卡巴齐先生、科洛德金先生、科斯肯涅米先生、曼斯菲尔德先生、蒙塔兹先生、尼豪斯先生、山田先生和科米萨里奥·阿丰索先生(当然成员)；
- (c) 对条约的保留：罗德里格斯-塞德尼奥先生(主席)、佩莱先生(特别报告员)、巴哈纳先生、坎迪奥蒂先生、伊科诺米季斯先生、丰巴先生、加亚先生、科洛德金先生、马西森先生、庞布-齐文达先生和科米萨里奥·阿丰索先生(当然成员)；
- (d) 国际责任：罗德里格斯·塞德尼奥先生(主席)、拉奥先生(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、加亚先生、加利茨基先生、卡特卡先生、科洛德金先生、科斯肯涅米先

生、曼斯菲尔德先生、马西森先生、蒙塔兹先生、薛捍勤女士、山田先生和科米萨里奥·阿丰索先生(当然成员)。

7. 起草委员会就上述四个专题一共举行了 17 次会议。

D. 工作组

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

(a) 国际法不成体系问题(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

(b) 共有的自然资源工作组

主席：山田先生

(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

9. 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、薛捍勤女士和科米萨里奥·阿丰索先生(当然成员)。

E. 秘书处

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

F. 议 程

11. 委员会在 2004 年 5 月 3 日举行的第 2791 次会议上通过了第五十六届会议议程，议程项目如下：

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

第二章

委员会第五十六届会议工作概况

12. 关于“外交保护”专题，委员会审议了特别报告员的第五次报告(A/CN.4/538)，报告涉及外交保护与国际组织的职能保护、外交保护与人权以及外交保护与船旗国对船员的保护之间的关系。委员会将条款草案第 26 条和重新拟定的条款草案第 21 条提交了起草委员会。委员会还请起草委员会考虑就保护船员与外交保护之间的关系问题制订一条规定。委员会一读通过了关于外交保护的一套 19 条条款草案，并根据《规约》第十六和第二十一条将这些条款草案转交各国政府，请它们发表意见。委员会还请特别报告员考虑干净的手的原则与外交保护之间可能有的关系。特别报告员就这个问题编写并提交了一份备忘录，但由于时间不够，委员会决定在下届会议上审议这份备忘录(第四章)。

13. 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二次报告(A/CN.4/541)，报告涉及行为归属国际组织的问题。报告提出了四条条款草案，委员会审议了这些条款草案，并提交给起草委员会。委员会通过了起草委员会建议的四条条款草案(条款草案第 4 至第 7 条)以及评注(第五章)。

14. 关于“共有的自然资源”的专题，委员会审议了特别报告员的第二次报告(A/CN.4/539 和 Add.1)，报告载有七条条款草案。委员会还设立了一个不限成员名额的跨界地下水工作组，由特别报告员担任主席，并举行了两次非正式简报会，由欧洲经济委员会、教科文组织、粮农组织和国际水文地质学家协会(水文地质协会)的地下水专家介绍情况(第六章)。

15. 关于“国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任(危险活动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二次报告((A/CN.4/540)。委员会设立了一个工作组来审议特别报告员提出的建议，将工作组提出的八条原则草案提交起草委员会，还一读通过了关于危险活动引起跨界损害的损失分配的一套原则草案以及评述(第七章)。

16. 关于“国家的单方面行为”的专题，委员会审议了特别报告员的第七次报告((A/CN.4/542 和 Corr.1 (仅更正法文本)、Corr.2、Corr.3)，报告载有关于单

方面行为方面的国家实践的一份调查。重组了单方面行为问题工作组，工作着重于详细审议单方面行为的具体例子(第八章)。

17. 关于“对条约的保留”的专题，委员会通过了五项关于扩大保留、修改和撤回解释性声明的范围的准则草案。委员会还审议了特别报告员的第九次报告(A/CN.4/544)，向起草委员会提交了关于“对保留的反对的定义”以及“反对过时提出保留或扩大保留范围”的两项准则草案(第九章)。

18. 关于“国际法不成体系问题：国际法多样化和扩展引起的困难”的专题，委员会研究组审议了关于特别法规则职能和范围与自足的制度的问题的研究以及关于同一事项先后所订条约之适用(《维也纳条约法公约》第三十条)的研究提纲的初步报告；关于仅在若干当事国之间修改多边条约(《维也纳条约法公约》第四十一条)的研究报告；关于根据“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》第三十一条第三款(丙)项)解释条约的研究报告；以及关于国际法中的等级：绝对法、普遍义务、作为冲突规则的《联合国宪章》第一百零三条的研究报告(第十章)。

19. 委员会设立了一个规划组，负责审议委员会的方案、程序和工作方法(第十一章，A节)。应规划小组的建议，委员会决定将两个新专题，即“对外国人的驱逐”和“武装冲突对条约的影响”，列入其目前工作方案。在这方面，委员会决定任命莫里斯·卡姆托先生为“对外国人的驱逐”专题的特别报告员，任何伊恩·布朗利先生为“武装冲突对条约的影响”专题的特别报告员。委员会还同意规划小组的下述建议，即把“引渡或起诉的义务”专题列入其长期工作方案。委员会设想从下一届会议开始，将此专题列入其目前工作方案。

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

21. 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)。

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

第三章

委员会特别想听取意见的具体问题

A. 外交保护

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

24. 委员会还欢迎各国政府就条款草案的评注发表评论和意见。

B. 国际组织的责任

25. 委员会于 2003 年通过了三个关于国际组织责任一般原则的条款草案，并于 2004 年通过了四个关于行为归属问题的条款草案。委员会在这样做的过程中沿用了关于国家对国际不法行为的责任条款草案的总体布局。特别报告员大体上将采用相同的布局，准备在应于 2005 年提交的第三次报告中讨论如下专题：违背一项国际义务、解除不法性的情况、与一国或另一组织不法行为有关的国际组织的责任。为此，对下述问题发表的意见将特别有帮助。

- (a) 一国际组织与其成员国之间的关系，以及一国际组织与其代理人之间的关系通常受制于该组织的规则。根据条款草案第 4 条第 4 款所规定，这些规则具体包括“组织文件、该组织根据那些组织文件通过的决定、决议和其他文件；以及该组织已确立的惯例”。就国际法而言，该组织的规则的法律性质是有争议的。无论如何，问题是，委员会在根据国际法研究国际组织的责任时，应在多大程度上考虑一国际组织可能对其成员国或其代理人作出的违背义务行为。委员会应给自己这方面的研究限定多大范围？
- (b) 在解除不法性的情况中，关于国家对国际不法行为的责任的第 25 条提到“危急情况”，一国在某些条件下可以援引危急情况，首先一个条件就是“不遵守该国所负的某项国际义务的行为[……]是该国保护基本利益，对抗某项严重迫切危险的唯一办法”。那么一国际组织在一系列类似情况下是否也能援引危急情况？

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

C. 共有的自然资源

26. 在这个专题下，委员会目前正着重关注跨界地下水问题。

27. 明年，特别报告员要提交其第三次报告，其中将包括一整套关于跨界含水层系统法的条款草案，这套草案以他在第二次报告中提议的一般框架(载录于本报告第六章第 86 段的脚注中)为基础。委员会欢迎各国政府就这个一般框架发表意见。

28. 委员会还欢迎各国政府提供可能与将被列入条款草案的原则有关的实践的详细和确切情况，具体说，应提供如下实践情况：

- (a) 与跨界含水层系统的地下水分配有关的双边或区域实践情况；和
- (b) 与不可更新的跨界含水层系统的管理有关的双边或区域实践情况。

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

29. 委员会欢迎各国政府就一读通过的关于危险活动引起跨界损害情况中损失分配的原则草案之各个方面发表评论和意见。委员会尤其欢迎就原则草案的最终形式发表评论和意见。

30. 委员会还欢迎各国政府就原则草案的评注发表评论和意见。委员会指出，在组织评注时，对每项原则草案的范围和背景作了说明，而且对有关趋势以及可能有助于各国采取适当的国家执行措施并拟订具体国际制度的现有方案进行了分析。

E. 国家的单方面行为

31. 一般说来，委员会认为今年开始的实践研究也应当包括国家单方面行为的演变和存在期问题。具体说，委员会认为应更加仔细关注彼此相关的各个方面，如：日期、行为人/机构及其权限、形式、内容、背景和情况、目标、对象国、对象国和第三方的反应、理由、执行、修改、终止/撤消、法律范围以及通过

的与单方面行为有关的法院判决和仲裁裁决。这样才可能确定对于采取单方面行为是否有可适用的一般性规则和原则。

32. 委员会希望收到各国根据上述要素对自己这方面的实践情况发表的意见。而且，经今年成立的工作组商定，特别报告员在关于本专题的下次报告中也将适当考虑这些要素，同时还要考虑委员会某些委员将提供给他实践例子。

F. 对条约的保留

33. 特别报告员打算在其明年的报告中讨论保留的“效力”问题。

34. 《维也纳条约法公约》处理了一国或一国际组织“不能”提出保留的情况(第十九条)，但没有用一个形容词来限定仍可能在一种“不能”情况下作出的保留。在这方面，各国在实践中使用的术语根本不统一。

35. 在国际法委员会和第六委员会中对这方面应使用的术语意见不一，并进行了漫长的讨论。例如，有意见指出，“合法性”一语有缺点，可能会涉及国家责任的法律，尽管委员会尚未讨论过一项受到禁止的保留或以不适当方式提出的保留能否引起提出保留者的责任这一问题。此外，不但必须在“admissibility”和“permissibility”这两个英文字中作出选择，而且与这两个字相当的法文字(“recevabilité”)也不令人满意。至于“效力”一词，特别报告员认为是中性的，并足以令人理解，而且这个词还具有优点，在委员会的所有工作语言中都可找到与之相当的词，但这个词却受到了批评，理由是它可能在一项保留的无效性与可反对性之间制造混乱³。

36. 2002年，委员会“决定对此问题暂不作决定，直到就《维也纳公约》第十九条规定所涉及的保留的效力问题确定最终立场”⁴。

37. 在确定最终立场之前，委员会将欢迎各国政府对此问题发表评论和意见。

³ 见关于对条约之保留的法律和实践的初步报告(A/CN.4/470)，第97段。

⁴ 见《大会正式记录，第五十七届会议，补编第10号》(A/57/10，准则草案2.1.8[2.1.7之二]的评注，第(7)段)。

第四章

外交保护

A. 导言

38. 国际法委员会于 1996 年第四十八届会议确定“外交保护”专题为适于编纂和逐渐发展的三个专题之一。⁵ 同一年，大会 1996 年 12 月 16 日第 51/160 号决议请委员会参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任何书面评论，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上述大会决议在第 2477 次会议上设立了关于这个专题的工作组。⁶ 工作组在同届会议上提交了一份报告，得到委员会核可。⁷ 工作组力图：(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。⁸

39. 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。

40. 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。

41. 委员会 1998 年第五十届会议收到特别报告员的初步报告。⁹ 委员会在这届会议上设立了不限成员名额的工作组，根据对这一专题的研究方法的讨论情况，审议可能得出的结论。¹⁰

⁵ 同上，《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。

⁶ 同上，《第五十二届会议，补编第 10 号》(A/52/10)，第八章。

⁷ 同上，第 171 段。

⁸ 同上，第 189-190 段。

⁹ A/CN.4/484。

¹⁰ 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。

42. 委员会 1999 年第五十一届会议鉴于本努纳先生当选为前南斯拉夫问题国际法庭法官，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。¹¹

43. 委员会 2000 年第五十二届会议收到特别报告员的第一次报告(A/CN.4/506 和 Corr.1 和 Add.1)。由于时间不够，委员会决定将 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 1、第 3 和第 6 条草案。¹² 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转交起草委员会。

44. 委员会 2001 年第五十三届会议收到特别报告员第一次报告的余下部分(A/CN.4/506/Add.1)和第二次报告(A/CN.4/514 和 Corr.1 和 2 (只更正西班牙文本))。由于时间不够，委员会仅能审议第二次报告中有关第 10 和第 11 条草案的部分，把有关第 12 条和第 13 条草案的 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 次会议决定把第 9 条草案转交起草委员会，2001 年 7 月 17 日第 2690 次会议决定把第 10 和第 11 条草案转交起草委员会。

45. 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。

46. 委员会 2002 年第五十四届会议收到特别报告员第二次报告有关第 12 条和第 13 条草案的余下部分(A/CN.4/514 和 Corr.1 和 2 (只更正西班牙文本))和涵盖第 14 至第 16 条草案的第三次报告(A/CN.4/523 和 Add.1)。委员会 2002 年 5 月 14 日第 2719 次会议决定把第 14 条草案(a)项、(b)项、(d)项(与(a)项结合审议)和(e)项转交起草委员会。委员会 2002 年 6 月 4 日第 2729 次会议还决定把第 14 条草案(c)项转交起草委员会与(a)项结合审议。

47. 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

¹¹ 《大会正式记录，第五十四届会议，补编第 10 号》(A/54/10)，第 19 段。

¹² 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。

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。

48. 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磋商小组，由特别报告员担任主席，研讨对船员以及对公司和股东的外交保护问题。

49. 委员会 2003 年第五十五届会议收到特别报告员的第四次报告(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第 17 条至第 20 条草案的第一部分。委员会随后于 2003 年 7 月 15、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。

50. 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磋商小组，由特别报告员担任主席，研讨第 17 条第 2 款。¹³ 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。

51. 委员会于第 2764 次会议上决定将工作组提议的第 17 条¹⁴ 以及第 18、19、20 条转交起草委员会。委员会随后在第 2777 次会议上进一步决定将第 21 和第 22 条转交起草委员会。

52. 委员会于 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第 8[10]条、第 9[11]条和第 10[14]条草案的报告。委员会在同次会议上暂时通过了第 8[10]条、第 9[11]条和第 10[14]条草案。

B. 本届会议审议这个专题的情况

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

54. 在审议第五次报告期间，委员会要求特别报告员考虑“干净的手”原则是否与外交保护专题有关，如果有关，是否应该用条文的形式加以体现。特别报

¹³ 见《大会正式记录，第五十八届会议，补编第 10 号》(A/58/10)，第 90-92 段。

¹⁴ 同上，第 92 段。

告员就这个问题编写了一份备忘录(ILC(LVI)/DP/CRP.1)，可是，委员会没有时间加以审议，决定到下届会议再回头审议这个问题。

55. 委员会于 2004 年 5 月 6 日举行的第 2794 次会议上决定将第 26 条草案以及特别报告员提议的第 21 条草案的替代性案文转交起草委员会。委员会还于 2004 年 5 月 11 日举行的第 2796 次会议上进一步决定，起草委员会应考虑拟订一项关于船员的保护与外交保护之间的联系的规定。

56. 委员会于 2004 年 5 月 28 日举行的第 2806 次会议上审议了起草委员会的报告，并一读通过了含有 19 条的一套外交保护条款草案(见下文 C 节)。

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

58. 在 2004 年 8 月 3 日举行的第 2827 次会议上，委员会向穆罕默德·本努纳和约翰·杜加尔德两位先生深表感谢。他们以深入的学术研究和广泛的知识，为委员会处理这一专题作出了杰出的贡献，从而使委员会顺利地完成了外交保护条款草案的一读工作。

C. 委员会一读通过的外交保护条款草案案文

1. 条款草案案文

59. 委员会一读通过的条款草案案文载录如下。

外 交 保 护

第 一 部 分

一 般 规 定

第 1 条

定义和范围

外交保护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。

第 2 条
行使外交保护的权利

一国享有按照本条款草案的规定行使外交保护的权利。

第 二 部 分
国 籍

第 一 章
一般原则

第 3 条
国籍国的保护

1. 有权行使外交保护的国家是国籍国。
2. 尽管有第 1 款的规定，一国可根据第 8 条草案为非国民行使外交保护。

第 二 章
自 然 人

第 4 条
自然人的国籍国

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

第 5 条
持续的国籍

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

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

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

第 6 条

多重国籍和针对第三国的求偿

1. 双重或多重国籍国民的任一国籍国，可针对非国籍国为该国民行使外交保护。

2. 两个或多个国籍国可为双重或多重国籍国民共同行使外交保护。

第 7 条

多重国籍和针对国籍国的求偿

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

第 8 条

无国籍人和难民

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

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

3. 第 2 款不适用于该难民的国籍国之国际不法行为造成损害的情况。

第三章

法人

第 9 条

公司的国籍国

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

第 10 条

公司的持续国籍

1. 一国有权为在受到损害之时是其国民，并在正式提出求偿之日仍是其国民的公司行使外交保护。

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

第 11 条

股东的保护

在公司受到损害的情况下，公司股东的国籍国无权为这些股东行使外交保护，除非：

- (a) 由于与损害无关的原因，按照成立地国的法律该公司已不存在；或
- (b) 在受到损害之时，公司具有所指对其造成损害负有责任的国家的国籍，并且按照该国法律成立公司是在该国开展经营活动的前提条件。

第 12 条

对股东的直接损害

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

第 13 条

其他法人

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

第 三 部 分

当 地 救 济

第 14 条

用尽当地救济

1. 除非有第 16 条草案规定的情形，一国对于其国民或第 8 条草案所指的其他人所受的损害，在该受害人用尽一切当地救济之前，不得提出国际求偿。

2. “当地救济”指受害人可以在所指应对损害负责的国家，通过普通的或特别的司法或行政法院或机构获得法律上的救济。

第 15 条

求偿的类别

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

第 16 条

当地救济规则的例外

在下列情况下，无需用尽当地救济：

- (a) 当地救济不具有实现有效补救的合理可能性；
- (b) 救济过程受到不当拖延，且不当拖延是由所指应对损害负责的国家造成的；

- (c) 受害人与所指应对损害负责的国家之间没有相关联系，或者依据案情，用尽当地救济实为不合理；
- (d) 所指应对损害负责的国家放弃了用尽当地救济的要求。

第四部分

杂项规定

第 17 条

外交保护以外的行动或程序

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

第 18 条

特别条约条款

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

第 19 条

船 员

船舶船员的国籍国为本国船员行使外交保护的權利不因船舶国籍国有权在国际不法行为给船舶造成损害时，为受害船员，不论其国籍，寻求补救而受到影响。

2. 条款草案案文及其评注

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

外交保护

(1) 起草外交保护条款最初被视为属于国家责任问题的研究范围。实际上，国家责任问题的第一任报告员加西亚·阿马多先生在 1956 至 1961 年提交的报告里收入了关于此问题的若干条款草案。后来进行的关于国家责任问题的编纂工作很少注意外交保护问题。关于国家责任问题的最后条款草案明确地说，对于外交保护至关重要的两个议题，即求偿的国籍问题与用尽当地救济问题，将由委员会单独开展工作，更深入地加以处理。¹⁵ 尽管如此，国家责任条款草案与本条款草案存在着密切联系。国家责任条款草案中的许多原则与外交保护相关，因而这些原则在本条款草案里不再重复。这尤其适用于关于国际不法行为的法律后果的规定。对外国国民所受损害负有责任的国家有义务停止不法行为，并就国际不法行为所造成的损害支付充分的赔偿。这一赔偿可采取恢复原状、补偿或抵偿等其中一种形式或多种形式并用。这些事项在国家责任条款草案里都得到了处理。委员会的一些委员认为，本条款草案应该处理外交保护的后果问题；注意力不应该集中在求偿是否可接受这一问题上。¹⁶

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

¹⁵ 同上，《第五十六届会议，补编第 10 号》(A/56/10)，第 44 条的评注，脚注 722 和 726。

¹⁶ 第 28、30、31、34-37 条。关于补偿(第 36 条)的评注用大部分篇幅讨论了适用于与外交保护有关的求偿的原则。

“在下列情况下不得援引另一国的责任：

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

本条款草案通过拟订关于求偿的国籍和用尽当地救济的规则，从而赋予了这项规定以内容。

(3) 本条款草案没有处理国际组织对代理人的保护问题，这种保护一般被称作“职能保护”。虽然职能保护与外交保护有相似之处，但两者的区别也是很大的。外交保护是一种确保一国的国民在受到损害时能够获得赔偿的机制，其基于的原则是国民受到的损害即为国家本身受到的损害。而职能保护是一种通过确保国际组织的代理人受到尊重并保证其独立性而促进国际组织有效运作的制度。这种区别导致委员会得出结论认为，在一套关于外交保护的条款草案里不应写上国际组织保护其代理人的内容。至于一国可否为担任国际组织代理人的本国国民行使外交保护的问题，国际法院在审理“损害赔偿案”时作了回答：“在这样的情况下，没有任何法律规则赋予一方或另一方以优先地位，或强迫该国或该组织不得提出国际诉求。法院认为，有关方面没有理由不出于善意和常理来寻求解决办法。……”¹⁷

第 一 部 分

一 般 规 定

第 1 条

定义和范围

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

¹⁷ 《1949年国际法院报告书》，pp. 185-186。

评 注

(1) 第 1 条为外交保护下定义，描述了外交保护的主要内容，并且说明了这一机制可用于保护在国外受损害的国民的范围。

(2) 国际法认定一国对其不法行为或不行为对一外侨造成的损害负有责任。外交保护是国籍国为保护受损害的人并使该人从受国际不法行为造成的损害得到赔偿所使用的程序。本条款草案只涉及可行使外交保护的情况和在行使外交保护以前必须符合的条件。本条款草案不拟界定或描述使外侨受到损害的国家应为之承担责任的国际不法行为。本条款草案，如同国家对其国际不法行为的责任条款草案，¹⁸ 维持对初级规则和次级规则的分，而只处理次级规则。

(3) 第 1 条明白规定，外交保护的权力属于国家。外交保护系指一国采纳本国国民因受他国国际不法行为损害而提出的诉因，行使自身的权利。这一措词方式沿用国际法院在 *Interhandel* 公司案中的措词，法院指出：起诉国“采纳”其权利受到侵害的“国民的诉因”¹⁹。国家行使外交保护的权益来源于一国民受到他国不法行为的损害。

(4) 在大多数情况下，外交保护的行使是基于国家和受害人之间的国籍联系，第 3 条处理了这个事项。在这一条内，“国民”一词的含义包括自然人和法人。本条款草案稍后部分对限定自然人和法人概念的规则作了区分，在必要情况下，分别处理这两个概念。

(5) 外交保护必须以合法和和平的手段行使。若干司法裁决在描述国家为行使外交保护可以采取的行动时，对“外交行动”和“司法程序”作了区分。²⁰ 第 1 条保留了这一区分，但是更进一步，把司法程序列入“其他和平解决手段”的范围。“外交行动”的范围包括：一国为了向另一国通报自己的看法和关切事项而使用的所有合法程序，包括抗议、为了解决争端而要求进行调查或谈判。“其他

¹⁸ 见《大会正式记录，第五十六届会议，补编第 10 号》(A /56/10)，第 77 段，总评注，第(1)至(3)段。

¹⁹ 《1959 年国际法院报告书》，p.27。另见 *Mavrommatis Palestine Concession* 案，1924 年《常设国际法院汇编》，A 辑，第 2 号。

²⁰ *Mavrommatis Palestine Concession* 案，同上；*Panevezys-Saldutiskis* 铁路案，《常设国际法院汇编》，A/B 辑，第 76 号，p.16；诺特邦案，《1955 年国际法院报告书》，p.24。

和平解决手段”的范围包括合法解决争端的一切形式，从谈判、调停与和解到仲裁与司法解决争端。为《联合国宪章》第二条第四款所禁止的使用武力是行使外交保护权时不许使用的方法。

(6) 第 1 条明确了在总评注²¹里已经提到的一点，即本条款只处理一国对外交保护的行使，而不涉及国际组织给予其代理人的保护，后者是国际法院关于损害赔偿问题的咨询意见中所确认的。²²

(7) 外交保护主要涵盖对不是以国家名义参加官方国际事务的国民的保护。参加官方国际事务的官员受到诸如《1961 年维也纳外交关系公约》²³和《1963 年维也纳领事关系公约》²⁴等其他国际法规则和文书的保护。

第 2 条

行使外交保护的权力

一国享有按照本条款草案的规定行使外交保护的权力。

评 注

(1) 第 2 条强调外交保护的权力属于或授予国家。该条承认了 Vattel 提出的观点，即对一国民的损害便是对一国的间接损害。²⁵ 常设国际法院在 Mavrommatic Palestine Concession 案中比较审慎地提出了这一看法，指出：

“事实上，一国为其某一国民出面，代表他诉诸外交行动或国际司法诉讼，就是在维护其本身的权利，即通过其国民本身确保国际法规则得到尊重的权利。”²⁶

²¹ 见总评注第(3)段。

²² 《1949 年国际法院报告书》，p.174。

²³ 《联合国条约汇编》，第 500 卷，p.95。

²⁴ 《联合国条约汇编》，第 596 卷，p.261。

²⁵ 在 *The Law Of Nations* (1758)一书里，Emmerich De Vattel 说：“无论谁虐待一名公民，均间接损害须保护该公民的国家”（第六章，p.136）。

²⁶ 《常设国际法院汇编》，A 辑，第 2 号，1924 年，p.12。

这个看法常常受到批评，被认为是一种虚拟的情况，不容易符合外交保护的实际情况：要求行使外交保护的个人必须具有持续的国籍、²⁷ 受损害的国民必须用尽当地救济、损害的评估务必与个人受到的损失一致。但是，“Mavrommatis 原则”或“瓦特勒虚拟”，认定对一国民的损害即是对该国的损害，这一概念仍然是外交保护的奠基石。²⁸

(2) 一国有权对一国民行使外交保护。该国没有任何责任或义务这样做。一国国内法可能规定对一国民行使外交保护，²⁹ 但国际法并没有规定这种义务。国际法院在巴塞罗那电车案中明确地说明了它的立场：

“……在国际法规定的范围内，一国可采用其认为妥当的手段、在其认为妥当的程度上实行外交保护，因为国家维护的是本身的权利。如果它所代表的自然人或法人认为其权利没有得到充分保护，他们在国际法下是没有救济的。如有方法，他们也只能诉诸国际法，以期继续争取其利益或得到补救……。必须认识到，只有国家可以决定是否提供保护，在何种程度上提供保护，以及何时停止提供保护。在这方面，国家保留酌处权，这种权力的行使可取决于与特定案件无关的政治考虑或其他考虑。”³⁰

委员会否决了规定国籍国应负有限保护责任的一项提议，认为它超越了法律的逐渐发展所能容许的范围。³¹

(3) 一国行使外交保护的权力受到限制。这项权利只能够根据本条款的规定行使。

²⁷ 见第 5 和第 10 条。

²⁸ 对这一概念的讨论和对这一概念的批评，参看特别报告员关于外交保护的第一次报告，文件 A/CN.4/506，第 61-74 段。

²⁹ 对有关这一议题的研讨，见同上，第 80-87 段。

³⁰ 《1970 年国际法院报告书》，p.44。

³¹ 见特别报告员关于外交保护的第一次报告(A/CN.4/506)第 4 条。委员会辩论情况见《大会正式记录，补编第 10 号》(A/55/10)，第 447-456 段。

第 二 部 分 国 籍

第 一 章 一 般 原 则

第 3 条 国籍国的保护

1. 有权行使外交保护的国家是国籍国。
2. 尽管有第 1 款的规定，一国可根据第 8 条草案为非国民行使外交保护。

评 注

(1) 第 2 条确认国家行使外交保护的裁量权利，第 3 条则表明受害人的国籍国有权、而不是有义务为该人行使外交保护的原则。这一条把重点放在国家和个人之间的国籍联系，它使得国家有权行使外交保护。相对于自然人和法人而言，这种联系是不同的。因此，自然人和法人的情况都单辟一章专门作出规定。

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

第 二 章 自 然 人

第 4 条 自然人的国籍国

就对自然人的外交保护而言，国籍国指寻求保护的個人因出生、血缘、国家继承、归化或以不违反国际法的任何其他方式获得了其国籍的国家。

评 注

(1) 第 4 条为了对自然人进行外交保护的目，规定了国籍国的定义。这项定义的前提是以下两项原则：一、由国籍国根据本国法律决定谁有资格取得其国籍；二、国际法对国籍的授予规定了限制。第 4 条也列举了并不是详尽无遗的、通常构成授予国籍之正当理由的一些关连因素。

(2) 由每一国决定谁是其国民的原则受到司法裁决和条约的支持。1923 年，常设国际法院在突尼斯和摩洛哥国籍法令案中指出：

“按照目前的国际法，国籍问题……原则上属保留范畴之内”。³²

这一原则得到 1930 年《关于国籍法冲突的若干问题海牙公约》第 1 条的证实：

“应由每个国家按照本国法律自行决定谁是其国民。”³³

最近，1997 年《欧洲国籍公约》认可了这个原则。³⁴

(3) 第 4 条中所列给予国籍的关连因素是说明性的，而不是穷尽无遗的。但是，它们包括了各国在给予国籍时用得最普遍的关连因素：出生(出生地法)、血缘(血统制)和归化。与国民结婚没有列入，因为在大多数情况下，不能光凭婚姻本身给予国籍：它规定按照归化方式取得国籍以后还需要居住一段时间。在与一国民结婚以后，一配偶自动取得另一配偶国籍的情况下，可能在这种取得国籍的方式是否符合国际法方面发生问题。³⁵ 国籍也可因国家继承而获得。³⁶

(4) 第 4 条中所列关连因素是一些国家为确定国籍而最常使用的因素。在没有明确出生记录的一些国家，国籍很可能难以证实。在这种情况下，住所可为国籍提供证明，不过光是住所不能形成国籍的基础。但是，一国可通过归化方式给予这种人国籍。

³² 《常设国际法院汇编》，B 辑，第 4 号，1923 年，p.24。

³³ 《国际联盟条约汇编》，第 179 卷，p.89。

³⁴ 《欧洲条约汇编》，第 166 号，第 3 条。

³⁵ 例如见《消除对妇女一切形式歧视公约》第 9 条第 1 款，《联合国条约汇编》，第 1249 卷，p.13，该款禁止在这种情况下取得国籍。见下文第 (6) 段。

³⁶ 见委员会关于国家继承中的自然人国籍条款草案，《大会正式记录，第五十四届会议，补编第 10 号》(A/54/10)，第 47 段。

(5) 第 4 条不要求一国按照诺特邦案³⁷中所认定的方式证明该国和某一国民之间的有效联系或真正联系，作为行使外交保护的另一个附加因素，即使该国民只持有一个国籍。委员会认为，有若干因素促使诺特邦案限定在案情范围内，尤其是：诺特邦先生与列支敦士登(起诉国)之间的联结“极为薄弱”³⁸，诺特邦先生和危地马拉(被告国)之间超过三十四年的联结则极为密切，因此，国际法院屡次申明列支敦士登“无权针对危地马拉对诺特邦实行保护”。³⁹这意味着法院不拟阐明一项适用于所有国家的一般性规则⁴⁰，而只拟阐明一项有关规则，凡是持列支敦士登立场的某一国都必须根据这项规则表明该国和诺特邦先生之间的联结，以便容许该国针对与诺特邦先生有极密切联结的危地马拉为他提出权利主张。而且，委员会考虑到这样的事实：如果严格适用诺特邦先生提议的真正联系规定，有成百上千万人将因之而无法得到外交保护的利益，因为在经济全球化和移民的今日世界中，有成百上千万人离开其国籍国，而到另一个国家生活，有的从来不曾取得其国籍，有的通过出生或血缘从与他们的联结最薄弱的国家取得国籍。⁴¹

(6) 第 4 条最后一个短语强调：必须以不违反国际法的方式获得国籍。虽然一国有权决定谁是国民，这一权利并不是绝对的。1930 年《关于国籍法冲突的若干问题海牙公约》第 1 条证实了这一点，该条在表示“应由每个国家按照本国法律自行决定谁是其国民”的同时，还载列了一项但书：“这项法律应得到其他国

³⁷ 在诺特邦案中，国际法院指出：“根据各国实践、仲裁裁决和司法裁决以及各个作者的意见，国籍是一种法律上的联结，其依据是一种社会属性，一种存在、权益和情感的真正联系，再加上相互的权利和义务的存在。它可以说构成司法上对以下事实的表达：直接通过法律或当局的行为而获得国籍的个人，事实上与给予国籍人口的联系远远超过与任何其他国家人口的联系。国籍由一个国家给予，它只授权该国针对另一国实行保护，如果这在司法上使该个人的联系成为其国民。”（《1955 年国际法院报告书》，p.23）。

³⁸ 同上，p. 25。

³⁹ 同上，p. 26。

⁴⁰ 意大利-美国调解委员会在弗勒根海默案(1958)中对诺特邦案作了这样的解释。25 *I.L.R.* (国际法报告书), (1958) p.148。

⁴¹ 主张限制诺特邦案范围的更为详尽的论点，参看特别报告员关于外交保护的第一次报告，第 A/CN.4/506 号文件，第 106-120 段。

家的承认，但须符合有关国籍的国际公约、国际习惯和普遍公认的法律原则。”⁴² 目前，公约，尤其是人权领域的公约，规定各国在给予国籍时应遵守国际标准。⁴³ 例如，《消除对妇女一切形式歧视公约》第9条第1款规定：

“缔约各国应给予妇女与男子有取得、改变或保留国籍的同等权利。缔约各国应特别保证，与外国人结婚或于婚姻存续期间丈夫改变国籍均不当然改变妻子的国籍，使她成为无国籍人，或把丈夫的国籍强加于她。”⁴⁴

(7) 因此，第4条确认，一国作为以受害外侨名义求偿的对象，可由于该人以违反国际法的方式取得国籍而予以质疑。第2款规定，国籍应以“不违反国际法”的方式取得。双重否定的措词方式强调了这样的事实：关于国籍是以违反国际法的方式获得的举证责任应由对受害人的国籍提出质疑的国家承担。举证责任应由对受害人国籍提出质疑的国家承担来源于这样的认识：国籍给予国对于是否给予国籍的决定必须有“鉴别的余地”⁴⁵ 并且预先认可一国给予国籍的效力。⁴⁶

第 5 条

持续的国籍

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

2. 尽管有第1款的规定，一国对在正式提出求偿之日为其国民、但在受到损害之时不是其国民的人，可行使外交保护，但条件是该人已丧失

⁴² 另参见1997年《欧洲国籍公约》第3条第2款。

⁴³ 美洲人权法院在其对哥斯达黎加政治宪法归化条款拟议修正事项的咨询意见(咨询意见 OC-4/84, 1984年1月19日)中强调了这一点，认为，必须兼顾“国籍的给予属于一国的本国管辖范围”原则和“国际法对该国权力施加与国际保护人权制度所规定的要求相互联系的若干限制的另一原则”，79 *I.L.R.*, p.296.

⁴⁴ 《联合国条约汇编》，第1249卷，p.13。也参看《美洲人权公约》第20条，《联合国条约汇编》，第1144卷，p.123，和《消除一切形式种族歧视国际公约》第5条(d)款(三)项，《联合国条约汇编》，第660卷，p.195。

⁴⁵ 参看美洲人权法院对哥斯达黎加政治宪章归化条款拟议修正事项的咨询意见，79 *I.L.R.*, pp.302-303。

⁴⁶ R.Y. Jennings 与 A.Watts (合编)，《奥本海国际法论》第九版(1992)，p.856。

原国籍，并且基于与提出诉求无关的原因、以不违反国际法的方式已获得该国的国籍。

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

评 注

(1) 虽然持续国籍规则已经确立，⁴⁷ 历来受到相当多的批评⁴⁸，因为如果原告人由于与要求外交保护无关的原因而改变其国籍，这一规则便会窒碍难行。批评者认为应该放弃这一规则的意见遇到反对，反对者担心有人钻空子，为了获得外交保护而“购买国籍”。⁴⁹ 委员会认为，持续国籍规则应该保留，但也应该规定例外情况，以便考虑到如若不这样就会引起不公平结果的案件。

(2) 第 1 款表述传统的原则指出：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。国家实践和学说对该国民是否必须在这两个日期之间保持求偿国的国籍并不明确，主要是因为实际上这个问题很少发生。⁵⁰ 在这种情况下，委员会决定暂不处理是否必须在受害日和求偿日之间持续保有国籍的问题。⁵¹

⁴⁷ 参看美国国际索赔委员会对 Kren 求偿案所作的决定，20 《国际法报告书》，p.234。

⁴⁸ 参看法官杰拉尔德·菲茨莫里斯勋爵在巴塞隆那电车公司案中的评论《1970 年国际法院报告书》，pp.101-102。参看 E.Wyler，国际诉讼中涉及国籍的持续的规则(1990)。

⁴⁹ 参看首席裁决人帕克法官在 1925 年 10 月 31 日关于由求偿的国籍决定的德国义务和委员会管辖权的意见和第 V 19 号行政裁决中所作的说明，载于 19 《美国国际法杂志》(1925)，p.614：“任何其他规则会敞开滥用之门，结果会使得一个强大的国家成为一个求偿代理，受到损害的原告人将其权利主张转让给该国国民，或依法取得该国国籍，以使其权利主张获得支持。”

⁵⁰ H. Briggs，“国际法中对个人的保护：求偿人的国籍”，《国际法学会年鉴》(1965 I)，pp. 72-73。

⁵¹ 国际法学会 1965 年在华沙举行的第二届会议中采取了同样的处理方式，《国际法学会年鉴》，第 51 卷(1965 II)，pp.260-262。

(3) 第一项规定的受害国民在受到损害时必须是在求偿国的国民。通常，引起国际不法行为的责任的损害的日期与发生损害的日期是同一天。

(4) 第 1 款中所载的第二项时间上的规定是正式提出求偿的日期。对原告人持续国籍终止日期的规定有不同的司法意见。这种不确定性基本上来源于这样的事实：据以设立混合索赔委员会的公约使用了不同的用语来界定求偿日期。⁵²

“提出求偿”一语是在条约、司法裁决和学说中最常使用的术语，用以表示行使外交保护所要求的截止日期。委员会在这一措词中增添了“正式”一词以表明：提出求偿的日期是行使外交保护的国家第一次正式提出要求的日期，而不是就这一议题进行非正式的外交接洽和查询的日期。

(5) 国家行使外交保护的权力始于正式提出求偿之日。然而，也有人认为，如果有关个人在这一日期至作出裁决期间改变了国籍，那么他就不再是可享受外交保护的国民了。按照这种意见，持续国籍规则要求国籍联系“从发生损害之时至作出裁决为止”一直存在。⁵³ 实际上，这种情况发生的可能性很小，委员会还是继续支持第 5 条草案所反映的立场。

(6) 第 1 款中“求偿”一语包括通过外交渠道提出的要求，也包括向一司法机构提出的要求。这一要求可具体说明责任国应该为停止持续中的不法行为而采取的行动，以及应该采取的赔偿形式。2001 年国家对其国际不法行为的责任条款草案第 43 条及其评注比较详尽地处理了这一事项。⁵⁴

(7) 虽然委员会决定必须保留持续国籍规则，却议定：必须规定这一规则的例外事项。因此，第 2 款规定：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，但必须符合三个条件：一、该人已丧失原国籍；二、该人基于与提出诉求无关的原因已获得另一国的国籍；三、新国籍是以不违反国际法的方式取得的。

⁵² 参看首席裁决人帕克法官在第 V19 号行政裁决中发表的意见，载于 19《美国国际法杂志》(1925)，pp.616-617。

⁵³ *Oppenheim's International Law*, eds. R.Y. Jennings and A. Watts, 9th ed. (1992), p.512.

⁵⁴ 《大会正式记录，第五十六届会议，补编第 10 号》(A/56/10)，p.301。

(8) 国籍的丧失可能是自愿的，也有可能是非自愿的。在国家继承的情况下，也有可能是在收养以及因结婚而必须改变国籍的情况下，将在非自愿的基础上丧失国籍。在国籍发生其他类型的变化的情况下，意志的成分就不那么明确了。基于这种理由，第 2 款不规定国籍的丧失必须是非自愿的。

(9) 如上所述⁵⁵，有人可能故意改变其国籍，以便获得一个比较愿意而且能够对他行使外交保护的国籍国，持续国籍规则便是为了防止这种情况。第 2 款中所载述的第二个条件处理了唯恐出现的这种情况，为此规定：作为行使外交保护对象的人，取得其新国籍的原因必须与要求外交保护无关。这个条件是为了将持续国籍的例外情况限定于强制性给予国籍的情况，例如该人取得新国籍属于婚姻、收养或国家继承等因素必然引起的结果。

(10) 为了使持续国籍规则不适用而必须符合的第三个条件是：新国籍是以不违反国际法的方式取得的。这一条件的含义必须结合第 4 条加以理解。

(11) 第 3 款还为了防止滥用不适用持续国籍规则而附加了一项保障措施。一人受损害时为其原国籍国而不是现国籍国的国民，则现国籍国不得针对原国籍国就该人所受到的损害行使外交保护。

第 6 条

多重国籍和针对第三国的求偿

1. 双重或多重国籍国民的任一国籍国，可针对非国籍国为该国民行使外交保护。
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。

评 注

(1) 虽然有些国内法律制度禁止其国民取得双重或多重国籍，双重或多重国籍是国际生活中的事实，必须予以承认。一个人可能获得一个以上的国籍，这是出生地及血缘原则平行运作或通过归化取得国籍而没有放弃先前国籍的结果。国

⁵⁵ 参看本条款草案评注第(1)段。

际法不禁止双重或多重国籍：事实上，这种国籍获得 1930 年《关于涉及国籍法冲突的若干问题的海牙公约》第 3 条的认可，该条规定：

“……具有双重或多重国籍的人可被其每一国籍国视为其国民。”

因此，必须处理一国国籍国为其有双重或多重国籍的国民行使外交保护的问题。第 6 条只适用于受害人国籍国针对不是其国籍国的国家行使外交保护的情况。一国国籍国对另一国籍国行使外交保护的规定载于第 6 条。

(2) 第 1 款甚至容许一国国籍国对同时拥有一个或一个以上其他国籍的国民行使外交保护。同第 4 条一样，该款不要求该国民与行使外交保护的国家之间有真正或有效的联系。

(3) 虽然有些仲裁裁决⁵⁶和已编纂的条款⁵⁷也认为，双重或多重国籍者的任一国籍国与该国民之间需有真正或有效的联系才能够针对受害人非其国民的国家行使外交保护，但有权威的根据却反对这样的规定。在 *S a l e m* 案中，仲裁法庭裁定，埃及不能援引受损害的个人持有有效的波斯国籍这一事实作为反对另一国籍国美国求偿的理由。法庭裁定：

“国际法的规则[是]：双重国籍者的国籍国之一如因案件涉及该双重国籍者的利益而提出赔偿要求，第三国无权援引该人的另一国籍作为提出异议的理由。”⁵⁸

⁵⁶ 参看 1926 年 7 月 12 日南斯拉夫 - 匈牙利混合仲裁法庭对 *de Born* 案的裁决，1925-26 年《国际公法案件年度文摘》，第 3 卷，第 205 号案件。

⁵⁷ 参看 1930 年《关于涉及国籍国法冲突的若干问题的海牙公约》第 5 条，179 《国际法汇编》，p.89；国际法学会 1965 年在华沙举行的会议所通过的决议(“*Le Caractère national d’une réclamation internationale présentée par un Etat en raison d’un dommage subi par un individu*”): 1957-1991 年(1992) p.56 (第 4 条(b)款); 1960 年《国家对外侨造成的损害的国际责任哈佛公约草案》第 23 条第 3 款，载于 L.B.Sohn 和 R.R. Baxter, “国家对外侨经济利益造成的损害的责任”，55 《美国国际法杂志》(1961 年), p.548; Garcia Amador, 《关于国家责任的第三次报告》，载于《1958 年……年鉴》，第二卷，p.61(第 21 条第 3 款)，A/CN.4/111 号文件。

⁵⁸ 1932 年 6 月 8 日的裁决《联合国国际仲裁裁决报告书》，第二卷，p.1188。

这项规则历来在其他案件⁵⁹中得到遵守，最近也得到伊朗—美国索赔法庭的支持⁶⁰。委员会关于在这种情况下不要求真正或有效联系的裁决是合理的。与双重国籍者的一国籍国对另一国籍国求偿的情况不同，当双重国籍者的一国籍国寻求针对第三国行使保护时，在国籍方面并没有任何冲突。

(4) 原则上，没有任何理由可以阻止两个国籍国共同行使从属于每一国籍国的一项权利。因此，第 2 款承认两个或多个国籍国可为双重或多重国籍国民针对非国籍国共同行使外交保护。责任国虽然不能反对两个或多个国家同时或一致提出这种求偿，但若两个求偿国分别向同一法庭或不同法庭提出索赔，或一国籍国在另一国籍国已就该项索赔获得抵偿后求偿，该责任国可予以反对。若一国籍国已放弃行使外交保护权而另一国籍国仍要求赔偿，也会引起困难。针对诸如此类的不同情况编纂若干规则是很困难的。应该按照共同索赔抵偿法的一般原则予以处理。

第 7 条

多重国籍和针对国籍国的求偿

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，除非甲国在该人受损害时和正式提出求偿之日都是主要国籍国。

评 注

(1) 第 7 条处理一国籍国针对另一国籍国行使外交保护的情况。第 5 条处理为有双重或多重国籍的国民针对非国籍国求偿的情况，并不要求求偿国与国民之间有真正联系，第 7 条则要求求偿国证明：其国籍在该人受到损害时和正式求偿之日都是主要国籍。

⁵⁹ 参看意大利—美国调解委员会对 Mergé 索赔案的裁决，1955 年 6 月 10 日，22 *I.L.R.*(1955), p.456; 1957 年 5 月 17 日第 172 号 Vereano 索赔裁决，24 *I.L.R.*(1957), pp.464-465; 和 1963 年 7 月 26 日 Stankovic 索赔案，40 *I.L.R.*(1963), p.155。

⁶⁰ 参看 Dallal 诉伊朗案，《伊朗—美国索赔法庭报告书》(1983)，p.23。

(2) 在过去，有人强烈支持无责任规则：一国籍国不得为有双重国籍的国民针对另一国籍国提出求偿。1930年《关于涉及国籍法冲突的若干问题的海牙公约》第4条宣示：

“双重国籍者的任一国籍国不得对另一国籍国行使外交保护。”⁶¹

后来的编纂提议采取了同样的着手方式⁶²，有些仲裁裁决也支持这一立场。⁶³ 国际法院在1949年对联合国勤务中受伤者求偿案的咨询意见中把不针对另一国籍国保护其国民的国家实践称为“通常做法”。⁶⁴

(3) 但是，即使在1930年以前，有些仲裁裁决也支持另一种立场，即：主要国籍国或有效国籍国可以为其国民针对另一国籍国提起诉讼。⁶⁵ 国际法院在诺特

⁶¹ 另参看1929年《关于国家在其领土上对外侨人身或财产造成损害的责任的哈佛公约草案》第16条(a)款，23《美国国际法杂志》(1929)，特别补编22。

⁶² 参看1960年《关于国家对外侨经济利益造成损害的国际责任的哈佛公约草案》第23条第5款，55《美国国际法杂志》(1961)，p.545；国际法学会关于国家特性的决议第4条(a)款，1957-1991(1992)56；《国际法学会年鉴》1985(II)，260-262。

⁶³ 参看 Alexander 案(1898) 3 Moore, 《国际仲裁》，p.2529(美国-英国索赔委员会)；Oldenbourg 案，专员们的决定和意见，1929年10月5日至1930年2月15日，p.97和 Honey 案，专员们在1930年2月15日以后的进一步决定和意见，p.13(英国-墨西哥索赔委员会)；Adams 和 Blackmore 案裁决，1931年7月3日第64号，5《国际仲裁裁决报告书》，第五卷，pp.216-217(英国-墨西哥索赔委员会)。

⁶⁴ 《1949国际法院报告书》，p.186。

⁶⁵ James Louis Drummond 案 2 Knapp, 《常设法庭报告书》p.295, 12 Eng. Rep. p.492; Milani, Brignone Stevenson 和 Mathinson 等案(英国-委内瑞拉混合索赔委员会)报道载于 Ralston, 《1903年委内瑞拉仲裁》，分别参看 pp. 429-438, 710, 754-761, 438-455; Carnevaro 案(常设仲裁法庭，1912)，报道载于 Scott, 《海牙法庭报告书》，第一卷，载于 p.284; Hein 案,1922年4月26日和5月10日(英国-德国混合法庭)，《国际公法案件年度文摘》，第1卷，1919-1922,案件号148, p.216; Blumenthal 案(法国-德国混合法庭)，《混合法庭裁决汇编》，第3卷(1924)，p.616; de Montfort 案，1926年7月10日(法国-德国混合法庭)，《国际公法案件年度文摘》，第3卷，1925-26,案号206, p.279; Pinson 案(法国-墨西哥混合索赔委员会)，《国际公法案件年度文摘》，第4卷，(1927-1928)，第194和第195号案件,1928年10月19日，pp.297-301; 1928年5月25日 Tellech 案(美国-奥地利和匈牙利三方索赔委员会)，《国际仲裁裁决报告书》，第六卷，p. 248。

邦案⁶⁶的另一情况中借鉴了这个判例，意大利—美国调解委员会在1955年Mergé求偿案中明示同意这个立场。对此，该调解委员会指出：

“这项原则是以国家主权平等为基础，它排除了双重国籍情况下的外交保护，如果原告人的国籍是求偿国国籍，该原则就必须让位于有效国籍原则。但在未能证明其国籍为主要国籍的情况下，就不能让位，因为这两项原则中的第一项是普遍公认的原则，可能是在实际事务中用于消除任何可能发生的不确定情况的标准。”⁶⁷

调解委员会的意见认为：有效国籍原则和主要国籍概念只是一个硬币的两面。调解委员会在随后审理的涉及双重国籍者的五十多起案件中适用了根据这一概念制定的规则。⁶⁸ 伊朗—美国索赔法庭借鉴了上述情况，在若干案件中适用了主要国籍和有效国籍的原则。⁶⁹ 安全理事会为使伊拉克赔偿它在占领科威特时造成的损害所设立的联合国赔偿委员会是支持主要国籍原则的另一个机构。赔偿委员会审理有伊拉克国籍的双重国籍者的索赔时所适用的条件是：他们必须有另一国的真

⁶⁶ 《1955年国际法院报告书》，pp. 22–23。Nottebohm其人没有涉及双重国籍问题，但是，法院找到了对其下述观点的支持，即Nottebohm与列支敦士登并无有效的联系。见脚注65中提到的一些司法裁决。

⁶⁷ 22 《国际法报告书》(1955) p.455(para.V. 5)。另见de Leon案，1962年5月15日和1963年4月8日第218号和第227号，《国际仲裁裁决报告书》vol.XVT, p. 247。

⁶⁸ 例如参看Spaulding索赔案，第149号裁决，24《国际法报告书》(1957) p.452；1956年12月21日Zangrilli索赔案，24《国际法报告书》(1957) p.454；Cestra索赔案，1957年2月28日第165号裁决，24《国际法报告书》(1956) p.454；Puccini索赔案，1957年5月9日第169号裁决，24《国际法报告书》(1957) p.454；Salvoni地产索赔案，1957年5月17日第173号裁决，24《国际法报告书》(1957) p.455；Ruspoli索赔案，1957年5月15日第170号裁决，24《国际法报告书》(1957) p.457；Ganapini索赔案，1959年4月30日第196号裁决，30《国际法报告书》(1959) p.366；Turri索赔案，1960年6月14日第209号裁决，30《国际法报告书》(1960) p. 371；Graniero索赔案，1959年1月20日第186号裁决，30《国际法报告书》(1959) p.451；Di Cicio索赔案，1962年11月9日第226号裁决，40《国际法报告书》(1962) p.148。

⁶⁹ 参看Esphahanian诉Tejarat银行案21《伊朗-美国索赔法庭报告书》(1983)，p.166；案件号：A/18，5《伊朗-美国索赔法庭报告书》(1984)，p.251。

实国籍。⁷⁰ 最近的编纂提议认可了这种着手方式。加西亚·阿马多尔在提交委员会的关于国家责任的第三次报告中提议：

“若外侨有双重或多重国籍，具有比较坚强和比较真实的法律或其他联系的国家才可行使求偿权。”⁷¹

奥雷戈·比库尼亚在 2000 年提交国际法协会的报告中也提出同样的看法。⁷²

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

(5) 一些判决对于一国籍国针对另一国籍国提出求偿的情况，使用了“有效”联系或“起支配作用的”联系，来描述求偿国与其国民之间必须具有的联系。委员会决定不以“有效”或“起支配作用的”联系来描述必要的联系，而称之为“主要”联系，因为它表述了相对关系的意涵，并且表明：该个人与一国有比另一国坚强的联系。法庭在审理这个问题时必须均衡评量国籍的竞争力度，以“主要国籍”一语表述这个运作的的内容比“有效国籍”或“起支配作用的国籍”更为贴切。意大利—美国调解委员会在 *Mergé* 案中也使用了“主要国籍”一语，可以把它视为目前习惯规则之发展的出发点。⁷³

(6) 委员会不打算说明在确定主要国籍时必须考虑到哪些因素。判例显示：这些因素包括惯常居所、在每一国籍国居住的期间、归化日期(即：成为行使外交保护的国家国民的期间有多长)；受教育的地点、修习的课程和教学的语言；就业和财务利益；家庭生活的地点；每一国籍国的家庭联系；对社会和公共生活的参与；语言的掌握；纳税、银行帐户、社会保险；对其他国籍国的访问；持有和使用其他国家护照的情况；服兵役的情况。没有哪一个因素是起决定作用的，每一因素所占比重因案情而异。

⁷⁰ S/AC.26/1991/Rev.1 号文件，第 11 段。

⁷¹ A/CN.4/111,载于《1958 年...年鉴》第二卷，p.61。

⁷² “关于‘变动中的求偿人国籍法’的临时报告”，载于国际法协会，《第六十九届会议(2000)的报告》p.646(第 11 段)。

⁷³ 22 *I.L.R.* (1955), p.455.

