



联合国

国际法委员会报告

第五十四届会议

(2002年4月29日至6月7日和
7月22日至8月16日)

大会

正式记录

第五十七届会议

补编第10号(A/57/10)

大会
正式记录
第五十七届会议
补编第 10 号(A/57/10)

国际法委员会报告
第五十四届会议

(2002 年 4 月 29 日至 6 月 7 日和
7 月 22 日至 8 月 16 日)



联合国 • 2002 年，纽约

说明

联合国文件都用大写英文字母附加编号。凡是提到这种编号，就是指联合国的某一个文件。

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

委员会报告的排版本将载入《2002 年国际法年鉴》第二卷第二部分。

目录

章次	段次	页次
一. 导言.....	1-13	1
A. 成员.....	2-4	1
B. 主席团成员和扩大的主席团.....	5-7	2
C. 起草委员会.....	8-9	3
D. 工作组.....	10-11	3
(a) 国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任工作组.....	10	3
(b) 国际组织的责任工作组.....	10	3
(c) 国际法不成体系问题研究组.....	10	4
E. 秘书处.....	12	4
F. 议程.....	13	4
二. 委员会第五十四届会议工作概况.....	14-24	6
三. 委员会特别想听取意见的具体问题.....	25-31	8
A. 对条约的保留.....	26	8
B. 外交保护.....	27-28	8
C. 国家的单方面行为.....	29	9
D. 国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任(危险活动引起越境损害的损失的国际责任).....	30	9
E. 国际组织的责任.....	31	9
四. 对条约的保留.....	32-103	10
A. 导言.....	32-47	10
B. 本届会议审议这个专题的情况.....	48-101	12
(a) 特别报告员介绍其第七次报告.....	53-66	12
(b) 辩论概况.....	67-81	18
(c) 特别报告员的总结.....	82-101	22

C.	到目前为止委员会暂时通过的对条约的保留准则草案案文	102-103	25
1.	准则草案案文	102	25
2.	委员会第五十四届会议暂时通过的准则草案案文及其评注	103	34
2.	程序		34
2.1	保留的形式和告知		34
2.1.1	书面形式		34
	评注		35
2.1.2	正式确认的形式		37
	评注		37
2.1.3	在国际一级提具保留		38
	评注		38
2.1.4	[2.1.3 之二, 2.1.4] 违反与提具保留有关的内部规则 在国际一级不产生影响		42
	评注		42
2.1.5	保留的告知		45
	评注		45
2.1.6	[2.1.6, 2.1.8] 告知保留的程序		53
	评注		54
2.1.7	保存人的职能		60
	评注		60
2.1.8	[2.1.7 之二] 显然[不允许]提具保留之情况下的程序 ..		65
	评注		65
2.4	解释性声明的程序		66
	评注		66
2.4.1	提具解释性声明		67

	评注		67
	[2. 4. 2[2. 4. 1 之二]] 在内部一级提具解释性声明		68
	评注		68
	[2. 4. 7[2. 4. 2, 2. 4. 9]] 提具和告知有条件的解释性声明....		69
	评注		69
五.	外交保护	104-281	71
A.	导言	104-111	71
B.	本届会议审议这个专题的情况	112-279	72
	1. 研究情况概述	117-149	73
	(a) 特别报告员的介绍	117-120	73
	(b) 辩论概况	121-143	73
	(c) 特别报告员的总结	144-149	77
	2. 第 12 条和第 13 条	150-176	78
	(a) 特别报告员的介绍	150-160	78
	(b) 辩论概况	161-172	80
	(c) 特别报告员的总结	173-176	81
	3. 第 14 条	177-239	82
	(a) 徒劳(第 14 条(a)项)	177-188	82
	(一) 特别报告员的介绍	177-180	82
	(二) 辩论概况	181-186	83
	(三) 特别报告员的总结	187-188	84
	(b) 放弃要求和禁止反言(第 14 条(b)款)	189-201	84
	(一) 特别报告员的介绍	189-193	84
	(二) 辩论概况	194-200	85
	(三) 特别报告员的总结	201	87

(c) 自愿联系和领土联系(第 14 条(c)款和(d)款)	202-228	87
(一) 特别报告员的介绍.....	202-208	87
(二) 辩论概况.....	209-223	89
(三) 特别报告员的总结.....	224-228	91
(d) 不当拖延和拒绝司法(第 14 条(e)款和(f)款)	229-239	92
(一) 特别报告员的介绍.....	229-230	92
(二) 辩论概况.....	231-237	93
(三) 特别报告员的总结.....	238-239	94
4. 第 15 条.....	240-252	94
(a) 特别报告员的介绍.....	240-245	94
(b) 辩论概况.....	246-251	95
(c) 特别报告员的总结.....	252	96
5. 第 16 条.....	253-273	96
(a) 特别报告员的介绍.....	253-259	96
(b) 辩论概况.....	260-268	98
(c) 特别报告员的总结.....	269-273	99
6. 拒绝司法.....	274-279	100
(a) 特别报告员的介绍.....	274	100
(b) 辩论概况.....	275-276	100
(c) 特别报告员的总结.....	277-279	100
C. 委员会暂时通过的外交保护条款草案第 1 至第 7 条草案案文	280-281	101
1. 条款草案案文.....	280	101
2. 条款草案案文及其评注	281	102
第一部分		103
一般原则		103

第 1 条	定义和范围		103
	评注		104
第 2[3] 条	行使外交保护的權利		104
	评注		104
第二部分		106
自然人		106
第 3[5] 条	国籍国		106
	评注		106
第 4[9] 条	持续的国籍		108
	评注		108
第 5[7] 条	多重国籍和针对第三国的求偿		110
	评注		110
第 6 条	多重国籍和针对国籍国的求偿		112
	评注		112
第 7[8] 条	无国籍人和难民		115
	评注		115
六.	国家的单方面行为	282-429	119
A.	导言	282-292	119
B.	本届会议审议本专题的情况	293-429	120
	1. 特别报告员介绍其第五次报告	296-327	120
	2. 辩论概况	328-409	124
	3. 特别报告员的结束语	410-429	134
七.	国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任问题工作组(危险活动造成的越境损害带来损失的国际责任)	430-457	137
A.	导言	430-440	137

B.	本届会议审议本专题的情况.....	441	139
C.	工作组的报告.....	442-457	139
1.	范围.....	447-448	140
2.	操作者和国家在分配损失中的作用.....	449-457	140
(a)	操作者的作用.....	451-454	141
(b)	缔约国的作用.....	455-456	141
3.	额外的问题.....	457	142
八.	国际组织的责任.....	458-488	143
A.	导言.....	458-460	143
B.	本届会议对这一专题的审议.....	461-464	143
C.	工作组的报告.....	465-488	143
1.	专题的范围.....	465-472	143
(a)	责任概念.....	465-468	143
(b)	国际组织的概念.....	469-472	144
2.	国际组织的责任专题与国家责任条款之间的关系.....	473-475	145
3.	归属问题.....	476-477	145
4.	成员国对归于国际组织的行为的责任问题.....	478-480	146
5.	对国际组织产生责任的其他问题.....	481-482	147
6.	国际责任的内容和履行问题.....	483-485	147
7.	争端的解决.....	486-487	147
8.	应予考虑的惯例.....	487	148
9.	工作组的建议.....	488	148
九.	国际法不成体系：国际法的多样化和扩展引起的困难.....	489-513	149
A.	导言.....	489-491	149
B.	本届会议审议本专题的情况.....	492-494	149

C.	研究组的报告.....	495-513	149
1.	讨论概况.....	495-510	149
	(a) 对开展此项专题研究的支持.....	495-498	149
	(b) 程序性问题.....	499	150
	(c) 适当的标题.....	500	150
	(d) 工作方法和形式.....	501-509	150
	(e) 关于委员会工作的可能结果的建议.....	510	152
2.	建议.....	511-513	152
十.	委员会的其他决定和结论.....	514-552	153
A.	委员会的方案、程序和工作方法及委员会的文件.....	514-531	153
1.	新专题.....	517-519	153
2.	委员会在五年期余下期间的工作方案.....	520	154
3.	长期工作方案.....	521	157
4.	程序和工作方法.....	522-523	157
5.	节省开支的措施.....	524	157
6.	酬金问题.....	525-531	157
B.	第五十五届会议的日期和地点.....	532	158
C.	与其他机构的合作.....	533-537	158
D.	出席大会第五十七届会议的代表.....	538-539	158
E.	国际法讲习会.....	540-552	159

第一章

导言

1. 国际法委员会分别于2002年4月29日至6月7日和7月22日至8月16日在联合国日内瓦办事处的会址举行了第五十四届会议第一和第二期会议。

A. 成员

2. 委员会由下列委员组成：

埃曼纽尔·阿克韦·阿多先生(加纳)

侯赛因·巴哈纳先生(巴林)

阿里·穆赫辛·费塔伊斯·马里先生(卡塔尔)

若昂·克莱门特·巴埃纳·苏亚雷斯先生(巴西)

伊恩·布朗利先生(大不列颠及北爱尔兰联合王国)

恩里克·坎迪奥蒂先生(阿根廷)

崔正日先生(大韩民国)

佩德罗·科米萨里奥·阿丰索先生(莫桑比克)

里亚德·达乌迪先生(阿拉伯叙利亚共和国)

克里斯托弗·约翰·杜加尔德先生(南非)

保拉·埃斯卡拉梅亚女士(葡萄牙)

萨利富·丰巴先生(马里)

乔治·加亚先生(意大利)

兹齐斯拉夫·加利茨基先生(波兰)

彼得·卡巴齐先生(乌干达)

莫里斯·卡姆托先生(喀麦隆)

詹姆斯·卢塔班齐布瓦·卡特卡先生(坦桑尼亚联合共和国)

法蒂·卡米沙先生(突尼斯)

马尔蒂·科斯肯涅米先生(芬兰)

瓦列里·库兹涅佐夫先生(俄罗斯联邦)

威廉·曼斯菲尔德先生(新西兰)

贾姆契德·蒙塔兹先生(伊朗伊斯兰共和国)

贝恩德·尼豪斯先生(哥斯达黎加)

迪迪耶·奥佩蒂·巴丹先生(乌拉圭)

纪尧姆·庞布一齐文达先生(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(美利坚合众国)

贝尔纳多·塞普尔维达先生(墨西哥)

布鲁诺·辛马先生(德国)

彼得·托姆卡先生(斯洛伐克)

薛捍勤女士(中国)

山田中正先生(日本)

3. 在 2002 年 4 月 29 日第 2711 次会议上, 委员会选举彼得·卡巴齐先生(乌干达)填补阿德戈克·阿吉博拉·伊戈先生去世造成的临时空缺。

4. 委员会满意地表示, 在目前这个五年期内, 有妇女当选为委员。委员会注意到公认具备国际法专业能力的妇女人数, 预期这一事实可能体现在下一个和随后各个五年期的提名和选举过程中。

B. 主席团成员和扩大的主席团

5. 委员会 2002 年 4 月 29 日第 2711 次会议选出下列主席团成员:

主席: 罗伯特·罗森斯托克先生

第一副主席: 恩里克·坎迪奥蒂先生

第二副主席: 詹姆斯·卡特卡先生

起草委员会主席: 山田中正先生

报告员: 瓦列里·库兹涅佐夫先生

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：坎迪奥蒂先生(主席)、阿多先生、马里先生、巴埃纳·苏亚雷斯先生、布朗利先生、崔正日先生、科米萨里奥·阿丰索先生、埃斯卡拉梅亚女士、丰巴先生、加利茨基先生、卡特卡先生、卡米沙先生、科斯肯涅米先生、曼斯菲尔德先生、蒙塔兹先生、尼豪斯先生、奥佩蒂·巴丹先生、庞布-齐文达先生、佩莱先生、托姆卡先生和库兹涅佐夫先生(当然成员)。

C. 起草委员会

8. 委员会分别在2002年6月5日、4月30日和5月17日第2712和2721次会议上就下列专题设立了由下列委员组成的起草委员会：

(a) **外交保护**：山田先生(主席)、杜加尔德先生(特别报告员)、布朗利先生、坎迪奥蒂先生、崔正日先生、科米萨里奥·阿丰索先生、达乌迪先生、加亚先生、加利茨基先生、蒙塔兹先生、罗德里格斯-塞德尼奥先生、罗森斯托克先生、辛马先生、薛捍勤女士和库兹涅佐夫先生(当然成员)。

(b) **对条约的保留**：山田先生(主席)、佩莱先生(特别报告员)、科米萨里奥·阿丰索先生、埃斯卡拉梅亚女士、丰巴先生、加亚先生、卡姆托先生、卡米沙先生、科斯肯涅米先生、辛马先生、托姆卡先生、薛捍勤女士和库兹涅佐夫先生(当然成员)。

9. 起草委员会就上述两个专题一共举行了15次会议。

D. 工作组

10. 委员会在2002年5月8日第2717次会议上，还设立了由下列委员组成的下列工作组和研究组：

(a) **国际法不加禁止的行事所产生的损害性后果的国际责任工作组**：拉奥先生(主席)、巴埃纳·苏亚雷斯先生、布朗利先生、坎迪奥蒂先生、崔正日先生、科米萨里奥·阿丰索先生、埃斯卡拉梅亚女士、加利茨基先生、卡姆托先生、卡特卡先生、科斯肯涅米先生、曼斯菲尔德先生、奥佩蒂·巴丹先生、罗森斯托克先生、薛捍勤女士、山田先生和库兹涅佐夫先生(当然成员)。

(b) **国际组织的责任工作组**：加亚先生(主席)、巴埃纳·苏亚雷斯先生、布朗利先生、坎迪奥蒂先生、达乌迪先生、埃斯卡拉梅亚女士、丰巴先生、卡姆托

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

² 杜加尔德先生、加亚先生、佩莱先生、罗德里格斯-塞德尼奥先生和山田先生。

先生、卡特卡先生、科斯肯涅米先生、曼斯菲尔德先生、辛马先生、托姆卡先生、山田先生和库兹涅佐夫先生(当然成员)。

(c) **国际法不成体系问题研究组**：辛马先生(主席)、阿多先生、布朗利先生、坎迪奥蒂先生、杜加尔德先生、埃斯卡拉梅亚女士、加亚先生、加利茨基先生、卡姆托先生、卡特卡先生、卡米沙先生、科斯肯涅米先生、曼斯菲尔德先生、蒙塔兹先生、尼豪斯先生、庞布一齐文达先生、佩莱先生、拉奥先生、罗森斯托克先生、塞普尔维达先生、托姆卡先生、薛捍勤女士、山田先生和库兹涅佐夫先生(当然成员)。

11. 2002年5月1日，规划小组设立了长期工作方案工作组，由下列委员组成：佩莱先生(主席)、巴埃纳·苏亚雷斯先生、加利茨基先生、卡姆托先生、科斯肯涅米先生、薛捍勤女士和库兹涅佐夫先生(当然成员)。

E. 秘书处

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

F. 议程

13. 委员会2002年4月29日第2711次会议通过了第五十四届会议议程，其项目如下：³

1. 填补临时空缺。
2. 本届会议的工作安排。
3. 对条约的保留。
4. 外交保护。
5. 国家的单方面行为。
6. 国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任(危险活动引起越境损害的损失的国际责任)。
7. 国际组织的责任。
8. 国际法不成体系问题：国际法多样化和扩展引起的问题。

³ 见第十章，第517-519段。

9. 共有的自然资源。
10. 委员会的方案、程序、工作方法和文件。
11. 与其他机构合作。
12. 第五十五届会议的时间和地点。
13. 其他事项。

第二章

委员会第五十四届会议工作概况

14. 关于“对条约的保留”这一专题，委员会通过了关于提具和告知保留和解释性声明的 11 项准则草案。委员会还审议了特别报告员第七次报告，⁴并向起草委员会移交了关于保留的撤回和修改的 15 项准则草案(第四章)。

15. 关于“外交保护”这一专题，委员会审议了特别报告员第二次报告⁵中关于用尽当地补救措施规则的未审议部分，即第 12 和第 13 条，以及涉及第 14 至第 16 条的第三次报告，⁶这三条分别涉及该项规则的例外、举证责任问题和所谓的“卡尔沃”条款。除其他外，委员会还就研究的范围问题进行了一般性讨论，并就对机组人员以及公司和股东的外交保护问题举行了好几次可自由参加的非正式磋商。委员会还根据起草委员会的建议，通过了第 1 至第 7[8]条。委员会还把分别涉及徒劳、放弃要求和禁止反言、自愿联系、领土联系和不当拖延等问题的第 14 条(a)、(b)、(c)和(d)款草案(后两款都须结合(a)和(e)款一起审议)移交给起草委员会(第五章)。

16. 关于“国家的单方面行为”这一专题，委员会审议了特别报告员第五次报告的一部分。⁷特别报告员在报告中回顾了此专题迄今所取得的进展，并提出了关于单方面行为无效的经修订的第 5 条(a)至(h)款草案和关于解释的(a)和(b)款草案。在委员会尚未审议的其报告增编 2 中，他提出了关于法令必须遵守的第 7 条草案、关于不可追溯性的第 8 条草案、关于领土适用的第 9 条草案以及条款草案的结构(第六章)。

17. 关于“国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任(危险活动引起越境损害的损失情况下的国际责任)”这一专题，委员会决定恢复对此专题第二部分的研究并设立一个工作组来审议此专题的概念性提纲。委员会通过了工作组的报告，该报告列出了一些初步的理解，并介绍了关于此项研究的范围的意见以及关于可采取的方法的意见。委员会也任命拉奥先生为本专题的特别报告员(第七章)。

18. 关于“国际组织的责任”这一专题，委员会决定将此专题列入其工作方案中，并设立了一个工作组，工作组除其他外，将审议此专题的范围。委员会还任命乔治·加亚先生为此专题的特别报告员。委员会后来通过了工作组的报告，并同意

⁴ A/CN.4/526 和 Add. 1-3。

⁵ A/CN.4/514 和 Corr. 1。

⁶ A/CN.4/523 和 Add. 1。

⁷ A/CN.4/525 和 Add. 1, Add. 2 和 Corr. 1 和 Corr. 2(只更正阿拉伯文本和英文本)。

了该报告中的建议，即秘书处应与各国际组织联系，收集关于此专题的有关材料(第八章)。

19. 关于“国际法不成体系问题：国际法多样化和扩展引起的困难”这一专题，委员会决定将此专题列入其工作方案中，并设立了一个研究组。委员会后来通过了该研究组的报告，从而除其他外，同意对专题的标题作出修改，将标题由“国际法不成体系引起的危险”改成目前的标题，也同意了下述建议，即拟进行的第一项研究将围绕“特别法规则的职能和范围与‘自足制度’问题”展开(第九章)。

20. 委员会还决定将“共有的自然资源”这一专题列入其工作方案中，并任命山田中正先生为特别报告员。委员会还建议设立一个工作组。

21. 委员会设立了一个规划小组，审议方案、程序和工作方法。委员会通过了本五年期工作方案，来指导对议程上各专题的审议(第十章，A节)。

22. 委员会继续与泛美司法委员会、亚非法律协商组织、国际法院、欧洲法律合作委员会和欧洲理事会国际公法法律顾问委员会进行传统的资料交流(第十章，C节)。

23. 举办了一届讲习班，有24名不同国籍的人参加(第十章，E节)。

24. 委员会决定，下一届会议将于2003年5月5日至6月6日和7月7日至8月8日分两期在联合国日内瓦办事处举行(第十章，B节)。

第三章

委员会特别想听取意见的具体问题

25. 委员会响应大会 2001 年 12 月 12 日第 56/82 号决议第 13 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，提出意见，这些意见将有助于有效地指导委员会今后的工作。

A. 对条约的保留

26. 委员会欢迎各国政府就下列问题提出意见：

(a) 委员会在今年一读通过的准则草案 2.1.6 第 4 段中认为，对条约的保留的告知可以用电邮或传真方式送达，但在这种情况下，保留必须以书面加以确认。为了二读通过该准则草案，委员会希望知道该条款是否体现惯常做法和(或)适当。

(b) 特别报告员在关于对条约的保留的第七次报告中提议通过的准则草案 2.5.X 如下：

“2.5.X 撤回条约执行情况监测机关认为不可接受的保留

保留所针对的条约的执行情况监测机关认定保留不可接受这一事实并不构成撤回该项保留。

此项认定作出后，提具保留的国家或国际组织应就此作出结论。该国或国际组织可全部或部分撤回保留以履行这方面义务。”

在委员会进行了辩论以后，特别报告员撤回了在主要方面不涉及撤回保留问题的这项提议。由于委员会在审议保留不可接受的后果或重新审查 1997 年的初步结论时，势必再度讨论这个问题，委员会欢迎各国就这一问题提出意见。

B. 外交保护

27. 委员会欢迎各国政府发表意见，以说明向持有第三国国籍的船员提供外交保护⁸ 是否属于 1982 年《海洋法公约》已经充分论及的外交保护，或者是否需要承认在这些情形下船只的国籍国拥有行使外交保护的权力。如果是拥有这种权利，那么类似的论点是否也适用于飞机和宇宙飞船的机组人员？

28. 在审理巴塞罗纳电车案时，国际法院认为，公司注册地和事务所注册地的国家有权为该公司行使外交保护。股东的国籍国无权行使外交保护，但有可能在下列情况下除外：

(a) 股东自己的权利受到直接的损害；

⁸ 参看内燃机船“赛加”(二号)(圣文森特和格林纳丁斯诉几内亚)案。国际海洋法法庭，1999 年 7 月 1 日判决。

(b) 在注册地，公司已不复存在；

(c) 注册地国是应对该公司遭受的国际不法行为负责的国家。

股东的国籍国是否有权在其他情况下行使外交保护？例如，一个公司的多数股东的国籍国是否有这样的权利？或者说是不是这样：在公司注册地国拒绝或未能行使外交保护时，公司的多数股东的国籍国拥有行使外交保护的次级权利？

C. 国家的单方面行为

29. 委员会再次鼓励各国答复 2001 年 8 月 31 日发出的问卷，该问卷请各国就其在单方面行为方面的国家实践提供资料。⁹

D. 国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任

(危险活动引起越境损害的损失的国际责任)

30. 委员会欢迎就工作组报告(第七章)中提出的各种论点，尤其是下列问题，提出意见：

(a) 无辜受害人果真应该分担损失的程度；

(b) 经营人在分担损失方面的作用；

(c) 国家在分担损失，包括可能会有的剩余责任的作用；

(d) 是否应该为极端危险的活动规定具体办法；

(e) 是否应按预防条款的处理方式，把启用分摊损失办法的门槛订为“重大损害”或者规定更高的门槛；

(f) 把对全球公域的损害列入目前研讨范围；

(g) 向有关行为人分派损失的模式；

(h) 恢复原状和补偿的处理和解决程序，可包括国家之间或国家内部的合并索赔办法、现有补救办法的性质、利用有关论坛的机会以及索赔的量化和结算。

E. 国际组织的责任

31. 委员会欢迎就国际组织的责任这一专题的拟议研究范围和方向发表意见。尤其请各国政府就下列问题发表意见：

(a) 这一专题是否应依照关于国家对国际不法行为的责任的条款草案所采取的处理办法，仅限于按照一般国际法应对国际不法行为所负的责任的问题；

(b) 是否最好把这项研究(正如现在人们所提议的)局限于研究政府间组织，至少是在开始阶段，而不是也考虑其他类型的国际组织。

⁹ <http://www.un.org/law/ilc/sessions/53/53sess.htm>

第四章

对条约的保留

A. 导言

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

33. 委员会 1994 年第四十六届会议任命阿兰·佩莱先生为这个专题的特别报告员。¹⁰

34. 委员会 1995 年第四十七届会议收到并且讨论了特别报告员的第一次报告。¹¹

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

36. 委员会于 1995 年按照以往的做法，¹³ 授权特别报告员编写一份关于对条约的保留的详细问题单，以确定国家和国际组织——尤其是多边公约的保存者——的实践和遇到的问题。这份问题单由秘书处寄出。大会 1995 年 12 月 11 日第 50/45 号决议注意到委员会的结论，请它按照其报告中所载述的方针继续工作，并请各国对问题单作出答复。¹⁴

37. 委员会第四十八届会议收到了特别报告员关于这个专题的第二次报告。¹⁵ 特别报告员在报告中附载了国际法委员会关于对多边规范性条约——包括人权条约——的保留问题的一份决议草案，将其提交大会，要求注意并澄清这个事项所涉及的法律问题。¹⁶ 但是，由于时间不够，委员会未能审议这份报告和决议草案，

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

¹¹ A/CN.4/470 和 Corr. 1。

¹² 《大会正式纪录，第五十届会议，补编第 10 号》(A/50/10)，第 491 段。

¹³ 见 1993 年年鉴，第二卷(第二部分)，第 286 段。

¹⁴ 到 2000 年 7 月 27 日为止，有 33 个国家和 24 个国际组织答复了问题单。

¹⁵ A /CN.4/477 和 Add. 1。

¹⁶ 《大会正式纪录，第五十一届会议，补编第 10 号》(A/52/10)，第 137 段。

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

38. 委员会第四十九届会议再度收到特别报告员关于这个专题的第二次报告。

39. 经过辩论以后，委员会通过了关于对规范性多边条约-包括人权条约-的保留问题的初步结论。¹⁷

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

41. 委员会第五十届会议收到了特别报告员关于这个专题的第三次报告，¹⁸ 其中载述了对条约的保留和解释性声明的定义。委员会同一届会议暂时通过了六条准则草案。¹⁹

42. 委员会第五十一届会议再度收到特别报告员第三次报告中没有足够时间在其第五十届会议上予以审议的部分和关于这个专题的第四次报告。²⁰ 此外，本报告附载了关于本专题的经过修订的参考书目，最初书目已由特别报告员在 1996 年附载于第二次报告之后。²¹ 第四次报告也述及了保留的定义和解释性声明的问题。在同一届会议上，委员会暂时通过了 17 条准则草案。²²

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

44. 委员会第五十二届会议收到了特别报告员关于本专题的第五次报告，²³ 报告一方面述及替代保留和解释性声明的程序，另一方面也谈到了保留和解释性声明的程序，尤其是其拟订方法和提出过迟的问题。在该届会议上，委员会暂时通过了五条准则草案。²⁴ 委员会将载于 A/CN.4/508/Add.3 和 Add.4 中的特别报告员第五次报告的第二部分推迟至下届会议审议。

¹⁷ 同上，《第五十二届会议，补编第 10 号》(A/52/10)，第 157 段。

¹⁸ 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。

¹⁹ 《大会正式记录，第五十三届会议，补编第 10 号》(A/53/10)，第 540 段。

²⁰ A/CN.4/499。

²¹ A/CN.4/478/Rev.1。

²² 《大会正式记录，第五十四届会议，补编第 10 号》(A/54/10)，第 470 段。

²³ A/CN.4/508/Add.1 至 4。

²⁴ 《大会正式记录，第五十五届会议，补编第 10 号》(A/53/10)，第 470 段。

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

46. 委员会同一届会议暂时通过了12条准则草案。²⁵

47. 在2001年7月19日举行的同一届第2692次会议上,委员会决定将准则草案的下列条款移交给起草委员会:2.1.1(书面形式)、2.1.2(正式确认的形式)、2.1.3(在国际一级提具保留的权限)、2.1.3之二(在内部提具保留的权限)、2.1.4(违反内部提具保留的规则在国际一级不产生影响)、2.1.5(保留的通知)、2.1.6(保留的通知程序)、2.1.7(保存人的职能)、2.1.8(有关保留的通知的生效日期)、2.4.1(解释性声明的提具)、2.4.1之二(在内部提具解释性声明的权限)、2.4.2(有条件解释性声明的提具)、2.4.9(有条件解释性声明的通知)。

B. 本届会议审议这个专题的情况

48. 委员会本届会议收到了特别报告员的第七次报告(A/CN.4/526和Add.1至3),涉及保留和解释性声明的提具、修改和撤回。委员会在2002年5月14、15和17日举行的第2719、2720和2721次会议上审议了该报告。

49. 在2002年5月17日第2721次会议上,在审议第七次报告(A/CN.4/526)第一部分之后,委员会决定将准则草案2.1.7之二(明显不得容许的保留情况)移交给起草委员会。

50. 在2002年7月22日和23日第2733和2734次会议上,委员会审议并暂时通过了下列准则草案条款:2.1.1(书面形式)、2.1.2(正式确认的形式)、2.1.3(在国际一级提具保留的权限)、2.1.4[2.1.3之二,2.1.4]²⁶(违反内部提具保留的规则在国际一级不产生影响)、2.1.5(保留的通知)、2.1.6[2.1.6,2.1.8](保留的通知程序)、2.1.7(保存人的职能)、2.1.8[2.1.7之二](在出现明显[不得容许的]保留的情况时采取的程序)、²⁷2.4.1(解释性声明的提具)、[2.4.2[2.4.1之二](在内部提具解释性声明)]、[2.4.7[2.4.2,2.4.9](有条件解释性声明的提具和通知)]。²⁸

²⁵ 《大会正式记录,第五十五届会议,补编第10号》(A/53/10),第114段。

²⁶ 方括号中的编号代表在特别报告员报告中该条准则草案的编号,或者代表在特别报告员报告中出现但与最后准则草案合在一起的准则草案的原来编号。

²⁷ 委员会将对用语进行审查。

²⁸ 在委员会就所有关于有条件解释性声明的准则草案作出决定之前,这两项准则草案暂被放入方括号中。

51. 委员会在 2002 年 8 月 14 日第 2748 次会议上通过了上述准则草案的评注。

52. 这些准则草案的案文及其评注载录于下文 C.2 节。

(a) 特别报告员介绍其第七次报告

53. 特别报告员提请注意第七次报告的 C 节(A/CN.4/526, 48-55 段), 特别是涉及到对人权条约保留的两项新的事态。第一项是秘书处于 2001 年应消除对妇女歧视委员会的请求编制的重要报告, 特别是题为“人权条约机构的作法”这一部分。这些机构证明比第 24 号一般性评论案文所表明的要务实得多, 而不是那么教条。它们更倾向于鼓励各国撤回某些保留, 而不是增进其效力, 鉴于委员会在 1997 年通过的关于对规范性多边条约(包括人权条约)的保留所作的初步性结论, 这一点是很重要的。

54. 第二项事态发展是, 尽管人权委员会继续反对, 但是增进和保护人权小组委员会仍重申了其早先的决定, 委托弗朗索瓦斯·汉普森女士就对人权条约的保留编制一项工作文件。特别报告员请委员会成员就是否应与汉普森女士接触发表意见, 以便在国际法委员会、小组委员会以及其他人权条约机构之间进行更充分的磋商, 以期在 2004 年重新审查国际法委员会 1997 年通过的初步结论。

55. 谈到第七次报告增编二和增编三中的准则草案, 特别报告员介绍了准则草案 2.5.1,²⁹ 该准则转载了 1986 年《维也纳公约》第 22 条第 1 款, 该条文本身与 1969 年《维也纳公约》的相应条款基本相同。第 22 条第 1 款的准备工作文件充分证明, 撤回保留是一种单方面的行为, 从而结束了对该项行为性质的争论。有一种观点认为一项条约没有作出规定的保留只有在缔约方接受该保留时才有效, 这种观点过份强调形式而没有考虑到《维也纳公约》的规定已经成为习惯规则的事实。

56. 准则草案 2.5.2,³⁰ 转载了《维也纳公约》第 23 条第 4 款的案文。其最重要的影响是不可能“暗示”或“默示”的撤回保留, 尽管有一种理论认为不确认一项保留就可能构成对其“撤回”。

²⁹ 该准则草案内容如下:

2.5.1 撤回保留

除条约另有规定外, 保留可随时撤回, 无须经业已接受保留的国家或国际组织同意。

A/CN.4/526/Add.2, 85 段。

³⁰ 该准则草案内容如下:

2.5.2 撤回的形式

撤回保留必须以书面进行。

A/CN.4/526/Add.2, 90 段。

57. 同样，也不能将撤回与保留的“到期”或“遗忘”相混淆，后者主要产生于一国国内立法的修改或废除，从而使该保留成为没有必要。这种情况可能造成关于是国内法还是国际法优先的法律问题；“被遗忘的”保留尽管如此还是没有被撤回。

58. 准则草案 2.5.3³¹ 所针对的是，特别鉴于其作为一项“建议的业务守则”不具有约束力，因此有必要在实践指南中列入一项准则，鼓励各国对其保留进行定期的仔细审查，以便查明根据其国内立法的演变情况此种保留是否不再有了。这还符合联合国大会和欧洲委员会以及某些条约设立的机构的作法。

59. 准则草案 2.5.4³² 试图解决如果监测机构裁定某一保留不可接受³³ 应有什么效果这一困难的问题。显然，这一项裁决不能构成固有性质的撤回。然而，裁决应产生一些后果：可视为其已“抵消”该保留或根据委员会 1997 年的初步结论将由提具保留的国家负责根据裁决作出结论。如果说在有些时候完全撤回似乎可能是过份极端的话，那么部分撤回仍然是一种选择。准则草案 2.5.X³⁴ 是这两种选择的一种结合办法。

³¹ 该准则草案内容如下：

2.5.3 定期审查保留的功用

对条约提出一项或多项保留的国家或国际组织应定期审查各项保留，并考虑撤回已不符合目标的保留。

在这项审查中，国家和国际组织应特别注意维护多边条约完整性的目标，并在必要时特别反思自问，根据其国内法及自从提出保留以来国内法的演变情况，各项保留是否仍然有用。

A/CN.4/526/Add.2, 103 段。

³² 该准则草案内容如下：

2.5.4 监测条约执行情况的机关认为不可接受的保留的撤回

如果监测条约执行情况的机关裁定对条约的某一保留不可接受，这并不意味着条约的撤回。

作出这样的裁决后，提具保留的国家或国际组织必须采取相应行动。该国或国际组织可撤回其保留，从而履行其这方面的义务。

A/CN.4/526/Add.2, 114 段。

³³ 对这措辞将来将根据特别报告员今后的报告和委员会的讨论情况进行重新审查。

³⁴ 该准则草案内容如下：

2.5.X 撤回监测条约执行情况的机关认为不可接受的保留

保留所针对的条约的监测条约执行情况机关认定保留不可接受并不构成撤回该项保留。

此项认定作出后，提具保留的国家或国际组织必须相应采取行动。全部或部分撤回保留构成该国或国际组织履行这方面义务的手段。

A/CN.4/526/Add.3, 216 段。

60. 准则草案 2.5.5 到 2.5.5 之三³⁵ 涉及的是撤回保留的程序,《维也纳公约》对此没有规定。特别报告员认为可以提具保留的程序为范本,但以这种程序能适用于撤回的程度为限。鉴于委员会已对提具保留的准则作了修改,因此,宜对撤回保留的有关准则作类似的修改。另一个可能性是列入一项单一的准则草案 2.5.5,³⁶ 经适当变通后照搬有关提具保留程序的准则。然而,特别报告员不赞成后一种选择,部分是因为这没有针对指南旨在满足的实际需要,还因为提具和撤

³⁵ 该准则草案内容如下:

[2.5.5 **在国际上撤回保留的权限**

依照保存条约的国际组织的惯例,有权代表一国或一国际组织通过或确认条约案文或表示一国或一国际组织同意接受条约拘束的任何人士,均有权撤回以该国或该国际组织的名义提具的保留。)

[2.5.5 在国际上撤回保留的权限

1. 依照保存条约的国际组织的惯例,以下人士有权撤回代表一国或一国际组织提具的保留:

(a) 该人士出示撤回保留的适当全权证书;或

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

2. 以下人士因其职务无须出示全权证书,有权代表一国在国际上撤回保留:

(a) 国家元首、政府首脑和外交部长;

(b) 各国为撤回对一国际组织或该组织的一个机关通过的条约的保留而派到该国际组织或机关的代表;

((c) 撤回对委派国与一国际组织间的某项条约的保留的常驻该组织代表团团长。))

2.5.5 之二 **撤回保留的内部权限**

确定撤回保留的内部主管机构和应遵循的程序是每个国家或国际组织内部法律规定的事项。

2.5.5 之三 **违反与撤回保留有关的内部规则在国际上不产生影响**

一国或一国际组织不得以保留的撤回违反关于撤回保留的权限和程序的该国内部法律或该组织内部规则为理由宣布撤回无效。

A/CN.4/526/Add.2, 139 段。

³⁶ 该准则草案内容如下:

(2.5.5 在国际上撤回保留的权限

确定撤回保留的主管机构和应遵循的程序受准则 2.1.3、2.1.3 之二和 2.1.4 所载适用于提具保留的规则约束,但在细节上可作必要的修改。]

回这两种程序是不完全一样的。对于有关告知撤回保留的准则(2.5.6、2.5.6之二和2.5.6之三)，³⁷ 特别报告员回顾，1969年《维也纳公约》的准备工作文件表明，当时委员会的成员认为，保存人对告知保留和告知撤消保留应适用同样的程序。这一点得到了实践的确认，有关准则反映了这一点。

61. 准则草案2.5.7和2.5.8³⁸ 涉及到撤回保留的效力，载于实践指南有关程序的这一部分，仅仅是为了方便的原因。对于准则草案2.5.7，特别报告员指出，说“撤回保留引起适用全部条约的后果……”并不完全确切，因为可能有其他没

³⁷ 这些准则草案内容如下：

[2.5.6 撤回保留的告知

撤回保留的告知程序遵循准则2.1.5、2.1.6和2.1.7所适用于保留告知的规则。]

