



联 合 国

国际法委员会 第五十一届会议工作报告

1999 年 5 月 3 日至 7 月 23 日

大 会

正式记录:第五十四届会议

补编第 10 号(A/54/10)

国际法委员会 第五十一届会议工作报告

1999 年 5 月 3 日至 7 月 23 日

大 会

正式记录:第五十四届会议

补编第 10 号(A/54/10)



联合国 • 1999 年,纽约

说 明

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

前有年度和省略号的“年鉴”(如《1971年……年鉴》),是指《国际法委员会年鉴》。委员会报告的排版本将载入《1999年国际法委员会年鉴》第二卷第二部分。

目 录

章 次	段 次	页 次
一、导 言	1 - 12	1
A. 成 员	2 - 3	1
B. 悼念杜杜·锡亚姆先生	4	2
C. 主席团成员和扩大的主席团	5 - 7	2
D. 起草委员会	8 - 9	3
E. 工作组	10	4
(a) 国家责任		4
(b) 国家及其财产的管辖豁免		4
(c) 国家的单方面行为		4
(d) 长期工作方案		4
F. 秘书处	11	4
G. 议程	12	5
二、委员会第五十一届会议工作概况	13 - 26	6
三、委员会乐意听取评论的具体问题	27 - 33	9
A. 国家责任	28 - 29	9
B. 对条约的保留	30	9
C. 国家的单方面行为	31	10
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(预防危险活动造成的跨界损害)	32	10
E. 环境保护	33	10
四、国家继承涉及的国籍问题	34 - 48	11
A. 导 言	34 - 39	11
B. 本届会议审议这个专题的情况	40 - 43	12
C. 委员会的建议	44 - 45	13
D. 赞扬特别报告员瓦茨拉夫·米库尔卡先生和 工作组主席兹齐斯拉夫·加利茨基先生	46	13
E. 二读通过的国家继承涉及的自然人国籍问题 条款草案案文	47	13
1. 条款草案案文	47	13
2. 条款草案的案文及其评注	48	22
评注		23

目 录(续)

<u>章 次</u>	<u>段 次</u>	<u>页 次</u>
序 言		23
评注		24
第一部分 一般规定		26
第1条 取得国籍的权利		26
评注		26
第2条 用 语		28
评注		28
第3条 适用本条款草案的国家继承情况		31
评注		31
第4条 避免无国籍状态		31
评注		32
第5条 国籍的推定		34
评注		34
第6条 国籍和其他相关问题的立法		35
评注		35
第7条 有效日期		37
评注		37
第8条 惯常居所在另一国的有关的人		37
评注		38
第9条 以放弃另一国国籍作为给予国籍的条件		39
评注		39
第10条 自愿取得另一国国籍后原国籍的丧失		40
评注		40
第11条 尊重有关的人的意愿		41
评注		42

目 录(续)

<u>章 次</u>	<u>段 次</u>	<u>页 次</u>
第12条 家庭团聚.....		45
评注		45
第13条 国家继承以后出生的子女.....		47
评注		47
第14条 惯常居民的地位		48
评注		49
第15条 不歧视		49
评注		49
第16条 禁止在国籍问题上任意作决定		50
评注		51
第17条 处理国籍问题的程序.....		51
评注		51
第18条 交换资料、协商和谈判		52
评注		52
第19条 其他国家.....		53
评注		54
第二部分 特定类别之国家继承的有关规定		57
第1节 领土部分转让		57
第20条 给予继承国国籍和取消先前国国籍		57
评注		58
第2节 国家统一.....		59
第21条 给予继承国国籍		59
评注		59
第3节 国家解体.....		61
第22条 给予继承国国籍		61

目 录(续)

<u>章 次</u>	<u>段 次</u>	<u>页 次</u>
第23条 由继承国给予选择权		61
评注		62
第4节 一部分或若干部分领土分离		65
第24条 给予继承国的国籍		65
第25条 取消先前国国籍		66
第26条 由先前国和继承国给予选择权		66
评注		66
五、国家责任	49 - 453	70
A. 导言	49 - 63	70
B. 本届会议审议这个专题的情况	64 - 453	73
1. 特别报告员第二次报告的结构概览	67 - 69	74
2. 第三章(违背国际义务)	70 - 80	75
(a) 特别报告员介绍对第三章的着手方式	70 - 77	75
(b) 关于第三章着手方式的辩论概况	78 - 80	77
3. 特别报告员介绍第16条(违背国际义务 行为的发生)	81 - 94	77
(a) 国际义务的冲突问题	82 - 86	78
(b) 不法性与责任的关系	87	79
(c) 起草问题与条款的合并	88 - 94	79
4. 第16条辩论概况	95 - 110	81
(a) 国际义务的冲突	95 - 98	81
(b) 不法性与责任的关系	99 - 101	82
(c) 起草问题与条款的合并	102 - 110	82
5. 特别报告员对第16条的总结	111 - 116	84
6. 特别报告员介绍第18条(国际义务 必须对一国为有效)	117 - 124	85
7. 第18条辩论概况	125 - 130	86
8. 特别报告员对第18条的总结	131	88

目 录(续)

<u>章 次</u>	<u>段 次</u>	<u>页 次</u>
9. 特别报告员介绍第20条(行为义务和结果的义务)	132 - 144	88
(a) 行为义务与结果义务的区分	132 - 135	88
(b) 延伸的结果义务	136 - 141	89
(c) 预防义务	142	90
(d) 特别报告员拟议的第20条案文	143 - 144	91
10. 第20条辩论概况	145 - 180	91
(a) 行为义务与结果义务的区分	145 - 172	91
(一) 区分在确定责任中的效用	147 - 157	91
(二) 区分在法律上的精确性	158 - 162	93
(三) 与主要规则和次要规则之区分的一致性	163	95
(四) 替代性案文	158 - 172	95
(b) 延伸的结果义务	173 - 176	96
(c) 预防义务	177 - 180	97
11. 特别报告员对第20条的总结	181 - 186	98
12. 特别报告员介绍第24条和第25条(已完成和具有持续性的不法行为).....	187 - 203	100
(a) 用语	188 - 189	100
(b) “综合行为”与“复合行为”的区别	190 - 192	101
(c) 综合行为的处理	193 - 194	101
(d) 复合行为	195 - 198	102
(e) 适用的时际法问题	199	103
(f) 预防的义务	200	103
(g) 特别报告员拟议的第24条和第25条案文	201 - 203	103
13. 第24条和第25条辩论概况	204 - 214	104
(a) 已完成和具有持续性质的不法行为	205 - 210	104
(b) 复合行为	211	105
(c) 综合行为	212 - 214	105
14. 特别报告员对第24条和第25条的总结	215 - 219	106
15. 特别报告员介绍第26条之二(用尽当地补救办法规则).....	220 - 222	107
16. 第26条之二辩论概况	223 - 242	108

目 录(续)

<u>章 次</u>	<u>段 次</u>	<u>页 次</u>
(a) 程序与实质内容	225 - 233	108
(b) 第26条之二	234 - 242	109
(一) 一般性意见	234 - 235	109
(二) 规则的范围	236 - 240	110
(三) 规则的位置	241 - 242	111
17. 特别报告员对第26条之二的总结	243	111
18. 第四章(一国牵连另一国的国际不法行为)	244 - 278	111
(a) 特别报告员介绍第四章的着手方式	244 - 248	111
(b) 对第四章着手方式的辩论概况	249 - 251	113
(c) 特别报告员对第四章着手方式的总结	252	113
(d) 特别报告员介绍第27条(一国援助或指 挥另一国实行国际不法行为)	253 - 255	114
(e) 第27条辩论概况	256 - 264	115
(f) 特别报告员对第27条的总结	265 - 267	116
(g) 特别报告员介绍第28条(一国对另一国 进行胁迫的责任)	268 - 269	117
(h) 第28条辩论概况	270 - 276	118
(i) 特别报告员介绍第28条之二(本章的影 响)	277	119
(j) 第28条之二辩论概况	278	120
19. 特别报告员对第五章的探讨	279 - 288	120
20. 特别报告员介绍第29条(同意)	289 - 292	121
21. 第29条辩论概况	293 - 302	122
22. 特别报告员对第29条的总结	303 - 305	123
23. 特别报告员介绍第29条之二(对强制性规范 的遵守)	306 - 308	124
24. 第29条之二辩论概况	309 - 315	125
25. 特别报告员对第29条之二的总结	316 - 318	126
26. 特别报告员介绍第29条之三(自卫)	319 - 321	126
27. 第29条之三辩论概况	322 - 328	127
28. 特别报告员对第29条之三的总结	329 - 331	128
29. 特别报告员介绍第30条(反措施)	332 - 333	128
30. 特别报告员介绍第30条之二(因另一国先行		

目 录(续)

<u>章 次</u>	<u>段 次</u>	<u>页 次</u>
不遵守义务而不遵守义务).....	334 - 339	129
31. 第30条之二辩论概况... ..	340 - 344	130
32. 特别报告员对第30条之二的总结.. ..	345 - 347	131
33. 特别报告员介绍第31条(不可抗力).....	348 - 352	132
34. 第31条辩论概况.. ..	353 - 359	133
35. 特别报告员对第31条的总结	360 - 362	134
36. 特别报告员介绍第32条(危难).....	363 - 367	135
37. 第32条辩论概况	368 - 371	136
38. 特别报告员对第32条的总结	372 - 373	136
39. 特别报告员介绍第33条(危急情况).....	374 - 379	137
40. 第33条辩论概况	380 - 387	138
41. 特别报告员对第33条的总结	388 - 391	139
42. 特别报告员介绍第34条之二(援引排除 不法性情况的程序).....	392 - 394	140
43. 第34条之二辩论概况	395 - 397	141
44. 特别报告员对第34条之二的总结	398 - 401	141
45. 特别报告员介绍第35条(援引排除 不法性情况的影响).....	402 - 404	142
46. 第35条辩论概况	405 - 409	142
47. 特别报告员对第35条的总结	410	143
48. 进一步的理由或借口	411 - 425	143
(a) “清白”原则	411 - 415	143
(b) 应有的注意	416 - 422	144
(c) 危难	423 - 425	145
49. 反措施	426 - 453	146
(a) 特别报告员的介绍	426 - 437	146
(b) 辩论概况	438 - 449	148
(c) 特别报告员对反措施的总结	450 - 453	149

目 录(续)

<u>章 次</u>	<u>段 次</u>	<u>页 次</u>
六、对条约的保留	454 - 470	150
A. 导 言	454 - 465	150
B. 本届会议审议这个专题的情况	466 - 469	152
C. 委员会一读暂时通过对条约的保留准则		
草案案文	470	153
1. 准则草案案文		153
2. 国际法委员会第五十一届会议通过的准则		
草案及其评注		158
1. 定义		158
1.1.1 [1.1.4] 保留的对象		158
评注		158
1.1.5 [1.1.6] 意图限制提出保留者		
义务的声明		162
评注		162
1.1.6 旨在完成同等义务的声明		166
评注		166
1.2 [1.2] 解释性声明的定义		167
评注		167
1.2.1 [1.2.4] 有条件的解释性声明		178
评注		178
1.2.2 [1.2.1] 共同提出的解释性声明		184
评注		184
1.3 保留与解释性声明之间的区分		186
评注		186
1.3.1 实施保留与解释性声明之间区分		
的方法		187
评注		187
1.3.2 [1.2.2] 措词和名称		191
评注		192
1.3.3 [1.2.3] 当一项保留被禁止时,		
提出一项单方面的声明		195
评注		195
1.4 有别于保留和解释性声明的		

目 录(续)

<u>章 次</u>	<u>段 次</u>	<u>页 次</u>
单方面声明		197
评注		197
1.4.1 [1.1.5] 旨在承担单方面义务 的声明		198
评注		198
1.4.2 [1.1.6] 旨在增添条约内容的 单方面声明		200
评注		200
1.4.3 [1.1.7] 不承认的声明		201
评注		202
1.4.4 [1.2.5] 一般政策声明		205
评注		225
1.4.5 [1.2.6] 关于在内部履行条约之 方式的声明		207
评注		208
1.5 对双边条约的单方声明		211
评注		211
1.5.1 [1.1.9] 对双边条约的“保留”		212
评注		212
1.5.2 [1.2.7] 对双边条约的 解释性声明		219
评注		220
1.5.3 [1.2.8] 接受对方对双边条约的 解释性声明的法律后果		222
评注		222
1.6 [1.4] 定义的范围		223
评注		223
七、国家及其财产的管辖豁免	471 - 484	225
A. 导 言	471 - 480	225
B. 本届会议审议这个专题的情况	481 - 484	226

目 录(续)

<u>章 次</u>	<u>段 次</u>	<u>页 次</u>
八、国家的单方面行为	485 - 596	227
A. 导 言	485 - 492	227
B. 本届会议审议这个专题的情况	493 - 596	228
1. 特别报告员介绍第二次报告	494 - 526	248
2. 辩论概况	527 - 576	234
3. 设立一个工作组	577 - 596	242
九、国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的 国际责任(预防危险活动的跨界损害)	597 - 607	246
A. 导言	597 - 602	246
B. 本届会议审议这个专题的情况	603 - 607	247
十、委员会的其他决定和结论	608 - 664	248
A. 委员会的方案、程序、工作方法和文件	608 - 643	248
1. 委员会的程序、工作方法和文件	610 - 638	248
(a) 委员会与第六委员会的关系	611 - 616	248
(b) 委员会与(联合国内外)其他机构的关系	617 - 631	249
(一) 与科研机构和个别专家以及国际 或国家组织的咨询	618 - 626	249
(二) 委员会文件的分发	627 - 631	251
(c) 分期届会	632 - 638	252
(一) 提高工作效率	635	253
(二) 改善出席情况	636	253
(三) 灵活性	637	254
(四) 缺点	638	274
2. 长期工作方案	639 - 641	254
3. 委员会五年期余下期间的工作方案	642 - 643	255
B. 同其他机构合作	644 - 648	256
C. 第五十二届会议的日期和地点	649	257
D. 出席大会第五十四届会议的代表	650 - 651	257
E. 国际法讲习会	652 - 664	258

目 录(续)

<u>章 次</u>	<u>段 次</u>	<u>页 次</u>
<u>附 件</u>		
一、导 言	1 - 9	260
二、工作组的评论和建议	10 - 129	261
A. 为豁免目的的国家概念	10 - 30	261
1. 国际法委员会的有关条款	10	261
2. 问题的沿革	11 - 17	262
3. 最近的有关案例法概况	18 - 21	264
4. 工作组的建议	22 - 30	266
B. 确定一项合同或交易的商业性质的标准	31 - 60	268
1. 国际法委员会草案的有关条款	31	268
2. 问题的沿革	32 - 44	268
3. 最近的有关案例法概况	45 - 55	273
4. 工作组的建议	56 - 60	276
C. 关于国家企业或其他国家实体商业 交易的概念	61 - 83	277
1. 国际法委员会草案的有关条款	61	277
2. 问题的沿革	62 - 71	277
3. 最近的有关案例法概况	72 - 77	281
4. 工作组的建议	78 - 83	282
D. 雇用合同	84 - 107	283
1. 国际法委员会草案的有关条款	84	283
2. 问题的沿革	85 - 94	283
3. 最近的案例法概况	95 - 102	285
4. 工作组的建议	103 - 107	287
E. 对国家财产执行强制措施	108 - 129	287
1. 国际法委员会草案的有关条款	108	287
2. 问题的沿革	109 - 118	288
3. 最近的有关案例法概况	119 - 124	293
4. 工作组的建议	125 - 129	295
附 录	1 - 13	297
说 明	1 - 3	299

第 一 章

导 言

1. 国际法委员会于1999年5月3日至7月23日在联合国日内瓦办事处的会址举行了第五十一届会议。

A. 成 员

2. 委员会由下列委员组成:

埃曼努尔·阿克韦·阿多先生(加纳)

侯赛因·巴哈纳先生(巴林)

奥恩·哈索内先生(约旦)

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)

詹姆斯·理查德·克劳福德先生(澳大利亚)

克里斯托弗·约翰·罗伯特·杜加尔德先生(南非)

康斯坦丁·伊科诺米季斯先生(希腊)

纳比勒·埃拉拉比先生(埃及)

乔治·加亚先生(意大利)

兹齐斯拉夫·加利茨基先生(波兰)

劳尔·伊卢斯特雷·戈科先生(菲律宾)

格哈德·哈夫纳先生(奥地利)

贺其治先生(中国)

毛里西奥·埃多西亚·萨卡萨先生(尼加拉瓜)

豪尔赫·伊留埃卡先生(巴拿马)

彼得·卡巴齐先生(乌干达)

莫里斯·坎托先生(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)

莫克塔尔·库苏马—阿特马贾先生(印度尼西亚)
伊戈尔·伊万诺维奇·卢卡舒克先生(俄罗斯联邦)
特奥多尔·维奥雷尔·梅莱斯卡努先生(罗马尼亚)
迪迪耶·奥佩蒂—巴丹先生(乌拉圭)
纪尧姆·庞布—齐文达先生(加蓬)
阿兰·佩莱先生(法国)
彭马拉朱·斯里尼瓦萨·拉奥先生(印度)
维克托·罗德里格斯·塞德尼奥先生(委内瑞拉)
罗伯特·罗森斯托克先生(美国)
贝尔纳多·塞普尔维达先生(墨西哥)
布鲁诺·辛马先生(德国)
杜杜·锡亚姆先生(塞内加尔)
彼得·托姆卡先生(斯洛伐克)
山田中正先生(日本)

3. 委员会1999年5月3日第2565次会议选举乔治·加亚先生(意大利)、莫里斯·坎托先生(喀麦隆)和彼得·托姆卡先生(斯洛伐克)填补委员会由于三位委员会离职所出现的空缺;路易吉·费拉里—布拉沃先生出任欧洲人权法院法官、穆罕默德·本努纳先生出任前南斯拉夫问题国际法庭法官、瓦茨拉夫·米库尔卡先生出任联合国法律事务厅编纂司司长。

B. 悼念杜杜·锡阿姆先生

4. 委员会1999年7月7日第2598次会议悼念1999年7月6日于日内瓦逝世的委员会委员和前任主席杜杜·锡阿姆先生。委员会决定以第2598次会议专门纪念曾经担任“危害人类和平及安全治罪法草案”专题特别报告员的杜杜·锡阿姆先生。

C. 主席团成员和扩大的主席团

5. 在1999年5月3日第2565次会议上,委员会选出了下列主席团成员:
主 席: 兹齐斯拉夫·加利茨基先生

第一副主席： 劳尔·伊卢斯特雷·戈科先生
第二副主席： 埃马纽埃尔·阿克韦·阿多先生
起草委员会主席： 恩里克·坎迪奥蒂先生
报告员： 罗伯特·罗森斯托克先生

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

7. 根据扩大的主席团建议,委员会设立了由下列委员组成的规划小组:戈科先生(主席)、阿多先生、巴埃纳·苏亚雷斯先生、伊科诺米季斯先生、埃拉拉比先生、加亚先生、埃多西亚·萨卡萨先生、伊留埃卡先生、卡巴齐先生、坎托先生、卡特卡先生、库苏马-阿特马贾先生、梅莱斯卡努先生、庞布一齐文达先生、拉奥先生、辛马先生和罗森斯托克先生(当然成员)。

D. 起草委员会

8. 委员会就以下各专题设立了由下列委员组成的起草委员会:

- (a) 国家继承涉及的国籍问题:坎迪奥蒂先生(主席)、加利茨基先生(工作组主席)、阿多先生、布朗利先生、哈夫纳先生、埃多西亚·萨卡萨先生、梅莱斯卡努先生、庞布一齐文达先生和罗森斯托克先生(当然成员);
- (b) 国际责任:坎迪奥蒂先生(主席)、克劳福德先生(特别报告员)、巴哈纳先生、哈索内先生、布朗利先生、杜加尔德先生、伊科诺米季斯先生、加亚先生、哈夫纳先生、贺其治先生、埃多西亚·萨卡萨先生、卢卡舒克先生、庞布一齐文达先生、拉奥先生、辛马先生、山田中正先生和罗森斯托克先生(当然成员);
- (c) 对条约的保留:坎迪奥蒂先生(主席)、佩莱先生(特别报告员)、哈索内先生、伊科诺米季斯先生、埃拉拉比先生、加亚先生、埃多西亚·萨卡萨先生、坎托先生、梅莱斯卡努先生、辛马先生、托姆卡先生和罗森斯托克先生(当

¹ 巴埃纳·苏亚雷斯先生、佩莱先生、拉奥先生和锡亚姆先生。

² 克劳福德先生、佩莱先生、拉奥先生和罗德里格斯—塞德尼奥先生。

然成员)。

9. 起草委员会围绕着上述三个专题,一共举行了26次会议。

E. 工作组

10. 委员会设立了分别由下列委员组成的工作组:

- (a) 国际继承涉及的国籍问题:加利茨基先生(主席)、布朗利先生、坎迪奥蒂先生、伊科诺米季斯先生、哈夫纳先生、埃多西亚·萨卡萨先生、托姆卡先生和罗森斯托克先生(当然成员);
- (b) 国家及其财产的管辖豁免:哈夫纳先生(主席)、山田中正先生(报告员)、巴哈纳先生、布朗利先生、坎迪奥蒂先生、克劳福德先生、杜加尔德先生、埃拉拉比先生、加亚先生、贺其治先生、坎托先生、卢卡舒克先生、梅莱斯卡努先生、拉奥先生、塞普尔维达先生、托姆卡先生和罗森斯托克先生(当然成员);
- (c) 国家的单方面行为:罗德里格斯—塞德尼奥先生(主席兼特别报告员)、巴哈纳先生、巴埃纳·苏亚雷斯先生、埃拉拉比先生、加亚先生、哈夫纳先生、贺其治先生、卡巴齐先生、卡特卡先生、卢卡舒克先生、庞布—齐文达先生、佩莱先生、拉奥先生和罗森斯托克先生(当然成员);
- (d) 长期工作方案:布朗利先生(主席)、戈科先生、贺其治先生、埃多西亚·萨卡萨先生、佩莱先生、塞普尔维达先生、辛马先生、山田中正先生和罗森斯托克先生(当然成员)。

F. 秘书处

11. 负责法律事务的副秘书长、法律顾问汉斯·科雷尔先生出席了会议并担任秘书长的代表。法律事务厅编纂司司长瓦茨拉夫·米库尔卡先生担任委员会秘书并在法律顾问缺席时担任秘书长的代表。高级法律干事马努什·阿桑贾尼女士担任委员会的高级助理秘书;法律干事乔治·科伦济斯先生和协理法律干事雷南·维拉西斯

先生和阿诺德·普龙托先生担任委员会的助理秘书。

G. 议 程

12. 委员会在1999年5月3日第2565次会议上通过了第五十一届会议的议程,其项目如下:

1. 填补临时空缺。
2. 本届会议的工作安排。
3. 国家责任。
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(预防危险活动的跨界损害)。
5. 对条约的保留。
6. 国家继承涉及的国籍问题。
7. 外交保护。
8. 国家的单方面行为。
9. 国家及其财产的管辖豁免。
10. 委员会的方案、程序、工作方法和文件。
11. 同其他机构的合作。
12. 第五十二届会议的日期和地点。
13. 其他事项。

第 二 章

委员会第五十一届会议工作概况

13. 关于“国家继承涉及的国籍问题”专题,委员会收到了秘书处的备忘录³。委员会决定设立一个工作组,以审查一读通过的案文并考虑各国政府提出的意见。根据该工作组主席的报告⁴,委员会决定将有关国家继承涉及的自然人国籍问题的序言草案及一组26条草案转交给起草委员会。委员会审议了起草委员会的报告后,将该序言草案及一组条文草案二读通过,并决定建议大会以宣言形式将之通过。委员会还决定向大会建议:委员会就“国家继承涉及的国籍问题”这一专题所进行的工作现告结束(第四章)。

14. 关于“国家责任”专题,委员会审议了特别报告员关于条文草案第一部份第三、四、五章的第二次报告。委员会决定将第三、四、五章的条文转交起草委员会,并随后注意到起草委员会的报告(第五章)。委员会还根据特别报告员第二份报告中的一章进行了一般性辩论。

15. 关于“对条约的保留”这一专题,委员会继续审议了特别报告员就保留和解释性声明的定义提出的第三次报告,该项审议在上一届会议上因时间不够并考虑到特别报告员第四份报告中所载列的意见,因而未能结束。委员会通过了有关准则第一章的20条准则草案。委员会决定将第一章重新组织,分为六节:(a) 保留的定义(第1节);(b) 解释性声明的定义(第2节);(c) 保留与解释性声明的区分方法(第3节);(d) 不同于保留和解释性声明的单方面声明(第4节);(e) 针对双边条约的单方面声明(第5节);和(f) 定义的范围(第6节)(第六章)。

16. 关于“国家及其财产的司法管辖豁免”这一专题,委员会就此专题设立了一个工作组并委以按大会第53/98号决议第2段要求编写初步意见的任务。委员会注意到该工作组的报告,并决定将之附于本报告之后。委员会还采纳了该工作组报告所载建议,处理以下五个领域:(1) 为豁免目的的国家概念;(2) 确定一项合同或交易的商业性质的标准;(3) 商业交易中企业或其他实体的概念;(4) 雇用合同和(5) 针

³ A/CN.4/497。

⁴ A/CN.4/572。

对国家财产的限制措施(第七章)。

17. 关于“国家的单方面行为”这一专题,委员会审查了特别报告员的第二次报告。讨论主要集中于特别报告员提交的7项条文,其内容涉及:条文草案的范围(第1条);单方面行为的定义(第2条);国家采取单方面行为的能力(第3条);国家采取单方面行为的代表(第4条);未经授权采取单方面行为的事后确认(第5条);同意的表示(第6条)和单方面行为的无效性(第7条)。委员会一致同意,作为研究这一专题的基本焦点和收集有关的国家做法的出发点,采取以下的概念:“一个国家为了意图在其与另一个或多个国家或国际组织的关系中产生法律效力,并通知或用其他方式告知有关国家或组织的单方面声明”。请秘书处向各国政府发出问卷调查各国政府对单方面行为的某些方面所采取的做法和立场(第八章)。

18. 关于“国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任(预防危险活动造成的越境损害)”这一专题,委员会审议了特别报告员就本专题今后工作提出的第二次报告。委员会决定在有关预防危险活动造成越境损害的条文草案(第九章)二读结束之前暂停关于国际责任问题的审议(第九章)。

19. 关于“外交保护”专题,委员会任命克里斯托弗·杜加尔德先生为本专题的特别报告员。

20. 关于委员会在五年期余下期间的工作方案,委员会注意到了规划小组就此提出的报告,并决定刷新第四十九届会议上提出的工作方案(第十章,A节)。

21. 委员会还注意到了长期工作方案工作组提出的中期报告,并决定该工作组应在下届会议期间继续其工作(第十章,A节)。

22. 为了回应大会第53/102号决议第9段所载的请求,委员会再次审查了一届会议分成两期举行有何优点和缺点,并赞同规划小组报告的所载的结论,该小组通过一个工作组审议了这一问题(第十章,A节)。

23. 委员会还决定,为了回应大会第53/102号决议第10和12段所载的请求,向大会提供最新资料,介绍为改进与第六委员会的关系所采取的步骤,以及委员会为了与有关国际法问题的学术机构、专家、国际和国家组织加强合作所采取的步骤(第十章,A节)。

24. 委员会继续与下列机构交流信息资料:国际法院、亚非法律咨询委员会、美洲司法委员会、欧洲委员会国际公法法律顾问委员会(第十章,B节)。

25. 举办了一期培训班,有不同国籍的学员24人参加(第十章,E节)。

26. 委员会确认其决定:下一届会议定于2000年5月1日至6月9日和7月10日至8月18日分两期在联合国日内瓦办事处举行(第十章,C节)。

第 三 章

委员会乐意听取评论的具体问题

27. 委员会响应大会 1998 年 12 月 8 日第 53/102 号决议第 11 段,乐意指明委员会特别希望各国政府就下列每一专题中的具体问题在第六委员会中,或者以书面形式,提出有效指导委员会今后工作的意见。

A. 国家责任

28. 委员会特别欢迎各国政府,尤其是不曾提交评论的政府,就第二部分中具体涉及以下事项的条款草案提出评论:(a) “受害国”的含义(第 40 条)和该含义的法律后果;(b) 停止不法行为(第 41 条)和赔偿(第 42—46 条);(c) 反措施(第 47—50 条);(d) 就第 51 至 53 条中所指明的国际罪行而言,(一) 如果予以保留,其法律后果是否适用于该类;(二) 其法律后果是否也适用于对整个国际社会的义务(普遍义务)和(或)对强制法规范(绝对法)的违背行为。

29. 此外,委员会请各国政府对已经提出的下列建议提出评论:

- (a) 建议区分受到一国际不法行为具体伤害的一个或数个国家,及对有关义务的履行具有合法利益的其他国家;
- (b) 建议比较详细地说明赔偿的要求(第 44 条),就支付利息的义务来说更是这样;
- (c) 不应将采取反措施和强制性仲裁挂钩(第 58 条第 2 款),因为这个办法只给予一个国家(实行国际不法行为的国家),而不给予另一个国家(受害国)提交仲裁的权利;
- (d) 应在本条款草案中处理由于多个国家违背一国际义务,或受到一国际不法行为伤害所引起的问题。

B. 对条约的保留

30. 委员会记得曾在 1995 年向各国和国际组织寄发了有关这个专题的问题单。

委员会对已经答复该问题单的国家 and 组织表示感谢,再度要求不曾答复的国家 and 组织这样做。此外,委员会欢迎已经提出答复的国家 and 组织就它们不曾答复的那部分问题继续提出答复,表明它们将在稍后阶段就该部分问题提出答复。

C. 国家的单方面行为

31. 委员会特别欢迎各国政府就寄发给它们的问题单上所载列的问题提出评论,这些问题载于下文第594段。

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 (预防危险活动造成的跨界损害)

32. 委员会请大家注意其报告第九章第607和第608段,欢迎各国政府就此提出评论。

E. 环境保护

33. 委员会欢迎各国政府和有关国际组织就它们认为最适于由委员会在今后予以研讨的一些环境问题提出书面意见。

第 四 章

国家继承涉及的国籍问题

A. 导 言

34. 委员会 1993 年第四十五届会议决定,在其议程中增加“国家继承及其对自然人和法人国籍的影响”专题。⁵ 大会 1993 年 12 月 9 日第 48/31 号决议第 7 段中核可了委员会的决定,但有一项理解:关于这个专题的工作最终采取何种形式,将在向大会呈交一份初步研究报告后再作决定。委员会 1994 年第四十六届会议任命瓦茨拉夫·米库尔卡先生为本专题的特别报告员。⁶

35. 委员会 1995 年第四十七届会议和 1996 年第四十八届会议审议了特别报告员的第一份和第二份报告。⁷ 委员会在第四十七届会议设立了有关这个专题的工作组,负责确定由本专题引起的各种问题,将与之有密切关系的问题归纳分类,根据当今主要关注的问题,帮助委员会确定研究哪些问题可能最为有利,并向委员会提出一份采取行动的时间表。⁸ 工作组在第四十八届会议上完成了对这一专题的初步研究工作。

36. 委员会第四十八届会议建议大会注意到本专题的初步研究已经完成,请委员会根据提出的行动计划,就“国家继承涉及的国籍”这一专题开展实质性研究,主要着眼于:(a) 将自然人和法人的国籍问题分开审议,并且优先审议自然人的国籍问题;(b) 审议法人国籍问题的方式要等到完成了对自然人国籍问题的审议以后参照大会邀请各国就国家继承在这方面引起的实际问题向它提交的意见作出决定。⁹ 大会 1996 年 12 月 16 日第 51/160 号决议第 8 段核可了委员会的建议。

⁵ 《大会正式记录,第四十八届会议,补编第10号》(A/48/10),第440段。

⁶ 同上,第四十九届会议,补编第10号(A/49/10),第383段。

⁷ 分别参看第A/CN.4/467和第A/CN.4/474和Corr.1和Corr.2(只有中文本)。

⁸ 《大会正式记录,第五十届会议,补编第10号》(A/50/10),第147段。

⁹ 同上,第五十一届会议,补编第10号(A/51/10),第88段。

37. 委员会 1997 年第四十九届会议审议了特别报告员的第三次报告,¹⁰ 其中载有国家继承涉及的自然人国籍问题条款草案及其评注。委员会在同届会议上一读通过了国家继承涉及的自然人国籍问题条款草案的序言部分草案和 27 个条文。¹¹ 大会在 1997 年 12 月 15 日第 52/126 号决议第 2(a)段中促请各国政府注意对这些条款发表意见的重要性,并促请它们至迟在 1998 年 10 月 1 日提交评论和意见。

38. 委员会 1998 年第五十届会议再度要求各国政府就 1997 年一读通过的国家继承涉及的自然人国籍问题条款草案提交书面评论和意见,以便在第五十一届会议上开始对条款草案进行二读。

39. 委员会在同一届会议上备有特别报告员关于国家继承涉及的法人国籍问题的第四次报告。¹² 委员会也设立了一个工作组,负责审议如何就这个专题的第二部分提供指导方针的问题。¹³

B. 本届会议审议这个专题的情况

40. 委员会本届会议备有秘书处编写的一份备忘录(A/CN.4/497),其中载有各国政府在第六委员会口头发表的或以书面提出的评论和意见。

41. 委员会 5 月 4 日第 2566 次会议决定重设“国家继承涉及的国籍问题”工作组。该工作组于 5 月 4 至 11 日举行了 5 次会议。委员会在 5 月 14 日第 2572 次会议上审议了工作组主席的报告(A/CN.4/L.572),将序言部分草案和 26 个条文(下称“国家继承涉及的自然人国籍问题条款草案”)提交起草委员会审议。

42. 委员会第 2579 次和第 2580 次会议审议了起草委员会的报告(A/CN.4/L.573, Corr.1),通过了国家继承涉及的自然人国籍问题条款草案的最后案文。

43. 委员会在 1999 年 7 月 15 日至 19 日举行的第 2603 至第 2606 次会议上通过了上述条款草案的评注。

¹⁰ A/CN.4/480和Corr.1(只有法文本)和Add.1和Corr.1和Corr.2(只有法文本)。

¹¹ 《大会正式记录,第五十二届会议,补编第10号》(A/52/10),第四章,C节。

¹² A/CN.4/489。

¹³ 对本专题这一部分的审议情况,可参看委员会第五十届会议工作报告(A/53/10)第456至第468段。

C. 委员会的建议

44. 委员会建议大会以宣言的形式通过国家继承涉及的自然人国籍问题条款草案。

45. 回顾工作组的结论曾指出“由于没有从各国收到赞成意见,委员会不得不总结认为,各国对本专题第二部分的研究不感兴趣”,¹⁴ 并且考虑到各国不曾提出赞成意见,委员会决定建议大会认定:国家继承涉及的自然人国籍问题条款草案获得通过以后,委员会有关“国家继承涉及的国籍问题”专题的工作已经完成。

D. 赞扬特别报告员瓦茨拉夫·米库尔卡先生和 工作组主席兹齐斯拉夫·加利茨基先生

46. 委员会 1999 年 7 月 20 日第 2607 次会议在通过国家继承涉及的自然人国籍问题条款草案案文以后鼓掌通过下列决议:

“国际法委员会,

通过了国家继承涉及的国籍问题条款草案,

对特别报告员瓦茨拉夫·米库尔卡先生和工作组主席兹齐斯拉夫·加利茨基先生表示深挚感谢,热烈祝贺他们通过不懈努力和专注的工作在拟订条款草案方面作出了杰出的贡献,并在拟定国家继承涉及的自然人国籍问题条款草案方面取得了成果。”

E. 二读通过的国家继承涉及的自然人 国籍问题条款草案案文

1. 条款草案案文

47. 现将委员会第五十一届会议通过的条款草案案文载录如下:

国际继承涉及的自然人国籍问题条款草案

序 言

大会,

考虑到国家继承引起的国籍问题受到国际社会关注,

¹⁴ 同上,第468段。

强调国籍问题基本上由国内法在国际法规定的限制范围内加以管辖,
确认在有关国籍问题的事项上,应该适当兼顾国家和个人的正当利益,
回顾 1948 年《世界人权宣言》中宣布:人人有权享有国籍,
又回顾 1966 年《公民权利和政治权利国际盟约》和 1989 年《儿童权利公约》
确认每个儿童有权取得国籍,
强调必须充分尊重其国籍可能受到国家继承影响的人的人权和基本自由,
铭记 1961 年《减少无国籍状态公约》、1978 年《关于国家在条约方面的继承的
维也纳公约》和 1983 年《关于国家对财产、档案和债务的继承的维也纳公约》,
深信需要编纂和逐渐发展关于国家继承涉及的国籍问题的国际法规则,作为增
进国家和个人的法律保障的手段,
宣告如下:

第一部分 一般规定

第 1 条

取得国籍的权利

在国家继承之日具有先前国国籍的每一个人,不论其取得该国籍的方式为何,均
有权根据本条款草案取得至少一个有关国家的国籍。

第 2 条

用 语

为本条款草案的目的:

- (a) “国家继承”指一国对领域的国际关系所负责任由另一国取代;
- (b) “先前国”指发生国家继承时被另一国取代的国家;
- (c) “继承国”指发生国家继承时取代另一国的国家;
- (d) “有关国家”按情况指先前国或继承国;
- (e) “第三国”指除先前国和继承国以外的国家;
- (f) “有关的人”指在国家继承之日具有先前国的国籍,其国籍可能受到国

家继承影响的每一个人；

- (g) “国家继承之日”指先前国对国家继承所涉领域的国际关系所负责任由继承国取代的日期。

第 3 条

适用本条款草案的国家继承情况

本条款草案只适用于依照国际法——尤其是《联合国宪章》体现的国际法原则发生的国家继承的效果。

第 4 条

防止无国籍状态

有关国家应采取一切适当措施,防止在国家继承之日具有先前国国籍的人由于国家继承而成为无国籍。

第 5 条

国籍的推定

在本条款草案的规定的限制下,在受国家继承影响的领域内有惯常居所的有关的人,推定在国家继承之日取得继承国国籍。

第 6 条

国籍和其他相关问题的立法

每个有关国家应无不当拖延,就国家继承中引起的国籍和其他相关问题制定符合本条款草案规定的立法。每个有关国家应采取一切适当措施,确保有关的人在合理

期间内获知这种立法对其国籍的影响,可以根据这种立法作出的选择,以及作出的选择对其地位引起的后果。

第 7 条

生 效 日 期

如果有关的人在国家继承之日至赋予或获得国籍这段期间可能成为无国籍,国家继承中赋予的国籍,以及因行使选择权而获得的国籍,应在国家继承之日生效。。

第 8 条

惯常居所在另一国的有关的人

1. 如果有关的人的惯常居所在另一国,并且有该国或任何其他国家的国籍,继承国没有义务赋予本国国籍。
2. 继承国不得违反在另一国有惯常居所的有关的人的意愿,赋予本国国籍,除非不这样他们会成为无国籍。

第 9 条

以放弃另一国国籍作为赋予国籍的条件

如果一个有关的人有资格取得继承国国籍,但又具有另一有关国家的国籍,则继承国可以要求该人放弃该另一国家的国籍,才赋予国籍。但适用这一要求的方式不应导致有关的人成为无国籍,即使只是暂时的无国籍。

第 10 条

自愿取得另一国国籍后国籍的丧失

1. 先前国可以规定,在国家继承中自愿取得继承国国籍的有关的人,丧失先前国国籍。
2. 继承国可以规定,在国家继承中自愿取得另一继承国国籍或在某些情况下保留先前国国籍的有关的人,丧失在这一国家继承中取得的该国国籍。

第 11 条

尊重有关的人的意愿

1. 在有关的人有资格取得两个或多个有关国家国籍的情形下,有关国家应当考虑到该人的意愿。
2. 如果有关的人可能因国家继承而成为无国籍,每一有关国家应当给予与该国具有适当联系的任何有关的人选择其国籍的权利。
3. 有选择权的人行使这一权利后,被选择国籍国应将国籍赋予这些人。
4. 有选择权的人行使这一权利后,被放弃国籍国应取消其国籍,除非这些人会因而变成无国籍。
5. 有关国家应为选择权的行使规定一个合理的期限。

第 12 条

家庭团聚

如果在国家继承中取得或丧失国籍会损害一个家庭的团聚,有关国家应采取一切适当措施,使该家庭得以留在一起或团聚。

第 13 条

国家继承以后出生的子女

有关的人的子女在国家继承之日以后出生,没有取得任何国籍的,有权取得出生地所在有关国家的国籍。

第 14 条

惯常居民的地位

1. 有关的人作为惯常居民的地位不应受到国家继承的影响。
2. 有关国家应采取一切必要措施,使因为与国家继承有关的事件而被迫离开该国境内惯常居所的有关的人得以返回其惯常居所。

第 15 条

不 歧 视

有关国家不得以基于任何理由的歧视,剥夺有关的人在国家继承中保留或取得国籍的权利或作出选择的权利。

第 16 条

禁止在国籍问题上任意作决定

不得任意剥夺有关的人的先前国国籍,也不得任意拒绝给予他们在国家继承中享有的权利,即取得继承国国籍的权利或任何选择权。

第 17 条

处理国籍问题的程序

处理在国家继承中取得、保留或放弃国籍或者行使选择权的有关申请,应无不当拖延。有关决定应以书面发出并可请求对其进行有效的行政或司法复核。

第 18 条

交换资料、协商和谈判

1. 有关国家应交换资料和进行协商,以便查明国家继承对有关的人的国籍和涉及其地位的其他相关问题所产生的任何不利影响。

2. 有关国家应于必要时设法消除或减轻这种不利影响,为此进行谈判并酌情商定协议。

第 19 条

其 他 国 家

1. 本条款草案中的任何规定均不要求各国把与某一有关国家没有任何有效联系的有关的人视为该国国民,除非这一做法会导致这些人被视为相当于无国籍人。

2. 本条款草案中的任何规定均不阻止各国把由于国家继承而成为无国籍的有关的人视为有资格取得或保留有关国家国籍的国民,但这种做法须有利于有关的人。

第二部分 特定类别之国家继承的有关规定

第 1 节

领土部分转让

第 20 条

赋予继承国国籍和取消先前国国籍

如果一国将其部分领土转让给另一国,继承国应将其国籍赋予在被转让领域内有惯常居所的有关的人,先前国则应取消这些人的国籍,除非这些人行使了他们应有的选择权而另有表示。但先前国不应在有关的人取得继承国国籍以前取消先前国国籍。

第 2 节

国 家 统 一

第 21 条

赋予继承国国籍

在第 8 条规定的限制下,当两个或多个国家合并组成一个继承国时,无论继承国是一个新国家,还是在特性上与合并的国家之一完全相同,继承国都应将其国籍赋予所有在国家继承之日具有一先前国国籍的人。

第 3 节

国 家 解 体

第 22 条

赋予继承国国籍

在一个国家解体,不复存在,先前国领域的不同部分形成两个或多个继承国的情况下,除非有关的人行使选择权而另有表示,每一继承国应将其国籍赋予:

- (a) 在其领域内有惯常居所的有关的人;和
- (b) 在第 8 条的限制下:
 - (一) 不适用(a)项,但与成为该继承国一部分的先前国某一组成单位有适当法律联系的有关的人;
 - (二) 没有资格按照(a)款和(b)款第(一)项取得任何有关国家的国籍,惯常居所在第三国的有关的人,在成为该继承国领域的地方出生,或在离开先前国以前最后惯常居住于成为继承国领域的地方,或与该继承国有任何其他适当联系。

第 23 条

由继承国给予选择权

1. 各继承国应将选择权给予适用第 22 条的规定,有资格取得两个或多个继承国国籍的有关的人。
2. 每一继承国应将选择其国籍的权利给予不适用第 22 条规定的有关的人。

第 4 节

一部分或若干部分领土的分离

第 24 条

赋予继承国国籍

如果一个国家的一部分或几个部分的领土从该国分离而形成一个或多个继承国,先前国继续存在的情况下,除非有关的人行使选择权而另有表示,继承国应将其国籍赋予:

- (a) 在其领域内有惯常居所的有关的人;和
- (b) 在第 8 条规定的限制下:
 - (一) 不适用(a)项,但与成为该继承国一部分的先前国某一组成单位有适当法律联系的有关的人;
 - (二) 没有资格按照(a)款和(b)款第(一)项取得任何有关国家的国籍,惯常居所在第三国的有关的人,如果有关的人在成为继承国领域的地方出生,或在离开先前国以前最后惯常居住于成为继承国领域的地方,或与该继承国有任何其他适当联系。

第 25 条

取消先前国国籍

1. 先前国应取消按照第 24 条有资格取得继承国国籍的有关的人的国籍,但不应在有关的人取得继承国国籍以前取消先前国国籍。

2. 除非有关的人行使选择权而另有表示,在下列情况下,先前国不应取消第 1 款所指的人的国籍:

- (a) 该人在其领域内有惯常居所;
- (b) 不适用(a)项,但该人与仍然为先前国一部分的先前国某一组成单位有适当法律联系;
- (c) 该人的惯常居所在第三国,但在仍然为先前国领域的地方出生,或在离开先前国以前最后惯常居住于仍然为先前国领域的地方,或与该国有任何其他适当联系。

第 26 条

由先前国和继承国给予选择权

先前国和继承国应将选择权给予第 24 条和第 25 条第 2 款规定所涉及,有权得到先前国和继承国国籍或者两个或多个继承国国籍的有关的人。

2. 条款草案的案文及其评注

48. 现将委员会第五十一届会议通过的条款草案案文及其评注载录于下:

国家继承涉及的自然人国籍问题条款草案

评 注

(1) 国家继承涉及的国籍问题条款草案是按照大会 1996 年 12 月 16 日第 51/160 号决议第 8 段中对国际法委员会提出的要求而编写的。¹⁵ 这个标题表明:本条款的适用范围按照属人的理由限于个人的国籍。它并没有扩大适用于法人的国籍。按照属物的理由,本条款草案包括涉及国家继承情况的国籍的丧失和取得,以及选择国籍的权利。

(2) 本条款草案分为两个部分。第一部分是一般规定,适用于各种类别的国家继承。第二部分载列具体规定,适用于在各类国家继承情况下给予和取消国籍以及选择国籍的权利。

(3) 第二部分的条款分为四节,每节专论一类国家继承。这种分类方法原则上仿效了 1983 年《关于对财产、档案和债务的国家继承的维也纳公约》的分类法。尽管委员会为了编纂第一部分条款的目的,适当地考虑到了非殖民化进程期间一些国家的实际作法,但它还是决定把第二部分所针对的继承特定类别限定在如下方面:部分领土的转让、国家的合并统一、某一国家的解体和部分领土的分离。在这部分中没有为“新兴独立国家”单列出一个章节,因为委员会认为,在今后任何余下的非殖民化的情况下,应可比照适用上述四节中的一节。

序 言

大会,

考虑到国家继承引起的国籍问题受到国际社会关注,

强调国籍问题基本上由国内法在国际法规定的限制范围内加以管辖,

确认在有关国籍问题的事项上,应该适当兼顾国家和个人的正当利益,

回顾 1948 年《世界人权宣言》中宣布:人人有权享有国籍,

又回顾 1966 年《公民权利和政治权利国际盟约》和 1989 年《儿童权利公约》
确认每个儿童有权取得国籍,

强调必须充分尊重其国籍可能受到国家继承影响的人的人权和基本自由,

铭记 1961 年《减少无国籍状态公约》、1978 年《关于国家在条约方面的继承的维也纳公约》和 1983 年《关于国家对财产、档案和债务的继承的维也纳公约》,

深信需要编纂和逐渐发展关于国家继承涉及的国籍问题的国际法规则,作为增进国家和个人的法律保障的手段,

宣告如下:

评 注

(1) 过去,国际法委员会向大会提交的条款草案,一般不附载序言部分草案,而把此项拟订工作留给各国去做。对于本条款草案,委员会决定遵照《消除未来无国籍状态公约》和《减少未来无国籍状态公约》两个公约的先例,在提交的条款草案中附有序言部分草案。¹⁶

(2) 序言部分第 1 段说明了拟订本条款草案的理由:国家社会对解决国家继承情况下的国籍问题的关切。这种关切由于最近一些国家继承的事例而重新显现。有若干个国际机构一直在处置这一问题。¹⁷

(3) 序言部分第 2 段表达了一种观点,即:虽然国籍基本上归国内法管辖,但也与国际法律秩序直接相关。一些权威机构已经确定了国家在这方面的权限所受到的限

¹⁵ 《大会正式记录,第五十一届会议,补编第49号》(A/51/49)。

¹⁶ 参见《1954年……年鉴》第二卷,p.143。《国家权利和义务宣言草案》也包括了一项序言草案。参见《1949年……年鉴》p.287。

¹⁷ 因此,欧洲委员会于1997年5月14日通过了一项《欧洲国籍公约》,其中除其它外,载有在国家继承情况下取得和丧失国籍问题的一些规定,欧洲委员会文件,《欧洲条约汇编》第166号。欧洲委员会的另一个机关,即通过法律实现民主欧洲委员会(威尼斯委员会)于1996年9月通过了《关于国家继承对自然人国籍的影响的宣言》(下称“威尼斯宣言”),欧洲委员会文件CDL-NAT(96) 7 rev 号。至于无国籍问题,包括国家继承所引起的国籍问题,看来也越来越受到联合国难民事务高级专员办事处(难民署)的关注。关于对难民署在此领域内近期活动的审查,请参见Carol A. Batchelor, “难民署和涉及国籍的问题”,《难民情况调查季刊》,第14卷,第3期,pp.91-112。另参见联合国难民事务高级专员方案执行委员会关于其第四十六届会议的工作报告《大会正式记录,第五十届会议,补编第12A号》(A/50/12/Add.1,第20段)和国际保护问题全体委员会的报告(A/AC.96/858;第21至第27段),以及大会1996年12月12日第51/175号决议,题为“难民事务高级专员办事处”。

制。在对有关《突尼斯和摩洛哥颁布的国籍法令》一案提出的咨询意见¹⁸中,国际常设法院强调,一件事情是否完全属于一个国家的管辖范围,基本上是一个相对的问题,取决于国际关系的发展,而且它认为,即使对原则上不受国际法管辖的事情,一个国家运用自由裁定的权力仍然可能受到它对其他国家承担的义务的限制,因而它的管辖权也受到国际法规则的限制。¹⁹ 同样,1929年《哈佛国籍公约草案》第2条宣称,一个国家授予国籍的权力不是没有限制的。²⁰ 1930年《关于与国籍法抵触有关的某些问题的海牙公约》第1条规定:虽然每个国家有权根据其本国法律确定谁是其公民,但是这种法律只有“在与普遍公认同国籍相关的国际公约、国际习惯和法律原则相符的情况下”才会得到其它国家的承认。²¹ 此外,委员会认为,顺国家继承的具体情况下,国际法甚至可发挥更大的作用,因为这种情况下可能涉及大规模改变国籍的问题。

(4) 虽然,在筹备1930年海牙会议时已指出尊重个人权利的必要性,但随着第二次世界大战之后人权法的发展,推进了国家在国籍问题上应承担的进一步国际义务。²² 正如美洲人权法院最近所阐明的,“目前不能把各国管理有关国籍问题的方式视为完全属于其管辖权的问题; [各国在此领域所享有的权力] 也同样受确实充分保护人权之义务的限制”。²³

(5) 由于人权领域的这一演进,国家利益绝对压倒个人利益的传统态度已有所缓解。因此,委员会认为应当在序言部分第3段中申明,在有关国籍问题上应兼顾国家和个人两方面的正当利益。²⁴

(6) 序言部分第4、5和7段回顾了与目前条款草案直接相关的各项国际文书。序言第7段所提及的一些文书是委员会在国籍和国家继承领域原先工作的成果。

¹⁸ 《国际法院判例汇编(1923年)》,汇编B,第4号,p.24。

¹⁹ 还参见Sir Robert Jennings And Sir Arthur Watts 编辑的《奥本海姆国际法》,第9版,第一卷(London, Longman, 1992年),p.852。

²⁰ 《美国国际法学报》,第23卷(特别补编)(1929年),p.13。

²¹ 参见关于国籍的法律,《联合国立法汇编》,ST/LEG/SER.B/4,p.567。

²² “关于国籍问题的国内法必须视为受制于对个人和其他国家权利和义务的考虑因素。”《国际联盟国际法编纂会议,基本讨论文件》,第一卷(国籍),C.73.M.38.1929.V, 美利坚合众国的答复,p.16。

²³ 《哥斯达黎加政治宪法入籍条款修正草案》(1984年),《国际法报告书》,第79卷,第32段。

²⁴ 还参见《威尼斯宣言》序言部分第段,欧洲委员会文件CDL-NAT(96) 7 rev. 号和《欧洲国籍公约》序言部分第4段,《欧洲条约汇编》第166号。

(7) 序言部分第 6 段表明委员会对于国家继承之后其国籍可能受影响的人权之保护的根关注。国家实践历来注重,因领土变更而产生的国家承担义务,毫无区别地保护领土上所有居民的基本人权。²⁵ 然而,委员会总结认为,作为一个原则问题,对那些因国家继承而影响其国籍的所有的人,不论其惯常居所在哪里,务必保障他们的基本权利和基本自由。

(8) 序言部分第 8 段强调,有必要编纂和逐渐发展正在审议的国际法,即国家继承中的自然人国籍问题。D.P. O'Connell 早在 1956 年在确认“主权改变对[有关领土的]居民国籍的影响,是国家继承中最困难的问题之一”的同时,也强调“关于这个问题的编纂工作或者国际立法,也许比国家继承中的任何其他问题更为迫切需要”这是颇有意义的。²⁶ 本序言段的措词基本上以 1978 年和 1983 年关于国家继承的两项《维也纳公约》序言部分的相应段文为基础。

第一部分 一般规定

第 1 条

取得国籍的权利

在国家继承之日具有先前国国籍的每一个人,不论其取得该国籍的方式为何,均有权根据本条款草案取得至少一个有关国家的国籍。

评 注

(1) 第 1 条是关键的规定,是本条款草案的根本基础。第 1 条阐述了从中产生出其他条款草案的主要原则。这条的核心内容是确认在国家继承这种特定条件下取得国籍的权利。因而,它将《世界人权宣言》这一首次体现“人人有权享有国籍”的国际文书第十五条载列的原则适用于这种特定情况。

(2) 委员会承认,第十五条的肯定性质曾在理论上有过争议。²⁷ 有一种论点尤其认为,想要确定一个人有权向哪一个国家提出国籍要求,即确定谁是相应于这项权

²⁵ 参见“关于国家继承中的国籍问题的第三次报告”,A/CN.4/480号文件,对特别报告员提议的第11条草案的评注第(1)至(3)和(5)段。

²⁶ D.P. O'Connell, 《国家继承法》(联合王国,剑桥大学出版社,1956年),p.245和p.258页。

²⁷ 见约翰尼斯·陈,“取得国籍的权利作为一项人权:目前承认该项的趋势”,《人权法学报》,第12卷,

利的义务接受方,是不可能的。²⁸ 但是,就国家继承而言,有可能证明这个情况,这个国家要么产继承国,有不止一个继承国时为其中之一,要么就根据情况而定,是先前国。

(3) 如“根据本条款草案”一语所示,在后面的规定中,第 1 条以一般性用语体现的权利有了较为具体的形式。因此,不能孤立地看待本条。

(4) 认定有义务给予国籍的国家主要取决于继承国的类型和第 1 条中所指的人与继承所涉的一个或多个国家之间的联系性质。在多数情况下,这些人仅与继承所涉的国家之一有联系。国家统一即为一个单一国家——继承国——有义务给予这些人国籍的一种情况。在其他类型的国家继承中,如解体、分离或领土转让,人口的大部分都与领土变更涉及到的国家之一有着即使不是全部,也是大多数的联系:大多数人都在出生地居住,与这一领土有着包括家庭和职业等等纽带在内的许多其他联系的一类人。

(5) 然而,在某些情况下,有关的人可能与两个或更多的继承所涉国家有联系。在这种情况下,一个人最后可能具有数国国籍,或出于选择,最后仅有其中之一的国籍。但是,在任何情况下都得不到剥夺个人取得至少一个此种国籍的权利。这就是“有权取得至少一个有关国家的国籍”一语的含义。承认因国家继承而来的多国籍可能性并不意味着委员会有意鼓励双重或多重的政策。在这个问题上,整个条款草案完全是中性的,将此留给每个国家自行处理。此外,第 8、第 9 和第 10 条对主张单一国籍的国家提供了适用这种政策的充分机会。

(6) 第 1 条明示阐述的另一项内容是,取得先前国国籍的方式对于这一规定中提及的人取得国籍权利的范围没有影响。在这方面,无论他们在出生时依出生地原则或血统原则而取得国籍,或是基于归化或甚至是早先的一次国家继承而取得国籍,都与此无关。²⁹ 他们都一样有权依本条规定取得国籍。

第1至第2期(1991年),pp.1-14。

²⁸ 参看Rezek的评论;他认为《世界人权宣言》提出了一项“规则;它引起普遍的同情,但却是无效用的,因为它没有明文规定它打算适用的对象。”Rezek,“Le droit internationale de la nationalite”,《Recueil des cours1986—III》,第198卷,p.354。

²⁹ 如哈佛法学院国际法研究所所编写的1929年《国籍公约草案》第18条评注所述:“没有任何理由将在出生时取得国籍的人与在[继承]前通过一些入籍手续取得国籍的人区分开来。”1929年《哈

第 2 条

用 语

为本条款草案的目的:

- (a) “国家继承”指一国对领域的国际关系所负责任由另一国取代;
- (b) “先前国”指发生国家继承时被另一国取代的国家;
- (c) “继承国”指发生国家继承时取代另一国的国家;
- (d) “有关国家”按情况指先前国或继承国;
- (e) “第三国”指除先前国和继承国以外的国家;
- (f) “有关的人”指在国家继承之日具有先前国的国籍,其国籍可能受到国家继承影响的每一个人;
- (g) “国家继承之日”指先前国对国家继承所涉领域的国际关系所负责任由继承国取代的日期。

评 注

(1) (a)、(b)、(c)、(e)和(g)项中的定义与关于国家继承中两项维也纳公约第 2 条所载的各项定义相同。委员会决定将这些定义保持不变,以确保在关于国家继承的工作中使用用语的一致性。³⁰ (d)和(f)项中所载的定义是委员会为目前专题的目的而增列的。

(2) 委员会 1974 年已在“国家的继承”一语的评注中说过,此语用于“专门指一国对领土的国际关系所负责任被另一国所取代的事实,而不意味着这种取代有权利或义务的继承关系”。³¹ 与委员会过去关于国家继承的工作不同,目前的条款草案处理的是此种继承对于国家与个人之间法律联系的影响。因此应指出,过去所说一国

佛国籍公约》草案的评注,《美国国际法学报》第23条(特别补编)(1929年),p.63。

³⁰ 又见委员会有关这一问题的早先立场。《1981年……年鉴》第二卷(第二部分), p.22, 文件A/36/10, 关于国家对财产、档案和债务的继承的条款草案第2条的评注第(4)段。

³¹ 《1974年……年鉴》第二卷(第一部分),p. 175, 文件A/9610/Rev.1, 关于国家对条约的继承的条款草案第2条的评注第(3)段。

被另一国取代,一般不意味着对有关领土内人口的管辖权被另一管辖权取代,而这对本专题而言是至关重要的。

(3) “先前国”、“继承国”和“国家继承之日”等用语中的给定涵义随“国家继承”的给定涵义而定。必须说明,在某些继承的情况下,如领土转让或部分领土分离,先前国并没有全部被继承国取代,它的被取代只是就受继承影响的领土而言。

(4) (d)项为“有关国家”一词下了定义,视领土变化的类型而定,是指牵涉到特定“国家继承”的各个国家。在领土的一部分被转让的情况下,这是指先前国和继承国(草案第 20 条),几个国家统一成一个是仅指继承国(草案第 21 条),国家解体是指两个或多个继承国(草案第 22 和 23 条),领土部分分离则是指先前国和一个或多个继承国(草案第 24 至 26 条)。“有关国家”一词,与可能对国家继承的结果感到“关切”,但是此一国家继承不牵涉到其领土的任何其他国家没有任何关系。

(5) (f)项规定了“有关的人”的定义。委员会认为,受国家继承影响之领土的居民中除了先前国的国民以外,还可能包括国家继承日期居住在该领土内的第三国国民及无国籍人,因此,有必要收列这样一个定义。

(6) 一般都承认:“有惯常居所在被合并领土内,但为〔第三〕国国民,而同时又不是先前国国民的人,不能获得继承国国籍。另一方面,这种有惯常居所的无国籍的人,其地位与在先前国出生的国民相同。任何国家有‘初始权利’让惯常居住在其领土内的无国籍的人加入其国籍。”³² 尽管如此,即使是后一类人的地位,与继承日期的先前国国民也是不同的。

(7) 据此,“有关的人”一语既不包括只是第三国的国民的人,也不包括任何“有关国家”境内的无国籍人。其中包括的仅仅是在国家继承日期具有先前国国籍,因此其国籍可能受到此一国家继承影响的个人。委员会以“其国籍可能受到影响的人”指因国家继承的类型而定,有可能失去先前国国籍或者得到继承国国籍的所有个人。

(8) 假如是完全的国家继承,就是当一个或多个先前国因为主权改变(国家统一,国家解体)而消失的时候,确定受到失去先前国国籍影响的那类人是很容易的:所有拥有先前国国籍的人,都会随着那个国家的消失而自动失去这一国籍。但是在局部的国

³² O'Connell, 同前(¹⁹⁵⁶年),上文注26, pp. 257-258。同样,Rene Masson诉墨西哥一案中的看法是,主权变更仅影响到先前国的国民,在转让日期居住在其境内的其他人的国籍不受影响。见John Bassett Moore,《美国作为当事一方的国际仲裁》,第3卷,pp. 2542-2543。

家继承中,就是当先前国在变化(领土部分转让,一部分或若干部分领土分离)发生后仍然存在的时候,确定有可能失去先前国国籍的那类人就相当复杂了。在这后一种情况下,拥有先前国国籍的人至少有可能分成两大类:在国家继承日期居住在受到主权改变影响的领土内的人(这个类别包括在该领土出生的人,以及在其他地方出生而在出生时或通过入籍取得先前国国籍的人)和在受到主权改变影响的领土出生或与该领土有另一种适当联系,但是在变化发生之日不住在那里的人。在最后一个类别中,必须将在仍然属于先前国的领土居住的人和居住在第三国的人加以区分。(第 25 条)

(9) 划分可能取得继承国国籍的各类人也有多方面的问题。假如是完全的国家继承,例如一个国家并入另一个国家,或者若干国家统一(第 21 条),从而有一个或几个先前国不再存在,那一个或几个先前国的所有国民都是可以取得继承国国籍的人。在国家解体的情况下,上述各种考虑也同样适用,但是情况变得更复杂,因为这样将产生两个或多个继承国,有可能取得每一个特定继承国国籍的人的范围必须分别加以界定。显然,有可能取得不同继承国国籍的各类人将会有一些重叠(第 22 条)。在领土的一个或若干部分分离(第 24 条)或者被转让(第 20 条)的情况下,划分可能取得继承国国籍的各类人也会遇到类似的困难。这是情况的复杂性及尊重有关的人的意愿的必要性造成的。

(10) (f)项中的定义限于事实上曾具有先前国国籍的人这一界限清楚的类别。

第 3 条

适用本条款草案的国家继承情况

本条款草案只适用于依照国际法、尤其是《联合国宪章》体现的国际法原则发生的国家继承的效果。

评 注

(1) 正如已在关于国家在条约方面的继承的条款草案第 6 条的评注中指出的,“委员会在为与通常状态有关的国际法规则的编纂编写条款草案时,自然设想这些条款将适用于依照国际法发生的事实和确定的情形。因此,委员会通常并不表示这些条款的适用有此种限制。只有当与国际法不一致的事项要求作出具体处理或提及的

时候,委员会才处理与国际法不一致的事实或情形”。³³ 然而,关于国家继承的两项维也纳公约都载有一项条款,明确规定条款只适用于依照国际法发生的国家继承。³⁴

(2) 为了与上述两项公约采用的做法相一致,委员会决定在本条款草案中列入第3条中的条款,该条款基于这两项公约的相关条款,但是,显然,本条款草案处理依照国际法发生的国家继承方面的自然人的国籍问题。委员会认为它没有义务去研究对领土的非法吞并等情形中可能出现的国籍问题。

(3) 委员会强调,第3条不妨碍按照《世界人权宣言》第15条“人人有权享有国籍”。

第 4 条

防止无国籍状态

有关国家应采取一切适当措施,防止在国家继承之日具有先前国国籍的人由于国家继承而成为无国籍。

评 注

(1) 继承所涉国家采取一切适当措施避免发生无国籍状态的义务是有关的人享有国籍权的必然结果。欧洲委员会的专家说,“避免无国籍状态是国家的一项责任”,³⁵ 这是这些专家在审查最近的欧洲国家继承案例中的国籍法问题时引以为据的主要前提之一。

(2) 各国对于迫切需要克服无国籍状态造成的困境有着日渐增强的意识,因此,自1930年以来通过了若干有关这个问题的多边条约,如1930年《关于与国籍法抵触有关的某些问题的海牙公约》、³⁶ 该公约《关于某种无国籍状态的议定书》和《关

³³ 《1974年.....年鉴》,Vol. II (Part One), P. 181,第A/9610/Rev.1号文件,第6条草案的评注第(1)段。

³⁴ 见《关于国家在条约方面的继承的维也纳公约》第6条和《关于国家对国家财产、档案和债务的继承的维也纳公约》第3条。

³⁵ 见《欧洲理事会专家关于捷克共和国和斯洛伐克公民资格法及其执行情况的报告》,特拉斯堡,1996年4月2日,第54段。

³⁶ 见关于国籍的法律,《联合国法律汇编》,ST/LEG/SER.B/4, p. 567。

于无国籍状态的特别议定书》³⁷ 以及 1961 年《减少无国籍状态公约》³⁸。以上各公约的确仅有极少数规定直接处理了国家继承中的国籍问题。上述公约中,直接处理国家继承中国籍问题的条款的确很少。但是,它们为有关国家提供了有益的指导,所提供的解决办法可以供各国立法人在设法解决因领土改变引起的问题时比照采用。

(3) 利用立法手段确保与一国有适当联系的任何人不被排斥在国家给予国籍的人群以外是一种显而易见的办法。避免无国籍状态的关注主要表现在对失去国籍的条件加以制约。因此有人在文献中认为,放弃国籍而不以取得另一国籍为条件是已经过时的做法。”³⁹

(4) 国家继承案中有关国家的立法人员使用的办法之一是,扩大有权取得其国籍的人的范围,给予若非如此便会变成无国籍的人选择该国国籍的权利。这种性质规定的例子包括《缅甸独立法》第 2 条第 3 款、捷克共和国《公民资格法》第 6 条和《南斯拉夫公民资格法》(第 33/96 号)第 47 条。⁴⁰

(5) 但是,国家立法避免无国籍状态的效力是有限的。一个较为有效的措施是有关各国缔结协定借以防止无国籍状态的发生。这也是 1961 年《减少无国籍状态公约》第 10 条的主旨。⁴¹

(6) 第 3 条案文并未规定关于结果的义务。它是一项行为上的义务。在国家统一的情况下,这种区分并无实际意义,因为“采取一切适当措施避免”有关的人成为无国籍人的义务,事实上就是说继承国有义务原则上把国籍授予所有有关的人。⁴²但是,关于结果的义务与行为上的义务之间的区分在其他涉及至少两个有关国家的国家继承中

³⁷ 联合国《条约汇编》第360卷,p. 117。

³⁸ 同上,第⁹⁸⁹卷,p.175。

³⁹ Henri Batiffol 和 Paul Lagarde,《国际私法》第七版第一卷(巴黎法律和法学普通出版社,1981年)pp. 82-83。

⁴⁰ 见《关于国家继承中的国籍问题的第三次报告》,文件A/CN.4/480和Corr.1(仅有法文本)中对特别报告员提出的第2条条款草案的评注,第42页第(6)至(8)段。

⁴¹ 第10条如下:

“1. 缔约国间关于领土转移的每一项条约,应包含确保无人因为这一转移而变成无国籍的条款。缔约国应尽其一切努力,确保在与另一非公约缔约国订立任何这种条约时亦列入这种条款。

“2. 在没有这种条款的情况下,缔约国在领土转移或在取得领土时,应将其国籍授予那些因这一转移或取得而成为无国籍的人。”

⁴² 这一义务受第8条规定的限制。

便具有意义了。显然,谁也不能认为每一个有关国家都要为这一继承造成的所有无国籍者负责。合理的做法是只能要求一个国家采取国际法给它划定的权限范围内的适当措施。因此,当有一个以上的继承国时,并非每一个继承国都有义务将其国籍给予第一个有关的人。同样,先前国也没有义务把所有有关的人保留为自己的国民。否则,其后果将是,第一,大量出现双重或多重国籍;第二,大量制造没有适当联系的法律上的国籍关系。

(7) 因此,第 4 条所定的原则最多只能作为更具体的义务所依据的一般框架。消除无国籍状态是一个最后结果,要靠适用这整套复杂的条款草案,特别是通过与其他有关国家达成协议来实现。这就再次证明了第 15 条所规定的义务的重要性。

(8) 正如第 1 条规定的国籍权利一样,第 4 条所说的避免无国籍状态也是对第 2 条(f)项界定的“有关的人”而言,即在国家继承日期是先前国国民的人。委员会决定,由于文体的原因,不在第 4 条中使用“有关的人”一语,以避免并列使用“有关国家”和“有关的人”这两个表述用语。

(9) 因此,第 4 条不涵盖在继承国领土居住,但在先前国制度下无国籍的人。继承国确定具有将国籍给予此种无国籍人的自行决定权。但这个问题属于本条款草案的范围之外。

第 5 条

国籍的推定

在本条款草案的规定的限制下,在受国家继承影响的领域内有惯常居所的有关的人,推定在国家继承之日取得继承国国籍。

评 注

(1) 第 5 条的目的是,处理从国家继承日期至继承之后通过关于有关的人的国籍问题的立法,或视情形而定,有关国家之间缔结一项与此有关的条约之间的时间差问题。由于这类人有可能在此期间被视为无国籍人,委员会认为,必须作为一项推定说明继承国在国家继承日期即将其国籍给予在受继承影响的领土内有惯常居所的有关的人这一原则。第 5 条陈述的推定是第二部分中对不同类型的国家继承设想的数种基本处理办法的基础,

(2) 但是,这是一项可加反驳的推定。开始句的“在本条款草案的限制下”一语表示了这一推定的有限范围,这清楚地说明,必须参照其他条款草案整体地评估这条原则的功能。因此,在适用会引起另外一种结果时,例如就像可能发生的那样,当有关的人选择了某一不是其惯常居住国的先前国或继承国的国籍时,这一推定就不起作用了。

(3) 同样,国籍问题由有关国家间条约处理的情况下,此种条约的规定也可能抵消取得惯常居住国国籍的推定。

(4) 这一推定所依赖的标准源于对特定国家继承情况适用有效国籍原则这一事实。如 Rezek 所强调,“国籍的法律关系不应以手续或技巧为基础,而是应当建立在个人与国家的实在联系上。”⁴³ 惯常居住地是在实践中最经常用来界定继承国基本国民群体的检验标准,即使不是唯一的标准。⁴⁴ 其中的理由是,“人口有一种‘领土’或地方地位,无论是全面继承或是部分继承,无论是割让即主权的转移或是一国放弃后由某一国际权力机构处置,对这种地位均无影响”。⁴⁵ 另外,联合国难民事务高级专员办事处的官员认为,“居住事实本身就说明与有关领土的一种实在联系。”⁴⁶

⁴³ Rezek, 同前(上文注28),p. 357。

⁴⁴ O'Connell将之称为“最令人满意的检验标准”。D. P. O'Connell, 《国内法和国际法中的国家继承》第1卷(联合国,剑桥,剑桥大学出版社,1967年),p. 158。又见以色列法院就1952年《以色列国籍法》所作的裁决,根据这项裁决:“只要没有颁布法律另行规定,……在以色列国建国之日居住在今天构成以色列国的领土内的每一个人也是以色列国民。任何其他意见都必然导致以下的荒谬结果:一个没有国民的国家——而这一现象尚未见存在。”(Ian Brownlie, “国际公法中的国籍关系,《英国国际法年鉴》,第39卷(1963),第318页)但在另一宗案件中,法官却认为在有关法律通过之前,以色列国籍并不存在。同上。”

⁴⁵ Ian Brownlie, 《国际公法的原则》第4版(牛津,克拉雷顿出版社,1990年)p. 665。

⁴⁶ “捷克和斯洛伐克公民资格法和无国籍问题”难民署编制的文件,1996年2月,第29段,其中还指出,“在界定公民的初始群体时,尽量向与继承国有真正联系的人的定义靠拢是符合该国利益的。如果有些人被视为‘自己国家’里的‘外国人’,显然不符合国家本身的利益。”欧洲理事会专家关于公民资格法的报告,同前(上文注35),第144段。

第 6 条

国籍和其他相关问题的立法

每个有关国家应无不当拖延,就国家继承中引起的国籍和其他相关问题制定符合本条款草案规定的立法。每个有关国家应采取一切适当措施,确保有关的人在合理期间内获知这种立法对其国籍的影响,可以根据这种立法作出的选择,以及作出的选择对其地位引起的后果。

评 注

(1) 第 6 条的依据是,确认在国家继承的情况下,虽然有专为国际法留出的作用,但国内法律在国籍问题上一向有着一种重要的职能这一事实。然而,本条的主要重点是国内立法的及时性问题。各国在这方面的惯例各不相同。在有些情况下,关于国籍的立法在国家继承之时颁布,⁴⁷ 但在另一些情况下,国籍法是在继承之日以后颁布,有时甚至在此后很久才颁布。⁴⁸ 对本条中使用的“立法应做广义的解释:其中不止包含议会制定的法律规则。⁴⁹

(2) 要求有关国家在继承之时颁布有关立法是不切实际的。例如就经过动荡后诞生的一些新国家的情况来说,它们的领土界限不明确,要求它们颁布立法甚至是不可能的。因此,第 6 条规定有关国家应“没有不当拖延地”颁布关于在国家继承中引起的国籍和其他相关问题的法律。合乎这条检验标准的时期就每个有关国家来说可能不同,甚至对于同一继承中的各国也不同。在这方面,一个先前国和一个因分离而产生的继承国的情况可能大不相同。例如,过去存在的立法可能已经恰当地处理过失去先前国国籍的问题。⁵⁰

⁴⁷ 一些新独立的国家即属此列。见关于除条约以外其他事务的国家继承的材料,《联合国法律汇编》,ST/LEG/SER.B/17,各处。较近期的实例见与捷克斯洛伐克解体同时颁布的1992年12月29日关于取得和失去捷克共和国公民资格的法律及与克罗地亚宣布独立相并行在1991年6月28日颁布的克罗地亚国籍法。

⁴⁸ 例如,见上文脚注41提及的1952年以色列国籍法。

⁴⁹ 见Rezek结合国籍对立法概念做的类似解释,同前(上文注28),p.372。

⁵⁰ 见关于国家继承及其对自然人和法人国籍的影响的第二次报告,文件A/CN.4/474第89段关于芬兰

(3) 委员会认为,需要清楚说明,有关国家颁布的法律应当“符合本条款草案的规定”。这着重强调了促请各国通过国内立法加以执行的条款草案含有的各原则的重要性。这并不妨碍有关国家按任何有关条约的规定可能具有的义务。⁵¹

(4) 第 6 条之下设想到的立法并不严格限于给以或撤消国籍的问题,及相关时的选择权问题。它还应处理“相关问题”,即与国家继承时的国籍变更内在相联的种种问题。其中可能包括居留权、家庭团聚、军事义务和其他社会保险福利等等问题。有关国家可能会认为,最好通过一项条约管理此类事务,⁵² 这是第 6 条没有以任何方式排除的一种可能性。

(5) 第 6 条第 2 句反映出委员会十分重视确保有关的人不会在国家继承对其个人地位的影响一事上被降至纯属被动的地位,或因客观上不了解行使选择权具有的负面后果而行使了此种权利从而受其影响。当然,只有在有关的人与不止一个有关国家有联系时才会出现这个问题。对“选择”提法的理解应不仅限于在国籍之间的选择。各国采取的措施应是“适当”和及时的,以求确保有关的人按其法律享有的任何选择权切实有效。

(6) 由于所涉及的问题复杂,某些“相关问题”有时可能只有通过条约才能解决,第 6 条是以建议方式表达的。

第 7 条

生效日期

如果有关的人在国家继承之日至赋予或获得国籍这段期间可能成为无国籍,国家继承中赋予的国籍,以及因行使选择权而获得的国籍,应在国家继承之日生效。

评 注

(1) 委员会认为,法律的一般性原则之一是立法的非追溯性原则。在国籍问题上,这一原则有着重要的作用。如劳特巴赫所述,“关于地位问题,追溯效力的缺陷尤其明

1947年将部分领土割让给苏联的内容。

⁵¹ 《巴斯塔曼法典》第13条还载有“两个[有关]国家之间的契约性规定……应永远优先于所涉国家的立法”的原则。见《国际私法典》(《巴斯塔曼法典》,国际联盟,《条约汇编》第八十六卷,No.1950。

⁵² 此种做法的实例见关于国家继承中的国籍问题的第三次报告,文件A/CN.4/480,脚注282。

显。”⁵³ 但是,委员会认为,在国家继承的特定情况下,追溯力的有益之处使人有理由对上述一般性原则有所例外,尽管国家在这方面的实践尚无定论。

(2) 第 7 条与第 6 条处理的问题密切相联。然而第 7 条的适用范围较广,其中不仅以法律而且以条约为基础涵盖了给以国籍的问题。如果在国家继承日期之后这种给予国籍不追溯既往,就会随之发生无国籍状态,即使仅是暂时地发生。按照第 7 条,追溯力涉及自动给予国籍和作出选择后取得国籍,条件是,如果不适用此一规定,有关的人就会在从国家继承日期到作出选择的日期这段时期内成为无国籍人。委员会决定以有关国家负有的义务为形式拟定本条,尤其是要确保与此类国家依第 4 条避免无国籍状态的义务相一致。

(3) 第 7 条是第一个使用“赋予国籍”提法的条款。委员会认为,在本条款草案中,以这一用语述及一个国家把国籍给个人的行为胜于“给予”一语。据认为,“赋予”一词,是传达在国家继承时获取国籍不同于经归化取得国籍的过程这一要点的最佳用语。它也表明,国家继承中“赋予国籍”的情况下并不具有涉及归化情况时所具有的那种行动自由。在从个人角度拟定条款时,委员会使用的用语是“取得国籍。”

第 8 条

惯常居所在另一国的有关的人

1. 如果有关的人的惯常居所在另一国,并且有该国或任何其他国家的国籍,继承国没有义务赋予本国国籍。

2. 继承国不得违反在另一国有惯常居所的有关的人的意愿,赋予本国国籍,除非不这样他们会成为无国籍。

评 注

(1) 给予继承国的国籍有某些适用于所有类型国家继承的一般性例外。第 8 条提到的这些例外,既涉及继承国给予国籍的义务,也涉及这样做的权力。这种例外的用意是在继承国和有关的人在继承国之外有其惯常居所的其他国家相互排斥的管辖权之间保持一种平衡,同时仍保持避免无国籍状态的目标。

⁵³ 赫施·劳特巴赫,“被剥夺了国籍的人的国籍问题”,《犹太国际法年鉴》(1948年),p.168。

(2) 对这一问题曾在理论上有过广泛的辩论,对此进行的分析得出了下面两个结论:首先,一继承国没有义务将国籍给予常居地在第三国而且也具有该国国籍但除此之外满足取得其国籍的一切条件的有关的人;第二,继承国不得违反本人的意愿,将国籍给予常居地在第三国但除此之外有权取得其国籍的人。⁵⁴ 评论者在提到“第三”国时事实上心里想的是除先前国以外的国家,或视情况而定,可能是另一个继承国。但是,委员会认为,没有理由不对惯常居所不在“第三国”,而在另一个“有关国家”的有关的人也适用第8条。最后,如第1款明述和第2款暗示,第8条既涵盖惯常居所在自己为其国民的国家的人,也包括惯常居所在一个国家,但自己为另一个国家的国民的人。

(3) 因此,作为有关的人按本条款草案第1条的规定取得国籍权利的一个必然结果,第1款在特定的条件下解除了继承国给予有关的人国籍的任何可能义务。但是,如果第1款所指的某人与一继承国有适当的联系⁵⁵,希望取得该国国籍,如在这方面行使选择权,继承国给予该人国籍的义务就没有解除。在这种情况下,第11条第3款的确适用。第8条第1款涉及的是通过国家立法给予国籍。但是,这不影响一继承国依任何有关条约对其他国家的任何义务。

(4) 第2款对继承国将国籍给予不在其领土居住,有另一国国籍的有关的人的权力作了限制。然而,继承国可在双方同意的基础上将其国籍给予这类人。由此产生的问题是,如何核实这种同意。规定明示同意不是一种务实的办法,因为这会使继承国背上沉重的行政负担。委员会认为,最好用可反对的假定同意的办法,由得到选择权可拒绝继承国国籍的有关的人保持缄默。第2款使用的“不得违反……意愿”一语反映了这层意思。

(5) 第2款之下对继承国能力的限制在可能造成无国籍状态时不适用。在此种情况下,该国有权给予第1款述及的人国籍而无论其意愿如何。

⁵⁴ 关于国家实践的情况,参见O'Connell(1956年),同前(上文注26),pp.251-258。

⁵⁵ 关于“适当的联系”的用语,参看第11条评注第(9)和第(10)段。

第 9 条

以放弃另一国国籍作为赋予国籍的条件

如果一个有关的人有资格取得继承国国籍,但又具有另一有关国家的国籍,则继承国可以要求该人放弃该另一国家的国籍,才赋予国籍。但适用这一要求的方式不应导致有关的人成为无国籍,即使只是暂时的无国籍。

评 注

(1) 一般公认,作为减少或消除双重和多重国籍的一种手段,一国可要求放弃另一国的国籍,以此作为给予国籍的条件。在继承国的一些立法中,如关于在继承之时自愿取得其国籍的立法,也有这项规定。

(2) 建议各国在双重或多重国籍问题上应采取何种政策不是委员会的事。因此,条款草案在这方面必须是中性的。然而,委员会关注的是,事先放弃另一国籍的上述要求有可能引起无国籍状态。在其他一些论坛中,也曾有过类似的关注。⁵⁶

(3) 国家实践说明,在国家继承中,放弃的要求仅适用于另一有关国家的国籍,而不是“第三国”的国籍。⁵⁷ 无论如何,只有前者才属于本专题的范围之内。第 9 条是据此起草的。

(4) 第一句规定每一继承国可自由决定是否以有关的人放弃另一有关国家的国籍为取得其国籍的条件。这是“可以”一词的功用。第二句涉及无国籍的问题。它没有说明应采用哪种特别的技术。它只是规定了一般的要求,即如果那样做会使有关的人变成无国籍,即使只是暂时性的无国籍,就不得适用这一条件。

(5) “另一有关国家”一语可以指先前国,或视情况而定,指另一继承国,因为第 9 条中的规则在所有国家继承的情况下一律适用。当然,统一是个例外,继承国就是唯一的“有关国家”。

⁵⁶ 因此,欧洲理事会的专家认为,“一个无条件承诺给予其国籍的国家要在国际一级上为根据这项承诺而造成一人失去他或她以往的国籍而成为法律上无国籍的人负责。”欧洲理事会关于公民资格法的专家报告,同前(上文注35),第56段。

⁵⁷ 见关于国家继承中的国籍问题的第三次报告,文件A/CN.4/480,对特别报告员提出的第7和8条草案

第 10 条

自愿取得另一国国籍后国籍的丧失

1. 先前国可以规定,在国家继承中自愿取得继承国国籍的有关的人,丧失先前国国籍。
2. 继承国可以规定,在国家继承中自愿取得另一继承国国籍或在某些情况下保留先前国国籍的有关的人,丧失在这一国家继承中取得的该国国籍。

评 注

(1) 与前一条的情况一样,第 10 条载有一项规定,这项规定源自经过修改以适应国家继承情况的,更一般地适用的一条规则。自愿取得另一国国籍后失去原国籍是奉行避免双重/多重国籍政策的国家在立法中的例行规定。同样,1936 年 12 月 26 日《蒙得维的亚国籍公约》规定,任何个人(假定为自愿)加入签署国后即失去原国籍。⁵⁸ 与此相似,根据在欧洲委员会框架内订定的 1963 年《减少多重国籍和在多重国籍情况下的兵役义务的公约》,通过归化、选择或恢复等手段自愿取得另一国籍的人丧失其原国籍。⁵⁹

(2) 在就国家继承通过的立法中也可见到此种规定。1991 年 10 月 18 日白俄罗斯共和国《国籍法》第 20 条规定:“除非对白俄罗斯共和国具有约束力的一项条约另有规定外,关系人取得另一国国籍后,将丧失白俄罗斯共和国的国籍。……在主管当局登记有关事实时起即丧失国籍。”⁶⁰

(3) 第 9 条适用于所有国家继承情况,但统一除外,因继承国成为唯一的“有关国家”。本条确认,视情况而定的任何继承国或先前国有权取消在国家继承时自愿取得另一有关国家国籍的人的原有国籍。本条没有涉及自愿取得第三国国籍的问题,这个问题超出了本专题的范围。

的评注第(31)段。

⁵⁸ 国籍法第1条,同前(上文注21),p. 585。

⁵⁹ 《联合国条约汇编》第1条,第634卷第224段。1997年《欧洲国籍公约》第7条第1a款也承认一国可因自愿取得另一国籍而取消国籍。欧洲理事会文件DIR/JUR (97) 6。

(4) 为清楚起见,分别列出了先前国的权利(第 1 款)和继承国的权利。关于第 2 款,视继承的类型而定,所作的假定是,自愿取得另一继承国的国籍(在解体的情况下),或自愿保留先前国的国籍(在部分领土分离或转移的情况下),或甚至两者并存的情况(先前国的部分领土分离成为几个继承国而先前国继续存在)。

(5) 第 10 条没有讨论丧失国籍应在什么时候生效的问题。由于主要的问题即有关国家是否对自愿取得另一国国籍的人收回本国国籍的问题由有关国家自己去决定,因此也应由该国确定收回本国国籍在什么时候生效。这可能发生在取得另一国国籍之时或之后,例如在关系人有效地将其惯常住所移出其已丧失了该国国籍的国家之后。⁶¹ 无论如何,对于已开始办理手续取得另一有关国家的国籍的人,在他们实际取得该国国籍之前,有关国家不应取消其国籍。