(7) 第 7 条采取负面表述方式：“一国籍国不可行使外交保护…….除非”其国籍为主要国籍。这是为了表明第 7 条所设想到的情况应被视为特殊情况。这一表述也明确了求偿国应负举证责任，证明其国籍为主要国籍。

(8) 反对甲国籍国针对乙国籍国提出求偿的主要意见是：这可能容许该个人在其乙国籍国受到损害以后才到甲国设定主要国籍从而(由甲国籍国)对乙国籍国提出求偿。求偿国的国籍在该人受害时和正式提出求偿之日都必须是主要国籍这一规定化解了这一反对意见。项规定呼应了第 5 条第 1 款申明的持续国籍原则。本条评注解释了“受害时”和“正式提出求偿之日”两个用语。第 5 条第 2 款中关于持续国籍的例外规定在这里不适用，因为第 7 条中所设想到的受害人不致丧失其他国籍。

第 8 条

无国籍人和难民

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

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

3. 第 2 款不适用于该难民的国籍国之国际不法行为造成损害的情况。

评 注

(1) 一般规则是，一国可仅为其国民行使外交保护。1931 年，美国—墨西哥索赔委员会在“迪克森车轮公司诉墨西哥合众国案”中认为，无国籍人不能享受外交保护。该委员会说：

“一国……在对无国籍的个人施加了损害时，并没有犯下国际不法行为，因此任何国家均无权在损害发生之前或之后以该个人的名义进行干预或投诉。”⁷⁴

⁷⁴ 《联合国国际仲裁裁决报告书》第四卷，第 678 页。

鉴于这一规则未考虑到无国籍人和难民的地位，因而它是与当代国际法脱节的。当代国际法反映出对这两类人地位的关注。这一点体现在诸如《减少无国籍状态公约》(1961)⁷⁵ 和《关于难民地位的公约》。⁷⁶

(2) 第 8 条实乃法律的逐步发展的体现，它脱离了只有国民才可享受外交保护的传统规则，而容许一国为属于无国籍人或难民的非国民行使外交保护。虽然委员会在关于无国籍状态和难民的规则框架内行事，但它未曾试图就这些人的地位发表意见。委员会仅关心行使对这些人的外交保护的问题。

(3) 第 1 款涉及对无国籍人的外交保护。它没有给无国籍人下定义。但这样的定义见于 1954 年的《关于无国籍人地位的公约》：⁷⁷ 无国籍人是指“任何国家根据它的法律不认为是它的国民的人。”⁷⁸ 这项定义无疑可认为已具有了习惯法性质。一国可为这样的人行使外交保护，而不论他或她是怎样成为无国籍人的，只要他或她在受到损害之时和正式提出保护要求之日在该国具有合法的惯常居所。

(4) 在确定对合法的惯常居所这一要求时，委员会沿用了 1997 年《欧洲国籍公约》的语言。⁷⁹ 合法的、惯常的居所这两点要求确立了很高的门槛。委员会里一些委员认为这一门槛太高了，但多数委员认为，惯常居所与合法居所这两点在据拟议法而采取例外措施时是合理的。

(5) 第 1 款重复了第 5 条所载的对求偿的时间要求。无国籍人在受到损害之时和正式提出要求之日必须是提出保护的国家的合法的惯常居民。这保证了在提出求偿的时间要求上，非国民与国民受制于相同的规则。

⁷⁵ 《联合国条约汇编》第 989 卷，第 175 页。

⁷⁶ 《联合国条约汇编》第 189 卷，第 150 页。

⁷⁷ 《联合国条约汇编》第 360 卷，第 117 页。

⁷⁸ 第一条。

⁷⁹ “合法的惯常”居所这一用语取自 1997 年《欧洲国籍公约》，第 6 条第 4 款(g)项，在涉及国籍的获得时使用了这一用语。也见 1960 年哈佛“国家对外国人的损害的国际责任草案”，在该草案中，受保护的人中包括“在该国具有惯常居所的无国籍人”，第 21 条第(3)款(c)项。

(6) 第 2 款涉及了居住地国对难民的外交保护。居住地国的外交保护在下述情况下尤其重要：难民“不能或[自己]不愿意利用[国籍国的]保护”⁸⁰ 或者如果想利用这种保护，则会冒失去居住地国难民地位的危险。第 2 款对应了第 1 款中的说法。第 3 款所示的无国籍人与难民的重要区别说明了委员会为何对每一类人用单独一款作出规定。

(7) 委员会坚持将合法的惯常居所视为行使对难民的外交保护的前提条件，正如对待无国籍人一样，尽管《关于难民地位的公约》第 28 条在涉及缔约国为难民发放旅行证件时规定了“合法居留”⁸¹ 这一较低的门槛。委员会在作出这一决定时，受到两项因素的影响。首先，按照该公约的规定，发放旅行证件绝不可能使证件持有人有权得到外交保护。⁸² 其次，在根据拟议法而引入对传统规则的例外情形时，确立较高的门槛有其必要性。委员会的一些委员认为，对于难民来说，合法的惯常居所作为行使外交保护的前提条件，这一门槛也是太高了。⁸³

(8) 第 2 款中的“难民”一词不限于 1951 年《关于难民地位的公约》及其 1967 年议定书中所界定的难民，而是也包括不完全符合这一定义的人。委员会认为使用见于 1997 年《欧洲国籍公约》⁸⁴ 的“被承认的难民”一词会使难民的概念也包含区域文书所承认的难民，例如下述区域文书：1969 年《非洲统一组织关于非洲难民问题某些特定方面的公约》，⁸⁵ 该公约被普遍视为对难民进行国际保护的样板；⁸⁶ 以及美洲国家组织大会于 1985 年核准的 1984 年拟订的《关于对中美洲

⁸⁰ 《关于难民地位的公约》第 1 条(A)(2)，《联合国条约集》第 189 卷，第 137 页。

⁸¹ 该公约的准备工作文件表明，“停留”是指次于长期居住。

⁸² 见这一公约的附表第 16 段。

⁸³ 见本条草案评注第 4 段。

⁸⁴ 第 6 条第(4)款(g)项。

⁸⁵ 这一公约将难民的定义扩展为也包括“凡由于外国入侵、占领、外国统治或严重扰乱其原籍国或国籍国的部分或全部领土的公共秩序的事件而被迫离开其惯常的居住地而到其原籍国或国籍国以外的地方避难者”。

⁸⁶ 联合国难民事务高级专员提交的关于国际保护的说明，《大会正式记录，第四十五届会议》，A/AC.96/830 号文件，第 17 页，第 35 段。

难民进行国际保护的卡塔赫纳宣言》。⁸⁷ 然而，委员会倾向于不为此语规定限制，从而容许一国能向它认为并视为难民的任何人提供外交保护。这对于未加入现有国际或区域文书的国家的难民来说，尤其重要。

(9) 第 2 款重复了第 5 条所载的对求偿的时间要求。该难民在受到损害之时和正式提出求偿之日必须是提出保护的国家的合法的惯常居民。

(10) 第 3 款规定，收留难民的国家不得针对该难民的国籍国而为该难民行使国际保护。如果容许这样做，就会违背本条文的基本精神，即国籍是行使外交保护的主要基础。另外，该款也有政策方面的理由。大多数难民对在国籍国所遭受的待遇提出了严重的指控，他们是为了逃避迫害而离开国籍国的。在这样的情况下如果容许国际保护，就会打开国际诉讼的闸门。而且，由于担心难民会要求采取这样的行动，各国会拒绝接受难民。

(11) 第 1 和第 2 款都规定，收留难民的国家“可行使外交保护”。这强调了这项权利的自由裁量的性质。按照国际法，对于是否为国民行使外交保护，一国拥有自由决定权。⁸⁸ 很显然对于是否向无国籍人或难民提供保护，一国更有理由拥有自由决定权。

(12) 委员会强调，第 8 条仅关注对无国籍人和难民的国际保护。它不关注是否给予这些人国籍的问题。为无国籍人或难民行使外交保护不能也不应该视为可引起对给予国籍的正当期待。1951 年《关于难民地位的公约》第 28 条连同其附表第 15 段都已表明，向难民发放旅行证件并不影响证件持有人的国籍。为难民或无国籍人行使外交保护更不应理解为会影响受保护者的国籍。

⁸⁷ 美洲国家组织大会，第十五届常会(1985)，1985 年 12 月 7 日举行的总务委员会第五届会议通过的决议。

⁸⁸ 见第 2 条及其评注。

第三章

法人

第 9 条

公司的国籍国

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

评 注

(1) 第 9 条草案承认外交保护可施之于公司。本条第一部分重复了关于自然人的外交保护的第 4 条草案的语言。本项规定表明，就公司的外交保护而言，必须满足某些条件才能成为国籍国，这和自然人的外交保护的规定一样。

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

(3) 虽然给予国籍属于一国的“保留领域”，⁸⁹ 但据国际法院对巴塞罗那电车公司案的判决，国际法将“公司实体的外交保护权授予公司按照其法律成立并在其领土内拥有注册的办事处的国家。”⁹⁰ 为了外交保护的目，对于公司获得国籍一事，规定了两项条件：在该国成立，并且在该国设有注册的公司办事处。实际上，大多数国家的法律都规定按照其法律成立的公司都须在其境内设有注册的办事处。因此，要求注册办事处这一项额外规定也许看来是多余的。尽管如此，国际法院还是表明，两项条件都必须满足，它指出：“长期实践和众多国际

⁸⁹ “突尼斯和摩洛哥的国籍法令”，《常设国际法院报告书》，B 编，第 4 号，p.24.

⁹⁰ “巴塞罗那电车、电灯和电力有限公司案”（下称“巴塞罗那电车公司案”），《1970 年国际法院报告书》，p.42，第 70 段。

文书已经确认了这两项标准。”⁹¹ 可能国际法院认为，提出关于注册办事处的要求，就是承认国家与公司之间必须有某种实际可见的联系，不论这种联系多么微弱。以下事实证实了这一点：国际法院强调，巴塞罗那电车公司的注册办事处是在加拿大，这一点同其他因素一道形成了加拿大同巴塞罗那电车公司之间的“密切和永久的联系”。⁹²

(4) 第 9 条使用了“formed”一词，而不是“incorporated”，因为后者是一个技术性术语，并不为所有的法律系统所熟知。但是“formed”一词除了包含一国创立公司可用的其他手段以外，显然包含了成立公司和注册两个概念。按照一具体国家的法律成立公司，光这一点对于外交保护的目的而言是不够的。除此之外，必须与成立地国家有某种实际可见的联系——以注册办事处或管理机构的形式或某种类似的联系。这一措词力图落实国际法院在巴塞罗那电车公司案上所坚持的意见，即在其境内组建公司的国家与该公司有某种联系因素。国际法院在描述巴塞罗那电车公司案与加拿大的联系时所使用的“密切和永久的联系”这种措词没有采用，因为这为联系因素规定了过高的门槛。案文采用了“注册办事处”作为国际法院除“incorporation”以外所要求的联系因素。由于一些法律体系并不要求设立注册办事处，而是要求具有某种其他联系，所以案文里采用了“管理机构或某种类似联系”的说法。总的来说，第 9 条要求公司与国家之间具有一种关系，这种关系不单单是组建或成立，而是应具有另外某种额外的联系因素。这种关系因受力图行使外交保护的国家的国内法制约，因而不同的法律体系可能采用不同的术语加以描述。⁹³

(5) 在审理巴塞罗那电车公司案时，多数股东的国籍国(比利时)称，它有权就该公司行使外交保护，因为它拥有的多数股权使它与诺特博姆案所承认的那种公

⁹¹ 同上，p.42，第 70 段。

⁹² 同上，p.42，第 70 段。

⁹³ 国际法院在巴塞罗那电车公司案的判决中表明，关于成立公司的问题上，不存在国际法规则。因此有必要救助于国内法来确定公司成立的条件是否得到满足。法院说：“所有这一切意味着，国际法须承认公司实体是各国在其国内管辖范围内的一个领域内创立的实体。这反过来要求，一旦各国处理公司和股东问题的权利方面出现了法律问题，则须救助于国内法有关规则，因为国际法对这些权利没有确立自己的规则”（同上，p.33，第 38 段）。

司之间具有了真正的联系。⁹⁴ 国际法院在驳回这一论点时，并没有放弃对公司采用真正联系的标准，因为法院在此案中认定巴塞罗那电车公司与加拿大之间存在着“密切和永久”联系，因为该公司在加拿大设有注册办事处，并且多年来均在该国举行董事会会议。⁹⁵ 第 9 条并不要求公司与保护国之间存在比利时在巴塞罗那电车公司案上所提倡的那种真正联系。而且在涉及公司的外交保护问题时，第 9 条摒弃了真正联系这一概念，认为它不是必要的联系因素，因为这会造成在一国组建但多数股东在另一国的公司的无国籍状态。因此，委员会里的普遍意见是，注册办事处、管理机构或“某些类似联系”不应视为真正联系的形式，尤其是因为这一术语被理解为要求多数股东是一个联系因素。

(6) 按照法律解释方面的同类规则(*eiusdem generis*)，“或某种类似联系”这一短语必须结合“注册办事处或管理机构”来理解。这一解释规则要求对一个这样的泛泛的短语作狭义的解释，与它之前的短语保持一致。这意味着这一短语并没有自己的生命。它必须提及像“注册办事处”或“管理机构”那样的联系。

(7) 与第 4 条不同的是，第 9 条提到国籍国时，是指公司依照其法律成立的那个国家。使用这种措词是为了避免任何这样的暗示，即公司可能具有双重国籍。由于在涉及自然人时，有可能存在多重国籍，所以第 4 条提到的国籍国是某一个国籍国。委员会的一些委员不同意这样的意见，即公司只能有一个国籍。

第 10 条

公司的持续国籍

1. 一国有权为在受到损害之时是其国民，并在正式提出求偿之日仍是其国民的公司行使外交保护。

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

⁹⁴ 《1955 国际法院报告书》，p.4.

⁹⁵ 《1970 年国际法院报告书》，p.42，第 70-71 段。

评 注

(1) 第 5 条的评注讨论了关于必须保持持续国籍的一般原则。实际上, 在涉及公司的案件上, 持续国籍问题出现的次数较少, 不像涉及自然人的案件。自然人由于自愿和非自愿的归化(例如在结婚或收养时可能会发生)以及国家继承原因可以容易地改变国籍, 但公司只能通过在另一国重新组建或重新成立才能改变国籍, 在这种情况下, 公司具有了新的人格, 因而中断了公司国籍的持续性。⁹⁶ 只有在一种情况下公司可以不改变法律人格而改变国籍, 那就是在发生国际继承时。

(2) 第 1 款申明了一项传统的原则, 即一国有权为在受到损害之时和在正式提出求偿之日都是其国民的公司行使外交保护。第一项要求, 即受损害的公司是在损害发生之时须是求偿国的国民, 这一点没有问题。但是对于截止日期(*dies ad quem*), 即求偿的国籍须保持至何日, 便出现了困难。⁹⁷ 在正式提出求偿时, 公司必须是求偿国的国民。对于这一立论, 条约、司法判决和法律学说都提供了支持。⁹⁸ 从这个意义上说, 国家行使外交保护的权力始于正式提出求偿之日。但是, 有的委员支持这样的意见, 即如果由此日至作出裁决之日, 公司改变了国籍, 那么它就不再是可享受外交保护的国民了。按照这一意见, 从这个意义上说, 持续国籍规则要求“从发生损害之时至作出裁决之时”须一直保持国籍联系。⁹⁹ 但鉴于实际上这样的案件很少, 委员会倾向于维持第 10 条草案里所反映的立场。¹⁰⁰

⁹⁶ 见根据 1903 年 2 月 14 日议定书设立的美委--委内瑞拉混合索赔委员会, *Orinoco 轮船公司案*, 《联合国国际仲裁裁决报告书》9, p.180。在此案中, 在联合王国成立的公司 *Orinoco 航运和贸易有限公司* 将其向委内瑞拉政府提出的求偿要求转给了在美国注册的继承公司。由于设立本委员会的条约允许美国在这种情况下代表其国民提出求偿要求, 因此, 此举获得准许。然而, *Umpire Barge* 清楚地表示, 如果不是因为该条约, 此举本不应允许; 同上, p.190。

⁹⁷ 在审理 *Panevezys-Saldutiskis Railway* 案时, 常设国际法院对于此事并未作出决定, *P.C.I.J. Reports, Series A/B*, p.17 (1939)。另见关于与国家继承有关的国籍问题的第四次报告, *A/CN.4/489*, 该报告突出说明了围绕与国家继承有关的法人国籍所存在的困难。

⁹⁸ 见 *Kren Claim*, 20 *I.L.R.*(1953), p.233 at p.234.

⁹⁹ *Oppenheim's International Law*, eds. R. Jennings and A. Watts, 9th ed. (1992), p.512.

¹⁰⁰ 较近的案例见 *The Loewen Group Inc. and Raymond L. Loewen v. US*, *International Centre for the Settlement of Investment Disputes*, 26 June 2003, Case No. ARB(AF)/98/3.

(3) 第 1 款中 “求偿” 一语包括通过外交渠道提出的要求，也包括向一司法机构提出的要求。这一要求可具体说明责任国应该为停止持续中的不法行为而采取的行动，以及如果不法行为仍在继续，则应该采取的赔偿形式。¹⁰¹

(4) 一国对于在受到损害之时是其国民但由于所受损害而按照该国法律已不存在的公司行使外交保护一事存在着困难。如果采取这样的立场，即认为如果在提出求偿之时公司已经不存在，那么这样的公司的国籍国便不可提出求偿，问题便是，没有任何国家会就公司所受的损害行使外交保护了。一国不能利用股东的国籍来提出求偿，因为它不能证明在公司受到损害之时它对公司有必要的兴趣。这个问题使审理巴塞罗那电车公司案的好几位法官伤神，¹⁰² 也使某些法院和仲裁庭¹⁰³ 和学者们¹⁰⁴ 费心。第 2 款采取了务实的做法，容许一国对于在受到损害之时是其国民但由于所受损害而已不存在因而不再是其国民的公司行使外交保护。这了符合要求，求偿国必须证明该公司之所以停止存在，正是因为求偿所针对的损害。第 2 款必须结合第 11 条(a)款来读，该款表明，股东的国籍国无权针对导致公司消亡的损害而行使外交保护。

第 11 条

股东的保护

在公司受到损害的情况下，公司股东的国籍国无权为这些股东行使外交保护，除非：

¹⁰¹ 详见 2001 年国家对其国际不法行为的责任条款草案第 43 条及其评注，《大会正式记录，第五十六届会议，补编第 10 号》(A/56/10)，第 77 段。

¹⁰² 法官 Jessup (《1970 年国际法院报告书》，p.193)，Gros (同上，p.277)，和 Fitzmaurice (同上，pp.101-102)，以及临时法官 Riphagen (同上，p.345)。

¹⁰³ 见 Kunhardt 索赔案，1903 年美国--委内瑞拉委员会的意见，9 *U.N.R.I.A.A.* p. 171 (1903)，尤其见委内瑞拉委员 Paul 先生的不同意见，p. 180；*F.W. Flack, on behalf of the Estate of the Late D.L. Flack (Great Britain) v. United Mexican States*, 1929 年 12 月 6 日第 10 号裁决，5 *U.N.R.I.A.A.*, p. 63.

¹⁰⁴ L. Caflisch, *La protection des sociétés commerciales et des intérêts indirects en droit international public* (1969), pp. 206-7; W.E. Beckett, “Diplomatic Claims in Respect of Injuries to Companies”, 17 *Transactions of the Grotus Society* (1932), p. 158 at p. 191; E. Wyler, *La Règle Dite de la Continuité de la Nationalité dans le Contentieux International* (1990), pp. 197-202.

- (a) 由于与损害无关的原因，按照成立地国的法律该公司已不存在；或
- (b) 在受到损害之时，公司具有所指对其造成损害负有责任的国家的国籍，并且按照该国法律成立公司是在该国开展经营活动的前提条件。

评 注

(1) 关于公司的外交保护问题，最基本的一项原则是，公司应由公司的国籍国来保护，而不是由公司股东的(单个或多个)国籍国来保护。国际法院在审理巴塞罗那电车公司案时有力地重申了这一原则。在关于此案的判决里，国际法院首先强调，法院关注的唯一问题是“一家由股票代表资本的有限责任公司”的股东的外交保护问题。¹⁰⁵ 这种公司的特点是公司与股东之间存在着明显区别。¹⁰⁶ 一旦公司受到伤害而使股东利益受到损害，股东只得要求公司采取行动，因为“同一不法行为可能伤害两个单独实体的利益，但是只有一方的权利受到侵犯”。¹⁰⁷ 只有在被起诉的行为侵犯股东的直接权利时，股东才有独立的诉讼权。¹⁰⁸ 据国际法院的说法，指导公司与股东之间明确区别的原则派生于国内法，而非国际法。¹⁰⁹

(2) 在巴塞罗那电车公司案的判决中，国际法院在裁定公司注册国，而非公司股东国籍国，为公司受到伤害时行使外交保护的适当国家时，遵循了若干项政策考虑。首先，当股东对一家在外国开展业务的公司投资时，他们承担了风险，包括这家公司的国籍国可能行使酌情处理权、拒绝为其行使外交保护的风险。¹¹⁰ 其次，如果允许股东国籍国行使外交保护，可能导致各国提出繁多的索赔，因为大公司常常由多国股东控股。¹¹¹ 在这方面，国际法院表示，如果授权股东国籍国代表股东采取行动，那就没有理由认为不应由每个个别股东都享有这种权利。¹¹²

¹⁰⁵ 《1970年国际法院报告书》，第34页，第40段。

¹⁰⁶ 同上，第34页，第41段。

¹⁰⁷ 同上，第35页，第44段。

¹⁰⁸ 同上，第36页，第47段。

¹⁰⁹ 同上，第37页，第50段。

¹¹⁰ 同上，第35页(第43段)、第46页(第86-87段)、第50页(第99段)。

¹¹¹ 同上，第48-49页，第94-96段。

¹¹² 同上，第48页，第94-95段。

第三，法院不愿以类推的方式适用有关公司和股东双重国籍的规则，也不愿允许两者的国籍国行使外交保护。¹¹³

(3) 在巴塞罗那电车公司案上，国际法院同意，在两种情况下股东国籍国可以代表股东行使外交保护：第一，公司在其注册地不复存在¹¹⁴——巴塞罗那电车公司案不属于这种情况；第二，公司注册国本身对公司造成伤害，而外国股东在国际一级的唯一保护手段是通过国籍国¹¹⁵——巴塞罗那电车公司案也不属于这种情况。对于这两种例外，国际法院在审理巴塞罗那电车公司案时并没有给予透彻的审议，因为这两项例外与案件无关，但这两项例外在第 11 条(a)款和(b)款中得到了承认。应该强调的是，由于公司的股东可能是不同国家的国民，好几个国籍国可能借这些例外的规定行使外交保护。

(4) 第 11 条(a)款要求公司“已不存在”之后，股东的国籍国方可以代表股东介入。但在巴塞罗那电车公司案之前，权威意见似乎赞成一种不那么严格的检验标准，允许国家在公司“实际停业”的情况下为维护股东利益而介入。¹¹⁶但在审理巴塞罗那电车公司案上，法院为确定公司的消亡确立了更高的标准。一个公司光是“瘫痪”或“财务状况危急”是不够的。¹¹⁷“实际停业”的标准也同样不予采用，因为这“在法律上不十分准确”。¹¹⁸它认为只有“法律意义上的公司地位”才是重要的。国际法院说：“只有在公司在法律上已消亡时，股东才失去了通过公司获得补救的可能性；只有在股东失去了所有此种可能性后，才产生他们或其政府采取行动的独立权利。”¹¹⁹欧洲人权法院后来对这一标准提供了支持。¹²⁰

(5) 国际法院在巴塞罗那电车公司案中并没有明确地宣布，股东介入的先决条

¹¹³ 同上，第 38 页(第 53 段)、第 50 页(第 98 段)。

¹¹⁴ 同上，第 40-41 页，第 65-68 段。

¹¹⁵ 同上，第 48 页，第 92 段。

¹¹⁶ *Delagoa Bay Railway Co. Case*, B.J. Moore, *Digest of International Law* vol. VI (1906), p. 648; *El Triunfo claim*; B.J. Moore, *Digest of International Law* vol. VI (1906), p. 649; *Baasch & Romer case*, Netherlands-Venezuelan Mixed Commission 28 February 1903, *U.N.R.I.A.A.*, vol. X, p. 713 at 723.

¹¹⁷ 《1970 年国际法院报告书》，pp.40-41,第 65 和 66 段。

¹¹⁸ 同上，第 41 页，第 66 段。

¹¹⁹ 同上，另见 *Nervo* 法官(同上，p.256)和 *Ammoun* 法官(同上，pp.319-320)的个别意见。

¹²⁰ *Agrotexim case*, *E.C.H.R.*, Series A, No. 330-A, p.25, para. 68.

件是该公司在注册地已不存在。然而，从法院诉讼过程来看却很清楚，法院的意图是，公司本应在其注册国家，而不是在公司在其受到损害的国家停止存在。国际法院承认公司在西班牙已倒闭¹²¹，但强调这不影响它在注册国加拿大的继续存在：“在本案中，巴塞罗那电车公司在注册国接受破产管理。这绝不意味着这个实体或其权利的消亡，而是意味着，只要清理工作还在进行，这些权利就存在。在整个破产管理过程中，这个公司仍继续存在。”¹²² 一个公司在成立和注册后就在注册国家“诞生”。相反，它在注册国家、其所存在的国家关闭时即为“消亡”。因此，看来合理做法是，必须根据公司注册国的法律来确定公司是否已不存在，以及是否不再能够作为一个公司实体运作。

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

(7) 第 11 条(b)款规定了一种例外，即股东的国籍国有权在下述条件下为股东行使外交保护：即成立地国自己对公司所遭受的损害负有责任。但这项例外的措词用得十分谨慎，仅适用于下情况：对公司造成了损害的国家规定按照其法律成立是在该国开展经营活动的前提条件。

(8) 有初步的证据支持一种更宽泛的例外，不附带(b)款所规定的限制性条件，这种证据见于仲裁裁决¹²³和学说。具有重要意义的是，迪拉果阿湾铁路¹²⁴、

¹²¹ 《1970 年国际法院报告书》，第 40 页，第 65 段。另见菲茨莫里斯法官(同上，第 75 页)和杰瑟普法官(同上，第 194 页)的单独意见。

¹²² 同上，第 41 页，第 67 段。

¹²³ *Delagoa Bay Railway Company*, J.B. Moore, *Digest of International Law* (1906), vol. VI, p. 648; *Mexican Eagle (El Aguila)*, M. Whiteman, *Digest of International Law*, vol. VIII, pp. 1272-1274; *Romano-Americano*, Hackworth, *Digest of International Law*, vol. V, p. 841; *El Triunfo* award of 8 May 1902, *U.N.R.I.A.A.*, vol. XV, p. 467; *Deutsche Amerikanische Petroleum Gesellschaft Oil Tankers* award of 5 August 1926, *U.N.R.I.A.A.*, vol. II, p. 779 at p. 790. 对各种权威意见的全面论述见 L. Caflisch *La protection des sociétés commerciales et des intérêts indirects en droit international public* (1969); M. Jones, “Claims on Behalf of Nationals who are Shareholders in Foreign Companies”, 26 *B.Y.I.L.* (1949), p. 225. 另见 E. Jiménez de Aréchaga “International Responsibility”, in Max Sørensen (ed.), *Manual of International Law* (1968), p. 531 at pp. 580-581.

¹²⁴ 同上。

Mexican Eagle¹²⁵ 和 El Triunf¹²⁶ 这三个索赔案对股东的国籍国进行干预提供了最强有力的支持；在这些案件中蒙受损失的公司曾被迫在不法行为国家成立。虽然这些索赔案中使用的措辞并未表明应将干预限于此类情况，但无疑正是在这些情况下最需要进行干预。在 Mexican Eagle 案中，墨西哥提出的论点是国家不应代表其墨西哥公司股东进行干预。对此，联合王国政府做出如下答复：

“如果承认这种理论，即政府能够首先使依照地方法律成立公司作为外国利益方在其境内营运的条件，然后将这一成立作为拒绝外国外交保护的理据，则显然总会有办法阻止外国政府根据国际法行使其确定无疑的权利以保护其海外国民的商业利益”。¹²⁷

(9) 在巴塞罗那电车公司案中，被告国西班牙不是受损失公司的国籍国。因此，未向国际法院提出正在讨论的例外情况。但法院的确提到过这一例外情况：

“的确一直有人坚持认为，为公平起见，在某些情况下国家应能够保护其国民，这些国民是违反国际法行为受害公司的股东。因此，形成一种理论，即如果被追究负责的国家是公司国籍国，股东国籍国有权提供外交保护。无论这一理论是否有效，但肯定不适用该案，因为西班牙不是巴塞罗那电车公司的国籍国。”¹²⁸

菲茨莫里斯法官、¹²⁹ 田中法官¹³⁰ 和杰瑟普法官¹³¹ 表示完全支持股东国籍国在成立公司的国家让该公司蒙受损失时进行干预的权利。¹³² 菲茨莫里斯法官¹³³ 和杰瑟普法官¹³⁴ 都承认，当成立地国规定按照其法律成立是在该国开展经营活动时，这样的规则便特别有必要，但两人都不愿意将此规则的适用局限于此类情

¹²⁵ 同上。

¹²⁶ 同上。

¹²⁷ M. Whiteman, *Digest of International Law*, vol. VIII, pp. 1273-1274.

¹²⁸ 《1970年国际法院报告书》，第48页，第92段。

¹²⁹ 同上，第72-75页。

¹³⁰ 同上，第134页。

¹³¹ 同上，第191-193页。

¹³² Wellington Koo 法官在巴塞罗那电车公司案（初步反对意见）中同样支持这一立场，《1964年国际法院报告书》，p. 58, 第20段。

¹³³ 《1970年国际法院报告书》，p. 73, 第15和16段。

¹³⁴ *Ibid.*, pp. 191-192.

况。另一方面，帕迪利亚·内尔沃法官¹³⁵、莫雷利法官¹³⁶和阿蒙法官¹³⁷极力反对这种例外情况。

(10) 巴塞罗那电车公司案之后的时期，主要在投资条约框架内出现与拟议例外条款有关的事态发展。但事态发展都证实了这种概念，即当成立公司的国家对公司蒙受损失应负责时，公司股东可对成立公司的国家采取措施。¹³⁸ 在 *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)*案¹³⁹ 中，国际法院分庭允许美国就意大利公司蒙受的损失对意大利提出索赔，因为 2 个美国公司完全拥有该公司股票。尽管意大利不承认据称其权利受到侵犯的公司在意大利成立，而美国设法保护该公司股东的权利，但法院避免就该案裁定与巴塞罗那电车公司案裁定是否一致表态。¹⁴⁰ 可以这种理由解释这种沉默，¹⁴¹ 即分庭不关心对习惯国际法的解释，而关心对双边《友好、商业和航行条约》的解释，该条约规定美国向海外股东提供保护。另一方面，显然已向分庭提出了拟议例外条款。因此有可能推断出对这种例外规定的支持，使公司股东的国籍国在成立地国对公司所受损害负有责任时而针对后者作出干预。¹⁴²

(11) 在巴塞罗那电车公司案之前拟议例外规定就获得了支持，虽然对国家惯例和仲裁决定是否或在多大程度上承认例外规定有分歧。巴塞罗那电车公司案附带意见及菲茨莫里斯法官、杰瑟普法官和田中法官的个别意见无疑加重了赞同例

¹³⁵ 同上，第 257-259 页。

¹³⁶ 同上，第 240-241 页。

¹³⁷ 同上，第 318 页。

¹³⁸ 见 *SEDCO Inc. v. National Iranian Oil Company and the Islamic Republic of Iran* case No. 129 of 24 October 1985, 84 *I.L.R.*, pp. 484, 496 (解释《阿尔及尔解决索赔宣言》第七条第 2 款); *Liberian Eastern Timber Corporation (LETCO) v. The Government of the Republic of Liberia* 26 *ILM* (1987), pp. 647, 652-654 (解释《关于解决国家和其他国家国民之间投资争端的公约》第 25 条)。

¹³⁹ 《1989 年国际法院报告书》，第 15 页。

¹⁴⁰ 《1989 年国际法院报告书》，第 64 页，第 106 段和第 79 页，第 132 段。

¹⁴¹ 同上，第 25 段。

¹⁴² Yoram Dinstein 表达了这样的意见，见“Diplomatic Protection of Companies under International Law”, in K. Wellens (ed.), *International Law: Theory and Practice* (1988), p. 505, at p. 512.

外规定言论的份量。随后的事态发展，尽管在条约解释范围内，确认了这一趋势。¹⁴³ 在这种情况下，有可能根据司法意见而维持一种普遍的例外。但是第 11 条 (b)款并没有走这么远。相反，它将例外规定局限于人们所说的“卡尔沃公司”，如卡尔沃条款所述，成立这种公司的目的旨在使公司不受国际法外交保护规则的保护。它将例外局限于下述情形：在受到损害之时(另一个限制性特征)，公司拥有据称对损害负有责任的国家的国籍，并且后一国规定按照其法律成立是在该国开展经营活动的前提条件。毫无疑问，会有这样的情况：对外国投资者施加压力，迫使他们在他们想做生意的国家里成立公司。但按照(b)款所含的例外规定，这是不够的：该国的法律必须规定按照其法律成立是在该国开展经营活动的前提条件。

第 12 条 对股东的直接损害

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

评 注

(1) 法院在巴塞罗那电车公司案确认，股东的自身权利受到影响时便有资格得到外交保护，法院在该案中指出：

“……某一只是针对和侵犯公司权利的行为并不包括对股东的责任，尽管股东的利益受到影响。……如果所控行为针对这类股东的直接权利，情况就不同了。众所周知，国内法给予的权利是将股东与公司截然分开的，这些利益包括获得已公布红利的权利、出席大会和在会上投票的权

¹⁴³ 根据联合王国 1985 年《国际索赔规则》，“如果联合王国国民在另一国家成立的公司中作为股东或以其它身份拥有权益，而公司国籍国(即公司成立所在国)使公司蒙受损失，则女王陛下政府可以进行干预，保护联合王国国民的利益”(第六条)，重印于 37 《国际法和比较法季刊》(1988)，第 1007 页。

利、股东分享公司清理结束处理剩余财产的权利。无论何时，股东的直接权利如受到侵犯，股东都有独立的行动权。¹⁴⁴

然而，由于比利时清楚地表明其求偿主张并非基于股东的直接权利受到侵犯才提出的，也就没有进一步要求法院审议此事。

(2) 国际法院分庭在讨论 ELSI 案的时候，有人把保护股东直接权利的问题提出来并引起争议。¹⁴⁵ 然而，就该案而言，有关权利问题、例如股东的组织、控制和管理公司的权利在《友好、商务和航运条约》已有论述，有人要求分庭加以解释，但分庭未能就此主题详述习惯国际法的规则。在 Agrotexim 案¹⁴⁶ 中，欧洲人权法院和国际法院审议巴塞罗那电车公司案时一样，承认股东在权利受到直接侵犯的时候，具有得到保护的權利，但主张此处是指应没有发生这种侵权情事。¹⁴⁷

(3) 第 12 条没有试图详尽地列出有别于公司自身权利的股东的权利。法院在巴塞罗那电车公司案中提到股东最明显的权利是：分享已公布红利的权利；出席大会并在在会上投票的权利以及分享公司清理结束剩余财产的权利。然而，正如法院本身指出的，这个清单并不详尽。这意味着法院可以根据个案的事实，自行确定这些权利的限制。不过，必须认真分清股东权利和公司权利之间的界限，特别是关于参与管理公司的权利。“股东本人的权利”和“有别于公司本身的权利”这两个短语强调了对第 12 条须作狭义解释这一点。

(4) 第 12 条没有具体说明依据哪一种法律秩序来确定哪些权利属于股东而不属于公司。在大多数情况下，这一问题应由成立地国的国内法来决定。但是，如果公司是在作出不法行为的国家成立的，那么可能需要援引一般公司法的规定，以确保外国股东的权利不受到歧视待遇。¹⁴⁸

¹⁴⁴ 《1970 年国际法院报告书》，p. 36, 第 46-47 段。

¹⁴⁵ 《1989 年国际法院报告书》，p. 15.

¹⁴⁶ *Series A*, No. 330-A.

¹⁴⁷ 同上, p. 23, 第 62 段。

¹⁴⁸ 小田法官在 ELSI 表达的个别意见中，就股东权利，谈到“公司法的一般原则。”《1989 年国际法院报告书》第 87 和 88 段。

第 13 条

其他法人

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

评 注

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

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

(3) 法学界对于法人的法律性质、特别是法人的形成方式存在争论。拟制说认为，只有通过国家的正式批准才能形成法人。这意味着除自然人以外的机构可通过国家的行为获得法人特权。国家通过法律的拟制将其等同于自然人，但需受到法律可能设置的限制。另一方面，实在说则认为，法人存在是一种现实，不取决于国家承认。如一个团体或机构作为一个单独法律实体行事，它便成为具有所有法人属性的法人，而无需国家赋予其法人地位。无论实在说的长处如何，法人显然必须得到法律、即某种国内法制度的某种承认才能存在。欧洲法院¹⁴⁹和国际法院¹⁵⁰均强调了这一点。

¹⁴⁹ ECJ, Case 81/87 *The Queen v. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust* [1988] ECR 5483, at para. 19.

¹⁵⁰ *Barcelona Traction, I.C.J. Reports*, 1970, pp. 34-35 (para. 38).

(4) 鉴于法人是国内法的产物，因此目前存在范围广泛的具有不同特点的法人，包括公司、公营企业、大学、学校、基金会、教会、市政当局、非营利团体、非政府组织甚至包括合伙企业(在一些国家内)。由于无法找到所有这些法人的共同、统一特点等原因，关于国际公法和国际私法的著述者在研究国际法中的法人时多半只考虑公司——营利的商业企业。尽管这样，在讨论外交保护问题时，还必须考虑到公司以外的其他法人。常设国际法院的判例法显示，在某些情形下，市镇¹⁵¹ (市政当局)或大学¹⁵² 可视为法人，即一国国民。在这种法人是不属于保护国机构的独立实体的前提下，如果它们在国外受到损害，就没有理由不给予其获得外交保护的资格。¹⁵³ 由捐赠者或遗嘱人为慈善目的而留下的资产组成的非营利基金会构成没有成员的法人。目前，有许多基金会资助国外的项目，以促进发展中国家的卫生、福利、妇女权利、人权和环境。如果这种法人受到东道国国际不法行为的影响，它将很可能得到其成立地所在国的外交保护。在国外从事有益事业的非政府组织看来与基金会属于同一类别。¹⁵⁴

(5) 由于公司以外的法人从目标和结构上讲都多种多样，因此不可能为每一类不同的法人都单独制定关于外交保护的规定。最明智和唯一现实的做法是拟订一条规定，将对公司实行的外交保护原则扩展到其他法人——但需考虑到每种法人的不同特点作出必要更改。拟议的规定就是为了做到这一点。这项规定指出，第 9

¹⁵¹ 常设国际法院在波兰上西里西亚的德国利益案中裁定，拉蒂博尔镇属于《1922年德国波兰关于上西里西亚的公约》所述的“德国国民”类别，《常设国际法院报告书》，A辑，第7号，第73至75页。

¹⁵² 常设国际法院在捷克斯洛伐克-匈牙利混合仲裁法庭裁决上诉案(Peter Pazmany 大学诉捷克斯洛伐克)中裁定，Peter Pazmany 大学是《Trianon 条约》第 250 条所述的匈牙利国民，因此有权索回属于它的财产，《常设国际法院报告书》，A/B 辑，第 61 号，第 208、227 至 232 页。

¹⁵³ 由于外交保护程序是专门为了保护不属于国家的自然人或法人，因此在大多数情况下，作为政府地方分支机构的市政当局以及由国家出资并最终由国家控制的大学将不具有获得外交保护的资格。但私立大学有资格获得外交保护，这和其他私立学校一样，只要它们按照国内法享有法律人格。

¹⁵⁴ 另见 K. Doehring, “Diplomatic Protection of Non-Governmental Organizations”, in *El derecho internacional en un mundo en transformación: liber amicorum: en homenaje al professor Eduardo Jiménez de Aréchaga* (1994), pp. 571-580.

条和第 10 条分别载有的关于公司的国籍国的原则以及公司持续国籍原则的适用将“酌情”适用于公司以外的法人的外交保护。起初采用了拉丁短语“作必要更改”(mutatis mutandis), 但委员会决定不用拉丁短语, 因为“酌情”一语完全涵盖了委员会想要表达的意思。没有提及第 11 和第 12 条, 因为这两收仅涉及股东的权利。

第三部分 当地救济

第 14 条 用尽当地救济

1. 除非有第 16 条草案规定的情形, 一国对于其国民或第 8 条草案所指的其他人所受的损害, 在该受害人用尽一切当地救济之前, 不得提出国际求偿。

2. “当地救济”指受害人可以在所指应对损害负责的国家, 通过普通的或特别的司法或行政法院或机构获得法律上的救济。

评 注

(1) 第 14 条设法编纂关于进行国际诉讼前必须用尽当地救济的国际习惯法规则。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”,¹⁵⁵ 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”。¹⁵⁶ 用尽当地救济规则确保“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”。¹⁵⁷ 国际法委员会以前在国家责任的范围内审议过用尽当地救

¹⁵⁵ *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。

¹⁵⁶ *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。

¹⁵⁷ *Interhandel* 案, 前注 94,p.27。

济问题，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”。¹⁵⁸

(2) 自然人和法人都需要用尽当地救济。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，也需要用尽当地救济。行使保护的国家的非国民如有权在第 8 条所指例外情况下享有外交保护，也需要用尽当地救济。

(3) 第 1 款提到提出要求，而不是提交要求，因为“提出”比“提交”更准确地反映有关的过程。“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“所有当地救济”一语，必须按照第 16 条进行理解。该条叙述了不需要用尽当地救济的例外情况。关于在条款中说明只需要用尽“适当和有效的”当地救济的建议出于以下两个原因未被采纳：第一，因为限定用尽当地救济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救济，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救济¹⁵⁹，这一事实表明当地救济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救济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法律救济的主要类别。¹⁶⁰ 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救济。如果有国内法允许根据案情向最高法院上诉，则必须进行上诉，以保证此案获得最终裁决。即使没有依法定权利向上一

¹⁵⁸ 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 304-307 页。

¹⁵⁹ 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，《1989 年国际法院报告书》，见第 46-48 页(第 59-63 段)。

¹⁶⁰ 在 1956 年 3 月 6 日 *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”：《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, *Local Remedies in International Law*, (2004), 2nd edition.

级法院提出上诉，但这样的法院有权酌定给予上诉许可，那么外国国民必须仍然向该法院申请上诉许可。¹⁶¹ 在这方面，法院包括普通法院和特别法院，因为“关键问题不是法律救济的普通性质或特别性质，而是它能否提供有效和充分的补救手段”。¹⁶²

(6) 还必须用尽行政救济。根据有权利即有救济的理论，受害外侨只需要用尽源于权利并可能导致约束性决定的救济。他不需要要求行政部门行使斟酌处置权予以补救。当地救济不包括恩惠性的救济¹⁶³ 或“旨在获得优惠而不是维护权利的”的救济。¹⁶⁴ 要求宽厚对待和求助于巡视官一般都属于这一类。¹⁶⁵

(7) 为了以用尽当地救济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基本论点。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。”¹⁶⁶

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。”¹⁶⁷

¹⁶¹ 这包括在美国最高法院进行的 *certiorari* (调卷令) 程序。

¹⁶² 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), 《国际法学会年鉴》, 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。

¹⁶³ 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。

¹⁶⁴ De Becker 诉比利时, Application No. 214/56,(1958-9), 2 《欧洲人权公约年鉴》, p.238。

¹⁶⁵ 见 *Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, 国际法院, 2004 年 3 月 31 日的判决, 第 135-143 段。

¹⁶⁶ 《1989 年国际法院报告书》, p. 83,第 59 段。

¹⁶⁷ 《联合国国际仲裁裁决报告书》第三卷, p.1502。

(8) 因此，外国的诉讼当事者必须提出他在用尽当地救济过程中得到的于支持其要求的实质内容用的所有证据。¹⁶⁸ 他不能利用外交保护提供的国际救济来弥补他在国内一级提出要求时的准备不当。¹⁶⁹

第 15 条 求偿的类别

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

评 注

(1) 用尽当地救济规则仅适用于要求国因其国民而“间接”受到损害的情况。¹⁷⁰ 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。

(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¹⁷¹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¹⁷²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

¹⁶⁸ *Ambatielos Claim*, 12 U.N.R.A.A., p.83 at p.120.

¹⁶⁹ D.P. O'Connell, 《国际法》，第二卷，第 1059 页。

¹⁷⁰ 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。

¹⁷¹ 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》，p.3。也见 *Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*，国际法院 2004 年 3 月 31 日的判决，第 40 段。在这里，国际法院认为，依照 1963 年《维也纳领事关系公约》第 36 条第 1 款的规定，墨西哥因其国民受害而直接受损。

¹⁷² 《1959 年国际法院报告书》，p.6。

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案处理；在 *Interhandel* 一案中，国际法院认为要求主要是间接的，而瑞士未用尽当地救济。

(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救济的论点，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。”¹⁷³

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最初不是为受损害国民提出要求，包括直接和间接损害要素的要求是否会提出来。如果这一问题的答案是否定的，则这一要求为间接要求，必须用尽当地救济。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救济。因此，在争端主题是外交官¹⁷⁴ 或国家财产¹⁷⁵ 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 15 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，都必须用尽当地救济。下面这一观点无疑得到支持，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

¹⁷³ 《1989 年国际法院报告书》，第 43 页，52 段；另见 *Interhandel* 案，《1959 年国际法院报告书》，p.28。

¹⁷⁴ 人质案，《1980 年国际法院报告书》，p.3。

¹⁷⁵ 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》，p.4。

和适用作出裁决，则没有必要用尽当地救济。¹⁷⁶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，需要用尽当地救济。¹⁷⁷第 15 条明确规定，请求作出宣告性裁决本身并不豁免用尽当地救济规则。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救济规则，则法庭的这种判定是公正合理的。

第 16 条

当地救济规则的例外

在下列情况下，无需用尽当地救济：

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

评 注

(1) 第 16 条涉及用尽当地救济规则的例外。(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救济不公平或不合理的情况，是用尽当地救济规则的明显例外。(d)款涉及一种不同的情况，即被告国放弃了用尽当地救济的要求。

¹⁷⁶ 1978 年美利坚合众国与法国航空服务协定案，1978 年 12 月 9 日的裁决，《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。

¹⁷⁷ 见 *Interhandel*，《1959 年国际法院报告书》，第 28-29 页；*ELSI*，《1989 年国际法院报告书》，第 43 页。

(a) 款

(2) (a)款涉及的用尽当地救济规则例外，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救济情况规则的三个选择：

- (一) 当地救济显属徒劳；
- (二) 当地救济没有合理的成功机会；
- (三) 当地救济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判例的一定支持。

(3) 委员会考虑了 Bagge 仲裁员在芬兰船舶仲裁案¹⁷⁸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¹⁷⁹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¹⁸⁰中提出的个别意见，这一意见得到了法学家著作的支持¹⁸¹。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救济；¹⁸²当地法院不会审查外侨申诉的行为所依据的国家法律；¹⁸³当地法院极

¹⁷⁸ *U.N.R.I.A.A.*, vol. III, at p. 1504.

¹⁷⁹ *Retimag v. Federal Republic of Germany*, Application No. 712/60, 4《欧洲人权公约年鉴》，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 条的评注。《1977 年……年鉴》第二卷(第二部分)，第 48 段。

¹⁸⁰ 《1957 年国际法院报告书》，p.39。

¹⁸¹ 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。

¹⁸² *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 28《美国国际法杂志》，1934 年，p. 760 at p. 789；*R Gelbtrunk* 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 4 月 18 日，《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，《1957 年国际法院报告书》，pp.39-40；芬兰船舶仲裁案，《联合国国际仲裁裁决报告书》第三卷，p.1535。

¹⁸³ 根据《纳伊条约》第 181 条作出的仲裁，28《美国国际法杂志》（1934 年），p.789。另见 *Affaire des Forêts du Rhodope Central (Fond)*，1933 年《联合国国际仲裁裁决报告书》第三卷，第 1405 页；*Ambatielos claim*，《联合国国际仲裁裁决报告书》第 12 卷，p.119；*Interhandel* 案，《1957 年国际法院报告书》，p.28。

不独立；¹⁸⁴ 存在一贯对外侨不利的明确判例；¹⁸⁵ 当地国法院无权给予外侨适当、充分的救济；¹⁸⁶ 被告国没有适当的司法保护制度。¹⁸⁷

(4) 当地救济是否只有实现有效补救的合理可能性问题，必须参照利用救济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救济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。¹⁸⁸

¹⁸⁴ Robert E. Brown Claim, 1923 年 11 月 23 日, 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。

¹⁸⁵ Panevezys-Saldutiskis Railway 案, 1939 年《常设国际法院汇编》, A/B 辑, 第 76 号, p.18; S.S. “Lisman”, 1937 年, 3《联合国国际仲裁裁决报告书》, p.1773; S.S. Seguranca, 1939 年, 3《联合国国际仲裁裁决报告书》, p.1868; 芬兰船舶仲裁案, 芬兰船舶仲裁案, 《联合国国际仲裁裁决报告书》第三卷, p.1495; 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, 1958-1959 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。

¹⁸⁶ 芬兰船舶仲裁案, 《联合国国际仲裁裁决报告书》第三卷, pp.1,496-1,497; Vélasquez Rodríguez 案, 1989 年 28《国际法律材料》, 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。

¹⁸⁷ Mushikiwabo and others v. Barayagwiza, 1996 年 4 月 9 日, 107,《国际法律资料》, 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, 不必用尽当地救济; resolution 1a/88, case 9755, Ann.Rep 1 A Com HR 1987/88。

¹⁸⁸ 芬兰船舶仲裁案, 《联合国国际仲裁裁决报告书》第三卷, 第 1504 页; Ambatielos Claim, 《联合国国际仲裁裁决报告书》第 12 卷, 第 119-120 页。

(b) 款

(5) 在被告国对无理拖延提供当地救济负有责任的情况下，可以免除用尽当地救济的要求，编纂努力¹⁸⁹、人权文书和实践¹⁹⁰、司法裁判¹⁹¹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救济的时限存在困难。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 采矿案中说：

“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。”¹⁹²

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

(c) 款

(7) 第 16 条(a)款所载的用尽当地救济规则的例外，说的是在“当地救济不具有实现有效补救的合理可能性”时无需用尽当地救济，并不包括当地救济虽具有

¹⁸⁹ 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 年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。

¹⁹⁰ 《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。

¹⁹¹ El Oro Mining and Railway Company (Limited)(英国诉美利坚合众国)，1931 年 6 月 18 日第 55 号裁决，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。

¹⁹² 5 《联合国国际仲裁裁决报告书》，p.198。

实现有效补救的合理可能性，但用尽当地救济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救济，但在以下情况下要求受害人用尽当地救济不合理也不公平：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救济设置严重障碍。在此类情况下，有人提出，因受害人与被告国之间缺乏自愿联系或领土联系或因存在特别困难例外，当地救济无需用尽。

(8) 有些文献支持以下观点，在要求用尽当地救济的所有案例中，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。¹⁹³ 这一看法的支持者认为，外交保护的性质和当地救济近来已有重大变化。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，用尽当地救济。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，而个人与该国外国并不存在联系。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救济。

(9) 司法判例和国家惯例都没有就用尽当地救济规则例外的存在提出明确的指导意见。尽管在 *Interhandel* 案¹⁹⁴ 和 *Salem* 案¹⁹⁵ 中，有一些支持此种例外存在的试探性论述，但在其他案件¹⁹⁶ 中，法庭判定在受害外侨与被告国之间缺少

¹⁹³ 见 Amerasinghe, *Local Remedies in International Law* (2004), p. 169; T. Meron, “The Incidence of the Rule of Exhaustion of Local Remedies”, 35 *B.Y.I.L.*, 1959, p. 83 at p. 94.

¹⁹⁴ 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。”《1959年国际法院报告书》，p.27，着重号是后加的。

¹⁹⁵ 在 *Salem* 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.1202。

¹⁹⁶ 芬兰船舶仲裁案，《联合国国际仲裁裁决报告书》第3卷，p.1504; *Ambatielos Claim*，《联合国国际仲裁裁决报告书》第12卷，p.99。

自愿联系的情况下仍可适用当地救济规则。在挪威借款案¹⁹⁷和空中事件(以色列诉保加利亚)案¹⁹⁸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¹⁹⁹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救济。这一案例和其他因不存在自愿联系而放弃当地救济的案例²⁰⁰,被解释为支持把自愿服从司法管辖的要求作为适用当地救济规则的先决条件。这些案例没有坚持适用当地救济规则,也可以作其他解释,比如是无需用尽当地救济的直接损害例子,或有关仲裁协定没有要求用尽当地救济等。

(10) 虽然委员会认为有必要明确规定当地救济规则的这一例外,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救济的要求。在做出这一决定时,显然需要对每起案件按其实质进行审查,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,使之感到试图

¹⁹⁷ 法国的口头诉状,1957年,《国际法院诉状汇编》,第一卷,第408页。

¹⁹⁸ 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。

¹⁹⁹ 1935年,3《联合国国际仲裁裁决报告书》,第三卷,第1905页。

²⁰⁰ Virginius 案,见 J. B. Moore,《国际法文摘》,1906年,第二卷,903页; Jessie 案,1922年,16《美国国际法杂志》中记载,第114-116页。

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；用尽当地救济的费用过高。

(d) 款

(12) 国家可能愿意放弃用尽当地救济的要求。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，规定事先用尽国内救济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。”²⁰¹

(13) 放弃当地救济的形式有多种。有关放弃的规定可见于争端发生前或后缔结的双边或多边条约；可见于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。也可见诸国家与外侨所订的契约。普遍同意的是，明示放弃当地救济是有效的。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救济而交付上述仲裁。缔约国可以要求用尽当地各种行政或司法救济，作为其同意根据本公约交付仲裁的一个条件。”²⁰²

²⁰¹ 1981 年 11 月 13 日哥斯达黎加政府案（事涉 Viviana Gallardo 和其他人），美洲人权法院，67 《国际法报告》，第 587 页，第 26 段。另见 20 ILM (1981) 1057。另见 ELSI 案，《1989 年国际法院报告书》，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》，p.370，第 55 段。

²⁰² 《联合国条约汇编》，第 575 卷，第 159 页。

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。²⁰³

(15) 当地救济不得随便默示放弃。国际法院分庭在 ELSI 案中就这个问题说，分庭

“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。”²⁰⁴

(16) 但是，如果当事方放弃当地救济的意愿是明确的，则必须落实这个意愿。司法裁判²⁰⁵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救济的意愿，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救济的要求，如果有关案件涉及缔约一方为其国民提出要求。”²⁰⁶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。²⁰⁷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救济。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救济规则作出规定，则可以称说默示放弃该规则。

²⁰³ 哥斯达黎加政府案，67 *I.L.R.* 140, p.87, para 26; “Belgian Vagrancy cases”，56 *I.L.R.* 140, p. 370, para. 55.

²⁰⁴ 《1989 年国际法院报告书》，第 42 页，第 50 段。

²⁰⁵ 见 1928 年 3 月 30 日 Steiner and Gross 诉波兰案，4 《国际公法案例年鉴》，第 472 页；*American International Group Inc. v. Iran*, Award No. 93-2-3(1983) 4 Iran-US CTR, p.96.

²⁰⁶ F.A. Mann, “国家契约与国际仲裁”，1967 年，42 *B.Y.I.L.* p. 32.

²⁰⁷ 《1989 年国际法院报告书》，p. 15. 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救济规则：《常设国际法院报告书》，A /B 辑，第 76 号，p.19(正如 van Eysinga 法官在反对意见里所主张的那样，同上，pp.35-36)。

(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救济，²⁰⁸ 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救济的行为当作默示放弃。

第四部分

杂项规定

第 17 条

外交保护以外的行动或程序

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

评 注

(1) 习惯国际法有关外交保护的规则已经过数世纪的演变，它们与最新的人权保护原则相辅相成，最终服务于一个共同的目标——保护人权。²⁰⁹ 因此，本条款无意排除或取消受损害人国籍国和国籍国以外的国家根据习惯国际法或者多边或双边人权条约保护此人的权利。本条款也无意干涉自然人或其他实体例如非政府组织按照国际法诉诸外交保护以外的行动或程序，为因国际不法行为而遭受的损害取得补救。

(2) 一个国家可根据下列文书，在国家间的诉讼中针对受损害人国籍国或第三国保护非本国国民：《公民及政治权利国际盟约》、²¹⁰ 《消除一切形式种族歧

²⁰⁸ 见 ELSI 案，《1989 年国际法院报告书》，第 44 页，第 54 段，美国与联合王国希思罗机场使用费仲裁案，1992 年 11 月 30 日裁决(仲裁法庭)，102《国际法律报告》第 216 页，第 6.33 段，Foti and others, 1982 年 12 月 10 日判决（案情实质），71《国际法律报告》，第 380 页，第 46 段。

²⁰⁹ 见关于外交保护的第一次报告，2000 年 3 月 7 日，A/CN.4/506，特别是第 22 至 32 段。

²¹⁰ 《联合国条约汇编》，第 999 卷，p.171，第 41 条。

视国际公约》、²¹¹ 《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》、²¹² 《欧洲人权公约》、²¹³ 《美洲人权公约》²¹⁴ 和《非洲人权和人民权利宪章》。²¹⁵ 上述公约还允许一国在国家间诉讼程序中保护自己的国民。另外，习惯国际法允许国家通过抗议、谈判、并在管辖权文书许可的情况下通过法律程序，保护非本国国民的权利。国际法院在 1996 年西南非洲案²¹⁶ 中作出的国家不能提起诉讼程序来保护非本国国民权利的裁定，当今已被视为是一项错误的法律，国际法委员会已在关于国家责任的条款中对其作了明确的驳斥。²¹⁷ 此外，关于国家责任的条款第 48 条允许在所违反的义务是对整个国际社会承担的义务时，由受害国以外的国家援引另一国的责任。²¹⁸

(3) 根据国际人权公约，个人也享有保护自己不受损害国损害的权利和救济，不论损害国是该个人的国籍国还是另一国。为达到这一目的最经常利用的是在国际人权监测机构的申诉权。²¹⁹ 国际法上的个人权利也可由人权公约以外的地方产生。在 La Grand 案上，国际法院认为《维也纳领事关系公约》第 36 条“创立了个人权利，被拘留者的国籍国可根据任择议定书第 1 条在本法院援引这些权利；”²²⁰ 在 Avena 案上，法院进一步指出：“侵害个人依据第 36 条所享有的权利即可能构成对派出国的权利的侵害，而对后者权利的侵害有可能构成对个人权

²¹¹ 第 11 条。

²¹² 《联合国条约汇编》，第 1465 卷，p.85，第 21 条。

²¹³ 第 24 条。

²¹⁴ 第 45 条。

²¹⁵ 《联合国条约汇编》，第 1520 卷，p.217，第 47 至 54 条。

²¹⁶ 第二阶段，《1996 年国际法院报告书》，第 6 页。

²¹⁷ 《大会正式记录，第五十六届会议，补编第 10 号》(A/56/10)，关于第 48 条的评注，脚注 766。

²¹⁸ 同上。

²¹⁹ 例如见《公民权利和政治权利国际公约任择议定书》，《联合国条约汇编》，第 999 卷，p. 171；《消除一切形式种族歧视国际公约》第 14 条；《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》第 22 条。

²²⁰ *La Grand (Germany v. United States of America), Merits*, 2001 I.C.J. Reports, p. 466 at p. 494, para. 77.

利的侵害。”²²¹ 已经在关于国家责任的条款，即第 33 条内增添了一项保留条款，以顾及国际法的这一发展。²²²

(4) 第 17 条提及的行动或程序包括根据普遍的和区域的人权条约以及任何其他条约可以采取的行动或程序，例如见保护投资的若干条约所载的行动或程序。但是第 17 条没有涉及国内救济。

(5) 这一条文草案基本上涉及的是用外交保护以外的手段保护人权。但这一条的确也涵盖其他事项方面的条约和习惯规则例如保护外国投资的规则所给予国家、自然人和其他实体的权利。因此整个条款草案不妨碍按照外交保护以外的程序所拥有的这类权利。

(6) 第 17 条表明，本条款草案不影响国家、自然人或其他实体有权诉诸外交保护以外的程序，为因国际不法行为而遭受的损害取得补救。然而当一国诉诸此种程序时，它并没有放弃为身为其国民的个人行使外交保护的权力。²²³

(7) 委员会的一位委员认为，按照人权条约所寻求的救济属于特殊法(*lex specialis*)，优于按照外交保护所寻求的救济。委员会的一些委员还表示，第 17 和第 18 条应该合并。

第 18 条

特别条约条款

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

²²¹ *Case Concerning Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, Judgment of 31 March 2004, p. 26, para. 40.