[2.5.6 撤回保留的告知

撤回保留必须[书面]告知缔约国和缔约组织以及有权成为条约缔约方的其他国家和国际组织。

撤回对一项作为一国际组织组成文书或设立有权接受保留的审议机关的现行条约的保留也必须告知该组织或机关。

[2.5.6之二 撤回保留的告知程序

除条约中另有规定或缔约国和缔约组织另有协议外，撤回对条约的保留的有关告知：

(-)如果没有保存人，应由撤回者直接送交缔约国和缔约组织以及有权成为条约缔约方的其他国家和国际组织；或

(-)如果有保存人，则应送交保存人，保存人应尽早通知保留所要送交的国家或组织。

如果撤回对条约的保留是以电子邮件告知，则必须以普通邮件[或传真]加以确认。

[2.5.6之三 保存人的职能

保存人应审查由一国或一国际组织撤回对某一条约的保留是否具有适当形式。

如果一国或一国际组织与保存人对保存人履行职能有分歧，保存人就应将此问题：

(a) 提请各签署国和签署组织以及缔约国和缔约组织注意；或

(b) 必要时提请有关国际组织的主管机关注意。]

A/CN.4/526/Add.2, 150-151段。

³⁸ 准则草案内容如下：

2.5.7 撤回保留的后果

在撤回保留国或国际组织与其他缔约方整体的关系上，撤回保留引起适用全部条约的后果，不管其他缔约方接受保留还是反对保留。

2.5.8 在反对保留同时还反对条约对于保留的行为者生效的情况下撤回保留的后果

在撤回保留国或国际组织与一反对保留并反对条约对其和保留行为者生效的一国或一国际组织的关系上，撤回保留引起条约生效的后果。

A/CN.4/L.526/Add.2, 184段。

有撤回的保留会继续阻碍适用全部条约。因此，最好是将第一句的措词加以修改如下：撤回保留引起该保留所涉及的条约规定的全部内容适用的后果……”。

62. 关于撤回保留的生效日期(准则草案 2.5.9³⁹)，特别报告员提请注意《维也纳公约》第 22 条第 3 款，但是他说，这一日期可能对修改国内法以适应新的形势造成问题，尽管总是有可能通过明示的条款来处理这一问题。这就是为什么他认为有必要在实践指南中列入若典型条款，⁴⁰ 缔约国可将其列入其加入的条约之中。如果有关典型条款被提交起草委员会，那就得决定是否按照准则草案 2.5.9 的案文加以照搬，或应将其载入实践指南的附件中，后一个解决办法在他看来似乎更加合适。

63. 如准则草案 2.5.10 所回顾，⁴¹ 任何事情都不能阻止撤回保留的缔约国或国际组织将该撤回的生效日推迟到其收到告知的日期以后。该准则草案还涉及撤回不影响缔约国或缔约的国际组织的义务的情况，在那种情况下这些义务是“固有的”义务。在上述情况下，撤回立即生效或者甚至有追溯性的效力。

³⁹ 该准则草案内容如下：

2.5.9 撤回保留的生效日期

除条约另有规定或另经协议外，撤回保留自一缔约国或一缔约组织收到通知时才开始对该国或该组织发生效力。

A/CN.4/526/Add.2, 175 段。

⁴⁰ 条款范本内容如下：

条款范本 A - 撤回保留生效日期的期限

对本条约提出保留的缔约方可向[保存人]提出通知撤回保留。撤回在[保存人]收到通知之日之后的 X[月][日]期满时开始生效。

条款范本 B - 缩短撤回保留生效的期限

对本条约提出保留的缔约方可向[保存人]提出通知撤回保留。保留从[保存人]收到通知之日起开始生效。

条款范本 C - 确定撤回保留生效日期的自由

提出保留的缔约方可向[保存人]提出通知撤回保留。保留从该缔约国在向[保存人]提出的通知中所确定的日期开始生效。

A/CN.4/526/Add.2, 164 和 166 段。

⁴¹ 该准则草案内容如下：

2.5.10 保留国可以单方面确定撤回保留生效日期的情况

撤回保留从保留的行为者确定的日期开始生效，如：

- (a) 此一日期后于其他各缔约国或各缔约国际组织收到通知的日期；或
- (b) 撤回不会改变撤回的行为者对于其他各缔约国或各缔约国际组织的状况。

A/CN.4/526/Add.2, 169 段。

64. 准则草案 2.5.11 和 2.5.12⁴² 涉及的是部分撤回保留，⁴³ 这与全部撤回保留非常相似，因为通过“缩小”或减少保留的范围，有关缔约国(或国际组织)“增加了”其条约义务。

65. 准则草案 2.5.11⁴⁴ 建议的部分撤回定义表明，这一种撤回是对现有保留的修改而不是全部撤回然后提出新的保留，后者是某些理论和案例法似乎暗示的，例如瑞士联邦法庭在 Elizabeth B. 一案中的裁决⁴⁵ 以及联合国秘书长作为保存人偶而有些不一致的做法。同一程序还应用于部分或全部撤回一项保留。(因此可将准则草案 2.5.6 至 2.5.10 容易地移位到部分撤回。)另一方面，准则草案 2.5.7 和 2.5.8 不能移位，因为在部分撤回的情况，保留仍然有效，根据事实本身并不影响到其所作出的反对。准则草案 2.5.11 界定了部分撤回的后果，而准则草案 2.5.11 之二⁴⁶ 是准则草案 2.5.4 的“配对物”，并且可以与其合并。

66. 特别报告员在结束介绍时说，他希望所有的准则草案以及关于准则草案 2.5.9 的典型条款将提交起草委员会。

(b) 辩论概况

67. 关于特别报告员就委员会与增进和保护人权小组委员会之间合同的未来所提出的问题，一些成员支持这样的意见，委员会应主动向处理同样问题的机构开放并甚至征求它们的意见。根据一种意见的看法，委员会甚至应采取主动在下届会议期间与有关方面举行非正式会议。鉴于特别报告员对目前形势的介绍，委员会决定和人权机构联系。因此，将向小组委员会主席和汉普森女士发出一份由主

⁴² 准则草案内容如下：

2.5.11 部分撤回保留

部分撤回保留的形式和程序应遵守与全部撤回相同的规则并在相同条件下生效。

部分撤回保留是提具保留的国家或国际组织更改该项保留，目的在于削弱该项保留的法律效果，并确保该国或该国际组织更完整地执行条约的规定、或整个条约。

2.5.12 部分撤回保留的后果

部分撤回保留依新提具的保留更改保留的法律后果。针对该保留作出的反对在反对方未撤回反对之前继续生效。

A/CN.4/526/Add.3, 210 和 220 段。

⁴³ 特别报告员解释说，其报告中关于加重保留的最后一部分不能在五十四届会议上作介绍。

⁴⁴ 特别报告员认为，对于准则草案 2.5.11 的各段的次序可以颠倒。

⁴⁵ 参看 A/CN.4/526/Add.3, 199-200 段。

⁴⁶ 该准则草案内容如下：

2.5.11 之二 部分撤回监测条约执行情况的机关认为不可接受的保留

保留所针对的条约的监测条约执行情况机关认定该保留不可接受时，提具保留的国家或国际组织可以按照此项认定，部分撤回此项保留，以履行其应尽义务。

席和特别报告员共同签署的信函，正式要求下届会议期间在日内瓦组织进行磋商的机会。

68. 会议还提请注意这一套准则草案的功用，这些准则草案旨在为缔约国提供实际的指导，特别是因为在《维也纳公约》和其他公约中对于在撤回或修改保留时应遵循什么程序没有什么规定或规定很少。会议还指出，应强调普遍的条约惯例，而不是强调某些部门或某些地区。

69. 一些成员表示支持准则 2.5.1 和 2.5.2，同时指出这些准则基本上重复了《维也纳公约》的有关规定(第 22 条第 1 款和第 23 条第 4 款)。一些成员怀疑是否应将它们列入实践指南，而不提及《维也纳公约》的条文。然而，其他成员指出，他们赞成在实践指南中照搬《维也纳公约》的条款，因为该指南是综合性的。准则 2.5.2 确认有必要以书面提出撤回保留；这就排除了暗示的撤回并保证在各缔约国之间关系上法律方面的确定性。有些成员还考虑到，由于一提及保留的国家随后的做法一项保留可能终止。根据一种意见的看法，应论及其他形式的撤回，例如就一项即将提出的正式撤回发表宣言，所根据的谅解是，提及保留的国家和条约其他缔约国之间的关系只有在后者收到撤回保留的书面通知时才会发生修改。然而，提及保留的国家从其宣布打算撤回保留的时间起就将受到约束。有人强调指出，这样一项宣言可能在国内产生效力。但是对其他缔约国没有效力，根据另一种意见的看法，对于暗示的撤回问题必须慎之又慎，因为一项撤回只有在在其用书面提及后才产生法律效力。例如，在 1929 年，捷克斯洛伐克和波兰的议会通过了一项接受常设国际法庭管辖权的宣言，其国家首脑也签署了该项宣言，但是该项宣言从没有交存交存国；因此该宣言没有法律效力。其他成员提到在有些情况下缔约国作出了保留，然后并不坚持在其双边或多边关系中维持这种保留，甚至为了不同的原因放弃这种保留(例如其国内立法的修改)；他们问，缔约国是否能声称他们没有用书面撤回其保留是为了避免任何禁止改口的影响。此外，如果其他国家向一缔约国适用缔约国已提及“被放弃的”保留的条款，那么这样就会产生一种超出条约范围的实际情况。有人还指出，没有正式撤回的保留在法律上仍然有效，尽管其是“未利用的”，从而使提及保留的国家有更大的灵活余地必要时按照该保留的思路重新修改其国内立法。

70. 一种意见认为，准则草案 2.5.3 是对陈旧保留的问题的一种创造性的处理办法。有人指出，也应该提到监测条约执行情况的机构所提出的呼吁，因为内部立法有时是很含糊和不一致的。另一种意见认为，该项准则草案可能引起一些困难，因为对保留的功用的审议并不涉及到程序，而基本上是提出有关撤回条件以及保留陈旧性的作用的问题。此外，审议内部立法发展情况的结果似乎是有点令人怀疑的。应进一步强调准则草案 2.5.3 作为建议的性质，以便不产生这样的印象，缔约国有义务进行这样一项审查。准则还不应局限于提及国内立法，因为可能有一些其他的情况促使已提及保留的国家撤回其保留。

71. 关于准则草案 2.5.4(一些成员结合准则草案 2.5.11 之二和 2.5.x 已对其进行了讨论,因为这些条款之间关系密切),会议指出,第 1 段论述的事情是不言而喻的,而第 2 段所突出的一种情况根据的事实是,不可接受的裁定可能产生的效力是使提具保留的国家不得不撤回该保留。但是远远不能肯定的是,该监测机构是否具有默示的权力来使提具保留的缔约国承担义务撤回该保留。会议指出,委员会于 1997 年通过的初步结论要谨慎得多:没有必要明确判定不可接受的后果,至少说来对于撤回保留是如此。还产生的一个问题是,如果仅仅是一项建议,认定不可接受是否对提具保留的国家有约束力,有与会者指出,该缔约国没有义务遵照一监测机构的建议。一些成员认为,还应认真考虑作出认定的监测机构的性质,因为它们分为好几种类型(政治机构、管辖机构、特殊机构等)。

72. 此外,在管辖机构作出的决定和监测机构的认定之间有很大的区别,这可能造成该保留的“自动”无效或该缔约国有义务采取措施或者可能仅仅是对有关缔约国的一项建议,要求采取适当措施。会上引用了前欧洲人权委员会的例子,其裁定构成缔约国重新考虑其立场的一项“道义责任”。即使说监测机构具有约束性的权力,也不清楚这种权力是否是“自动执行的”。甚至还产生这样的问题,司法机构是否是准则草案意义范围内的监测机构。此外,一些成员怀疑监测机构的构成和认定的动机,这些机构和缔约国在评估方面出现冲突的可能以及最后,准则草案对监测机构本身可能产生的影响。还产生的问题涉及到国际法中缔约国根据监测机构认定行事的任何“义务”的来源。应对监测机构认定不可接受和该认定的效力与保留本身的不可接受之间加以区分。撤回对认定为“不可接受的”保留并不是唯一的解决办法:正如初步结论中所指出的,还其他的解决办法(退出条约、修改保留)。一项解决办法不应孤立于其他解决办法,也不应仅仅提出初步结论第 10 段中的一个内容。

73. 一种表达的意见认为,准则草案试图将好几个不同的内容结合起来,而且言外之义是,所有监测机构的认定都具有约束力,而没有试图在这些机构之间加以区别,其措词过分绝对和笼统,因此会造成混乱或误解:措词更灵活一点就可解决这个问题。与会者甚至建议第 2 段可以完全删除。此外,不应忽略同意的基本作用。一个希望加入条约但提出的保留被认定是不能接受的国家可能只是保留其加入为缔约国的提议。声称拒绝保留会迫使该国撤回该保留和声称拒绝保留表明未与提具保留的国家订立任何条约关系,这两者之间是很不相同的。

74. 真正的问题是,谁有权决定保留是否可接受。《维也纳公约》确定的制度将该项任务留给各缔约国。然而,最近向另一个方向发展的事态,例如冰岛对《国际捕鲸管制公约》提具的保留以及国际捕鲸委员会采取的立场与不少缔约国的立场相抵触,这就会提出这方面的怀疑。与会者还提到是否可列入一项限制性条款,具体说明实践指南不会影响到监测机构确定条约各缔约国之间关系的权力。

75. 另一种意见认为，准则草案 2.5.4 仅是《实践指南》所载的一项建议，其措词的问题可以由起草委员会来解决。准则草案 2.5.x 的“合成”文本似乎是有益和清楚的。

76. 另一些成员认为，该准则草案不属于有关程序的部分，而是属于《指南》的另一章，因为还没有提出是否可接受保留的问题。也可以设想一条准则草案，具体规定监测机构认定保留是不可接受的与有关国家或国际组织撤回该保留之间的关系。

77. 对于准则草案 2.5.5 和 2.5.6，与会者注意到《维也纳公约》中在撤回保留问题上的疏漏。与会者还指出，关于撤回保留的程序应比提具保留的程序简单。一些成员表示他们赞同较长的文本，这有利于便于参考和前后一致，不过还有意见认为较短的文本可能有其长处。然而，与会者指出，一旦一读通过《实践指南》，应进行整体性的审查，以便确定是否需要出现相同条款或比照适用时相互参照。与会者还指出，在某些情况下，有些准则草案(如准则 2.5.6 之二)应与委员会已经通过的准则草案协调一致。

78. 与会者指出，准则草案 2.5.7 至 2.5.10 符合《维也纳公约》的有关条款。关于准则草案 2.5.7，有意见认为，其应反映其他保留仍然有效的情况——以便条约将不完全适用于撤回保留的国家和其他缔约国之间的关系。

79. 与会者还认为，与准则草案 2.5.9 有关的条款范本是有用的，应将其提交起草委员会。

80. 关于准则草案 2.5.11，一些成员支持特别报告员所作的口头修改，将准则各条款的次序加以颠倒。与会者表示关切的是，可能有效地利用部分撤回来扩大保留的范围。因此，似乎必不可少的是作出澄清，解释说部分撤回并不消除最初的保留，也不构成新的保留。此外，最好将部分撤回并入简单撤回，因为两种个别的程序会引起复杂的情况，可能使得其他缔约国对程序作出分歧的解释。对于条约各缔约国如果没有对最初的保留提出反对是否能反对其部分撤回提出了疑问。关于这一问题，有的与会者认为，不可能有普遍性的规则，一切都取决于该部分撤回的效力，例如，这种效力可能是歧视性的。在这种情况下，部分撤回几乎等于是新的保留。还有人问起：对保留的部分撤回事实上是否构成对保留的修改，而不是象联合国秘书长作为保存者的实践似乎暗示的那样，意味着带有新保留的撤回。“修改”一词在这种情况下是用来表明加重保留。因此，不言而喻的是，部分撤回构成一种修改。与会者还提到是否有可能在一国提具的多项保留之间撤回一项(在这种情况下对该项保留的反对意见就没有进一步的用处了)，或者保留是否有可能取决于国内立法，在这种情况下(如果后者进行修改)，就有可能导致对保留加以限制。在这种情况下，对保留的任何反对能继续存在，只要该项保留继续存在，尽管是以受到限制的形式。

81. 对于准则草案 2.5.12, 有的与会者认为, 应提到反对所针对的是保留中已经撤回部分的情况, 因为, 在这种情况下, 该反对意见将自然而然地成为多余的。

(c) 特别报告员的总结

82. 在辩论结束时, 特别报告员指出有关保留措词的所有准则草案无疑地将对国际社会极为有用, 因为其目的是要将那些合乎实际需要的技术规则编纂成法典。此外, 除了他建议另外处理的准则草案 2.5.4、2.5.11 之二和 2.5.X 外, 没有任何准则草案引起理论上的争议。辩论集中于具体问题而未提出原则问题。他的结论是, 大家普遍赞成将所有准则草案(准则 2.5.4、2.5.11 之二和 2.5.X 除外)提交起草委员会。

83. 特别报告员重申《实践指南》并不是一套具有约束力的规则, 而是“建议的实践守则”, 这一事实最终可能反映在其标题上。这一特点并不意味着其案文不应当严格仔细地起草, 以便指导国家实践。此外, 显然准则草案包含的有些规则是具有约束力的, 不是因为它们列入《指南》, 而是因为它们是习惯规则或从《维也纳公约》照搬过来的。这说明了规范的法律价值和来源的法律价值之间的差别。关于《维也纳公约》的规定是否应当一字不改地纳入《实践指南》的问题, 他的回答是绝对的肯定。如果使用者不能在《指南》本身内找到他们问题的答案, 那么《指南》的价值将大打折扣。《维也纳公约》尽管不完备而且往往含糊不清, 但不可避免地是保留问题方面任何做法的出发点, 不采用其规定的《指南》将没有多大实际价值。此外, 仅参照或提及《维也纳公约》必然会产生技术和法律问题(特别是对不是《维也纳公约》缔约国的国家和组织来说)。因此, 将有关的条约规定全文列入《指南》会比较简单、有用、合逻辑和方便。

84. 这一立场回应了委员们提出的修改某些准则草案措词的一些建议。特别报告员回顾说, 若干准则草案的措词一字不改地照抄《维也纳公约》的相应规定, 因此改定它们是不必要的而且可能很危险。他在实质上同意要求对撤回保留给予便利的委员们, 但他看不到有什么中间解决办法。

85. 准则草案 2.5.1 和 2.5.2 要求书面形式, 因此确保了法律安全, 同时也反映了形式二重性原则。

86. 关于准则草案 2.5.2, 建议的一种措词将要求已提出书面通知撤回其保留的国家甚至在其他缔约国尚未收到该通知之前按照该撤回行事。他不赞成这种措词, 因为任何条约都预先假定了对一个案文的两种或更多意见会在某一特定时候取得一致。这种措施会导致义务在一段时间内(即使是短暂的)存在分歧的情况, 引起不必要的混乱。

87. 关于一国实际上适用它已对其提出保留的规定的情况引起的问题, 特别报告员认为这个问题超越对条约的保留范围, 比较接近“国际法不成体系问题”或单

方面行为专题。他不认为这个问题应当在《实践指南》中论述，不过他不反对委员会在《指南》中列入有关这方面的准则草案。

88. 特别报告员很高兴委员会对准则草案 2.5.3 的反应很好，一致通过了该草案。关于有人希望列入具体提及条约监测机构的措词，他想知道，如果这样做，是否也应提及大会和区域机构。无论如何，在他看来该建议不大可能得到广泛支持，特别是从委员会辩论监测机构的情况来看。关于突出准则草案的建议性的建议，他的看法是整个《实践指南》就是一套建议。至于删去国内法一词的建议，他认为正是因为国内法的演变造成保留过时才使得定期审查如此重要。

89. 他注意到大家显然比较喜欢有较长案文的准则草案 2.5.5 和 2.5.6。为了方便《实践指南》的未来使用者，每个主题应当在准则草案内个别地和全面地论述，即使可能出现一些重复。最好等到草案二读审议之后再决定是否有必要合并一些准则草案或把它们写得简明一些。

90. 特别报告员注意到准则草案 2.5.7 和 2.5.8 引起的评论不多；所提出的评论主要涉及措词问题。关于准则草案 2.5.7，他赞成具体阐明撤回保留引起保留提到的那些条约规定在撤回保留国家或组织与所有其他条约缔约方之间的适用的建议。

91. 关于准则草案 2.5.9 和 2.5.10，特别报告员说，就准则草案 2.5.9 提出的评论涉及国际法中通知的生效日期，他认为没有一般性规则：即使在《维也纳公约》内，第 20 条所载的规则也不同于第 22 条第 3 款内的规则。

92. 关于准则草案 2.5.10，特别报告员同意以下评论：撤回不应当影响撤回保留国家对于其他缔约国家或组织的义务，而是如准则现有案文所说的影响其“状况”。

93. 关于准则草案 2.5.11，特别报告员并不低估一些委员提到的可能性，即各国可能把加重保留说成是部分撤回。不过，确定分类和提供定义正是法学家的职责。在这方面，“更改”一词极为重要，因为撤回是涉及一项将继续存在的现有保留。问题不在于撤回一项保留之后提出一项新的保留，象秘书长的不一贯做法可能表明的那样。

94. 关于准则草案 2.5.12，他赞同以下建议：应当列入提及反对继续存在的情况，如果因反对方也反对未被撤回的那部分保留而有此需要。这可以通过在准则末尾加上如下一词来解决：“只要反对不是专针对被撤回的那部分保留”。特别报告员也完全了解以下例子的重要意义：部分撤回保留后剩下部分的保留对某一特定国家或一组国家具有歧视性。在这种情况下，遭受到这种歧视的国家有正当理

由提出反对。不过，是否存在这一类的其他情况是值得怀疑的；如果存在，可以这样解决：在准则草案 2.5.12 中加入一新段或拟订准则草案 2.5.12 之二。⁴⁷

95. 最后，特别报告员谈到准则草案 2.5.4、2.5.11 和 2.5.X，并说他的评论将集中在准则草案 2.5.X 上，因这它是另外两项准则的合并。他回顾说，若干委员曾说过第一段所说是显而易见的事实。他认为有必要说清楚监测机构绝不能决定一国承担的条约义务：换句话说，监测机构既不能撤回也不能取消一项保留。它们所能做的不过是认定保留不可接受，尽管欧洲人权法院——他认为错误地——宣称它有权取消 Belilos 案件中的保留。即使是国际法院所能做的也不过是拒绝适用不可接受的保留，但是在这种情况下，它需要决定保留是否能够与条约分离，因此能够在没有该保留的情况下适用条约，或者是否保留的不可接受使条约不能全部适用。总之，它的裁决权限仅限于处理中的案件，而在提具保留的国家与被告以外的国家之间的关系中，该保留继续存在，尽管仍然不能承认或不可接受⁴⁸（“违禁”或“无效”）

96. 特别报告员回顾说，准则草案 2.5.X 第二段第一句是照抄 1997 年初步结论第 10 段第一句，前面加上“此项决定作出后”一词。他仍然认为，除非行事不真心诚意，否则注意守法的国家肯定会采取某种行动处理不可接受的保留，不管是否被某一特定机构认定是不可接受。有可能在必要时按照有人提出的建议将措词改为“提具保留的国家有责任”，即照抄初步结论中的一句话。

97. 特别报告员也注意到人权条约设立的监测机构往往有比仅提出意见和建议广泛得多和更具有约束力的权力。关于国际法院，他认为，当它被要求裁决条约的适用问题时，它的作用几乎是监测机构的作用，不同于有些人所说的。尽管如此，可能最好是使用这样的措词“有资格认定保留不可接受的机构”。他也不认为监测机构象有些人宣称的那样，总是或完全是政治性的。

98. 特别报告员再次强调他从未说过，其作出的保留被主管机构认定不可接受的国家有义务撤回该保留。准则草案 2.5.X 摘录初步结论第 10 段，连同其说明，即一国可以(可能的选择方案之一)通过全部或部分撤回保留履行其法律义务。特别报告员还指出，一位委员提出的监测机构拥有的各种权力的分类应当载入评注而不是纳入准则草案本身。

99. 特别报告员最后说，虽然他对有关准则草案(2.5.4、2.5.11 之二和 2.5.X)的内容所受到的批评不大以为然，但他暂时不会要求将它们提交起草委员会，因撤回问题终究是次要问题。

⁴⁷ 特别报告员宣读了以下案文：“不得针对部分撤回的保留提出新的反对，除非剩下的保留引起新问题，而反对是针对这类问题提出的。”

⁴⁸ 特别报告员不想在现阶段就用词问题作出最后决定。

100. 这些准则草案的主要内容，一方面是条约监测机构的权力，另一方面是保留不可接受的后果。因此，他打算在将来辩论不可接受的保留问题时或者在审查初步结论时提出经修改的案文。关于其他准则草案，包括示范条款草案，他相信委员会不反对把它们提交起草委员会。

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

C. 到目前为止委员会暂时通过对条约的保留准则草案案文

1. 准则草案案文

102. 到目前为止委员会暂时通过的准则草案案文如下：

对条约的保留

实践指南

1. 定义

1.1 保留的定义⁴⁹

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

1.1.1[1.1.4]⁵⁰ 保留的目的⁵¹

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

⁴⁹ 对本条准则草案的评注，见《大会正式记录，第五十三届会议，补编第 10 号》(A/53/10)，pp. 196-199。

⁵⁰ 方括号内的号数指本准则草案在特别报告员报告中的序号，或已并入准则草案最后案文的某一准则草案在特别报告员报告中的原号数。

⁵¹ 对本条准则草案的评注，见《大会正式记录，第五十四届会议，补编第 10 号》(A/54/10)，pp. 210-217。

1.1.2 可提具保留的情况⁵²

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

1.1.3 [1.1.8] 有领土范围的保留⁵³

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

1.1.4 [1.1.3] 在通知领土内适用时提具的保留⁵⁴

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

1.1.5 [1.1.6] 旨在限制声明方义务的声明⁵⁵

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

1.1.6 旨在以相当方式履行义务的声明⁵⁶

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

1.1.7 [1.1.1] 联合提具的保留⁵⁷

若干国家或若干国际组织联合提出一项保留，不影响该保留的单方面性质。

1.1.8 根据排除条款作出的保留⁵⁸

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

⁵² 对本条准则草案的评注，出处同上，第五十三届会议，补编第 10 号(A/53/10)，pp. 203-206。

⁵³ 对本条准则草案的评注，同上，pp. 206-209。

⁵⁴ 对本条准则草案的评注，同上，pp. 209-210。

⁵⁵ 对本条准则草案的评注，出处同上，第五十四届会议，补编第 10 号(A/54/10)，pp. 217-221。

⁵⁶ 对本条准则草案的评注，同上，pp. 222-223。

⁵⁷ 对本条准则草案的评注，见《大会正式记录，第五十三届会议，补编第 10 号》，(A/53/10)，pp. 210-213。

⁵⁸ 对本条准则草案的评注，同上，第五十五届会议，补编第 10 号(A/55/10)，pp. 230-241。

1.2 解释性声明的定义⁵⁹

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

1.2.1[1.2.4] 有条件的解释性声明⁶⁰

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

1.2.2 [1.2.1] 联合提具的解释性声明⁶¹

若干国家或国际组织联合提具的解释性声明，不影响该解释性声明的单方面性质。

1.3 保留和解释性声明之间的区别⁶²

作为保留或解释性声明的单方面声明，其性质由它意图产生的法律效力决定。

1.3.1 对保留和解释性声明加以区别的方法⁶³

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

1.3.2 [1.2.2] 措词和名称⁶⁴

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

⁵⁹ 对本条准则草案的评注，同上，第五十四届会议，补编第 10 号(A/54/10)，pp. 223-240。

⁶⁰ 对本条准则草案的评注，同上，pp. 240-249。

⁶¹ 对本条准则草案的评注，同上，pp. 249-252。

⁶² 对本条准则草案的评注，同上，pp. 252-253。

⁶³ 对本条准则草案的评注，同上，pp. 254-260。

⁶⁴ 对本条准则草案的评注，同上，pp. 260-266。

1.3.3 [1.2.3] 在禁止保留时提具单方面声明⁶⁵

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

1.4 有别于保留和解释性声明的单方面声明⁶⁶

就条约提出的既非保留也非解释性声明的单方面声明不属于本实践指南的范围。

1.4.1[1.1.5] 旨在作出单方面承诺的声明⁶⁷

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

1.4.2[1.1.6] 旨在增添条约内容的单方面声明⁶⁸

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

1.4.3 [1.1.7] 不予承认的声明⁶⁹

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

1.4.4 [1.2.5] 一般性政策声明⁷⁰

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

⁶⁵ 对本条准则草案的评注，同上，pp. 266-268。

⁶⁶ 对本条准则草案的评注，同上，pp. 268-270。

⁶⁷ 对本条准则草案的评注，同上，pp. 270-273。

⁶⁸ 对本条准则草案的评注，同上，pp. 273-274。

⁶⁹ 对本条准则草案的评注，同上，pp. 275-280。

⁷⁰ 对本条准则草案的评注，同上，pp. 280-284。

1.4.5 [1.2.6] 关于在内部履行条约的方式的声明⁷¹

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

1.4.6 [1.4.6, 1.4.7] 根据任择条款作出的单方面声明⁷²

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

此项声明中载列的限制或条件不构成本实践指南所指的保留。

1.4.7 [1.4.8] 对条约规定作出选择的单方面声明⁷³

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

1.5 对双边条约的单方面声明⁷⁴

1.5.1 [1.1.9] 对双边条约的“保留”⁷⁵

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

1.5.2 [1.2.7] 对双边条约的解释性声明⁷⁶

准则草案 1.2 和 1.2.1 [1.2.4] 均适用于对多边和双边条约的解释性声明。

1.5.3 [1.2.8] 对双边条约的解释性声明获得另一缔约方接受所产生的法律效力⁷⁷

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

⁷¹ 对本条准则草案的评注，同上，pp. 284-289。

⁷² 对本条准则草案的评注，同上，第五十五届会议，补编第 10 号，pp. 241-247。

⁷³ 对本条准则草案的评注，同上，pp. 247-252。

⁷⁴ 对本条准则草案的评注，同上，第五十四届会议，补编第 10 号，(A/54/10)，pp. 289-290。

⁷⁵ 对本条准则草案的评注，同上，pp. 290-302。

⁷⁶ 对本条准则草案的评注，同上，pp. 302-306。

⁷⁷ 对本条准则草案的评注，同上，pp. 306-307。

1.6 定义的范围⁷⁸

实践指南本章所载列的单方面声明的定义，不妨碍按照对它们适用的规则，允许发表此类声明与否及声明之效力。

1.7 替代保留和解释性声明的程序⁷⁹

1.7.1 [1.7.1, 1.7.2, 1.7.3, 1.7.4] 替代保留的程序⁸⁰

为了达到与保留类似的效果，国家和国际组织也可采取替代程序，例如：

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

1.7.2 [1.7.5] 替代解释性声明的程序⁸¹

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

- 在条约中增列旨在解释该条约的规定；
- 为同一目的缔结补充协定。

2. 程序

2.1 保留的形式和告知

2.1.1 书面形式

保留必须以书面形式提具。

2.1.2 正式确认的形式

保留必须以书面形式正式确认。

2.1.3 在国际一级提具保留

1. 依照作为条约保存人的国际组织的惯例，以下人士有权代表一国或一国际组织提具保留，如果：

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

⁷⁸ 对本条准则草案的评注，同上，pp. 308-310。

⁷⁹ 对本条准则草案的评注，同上，第五十五届会议，补编第10号，(A/55/10)，pp. 252-253。

⁸⁰ 对本条准则草案的评注，同上，第五十五届会议，补编第10号，(A/55/10)，pp. 253-269。

⁸¹ 对本条准则草案的评注，同上，pp. 270-272。

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

2. 以下人士因其职务无须出示全权证书，有权代表一国在国际一级提具保留：

(a) 国家元首、政府首脑和外交部长；

(b) 为针对一国际会议通过的条约提具保留而派驻该国际会议的国家代表；

(c) 为针对一国际组织或其机关制定的条约提具保留而派驻该国际组织或其机关的代表；

(d) 为针对派驻国与国际组织间的条约提具保留而常驻该国际组织的代表团团长。

2.1.4 [2.1.3之二、2.1.4] 违反与提具保留有关的内部规则在国际一级不产生影响

确定在本国提具保留的主管机构和所应遵循的程序，是每一国家国内法或每一国际组织的有关规则所处理的事项。

一国或一国际组织不得援引某项保留的提具违反了该国国内法规定或该组织有关提具保留的权限和程序的事实，认定该项保留无效。

2.1.5 保留的告知

保留必须以书面形式告知缔约国、缔约组织以及有权成为条约缔约方的其他国家和国际组织。

如果一现行条约是一国际组织的组成文书，或是据以设立一有权接受保留之机关的条约，则对此条约的保留也必须告知该组织或机关。

2.1.6 [2.1.6、2.1.8] 告知保留的程序

除非条约另有规定或各缔约国和缔约组织另有协议外，对条约之保留的告知：

- (一) 在没有保存人的情况下，应由提具保留者直接送交缔约国和缔约组织以及有资格成为该条约缔约方的其他国家和国际组织；或者
- (二) 在有保存人的情况下，应送交保存人，由他尽早告知所要送交的国家或组织。

保留的告知只有在该通知所要递交的国家或组织、或保存人收到该通知的情况下，才应视为提具保留的国家已告知保留。

可对保留提出反对意见的期间始于一国或一国际组织接到该项保留通知之日。

如果对条约的保留是以电子邮件或传真告知，必须以外交照会或保存人的通知加以确认。

2.1.7 保存人的职能

保存人应审查由一国或一国际组织提具的对某一条约的保留是否具有正当的适当形式。

如果一国或一国际组织同保存人之间对保存人履行职能有分歧，保存人就应将此问题：

- (a) 提请各签署国和签署组织以及缔约国和缔约组织注意，或
- (b) 在适当情况下提请有关国际组织的主管机关注意。

2.1.8 [2.1.7之二] 显然[不允许]提具保留之情况下的程序

如果保存人认为显然[不允许]提具某项保留，则应提请提具保留者注意保存人认为的构成这种[不能允许的状况]。

如果提具保留者坚持保留，保存人应将保留的案文告知各签署国和国际组织以及各缔约国和国际组织，并酌情告知有关国际组织的主管机关，说明该项保留所引起的法律问题的性质。

2.2.1 正式确认在签署条约时提具的保留⁸²

凡在签署须经批准、正式确认、接受、核准的条约时提具的保留，须由保留国或保留国际组织在表示同意接受条约约束时正式予以确认。遇此情形，该项保留应被认为在其确认之日提具。

2.2.2 [2.2.3] 在签署条约时提具的保留无须予以确认的情况⁸³

如一国或一国际组织通过签署条约表示同意接受其约束，在签署该条约时提具的保留无须事后予以确认。

2.2.3 [2.2.4] 条约明文规定可在签署时提具的保留⁸⁴

如一条约明文规定一国或一国际组织可以选择在签署条约时提具保留，在当时提具的保留无须由保留国或保留国际组织在表示同意接受条约约束时正式予以确认。……⁸⁵

⁸² 对本条准则草案的评注，同上，第五十六届会议，补编第 10 号，(A/56/10)，pp. 465-472。

⁸³ 对本条准则草案的评注，同上，pp. 472-474。

⁸⁴ 对本条准则草案的评注，同上，pp. 第 474-477。

⁸⁵ 特别报告员提出的第 2.3 节，论及过时提具的保留。

2.3.1 过时提具的保留⁸⁶

除非条约另有规定，一国或一国际组织不得在表示同意受条约约束后提具保留，但其他缔约方不反对过时提具保留者除外。

2.3.2 同意过时提具保留⁸⁷

除非条约另有规定，或保存机构采取不同惯例，如一缔约方在收到通知之日起十二个月期限届满之后，仍未对一过时提具的保留提出反对，该保留应被认为已为该缔约方接受。

2.3.3 反对过时提具保留⁸⁸

如一条约缔约方反对过时提具保留，则条约应在该项保留不成立的情况下对保留国或保留国际组织生效或继续有效。

2.3.4 事后采用保留以外的方式排除或限制条约的法律效力⁸⁹

条约缔约方不得通过下列办法排除或更改条约的各项规定的法律效力：

- (a) 对先前作出的保留加以解释；或
- (b) 事后根据任择条款作出单方面声明。

2.4.1 提具解释性声明

就通过或认证一条约案文或表示一国或一国际组织同意接受一条约的约束而言，必须由代表一国或一国际组织的人士提具解释性声明。

[2.4.2 [2.4.1 之二] 在内部一级提具解释性声明

确定在内部一级提具解释性声明的主管机构和所应遵循的程序是每一国的国内法或每一国际组织的有关规则所处理的事项。

一国或一国际组织不得援引某项解释性声明的提具违反了关于提具解释性声明之权限和程序的国内法规定或国际组织规则的事实，认定该项声明无效。]

2.4.3 可以提具解释性声明的时刻⁹⁰

在不妨碍准则 1.2.1, 2.4.6 [2.4.7] 和 2.4.7 [2.4.8] 的规定的条件下，解释性声明可以随时提具。

⁸⁶ 对本条准则草案的评注，同上，pp. 477-489。

⁸⁷ 对本条准则草案的评注，同上，pp. 490-493。

⁸⁸ 对本条准则草案的评注，同上，pp. 493-495。

⁸⁹ 对本条准则草案的评注，同上，pp. 495-499。

⁹⁰ 对本条准则草案的评注，同上，pp. 499-501。

2.4.4 [2.4.5] 无须确认在签署条约时提具的解释性声明⁹¹

如一国或一国际组织通过签署条约表示同意接受其约束，在签署该条约时提具的解释性声明无须事后予以确认。

2.4.5 [2.4.4] 正式确认在签署条约时提具的有条件解释性声明⁹²

凡在签署须经批准、正式确认、接受、核准的条约时提具的有条件的解释性声明，须由保留国或保留国际组织在表示同意接受条约约束时正式予以确认。遇此情形，该项解释性声明应被认为在其确认之日提具。