第 11 条

尊重有关的人的意愿

1. 在有关的人有资格取得两个或多个有关国家国籍的情形下,有关国家应当考虑到该人的意愿。

2. 如果有关的人可能因国家继承而成为无国籍每一有关国家应当给予与该国具有适当联系的任何有关的人选择其国籍的权利。

3. 有选择权的人行使这一权利后,被选择国籍国应将国籍赋予这些人。

4. 有选择权的人行使这一权利后,被放弃国籍国应取消其国籍,除非这些人会因而变成无国籍。

5. 有关国家应为选择权的行使规定一个合理的期限。

评 注

(1) 许多处理国家继承中的国籍问题的条约以及有关的国家法律规定了选择权或类似的程序,使有关的个人能在先前国与继承国的国籍之间或在两个或多个继承国国籍之间作出选择,作为自己的国籍。

⁶⁰ 见白俄罗斯提交的材料。

⁶¹ 例如,芬兰1947年将部分领土割让给苏联时即为此种情况,见关于国家继承及其对自然人和法人国

(2) 例如,1848年2月2日《墨西哥与美利坚合众国和平、友好、界限与定居条约》和1882年9月27日《墨西哥与危地马拉间划界条约》就是如此。⁶² 第一次世界大战结束后缔结的一些和平条约中有多项条款规定了选择权,主要是作为矫正手段,用以改正该条约中关于常居在国家继承所涉领土内的人自动取得继承国国籍并丧失先前国国籍的其他规定所产生的影响。⁶³ 1947年2月10日《同盟国和参与国与意大利和平条约》第19条也规定了选择权。⁶⁴

(3) 在关于非殖民化方面的国籍问题的文件当中,有些载有关于选择权的规定,有些则没有。例如,《缅甸独立法》在規定该法第一附则所列的各类人士将自动丧失英国国籍之后,其第2条第(2)款又规定,凡在独立前在英国君主对英国籍人士具有管辖权的、缅甸以外任何地方居住或通常为该地居民者,可在独立后两年届满前发表声明选择维持英国籍人士地位。⁶⁵ 1954年10月21日法国和印度在新德里签订的《关于解决法国在印度属地的未来问题的协定》第4条也设想了自由选择国籍权。⁶⁶ 1956年5月28日印度和法国在新德里签订的《让与法国属地本地治里、卡里卡尔、马埃和亚纳姆条约》也包括关于选择权的规定。⁶⁷

籍的影响的第二次报告,文件A/CN.4/474,第89段。

⁶² 见关于国家继承中的国籍问题的第三次报告,文件A/CN.4/480/Add.1,特别报告员所提第17条草案的评注第(5)和(8)段。

⁶³ 见1919年6月28日在凡尔赛签署的《同盟国和参与国与德国和约》第37、85、91、106、和113条(关于国家继承的材料,同前(上文注47),pp.20、28-32和489),1919年9月10日在圣日耳曼昂莱签署的《同盟国和参与国与奥地利和约》第78-82条(G.F.de Martens Nouveau recueil général de traités, third series, Vol.XI, pp.712-713) 1919年6月28日在凡尔赛签署的《同盟国和参与国与波兰条约》、1919年9月10日在圣日耳曼昂莱签署的《同盟国和参与国与捷克斯洛伐克条约》和《与塞尔维亚——克罗地亚——斯洛文尼亚国的圣日耳曼昂莱条约》的第3和4条以及1919年12月9日《同盟国和参与国与罗马尼亚的巴黎条约》第3和4条,同上,Vol.XIII, p.505,pp.514-515,p.524和p.531),1919年11月27日在塞纳河畔纳伊签署的《同盟国和参与国与保加利亚和约》第40和45条(关于国家继承的材料,同前,p.38-39),1920年6月4日在特里亚农签署的《同盟国和参与国与匈牙利和约》第64条(Martens, 同前,第十二卷,pp.440-441),关于俄罗斯将彼得萨摩地区割让给芬兰的1920年12月11日《塔图和约》第9条(见关于国家继承中国籍问题的第三次报告,文件A/CN.4/480,

⁶⁴ 关于国家继承的材料,同前(上文注47),p.59。

⁶⁵ 第2条第(3)款。第2条中关于选择权及其后果的其他规定又见第(4)和(6)款;同上,p.146。

⁶⁶ 同上,p.80。

⁶⁷ 同上,p.87。

(4) 在最近东欧和中欧国家继承案例中,国籍问题不是通过条约解决,而是完全通过有关国家的国家立法解决,至少有两个国家的法令同时在事实上确立了作出选择的可能性。《斯洛伐克共和国公民资格法》载有任择取得国籍的宽松规定。根据第3条第1款,凡在1992年12月31日为捷克和斯洛伐克联邦共和国公民并且没有依事实取得斯洛伐克公民资格者,有权选择斯洛伐克公民资格。⁶⁸ 没有对前捷克斯洛伐克公民选择斯洛伐克公民资格实施任何其他规定,例如必须在斯洛伐克境内永久居留。

(5) 现代国际法在解决国家继承中的国籍问题时如何看待个人意愿的作用,是引起很大意见分歧的问题之一。⁶⁹ 有些评论者强调,选择权在这方面很重要。⁷⁰ 虽然其中多数人认为,这种权利的法律依据只能从条约中推导而来,但另一些人说,独立的选择权的存在是自决原则的一个属性。⁷¹

(6) 委员会认为,尊重个人的意愿而随着人权法的发展已成为最重要的考虑。但这并不是说每次在国家继承时取得国籍都必须得到同意。因而,委员会认为,在解决给予处于有关国家相互重叠的管辖范围内的有关的人国籍时,选择权可以具体发挥作用。

(7) 本条款草案中使用的选择权并不仅意味着在国籍中做出选择,而是有着更广泛的涵义,其中也包括“要”或“不要”的选择,即通过声明自愿取得国籍和放弃依法取得的国籍。即使有关国家之间没有协议,国内法也可规定这种权利。

(8) 第11条第1款规定,如果有关的人有资格取得两个或若干有关国家的国籍,应尊重有关的人的意愿。“应当考虑”一语是说,没有给予这类有关的人选择权的严格义务。但是,在涉及特定类型国家继承的第20、第23和第26条中,这个原则得到进一步的拟订,明文规定了给予选择权的义务,也指明了有资格享受这种权利的人的类别。第1款也并不妨碍每一有关国家可能实行的单一或双重国籍政策。

⁶⁸ 见关于国家继承中的国籍问题的第三次报告,文件A/CN.4/480,对特别报告员所提第7和8条的评注第(30)段。

⁶⁹ 许多评论家认为,继承国有权把国籍给予那些因为主权改变而可能取得其国籍的人,不论他们的个人意愿为何。O'Connell (1956年),同前(上文注26),p.250。

⁷⁰ 参见Charles Rousseau,《国际公法》第10版,巴黎,Dalloz 1984年,p.169及以下内容。

⁷¹ 见Joseph L.Kunz,“国籍的选择”Recueil des cours……1930—I第31卷,pp.109-172;“1947年意大利和约中的国籍和备选条款”,《美国国际法学报》第41卷(1947年) pp.622-631。

(9) 第2款突出了选择权作为旨在消除在国家继承情况下出现无国籍状态风险的一种手段的作用。例如,《缅甸独立法》⁷² 和《捷克取得和失去公民资格法》⁷³ 第6条就采取了这种办法。委员会选用了《适当联系》一语来说明有关的人和某一有关国家之间必须存在的关联,对此的解释应广于“真正联系”的概念。选择这一用语的原因是,委员会极为重视避免无国籍状态,就本款所涉及的情况而言,这一考虑超越了有效国籍的严格要求。

(10) 第二部分详细说明了“适当联系”在特定情况下的核心意义,惯常居所、与先前国的组成单位之一的适当法律联系、或在作为有关国家一部分的领土出生等标准被用于确定有资格取得有关国家国籍的人的类别。但是,在有关的人和有关的国家之间没有上述那种联系的情况下,就应该考虑到有关国家国民的子女或在作为有关国家一部分的领土上有过居所等另一些标准。

(11) 委员会决定,按一项义务编拟第2款,以便确保与第4条下的避免无国籍状态义务相一致。

(12) 第3和4款说明了有关的人行使选择权对其中所提之有关国家的义务具有的影响。某一特定继承情况涉及到的各国的义务在选择权以其相互间的条约为依据时可共同实施,但在以要或不要为形式的选择权仅由各国自己的立法规定时也可分别实施。因而,经选择权取得有关国家之一的国籍并非必然意味着其他有关国家有义务撤消国籍。只是在有关各国之间有条约规定,或选择有关国家之一国籍的人依其他国家的法律放弃其他国家国籍时,才存在这种义务。

(13) 第5款做了行使选择权合理时限的一般规定,无论是按照有关国家间的条约规定或是按有关一国的法律规定行使这一权利。国家实践表明,有关的人有选择权的时间长短差异很大。例如,按照1951年2月2日印度和法国签定的《关于让与昌德纳戈尔领土的条约》,选择期为六个月⁷⁴。1969年1月4日西班牙和摩洛哥关于西班牙将西迪伊夫尼领土归还摩洛哥的条约规定的期限是三个月⁷⁵。在有的情况下,选

⁷² 见本评注第(3)段。

⁷³ 见关于国家继承中国籍问题的第三次报告,文件A/CN.4/480,注101。

⁷⁴ 同上,pp.80-81。

⁷⁵ 见关于国家继承中国籍问题的第三次报告,文件A/CN.4/480,对特别报告员所提第7和8条草案的评注第(28)段。

择权的期限给得很大⁷⁶。何为“合理”期限可能要视国家继承的具体情况而定,但也要看有选择权的有关者属于何种类别。委员会认为,“合理期限”是确保有效行使选择权的一个必要时间限制。

第 12 条

家 庭 团 聚

如果在国家继承中取得或丧失国籍会损害一个家庭的团聚,有关国家应采取一切适当措施,使该家庭得以留在一起或团聚。

评 注

(1) 在国家实践中,有一些在国家继承时处理家庭共同命运的规定实例。第一次世界大战后缔结的一些条约采纳的一般性政策是,确保家庭成员取得与户主一样的国籍,无论户主是自动还是经选择取得国籍。⁷⁷ 1947年2月10日《同盟国和参与国与意大利和约》第19条与此相反,没有设想妻子随丈夫的选择同时取得丈夫的国籍。但未成年的子女随户主的选择而自动取得同一国籍。⁷⁸

(2) 尽管背景颇为不同,但1929年《哈佛国籍公约草案》第19条的评注中也强调了家庭团聚的原则,其中认为“在某种程度上家庭成员宜具备相同国籍,很多国家认为家庭团聚原则是实行这项简单解决办法的充分基础。”⁷⁹

(3) 在非殖民化进程中通常采用的办法是使妻子能经申请取得丈夫的国籍,巴巴多斯、缅甸、博茨瓦纳、圭亚那、牙买加、马拉维、毛里求斯、塞拉里昂、特立

⁷⁶ 见1962年3月19日(阿尔及利亚—法国)埃维安条约,联合国条约汇编,第507卷,pp. 35和37。

⁷⁷ 见上文注66中援引的条款。

⁷⁸ 关于国家继承的材料,同前(上文注47),p.59。

⁷⁹ 1929年《哈佛国籍公约草案》的评注,《美国国际法期刊》第23卷(特别补编)(1929年) p.69。关于随户主变更国籍后全体家庭成员同时改变国籍的规定主要缺陷在于将女性置于从属地位。为了克服这个问题,国际法学会1896年9月29日通过的决议第4条规定,“除非在归化时明示保留反对,家庭中为父者改变国籍的同时,妻子及未与妻子分居之未成年子女同时也改变国籍,但妻子仍有权以简单的声明恢复原由国籍,子女也有在成年的年份中或自摆脱家长管教起,经其法律协助人的同意,选择原有国籍的权利。来源同上,p.75。

尼达和多巴哥的有关法律文书均有此种办法,⁸⁰ 一些条约的条款也有这类规定,如 1960 年 8 月 16 日关于建立塞浦路斯共和国的条约附件 D⁸¹ 及 1956 年 5 月 28 日在新德里签署的《印度和法国关于让与法国属地庞德切理、卡里卡尔、马埃和亚那姆领土条约》。⁸²

(4) 在东欧和中欧,最近解体后产生的继承国的国家立法中某些条款对于维护家庭团聚的关注也很明显。⁸³

(5) 委员会认为,第 12 条的主旨与国家继承涉及的国籍问题密切相关,因为在这种情况下会大规模产生家庭团聚问题。委员会也总结认为,虽然理应使家庭成员在国家继承时取得同样的国籍,但为此制定严格的规则是不必要的,只要一个家庭的成员取得不同国籍不会妨碍他们保持团聚或重新团聚,就无此必要。因此,第 12 条列举的义务是一种笼统性质。例如,如果一个家庭因关于国家继承的国籍法条款而难以住在一起,有关国家就有义务消除这种法律障碍。但是,“适当措施”一语的用意是要排除有关的人在这方面提出的不合理要求。

(6) 由于世界不同地区对“家庭”概念的解释可能不同,委员会认为,国家继承通常涉及到的是同一地区内对这一概念有着相同或相似解释的国家,因此不会频繁地出现这种问题。

第 13 条

国家继承以后出生的子女

有关的人的子女在国家继承之日以后出生,没有取得任何国籍的,有权取得出生地所在有关国家的国籍。

⁸⁰ 同上,p.124, pp.137-139, pp.145-146, pp.203-204, p.246, pp.307-308, p.353, pp.389-390, p.429。

⁸¹ 同上,pp.173-177。

⁸² 同上,pp.87。

⁸³ 有关的例子见关于国家继承中的国籍问题的第三次报告,文件A/CN.4/480,对特别报告员所提第9条条款草案的评注第(20)和(21)段。

评 注

(1) 第 13 条处理有关的人在国家继承日期以后所生子女的国籍问题。本条的标题要求本专题只限于处理国家继承中所涉及的国籍问题。因此,国家继承日期以前或以后发生的情况所涉及的国籍问题不在本条款草案的范围之内。但是,委员会确认对于本条款草案基于属时理由的刻板定义必须有例外规定,而且需要处理在发生国家继承以后尚未确定国籍的人所生子女的问题。鉴于在相当多的法律制度内,子女的国籍大都取决于父母亲的国籍,父母亲的国籍如果不确定,就会直接影响到子女的国籍。

(2) 列入第 13 条是有理由的,因为有几件文书都重视儿童权利,包括儿童取得国籍的权利。于是,《儿童权利宣言》原则 3 规定:“儿童出生时应即有权取得姓名及国籍。”《公民权利和政治权利国际盟约》第 24 条第 3 款保证每一儿童都有权取得一个国籍。《儿童权利公约》第 7 条第 1 款规定“儿童[……]有自出生起即获得姓名的权利,有获得国籍的权利……”⁸⁴ 如果将本条规定结合到同一公约第 2 条第 1 款内所规定的“缔约国应尊重本公约所载列的权利,并确保其管辖范围内的每一儿童均享受此种权利,不应有任何差别”(下划线是后加的),则由此可以认定,除非该儿童取得另一国家的国籍,终究有权取得其出生地国的国籍。

(3) 还可以回顾 1929 年《哈佛国籍公约草案》第 9 条,其内容为:“一国应向在其境内出生的人于出生时赋予其国籍,如果该人于出生时未取得另一国国籍。”⁸⁵ 同样,1969 年 11 月 22 日《美洲人权公约》(“哥斯达黎加圣约瑟条约”)第 20 条规定“人人有权取得其出生地国的国籍,如果他无法取得任何其他国籍。”

(4) 表示赞成应统一方法的主张还得力于一个事实,就是,如果先前国是任一上述两项公约的缔约国,则依据条约方面的继承的规则,它们的条款可以对继承国适用,包括针对本条款草案第 12 条所设想到的情况。

(5) 第 13 条局限于解决在有关国家境内出生的儿童的国籍问题。它没有设想第 13 条中所指的人的子女在第三国出生的情况。将第 13 条所订规则的适用范围

⁸⁴ 此外,同一条第 2 款还规定“缔约国应确保这些权利……予以实施,尤应注意不如此儿童即无国籍的情形。”

⁸⁵ 《美国国际法学报》,第 23 卷(特别补编)(1929),p.14。

扩大到包括子女在第三国境内出生情况将意味着对不涉及国家继承的国家强加一种义务。虽然作为《儿童权利公约》缔约国的这些第三国或许的确必须已经承担了此项义务,可是,同样正确的是,这个问题超出了条款草案的范围,因为本项工作仍应局限于关于法律联结的当事一方为“有关的人”而另一方应为“有关国家”的问题。

(6) 虽然基于属时理由适用第 13 条的情况限于子女在国家继承日期以后出生的情况,在时间上并没有进一步的限制。委员会认为,这种不受限制地适用是合理的,因为本条的主旨是避免无国籍状态,而且第 13 条所载规则与适用于在一国领土出生的儿童的另一些国际文书的规则相同,只是后者不属于国家继承的情况罢了。

第 14 条

惯常居民的地位

1. 有关的人作为惯常居民的地位不应受到国家继承的影响。
2. 有关国家应采取一切必要措施,使因为与国家继承有关的事件而被迫离开该国境内惯常居所的有关的人得以返回其惯常居所。

评 注

(1) 第 14 条第 1 款规定了就国家继承而论,惯常居民的地位不受国家继承的影响的规则,或者可以换句话说,在继承日期是某一领土的惯常居民的有关的人仍能保留这种地位。惯常居所是在国家继承情况下用以确定国籍的一个的确很重要的标准,下文对第二部分条款的评注对此作了说明。委员会认为,就此而论,国家继承不应对作为惯常居民之有关的人的地位造成不利的后果。第 1 款中所载述的问题与在国家继承以后取得另一有关国家国籍的这种人不可以在有关国家保留惯常居所的权利的问题不一样。

(2) 第 2 款针对大部分居民迁移导致国家继承的特定情况处理了惯常居民的问题。这个规定的目的是确保第 1 款所保护的惯常居民地位得到切实的恢复。委员会认为,鉴于东欧最近的经验,明确处理这个脆弱群体的问题是合乎需要的。

第 15 条

不 歧 视

有关国家不得以基于任何理由的歧视,剥夺有关的人在国家继承中保留或取得国籍的权利或作出选择的权利。

评 注

(1) 由于刻意避免在国家继承中所涉国籍问题上出现歧视性待遇,第一次世界大战以后所通过的数项条约中都载入某些相关的条款,这可以从常设国际法院针对取得波兰国籍问题所发表的咨询意见中得到证实,该法院宣称:“在保护少数民族方面正面临的首要问题之一就是防止那些〔通过战争大量扩展其领土,从政治效忠着眼,其人口并未因而明确界定的……新国家〕基于种族、宗教或语文原因拒绝将其国籍给予某些类别的人——尽管已有的联系已经有效地将这些类别的人连接到已经分配给这一个或另一个此类国家的领土。”⁸⁶

(2) 1961 年《减少无国籍状态公约》第 9 条也涉及在国籍方面的歧视问题,该条禁止根据种族、人种、宗教或政治理由而剥夺国籍——尽管是在比较概括的境况下提到这个问题。《1965 年消除一切形式种族歧视国际公约》第 5 条也涉及这个问题,该条保证人人有不分种族、肤色或民族或人种在法律上一律平等地享有国籍的权利。

《欧洲国籍公约》还载有关于在国籍方面禁止歧视的一般规定。该公约第 5 条第 1 款规定“每一缔约国的国籍规则不应载有相当于因为性别、宗教、种族、肤色或民族或族裔而被歧视的差别规定。”⁸⁷

(3) 虽然歧视多半以上述标准为根据,可能还有另一些借以在国家继承中进行歧视的原因。⁸⁸ 因此,委员会决定不在第 14 条内载列这种标准的示意清单,而采用一

⁸⁶ 《1923 年常设国际法院案例汇编》,B 辑,第 7 册,p.15。

⁸⁷ 该《公约》第 18 条明确规定此一条款也适用于国家继承的情况。欧洲理事会文件 DIR/JUR (97) 6。

⁸⁸ 参看最近对⁸⁷行使选择权后、给予国籍前、必需出示无犯罪记录这一规定之适用的讨论情况。在这一点上,欧洲理事会的专家指出,“〔虽然〕在入籍时,必需出示无犯罪记录的必要条件是一种惯常的和正常的条件,也符合这一领域的欧洲标准,……但在国家继承的情况下,这个问题是两码子事,因为应该怀疑一点,……就是按照国际法,……是否可以单单因为有过犯罪记录就拒绝给予在该领土上生活了好几十年、甚至在该地出生的国民以公民资格……”〔公民法问题欧洲理事会专家的报

个普遍性办法——禁止基于“任何理由”的歧视,同时避免被作出任何相反解释的可能性。

(4) 第 15 条禁止施行歧视以否定有关的人取得特定国籍的权利、或者视情况否定其选择权。它没有载述有关国家是否使用任何上述标准或类似标准以扩大有资格取得其国籍的个人之范围。⁸⁹

第 16 条

禁止在国籍问题上任意作决定

不得任意剥夺有关的人的先前国国籍,也不得任意拒绝给予他们在国家继承中享有的权利,即取得继承国国籍的权利或任何选择权。

评 注

(1) 第 16 条对国家继承的特定情况适用《世界人权宣言》第 15 条第 2 款中所载示的原则,该款规定:“不得任意剥夺任何人的国籍、亦不得否认改变其国籍的权利。”禁止任意剥夺国籍历来在另一些文书中得到重申,例如:1961 年《减少无国籍状态公约》、⁹⁰ 1989 年《儿童权利公约》、⁹¹ 和 1997 年《欧洲国籍公约》。⁹²

(2) 第 16 条包含两个部分。第一部分是禁止先前国任意取消在国家继承以后有资格保留其国籍的有关的人的国籍,并且禁止继承国拒绝将其国籍给予依法或根据选择有资格取得其国籍的有关的人。第二部分则是禁止任意取消某一个人的选择权,这种选择权是在国家继承中改变其国籍之权利的一种表示。

告,同上,第73和第76段]。难民署的专家也发表了类似的意见,认为,“对在国家继承情况下给予公民资格一事规定这项条件是没有道理的[而且]似乎构成对与[继承国]有真正联系的一部分人口的歧视。”(捷克和斯洛伐克公民资格法与无国籍问题,同前,第76段。)

⁸⁹ 参阅美洲人权法院1984年1月19日对哥斯达黎加宪法入籍条款修正案的咨询意见,《国际法报告书》,第79卷,p.283。

⁹⁰ 第8条第4款。

⁹¹ 第8条。

⁹² 第4条(c)款和第18条。

(3) 本条的目的是防止在任何法律或条约的适用过程中发生滥用的情事,这个目的本身是符合条款草案的。“他们……享有的”一语指任何这种人以上述规定为依据的主观权利。

第 17 条

处理国籍问题的程序

处理在国家继承中取得、保留或放弃国籍或者行使选择权的有关申请,应无不当拖延。有关决定应以书面发出并可请示对其进行有效的行政或司法复核。

评 注

(1) 第 17 条的用意是鉴于国家继承中的国籍问题可能产生包罗广泛的影响,要确保处理这个问题所依循的过程有秩序。⁹³ 本条规定所载示的要素是这个方面最起码的必要条件。

(2) 国家继承中有关国籍问题的决定是以通盘规范行政决定复查程序的国内法条款的实践为依据。这种审查可由行政性质或司法性质的有关管辖机构按照每一国家的国内法进行。⁹⁴ 形容词“有效”一语的用意是强调必须提供机会,对有关的实质问题进行切实的审查。“有效”一词的含义可以按照《公民权利和政治权利国际盟约》第 2 条第 3 款中同一用语的含义加以理解。本条中“行政或司法复查”这一用语不是指两个互相排斥的程序。⁹⁵ 此外,“司法”一词应该理解为同时包括民事和行政管辖。

(3) 第 17 条中对各项要求的列举并不是穷尽无遗的。因此,在对诸如国籍问题作出负面决定时必须说明理由的要求应该视为有效行政或司法审查的先决条件,这

⁹³ 关于国家继承的最近案例,难民署执行委员会在强调“无法确定一个人的国籍...可能导致流离失所”时,着重指出涉及国籍问题的公平迅速程序的重要性。这是有意义的评述。(联合国难民事务高级专员办事处方案执行委员会第四十六届会议的工作报告,《联合国正式记录,第五十届会议,补编第12A号》(A/50/12/Add.1),第20段。)

⁹⁴ 见“中欧和东欧国家继承中的国籍、少数群体和国家继承”,CEDIN,巴黎第十大学——南泰尔校区,1993年11月圆桌会议,对问题单的答复(未出版)。

⁹⁵ 同样,《欧洲国籍公约》第12条规定关于国籍的决定“应可提交行政或司法复查。”该《公约》还就有关国籍问题载述了下列规定:处理有关国籍申请书的合理时限;以书面提出对这些事项作出的决定的理由;合理的收费(分别载于第10、第11和第13条)。《欧洲条约汇编》第166号。

是无须讲明的应有之义。委员会也认为,原则上,给予国籍时不应收取任何费用,因为由于国家继承而给予国籍是大规模发生的,这个进程与归化入籍没有类比关系。

第 18 条

交换资料、协商和谈判

1. 有关国家应交换资料和进行协商,以便查明国家继承对有关的人的国籍和涉及其地位的其他相关问题所产生的任何不利影响。
2. 有关国家应于必要时设法消除或减轻这种不利影响,为此进行谈判并酌情商定协议。

评 注

(1) 委员会认为,有关国家之间交换资料和协商是切实审查国家继承对有关的人的影响的必要组成部分。这种审查的目的是查明某一国家继承对于有关的人的国籍和对于同国籍有内在联系的其他问题的不利影响。

(2) 第 1 款以最概括的用语载述有关国家在这方面的义务,并不指明问题的确切范围,而由双方进行协商。最重要的问题之一是避免无国籍状态。但是,有关国家也应探讨双重国籍、家庭离散、军事义务、养恤金和其他社会保险福利、居留权等。

(3) 关于第 2 款,有两点值得注意。第一、通过谈判谋求解决的义务并不是抽象的义务:各国如果没有查明上述问题对于有关的人的任何不利影响就不必进行谈判。第二、这是一种协议。例如,要达到的目的只有通过国内立法或作出行政决定来加以实现。但是,有关国家可能倾向于缔结协定以解决已经查明的问题。⁹⁶ 第 2 款中的义务必须参照这两项告示来加以理解。

⁹⁶ 例如,捷克共和国和斯洛伐克就缔结了若干协定来解决这些问题,《关于自然人和法人在另一共和国领土上进行生利活动的暂时权利的条约》、《关于相互雇用彼此国民的条约》、《关于从受雇于捷克和斯洛伐克联邦共和国机关和机构者的劳动合同中转移权利和义务的条约》、《关于转移在联邦警察中服务的警察和内政部武装部队成员的权利和义务的条约》、《关于该条约的社会保险和行政安排的条约》、《关于公共保健服务的条约》、《关于个人文件、旅行文件、驾驶执照和车辆登记的条约》、《关于承认证明教育和学位文件的条约》、《关于保护投资的协定》和关

(4) 委员会认为,第 18 条和第 1 条所载国家继承中取得国籍的权利有密切联系,因为前者的目的是要确保取得国籍的权利是一项有效的权利。第 18 条的依据也是国家继承法律的一般原则,规定以有关国家之间的协议解决同国家继承有关的若干问题,1983 年《关于国家对财产、档案和债务的继承的维也纳公约》体现了这种原则。

(5) 第 18 条不处理一个有关国家的行动不遵守本条规定或有关国家之间的谈判流产时所引起的问题。但是,即使在这种情况下,并不是由于当事一方拒绝协商和谈判,另一方就有完全的行动自由。这种义务载于本条款草案第一部分。

第 19 条

其 他 国 家

1. 本条款草案中的任何规定均不要求各国把与某一有关国家没有任何有效联系的有关的人视为该国国民,除非这一做法会导致这些人被视为相当于无国籍人。

2. 本条款草案中的任何规定均不阻止各国把由于国家继承而成为无国籍的有关的人视为有资格取得或保留有关国家国籍的国民,但这种做法须有利于有关的人。

评 注

(1) 第 1 款保证授予其国籍之国家以外的其他国家有权不理睬某一有关国家无视有效联系规定所授予的国籍。国际法本身不能对关于个人国籍的国家立法宣布无效或作出纠正,但国际法允许“对各国在国际问题上的一些过份的做法有一定控制,使它们不致产生太多的国际影响”,因为“每个国家自行决定授与的国籍,不一定毫无异议地得到国际接受”。⁹⁷ 总而言之,虽然国籍问题本质上属于国内法范围,但是国籍的一般国际法原则对国家的裁量权构成了限制。⁹⁸

于财务问题、税收、相互法律援助、行政问题上的援助等问题的一些其他协定,等等。

⁹⁷ 《奥本海姆国际法》,同前(上文注19),p. 853。

⁹⁸ 从这个意义上说,有一部分学说提到了国籍问题中的消极作用。参见Rezek, 同前(上文注28),p. 371;Paul Lagarde 《La nationalité française》,巴黎,Dalloz, 1975年,p. 11; Jacques de Burlet, “De l’importance d’un ‘droit international coutumier de la nationalité’”, 《Revue critique de droit international privé》,1978年,第67卷,p. 307起。还参见对序言部分评注的第(4)段。

(2) 必需“区分对于其他主权国家可反对的国籍和不可反对的国籍的联系,尽管它在有关国家的管辖范围内是有效的”⁹⁹,导致了有效国籍理论的发展。¹⁰⁰ 至于国家继承的特定情况,人们普遍接受,“在继承国与它所声称由于继承而为其国民的人之间必须有充分的关联,如果继承国在国际法不同意的情况下试图对那些人行使管辖或试图在外交上代表他们时,这项关联的充分性将受到考验;这是假设有些国家有能力对有关的人提供保护”。¹⁰¹

(3) 持有上述观点的若干位国家继承专题的论著作者¹⁰²认为,不妨限制继承国授予与有关领土并无有效联系的人以国籍的自由裁定权——他们的这项理论根据是,国际法院对 Nottebohm 案的判例。¹⁰³ 该法院在判决中阐明,其中有些是有效国籍可依据的要素。恰如法院所述,“考虑到了各种不同因素,在不同的案件中它们的重要性也各有不同:有关的个人的惯常居所是一个重要的因素,但还有诸如,他的利益中心、他的家庭联系、他对公共生活的参与、他对某一国家表现出来的和他对他的子女反复灌输的感情等其他因素”。¹⁰⁴ 然而,应当指出的是,意大利——美国调解委员会于(1985年)的 Flegbhmeimer 案得出的结论认为,对于一国赋予国籍的效力,即使缺乏有效的佐证,它也无权在国际上予以拒绝,除非发生欺诈、过失或严重错误。¹⁰⁵ 而且,

⁹⁹ Rezek, 同前(上文注28),p. 357。

¹⁰⁰ 参见布朗利(1990年),同前(上文注45),p. 397起;H. F. van Panhuys《国籍在国际法中的作用》,Leyden, Sijthoff, 1959年,p. 73起;Paul Weis《国际法中的国籍和无国籍状态》,第二版,germantown, Maryland, Sijthoff-Noordhoff, 1979年,p. 197起;de Burlet (1978),同前(上文注98),p. 323起。对Charles Rousseau而言,有效国籍理论是“国际法中有效法律地位方面更普遍理论的一个特殊面”(Rousseau, 同前(上文注70),p. 112)。

¹⁰¹ O'Connell(1967年),同前(上文注44),p. 499。

¹⁰² 参看Ruth Donner所著,《国际法中的国籍规章》,第2版,(Irvington-on-Hudson, 纽约,跨国出版社,1994),p. 260;O'Connell (1967),同前(上文注44),p. 510;和Karl Zemanek所编,“非殖民化以后的国家继承”,《1965年……法院判例汇编——第三辑,第116卷p. 272。》

¹⁰³ 据法院所述,“一国不得声称[它就取得国籍所订立的]规则有权得到另一国的确认,除非其行事符合按照个人同该国的真正联系来建立国籍法律关系的一般目标,该国将针对其他国籍负起保卫其公民的工作”。《1955年国际法院的报告》p. 23。

¹⁰⁴ 《同上》,p. 22。法院的判决的确引起了一些批评。特别是有人认为,法院将有有效联系的要求从双重国籍的情况转用到了仅涉及单个国籍的情况,而且不应认为只有单一国籍的人,因为他或她同国籍国没有有效联系而仅同某一第三国有有效联系,而没有资格依赖它来针对另一国。

¹⁰⁵ 参见《联合国国际仲裁裁决的报告》,第十四卷,p. 327。

对 Nottebohm 案的判决只处理了对外交保护的要求是否可以受理的问题,并不意味着可以一般地把某一个人当作无国籍人对待。

(4) 实际上,对于确定继承国是否有权将其国籍强加给某些人方面曾考虑或采用过不同的检验办法,例如,惯常居所或出生地。例如,第一次世界大战后签订的《和平条约》以及其他的文书都以惯常居所作为基本标准。¹⁰⁶ 亦如人们业已指出的,“虽然惯常居所是最为令人满意的检验标准,可确定继承国是否有权将其国籍给予某些人,但却不能肯定地说,这是国际法所接受的唯一检验标准”¹⁰⁷ 有些编纂者赞成以在继承所涉领土上出生作为与继承国有效联系的凭证。¹⁰⁸ 在最近一些东欧国家解体的情况下,主要的重点往往是已分解的联邦国家组成部分的“公民资格”,它与联邦国籍平行共存。¹⁰⁹

(5) 第 19 条第 1 款中“联系”一词由形容词“有效”二字予以限定。其用意是为了采用国际法院在 Nottebohm 案中的术语。¹¹⁰ 虽然不承认不基于有效联系的国籍的问题,是一更为普遍的问题,但第 1 款的适用范围仅限于国家继承后获得的或保留的国籍。

(6) 第 2 款所针对的是,当有关国家以歧视性立法或任意裁定的手法,拒绝某一有关的人保留或获取其国籍的权利,因此而使此人陷入无国籍状态的问题。正如业已阐明的,对于某个有关国家处理内部事务行为上的缺陷,即使这些行为造成了无国籍状态,国际法也是无法予以纠正的。然而,这并不意味着,其它国家对此就束手无策了。确曾有过这样的一些情况,即某些国家不承认另一国家旨在剥夺某些类别人员国籍

¹⁰⁶ 然而,《Sait-Germain-en-Laye与Trianon和平条约》采用了Pertinenza(土著人)标准,而该标准不一定与惯常居所相吻合。

¹⁰⁷ O'Connell(1967年),同前(上文注44),p. 518。

¹⁰⁸ 在1925年“Romana诉Comma案”中,埃及混合上诉法庭根据此理论判定,由于罗马于1870年合并的结果,一个在罗马出生但居住在埃及的人,系为意大利国民。《国际公法案例年度摘要和报告》第3卷,第195号。

¹⁰⁹ 参见“关于国家继承中的国籍问题的第三次报告”,A/CN.4/480/Add.1号文件,对特别报告员提出的第20条草案的评注,第(5)至(10)段。

¹¹⁰ 必须指出的是,法院在判决书的英文本中也使用了“真正联系(genuine connection)”一词,法文本的相应词是“rattachement effectif”。《1955年国际法院的报告》p. 23。

的立法的效力,尽管这些并不是在国家继承背景下发生的情况:诸如,盟国对剥夺德国犹太人国籍的纳粹公民身份法所持的立场。¹¹¹

(7) 然而,第 2 款的规定不仅限于由于某一有关国家的行为所造成的无国籍状态。它还适用于因有关的人自己的疏忽而造成的无国籍情况。

(8) 第 2 款的目的是缓解这些无国籍人的情况,而不是使他们的情况更加复杂。因此,这项规定需要满足以下要求,即把这些人当作某一有关国家的国民看待是为了维护他们的利益,而不是损害他们。具体而言,这就意味着,其他一些国家把他们当作有关国家的国民,给予有利的待遇。然而,这些国家不得对他们诉诸本可用以对待该国实际国民所采取的措施,例如,(在具有采取驱逐行动的合法理由的情形下)将这些人驱逐回该国的作法。

第二部分 特定类别之国家继承的有关规定

评 注

(1) 第二部分的条款分为四节,每节专论一类国家继承即:“领土部分转让”、“国家统一”、“国家解体”和“一部分或若干部分领土的分离”。国家继承中各国关于个人之分布规则的确定,主要是在特定的国家继承情况下适用了有效国籍原则。

(2) 至于用于在第二部分中制定继承国授予国籍、先前国撤销国籍和确认选择国籍权规则的标准,委员会基于国家实践赋予了惯常居所极其重要的地位。¹¹² 然而,诸如出生地或与先前国组成部分的法律关系等其它标准,则对确定那些惯常居所在某一继承国领土范围之外的有关人员的国籍,特别是当他们因原先国的消失而失去了原先国国籍时,尤其具有重大的意义。

¹¹¹ 参见lauterpacht, 同前(上文注53)。

¹¹² 参见“关于国家继承及其对自然人和法人国籍的影响的第二次报告”,A/CN.4/474号文件,第50至81段。还请参见对第4条的评注第(4)款。关于新兴的独立国家,必须注意到,虽有些国家适用居住地为基本标准,而另有一些国家则采用诸如,出生地、血统和种族等标准。参见Yasuaki Onuma “国籍和领土的改变:探讨国家法律”《耶鲁世界公共秩序学报》第8卷(1981年),pp. 15-16;和Jacques de Burlet《自然人国籍与非殖民化》(布鲁塞尔,Bruylant, 1975年),pp. 144 - 180。

第 1 节

领土部分转让

第 20 条

赋予继承国国籍和取消先前国国籍

如果一国将其部分领土转让给另一国,继承国应将其国籍赋予在被转让领域内有惯常居所的有关的人,先前国则应取消这些人的国籍,除非这些人行使了他们应有的选择权而另有表示。但先前国不应在有关的人取得继承国国籍以前取消先前国国籍。

评 注

(1) 第 1 节只含有一条,即第 20 条,如开头一句“如果一国将其部分领土转让给另一国”所指出的,第 20 条适用于两个国家之间协商一致分割领土的情况。虽然该句提到了领土转让的标准方式,但是第 20 条所载的实质性规定经必要修改也可适用于一附属领土成为负责其国际关系国家之外一国领土一部分的情况,即适用于与殖民国家以外一国合并,成为非殖民化后非自主领土的情况。

(2) 第 20 条的规定依据的是现行国家做法:¹¹³ 在被转让领土内有惯常居所的有关的人获得继承国的国籍,从而失去先前国的国籍,除非他们选择保留后者的国籍。
114

(3) 关于未行使选择权的有关的人成为继承国国民的有效日期,委员会认为应取决于转让的具体特点:当领土转让涉及众多人口时,国籍的变化应从继承之日起生效;相反,转让涉及较少数人口时,在行使选择权期限结束后改变国籍可能较为实际。

¹¹³ 见关于国家继承中的国籍问题的第三次报告,文件A/CN.4/480/Add.1, 第(1)至(27)段,关于特别报告员提出的第17条草案的评注。

¹¹⁴ 另见《1929年哈佛国籍公约草案》第18条(b)款,其中规定:“当另一国获得一国部分领土时[...],如没有相反的条约规定,继续在该领土上有惯常居所的先前国国民即失去该国的国籍,成为继承国的国民,除非他们按照继承国法律拒绝接受该国的国籍。”见《美国国际法学报》,第23卷(特别补编)(1929年),p. 15。

后一种情况与第5条关于从继承之日起自动转换国籍的推定并无不符,因为上述推定按该条评注的解释可予驳回。

(4) 无论获得继承国国籍的日期如何,先前国都必须根据第4条遵守防止无国籍的义务,所以在该日前不得取消其国籍。¹¹⁵

(5) 虽然在有些情况下选择保留先前国国籍的权利给予居住在被转让领土上某些类别的人,但委员会认为,所有这些人都应被给予这一权利,即使这样做需要逐步发展国际法。委员会不认为需要在第20条中讨论以下问题:是否存在任何种类的先前国国民,他们的惯常居所虽然在被转让领土以外,但应给予他们获得继承国国籍的选择权利。当然,继承国在不违反第8条规定的情况下,可自由将其国籍给予他们认为与被转让领土具有适当联系的这些人。

(6) 委员会认为,根据第20条的规定选择先前国国籍从而消除了第5条中的假定的有关的人,应被认为从继承之日起保留了该国籍。所以,拥有先前国国籍的连续性没有中断。

第2节

国家统一

第21条

赋予继承国国籍

在第8条规定的限制下,当两个或多个国家合并组成一个继承国时,无论继承国是一个新国家,还是在特性上与合并的国家之一完全相同,继承国都应将其国籍赋予所有在国家继承之日具有一先前国国籍的人。

¹¹⁵ 本着同一精神,《威尼斯宣言》第12条规定,“对于无法取得继承国国籍的先前国国民,先前国不得取消其本国国籍。见欧洲委员会文件CDL-NAT(96)7 Rev.。”

《1961年减少无国籍公约》从不同的视角阐述了领土转让情况下的无国籍问题:第10条第2款规定,如果有关的人因为领土转让而成为无国籍人,若无有关条约规定,继承国应将其国籍给予这样的人。

评 注

(1) 第2节也只有一条,即第21条。如“当两个和多个国家合并组成一个继承国时,无论继承国是一个新国家,还是在特性上与合并的国家之一完全相同”一句所指出的,在国家统一涉及条约或条约以外的事项时,第21条适用于国家继承条款草案评注所述的同样情况。¹¹⁶ 委员会认为在本条案文中最好阐明两种可能的情况。

(2) 第21条预见的国家统一可能产生一个单一国家、联邦或任何其他宪法安排形式。然而,必须强调,统一后原有国家根据继承国宪法保留的单独特点的程度与本文所载规定的执行没有任何关系。¹¹⁷ 还必须强调,第21条不适用于建立不具有继承国特点的国家联盟。¹¹⁸

(3) 由于一个或多个先前国国籍的丧失是这个或这些国家国际法人格消失引起领土变更的必然结果,所以本条所述的主要问题是,给予有关的人以继承国国籍。在这种情况下,“有关的人”指这个或这些先前国国民的整体,而无论他们的惯常居所在那里。

(4) 所以,第21条规定,继承国原则上义务将其国籍给予所有有关的人。但是,对于其惯常居所在继承国领土之外,并拥有另一国籍的有关的人来说,无论这一国籍是居住国的国籍,还是任何其他第三国的国籍,继承国均不得违反其意志而强行给予国籍。例如“在第8条规定的限制下”一句,就考虑到了这一例外。

(5) 第21条的规定反映了国家的实践。在统一涉及建立一个新的国家的情况下,该国将其国籍给予新出现的所有国家的前国民,如阿拉伯联合共和国在1958年¹¹⁹和

¹¹⁶ 《1994年...年鉴》,第二卷(第一部分),p. 253及以后各页,文件A/9610/Rev.1,第30至32条草案评注;《1981年...年鉴》,第二卷(第二部分),英文版第43页,文件A/36/10,第15条草案评注。

¹¹⁷ 委员会在讨论涉及条约的国家继承条款草案第30至32条时也发表了这一意见,《1974年...年鉴》,第二卷(第一部分),英文版第253页,文件A/9610/Rev.1,第(2)段,关于这些条款评注。

¹¹⁸ 例如,欧洲共同体就是这种情况,尽管《马斯特里赫特欧洲联盟条约》规定了“联盟公民资格”。但根据第8条,“凡持有一成员国国籍的每一个人都是联盟的公民”。委员会指出,欧洲联盟对于公民资格的概念同本条款草案中设想的国籍概念并不一致。《国际法律资料》,第31卷(1992年),p. 259。

¹¹⁹ 1958年3月5日《阿拉伯联合共和国临时宪法》第2条规定:“所有持有叙利亚或埃及国籍的人均享有阿拉伯联合共和国国籍;或在本宪法生效时根据在叙利亚或埃及的法律和法令有权持有阿拉伯联合共和国国籍的人士。”(Eugène Cotran编写的案文,“组成阿拉伯联合共和国和阿拉伯联合国家的一些法律问题。”《国际法和比较法季刊》,第8卷(1959年),p. 374)。《阿拉伯联合共和国国

坦桑尼亚在 1964 年¹²⁰ 就是这样做的。当一国与具有国际人格的另一国合并而实现统一时,后者将它的国籍授予前者的所有国民。¹²¹ 例如,新加坡 1963 年加入马来西亚联邦也是这种情况。¹²² 委员会认为第 21 条阐述的规则很宽泛,足以包含继承国在两种情况下承担的义务。

(6) 委员会认为,第 21 条体现了一条习惯国际法规则。无论如何,继承国在继承之日后是唯一存在的有关国家,不能与另一有关国家缔结协议,这样做将背离任何条款。而且,难以想象继承国可以不同的方式“实施第一部分的规定”。

第 3 节

国家解体

第 22 条

赋予继承国国籍

在一个国家解体,不复存在,先前国领域的不同部分形成两个或多个继承国的情况下,除非有关的人行使选择权而另有表示,每一继承国应将其国籍赋予:

(a) 在其领域内有惯常居所的有关的人;和

(b) 在第 8 条的限制下:

(一) 不适用(a)项,但与成为该继承国一部分的先前国某一组成单位有适当法律联系的有关的人;

籍法》第1条重新颁布了这项规定。

¹²⁰ 旨在归并有关国籍的法律的1995年10月10日《坦桑尼亚国籍法》第二部分第4.(1),(2),(3)节规定,“在合并日期之前为坦噶尼喀共和国或桑给巴尔人民共和国公民的每一个人应被视为自合并日期起成为联合共和国的公民。”这些规定的范围包括基于出生、登记、入籍或继承而成为两个先前国中任何一个的公民的人。

¹²¹ 《1929年哈佛国籍公约草案》只论述了通过合并实现统一的情况。第18条(a)款规定,“当一国的全部领土被另一国取得,第一国的国民成为继承国的国民,除非他们按照其法律规定拒绝取得继承国国籍。”见《美国国际法学报》,第23卷(特别补编)(1929年),英文版第15页。该款的评注强调,这一规则“适用于入籍的人以及出生取得国籍的人。”见同上,p. 61。

¹²² 统一时,成为新加坡公民的人取得联邦的国籍,但保留作为联邦组成部分之一的新加坡的公民地位(Goh Phai Cheng,《新加坡国籍法》(新加坡教育出版社),pp. 7至9。见新加坡提交的材料。)通过合并实现统一的其他实例,如夏威夷并入美国和德国统一,见关于国家继承中的国籍问题的第三次报告,关于特别报告员所提第18条草案评注的文件A/CN.4/480/Add.1,第(2)段、第(5)段至(6)段。

(二) 没有资格按照(a)款和(b)款第(一)项取得任何有关国家的国籍,惯常居所在第三国的有关的人,如果有关的人在成为该继承国领域的地方出生,或在离开先前国以前最后惯常居住于成为继承国领域的地方,或与该继承国有任何其他适当联系。

第 23 条

由继承国给予选择权

1. 各继承国应将选择权给予适用第 22 条的规定、有资格取得两个或多个继承国国籍的一切有关的人。
2. 每一继承国应将选择其国籍的权利给予不适用第 22 条规定的有关的人。

评 注

(1) 第 3 节包含第 22 条和第 23 条两个条文,适用于国家解体的情况,同部分领土分离的情况有所区别,后者是第 4 节处理的对象。虽然在实践上并不总是容易明确区别上述两种情况,这种区别是必要的。当一国由于解体而消失,它的国籍也消失了,而在部分领土分离的情况下,先前国继续存在,它的国籍也继续存在。¹²³

(2) 在先前国解体后它的各部分没有成为独立国家、而并入预先存在的国家的情况下,第 22 条和第 23 条所体现的实质性规则可以比照适用。在这种情况下,第 22 条和第 23 条所载述的义务对于上述国家来说是义不容辞的。

(3) 由于先前国国籍的丧失是国家解体的必然结果,第 3 节中所处理的问题是将继承国的国籍给予有关的人,并将选择权给予某些类别的有关的人。

(4) 每一继承国的国民的核心体由(a)参照惯常居所标准予以界定,这一点同第 4 条中的假设一致。国际法专家普遍接受的这个标准¹²⁴大规模地具体用于解决奥地利—匈牙利君主国解体后给予国籍的问题。¹²⁵

¹²³ 为了可以比较的理由,委员会也在处理关于条约事项以外的国家继承的情况下区别“解体”和“分离”。见《1981年...年鉴》,第二卷(第二部分),p. 45, 文件A/36/10, 第16条和第17条草案评注第(3)段。

¹²⁴ 见奥努马,同前(上文注112),提到各个评注者的注5。

¹²⁵ 关于奥地利—匈牙利君主国解体——也涉及两个君主核心的瓦解——对国籍的影响有较为一致的规定。《圣日尔曼昂莱条约》第64和第65条规定:“奥地利承认并宣布凡在本条约生效之日在奥地利领土内而不是任何其他国家国民、拥有公民权(*pertinenza*)的人,不需任何手续依事实成为奥地利人。”(关于国籍的法律,同前,p. 586。)《特里亚农和平条约》关于取得匈牙利国籍的第56和57条也有类似的规定。(同上,p. 587。)关于公民权(*pertinenza*)概念的含糊之处,见上文注104。

(5) 在南斯拉夫和捷克斯洛伐克最近解体的情况下,有些继承国以有无构成联邦的各共和国的公民权¹²⁶ 作为确定国民的主要标准,而不顾其惯常居所所在地。¹²⁷ 因此,其惯常居所在某一继承国领土内的一些先前国国民并没有取得继承国的国籍。继承国的法律载有关于这些人如何取得其国籍的单独条款。¹²⁸ 在有可能取得居住国国籍的情况下,几乎一律利用了他们的机会。¹²⁹ 在这种机会极为有限的情况下,就会在实践上引起重大的困难。¹³⁰

(6) 委员会在研讨国家实践,包括一些最近的事态发展时,重申了惯常居所的重要性,决定只对住在某一继承国领土以外的人采取一国组成单位的“公民资格”的做

¹²⁶ 如同雷哲克所指出的,“在有些联邦里,联邦各族基于对共和国的忠诚而共处,联邦有时得到授权,就这类事项进行立法。... 联邦的国籍只是按照受各共和国的不同立法制约的规则所取得的联邦国家的国籍而已。”(同前,(上文注28)pp. 342-343)

¹²⁷ 见1991年6月5日《斯洛文尼亚公民资格法》第39条(“中欧和东欧国家的国籍、少数民族和国家继承问题”,第1号文件,CEDIN, 巴黎第十大学(农泰尔)圆桌会议,1993年12月)。1991年6月26日《克罗地亚国籍法》第35条和第37条(同上);《南斯拉夫公民资格法》第46条,(第33/96号,见南斯拉夫提交的材料);1992年12月29日《捷克公民资格的取得和取消法》第1条(第40/1993号,法律汇编,见捷克共和国提交的材料);1993年1月19日《斯洛伐克共和国公民资格法》第2条(第40/1993号,见斯洛伐克提交的材料);1992年11月12日《前南斯拉夫的马其顿共和国公民资格法》第26条第1款(见Carol Batchelor, Philippe Leclerc, Bo Schack, 《南斯拉夫社会主义联邦共和国解体所涉公民资格和预防无国籍状态问题》(难民署,1997年4月3日),p. 21);1992年10月6日《波斯尼亚和黑塞哥维那公民资格法》第27条(同上,p. 27)。

¹²⁸ 因此,1991年6月5日《斯洛文尼亚公民资格法》第40条规定:“在1990年12月23日斯洛文尼亚共和国独立自治全民投票日在斯洛文尼亚共和国境内拥有长期居留权的〔南斯拉夫联邦〕另一个共和国公民,而且实际上居住在斯洛文尼亚共和国境内,可以取得斯洛文尼亚共和国公民资格,条件是必须向主管其居住的社区内的行政机关提出申请.....”(“中欧和东欧国家的国籍、少数民族和国家继承”,文件1,同前(上文注127));1991年6月26日《克罗地亚国籍法》第30条第2款规定:凡属克罗地亚民族、在本法生效之日并不持有克罗地亚国籍、但可证明至少在克罗地亚共和国内合法居留十年的人士,如果提出书面声明表示自认为是克罗地亚公民,即视为克罗地亚公民(同上);1993年4月修订的《波斯尼亚和黑塞哥维那公民资格法》第29条规定:截至1992年4月6日居住在波斯尼亚和黑塞哥维那领土上的前南斯拉夫社会主义共和国联邦的所有公民自动成为波斯尼亚和黑塞哥维那的公民(Carol Batchelor, Philippe Leclerc, Bo Schack, 同前(上文注127),p. 27)。

¹²⁹ 例如,捷克共和国的做法显示,在其领土上几乎所有的常住居民没有根据上述法律标准取得国籍的人,都依照捷克立法,通过选择取得了捷克国籍。于是,1993年1月1日到1994年6月30日这段期间,约有376,000名斯洛伐克公民取得了捷克公民资格,大多数系依照捷克法第18条的选择取得的。见欧洲委员会关于公民资格的专家报告,同前(上文注35),第22段和注7。

法。同样,《威尼斯宣言》第 8 条(a)款确认了这一规则:“在所有国家继承的情况下,继承国应将其国籍给予惯常居所在其领土上的先前国的所有国民。”¹³¹

(7) (b)款载述了将继承国国籍给予惯常居所在其领土以外的有关的人的规则。

(8) 继承国将其国籍给予这种人的义务以及这样做的权利当然受到第 8 条之规定的限制,(b)款的起首语载明了这一点。第(一)项涉及惯常居所在第三国或在另一继承国的有关的人。所适用的标准是“与已经成为继承国一部分的先前国某一组成单位有适当法律联系”。当然,这个标准只可用于根据该国的国内法,在先前国的组成单位和有关的人之间存在法律性质的联系的情况。如上所述,这大多属于一些联邦国家的情况。¹³²

(9) 在适用第(一)项的情况下,惯常居所在某一继承国领土以外的有关的人大多属于这个类别,而第(二)项则在相当特殊的情况下对尚未为第(一)项所包括的人起作用。

(10) 第(二)项只处理在第三国有惯常居所的有关的人,也就是在国家继承日期在先前国的领土以外有惯常居所的人。第(二)项中提到的标准是在国家实践中最常用的标准,即:出生地和先前国领土上的上一个惯常居所所在地。但是,委员会不愿意排除其他标准的使用,所以说“或与继承国有其他适当联系。”与此同时,它强调,任何此类标准的使用必须同第 15 条所规定的关于不歧视的一般义务一致。

(11) 第 22 条不处理继承国给予其国籍的方式问题。继承国可根据这个条款履行其义务,要么将国籍自动给予有关的人,要么让这种人行使选择权取得国籍。

(12) 第 22 条中的标准的适用可能导致有关的人有资格取得多于一个继承国的国籍。在这种情况下,国籍的给予将取决于这种人的选择,第 22 条的起首语载明了这一点。此外,(b)款不得妨害第 8 条的规定,即一国不得将其国籍给予惯常居所在其领土以外、并不愿意成为其国民的有关的人。因此,一国为了履行(b)款义务可以通过“选择要”的办法,或依法给予国籍,但有关的人可以“选择不要”。

(13) 第 23 条第 1 款规定有资格取得两个或在某些情况下甚至多于两个继承国国籍的有关的人的选择权。如果有关的人惯常居所在某一继承国,在先前国解体以前

¹³⁰ Carol Batchelor, ^{Philippe} Leclerc, Bo Schack, 同前(上文注127),p. 4起。

¹³¹ 欧洲理事会文件CDL-NAT(96) 7 rev。

¹³² 见上文注126。

已经有了后来成为另一继承国的一部分的先前国某一组成单位的“公民资格”,就有可能发生这种“多重资格”。在国家实践中,出现了关于在上述情况下给予有关的人以选择权的若干最近的事例。¹³³ 如果惯常居所在第三国的有关的人在成为某一继承国一部分的领土上出生、但同另一继承国也有家庭关系等适当联系,也会发生这种情况。第 23 条第 1 款并不是为了限制继承国将选择权给予另一些类别的有关的人的自由。

(14) 第 2 款处理的有关的人是惯常居所在第三国且不属于第 22 条(b)款涵盖范围的人,例如从前不是居民、但通过父子关系或归化取得国籍的人。除非这些人具有第三国的国籍,就会成为无国籍人。但是,第 2 款中所设想的选择,其目的并不限于避免无国籍状态,这种无国籍状态可以根据第 11 条第 2 款加以解决。其目的是进而使这种人能够取得至少一个继承国的国籍,从而实现第 1 条中所载述的取得国籍的权利。

第 4 节

一部分或若干部分领土分离

第 24 条

赋予继承国国籍

如果一个国家的一部分或几个部分的领土从该国分离而形成一个或多个继承国,在先前国继续存在的情况下,除非有关的人行使选择权而另有表示,继承国应将其国籍赋予:

¹³³ 《斯洛伐克共和国公民资格法》第3条第1款规定,凡在1992年12月31日为捷克斯洛伐克联邦共和国公民而没有依事实取得斯洛伐克公民资格的人,有权选择斯洛伐克公民资格。这主要涉及由于捷克法律,依法成为捷克国民、但其惯常居所在斯洛伐克的人。(见斯洛伐克提交秘书处的材料。)同样,关于公民资格的取得和丧失的捷克法律第18条规定,除了关于依法取得捷克国籍的条款外,可以根据一项声明取得捷克国籍。(见捷克共和国提交秘书处的材料。)另一个事例是《南斯拉夫公民资格法》(第33/96号)。除了有关依法取得国籍的基本条款外,第47条规定:“在南斯拉夫社会主义联邦共和国宪法颁布日期在南斯拉夫领土上有惯常居所的、联邦另一共和国的任何公民均可取得南斯拉夫公民资格。”(见南斯拉夫提交秘书处的材料)。

(a) 在其领域内有惯常居所的有关的人;和

(b) 在第 8 条规定的限制下:

(一) 不适用(a)项,但与成为该继承国一部分的先前国某一组成单位有适当法律联系的有关的人;

(二) 没有资格按照(a)款和(b)款第(一)项取得任何有关国家的国籍,惯常居所在第三国的有关的人,如果有关的人在成为继承国领域的地方出生,或在离开先前国以前最后惯常居住于成为继承国领域的地方,或与该继承国有任何其他适当联系。

第 25 条

取消先前国国籍

1. 先前国应取消按照第 24 条有资格取得继承国国籍的有关的人的国籍,但不应在有关的人取得继承国国籍以前取消先前国国籍。

2. 除非有关的人行使选择权而另有表示,在下列情况下,先前国不应取消第 1 款所指的人的国籍:

(a) 该人在其领域内有惯常居所;

(b) 不适用(a)项,但该人与仍然为先前国一部分的先前国某一组成单位有适当法律联系;

(c) 该人的惯常居所在第三国,但在仍然为先前国领域的地方出生,或在离开先前国以前最后惯常居住于仍然为先前国领域的地方,或与该国有任何其他适当联系。

第 26 条

由先前国和继承国给予选择权

先前国和继承国应将选择权给予第 24 条和第 25 条第 2 款规定所涉及,有权得到先前国和继承国国籍或者两个或多个继承国国籍的有关的人。

评 注

(1) 第 4 节由第 24、25 和 26 条这三个条款组成,适用于领土的一部分或多部分分离的情况。上文第 3 节的评注中解释了这种情形与国家解体之区别。如委员会在

对有关除条约以外事项之国家继承的草案第 14 和 17 条评注中强调,¹³⁴ 国家领土一部或多部分分离也必须与产生新独立国家的情况相区分,这类国家的领土在继承日期之前有与接受国的领土相互分离和区别的地位”。¹³⁵

(2) 但是,第 24 至 26 条中的实质性规则经必要修改可适用于产生新独立国家的任何情况。

(3) 由于在实践中有时难以将解体的分离区别开来,委员会认为,适用于这两种情况的规则必须是相等的。因此,关于给予继承国国籍的第 24 条是沿用第 22 条的方式拟订的。

(4) 第 24 条(a)款规定,继承国须将其国籍给予惯常居住在其领土内的有关的人。必须提及,1929 年《哈佛国籍法公约》草案第 18 条(b)款含有关于分离的一条相似规定。¹³⁶

(5) 第一次世界大战后,建立但泽自由市¹³⁷ 和奥匈君主国¹³⁸ 解体的实践适用了这一规则。在较近期,孟加拉 1971 年脱离巴基斯坦¹³⁹ 和乌克兰¹⁴⁰ 与白俄罗斯¹⁴¹ 在苏联解体后独立也适用了这一规则。还可指出,一些新独立的国家也在实践

¹³⁴ 《1981年年鉴》第二卷(第二部分),pp. 37和45,文件A/36/10,对草案第14条的评注第(2)段和对第7条的评注的第(5)段。

¹³⁵ 见《关于各国依联合国宪章建立友好关系和合作的国际法原则宣言》,大会1970年10月24日第2625(XXV)号决议附件。

¹³⁶ 该规定为,“如无与之相反的条约规定,当一国领土成为一个新国家的领土时,前一个国家中继续惯常居住在此一领土之内的国民就失去原国籍而成为继承国的国民,除非他们依继承国的法律放弃这一国籍(American Journal of International Law)第23号(特别补编)(1929年),p. 15。

¹³⁷ 见凡尔赛和约第105条,关于国家继承的材料,同前p. 489。

¹³⁸ 见《圣日耳曼昂莱和约》第70条,同上p. 496。这一规则同样适用于分离后产生的国家和解体后产生的国家。《对波凡尔赛和约》、《对捷克斯洛伐克的圣日耳曼昂莱条约》、《对塞尔维亚、克罗地亚、斯洛文尼亚的圣日耳曼昂莱条约》和《对罗马尼亚的巴黎条约》的各自第3条也体现了这一规则。(见Martens, *Nouveau recueil général de traités*, third series, vol. XIII, pp. 505、514、524和531)。

¹³⁹ 给予孟加拉国国籍时的主要标准的是在领土内居住,不论任何其他考虑,但是该领土境内的非孟加拉国居民必须作出简单的声明方可被承认为孟加拉国国民;他们也可选择巴基斯坦国籍。(见M. Rafiqul Islam, “孟加拉国的国籍法和惯例”,载于Ko Swan Sik(主编)《亚洲观点中的国籍和国际法》(Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1990),pp. 5至8。

¹⁴⁰ 1991年10月8日第1635XII号乌克兰公民资格法第2条(见乌克兰提交秘书处的材料)。

¹⁴¹ 经1993年6月15日法和向白俄罗斯最高苏维埃1993年6月15日声明修正的1991年10月18日白俄罗

中使用了惯常居住地的标准。¹⁴²

(6) 新加坡 1965 年脱离马来西亚联邦时使用的是一个不同的标准,即新加坡的“公民资格”是联邦的一个构成单元,与联邦的国籍并行存在。¹⁴³ 但厄立特里亚与埃塞俄比亚分离¹⁴⁴ 适用的是另一个标准,即出生地标准,这很可能是受了一些新独立国家早先实践的启发。¹⁴⁵

(7) 如在第 22 条中处理解体的方式一样,委员会决定用惯常居住地标准确定一个继承国的核心人口,同时考虑到有普遍性的实践及在这方面用其他标准具有的缺点,如使许多人在家园故地成为外国人。¹⁴⁶

(8) 关于(b)款,在第 24 条中纳入该款的原因与在第 22 条中纳入(b)款的原因相同。¹⁴⁷ 所以,对后者的评注也与第 24 条(b)款有关。

(9) 第 25 条第 1 款处理的是因取得继承国国籍而必然取消先前国国籍的问题。这一规定的基础是国家实践,除一些不一致以外,这方面的实践表明,在很大程度上这种取消是有关的人取得继承国国籍的自动后果。¹⁴⁸ 取消先前国的国籍有两个条件。第一,有资格取得继承国国籍的人不选择按第 26 条的规定保留先前国国籍。第 25 条第 1 款中提到的第 24 条起首语载述了这个条件。第二,此种取消不应发生在实际取

斯共和国公民资格法第2条(见白俄罗斯提交秘书处的材料)。

¹⁴² 见奥努马,同前(上文注112),p. 15。

¹⁴³ Goh Phai Cheng, 同前(上文注122), p. 9。一些新独立的国家为了在非殖民化过程中界定其主要国民也使用了相似的标准。见de Burlet(1975), 同前, p. 120,他提到了“nationalités spéciales” créées en vue d’une indépendance future [qui] n’étaient destinées à s’épanouir pleinement qu’avec cette indépendance”。见 pp. 124和129。又见奥努马提到的菲律宾例子,同前(上文注112),注96。

¹⁴⁴ 见厄立特里亚国籍宣言,1992年4月6日第21/1992号(案文见1993年4月23日至25日)厄立特里亚——独立公决,(非洲美洲学会),pp. 80至84)。

¹⁴⁵ 此种实践的例子见奥努马,同前(上文注112),pp. 13-14及关于国家继承中的国籍的第三次报告,文件A/CN.4/480/Add.1, 对特别报告员提出的草案第23条的评注第(15)至(18)段。

¹⁴⁶ 见奥努马,同前(上文注136),p. 29。

¹⁴⁷ 见上文第3节(7)至(10)段评注。关于使用第24条(b)款(一)项所提标准的实践,见上文注164。第(二)项所列出生地标准的使用见关于国家继承中的国籍问题的第三次报告,文件A/CN.4/Add.1, 对特别报告员所提第23条草案的评注(5)和(6)段。又见《乌克兰公民资格法》第2条第(2)款,其中规定,乌克兰公民包括“在乌克兰出生或经证明在出国前在乌克兰常住的、不属其他国家国民的,于本法颁布后五年之内表示愿意成为乌克兰公民的其他国常住居民”(见乌克兰提交秘书处的材料)。

¹⁴⁸ 国家实践的例子见关于国家继承中的国籍问题的第三次报告,文件A/CN.4/Add.1,对特别报告员所提第24条草案的评注第(1)至(8)段。关于理论,见上文注136。

得继承国国籍之前。这项条件的目的是避免无国籍状态,即使只是暂时的无国籍状态,过早取消国籍可能引起这种后果。¹⁴⁹

(10) 第 25 条第 2 款列有有资格取得继承国国籍,但除非他们自选继承国国籍,先前国不得取消其国籍的人员类别。确定这些类别的人时使用的标准与第 24 条中的标准相同。

(11) 第 26 条处理的是选择权。在国家实践当中有很多领土一部或多部分离时给予选择权的例子。¹⁵⁰

(12) 第 26 条既包含在先前国和继承国之间的国籍选择,也包括在两个或更多继承国之间的国籍选择。与第 20 条就领土转移的规定相反,在领土一部或多部分离时,并没有设想可取得继承国国籍的所有有关的人都有权选择保留先前国的国籍。这项权利仅限于同时符合第 24 条中的标准和第 25 条第 2 款中标准之一的人。例如,如果有关的人惯常居住在某第三国,出生在成为继承国的领土内,但在出国之前的最后常居地位于先前国剩余领域之内,即属此列。

(13) 同样,只有当有关的人按第 24 条的规定有资格取得一个以上继承国的国籍时,他们才有在两个或更多继承国的国籍之间作出选择的权利,除(b)款(一)项之标准适用的情况以外,仅为惯常居住于第三国的某些有关的人设想了选择权。

(14) 与第 23 条的情况一样,第 26 条无意限制有关国家将选择权给予另一些类别的有关的人的自由。

¹⁴⁹ 又见《威尼斯宣言》第12条,其中禁止先前国在国民未取得继承国国籍时即取消其国籍。欧洲理事会文件,CDL-NAT (96) 7 rev。

¹⁵⁰ 见关于国家继承中的国籍问题的第三次报告,文件A/CN.4/480/Add.1,对特别报告员所提第25条草案的评注第(1)至(5)款。

第 五 章

国 家 责 任

A. 导 言

49. 委员会 1949 年第一届会议选定国家责任为其认为适合编纂的一个专题。大会 1953 年 12 月 7 日第 799(VIII)号决议要求委员会一俟认为时机成熟,即着手编纂有关国家责任的国际法原则。因此,委员会 1955 年第七届会议决定开始对国家责任进行研究,并指定加西亚·阿马多先生担任该专题特别报告员。自 1956 年至 1961 年,特别报告员连续向委员会的六届会议提出六份报告,全面论述对外国人人身及其财产造成损害的责任问题。¹⁵¹

50. 委员会 1962 年第十四届会议设立了一个小组委员会,其任务是编写一份初步报告,载列有关今后研究工作范围和方法的建议。¹⁵²

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

52. 委员会自 1969 年第二十一届会议至 1979 年第三十一届会议收到特别报告员的八份报告。¹⁵³

53. 委员会 1975 年第二十七届会议通过了关于“国家责任”专题条款草案的大纲,设想条款草案的结构如下:第一部分涉及国际责任的起源;第二部分涉及国家责

¹⁵¹ 《1996年国际法委员会年鉴》,第二卷,p.229。

¹⁵² 同上,p.229起。

¹⁵³ 特别报告员的八份报告见:《1969年国际法委员会年鉴》,第二卷,A/CN.4/217和Add.1号文件,pp.125-156;《1970年国际法委员会年鉴》,第二卷,A/CN.4/233号文件,pp.177-198;《1971年国际法委员会年鉴》,第二卷(第一部分),A/CN.4/246和Add.1-3号文件,p.99;《1972年国际法委员会年鉴》,第二卷,A/CN.4/246和Add.1号文件,p.71;《1976年国际法委员会年鉴》,第二卷(第一部分),A/CN.4/291和Add.1和2号文件,p.3-55;《1977年国际法年鉴》,第二卷(第一部分),A/CN.4/302和Add.1-3号文件;《1978年国际法委员会年鉴》,第二卷(第一部分),A/CN.4/318和Add.1-4号文件及1980年A/CN.4/318和Add.5-7号文件。

任的内容、形式和程度;委员会可能决定列入的第三部分涉及争端的解决和国际责任的履行。¹⁵⁴

54. 委员会 1980 年第三十二届会议一读时通过有关“国际责任的起源”的条款草案第一部分。¹⁵⁵

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

56. 委员会自 1980 年第三十二届会议至 1986 年第三十八届会议收到威廉·里普哈根先生提交的七份报告,¹⁵⁶ 内容涉及该主题的第二和第三部分。¹⁵⁷

57. 委员会 1987 年第三十九届会议任命加埃塔诺·阿兰焦—鲁伊斯先生担任特别报告员,接替任期于 1986 年 12 月 31 日届满的威廉·里普哈根先生。委员会自 1988 年第四十届会议至 1996 年第四十八届会议收到加埃塔诺·阿兰焦—鲁伊斯先生提交的八份报告。¹⁵⁸

¹⁵⁴ 《1975年国际法委员会年鉴》,第二卷,pp.55-59,A/10010/Rev.1号文件,第38段至51段。

¹⁵⁵ 《1980年国际法委员会年鉴》,第二卷(第二部分),pp.26-63,A/35/10号文件,第三章。

¹⁵⁶ 特别报告员的七份报告见:《1980年国际法委员会年鉴》,第二卷(第一部分),p.1,A/CN.4/330号文件;《1981年国际法委员会年鉴》,第二卷(第一部分),p.79,A/CN.4/334号文件;《1982年国际法委员会年鉴》,第二卷(第一部分),p.22,A/CN.4/354号文件;《1983年国际法委员会年鉴》,第二卷(第一部分),p.3,A/CN.4/366和Add.1号文件;《1984年国际法委员会年鉴》,第二卷(第一部分),p.1,A/CN.4/380号文件;《1985年国际法委员会年鉴》,第二卷(第一部分),p.3,A/CN.4/389号文件;及《1986年国际法委员会年鉴》,第二卷(第一部分),p.107,A/CN.4/397和Add.1号文件。

¹⁵⁷ 委员会1983年第三十四届会议将条款草案第二部分第1至6条提交起草委员会审议。委员会1985年第三十七届会议决定将条款草案第二部分第7至16条提交起草委员会审议。委员会1986年第三十八届会议决定将条款草案第三部分第1至5条及其附件提交起草委员会审议。

¹⁵⁸ 特别报告员的八份报告见:《1986年国际法委员会年鉴》,第二卷(第一部分),p.6,A/CN.4/416和Add.1号文件;《1990年国际法委员会年鉴》,第二卷(第一部分),A/CN.4/425和Add.1号文件;《1991年国际法委员会年鉴》,第二卷(第一部分),A/CN.4/440和Add.1号文件;A/CN.4/444和Add.1-3号文件;A/CN.4/453和Add.1和Corr.1-3和Add.2-3号文件;A/CN.4/461和Add.1-2号文件;A/CN.4/469和Corr.1(英文本)和Add.1-2号文件;A/CN.4/476和Corr.1(英文本)和Add.1号文件。委员会1989年第四十一届会议将条款草案第二部分第二章第6和7条(国际不法行为的法律后果)提交起草委员会审议。委员会1990年第四十二届会议将条款草案第二部分第8、9、10条提交起草委员会审议。委员会1992年第四十四届会议将条款草案第11至第14条和第5(之二)条提交起草委员会,以备列入条款草案第二部分。委员会1993年第四十五届会议将条款草案第三部分第1至第6条及所附附件提交起草委员会审议。委员会1995年第四十七届会议将条款草案第一部分第15至20条,和准备列入草案第

58. 委员会第四十七届会议结束时暂时通过下列条款草案,列入第二部分:第 1 至第 5 条¹⁵⁹ 和第 6 条(停止不法行为)、第 6 条之二(赔偿)、第 7 条(恢复原状)、第 8 条(补偿)、第 10 条(满足)、第 10 条之二(保证不重复)、¹⁶⁰ 第 11 条(受害国的反措施)、第 13 条(相称)和第 14 条(禁止采取的反措施)。¹⁶¹ 委员会还收到起草委员会第 12 条案文(与采取反措施有关的条件),并推迟就该条案文采取行动。¹⁶² 委员会第四十七届会议还暂行通过下列条款草案,列入第三部分:第 1 条(谈判)、第 2 条(斡旋与调停)、第 3 条(调解)、第 4 条(调解委员会的任务)、第 5 条(仲裁)、第 6 条(仲裁法庭的职权范围)、第 7 条(仲裁裁决的效力)和附件第 1 条(调解委员会)和第 2 条(仲裁法庭)。

59. 在委员会第四十八届会议上,阿兰焦—鲁伊斯先生宣布辞去特别报告员一职。委员会结束了关于国家责任的条款草案第二和第三部分的一读工作,决定根据其《章程》第 16 条和第 21 条,经由秘书长将委员会一读暂时通过的条款草案¹⁶³ 转递各国政府征求评论意见,并要求在 1998 年 1 月 1 日之前将这些评论意见提交秘书长。

60. 委员会第四十九届会议设立了国家责任问题工作小组,处理有关该专题二读的事项。¹⁶⁴ 委员会还任命詹姆斯·克劳福德先生担任特别报告员。

61. 大会第五十二届会议建议,考虑到各国政府以书面或在大会辩论中以口头表达的评论意见,国际法委员会应继续进行关于其目前方案各个专题的工作,包括国

三部分的新的第 7 条提交起草委员会审议。第 15 条至第 20 条涉及根据条款草案第一部分第 19 条定为罪行的国际不法行为的法律后果。

¹⁵⁹ 附有评注的第 1 至第 5 条(第 1 款)案文,见《1985 年国际法委员会年鉴》,第二卷(第二部分),p.24 起。

¹⁶⁰ 附有评注的第 5 条第 2 款和第 6 条(之二)、第 7、第 8 和第 10 条以及第 10 条(之二)案文,《大会正式记录,第四十八届会议,补编第 10 号》(A/48/10),p.90 起。

¹⁶¹ 第 11、第 13 和第 14 条案文,见《大会正式记录,第四十九届会议,补编第 10 号》(A/48/10),脚注 362。委员会通过第 11 条时达成一项谅解,即可能要根据最后通过的第 12 条案文重行审议第 11 条(见同上,第 352 段)。

¹⁶² 见同上,第 352 段。

¹⁶³ 委员会第四十八届会议工作报告《大会正式记录,第五十一届会议,补编第 10 号》(A/51/10),第 95 至 122 页。第 42 条第 3 款和第 47、第 48 和第 51 至第 53 条及其评注见同上,第 122 页起。

¹⁶⁴ 委员会根据工作组建议通过的二读审议该专题的指导方针《大会正式记录,第五十一届会议,补编第 10 号》(A/51/10),第 161 段。

家责任的专题。大会还回顾,委员会就其 1996 年第四十八届会议一读通过的国家责任条款草案征求各国政府意见十分重要。

62. 委员会第五十三届会议面前有特别报告员克劳福德先生的第一次报告。报告涉及与草案有关的一般问题,“罪行”与“不法行为责任”的区分,及草案第一部分第 1 至第 15 条。¹⁶⁵ 委员会面前还有各国政府对委员会一读暂时通过的条款草案提出的评论。¹⁶⁶ 在审议了第 1 至第 15 条之二之后,委员会将这些条款交给了起草委员会。

63. 在同届会议上,委员会注意到了起草委员会关于第 1、3、4、7、8、8 之二、9、10、15、15 之二和 A 条的报告。委员会还注意到删除第 2、6、和第 11 至第 14 条。

B. 本届会议审议这个专题的情况

64. 委员会本届会议面前有各国政府对委员会一读暂时通过的条款草案提出的评论和意见(A/CN.4/488 和 Add.1-3 和 A/CN.4/492),及特别报告员詹姆斯·克劳福德先生的第二次报告(A/CN.4/498 和 Add.1-4)。报告继续了 1998 年开始的工作,根据各国政府的评论、国家实践的发展、司法裁决和文献审议条款草案。委员会 1999 年 5 月 4 日至 28 日、6 月 15 日至 23 日和 7 月 8 日至 9 日第 2566 次至 2571 次会议、第 2573 次至 2574 次会议、第 2587 次至 2592 次会议和第 2599 次至 2600 次会议审议了该报告。

65. 委员会决定将下列条款草案交给起草委员会:第 16 条至第 18 条第(1)和(2)款,第 19 条第(1)款,5 月 11 日第 2570 次会议;第 18 条第(3)至(5)款,和第 20 条至第 26 条之二,5 月 19 日第 2574 次会议;第 27 条至第 28 条之二,5 月 28 日第 2578 次会议;第 29 条,6 月 16 日第 2588 次会议;第 29 条之二和第 29 条之三第(1)款,6 月 17 日第 2589 次会议;第 34 条之二第(1)款和第 35 条,6 月 22 日第 2591 次会议;第 31 条至第 33 条,6 月 23 日第 2592 次会议;和第 30 条,7 月 9 日第 2600 次会议。¹⁶⁷

¹⁶⁵ A/CN.4/490和Add.1-2和Add.2/Rev.1(仅有法文本),Add.2/Corr.1(仅有阿拉伯文、中文、英文、俄文和西班牙文本),Add.3-4和Add.4/Corr.1和Add.5-6。

¹⁶⁶ A/CN.4/488和Add.1-3。

¹⁶⁷ 委员会6月22日第2591次会议决定在就有关反措施的第30条和第47至第50条作出最后决定之前,

66. 委员会 7 月 19 日第 2605 次和第 2606 次会议注意到起草委员会关于第 16、18、24、25、27、27 之二、28、28 之二、29、29 之二、29 之三、31、32、33 和第 35 条的报告。委员会还注意到删除第 17、19(1)、20、21、22、¹⁶⁸ 23、26 和第 34 条¹⁶⁹。

1. 特别报告员第二次报告的结构概览

67. 特别报告员提到第六委员会在大会第五十三届会议以及联合国之外各方面对他的第一次报告(A/CN.4/490 和 Add.1-6)和对总的国家责任专题的反应。

68. 他说:第六委员会的讨论极有助益。对于草案第一部分第 19 条等未决问题,第六委员会感兴趣地等待着本委员会的结论,不预先加以论断。他指出:第六委员会没有就起草委员会暂时通过的第 1 条至第 15 条之二提出具体批评;还说:一般认为,这些条款草案不必经过重大的修改即可获得通过。

69. 特别报告员介绍他的 1999 年报告说,这份报告分为五个部分。第一部分涉及条款草案第三章,载述违背国际义务问题(A/CN.4/498);第二部分涉及第四章,载述一国牵连另一国的国际不法行为(A/CN.4/498/Add.1);第三部分集中载述一系列与第五章有关的极其重要的问题,即解除不法性的情况(A/CN.4/498/Add.2);第四部分是一个附件,简要地对迄今未探讨过的干预订约权利问题作了比较性评述,这个问题涉及条款草案第四章(A/CN.4/498/Add.3);第五部分载述有关反措施的若干原则问题。

2. 第三章(违背国际义务)

(a) 特别报告员介绍对第三章的着手方式

70. 特别报告员说,处理违背国际义务问题的条款草案第一部分第三章意图拟订已经由委员会暂时通过的第 3 条中所载述的基本原则,据此,责任的产生是基于两

暂不审议提议的第30条之二草案(另一国先不遵守引起的不遵守)。

¹⁶⁸ 一读通过的第22条有关穷尽当地补救办法问题。特别报告员提议了第26条之二的新的案文。起草委员会决定保留关于该条内容的讨论。

¹⁶⁹ 起草委员会通过的第34条(自卫)为第29条之三。

种情况:第一、可归于国家的有关行为,无论该行为是作为或不作为(第二章已经处理了责任归属问题);第二、该行为构成该国对一国际义务的违背。国内法体系的文献往往相当广泛地处理违背义务问题,与此构成强烈反差的现象表现在:有关国际责任的国际文献很少论述这个问题。因此,第三章的拟订是当时的特别报告员阿戈先生所作的开拓性努力,其出发点很少超出海牙编纂会议的探讨范围。就此而论,在一读通过大多数条款 20 多年以后,目前已有可能加以批评并就替代性办法提出建议,其含义是这个努力本身没有受到任何特别的批评。各条款,尤其是其评注,是具有价值的,应该加以保留。

71. 但是,在组成第二部分的各章中,第三章是受到各国政府和评论者批评得最多的一章,其原因在于:案文过于精细、失之繁杂、有时候还难于理解。在处理第三章时,有必要穿越它那充满了精确区别和条件限制的知性氛围。虽然他在第二次报告中对这个专题的处理方式本身可能过于精细与复杂,但为了彻底处理这些问题,却有必要采取这种着手方式。

72. 在个别讨论这些条款之前,应该提到一些一般性问题。第一个问题是初级义务和次级义务的区别。条款草案已假定有国际法上的缔约过程、乃至更加普遍的立法过程所产生的初级义务存在,并且关注一国未能遵守这些义务时所产生的情况——也就是关注由违背义务行为引起之责任的次级义务。因此,可以假定:违背义务行为中有一大部分必然是需要由初级义务加以确定的问题。更加确切地说,这是一个将初级义务适用于特定的实际情况的问题,按照定义,这个问题不属于条款草案的范围,其结果是对已经发生某一违背义务行为的确定。

73. 在责任方面,初级义务和次级义务、乃至初级规则和次级规则的区分必然是难于辨别的,因为两者之间有相互重叠之处,这种重叠的情况主要在第三章中予以载述。两者之间的区分牵涉到困难的判断问题。如果采取狭义的解释,国家责任规则的范围可能几乎缩小到不存在的程度,更说不上赔偿和恢复原状了。反之,如果对次级规则的范围采取广义的解释,这些规则就会涵盖大量的初级材料。他认为,第三章在处理有关违背义务行为的责任规则时,偏离了正确作法而在初级义务的领域涉足太深。

74. 第二个一般性问题是第一章、第三章、第四章和第五章之间的关系。虽然第 3 条明确说明了第二章和第三章之间的关系,却产生如何让第四章和第五章适应那个框架的问题。第四章涉及究竟一国应该在多大程度上为它自己的行为负责、从

而将行为归于该国的问题,这就产生了另一国违背对其他国家的义务问题——也就是说,A国受到B国国际不法行为牵连的问题。谈到A国受到B国国际不法行为牵连,本身就引起问题,至少就第28条来说是这样。如果B国在受到A国胁迫的情况下实施了即使没有受到A国胁迫也会构成国际不法行为的行为,则第五章实际上可能是在为B国辩护:基于不可抗力情况,应该排除B国行为的不法性。因此,当第四章将行为国(B国)的行为视为国际不法行为时,已经引起了一个问题。正是由于有了第五章的规定,这种行为就有可能不是不法行为了。第3条既没有提到第四章引起的问题,也没有提到第五章引起的问题。

75. 起草委员会可能会解决第四章与第三章之间的关系。但是,第三章与第五章之间关系引起更加严重的衔接问题。第三章似乎是说,每当有某个国家不遵守义务时,就发生了违背国际义务的问题。反之,第五章则说,援引危难、不可抗力和危急情况就可以排除行为的不法性。在这些情况下,该国的行为就不是不法行为了。但是,很难说:当该国面临危难或危急情况时它的行为是遵守义务的行为。比较恰当的说法是:该国有不遵守义务的行为,但是在那种情况下,不遵守义务的行为有了借口——可能在一定条件下得到宽恕。

76. 在这一点上,应该强调,第一部分第三章、第四章和第五章之间的联系没有第二章和第三章之间的联系那么严谨,因为后者有第3条所载述的基本原则作为纽带。这个问题可能在起草委员会中得到解决,也有可能形成更带根本性的问题。他目前认为,最适当的着手方式是把第三章、第四章和第五章视为对违背义务行为之间关系的处理方式:以第三章处理一般性原则;以第四章处理特殊情况——在这种情况下,一国涉及到另一国的某一行为即使本来不那样做也会引起违背义务问题,也就是,即使光是根据第三章它就不是违背行为;而以第五章处理尽管一国看来不遵守义务却有理由或借口而不被视为违背行为因而无需担负责任的情况。如果采取这种处理方式,第一部分的观念结构就会更加清楚。是否把第五章称为“解除不法性的情况”或“免除责任的情况”的问题可以留待稍后阶段讨论。

77. 总之,最好是从第三章现有条款逐一着手,以便披露使他得出相当惊人的结论的思维过程。他总结认为,第三章的11个条文应该缩减为5条左右,尽管在内容上极为相似,却应该采取相当不同的措词方式。

(b) 关于第三章着手方式的辩论情况概要

78. 特别报告员所采取的办法得到了广泛支持,即将第三章中的条款草案合理化。人们注意到,委员会正在处理该专题一个十分复杂的理论部分,有关工作无论如

何必须与实际相应。还有人表示支持特别报告员的意见,强调需要一种整体的办法,以辨明草案中各个不同条款和部分之间的关系。

79. 关于初级规则和次级规则的关系这一棘手的问题,人们注意到,困难在于对两者之间的区分没有一个商定的定义。还有人说,在案文中阐明两者之间的区别会产生相反的效果,最好将其放在评注中。有人说,初级规则和次级规则之间的区分还反映了责任和不法性之间的关系。