²²² 这一条的这部分案文是：“本部分不妨碍任何人或国家以外的实体由于一国的国际责任可能直接取得的任何权利。”《大会正式记录，第五十六届会议，补编第 10 号》(A/56/10)，第 76 段。

²²³ 在 *Selmouni v. France* 案(Application No. 25803/94 judgment of 28 July 1999, ECHR, 1999-V, p.149)上，荷兰作出了干预，以支持一名国民在欧洲人权法院提出对法国的控诉。但这并不排除荷兰为受损害的个人行使外交保护而提出求偿，假如它愿意这样做的话。

评 注

(1) 外国投资基本上由双边投资条约加以规范和保护。²²⁴ 双边投资协定的数量近年来增长很快, 据估计目前共有约 2000 项这样的协定。双边投资协定的一个重要特点是其解决投资争端的程序。一些双边投资协定规定, 通过诉诸临时法庭, 或诉诸解决投资争端国际中心根据《关于解决国家和其他国家国民之间投资争端的公约》²²⁵ 所设立的法庭, 投资者与所在国直接解决投资争端。另一些双边投资协定规定, 围绕双边投资协定有关规定的解释或适用问题, 通过对投资者(公司或股东)与所在国作出仲裁, 来解决投资争端。双边投资协定和解决投资争端国际中心所提供的解决争端程序对于外国投资者来说提供了较大的便利, 远优于关于外交保护的惯常国际法制度, 因为这些程序使投资者能够直接诉诸国际仲裁并且避免了因外交保护的自行裁量性质而必然会有的政治不确定性。

(2) 如果援引双边投资协定或解决投资争端国际中心所提供的解决争端程序, 那么大多数情况下, 外交保护便被排除在外。²²⁶

(3) 第 18 条表明, 本条款草案不适用于双边或多边投资协定所规定的另外的特别的保护外国投资者制度, 但第 18 条也承认, 某些条约并不完全排除诉诸外交保护的行为。因此案文所用的措词是, 本条款草案“在……也仅在”与双边投资协定不符的情况下, 则不适用。在本条款草案与有关双边投资协定一致的情况下, 本条款草案继续适用。

²²⁴ 国际法院在审理巴塞罗那电车公司案时承认了这一点, 《1970 年国际法院报告书》, 第 47 页(第 90 段)。

²²⁵ 《联合国条约汇编》, 第 575 卷, p.159。

²²⁶ 《解决投资争端公约》第二十七条第(一)款规定: “缔约国对于它本国的一个国民和另一缔约国根据本公约已同意交付或已交付仲裁的争端, 不得给予外交保护或提出国际要求, 除非该另一缔约国未能遵守和履行对此项争端所作出的裁决。”

第 19 条

船 员

船舶船员的国籍国为本国船员行使外交保护的權利不因船舶国籍国有权在国际不法行为给船舶造成损害时，为受害船员，不论其国籍，寻求补救而受到影响。

评 注

(1) 第 19 条草案的目的是确认船员的一个或多个国籍国有权为船员行使外交保护，同时也承认，船只的国籍国也有权当船员在国际不法行为给船只造成损害的过程中受到损害之后为他们寻求补救，而不论其国籍为何。有必要确认船员的国籍国有权为他们行使外交保护，从而排除这样的暗示，即这一权利已经被船只国籍国的权利所取代。同时，也有必要承认，船只的国籍国有权为全体船员行使寻求救济。虽然由于在船舶的船旗国与全体船员之间缺乏国籍联系，故这不能称为外交保护，但这种保护与外交保护之间仍然存在着紧密的相似性。

(2) 国家实践、司法裁定和国际法专家的著述²²⁷ 在某种程度上支持船舶的国籍国(船旗国)可以为船舶上不具有该国国籍的船员寻求补救这一立场。也有政策考虑支持这种做法。

(3) 国家实践主要来自美国。根据美国法律，外国海员在美国船舶上供职时有权受到美国的保护。美国的观点是，一个海员一旦成为一艘船舶的船员，唯一相关的国籍就是船旗国的国籍。²²⁸ 在美国船舶上供职的外国人所具有的这一独特地位在美国的外交信件和领事规定中历来一直得到重申。²²⁹ 但是，连美国在 2003

²²⁷ H. Myers, *The Nationality of Ships* (1967), pp. 90-108; R. Dolzer, “Diplomatic Protection of Foreign Nationals” in *Encyclopaedia of Public International Law* (1992), vol. 1, p. 1068; I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, 6th ed. (2003), p. 460.

²²⁸ *Ross v. McIntyre*, 140 U.S.453(1891).

²²⁹ G.H. Hackworth, *Digest of International Law* (1942), vol.3, p. 418, vol. 4, pp. 883-884.

年 5 月 20 日致国际法委员会的信件²³⁰中，也对这一做法是否能够证明存在着一项习惯规则提出了疑问。

(4) 国际仲裁裁决在国家向非国民海员提供外交保护的权利问题上尚无定论，但倾向于支持而不是反对这一权利。在 McCready(美国)诉墨西哥案中，公断人 Edward Thornton 爵士认为，“海员在悬挂非本国国旗的军舰或商船上服务，服务期间有权获得其所服务之国旗国的保护”。²³¹“我孤立无援案”²³²的起因是一艘加拿大船只被美国海岸警卫队击沉，加拿大政府在该案中成功地代表三名非国民船员提出赔偿要求，认为在代表船只提出求偿时，就求偿而言，全体船员应被视为具有与船舶相同的国籍。在“损害赔偿案”的咨询意见中，两名法官在其单独的意见中接受国家为外国船员行使外交保护的权利。²³³

(5) 1999 年，国际海洋法法庭对 M/V “塞加号” (第 2 号)案(圣文森特和格林纳丁斯诉几内亚)²³⁴作出的裁定虽然不很明确，但对船旗国为非国民船员寻求救济表示支持。该案件的争执是“塞加号”在向几内亚沿岸的渔船供应燃油时，遭到几内亚逮捕并扣押造成的。“塞加号”在圣文森特和格林纳丁斯(“圣文森特”)注册，其船长和船员为乌克兰国民。逮捕时，船上还有三名塞内加尔工人。几内亚在实施逮捕后扣押了船只和船员。在国际海洋法法庭举行的诉讼程序中，几内亚反对受理圣文森特的求偿，理由之一是受害人不是圣文森特国民。海洋法庭驳回了这一求偿的可接受性提出的质疑，认为几内亚逮捕并扣押船只及其船员，从而侵犯了圣文森特权利。海洋法庭命令几内亚向圣文森特支付赔款，作为对“塞加号”造成的损失以及对船员的损害的赔偿。

(6) 尽管海洋法庭将这一争议主要视为关于对圣文森特的直接损害的争议，²³⁵但法庭的推理表明，法庭还将该事项视为一个含有与外交保护相近的内容的案

²³⁰ 这一信件由联合国法律事务厅编纂司收存。美国在信件里大量援引了 Arthur Watts 的一篇批评性文章：“The Protection of Alien Seamen”，7 *ICLQ*, (1958) p. 691.

²³¹ J.B. Moore, *International Arbitrations*, vol. 3, p. 2536.

²³² 29 *A.J.I.L.* (1935) 326.

²³³ *I.C.J. Reports*, 1949, p. 174 at pp. 202-203 (Judge Hackworth) and pp.206-207 (Judge Badawi Pasha).

²³⁴ 判决，《1999 年国际海洋法法庭报告书》，p.10.

²³⁵ 同上，第 98 段。

件。几内亚对船员求偿的可采性明确表示反对，理由是该求偿构成了一种对非圣文森特国民提供外交保护的权利要求。²³⁶ 圣文森特也明确坚持认为，该国有权向悬挂该国国旗船只的船员提供保护，而“不论其所属国籍”。²³⁷ 海洋法庭驳回了几内亚的反对意见，表示《联合国海洋法公约》²³⁸ 的若干相关条款，其中包括第二九二条，没有将船旗国的国民与非国民加以区分。²³⁹ 法庭强调指出，“船只、船只上的每一物件以及参与船只操作或与船只操作有关的每个人，均被视为与船旗国有关联的实体。这些人的国籍并不相干”。²⁴⁰

(7) 对于允许船旗国为船舶的船员寻求救济，存在着令人信服的政策理由。海洋法法庭在“塞加号”案中对这一点予以承认，当时法庭提请注意“船只船员的组成具有短暂和多国籍的特性”，并表示“大型船只的船员可能由属于若干国籍的人员组成。假如每个受伤害者必须向其国籍所属国寻求保护，就会随之带来过度的困难”。²⁴¹ 与提出赔偿要求有关的实际考虑不应受到忽视。与要求所有船员的国籍国代表其国民分别求偿相比，由一个国家为全体船员寻求救济则更容易，也更有效率。

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

²³⁶ 同上，第 103 段。

²³⁷ 同上，第 104 段。

²³⁸ 《联合国条约汇编》，第 1833 卷，p.3.

²³⁹ 前注 221，第 105 段。

²⁴⁰ 同上，第 106 段。

²⁴¹ 同上，第 107 段。

第五章

国际组织的责任

A. 导言

61. 委员会 2000 年第五十二届会议决定将“国际组织的责任”专题列入委员会长期工作方案。²⁴² 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提纲。大会 2001 年 12 月 12 日第 56/82 号决议第 8 段请委员会开始进行“国际组织的责任”专题的工作。

62. 委员会第五十四届会议在 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。该工作组在其报告²⁴³中简要讨论了这一专题的范围，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、与会员国对归于国际组织的行为的责任有关的问题，以及与国际责任的内容、责任的履行和争端的解决有关的问题。在第五十四届会议结束之前，委员会通过了工作组报告。²⁴⁴

63. 委员会 2003 年第五十五届会议收到特别报告员的第一次报告，²⁴⁵ 报告提出了第 1 至第 3 条草案，内容涉及条款草案范围、用语以及一般原则。在同一届会议上，委员会审议了条款草案并将草案提交给了起草委员会。委员会在 2003 年 7 月 16 日举行的第 2776 次会议上审议并通过了起草委员会关于第 1、第 2 和第 3 条草案的报告。

²⁴² 《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。

²⁴³ 同上，第八章 C 节，第 465-488 段。

²⁴⁴ 同上，第八章 B 节，第 464 段。

²⁴⁵ A/CN.4/532 号文件。

B. 本届会议审议这个专题的情况

64. 委员会本届会议收到特别报告员的第二次报告(A/CN.4/541)。

65. 特别报告员的第二次报告处理了将行为归于国际组织的问题，为此他提出了四项条文草案：第 4 条“把行为归属国际组织的一般规则”，²⁴⁶ 第 5 条“一国或一国际组织交由另一国际组织支配的机关的行为”，²⁴⁷ 第 6 条“逾越权限或违背指示”²⁴⁸，以及第 7 条“经一国际组织确认并当作为本身行为的为”。²⁴⁹ 这些条款相当于国家对国际不法行为的责任条款草案第一部分第二章。那一章包含了与归属问题有关的八项条文，但与国际组织有关的归属问题只需要四项条文草案。特别报告员指出，虽然将行为归于国家方面的某些问题

²⁴⁶ 第 4 条草案案文如下：

把行为归属国际组织的一般规则

1. 一国际组织中的一个机关、其一名官员或受委托行使该组织部分职能的另外一个人的行为，应视为国际法中的该组织的为，不管该机关、官员或人在该组织结构中的地位如何。

2. 上一款所述的机关、官员和人是根据该组织的规则如此定性的机关、官员和人。

3. 为了本条的目的，“组织的规则”具体是指组成文书、根据组成文书通过的[决定和决议][组织的为]和[已确立的][普遍接受的]该组织的惯例。

²⁴⁷ 第 5 条草案案文如下：

一国或一国际组织交由另一国际组织支配的机关的行为

一国或一国际组织的机关为了履行另一国际组织的一项职能而交由该组织支配，其为依国际法应视为该国际组织的为，只要该组织对该机关的为行使有效控制。

²⁴⁸ 第 6 条草案案文如下：

逾越权限或违背指示

受权履行组织部分职能的机关、官员或个人，若以此种资格行事，即使逾越权限或违背指示，其为仍应视为国际法所指的组织的为。

²⁴⁹ 第 7 条草案案文如下：

经一国际组织确认并当作为本身行为的为

按照前述各条款不归于—国际组织的为，在并且只在该国际组织将此为承认和当作为本身为的情况下，依国际法应视为该国际组织的为。

也相应地适用于将行为归于国际组织，或有相似的适用，但另一些问题只与国家有关，只可在例外情况下适用于国际组织。

66. 特别报告员还指出，应委员会建议²⁵⁰，秘书长将委员会报告的有关章节发给了各国际组织，请它们提意见并向委员会提供任何有关材料。2003年12月9日通过的大会第58/77号决议第5段也发出了类似的请求。该决议还请各国提供关于其有关实践的资料。特别报告员说，除极个别答复值得注意以外，收到的答复相对于已经公布的材料而言，没有增加多少新内容。他希望，随着委员会继续讨论这一专题，各国际组织及各国会提供进一步的资料，以便使委员会的研究更贴近实际，更加有用。

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

68. 委员会于2004年5月25日举行的第2803次会议上将第4至第7条草案转交起草委员会。

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

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

C. 委员会迄今为止暂时通过的国际组织的责任条款草案案文

1. 条款草案案文

71. 委员会迄今为止暂时通过的国际组织的责任条款草案案文载录如下。

²⁵⁰ 《大会正式记录，第五十七届会议，补编第10号》及其更正(A/57/10和Corr.1)，第八章，第464和488段，以及同上，第五十八届会议(A/58/10)，第四章，第52段。

国际组织的责任

第 1 条 ²⁵¹

本条款草案的范围

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

第 2 条 ²⁵²

用 语

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

第 3 条 ²⁵³

一般原则

1. 一国际组织的每一国际不法行为均引起该国际组织的国际责任。
2. 在下述情况下，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行为可归于该国际组织；
并且
 - (b) 该行为构成对该国际组织国际义务的违反。

²⁵¹ 本条的评注见同上，第五十八届会议 (A/58/10)，第四章，第 14-17 页。

²⁵² 同上，第 17-21 页。

²⁵³ 同上，第 21-23 页。

第 4 条 ²⁵⁴

将行为归于国际组织的一般规则

1. 一国际组织的一个机关或代理人履行该机关或代理人职务的行为，依国际法应视为该组织的行为，不管该机关或代理人相对于该组织而言具有何种地位。

2. 为第 1 款的目的，“代理人”一词包括该组织行事时所借助的官员和其他人或实体。²⁵⁵

3. 为确定该组织的机关和代理人的职能，应适用该组织的规则。

4. 为本条草案的目的，“该组织的规则”具体是指：组成文书；该组织按照这些组成文书通过的决定、决议和其他文件；该组织已确立的惯例。²⁵⁶

第 5 条 ²⁵⁷

一国或一国际组织交由另一国际组织 支配的机关或代理人的行为

一国的机关或一国际组织的机关或代理人在交由另一国际组织支配之后，其行为依国际法应视为后一国际组织的行为，只要该组织对该行为行使有效控制。

²⁵⁴ 评注见下文 C.2 节。

²⁵⁵ 以后可以重新考虑第 2 款的位置，以期最终把所有术语的定义放在第 2 条。

²⁵⁶ 以后可以重新考虑第 4 款的位置，以期最终把所有术语的定义放在第 2 条。

²⁵⁷ 评注见下文 C.2 节。

第 6 条 ²⁵⁸

逾越权限或违背指示

一国际组织的机关或代理人若以此种资格行事，其行为依国际法应视为该国际组织的行为，即使该行为逾越了该机关或代理人的权限或违背了指示。

第 7 条 ²⁵⁹

被一国际组织承认并当作自身行为的行为

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

2. 条款草案案文及其评注

72. 委员会第五十六届会议暂时通过的条款草案案文及其评注载录如下。

把行为归于国际组织 ²⁶⁰

(1) 本条款草案第 3 条第 2 款规定：依国际法把行为归于一国际组织是该国际组织出现国际不法行为的一种情况，另一种情况是同一行为构成对该国际组织国际义务的违背。²⁶¹ 随后第 4 至第 7 条处理了把行为归于一国际组织的问题。正如第 3 条第 2 款中所述，行为是指作为和不作为。

(2) 正如第 3 条评注中所说明的，在某些情况下，不把行为归于一国际组织，也会引起该国际组织的责任。²⁶² 在这些情况下，行为会归于一国或另一国际组织。在后一种情况下，关于把行为归于一国际组织的规则也与之相关。

²⁵⁸ 评注见下文 C.2 节。

²⁵⁹ 评注见下文 C.2 节。

²⁶⁰ 委员会的起草委员会尚未商定该标题。

²⁶¹ 《大会正式纪录，第五十八届会议，补编第 10 号》(A/58/10)，p.45。

²⁶² 同上，第 1 条评注第(1)段，p.45。

(3) 与关于国家对国际不法行为的责任的第 4 条至第 11 条一样，²⁶³ 本草案第 4 条至第 7 条案文处理的是行为的归属，而不是责任的归属。实践通常把重点放在责任的归属，而不是行为的归属。对好几项法律文书来说，也是这样。例如，《联合国海洋法公约》附件四在要求各国际组织及其成员国就《公约》所涉及的事项申报其各自的权限以后，就在第 6 条中审议责任归属问题：

“依本《附件》第 5 条具有权限的缔约国对未能遵守义务或侵犯本《公约》的任何其他行为负有责任。”²⁶⁴

不一定暗含把行为归于有责任的缔约国的意思。

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

(5) 正如二读时对国家责任条款所做的，本条款只提供了正面的归属标准。因此，本条款不指向不能把行为归于该组织的情况。例如，条文中没有明言而只是暗指：安全理事会授权国家或国际组织，在把一些力量链接到联合国的指控链的范围以外采取必要措施时，不能把国家或国际组织的军事力量的行为归于联合国。联合国维持和平行动部外地管理和后勤司司长最近在给比利时常驻联合国代表的一封信中，就索马里发生的一起车祸引起的索赔表示了这个很少引起争议的观点，其措词如下：

“联合国特遣部队不归联合国指挥，本组织历来拒绝承担为这些部队的事故提出的索赔的赔偿责任。”²⁶⁵

(6) 目前案文第 4 至第 7 条考虑了国家对国际不法行为的责任条款草案第 4 至第 11 条中与国家有关的大多数问题。但是，目前条款中没有任何案文适用于关于国家责任的第 9 条和第 10 条中所处理的问题。²⁶⁶ 后面的一些条文涉及官方当局不

²⁶³ 同上，《第五十六届会议，补编第 10 号》(A/56/10)，pp.80-122。

²⁶⁴ 《联合国条约汇编》，第 1833 卷，p. 580。

²⁶⁵ 未发表的 1998 年 6 月 25 日信件。

²⁶⁶ 《大会正式纪录，第五十六届会议，补编第 10 号》(A/56/10)，pp.109-110。

存在或不在场的情况下所进行的行为，并且分别提到叛乱运动或其他运动的行为。在国际组织方面，这些情况不可能发生，因为它们预先假定：行为所归予的实体行使着对领土的控制。虽然人们可能找到某一国际组织管理领土的一些事例，²⁶⁷ 任何上述问题在这方面成为相关问题的可能性看来过于微薄，没必要专门设立一项条款。但是，据理解，如果在国际组织方面仍然发生这种问题，人们就必须通过类比的方式对该组织适用对国家适用的相关规则，即国家对国际不法行为的责任条款草案第 9 条，抑或第 10 条。

(7) 把行为归于国际组织的问题的一些实践是被用于处理民事责任问题、而不是国际不法行为的责任问题。但是，若说明或适用某项标准不是为了认定它只与审议中的特定问题有关，为了依国际法确定行为归属的目的，上述实践仍然有关。

第 4 条

将行为归于国际组织的一般规则

1. 一国际组织的一个机关或代理人履行该机关或代理人职务的行为，依国际法应视为该组织的行为，不管该机关或代理人相对于该组织而言具有何种地位。

2. 为第 1 款的目的，“代理人”一词包括该组织行事时所借助的官员和其他人或实体。

3. 为确定该组织的机关和代理人的职能，应适用该组织的规则。

4. 为本条款草案的目的，“该组织的规则”具体是指：组成文书；该组织按照这些文书通过的决定、决议和其他文件；该组织已确立的惯例。

²⁶⁷ 例如，根据安全理事会 1999 年 6 月 10 日第 1244(1999)号决议，其中授权“秘书长取得有关国际组织的协助，在科索沃建立国际民事存在，以便提供临时管理当局[……]”。

评 注

(1) 根据关于国家对国际不法行为的责任的第 4 条,²⁶⁸ 把行为归于一国基本上是以作为代理人或实体的“国家机关”的特性为前提的。但是,正如本评注所澄清的,²⁶⁹ 确定归属很难依赖有关国家国内法中特定术语的使用。在同国际组织有关的相应的法律系统方面,可以作类似的论证。

(2) 值得注意的是,虽然联合国宪章的一些规定使用“机关”的术语,²⁷⁰ 国际法院在审议代理联合国行事的人的地位时,只认定联合国的机关赋予某一个人职务的事实。法院使用了“代理人”一词,并没有认定该人有或没有官方身份的事实。国际法院在其关于联合国公务中所受伤害赔偿案咨询意见中指出,大会所处理的问题涉及联合国的一个代理人受伤时提出索赔的能力,并且说:

“法院非常宽泛地理解‘代理人’一词,也就是说此人是该组织的一个机关委托履行或协助履行它的一项职能的任何人,不管是否向他支付薪酬,也不管是否予以长期雇用一简而言之,就是该组织通过其发挥作用的任何人。”²⁷¹

法院在随后关于《联合国特权和豁免公约》第六条第 22 节的适用的咨询意见中指出:

“在实践中,根据秘书长提供的资料,联合国需要将性质越来越不同的各种任务交给不具有联合国官员身份的人员。”²⁷²

关于特权和豁免,法院还在同一项咨询意见中指出:

“此事的实质不在于其行政职务,而在于其任务的性质”。²⁷³

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

²⁶⁸ 《大会正式纪录,第五十六届会议,补编第 10 号》(A/56/10), p.84。

²⁶⁹ 同上, p. 90。

²⁷⁰ 《联合国宪章》第 7 条提到“主要机关”和“附属机关”。后一用语也出现在宪章第 22 条和第 30 条中。

²⁷¹ 《1949 年国际法院报告书》, p. 177。

²⁷² 1989 年国际法院报告书, p. 194, 第 48 段。

²⁷³ 同上, p. 194, 第 47 段。

“享有法律程序豁免问题不同于对因联合国或以其官员身份行事的代理人所实施的行为而造成的损害的赔偿问题。”²⁷⁴

法院还在同一项咨询意见中扼要谈到行为的归属问题，它指出如果：

“[……]因联合国或以其官员身份行事的代理人所实施的行为而造成的损害，可要求联合国对由此产生的损害负责。”²⁷⁵

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

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

“一般来说，人们可以将国际组织各种级别和各种性质的机关及其代理人在行使职权时的作为和不作为归属该国际组织。”²⁷⁶

(5) 机关和代理人之间的区别看来与为了把行为归于一国际组织的目的无关。机关和代理人的行为都归于该组织。当人员或实体按照该组织的规则被定性为机关时，无疑这些人员或实体的行为原则上必须归于该组织。代理人的类别比较难于捉摸。因此，为了确定行为的归属提供代理人的定义是有用的。第 2 段中的定义是以联合国公务中所受伤害赔偿案咨询性意见中的上列字句为依据的。²⁷⁷ 正如法院接着指出的，与一个人员被视为代理人有关的不是该人作为官员的特性，而是“[该组织]通过该人员行事”的事实。

(6) 为了确定行为归属的目的，人员或实体的法律性质也不是确定的。机关和代理人不一定是自然人。他们可以是该组织借以行事的法人或其他实体。因此，

²⁷⁴ 《1999 年国际法院报告书》，p. 88, 第 66 段。

²⁷⁵ 同上，pp. 88-89, 第 66 段。

²⁷⁶ 英文本是从法文翻译过来的，法文原文是：“En règle générale, sont imputables à une organisation internationale les actes et omissions de ses organes de tout rang et de toute nature et de ses agents dans l'exercice de leurs compétences.” Doc. VPB 61.75, 发表在瑞士联邦的网站上。

²⁷⁷ 《1949 年国际法院报告书》，p.174。

第 2 款指明：“代理人”一词包括“包括该组织由其代为行事的官员和其他人或实体”。

(7) 第 1 款中提到这样的事实：机关或代理人“履行该机关或代理人的职务”是为了指明，当该机关或代理人行使被赋予的职能时，该行为归于该国际组织，当该机关或代理人以私人身份行事时，绝对不能把行为归于他们。第 6 条载述越权行为的归属。

(8) 根据关于国家对国际不法行为的责任条款草案第 4 条第 1 款，在把一个机关的作为归属一个国家时，“不论该机关行使立法、行政、司法职能，还是任何其他职能，不论在国家组织中具有何种地位，也不论它作为该国中央政府机关或一领土机关而具有何种特性”。²⁷⁸ 后一种特别说明也许不能适用于国际组织。其他要素可予以保留，但可用更简洁的措词加以概括。另外，鉴于虽然可要求所有国家履行上述的全部职能，但在这方面，各组织的情况可能差别很大。因此，第 1 款只说明“不管该机关或代理人相对于该组织而言具有何种地位。”

(9) 有关国际组织确定将何种职能委托给每一个机关或代理人。通常这是按照指 3 款中所指明的“组织的规则”办理的。第 3 款所用措词不让组织规则的适用成为唯一标准，是为了考虑到，在例外情况下，组织的机关或代理人的职能即使不能说是、也可以看成是、根据该组织的规则赋予的。

(10) 第 4 款中“组织的规则”的定义在很大程度上从属于《1986 年关于国家和国际组织间或国际组织相互间的条约法公约的维也纳公约》中所载同一术语的定义。²⁷⁹ 除了在体裁上作了微小的改动以外，第 4 款中的定义与编纂公约中所载的不一样，只因为它连同“决定”和“决议”提到“该组织采取的其他行动”。这一增添是为了更加全面地包括国际组织所通过的多种条例。为了第 4 条的目的，只要根据该组织的组成文书赋予各机关或代理人职能，那些决定、决议和其他文件都是有关的，不管它们被视为有没有拘束力。提到的后面几项文书都

²⁷⁸ 《大会正式纪录，第五十六届会议，补编第 10 号》(A/56/10)，p.84 和相关评注第 6-7 段，pp. 85-88。

²⁷⁹ A/CONF.129/15. 第 2 条第 1 款(j)规定“‘本组织的规则’具体指根据它们和本组织的惯例通过的组成文书、决定和决议”。

使用复数，始终与示范条款的措词方式一致，²⁸⁰ 不过，某一组织可能的确拥有单一的组成文书。

(11) 第 4 款中所通过的“组织的规则”有一个特点，那就是它对惯例相当重视。这项定义似乎在组成文书所载列的、为成员国所正式接受的规则与有关组织作为一个机构有必要取得发展两者之间达到了平衡。国际法院在联合国公务中所受损害赔偿案咨询意见中所说：

“国家具有国际法所确认的全部国际权利和义务，但象本组织这样的实体的权利和义务则必须取决于其组成文件所具体说明和暗示的、以及在实践中所演变而成的宗旨和职能。”²⁸¹

(12) 国家对国际不法行为的责任条款草案第 5 条涉及“行使政府权力要素的个人或实体的行为”。²⁸² 这个术语通常对于国际组织来说并不适当。人们可能必须用不同的方式来表示某一个实体和某一国际组织之间可能有的联系。但是，在本条款中增添一项规定，以便使相应于国家对国际不法行为的责任条款草案第 5 条所设想到的那种情况中包括人或实体的情况，却是多余的。“代理人”一词在第 2 款中具有广泛的含义，足可涵盖上述的人或实体。

(13) 对于国家对国际不法行为的责任条款草案第 8 条中所指的人或人群，可以得出同样的结论。²⁸³ 这项规定涉及实际上按照一国或一国际组织的指示或在其指挥或控制下行事的人或人群，根据第 4 条草案第 2 款中所下的定义，必须把他们视为代理人。如同上文(本评注第 9 段)所指出的，在例外情况下，为了确定行为的归属，应该把人或实体视为受到委托行使该组织的职能，即使这并不是根据该组织的规则办理的。

(14) 第 4 条第 2 款载有一些定义，是为了第 4 条的目的而明文规定的，却具有更加广泛的含义。例如，“代理人”一词也出现于第 5 条和第 6 条中，并且明确地保留着同样的含义。同样，“组织的规则”虽然在第 6 条和第 7 条中没有被提到，在一定程度上也与这些规定有关(见第 6 条评注第 2 和第 5 段和第 7 条评注

²⁸⁰ 同上。

²⁸¹ 《1949 年国际法院报告书》，p.180。

²⁸² 《大会正式纪录，第五十六届会议，补编第 10 号》(A/56/10)，p.92。

²⁸³ 同上，p.103。

第 5 段)。草案的另外一些条文可以指“代理人”或“组织的规则”。这种情况将使得在一读的稍后阶段将目前第 4 条第 2 和第 4 款移到第 2 条(用语)显得更为可取，²⁸⁴ 只需要在必要时改变措词方式。

第 5 条

一国或一国际组织交由另一国际组织支配的 机关或代理人的行为

一国的机关或一国际组织的机关或代理人在交由另一国际组织支配之后，其行为依国际法应该视为后一国际组织的行为，只要该组织对该行为行使有效控制。

评 注

(1) 当一国机关交由一国际组织支配时，该机关可能全部接受该组织调派。在这种情况下，该机关的行为将明确地只归于该接受组织。当一国际组织的机关或代理人全部接受另一组织的调派时，可以适用同样的因果关系。在这种情况下，便可适用第 4 条中所载述的一般规则。第 5 条处理不同的情况，被借调的机关或代理人仍然在一定程度上作为借出国的机关或在若干程度上作为借出组织的机关或代理人行事。例如，在一国把军事特遣队交由联合国在维持和平行动中调派任务便发生这种情况，因为该国对其国家特遣队成员仍保留纪律权力和刑事管辖权。²⁸⁵ 在这种情况下，便发生了是否应该把借出机关或代理人的特定行为归于接受组织或借出国或组织的问题。

(2) 借出国或组织可以就将一机关或代理人交由后一组织调遣事宜与接受组织缔结一项协定。这项协定可以规定哪一国或组织应该对该机关或组织的行为负责。例如，根据与联合国的一个会员国交由联合国调遣的军事特遣队有关的特遣协定范本，联合国被视为对第三方负有责任，但在“政府提供人员的严重疏忽或故意过失以致[造成]损失、损坏、死亡或伤害”等情况下有权向派遣国提出追偿。²⁸⁶ 该协定似

²⁸⁴ 同上，第五十八届会议，补编第 10 号(A/58/10)，p. 38。

²⁸⁵ 通常在联合国与派遣国缔结的协定中明文规定这一点。见秘书长的报告(A/49/691)，第 6 段。

²⁸⁶ 《派遣协定范本》第 9 条(A/50/995，附件；A/51/967，附件)。

乎只处理分担责任事宜，而不涉及行为的归属。总之，这种协定是非决定性的，因为它只制约派遣国或派遣组织与接受组织之间的关系，因此无法剥夺第三方根据一般规则对责任国或责任组织所拥有的任何权利。

(3) 把行为归于派遣国或派遣组织或归于接受组织的标准，是以关于对交由接受组织调遣的机关或代理人的具体行为行使实际控制的第 5 条为依据。国家对国际不法行为的责任条款草案第 6 条²⁸⁷ 采取了类似的处理方式，不过采取了不同的措词方式。根据后一条文，决定性的标准是“该机关为行使支配该机关的国家政府权力要素而行事”。但是，国家对国际不法行为的责任条款草案第 6 条的评注解释说：关于行为归于接受国的问题，它必须是“根据其唯一的指挥和控制，而不是按照派遣国的指示”²⁸⁸ 总之，第 6 条的措词不能在这里予以复制，因为“行使政府权力要素”的提法对国际组织不合适。

(4) 对于国家来说，控制的存在历来主要是针对人或人群的行为，尤其是非正规军的行为是否归于国家这一问题的讨论中进行的。²⁸⁹ 在一机关或代理人交由一国际组织调遣的情形下，控制起到不同的作用。它不涉及某一行为是否可归于一国或一国际组织的问题，而是可将行为归于哪一实体(派遣国或组织或接受组织)的问题。

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

“作为联合国的一个附属机关，一支维持和平部队的行为，从原则上说，可归属本组织，如果实施此种行为违反了国际义务，就会引起本组织的国际责任及其赔偿责任。”²⁹⁰

这项声明总结了联合国关于联合国在刚果的行动(联刚行动)，²⁹¹ 联合国驻塞浦路斯维持和平部队(联塞部队)²⁹² 和后来的维持和平部队的做法。²⁹³

²⁸⁷ 《大会正式纪录，第五十六届会议，补编第 10 号》(A/56/10)，p.95。

²⁸⁸ 第 6 条评注第 2 段，同上，p.95。

²⁸⁹ 同上，pp. 103-109。

²⁹⁰ 2004 年 2 月 3 日联合国法律顾问给编纂司司长的未发表的信。

²⁹¹ 见联合国与比利时(《联合国条约汇编》，第 535 卷，p.191)，希腊(同上，第 565 卷，p.3)，意大利(同上，第 588 卷，p.197)，卢森堡(同上，第 585 卷，p.147)和瑞士(同上，第 564 卷，p.193)等国缔结的赔偿协定。

²⁹² 《联合国法律年鉴》(1980)，pp. 184-185。

²⁹³ 见《秘书长关于联合国维持和平行动经费的筹措的报告》(A/51/389)，第 7-8 段，p. 4。

(6) 在目前情形下，由于派遣国保留对纪律事项和刑事事务的控制，涉及维和部队的实践特别重要。²⁹⁴ 这可能对行为的归属具有影响。例如，联合国法律事务厅在遵守 1973 年《濒危野生动植物国际贸易公约》所规定义务方面采取了下列方针：²⁹⁵

“由于《公约》要求缔约国承担执行规定的责任，还由于部队派遣国保留对其军事人员的刑事行为的管辖权，执行《公约》规定的责任由作为《公约》缔约国的部队派遣国承担。”²⁹⁶

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

(7) 正如若干学者历来所认为的那样，²⁹⁷ 当一机关或代理人交由一国际组织调遣时，在既定情况下与行为归属有关的关键问题似乎是谁对有关行为具有有效控制。例如，在诸如为调查第二期联索行动部队人员受到武装攻击事件而设立的调查委员会报告所述情况下，就很难将部队的行为归于联合国：

²⁹⁴ 见上文，第(1)段和注 25。

²⁹⁵ 《联合国条约汇编》，第 993 卷，p. 243。

²⁹⁶ 《联合国法律年鉴》(1994)，p. 450。

²⁹⁷ J.-P. Ritter, “国际组织方面的外交保护”，《法国国际法年鉴》，第 8 卷(1962)，p.442；R. Simmonds, 联合国军事行动引起的法律问题(The Hague: Nijhoff, 1968)，p. 229；B. Amrallah, “联合国对联合国维持和平部队所进行的活动国际责任”，埃及国际法评论，第 32 卷(1976)，pp. 62-63 和 73-79；E. Butkiewicz, “政府间组织国际责任的前提”，波兰国际法年鉴，第 11 卷(1981-1982)，pp. 123-125 和 134-135；M. Perez Gonzalez, “国际组织和责任法”，国际公法综合评论，第 99 卷(1988)，p. 63 和 p. 83；M. Hirsch, 国际组织对第三方的责任(Dordrecht/London: Nijhoff, 1995)，pp.64-67；C.F. Amerasinghe, 国际组织组建法原则(Cambridge: Cambridge University Press, 1996)，pp. 241-143；P. Klein, 国际组织在国内法律秩序和人权中的责任(Bruxelles: Bruylant/Editions de l'Université de Bruxelles, 1998)，pp. 379-380；I. Scobbie, “国际组织和国际关系” in R.J. Dupuy (ed.)，国际组织手册，2nd ed. (Dordrecht/Boston/London: Nijhoff, 1998)，p. 891；C. Pitschas, *Die völkerrechtliche Verantwortlichkeit der europäischen Gemeinschaften und ihrer Mitgliedstaaten* (Berlin: Duncker & Humblot, 2001)，p. 51；J.-M. Sorel, “联合国在维持和平行动中的责任”，国际法论坛，第 3 卷(2001)，p. 129。一些作者提到“有效控制”，另一些作者提到“行动控制”。后一观念了被用于 M. Bothe, *Streitkräfte internationaler Organisationen* (Köln/Berlin: Heymanns Verlag, 1968)，p. 87。着重指出难于在行动和组织控制之间划定一条界线的论点载于：L. Condorelli, “联合国部队章程和国际人道主义法”，国际法回顾，第 78 卷(1995)，pp.887-888。国际法协会的国际组织责任问题委员会就“实际控制(行动指挥和控制)”提议的案文。国际法协会 2002 年 4 月 2-6 日在新德里举行的第七十届会议报告(2002)，p. 797。

“第二期联索行动部队指挥官对若干国家的特遣队没有有效的控制权，这些特遣队在执行部队指挥部的命令之前不同程度地坚持征求其本国当局的命令。在联合国的旗帜下和在联索行动任务范围内进行的许多大型行动完全不在联合国的指挥和控制之下，虽然其后果对联索行动的任务及其人员的安全具有重大的影响。”²⁹⁸

(8) 联合国秘书长认为，“有效控制的程度”这一标准对联合行动最为关键：

“联合国对联合国部队的与作战有关的活动负有国际责任的前提是，假设有关行动完全在联合国的指挥和控制下。[……]在联合行动中，部队行为的国际责任在于根据确定部队提供国与联合国之间合作方式的安排所赋予的行动指挥和控制权。在联合国与部队提供国之间没有正式安排的情形下，则根据双方在行动中所行使的有效控制的程度个别确定责任。”²⁹⁹

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

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

“如果救灾单位本身由联合国设立，该单位就是联合国的附属机关。此类救灾单位的法律地位类似于例如联合国驻塞浦路斯部队(联塞部队)的法律地位[……]”³⁰⁰

(10) 对一国际组织将其机关交由另一国际组织支配这一较少见的情况，也可以得出类似的结论。泛美卫生会议提供了一个事例，由于世界卫生组织(卫生组织)与泛美卫生组织之间的一项协定，该会议“在世界卫生组织组织法范围内，分别

²⁹⁸ S/1994/653, 第 243-244 段, p. 45。

²⁹⁹ A/51/389, 第 17-18 段, p. 6。

³⁰⁰ 《联合国法律年鉴》(1971), p. 187。

作为区域委员会和世界卫生组织西半球区域办事处”。³⁰¹ 世界卫生组织的法律顾问指出：

“根据那一安排，泛美卫生组织及其工作人员的行为可以牵涉到世界卫生组织的责任。”³⁰²

第 6 条

逾越权限或违背指示

一国际组织的机关或代理人在交由另一国际组织支配之后，其行为依国际法应视为后一国际组织的行为，只要该组织对该行为行使有效控制。

评 注

(1) 第 6 条载述国际组织的机关或代理人的越权行为。该行为可能超越该组织的权限。³⁰³ 它也可能在该组织的权限范围之内，但是过度使用了代理机关或代理人的权力。虽然其措词方式只提到第二个情况，第一个情况也是适用的，因为超过该组织权限的行为必然超过了该机关或代理人的权限。

(2) 第 6 条必须结合与行为归属有关的其他条文，尤其是第 4 条来解读。据理解，第 4 条规定，机关和代理人是行使该组织职能的人和实体。除了例外情况(第 4 条评注第 9 段)，该组织的规则按照第 4 条第 4 款的规定，将制约这个问题，不管一个机关或代理人是否有采取某些行为的权限。其含义是，只有当指示对机关或代理人具有约束力的时候，就行为归属的目的来说，它才是有关的。此外，在这方面，组织的规则通常具有关键作用。

³⁰¹ 1949 年 5 月 24 日协定第 2 条，载于 <http://intranet.who.int>。

³⁰² 卫生组织法律顾问于 2003 年 12 月 19 日给联合国法律顾问的未发表的信件。

³⁰³ 正如国际法院在关于一国在武装冲突中使用核武器的合法性咨询意见中所说的：

“[……]同国家不一样，国际组织[……]不拥有一般的权限。国际组织受到‘特殊性原则’的制约，也就是说，是由创设它们的国家授予权力的，其限制是以共同的利益为基础发挥作用的，国家委托它们促进这种共同的利益。”

《1996 年国际法院报告书》，p. 78 (第 25 段)。

(3) 第 6 条的措词方式密切地依循着国家对国际不法行为的责任条款草案第 7 条的措词方式。³⁰⁴ 其案文的主要不同是由于这样的事实所致：后一条文考虑到关于国家责任的第 4 条和第 5 条的措词方式，从而审议了受权行使政府权力要素的“一国的机关或人或实体的”越权行为，而目前的条文只需要同第 4 条同第 4 条一致就行了，因此比较单纯地提到“一国际组织的一个机关或一个代理人”。

(4) 国家对国际不法行为的责任条款草案第 7 条和目前条文的关键要素都是以“以该身份”行事的机关这一必要条件。这种措词方式是为了表示，在越权行为和机关或代理人的职能之间，必需有密切的联系。正如在关于国家责任的第 7 条评注中所说的，案文“表明所指行为只包括据称或显然执行其正式职能的机关的作为和不作为，而不包括恰巧是国家机关或代理人的个人的私人作为或不作为”。³⁰⁵

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

(6) 国际法院在关于联合国某些费用的咨询意见中接受了将某一机关越权采取的行为归于某一国际组织的可能性，它表示：

“如果确定所涉行为属联合国职能范围之内，但据称是由若干机关以不符合《宪章》所述职能分工的方式启动或实施的，这就涉及内部层面，涉及联合国的内部组织架构。如果这一行为是由一个不该实施该行为的机关所为，这对内部组织架构而言是违规行为，但这并不一定意味着所产生的费用不是联合国的费用。国内法和国际法均预期可能发生法人团体或政治团体因一代理人的越权而对第三方承担法律责任的情况。”³⁰⁶

³⁰⁴ 《大会正式纪录，第五十六届会议，补编第 10 号》(A/56/10)，p.99。

³⁰⁵ 第 7 条评注第(8)段，同上，p. 102。

³⁰⁶ 1962 年国际法院报告书，p. 168。

国际法院认为联合国可能须承担其某一机关的越权行为所产生的费用，这反映了相对于不法行为而言似乎更为强有力的政策考虑，因为拒绝行为归属可能使第三方无从采取任何矫正措施，除非将行为归于某国或另一组织。

(7) 将机关行为和官员行为与受权履行组织部分职能的人员的行为相区分，这没有什么理由，因为这种区分对国际组织的实践意义有限。³⁰⁷ 国际法院似乎认为，组织也应该对并非担任官员的人的越权行为承担责任。该法院在关于人权委员会特别报告员享有法律程序豁免的争议的咨询意见中指出：

“[……]无需赘言，联合国所有代理人无论以何种官方身份行事，必须注意不逾越职能范围，他们应该谨慎行事，以免其行为导致对联合国的索赔。”³⁰⁸

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

(8) 第 6 条中所述规则也在国际货币基金组织总法律顾问的下列声明中得到支持：

“如果官员未遵守规则或玩忽职守，那么，即使他逾越了授予他的权限，也可将所涉行为归于组织，但一官员并非以官方身份行事的行为不可归于组织。”³⁰⁹

(9) 国际组织的实践证实：当行为与机关或代理人的官方职能有关时，一机关或代理人的越权行为可归于组织。这似乎是联合国法律事务厅在一份有关维持和平部队成员在值勤时间外行为所涉索赔问题的备忘录中所采取的立场的依据：

³⁰⁷ 国际法协会国际组织责任问题委员会提议以下规则：

“根据国际法，如果某一国际组织的机关或官员或代理人以官方身份行事，则其行为应该视为该组织的行为，即使这一行为逾越了所授权限或违背了指示(越权行为)。”

国际法协会于 2002 年 4 月 2-6 日在新德里举行的第七十届会议报告。(2002)，p. 797。

³⁰⁸ 《1999 年国际法院报告书》，p. 89 (第 66 段)。

³⁰⁹ 国际货币基金组织总法律顾问 2003 年 2 月 7 日致国际法委员会秘书的未发表的信件。

“联合国对维持和平部队成员在值勤时间外的行为的政策是，本组织对此种行为所造成的死亡、伤害或损害不负任何法律或财务责任。[……]我们认为确定是否处于‘在值勤时间外’的状态的首要因素是事件发生时维持和平使团成员是否以非公务/非业务身份行事，而不是他/她在事件发生时是穿着军装呢，还是穿着平民服装，也不是事件是发生在行动区域内呢，还是发生在行动区域外。[……]就联合国的法律和财务责任而言，维持和平部队中处于警戒状态的成员，如果他/她在指定的‘警戒状态’期间以不属于履行公务的个人身份单独行事，则可能具有在值勤时间外的地位。[……]我们要指出，每一案例的事实情况各不相同，因此，确定维持和平使团成员是处于在值勤时间内的地位还是处于在值勤时间外的地位可能部分取决于每一案例的特定因素，同时要考虑到部队司令或参谋长的意见。”³¹⁰

一国特遣队中某一成员“在值勤时间外”的行为不归于本组织，³¹¹但“在值勤时间内”的行为则可归于本组织，尽管我们不得不考虑任何越权行为与授予此人的职能之间有何种关系。

第 7 条

被一国际组织承认并当作自身行为的行为

按照前述各条文草案不能归于一国际组织的行为，在并且只在该国际组织将此行为承认并当作自身行为的情况下，依国际法应视为该国际组织的行为。

³¹⁰ 《联合国法律年鉴》(1986年)，第300页。

³¹¹ 1979年5月10日，海法地方法院在一项判决中认为联黎部队一成员的行为显然是“在值勤时间外”的行为，该成员参与将爆炸物运入以色列领土。《联合国法律年鉴》(1979年)，第20页。

评 注

(1) 第 7 条涉及一国际组织将按照前述条文不归于该组织的行为“承认和当作”其自身行为的情况。因此，行为的归属取决于该组织对某一行为的态度。“在并且只在”的提法反映它所承认和当作其自身行为的只是该行为一部分的情况。

(2) 第 7 条反映了国家对国际不行行为的责任条款草案第 11 条的内容，³¹²措词方式相同，但所指的是一个国家而不是一个国际组织。正如第 11 条评注中所解释的，当行为“可能未经确定归属”时，可以根据承认和当作自身行为予以确定。³¹³换言之，目前考虑的归属标准即使在尚未确定是否可根据其他标准确定归属的情况下也可以适用。

(3) 在同时涉及国家和国际组织的若干实践情况中，承认和当作其自身行为所涉及的是否行为归属或责任归属，可能并不明确。例如，在欧洲共同体发表的下列声明中，这一点并不完全确定。在欧洲共同体关于某些计算机设备关税分类一案中，欧共体向世贸组织小组提出的口头诉状宣称：

“准备对关税减让方面的所有措施承担全部国际责任，不论遭到投诉的措施是在欧共体一级还是在成员国一级采取的。”³¹⁴

(4) 一个更明显的案例是前南斯拉夫问题国际刑事法庭第二审判分庭的一项裁决。在检察官诉 Dragan Nikolic 一案中，该分庭审议了将被告被捕归于稳定部队的问题。审判分庭首先指出，国际法委员会关于国家责任的条款“对国家没有约束力”，然后，提及第 57 条，并指出，这些条款“主要是针对国家责任而不是国际组织或者实体的责任”。³¹⁵不过，分庭认为，“纯粹作为一般性法律指导”，它将“采用条款草案规定的原则，只要这些条款可有助于确定正在处理的问题”。³¹⁶因此，分庭广泛引用第 11 条及有关评注。³¹⁷然后分庭补充说：

³¹² 《大会正式纪录，第五十六届会议，补编第 10 号》(A/56/10)，p. 118。

³¹³ 第 11 条评注第(1)段，同上，p. 119。

³¹⁴ 未经发表的文件。

³¹⁵ “分庭对质疑管辖权之行使的辩护动议所作的裁定”2002 年 10 月 9 日，案例编号 IT-94-2-PT，第 60 段。

³¹⁶ 同上，第 61 段。

³¹⁷ 同上，第 62-63 段。

“审判分庭认为，双方采用的关于‘确认’‘当作’‘认可’‘同意’‘批准’的标准，与国际法委员会采用的标准相同或者相似。因此，问题是，在假定事实的基础上，是否可以认为，稳定部队已经将个人所采取的行为“确认并当作为其自身的行为。”³¹⁸

审判分庭的结论是，稳定部队的行为不“等于将这些违法行为‘当作或确认为本身的行为’”。³¹⁹

(5) 似乎没有任何政策上的理由足以妨碍对国际组织适用以承认和当作自身行为的方式确定行为归属的标准。在国际组织是否有权作出承认或将行为当作自身行为的事项上，以及在确定哪个机关或代理人被接受有能力这样做时，有可能出现问题。虽然很不可能有特定的规则，组织的规则也制约着这个问题。

³¹⁸ 同上，第 64 段。

³¹⁹ 同上，第 106 段。该上诉被依据另外的标准予以驳回。对有争议之处，上诉分庭只是指出，“发生作为私人的个人实施绑架行为时，不应拒绝行使司法管辖权，这些个人的行为，除非是受国家或者国际组织或其他实体的怂恿，确认或者纵容，本身并不一定侵犯国家主权”。关于涉及逮捕的合法性的中间上诉的裁决，2003 年 6 月 5 日，案例编号 IT-94-2-AR73，第 26 段。

第六章

共有的自然资源

A. 导言

73. 委员会 2002 年第五十四届会议决定将“共有的自然资源”专题列入其工作方案。³²⁰

74. 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。³²¹

75. 大会 2002 年 11 月 19 日第 57/21 号决议第 2 段注意到委员会决定将“共有的自然资源”这一专题列入其工作方案。

76. 委员会 2003 年第五十五届会议审议了特别报告员的第一次报告(A/CN.4/533 和 Add.1)。

B. 本届会议审议这个专题的情况

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

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

79. 委员会在第 2797 次会议上设立了一个跨界地下水问题不限成员名额工作组，由特别报告员担任主席。该工作组举行了 3 次会议。

80. 委员会还于 2004 年 5 月 24 和 25 日听取了欧洲经济委员会、联合国教育、科学及文化组织(教科文组织)、粮食和农业组织(粮农组织)和国际水文地质学家协会地下水问题专家的非正式情况介绍。专家由教科文组织安排出席会议。

³²⁰ 《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。

³²¹ 同上，第 519 段。

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

1. 特别报告员介绍其第二次报告

82. 特别报告员说，A/CN.4/539/Add.1 提供了一些水文地质学案例研究和其他技术背景，但遗憾的是，由于一些技术困难，无法按照第二次报告(A/CN.4/539)第 6 段的设想，在增编中列入对现有条约和世界地下水图表的审查。在这方面，他表示，这些材料和其他一些材料将在非正式情况下向委员会提供。

83. 鉴于委员会和第六委员会对“共有的资源”一词的使用所表示的敏感性，该词可能指一项人类的共同遗产或共同所有权的概念，特别报告员提议，将重点放在“跨界地下水”分专题上，不使用“共有的”一词。

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

85. 特别报告员感谢对他 2003 年说法的一些批评意见，他曾说 1997 年《国际水道非航行使用法公约》(下称“1997 年公约”)所载的几乎所有原则也都适用于地下水。特别报告员从而承认需要调整这些原则。尽管如此，他还说他继续相信，1997 年公约为详细拟定有关地下水的制度提供了基础。

86. 在报告第 8 段中，特别报告员为拟订条款草案提出了总框架。³²² 这一框架或多或少地反映了 1997 年公约，也考虑到了委员会 2001 年通过的关于防止危险活动跨界损害的条款草案。

87. 在第二次报告中，特别报告员提出了第一部分“导言”的条款草案和第二部分“一般原则”的条款草案。他说，他计划在 2005 年就其余各部分提出条款草案，并要求就提议的一般框架发表评论，并提出有关修订、增补或删除的建议。

88. 关于第一部分导言，特别报告员说，他在报告中继续使用“地下水”一词，但在条款草案中选用了“含水层”一词，它是一个更确切的科学术语。

89. 提议的公约的范围见报告第 10 段，第 1 条草案。³²³ 特别报告员说，2002 年，他曾根据下列设想着手工作：委员会的努力将仅包括 1997 年公约所没有

³²² 特别报告员编写的总框架如下：

- 第一部分. 导言
 - 公约的范围
 - 用语(定义)
- 第二部分. 一般原则
 - 跨界地下水使用原则
 - 不造成损害的义务
 - 一般合作义务
 - 经常交换数据和资料
 - 各种使用之间的关系
- 第三部分. 对其他国家造成影响的活动
 - 对影响的评估
 - 交换信息
 - 磋商和谈判
- 第四部分. 保护、保全和管理
 - 监测
 - 预防(预防性原则)
- 第五部分. 杂项规定
- 第六部分. 争端的解决
- 第七部分. 最后条款

³²³ A/CN.4/539, 第 1 条草案案文如下：

本公约的范围

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

涵盖的跨界地下水，即所称的“封闭的跨界地下水”。委员会使用“封闭的”一词来指与地表水“不相通”、“不相连”或“不连”的地下水体。但是，使用“封闭的”一词引起了严重的问题。

90. 第一，地下水专家使用该词有完全不同的含义。对他们而言，“封闭的”是指在压力之下水的水力状态。因此，最好不用“封闭的”一词，以避免法律专家和地下水专家之间出现混淆，因为地下水专家将参与所提议公约的实施。

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

92. 特别报告员认为，委员会应当包括这两类重要的含水层，因此他决定从公约草案范围中删除“与地表水不相连”这一限制因素。

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

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

95. 关于定义的第 2 条草案，³²⁴ 他说，该条除其他外载有含水层和含水层系统的技术定义。在地下水的情况下，含水层的概念既涵盖了储水的岩层，也涵

³²⁴ 同上，第 2 条草案如下：

用 语

为本公约的目的：

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

盖了岩层中的水体，因此，用含水层的使用来涵盖所有使用类别就足够了。在这方面，特别报告员提到增编附件案例 4，该案表明，A 国和 B 国国内的、水力上相连的含水层应当作为单一系统对待，以便妥善管理。此种含水层系统是跨界的，因此，他认为必须有一个含水层系统的定义，并提议在整个公约草案中规范含水层系统。

96. 特别报告员还提到增编附件案例 3，他说，还可能有案例 3 之二：国内含水层在水力上与 B 国内河相连。尽管在增编第 2 段中，他曾说过，1997 年公约和提议的公约都应当适用于案例 3，但经过思考，他不再肯定这种水力上的联系是否就是 1997 年公约起草人所想的与地表水的联系。如果是，并适用 1997 年公约，则第 7 条所载的无害原则会缓解一些问题。但是，第 2 条草案的拟订并未使此种含水层为跨界含水层，因此，如何处理这种含水层，需要有一个足够好的解决办法。

97. 关于增编附件案例 5，他说，在含水层和含水层系统的定义中，补给区和排泄区在含水层之外。为了妥善管理含水层，这些区域也应当加以规范，因此，他计划拟订条款草案予以规范，也许放在总框架第四部分中。

98. 关于第二部分一般原则，其中将载有一个指导跨界含水层系统使用原则的条文草案，特别报告员表示，他需要就如何拟订此种条文草案得到指导。1997 年公约第 5 条载有两项基本原则，“公平使用”和“合理利用”，对委员会的努力来说可能不适当。尽管“公平使用”对于资源在真正意义上为“共有的”的情况可能被认为是充分适用的，但在地下水的情况下人们对“共有的资源”概念的抵制使人怀疑，公平使用原则是否会被证明在政治上可接受。关于另一条原则——“合理利用”，其中含有“可持续使用”的科学含义，如果有关资源为可再生资源，则该原则成立，但鉴于有些地下水并非可再生，因此，可持续使用的概念就与此无关了。有关国家将必须确定，它们是希望在短期还是长期内用尽有关资源。这就引起了可适用于此种情况的客观标准的问题，特别报告员对这一问题尚无答案。

99. 关于另一项关键原则，即不对其他含水层国家造成损害的义务，特别报告员提到第 4 条草案，³²⁵ 其第 1 和第 2 款要求防止对其他含水层系统国造成“重大损害”。在本委员会和第六委员会中，都有人表示认为，由于地下水的脆弱性，需要采用低于“重大损害”的标准。但是，他保留了 1997 年公约第 7 条和关于防止有害活动造成跨界损害的条款草案第 3 条中通过的重大损害的标准，因为“重大”的概念足够灵活，足以保障含水层的存在。

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

101. 特别报告员回顾说，第 4 款提到赔偿问题，但并未涉及赔偿责任本身。委员会有些委员和一些代表团在第六委员会提议。列入一个关于赔偿责任的条款，特别报告员认为，这个问题最好留给委员会在“国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任”专题下审议。

³²⁵ 同上，第 4 条草案如下：

不造成损害的义务

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

102. 特别报告员说，第 5 条³²⁶、第 6 条³²⁷ 和第 7 条³²⁸ 不言自明。他说，定期交换数据和信息是含水层系统国家之间有效合作的一个先决条件，鉴于有关含水层系统科学结论不够充分，拟订了第 6 条草案第 2 款。