2.4.6 [2.4.7] 过时提具解释性声明⁹³

当条约规定只能在特定时间内提具解释性声明时，一国或一国际组织不得在其后提具解释性声明，除非其他缔约方不反对该项过时提具的解释性声明。

[2.4.7 [2.4.2、2.4.9] 提具和告知有条件的解释性声明

必须以书面方式提具有条件的解释性声明。

有条件的解释性声明也必须以书面方式正式确认。

有条件的解释性声明必须以书面方式告知缔约国、缔约组织以及有权成为该条约缔约方的其他国家和国际组织。

有条件的解释性声明如果涉及建立国际组织的现行条约或据以建立一有权接受保留之机构的条约，也必须告知该组织或机构。]

2.4.8 过时提具有条件解释性声明⁹⁴

在表示同意接受条约约束之后，一国或一国际组织不得提具有关该条约的有条件的解释性声明，除非其他缔约方不反对该项过时提具的有条件解释性声明。

2. 委员会第五十四届会议暂时通过的准则草案案文及其评注

103. 委员会第五十四届会议暂时通过的准则草案案文及其评注载录如下：

2. 程序

2.1 保留的形式和告知

2.1.1 书面形式

保留必须以书面形式提具。

⁹¹ 对本条准则草案的评注，同上，pp. 501-502。

⁹² 对本条准则草案的评注，同上，pp. 502-503。

⁹³ 对本条准则草案的评注，同上，pp. 503-505。

⁹⁴ 对本条准则草案的评注，同上，pp. 505-506。本条准则(原 2.4.7[2.4.8])因第五十四届会议通过了新的准则草案而重新编号。

评注

(1) 根据 1969 年和 1986 年《维也纳公约》第 23 条第 1 款，保留“须以书面提出，并通知各缔约国和缔约组织及有权成为该条约当事国的其他国家和国际组织”。准则草案第 2.1.1 条述及要求的第一部分，第二部分则在准则草案第 2.1.5 条中进行了讨论。

(2) 虽然在保留的实际定义中没有列明，⁹⁵而包括在定义中的“声明”既可指口头声明，也可指书面声明，但在《维也纳公约》准备工作期间从未对保留须以书面形式提出这一点提出疑问。委员会对当时为草案第 18 条第 1 款、后来未作任何更改地成为 1969 年《维也纳公约》第 23 条第 1 款的最后评注指出，保留必须以书面提出是不言自明的。⁹⁶

(3) 这是 J. L. 布赖尔利 1950 年表示的意见，他在其第一次报告中建议第 10 条第 2 款行文如下：

“除非条约作出相反规定，不然，对该条约提出保留的案文必须与该条约的条文一并予以确认，或以该条约接受书或接受书副本相同的方式正式予以通知”。⁹⁷

(4) 在 1950 年讨论⁹⁸期间，这一建议未引发反对意见(除了对“确认”一词)，但未再审议保留应以何种形式提出的问题，直到 1956 年菲茨莫里斯的第一次报告；根据他所提议并是现有第 23 条第 2 款的直接前身的第 37 条第 2 款，

“保留必须有正式格式，以书面形式提出，或以某种形式载录于会议记录……”。⁹⁹

(5) 1962 年汉弗莱·沃尔多克爵士提出其第一次报告¹⁰⁰后，委员会详述了这一主题：

“必须是书面形式的保留可在以下情况下提出：

(一) 通过条约案文之际，出现在条约正面或在通过条约的会议最后文件中，或在因条约通过而拟就的其他一些文书中；

⁹⁵ 参阅《实践指南》准则 1.1，它结合了 1969 年和 1986 年《维也纳公约》第 2 条第 1 款(d)项和《1978 年公约》第 2 条第 1 款(j)项的定义。见《1998 年国际法委员会年鉴》，第二卷，p. 99 和 p. 100。

⁹⁶ 见《1966 年……年鉴》，第二卷，p. 208。

⁹⁷ 关于条约法的第一次报告，《1950 年……年鉴》，第二卷，p. 239。

⁹⁸ 《1950 年……年鉴》，第一卷，第 53 次会议，1950 年 6 月 23 日，p. 91 和 p. 92。

⁹⁹ 《1956 年……年鉴》，第二卷，p. 115。

¹⁰⁰ 《1962 年……年鉴》，第二卷，p. 60。

(二) 其后签署条约时；或

(三) 交换或交存批准、加入、接受或核可的文书时，可出现在文书本身或记录或其他所附文书中”。¹⁰¹

委员会成员几乎没有讨论这一条款。¹⁰²

(6) 有两国政府¹⁰³ 建议“简化程序性条款”，¹⁰⁴ 根据这两国政府的立场，汉弗莱·沃尔多克勋爵在二读时提出了一个远为克制的行文建议，即：

“保留必须是书面形式。如在条约案文通过后提出，则必须通知保存者，或在无保存者的情况下通知其他相关国家”。¹⁰⁵

该草案是各项《维也纳公约》第 23 条第 1 款的直接来源。

(7) 虽然措词有所变化，但无论是委员会¹⁰⁶ 还是 1968 年—1969 年维也纳会议¹⁰⁷ 都从未质疑过保留须以书面提出这一条。而且，无论是国家和国际组织间或国际组织相互间的条约法特别报告员保罗·路透还是 1986 年维也纳会议与会者都未添加澄清说明，也未建议对此作任何更改。因此，准备工作在此方面表现出可观的一致性。

(8) 这容易解释。有文章写道：“保留系正式声明。虽然该词的定义并未列明保留应以书面形式提出，但根据《维也纳公约》第 23 条第 1 款，这似乎是一个绝对要求。如今，同意某一条约的各项行为同时发生的情况已不普遍，因此，各缔约国不可能知晓口头提出的保留。在缔约程序各异的这样一个时代，必须以书面形式提具保留，以便保存者登记和通知，这样，所有相关国家都可知晓。无法对未加通知的保留采取行动。其他国家无法表示接受或反对此类保留”。¹⁰⁸

¹⁰¹ 草案第 18 条第 2 款(a)项，同上，p. 176；关于这一条款的评注见同上，p. 180；又见准则草案第 2.2.1 条评注，国际法委员会第五十三届会议报告，A/56/10，第(4)段和第(5)段，p. 466。

¹⁰² 见第 651 次至第 656 次会议简要记录(1962 年 5 月 25 日至 6 月 4 日，《1962 年……年鉴》第一卷，pp. 155-195。见第五次报告，同上，第 237 段；并见下文第 47 段。

¹⁰³ 丹麦和瑞典(参阅汉弗莱·沃尔多克爵士提出的关于条约法的第四次报告，《1965 年……年鉴》，第二卷，pp. 46-47)。

¹⁰⁴ 同上，p. 53，第 13 段。

¹⁰⁵ 草案第 20 条第 1 款，同上；第 13 款，p. 56。

¹⁰⁶ 见《1966 年……年鉴》中的最后草案案文，第二卷，p. 208(草案第 18 条第 1 款)。

¹⁰⁷ 见全体委员会的报告，第一和第二联合国条约法会议正式记录，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，A/CONF. 39/14 号文件，pp. 138-139，第 190 至 196 段。

¹⁰⁸ Frank Horn, “对多边条约的保留和解释性声明”，T. M. C. Asser Institute, 海牙，1988 年，p. 44；并见 Liesbeth Lijnzaad, “对联合国人权条约的保留：批准和毁灭”，Martinus Nijhoff, 1999 年，p. 50。

(9) 但在 1962 年讨论期间，汉弗莱·沃尔多克勋爵在回答塔比比先生提出的一个问题时未完全排除“口头保留”的想法。不过，他认为这一问题“应属通过条约时的保留问题，在 2(a)(-)项中涉及，而且，不管怎样，关于正式确认这样一项要求“应在很大程度上消除困难”。¹⁰⁹

(10) 最终而言，如果必须在明确表示同意接受条约约束时正式确认保留，则保留最初以何种方式提出并不重要。在准备工作中无疑应如此解释 1969 年和 1986 年《维也纳公约》第 23 条第 1 款：只有在确实提具保留时才须以书面形式提出，即：

- 在签署一项条约时，如果该条约对此有明确规定，¹¹⁰或是在签署等于明确表示接受条约约束(一项简化形式的协定)时；¹¹¹和
- 在所有其他情况下，当一国或一国际组织表示明确同意接受条约约束时。¹¹²

(11) 不过委员会仍然认为，最初口头保留问题或许可留待讨论。正如汉弗莱·沃尔多克勋爵精辟指出的那样，¹¹³答案没有实际影响。不管怎样，缔约方可在表示接受条约约束之日前任何时候提出保留；因此，即便其最初的口头声明不能被视为真正的保留，其在适当时候作出的“确认”可被视为提出保留。

2.1.2 正式确认的形式

保留必须以书面形式正式确认。

评注

(1) “关于保留程序”的 1969 和 1986 年《维也纳公约》第 23 条第 2 款并未明确要求保留以书面形式确认。但当这一规定在准则草案 2.2.1 中再现时，¹¹⁴却的确要求提具保留的国家(或国际组织)在表示接受条约约束时保留必须正式确认。“正式”一词必须毫无疑问地理解为这种形式必须以书面方式完成。

¹⁰⁹ 《1962 年……年鉴》，第一卷，第 663 次会议，1962 年 6 月 18 日，p. 223，第 34 段。并见布赖尔利 1950 年的一次讲话：“布赖尔利先生同意，保留必须是正式提出，但可在谈判期间非正式宣布”(《1950 年……年鉴》，第一卷，p. 91，第 19 段)。

¹¹⁰ 见国际法委员会第五十三届会议报告(A/56/10)中的准则草案 2.2.3，pp. 474-477。

¹¹¹ 见准则草案 2.2.2(同上，pp. 472-474)。

¹¹² 见准则草案 2.2.1，同上，p. 464-472。

¹¹³ 见以上第(8)段。

¹¹⁴ 见国际法委员会第五十三届会议报告中准则案文及其评注，A/56/10，p. 465-472。

(2) 这一解释也符合第 23 条的准备工作，特别是因为确认必须以书面形式做出，委员会及其条约法特派员认为，保留最初可以口头提具的作法可以留待以后讨论。¹¹⁵

(3) 对保留作书面确认的要求也是常识问题：如果没有正式案文，保留就不能根据第 23 条第 1 款的规定肯定地告知其他有关缔约国和国际组织。另外，这也符合一贯性的作法，而且就委员会所知，毫无例外。

(4) 然而应该指出，准则草案 2.1.2 并未明确对保留正式确认是否总是需要的问题表明态度，准则草案 2.2.1 至 2.2.3 对此做出了决定，表明一些情况下并不需要这种确认。¹¹⁶

2.1.3 在国际一级提具保留

1. 依照作为条约保存人的国际组织的惯例，以下人士有权代表一国或一国际组织提具保留，如果：

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

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

2. 以下人士因其职务无须出示全权证书，有权代表一国在国际一级提具保留：

(a) 国家元首、政府首脑和外交部长；

(b) 为针对一国际会议通过的条约提具保留而派驻该国际会议的国家代表；

(c) 为针对一国际组织或其机关制定的条约提具保留而派驻该国际组织或其机关的代表；

(d) 为针对派驻国与国际组织间的条约提具保留而常驻该国际组织的代表团团长。

评注

(1) 准则草案 2.1.3 明确了因其职务而有权代表国家或国际组织提具保留的人士和机构。其案文几乎完全按照《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》拟就。¹¹⁷

¹¹⁵ 见准则草案 2.1.1 的评注，第 8 段和第 10 段。

¹¹⁶ 准则案文及其评注见国际法委员会第五十三届会议报告，A/56/10，pp. 465-476。

¹¹⁷ 1969 年《维也纳条约法公约》第 7 条也基本如此拟就，但与目前本《实践指南》不同的是，它只涉及国家之间的条约。

(2) 1969 年和 1986 年《维也纳公约》未对此做出解释。不过，汉弗莱·沃尔多克爵士在其 1962 年关于条约法的第一个报告中提出了一个条款草案，行文如下：

“保留须以书面形式在以下情况下提具：

(1) 出现在条约正面而且通常做为保留提具国代表签字的附加说明；

(2) 在会议最后文件、议定书、议事录或与条约有关其他文件中由保留提具国全权代表提出；

(3) 在保留提具国批准、加入或接受条约的文书中，或在议事录或伴随批准书、加入书或接受书的其他文书中并由保留提具国主管当权提出。”¹¹⁸

(3) 正如瑞典所指出，关于委员会在一读通过的相应条款，¹¹⁹此种“程序性规则……列入提议的业务守则更为恰当，”¹²⁰而这正是《实践指南》的功能。然而委员会得出结论，无须将各项澄清列入《指南》：保留可出现于其中的一长列文书清单并不说明什么，尤其是鉴于这一清单并没有限定性。因为有两处提及除明确提到的文书以外的“其他文书”。

(4) 关于相关文书的著者需要加以澄清。这方面 1962 年的案文并不完全令人满意。保留必须由“保留国代表”或“保留国主管当局”提出。¹²¹然而问题是一般国际法中是否有规则以限定方式确定哪一或哪些当局有权在国际一级提出保留，亦或是由每个国家的国内法确定。

(5) 委员会认为，或许可从各项《维也纳公约》的一般框架以及各国和国际组织在此领域的实践中得到这一问题的答案。

(6) 根据其定义，保留的目的是改变涉及缔约国间关系的某一条约的条款的法律效力；虽然保留不出现在条约中，而是出现在另一文书中，但它是条约主体的组成部分，直接影响到缔约国的相应义务。它使构成条约的文书(或一份以上的文书)保持不变，但它直接影响到事情本身。在此情况下，合乎逻辑和理所当然的做法似乎是，提出保留的条件应与国家或国际组织同意接受约束的条件相同。在这一领域，国际法并不完全以国内法为基础。

(7) 1969 年和 1986 年的《维也纳公约》载有关于这一点的精确详细条款，无可争辩地反映了关于该主题的实在法。1986 年公约规定：

¹¹⁸ 草案第 17 条，第 3(a) 款，《1962 年……年鉴》第二卷，p. 60。沃尔多克在其评注中只是说这一规定“似乎不需要评论。”(同上，p. 66)。

¹¹⁹ 草案第 18 条，第 2(a) 款，同上，p. 176。

¹²⁰ 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. 47。

¹²¹ 见以上第(7)段。

“1. 有下列情形之一时，一个人被认为为了议定或认证条约约文或表示一国同意受条约拘束的目的而代表该国：

(a) 他出示了适当的全权证书；

(b) 从惯例或其他情况看来，各有关国家和国际组织的意思认为该人为这些目的代表该国，而无须出示全权证书。

“2. 由于所任职务，无须出示全权证书，被认为代表其国家的人如下：

(a) 国家元首、政府首脑及外交部长：为了实施有关缔结一个的一切行为；

(b) 国家任命出席国际会议的代表：为了议定条约约文；

(c) 国家任命派往国际组织或其某一机关的代表：为了在该组织或机关内议定条约约文；

(d) 常驻国际组织代表团团长：为了议定派遣国和该组织间的条约约文。

“3. 有下列情形之一时，一个人被认为为了议定或认证条约约文或为了表示一国际组织同意受条约拘束的目的而代表该组织：

(a) 他出示了适当的全权证书；

(b) 从各种情况看来，各有关国家和国际组织的意思认为该人按照该组织的规则为这些目的代表该组织，而无须出示全权证书。”

(8) 鉴于上述理由，这些规则经必要更改后，当然可转而适用于提出保留的权限，不过有一项理解，即“不能被认为已获授权代表一国或一国际组织”提出保留“的人，其实施的”有关提出保留的行为“非经该国或该国际组织事后确认，不发生法律效果”。¹²²

(9) 此外，对提出保留权限的这些限制在国际一级实践中得到广泛确认。

(10) 联合国法律顾问在 1976 年 7 月 1 日的一份备忘录中说：

“保留意见必须以书面形式提出(1969 年《维也纳公约》第 23 条第 1 款)，保留和撤销保留必须出自能够代表该国承担国际义务的三位当权者之一(国家元首、政府首脑或外交部长)”。¹²³

(11) 类似的情况是，联合国法律事务厅条约科编写的《秘书长作为多边条约保存人的惯例汇总》仅指出，“保留意见必须列入文书或列为文书附件，并且必

¹²² 参看 1969 年和 1986 年《维也纳公约》第 8 条。

¹²³ 《1976 年联合国法律年鉴》，p. 211，第 7 段。

须出自三位合格当权者之一”，并且只提及与“具有约束力的文书的交存”有关的一般发展情况。¹²⁴同样，根据该文件，“在签署时提出的保留必须经这三位合格当权者之一授予全权的签字者批准，或签字者必须是这三位当权者之一”。¹²⁵

(12) 所有这些规则看来均严格适用；特别报告员在联合国法律事务厅条约科帮助下查阅的以秘书长为保存人、内含保留的条约的所有批准书(或同等文书)均由三位当权者之一签署，如果由常驻代表签署，则常驻代表由三位当权者之一授予全权。此外，如果特别代表未被授予全权，则非正式但坚决要求特别代表按规定行事。¹²⁶

(13) 然而，委员会提出的问题是，将上述《维也纳公约》¹²⁷第7条所载的规则转而适用于保留意见的做法是否过于僵硬。例如，我们可能会提问，接受以下看法是否不当：一国向作为一项条约保存者的国际组织委派的代表，如果他所代表的国家希望对该条约提出保留，该代表应有权作出此项保留。因为除联合国以外的国际组织均接受这一做法，所以该问题具有特别的相关性。

(14) 因此看来，举例而言，美洲国家组织(美洲组织)秘书长和欧洲委员会秘书长接受常驻该组织的代表书面提交的保留意见。¹²⁸

(15) 我们还不妨认为，适用于国家的规则应比《1986年维也纳公约》第7条第2款规定的程度更充分地转而适用于国际组织，尤其是，一国际组织秘书处的首长或该组织委派到一国或另一国际组织的代表应被视为拥有使本组织承担义务的当然权限。

(16) 可以合理地认为，承认为提出保留的目的将权限作有限的延伸，这将是一种有限但值得欢迎的逐渐发展。委员会在绝大多数国家的支持下，一直小心

¹²⁴ ST/LEG/8, 联合国出版物, 出售品编号: E.94.V.15(此后称为《实践摘要》), p.49, 第161段; 这一段引自第121和第122段, 同上, p.36。

¹²⁵ 同上, p.92, 第208段; 引自《摘要》第六章(“全权与签字者”)。

¹²⁶ 可以类推, 在最近的“1999年8月10日空中事件案”中, 国际法院受理的印度和巴基斯坦之间的程序性事件确认了这一点。口头记录显示, 在1973年10月3日的第一封函件中, 巴基斯坦常驻联合国代表团通知说, 该国打算继承英属印度成为《1928年仲裁总议定书》缔约方。秘书长在1974年1月31日的照会中要求按“规定形式”提出此类通知, 即应由上述三位当权者递交此类通知; 该通知以1974年5月30日巴基斯坦总理签署的一份新函件的形式提出(文字措辞不同于上一年的函件)(见埃利胡·劳特帕赫特爵士代表巴基斯坦提出的书状, 2000年4月5日, CR/2000/3, 和A. Pellet代表印度提出的书状, 2000年4月6日CR/2000/4)。虽然该事件仅涉及继承通知而不是提出保留意见, 但它证明秘书长在适用关于国家一般表示同意接受条约约束的上述(第61段)规则时十分小心谨慎。

¹²⁷ 第7段。

¹²⁸ 参看秘书长根据大会第1452 B(XIX)号决议提交的报告“与保留有关的各国与国际组织交存惯例”中美洲组织的答复, A/5687号文件, 载于《1965年……年鉴》, 第二卷, p.84。

谨慎不去改变“1969年、1978年和1986年《维也纳公约》中的有关条款”。¹²⁹ 不过,即使1969年和1986年公约第7条的规定没有明确涉及提出保留的权限问题,该条的规定仍被恰当地视为可转而适用于此种情况。¹³⁰

(17) 通过将两种要求折衷,委员会通过了一种具有充分灵活性的准则草案,在涉及第7条的规则时,保持联合国以外的其他国际组织作为保存者遵循的比较灵活的惯例;¹³¹对灵活性的需要反映在准则草案2.1.3开头部分包括有“依照作为条约保存者的国际组织的惯例”这样一种提法。顺便说明,这一提法应被理解为既适用于国际组织本身是保存者的情况,也适用于这一职能由组织最高级官员秘书长或总干事行使的更为一般的情况。

(18) 还应指出,准则草案2.1.3第1(a)款所载“为通过或确认条约案文之目的”的提法包括签字,因为签字的两种(选择性的或联合的)功能就是确认的条约案文(《维也纳公约》第10条)和表示同意接受条约约束(第12条)。

2.1.4[2.1.3之二、2.1.4] 违反与提具保留有关的内部规则在国际一级不产生影响

确定在本国提具保留的主管机构和所应遵循的程序,是每一国家国内法或每一国际组织的有关规则所处理的事项。

一国或一国际组织不得援引某项保留的提具违反了该国国内法规定或该组织有关提具保留的权限和程序的事实,认定该项保留无效。

评注

(1) 准则草案2.1.3涉及在国际一级提具保留,而准则草案2.1.4则涉及国家和国际组织在其内部法律系统提具保留。

(2) 不言自明,提出保留意见的国际阶段只是事情的表面;一国或一国际组织表示同意受拘束的整个程序也是这样,真正错综复杂的是内部过程的结果。如同不可与之分离的核准程序(或接受、批准或加入程序),提出保留是主要为国际过程中的一种“内部插入成份”。¹³²

¹²⁹ 《1995年……年鉴》,第二卷(第二部分),第487段。

¹³⁰ 见上文第6段。

¹³¹ 见上文第64段。国际电信联盟(电信联盟)也是这方面的一个特殊例子,不过是从不同意义和不同理由上的一个特殊例子,因为对于与该机构所通过的条约等同的案文的保留“只有各代表团,即在会议期间才能提出”(电信联盟对委员会关于保留的问题单的答复,着重线为原文所加)。

¹³² 参看 Patrick Daillier 与 Alain Pellet 合著,《国际公法》,(Nguyen Quoc Dinh),法律和判例总图书馆,巴黎,第6版,1999年,p.144。

(3) 如保罗·路透所指出，“关于保留和异议的国家宪法惯例因国而异”，¹³³ 例如可以指出，在对委员会关于条约保留的问题单作出答复、并且其对问题 1.7、1.7.1、1.7.2、1.8、1.8.1 和 1.8.2¹³⁴ 的答案可用的 23 个国家中，提出保留的权限仅属于行政部门的有六国；¹³⁵ 仅属于议会的有五国；¹³⁶ 两者分享的有 12 国。

(4) 在最后一种假设情况下，行政部门和议会之间有多种合作模式。在一些情况下，仅向议会通报打算提出的保留，¹³⁷ 不过并非一贯如此。¹³⁸ 在其他情况下，所有保留在提出之前须经议会批准，¹³⁹ 或者，如果只有某些条约提交议会，则与这些条约有关的保留须经议会批准。¹⁴⁰ 此外，可要求一司法机构参与提出保留的内部进程。¹⁴¹

(5) 提出保留的程序不一定符合为表示一国同意接受拘束而一般必须遵守的程序，注意到这一点很有意义。因此在法国，只是在最近才确立了一种惯例，向议会递交共和国总统或政府打算在批准条约或核准协定时附加的保留的案文，尽管按照《1958 年宪法》第 53 条，这些文书必须提交议会。¹⁴²

(6) 各国提出保留的权限和这方面应遵循的程序的多样性看来也反映在国际组织之间。只有两个国际组织¹⁴³ 答复了关于保留的问题单中的问题 3.7、3.7.1

¹³³ 《条约法概论》，第三版，Philippe Cahier 修订并增补，PUF，巴黎，1995 年，第 133*段，pp. 84-85。

¹³⁴ 问题 1.7：“在国家内部，由何当局决定国家将提出保留：国家元首：政府或政府的某一机构？议会？”；问题 1.7.1：“如果并非总是同一当局有权决定提出保留，其根据的标准为何？”；问题 1.7.2：“如果决定由行政部门作出，议会是否知悉该决定？是事先知悉还是事后知悉？是否应邀请讨论拟议的保留意见案文？”；问题 1.8：“一国家司法机构能否反对或坚持提出某些保留？”；问题 1.8.1：“如果是这样，是何当局，该当局如何处理该问题？”；问题 1.8.2：“该当局在作出决定时可援引何理由？”。

¹³⁵ 玻利维亚(议会可建议保留)、哥伦比亚(某些条约)、克罗地亚(议会可反对提议的保留，这意味着征求议会的意见)、丹麦、教廷和马来西亚。又见下文注 44 和注 47 提到的国家。

¹³⁶ 哥伦比亚(某些条约)、爱沙尼亚、斯洛文尼亚、圣马力诺、瑞士(不过提案通常由联邦委员会提出)，除非联邦委员会自己拥有权限。

¹³⁷ 科威特自 1994 年以来(特设委员会咨询)；新西兰“直至最近”(临时建立的制度)。

¹³⁸ 法国(如果议会报告员要求并仅作为一种“礼节”)、以色列、日本(如果条约不包含保留条款)、瑞典(向议会递交保留意见“提纲”，但从不递交全文)。

¹³⁹ 阿根廷和墨西哥。

¹⁴⁰ 芬兰、大韩民国、斯洛伐克和西班牙。

¹⁴¹ 哥伦比亚、芬兰和马来西亚。

¹⁴² 参看 Alain Pellet，关于第 53 条的评论，载于 Francois Luchaire 与 G. Cognac 合编，《法兰西共和国宪法》，巴黎，Economica 出版社，第 2 版，1987 年，pp. 1047-1050。

¹⁴³ 其原因是，与国家相比，国际组织成为条约缔约方的情况少得多，如果国际组织成为缔约方，它们一般不提出保留。唯一的例外是欧洲共同体，令人遗憾的是，欧洲共同体迄今未对问题单作出答复。

和 3.7.2: ¹⁴⁴联合国粮食及农业组织(粮农组织)说,此种权限属于大会,而国际民用航空组织(民航组织)在强调指出缺乏实践的同时,认为如果以民航组织的名义提出保留,则由秘书长作为一项行政事项提出,并视情况由大会或理事会根据各自的权限提出,¹⁴⁵并规定,理事会或秘书长提出的保留应通报大会。

(7) 委员会认为,可从这些意见得出的唯一结论是,国际法并未对提出保留的内部程序作任何具体规定。坦白说,这一点非常明显,委员会一些成员怀疑是否值得在一项准则草案中作明确规定。不过,根据普遍的意见,应以《实践指南》的实用性为理由作出明确规定。这就是准则草案 2.1.4 第 1 款之目的。

(8) 不过各国和国际组织在确定有权决定提出保留的主管当局和提出保留应遵循的程序方面享有的自由提出了一些问题,类似于条约缔约方拥有的同样的内部批准程序自由产生的问题:如内部规则未获遵守怎么办?

(9) 《1986 年维也纳公约》关于“一国国内法关于缔约权限的规定和一国际组织关于缔约权限的规则”的第 46 条规定:

“1. 一国不得以其同意受条约拘束的表示违反该国国内法关于缔约权限的规定为理由而主张其同意无效,但违反情事明显且涉及其具有根本重要性的国内法规则时不在此限。

2. 一国际组织不得以其同意受条约拘束的表示违反该组织关于缔约权限的规则为理由而主张其同意无效,但违反情事明显且涉及其具有根本重要性的规则时不在此限。

3. 违反情事如对按照国家和在适当情况下国际组织的通常惯例善意地对待此事的任何国家或任何国际组织客观明显时,即为明显。”

(10) 在缺乏实践的情况下,对于将这些规则转而适用于保留的提出难以采取一种绝对立场。一些方面对此表示赞成:如上文所讨论,¹⁴⁶保留的提出不能脱离表示明确同意接受拘束的程序;它发生于表示同意接受拘束之时并必须在此时确认;并且在几乎所有情况下,源自同一当局。不过,这些并非是决定性的论点。虽然关于缔结条约权限的内部规则由宪法规定,但至少广泛而言,提出保留的情况并非如此,如何提出保留源自实践,而实践不一定符合在表示同意接受拘束时遵循的做法。

¹⁴⁴ 问题 3.7:“在内部一级,哪些机关决定组织将提出保留:首席执行官干事?大会?另外某个机关?”;问题 3.7.1:“如果并非总是同一机关有权决定提出保留,其根据的标准为何?”;问题 3.7.2:“如果决定由首席执行官干事作出,大会是否知悉该决定?是事先知悉还是事后知悉?是否应讨论拟议的保留意见案文?”。

¹⁴⁵ 参看设立民航组织的《1944 年芝加哥民用航空公约》第 49 和 50 条。

¹⁴⁶ 第(2)段。

(11) 因此，不大可能出现上文引述的第 46 条意义上的“明显”违反内部规定的情况，而必须依赖类似准则草案 2.1.3 所阐述的国际规则。得出的结论是，如果保留的提出是主管当局在内部一级所为，则不允许一国或一国际组织声称，因违反国内法规定或国际组织的内部规则，所以提出的保留无效。

(12) 因为该结论不同于适用于第 46 条阐述的“有缺陷的批准”的规则，所以看来必须在一项准则草案中明确说明。这就是准则草案 2.1.4 第 2 款之目的。

(13) 委员会一些成员指出，这一规定是多余的，因为提具保留者可以“随时”将其撤回。¹⁴⁷然而，但此等撤回可能具有追溯效力之说远非定论，违反国内法有关规则提具的保留的合法性问题可能会在实践中出现，从而使得把准则草案 2.1.4 第 2 款所述规则包括在内更为合情合理。

2.1.5 保留的告知

保留必须以书面形式告知缔约国、缔约组织以及有权成为条约缔约方的其他国家和国际组织。

如果一现行条约是一国际组织的组成文书，或是据以设立一有权接受保留之机关的条约，则对此条约的保留也必须告知该组织或机关。

评注

(1) 保留一旦提具则必须告知其他有关国家和国际组织。这种广泛告知对于使其作出接受或拒绝的反应是至关重要的。1969 和 1986 年《维也纳公约》说明了一国或一国际组织提具的保留的接收方，但对随后实施告知的程序却保持沉默。准则草案 2.1.5 至 2.1.8 的目的就是为了填补空白，其中准则草案 2.1.5 更为具体地涉及接收方。

(2) 根据 1986 年《关于国家和国际组织间及国际组织相互间公约法的维也纳公约》第 23 条第 1 款，保留必须告知“缔约国、缔约组织以及有权成为缔约方的其他国家和国际组织”。另外，第 20 条第 3 款规定对组成文书的保留需该组织“主管机关的接受”才能生效，这意味着必须按照准则草案 2.1.5 第 2 款将保留告知有关组织。

(3) 关于第一类接收方(缔约国和缔约组织)，不存在任何特别问题。1986 年公约¹⁴⁸ 第 2 条第 1(f) 款将其分别定义为：

“不问条约已未生效，同意承受条约拘束之：

(一) 国家，或

¹⁴⁷ 1969 年和 1986 年《维也纳公约》第 22 条第 1 款。

¹⁴⁸ 另见 1969 年公约第 2 条第 1(f) 款和 1978 年《关于国家在条约方面的继承的维也纳公约》第 2 条第 1(k) 款，这两款均对“缔约国”一词作出相同定义。

(二) 国际组织”。

(4) 相比之下，“有权成为该条约当事方的其他国家和国际组织”的定义带来许多问题，在具体情况下确定何者符合该定义的工作则更为棘手。上文指出，“并非所有条约都十分清楚地规定哪些其他国家可成为缔约方”。¹⁴⁹

(5) 布赖尔利在其关于对多边条约的保留的 1951 年报告中，建议作出下列规定：

“对于本公约签署后(或本公约开放供签署或加入后)提具的任何保留，下列几类国家应有权得到通知：

“(a) 有权成为公约缔约方的国家，

“(b) 已经签署或批准该公约的国家，

“(c) 已经批准或加入该公约的国家”。¹⁵⁰

(6) 根据这些建议，委员会建议，“在多边公约中并无相反规定(略)多边公约保存人于接到保留后，应通知该公约所有当事国或有权成为该公约当事国之国家”。¹⁵¹

(7) 赫什·劳特帕赫特勋爵在其 1953 年的首份报告中，在关于保留的第 9 条草案的四个备选案文的三个中建议加入更为笼统的规定，即“所收保留的案文应由保存当局送交所有有关国家”。¹⁵²但他没有就该用语作出评论，¹⁵³G . G . 菲茨莫里斯在 1956 年首份报告中再次使用该用语，¹⁵⁴他在第 39 条草案中对该用语作出如下澄清：这些国家均“参加了条约谈判和起草工作，或者是通过签署、批准、加入或接受该条约而显示出其在条约中的利益”。¹⁵⁵

¹⁴⁹ 罗伯特·詹宁斯爵士和阿瑟·瓦兹爵士合著，《奥本海国际法论》，第九版，第一卷，《和平》，伦敦，Longman 出版社，1992 年，p. 1248，注 4。

¹⁵⁰ 《1951 年…年鉴》，第二卷，p. 16。之所以提出这种令人费解的提法是由于它们均为备选示范条款。

¹⁵¹ 《国际法委员会其第三届会议工作报告》，(1951 年 5 月 16 日至 7 月 27 日，A/1858 号文件，第 34 段，(见《1951 年…年鉴》，第二卷，p. 130)。该问题未进行广泛讨论；不过，可参见赫德森和斯皮罗普洛斯的发言，后者认为，根据实在法，将保留送交非条约缔约国不是一项义务(第 105 次会议，1951 年 6 月 18 日，《1951 年…年鉴》，第一卷，p. 198)。

¹⁵² 《1953 年…年鉴》，第二卷，p. 92，备选案文 B、C 和 D；颇为奇怪的是，该规定在备选案文 A 中没有出现(保留为三分之二多数所接受，同上，p. 91)。

¹⁵³ 同上，p. 136。

¹⁵⁴ 第 37 条草案，《1956 年…年鉴》，第二卷，p. 115：“须将其通知其他有关国家…”。

¹⁵⁵ 同上。

(8) 相反，汉弗莱·沃尔多克勋爵在 1962 年恢复了 1951 年的提法，¹⁵⁶ 并建议“在通过条约的会议后签署、批准、加入或接受条约的国家”所提具的保留“应送交所有其他缔约国或有权成为缔约方的国家……”。¹⁵⁷ 该提法在起草委员会对其进行审议并稍加改动后得到委员会的通过。¹⁵⁸ 虽然各国在其关于一读通过的条款草案的评论中未在这方面表示任何异议，沃尔多克于 1965 年建议恢复“其他有关国家”的提法，¹⁵⁹ 但未作出任何解释。委员会将该提法更换为“缔约国”，¹⁶⁰ 理由是“有关国家”¹⁶¹ 的概念“十分模糊”，委员会最终于 1966 年通过了有关规定，要求将保留送交“有权成为条约缔约方的其他国家”，¹⁶² 该用语被“视为更恰当地描述了该类函件的接收方”。¹⁶³

(9) 在维也纳会议上，麦金农先生代表加拿大代表团指出，该措辞“可能给保存机构造成困难，因为没有用于确定这些国家的标准。因此，宜将其替换为加拿大代表团修正案中所提的“谈判国和缔约国”(A/CONF. 39/C. 1/L. 158)”。¹⁶⁴ 尽管这一合理的建议提交给起草委员会，¹⁶⁵ 但后者倾向于西班牙提交的修正案，¹⁶⁶ 该修正案出现在 1969 年公约第 23 条第 1 款的最后定本中，1986 年的约文也使用了该修正案，仅有的改动是增列了国际组织。¹⁶⁷

¹⁵⁶ 见上文第 5 和 6 段。

¹⁵⁷ “关于条约法的第一次报告”，载于《1962 年…年鉴》，第二卷，p. 60。出于一些理由，沃尔多克认为，如果保留列于条约结尾或谈判国会议最后文件，则没有必要将其通知在谈判国会议上签署条约时参加提具保留谈判的其他国家(同上)。

¹⁵⁸ 第 18 条草案，第 3 款；同上，p. 176。委员会在其评注中认为，该用语等同于“其他有关国家”(同上，p. 180)。

¹⁵⁹ 《第四次报告》，《1965 年…年鉴》，第二卷，p. 56。

¹⁶⁰ 同上，p. 162。

¹⁶¹ 汉弗莱·沃尔多克爵士在 1965 年 6 月 29 日第 813 次会议上所作解释，载于《1965 年…年鉴》，第一卷，p. 267。

¹⁶² 第 18 条草案，第 1 款《1966 年…年鉴》，第二卷，p. 208。

¹⁶³ 起草委员会主席布里格斯所作解释，《1966 年…年鉴》，第一卷，第二部分，p. 293。

¹⁶⁴ 《联合国条约法会议正式记录，第一届会议》，维也纳，全体会议和全体委员会会议简要记录，(联合国，纽约，1969 年)全体委员会第 23 届会议简要记录，1968 年 4 月 11 日，p. 124。Jochen A. Frowein 指出，大会于 1966 年讨论国际法委员会关于保存机构的条款草案时，美利坚合众国也表示了相同关切(A/6309/Rev. 1, p. 176) (“关于保存机构职能的一些考虑—对国际法委员会条约法条款草案第 72 条第 1(d) 款的评论，《ZaoRV》，1967 年，p. 533)；另见沙卜泰·罗森，“再论国际条约的保存机构”，载于《美国国际法学报》，1970 年，pp. 847-848。