80. 还有人说,特别报告员所作的清理工作不应当视为对一读通过的所有条款提出疑问。委员会决不要忘记第三章中的每一个条款都服务于一项具体的目的,即使这一目的构成第三章中总目的的一部分,特别报告员自己在报告第 4 段中毫无疑问已指明了其价值。在这方面,还有人表示,委员会最好尽可能保留一读审议过的条款草案的实质内容,仅在确有理由之时才予以更改。如果委员会希望简化,可以通过合并条款等办法,而不是通过删除其实质内容。这样做就是过于简化,使委员会的贡献陷于枯竭。

3. 特别报告员介绍第 16 条(违背国际义务行为的发生) ¹⁷⁰

81. 特别报告员说,第 16 条的内容没有什么问题,是对这一章的一个基本介绍,但掩盖了一些基本的问题。

(a) 国际义务的冲突问题

82. 第一个问题是国际义务冲突的问题,A 国相对于 B 国和 C 国有直接的义务冲突。曾有人称,在一个完整的法律制度中,此种冲突不可能发生。在一个层面上这完全是正确的。因此,就有关任何强制法或普遍的义务而言,这种矛盾的情况不可能出现。如果两项强制规范有明显冲突,则一项必定优于另一项,法律制度有办法确定其中哪一项占优势。

83. 但是,条款草案所包含的义务更为广泛,包括在双边条约之下所负的义务。因此,可能会出现无法通过一般法律程序解决的义务冲突。委员会在起草 1969 年《维

¹⁷⁰ 特别报告员提议的第16条案文如下:

违背国际义务行为的发生

一国的行为如不遵守国际法要求它履行的义务,即为违背国际义务,不论该义务的起源(习惯法、条约或其它)或内容如何。

也纳公约》中以及在处理不同条约之间的关系问题中得出了这样的结论。委员会曾断定,一国对它国同时负有双边——或甚至在某些情况下为多边——的义务并不使有关条约失效,有关问题应在国家责任范围内解决。但是,在起草国家责任第一部分第三章时,似乎并未考虑到这一问题,尤其是特别报告员杰拉尔德·菲茨莫里斯先生提出的不履行条约的问题。¹⁷¹

84. 有些政府提出了条款草案是否处理义务冲突的问题。特别报告员认为,有两种不同的情况。在第一种情况中,A国履行对B国的义务在A国与C国之间关系中引起责任,但A国的行为决不因义务的共存而有了理由或借口。如果两项义务处于平等地位,基于对第三者的约定规则,A国显然不能够用其对B国的义务来开脱其对C国的义务。其结果是,由于不遵守义务,A国对C国负有责任。就第二部分而言,显然出现这一问题,但看来在第一部分中没有影响。A国对B国没有责任,因为它遵守了义务,但对C国负有责任。唯一的问题是,在这些情况下,恢复原状或赔偿应当采取何种形式。

85. 但是,特别报告员认为,当A国谋求以义务冲突为由避免最初的责任之时,情况就略有不同。通常,A国仅能够在其它义务具有优先性的情况下才能这样做,而按照《维也纳公约》第44条,情况并非如此。如果A国援引强制法,其效果通常是使得冲突的义务无效:即不再有冲突的义务,违犯无效义务的问题根本就不会出现。

86. 因此,一般而言,义务的冲突问题要么在出现责任问题之前就已解决,要么是赔偿或恢复原状问题有关,但有一项限定。有关的限定涉及这样一种可能性,即一国根据双边协定、乃至根据一般国际法所负的义务与某些更高级义务之间“偶尔冲突”的可能性,这是其自身本质上合法的两项义务之间的冲突,这种冲突只会在特定案件的情节中出现,将结合第五章予以讨论。

(b) 不法性与责任的关系

87. 特别报告员解释说,第16条规定,一国的行为如果不符合国际义务的要求,即为违背国际义务。但是还有第五章所述的各种情况和另外一些情况,尽管有不

见A/CN.4/498。特别报告员对本条的分析见该文件第5至34段。

¹⁷¹ 见条约法问题特别报告员第四次报告,《1959年……年鉴》,第二卷。

义务的情况却能解除行为的不法性。特别报告员在第二次报告中分析了面对这一问题的各个法庭设法处理这一问题的方式。特别报告员倾向于彩虹勇士号案仲裁法庭所采用的办法,该法庭提到“确定可能解除不法性的情节(使违背义务行为更加明显)”¹⁷² 总起来看,这就是第三章和第五章含蓄地产生的效果。否则会出现这样一种情况,即一项行为被界定为违背义务行为,但同时又有一种解除不法性的情节。特别报告员还着重指出,委员会处理的是实质性义务,而不是法庭的管辖权或申诉。

(c) 起草问题与条款的合并

88. 特别报告员解释说,他提议的第 16 条包括一读通过的第 17 条第 1 款和第 19 条第 1 款中的基本要素。

89. 关于第 16 条的起草,特别报告员主张将“不符合……要求”改为“不遵守”这样的措词。但第 16 条应当保留,不过可作起草方面的处理。

90. 关于一读通过的第 17 条,其中包含两个单独的论点。第一点载于第 1 款中,即构成违背的一项行为为国际不法行为,而无论被违背的国际义务的渊源如何。这是整个草案的基本假定,涉及国家的国际义务的整个范畴,无论这些义务是否起源于一般国际法、条约或其它造法进程。国际法院在 Gabcikovo-Nagymaros 项目 一案中¹⁷³ 提到了这一原则,在他看来,这一原则是正确的,而且基本上没有人质疑。因此,条款草案是在为责任的目的拟订一项有关义务的一般法,而不是条约和其它渊源的单独规则。例如,普通法就合同和侵权、以及恢复原状等另外一些类别的责任有不同的规则。因此,尽管国家法律制度可以将其有关义务的法律分为各个分支,但基于多项理由,国际法没有、也不应当这样做。

91. 最重要的理由是原则的理由:条约和国际法惯例之间密切和复杂的相互关系。如果对于习惯和条约有不同的义务规则,就会出现严重的整体连贯性问题,因为根据条约和习惯国际法可能出现完全相同的实质性义务。因此应当保留第 17 条第 1 款。与评注中有关保留的理由相反,特别报告员自己的意见是,这一规定仅仅是第 16

¹⁷² 《联合国国际仲裁裁决报告书》(1990年),卷20, p.251。

¹⁷³ 《1997年国际法院报告书》,p.7, at pp.38-39,第47段。

条的一个解释。因此他提议将第 17 条第 1 款与第 16 条合并,作为对第 16 条的一个重要澄清。

92. 关于第 17 条第 2 款,该款规定,一国所违背的国际义务的起源不影响该国由于国际不法行为而引起的国际责任。但是,他指出,这一点是模糊的。可以被解释为意味着,一旦产生国际责任,这一责任是由于违背条约还是由于其它原因所引起无关紧要。但是这一点可能确有关系,因为,例如,依照条款草案第 40 条,受害国的定义取决于伤害是由于违背条约还是由于违犯某些其它规则。第二种解释是,违背事项的存在或不存在不以义务的渊源为转移。这是完全错误的。违背的存在或不存在可能受到有关义务出现的方式的极大影响。特别报告员的结论是,第 17 条第 2 款引起的问题多于其解决的问题,他建议删除。

93. 第 19 条第 1 款类似于第 17 条第 1 款,也是澄清第 16 条所列的基本原则,因此可与该条合并。该款规定,一国行为如构成对国际义务的违背,即为国际不法行为,而无论所违背的义务的主题为何。这一论点没有人质疑。尽管如此,第 19 条第 1 款提到主题却令人关注,因为这是一个一般的措词,而“内容”——这是他所主张的——集中于具体的义务。有些主题本来就是国际性的,这些主题比其它主题更有可能产生国际义务。

94. 由于上述理由,特别报告员建议合并第 16 条、第 17 条第 1 款和第 19 条第 1 款。他还提议删除第 17 条第 2 款。

4. 第 16 条辩论情况概要

(a) 国际义务的冲突

95. 有人表示支持特别报告员关于国家责任法与条约法之间相互关系的意见。也指出了两者之间的差异。有人说,通过一项新的一般国际法的强制性规范(绝对法)来解决条约义务冲突问题——例如通过援引《维也纳条约法公约》中关于情况之基本改变的第 62 条——就是极度贬低《维也纳公约》第 53 和 64 条所体现的绝对法极大的重要性和严肃性。而且,该《公约》在程序一级规定了由于与绝对法规范冲突而产生的条约失效或终止的不同后果。还有,条约法所涉的是整个条约,如果与一项条约之间有任何不一致之处,绝对法的作用是使该整个条约失效。但最普遍的不一致的情况发生在条约的履行方面。正如国际法院在有关 Gabcikovo-Nagymaros 项目案中正确

指出的那样,¹⁷⁴ 条约法确定是否有一项条约,该条约缔约方是谁,有关哪些规定及该条约是否有效。在这一意义上,条约法的范围不同于国家责任法的范围,即使这两个法律分支确实密切相关。

96. 有人担心,如果平等对待国际法的所有渊源,则立即会出现义务的冲突问题。有人建议,条款草案应载有一个条款,规定国际法不同规范的等级,例如,在第五章中列入一项规定,提到国际法上普遍适用的义务或强制义务。在这方面,有人说,三类规则——《宪章》第 103 条之下的义务、绝对法规则、和有关国际罪行概念的规则——在等级上高于通常的国际法规则,而国际罪行是国际法律秩序中的最高规范,因为一项绝对法规则可以由一项新的绝对法规则修订、修改或减损,但国际罪行的概念却不能有任何减损。

97. 但是,有关国际罪行由不同于绝对法的三类规则构成、具有更高的效力这一概念有争议。有人说,国际罪行的概念与规范的等级无关。

98. 还有人进一步说,没有必要努力在第 16 条的范围内处理国际义务冲突的问题,这—问题是应当在第五章中处理。还有人认为,不履行义务、不法性和责任之间的关系问题或许最好是在作为整个条款草案起首语的引言案文中提出。在这方面,有人建议,最好是审议各种国家法律制度中存在的区别,这种研究涉及三层分析。第一层分析集中于规则的存在。第二层涉及确定是否有理由解除不法性。第三层涉及寻找与从事这种行为的人或国家机关的精神状态有关的“主观”环境。

(b) 不法性与责任的关系

99. 在第 16 条中增加“根据国际法”一句,对这个建议有人提出强烈反对,尽管不是一致反对。似乎普遍同意,加入这句话会造成问题。讲到国际法碎裂的情况,有人指出,有时某种行为在一种机制下可能是违法的,但在另一种机制下可能并不违法。而“根据国际法”这句话,可能被解释为要求那类机制扩大其决定的基础,违背限定其管辖权范围的基本文书。还有人认为,这句话是多余的,因为整个这组条款都属于国际法领域。

100. 有人提出,“根据国际法”一句,可能起两个作用。使用这句话可能会堵塞任何考虑国内法的可能性,因为这个专题显然是国际法的专题,但这一点第 4 条已

¹⁷⁴ 《1997年国际法院报告书》,同上。

经包括在内了。第二,它可能有助于解决国际义务相互冲突的问题。加入“根据国际法”,可表示义务的内容是国际法下的一个系统问题。有人建议,修订第 16 条的第一部分,可缓解对收入这句话所表示的关注。还有一项建议,这句话如果不能放在第 16 条,也可放在评注中,或条款草案的其他地方。

101. 特别报告员的建议受到支持,“主观”和“客观”这两个术语,不应用在对责任的主要内容上,以避免造成混乱。建议在关于国家责任的整个条款草案前面的引子里,载列一段导言或评论,提出整个条款采用的方法和体系,并在该段文字中提出“主观”和“客观”两个术语之间的区分和它们的不同含义。

(c) 起草问题与条款的合并

102. 有人坚决支持将第 17 条和第 19 条第 1 款与第 16 条合并。然而这种支持并不是全体一致的。例如有人提出,提议的合并将掩盖“违反国际义务”的各种特征。

103. 还有人坚决支持特别报告员的建议,认为国际义务的起源无关紧要。但又认为,在第 16 条中增加“不论该义务的起源[……]如何”,没有什么意义。建议提出的新条款对措词加以修改,避免一一列举国际义务的种种起源。在这方面还有人认为,特别报告员关于国际义务起源的意见,似乎把义务的实质和责任制度混在了一起。对这一部分提出的其他意见还有,“机构”一词应放在“习惯的”和“协约的”之前,“或其他”几个字也应保留,以便包括单方面的行为和法律的一般原则。还有人支持提出的另一个建议,在第 16 条中增列义务、行为或结果的类型。

104. 有人表示支持以“不遵守”或其他某种指不遵守或违反的字眼,取代“不符合”一词。

105. “国际义务对它的要求”一句,也发现有问題。有人提出,很难知道谁在提出要求,和要求些什么。也有人说,特别报告员提出的参考标准“不符合国际义务对它的要求即为违背国际义务”,是一个很难适用的标准。建议将“国际义务对它的(by that obligation)”改为“国际义务规定的(under that obligation)”。

106. 还有一个观点表示认为,“当该国的行为不符合”一句,应改为“当该国没有遵守……时”,因为后者更清楚,尽管重点必须放在国家具体行为的概念上。一种观点表示认为,“无论是习惯的、协约的还是其他的”这句话前后的括弧应当去掉,因为在正式的法律文件中使用括弧不合适。

107. 有人坚决支持这种意见,即在第 16 条中使用“起源”一词,要比使用“来源”一词好,理由是后者可能会引起一些复杂的问题,除习惯法和协约法之外,还有什么也可视为国际法的来源?对西班牙文本也提出同样的意见。

108. 一种观点认为,第 17 条既无必要又容易引起误解,全部内容均可放到评注中。对这个明显的问题提出的解决办法是,指出国际义务的来源并不重要,这样做可能会有帮助。另外还讲到,应载列“或义务的内容”一句,因为这样可以解决另一个问题,即在行文中必须讲到各种不同的义务——行为义务、结果义务等等。有人支持特别报告员的建议,使用“内容”一词,而不是“主题”。关于第 17 条第 1 和第 2 款,评注中更清楚地表明,如果发生违背义务行为,条约法和国家责任法的相应规定在解释和适用上必须始终一致。

109. 也有人支持特别报告员的建议,主张删去第 17 条第 2 款,不过有一些人认为,该款的案文具有历史和学术上的意义。有人指出,国内法的体系多半都对合同承担义务的概念和侵权的概念加以区分。然而问题是,这一区分在国际法中是否也适用。但也有人指出,对国际义务不同来源产生的责任是否应加以区分的问题,委员会尚未加以讨论,第 17 条第 2 款则确认,国际法中并没有作这种区分。有人认为,应在评注中指出这一点。

110. 有人坚决支持特别报告员对第 19 条第 1 款提出的建议。人们关注的一个问题是,这样做是否会被看成破坏了委员会早些时候,关于推迟对整个第 19 条的审议的决定。建议应在第 19 条范围内讨论“所违背的义务的主题”问题。另外还建议,重新考虑第 19 条第 1 款的措词:“不论所违背的义务的主题为何”。

5. 特别报告员对第 16 条辩论情况的总结

111. 特别报告员总结了有关第 16 条的讨论,指出尽管存在一些不同意见,但在原则、实质和程序问题上,似乎已有相当一致的意见。

112. 他从争议最小的问题开始,指出对删去第 17 条第 2 款,没有人真正表示反对。无论怎样,如同有人建议的那样,第 17 条的历史和基本原则可在评注中加以反映。应当承认,第 17 条的基本规定是第 1 款中的规定,因为委员会必须制定对所有国际义务都适用的次级规则,不管它们的来源如何。

113. 谈到争议较大的问题,他确信,第 16 条兼具序文和规范的作用,因此应与第 18 条第 1 款一道保留。他觉得委员会总体上同意把第 16 条、第 17 条第 1 款和第 19 条第 1 款合并。因此要由起草委员会提出一个适当的措词,特别是在“不符合对它的要求”、“没有遵守对它的要求”,或“违背对它的要求”这句话上作出决定。

114. 他指出,对“根据国际法”一词有不同意见,这个词是根据法国的建议增加进去的,它想到的是解决各种义务之间发生冲突的问题,和在第三和第四章之间建立起联系,而不是在国际法与国内法之间作出区分,因为第 4 条中已经作了区分。第 16 条与第五章放在一起看,似乎是说,一方面存在责任问题,另一方面也有不法行为问题。这个问题可用不同的办法,主要是在第五章中解决。起草委员会暂时将这句话放在方括弧中,待讨论过第五章后再来解决它。

115. 关于用“不遵守”一词指未履行义务,但不涉及违反国际法的情况,他同意这种用法含混,因为它也完全可以指未履行可能不违反国际法的义务的情况。

116. 最后,关于第 19 条第 1 款,他对所违反的义务,选用了“内容”一词,而不是“主题”,因为这个词更准确。他确信,这一款中所讲的问题,本应以他建议的形式放在第 16 条,而那样做丝毫不影响第 19 条提出的实质问题,即区分“国际犯罪”和“国际不法行为”。对国际社会的义务,已得到普遍承认,但委员会还需确定如何把这个思想放进国家责任的框架。

6. 特别报告员介绍第 18 条(国际义务 必须对一国为有效)¹⁷⁵

117. 特别报告员指出,一读通过的第 18 条,一般性的阐述了一个困难的题目——义务的时间性,即违反的情况是在什么时候或哪一段时间里发生的。第 1 款提出了在国家责任领域时际法的总原则。接下来的第 2 款,提出了该原则的一个例外,涉及强制性规范问题。第 3 至第 5 款述及违反行为带有连续性,或涉及多种和复杂的行为,

¹⁷⁵ 特别报告员提出的第18条案文如下:

国际义务必须对一国为有效

一国的行为,除非该行为发生或继续发生时,有关义务对该国有效,否则不应视为国际不法行为。

见特别报告员的分析,A/CN.4/498, 第35至51段。

这种情况的时际后果。由于这种违反情况和行为在第 24 条中讲到,因此特别报告员表示,他将与第 24 条一并阐述第 3 至第 5 款。

118. 特别报告员认为,第 18 条第 1 款提出的原则是正确的:国家违反一项国际义务,只有在违反情况发生时该项义务对这个国家有效的情况下,方可要求它对之负责。

119. 第 18 条第 1 款提出的原则是否有任何例外呢?1969 年的《维也纳条约法公约》载有一项规定,说明条约对一个国家生效前的作用:它有义务不破坏条约的目标和宗旨。但他指出,这是一项不以条约义务为转移的义务,因此不构成时际原则的例外。也有人提到,人权义务带有渐进性,因此时际原则也不适用于那些义务。然而对人权义务的解释,不是本条款草案的目的,原因已在他的第二份报告(A/CN.4/498)第 41 段及以后各段中简单提到,而且只要解决一些解释上的问题,时际原则也同样适用于它们。

120. 因此,第 18 条第 1 款的原则应予保留,但他建议重新措词,作为一项积极的保证(“一个国家的行为,除非……否则不应视为国际不法行为”),而不是象一读的案文那样,作为一个条件陈述(“一国的行为……必须是……才构成对义务的违背”)。

121. 特别报告员指出,条款草案没有阐明一项原则,即国家一旦承担责任,该项责任并不仅仅因作为其基础的义务终止而消失。¹⁷⁶ 他建议用一个单独的条款弥补这一遗漏,放在他将在适当时候提出的第二部分或第三部分里。

122. 特别报告员还指出,第 18 条第 2 款论及在违反行为发生后,出现的新的强制性规范,要求原先构成违反情况的行为必须现实发生。这样该行为便不再被视为国际不法行为。该条的评注讲到十九世纪出现的禁止奴隶制。举例来说,如果抓获奴隶发生在奴隶制并不违法的时候,那么就必须将那些奴隶送还给主人。但如果禁止奴隶制的强制性规范生效,显然即可不必归还奴隶。

123. 特别报告员提出的另一种可能,是出现新的强制性规范,明确规定具有追述效力。但《维也纳公约》第 64 条假定新的强制性规范不应具有追述力,而且出没有相反的例证。第 18 条第 2 款看来与《维也纳条约法公约》第 64 条不一致。

¹⁷⁶ 在这个问题上,特别报告员提到“Case Concerning Certain Phosphate Lands in Nauru”(《1992年国际法院报告书》,p.240, at p.255),和对“Rainbow Warrior案”的仲裁,(1990年),《联合国国际仲裁裁决报告书》第20卷, p.251。

124. 他提出,第三种可能性是,在履行一项国际义务时,与某一强制性规范发生冲突,而且不一定就是新出现的规范。根据《维也纳公约》,在条约的某一部分与一项强制性规范发生冲突的情况下,整个条约均告无效。然而应尽量减少使条约失去效力的情况,此外还需有一项原则,避免条约义务与强制性规范的要求之间发生冲突。他建议在第五章中讨论这个问题。由于第18条第2款在一些问题上造成混乱,又没有使时际法问题得到发展,因此应当删去。尽管如此,时际法的基本原则仍应得到保留,他已在第18条新的案文中提出了有关表述。

7. 第18条辩论情况概要

125. 对特别报告员在第18条第2款方面提出的建议,普遍都表示支持。他们认为第18条第1和第2款所述的基本原则是不言而喻的,无须解释。委员们同意特别报告员在他的第二次报告第43段中发表的意见,即国际法院对《纳米比亚案》提出的咨询意见¹⁷⁷没有违背第18条第1款规定的原则;如果是时际原则,在解释条约规定时就不能认为在时间上是一成不变的。就是因为第18条第1款与这一观点不抵触,才不一定非要将其删除不可;但这不是保留该款的一个原因。如果出于任何原因必须要将其中某些方面保留的话,特别报告员新提出的提案似乎值得起草委员会认真考虑。

126. 关于对条约规定作演进性解释与静止性解释之间存在的矛盾,委员们指出,条约的某些规定必须要开放。例如,如果1920年的某项条约规定国家有义务尽一切力量为某一领土上的土著居民创造“福祉”,那么50年以后,如果说必须根据1920年的意义解释“福祉”,那么就不合逻辑。对“福祉”等一类的词语必须作动态解释。但是,这不是第18条的范围内要处理的问题。

127. 还有委员说,特别报告员在关于对国际人权义务的“渐进性”或演进性解释方面的意见离题太远。这种解释方式与《维也纳条约法公约》承认的其他解释方式相比,没有得到普遍接受。

¹⁷⁷ 南非不顾安理会第276号决议和1971年6月21日咨询意见而赖在纳米比亚(西南非)不走对各国的法律后果,《1971年国际法院报告书》,p.16,at pp.31-32,第53段。

128. 其他人的意见认为,一读通过的第 18 条第 1 款比特别报告员新提出的第 18 条更加完整清晰。重新制订的案文没有明确声明只能将违反国际义务的国家行为判作国际不法行为。此外,也没有必要说明行为是发生了还是继续发生;重要的问题是,有关的义务必须是对有关的国家生效的。

129. 普遍支持删除第 18 条第 2 款。它既不处理国际法强制性规范的效果,也不处理这些规范的内容;对这条规定的第一个案文的评注表明,它设想的只是一个假设的情况。此外,特别报告员在第二次报告第 51 段中指出了它可能会造成的一些困难。将其删除,会使案文简洁,有利于今后适用该款的人。不管怎样,最好是在第二部分的范围内考虑这类情况。

130. 还有一种观点认为必须保留第 18 条第 2 款中的实质,但不能接受将其移至第五章。

8. 特别报告员对第 18 条辩论情况的总结

131. 特别报告员在对第 18 条的辩论作总结时就国际法时际原则问题指出,普遍同意保留第 18 条第 1 款,它说明的是一种普遍适用的原则。起草委员会必须在原来的措词和他的提案两者之间作选择,他并不坚持要选他的提案,但他坚信,国家有权得到某种保证,即除了按特别法作出的安排外,在责任领域不追溯性地适用法律。他还说,委员会委员都没有提出要保留第三章的第 18 条第 2 款。也许可以认为,它所载的规定在某种形式上属于第五章较合适。因此不必局限于新的强制性规则方面设想的情况。

9. 特别报告员介绍第 20 条
(行为义务和结果义务)¹⁷⁸

(a) 行为义务与结果义务的区分

132. 特别报告员指出,一读通过的第 20 条和第 21 条第 1 款对行为义务和结果义务作了区别,因为在这方面,国际法中流行的是区别。从民法法系,较具体地说,从法国法系延伸出的区别将行为义务看作本质上的“最大努力”的义务,如医生对病人的义务;而将结果义务看作是等同于对结果的保证。这种区分无疑就举证责任作了某种区别,但在审议中的条款不涉及这一问题。

133. 特别报告员对这一事实的意义作了评述,他说,前特别报告员在从法国法系中借用这种区分使颠倒了可能从中引出的后果。然而,在法国法系中,行为义务是这两种义务中较不严厉的一种;而在第 20 条和第 21 条中,行为义务被认为比结果义务更严厉。这是因为第 20 条强调的是这种行为的确定性;而原来法国法系中的区分涉及的是风险。也许只是出于一种求知欲,但它确实意味着,这种区分的某些不稳定因素在早期就已经产生了。

134. 特别报告员认为,另一个问题是,在条款草案的其他地方,这种区分似乎没有结果,因此可以予以取消。在这方面,这不同于持续中的与完成的侵权行为之间的差别,这种侵犯确实有严重后果,因为如果发生前一类的违约行为,就会产生停止的义务。

¹⁷⁸ 特别报告员提议的第20条案文如下:

第 20 条

行为义务和结果义务

1. 一国如不采取按国际义务要求应采取的某一特定行为准则,即为违背该国际义务。
2. 一国如不依国际义务要求以自己选择的方法达成,或防止某一特定结果,即为违背该国际义务。]

见文件A/CN.4/498。关于特别报告员对该条的分析,见同上,第52-92段。

135. 这一区分虽然为人所熟悉,但仍然不太确定,而且并不一定会造成条约草案范围内的后果,因此特别报告员在建议将其删除时没有提出完全不应使用这一区分,而是建议应被看作属于主要规则领域的范围。

(b) 延伸的结果义务

136. 第 21 条第 2 款另立了一类,特别报告员称之为“延伸的结果义务”。根据该款,在某一特定时刻违背国际义务,可能在后来会产生相当于该国以随后的行为按这项义务所要求的结果,在实际上使违约规之无效。

137. 特别报告员提到第 2 款中“情况不符合”某项国际义务要求的结果一词的模棱两可。这种模棱两可的情况可以通过引渡法中替代履行方式予以说明,引渡法规定国家可以在对个人实行引渡和审判之间作选择。但是,如果该个人的国籍国有法律或宪法规定不准引渡其国民,它因此而拒绝引渡的要求,那么在这一时刻便没有违背替代履行方式原则。违约的情况只发生在国家明显不遵守将案件提交适当的当局进行诉讼的时候。

138. 在这种情况下,可以通过两种方式之一履行义务,排除一种方式本身并不等于违约。他认为,第 21 条第 2 款没有必要对此作阐述。这也不是必须要将这种义务制定为结果义务的情况:替代履行方式原则实际上是一种行为义务。

139. 在这方面,前特别报告员阿戈先生在对第 21 条的评注中就何时发生违背义务的情况问题表明了立场¹⁷⁹,他的立场似乎使人得出结论,只有当国家未能作出赔偿或纠正时才违背人权义务,而它在从事不符合人权规范的行为时则没有违背人权义务。因此,作出赔偿被看作是延伸的结果义务的第二阶段。

140. 但是,特别报告员坚持说,在人权和外国人待遇方面对大多数义务的解释不适当。在履行对个人不实行酷刑的义务时,国家并没有在对酷刑作赔偿。更确切地说,它是在保证不实行酷刑:随后给予赔偿并不能消除违背义务行为,尽管它可能会在国际一级影响到能否接受一项索赔的问题。他提到了人权法院和人权委员会的一些

¹⁷⁹ 《1977年……年鉴》,第二卷(第二部分),pp.18-30。

裁定,它们只在未能提供补偿时才判定违背人权义务。¹⁸⁰ 相反,在某些情况下,只要存在着与这些权利抵触的法律就足够了。

141. 不是不可能制订这种国际义务,即在某一天显然发生了违背义务的情况,而在第二天作了补偿,违背义务的情况就消除。但这不是制订国际义务的一种正常方式,如果是的话,则是首要规范的问题。如果各国说,例如,它们在任何情况下都不会对个人实行酷刑,那么条款草案不能要求它们按另一种方式制订这项义务。他认为,第 21 条第 2 款以及评注,差不多正在这样做,应该予以删除。

(c) 预防义务

142. 一读通过的第 23 条涉及有关的结果是预防发生某一事件的情况。但是,似乎没有理由将预防义务,至少在表面上,当作消极的结果义务以外的义务。此外,国际法院在美国驻德黑兰外交和领馆工作人员案中也采纳了对《维也纳外交关系公约》第 22 条第 2 款的评注中采取的观点。¹⁸¹ 他认为从这些相互抵触的解释中似乎可以得出推断,即预防义务即本身不是行为义务,也不是结果义务。视某一案件和首要规则制订情况而言,它既可以是彼,也可以此。Trail Smelter ¹⁸² 仲裁是另一个有趣的例子。他认为,硬要将国际义务归入这类或那类,可能会造成混淆,因此他认为有理由删除第 23 条。

(d) 特别报告员拟议的第 20 条案文

143. 有理由删除所有这三条。但行为义务和结果义务之间的区分已为人熟知,也许可予保留。因此,特别报告员建议讨论一项新的第 20 条,将现有的第 20 条和第 21 条第 1 款合并入一条。此外,预防概念作为一种结果义务被纳入;而原来的第 21 条第 2 款所载的扩大的结果义务概念被放弃。但是,特别报告员在表示个人倾向于从条款草案中全部删除行为义务、结果义务和预防义务之间的区分时指出,他所持的这种态度受到法国政府和法国作者的赞成。

¹⁸⁰ 见 A/CN.4/498,脚注 142 和 144。

¹⁸¹ 《1980 年国际法院报告书》,p.3。

¹⁸² 《1938 和 1941 年联合国国际仲裁裁决报告书》第 3 卷,1905。

144. 因此,提议的单一条款被放在了方括号内,因为它可能会被认为涉及首要规则的分类问题,还因为它在其他条款草案方面的进一步后果仍然不甚明了。

10. 第 20 条辩论情况概要

(a) 行为义务和结果义务的区分

145. 委员会在是否必须保留二读条款草案的区分方面产生了不同的意见。

146. 有人认为,结果义务和行为义务之间的区分不仅在学术层次上,而且还在国家间关系层次上的国际法律著述中屡见不鲜。但是,说这种概念实际上是民法法系中的经典,便是言过其实,原因是有些人有一种将所有民法法系与法国法等同起来的倾向。例如在德国法中,除了相对于有关服务的合同的劳动合同外,这种区分是没有地位的。

(一) 区分在确定责任中的效用

147. 虽然人们认为区分在解说首要规则方面有某种用途,但人们还是怀疑,它是否应该被列入对国家责任法的编纂中,如果是,它是否能够在次要规则层面上行得通。

148. 有人认为,至今为止没有提出能说服人的证据证明这样一种观点,即根据违背的是行为义务还是结果义务就可以确定是否存在违背义务的情况。即使能够清楚地区分这两种义务,而且这种区分有助于澄清违背义务的内容或违背义务发生的时刻,这种分类也不能替代首要规范本身的解释和适用。还有人指出,如果这种义务,不管是行为义务还是结果义务被违反,区分就与后果无关。也有人表示关注,如果为区分过分认真,就可能会导致悲剧性的错误后果,如酷刑的情况。

149. 此外,有人认为,虽然这些条款所含的概念没有与国际法格格不入,但它们没有达到要求进行编纂的普遍接受的程度。确实有人认为,国际法院总的来说很少使用这种区分。

150. 有人认为,第 20、21 和 23 条极其混淆不清,即使有时在分类方面区分有其用途,但也应予以删除。关于可能引起这种混淆的原因,他们提到说,1976 年特别报告员阿戈和委员会在将区分从民法法系转换到国际法规则时对区分的效果作了颠

倒,特别报告员报告第 58 段为此作了评注(A/CN.4/498)。他们认为,因这种颠倒而产生的混淆不可能促进这一专题的编纂,而且由于这两种义务是一个连续的整体,决定将某些义务放入一个部分,而另一些义务则不放进去,采取的是在某一领域可能实现预期结果的主观观念,因此这就更加不可能促进该专题的编纂了。

151. 他们还指出,删除第 20、21 和 23 条,不一定是否认所有情况下区分的用途。相反,根据这一观点,由于区分不总是有用的,而且没有在第二部分所载的各类中反映出来,因此它们没有必要在第一部分作为次要规范表达出来。

152. 但是,还有的委员认为,对行为义务和结果义务作的区分是一种有用的区分,应予保留。这种区分是认知性的,而不是规范性的,是一种工具,可借以评估义务的种类,而不必预先确定义务的结果或对此使用质量标准。在区分有价值方面的一个例子,是人权条约的保留问题。因此,《维也纳条约法公约》关于保留的效果的条款在很大程度上依赖区分。另一个例子是《经济、社会、文化权利国际盟约》第 2 条第 1 款,该款将行为义务和结果义务细腻地交织在一起。

153. 委员们认为,尽管有缺点,但作某种分类或微调仍然有必要。法院认为行为义务与结果义务的区分有用,即使是偶然这样认为,也是一种反对放弃区分的论据。同样,对不拥有所有同样手段实现要求他们所达到的结果的发展中国家来说,区分也特别有价值。

154. 委员们还表示支持澄清这样一个问题:行为义务是法律义务,如未适当注意,便会引发责任。在这方面他们指出,区分对便利于回答至少下列三个重要问题不起显著作用:在任何特定情况下是如何违背国际义务的?是否能够判定存在着违背义务的情况?违背义务的情况是如何发生,如何完成的?

155. 有人提问说,特别报告员是否确实提供了足够的实在法例子,帮助委员会作出结论性的决定。如果在国际法的文献中,区分屡见不鲜,那么就值得对这一概念的进一步适用作探索,例如对海洋法、环境法和外交法等领域作审议。因此他们表示最好将案文保留在方括号内,一直到委员会完成草案工作,届时就可以看出是否还有保留该案文的其他原因。

156. 在后一个方面,有人认为,行为义务和结果义务的区分,对考虑排除不法行为的情况(第一部分第五章)以及对界定第二部分的受伤害国有重要意义,对用尽

当地补救措施规则也有后果。在后一方面,他们指出,特别报告员保留区分的立场,预计到了他对用尽当地补救措施(第 22 条)的观点。

157. 还有人表示关注说,委员会在修订条款草案时不应丢弃过去的成果。第 20 和 21 条规定的规则创造了一种机制,有助于法官确定是否发生了违背首要规则或义务的情况。鉴于必须要为关于违背国际义务的国际法建立一个综合的结构较完善的框架,因此有理由保留现有概念,即使形式简单也应如此。

(二) 区分在法律上的精确性

158. 至于这一区分本身的精确性问题,有人指出,这两种义务之间不存在任何明显的分界线,因为它们有时候相互重叠。一种抽象的归类并不能说明可能发生违背义务的时刻,这取决于规则属于人权领域还是属于另一个领域。例如,美洲间人权法庭在其咨询意见¹⁸³中指出,仅仅通过一项不符合人权的自动生效的立法即已发生对人权的单独或集体性的侵犯。

159. 国际社会高度重视诸如生命权、身心完整权利、不歧视权利和在法律面前得到人格承认的权利,因此,只要颁布违反这些权利的立法就需要承担国际责任。前南斯拉夫问题国际刑事法庭有关酷刑¹⁸⁴的裁决就说明了这一点。甚至可以确定立法草案是否符合人权条约的规定。¹⁸⁵

160. 尽管有人争辩指出,一般性的国际法律均授权各国有权选择它们在国内一级履行国际义务的手段,但有人指出,恰恰相反,将人权纳入国内立法的日益加强的趋势,要求对人权领域中的某些罪行作出国际规定的需要(例如,强迫或非自愿失踪),某些民主价值的全球化和为促进法制而开展的联合努力已大大限制了各国自由选择履

¹⁸³ 颁布和实施违反公约的法律的国际责任(美洲人权公约第1条和第2条),1994年12月9日第OC-14/94号咨询意见,美洲人权法庭(系列A)第14号(1994年)。

¹⁸⁴ 前南斯拉夫问题国际法庭(法官:Mumba, Cassese, May),检察官告Anto Furundzija, 1998年12月10日的裁决,第150段。

¹⁸⁵ 美洲间人权法庭在其关于限制死刑(美洲人权公约第4条第2款和第4条第4款)的咨询意见中已明确说明了这一点,1983年9月8日第OC-3/83号咨询意见,美洲人权法庭(系列 A)第3号(1993年)。

行其国际义务的手段的范围。伊朗与美国索赔法庭是大量引用行为义务和结果义务的区别的很少几个法庭之一,它承认,各国选择这种手段的自由不是绝对的。¹⁸⁶

161. 其他人指出,行为义务和结果义务确实与责任的瞬息性密切相关。违背义务的情况一旦发生就已确立,而且在行为义务和结果义务所要求的时间内持续。在此方面,一审通过的第20条和21条即达到了目的,因为它们使一项义务成为一项主要的规则,即使在结果仍不明确时也对某种行为作出规定。而且,这一区别可能仍有助于确定发生违背义务的时刻,这可能会对赔偿发生影响。

162. 特别报告员在答复时同意,保留这一区别是有理的,因为它有助于澄清时间问题。但是虽然最后结果的发生往往与违背一项国际义务的行为的发生的时间相符,但这一点并不总是正确的。《维也纳外交关系公约》第22条第2款所提及的“特别责任”就提供了一项重要的实例。一个国家若未能采取所有适当的步骤来保护一国的外交使团的房舍不受任何闯入或破坏,即便没有真正发生这种威胁,也可能已经违背了它这样做的义务。换句话说,这一义务已在前一个阶段形成。在其他情况下,这一义务生效的时间则不太明确。在此方面,他再度引用了有关加布奇科沃_大毛罗斯项目一案,¹⁸⁷ 在这一案例中,匈牙利违背义务的发生时间并无人怀疑,但是,随后斯洛伐克违背义务的时间则需要通过分析具体案情才可确定。

(三) 与主要规则和次要规则之区分的一致性

163. 有人认为,区别明显与主要规则有关,而且,保留这一区别在某种程度上可以减少主要规则和次要规则间的分裂。在此方面,有人认为,如果委员会准备遵守其自己的决定,只将焦点放在次要规则上,那么它就必须删除一审通过的第20条和第21条。确实,义务的归类并不完全符合国家责任的范畴,这一范畴主要是后果、影响和结果的范畴。保留这两条就是过分编纂。

¹⁸⁶ 伊朗伊斯兰共和国告美利坚合众国,案例编号A15(IV)和A24,裁决号590-A15(IV)/A24-FT, 1998年12月28日,第95段。

¹⁸⁷ 《1997年国际法庭报告书》,p.7。

(四) 替代性案文

164. 虽然人们对不保留一审所通过的第 20 条、第 21 条和第 23 条表示了强烈的支持,但一些委员表示希望将这些条款中的材料放在评注中。有人还建议,可将这一条款放在方括号中提交第六委员会,但是委员会对这一做法表示反对,认为它使委员会的工作不必要的复杂化。有人还表示愿意采用一种临时性解决办法,一般性地提及第 16 条中的区别,或采用特别报告员提议的新的第 20 条,或采用该条的经简化的案文,作为一种中间之路。

165. 在那些赞成从条款草案中删除这一区别的委员中,大多数均赞成在评注中或甚至在评论的说明中反映这一区别。在此方面有人指出,评论充满了大量的教条,其中只有很少一部分在案文中得到真正的体现。第 20 条,如果脱离评注加以阅读,只是说明了任何稍有常识的人均可推断出的某些东西:一项要求采取某一特定行为的国际义务一旦在发生背离这一行为的情况时计算受到违背。但在实际情况中,没有任何方法可以用较具体的形式来表明这一点,除非把各种各样的教条合盘搬出。在评注中可以更好地表明这一点,因为可以用具体的实例来说明这一情况。

166. 但是,也有人告诫说,委员会已对这几条讨论了 20 多年。在这段时间中,许多学者都把它们引证为国家责任的一部分,而且一些司法裁决中也提到了这几条。因此,委员会必须解释将这几条删除的原因。所以,在目前的情况下,应当在第三章的评注中列入应当删除这几条的扼要的解释性说明。

167. 关于区别和第 16 条之间的关系问题,有人指出,必须在具体的案例中确定有关条款是否对第 16 条的一般性规定作了任何补充。有人认为,他们有时似乎是在重复同一种想法,即违反一种义务就必须承担责任。所以有人表示,将正在审议中的三项条款草案与第 16 条联系起来并在第 16 条中提及义务的种类和起源是有意的。有人答复指出,如果要在第 16 条确定的一项广泛的规则中找到解决办法,则所有的要求采取某一特定行为,要达到某一特定结果或预防一个具体事件的种类都必须受到这一条的覆盖,从而避免作出单独界定的需要。

168. 虽然特别报告员同意起草委员会可以对与第 16 条的联系进行探讨,但他并不认为委员会如果通过所提议的办法就必须阐明所有的后果,肯定不能在案文中这样做。但是,可以保留评注中的关键部分。

169. 有人在对特别报告员提议的新的第 20 条进行评述时表示, 尽管他提出的案文比现有的条款草案更为明确, 但它似乎仍然只是在对一个进程的一般有效性作出规范性的区别, 但这种区别则往往不能适用, 或其适用只能引起混淆。

170. 其他人则坚持认为, 虽然草案的主要特征已经出现, 但是仍然不可能明确地预见从 Ago's 的大厦中搬走如此重要一块基石对草案的其余部分的影响。在这种情况下, 特别报告员提出的解决办法, 即用置入方括号的新的第 20 条的形式简化第 20 条、第 21 条和第 23 条, 看来是最好的办法。

171. 关于新的第 20 条的第 1 款, 有人怀疑提案是对现有案文的一种改进, 因为现有的案文效仿了第 16 条的模式, 在开头用的是相同的文字。这种一致性在将两个密切相关的规定联系起来的一个规范性案文中是十分可取的。

172. 还有一种观点认为, 行为义务和结果义务从其本身的性质而言就是两种不同的概念, 因此不应当在一项条款中将它们结合起来。尽管它们两者合并为一个条款使案文得到了简化, 但做为一种法律技术问题, 用两个单独条款处理违背行为义务的情况和违背结果义务的情况似乎较为可取。

(b) 延伸的结果义务

173. 对拟议删除第 21 条第 2 款中所包含的延伸的结果义务的概念人们普遍表示支持。然而, 有人指出, 这一基本思想可能具有某些价值, 因此可以在评注中予以提及。

174. 另一种观点认为, 人们对应当删除这一款并仅在评注中提出这一点并不十分明确。第 2 款并未载入十分不同的东西, 即结果的同等值问题或一个负具体国际义务的国家采用不属于义务规定的另一种手段的问题。

175. 特别报告员答复指出, 第 2 款的问题在于它在一种不可接受的立场和一种平常的立场之间含糊其词。在采取某种行动后, 如对侵犯人权的行为进行赔偿后, 一项违背义务的行为以后就不再成为违背义务的行为, 这一点是不可接受的。这种侵犯就是一种侵犯, 支付赔偿并不改变其实质, 而评注则指出这种索赔确实改变了其实质, 这一点是不可接受。可以接受这一案文, 但条件是它不应当指出, 当国家采取行动的时间还未到来, 而国家同时纠正了这一违背义务的行为时就没有发生违背结果义务的行为。但无须用一个条款来表明这一层含义。

176. 虽然人们同意,从对第 21 条第 2 款的评注中所得出的推论——即如果随后支付了赔偿即可允许酷刑或任意拘留——是完全不可接受的,但有人指出,这并不意味着,已经历过时间考验的一个概念仅仅因为它不能包罗万象或可以找到过分简化或过分改进的实例而被抛弃。确实,第 21 条第 2 款可适用于其他情况。例如,一个国家虽已达成协议保证向另一国提供从一条国际河流中获得的一定数量的河水,仍可减少这一供应量,但随后应从另一条国际河流中提供相应的供应量。这时就不产生任何国际责任。在这种情况下,第 21 条第 2 款可能具有某些价值,尽管在评注中仍可提出同一情况。

(c) 预防义务

177. 人们对拟议把第 23 条中所载的预防义务的概念并入新的第 20 条的第 2 款表示了不同的意见。一方面,有人表示支持将这一概念从条款草案中删除。由于所规定的行为是物质因素,因此预防义务可归入行为义务的范畴之内。

178. 其他人虽不反对拟议的合并,但谈到了原文与特别报告员提议的案文之间的差别。因此,有人指出,虽然一审通过的案文中具体提及了“行为”,但在新的第 20 条第 2 款的案文中则未作任何这种提及。还有人指出,新的第 20 条第 2 款对待预防义务的方式与对待结果义务的方式相同。然而,正象讨论中指出的那样,预防义务则更经常是行为义务。实际上,预防义务往往是双重努力义务,而不是结果义务,在有关环境的条约中尤其不是如此。

179. 在此方面,有人指出,尽管角度不同,但在有关由国际法未予禁止的行径所造成的伤害性后果的国际责任的议题下涉及了预防责任(预防由危险性活动造成的越界破坏)。¹⁸⁸ 所以,有人指出,这一精明的办法是进行简化,不要把预防义务归为一个类别,从而排除其他办法。在条约草案中不具体提及或不暗示预防义务、它就可以继续被认为是行为义务或结果义务的一个分类。

180. 特别报告员在答复时重申,在原来对这一措词的法语理解中,预防义务是一项行为义务——预防某种情况的一般性义务。但是,根据条款草案所确定的体系,它成了一种结果义务。造成这一混淆的原因是大多数国际法律师是按照法语含义中

¹⁸⁸ 见《特别报告员关于预防有害活动造成的越界破坏问题的首次报告》,A/CN.4/487,第18段。

所包含的意思使用这一措词的,而条款草案则按照相反的含义使用了这一措词。应当明确阐明条款草案应说明义务之间的两种可能的区别中的哪一种。否则,要通过删除区别来简化条款草案就会变得十分困难。

11. 特别报告员对第 20 条辩论的情况的总结

181. 特别报告员在总结讨论情况时指出,有人已经阐明了删除第 20 条、第 21 条和第 23 条草案的最重要的原因,但这并不是由以英语为母语的人从普通法的角度提出的,而是由法国政府提出的,他认为,这些条款涉及主要规则的界定问题,不应列入目前正在审议的案文中。在辩论结束后,他越来越倾向于同意这一点,因此他希望删除在判例法中从未引证过的有关的条款,即使人们经常提及这种区别也罢。然而,他十分关注由委员会的数量较多的少数成员所表示的对删除这一区别的关切。

182. 特别报告员指出,总而言之,委员会同意,有关结果的延伸义务的第 21 条第(2)款是法律编纂过细的一个实例。这一规定将国家可以选择各种执行方式(例如,根据不引渡即审判的原则)的一种常见情况与通过随后的行为补救一种显然违背义务的行为的情况混淆起来。第二种情况极其罕见,特别是,如果象希望的那样,委员会决定用尽当地的补救措施并不属于这一类别的时候更是如此。在条款草案中处理这一问题只会造成混淆。

183. 关于越界破坏的预防问题,他承认,鉴于委员会就越界破坏问题已开展的工作,它不能采取使预防义务变成结果义务的立场。但是,他指出,人们普遍认为,虽然不是在所有情况下,但是在绝大多数情况下,预防义务是在对两种义务的区别的原来含义中是手段义务,力图将它们强行并入一个单一的段落中将违反责任的主要规则和次要规则间的区别,而整个案文则都是建立在这一区别的基础之上的。相反,在处理越界破坏时,委员会则主要关心的是主要规则。

184. 关于区别的实用性问题,他承认,这一区别并非偶尔有益于义务的界定,它可能有助于确定发生违背义务行为的时间。他指出,委员会的一些成员认为,不一定要在一个单独的条约草案中或在新的第 20 段中提及这一区别,但可以在第 16 条中提及这一区别。但是,他认为,这一做法会产生问题,因为当真正使用这一区别时,是按照原来的含义使用的,根据原来的含义,手段义务或结果义务并不一定等于确定的或不确定的义务。尽管也许存在着使手段义务更加确定的趋势,但这一区别并不是以

这一标准为基础的。委员会采用一种区别的概念并把它变成另一种概念已造成严重的混乱。

185. 特别报告员认为,只注意到这一区别,但在条款草案中并不对它下任何定义并不一定是避免这一问题的一种方式。他建议起草委员会因此应当考虑用法语的原来措词满意地阐明这一区别的可能性。按原来的法语措词,大多数预防义务均可被认为是手段义务。如果起草委员会做不到这一点,那么它就应当尝试“最起码的”解决办法,即可能在第 16 条中提及这一区别。

186. 如果这两种解决办法中的任何一种都行不通的话,那么就只能删除一审所通过的第 20 条、第 21 条和第 23 条。他深信,这些条款是法律编纂过细的一种典型,这就是委员会内外对这些条款经常提出批评的原因,也是甚至连使用手段义务和结果义务间的区别的法庭都不引用这些条款的原因。委员会的绝大多数成员看来都同意这一观点。

12. 特别报告员介绍第 24 条和第 25 条
(已完成和具有持续性的不法行为) ¹⁸⁹

187. 特别报告员提议一并审议第 18 条第 3 至第 5 款和第 24 条至第 26 条, 因为它们都涉及违背国际义务的时刻和期间问题。

(a) 用 语

188. 特别报告员针对发生违背行为的时刻问题指出, 违背国际法行为多半持续一定期间, 因此, 没有必要使用“时刻”一词。

189. 他也认为, 在显然有一项义务快要被违背、但还没有实际发生的情况下会产生一项困难。在联合王国法律中称为“事先声明的违背行为”而在德国法律中称为“列明的违背行为”的情况已经按照拒不履行条约的概念纳入《维也纳条约法公约》第 60 条。虽然这种相当的定义可能被列入本条款草案中, 他却不曾认为这种定义确有必要。光是使用“发生”一词而不要深入细节就可以了。

¹⁸⁹ 特别报告员拟议的第24条的案文内容如下:

“已完成和持续性的不法行为

1. 无持续性的国家行为违背国际义务时,发生违背义务行为的时刻即实行该行为的时刻,即使该行为的影响持续存在。
2. 有持续性的国家行为违背国际义务的期间为该行为持续并且一直不符合国际义务的整个期间。
3. 一国违背防止某一事件发生的国际义务时,违背义务行为的期间为从该事件发生起到该事件持续并且一直不符合国际义务的整段期间。”

特别报告员拟议的第25条案文内容如下:

“国家的复合行为违背义务

1. 一国以被一并定义为不法行为的一系列作为或不作为违背国际义务的时刻开始于连同已采取的其他作为或不作为足以构成不法行为的一作为或不作为发生的时刻。
2. 在上述情况下,该违背义务行为延续的时间为一系列作为或不作为中的第一个开始发生到此类行为再次发生并且一直不符合该国际义务的整个期间。”

见A/CN.4/498号文件。特别报告员对本条文的分析见《同上》,第93-135段。

(b) “综合行为”与“复合行为”的区别

190. 关于时间上有延续性的第 25 条对“综合行为”与“复合行为”作了区分。综合行为包含第 25 条称为有关“个别事件”的一系列行动,无论每一个别发生的行为是否构成违背行为,综合行为都构成违背行为,例如通过一套法律和行政法令采取种族隔离政策。复合行为与综合行为的不同在于复合行为涉及同一事件,例如针对某一个人采取汇总起来形成歧视的一系列行为。

191. 特别报告员不认为,在目前的语境中作这样的区分有所助益。要回答的问题是是否发生了违背义务的行为。已经提到关于 Gabčíkovo/Nagymaros 项目的案件¹⁹⁰,用这个事例说明象第 25 条第 2 款与第 3 款中对综合行为与复合行为作精细的区分似乎并不适切。

192. 他认为,对已完成的行为和正在持续的行为的区分远较适切,应予保留,不过它的确切适用还是应该取决于所涉初级义务的性质和案件的情节。

(c) 综合行为的处理

193. 特别报告员指出初级义务集中于只能界定为综合行为的为的情况,例如有别于单纯的谋杀行为的灭绝种族行为。但是他们所了解的本条款草案范围并不限于由于行为具有综合或集体的性质而将其定性为不法行为的义务。草案中综合行为的概念可适用于被涉及不同情况的一系列行动所违背的任何义务。灭绝种族行为等按照行为的严重性质和对人群的影响加以禁止的国际法义务是极其严重的,将这些行为当作一种集体行为加以处理的问题引起了一些重要的问题。另一方面,是否有必要用那种方式处理综合行为,根本就不明确,因为这种行为只是偶而具有综合的性质,但所涉及的规则不光是对以空气污染造成严重损害之行为施加禁止的规则。这种行为很可能构成综合行为,但却没有理由予以特殊化。基于这个观点,没有理由将综合行为同其他任何行为区别开来。

194. 他认为,基于上述观点,有必要保留综合不法行为的概念,但应将其范围限于界定综合不法行为或有计划不法行为的一些初级规则所产生之各种义务的情

¹⁹⁰ 《1997年国际法院报告书》,p. 7。

况。在基于行为的综合性质将其定为非法行为之义务的情况下,需要进行另一种分析,可能引起时间因素的特殊问题。

(d) 复合行为

195. 同样,复合行为的概念不是指在某一规则中界定为复合行为的行为,而是指凑巧复合的行为。而且,似乎还有必须处理这种情况的显著理由。至于被界定为复合行为的不法行为,为数极少,不具特别意义。反之,综合行为则在《灭绝种族公约》等极其重要的规范中被界定为不法行为。正是基于这种理由,复合行为过去一直在文献中受到尖锐的批评。¹⁹¹

196. 据指出,前任特别报告员阿戈先生在拟订第 22 条中所载述的用尽当地补救办法规则时曾经需要一种复合行为概念。在适用该规则的情况下,当地补救办法失灵是构成不法行为之复合行为的最后一步。这就是人们所知道的用尽当地补救办法的实体法学者的理论。对于用尽当地补救办法的正统观点是程序性观点,这种观点认为:不法行为可能确已发生,但是在用尽当地补救办法以前不能藉外交上的权利要求或人权申诉采取任何国际行动。根据一读通过的第 22 条的含义,摩洛哥磷酸盐案¹⁹²是错判了。在该案的关键日期以后所发生的唯一事件是没有用尽当地补救办法。

197. 问题在于:根据通常的理解,在有一项义务被违背并且适用用尽当地补救办法规则的情况下,适用的国际法是造成损害时所适用的法律而不是用尽当地补救办法时的法律;的确,由于可以用尽当地补救办法的方式不同,并不容易指明这个时间。草案已经规定当一系列行为中的最后一个行为发生了以后才发生复合行为,所以必须将复合行为的发生时刻定为发生一系列行为中第一个行为的时刻才能达到上述结果。因此,第 18 条第 5 款的含义是:复合行为是一系列行为中的最后一个行为终了时才发生,但是适用的法律是复合行为中的第一个行为发生时的现行法律。这是一个“复杂的”解释。他认为,这是完成不必要的,因为摩洛哥磷酸盐案根据对该案的适用文书正确地作出了判决。

¹⁹¹ 参见J.Salmon,“国家的复合行为:一个有争议的概念”,《法国国际法年鉴》,第二十八卷,pp. 709-738。

¹⁹² 摩洛哥磷酸盐案(初步反对意见),国际常设法院汇编A/B,第74(1938)号。

198. 特别报告员因此建议删除整个复合行为概念。违背义务问题没有复合行为概念也能够得到解决,而适用于复合行为的时际法的极其复杂的概念结构也可以完全废除。

(e) 适用的时际法问题

199. 特别报告员指出,委员会仍须解决时际法对已完成的行为和具有持续性质的行为与综合行为的适用问题。他认为,条款草案(第 18 条第 3 款和第 4 款)中为将时际法适用于具有持续性质的行为和综合行为所制定的解决办法基本上是正确的。此外,他同意法国政府的提案,认为适用的时际法原则应该同条款草案挂钩。

(f) 预防的义务

200. 对于预防的义务和对这一义务的违背行为的持续期间,特别报告员指出,第 26 条认定对这些义务的违背必须是具有持续性质的不法行为是错误的。对预防义务的违背行为中有些可能是具有持续性的行为,但是另一些却不是,要看具体情况而定。例如,如果有预防披露一件消息的义务存在,那么这件消息一经披露,整件事情就结束了。没有任何理由再将随后发生的行为视为不法行为了。在另一些情况下,例如预防有人闯入外交馆舍的义务,违背这种义务的行为显然应该是具有持续性的行为。

(g) 特别报告员提议的第 24 条和第 25 条案文

201. 基于上述理由,特别报告员提议新的第 24 条案文对已完成的行为和正在持续的行为作一区分。处理已完成之行为的第 1 款将载列原来的第 24 条案文。第 1 款必须与具有持续性的不法行为形成对比,只要国际义务继续有效,违背义务的行为就继续存在。

202. 在第 2 款中载入“在第 18 条的限制下”这一但书是为了包括具有持续性质的不法行为在实质性义务正式生效以前已经开始并且一直持续下来的情况。只有当义务正式生效了,违背义务的行为才是不法行为。第 2 款容纳了目前第 25 条和第 18 条第 4 款的内容。第 3 款处理正在持续的对预防义务的违背行为问题,也必须受到第 18 条的限制。

203. 据解释,新的第 25 条尽管含义比较狭窄,却处理了综合行为的概念,对第 3 款中所载述的时际问题制定了解决办法,而且也受到第 18 条的限制。

13. 第 24 条和第 25 条辩论概况

204. 虽然特别报告员对于第 18 条(第 3 至第 5 款)、第 24 条和第 26 条的意见和建议在委员会中得到普遍支持,却也有人认为,所有提到一不法行为何时开始、是否持续以及持续多久的问题的文字都可能删除,因为这是对初级规则的解释和对逻辑和常识的运用问题。

(a) 已完成和具有持续性质的不法行为

205. 谈到特别报告员提议的第 24 条,有人指出,一方面,这项拟订作业的目的并不是要规定在时间上没有延续性的不法行为或具有持续性质的不法行为的含义,而是要确定不法行为在哪里发生、违背义务行为何时发生、以及违背行为持续了多久。

206. 有人认为,第 24 条第 3 款从属于第 20 条第 2 款关于预防某一特定事件发生之义务的规定。因此,这两个条款应该以同样的方式处理,意思是暂时将第 3 款置于方括号内。

207. 特别报告员在答复这个问题时指出,预防的义务可能受到一国某本身不具持续性质的单一行为的违背,这是令人信服的。但是违背义务的行为可能包含结果的持续、而不包含产生该结果之国家的行为的持续。因此需要在第三章中为这些条款开辟专节。

208. 委员会内有一种意见认为,对于具有持续性质的行为,欧洲的惯例提供了充分的证据,说明了对这些行为作出明确规定多么困难。尤其,不容易明确区分上述行为和具有持久影响的瞬间行为,欧洲人权法院在 Papamichalopoulos 等人诉希腊 的案件中所作的法理分析证明了这一点。¹⁹³ 传统的观点认为,剥夺人权是瞬间行为,与此相反,欧洲人权法院裁定,因为无法确切查明导致剥夺的行为,所以发生了某种具有持续性质的行为。

¹⁹³ 1993年6月24日,欧洲人权法院,汇编A,第260-B号,第40段。

209. 最近的欧洲历史已经使得这个问题成为具有高度政治性质的问题,已经产生的问题是:不同的国家在二战以后所实施的、导致剥夺财产的某些行为是否违反目前对这些国家具有拘束力的《欧洲人权公约》。可能引起争议的论点是,没有为案发当时违反国际法的剥夺财产行为给予任何赔偿可以说是相当于目前的不法行为。

210. 又有人指出,特别报告员说明了为什么要区分具有持续性质的行为和已经完成的行为,提到关于停止不法行为的条款草案第 41 条。但是这一条有些奇特,因为该条指出,国际不法行为的后果是遵守国际法的义务。但是,遵守国际法的义务与否并不取决于国际不法行为的实施。所以,在这种情况下并不真正需要这一条,如果加以删除,也就可以删除对具有持续性质的行为和瞬间行为的区分,但以不带来任何其他法律后果为其先决条件。

(b) 复合行为

211. 特别报告员关于删除“复合行为”概念的提议在委员会中受到普遍的支持。有人提到,根据初级规则对综合行为和复合行为进行区分不容易办到。特别报告员提到的灭绝种族事例显示,初级规则在这方面并不是很有助益。

(c) 综合行为

212. 有人认为,适用或不适用用尽当地补救办法的规则应取决于综合行为问题。如果第一受害主体从个人转为该个人的国籍国,就会影响到用尽当地补救办法规则的适用,因为该规则不能适用于复合不法行为的情况。但是,这个问题仍然是不法行为是否等于综合行为的问题。

213. 对于第 25 条第 1 款,也有人问起为什么某一作为或不作为的发生时刻要由以前的一些作为或不作为加以确定。反之,可以把这种着手方式倒过来指构成所发生之综合行为的第一个作为或不作为发生的时刻,接着又指随后发生的作为或不作为。

214. 特别报告员在答复中表示他的看法,认为,综合行为的发生需要经历一段期间,因为顾名思义,综合行为是由其发生需要经历一段期间的、合称不法行为的一系列作为或不作为组成的。灭绝种族行为是综合行为的一个例子。属于某一种族的

人首次遭受谋杀的事实并不足以证明有人犯下灭绝种族行为,但是,如果接着发生类似的谋杀事件,而这些事件又是有计划的,就可以认定由那一系列谋杀行为所组成的灭绝种族行为在第一次谋杀事件发生时就已经开始了。的确,考虑到以整套的一系列行为构成综合行为的第一次作为或不作为的概念并不是新概念,因为在一读通过的第 25 条中已经存在这样的概念了。

14. 特别报告员对第 24 条和第 25 条的总结

215. 特别报告员认为,尽管委员会对简化的程度还有不同的意见,但还是明确地主张将有关规定简化。主要的原则问题是,是否应该保留具有持续性质的不法行为的概念。他认为,委员会起码应该在审议还没有决定予以删除的第 41 条以前,将新的第 24 条置于方括号内。

216. 谈到具有持续性质的不法行为是否在责任范围内具有其他影响,他说,用尽规定问题并不可能受到一不法行为是否具有持续性质的影响。他认为,应该以同《维也纳条约法公约》第 45 条类比的方式在第三部分载列一个条文,规定援引责任权利之丧失。但是,他自己认为,虽然事件的发生可能受到不法行为是否具有持续性质的影响,但是用尽规定的原则对于具有持续性质的不法行为或其他行为来说都是一样的。

217. 他同意,第 41 条中停止不法行为的义务并不是由于有了初级义务才存在的一个单独的次级义务,但是第二部分中含有停止不法行为的概念,它与恢复原状和赔偿之间的选择具有深刻的关系,受害国通常都有作出这样的选择。的确,人们有过主张恢复原状的假定,在某些情况下,尤其是在涉及强制性规范的情况下,恢复原状可能是唯一的机会。但是在许多情况下,人们遇到实际的选择,在这种情况下产生了查明受害国的问题。一种情况是,受害国也许可以要求违法国停止不法行为,但是其他国家办不到。另外一种情况是,希望停止不法行为的非受害国多于实际受到违背行为伤害的实际受到违背行为之害的国家。这些可能性还需要研讨,他自己的看法是,应该在第 2 部分中以某种方式保留停止不法行为的概念。

218. 所以,第 40 条可能需要区分停止不法行为和赔偿,并且处理对条款草案其他部分的影响。

219. 基于上述理由和其他原因,特别报告员认为,必须区分已完成的不法行为和具有持续性质的不法行为。在已完成的国际不法行为与该不法行为的持续之间存在着不同之处。虽然委员会无法就没收是否具有持续性质的不法行为或已完成的不法行为表达意见,却能够强调第 18 条的首要地位,使一些在完成的时候属于合法的行为不致由于随后法律改变而成为争议的主题。他也认为必须在第 18 条的范围内考虑到一切可能发生的改变;因此建议委员会在第三章中保留具有持续性质的不法行为概念。委员会可以在对条款草案的总体安排有了比较清楚的认识以后再回头审议这个问题。

15. 特别报告员介绍第 26 条之二 (用尽当地补救办法规则) ¹⁹⁴

220. 特别报告员解释说,按照最初的概念,用尽当地补救办法是构成违背义务行为的复合行为的最后一个步骤,所以,只有用尽了补救办法以后才发生违背行为。但是,当地补救办法未能凑效可能根本不是违背国际法的独立行为。拒绝实行补救办法的国内法院可能完全按照国内法行事,而该法本身可能不违反国际法。但是,情况并不总是这样,所以他不愿意将有关第 22 条的辩论视为在程序主义和内容主义的理解之间作出直率的选择。

221. 在某些情况下,当地补救办法失灵本身是违背义务行为的一部分,如果它构成进一步的或累积的歧视实例,就属于这种情况,但在其他情况下就不是这样。通常的理解是,用尽当地补救办法是在某些情况下提出国际要求的先决条件,但是,委员会无须在国家责任条款草案中详细规定这些情况,主要因为委员会在处理外交保护工作时就必须这样做。

222. 按照程序主义者的理解,或许可以指出,上述规则在本条款草案中没有任何地位,但是将它完全放弃将被视为具有挑战性。因此,他建议加以保留,不过要采取保留条款的形式。没有人提议加以删除,但是有几个国家的政府极力反对原先的第三

¹⁹⁴ 特别报告员提议的和第26条之二内容如下:

用尽当地补救办法

本条款不妨害如下的要求:在国家应给予外国国民或公司某种待遇的国际义务情况下,这些国民或公司应用尽他们在该国内可利用的一切有效的当地补救办法。

章中对这个规则的表述方式。因此,他将第 22 条作为“不妨碍条款”保留下来,作为第 26 条之二置于第三章末尾,但是最终可能放置到其他地方。

16. 第 26 条之二辩论概况

223. 据认为,无论在条约法或习惯法中都牢固确立的用尽当地补救办法规则是确保确认和尊重国内立法和国家体系的手段。

224. 委员会对于在条款草案中保留这个规则的问题有不同的看法,有人主张加以删除,另一些人则极力主张加以保留,认为它是国际责任法的一个必要组成部分,起码视为必须以“不妨碍”条款的方式加以体现的一个组成部分。

(a) 程序与实质内容

225. 据指出,一读通过的第 22 条意图将两种着手方式结合起来。按照第一种方式,用尽当地补救办法使得违法国有机会对似乎违背某项义务的行为进行补救。按照第二种方式,在一切情况下,都必须用尽当地补救办法。私人当事方在提出任何要求以前都必须负举证责任。

226. 有人表示支持特别报告员的观点,认为在大多数情况下,处理方式本身就是违背义务行为,用尽当地补救办法是确定某项要求可以受理的标准程序条件,虽然未能提供充分的当地补救办法的财政部可能本身就是某种违背义务行为,这种情况反映了某种初级规则或义务,但并不是用尽当地补救办法规则的依据。

227. 另一种看法认为,如果认定用尽当地补救办法与否会影响某项要求是否可以受理的程度,自然应该将这种要求视为具有程序性质。但是,一旦用尽了补救办法,并不一定会引起附着于不法行为的那种法律后果。一国可以进行斡旋,以期确保自然人或法人在用尽当地补救办法以前就能够享受若干待遇。

228. 但是,就违背义务行为提出要求的情况来说,必须遵守用尽补救办法的规定。而且,对用尽规则的放弃不一定是决定性的。它可能依循当事国之间的协定或构成单方面行为,改变了案件的情节,但是不会对一般国际法造成任何影响。

229. 虽然有人对用尽当地补救办法影响某项要求可以受理的程度的看法表示同情,却指出,应该进一步思考是否应该在第一部分中载列是否受理申诉案件的问题或者是否应将这个条文放在第二部分或第三部分的问题。

230. 有人认为,特别报告员目前的提议将通过程序概念而产生急剧的改变,以便按照摩洛哥磷酸盐案¹⁹⁵的方针坚持认为,产生责任的时刻开始于发生违背行为的时刻而不是用尽当地补救办法的时刻。据认为,持这种概念的人不容易接受用尽当地补救办法的规则应该使国家有机会对其不法行为进行补救的概念。

231. 此外,如果委员会接受那个新观念,就不应该看不到新观念所带来的其他问题。如果受到不法行为伤害的个人决定不采取当地补救办法,尽管违法国提供了获得赔偿的可能性,他的国籍国是否有权在国家责任法的范围内采取措施?委员会将必须把用尽当地补救办法视为一项障碍,不仅就管辖权的行使来说是这样,就是根据国家责任法采取其他措施——亦即就国家责任的履行来说,也是这样。

232. 特别报告员在答复中指出,当违背一国际义务的行为只伤害到一个人,如果这个人蓄意决定不采取任何行动,即使其国籍国有意就其国民所受到的待遇提出抗议,看来与条款草案第二部分有关的比较具体的内容(包括反措施)并无法适用。问题在于整个排除问题,而不是对该用语作狭义解释的一个简单的程序规则。

233. 特别报告员认为,委员会不应该从两个无法妥协的意见中作出选择,而应该明确指出,在某些情况下,在用尽当地补救办法以前,是无法履行责任的。

(b) 第 26 条之二

(一) 一般性意见

234. 有人认为,特别报告员提议的第 26 条之二或委员会的讨论都没有适当处理这个事项。对一读通过的相应条文第 22 条的评注长达 20 多页,处理了这个规则的基本法律原则、国家实践、司法判决和法学家的法理说明。但是,特别报告员对自己的评论施加限制,他似乎对用尽当地补救办法规则分派了一个微小的角色,甚至对是否应将这个规则列入条款草案中,或者至少对这个规则在条款草案中的位置抱着怀疑的态度。

¹⁹⁵ 摩洛哥磷酸盐案(初步反对意见),国际常设法院汇编A/B,第74(1938)号。

235. 特别报告员在答复中设法消除任何误解。他认为用尽当地补救办法的规则是一般国际法上的既定规则。但是,必须认识到,与原来的第 22 条的规定相反,即使在有关的个人没有用尽当地补救办法的情况下国际义务也有可能受到违背。

(二) 规则的范围

236. 虽然特别报告员对第 26 条之二的着手方式得到支持,有人认为,用尽当地补救办法规则的适用问题只是从外护的立场加以处理的,由于许多人权文书都提到它,所以也应该在人权的范围内考虑到它。

237. 特别报告员在答复中承认,他不曾详细处理用尽当地补救办法规则的范围,因为这是有关外交保护工作的一大部分。他只是依循了原来的案文。他曾经指出,人权文书明确了这个规则适用于个人就侵犯人权行为提出的申诉,这个规则也适用于习惯国际法范围内个人遭受侵犯的情况。但是,这个规则并不总是可以适用于大规模侵犯人权情况和其他情况。

238. 他强调说,第 26 条之二的目的是要指明规则何时可以适用或何时算是用尽了当地补救办法。这样拟订有两个理由。第一、这个问题将连同外交保护专题一起处理。第二、在一条约义务被违背的情况下,没有必要超越有关条约在用尽当地补救办法方面所作的规定。

239. 另一种看法认为,第 26 条之二的措词并不充分,因为它既没有载明用尽要求的起源,也没有载明该项要求的作用。虽然符合这项规定的需要取决于被侵害的初级规则的特定性质,实际上,初级规则并不能走得很远。因此,将在条款草案中载明这些情况。

240. 有人提议委员会再度拟订 1930 年在海牙举行的国际法编纂会议拟订的规则。¹⁹⁶ 为了支持这项建议,有人指出,条文用语明确、简单对该项规定的基本概念问题不作最后决定。另外有人在委员会内建议将这项规定重新拟订如下:“上述条款不妨碍涉及在国际法规定了这种条件的情况下用尽当地补救办法的任何问题”。有人指称,这个条文将包括外交保护、侵犯人权情况、甚至包括明文规定了必须用尽当地补救办法以之作为提出国际请愿的先决条件的双边协定。

¹⁹⁶ 拟订的案文内容如下:

(三) 规则的位置

241. 有人认为,规则的法律依据及其作用问题可以在第 26 条之二或在第二部分中轻易地加以解决。这个解决办法有利于排除该条约对那种情况的适用,《关于解决国家和其他国家国民之间投资争端的公约》中作了这样的规定。提到的另一个可能办法是将这个规则安插在关于排除不法性情况的第一部分第五章中。

242. 特别报告员同意这个问题可以在第二部分或第三部分范围内加以解决,并且表示同意移动第 26 条之二,以便上述的一些问题。虽然这个构想在委员会中得到支持,据指出,处理该规则的条文的位置可以在第二部分和第三部分的总体结构比较明确以后再付诸讨论。

17. 特别报告员对第 26 条之二的总结

243. 特别报告员说,委员们普遍同意应该在条款中保留一个关于用尽当地补救办法的条文,该条文可以按照比较广泛的含义重新拟订。委员拉也普遍同意,这个条文不应该预先断定用尽当地补救办法之义务的性质,其性质可能因情况而不同。应该小心谨慎,务必不要回避用尽当地补救办法的义务,例如应该顾及反措施问题,为此目的,应该指明义务的后果,尤其应指明该规则适用于个人违背义务之情况的时候。

18. 第四章(一国牵连另一国的国际不法行为)

(a) 特别报告员介绍第四章的着手方式

244. 特别报告员解释说,条款草案第四章的标题是“一国牵连另一国的国际不法行为”,主要处理促使或援助另一国实施一国际不法行为的国家是否应为一国际行为的实施负责。A/CN.4/498/Add.1 号文件载述了第四章的范围,并且分析了第 27 条和第 28 条。A/CN.4/498/Add.3 对若干国家法律体系在干预签约权利方面的实践进行

对于外国人承受的损害的赔偿,在受害人根据该国国内法用尽可用的补救办法以前,不得援引国家的国际责任。

了简要的比较分析。也就是说,促使别人违背其合同义务的行为是否构成不法行为。比较分析的结果表明,这个领域的法律实践相当不同,根据法国法律,责任原则适用于干预签约权利行为,第四章似乎受到强烈影响。根据这项原则,任何人要是在知道情节的情况下协助另一人实施一不法行为,也应该对该不法行为负责。但是,实际上,这项原则往往含有微细的差别。德国法律对这个问题采取了限制性的立场,而英国法律则采取中间立场,规定:任何人在知道情节的情况下促使另一人违背一合同义务,应为不法行为负责任,但也许有理由为他的行为辩护。类比关系有其限制,但饶有兴味地指出,第四章改变了源自一个国家法律体系的责任的一般假设,的确引起了一些困难。

245. 第 27 条和第 28 条中有些规定处理了实体法的初级规则。通过稍微调整第四章的概念,已经能够把它纳入次级规则的范围。考虑到评注中所作的解释和所提出的实例,应该将第四章视为基本涉及一国促使另一国违背对催促国本身具有拘束力的国际法规则的情况。任何国家对于由本国实施时必须负责的行为,即使通过另一国加以实施,也不能逃避应负的责任。有些法律体系使用代理学说来解决这个问题。但是,这种着手方式并没有确切地反映在第二章中。总之,在第四章的情况下,似乎应当强调这样的条件:要使一国承担责任,该国本身必须受到有关义务的拘束。正是基于这样的概念和不拟跨入初级规则领域的要求,第 27 条的订正案文才应运而生。还必须指出,没有任何政府要求完全删除第四章。目前的任务是使第四章同案文的框架保持连贯一致。

246. 条款草案的基本假设是:每一国家都对它自己的不法行为负有责任,这些不法行为指根据第二章的条文可归因于它的行为和根据第四章的条文被牵连的行为。他认为,没有必要超越这项假设。可以在评注、第四章的导言、甚至第二章的导言中更加明确地载明这种着手方式。

247. 他提议将第四章目前的标题“一国牵连另一国的国际不法行为”改为“一国对另一国行为的责任”,因为他不认为有可能假设其他国家实施的行为会是国际不法行为,根据第五章,尤其是其中第 31 条的规定,这种行为或许不能算是不法行为。

248. 第 28 条第 3 款是个“不妨碍”条款,必须对整个第四章适用,他提议将这一款拟订为单独的第 28 条之二。

(b) 对第四章着手方式的辩论情况摘要

249. 虽然没有达成一致意见,但是普遍认为,一读时拟订的第四章遇到困难,必须重新审议。据指出,一读通过的第四章没有考虑到刑法和公法着手方式以外的情况。因此,必须在新案文中考虑到强制性义务和普遍性义务。有人对特别报告员的着手方式表示支持,虽然不是直接表示支持,但的确支持。但是,据指出,特别报告员提议的案文也遇到一些困难。据指出,有必要审查委员会的理论前提和草案各条文的位置,依据一个新的、比较“客观的”范例进行,凡是实施了国际不法行为的,即使没有造成任何损害,也必须为该行为负责。

250. 有些委员认为,即使特别报告员对第四章条文的改订是对一读通过的案文的重大改进,这一章的条文将很少适用于实践当中,涉及该章条文的事项应该留给初级规则和关于行为归属的规则处理。此外,在研讨胁迫行为时,委员会进入了为胁迫下定义的困难领域。如果作为需要保留的次级规则中的一项作业,将本章删除,就能够使条款草案保持“纯净”。

251. 也有人说,原先的第 27 条和第 28 条受到第 19 条所处理罪行概念的重大影响。特别报告员正确地提出了是否需要拟订一个同时适用于双边条约和强制性规范的通则问题。

(c) 特别报告员对第四章着手方式的总结

252. 特别报告员说,他认为委员会必须忠实于条款草案的基本原则,同时认识到在某些情况下条款草案难免触及主要规则领域。他同意,对第四章案文某些内容的评价应着眼于条款草案的简明扼要,并考虑到法律传统。应力求避免通过内容取决于对某些主要规则内容的判断的次要规则。他指出,按照定义,条款草案的规则是一般性的,适用于所有主要规则,至少适用于某些一般种类的主要规则。他同意第四章不包含严格意义上的次要规则,但他认为,第 27 章和第 28 章在条款草案中占有一席之地,首先因为它们涉及与归属问题类似的问题,其次因为至少在胁迫方面与第 31 条规定的“道歉”有关系。鉴此,他认为,作为一项原则,不应采取过于僵硬的立场,不应将对第四章范围的分析扯得太远。

(d) 特别报告员介绍第 27 条(一国援助或指挥另一国
实行国际不法行为) ¹⁹⁷

253. 特别报告员说,国际法依据的一般原则认为,一项条约不经第三方同意不对其施加任何义务和权利(1969 年《维也纳条约法公约》第 34 条),拉丁文格言“协定不得使第三者负担义务”也表达了同样原则。然而,一读通过的原有第 27 条似乎违背了这项原则,因为其中提出了不受有关义务约束的第三国若蓄意违反该项义务应负责任的问题。第一,这项规定似乎是实质性规则,不是次要规则;第二,似乎缺乏存在的理由。它的范围过宽,即使存在一国诱使另一国违反双边条约的行为被视为实行不法行为的情况,这种情况也十分罕见。

254. 国家在某种意义上联合行动、实行国际不法行为的情况多种多样。有人已经指出,第 27 条没有列出所有情况,特别是国家通过国际组织集体行动的情况。如果以国际组织为媒介,产生国际不法行为的行动是国际组织机构的行为,不能归属于国家。问题是,集体参与或容忍这类行为的国家应该对这一行为承担什么责任。以前的会议曾经决定,这个问题引起了国际组织的责任问题,不应在条款草案的范围内处理,因为超出了国家责任的范畴。然而,也有一些国家的集体行动不是通过单独法人实行的,委员会将在第二部分讨论恢复和赔偿时再涉及这一问题。

255. 他已经说过,由于他主张在次要规则的范围内,至少在第 27 条之中说明国家违反受约束义务以外的义务不应承担责任,所以才建议对第 27 条的原有案文加以修订,以确定在两种情况下才产生国家责任:第一,该国这样做时知道该国际不法行为的情况;第二,如果该国实行这一行为,该行为即构成国际不法行为。第 27 条原来的行文过于含糊。此外,“构成国际不法行为”的词语模棱两可,不清楚,特别是对援助计划而言,因为所提供的援助可能被用来实施国际不法行为。为了遵守“协定不得

¹⁹⁷ 特别报告员提出的第27条案文:

援助或指挥另一国实施国际不法行为

一国援助或协助或指挥和控制另一国实施国际不法行为,在下列情况下,应对此承担国际责任:

- (a) 该国这样做时知道该国际不法行为的情况;
- (b) 如果该国实施这一行为,该行为即构成国际不法行为。

见A/CN.4/498/Add.1, 第20页。

使第三者负担义务”原则,必须申明协助另一国的国家只有在它本身实施了不法行为,该行为本来是非法的情况下,才承担责任。因此,新的案文大大限制了第 27 条的范围,提出了可被明确视为次要责任原则的概念。

(e) 第 27 条辩论概况

256. 委员们支持第 27 条的宗旨,但对是否值得保留这一条款以及条款案文使用的一些概念发表了不同意见。

257. 有些委员希望删去第四章全部,他们对接受第 27 条也有困难。有的委员说,第 27 条假定存在一条禁止对实行国际不法行为给予援助或协助的一般国际法原则。是否存在这样的规则令人怀疑,至少在习惯国际法的范围内是这样。即使存在这类规则,也属于主要规则的范畴,不在委员会的职责之内。

258. 委员们对“知道该国际不法行为的情况”一句的意义提出了一些问题:该句是说协助国必须有意协助该国际不法行为的实施,还是说知道被协助国可能使用该援助或协助来实行国际不法行为就足够了?对模棱两可,即被协助国可能这样做,但无法肯定的情况,怎么办?