103. 第 7 条草案涉及含水层系统不同类别使用之间的关系，沿用了 1997 年公约第 10 条的先例。关于第 4 条第 2 款末尾“人类生活的必需”这一措辞，他回顾说，关于这一措辞有一项谅解，全体工作组主席在详细介绍 1997 年公约时曾经提到。这项谅解是，“在确定‘人类生活的必需’时，应该特别注意提供足够的水，以维持人类的生命，包括饮用水和制造食物所需的水，以避免饥饿”。

³²⁶ 同上，第 5 条草案如下：

一般合作义务

1. 含水层系统国应在主权平等、领土完整、互利和善意的基础上进行合作，使跨界含水层系统得到适当利用和充分保护。
2. 在确定这种合作的方式时，含水层系统国如果认为有必要，可以考虑设立联合机制或委员会，以便参照各区域的现有联合机制和委员会所得的合作经验，就执行相关措施和程序进行合作。

³²⁷ 同上，第 6 条草案如下：

经常地交换数据和资料

1. 根据第 5 条，含水层系统国应经常地交换关于跨界含水层系统状况，特别是有关含水层系统的地质、水文地质、水文、气象和生态性质和水化学方面的便捷可得的数据和资料以及有关的预报。
2. 鉴于某些跨国含水层系统的性质和范围并不确定，含水层系统国应根据现行的做法和标准，尽力单独地或共同地，并酌情协同或通过国际组织，收集和编制新的数据和资料，以更全面地确定含水层系统的情况。
3. 如果一含水层系统国请求另一含水层系统国提供非便捷可得的数据或资料，后者应尽力满足请求，但可附带条件，要求请求国支付收集和酌情处理这些数据或资料的合理费用。
4. 含水层系统国应尽力收集和酌情处理这种数据和资料，以便于收到数据和资料的其他含水层系统国利用。

³²⁸ 同上，第 7 条草案如下：

各种不同使用之间的关系

1. 如无相反的协定或习惯，跨界含水层系统的任何使用均不具有自动优先于其他使用的地位。
2. 跨界含水层系统的各种使用之间发生冲突时，采取的解决办法应特别顾及人类生活的必需。

2. 辩论概况

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

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

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

107. 有些委员同意特别报告员的意见，认为工作的重点不能仅限于 1997 年公约未涵盖的那些地下水，而另一些委员则认为，应当有一个关于目前努力范围之外的地下水的更详细的解释。

108. 关于委员会工作的范围，有的委员还提出，应当在条款草案的某处提到在公约草案范围之外的那些地下水。另一方面，有的委员还提出，了解为什么技术专家认为应当规范所有各类地下水——不仅仅是跨界地下水——将会令人感兴趣。此外，还提出了这样的问题：国际社会是否应当表示兴趣，确保在诸如水这样的生命基本必需品问题上，一国的行为应当对其公民未来世代负责。

109. 有人表示认为，委员会必须确定其努力的目标。委员会着手开展的工作看来并不涉及编纂国家的实践，也不涉及国际法的逐步发展，而是立法性质的工作。还有人说，委员会努力的主要目标是确立一种自然资源的适当使用，而不是详细拟定一项环境条约或对行为加以规范。

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

111. 有人提出，每个国家对决定使用其地下水资源的方式负有首要责任，这一责任先于国际一级的国家责任。因此，有关国家须通过国家之间的协议并在国际社会的协助下制定相关的行为守则，其中区域安排将发挥特殊的作用。在这方

面，提到了南锥体共同市场各国——阿根廷、巴西、巴拉圭和乌拉圭——圭对瓜拉尼含水层采取的办法。

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

113. 作为区域一级所开展工作的案例，人们提到南锥体共同市场关于瓜拉尼含水层的两个项目：第一个是一项技术研究，考虑了诸如准入和可能的使用等问题，第二个项目谋求建立法律准则，规范有关资源所在国的权利和义务。人们指出，南锥体共同市场各国考虑了关于瓜拉尼含水层的某些要素：地下水属于其所在土壤国家的领土范围；地下水是指与地表水不相连的水；瓜拉尼含水层是仅属于南锥体共同市场四国的一个跨界含水层；它们认为该含水层的开发是一个区域基础设施一体化项目，属区域经济一体化组织管辖范围内的事项。南锥体共同市场各国与各国际组织密切合作，重点保护、有控制地开发和共同管理瓜拉尼含水层，但所有权、管理和监测为南锥体各国自己完全负责。因此，将会同时开展两项程序。一方面，委员会将继续其编纂工作，而与此同时，关于瓜拉尼含水层的区域安排则将以更快的速度进行；一种双向的信息交换进程将被证明最为有用。

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

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

116. 在以1997年公约为委员会关于地下水工作的基础方面，有人敦促应当谨慎，因为该公约尚未生效，签署和批准的国家数目不多。还有人说，在以关于预防危险活动造成跨界损害的条款草案为指导方面，同样应当谨慎，因为大会尚未通过有关条款草案。

117. 委员们表示支持特别报告员关于详细拟定一项关于 1997 年公约与委员会这一分专题工作之间可能重叠的规定的建议。

118. 委员们注意到，各国对委员会要求提供有关跨界地下水使用和管理的信息的请求没有什么反应。国家实践的缺乏被认为是另一条理由，证明应当对建立一个关于该分专题的法律框架持谨慎态度。但是，也有人提出，委员会应当鼓励特别报告员继续从事该专题的工作，因为其授权并不限于编纂现有实践。

119. 有些委员表示支持特别报告员在第二次报告中所用的“跨界”一词，因为先前所用的“共有的”一词受到批评。尽管如此，也有人说，虽然使用“跨界”一词，但并未消除财产的含义，因为有关资源不可分割，所以与另一个也具有权利的国家“共有”。如特别报告员所建议，列入“含水层”一词，删除“封闭的”一词这一做法也得到支持。

120. 有人建议，应当起草一个条款，以突出构成公约草案范围的三个要素；此种条款将规定公约草案在下列方面适用于跨界含水层系统：(a) 其使用；(b) 对其有或可能有影响的活动；和(c) 保护、保全和管理跨界含水层系统的措施。

121. 有人提出在本专题的标题中是否应当继续使用“共有的”一词这一问题。

122. 关于委员会所作努力的最后成果应当采取的形式，发表的意见各不相同。有人提出，没有充分的国家实践作依据，公约草案将不会为各国所接受，因此，这种观点认为，最好拟订一些准则，载列一些建议，用以帮助起草双边或区域公约。另外一种建议是，详细拟定一个法律范本或一个框架公约。也有人表示支持特别报告员采用的办法，编写条款草案以协助委员会工作，将最后形式的问题留待以后阶段处理。

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

124. 关于第 1 条草案，有些委员支持条款的适用不限于“使用”，而扩大及于“其他活动”。人们认为，“使用”和“活动”这些措辞应当更加明确。建议用“开发”取代“使用”，这一概念见于第 2 条草案(a)款。

125. 有人建议“使用”一词的对象应当指地下水，而非“含水层”。

126. 第二次报告第 15 段建议不使用“对这些系统有影响或可能产生影响”，而使用“有可能对这些系统造成影响”，对此人们表示有一定困难，因为新的措辞将不适用于目前对跨界含水层系统有影响的活动。委员们也对后一措辞表示支持，因为其中包含了对环境的关注。

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

128. 而且，鉴于第 2 条草案的定义，并同第 4 条草案第 2 和第 3 款一道来看，引起的问题是，含水层系统国家是否必须保护可在将来使用的含水层；人们认为应当适当保护此种含水层。

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

130. 还有人提出，“含水层”的定义在关于开发含水层的义务方面可能被证明不充分或不确切，因此要求一个“含水层的水”的定义。

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

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

133. 关于第 4 条草案，有人建议，第 1 和第 2 款的次序应当颠倒过来，因为第 2 款中提到的活动在开发含水层之前可能就已经开始，而且，还有人说，所提

到的预防措施也应当适用于哪些尽管本身并非含水层系统国家但却是开展可能对含水层有影响的活动的国家，这一点同样也适用于第 5 条草案第 1 款和第 6 条草案第 3 款。

134. 关于第 4 条草案第 1 和第 2 款中所载不造成损害的义务，有人说，出于各代人之间公平和尊重环境的完整性这些考虑，应当规定防止对含水层本身造成损害的义务，而非像条款中所建议的不对含水层国家造成损害的义务。在这方面，有人建议，第 4 至第 7 条草案仅应当在有关范围得到充分界定、有关原则得到充分拟订的情况下才讨论。

135. 关于“损害”一词，有人说，尽管有用，但该词含有一个松散的概念，要求提出造成了一定程度损害的证据。因此，委员会应当进一步考虑查明其所设想各类损害。

136. 而且，有人表示了一些关注，认为“重大损害”的概念不适用于地下水不可持续使用造成的问题，尽管第 4 条草案第 3 款可以被理解为努力处理取水率的问题。还有人说，重大损害的概念根据不同的因素而异，如时间的流逝，发展的水平等，因此最好避免界定重大损害，这一问题可由各国在区域一级商定。还有人提出，也许需要一个低于重大损害的界限，因为地下水比地表水更容易受到损害。

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

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

139. 关于第二次报告第 28 段提到的赔偿责任和争端解决机制问题，有人说，赔偿也许永远不是一种充分的补救办法，因此，预防才是关键。因而委员会也许可以拟订条款，鼓励各国合作行事，承认其在地下水资源方面的相互依存性，并查明在解决可能出现的任何争端方面获得援助的手段。还有人说，损害跨界含水层功能的国家应当有义务做得更多，而不仅仅是讨论赔偿问题，如第 4 条草案第 4 款所提议的那样。此外，如果损害是由不法行为造成，这种情况可能引

起责任问题。另一种意见认为，如特别报告员所建议的，赔偿责任问题最好是在“国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任”专题下处理。

140. 关于第 5 条草案，有人建议在第 1 款合作的义务中专门提到环境保护和可持续使用。还有人提议解释第 1 款中“领土完整”一词的含义，尽管也有人说，这一词汇经过辩论并列入了 1997 年公约第 8 条。另一项建议是加强第 5 条草案第 2 款。

141. 关于第 6 条草案第 2 款，有人说，其内容看来隐含在同一条文草案第 1 款中，因此这一款没有必要；1997 年公约中就没有类似于第 2 款的一项规定。还有人建议，可以列入一项规定，涉及对国防和安全至关重要的数据和信息，这也许是受到 1997 年公约第 31 条的启发。

142. 关于第 7 条草案，有人说，第 2 款中提到的人类生活的急需应当在多大程度上先于第 1 款提及的协定或习惯的存在，这一点不清楚。另一种意见认为，这两款可以合并，给人类生活的必需以优先的地位。有人说，如果一国停止开发地下水，以顾及人类生活的必需，则应当得到赔偿。但是，也有人提出，人类生活的必需并非绝对法，因此不能优先于条约义务。而且，还有人建议允许有关含水层系统国家处理各种使用的优先次序问题。

3. 特别报告员的总结

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

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

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

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

147. 他认为，所提议的第 1 条草案的新措词极为有用。他还认为，定义中涵盖了目前没有开发但将来可能开发的含水层。

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

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

150. 特别报告员不肯定是否需要一个单独的“水”的定义，因为突出岩层中所存的水的使用可能就足够了。

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

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

153. 关于不造成损害的条款，有几位委员从不同的角度提到“重大损害”问题。特别报告员回顾了委员会围绕这一概念进行的广泛的辩论历程，在通过关于国际水道非航行使用法条款草案二读期间最后商定了“重大损害”一词。当时的理解是，如果损害并非轻微或微小，但又能轻于“显著”或“严重”，则为“重大”损害。而且，他回顾说，委员会曾两次就类似项目向大会建议重大损害的界限，因此，修订这一界限需要有令人信服的理由。他欢迎这方面的任何其他建议。

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

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

156. 有几位委员提到第 7 条草案中不同类型使用之间的关系问题。特别报告员认为，该条取决于指导含水层系统使用的原则的最后结果。他并不认为第 2 款是第 1 款的一个例外。第 2 款意味着，在为饮用目的和娱乐目的取水之间发生冲突的情况下，前者应当优先。

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

第七章

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

A. 导言

158. 委员会 1978 年第三十届会议将“国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任”这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。³²⁹

159. 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。³³⁰ 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的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。³³¹

³²⁹ 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。

³³⁰ 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。

³³¹ 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。《1984 年……年鉴》，第二卷(第一部分)，p.129，文件 A/CN.4/378；委员会还收到秘书处编写的一份研究报告，题为“关于国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任的国家实践概览”。《1985 年……年鉴》，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/CN.4/471。

160. 委员会 1985 年第三十七届会议任命胡利奥·巴尔沃萨先生为本专题的特别报告员。委员会从 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。³³²

161. 委员会 1992 年第四十四届会议设立了一个工作组，目的是审议与本专题的范围、应就本专题采取的办法以及本专题今后工作的可能方向有关的一些一般性问题。³³³ 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。首先完成关于防止跨境损害的工作，然后进行补救措施方面的工作。³³⁴ 鉴于本专题的标题含义不够明确，委员会决定继续依本专题应处理“活动”这一工作假设行事，并暂时不对标题作正式修改。

162. 委员会 1996 年第四十八届会议重新设立了工作组，以根据特别报告员的报告和委员会多年来举行的讨论审查本专题的各个方面，并向委员会提出建议。工作组提交了一份报告，³³⁵ 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，并提交了一些条文及其评注。

163. 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问題。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

³³² 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。

³³³ 《1992 年...年鉴》，第二卷(第二部分)，第 281 段。

³³⁴ 同上，第 341-349 段。关于委员会的详细建议，见《1995 年...年鉴》，第五章。

³³⁵ 《大会正式记录，第四十八届会议，补编第 10 号》(A/51/10)，附件一。

联系，却互有区别。因此，工作组议定，从今以后，预防问题和责任问题应该分别处理。

164. 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。³³⁶ 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。³³⁷ 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。³³⁸

165. 委员会 1998 年第五十届会议一读通过了一套包含 17 个条文的关于预防危险活动的越境损害的条款草案。³³⁹ 委员会 2001 年第五十三届会议通过了序言草案和一套包含 19 个条文的关于预防危险活动越境损害的条款草案定本，³⁴⁰ 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。

166. 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。

167. 委员会 2002 年第五十四届会议恢复审议本专题第二部分，并设立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·拉奥先生为本专题的特别报告员。³⁴¹

³³⁶ 同上，第五十二届会议，补编第 10 号(A/52/10)，第 168 段。

³³⁷ 同上。

³³⁸ 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。

³³⁹ 《大会正式记录，第五十三届会议，补编第 10 号》(A/53/10)，第 52 段。

³⁴⁰ 同上，第五十六届会议，补编第 10 号(A/56/10)，第 97 段。

³⁴¹ 同上，第五十七届会议，补编第 10 号(A/57/10)，第 441 段。

168. 委员会 2003 年第五十五届会议审议了特别报告员关于危险活动引起跨界损害情况下损失分配的法律制度的第一次报告(A/CN.4/531)并设立了一个不限成员名额的工作组，由彭马拉朱·斯里尼瓦萨·拉奥先生担任主席，协助特别报告员参照他的报告和委员会中的辩论情况审议本专题今后的工作方针。

B. 本届会议审议这个专题的情况

169. 委员会在本届会议上收到了特别报告员关于危险活动所致跨界损害的损失分配法律制度的第二次报告(A/CN.4/540)。这份报告分析了各国对涉及损失分配的一些主要问题的评论。它参照所述意见以及委员会中前几次的辩论得出一般性结论。特别报告员也在其报告中提交了一套载有 12 个原则的草案。³⁴² 委员会在

³⁴² 特别报告员提议的这套原则草案内容如下：

1. 适用范围

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

2. 用语

为本条款草案的目的：

- (a) “损害”指对人员、财产或环境所造成的重大损害；包括：
 - (一) 人员死亡或人身伤害；
 - (二) 按照本条款负有责任的个人所持有财产以外的财产的损失或损害；
 - (三) 财产或自然资源或环境的使用因受到损害而直接产生的经济利益的收入损失，但须计及节余和费用；
 - (四) 恢复财产或自然资源或环境原状的措施的费用，但须以实际采取措施的费用为限；
 - (五) 反应措施费用，包括这种措施造成的任何损失或损害，但须以危险活动造成或引起的损害为限；
- (b) “环境损害”指环境或自然资源因受损坏而造成的损失或损害；
- (c) “环境”包括：生物性和非生物性自然资源，例如空气、水、土壤、动物和植物等以及这些因素之间的相互作用；作为文化遗产的财产；以及景观的特征部分；
- (d) “危险活动”指具有造成重大或灾难性损害风险的活动；

-
- (e) “经营者”指发生造成跨界损害事件时指挥或控制活动的任何个人，可包括母公司或其他有关实体，不论其是否为法人组织；
 - (f) “跨界损害”指在起源国以外的一国领土或在其管辖或控制下的领土之外的其他地方，或在包括起源国在内的任何国家管辖或控制范围之外的其他地方造成的损害，不论当事国或地区是否拥有共同边界；
 - (g) “复原措施”指任何旨在评估、复原或恢复被损或被毁的环境部分，或在无法采取这种措施的情况下酌情为这些环境部分采用等值替代的合理措施。负责采取这种措施的方面应由国内法明订之；
 - (h) “因应措施”指跨界损害发生后包括公共当局在内的任何个人采取的预防、减少或减轻可能的损失或损害或安排进行环境清理的任何合理措施。负责采取这种措施的方面应由国内法明订之；
 - (i) “起源国”指在其领土或在其管辖或控制下的领土进行原则 1 所指活动的国家；
 - (j) “受害国”指在其领土或在其管辖或控制下的领土内发生跨界损害的国家；
 - (k) “可能受影响国”指在其领土内具有重大跨界损害风险的一个或多个国家，或对可能遭受这种损害的任何其他地方拥有管辖或控制权的一个或多个国家；
 - (l) “当事国”指起源国、可能受影响国和伤害国。

3. 受害人赔偿和环境保护

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

2. 另一目标是，确保危险活动对国家管辖或控制范围以外地区或地方的环境或自然资源造成的损害都能按照本件原则所规定的限制和条件得到赔偿。

4. 及时和充分的赔偿

备选案文 A

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

2. 起源国还应采取必要措施，确保对在其领土或在其管辖或控制下的地方的危险活动对另一国或另一国管辖或控制范围以外地区的环境或自然资源造成的跨界损害进行及时和充分的赔偿。

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

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

备选案文 B

1. 在一国领土或在其管辖和控制下的地方的危险活动经营者应就这种活动造成的跨界损害对任何其他国家领土或在其管辖和控制下的地方的人员或环境或自然资源，或

对任何国家管辖和控制范围以外地区的环境或自然资源负有责任。

2. 经营者应根据批准这项活动的起源国的法律所适用的条件、限制或免责条款承担责任。

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

5. 补充赔偿

1. 当事国应采取必要措施，建立补充供资机制，对根据本项原则就这种损害[依法]提出索赔而无法得到经营者迅速和适当赔偿的跨界损害的受害人进行赔偿。

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

3. 当事国应该建立根据本原则草案确定赔偿实属不足的标准。

6. 保险和财政计划

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

7. 反应行动

1. 缔约国应要求从事本项原则所述范围内活动的经营者迅速采取有效行动处理活动中出现的任何事故，使事故可能导致的任何损害尽可能减少，包括任何跨界损害。反应行动应包括迅速通知可能受影响的所有缔约国，以期同他们协商及进行合作。

2. 如果经营者未采取必要的、迅速和有效的反应行动，起源国应酌情同可能受影响国家协商安排反应行动。

8. 提供申诉途径

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

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

3. 各个缔约国应确保法院拥有审理此类索赔案的必要权限。

9. 同其他国际法规则之间的关系

本原则不影响缔约国根据关于国家国际责任问题的一般国际法规则所具有的权利和义务。

2004年5月26至27日和6月1日、2日和3日举行的第2804、2805、2807、2808、和2809次会议上审议了这份报告。作为非正式文件，委员会还备有经过秘书处修订的与这一专题有关的责任制度概览。³⁴³

170. 委员会在2004年6月3日第2809次会议上设立了由彭马拉朱·斯里尼瓦萨·拉奥先生担任主席的一个工作组，研究特别报告员提交的建议，同时考虑到委员会中的辩论情况，以期推荐条件成熟、可以提交起草委员会的原则草案，同时继续讨论其他问题，包括这个专题应该采取的工作方式。工作组于2004年6月4日和7月6日、7日和8日举行了六次会议。工作组在其工作中审查和订正了特别报告员提交的12个原则草案，并且建议将其报告(A/CN.4/661和/Corr.1)中所载的8个原则草案提交起草委员会。

10. 争端的解决

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

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

11. 发展更详细、更具体的国际制度

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

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

12. 执行

1. 缔约国应颁布执行上述条款可能需要的任何法律、规章和行政措施。

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

3. 缔约国应相互合作，依据国际法规定的义务执行这些条款。

³⁴³ 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(危险活动引起跨界损害所造成的损失的国际责任)这一专题有关的责任制度概览，将编为文件 A/CN.4/543 印发。

171. 委员会于 2004 年 7 月 9 日举行的第 2815 次会议上收到工作组主席的口头报告，决定向起草委员会提交八个原则草案。委员会也请起草委员会拟订序言部分的案文。

172. 委员会在其 2004 年 7 月 23 日举行的第 2822 次会议上审议了起草委员会的报告，并且一读通过了关于在危险活动造成的跨界损害案件中损失分配的八项原则草案(见下文 C 节)。

173. 委员会于 2004 年 8 月 4 日举行的第 2828 次会议上决定，按照其章程第 16 条和第 21 条将这些原则草案(见下文 C 节)，通过秘书长递交各国政府，征求评论和意见，同时要求至迟于 2006 年 1 月 1 日将这些评论和意见提交秘书长。

174. 委员会于 2004 年 8 月 5 日举行的第 2829 次会议上向特别报告员彭马拉朱·斯里尼瓦萨·拉奥先生深表感谢，他以卓越的学术研究和丰富的经验，为委员会处理这一专题作出了杰出的贡献，从而使委员会顺利地完成了此专题责任方面的原则草案的一读工作。

C. 委员会一读通过的关于危险活动造成的跨界损害案件中损失分配的原则草案案文

1. 原则草案案文

175. 委员会一读通过的原则草案案文载录如下。

关于危险活动造成的跨界损害案件中损失分配的原则草案^{*}

大会，

忆及《关于环境和发展的里约宣言》原则 13 和 16，

还忆及《预防危险活动造成跨界损害的条款草案》，

^{*} 委员会保留权利，在二读时根据政府的评述和意见再次审议文件将采取的最后形式的问题。如果委员会必须拟定一份框架公约草案，这项工作将对原则草案 4 至 8 的案文作某些修订，并有几处增加，特别在解决争端以及公约草案与其他国际文书之间的关系方面。

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

注意到由于这种事件，其他国家和（或）其国民可能遭受损害和严重损失，

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

注意到国家应对违反国际法规定的预防义务承担责任，

认识到各国间国际合作的重要性，

忆及针对某些特殊种类的危险活动制订有国际协定，

希望为进一步发展这一领域的国际法作出贡献；

.....

原则 1

适用范围

本原则草案适用于国际法未加禁止、但却可能以有形后果造成重大跨界损害的活动所造成的损害。

原则 2

用语

为本原则草案的目的：

- (a) “损害”指对人员、财产或环境所造成的重大损害；包括：
- (一) 人员死亡或人身伤害；
 - (二) 财产的损失或损害，包括构成文化遗产部分的财产；
 - (三) 环境受损而引起的损失或损害；
 - (四) 恢复财产、环境，包括自然资源的合理措施的费用；
 - (五) 合理反应措施的费用。

- (b) “环境”包括：非生物性和生物性自然资源，例如空气、水、土壤、动物和植物等，以及这些因素之间的相互作用；以及地貌的特征部分；
- (c) “跨界损害”指在领土国或其管辖或控制下所从事的原则草案 1 所述活动在另一国领土上或在该国管辖或控制下的其他地方所造成的损害；
- (d) “危险活动”指可能以有形后果造成重大损害的活动；
- (e) “经营者”指在发生造成跨界损害事件时指挥或控制活动的任何个人。

原则 3

目的

本原则草案的目的是确保遭受跨界损害，包括环境损害的受害者，包括自然人或法人，包括国家，得到及时和充分的赔偿。

原则 4

及时和充分的赔偿

1. 各国应采取必要措施，确保在其领土或其管辖或控制下的危险活动引起跨界损害时对受害者进行及时和充分的赔偿。
2. 这些措施应包括要求经营者或酌情要求其他人或实体履行责任。这种责任不应要求出具过失证明。任何条件、限制或免责条款均应符合原则草案 3。
3. 这些措施也应包括要求经营者，或者必要时其他个人或实体为偿付索赔建立并保持财政担保，例如保险、债券或其他财政担保。
4. 在适当情况下，这些措施应包括要求在国家级设立工业基金。
5. 若以上各段中所列措施不足以提供充分的赔偿，缔约国还应确保拨给更多的财政资源。

原则 5

反应措施

为了尽量减轻本原则草案范围内的活动所涉事件造成的跨界损害，各国应在必要时在经营者的协助下，采取及时和有效的反应措施，或在适当情况下，经营者应采取及时和有效的反应措施。这些措施应包括及时通知所有潜在的受害国、并在适当的时候与它们协商与合作。

原则 6

国际和国内救济

1. 各国应提供适当程序以确保按照原则草案 4 向危险活动所致跨界损害的受害者提供赔偿。
2. 这些程序可包括迅速而又最经济的国际求偿诉讼解决程序。
3. 为执行原则草案 4 作出赔偿的目的，一国应在必要的情形下，确保其本国行政和司法机制拥有必要权限，对此类受害者提供有效救济。这些机制的及时、充分和有效程度应不逊于其本国国民的待遇，并且能够获取有关此种机制的必要资料。

原则 7

拟定专门的国际制度

1. 各国应在全球、区域或双边的基础上合作拟订适当的国际协定，以便就特定类别危险活动应遵循的预防措施和反应措施以及应采取的赔偿和财政保障措施，作出安排。
2. 这些协定可包括工业和(或)国家供资的赔偿基金，以期在经营者财政资源，包括财政保障措施不足以应付事故损失的情况下作为补充赔偿基金。任何此类基金都可指定用于补充或取代全国性的工业基金。

原则 8

执行

1. 一国应制订执行本原则草案时可能需要的任何法律、规章和行政措施。
2. 本原则草案和任何执行规定都不应有任何歧视，如基于国籍、居住地或居所地的歧视。
3. 各国应相互合作，依据国际法规定的义务执行本原则草案。

2. 原则草案案文及其评注

176. 委员会第五十六届会议一读通过的关于危险活动造成的跨界损害案件中损失分配的原则草案案文及其评注载录如下。

关于危险活动造成的跨界损害案件中 损失分配的原则草案 *

总评注

(1) 序言概述了这些原则草案的背景以及所采用的处理方法。序言将这些原则草案置于《关于环境和发展的里约宣言》有关规定的背景之下，接着具体提到《预防危险活动造成跨界损害的条款草案》。

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

* 委员会保留权利，在二读时根据政府的评论和意见再次审议文书将采取的最后形式的问题。如果委员会必须拟订一份框架公约草案，这项工作将对原则草案 4 至 8 的案文做某些修订，并有几处增加，特别在解决争端以及公约草案与其他国际文书之间的关系方面。

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

(4) 这些原则草案确立了实现这一目的的可用的办法。

(5) 序言指出，针对某些特殊种类的危险活动制订国际协定，便可获得必要的赔偿安排。本原则草案鼓励酌情在国际、区域或双边一级制订这样的协定。

(6) 因此本原则草案的目的是促进这一领域国际法的进一步发展：本原则草案就不在具体协定范围内的危险活动向各国提供了适当指导，同时指明了这类协定应处理的事项。

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

(8) 在起草这些原则草案时，委员会以若干基本谅解为出发点。首先，一项普遍的谅解是：(a) 这一法律制度应是一般性和剩余性的；(b) 这一制度不应妨碍委员会 2001 年通过的关于国家责任的有关规则。³⁴⁴ 其次，有一项谅解是，责任问题的范围应与《预防危险活动造成跨界损害的条款草案》的范围相同，委员会也于 2001 年通过了该条款草案。³⁴⁵ 具体地说，委员会还商定，为了启动关于跨界损害的制度，应采用《预防危险活动造成跨界损害的条款草案》中所适用的同样的标准，即“重大”标准。委员会还认真审议了是否有必要讨论与全球公共资源有关的问题这一事项。委员会注意到与那一专题相关的问题属于不同的问题，有其自己的特点，因而得出结论认为，那些问题需要另外处理。³⁴⁶ 第三，委员会还一致认为，应基于某些政策考虑制订这些原则草案：(a) 虽然本专题拟涵盖的活动对经济发展必不可少，并且有益于社会，但本项制度应该作出一旦这些活动引起跨界损害则应为无辜受害者提供及时和充分赔偿的规定；(b) 除了关于预防的条款草案中所设想的那些措施以外，还应制订应急计划和反应措施。

(9) 第四，现有的各种责任和赔偿模式已经证实，国家的赔偿责任是一种例外情况，主要是在外层空间活动方面被接受。因此，另一项普遍性一致意见是，本原

³⁴⁴ 关于国家对国际不法行为的责任条款的案文和评注，见《大会正式记录，第五十六届会议，补编第 10 号》(A/56/10)，第 77 段。

³⁴⁵ 同上，第 98 段。

³⁴⁶ 也见同上，第五十七届会议，补编第 10 号(A/57/10)，第 447 段。

则草案范围内的活动的责任应主要与经营者联系在一起；这样的责任不要求提供过失证明，并且可能有限，或有例外——考虑到社会、经济和其他政策因素。然而同样获得承认的一点是，这样的责任并不需要总由危险活动的经营者来承担。重要的一点是，最处于指挥地位的人或其他人或实体也可被认定负有责任。

(10) 第五，可以指出的是，人们普遍地赞同在任何损失分配方案中考虑到补充性资金；如果接受有限责任的概念，这种补充性资金便尤为重要。基本的谅解是，采纳一项损失分配方案，将损失在众多行为者之间分摊，包括国家在内。鉴于原则草案的一般性和剩余性，据认为不必要事先确定不同行为者的份额，精确查明国家应承担的角色。与此同时，委员们承认，国家根据国际法承担着预防义务，这就要求实施与应有注意义务有关的某些最低限度标准。³⁴⁷ 按照这些义务，各国只能在下列情况下允许进行具有重大跨界损害风险的危险活动：事先批准，利用环境或跨界影响评估，以便评价对批准的申请并确定适当的监测安排以监测这种跨界影响。换句话说，将主要责任与经营者联系在一起，丝毫不能免除国家的义务，国家仍必须履行其国际法规定的预防职责。

(11) 第六，对于危险活动造成损害时的损失分配方案涉及的制度应包含哪些基本内容，委员会存在着广泛的一致意见。大家都理解，在大多数情况下，用于解决赔偿要求的实质性的或适用的法律会涉及到民事赔偿责任或刑事赔偿责任，或涉及到两者，并且取决于若干变量。与选择法院有关的民法或普通法或国际私法原则可能成为焦点，这取决于所涉及的背景情况和管辖地。所以，提议的方案不仅具有一般性和剩余性，而且具有灵活性，对可能产生的要求和适用的法律和程序不会有任何妨碍。

(12) 最后，关于文书的形式问题，委员们在这一阶段已经提出了各种不同的意见。一方面有人提出，这些原则草案应采取条款草案的形式，因而应在形式和内容上与关于预防的条款草案相对应。

³⁴⁷ Birnie and Boyle 在论及预防条款草案时说：“关于将委员会的公约草案规定视为对现有国际法的编纂... 条约和案例法中以及国家实践中都存在着充足的先例同意这样做。这些规定是各国在处理跨界危险时须遵守的最低限度标准，并且是对《里约宣言》原则 2 的履行。” Patricia Birnie and Alan Boyle, *International Law and The Environment* (Oxford, 2002) (2nd ed.), p. 113.

(13) 另一方面，有人指出，由于原则草案必定是一般性和剩余性的，因此更适宜采取原则草案的形式。具体危险活动的不同特性可能要求在具体的安排上采取不同的处理办法。另外，在不同的法律制度下，所作的选择或采用的办法也很可能不同。而且，作出的选择和采用的办法及其执行也可能因有关国家处在不同的经济发展阶段而受到影响。

(14) 经过权衡，委员会得出结论认为，作为建议的原则草案，其具有的优点是不要求各国法律和各法律制度实现统一，而这种统一很可能是做不到的。委员会还认为，如果采取建议的原则草案这一形式，那么普遍接受其实质性规定这一目标便更有可能实现。但正如标题所附的脚注指出的，委员会保留权利在二读时根据各国政府的评论和意见再次审议文件将采取的最后形式的问题。

序 言

大会，
忆及《关于环境和发展的里约宣言》原则 13 和 16，
还忆及《预防危险活动造成跨界损害的条款草案》，
认识到尽管有关国家已遵守了《预防危险活动造成跨界损害的条款草案》的规定，危险活动引起的事件仍会发生，
注意到由于这种事件，其他国家和（或）其国民可能遭受损害和严重损失，
关切地注意到：应该制定适当而有效的措施，以尽量确保因这种事件而蒙受损害或损失的自然人和法人，包括国家，能够获得及时和充分的赔偿，
注意到国家应对违反国际法规定的预防义务承担责任，
认识到各国间国际合作的重要性，
忆及针对某些特殊种类的危险活动制订有国际协定，
希望为进一步发展这一领域的国际法作出贡献；
.....

评 注

(1) 过去，委员会通常向大会提交不带序言草案的条款草案，序言草案由各国来拟订。但是也有过委员会提交序言草案的先例。在提交关于消除未来无国籍状态和减少未来无国籍状态两项公约草案时，在提交与国家继承有关的自然人的国籍问题条款草案以及在提交关于预防的条款草案时，委员会都这样做过。

(2) 正如在总评注里指出的，第一序言段先是提到《关于环境和发展的里约宣言》原则 13 和 16。³⁴⁸ 该项宣言的原则 13 重申了《斯德哥尔摩人类环境宣言》原则 22, 强调各国必须就污染和其他环境破坏的责任问题和受害者的赔偿问题制订法律。《里约宣言》原则 16 考虑到污染者付费原则，论述了应推动环境成本内部化的问题。

(3) 第二序言段不言自明。它将本原则草案与关于预防的条款草案联系在一起。第 3、第 4 和第 5 序言段力求为本原则草案提供最基本的理由。

(4) 第六序言段强调，这些原则草案不影响一国因违反国际法规定的预防义务而可能引起的责任。

(5) 序言的最后三段不言自明。第七序言段承认在这方面开展国际合作的重要性。第八序言段承认对各种类别的危险活动存在着具体的国际协定，最后序言段表明了本专题的工作对进一步发展这一领域的国际法所具有的重要意义。

原 则 1

适用范围

本原则草案适用于国际法未加禁止、但却可能以有形后果造成重大跨界损害的活动所造成的损害。

评 注

(1) 拟订关于适用范围的原则草案是为了反映委员会的下述一致意见，即将 2001 年《预防危险活动造成跨界损害的条款草案》的范围也应用于关于跨界损害

³⁴⁸ 《联合国环境与发展会议报告》，里约热内卢，1992 年 6 月 3 日至 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，决议一，附件一。

的本原则草案。在委员会的工作背景之下，不需要特别强调“预防”和“责任”这两个概念之间的相互关联性。³⁴⁹ 原则草案 1 表明，本原则草案所处理的核心问题是跨界损害。“transboundary damage”的概念与“tranboundary harm”概念一样，注重的是一国境内的活动在另一国管辖范围内引起的损害。

(2) 首先，属于本原则草案范围内的活动是那些“可能以有形后果造成重大跨界损害的活动”。在这一类别之下，可以列出各种不同的活动。正如原则草案标题所显示的，任何危险或极端危险活动，只要在最低限度上具有引起重大跨界损害的危险，均包括在内。极端危险活动是指这样的活动：通常经过良好管理而处在安全状态，但有可能在极个别的时候造成极端严重(不仅仅是重大、严重或大幅度)损害。

(3) 在关于国际责任的本专题的不同发展阶段，曾有人建议拟订一个活动清单，并且可以随时增加或删除清单上的活动。就像处理关于预防的条款草案一样，委员会决定不要这样的清单。详细地列出活动清单并不是没有问题的，而且清单所起的作用据认为不是必不可少。任何这样的清单都可能罗列不全，并且随着不断演变的技术发展，可能很快就需要予以审查。而且，除了某些极端危险的活动以外(这些活动大多受到特别制度的约束，例如在核领域或在外空活动领域)，一项活动所产生的风险基本上取决于对具体技术的运用、具体的背景以及操作方式。委员会感到，很难在一项一般性的清单里将所有这些要素都包括在内。然而，本原则草案范围内的活动都已经是关于预防的条款草案中必须事先批准的活动。

³⁴⁹ 见委员会 2002 年工作组的建议，《大会正式记录，第五十七届会议，补编第 10 号和更正》(A/57/10 和 Corr.1)，第 447-448 段。

(4) 另外，各国总是可以通过多边、区域或双边安排，来具体说明在本原则草案范围内的活动是哪些活动，或在其国家立法中作出这样的规定。³⁵⁰

(5) “国际法未加禁止、但却可能以有形后果造成重大跨界损害的活动”具有特定含义，可理解为包含 4 个要素，即(a) 这类活动未受国际法禁止，(b) 这类活动具有引起重大损害的可能，(c) 这类损害必须是跨界的，(d) 跨界损害必须是由这类活动通过其有形后果而引起的。所有这些要素——人为要素、风险要素、领土(外)要素、有形要素——均来自关于预防的条款草案并经过了适当调整，还在关于预防的条款草案的起草过程中得到过解释。³⁵¹

(6) “国际法未加禁止的活动”这一特定短语之所以采用，主要是为了将本原则草案的作用与关于国家责任的规则的作用区分开来。委员会不仅承认国际不法行为的责任问题的重要性，而且承认对某些活动产生的有害后果进行赔偿的义务的重要性，特别是那些因其性质而具有某些风险的活动。然而，鉴于风险责任的完全不同的基础和风险规则的不同性质以及风险可能具有的内容和形式，委员会决定对两个问题进行分别处理。³⁵² 也就是说，对本原则草案而言，着重点是活动的后果，而不是活动本身的合法性。

(7) 本原则草案，与关于预防的条款草案一样，都关注的是主要规则。因此，如果不履行关于预防的条款草案所规定的预防义务，便可能引起国家责任，

³⁵⁰ 例如，各种责任制度都处理了在其范围内的各种类型的活动：1992 年《保护波罗的海区域海洋环境公约》 [IMO 1] LDC.2/Circ.303；1992 年《关于工业事故跨界影响的公约》(doc. ENVWA/R.54 and Add.1)，reprinted in 31 ILM (1992)，p. 1333；2003 年《因工业事故对跨界水道的跨界影响而造成的损害的民事责任和赔偿议定书》（2003 年基辅议定书）附件一，UNECE document MP/WAT/2003/1- CP.TEIA/2003/3 of 11 March 2003；《关于对环境危险活动造成损害的民事责任卢加诺公约》（卢加诺公约）附件二 (*European Treaty Series*, No. 150. See also 32 ILM (1993), 128)，在这一文书里，在陆地或海洋上建立以焚化方式部分或完全处置固体、液体或气体废物的场点的活动，或建立在缺氧条件下以热降解方式处置固体、液体或气体废物的场点的活动均被列为危险活动；这一公约的附件一还含有一个危险物品清单。另见欧洲议会 2004/35/CE 号指示和欧洲理事会 2004 年 4 月 21 日的指示，均涉及在预防和补救环境损害方面的环境责任问题(OJ L 143/56. 30.4.2004. Volume 47)。

³⁵¹ 《大会正式记录，第五十六届会议，补编第 10 号》(A/56/10)，第 98 段，第 1 条草案的评注。

³⁵² 《1973 年……年鉴》，第二卷，第 38 段。

而不一定同时引起这样的暗示：活动本身是受到禁止的。³⁵³ 在这样的情况下，援引国家责任不仅是为了履行国家自己的义务，而且也是为了履行经营者的民事责任或职责。³⁵⁴ 事实上，在关于预防的条款草案的整个起草过程中，大家都清楚这一点。³⁵⁵

(8) 人们承认，尽管履行了预防义务，仍有可能发生损害。可能出于好几项其他原因而发生跨界损害，不涉及国家责任。例如，会有这样的情况：采取了预防措施，但最终预防措施证明不够，或者在最初批准时，未能查明引起跨界损害的特定危

³⁵³ 《大会正式记录，第五十七届会议，补编第 10 号》(A/56/10)，第 98 段，第 1 条评注第(6)段，第 382 页。也见 M.B. Akehurst “International Liability for Injurious Consequences Arising out of Acts not Prohibited by International Law”, *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 16 (1985), pp. 3-16; Alan E. Boyle, “State Responsibility and International Liability for Injurious Consequences of Acts not Prohibited by International Law: A necessary distinction?”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 39 (1990), pp. 1-25; Karl Zemanek, “State Responsibility and Liability”, in W. Lang, H. Neuhold, K. Zemanek (eds.), *Environmental Protection and International Law* (1991), p. 197; 拉奥，关于预防危险活动的跨界损害的第二次报告，文件 A/CN.4/501，第 35-37 段。 J. Barboza, “La responsabilité ‘causale’ à la Commission du droit international”, *A.F.D.I.*, 1988, pp. 513-522; P. Cahier, “Le problème de la responsabilité pour risque en droit international”, in *I.U.H.E.I.*, *les relations internationales dans un monde en mutation*, Sijthoff Leyden, 1977, pp. 409-434; C-G. Laubet, “Le droit internationale enquête d’une responsabilité pour les dommages résultant d’activités qu’il n’interdit pas”, *A.F.D.I.*, 1983, pp. 99-120; D. Levy, “Responsabilité pour omission et responsabilité pour risque en droit international public”, *R.G.D.I.P.*, 1961, pp. 744-764; P. Strurma, “La responsabilité en dehors de l’illicite en droit international économique”, *P.Yb.I.L.*, 1993, pp. 91-112.

³⁵⁴ 见 P.M. Dupuy, *La responsabilité internationale des États pour les dommages d’origine technologique et industrielle* (Paris, Pedone, 1977), p. 319; I. Brownlie, *System of the Law of Nations: State Responsibility*, Part I (1983), p. 50; A. Rosas, “State Responsibility and Liability under Civil Liability Regimes”, in O. Bring and Said Mahmoudi (eds.), *Current International Law Issues: Nordic Perspectives* (Essays in honour of Jerzy Sztucki) (M. Nijoff, Boston, 1994); and Fouad Bitar “Les mouvements transfrontaliers de déchets dangereux selon la Convention de Bâle”, *Etude des régimes de responsabilité* (Paris, Pedone, 1997), pp. 79-137. 然而，在责任、举证责任和救济方面，有各种不同的标准适用于国家责任和赔偿责任。另见 P.M. Dupuy, “Où en est le droit international de l’environnement à la fin du siècle?” in *Revue générale de droit international public* (1997-4), pp. 873-903; Teresa A. Berwick, “Responsibility and Liability for Environmental Damage: A Roadmap for International Environmental Regimes”, *Georgetown International Environmental Review* (1998), pp. 257-267; and “A propos des mésaventures de la responsabilité internationale des États dans ses rapports avec la protection internationale de l’environnement”, in *Les Hommes et l’environnement en hommage à Alexandre Kiss* (Paris, Frison-Roche, 1998).

³⁵⁵ 《大会正式记录，第五十八届会议，补编第 10 号》(A/58/10)，第 443 段。

险，因此也未能设想采取适当的预防措施。³⁵⁶ 换句话说，跨界损害可能意外发生，或者可能在原先未曾设想的情况下发生。另外，经过一段时间，由于不利影响逐渐积累，也可能发生损害。在讨论赔偿时，应考虑到这种区别。由于在危险活动与发生的损害之间确定因果联系存在着困难，在后一种情况下提出索赔并不常见。³⁵⁷

(9) 本原则草案的侧重点是所引起的损害，而不论是否履行了关于预防的条款草案所载的应有注意义务。然而，如果起源国没有履行应有注意义务，那么除了根据本条款草案要求赔偿以外，还可针对国家对不法行为的责任提出求偿。

(10) 第二项标准是，本原则草案所涉及的活动是那些最初就具有“引起重大跨界损害的危险”的活动。正如在关于预防的条款草案第 2 条(a) 款的评注中所界定的，“引起重大跨界损害的危险”这一短语“包含了引起灾难性跨界损害的较低可能性或引起重大跨界损害的较高可能性”。³⁵⁸ 因此，这一短语提到的是发生意外的可能性与损害性后果的规模两者的合并后果。因此，“危险”与“损害”的合并效果产生了所谓重大的后果。

(11) “重大”被理解成是指超过“察觉”，但不必达到“严重”或“显著”的程度。³⁵⁹ 这种损害必须导致对其他国家诸如人的健康、公约、财产、环境或农业的真实的破坏作用。这种破坏作用必须能够按照事实和客观的标准加以衡量。地球在生态上作为一个单元与政治上的边界不对应。各国在其境内开展合法活动的时候，会相互产生影响。这些相互影响只要尚未达到“重大”的水平，则被认为是可容忍的，不在本原则草案的范围之内。

(12) 第三项标准涉及有关活动引起的损害的跨界性质。原则草案 2 界定了“跨界损害”。它将跨界损害与进行有关活动的国家以外的另一国的领土或其管辖或控制的其他地方联系起来。因此，这项标准涉及三个概念，即“领土”、“管辖”和“控制”。关于预防的条款草案对这些概念都作了界定。³⁶⁰ 活动必须

³⁵⁶ 同上，第 444 段。

³⁵⁷ 见 Peter Wetterstein “A Proprietary or Possessory Interest: A Condition sine qua non for claiming damage for environmental impairment, in Peter Wetterstein, *Harm to the Environment: the Right to Compensation and Assessment of Damage*, Clarendon Press, Oxford (1997), p. 30. 另见薛捍勤, *Transboundary Damage in International Law*, Cambridge University Press, 2003, pp. 19-105 and 113-182.

³⁵⁸ 《大会正式记录，第五十六届会议，补编第 10 号》(A/56/10)，第 98 段，第 2 条评注第(1) 段，p.387。

³⁵⁹ 同上，第 4 和第 5 段，p.388。

³⁶⁰ 同上，第 98 段，第 1 条评注第(7)-(12)段，pp.383-385。

在一国领土上或受一国管辖或控制的其他地方进行，但在另一国领土上或受其管辖或控制的地方产生影响。

(13) 划定本专题范围的第四项标准是，重大跨界损害必须是由有关活动的“有形后果”引起的。因此，一国在货币、社会经济或类似领域的政策和引起的跨界损害排除在本专题范围之外。³⁶¹

(14) 最后，原则草案所关注的是由危险活动“造成的损害”。在本原则草案里，在仅提到损害(harm)的危险而不是损害实际发生的后来阶段时，保留了跨界损害(harm)的更宽范的概念。“损害(damage)”就是用来指后一阶段的。使用“damage”这一词是为了具体指已经发生的跨界损害。这个词也是人们比较熟悉的。在责任制度里这是经常使用的术语。³⁶² “Damage”之前加上了

³⁶¹ 同上，第 16 和 17 段，p.386。

³⁶² “Damage (损害)”的定义见于下列文书：1999 年《危险废物及其他废物越境转移及处置所造成损害的责任及赔偿巴塞尔议定书》第 2 条第 2 款(c)项 (Document UNEP-CHW.5/29); 2003 年《基辅议定书》第 2 条第 2 款(d)项; 1993 年《卢加诺公约》第 2 条第 7 款; 1996 年《关于海运危险和有害物质造成损害的责任和赔偿公约》第 1 条第 6 款(IMO document LEG/CONF.10/8/2. 另见 35 *ILM* (1996)1415); 1989 年《关于因公路、铁路和内河航行船舶运输危险货物造成损害的民事责任公约》第 1 条第 10 款(Doc. ECE/TRANS/79, 公约案文也见 *Revue de droit uniforme* (UNIDROIT) 1989 (I), p. 280). 另见在预防和补救环境损害方面的环境责任的欧洲议会和欧洲理事会指示 2004/35/CE 的第 2 条第 2 款 (OJ L 143/56. 30.4.2004. Volume 47); 1972 年《空间物体所造成损害的国际责任公约》第一条(a)款 (《联合国条约汇编》，vol. 961, p.187).

“Pollution damage (污染损害)”的定义见于下列文书：1969 年《国际油污损害民事责任公约》第 1 条第 6 款(《联合国条约汇编》，vol. 973, p.3); 1992 年《国际油污损害民事责任公约》第 1 条第 6 款(国际海事组织文件 LEG/CONF. 9/15. 另见 Birnie and Boyle, *Basic Documents on International Law and the Environment* (Oxford, 1995, 91-106.); 2001 年《舱载燃油污染损害民事责任国际公约》第 1 条第 9 款 (国际海事组织文件 EG/CONF.12/DC/1); 1977 年《关于因勘探和开采海床矿物资源而造成油污损害民事责任的公约》第 1 条第 6 款 (16 *ILM* (1977)1451).

“nuclear damage (核损害)”的定义见于下列文书：《维也纳核损害民事责任公约》第一条第 1 款 k 项 (2 *ILM* (1963) 727); 1997 年《修正 1963 年维也纳公约的议定书》第一条第 1 款 k 项(36 *ILM* (1997) 1462); 1997 年《核损害补充赔偿公约》第 1 条 (36 *ILM* (1997) 1473); 2004 年《修正 1960 年核能领域第三方责任巴黎公约的议定书》第一条(a)款第(七)项 (www.nea.fr/html/law).

另见 1988 年《管理南极矿物资源活动公约》第 1 条第(15)款 (27 *ILM* (1988) 859), 该款界定了南极环境或其附属或相关的生态系统的损害, 和 1997 年《国际水道非航行使用法公约》，该公约第 7 条寻求“防止引起重大损害” (大会 1997 年 5 月 21 日第 51/229 号决议, 公约案文见联合国文件 A/51/869. 另见 36 *ILM* (1997) 700).

“transboundary”一词，是为了强调本原则草案的范围所寻求的跨界特点。使用“in relation to transboundary damage”这一短语目的是为了强调本原则草案所处理的与损害有关的范围广泛的问题。这些问题超出了及时和充分赔偿的原则草案范围。

原 则 2

用 语

为本原则草案的目的：

- (a) “损害”指对人员、财产或环境所造成的重大损害；包括：
 - (一) 人员死亡或人身伤害；
 - (二) 财产的损失或损害，包括构成文化遗产部分的财产；
 - (三) 环境受损而引起的损失或损害；
 - (四) 恢复财产、环境，包括自然资源的合理措施的费用；
 - (五) 合理反应措施的费用。
- (b) “环境”包括：非生物性和生物性自然资源，例如空气、水、土壤、动物和植物等，以及这些因素之间的相互作用；以及地貌的特征部分；
- (c) “跨界损害”指在领土国或其管辖或控制下所从事的原则草案 1 所述活动在另一国领土上或在该国管辖或控制下的其他地方所造成的损害；
- (d) “危险活动”指可能以有形后果造成重大损害的活动；
- (e) “经营者”指在发生造成跨界损害事件时指挥或控制活动的任何个人。

评 注

(1) 损害的定义对于本原则草案来说十分重要。将损害的要素单独列出是为了阐明对损害提出求偿的根据。在阐明损害的各项要素之前，需要指出，有资格给予赔偿的损害应达到一定的程度，然后才能导致本原则草案适用。例如，*Trail*

Smelter 案的裁决仅仅关注在特雷尔的冶炼厂所造成的“严重后果”。³⁶³ *Lake Lanoux* 案的裁决也仅处理严重的伤害。³⁶⁴ 若干公约也提到“重大”、“严重”或“显著”伤害或损害，认为这是引发法律求偿的阈值。³⁶⁵ “重大”一词也用在其他法律文书和国内法中。³⁶⁶

(2) “重大损害”的确定既涉及客观标准，也涉及对价值的认定。后者取决于具体案件的情景和发生的时间。例如，在特定时间内剥夺某一种东西可能不被视为“重大”，因为在这一具体时间里，科学知识或人的意识可能认为这种剥夺是可容忍的。但过了一段时间以后，这种观点可能变化，同样的剥夺可能被认为是“重大的损害”。国际社会对空气和水污染的敏感度一直在经历着变化。

(3) (a) 款界定“损害”为对人、财产或环境造成的重大损害。(一)和(二)项涉及了人身伤害和财产损害以及纯粹的经济损失，还有属于国家财产的国家文化遗产的损失。损害不会孤立地出现或发生在真空中。损害一定是对人或物发生的。

³⁶³ *Trail Smelter Arbitration*; 《联合国国际仲裁裁决汇编》，第三卷，p. 1965.

³⁶⁴ *Lake Lanoux Arbitration (France v. Spain)*, *ibid.*, vol. XII, p. 281.

³⁶⁵ 例如参见《管理南极矿物资源活动公约》第4条第2款(27 ILM, (1988), p. 868); 《越界环境影响评估公约》第2条第1和第2款(30 ILM (1991), 802); 以及《国际水道非航行使用法公约》第7条。

³⁶⁶ 例如见美洲司法委员会1965年起草的国际河流和湖泊工农业用途公约草案第5条(美洲国家组织, *Rios y Lagos Internacionales*, 4th ed. 1971), p. 132; 《关于使用国际河川水道的赫尔辛基规则》第10条, 《国际法协会第五十二届会议报告》(Helsinki, 1966), p. 496; 国际法协会起草的公平使用和可持续发展水资源规则(修订稿)(2004年2月第10稿)第21条, www.ila.hq.org/pdf/water; 关于各国在环境领域进行合作的大会1972年12月15日第2995 (XXVII)号决议第1和第2段; 经济合作与发展组织理事会关于跨界污染原则的建议, 1974, 第6段, OECD, *Non-Discrimination in Relation to Transfrontier Pollution: Leading OECD Documents*, p. 35, reprinted in *14 ILM*, (1975), p. 246; 1980年《美国和加拿大关于跨界空气污染问题的意向备忘录》, 32 U.S.T, p. 2541, T.I.A.S. No. 9856; 1983年《墨西哥和美国关于在解决边界地区环境问题方面进行合作的协议》第7条, 22 ILM, (1983), p. 1025. 美国还在其处理环境问题的国内法律中使用了“重大”一词。见 *American Law Institute, Restatement of the Law*, Section 601, Reporter's Note 3, pp. 111-112.

(4) 因此，(一)项中对人的损害包括死亡或人身伤害。在国内法³⁶⁷和条约实践³⁶⁸中都有这样的例子。即使那些仅关注环境损害、不直接处理人身伤害的责任制度也承认其他规则同样会使用。³⁶⁹那些对此事不置一辞的制度似乎也并不完全排除在这一损害类别之下提出求偿的可能性。³⁷⁰

(5) (二)项列出了对财产的损害，这包括财产的损失或损害。财产包括动产和不动产。国内法³⁷¹和条约实践³⁷²中有这样的例子。出于政策考虑，一些责任制度将责任人的财产所受的损害排除在外。侵权行为人不得因其自己的错误行为而受益。《巴塞尔议定书》第2条(2)(c)(二)项和《卢加诺公约》第2条(7)(b)项以及《基辅议定书》第2条(2)(d)(二)项都含有这样的规定。

³⁶⁷ 例如德国的《环境责任法》涵盖了遭受死亡或人身伤害的任何人。芬兰的《环境损害赔偿法》、瑞典的《环境法典》以及丹麦的《环境损害赔偿法》都涵盖人身伤害。

³⁶⁸ 一些责任制度作了如下规定：1963年《维也纳核损害民事责任公约》第一条第1款k项规定核损害包括“(一)生命损失、任何人身伤害或任何财产损失或破坏……”；1997年《修正1963年维也纳核损害民事责任公约的议定书(1997年维也纳公约)》第一条第1款(k)项也提到“(一)生命损失或人身伤害；(二)财产损失或破坏；……”2004年《巴黎公约》第一条第(七)款规定核损害包括“1. 生命损失或人身伤害；2. 财产损失或破坏；……”《关于因公路、铁路和内河航行船舶运输危险货物造成损害的民事责任公约》在第1条第10款中对“损害”下的定义是“(a) 生命损失或人身伤害……；(b) 财产损失或破坏……；”《巴塞尔议定书》第2条第2款(c)项中将“损害”界定为：“(一) 生命损失或人身伤害；(二) 财产损失或破坏，但按照本议定书负有责任之人自己持有的财产除外；”《基辅议定书》第2条第2款(d)项将损害定义为：“(一) 生命损失或人身伤害；(二) 财产损失或破坏，但按照本议定书负有责任之人自己持有的财产除外；”《卢加诺公约》第2条第(7)款将损害定义为：“a. 生命损失或人身伤害；b. 财产损失或破坏，但设施本身或在危险活动场地由经营人控制之下的财产所受损失或破坏除外”。

³⁶⁹ 欧盟关于环境责任的2004/34/CE号指示不适用于人身伤害案件，也不适用于对私人财产的破坏或任何经济损失，不影响与这些类型损害有关的权利。

³⁷⁰ 污染损害的定义见于《国际油污损害民事责任公约》第1条第6款(《联合国条约汇编》，vol. 973, p.3)；1992年《国际油污损害民事责任公约》第1条第6款(海事组织文件LEG/CONF.9/15)。

³⁷¹ 例如芬兰的《环境损害赔偿法》涵盖对财产的损害，瑞典的《环境法典》第31章也规定了对财产损害的赔偿；丹麦的《环境损害赔偿法》也涵盖对财产的损害。

³⁷² 见上文脚注25中所举的例子。

(6) 在传统上,所有权更多地关注的是个人的私人权利而不是公众的权利。个人在就其个人权利或所有权提出求偿方面不会遇到任何困难。这些求偿涉及与死亡或人身伤害或财产的损失或损害有关的所有权。由于环境受到损害而造成的财产损害、人身伤害或纯粹的经济损失,就属于这种情况。在这方面,往往区分后果性经济损失和纯粹经济损失。³⁷³

(7) 后果性经济损失是指死亡或人身伤害或财产损害的后果。这包括因人身受伤害而在收入上的损失。例如,按照《美国石油污染法》2702节(b)款,任何人对其动产和个人财产遭受损害或因为这些财产被破坏而造成的经济损失均可要求赔偿,拥有或租用这些财产的个人均可要求挽回损失。该款还规定,对于“因动产、个人财产受到损害、毁坏或丧失而遭受的利润损失或收入能力的损失”,均可要求赔偿。同样,《德国民法典》第252节规定,任何利润损失均应赔偿。就本原则草案而言,这类损失列于(一)和(二)项下。³⁷⁴因此对于收入损失的赔偿,存在着不同的办法。然而,在对于关于收入损失的索赔方面缺乏具体法律规定的

³⁷³ Bjorn Sandvik and Satu Suikkari, “Harm and Reparation in International Treaty regimes: An Overview”, in Peter Wetterstein, *Harm to the Environment ...*, op. cit., p. 57. See generally, Edward H.P. Brans, *Liability for Damage to Public Natural Resources: Standing, Damage and Damage Assessment* (2001) Kluwer Law International, pp. 9-63. See also Julio Barboza, Special Rapporteur, Eleventh report, document A/CN.4/468 (1995).