¹⁶⁵ 见《联合国条约法会议正式记录，第一届和第二届会议会议文件》(联合国出版物)，《全体委员会的报告》，p. 139，第 194 段。

¹⁶⁶ 同上，A/CONF. 39/C. 1/L. 149 号文件，第 192(一)段；所通过的案文见同上，第 196 段。

¹⁶⁷ 见上文第(2)段。

(10) 所通过的用语不仅含义模糊，而且 1969 年公约的准备工作材料也未给予多少澄清。第 77 条第 1 款第 (b) 和 (c) 项也是如此，这两项尽管未明确提及保留，但规定由保存机构负责将条约约文副本送交“当事方和有权成为当事方的国家”，并通知它们“关于条约的通知和告知”；¹⁶⁸然而，这些规定的准备工作材料未就该用语作出任何说明，¹⁶⁹而委员会成员也从未关注此事。

(11) 1986 年公约的编制过程则不是这种情况。尽管国家和国际组织间或国际组织相互间条约法问题特别报告员在其第四次和第五次报告¹⁷⁰中，仅仅改写了 1969 年公约第 23 条第 1 款的约文，并未作评论，但委员会若干成员在 1977 年讨论草案时，对确定“有权成为缔约方的国际组织”所造成的问题表示了特别关切。¹⁷¹然而在激烈辩论之后，委员会决定只用 1969 年的提法。¹⁷²

(12) 加拿大和乌沙科夫分别于 1968 年和 1977 年提出的限定保留函件接收方的提案未获通过，这的确令人遗憾(后者未获通过的原因可能是不愿偏离 1969 年的措辞，也不愿对国家和国际组织的权利作出任何区分，而这种考虑是值得商榷的)；作出这种限定本可消除保存机构的实际困难，同时又不致显著动摇保留对真正有关的国家和国际组织的“有用”影响。¹⁷³

(13) 如果条约本身清楚确定哪些国家或国际组织有权成为缔约方，那显然就没有问题，至少“不开放”条约是如此；由欧洲委员会、¹⁷⁴美洲国家组织、¹⁷⁵

¹⁶⁸ 据第 78 条第 1 (f) 款，保存机构还负责“将该条约生效所需数目的签署或批准书、接受书、核准书或加入书业已收到和交存的日期，报告有权成为该条约当事方的各国”。

¹⁶⁹ 关于这些规定的缘起，参见下列文件：1951 年布赖尔利的报告，《1951 年…年鉴》，第二卷，p. 27，委员会的结论，同上，p. 130，第 34(1) 段；沃尔多克 1962 年提议的草案第 17 条第 4(c) 款和第 27 条第 6(c) 款，《1962 年…年鉴》，第二卷，p. 66 和 pp. 82—83，委员会一读通过的草案第 29 条第 5 款，同上，p. 185；委员会 1966 年通过的第 72 条草案定本，《1966 年…年鉴》，第二卷，p. 269。

¹⁷⁰ 《1975 年…年鉴》，第二卷，p. 38 和《1976 年…年鉴》，第二卷(第一部分)，p. 146。

¹⁷¹ 例如，乌沙科夫指出：“对于国家和国际组织间缔结的普遍性条约，这种保留必须送交所有现有国家。然而，对于同一类条约以及国际组织相互间缔结的条约，要确定哪些国际组织“有权成为缔约方”则要困难得多。如果 10 个国际组织是缔约方，那么须将函件送交其他哪些国际组织？”《1977 年…年鉴》，第一卷，第 1434 次会议，1977 年 6 月 6 日，p. 101，第 42 段。

¹⁷² 特别见 S. Verosta、J. J. Calle y Calle、S. Schwebel 和 P. Reuter 的发言，同上，p. 102，第 45、46、48 和 51 段，以及辩论的结论，同上，第 1451 次会议，1977 年 7 月 1 日，p. 196 和《1977 年…年鉴》，第二卷，p. 116。

¹⁷³ 值得一提的是，尽管联合国专门机构不是而且无权成为 1947 年《专门机构特权和豁免公约》“缔约方”，但它们的确收到关于一些国家对该公约规定所提具的保留来文。见《关于秘书长作为多边条约保存人的实践情况摘要》(ST/LEG/8)，出售品编号 F. 94.V15，pp. 60—61，第 199—203 段。

¹⁷⁴ 例如，见 1996 年 5 月 3 日版《欧洲社会宪章》K 条第 1 款：“本宪章应开放供欧洲委员会成员签署”；或欧洲委员会 1999 年 1 月 27 日《腐败问题刑法公约》第 32 条第 1 款。

¹⁷⁵ 例如，见 1996 年 3 月 29 日《美洲国家反腐败公约》第二十一条。

非洲统一组织¹⁷⁶等区域国际组织主持订立的条约通常属于这一类。对于没有清楚说明哪些国家有权成为缔约国的条约、包含“任何国家”等字的“开放”条约、¹⁷⁷或谈判参与者商定此后可以加入的条约，¹⁷⁸情况就复杂得多。下列情况显然尤其如此：保存职能由某一国家行使，而该国不仅与一些国家没有外交关系，¹⁷⁹而且不承认某些宣布自己为国家的实体是国家。

(14) 1997年《关于秘书长作为多边条约保存人的惯例摘要》用整章篇幅叙述秘书长确定“可以成为缔约方的国家和国际组织”的困难。¹⁸⁰法律理论家大都已强调了这些困难。¹⁸¹然而，就此对委员会条约保留问题单作出答复的国家没有提及这方面的任何特定困难，其原因可能是这个问题并非与保留特别有关，而是与保存职能关系更大。因此，委员会也认为不必提议就此通过一项或多项准则。

(15) 与此恰成对照的是，尽管1969年和1986年维也纳公约(后者取其最广义的措辞)第23条第1款的规则有多大的问题和争议，这项规则无疑仍需转载于《实践指南》。

(16) 委员会还希望说明，正如保留必须以书面形式提具和确认，¹⁸²保留也必须以书面形式告知其他有关国家和组织，这是使接收人在完全知情的情况下作出反映的唯一方法。这后一项要求在《维也纳公约》中并未言明，但从上下文看是很清楚的，因为第23条第1款的规定要求保留以书面形式提具，而且使用非常明确的方式将其与保留告知的要求联系起来。另外，在没有保存人的情况下，保留的提具和告知须同时进行。¹⁸³况且，这也符合惯例。¹⁸⁴

(17) 准则草案2.1.5第2款涉及国际组织组成文书保留的特定情况。

¹⁷⁶ 例如，见《禁止非法买卖野生动植物合作执法行动卢萨卡协定》第12条第1款。

¹⁷⁷ 例如，见1973年《禁止并惩治种族隔离罪行国际公约》第十三条：“本公约开放供所有国家签署……”；或1986年《维也纳公约》第84条第1款：“本公约应持续对任何国家、由(……)纳米比亚以及具有缔约能力的任何国际组织开放加入”。又见1982年《联合国海洋法公约》第305条，其中规定《公约》开放不仅供“所有国家”签署，而且供(独立前的)纳米比亚以及自治国家和领土签署。

¹⁷⁸ 参较1969年和1986年的《维也纳公约》第15条。

¹⁷⁹ 参较《维也纳公约》第74条。

¹⁸⁰ 同前(前注81)，第五章，pp. 21-30，第73-100段。

¹⁸¹ 除其他外，见Jochen a. Frowein，“关于国际法委员会条约法草案第72条第1款(d)项的保存人意见之作用的一些考虑因素”，ZaÖRV 1967，pp. 533-539和Shabtai Rosenne，“关于国际条约保存人的进一步看法”，载于《美国国际法学报》，1970，pp. 847-848。

¹⁸² 见准则草案2.1.1和2.1.2。

¹⁸³ 见准则草案2.1.6(i)。

¹⁸⁴ 参较联合国秘书长的“交存通知”。

(18) 1969 年和 1986 年维也纳公约第 23 条没有述及对国际组织组成文书保留的程序特例。但该条第 1 款规定的总则在此特例中必须予以澄清和扩充。

(19) 根据第 20 条第 3 款：

“条约是一国际组织的组成文书时，除另有规定外，保留需经该组织主管机关接受”。

只有在该组织知道这项保留的情况下，主管机关才能作出决定，因此，保留必须传送该机关。

(20) 头三位条约法特别报告员都忽视了这个问题，直到 1962 年汉弗莱·沃尔多克勋爵在他的第一次报告中才谈及这个问题。他提议订立关于“提出和收回保留的权力”的很长的第 17 条草案，其中第 5 款规定如下：

“然而，如果对一国际组织的组成文书提出保留，而且这种保留没有得到该文书具体授权，这种保留就应传递有关组织秘书处首长，以便将保留可否接受的问题提交该组织主管机关审议”。¹⁸⁵

(21) 沃尔多克勋爵表示，作出这一澄清是由于：

“注意到《秘书长的惯例摘要》(ST/LEG/7)第 81 段的一个要点，该段指出：

‘如果所涉协定是一国际组织的组成文书，秘书长遵循的惯例和第六委员会的讨论表明，在有关国家成为缔约国之前，保留应提交该组织的主管机关。只有该组织有权解释其宪章，并确定某一项保留是否符合其规定。’”。¹⁸⁶

(22) 起草委员会审议后，这一条款就从草案中消失了，¹⁸⁷可能是因为起草委员会成员认为，通过一个条款明言规定关于保留对组成文书的效果的决定必须由“有关组织主管机关”作出，¹⁸⁸使这一澄清变得多余。后来，似乎这个问题没有再提出。

(23) 汉弗莱·沃尔多克勋爵在 1962 年提问如下：三年前，印度对国际海事组织(海事组织)公约提出保留时，曾出现严峻的问题。联合国秘书长作为公约保存人，将印度在海事协商组织第一届会议开幕的当天提出的保留案文递交海事协商组织。他建议海事协商组织秘书处将这个问题提交海事协商组织大会决定。

¹⁸⁵ 1992 年...年鉴》第二卷，p. 61。

¹⁸⁶ 同上，第(12)段，p. 66。

¹⁸⁷ 同上，国际法委员会提交大会的报告，第 18 条草案，pp. 175-176。

¹⁸⁸ 第 20 条第 4 款草案，同上。

有人对此提出异议时，秘书长在一份条理清楚的报告中坚持认为，“这一程序(1)符合海事协商组织公约的规定；(2)符合一机关或机构可以转交保留的情况下的交存先例；(3)符合大会在上次就对多边公约的保留问题进行辩论时这一特定情形表达的意见”。¹⁸⁹

(24) 秘书长还指出，“如果现行多边公约为组织的组成文书，或是建立审议机关的文书，以往凡遇哪个国家对这种公约提出保留的情况，秘书长均将其提交有权对有关公约作出解释的机关”。¹⁹⁰例如，他说，1948年美利坚合众国对世界卫生组织宪章提出的保留交给了世界卫生大会，¹⁹¹下一年南非联盟和南罗得西亚对关税和贸易总协定(总协定)的保留交给了总协定缔约国。¹⁹²秘书长在1997年《惯例摘要》中举了另一个例子，说明他在这方面的一贯做法：“德国和联合王国接受经订正的1979年5月17日关于设立非洲开发银行的协定时，提出该协定中没有设想的保留。秘书长作为保存人，适当地将保留转递银行，只有在银行通知他保留已得到接受之后，才同意保存批准书”。¹⁹³

(25) 考虑到维也纳各公约第20条第3款规定的原则和联合国秘书长通常遵循的惯例，委员会认为的确应该在一份准则草案中规定将对一国际组织组成文书的保留传递有关组织的义务。

(26) 但关于这一规则的精确范围，委员会提出三个问题，其中主要的问题似乎没有疑问：

1. 准则草案应否说明(该说明列于1962年沃尔多克草案¹⁹⁴)保留必须传递有关组织秘书处首长？
2. 应否象秘书长在1959年《惯例摘要》中所述那样，说明如果严格而言，某一条约并非一国际组织的组成文书，但该条约设立了一个可就保留是否合法问题采取立场的“审议机构”，同一规则也应适用？¹⁹⁵

¹⁸⁹ 《对多边公约的保留：政府间海事协商组织》，A/4235号文件，第18段。关于此事，又见Oscar Schachter，“1959年联大期间对条约的保留问题”，载于《美国国际法学报》，1960年，第372-379段。

¹⁹⁰ 同上，第21段。

¹⁹¹ 又见Oscar Schachter，“国际法通过联合国秘书处的法律意见取得发展的情况”，载于《英国国际法年鉴》，1949年，pp.124-126。

¹⁹² A/4235，第22段。

¹⁹³ ST/LEG/8，纽约，1997年，出售品编号E.94.V.15，p.59，第198段一脚注略。又见Frank Horn，《对多边条约的保留和解释性声明》，T.M.C.Asser Instituut, The Hague, 1988年，pp.346-347。

¹⁹⁴ 见上文第20段。

¹⁹⁵ 见上文第24段。

3. 向一国际组织传递对该组织组成文书的保留,是否就不再有义务同时向有关国家和国际组织传递保留案文?

(27) 关于第一个问题,委员会认为,这样的说明并无必要:即使函件一般是发给秘书处首长,但由于特定组织的特定结构,情况并非都如此。例如,就欧洲共同体而言,考虑到委员会的合议性质,可能引起一些难题。此外,上述说明无具体价值:重要的是适当提请有关组织注意问题。

(28) 如果严格而言,根据一条约设立的“审议机关”不是国际组织,那么同一规则应否适用于这样的机关?关于这个问题,1959年联合国秘书长报告的起草人很可能考虑到总协定的问题,特别是因为所举的一个例子与总协定有关。¹⁹⁶鉴于总协定已由世界贸易组织(世贸组织)取代,上述问题不再存在。但另一种情况仍然存在:某些条约,特别是裁军或环境保护领域的条约,设立了带秘书处的审议机关,而一些这样的审议机关不具备国际组织地位。¹⁹⁷虽然委员会无意表明观点,但委员会认为在实践指南中列入这一说明也许有用。同一规则适用于对下列两种条约的保留似乎有理由:(一)严格意义上的组成文书;(二)设立监督机构协助实施条约的文书,虽然所设立的机构作为国际组织的地位可能会受到质疑。

(29) 然而,委员会大多数成员认为,为了将这类机构分类,“审议机构”一语,虽然有人支持,但并不十分恰当,为了避免混乱,最为“有能力接受保留的机构”。

(30) 最后一个问题¹⁹⁸最难回答,但也具有最大的实际意义。与否定的答复相比,肯定的答复会加重保存人的负担。此外,秘书长的做法虽然似乎并非完全一致,¹⁹⁹但倾向于反方向。²⁰⁰尽管如此,委员会认为,对组成文书的保留不仅应

¹⁹⁶ 同上。

¹⁹⁷ 参见 Robin R. Churchill 与 Geir Ulfstein 合著:“多边协定中的自主性体制安排:国际法中很少受到注意的现象”,载于《美国国际法学报》,2000年,第4号,pp. 623-659。一些法学家还认为,严格而言,国际刑事法院不是国际组织。

¹⁹⁸ 同上。

¹⁹⁹ 早些时候的一个例子是,秘书长将(美利坚合众国对世界卫生组织宪章的)保留传递有关各国和有关组织,见 Oscar Schachter,“国际法通过联合国秘书处的法律意见取得的发展”,载于《英国国际法年鉴》,1948年,p. 125。又见《实践摘要》ST/LEG/8,纽约,1997,出售品编号 E94. V. 15, p. 51, 第 170 段。

²⁰⁰ 然而,至少在一个情况下,提出单方面声明(相当于保留)的国家(联合王国)曾就其声明同设立一国际组织的协定(即 1969 年 10 月 18 日《关于设立加勒比开发银行的金斯敦协定》)签署国直接协商。(参较《截至 2000 年 12 月 31 日交存秘书长的多边条约》,联合国出版物出售品编号: F. 01. V. 5), 第 1 卷, p. 482, 注 8)。提出保留者还可主动同有关国际组织协商(参较法国对《关于设立亚洲-太平洋广播发展机构的协定》的保留,科伦坡,1977 年 8 月 12 日-同上,第二卷, p. 298, 注 3)。

传递有关组织，而且应传递所有其他缔约国和缔约组织以及有权成为缔约方的国家和组织。

(31) 这一立场的论据有两条。第一，一组织接受保留，是否意味着成员国(和国际组织)反对某一项保留的可能性即被排除，这一点很不清楚。委员会对能否反对条约明言允许的保留问题进行深入研究之后，才能就此作出决定。第二，支持作出肯定答复的有一条很好的实际理由：即使保留送发组织本身，事实上作出决定的是该组织的成员国(或国际组织)。因此，重要的是应让它们知道保留的提出。采用两步程序是浪费时间。

(32) 最后，毫无疑问，只有有关国际组织存在，换言之，只有条约有效，才会出现向有关组织传递对该组织组成文书保留的案文的义务。²⁰¹ 这件事看来如此之明显，一些委员会成员对于是否有必要在指导性草案中进行澄清提出质疑。但这种澄清看来是必要的，否则就难以理解准则草案 2.1.5 第 2 款的结尾部分(无法将保留告知尚不存在的国际组织或机构)。

(33) 尽管如此，可能出现的问题是：在组织切实成立之前，应将这种保留传递通常为准备组成文书迅速切实生效而设立的“筹备委员会”(或任何名称的相应机构)。即使在许多情况下似乎需要就此作出肯定的答复，但难以一概而论，因为一切都取决于通过条约的会议授予筹备委员会的确切任务。此外，提及“有能力接受保留的机构”似乎已包涵这一可能性。

2.1.6 [2.1.6、2.1.8] 告知保留的程序

除非条约另有规定或各缔约国和缔约组织另有协议外，对条约之保留的告知：

- (一) 在没有保存人的情况下，应由提具保留者直接送交缔约国和缔约组织以及有资格成为该条约缔约方的其他国家和国际组织；或者
- (二) 在有保存人的情况下，应送交保存人，由他尽早告知所要送交的国家 and 组织。

保留的告知只有在该通知所要递交的国家或组织、或保存人收到该通知的情况下，才应视为提具保留的国家已告知保留。

对保留提出反对意见的期限从国家或国际组织收到保留通知之日算起。

如果对条约的保留是以电子邮件或传真告知，必须以外交照会或保存人的通知加以确认。这种情况下，电子邮件或传真的日期即告知的日期。

²⁰¹ 在实际上，如果组成文书没有生效，联合国秘书长的处理方式与对待任何其他条约的方式是一样的。

评注

(1) 象在后面两条中一样, 准则草案 2.1.6 力图澄清在将对条约保留的文本告知准则草案 2.1.5 说明的告知接受者时要遵循的程序的各个方面。这包括三个不同而密切联系的方面:

负责告知的人;

告知的实际方式;

效果。

(2) 1969 年《维也纳公约》和 1986 年的《维也纳公约》的第 23 条没有说明由谁负责告知。在大多数情况下, 如 1986 年公约第 79 条²⁰² 的一般规定所示, 应由保存人告知, 规定一般适用于条约的所有通知和告知。该条还提到这类告知的一些方式及其效果。

(3) 以前审议条约保留课题时, 委员会或其特别报告员计划明确地规定, 保存人有责任将提具的保留案文告知有关国家。因此, 例如在 1951 年, 委员会认为, “多边公约的保存人在收到每一项保留时, 应将之告知各缔约国和有权成为该公约缔约国的国家”。²⁰³ 同样地, 在 1965 年第四次报告中, 沃尔多克提议 “应将保留通知保存人, 如无保存人, 应通知其他有关国家”。²⁰⁴

(4) 这项办法最后没有为委员会所采纳。委员会注意到以前通过的草案“载列若干条款, 其中提到拟直接送交有关国家, 如有保存人, 则送交保存人的告知或通知”。委员会的结论是, “如果列入一项有关通知或告知的一般性条款, 则各条款的案文将可简化许多”。²⁰⁵

(5) 这就是 1966 年第 73 条草案即目前的 1969 年《维也纳公约》第 78 条的目的。1986 年公约第 79 条除了增加国际组织外, 不加更动地转录此条:

“通知和告知

“除条约或本公约另有规定外, 任何国家或任何国际组织根据本公约所作出的任何通知或告知:

(a) 如无保存机关, 应直接致送所要送达的国家和组织; 如有保存机关, 应致送该机关;

²⁰² 1969 年公约第 78 条。

²⁰³ 国际法委员会第三届会议工作报告, 1951 年 5 月 16 日至 7 月 27 日, 《1951 年...年鉴》, 第二卷, A/1858 号文件, 第 34 段, p. 130。

²⁰⁴ 《1965 年...年鉴》, 第二卷, p. 53。

²⁰⁵ 《1966 年...年鉴》, 第二卷, 对第 73 条草案的评论第(1)段, p. 294。

(b) 只有在被送达国或被送达组织收到通知或告知时，或按情况在保存机关收到时，才应视为业经致送国或致送组织作出了通知或告知；

(c) 如系送交保存机关，只有在其所要送达的国家或组织收到保存机关按照第 78 条第 1 款(e)项发出的报告时，才应视为业经该国或组织收到了通知或告知。”

(6) 第 79 条与这后一项条款是分不开的，根据这后一项条款：

“1. 除条约另有规定或各缔约国和缔约组织或按情况各缔约组织另有协议外，保存机关的职务主要包括下列各项：

[.....]

(e) 将有关该条约的文书、通知和告知报告当事各方及有权成为该条约当事方的各国和国际组织。”

(7) 可以顺便指出，这一款所用“当事方及有权成为该条约当事方的各国和国际组织”等字与第 23 条第 1 款所用的并非完全相同，该第 1 款提及“缔约国和缔约组织”。这一差别没有任何实际后果，因为按照 1986 年《维也纳公约》第 2 条第 1(f)款对此用语的定义，缔约国和缔约国际组织都有权成为缔约方；但是，这样一来，《实践指南》内的准则草案如何措词便成问题了。

(8) 毫无疑问，1986 年《维也纳公约》第 78 条和第 79 条第 1(e)款的规定应在《指南》中全文转录并加以修改以适应保留的特殊情况；否则，《指南》不能实现其下列实际目的，即让用户有一整套准则，能够在面对与保留有关的问题时确定采取什么样的做法。但是委员会在编写这项草案(或这些草案)时，应转录这两项条款的措词，还是转录第 23 条第 1 款的措词？似乎合乎逻辑的是采用第二个解决办法中的术语，以避免《实践指南》的各项准则之间存在任何模棱两可之处和相互矛盾—尽管是表面的。

(9) 此外，毫无疑问与保留有关的告知—特别是与某国或某国际组织提具的保留案文有关的告知—按上文提及的²⁰⁶第 78 条第 1(e)款的意义是“有关该条约的”告知。而且，在 1966 年草案里，委员会明确交托保存人一项任务，即“审查签署、文书或保留是否符合条约的规定和符合目前的各项条款”的²⁰⁷（加重号是本报告所加）。这些话在维也纳时改为“审查签署以及与条约有关的任何

²⁰⁶ 见上文第(6)段。

²⁰⁷ 《1966 年...年鉴》，第二卷，p. 269，第 1(d)段。关于该项规定的内容，见准则草案 2.1.7 条的评注。

文书、通知或公文”，²⁰⁸ 范围变得更广。但是这些话不能解释为把保留排除在该规定的范围之外。

(10) 此外，如委员会就第 73 条草案(现在的 1986 年公约第 79 条)的评论所指出的，这项条款(a)项所定下的规则“基本上涉及与条约的‘生命’一提出同意、保留和反对的文书，关于失效、终止的通知等等一有关的通知和告知(加重号是本报告所加)。²⁰⁹

(11) 在本质上，第 78 条第 1(e)款和第 79(a)条无疑都反映目前的做法。²¹⁰ 无须特别加以评论，只须注意到，即使在有保存人的情况下，保留提具国可直接将该项保留的内容通知其他有关国家或国际组织。例如，联合王国通知作为 1969 年 10 月 18 日设立加勒比开发银行的协定保存人的联合国秘书长说，它已经就其批准书所附声明(构成一项保留)的一个问题征求了该协定各签署国的意见(这项声明后来为该银行董事会通过，之后为联合王国所撤销)。²¹¹ 同样地，法国本身向亚太广播发展研究所董事会提交它就设立该组织的协定提出的一项保留，秘书长也是该协定的保存人。²¹²

(12) 似乎无人反对这种做法，只要保存人不会因此无须履行其义务。²¹³ 但是，这却是混乱和不确定的根源，因为保存人可依赖保留提具国去履行 1986 年《维也纳公约》第 78 条第 1(e)款以及第 79(a)条最后一段²¹⁴ 明确赋予他的职务。委员会认为这种做法也许不应加以鼓励，为此理由也不会提出体现这种做法的准则草案。

(13) 在 1966 年评论中，委员会讨论了第 73 条第 1(e)款草案(现在的 1969 年《维也纳公约》第 77 条第 1(e)款)²¹⁵ 内交托保存人的任务的重要性，并强

²⁰⁸ 第 77 条第 1(d)款。新办法来自委员会以 32 票对 24 票、27 票弃权通过的白俄罗斯苏维埃社会主义共和国提出的修正案。(《联合国关于条约法的会议正式记录，维也纳，1968 年 3 月 26 日至 5 月 24 日和 1969 年 4 月 9 日至 5 月 22 日，会议文件，第一和第二届会议》，A/CONF.39/11/Add.2) (联合国出版物：出售品编号：E.70.V.5)，第 654(四)(4)段，p.202 和第 660(一)段，p.203；又见下文第 164 段，第三项。

²⁰⁹ 《1966 年...年鉴》，第二卷，p.270，评论第(2)段。

²¹⁰ 见同上，关于第 73 条(a)项草案(成为 1969 年公约第 78 条和 1986 年公约第 79 条)的评论。

²¹¹ 2000 年 12 月 31 日前《交给秘书长保存的条约》，第一卷，p.482，注 8。

²¹² 见同上，第二卷，p.298，注 3。

²¹³ 见准则草案 2.1.7。

²¹⁴ 1969 年《公约》第 77 条 1(e)款和第 78(a)条。在上述法国对建立亚太广播发展研究所的协定提出保留的情况下，似乎秘书长将自己的任务限定在注意到该组织理事会没有提出异议(参看《交给秘书长保存的多边条约》，截至 2000 年 12 月 31 日的现况，ST/LEG/SER.E/19 (联合国出版物：出售品编号：E.01.V.5)，第二卷，p.291，注 2)。秘书长在这件事上的消极做法受到批评。

²¹⁵ 1986 年《公约》第 78 条第 1(e)款。

调说，“很明显保存人宜于迅速执行这一职务”。²¹⁶ 这是一个重要问题，与第 78 条 (b) 和 (c) 项有关；²¹⁷ 保留的效果只有在被送交的国家 and 组织在收到与保留有关的通知或告知之日起产生，而不是在提具之日起产生。事实上，是否由保留提具者告知无关紧要；如果送交接收者迟了，只能怪自己。另一方面，如果有保存人，后者务须迅速去做；否则，保存人可能妨碍保留的效果以及其他有关国家和国际组织对保留作出反应的机会。²¹⁸

(14) 实际上，由于具有现代化通讯手段，条约的保存人，至少是作为条约保存人的国际组织，完成任务极为迅速。1980 年代从收到保留到将其告知需要一至两个月，甚至三个月。但从联合国法律事务厅条约科送交给委员会的材料可以看出：

“1. 条约科从收到正式保留到将之告知各条约缔约方所需时间大约 24 小时，除非需要翻译或涉及法律问题。如果需要翻译，条约科便紧急要求提供翻译。如果法律问题非常复杂或者所涉告知缔约方一事不在联合国控制之下，那么就可能会耽搁一些时候；但是，这种情况非常罕见。应当指出，除了少数情况外，正式保留都在 24 小时内告知非有关当事方。

“2. 交存通知都是在 24 小时处理时间内，用普通邮件和电子邮件告知常驻代表团和有关组织的(见 LA 41 TR/221)。此外，从 2001 年 1 月开始，交存通知可通过英特网在联合国条约集上查阅，网址是：<http://untreaty.un.org> (英特网上的交存通知只供参考，不能视为交存国的正式通知)。交存通知入有许多附件，例如与第 11 章 (b) 节第 16 段²¹⁹ 有关的通知，则用传真发出”。²²⁰

(15) 过去，国际海事组织(海事组织)曾指出，对于该组织是其保存人的条约，从告知对该条约的保留到将该保留转递有关国家所需时间一般是一到两周。

²¹⁶ 《1966 年...年鉴》，第二卷，评论第(5)段，p. 270。

²¹⁷ 1986 年《公约》第 79 条 (a) 和 (b) 款。见上文第 (5) 和 (6) 段有关这些规定的案文。

²¹⁸ 见委员会 1966 年的报告关于第 73 条的评论，《1966 年...年鉴》，第二卷，pp. 270-271，评论第 (3) 到 (6) 段；又见 T. O. Elias, 《现代条约法》，Oceana Publications/ Sijthoff, Dobbs Ferry/Leiden, 1974 年，pp. 216-217。

²¹⁹ 这些告知与 1958 年 3 月 20 日《关于对轮式车辆、设备以及能装配和/或使用 在轮式车辆上的配件采用统一技术规定和互相承认根据这些规定所做出的许可的条件的协定》有关(见《交给秘书长保存的多边条约》，截至 2000 年 12 月 31 日，第一卷，p. 593)。

²²⁰ 条约科还建议说：“3. 请注意，如条约行动是对现有保留进行修改和某缔约方在作出具有约束力的同意后提出保留，则交存做法已经改变。现在，有关条约的缔约方可在 12 个月内通知保存人说，它反对该项修改或者它不想审议在批准、接受、核准等等之后提出的保留。这一 12 个月时限是保存人根据发出交存通知之日计算的(见 LA 41 TR/221 (23-1))。”

告知函都翻译成该组织的三种正式语文(英文、西班牙文和法文),通常用普通邮件寄出。

(16) 欧洲理事会对委员会描述其做法如下:

“通常是 2 至 3 周(通知都加以分类,大约每 2 个星期寄出一次)。在某些情况下,由于有大量声明/保留或附录(关于国内法和做法的叙述或摘要)需要查对或翻译成为其他正式语文(欧洲理事会要求所有通知以正式语文之一提出或者至少附有用正式语文之一翻译的译件。条约处负责将通知翻译成为其他正式语文)。立即生效的紧急通知(例如《欧洲人权公约》第 15 条规定的减损)在几天内便转递。

“除非缔约方希望将通知直接寄给外交部(目前 43 个成员国中有 11 个国家希望这样做),否则通知正本以书面方式寄给驻在斯特拉斯堡的常驻代表,由他们将通知告知给其首都。对于在斯特拉斯堡没有外交使团(领事馆)的非成员国,则直接通知其在巴黎或布鲁塞尔的外交使团。成员国和通知的数量过去 10 年大量增加,使得这一方法有所简化:自从 1999 年以来,每项通知不再由主管法律事务的总干事(代表欧洲理事会秘书长)逐一签字,而是将通知分类,只在附信上签字。没有人对此程序感到不满。

“从我们的新网站(<http://conventions.coe.int>)于 2000 年 1 月开始运作以来,所有与正式保留有关的信息都可马上在这个网站上获得。保留或声明在正式通知当天,就全文放在该网站上。但是,网站上公布的文本不能视为正式文件”。

(17) 最后,从美洲国家组织(美洲组织)发送来的材料可以看出:

“对各美洲国家间条约的任何签字和批准都通过每天印发的美洲组织通讯通知各成员国。我们每 3 个月以更正式的方式通过寄给常驻美洲组织代表团的议事录通知各成员国,或在会上有大量成员国签字和批准的诸如大会等会议之后通知各成员国。

“正式通知,还包括总秘书处和其他缔约方签署的双边协定都以西班牙文和英文做成”。

(18) 委员会认为无须将这些非常有益的澄清说明全文载于《实践指南》。但是,在准则草案 2.1.6 中以一般建议方式向保存人(如有)和保留提具者(如果没有保存人)提供一些资料也是有所助益的。可以结合 1986 年《维也纳公约》的第 78 条 1(e) 款和第 79 条,²²¹ 使其适用于解决保留告知引起的特殊问题。

²²¹ 1969 年《公约》第 77 条 1(e) 款和第 79 条。

(19) 准则草案的起首部分转录与 1969 年《维也纳公约》和 1986 年《维也纳公约》第 78 条和第 79 条的起首部分相同的有关部分，但有些简化：在维也纳决定的第 78 条前言的措辞（“缔约国和缔约组织或按情况各缔约组织……”）似乎非常累赘，所载附加信息很少，根本没有必要。此外，如上所述，²²² 准则草案 2.1.6 的案文转录 1986 年公约第 23 条第 1 款所使用的措辞（“各缔约国和缔约组织及有权成为该条约当事方的其他国家和国际组织”），而不用第 78 条第 1(e) 款的措辞（“各当事方及有权成为该条约当事方的各国和国际组织”）。虽然后者也许较有文采而且意思一样，但是，它没有采用《维也纳公约》关于保留的一节的用语。尽管如此，在第(一)和第(二)项案文中两次使用第 23 条的措辞，似乎没有什么好处。不过，这只是草案行文改进而并不涉及维也纳案文的改变：“所要送交的国家组织”（第(二)项）指的是“缔约国和缔约组织及有权成为条约缔约方的其他国家和国际组织”（第(一)项）。同样，将草案分为两项也许容易看得懂而意思又不改变。

(20) 关于将保留送交所要送交的国家组织，委员会认为不可能规定一个非常死板的时限。在第(二)项中“尽快”的提法似乎足以引起接收人对快速进行必要性的注意。但从另外一方面看，在第(一)项中则不需要这种提法，因为需在这方面承担责任的是保留提具者。²²³

(21) 按照准则草案 2.1.1 和 2.1.2 所规定的保留的提具和确认必须以书面形式做出的精神，准则草案 2.1.6 最后一款规定对所要交送的国家组织的告知必须是正式的。虽然委员会的一些成员对此规定的必要性进行怀疑，但考虑到条约保存人经常使用现代通讯手段—电子邮件和传真，而其可靠程度又不如传统方式，因此这种规定似乎有益。因此，委员会多数成员认为，保留的任何告知应以外交照会（如果通知者为国家）或保存人通知（如果是来自于国际组织）²²⁴ 的形式加以确认，有些委员表示反对，委员会认为，在这种情况下，时限应从电子邮件或传真发送时算起。这将有助于防止引起关于确认收到日期的争论，也不会引起具体问题，因为委员会收到的情况表示，书面确认一般在电子邮件或传真发送时就已做好，或稍后做出，至少作为保存人的国际组织是如此。这些澄清载于准则草案 2.1.6 第 4 款。

(22) 规定告知所使用语言既无用处又不可能，因为保存人的做法各异。²²⁵ 同样，委员会认为在告知发往机构的问题上应遵循实际情况。²²⁶

²²² 见第 7—8 段。

²²³ 见上文第(13)段。

²²⁴ 保存人通知已成为做为保存人的国际组织或秘书处首长就条约进行告知的一般方式。但国际组织也可使用通常的外交照会，如果告知是发送给该组织不具有观察员地位的成员国。

²²⁵ 如果保存人为一国家，此类告知似乎一般以其官方语言发送；国际组织则可使用所有正式语文（海事组织）或一、两种工作语文（联合国）。

(23) 另外一方面，准则草案 2.1.6 第 2 款转录了 1986 年《维也纳公约》第 79 条 (b) 款和 (c) 款的规定。²²⁷ 但似乎可将措辞简化而无须分开保留由提具者直接告知还是由保存人告知的情况。“按情况”这一提法包括有保存人的假设。在这种情况下，向保存人告知保留，即使只是要求保存人尽快加以递送来说，也可能直接产生效果。时限的计算只能以他收到告知的日期为准；另外，有些委员指出，许多保留条款都从这一天起计算时限。

(24) 准则草案 2.1.6 第 3 款讨论了国家或国际组织对保留提出反对的时限这一特定情况。其根据是 1986 年《维也纳条约》第 20 条第 5 款(这又依据 1969 年《维也纳条约》相应条款)中体现的原则，案文为：

“……除条约另有规定外，倘一国在接获关于保留之通知后十二个月期间届满时或至其表示同意承受条约拘束之日为止，两者中以较后之日期为准，迄未对保留提出反对，此项保留即视为业经该国接受。”

应该指出，在这种情况下，通知生效日期因接收时间不同可能会因国家或组织而异。

2.1.7 保存人的职能

保存人应审查由一国或一国际组织提具的对某一条约的保留是否具有正当的适当形式，并在适当情况下，提请有关国家或组织注意。

如果一国或一国际组织同保存人之间对保存人履行职能有分歧，保存人就应将此问题：

- (a) 提请各签署国和签署组织以及缔约国和缔约组织注意，或
- (b) 在适当情况下提请有关国际组织的主管机关注意。

评注

(1) 《维也纳条约法公约》关于保留的部分未提到保存人的作用。后来审议 1969 年《公约》时通过决定，把与告知保留有关的规定纳入 1969 年《维也纳条约》有关保存人的一般条款，说明了没有提到保存人的原因。²²⁸ 因此，不言而喻的是，1986 年《公约》第 77 条和第 78 条的各项规定²²⁹ 只要与保留有关就可完全适用于保留。准则草案 2.1.7 完成了这种转变。