259. 一些委员认为,特别报告员在新提出的第 27 条中论述了两种不同的情况——分别载于第 27 条和第 28 条第 1 款——使问题复杂化了,而不是简单化了。这两种情况迥异。现有第 27 条涉及两种不同的国际不法行为;一国通过援助或协助便利于另一国实行国际不法行为的行为;构成主要违反的另一国的不法行为。对比而言,第 28 条第 1 款提到了可归于对另一国行使指挥或控制权的国家的国际不法行为。在这两种情况下,责任的存在理由是不同的。第一种情况(第 27 条)是有意参与实行不法行为,即共谋;第二种情况(第 28 条第 1 款)是附属国在国际上没有行动自由能力。因此,标准是绝对的:进行指挥或控制的国家当然要负责任,即使它不知道附属国实行了不法行为。由此可见,特别报告员的第一个条件(第 27 条(a))对一读通过的第 27 条是合适的,但对第 28 条第 1 款是不合适的。

260. 有的委员说,第 27 条涉及一国对另一国的协助,但经验表明国家常常联合实行不法行为,各自都承担同样的责任。在这种情况下,第 27 条关于知情的要求没有任何意义。国家在国际组织的范围内联合行动的问题,应在有关这类组织责任的条款中处理。然而,条款草案应在单独的议题下涉及国家联合实行不法行为的责任。这些

行为是否在一个组织的主持下实行,对委员会并不重要。这是一个主题性问题,委员会不能等待着处理完国际组织责任的条款再做决定。

261. 有的委员提出,第 27 条在传统的双边立场与新的集体利益和公共秩序之间游移。另一方面,第 27 条是逐步发展国际法的实例,但其中的规定又表现出某种不希望走得过远的顾虑。因此,同谋因素被考虑进去,而煽动则被排除了,尽管后者偏向于刑法。第 27 条应述及“实质”或“必不可少”的援助或协助,这两点十分重要,应反映在条款本身。此外,在涉及“罪行”问题时,委员会是否应考虑第三国牵涉到“罪行”的程度是否重于“不法行为”。

262. 有的委员指出,特别报告员提出的案文正是要说明,援助或协助国也有义务不实行国际不法行为。然而,人权条约规定,所有缔约国有责任制止条约所列任何具体情况下的侵犯人权行为。这是一条普遍适用的义务。援助或协助与这类情况有关。第 27 条(b)款似乎将严格的双边条约义务(即 C 国不受 A 国和 B 国之间缔结条约所载规则的约束)排除在其范围之外。另一方面,现有第 27 条不仅覆盖普遍适用的义务,还覆盖根据其他规则都必须遵守的义务。

263. 也有的委员说,(a)款是多余的,因为知情的内容已包含在援助、协助、指挥或控制的条件之中。(a)款还可能造成误解,因为它实际上提出了责任条件,并把这些条件定得很高。如果删去(a)款,保留(b)款作为唯一条件,情况会好得多。

264. 有的委员表示喜欢一读通过的第 27 条案文,认为该案文表明援助或协助即使单独看来不构成对国际义务的违反,但也是非法的。这项有意义的澄清似乎在新的第 27 条中看不到。

(f) 特别报告员对第 27 条的总结

265. 特别报告员说,他将援助或协助的概念与指挥和控制的概念联系在一起,不是因为他认为这些概念相似,而是因为它们从属于同一体系。他同意第四章中有三种情况:援助和协助;指挥和控制;胁迫。对每种情况的条件都需要单独考虑。他也同意为援助和协助订立的水准取决于是否保留第 27 条(a)款。如果删去该款,就应使援助和协助进一步具体化。他只所以在行文中只提出“援助或协助”,是因为(a)款所载的要求减轻了关于限度的困难。

266. 他还同意,有必要在第二章中的一条中明确规定在数国参与不法行为的情况下,每一国都有责任。第四章不关涉该词特定含义中的联合行为——包括两国通过一个联合机构(不是国际组织)行动的情况。如果一个联合机构以几个国家的名义

采取联合行动,例如发射人造卫星,那么则构成了每一国家的行为,按第二章责任归属于所有国家。第四章涉及一种不同的情况:国家本身没有实施行为,而是协助、指挥或胁迫另一国实施行为,该行为只是另一国的行为。这里绝不想排除联合行动。任何联合行动在某种意义都可能有一个国际组织来协调,这不意味着有关国家本身不实行这一行为。如果是国家代理人参与这一行动,那么国家应该为它的代理人或机关的行动负责,尽管有一个国际组织起着某种总体协调作用。提出的(a)款没有排除这种情况。因此,对联合行动的问题应该在第二章的框架内看待。起草委员会应该考虑是否需要在第二章对这一点进一步说明,还是在作为第二章按语的评论中加以适当的处理。

267. 特别报告员也同意,在第 27 条和第 28 条中列入更多的实质性要件,但又不在于阐释一般性规则方面走得过远,最好在评论中,也可在条款本身这样做。关于用语,他指出,《维也纳条约法公约》关于“重大”违反的定义使人回想起触及被违反义务核心的根本性或否定性的违反行为,因此与第 27 条实施的实质性标准不同。然而,该词在不同的上下文有不同的含义;某些澄清是必要的,但不要将刑法的全部要素都列进条款。

(g) 特别报告员介绍第 28 条(一国对另一国
进行胁迫的责任) ¹⁹⁸

268. 特别报告员说,他提出了新的第 28 条,是因为最初的案文有一系列问题。首先,如几个国家政府所指出的,第 2 款使用的“胁迫”一词不准确。他取该词的强势意义,认为比说服、鼓励或引诱更重一些,但不一定限于非法使用武力违反《联合国宪章》第 2 条第 4 款的情况。也可以主张第 28 条采取与第 27 条同样的做法,即胁迫国被视为只对如果实行将会是国际不法行为的行为负责。但是,这会造成一些困难,因为在第五章列出的某些情况下,行为国可以不可抗力为理由寻求豁免责任。我们可以说,胁迫本身并非非法,但一国胁迫另一国实行不法行为则是非法的。胁迫国在行

¹⁹⁸ 特别报告员提出的第28条案文如下:

一国对另一国进行胁迫的责任

一国在了解情节的情况下胁迫另一国实行若无胁迫仍属后者的国际不法行为的行为,
应对该行为承担国际责任。

见前述文件第21页。

动时当然必须了解情况,所以,他提议修订第 28 条第 2 款,使其更加清楚;他还提议单列一条。

269. 第 28 条第 1 款的范围过宽,但与第 27 条有一些共同点,所以可将其删去,将部分内容纳入第 27 条的新案文或单列一条。一国本可以通过某些抽象的指挥或控制权来阻止另一国实行国际不法行为,这一假设似乎构不成认为被动国负国际责任的充分基础。当然,在一国所负的主要义务,如人道主义法规定的义务,要求它承担阻止他国违法行为的积极义务时,情况就不同了。

(h) 第 28 条辩论概况

270. 许多委员对接受一读通过的第 28 条案文表示有困难,同时对新案文也提出了一些问题,并关心第 28 条如何处理胁迫的概念。

271. 大家普遍赞同特别报告员的观点,即第 28 条指可能依据条约而实际指挥和控制,不是单纯地行使指挥或控制权。胁迫必须达到某种限度。然而,胁迫也可以成为一种未对何时胁迫变为非法问题进行讨论便将第三国牵扯进去的形式。在这种情况下,该条的题目与内容不符。

272. 有的委员认为,第 28 条中使用的“胁迫”一词的确切意义不清楚。该词的意义是否包含所有的报复和反措施并不明确。根据一读通过的第 28 条评论,胁迫不限于以武力相威胁或使用武力,应包括严重限制受害国决定自由的任何行动,也就是使该国极难无视胁迫国的请求而独立采取行动的 any 措施。特别报告员认为,为此目的的胁迫是强制受胁迫国意愿的行为,使其除了依从胁迫国的愿望外没有其他切实的选择。因此,使遵守义务更难或更繁琐并不够;胁迫国必须胁迫实行在国际上非法的行为。由于这些标准是确定胁迫及其结果的必要条件,所以不妨在条款草案中列入各用语的定义,准确地界定胁迫的性质和范围,并指出该词不限于使用武力,还包括严重的经济压力。

273. 还有的委员说,如果第 28 条只包括非法胁迫,那么若胁迫属于合法,第三国可能得不到赔偿,受胁迫国可宣称“不可抗力”来逃避责任。第三国可能为了国际法的利益付一定代价。因此,如果第 27 条(b)款所载的条件“如果该国实施这一行为,该行为即构成国际不法行为”也作为非法使用武力的替代条件添加在第 28 条中,那么胁迫国应对第三国承担责任,因为它知道有发生违反行为的可能。

274. 特别报告员关于第 28 条(2)款没有理由仅限于违反胁迫国应负义务的观点是难以令人信服的。总之,问题不是某种胁迫是合法还是非法,而是如果胁迫国不受受胁迫国与其他国家缔结的义务的约束,它是否应该对违反该义务负有责任。第 28 条的新案文较尖锐地提出了这个问题。在这方面,委员们还对一国“了解情节”仍为胁迫另一国实行不法行为提出一个问题:例如,A 国成为一项条约的缔约方,该条约规定几个国家全有售初级商品不得低于某一固定价格。B 国不是通过武力,而是通过经济压力,胁迫 A 国以低于协议所订最低水平的价格出售产品。这种胁迫在国际法中并非非法,但人们怀疑 B 国是否对违反行为负责。

275. 有的委员说,“指挥和控制”一词与“胁迫”更相关。一种可能的做法是起草三个独立的条款:第一条述及援助和协助;第二条述及指挥和控制;第三条述及胁迫。另一做法是回到一读通过的案文:援助和协助放在第 27 条,加上两个条件;指挥和控制放在第 28 条第 1 款,在评注中加以说明;胁迫放在第 28 条第 2 款。

276. 另一方面,也有的委员认为,第 28 条在一读通过时没有遇到任何特别的问题。修订案文除了“若无胁迫”一句外——认为该句多余,是可以接受的。

(i) 特别报告员介绍第 28 条之二(本章的影响) ¹⁹⁹

277. 特别报告员说,第 28 条第 3 款保留了一国实施国际不法行为的责任,尽管是在另一国的指挥和控制或胁迫下实施这一行为的。如果在第 27 条中加上同样的但书,也适合。此外,应该指出,第四部分的规定不妨碍确定协助国、指挥国和胁迫国责任的任何其他依据。

(j) 第 28 条之二辩论概况

278. 委员们对特别报告员关于第四章影响的第 28 条之二的总体建议表示赞同,他认为条款案文应更加明确。

¹⁹⁹ 特别报告员提出的第28条之二案文如下:

本章的影响

本章不妨碍:

- (a) 目前各条其他条款规定的已实行有关行为的国家的国际责任;
- (b) 确定该行为所涉及的任何国家的责任的任何其他理由。

见前述文件第21页。

19. 特别报告员对第五章的探讨

279. 特别报告员在介绍他关于题为“解除不法性的情况”的第一部分第五章(A/CN.4/498/Add.2)时解释说,成为争论的是,各国对于非如此即构成违背国际义务的行为,可以获得一般的“借口”。因此,必须联系第三章来看待第五章。

280. 在评论第五章时,没有任何政府对于需要该一事发生疑问。有个国家政府提议把整个第五章汇总为单一的一条,但是这样作会模糊不同条件之间的重要区别。文献和司法判决大量引用本章而且深加依赖,例如彩虹勇士²⁰⁰ 仲裁案和 Gabcikvo-Nagymaros 项目²⁰¹ 即是明证。

281. 关于免除不法性的情况这一概念,特别报告员注意到,最初的提议是:条款草案与拟订初级规则的内容无关,但与责任次级规则的架构有关,尽管正是初级规则决定了何者为不法。于是,在区别初级规则恰当内容与免除不法性情况两者方面可发生困难。

282. 关于一读案文这一要点的评论甚至于说,解除不法性的情况实际上导致暂时或者甚至于永久地免除义务。这种概念很难同次级规则相符合,也难符合有关一项义务履行的借口与该项义务继续存在之间的差别。对此,国际法院在 GabPcikovo-Nagymaros 项目很明确,它说:虽然匈牙利可能有资格引用必要性作为不履行条约的借口,但条约毕竟是存在的。诉之于条约即使言之成理,也不能结束条约。只要必要性情况停止,遵守条约的责任就恢复了。

283. 因此,在考虑诸如是否应当适用必要性的借口,不可抗力或者其他事项时,必须顾及义务本身。如果已免除义务,很可能的是,所讨论的义务是初级义务而不是第五章所设想的解除不法性的情况。此外,在不履行义务的借口与未来结束此种义务的理由之间,显然有着区别。

284. 总地来说,义务继续生效问题与不履行借口问题之间的另项重要区别是,前者需要当事方之一结束该项义务。换言之,有关国家必须决定采取行动。

285. 免除不法性的情况与结束义务之间第三项区别是,免除不法性的情况既适用于非条约义务,也适用于条约义务,因此一个国家很难结束非条约义务,比如,国

²⁰⁰ 《1990年联合国国际仲裁裁决报告书》,第20卷, p.217 at pp.251-252。

²⁰¹ 《1997年国际法院报告书》,p.7, at p.63,也载于p.38。

际惯例法所赋予的义务。可能有这样的情况,虽然在这方面很少国家实践,但是也能够暂停这些义务。

286. 特别报告员注意到,有个政府在其评注中说,在各种免除不法性的情况之间有着不同。有些情况使得行为合法——确实如此,但是不能确定其他情况是否如此。譬如,处于危难和匮乏的国家,它采取的行动可以获得原谅,但特别是同匮乏有关的情况,在没有更好的选择下显然只好采取这种行动。这种情况不相宜,应当尽早结束。这种情况与同意和自卫的案例大异其趣。这种区别似乎是正当理由与借口之间的区别。委员会或许不需要甚至于作出第五章本身所述的区别,尽管评注要讨论这件事。

287. 特别报告员在其报告中对于第五章所载免除不法性的情况的次序提出微小的更动。由于此事关系匪浅,本章先是规定强制性规范的第 29 条之二,特别报告员提议删除第 29 条。接着是关于自卫的第 29 条之三,可以说该条与强制性规范属于同类。其后是关于反措施的第 30 条,关于事前不遵守所造成不遵守的第 30 条之二,后者与反措施可以类推。最后是三个不可抗力特例:危难、处于匮乏国家两项程序性条款。

288. 特别报告员解释说,他曾经尝试解决一些具体问题,并整理本章,使它根本的概念结构更形明确。

20. 特别报告员介绍第 29 条(同意) ²⁰²

289. 特别报告员说,从第 29 条评注显然可见,该条完全同事先同意该行为有关。一项非法行为,如事先给予同意即成为合法,对这种行为给予同意显然是豁免的例子,不属于第一部分。

290. 若干国家对于第 29 条的内容提出难题,包括有效给予同意的概念,因为它意味着由谁提出关于什么主题等等给予同意的一整系列规定。

291. 一个更带根本性的问题是,同意是否真地构成一项免除不法性的情况。同意是否有任何余地作为免除不法性的情况,在这方面引起认真的问题。他承认,有的义务不可或缺,不论是否同意,尤其不论其他国家是否同意,全得履行。譬如,一个国家不能免除另一国家对人权义务的遵守。同样情况适用于强制性规范,虽然同意有时

²⁰² 关于一读通过的第29条款草案案文,见《大会正式记录,第五十一届会议,补编第10号》(A/51/10),第106页。关于特别报告员对本条的分析,见A/CN.4/498/Add.2, 第230-241段。

候与这种规范的适用有关,例如,同意在给予同意国家领土上使用军队通常有效,即使强制性规范的基础规定仍然存在。

292. 由于他的报告说明的理由,²⁰³ 他相信第 29 条的起草发生问题。他认为,将事先给予的同意作成已获允许的初级规则这种作法似乎颇为可取。从这个角度来看,可以删除第 29 条。

21. 第 29 条辩论概况

293. 关于将同意作为免除不法性情况予以删除的提议,与会者表达了不同的看法。虽然有人支持这项提案,但大部分成员倾向于保留该条,并象一读通过的,将之提交给起草委员会。

294. 对于支持删除的成员来说,事先给予同意可以视为初级规则的表现;而事后同意则属于豁免的范畴。人们认识到,这样作,委员会对初级规则作了广义的解释,这种做法是有益无害的。

295. 有人也指出,经由支持拟议的删除,凭着有效事先同意的名义犯了很多滥权的情况。此外,事先自由给予的同意是否是一项充满困难的关键问题,原因是各国经常引用它来为悍然干预行为辩护。

296. 也有人支持这样的看法,即同意不存在的义务,因此这项同意不是免除不法性情况,原因是该项不法性在发生时是合法的。

297. 为了支持保留该条,有人说,可能有些情况,其中的同意具有追溯效果。特别报告员同意,有效追溯性同意的案例不仅仅构成豁免,这确实会发生的。不过,他认为,条款草案第三部分应当恰当地讨论这些案例。

298. 还有人注意到,从免除不法性情况清单删除同意的作法可以解释为废除一条重要原则。在这方面,有人指出:没有任何国家反对第 29 条所载的原则。

299. 特别报告员的论点是,所有初级规则载明有可能有效同意一项不履行义务的行为,这一论点不能令人信服。从受害者的眼光来看可能是这样:当给予有效同意时,就不发生非法行为的事;但是从第三国眼光来看,除非能够确定早已经给予同意,否则该行为仍然可能是非法的。

²⁰³ A/CN.4/498/Add.2, 第230-241段。

300. 有人表示,事实上有了同意并不意味着义务从之衍生出来的规定停止存在或已经停止。重要的是清楚区别两种情况:前者对于免除不法行为具体情况给予同意;后者是根据《维也纳公约》第 57 条和 65 条暂停一项条约,或者根据协议废弃一项一般国际法(习惯法)的规定。

301. 有人主张,正如《维也纳条约法公约》第 62 条就情势变迁原则所详细拟订的,应当根据作为免除非法行为情况的同意原则来详细拟订国家责任的条款草案。

302. 关于本条款为误用留有余地的关注,将其删除是否为各国,特别是较小较弱国家,带来更好保护,是令人怀疑的。删除它将只是意味着,要求各国考虑同意是否表示以及从事解释缺少明确的国家限制。比较可取的作法是,删除第 29 条,以避免可能的误用。

22. 特别报告员对第 29 条的总结

303. 特别报告员说,他的关切一贯是把同意的看法置于初级规则与次级规则两者区别的框架之内,而第五章正作出这种区别。他注意到,有些成员不认为第 29 条与在条约中事先给予同意这一问题有关;他们不认为是第五章含义之下的免除非法行为情况,而是特别法的部分:另一方面,可以有这样的情况:在相当的时间内给予同意,而不必由初级规则特别加以设想。“自愿者不构成伤害”的原理广被接受,而且据此应将之载于第一部分第五章之内。

304. 他同意,可以有一些情况,其中对于一种行为的唯一借口或辩解是在行为当时仍然生效的同意。在使用武力的情况,尤其如此。如果一个国家事先同意在其领土上使用武力,其后撤消这种同意,那么诉诸于武力就是非法,即使该国撤消同意的作法未经慎重考虑。令人怀疑的是,不论一国情况如何,能否豁免它撤消对另一国家在其领土上使用武力的同意这种权利。

305. 各国政府没有批评列入象这样的第 29 条,但对于该条的措词表示关切——这种关切已超过各项评注所建议的。结果,他接受这样的论点:删除该条可能造成错误印象。问题是初级规则与次级规则的分野到底在哪里,委员会可以调整这项分野以顾及同意的一般原则。

23. 特别报告员介绍第 29 条之二

(对强制性规范的遵守) ²⁰⁴

306. 特别报告员注意到,条款草案未曾论列的一种情况是与强制性规范相冲突的实绩问题:条约法问题特别报告员 Fitzmaurice 先生在其第四次报告 ²⁰⁵ 清楚提及此点,文献也加以引用。问题一部分来自《维也纳条约法公约》在强制性规范的情况实施的方式。强制性规范的援引使得整个条约形同具文。1938 年第三帝国与捷克斯洛伐克之间的条约就是显例,但这种例子很稀少。通常对强制性规范的违背是来自下列情况:对于所提议处心积虑的侵略和对一个已经成为种族灭绝政权提供援助的情况,继续实施完全正常的条约。这样的违背于是被认为是“临时的”和“偶尔的”:它们不是来自这样的条约的条款,而是来自发生的情况。

307. 根据维也纳条约的条款,只有当事方才有权援引条约与强制性规范的不一致,其含义显然是当事方可以选择赞成条约或反对规范。在一般国际法上,也会引起在其他义务方面不一致的问题。例如,允许通过海峡过境的义务,在某种情况可能与强制性规范相抵触。除非认识到偶尔不相容的情况,否则强制性规范对于基本义务的潜在废弃影响似乎十分巨大。他于是提议上述的条款。

308. 特别报告员注意到,委员会在讨论第 18 条第 2 款的问题时已经同意,如果第五章不能满意解决强制性规范附加标准时,就必须以后再讨论这一问题。因此,第五章是该条理所当然的篇章,在解决第 18 条第 2 款引起的问题上也具有额外的有利条件。

24. 第 29 条之二辩论概况

309. 会上对列入拟议的第 29 条之二的必要性发表了不同的意见。有些人认为,这一条是绝对必须的,因为没有这一条,第五章就不完整。必须确定一种情况,排除不

²⁰⁴ 特别报告员所提议第29条之二内容如下:

对强制性规范的遵守

一国的行为如系一般国际法强制性规范在这些情况下所要求的,则该行为因不遵守该国的国际义务的不法性即告解除。见A/CN.4/498/Add.2,关于特别报告员对于该条的分析,见同文件,第306-313段。

²⁰⁵ 《1959年……年鉴》第二卷,p.46。

法性,以便免除符合强制法所产生的其义务的国家的责任,这一点是不可否认的。其他人则表明,尽管第 29 条之二也许并非是绝对必须的,但将它列入草案并无害处。

310. 有人表示另外一种观点,认为难以想象可以适用第 29 条之二所规定规则的一种情况,因为强制性规范将始终确定义务的内容。

311. 有人还提到,有些政府对强制法表示强烈的怀疑,而这一点是不可忽视的。有人在这一方面指出,所怀疑的不是强制法准则所体现的实质性价值,例如禁止灭绝种族、奴隶制、战争罪、危害人类罪和其他罪行的准则,而是怀疑围绕着强制性规范的不稳定性和动摇条约关系的危险。有人指出,国际法院至今尚未在任何判决或咨询意见中采用强制法这一词,但在其关于核武器威胁或使用一案的咨询意见中赞同“不可违反的规则”的概念。因此有人建议在决定是否应在第五章中列入遵守强制性规范的规定时持谨慎态度。

312. 第 29 条之二的另一个困难是,它没有明确表明,应由谁执行强制性规范。这项规定的含义可以被理解为任何国家可以通过援引人权等方式僭取充当国际警察的权利,但带来非常严重的后果。但其他人对这种观点提出了质疑,他们举例说,一个国家在向另一个国家出售武器时发现,购买国准备利用这些武器实施灭绝种族。在这种情况下,对国际秩序构成的危险在于潜在的灭绝种族,而不在于出售国决定暂时拒绝着手出售。

313. 有人还建议,可以在拟议的第 29 条之二中提到《宪章》第 103 条规定的义务。

314. 关于是否有必要列入“强制性规范”的定义,有人指出,尽管特别报告员表示,没有必要这样做,一读时通过的第 29 条第 2 款中已经这样做了。有人表示,继续受到质疑的这一定义必须放在草案中的某一处,但并不一定放在目前所在之处。草案也不必转载《维也纳公约》第 53 条中载列的定义,因为该公约是为条约法目的起草的。但有人表示,让委员会卷入起草强制法新的定义的任务是不现实和不合适的。

315. 有人在委员会建议,在第一章中就强制法专题列入一个比较一般的条款,可以转载也可以不转载《维也纳公约》第 53 条中载列的定义。这种条款在强制法学说和国家责任专题之间建立一种一般性联系,因而不必再制定第 29 条之二和关于强制性规范的其他条款。

25. 特别报告员对第 29 条之二的总结

316. 特别报告员提到,关于第 29 条的辩论没有对关于有效作出的同意会产生排除国家责任效果的基本主张提出任何疑义。但问题在于,这一主张是否应该在第五

章中述及。除了有人建议就强制性规范拟定一项一般规定列入第一章以外,没有人对第 29 条之二的排列表示任何同等的概念性关注。所质疑的是,是否有任何实际的事例可以说明,由于强制法规则的运作,这些规则会取消义务本身而不是其后果。

317. 事实上,所援引的事例往往与使用武力有关,而使用武力导致执行《宪章》第 103 条,这种情况可以适用条款草案第 39 条,假定该条适用于整套条款草案的话。然而各种情况更有可能产生于其他犯罪活动,例如灭绝种族,这是所有国家都必须予以阻止的。他认为,在灭绝种族的情况下,防止的义务没有理由不具有与不实施灭绝种族的义务同样的地位。

318. 辩论还揭示了这样一种强烈的信念:即使委员会的有些委员比其他入更难以看清这一点,国家责任的法律受到一般国际社会义务概念的影响。

26. 特别报告员介绍第 29 条之三(自卫) ²⁰⁶

319. 特别报告员指出,任何排除不法性的情况的清单上均从未遗漏自卫这一点。就政府的评注而言,反对这一条的唯一次要的论点是如何通过提到《联合国宪章》的原则拟定确切的措词。他认为,国际法中的自卫概念在《宪章》第 51 条中提到,但没有全面地界定。

320. 但一读通过的这一条款未能提请注意,国际人道主义法或不可减损的人权等某些义务甚至在自卫的情况下也是不可违反的。这一点应该在另外一个分段中提到。幸运的是,国际法院在其关于威胁或使用核武器的法律问题一案的咨询意见中处理了这一问题。²⁰⁷ 有人辩称,如果核武器的效果违反了环境义务,则不能使用。国际法院将一般环境义务同专门作为武装冲突时期完全克制条件的环境义务区别开来。只有在后面一种情况下,才能作为一种理由援引自卫。因此他提出了一个体现这一设想的第 2 款。

²⁰⁶ 特别报告员提议的第 29 条之三的案文如下:

自卫

1. 一国不符合该国国际义务的行为,如构成按照《联合国宪章》采取的合法自卫措施,则该行为的不法性即告解除。

2. 第一款不适用于明示或愿意为完全克制的义务的国际义务,即使就卷入武装冲突或实行自卫的国家而言,特别是不适用人道主义性质关于在武装冲突或国家紧急状态时期保护人身的义务。

见 A/CN.4/498/Add.2。特别报告员对这一条的分析,见同上,第 292-302 段。

²⁰⁷ 《1996 年国际法院报告书》,p.226。

321. 一个问题是,这一条是否应该具体针对第三国的的问题。这一条所依据的假定是,这涉及到在自卫国和侵略国之间排除不法性的情况。然而,自卫国可能有权对第三国采取行动。然而没有必要明确提到这种情况,因为有关初级规则已经充分提到这种情况。

27. 关于第 29 条之三辩论概况

322. 有人表示,关于自卫的条款应该限于《联合国宪章》的规定。任何扩大适用范围的做法都会给本来已经很复杂的国际法问题带来更多的争论。因此,只应该设想《宪章》第 51 条中规定的固有的个人或集体自卫权。有人指出,第 1 款的措词与一读时提议的第 34 条的措词相同,实际上自卫的概念参照了《宪章》第 51 条。

323. 有人表示,有一种自卫权具有《宪章》第 51 条中确认的权利的轮廓和限制,而没有其他更广泛的权利。还有人指出,尽管《宪章》可能实际上没有赋予自卫权,但它就安全理事会的作用和需要采取武装行动的情况作出了规定和限制。

324. 有人对特别报告员提出的完全克制义务和较小克制义务之间的区别提出了质疑。

325. 也有人询问,是否应该限定第 2 款的适用性。有人表示,只需在评注中说明,第 1 款中的“合法”一词应理解为包括第 2 款的实质内容。

326. 一种可能的理解是,第 1 款述及诉诸战争权问题。自卫中存在使用军事力量的权利,从这种观点来看,“如构成……合法自卫措施”一段话中的“合法”一词说明了即使在武装攻击等条件下进行自卫的情况——先决条件。

327. 根据这种办法,“合法”一词是否包括一国进行自卫时适用的所有限制,这一点不明确,即是否包括从学说上来说归于战时法标题下并应具体规定的限制。有人辩称,第 2 款中应该保留这些措词,因为第 1 款可能会给人造成错误的印象,即自卫中任何行为都是允许的。

328. 在这一方面,还有人表示,“合法”这一词如果与“措施”连用,实际上是指战时法,因此将它删去不会对关于诉诸战争权的说法产生任何影响。这一词本身包括了第 2 款的主题事项,因此最好让这一条款保持不变。

28. 特别报告员对第 29 条之三的总结

329. 特别报告员重申, 国际法院最近明确针对环境义务范围内的问题(不是人道主义法律)作出了一项裁决, 而第 2 款的写法反映了该法院采用的措词, 该法院曾经被要求判定环境义务压倒自卫。该法院裁决, 只有当这些义务作为武装冲突下完全克制的义务适用时才压倒自卫, 他认为第 2 款是正确的; 这不是一个逐步发展的问题, 而是一个现行法律的问题, 唯一的问题是如何阐明这一点。

330. 他指出, 关于一读时通过的第 34 条的评注未能按照讨论时提出的含义解释“合法”这一词, 而是完全将它同相称性、必要性和武装攻击的要求挂钩。

331. 此外, 第五章中的自卫不是作为只在使用武力方面排除不法性的一种情况。这一立场是, 正如国际法院关于威胁或使用核武器一案的咨询意见中对违反其他义务——不对邻国的环境造成重大损害的义务所裁决的那样, 自卫是一种理由, 或是一种借口。该法院在答复关于这种义务阻止使用核武器的论点时指出, 如果一国采取自卫, 这种义务并不阻止使用核武器。但甚至在自卫的情况下也必须遵守另一种义务。如果委员会希望采取这样的立场, 即“合法”一词不仅包括诉诸战争权, 而且还包括战时法, 并授权他提出这样一种评注, 第 2 款也许没有必要。

29. 特别报告员介绍第 30 条(反措施) ²⁰⁸

332. 在委员会审议第五章期间, 就第 30 条(反措施)举行了初步辩论, 特别报告员在辩论中指出, 这一条款的命运与委员会审议第二部分第三章中的反措施机制的结果联系在一起。会上普遍同意将一个关于反措施的条款列入第五章, 作为排除不法性的一种情况, 但特别报告员建议将一读时通过的这一条款案文保留在方括号内。

333. 委员会在完成了对第五章的审议以后有机会按照特别报告员第二份报告增编 4 进一步审议第 30 条的问题(见以下第 426-452 段)。

²⁰⁸ 特别报告员对这条的分析, 见 A/CN.4/498/Add.2, 第 242-249 段。

30. 特别报告员介绍第 30 条之二(因另一国先行
不遵守义务而不遵守义务)²⁰⁹

334. 特别报告员对他称为“抗辩”的“未履行契约的抗辩”这一原理提出了一个新的第二条款。他指出,这是国际法传统渊源中既定的。常设国际法院对关于霍茹夫工厂案(管辖权)²¹⁰ 裁决如下:“一方不能利用另一方没有履行某项义务或没有采用某些补救办法的事实,如果前者以某种非法行为阻止后者履行有关义务……”。这一原则应用于各种情况。该法院没有在默兹河分流案中运用这一原则,²¹¹ 但没有运用这一原则正是对这一原则的赞扬。国际法院曾在加布奇科沃·大毛罗斯项目一案中就丧失援引终止一项条约的理由的权利运用这一原则。

335. 特别报告员还提到投资争端解决国际中心(投资争端解决中心)裁决的克洛克纳诉喀麦隆一案。²¹² 投资争端解决中心的一个法庭适用了对被告国有利的抗辩原则。该法庭在援引默兹河分流案时提到,抗辩原则得到国际法的承认,但它甚至将抗辩原则作为终止义务的依据。该决定后来被一个审查机构撤销,该机构表明,它认为,抗辩原则不是终止义务的依据,而是中止义务的依据。因此撤销该决定的论点是,此案涉及的是排除不法性的情况,而不是终止合同的理由。但是该决定涉及到一国的法律,而不是直接涉及到国际法。

336. 抗辩原则得到比较法的有力的支持,并得到特别报告员 Fitzmaurice 的广泛接受,被视为为不履行条约辩解的一种理由。²¹³ 特别报告员对 Riphagen 建议在他称为“对等反措施”的框架内看待这一原则。²¹⁴

²⁰⁹ 特别报告员提议的第30条之二的案文如下:

因另一国先行不遵守义务而不遵守义务

一国不符合该国对另一国所负义务的行为,如果是该另一国先行违背同一国际义务或有关国际义务而直接致使该国无法符合义务行为,则该行为的不法性即告解除。

见A/CN.4/498/Add.2。特别报告员对这一条的分析,见同文第314-329段。

²¹⁰ 《常设国际法院案例汇编A系列》,第9号(1927), p.31。

²¹¹ 《常设国际法院案例汇编A/B系列》,第70号(1937)。

²¹² 投资争端解决中心的报告,第2卷,p.4。

²¹³ 《1959年……年鉴》,第二卷,pp.45-46。

²¹⁴ 《1984年……年鉴》,第二卷,第一部分,p.3。

337. 特别报告员认为,必须明确区分抗辩的广义形式和狭义形式。Fitzmaurice 就任何双务义务从广义上表明了这一原则。但霍茹夫工厂一案的表示法是比较狭义的。《联合国国际贸易法委员会国际货物销售合同公约》第 80 条就是一种狭义办法的例子。

338. 由于其报告(ACN.4/498/Add.2)中阐述的理由,特别报告员建议,单独承认狭义形式的抗辩。他认为,在关于中止条约的法律中述及这一点是不够的,因为该法律要求的条件是重大违约,而重大违约是在狭义上界定的。

339. 另一方面,关于条约中止或终止的法律在条约方面,而反措施的法律在所有义务方面充分地述及广泛形式或一般形式的抗辩。因此只需承认霍茹夫工厂形式的不践约学说是作为不履行义务的一种自动和暂时的辩解理由。

31. 第 30 条之二的辩论概况

340. 对在第五章中增加例外条款,提出了各种不同的意见。一方面,它不时地会在法律课本中出现,实际上,在国际经济法领域,各国也常提到它,而且比想象的要多。另一方面,又有人提出,将这样的规则定为法律很危险,因为它将给一些国家可乘之机,既不履行对双方具有约束力的义务,又无须执行经过认真起草的有关反措施的限制,不经任何正式程序,便作出“针锋相对”的反应。

341. 还有人表示担心,新提出的规定把几个只是有部分联系的概念放到了一起。有人表示认为,“inadimplenti non est adimplendum”的原则(如契约的另一方没有遵守它的义务,己方也无须遵守该义务),和从这一原则中产生出来的例外,总是针对契约义务的,换言之,即针对国际法下的条约义务。这项原则在主要规则中已确立了坚实的地位,并在《维也纳条约法公约》第 60 条中定为成文法。它不是一项对一般国际法适用的原则,并不适应于习惯法。然而,这种例外条款只适用于合同义务的观点,受到其他人的反对。

342. 有人提出,这项规定的内容已包括在关于不可抗力的条款中,如第 30 条之二与第 31 条一并阅读,可以发现第 30 条之二是不可抗力的一种特殊情况。然而也有人指出,将不可抗力与第 30 条之二包含的情况联系起来,似乎不合适。而且,并非第 31 条提出的所有条件都适用于第 30 条之二。

343. 有人对特别报告员的观点表示支持,第 30 条之二的草案与《维也纳条约法公约》第 60 条没有关系。而且,第 47 条中所表述的反措施的目的与所提议条款的目的极为不同,其中包括一个范围很窄的例外。

344. 另有人提出,这个问题取决于最终有关反措施规定的范围,因此很难将第 30 条之二提交起草委员会,从而将它与对反措施的研究分开。因此建议,将第 30 条之二放入方括弧,既不通过,也不否决,然后在审议反措施的过程中对之作出决定,无论它是不是反措施的一种单独情况。

32. 特别报告员对第 30 条之二的总结

345. 特别报告员指出,辩论中出现的一个问题,是对草案而言,成文条约法的适当范围。委员会在起草后来成为 1969 年《维也纳公约》的草案时,本可包括进一个关于条约履行情况的部分。但在特别报告员 Sir Humphrey Waldock 的主持下,委员会特意决定不讲条约的履行问题,以便对《公约》有个适当的限制,能够将其完成。从辩论中以及从 Kloeckner 诉喀麦隆 一案中都可以清楚地看到,例外规定并不是讲终止或暂时取消条约义务,而是针对不履行义务的借口。

346. 至于它与现有规定的关系,可以承认,例外是不可抗力的一种独特的情况,又因为接受它不是为了迫使对方国家遵守,而是对一个先前的不法行为作出反应,因此可以认为,它与反措施属同一领域。实际上他认为,把另一国家违反义务说成是不可抗力的情况,有些怪异。人们通常想到不可抗力,是指来自两个国家关系以外的什么事,但例外是两国关系的一个方面。无论如何,例外在某些方面既与不可抗力有联系,又与反措施有联系,所以他才建议将拟议的草案规定放在第 30 条和第 31 条之间。

347. 他认为,考虑到这个领域里法律惯例,宜保持例外作为一个独立于不可抗力或反措施之外的概念,但他同意,它的准确表述和实际上草案中是否真的需要它,只有在有关反措施的条款制定出来之后,才可适当解决。

33. 特别报告员介绍第 31 条

(不可抗力)²¹⁵

348. 特别报告员认为,虽然第 31 条把不可抗力和偶然事件放在了一起,但不可抗力与偶然事件并不完全是一回事,它更接近无法履行。不可抗力的情况,是由于外部事件造成某人无法作某事,而这种情况可包括威胁在内,这在第四章中已经讲到。在法理学中已经确定,国际法中包括不可抗力的抗辩。例如,仲裁法庭在彩虹勇士号一案的判决中,就曾附带提到过它,法院在 Gabcikovo-Nagymaros 项目一案中又再次讲到它,当然也在一些国际条约中讲到。

349. 特别报告员认为,没有必要提偶然事件的情况。如果那类事件相当于不可抗力,它们便解除了不法行为。否则,也无须作为借口提出来。一读时秘书处曾提出一份关于不可抗力和偶然事件的调查。²¹⁶ 没有发现任何可解除不法行为的偶然事件不属于不可抗力的概念正常理解范围内的情况。

350. 他还指出,一读通过的版本,在起草方面有一些问题。第一个问题,是第 1 款中讲到知道不法行为。国际法中没有对国家提出普遍要求,必须知道它的行为不符合某项义务,尽管国家可能需要了解某些实际情况。他提出了一个解决这个问题的第 31 条案文。

351. 特别报告员还提出,在国家造成实际上不可能履行的情况下,不可抗力对第 31 条不适用。问题是,国家造成上述情况,常常只是作为一系列事件中的一个环节,

²¹⁵ 特别报告员提出的第31条,案文如下:

“不可抗力

1. 一国不符合该国国际义务的行为,如起因于不可抗力,则该行为的不法性即告解除。不可抗力是不可抗拒的力量,或该国无力控制的无法预料的外界事件的发生,以致该国在这种情况下实际上不可能履行义务。

2. 第1款不适用,如果:

(a) 不可抗力的发生是由援引此种情况的国家的不法行为单独导致或与其他因素合并导致;或

(b) 该国根据义务已承担发生这种不可抗力的风险。”

见 A/CN.4/498/Add.2。有关特别报告员对本条的分析,见同一文件第 250-263 段。

²¹⁶ 1978年《年鉴》,第二卷,第一部分,第61-227段。

不一定有任何不法或不当行为。因此,排除的范围过宽,他根据《维也纳条约法公约》第 61 条,提出了同一例外规定范围较窄的行文,解决这个问题。

352. 同样,第 31 条没有考虑到自愿承担风险的情况,尽管十分清楚,在国家自愿承担不可抗力风险的情况下,发生那种情况不能解除不法行为。

34. 第 31 条辩论概况

353. 一些委员对特别报告员的建议表示支持,从题目中删去对“偶然事件”的提及,因为第 31 条并不作为涉及两种不同情况。还有人表示,这两种截然不同的情况,其法律后果是一样的,一读通过的第 31 条案文,其中对不可抗力的定义应当保留。

354. 还有人建议,第 1 款最好能对不可抗力作更清楚的定义,区分实际无法履行,和履行的难度增加。在此讲到了彩虹勇士号仲裁的例子,该案中法庭在这方面作了区分,提出不可抗力的借口不成立,因为对其适用性的检验,是绝对和实际上的不可能,而某种情况增加了履行上的困难,并不构成不可抗力。

355. 委员们还普遍表示,支持从第 31 条中删去知道不法行为的主观要求。

356. 对第 2 款(a),有人支持特别报告员的建议,使它与《维也纳条约法公约》第 61 条一致。而另一方面,也有人主张保留国家不得造成实际上无法履行情况的原则。

357. 第 2 款(b)中讲到的承担风险,造成了一些疑问。考虑到技术的进步,有些国家可能会承担尚未完全了解其程度的义务。因此,不妨将这个问题留给法官,根据每一具体情况斟酌处理。

358. 有人提出,条款草案到目前为止还没有讲到相当注意作为履行国际法律义务方面应当适用的标准。委员会议定,在结束第五章的讨论后,再来处理这个问题(见下文第 138-144 段)。

359. 还有人提出,在不可抗力方面,可能会出现胁迫作为辩护理由的可能性,因此也应放在这个范围内审议(见下文第 423-425 段)。

35. 特别报告员对第 31 条的总结

360. 特别报告员重申,他反对在这一条的标题和内容里恢复采用“偶然事件”的概念。并非所有法律制度都认为,发生“偶然事件”可作为解除不法行为的条件。在国际上,“不可抗力”一词已相当流行,尽管在多数情况下是在商业方面。在第 31 条中,它本身已满足充分条件,因为它既包括了“不可抗拒的力量”,也包括了“无法预料的外界事件”。而且,并非所有在某种意义上使之不可能作某事的外部事件,都可解除责任。

361. 特别报告员为第 2 款(a)辩护,指出它比一读通过的行文要好,该行文讲到国家“造成了实际上不可能履行情况的发生”。在英文中,“造成”一词不象它在法文中那样含义较窄,显然强调了意图因素。

362. 对有人建议删去第 2 款(b)中承担风险的问题,他认为,这个条件很重要,特别是鉴于委员会想要对不可抗力作出较窄的定义。在所有承认不可抗力的法律惯例中,实际上承担了某个具体事件风险的人,都不可能再用它来提出辩护。他认为,唯一的问题是,对风险的提及是应放在条款本身,还是放在评论中。

36. 特别报告员介绍第 32 条(危难) ²¹⁷

363. 特别报告员表明注意到危难与不可抗力和危急情况之间的区别的重要性。危难所涉的情况是:某人对其照顾之下的其他人的生命承担责任。这种情况适用于许多国际文书,包括 1982 年《联合国海洋法公约》,因此在这方面构成了对船舶管

²¹⁷ 特别报告员提议的第32条案文如下:

“危难

1. 一国不符合该国国际义务的行为,如有关行为人合理地认为在遭遇危难的情况下为了挽救其生命或受其监护的其他人的生命,除此行为之外别无他法,则该行为的不法性即告解除。

2. 第1款不适用,如果:

(a) 危难情况是由援引此种情况的国家的不法行为单独导致或与其他因素合并导致;或

(b) 有关行为可能造成同样或更大的灾难。”

见A/CN.4/498/Add.2。关于特别报告员对本条的分析,见同上,第264-274段。

管辖权的主要规则的一部分。

364. 不过,尽管有人认为主要规则时刻适用于这类情况,但在国家责任的次要规则范围内也可能产生危难方面的问题。实际上,虽然主要规则可能为船长作辩护,或者可能阻止接受国行使管辖权,但这些规则不适用于国家责任问题。如果船长是政府官员,他或她的行为则应归咎于国家,也就产生了该国责任的问题。因此必须要起草关于危难的条款。

365. 第 32 条的一个新颖特征是,它的范围超越了历史上狭窄的航海范围,包括了对他人生命负责的人采取紧急行动保护生命的所有情况。一般来说都接受 32 条在这一点上是逐渐发展的一个例子,例如法院对《彩虹勇士号案》的仲裁,该案涉及到有关人员可能会在医疗上产生的综合症。该条宽广的范围应保持。

366. 他对案文提出了一些更改。由于危难一定是紧急情况,因此,只要在危难中采取行动的人有理由认为生命受到威胁,就应将危难作为一种将不法性排除在外的情况。即使后来证明是虚惊一场,代理人对情况的估计似乎就是采取行动的充足理由。

367. 一个国家的政府提出问题说,即使采取行动的国家对有关人没有具体责任,是否也应扩大危难的概念,使之包括为保护人的生命而进行人道主义干预的情况。它提到了警察跨过边界从群众中救人的例子。特别报告员认为这不是历史上界定的那种危难的情况,应适用于对紧急情况的辩护。

37. 第 32 条辩论概况

368. 在为危难辩解的范围方面,表达了不同的观点。一方面,一些委员支持特别报告员的观点,即危难应局限于人的生命受到威胁的情况,因为如果扩大危难概念的适用范围,就会造成滥用的可能性。还有的人问为什么应该将危难的情况局限于救人生命,而不包括尊严和道义完整等情况。

369. 委员会中还有的委员问:将该条规定局限于与国家有特殊关系的人,是否完全符合当今人权法方面的思想?

370. 有人认为,提议的案文采用了“合理地认为”一语,大大扩大了危难的范围,从而严重地削弱了现行案文。

371. 在这方面,还有人认为,特别报告员提出的新措词,将重点从客观检验转移到主观检验,从而改变了该条款的精神。他们提出了一些可以采用的折衷案文。

38. 特别报告员对第 32 条的总结

372. 特别报告员提到了对“合理地认为”等词表示的疑虑,他声明,必须要考虑到有关行为人不得不从各种情况中作抉择的条件,采取一种较灵活的标准。

373. 他认为,将危难概念的范围扩大到如第 32 条所述的有关行为人受委托监护的以外的人。如果涉及其他人,情况不再是强制性的,而是一种道义上的选择,条款草案对此没有述及。

39. 特别报告员介绍第 33 条 (危急情况)²¹⁸

374. 特别报告员认为,第 33 条界定的危急情况只能在极端情况下才能援用,程度要与条约法中“情况根本变化”的概念相符,他指出,有时不得不采取行动,因此某种形式的行为不为不合理,例如在《俄国海豹案》中紧急保护某一物种时。²¹⁹

²¹⁸ 特别报告员提出的第33条案文如下:

“危急情况

1. 一国不得援引危急作为理由解除不符合该国所负某项国际义务的行为的不法性,除非:

- (a) 该行为是保护该国基本利益、对抗某项严重迫切危险的唯一办法;且
- (b) 该行为并不严重损害:
 - (一) 作为所负义务之对象的国家的基本利益;或
 - (二) 某项共同或一般利益,如果确立义务是为了保护该利益。

2. 一国绝不得在以下情况援引危急作为解除其行为不法性的理由;

- (a) 有关国际义务是基于一般国际法强制性规范而产生的;或
- (b) 有关国际义务明示地或默示地排除援引危急的可能性;或
- (c) 危急情况的发生是由援引危急的国家实际上促成的。”

见A/CN.4/498/Add.2。关于特别报告员对本条的分析,见同上,第275-291段。

²¹⁹ 《俄国近海海豹渔业》(1893年),案文见H. La Fontaine, *Pasicrisie internationale*, 1794-1900, p. 426。

《Gabcikovo-Nagymaros 项目案》中当事双方都引用了第 33 条的论点,法院明确赞成第 33 条为一般国际法的陈述。因此,委员会现在如果删除第 33 条,是不明智的。

375. 但是,在危急情况方面要处理两大问题。第一个问题是,第 33 条界定的危急情况是否是一种适当的构架,是否能够解决用武力,即违背《联合国宪章》第 2 条第 4 款对另一国领土采取行动而实行人道主义干预的问题。显然,危急情况之辩绝不能用来作为违反强制规范的借口。但普遍认为,《宪章》中关于使用武力的规则是强制性的,因此,目前的第 33 条不包括对另一国领土使用武力的人道主义干预。然而,第 33 条的评注主张对强制规范作细微调整,以便实行这种干预,因此他认为,这项评注不符合案文。相反,人道主义干预规则是使用武力制度的一部分,《宪章》虽然没有详尽阐述,但也载入了这项制度。这些规则不属于国家责任的次要规则。

376. 第二个问题是科学的不确定性,无论何时,只要靠危急情况为保护某一物种或者破坏一个宏大结构(如据称摇摇欲坠的大坝)寻找理由,都会产生这个问题。在灾难发生之前,不可能作出绝对可靠的预测。问题是,第 33 条是否就科学不确定性和预防原则,如载于《关于环境与发展的里约宣言》原则 15 以及《世界贸易组织关于适用卫生和植物检疫措施的协定》第 5.7 条所体现的科学不确定性和预防原则作出了充分的规定。

377. 他指出,在 Gabcikovo-Nagymaros 项目案中,当事双方都承认存在着科学不确定性,但对不确定的严重程度有意见分歧。法院申明,只是存在不确定性,不足以引起危急情况。在牛肉激素案中,世贸组织上诉机构采取了类似的观点,²²⁰ 他声明,预防原则和有关的不确定性概念,不足以引起有关的例外。另一方面,他认为,第 33 条的制订不应过于严格,以免使依靠该条的当事方不得不去确凿无疑地证明担心的事件会发生。

378. 他很不情愿地决定不将预防原则列入他提议的条款案文中,首先是因为国际法院核准了第 33 条,其次是因为危急情况属于国际法容忍不法行为原则的外围线。

379. 但是,他也建议修订第 33 条,以处理利益平衡不只是属于双方,而是涉及遵守所有国家的义务的情况。例如,在西南非洲案中²²¹,南非的论点是,为了妥善管理,

²²⁰ 《欧共体关于肉类和肉类制品(激素)的措施》,上诉机构的报告,1998年1月16日,第94段。

²²¹ 西南非,第二阶段,判决,《1996年国际法院报告书》,p.6。

必须在西南非洲实行种族隔离政策,但这个问题并不影响埃塞俄比亚或利比里亚的个体利益,却影响了西南非洲人民的利益。

40. 第 33 条辩论概况

380. 委员会有人问第 33 条是否有必要,并对它的实际落实表示疑问。这种观点认为,这一条款可能会受到滥用,必须要予以避免,因此有理由予以删除。

381. 但是,他们也承认,由于习惯国际法公认危急情况是解除不符合国际义务的行为的不法性的一种情况,因此不能全部删除第 33 条。不过,为了避免滥用,在制订时应对其适用规定非常严格的条件和限制。

382. 委员会支持如下观点:标准不在于所有情况下申诉国的个体利益,而是义务所保护的总体利益。

383. 同样,委员们在支持第 1(b)(二)款中提及“某项共同或一般利益”时,提问说,是否应表明,不仅可以作为将援引国的利益与受害国的利益作平衡的一种因素,而且还可以作为平衡援引国的利益与整个社会的利益之间的一种因素来援引危急情况,例如船舶倾覆危险化学品污染公海。

384. 有人提请委员会注意可能会发生滥用人道主义干预概念的情况。还有人认为,鉴于对这一概念的争议,委员会应如同以往,在制订国家责任次要规则时对此不表明立场。还有人建议,尽管第 33 条没有真正地对人道主义干预作规定,但最好在评注中对这一点作说明,以免不恰当地援用危急情况。

385. 特别报告员在答复时指出,人道主义干预的问题属于实体国际法,但首先是属于《联合国宪章》的管辖范围。就此而言,它不属于草案第 33 条管辖,因此不难将强制规范从该条范围中排除。因此,他认为,委员会应对使用武力的人道主义干预方面的极其有争议的问题表明立场。

386. 有人支持特别报告员关于预防原则的立场。

387. 有人支持第 2(a)款的立场,即如果国际义务因一般国际法强制规范而产生,则不能援引危急情况。有人建议扩大这项例外,在一般性条款中包罗排除不法性的所有情况。

41. 特别报告员对第 33 条的总结

388. 特别报告员指出委员会明显地协商一致同意在排除不法性方面尽量缩小危急情况的定义范围,并保留一读通过的条款。

389. 他还注意到,委员会似乎也认为,第 33 条不包括使用武力,因为第 2 款中没有载述违反一般国际法强制性规范的情况。同样,该条不能被用作就用武力对别国领土实行人道主义干预的问题作辩论的手段。

390. 有一种意见认为,如果在第五章的范围内违反法律的强制规则,应把责任排除在外,但他不完全支持这种观点。这种情况与同意和危急情况相关,但他无法弄清在危难时如何能产生这种情况。他认为,最好是制订较一般性的规定,并为其在草案中找到适当位置。因此,他赞成保留第 33 条第 2 款一读时通过的形式。

391. 特别报告员还指出,讨论表明,将关于预防原则的条款列入第 33 条是困难的。

42. 特别报告员介绍第 34 条之二 (援引排除不法性情况的程序) ²²²

392. 特别报告员认为,很明显,在一个国家以排除不法性的情况为依据的情况下,这种依据只具有暂时效力。总的来说,这在条款草案中已经足够明确。然而,他还是提出了关于援引排除不法性情况的程序的第 34 条之二。要指出的关键一点是,一般来说,排除不法性的情况自动发生效力:履行应尽义务的时候发生灾难或不可抗力情况。因此,虽然在可能的条件下应当给予通知,但不一定是能够预先通知的情况。

²²² 特别报告员提出的第34条之二案文如下:

“援引排除不法性情况的程序

1. 根据本章援引排除不法性的国家应在发现情况之后尽快以书面形式将情况及其对履行义务的影响通报另一国家或有关国家。

[2. 如果在情况是否存在或其对履行义务的影响的问题上产生争议,有关各方应争取以下述方式解决争议:

- (a) 在涉及第29条之二的情况下,按照《联合国宪章》所规定程序;
- (b) 在任何其他情况下,按照第三部分。]

393. 第 1 款提出了一个通知和协商程序, 据此, 援引排除不法性的情况的国家至少要通知另一国它正在这样做。

394. 这一条的第 2 款中还有一个关于解决争议的基本规定, 这只是为了起提醒作用, 因此放在方括号中。他解释说, 在谈到一般的争议问题以及就整个草案的地位作出决定之前, 委员会没有必要详细讨论第 2 款。

43. 第 34 条之二辩论概况

395. 关于第 1 款, 有人表示认为, 这对逐步发展国际法是个很好的贡献, 这将有助于防止一些国家动辄援引排除不法性的情况。

396. 关于条款的措词, 有人表示怀疑第 1 款中是否应当使用“应当”一词。有人问, 它是否适用于所有情况, 还是只使用于这种行动有助于减轻损失的情况? 有人表示认为, “书面”一词也表示了一种不恰当的严格性和正式性。另外, 还有人表示怀疑是否应当使用“尽快”一词, 认为这在很大程度上削弱了这一规定的作用。

397. 委员们普遍赞成删掉第 2 款, 因为它涉及一个不同的问题, 即争议的解决。另外, 它还预先判定了未来条款的形式——只有一项公约才能规定具有约束力的争议解决办法。

44. 特别报告员对第 34 条之二的总结

398. 特别报告员解释说, 他在第 1 款中是有意使用“应当”一词的, 因为他虽然赞成逐步发展有关国际法, 但不希望给人留下规定一种新的主要通知义务的印象。

399. 关于“书面”一词, 非书面通知的问题是难以证明。他认为, 国家惯例表明, 人们是认真对待排除不法性情况的正式援引的; 为支持这一观点, 他引用了 Gabcikovo-Nagymaros 项目一案。

400. 另外, 第 34 条之二第 2 款并不影响条款草案的形式或解决争议的问题。然而, 他愿意将其省略, 条件是将在第三部分的范围内处理有关问题。

见A/CN.4/498/Add.2。关于特别报告员对本条的分析, 见,同上, 第335至352段。

401. 同样,只有在审议将提交下届会议的第三部分的主要内容之后,委员会才能最后确定第 34 条之二属于哪一部分。同时,他也认为,第 34 条之二目前所在位置是恰当的。

45. 特别报告员介绍第 35 条
(援引排除不法性情况的影响)²²³

402. 特别报告员指出,一些国家批评一读时通过的第 35 条设想了一种无过错责任。实际上,只有在其中提到在一个国家被免除责任的情况中没有过错成份的情况下,才能说设想了无过错责任,而无过错免除责任只是一种不可能的推理。和自卫情况一样,如果没有过错成份,如关于对第三方的意外伤害的基本规则所规定,就不可能保留得到赔偿的权利。

403. 因此,他坚持认为,至少是在排除不法性的情况是一种借口、而不是理由的情况下,即可定性为排除责任、而不是不法行为的情况,条款草案应明确设想赔偿的可能性。

404. 在第 35 条中,除在灾难和必要情况下的钱财赔偿之外,它还包括一项明确说明停止的规定,这反映了法院在 Gabcikovo-Nagymaros 项目一案中的调查结果。然而,它没有设想在不可抗力的情况下,更没有设想在同一情况下所作的赔偿。似乎很不正常的说法是,同意使行为合法,而仍然必须给予赔偿。

²²³ 特别报告员提出的第35条案文如下:

“援引排除不法性情况的影响

根据本章援引排除不法性的情况不影响:

- (a) 停止不符合有关义务的任何行为以及随后履行有关义务,如果排除不法性的情况不复存在;
- (b) 在第32条和第33条的情况下,对因有关行为造成的实际损害或损失给予钱财赔偿的问题。”

见A/CN.4/498/Add.2。关于特别报告员对本条的分析,见,同上,第336至347段。

46. 第 35 条辩论概况

405. 一些人表示赞成 (a) 项, 其中所涉及的是国际法院在 Gabcikovo-Nagymaros 项目一案中所认真处理的一个问题。

406. 关于 (b) 项, 有人指出, 有关规定引起了这种赔偿的法律依据的问题, 因为它关系到并非错误的行为。因此, 赔偿问题产生于对并非错误的行为所造成伤害的责任, 或因造成伤害而应承担的义务。两种概念没有一个有充分的国际法依据。

407. 关于 (b) 项, 有人问, 是否有无辜的第三国因进行自卫或采取反措施而遭受损害的情况。有人指出, 同样, 在不可抗力的情况下, 也不难想象, 其他国家可能遭受比援引国更大的损害。

408. 在这方面, 为确定是否应当设想给予赔偿, 有人提出两种可采用的标准。第一种标准涉及第 35 条对作为一种借口而不是理由援引排除不法性情况的情况的适用。或者说, 如果“目标”国家的行为是不法的, 就没有理由对它给予赔偿, 而一个国家应为侵犯无辜国家的权利和利益给予赔偿。

409. 有人表示认为, 第 35 条所涉及的是一个属于草案其他部分的问题, 因为它关系到执行。另外, 还有人表示认为, 所提出条款的标题有误导性, 因为援引排除不法性的情况的主要后果是没有应当作出的赔偿, 因为排除了违反义务的一般后果。因此, 这一条款所涉及的是意外性后果, 而不是一般后果。

47. 特别报告员对第 35 条的总结

410. 特别报告员注意到这样的意见, 即: 最好不要把第 35 条 (b) 项局限于第 32 条和第 33 条, 并同意这样的意见, 即: 委员会不应企图详细讨论赔偿的内容和依据。

48. 进一步的理由或借口

(a) “清白”原则

411. 在提及所谓的“清白”原则时,特别报告员特别提到,他认为,如果这一原则实际存在,它也相当于诉讼中的不受理原则,而并非解除不法性的一种情况。²²⁴

412. 有人表达了这样的见解,即清白规则与适用于国家责任法的未履行契约的抗辩没有任何关系,它也不是一般国际法的组成部分,因而不应该包括在草案内。在这方面有人指出,可以把这个意见重新放入有关外交保护的讨论中,不过,即使在这一领域,该项原则也不会被普遍接受。

413. 这些意见在委员会内引起了争论,人们提到,清白规则是一项基本的公平和正义的原则。因此,对其进行审议将符合委员会促进国际法的逐渐发展和编纂的目标。

414. 实际上,有人表达了“清白”原则是实在国际法的一项原则的见解。不过,这项原则要由确定责任的情况所支配,因为它影响到赔偿的范围;不法性仍然继续存在,但该原则并不是一种解除不法性的情况。因此,鉴于这项原则对确定赔偿范围和赔偿义务是否存在具有重要意义,它应该改放在审议条款草案第二部分期间处理。

415. 特别报告员注意到,在就该专题发言的那些人中,没有一个人希望该项原则在第一部分第五章内提及。这一点将受到欢迎,因为“清白”论点的任何说法都不能作为非法性的一种借口提出。他认为,该项原则可随后与丧失援引国家责任的权利联系起来进行分析。

(b) 应有的注意

416. 在就第31条不可抗力进行辩论期间曾经提到,在编纂国家责任条文时,一国所显示的注意的程度,应作为一个次要规则事项,以一种全面和综合的方式加以处理。

417. 有人进一步注意到,通过删除在条款草案第31条中提及的偶然事故,被指控违反国际法且正试图论证它已经采取了在该种情况下所能合理预期采取的一切行

²²⁴ 有关该项原则的分析,见A/CN.4/498/Add.2号文件,第330-334段。

动的国家的唯一抗辩,就是宣称遇到了不可抗力。但不可抗力特别不适于容纳例如违反预防义务的权利主张。

418. 提出了两项解决办法。第一种办法是在第三章范围内提及应有的注意,该章对违反国际义务作了界定。第二种办法是在第五章范围内提及。

419. 在答复时,有人指出应有的注意和主观因素都是贯穿整个案文的一般概念。因此,最好是在审议本专题的最后在讨论其他问题的范围内来处理这个问题。

420. 特别报告员指出,一读中拟定的不可抗力问题是与应有的注意问题不同的事项。实际上,人们认为不可抗力不同于一般的过错原则。不在这个专题消耗许多年的时间,就不可能在本条款草案的范围内界定应有的注意的精确性质。即使这个问题得以解决,那也实际上是基于这样一种假定,即任何主要规则,或大部分主要规则,均包括一种应有的注意的限定条件。

421. 有人建议,委员会的工作应仅限于本专题的最重要和最紧迫的方面,同时又指出,这并不排除国家责任领域也有可能包括其他规则。因此,这个事项可由一适当的“不损害”条款来涉及。

422. 特别报告员指出,这种讨论揭示了一个主要规则与次要规则之间区别对待的实际问题。因此,条款草案必须包括一项类似于《维也纳条约法公约》第 73 条也就是“不损害”条款的规定,这将会澄清条款草案的范围。

(c) 危 难

423. 在就第 31 条(不可抗力和偶然事故)进行辩论时表达了这样一种见解,即胁迫没有被作为一种解除不法性的情况来考虑令人遗憾。不清楚这个问题是否由关于不可抗力、危难或甚至是危机情况的条款来涉及。

424. 有人建议,尽管没有必要制订一项与《维也纳条约法公约》第 51 条和第 52 条相同的条款,但委员会至少应承认胁迫是在特定情况下形成的一种解除不法性的情况,而且应该在某个阶段加以讨论。有人进一步指出,《国际刑事法院罗马规约》第 31 条第 1(d)款特别提及,胁迫是一种排除个人刑事责任的理由。因此,存在着作为类推将胁迫纳入国家责任条款草案或至少在译注中加以提及的实例。

425. 在答复时,特别报告员认为,根据《维也纳公约》所有证明终止一条约有道理的情况均已在委员会草案第五章内充分涉及。此外,胁迫问题已经与第四章一起

进行了讨论,当时呈现的情况是,大部分胁迫案例都可以归类为在第 31 条中涉及的不可抗力情况。作为国家意志中的一种缺陷的胁迫(与不可抗力的情况不同),在《维也纳条约法公约》第 52 条内得到了充分论述。在这方面,应该注意的是,这种缺陷可由随后非胁迫的同意或默认来补救。这种情况没有必要在第五章内涉及。

49. 反措施 ²²⁵

(a) 特别报告员的介绍

426. 在对第一部分第五章的第 30 条(反措施)进行了初步辩论以后,委员会决定在第五章中保留一个关于反措施的条文,但要到审议第二部分第三章中的反措施以后才最后确定案文(见第 xx-xxx 段)。

427. 特别报告员后来提交了第二次报告增编 4,就反措施制度提出了一些问题,请委员会向他提供指导,以便编写第三次报告。

428. 他指出,委员会同意,在不知应否在第二部分中比较详尽处理反措施问题的情况下,很难拟订令人满意的第 30 条条文。他建议委员会本届会议只审议头一个问题,也就是:第 47-50 条是否应予列入和以什么形式列入的问题。

429. 各国政府对这个问题的意见向来有分歧。有些国家认为应该完全取消关于反措施的条文。另一些国家虽然明确赞成订明反措施,却要求大事改动第二部分中的条文,但是不予取消。还有另一些委员会赞成第二部分中关于反措施的现有条文。

430. 此外,他促请委员会注意:国际法院审理 Gabcikovo Nagymaros 项目案时首次在其现代史中处理了反措施问题。虽然法院不曾怀疑反措施容或可以证实不法行为为合理,法院并不确知能否明确拟订第二部分中的反措施条文。他认为,可以据此推断,法院认为,反措施条款的形式还不完备,但承认这些反措施条款呈现了适当的通盘着手方式。

²²⁵ 特别报告员提议的第30条案文内容如下:

“国际不法行为的反措施

一国不符合国际义务的某一行为如果并且确已构成第[xx] - [xx]中所载述的合法措施,其不法性即告解除。”

见A/CN.4/498/Add.4。

431. 需要澄清的第一个问题涉及条款草案中的解决争端问题,因为很难对反措施问题有了看法而不对解决争端问题形成看法。一读通过的第二部分中的反措施条款已假定:条款将以公约形式处理解决争端问题。但是不能把这项假设视为当然。

432. 第二个比较具体的问题涉及第二部分中的反措施与解决争端之间的联系。他指出,根据条款草案,如果采取反措施,则目标国(也就是成了反措施对象而且据称实行了国际不法行为的国家)有权单方面迫使采取反措施的国家(也就是受害国)诉诸强制仲裁。这是条款草案中所规定的唯一强制性第三方司法解决争端程序。

433. 他认为,从政策立场来说,不需要把解决争端的权利限于根据假设实行了国际不法行为的国家。也不需要为反措施进行实质性的法律分类,在实际上并不容易将它与报复行为等区分开来。他引述了国际海洋法法庭在 *MV Saiga* 案²²⁶ 中所引述的类似情况,法庭在根据有关的实质性法律分类确定管辖权方面遇到类似的困难。

434. 此外,这种安排促使受害国形成采取反措施、甚至过度反措施的确切动机,因为这样做可以迫使目标国诉诸仲裁。

435. 他也指出,一读通过的条款草案已把临时性的保护措施同通常意义上的反措施区别开来。前者指一旦发生不法行为,不用通知,也不用谈判,即可立即采取的措施。但是必须在谈判失败以后才可以采取全面的反措施。他说,这种区分的困难在于:它使用了临时性保护措施的用语,这样做并不适当,因为它意味着有一个法院或法庭存在。而且,实际赋予临时性保护措施的定义只是对反措施的另一种定义方式而已,也就是说,在两种用语之间并不存在明确的区别。

436. 他坚决认为,第二部分中反措施和解决争端之间的联系发挥不了作用,因此无法持续。就此而论,最好是把条文改为要求国家尽可能解决争端,但并不把反措施的采取同司法解决联系起来。

437. 特别报告员确切认为,委员会可以对第 30 条采取四种备选办法:(1)基本上保留第 30 条的目前形式,但在第二部分中删除对反措施的处理;(2)不要在第二部分中载述反措施,但是将反措施法律制度的实质内容纳入第 30 条;(3)配合目前的案文,在第二部分中对反措施进行实质的处理,同时与解决争端办法相互联系;(4)在第二部分中处理反措施,但是避免与解决争端办法有任何具体联系。他选取最后一种办法。他在这个基础上提议了第 30 条草案。

(b) 辩论概况

438. 有人表示同意确认,反措施的制定存在于国际法中,体现在最近的司法判决和委员会自己要把关于反措施的一个条文列入第一部分第五章的决定。也有些委员会主张列入第二部分中对反措施的一些实质性处理办法,以期严格管理其适用情况。

439. 在这方面,据指出,凡是反对反措施的,顾名思义,应该同意在条款草案中实行严格的限制。凡是认为根本就不应该在条款草案中处理反措施的,实际上是赞成对反措施的采取施加一些限制。

440. 此外,据认为,委员会固然可以象提到“合法的”自卫那样,只提到“合法的”反措施,而不必下定义,但反措施与国家责任有着密切的联系,因此需要在条款草案列入关于其适用办法的具体规则。

441. 有人支持特别报告员报告中的第四种备选办法,也就是使根据第二部分采取反措施同诉诸国际解决争端脱钩。有些委员极力主张避免妨碍第二个备选办法的可能性。

442. 据指出,国际解决争端办法旷日费时,所以不应该与反措施挂钩,以免目标国以拖延策略加以滥用。同样,人们认为,这种挂钩会产生详细而复杂的制度,能不能行得通全看各国是否愿意向这一机制提交案件。关于必须用尽解决争端程序才可以采取反措施的概念是站不住脚的。

443. 但是,有人认为,为了使两者脱钩,必须对反措施的采取施加严格的限制,但不应妨碍以一项比较概括的规定处理解决争端程序与采取反措施之间的联系。

444. 也有人认为,如果在条款草案中列入一个概括性的第三方解决争端制度,就能使反措施同解决争端脱钩。

445. 另一方面,有人对特别报告员对反措施和解决争端办法之间联系的评价表示怀疑,认为它不无瑕疵。据指出,人们并不认为这种挂钩应该只为受害国提供要求强制解决争端的权利。反之,人们也期望,将起初的不法行为也作为采取反措施的次要事项列为解决争端的一部分。

²²⁶ 即期免除的适用情况,1997年12月4日判决。

446. 在这一点上,有人表示赞成反措施与强制解决争端挂钩。认为,两者是一个硬币的正反两面。可以兼顾受害国和反措施目标国的利益。此外,据指出,由于反措施具有争议而且可能被滥用,要使反措施能够为人接受,就必须同强制解决争端机制挂钩,因为后者可以对反措施的适用施加严格的限制。

447. 因此,较好的解决办法是由委员会按挂钩模式摆平国家间关系,而不是采取脱钩模式。

448. 委员们普遍赞成将第 30 条草案送交起草委员会,据认为,该案文假定关于采取反措施的实质和程序性要求已经载于草案中的其他章节。就此而论,可能妨碍委员会对第二部分中的反措施的审议结果。因此,有人提议将委员会一读通过的和特别报告员提议的第 30 条草案都提交起草委员会。

449. 也有人认为,不必将反措施视为第二部分中之责任的内容、形式或程度的一部分。不能把采取反措施的可能性视为不法行为的后果,而与赔偿或停止一概而论。反之,最好将它视为确保赔偿或停止义务得到遵守的手段,它涉及国际责任的执行。因此提议在一个新的第二部分之二中处理反措施,其内容可能包括可否受理要求、反措施和集体措施。

(c) 特别报告员对反措施的总结

450. 特别报告员说,委员会中有少数委员主张保留反措施与第三部分的联系。但是,即使是这些委员也不曾为采取反措施与解决争端之间关系中所存在的不平等现象辩护。反之,他们支持维持两者之间的密切关系,这是由于担心反措施可能被滥用因而需要尽可能加以控制。

451. 他解释说,他要使两者脱钩的建议并不妨碍委员会采取的立场,即:诉诸反措施所引起的问题可能成为解决争端的议题。但是,不应当将强制解决争端程序纳入条款草案,因为该草案只适用于实行了国际不法行为的国家。

452. 他还说,在现有安排的范围内处理国家间的平等关系实际上是要求实行涉及条款草案的通盘解决争端制度。虽然不会在辩论中予以排除,它意味着条款草案应该采取公约草案的形式,但还没有就此作出决定。

453. 特别报告员对于在条款草案中载列关于执行问题的第二部分之二,表示特别关注。

第 六 章

对条约的保留

A. 导 言

454. 1993 年 12 月 9 日大会第 48/31 号决议核可了国际法委员会的决定:将“对条约的保留的法律和实践”这一问题列入议程。

455. 委员会 1994 年第四十六届会议任命阿兰·佩莱先生为关于这一专题的特别报告员²²⁷。

456. 委员会 1995 年第四十七届会议收到、并讨论了特别报告员的第一次报告。
228

457. 讨论后,特别报告员总结了委员会审议这一专题得出的结论,其中包括:这一专题的标题(现已改为“对条约的保留”)、研究工作的成果应采取的形式(它应当成为在保留方面的实践指南)、委员会关于这一专题的工作应当采取灵活的方式、委员会以协商一致方式议定:对 1969 年、1978 年和 1986 年《维也纳公约》的相关条款不作任何更改。²²⁹ 委员会认为,这些结论就是大会 1993 年 12 月 9 日第 48/31 号决议和 1994 年 12 月 9 日第 49/51 号决议要求进行的初步研究的成果。《实践指南》将采取附加评注的准则草案形式,这将对各国和各国际组织的实践有所帮助;必要时,这些准则应当附有条款范本。

458. 1995 年,委员会按照其早先的做法²³⁰,授权特别报告员编制一份关于对条约的保留的详细问题单,以便确定各国和各国际组织、特别是成为多边公约保存者的国际组织的实践和遇到的各种问题。这一问题单由秘书处寄往各国和各国际组织。大会 1995 年 12 月 11 日第 50/45 号决议注意到了委员会的结论,请委员会按照报告中所说明的方针继续工作,也请各国就上述问题单提出答复²³¹。

²²⁷ 《大会正式记录,第四十九届会议,补编第10号》(A/49/10),第382段。

²²⁸ A/CN.4/470和Corr.1。

²²⁹ 《大会正式记录,第五十届会议,补编第10号》(A/50/10),第491段。

²³⁰ 见《国际法委员会年鉴,1993年》,第二册,(第二部分),第286段。

²³¹ 截至1999年6月30日,有33个国家和22个国际组织就这一问题单提出答复。

459. 委员会第四十八届会议收到特别报告员关于本专题的第二次报告²³²。特别报告员在该报告后面附载了国际法委员会的一项决议草案,其内容涉及对规范性多边条约的保留—包括对人权条约的保留,目的在于提请大会注意并澄清这一专题涉及的一些法律问题²³³。由于时间不够,虽然有一些委员就报告提出了看法,委员会还是未能审议该报告和决议草案。因此,委员会决定将对这一专题的辩论延迟到次年举行。

460. 委员会第四十九届会议又收到了特别报告员关于这一专题的第二次报告。

461. 经过辩论,委员会通过了对规范性多边条约、包括人权条约的保留意见的初步结论²³⁴。

462. 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,呼吁规范性多边条约所建立的所有条约机构,以书面方式对以上各点结论提出评注和意见,同时提请各国政府注意:国际法委员会必须听取它们对以上初步结论的意见。

463. 委员会第五十届会议收到特别报告员关于这一专题的第三次报告²³⁵,该报告处理了保留的定义和对条约的解释性声明。由于没有时间,委员会未能审议全部报告。委员会仅审议了报告的一部分,而将第三次报告中所载述的 11 项准则草案提交起草委员会:1.1(保留的定义)、1.1.1(联合提出一项保留)、1.1.2(提出保留的时机)、1.1.3(领土适用通知时提出的保留)、1.1.4(保留的对象)、1.1.5(旨在增加行为国义务的声明)、1.1.6(旨在限制行为国义务的声明)、1.1.7(涉及不承认的保留)、1.1.8(有领土范围的保留)、1.2(解释性声明的定义)、以及 1.4(定义的范围)。以上各项准则草案将予列入《实践指南》。

464. 根据起草委员会的建议,委员会同一届会议暂时通过了以下准则草案:1.1(保留的定义)、1.1.1[1.1.4](保留的对象)、1.1.2(提出保留的时机)、1.1.3[1.1.8](有领土的范围保留)、1.1.4[1.1.3](领土适用通知时提出的保留)、1.1.7[1.1.1](联

²³² A/CN.4/477和Add.1。

²³³ 《大会正式记录,第五十一届会议,补编第10号》(A/51/10),第137段。

²³⁴ 同上,《第五十二届会议,补编第10号》(A/52/10),第157段。

²³⁵ A/CN.4/491和Corr.1(只更正英文本)、A/CN.4/491/Add.1、Add.2和Add.2/Corr.1、Add.3和Corr.1(只更正中文、法文和俄文本)、Add.4和Add.4/Corr.1、Add.5和Add.6和Corr.1。

合提出的保留)以及不带有标题或编号的准则草案,它们涉及定义以及容许保留的程度之间的关系²³⁶。

465. 委员会还通过了对以上准则草案的评注。准则草案 1.1.5、1.1.6、1.1.7 和 1.2 仍由起草委员会审议中,准则草案 1.1.1 和 1.1.3 暂时通过,但有一项谅解:应根据对解释性声明的讨论情况予以重新审查,必要时予以重新拟订。此外,不带有标题或编号的准则将由委员会暂时予以通过,但有一项谅解:委员会将考虑能否在同一个解释性声明中,同时提到保留(它暂时是这项准则的唯一对象)和解释性声明(某些委员认为它提出了相同的问题)。

B. 本届会议审议这个专题的情况

466. 委员会本届会议继续审议特别报告员第三次报告中、未经第五十届会议审议的部分,并审议他关于这一专题的第四次报告的第一部分²³⁷。该报告也附载了特别报告员原先在1996年提交、但经过订正的、关于对条约的保留的书目²³⁸。

467. 6月3日至11日举行的委员会第2581次至2586次会议审议了特别报告员第三次报告中还有待审议的部分和特别报告员的第四次报告;委员会向起草委员会提交了以下准则草案:1.1.9(对双边条约的“保留”)、1.2.1(联合提出解释性声明)、1.2.2(措词和名称)、1.2.3(在禁止保留的情况下提出解释性声明)、1.2.4(有条件的解释性声明)、1.2.5(一般政策声明)、1.2.6(说明性声明)、1.2.7(对双边条约的解释性声明)、1.2.8(另一缔约方接受对双边条约的解释性声明所产生的法律效力)、1.3.1(保留与解释性声明的区分方法)²³⁹。此外,特别报告员还介绍了已经提交给起草委员会的准则草案1.1.7的订正案文(1.1.7之二) (“不承认的声明”)。这一准则草案的订正案文已经载入第四次报告。²⁴⁰

468. 特别报告员第三次报告中也载有涉及保留与解释性声明的区分方法的准

²³⁶ 见国际法委员会关于其第五十届会议的报告,《大会正式记录,第五十三届会议,补编第10号》(A/53/10),第540段。

²³⁷ A/CN.4/499。

²³⁸ A/CN.4/478/Rev.1。

²³⁹ 这些准则草案案文载于文件A/CN.4/491/Add.6。

²⁴⁰ A/CN.4/499, 第53段。

则草案1.3.0、1.3.0之二和1.3.0之三,²⁴¹ 特别报告员只是暂时将它们提出,主要是为了确定来源于保留的一般性定义和解释性声明的一系列标准。但委员会认为:定义中已经包括这些标准,这三项准则草案只是与它们重复或者重叠,并未增加新内容。委员会决定:不将这三项准则草案提交给起草委员会,而将在与这个问题有关的准则草案评注中反映这些内容。

469. 委员会在1999年7月6日至8日举行的第2597至2599次会议上审议了起草委员会的报告,一读通过了18项准则草案。此外,委员会还参照对解释性声明的审议情况,通过了准则草案1.1.1[1.1.4]的新案文和没有标题或编号的准则草案的新案文(在新案文中为准则草案1.6(定义的范围))。这些准则草案及其评注的案文,载于下文C节。

C. 委员会一读暂时通过对条约的保留准则草案案文

1. 准则草案案文

470. 以下载录委员会第五十届和第五十一届会议暂时通过的准则草案案文:

对条约的保留

实 践 指 南

1. 定 义

1.1 保留的定义 ²⁴²

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

²⁴¹ 准则草案案文也载于A/CN.4/491/Add.6。

1.1.1 [1.1.4] 保留的对象 ²⁴³

保留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作出保留的国家或国际组织适用时的法律效力。

1.1.2 提出保留的时机 ²⁴⁴

根据《指南》第1.1条提出保留的时机,包括以各种方式同意接受1969年和1986年《维也纳条约法公约》第11条提及之条约的约束。

1.1.3 [1.1.8] 有领土范围的保留 ²⁴⁵

一国发布单方面声明,意图藉此排除某一条约或其中某些规定对某一领土的适用——如无此项声明该条约即可适用,此项声明即构成保留。

1.1.4 [1.1.3] 领土适用通知时提出的保留 ²⁴⁶

一国在通知某一条约可在其领土范围内适用时可提出单方面声明,意图藉此排除或更改其中某些规定在对其领土适用时的法律效力,此项声明即构成保留。

1.1.5 [1.1.6] 旨在限制声明方义务的声明

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

²⁴² 本准则草案的评注载于国际法委员会第五十届会议工作报告,《大会正式记录,第五十三届会议,补编第10号》(A/53/10),第171—174页。

²⁴³ 方括号内的号数指特别报告员第三次报告(A/CN.4/491和Add.1-6)中的号数。

²⁴⁴ 本准则草案的评注载于国际法委员会第五十届会议工作报告,同前,第203—206号。

²⁴⁵ 委员会第五十一届会议连同准则草案1.1.1审查了本准则草案的案文。委员会作出无须修改本准则草案案文的决定。本准则草案案文载于国际法委员会第五十届会议工作报告,同前,第182—185页。

²⁴⁶ 本准则草案的评注,同上,第182-185页。

1.1.6 旨在以相当方式履行义务的声明

一国或一国际组织于表示同意接受条约约束时发布声明,打算以不同于条约规定的相当方式依照条约履行义务,则构成保留。

1.1.7 [1.1.1] 联合提出的保留 ²⁴⁷

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。

1.2 解释性声明的定义

“解释性声明”,无论如何措词或赋予什么名称,都指一国或一国际组织为了指明或澄清声明方对条约或其中若干条款赋予的含义或范围而发布的单方面声明。

1.2.1 [1.2.4] 有条件的解释性声明

一国或一国际组织在签署、批准、正式确认、接受、核可或加入一项条约时发布单方面声明、或一国在通知对一项条约的继承时发布单方面声明,从而使该国或该国际组织同意受条约约束事宜取决于对条约或对其某些规定的特定解释,这项声明即构成一项有条件的解释性声明。

1.2.2 [1.2.1] 共同拟定的解释性声明

若干国家或国际组织共同发布的解释性声明不影响该解释性声明的单方面性质。

1.3 保留和解释性声明的区别

作为保留或解释性声明的单方面声明,其性质由它意图产生的法律效力决定。

1.3.1 对保留和解释性说明实行区别的方法

为了确定一国或一国际组织对一条约发布的单方面声明是保留还是解释性声明,应当参照所提到的条约、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发布声明时的意图。

²⁴⁷ 本准则草案的评注,同上,第187-189页。

1.3.2 [1.2.2] 措辞和名称

单方面声明的措辞或名称表示所要产生的法律效力。当一国或一国际组织就单一条约发布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,尤其是这样。

1.3.3 [1.2.3] 当禁止保留时作出单方面声明

在条约禁止对其所有条款或其中某些条款作出保留的情况下,不应将一国或国际组织就有关条款作出的单方面声明视为保留,除非这一声明确实旨在摒除或更改条约的某些条款或整个条约的特定方面在对声明方适用时具有的法律效力。

1.4 有别于保留和解释性声明的单方面声明

就条约发布的既不是保留也不是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] 旨在承担单方面义务的声明

一国或一国际组织对条约发布单方面声明,藉此承担条约没有规定的义务,则构成单方面承诺,不属于本实践指南的范围。

1.4.2 [1.1.6] 旨在增添条约内容的单方面声明

一国或一国际组织发布单方面声明,藉此增添条约内容,则构成更改条约内容的提议,不属于本实践指南的范围。

1.4.3 [1.1.7] 不承认的声明

一国作出单方面声明,表明该国对一条约的参与并不意味着该国对某一实体的承认,则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拒绝适用声明国和声明国不予承认的实体之间的条约。

1.4.4 [1.2.5] 一般政策声明

一国或一国际组织发布单方面声明,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时,如该声明的目的不在于产生对条约的法律效力,则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之方式的声明

一国或一国际组织发布单方面声明,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,则构成解释性说明,并且不属于本实践指南的范围。

1.5 对双边条约的单方面声明

1.5.1 [1.1.9] 对双边条约的“保留”

一国或一国际组织发起或签署了一项多边条约、但在该条约生效前发布了单方面声明,意图藉此促使其他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,不论这项声明的措辞或名称为何,都不构成本实践指南所指的保留。

1.5.2 [1.2.7] 双边条约的解释性声明

准则草案1.2和1.2.1 [1.2.4] 均适用于于双边及多边条约的解释性声明。

1.5.3 [1.2.8] 另一缔约方接受一项双边条约的解释性声明产生的法律效力

双边条约的缔约国或缔约的国际组织对双边条约发布的解释性声明产生的并获得另一缔约方接受的解释,构成该双边条约的权威解释。

1.6 定义的范围

实践指南本章所载列的单方面声明的定义不妨碍这些声明的容许程度和按照对它们适用的规则所产生的效力。

2. 国际法委员会第五十一届会议通过的准则草案及其评注

对条约的保留 《实际指南》

1. 定 义

.....