³⁷⁴ 例如见 1997 年《修正 1963 年维也纳公约的议定书》第一条第 1 款 k 项,该款将核损害定义为包括... ..在主管法院法律所确定的范围内下列每一分款(iii)由第(i)或(ii)分款中所述损失或损害引起的在此两分款中未包括的经济损失,条件是有资格对所述损失或损害提出索赔的人员遭受了此种损失;(vii)环境损坏所造成的损失以外的任何其他经济损失,只要此类损失为主管法院一般民事责任法所认可... ..另见 1997 年《核损害补充赔偿公约》第 1 条,该条包括在主管法院法律所确定的范围内下列每一分款(iii)由第(i)或(ii)分款中所述损失或损害引起的在此两分款中未包括的经济损失,条件是有资格对所述损失或损害提出索赔的人员遭受了此种损失;(vii)环境损坏所造成的损失以外的任何其他经济损失,只要此类损失为主管法院一般民事责任法所认可。2004 年《修正 1960 年核能领域第三方责任公约的议定书》第 1 条第(7)款定义核损害包括在主管法院法律所确定的范围内下列每一分款... ..(3)由第(1)或(2)分款中所述损失或损害引起的在此两分款中未包括的经济损失,条件是有资格对所述损失或损害提出索赔的人员遭受了此种损失。

情况下，有理由期待，如果涉及危险活动的事件直接给受害人造成严重收入损失，那么有关国家应采取行动，确保受害人不会孤立无援地承受损失。

(8) 另一方面，纯粹经济损失与人身伤害或财产损害没有联系。海岸附近的石油泄漏很可能立即给事件地点周围地区的旅游业和渔业造成损失。这类事件导致人们提出对纯粹经济损失的求偿，但没有多少结果。然而，一些国内立法和责任制度现在承认这类损害是可以赔偿的。《美国石油污染法》第 2702 节(b) 款规定，“任何人可要求获得与自然资源的损害、毁坏或丧失而造成的利润损失或收入能力损失等额的赔偿”。《芬兰环境损害赔偿法》也涵盖了纯粹经济损失，除非这种损失数额很小。《瑞典环境法典》第三十二章也规定了纯粹经济损失的赔偿事宜。不是由犯罪行为引起的纯粹经济损失只有在达到一定程度时才可以赔偿。《丹麦环境损害赔偿法》涵盖了经济损失以及预防措施或恢复环境的合理费用。另一方面，《德国环境责任法》没有涵盖纯粹经济损失。³⁷⁵

(9) 《基辅议定书》第 2 条(d)(三)项和《巴塞尔议定书》第 2 条(d) (三)项都涵盖了出于经济利益而使用环境的过程中出现的收入损失，这种损失因环境受到损害而发生，这些规定都同时考虑到了节省和费用。就本原则草案的目的而言，这类损害列在(三)项下。³⁷⁶

³⁷⁵ 一般性资料见 Peter Wetterstein, “Environmental Damage in the Legal Systems of the Nordic Countries and Germany”, in Michael Bowman and Alan Boyle, *Environmental Damage in International Law and Comparative Law: Problems of Definition and Evaluation* (Oxford University Press) 2002, pp. 222-242.

³⁷⁶ 例如见 1997 年《修正 1963 年维也纳公约的议定书》第一条第 1 款 k 项，该款将核损害定义为包括……在主管法院法律所确定的范围内下列每一分款(v)由于环境的明显损坏所引起的收入损失,而这种收入来自环境的任何利用或享用方面的经济利益,并且该损失未被第(ii)分款所包括; 另见 1997 年《核损害补充赔偿公约》第 1 条, 该条将核损害定义为包括在主管法院法律所确定的范围内下列每一分款……(v)由于环境的明显损坏所引起的收入损失,而这种收入来自环境的任何利用或享用方面的经济利益,并且该损失未被第(ii)分款所包括; 以及 2004 年《修正 1960 年核能领域第三方责任公约的议定书》第 1 条第 (7) 款定义核损害包括在主管法院法律所确定的范围内下列每一分款……(5)由于环境的明显损坏所引起的收入损失,而这种收入来自环境的任何利用或享用方面的经济利益,并且该损失未被第(2)分款所包括; ……

(10) (二)项还包含了成为文化遗产一部分的财产。国家财产包括国家的文化遗产。这涉及许多方面，包括古建筑和遗址，而自然遗产是指自然特征和场点以及地质和生理学形态。它们的价值在于其历史、艺术、科学、美学、民族学或人类学方面的重要性或对自然美景的保存。1972年《保护世界文化和自然遗产公约》对文化遗产提出了广泛的定义。³⁷⁷并非所有民事责任制度都在这一项之下包含了文化遗产方面。例如，《卢加诺公约》在其“环境”的定义里加上了构成文化遗产一部分的财产。³⁷⁸

(11) 尊重和保护文化遗产在和平时期与在武装冲突时期一样都是重要的考虑。关于在武装冲突情况下保护文化财产的海牙公约就重申了这一原则。³⁷⁹另外，国际人道主义法禁止针对构成各国人民文化遗产的历史古迹和艺术作品采取敌对行动。³⁸⁰

(12) (三)项关注的是对环境本身造成损害的问题。这是危险活动对环境本身造成的损害，而丝毫不涉及对人或财产的损害。在对环境本身的损害的问题上，

³⁷⁷ *II ILM* (1972) 1294. 第1条规定，为了该公约的目的，“文化遗产”是指：

文物：从历史、艺术或科学角度看具有突出的普遍价值的建筑物、碑雕和碑画、具有考古性质成份或结构、铭文、窟洞以及联合体；

建筑群：从历史、艺术或科学角度看，在建筑式样、分布均匀或与环境景色结合方面，具有突出的普遍价值的单立或连接的建筑群；

遗址：从历史、审美、人种学或人类学角度看具有突出普遍价值的人类工程或自然与人工联合工程以及考古地址等地方。

另见1954年《关于发生武装冲突时保护文化财产的海牙公约》第1条文化财产的定义，该定义基本上指的是对各国人民具有重要意义动产和不动产。另见1972年《关于禁止和防止非法进出口文化财产和非法转让其所有权的方法的公约》。另见《保护非物质文化遗产国际公约》，MISC/2003/CLT/CH/14, 2003年10月17日。

³⁷⁸ 也见《保护和使用跨界水道和国际湖泊公约》第1条(2)款。

³⁷⁹ 1954年5月14日在海牙制订。

³⁸⁰ 《日内瓦公约》附加议定书，第一号议定书第53条和第二号议定书第16条。另见1907年《海牙公约》，尤其是第四公约及其陆战法规和习惯条例（条例第27和第56条）和第九公约即《关于战时海军轰击公约》（第5条），以及1999年3月29日通过的1954年《关于发生武装冲突时保护文化财产的海牙公约》的第二号议定书，www.unesco.org/culture/laws/hague。

不容易确立立场。环境不属于任何人。普遍认为环境是不得由私人拥有的公共财产(*res communis omnium*), 这与 *res nullius* 不同, 那是不属于任何人但可由私人拥有的财产。个人对这种公共财产不拥有个人的权利, 通常无法针对这种财产所受的损害而提出求偿。³⁸¹ 而且, 为了确立索赔, 并不总是容易确定谁可能遭受了生态或美学价值上的损失或因此受到伤害。国家以信托的方式掌管这些财产, 通常公共当局, 更近些时候, 公共利益团体, 获得了提出索赔的地位。³⁸²

(13) (三)至(四)项处理了通常与环境损害有关的索赔。(b) 款处理了环境的定义。这两款都可视为一个整体概念的组成部分。这两款一起构成了环境的损害的定义所包含的基本要素。对环境的损害的概念反映在好几项责任制度中。³⁸³ 对于不同的目的, 可以对环境作出不同的定义, 因此有必要牢记, 不存在一个普遍接受的定义, 然而为了本原则草案的目的, 提供一个工作定义还是有用的。这个定义有助于人们比较客观地认识就环境的损害而采取的救济行动的范围。³⁸⁴

(14) (b) 款给“环境”下了定义。对环境可以作出较窄的定义, 使之仅限于自然资源例如空气、土壤、水、动物和植物及其相互作用。较宽的定义还可包括

³⁸¹ 在审理 *Burgess v. M/V Tamano* 案 (370 F.Supp (1973) 247 at 247) 时, 法院指出: “另外无可争议的是, 完成索赔或获得索赔结果的权利……不是任何个人的私有权利, 而是由国家‘为了人民的共同福祉而受托’持有的公共权利……”

³⁸² 按照美国 1980 年《全面的环境反应、赔偿和责任法》(CERCLA) (42 U.S.C.A, sections 9601 et seq)、1973 年《清洁水法》(33 U.S.C.A, section 1321)、1990 年《油污污染法》(33 U.S.C.A., sections 2701 et seq.), 美国“国会授权政府机构拥有对自然资源的管理权, 以便作为受托人对损害进行评估并收回损害赔偿……公共信托的广泛定义包括属于联邦、州或地方政府或印第安部落或由其管理、受托持有或以其他方式控制的‘自然资源’”。

³⁸³ 例如见《卢加诺公约》(第 2 条第(7)款(d)项); 《工业事故越境影响公约》(第 1 条(c)款, 31 *ILM* (1992) 818); 欧共体 1992 年《越境水道和国际湖泊的保护和使用公约》(第 1 条第(2)款, 31 *ILM* (1992) 1312); 《管理南极矿物资源活动公约》(CRAMRA)(第 8 条第(2)款(a)、(b)和(d)项); 《公路、铁路和内陆航行船只运输期间引起的损害民事责任公约》(CRTD)(第 9 条(c)和(d)项); 《巴塞尔议定书》(第 2 条第 2 款(c)项(iv)和 (v)目); 以及《基辅议定书》(第 2 条(d)项(iv)-(v)目)。

³⁸⁴ 见欧洲共同体关于纠正环境损害的绿皮书, COM (93) 47 final, 14 May 1993, p.10. 另见关于环境责任的 2004/35/CE 号指示第 2 条。

环境价值。委员会决定在定义里包括后者，即把诸如地貌的美学方面等非服务价值也包括在内。³⁸⁵ 这包括由于自然美及其娱乐特征和这方面的机会而享受自然。由于本原则草案的一般和剩余特性，采取这种宽范的处理办法是有道理的。³⁸⁶

(15) 另外，委员会之所以采取这种整体性的办法，是因为，用国际法院在审理 *Gabcikovo-Nagymaros Project* 案时所说的话表达，³⁸⁷ 委员会意识到，在环境保护领域，由于环境损害往往具有不可逆转的特性，也由于这类损害的赔偿机制本身往往存在着局限性，警惕和预防是必要的。³⁸⁸

(16) 此外，宽范的定义会减弱责任制度对可接受的救济措施规定的任何限制，并反映在(四)和(五)项里。

(17) 因此，虽然(b)款中提到的“自然资源……以及这些因素之间的相互作用”包含了人们熟悉的受保护的生态系统内的环境概念，³⁸⁹ 但提到“地貌的特征

³⁸⁵ 对生物多样性损害赔偿制度的哲学分析，见 Michel Bowman, “Biodiversity, Intrinsic Value and the Definition and valuation of Environmental Harm in Michael Bowman and Alan Boyle, *Environmental Damage ...op cit*, pp.41-61. 1972年《保护世界文化和自然遗产公约》第2条将自然遗产定义为“从审美或科学角度看具有突出的普遍价值的由物质和生物结构或这类结构群组成的自然面貌；从科学或保护角度看具有突出的普遍价值的地质和自然地理结构以及明确划为受威胁的动物和植物生境区；从科学、保护或自然美角度看具有突出的普遍价值的天然名胜或明确划分的自然区域。”

³⁸⁶ 对于环境损害的定义的不同处理办法的精要讨论，见 Philippe Sands, *Principles of Environmental Law*, Second edition, 2003, pp. 876-878.

³⁸⁷ *Case concerning the Gabcikovo-Nagymaros Project*, (Hungary v. Slovakia), *ICJ Reports* 1997, p.7.

³⁸⁸ 同上，第141-142段。法院在这方面还暗示，有必要考虑到不同代人之间和同一代人内部不同人的利益以及推动可持续发展概念的现实需要。

³⁸⁹ 按照《生物多样性公约》第2条，“‘生态系统’是指植物、动物和微生物群落和它们的无生命环境作为一个生态单位交互作用形成的一个动态复合体。”按照《南极矿物资源活动管理公约》：

“对南极环境或其附属或相关生态系统的破坏是指对该环境或那些生态系统中的生物或无生命组成部分造成任何影响，包括对大气、海洋或地表生物的伤害，此种伤害超出了可忽略的程度或按照公约被评估为或判定为可接受的程度。”

另见《关于环境保护的南极条约议定书》第3条第1款。

部分”暗示着承认更广的环境概念。³⁹⁰ 自然资源的定义包含有生命和无生命的自然资源，包括其生态系统。

(18) (三)项论及环境损害会采取的形式。这包括“环境受损而引起的损失或损害”。受损包括伤害、改变、改动、恶化、毁坏或丧失。这意味着以有害的方式造成质量、价值或优秀程度的降低。正如上文第(9)段所指出的，上述针对对环境的任何经济利用方面的收入损失的索赔，由于是因环境受损而发生的，均可列在这一项下。

(19) 可以指出的是，(四)项提到“恢复……的合理措施的费用”，(五)项提到与“合理反应措施的费用”相关的合理“清理”费用，这些都是现代概念。这些损害要素在更近些时候获得了承认。因为正如一位评论者所指出的，“现在出现了一种新趋势，人们开始更多地关注对环境本身的损害，而不是主要关注对人和财产的损害”。³⁹¹ (四)项表明，合理恢复措施的费用可以偿还，在针对跨界损害提出求偿时可以提出。最近的条约实践往往确认了这类措施的重要性，但交由国内法来表明谁有权采取这些措施。这类措施被描述为任何下述合理措施：目的

³⁹⁰ 《卢加诺公约》第2条第(10)款列有非详尽的环境组成部分清单，其中包括“生物性和非生物性自然资源，诸如空气、水、土壤、动物和植物等以及这些因素之间的相互作用；构成文化遗产的财产；以及地貌特征”；《工业事故越界影响公约》第1条(c)款提及工业事故下列几方面的不利影响“(一)对人类、植物和动物；(二)对土壤、水、空气和地貌；(三)(一)和(二)所列因素之间的相互作用；物质财产和文化遗产，包括历史建筑”；《越境水道和国际湖泊的保护和使用公约》第1条第(2)款指出，“对环境的影响包括对人类健康和安全、植物、动物、土壤、空气、水、气候、地貌和历史建筑或其他物质结构的影响或这些因素的相互作用；还包括由于这些因素受到改变而对文化遗产或社会经济条件的影响”。另见关于环境责任的2004/35/CE号指示第2条。

³⁹¹ Louise de la Fayette, “The Concept of Environmental Damage in International Law”, in Michael Bowman and Alan Boyle, *Environmental Damage ...*, op. cit, pp. 149-190, at pp. 166-167.

是评估或恢复受损害或毁坏的环境组成部分，或者在这样做不可能时，酌情将这些组成部分的等值物引入环境中。³⁹²

(20) 提到“合理”一词是为了表明，这类措施的费用对于这类措施的用途而言不应该过高。在审理 *Commonwealth of Puerto Rico v. Zoe Colocotroni* 一案时，美国第一巡回上诉法院指出：

“[可收回的费用是指]为了恢复受影响地区的环境使之重新达到原先的状况或者在不需要过高支出的情况下尽可能达到原先的状况而需要支付的合理的费用。在确定这样的救济时，核心问题应是合理和谨慎的主权国家或其代理人为减轻污染造成的损害而将采取的步骤，并同时注意技术可行性、有害的负作用以及这种再生过程的兼容性或其重叠性(这是人们自然期待的)以及在多大程度上这种努力超出了某一点变得多余或过于昂贵”。³⁹³

(21) (五)项包括了在针对跨界损害提出求偿时可以列出的合理反应措施费用。最近的条约实践往往确认这种措施的重要性，但对于谁有权可以采取这类措

³⁹² 例如见 1997 年《修正 1963 年维也纳公约的议定书》第一条第 1 款(k)项 (iv) 目；“为恢复受损环境而采取的措施的费用，除非这种损害可以忽略，如果这种措施实际上已经采取或即将采取，并且未列在(ii)中”；1997 年《核损害补充赔偿公约》附件第 1 条第 (v) 项“由于环境的明显损坏所引起的收入损失,而这种收入来自环境的任何利用或享用方面的经济利益,并且该损失未被第(ii)分款所包括”；2004 年《第三方责任巴黎公约》(第一条第(vii)(4)款)；“为恢复受损环境而采取的措施的费用，除非这种损害可以忽略，如果这种措施实际上已经采取或即将采取，并且未列在第 2 分款中”。1992 年《国际油污损害民事责任公约》第 1 条第 6 款提及环境的损害，而非由此引起的利润损失，应限于实际进行恢复或即将进行的恢复的费用。另见《巴塞尔议定书》第 2 条(2) (c) (iv) 和(d)，《卢加诺公约》第 2 条 (7) (c) 和(8)，以及《基辅议定书》第 2 条(2) (d) (iv)和 (g)。

³⁹³ 628 F.2 d, p. 652 (1st Cir. 1980), cited in Colin de la Rue, “Environmental Damage Assessment” in Ralph P. Kroner (ed.) *Transnational Environmental Liability and Insurance*, (1993), p. 71.

施这一问题，留给了国内法来处理。³⁹⁴ 这类措施包括在发生跨界损害之后，公共当局中的任何人采取的任何合理措施，用于防止、缩小或减轻可能的损失或损害，或用以安排对环境的清理。反应措施必须合理。

(22) (c) 款界定了“跨界损害”。它指的是由于一国发生的涉及危险活动的意外或事件而在另一国造成的损害。这一概念根据的是人们已经公认的一国的领土、管辖权和控制等概念。在这个意义上，它指的是在一国领土上或在其管辖或控制下所从事的危险活动在另一国领土上或在该国管辖或控制下的其他地方所造成的损害。有关国家是否拥有共同边界并不重要。这一定义例如包括了在一国管辖或控制下在其船只或海上平台上进行的活动，这种活动对另一国的领土或其管辖或控制下的其他地方造成影响。

(23) 这个定义是为了清楚地区分出下列两者：一是在其管辖和控制下进行本原则草案所涵盖的活动的国家，二是遭受了有害影响的国家。为了本原则草案的目的，可以采用不同的术语。这些术语包括正如关于预防的条款草案所界定的，“起源国”（指在其领土内或在其管辖下或控制下的其他地方进行第 1 条所指活动的国家）；“可能受影响国”（指在其领土内或在其管辖或控制下的任何其他地方有可能发生重大跨界损害的国家，相对任何特定的跨界损害情况而言，有可能不止一个可能受影响国）。另外，“受害国”（在其领土上或在其管辖或控制下的其他地方发生跨界损害的国家）；以及“当事国”（起源国，可能受影响国；以及受害国）等词语也可以采用。这些词语在本原则草案里没有使用，但在评注的不同的地方被酌情使用。

³⁹⁴ 例如见 1997 年《修正 1963 年维也纳公约的议定书》第一条第 1 款(k) (vi)；“预防措施的费用，以及由这种措施引起的进一步损失或损害”；1997 年《核损害补充赔偿公约》附件第 1 条第(vi)项：“预防措施的费用，以及由这种措施引起的进一步损失或损害”；2004 年《修正 1960 年核能领域第三方责任公约的议定书》第一条 (vii) (6)；“预防措施的费用，以及由这种措施引起的进一步损失或损害，如果涉及上述第 1 至第 5 分款所指的情况，则仅限于核设施内任何放射源或核燃料或核放射性物质所释放的电离辐射”。1992 年《国际油污损害民事责任公约》第 1 条第 6 款提到“预防措施的费用，以及由这种措施引起的进一步损失或损害”。另见《巴塞尔议定书》第 2 条 (2) (c) (v)和 (d)；《卢加诺公约》第 2 条 (7) (d)和(9)以及《基辅议定书》第 2 条 (2) (d) (v)和(h)。

(24) 本原则草案范围内的事件的实际情况经常是，起源国和其他受害国内都可能有受害人。在发放赔偿时，尤其是按照下文原则草案 4 所设想的向受害人发放赔偿金时，一部分资金可能需要用于赔偿在起源国遭受的损害。1997 年《关于核损害补充赔偿的维也纳公约》第 11 条就设想了这样的制度。³⁹⁵

(25) (d) 款界定了危险活动的含义，它指的是任何可能以有形后果造成跨界损害的活动。上文原则草案 1 的评注解释了所用术语的含义。

(26) (e) 款界定了“经营者”的含义。“经营者”的定义是一个功能性定义。必须有人指挥或控制危险活动。

(27) 在国际法中，对于经营者，没有一个一般性定义。但这一词在国内法³⁹⁶和条约实践中都被使用。在条约实践上，核损害制度对经营者规定了责任。³⁹⁷但依据有关活动的性质不同，经营者的定义也会有所变化。将责任归结到一个单一的实体身上，不论他是所有人还是经营人，是严格的责任制度的最明显特征。所

³⁹⁵ 36 *ILM* (1997) 1473.

³⁹⁶ 关于国内法，例如见美国 1990 年《油污染法》，在该法中，下述个人可被认为负有责任：(a) 责任方，如船舶、岸上或沿海设施、深水港和管道的所有人或经营人；(b) “担保人”，即本身非责任方但为责任方提供了财务责任担保的人；以及 (c) 第三方（不在前两个类别之列的个人、他们的代理人或雇员或独立的承包人，其行为是造成损害的唯一原因）。另见《全面的环境反应、赔偿和责任法》（CERCLA）（42 U.S.C.A. Section 9601 (2)(A)）。

³⁹⁷ 例如见 1960 年《核能领域第三方责任巴黎公约》和 2004 年《修正 1960 年核能领域第三方责任巴黎公约的议定书》（核设施的经营人）。（共同第 1 条第 2 款）与核设施有关的经营人指由主管公共当局指定的设施经营人（第 1 条 (vi) 款）；1963 年《核损害民事责任维也纳公约》（经营人）（第四条）；1997 年《修正 1963 年核损害民事责任维也纳公约的议定书》（“经营人”）（第 1 条 (c) 款）；1962 年《核动力船舶经营人的责任公约》（核动力船舶经营人）（第二条）。另见《公路、铁路和内陆航行船只运输期间引起的损害民事责任公约》，该公约将内陆航行船舶的“承运人”定义为“在发生事故时控制着载运危险货物的运具的人”（第 1 条第 8 款）；《关于因勘探和开采海床矿物资源而造成油污损害民事责任的公约》将大陆架设施的经营人定义为包括对设施所进行的活动拥有总体控制权的人，如果缔约方未予以具体指定的话（第 1 条第 2 款）；按照欧盟关于环境责任的 2004/35/CE 号指示（该指示为经营人规定了责任），经营人一词包括经营或控制着有关职业活动的任何自然人或法人，不论是私人还是公共法人。

以，除经营者以外，另外的人也可以被具体认定为负有责任，这取决于相对于特定的危险活动而言所涉及的利益。例如在导致通过了 1969 年《国际油污损害民事责任公约》的 1969 年会议上，当时存在着为船舶所有人或货物所有人规定责任或为两者都规定责任的可能性。³⁹⁸ 然而按照达成的一项折中方案，船舶所有人被规定负有严格责任。“指挥”一词暗示着有能力使用或控制某种工具性。因此它可以包含在发生损害时使用飞机的人或飞机的所有者(如果他保留着航行权的话)。³⁹⁹

(28) “控制”一词暗指有权管理、指导、约束、经管或监督。⁴⁰⁰ 这包括对活动的技术运作获得了决策权的人，包括持有开展这种活动的许可证或批准书的人，或登记或通知这种活动的人。⁴⁰¹ 也可以包括母公司或其他相关实体(不论是不是公司)，尤其是当该实体实际控制着活动时。⁴⁰² 经营者可以是公有实体，也可以是私有实体，按照设想，为了本定义的目的，国家可以成为经营者。

(29) 采用短语“在发生造成跨界损害的事件时”是为了确立经营者与跨界损害之间的联系。

³⁹⁸ 见 LEG/CONF/C.2/SR.2-13, cited in David W. Abecassis and Richard L. Jarashow, *Oil Pollution from Ships*, 2nd ed. (1985) p. 253. 为船舶经营人规定责任的一些制度包括: 1992 年《油污损害民事责任公约》(第三条第 1 款); 2001 年《舱载燃油污染损害民事责任国际公约》(第三条); 1996 《关于海上运输危险和有害物质的损害责任和赔偿问题的国际公约》(第 7 条第 1 款)。

³⁹⁹ 1952 年《关于外国飞机对地面第三者造成损害的公约》，第 12 条。

⁴⁰⁰ 《舱载燃油公约》对船舶经营人所下的定义十分宽泛。它包括注册的所有人、空船包租人、船舶的管理人和经营人(第 1 条第 2 款)。

⁴⁰¹ 欧盟关于环境责任的指示，第 1 条第 6 款。

⁴⁰² 按照《管理南极矿物资源活动公约》(CRAMRA)第 8 条，基本的责任由经营人承担，经营人被定义为一缔约方或一缔约方的机构或机关或按照一缔约方法律建立的法人或仅由上述第 1 条(11)项中任何组合构成的合资企业。按照国际海床管理局 2000 年 7 月 13 日通过的 Regulations on the Prospecting and Exploration for Polymetallic Nodules in the Area 附件中的标准勘探合同条款第 16 条第 1 款，承包人应对由其不法行为或不作为引起的任何实际损害数量负责，包括对海洋环境的损害，这也包括其雇员、分包商、代理人以及为他们工作的所有的人所造成的损害。ISBA/6/A/18, 附件，第 16 条。

原 则 3

目 的

本原则草案的目的是确保遭受跨界损害，包括环境损害的受害者，即自然人或法人，包括国家，得到及时和充分的赔偿。

评 注

(1) 本原则草案的主要目的是以可预计、公平、迅速和成本效益良好的方式提供赔偿。本原则草案也有意达到其他目的，包括：(a) 促使经营者和其他有关的人或实体愿意预防危险活动造成跨界损害；(b) 促进当事国或受害国之间的合作以便以友好方式解决有关赔偿的问题；(c) 保存和促进对国家和人民的福利至为重要的经济活动的持久活力。

(2) 自从委员会开始探讨这个专题以来，确保跨界损害的受害人通过获得赔偿得到保护的主要目的，历来是一个不可或缺的要素。罗伯特·昆廷-巴克斯特在他的示意性提纲中，也强调需要保护受害人，要求采取“尽可能避免引起损失或伤害的预防措施，在无法避免的情形下则采取赔偿措施”，而且“……无辜的受害人不应该承担损失或伤害，……”⁴⁰³ 关于预防的条款草案已经探讨了前项考虑因素。

(3) 对“受害人”一词下一个正式的定义据认为没有必要，但为了本原则草案的目的，受害人的定义包括自然人和法人，包括作为公共财产管理人的国家。这一含义与原则草案 2 中所述的损害定义有联系，可能还是从中推论出来的，这种损害包括对人、财产或环境的损害。⁴⁰⁴ 人群或社区也可能是受害人。在 Enewetak 人民向根据《1987 年马绍尔群岛核求偿法庭法》成立的马绍尔群岛核求

⁴⁰³ 《1982 年……年鉴》，第二卷(第一部分)，p. 51，文件 A/CN.4/360*，第 53 段，第 5 节(第 2 和第 3 段)。

⁴⁰⁴ 关于国际刑法上的受害人定义，例如参看《为犯罪行为和滥用权力行为受害人争取正义的平等原则宣言》，大会 1985 年 11 月 29 日第 40/34 号决议。也参看《国际刑事法院罗马规约》第 79 条。

偿法庭提出的案由事项中，法庭审议了对 Enewetak 人民给予补偿的问题：过去和将来丧失了对 Enewetak 珊瑚礁的使用；恢复 Enewetak 社区的安全和生产状态；Enewetak 人民在核试验引起珊瑚礁用途灭失而搬迁以后遇到困难。⁴⁰⁵ 在 Amoco Cadiz 诉讼案件中，Amoco Cadiz 号巨型油轮在 Brittany 岸外酿出灾祸以后，法国的 Cotes du Nord 和 Finistere 省和许多称为“社区”的市政当局，以及许多法国个人、商行和协会控告 Amoco Cadiz 油轮的所有人及其设在美国的母公司。求偿金额包括商业交易的损失。法国政府本身也要求收回污染损害的损失和清理费用。⁴⁰⁶

(4) 受害人的含义也与身份问题有关。《卢加诺公约》和《欧盟关于环境责任的 2004/35/CE 号指示》等责任制度为一些非政府组织提供了身份。⁴⁰⁷ 《1998 年关于在环境事项中取得资料、公众参加决策和利用司法的 Aarhus 公约》也给予了一些非政府组织以公共环境利益的名义采取行动的身份。⁴⁰⁸ 也有可能根据本国法律被指定受害人以公共托管人的名义，采取行动维护那些资源，从而具有提出诉讼的法定身份。在许多权限范围内公共信托概念向各种被指定的人提供适当的身份，在任何跨界损害的情形下提出要求恢复和清除的要求。⁴⁰⁹ 例如，《美国石油污染法》规定：这种权利可赋予美国政府、州、印地安部落、外国政府。《美国综合环境反应、赔偿和责任法》(CERCLA 1980)，1986 年经《Superfund 修正案》和《重新授权法》修订之后规定，已经取得诉讼地位的只有联邦政府、经核定的

⁴⁰⁵ 39 *ILM* (2000) 1214. 1947 年 12 月，该族人民被从 Enewetak 珊瑚礁迁移到 Ujelang 珊瑚礁。迁移的时候，该珊瑚礁的面积是 1,919.49 英亩。1980 年 10 月 1 日回到原地的時候，已经进行 43 次核装置试验，收回使用的面积为 815.33 英亩，另外的 949.8 英亩不能供他们使用，还有另外的 154.36 英亩则消失了。

⁴⁰⁶ 关于 1978 年 3 月 16 日 Amoco Cadiz 号油轮在法国海岸的泄油事件，见 MDL Docket No.376 NDILL. 1984, 美国海事案件，2123-2199。参看 Maria Clara Maffei “‘Patmos’案中对生态损害的补偿”，Francesco Francioni 和 Tullio Scovazzi, *环境损害的国际责任* (1991), p.381。也参看 1978 年 3 月 16 日 Amoco Cadiz 号油轮在法国岸外发生石油溢出事件的问题，美国第七巡回上诉法院，954 F.2d 1279。

⁴⁰⁷ 参看《卢加诺公约》第 18 条和《欧盟第 2004/35/CE 号指示》第 12 条。

⁴⁰⁸ 案文参看 39 *ILM* (1999), 517。

⁴⁰⁹ Peter Wetterstein, “所有人或占有的权益：……”，同前，pp.50-51。

州代表、作为自然资源的托管人，或印地安部落的指定托管人。在另一些管辖区域中，公共当局已经获得类似的追索权。例如挪威法律规定一些私人组织和社团具有要求赔偿费用的诉讼地位。在法国，有些环境协会在涉及违反环境条例行为的刑事案件中被赋予了要求赔偿的权利。

(5) 对受害人的责任和补偿概念也载于《斯德哥尔摩宣言》原则 22，其中表达了一项共同的信念：

“各国应进行合作，进一步发展相关国际法，探讨在其管辖或控制范围内进行的活动对在其管辖外的地区造成污染和其他环境损害时，如何对受害人承担责任和补偿”。⁴¹⁰

(6) 《里约宣言》原则 13 进一步载述了这一论点：

“各国应制定相关国内法，规定污染和其他环境损害的责任以及对受害人的赔偿。各国还应该迅速并且更加坚决地进行合作，进一步制定相关国际法，规定在其管辖或控制范围内进行的活动对在其管辖外的地区造成环境损害的不利影响时所应承担的责任和补偿。”

(7) 应该从实现“费用内部化”的观点来认识及时和充分的补偿的需要，追本溯源，这一点构成“污染者付费”原则的核心。⁴¹¹ 这项原则主张使活动本身经营费用范围内关于污染的控制、清除和保护措施的真正经济费用内部化。它企图按照这种方式确保各国政府不致由于补贴上述环境费用而扭曲国际贸易和投资的费用。经合组织的政策和欧洲联盟都认可了这个论点。但是，在执行方面，所认可的这项原则展现了它本身在不同情况中的差异。若干国际文书提到“污染者付费”原则。《里约宣言》原则 16 很概括地载述了这项原则：

⁴¹⁰ 《联合国人类环境会议的报告》，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)。

⁴¹¹ M. Smets, “Le principe pollueur-payeur”, RGDIP., 1993, pp.339-364 ; N. de Sadeleer, Les principes du pollueur-payeur, de prévention et de précaution, Bruylant, Bruxelles, 1999, p.157 ff..

“国家当局应该致力于促进环境费用内部化和使用经济手段，同时考虑到这样的着手方式：污染者原则上应该承担污染费用，同时适当顾及公共利益，并且不得扭曲国际贸易和投资。”⁴¹²

(8) 在条约实践中，这项原则已经成为建立严格责任制度的基础。《卢加诺公约》的情况也是这样，它在序言部分中“注意到需要考虑到‘污染者付费’原则而在这方面规定严格责任。《2003 年基辅议定书》在其序言部分提到“污染者付费原则”为“国际环境法的一般原则”，《1992 年保护和利用跨界水道和国际湖泊公约》和《1992 年工业事故越境影响公约》的缔约国“也都接受了”这项原则。⁴¹³

(9) 一些国家司法机关也确认了这项原则。例如，印度最高法院在作为一般国际法的一部分处理这项原则的 Vellore Citizens Welfare Forum 诉 Union of India⁴¹⁴ 案中，指示印度政府设立一个机构处理由于 Tamil Nadu 邦制革业的活动引起的环境退化情况。在该案中，据估计，制革业地带大约 35,000 公顷的农地已经有一部份或全部不适于耕作，铬制革法中使用的 170 种化学药品严重地污染了当地的饮用水。法院要求每家制革厂向环境保护基金缴纳罚款 10,000 卢比。还命令

⁴¹² 联合国在其关于《21 世纪议程》执行情况中的报告中指出：

“在把《关于环境与发展的里约宣言》所载的原则纳入各种国际和国家法律文书方面已取得进展，其中包括污染者付费原则。尽管在通过各种国际法律文书实施联合国环境与发展会议的承诺方面已取得一些进展，仍需作出大量努力，使里约达成的各项原则更坚实地体现在法律和实践。”

《大会正式纪录，第十九届特别会议，补编第 2 号》(A/S-19/33)，第 14 段。

⁴¹³ 它也在下列公约中找到参考资料：1990 年《关于石油污染的防备、应付和合作的国际公约》(30 国际法律资料(1990)，735)；《1992 年保护东北大西洋海洋环境公约》(奥巴委公约)；(32 国际法律资料(1993)，1069)；《1992 年保护波罗的海地区海洋环境公约》，联合国海洋法通讯，第 22 卷(1993)，p.54；《1992 年保护黑海海洋环境免受污染公约》(32 国际法律资料(1993) 1110)；《1992 年保护和利用跨界水道和国际湖泊公约》；《1992 年工业事故越境影响公约》和《1993 年卢加诺公约》、以及《关于环境责任的欧盟第 2004/35/CE 号指示》。

⁴¹⁴ 1996 年全印度情况报告书 SC 2715。

制革业的污染者支付补偿，并且命令 Tamil Nadu 邦的收税员/地方官员负责补偿金的付款，由按照法院指示设立的机构评估和征收。⁴¹⁵

(10) 在法国和荷兰之间关于适用 1976 年 12 月 3 日《保护莱茵河不受污染公约》和《1991 年 9 月 25 日不受氯气污染的附加议定书》的仲裁案中，仲裁法庭被要求在对《公约》的解释中，审议“污染者付费”原则，不过没有在其中明文提到这一点。法庭在 2004 年 3 月 12 日裁决书中总结认为，尽管它在条约法中具有重要性，污染者付费原则并不是一般国际法的一部分，因此，与它对该《公约》的解释不相干。⁴¹⁶

(11) 此外，已经有人指出，“或许除了与欧共体国家、联合国欧经会、经合组织之间关系以外，它(‘污染者付费’原则)是否达到习惯国际法中普遍适用规则的地位，还是令人怀疑的”。⁴¹⁷

⁴¹⁵ 关于 Vellore Citizens Welfare Forum case 案的简略情况，可参看 Donald Kaniaru, Lal Kurulusuriya 和 P.D. Abeyegunawardene (合编)《有关环境案件的司法裁决摘要汇编》(专门叙述南亚国家的情况)，(1977 年南亚合作环境方案)。印度最高法院在后来审理的 Andhra Pradesh Pollution Control Board 诉 Prof. M. V. Naidu (retired) and others 案中，进一步阐述了预防义务，为此强调了警惕原则。(代替《斯德哥尔摩宣言》所载的同化能力原则)，加之于被告的举证负担、和良好管理原则，其中包括需要采取必要的立法、行政和其他行动(在这方面最高法院倚重拉奥先生关于预防的第一份报告，文件 A/CN.4/487/Add.1, 第 103-104 段, AIR 1999 SC 812。也参看 Andhra Pradesh Pollution Control Board II v. Prof. M.V.Naidu(retired) 2000 SOL No.673。关于对这些原则的重申，也参看 www.Supreme Court online.Com/cases。

⁴¹⁶ 法院根据关于 1976 年 12 月 3 日《保护莱茵河免受氯化物污染公约》的 1991 年 9 月 25 日《附加议定书》审计荷兰王国和法兰西共和国之间帐目案时，在第 102-103 段的有关部分指出：

“102. ...法院指出，荷兰为支持它的请求，提到了“污染者付费”原则。

103. 法院认为，这项原则载于若干国际文书，包括双边文书和多边文书，并且具有不同的效力等级。法院没有否定它在义务上的重要性，但它不认为这项原则形成一般国际法的一部分。”

2004 年 3 月 12 日仲裁裁决书载于 <http://www.pca-cpa.org>。

⁴¹⁷ 见 Philippe Sands, *国际环境法原则*，第二版，(2003)，282。关于在经合组织和欧盟的情形下灵活适用这项原则的例证，见 pp.281-285。

(12) 但是，这项原则有其限制。在这方面，据指出：

“民事责任责成污染者为环境损害付费的范围和程度取决于各种因素。如果责任是由于疏忽造成的，不仅需要证明这一点，既无法合理预期、也无法合理避免的损害将不予补偿，受害人或纳税人(而不是污染者)将承担损失。严格责任是‘污染者付费’原则的较佳近似值，但在涉及油轮或核设施的国际议定方案中数额受到限制的情况下就不是这样。此外，对损害的狭隘定义可能排除了不容易以金钱数额定量的环境损失，例如野生动植物，或影响环境质量而不造成实际有形损害的环境损失。”⁴¹⁸

(13) 据宣称，这项原则不能当作一项“普遍适用的严格的规则对待，用以执行这项规则的方法也不是在一切情况下都一样”。⁴¹⁹ 据认为，“如果充分考虑到危险性质上的不同，和在工业中实现环境费用完全内部化的经济可行性也不同（因各个工业承担费用的能力不同），存在大量灵活性则是必然的”。⁴²⁰

(14) 原则草案 3 也强调，对“环境”本身的损害是可以控告的，需要提供及时和充分的赔偿。正如原则草案 3 的评注中所述，赔偿可能不仅包括向索赔人支付赔偿金，它也肯定容许为合理的恢复和反应措施偿付费用。

⁴¹⁸ Birnie 和 Boyle, *国际法*……同前, pp. 93-94.

⁴¹⁹ 同上, pp.94-95。也参看联合国秘书处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(危险活动引起跨界损害所造成的损失的国际责任)这一专题有关的责任制度概览), A/CN.4/543, 第二章。

⁴²⁰ Birnie 和 Boyle, *国际法*……同前, p.95。作者们指出, 在《里约原则》原则 16 中提到的“公共权益”为免责条款留下了“广大的空间”, 在里约通过的这一原则“既不绝对的, 也不是必须的”, p. 93。他们还指出, 就东欧核设施来说, 代表最大潜在受害人团体的西欧国家政府已经资助进行改善安全标准的工作, p.94。

(15) 概括地说，人们历来不愿意接受对环境本身的损害责任，除非这种损害作为环境损害的结果涉及人员或财产。⁴²¹ 这种情况正日益改变。⁴²² 在对自然资源或环境造成损害的情形下，有权要求以采取合理的预防、恢复或复原措施的方式对引起损失给予补偿或付款。在对实际采取的措施作出一些约定的情形下，这方面受到更多的限制，环境损害引起的利润损失就不能得到补偿。⁴²³

⁴²¹ 相反的结果，可参看 *Blue Circle Industries Plc 诉 Ministry of Defence*, [1998] 3 All ER 和 *Merlin 诉 British Nuclear Fuels, Plc*, [1990] 3 All ER 711。

⁴²² 关于生态损害和前景的索赔所涉及的困难，参看 *the Patmos and the Haven* 案，大体上参看 Andrea Bianchi, “意大利实践中的环境损害：国际法和国内法的交互作用”，Peter Wetterstein, “环境损害...” 同前，pp.113-129。也参看 Maria Clara Maffei “‘Patmos’案对生态损害的赔偿”，Francioni 和 Scovazzi, 国际责任.....”，同前，pp.383-390；和 David Ong, “环境损害和污染的关系。马来西亚和新加坡的海洋石油污染法”，载于 Bowman 和 Boyle, 环境损害 同前，pp.201-204。也参看 Sands, “原则.....” 同前，pp. 918-922。也参看 1979 *Antonio Gramsci 事故* 和 1987 年 2 月 6 日发生的 1987 *Antonio Gramsci 事故*，IOPC 基金年度报告，1980 年，p.2；1989，p.31；1990，pp.28，以及随后各年度报告。另外，大体上参看，Wu Chao, 海上运载石油的污染：责任和赔偿(1996) pp.361-366；国际石油污染补偿基金 1980 年第 3 号决议，不容许法院“按照理论模式算定的损害的抽象量化”评估应该由该基金支付的赔偿数额。在 *Amoco Cadiz* 案中，伊科诺北区法院命令 Amoco 石油公司支付 8,520 万美元的罚款—4,500 万美元作为清理溢出油污费用，3,900 万美元用于支付利息。它驳回了对非经济损害的赔偿。于是，法院对失去景观和生态受到损害提出索赔的要求不予受理。它指出：“诚然，社区暂时没有清洁的海滩供市民使用，社区在未经清理的情况下，历来交通稠密，无法维持正常的安宁、寂静、和自由，这只是它的正常状况”，但是总结认为，社区的“丧失享受的求偿，根据法国的法律，是无法给予支持的”，见脚注 406 里的引语。另见 Maria Clara Maffei, “‘Patmos’案中对生态损害的赔偿”，Francioni 和 Scovazzi, 国际责任.....”，同前，p.393。关于丧失悦目的景观，法院认为，在而且只在能够证明这种景观的丧失对社区造成某种相因而生的损害的时候，原告人的求偿对于可以度量的损害来说，是可予赔偿的，例如本来会到访的旅客因此种损害而不再到访该社区。但是，这完全是社区内的旅馆、餐馆、露营场所和其他商业场所个别提出求偿的案由事项。关于生态损害，法院处理了评量“由于石油溢出在高潮线和低潮线之间被杀害的物种”的问题，认为，“声称的这种损害应该按照无主之物原则处理，由于任何人或实体都没有名分提出求偿，所以不予赔偿”，同上，见 394。也参看 *the Matter of the People of Enewetak* 39 ILM (2000), p.1219，在马绍尔群岛核求偿法庭受理的案件中，法庭审议了对于 Enewetak 珊瑚礁族人由于美国进行核试验而受到的损失来说，恢复是否适当的救济措施。它裁决了清洁和复原费用如下：移动土壤费用 2,250 万美元；处理钾费用 1,550 万美元；土壤处理费用(堤道)3,150 万美元；清除钚的费用 1,000 万美元；测量费用 4,510 万美元；自愿土壤和再种植费用 1,770 万美元。

⁴²³ 大体上参看原则 2 的评注，第(8)、(9)、(18)-(21)段。

(16) 目标不是要恢复或使环境回归原来的状态，而是使它能够保持持久的功能。在这个过程中，并不预期引起与所希望得到的结果不相称的费用，这些费用应该符合成本效益。在上述考虑因素的限制下，如果不可能使环境恢复或复原，按理应该在环境中引进上述组成部分的等值物。⁴²⁴

(17) 采取恢复措施或反应措施的国家或任何其他机构可于稍后阶段从经营者的上述营运中收回费用。例如，1980年美国《综合环境反应、赔偿和责任法》(CERCLA 或超级基金)所规定的情况。该法设置了超级基金，必要时，以从责任方收回的费用补充税款，支付清除费用。美国环境保护局经营超凡基金，具有广泛的权力，调查污染、选择适用的救济行动、命令责任方履行清除义务、或自行开展工作，然后收回费用。⁴²⁵

原则 4

及时和充分的赔偿

1. 各国应采取必要措施，确保在其领土或其管辖或控制下的危险活动引起跨界损害时对受害者进行及时和充分的赔偿。
2. 这些措施应包括要求经营者或酌情要求其他人或实体履行责任。这种责任不应要求出具过失证明。任何条件、限制或免责条款均应符合原则草案 3。
3. 这些措施也应包括要求经营者，或者必要时其他个人或实体为偿付索赔建立并保持财政担保，例如保险、债券或其他财政担保。
4. 在适当情况下，这些措施应包括要求在国家级设立工业基金。
5. 若以上各段中所列措施不足以提供充分的赔偿，缔约国还应确保拨给更多的财政资源。

⁴²⁴ 对环境的定义和可赔偿的环境损害因素的分析，参看 Barboza, 关于国际责任的第十一份报告，文件 A/CN.4/468, pp.1-17, 载于第 28 段, p.12。对损害问题、损害的定义、损害、不利影响和损害评估的有趣说明，参看 M. A. Fitzmaurice, 对环境的国际保护，课程汇编，第 293 卷 (2001) pp.225-233。

⁴²⁵ 对于《全面的环境反应、赔偿和责任法》的分析，可参看 Brighton 和 Askman, “政府托管人对获取自然资源所受损害的赔偿的角色”，载于 Peter Wetterstein (编), 环境损害……同前, pp.177-206, 183-184。

评 注

(1) 这项原则草案反映起源国在建立可行的制度以便遵守“及时和充分的赔偿”要求方面可起的重要作用。在目前情况下提到的“各国”是指起源国。这项原则草案包含了四个相互关联的要素。一、国家应该建立责任制度；二、任何此类责任制度不应该要求出具过失证明；三、可能施加于这些责任的任何条件或限制不应该侵蚀及时和充分赔偿的要求；四、应该设置各种形式的担保、保险和工业基金以便为赔偿提供充足的财政保证。原则草案 4 的这五段表达了上述四要素。

(2) 第一段载述第一项要求。它要求起源国采取必要措施，确保在其领土或其管辖下的危险活动引起跨界损害时对受害人提供及时和充分的赔偿。本段后一部分的案文为“其领土或其管辖或控制下”，其用语与预防条款草案第 6 条第 1 款(a)项相同。当然，也认定应为这种事故在起源国造成的损害提供同样的赔偿。

(3) 第 2 段载述第二和第三项要求。它规定：这一责任制度不应要求出具过失证明，对这一责任制度的任何条件和限制均应符合原则草案 3，以突出‘迅速和充分的赔偿’的目的。第一句强调污染者付费原则，并且规定这些责任也应该要求经营者、或者必要时其他个人或实体履行责任。第二句规定，这种责任不应要求出具过失证明。第三句确认，按照各国和国际公约中的习例，责任会受到一些条件或限制。但是，为了确保这些条件和免责条款不致从根本上改变提供及时和充分的赔偿这一要求的性质，强调任何此类条件或免责条款均应符合原则草案 3 中所载、关于提供迅速和充分的赔偿的要求。

(4) 第 3 段规定：起源国提供的措施应该包括要求经营者或酌情要求其他个人或实体建立并保持财政担保，例如保险、债券或其他财政担保，以应付索赔要求。

(5) 第 4 段涉及国家级工业基金。“这些措施”的措词体现这样的想法：要求国家采取的行动应该包括各种各样的措施。

(6) 第 5 段规定：若以上各段中所列措施不足以提供充分的赔偿，起源国还应确保拨给更多的财政资源。对于如何确保财政安全以便提供迅速和充分的赔偿，最后三段让起源国自由决定。为此，起源国必须保持警惕，不断地审查其国内法，以确保随时更新其规章条例符合本国和其他地方的技术发展和工业实践。

第 5 段没有直接要求起源国设立政府基金以保证提供迅速和充分的赔偿，但它规定：起源国应该确保拨给更多的财政资源。

(7) 第 1 段中所强调的是一切“必要措施”，各国也有足够的灵活性，以实现确保迅速和充分赔偿的目的。这项要求所强调的内容不妨碍国家或其他责任实体可能另外考虑拨给受害人的任何特惠款或采取附带和救济措施。

(8) 此外，为了本原则草案的目的，如上所述，据假定，起源国充分履行了根据关于预防的原则草案，特别是第 3 条草案要求它履行的一切义务。在讨论本原则草案时，并没有考虑国家对不法行为的责任问题，但这并不妨碍根据国家法律和其他国际法原则提出的求偿。

(9) 在这一点上，第 1 段把重点放在国家应该确保支付充分和及时的赔偿的要求。国家本身没有支付赔偿的义务。按照目前的形式，这项原则草案响应并且体现越来越多的需求和国际社会的共识。作为允许在其管辖和控制下进行危险活动的安排的一部分，一般普遍期望，国家也必须建立充分的机制，以便在遇到损害时回应索赔的要求。

(10) 如原则草案 3 的评注中所述，拟定国际情况下责任制度的需要已经获得确认，并且在诸如《1972 年斯德哥尔摩宣言》原则 22 和《1992 年里约宣言》原则 13 中找到措词方式⁴²⁶。虽然这些原则无意规定具有法律约束力的义务，它们体现了国际社会的愿望和优先选择⁴²⁷。

(11) 本原则草案的根本假设也可以回溯到 *Trail Smelter* 仲裁案。虽然在该案中，加拿大以私营公司的名义自己承担了支付必要赔偿的义务，在该案中所树立的基本原则是使国家有责任确保在发生任何跨界损害时及时和充分地支付赔偿。

⁴²⁶ 也参看 2000 年马尔莫(*Malmö*)宣言和联合国环境规划理事会第二十一届会议第 21/23 号决定核可和通过的 2001 年蒙特维的亚(*Montevideo*)方案三以及可持续发展问题世界首脑会议执行计划，*A/CONF.199/20,2002 年 9 月 2 日决议 2, 附件*。

⁴²⁷ *Birnie 和 Boyle, 国际法*……同前，注释见 p.105：“这些原则都体现国际法和国家实践较晚近的发展情况，它们作为一般国际法原则的目前地位比较可疑，但是，里约宣言所提供的舆论支持证据是这些原则正在出现的法律意义的重要迹象。”

(12) 第 2 段说明了每一国家应该采取的第一项重要措施，即：要求经营者或酌情要求其他个人或实体履行责任。原则草案 1 的评注已经描述了经营者的含义。但是，值得强调的是，重大损害情况下的责任已经导向⁴²⁸ 设施的经营者。但是，还存在着其他的责任。在船舶的情形下，责任归于船东，而不是经营者。这意味着，例如根据《1992 年关于石油污染损害的民事责任国际公约》(CLC)，租船人可能是实际上的经营人，却不需要承担责任。换言之，必须承担责任的不只一个实体。根据《巴塞尔议定书》，废物产生者、出口者、进口者和处理者都在废物运输的不同阶段中负有潜在的责任。真正的根本原则不在于“经营者”总是负有责任，而在于事故发生时能够最有效控制危险的、或具有最切实赔偿能力的当事方负有主要责任。

(13) 据认为，由经营人或单一的个人或实体担负责任的规定，是“污染者付费”原则的体现。但是，如同上面原则草案 3 的评注中所解释的，它受到本身的限制因而需要灵活使用。尽管这个原则影响到污染工业费用逐渐内部化的目前趋势，却还没有被广泛视为一般国际法的一部分。

(14) 第 2 段也规定，责任不应该以过失证明为依据。本原则草案的主题：危险和超危险活动牵涉到复杂的作业，涉及会引起重大损害的一些固有的危险。在这些问题中，据普遍确认，不应要求出示过失或疏忽证明，即使一个谨慎的人所应该有的必要注意都做到了，也应该要求这个人负起责任。在许多管辖区域内，在分配含有固有危险性的活动的责任时，严格的责任都得到确认。⁴²⁹ 总之，可以把目前的建议视为逐渐发展国际法的措施。在若干文书中，严格责任已经被采用为责任的依据，而在最近商定的一些文书中，它已经载入《基辅议定书》第 4 条、《巴塞尔议定书》第 4 条和《卢加诺公约》第 8 条。

⁴²⁸ 根据 Goldie 的看法，核责任协定开始了使责任回归经营者的新趋势，“无论因果关系的链条有多长，也不论干预因素(数目极为有限的辩解因素除外)有多么新颖”。参看 L. F. E. Goldie, “严格和绝对责任概念和根据承受危险的相对程度分列的责任等级次序”, *XVI 荷兰国际法年鉴* 174-248 (1985), p.196. 关于这个论点，也参看 Goldie, “损害的责任和国际法的逐渐发展”, *14 ICLQ* (1965), p.1189, pp.1215-8.

⁴²⁹ 见联合国秘书处, 《……概览》, 同前, 第一章。

(15) 采用严格责任是基于若干理由。有些活动涉及较为复杂的工业程序和设施，可能含有危险，严格责任使求偿人解除了这方面的举证负担。有关工业把涉及危险和营运的极为复杂的科技活动当做秘密牢牢地守护着，要求求偿人证明过失或疏忽，是一种沉重的负担，既不公正，也不恰当。

(16) 此外，由于与危险活动相联系的利润为进行这种活动的工业提供了诱因，人们通常认定，严格责任制度鼓励了对所涉危险的较佳管理。这是一项假定，不见得总是兑现。只因为这些活动具有社会效用，而且对经济成长不可或缺，人们才予以接受，各国不妨利用每一个适当机会考虑审查这些活动不可或缺的程度，为此，探索对环境更无害而且较不危险的备选办法。

(17) 严格责任情形下同样常见的是有限责任概念。有限责任具有几个政治目的。为了便于鼓励经营人继续从事这种危险的但是在社会上和经济上有益的活动，采取这种措施是正当的。严格但有限的责任也着眼于使危险活动获得合理的保险。此外，如果责任必须是严格的责任，也就是说，如果必须在索赔人没有严格举证负担的情形下确定责任，则有限责任可以被视为合理的交换条件。虽然这些提议中没有一项是不言而喻的真理，人们普遍认为它们是相关因素⁴³⁰。

(18) 人们也许会说，有限责任方案不能令人满意，正如同无法为经营人提供足够的诱因，以要求他们采取更严格的预防措施那样。如果把限制的门槛订得太低，它甚至可能变成污染或对他人的造成伤害的许可证，从而使得经营人的费用外部化。第二、它可能无法满足无辜受害人随后提出赔偿的合理需要和要求。基于这个理由，必须为财务责任设定一个够高的门槛，同时考虑到这种活动的危险程度和保险人必须理赔所涉危险的一大部分的合理可能性。

(19) 从受害人的观点来说，严格但有限责任的优势是，当事人不需要证明疏忽也会明确地知道应该以谁作为起诉的对象。

(20) 在损害是由一个以上的活动造成、而无法以合理方式追查到底是由其中哪一个造成或者无法以足够肯定程度予以区分的情况下，管辖法院倾向于采纳共

⁴³⁰ 参看 Robin R.Churchill, “以条约手段简化(跨国)民事诉讼手续: 程序、问题、和前景”, 12 《国际环境法年鉴》 (2001), pp.35-37.