²²⁶ 外交部长，保存国外交使团，保存组织常驻代表团。

²²⁷ 见以上第 (5) 段。

²²⁸ 见委员会 1966 年二读通过的准则草案第 73 条评注第 (1) 款。《1966 年……年鉴》，第二卷，p. 270。

²²⁹ 1969 年《维也纳公约》第 76 条和 77 条。

(2) 根据 1986 年《公约》第 78 条第 1(e) 款，保存人负责“将有关该条约的行为、通知和告知报告各当事方即有权成为该条约当事方的各国和国际组织”。这一规则结合第 79(a) 条的规则，转录于准则第 2.1.6 条草案。这同一还意味着，保存人接收和保存保留；²³⁰ 因此，明确这一点似乎没有必要。

(3) 不言而喻，第 77 条第 2 款的特别规定涉及保存人的职务的国际性质及其不偏不倚地行事的义务，在任何其他领域这些规定也适用于保留。²³¹ 在这一般形式下，这些准则不是专门针对保存人在处理保留方面的职务，因此，似乎无须在《实践指南》中这样来转录这些规定。但是这些规定应照第 78 条第 2 款那样来拟定：

“如果一国或一国际组织与保存机关间对该机关职务的执行意见分歧，保存机关应将此问题：

- (a) 提请各签署国和签署组织及缔约国和缔约组织注意；或
- (b) 适当时提请有关国际组织的主管机关注意。”

(4) 由于在某些保留方面产生不少问题，才对保存人的职务施加这些严格的限制；因此，似乎更需要在《实践指南》中载列这些规定，对它们进行修改以适应特殊的保留情况。

(5) 如所指出那样，如果保存人是一个国家而且本身是条约的缔约国，或者是“一个国际组织或该组织的行政首长”²³² 那么这个问题就以不同的措辞提出。在第一种情况下，“如果其他缔约方在这个问题上与保存人意见不同——就我们所知，这种情况从来没出现过——它们就不能坚持说他的行为与他相信他应采取的行为不同”²³³。与此相反，在第二种情况下，该组织(由不一定是条约缔约国的国家组成)的政治机关可向保存人发出指示。正是在这种情况下才出现问题，其解决办法一直倾向于严格限制保存人的判断力，最后是制定了 1969 年《维也纳公约》规定的并在 1986 年公约中转录的规则。

(6) 早在 1927 年，奥地利为了推迟签署 1925 年《国际鸦片公约》而提出保留，这些保留造成了一些困难，国家联盟理事会通过了一项决定，核准一个专

²³⁰ 见第 78 条第 1(c) 款：“…保存人的职务(…)包括(…)：(丙) 接受条约之签署及接收并保存有关条约之文书、通知及公文”。

²³¹ 条约的保存机关的职务是国际性的，保存机关有秉公执行职务的义务。特别是，条约在若干当事方间尚未生效或一国或一国际组织与保存机关间对该机关职务的执行意见分歧的事实，不应影响该项义务。

²³² 1986 年《维也纳公约》第 77 条第 1 款。

²³³ Jacques Dehaussy, “条约的保存人”, 《国际公法综合评论》, 1952 年, p. 515。

家委员会²³⁴的结论，并指示国家联盟秘书长采取什么样的行动。²³⁵但是，在联合国里产生的问题才最为严重。

(7) 但是在联合国里产生的问题才最为严重。只要回忆一下秘书长作为保存人在保留方面的作用的演变情况就足够了：²³⁶

- 起初，秘书长“似乎独自决定……他在这个问题上的行为规则”²³⁷，并规定如果缔约方或涉及其组成文书的国际组织一致接受保留，则保留可以接纳。²³⁸
- 按照国际法院1951年5月28日关于对《防止及惩治灭绝种族罪公约》²³⁹的保留的咨询意见，大会通过了第1号决议，要求秘书长在处理未来的公约方面：
 - “(一) 在提出保留或反对保留之文件交存时继续为其保存人，对此等文件之法律效力则不作主张；
 - (二) 将此等有关保留及反对保留之文件送达一切有关国家、由各国决定其法律意涵。”²⁴⁰

这些准则扩大到秘书长按照1959年12月7日第1452 B(XIV)号决议担任保存人职务的所有条约，这项决议是由于与印度对海事协商组织的组成文书提具的保留有关的问题而通过的。²⁴¹

(8) 这就是联合国秘书长从那时起在有关条约没有一项保留条款时在保留方面一直采取的做法。显然地，所有国际组织(或者国际组织的秘书处首长)也

²³⁴ 委员会(由Fromegeot先生、MacNair先生和Diena先生组成)的报告，载于《国际联盟公报》，1927年，p. 881。

²³⁵ 1927年6月17日第17号决议。又见美洲国家第八届会议(1938年利马)第24号决议，其中规定泛美联盟在保留泛美应遵循的规则。

²³⁶ 并参看 Pierre-Henri Imbert, “条约法正式生效之际——对联合国秘书长行使保存人职务实践情况的反思”, 《法国国际法年鉴》, 1980年, pp. 528—529, 或者 Shabtai Rosenne, 《条约法在1945—1986年间的发展情况》, 剑桥大学出版社, 1987年, p. 514。

²³⁷ Jacques Dehaussy, “条约的保存人”, 《国际公法综合评论》, 1952年, p. 514。

²³⁸ 见《秘书长作为多边条约保存人的实践情况摘要》, ST/LEG/8, 纽约, 1997年, 出售品编号: E 94.V. 14(下称《实践摘要》), pp. 50—51, 第168—171段。

²³⁹ 《1951年国际法院的报告》, p. 15。

²⁴⁰ 1952年1月12日第598(V I)号决议, 第3(b)段。

²⁴¹ 见准则草案2.1.5第(23)款和第(24)款之评注。

采取这种做法。²⁴² 国际法委员会在制定保存人在这方面应适用的规则时所参照的也是这种做法。

(9) 也应当再次指出，这里所采用的措辞也趋向于对保存人的权力施加越来越多的限制：

- 在 1962 年第一读通过的草案，关于“保存人的职务”的第 29 条草案第 5 款规定：

“对于已经提具的保留，保存人应有责任：

(a) 审查该保留的提具是否符合该条约的规定和与保留的提具有关的本条款的规定，如有必要，应将此告知保留提具国；

(b) 按第 18 条和第 19 条的规定，将任何保留和接受或反对该保留的任何通知告知有关国家”²⁴³；

- 1966 年第二读通过的草案还进一步规定，保存人的职务包括：

“审查一项签署、一项文书或一项保留是否符合条约和本条款的规定，如有必要，应将此事提请有关国家注意”²⁴⁴

但是，关于这项规定的评论却谈到对保存人的审查权力的严格限制：

“第 1(d) 款承认保存人有一定责任要去审查一项签署、一项文书或一项保留是否符合条约和本条款的规定，如有必要，应将此事提请有关国家注意。但是，这就是保存人在这方面的责任的界限。职务里没有判定一项文书或保留是否有效的部分。如果文书或保留似有不正常的现象，保存人的适当做法是提请保留国注意此事项，如果后者不赞成保存人的做法，则将保留送交其他有关的国家并提请它们注意明显不正常的问题……”²⁴⁵

- 在维也纳会议期间，白俄罗斯苏维埃社会主义共和国提出一项修正案，²⁴⁶ 该修正案使有关规定更成问题；尽管没有明确提及保留肯定不

²⁴² 见《做法摘要》，S T /L E G /8，纽约，1997 年，出售品编号：E94. V. 15，pp. 60—61，第 177— 段。

²⁴³ 《1962 年……年鉴》，第二卷，p. 205。

²⁴⁴ 第 72 条草案第 1(d) 款，《1966 年……年鉴》第二卷，p. 293。

²⁴⁵ 同上，pp. 293—294，评注第 4 段。

²⁴⁶ 见联合国公约法令会议正式记录，维也纳，1968 年 3 月 26 日至 5 月 24 日和 1969 年 4 月 9 日至 5 月 22 日，会议文件，第一届和第二届会议，A/CONF. 39/11/Add. 2，出售品编号 E. 70. V. 5，第 657(四)(4)段，p. 202 和第 660(一)段，p. 203。

会使第 77 条²⁴⁷ 第 1(d) 款作出的规则无法适用于这些文书，但是，保存人的权力仍然限制在只是审查保留的形式，他的职务是：

“审查对该条约的签署及有关该条约的任何文书、通知或告知是否妥善，如有必要则将此事项提请有关国家注意。”²⁴⁸

(10) 这样，保存人作为“信箱”的原则得到体现。如 T. O. Elias 所写：“务必强调，保存人的职务中没有这样的部分，即在有关条约一缔约方对其他缔约方的保留的性质或特点的任何争端中承担解释或判断的任务，或者当某一条约受到有关条约的一个或多个缔约方的质疑时宣布其生效”。²⁴⁹

(11) 削减保存人关于保留的职权究竟好还是不好，大家意见纷纭。当然，如国际法院在其 1951 年意见中所强调的，“[保存人] 的任务将简化和限制在收取保留和反对并将它们通知有关方面”。²⁵⁰ “据说，其后果是将联合国系统无疑的主观性从保存人的肩上转移到个别有关国家身上，而且仅仅是在这一点。可以认为这是积极的创新，或者澄清现代条约法，特别是对于多边条约的保留，很可能减少或至少限制不可接受的保留的‘争议’因素”。²⁵¹

(12) 反之，我们从联合国秘书长遵循的并在 1969 年《维也纳公约》中体现而且的确是“加强了”的做法中可以看出，就保存人来说，“一个不必要的复杂系统”²⁵² 再也不可能使得对保留的解释和执行有最起码的连贯性和统一性。²⁵³

(13) 事实上，如上文对《维也纳公约》有关条款的各项规定的分析所反映的，这种对保存人的不信任无论是在思想上还是在实践上都是根深蒂固的，以

²⁴⁷ 1986 年公约第 78 条。

²⁴⁸ 1986 年案文(着重号是本报告所加的)。

²⁴⁹ 《现代条约法》，Leiden, Oceana Publication / Sijthoff, Dobbs Ferry, 1974 年, p. 213。

²⁵⁰ 《1951 年国际法院的报告》，p. 27；可以认为：“正是这句话奠定了大会和国际法委员会后来的各项行动的理论基础，因为这句话强调了（保存人的）职务的行政性质，任何政治（意思就是决定）作用都尽可能削减，Shabtai Rosenne, “The Depositary of International Treaties”，《美国国际法学报》，1967 年, p. 931。

²⁵¹ Shabtai Rosenne, 《条约法在 1945-1986 年间的发展情况》，剑桥大学出版社, 1987 年, pp. 435-436。

²⁵² Pierre-Henri Imbert, 同前, p. 534, 作者将此术语仅用于秘书长的做法，似乎认为《维也纳公约》简化了问题的内容。

²⁵³ 但是，保存人可以在“保留对话”方面起到不是无关紧要的作用，即在适当时调解不同的观点，又见 Henry Han, “联合国秘书长的条约保存职务：所涉法律问题”，《布鲁克林国际法学报》，1988 年, pp. 570-571；作者在这里谈到保存人可以发挥的作用的重要性，但文章出现于维也纳会议之前。

致没有人考虑过要协定 1969 年通过的并在 1986 年强化的规则。委员会认为，它别无选择，只好在《实践指南》中逐字转录这些规则，²⁵⁴并同 1986 年《维也纳公约》第 78 条第 1(d) 和 2 款的有关规定结合为一单一准则，将其只适用于保存人与保留有关的职务。

(14) 这条准则草案的第 1 款是基于第 78 条第 1(d) 款，它明确的完整地阐述了保留人对保存应采取的方法。第 2 款转录了同一条第 2 款的案文，但只限于讨论这一职能(不象第 78 条那样讨论保存人的一般性的职能)。

2.1.8 [2.1.7 之二] 显然 [不允许] 提具保留之情况下的程序

如果保存人认为显然 [不允许] 提具某项保留，则应提请提具保留者注意保存人认为的构成这种 [不能允许的状况]。

如果提具保留者坚持保留，保存人应将保留的案文告知各签署国和国际组织以及各缔约国和国际组织，并且酌情告知有关国际组织的主管机关，说明该项保留所引起的法律问题的性质。

评注

(1) 对准则草案 2.1.7 的讨论过程中，委员会的一些成员认为，完全适用显示“不允许”保留情况下建立的规则会产生某些困难。他们特别强调指出，没有理由象准则草案 2.1.7 第 1 款那样规定由保存人对保留的正式效力作详细审查，而同时不允许他在显示不允许提具保留的情况下作出反应。

(2) 但是，允许他在后一种情况下进行干预就使国际法出现逐渐发展变化，而必须承认，这种发展变化是脱离了《维也纳公约》关于保存人职能的规定的精神的。²⁵⁵ 因此，委员会在其第五十三届会议上认为就下列问题向大会第六委员会进行咨询是有益的，即保存人是否能够或应该“拒绝将明显不允许提具的保留，特别是被一项条约的规定所禁止的保留，告知有关国家和国际组织。”²⁵⁶

(3) 出席第六委员会各国代表团对此问题答复的细微差别促成了准则草案 2.1.8 的措词。一般来说，各国赞成将《实践指南》与 1969 年《维也纳公约》关于保存人作用的规定，特别是第 77 条的规定严格结合起来。一些代表团在发言中强调，保存人在履行其职能时必须公正，而且保持中立，因此应将其职能局限于将提具的保留告知缔约方。但第六委员会一位代表认为，当保留明显不允许时，保存人有责任拒绝将其告知，或至少要告诉保留提具者这种看法，而且在保留提具者坚持时，则要将这一问题告知其他缔约方以引起它们的注意。

²⁵⁴ 见准则草案 2.1.8。

²⁵⁵ 见准则草案 2.1.7 第(9)款和第(10)款评注。

²⁵⁶ 国际法委员会第五十三届会议工作报告，A/56/10，第 25 段。

(4) 委员会的大多数成员支持这种折衷的解决办法。他们认为，不能允许保存人进行任何形式的责难，但如责成保存人将明显不允许的保留的案文告知缔约或签署条约的国家和国际组织而不事先使它们注意他认为是影响保留的缺陷也是不恰当的。但是应说明的是，如果保留提具者坚持的话，则正常程序应当恢复，保留应当送交，同时指出有关法律问题的性质。事实上，这就等于将明显“不允许”保留情况下遵循的程序与引起形式问题的保留的情况下遵循的程序一致起来：根据准则草案 2.1.7，如果在此类问题上存在不同意见，保存人“就应将此问题(a)提请各签署国和签署组织以及缔约国和缔约组织的注意，或(b)在适当情况下提请有关国际组织主管机关的注意。”

(5) 根据委员会一些成员的意见，只有在保存人提出的“不允许保留”是基于 1969 和 1986《维也纳公约》第 19 条第(a)款和(b)款时(由条约所禁止的保留或只允许某些特定保留的条约未规定的保留)，这能够遵循这一程序。其他成员则认为，真正的问题在于保留是否与条约的目的相容(第 19(c)条)。委员会认为，将第 19 条中列出的各种“不允许”的情况加以区分是没有理由的。

(6) 同样，尽管有一些成员表示了相反的意见，委员会还是认为，将保留提具者和保存人交换意见的时间限定在严格时间范围内，如准则草案 2.1.7 所暗示，也并没有什么用处。该准则草案并未克减准则草案 2.1.6(二)，根据后者的规定，保存人必须“尽快”采取行动。而且，无论如何，应该是由提具保留的国家或国际组织说明其是否愿意与保存人讨论这一事项。如果提具保留的国家或国际组织不愿意，则应遵循原来程序将保留告知其他缔约方或签署方。

(7) 虽然到目前为止，委员会已经使用“不允许”这一措辞来说明《维也纳公约》第 19 条规定中包括的保留，但一些成员指出，这一措辞在这种情况下并不合适：在国际法中，对国际上的不法行为，其行为者要负有责任，²⁵⁷ 而如果提具保留违背了相关条约的规定或与其宗旨不容，则明显不属于这种情况。委员会决定将其搁置不做结论，直到对这些不一致而且相互矛盾观点的效果有了最终明确的态度：为此目的，“不允许”一词一直放在方括号内，委员会的目的是在适当时候作出决定。

2.4 解释性声明的程序

评注

由于维也纳各项公约未就解释性声明作出任何规定，而且关于这种声明的实践比较欠缺或具有相对不确定性，因此，不能孤立地考量这种声明。我们只能通

²⁵⁷ 参较关于国家对国际不法行为责任的草案条款第 1 条，2001 年 12 月 12 日大会第 56/83 号决议附件。

过与保留进行类比(或对比)的方法加以考虑,同时一定要注意区分有条件和无条件的解释性声明。²⁵⁸

2.4.1 提具解释性声明

就通过或认证一条约案文或表示一国或一国际组织同意接受一条约的约束而言,必须由代表一国或一国际组织的人士提具解释性声明。

评注

(1) 准则草案 2.4.1 转录并改变准则草案 2.1.3 关于提具保留的规定使之成为按准则草案 1.2²⁵⁹ 所定义的解释性声明。

(2) 然而,毋庸赘言,只有在有权代表国家签订条约的当局作出解释性声明时,这种声明才能产生这种效力。由于声明的目的是产生关于条约的效力,因此,看来宜将提具声明者限定为有权在国际一级代表国家签订条约的当局。

(3) 关于解释性声明的形式,这方面有一个完全不同的问题,即提具解释性声明是为了指明或澄清其对条约或其中某些条款赋予的含义或范围,但不表示接受这种解释的约束。除了准则草案 2.4.3 中说明的有条件的解释性声明外,声明方采取了一种立场²⁶⁰,但不试图用该立场约束其他缔约方。因此,这种声明不必象有条件的解释性声明(准则草案 2.4.3)和保留(准则草案 2.1.1)那样以书面形式提具。当然宜将这种声明通知其他当事方,但不知晓这种声明并不一定使其丧失所有法律后果。此外,口头提具这种声明的做法并非罕见,并未妨碍法官或国际仲裁员承认其具有某些效力。²⁶¹

(4) 没有必要拟订关于简单解释性声明形式的准则草案,因为形式问题无关宏旨。《实践指南》对此保持缄默就足以说明无此必要。

(5) 似乎没有理由将关于传递保留的规则转用于可以口头提出的简单解释性声明;因此,如果坚持要将这种声明正式传递给其他有关国家或国际组织,那就自相矛盾。如果提出声明者不这样传递其声明,该声明就可能不能产生所期望的效力,但这完全是另一个问题。因此无需转用关于保

²⁵⁸ 关于两者的区分,见准则草案 1.2 和 1.2.1 及其评注(《大会正式记录,第五十四届会议,补编第 10 号》(A/54/10),第四章,C.2 节,pp.223-249)。

²⁵⁹ 本条准则草案的案文和评注见大会正式记录,第五十四届会议,第 10 号补编(A/54/10)第四章第 C,2 节,pp.223-240。

²⁶⁰ 当这种立场包含“一个当事方对其文书义务的承认”时,这种立场可具有“相当的证明价值”(参见国际法院,“1950 年 7 月 11 日关于西南非洲国际地位的咨询意见”,载于《1950 年国际法院判例汇编》,pp.135-136;见《大会正式记录,第五十四届会议,补编第 10 号》(A/54/10)中关于准则草案 1.2.1 的评注,注 317, p.236。)

²⁶¹ 同上。

留告知的准则草案 2.1.5 至 2.1.8 之规定中的相应部分，而且也似乎并无必要将关于这一点的澄清纳入《实践指南》。

[2.4.2[2.4.1 之二] 在内部一级提具解释性声明

确定在内部一级提具解释性声明的主管机构和所应遵循的程序是每一国的国内法或每一国际组织的有关规则所处理的事项。

一国之国际组织不得援引某项解释性声明的提具违反了关于提具解释性声明之权限和程序的国内法规定或国际组织规则的事实，认定该项声明无效。]

评注

(1) 委员会认为，关于保留的评论也适用于在国内一级提具解释性声明。这方面的国家规则和实践极为多种多样。各国对委员会关于对条约的保留的问卷所作答复明确显示了这一点。在对问题 3.5 和 3.5.1²⁶² 作出答复的 22 个国家中：

- 七个国家答复说，仅行政部门有权提具声明；²⁶³
- 两个国家答复说，只有议会拥有这种权力；²⁶⁴
- 13 个国家答复说，由两个部门分享这种权力，²⁶⁵ 而其协作方式与关于保留的方式一样多种多样。一般而言，与保留相比，行政部门可能发挥更显著的作用。

(2) 因此，更有理由认为，确定何者有权提具解释性声明以及这方面须遵循的程序纯属国内法事项，而且一国或国际组织无权以违反国内法为由否定其所作声明可能产生的法律效力，尤其是因为一般而言各国看来更依赖于惯例而不是正式的书面规则。

(3) 因此宜将关于在内部一级提具保留的准则草案 2.4.2 之规定用于解释性声明而不论其是否是有条件还是无条件，在有条件解释性声明和其他种类的解释性声明之间无需进行区分。

²⁶² 问题 3.5：“在国内一级，由哪个或哪些当局决定作出这种解释性声明？”；问题 3.5.1：“议会是否参与这种声明的提具工作？”对这些问题作出答复的国家名单不同于对关于保留的类似问题作出答复的国家名单。

²⁶³ 智利、印度、以色列、意大利、日本、马来西亚和罗马教廷。

²⁶⁴ 爱沙尼亚和斯洛伐克。

²⁶⁵ 阿根廷、玻利维亚、克罗地亚、芬兰、法国、德国、墨西哥、巴拿马、斯洛伐克、斯洛文尼亚、西班牙、瑞典、瑞士和美利坚合众国。

[2.4.7 [2.4.2、2.4.9] 提具和告知有条件的解释性声明

必须以书面方式提具有条件的解释性声明。

有条件的解释性声明也必须以书面方式正式确认。

有条件的解释性声明必须以书面方式告知缔约国、缔约组织以及有权成为该条约缔约方的其他国家和国际组织

有条件的解释性声明如果涉及建立国际组织的现行条约或据以建立一有权接受保留之机构的条约，也必须告知该组织或机构。]

评注

(1) 就有条件的解释性声明而论，的确有几条道理使其偏离适用于保留的形式和程序的各种规则：即使从定义来看，提出声明的国家或国际组织只同意受特定解释的约束。²⁶⁶ 要求保留以书面形式提具并由有权代表国家或国际组织签订条约的人士确认的要求在这里同样是适用的：既然它们与提具者同意接受约束不可分割地联系在一起，合作者就必须被告知，而且他们可能会提出异议，因为声明的目的在于对条约关系产生影响。因此提出声明的程序则应与提具保留的程序保持一致。

(2) 因此，准则草案 2.1.1 和 2.1.2 应完全用于有条件的解释性声明的提出：

- 必须以书面形式提具；
- 如果解释性声明按照准则草案 2.4.5 规定的条件需要正式确认也需以书面形式做出。

这在准则草案 2.4.7 前两款中做出了规定。

(3) 但是，由于所有的解释性声明必须由主管当局提具才能使国家承担义务，²⁶⁷ 因此在提具有条件的声明时似乎无需特别重复。在内部一级提具声明也是如此。²⁶⁸

(4) 但应注意有条件的解释性声明在告知其他国家和国际组织方面的特殊情况。在这方面，将有关提具保留的规则改为提具这类声明的规则是非常有理由的：有争议的是正式声明，按定义，它们规定其提具者表示同意接受条约所约束的条件，而其他有关国家和国际组织必须有机会对之作出反应。因此，准则草案

²⁶⁶ 参较准则草案 1.2.1。

²⁶⁷ 见准则草案 2.4.1。

²⁶⁸ 见准则草案 2.4.2。

2.4.7 的最后两款则按照准则草案 2.1.5 的案文拟就，不过委员会并不认为有必要转录准则草案 2.1.6 至 2.1.8 中规定的细节，但其主要成分在细节上做必要修正后可用于有条件的解释性声明。

(5) 至于有关有条件解释性声明的所有准则草案，包括准则草案 2.4.7，是否应在考虑到对其适用的法律系统的情况下将其保留在《实践指南》中，委员会对此保留重新考虑以作出选择的权利。如果最后证明这一系统与保留的系统充分地相同，所有这些准则草案将被一个把声明和保留等同起来的单一规定所取代。在就此做出最后决定之前，委员会暂时通过准则草案 2.4.7，并将其置于方括号内。

第五章

外交保护

A. 引言

104. 国际法委员会于 1996 年第四十八届会议确定“外交保护”专题为适于编纂和逐渐发展的三个专题之一。²⁶⁹同一年，大会 1996 年 12 月 16 日第 51/160 号决议请委员会按照第六委员会辩论期间提出的评论和意见以及各国政府可能提出的书面评论，进一步审查这一专题并说明其范围和内容。委员会在 1997 年第四十九届会议期间按照大会上述决议在第 2477 次会议上设立了关于这个专题的工作组。²⁷⁰工作组在同届会议上提交一份报告，得到委员会核可。²⁷¹工作组打算：(a) 尽可能明确这一专题的范围；(b) 界定这一专题所应研究的问题。工作组拟议了审议这一专题的大纲，委员会建议以这一大纲作为特别报告员提交初步报告的基础。²⁷²

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

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

107. 1998 年委员会第五十届会议收到特别报告员的初步报告。²⁷³委员会在这届会议上设立了不限成员名额的工作组，根据讨论这一专题之研究方法的情况，审议可能得出的结论。²⁷⁴

108. 1999 年委员会第五十一届会议期间，在本努纳先生当选为前南斯拉夫问题国际法庭法官以后，任命克里斯托弗·约翰·杜加尔德先生为本专题的特别报告员。²⁷⁵

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

²⁶⁹ 《大会正式纪录，第五十一届会议，补编第 10 号》(A/51/10)，第 249 段和附件二，增编 1。

²⁷⁰ 同上，《第五十二届会议，补编第 10 号》(A/52/10)，第八章。

²⁷¹ 同上，第 171 段。

²⁷² 同上，第 189—190 段。

²⁷³ A/CN.4/484。

²⁷⁴ 工作组的结论载于《大会正式纪录，第五十三届会议，补编第 10 号》(A/53/10)，第 108 段。

²⁷⁵ 《大会正式纪录，第五十四届会议，补编第 10 号》(A/54/10)，第 19 段。

商小组，由特别报告员担任主席，研讨第 1、第 3 和第 6 条草案。²⁷⁶委员会随后在第 2635 次会议上决定将第 1 条、第 3 条和第 5 至第 8 条的草案连同非正式磋商小组的报告提交起草委员会。

110. 委员会 2001 年第五十三届会议收到特别报告员第一次报告的余下部分(A/CN.4/506 和 Add.1)和第二次报告(A/CN.4/514 和 Corr.1 和 2 (仅更正西班牙文本))。由于时间不够，委员会仅能审议第二次报告中有关草案第 10 和第 11 条的部分，把有关第 12 条和第 13 条草案的 A/CN.4/514 其余部分推迟到下一届会议审议。委员会决定把草案第 9 条提交 2001 年 7 月 12 日第 2688 次会议，把草案第 10 和第 11 条提交 2001 年 7 月 17 日第 2690 次会议。

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

B. 本届会议审议这个专题的情况

112. 委员会本届会议收到特别报告员关于第 12 条和第 13 条的第二次报告余下部分(A/CN.4/514 和 Corr.1 和 2(仅更正西班牙文本))和第三次报告(A/CN.4/523 和 Add.1)。委员会先后于 2002 年 4 月 30 日至 5 月 14 日举行的第 2712 至 2719 次会议和 6 月 4 日第 2729 次会议上审议了第二次报告余下部分，以及关于外交保护专题研究情况和关于第 14 条和第 15 条的第三次报告第一部分。委员会先后于 5 月 24 日第 2725 次会议和 5 月 30 日至 6 月 4 日举行的第 2727 至 2729 次会议上审议了关于第 16 条的第三次报告第二部分。

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

114. 委员会决定于 2002 年 5 月 14 日第 2719 次会议上把第 14 条(a)款、(b)款、(d)款(拟与(a)款一并审议)和(e)款提交起草委员会。委员会还于 2002 年 6 月 4 日第 2729 次会议上决定把第 14 条(c)款提交起草委员会，供与(a)款一并审议。

115. 委员会于 2002 年 6 月 5 至 7 日举行的第 2730 至 2732 次会议上审议了起草委员会关于第 1 至第 7[8]条草案的报告。委员会于第 2730 次会议上通过了第 1 至 3[5]条、第 2731 次会议上通过第 4[9]、5[7]和 7[8]条、并于第 2732 次会议上通过第 6 条。(见下文 C 节)

116. 委员会于 2002 年 8 月 12 至 13 日举行的第 2745 至 2746 次会议上通过了上述条款草案的评注。

²⁷⁶ 非正式磋商小组的报告载于《大会正式纪录，第五十五届会议，补编第 10 号》(A/55/10)，第 495 段。

1. 研究情况概述

(a) 特别报告员的介绍

117. 特别报告员介绍其第三次报告(A/CN.4/523)说：外交保护专题在编纂工作、公约、国家实践、判例和学说方面的典据很多。国际法中没有任何其他领域有这么丰富的典据。但是，在实践上往往互不一致、相互矛盾。特别报告员的任务是介绍所有典据和备选办法，使委员会能够作出知情的选择。

118. 关于本条款草案的范围，特别报告员再度指出，他不拟使探讨范围超出外交保护范围内的传统专题，即求偿当事人的国籍和用尽当地补救办法。但是，他说，在前一个五年期的辩论过程中，有人建议研讨外交保护领域内的若干其他事项，例如：国际组织对其官员的职能保护、船舶或航行器的国籍国为船员或机组人员，甚至为乘客(无论当事个人的国籍为何)求偿的权利、甲国根据乙国的授权而对乙国的国民行使外交保护的情况、以及某一国家或国际组织管理或控制一领土的情况。他在答复时，虽然注意到那些问题的重要性，却坚持认为，委员会不应该在目前这套条款草案中审议那些问题，若委员会想在本五年期终了时二读通过该条款草案，就更不应该审议那些问题了。他还告诫说，关于一国或一国际组织管理或控制一领土的情况等问题的辩论，可能超越外交保护传统领域的范围。

119. 他还说，委员会若不研究拒绝司法和卡尔沃条款，就很难完成关于外交保护的研究报告，因为两者在这个专题的判例中占有显著的地位。

120. 特别报告员还确认，他打算在下一份报告中审议企业公司的国籍。

(b) 辩论概况

121. 有人对特别报告员提交了报告表示祝贺，认为他对问题采取了开明的探讨方式，但也有人认为，特别报告员的着手方式似乎过于概括。因此，有人表示赞成审议特别报告员第三次报告中所列的另一些问题。

122. 有人认为，不应该在本条款草案中列入国际组织对其官员的职能保护问题，因为这个问题成了国籍原则的例外事项，而国籍原则却是外交保护问题的基本原则。国际法院在对“损害赔偿”的咨询意见中，²⁷⁷明确指出：该组织求偿的依据并不是受害者的国籍，而是受害者作为该组织人员的身份。同样，国际劳工组织行政法庭在其1964年9月11日的判决²⁷⁸中指出，劳工组织官员的特权和豁免只有在合乎该组织利益的情况下才会给予。

123. 但是，有人建议国际法委员会审议一国际组织的国籍国有权行使保护的因果关系。国际法院在“损害赔偿”咨询意见中提到了国籍国和联合国对联合国官

²⁷⁷ “对联合国勤务中受到的损害的赔偿”，《1949年国际法院报告书》，p. 174。

²⁷⁸ 载于对胡拉多的答复，第70号判决。

员个人受到的损害的竞争性求偿问题。有人建议密切研究职能保护和外交保护之间的关系，在本条款草案中稍微提到职能保护。也有人认为，应该象国际法院在其意见中那样，明确地指出：国家要行使外交保护权而国际组织要行使职能保护权的竞争，不能导致两项求偿或两项赔偿行为。因此，委员会可能审议是否需要限制求偿和赔偿。

124. 也有人指出，国际组织对其官员的职能保护问题是已有一些国民在国际组织任职的小国所关注的，因为如果只有国籍国才能够给予保护，就会导致待遇上的不平等。

125. 另外，有人问起：是否可以把这种保护定性为外交保护？如果委员会同意把对外交官员和领事官员的保护排除于本专题的范围以外，同样的推理规律便适用于国际组织的官员。同样，武装部队的成员通常受到负责领导这些部队的国家的保护，但是，这种保护不被视为“外交保护”。

126. 另一种意见认为，外交保护和职能保护的区分不一定适用于对武装部队成员行使的外交保护。这种保护是各该部队所属国家之合法利益的运用。虽然国籍联系是对国民、本国企业和机构的合法利益的主要表现，法律却确认合法利益的另一一些依据，例如武装部队的成员资格。

127. 为了支持将本条款草案的范围扩大到包括对船只的船员和乘客的外交保护的提议，有人引述了内燃机船“赛加”号案，²⁷⁹国际海洋法法庭认为，船只的国籍国有权就船员受到的损害求偿，而不论其个人的国籍为何；因此，国籍国并不拥有行使外交保护的专属权利。同时，有人针对内燃机船“赛加”号案告戒说，该案是依据《联合国海洋法公约》²⁸⁰第二九二条提起的，并不是一般性的外交保护案件。

128. 也有人说，国际法的演变表现在：它越来越强烈关注对人权的尊重。因此认为，如果船员或机组人员能够从船只或飞行器的国籍国得到保护，这只是给予更有力的保护，应该受到欢迎。

129. 另一些人坚持认为，特别报告员提议委员会把船只或飞行器的国籍国以船员或机组人员或乘客的名义求偿的权利排除在本条款草案的范围以外，这是正确的做法。据指出，问题不在于一国应该如何在海外保护其国民，而是如何避免来自不同国家的竞争性求偿。在该船只悬挂方便旗的情况下，若船员的国籍国政府不行使外交保护，注册国也不会这么做。持这种看法的人认为，无论如何，这些案例应该属于海洋法的范围。

²⁷⁹ 内燃机船“赛加”号(二号)(圣文森特和格林纳丁斯诉几内亚)案，国际海洋法法庭，1999年7月1日的判决。

²⁸⁰ 《联合国条约汇编》，第1833卷，p. 3。

130. 也有人认为，对船员的保护问题适用《联合国海洋法公约》，也适用早期拟订的国际协定。因此，必须密切研究其他国际文书。

131. 也有人说，与飞行器的国籍有关的问题所适用的法律原则已经载于国际法，其中包括许多文书，例如《1963年关于飞行器上违法行为和若干其他行为的东京公约》。²⁸¹在这个事例中，起决定性作用的因素是国籍国或注册国和某一船只或飞行器之间的特别关系。这种关系不涉及人员，不过，有关国际文书在若干情况下使一国有权行使特权，初看与外交保护类似，但这种保护具有另一种性质。因此，这种问题不属于外交保护专题的审议范围。

132. 特别报告员建议委员会不要审议甲国根据乙国的授权对乙国国民行使外交保护的情况，有人对此表示不同意。履行国家责任的手段是引起争议的问题。因此，原则上，一国没有理由不在上述情况下行使外交保护。另一些人说，如果将外交保护视为一国的裁量权，便可以在评注中阐明这样的论点：国家有权在国籍原则所规定的一些例外事项中授权其他国际法主体对其公民或与它有真正联系的人行使外交保护。但是，务必不要把外交保护的有关规则同对一些个人或其利益的其他类型的保护混淆起来。

133. 特别报告员认为，本条款草案不应当审议一国际组织控制一领土的情况，有人对此表示支持。据指出，它涉及一种极为具体的保护形式，至少它与职能保护的关系同与外交保护的关系一样密切；而且，按照国家责任条款的研讨方式，委员会应该不理睬与国际组织有关的一切问题。但是，有人表示支持这样的建议：本条款草案应该审议受托管理或控制某一领土的一国意图以该领土居民的名义行使外交保护的情况。

134. 另一种意见认为，在一国际组织管理一领土的情况下，该国际组织履行一国的所有职能，因此，应该对可能无国籍的人或国籍不明确的人行使外交保护。此外，国籍联系在过去具有一定程度的重要性，国家是国际舞台上的唯一行动者，在当今世界中国际组织与国家的协同作用日益增大，国际组织就变得不那么重要了。因此，有人认为，应该把这个问题列入本条款草案。但据指出，若以为联合国作为领土管理者的特别职能和临时职能可以同国家对领土的管理等量齐观，则是轻率的观点。

135. 另外有人坚持认为，外交保护问题的核心是国籍原则，即：一国和它的国民之间的联系。当一国针对一国际不法行为对其国民造成的损害行使外交保护而索取合法权益时，合法权益和国家之间的联系是国民的国籍。据认为，如果将提议的更多问题载入本条款草案，即使只列为例外情况，也难免影响外交保护规则的性质，而不适当地扩大了国家的干预权。

²⁸¹ 《联合国条约汇编》，第704卷，p. 218。

136. 也有人认为，如果委员会决定不审议上述的另一一些问题，至少应该在评注中予以提及。

137. 委员会又审议了将一些问题列入本条款草案范围的另一一些建议。它研讨了是否需要在本条款草案中提到“干净的手”理论的问题。有人认为，虽然该理论与对外交保护问题的讨论有关，却不可能在本条款草案中予以特殊处理。有人引述了委员会在国家责任专题对这个理论的处理方式，委员会决定：它不构成排除不法性的情况。²⁸²同样，有人认为，某人没有“干净的手”的事实不能成为拒不给予外交保护的理据。有人对“干净的手”概念的法律地位表示进一步的保留。据指出，这一概念极少被使用，主要是作为一种偏颇论点被提出，因此，委员会必须谨慎，不要“意外地”把它合法化了。

138. 另一方面，有人指出，在外交保护方面提到这个问题是合理的。作为行使外交保护对象的人是否有“干净的手”的问题不容忽视，无论从中得出任何结论，务必提出这个问题。另外，还有人指出，委员会应该不要对“干净的手”规则持赞成或反对的立场。