1.1.1 [1.1.4] 保留的对象 ²⁴⁸

一项保留的目的是,排除或更改一项条约的某些规定或整个条约特定方面对作出保留的国家或国际组织适用条约规定时的法律效果。

评 注

(1) 按字面来理解,维也纳定义 ²⁴⁹ 似乎把非涉及条约的某一项或数项规定而涉及整个条约的单方面声明排除在保留的总类之外。准则草案1.1.1 [1.1.4] 的目的是在解释这项定义时考虑到全面保留方面的长久惯例;按狭义来理解这项定义,将产生一种过分狭隘而且违反现实的解释。

(2) 《维也纳公约》起草人的用语特意阐明提出保留者的目的在排除或更改条约中若干规定对其适用时的法律效力,而不在排除或更改这些规定本身。 ²⁵⁰

(3) 这一条文所引起的第二种批评是其中采用“若干规定”一词。有人指出,这方面的解释是“因为十分适当地希望排除那些过于笼统和含糊 ²⁵¹ 而结果取消条约的强制性的保留”,但似乎应该问一问,这项考虑是否“应该放进第2条中。实际上,这涉及保留的有效性。然而,不是因为一项声明引起不当的后果,才不得视为一项保

²⁴⁸ 关于这项准则草案的评记载于国际法委员会第五十届会议工作报告(《大会正式记录:第五十三届会议,补编第10号》(A/53/10),第199至203页);这项评注下有一脚注(第215号),脚注的内容是:“本准则草案将参照关于解释性声明的辩论情况重新审查,必要时可能加以修订。”委员会第五十一届会议重申了这项准则草案,并修订了案文;因此本评注代替了1998年发表的评注。原先的案文是:“一项保留可涉及条约的一项或数项规定,或更笼统地涉及一国或一国际组织打算执行整个条约的方式。”

²⁴⁹ 参看准则1.1,国际法委员会第五十届会议工作报告,同上,第195页。

²⁵⁰ 1969年和1986年两项《公约》第21条第1款的措辞较有问题,因为它把保留的法律效力说成对相关条款的修正。

²⁵¹ 参照以色列政府对国际法委员会第一次草案的意见(《1965年年鉴》,第二卷,p.14)或智利代表于

留。此外,惯常作法中有许多的例子说明有些保留虽然不是针对个别的条款,但仍是完全有效的:这种保留不许在某些明确界定的情况下执行整个条约”。²⁵²

(4) 一方面,我们不应把一项一般的保留与一项全面的保留混为一谈,前者的特征是内容含糊笼统,后者涉及提出保留的国家或国际组织打算执行整个条约的方式,但由于只涉及条约某一特定方面,不一定会被人指责含糊不明。

(5) 全面的保留是一种标准作法,因此不曾引起任何特别的反对。凡是排除或限制条约在下列各方面的适用性的保留,其情况也是如此:

(a) 对某几类人员;²⁵³

(b) 或某几类物品、特别是运输工具;²⁵⁴

(c) 或对某些情况;²⁵⁵

(d) 或对某些领土;²⁵⁶

(e) 或在某些特定情况下;²⁵⁷

1968年在第一届维也纳会议上的发言(A/CONF.39/11/SR.4,第5段)。

²⁵² Pierre-Henri Imbert, *Les réserves aux traités multilatéraux*, Paris, Pédone, 1979, P. 14-15。在这方面,例如参看: Renata Szafarz, “Reservations to Multilateral Treaties”, *Polish Year Book of International Law*, 1970, P. 296。

²⁵³ 参看联合国关于《公民权利和政治权利国际盟约》对武装部队人员及俘虏的适用性的保留(《秘书长负责保管的多边条约——截至1997年12月31日的现况》,出售品编号E. 98. V. 2第四章,p.129)或危地马拉关于1954年6月4日《关于私用公路车辆临时进口的海关公约》仅对自然人适用性的保留(同上,第九章A. 8,p.431)。

²⁵⁴ 参看南斯拉夫的保留,其中声称《统一内河航行碰撞若干规则的公约》的规定不得适用于公共权力机构的专用船舶(同上,第十二章,第3节,p.663)或德国的保留,其中声称1965年1月25日《内陆航行船舶注册公约》不适用于在湖泊中航行而属于德国联邦铁路公司所有的船舶(同上,第十二章,第4节,p.671)。

²⁵⁵ 参看阿根廷对1982年《国际电信联盟公约》提出的关于可能增加阿根廷会费和其他缔约国可能不遵守公约规定义务问题的保留(阿根廷对国际法委员会保留问题单的答复)或法国在1985年签署《欧洲海洋区域内海上无线电示标规划问题区域行政会议最后文件》时提出的关于需要法国无线电导航服务机构发挥适当功能及利用多频率相位计量系统问题的保留(法国对保留问题单的答复)。

²⁵⁶ 参看载于1998年国际法委员会第五十届会议工作报告(《大会正式记录,第五十三届会议,补编第10号》(A/53/10),第206页)的准则1.1.3。

²⁵⁷ 参看法国对1928年9月26日《仲裁公约》提出的保留,内称“……将来[加入本公约一事]不得扩大适用于与法国政府参战期间发生事件有关的争端”(同上,p.1006)(联合国和新西兰也曾提出类似的保留)。并参看1925年《关于禁止窒息性、毒性或其他气体和细菌作战方法的日内瓦议定书》

(f) 或因与提出保留者的国际地位有关的特殊理由;²⁵⁸

(g) 或对提出保留国家的国内法;²⁵⁹

等等。

(6) 这些保留之中,有些因为笼统和含糊而引起反对,²⁶⁰ 可能其中有一些保留,根据1969年和1986年《维也纳公约》第19条所列理由,迹近非法。但是,这种非法性质是基于保留的法律制度,这个问题与保留定义的问题不同。此外,把一般的保留并入保留的类别之中,是根据有关保留的法律制度的相关规则来审查保留的有效性的一个不可缺少的先决条件;一项非法的保留 (a) 仍不失为一项保留;(b)除非它是一项保留,否则不能宣布它是非法。

(7) 赞成对维也纳定义不作字面上解释的另一个因素是有些条约禁止提出全面的保留或某几类全面的保留,特别是一般的保留。²⁶¹ 如果意在全面更改条约的法律效力的单方面声明并不构成保留,则这样一项条款是多余的(而且无法解释的)。

(8) 全面的保留的惯例既普遍又一贯(这种保留也不一定都是含糊和笼统的保

的大多数缔约国提出的保留。根据这些保留,如有任何敌对国家的武装部队或同盟国不遵守这项议定书所规定的禁令,该议定书即丧失其对提出保留国家政府对付该敌对国家的手段的约束力。《裁军和限制军备方面各项多边协议的现况》,第四版,1992年,第一卷,pp.11-21。

²⁵⁸ 参看奥地利和瑞士对1972年4月10日《关于禁止发展、生产、储存和使用细菌(生物)武器及销毁此种武器的公约》提出的关于维持其中立地位的保留(瑞士对保留问题单的答复和《联合国条约集》,第1015卷,p.236),或奥地利对1976年12月10日《禁止为军事目的或任何其他敌对目的使用改变环境技术公约》提出的类似保留(《秘书长负责保管的多边条约——截至1997年12月31日的现况》,第二十六章,第1节,p.892)。

²⁵⁹ 参看美国、意大利和日本的保留,其中声称这些国家将“临时在国内立法的范围内”执行1986年3月14日《国际小麦协定》(同上,第十九章,第28节,p.744);或加拿大对1953年3月31日《妇女政治权利公约》提出的“有关属于各省立法管辖范围的各项权利”的保留(同上,第十六章,第1节,p.682)。

²⁶⁰ 参看许多国家反对马尔代夫对1979年12月18日《消除对妇女一切歧视公约》提出的有关伊斯兰宗教法的保留理由(同上,第四章,第8节,pp.177-182)以及埃及对同一公约提出的保留。在这方面,请参看下列文章:Anna Jenefsky “Permissibility of Egypt’s Reservations to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women”, Maryland Journal of International Law and Trade, Vol. 15,1991, pp. 199-233, 及R. Cook “Reservations to the Convention on Elimination of All Forms of Discrimination Against Women”, Virginia Journal of International Law, Vol. 30, 1990, pp. 643-716。并参看某些国家反对美国对1948年12月9日《防止及惩治灭绝种族罪行公约》提出的关于《美国宪法》的保留的理由(同上,第四章,第1节,p.88)。

²⁶¹ 《欧洲人权公约》第64条第1款,或《美洲关于被迫失踪人士的公约》第十九条的情况也是如此。

留),而且人们对这类保留并未表示原则上的反对,这就表明有一种实际需要存在,如果单凭抽象的法律逻辑加以否定,则是荒唐。此外,法律规则的解释不应始终不变;《维也纳公约》第31条第3款促请解释条约规则的人注意“应与上下文一并考虑者尚有……(b)嗣后在条约适用方面造成各当事国同意对条约解释之所有惯例”,而且象国际法院所强调的,一项法律原则必须根据:国际法后来的发展“来解释”。²⁶²

(9) 因此,为了消除任何含糊之点并避免任何争议,似乎照理应当在《实践指南》中采用各国实际上对维也纳定义内所载关于保留的预期效果看似狭义的条文所给予的广义解释。

(10) 但在审查了关于国家或国际组织对条约或在缔结条约时作出的解释性声明以及其他单方声明的准则草案后,委员会对最初通过的准则草案1.1.1 [1.1.4] 作了几处修订。²⁶³

(11) 首先,委员会觉得原先的案文过于笼统,可能会带来荒唐的结果,因为它看起来象是可对整个条约作出一项保留,在不作进一步解释的情况下,这样,可能会使条约丧尽实质。在“或整个条约”后加上“特定方面”等字正是为了避免这一不合逻辑的解释。

(12) 其次,为了消除委员会一些委员的担忧,并为了避免与准则草案1.4.5 [1.2.6] 所规定的关于在国内执行条约的声明以及准则草案1.4.4 [1.2.5] 所规定的一般性政策声明混为一谈,委员会在准则1.1.1 [1.1.4] 中决定不采用关于“一国或一国际组织打算执行整个条约的方式”的任何提法,而是援用了维也纳定义的用语,即一国或一国际组织在提出一项保留时,“其目的在摒除或更改条约中若干规定对该国或该组织适用时之法律效果”,但明确规定在某些方面亦可对整个条约提出此项保留。委员会认为,这一措词的另一好处是,突显了提出保留者的目的。提出保留者的目的既是1969年和1986年《维也纳公约》采用的保留定义的核心,也是关于对一项条约作出的解释性声明以及其他单方声明的定义的准则草案的基础。²⁶⁴

(13) 这样,准则草案1.1.1 [1.1.4] 的新措词不再用“可”作为动词(“一项保留

²⁶² 1971年6月21日的咨询意见,《南非不遵守安全理事会第276(1970)号决议继续留驻纳米比亚对各国的法律后果》《国际法院判例汇编》,1971年,p.16,第53段。

²⁶³ 关于这项准则草案的评注载于1998年国际法委员会第五十届会议工作报告(《大会正式记录:第五十三届会议,补编第10号》)(A/53/10),第214-216页。

可涉及……”),因为该字按定义可能会暗示该款允许全面的保留。事实上,作出这类明确的定义无疑丝毫不影响保留的可允许性(或不可允许性)。这很明显地是由于它已列入《实践指南》的第一部分,该部分纯粹讨论这种声明的定义,并由下面所载准则草案1.6加以确认。

(14) 委员会的一些委员指出,保留只可针对具体条款的某些特定方面,并认为这是第三种假设,须在准则草案1.1直接提到的其目的“在摒除或更改条约中若干规定对该国或该国际组织适用时之法律效果”的保留中以及在其目的“在摒除或更改整个条约某些方面的法律效果”的保留(即本准则草案所涉的全面保留)中考虑到此项假设。这一说法有一定的道理。委员会认为,提出保留者无疑常常只是想针对某些特定方面排除或更改一项条约的法律效果,²⁶⁵但在准则草案1.1的一般定义中已考虑到了这一可能性,更具体地说,“modify”(“更改”)一词即意味着只对有关条款的某些方面作出保留。

1.1.5 [1.1.6] 意图限制提出保留者义务的声明

当一个国家或国际组织表示同意受到条约约束时,目的在于限制条约加给它的义务而提出的单方面声明构成一种保留。

评 注

(1) 谁都不怀疑:“更改条约某些条款的法律效力”的措词(见“维也纳定义”,和来自该定义的1.1条草案),是指限制或局限这种效力的保留,同时也就限制或局限了保留国根据条约应尽的义务,“因为‘限制’是‘更改’的一种方法”。²⁶⁶而且,几乎全部保留目的都在于限制原则上声明者根据条约应尽的那些义务。

²⁶⁴ 见以下准则草案1.2、1.2.1 [1.2.4]、1.3、1.3.1以及1.4.1 [1.1.5]至1.4.5 [1.2.6]。

²⁶⁵ 这方面的例子很多,如见:加拿大、美国、老挝、泰国和土耳其对《联合国特权及豁免公约》的保留(《秘书长负责保管的多边条约——截至1997年12月31日的现况》,第三章,第1节,pp.38-39),马耳他对1954年《海关旅游设施公约附加议定书》的保留(同上,第十一章,A.7节,p.436),以及欧洲共同体对1994年《联营集装箱海关过关公约》第6和第7条的保留(同上,第十一章,A.18节,p.461)。

²⁶⁶ Frank Horn,《对多边条约的保留和解释性声明》,T.M.C. Asser学院,瑞典国际法研究所,《国际法研

(2) 看来,正是因为如此,在维也纳条约法会议期间,旨在加上“限制”或“局限”列举保留针对的各项法律效力的种种修正案²⁶⁷没有获得通过:因为它们对最终被接受的案文并没有补充任何新的内容²⁶⁸。

(3) 但是,委员会认为:起草一项《实践指南》所受的限制与一项公约是不同的:此种指南可以宣布一项显而易见的事实,而这在条约里是不适当的。

(4) 但是,准则草案1.1.5 [1.1.6] 同时适应了一个更具有根本意义的目标。委员会认为:将这一条载入《实践指南》、与准则草案1.1.6、1.4.1 [1.1.5] 和1.4.2 [1.1.6] 并列,有助于澄清一项反复出现的辩论、即有关条约保留的辩论,辩论的内容是想弄清“广义的保留”(人们立刻就可以注意到:对此并没有普遍接受的定义²⁶⁹),是否可以予以考虑。

(5) 委员会不打算进行纯粹学术性辩论,在一本《实践指南》中这将是适当的;因此,它避免使用这种含混的措词。但是它注意:当一个国家或一个国际组织提出一项单方面的声明,旨在限制如果没有这种声明将会加诸它的种种义务,这个国家或国际组织同时就不可避免地扩大了自己的权利,并且损害了其他缔约方从条约中得到的权利,如果该条约得到全面执行的话;换句话说,提出保留国家的伙伴的义务将会因此而扩大。从这个意义上讲,“限制性的”保留(即大多数的保留)可能表现为“广义的保留”。

究》,第五卷,1988年,p.80。

²⁶⁷ 见瑞典提出的修正案(在“排除”之后加进一个逗号和“限制”)或者越南的修正案(在“排除”之后加进一个逗号和“局限”)(《全体委员会关于该会议第一届会议的工作报告》第35段;A/COF.39/14,联合国条约法会议,第一届和第二届会议,维也纳,1968年3月26日至5月24日和1969年4月9日至5月22日,《正式文件》,会议文件,纽约,联合国,1971年,销售编号:F.70.V.5, p.112)。

²⁶⁸ 见Frank Horn,同前(上文注266), p.80。

²⁶⁹ 例如,Ruda将“广义的保留”定义为:“旨在扩大条约所载各项义务的宣言或声明”,他甚至包容了“一个国家承担义务的单方面声明,而它却并未得到任何交换的条件,因为有关通过条约的谈判已经结束”(“对条约的保留”,R.C.A.D.I 1975-III, 第146卷,p.107);至于Frank Horn先生,他区分了“承诺性的声明”,通过此种声明比条约所要求的作出了更多的承诺;以及“广义的保留本身”,根据这种广义的保留,一个国家尽力将更广泛地义务加诸于别的缔约方,就同时意味着自身享有更多的权利,《对多边条约的保留和解释性声明》,同前(上文注266),p.90);至于Imbert先生,他认为:并不存在“广义的保留”(《对多边条约的保留》,巴黎,Pédone, 1979年,p.15);同时可参见1995年委员会成员之间的辩论,见Bowett和Tomuschat先生之间的辩论(A/CN.4/SR.2401,p.4和p.7。)

(6) 但是,应当区分两类仅仅在表面上彼此相似的声明:

- 旨在免除条约对声明方规定的某些义务、同时连带限制其他缔约方权利的声明;以及
- 旨在向其他缔约方强加条约没有规定的新义务的声明。

(7) 准则草案1.1.5 [1.1.6] 仅仅涉及属于上述第一类的那些声明;而属于第二类的声明属准则草案1.4.2 [1.1.6], 并且不是本《实践指南》所指的保留。

(8) 国家和国际组织旨在限制自己条约义务的某些保留有时被称为“广义的保留”。例如,德意志民主共和国曾发表声明,表示打算为禁止酷刑委员会承担其份额内的费用,但只限于委员会权限内、受德意志民主共和国承认的活动所产生的费用²⁷⁰。有人提出:这样的保留究竟是否合法²⁷¹;但这既不是因为这种声明的后果是加重了其他缔约方的财政负担,又不是因为这种声明不应被称为保留,也不是因为这种声明就其性质而言,有别于通常的“修订性”保留。

(9) 这似乎也适用于“广义保留”的另一个例子。其理由是“保留国只是扩大其权利(而不是其义务),同时增加其他缔约方的义务”²⁷²;这是波兰等若干社会主义国家对于《日内瓦公海公约》第9条提出的保留。因为根据该公约,“[关于国家船只豁免的]第9条所载规则适用于一国拥有或经营的所有船只”²⁷³ 实际上,这种保留也没有任何特别之处。这种保留象所有其他修订性保留那样“运作”;提出保留的国家根据自己的需要,修改条约的规则,以便限制自己的缔约义务²⁷⁴。

²⁷⁰ 见《多边条约……》,第四章第9节,注释5, p.200。

²⁷¹ 参阅R. W. Edwards, Jr., “对条约的保留”,《密歇根国际法学报》,1989年pp.392-393。

²⁷² Renata Szafarz, 《对多边条约的保留》,《波兰国际法年鉴》,1970年,pp.295-296。

²⁷³ 《多边条约……》第二十一章第2节,p.789。

²⁷⁴ 这些“修订性的保留”数量很大。人们的理解是,在这样的情况下,调整条约的效力可能是因为:(一) 保留国以其国内法规定取代条约中的条款:“阿根廷政府宣称《公民权利和政治权利国际盟约》第15条第2款的实用应服从《阿根廷宪法》第18条规定的原则”(阿根廷关于《公民权利和政治权利国际公约》的“解释性声明”,《……多边条约》第四.4章,p.122;(二) 以其他国际文书产生的义务取代作出保留的条约的规定:“应在1950年11月4日《保护人权和基本自由公约》第16条范围内共同适用盟约第19、21和22条以及第2条第1款”(德国对相同公约的第1号保留,同前,p.125);(三) 不管任何已有的规则,保留国为此拟订不同的规定,例如:“应以这样的方式适用《公约》第14条第3款(j)项,即应由法院裁定在押被告是否需要亲自出庭受审”(德国的第2号保留,同前)。

(10) 提出保留的国家还必须利用条约的机会,以便借助于一项保留,试图获得比按照国际法应当得到的更多权利。在这样的情况下,该国或该国际组织提出的单方面声明就不属于保留的范畴,如同正在审议的准则草案所规定的那样;而属于这样一种单方面的声明:其目的在于给条约增加额外的因素,这些因素并不构成保留;而是准则草案 1.4.2 [1.1.6] 的内容²⁷⁵。

(11) 从保留的定义本身就可看出:保留之所以被称为保留,是由于它们的提出是在“签订、批准、正式确认或同意一项条约,或者在加入该条约时、或当一个国家通知继承条约时”²⁷⁶。既然旨在限制国家或国际组织义务的单方面声明是一些保留,那么,这个时间的要素(委员会已经指出过:时间要素是出于实际的、而不是逻辑的考虑²⁷⁷),因此这些保留就理所当然要服从一个时间限制。

(12) 如果将此种推理坚持到底,无疑,就必须一一列举在哪些情况下如同准则草案 1.1 所确定的保留才能够被提出。但是,委员会却认为这将徒劳无益地加重起草工作的负担,只要一般性地重申一下就够了;因此,就采用了“当这个国家或这个组织表示愿意受到约束时”的措词²⁷⁸。

1.1.6 旨在完成同等义务的声明

一个国家或国际组织在表示同意受一项条约约束时发表单方面的声明,而该国或该组织的目的是以与条约规定不同、但相等的方式完成一项义务,该单方面声明构成保留。

²⁷⁵ 具体地说,很难区别这样和那样的保留,因为一切取决于该国或该国际组织是否想通过声明取得比一般国际法规定的更多权利,这又取决于对该声明应作如何解释,也取决于发表声明者所依据的习惯规则如何。因此,在上文第9段中所提到的波兰的声明,就应当被认为是一种保留,假如我们考虑到:按照习惯法的规则,所有国家的轮船从广义来说都享有豁免权;在相反的情况下,应当把它看成是一种旨在给条约增加补充因素的声明,其意义符合准则草案1.4.2 [1.1.6] 条(为了本《实践指南》的目的,没有必要就这个问题作出决定)。

²⁷⁶ 参阅准则草案1.1。

²⁷⁷ 见对准则草案1.1.2第2和第3段的评注,国际法委员会第五十届会议工作报告,1998年大会正式文件,第五十三届会议,补编第10号(A/53/10),p.204。

²⁷⁸ 关于这个提法,暗指准则草案1.1.2条。

评 注

(1) 准则草案 1.1.6 所考虑的相当特殊的假定可以用日本对 1971 年粮食援助公约的保留作例子。根据该条约第 2 条,缔约方同意作为粮食援助向发展中国家供应小麦和其他谷物,每年有具体数额的规定。日本在签字时发表声明表示保留:

“有权利按照第 2 条用供应大米援助的方式履行其义务,其中包括非成员的发展中国家所生产的大米、或者如受援国提出此种要求则,以农业物资的方式提供援助”²⁷⁹。

(2) 这样一种声明的目的,在于改变提出声明者在执行某些条款上的法律效力²⁸⁰;因此,这种声明属于保留定义的范围。

(3) 当然,很难想象:如果其他缔约方不予接受(在日本保留的案例中,至少应得到受援国的接受),此种声明竟能够生效;但是,1969 年和 1986 年《维也纳公约》第 20 条所产生的保留却属于这里提到的情况。

(4) 这一条准则草案所指保留的独特性在于“不同、但相等的”这一措词。如果承担的义务小于条约规定的义务,那么,就属于准则草案 1.1.5 [1.1.6] 的假定(意图限制提出者义务的保留);如果承担的义务份量更重,那么,声明的目的就在于承担单方面的承诺,那就不是准则草案 1.4.1 [1.1.5] 所规定的保留。按照国际公法的一般原则,此种等同只能由各个缔约方按照与己相关的部分进行评估,除非在评估发生分歧时,采取和平方式予以解决。

(5) 当然,这里时间因素是根本的:如果“替代”是在条约生效后对声明的作者产生作用,那么在最好的情况下,也就是一个侧面的协议(假定其他缔约方都接受的话),在最坏的情况下,则是对条约的违反。但是,所有在“限期之外”提出的单方面声明都是这样。

²⁷⁹ 《联合国条约汇编》,第800卷,p.197。

²⁸⁰ 这是由于在上述的例子中,情况不那么明确,因为第2条并未严格限制谷物为供应小麦;但作这样的推理也未尝不可。

1.2 [1.2] 解释性声明的定义

“解释性声明”是指一项单方面的声明,不论其措词或名称如何,由一个国家或一个国际组织作出,该国或国际组织目的在于确定或澄清声明者赋予该条约、或该条约某些条款的意义和范围。

评 注

(1) 尽管1969年和1986年《维也纳公约》显然对这一现象保持缄默,各国却始终认为,它们在表示同意受某项多边条约约束时可附带作出声明,其中表明同意受约束的精神,但不要求更改或摒除该条约某些规定的法律效果,因此不构成保留,而构成解释性声明。²⁸¹

(2) 常常很难区分这种单方面的声明与准则草案 1.1²⁸² 界定的保留、以及就一项条约所发表的其他单方面声明,此类声明又常常是在声明作者宣布接受约束时发表的,然而又既不属于保留、也不属于解释性声明。本《实践指南》努力列举后一类声明中的主要者。但是这种区分具有重大的实践意义,因为适用于每一项此种声明的法律制度有赖于区分。

(3) 长期以来,这两种单方面的声明在国家实践或在法学理论中均未予明确区分。就后者来说,主流的观点将两者混合为一,而且加以区分的学者通常发现自己处于尴尬局面。²⁸³

²⁸¹ 提出这种声明的做法由来已久,与多边条约本身同时出现。一般来说,它可追溯到1815年《维也纳会议最后文件》,该文件“在一项总的文书中”汇集了拿破仑战败之后缔结的所有条约。在这种多边形式首次出现之后,保留和解释性声明也继而出现。后者产生于英国,在交换批准书时,英国声明它与奥地利、普鲁士和俄国缔结的《同盟条约》第八条是邀请法国加入同盟,但必须“理解为约束各缔约方……协同努力反对拿破仑·波拿巴的权力……,却不应被理解为约束英王陛下继续进行这场战争,以期将某种特定形式的政府强加于法国”。如今,解释性声明极为常见,如各国、以及其次是各国际组织对国际法委员会问题清单的答复所表明的那样。

²⁸² 见国际法委员会第五十届会议的工作报告,1998年,《大会正式文件,第五十三届会议,补编第10号》(A/53/10),第170页。

²⁸³ 参看F. Horn对1969年之前学说的概论,《对多边条约的保留》,同前(上文注266), p.229;另参看D.M. McRae,《解释性声明的效力》,B.Y.B.I.L.,1978年,p.156;Rosario Sapienza,同前,pp.69-82(在第二次世界大战以前)和pp.117-122(1945年之后);以及Ian Sinclair爵士,《维也纳条约法公约》,曼彻斯特,曼彻斯特大学出版社,1984年,pp.52-53。

(4) 有好几个因素混淆了保留与解释性声明之间的必要区分:

- 措词含混;
- 各国和各国际组织的做法不确定;以及
- 发表声明者追求的目标也不无含糊之处。

(5) 保留的定义使得术语不确定更加突出,因为1969年和1986年的两项《维也纳公约》强调这一事实,它们把保留界定为“一项单方面声明,不管其措辞和名称为何……”。²⁸⁴ 这种“反面的精确性”排除任何唯名论和迫使注意力集中于声明的内容及其意图产生的效果,但是——这是实况的消极一面——这个著重实质多于形式的决定在最佳情况下有可能鼓励一些国家不注意它们对声明给予的名称,因而不幸地造成混淆和含糊;而在最坏的情况下,容许它们玩弄措辞,希(往往成功地)误导其伙伴们,使它们误会其意图的真实性质。²⁸⁵ 把明显地没有争议和实际为保留的文书称为“声明”,它们希望在不引起其他缔约国警惕的情况下达到相同的目的;反之,为了强调那些显然对条约规定毫无法律效力的声明,它们称之为“保留”,尽管按照维也纳的定义它们并非如此。

(6) 目的相同的文书可能被一个缔约国界限为“保留”而另一缔约国则界定为“解释性声明”。²⁸⁶ 有时相同目的的文书可能被一些国家界定为“保留”,另一些国家界定为“解释”,更有一些国家完全不界定。²⁸⁷ 某些情况下,一国使用不同说法,使人很难确定目的究竟是提出保留还是解释性声明,以及相互之间的意义和范围是否不同。²⁸⁸ 而且,相同的措辞在使用它们的同一国家眼中包括一系列法律现实。²⁸⁹

²⁸⁴ 1969年《公约》第2条第1款(d)段,以及1986年《公约》第2条第1款(j)段。

²⁸⁵ 如同丹麦在对国际法委员会的问题清单的答复中所指出的那样:关于保留“各国之间似乎存在的一种倾向,就是把自己的保留说成是解释性声明,这或者是由于条约不允许真正的保留、或者是由于一项解释性声明看上去比真正的保留要“客气”一些”。

²⁸⁶ 例如,法国和摩纳哥用同样的措词解释1966年《防止对妇女一切形式歧视公约》第4条;而当摩纳哥将此种解释说成保留时,法国却正式通知,它仅仅是“将对此条的解释记录在案”(《……多边条约》第IV章第2节,pp.104、106和115。同样,波兰和阿拉伯叙利亚共和国也以相同的措词宣布它们不认为受1973年《关于防止和惩处侵害应受国际保护人员包括外交代表的罪行的公约》第1条第1款的各项规定所约束,但前者明确地称该项声明为“保留”,而后者则采用声明的措词(《同上》,第XVIII.7章,p.765)。

²⁸⁷ 关于这一点,见F.Horn的意见:《对多边条约的保留和解释性声明》,同前(上文注266),p.294,这些意见涉及对1966年公民权利和政治权利公约所发表的各项声明。

²⁸⁸ 例如,法国在加入1966年《公民权利及政治权利国际盟约》时使用如下的措词:

“共和国政府认为……”;

“共和国政府对……表示保留”;

有时出现的情况是,在面对一份题为“声明”的文书时,条约的其他缔约国分歧,或把它当作声明,或把它当作“保留”,或反过来,反对“保留”的用法而称之为“声明”²⁹⁰而作为用语混乱之登峰造极,甚至有的国家在发表解释性声明时,偏偏要明确提到一项公约有关保留的条款。²⁹¹

(7) 术语非常混乱,尤其因为:虽然在法语中人们不大会碰到“保留”和“声明”以外的名称,²⁹²但英语术语的变化较多,由于某些英语国家,特别是美利坚合众国,不仅使用“保留”和“(解释性)声明”,而且还使用“说明”,“谅解”,“但书”,“解释”,“阐明”等术语。这些并无严格区分的种种术语²⁹³至少有一点好处:表明签订

“共和国政府声明……”;

“共和国政府解释……”;

所有这些表达方式似乎都是在“声明”和“保留”的标题下的。(见Rosario Sapienza引述的例子,《单方面解释性声明与国际条约》,同前(上文注283),pp.154-155,全文载于《交给秘书长保存的多边条约-1955年12月31日的状况》第IV.4章,pp.131-132。)

²⁸⁹ 例如柬埔寨在接受海事组织《规约》时,两次使用“声明”一词;以此来解释它接受的范围;由于联合王国、挪威和希腊都要求澄清,柬埔寨进一步指出:声明的第一部分是“政治性声明”;而第二部分却构成保留(同上,第十二章第1节,pp.612和631,注释10)。

²⁹⁰ 因此,虽然几个“东欧国家”把它们反对《维也纳外交关系公约》第11条(处理使团大小)的做法称为“保留”,有些反对该项规定的国家有时称为“保留”(德国和坦桑尼亚联合共和国),有时称为“宣言”(澳大利亚、比利时、加拿大、丹麦、法国、新西兰、荷兰、联合王国和泰国)。(同上,第三章第3节,pp.56-63)。

²⁹¹ 马耳他关于《欧洲人权公约》第10条的“声明”也属于此种情况。该声明提到这一文书的第64条(见William Schabas提供的例证,在Louis-Edmond Pettit, Emmanuel Decaux和Pierre-Henri Imbert主编的《欧洲人权公约——逐条评注》,巴黎Economica出版社,1995年,p.926)。

²⁹² 一般说来是这样的,对于所有的拉丁语系语言都是如此:在西班牙文中,与“declaracion(interpretativa)”相对应的是“reserva”;在意大利语中,与“declarazione (interpretativa)”相应的是“riserva”;在葡萄牙语中:与“declaracão (interpretativa)”对应的是“reserva”;在罗马尼亚语中,与“declaratie (interpretativ)”对应的是“rizerv*”;在德语、阿拉伯语或希腊语中也是这样的情况。

²⁹³ M.M. Whiteman对美国的作法是这样描述的:“understanding”这个词经常被用来指一项声明,此种声明的目的不是在国际上修订或限制条约的某个条款;而仅仅是为了澄清、或者解释或者提出一个偶然的问题,此种问题与条约的效力相关,而提出的方式与真正的保留有所不同[……]。人们经常使用“声明”和“宣言”的措词,因为人们认为非常重要或受欢迎的作法,是提请重视某些政治问题或原则问题,而无意于减损条约所规定的权利及义务”(《国际法文摘》,华盛顿特区,1970年,第十四卷,pp.137-138);还可参阅1980年5月27日A.W. Rovine先生的一封信,这封信是他作为国务院条约问题副法律顾问写给美国律师协会国际法科航空和外空法委员会主席R.F. Stowe先生

或有关某一条约而提出的单方面声明不一定是保留或解释性声明;准则草案1.4至1.4.5[1.2.6]描述了这些其他类型的单方面声明。委员会认为:应将它们排除在本《实际指南》之外,因为看来它们不属于条约法的范围。

(8) 毫无疑问,上文列举的要素本身不大可能有助于找到区别保留和解释性声明所必需的标准。不过,肯定可以从经验中找到这项标准;就象人们通常的作法²⁹⁴一样,首先给保留作出定义,然后通过比较,得出解释性声明的定义,这样同时又可以解释性声明和保留从不属于这两类的其它单方面声明中区别出来。

(9) 这就是条约法第三位特别报告员杰拉尔德·菲茨莫里斯的立场。他从1956年第一份报告起,即将解释性声明与保留相对照,对之予以消极界定。他阐明:

“保留不包括关于有关国家打算如何执行条约的单纯的声明,也不包括关于如何理解或解释条约的声明,除非这些声明意味着对条约的实质性条件或效力的改动”。²⁹⁵

但是,这是一个“消极的”、“空洞的”定义,这一定义显示出保留和解释性声明构成单独的法律文书,但是却没有对人们所说的“解释性声明”作出正面的界定。而且,最后一段所使用的措词,人们可以认为它或许是指“有条件的解释性声明”,即下文准则草案1.2.1[1.2.4]所界定的声明,它至少是很不确切的。

(10) 这第二个缺点部分地被汉弗莱·沃尔多克爵士所纠正。他在1962年的第一份报告消除了其前任提出的定义末尾的部分含混之处,但再次仅限于作出纯粹消极的定义:

“就条约的含义发表不改变条约的法律效力的解释性声明或者意向或

的。该信转载于M.N. Leich出版社出版的《美国国际法惯例文摘》,华盛顿特区,国务院法律顾问办公室,1980年,pp.397-398)。这些不同的说法在某些国内法中可能产生法律影响;但在国际法的层次看来却没有任何影响;而且说不定甚至在国内,区分也是不十分严格的;例如,当美国参议院对经合发组织《公约》进行辩论时,外交委员会主席就询问“声明”与“谅解”之间的区别,而经济部副国务秘书是这样回答他的:“实际上,“声明”与“谅解”之间的区别我想是微乎其微的,而且我想可能这种区别实际上是感觉不到的”(Whiteman引用,见《国际法文摘》,第十四卷,1970年,p.192)。中文、俄文、以及各种斯拉夫语言两样也可以区分若干类型的“解释性”声明。

²⁹⁴ 参阅R. Sapienza:《单方面解释性声明与国际条约》,同前(上文注288),p.142;或F. Horn《对多边条约的保留与解释性声明》,同前(上文注266),p.236。

²⁹⁵ Doc.A/CN.4/101;《1956年……年鉴》第二卷,p.112。

理解声明,不构成保留”。²⁹⁶

(11) 委员会认为:这种方法可以说明解释性声明不是什么;但是,对界定解释性声明是什么,它却没有多大用处;国际法委员会在起草《维也纳公约》的过程中没有考虑这个问题²⁹⁷。然而,重要的是“正面的”界定对于一项条约的单方面声明究竟是否构成解释性声明;这是因为一方面,由此将产生一些具体的法律后果,委员会准备在《实践指南》的第四部分描述这些法律后果;另一方面,这些后果是属于条约法的范围,因而不同于其他类别的单方面声明所造成的问题,这些其他声明将在后文 1.4 节界定。

(12) 对实践进行的经验性的观察可以在相当准确的分寸内确定:解释性声明与保留在哪些方面相类似;而在什么程度上,它们又彼此不同;并且从而对前者作出正面界定。

(13) 看来没有多大必要纠缠在这样一个事实上:解释性声明的确是一种单方面的声明,²⁹⁸ 正如同保留一样²⁹⁹。正是因为有这个共同点,所以就产生了进行区分的种种困难:它们的外表彼此相像,从形式上看,没有、或者几乎没有任何东西³⁰⁰ 可以将它们区分开来。

²⁹⁶ Doc.A/CN.4/144;《1962年……年鉴》第二卷,p.36。

²⁹⁷ 然而,对条款草案2.1.d)的评注却具体说明:一项仅限于“澄清一国立场”的声明不具有“保留的价值”(国际法委员会《年鉴……1966年》第二卷,p.206)。而且,在对一读通过的有关条约法条款草案的评注中,日本努力弥补这个缺陷,指出:“在实践中往往很难确定一项声明是具有保留性质,还是具有解释性声明的性质。”它建议增列一项新条款“以克服这一困难”(汉弗莱·沃尔多克爵士,关于条约法的第4次报告,国际法委员会,《1964年……年鉴》,第二卷,pp.46-47)。不过,日本的建议仅限于对条款草案18补充一个段落(该条款变成第19条):“2. 任何保留如要按照本条款现有规定被接受,应当书面提出,并且明确提出是一项保留”,1964年2月4日以普通照会形式提出的意见,A/CN.4/175, p.78;还可参阅pp.70-71);在这里,所出现的再一次不是什么解释声明的“正面”定义;而所提议的补充的段落与其说是保留的法律制度,不如说是保留的定义。此外,这个提议与最终采纳的有关保留的定义是不相容的,那个定义摆脱了“唯名论”。

²⁹⁸ 关于共同提出解释性声明的问题,见准则草案1.2.2 [1.2.1] 以及相应的评注。

²⁹⁹ 参阅F. Horn;《保留与对多边条约的解释性声明》,同前(上文注266),p.236。

³⁰⁰ 的确存在这样的问题:如果与保留相反,解释性声明可以口头提出,而由于保留的定义并没有明确提到口头的形式,那么委员会就认为:为了彼此相称,就应该避免在现阶段就这一问题提出一项《实践指南》的准则。它保留在《实践指南》的下一章这样做,另一章是关于保留和解释性声明的问题。

(14) 保留与解释性声明的第二个共同点在于提出者的措词或使用名称无关³⁰¹这个因素必然是尤其因为保留的定义所造成³⁰²,而各国和各个国际组织的实践又证明了这点;它们面对着提出者说成是解释性的那些单方面声明,毫不含糊地表示反对,并且明确宣布那就是保留³⁰³。同样,几乎所有最近曾经研究过保留与解释性声明之间的这种微妙差别的作者,都举出了许许多多单方面声明的例子,而提出国声称那是解释性声明,但研究者却认为那是保留;或者恰恰相反。³⁰⁴

³⁰¹ 按照委员会一位委员的看法,“措词或名称的表达是无关的,最好能够改成“标题或称呼[或者:用词]”;委员会对这一提议并非无动于衷,但却认为:最好还是坚持有关条约法的《维也纳公约》的用语;同时请参阅对准则草案1.3.2[1.2.2]、第12段的评注。

³⁰² 见准则草案1.1,载于《国际法委员会第五十届会议工作报告》,上文已引用(上文注248),p.196。

³⁰³ 有无数这类情况的例子。仅以最近拟订的公约发表的声明为例,可提及:

荷兰对阿尔及利亚就1966年《经济、社会和文化权利国际盟约》第13条第3和4款发表的
的解释性声明提出的异议(《多边条约……》第IV章第3节,p.117)。

一些国家对菲律宾就1982年《蒙特哥湾公约》发表的声明作出的反应(同上,第XXI章第
6节,pp.824-826)。

墨西哥提出异议,因为它认为:“……美利坚合众国政府提出的[正式定为解释性的]第
三项声明[……]是一个单方面的要求,旨在利用1988年12月20日联合国关于麻醉品和精神
药物非法贩卖公约未预见到的一个理由构成对公约的更改,违背了公约的目标”(同上,第VI章
第19节,p.314)。

德国对一项声明作出的反应。突尼斯政府在该声明中表示在实施1989年11月20日《儿
童权利公约》时不作出“任何违反突尼斯宪法的立法或规章的决定”(同上,第IV章第11
节,p.221)。同样的,“作出反应的”国家想到两种解决办法,按声明是保留还是解释性声明来
作出反应,而不管声明者将其称之为何。因此,德国、美国和联合王国先后根据南斯拉夫就1971
年《海床禁核条约》发表的
的解释性声明实际为一项解释性声明(它们对此提出质疑)或为一项
保留(它们认为发表得太晚且不符合条约的宗旨)的假定,对其作出了反应。同样的,东欧国家
“就公约中出现的劫持一字的定义”发表了声明,德国和荷兰“按上述声明实际是保留”对其
提出了异议。若干国家亦探询了埃及就1989年《控制危险废物越境转移及其处置巴塞尔
公约》(迟)发表的“声明”的真正性质。(特别参阅芬兰的反应:“……并不就声明的内容表
态,此种声明显示属于保留性质……,”同上,第XXXII章第3节,p.931);亦见上文第(6)段。

法官和仲裁员会毫不犹豫地探询一国就条约发表的单方面声明的真正性质,并在需要时重新
确定其性质。见下文对准则草案1.3.2 [1.2.2] 评注所举的例子。

³⁰⁴ 例如,可以参见:Derek Bowett:《对非限制性多边条约的保留》,B.Y.B.I.L. 1976-1977年,p.68;Frank
Horn:《对多边条约的保留和解释性声明》,同前(上文注266),p.278-324;D. M. McRae,《解释性声明
的法律效力》,B. Y. B. I. L.,1978年,p.162,注释1;Luigi Migliorino,《对1971年海床条约的声明和保
留》,I. Y. B. I. L.,1985年,pp.106-123或Rosario sapienza:《单方面的解释性声明和国际条约》,同前(上

(15) 由此可以看到:正如保留一样,解释性声明是国家或国际组织提出的单方面声明,而声明者并不需要坚持原有的措词或名称³⁰⁵。但是,由于声明者所追求的目的,这两种文书是彼此很不相同的。

(16) 如同保留的定义所表明的那样,保留的意图在于“对条约某些条款在执行中的法律效力予以排除或更改”,这是指对声明作者的执行而言³⁰⁶、或者是指整个条约在某些个别方面的法律效力而言³⁰⁷。正如同解释性声明的名称所表明的那样,它们追求的目的不同:它们的目的是对整个条约或其某些条款作出解释。

(17) 这一点可以(也应当)构成其定义的主要要素,但却不免提出了困难的问题(首先是对“解释”如何理解的问题)。后者是一个复杂的概念,对它的澄清远远超出了本条款草案的范围³⁰⁸。

(18) 但应当指出,根据国际法院常常采用的提法,“‘解释’一词意指一项强制性法律文书(即条约)的‘意义’和‘范围’”的确切表示。³⁰⁹基本的要素是解释而不是修订。³¹⁰虽然保留即使不是为了更改条约案文也至少是旨在更改其法律效果,但解释性声明原则上限于确切表明提出的国家或国际组织认为条约或其某些条款所

文注283),pp.154-176。

³⁰⁵ 这当然并不意味着所采纳的措词或名称对于区分就丝毫没有影响。如同准则草案1.3.2 [1.2.2] 所表明的那样,它们可能是所追求的法律效力的一个迹象。

³⁰⁶ 准则草案1.1。

³⁰⁷ 准则草案1.1.1 [1.1.4]。

³⁰⁸ 关于解释的概念,首先参看Hersch Lauterpacht向国际法研究所提出的报告,“De l’interpretation des traites”,Ann. I. D. I.,1950年,pp.366-423和1952年,t. I, pp.197-223和t.II, pp.359-406;V. D. Degan, L’interpretation des accords en droit international, Nijhoff, 海牙,1963年,p.176;Myres S. McDougall H. D. Laswell和J. C. Miller, The Interpretation of Agreements and World Public Order, Yale U.P.,1967年,p. 400和Dordrecht, Nijhoff, 1993年,p.536;Serge Sur, L’interpretation en droit international public, 巴黎,L.G.D.J.,1974年,p.449;Mustapha Kamil Yasseen, “L’interpretation des traite d’apres la Convention de Vienne”,R. C. A. D. I. 1976-III, 第151卷,pp.1-114;以及Marteen Bos, “Theory and Practice of Treaty Interpretation”,N. I. L. R.,1980年,pp.3-38和pp.135-170。

³⁰⁹ 参看C.P.J.I.,1927年12月16日的判决,《对第7号和第8号判决的解释》(Chorzow工厂),A系列,第13期,p.10;还可参阅C. I. J.,1950年11月27日判决,《在庇护权案件中1950年11月20日判决被要求解释》,Rec. 1950, p.402。

³¹⁰ 参阅C. I. J.,1950年7月18日的咨询意见,《对与保加利亚、匈牙利和罗马尼亚签订的和约的解释》,Rec. 1950年,p.229,或1952年8月27日的判决,《美国在摩洛哥的国民的权利》,Rec. 1952年,p.196。

应有的意义和范围。这种迂回说法重申了一般采纳的对“解释”一词的定义。委员会认为:将“解释”一词放进准则草案1.2的正文将是不必要的重复。

(19) 根据极为普遍的做法,解释、即这些声明的目的,其范围或者可以涉及条约的某些条款、或者可以涉及条约的整体³¹¹。1969、1978和1986年《维也纳公约》在这个问题上的漏洞导致了委员会通过准则草案1.1.1、即有关“横向”保留的准则,以符合各国和各国际组织实际采取的做法。这样,就通过所采纳的准则草案1.2的文字弥补了这个漏洞,并且因此就没有必要在《实践指南》中载入相当于1.1.1的准则草案了。

(20) 少数委员会的成员认为:“声明者赋予条约的意义或范围”在对解释性声明的定义中引入了一个过于主观的因素。然而,在大多数委员会成员看来,任何单方面解释都打上了主观意志的烙印³¹²。而且,按照保留定义的精神本身,保留与有关条约的其他单方面声明的区别就在于声明者所谋求的法律效力,换句话说,就在于声明者的意图(必然是主观意图);关于解释性声明,没有任何理由偏离这个定义的精神。

(21) 此外,委员会考虑过:在对解释性声明的定义中有没有必要载入保留定义中的时间因素³¹³。但是它却感到:一些出于避免滥用的实际考虑导致了1996、1978和1986年《维也纳公约》的起草者采纳了现有的解决办法³¹⁴,而在有关解释性声明的问题上,这些实际的考虑却不是那么不可缺少,至少如果声明者在提出声明时并不要求把它的解释作为参加条约的一个先决条件的話³¹⁵。

(22) 此外,关于解释性声明,此种时间上的限制在这里是否有存在的理由,这是值得怀疑的。有关保留和有关对条约解释的规则在1969和1986年的《维也纳公约》中列于分开的部分,这并不是无关宏旨的:有关保留的规则列入第二部分,涉及条约的签订和生效;而有关对条约的解释则属于第三部分,与有关遵守和执行条约的条款并

³¹¹ 在许许多多的例子当中,参阅泰国对《消除对妇女一切形式歧视公约》的解释性声明(《多边条约……》第四章,第8节,p.190)或新西兰对1976年禁止使用用于敌对目的的改变环境技术公约的解释性声明(同上,第十六章第1节,p.920);还可见上文脚注281中引述的英国的声明。

³¹² 关于解释的一项协议构成对条约(参见准则草案1.5.3[1.2.8])的真正的(假定是“客观的”)解释;但这涉及解释性声明的法律制度、而非其定义。

³¹³ “‘保留’的措词是指一国或国际组织在签订、批准、正式确认、接受或同意一项条约的时候、或在加入一项条约的时候,或当一个国家提出继承一项条约的照会时……所作出的单方面声明(……)”(准则草案1.1)。

³¹⁴ 见对准则草案1.1.2的评注,第3和第4段,载于《国际法委员会第五十届会议工作报告》,1998年大会正式文件,第五十三届会议,补编第10号(A/53/10),pp.204-205。

列³¹⁶。

(23) 这就意味着:各国或国际组织就条约的意义或范围单方面提出的解释性声明是、并且只能够是对条约条款解释的许多要素之一。它与其他那些同时的、此前或此后的解释并存,而这些解释可能来自其他的缔约方、或第三方机构,它们也有权提出有效的解释并且对缔约方有约束力。

(24) 因此,即使一项由一个缔约方“在缔结条约时”提出的文书在某些条件下为了解释条约的目的可以被视为“上下文”的一部分,如1969和1986年《维也纳公约》第31条第2(b)款所规定的那样,但也不能有任何基于属时理由的摒除。何况,这一条的第3款明确要求解释者“在考虑到上下文的同时”,也应考虑缔约方后来达成的任何协议,以及后来遵守的一切做法;这些协议或做法可以根据在条约“寿命”期内任何时候提出的解释性声明:例如在签订时、在一国或国际组织最终表示受其约束时、或在实施该条约时³¹⁷。

(25) 这是汉弗莱·沃尔多克爵士在其关于条约法的第四次报告所持的立场。他在报告中指出,一项声明可以

“在谈判期间,或在签署、批准等时候,或稍后在‘以后的惯例’中提出”。

318

(26) 如果不顾及这些一般考虑,将提出解释性声明限于一段特定的时间,如关于保留的定义那样,这将导致与惯例不符的严重缺点。即使——这不用说——国家和国际组织往往都是在表示同意受约束时即提出这些声明,也并不总是如此。

(27) 实际上,应予强调的是,国家都设法规避关于有权提出保留的时间限制,办法是偶

³¹⁵ 见准则草案1.2.1 [1.2.4] 和相应的评注。

³¹⁶ 总之,在国际法的形成与适用之间,在解释与适用之间没有持续的解决办法:“将规则付诸实行即意味事先加以解释。这种解释可以是直接的,也可以是间接的,而且在此情况下与解释措施混为一谈”。人们甚至可以肯定认为,“法律规则从其制定之时起直到在特定情况下加以适用时都是一个解释的问题”。A.J.Arnaud, “Le medium et le savant-signification politique de l'interpretation juridique”, Archives de philosophie du droit, 1992年, p.165(Denys Simon引述, L'interpretation judiciaire des traites d'organisations internationales, 巴黎, Pedone, p.7)。

³¹⁷ 这后一种可能性被国际法院1950年7月11日有关西南非洲的《章程》所承认:“缔约方各自对法律文书的解释如果说对确定含义无决定作用,却很有证明力,如果此种解释包含缔约方之一对文书义务的承认”(Rec. 1950, p.135-136);因此,法院依据1946和1947年南非的声明,涉及对西南非洲的托管权问题;1920年签订的协议。

³¹⁸ 《1964年……年鉴》,第二卷, p.52。

尔在时限之外作为解释性声明提出。例如,南斯拉夫就1971年《海底非核化条约》³¹⁹ 提出的“声明”或埃及就《控制危险废物越境转移及其处置巴塞尔公约》³²⁰ 提出的声明,便属于这种情况,在这两个事例中,这些“声明”引起了其他缔约方的抗议,而它们之所以提出抗议,是因为声明实际上就是保留;就第二个事例来说,《巴塞尔公约》第26条(禁止提出保留)只允许各国在某些限制下作出声明,即“在签署、批准、接受、核准或加入本公约时”。人们可以相反地推断,如果涉及真正的解释性声明(而且如果《巴塞尔公约》没有规定任何时限),则这些声明可以在签署条约或同意受约束的时间以外提出。

(28) 这实际上是十分正常的做法。但应予以指出的是,当一国或一国际组织对其他缔约方所提的保留表示反对或对所提的解释性声明作出反应时,它们往往也转而提出自己对条约某些规定的解释。³²¹ 没有理由不认为这些“反提议”为真正的解释性声明,至少是在声明者认为它们是旨在澄清条约的意义和范围的情况下;但是,它们根据定义是在可能提出保留的时刻之后才提出的。

(29) 在这样的情况下,委员会多数成员认为看起来很难在一项有关解释性声明的总定义当中,明确规定此类声明应当在什么时候提出。

(30) 但是委员会必须指出:准则1.2对提出解释性声明的时间保持沉默,这是为了不要不恰当地限制各国和国际组织的行动自由,并且是为了不要违背一种已经确立的惯例,不过这种沉默不应当被认为是鼓励人们在不恰当的时间提出这类声明。即使“单纯的”解释性声明³²² 未必与其他的缔约方产生对抗,这样一种态度也仍然可能导致滥用和造成困难。为了防止这种情况,也许明智的政策是,一项条约的缔约方努力避免混乱的解释性声明,而应当以限制性的方式规定可以在什么时候提出这类声明,就象1982年Montego Bay海洋法公约³²³ 或者1989年关于监控和消除危险废弃物

³¹⁹ 见上文脚注303。

³²⁰ 见《……多边条约》,第XXVII章,第3节,脚注5, pp.969-970。

³²¹ 关于这方面,参阅:D. W. Greig,《保留:作为平衡因素的公正?》,《澳大利亚国际法年鉴》,1995年,p.24和pp.42-45。见同一作者所引的例证(p.43),即荷兰对于巴林和卡塔尔就关于外交关系的《维也纳公约》第27条第3款提出的保留意见的反应,或者是美国对于意大利有关核不扩散条约声明第8点作出的反应,美国就该条约的第1和第2条作出了“反解释”(《联合国条约汇编》,第1078卷,pp.417-418)。

³²² 与有条件的解释性声明形成对照,指准则草案1.2.1 [1.2.4] 的内容。

³²³ 第310条:“第309条[排除保留]并不禁止一个国家在签订或批准或加入一项公约时提出声明,而不论其措词或名称如何,这特别是为了使其本国的法律和法规与公约相协调,但条件是这些声明的目的不在于排除或更改公约条款在适用于该国时的法律效力”。

的跨界转移的巴塞尔公约所作的那样³²⁴。

(31) 总之,不能因准则草案1.2有关提出解释性声明的时间问题上保持沉默,就得出结论说:反正可以在任何时间提出:

(a) 一方面,条约本身可能会正式予以禁止;³²⁵

(b) 另一方面,一国或一国际组织似乎绝不可能在条约的寿命中随时提出一项有条件的解释性声明³²⁶:这种宽容将会使人们对条约义务的实质和范围产生不可接受的疑虑;

(c) 最后,只要单纯的解释性声明没有被条约其他缔约方明确接受,或没有就它们树立一项不容推翻的规定,甚至它们也可以随时被接受和加以更改。

(32) 这些问题应当在《实践指南》的第二章予以澄清,这一章涉及保留和解释性声明的提出。

(33) 毫无疑问,这一定义绝不能预断此类声明的效力和效果,而对于解释性声明,要求采取同对保留一样的审慎态度:所建议的定义并不损害在可适用规则面前,那些声明的合法性和效力。委员会在这个意义上将其1998年暂时通过的准则草案³²⁷予以扩大,以便使这个重要的解释不仅涵盖保留、同时也涵盖解释性声明,并且一般说来,适用于就一项条约发表的所有单方面声明³²⁸。

(34) 总之,委员会认为,准则1.2所载定义具有双重优点,即既能明确地区分保留和解释性声明的差别,同时又能够充分概括地包含不同种类的解释性声明³²⁹;尤其是它能够包括有条件的解释性声明和单纯的解释性声明,而准则草案1.2.1 [1.1.4] 正要阐明这种差别。

³²⁴ 第26条:“1. 对本《公约》不得有任何保留或减损。本条第1款并不妨碍一个国家或经济一体化组织在签订、批准、接受或同意或正式确认本《公约》或加入本公约时,提出声明或说明,而不论此种声明或说明的名称如何,以便除其他外,将其自身的法律和规章与本公约的条款协调一致,条件是这些声明或说明的目的不在于在本公约条款适用于该国时取消或更改其法律效力。”

³²⁵ 上文的例子见脚注323和324。

³²⁶ 见准则草案1.2.1 [1.2.4] 以及相应的评注。

³²⁷ 见国际法委员会第五十届会议工作报告,1998年,《大会正式文件,第五十三届会议,补编第10号(A/53/10)》,第190-191页。

³²⁸ 见准则草案1.6和相应的评注。

1.2.1 [1.2.4] 有条件的解释性声明

一国或国际组织在签订、批准、采取正式确认行动、接受或同意一项条约、或者在加入该条约时、或当一国提交继承该条约的照会时,同时提出单方面声明,该国或该国际组织通过这一声明将其同意接受条约约束从属于对条约的特别解释、或对其某些条款的特别解释,此种声明构成有条件的解释性声明。

评 注

(1) 根据准则草案1.2所作的定义,解释性声明看起来象是进行解释的“主动建议”,它根据诚信的基本原则,但自身却不具有任何效力和义务的性质。但是,经常发生的情况是:此类声明的作者竭力要使它具有补充的意义,因此使它近于、却又不等同于保留。这样,国家和国际组织就不仅是在提出一项解释,而实际上是提出附加在同意接受条约约束上的条件。

(2) 委员会成员一致承认存在着这种做法,而理论只是在较近的时间才予以系统化³³⁰,但仍在研究这类单方面声明确切的法律性质。

(3) 一国提出声明时明言指出,其解释构成该国同意受条约约束的必要条件。这

³²⁹ 关于进行区分的方法,见准则草案1.3至1.3.3 [1.2.3]。

³³⁰ D. M. McRae教授在1978年发表的一篇重要文章中,已对这两种解释性声明作了清楚、权威的区分。关于解释性声明的效果,他认为“必须考虑两种情况。第一种情况是一国在其接受书中附上一项声明,其用意仅在于对条约或条约的一部分内容作出解释。这种声明可被称为‘纯解释性声明’(‘mere interpretative declaration’)[Detter在《条约法论文集》(1967年)中称之为‘纯宣告性声明’(‘mere declaratory statements’, pp.51-52]。第二种情况是一国以其对整个条约或条约部分条款的特定解释,作为其批准或加入条约的条件。这种解释性声明也被称为‘有限制的解释性声明’。在第一种情况下,该国只是简单说明其对条约的解释的意见,在仲裁程序或司法程序中可以接受这种意见,也可以不接受这种意见。在提出这项解释时,该国没有排除以后的解释程序,也没有排除其解释不获接受的可能性。[……]另一方面,如果声明国不顾以后一个仲裁法庭可能作出的裁决为何,坚持其解释,即该国发表声明时已排除以后对条约作出不同解释的可能性,则不同的结果应随之产生。这就是一项‘有限制的解释性声明’。该国将默许其解释作为其接受条约的前提条件”。(D.M. McRae,《解释性声明的法律效果》,B. Y. B. I. L., 1978年, pp.160-161)。“有意义的解释性声明”在法文中意思不大。许多作者采纳了此种区分。例如,见Iain Cameron和F. Horn, 对《欧洲人权公约》的保留:Belilos案件, G. Y. B. I. L., 1990年, p.77;或R. Sapienza:《单方面解释性声明与国际条约》,同前(上文注283), p.205-206。

种情况并非罕见。例如,法国签署《拉丁美洲禁止核武器条约(特拉特洛尔科条约)第二号附加议定书》时就四个要点发表解释性声明,³³¹ 指出如下:

“如果《条约》或《第二号议定书》的一个或多个缔约国对法国政府的解释性声明全部内容或部分内容提出异议,则上述文书在法兰西共和国与提出异议的国家间关系中就无效果”。

在此,法国声明的附带条件性质是无可争议的。

(4) 人们无疑可以认为伊朗伊斯兰共和国就《蒙特哥贝海洋法公约》发表的“解释性声明”也属同样性质,虽然其措辞并不那么直截了当:

“……伊朗伊斯兰共和国政府[……]发表这些声明的基本意图是避免今后以不符合伊朗伊斯兰共和国最初意图和先前立场或不符合其本国法规的方式对《公约》各项条款作出任何可能的解释”。³³²

(5) 在其他情况下,声明附带条件的性质可从其措辞中推断而知。例如,鉴于以色列签署1979年12月17日《反对劫持人质国际公约》时发表的解释性声明言辞明确,可毫无疑问地认为该声明是一项有条件的解释性声明:

“以色列的理解是,《公约》适用下列原则:劫持人质在任何情况下均被禁止;凡犯有此类行为的人,均应根据《公约》第8条或1949年的《日内瓦公约》或其附加议定书有关规定予以起诉或引渡,无一例外。”³³³

(6) 土耳其就1976年《禁止为军事或任何其他敌对目的使用改变环境的技术的公约》发表的解释性声明也属同样性质:

“土耳其政府认为应确切说明《公约》中‘广泛、持久或严重影响’等词的含义。如果不予澄清,土耳其政府将被迫就所涉术语作出自己的解释,因此保留其以所需方式、在适当时间作出解释的权利。”³³⁴

(7) 另一方面,美国签署1979年《远距离越境空气污染公约》的1988年《议定书》时发表的声明显然似乎是单纯的解释性声明:

“美国政府的理解是,各国将具有用最切实有效的手段满足《议定书》

³³¹ 这一声明在1974年3月22日批准时得到确认;见《联合国条约汇编》,第936卷,p.419。

³³² 《多边条约》,第二十一章,第6节,p.811。

³³³ 同上,第十八章,第5节,p.727。

的总体规定的灵活性。”³³⁵

(8) 不过,从措辞中可如此清楚确定解释性声明是否附带条件的情况并不常见。在多数情况下,提出声明的国家或国际组织只表示它“认为……”,³³⁶ 它“的看法是……”,它“声明……”,或它按此“解释”这一规定,或“根据其解释”,这一规定意指,或它“的理解是……”。在这种情况下,区分“单纯的”解释性声明与“有条件的”解释性声明的问题类似于区分保留与解释性声明所产生的问题,因此应按照同样的原则予以解决。³³⁷

(9) 而且,往往有这样的情况:解释性声明的真正的性质,只是到了其他缔约方表示不同意见的时候才显示出来。有些众所周知的例子证明了此点,例如印度附在国际海事协商组织章程批准书之后的声明³³⁸ 就证明了这一点;柬埔寨关于同一公约的

³³⁴ 同上,第XXVI章,第1节,p.878。

³³⁵ 同上,第XXVII章,第1节,p.903。

³³⁶ 在多数情况下,发表声明的国家或国际组织仅仅指出:它“认为……”(在许多先例中,可以参考巴西在签订联合国海洋法公约(同上,第XXI章,第6节,p.804)时所发表的几项声明,欧洲共同体在签订Espoo关于在跨界背景下对环境影响的评估公约(1991年,同上,第XXVII章,第4节,p.927)或者保加利亚有关1963年领事关系公约所发表的声明(同上,第III章,第6节,p.71),或1974年关于海事会议行为守则的公约(第XII章,第6节,p.641)。它“认为……”(见瑞典有关建立O. M. I. 公约的声明(同上,第XII章,第1节,p.614),它“宣布……”(见法国对1966年经济、社会、文化权利公约所发表的第二和第三项声明(同上,第IV章,第3节,p. 112)或者联合王国在签订1989年关于监管和消除跨界危险废弃物转移的巴塞爾条约时所发表的声明(同上,第XXVII章,第3节, p.923)。它以某种方式“解释”其自身对某一条款的理解(见阿尔及利亚或比利时有关1966年经济、社会、文化权利公约的声明(同上,第IV章,第3节,pp.111-112)或者爱尔兰关于1954年无国籍者地位公约第31条所发表的声明(同上,第V章,第3节,p.250),或者法国在签订1992年生物多样性公约时所发表的第一项声明(同上,第XXVII章,第8节,p.938)),或者“按照其解释”,某一条款具有这样那样的含义(参阅荷兰在签订1980年4月4日关于禁止或限制使用可能产生过分杀伤效果或不加区分进行打击的常规武器公约时所发表的声明(同上,第XXVI章,第2节,p.885)或者可参阅斐济、基里巴斯、瑙鲁、巴布亚新几内亚和图瓦卢对1992年联合国气候变化框架公约所发表的声明(同上,第XXVII章,第7节,pp.933-934)。其中说,对于它“应理解为……”(参见巴西在批准Montego Bay公约时所发表的声明(同上,第XXI章,第6节,p.804))。

³³⁷ 见准则草案1.3.1。

³³⁸ 《多边条约……》中的声明文字,第XII章,第1节,p.613。

“秘书长将印度交存批准书时附有声明一事通知政府间海事协商组织(海事组织),并提议鉴于该声明具有‘保留性质’,此事应提交海事组织大会审议。大会决定将声明分发给海事

声明也是如此³³⁹。这些先例表明某些声明彼此是大不相同的:国家或国际组织提出声明仅限于阐明它对条约的解释;而另一些声明则表明它想把自己的解释强加给共同缔约方。

(10) 这种区分具有重要实际意义。与保留相反,单纯的解释性声明并非一国或一国际组织表示同意受条约约束的条件,它们只是试图预防可能就条约的解释产生的争议。从某种意义上来说,声明者是在“预订约会”,以便一俟出现争议,即可称这就是其解释,但又不将声明作为其加入条约的条件。另一方面,有条件的声明则近似保留,因为这种声明旨在对条约有关规定产生某种法律效果,提出声明的国家或国际组织只有在根据特定意义解释这些规定的条件下,才予以接受。

(11) 委员会的某些成员曾经考虑过:既然如此,是否可以干脆将有条件的解释性声明与保留相等同。尽管此种立场获得了某种理论上的支持³⁴⁰,委员会仍然不认为这两类单方面的声明是相同的:解释性声明即使附有条件,也不构成保留,因为其用意并非在于“摒除或更改条约的某些规定”对提出的国家或国际组织“适用时的法律效果”,而是对这些规定强加特定解释。虽然这种区分并不总是很明显,但适用与解

组织全体成员,但就此事作出决定之前,印度可参加海事组织,但无表决权。法国和德意志联邦共和国对印度的声明提出异议。法国的理由是印度正在坚持一项解释《公约》的单方面权利。德国的理由是印度以后可能会采取违背《公约》的措施。

“联合国大会1959年12月7日通过的第1452(XIV)号决议注意到印度在第六(法律)委员会第614次会议上所作陈述,解释印度声明为政策声明,并不构成保留,同时‘希望根据上述印度陈述,可早日在政府间海事协商组织中获致适当解决办法调整印度的地位’。

“政府间海事协商组织理事会1960年3月1日通过的一项决议注意到上述决议提及的印度陈述,从而注意到印度的声明对《公约》的解释没有法律效果,因此,‘认为印度为本组织成员’”。

关于这一事件,尤可见: D. M. McRae:《解释性声明的法律效果》,B. Y. B. I. L.,1978年,pp.163-165;F. Horn,《对多边条约的保留与解释性声明》,pp.301-302;R. Sapienza,《单方面解释性声明与国际条约》,同前(上文注283),pp.108-113。

³³⁹ 见《多边条约……》第XII章第1节所载文字,pp.612-613。若干国家政府曾表示,“它们认为该声明是一般政策声明,决不是保留,因此对《公约》的解释没有任何法律效果”。随后,“柬埔寨政府在1962年1月31日给秘书长的信中指出:‘……皇家政府同意,其加入时所作声明的第一部分是政策声明’。因此,这一部分对《公约》的解释没有法律效果。但[声明第二部分?]所载规定构成柬埔寨皇家政府加入《公约》的保留”。(同上,注释10)。关于此事,尤其参看:D. M. McRae,“解释性声明的法律效果”,同前,pp.165-166;Rosario Sapienza,同前,pp.177-178。以及R. Sapienza,《单方面解释性声明与国际条约》,同前(上文注283),pp.177-178。

³⁴⁰ 见D. M. McRae,《解释性声明的法律效果》,B. Y. B. I. L.,1978年,p.172。

释的区分始终是存在的……“批准条约时附有条件的简单事实不一定意味须将该条件视为保留”。³⁴¹

(12) 此外,判例也是如此:

在Belilos案中,欧洲人权法院从适用于保留的规则的角度,审查了瑞士的解释性声明的有效性,但没有因此将两者归为一类;³⁴²

同样,解决法英伊鲁瓦兹海大陆架争端的仲裁法庭以相当晦涩的措辞作出裁决,其中分析了法国对1958年《日内瓦公约》第6条所作的第三项保留,认为“这是法兰西共和国接受第6条规定的划界方法的特定条件,”并指出:“根据其措辞判断,该条件似乎不只是单纯的解释”。³⁴³反过来,这一提法似乎确定这是一项有条件的解释性声明,而不是真正的保留。

(13) 然而,有条件的解释性声明即使不能完全“归纳为”保留,也与保留相当接近,因为正如Paul Reuter在其著作中指出,“‘保留’的实质是提出条件:保留国坚持的条件是,条约的某些法律效果不对其适用,它可通过摒除或更改某一规划或通过解释该规则的方式以实现其目的”。³⁴⁴

(14) 然而,迄今似乎已相当明确,关于有条件的解释性声明的法律制度与关于保留的法律制度十分接近,其程度远远超过适用于单纯的解释性声明的制度。后者实质上隶属1969年和1986年《维也纳公约》第31条编纂的“解释之通则”范围。不过,

³⁴¹ D. W. Greig,《保留:作为平衡因素的公正?》,《澳大利亚国际法年鉴》,1995年,p.31;还可参阅Frank Horn,《多边条约的保留与解释性声明》,同前(上文注266),p.239。

³⁴² 该法院既没有明确地将有争议的瑞士的解释性声明改称为保留,却在审查“有关的解释性声明的效力,如同在保留的案例中一样”(1988年5月21日判决,见《欧洲人权法庭出版物》,A系列,第132卷,第49段,p.24)。在Temeltasch案件中,欧洲人权委员会表现得不那么谨慎:它完全(并且是故意地)追随McRae教授的立场(见上文,注释85),将有条件的解释性声明与保留这两个概念“等同起来”(1982年5月5日裁决,第72-73段,《裁决与报告》,1983年4月,pp.130-131)。

³⁴³ 1977年6月30日的裁决,大不列颠及北爱尔兰联合王国与法兰西共和国之间大陆架划界案件,R.S.A.N.U. XVIII, 第55段,p.169。

³⁴⁴ Paul Reuter,《条约法导言》,Philippe Cahier审校并增补,第3版,巴黎法国大学出版社出版,1995年,p.71。保留本身就具有条件的性质,因此由于许多理论上的定义而处于优越地位,其中包括哈佛法学院的定义(哈佛法学院国际法研究,《条约法公约草案》,A.J.I.L.,1935年,补编第4号,p.843;同时参阅Frank Horn,《多边条约的保留与解释性声明》,同前(上文注266),p.35以及所引证的例子)。Waldock 1962年建议的定义同样也包括了有条件的性质,把它作为保留定义的要素(见《1962年……年鉴》,第二卷,A/CN.4/144,p.31);后来,在不太明确的情况下放弃了此种说法。

既然《实践指南》本章专论保留的定义,就不宜在此详述区分两类解释性声明的后果。

(15) 考虑到这种区分及其实用性的种种可预见后果,因此,应在《实践指南》中予以阐述。尽管如此,鉴于保留与有条件的解释性声明的显然近似性质,在提议一项关于有条件的解释性声明的定义之前,委员会正在考虑,有无可能将作为保留定义组成部分的属时要素,纳入关于有条件的解释性声明的定义。

(16) 虽然委员会某些成员表示犹豫,但它仍然认为:正如这个说明在“单纯的”解释性声明的定义中没有地位³⁴⁵,它在有条件的解释性声明中却是不可缺少的。这是出于一些与在保留问题上使其必然如此相当的原因:从定义上来讲,这类声明构成了声明者加入条约的条件;因此,为了尽可能避免缔约各方之间对于它们在公约承诺的实际和范围方面的分歧,就应当遵守严格的规则,以确定可以作出声明的时间,而这些规则看来包含在其定义之中。

(17) 按照某些委员会成员的建议,委员会考虑过:与其像在准则草案1.1.当中所叙述的那样,以一个长长的清单来列举可以提出保留(因而也适用于有条件的解释性声明)的各种时间,倒不如采取较为简单和较为利索的做法,即使用一个笼统的提法,例如:“在表示接受约束的时候”。但是,看来似乎不太可能采取这个解决办法,因为正如同保留一样,解释性的声明可以在签字的时候提出,即使所涉及的是形式庄严的条约³⁴⁶。

(18) 委员会还认为:准则1.1.2的条款涉及“可以提出保留的情况”³⁴⁷,这些规定同样也可以转移到有条件的解释性声明的提出上面来。

1.2.2 [1.2.1] 共同提出的解释性声明

若干国家或国际组织共同提出解释性声明并不影响这项解释性声明的单方面性质。

评 注

(1) 如同保留一样,解释性声明不论是单纯的或有条件的,均可共同提出,即有两

³⁴⁵ 见准则草案1.2以及相应的评注第21至32段。

³⁴⁶ 可能有一点保留:按照此种假设,保留或有条件的解释性声明应当在最终表示愿意受约束时得到确认。委员会准备更加深入地审议这个问题,将见诸于《实践指南》第二章,即有关提出保留和解释性声明的那一章。

³⁴⁷ 见国际法委员会第五十届会议工作报告,1998年,大会正式文件,第53届会议,补编第10号(A/53/10),p.203。

个或若干个国家或国际组织提出。准则草案1.1.7 [1.1.1]³⁴⁸,承认了在保留问题上的此种可能性,但是看来却是逐步发展国际法的一个要素,因为在这方面并不存在着明显的先例³⁴⁹。关于解释性声明,情况并非如此,解释性声明的共同提出属于现行法。

(2) 的确,同保留一样,若干国家相互协商后提出相同或相似的声明,这并非罕见。例如,1990年前“东欧国家”提出的大量解释性声明,³⁵⁰ 北欧国家对若干公约提出的声明,³⁵¹ 或是欧洲共同体13个成员国在签署1993年《禁止化学武器公约》时发表、并在批准时确认的声明。欧洲共同体的声明表示:

“作为欧洲共同体的成员国, [每个国家声明将根据成立欧洲共同体的各项条约中的规则所定的义务,在这些规则适用的范围内,执行《禁止化学武器公约》的各项规定。”³⁵²

(3) 与此同时,同保留领域里迄今为止的情况正相反,欧洲经济共同体及其成员国或只是其成员国也可以发表一项通过单一文书中拟订的真正的共同声明。这些情况包括:

- (a) 考虑是否可能加入 1976 年《关于教育、科学、文化物品进口的协定义定书》附件 C.1;³⁵³
- (b) 实施 1992 年 5 月 9 日的《联合国气候变化框架公约》;³⁵⁴
- (c) 实施 1992 年 6 月 5 日《生物多样性公约》;³⁵⁵
- (d) 实施 1995 年 8 月 4 日关于跨界鱼类的协定;³⁵⁶

³⁴⁸ 见《国际法委员会第五十届会议工作报告》,1998年,《大会正式文件,第53届会议,补编第10号》(A/53/10),第186页。

³⁴⁹ 见对准则草案1.1.7 [1.1.1] 的评注,同上,第3段,pp.211-212。

³⁵⁰ 例如可参阅白俄罗斯、保加利亚、俄罗斯联邦、匈牙利、蒙古、罗马尼亚和乌克兰关于外交关系的《维也纳公约》第48和第50条的声明(古巴提出一项明确的保留;而越南的声明文字含糊)《多边条约……》,第III章,第3节,pp.60-61);或参阅阿尔巴尼亚、白俄罗斯、保加利亚、俄罗斯联邦、波兰、罗马尼亚和乌克兰有关妇女政治权利公约第VII条的声明(同上,第XVI章,第1节,pp.682-683)。

³⁵¹ 例如可参阅丹麦、芬兰、冰岛、挪威和瑞典有关领事关系公约第22条的声明(同上,第III章,第6节,pp.72-74)。

³⁵² 同上,第XXVI章,第3节,pp.890-892。

³⁵³ 同上,第XIV章,第5节,p.667。

³⁵⁴ 同上,第^{XXVII}章,第7节,p.933。

³⁵⁵ 同上,第XXVII章,第8节,p.937。

³⁵⁶ 同上,第XXI章,第7节,pp.880-1。

(4) 确有先例能够更有理由通过一项类似保留方面的草案1.1.7 [1.1.1] 的关于解释性声明的准则草案。

(5) 同保留一样,必须认识到:一方面,此种共同提出解释性声明的可能性并不能影响对它们适用的法律制度。它在很大程度上是按照“单方面行动”³⁵⁷ 的理论。而另一方面,在准则草案1.2.2 [1.2.1] 中加上“或者”³⁵⁸ 并没有排除共同提出的解释性声明、即有一个或几个国家或者一个或若干个国际组织提出的可能性,因此应该理解为“和/或”;不过,委员会认为:此种提法将使被采纳的案文过于罗嗦³⁵⁹。

(6) 准则草案1.1.7 [1.1.1] 与1.2.2 [1.2.1] 文字上的一致性却并不意味着同样的法律制度可以适用于共同解释性声明与共同的保留。这特别是由于或许有可能以口头形式提出前者而非后者³⁶⁰,并对这一制度产生影响。但是,这个问题涉及适用法律的内容而不是解释性声明的定义。

(7) 委员会还考虑到:是否有可能注意到这样的假定,即所有的缔约方共同提出一项解释性声明;而在这样的情况下,所建议的解释是否就失去了单方面行动的性质,而成为真正的集体行动。但它认为:情况不是这样的,“若干”这个用词出现在准则草案1.2.2 [1.2.1],从而排除了这种假设,而此种假设却包含在1969和1086年《维也纳公约》第31条的第2.a)和第3.a)款中,涉及有关条约解释和执行的附带协议问题。

1.3 保留与解释性声明之间的区分

将一项单方面声明称为保留或解释性声明,取决于其预期达到的法律效果。

评 注

(1) 对准则草案1.1与1.2进行比较的结果是,解释性声明区别于保留主要在于国家或国际组织提出解释性声明所针对的目标:当它们提出一项保留时,目的在于将条

³⁵⁷ 见准则草案1.1.7 [1.1.1] 的评注,《国际法委员会五十届会议工作报告,1998年》,《大会正式文件,第53届会议,补编第10号》(A/53/10),第8段,pp.213。

³⁵⁸ “……由若干国家或国际组织提出……”。

³⁵⁹ 见准则草案1.1.7 [1.1.1] 评注,《国际法委员会五十届会议工作报告》,1998年,《大会正式文件,第53届会议,补编第10号》(A/53/10),第9段,p.213。

³⁶⁰ 见准则草案1.2评注,注300。

约某些条款或者将整个条约的某些方面的法律效果排除在外或予以更改;而在提出解释性声明时,它们的目的是澄清其所赋予条约或某些条款的意义和范围。

(2) 换句话说,

将一项单方面声明称为保留,取决于它的目的是否在于当条约的条款对该国或该国际组织实施时,排除或更改这些条款的法律效果,以及

将一项单方面声明称为解释性声明,取决于它的目的是否在于说明或澄清声明者给予条约或条约某些条款的含义或范围。

(3) 判例已证实此点。因此,在Belilos案中,“[欧洲][人权]法院与委员会和该国政府一样,认为有必要探讨提出声明者的意图为何”。³⁶¹ 同样,在伊鲁瓦兹海大陆架案件中,英法仲裁法庭认为,为了确定法国对1958年《日内瓦大陆架公约》的保留和声明以及英国反对的性质,“要提出的问题是,法兰西共和国和联合王国根据公约提出其法律证据的各自意图为何”。³⁶²

(4) 这些区别原则上虽然相对明确,但在付诸实践时却不简单,特别是如果国家和国际组织很少会明确表示其意图,并且有时甚至会设法加以掩饰,而所用的措辞也不足以构成区别的标准。本节的目的是对一些基本规则³⁶³ 略加说明,这些规则在区别保留与解释性声明时,以及在区别有条件的声明与有条件的解释性声明时,应予适用。

(5) 这些准则经过对细节作必要的修改后,也可转用于同样也很重要的一类区分,即单纯的解释性声明与有条件解释性声明之间的区分;如同准则草案1.2.1所表明的那样,此种区分也取决于声明者的意图:在两种情况下,声明者的目的都在于解释条约;但在第一种情况下,它并不将被采纳的解释变作加入条约的必要条件;而在第二种情况下,此种解释与声明者同意受到约束是不可分割的。

³⁶¹ 欧洲人权法院,1988年4月29日,《欧洲人权法院出版物》,A系列,第132卷,第48段,p.23。

³⁶² 1977年6月30日的判决,大不列颠及北爱尔兰联合王国与法兰西共和国之间大陆架划界案件,《联合国国际仲裁裁决报告书》第十八卷,第30段,p.28。

³⁶³ 有关提出保留和解释性声明的程序性规则将载入《实践指南》第二章的准则草案中。

1.3.1 实施保留与解释性声明之间区分的方法

为了确定一国或国际组织就一项条约提出的单方面声明是否属于保留或解释性声明,应当追究其作者预期的目标,并应按照通常赋予用语的含义、根据有关条约的内容,按照诚信原则解释这一声明。

评 注

(1) 本条准则草案的目的是指出应当采取哪种方法,以确定一项单方面的声明是保留或是解释性声明。这个问题极其重要,因为按照这些文书的定义³⁶⁴,应排除任何“唯名论”。

(2) 如同准则草案1.3所重申的那样,进行区分的决定性标准在于该国或国际组织在作出单方面声明时所追求的法律效果。因此,毫无疑问,应当追究当声明者提出声明时意图如何:它的目的是否要将条约的某些条款(或整个条约的某些方面)排除在对它的法律效果之外、或更改此种法律效果?或者,它是否企图说明或澄清它赋予条约和条约某些条款的含义或范围?在前一种情况下,所涉及的是一项保留;在第二种情况下,所涉及的是一项解释性声明。

(3) 从理论上讲,为了回答上述问题,是否应进行一项“主观测验”(声明者想干什么?)或“客观测验”(声明者干了什么?)。委员会认为,这是虚假的选择。两种定义中均有“目的在于”的措词,仅表明:声明者追求的法律效果可能由于多种原因而达不到(非法性、其他缔约方反对);但这绝不意味着仅仅能作“主观测验”:只有对声明的潜在(和客观)效果进行分析,才能确定所追求的目的。为了确定对一项条约声明的法律性质,真正的标准取决于声明的实际结果:如果将一项声明付诸实行导致条约或其若干规定的法律效果被更改或被摒除,则这是一项保留,“不论其措辞或名称为何”;如果声明局限于确切表明或澄清声明者认为条约或其若干规定所应有的意义或范围,则这是一项解释性声明。

(4) 应当从这样一条原则出发:所追求的目的反映在声明的文字中。这就须按传统做法,即借助于国际法的常规解释规则。“确定各国在批准或加入多边条约时所作的往往是复杂的声明的真实性质是需要精心思索的,必须通过普通的解释规则来解

³⁶⁴ 见准则草案1.1和1.2,其中不受措词或名称的影响而明文下了定义。但是,这两条准则草案并不因此就对进行区分没有任何帮助,见下文准则草案1.3.2 [1.2.2]。

决”。³⁶⁵

(5) 某些国际法庭毫不犹豫地将条约的一般性解释规则适用于保留³⁶⁶,而且这看起来很有道理,特别是因为保留与其它对条约提出的单方面声明显然不同³⁶⁷,它与相关的条约密不可分。然而,委员会认为:如果说这些规则可以提供有益的借鉴,却因其特殊性质,而不能够简简单单地转用于保留和解释性声明:不能够卤莽地将一些适用于公约性文书的规则转用到单方面的文书上来。

(6) 最近,国际法院就接受其强制性管辖的非强制性声明重申如下:

“适用于根据《规约》第36条提出的声明的解释,不同于《维也纳条约法公约》有关解释条约的制度。(……)法院注意到:《维也纳公约》的条款仅仅能由于类似而适用,而且仅限于当这些规则与单方面接受本法院管辖的独特性相容的时候才是如此”³⁶⁸。

(7) 委员会认识到:此种声明在性质上与保留和单方面声明有所不同。它是在与公约案文相关的情况下单方面提出的,但与保留和单方面声明仍有重要的共同点,看来有必要重视该法院提出的警告,如果是要解释一个国家或国际组织与某一条约相关提出的单方面声明,以便确定其法律性质的话。这些考虑导致委员会并没有简简单单地参照1969年和1986年《维也纳公约》第31和第32条所阐述的“一般解释规则”和“补充解释手段”。

(8) 根据这个意见,这些条款仍然是一些有用的准则。特别是,正如同条约一样,有关条约的一些条款的单方面声明:

“……应当这样来解释:即考虑到普通意义上的用语(它们)在条约总的上下文中,正是以这些用词拟订的(……)。应当采纳这种方法,除非由此产生的解释造成意义含糊或晦涩,或导致显然荒谬或不合理的结果(……)。”

“因此,在例外的情况下,并不排除可能采用补充性的解释手段,但解释首先应取决于案文”³⁶⁹。

³⁶⁵ Massimo Coccia,《对多边人权条约的保留》,《加利福尼亚西部国际法报》,1985年,p.10。

³⁶⁶ 参阅美洲国家人权法院,1983年9月8日的咨询性意见,OC-3/83,《美洲国家人权公约》第4条(2)和第4条(4)款对死刑的限制,第62段,p.84。

³⁶⁷ 见下文《实践指南》第1.4节。

³⁶⁸ 见国际法院1998年12月4日对捕鱼问题(西班牙诉加拿大)法院权限的判决,第46段;还可参阅1998年6月11日的判决,喀麦隆与尼日利亚之间的陆地和海域划界(初步抗辩),第30段。

³⁶⁹ 美洲国家人权法院,1983年9月8日咨询性意见,OCI-3/83,《美洲国家人权公约》第4(2)和第4(4)条对

(9) 虽然这项原则很少从这个角度去看待这一问题,³⁷⁰ 但法学界一致认为,声明案文本本身应受到优先注意:

“从其用语来看, [法国对关于《日内瓦大陆架公约》第6条提出的第三项保留所提的] 这一条件看来无法作简单的解释。[……] 法庭 [……] 因此得出结论,应将这项‘保留’视作一项‘保留’,而不是一项单纯的‘解释性声明’”³⁷¹,

“在本案中,委员会将根据上述解释性声明的用语本身和在瑞士批准《[欧洲人权] 公约》之前所作的筹备工作来解释被告国政府的意图。

“至于所用的用语 [……], 委员会认为,单是用语本身就已证明,政府想要摒除……

[…]

“鉴于瑞士的解释性声明中的用语 [……] 以及上文所述的全部筹备工作,委员会接受被告国政府的论点,即其意图是使这项解释具有一项与正式的保留同样的价值”³⁷²;

“为了得出这种‘声明’的法律性质,就必须不只是看其名称,而要看清其具体内容³⁷³”;

如果该说明显示出该当事国有明确意图排除或者修改一项条约某一具体条款的法律效力,那么它就应当被看成是一项强制性的保留,即使将该说明措辞为一项声明。在本案中,法国政府在加入该公约(1966年《公民权利

死刑的限制,第63和第64段,pp.84-85。

³⁷⁰ 但可参阅Frank Horn,《对多边条约的保留和解释性声明》,同前(上文注266),pp.263-272;还可参阅较为简短、但更加明了的文章,D. W. Greig,《保留:作为平衡因素的公正?》《澳大利亚国际法年鉴》,1995年,p.26。

³⁷¹ 1977年6月30日的裁决,大不列颠及北爱尔兰联合王国与法兰西共和国之间大陆架划界案,R. S. A. N. U.XVIII,第55段,pp.169-170。

³⁷² 欧洲人权委员会,1982年5月5日的裁决,Temeltasch案,《裁决和报告》,1983年4月,第74、75和82段,pp.131-132。

³⁷³ 欧洲人权法院,1988年4月29日的判决,Belilos案,《欧洲人权法院出版物》,A辑,第132卷,第42段、第49段、p.24。在同一案件中,委员会为了得出一个相反的结论,也依靠了“有关的案文文字本身、以及筹备工作(同上,第41段,p.20);委员会比法院更加明确地优先重视瑞士声明中的用语(见委员会报告第93段;见Lain Cameron和Frank Horn的评注,《对《欧洲人权公约》的保留》):Belilos案”,G. Y. B. I. L.,1990年,pp.71-74。

和政治权利国际公约》时所作的说明是明确的:它意图排除第27条适用于法国,并且强调排除在语义上用的是‘不适用’这一措辞”³⁷⁴。

(10) 在较为罕见的情况下,必须就这一类问题表示态度的国际法庭为了补充它们的观点,就以被审议的单方面声明的筹备工作为根据。因此,在Belilos案中,欧洲人权法院,在承认瑞士的声明“虽然没有完全讲清楚,但可以理解为一项保留”³⁷⁵,“与委员会和政府一起, [……] 认识到必须探究声明者的意图为何”,并为此考虑到其筹备工作³⁷⁶,委员会在同一案件和Temeltasch案³⁷⁷中也是这样做的。

(11) 委员会认为:必须采取某种谨慎态度。毫无疑问,正如有人所指出的那样,“既然保留是作保留的一方的单方面行动,那么,便可以接受该方有关筹备保留时的内部资料,以表明其作保留的意图”³⁷⁸。不过,在日常法律事务中,难以提倡有系统地诉诸于筹备工作来确定对条约的单方面声明的性质:筹备工作不一定是宣传的目的³⁷⁹,而且,不管怎样,要求外国政府依靠这项工作也是很难的。

(12) 正因为如此,准则草案1.3.1没有抄袭1969年和1986年《维也纳公约》第32条的案文;它没有直接提到筹备工作,而仅仅呼吁应当考虑“有关国家或国际组织在提出声明时的意图”。而此种提法直接来自国际法院对西班牙与加拿大捕鱼管辖权一案所采取的提法:

“法院以合乎自然和合理的方式解释(……)声明的用语、包括所载保留,并且适当地考虑到有关国家在接受本法院强制性管辖时所抱有的意图”³⁸⁰。

³⁷⁴ 人权事务委员会,第220/1987号通报,1989年11月8日的裁决,T. K. 案件,《人权事务委员会提交大会的报告》,《正式文件,第45届会议,补编第40号(A/45/40),联合国,纽约,附件X, 第8.6段,p.140。

³⁷⁵ 欧洲人权法院,1988年4月29日的判决,Belilos案件,《欧洲人权法院出版物》,A辑,第132卷,第44段、第49段,p.22。

³⁷⁶ 同上,第48段,p.23。

³⁷⁷ 欧洲人权委员会,1982年5月5日的决定,Temeltasch案件,《决定和报告》,1983年4月,第76-80段,pp.131-132。

³⁷⁸ Robert Jennings爵士和Arthur Watts爵士,《奥本海默国际法》,第9版,第1卷,《和平》,Longman, 伦敦,p.1242。作者提出的证据是1978年12月19日国际法院对爱琴海大陆架案件的判决,Rec. 1979年,p.32。

³⁷⁹ 在Belilos案件中,瑞士政府的代表提到政府内部的辩论,但却以保密为借口未加说明(参阅Iain Cameron和Frank Horn,“对《欧洲人权公约》的保留:Belilos案件”,G. Y. B. I. L.1990年,p.84。)

³⁸⁰ 1998年12月4日的判决,第49段。

(13) 此外,准则草案1.3.1还明确指出:为了确定就一项条约提出的声明的法律性质,对它的解释应当根据“相关的条约本身”。在此种情况下,条约就构成1969年和1986年《维也纳公约》第31条所阐明的解释的一般规则所涉“背景”的主要因素³⁸¹;即使一项保留或一项解释性的声明构成单方面的文书,从而与相关的条约分离,但是它仍然与条约密切相关,不能够孤立地予以解释。

(14) 准则草案1.3.1所指出的方法可以转用到单纯的解释性声明与有条件解释性声明之间的区分。在此种情况下,也应当确定国家或国际组织在发表声明时的意图,而为了这样做,首先应当以诚信原则、按照用语的一般含义来解释声明。

1.3.2 [1.2.2] 措词和名称

一项单方面声明的措词或名称构成意图法律效果的一种标志。特别是当一国或国际组织就同一条约提出若干单方面声明的时候更是如此,这些声明中的某些被指为保留、而另一些则被指为解释性声明。

评 注

(1) 一般规则用以确定一国或国际组织提出的单方面声明是一项保留或解释性声明,此种规则已在准则草案1.3.1中阐明。准则草案1.3.2和1.3.3补充了这条总的规则,并考虑了某些常见的特殊情况,以有助于此种确定工作。

(2) 如同准则草案1.3和1.3.2所重申的那样,就条约提出的一项单方面声明的措词和名称并不决定其法律性质,而是它意图产生的法律效果起这种作用。的确,从保留的定义、即1969、1978和1986年《维也纳公约》的定义以及准则草案1.1重申的、和准则草案1.2中所载的解释性声明的定义,产生了此种结果。

一方面,两者均以作者所追求的目的为特点:在第一种情况下,是排除或更改条约的某些条款在对其作者适用时的法律效力;在第二种情况下,是说明或澄清声明者赋予条约或条约的某些条款的含义;

而另一方面,保留和解释性声明的第二个共同要素,在于作者采用的名

³⁸¹ 在这方面见美洲国家人权法院的上述咨询性意见(注369),第8段,注124。

称或措词无关³⁸²。

(3) 有些作者不同意这一点,他们认为宜“按字面理解各国的意思”,将作者自己取名或起草的单方面声明视为解释性声明。³⁸³ 这一立场有双重好处,一是简单(解释性声明将是各国所指的解释声明),二是使在这方面采用的有关做法“道德化”,这些做法旨在防止各国“玩弄”界定它们起草的声明的性质来规避有关保留的规定或误导其伙伴。³⁸⁴