同和连带的责任制度⁴³¹。一些现有的国际文书也规定了这种责任⁴³²。

(21) 在关于海上石油污染和核事故的制度中，限制是众所周知的。例如，《1992年关于石油污染损害民事责任的公约》规定，对船东责任的最大限度限制是5,970万特别提款权，其后，应该由国际石油污染赔偿基金赔偿的金额总共达到1.35亿特别提款权（包括从船东收到的金额），在由自然现象造成灾害的情况下2亿特别提款权⁴³³。同样地，《1997维也纳核损害民事责任公约》也为经营人的责任规定了适当限制⁴³⁴。

(22) 《基辅议定书》第9条和《巴塞尔议定书》第12条规定了严格但有限的责任。与此形成对照的是，《卢加诺公约》第6条第1款和第7条第1款规定了严格责任而没有用任何条款限定责任。在对经营人的财务责任规定限额的情形下，通常这种限额不影响主管法院所裁决的任何利益或费用。而且，责任的限定必须经常加以复核。

(23) 责任制度多半在过失情形下排除有限责任。经营人需为他或她蓄意、轻率或疏忽或不作为所引起的或促成的损害承担责任。这种特殊规定载于《巴塞尔

⁴³¹ 关于共同和个别的责任，Lucas Bergkamp, 责任和环境：国际情形下环境损害民事责任的私法和公法方面，2001, Kluwer, 298-306。

⁴³² 条约实践的事例参看1969年《国际油污损害民事责任公约》第四条、1992年《国际油污损害民事责任公约》第四条、《关于海上运输危险和有害物质的损害责任和赔偿问题的国际公约》第8条、《国际油舱油污损害的民事责任公约》第5条、《巴塞尔议定书》第4条、《基辅议定书》第4条、《卢加诺公约》第11条。也参看1962年《核动力船舶经营人责任公约》第七条、1963年《维也纳核损害民事责任公约》的1997年议定书第二条、1960年《核能领域第三方责任公约》第3条、2004年《修正1960年核能领域第三方责任公约的议定书》第3条。

⁴³³ 1992年议定书第五条(1)项和基金公约第4条。Erika号于1999年12月在法国岸外沉没以后，最高限额提高到8,977万特别提款权，从2003年11月1日起生效。根据2003年11月生效的1992年基金议定书的2000年修订案文，这个数额已经从1.35亿特别提款权提高到2.03亿特别提款权。如果为基金缴款的三个国家每年收到的石油超过6亿吨，最高限额将从2亿特别提款权提高到3亿74万特别提款权。参看Sands, 原则……”同前, pp. 915, 917。

⁴³⁴ 案文见36 国际法律资料(1997) 1473。安装国必须保证经营人为损失不少于3亿特别提款权的任何一个事故承担责任或在10年的过渡期间内，除了安装国本身的保险数额以外，另外由经营人为1.5亿特别提款权的过渡金额购买保险。1997年补充赔偿公约规定了更多的总额，可能超过10亿美元。参看第三条和第四条。案文参看33 国际法律资料(1994) 1518。

议定书》第 5 条和《基辅议定书》第 5 条。在涉及高度复杂的化学或工业程序或技术的运营的情形下，过失责任可能对受害人构成沉重的举证负担。但是，受害人的权利可以按照若干方式得到较佳的保护。例如，举证负担可能倒转过来，要求经营人证明没有牵涉到任何疏忽或蓄意违法行为。对原本危险的活动可得出自由的推论。经营人可能需要履行法定义务，向受害人或公众提供营运资料。

(24) 严格责任可能减轻受害人本来可能需要证明经营人的过失的举证负担，但是无法消除确定损害和活动来源之间因果关系所涉及的困难。因果关系原则与可预见性或直接损失的问题有关。在倾向于采用过错责任的案件上，可以指出的是，关于疏忽的指控可能导致对损害的求偿胜诉，但原告人必须能够确定：(a) 被告人必须对原告人履行义务，遵守规定的注意标准；(b) 被告人违背了这项义务；(c) 被告人的违背义务行为近似于对原告人造成伤害；和(d) 原告人受到损害。

(25) 不同国家的法院适用了这项原则以及损害的近因、充分因果关系、预知性、遥远等概念。这是一个裁量自由度高而且不可预知的法律分支。不同的国家适用了它们，取得了不同的结果。值得一提的是，在现代侵权行为法中，相近性标准似乎已经逐渐放松。事态发展表明，从预知性(“充足性”)标准上的严格必要条件论转向了只要求将损害“合理归因”这一较不严格的因果关系标准。此外，随着在医学、生物学、生物化学、统计学和其他有关领域内取得进展，预知性标准可能变得越来越不重要。由于这些原因，有人认为，看来不容易把这些标准纳入一个比较全面的关于损失分配的分析模型中⁴³⁵。但是，每个国家在建立本国的责任制度时，都需要探讨所有这些问题。

(26) 即使确定了因果关系，也还会有涉及有权求偿的一些困难问题，例如经济损失、遭受疼痛和苦楚、终身残疾、失去环境设施的便利或配偶的权利、以及对伤害的估价。同样，可以修理或置换的财产损害可以根据修理或置换的价值给予赔偿。但是，除非在逐案处理的基础上以任意估价的数额为依据，很难对具有历史或文化价值的文物所造成的损害实行赔偿。此外，与受到损害的财产的联系越是宽松越是不具体，是否存在赔偿权利这一问题就越是不确定。但也引起了关于某项纯粹的经济损失是否有资格获得赔偿的一些问题(这项损失只涉及个人享受

⁴³⁵ 参看 Peter Wetterstein, “所有者或拥有的权益……”, p.40.

公共设施之权利的丧失、但不涉及直接的个人损失或对所有权利益的伤害)。⁴³⁶ 但是, 瑞典和芬兰等国的法院都认为, 旅馆所遭受的那种纯粹经济损失是可以支付的, 另一些国家的法院就不这样认为。⁴³⁷

(27) 第 2 段也说明了免除责任的条件问题。通常赔偿制度和国内法都规定严格责任, 就经营人的责任载有一套相当一致的例外事项。免责条款的典型例证载于《卢加诺公约》第 8 和第 9 条、《巴塞尔公约》第 3 条或《基辅议定书》第 4 条。⁴³⁸ 在下列情况下, 可以免除责任: 尽管采取了一切适当措施, 但(a) 损害是武装冲突行为、敌对、内战或叛乱的结果; 或者 (b) 具有例外、不可避免、不可预计和不可抵抗性质的自然现象的结果; 或者 (c) 完全是遵守受害国一公共当局的强制性措施的结果; 或者 (d) 完全是第三国国际不法行为的结果。

(28) 但是, 如果受害人的受害是由于他或她自己的过失造成或促成的损害, 可能考虑到一切有关情况, 拒绝其赔偿要求或减少其赔偿数额。

(29) 经营人的责任或许基于上述任何一项理由获得免除, 但这并不意味着受害人必须独自承担损失。通常各国除了提供救济和复原协助以外, 还会拨给特惠

⁴³⁶ 同上, p.32。

⁴³⁷ Jan M. Van Dunne, “对纯粹经济损失的责任: 规则或例外? 一个比较学者对民法——英美法对民事侵权行为法中对非有形损害的赔偿有分歧的看法”, 1999 年欧洲私法评论, pp.397-428, 也参看 Weller 和 *公司诉 Foot 和口腔疾病学会*, 1 QB, 1966, p.569。

⁴³⁸ 1992 年国际油污损害公约第三条第 2 和第 3 款规定, 战争、敌对状态、内战、叛乱或具有例外、不可避免和不可抗力性质的自然现象都是为所有人提供免除责任的因素, 不以求偿人一方的疏忽行为为转移。也参看 1969 年国际油污损害民事责任公约第三条、2001 年国际油舱油污损害民事责任公约第 3 条、1996 年关于海上运输危险和有害物质的损害责任和赔偿问题国际公约第 7 条、1977 年勘探和利用海底矿物资料引起油污损害民事责任公约第 3 条对安装经营人作了类似的规定、1989 年《公路、铁路和内陆航行船只运输期间引起的损害民事责任公约》第 3 条。

修订 1963 年维也纳核损害民事责任公约的 1997 年议定书第四条第 3 款也提到免责条款: 根据本公约, 没有任何责任应该归属于经营人, 如果他证明核损害是直接归因于武装冲突行为、内战、叛乱。也参看 1963 年维也纳核损害民事责任公约第四条第 3 款、2004 年《修正 1960 年核能领域第三方责任公约的议定书》第 9 条、1997 年关于核损害公约补充赔偿的公约附件第 3 条第 5 款、欧盟关于环境赔偿的第 2004/35 号指示第 4 条第 1 款。该指示也不适用于主要目的是为国防或国际安全服务的活动。根据第 4 条第 6 款, 它也不适用于其唯一目的是预防自然灾害的活动。例如, 在国内法中的情况, 参看联合国秘书处概览, 同前, 第三章。

款。而且，可能从补充供资机制得到赔偿。经营人若由于遵守政府的公共政策和规章而被免除责任，还有可能要求当事国赔偿。

(30) 第 3 段确定了国家应该采取的另一个重要措施。它应该责成经营人(或适当情况下的另一个人或实体)备有可供它处置的充足基金，不仅能够安全地管理危险活动，要求任何一个谨慎的人在一些情况下尽到一切应有的注意，还能够在发生事故或事件时应付索赔要求。为此目的，可以要求经营人拥有必需的财政担保。

(31) 当事国可以为此目的设置最低限度的财政担保，同时考虑到通过银行或其他财政机构取得资金资源，不过，保险计划可能要求经营人具备若干最低限度的财政偿付能力来扩大其投保范围。按照大多数责任方案，经营人必须购买保险并取得其他适当的财政担保。⁴³⁹ 只要有条件便利用这种有限的财政责任计划，这可能特别有必要。但是，鉴于法系的多样性和经济条件的差异，在要求和安排适当财务和安全担保方面，可以给予各国一些灵活性。⁴⁴⁰ 凡是有效的保险制度，可能也都要求潜在感兴趣的⁴⁴¹国家普遍参加。

(32) 这种机制的重要性无论怎样强调也不算过份。已经有人指出，“财政担保对所有利益攸关者都有益：对公共当局和一般公众来说，如果它不是唯一的一种，也是最有效的一种途径，能够确保按照污染者付费原则使复原工作实际发生；对于工业经营人来说，它提供了一种分散危险和管理不确定情况的途径；对保险业来说，它是一个相当大的市场”。⁴⁴² 保险的范围也可能包括清理费用。

(33) 在美国发展的保险市场中获得的经验能够迅速地转移到其他市场，因为保险业是不断增长的全球市场。例如，在预防和补救环境损害方面，欧盟关于环境责任的第 2004/35/CE 号指示第 14 条规定，会员国应该采取措施鼓励由适当的证

⁴³⁹ 条约实践参看 1962 年核船舶经营人的责任公约第三条、1963 年维也纳核损害民事责任公约的 1997 年议定书第七条、1963 年维也纳核损害民事责任公约第七条、1960 年核能领域第三方责任公约第 10 条、2004 年《修正 1960 年核能领域第三方责任公约的议定书》第 10 条。也参看 1992 年关于污染损害民事责任的国际公约第五条、1996 年海上运输危险和有害物质方面损害责任和赔偿问题国际公约第 12 条、油舱油污损害民事责任国际公约第 7 条、巴塞尔议定书第 14 条、基辅议定书第 11 条、卢加诺公约第 12 条。

⁴⁴⁰ 参看中国的声明，载于大会正式纪录，第五十八届会议，简要纪录，第六委员会，A/C.6/58/SR.19，第 43 段。

⁴⁴¹ 参看意大利声明，同上，A/C.6/58/SR.17，第 28 段。

⁴⁴² 参看欧洲议会和委员会关于预防和补救环境损害的环境责任方面的指示，布鲁塞尔，23.1.2002，COM (2002) 17 final, pp.7-9。

券经济和金融经营人发展担保手段和市场，包括在破产情形下的财政机制，其目标是使经营人使用财政担保来保证履行该《指示》所规定的责任。

(34) 提供保险和金融担保的后果之一是，根据国内法直接针对提供财政担保的任何人提出索赔要求，成为一项允许采用的备选办法。但是，该个人可以有权要求经营人加入诉讼中。该个人还有权援引经营人根据法律本来有权援引的辩护。《基辅议定书》第 11 条第 3 款和《巴塞尔议定书》第 14 条第 4 款规定了这种可能性。但是，这两项议定书都容许各国在它们不希望容许这种直接诉讼时发表一项声明。

(35) 第 4 段和第 5 段提到各国应该集中注意的其他同样重要的措施。这里涉及设置国家级的补充基金。当然，这并不排除在联邦制国家中，下一级政府承担起上述责任。所有现有的损失分配方案都设想到设置某种补充基金，以便在经营人经营的基金不足以赔偿受害人时用于解决索赔要求。涉及危险活动的责任制度多半规定设置更多的资金资源以便应付索赔要求，尤其是支付反应措施和恢复措施的费用。为了遏制损害，并且恢复受损自然资源和公共设施的价值，不能没有补充基金。

(36) 可以从不同的帐户设置补充基金资源。第一种可以作为国家预算的一部分由公共财政支出。换言之，国家可以在分担损害造成的损失中承担一个份额。第二个帐户是由同一类危险活动的经营人或所进行危险活动的直接受益实体缴款设置的一个综合基金。通常并不指明哪个基金(无论是经营人设置的，还是受益人设置的，还是国家设置的)将在经营人的责任限额穷尽以后，优先提供救济。

原则 5

反应措施

为了尽量减轻本原则草案范围内的活动所涉事件造成的跨界损害，各国应在必要时在经营者的协助下，采取及时和有效的反应措施，或在适当情况下，经营者应采取及时和有效的反应措施。这些措施应包括及时通知所有潜在的受害国、并在适当的时候与它们协商与合作。

评 注

(1) 一旦发生引起重大损害的事故或事件，必须采取反应行动，这种行动的重要性无论怎样强调都不过分。事实上，应立即采取这种反应措施，它们对于防止损害范围的扩大十分必要。多数情况下，在采取反应措施之前甚至不必浪费时间去查明责任者或引发事件的原因或过失。根据原则草案 5，须由有关国家负责决定如何采取这类措施以及由谁采取这类措施——是由国家自己，还是由经营者，或由某个其他适当的人或实体采取这类措施。虽然在“各国应在必要时在经营者的协助下，[……]，或在适当情况下，经营者”这种表述中没有提出这样的行动次序，但可以合理地认为，在大多数跨界损害情况下，国家应发挥更突出的作用。这样的义务源自于国家负有确保其管辖和控制范围内的活动不引起跨界损害的一般义务。而且，国家有可能使合理反应措施的费用得到偿还。此外，起草的措辞也考虑到了这类案件中经常会出现的外交方面的微妙情况。另一方面，也不打算排除包括跨国公司在内的经营者首先采取反应行动的可能性。

(2) 此外，很常见的情况是，国家当局立即作出反应，将受影响的人们转移到安全的地方并立即提供紧急医疗和其他救援。正因如此，鉴于国家的任务是在任何时候都要确保公共福利并保护公共利益，所以该原则确认国家在出现紧急情况后立即采取必要措施方面具有重要作用。

(3) 本原则草案为国家设想的任务是对关于预防问题的条款草案中有关“紧急备灾”和“通知紧急情况”的第 16 和第 17 条所规定的任务的补充。⁴⁴³

(4) 然而，本原则草案应当有所不同，并超越那些规定。本原则草案涉及的是，造成损害的事故发生后，必须采取反应行动，可能的话应在损害具有跨界性质之前就采取行动。引起损害的国家为了其自身利益，甚至作为出于“基本的人

⁴⁴³ 关于预防问题的条款草案第 16 和第 17 条的案文及评注，见《大会正式记录，第五十三届会议，补编第 10 号》(A/56/10)，第 370 页至第 436 页，见第 429 页至第 433 页。关于必须将维持应急计划和针对紧急污染情况作出反应的条约义务视为国家控制已知环境损害来源的应有的注意义务的一部分这个观点，见 Birnie and Boyle, *International Law...* 前引书，第 137 页。两位作者还在第 136 页中指出“将 Corfu Channel 案(科孚海峡案)视为对已知环境危险发出警告的习惯义务方面的判例是合理的”。

道考虑”⁴⁴⁴ 而承担的义务，应同可能受影响的国家协商决定预防或减轻跨界损害的最佳反应行动⁴⁴⁵。本原则草案第二句话中考虑了各个层次的干预行动，即通知、协商与合作。根据考虑，“及时”一词更适合修饰“通知”，但在紧急情况中就“协商”和“合作”而言，可能并不完全合适，因为“协商”和“合作”需要双方同意，并需具有诚意，而且通常是应要求进行的。因此认为，“在适当的时候”这一表达法能够充分涵盖这些条件，并足够灵活，可以根据每种具体情况包括范围广泛的干预程序。

(5) 反过来说，可能受影响的国家应给予起源国充分合作。不言而喻，已受到或可能受到跨界影响的国家也必须采取反应措施。这些国家应在其所管辖的地区内以及自身权力范围内采取反应措施，以协助预防或减轻跨界损害。这种反应行动不仅对公共利益至关重要，而且对保证有关当局和法院能够处理随后的赔偿要求及偿还因采取合理反应措施而带来的费用的要求也至关重要。⁴⁴⁶

(6) 然而，国家针对危险活动造成的紧急情况所采取的任何措施不得且不应将经营者的作用置于任何次要地位或仅让他们起剩余性作用。其实，在保持紧急备灾状态和一旦发生事故便立即采取任何这类措施方面，经营者具有同等重要的责任。经营者可以并应当给予国家履行其责任所需的一切援助。具体说，经营者最能够说明事故的详情、性质、发生时间和确切地点以及可能受到影响的各方可以采取哪些措施来尽量减轻损害的后果。⁴⁴⁷ 如果经营者不能采取必要的反应行

⁴⁴⁴ 见 *Corfu Channel* 案(科孚海峡案)，1949 年《国际法院报告书》第 4 页，见第 22 页。关于作为不同于《国际法院规约》第 38 条中所列举的传统国际法渊源的“某些普遍公认的原则所产生的义务”的一部分这个特定概念，参见 Bruno Simma《从双边外交到国际法中的集体利益》，*Recueil des Cours*，第二卷 250(1994-VI)，291-292。

⁴⁴⁵ 关于国家通知并彼此进行协商以便采取适当行动来减轻损害的义务，见《里约宣言》原则 18；1992 年《关于工业事故越界影响的公约》；1992 年《生物多样性公约》和 2000 年《关于生物技术安全的卡塔赫纳议定书》以及核事故方面的条约和原子能机构 1986 年《及早通报核事故公约》。另见 Sands, *Principles*... 前引书第 841 页至第 847 页。

⁴⁴⁶ 关于估算可接受的恢复费用时的合理性标准，大体上可参见 Peter Wetterstein “A proprietary or Possessory Interest... ” 前引书第 47 页至第 50 页。

⁴⁴⁷ 发生核事故的国家必须通报这些详细情况。参见原子能机构《及早通报核事故公约》第 2 条。这些国家还必须通过原子能机构向可能受影响的国家提供其他必要资料，以便尽量减轻辐射后果。另见 Sands, *Principles*... 前引书第 845 页至第 846 页。

动，起源国则应作出必要安排来采取这类行动。⁴⁴⁸ 在此过程中，它可以向其它国家或主管国际组织寻求必要和可获得的帮助。

原则 6

国际和国内救济

1. 各国应提供适当程序以确保按照原则草案 4 向危险活动所致跨界损害的受害者提供赔偿。
2. 这些程序可包括迅速而又最经济的国际求偿诉讼解决程序。
3. 为执行原则草案 4 作出赔偿的目的，一国应在必要的情形下，确保其本国行政和司法机制拥有必要权限，对此类受害者提供有效救济。这些机制的及时、充分和有效程度应不逊于其本国国民的待遇，并且能够获取有关此种机制的必要资料。

评 注

(1) 原则草案 6 指明了实施和执行原则草案 4 所载目标的必要措施。第 1 款规定了确保制定适当程序以保证提供赔偿的要求，对各国均适用。该款应当与详述每个国家义务的第 3 款相对照，后者将第 1 款所包含的要求具体适用于起源国。

(2) 第 2 款旨在更具体地说明有关程序的性质。它提及“国际求偿诉讼解决程序”。在此可以设想若干程序。例如，在跨界损害情况中，国家可以通过谈判

⁴⁴⁸ 按照关于环境责任的第 2004/35/CE 号欧盟令第 5 和第 6 条规定，根据第 13 条指定的主管当局可以要求经营者采取必要的预防或恢复措施，如果经营者不采取这些措施或者找不到经营者，主管当局则可以自己采取这类措施。

商定应付的赔偿额。⁴⁴⁹ 这些程序可以包括混合求偿委员会、为确定一次性总付款额进行谈判等。虽然说的是国际程序，但不排除起源国可以通过受影响国确立的国家求偿程序来向该国支付赔偿金的可能性。这类谈判，除非另有目的，不必阻碍起源国与受害私人各方之间以及受害私人各方与造成重大损害的活动负责人之间进行谈判。可以通过审判或庭外解决程序商定一次性总付赔偿额。⁴⁵⁰ 受害者可立即获得暂时性的合理赔偿，以等候就求偿要求可否受理以及实际应付赔偿额作出决定。为此而成立的国家求偿委员会或联合求偿委员会可以审查求偿要求并决定最终应支付的赔偿额。⁴⁵¹

⁴⁴⁹ 在日本渔民因美利坚合众国 1954 年在马绍尔群岛附近进行核试验而受到损害的案件中，美国向日本赔偿了 200 万美元，Whiteman, *Digest of International Law*, vol.4, p.565. 另见 E. Margolis “the Hydrogen Bomb Experiments and International Law”, 64 *Yale Law Journal*(1955), 第 629 页，见第 638 页至第 639 页。1978 年 1 月 Cosmos 954 坠毁后，苏联向加拿大赔偿了 300 万加元，Sands, *Principles ...* 前引书第 887 页。另见 18 *ILM* (1979) 907. 作者还指出尽管若干欧洲国家向遭受切尔诺贝利核事故损害的国民支付了赔偿金，但它们不曾努力提出正式的求偿要求，即使它们保留有这样做的权利。同上，第 886 页至第 889 页。还可以提及委员会工作组于 1996 年通过的条款草案第 21 和第 22 条。第 21 条建议起源国和受影响国应在任一方提出要求的情况下谈判补偿或其它补救的性质和程度。第 22 条提及了国家为达成最公平的赔偿额不妨考虑的若干因素。关于委员会工作组的报告，见 1996 年《大会正式记录，第五十一届会议，补编第 10 号》(A/54/10)，第 320 页至第 327 页。

⁴⁵⁰ 关于博帕尔煤气泄漏事故，印度政府曾试图合并受害者的求偿要求。它首先设法向美国法院寻求赔偿，但由于法院不适宜，该案件交由印度最高法院审理。1985 年《博帕尔煤气泄漏事故(求偿处理)法》为合并求偿要求提供了依据。印度最高法院在 *Union Carbide Corporation v. Union of India and others*, All India Reports 1990 SC 273 案件中，颁布命令要求一次性偿付赔偿额。它规定 Union Carbide 向 Union of India 一次性支付 47,000 万美元，以彻底解决与博帕尔煤气泄漏事故有关和由此引起的所有求偿要求、权利和责任问题。印度政府最初的求偿额超过 10 亿美元。

⁴⁵¹ 2002 年 4 月，就美国 1946 年至 1958 年期间进行的核方案给土地造成的损害，向 Enewatak 人赔偿 324,949,311 美元，见 39 *ILM* (2000)1214.

(3) 对于第 2 款下设想的一些程序，可以以联合国赔偿委员会⁴⁵²作为有益的模式。在这里，受害人获准求助于国际程序，而不必用尽国内救济。这样做是为了能够在短时间内使索赔得到解决。

(4) 国际法委员会认识到，在国际上进行求偿的费用和开支非常高。而且它还认识到，解决某些国际求偿，需要很长时间。第 2 款中提及迅速而又最经济的程序的目的是要反映这样一种愿望，即：不让受害者因为类似于司法审判的漫长程序或可能起抑制作用的程序而负担过重。

(5) 第 3 款着重于国内程序。其中具体说明义务是针对起源国的。这是一项关于平等获取权的规定。该款先推定，只有在为一个人行使其权利确立了适当的机制后，才能行使获取权。因此，第 3 款第一句话论及给予行政和司法机制必要权限的必要性。这类机制应能够受理涉及本原则草案范围内活动的求偿要求。第一句话强调确保有效救济的重要性，强调必须排除障碍以确保参加行政听审和诉讼。第二句话论及平等获取权的两个方面。它强调为决定涉及危险活动的求偿要求制定程序上的不歧视标准的重要性。其次，它论及平等获取资料的问题。提及“适当”获取是要说明，在某些情况下，获取资料或公开资料的要求可能遭到拒绝。然而，即使在这种情况下，也必须准备好提供关于适用的例外、拒绝的理由、审查程序和适用的费用(如果有)的资料。如可行，应当可以免费或以最低费用获得这类资料。

(6) 跨界损害情况中提供的国家申诉程序应类似于依据本国法律提供给本国国民的申诉程序。不妨回顾，关于预防问题的条款草案第 16 条就预防阶段可能出现的求偿，为各国规定了类似的义务，在这个阶段，各国必须以应有的注意来管理危险活动所涉及的风险。1997 年《国际水道非航行使用法公约》第 32 条针对已尽力预防损害但损害实际发生之后引起的求偿情况作出了类似的规定。

(7) 起诉权原则以不歧视和平等获取国家救济为基础。尽管有不足之处，但该原则在提供获得信息的渠道及确保境内外相关法院与国家当局适当合作方面确

⁴⁵² 根据安全理事会第 687 (1991) 号决议设立。另见安全理事会第 674 (1990)、692 (1991) 号决议以及秘书长根据安全理事会第 687 (1991) 号决议第 19 段提交的报告，文件 S/22559。关于联合国赔偿委员会采纳的程序，见 Mojtaba Kazazi 著“Environmental Damage in the Practice of the UN Compensation Commission”，载于 Bowman 和 Alan Boyle 的著作“Environmental Damage... ..”前引书第 111 页至第 113 页。

实超出了原来的要求，即各国在为跨界损害求偿者提供救济时必须满足最低限度的效力标准。这一原则也反映在《里约宣言》原则 10 和《世界大自然宪章》原则 23 中。各国有关环境保护问题的宪法法律也日益确认了这一原则。⁴⁵³

(8) 第 3 款没有减缓或解决法律选择方面的问题。而各国对此问题意见各异，缺乏任何共识，因此它严重妨碍向受害者提供及时、充分和有效的司法申诉程序和救济，⁴⁵⁴ 尤其是在受害者系贫穷者、在当地得不到专家律师帮助的情况下。尽管有这些不足之处，但该原则仍是朝正确方向迈出的一步，甚至可以说是根本性的一步。各国可以通过促进法律的统一和同意扩大这种获取权和救济来推进发展。

(9) 根据 1968 年《关于民事管辖和判决执行的布鲁塞尔公约》，只有在下列情况下可从某一当事方的法院获得救济：(a) 受到损害；(b) 经营者有常住居所；或(c) 经营者有主要经营地。1993 年《卢加诺公约》第 19 条、《巴塞尔议定书》第 17 条和《基辅议定书》第 13 条都规定了类似的选择法院的权利。

原则 7

拟订专门的国际制度

1. 各国应在全球、区域或双边的基础上合作拟订适当的国际协定，以便就特定类别危险活动应遵循的预防措施和反应措施以及应采取的赔偿和财政保障措施，作出安排。

2. 这些协定可包括工业和(或)国家供资的赔偿基金，以期在经营者财政资源，包括财政保障措施不足以应付事故损失的情况下作为补充赔偿基金。任何此类基金都可指定用于补充或取代全国性的工业基金。

⁴⁵³ K.W.Cuperus and Alan E.Boyle “Articles on Private Law Remedies for Transboundary Damage in International Watercourses”，载于国际法协会第六十七次会议报告，芬兰，赫尔辛基，(1996 年)，第 407 页。

⁴⁵⁴ 同上，第 403 页至第 411 页，第 407 页。

评 注

(1) 原则草案 7 与原则草案 4 中的各项规定相当，只是原则草案 7 中的规定是要在国际上发挥作用。第 1 款鼓励各国在全球、区域或双边的基础上合作，在如下三个方面拟订国际协定：关于预防问题的协定；关于特定类别危险活动发生事故后为尽量减轻跨界损害而采取的反应措施的协定；以及关于赔偿和为保证及时和充分提供赔偿而采取的财政保障措施的协定。

(2) 第 2 款鼓励各国合作，通过工业基金或国家基金在国际上建立起各种财政保障系统，以便保证向跨界损害受害者提供充足、及时和充分的补救。第 2 款还确认，不论国家可能在国内采取什么行动来遵循反应措施和赔偿规定，若要使这方面的实践方式更安全可靠和更一致，还必须作出国际安排。这项原则指出，各国有必要作出更详细的安排，以应对各类危险活动的具体情况。它也确认，跨界损害责任制度中存在若干变数，鉴于各国自身特有的需要、政治现状和经济发展阶段，最好由它们或者其各自的国家法律或实践自主选择。在区域范围内就特定类别危险活动作出的安排可能更有成效和可更持久地保护区域内各国公民的利益以及他们所依赖的环境和自然资源。

(3) 不妨回顾，从本专题一开始，委员会就假定其主要目的是要“促进建立各种制度，不用禁止的方式，管制任何被认为构成实际或潜在重大危险并引起跨界影响的特定活动”⁴⁵⁵。据此，赔偿责任一词的含义是“一种负资产，是与权利成对比的义务”⁴⁵⁶。因此它不但是指违反一种义务的后果，而且也是指义务本身。这样看来，这个专题讨论的是国家的主要责任，同时考虑到“合法利益和多重因素”的存在并予以调和⁴⁵⁷。草案中不仅要制定预防原则，作为适当合理的注意责任的一部分，而且要规定充分的都同意的赔偿框架，以反映对公平原则的适

⁴⁵⁵ 《1980 年……年鉴》第二卷(第一部分)第 247 页，初步报告，A/CN.4/334 号文件，第 250 页，第 9 段。

⁴⁵⁶ 同上，第 12 段。

⁴⁵⁷ 同上，第 38 段。

用。这是贯穿整个制度的基本原理，这个制度可以最恰当地被称为一种“共同期望”的制度⁴⁵⁸而国家有“无限的选择”。⁴⁵⁹

原则 8

执行

1. 一国应制订执行本原则草案时可能需要的任何法律、规章和行政措施。
2. 本原则草案和任何执行规定都不应有任何歧视，如基于国籍、居住地或居所地的歧视。
3. 各国应相互合作，依据国际法规定的义务执行本原则草案。

评注

(1) 原则草案 8 重申了其它原则草案中的含义，即每个国家都应制订执行本原则草案的法律、规章和行政措施。该原则草案有意突出国家通过国内法律来执行由国际安排和协定之缔约国商定的国际标准或义务的重要意义。第 2 款强调，在适用这些原则草案和任何执行规定时，不得有基于任何理由的歧视。在此强调“任何”，是为了指出基于任何理由的歧视都是无效的。保留关于国籍、居住地或居所地的提法是要列举一些有关的例子，它们是解决涉及跨界损害的求偿问题时常见且相关的歧视理由。

(2) 第 3 款属于一般性条款，规定各国应相互合作，依据国际法规定的义务执行本原则草案。这一条款是根据《基辅议定书》第 8 条拟订的。执行机制的重要性无论如何强调都不过分。从一般国际法和协定国际法的角度看，它在国际一

⁴⁵⁸ “共同期望”是指“(a) 有关国家之间在通信或其他交流中所表示的期望，或在无明确表示情况下，(b) 有关国家、他们所属的区域或其他集团或国际社会通过共同立法或其他正常行为标准所暗示的期望”，《1982 年……年鉴》第二卷（第一部分），第 63 页，文件 A/CN.4/360。《专题纲要》，第四节，第 4 段。关于“共同期望”的性质，Barboza 解释说“这种期望在一定程度上可以产生权利”。“这一点属于诚意、不容反悔或在某些法律制度下称为‘自身行为’原则的范围”。见关于国际责任专题的第二次报告，《1986 年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/402 号文件，第 22 段。

⁴⁵⁹ 《1980 年……年鉴》，第二卷，初步报告，（第一部分），第 48 段。

级发挥作用，主要是在国家之间，而且它要求在国家一级通过具体的国内宪法和其他立法手段予以执行。《维也纳条约法公约》第 26 条载明了“条约必须遵守”这项基本原则。该《公约》第 27 条阐明了众所周知的论点，即各国不得援引其国内法为理由或者以缺乏国内法为理由而不履行其条约义务。⁴⁶⁰ 各国必须颁布合适的国内法律来执行这些原则，以免跨界损害受害者得不到充分救助。

⁴⁶⁰ Anthony Aust, *Modern Treaty Law and Practice*(Cambridge, 2000), 第十章, 第 143 页至第 161 页, 见第 141 页。关于在国家一级执行国际决定的问题, 有大量论及不同国家经验的文献。见联合国, *International Law: Collection of Essays*(纽约, 1999), 第三章, 第 165 页至第 221 页。

第八章

国家的单方面行为

A. 导言

177. 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。⁴⁶¹

178. 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。

179. 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。⁴⁶²

180. 委员会第四十九届会议还任命维克托·罗德里格斯-塞德尼奥先生为这一专题的特别报告员。⁴⁶³

181. 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。

182. 委员会 1998 年第五十届会议收到并审议了特别报告员关于这个专题的第一次报告。⁴⁶⁴ 讨论的结果是，委员会决定重新召集国家的单方面行为工作组。

183. 工作组就这个专题的范围、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。⁴⁶⁵

184. 委员会 1999 年第五十一届会议收到并审议了特别报告员关于这一专题的第二次报告。⁴⁶⁶ 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。

⁴⁶¹ 《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。

⁴⁶² 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。

⁴⁶³ 同上，第 212 和 234 段。

⁴⁶⁴ A/CN.4/486。

⁴⁶⁵ 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。

⁴⁶⁶ A/CN.4/500 和 Add.1。

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

186. 委员会 2000 年第五十二届会议审议了本专题特别报告员的第三次报告⁴⁶⁷以及各国对 1999 年 9 月 30 日分发的本专题问题单的答复。⁴⁶⁸ 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。

187. 委员会 2001 年第五十三届会议审议了特别报告员的第四次报告⁴⁶⁹ 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。

188. 委员会 2002 年第五十四届会议审议了特别报告员的第五次报告，⁴⁷⁰ 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。⁴⁷¹ 委员会还设立了一个不限名额的工作组。

189. 委员会 2003 年第五十五届会议审议了特别报告员的第六次报告。⁴⁷²

190. 委员会在第 2771 次会议上设立了不限成员名额的国家的单方面行为工作组，由阿兰·佩莱先生担任主席。

191. 委员会在 2003 年 7 月 31 日第 2783 次会议上审议并通过了关于专题范围和工作方法的工作组报告第一部分和第二部分中所载述的建议。⁴⁷³

⁴⁶⁷ A/CN.4/505。

⁴⁶⁸ A/CN.4/500 和 Add.1。

⁴⁶⁹ A/CN.4/519。

⁴⁷⁰ 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。

⁴⁷¹ A/CN.4/524。

⁴⁷² A/CN.4/534。

⁴⁷³ 见大会正式纪录，第五十八届会议，补编第 10 号 (A/58/10)，第 304-308 段。

B. 本届会议审议这个专题的情况

192. 委员会在本届会议上收到了特别报告员的第七次报告(A/CN.4/542 和 Corr.1 (仅更正法文本)、Corr.2 和 Corr.3), 并在 2004 年 7 月 5 日至 7 日以及 7 月 9 日、13 日、14 日和 16 日举行的第 2811 至第 2813 次会议和第 2815 至第 2818 次会议上进行了审议。

1. 特别报告员介绍第七次报告

193. 特别报告员指出, 根据委员会 2003 年提出的建议(特别是建议 4), 第七次报告涉及单方面行为方面的国家实践, 并考虑了为编纂和逐渐发展工作确定有关规则的需要。他特别感谢马拉加大学的师生, 他们为本报告作出了宝贵的工作。这份报告以各区域和法律系统提供的材料、各国政府和国际组织代表的发言以及国际法院的判决为基础。此外, 还考虑了第六委员会中各国政府的意见。然而, 很少有政府对收到的调查表作出答复。

194. 本报告讨论产生法律效力的行为和声明, 这只是一种初步研究, 如果委员会认为必要, 今后可以进行更详细的审议。

195. 为了确定对行为和声明的分类标准, 特别报告员采用了已普遍确立的三个类别: 一国据以承担义务的行为(许诺和承认); 一国据以放弃权利的行为(放弃); 和一国据以重申一项权利或一项要求的行为(抗议)。尽管通知在形式上是一种单方面行为, 但它通常根据其所涉情况(抗议、许诺、承认等)产生不同的效力, 例如在条约制度中的情况。

196. 可能产生类似单方面行为之法律效力的行为构成一个单独章节的主题, 其中对沉默、同意和不容反悔以及它们与单方面行为的关系进行了简要分析, 并介绍了某些国际法院的实践。

197. 许诺和承认属于国家据以承担义务的行为。它们采取的形式是由一个国家单独或几个国家集体作出单方面声明, 据此来承担义务并给予其它国家、国际组织或其它实体权利。报告中列举了若干这类声明的例子, 其中有些仍引起争论, 如 1956 年 7 月 26 日埃及作出的关于苏伊士运河的声明。根据这些声明可以确定, 许诺是一个持有特定意图和目的的国家公开单方面表明的心愿。这种声明

可以涵盖大量专题，从防御和财政问题到承诺不适用可能对第三国产生不利影响的内部规则。研究中不包括不产生法律义务的许诺，如许诺协助两国之间进行的谈判工作等。

198. 有些许诺会引起那些认为自己受到影响的国家的反应。这种反应采取的形式可以是对某种特定情况表示抗议或承认。其它形式取决于具体情况，而这引出的问题是，它们是否构成严格意义上的单方面行为。

199. 可能引起委员会关注的某些声明是在裁军谈判中作出的。这些声明中有些由有权在国际上代表国家的人(外交部长、大使、代表团团长等)作出，这些声明的效力范围提出了难题。它们是政治声明还是意图产生法律义务的声明？作出这些声明的背景可能是澄清它们的范围与后果的一个途径。

200. 出于方法原因，承认被包括在国家据以承担义务的行为中。虽然没有进行全面彻底的研究，但报告阐明了承认通常以一个已存在的情况为基础，它并不造成这种情况。尽管如此，多数作者将承认视为一个国际法主体意愿的表明，该主体借此注意到某种情况并表达其视这种情况为合法的意图。承认可以通过明示或暗示、口头或书面声明(甚或通过不是严格意义上的单方面行为)来表达。承认影响到“承认”国的权利、义务和政治利益，而且如判例(Eugène L. Didier, adm. Et al v. Chile 案)⁴⁷⁴ 所表明的，它不具有追溯效力。

201. 鉴于主要与诸如前南斯拉夫国家的东欧“新”国家有关的大量实践，本报告讨论了承认国家的各种情况。其中提及了有条件的承认和由于参加某一国际组织而出现的承认情况。

202. 另一方面，承认政府的情况比较少也不很明确。外交关系的继续或不继续以及大使的撤离都是采取承认行为过程中的因素。

203. 本报告还讨论了国家借以表明其对有争议领土(北塞浦路斯土耳其共和国、东帝汶等)或对一种战争状况的立场的正式声明或行为。

204. 另一类行为涉及到一国据以放弃权利或一项合法要求的行为，包括需要通过退位或让与来放弃。

⁴⁷⁴ V. Coussirat-Coustère and P.M. Eisemann, *Répertoire de la jurisprudence arbitrale internationale*, vol. I, 1784-1918(Dordrecht, Boston, London, 1989), p.54.

205. 从国际法院判例得出的结论是，不得推定一国放弃了其权利。沉默或默许不足以使一放弃行为产生效力(国际法院，United States Nationals in Morocco 案)。⁴⁷⁵ 必须通过明确行为才能使一种默示的放弃获得接受(常设国际法院，Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex 案)。⁴⁷⁶

206. 第三个类别涉及抗议，或一抗议国据以表明它不承认其所抗议之行为的合法性或者不接受这种行为造成或可能造成的状况的单方面声明。因此，抗议与承认的效力相反：抗议可以是反复的行为，并且必须明确，但严重违反国际义务的情况，或者抗议是出于国际法强制性规则的情况除外。本报告列举了若干抗议的例子，其中有些涉及到国家之间存在的领土或其他争端。

207. 报告中讨论的最后类别涉及到可能产生类似单方面行为之法律效力的国家行为。这种行为可能导致承认或不承认、抗议另一个国家的要求或甚至导致放弃。

208. 报告还审议了沉默和不容反悔问题，它们与单方面行为密切相关，尽管事实上，沉默的法律效力问题经常引起争论。

209. 本报告结论的目的是要促进对此专题的研究并确定一些普遍适用的原则。虽然列举的例子以普遍接受的单方面行为类别为基础，但特别报告员建议根据第五十五届会议临时通过的定义，并考虑到可能产生类似单方面行为之法律效力的国家行为的各种形式，对单方面行为提出新的定义。

2. 辩论概况

210. 有几位委员对第七次报告及其中介绍的大量实践情况表示满意。一些委员回顾，鉴于报告的密度，委员会当初要求特别报告员在第七次报告中专门讨论国家实践问题的想法是正确的。然而，单方面行为的概念仍没有得到足够严谨的分析。此外，一些委员和一些国家曾在第六委员会中说明他们不认为本专题应成为条款草案的主题。一种意见认为委员会应挑选某些方面进行研究，说明国家实践情况和适用的法律。

⁴⁷⁵ 1952年《国际法院报告书》。

⁴⁷⁶ 《常设国际法院汇编》A/B辑，第46号，p.96。

211. 有意见认为某些类别的单方面行为，如许诺，继续造成问题，并认为不应考虑行为国用以限定其行为的词语。此外，选定的类别不是那么清晰。有的意见认为，应对国家或政府的承认排除在研究之外，因为不应当认为大会将视这个敏感问题是单方面行为专题的一部分。在这方面，有人指出，对国家或政府的承认在原先的待编纂专题清单上是单独的项目。然而，根据另一种意见，研究应包括承认和不承认的法律效力问题。

212. 有人指出，作出声明的行为国相对于一或多个其他国家所承担的国际法律义务的概念应被作为一种标准而不是法律效力的概念，后一概念要宽泛许多。因此单方面行为应被当作一种国际法渊源来研究。这方面没有很多实践，国际法院在 *Nuclear Tests 案(核试验案)*⁴⁷⁷ 中的判决仅是一个孤立的情况。

213. 还有人说特别报告员完成了委员会委托给他的任务。不过仍可能令人感到有点困惑，并想知道委员会是否陷入了僵局。如果当初没有错误地选择方法，在与条约相同的基础上处理单方面行为问题，目前情况很可能会好一些。

214. 有人指出，对分类的使用方式可能受到质疑，特别是特别报告员倾向于将具有类似于单方面行为之法律效力的行为形式归属为严格意义上的单方面行为。

215. 据一些委员认为，本报告充满取自实践的事实上和法律上的例子与情况(其中有些并不真正相关)，但对所列举的例子缺乏分析。报告没有回答工作组建议 6 中提出的问题，即国家采取单方面行为的原因是什么。而且也没有论及该建议中的其它问题，即国家的明示承诺或暗示承诺的效力标准是什么，以及在什么情况下，根据什么条件才能修改或撤回单方面承诺。要回答这些问题需要额外的资料并进行深入分析，即使相关的实践不很多。国际法院诉讼的最新例子(《防止及惩治种族灭绝罪国际公约》的执行案(波斯尼亚和黑塞哥维那诉塞尔维亚和黑山))⁴⁷⁸ 表明，国家机构通过单方面行为引起国家责任的权限问题十分复杂。

216. 其他委员也疑惑，在许多提供有例证的情况中，有些是否只是构成政治行为。在这方面，一致认为在没有客观标准的情况下，很难说明政治行为与法律行为之间的区别，这也是委员会须处理的问题之一。建议 1 中所选定义的要点，

⁴⁷⁷ 《1974 年国际法院报告书》。

⁴⁷⁸ 《1996 年国际法院报告书》，p.595。

即国家欲产生国际法规定的义务或其它法律效力的意图，具有主观性。那么如何能够客观地确定这种意图？由此出发，报告中列举的若干例子只不过是意图产生法律效力的政治性行为或声明。行为的目的是确定其性质的一个重要因素——这方面的一个适当例子是，对国家或政府的承认。如果无法确定行为的性质，则应考虑主权不受限制原则或限制性解释原则。如果不是不可能，起码也很难确定严格意义上的单方面行为(一些作者认为在行为的对象国总是认可的情况下，这些行为不构成法律来源)；不过，进行专题研究或阐述性研究的想法值得考虑。至于单方面行为的效力标准或修改或撤销单方面行为的条件，最好弄清楚与条约的相似性是否并不完全有关或令人满意，因为任意法或对等概念所发挥的作用不同。单方面承诺的灵活性是个可以更深入研究的问题。

217. 据另一种意见认为，“单方面行为”一语涵盖了范围广泛的法律关系或国家在针对其它国家的行为中使用的程序。行为即指作为，而作为包括沉默和默许。作为也可以旨在建立法律关系或使诚意原则发挥作用。承认可以包括法律或政治承认。常用的术语帮助不大，寻找相关的标准可能是个办法。在这方面，应当考虑国际法院审理的某些案件，例如在缅甸湾划分海界案⁴⁷⁹中援引的沉默的情况以及不容反悔原则。

218. 此外，还提醒注意，国际法院判例在 *Nuclear Tests* 案(核试验案)和 *Frontier Dispute (Burkina Faso/Republic of Mali)*案(布基纳法索/马里共和国边境争端案)⁴⁸⁰中大力强调作出声明的行为国希望能够产生法律义务的意图。单方面行为无可否认地存在并能够产生一整套双边或多边关系体系，而这种体系的机制不总是很清楚或甚至是不明显的。应当继续进行研究，以便从审议的材料中归纳出法律规则。为此，单方面行为的定义草案提供了一个有用的依据，但对特别报告员提及的所有类别应当重新审议。这项研究采取的最终形式取决于对国家实践的评估及其结论。在没有公约草案的情况下，或许可以考虑制定灵活准则的可能性。

219. 特别报告员的初步结论中包含了一些有用的线索，但还是要求进行更全面的分析，以便断定，存在与《维也纳条约法公约》所确定的规则或法律制度相类似的可普遍适用的规则或法律制度。

⁴⁷⁹ 《1984年国际法院报告书》。

⁴⁸⁰ 《1986年国际法院报告书》，p.554。

220. 此外，注意到在介绍实践情况时提出了一些实质性问题，如条件与严格意义上的单方面行为能否相容。条件可能是作出单方面行为的动机的一个决定因素。行为的目的也应被考虑在内，因为它可以表明行为是政治性的还是法律性的。当然，委员会应将自己的工作限于研究单方面法律行为。此外，一行为的目的可以决定它是否是自主的，而这反过来对能否将一个行为归属为单方面行为至关重要。未来的任何制度都应包括一项与《维也纳条约法公约》第 18 条相当的规定，从而确保行动自由与国家间关系的安全之间的平衡。此外，或许也应当考虑其它方面，如撤销一个单方面行为的问题，这可能要经由受惠国同意。

221. 这样，单方面行为的自主性排除了在协定或共同关系框架内采取的任何行为，或者与习惯法或体制法有关的任何行为。单方面行为作为一种国际法渊源这个特定性质取决于一些标准，例如行为国的意图和对象国作为国际法主体的地位，以及作出行为的方式和框架等。

222. 还有人指出，虽然实践方面有丰富的例子，是一个不可避免的参考来源，但仍然必须探讨这些行为，特别是许诺(尤其是在它们未得到履行的情况中)，激起的反应。是否能够援引许诺国的国际责任？从这个角度对实践进行研究或许可以揭示单方面行为是否会引起行为国的国际法律义务。国际法院审议了这种行为的法律范围(尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动案⁴⁸¹ 或 *Frontier Dispute (Burkina Faso/Republic of Mali)*案(布基纳法索/马里共和国边境争端案)⁴⁸²)。此外，还应更详细地分析对单方面行为的抗议，如美利坚合众国 1993 年针对伊朗伊斯兰共和国法律中的海事赔偿规定提出的抗议。即使抗议是依据一项条约(例如，《联合国海洋法公约》)提出的，它们在某些情况下仍是一种国际法渊源。因此对一单方面行为的“存在期”或背景进行全面研究可以说明其特定的特征，并可能确定适用于这些特征的法律规则。

223. 在这方面，可能必须考虑严格意义上的单方面行为，即旨在产生法律效力的单方面行为。在此不必严格遵从特别报告员提及的单方面行为的类别，但最好确定研究单方面行为的最佳方式。

⁴⁸¹ 1984 年和 1986 年《国际法院报告书》。

⁴⁸² 见脚注 7。

224. 此外，还指出单方面行为应以一种国际法律义务的概念而不是其法律效力的概念为标准。法律效力是一个宽泛而模糊的概念，适用于所有的国家单方面行为，无论是否具有自主性，因为所有这些行为都产生法律效力，而且这些法律效力从一个行为到另一个行为显著不同。

225. 有意见认为或许应对产生义务的行为和重申权利的行为加以区别。由于对单方面行为缺乏一种一致的概念，所以很难进行分类。如果单独研究一种包含有一些专门的子原则的类型学，或许会更有助益。

226. 委员会还应再次向各国重申其意愿，仔细处理这个专题。在这方面，一国在国际上作出单方面承诺的意图必须绝对清楚明确。

227. 根据另一种观点，如果先验地将一条约制度框架内采取的单方面行为(例如，批准条约后采取的做法)排除在外，将很可惜。

228. 此外，应详细研究撤销单方面行为的问题。根据单方面行为本身的性质，据说可以被自由撤销，除非明确规定不容许撤销，或在撤销之前，该行为在被最初行为受益者接受后已成为一种条约承诺。

229. 其它问题，如哪些机构有权通过单方面行为使国家受到约束，或规定这些行为效力的条件是什么等，可以参照《维也纳条约法公约》来解决。

230. 有意见表示，报告中提及的若干声明的例子只构成不欲产生法律效力的政治声明，并且是外交手段和国家间关系不可或缺的一部分。

231. 报告中介绍的国家实践表明，要就所提及的各种不同类型的行为作出普遍适用的结论有多么艰难。例如，承认的行为具有使之不同于其它类别行为的特定法律后果。因此，委员会应适当考虑每个行为的具体特征，对它们进行逐一分析并分别得出结论。

232. 至于可以在多大程度上确定单方面行为的确切法律后果，不很清楚。鉴于这种行为极其多样，委员会在这方面提出建议时应特别审慎。据另一种意见认为，单方面行为不构成一种体制或法律制度，因此，不适于编纂，因为编纂在于拟订有关的概念。但涉及到彼此不同和独立的单方面行为时，缺乏的正是这些概念。

233. 一些委员认为，将一些关于某些实体的实践情况作为国家单方面行为的例子提出是错误的，因为这些实体不是国家。有意见认为报告中提到的一些涉及

将台湾作为国际法主体的情况，不符合大会第 2758(XXVI)号决议，所以不应当被包括在内。

234. 此外，还指出，关于就核武器问题在安全理事会作出的郑重声明不具有法律价值的说法不完全正确。这正好表明了这个专题有多么复杂和困难。即使本报告提供了若干类型声明的例子——而且，这些例子可能并不都属于严格意义上的单方面行为定义的范畴——但只简单地列举这些声明是不够的：为了决定是否意图产生法律效力，必须考虑声明的事先和事后背景情况，如 *Nuclear Tests* 案(核试验案)⁴⁸³ 所表明的那样。关于这个主题，报告几乎没有提供资料。此外，分类是根据传统类别进行的，并且从假设出发没有包含关于应如何使用的说明。特别报告员没有采纳工作组要求的推理法，而是使用了一种归纳法。一种行为可以同时属于几种类别(例如，一个偿还债务的许诺可被视为对某些权利的放弃、许诺或承认)。更一般地说来，从一种“目的论”的分类法得不出有建设性的结论。另外，在国家据以自愿作出承诺的行为与国家在不明确表明意愿的情况下据以作出承诺的行为之间也应加以区别，而最初，只应考虑第一类行为。

235. 背景研究对于理解单方面行为至关重要，但往往十分欠缺。因此，有必要从现在起集中关注分析例子并努力拟订一个比较表，其中应包括关于行为者、行为的形式、宗旨、目的和动机、第三方的反应、可能作出的修改、撤销(如果可行)以及执行的情况。这个表的目的是要确定对所研究的行为共同的规则。至于单方面行为的自主性问题，曾指出没有任何单方面行为是完全自主的。法律效力总是来自于已存在的规则或原则。一些委员指出，自主性是个有争议的内容，不应载列于定义中，不过应当承认行为的非依赖性。

236. 一些委员认为可以再次成立一个工作组，以便澄清这项研究下一阶段的方法，并对实践进行审慎的评价。

237. 应鼓励工作组根据前一年提出的建议继续开展工作，并着重未来工作的方向。此外，应继续收集和分析国家实践，尤其要注重国家承诺的效力标准和可以修改或撤回这些承诺的情况。工作组应当选择并深入分析旨在产生法律效力的单方面行为的突出例子(遵从第五十五届会议通过的定义)。

⁴⁸³ 《1974年国际法院报告书》。

3. 特别报告员的结论

238. 讨论结束时，特别报告员指出第七次报告只是对有关国家实践的一个初步概述，在对报告中明确的某些行为的发展方式以及对其他有待确定的行为进行研究后，将予以更充分的阐述。

239. 这种行为的演变、存在期和效力等问题可在下次报告中予以讨论。下次报告将必须努力回答工作组在第五十五届会议上通过的建议 6中提出的问题。委员会的讨论再次强调了主题的复杂性，以及在适用于单方面行为的规则的编纂和逐渐发展工作中遇到的难题。不论工作最后采取何种形式，考虑到本专题在国际关系中变得日益重要，值得进行深入审议。

240. 为了解决一国声明、行为的性质，以及这种行为是否产生法律效力的问题，必须确定国家作出承诺的意愿。这需要根据限制性标准作出解释。

241. 严格意义上的单方面行为，不论被视为国际法渊源还是被视为国际义务的渊源，都是一种创建国际法的方式。一个单方面行为是双边或多边关系的一部分，即使这种关系不能被描述为一种条约安排。

242. 论及承认的行为可以促进对有条件的单方面行为及其各个方面(适用、修改或撤销)的研究。

243. 至于未来的工作方向，可以对实践进行更深入的研究，探讨具体问题，如某些发言者提出的问题(行为者、形式、主题、反应、随后的演变等)，并研究某些可能主要来自于法院判决和仲裁裁决的特定问题。

244. 下次报告将考虑工作组(如果已经成立)提出的结论或建议。

4. 工作组的结论

245. 在 2004 年 7 月 16 日第 2818 次会议上，委员会设立了国家的单方面行为不限名额工作组，由阿兰·佩莱先生担任主席。工作组举行了 4 次会议。

246. 在 2004 年 8 月 5 日第 2829 次会议上，委员会听取了工作组的口头报告。

247. 工作组商定，将文献充分的单方面行为样例留下来，以便作深入分析。工作组还确定了一个清单，可采用统一的分析工具来分析。⁴⁸⁴ 工作组的成员共同做一些研究，将按照确立的清单来进行。这些研究将在 2004 年 11 月 30 日之前交送特别报告员。工作组决定，完全根据这些报告编写的综合摘要将由特别报告员来写，他在拟定其第八次报告中的有关结论时将考虑到这些摘要。

⁴⁸⁴ 这一清单包括下列要点：

- 日期
- 行为者/机关
- 行为者/机关的权限
- 形式
- 内容
- 背景和情境
- 目的
- 对象
- 对象的反应
- 第三方的反应
- 根据
- 实施
- 修改
- 结束/取消
- 法律范围
- 法官或仲裁官的判决
- 评论
- 文献

第九章

对条约的保留

A. 导言

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

249. 委员会 1994 年第四十六届会议任命阿兰·佩莱先生为这个专题的特别报告员。⁴⁸⁵

250. 委员会 1995 年第四十七届会议收到并且讨论了特别报告员的第一次报告。⁴⁸⁶

251. 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方面的实践指南的形式；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，不对 1969 年、1978 年和 1986 年《维也纳公约》的相关条款作出任何改动。⁴⁸⁷ 委员会认为，上述结论是大会 1993 年 12 月 9 日第 48/31 号决议和 1994 年 12 月 9 日第 49/51 号决议要求进行的初步研究取得的成果。就《实践指南》来说，它将采取对国家和国际组织的实践有帮助的附有评注的准则草案的形式，在必要情况下，这些准则将附有示范条款。