139. 委员会也审议了载列一项关于拒绝司法的条款的必要性。记得委员会以往不曾打算在本条款草案中明文提到它。²⁸³也有人坚持认为，拒绝司法概念是实体法的一部分，属于外侨待遇的议题，与外交保护没有直接关系。有时候，在外侨使用法院的情况下，会发生拒绝司法情事，从这个意义上说，与涉及使用当地补救办法的任何境况相去甚远。因此，接受这个议题是不合理的，并且将使委员会陷入重大的困难。

140. 但是，有人指出，就外侨和国民使用司法系统的机会的平等待遇而言，拒绝司法问题触及实质问题。国际私法和有关这个题目的现有公约广泛地处理了这个议题，美洲区域更是这样，规定外侨有权使用与国民同样的补救办法，另一些最近的法律案文重申了这项权利。就此而论，很难漠视拒绝司法问题，作为本项研究的一部分，拒绝司法可能是需要行使外交保护的境况之一。

141. 考虑到其他意见，提议在进行本项研究时适度顾及行使外交保护的影响。

142. 也有人表示赞成按照特别报告员的建议研讨对企业公司的外交保护问题。

143. 在用语方面，有人指出，“求偿当事人的国籍”会引起混淆，这是英美法中的一个概念，在若干其他法律体系中找不到类似用语。特别报告员在答复中承

²⁸² 载于《大会正式记录，第五十四届会议，补编第10号(A/54/10)，第五章，B节.48(a)，第411—415段。

²⁸³ 也参阅下文B.6节。

认，这个用语具有英美法的意涵，但指出，国际法院院长就“损害赔偿”案发表的意见中也以法语使用了这个术语。

(c) 特别报告员的总结

144. 特别报告员指出，总的来说，人们似乎支持他的做法，即：把条款草案的范围限定于与求偿当事人的国籍和用尽当地补救办法规则有关的问题，以便能够在委员会五年期内结束对这个专题的审议。

145. 关于他在第三次报告中所查明的与求偿当事人的国籍有关、但历来不属于该领域范围的问题，特别报告员指出，没有任何代表认为应该彻底研究国际组织对其官员的职能保护问题。但是，有几位发言者强调必须在评注中辨别外交保护和职能保护，特别提到国际法院院长在“损害赔偿”意见中对问题二(联合国行使职能保护如何与国籍国保护其国民的权利一致)的答复。他提议在对第1条的评注中阐述竞争性保护要求时处理这个事项，不过，他还没有决定是否单独载列关于这个事项的条文。

146. 特别报告员指出，看来对于是否将条款草案的范围扩大到包括船舶或飞行器的国籍国为其船员或机组人员和乘客求偿的权利，有分歧的意见。但他说，将进一步考虑这个事项。

147. 关于一国授权他国行使外交保护的情况，他认为，在实践中这种情况不常发生，法律文献中也极少论及。他也指出，关于持续国籍的条文涉及这个问题的一部分。

148. 特别报告员还指出，把管理、控制或占领一领土的一国行使外交保护的问题纳入本项研究的范围的提议虽然获得极少支持，却也有些人支持。他还说，有些委员提议审议由国际组织保护其控制下领土居民的问题，例如联合国在科索沃和东帝汶遇到的情况。他认为，虽然有些人支持这种想法，委员们多半认为，这个问题最好放在国际组织的责任范围内探讨。

149. 关于“干净的手”原则，特别报告员说，它可能涉及受害人的行为、索赔国或求偿国，因此不容易提具一项适用于所有情况的规则。他也认为，这个问题将在涉及卡尔沃条款的第三次报告增编²⁸⁴中和涉及巴塞隆那电车公司案的企业公司国籍时予以述及。²⁸⁵

²⁸⁴ A/CN.4/523/Add.1。

²⁸⁵ 巴塞隆那电车、电灯和电力有限公司案，第二阶段，《1970年国际法院报告书》，p.3。

2. 第 12 和第 113 条 ²⁸⁶

(a) 特别报告员的介绍

150. 特别报告员记得在 2001 年提交委员会第五十三届会议的第二次报告中探讨了第 12 条和第 13 条，但委员会由于时间不够，没有予以审议。他认为，这两个条文应该一并解读，因此，提议一并予以处理。但是，两者都涉及用尽当地补救办法规则是程序规则，还是实质规则的问题，这是在用尽当地补救办法方面最具有争议性的问题。

151. 据指出，委员会以前在国家责任专题范围内就这项事项采取了立场。他记得，委员会在 1977 年制订一个条文，并于 1996 年一读确认该条文为这个专题条款草案的一部分。²⁸⁷但是，他认为，这项规则本质上是一项程序规则，而不是实质性规则，因此必须重新审议这个事项。

152. 曾经采取三项立场是：实质立场、程序立场和他所谓的“混合”立场。主张采取实质立场的人，包括博查德和阿戈，坚持认为，在用尽当地补救办法以前，违法国的国际不法行为并未完成。在这里，用尽当地补救办法规则是实质性规则，这是国际责任赖以存在的基础。

153. 阿梅拉辛格等支持程序性立场的人的论点是：用尽当地补救办法规则是一个程序性条件，在提出国际求偿以前必须满足这个条件。

154. 福塞特辩称，混合立场区分了外侨在国内法范围内受到的损害和在国际法范围内受到的损害。如果损害是由不违反国际法、只违反国内法的行为造成的，例如由于违反特许合同造成的，则只有当被告国有拒绝司法行为时，例如司法部门在一外侨企图在一国内法庭行使其权利时对他存有偏见，才引起国际责任。在这种情况下，用尽当地补救办法规则显然是必须履行的实质性条件。反之，如果对外侨的损害违反了国际法或同时违反了

²⁸⁶ 第 12 和第 13 条款案文如下：

第 12 条

必须用尽当地补救办法的规则是一项程序性先决条件，国家在根据针对其国民所犯的违反当地法律和国际法的国际不法行为对该国民造成的损害提出国际要求前，必须予以遵守。

第 13 条

外国国民在一国国内诉讼法院提出法律程序以就一项违反该国国内法、但不等于国际不法行为的行为取得补救时，此一诉讼程序在其国内提出的国家，如对该国国民有拒绝司法的行为，即须负国际责任。除第 14 条的规定外，以该受损害外国国民名义提出的国际要求，在提出之前，该受损害外国国民必须用尽可能利用的任何其他当地补救办法。

(A/CN.4/514)

²⁸⁷ 第 22 条。载于《1977 年…年鉴》，第二卷(第二部分)，第 31 段；《1996 年…年鉴》，第二卷(第二部分)，第 65 段。

国际法与国内法，在发生损害时，即已引起国际责任，而用尽当地补救办法规则是提出国际求偿的程序性条件。

155. 特别报告员进一步指出，虽然有些人辩称，这三种立场纯粹是学术性的，引起国际责任的时刻问题实际上往往相当重要。首先，就求偿当事人的国籍而言，在犯下国际不法行为时，外侨必须是一国民。因此，务必确定犯下国际不法行为的时刻。其次，可能会有摩洛哥磷酸盐案中发生的管辖权问题，²⁸⁸问题在于：为了决定法院是否有管辖权的目的，发生国际责任的时刻为何？第三、如果用尽当地补救办法规则是实质性规则，一国就不可能予以放弃，因为在没有当地补救办法的情形下，就没有任何国际不法行为。

156. 特别报告员说，困难在于：关于应该依循什么途径的资料来源并不清楚。他还在其报告中总结了以往多次尝试进行的各种编纂工作。他说，虽然委员会在1977年在当时的国家责任条款草案第22条中倾向于持实质性的看法，到2000年，对人员和财产的外交保护委员会报告员在国际法协会中采取了一种纯粹程序性的立场。²⁸⁹

157. 特别报告员还说，司法裁决也是不明确的，可以作出不同的解释，既可能支持程序性立场，也可能支持实质性立场。例如，关于摩洛哥磷酸盐案，特别报告员阿戈坚持认为，常设法院不曾作出反对实质性立场的裁决。但是，目前特别报告员对裁决中一段关键文字的解释是：法院支持了法国的论点，认为，当地补救办法规则不过是程序性规则罢了。

158. 特别报告员也说，国家实践极少价值，因为它通常采取在国际议事录中介绍论点的形式，一国必定会支持最符合其本国利益的立场。因此，无法从国家提出的论点中得到任何明确的结论。

159. 此外，据指出，对这个问题的学术意见也有分歧。他确认，很少人注意他所支持的第三个立场。例如，对一外侨施加酷刑的国家在它犯下这一行为的时刻已经引起国际责任，但是，它可能也意识到该行为违反了本国的法律规章。如果本国的补救办法已经存在，必须予以用尽以后，才能提出国际求偿；在这种情况下，当地补救办法是程序性的。第12条和第13条草案意图实施这项结论，学术意见也对这一立场提供了一些支持。

160. 委员会也面临着偏离它在国家责任条款草案中所通过第22条原案文的决定。但是，在拟议该条文时，当时的国家责任问题特别报告员曾经假定：该文件定本将区分行为的义务和结果，这一区分没有二读中保留下来。因此，特别报告员认为，委员会可以通过他所提议的立场。

²⁸⁸ 《1938年国际常设法院报告书》，汇编A/B，第74号。

²⁸⁹ “用尽当地补救办法”，国际法协会临时报告，《第六十九次会议(2000)的报告》，p. 629。

(b) 辩论概况

161. 支持实质性立场的人认为，若必须用尽、却一直没有用尽当地补救办法，则不得行使外交保护。因此，不能就据称的违背义务行为提出求偿，并且不得采取反措施。在这一点上，一项据称违背义务以后没有补救办法的行为，若对有关的国家或个人来说没有在国际上产生任何后果，其实际意义并不明确。就此而论，由于先决条件适用于涉及这种情况的所有程序，所以必须把它视为实质性的。

162. 另一些人表示支持程序性立场，据指出，对于没有用尽当地补救办法而作出宣告性判决的情况来说，由于程序费用过于高昂等原因，用尽当地补救办法实际上并不总是办得到的。在没有用尽当地补救办法的情形下获得的宣告性判决可能给予切实的抵偿，导致实际变革。但是，如果将用尽当地补救办法规则规定为实质性的，便会排除这种可能性。

163. 有人表示支持特别报告员在其报告中所描述的福塞特的“第三种观点”。另一方面，有人表示，福塞特的研究报告对国内法中的补救办法和国际法中的补救办法作了区分，它所提到的各种可能性会引起理论上的争辩，不必要地使这个问题复杂化。

164. 委员会中占优势的观点认为，应该删除第 12 条和第 13 条，因为这两条没有对第 11 条增添任何内容。据确认，虽然采纳这个或那个理论以后，可能牵涉到一些问题，上述补救办法是实质性的或者程序性的问题多少在摩洛哥磷酸盐案等特殊情况下是避免不了的，它们并不是至关重要的，因此没有理由把它们列入有关条款草案中。同样，有人说，为了在全球探讨用尽当地补救办法问题，这种区分并不是很有用或者適切。这样做也不能达到许多的实际目的。的确，有人表示担心这种区分可能使得委员会的任务大大地复杂化，它将需要详细审议必须用尽的补救办法。也有人指出，第 12 条和第 13 条是使得第 10 和第 11 条中所载述的原则声明复杂化了，或者只是指出了拒绝司法一类的概念，完全没有加以阐述。

165. 此外，有人说，当纯粹从外交保护方面着眼时，这种区分似乎无关紧要。有一项假定是：已经犯下一国际不法行为；因此所要审议的问题只是当一个人受到损害时，应该基于哪些条件或许根据哪些程序，进行赔偿；因为在没有国际不法行为的情形下，外交保护不会发生。从那个观点着眼，这个问题是直截的；外交保护是可能借以履行国家的国际责任的一个程序；用尽当地补救办法是实施该程序的先决条件，它到底是一项实质或程序性规则没有什么差别。

166. 记得：最初是在审议国家责任专题期间为了确定发生不法行为的精确时刻才进行这种区分的。问题在于：是否一犯下国际不法行为就引起国家的责任，而与是否用尽当地补救办法无关。因此，据提议，为了前后一致，委员会依循了国家责任条款草案第 44 条“可否提出要求”中采取的着手方式。同样，据指出，人们针对第 12 条的起草情况问起：触犯当地法律本身是怎样构成一国际不法行

为的？这似乎同时抵触了国际不法行为引起的国家责任条款的精神和文字，特别是其中的第 3 条。

167. 此外，有些发言者质疑这样的断言：自动放弃不符合当地补救办法规则的实质性。各国可以针对实质问题或程序问题自动放弃提出求偿的先决条件。有些用尽当地补救办法规则并不是强制性的，但可以由各国议定。

168. 还有人说，当地补救办法规则的性质问题引起了难以解决的理论问题，而且在政治上产生影响，因为有人认为，程序理论轻视许多国家认为带根本重要性的一项规则的重要性。由于这些问题，委员会又没有达成协商一致意见，人们认为不宜赞同任何竞争性意见。

169. 也有人认为，委员会可以采取另一种办法，在政策、实践和历史情况的基础上，审议完全根据经验对当地补救办法规则进行研究的报告。例如，有人说，承担风险原则、外侨和东道国之间存在自愿联系、依常识适用当地补救办法可能比程序问题或实质问题更为有关。

170. 另一种看法认为，可以在第 10、11 和 14 条的评注中处理这个问题。

171. 另一些人坚持认为，第 12 条和第 13 条是有用的，但必须改用另一种形式提出。这种意见认为，当地补救办法规则作为一种程序事项，可能也会有实质的结果。因此，有人提议，应该规定例外情况，以便考虑到这种规则的适用不公平的情况，例如国籍改变或拒绝接受一国际法院的管辖。在这种情况下，必须规定该国有权要求行使外交保护的起始时间，它可能是该国国民受到伤害行为发生的时刻。如果采取这种措词方式，第 12 条和第 13 条就不会同第 10 条重复。

172. 也有人认为，只应该将第 12 条提交起草委员会，但应将第 13 条删除，因为它处理违反国内法的结果引起损害的情况，并不属于本条款草案的范围。

(c) 特别报告员的总结

173. 特别报告员确认，他并不强烈地倾向于在条款草案中保留对程序立场和实质立场的区分。他同意，这种区分并不是用于研究外交保护的大纲的论点。但是，在关于用尽当地补救办法的研究中不能完全忽视它，因为它在一读通过的国家责任条款草案(明确地体现在其中的第 22 条)，以及关于当地补救办法规则的所有法律著作中占有显著的地位。它在确定发生损害的时间(这是涉及求偿当事人的国籍的问题)方面也有实际的影响，因为在发生损害时，受到损害的外侨必须是求偿国的国民。

174. 有人认为，阐述用尽当地补偿办法规则的基本原理，以说明国际法作出这一规定的原因，应该比较有用，他在答复这一看法时，指出，他的第一次报告中载有绪言部分，说明当地补救办法规则的基本原理，但是，没有在具体的层面上得到委员会的欢迎。他将在第 10 条的评注中进一步补救这个疏失。

175. 他认为，第 12 条和第 13 条受到相当多的批评，还没有得到普遍的认可。认为这两条过于概念化、不确切、是以双重立场为其前提、过分受到程序和实质的区分的影响。他总结认为，对第 13 条的有些批评有坚实的理据。他举例阐述说，某项国际规则被违背以后，外交保护便开始起作用，反之，第 13 条主要处理还没有发生国际不法行为的情况。他也说，一些委员指出：第 13 条主要处理犯下国际不法行为之时刻的问题：因此，它不属于用尽当地补救办法规则的范畴。

176. 因此，他提议：不将第 12 条和第 13 条提交起草委员会，这个解决办法的好处是可以避免用尽当地补救办法规则是程序性还是实质性的问题，可以让委员们随意对这个事项持自己的立场。

3. 第 14 条

(a) 徒劳(第 14 条(a)项)²⁹⁰

(一) 特别报告员的介绍

177. 特别报告员在介绍第 14 条时说，他拟议了一项统括条款，用以处理用尽当地补救办法规则的例外情况。该条款采纳了在委员会和大会第六委员会中提出的如下建议：只有“一切现有的适当而有效的当地法律补救办法”才必须加以用尽。他同意这样的建议：在用尽当地补救办法的通则中规定当地补救办法必须是现有的和有效的，但必须以一项单独的条款专门处理当地补救办法无效或徒劳的情况。主要的理由是：如同他在拟议的第 15 条中所说的，被告国和原告国都应承担举证责任，前者必须证明当地补救办法的确存在，而后者则必须证明当地补救办法是徒劳的或无效的。

178. 他认为“无效”这一术语的含义过于模糊，应予舍弃。他根据司法判决和文献提出了据以确定“无效的”当地补救办法的三项检验标准。当地补救办法若“显属徒劳”、“没有合理的成功机会”或“没有提供获得有效补救办法的合理可能性”则是无效的。

²⁹⁰ 第 14 条案文如下：

第 14 条

在下列情况下，无需用尽当地补救办法：

(a) 当地补救办法：

- 显属徒劳(选择 1)
- 没有合理的成功机会(选择 2)
- 没有提供获得有效补救办法的合理可能性(选择 3)

.....

(A/CN. 4/523)

179. 据指出，第一项检验标准是“显属徒劳”，它要求当地补救办法的徒劳属性立即呈现。这受到一些论著作者和国际法院审理 ELSI 案的法官的批评，²⁹¹ 认为它过于严格。同样，第二项检验标准因要求原告人只须证明当地补救办法“没有合理的成功机会”，而被认为软弱无力。第三项检验标准是头两项的综合，要求证明当地补救办法“没有提供获得有效补救办法的合理可能性”，他认为这个办法应该是优选办法。

180. 他为了支持自己的立场，引述了当地补救办法被认为无效或徒劳的情况：当地法院对争端没有管辖权的情况（例如 Panevezys-Saldutiskis 铁路案²⁹²）；当地法院必须适用有争议的本国法规的情况，例如没收财产的法规；当地法院缺乏独立性已经是众所周知的事实（例如 Robert E. Brown 求偿案，²⁹³）；有一贯对外侨不利的既定先例；被告国没有适当的司法保护制度。

(二) 辩论概况

181. 发言者普遍表示赞成将 (a) 项提交起草委员会。尤其表示赞同第三项选择，据此，若有获得有效补救办法的合理可能性，才需要用尽某项补救办法。

182. 据指出，当地补救办法的徒劳是一个复杂的问题，因为它不仅涉及主观的判断，而且也涉及与举证责任的关系；它提出了一国籍国是否能够光凭当地补救办法因各种原因显属徒劳这一假设便向国际法院提出权利要求的问题。必须预防作出有利于原告国或东道国的极端解释的情况。就此而论，有人认为，第三项选择是优选办法，可据以起草适当的条款，因为它采取了适当的中间立场，提出了持平的看法。

183. 但是有人认为，判定无效的检验标准必须客观。例如当地补救办法被不当地和不合理地拖延或不可能提供有效补救，或当地法院完全屈从于行政部门，便属于有伤客观性的情况。

184. 但是，有人表示，无论采纳哪项选择，在拟议的术语中，无论是“徒劳”或“合理”，都留下了相当大的主观解释空间。合理性的检验标准是模糊的，并且涉及举证责任问题，从而与特别报告员拟议的第 15 条有关。但是，据指出，第 15 条未能对第 14 条中所采用的检验标准的明显任意性施加限制。此外，有人指出，“有效补救办法”和“不当拖延”是相对的概念，不可能有普遍的标准。就此而论，必须根据具体的背景和情况以及法律之前人人平等、不歧视和透明等另一些同样重要的原则来加以判断。也有人认为，为了认定某一个人用尽了当地

²⁹¹ Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)，1989 年《国际法院报告书》，p. 14。

²⁹² 1939 年《常设国际法院汇编 A/B 辑》，第 76 号，p. 4。

²⁹³ 《联合国国际仲裁裁决报告书》，第六卷，p. 120 (1923)。

补救办法，光是向国内主管法院提起了某一讼案是不够的；原告人还必须提出了有关的法律论点。

185. 有人提出若干起草上的建议，包括在(a)款的起首语中以单数提到“补救办法”，以避免概括地说明是否所有补救办法均可供使用；删除提到“合理”一语的冗余文字，因为这种说法意味着人们除非得到行为必须合理的具体训示，否则行为就会不合理；所有“适当和有效的”当地补救办法都必须提到；“合理的可能性”的措词必须加以细察，因为它们指原告国的主观评量。也有人指出，第14条(a)款似乎与(c)，(d)，(e)和(f)等款重叠，后几款处理可能无法提供有效补救的一些具体情况。

186. 也有人表示赞成采取第二项和第三项选择的综合办法。另一种意见认为，除非当地补救办法显属徒劳(即第一项选择)，否则就应该遵守用尽当地补救办法的规则。但是，有人说，显属徒劳的检验标准过于严格。

(三) 特别报告员的总结

187. 特别报告员记得：在2001年委员会届会和随后在该年举行的第六委员会会议上，都有人认为，有效性概念应该只当做例外事项处理。他希望，委员会对这一议题保持沉默是表示对该项立场的支持。

188. 他认为，委员会曾以一致意见赞成将第14条(a)款提交起草委员会；委员们大多赞成第三项选择，不过也有一些委员支持第二项和第三项的综合办法；极少人支持第一项选择。因此，他认为，应该将第14条(a)款提交起草委员会，同时也责成它审议第二项和第三项选择。

(b) 放弃要求和禁止反言(第14条(b)款)²⁹⁴

(一) 特别报告员的介绍

189. 特别报告员在介绍处理放弃要求和禁止反言的(b)款时指出，由于当地补救办法规则是为了被告国的利益拟定的，它可以选择放弃要求。放弃要求可采取明示或暗示的方式，也可以作为被告国行为的结果，在这种情况下，可以说，被告国不得反言宣称尚未用尽当地补救办法。他又指出，可以在解决现有争端的专

²⁹⁴ 第14条(b)款案文如下：

第14条

在下列情况下，无需用尽当地补救办法：

.....

(b) 被告国明示或默示放弃用尽当地补救办法的要求或基于禁止反言不得提出这项要求

.....

(A/CN.4/523)

案仲裁协议中载列明示放弃要求，以解决已经存在的争端；也可以在一般条约的情况下规定未来的争端应以仲裁方式解决。这种放弃要求的方式可以接受，并且普遍认为不可撤消。

190. 以暗示方式放弃要求会出现较大的困难，这一点可以从 ELSI 案中看出，国际法院在该案中“无法接受不以明确说明动机而暗示放弃习惯国际法上一项重要原则的作法”。²⁹⁵ 因此，务必有明确的字句表达这种意图，有些法学家一向提出反对暗示放弃的假设，虽然这项假设并不是无可辩驳的。但若放弃当地补救办法规则的意图是明文载于协议中或一如该案的情况，则必须暗示放弃要求。

191. 他认为，对于他在第三次报告中引述的四个事例来说会发生困难，在那种情况下，可能适用一些特别考虑因素，即：以一般仲裁协议处理未来争端的情况——在这种协议中，沉默并不意味着放弃要求；根据任择条款提交声明是否意味着放弃要求的问题——国家实践显示不会这样（根据对 Panevezys-Saldutiskis 铁路案的判决）；在发生争端以后缔结专案仲裁协议而该协议对当地补救办法规则保持沉默的情况——沉默可以解释为放弃要求，因为专案协议是在争端发生以后缔结的；以及一外侨与东道国缔结一合同的情况意味着放弃当地补救办法规则，被告国也就拒绝交付仲裁——如果国籍国在这种情形下接受求偿要求，暗示的放弃要求也可能扩大适用于国际诉讼，不过一些权威对此一论点有分歧。于是可以得出结论认为，放弃要求是不容易暗示的，但若有明确的迹象显示被告国有放弃要求的意图，则必须如此暗示。因此他建议暗示的放弃应保留在第 14 条 (b) 款中。

192. 在禁止反言的情况下，也适用同样的考虑因素。若被告国的行为显示它已经放弃要求用尽当地补救办法的权利，即不得改口要求在稍后阶段适用当地补救办法规则。国际法院的一个分庭在审理 ELSI 案时接受了在这种情况下禁止反言的可能性，一些人权案的判例也予以支持。

193. 此外，特别报告员指出，放弃当地补救办法规则在司法判决上引起一些困难，程序/实质上的区别便开始起作用。若用尽当地补救办法规则属于程序性质，便没有不能加以放弃的理由。它只是必须依循的程序，因此，被告国可以免除它。国际不法行为不受影响，争端可以由国际法庭判决。反之，若用尽当地补救办法是实质性的，就不能由被告国放弃要求，因为不法行为要等到在用尽当地补救办法方面发生拒绝司法情事以后、或者在确定了被告国没有任何适当或有效的补救办法以后才完成。诚然，有些实质论者认为，这个论点与实质立场一致。

(二) 辩论概况

194. 有人支持按照特别报告员拟议的形式将第 14 条 (b) 款提交起草委员会。

²⁹⁵ At p. 42, para. 50.

195. 据指出, 放弃要求在外交保护方面起到一些不同的作用。国家对国际不法行为的责任条款第 45 条(a) 款考虑到由受害国放弃要求, 而本条款草案第 14 条(b) 款则提到由被告国放弃要求。实际上, 被告国的放弃要求通常涉及用尽当地补救办法的义务, 但它也可能涉及可否受理求偿问题的其他方面, 例如原告人的国籍。因此, 有人提议, 拟订比较概括性的条款, 以便在外交保护方面作出由原告国或被告国放弃要求, 以及关于默许或禁止反言的规定。此外, 有人坚持认为, 要是委员会还是认为, 必须就放弃要求载列特定的、而不是概括性的规定, 最好将这项规定同关于当地补救办法有效性的规定或该个人与被告国之间需有切实联系的规定分开, 因为后者涉及该规则的范围和内容, 而放弃要求主要涉及在特定情况下行使外交保护。

196. 也有人认为, 放弃要求之所以不应该同原告国与被告国之间的协议混淆起来, 原因在于: 无需用尽当地补救办法, 这种协议具有同样的作用, 但属于特别法的情况, 在编纂一般国际法时不应予以顾及。

197. 有人认为, 可以密切研究暗示放弃要求和禁止反言问题进一步加以完善第 14 条(b) 款。就暗示放弃要求而言, 有人担心, 即使含义明确, 也可能引起混淆。据认为, 放弃要求是单方面行为, 不应该予以撤消, 也不应该轻易假定已放弃要求。据指出, 明确显示暗指放弃要求的情况极少。1957 年《关于和平解决争端的欧洲公约》²⁹⁶ 证实了上述论点, 该《公约》是关于解决一般争端的极少数条约之一, 它明文规定必须用尽当地补救办法。另外, 有人认为, 该条款表明: 被告国必须以明示方式明确放弃关于应该用尽当地补救办法的要求。

198. 反之, 有人认为, 暗示放弃要求的可能性不应该不加约束地予以拒绝。必须强调意图标准和意图的明确性, 同时考虑到一切有关因素。

199. 有人对提到禁止反言概念的做法是否可取, 表示怀疑。据指出, 这是一个普通法概念, 民法的实务人员对它有些怀疑, 禁止反言属于暗指放弃要求的更广泛概念范围内。有人还指出, 特别报告员就禁止反言所引述的事例毫无例外地, 都是一些情况, 在这些情况下, 有一项裁决或判决指出, 由于被告国对未能用尽当地补救办法一直保持沉默, 它不能在其后阶段援引这种情事。就此而论, 第 14 条(b) 款和(f) 款的内容是有一些重叠。

200. 另一些人虽然接受该款中所载述的原则, 却对其措词方式有所保留。据认为, 应该指出, 放弃要求的表达, 即使是采取暗示的方式, 也必须清晰而且明确。也有人认为提到“被告国”的措词似乎暗指诉讼, 提交起草委员会的条文或第 12 条和第 13 条都没有提到该措词, 因而表示严正质疑。有人认为, 优选办法是采用《国家对国际不法行为的责任条款》中的用语。

²⁹⁶ 《联合国条约汇编》, 第 320 卷, p. 243。

(三) 特别报告员的总结

201. 特别报告员认为，有人强烈支持以明示放弃要求作为用尽当地补救办法规则的例外，但许多发言者对暗示放弃要求感到困扰，因此认为应该以明晰和不含糊的方式放弃要求。但是，即使是这些委员会也没有否认起草委员会应该审议这个问题。因此，他认为应该将第 14 条(b)款提交起草委员会，同时建议它对暗示放弃要求持审慎态度，并且考虑将禁止反言视为暗示放弃要求的一个形式。

(c) 自愿联系和领土联系(第 14 条(c)款和(d)款)²⁹⁷

(一) 特别报告员的介绍

202. 特别报告员在介绍第 14 条(c)和(d)款时认为，这两款关系密切，委员会应将其一并审议。他指出，虽然有人支持这些规则，也有可能举出证据，表明一些排除当地补救办法的现行规则可能也包括了这两款。他也记得，当委员会在对国家责任条款第 22 条草案进行一读²⁹⁸期间审议这一事项时，已经决定无需载列这些规定。

203. 他在报告中提出了国际法委员会是否需要以一个或多个单独条款处理缺乏自愿联系或领土联系的问题。对这个议题的辩论基本上产生于*航空事故案*，²⁹⁹在该案中，受害方和保加利亚之间并没有任何自愿联系。他指出，在处理用尽当地补救办法规则的历来的一切案件中，在受害的个人与被告国之间都以身体的行踪、住所、财产所有权或与被告国之间的合同关系的形式存在着一些联系。此外，外交保护在近年来经历了重大的改变。在过去，外交保护所涉及的案情是一国民侨居国外，应该用尽当地补救办法以后，才能够国际层面上进行诉讼程序。但是，最近以来，发生了诸如切尔诺贝利事故的灾难引起的越境环境损害问题。

²⁹⁷ 第 14 条(c)和(d)款的内容如下：

第 14 条

在下列情况下，无需用尽当地补救办法：

.....

(c) 受害人与被告国之间没有自愿联系

(d) 国际求偿所依据的国际不法行为不是在被告国领土管辖范围内实施的

.....

(A/CN.4/523)

²⁹⁸ 见上文注 287。

²⁹⁹ 1959 年《国际法院报告书》，p. 146。

204. 特别报告员还指出，支持对当地补救办法规则采用自愿联系或领土联系作为例外情况的人强调，在传统的案件中，历来可能假设：外侨由于在被告国的管辖范围内，因而必须用尽当地补救办法。但是，对于是否需要拟订一项单独的规则，并没有明确的权威依据。特别报告员在指出关于这个问题的司法判决多半含糊其词时，提到若干此类判决，其中包括 Internandel 案³⁰⁰ Salem 案、³⁰¹ 挪威贷款案、³⁰² 和航空事故案。同样，凡是涉及越界损害的案件往往意味着无需用尽当地补救办法。例如，在特雷尔炼锌厂案³⁰³中，就没有坚持用尽当地补救办法。但是，该案的判决也可能被解释为那是被告国(加拿大)在处理原告国(美国)受到的直接损害，因此无需在那种情况下用尽当地补救办法。他认为，主张规定自愿联系/领土联系的人已经引证了一个有力的事例。

205. 还有人指出，主张规定自愿联系的人从来不曾将这种联系与住所等同起来。如果住所是必要条件，若受害外侨没有在被告国设置惯常居所，就无法为没收外国财产和进行合同交易而适用用尽当地补救办法规则。他还认为，若一国已经必须为意外落一架外国飞机负责，该国多半不会坚持首先必须用尽当地补救办法。同样的道理适用于越界环境损害的情况；例如加拿大放弃了这种要求的 Gut Dam 仲裁协议³⁰⁴和 1972 年《关于外空物体造成损害的国际责任公约》³⁰⁵都没有要求用尽当地补救办法。

206. 特别报告员认为，早先的编纂努力通常把重点放在一国在其境内对外国人的 人身或财产造成损害的责任以及一外国人到另一国设置居所并且进行商业活动的传统情况。在对关于国家责任的条款草案进行一读时，委员会避免在有自愿联系存在的情况下拟订当地补救办法规则的例外条款，因为由于国家实践或司法判决都不曾处理这样的例外条款，委员会认为，最好由现行规则予以处理，并且容许国家实践逐步开展。

207. 他认为，有很好的理由可据以认真考虑在第 14 条(c)款和(d)款中载列一些例外规则。在以下四种情况下，坚持外侨必须用尽当地补救办法似乎不切实际，并且是不公平的：由污染、幅射落尘或人造外空物体造成越界环境法损害、击落位于被告国领土以的飞机或意外闯入其领空的飞机、驻扎在甲国领土上的乙国士兵杀害甲国国民、被告国人员从一外国国民的所在国或一第三国越界诱拐该外国国民。

³⁰⁰ 1959 年《国际法院报告书》，p. 6。

³⁰¹ 《联合国国际仲裁裁决报告书》，第二卷，p. 1165(1932)。

³⁰² 1957 年《国际法院报告书》，p. 9。

³⁰³ 《联合国国际仲裁裁决报告书》，第三卷，p. 1905(1935)。

³⁰⁴ 转载于《国际法律资料》，第四卷，p. 468(1965)。

³⁰⁵ 《联合国条约汇编》，第 961 卷，p. 188。

208. 委员会应审查这些事例是否需要特别规则，以使它们脱离当地补救办法规则的范围，或它们是否已经适用现行规则。在许多这类情况下，被告国对原告国造成的损害是直接的。例如，对于越界环境损害、意外击落飞机和越界诱拐一国民的大多数情况来说，都属于这样的情况。就此而论，他要留待委员会决定它是否愿意遵循原先在讨论国家责任问题时所采取的方针，从而容许这个事项在国家实践中发展，或是否它认为有必要根据拟议法介入这一事项。

(二) 辩论概况

209. 有人表示支持一种看法，认为在个人与被告国之间缺乏自愿联系或当被告国的行为是在其境外发生的情况下，硬性要求该个人用尽当地补救办法可能不公平，因而有理由在逐渐发展的状况中针对用尽当地补救办法规则规定上述例外事项。又有人指出，基本原则看来是一个常识问题和公平的问题。

210. 但是，特别报告员报告中的试探性语调引起问题，有人坚持认为，尽管赞成或反对自愿联系的明确权威依据份量不大，如果委员会愿意的话，可以任由它着手从事国际法的逐渐发展。因此，据认为，委员会可以更加直接地研讨当地补救办法规则的基本政策问题。

211. 但是，有人警告说，第 14 条 (c) 款和 (d) 款的案文直截了当地指出缺乏自愿联系和被告国的行为不是在其领土管辖范围内发生的事实本身是完全不需要用尽当地补救办法的情况，这种提法是走得太远了。据认为，应该拟订一个单一的条款，考虑到在上述两种情况下，如果有理有据，即可不必用尽当地补救办法的例外情况。

212. 另一种看法认为，这个问题不是用尽当地补救办法规则的一个例外情况，而是涉及该规则本身存在的基本理由。

213. 另一些人认为，自愿联系概念问题在于：“联系”是一个物质概念，是十九世纪人们对人员行踪的看法。但是，在经济全球化的时代，个人日益能够从域外影响整个经济体。就此而论，当地补救办法规则也可以被视为对被告国起到保护作用，必须考虑到被告国的利益。

214. 据指出，用尽当地补救办法并不涉及风险的推定，而是在问题成为国际问题以前在政府之间加以解决的一种方式。因此，把重点放在该规则的若干方面，往往使得它被扭曲为个人风险的推定，会起到误导作用。固然应该作为合理性概念的一部分考虑到“自愿联系”概念或主要根据个人的活动和用尽当地补救办法的法律责任支持区分的另一些概念，却应该把它作为从属的、而不是主要的考虑因素、来研讨这一概念。例如，在某些情况下，可能从技术意义上讲有一种自愿的联系，但出于其他原因，要求用尽当地补救办法可能不合理。

215. 也有人警告不要混淆了外交保护与一般国际求偿。固然这个概念有助于解释为什么必须用尽当地补救办法，如果因此就认为，若有自愿联系就不应该援引外交保护，却是错误的结论。

216. 也有人对特别报告员报告中为支持自愿联系要求所引述的事例的适合性，表示怀疑。例如，据指出，在该报告第 79 段中提到的涉及击落外国飞机的情况下，一般说来，责任国坚持认为，该行为是一事故，拒绝接受对违法行为的责任，但为补偿受害人提供恩恤付款。也有人表示不同意 1972 年《外空物体造成损害的责任国际公约》的事例，因为它涉及一个特别的制度。

217. 虽然有人支持特别报告员所持关于在越界环境损害等困难情况下要求一受害外侨用尽国内补救办法是不合理的看法，但另一些人认为，越界损害概念有它自己的特性，无需符合外交保护的概念。

218. 对于切尔诺贝利事故的事例，有人举例指出，联合王国的原告们必须在乌克兰的法院用尽当地补救办法。有人认为，要求资金并不雄厚的人民团体在这种情况下用尽当地补救办法是难以忍受的。

219. 另一些人对将特雷尔炼锌厂案、切尔诺贝利案和其他越界损害以及环境污染案称为属于外交保护专题范围的适当性，表示怀疑。这些案件历来被当作对国家造成直接损害的事例处理。如果不这样处理，可能就把外交保护的范围扩得太大了。此外，切尔诺贝利事故是否构成国际不法行为并不明确。虽然它可能是国际责任问题，并不显然是国际责任问题。也有人坚持认为，将联合王国和其他国家相应采取的措施视为行使外交保护并不自然。

220. 另一方面，有人认为，切尔诺贝利事故的确产生了由于未能尊重预防的责任所引起的国际责任问题。也有人指出，该案中异乎寻常的只是受害人的数量；若干欧洲多边公约中都设想到发生核事故的危险，其根本目的是要处理遇到这种事故时的民事责任问题。