(4) 委员会认为:此种立场碰到了两项使其无效的反反对意见:

首先,这一立场与维也纳定义本身不相容:如果一项单方面声明“不论其措词或名称如何”都可以是保留,这就必然意味着:某些单纯的“声明”(即使作者明确称之为解释性的)可能构成真正的保留,这也必然意味着,用语不构成绝对的标准,此种标准可以用来界定解释性声明;以及

其次,这种立场违反实践、判例以及理论界大多数的立场³⁸⁵。

(5) 人们应该特别注意到:国际法官和裁判以及人权条约执行情况的监督机构避免任何唯名论的倾向,他们并不仅仅停留在将其作为接受约束附带条件的国家对单方面声明的命名,而要从声明的实质当中、甚至从其背景中追究真正的意图。

(6) 因此,负责裁决法英之间关于Iroise海大陆架划界争端的仲裁法庭仔细审议了联合王国的论点,根据这一论点,法国对1958年大陆架公约第6条的第3项保留实际上仅仅是一项解释性声明³⁸⁶。同样,在Temeltasch案件中,欧洲人权委员会依据《维也纳条约法公约》第2条第1款d段,并因而

“在这一问题上附和理论界大多数的看法,认为:如果一个国家提出一项声明,将它作为接受《公约》约束的一项条件,并以排除或更改公约某些条款的法律效力为目的,那么一项这样的声明,不论其名称如何,均应等同于保

³⁸² 这在两种情况下均来自“不论措词或名称如何”的说法。

³⁸³ 例如,可参阅对法国在1973年签订Tlatelolco 条约时发表的声明的分析,以及Hector Gros Espiell对此所作的分析(《中国和法国签署Tlatelolco条约》,A.F.D.I.,1973年,p.141,——但是作者也参考了其他的参数)。这也是日本在1964年所采取的立场,它对委员会一读通过的条约法条款草案提出了意见(见对准则草案1.2的评注,注释52。)

³⁸⁴ 见对准则草案1.2的评注,第5段。

³⁸⁵ 见同上,第4至8段。

³⁸⁶ 1977年6月30日的决定,《联合国国际仲裁裁决报告书》第十八卷,第54和55段,pp.169-170,见上文

留……”³⁸⁷。

欧洲人权法院在Belilos案中重申了这一立场。瑞士在其对《欧洲人权公约》的批准书后附了一项单方面声明,题为“解释性声明”;但它却同样认为那是真正的保留。
[……]

“与委员会和政府一起, [……] 认识到必须探究声明者的意图为何”,

“为了弄清该声明的法律性质,应当超越标题,致力于查明具体内容”³⁸⁸

因此,人权事务委员会在其1989年11月8日就T.K.诉法国一案作出的决定中根据《维也纳条约法公约》第2.d条认为,有关法国不遵守《公民权利和政治权利国际盟约》第27条的来文不可受理,因为法国在加入该盟约时已经申明“考虑到法兰西共和国宪法第2条 [……],就共和国而言,没有理由适用第27条对它不适用”。它指出:

“就此而言,决定声明性质的不是声明的名称而是声明意图产生的效果”。³⁸⁹

注释371。

³⁸⁷ 1982年5月5日的决定,欧洲人权委员会,《决定和报告》,1983年4月,第69至82段,pp.146-148。

³⁸⁸ 1988年4月29日的判决,《欧洲人权法院出版物》,系列A, 第132卷,第48和49段,pp.23-24。

³⁸⁹ 通报第220/1987号(1989年11月8日通过的决定),《人权事务委员会给大会的报告》,《正式文件,第45届会议,补编第40号》(A/45/40),联合国,纽约,附件X, 第8.6段,p.123。也可参阅同日M.K.诉法国案的决定,通过第222/1987号(同上,pp.127-133),以及S.G.诉法国案,1991年11月1日,(第347/1988号),英国诉法国案,1991年11月1日(第348/1989号)以及R.L.M.诉法国(第363/1989号),1992年4月6日,《人权事务委员会提交大会的报告》,《正式文件,第45届会议,补编第40号》(A/45/40),联合国,纽约,pp.346-371。在其有关T.K.诉法国案的决定的个人意见中,Higgins女士批评了人权事务委员会的立场,她指出:

“这一问题 [并未] 受引用《维也纳条约法公约》第2(1)(d)条的影响,该条强调意图、而不是名称,是关键问题。”

“对1982年1月4日通知的一份审查报告表明,法兰西共和国政府做了两件事:列出某些保留意见以及提出某些解释性声明。因此,对于第4(1)、9、14和19条,它使用‘作出保留’的措辞。在其他款中,它宣称该公约各项条款应如何从《法国宪法》、法国立法或《欧洲人权公约》的角度去理解。参考《维也纳公约》第(1)(d)条,人们注意到,保留意见如何措辞或用何名是无关紧要的,因为它无助于将那些解释性声明变为保留意见。其内容显然就是声明的内容。此外,法国的通知表明,慎重地选择不同的语言是为了不同的法律目的。因此在法兰西共和国政府十分了解其法律结果的情况下,没有理由认为在各个不同段落中对照使用“保留”及“声明”一词完全不是有用意的”(《正式文件》,第45届会议,补编第40号(A/45/40),联合国,纽约,附件十, 附录二, p.143)。

(7) 不过,此种对“唯名论”的无视未必彻底。在这方面,欧洲人权委员会在Belilos一案中认为

“如果一国同时作出保留和发表解释性声明,除非在特殊情况下,否则不得将两者视为等同”。³⁹⁰

(8) 由此可以作出的结论是:如果说一项单方面声明的措词和名称并不较保留更构成解释性声明定义的要素,那么,它确实应当成为予以考虑的一种评估要素;而且必须认为它具有特殊的意义(但不一定是决定意义),如果同一个国家同时对同一个条约又提出保留、又提出解释性声明的话。

(9) 这一声明符合对法理采取的较为普遍的立场,根据这一立场“there is a potential for inequity in this aspect [‘however phrased or named’] of the definition” (有关定义的这一点 [‘不论其措辞或名称为何’] 可能造成不公平):(《维也纳公约》规定,条约的其他缔约方要负责确定一项声明是否是保留。在这种情况下,“无论其措词或名称为何”一语具有决断性是不当的。在特殊情况下,一缔约方可对试图声称其说明为保留的国家采用禁止翻供的措施 […]。虽然这是对公平的原则进行解释,而不是应用,但它符合公平和真诚的概念,而公平和真诚是各国之间条约关系的基础³⁹¹。

(10) 在不对维也纳公约就保留的定义规定的原则——这一原则应在界定解释性声明时加以沿用——提出质疑的情况下,³⁹² 似乎有理由在《实践指南》中规定可在何种限度上无视“无论措词或名称为何”一语所代表的唯名论。这正是准则草案1.3.2的目的,它承认作出声明的国家对其声明作出界定必定有一个并非不可争辩的假定即可做到这一点。

(11) 这一点仍然是不可争辩的。而当一个国家同时提出保留和解释性声明并分别这样称呼它们的时候,这一点就得到了加强,正如准则草案1.3.2最后一句话所强调的那样。

³⁹⁰ 参阅法院对此案件的判决,1988年5月21日,《欧洲人权法院出版物》,A辑,第132卷,第41段,pp.20。法院指出:就此表明立场的困难因素之一正在于“瑞士政府在同一批准书中既提出了‘保留’、又提出了‘解释性声明’”,但法院并没有从这种看法中得出特别的结论(同上,第49段,p.24)。还可参阅Higgins女士在人权事务委员会陈述的个人意见,有关T.K.诉法国案(上文注389)。

³⁹¹ D.W.G.reig, “保留:作为平衡因素的公正?”《澳大利亚国际法年鉴》,1995年,第27-28页;还可参阅p.34。

³⁹² 见本准则草案1.2。

(12) 委员会的一位成员对“措词或名称”的表达方式是否有根据表示怀疑,他建议代之以“标题或名称”或者“标题或文本”。委员会一方面认识到由于上述用语造成的含混,却同时认为:最好仍然保持这一用语,因为它是1969、1978和1986年的《维也纳公约》所认可的。

1.3.3 [1.2.3] 当一项保留被禁止时,提出一项单方面的声明

当一项条约禁止对它的全部条款、或某些条款提出保留时,一国或国际组织就此提出的单方面声明被认为并不构成保留,除非它的目的在于对作者适用时,排除或更改条约某些条款或整个条约某些特殊方面的法律效力。

评 注

(1) 准则草案1.3.3 [1.2.3] 是本着与前一条同样的精神起草的,旨在方便界定就一项条约提出的单方面声明是保留或是解释性声明,如果该条约或者是笼统禁止保留³⁹³、或者是禁止对某些条款保留的话³⁹⁴。

(2) 根据这些假设,委员会认为:针对不得提出任何保留的条款发表的声明应被视为解释性声明。“这将符合以下假定,即一国意图采取条约允许采取的行动而不是禁止采取的行动,并使其不会面临因作出了条约不允许作出的保留而使其接受声明所涉及的条约的整个行动无效的局面”³⁹⁵。在更普遍的意义上,此种合法的假设符合“一项公认的法律通则,即不得假定为没有诚意”。³⁹⁶

(3) 不言而喻,准则草案1.3.3 [1.2.3] 的假定并不是不可争辩的;如果声明实际旨在摒除或更改条约条款的法律效力,而不仅仅是对其进行解释,那么就应该将其视为1969和1986年《维也纳公约》第19条(a)和(b)所指的保留、即一项非法保留,并应

³⁹³ 例如,如同《联合国海洋法公约》第309条那样。

³⁹⁴ 例如,如同《日内瓦大陆架公约》第12条,就保留问题的规定见第1至3条。参阅法英仲裁法庭,1977年6月30日对Iroise海大陆架的划界案的裁决,《联合国国际仲裁裁决报告书》第十八卷,第38-39段,p.161;还可参阅Herbert W. Briggs的个人意见,同上,p.262。

³⁹⁵ D.W.Greig, 《保留:公平作为平衡因素?》,《澳大利亚国际法年鉴》,1995年,第25页。

³⁹⁶ 1957年11月16日的仲裁判决,Lanoux湖案件(西班牙诉法国),《联合国国际仲裁裁决报告书》第十二卷, p.305。

据此加以处理³⁹⁷。这符合对就一项条约提出的单方面声明的措词或名称予以无视的原则,而此点又得到关于保留及解释性声明定义的确认。³⁹⁸

(4) 从草案的标题和文字都得出这样的结果:草案的目的并不在于,确定在所考虑到的情况下提出的单方面声明是否构成解释性声明、或不同于保留或解释性声明的单方面声明,如同《实践指南》本章第1.4节所界定的那样。草案的唯一目的在于引起注意,即人们不能够假定:禁止作出保留的公约条款的相关声明也就等于保留。

(5) 如果不属于这样的情况,解释者就应当正面界定有关的声明,这种声明可能是一种解释性声明、或者是属于第1.4节的那种声明。为此,应当依据的是准则草案1.2和准则草案1.4.1 [1.1.5] 至1.4.5 [1.2.6]。

1.4 有别于保留和解释性声明的单方面声明

就条约发布的既不是保留也不是解释性声明的单方面声明,不属于本实践指南的范围。

评 注

(1) 准则草案1.4可被视为“一般排除条款”,其目的是将《实践指南》的适用范围限于保留和狭义的解释性声明(不管是“单纯的”,还是“有条件的”的解释性声明³⁹⁹),而将针对一项条约作出的一般与该项条约并无密切关系的其他各种单方面声明排除在外。

(2) 事实上,从惯例来看,国家或国际组织常常在签署条约或最后表示同意受条约约束时就该项条约发表声明,但其目的既不是排除或更正该项条约的某些规定(或整个条约的某些方面)对声明者适用时的法律效果,也不是进行解释,因此这样的声明既不是保留,也不是解释性声明。

(3) 《秘书长负责保管的多边条约》这份联合国出版物载有很多这样的声明,

³⁹⁷ 委员会的某些成员却认为应保留他们的立场,因为涉及到这一后果,并且认为就此表明态度为时过早。

³⁹⁸ 见准则草案1.1和1.2。

³⁹⁹ 关于这一区别,见准则草案1.2.1 [1.2.4]。

但秘书长并不对这些声明的法律性质表态⁴⁰⁰。秘书长只是指出存在这些声明,而让使用者确定声明的法律性质。确定声明的法律性质极为重要,因为可据此确定所适用的法律制度。

(4) 这份出版物只刊登在签署或表示最终同意受条约约束或批准由秘书长保管的一项条约时作出的单方面声明,但这些声明事实上既不是保留,也不是解释性声明。从秘书长只收到这些单方面声明来看,这显然是不言自明的事情;但这实际上无疑是很重要的,因为此时作出的声明在这些声明与保留或有条件解释性声明的区别方面带来了最大的问题。从定义上来看,只有在“签署、批准、正式确认、接受、核可或加入一项条约时或一国发出继承条约的通知时”才可作出保留或有条件的解释性声明。⁴⁰¹

(5) 尽管实际上大多数这类声明是在签署或表示同意受条约约束时作出的,但也不排除在其他时候作出这类声明的可能性,甚至在条约对声明者生效后作出此类声明的可能性。⁴⁰² 但考虑到准则草案1.4的目的正是要将这类声明排除在《实践指南》的适用范围之外,似乎委员会不必就此问题采取坚定的立场。

(6) 所以,出于同样的理由,虽然这类单方面声明表面上看来属于委员会目前正在研究的国家单方面行为的总类别⁴⁰³,但委员会不想就所适用的法律制度作出任何决定,而只是在《实践指南》本节每项准则草案中,以尽可能在法律上中立的方式,努力确定各类单方面声明的定义,以便将它们与保留和解释性声明区别开来。

(7) 国家或国际组织就一项条约或针对一项条约作出的单方面声明难以胜数,且多种多样,要想逐一列举似乎是不可能的,《实践指南》本节也无意这样做。本节只列举可能会与保留或解释性声明混淆的主要类别的单方面声明⁴⁰⁴,因此,以下准则草案中的分类只是指示性的。

⁴⁰⁰ 该出版物在载述这些文书时所用的小标题“声明[未作进一步解释]和保留”即证明了这一点。

⁴⁰¹ 参看准则草案1.1和1.2.1 [1.2.4]。但委员会认为“单纯的”解释性声明则可随时作出;在此方面见准则草案1.2及其评注第(21)至(32)段。

⁴⁰² 例如见关于准则草案1.4.4[1.2.5]的评注第(8)段;但无疑也可就《实践指南》本节中的其他准则草案发表同样的评论。

⁴⁰³ 委员会的一些委员对这一点持强烈立场,而有的委员则较谨慎。

⁴⁰⁴ 委员会将在审议特别报告员第四份报告之后完成就一项条约作出的主要类别单方面声明的陈述;委员会届时将就与国际法上执行条约有关的单方面声明的法律性质发表意见。

1.4.1 [1.1.5] 旨在承担单方面义务的声明

一国或一国际组织对条约发布单方面声明,藉此承担条约没有规定的义务,则构成单方面承诺,不属于本实践指南的范围。

评 注

(1) 布赖尔利在关于条约法的第一份报告中就“广义”保留⁴⁰⁵所举的一个著名的例子是1948年南非在签署《关贸总协定》时的声明:“由于保留所针对的条款规定,如果缔约国间尚未完成关税谈判,且不同意适用本协定,则本协定就‘不应适用’于这些国家,因此,保留的效果是增加而不是限制南非的义务”⁴⁰⁶。曼弗雷德·拉赫斯也以这一例子为依据,他指出:“保留不是限制、而是扩大有关缔约国的义务”的情况是存在的⁴⁰⁷。

(2) 南非的声明引起了很大的争议⁴⁰⁸,但如果根据1969年、1978年和1986年《维也纳公约》中的保留定义加以分析的话,看来不太可能将其与一项保留等同起来。这类声明的效果并不能更改条约或其中某些规定的法律效果。它们虽然是在表示同意受条约约束时作出的一种承诺,但对条约并无影响,且可随时作出,而不会更改其法律效果。换言之,可以说⁴⁰⁹,如果保留是“非自发单方面行为”⁴¹⁰,这种声明是

⁴⁰⁵ 关于这一有争议的概念,见关于准则草案1.1.5 [1.1.6] 的评注第4段以及随后各段。

⁴⁰⁶ 《国际法委员会1950年年鉴》,第二卷,p.239。

⁴⁰⁷ 《国际法委员会1962年年鉴》,第一卷,第651次会议,1962年5月25日,p.159。

⁴⁰⁸ 詹姆斯·布赖尔利根据其关于保留的一般定义(《国际法委员会1950年年鉴》,第二卷,p.239),将其视为“保留提案”,因为其中有向其他缔约国提出的“建议”。只有在其他缔约国表示接受的情况下,这项保留才能生效;拉赫斯将其视为单纯的广义保留的例子(《国际法委员会1962年年鉴》,第一卷,第651次会议,1962年5月25日,p.159);Horn先生将其视为单纯意向性声明,而无任何法律意义(弗兰克·霍恩,《对多边条约的保留和解释性声明》,同前(上文注266),p.89);安贝尔教授认为,“南非联邦的声明只会增加南非的义务,因此,该声明不构成保留。保留必然限制根据条约承担的义务”(《对多边条约的保留》,佩东,巴黎,1979年,p.15)。

⁴⁰⁹ 委员会的一些委员认为,不一定能得出这样的结论。

⁴¹⁰ 关于这一概念,见帕特里克·戴利埃和阿尔·佩莱,《国际公法》(阮国定),巴黎,L. G. D. J.,第6版,1999年,pp.358-361。

提出声明者承担自发的义务,构成单方面法律行为,并受到适用于这类文书⁴¹¹的法律规则制约,而不受保留制度制约。

(3) 显然,上述结论并不意味着不能作出这种声明。根据国际法院著名的权威意见:

“大家明确承认,通过单方面行为作出的关于法律或事实情况的声明可以具有构成法律义务的效力。……如果发表声明的国家的意图是它应受声明条件的约束,这种意图就使声明具有法律承诺的性质,因此,该国在法律上就需按照声明行事。这种承诺,如果是公开作出,并具有受约束的意图,则即使不是在国际谈判中作出,也应具有约束力”。⁴¹²

(4) 但这些声明不是保留,因为它们与条约所构成的文书无关,尤其是因为无疑任何时候均可提出这种声明,而只有在表示同意受条约约束时提出声明,才可能会与保留混淆。

(5) 委员会不愿处理与“对条约的保留”主题无关的适用于这类声明的法律制度问题⁴¹³。不过,与下述准则草案(1.4.2至1.4.5)所涉的声明一样,委员会似乎应超越称这些声明既非保留、又非解释性声明的简单被动陈述。将这类声明定为在法律上故意相当中性、并应对照“藉此承担义务”这一短语来理解的“单方面承诺”,正是在尝试提出这项主动定义。

(6) 有了这样的限定,就足以将这些声明与国家以本国法律比条约所规定的义务更进一步为由保留适用本国法律的某些声明区别开来⁴¹⁴。这样,声明国只是想单纯陈述,如果其陈述确实无误,此陈述并无特定的法律意义;如果所陈述的事实有误,则可将此声明视为一项保留⁴¹⁵;但不管怎么样,这都不会给予其他缔约国权利⁴¹⁶,因此并

⁴¹¹ 在这方面,见J. M. Ruda,《对条约的保留》,《法院判例汇编》,1975年3月,第146卷,pp.147。

⁴¹² 1974年12月20日关于核试验案件的裁决,《1974年国际法院报告书》,p.267。

⁴¹³ 见准则草案1.4及有关的评注。

⁴¹⁴ 例如,泰国在批准1931年7月13日《限制麻醉品制造及管制麻醉品运销的公约》时指出,由于其毒品法律“在某些方面比《日内瓦公约》和该公约的规定更进一步,因此泰国政府保留其适用现行法律的权利”(《秘书长负责保管的多边条约——截至1997年12月31日的现况》,联合国,纽约,1998年,销售品编号E. 98.V.2, 第六章,第8节,p.275;另外参看墨西哥的声明,同上)。

⁴¹⁵ 其合法性无疑是有争议的。

⁴¹⁶ 在此方面见弗·霍恩, (《对多边条约的保留和解释性声明》,同前(上文注266),p.89)关于对1931年

不构成声明国的单方承诺。

1.4.2 [1.1.6] 旨在增添条约内容的单方面声明

一国或一国际组织发布单方面声明,藉此增添条约内容,则构成更改条约内容的提议,不属于本实践指南的范围。

评 注

(1) 委员会认为,一国或一国际组织显然不得通过单方面声明向一项条约的其他缔约国强加与一般国际法无关的义务⁴¹⁷。换言之,在一国或一国际组织提出一项保留时,可以试图增加条约对其规定的权利并/或减少条约对其伙伴规定的权利,但不能通过保留来“立法”。根据准则草案1.1引用的维也纳保留定义,保留者只能意图“摒除或更改条约中某些规定的法律效果”,而不是“一般国际法某些规则的”法律效果,从而避免了这一危险。

(2) 但条约缔约方完全可以建议其伙伴扩大条约的适用范围或对象。委员会认为,这就是以色列政府作出关于在1949年《日内瓦公约》确定的红十字徽章上加上大卫盾牌的声明的原因⁴¹⁸。这一声明的意图并非排除或更改有关条约条款的效果(事实上其效果不变),而是对这些条约增列一项规定。

(3) 这是准则草案1.4.2 [1.1.6] 所涉的情况。虽然这一情况较为罕见,但仍然是存在的。除了以色列就大卫的盾牌作出的声明⁴¹⁹外,还可以举出一些单方面声明的例子,这些声明是作为保留提出的,但并不限于(被动)排除条约某些规定的法律效果,而实际目的是(主动)增加其他缔约方的义务,使这些义务超出了一般国际法所规

《麻醉品公约》类似的保留所作的解释。

⁴¹⁷ 可以通过一项保留限制条约为其他缔约国规定的权利,使它们“恢复”一般国际法的情况(和义务)(关于这一点,见关于准则草案1.1.5的评注第(5)和第(10)段)。

⁴¹⁸ 学术界对这一点有争议。试比较让·皮克泰《1949年8月12日日内瓦公约——评论》,红十字国际委员会,日内瓦,第一卷,pp.330-341,或弗兰克·霍恩,《对多边条约的保留和解释性声明》,同前(上文注266),pp.82-83(其中对这是否构成保留提出质疑),和沙布泰·罗仙,“红十字、红新月、红狮和太阳以及大卫红盾”,载于《以色列人权年鉴》,1975年,pp.9-54,或皮埃尔-亨利·安贝尔,《对多边条约的保留》,同前(上文注252),pp.361-362(其中持相反观点)。

⁴¹⁹ 土耳其以同样的方式要求在《海牙公约》规定的红十字徽章中增添红新月徽章。

定的义务⁴²⁰。

(4) 根据本《实践指南》，这类单方面声明既不是保留，也不是解释性声明，因此，不属本《实践指南》的适用范围⁴²¹。委员会既不打算就其合法性、也不打算就其法律制度表态。

1.4.3 [1.1.7] 不承认的声明

一国作出单方面声明，表明该国对一条约的参与并不意味着该国对某一实体的承认，则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拒绝适用声明国和声明国不予承认的实体之间的条约。

评 注

(1) 国家在表示同意受一项条约约束时经常发表一项声明，其中指出表示同意并不意味着它承认一个或多个缔约方，或以更有限的方式承认通常同一个或多个其他缔约方领土有关的某种局势。这些声明往往被称为“与不承认有关的保留”，这看起来很妥当，但是实际上并非如此，因为它涵盖了一些十分不同的现实。

(2) 这一用语实际上涉及两类声明，其共同点是明确表明声明国不承认加入(或希望加入)该条约的另一实体，但其目的是产生极为不同的法律效果：在某些情况下，按公认的惯例，声明国采取简单的“预防措施”，声明其加入不被其承认为国家的一实体已加入的一项条约不等于承认该实体，而在另外一些情况下，声明国明确排除条约在它自身与未承认的实体之间的适用。

(3) 在此方面，我们可以比较澳大利亚与德国对某些国家加入1949年各项《日内瓦公约》的反应。虽然澳大利亚重申不承认德意志民主共和国、朝鲜民主主义人民共和国、越南民主共和国和中华人民共和国，但是它“注意到这些国家接受公约的各项规定并打算实施这些规定”⁴²²。然而，德国却排除同南越的任何条约关系：

⁴²⁰ 关于准则草案1.1.5 [1.1.6] 的评注中提到的社会主义国家对1958年《公海公约》第9条所作的“保留”(第(9)和第(10)段及注275)，考虑到这些国家给予公海上国家船舶的活动范围超越了所适用的惯例规则所规定的活动范围，则也是同样的例子。

⁴²¹ 参看准则草案1.4及相关评注。

⁴²² 见红十字国际委员会文件DOM/JUR/91/1719-CRV/1, “1949年8月12日关于保护战争受害者的各项《日内瓦公约》——批准、加入或继承时或与此有关时提出的保留、声明或来文”，p.13。另见阿拉伯叙利亚共和国在签署设立国际农业发展基金的协定时的声明：“有一项理解，即阿拉伯叙利亚

“……联邦政府不承认临时革命政府为有权代表一个国家的机构,因此(……)不能认为临时革命政府是1949年8月12日各项《日内瓦公约》的缔约方”。⁴²³

(4) 在第一种情况中,有关声明无疑并不构成保留⁴²⁴。这并没有为现行法律增添新的内容,因为人们普遍认为,加入同一多边条约并不意味着相互承认,甚至并不意味着默示承认。⁴²⁵ 而且即使情况并非如此⁴²⁶,这也不意味着该声明是一项保留,因为这些声明并不旨在对条约或其规定产生某种效果。

(5) 对一国明确排除在它本身与其承认的实体之间适用条约的单方面声明加以定性要微妙得多。与“预防性”声明不同,这类声明的明确意图是对条约的适用产生法律效果(而且也确实产生了法律效果),这类声明完全排除了在声明国与其不承认的实体之间关系中的适用。而保留的定义并不排除保留可以产生属人效果的可能性⁴²⁷,另外,根据1969年《维也纳公约》第20条第4款(b)项的规定,一国可以通过提出异议和明确表示拒绝与保留国发生关系,阻止条约在其本国与保留国之间生效。从表面上

共和国批准本协定绝不意味着阿拉伯叙利亚共和国承认以色列”(《多边条约》,第十章,第8节,p.415),或叙利亚就《维也纳外交关系公约》发表的略为含糊的第一项声明(同上,第三章,第3节,p.62):“叙利亚不承认以色列,也不与其建立关系”。阿根廷在加入1954年9月28日《关于无国籍人地位的公约》时发表的声明则毫不含糊:“在主权问题正在两国或多国之间进行讨论的领土适用本公约,无论它们是否为本公约缔约国,均不得被理解为其中任何一个国家更改、放弃或抛弃迄今一直保持的立场”(同上,第5章,第3节,p.264);这是对一种局势的承认(另见西班牙在直布罗陀问题上就1958年《日内瓦海洋法公约》发表的声明,同上,第二十一章,第1节,p.820;第二十一章,第2节,p.826;第二十一章,第3节,p.832以及第二十一章,第4节,p.835。)

⁴²³ 见前面提到的文件DOM/JUR/91/1719-CRV/1, p.6。另见沙特阿拉伯王国在签署设立国际农业发展基金的协定时的声明:“沙特阿拉伯政府加入本协定绝不意味它已承认以色列,也不意味它根据本条约同以色列建立关系”(《多边条约》,第十章,第8节,p.428;另见伊拉克和科威特提出的措词类似的声明,同上,p.429。)

⁴²⁴ 可以将其视为准则草案1.4.4 [1.2.5] 所涉的一般政策声明。委员会认为,尽管存在另一类不承认声明,即尽管存在声明国意图排除整个条约在声明国与其不承认的实体之间关系中的适用的情况,准则草案1.4.3 [1.1.7] 仍是必不可少的。

⁴²⁵ V. J. Verhoeven, 《国际承认的现行惯例》,巴黎,Pédone, 1975年,p.429-431。科威特在加入1973年《种族隔离国际公约》时发表声明,明确重申了这一点:“有一项理解,即科威特国加入联合国大会[1973年11月30日]通过的《禁止并惩治种族隔离罪行国际公约》绝不意味科威特国政府承认以色列”(《多边条约》第四章,第7节,p.179)。

⁴²⁶ 即加入同一多边条约确实默示相互承认。

来看,看不出为何不能通过保留来做到这一点。

(6) 不过,根据主流理论,“有关这一主题的声明,即使被指明为保留,但是否构成一般所理解的保留是有疑问的,因为此种声明在一般情况下并非旨在修订或更改条约的任何实质性规定”⁴²⁸。

(7) 将不承认声明定为保留,实际上是有理可循的,即使在其意图排除条约在声明国与其不承认的实体之间的关系中适用时也是如此。但有几名委员持相反的看法。委员会的大多数委员们认为,从性质上来看,将不承认声明定为保留的理由既很实际,又有理论基础。

(8) 实际上看来很难、甚至完全不可能对涉及不承认的声明适用保留制度:

对这类声明的异议几乎是无法想象的,而且即使有异议,也不太可能产生任何实际效果;

如果有关条约禁止保留或只允许某些保留,没什么道理认为1969年和1986年《维也纳公约》第19条(a)和(b)款也禁止这类声明;以及

须认识到承认这些声明为保留不符合维也纳定义的规定,因为无法将作出这类声明的情况限于1969年《公约》第2条第1款(d)项所涉的情况⁴²⁹。

(9) 此外,从更理论的角度来看,这种声明与保留不同,并非针对条约本身或其规定的法律效果,而是针对声明国不承认的实体加入条约的资格。⁴³⁰

(10) 这些声明也不是解释性声明,因为它们意图不是解释条约,而是排除该

⁴²⁷ 比较:Frank Horn 《对多边条约的保留和解释性声明》,同前(上文注266),p.109。

⁴²⁸ Marjorie M. Whiteman, Digest of International Law, 第十四卷,1970年,p.158;应重申的是,根据准则草案1.1规定的定义,一项保留的意图不是更改条约的规定,而是更改条约的效果。另见:B. R. Bot, *Non-Recognition and Treaty Relations*, Leyden, Sijthoff 1968 年,pp.30-31、pp.132-139 和 pp.252-254;M. Lachs, “Recognition and Modern Methods of International Cooperation”, B. Y. B. I. L., 1959 年,pp.252-259;H. Lauterpacht, Recognition in International Law, Cambridge U. P., 1947 年,pp.369-374,或J. Verhoeven, La reconnaissance internationale dans la pratique contemporaine, 同前(上文注425),pp.428-448。

⁴²⁹ 这无疑并不是最后定论,从委员会通过的准则草案1.1.2(另见委员会第五十届会议工作报告中对此的评注(A/53/10,第540段)和关于在国家继承时作出的保留进行的讨论情况(同上,第224段))来看,1969年《维也纳公约》第2条第1款d项中规定的可作出保留的各种情况并不完整。

⁴³⁰ 见Joe Verhoeven, La reconnaissance internationale dans la pratique contemporaine, 同前(上文注425),p.431, 脚注284。

条约在双方关系之间的适用。

(11) 一些委员询问应对排除承认政府的声明采用准则草案1.4.3 [1.1.7] 中的办法。无疑这正是某些单方面声明的用意,不承认声明分下述两类:⁴³¹ 即“预防性声明”⁴³² 和“排除性声明”⁴³³。第一类声明看来是单纯的一般政策声明,第二类声明的意图是排除条约在两国关系之间的适用。因此,“视为国家”一语应被看作也包括不承认政府的情况。

(12) 对国际组织来说,这一问题显得微不足道;不过,在象欧洲联盟这样的一些国际一体化机构中,则可能会存在这一问题。如果存在这一问题的话,完全没有理由不能在作必要修改之后对其可能作出的声明采用在国家声明上采用的办法。不过,委员会认为,这一可能性目前还过于遥远,不值得在《实践指南》中加以考虑。

(13) 委员会在通过准则草案1.4.3[1.1.7]时的基本考虑是,这里的关键问题是不承认,而与作出保留的权利相比,这一问题则属于次要问题。委员会认为,考虑到这一特定的声明类别在当代国际关系中发挥了很大作用,必须提及这类声明;但正如在对待既不是保留、也不是解释性声明的所有单方面声明一样,委员会只是陈述了为加以区别而严格必要的内容,而并没有对一般国家承认问题和不承认的效果“评头论足”。

1.4.4 [1.2.5] 一般政策声明

一国或一国际组织发布单方面声明,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时,如该声明的目的不在于产生对条约的法律效力,则构成一般政策声明,并且不属于本实践指南的范围。

⁴³¹ 见上文第(2)和第(3)段。

⁴³² 参见喀麦隆就1963年8月5日《部分禁止核试验条约》发表的声明:“喀麦隆联邦共和国的签署在任何情况下均不意味喀麦隆政府承认在此项签署之前尚未被喀麦隆联邦共和国根据国际法确立的正常传统程序予以承认的政权”。在此方面见贝宁就同一份条约作出的声明(《多边军备管制和裁军协定的现况》,第五版,1996年,联合国出版物,销售品编号E.97.IX.3,p.40,或见大韩民国在签署《生物武器公约》时所作的声明(同上,p.176)。

⁴³³ 参见美国就加入1931年7月13日在日内瓦签署的《限制麻醉品制造及管制麻醉品运销的公约》所作的声明:“不意味对于美利坚合众国政府不承认为一国政府的政权或实体所代表的国家,在该国出现美利坚合众国承认的政府之前,美利坚合众国有任何条约义务”(《多边条约》,第六章,第8节,p.292)。

评 注

(1) 常常发生的情况是,一国在签署或表示同意受条约约束时就条约发表正面或负面的意见,甚至提出照该国看来是对条约的改进以及改进的手段,其目的既不在于排除或更改条约中某些规定或整个条约的特定方面对其本身和其他缔约方适用时的法律效果,也不在于加以解释。这既不是保留,也不是解释性声明,而是就条约或条约所涉领域作出的单纯的一般政策声明。

(2) 一些国家就 1980 年 10 月 10 日《禁止或限制使用某些常规武器公约》发表的声明提供了这方面的显著例子⁴³⁴。这些声明是对条约的简单评论,重申或补充条约谈判过程中所持的某些立场,但是对条约的适用没有任何影响⁴³⁵。

(3) 这类事例还包括一国发表声明,呼吁其他国家或其中某些国家加入条约⁴³⁶

⁴³⁴ 例如中国发表的声明(“1. 中华人民共和国政府决定签署1980年10月10日在日内瓦召开的联合国会议上通过的《禁止或限制使用某些可被认为具有过份伤害力或滥杀滥伤作用的常规武器公约》。2. 中华人民共和国政府认为上述公约的基本精神反映了世界广大国家和人民要求禁止或限制使用某些具有过份伤害力和滥杀滥伤作用的常规武器的合理主张和善良愿望,也符合中国的一贯立场,有利于反对侵略和维护和平的目的。3. 但是,应予指出的是,公约没有对违约行为进行监督和核查,这影响了公约的约束力。有关《禁止或限制使用地雷(水雷)、钶雷或其他装置的议定书》并未体现既能严格限制侵略国在它国领土上使用此类武器,同时又充分保障被侵略国采取必要的自卫手段的权利。《禁止或限制使用燃烧武器议定书》没有提到限制对战斗人员使用这种武器。此外,公约及议定书的中文本文字不够精确和通顺。对这些不足之处,中国政府希望在适当时候能予以改进。”),或法国的声明(“法国政府在签署《禁止或限制使用某些可被认为具有过份伤害力或滥杀滥伤作用的常规武器公约》之后,愿意如同它在下列场合:通过其出席日内瓦联合国禁止或限制使用某些可被认为具有过份伤害力或滥杀滥伤作用的常规武器会议的代表在讨论德意志联邦共和国代表团所提出的、法国政府也是提案国之一的关于核查安排的提案时和在1980年10月10日最后一次会议上发言时,以及在1980年11月20日,通过荷兰代表以欧洲共同体九个成员国的名义在联合国大会第三十五届会议第一委员会上发言时,所已表示的那样,提出如下的声明;对于参加《公约》谈判的国家迄今尚未能就有关各种可能被指控为或可能构成违反公约所规定义务的事实进行核查的条款达成协议,表示遗憾。因此,法国保留在根据公约第8条的规定而召开的第一次会议上——可能连同其他国家一起——提出旨在弥补此一缺陷的提案的权利,并保留权利在适当情况下利用各种可能程序以便将一旦若已核查属实即可构成违反公约及其所附议定书各项条款的事实和情报提请国际社会注意。”)《多边条约》,第二十六章,第2节,p.925和pp.926-927;另见美国的声明(同上,p.926)、意大利的声明(同上,p.927)或罗马尼亚的声明(同上,pp.927-928)。

⁴³⁵ 例如另参看罗马教廷在1985年批准《1949年日内瓦公约的1977年附加议定书》时发表的长篇声明(案文载于罗马教廷答复关于对条约的保留的问题单的附件)。

⁴³⁶ 参看美国就前面提到的1980年10月10日公约发表的声明:“美国政府为通过《公约》感到高兴,并希望各国严肃考虑批准或加入《公约》”(《多边条约》,第二十六章,第2节,p.926),或日本关于《不扩散核武器条约》的声明:“日本政府希望尽可能多的国家,不论是否拥有进行核爆炸的能力,成为

或切实执行条约⁴³⁷。

(4) 同样,一国会利用签署条约或表示同意受条约约束的机会重申本国在条约所涉领域的政策要点,例如中国在签署1996年9月10日大会通过的《全面禁止核试验条约》时,就是这样做的⁴³⁸。罗马教廷在加入《儿童权利公约》时也是这样做的⁴³⁹。

(5) 本着同样的精神,1971年《海床条约》的批准书中的某些声明,特别是加拿大和印度关于除原子武器之外的其他武器的声明,其目的并非更改条约产生的权利和义务,也不是为了解释条约;有人指出:“其主要目的是避免条约影响发表声明的国家对某些海洋法问题的立场,因为它们对这些海洋法问题持不同的立场和观点”⁴⁴⁰。

(6) 这些各式各样声明的共同点是,条约纯粹是提供发表声明的机会,这些声明同条约没有法律上的关系:它们完全可以在其他场合提出,它们对条约的执行没有任何影响,并且并不打算对条约产生影响。因此,这些声明既不是保留,也不是解释性声明。而且,大多数委员认为,它们甚至不属于条约法的范畴。所以条约法既无助于评估其有效性(其有效性取决于国际法其他的一般或特殊规则),也无助于确定其法律制度,这也就是说,正如《实践指南》第1.4节所确定的其他类单方面声明一样,这些声明不符合《实践指南》的适用范围。

(7) 虽然似乎尚无国际组织发表这类声明的任何例子,但绝不能排除今后会有这样的情况,而且也没有任何理由反对国际组织这么做。因此,在准则草案1.4.4 [1.2.5] 中仅提到国家,而排斥这种可能性,似乎是没有道理的。

(8) 同样,显然只有在签署或表示同意受条约约束时发表声明的情况下,本准则草案所涉的单方面声明才可能会与保留和解释性声明混淆起来,而一般政策声明则

条约缔约国,以便使条约真正生效,日本政府尤其希望拥有核武器但尚不是条约缔约国的法兰西共和国和中华人民共和国也将加入条约”《联合国条约汇编》,第1035卷,pp.342-343)。

⁴³⁷ 参看中国就1993年1月13日《关于禁止发展、生产、储存和使用化学武器及销毁此类武器的巴黎公约》发表的声明:“3. 在其他国家留下化学武器的国家有义务有效实行《公约》的有关规定,并承诺销毁这些武器”(《多边条约》,第二十六章,第3节,p.934)。

⁴³⁸ “1. 中国一贯主张全面禁止并彻底销毁核武器,让世界免除核武器的威胁……”(同上,第二十六章,第4节,p.938)。

⁴³⁹ “在加入《儿童权利公约》之时,罗马教廷希望再次重申其对儿童和家庭利益的一贯关注……”(同上,第四章,第11节,p.230);另见前面提到的(注435)罗马教廷对《1949年日内瓦公约的1977年附加议定书》的声明:“最后,罗马教廷借此机会重申,教廷确信战争从根本上说是不人道的……”。

⁴⁴⁰ Luigi Migliorino, “Declarations and Reservations to the 1971 Seabed Treaty”, *I. Y. B. I. L.* 1985年,p.107;另见p.115及以后各页和p.119。

是随时可以发表的,即使这些声明只是表达声明者就条约或该条约所涉的领域的意见。因此,在其定义中列入时间因素似乎是不适当的。

(9) 最后,应强调指出的是,这些声明有别于第1.4节提到的其他类单方面声明的是,与准则草案1.4.1 [1.1.5]、1.4.2 [1.1.6] 和1.4.3 [1.1.7] 不同,其目的并不是对条约或条约的执行产生法律效果。与准则草案1.4.6所规定的在内部履行条约有关的声明相比,这些声明针对的是其他缔约方,更笼统地说,显然针对的是国际范围。

1.4.5 [1.2.6] 关于在内部履行条约之方式的声明

一国或一国际组织发布单方面声明,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对其他缔约国的权利和义务,则构成说明性声明,并且不属于本实践指南的范围。

评 注

(1) 这与准则草案1.4.4 [1.2.5] 中的情况稍有不同,可将其称之为“说明性声明”,即声明国向其合作伙伴说明负责履行条约的内部机构、履行其义务的方式以及行使条约所赋予的各项权利的方式。

(2) 这类单方面声明的惯例在美利坚合众国似乎特别根深蒂固。据观察,该国的这类声明分为以下三个不同类别:“参议院提出的声明可授权总统发出为了在国内履行条约义务的更具体指示,或通过与其他当事方面订立具体协议的方式,或它们可让某些履行义务措施等候国会以后批准”⁴⁴¹。

(3) 美国参议院在核可批准《国际原子能机构章程》时发表了以下声明:

“前提是必须符合成为本批准决议一部分并成为本决议条件的解释和理解,即 (1) 《章程》的任何修正案,如同《章程》本身一样,应提交参议院征求意见和同意,和 (2) 如果参议院通过正式表决拒绝表示意见和同意的修正案获得通过,则美国将不再为原子能机构成员”⁴⁴²。

⁴⁴¹ Frank Horn, Reservations and Interpretative Declarations to Multilateral Treaties, 同前(上文注266),p.102。

⁴⁴² 案文见Majorie M. Whiteman, Digest of International Law, 第14卷,1970年,p.191;另见《创立经合组织的公约》的批准书所附“解释和说明”(同上,p.192)。

(4) 该声明附于美国的批准书(该国称这项声明为“解释和理解”)之中,其中有以下说明:

“美利坚合众国政府认为,关于解释和理解的上述声明只涉及美国宪法程序,完全属于国内性质”⁴⁴³。

(5) 这一做法并不限于美国,例如希腊在批准《联合国海洋法公约》时也声明该国:

“承诺行使该《公约》为其确定的所有权利,并履行所有义务。

“行使这些权利的时间和方式取决于本国的国家战略。这丝毫不意味着我国放弃这些权利”。⁴⁴⁴

(6) 然而,如瑞典在答复关于保留的问题单时所表明的那样,我们可以认为“说明性”声明和解释性声明之间的区分并非易事⁴⁴⁵:“应当指出,提出的一些声明既包括纯粹说明性内容,也包括解释性内容,这里只涉及后者,不过有时候区分的界线是模糊的”。例如,瑞典在交存1980年《关于领土社区或当局间跨越边界合作的欧洲纲要公约》的批准书时补加一项声明,说明了其理由:“提出声明的理由”[……]不仅是提供关于属于《公约》范围的瑞典当局和机构的资料,也是为了说明《公约》的适用将限于所指明的当局和机构,即排除其他机构,如根据瑞典法律属于地方公共实体的教区”。在这方面,人们无疑可以认为,这实际上是一项保留,因为声明者旨在以此方法,排除条约对文本应受制约的某些类别实体的适用。它至少应是一项名符其实的、确切说明瑞典如何理解条约的解释性声明。

(7) 但是,纯粹说明性声明的情况却并非如此。此类声明,如前面提到的美国的声明⁴⁴⁶不可能有任何国际效果,它们只涉及国会和行政部门之间的关系。美国就本国执行1950年同加拿大缔结的关于尼亚加拉的条约而提出的这类声明就涉及这个问题。参议院只是在安排作出一项“保留”的情况下才同意批准条约,该项保留明确指

⁴⁴³ 同上,pp.191-192。

⁴⁴⁴ 《秘书长负责保管的多边条约——截至1997年12月31日的现况》,联合国,纽约,1998年,销售品编号F.98.V.2,第二十一章,第6节,p.853。

⁴⁴⁵ 对问题3.1的答复。

⁴⁴⁶ 第(2)至第(6)段。

定了美国方面的国家主管当局⁴⁴⁷;向加拿大转递了该项保留后,加拿大表示接受,同时明确指出加拿大所以接受是“因为其规定只涉及条约在美国国内的适用,并不影响加拿大在条约下的权利和义务”⁴⁴⁸。在一项国内诉讼之后,哥伦比亚特区上诉法院在1957年6月20日判决中认为,该项“保留”并未对条约作出任何更改,它只是表述了纯属国内性质的关注事项,因此不构成国际法意义上的真正的保留⁴⁴⁹。由于该项保留并不打算产生任何国际效果,所以这种推理更显得有充分的依据⁴⁵⁰。

(8) 出于同样的理由,人们不应再将此类声明称为“解释性声明”:因为它根本没有对条约的一项或数项规定作出解释,而只是涉及在国内执行条约的方式。从美国的事例可以断定说明性声明并非总是附于该国表示同意受条约约束的文书⁴⁵¹,这就清楚显示它们只具有国内意义。

(9) 因此,仅限于说明声明国如何在本国履行条约的声明,虽然与准则草案1.4.4 [1.2.5] 所涉的声明不同,与条约有直接的关系,但并不构成解释性声明。

(10) 上述评论还可同样适用于一国际组织就条约发表的某些单方面声明。例如,欧洲共同体在签署1991年2月25日《关于评价越界环境影响公约》时发表了如下声明:“一项理解是,共同体成员国在其相互关系中将根据包括《欧洲原子能联营条约》的规定在内的共同体内部规定,并且在不影响对这些规定的适当修正的情况下执行该《公约》”⁴⁵²。

⁴⁴⁷ 这项著名的声明称为“尼亚加拉保留”;见Louis Henkin, “The Treaty Makers and the Law Makers: The Niagara reservation”, *Columbia Law Review*, 1956年, pp.1151-1182。

⁴⁴⁸ Marjorie M. Whiteman引述,同前(上文注442), p.168。

⁴⁴⁹ Power of Authority of the State of New York v. Federal Power Commission, 247 F. 2d 538-544(D.C. Cir, 1957);关于此案的较完整情况,见M. Whiteman, 同上, pp.165-169, William W. Bishop, Jr., “Reservations to Treaties”, R. C. A. D. I. 1961年2月,第103卷, pp.317-322, 或Frank Horn, 同前, pp.107-108。

⁴⁵⁰ “尼亚加拉保留”是就一项双边条约提出的,但这一事实并没有削弱这种推理:虽然对于双边条约提出的一项“保留”可被理解为愿意重新谈判(见准则草案1.5.1),而且在这种情况下加拿大已予以接受,但意味深长的是,上诉法院照样认为该项保留没有任何国际意义。此外,人们不会明白为何加拿大要“反对”一项同其无关的声明。

⁴⁵¹ 见David Hunter Miller, Reservations to Treaties-Their Effect and the Procedure in Regard Thereto, 华盛顿, 1919, pp.170-171, 或Marjorie M. Whiteman, 同前(上文注442), p.186及以后各页。

⁴⁵² 见《多边条约》,第二十七章,第4节, p.972。另见欧洲共同体就1982年《海洋法公约》所作的类似声明(同上,第二十一章,第6节, pp.848-849), 以及就《联合国气候变化框架公约》作出的类似声明(同

(11) 委员会认为,对国际组织作出的这类单方面声明使用“在内部”这一用语并不是滥用词语,因为每一个国际组织都有自己的“内部”法规,对这一点已不再有任何疑问,即使今后在一般国际法中就此作出规定,也仍然会是这样⁴⁵³。

(12) 准则草案1.4.5 [1.2.6] 中使用“*en tant que telle*”这几个字的目的是提请人们注意,发表单方面声明的国家和国际组织的目的并不是影响声明者对其他缔约方的权利和义务,但并不排除由于estoppel(无否认权)或较笼统地由于运用真诚原则等原因这些声明可能会造成这样的效果。此外,一些委员认为,声明者就履行条约各项义务的方式所作出的单方面声明可以构成真正的保留(尤其在人权方面)。如果是这样的话,这些声明显然应被视为保留;但同样的论点也适用于《实践指南》本节所列举的所有单方面声明⁴⁵⁴。

(13) 另外,委员会还认识到,条约缔约方还可能会发表、而且事实上确实常常发表关于在国际上、而不是在内部履行条约的单方面声明(如宣布为履行条约进行必要捐款;接受任择条款等等)。委员会建议在审议特别报告员第4份报告中关于“保留的替代办法”这一章后完成《实践指南》中与这一点有关的内容。

1.5 对双边条约的单方声明

评 注

(1) 上述准则草案是为了尽可能地界定对多边条约所作保留的定义,以及就一项条约提出的其他声明的定义,可以对它们进行比较,甚至混合,特别是在解释性声明

上,第二十七章,第7节,p.933)。

⁴⁵³ 例如见:P. Reuter, “Principes de droit international public”, R.C.A.D.I. 1961年2月,第103卷,脚注,pp.526-530;C.W. Jenks, *The Proper Law of International Organisations*, 伦敦,Stevens, 1962年,pp.282;Ph. Cahier, “Le droit interne des organisations internationales”, R.C.D.I.P. 1963年,pp.563-602,或G. Balladore-Pallieri, “Le droit interne des organisations internationales”, R.C.A.D.I. 1969年2月,第127卷,pp.1-138。

⁴⁵⁴ 表示这项关注的委员们认为,如果一项单方面声明既符合准则草案1.1所规定的保留定义,又符合准则草案1.4.5 [1.2.6] 所规定的关于在内部履行条约的声明的定义,由于这两项规定具有同等法律地位,无法确定这项单方面声明究竟属于哪一类声明。多数委员们认为,从准则草案1.4.5 [1.2.6] 的案文来看,只有根据上面提到的关于准则草案1.3.1的评注第(3)和第(4)段就“意图”一词所作的解释,才会出现这样的情况。

方面。委员会怀疑是否能将这些个别定义搬到在签署条约时或在当事方表示最后同意时就双边条约作出的单方声明中。这就是《实践指南》第 1.5 节的主题。

(2) 严格地说,按照逻辑应将下面准则草案的个别定义(就准则草案 1.5.1[1.1.9]来说,相应置于第 1.4 节(因为委员会认为对双边条约所作的所谓“保留”不符合本实践指南中关于保留的定义)和置于第 1.2 节(关于准则草案 1.5.2[1.2.7]和 1.5.3[1.2.8]那部分)(因为这些是关于真正的解释性声明)。但是基于该《指南》的特殊性质,委员会认为,如果将特别用在关于双边条约的单方声明集中在一个特别的章节中,将会更有效。

(3) 此外,委员会认为将保留和解释性声明之外的单方声明的准则草案集合在第 1.4 节中,在必要时也可适用在双边条约方面。⁴⁵⁵

1.5.1 [1.1.9] 对双边条约的“保留”

一国或一国际组织在签署一项多边条约后但在其生效前发布单方面声明,意图藉此取得另一缔约方更改条约规定作为其表示明确接受条约制约的条件,不论这项声明措辞或名称为何,均不构成本实践指南所指的保留。

评 注

(1) 1969 年和 1986 年《维也纳公约》都没有提到对双边条约的解释性声明问题,这符合逻辑,因为公约没有处理解释性声明问题。更令人惊奇的是,公约也只字不提对双边条约的保留:界定保留的第 2 条第 1(d)款以及规定法律制度的第 19 条和第 23 条均没有提到或排除这一可能性。通篇都找不到“双边”一词。⁴⁵⁶ 至于 1978 年

⁴⁵⁵ 当然并不是都能加以搬用。特别是涉及不承认声明的准则草案 1.4.3, 对双边条约来说是没有意义的。

⁴⁵⁶ 至多可以说,第 20 条第 1 款和第 21 条第 2 款的对象是“其他缔约国 [和缔约组织]”或“条约的其他缔约方”这些都复数;第 20 条第 2 款中则另外处理参加谈判的国家或国际组织数目有限的条约,而只涉及两个缔约方的条约就是这种情况。但是,这一论点本身不足以说明这些公约承认对双边条约的保留的存在:“谈判国……的有限数目”一语可能是指两个或多个国家,但也可以解释为仅指约束少数几个国家的多边条约。

《关于国家在条约方面的继承的公约》,这一文书明白规定的只是对多边条约的保留。

(2) 国际法委员会在其关于保留的工作的初始阶段只在多边条约的保留方面意见分歧,⁴⁵⁷ 但Gerald Fitzmaurice爵士在1956年提出的第一次报告中却强调对缔约方有限的条约提出保留的制度的各种特征⁴⁵⁸ 并明确将双边协定归入这一类条约。⁴⁵⁹ 同样地,Humphrey Waldock爵士在1962年提出的第一份报告中没有排除对双边条约的保留问题,但另行予以处理。⁴⁶⁰

(3) 但是,在起草委员会审议了沃尔多克的提案后,这段提到双边条约的文字从草案案文中消失了。但是国际法委员会 1962 年的报告及 1966 年的最后报告所载的对第 16 条和 17 条(后来成为 1969 年公约的第 19 条和第 20 条)的评注的导言,对此作了下面的解释:

“对双边条约的保留不成问题,因为它相当于一项新的建议,导致两国就条约的规定重新开展谈判。如果它们达成协议,不管是通过还是不接受保留,条约将得以缔结,否之,即化为乌有。”⁴⁶¹

在美国的建议下,委员会特别将该节的标题改为“对多边条约的保留”。⁴⁶²

⁴⁵⁷ 早在1950年,委员会已表示,“保留须经缔约各方同意始可发生效力的原则……在(“多边”两字用楷体)拟订多边条约时可能产生的各种不同情势下的具体适用,仍须予进一步审议”(国际法委员会第五届会议工作报告,《大会正式记录,第五届会议,补编第12号》A/1316第164段,楷体为新加)。大会第478(V)号决议要求委员会专门研究“对多边公约的保留问题”。

⁴⁵⁸ 委员会又提到一个问题,对双边条约的“保留”的特点是否表示了对“多边”条约(或多方的双边条约)的单方声明的特性,例如,在第一次和第二次世界大战结束后缔结的和平条约。这些条约看来是多边条约,但事实上也可被当作双边条约。但是这种区别,从理论上来说虽然很有意义,却不影响到准则草案1.5.1的范围:条约不是被看作为有两个实际缔约方(不论缔约者数目),这种情况在准则草案1.5.1的范围内,就是该声明来自“多个缔约方”中的一方,因此是准则草案1.1所谓的保留。

⁴⁵⁹ 见条款38(对双边条约和只有有限参与方的其他条约的保留),其中他建议:“在双边条约或有限数目的国家为了它们特别感到兴趣的目的而缔结的多边条约的情况下,不可提出保留,除非条约中规定可这样做,或得到所有其他谈判国的明确同意”(1956年……年鉴,第二卷,p.115)。

⁴⁶⁰ 见条款草案18,第4(a)款:“在一项多边条约的情况下,保留如得到另一个谈判国的同意,就自动地变为两个国家之间的条约规定”(《1962年……年鉴》,第二卷,p.61)。

⁴⁶¹ 《1969年……年鉴》,第二卷,第180和181页,以及《1966年……年鉴》,第二卷,第203页。汉弗莱·沃尔多克爵士在其第一次报告中只是简单地说:“对双边条约的保留不成问题”(《1962年……年鉴》,第二卷,p.62)。

(4) 但是,鉴于在维也纳会议期间所持的立场,以及该会议后来将《维也纳条约法公约》第二部分第2节的标题改为“保留”的决定,使人们难以对此作出结论。应该特别指出该会议的起草委员会采纳了匈牙利的一项提案,即从关于保留的那一节的标题中删去有关多边条约的提法⁴⁶³ 为的是不对双边条约的保留问题作出预先的判断。⁴⁶⁴

(5) 然后,在作出这项决定后,会议主席罗伯托·阿戈先生同起草委员会主席穆斯塔法·雅辛先生就这个问题进行了意见交流,⁴⁶⁵ 这就表示,会议没有就对双边条约作出可能的保留的情况和法律制度采取一个坚定的立场。⁴⁶⁶

⁴⁶² 见国际法委员会向大会提交的关于其第十七届第一期会议工作的报告《1965年……年鉴》,第二卷,p.161,以及国际法委员会向大会提交的关于其第十八届会议工作的报告,《1966年……年鉴》,第二卷,p.202;并参看汉弗莱·沃尔多克爵士关于条约法的第四次报告,《1965年……年鉴》第二卷,p.45。

⁴⁶³ A/CONF.39/C.1/L.137号文件;另见中国和智利提出的类似修正案(A/CONF.39/C.1/L.13和A/CONF.39/C.1/L.22)。

⁴⁶⁴ 见起草委员会主席雅辛先生的解释,《联合国条约法会议第二届会议,1969年4月9日到5月22日,维也纳,正式记录》全体会议和全体委员会会议简要记录,联合国,1970年,纽约,第二届会议,第10次全体会议,1969年4月29日,第23段。

⁴⁶⁵ 同上,1969年4月30日第11次全体会议p. 37:

“19. 主席说,他个人对起草委员会接受对双边条约提出保留的概念感到惊讶,作为一个研究法律的学者来说,他的理解是这一概念是术语上的一种矛盾,因为如这种条约的一方提议更改,这项更改就构成新的提议,而不是保留。他把缩短第2节标题理解为承认保留只适用于多边条约是不言自明的。如果对于这个问题还有任何疑问,起草委员会最好重新采用国际法委员会提议的标题。

“20. 起草委员会主席Yasseen先生说,起草委员会的一些成员认为,某些国家的实践可能给人们一人印象,以为可对双边条约作出保留。然而,从第2节标题中删去提及多边条约的字眼,并不意味起草委员会决定对双边条约的保留是可能的。删除的目的只是不以任何方式凭予想对这个问题作出判断。

“21. 他以伊拉克代表的身份说,他完全赞同主席的意见,认为对双边条约提议的任何更改构成一项新的提议,不能视之保留。

“22. 主席问,起草委员会是否同意第2节各条款中规定的程序只适用于多边条约。

“23. 起草委员会主席雅辛先生说,他不能代表整个起草委员会确认这种说法,委员会在这问题上意见并不一致。

“24. 主席说,条约法会议审议的关于保留的条款所规定的程序不适用于双边条约,这与所涉原则无关。”

⁴⁶⁶ 有些作者对这一意见交流有不同的解释。可比较J.M. Ruda, “对条约的保留”、Recueil des cours,

(6) 1986年《关于国家和国际组织间或国际组织间相互间条约法的维也纳公约》没有对这个问题提出新的看法。然而,1978年《关于国家在条约方面的继承的维也纳公约》⁴⁶⁷有助于证实对1969年和1986年公约进行审查后所得的普遍印象,认为这两项公约规定的(1978年公约第20条第3款提及的)法律保留制度只适用于多边条约而不适用于双边条约。确实,第20条是该文书处理保留问题的唯一规定,它被写入处理多边条约⁴⁶⁸的第三部分第2节,⁴⁶⁹明确规定其适用于“新独立国家发出继承通知,确立其成为一项多边条约当事国的地位时”。对开放的多边条约发出的继承通知通常是可以接受的。

(7) 然而,这里可得出的唯一结论也是,维也纳制度不适用于对双边条约的保留,包括在国家继承方面。但这并不意味着对双边条约的“保留”的概念不可思议,或不存在。

(8) 但是,实际上一些国家毫不迟疑地对双边条约作出单方声明,称之为“保留”,但另一些国家则宣布反对单方声明。

(9) 这是一个已存在很久的做法,⁴⁷⁰美国曾加以普遍使用,⁴⁷¹其他国家在与

1975-III, 第146卷,p.110;Renata Szafarz, “对多边条约的保留”、《波兰国际法年鉴》,1970年,p.294;Richard W. Edwards, Jr., “对条约的保留”,Michigan Journal of International Law, 1989年,p.404。

⁴⁶⁷ Paul Reuter在他关于各国和各国际组织,或两个或数个国际组织之间缔结的条约的第四份报告中认为:“国际组织缔结的条约[……]几乎总是双边条约,在理论上可作出保留,而实际上没有作用”,*Annuaire ... 1975*, vol. II, pp. 38-39。也见委员会向大会提出的关于其第二十九届会议的工作报告,*Annuaire ... 1977*, vol. II, 第二部分,对第条款草案19的评注,p. 106;委员会向大会提出的关于其第三十三届会议的工作报告,*Annuaire ... 1981*, vol. II, 第二部分,p. 138及委员会第三十四届会议报告,*Annuaire ... 1982*, vol. II, 第二部分,p. 35。

⁴⁶⁸ 只关系到“新独立国家”。

⁴⁶⁹ 第3节处理“双边条约”的问题。

⁴⁷⁰ 关于对一项双边条约的“保留”的最古老例子似乎可追溯至1795年6月24日的决议、美国参议院在该决议中批准了1794年11月19日《杰伊条约》,“条件是必须在该条约增添一条,据此议定中止第12条内关于贸易的规定的适用,该条规定国王陛下同意美国与其在西印度群岛的岛屿依其中规定的方式和条件通商”(William W. Bishop, jr.,引述,“Reservations to Treaties”,R.C.A.D.I.,1961-II,第103卷,pp.260和261;Bishop还提到一个可追溯至邦联时代的先例:1778年,美国国会要求重新就1778年2月6日与法国缔结的贸易条约进行谈判,并如愿以偿(同上,注13)。

⁴⁷¹ 1929年,Marjorie Owen估计美国根据参议院就批准双边条约所规定的条件而提出“保留”的条约有66至87项。(“Reservations to Multilateral treaties”,*Yale Law Journal*, 1928年至1929年,第1091页。)最近,Kevin Kennedy教授开列了1795年至1990年期间的详细数据,其中表明美国参议院在这段期间总共对115项双边条约附以意见,作为同意批准的条件。这些数字包括解释性声明,平均为美国在这段不到两百年的期间成为缔约方的双边条约的15%。(Kevin C.Kennedy, “Conditional Approval of Treaties by the U.S.Senate”,*Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Journal*, 1996年10月,p.98)。从上述统计数字可见,这种提出“修正”或“保留”的惯例涉及所有类

美国的交往中也有使用,但较少。⁴⁷² 事实是,在所有回答国际法委员会问题单的国家中,只有美国对第1.4号问题⁴⁷³作了肯定的答复;所有其他国家的答复是否定的。⁴⁷⁴ 其中一些国家只说它们不对双边条约提出保留,但另外一些国家对这种做法表示关切。⁴⁷⁵

(10) 国家在这方面的做法的另一个重要特征是,在美国或其对应方对双边条约提出“保留”(通常称“修正”⁴⁷⁶)的所有情况下,它们在每一种情况下都企图就有关条

别的协定,尤其最常见于引渡、友好、贸易和航行方面的条约(“友好、贸易和航行条约”),和平条约也是如此(参看同上,pp.99-103和pp.112-116)。美国在答复关于保留的问题单时证实,该国在缔结双边条约时所遵循的这种做法依然重要。实际上,美国在其答复中附了一个清单,列出1975年和1985年间它以提出保留方式接受的13项双边条约。其中例如包括1977年9月7日《关于巴拿马运河永久中立和营运的条约》、美国和加拿大承诺向国际法院请求解决关于缅因湾区域海洋地区划界争端的特别协定、以及1985年6月25日与联合王国签署的引渡补充条约。

⁴⁷² 对应方若不是就美国的保留提出反提案见下列例子:Marjorie Owen, “Reservations to Multilateral treaties”, *Yale Law Journal*, 1928年至1929年, pp.1090-1091, 以及 William W. Bishop, jr., “Reservations to Treaties”, *R.C.A.D.I.*, 1961-II, 第103卷, pp.267和269, 就是本身采取主动见下列例子:Marjorie M. Whiteman, *Digest of International Law*, 第14卷, 1970年, p.161(日本);Marjorie Owen, 同上, p.1093(New-Grenada);Green Haywood Hackworth, *Digest of International Law*, 第五卷, 华盛顿特区, 美国印刷局, 1943年, pp.126-130(葡萄牙、哥斯达黎加、萨尔瓦多、罗马尼亚)。

⁴⁷³ 这个问题的提法是:“国家曾否对双边条约提出保留?”
⁴⁷⁴ 包括下列国家:玻利维亚、加拿大、智利、克罗地亚、丹麦、芬兰、法国、德国、印度、以色列、意大利、日本、科威特、墨西哥、摩纳哥、巴拿马、秘鲁、大韩民国、圣马力诺、斯洛伐克、斯洛文尼亚、西班牙、瑞典、罗马教廷、瑞士。

⁴⁷⁵ 参看德国的立场:“德意志联邦共和国未曾对双边条约提出过保留。它赞同普遍的看法,认为一国试图对一项双边条约附以保留实际上是拒绝接受所拟订的条约。这将构成提出一项另拟的条约,其中写入保留的内容,从而必须重新开展谈判”。意大利和联合王国的答复也十分类似。然而,联合王国还表示:

“联合王国本身不试图使保留成为接受一项双边条约的条件。如果国会(例外地)拒绝颁布必要立法,使联合王国能够执行一项双边条约,联合王国当局通常会试图重新就条约进行谈判,设法克服各种困难”。

⁴⁷⁶ Kevin C. Kennedy开列了美国参议院对批准条约(双边和多边)所施加的12种不同名称的条件,但指出其中四种构成所有事例的90%:“谅解”、“保留”、“修正”和“声明”;但每一种所占份额随时间而异,如下表所示:

条件类别	1845-1895	1896-1945	1946-1990
修正	36	22	3
声明	0	3	14
保留	1	17	44
谅解	1	38	32

约进行重新谈判,使对应方接受“保留”⁴⁷⁷的主题所引起的更改。⁴⁷⁸ 不然的话,批准过程就会中止,条约不会生效。⁴⁷⁹

(11) 委员会认为可从这一审查中得出下列结论:

1. 除了美利坚合众国之外,其他国家很少在双边条约方面提出保留,虽然也有例外(这些通常只在与美国的双边条约上发生);

2. 这种做法可能会在一些国家引起宪法上的反对,在国际一级却不会发生这种情况,这是因为与美利坚合众国缔结条约的国家虽然曾经拒绝该国提出的保留,但从未提出任何原则性抗议,并甚至在一些情况下,提出它们自己的同一性质的“反保留”。

(12) 正如可从上文所述的实践中看到尽管对双边条约的“保留”和对多边条约的保留有共同点,它们在一个基本要点上却有区别:它们旨在产生的效果和它们实际产生的效果。

(13) 无疑,对双边条约的保留是由国家在谈判结束后单方面提出的(而且根据推理,一个国际组织也可以无阻地这样做),它们可以根据国内法的不同现实而具有不

(“Conditional Approval of Treaties by the U.S. Senate”, Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Journal, 1996年10月, p.100)。

⁴⁷⁷ 正如国务院在西班牙拒绝接受参议院通过的一项对1904年引渡条约的“修正”之后,给美国驻马德里大使的指示就是一例:“参议院的行动是建议一项修正,如对方予以接受,则这项修正是事先同意的。换言之,参议院建议总统与该外国政府进行谈判,以期争取它接受所建议的修正”。(Green Haywood Hackworth引述, Digest of International Law, 第五卷, 华盛顿特区, 美国印刷局, 1943年, p.115)。

⁴⁷⁸ 在某些情况下,对应方提出反提案,这些反提案也被纳入条约中,例如:拿破仑接受了参议院对美国与法国于1800年签署的和平友好条约所提出的一项更改,但它转过来又附加了一个条件,而参议院却予以接受。(参看Marjorie Owen, “Reservations to Multilateral treaties”, Yale Law Journal, 1928年至1929年, pp.1090-1091, 以及William W. Bishop, Jr., “Reservations to Treaties”, R.C.A.D.I., 1961-II, 第103卷, pp.267-268。)

⁴⁷⁹ 例如,联合王国拒绝接受美国参议院要求对1803年《美加边界条约》的修正,或对1824年《关于禁止非洲与美洲间贩卖奴隶条约》的修正;(William W. Bishop. jr., “Reservations to Treaties”, R.C.A.D.I., 1961-II, 第103卷, p.266)。美国参议院的要求被拒绝的另一个著名例子涉及1900年12月20日《巴拿马运河条约》,而拒绝者又是英国政府,结果是就条约重新进行谈判,并签署了新的协定,即1901年11月18日的《海—庞斯富特条约》。参看Green Haywood Hackworth, Digest of International Law, 第五卷, 华盛顿特区, 美国印刷局, 1943年, pp.113-114。更错综复杂的是美国与瑞士于1850年11月25日签订的友好、贸易和引渡条约的批准程序:美国参议院首先要求作出修正,接着瑞士也这样做,而参议院又再次提出要求——这些修正都获通过,因此条约的批准书经过三次修正,并于其签署五年后进行交换(同上, p.269)。

同的名称,但根据国际法却并非这样。综合这些不同的观点,保留符合维也纳定义所规定的头三个标准(载于准则草案1.1)。

(14) 委员会发现对一项双边条约作出的“保留”可在谈判结束后,在最后议定的案文上签字之后,但在条约生效之前的任何时间作出,因为这些声明旨在更改其案文。

(15) 但就是这一特点使对双边条约提出的“保留”不同与多边条约的保留。无疑,双边条约的其中一个缔约方是利用“保留”以更改原来条约的某些规定的法律效果;但是,就一项多边条约来说,尽管提出保留,这项条约的规定依然存在,但对一项双边条约提出的“保留”却旨在更改条约:如果它产生其提出者的效果,则它就不是条约某些规定所设想的“法律效果”,因为这些规定对提出者“适用时”,其效果已于更改或摒除;被更改的是这些规定本身。对一项多边条约提出的保留具有主观效果:如被接受,所涉规定的法律效果对提出的国家或国际组织有所改变;对一项双边条约提出的保留具有客观效果:如果被另一国接受,被修正的是条约本身。

(16) 同样地对一项多边条约的保留只有在至少其他一个缔约国或一个缔约国际组织以某种方式明示或默示接受的情况下,才产生效果;⁴⁸⁰ 对一项双边条约提出的保留也是一样:共同缔约国或共同缔约国际组织必须接受“保留”,否则条约不会生效。因此,区别不取决于必须予以接受——这一条件在两种情况都存在——然后保留才会产生效果,而是取决于这种接受的后果:

就多边条约来说,提出反对不会妨碍文书生效,(即使有时会妨碍条约在反对国或反对国际组织与保留者之间生效,⁴⁸¹ 而且其规定保持不变;

就双边条约来说,共同缔约国或共同缔约国际组织不予接受即妨碍条约生效,而接受即意味更改条约。

(17) 因此,对一项双边条约提出的“保留”似乎是对有关条约提出一个修正或是进行重新谈判的要求。这个分析符合这方面学说的主流观点。⁴⁸² 此外,说接受对

⁴⁸⁰ 1969年公约和1986年公约第20条:条约明文准许的保留可事先经全体缔约国接受(第1款),或保留可经明示接受(第2、3和4款),或保留在十二个月内未遭反对而“被认为已为…所接受”(第5款)。

⁴⁸¹ 见1969年公约和1986年公约第20条,第4(b)款。

⁴⁸² 某些学者的结论是,对双边条约提出保留是完全不可思议的。(见Charles Rousseau, Droit international public, 第一卷, Introduction et sources, 巴黎,1970年,p.122;或Adolfo Maresca, Il diritto dei trattati-La Convenzione codificatrice di Vienna del 23 Maggio 1969年, 米兰, Giuffrè, 1971年, pp.281-282。)但所有人都强调需要得到对应方的明确同意及对条约案文作出更改(见David Hunter Miller, Reservations to Treaties: The Effect and the Procedure in Regard Thereto, 华盛顿特

一项双边条约所提出的“保留”等同于对条约作出修正并不使该保留变成修正案：这仅是单方面在条约生效之前提出的修正提案，⁴⁸³ 而修正本身是以条约为依据的，是缔约方之间一项协议的后果⁴⁸⁴ 并被纳入议定的案文中，即使它可被载入一项或多项独立的文书中。

(18) 如国务院法务官在1921年4月18日的备忘录中指出：

“参议院对一项条约提出所谓‘保留’的行动与它作出所谓‘修正’的行动实质上显然一样，如果这些保留和修正在任何显著程度上影响条约的规定。参议院不时提出的保留事实上不具有直到近期的国际实践中被普遍理解为保留一词的意义”。⁴⁸⁵

(19) 这也是委员会的观点，它相信一个国家(或一个国际组织)为了对一项已经过谈判人员议定的条约最后案文进行更改而作出的单方声明并不构成条约术语上保留的惯常意义，这是已经1969年、1978年和1986年的《维也纳公约》所证实的。

(20) 虽然委员会的大多数委员认为这样一项声明构成了重新谈判条约的提议，如果对应方接受这一提议，即成为对条约的修正，在实践指南中似乎无必要予以指出，因为，由于上文第1.4节提到的各类单方声明既非一般意义上的保留，也非解释性声明，它们不在条约的范围之内。⁴⁸⁶

1.5.2 [1.2.7] 对双边条约的解释性声明

准则 1.2.和 1.2.1 [1.2.4] 适用于多边条约也适用于双边条约。

区，1919年，pp.76-77。Marjorie Owen, “Reservations to Multilateral treaties”, *Yale Law Journal*, 1928年至1929年，pp.1093-1094。William W. Bishop, Jr., “Reservations to Treaties”, *R.C.A.D.I.*, 1961-II, 第103卷，p.271，注14)。

⁴⁸³ Marjorie Owen, (“Reservations to Multilateral treaties” ,*Yale Law Journal*, 1928年至1929年，p.1091) 把这一“还价”概念追溯至Hyde, *International Law*, 1922年，第519段。这一说法也见诸The American Law Institute, *Restatement of the Law Third-The Foreign Relations Law of the United States*, 华盛顿特区，第一卷，1986年5月14日，第113段，p.182；另参看阿戈先生和雅辛先生所持的立场，上文注467，以及Reuter的看法，上文注465。

⁴⁸⁴ 见1969年公约和1986年公约第39条。

⁴⁸⁵ Green Haywood Hackworth引述，*Digest of International Law*, 第五卷，华盛顿特区，美国印刷局，1943年，第112页；在同一意义上，参看D. H. Miller所持的立场，上文注482。

⁴⁸⁶ 见准则草案1.4及其评注。

评 注

(1) 《维也纳条约法公约》的缄默尤其扩大到双边条约的解释性声明:条约一般没有提及解释性声明,⁴⁸⁷ 并且对适用于双边条约的规则采取极为审慎的态度。⁴⁸⁸ 然而,这类声明十分普通,不象对同一些条约作出的保留,⁴⁸⁹ 它们在各方面都符合准则草案1.2所规定的解释性声明的定义。

(2) 双边条约解释性声明的实践几乎与双边条约保留的实践有同样长的历史⁴⁹⁰,在地域上限制较少⁴⁹¹,好象并不引起原则上的反对。至于当前情况,在答复委员会关于保留的问题单问题3.3的22个国家中⁴⁹²,4个国家表示就双边条约问题提出过解释性声明;一个国际组织——国际劳工组织表明在一项假设中作出了相同的声明,但同时明确指出实际上这是一项为了不延误签署而作出的“更正”。这项总结也许显得“贫乏”,但意义重大:虽然只有美国表明对双边条约作出保留,⁴⁹³ 但后继者有巴拿马、联合王国、斯洛伐克和一个国际组织;⁴⁹⁴ 虽然若干国家批评对双边条约提出保留的原则,⁴⁹⁵ 但没有一个国家对提出双边条约解释性声明一事表示反对。⁴⁹⁶

(3) 双边条约的解释性声明的大量和经常实践充分证明国际法对这项体制的接纳:在这方面毫无疑问的是:“这是已被接受为法律的普遍实践”。

(4) 即使“保留”一词在适用于关于双边条约的单方声明时的意义与适用于多

⁴⁸⁷ 见准则草案1.2, 评注第(1)段。

⁴⁸⁸ 见准则草案1.5.1 [1.1.9], 评注第(1)段。

⁴⁸⁹ 见准则草案1.5.1 [1.1.9], 及其评注。

⁴⁹⁰ William W. Bishop 提到西班牙在割让佛罗里达的1819年2月22日条约的批准书中所附的声明(“Reservations to Treaties”, *Recueil des cours*……1961-II, Vol.103, p.316)。

⁴⁹¹ 见准则草案1.5.1 [1.1.9], 第(9)至(11)段评注。但是,正如对双边条约提出的“保留”,在这方面实践最多的例子也是美利坚合众国;在该国对关于保留的问题单的答复所涉期间内(1975-1995年),它提到对28项双边条约在表示同意接受制约时提出了附带的解释性声明。

⁴⁹² “国家有没有表示同意接受解释性声明的双边条约的制约?”