252. 委员会于 1995 年按照以往的做法，⁴⁸⁸ 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，以查明国家和国际组织——尤其是多边公约的保存者——的实践和遇到的问题。这份问题单由秘书处寄给了收件人。大会 1995 年 12 月 11 日第 50/45 号决议注意到委员会的结论，请它按照其报告中所载述的方针继续工作，并请各国对问题单作出答复。⁴⁸⁹

⁴⁸⁵ 《大会正式纪录，第四十九届会议，补编第 10 号》(A/49/10)，第 382 段。

⁴⁸⁶ A/CN.4/470 和 Corr.1。

⁴⁸⁷ 《大会正式纪录，第五十届会议，补编第 10 号》(A/50/10)，第 491 段。

⁴⁸⁸ 见《1993 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 286 段。

⁴⁸⁹ 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。

253. 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。⁴⁹⁰ 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。该决议草案是面向大会提出的，目的是提请注意并澄清这个事项所涉及的法律问题。⁴⁹¹ 但是，由于时间不够，委员会未能审议这份报告和决议草案，不过，有些委员对报告发表了意见。因此，委员会决定将这个专题的辩论推迟到下一年。

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

255. 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。⁴⁹²

256. 大会 1997 年 12 月 15 日第 52/156 号决议注意到委员会的初步结论，并注意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。

257. 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，⁴⁹³ 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。⁴⁹⁴

258. 委员会 1999 年第五十一届会议再度收到特别报告员第三次报告中没有足够时间在第五十届会议上审议的部分和关于这个专题的第四次报告。⁴⁹⁵ 此外，这次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

⁴⁹⁰ A/CN.4/477 和 Add.1。

⁴⁹¹ 《大会正式记录，第五十一届会议，补编第 10 号》(A/52/10)，第 137 段。

⁴⁹² 同上，第五十二届会议，补编第 10 号(A/52/10)，第 157 段。

⁴⁹³ 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。

⁴⁹⁴ 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。

⁴⁹⁵ A/CN.4/499。

1996 年附载于第二次报告之后。⁴⁹⁶ 第四次报告也述及了保留和解释性声明的定义。在同一届会议上，委员会暂时通过了 17 条准则草案。⁴⁹⁷

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

260. 委员会 2000 年第五十二届会议收到了特别报告员关于本专题的第五次报告，⁴⁹⁸ 报告一方面述及替代保留和解释性声明的程序，另一方面也谈到了与保留和解释性声明有关的程序，尤其是其提出方式以及过时提出保留和解释性声明的问题。在该届会议上，委员会暂时通过了五条准则草案。⁴⁹⁹ 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。

261. 委员会 2001 年第五十三届会议先是收到了关于保留和解释性声明的程序问题的第五次报告第二部分(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)。

262. 委员会同一届会议暂时通过了 12 条准则草案。⁵⁰⁰

263. 委员会 2002 年第五十四届会议收到了特别报告员的第七次报告(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。⁵⁰¹

264. 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

⁴⁹⁶ A/CN.4/478/Rev.1。

⁴⁹⁷ 《大会正式记录，第五十四届会议，补编第 10 号》(A/54/10)，第 470 段。

⁴⁹⁸ A/CN.4/508/Add.1 至 4。

⁴⁹⁹ 《大会正式记录，第五十四届会议，补编第 10 号》(A/54/10)，第 470 段。

⁵⁰⁰ 同上，第五十六届会议，补编第 10 号(A/56/10)，第 114 段。

⁵⁰¹ 同上，第五十七届会议，补编第 10 号(A/57/10)，第 50 段。

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)。

265. 委员会第五十五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提出对保留和解释性声明的反对。

266. 委员会在 2003 年 5 月 21 日第 2760 次会议上审议并暂时通过了在第五十四届会议上提交起草委员会的 11 条准则草案。⁵⁰²

267. 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。

268. 委员会在 2003 年 7 月 31 日第 2783 次会议上决定将准则草案 2.3.5 “扩大保留的范围”、⁵⁰³ 准则草案 2.4.9 “修改解释性声明”、准则草案 2.4.10 “修改有条件的解释性声明”、准则草案 2.5.12 “撤回解释性声明” 和准则草案 2.5.13 “撤回有条件的解释性声明” 提交起草委员会。

B. 本届会议审议这个专题的情况

269. 委员会本届会议收到了特别报告员的第九次报告(A/CN.4/544), 涉及反对的对象和定义。实际上, 这次报告构成了关于提出对保留和解释性声明的反对的第八次报告的补充部分。

270. 委员会在 2004 年 7 月 21 日至 23 日第 2820、2821 和 2822 次会议上审议了特别报告员的第九次报告。

271. 委员会在 2004 年 7 月 23 日举行的第 2822 次会议上决定将准则草案 2.6.1 “对保留的反对的定义” 和 2.6.2 “反对过时提出保留或扩大保留范围” 提交起草委员会。

272. 委员会在 2004 年 6 月 4 日举行的第 2810 次会议上审议并暂时通过了准则草案 2.3.5 “扩大保留范围”、准则草案 2.4.9 “修改解释性声明”、准则草案 2.4.10 “限制和扩大有条件解释性声明的范围”、准则草案 2.5.12 “撤回解释性

⁵⁰² 准则草案 2.3.5 是在表决后提交的。

⁵⁰³ 同上, 第五十八届会议, 补编第 10 号(A/58/10), 第 329 段。

声明” 和准则草案 2.5.13 “撤回有条件解释性声明”。这些准则草案已经在第五十五届会议上提交起草委员会。

273. 委员会在 2004 年 8 月 5 日举行的第 2829 次会议上通过了上述准则草案的评注。

274. 这些准则草案及其评注载录于下文 C.2 节。

1. 特别报告员介绍第九次报告

275. 特别报告员介绍了其第九次报告，说明该报告事实上是对讨论反对的定义(准则草案 2.6.1、2.6.1 之二和 2.6.1 之三)的第八次报告(A/CN.4/535/Add.1)第二部分的“更正”。

276. 虽然准则草案在委员会中引起的某些批评似乎理由充分，但他仍认为《实践指南》必须界定“反对”的含义。由于 1969 年和 1986 年《维也纳公约》没有界定该词语，因此给它下定义便成为逐渐发展国际法的问题。特别报告员起初认为反对的定义应仿照保留的定义，因此，准则草案 2.6.1 着重于反对国或提出反对的国际组织的意图。在委员会 2003 年开展的辩论过程中，一些委员指出，这个起点是人为的，因为《维也纳公约》第二十条第四款(b)项和第二十一条第三款对反对的作用往往模糊不清，而各国或许希望其反对所产生的效果不同于这些条款所规定的效果。所以，特别报告员认为，如果国家借反对来声称在整个条约(包括保留所涉条款在内)下，与提出保留者之间具有一种有约束力的关系，这种反对(具有超大效果的反对)可能受到质疑，因为整个保留法受制于条约原则以及国家不能在违背自己意志的情形下受到约束的概念。但始终存在的事实是这种反对仍然是反对。其他类型的反对包括，国家提出反对，借此表明自己不只不想在保留所涉条款下，而且不想在保留未明确涉及的一整套条款下与提出保留者之间保持有约束力的关系(具有中等程度效果的反对)。

277. 此外，特别报告员最初提议的定义或许会使人觉得对反对的有效性及其效果预先作出了判断。为了考虑这条批评意见，特别报告员曾“建议”不将有关准则草案提交起草委员会。关于这一点委员会也曾询问过各国的意见。特别报告

员根据 2003 年进行的讨论、第六委员会中提出的意见及其自己对此问题的想法，就反对提议了一个新定义。⁵⁰⁴

278. 新定义是中立的，没有预先判断反对可能具有的效果，并且搁置是否允许提出意图产生与《维也纳公约》所规定之效果不同的效果的反对这个问题。不过，既然这个定义也以提出反对者的意图为依据，它就不违背《维也纳公约》第二十至第二十三条。然而，该定义没有指明哪类国家或国际组织可以提出反对，或者必须或可以在何时提出反对。这些是敏感问题，最好制定单独的准则草案。

279. 第八次报告还包括其他两个准则草案，即准则草案 2.6.1 之二(“反对逾期提出的保留”)和 2.6.1 之三(“反对的目的”)。根据提议的新定义，准则草案 2.6.1 不再必要，而准则草案 2.6.1 之二则至关重要，因为它界定了“反对”一词的另一个含义：由于准则草案 2.3.1 至 2.3.3 中使用的术语，“反对”既指反对一项保留，也指反对逾期提出的保留或反对扩大保留的范围，两者是有所不同的。目前该准则草案的编号为 2.6.2。⁵⁰⁵特别报告员提议将准则草案 2.6.1 和 2.6.2 提交起草委员会。

2. 辩论概况

280. 几位委员赞扬特别报告员能够灵活并积极主动地重新审议曾引起评论和批评的准则草案。第九次报告中关于反对的新定义考虑了针对旧定义提出的批评以及与意图产生与《维也纳公约》所规定之效果不同的效果的反对有关的国家实践。

281. 尽管如此，仍有意见指出，一项反对的结果通常不是“改变保留所期望产生的效果”。照例不会对这些效果有任何改变。因此，最好不要把反对国的意

⁵⁰⁴ 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针对另一国或另一国际组织对条约提出的一项保留所作的单方面声明，不论其措辞或名称为何，提出反对的国家或国际组织意图借此改变[提出保留者]期望此项保留产生的效果。”

⁵⁰⁵ 准则草案 2.6.2 *反对过时提出的保留或扩大保留的范围*

“‘反对’一词也可以指一国或一国际组织据以反对逾期提出的保留或反对扩大保留的范围的单方面声明。”

图作为定义的基础，而应当说，这个国家意图表明它不接受保留或认为保留无效。这样一个定义可以将反对与仅仅就一项保留“发表意见”区别开来。

282. 此外，还认为，根据《维也纳公约》第二十三条第一款，反对的定义最好能明确说明哪些国家可以提出反对，以及何时可以提出反对。

283. 有几位委员认为，反对的定义还必须包括“防止”一项保留生效的目的。因此应在定义中“改变”一词处添加“防止”这个词。

284. 还有意见指出“期望”一词太主观，应当使用如“意图”这样一个更准确的词。而且，还必须强调，要考虑的唯一关系是保留国与反对国之间的关系。

285. 有意见认为，“不论其措辞或名称为何”这种表达法不适合反对的定义。根据另一种观点，“意图借此改变[提出保留者]期望产生的效果”这种措辞引入了超出《维也纳公约》所规定之效果的内容：反对国出于一种“报复”心理，将条约中保留未涉及到的其它条款也排除在外，从而背离《维也纳公约》。

286. 此外，有人想知道试图在审议反对的效果之前确定反对的定义是否为时过早。甚至有人询问反对的定义是否必要。

287. 无论如何，定义中应排除不是真正反对，而是政治性声明的反应行为。两次重新表述最初拟议的定义是正确方向上的举措。

288. 还有意见指出《维也纳公约》中关于反对的条款不明确，需要澄清。

289. 应当保持反对制度基于条约的和自愿的特性。反对国想使整个条约对保留国具有约束力的意图违背了该原则。

290. 只有条约签署国有权提出反对。作为交换，它们有义务在条约生效前不得使之丧失其目的和宗旨。不过，可以在一个单独的准则中处理这个问题。另一些委员认为可以先审议反对的定义，之后再讨论其法律效力，即使到时不得不根据后者来重新审议定义。然而，在规范性条约(如人权条约)的情况中，某些反对可能不产生效果，除非反对国拒绝与保留国建立条约关系。

291. 几位委员支持准则草案 2.6.2，并强调其用处。但是，有意见表示，不应认为这项准则是在鼓励逾期提出保留或扩大保留的范围。

3. 特别报告员的结论

292. 辩论结束时，特别报告员指出这次辩论非常有意义。虽然只涉及到一个细节，但这是他总体方法必不可少的一部分。他承认自己的方法进展缓慢，但能够对问题进行更深入的审议，并有时间思索。希望通过这样一种方法，《实践指南》中的准则能够更加丰富，得到更仔细的考虑并且更加有助益。

293. 特别报告员强调了下述几点：

- (a) 他毫不怀疑在目前阶段给反对下定义的效用。这个要求与在对保留的效力或合法性进行任何审议之前通过的关于给保留下定义的要求完全一致。在这方面，曾在第六委员会中就此问题发表意见的国家强调，反对的定义有巨大的价值和实用意义。
- (b) 虽然《维也纳公约》将反对的效果描述为“客观的”，但在他相继提议的说法中均未这样描述，因为从上届和本届会议辩论中得出的一致结论是，反对的定义必须以“提出反对的国家所意图产生的”效果为中心。
- (c) 提出反对的时间问题，以及能够提出反对的国家和国际组织的类别问题非常复杂和敏感，应在单独的准则中予以处理。
- (d) 根据辩论结果，他考虑了对准则草案 2.6.1 的措辞的一些改动，其中最重要的一项改动是在“改变”前添加“防止”一词。另一方面，他认为只用“防止”一词不明智，因为已经形成了一种做法，即对一项保留表示反对的国家在其与保留国的关系中排除条约中保留所涉条款以外的其它条款。这种态度并不阻止保留产生效力，但这些效力超出了提出保留的国家所希望产生的效力。换言之，反对国接受了保留，但从中引出的后果超出了提出保留的国家原先所希望造成的后果。正是出于这层意思，他使用了“改变”这个词。对于这种反对是否有效的问题他不表态，他认为这种反对显然属于维也纳制度所依据的双方同意的框架，与背离这个框架并具有超大效果的保留不同。
- (e) 为了考虑到辩论中提出的各种意见，对准则草案 2.6.1 提出了另一种表述法，其案文如下：

“对保留的反对的定义

‘反对’是指一国或一国际组织[针对][为反对]另一国或另一国际组织对条约[作出][提出]的一项保留所作的单方面声明，提出保留的国家或国际组织意图借此排除或改变保留在提出保留者与提出反对者之间关系中的效果。”

- (f) 最后，准则草案 2.6.2 对“反对”一词的两个含义加以区别，几乎获得全体一致同意。

C. 委员会迄今为止暂时通过对条约的

保留准则草案案文

1. 准则草案案文

294. 委员会迄今为止暂时通过的准则草案案文载录如下。

对条约的保留

实践指南

解释性说明 ⁵⁰⁶

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 ⁵⁰⁷

“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

⁵⁰⁶ 评注见《大会正式记录，第五十八届会议，补编第 10 号》(A/58/10)，p.189。

⁵⁰⁷ 对本条准则草案的评注，见同上，第五十三届会议，补编第 10 号(A/53/10)，pp.196-199。

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

1.1.1[1.1.4] ⁵⁰⁸ 保留的目的 ⁵⁰⁹

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 ⁵¹⁰

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 ⁵¹¹

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

1.1.4 [1.1.3] 在通知领土内适用时提出的保留 ⁵¹²

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。

⁵⁰⁸ 方括号内的号数指本条准则草案在特别报告员报告中的序号，或指已经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。

⁵⁰⁹ 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。

⁵¹⁰ 对本条准则草案的评注，同上，第五十三届会议，补编第 10 号(A/53/10)，pp.203-206。

⁵¹¹ 对本条准则草案的评注，同上，pp.206-209。

⁵¹² 对本条准则草案的评注，同上，pp.209-210。

1.1.5 [1.1.6] 旨在限制声明方义务的声明 ⁵¹³

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 ⁵¹⁴

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 ⁵¹⁵

若干国家或若干国际组织联合提出一项保留，不影响该保留的单方面性质。

1.1.8 根据排除条款作出的保留 ⁵¹⁶

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。

⁵¹³ 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.217-221。

⁵¹⁴ 对本条准则草案的评注，同上，pp.222-223。

⁵¹⁵ 对本条准则草案的评注，同上，第五十三届会议，补编第 10 号(A/53/10)，pp.210-213。

⁵¹⁶ 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。

1.2 解释性声明的定义 ⁵¹⁷

“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 ⁵¹⁸

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 ⁵¹⁹

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 ⁵²⁰

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 ⁵²¹

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。

⁵¹⁷ 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。

⁵¹⁸ 对本条准则草案的评注，同上，pp.240-249。

⁵¹⁹ 对本条准则草案的评注，同上，pp.249-252。

⁵²⁰ 对本条准则草案的评注，同上，pp.252-253。

⁵²¹ 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 ⁵²²

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 ⁵²³

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 ⁵²⁴

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 ⁵²⁵

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 ⁵²⁶

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。

⁵²² 对本条准则草案的评注，同上，pp.260-266。

⁵²³ 对本条准则草案的评注，同上，pp.266-268。

⁵²⁴ 对本条准则草案的评注，同上，pp.268-270。

⁵²⁵ 对本条准则草案的评注，同上，pp.270-273。

⁵²⁶ 对本条准则草案的评注，同上，pp.273-274。

1.4.3 [1.1.7] 不予承认的声明 ⁵²⁷

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

1.4.4 [1.2.5] 一般性政策声明 ⁵²⁸

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 ⁵²⁹

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 ⁵³⁰

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。

⁵²⁷ 对本条准则草案的评注，同上，pp.275-280。

⁵²⁸ 对本条准则草案的评注，同上，pp.280-284。

⁵²⁹ 对本条准则草案的评注，同上，pp.284-289。

⁵³⁰ 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.241-247。

1.4.7[1.4.8] 对条约规定作出选择的单方面声明 ⁵³¹

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 ⁵³²

1.5.1 [1.1.9] 对双边条约的“保留” ⁵³³

一国或一国际组织草签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。

1.5.2 [1.2.7] 对双边条约的解释性声明 ⁵³⁴

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 ⁵³⁵

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。

⁵³¹ 对本条准则草案的评注，同上，pp.247-252。

⁵³² 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。

⁵³³ 对本条准则草案的评注，同上，pp.290-302。

⁵³⁴ 对本条准则草案的评注，同上，pp.302-306。

⁵³⁵ 对本条准则草案的评注，同上，pp.306-307。

1.6 定义的范围 ⁵³⁶

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 ⁵³⁷

1.7.1 [1.7.1, 1.7.2, 1.7.3, 1.7.4] 替代保留的程序 ⁵³⁸

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 ⁵³⁹

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。

⁵³⁶ 对本条准则草案的评注，同上，pp.308-310。

⁵³⁷ 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。

⁵³⁸ 对本条准则草案的评注，同上，pp.253-269。

⁵³⁹ 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 ⁵⁴⁰

保留必须以书面形式提出。

2.1.2 正式确认的形式 ⁵⁴¹

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 ⁵⁴²

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；

⁵⁴⁰ 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.63-67。

⁵⁴¹ 对本条准则草案的评注，同上，pp.67-69。

⁵⁴² 对本条准则草案的评注，同上，pp.69-75。

(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 ⁵⁴³

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。

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 ⁵⁴⁴

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 ⁵⁴⁵

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。

⁵⁴³ 对本条准则草案的评注，同上，pp.75-79。

⁵⁴⁴ 对本条准则草案的评注，同上，pp.80-93。

⁵⁴⁵ 对本条准则草案的评注，同上，pp.94-104。

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 ⁵⁴⁶

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
- (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 ⁵⁴⁷

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 ⁵⁴⁸

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。

⁵⁴⁶ 对本条准则草案的评注，同上，pp.105-112。

⁵⁴⁷ 对本条准则草案的评注，同上，pp.112-114。

⁵⁴⁸ 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。

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 ⁵⁴⁹

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 ⁵⁵⁰

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。……⁵⁵¹

2.3.1 过时提出的保留 ⁵⁵²

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

2.3.2 同意过时提出保留 ⁵⁵³

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 ⁵⁵⁴

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。

⁵⁴⁹ 对本条准则草案的评注，同上，pp.472-474。

⁵⁵⁰ 对本条准则草案的评注，同上，pp.474-477。

⁵⁵¹ 特别报告员提出的第 2.3 节论及过时提出的保留。

⁵⁵² 对本条准则草案的评注，同上，pp.477-489。

⁵⁵³ 对本条准则草案的评注，同上，pp.490-493。

⁵⁵⁴ 对本条准则草案的评注，同上，pp.493-495。

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 ⁵⁵⁵

条约缔约方不得通过下列办法排除或更改条约的各项规定的法律效力：

- (a) 对先前作出的保留加以解释；或
- (b) 事后根据任择条款作出单方面声明。

2.3.5 扩大保留范围

修改一项现有的保留，以扩大其范围，应遵守过时提出保留所适用的规则。但是如果对该项修改提出了反对，则最初的保留保持不变。⁵⁵⁶

2.4 解释性声明的程序 ⁵⁵⁷

2.4.1 提出解释性声明 ⁵⁵⁸

解释性声明必须由被认为代表一国或一国际组织通过或认证条约案文或表示该国或该国际组织同意接受条约约束的人士提出。

[2.4.2 [2.4.1 之二] 在内部一级提出解释性声明 ⁵⁵⁹

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。]

⁵⁵⁵ 对本条准则草案的评注，同上，pp.495-499。

⁵⁵⁶ 评注见下文 C.2 节。

⁵⁵⁷ 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。

⁵⁵⁸ 对本条准则草案的评注，同上，pp.115-116。

⁵⁵⁹ 对本条准则草案的评注，同上，pp.117-118。

2.4.3 可以提出解释性声明的时刻 ⁵⁶⁰

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

2.4.4 [2.4.5] 无须确认在签署条约时提出的解释性声明 ⁵⁶¹

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 ⁵⁶²

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 ⁵⁶³

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 ⁵⁶⁴

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。

⁵⁶⁰ 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。

⁵⁶¹ 对本条准则草案的评注，同上，pp.501-502。

⁵⁶² 对本条准则草案的评注，同上，pp.502-503。

⁵⁶³ 对本条准则草案的评注，同上，pp.503-505。

⁵⁶⁴ 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。

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 ⁵⁶⁵

在表示同意接受条约约束之后，一国或一国际组织不得提出有关该条约的有条件解释性声明，除非其他缔约方不反对该项过时提出的有条件解释性声明。

2.4.9 修改解释性声明 ⁵⁶⁶

除条约规定解释性声明仅可在特定时间作出或修改外，解释性声明可以随时修改。

2.4.10 限制和扩大有条件解释性声明的范围

限制和扩大有条件解释性声明的范围，应遵守部分撤回保留和扩大保留范围分别适用的规则。

2.5 撤回和修改保留和解释性声明

2.5.1 撤回保留 ⁵⁶⁷

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。

⁵⁶⁵ 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。

⁵⁶⁶ 评注见下文 C.2 节。

⁵⁶⁷ 对本条准则草案的评注，同上，第五十八届会议，补编第 10 号(A/58/10)，pp.190-201。

2.5.2 撤回的形式 ⁵⁶⁸

撤回保留必须以书面提出。

2.5.3 定期审查保留的功用 ⁵⁶⁹

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 ⁵⁷⁰

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。

⁵⁶⁸ 对本条准则草案的评注，同上，pp.201-207。

⁵⁶⁹ 对本条准则草案的评注，同上，pp.207-209。

⁵⁷⁰ 对本条准则草案的评注，同上，pp.210-218。

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⁵⁷¹

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⁵⁷²

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⁵⁷³

在撤回一项保留的国家或国际组织与所有其他缔约方的关系中，撤回该项保留即引起该项保留所涉及的各项规定全部适用，不论其他缔约方曾接受还是反对该项保留。

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⁵⁷⁴

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。

⁵⁷¹ 对本条准则草案的评注，同上， pp.219-221。

⁵⁷² 对本条准则草案的评注，同上， pp.221-226。

⁵⁷³ 对本条准则草案的评注，同上， pp.227-231。

⁵⁷⁴ 对本条准则草案的评注，同上， pp.231-239。

示范条款 ⁵⁷⁵

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。

B. 撤回保留早日生效 ⁵⁷⁶

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 ⁵⁷⁷

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 ⁵⁷⁸

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。

⁵⁷⁵ 对本条准则草案的评注，同上， p.240。

⁵⁷⁶ 对本条准则草案的评注，同上， pp.240-241。

⁵⁷⁷ 对本条准则草案的评注，同上， pp.241-242。

⁵⁷⁸ 对本条准则草案的评注，同上， pp.242-244。

2.5.10[2.5.11] 部分撤回保留⁵⁷⁹

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⁵⁸⁰

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。

2.5.12 撤回解释性声明⁵⁸¹

解释性声明可依照其提出时适用的同样程序，由具有此项权力的当局随时撤回。

2.5.13 撤回有条件解释性声明⁵⁸²

撤回有条件解释性声明，应遵守撤回保留所适用的规则。

2. 准则草案案文及其评注

295. 委员会第五十六届会议暂时通过的准则草案案文及其评注载录如下。

2.3.5 扩大保留范围

修改一项现有的保留，以扩大其范围，应遵守过时提出保留所适用的规则。但是如果对该项修改提出了反对，则最初的保留保持不变。

⁵⁷⁹ 对本条准则草案的评注，同上， pp.244-256。

⁵⁸⁰ 对本条准则草案的评注，同上， pp.256-259。

⁵⁸¹ 本条准则草案的评注见下文 C.2 节。

⁵⁸² 同上。

评 注

(1) 应当结合撤回保留和过时提出保留的问题来提出修改保留的问题。如果修改是为了缩小保留的范围，这就相当于部分撤回原先提出的保留。这一点不会引起任何原则问题，并且须遵守与撤回有关的一般规则：即应适用准则草案 2.5.10 和 2.5.11。⁵⁸³ 相反，如果修改是为了扩大现有保留的范围，从逻辑上似可推断出，这相当于过时提出保留，因而应适用在这个问题上所适用的规则，诸如准则草案 2.3.1 至 2.3.3 所载的规则。⁵⁸⁴

(2) 这就是准则草案 2.3.5 所依据的推理。准则草案 2.3.5 一方面参照与过时提出保留有关的规则，另一方面也谨慎地指出，如果一国“反对”扩大保留的范围，那么最初提出的保留保持不变。

(3) 这些前提受到委员会一小部分委员的质疑。他们认为这些规则违背《条约法公约》，有可能不适当地削弱各国的条约权利。另外，欧洲理事会已经确立的做法似乎表明禁止任何“扩大”保留范围的修改。

(4) 在该组织范围内，“有时，一些国家向秘书处询问是否可以修改和如何修改现有的保留。秘书处在作答复时一贯强调，不能接受会扩大现有保留范围的修改。这里适用与过时提出保留情况相同的逻辑……准许此种修改将构成危险的先例，可能威胁到法律的确定性并妨碍欧洲条约的统一执行”。⁵⁸⁵

⁵⁸³ 这些准则草案及其评注见《大会正式记录，第五十八届会议，补编第 10 号》(A/58/10)，pp.215-228。

⁵⁸⁴ 这些准则草案及其评注见同上，第五十六届会议，补编第 10 号(A/56/10)，pp.513-531。

⁵⁸⁵ Jorg Polakiewicz, *Treaty-Making in the Council of Europe*, Council of Europe Publishing, 1999, p. 96. 这一立场贴近欧洲人权委员会在 Chrysostomos 及其合伙人诉土耳其一案中采取的立场(1991 年 3 月 4 日裁决，第 15299/89 号、15300/89 号和 15318/89 号诉状，R.U.D.H. 1991, p.193)。

(5) 同一作者还对一国是否可以从它已经提出过保留的条约中退出，然后再附加扩大的保留予以批准提出怀疑。他认为，根据欧洲理事会各项公约的主旨，这种做法完全可以构成滥用权利。⁵⁸⁶

(6) 但是委员会大部分委员认为，不可以将一项区域性实践移作一项普遍性的规定(另外，这项区域性实践本身绝对不是固定不变的⁵⁸⁷)，在扩大保留范围的问题上适用另外的规则，有别于过时提出保留所适用的规则，是不符合逻辑的。

(7) 如果一国或一国际组织在作出保留的前提下表示同意之后，愿意扩大保留的范围，即对保留所涉及的条约规定的法律效力作出有利于自己的修改，那么这些规定也完全适用，理由也相同：

- 不鼓励过时提出对条约的适用的限制，这很重要；
- 另一方面，出于正当理由，一国或一国际组织可能希望修改原先的保留，而且在某些情况下，该项保留的提出人有可能退出该条约，然后在“扩大保留”之后重新批准该条约；
- 条约的缔约方总是可以随时以一致同意的方式来修改条约；⁵⁸⁸ 因此，这些缔约方也可以通过一致同意的方式容许一缔约方在任何时候修改条约某些规定的法律效力或整个条约在适用于该缔约方时在某些特定方面的法律效力；以及

⁵⁸⁶ 同上。可以以此来解释瑞士联邦法院 1992 年 12 月 17 日在 Elisabeth B 诉 Thurgovie 州行政法院一案中所作裁决(《Journal des Tribunaux, I. Droit fédéral》, 1995 年, 第 523 页至第 537 页); 见关于对条约的保留的第七次报告, A/CN.4/526/Add.3, 第 199 段至第 200 段。同样, 见 J.-F. Flauss, “Le contentieux de la validité des réserves 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.303。关于这个问题, 要指出的是, 1998 年 5 月 26 日, 特立尼达和多巴哥废止《任择议定书》之后附加上一条新的保留又于当日重新予以批准(见《交由秘书长保存的多边条约——截至 2003 年 12 月 31 日的情况》, ST/LEG/SER.E/22, vol. I, chap. IV.5, p.277, note 3)。在多次受到反对和 1999 年 12 月 31 日人权事务委员会作出决定(第 845/1999 号来文, CCPR/C/67/D/845/1999——见关于对条约的保留的第五次报告, A/CN.4/508, 第 12 段)之后, 特立尼达和多巴哥于 2000 年 3 月 27 日再次废止了《议定书》(《……多边条约》, 同上)。但是这次不是修改现有的保留, 而是提出一项全新的保留。

⁵⁸⁷ 准则草案 2.3.1 及其评注见《大会正式记录, 第五十六届会议, 补编第 10 号》(A/56/10), p.521, 第 14 段, 注 1164。

⁵⁸⁸ 参见 1969 年和 1986 年《维也纳公约》第 39 条。

- 在扩大保留时要求其他缔约方一致同意，这似乎构成了防止滥用的足够保障。

(8) 另外至少从普遍意义上讲，人们有理由不愿意鼓励条约的缔约国在表示同意受条约约束之后扩大对条约的保留，但这并没有妨碍扩大保留方面的做法与过时提出保留方面的做法⁵⁸⁹保持一致，这是完全符合常理的。

(9) 保存人对“扩大性修改”的处理办法与对过时提出的保留相同：他们在收到一缔约方提出的此种请求后，征求全体缔约方的意见，如无任何一方在规定作出反应的期限内表示反对，才可接受新提出的保留。

(10) 例如，芬兰在 1985 年 4 月 1 日加入补充 1968 年《路标和信号公约》的欧洲协定 1973 年《公路标示附加议定书》时，对此一文书的一项技术条款提出了保留。⁵⁹⁰ 十年之后，芬兰于 1995 年 9 月 5 日声明其保留对最初指出的情况之外的另一情况同样适用：⁵⁹¹

“按照类似情况下采用的做法，若无缔约国对提交保存本身或设想之程序表示反对，秘书长打算接受修改的保存。鉴于没有任何缔约国在发文之日(1995 年 12 月 20 日)起 90 天期限内通知秘书长表示反对提交保存本身或设想之程序，上述声明于规定之 90 天期限届满后，即 1996 年 3 月 19 日被接受保存”。⁵⁹²

⁵⁸⁹ G. Gaja 举出法国 1982 年 8 月 11 日“改正”其对 1973 年《防止船舶造成污染公约》的 1978 年《议定书》的核可文书中所载保留的例子。该文书是于 1981 年 9 月 25 日交给国际海事组织(海事组织)秘书长保存(“Unruly Treaty Reservations”, *Le droit international à l'heure de sa codification, Études en l'honneur de Roberto Ago, Giuffrè*, Milan, 1987, p. 311-312)。这一事例有点特别，在作出“改正”的日期，《国际防止船舶造成污染公约议定书》并未对法国生效；本例中，保存人似未曾要求得到其他各缔约方的一致同意才接受新案文，而若干缔约方对所修改的保留的内容表示反对(参见 *Status of Multilateral Conventions and Instruments in Respect of which the International Maritime Organization or Its Secretary-General Performs Depositary or Other Functions as at 31 December 2002*, J/2387, p.81)。

⁵⁹⁰ 在对附件第 6 段提出的初始保留中，芬兰保留“使用黄色作为相反流向的道路之间的实线分道线的权利”(《交由秘书长保存的多边条约——截至 2003 年 12 月 31 日的情况》，ST/LEG/SER.E/22, chap. XI.B.25, vol. I, p.855)。

⁵⁹¹ “……芬兰作出的保留同样适用于危险提示分界线”(同上)。

⁵⁹² 同上，注 586。

以上所述的秘书长采用的程序与过时提出的保留方面通常使用的程序相同。⁵⁹³ ⁵⁹⁴

(11) 另举一个例子，马尔代夫政府于 1999 年 1 月 29 日通知联合国秘书长，要修改加入《消除对妇女一切形式歧视公约》时提出的保留(1993 年)。曾对初始保留提出反对的德国也对修改这些保留表示反对，并特别强调：

“一国仅可于签署、批准、接受、赞同或加入条约时，提具保留（《维也纳条约法公约》第十九条）。一国一旦依据国际法受到条约约束，即不得再提出新的保留、扩大先前的保留或增加保留。该国只能全部或部分撤回初始保留；遗憾的是，马尔代夫共和国政府所做的修改并非如此”。⁵⁹⁵

(12) 然而，德国虽然反对马尔代夫所提的初始保留在两国之间生效，但却没有正式对修改行为表示反对。这证实一些委员对是否应使用“反对(objection)”一词来表示国家对过时提出的保留持反对态度(opposition)有所怀疑是有道理的：一国完全可以接受修改行为但反对所修改的保留的“内容”。⁵⁹⁶ 但尽管有多数委员的意见，委员会仍决定在准则草案 2.3.2 和 2.3.3 ⁵⁹⁷ 中使用“反对(objection)”一词来表示国家对过时提出保留的反对立场(opposition)，因此，委员会认为这里应使用同样的措词。

(13) 准则草案 2.3.5 暗示须参照关于过时提出保留的准则草案 2.3.1、2.3.2 和 2.3.3。在案文里没有必要明确地说出这一点，因为在实践指南里这几项准则刚刚出现过。

⁵⁹³ 见对准则草案 2.3.1(过时提出的保留)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(11)和第(13)段，第 392 页至第 393 页。

⁵⁹⁴ 但是需要注意的是，现在规定的期限是 12 个月而不是 90 天。(见对准则草案 2.3.2(同意过时提出的保留)的评注，同上，pp.525-526，并注意评注第(5)至第(10)段，同上，pp.527-529)。

⁵⁹⁵ 《交由秘书长保存的多边条约—截至 2003 年 12 月 31 日的情况》，ST/LEG/SER.E/22, vol. I, chap. IV.8, p.269, note 40. 德国的初步反对意见见 p.247。芬兰也反对马尔代夫修改保留，同上，p.269。德国和芬兰在通知修改 90 天(秘书长当时规定的期限)之后才提出反对。

⁵⁹⁶ 见对准则草案 2.3.1 的评注第(23)段，《大会正式记录，第五十六届会议，补编第 10 号》(A/56/10)，p.525。

⁵⁹⁷ 见这些草案的案文，同上，p.497。

(14) 但是也应当指出，将准则草案 2.3.3 所载的适用于过时提出保留的规则移用于扩大现有保留的范围，也不是绝对的。在两种假设的情况下，如果某一个缔约方表示“反对”，那么原先存在的形势都依然存在；但这一形势是有所差别的：在过时提出一项保留之前，整个条约在缔约方之间适用，但条件是没有作过其他保留；而如果是过时扩大保留的范围，那么保留已经存在并且产生着《维也纳公约》已经承认的效力。准则草案 2.3.5 中的第二句考虑的正是这种形势上的差别，所以在第二句里规定，如果对扩大保留范围提出了“反对”，那么最初作出的保留保持不变。

(15) 委员会没有觉得有必要在一项准则草案里界定什么是“扩大保留范围”，因为其含义是显而易见的。鉴于准则草案 1.1 和 1.1.1 对保留已经下的定义，很显然，这一短语涵盖意在排除或修正在对提出保留的一国或一国际组织适用时条约某些规定的法律效力或整个条约在某些特别方面的法律效力的所有修改，并且这种修改要超出最初作出的保留的范围。

2.4.9 修改解释性声明

除条约规定解释性声明仅可在特定时间作出或修改外，解释性声明可以随时修改。

评 注

(1) 根据准则草案 1.2 所给的定义，“单纯的”解释性声明构成对条约规定的含义或范围的简单澄清。这样的声明可以随时作出⁵⁹⁸（除非条约有相反的规定⁵⁹⁹），并且不受确认义务的约束⁶⁰⁰。那么，在条约没有规定只能在特定时间提出解释性声明的情况下，对解释性声明应当随时可以修改。这就是准则草案 2.4.9 的含义，其案文结合了准则草案 2.4.3（“可以提出解释性声明的时刻”）和 2.4.6（“过时提出解释性声明”）的案文。

⁵⁹⁸ 参见准则草案 2.4.3。

⁵⁹⁹ 参见准则草案 2.4.6。

⁶⁰⁰ 参见准则草案 2.4.4。

(2) 因此，对“单纯的”解释性声明可以随时予以修改，除非条约本身含有相反的规定，即条约规定必须在特定时间作出这样的声明，或者依另一种不大可能的假设——但原则上我们不能排除这样的假设，条约明确地限制对解释性声明作出修改的可能性。

(3) 能够对这条准则草案加以说明的实例不多。然而，可以指出如下情况：1987年，墨西哥对在这一年加入1979年12月17日纽约《反对劫持人质国际公约》时对公约第16条所作的声明，进行了修改。⁶⁰¹

(4) 还可以想象到一种情况，就是一个国家根据任择条款⁶⁰²或在一条约的各项条款中作出选择而作出的单方面声明；⁶⁰³但是这样的声明“不属于本实践指南的范围”。⁶⁰⁴此外，2002年3月7日，保加利亚修正了在签署1959年4月20日《欧洲刑事事项司法互助公约》时所作的并在交存批准书(1994年)时确认的一项声明；⁶⁰⁵但是，严格地讲，可以认为这与其说是对一项解释性声明的修改，不如说是对一项保留的解释。⁶⁰⁶

(5) 此外，尽管例证很少，但是准则草案2.4.9似乎很自然地并符合逻辑地产生于解释性声明的定义本身。

(6) 很显然，如果条约规定只能在特定时刻作出解释性声明，明显的推论应是，这样的声明不能在其他时刻进行修改。假设条约在时间上限制作出或修改解释性声明的可能性，那么准则草案2.4.6所载的过时提出这种声明所适用的规则应

⁶⁰¹ 见《交由秘书长保存的多边条约——截至2003年12月31日的情况》，ST/LEG/SER.E/22, vol. II, chap. XVIII.5, p.114.

⁶⁰² 例如，澳大利亚修改批准《建立亚洲开发银行协定》时根据协定第24条第2款第(二)项对第24条所作的声明(《交由秘书长保存的多边条约——截至2003年12月31日的情况》，ST/LEG/SER.E/22, vol. I, chap. X.4, p.523.

⁶⁰³ 例如，墨西哥驻海牙大使馆2002年1月24日照会通知1965年11月15日《关于向国外送达民事或商事司法文书和司法外文书公约》的保存人，墨西哥修改对执行该公约第5条的要求条件(<http://www.hcch.net/f/conventions/text14f.html>)。

⁶⁰⁴ 准则草案1.4.6或1.4.7。

⁶⁰⁵ <http://conventions.coe.int/Treaty/FR/DECLAREList.asp>.

⁶⁰⁶ 另见同上：1988年，瑞士在这一年4月29日作出Belilos判决之后，对其1974年对《欧洲人权公约》第6条第1款所作的“解释性声明”进行了修改。然而，一方面，法院将此“声明”等同于一项保留；另一方面，瑞士在1992年12月17日联邦法院对Elisabeth B诉Thurgovie州行政法院一案作出判决(见前注586)之后，完完全全追溯撤回了其声明。

在适当变动之后完全适用，如果一国或一国际组织不顾这一限制打算修改原先的保留的话：这样的修改只有在其他缔约方没有任何一方提出反对的情况下才可作出。

2.4.10 限制和扩大有条件解释性声明的范围

限制和扩大有条件解释性声明的范围，应遵守部分撤回保留和扩大保留范围分别适用的规则。

评 注

(1) 与修改“单纯的”解释性声明不同的是，修改有条件的解释性声明不能随意作出：原则上它只能在下述情况下作出(或确认)：该国家或国际组织表示同意受条约约束，⁶⁰⁷ 并且所有过时提出均被排除，“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”。⁶⁰⁸ 那么，任何修改都类似于过时提出，只有未遭到任何缔约方反对时，才可“确立”。这正是准则草案 2.4.10 所规定的。

(2) 虽然在某些情况下可能难以确定一项修改是为了限制还是为了扩大一项有条件解释性声明的范围，但在委员会的大多数委员看来，在此问题上没有理由背离与修改保留有关的规则，因此应分别参照部分撤回⁶⁰⁹ 和扩大保留范围⁶¹⁰ 所适用的规则。

(3) 在这第二种情况下，适用的规则同样也与关于过时提出有条件解释性声明的准则草案 2.4.8 所载的规则相同，按照该项规则：

“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。”⁶¹¹

⁶⁰⁷ 参见准则草案 1.2.1 和 2.4.5。

⁶⁰⁸ 参见准则草案 2.4.8。

⁶⁰⁹ 参见准则草案 2.5.10 和 2.5.11。

⁶¹⁰ 参见准则草案 2.3.5。

⁶¹¹ 这一准则草案的评注见《大会正式记录，第五十六届会议，补编第 10 号》(A/56/10)，pp.542-543。

(4) 委员会意识到，条约的一缔约方也有可能决定不将解释性声明作为它参加条约的条件，而称该声明为“单纯的”解释。然而这只是一种理论假设，似乎不存在任何实际的例子。⁶¹² 因此大概没有必要为这一假设单独拟定一项准则草案，尤其是因为这样做实际上等于将有关声明作为有条件解释性声明而撤回，因而等于是单纯的撤回，而对于此则需要适用准则草案 2.5.13 所载的规则，其结果是，可以随时这样做。

2.5.12 撤回解释性声明

解释性声明可依照其提出时适用的同样程序，由具有此项权力的当局随时撤回。

评 注

(1) 根据准则草案 2.4.3，除约定的例外之外，⁶¹³ “单纯的”解释性声明“可以随时提出”。由此显然可以推出，此种声明也可随时撤回而无需特别手续。撤回解释性声明所受的限制如果竟然多于撤回保留，则会显得奇怪，因为撤回保留是可以“随时”进行的。⁶¹⁴

(2) 尽管各国并不经常撤回其解释性声明，但是这种情况也偶有发生。比如，1990年3月1日，意大利政府通知联合国秘书长“它撤回其只承认[1951年7月28日日内瓦《关于难民地位的公约》]第17条和第18条的规定为建议的声

⁶¹² 但是也存在着这样的声明例子，即声明宣称原先的解释性声明不构成保留。例如见法国政府的“后来的信函”(日期不详)，法国政府在信函里指出，它在批准1966年3月7日《消除一切形式种族歧视国际公约》时所作“声明”的第一段不是为了缩小它按照公约应承担的义务的范围，而是为了表达它对公约第4条的解释(《交由秘书长保存的多边条约——截至2003年12月31日的情况》，ST/LEG/SER.E/22, vol. I, chap. IV.2, p.156, note 20)。另见：例如印度尼西亚或马来西亚就它们在批准1948年3月6日《国际海事组织公约》时所作声明而作出的声明，同上，vol. II, chap. XII.1, p. 10, 注15和注17，或参见印度就同一公约所取的态度(同上，p. 10, 注14；也见O. Schachter, “The Question of Treaty Reservations at the 1959 General Assembly”, 54 A.J.I.L. (1960), pp.372-379)。

⁶¹³ 参见准则草案2.4.6。

⁶¹⁴ 参见1969年和1986年《维也纳公约》第22条第1款和准则草案2.5.1。

明”。⁶¹⁵ 另外，“2001年4月20日，芬兰政府通知[联合国]秘书长，它决定撤回在批准[1969年《维也纳条约法公约》(1977年经该国批准)]时对第7条第2款所作的声明”。⁶¹⁶

(3) 这一做法与解释性声明的十分明显的非正式性是一致的。

(4) 但是，撤回解释性声明须尊重准则草案 2.4.1 和 2.4.2 中所载的那几项程序，这些准则规定了哪些人有权提出这样的声明(这些人即为能够代表一国或一国际组织通过或认证条约案文或表示该国或该国际组织同意接受条约约束的人士)。准则草案 2.5.12 所用的措词暗示须参照这些规定。

2.5.13 撤回有条件解释性声明

撤回有条件解释性声明，应遵守撤回保留所适用的规则。

评 注

(1) 与单纯的解释性声明不同的是，有条件的解释性声明在提出时应依循关于保留的法律制度，即必须在国家或国际组织表示同意接受约束之时提出，⁶¹⁷ 除非没有任何其他缔约方反对过时提出。

(2) 由此必然推出：有条件的解释性声明适用的规则必须与保留在这方面所适用的规则相同，这只会加强下述立场，即认为不需要对此类声明制订特别的准则草案。但委员会还是认为，在这种“直觉”还未在关于保留和有条件解释性声明的有效性的规则方面。得到证实之前，对此问题作出最终决定时机还不成熟。

(3) 在就这一原则问题取得确切的立场之前，准则草案 2.5.13 所暗示参照的规则是准则草案 2.5.1 至 2.5.9 所载的规则。

⁶¹⁵ 《交由秘书长保存的多边条约——截至 2003 年 12 月 31 日的情况》，ST/LEG/SER.E/22, vol. I, chap. V.2, p.364, note 23。还有一些对“不承认声明”的撤回(例如参见 1980 年《戴维营协议》之后，埃及撤回就 1966 年《消除对妇女一切形式歧视公约》或《麻醉品单一公约》针对以色列的声明，同上，chap. IV.2, p.156, note 18 或 chap. VI.15, p.417, note 19)，但是这些声明“不在《实践指南》的适用范围”(准则草案 1.4.3)。

⁶¹⁶ 同上，第二卷，第二十三.1 章，第 308 页，注 13。该声明涉及共和国总统、政府首脑及外交部长缔结条约方面各自的权力。另见新西兰撤回批准《建立亚洲开发银行协定》时所作的声明(同上，vol. I, chap. X.4, p.525, note 9)。

⁶¹⁷ 见准则草案 1.2.1。

第十章

国际法不成体系问题：国际法多样化和 扩展引起的困难

A. 导言

296. 在审议了“国际法不成体系引起的危险”这一专题的可行性研究结果⁶¹⁸以后，委员会第五十二届会议(2000年)决定将这一专题列入其长期工作方案。⁶¹⁹两年以后，委员会第五十四届会议(2002年)将该专题列入其工作方案并建立一个研究组；还决定将该专题的标题改为“国际法不成体系问题：国际法多样化和扩展引起的困难”。⁶²⁰此外，委员会还商定了一些建议，包括进行一系列研究，首先由研究组主席主持研究“特别法规则的职能和范围与‘自足的制度’”问题。

297. 委员会第五十五届会议(2003)任命了马尔蒂·科斯肯涅米先生为研究组主席。研究组制定了本五年期(2003-2006)余下期间暂定工作时间表，研究组成员之间对2002年期间商定的其他专题的有关工作进行了分工，⁶²¹并且决定了该工作所采用的方法。委员会也初步讨论了研究组主席提出的关于“特别法规则的职能和范围与自足的制度问题”的提纲。

⁶¹⁸ G. Hafner, “国际法不成体系引起的危险”，《大会正式纪录，第五十五届会议，补编第10号》(A/55/10)，附件。

⁶¹⁹ 《大会正式纪录，第五十五届会议，补编第10号》(A/55/10)，第九章.A.1，第729段。

⁶²⁰ 同上，第五十五届会议，补编第10号(A/57/10)，第九章，第492-494段。

⁶²¹ (a) 在国际法的一般发展和国际社会关注的情形下参照“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》第三十一条第三款(丙)项)解释条约；(b) 关于同一事项先后所订条约之适用(《维也纳条约法公约》第三十条)；(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》第四十一条)；(d) 国际法的等级：绝对法、普遍义务、作为解决冲突之规则的联合国宪章第一百零三条。

B. 本届会议审议这个专题的情况

298. 委员会在本届会议重新组建了研究组，研究组于 5 月 12 日和 17 日、6 月 3 日、和 7 月 15 日、19 日、21 日、26 日和 28 日举行了八次会议。委员会也收到了关于研究组主席马尔蒂·科斯肯涅米先生编写的关于特别法规则的职能和范围与自足制度问题的研究报告(ILC(LVI)/SG/FIL/CRD.1 and Add.1)以及特奥多尔·梅莱斯卡努先生编写的关于同一事项先后所订条约的适用(《维也纳条约法公约》第三十条)的研究提纲(ILC(LVI)/SG/FIL/CRD.2); 威廉·曼斯菲尔德先生编写的关于在国际法的一般发展和国际关注的情况下参照“适用于当事国间关系的任何有关国际法规则”(《维也纳条约法公约》第三十一条(三)(丙))对条约的解释的研究提纲(ILC(LVI)/SG/FIL/CRD.3/Rev.1); 里亚德·达乌迪先生编写的关于仅在若干当事国间修改多边条约之协定(《维也纳条约法公约》第四十一条)的研究提纲(ILC(LVI)/SG/FIL/CRD.4); 兹齐斯拉夫·加利茨基先生编写的关于国际法的等级: 绝对法、普遍性义务、作为解决冲突规则的《联合国宪章》第一百零三条的研究提纲(ILC(LVI)/SG/FIL/CRD.5)。⁶²²

299. 委员会在 2004 年 8 月 4 日第 2828 次会议上注意到研究组的报告。

C. 研究组的报告

1. 一般性意见和工作组预计的工作成果

300. 工作组先是审查了其 2003 年届会的报告(A/58/10, 第 415—435 段)以及秘书处编制的关于大会第五十八届会议期间第六委员会举行讨论的专题摘要(A/CN.4/537, G 节)。

301. 研究组确认其任务基本上已纳入研究组的全称里。对于不成体系一词所涵盖的国际法多样化和扩展的正面和反面, 都要研究。研究组决定以 2003 年届会期间所商定的暂定时间表、工作方案和方法(A/58/10, 第 424-428 段)作为执行任务的基础。

⁶²² 本文件可向法律事务厅编纂司索取。

302. 研究组欢迎 2003 年大会第五十八届会议期间在第六委员会发表的意见，认为关于工作组工作方针的各项决定得到了广泛的赞同。具体地说，关于集中探讨实质性和撇开不成体系所涉体制问题的决定以及将重点放在关于《维也纳条约法公约》的工作的决定，看来已经获得第六委员会成员的同意。研究组也注意到从其工作中获得实际结论的愿望。在这方面，研究组也讨论了可能在工作中得出结果的问题。虽然一些成员认为拟订带有评注的指导方针是合适的目标，另一些成员怀疑能否着眼于拟订规范。但是，成员们一致认为，分析工作应该已经见效，研究组至少应该根据各项研究对国际法不成体系现象的性质和后果提出自己的结论。研究组确认有意拟订一份实质性的集体文件，作为研究组的工作成果。这份文件将于 2006 年提交委员会，其中载录研究组成员们所编写的个别报告在研究组的讨论中经过补充和修改的许多内容。文件分为两部分：(a) 关于专题的实质性研究和 (b) 关于结论草案和适当时编写的关于如何处理不成体系问题的指导方针的简明摘要。

2. 关于特别法规则的职能和范围以及 “自足制度”的研究的讨论情况

303. 研究组围绕主席编写的关于“特别法规则的职能和范围与‘自足制度’问题”的报告(ILC(LVI)/SG/FIL/CRD.1(2004 年 5 月 7 日)和 Add.1 (2004 年 5 月 4 日))开始了实质性讨论。该研究报告根据研究组 2003 年的一项决定，在序言中说明了不成体系状况的类型。对三种不成体系的类型作了区分：(a) 对一般法作了不一致的解释；(b) 特别法的出现，作为一般法的例外；(c) 不同类型的特别法之间的冲突。由于这些区别已经在 2003 年获得认可，目前已无需对它们进行讨论。研究组于是决定直接探讨研究报告的内容。研究报告分为两部分。第一部分载述对特别法准则的讨论，第二部分(增编 1)集中讨论“自足的制度”。

(a) 特别法

304. 主席在介绍关于特别法规则的职能和范围的研究部分时，强调了几个论点。第一、他强调，诉诸特别法规则是法律推理的一个方面，同国际法作为一个

法系的概念密切相关。特别法准则寻求以解释、或在彼此的优先地位之间建立明确的关系，以便协调不一致的标准。他说，事实上，往往难以区分技术机能的两个方面：参照一般法解释特别法；鉴于有不一致的特定规则存在而撇开一般法。他强调了在一般和特殊之间作出区分的相关特性。某一规则是“一般”或“特殊”，绝对不是抽象的概念，其性质总是相对于另外的一些规则而言的。例如，某一规则的“特殊性”可能取决于它适用于几个州，或适用于多少案由事项。某一规则(例如睦邻条约)可能就前者来说具有特殊性，但是就后者而言就具有一般性。采取系统性的观点之所以重要，正是为了避免用过于正式或僵化的方式思考特别规则。它的实施通常受到其法律系统环境的限制。

305. 第二、主席说，“特别法偏离一般法”这一原则是广为接受的释法准则和解决规范性冲突的手段，是传统的、普遍被接受的准则。有许多案例法采用了特别法的手法。国际法委员会也在关于国家对国际不法行为的责任条款草案第 55 条中认可了这一点。主席把对特别法规则的接受归因于论证的力量：它讲求实效、更为清晰、更为确切，因此使人感到比一般规则“更为强硬”或“更具约束力”。此外，它对于管理待处理的事项具有较大的效能和效率，其效用是能够比较确切地探知当事国的意愿。

306. 第三、主席区分了在案例法中出现特别法规则的四种情况：(a) 它可用于确定同一个文书中的两项规定(特别和一般)之间的关系，例如 *Beagle* 海峡仲裁案的情况；⁶²³ (b) 两个不同文书中的规定，例如 *Mavrommatis Palestine* 减让案⁶²⁴ 和诸如世界贸易组织范围内比较典型的系统环境中的情况；⁶²⁵ (c) 条约和非条

⁶²³ 阿根廷和智利之间涉及 *Beagle* 海峡争端的案件，1977 年 2 月 18 日，*U.N.R.I.A.A.*, vol. XXI, p. 55。也参看 52 *ILR* (1979), p. 97。

⁶²⁴ *Mavrommatis Palestine* 减让案，《常设国际法院汇编 A》第 2 号(1924)，p. 31。

⁶²⁵ 参看土耳其——对纺织品和成衣产品进口的限制，1999 年 5 月 31 日，WT/DS34/R，第 9.92 段；印度尼西亚——影响汽车工业的若干措施，1998 年 7 月 2 日，WT/DS54/R，WT/DS55/R，WT/DS59/R，WT/DS64/R，第 14.28 段；和印度——对阿根廷农业、纺织品和工业产品进口的定性限制，1999 年 4 月 6 日，WT/DS90/R，第 4.20 段。也参看欧盟范围内的情况，*JT's Corporation Ltd. 诉欧洲共同体委员会*，初审法院，2000 年 10 月 12 日的判决，欧洲法院，案件编号：T-123/99 (2000)，ECR II-3269, p. 3292 (第 50 段)。

约标准之间，例如 INA 公司诉伊朗伊斯兰共和国政府案的情况；⁶²⁶ 以及 (d) 两个非条约标准之间诸如通过权案⁶²⁷ 的情况，其中适用了类比推理，不过没有用特别法的术语表达。

307. 第四、主席认为，虽然在国际法的渊源之间没有任何正式的等级，却在法律推理的“法庭”或“自然”方面实际出现一种非正式的等级，特别标准的地位高于较为一般性的标准。他认为，这种讲求实效的等级表现了国际法的自愿基础：常常优先采用特别标准，因为它最能反映特定情况下的要求，也最能体现将受其限制的人的意图。

308. 第五、主席指出，法律以两种方式考虑到特殊规则同一般规则之间的关系。在第一种情况下，可以将特殊规则视为一般标准在特定情况下的适用、拟订或修订。在第二种情况下，反过来将特殊规则视为对一般规则的修订、驳回或撇开（即：特别法规则是一般规则的例外）。有时候，前者被视为对两种标准的同时适用。因此，只有后者才可能被视为与适用特别法规则有关。但是，主席着重指出，通常很难说，是否应该把某一项规则视为对另一项规则的“适用”或“撇开”。这一点取决于如何在适用的环境中看待那些规则。从某种程度上说，这一区别（连同它本身）显示，特别法规则作为解释的规则和解决冲突的规则，两者之间的区别是人为的。因此，两者都与特别法规则的研究有关。他强调说，即使这项规则被用为解决冲突的手法，它也不能彻底压制暂时被撇开而不予适用的一般法，后者将仍然停留“在后台”并且影响对前者的解释。

309. 第六、主席指出，一般国际法多半是处分性的，也就是说：它可能为特别法规则所偏离。但是，在某些情况下，一般法明文禁止偏离或者这种偏离源于一般法的性质。这些案件中最有名的是绝对法案件。但是，除了这个案件以外，也有不容许偏离的另一些情况。例如，有关的考虑因素包括：谁是义务的受益人？不偏离是否应该从一般法的条款中推断出来？在某些情况下，偏离可能是受到禁止的，例如当它可能扰动根据当事方之间的一般条约确定权利和义务的均衡的情况。

⁶²⁶ 伊朗—美国求偿法庭，INA 公司，案件编号：161，8 July 1985, Iran -U.S.CTR 1985-I, 第 8 卷，p. 378。

⁶²⁷ 印度领土通过权(案情) (葡萄牙诉印度)，判决，《1960 年国际法院报告书》，p. 44。

310. 最后，主席认为，他还没有在报告中处理特别法问题的一个方面，即：区域制度和区域主义问题。他确认，这是研究组在去年认为需要处理的问题。他将在 2005 年就这个问题为研究组编写一份补充报告。研究组欢迎这个建议。

311. 研究组赞同这份研究报告所采取的“系统”观点，也赞成这样的结论：一般国际法以无所不在的方式在特殊规则和制度的后面发挥作用。即使作为特别法有时候偏离了一般法，通过权案和 *Gabcikovo-Nagymaros* 案都以实例证明，一般法并不是因此而被撇开了，而是继续“在后台”具有影响力。但是，研究组的一些成员想知道：能否更加明确地扼要叙述这一点在实践中的含义。据指出，案例法调查阐明了特别法准则作为国际法中的法律推理技巧的作用和职能。但是，研究组一致认为，为这项准则的使用规定严格的或正式的规则，是没有任何理由的，实际上是完全办不到的。有时候，这项准则作为解释程序起到作用，有时候又是一种解决冲突的技巧。如何使用应视情况而定，包括标准化的环境。据指出，除了研究报告中所述及的内容以外，以偏离法律或发展法律的方式使用准则，两者之间存在着区别，这两方面的接近程度彰显了它的非正式和视情况而定的性质。对于相关的区别，也就是在偏离的容许程度和确定规则的偏离内容方面，也可以这样说。例如，即使偏离可能受到禁止，但是，特别法可能“作为相关规则的一种发展”而仍然具有可适用性。

312. 研究组的讨论基本上赞同了研究报告的结论。但是，突出了某些特别的方面。有人说，研究组没有广泛地讨论时间因素，也就是特别法和后法之间的关系。但是，大家一致认为，应该如何处理这一点也是取决于具体情况，包括考虑到当事方的意志。

313. 研究组的一些成员质疑了特别法规则表明非正式等级的说法。他们认为，在国际法渊源之间并不存在任何正式的或非正式的等级。通常，若一条约对一般习惯具有优先地位，这并不是由于法律上的等级，而只是基于实现当事国意志的需要，基于同样的理由，特殊的习惯可能对一般性条约具有优先地位，这并非不可思议。总之，区别法律渊源之间和法律规范之间的优先地位是有理由的。主席对偏离一般法的能力问题的处理方式，也引起了一些批评意见。除了绝对法问题以外，容许偏离的程度问题仍然是一个不明确的事项。

(b) 自足的(特别)制度

314. 在介绍他的研究报告中有关自足的制度部分(增编 1)时, 主席认为, 初步报告的主旨是强调一般法具有持续的重要性。他说, 这是自然的, 因为两者的基本原理是一样的。自足的制度是特别法的子范畴。

315. 主席说, 已经使用的“自足的制度”这个术语具有三种稍微不同的含义。他是从委员会关于国家责任的条款草案第 55 条开始分析的, 对此它举了两个实例: 常设国际法院对 Wimbledon 案(1923)⁶²⁸ 的判决和国际法院对 Hostages 案(1980) 的判决。⁶²⁹ 但是, 这两个案件提到稍微不同的情况。前者(广义的) 提到对单一问题的一套条约论点(即关于 Kiel 运河的航行的凡尔赛条约的条款)。后者(狭义的)说明了一套特别的次级规则(即外交法规则), 声称关于国际不法行为的国家责任一般规则具有优先地位。广义的内容表明用于管理已确定的各项问题的特别规则和原则, 狭义的内容涉及国家责任的特别制度——特别法。他说, 有些用语引起一些问题。委员会在其评注中对“较弱”和“较强”的特别法作了区别, 却把自足的制度同后者联系起来, 这种做法尤其令人感到遗憾。自足的制度比起其他形式的特别法, 既不是较强, 也不是较弱。

316. 就第三种含义来说, 其提出是为了刺激对这个事项的辩论, 在这方面, 有时候在学术评注和实践中, 使用自足(特别)制度这一术语描述功能专门化或目的论导向的整个领域, 因为人们认为应该使用特别规则以及解释和管理的方法(即具有自己的原则、机构和目的的国际法特别分支, 诸如“人权法”、“世贸组织法”、人道主义法等。例如, 国际法院在其关于以核武器进行威胁或使用核武器的合法性的咨询意见中都探讨了这种区别。⁶³⁰ 但是, “自足制度”的这三种含义并不总是能够明确地互相区分。

317. 如上所述, 委员会的特别报告员已经不断地从上述的狭义和广义的角度, 对国家责任专题使用了“自足制度”的概念。虽然特别报告员认为, 各国有

⁶²⁸ SS “Wimbledon” 案, 《常设国际法院汇编》A. 第 1 号(1923) p. 23-4.