221. 此外，有人记得，委员会已在预防越界损害条款草案（第 15 条）中载列了关于平等使用权的规定。³⁰⁶大多数环境条约中所载列的这种规定都鼓励住在其他国家的受害个人利用污染起源国现有的补救办法。但是，第 14 条(c) 款的作用是要劝告人们不要这样做，除非他们与起源国之间的联系是自愿的。因此有人提出忠告说，当委员会在一般国际法领域做任何事情的时候，应该考虑到特定领域内发生的可能与它着手进行的事情不合拍的情况。

222. 委员会审议了与第 14 条(c) 款的起草有关的若干备选案文，包括不将自愿联系要求视为用尽当地补救办法规则的例外规定，而不把它列为一个单独的条款，或将它连同第 14 条(a) 款或第 10 条和第 11 条一并审议。有些委员会将自

³⁰⁶ 《大会正式记录，第五十六届会议，补编第 10 号》(A/56/10)，第 V. E. 1。

愿联系要求视为行使外交保护的必要条件，而不是例外情况。此外，还有一些委员会只把它视为一个考虑因素。

223. 关于第 14 条(d) 款，有些发言者承认对一并审查“自愿联系”概念和“领土联系”概念的做法，感到混淆。有人认为，第 14 条(d) 款没有任何价值，因为它似乎只是涉及第 14 条(c) 款之概念的一个次级概念。因此，有人提议将第 14 条(d) 款删除。

(三) 特别报告员的总结

224. 特别报告员说，从辩论中得出的结论并不明确。一般普遍同意，无论第 14 条(c) 款成了什么样子，第 14 条(d) 款都是它的一个组成部分，没有理由加以分开处理。许多委员认为，虽然第 14 条(c) 款体现了一个重要的原则，它首先是行使外交保护的先决条件，其次才是一个例外情况。另一些委员坚持认为，这些问题可以在第 14 条(a) 款的合理性范围内加以处理。若干委员辩称，越界损害的情况涉及没有违法行为存在情况下的责任，因此应该完全加以排除。他初步认为，无需载列第 14 条(c) 款和(d) 款，因为在大多数情况下，它们会被包括在关于直接损害的第 11 条和关于的第 14 条(a) 范围内。

225. 应委员会的要求，特别报告员随后分发了一份非正式讨论文件，总结指出他打算就第 14 条(c) 款采取的行动建议。他认为，自愿联系基本上是当地补救办法规则的存在理由，就此而论，它不适于编纂。他认为，如果委员会仍要编纂自愿联系，可以采取若干方式进行，例如将第 10 条的案文修改为：“一国不得在受害国民用尽所有当地法律补救办法之前为其与责任国有自愿联系的一国民(无论其为自然人或法人)受到的损害提出国际索赔。”另一个办法是，自愿联系可以按照第 14 条(c) 款草案中所拟议的方针，作为例外条款保留下来。如果有人反对使用“自愿联系”一语，可以将第 14 条(c) 款的案文改为：“(c) 用尽当地补救办法的任何要求会对受害外侨造成重大困难[/很不合理]”。另外一种意见认为，第 14 条(c) 款要不得，干脆删除算了，从有关越界损害的法律的发展情况看来，尤其是这样。

226. 他的优选办法是，不要对自愿联系给予明文规定，而是在第 10 条评注中提到它，作为用尽当地补救办法规则的传统理据；在第 11 条评注中提到它，讨论在无需用尽当地补救办法的情况下一国所受到的直接损害；并且在第 14 条(a) 款的评注中讨论当地补救办法是否为有效的补救提供合理的可能性。

227. 提到他在第三次报告第 83 段中讨论到的困难以及在那种情况下要求受害外侨用尽当地补救办法是不合理的情况，他指出，在第一种情况即：污染、幅射落尘或人造外空物体所造成的越界环境损害的情况下，如果损害是由不属于国际不法行为的某一行为所引起的，就不属于包括外交保护在内的国家责任问题，而是赔偿责任问题。如果损害是由一国际不法行为引起的，这种损害就是直接损害。

因此，他认为，没有必要以单独的条款把自愿联系列为适用当地补救办法规则的先决条件。在第二种情况即：在责任国领土以外击落一飞机或一飞机意外地进入其领空的情况，就发生直接损害了，国家实践显示：在大多数情况下，责任国不会坚持要求用尽当地补救办法。关于第三种情况，包括驻扎在甲国的乙国士兵杀害甲国国民的情况，在大多数情况下，会有国际条约规定对乙国提出求偿的可能性。但是，如果没有这样的协定，只要有得到有效补救的合理机会，就没有任何理由阻止该个人的继承人向乙国的法院要求补偿。这种情况已经包括在第 14 条 (a) 款中，因此没有必要为此单独载列一项规定。关于责任国的人员从一外国国民的本国或第三国加以越界诱拐，有两个可能的选择：如果明确侵犯了该外国人国籍国的领土主权，就会导致该国直接对责任国提出主张；受害方有可能在责任国的本国法院提起控诉，也就没有理由阻止使用那种补救办法。如果这种可能性不存在，则属于第 14 条 (a) 款所包含的情况。

228. 他认为，委员会不应该妨碍关于这一问题的国际法的发展，鉴于环境损害等领域的国家实践不断演变，更是这样。他建议委员会不要在条款草案中对自愿联系作出明文规定，只要在关于若干情况的评注中提到它、并且在国际法不禁止的活动所造成的损害性后果的国际责任专题中加以处理就行了。

(d) 不当拖延和拒绝司法(第 14 条 (e) 款和 (f) 款)³⁰⁷

(一) 特别报告员的介绍

229. 特别报告员认为，关于不当拖延的第 14 条 (e) 款在若干编纂工作、人权文书和诸如 El Oro Mining and Railway Co 案³⁰⁸ 和 Interhandel 案的司法判决中得到支持。虽然它可以包含在第 14 条 (a) 款规定的例外条款中，却应该作为单独的条款保留下来，以便告诫被告国不应不当地拖延对其法院提出的告诉。

230. 他还认为，关于阻止接触司法机构的第 14 条 (f) 款切合当代情况。被告国可能以不能保障外侨的安全为藉口或以不给签证的方式拒绝该外侨向其法院提出告诉，这种事例屡见不鲜。

³⁰⁷ 第 14 条 (e) 款和 (f) 款案文如下：

第 14 条

在下列情况下，无需用尽当地补救办法：

.....

(e) 不当拖延提供当地补救办法的责任在被告国一方；

(f) 被告国阻止受害人接触被告国内提供当地补救办法的有关机构。

(A/CN. 4/523)

³⁰⁸ 英国—墨西哥索赔委员会，《联合国国际仲裁裁决报告书》，第五卷，p. 191(1931)。

(二) 辩论概况

231. 有人对第 14(e) 款(不当拖延)和第 14 条(f)款(拒绝接触)表示满意。另一些人坚持认为,这两款并不构成特定的类别,因为就第 14 条(a)款而言,无论按照选项 1 或选项 3 拟订案文,其适当的含义都应该同时包括两个例外情况。因此,有人认为,这两款可以按照第 14 条(a)款的修订案文重新拟订。也有人提议,将第 14 条(e)款同第 14 条(a)款合并,或者至少加以移动,使它比较靠近该款。

232. 另一种意见认为,从第 14 条(a)的含义看来,第 14 条(e)款并不是多余的。第 14 条(a)款和(e)款所包含的情况从一定意义上说,是在时间上相连接:从第 14 条的角度看来,起初看来具有“合理可能性”的某一现有的当地补救办法,鉴于在适用过程中受到不当拖延,随后可能无需继续加以采用。也有人指出,案文应该提到的不是“不当地拖延提供当地补救办法”,而是法院在就已采用的补救办法作出决定方面的拖延。

233. 虽然议定,必须“毫不拖延地”获得判决,据认为,案文指明了滥用的情况。也有人指出,构成不当拖延的应该是必须在每一案件加以判决的事实内容。有人提议将这一条款重新拟订为“若国际不法行为责任国的法律无法在一段合理期间内提供使受害人获得赔偿的客观可能性,则无需用尽当地补救办法。”应该接着解释:“在一段合理期间内获得赔偿的客观可能性必须[参照通常的做法]或[遵照一般法律原则]加以评量”。

234. 另一方面,有人对第 14 条(e)款中规定的例外的正当性表示怀疑,因为不当拖延可能只是司法部门工作过于繁重的结果,在审理案件的法官和其他资源严重欠缺的国家往往会有出现这样的情况。另一些委员不同意这个观点,他们指出,一国不应该由于其本国司法部门容许案件不必要地拖延而从中获得好处。

235. 对于第 14 条(f)款,有人认为,若使用补救办法的机会受到阻挠,即可据此论断根本不存在补救办法。就此而论,拟议的措词方式并不符合法意。反之,特别报告员的提议提到一种不同的情况,即:一外侨无法从据称的责任国取得入境许可或该外侨若入境则其安全堪虞的情况。通常,原告无需亲自到责任国要求民事补救。据指出,在大多数法系中,完全有可能由律师或代表用尽当地补救办法。

236. 据提议,例外条款应该只适用于原告亲自出面是成功使用补救办法的情况。也有人认为,应该在某些地方,即便只是在评注中,提到以恫吓手段阻挠个人或律师提起诉讼所引起的问题。同样,也有人问起:为什么该款只适用于被告国拒绝个人使用当地补救办法的情况。另外,非国家人员也有可能对这种使用形成阻碍。

237. 另一些人表示怀疑,认为,该款可能被视为属于第 14 条(a)款的范围内。如果被告国有效地阻止受害的外侨向法院提起诉讼,则在实际上,不存在获得有

效补救的合理可能性。因此，有人提议，把它作为(a)款中所述及的有效性的概括检验标准列入评注中阐述。

(三) 特别报告员的总结

238. 特别报告员指出，对关于不当拖延的第14条(e)款有不同意见。虽然有些委员予以反对，另一些委员则建议把它列入第14条(a)中处理。委员们多半主张把它列为单独的一款处理。因此，他提议把该款提交起草委员会，同时考虑到应该澄清拖延是由法院造成的提法。

239. 对于第14条(f)款，特别报告员提到普通法和民法系统的区分。在普通法体系中，受害的个人可能必须亲自出庭出示证据，如果他或她不能从被告国取得入境许可，根本无法求偿。他认为，有些委员支持将第14条(f)款提交起草委员会。但是，委员们多半认为，最好在第14条(a)款下处理这个问题。因此，他建议不要将第14条(f)款提交起草委员会。

4. 第15条³⁰⁹

(a) 特别报告员的介绍

240. 特别报告员认为，国际诉讼的举证责任所涉问题是须证明什么，须由哪一方来证明。这是一个难于编纂的问题，首先由于大多数国内法体系中所载述的那种国际法中的详细规则付诸缺如，其次则由于具体情况逐案不同，而适用于所有情况的一般规则难于规定。但是，他认为，这个议题对于用尽当地补救办法规则是重要的，因此，应该把它列入本条款草案中。

241. 他还认为，作为一般原则，举证责任应由发表主张的一方承担。第15条第1款体现了这个原则。但是，他认为，光是一般原则还不够，因此，他提议了载于第2款中的两项附加原则，它们涉及关于是否有当地补救办法、当地补救办

³⁰⁹ 第15条的内容如下：

第15条

1. 按照提出论点方须证明其论点的原则，原告国和被告国在与用尽当地补救办法有关的事项方面分担举证责任。

2. 如无特殊情形，在不影响需证明论点的顺序的情况下：

(a) 被告国有责任证明用尽当地补救办法原则对所涉国际索赔适用，而且现有当地补救办法尚未用尽；

(b) 原告国有责任证明第14条所指的任何例外情况，或证明此项索赔事关对国家本身的直接损害。

(A/CN.4/523)

法是否有效的举证责任。他记得，以前关于编纂当地补救办法规则的尝试避免了就这些议题拟订条款。

242. 据认为，这个议题必须在相当一段期间内由人权条约监督机构予以审议，它们的判例支持了两项主张，即：被告国必须证明：还有求偿国尚未用尽的补救办法，如果有补救办法，求偿国必须证明办法无效或者适用当地补救办法的另一些例外情况。但是，他承认，这些判例严格地遵循了据以设立条约监督机构的文书，这些机构所阐述的原则是否直接与外交保护的一般原则有关，是可疑的。

243. 关于司法裁决和仲裁裁决，特别报告员提到，对他已经概述的原则的一些支持论据见于 Panevezys—Saldutiskis 铁路案、芬兰船舶仲裁案、³¹⁰ Ambatielos 求偿案、³¹¹ ELSI 案、航空事故案³¹²和挪威贷款案。可以从这些案件中得到两项结论：一. 举证责任在被告国一方，它必须证明有当地补救办法可资利用。二. 求偿国负有举证责任显示如果有补救办法，确实是无效的，或者适用另一些例外情况，例如，对求偿国造成直接的损害。

244. 同时，他承认，拟订一般原则有其困难，因为其结果涉及每一案件的案情。他记得挪威贷款案，涉及具体的事实格局，在这样的范围内，劳特帕赫特法官拟订了四项原则，在文献中得到相当的支持：原告国必须证明没有可供采取的有效补救办法；如果有法律规章明示剥夺私人求偿者使用补救办法的权利，则无需这种举证；在这种情形下，被告国必须证明：虽然明显缺乏任何补救办法，可以合理地假定有这样的办法存在；举证的程度不应过于严格。

245. 特别报告员确认，他认为，劳特帕赫特法官所引证的四项原则来源于挪威贷款案中的不寻常情况。就此而论，它们并不妨碍他自己的假说，即基本上有两项规则：基本上，有两项规则涉及有无当地补偿办法和有无效能，载于第 15 条第 2 款 (a) 和 (b) 项。

(b) 辩论概况

246. 虽然有人表示支持第 15 条，委员会中也有人强烈反对将关于举证责任的第 15 条列入条款草案。有人质疑是否应该把证据规则载入本专题的范围。此外，习惯证据规则如果的确存在的话，却是难于证明的。有人提到英美法系和大陆法系在涉及举证责任方面的不同。同样，有人说，证据规则也因国际诉讼程序的类型而大为不同。另外，有人指出，鉴于对举证责任的传统要求，任何司法或其他机构似乎不会由于附加规定极为复杂而感到为难。

247. 有人认为，被告国比法官或求偿国更便于证明有补救办法存在。同样，国籍国最便于提供个人的国籍证明。在这一点上，求偿国应负举证责任。因此，作为求偿国或被告国的立场似乎不比有无证据重要。

³¹⁰ 芬兰船舶仲裁案，《联合国国际仲裁裁决报告书》，第三卷，1479(1934)。

³¹¹ 《联合国国际仲裁裁决报告书》，第十二卷，120(1956)。

³¹² (初步反对意见)《1959 年国际法院报告书》，127。

248. 此外，有人质疑，在程序体系内由特定条约的规定演化出来的人权判例是否适用于界定一般国际法中举证责任的范围。而且，同一个条约机构在不同的程序阶段中可能使用不同的证据规则。有人引述了欧洲人权法院在这方面的事例。虽然特别报告员提议了简单、有吸引力的规则，实践中的情况肯定复杂得多。也有人说，可能不容易就第 15 条的议题达成协议。

249. 据认为，举证责任最好留给国际司法法庭在议事规则或仲裁协议中处理、以及在提交国内裁决法庭的情况下由该国法律处理。也有人提议在评注中讨论举证责任问题。

250. 对于第 1 款，有人认为，作为一般原则，提出主张的国家必须加以证明，因此对国家几乎没有起到指导作用。要紧的事项不是指控，而是当事方必须愿意证明看来有关的若干事实。另一方面，有人认为，第 1 款有用，应予列入。

251. 对于第 2 款，有人认为，被告国应该证明有补救办法，求偿国则应该证明补救办法缺乏效能，两者之间的区分是人为的。没有成功机会的补救办法是缺乏效能的，无需加以用尽。因此，被告国所关注的不光是证明有补救办法存在；它还必须证明自己会有合理的成功机会。引起争议的是，在受到损害时并没有恰切司法先例的情况下补救办法是否有效。另一种看法认为，这个问题只是起草问题，可交由起草委员会研究。

(c) 特别报告员的总结

252. 特别报告员说，有人认为第 15 条不会招怨，也有人认为它过于复杂，但多半反对将其载入条款草案。因此，他不建议将第 15 条提交起草委员会。

5. 第 16 条³¹³

(a) 特别报告员的介绍

253. 特别报告员介绍第 16 条说，卡尔沃条款是用尽当地补救办法这一规则的历史和发展，至今继续有其意义。他解释说，卡尔沃条款是一项契约行为，即一

³¹³ 第 16 条如下：

第 16 条

1. 如果外侨与经商地国订立契约，规定：
 - (a) 外侨将满足于当地补救办法；或
 - (b) 任何因契约而引起的争端将不以国际求偿方式解决；或
 - (c) 为契约目的，外侨将被视为立约国国民。

根据国际法，则应被解释为外侨有效地放弃权利，不就涉及契约的事项请求外交保护。但上述契约规定不应影响外侨国籍国的权利，在外侨受到可归咎于一立约国的国际不法行为侵害时，不在外侨所受侵害使外侨国籍国直接关切的问题时，为该人行使外交保护。

2. 第一款所述契约规定应被解释为不一定必须用尽当地补救办法才诉诸国际司法解释办法。

(A/CN.4/523/Add.1)

个人自愿地与他不是该国国民的国家发生关系时同意放弃寻求他的国籍国给予外交保护的权力，并约束自己仅仅要求在履行契约方面行使当地补救措施。

254. 从一开始，卡尔沃条款就有争议。拉丁美洲国家曾把它看作是一般国际法的规则，或看作是国际法的区域性规则，其中许多国家，特别是墨西哥，还曾把它列入宪法。另一方面，西方国家认为它违背国际法，理由是它触犯了瓦泰尔假想，根据瓦泰尔假想，对一个国民的伤害就是对该国家的伤害，而只有国家才能放弃外交保护的权力。

255. 这一课题中的代表性案例是 1926 年美国墨西哥赔偿委员会对 North American Dredging Company 案中所作的决定。³¹⁴ 该项判决表明卡尔沃条款一般地同国际法相容，尤其是与外交保护权相容，不过该项判决受到法学家严肃的批评。

256. 但是，关于它的目的和范围仍然存在争论，他提到从争论中出现的几种考虑，第一，卡尔沃条款效力有限，因为它并不构成对外交干预的彻底杜绝。它只是用于涉及外侨与东道国之间缔结的包含该条款的争议，而不适用于违背国际法的情况。第二，卡尔沃条款确认用尽当地补救措施规则的重要性。有些作者曾经主张说，该条款只不过是该规则的再次肯定而已，但是大多数作者认为它超出了这样一个再度确认。第三，国际法并不禁止外侨根据契约放弃请求国籍国代表它行使外交保护的权力。第四，一个外侨不能借助于卡尔沃条款放弃根据国际法属于他的政府的权利。第五，卡尔沃条款中的放弃只及于因契约发生的争议，或对契约的违背，这无论如何不能构成对国际法的违背；尤其不能扩大到拒绝司法。

257. 他接着评论说，卡尔沃条款之所以产生，是由于拉丁美洲国家害怕在外交保护的掩盖下干涉它们的国内事务。而西方国家则害怕他们的国民在一些国家中不能受到公平待遇，因为他们认为这些国家的司法标准不如人意。从那以后局面已经完全变化了。可是卡尔沃条款仍然是拉丁美洲在对待国际法方面的一个重要特色，而且这一学说影响了非洲和亚洲发展中国家的态度，因为它们也害怕强大的国家干涉它们的国内事务。

258. 此外，卡尔沃条款的学说已经反映在 1962 年 12 月 14 日关于对自然资源永久主权的大会第 1803 (XVII) 号决议中，又已出现在 1974 年 12 月 12 日大会第 3281 (XXIX) 号决议中所载的《各国经济权利和义务宪章》中，该宪章声称由于征收外国财产引起的关于赔偿的争端必须按照实行国有化的国家的国内法律加以解决。卡尔沃学说的影响还可在《安的斯公约》第 24 号决定中看到。另一方面，

³¹⁴ North American Dredging Company of Texas (美国) 诉墨西哥合众国，《联合国国际仲裁裁决报告书》，第四卷，26 (1926)。

《北美自由贸易协定》允许外国投资者无须首先用尽当地补救措施而诉诸国际仲裁，这被有些人看作是背离了卡尔沃条款的学说。

259. 有两种办法可供委员会选择：第一，可以就不就此问题草拟任何条款，理由是如果认为卡尔沃条款仅仅不过是重申了用尽当地补救规则的话，这样做是多余的；第二，也可以草拟一项条款，将卡尔沃条款的有效性局限于含有该条款的契约所产生的争议，而不排除侨民的国籍国在他或她由于肇因于签约国的国际不法行为而遭到伤害时行使外交保护的权力。第2段规定，这样一项条款构成一种推定主张在求助于国际司法裁定之前必须用尽当地补救措施。这里有一项妥协规定用尽当地补救措施这一规则可以排除。

(b) 辩论概况

260. 特别报告员透彻地回顾了卡尔沃条款学说的历史渊源并对卡尔沃条款在国际法方面引起的问题进行了处理，委员会为此对他表示了赞赏。关于是不是在条文草案中列入一项有关卡尔沃条款的条文，发表了各不相同的观点。

261. 有人表示一种意见，认为第16条经过少许的文字上的改进后，应该保留下来作为对第10条的补充。作为一项汇编成法律的规则，它将明确一个国家和一个侨民之间契约关系的限度，尤其要保障国籍国依照国际法享有的权利。一些委员还表示认为，提议的条款没有处理传统意义上的卡尔沃条款，只是处理了在具体情况下用尽当地补救办法的简单义务。有人主张，该规定强调用尽当地补救措施的规则是有益的。一种观点表示，用尽当地补救措施规则如果汇编成法律的话，那么缺少了对卡尔沃条款的承认就是不完整的。

262. 还有一种观点表示，卡尔沃条款的价值不仅仅是历史性的和象征性的，他在现代世界上仍然是一个重要的问题，其国际意义远远不止于根据国内法所定契约的规定。不仅如此，虽然诉诸卡尔沃条款的作法曾经主要地限于拉丁美洲，但它谋求解决的问题则不仅仅是一个区域性的问题，而具有全球的意义。既然如此，如果列入该条款，委员会就把一项区域性的习惯性规则汇编为法，它也就顺理成章地上升到普遍规则的高度。

263. 更有一种观点表示，卡尔沃条款并不违反国际法，因为它有两条重要的原则：各国主权平等，因而有义务互不干涉；对国民和侨民给予平等待遇。还有人指出，第16条的目的并不是要将卡尔沃条款本身汇编成法律，而是要对他在国际关系中的应用设定限制。它还明确，在这方面个人的权利和国家权利之间的关系，即一个外国人或公司有权寻求外交保护，一个国家有权行使外交保护。

264. 另一些人发言反对在关于外交保护的条文草案中列入这一规定，主张将其删除。一种观点表示，16条超出了委员会章程的范围，尤其是其中的第15条：他不是一条法律规则，因此不足以汇编成法律。此说法认为卡尔沃条款仅仅是起草契约的一种用语。

265. 有人指出，一个国家的国民不能代替该国家，因为所涉及的不是他个人的权利而是该国家的权利。一个侨民不可能放弃不属于他的权利。可见第 1 段中的放弃权利其法律效力是不明确的，因为该侨民的请求并不是行使外交保护的先决条件。不过侨民可以作的是首先保证仅依靠东道国的法律，其次是不寻求本国的外交保护。不可以做的是为了国籍国确保他有权看到国际法在他的国民个人身上得到尊重而保证不干预。可见问题并不在于卡尔沃条款根据国际法是否有效。根据国际法，该条款既不被禁止也不被认为合法。如果侨民请求国籍国外交保护，那么该侨民或国籍国所违背的是契约而不是国际法规定的义务。

266. 另外也有人指出，卡尔沃条款虽然具有重要的历史意义，但在实践中的运用日益减少。此外，比起一个世纪以前拟定卡尔沃条款的时候，国际背景已经不同。卡尔沃学说所反映的关切已经由二十世纪后半叶的事态发展给予了很大程度的解决，其中包括通过了特别报告员报告中提到的若干重要的国际文书，同样地，当今各国的行为已经受到国际人权法所施加的普遍标准发挥的影响，甚至由这些标准所规定。此外，由于各国政府给予私营企业的重视和承认，使得外国私人投资能够享有安全的法律环境。例如，各国在缔结投资协议时越来越普遍地作出规定，在发生争议时可以直接求助于国际仲裁。

267. 关于是否将第 2 段包括在内，进一步发表了不同意见。有人认为它与用尽当地补救规则相矛盾。卡尔沃条款的存在不一定会造成一种预设说要用尽当地补救措施。该预设的存在与任何契约条款没有关系。

268. 有人建议起草一个一般条款，既对国籍国也对东道国的放弃作出规定，委员会继续审议了此建议，但是这一建议遭到反对，理由是还没有在全体会议上进行充分讨论。

(c) 特别报告员的总结

269. 特别报告员指出，对于是不是列入第 16 条，委员会相当平均地分成两种意见。在他看来，认为卡尔沃条款不在委员会职权范围以内的人还是确信该条款在历史上和外交保护的发展上具有重要意义。因此，将反映卡尔沃条款的第 16 条列入是可以接受的。辩论双方的论据都使他印象深刻，他注意到各区域集团的代表在争论双方都能找到。

270. 他评论说，对第 16 条第 2 段的支持很是微弱，只不过有人说它的内容应该在第 14 条(b)的评注中给予考虑。

271. 可见委员会面临的问题是，要么把第 16 条第 1 段和辩论期间提出的重要修正一起转交给起草委员会，要么把它从草稿中略去。如果略去的话，这一问题就必须在评注，特别是对第 10 条和第 14 条(b)的评注中详加论述。

272. 特别报告员进一步指出，如果在全体大会进行充分审议之前就着手按建议草拟一项统括的放弃条款，那将是不适宜的。

273. 鉴于委员会内意见分歧的双方几乎势均力敌，他感觉到难以建议下一步如何做。但是经过权衡，他建议委员会将第 16 条第 1 段转交给起草委员会，但需考虑在辩论期间提出的关于草拟的建议。最后委员会决定不把第 16 条转交给起草委员会。

6. 拒绝司法

(a) 特别报告员的介绍

274. 特别报告员说，“拒绝司法”的概念同当地补救规则包括其无效性的许多特点具有不可分隔的关系，因此可以说它具有次要性质。他建议在对他的第三次报告作一补编中考虑拒绝司法在条文草案中的地位问题，他请委员会就此发表意见。

(b) 辩论概况

275. 有一种观点表示，“拒绝司法”的概念仅仅是一项比较一般的规则的表现之一，即当地补救办法如果失败或者注定要失败就应认为已经用尽。因为该概念已经包括在第 14 条 (a)、(e) 和 (f) 中，所以没有必要给它单列一条，这一点可以在评注中给以强调。还提醒说，处理拒绝司法这一问题可能十分困难，而且严格地说，它不属于外交保护的范围以内。

276. 另一些人主张，把拒绝司法问题弃之不顾是困难的，因为它可能是引起行使外交保护的情况之一，所以在本研究中包括一些对拒绝司法的考虑应该是适宜的。

(c) 特别报告员的总结

277. 特别报告员指出，辩论表明多数委员对于把拒绝司法列入研究的问题抱着反对或至少中立的态度。有些委员强调说它是一条首要规则，但是另一些委员指出拒绝司法的情形确实曾在一些程序性背景下发生过，因此是一种次要规则。

278. 他指出，拒绝司法这一概念的内容是不明确的。在二十世纪初叶，他曾导致拒绝出庭；拉丁美洲学者曾把司法不公和推迟司法包括在内，但另有一些人认为拒绝司法并不限于司法的作为或不作为，而是包括行政和立法部门对国际法的违反。当代的观点是，拒绝司法限于司法部门或司法程序的行为，其形式是程序不完备或判决不公正。但是，它在司法制度中地位日益下降，并已经在很大程度上由国际人权文书规定的司法标准所取代，特别是被《公民权利和政治权利国际公约》³¹⁵第 14 条所取代。

³¹⁵ 《联合国条约汇编》，第 999 卷，p. 171。

279. 鉴于委员会中占主导地位的观点是该概念不属于此研究的范围，他不再主张就此编写一个补编。

C. 委员会暂时通过的外交保护条款草案第 1 至第 7 条草案案文

1. 条款草案案文

280. 委员会第五十四届会议暂时通过的第 1 至第 7 条条款草案的案文载录如下：

外交保护

第一部分

一般规定

第 1 条

定义和范围

1. 外交保护系指一国针对本国国民因受他国国际不法行为损害而提出的诉因，行使自身的权利所采取的外交行动或其他和平解决手段。

2. 一国可根据第 7[8] 条对非本国国民行使外交保护。³¹⁶

第 2[3] 条³¹⁷

行使外交保护的权力

一国享有按照本条文的规定行使外交保护的权力。

第二部分

自然人

第 3[5] 条³¹⁸

国籍国

1. 有权行使外交保护的国家是国籍国。

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

³¹⁶ 如果本条款草案中载有其他例外情况，将重新审议本款。

³¹⁷ 方括号内的数字是特别报告员所拟议之条文的序号。

³¹⁸ 委员会在审议对法人的外交保护问题时将对第 3 条进行复审。

第 4[9]条

持续的国籍

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

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

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

第 5[7]条

多重国籍和针对第三国的求偿

1. 双重或多重国籍国民的任一国籍国，可针对非国籍国为该国民行使外交保护。

2. 两个或多个国籍国可为双重或多重国籍国民共同行使外交保护。

第 6 条

多重国籍和针对国籍国的求偿

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

第 7[8]条

无国籍人和难民

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

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

3. 第 2 款不适用于该难民的国籍国之国际不法行为造成损害的情况。

2. 条款草案案文及其评注

281. 委员会第五十四届会议通过的第 1 至第 7 条款草案案文载录如下：

外交保护

第一部分

一般原则

第 1 条

定义和范围

1. 外交保护系指一国针对本国国民因受他国国际不法行为损害而提出的诉因，行使自身权利所采取的外交行动或其他和平解决手段。

2. 一国可根据第 7[8] 条对非本国国民行使外交保护。³¹⁹

评注

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

(2) 国际法认定一国对其不法行为或不行为对一外侨造成的损害负有责任。外交保护是国籍国为保护受损害的人并使该人从受国际不法行为造成的损害得到赔偿所使用的程序。本条款草案只涉及可行使外交保护的情况和在行使外交保护以前必须符合的条件。本条款草案不拟界定或描述使外侨受到损害的国家应为之承担责任的国际不法行为。本条款草案，如同国家对其国际不法行为的责任条款草案，³²⁰ 维持对初级规则和次级规则的区别，而只处理次级规则。

(3) 第 1 款明白规定外交保护的权力属于国家。外交保护系指一国采纳本国国民因受他国国际不法行为损害而提出的诉因，行使自身的权利。这一措词方式沿用国际法院在 *Interhandel 公司案* 中的措词，法院指出：起诉国“采纳”其权利受到侵害的“国民的诉因”。³²¹ 国家行使外交保护的权益来源于一国民受到他国不法行为的损害。

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

(5) 外交保护必须以合法和和平的手段行使。若干司法裁决在描述国家为行使外交保护可以采取的行动时，对“外交行动”和“司法程序”作了区分。³²² 第 1 条保留了这一区分，但是更进一步，把司法程序列入“其他和平解决手段”的

³¹⁹ 如果本条款草案中载有其他例外情况，将重新审议本款。

³²⁰ 载于《大会正式记录，第五十六届会议，补编第 10 号》(A /56/10)，pp. 59-60。

³²¹ 《1956 年国际法院报告书》，p. 6 at p. 27。

³²² *Panevezys-Saldutiskis 铁路案*，《常设国际法院报告书》，A /B 辑，第 76 号，p. 16；1955 年诺特邦案，《常设国际法院报告书》，p. 24。

范围。“外交行动”的范围包括：国家为了相互通报自己的看法和关切事项而使用的所有合法程序，包括为了解决争端而要求进行调查和谈判。“其他和平解决手段”的范围包括合法解决争端的一切形式，从谈判、调停与和解到仲裁与司法解决争端。为《联合国宪章》第二条第四款所禁止的使用武力是行使外交保护权时不许使用的方法。

(6) 第 1 款明确规定本条款只处理一国对外交保护的行使，而不涉及国际组织给予其官员的保护，后者是国际法院关于受到损害求偿问题的咨询意见中所确认的。³²³ 职能保护³²⁴ 虽然与外交保护类似，但与外交保护极为不同之处在于：它是以该组织的职务和该人员的地位作为前提的。³²⁵

(7) 外交保护的经营范围包括对不以国家名义参加官方国际事务的国民的保护。外交官和领事受到《1961 年维也纳外交关系公约》³²⁶和《1963 年维也纳领事关系公约》³²⁷和其他国际法和国际文书规则的保护。

(8) 第 2 款确认一国可在一些情况下对非国民行使外交保护。第 7 条规定可为无国籍人和难民行使外交保护。第 2 款的脚注表明：委员会可在其工作的稍后阶段增添另一些例外事项。

第 2[3]条

行使外交保护的权力

一国享有按照本条文的规定行使外交保护的权力。

评注

(1) 第 2 条强调外交保护的权力属于或授予国家。该条承认了 Vattel 提出的观点，即对一国民的损害便是对一国的间接损害。³²⁸ 常设国际法院在 Mavrommatic Palestine Concession 案中比较审慎地提具这一看法，指出：

³²³ 《1949 年国际法院报告书》，p. 174。

³²⁴ 同上，p. 185。

³²⁵ 同上，pp. 180, 186。

³²⁶ 《联合国条约汇编》，第 500 卷，p. 95。

³²⁷ 《联合国条约汇编》，第 596 卷，p. 261。

³²⁸ 在 The Law Of Nations (1958) 中，Emmerich De Vattel 说：“无论谁虐待一名公民，均间接损害须保护该公民的国家”（第六章，p. 136）。

“事实上，一国为其某一国民出面，代表他诉诸外交行动或国际司法诉讼，就是在维护其本身的权利，即通过其国民本身确保国际法规则得到尊重的权利。”³²⁹

这个看法常常受到批评，被认为是一种虚拟的情况，不容易符合外交保护的
实际规定：要求行使外交保护的
个人必须具有持续的国籍、³³⁰ 受损害的国民必须用尽当地补救办法、损害的评估务必与个人受到的损失一致。但是，“Mavrommatis 原则”或“瓦特勒虚拟”，认定对一国民的损害即是对该国的损害，这一概念仍然是外交保护的奠基石。³³¹

(2) 一国有权对一国民行使外交保护。该国没有任何责任或义务这样做。一国国内法可能规定对一国民行使外交保护，³³² 但国际法并没有规定这种义务。国际法院在巴塞隆那电车案中明确地说明了它的立场：

“……在国际法规定的范围内，一国可采用其认为妥当的手段、在其认为妥当的程度上实行外交保护，因为国家维护的是本身的权利。如果它所代表的自然人或法人认为其权利没有得到充分保护，他们在国际法下是没有补救办法的。如有方法，他们也只能诉诸国际法，以期继续争取其利益或得到补救……。必须认识到，只有国家可以决定是否提供保护，在何种程度上提供保护，以及何时停止提供保护。在这方面，国家保留酌处权，这种权力的行使可取决于与特定案件无关的政治考虑或其他考虑。”³³³

委员会否决了规定国籍国应负有限保护责任的一项提议，认为它超越了法律的逐渐发展所能容许的范围。³³⁴

(3) 一国行使外交保护的
权利受到限制。这项权利只能够根据目前条款的规定行使。

³²⁹ 《1924 年常设国际法院汇编 A 辑》，第 2 号，p. 12。

³³⁰ 见第 4 条。

³³¹ 对这一概念的讨论和对这一概念的批评，参看特别报告员关于外交保护的第一次报告，A/CN.4/506, 第 61—74 段。

³³² 对有关这一议题的研讨，见同上，第 80—87 段。

³³³ 《1970 年常设国际法院报告书》，p. 44。

³³⁴ 见特别报告员关于外交保护的第一次报告 (A/CN.4/506) 第 4 条。委员会辩论情况见《大会正式记录，补编第 10 号》(A/55/10)，第 447—456 段。

第二部分

自然人

第 3[5]条³³⁵

国籍国

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

评注

(1) 第 2 条确认国家行使外交保护的裁量权利，第 3 条则表明受害人的国籍国有权、而不是有义务为该人行使外交保护的原则。这一条把重点放在国家和个人之间的国籍联系，它使得国家有权行使外交保护。第 1 款确认了这一点。

(2) 第 2 款为了外交保护的而对国籍国下了定义。这项定义的前提是以下两项原则：一、由国籍国根据本国法律决定谁有资格取得其国籍；二、国际法对国籍的授予规定了限制。第 2 款也列举了并不是毫无遗漏的、通常构成授予国籍之正当理由的一些关连因素。

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

“按照目前的国际法，国籍问题……原则上属保留范畴之内”。³³⁶

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

“应由每个国家按照本国法律自行决定谁是其国民。”³³⁷

最近，1997 年欧洲国籍公约认可了这个原则。³³⁸

(4) 第 2 款中所列给予国籍的关连因素是说明性的，而不是穷尽无遗的。但是，它们包括了各国在给予国籍时通常最常使用的关连因素：出生(出生地法)、血缘(血统制)和归化。与国民结婚没有列入，因为在大多数情况下，不能光凭婚姻本身给予国籍：它规定按照归化方式取得国籍以后还需要居住一段短暂期间。在与一国民结婚以后，一配偶自动取得另一配偶国籍的情况下，可能在这种取得