⁴⁹³ 见准则草案1.5.1 [1.1.9] 的评注第(9)段。

⁴⁹⁴ 此外,瑞典表示:“可能发生但很少发生的是,瑞典曾对双边条约正式作出解释性声明。[……] 纯粹说明性的声明当然存在”。

⁴⁹⁵ 见准则草案1.5.1 [1.1.9] 评注,注240。

⁴⁹⁶ 联合王国对关于开曼群岛司法互助条约的美国谅解提出批评;但联合王国政府在这里反对的似乎是借口解释来更改双边条约的可能性(借口“谅解”提出实际上的“保留”)。

边文书时的含义有所不同,但有关解释性声明的情况却非如此:两种情况都是指“一国或一国际组织所作的”单方面声明,不论其措辞或名称为何;“通过这项声明,该国或该国际组织意图确切表明或澄清声明者认为条约或其某些规定所应有的意义或范围”。⁴⁹⁷ 因此大家可以认为,关于解释性声明定义的准则草案1.2也适用解释双边条约和多边条约的声明。

(5) 然而在有一点上,双边条约解释性声明的实践似乎与多边条约的一般实践有所不同。事实上,某些著作似乎指出:“对于双边条约,一贯的实践是在为交换批准书作出安排前、有时甚至在批准条约前,由政府作出说明或声明的政府通知其他有关政府,使它们能够有机会接受、否决该声明或以其他方式表示其对该声明的意见”。⁴⁹⁸ 而且声明一旦获得通过,即成为条约的组成部分:

“……若条约的一缔约方在批准条约时附上一项声明解释文书中的含糊用语 [……],而且如另一缔约方后来批准了附带该声明的条约并经正式交换其批准书——所附的声明则为条约的一部分,其约束力和强制性如同声明已列入文书的本文。必须从整项文书在交换批准书时的情况来推定缔约方的意图”⁴⁹⁹

(6) 这项推论似乎很难争议,但它引起一个问题:双边条约的解释性声明是否就象对这类条约提出的“保留”一样,⁵⁰⁰ 使对应方不得不予以接受。事实上,似乎并不是这样:在绝大多数(?)情况下,双边条约的解释性声明得到接受,因为提出的国家请求接受,但大家完全可以假定它不会作出这一请求。事实上,区分是否为有条件的解释性声明所依据的推理⁵⁰¹ 似乎完全可以转用于双边条约:一切取决于声明者的意图。声明者可以将声明作为其同意条约的一项不可或缺的条件,因此在这种情况下,声明是有条件的解释性声明,性质与关于多边条约的声明相同并符合准则草案1.2.1 [1.2.4] 提议的定义。可是声明者也可能纯粹想将其对条约规定给予的意义和范围通知伙伴,但没有非要伙伴接受不可,因此,在这种情况下,声明是“单纯的解释性声

⁴⁹⁷ 参看准则草案1.2。

⁴⁹⁸ Marjorie M. Whiteman, 《国际法文摘》,第14卷,pp.188-189,1970年。

⁴⁹⁹ 美国最高法院对西班牙关于1819年2月22日条约的声明所作的裁决 Doe诉Braden案, 16 How 635,656(US 1853) William W. Bishop, Jr. 引述,同上,p.316。

⁵⁰⁰ 见准则草案1.5.1 [1.1.9] 的评注第(16)至(20)段。

⁵⁰¹ 见准则草案1.2.1 [1.2.4] 及其评注。

明”；象关于多边条约的声明那样，⁵⁰² 这种声明可于任何时候提出。

(7) 因此，委员会认为不必为双边条约的解释性声明通过特殊的准则草案，因为这些声明的定义与多边条约的解释性声明的定义一样，不论是准则草案1.2所列的一般定义，或是准则草案1.2.1 [1.2.4] 中对简单和有条件的解释性声明所作的区别。因此在《实践指南》中注意到这一点似乎已经足够。

(8) 另一方面，关于联合提出解释性声明的准则草案1.2.2 [1.2.1] 对双边条约自然不适用。

(9) 至于《实践指南》中关于保留和解释性声明之间区别这一章第1.3节，如果在双边条约方面的“保留”不符合准则草案1.1对保留所下的定义，这就难以理解它怎么能够适用于后者。最多是，其中规定的原则可以在细节上作出必要修正后，用来区别解释性声明和在双边条约方面作出的其他单方声明。

1.5.3 [1.2.8] 接受对方对双边条约的解释性声明的法律后果

双边条约缔约国或缔约国际组织对双边条约作出的一项解释性声明所导致的解释，在该解释声明得到另一方接受后，即构成对该条约的可靠解释。

评 注

(1) 虽然接受一个国家对双边条约提出的解释性声明并不是这一类声明所固有的⁵⁰³，但接受这种声明是否会改变解释性声明的法律性质？

(2) 委员会认为，对这一问题的答复是肯定的，当双边条约的解释声明为另一缔约方接受时，⁵⁰⁴ 即成为条约的组成部分，构成条约的权威解释。如常设国际法院指出，“权威地解释某项法律规则的权利完全属于有权更改或取消此法律规则者”。⁵⁰⁵ 可是，如果是双边条约，这项权利属于缔约双方。因此，如双方就解释达成协议，这项解释就象共同缔约国或共同缔约国际组织一旦接受双边条约“保留”后的“保留”那样，⁵⁰⁶

⁵⁰² 见准则草案1.2及其评注第(21)至(30)段。

⁵⁰³ 见准则草案1.5.2 [1.2.7] 评注第(5)和(6)段。

⁵⁰⁴ 即使当一项解释性声明不是有条件的，也会发生这种情况。

⁵⁰⁵ 1923年12月6日咨询意见，Jaworzina案，s*rie A/B, No.8, p. 17。

⁵⁰⁶ 公文交换、议定书、简单的口头协定等。

不论其形式为何,⁵⁰⁷ 即成为法律并且本身具备普遍性质。这是条约的一项旁系协议,属于1969年和1986年的《维也纳公约》第二和第三(甲)条规定的意义范围,因此,解释条约时必须予以考虑。⁵⁰⁸ 此外,这项分析符合美国最高法院在Doe案中的分析。⁵⁰⁹

(3) 尽管必须认识到在《实践指南》第一部分中考虑到这种现象超出该部分实践的范围(即专门讨论保留和解释性声明的定义而不是其法律制度,⁵¹⁰ 委员会认为应在准则草案中提及。事实上,它不打算将来再讨论关于对双边条约提出“保留”和解释性声明这个非常特殊的问题:首先是因为它们不是保留,其次是因为双边条约的解释性声明与多边条约的解释性声明,除了准则草案1.5.2 [1.2.7]所提到的那一点外,并无显著的不同。因此纯粹为了实际原因,似乎应在现阶段就加以澄清。

1.6 [1.4] 定义的范围

实践指南本章内所载的单方声明的定义,不影响这些声明在对其适用的规则方面的容许性和效力。

评 注

(1) 委员会于1998年第五十届会议上,以只提到保留的形式,暂时通过上述准则草案。有关的草案评注指出它在《实践指南》中的标题和位置应在稍后阶段决定;委员会将考虑是否可在同一个防止误解的说明中提到保留和解释性声明的问题;一些委员认为,两者的问题相同。⁵¹¹ 在其第五十一届会议,委员会整体接受这一方式,认为必须澄清和规定整套准则草案为整套单方声明所下定义方面的范围,以便使它们的特殊目标明显。

(2) 下定义并不等于管制。作为“对一事物主要性质的明确说明”⁵¹²,定义的

⁵⁰⁷ 见准则草案1.5.1 [1.1.9] 及其评注第(15)至(19)段。

⁵⁰⁸ 1969年《维也纳公约》第三十一条:“二、就解释条约而言,上下文除指连同序言及附件在内之约文外,并应包括:(甲) 全体当事国间因缔结条约所订与条约有关之任何协定;(乙) 一个以上当事国因缔结条约所订并经其他当事国接受为条约有关文书之任何文书。三、应与上下文一并考虑者尚有:(甲) 当事国嗣后所订关于条约之解释或其规定之适用之任何协定”。

⁵⁰⁹ 见准则草案1.5.2 [1.2.7] 的评注,注254。

⁵¹⁰ 见准则草案1.6。

⁵¹¹ 国际法委员会第五十届会议工作报告,1998年《大会正式记录,第五十三届会议补编第10号》(A/53/10)。pp. 213-232。

⁵¹² Grand Larousse encyclopédique。

唯一作用是决定应将某一项声明归于那一类下。但是,这种分类丝毫不妨碍有关声明的有效性:一项保留,如果它符合既有定义,不论它是可允许的或不可允许的,仍旧是一项保留。反过来,如果它不符合这些条款草案(以及委员会意图在明年通过的那些条款草案)中规定的标准,它就不是一项保留;但这并不一定意味从其他国际法规则的立场来说这一类声明是可允许的(或不可允许的)。解释性声明也是一样,它们可能被认为不可允许的,因为它们会更改条约的性质,或因为它们未在规定的时间内提出;⁵¹³等等。⁵¹⁴

(3) 此外,准确地决定一项声明的性质是适用某一个法律制度的先决条件,首先是为了评估它的可允许性。只有在某一项文书被界定为“保留”(或单纯的或有条件的解释性声明)时,才能决定它是否可被允许的,才能评估其法律范围和决定其效力。然而,这种可允许性和这些效力并不因此受到定义的影响,定义只要求适用有关的规则。

(4) 举例说,准则草案1.1.2指出可在准则草案1.1和1969年及1986年维也纳公约第11条所提到的所有情况下“提出”一项保留这一事实,并不是说这一保留必然是可允许的;它的可允许性取决于它是否符合有关条约保留的法律的规定,特别是上述公约第19条的规定。同样地,委员会在准则草案1.1.1 [1.1.4] 中证实,固有的“全面”保留的做法,也绝不意味对在某一情况下的这种保留的可允许性作出决定,这是取决于其内容和上下文;草案的唯一目的是显示这种性质的单方声明实际是一项保留,因而受到有关保留的法律制度的管制。

(5) 准则草案1.6所提到的“可适用规则”首先是1969年、1978年和1986年《维也纳公约》中的有关规则,和一般的,适用于保留和解释性声明的习惯规则(本实践指南企图按照委员会的职权将其逐渐地编纂和拟订);以及那些关于国家和国际组织能够就条约提出的其他单方声明的规则,这些规则不在实践指南内。

(6) 一般说,迄今通过的所有准则草案都是相互有关的,不能单独地阅读和理解。

⁵¹³ 这个问题也很可能在有条件的解释性声明方面出现(准则草案1.2.1)。

⁵¹⁴ 对单方声明显然也可以这样说,这些声明既不是保留,也不是第1.4节中提到的解释性声明。

第 七 章

国家及其财产的管辖豁免

A. 导 言

471. 委员会1991年第四十三届会议结束了关于国家及其财产的管辖豁免条款草案的二读。⁵¹⁵

472. 大会1991年12月9日第46/55号决议第4段决定在其第四十七届会议上设立一个不限成员名额的第六委员会工作组,除其他外,审议条款草案引起的实质性问题,通过促进普遍协议以便利公约的成功缔结。

473. 工作组在1992年9月25日至11月6日期间举行了会议,并编写了一份概述其工作情况的报告。⁵¹⁶

474. 大会1992年11月25日第47/414号决定除其他外决定于其第四十八届会议在第六委员会范围内重新设立该工作组,继续审议特别是以前段落提及的问题。

475. 工作组在1993年9月27日至12月8日期间举行了会议,并编写了一份概述其工作情况的报告。⁵¹⁷

476. 大会1993年12月9日第48/413号决定除其他外决定于其第四十九届会议在第六委员会范围内举行协商,继续审议各项实质问题,以求确定并减少分歧,从而通过普遍协议,促进顺利缔结一项公约。

477. 1994年9月26日至30日和10月3日举行了非正式协商。协商会议的主席向第六委员会报告了他的结论,这些结论涉及到各项主要实质问题以及就这些问题达成折衷的可能基础。⁵¹⁸

478. 大会1994年12月9日第49/61号决议除其他外请各国对于上文第7段提及的非正式协商会议主席的结论,以及对于上文第3和第5段提及的工作组的报告,向秘书长提交其评论意见。大会进一步决定,参照上述报告和各国就此提出的评论,在其第五十二届会议上恢复审议实质问题。

⁵¹⁵ 见《大会正式记录,第四十六届会议,补编第10号》(A/46/10),第25-26段。委员会历来审议该专题的情况,载于同上,第17至24段及其中所引述的文件。

⁵¹⁶ A/C.6/47/L.10号文件。

⁵¹⁷ A/C.6/48/L.4号文件。

⁵¹⁸ A/C.6/49/L.2号文件。

479. 大会1997年12月15日第52/151号决议除其他外决定在其第五十三届会议上,参照各国按照第49/61号决议提出的评论意见,再次审议该项目,以期在第五十四届会议上成立一个工作组。

480. 大会在其1998年12月8日第53/98号决议第1和第2段中:(1) 决定在大会第五十四届会议上设立一个第六委员会不限成员名额工作组,也开放给各个专门机构的成员国参加,审议与国际法委员会通过的国家及其财产的管辖豁免条款草案相关而尚未解决的实质性问题,其中考虑到自条款草案通过以来各国对这个问题的做法、立法和任何其他因素的最新发展情况以及各国依照第49/61号决议第2段和第52/151号决议第2段提出的评论意见,并审议工作组认为应该要求委员会进一步评论和建议的问题;以及 (2) 请国际法委员会参照根据大会1993年12月9日第48/413号决定举行的非正式协商的结果,并考虑到自条款草案通过以来各国对这个问题的做法和其他因素的最新发展情况,在1999年8月31日之前,就条款草案所涉及的尚未解决的实质性问题提出它可以作出的任何初步评论,以便协助工作组履行任务。

B. 本届会议审议这个专题的情况

481. 委员会1999年5月7日第2569次会议决定建立国家及其财产的管辖豁免工作组,如大会1998年12月8日第53/98号决议执行部分第2段所要求的那样,该工作组将被赋予编写初步评论的任务。委员会还决定任命哈夫纳先生为工作组主席。⁵¹⁹

482. 工作组在1999年6月1日至7月5日期间举行了10次会议,并向委员会提交了一份报告,该报告载于A/CN.4/L.576号文件。

483. 委员会1999年7月13日和14日的第2601次会议和第2602次会议审议了工作组的报告。该报告由工作组主席提交,他代表工作组提出了某些案文上的修改。

484. 经过交换意见,委员会决定注意到工作组的这份报告,该报告将附在委员会报告之后。委员会还决定通过经讨论过程中修正的工作组的建议。这些建议载于本报告所附工作组报告的第24-30、56-60、78-83、103-107和125-129段。

⁵¹⁹ 关于工作组的组成,见国际法委员会第五十一届会议工作报告第一章(导言),第10段)。

第 八 章

国家的单方面行为

A. 导 言

485. 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。⁵²⁰

486. 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。

487. 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。⁵²¹

488. 委员会第四十九届会议还任命罗德里格斯—塞德尼奥先生为这一专题的特别报告员。⁵²²

489. 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议程。

490. 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。⁵²³ 作为讨论的成果,委员会决定重新召集国家的单方面行为工作组。

491. 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。⁵²⁴

492. 大会第53/102号决议第3段建议委员会:考虑到各国政府以书面形式或在大会辩论中口头提出的评论和发表的意见,继续进行目前方案中各个专题的工作。

⁵²⁰ 见《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。

⁵²¹ 见《大会正式记录,第五十二届会议,补编第10号》(A/52/10),第196-210和第194段。

⁵²² 同上,第212和234段。

⁵²³ A/CN.4/486。

⁵²⁴ 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。

B. 本届会议审议这个专题的情况

493. 委员会本届会议收到了特别报告员关于这个专题的第二次报告。⁵²⁵ 委员会在1999年6月24日至7月2日举行的第2593至2596次会议上审议了这份报告。

1. 特别报告员介绍第二次报告

494. 特别报告员说,从结构和精神上来讲,1969年的《维也纳条约法公约》是委员会目前工作的适宜参考依据。这并非意味着适用于《1969年公约》规定的条约行为的规则,经适当变通后也适用于单方面行为。如果是这样的话,就没有必要规定单方面行为的职能,人们认为单方面行为是自主的或独立的行为,有其不同的特性,有别于条约范畴的单方面行为,可对该类行为拟订专门的实施规则。

495. 他说,在条约行为与单方面行为之间存在着重要的区别。前者以一项涉及到两个或多个国际法主体的协议(一种意愿的联合表示)为基础,而后者则以一种意愿的表示为基础——无论是个体还是集体意愿——目的在于与其他一国或数国或不曾参与表述或拟订该行为的国际法主体建立一种新的法律关系。

496. 为了确定单方面行为的具体特征,证明拟订具体规则的合理性(可能会根据与适用于条约行为的标准不同的标准),应该牢记:一国通常在不能或不希望谈判一项条约行为时,也就是说,因政治原因不希望参与谈判时,便会表述一项单方面行为。例如:特别报告员提到了核武器国家在双边或多边谈判范围之外,在声明的对象——无核武器国家没有参与的情况下表述的、含有在裁军谈判范围内的消极安全保证的单方面声明。

497. 由此可见,在拟订指导单方面法律行为运作的规则时,需要采取一种不同的办法。具体地说,这些规则应限制此类行为的解释和效力,特别是在有关同意的表示方面。在这一点上,特别报告员强调有必要充分考虑一下政治现实,以及一些国家所持的观点,它们或许主张拟订在国际领域不过分限制其政治和法律行动自由的规则。

498. 在提及第六委员会内各国代表的评论时,特别报告员说,大家已承认存在着一种特定类别的单方面国家行为。在国际关系方面,国家在政治和法律领域通常通

⁵²⁵ A/CN.4/500和Add.1。

过表述单方面行为来运作。有些行为十分明确是政治性的,另一些行为也很容易被识别为属于法律领域。还有一些行为并不明确,需要认真研究,以确定将其归入哪一类。就法律行为而言,某些行为的目的是要产生国内法律效力,因而可以不予考虑。就那些寻求产生国际法律效力的行为而言,国际法的一条非常确定的原则就是,一个国家不能未经其他国家或国际法主体同意便将一些义务强加于它们。

499. 此外,据特别报告员说,有些单方面行为可以产生国际法律效力,但不被视为自主的行为,例如与先前存在的规范有关的行为,无论这些规范是习惯准则、条约规则、还是单方面准则。

500. 特别报告员还指出,单方面行为可由一个国家表述,在这种情况下它们就是单独表述的单方面行为,单方面行为也可由两个或多个国家表述,在这种情况下它们就是集体或联合表述的单方面行为。后者反过来也有许多变化,因为集体行为的依据也可能是某一单项文书,而联合行为也可能通过单独的、但具有同样意旨的行为加以表述。

501. 尽管所有这些行为在其拟订时都是单方面的,但并不能阻止它们具有双边效力,也就是说,在对象国取得一项权利并行使这一权利时,存在着以单方面方式建立的一种关系变成双边关系的可能性。不过,这种行为的单方面性质并非基于可能产生的、对双边具有约束力的效力,而是取决于表述该行为时的实际情况。

502. 特别报告员提到了他所称的单方面行为的自主性问题。他认为,一项单方面行为在单方面正式表述、不依赖于先前存在的行为(第一种自主形式),以及所产生的义务与另一国是否接受无关(第二种自主形式)之时,便已存在了。大量的法律咨询意见和国际法院对1974年在核试验案和另一些案件的判决都确认了第二种自主形式。

503. 特别报告员认为,区分正式行为与实质行为也很重要,因为这样才有可能区别据此产生法律效力的行动是否来自该实际行为本身。由此可见,正式行为就是声明,由于这种正式行为才形成了效力——特别是义务。

504. 特别报告员认为,几乎和条约法的情况一样,条约是国家产生法律效力所采用的基本手段,在指导单方面行为的法律中,基本手段就是声明。

505. 特别报告员认为,并非第六委员会或委员会内的每一个人都同意这种评价。有人认为,使用声明这个术语来确认一项法律行为将会产生限制,因为其他的单方

面行为可能被排除在本项研究或规章条例的范围之外。但他认为情况不会是这样,因为声明作为一项正式行为是唯一的,而实质行为,也就是此种行为的内容可以是变化多样的。例如,放弃、抗议、承认或许诺都是具有其单独特性的行为,因此,确立指导所有此类行为的规则是一项复杂的任务。不过,他注意到,在拟订管制其效力的规则时,必须考虑到实质行为。或许有必要拟订与每一种此类行为的各类效力相符合的规则。不过,在目前,他认为委员会应该侧重会形成法律规范的正式行为的声明。声明作为一种正式行为,国家可以据此放弃一项权利或权利主张,承认一种局面,提出一项抗议或承诺以某一特定方式行事,适用于声明的规则可以是同质的,但管制效力的规则就必须与实质行为——放弃、承认、抗议或许诺——的类型相符合。

506. 特别报告员继续探讨了第六委员会提出的一些问题,分析了单方面行为与涉及国际责任、国际组织、不容反悔、保留和解释性声明之行为的关系。

507. 在与国际责任有关的行为方面,特别报告员区分了可产生国际义务且属于本专题工作范围的自主性初级行为,以及次级行为或一国因未能履行先前产生的单方面义务,从而构成该国国际责任的基础而表述的行为。这种次级行为尽管在名称上是单方面行为,并非象初级行为那样,是自主性的,因为它与一种先前存在的义务有关。所以,特别报告员认为,次级行为并不属于本专题的工作范围。

508. 特别报告员指出,委员会的研究范围仅限于国家的单方面行为,并不包括国家组织表述的单方面行为。不过,本专题的范围还应涵盖国家表述的、但涉及作为国际法主体之国际组织的单方面行为。

509. 特别报告员进一步指出,尽管有关不容反悔的行为可以在正式名称上归类为单方面行为,但它们本身并不产生效力。它们取决于其他国家所作的反应以及一国的初级行为所造成的损害。无疑在两者之间存在着密切的联系。一国可以执行或表述一项单方面行为,这一行为可能促使认为受到影响的另一国援引不容反悔。然而,这是一种不同类型的行为,与不以条约为依据的许诺、放弃、抗议或承认不一样,它本身并不产生效力,也就是说,它并不是只通过行为本身的表述而存在,而要取决于其他国家的反应以及它所造成的损害,法学家们认为这些条件是在诉讼程序中援引不容反悔的先决条件。

510. 关于单方面行为与保留和解释性声明之间的关系,特别报告员区别了两个问题:第一,据此表述一项保留或解释性声明的行为的单方面性质;第二,委员会关

心的单方面行为的类型是否会引起保留或解释性声明。他建议在下届会议处理后一个问题。就前一个问题而言,他认为,据此表述保留或解释性声明的行为,显然与先前的条约有关,而不是自主性单方面行为。因此,正如《1969年维也纳条约法公约》所反映的那样,该行为已由现有规则予以涵盖,不属于本专题的研究范围。

511. 提到他在第二次报告中所载述的条款草案时,特别报告员指出,目前形式的条款草案仅打算作为讨论的基础。

512. 关于草案的范围的第1条在很大程度上以《1969年维也纳条约法公约》为基础。该条谈到法律行为,从而把政治行为排除在外,委员会讨论过这种困难的区分。特别报告员说,他曾试图在评注中反映一个在联合国裁军谈判会议范围内提出的问题,即核武器国家表述的、称为消极安全保证的单方面声明,是否政治性声明或单方面法律行为的问题。此类声明是单方面的、而且是联合表述的,尽管是通过单独的行为加以表述,实际上却是相同的。它们也几乎是同时,在同样的情况下,在裁军谈判会议的范围内表述的。

513. 无核武器国家认为,这些声明是政治性声明,应该载于一份真正有效力的法律文件中,因为它们认为,核武器国家的承诺应该在裁军谈判会议框架内的多边谈判中表述。特别报告员倾向于认为,这些声明都是对有关国家具有法律约束力的真正的声明或行为。他认为,这些声明语义含糊和以限制条件为前提的事实,并不一定意味着它们不具有法律效力。不过,它们还不足以满足无核武器国家的期望。

514. 然而,特别报告员也认为,如果此类声明具有法律效力,它们并非明确无误地属于自主性行为,因为它们可能与涉及无核武器区的现有条约有关。例如,1967年2月14日《特拉特洛尔科条约》第二号议定书规定,核武器国家提供保证的内容是,不对该条约缔约国使用或威胁使用核武器。1985年8月6日的《拉罗通加条约》第二号议定书也载有一项类似的条款。

515. 第1条也指出,有关的行为具有国际法律效力,这个问题已经彻底辩论过了。国内范围的单方面行为不属于本条款草案的范围。

516. 界定单方面法律行为的第2条与第1条密切相关。特别报告员将“声明”一词放入括号内,尽管他个人确信这是需要规范的行为,并不希望将它硬塞入案文中。这是一个应由委员会决定的问题。

517. 关于国家表述单方面法律行为的能力的第3条,在很大程度上以《1969年

维也纳条约法公约》第6条的措词以及在该条通过之前的讨论为基础,该条仅适用于国家而不适用于联邦实体。尽管实行分权的联邦国家在国际行为方面的最新事态发展,可能有助于将该条扩展适用于联邦实体,但此类实体不可能表述需要在那个级别上作出承诺的声明或单方面行为。只有作为一个行政管理政治单位的国家才有能力承担单方面国际义务。

518. 第4条是以《1969年维也纳公约》第7条为基础拟订的。特别报告员指出,单方面行为同国家的所有法律行为一样,必须由有权代表国家在国际法领域行事的机构表述。换言之,单方面行为要想产生国际法律效力,就必须由有权使国家在其国际关系方面承担责任的机构表述。正如《1969年维也纳公约》指出的,这些国家的代表是由于其职能或在其他情况下有权使国家在国际一级承担义务的人。“由于其职能”这个短语必须要理解为原则、国际惯例和判例认为无需全权证书等额外正式手续即可代表国家行事的代表。此类代表指国家元首、政府首脑或外交部长。国际法院在东格棱兰的法律地位案和最近的缅因湾案中都铭记这项原则。

519. 特别报告员指出,由于表述行为之国家的意图和应适用于国际关系的诚意,人们可以假设,其他代表也可以无需经过特别授权即可使国家承担义务。这一点已经在国际实践中明显地体现出来。他提到在正式会议之后由教育部长、卫生部长、劳工部长和贸易部长们签署文件的情况,这些文件确定了合作和援助方案,甚至表述了更为具体的承诺。此类行为通常称为协议、谅解备忘录、公报或声明,但无论名称为何,都具有法律价值,可以通过规定权利和义务产生具体的法律效力。国家代表这个术语的严格意义通常指官员,但也可指具有不同地位的个人、持有默示的权力可在特定国际关系领域代表国家的人员,例如特派员、顾问和特使等。例如,在管理或使用两国之间共有空间的情形下,环境部长和公共工程部长以及边境地区的专员可以通过表述自主的单方面行为代表国家作出承诺。

520. 特别报告员认为,尽管上述考虑很重要,但鉴于有必要在国际关系方面实现稳定和建立信任,应施加一些限制。不应授权某些类型的个人——诸如技术人员使国家在国际上承担义务。这个问题不仅在理论上经受了探讨,国际法院最近在对缅因湾案的裁决中也予以审查。

521. 特别报告员认为,重要的问题是,所有声明和法律行为是否一经表述便产生效力,而不论主题事项和该国的内部规则如何,也不论是否象条约那样需要经过批

准。具体的事例是,一国代表就边界的划定或确定所表述的法律行为。在领土,特别是确定边界事项上表示同意的国内规则或许应有必要的、甚至是必不可少的批准程序。他认为,并非所有单方面行为一经表述便立即产生效力,因为适用于在条约事项上表示同意的规则也同样适用于单方面行为的表述。《1969年维也纳公约》规定,使馆馆长可以向驻在国表述承诺,常驻国际组织的代表团团长和奉派出席国际会议的代表团团长也有资格代表国家行事,并以其名义作出承诺。他们也有权表述单方面行为。

522. 特别报告员对是否有必要象《维也纳公约》那样也列入一项关于全权证书的规定,表示怀疑。他初步认为,这种规定并非必不可少。对使馆馆长、常驻各组织的代表团团长和奉派出席国际会议的代表团团长而言,全权证书隐含在委任书中,委任书已授权他们对驻在国、国际组织或国际会议行事。当然,这些权力仅限于有关该国、该组织或该会议的特定活动领域。

523. 第5条提到事后确认未经授权即予表述的单方面行为,这一条是以《1969年维也纳公约》的第8条为基础拟订的,基本上与一国表述的单方面行为的默示确认或明示确认有关。《维也纳公约》允许默示确认,也允许明示确认。在维也纳会议上审议条款草案期间,采取了一种广义的表述方式。委内瑞拉提出了一项并未获得接受的建议,但该建议现在似乎与自主性单方面行为有关:此类行为只应以明示方式确认。特别报告员认为,鉴于此类单方面行为的特定性质以及应对其适用施加限制,这个建议似乎是适宜的。

524. 第6条提到同意的表示。特别报告员强调说,为了使一项法律行为根据国际法具有法律效力,它必须归属于一个国家,该国的代表必须有资格使该国在国际一级承担义务,该行为必须是该国意愿的表示,没有违反规则的现象,且必须以适当的方式作出。该行为必须具有合法的目标,不得减损先前的义务。第6条特别提到了这些义务:该国绝不能通过其行为获取权利,反之,未经其他国家的同意它也绝不能对其施加义务。意图对于该行为的解释来说极其重要。根据《维也纳公约》第31条,对一行为进行解释的范围,除了案文之外,还包括它的序言和附件、该国在表述该行为之前、期间和之后所从事的完整的一系列行为。

525. 第7条把一单方面行为失效的原因总合在一起,这几乎与适用于条约法的情况一样,尽管为了便于征询意见在顺序排列上略有不同。第1款提到了事实错误或

该国在表述该行为时认为实际存在、而以之作为同意的依据的情况。第2款指出,如果该国导致另一国家以欺诈方式表述一行为,则可以声称失效。已提到的、声称失效的另一些原因是:国家代表腐化、代表遇到一些行为或威胁、单方面行为抵触了国际法强制性规范。

526. 特别报告员指出,关于明年的工作,他建议处理最为重要和复杂的问题,例如单方面行为的遵守、适用和解释,以及一国是否可以通过表述另一单方面行为而修正、废止或暂停适用一单方面行为。

2. 辩论概况

527. 委员们普遍欢迎特别报告员的第二次报告,对报告中涉及的广泛问题表示赞赏,认为他查明了需要加以处理的主要问题。委员们还强调了本专题的效用,认为应该加以编纂和逐渐发展。有人认为,单方面行为是进行日常外交的最普通手段,无论在文献、还是在实际中,适用于这些行为的法律制度都存在着不确定的情况。委员们也强调:此类行为多种多样。鉴于国际法的作用是要确保国际关系的稳定和可预测性,因而需要有一些制度,以便防止单方面行为成为争端或冲突的原因。但有一种观点认为,就本专题进行编纂或逐渐发展的时机还不成熟。

528. 关于本专题的一般范围,在与国际责任有关的行为、国际组织的单方面行为和不容反悔方面,进行了评论。

529. 关于产生国际责任的单方面行为,委员们普遍同意特别报告员的意见,认为此类行为不属于本专题的预先审查范围,因为它们属于国家责任专题范畴。不过,有人认为,委员会或许希望审议一单方面行为可能对一国产生法律效力、但又违反对另一国的某项义务的情况。例如:一国过早承认一个仅在“组建中的”国家,从而违反了对该主权国家的义务。

530. 委员们普遍认为,在现阶段,不应将国际组织的单方面行为列入本专题的范围,与其说是为了理论上的原因,不如说是这些问题的审议会使已经足够复杂的事项更加复杂。鉴于此类单方面行为的特殊性质和目的,或许需要有适用于它们的单独一套规则。因此,这些问题可在稍后阶段,在结束国家的单方面行为的审议之后单独加以处理,这当然并不意味着不应在本专题下审议国家对国际组织表述的单方面行为,或国家在一国际组织框架内、或在一国际会议框架内表述的单方面行为。

531. 把不容反悔纳入本专题范围是否可取的问题出现了不同的见解。有人支持特别报告员关于不应将其纳入的立场,他说:不容反悔的特殊要素不是该国的行为,而是另一国家对该行为的信赖。虽说该国的单方面行为产生了一种积极效果,该国有明确的意图要受其制约,但引起不容反悔的单方面行为却产生了一种负面效果,这种效果基本上不是行为国的意图,尽管其他有关方面可能会利用这个机会,以不容反悔为借口从中获利。因此,一国的自主性单方面行为定义的一个方面,也就是国家要产生国际法律效力的意图,在引起不容反悔之借口的单方面声明中便已缺失。不容反悔没有产生任何权利或义务;恰恰相反,在特定的诉讼中,要利用现已存在的权利和义务也变得不可能了。

532. 不过,另一些委员强调有必要在本专题的范围内审议不容反悔问题。他们认为,不可能以引起不容反悔的行为不是自主的单方面行为为借口而将其排除在外。尽管在英美法系国家中不容反悔属于程序法,但在国际法中,不能够简单地将其归入一项程序原则,而将其排除在草案之外。在国际法中,不容反悔是诚信原则的结果之一,这是一项原则,用以制约适用于单方面行为之法律效力的规则。虽说并非所有不容反悔的情况都是因积极的单方面行为所引起,但确有一些情况是这样,因而此类行为值得进行研究。委员会的任务就是要理顺在当代国际法中会聚在一起的两种不同法律传统的关系并理解它们的含义:单方面许诺具有约束效力的古罗马法原则,以及英美法传统,它不承认这种约束效力,但为了弥合差异,采用了作为诚信原则之必然结果的不容反悔原则。

533. 关于本专题的处理办法,特别就拟议的条款草案与《维也纳条约法公约》的靠拢程度,以及是否有必要进一步考虑单方面行为领域里的国家实践,发表了一般性意见。

534. 有几位委员认为,拟议的条款草案对1969年《维也纳条约法公约》的条款靠得太紧,他们不认为,《维也纳公约》内含的条款经适当变通后就可以自动比照适用于单方面行为条款草案,因为这些行为与条约相比具有不同的性质。《维也纳公约》中所载的许多规则之所以存在,应以满足条约缔约国的意愿为依归,而单方面行为并不具备这处因素。

535. 另一些委员不同意这种意见。他们认为《1969年维也纳条约法公约》是一项极有用的准则。有人认为,特别报告员的报告对该《条约》还靠得不够紧密。还

有人认为,特别报告员不仅应考虑到《1969年维也纳条约法公约》,而且也应考虑到1986年《关于国家和国际组织间或国际组织相互间条约法的维也纳公约》。也有人说,除了单方面法律行为失效的问题以外,目前的草案没有涉及许多程序问题和其他的相关问题。对于这些情况,似乎有必要仿效条约法的条款,考虑诸如解释、修改、暂停、终止等规则的事项。

536. 有几位委员认为,特别报告员的报告在国家实践方面缺乏足够的支持。除了引自国际法院的几个案例之外,报告并没有从国家实践中找出事例或范例来支持拟议的条款草案。有人认为,秘书处可按单方面行为的各种类型分门别类地编辑一份具有代表性的国家实践汇编,以协助报告员弥补这方面的疏漏。

537. 第1条提到条款草案的范围,大家承认特别报告员力图将本专题的范围限制在与政治性行为相对的严格法律性质的行为。不过,他所拟订的案文,部分由于起草的原因,部分由于在区分法律行为和政治行为时的固有困难,而存在着一些缺陷。

538. 关于该项规定的起草问题,有人认为,鉴于这种行为的法律性质,与其说起草的案文产生法律效力,不如说是表述这种行为的国家意图产生法律效力。因此,条文也应相应作出修改。还有人说,“法律”这个词不是用于修饰行为本身,而应修饰这种行为意图产生的效力。另外,有人说,或许效力这个词可从“权利和义务”立论来加以澄清。

539. 有些委员认为,目前起草的这一条款也可涵盖有助于形成习惯的单方面行为,但这种单方面行为并不属于委员会就本专题授权研究的范围。另一些委员认为,这种关切并不合理。人们的确不可能知道:某一单方面行为会不会形成习惯国际法的一项新规则,也不可能知道它会不会对现有的习惯国际法产生影响。因此,必须处理单方面行为,而不论它会不会对习惯法产生任何影响。

540. 关于在区分法律行为和政治行为时所存在的困难,有人认为,这种区分的真正标准是行为国的意图。尽管特别报告员在对条款草案的评注中说明了这项标准,但并没有设法在该款案文本中体现。

541. 也有人指出,虽说意图的确是区分法律行为与政治行为的关键,但遗憾的是,人们并不总是能够在每一种情况下都辩明意图。例如,核武器国家在裁军谈判会议范围内对无核武器国家作出的消极安全保证。有人对此类声明的法律性质或政治性质,表示怀疑。一些委员认为,核武器国家表述此类保证的意图是要产生法律效力,尽

管裁军谈判会议的无核武器国家成员往往认为这些保证是政治性的、而不是法律性的声明。这个问题与涉及单方面行为的其他重要问题相关。例如:在行为的对象国与该行为意图产生的效力之间,对象国是否可以拒绝预期对其有利的法律效力?单方面行为具有约束性质的基础为何?

542. 第2条提到国家单方面行为的定义,委员们对这一条进行了全面审查,对其若干组成因素进行了评论。一些委员对定义中置于方括号内的“声明”表示强烈保留意见,他们反对以“声明”来取代“行为”。他们认为,单方面行为的形式和内容是不可分离的,对本专题的正式处理,只涉及该行为的“文书”而不涉及“行为”,这是难以令人信服的。他们认为,编纂本专题的目标应该是:着眼于单方面行为的差异,形成适用于所有单方面行为的少数规则。

543. 若干委员也反对把第2条定义所涉及的行为归类为“自主的”行为。他们认为,特别报告员对于本专题的范围从概念上作了过分的限制,本专题的范围不能缩减为只包括本身产生国际法律效力、而与先前存在的条约或习惯性规范没有任何联系的行为。这些委员说,这样一来,本专题将失去一大部分的效用和影响。他们认为,虽然可以把受到——诸如对条约的保留的——一套特定规则制约的行为排除在本专题范围之外,却不应该把落实、或详述、现有的协约规范或习惯性规范的行为也排除在外。另一些委员认为,研究领域浩瀚无边,为了加以界定,而在单方面行为的定义中引入特别报告员所理解的自主性概念,应该说是有的放矢。

544. 特别报告员在拟议的定义中以“明确”一词指涉国家的意愿表示,有人认为,这个词应该指涉国家的意图。另一些委员认为,这个词应该删除,因为它没有在表述单方面行为和处理外交政策方面充分体现国家的实践。

545. 有些委员认为,特别报告员在拟议的定义中规定单方面行为应该“公开”表述,这样要求并不合适。他们认为,真实的要求是:为了产生效力,单方面行为应为其对象国所知晓。

546. 有人认为,最近在特别报告员拟议的定义中研讨过表述联合或集体单方面行为的可能性,应该在该条款的评注中加以解释,尤其应该辩明联合单方面行为与条约之间的任何特点。

547. 特别报告员所拟定义的最后一个组成部分是:“其意图为取得国际法律义务”,有人认为,通过单方面行为,也可以取得、或至少保持权利。拟议的条文似乎只

考虑到承诺,但另一些单方面行为,如抗议、甚或承认,也有可能产生或保持权利。因此,从产生法律效力立论,比较合适。在这方面,有人指出,第1条使用过“效力”一词。另外,有人认为,与义务连用的最合适动词不是“取得”,而是“承担”或“引起”。

548. 另外,还有人提出了下列建议:第2条应以“无论任何形式”来修饰单方面行为;第2条之后应另列一条,说明该条不妨碍本条款草案范围以外的其他单方面行为(沿袭《1969年维也纳公约》第3条);第1条和第2条或许可以合并。

549. 第3条提到国家表述单方面法律行为的能力,委员们普遍认为可以接受,但建议删除“单方面法律行为”中的“法律”一词,而在条文开头增添“为本条款草案的目的”。

550. 第4条提到一国作出单方面行为的代表,有些委员认为,该条与《维也纳条约法公约》第7条靠得太紧,而内容又没有得到国家实践的充分支持。但另一些委员认为,这一条完全有理由比照《维也纳公约》和案文拟订。在这一点上,有人认为,表述单方面行为的人员在实践中往往多于受权缔结条约的人员。不过,条文草案的第2款已经充分涵盖这一点。有人认为,由于只有国家元首、政府首脑和外交部长才是不必经过充分授权、就有资格在国际上为国家表述承诺的国家官员,可以删除第2款和第3款。另一种看法认为,这些人员往往并不是为国家表述单方面承诺的最合适人选,他们应当发挥代表权作用,而由其他官员负责界定其声明的内容。

551. 对于该条草案第3款,也有人认为,经国家授权出席国际会议或国际组织的外交使团团团长或代表,是否有权使国家受到单方面的约束,是值得怀疑的。实践表明,上述全权代表通常没有这种权力。

552. 第5条提到事后确认未经批准即予表述的单方面行为,有些委员对这一条提出了一些意见。有一种看法认为,特别报告员的报告没有提到足够的国家实践来支持该条的拟订。另一种看法认为,并不一定需要明确确认,通常认为在一般情况下,默示同意已经足够。有些委员指出,条文草案提到关于失效理由的第7条并不恰当,主要原因在于,第6款所设想到的那类理由在以后是不能加以确认的。这种看法认为,倒是应当提到关于表述单方面行为的国家代表的第4条。有人建议在该条的法文本中,用“*sans habilitation*”取代“*sans autorisation*”。

553. 第6条提到同意的表示,一些委员认为这一条可予接受。另一些委员认为,特别报告员的报告没有提到足够的国家实践来证明有理由列入这一条。他们认为,

可以删除这一条草案,不会妨碍整个条款草案。有人就该条的措词提出了一些建议。有一种看法是,“一国同意取得一项义务”和“代表”过于紧密地套用了《条约法》。还有人认为,可用“引起”或“承担”替换“取得”。有人对“确切无误声明”提出了疑问。有一种看法认为,应结合第6条处理另外两个问题:一、沉默在可能承担国际义务时的作用,一些司法和仲裁案都强调了这种作用;二、某一早先联合声明的行为国之一个别退出的法律效力。

554. 第7条提到单方面行为的失效,在一般地述及这一条时,有一种看法认为,该条过于紧密地套用了《1969年维也纳条约法公约》的有关规定。另一方面,有些委员认为,这一条款对该项公约的第48条至第53条跟得不够紧。另一种看法认为,现在来评估这一条款草案的全面影响还为时过早,因为应当参照对条款草案全部案文的完整理解,极其谨慎地评价这一规定。

555. 第1款提到事实错误,对这一款所表示的一种意见认为,不可能按照《条约法》的同样方式适用这一规定。按照这种看法,对于在表述声明时犯了错误的国家来说,这种失误要比国家在制订条约时所犯的错误容易纠正。对于提到欺诈的第2款——尤其是特别报告员所认为的、不作为可构成欺诈的说法,也有人认为该款可能抵触了国家执行外交政策并使其他国家赞同其政策的某些公认方式。

556. 第3款提到一国代表的腐败,有人认为,该款是对现有国际法的一项有意义的补充,可以从中看到拉丁美洲的影响。该款有其必要,但需要在条款本身和评注中更为详尽地加以解释。

557. 第6款提到与国际法强制性规范冲突的行为,委员们普遍赞成这一款,不过有人认为,该款应当更为紧密地向《1969年维也纳条约法公约》的相应规定靠拢。有人提请注意法文本的差异,其中将英文的“formulation”译为“accomplishment”。也有人认为,特别报告员应在国家责任条款草案中考虑重拟“强制性规范”的措词。

558. 对于与一般国际法准则抵触的单方面行为是否有效的问题,委员们表示了不同的意见。有些委员认为,这种行为是无效的,应在第7条中提到失效的理由。另一些委员认为,单方面行为可能背离习惯国际法,但如果这种行为得不到对象国的接受,就没有任何法律效力。与其说这是一个失效问题,不如说是一个法律效力问题。但是,即使是认为与一般国际法准则相冲突的单方面行为应属无效的人也坚持认为,以改变现有国际法为目的的单方面行为——杜鲁门总统1946年关于大陆架的声明为其

中一例——是特别报告员或许应当加以考虑的另一问题。

559. 第7款提到违反一国国内法基本规范的问题,有一种看法认为,该款应更紧密地向《1969年维也纳条约法》第46条靠拢。但另一种看法是,这项准则就单方面行为而言应比《条约法》该条所包含的规定更为灵活。

560. 有人认为,第7条应当增列一条失效的理由,即违反联合国安全理事会依照《宪章》第七章所通过的决议的单方面行为,例如,违反安全理事会要求会员国不得承认某一特定实体为国家的决议的承认行为。

561. 特别报告员在报告第八章若干段落中专门讨论了单方面行为的保留和条件及单方面行为的不存在,有些委员对这几段发表了评论意见。

562. 特别报告员在报告中似乎考虑了一国在表述单方面行为时也可能提出保留的可能性。有些委员认为,就单方面行为提出保留概念会引起极大的混乱:行为国自己不可能对单方面行为提出保留。显然,单方面行为的对象国可在某些条件之下加以接受。但是,尽管这种接受和此类条件往往使得由此产生的关系双边化,还是不就单方面行为使用“保留”一词为好。这是出于严格的术语原因,也是为了避免混乱。

563. 但这些委员也强调,单方面行为完全可以受到行为国所设某些条件的约束,而不必将这一行为置于《条约法》的范围之内。

564. 对于特别报告员所说“单方面行为的不存在”概念,有一种意见认为,应更好地解释这种概念,以免与行为不法性的概念混淆起来。

565. 特别报告员在总结辩论情况时提到,讨论中的这个专题已有一段来历,委员会于1997年通过了一项决定,设立了一个工作组,这个工作组提出了一些大体上的方针,并于1998年印发了关于国家单方面行为的定义和构成要素等问题的基本方面的第一份报告。但有些委员未能始终考虑到这段历史。

566. 似乎已经在1998年届会解决了的一些问题又引起了讨论,尤其是关于单方面法律行为与惯例的形成之间关系的问题。行为的自主性问题正是在这方面产生的。对特别报告员来说,那种自主有两个方面:对规则的自主和有关存在的自主,也就是无论对象国如何反应都要实施的行为。事实上,没有什么行为是真正自主的,因为它永远处在法律范围内。另一方面,单方面行为一旦得到另一国的承认,好象就会“双边化”,这是显而易见的。这并不妨碍行为一旦表述就已存在的事实,无论承认与否。

567. 《1969年维也纳条约法公约》是单方面行为工作的一个十分重要的参照

点。另一方面,《1986年公约》则是《1969年维也纳条约法公约》的副产品。

568. 在这方面,应该指出:《1969年维也纳公约》阐述的表示同意方式和失效理由似乎完全适用于国家的单方面行为。有位委员设想到失效的另一种原因,即:单方面行为与安理会约束性决定之间的冲突。这是一个有意思和建设性的设想,值得进一步研究。

569. 有一位委员提到了行为的对象国沉默和同意的情况。特别报告员认为,严格地说,沉默并不是一种法律行为,尽管它产生法律效力。缺少的是意图要素。目前已经有了关于这个问题的大量司法判例。凡是不确切属于开头给定之定义范围的,都要排除在研究范围之外,为此需要就这个问题开展进一步工作。

570. 另一位委员提到了法律行为与政治行为的差别。他似乎认为,任何行为都是政治行为,而某些政治行为具有法律性质。核武器国家给予无核武器国家的消极保证便是一个典型的事例。这个专题的范围很广泛。光是界定一下它的范围也是困难的,不解释行为国的意图,就无法区分法律行为和政治行为。

571. 对于有些委员来说,第2条所载单方面行为的定义限制性过强,因为它只提到单方面行为的“意图为取得国际法律义务”。特别报告员探索的是诸如此类的问题:能不能认为A国对B国实行的封锁建立起了C国的义务?一项中立声明也引起同样的问题:这只对以行为或正式声明加以确认的其他国家才有效力。特别报告员已经建议过,不要在条款草案中提到一国代表一个第三方国家引起义务的行为,这是由协定法处理的问题。

572. 有人提出了一些起草建议。有些委员建议合并第1条和第2条。其中一条涉及条款的范围,另一条涉及国家单方面法律行为的定义。无疑,这两个条款必然是互为补充的。特别报告员宁愿保持单立的两项条款,并且认为,无论如何,最重要的考虑是保持将这两者连接在一起的逻辑联系。

573. 有人建议在草案中纳入类似《1969年维也纳公约》第3条的一条规定,述及不属条款草案范围的单方面行为。特别报告员认为,这样一条规定在《维也纳公约》中是可以理解的,因为该项公约涉及的不是一般的协定法,而是国与国之间的书面条约,因此必须考虑到该项公约并没有明确涉及的协定行为。但就眼下的情况看,第1条所提到的定义涵盖了除国际组织的行为以外有法律效力的所有单方面行为。

574. 另外还就公开和知名的概念提出了一些问题。特别报告员认为,这两个词

实际上是同义词,尽管有人可能会认为一项普遍性声明有知名度。必须结合所涉行为的对象国来理解公开的含义,为了产生效力,对象国必须意识到这个行为。因此,应将一项行为的公开视为其构成要素之一。

575. 关于第2条所使用的“国际社会”一词,特别报告员说,国际生活正在朝着建立一个国际社会演进,他认为这是一种不可避免的现象。其表现在于,现在出现了有共同利益的众多领域,例如人权与环境不再处于排他的国家管辖之下。这是一个社会学问题,肯定需要进一步考虑。多边主义在当代世界中的影响不断扩大,突出了这个问题的重要性。

576. 最后,特别报告员指出,需要建立一个工作组,界定国家的单方面行为并澄清其构成要素。另外还需要更好地了解国家实践和国家实践对单方面行为的看法、态度和对策。这个工作组的主要任务之一可以是:拟定一份问题单,送交各国,向它们征询单方面行为的实践情况。

3. 设立一个工作组

577. 作为委员会全体会议讨论本专题特别报告员之报告的结果,委员会1999年6月25日第2594次会议决定重新召集国家的单方面行为工作组。委员会1999年7月2日第2596次会议决定任命特别报告员维克托·罗德里格斯—塞德尼奥先生为工作组主席,并向工作组转交特别报告员的第二次报告和全体会议的有关评论。⁵²⁶

578. 工作组从1999年7月7日至13日举行了三次会议,并向委员会提交了一份报告。

579. 委员会1999年7月15日第2603次会议审议了工作组的报告,工作组主席介绍了该报告。

580. 在交换意见之后,主席代表工作组介绍了对该报告的一些修订事项。

581. 委员会同次会议通过了经过修订的工作组报告。工作组的任务将是:(a) 议定单方面行为的切实可行之定义的基本内容,作为进一步研讨这一专题和收集有关国家实践经验的出发点;(b) 制定关于应该收集哪些国家实践的一般准则;(c) 确定关于特别报告员今后应该如何工作的方针。

⁵²⁶ 工作组的组成,见第一章(导言)第10段。

582. 关于上段中指出的第一点,有人对特别报告员第二次报告中就单方面行为的定义提到的一些内容提出质疑。

583. 委员们普遍认为,“单方面法律行为”中的“法律”一词没有必要,因为将在定义中明确规定委员会所研讨的单方面行为是意图产生“国际法律效力”的行为,而不只是政治性的声明。

584. 对单方面行为起到限制作用的形容词“明确”似乎意味着行为之表述务必明确;委员们普遍认为这是对本专题之范围的不当限制,会引起潜在的问题。国际上的实践经验表明:单方面文书通常不是明确的范本,但不一定意味着它们缺乏法律效力。对单方面文书的解释的确是委员会必须在本专题中予以处理的几个问题之一。

585. 也有人对特别报告员在定义中使用的“公开”提出质疑。据指出,“公开”的含义是使用大众传播工具使国际社会普遍知道该行为,对于国际法院在核试验案中所处理的一些极为特殊的单方面行为来说,可能有其必要,但并不是在所有单方面行为中都需要这样处理。有人认为,“公开”一词作为单方面行为定义中的一项普遍要求,其含义只能是指:应该将该项文书通知对象国、或以其他方式告知对象国。

586. 也有人质疑特别报告员在定义中以“整个国际社会”作为单方面文书的可能对象国这一概念。有人质疑是否可以将“整个国际社会”视为一个国际法主体从而持有国际权利或负有国际义务。

587. 也有人质疑特别报告员的定义中所载“其意图为取得国际法律义务”等字句对本专题造成不当的限制。单方面行为也有可能是为了取得或保持权利。有些委员建议增添“其意图为产生新的法律关系”。但有人指出,“新的”一词并不精确,因为有些行为的目的是要保持若干权利而不是要产生新的权利(例如抗议)。此外,若干行为的结果可能是缺乏法律关系。委员们普遍同意将定义的这一部分重新拟订为“其意图为在国际层面上产生法律效力”。

588. 委员们对于特别报告员在定义中所载列的行为的“自主性”,表示了分歧的意见。有些委员认为,按照特别报告员的理解载列的这个词会大大缩减这个专题的范围。可以说,所有的单方面行为都可以在协约国际法或一般国际法中找到它们的根据。可以从委员会的研讨范围内合理地加以剔除的行为是适用一种特殊法律制度的行为。另一些委员同意列入“自主性”,认为这是将受到特别条约制度限制的单方面行为排除以便限定专题范围的适当方式。工作组议定,研讨范围不包括适用特殊法律

制度的单方面行为,例如基于协约法的行为、对条约的保留和宣布接受国际法院的管辖等行为。

589. 鉴于上述考虑因素,工作组议定以下列概念作为委员会研讨这个专题的基本点,以之作为收集相关国家实践的出发点:

“一国表述单方面声明,意图在该国对一国或多国或国际组织的关系上产生法律效力,并将该声明通知或以其他方式告知有关国家或组织。”

也有人在工作组中指出,单方面声明可能由一国作出或由多国联合表述或以一致的方式宣示。

590. 工作组也审议了上文第5段中所指出的第二点,即制定关于应该收集哪些国家实践的一般准则。

591. 有人认为,秘书处应该编写一份类型汇编或目录,载列国家实践中的各种单方面行为。不必收罗无遗,只要足够代表包罗广泛的各種国家实践就行了。

592. 但是,有人指出,目前能够从中找到这种实践的资料来源代表性还不足够,因为只有一些国家才拥有它们在国际实践中按时修订的资料摘要,不一定能够代表所有的区域集团或法律体系。有人认为,为了补充这种资料来源,委员们应同特别报告员合作,向他提供足以代表他们各自国家实践经验的材料。

593. 已经议定:秘书处应与特别报告员进行磋商,拟订可能由各国政府在合理期限内提出答复的一份问题单,迟于1999年10月寄发,向各国索取资料,证询各国在单方面行为方面的实践经验以及对委员会有关本专题之研究的一些问题的立场。

594. 问题单应该从上文第13段中所载录的单方面行为概念着手。还应该提到特定种类的单方面行为,例如承诺、抗议、承认、放弃或公告,并且征求这些方面的相关材料和信息。此外,还应该征询各国在单方面行为的下列方面的实践经验:

- 谁有能力代表国家行事,以单方面行为在国际上承担责任。
- 单方面行为受到哪些方式的限制:书面声明、口头声明、可能表述声明的情境、个别或联合的行为。
- 单方面行为可能含有的内容。
- 单方面行为意图产生的法律效力。
- 每一国家对它本国或别国在国际层面上的单方面行为所赋予的重要性、效用和价值。

- 哪些解释规则适用于单方面行为？
- 单方面行为的持续期间。
- 单方面行为可予撤销的程度。

此外,也可以在问题单中征询本专题一般着手方式或范围的相关问题,例如,该国政府认为《1969年维也纳条约法公约》的规则可以在多大程度上比照适用于单方面行为。

595. 委员们一致认为,第18段中所列各点并不是列举无遗的。秘书处可能在同特别报告员磋商后加以增添或以更适当的方式加以表述。

596. 工作组还认为:可以利用各国外交部法律顾问到第六委员会讨论本委员会报告的机会促使他们注意就本专题收集国家实践经验的需要,也便于使各国政府尽早对上述问题单提出答复。为此,本专题特别报告员也应该在第六委员会讨论本委员会报告期间出席会议。

597. 关于特别报告员今后就本专题进行的工作,他应该在考虑到相关国家实践的情形下,参照委员们对他在第二次报告中提交的条款草案所提出的意见,继续拟订案文,有些案文可能需要重新拟订,并且研讨同这个专题有关的一些特定问题,例如单方面行为的解释、效力和撤销。

第 九 章

国际法不加禁止的行为所产生的 损害性后果的国际责任 (预防危险活动的跨界损害)

A. 导 言

598. 委员会于 1997 年第四十九届会议决定着手进行“国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任”专题工作,首先在“预防危险活动的跨界损害”的小标题下处理预防问题。⁵²⁷ 大会在其第 52/156 号决定第 7 段中注意到这项决定。

599. 委员会在同届会议上任命彭马拉朱·斯里尼瓦萨·拉奥先生为本专题这一部分的特别报告员。⁵²⁸

600. 委员会第五十一届会议收到了特别报告员的第一次报告(A/CN.4/487 和 Add.1)。这份报告审查了委员会在 1978 年首次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专题列入议程以来的工作,主要集中注意所拟订条款草案的范围问题。接着分析基于预防的一般责任所应承担的程序性义务和实质性义务。委员会定了专题的一般方针以后,设立了一个工作组,审查工作组于 1996 年参照委员会关于首先集中注意预防问题的决定所提议的条款草案。⁵²⁹

601. 委员会 1998 年 6 月 5 日第 2542 次会议根据工作组的讨论情况将特别报告员提议的条款草案提交起草委员会。

602. 委员会 1998 年 8 月 12 日和 13 日举行的第 2560 至 2563 次会议审议了起草委员会的报告,一读通过了由 17 个条文草案组成的一套关于预防危险活动的跨界损害的条款草案。

603. 委员会 1998 年 5 月 15 日委员会第 2531 次会议决定根据其章程第 16 和第 21 条通过秘书长将条款草案转交各国政府,要求它们至迟于 2000 年 1 月 1 日向秘书长提交评论和意见。

⁵²⁷ 《大会正式纪录,第五十二届会议,补编第10号》(A/52/10),第168段。

B. 本届会议审议这个专题的情况

604. 委员会本届会议收到了特别报告员的第二次报告(A/CN.4/501),该报告分为五章。第一章和第二章载述委员会 1998 年报告中提出的关于预防义务的性质、条款草案最终应采取什么形式、何种程序适于解决条款草案引起的争端的问题以及各国政府在大会第五十三届会议第六委员会讨论本委员会报告期间所表示的意见。特别报告员的报告第三章阐述了应有注意概念的显著特征以及参照国家实践和学说将其付诸实施的方式。这一章还确定了与应有注意义务有关的一些因素。第四章审查了委员会自从将这个专题列入议程以来对于国际责任概念的研讨以及其他国际论坛对责任问题的协商。特别报告员在该报告的最后一章第五章中就责任问题今后的工作方针提议了三个备选办法。第一个办法是考虑到前几任特别报告员的工作和委员会的工作组在 1996 年拟订的案文着手处理责任专题并拟定一些建议。第二个办法是中止关于国际责任的工作,等到委员会二读通过关于预防制度的条款草案以后再恢复这项工作。第三个办法是除非大会重新给予经过修订的任务,否则,委员会就此结束关于国际责任专题的工作。

605. 作为讨论的现期重点,特别报告员要求起码对他所提议的三个办法提出评论,使委员会能够就今后如何进行关于这个专题的工作作出决定。

606. 委员会响应这项请求,于 1999 年 7 月 9 日和 13 日举行的第 2600 次和第 2601 次会议上审议了特别报告员的报告,侧重审议特别报告员提议的第二个备选办法。

607. 发了言的委员们绝大多数选择特别报告员提议的第二个办法:在委员会二读通过关于预防制度的条款草案以前,暂不审议国际责任问题。

608. 委员会根据讨论情况决定:在二读通过预防危险活动的跨界损害条款草案以前,暂不审议国际责任问题。

528 同上。

529 特别报告员根据工作组的讨论情况提议了条款草案的订正案文(A/CN.4/L.556)。

第 十 章

委员会的其他决定和结论

A. 委员会的方案、程序、工作方法和文件

609. 关于大会 1998 年 12 月 8 日第 53/102 号决议⁵³⁰ 第 9、10 和 12 段,委员会在题为“委员会的方案、程序、工作方法和文件”的议程项目 10 下审议了这一问题,并将它提交给扩大的主席团规划小组。

610. 规划小组举行了四次会议:审议了大会第五十三届会议期间第六委员会讨论专题摘要 G 节:“委员会的其他决定和结论”⁵³¹。

1. 委员会的程序、工作方法和文件

611. 委员会 1999 年 7 月 21 和 23 日举行的第 2610 和第 2611 次会议审议并核准了规划小组的报告。

大会的要求

(a) 委员会与第六委员会的关系

612. 大会第 53/102 号决议第 10 段:

“强调国际法委员会同第六委员会宜加强对话,并在这方面请国际法委员会就此提出建议。”

613. 委员会过去已数度处理这一问题,最近一次是在 1996 年第四十八届会议期间。

614. 委员会于 1996 年开始执行针对与第六委员会的关系所拟议的事项。⁵³² 其后,又扩展了工作范围,阐明了一些特别需要评论的问题,在每届会议的报告中特别划

⁵³⁰ 见下文第 612、618 和 633 段。

⁵³¹ A/CN.4/⁴⁹⁶号文件,第 175-189 段。

⁵³² 载于国际法委员会第四十八届会议工作报告,《大会正式记录,第五十一届会议,补编第 10 号》,(A/51/10),第 182 段。

出一章专门讨论这些问题,题为:“委员会乐意听取评论的具体问题”。这些问题可能属于一般性质,也可能比较具体,各国政府如能发表意见将对委员会有很大的帮助。

615. 对这些具体问题的介绍,除其他外,已使得第六委员会本身的辩论有了更明确的结构、更明确的重点。委员会主席的报告把主题的内容分成两、三个部分介绍,这也是讨论程序的另一个特点。这样做能鼓励国际法委员会和第六委员会进行更多的交流,也能使两个委员会之间的对话更为明朗化。另一项积极的发展是,除了主席之外若干特别报告员也参加了第六委员会的讨论,每逢提到与它们职务有关的问题时,它们就能同第六委员会进行直接对话。这个工作方式很有用,应该继续保留下来。

616. 委员会同各国政府进行对话,其中不可或缺的一个部分是由国家政府应国际法委员会的具体要求,提出书面意见。国际法委员会也授权各特别报告员酌情向各国政府提出问题单,就特定专题要求提供资料或发表意见。

617. 但是,令委员会感到关注的是,很少国家政府提出书面意见或答复问题单的要求。⁵³³ 委员会强调,它极有必要得到世界各地各国政府对它所审议的各种问题的看法。

(b) 委员会与(联合国内外)其他机构的关系

618. 大会第53/102号决议第12段要求国际法委员会“铭记与其他关涉国际法之机构进行合作的益处,继续执行其章程第16条(e)项以及第26条第1和第2款,进一步加强此种合作,并请国际法委员会在大会第五十四届会议上向第六委员会汇报这方面的新情况”。

(一) 与科研机构和个别专家以及国际或国家组织的咨询

619. 委员会《章程》第16(e)条规定:

“大会将逐渐发展国际法的建议交付委员会后,委员会应大致遵照下列程序开展工作:

⁵³³ 一些国家政府就最近一些专题提出书面意见或就问题单提出答复,其数目如下:国家责任,19国(1998年、1999年);国家继承涉及的国籍问题,13国;对条约的保留,33国;国家及其财产的管辖豁免,5国;外交保护,3国。

(……)

(e) 可向科学研究机构和个别专家协商;专家不必一定为联合国会员国国民。如有必要,秘书长可在预算范围内提供专家咨询所需的费用”。

第26条第1款规定:

“委员会如认为有助于履行职务,得就交付其处理的任何问题,与任何官方或非官方的国际或国家组织进行协商”。

620. 国际法委员会根据其决定或其成员的倡议,曾就特定专题多次与个别专家咨询。这种咨询采取了多种方式。⁵³⁴

621. 近年来同联合国难民事务高级专员办事处的专家进行咨询的例子包括:1996-1997年间,针对“国家继承涉及的国籍问题”由委员会成立一个工作组,在这框架下进行咨询。此外,在这种咨询中,委员会有两位委员最近担任过欧洲理事会关于“国家继承对国籍的影响”专题的报告员,对委员会有一定的帮助。关于委员会在“国家的责任”这一议题上的工作,日本政府、国际法协会和美国国际法协会分别成立了研究小组,对委员会和特别报告员提供了很有用的反馈资料。

622. 在过去若干年间,委员会每年都会见红十字国际委员会的代表和专家,这已成为一种惯例,仍然保持着。在这些会议中,双方为拟定议程交换意见,既包括委员会目前所审议的一些专题,也涉及国际人道主义法方面的一些问题。应该指出,在拟定《危害和平及安全治罪法草案》等过程中这类交流对委员会的工作非常有用。

623. 委员会同研究所、大学等方面的学术界保持密切联系,对委员会审议若干专题有所助益。最近的一个事例是,委员会在1998年为纪念委员会五十周年举行了一次讨论会,邀请日内瓦的国际关系研究所派员参加。在这次讨论会上,学者们和委员们主要就委员会议程上的一些专题进行了有用的对话。⁵³⁵

624. 在这方面,也应提及1997年10月28日和29日举行的国际法的逐渐发展和编纂问题座谈会。这次座谈会由联合国秘书长根据大会1996年12月16日第51/160号

⁵³⁴ 过去这种例子不少。国际法委员会特别报告员可正式地找专家咨询(例如在限制两邻国领海的问题上,特别报告员曾与一组专家会面)也可能进行较非正式的咨询(例如,联合国难民事务高级专员办事处的专家曾于1952年就“国籍问题、包括无国籍人的国籍问题”提供援助;1960年,委员会请哈佛法学院的一些教授针对在该学院主持下拟订的国家责任问题草案提出意见)。

⁵³⁵ 不久将发表这次讨论会的议事录。

决议举办,以纪念委员会成立的五十周年,酌情体现委员会同全世界的学术界和科技研究所、研究人员和其他专家之间的长久、持续合作。与会者包括国际法委员会的成员、学术界人士、外交官员、各国政府和国际组织的法律顾问等,大家进行了一次开放的、富有成果的对话。⁵³⁶ 国际法委员会和学术界交流的另一例子是最近于1998年10月在法国Aix-en-Provence举行的关于国际法编纂问题的座谈会。这次座谈会由法国国际法协会组织,在会上,国际法及其秘书处的目前和过去成员和一些学者就国际法的编纂问题交换了意见。

625. 英国国际法和比较法协会也根据同样的方针,主持成立了一个联合王国研究小组,作为英国纪念委员会五十周年活动的一部分。这个研究小组讨论了委员会今后议程的问题,就讨论结果编写了一份报告。⁵³⁷

626. 此外,有多次咨询是非正式进行的,主要由委员会的许多委员同科学界保持个人方面的接触。这种咨询应以多种方式继续进行。但是,是否需要咨询取决于对一些专题的审议情况,如果这些专题涉及技术问题,委员会就需要请教专家或专门机构了。以上所举的一些例子说明了咨询是一个持续的进程,委员们一直在与研究所、专家、国际法教授等不断地交换意见和情报。这种交流往往是以非正式方式进行,但并不减损其固有的价值,只有这样,委员会才能随时了解国际法学术研究方面的新发展和趋向。

627. 最后,《章程》第16(e)条已提出了同研究所和专家进行咨询所涉的经费问题,这点不可忽略。委员会近年来的做法是,多进行不需要增加财政开支的咨询。目前,联合国碰到严重的财政困难,许多长期的活动和方案都被裁减,在这种情况下,主张进一步扩大同学术机构和专家的咨询,尤其是要将这种咨询加以制度化,这是不现实的。今后,如果联合国的财政情况有好转,我们无疑可以重新考虑关于这方面的建议。

(二) 委员会文件的分发

628. 《章程》第26条第2款规定:

“为了分发委员会的文件,秘书长与委员会协商后,应拟订一项关心国

⁵³⁶ 座谈会的议事录《改进国际法:国际法委员会五十周年》于1998年6月发表。

⁵³⁷ 《国际法委员会的作用和未来》(英国国际法和比较协会,1998年)。

际法问题的国家组织和国际组织名单。秘书长应力求将每一联合国会员国至少一个国家组织列入名单”。

629. 委员会根据1965年通过的原则交换和分发文件。⁵³⁸ 其中有一项原则规定《年鉴》和文件一般不应发给个人,而只应发给组织、研究所、图书馆——特别是法学院的图书馆。应当按照委员会成员或常驻联合国代表团的要求将这些机构列入邮寄名单。目前,委员会的文件邮寄名单上有161个组织、图书馆等,以及101名个人——其中多数是委员会过去的成员、国际法院的法官、法学教授等。秘书处目前正在重新审查这份邮寄名单,过去也都定期予以审查,以便修订名单。

630. 根据《章程》第26条第2款的规定,“分发文件”的目的主要是散发委员会的文件,而不是要让委员会同其他机构交流情报。应该指出,实际上,委员会从国家或国际组织、科技研究所等方面收到的文件为数不多。

631. 过去,《章程》第26条第2款的规定颇有实际价值,但是,随着电子信息和计算机的日益普遍化,这条规定已大部分失去其意义。事实上,在委员会五十周年之际,编纂司就开辟了一个国际法委员会网址,主要目的是通过电子媒介向最广泛的用户散发关于委员会活动的情报。除了有关委员会历史和组成的一般资料之外,网址上还提供委员会报告的全文(从1996年起)、委员会通过的或者在它的工作的基础上产生的另一些案文。⁵³⁹

632. 显然,委员会对广泛传播它的资料很感兴趣。主要由于有些国家机构并不一定能收到电子信息,所以,各国政府还应继续提供资料,让秘书处在不断扩大和改善国际法委员会网址的同时,能随时修订委员会现有邮寄名单上所列上述机构的地址。

(c) 分期届会

633. 大会第53/102号决议第9段要求国际法委员会说明分期届会的利弊。

634. 规划小组设立了一个非正式工作组⁵⁴⁰,详细地讨论了这个事项。小组起草

⁵³⁸ 《国际法委员会年鉴》,1965年,第二卷,pp.194-195。应该指出,这些原则涉及在联合国所有正式文件的通常发行量以外额外分发的委员会文件。

⁵³⁹ 大会第53/102号决议第15段提到国际法委员会在互联网上的站址。

⁵⁴⁰ 由罗森斯托克先生(主席)、巴埃纳·苏亚雷斯先生、戈科先生、卡特卡先生、庞布—齐文达先生和山田先生组成。

了一份有关该事项的报告草稿,最后将载入规划小组的报告中,并由委员会予以核准。

635. 委员会建议分期举行届议,是因为它认为分期届会效率较高,便利较多的成员持续出席会议。委员会不认为分期届会有任何缺点,但承认,经费可能是个考虑因素。委员会信为,如有必要,经费问题可予得到缓解,甚至可以减到最低限度。委员会对届会的会期和性质将视需要继续采取灵活处理的作法。

(一) 提高工作效率

636. 分期举行届会,便于做取两期会议之间的准备工作,使第二期会议更富有成果。例如,起草委员会完成的工作往往需要各方进一步提供意见,这些意见如果能在两期会议之间收集起来,对工作是有帮助的。第一期会议如果发生问题,不管是出现在全会或起草委员会,委员们都可在两期会议之间做较深入的思考,进行更多的非正式交流(例如通过电子信息的交流)。特别报告员也有机会多考虑第一期会议提出的建议或出现的问题,而不需要等一年让时间把问题冲淡,或者是在紧迫的压力下匆匆忙忙地进行审议,或为此放弃关于其他专题的工作,使委员会受到损失。最后,经验显示,如果能与一届马拉松式的会议相比,在两期会议之间会有时间思考,注意力可以更为集中,便于产生积极的效果。

(二) 改善出席情况

637. 委员们都知道,他们有责任出席会议,但多年来,许多委员都认为很不容易为委员会腾出一连12周的时间,因为这一安排往往会与他们的另一些任务抵触。担任国际法委员会的成员需要特别的经验、特别的资格,这样的人选必然会承担其他的任务,他们的时间很宝贵,出席两期较短会议比出席一连12周的一届会议对他们来说是方便得多。委员会决定不要进行一年到头的专职活动,是为了从不同的背景中吸引一些高度活跃、但苦于分身乏术的专家。如将会议分两期举行便能提高委员们的出席频率,使委员会工作的性质更为灵活,委员们不需把全部时间投入他们的唯一任务。1998年分期会议的经验证实了这个看法。

(三) 灵活性

638. 委员会当然希望在它会议的性质和会期方面保持一定的灵活性。目前五

年期最后两年——2000年和2001年——的工作明显地需要12个星期的时间,分两期举行会议,但是,委员会或许能够象五年期的第一年,即1997年那样,只开了一连10星期的一届会议就完成了工作。

(四) 缺点

639. 委员会成员不认为分期会议有任何缺点。分期会议可能需要较多的经费,但是,工作效率提高了也就能弥补这一点。同时,委员们了解联合国目前需要在现有预算范围内对分两期举行的届会提供服务。为了节省经费,可以重新安排分两期举行会议的工作计划,使前期会议最后一两周和/或后期会议开头一两周用于只需要较少委员出席的会议。委员会将在2000年实施这种办法。

2. 长期工作方案

640. 规划小组本届会议重新设立长期方案工作组,以审议委员会本五年期以后可能着手审议的专题。

641. 工作组主席是伊恩·布朗利先生。工作组向规划小组汇报。⁵⁴¹

642. 委员会注意到规划小组去年的报告,其中确定了将酌情列入长期工作方案的下列专题:“国际组织的责任”、“武装冲突对条约的影响”、“共有的自然资源(封闭地下水和单一的油、气地质结构)”、“驱逐外侨”。工作组又注意到规划小组对另一些专题进行了可行性研究,打算在委员会下届会议上完成其工作。委员会决定在下届会议恢复长期工作方案工作组,以期完成其任务。

3. 委员会五年期余下期间的工作方案

643. 委员会回顾了它的五年期工作方案,⁵⁴²逐一审查了本五年期头三年各专题所取得的进展。委员会注意到已就下述专题取得了实质性进展:“国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任(预防危险活动造成的跨界损害)”(在1998年完成了条款草案的一读)、“国家继承涉及的国籍问题”(在1999年完成了条款草案的

⁵⁴¹ 工作组的组成载于上文第10段。

⁵⁴² 见《大会正式记录,第五十二届会议,补编第10号》(A/52/10),第220-221段。

二读)和“国家责任”。

644. 委员会注意到关于在五年期余下期间修订1997年通过的各专题工作计划的建议如下:

工作计划(2000-2001年)

2000年:

国家责任

特别报告员的第三份报告(条款草案第二部分及余下问题)。

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

“预防”条款草案的二读。

特别报告员的第三份报告

外交保护

新特别报告员的第一份报告。

对条约的保留

特别报告员(关于保留的提出和撤回以及解释性声明)的第四份报告(第二部分)。

第五份报告(第二部分)(允许保留的程度)。

国家的单方面行为

特别报告员的第三份报告。

2001年:

国家责任

特别报告员的第四份报告(其他未决问题)。

二读通过的条款草案及其评注以及委员会关于条款草案的建议。

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

特别报告员的第四份报告。完成“预防”条款草案的二读并就“国际责任”专题今后的工作提出建议。

外交保护

特别报告员的第二份报告。

对条约的保留

第六份报告(保留和解释性声明的效力)。

国家的单方面行为

特别报告员的第四份报告。

B. 同其他机构合作

645. 巴埃纳·苏亚雷斯先生代表委员会出席美洲法律委员会1999年届会并且发言。美洲法律委员会派了路易斯·马钱德·斯坦斯大使为代表出席了委员会本届会议。斯坦斯先生于1999年5月18日在委员会第2573次会议发了言,内容载于该次会议的简要记录。

646. 山田中正先生代表委员会出席亚非法律协商委员会1999年在阿克拉举行的届会并且发言。亚非法律协商委员会派了该委员会秘书长唐承元先生为代表出席了委员会本届会议。唐先生于委员会1999年5月25日第2576次会议发了言,内容载于该次会议的简要记录。

647. 佩莱先生代表委员会出席欧洲委员会国际公法法律顾问委员会1998年9月的届会并且发言。欧洲法律合作委员会和国际公法法律顾问委员会派了拉斐尔·贝尼特斯先生为代表出席了委员会本届会议。贝尼特斯先生于委员会1999年7月16日第2604次会议发了言,内容载于该次会议的简要记录。

648. 在1999年6月10日第2585次会议上,国际法法院院长斯蒂芬·施韦贝尔法官在委员会上发了言,将法院最近的活动和目前审理的案件告知了委员会。随后并同委员会交换了意见。委员会认为继续同法院进行这种意见交换非常有益。

649. 1999年7月7日,委员会成员同红十字国际委员会负责法律事务的成员就国际人道主义法的各个方面进行了非正式意见交换。

C. 第五十二届会议的日期和地点

650. 根据第五十届会议所作的决定,委员会商定下届会议分两期举行。分期会议将先后于2000年5月1日至6月9日和7月10日至8月18日在联合国日内瓦办事处举行。

D. 出席大会第五十四届会议的代表

651. 委员会决定,应当由主席兹齐斯瓦夫·加利茨基先生代表委员会出席大会第五十四届会议。

652. 此外,委员会1999年7月23日第2611次会议请国家的单方面行为专题特别报告员罗德里格斯—塞德尼奥先生根据大会第44/35号决议第5段的规定出席大会第五十四届会议。

E. 国际法讲习会

653. 依照大会第53/102号决议,第三十五届国际法讲习会于1999年6月14日至7月2日(委员会本届会议期间)在万国宫举行。下列人士参加了讲习会: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中任职的年青教授或政府官员。

654. 主要来自发展中国家而分属不同国籍的23个学员参加了这届讲习会。⁵⁴³

⁵⁴³ 下列人士参加了第三十五国际法讨论会: Claudia Adeoussi女士(贝宁)、Ieva Bilmane女士(拉脱维亚)、Gabriela Carrillo Fraga女士(厄瓜多尔)、Polo Chabane女士(莱索托)、Warren Chik先生(新加坡)、Alfredo Garcia Rosas先生(墨西哥)、Kokou Kpayedo先生(多哥)、Tarja Langström女士(芬兰)、Yongsheng Li先生(中国)、Baraka Luvanda先生(坦桑尼亚)、Ikram Mohammed女士(埃塞俄比亚)、

讲习会的学员列席观察了委员会全体会议、参加了特别安排的专题演讲和关于特定专题的工作组。

655. 讲习会由委员会主席兹齐斯瓦夫·加利茨基先生主持开幕。联合国日内瓦办事处法律事务高等干事乌尔里希·冯·布卢门塔尔先生负责讲习会的行政管理和组织事宜。

656. 委员会一些委员发表了下列专题演讲:罗德里格斯—塞德尼奥先生:“国家的单方面行为”;杜加尔德先生:“人道主义干预”;斯里尼瓦萨·拉奥先生:“国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任”;伊科诺米季斯先生:“联合国宪章规定的和平解决国际争端的义务”;阿多先生:“保留与多边条约的目标和宗旨的一致性”;庞布—齐文达先生:“外交保护”;克劳福特先生:“国家责任”;哈夫纳先生:“国际刑事法庭”。

657. 下列人士也发表了专题演讲:法律事务厅编纂司司长兼国际法委员会秘书米库尔卡先生:“国际法委员会的工作”;红十字国际委员会法律事务干事斯蒂芬·珍妮特先生:“国际人道主义法和红十字国际委员会的工作”;联合国人权事务高级专员办事处的兹齐斯拉夫·凯吉亚先生:“人权署、任务、活动、趋向”;联合国行政法庭第一副庭长迈耶·加贝法官:“联合国内部司法”。

658. 讲习会学员被分配到不同的工作组。工作组的主要任务是在每次会议后组织讨论事宜,并就每次专题演讲编写简要的书面报告。将报告汇编成册,分发给所有学员。

659. 学员也有机会利用联合国图书馆和难民署访客中心的设施和参观红十字委员会博物馆。

660. 日内瓦共和国州向学员们提供了传统的热情接待,由导游带领参观了阿拉巴马厅和大理事会厅。

François-Xavier Ndongou Ndjoum先生(喀麦隆)、Mani Ram Ojha先生(尼泊尔)、Tatiana Pirvu女士(摩尔多瓦)、Razvan Rotundu先生(罗马尼亚)、Przemyslaw Saganet先生(波兰)、Lola Saidova女士(乌兹别克斯坦)、Elizabeth Salmon女士(秘鲁)、Tigran Samvelian(亚美尼亚)、Almami Taal先生(冈比亚)、N. Johnson Udombana先生(尼日利亚)、Santiago Urios Molinear先生(西班牙)、Gudrun Zagel女士(澳大利亚)。另有一名选定人选(来自朝鲜民主主义人民共和国)未参加讨论会。由Nguyen-Huu Tru教授(日内瓦国际关系研究所名誉教授)担任主席的遴选委员会在1999年4月14日开会,从74名申请人当中选出24名人选参加讨论会。

661. 委员会主席兹齐斯瓦夫·加利茨基先生和乌尔里希·冯·布卢门塔尔先生代表联合国日内瓦办事处、阿尔马尼·塔尔先生代表学员在讲习会闭幕式上向委员们和学员们致词。每一名学员都收到一份结业证书,证明他/她参加了第三十五届讲习会。

662. 委员会特别感谢地指出,奥地利、芬兰、匈牙利、德国和瑞士等国政府向联合国国际法讲习会信托基金提供了自愿捐款。由于它们的捐助,才得以颁发足够份数的研究金,在学员之间实现适当的地域分配,使本来无法参加会议的发展中国家合格候选人能够前来参加。今年,颁发了12份全额补贴的研究金(旅费和生活津贴),8份部分补贴的研究金(仅旅费或生活津贴)。

663. 1965年开始举行讲习会以来,在分别属于146个不同国籍的783名学员当中,有443名获得研究金。

664. 委员会强调,它十分重视各届讲习会。这些讲习会使来自发展中国家和其他国家的年青律师能够熟悉委员会的工作和总部设在日内瓦的许多国际组织的活动。委员会建议大会再度向各国发出呼吁,请它们提供自愿捐款,以保证能在1999年举行讲习会,并有尽可能多的学员参加。还必须强调指出,由于捐助者日益减少,讲习会组织者今年不得不动用信托基金。如果基金的财务状况不能好转,今后恐怕无法提供同一数额的研究金。

665. 委员会满意地注意到,1999年度讲习会获得了综合口译服务。尽管目前财力拮据,希望下届讲习会也能获得同样的服务。

附 件

国家及其财产的管辖豁免工作组报告

一、导 言

1. 委员会在 1999 年 5 月 7 日第 2569 次会议上决定设立国家及其财产的管辖豁免工作组,负责编写大会 1998 年 12 月 8 日第 53/98 号决议执行部分第 2 段要求提出的初步评论。委员会还决定任命格·哈夫纳先生为工作组主席。

2. 工作组由下列委员组成:哈夫纳先生(主席)、山田中正先生(报告员)、巴哈纳先生、布朗利先生、坎迪奥蒂先生、克劳福德先生、杜加尔德先生、加亚先生、埃拉拉比先生、贺其治先生、坎托先生、卢卡舒克先生、梅莱斯卡努先生、拉奥先生、塞普尔维达先生、托姆卡先生和罗森斯托克先生(当然成员)。

3. 工作组于1999年6月1日至7月5日举行了10次会议。

4. 工作组备有大会 1998 年 12 月 8 日第 53/98 号决议执行部分第 1 和第 2 段,其内容如下:

“大 会,

1. 决定在大会第五十四届会议上设立一个第六委员会不限成员名额工作组,也开放给各个专门机构的成员国参加,审议与国际法委员会通过的国家及其财产的管辖豁免条款草案相关而尚未解决的实质性问题,其中考虑到自条款草案通过以来各国对这个问题的做法、立法和任何其他因素的最新发展情况以及各国依照第49/61号决议第2段和第52/151号决议第2段提出的评论意见,并审议工作组认为应该要求委员会进一步评论和建议的问题;

2. 请国际法委员会参照根据大会1993年12月9日第48/413号决定举行的非正式协商的结果,并考虑到自条款草案通过以来各国对这个问题的做法和其他因素的最新发展情况,在1999年8月31日之前,就条款草案所涉及的尚未解决的实质性问题提出它可以作出的任何初步评论,以便协助工作组履行任务”。

5. 工作组还备有委员会向1991年大会提交的关于这个专题的条款草案;载述主席于1994年在大会第六委员会根据后者的决定举行的非正式协商之结论的第A/C.6/49/L.2号文件;各国政府自1991年以来在不同的场合应大会的邀请提交的评论(A/48/464和Add.1;A/52/294;A/47/326和Add.1至5;A/48/313;A/48/464和A/C.6/48/3等号文件);大会第六委员会第四十七届会议(1992)和第四十八届会议(1993)设立的两个工

作组的报告(分别参看A/C.6/47/L.10和A/C.6/47/L.4号文件);法律事务厅编纂司编写的非正式文件,其中载有1991至1999年发生的关于国家及其财产的管辖豁免的案件概况以及关于这些案件的一些结论;非正式背景文件以及工作组报告员山田中正先生就与这个专题有关的问题编写的一些备忘录;1972年关于国家豁免的欧洲公约案文;国际法学会1991年巴塞尔届会就涉及管辖和强制执行问题之国家豁免的“当代”问题通过的决议;国际法协会国家豁免问题国际委员会1994年在布宜诺斯艾利斯举行之届会的报告。

6. 工作组在审议如何安排其工作的可能方式时特别考虑到大会第53/98号决议第2段的措词:“请国际法委员会参照根据大会1993年12月9日第48/413号决定举行的非正式协商的结果,……就条款草案所涉及的尚未解决的实质性问题提出它可以作出的任何初步评论……。”

7. 因此,工作组决定集中探讨A/C.6/49/L.2号文件中所载列的主席对于上述非正式协商之结论中所确定的五个主要问题:(1) 为豁免目的的国家概念;(2) 关于判断合同或交易的商业性质的标准;(3) 关于国家企业或其他国家实体商业交易的概念;(4) 雇用合同;(5) 对国家财产执行强制措施。

8. 以下各段载列工作组对上述问题中每一个问题得出的评论。其中载有国际法委员会案文中与每一个问题有关的规定、对问题的沿革的审查、最近的有关案例法概况、以及工作组针对解决每一问题的可能方式作为进一步审议的基础以建议形式提出的初步评论。这些建议往往载有技术上可能采取的各种备选办法,需由大会通过一项决定来作出最后的选择。

9. 此外,报告作为附录载列了一份简短的背景文件,载述工作组从最近实践中查明的可能与管辖豁免专题有关的另一个问题。由违背强制法规范等义务的行为所引起的诉讼中不存在管辖豁免的问题。工作组不拟直接审议这个问题,决定提请第六委员会注意这个问题。

二、工作组的评论和建议

A. 为豁免目的的国家概念

1. 国际法委员会草案的有关条款

10. 委员会建议1991年大会通过的草案载有下列规定:

第2条. 用语

1. 为本条款的目的:

.....

(b) “国家”是指:

- (一) 国家及其政府的各种机关;
- (二) 联邦国家的组成单位;
- (三) 受权为行使国家主权权力而行为的国家政治区分单位;
- (四) 国家机构或部门和其他实体,只要它们受权为行使国家主权权力而行为;
- (五) 以国家代表身份行为的国家代表:

.....

3. 关于本条款用语的第1和第2款的规定不妨碍其他国际文书或任何国家的国内法对这些用语的使用或给予的含义。

2. 问题的沿革

11. 上文表明,第2条第1款(b)(二)项确定“联邦国家的组成单位”属于为本条款之目的“国家”定义范围。这项规定历来是联邦国家和非联邦国家之间争论的主题,当国家及其组成单位在按照有关宪法分配公权力的情况下涉及组成单位代表国家或代表它们自己以潜在的双重名义行使政府权力的问题时更是这样。讨论的重点是联邦国家的组成单位在属于“国家”概念含义范围的情况下以自己的名义用自己的名称行事是否可以不附加任何要求就成为国家豁免的对象。

12. 1986年一读通过以后的条款草案中没有载列这项规定。大会于1986年和1987年要求各国政府就上述条款草案提交评论。1988年,有一个国家评论说,联邦国家的组成单位应该与中央政府的组成单位一样,不必附加确立主权权力的要求即可得到同样的豁免。¹ 另一个国家评论说,整个草案没有象《1972年豁免问题欧洲公约》那样为联邦国家载列特别的规定。²

13. 特别报告员小木曾本雄先生编写了“关于国家及其财产的管辖豁免初步报告”³ 这份报告是委员会在1988年第四十届会议期间讨论这个专题的基础。特别报告员在答复有关这个专题的评论时指出,在这届会议期间,他不曾反对在未来的公约

¹ 《1988年国际法委员会年鉴》,第二卷,第一部分,p.51;奥地利的评论。

² 《同上》,第二卷,第一部分,p.70;当时的西德-德意志联邦共和国的评论。

³ 各国政府的具体评论,《同上》,第二卷,第一部分,p.102。

中载列那种规定,但是希望知道委员会对这个事项的看法。⁴ 有些委员会在国际法委员会1989年第四十一届会议期间表示:联邦国家的组成单位应该列入“国家”一语的定义中。⁵ 二读通过的条款草案第2条第1款(b)(二)项作为第2条第1款(b)(一之二)项首次载列于第三次报告中,其中提到《1972年欧洲公约》对联邦国家组成单位特别强调。这是特别报告员提请国际法委员会审议的一项提案。⁶ 委员会考虑到一些委员和政府所表示的看法,同意将这项规定提交二读。⁷

14. 1992年,若干国家在响应大会决议就本条款草案提交书面意见时,并没有就这项规定的内容提出批评。⁸ 大会在第六委员会范围内设立的工作组审议了各国政府的书面意见和在大会第四十六届会议辩论期间发表的看法。有些政府认为,这项规定过于总括,表示他们赞同一项提案,其中认为应由中央政府发布一项声明,以之作为准许联邦国家组成单位主权豁免的条件。⁹ 工作组主席卡洛斯·卡列罗-罗德里格斯先生考虑到工作组的讨论情况和各国政府的评论,建议将“联邦国家的组成单位”改为:

“(三)分项所不包括的联邦国家的组成单位,只要联邦国家向本文书的保管人提交一份声明,表示其组成单位应可受权援引国家豁免。”

以1972年欧洲公约第28条为蓝本的这项提案意图就有关这项规定的不同看法寻求折衷案文。有些委员赞成维持明文提到联邦组成单位的措词方式,另一些委员则认为二读通过的措词方式过于总括,因而可能引起不确定的情况。¹⁰

15. 工作组于1993年再度审议了这个问题。工作组的报告指出,有些国家的法律规定在中央政府和组成单位之间分配公权力。但是,组成单位在国际法上是否能够与国家一样享受同等程度的豁免,还是成问题。¹¹ 有些委员认为,第2条第1款(b)(三)项应该包括联邦国家

⁴ 《1988 年国际法委员会年鉴》,第一卷,p.261。国际法委员会提交大会的报告(《1988 年国际法委员会年鉴》,第二卷,p.100,)载述了同样的看法。

⁵ 托穆沙特先生,《1989 年国际法委员会年鉴》,第一卷,p.142,第 54 段,巴塞戈夫先生,《同上》,p.148,第 52 段,巴哈纳先生,《同上》,p.166,第 73 段。国际法委员会报告中有关这个问题的报章节参看《1989 年国际法委员会年鉴》,第二卷,第二部分,p.100,第 426 段。

⁶ 《1990 年国际法委员会年鉴》,第一卷,p.65,第 4 段;第二卷,第一部分,p.8。

⁷ 《1991 年国际法委员会年鉴》,第二卷,第二部分,p.16,小木曾先生在对这一条的评注中指出一些联邦制度的组成单位基于历史原因或其他原因,不用附加关于它必须履行国家主权利力的要求即可享受豁免。

⁸ 见澳大利亚、瑞士和美国等国政府的评论,分别载于 A/47/326, pp.3,20, 和 28。

⁹ 《问题和评论概要》,国家及其财产的管辖豁免公约工作组,第二届会议,1992 年 9 月 29 日,p.1;瑞士的提案。

¹⁰ A/C.6/47/L.10, 第 9 和第 10 段。

¹¹ A/C.6/48/L.4, 第17段。

的组成单位,因为在大多数情况下,它们为行使国家政府权力而行为。所以,第2条第1款(b)(二)项只包括了有限的情况。主席参照这些看法重新拟订了如下案文:

“联邦国家的组成单位在不适用(三)分项的情况下,只要联邦国家向本文书的保管人提交一项声明,表示其组成单位有权援引国家豁免。”¹²

16. 在1994年举行了非正式协商。联邦国家的组成单位是否无须附加要求即可享受主权豁免的问题还是没有得到解决。非正式协商主席卡列罗—罗德里格斯先生认为,规定以可能方式确认联邦组成单位的豁免权能够促使各国更加广泛地参加公约。主席拟议了下列案文作为就这个问题寻求折衷案文的基础:

“如《关于国家豁免的欧洲公约》第28条所规定,可以根据联邦国家所作的声明确认组成单位的豁免权。这样,可使各联邦国家的法律有差异时更为灵活,同时也方便各国适用这些规定,减少联邦国家组成单位之身份的不明确性。”¹³

17. 大会再度请各国对1994年非正式协商会主席的结论提出其评论意见。¹⁴ 有一个国家认为,“联邦国家的组成单位”和“国家政治区分单位”看不出有明显区分。该国认为,“国家的组成单位”是指组成一个独立国家,而不是指联邦国家。该国建议将“组成单位”改为“自治的、领土的、政府的实体”。¹⁵ 有些国家支持主席提议的折衷案文。¹⁶ 另一个国家评论说,(二)和(三)两个分项含义不清。¹⁷

3. 最近的有关案例法概况

18. 以下各段从委员会秘书处编写的一份1991至1999年期间案例概况中提取了一些结论。¹⁸

¹² 《同上》,第18和19段。

¹³ A/C.6/49/L.2, 第3和第4段。

¹⁴ 大会第49/61号决议。秘书长于1997年再度请各国提交评论。

¹⁵ A/52/294, 第5至第9段;阿根廷的评论。

¹⁶ A/53/274, p.2. A/52/274/Add.1, p.2,第4段;奥地利和德国的评论。

¹⁷ 《同上》,p.4,第4段。

¹⁸ 秘书处在其摘要中审查了与这个问题有关的下列案例:联合王国国会上议院1991年2月21日阿拉伯货币基金诉Hashim等人;美国上诉法院第九巡回法庭1991年6月5日Risk诉Halvorsen等人(ILR 98,p.125);美国上诉法院第二巡回法庭1991年6月21日Klinghoffer等诉SNC Achille Lauro等(ILR

19. 国家一级上有关本专题的法院判决历来强调一国的下列指示性参数:界定的领土、常住居民、在本国政府的管理之下、有能力与其他国家缔结正式关系并履行通常伴随着对国际社会的参与而来的义务。

20. 历来强调的国家部门和机构的特性包括:可根据事实推定它具有来源于国家主权的独立性但以一国国家机关或一国政治区分单位的形式与国家主权维持联系或拥有国家或其政治区分单位对它拥有的股份中的大多数、以及履行历来由个别政府机构在其疆界范围内开展的职能。此外,一般历来认为,一个部门具有单独的法律地位,不过对于一个机构是否必然具有单独的法律人格似乎有不同的意见。在决定一个实体是否一个单独的法人时,历来提到需要评估该实体的核心职能以及它是否国家政治组织的一个整体部分或者它的结构和职能是否具有居于支配地位的商业性质。军队和与国家结构有密切联系的其他实体往往被视为国家本身而不是一个单独的机构或国家的部门。¹⁹ 一些国家为履行若干国际职能所创立的实体历来被视为与履行

96,p.68);美国上诉法院第五巡回法庭1992年6月11日Arriba有限公司诉Petroleos Mexicanos(ILR 103,P.490);美国上诉法院第五巡回法庭1992年7月8日Walter Fuller Aircraft Sales Inc.诉菲律宾共和国(ILR 103,p.503);美国上诉法院第七巡回法庭1992年12月14日Richard A. Week 诉凯曼群岛(Lexis 32985);美国上诉法院纽约州南区1993年1月14日Drexel Burnham Lambert Group Inc诉Galadari 等的诉讼中财产管理人委员会,Refco Inc 诉Galadari 等(ILR 103,p.532);美国上诉法院第二巡回法庭1993年3月16日Seetransport Wiking Trader Schiffahrtsgesellschaft MBH & Co, Kommanditgesellschaft诉Navimpex Centralia Navala(ILR 103,P.559);美国上诉法院第二巡回法庭1993年4月19日Cargill International Sa 诉M/V Pavel Dybenko;加拿大安大略上诉法院1993年6月17日,Jaffe诉Miller等人(ILR 95,P.446);美国上诉法院第九巡回法庭1994年6月16日Inre Estate Of Ferdinand Macros Human Rights Litigation Hilao 等诉Estate Of Marcos (ILR 103,p.52;ILR 104,p.119);美国上诉法院华盛顿哥伦比亚特区1994年7月19日Transaero Inc.诉La Fuerza Aerea Boliviana(ILR 107,P.308);美国上诉法院第五巡回法庭1994年7月19日Moran诉沙特阿拉伯王国(ILR 107, p.303);美国特拉华州上诉法院1994年8月3日EAL(特拉华)公司、ELECTRA AVIATION INC. 等诉欧洲航天安全组织和英国民航管理局(ILR 107, p.318);美国上诉法院第五巡回法庭,1994年10月17日Gopalakrishnan N.Mangattu, Derryl F. Remedioa, and Thaluthara K.Francis 诉M/V IBN Hayyan等,阿拉伯联合航运公司;爱尔兰高等法院,1994年11月22日,Schmidt 诉联合王国政府内务部部长,都会警察专员和Jones(ILR 103, p.322);美国上诉法院,1995年5月16日Gates等人诉Victor Fine Foods等(ILR 107, p.371);美国上诉法院第九巡回法庭1995年5月22日出口集团等诉Reef Industries Inc.和Mexican Coffee Institute(ILR 107, P.393);联合王国就业问题上诉法庭1995年6月6日阿拉伯埃及共和国诉Gamal/Eldin(ILR 104, p.673);联合王国高等法院大法官法庭1996年11月5日Bank Of Credit And Commerce International Ltd 诉Price Waterhouse 等(ILR 111, p.604);联合王国上诉法院1997年4月17日Propend Finance Pty Limited 等诉Sing 等(ILR 111, p.611);美国上诉法院第九巡回法庭1997年4月23日Nordmann 诉Thai Airways Int'l Ltd(Lexis 8646)。

¹⁹ 美国上诉法院哥伦比亚特区巡回法庭 1994 年 8 月 3 日 Transaero Inc 诉 La Fuerza Aerea Boliviana(ILR 107, p.308)。

同样职能的外国机构或部门具有同样的地位。²⁰

21. 就确定或拒绝豁免的责任来说,上述案例显示:一个实体应确定该项责任属于“国家”的定义范围。如果一实体确定了该项责任属于国家的定义范围,则另一当事方有责任表明可以适用豁免的例外情况。如果该项责任得到履行,该实体即应确定所提出的例外情况不适用。²¹ 责任的程度在各司法管辖范围内可能有所不同。例如,至少在一些司法程序中,原告人只须指出能够显示豁免的某一例外情况可以适用的事实而被告人则须承担豁免的主要举证责任。在比较可能发生的另外一种情况下,差异可能是一种假象,是由表达方式的不同造成的。

4. 工作组的建议

22. 委员会工作组在审查这个问题时,也考虑到国家责任专题中将授权行使某些政府权力之其他实体的行为归于国家的问题,研讨了两者之间的关系。²²

23. 虽然工作组有些成员认为,国家豁免草案中的“为豁免目的的国家概念”与国家责任草案中的“授权行使政府权力之实体的行为归于国家”两者之间应该存在平行关系,另一些成员却认为,不一定需要有这样的关系。虽然有些成员认为,不一

²⁰ 美国特拉华上诉法院 1994 年 8 月 3 日 EAL(特拉华州) Corp、Electra Aviation Inc 等诉欧洲航空安全组织和英国民航管理局(ILR 107,p.318)。

²¹ 美国纽约州南区上诉法院 1993 年 1 月 14 日 Drexel Burnham Lambert Group Inc 诉 Galadari 等的诉讼中财产管理委员会、Refco Inc 诉 Galadari 等(ILR 103,p.532)。

²² 1971年特别报告员阿戈先生提交第三次报告时对这个拟议了一个条文,其内容如下:第7条.与国家不相连属的公共机构之机关的行为归于作为国际法主体的国家。在一国国内法律秩序范围内具有一公共公司或其他自主公共机构或一领土公共实体(市、省、区、州、联邦国家的成员国以及未独立领土的管理机构等)之一机关的地位、并在有关情况下以那种身份行事的一人或一群人的行为也视为国际法上的国家行为(《1971年国际法委员会年鉴》,第二卷,第一部分,p.262)。1974年,国际法委员会在几次会议上讨论了这个条文[《1974年国际法委员会年鉴》,第一卷,pp.5-16,21-31 [第1251-第1253次会议、第1255-第1257次会议]]。结果,委员会通过了第7条草案及其评注。条款草案案文内容如下:第7条. 经授权行使政府权力要素的其他实体的行为归于国家。1. 一个国家内地方政治实体的机关的行为亦应视为该国在国际法上的行为,但以该机关在有关事件中系以此种资格行事为限。2. 虽非国家或地方政治实体正式结构的一部份,但经该国的国内法授权行使政府权力要素的实体,其机关的行为依国际法亦应视为该国的行为,但以该机关在有关事件中系以此种资格行事为限。[《1974年国际法委员会年鉴》第二卷第一部份,pp.277-283]。评注中指出:如将一机关的某一行为视为就国际责任而言的该国行为,此种实体之机关的行为必须涉及经授权行使政府权力要素的有关实体的活动部门。[同上,p.282,第(18)段]。1998年委员会国家责任起草委员会依照二读期间的讨论情况暂时通过第7条草案的另一个案文。条文草案内容如下:7条. 行使政府权力要素的实体其行为归于国家。虽非第5条中所指国家机关、但经该国法律授权行使政府权力要素的实体其行为应视为该国在国际法上的行为,但以该实体在有关事件中系以此种资格行事为限。[A/CN.4/L.569]。

定要在两套条款草案之间建立明确的连贯关系,却有人认为需要使这套条款草案同国家责任草案保持一致。

24. 此外,工作组考虑到上述各分节中提到的所有要素,议定向大会提交下列建议。

25. 草案第2条第1款(b)(二)项可予删除,并将“联邦国家的组成单位”与“国家的政治区分单位”一并载列于目前的第1款(b)(三)项内。

26. “经授权为行使国家主权权力而行事”的修饰语可以同时适用于“联邦国家的组成单位”和“国家的政治区分单位”。

27. 还建议:在该款中增添“但以该实体系以此种资格行事为限”等字句,暂时放置在方括号内。

28. 工作组也建议:将修饰语“主权权力”改为“政府权力”,以便与当代的用法和国家责任草案的用语保持一致。

29. 上述建议是为了缓解某些国家表示的特别关注。这样做考虑到组成单位的豁免权,但也考虑到对联邦组成单位和国家的政治区分单位的不同处理方式感到困惑的国家的关注事项。

30. 于是,建议大会通过的第2条第1款(b)项的新案文内容如下:

1. 为本条款的目的:

.....