⁶²⁹ 关于美国驻德黑兰外交和领事工作人员的案件(美国诉伊朗)“人质案”, 《1980 年国际法院报告书》, p. 41 (第 86 段)。

⁶³⁰ 以核武器进行威胁或使用核武器的合法性, 咨询意见, 《1996 年国际法院报告书》, p. 240 (第 25 段)。

权建立关于国家责任的自足制度，但人们从来不曾认为，这种制度会形成“封闭的法律管道”。在“自足制度”不能明白适用的情形中，剩余性地适用一般规则的问题，从来不曾在国际法委员会中详细地探讨过。但是，特别报告员里普哈根和阿尔焦—鲁伊斯已经讨论了在自足的制度未能发挥应有的作用的情形下可能“回归”的问题，两人都认为，在上述情况下，必须容许诉诸一般法，这是不言而喻的。从委员会早先的辩论中得到的主要结论是，委员会、特别报告员和在这方面经常讨论的任何情况都不曾意味着特别规则应该彻底脱离一般国际法。

318. 主席认为，事实上，“自足制度”一词是不当的用词，因为没有任何一套法律规则，无论从狭义、还是从广义上说，能够脱离一般法。他怀疑，这种脱离是否真能办到：某一制度只有凭借其自身之外的(有效和有约束力的)规则或原则才能够获得(或无法获得)法律上的约束力(“效力”)。

319. 主席总结认为，一般法在管理任何特别制度方面具有双重作用。第一、一般法提供了规范性背景，使特别制度行使一些未具体规定的功能。例如，某些实体是不是“国家”或是否在某一领土上行使着主权，这些问题几乎总是需要凭借一般法才能加以处理。第二、若特别制度未能适当地发挥功能，一般法规则也能发挥作用。因此，他认为，在探讨关于特别制度和一般国际法之间关系的问题时，应该关注的主要问题是：(a) 建立特别制度的条件；(b) 特别制度的适用范围与正常情况下的一般国际法的关系；(c) 由于特别制度失灵而“回归”一般规则的条件。

320. 关于建立特别制度的条件，据认为，偏离特别法的规则也应该适用于特别制度。因此，虽然有强制性规范和另一些不偏离的情况，通常容许退出合约。

321. 关于特别制度与正常情况下的一般国际法之间的相互关系，这一点通常应该按照对已经形成制度的条约的解释加以确定。引用人权制度⁶³¹和世贸组织

⁶³¹ 参看美洲间人权委员会，*Velasquez & Rodriguez*, OC-4/88 (1988年7月29日)，汇编C, 第4号, 第184段, *McElhinney 诉 Ireland 案* (31253/96) 2001年11月21日, 2001年欧洲人权法院案例汇编-XI (第36段); *Al Adsani 诉联合王国* (35763/97), 2001年11月21日, 2001年案例汇编-XI, (第55段)。参看 *Loizidou 诉土耳其*, (第43段)。 *Fogarty 诉联合王国* (37112/97) 2001年11月21日, 2001年欧洲人权法院案例汇编-XI (第36段); *Bankovic 诉 比利时等* (52207/99), 123 *ILR* (2003), p. 108 (第57段)。参看 Lucius Cafilisch 和 Antonio Cancado Trindade, “美洲和欧洲人权和一般国际法公约”, 108 *国际公法综合评论* (2004), p. 11-22。

法⁶³²中所载述的事例，主席认为，现有的条约制度之中没有一个是排除了一般国际法的适用的。相反，条约机构则不断地引用一般国际法。主席指出，这不是因为任何特定的“采纳”行为所致。正如国际法院在 ELSI 案⁶³³中指出过的，它是源于在缺乏明确的偏离条款的情况下所适用的一般习惯的重要原则的性质。若是说只有“采纳”以后，一般国际法才适用于特别制度，这种说法在实践中不会得到任何支持。事实上，很难理解制度的建立者怎么会同意不采纳(即选择不要)国际法的一般原则。若是那样做，这种协定的约束性质从何而来？

322. 关于特别制度失灵而导致回归一般规则的情况，有人指出，怎样才算“失灵”，一点也不明确。在理论上，无法制定任何标准，以便确定怎样才算“制度失灵”。特别制度的成员可以采用的至少一部分途径已经扼要地载于《维也纳条约法公约》里。另外，在这种情况下，关于国家责任的规则也可能是相关的规则。

323. 主席说，他的研究报告的主要结论是：目前使用特别法规则的情况或特别条约制度的出现不曾严重破坏法律安全、可预计性或法律主体的平等。这些技术和系统显示了既合法又强烈感受到的对于经济发展、保护人权和环境以及区域主义的关切。系统并不处于危机之中。

324. 他也注意到，从现实情况看来，没有任何均质的等级制度可以除掉由互相冲突的规则和法律制度所引起的问题。对于一致性和合理的多元主义的需求将继续指向不同的方向。为此，必须更加注意使用《维也纳条约法公约》处理规范和制度发生冲突的情况。他认为，或许也应该阐明“一般国际法”的概念和这种概念对于特定规则和制度的实施情况。

325. 因此，关于后一项目的今后工作，主席提议侧重人们所理解的特别制度分别在这三种含义上所起的作用。这方面的进一步研究不妨阐明：(一) 其建立的

⁶³² 美国——重新配制的汽油和常规汽油的标准 (WT/DS2/AB/R) 1996 年 5 月 20 日，DSR 1996: I p. 16; 韩国——影响政府采购的措施 (WT/DS163/R) 2000 年 1 月 19 日，第 7.96 段; 美国——禁止进口若干虾和虾产品 (WT/DS58/AB/R)，1998 年 11 月 6 日，第 127-131 段，DSR 1998: VII p. 2794-2797。

⁶³³ *Elettronica Sicula (ELSI)* (意大利诉美国)，《1989 年国际法院报告书》，p. 42 (第 50 段)。

条件；(二) 其自主运作的方式；(三) 一般国际法在各种制度中的作用，包括制度间冲突的解决；和(四) 制度失灵的条件和后果。

326. 在随后的讨论中，研究组注意到主席促请注意的术语不安全问题。研究组一致认为，这个概念不断地被用于狭义的层面(即关于国家责任的次级特别规则)和广义的层面(即关于特定问题的初级和次级特别规则)。成员们认为，特别制度，按照在第三种含义上的理解(即整个功能专门化的领域)，呈现了一种诱人的现象，应该进一步加以研究，以便充分了解它对一般法和对报告中讨论过的另外两类特别制度的关系。

327. 研究组一致认为，“自足”的概念只不过传达出制度的“特殊性”含义。研究组也注意到，应该舍弃“强势”和“弱势”特别制度之间的区别。成员们普遍认为，即使是在特别制度之间，一般法也以各种方式持续发挥作用。但是，这种制度和一般法之间的关系无法以任何一般规则加以解决。

328. 研究组的一些成员认为，不要把 ELSI 案说成树立了一般原则，说它要求必须以明示的方式偏离一般法，而用反对偏离的一项假定来理解此案，可能更加符合现实情况。

329. 研究组着重指出，是否发生制度失灵应该用构成制度本身的条约来加以解释。在这方面，还是无法提供任何一般规则。但是，或许也应该进一步研究可能发生上述失灵情况的不同搭配情况。也有人认为，应该由特别制度的当事方确定：制度是否失灵？后果是什么？

330. 研究组指出，一般和特别之间的关系所呈现的困难是相对的，困难的发生视每一案例的情况而定。有些人对阐明“一般国际法”的努力持怀疑态度。有人强调，任何此种努力都应该集中于一般法相对于特定规则和制度的实施。在这方面，有人强调，虽然《维也纳条约法公约》制定了一个总体框架，但它的规则具有剩余特性，往往是可以协议加以取代的。

3. 关于同一事项先后所订条约的适用(《维也纳条约法公约》

第三十条)的研究提纲的讨论情况

331. 研究组根据特奥多尔·梅莱斯卡努先生所编写的提纲和口头介绍进行了对这一专题的讨论。这份提纲，除其他外，考虑了《维也纳条约法公约》第三十

条获得通过之前所做的拟订工作，⁶³⁴ 分析了该条文的主要规定，⁶³⁵ 其中包括与其适用有关的基本原则，即载于第一款中的等级原则、第二款中的前法原则以及第三款和第四款(a)项中的后法原则。围绕同一事项先后出现数项条约，这是在变动的环境中响应新需要并促进国际合作的结果。

332. 基本上，第三十条是以有关事项为基础，并没有引起严重的体系混乱问题。只有第三十条第四款(乙)项(涉及两条约之当事国与仅为其中一条约之当事国彼此之间关系。)的确形成一种与未来考虑因素有关的情况。研究组注意到三点。第一、光是缔结一个后续的不一致条约本身不会产生违背国际法的行为。只有加以适用以后，才会发生违背国际法行为。第二、第三十条并没有处理两个不一致的条约的效力问题，只处理了两个条约之间的优先次序。

333. 而且，该项规定没有载述关于停止施行或终止的问题，也没有提到其他国家违背某一条约的法律后果。第三、第三十条的规定具有剩余性质，从这个含

⁶³⁴ 特别报告员赫什·劳特帕赫特先生、杰拉尔德·菲茨莫里斯先生、和汉弗莱·沃尔多克先生的工作，参看《1953年……年鉴》，第二卷，1953，pp. 90 f., pp. 156-159, 文件 A/CN.4/63; 同上，《1954年……年鉴》，第二卷，文件 A/CN.4/87 和 Corr.1; 同上，《1958年……年鉴》，第二卷，文件 A/CN.4/115 和 Corr.1; 同上，《1963年……年鉴》，第二卷，pp. 37 f, 文件 A/CN.4/156 and Add. 1-3。

⁶³⁵ 维也纳公约第三十条内容如下：

“第三十条

第三十条 关于同一事项先后所订条约之适用

一、以不违反联合国宪章第一百零三条为限，就同一事项先后所订条约当事国之权利与义务应依下列各项确定之。

二、遇条约订明须不违反先订或后订条约或不得视为与先订或后订条约不合时，该先订或后订条约之规定应居优先。

三、遇先订条约全体当事国亦为后订条约当事国但不依第五十九条终止或停止施行先订条约时，先订条约仅于其规定与后订条约规定相合之范围内适用之。

四、遇后订条约之当事国不包括先订条约之全体当事国时：

(甲) 在同为两条约之当事国间，适用第三项之同一规则；

(乙) 在为两条约之当事国与仅为其中一条约之当事国间彼此之权利与义务依两国均为当事国之条约定之。

五、第四项不妨碍第四十一条或依第六十条终止或停止施行条约之任何问题，或一国因缔结或适用一条约而其规定与该国依另一条约对另一国之义务不合所生之任何责任问题。”

义上说，它并不是强制性的规定。从根本上说，应由国家按照自己的利益并依自己的意志确定先后所订的条约的优先次序。在这方面，有人提出，研究的重点之一可以是，在多大程度上可以抵制国家的意志——具体地说，作为两个互相抵触的条约的一当事国的下述意志：它将选择履行哪一个条约并且选择违背哪一个条约而为违背国家责任行为承担后果？有关这一点的进一步研究将根据国家实践、案例法和理论学说，包括审议诸如条约未经第三国同意不为该国创设义务或权利（《维也纳条约法公约》第三十四条）和先到者有优先权等原则。

334. 研究组在其讨论中注重这项研究的未来方向。人们承认，第三十条的大部分案文并没有引起严重的体系混乱问题。会出现规范相互冲突并且得不到解决的唯一情况是第四款(乙)项所述及的那一种。

335. 关于第四款(乙)项，研究组认为，考虑历任条约法特别报告员对这个问题的处理和所做的选择可能有用。研究组赞成把重点放在是否可以对国家的意志施加限制上，即限制它随意从所参加的互相抵触的条约中作出选择，决定遵守哪一个而违背哪一个。有人问，由基于对等、相互依存和绝对的义务(例如围绕第四十一条所规定的仅在若干当事国间修改条约一事所讨论的义务)的区别所产生的标准是否也能够为第三十条的履行提供一些指导方针。

336. 除了第四款(乙)项以外，确定了可能有关的另外两种情况，即：(a) 与同一事项有关的先后所订双边条约的情况；(b) 与习惯国际法不同的某一多边或双边条约的情况。关于不成体系问题，研究组认为，前者的情况通常很不成问题。对于后者，据认为，虽然这种情况可能引起困难，却是属于一般性质，因此无需在这方面加以处理。

337. 研究组一致认为，第三十条的规定具有剩余性质。但是，有些成员问起：认定它们不是强制性的规定，是否正确？这些规定基本上反映了已被接受的合理考虑。研究组还一致认为，通常只有在适用后续条约的时候才会产生冲突，但是，也有人认为，至少在某些情况下，还在缔结后一条约的时候，可能已经发生冲突。

4. 仅在若干当事国间修改多边条约之协定(《维也纳条约法公约》

第四十一条) 研究提纲的讨论情况

338. 研究组根据里亚德·达乌迪先生的提纲和口头介绍进行了讨论。除其他外,这份提纲考虑了《维也纳公约》第四十一条所规定的当事国间修改多边条约之协定⁶³⁶被适用时的背景情况,这种适用引起两种法律关系:“一般关系”适用于多边条约的所有当事国,而“特殊”关系适用于相互协定的两个或两个以上的当事国。因此,相互协定所修改的是条约原文的实施,而没有修改条约案文。一般和特殊之间的关系类似于一般法和特别法之间的关系。

339. 第四十一条的主要关注事项是容许相互协定,但同时确保条约原文的连贯性。缔结相互协定的条件包括(a)保存原多边条约的当事国的权利和义务;⁶³⁷(b)不对多边协定的当事国施加额外的义务或负担;(c)保存多边条约的目标和宗旨。此外,有一些条件涉及将相互协定通知其他当事国和这些当事国对这一通知的反应。

340. 关于与条约的目的和宗旨不合的问题(第四十一条第一款(乙)项(二)目),相互协定的有关情况看来与适用于提出保留的规则没有任何不同。据认为,拟订一项客观标准可能有助于确定相互协定是否被准许。在条约规定了对等义务的情况下,修改不会引起困难,这就是说,条约基本上是由一个双边关系网组成

⁶³⁶ 维也纳公约第四十一条的内容如下:

“第四十一条
仅在若干当事国间修改多边条约之协定

一、多边条约两个以上当事国得于下列情形下缔结协定仅在彼此间修改条约:

(甲)条约内规定有作此种修改之可能者;或

(乙)有关之修改非为条约所禁止,且:

(一)不影响其他当事国享有条约上之权利或履行其义务者;

(二)不关涉任何如予损抑即与有效实行整个条约之目的及宗旨不合之规定者。

二、除属第一项(甲)款范围之情形条约另有规定者外,有关当事国应将其缔结协定之意思及协定对条约所规定之修改,通知其他当事国。”

⁶³⁷ 参看《联合国海洋法公约》第311条第(3)款。

的时候，修改不会引起困难。⁶³⁸ 就包含相互依存义务⁶³⁹ 和绝对义务⁶⁴⁰ 的条约来说，修改权是受到限制的。

341. 该提纲也讨论了对相互协定当事国违背多边条约行为的制裁问题。第四十一条的案文撇开了两个问题，即：构成重大违约的违背第一款行为的法律影响和接到第四十一条第二款规定的通知以后提出的反对意见的法律影响。《维也纳公约》第六十条规定了对当事国的重大违约情事作出反应的条件，但没有界定什么情况构成“重大违约”。国家责任法可适用于条约原文被相互协定违反的情况。

342. 研究组指出，第四十一条反映了可以理解的需要，即当事国有必要容许以相互协定研拟履行条约的方式。条约原案文与相互协定之间的关系有时候可以视为最低限度标准与进一步的发展之间的关系。它通常不会以造成体系混乱的方式引起困难。容许相互协定的条件体现了条约法中意图维护条约完整的一般原则。但是，也有人指出，相互协定的条件并不只是与原始协定的性质相连，它也关涉到其中所载规定（第四十一条第一款（乙）项（二）目）的性质。第四十一条并没有明确处理不能容许的相互协定的后果，因此应该进一步分析这种协定的后果。

343. 有人提请注意在适用第四十一条时，“修改”、“修正”和“订正”的语义是不一样的。虽然这些措词从技术上说不一样，其差异并不总是明确的。例如，修改有时候被理解为修正案。有人提议，在开展进一步的研究时应该稍微注意这一点。同样，也有人提议，或许应该审查不同的连贯原则之间的关系，包括第三十条（后续协定）、第四十一条（仅在当事国间修改多边条约的协定）和联合国宪章第一百零三条（宪章义务优先）之间的关系。

344. 也有人认为，应该进一步探讨相互协定的“通知”对于减少不成体系情事实际上能够起到的作用。在可能范围内，也审查一下通知其他国家和其他国家对这些通知作出反应的实际情况。

⁶³⁸ 例如，《1961年维也纳外交关系公约》和《1963年维也纳领事关系公约》。

⁶³⁹ 就一当事国履行其义务是其他当事国相应履行其义务的先决条件来说，裁军条约是一种相互依存的条约。一当事国的违约行为事实上是对所有其他当事国的违约行为。

⁶⁴⁰ 人权条约产生绝对的义务。它所规定的义务是独立的而且是绝对的，这些义务的履行独立于其他当事国对其义务的履行。

5. 关于在国际法的一般发展和国际社会的关注中参照

“适用于当事国间关系之任何有关国际法规则”

(《维也纳公约》第三十一条第三款(丙)项)

解释条约的提纲讨论情况

345. 研究组根据威廉·曼斯菲尔德先生的提纲和口头介绍进行了讨论。除其他外，提纲载述了第三十一条第三款(丙)项的作用，⁶⁴¹ 尤其是它的措词方式，指出：它提到国际法规则；它不局限于习惯国际法；它提到了既相关又适用的规则；它不受时间性限制。研究组在分析第三十一条第三款(丙)项时还参照了委员会以前的审议情况⁶⁴² 以及该项规定在伊朗——美国求偿法庭、⁶⁴³ 欧洲人权法院、⁶⁴⁴ 和国际法院⁶⁴⁵ 所审理的若干案件中的使用情况。它还审议了该项规定适用于以

⁶⁴¹ 《维也纳公约》第三十一条第三款(丙)项的内容如下：

“第三十一条
解释之通则

.....

三、应与上下文一并考虑者尚有：

.....

(丙) 适用于当事国间关系之任何有关国际法规则。

.....”

⁶⁴² 《1964年.....年鉴》，第二卷，p. 5 见 52-65。文件 A/CN.4/167 and Add.1-3。也参看文件 A/5809。

⁶⁴³ *Espahanian 诉 Bank Tejarat*, 2 Iran-USCTR (1983) 157。也参看 案例第 A/18 号 (1984) 5 Iran-USCTR 251, 260。这项规定也关涉到 *Grimm 诉 Iran* 2 Iran-USCTR 78, 82 案中一位持不同意见者对于伊朗未能保护一个人是否能够构成“影响”其妻子的“财产权利”的问题。

⁶⁴⁴ *Golder 诉 United Kingdom*, 1975 年 2 月 21 日的判决，欧洲人权法院汇编 A [1995] 第 18 号。也参看 *Fogarty 诉 United Kingdom* 申请号：37112/97 123 ILR (2001) 54；*McElhinney 诉 Ireland* 申请号：31253/96 123 ILR (2001) 73；*Al-Adsani 诉 United Kingdom* 申请号：35763/97 123 ILR (2001) 24。

⁶⁴⁵ 关于石油平台的案件 (*Islamic Republic of Iran 诉 United States*)，参看 www.icj-cij.org。也参看 42《国际法律资料》(2003)1334。也参看 Weeramentry 法官在关于 *Gabčíkovo-Nagymaros* 工程项目 (*Hungary 诉 Slovakia*) 的案件中的单独意见，《1997 年国际法院报告书》，p. 7 见 114。

下三个具体事例的情况：海洋法国际法庭、《保护东北大西洋海洋环境公约》仲裁法庭和联合国海洋法会议仲裁法庭审理的 Mox Plant 诉讼案；⁶⁴⁶ 北美自由贸易协定法庭审查的 Pope and Talbot Inc. 诉 Canada 案；⁶⁴⁷ 在世贸组织争端解决程序范围内的虾—乌龟⁶⁴⁸ 和牛肉激素⁶⁴⁹ 案。

346. 提纲就第三十一条第三款(丙)项不曾解决的问题提出了一些初步结论，并就今后的工作提出了一些建议。提纲指出了条约解释技巧作为在与第三十一条第三款(丙)项有关的方面减少不成体系情况的手段本身固有的局限。有人指出，这些限制来源于 (a) 国际法其他规则可能已经得到发展和适用的不同情况，(b) 许多条约在国际法发展过程中的进步性目的。

347. 通常，除非条约本身在解释方面引起困难，没有必要参照国际法其他规则。如果出现下列情况，通常会引起特别使用第三十一条第三款(丙)项的需要：(a) 条约规则不明确，模糊之处似乎需要参照发达的国际法规则才能解决；(b) 条约中的用语在习惯国际法中有明确的含义，因此可认定当事国愿意参照习惯国际法；(c) 条约用语从其性质来说是敞开性的，参照其他国际法渊源将有助于为规则注入内容。⁶⁵⁰

348. 第二、讨论了时间性问题，因为它涉及其他国际法规则应该适用的时间点的确定以及演变中的标准的相关性。第三、提纲举出了在适用第三十一条第三款(丙)项方面关于参照适用于当事国之间关系的其他条约的措词未能解决的一些问题。有人特别问起：正在被解释的条约的所有当事国是否需要成为正在参照的其他条约的当事国或者只要其中某些国家为当事国就足够了。

⁶⁴⁶ 海洋法国际法庭：Mox Plant 案 (Ireland 诉 United Kingdom)——请求发布临时措施令(2001年12月3日) www.itlos.org；常设仲裁法院：关于根据《保护东北大西洋海洋环境公约》第九条使用信息的争端：Ireland 诉 United Kingdom——最后裁决(2 July 2003) 42 《国际法律资料》(2003) 1118；常设仲裁法院：Mox Plant 案：(Ireland 诉 United Kingdom)——第三号命令(2003年6月24日) 42 《国际法律资料》(2003) 1187。

⁶⁴⁷ 关于案情的裁决，2001年4月10日；关于损害的裁决，2002年5月21日，41 《国际法律资料》(2002) 1347。

⁶⁴⁸ WTO United States: 禁止进口某些虾和虾产品——上诉机关的报告(1998年10月12日) WT/DS58/AB/R。也参看 38 《国际法律资料》(1999) 118。

⁶⁴⁹ WTO EC 关于肉和肉产品的措施(激素——上诉机关的报告(1998年1月16日) WT/DS-26/AB/R。

⁶⁵⁰ 这是在 Shrimp-Turtle 案和 Beef Hormones 案中所讨论到的、对于解释《关贸总协定》第二十条所持的立场。

349. 研究组强调，第三十一条第三款(丙)项只有在解释发生问题时才适用。在这种情形下，这项规定指向了在进行解释时应“考虑到的”一些规则。但是，它没有指明具体应该如何进行。尤其是，它也不曾意味着那些规则应决定解释的内容。必须结合具体情况以适当方式对照权衡各种规则。有人指出，第三十一条第三款(丙)项很少被明确地引述这一事实不应该模糊了它作为条约解释的规则的重要性。加强协调和保证国际法系统的统一，是很有必要的。因此，它值得仔细研究。

350. 研究组详细地讨论了哪些规则是第三十一条第三款(丙)项所暗指的规则的问题。虽然该项规定指向相关和适用的其他条约规则，它并没有排除国际法的其他渊源的适用，例如习惯法和文明国家所承认的一般原则。在今后的研究中，不妨注意应如何适用习惯法和其他有关规则的问题。此外，虽然指涉的范围应视为很宽，但应该牢记，务必将解释视为权衡所有有关规则的过程。

351. 研究组也讨论了第三十一条第三款(丙)项与条约解释的其他规则之间的关系——例如提到善意和条约的目的与宗旨的那些规则——并且提议不妨注意它与第三十二条之间的总体关系。同样，有人强调，应该考虑到“机动”概念的存在和国际社会公认的标准的出现。有人问起：鉴于《1969年维也纳公约》获得通过以来国际体系发生的变革，当时看待与时间性有关的法律的方式是否仍然有效。

6. 国际法的等级：绝对法、普遍义务、作为解决冲突的规则的宪章第一百零三条

352. 研究组根据兹齐斯拉夫·加利茨基先生的提纲和口头介绍进行了有关这个专题的讨论。提纲载述了专题的性质与国际法不成体系的关系，首先简单说明了强制法、⁶⁵¹ 普遍义务、⁶⁵² 和有关宪章第一百零三条的的义务的性质以及它们的被接受程度和基本原理，指出：当代国际法赋予这些规范和义务以高于其他规范的

⁶⁵¹ 参看《1969年维也纳条约法公约》第五十三条。也参看《国家对国际不法行为的责任条款草案》第41条和第48条。

⁶⁵² 参看关于巴塞罗那电车、电灯和电力有限公司的案件(第二阶段)《1970年国际法院报告书》，p.32。也参看关于对《预防和惩治灭绝种族罪行公约》的保留的咨询意见，《1951年国际法院报告书》，p.23；关于东帝汶的案件(*Portugal 诉 Australia*)，判决，《1995年国际法院报告书》，p.102；关于适用《预防和惩治灭绝种族罪行公约》的案件(*Bosnia and Herzegovina 诉 Yugoslavia*)，初步反对意见，《1996年国际法院报告书》，p.616。

优先地位。据认为，今后的工作应该分析这类规范和义务。但意图并不是要确定法律渊源的任何等级。

353. 第二、提纲简单地描述了国际法中的等级概念。大家记得，研究组曾经商定，不应当总是从国内法体系引出等级类比。对于国际法的价值系统来说，并没有任何高度发展的和权威性的等级，因此，就解决冲突的手法来说，也没有任何稳定的等级可言。⁶⁵³ 因此，等级体现了法律发展的过程。有时候，这些等级会促成法律的支离破碎，有时候则促成统一。一项提议是，今后的工作应该描述这种演变的情况，并且着重注意规范等级的产生。

354. 第三、提纲间接提到需要阐述强制法、普遍义务和作为解决冲突的规则的第 103 条。这意味着注重：(a) 其相对于一般国际法其他规范而言所具有的优先地位；(b) 它们相互之间的等级关系；(c) 在这些类型范围内的等级关系（例如互相抵触的强制法规范）。

355. 研究组着重探讨了今后的研究方向。有人强调，研究工作必须注重实际，避免划定一般的或绝对的等级。应该把等级视为法律推理的一个方面，在这个框架内，通常使用这种手法撇开较不重要的规范而提及比较重要的规范。这就是将这些手法作为解决冲突的规则加以处理的本意所在。明智的做法是，不要过度讨论等级，而是要把这种讨论限定于等级对于解决规范冲突所起的作用。另一方面，不妨说明一下这些等级概念的演变性质在实际当中是如何显现的。

356. 研究组确认，对这个专题进行过度偏重理论的讨论会引起复杂和有争议的问题。应该把重点放在举例说明等级关系在实践和理论中解决规范冲突的使用情况。这些案例可能随即有助于说明确立了等级关系的一些典型情况。

357. 也有人认为应该分析绝对法和普遍义务之间的差别。有些成员问起：普遍义务是否像绝对法那样暗含着等级关系。同样，有人认为，应该注意使用等级关系的后果：被高级规则撇开一旁的低级规则的下场如何？会不会牵涉到国家的责任呢？

358. 虽然等级有时候会导致体系混乱，研究组强调，在大多数情况下，它是用于确保国际法律系统的统一的。研究组赞成按照建议，把重点放在三种等级手法之间可能发生的冲突以及在每一类别范围内可能发生的冲突。也有人表示赞成考虑本研究与其他研究所探索的解释手法之间的关系。

⁶⁵³ 《大会正式纪录，第五十七届会议，补编第 10 号》(A/57/10)，第 506 段。

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

359. 委员会在 2004 年 7 月 16 日举行的第 2818 次会议上为本届会议设立了一个规划小组。

360. 规划小组举行了三次会议。小组收到了题为“委员会的其他决定和结论”的大会第六委员会在大会第五十八届会议期间讨论情况的专题摘要 H 节以及大会关于国际法委员会第五十五届会议工作报告的第 58/77 号决议。

361. 在 2004 年 7 月 27 日举行的第 2823 次会议上，委员会注意到了规划小组的报告。

1. 长期工作方案工作组

362. 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。工作组举行了五次会议，其主席于 2004 年 7 月 20 日向规划小组提交了口头报告。工作组打算连同它所提议的、在五年期终了时列入长期工作方案的一些专题，提交一份详尽的报告。但是，工作组建议将“引渡或起诉的义务(引渡或审判原则)”专题列入委员会的长期工作方案。它认为，这个专题符合委员会 2000 年报告中提到的有关标准，即：这个专题主旨精确，从国际法的逐渐发展和编纂来说，都具有理论和实践上的效用。

363. 委员会同意规划小组关于将这个专题列入长期工作方案的建议。介绍这个专题的初步提纲附于本报告。委员会打算在下届会议上将这一专题列入其目前工作方案中。

2. 列入委员会目前工作方案的新专题

364. 委员会对选择列入委员会目前工作方案的新专题问题作了审议，决定将两个新专题，即“对外国人的驱逐”和“武装冲突对条约的影响”，列入其目前工作方案。在这方面，委员会决定任命莫里斯·卡姆托先生为“对外国人的驱逐”

专题的特别报告员，任命伊恩·布朗利先生为“武装冲突对条约的影响”专题的特别报告员。

3. 战略框架

365. 委员会审议了依据大会第 58/269 号决议为方案 6：次级方案 3(国际法的逐渐发展和编纂)拟订的战略框架(2006-2007)部分，认可地注意到战略框架的这个部分。

4. 委员会的文件

366. 委员会满意地注意到大会在其第 58/77 号决议第 16 段中核可了委员会关于其文件的结论。

367. 关于大会第 58/250 号决议“会议时地分配办法”中涉及有权编写简要纪录的各机关的二、B 节第 9 段，委员会审议了秘书处提议的几个可能办法，得出结论认为，其中没有一个符合委员会的需要。委员会记得：委员会曾经数度认定，就其工作程序和方法来说，简要纪录是非有不可的。它们相当于准备工作，是逐渐发展和编纂国际法过程中不可或缺的一部分。对于委员会的工作至关重要。委员会还强调了简要纪录作为《国际法年鉴》中不可或缺的一部分的重要性。

368. 委员会赞赏地注意到编纂司编制的《责任制度概览》修订版以及从各国政府和国际组织收到的关于“国际组织的责任”专题的讨论和意见，建议把它们列为委员会的正式文件印发。

5. 酬金

369. 委员会再次重申它在第五十四届会议工作报告(A/57/10)第 525 至 531 段和第五十五届会议工作报告(A/58/10)第 447 段中表明意见。委员会重申，大会关于酬金问题的 2002 年 3 月 27 日第 56/272 号决议尤其影响到特别报告员，特别是来自发展中国家的特别报告员，因为该决议缩减了对其必要的研究工作的资助。

B. 委员会第五十七届会议的日期和地点

370. 委员会决定为期十周、分两期举行的第五十七届会议定于 2005 年 5 月 2 日至 6 月 3 日和 7 月 4 日至 8 月 5 日在日内瓦举行。

C. 与其他机构的合作

371. 国际法院院长史久镛法官在委员会 2004 年 7 月 7 日举行的第 2813 次会议上作了发言，他向委员会通报了国际法院最近的活动和法院正在审理的案件。他的发言载于该次会议的简要记录。发言后进行了意见交换。

372. 吉·德维尔先生代表欧洲法律合作委员会和国际公法法律顧問委员会出席了委员会本届会议，他在委员会 2004 年 5 月 14 日举行的第 2799 次会议上作了发言。⁶⁵⁴发言之后进行了意见交换。

373. 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，他在委员会 2004 年 7 月 13 日举行的第 2618 次会议上作了发言。⁶⁵⁵发言之后进行了意见交换。

374. 费利佩·保列洛先生代表美洲法律委员会出席了委员会本届会议，他在委员会 2004 年 7 月 20 日举行的第 2819 次会议上作了发言。⁶⁵⁶发言之后进行了意见交换。

375. 委员会委员于 2004 年 5 月 19 日与儿童权利委员会的成员，于 2004 年 8 月 4 日与消除种族歧视委员会的成员，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。应促进和保护人权小组委员会的邀请，委员会的委员于 2004 年 8 月 5 日出席了小组委员会讨论对人权条约的保留问题的会议，讨论之后进行了意见交换。

376. 2004 年 6 月 1 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。2004 年 7 月 28 日，委员会委员与国际法协会的成员就两个机构共同感兴趣的问题，特别是工作方案、国际组织的责任、水资源问题，非正式地交换了意见。

⁶⁵⁴ 这次发言载入该次会议的简要记录。

⁶⁵⁵ 同上。

⁶⁵⁶ 同上。

D. 出席大会第五十九届会议的代表

377. 委员会决定，由委员会主席特奥多尔·维奥雷尔·梅莱斯卡努先生作为代表出席大会第五十九届会议。

378. 此外，委员会在 2004 年 8 月 6 日举行的第 2830 次会议上，请“外交保护”专题特别报告员杜加尔德先生和“国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任(危险活动引起跨界损害所造成的损失的国际责任)”专题特别报告员拉奥先生根据大会第 44/35 号决议第 5 段的规定，出席大会第五十九届会议。

E. 国际法讲习会

379. 依照大会第 58/77 号决议，第四十届国际法讲习会于 2004 年 7 月 5 日至 7 月 23 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学术或外交生涯或在其本国公务员系统任职的年轻教员或政府官员。

380. 主要来自发展中国家而分属不同国籍的 24 名学员参加了这届讲习会。⁶⁵⁷ 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。

381. 讲习会由委员会主席特奥多尔·梅莱斯卡努先生主持开幕。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。

⁶⁵⁷ 下列人士参加了第四十届国际法讲习会：Ghulam Shabbir Akbar 先生(巴基斯坦)、Abdul Rahman Al Baloushi 先生(阿拉伯联合酋长国)、Steven James Barela 先生(美国)、Martin Bartoň 先生(斯洛伐克共和国)、Philip Bittner 先生(奥地利)、Srinivas Burra 先生(印度)、Jean d'Aspremont Lynden 先生(比利时)、Sandra Deheza Rodriguez 女士(玻利维亚)、Rosa Delia Gomez-Duran 女士(阿根廷)、Mateja Grašek 女士(斯洛文尼亚)、Hisaan Hussain 女士(马尔代夫)、Mbelwa Kairuki 先生(坦桑尼亚)、Sifana Ibsén Kone 先生(布基纳法索)、Annemarieke Künzli 女士(荷兰)、Eneida Lima 女士(佛得角)、Maxim Musikhin 先生(俄罗斯)、Jeannette Mwangi 女士(肯尼亚)、Katya Pineda 女士(厄瓜多尔)、Resfel Pino Alavarez 先生(古巴)、Pablo Sandonato de León 先生(乌拉圭)、Abdoulaye Tounkara 先生(马里)、Ian Wadley 先生(澳大利亚)、Yehenew Walilegne 先生(埃塞俄比亚)、王晨先生(中国)。Jean-Marie Dufour 先生(日内瓦国际学术网络主席)担任主席的遴选委员会于 2004 年 4 月 21 日开会，从 77 名申请人中选出 24 人参加讲习会。

382. 委员会委员作了以下演讲：若昂·克莱门特·巴埃纳·苏亚雷斯先生：“联合国改革问题高级委员会的工作”；约翰·杜加尔德先生：“外交保护”；马尔蒂·科斯肯涅米先生：“国际法不成体系问题”；乔治·加亚先生：“国际组织的责任”；山田中正先生：“共有的自然资源”；迈克尔·马西森先生和贾姆契德·蒙塔兹先生：“国际法院关于采油平台的裁决(2003年11月6日)”；彭马拉朱·斯里尼瓦萨·拉奥先生：“国际责任”。

383. 下列人士也作了演讲：助理秘书长代理法律顾问拉尔夫·萨克林先生：“联合国设立的国际法庭：获得的教益”；马拉加大学教授玛丽亚·伊莎贝尔·托雷斯·卡索拉女士：“单方面行为”；世贸组织法律事务干事佩雷拉-弗雷德里希森女士：“世贸组织的争端解决制度”；红十字国际委员会法律顾问耶莱娜·佩伊奇女士：“国际人道主义法律目前面对的挑战”；联合国法律事务厅高级法律干事乔治·科伦济斯先生：“国际法委员会的历史：工作方法、工作方案”；人权高专办高级法律顾问马库斯·施密特先生：“人权事务委员会与各项申诉程序”。

384. 讲习会学员或者被分配到“单方面行为”问题工作组，或者被分配到“含水层”问题工作组。委员会负责这两个专题的特别报告员维克托·罗德里格斯·塞德尼奥先生和山田中正先生(“共有的自然资源”)对两个工作组给予了指导。每个小组把它的研究所得介绍给讲习会。学员们还被要求就听过的一次演讲提交书面简要报告。已经将报告汇编成册并分发给各位学员。

385. 学员还有机会利用联合国图书馆的设施。讲习会期间，图书馆延长了开放时间。

386. 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。

387. 在讲习会闭幕式上，委员会主席特奥多·梅莱什卡努先生、联合国日内瓦办事处总干事谢尔盖·奥尔忠尼启则先生、讲习会主任乌尔里希·冯·布卢门塔尔先生以及由斯里尼瓦斯·伯拉先生代表学员向委员会和学员们致词。每一名学员都收到一份证书，证明他/她参加了第四十届讲习会。

388. 委员会特别感谢地指出，奥地利、芬兰、德国、爱尔兰、挪威和瑞典政府向联合国国际法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 17 名学员颁发了全额研究金(旅费和生活津贴)，向 2 名学员颁发了半额研究金(只给生活津贴)。

389. 1965 年开始举行讲习会以来，在分别属于 156 个不同国籍的 903 名学员当中，有 541 名获得了研究金。

390. 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 2005 年举行讲习会，并有尽可能多的学员参加。

391. 委员会满意地注意到，2004 年度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。

附 件

国际法上引渡或起诉的义务

初 步 意 见

(兹齐斯瓦夫·加利茨基先生)

一、对专题的一般性介绍

1. “引渡或起诉”(拉丁文为:“aut dedere aut judicare”)这一提法普遍被用来指与如何对待被指控罪犯有关的备选义务,“……载于许多多边条约,旨在确保国际合作,制止某些类型的犯罪行为”。^a

2. 如学说中所强调的,“引渡或起诉”这一表述是格罗秀斯所用“aut dedere aut punire”(或引渡或处罚)的现代版”。^b 但是,就其目前的适用而言,替代的义务的一种更宽容的提法(“起诉”[judicare],而非“处罚”[punire])更为适合,这同时也考虑到了格罗秀斯的主张,即凡涉及另一国受到伤害的所有罪行,都存在一种引渡或处罚的义务。

3. 现代的表达看来并没有走那么远,是因为还考虑到被指控的罪犯可能被认定无罪。而且,现代的表达对以下问题不带任何偏见:所讨论的义务是完全源于有关条约?还是也反映了习惯国际法上的一项一般义务,至少相对于特定的国际罪行而言?

4. 学者们强调,为了确定基于引渡或起诉义务的制度的效力,必须解决三个问题:“第一,这一原则在国际法上的地位和适用范围;第二,这一规则所含各种备选办法的等级,如果被请求国能够选择的话;第三,实施起诉方面的具体困

^a M. Cherif Bassiouni and E.M. Wise, *Aut Dedere Aut Judicare: The Duty to Extradite or Prosecute in International Law*; M. Nijhoff Pub., Dordrecht/Boston/London 1995, p. 3.

^b 同上, p.4。参见:雨果·格罗秀斯, *De Iure Belli ac Pacis*, 第二册, 第二十一章, 第三和第四段; 英译本: 战争与和平法(国际法名著, F.W. Kelsey 译) 1925, pp. 526-529。

难”^c，看来还有必要查明，在可能源于引渡或起诉义务(下称“义务”)的各项特定义务中是否有任何等级，或者这仅仅是有关国家可以自由裁量的一个事项。

5. 本专题未来编纂工作中的一项初步任务是完成一份有关条约及其所用的反映这项义务的提法的比较清单。有些学者已经作出了一些努力，列举了大量此类条约和公约。^d 其中既有实质性条约(界定特定罪行，要求将其定为犯罪，并起诉或引渡罪犯)也有程序性公约(涉及引渡和国家之间法律合作的其它问题)。

6. 具体地说，在过去几十年中，引渡或起诉的义务被列入了所有所谓反恐怖主义的部门公约，首先是 1970 年 12 月 16 日在海牙签署的《关于制止非法劫持航空器的公约》，^e 其第 7 条规定：

“在其境内发现被指称的罪犯的缔约国，如不将此人引渡，则不论罪行是否在其境内发生，应无例外地将此案件提交其主管当局以便起诉。”

7. 如学者们所述，可以看出《海牙公约》的提法有两种变体：

“(a) 将案件提交起诉的备选义务，凡涉及外国人的，以一国是否选择授权行使治外法权而定；

(b) 只有当引渡要求被拒绝之时才引起将案件交予起诉的义务。”^f

8. 例如，可以提到下列公约：

(一) 关于(a) — 1988 年《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》 — 第 6 条第 9 款；

(二) 关于(b) — 1977 年《欧洲制止恐怖主义公约》 — 第 7 条。

9. 因此，如 1970 年《海牙公约》所载，通过结合制止有关恐怖主义行为的普遍性原则，有关义务大为加强。但是，制止的普遍性原则不应当等同于管辖的普遍性或司法机构权限的普遍性原则。在此，制止的普遍性是指：由于在有关国

^c M. Plachta: *Aut Dedere Aut Judicare*: 执行方式和办法的概论，载于《马斯特里希特欧洲和比较法学报》，1999, 第 6 卷, No. 4, p. 332。

^d 谢里夫·巴西欧尼和 E.M.怀斯，同前，pp.75 至 302；参见奥本海姆《国际法》(9 ed., R. Jennings and A. Watts eds. 1992), vol.I pp. 953-954。

^e 《联合国条约汇编》，第 860 卷，第 12325 号。

^f M. Plachta 同前，p.360。

家之间适用引渡或起诉的义务，没有任何地方可供罪犯逃避刑事责任，找到所谓的“安全避难所”。

10. 另一方面，普遍管辖和权限原则的概念，特别是在过去一些年中，常常与国际刑事法院的设立及其活动有关。但是，实际上，此种“普遍管辖和权限”的范围取决于接受设立此种法院的国家数目，与引渡或起诉的义务并不直接相关。

11. 看来不可避免的是，在分析有关义务适用性的各个方面时，要追溯一下普遍性原则从上文所引 1970 年《海牙公约》第 7 条所载的最初形式到 1998 年 7 月 17 日《国际刑事法院罗马规约》规定的发展情况。

12. 在已经编纂的范围内，在国际法委员会 1996 年第四十八届会议通过的《危害人类和平及安全治罪法草案》题为“引渡或起诉的义务”的第 9 条中可以看到这项义务。^g 该条规定：

“在不妨碍国际刑事法院的管辖权的情景下，在其领土上发现据指控有第 17、第 18、第 19 或第 20 条^h 所述罪行之个人的缔约国应引渡或起诉该个人”。

13. 尽管国际法委员会在所引条款中承认有关义务的存在，但却是在完全涉及一组严格限定和界定的罪行范围内承认的，这些罪行一般被称为危害人类和平与安全罪(不包括“侵略罪”)。无论如何，这一承认可被视为进一步审议这一义务可在多大程度上扩大及于其它类罪行的一个起点。而且，值得注意的是，委员会提出了一种“三重备选办法”的概念，不仅考虑到了由有关国家、而且考虑到了由国际刑事法院行使平行管辖权的可能性。

14. 此种“第三种选择”的最早例子可见于 1937 年 11 月 16 日在日内瓦开放供签署的《关于设立国际刑事法院的公约》。该法院是打算设立来审判被控犯有与其同时的《关于预防和惩治恐怖主义公约》所列罪行的人。ⁱ 根据第一项公约第 2 条的规定，被控犯罪者可由国家在本国法院起诉，或引渡到有权要求引渡的国

^g 见《大会正式记录，第五十一届会议，补编第 10 号》(A/51/10)。

^h 此种罪行如“灭绝种族罪”、“危害人类罪”、“对联合国及有关人员的犯罪”和“战争罪”。

ⁱ 这两项公约的案文，见：国际立法：具有普遍重要性的多种国际文书案文集 (M.O. Hudson 编)，第八卷，1935-1937, No. 402-505, Washington 1941, pp. 862-893。

家，或提交国际刑事法院审判。不幸的是，这项公约从未生效，有关法院也未能设立。

15. 根据 1998 年《罗马规约》设立的国际刑事法院的备选权限广为人知。《规约》在由有关国家本身对犯罪者行使管辖或将其提交国际刑事法院管辖之间提供了一种选择。

16. 看来，在过去几十年中，现行条约实践得到极大丰富，特别是通过各种针对恐怖主义和其它威胁国际社会的犯罪的公约，这就创造了充分的基础，可据此考虑引渡或起诉的义务在多大程度上已成为一项确定的法律义务，作为一项国际刑事政策问题，这一义务显然是十分重要的。

17. 此外，已经有了一种司法惯例，涉及所述义务，并确认了其在当代国际法上的存在。提交国际法院的洛克比案在这方面提出了许多令人感兴趣的材料，特别是五位法官对 1992 年 4 月 14 日法院裁定的反对意见。法院当时决定，一如利比亚的要求，“不行使其权利，指出临时措施”。^j 尽管法院本身没有发表什么意见，因为其涉及有关义务，但持反对意见的法官在其意见书中确认了“习惯国际法上引渡或起诉原则”的存在^k，以及“国际法所承认、甚至被一些法学家认为是强制法的一种权利”的存在。^l 这些意见尽管未得到法院确认，但在考虑所述义务的当代发展趋势时，应当予以考虑。

18. 看来十分明显，关于引渡和起诉义务的主要考虑与国际法的规范和实践有关。但不能忘记，“……促使以引渡或起诉原则为根据的规范机制最佳化的努力既可以在国际一级、也可以在国家一级作出”。^m 在此，应对国内刑法、甚至宪法规则与国际法律规范和惯例给予同等考虑。

^j 通过了两项相同的决定，“关于洛克比事件引起的 1971 年《蒙特利尔公约》的解释和适用问题(阿拉伯利比亚民众国诉联合王国和阿拉伯利比亚民众国诉美利坚合众国案)临时措施的裁定意见”，1992 年 4 月 14 日法院令，《1992 年国际法院报告书》，p.3 和 p.114。

^k 同上，pp.51, 161(威拉曼特里法官——反对意见)。

^l 同上，pp.82, 187(阿吉博拉法官——反对意见)。

^m M. Plachta, 同前，p. 332.

19. 有关学说已经正确地注意到，“……引渡或起诉原则不能被视为万应良药，不能认为其普遍适用将克服引渡在如此长时间以来一直具有的弱点和弊病。(……)为了将引渡或起诉定为一项普遍的引渡规则，应当努力使下列主张为人所接受：第一，此种规则已成为在国际上制止犯罪和将罪犯绳之以法的一个不可或缺的要素；第二，继续将其范围限于各项国际公约所界定的国际罪行(甚至并非所有罪行)难以维持下去”。¹¹ 看来，国际法委员会未来的编纂工作可以遵循这项指导方针。

20. 鉴于上述，看来“国际法上引渡或起诉的义务”这一专题基本上足够成熟，可以编纂，还有可能列入一些逐步发展的内容。但是，在目前阶段，决定委员会工作的最终成果是应当采取条款草案、指导方针还是采取建议的形式，看来还为时过早。如果该专题将被接受，委员会首先要考虑的要点如下：

二、初步行动计划

21. 对相关公约和其它国际文书中所载的有关涉及义务的适当规定进行比较分析——系统地查明现有各种相同和不同之处。

22. 有关义务的演变和发展情况——从“格罗秀斯的提法”到“三重备选办法”：

- (a) 引渡或处罚；
- (b) 引渡或起诉；
- (c) 引渡或起诉或提交国际法院。

23. 有关义务在当代国际法中的实际地位：

- (a) 源于国际条约；
- (b) 基于习惯性规范——习惯法地位的结果；
- (c) 混合性质的可能性。

24. 有关义务实质性适用的范围：

- (a) 适用于“另一国受到特别伤害的所有罪行”(格罗秀斯)；
- (b) 适用于有限的一类或数类罪行(例如适用于“危害人类和平与安全罪”，或适用于“国际罪行”等)——限定此种罪行的可能标准。

¹¹ 同上，p.364。

25. 该义务的内容：
- (a) 国家义务(引渡或起诉)：
 - (一) 引渡：条件和例外，
 - (二) 管辖：确立的根据；
 - (b) 国家权利(在适用或不适用该项义务的情况下)。
26. 该义务与其它有关国家在刑事案件中管辖权限规则的关系：
- (a) “针对罪行”办法(例如危害人类和平与安全治罪法草案第 9 条，1970 年《海牙公约》第 7 条)；
 - (b) “针对罪犯”办法(例如 1957 年《欧洲引渡公约》第 6 条第 2 款)；
 - (c) 管辖权普遍性原则：
 - (一) 由国家行使，
 - (二) 由国际司法机构行使。
27. 根据国际法，适用该义务所引起的特定义务的性质：
- (a) 各种备选义务(引渡或起诉)平等，或其中一项处于主要地位(各种义务的等级)；
 - (b) 履行备选义务的可能限制或排除(例如不引渡本国国民、政治罪行例外、源于人权保护的限制等)；
 - (c) 此种限制或排除对另类义务的可能影响(例如引渡例外对选择起诉的影响)；
 - (d) 有关义务是作为一项实质性、程序性还是一项混合规则；
 - (e) 该项义务在国际法规范等级中的地位：
 - (一) 次级规则，
 - (二) 初级规则，
 - (三) 强制法规范(?)。
28. 该项义务与国际法其它原则的关系(例如国家主权原则、人权保护原则、普遍制止某些罪行的原则等)。

三、与选择各项新专题的条件兼容性

29. 提议国际法委员会审议的“国际法上引渡或起诉的义务”专题符合委员会第四十九届和第五十二届会议确定的选择专题的条件，并且依据了下列标准：

- (a) 专题应反映出各国在逐渐发展和编纂国际法方面的需要；

- (b) 专题应在国家实践上处于较高级的阶段，以便能够逐渐发展和编纂；
- (c) 专题对于逐渐发展和编纂而言是具体和可行的；
- (d) 委员会不局限于审议传统的专题，也应该审议反映国际法新动态和国际社会所迫切关注的问题。^o

30. “国际法上起诉和引渡的义务”专题看来反映了各国在逐渐发展和编纂国际法方面的实际需要。一种不断发展的做法。(特别是在过去几十年中)是将所述义务列入各项国际条约以及在各国双边关系中适用，这就引起了统一有关义务运作的各个方面的问题。需要立即澄清的最重要的问题包括，是否有可能将该义务承认为不仅是基于条约的义务，而且承认为是一个至少在一定程度上根源于习惯性规范的义务。

31. 该专题足够成熟，可以逐渐发展和编纂，特别是鉴于发展中的国家实践，鉴于其在法院活动和有关学说的各种著作中日益得到反映。发展并在法律上确切查明引渡或起诉义务的要素，这将是促进各国在刑事问题上开展合作并提高合作效力的主要积极因素之一，看来符合各国的利益。

32. 该专题拟订确切，所述义务的概念自古以来就在国家的国际关系中得到很好确立。这一专题既不太宽，也不太窄，在逐渐发展和编纂方面，其可行性看来没有疑问。因此，委员会业已将该义务列入了适于将来审议的专题清单。^p自那时以来，很明显，有关审议应当尽快开始。

33. 尽管引渡或起诉的义务可能初看起来十分传统，但我们不应当为其古老的拉丁提法所误导。有关义务不能仅作为一个传统专题对待。其从格罗秀斯时代至最近时期的演变，及其作为一个有效的工具在对付犯罪行为对国家和个人日益增长的威胁方面的重大发展，均可以使我们很容易地得出一个结论——即它反映了国际法的新发展，反映了国际社会的迫切关注。

-- -- -- -- --

^o 见《大会正式记录，第五十五届会议，补编第10号》(A/55/10)，p.291。

^p 见《1996年……年鉴》，第二卷，第二部分，p.135。