(b) “国家”是指:

- (一) 国家及其政府的各种机关;
- (二) 经授权为行使国家政府权力而行使的国家政治区分单位, [但以该实体系以此种资格行事为限];
- (三) 国家机构或部门和其他实体,但以经授权为行使国家政府权力而行事为限;
- (四) 以国家代表身份行事的国家代表。

B. 确定一项合同或交易的商业性质的标准

1. 国际法委员会草案的有关条款

31. 国际法委员会1991年向大会建议的草案载有以下的条款:

第2条. 用语

1. 为本条款的目的:

.....

(c) “商业合同”是指:

(一) 为出售或购买货物或为提供服务而订立的任何商业合同或交易;

(二) 任何贷款合同或其他金融性质的交易,包括与任何此类贷款有关的任何义务或担保,或与任何此类交易有关的任何保赔义务;

(三) 不论属于商业、工业、贸易或职业性质的任何其他合同或交易,但不包括雇用人员的合同。

2. 在确定按照第1条(c)款一项合同或交易是否一种“商业交易”时,首先应当提到该合同或交易的性质,但是,也应当考虑到它的目的,如果作为合同或交易一方的国家,按其做法目的也关系到确定该合同或交易非商业性质的话。

3. 上述第1和第2段关于用语的规定,并不影响在其他的国际文书或任何国家的国内法中,对于这些用语的使用或者可能赋予这些用语的含义。

2. 问题的沿革

32. 1991年国际法委员会的草案是来自下述观点:一个国家享有限制性的豁免,也就是说,当一个国家进行商业活动的时候,不应当享受管辖豁免。虽然关于这个问题原则上可以达成一致意见,但是限制性的观点引起的主要问题之一是:为了国家豁免的目的,对于“商业交易”应如何下定义,这恰恰是一个有争议和各持己见的问题。在

这方面,一些国家认为:在确定它是否商业性的时候,仅仅应当考虑该项活动的性质。另一些国家却认为:单靠性质的标准,并不总能使法院就一项活动是否属于商业性作出结论。因此,有的时候也需要使用目的这一标准,此项标准旨在查明所采取的行动究竟是为了商业的目的还是政府的目的。虽然有几种不同的提议,以便将上述两种检验结合在一起,但是,此种做法并没有产生一致同意的解决办法。第1(c)段以及第2条的第2段,是一种将两个标准结合在一起的尝试,但是迄今为止,它在第六委员会却遇到了抵制。

33. 在委员会有关这方面工作的早期阶段,越来越多的国家趋向于限制性的理论,但是也还有一定数量的国家,仍然给予外国以绝对的豁免。因此,委员会在寻找这两种办法之间的妥协方面遇到了困难。然而,委员会最终决定:仍然按照限制性的办法来起草各个条款,并且于1986年完成了初读²³。

34. 在初读之后各国政府提出的评注可以划分为三类不同的态度,用以对待所有的条款草案²⁴。有一个国家支持绝对豁免的概念。²⁵ 另外一个国家对各条款草案采取积极的态度。²⁶ 有一个国家集团反对在商业交易的定义中纳入目的的检验。²⁷

35. 第二位特别报告员小木曾本雄先生总结了书面的评注以及在第六委员会的口头意见,并且在初步报告中这样表述了他自己的观点:“关于第2款,由于许多国家赞成以性质作为确定一项合同是否属于商业合同的准则,并对目的作出批评,它们认为这个准则较不客观而且又是片面的,因此特别报告员也不反对将目的这一准则删掉。同时,应当指出的是,若干国家政府在第六委员会上提出的书面评论和口头意见都赞成将目的这一准则包括在内。”²⁸ 在同一份报告中,特别报告员接受了几个国家政

²³ 1986年第3条第(2)款草案案文如下:确定出售或购买货物或提供服务的合同是否属于商业合同时,首先应根据合同的性质,但如合同的目的在该国的实践与确定合同的非商业性质有关,则也应予以考虑。

²⁴ 文件A/CN.4/410和Add.1-5,《国际法委员会年鉴》,1988年,第二卷,第一部分,p.51及以后各页。

²⁵ 巴西。

²⁶ 南斯拉夫。

²⁷ 加拿大、墨西哥、五个北欧国家、卡塔尔、西班牙和联合王国。

²⁸ 小木曾本雄先生编写的关于国家及其财产的管辖豁免的初步报告,文件A/CN.4/415,《国际法委员会年鉴》,1988年,第二卷,第一部分,p.102。

府提出的提议,即将一读的第2和第3条合并,他并提出了新的案文²⁹。特别报告员就此种重新编写作出了如下的解释:“他并没有困难从条款中删除目的检验,而仅仅留下性质检验,但他没有把握说这样一种做法虽然在法律上是站得住脚的,但是在大会第六委员会将不会引起新的困难。在这样的情况下,最好的解决办法将是重新编写目的检验,如同他在新的第2条第3款所做的那样。”³⁰

36. 特别报告员的新的建议在委员会的报告中有所反映,并且在第六委员会进行了讨论。有些代表表示:在确定一项合同是否商业性质时,应当对合同的性质和目的给予同等的重视。他们强调特别是发展中国家当前的国际惯例尤为重要,而且,它们所投入的合同交易,对于其国民经济或预防灾害以及救灾至关重要。他们补充说:如果将目的检验排除在外,而仅仅适用性质检验,发展中国家即使在行使政府职能的活动中,也都不能够享受豁免。³¹ 另一方面,有一位代表强调应删除目的检验,他表示:委员会在确定是否可以要求豁免的时候,应当避免将一项交易的“目的”之类的主观因素牵扯进来。他还建议采取折衷办法,即在确定豁免时的标准应当是合同的性质,但是,法院所在地国家的法院在商业合同的案件中,可以自由决定是否考虑政府目的这个因素。³²

37. 经过这一番讨论之后,虽然某些代表赞赏特别报告员的提议是有可能采取的折衷,但是大多数代表的意见却认为该提议过于死板,应当予以进一步的改善。³³

38. 特别报告员考虑到一位代表在第六委员会提出的提议,在1990年他的第三份报告中提交了另一项折衷方案。³⁴ 在这个提议中,他的意图是将该条款编写成这样:即在确定豁免时的首要标准应当是交易的性质,但是,一个法院所在地国家的法院

²⁹ 同上,p.101。案文如下:“确定出售或购买货物或提供服务的合同是否属于商业合同时,首先应根据合同的性质,但如果有关国家间的国际协定或各方之间的书面合同规定合同为政府用途,则确定合同的非商业性质时,应考虑此种目的”。

³⁰ 《委员会就第四十届会议工作向大会提交的报告》,第510段,《国际法委员会年鉴》,1988年,第二编,第二部分,p.100。

³¹ 大会第六委员会第四十四届会议讨论情况专题摘要,第227段,A/CN.4/L.443,p.67。

³² 同上,第228段,p.68。

³³ 同上,第229段。

³⁴ 该段文字如下:“在确定属于第1(c)款的一项交易是否具有商业性质时,首先应当考虑交易的性质,但是法院所在地国家的法院不能被排除考虑该项交易的政府性目的。”

也可以自由地将政府的目的考虑在内。他建议:有必要将公共目的考虑在内是由于应当想到预防饥荒或类似的可预见的情况和案件。他解释说:为了表示灵活的目的,可能较为有利的办法是:将自由选择的权利交给法院所在地国家的法院,而不是具体地规定相关的情况。³⁵

39. 1991年,委员会完成了二读。关于商业交易的定义和标准,委员会在特别报告员第三次报告所提议的基本办法的基础上通过了这一条款。³⁶

40. 在国际法委员会将二读案文提交第六委员会之后,商业交易的定义和标准仍是这些条款草案最有争议的问题之一,如同各国政府分别按照第46/55、49/61和52/151号决议提交的评述所反映的那样。此类争论在第六委员会又再度出现。

41. 各国政府自1992年以来提交的评注³⁷可以分为两类:一类表示欢迎条款草案,包括目的检验³⁸,而其中一类则强调性质检验,认为这是唯一的标准。后一类国家认为,目的检验在确定商业交易的性质当中,可能引进一些主观的因素,从而以无法预见的方式扩大了统治权的范围。³⁹

42. 第六委员会在1992年建立的工作组充分地注意到了各国政府的这些评注,并且试图找到一种妥协的办法。在工作组的讨论中,主席建议将(1)和(3)两分段合并。⁴⁰ 它的目的在于:对现在的“商业交易”的说法定义不够直接了当的因素至少部分予以排除,并且就此种交易提供一个不完全的名单。他还对第2条第2段建议了两个备选方案,以便协调两种关切:一种是来源于仅仅以性质为根据来确定这一问题;另一种是

³⁵ 《关于国家及其财产的管辖豁免的第三次报告》,《国际法委员会年鉴》,1990年,第二卷,第一部分,pp.7-8。

³⁶ 《委员会就第四十三届会议工作向大会提交的报告》,《国际法委员会年鉴》,1991年,第二卷,第二部分,p.14和pp.19-21。

³⁷ A/47/32和Add.1-5,A/48/313、A/48/464、A/C.6/48/3和A/52/294。

³⁸ 巴西、法国。

³⁹ 澳大利亚、奥地利、联合王国、美国、德国、意大利、荷兰、比利时和保加利亚。

⁴⁰ 这一提议如下:“现在的(一)和(三)分段被以下的段落代替:(一)一个国家除行使国家主权之外而进行或从事的任何属于商业、工业、[贸易]或专业性质的合同或交易、包括出售商品或提供服务的合同或交易、但不包括雇用人员的合同。第2段的备选方案:尽管有第1段(c)的条款,一项合同或交易将不被认为具有商业性质,如果双方在进行该合同或交易时如此商定。2. 尽管有第1段(c)的条款,一个法院在确定一项合同或交易是否“商业交易”时,应考虑到该合同或交易的目的,如果在签订合同时作为缔约一方的那个国家声明保留此种可能性的话。”

认为有必要一方面具有预见性,另一方面是关切发展中国家重视“目的”检验,要求有关国家在合同中、或作为交易的一部分具体表示,它保留适用目的检验的这种可能性。⁴¹ 主席除自己的提议之外,还载入了委员会特别报告员向他作出的提议。⁴² 但是所有这些提议中的任何一个都没有取得一致同意。⁴³

43. 1993年第六委员会建立的工作组在前一年成果的基础上讨论了这个问题。关于“商业交易”的定义,主席重新编写了他的提议,从而得到了广泛的支持。⁴⁴ 至于确定性质的标准,工作组确没有能够提出一致意见,尽管各国代表提出了许许多多提议。⁴⁵

44. 按照大会第48/413号决定而于1994年举行的非正式磋商中,有关标准的争论仍在继续。主席建议了妥协的一种可能的基础。建议基本的想法是给予各国自由选择的权利,以便指出按照其本国的法律和作法,目的标准可能是相关的,指出的方式或者是与协议有关的一项一般性声明、或者是以任何一种方式就某一具体的合同或交易向另一方作出具体的通知,或者是将以上两种办法相结合,以便确保所要求的预见性。⁴⁶

3. 最近的有关案例法概况

45. 拥有豁免法规或法案的那些国家的国内法院一般的作法是仅仅按照性质

⁴¹ 《工作组的报告》,A/C.6/47/L.10,第13-16段,PP.3-4。

⁴² 同上,第18段,P.4。该项提议为:“2. 在按照第1 (c)段确定一项合同或交易是否“商业性交易”时,首先应当考虑该项合同或交易的性质,但在特殊的情况下,当合同或交易的进行是为了人道主义援助,包括采购食品以缓解饥荒的局势、或者供应药品以治疗正在蔓延的传染病,那么,这样一种合同或交易就可以被认为是“非商业性的”。

⁴³ 同上,第17和19段,p.4和p.11。

⁴⁴ 工作组的报告,A/C.6/48/L.4,第33-35段,pp.6-7。

⁴⁵ 同上,第36-48段,第4-10段。

⁴⁶ 按照大会第48/413号决定所进行的非正式磋商的文件A/C.6/49/L.2,p.3,第6段。妥协方案的基础案文为:“如果国家可以利用发表关于公约的总声明,或以任何方式就某一合同或交易或两者向另一方发出明确通知而表示根据本国法律和惯例可能涉及目的标准,便可大为提高确定性。这不仅使私营企业在同国家签订合同或进行交易时,得以澄清情况,也使法院在接到要求援引公约规定时得以澄清情况。”

来确定一项活动的商业性。⁴⁷ 除去这些国家的先例以外,还有津巴布韦和马来西亚按照性质检验予以确定的先例。在Barker McCormac (Pvt)有限公司诉肯尼亚的案件中,津巴布韦最高法院明确支持性质检验。⁴⁸ 在澳大利亚联邦诉Midford (马来西亚)案中,马来西亚最高法院认定:它按照英国的习惯法确定了该项行动的商业性质,并且适用了性质检验。⁴⁹

46. 另一方面,也有一些例子是支持目的检验的。例如,在教廷诉Starbright销售企业公司案中,菲律宾的最高法院考虑了购买土地的意图,从而否定了有关行动的商业性质⁵⁰。法国法院表示了下面的看法:虽然首先应当考虑有关行动的性质,但是在某些案件中,也可以考虑有关行动的目的。⁵¹

47. 下文的各段取自某些结论性的意见,包括委员会秘书处编写的涉及1991年至1999年期间各种案例的概况。⁵²

⁴⁷ 例如,1996年7月31日联合王国上诉法院,某有限公司诉B银行以及X银行。

⁴⁸ Barker McCormac (Pvt)有限公司诉肯尼亚政府,1983年7月22日,津巴布韦最高法院高等法庭,1985年1月16日,84 I.L.R. 18

⁴⁹ 澳大利亚联邦诉Midford (马来西亚) Sdn Bhd 和另一家,马来西亚最高法院,1990年2月9日,86 I.L.R. 640

⁵⁰ 教廷诉Starbright销售企业公司,菲律宾最高法院,1994年12月1日,102 I.L.R. 163

⁵¹ 例如:欧洲装备公司诉科特迪瓦农产品稳定和支助储蓄银行欧洲中心,1991年2月7日法国巴黎中级法庭,A. Mahiou评注,见118 J.D.I 604 (1991年);以及Mouracade先生诉也门,1991年2月20日法国巴黎上诉法院,由A. Mahiou评注,见119 J.D.I.398(1992年)。

⁵² 秘书处审查了与这一问题相关的以下案例:美国上诉法院第五巡回区,1991年2月11日,Stena rederi AB诉墨西哥共和国石油工人革命工会总执行委员会合同委员会;美国上诉法院第二巡回区,1991年4月17日,Shapiro诉玻利维亚共和国以及其他 (ILR98, 第110);美国上诉法院第九巡回区,1991年4月19日Schoenberg等人诉Sal Sa De CV出口商股份有限公司(ILR98, p.118,Lexis 6724);美国上诉法院第七巡回区,1991年6月13日,Santos诉法国国家航空公司(ILR98, p.131);美国上诉法院第四巡回区,1991年9月5日,Gerding等人诉法兰西共和国等 (ILR98, p.159);美国上诉法院第六巡回区,1991年6月22日,Gould公司诉Pechiney Ugine Kuhlmann和Trefimetaux (ILR98, p.137;Lexis 24913);美国县法院,1991年10月14日,Fickling诉澳大利亚联邦(ILR103, p.47);美国上诉法院第二巡回区,1991年10月28日、美国上诉法院第二巡回区,1993年7月21日,Antares飞机制造商诉尼日利亚联邦共和国和尼日利亚机场管理局(ILR107, p.225);澳大利亚维多利亚最高法院,1992年2月17日,Reid诉瑙鲁共和国(ILR101, p.193);加拿大最高法院,1992年5月21日,美利坚合众国诉加拿大公共服务联合会等(ILR94, p.264);美国上诉法院第九巡回区,1992年5月22日,Siderman de Blake等诉阿根廷共和国等(ILR103, p.454);美国上诉法院第五巡回区,1992年6月4日,美国诉Moats (ILR103, p.480);美国上诉法院第五巡回区,1992年6月11日,Arriba有限公

48. 只有国家才能够采取的公共、主权和政府性的行动、而又是核心的政府职能者,被认为不是商业性行动。与此相反,可能是、并且经常确实是有私人行动者所采取的行动、同时又与政府权力脱钩者,看来可以被认为是商业性行动。有一个案例将上诉各种主张联结成某种形式的检验:即弄清导致此种程序的有关行动是否属于私法的性质、或者属于政府行动的范围。另一个案例⁵³显示:“私人”关于主权豁免的检验应当限制在行动展开的商业背景范围内。

49. 经审查的许多案例⁵⁴采取的方法是:活动的目的与决定一项合同或交易的性质无关,而是活动的性质本身构成决定性的因素。但是,在不同的国家法律秩序下的某些案例强调:始终有可能通过对相关行动的性质进行评估来确定一个国家是否有权利得到主权豁免。这是因为:据称,该行为的性质不容易与行为的目的分离开来。在这样的情况下,有时人们坚持有必要审查行动的动机。有时,即使动机和目的被裁定与确定一项活动的商业性质无关,却仍然参照了该项活动进行时的背景。⁵⁵

50. 正是有关申诉的活动的性质、而不是该实体投入的其他活动的性质,才具有真正的重要意义。因此,以下的事实是不够的:有关的实体进行了与申诉无关的某些形式的商业活动。换句话说,在商业活动与该行动的原因之间必须有某种联系。行动

司诉墨西哥石油公司 (ILR103, p.490);美国最高法院,1992年6月12日, 阿根廷共和国等诉Weltover公司等 (ILR100, p.510); 美国上诉法院第五巡回区, 1992年7月8日, Walter Fuller飞机销售公司诉菲律宾共和国(ILR103, p.503);美国上诉法院第七巡回区,1992年12月14日,Richard A. Week)诉开曼群岛;美国最高法院, 1993年3月23日, 沙特阿拉伯等诉Nelson (ILR100, p.545);联合王国上诉法院,1993年11月12日, Littrell诉美利坚合众国(ILR100, p.438); 美国上诉法院哥伦比亚特区巡回区, 1994年7月19日, Cicippio等诉伊朗伊斯兰共和国(ILR107,p.297);美国Delaware县法院, 1994年8月3日, EAL(Delaware)公司、Electra航空公司等诉欧洲飞行安全组织和英国民航航空管理局(ILR107, p.318); 爱尔兰高等法院, 1994年11月22日, Schmidt诉联合王国政府内政大臣、市政警察专员及Jones (ILR103, p.322);新西兰上诉法院, 1994年11月30日, Pitcairn及有关群岛总督诉Sutton (ILR104, p.508);美国上诉法院哥伦比亚特区巡回区, 1995年1月20日, Janini诉科威特大学(ILR107, p.367);美国上诉法院,1995年5月16日, Gates等诉Victor精细食品公司等(ILR107, p.371);新西兰上诉法院,1996年2月16日, KPMG Peat Marwick等诉Davison/ 财务主任兼审计长诉Davison Brannigan, 以及另一些人诉Davison (ILR104, p.526);美国上诉法院第五巡回区, 1996年3月18日, Brown诉Valnet-Appleton (Lexis 4875);联合王国上诉法院, 1996年7月31日, 一家股份有限公司诉B银行和X银行 (ILR111, p.590); 美国上诉法院第九巡回区, 1997年4月23日, Nordmann诉泰国航空公司(Lexis 8646); 以及美国上诉法院哥伦比亚特区巡回区, 1998年10月28日, Atkinson诉美国联络Dev银行(Lexis 24915)。

⁵³ 加拿大最高法院,1992年5月21日,美利坚合众国诉加拿大公共服务联合会等(ILR 94, p.264)。

⁵⁴ 特别是上文脚注49提到的美国法院的案例。

⁵⁵ 例如见澳大利亚维多利亚最高法院,1992年2月17日,Reid诉瑙鲁共和国(ILR 101, p.193)。

的原因应当以相关的方式从商业交易中显示出来。一个实体进行其他场合的商业活动这一单纯的事实并不意味着:它在特定的案例中不可能要求豁免。

51. 在某些国家,活动的地点也被认为是重要的,因为它是要求管辖的一项单独的标准,或者它被认为与确定交易的商业性质有关。在这样的情况下,以商业活动为理由而排除豁免可能是不适用的,如果在商业活动与审议该问题的法院所在国家之间并不存在任何关系或联系的话。⁵⁶

52. 还可能同样重要的是:应当在所有有关情况的背景下审查这项活动,例如行为的全过程,以确定它究竟是一项主权活动或商业活动。因此,购买服务从表面上看可能是一项商业活动,但联系背景来观察,它可能显示为一项非商业活动。

53. 两个国家的政府以政府的身份直接相互打交道的活动,尽管主题题目涉及它们的公民或政府实体的商业活动,却被裁定并不构成商业活动。

54. 以下的活动被认为是“商业活动”:发行债务、谈判并安排多数股票持有人、出租不动产进行私营商业活动,⁵⁷ 由一家属于国家的银行发行汇票作为公共工程建筑的保证、⁵⁸ 按照一项租船合同向某个政府公司出租船只并予以担保⁵⁹,以及向一家私营公司租用服务以便对一个国家的农村发展提供咨询意见。⁶⁰

55. 以下的活动被认为不是“商业活动”:接受解释性的声明、决定取消此类声明、向公众发出通知、在航运基地处理劳资关系、发行货币、向公司包租、公司的规章、对公司进行监督、行使警察权力、在本国或国际领空因航行服务而征集税收、事先未经司法批准没收财产以收回债权、实施一般国家政策以维护法律与秩序并保持和平,以及在另外一个国家保持某个国家的钱币以便予以支配或实际上的支配。

⁵⁶ 加拿大法院的一项案例假定上文的规定为两个阶段的调查,即评估该项活动的性质、接着评估该项活动与国内法院程序的关系。但是,那是涉及就业的一个案例,这在草案中是另行处理的。见加拿大最高法院,1992年5月21日,美利坚合众国诉加拿大公共服务联合会等(ILR 94, p.264)。

⁵⁷ 巴黎中级法庭第二区,1991年2月7日,欧洲装备公司诉科特迪瓦农产品稳定和支助储备银行欧洲中心等,ILR 1992, p.37。

⁵⁸ 法国上诉法庭,1996年11月18日,喀麦隆发展银行诉机构公司,ILR 1988,p.532。

⁵⁹ 新西兰奥克兰高等法院海事区,Reef轮船有限公司诉Fua Kavenga轮船公司,ILR 1992,p.556。

⁶⁰ 美国上诉法院哥伦比亚特区巡回区,1997年2月17日,务实观念公司诉玻利维亚共和国,ILR 1993,p.420。

4. 工作组的建议

56. 根据上文的要素对这一问题进行讨论之后,工作组商定:以下的建议可以转递大会。

57. 关于适用什么样的标准以确定一项合同或交易的商业性质的问题,其产生仅仅是由于有关双方对于适用某一个具体的标准未能取得一致意见,⁶¹ 以及适用的法律并没有作出其他规定。

58. 在国家法律中考虑的标准或者由国家法院实施的法律表现出某种多样性,除其他外包括有关行动的性质、它的目的或动机,以及某些其他补充性的标准,例如活动的地点以及所有与行动有关的情况的背景。

59. 工作组审议这一问题时,审查了以下可能的备选方案:

- (a) 以性质检验作为唯一的标准;
- (b) 以性质检验作为首要的标准。[第二条第2段后半部分应予删节];
- (c) 首先强调性质检验,同时以目的检验作为补充,而由每一国家发表声明,说明其国内法律规则或政策;⁶²
- (d) 首先强调性质检验,并以目的检验为补充;
- (e) 首先强调性质检验,并以目的检验为补充,但对“目的观”的范围加以某些限制,或者对“目的”作某些例举⁶³。这类限制或例举应当比仅仅提到某些人道主义的理由要更为广泛;
- (f) 在第2条中仅仅提及“商业合同或交易”,而不作进一步的解释;
- (g) 采纳1991年国际法学会建议中所采取的办法⁶⁴,这一办法的基础是例举各种标准并且将各种原则予以平衡,以便根据某一特定案例的管辖豁免界定法院的职权范围。

60. 作为这一审查的结果,并且考虑到每一案例的事实区别,以及不同的法律传统,小组成员认为:上文(f)备选方案是最容易被接受的。人们认为:在所谓性质检验与目的检验之间的区分可能在实际上并不象长时间辩论所暗示的那样意义重大。人们

⁶¹ 见上文脚注40。

⁶² 文件A/C.6/49/L.2第6段所建议的备选方案(见上文脚注46)。

⁶³ 见上文脚注42。

指出:国际法学会条款草案所载的某些标准可以作为有益的指南,用以指导国家法院和法庭确定在具体的案例中是否应当给予豁免。

C. 关于国家企业或其他国家实体商业交易的概念

1. 国际法委员会草案的有关条款

61. 委员会1991年向大会建议草案载有如下规定:

第10条. 商业交易

.....

3. 一国享有的管辖豁免在一个国家企业或该国设立的其他实体所从事商业交易的有关诉讼中不应受影响,该国家企业或其他实体具有法人资格,并有能力:

(a) 起诉或被诉;和

(b) 获得、拥有或占有和处置财产,包括国家授权其经营或管理的财产。

2. 问题的沿革

62. 委员会一读通过的条款草案没有就国家企业作任何特别规定。委员会在第二位特别报告员初步报告中建议第11条之二后开始审议这一议题。他解释说,制订新的提案时考虑到了若干国家的一般性评述。⁶⁵ 这些国家建议列入分离的国家财产方面的某种规定,因为这在社会主义国家得到广泛的承认,这意味着国家企业作为一个法律实体,拥有国家财产的分离部分。⁶⁶ 鉴于国家对这类企业有着基本利益,因此它们认为,如果不对这些企业豁免,就可能会影响到有关国家的豁免。为了保护后者,这类规定被认为是必要的。相反的观点认为,由于企业与国家的关系密切,应该能够穿透

⁶⁴ 案文载于下文附录。

⁶⁵ 白俄罗斯苏维埃社会主义共和国和苏维埃社会主义共和国联盟。第122段,《关于国家及其财产的管辖豁免的初步报告》,A/CN.4/415,《1988年国际法委员会年鉴》,第二卷,第一部分,p.109。

⁶⁶ 白俄罗斯苏维埃社会主义共和国,各国政府提出的说明和意见,A/CN.4/410和Add.1-5,《国际法委员会年鉴》,第二卷,第一部分,第3段,p.60;苏维埃社会主义共和国联盟,同上,第6和第7段,p.83。

法人的面纱,使国家无法利用这类企业逃避责任。

63. 委员会1989年第四十一届会议,根据特别报告员初步报告提出的建议,讨论了分离的国家财产问题。特别报告员建议说,该规定的目的不止是界定分离的国家财产的概念,而且还要免除外国主权国家出庭在国家企业与分离财产和外国法人之间在商业合同方面的分歧诉讼中援引豁免。⁶⁷ 虽然委员会许多委员认识到这种规定的意义,但他们不能就案文达成一般性的协议。

64. 在1989年的联大第四十四届会议上,第六委员会讨论了分离的财产问题。有些代表表示支持,建议该条款在商业合同方面对国家及其独立企业作必要的区分,这是一个重要的概念,值得详细研究。有人说,这一概念如果能一贯适用,可用于限制在国营企业缔结的商业合同方面对国家滥用司法诉讼。一名代表不同意这条规定。他认为,参与经济和贸易活动的国家实体,包括公司、企业或有独立法人资格的其他实体,根据国内法或国际法,实际上并不享受管辖豁免;而如果这些实体参与管辖所在地国的商业活动,那么在商业合同和其他民事问题上,它们受到与私人和法人同样的责任规则的管辖。他认为,将这些国营实体的责任归因于国家本身,等于要国家保证对它的实体的行为承担无限责任。他还指出,在司法豁免方面将国家从它们的独立实体中分开,是所有国家关注的问题。⁶⁸ 还有的代表认为,分离的国家财产概念需要作进一步澄清,他们对是否有必要在条款草案中对这一专题作特别规定表示疑问。一名代表指出,虽然这一规定要解决的真正问题是国家在国家企业缔结合同时产生的责任,但有可能在这些条款草案中予以处理。⁶⁹

65. 特别报告员在1990年委员会第四十二届会议上就第11条之二提交了新的建议⁷⁰,委员会讨论了这一议题。主要的论点有二类:一方面,有些委员认为,国家企业作为独立并在法律上独立于国家的实体从事商业交易,适用范围非常广泛,因为它

⁶⁷ 第2115次会议,第23段,《第四十一届会议各次会议简要纪录》,《1989年国际法委员会年鉴》,第二卷,第一部分,p.138。提出的建议如下:“如果一个国家企业代表国家与外国自然人或法人签订商业合同,而根据国际私法所适用的规则,商业合同方面的分歧属另一国的法院管辖,那么前一个国家不能在因这项商业合同引起的诉讼中援引管辖豁免,除非代表国家为合同当事方并有权拥有和处置分离的国家财产的该国家企业在商业合同方面受到与自然人或法人一样的责任规则的管辖。”

⁶⁸ 《大会第四十四届会议第六委员会举行的讨论专题概要》,第241段,A/CN.4/L.443,pp.72-73。

⁶⁹ 同上,第242段,p.73。

⁷⁰ 《关于国家及其财产的管辖豁免的第三次报告》,A/CN.4/431,《1990年国际法委员会年鉴》,第二

特别适合于发展中国家,甚至也适合于许多发达国家。另一方面,还有些委员认为,这一规定适用有限,因为分离财产的概念是社会主义国家的特点,不应列入条款草案。⁷¹

66. 在1991年第四十三届会议上,起草委员会提出了新的案文,⁷² 委员会通过了这条案文。这条新案文的要点如下:第一,以前的第11条之二作为第3款插入第10条,第二,用词更笼统,特别是删除了“分离的”一词。⁷³

67. 1992年大会第46/55号决议设立的工作组主席提出了一条非常不同的案文,建议删除第10条第3款,列入新的条款。⁷⁴ 他提出这项提案是为了用尽量明确的措词就豁免问题表达国家与国家设立并拥有独立法人地位的某些企业和实体之间的区分。只要不涉及行使国家主权,不仅在企业从事的商业活动方面,而且还在企业的其他活动方面均承认这种区分。⁷⁵

68. 他的提案没有解决有些代表提出的国家企业资本不足的问题。为此,主席介绍了他在辩论结束后收到的委员会特别报告员就这一专题提出的提案。⁷⁶ 该提案的目的是要给私人公司以“穿透公司面纱”的机会,就国家企业从事的交易向国家提出起诉。主席支持这一提案,并提出:关于加强国家企业财务透明度,以免有些代表团反对的条款,似乎更容易接受。⁷⁷

69. 1993年按照第47/414号决议设立的工作组继续讨论这一问题。关于要采取的办法,有两种不同观点:一种是支持国际法委员会条款草案的办法,另一种要在第二部分(总原则)或草案第四部分所载的保留条款中处理这一问题。主席根据后一种办

卷,第一部分,p.13。

⁷¹ 第四十二届会议各次会议简要纪录,第2158次、第2159次、第2160次、第2161次、第2162次和第2163次会议,《1990年国际法委员会年鉴》,第一卷,pp.78-94。

⁷² 第四十三届会议各次会议简要纪录,第2218次会议,《国际法委员会年鉴》,第一卷,pp.68-72。

⁷³ 《委员会提交大会的第四十三届会议工作报告》,《1991年国际法委员会年鉴》,第二卷,第二部分,第11段,pp.35-36。

⁷⁴ 这条建议涉及删除第10条第3款,列入下列新的条款,可作为第5条第2款或作为第五部分的新的一条:“在与行使主权所从事的行为无关,而涉及国家设立的(a)拥有独立法人资格,(b)能够起诉或被诉,(c)能拥有、控制、处置财产的国家企业或其他实体的诉讼中,另一国的法院不应对应一国及其财产行使管辖权。”

⁷⁵ 《工作组报告》,A/CN.4/47/L.10,第31和32段,pp.6-7。

⁷⁶ 该提案设想在第10条第3款或在主席对第2条第1(b)(四款的另一提案中增加下列案文:保持交易另一方可以按照该国国内法或书面合同获得的适当的资产负债表或财务记录。”

⁷⁷ 同上,第33和34段,p.7。

法提出了一项提案。⁷⁸ 打算将第2款代替第10条第3款,第3款将规定国家作为国家企业或其他实体担保人而可能承担的责任。⁷⁹

70. 工作组分别讨论了主席提出的提案各款。第1款一字不变地照搬国际法委员会的案文,对该款在措词上提出了一些建议。就第2款而言,虽然有些代表团反对,另有一些代表团对过个问题保留意见,但总的来说,除有一些保留外,该提案受到欢迎。在第3款是否合适及其所涉的问题上交换了各种意见。

71. 在根据大会第48/413号决定举行的非正式磋商中,主席扼要介绍了主要问题,并提出一项可能的折衷基础。⁸⁰ 委员会一些委员在书面评述中支持主席的折衷基础。⁸¹

3. 最近的有关案例法概况

72. 以下各段是根据委员会秘书处编写的案例概况中所载的一些结论编写的,时间范围从1991年至1999年。⁸²

⁷⁸ 案文如下:“将目前的第5条案文变成第1款,加进如下两条新款:2. 在 (a)拥有独立法人地位,(b) 能以自己的名义起诉和被告,(c) 能采购、占有或持有和处置财产的国家企业或国家设立的另一实体所从事的商业交易方面,一国法院不应对其另一国及其财产行使管辖权。3. 如果国家作为国家企业或其他实体的债务担保人,或者如果企业或实体在交易中充当国家授权机构,上述第2款不影响法院考虑国家的责任。”

⁷⁹ 《工作组报告》,A/C.6/48/L.4,第49和50段,p.10。

⁸⁰ 根据大会第48/413号决定举行的非正式磋商,A/C.6/49/L.2,第7和第8段,pp.3-4。折衷基础的案文如下:“第10条第3款的规定范围可以澄清,只要指出,就国家企业或国家设立的其他实体所从事的商业交易而言,国家责任问题可以提出,如:(a) 国家企业或其他实体以国家授权代表身份从事商业交易;(b) 国家实体的债务的担保人;或(c) 国家实体故意误服其财务状况或随后减少其资产以避免偿付索赔。”

⁸¹ 各国提交的答复,A/53/274和Add.1。

⁸² 秘书处在摘要中讨论了与这一问题有关的以下案例:联合王国、高等法院,1991年7月9日,Re Rafidain 银行(ILR 101,p.332);美国,上诉法院,第二巡回庭,1991年10月28日,美国,上诉法院,第二巡回庭,1993年7月21日,Antares Aircraft L P诉尼日利亚联邦共和国和尼日利亚机场管理局(ILR 107,p. 225);澳大利亚,维克多利亞最高法院,1992年2月17日,Reid诉瑙鲁共和国(ILR101,p. 193);美国,上诉法院,第九巡回庭,1992年5月22日,Siderman de Blake等诉阿根廷共和国等(ILR 103,p. 454);美国,上诉法院,第五巡回庭,1992年6月4日,美国诉Moats (ILR 103,p. 480);美国,上诉法院,第五巡回庭,1992年6月11日,Arriba 有限公司诉墨西哥石油公司(ILR 103,p. 490);美国,上诉法院,第五巡回庭,1992年7月8日,Walter Fuller飞机销售公司诉菲律宾共和国(ILR 103,p. 503);美国,上诉法院,第七

73. 那样能够将实体的行为看作国家部门的行为,在国家与有关实体之间是乎必须要有一种法律关系。如果不能表明这种法律关系,就不能“穿透面纱”触及该部门的资产。

74. 有权获得主权豁免的国家实体与充当政府代理人或代表机构的国家实体在责任方面已作出了区分。后者被认为需要比实体更加实质的关系来确定为国家实体。⁸³ 有一种假定,即国家部门保留它们独立的法律地位,原告承担反驳这种假定,证明存在着代理机构关系的责任。⁸⁴

75. 如果国家违背国际法获得财产权,而且获得的这种财产由国在另一国从事商业活动的代理机构或部门经营,那么国家不能要求豁免。⁸⁵

76. 银行及其雇员,如按海关官员的要求参加假冒的武器交易,则被认为是外国代理人,因此,尽管银行及其雇员与国家没有体制上的关系,但仍可免于起诉。⁸⁶

77. 委员们认为,凡在官方身份外,未经外国授权而从事活动的人可予拒绝豁免,因为他们的行为不国家代理人的行为。⁸⁷

巡回庭,1992年12月14日,Richard A. Week诉开曼群岛(Lexis 32985);美国,上诉法院,第二巡回庭,1993年3月16日,Seetranssport Wiking Trader Schiffahrtsgesellschaft MBH & Co,Kommanditgesellschaft诉Navimpex Centralia Navala (ILR 103,p. 559);美国,最高法院,1993年3月23日,沙特阿拉伯等诉Nelson (ILR 100,p. 545);美国,上诉法院,第二巡回庭,1993年4月19日,Cargill International SA诉M/TPavel Dybenko;加拿大,安大略上诉法院,1994年1月31日,Walker等诉纽约银行股份有限公司(ILR 104,p. 277);美国,上诉法院,第九巡回庭,1994年6月16日,关于菲由南·马科斯财产的人权诉讼Hilo等诉马科斯财产(ILR 103,p. 52; ILR 104,p. 119);美国,上述法院,1995年5月16日,Gates等诉Victor Fine Foods等(ILR 107,p. 371);美国,上诉法院,第九巡回庭,1997年4月23日,Nordmann诉泰国航空有限公司(Lexis 8646);美国,上诉法院,哥伦比亚特区巡回庭,1998年10月28日,Atkinson诉美洲开发银行(Lexis 24915)。

⁸³ 美国,上诉法院,第五巡回庭,1992年7月8日,Walter Fuller飞机销售股份有限公司诉菲律宾共和国(ILR 103,p. 503)。

⁸⁴ 美国上诉法院,第五巡回庭,1992年6月11日,晶Arriba有限公司诉墨西哥石油公司(ILR 103,p. 490)。

⁸⁵ 美国,上诉法院,第九巡回庭,1992年5月22日,Siderman de Blake等诉阿根廷共和国等(ILR 103,p. 454)。

⁸⁶ 加拿大,安大略上诉法院,1994年1月31日,Walker等诉纽约银行股份有限公司(ILR 104,p. 277)。

⁸⁷ 美国,上诉法院,第九巡回庭,1994年6月16日,关于菲由南·马科斯财产的人权诉讼Hilao等诉马科斯财产(ILR 103,p. 52;ILR 104,p. 119)。

4. 工作组的建议

78. 工作组根据上述内容讨论了该议题。它特别审议了第六委员会1994年非正式磋商会议主席的报告中就这一议题所载的可能达成折衷的基础。⁸⁸

79. 工作组的结论是,可以将下列结论提交大会。

80. 对第10条第3款可作澄清,即表明国家豁免不适用于下列情况下国家企业或该国设立的其他实体所从事商业交易方面的责任赔偿:

(a) 国家企业或其他实体作为国家授权机构从事商业交易;

(b) 国家充当国家企业或其他实体的责任担保人;

可以通过将(a)和(b)所述的行为定为商业行为或者在该条款通过时共同如此理解来实现这种澄清。

81. 工作组还审议了上述折衷基础所建议国家责任的第三种理由,即“故意误报财务状况或者随后为了逃避赔偿而减少自己的资产”。

82. 工作组认为,这一建议超出了第10条的范围,它处理如下问题:管辖豁免、执行豁免以及特殊情况下穿透公司面纱是否合适的问题。工作组还认为,这一建议忽视了国家实体在这样做时是自行其是还是在按国家指令做的问题。

83. 工作组认识到,穿透公司面纱的问题引起一些实质问题和豁免问题,但它认为不宜在它的现行任务范围内予以处理。

D. 雇用合同

1. 国际法委员会草案的有关条款

84. 委员会向大会建议的草案包括下列规定:

第 11 条 雇用合同

(1) 除有关国家间另有协议外,一国在该国和个人间关于已全部或部分在另一国领土进行、或将进行的工作之雇用合同的诉讼中,不得对该另一国原应管辖的法院援引管辖豁免。

(2) 第1款不适用于下列情况:

- (a) 征聘该雇员是为了履行与行使政府权力密切有关的职务;
- (b) 该诉讼的主题是个人的征聘、雇用期的延长或复职;
- (c) 该雇员在签合同时既非法院地国的国民,也非其长期居民;
- (d) 该雇员在提起诉讼时是雇用国的国民;或
- (e) 该雇员和雇用国另有书面协议,但由于公共政策的任何考虑,因该诉讼的事项内容而赋予法院地国法院专属管辖权者不在此限。

2. 问题的沿革

85. 第11条设法使雇用国和法院地国相互竞争的利益之间保持微妙的平衡,即雇用国力争适用其法律,而法院地国则切望适用其劳工法,⁸⁹ 特别是需要保护雇用者,使他们可以利用法律程序。

86. 第11条第1款说明这样的规定:各国在有关当地雇用的诉讼中,不享有管辖豁免。第2款列举了该规定的例外情况。人们关切,例外情况将削弱规定的效力。⁹⁰

87. 在1994年非正式磋商中,对于第2款(a)和(c)项有着分歧的看法。关于(a)项,有这样的问题:“与行使政府权力密切有关的”等字样是否足够清楚,可以便利法院适用此一规定。关于(c)项,有人建议这项规定与基于国籍的非歧视原则相抵触。主席建议,进一步审议能否澄清(a)项所载的字样。他也建议根据非歧视原则,删除(c)项。⁹¹

88. 关于(a)项,应当指出的是,一读通过的条款草案已经包括这项例外情况,当时的案文是:

“(a) 征聘该雇员是为了提供与行使政府权力有关的服务;”。

89. 1988年,特别报告员Motoo Ogiso先生在初步报告中说,他对于若干政府在书面评论中表达的忧惧具有同感,即当时措辞的(a)项可能引起过分宽松的解释,从

⁸⁸ 文件A/C.6/49/L.2, 第8段;(见上文脚注80)。

⁸⁹ 第11条评注5。

⁹⁰ 见A/C.6/L.4号文件,第62段。

⁹¹ A/C.6/49/L.2, p.4, 第9和10段。主席提出折衷的基础如下:“可以进一步考虑是否能够澄清(a)项的措辞,并且鉴于非歧视原则,将(c)项删除”。

而导致日后实施公约上的混乱。他建议予以删除。⁹² 1989年,他表达了同样的看法。⁹³

90. 特别报告员建议删除(a)项是对下述意见的反应:委员会若干成员和各国政府认为该项规定涵盖的人员种类太广泛。然而,特别报告员认为,(a)项的主要目的在于使得外交使团的行政和技术人员不得适用第1款。因此,他于1990年撤回他删除(a)项的提议,并提出备选案文。提出的案文是:

“(a) 该雇员是外交或领事使团的行政或技术人员,与行使政府权力有关;”。

91. 委员会若干成员支持特别报告员的备选案文;而另外成员倾向于要么删除该项,要么使用一读通过的案文的大致措词。

92. 1991年,二读通过了目前形式的(a)项。委员会二读认为,一读通过的案文中“与行使政府权力有关的服务”的提法可能导致过于广泛的解释,因为一个国家缔结的雇用合同很可能“与行使政府权力有关”,即使这种关系非常间接。有人建议,(a)项规定的例外只有在所从事的工作与行使政府权力有密切联系时才合理。因此将“有关”一词改为“有密切联系”。为了避免与履行服务工作的合同造成混淆(这种合同属于“商业交易”的定义范围,因而适用第10条),遂将“服务工作”改为“职务”。⁹⁴

93. 1991年二读通过了目前形式的(c)项。关于本项是否造成同非歧视原则的冲突,1988至1990年一直没有加以讨论。⁹⁵

94. 评注说,本规定赞成在雇员既非法院地国国民也非其长期居民时适用国家豁免。上述这些条件的关键时间是签订雇用合同的时间。如果要采用另外一种时间,可能产生改变国籍或者在法院地国安排长期或永久居所的动机,从而不当地限制了雇用国的豁免。此外,法院地国的保护主要是限于当地劳动力,包括法院地国国民和长

⁹² 《国际法委员会年鉴》,1988年,第二卷,第一部分,p.110,第132段。

⁹³ 《国际法委员会年鉴》,1989年,第二卷,第二部分,p.110,第508段。

⁹⁴ 《国际法委员会年鉴》,1991年,第二卷,第二部分,p.43,第9段。

⁹⁵ 《国际法委员会年鉴》,1988年,第二卷,第一部分,p.110,第130段。《国际法委员会年鉴》,1990年,第二卷,第二部分,p.34,第183段。

期住在该国的非国民。⁹⁶

3. 最近的有关案例法概况

95. 以下各段引用委员会秘书处关于1991-1999年期间所编写案例法概况所载的若干结论。⁹⁷

96. 虽然有人主张,没有普遍接受的国际法原则来约制外国雇员的地位,但有关的案例法经常认为雇用合同只是特殊形态的商业/私法合同。

97. 在这方面,重要地是区分两类国家:一类国家关于主权豁免的法律对雇用合同作出具体规定;一类国家没有这种法律或者对于这一专题没有规定。在后一种情况必须把雇用合同当作商业或私人法律合同予以分析,而在前一种情况,唯一的问题是,雇用合同是否属于相关的条款。

98. 重要的关注一贯是,在国家主权与司法利益之间求得平衡,当个人与国家交

⁹⁶ 《国际法委员会年鉴》,1991年,第二卷,第二部分,p.44,第11段。

⁹⁷ 与本问题有关的下列案例由秘书处在其摘要中予以审查爱尔兰,高等法院,1991年3月14日,最高法院1999年3月12日,加拿大政府诉就业问题上法院和Burke (ILR 95,p.467);芬兰,最高法院1991年,M. K. B. van der Hulst诉美国(NYIL 1992年,p.379);澳大利亚,维多利亚最高法院1992年2月17日,Reid诉瑙鲁共和国(ILR 101,p.193);荷兰,海牙分区法院,1992年4月15日,M. H. C. 诉古巴共和国(NYIL 1996年p.319);加拿大,最高法院,1992年5月21日,美利坚合众国诉加拿大公共事业联盟及其他(ILR 94,p.264);美国,上诉法院,第五巡回法庭,1992年6月11日,Arriba Limited诉Petroleos Mexicanos (ILR103,p.490);荷兰,最高法院,1993年3月2日,L. F. L. M. 诉公共检察厅(NYIL 1994年,p.527);比利时,布鲁塞尔上诉法院,1993年3月10日,Rafidain银行和伊拉克工业部诉Consarc公司(ILR 106,第274段);美国,最高法院,1993年3月23日,沙特阿拉伯及其他诉内尔松(ILR 100,p.545);荷兰,阿姆斯特丹区法院,1993年5月26日,1993年5月26日,意大利共和国诉B. V (NYIL 1995年,p.338);联合王国,就业问题上上诉法庭,1994年11月17日,尼日利亚大学委员会伦敦办公室诉Bastians(ILR 107,p.613);新西兰,上诉法院,1994年11月30日,Pitcairn及附属岛屿省长诉Sutton(ILR 104,p.508);联合王国,就业问题上上诉法庭,1994年12月14日,Jayetilleke诉巴哈马高级委员会(ILR 107,p.622);联合王国,上诉法院,1995年3月3日,就业问题上上诉法庭,1995年7月10日,阿拉伯联合酋长国诉Abdelghafar及另一人(ILR 104,p.647);联合王国,就业问题上上诉法庭,1995年6月6日,阿拉伯埃及共和国诉Gamal/Eldin (ILR 104,p.673);联合王国,就业问题上上诉法庭,1993年10月8日,上诉法院民事部,1995年7月6日,沙特阿拉伯王国政府诉Ahmed (ILR 104,p.629);美国,上诉法院,哥伦比亚特区巡回法庭,1995年1月20日,Janini诉科威特大学(ILR 107,p.367);美国,上诉法院,1995年5月16日,Gates及其他诉Victor Fine Foods及其他(ILR 107,p.371);美国,上诉法院第五巡回法庭,1996年3月18日,Brown诉Valmet-Appleton (Lexis 4875)。

易时涉及这种利益。达到这种平衡的一种方法是,强调属于主权公共或政府性质的行为属于商业或私人性质的行为两者的区别。在拒绝承认国家豁免的情况,⁹⁸ 人们认为重要的是,一名外国航空公司雇员履行的任务与一名商业驾驶员相同,因此不得行使主权利。在另一种情况,⁹⁹ 人们认为重要的是承认下述的主权豁免:一位雇员的雇用在于履行主权职责的行政和事务支助。

99. 受雇于外交或领事职位的人员,其工作涉及政府权力的行使,一般获得豁免。

100. 受审理的案件表明法院有种趋势要找出,它们有管辖权可听取有关雇用合同的争议,而这种雇用是私人部门的雇用。然而,也有一种理解,有些雇用根据涉及雇员从事政府活动的合同,在这种情况下,法院准备给予豁免。

101. 尽管如此,工作组注意到,根据第11条第2款(b)项,外国在关于雇用合同的案件,其诉讼的主题是征聘、雇用期延长或复职,该国不享有豁免。但是豁免并不排除对于未付薪金或者在这种情况下免职损害赔偿金的管辖权。

102. 工作组注意到,个别雇员的权利与义务有着区别,而且注意到一般雇用政策的问题,¹⁰⁰ 后者主要是关于法院地国公共事务的管理问题。

4. 工作组的建议

103. 在根据上述因素讨论本问题之后,工作组同意向大会提出下述建议。

104. 关于第11条第2款(a)项,工作组暂时同意,在“履行与行使政府权力密切有关的职务”这种提法中删除“密切有关”字样,以便把该项的范围限于“在行使政府权力中履行职务的人士”。

105. 工作组还同意,可以进一步澄清该项,清楚说明:如果征聘该雇员是为了在行使政府权力中履行职务,则不适用第11条第1款,特别是:

- 正如《1961年维也纳外交关系公约》和《1963年维也纳领事关系公约》分别界定的外交人员和领事官员。
- 常驻国际组织代表团和特别使团的外交人员。

⁹⁸ 澳大利亚,维多利亚最高法院,1992年2月17日,Reid诉瑙鲁共和国(ILR 101,p.193)。

⁹⁹ 新西兰,上诉法院1994年11月30日,Pitcairn and Associated Islands荷兰诉Sutton(ILR 104,p.508)。

¹⁰⁰ 尤其是,见下列各案:意大利大使馆和领事馆工作人员工会诉美国,1981年,65 ILR,p.338;美利坚合众国诉加拿大公共事业及其他,ILR 94,p.264。

- 享有外交豁免的其他人员,诸如征聘代表一国出席国际会议的人员。

106. 关于第11条第2款(c)项,工作组同意向大会建议,由于该项与基于国籍的非歧视原则相抵触,宜于将之删除。然而,不应根据要求可能不被接受而过早判断这项删除,这项要求根据的是国家豁免以外的,例如法院地国缺少管辖权的情况。在这方面,工作组注意到第11条第1款由于“部分”二字含义,而可能造成的不确定性。

107. 工作组注意到,宜于在第11条清楚反映上文第102段所述的差别。

E. 对国家财产执行强制措施

1. 国际法委员会草案的有关条款

108. 委员会1991年向大会建议的草案包括下列规定:

第18条:免于强制措施的国家豁免

1. 不得在另一国法院的诉讼中采取针对一国财产的强制措施,例如查封、扣押、和执行措施,除非:

(a) 该国以下列方式明示同意就该有关财产采取此类措施:

(一) 国际协定;

(二) 仲裁协定或书面合同;或

(三) 在法院发表的声明或在当事方发生争端后提出的书面函件;

(b) 该国已经拨出或专门指定该财产用于清偿该诉讼标的的要求;或

(c) 该财产在法院地国领土上,并且被该国具体用于或意图用于政府非商业性用途以外的目的,而且与诉讼标的的要求有关,或者与应诉的机构或部门有关。

2. 按照第7条的规定同意行使管辖并非默示同意按第1款采取强制措施,关于强制措施必须另行表示同意。

第19条:特定种类的财产

1. 一国的以下各类财产尤其不应被视为第18条第1款(c)项所指被一国具体用于或意图用于政府非商业性用途以外目的的财产:

- (a) 用于或意图用于该国使馆、领馆、特别使节团、驻国际组织代表团、派往国际组织的机关或国际会议的代表团用途的财产,包括任何银行帐户款项;
- (b) 属于军事性质,或用于或意图用于军事目的的财产;
- (c) 该国中央银行或其他货币当局的财产;
- (d) 构成该国文化遗产的一部分、或该国档案的一部分、并非供出售或意图出售的财产;
- (e) 构成具有科学、文化或历史价值的物品展览的一部分,并非供出售或意图出售的财产。

2. 第1款不妨碍第18条第1款(a)项和(b)项。

2. 问题的沿革

109. 1991年通过的条款草案明确地区分了管辖豁免和强制措施的豁免。它们的出发点是不得采取强制措施的原则,因此也规定了对这一原则的某些例外。

110. 委员会一读时通过了三条案文:第21条(免于强制措施的豁免)、第22条(对强制措施的同意) 和第23条(特定种类的财产)¹⁰¹。关于第21条,各国政府的评论

¹⁰¹ 《1986年国际法委员会年鉴》第二卷,第二部分,委员会第三十八届会议报告(A/41/10)。一读时的条款案文如下:

第 21 条:免于强制措施的国家豁免

一国在有关另一国法院的诉讼中,享有免于对其财产或该国占有或控制的财产[,或该国在其中拥有法律保护的利益的财产]的使用实行的强制措施的豁免,包括免于任何扣押、扣留和执行措施的豁免,除非该财产:(a) 系该国专门用于或意图用于商业[非政府性]用途而且与诉讼要求的标的有关,或者与应诉的机构或部门有关,或(b) 已被该国拨充或专门指定用于清偿作为该诉讼标的的诉讼要求。

第 22 条:对强制措施的同意

1. 一国在有关另一国法院的诉讼中,对有关使用其财产,或该国占有或控制的财产[,或该国在其中有法律保护的利益的财产]的强制措施,如果该国以(a) 国际协定;(b) 书面合同,或(c) 在法院对特定条件发表的声明明示同意对该财产采取强制措施,即不得援引豁免。

可分成两类:一类认为有必要阐明规定的范围并避免对可能合法地对财产施加强制措施的情况作不必要的限制,¹⁰² 另一类坚持认为免于强制措施的国家豁免原则很重要。¹⁰³ 与其他两条规定比较,就第22条提出评论的国家较少。¹⁰⁴ 关于第23条,各国政府的评论集中于进一步澄清每一款和项的意义。¹⁰⁵ 根据审查各国政府的评论的结果,特别报告员在其初步报告以及第二次报告中都建议了一些修改,但没有改变有关条款的基本结构。¹⁰⁶ 对一读通过的案文仍然存在批评。

111. 特别报告员在第三次报告中建议了两个备选案文供二读。第一备选案文是一读时通过的案文,第二备选案文则将它改写了。¹⁰⁷ 他解释说,根据到目前为止收

2. 按照第 8 条的规定同意行使管辖不应被认为默示同意按本条款第四部分采取强制措施,关于强制措施必须另行表示同意。

第 23 条:特定种类的财产

1. 下列各类国家财产不应视为第 21 条(a)款所指的一国专门用于或意图用于商业〔非政府性〕用途的财产:(a) 位于另一国领土内,用于或意图用于该国使馆、领馆、特别使节团、驻国际组织代表团、派往国际组织的机构或国际会议的代表团用途的财产,包括任何银行帐户款项,(b) 属于军事性质,或用于或意图用于军事目的的财产,(c) 该国中央银行或其他货币当局位于与一国领土内的财产,(d) 构成该国文化遗产的一部分,或档案的一部分,位于另一国领土内,并非供出售或意图出售的财产,(e) 构成在另一国领土内举行的具有科学或历史价值的物品展览的一部分,并非供出售或意图出售的财产。

2. 对第 1 款所列财产种类或其一部分,不得在有关另一国法院的诉讼中采取强制措施,除非该国已按第 21 条(b)款将该财产拨充或专门指定用途,或按第 22 条具体同意对其该类财产或其一部分采取强制措施。

¹⁰² 下列国家政府的评论可说是属于这一类:联合王国、德意志联邦共和国(当时)、比利时、五个北欧国家、澳大利亚、加拿大、卡塔尔和瑞士,“关于国家及其财产的管辖豁免的初步报告”(A/CN.4/415)第211-213段,《1988年国际法委员会年鉴》第二卷,第一部分,p.117。

¹⁰³ 德意志民主共和国、白俄罗斯和苏联的评论属于这一类,第216段,同上,p.117。

¹⁰⁴ 第222-225段,同上,p.118。

¹⁰⁵ 第228-237段,同上,pp.118-119。

¹⁰⁶ “关于国家及其财产的管辖豁免的初步报告”(A/CN.4/415)第240段,《1988年国际法委员会年鉴》第二卷,第一部分,p.119;“关于国家及其财产的管辖豁免的第二次报告”(A/CN.4/422和Add.1)第46段,《1989年国际法委员会年鉴》第二卷,第一部分,p.73。案文见附件三。

¹⁰⁷ “关于国家及其财产的管辖豁免的第三次报告”(A/CN.4/431),《1990年国际法委员会年鉴》,第二卷,第一部分,pp.18-19。案文如下:第一备选案文:一读时通过的案文;第二备选案文:第21条免于强制措施的国家豁免:1. 法院所在国不得对其领土上的一个外国的财产采取查封、扣押和执行等强制措施,除非:(a) 该一外国以下列方式明示同意对该财产采取此类措施:(一) 仲裁协定;(二) 国际协定或书面合同;(三) 在双方发生争端之后提出的书面同意书;或(b) 该财产已被该一外国拨充和专门指定用于清偿作为该诉讼标的的诉讼要求;或(c) 该财产在法院所在国领土上,并且该国专门用于或意图用于商业〔非政府

到的书面评论以及在第六委员会和委员会上所提出的意见,审慎限制执行而不是完全禁止执行可能更有机会获得大家的赞成。¹⁰⁸ 他还增加了关于国营企业的新规定。¹⁰⁹

112. 委员会委员普遍支持第二备选案文的基本做法,包括将第21条和第22条合并的做法。¹¹⁰ 不过,他们对新的第21条的内容表示了不同的意见。尤其是,所讨论的两个主要问题之一是拟议删去一读时通过的第21条起始段和第22条第1款列入的放在方括号中的措词“或该国在其中有法律保护的利益的财产”。¹¹¹ 委员们意见不一致的另一点是关于是否删去新的第21条第1款(c)项中放在方括号中的措词“而且与诉讼要求的标的有关,或者与应诉的机构和部门有关”。关于特别报告员建议的新的第22条,许多委员赞成在第1款(c)项中增加“并且用于货币用途”的措词。¹¹² 关于新的第23条,大多数委员认为这一条可能没有必要,不过认为委员会不妨等待关于新的第2条中“国家”一词定义的工作的最后结果和第11条之二草案的最终命运再作决定。委员们认为,为商业目的设立的国营企业,并不是新的第2条所界定的国家,无权根据国家的政府权力行事,并认为它并不属于国家的管辖豁免专题范围,因此新的第23条

性]用途[而且与诉讼要求的标的有关,或者与应诉的机构和部门有关]。

2. 按照第8条的规定同意行使管辖不应被认为默示同意按本条款第四部分采取强制措施,关于强制措施必须另行表示同意。

第22条:特定种类的财产:1. 下列各类国家财产不应视为第21条第1款(c)项所指的一国专门用于或意图用于商业用途的财产:(a) 位于另一国领土内,用于或意图用于该国使馆、领馆、特别使节团、驻国际组织代表团、派往国际组织的机构和国际会议的代表团用途的财产,包括任何银行帐户款项;(b) 属于军事性质,或用于或意图用于军事目的的财产;(c) 该一外国中央银行和其他货币当局位于法院所在国领土内并且用于货币用途的财产;(d) 构成该国文化遗产的一部分,或档案的一部分,位于另一国领土内,并非供出售和意图出售的财产;(e) 构成在另一国领土内举行的具有科学和历史价值的物品展览的一部分,并非供出售和意图出售的财产。

2. 对第1款所列财产种类和其一部分,不得在有关法院所在国的法院的诉讼中采取强制措施,除非该国已按第21条第1款(a)项具体同意对此类财产和其一部分采取强制措施,和已按第21条第1款(b)项将该财产拨充或专门指定用途。

第23条:如果一个国家的财产,包括一个单独的国家财产已经由该国委托国营企业作为商业用途,则该国对该国有财产在法院所在国的法院中,不得援引强制措施的豁免。

¹⁰⁸ 第5段,同上,p.20。

¹⁰⁹ 第9段,同上,p.20。

¹¹⁰ “国际法委员会第四十二届会议工作报告”,第222段,《1990年国际法委员会年鉴》,第二卷,第二部分,p.42。

¹¹¹ 第223段,同上。

¹¹² 第227段,同上。

不应列入草案。¹¹³

113. 委员会在1991年第四十三届会议上完成了二读。关于执行,它通过了特别报告员在1990年建议的第21条和第22条,分别作为新的第18条和第19条。¹¹⁴

114. 若干国家在其书面评论中坚持有必要进一步审查第18条。有些评论提到应当区分“判决前或临时措施”和“执行措施”;另一些评论提到在第三国执行判决的可能性;还有一些评论认为条款需要规定一国有义务履行对它作出的判决。¹¹⁵ 关于第19条,各国政府的多数评论要求进一步明确和澄清财产种类,特别是第1款(a)项和(c)项。¹¹⁶

115. 根据大会第46/55号决议设立的工作组进一步讨论了执行问题。关于第18条,提出供讨论的有下列几点:第一,财产与诉讼要求或被诉机构或部门之间存在联系的要求;第二,国家履行判决的义务;第三,“意图用于”一词是否需要;最后,缺少关于资金不足的国家机构或部门的规定。关于第19条,有人就某些款项的含意提出了问题,特别是“银行帐户”(第1款(a)项)一词所包括的范围和“货币当局”(第1款(c)项)一词的意义。有些委员对是否需要第19条表示怀疑,另一些委员则认为该条是需要的,因为它加强了某些种类国家财产享有的保护,并避免了对这类财产的豁免的任何误解。¹¹⁷ 主席认为关于国家有义务履行对它作出的判决的规定可能提供折衷的基础。在这些讨论之后,主席提出了关于第18条的新建议。¹¹⁸

116. 根据工作组主席1992年提出的关于第18条的建议,委员们继续在1993年根据决议设立的工作组内进行讨论,并且主席在工作组内提出了一项对拟议的新款的修正案。尽管进行了广泛的讨论,委员们未能就任何建议达成折衷方案。¹¹⁹ 关于第19条,其适当性问题再次被提出来。委员们还就每一款项的意义交流了意见。¹²⁰

¹¹³ 第228段,同上。

¹¹⁴ “国际法委员会第四十三届会议工作报告”;《1991年国际法委员会年鉴》,第二卷,第二部分,pp.56-59。

¹¹⁵ 关于各国政府的评论,见A/47/326和Add.1-5、A/48/313、A/48/464和A/C.6/48/3。

¹¹⁶ 联合王国、意大利。

¹¹⁷ 工作组的报告,A/C.6/47/L.10, pp.11-14。

¹¹⁸ 第21-24段,同上,pp.4-5。

¹¹⁹ 第67-80段,“工作组报告”(A/C.6/48/L.4),pp.13-15。主席建议的案文如下:“在一国得到充分机会履行判决之前不得对该国的财产采取强制措施”。

¹²⁰ 第81和82段,同上,p.15。

117. 按照大会第48/413号决定举行的非正式磋商进一步讨论了强制措施。这些磋商未能得出折衷方案,主席查明的的问题如下:

“法庭在审理对一外国提出的主张的法律依据的程序中实施管辖权是否意味着有权对该国财产执行强制措施以履行确认主张的有效判决的问题一般有不同的看法。即使承认此一权力,可对哪些财产执行强制措施的问题也有不同的看法。任何旨在调和对这些问题所持的不同看法的尝试必须考虑到国家利益,即尽量减少因对其财产执行强制性措施而对其活动造成的干扰,以及私人当事方的利益,即根据一项经有效司法判决确认的对一外国提出的主张的获得赔偿。”¹²¹

118. 他还建议了可能的折衷基础如下:

“12. 鉴于问题复杂,不可能在目前有限的时间内对达成折衷的基础取得普遍协议。非正式协商显示,为了找到一个可获普遍接受的折衷,可能有必要审议几个因素,并提出下列因素供进一步审议。第一,通过进一步强调国家自愿服从有效判决的做法,也许可以减少执行强制措施的需要。为了实现此一办法,也许可以由国家全权决定以哪些财产履行判决及给予合理时间以作出必要的安排。第二,不妨考虑以国际争端解决程序解决有关公约的解释或适用问题。如判决无效,还可免除履行判决的必要性。由于上面头两个因素,法庭采取强制措施的权力将限于国家不履行判决的情况和不在合理时间内采取争端解决程序的情况。鉴于国家可全权决定用于履行有效判决的财产并有合理一段时间采取此一行动,法庭将有权在宽限期过后立即对法庭所在国内任何不用于政府非商业用途的国家财产采取强制措施。”

“13. 关于判决前措施,强调国家自愿服从最终作出的判决连同可能采取的强制措施也可以减少这种预防性措施的必要性。这些措施可予取消或考虑限于、作为提起诉讼的对象的国家机构、工具或其他实体所拥有的,而非国家或其机关所拥有的财产。这样可保持判决前措施须有关系的規定,

¹²¹ A/C.6/49/L.2号文件,第11段。

只准在对国家机构、工具或其他实体提起的程序中采取判决前措施。”¹²²

3. 最近的有关案例法概况

119. 以下各段引用了委员会秘书处编写的1991年至1999年期间有关案例的概况中所载的一些结论。¹²³

120. 所审查的案例似乎可分成两类,但这两个类别反映的可能是不同的情况,而不是可看出它们的做法有什么不同。关键问题似乎在于争论中的国家财产的性质,它是否为履行主权职能所必需,或者是否指定专用于履行主权职能。

121. 在第一类包括的一系列案例¹²⁴中,要求法院对外国财产发出的各种指令不是被拒绝就是被推翻,因为有各种法律论据,包括《联合国宪章》、《联合国—美国总部协定》和《维也纳公约》规定,例如使节团的房地不可侵犯以及给予联合国会员国的代表团和代表为执行其外交职务所需的便利和法律保护。这类案例的一个重要因素似乎是审理案件的法院所在国和其财产有争论的国家对上述协定的解释持一致意见。另一个重要的相关因素可能是希望维持承认外交官的外交特权和豁免的互惠性。

122. 在第二类或许倾向于另一个方向的案例中,有一个案例¹²⁵作了如下评论:

- 外国在法院地国的查封和执行豁免不是单纯的管辖豁免的延伸;

¹²² 同上,第12和13段。

¹²³ 秘书处在其摘要中审查了与这个问题有关的下列案件:美国第五巡回上诉法院,1991年2月11日,Stena Rederi AB诉Comision de Contratos del Comite Ejecutivo General del Sindicato Revolucionario de Trabajadores Petroleros de la Republica Mexicana SC;意大利宪法法院,1992年7月15日,Condor和Filvem诉司法部(ILR 101, pp.394);美国纽约南区地区法院,1992年7月6日,Foxworth诉乌干达共和国常驻联合国代表团(ILR 99,p.138);美国第二巡回上诉法院,1993年3月4日,767 Third Avenue Associates and Another诉扎伊尔共和国常驻联合国代表团(ILR 99, p.195);荷兰最高法院,1993年5月28日,俄罗斯联邦诉Pied-Rich B.V.(NYIL 1994,p.512);比利时布鲁塞尔民事法院,1995年2月27日,伊拉克诉Dumez(ILR 106, p.284);比利时布鲁塞尔民事法院,1995年3月9日,扎伊尔诉D’Hoop and Another(ILR 106, p.294);荷兰鹿特丹地区法院,1996年4月18日,P.C. van der Linden诉美利坚合众国政府(海军部)(NYIL 1997, p.344)。

¹²⁴ 见上文注123中所列的美国法院案例。

¹²⁵ 意大利宪法法院,1992年7月15日,Condor和Filvem诉司法部(ILR 101, p.394)。

- 执行豁免的绝对性在过去30年来日益被摒弃;
- 不再有绝对排除对外国财产执行强制措施的习惯国际法通例;
- 现已广泛接受的是:对外国财产执行措施不能作为原则问题予以排除;
- 这类豁免的范围仍然大于管辖豁免,后者不适用于根据经营权利进行的活动;
- 为了要能够适用查封和执行豁免,不仅需要有争论的活动和交易是根据经营权利进行的,而且需要受影响的财产不是预定用于履行主权职能;
- 行政部门希望与其他国家保持良好关系的外交政策利益不再是作出不预定专用于履行主权职能的财产绝对免于查封和执行的裁决的理由;
- 如果行政部门希望避免可能的麻烦,它仍然有可能介入诉讼提议偿清寻求对外国财产执行措施的债权人或者保证偿付债务,换取债权人撤回查封这类财产的要求。

123. 其他案例似乎属于第二类。例如,在一个案例¹²⁶中,法院驳回一个国家的免于执行的权利要求,并判定没有如下意义的不成文国际法通例:只有在限定的情况下才允许扣押属于一个国家的拟用于商业航运的船舶。在另一个案例¹²⁷中,法院判定一个国家无资格享受管辖豁免或执行豁免,因为它以一般私人身份行事,而且因为安全理事会决议剥夺了它作为主权国家的特权。该案例重申根据国际法,国家无权享受绝对的执行豁免,这种豁免仅适用于某些资产,而且有必要确定被查封的资金是否已全部或部分分配给主权活动。同一法院在另一个案例中作了类似的评论,认为法院有权力审查一个国家的资产以便确定其性质。¹²⁸

124. 上面各段提到的两类案例并不一定表明做法的不同。法院始终不愿意允许对预定专用于履行主权职能的国家财产采取强制措施。此外,第一类案例似乎遵循了国际公约和其他文书中关于国家在与其他国家的关系中具有某些权利和义务的规定,而第二类案例似乎是在没有任何这类规定的情况下裁定的。

¹²⁶ 荷兰最高法院,1993年5月28日,俄罗斯联邦诉Pied-Rich B.V.(NYIL 1994, p.512)。

¹²⁷ 比利时布鲁塞尔民事法院,1995年2月27日,伊拉克诉Dumez(ILR 106, p.284)。

¹²⁸ 比利时布鲁塞尔民事法院,1995年3月9日,扎伊尔诉D'hoop and Another(ILR 106,p.294)。

4. 工作组的建议

125. 在参照以上各要素研究了这个问题之后,工作组同意可将以下建议转交给大会。

126. 工作组认为对判决前和判决后强制措施作出区分可有助于理清这个问题固有的难题。不过工作组强调这两类措施都须符合第19条的条件 [用于政府非商业性用途的财产]。

127. 关于判决前强制措施,工作组认为 [只有] 在下述情况下可以执行这类措施:

- (a) 国家特别或事先明示同意的措施;
- (b) 对指定用于清偿诉讼要求的财产采取的措施;
- (c) 根据国际上接受的规定 [特别法律] 可采取的措施,例如根据《扣留海运船舶的国际公约》(布鲁塞尔,1956年2月24日)扣留船舶;
- (d) 享有独立法人地位的机构作为诉讼被告时对其财产采取的措施。

128. 关于判决后措施,工作组认为 [只有] 在下述情况下可以执行这类措施:

- (a) 国家特别或事先明示同意的措施;
- (b) 对指定用于清偿诉讼要求的财产采取的措施。

129. 此外,工作组探讨了三种可能的备选方案,大会不妨决定是否采用:

备选方案一

- (1) 国家承认判决,并给予国家2至3个月的宽限期来履行判决以及决定用于执行措施的财产的自由;
- (2) 如果在宽限期内未履行判决,可对国家财产 [须符合第19条] 执行措施。

备选方案二

- (1) 国家承认判决,并给予国家2至3个月的宽限期来履行判决以及决定用于执行措施的财产的自由;
- (2) 如果在宽限期内未履行判决,索赔即变成国家间争端解决领域的问题;这将意味着开始与执行索赔问题有关的争端解决程序。

备选方案三

大会可决定不处理草案的这个方面,因为所涉的问题很敏感而且复杂。问题将由国家实践去处理,对此有各种不同看法。草案关于这个专题的标题将因此作相应的修改。

工作组报告附录

1. 大会在其第53/98号决议中请国际法委员会在考虑到通过条款草案以来的国家惯例和其它有关因素的发展的情况下就和国家及其财产管辖豁免条款草案有关的未决实质性问题提出意见。

2. 看来,第53/98号决议只要求国际法委员会就(根据大会第48/413号决定进行的非正式协商)(A/C.6/49/L.2)所考虑的问题的国家惯例最新发展情况作出评论。

3. 另一方面,条款草案通过之后,在国家惯例和有关国家豁免问题的立法方面还有另一种新的发展,国际法委员会认为有必要提请第六委员会注意这一情况。这一情况即越来越多的人提出,在由于国家违反具有强制法规性质的人权和标准,特别是禁止酷刑的规定而造成人员死亡或人身伤害的情况下,应当取消豁免。

4. 在过去十年中,特别是在美利坚合众国和大不列颠及北爱尔兰联合王国,针对不是在法院地国,而是在被告人和其他国家境内发生的酷刑事件向国内法院提出了一些民事诉讼。¹²⁹

5. 原告为其主张争辩说,在具有强制法规性质的人权和标准受到侵犯的情况下,有关国家不得以豁免为抗辩理由。

6. 在某些案例中,¹³⁰ 国内法院在一定程度上同意这种论点。

7. 但是,在多数案件中,¹³¹ 国家豁免的抗辩都成功。

8. 自上述裁判宣布后,发生的两个重要情况都进一步支持关于国家在严重侵犯人权的情况下不得以豁免为抗辩的论点。

9. 首先,美国修订了其《外国主权豁免法》,对豁免规定了一个新的例外。1996年的《反恐怖主义和有效死刑法》第221条实行了这一例外,其中规定,

“因酷刑、法外处决、破坏飞行器、扣留人质……造成的人身伤害或死亡而向

¹²⁹ 见J. Bröhmer:国家豁免和侵犯人权(1997年);国际法协会国家豁免问题委员会报告(1994年)。

¹³⁰ 见:(联合王国) A1-Adsani诉科威特政府 100 ILR 465 at 471;(新西兰)财务主任兼审计长诉Ronald Davidson爵士 [1996年] 2 NZLR 278,特别是在290(per Cooke P.);Wald 法官对(美国)Princz诉德意志联邦共和国(26 F 3d 1166(DC Cir.1994年) at 1176-1185一案的异议。

¹³¹ 见:(美国) Sideman de Blake诉阿根廷共和国965 F 2d 699(9th Cir.1992年);(美国)阿根廷共和国诉Amerada Hess 海运公司 488 US 428 (1989年);(美国)沙特阿拉伯诉Nelson 100 LIR 544;(美国)Princz 诉德意志联邦共和国26 F 3d 1166(DC Cir.1994年);(联合王国) A1-Adsani诉科威特 107

外国提出索赔要求”的任何案件都不享有豁免。

如果国务卿根据联邦立法没有认定有关外国是恐怖主义赞助国,或在犯罪行为发生时索赔者或受害者不是美国国民,法院将拒绝受理案件。

10. 对两个案件适用了这一规定。¹³²

11. 其次,Pinochetu案强调了在国家官员严重侵犯人权的情况下豁免是有限的。¹³³

12. 虽然上议院对该案件的判决只是认为,在涉及在本国犯下的酷刑行为的情况下,一个前国家元首没有资格得到豁免,并明确表示,这并不影响在民事诉讼中承认主权豁免抗辩的裁判的正确性,因为它涉及刑事诉讼,但毫无疑问的是,这一案件及其所受到的广泛宣传使下述意见得到广泛支持:在不论是民事诉讼还是刑事诉讼中,国家官员对其在本国领土上实施的酷刑行为无权提出豁免抗辩。

13. 在国家及其财产的管辖豁免条款草案中没有具体涉及本附件中所审查的发展情况。尽管如此,这些仍然是不应忽视的有关豁免的最近发展情况。

ILR 536。

¹³² 见:(美国) Rein 诉利比亚(1999年) 38 ILM 447;(美国) Cicippio诉伊朗18 F Supp 2d 62 (1998年)。

¹³³ 见:(联合王国) R诉Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate:Ex Parte Pinochet Ugarte (No.3) [1999年] 2 WLR 827 (HL)。

工作组报告说明

国际法研究所1991年草案第2条¹³⁴ 案文如下:

第 2 条

在管辖豁免方面表明行为发生地国法院或其他有关机构权力的标准:

1. 在确定行为发生地国有关机构是否有权力的问题时,要根据有关事实和有关标准分别确定有权和无权的情况;不得预先推定任何一类标准具有优先地位。

2. 在没有相反协议的情况下,下述标准表明行为发生地国有关机构有权确定要求的实质,不管是否有作为当事方的外国提出管辖豁免要求:

- (a) 行为发生地国的机构有权进行关于其中有外国(或其代理)作为当事方的商业交易的诉讼。
- (b) 行为发生地国的机构有权进行关于有外国(或其代理)作为当事方的由私法性关系产生的法律争议的诉讼;所提到类别的关系包括(在不只限于)下列法定关系:商业合同;提供服务、贷款和筹资安排的合同;财务义务方面的保证或赔偿;财产的所有权、占有和使用;工业和知识产权的保护;依附于法人实体、非法人实体、协会和伙伴关系的法律事件;针对船舶和货物的对物诉讼;汇票。
- (c) 行为发生地国的机构有权进行关于有外国(或其代理)作为当事方的雇用合同和专业服务合同的诉讼。
- (d) 行为发生地国的机构有权进行关于由某种关系产生的法律争议的诉讼,这种关系根据该国法律不具有“私法性质”,但仍然是根据在当地法律范围内的诚意和可靠性(法律保障)等要素建立的关系,
- (e) 行为发生地国的机构有权进行关于由于在本国管辖下的外国及其代理人的活动造成的人员死亡、人身伤害或有形财产损失的诉讼。
- (f) 行为发生地国的机构有权进行关于外国的动产或不动产权益的诉讼,这种权益产生于继承、礼物或无主物;或是产生于对死亡者或精神不正常者或破产者部分财产的管理的权益;或是产生于对解散或结束营业

公司财产的管理的权益;或是产生于对信托财产或委托财产的管理的权益。

- (g) 行为发生地国的机构在对关于在外国和自然人或法人之间进行仲裁的协议有监督性管辖权的情况下有权处理有关案件。
- (h) 行为发生地国的机构有权对当事方不打算按外交程序解决争议的交易进行合理干预。
- (i) 行为发生地国的机构有权进行关于债务责任、所得税、关税、印花税、注册费以及类似责任的诉讼,只要这些责任是伴随当地法律制度范围内的商业和其他法律关系的正常责任。

3. 在没有相反协议的情况下,在涉及外国当事方管辖豁免的案件中,下述标准表明行为发生地国的机构没有管辖权:

- (a) 根据国际公法,争议主题事项与被告国交易的有效性之间的关系。
- (b) 根据国际公法,争议主题事项与被告国国内行政管理和立法法案的有效性的关系。
- (c) 行为发生地国的机构对已经分配到其他补救范围解决的问题不应行使权利。
- (d) 行为发生地国的机构不应当行使权利对被告国的国防和安全政策的内容或执行情况进行调查。
- (e) 行为发生地国的机构不应当对受国际公法制约的建立代理机关、机构或基金的政府间协议或决定的有效性、含义和执行情况等问题的行使权利。

- - - - -

99-25441 (c) 210999 230999

¹³⁴ 见上面第55和第60段。