³³⁵ 委员会在审议对法人的外交保护问题时将对第 3 条进行复审。

³³⁶ 《常设国际法院报告书》汇编 B 辑，第 4 号，p. 24。

³³⁷ 《国际法条约汇编》，第 189 卷，p. 89。

³³⁸ 《欧洲条约汇编》，第 166 号，第 3 条。

国籍的方式是否符合国际法方面发生问题。³³⁹ 有些国家也按照委员会关于国家继承中的自然人国籍条款草案所载列的原则给予国籍。³⁴⁰

(5) 第 2 款中所列关连因素是发达国家为确定国籍最常使用的因素。没有明确出生记录的一些发展中国家很难证实国籍。在这种情况下，住所可为国籍提供证明，不过光是住所不能形成国籍的基础。但是，一国可通过归化方式给予这种入籍。

(6) 第 3 条第 2 款不要求一国按照诺特邦案³⁴¹ 中所认定的方式证明该国和某一国民之间的有效联系或真正联系，作为行使外交保护的另一个附加因素，即使该国民只持有一个国籍。委员会认为，有若干因素促使诺特邦案限定在案情范围内，尤其是：诺特邦先生与列支敦士登(起诉国)之间的联结“极为薄弱”³⁴²，诺特邦先生和危地马拉(被告国)之间超过三十四年的联结则极为密切，因此，国际法院屡次申明列支敦士登“无权针对危地马拉对诺特邦实行保护”。³⁴³ 这意味着法院不拟阐明一项适用于所有国家的一般性规则，³⁴⁴而只拟阐明一项有关规则，凡是持列支敦士登立场的某一国都必须根据这项规则表明该国和诺特邦先生之间的联结，以便容许该国针对与诺特邦先生有极密切联结的危地马拉为他提出权利主张。而且，委员会考虑到这样的事实：如果严格适用诺特邦先生提议的真正联系规定，有成百上千万人将因之而无法得到外交保护的利益，因为在经济全球化和移民的今日世界中，有成百上千万人离开其国籍国，而到另一个国家生活，有的从来不曾取得其国籍，有的通过出生或血缘从与他们的联结最薄弱的国家取得国籍。³⁴⁵

(7) 第 2 款最后一个片语强调：必须以不违反国际法的方式获得国籍。虽然一国有权决定谁是国民，这一权利并不是绝对的。1930 年《关于国籍法冲突的若

³³⁹ 《消除对妇女一切形式歧视公约》第 9 条第 1 款，《联合国条约汇编》，第 1249 卷，p. 13，禁止在这种情况下取得国籍。见以下第 7 款。

³⁴⁰ 见《大会正式记录，第五十四届会议，补编第 10 号》(A/54/10)，第 47 段。

³⁴¹ 在该案中，国际法院指出：“根据各国实践、仲裁裁决和司法裁决以及各个作者的意见，国籍是一种法律上的联结，其依据是一种社会属性，一种存在、权益和情感的真正联系，再加上相互的权利和义务的存在。它可以说构成司法上对以下事实的表达：直接通过法律或当局的行为而获得国籍的个人，事实上与给予国籍人口的联系远远超过与任何其他国家人口的联系。国籍由一个国家给予，它只授权该国针对另一国实行保护，如果这在司法上使该个人的联系成为其国民。”（《1955 年国际法院报告书》，p. 23）。

³⁴² 同上，p. 25。

³⁴³ 同上，p. 26。

³⁴⁴ 意大利—美国调解委员会在弗勒根海默案(1958)中对诺特邦案作了这样的解释。25《国际法律材料》，p. 148。

³⁴⁵ 主张限制诺特邦案范围的更为详尽的论点，参看特别报告员关于外交保护的第一次报告，第 A/CN.4/506 号文件，第 106-120 段。

干问题海牙公约》第 1 条证实了这一点，该条在表示“应由每个国家按照本国法律自行决定谁是其国民”的同时，还载列了一项但书：“这项法律应得到其他国家的承认，但须符合有关国籍的国际公约、国际习惯和普遍公认的法律原则。”³⁴⁶

目前，公约，尤其是人权领域的公约，规定各国在给予国籍时应遵守国际标准。³⁴⁷ 例如，《消除对妇女一切形式歧视公约》第 9 条第 1 款规定：

“缔约各国应给予妇女与男子有取得、改变或保留国籍的同等权利。缔约各国应特别保证，与外国人结婚或于婚姻存续期间丈夫改变国籍均不当然改变妻子的国籍，使她成为无国籍人，或把丈夫的国籍强加于她。”³⁴⁸

(8) 因此，第 2 款确认，一国作为以受害外侨名义求偿的对象，可由于该人以违反国际法的方式取得国籍而予以质疑。第 2 款规定，国籍应以“不违反国际法”的方式取得。双重否定的措词方式强调了这样的事实：关于国籍是以违反国际法的方式获得的举证责任应由对受害人的国籍提出质疑的国家承担。举证责任应由对受害人国籍提出质疑的国家承担来源于这样的认识：国籍给予国对于是否给予国籍的决定必须有“鉴别的余地”³⁴⁹并且预先认可一国给予国籍的效力。³⁵⁰

第 4[9]条

持续的国籍

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

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

³⁴⁶ 另参见 1997 年《欧洲国籍公约》第 3 条第 2 款。

³⁴⁷ 美洲人权法院在其对哥斯达黎加政治宪法归化条款拟议修正事项的咨询意见中强调了这一点，认为，必须兼顾“国籍的给予属于一国的本国管辖范围”原则和“国际法对该国权力施加与国际保护人权制度所规定的要求相互联系的若干限制的另一原则”（79 《国际法报告书》，p. 296）。

³⁴⁸ 也参看《美洲人权公约》第 20 条，《联合国条约汇编》，第 1144 卷，p. 123 和《消除一切形式种族歧视国际公约》第 5 条(d)款(四)项，《联合国条约汇编》，第 660 卷，p. 195。

³⁴⁹ 参看美洲人权法院对哥斯达黎加政治宪章归化条款拟议修正事项的咨询意见，79 《国际法报告书》，pp. 302-3。

³⁵⁰ R. Y. Jennings 与 A. Watts(合编)，《奥本海国际法论》第九版(1992)，p. 856。

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

评注

(1) 虽然持续国籍规则已经确立，³⁵¹ 历来受到相当多的批评，³⁵² 因为如果原告人由于与要求外交保护无关的原因而改变其国籍，这一规则便会窒碍难行。批评者认为应该放弃这一规则的意见遇到反对，反对者担心有人钻空子，为了获得外交保护而“购买国籍”。³⁵³ 委员会认为，持续国籍规则应该保留，但也应该规定例外情况，以便考虑到如若不这样就会引起不公平结果的案件。

(2) 第 1 款表述传统的原则指出：一国有权对在受到损害之时为其国民、并在正式提出求偿之是为其国民的人，行使外交保护。国家实践和学说对该国民是否必须在这两个日期之间保持求偿国的国籍并不明确，主要是因为实际上这个问题很少发生。³⁵⁴ 在这种情况下，委员会决定暂不处理是否必须在受害日和求偿日之间持续保有国籍的问题。³⁵⁵

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

(4) 第 1 款中所载的第二项时间上的规定是正式提出求偿的日期。对原告人持续国籍终止日期的规定有不同的司法意见。³⁵⁶ 这种不确定性基本上来源于这样的事实：据以设立混合索赔委员会的公约使用了不同的用语来界定求偿日期。³⁵⁷

“提出求偿”一语是在条约、司法裁决和学说中最常使用的术语。委员会在这一措词中增添了“正式”一语以表明：提出求偿的日期是行使外交保护的国家第一

³⁵¹ 参看美国—南斯拉夫索赔委员会对 Kren 求偿案所作的决定，20《国际法报告书》，p. 234。

³⁵² 参看法官杰拉尔德·菲茨莫里斯勋爵在巴塞隆那电车公司案中的评论（《1970 年国际法院报告书》，pp. 101-102）。参看 E. Wyler, 国际诉讼中涉及国籍的持续的规则(1990)。

³⁵³ 参看首席裁决人帕克法官在第 v (1925)19 号行政裁决中发表的意见，载于《美国国际法学报》，pp. 612-614：“任何其他规则会敞开滥用之门，结果会使得一个强大的国家成为一个求偿代理，受到损害的原告人将其权利主张转让给该国国民，或依法取得该国国籍，以使其权利主张获得支持。”

³⁵⁴ H. Briggs, “国际法中对个人的保护：索赔原告人的国籍”，(1965 I), 《国际法学会年鉴》，pp. 72-73。

³⁵⁵ 国际法学会 1965 年在华沙举行的第二届会议中采取了同样的着手方式：《国际法学会年鉴》，第 51 卷，pp. 260-262。

³⁵⁶ 一种观点认为，“求偿的国籍”概念造成了混乱，因为这是一个普通法系中的概念，对其他法律系统来说是生疏的概念。

³⁵⁷ 参看首席裁决人帕克法官在第 V(1925)19 号行政裁决中发表的意见，载于《美国国际法学报》，pp. 616-617。

次正式提出要求的日期，而不是就这一议题进行非正式的外交接洽和查询的日期。

(5) 第 1 款中“求偿”一语包括通过外交渠道提出的要求，也包括向一司法机构提出的要求。这一要求可具体说明责任国应该为停止持续中的不法行为而采取的行动，以及应该采取的赔偿形式。2001 年国家对其国际不法行为的责任条款草案第 43 条及其评注比较详尽地处理了这一事项。³⁵⁸

(6) 虽然委员会决定必须保留持续国籍规则，却议定：必须规定这一规则的例外事项。因此，第 2 款规定：一国在正式提出求偿之日为其国民、但在受到损害之时不是其国民的人，可行使外交保护，但必须符合三个条件：一、该人已丧失原国籍；二、该人基于与提出诉求无关的原因已获得另一国的国籍；三、新国籍是以不违反国际法的方式取得。

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

(8) 如上所述³⁵⁹ 有人可能故意改变其国籍，以便获得一个比较愿意而且能够对他行使外交保护的国籍国，持续国籍规则便是为了防止这种情况。第 2 款中所载述的第二个条件处理了唯恐出现的这种情况，为此规定：作为行使外交保护对象的人，取得其新国籍的原因必须与要求外交保护无关。这个条件是为了将持续国籍的例外情况限定于“艰难”情况，例如该人取得新国籍产婚姻、收养或国家继承等因素必须引起的结果的情况。

(9) 为了使持续国籍规则不适用所必须符合的第三个条件是：新国籍是以不违反国际法的方式取得的。这一条件的含义必须结合第 3 条第 2 款加以理解。

(10) 第 3 款还为防止滥用不适用持续国籍规则而附加一项保障措施。一人损害时为其原国籍国而不是现国籍国的国民，则现国籍国不得针对原国籍国就该人所受到的损害行使外交保护。

第 5[7]条

多重国籍和针对第三国的求偿

1. 双重或多重国籍国民的任一国籍国，可针对非国籍国为该国民行使外交保护。

³⁵⁸ 《大会正式记录，第五十六届会议，补编第 10 号》(A/56/10)，p. 301。

³⁵⁹ 参看上文第 1 款。

2. 两个或多个国籍国可为双重或多重国籍国民共同行使外交保护。

评注

(1) 虽然有些本国法律制度禁止其国民取得双重或多重国籍，双重或多重国籍是国际生活中的事实，必须予以承认。一个人可能获得一个以上的国籍，这是出生地及血缘原则平行运作或通过归化取得国籍而没有放弃先前国籍的结果。国际法不禁止双重或多重国籍：事实上，这种国籍获得 1930 年《关于涉及国籍法冲突的若干问题的海牙公约》第 3 条的认可，该条规定：

“……具有双重或多重国籍的人可被其每一国籍国视为其国民。”

因此，必须处理一国国籍国为其有双重或多重国籍的国民行使外交保护的问题。第 5 条只适用于受害人国籍国针对不是其国籍国的国家行使外交保护的情况。一国国籍国对另一国籍国行使外交保护的规定载于第 6 条。

(2) 第 1 款甚至容许一国国籍国对一个或一个以上国籍的国民行使外交保护。同第 3 条一样，该款不要求该国民与行使外交保护的国家之间有真正或有效的联系。

(3) 虽然有些仲裁裁决³⁶⁰和已编纂的条款³⁶¹也认为，双重或多重国籍者的任一国籍国和该国民之间需有真正或有效的联系才能够对受害人非为其国民的国家行使外交保护，但有权威的根据却反对这样的规定。在 *Salem* 案中，仲裁法庭裁定，埃及不能援引受损害的个人持有有效的波斯国籍这一事实作为反对另一国籍国美国求偿的理由。法庭裁定：

“国际法的规则[是]：双重国籍者的国籍国之一如因案件涉及该双重国籍者的利益而提出赔偿要求，第三国无权援引该人的另一国籍作为提出异议的理由。”³⁶²

这项规则历来在其他案件³⁶³中得到遵守，最近也得到伊朗-美国索赔法庭的支持。³⁶⁴委员会关于在这种情况下不要求真正或有效联系的裁决是合理的。与双

³⁶⁰ 参看南斯拉夫-匈牙利混合仲裁法庭对 *de Born* 案的裁决，1925-26 年《国际公法案件年度文摘和报告书》，第 205 号案件。

³⁶¹ 参看 1930 年《关于涉及国籍法冲突的若干问题的海牙公约》第 5 条，179《国际法汇编》，p. 89；国际法学会 1965 年在华沙举行的届会所通过的决议（“Le Caractère national d'une réclamation internationale présentée par un Etat en raison d'un dommage subi par un individu”）：1957-1991 年(1992) p. 56（第 4 条(b)款）；1960 年《国家对外侨造成的损害的国际责任哈佛公约草案》第 23 条第 3 款，载于 L .B .Sohn 和 R .R .Baxter, “国家对外侨经济利益造成的损害的责任”（1961 年）55《美国国际法学报》p. 548；Garcia Amador, 《关于国家责任的第三次报告》，载于《1958 年……年鉴》，第二卷，p. 61(第 21 条第 3 款)，第 A/CN. 4/111 号文件。

³⁶² 《联合国国际仲裁裁决报告书》，第二卷，p. 1188(1932)。

重国籍者的一国籍国对另一国籍国求偿的情况不同，当双重国籍者的一国籍国寻求针对第三国行使保护时，在国籍方面并没有任何冲突。

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

第 6 条

多重国籍和针对国籍国的求偿

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

评注

(1) 第 6 条处理一国籍国针对另一国籍国行使外交保护的情况。第 5 条处理为有双重或多重国籍的国民针对非国籍国求偿的情况，并不要求求偿国与国民之间有真正联系，第 6 条则要求求偿国证明：其国籍在该人受到损害时和正式求偿之日都是主要国籍。

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

“双重国籍者的任一国籍国不得对另一国籍国行使外交保护。”³⁶⁵ 后来的编纂提议采取了同样的着手方式，³⁶⁶ 有些仲裁裁决也支持这一

³⁶³ 参看意大利—美国调解委员会对 Mergé 索赔案的裁决，22《国际法案例汇编》，p. 456 (p. 155)，Verano 索赔 25《国际法案例汇编》，pp. 464–465 (1957)，和 Stankovic 索赔 40《国际法案例汇编》，p. 155 (1963)。

³⁶⁴ 参看 Dallal 诉伊朗案，《伊朗—美国索赔法庭报告书》，第三卷，P. 23 (1983)。

³⁶⁵ 另参看 1929 年《关于国家在其领土上对外侨人身或财产造成损害的责任的哈佛公约草案》第 16 条 (a) 款，(1929) 23《美国国际法学报》特别补编 22。

³⁶⁶ 参看 1960 年《关于国家对外侨经济利益造成损害的国际责任的哈佛公约草案》第 23 条第 5 款，(1961) 55《美国国际法学报》p. 545；国际法学会关于国家特性的决议第 4 条 (a) 款，1957–91 (1992) 56；1985 (II)《国际法学会…年鉴》260–2。

立场。³⁶⁷ 国际法院在 1949 年对联合国勤务中受伤者求偿案的咨询意见中把不针对另一国籍国保护其国民的国家实践称为“通常做法”。³⁶⁸

(3) 但是, 即使在 1930 年以前, 有些仲裁裁决也支持另一种立场, 即: 主要国籍国或有效国籍国可以为其国民针对另一国籍国提起诉讼。³⁶⁹ 国际法院在诺特邦案³⁷⁰的另一情况中借鉴了这个判例, 意大利—美国调解委员会在 1955 年 Mergé 求偿案中也明示同意这个立场。对此, 委员会指出:

“这项原则是以国家主权平等为基础, 它排除了双重国籍情况下的外交保护, 如果原告人的国籍是求偿国, 该原则就必须让位于有效国籍原则。但在未能证明其国籍为主要国籍的情况下, 就不能让位, 因为这两项原则中的第一项是普遍公认的原则, 可能是在实际事务中用于消除任何可能发生的不确定情况的标准。”³⁷¹

委员会的意见认为: 有效国籍原则和主要国籍概念只是一个硬币的两面。委员会在随后审理的涉及双重国籍者的五十多起案件中适用了根据这一概念制定的规则。³⁷² 伊朗—美国索赔法庭借鉴了上述情况, 在若干案件中适用了主要国籍

³⁶⁷ 参看 Alexander 案 (1898) 3 Moore, 《国际仲裁》, p. 2529 (美国—英国索赔委员会); Oldenbourg 案, 专员们的决定和意见, 1929 年 10 月 5 日至 1930 年 2 月 15 日, p. 97 和 Honey 案, 专员们在 1930 年 2 月 15 日以后的进一步决定和意见, p. 13 (英国—墨西哥索赔委员会); Adams 和 Blackmore 案, 5 《国际仲裁裁决报告书》, pp. 216–217 (英国—墨西哥索赔委员会)。

³⁶⁸ 1949 《国际法院报告书》p. 186。

³⁶⁹ James Louis Drummond 案 2 Knapp, 《常设法庭报告书》p. 295, 12 Eng. Rep. p. 492; Milani, Brignone Stevenson 和 Mathinson 等案 (英国—委内瑞拉混合索赔委员会) 报道载于 Ralston, 《1903 年委内瑞拉仲裁》, 分别参看 pp. 429–438, 710, 754–61, 438–455; Carnevaro 案 (常设仲裁法庭, 1912), 报道载于 Scott, 《海牙法庭报告书》, 第一卷, 载于 p. 284; Hein 案 (英国—德国混合法庭), 《国际公法案件年度文摘和报告书》1919–1922, 案件号: 148, p. 216; Blumenthal 案 (法国—德国混合法庭), 《混合法庭裁决汇编》, 第 3 卷 (1924), p. 616; de Montfort 案 (法国—德国混合法庭), 《国际公法案件年度文摘和报告书》1925–26, 案号: 206, p. 279; Pinson 案 (法国—墨西哥混合索赔委员会), 《国际公法案件年度文摘和报告书》, (1927–28), 第 19 和第 195 号案件, pp. 297–301; Tellech 案 (美国—奥地利和匈牙利三方索赔委员会), (1928) 2 《国际仲裁裁决报告书》pp. 248–0。

³⁷⁰ 1955 年《国际法院报告书》, pp. 22–23。Nottebohm 其人没有涉及双重国籍问题, 但是, 法院在脚注 369 中提到的一些司法裁决中找到支持的观点, 认为 Nottebohm 与列支敦士登并无有效的联系。

³⁷¹ (1955) 22 《国际法报告书》p. 455 (第 V. 5 段)。参看 (1955) 16 《国际仲裁裁决报告书》p. 247。

³⁷² 参看 Spauding 索赔案 (1956) 25 《国际法报告书》p. 452; Zangrilli 索赔案 (1956) 25 《国际法报告书》p. 454; Cestra 索赔案 (1957) 25 《国际法报告书》p. 454; Puccini 索赔案 (1957) 25 《国际法报告书》p. 454; Salvoni 地产索赔案 (1957) 25 《国际法报告》p. 455; Ruspoli 索赔案 (1957) 25 《国际法报告书》p. 457; Ganapini 索赔案 (1959) 30 《国际法报告书》p. 366; Turri 索赔案 (1960) 30 《国际法报告书》p. 371; Graniero 索赔案 (1959) 30 《国际法报告书》p. 451; Di Cicio 索赔案 (1962) 40 《国际法报告书》p. 1 48。

和有效国籍的原则。³⁷³安全理事会为使伊拉克赔偿它在占领科威特时造成的损害所设立的联合国赔偿委员会是支持主要国籍原则的另一个机构。该委员会审理有伊拉克国籍的双重国籍者的索赔时所适用的条件是：他们必须有另一国的真实国籍。³⁷⁴

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

“若外侨有双重或多重国籍，具有比较坚强和比较真实的法律或其他联系的国家才可行使求偿权。”³⁷⁵

奥雷戈·比库尼亚在 2000 年提交国际法协会的报告中也提出同样的看法。³⁷⁶

(4) 委员会认为，容许主要国籍国或有效国籍国针对另一国籍国提出求偿的规定体现了习惯国际法当前的立场，而且符合国际人权法(甚至针对个人的国籍国)对个人给予法律保护的情况。这一结论体现在第 6 条。

(5) 一些权威根据在一国籍国针对另一国籍国提出求偿的情况下，使用了“有效”联系或“起支配作用的”联系描述求偿国与其国民之间必须具有的联系。委员会决定不以“有效”或“起支配作用的”联系来描述必要的联系，而称之为“主要”联系，因为它表述了相对关系的意涵，并且表明：该个人与一国有比另一国坚强的联系。法庭在审理这个问题时必须均衡评量国籍的竞争力度，以“主要国籍”一语表述这个运作的内容比“有效国籍”或“起支配作用的国籍”更为贴切。意大利—美国调解委员会在 Mergé 案中也使用了“主要国籍”一语，可以把它视为目前习惯规则之发展的出发点。³⁷⁷

(6) 委员会不打算说明在确定主要国籍时必须考虑到哪些因素。一些权威根据显示：这些因素包括惯常居所、在每一国籍国居住的期间、归化日期(即：成为行使外交保护的国家国民的期间有多长)；受教育的地点、修习的课程和教学的语言；就业和财务利益；家庭生活的地点；每一国籍国的家庭联系；对社会和公共生活的参与；语言的掌握；纳税、银行帐户、社会保险；对其他国籍国的访问；持有和使用其他国家护照的情况；服兵役的情况。没有哪一个因素是起决定作用的，每一因素所占比重因案情而异。

³⁷³ 参看 Esphahanian 诉 Tejarat 银行案(1983) 21《伊朗-美国索赔法庭报告书》p. 166；案件号：A/18(1984)5《伊朗-美国索赔法庭报告书》p. 251。

³⁷⁴ 第 S/AC. 26/1991/Rev. 1 号文件，第 11 段。

³⁷⁵ A/CN. 4/111, 载于《1958 年…年鉴》第二卷，p. 61。

³⁷⁶ “关于‘变动中的求偿人国籍法’的临时报告”，载于国际法协会，《第六十九次会议(2000)的报告》p. 646(第 11 段)。

³⁷⁷ 参看上文脚注 371。

(7) 第 6 条采取负面表述方式：“一国国籍国不可行使外交保护…除非”其国籍为主要国籍。这是为了表明第 6 条所设想到的情况应被视为特殊情况。这一表述也明确了求偿国应负举证责任，证明其国籍为主要国籍。

(8) 反对甲国籍国针对乙国籍国提出求偿的主要意见是：这可能容许该个人在其乙国籍国受到损害以后才到甲国设定主要国籍从而(由甲国籍国)对乙国籍国提出求偿。求偿国的国籍在该人受害时和正式提出求偿之日都必须是主要国籍这一规定化解了这一反对意见。这项规定呼应了第 4 条第 1 款申明的持续国籍原则。本条评注解释了“受害时”和“正式提出求偿之日”两个用语。第 4 条第 2 款中关于持续国籍的例外规定在这里不适用，因为第 6 条中所设想到的受害人不致丧失其他国籍。

第 7[8]条

无国籍人和难民

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

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

3. 第 2 款不适用于该难民的国籍国之国际不法行为造成损害的情况。

评注

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

“一国……在对无国籍的个人施加了损害时，并没有犯下国际不法行为，因此任何国家均无权在损害发生之前或之后以该个人的名义进行干预或投诉。”³⁷⁸

鉴于这一规则未考虑到无国籍人和难民的地位，因而它是与当代国际法脱节的。当代国际法反映出对这两类人地位的关注。这一点体现在诸如《减少无国籍状态公约》(1961)³⁷⁹和《关于难民地位的公约》。³⁸⁰

(2) 第 7 条实乃法律的逐步发展的体现，它脱离了只有国民才可享受外交保护的传统规则，而容许一国为属于无国籍人或难民的非国民行使外交保护。虽然

³⁷⁸ 《联合国国际仲裁裁决报告书》第四卷，第 678 页(1931)。

³⁷⁹ 《联合国条约汇编》第 989 卷，第 175 页。

³⁸⁰ 《联合国条约汇编》第 189 卷，第 150 页。

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

(3) 第 1 款涉及对无国籍人的外交保护。它没有给无国籍人下定义。但这样的定义见于 1954 年的《关于无国籍人地位的公约》³⁸¹：无国籍人是指“任何国家根据它的法律不认为是它的国民的人。”³⁸² 这项定义无疑可认为已具有了习惯法性质。一国可为这样的人行使外交保护，而不论他或她是怎样成为无国籍人的，只要他或她在受到损害之时和正式提出保护要求之日在该国具有合法的惯常居所。

(4) 在确定对合法的惯常居所这一要求时，委员会沿用了 1997 年《欧洲国籍公约》的语言。³⁸³ 合法的、惯常的居所这两点要求确立了很高的门槛。委员会里一些委员认为这一门槛太高了，但多数委员认为，惯常居所与合法居所这两点接近在涉及国籍时所提到的有效性要求，并且在据拟议法而采取例外措施时是合理的。

(5) 第 1 款重复了第 4 条所载的对求偿的时间要求。无国籍人在受到损害之时和正式提出要求之日必须是提出保护的国家的合法的惯常居民。这保证了在提出求偿的时间要求上，非国民与国民受制于相同的规则。

(6) 第 2 款涉及了居住地国对难民的外交保护。居住地国的外交保护在下述情况下尤其重要：难民“不能或[自己]不愿意利用[国籍国的]保护”³⁸⁴ 或者如果想利用这种保护，则会冒失去居住地国难民地位的危险。第 2 款对应了第 1 款中的说法。第 3 款所示的无国籍人与难民的重要区别说明了委员会为何对每一类人用单独一款作出规定。

(7) 委员会坚持将合法的惯常居所视为行使对难民的外交保护的前提条件，正如对待无国籍人一样，尽管《关于难民地位的公约》第 28 条在涉及缔约国为难民发放旅行证件时规定了“合法居留”³⁸⁵ 这一较低的门槛。委员会在作出这一决定时，受到两项因素的影响。首先，按照该公约的规定，发放旅行证件绝不可能使证件持有人有权得到外交保护。³⁸⁶ 其次，在根据拟议法而引入对传统规则的例外情形时，确立较高的门槛有其必要性。委员会的一些委员认为，对于无

³⁸¹ 《联合国条约汇编》第 360 卷，第 117 页。

³⁸² 第一条。

³⁸³ “合法的惯常”居所这一用语取自 1997 年《欧洲国籍公约》，第 6 条第 4 款(g)项，在涉及国籍的获得时使用了这一用语。也见 1960 年哈佛“国家对外国人的损害的国际责任草案”，在该草案中，受保护的人中包括“在该国具有惯常居所的无国籍人”（第 21 条第(3)款(c)项）。

³⁸⁴ 《关于难民地位的公约》第 1 条(A)(2)，《联合国条约集》第 189 卷，第 137 页。

³⁸⁵ 该公约的准备工作文件表明，“停留”是指次于长期居住。

³⁸⁶ 见这一公约的附表第 16 段。

国籍人和难民来说，作为行使外交保护的前提条件，合法的惯常居所这一门槛太高了。³⁸⁷

(8) 第 2 款中的“难民”一词不限于 1951 年《关于难民地位的公约》及其 1967 年议定书中所界定的难民，而是也包括不完全符合这一定义的人。委员会认为使用见于 1997 年《欧洲国籍公约》³⁸⁸ 的“被承认的难民”一词会使难民的概念也包含区域文书所承认的难民，例如下述区域文书：1969 年《非洲统一组织关于非洲难民问题某些特定方面的公约》，³⁸⁹ 该公约被普遍视为对难民进行国际保护的样板；³⁹⁰ 以及美洲国家组织大会于 1985 年核准的 1984 年拟订的《关于对中美洲难民进行国际保护的卡塔赫纳宣言》。³⁹¹ 然而，委员会倾向于不为此语规定限制，从而容许一国能向它认为并视为难民的任何人提供外交保护。这对于未加入现有国际或区域文书的国家的难民来说，尤其重要。

(9) 第 2 款重复了第 4 条所载的对求偿的时间要求。该难民在受到损害之时和正式提出求偿之日必须是提出保护的国家的合法的惯常居民。

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

(11) 第 1 和第 2 款都规定，收留难民的国家“可行使外交保护”。这强调了这项权利的自由裁量的性质。按照国际法，对于是否为国民行使外交保护，一国拥有自由决定权。³⁹² 很显然对于是否向无国籍人或难民提供保护，一国更有理由拥有自由决定权。

³⁸⁷ 见上文第 4 段。

³⁸⁸ 第 6 条第 (4) 款 (g) 项。

³⁸⁹ 这一公约将难民的定义扩展为也包括“凡由于外国入侵、占领、外国统治或严重扰乱其原籍国或国籍国的部分或全部领土的公共秩序的事件而被迫离开其惯常的居住地而到其原籍国或国籍国以外的地方避难者”。

³⁹⁰ 联合国难民事务高级专员提交的关于国际保护的说明，《大会正式记录，第四十五届会议》，1994 年 9 月 7 日 A/AC.96/830 号文件，第 17 页，第 35 段。

³⁹¹ 美洲国家组织大会，第十五届常会 (1985)，1985 年 12 月 7 日举行的总务委员会第五届会议通过的决议。

³⁹² 见第 2 条及其评注。

(12) 委员会强调，第 7 条仅关注对无国籍人和难民的国际保护。它不关注是否给予这些人国籍的问题。为无国籍人或难民行使外交保护不能也不应该视为可引起对给予国籍的正当期待。1951 年《关于难民地位的公约》第 28 条连同其附表第 15 段都已表明，向难民发放旅行证件并不影响证件持有人的国籍。为难民或无国籍人行使外交保护更不应理解为会影响受保护者的国籍。

第六章

国家的单方面行为

A. 引言

282. 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。³⁹³

283. 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。

284. 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。³⁹⁴

285. 委员会第四十九届会议还任命维克托·罗德里格斯-塞德尼奥先生为这一专题的特别报告员。³⁹⁵

286. 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。

287. 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。³⁹⁶讨论的结果，委员会决定重新召集国家的单方面行为工作组。

288. 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。³⁹⁷

289. 委员会 1999 年第五十一届会议收到并审议了特别报告员关于这一专题的第二次报告。³⁹⁸讨论的结果，委员会决定重新召集国家的单方面行为工作组。

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

³⁹³ 见《大会正式记录，第五十一届会议，补编第 10 号》(A/51/10)，第 185 和第 279 页。

³⁹⁴ 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 段和第 194 段。

³⁹⁵ 同上，第 212 和 234 段。

³⁹⁶ A/CN.4/486。

³⁹⁷ 见《大会正式记录，第五十三届会议，补编第 10 号》(A/53/10)，第 192-210 段。

³⁹⁸ A/CN.4/500 和 Add.1。

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

291. 委员会 2000 年第五十二届会议审议了本专题特别报告员的第三次报告³⁹⁹以及各国对 1999 年 9 月 30 日分发的本专题问题单的答复。⁴⁰⁰委员会在 2000 年 6 月 7 日第 2633 次会议上决定将订正的第 1 条和第 4 条草案移交起草委员会并将订正的第 5 条草案移交本专题工作组。

292. 委员会 2001 年第五十三届会议审议了特别报告员的第四次报告⁴⁰¹并设立了一个不限名额的工作组。经工作组建议，委员会决定向各国政府发一份调查表，请它们就其拟定和解释单方面行为的实践提供进一步资料。

B. 本届会议审议本专题的情况

293. 委员会本届会议收到了特别报告员的第五次报告 (A/CN. 4/525 和 Add. 1 和 Corr. 1、Corr. 2 (只有阿拉伯文和英文本) 和 Add. 2) 以及各国对 2001 年 8 月 31 日发出的关于此专题的调查表作出的答复 (A/CN. 4/524)。

294. 委员会在分别于 2002 年 5 月 15、21、22、24、28 和 30 日举行的第 2720、2722、2723、2725、2726、2727 次会议上审议了特别报告员的第五次报告。

295. 在 2002 年 5 月 30 日举行的第 2727 次会议上，委员会确定举行可自由参加的非正式磋商，由国家的单方面行为问题特别报告员主持。

1. 特别报告员介绍其第五次报告

296. 特别报告员指出，按照上一年会上提出的建议，第五次报告扼要地重述了本专题的进展情况和某些概念和术语发生变化的原因。

297. 第一章涉及本专题的以前审议情况、对国际实践的讨论、本专题的可行性和困难以及第五次报告某些部分的重述性质。

298. 第二章处理了委员会以往会议审议的本专题的四个方面：单方面行为的定义；有效的条件和无效的原因；解释规则；单方面行为的分类。

299. 第三章讨论了可能导致拟订适用于所有单方面行为 (不论其实质内容和法律效力如何) 的共同规则的三个问题：关于尊重单方面行为的规则；单方面行为的适用时间；单方面行为的适用领土。

³⁹⁹ A/CN. 4/505。

⁴⁰⁰ A/CN. 4/500 和 Add. 1。

⁴⁰¹ A/CN. 4/519。

300. 第四章简要地讨论了确定单方面行为从何时起产生法律效力这一同样重要的问题，同时也包含了三个极为重要和复杂的问题：单方面行为的取消、修改和暂停以及终止。

301. 最后，第五章阐述了已起草的条款的结构和今后的工作计划。

302. 在介绍 A/CN.4/525 号文件时，特别报告员再次说，单方面行为是一个十分复杂的专题，处理起来难度相当大。他深入地研究了最重要的判例和广泛的文献，但遗憾的是，由于各种原因，他未能对所有的国家实践给予全面的研究，其中原因之一是，各国对 2001 年调查表作出答复的很少。现有的国家实践方面的资料基本上是事实性的资料，这就很难确定各国对那些行为的做出、行为的性质和意欲达到的效果有何看法。他指出，只有通过解释行为国的意图，才能解决大量的国家单方面行为是属于政治行为还是属于法律行为这一问题，而对意图做出解释是一个极为复杂和主观性很强的事情。

303. 虽然条约是各国在国际法律关系中用得最广的形式，但国家的单方面行为越来越多地用作左右其后来行为的办法。根据一般国际法，一国可以在不需要另一国参与的情况下拟定一项行为，其意图是产生某些法律效果，但又不需要对象国以任何形式表示接受。

304. 为了进一步说明本专题的困难，在第一章里曾指出，除了抗议为例外，委员会所审议的最经常采用的单方面行为，即放弃、承认和许诺，并不总是通过声明来表示的，而且也不总是单方面的，因而不在于委员会的工作范围内。

305. 在概括地重述单方面行为定义的构成要素时，特别报告员解释了对第一次报告中的定义作的各种修改，例如使用了“行为”一词，加上了“明确表示一种意愿，并意图……产生法律效力”，去掉了“自主性”概念。

306. 特别报告员指出，虽然定义单单赋予国家拟定单方面行为的能力——这是委员会任务中包含的事项——但这绝不可解释为其他国际法主体、尤其是国际组织不能这样做。对象国概念采取宽义的解释，这样，单方面行为不仅可针对一国或数国，而且可针对国际组织。在这方面，他提到，委员会的一些委员认为其他国际法律实体例如解放运动，也可以是这种行为的对象，这就提出了一些值得认真考虑的问题。

307. 他还指出，提交给起草委员会的单方面行为定义是广泛磋商后得出的结果，考虑到了委员会各委员以及各国政府的意见；通过这项定义是很重要的，通过定义之后才能在其他条款草案上取得进展。

308. 在介绍第五次报告的增编(A/CN.4/525/Add.1)时，特别报告员以补充而不是扼要重述的方式，论及了本专题的某些方面。这项增编处理了有效的条件和无效的原因、单方面行为的解释以及分类问题。

309. 上一届会议上听到的一项意见是，无效的原因应该与有效的条件一并审议，并且应以宽阔的眼光来看，而不应只看到意愿表示方面存在的缺陷。有的委员提出，可能影响单方面行为有效性的其他原因也应该考虑，这包括行为者的能力、同意的有效性以及单方面行为的客体的合法性。

310. 虽然文献中提到这些问题的文字很少并且有关的实践似乎基本上不存在，但特别报告员认为，1969年的《维也纳条约法公约》尤其是其第42至53条和第69至71条，可以用作有效的参考。

311. 他感到，多少应该提到有效的条件，尽管条款草案中没有具体的规定；也正由于条款草案中没有规定，报告才论述了单方面行为的条件问题。

312. 在这方面，他说，委员会的任务仅限于国家的单方面行为，因此须拟定单方面行为的是国家，当然正如上文所说的，其他国际法实体也没有被排除在外。此外，单方面行为须由能够在国际一级代表国家行事并作出承诺的人来拟定。

313. 使单方面行为有效的另一个条件是其客体的合法性。单方面行为不得与强制性国际法准则冲突。此外，意愿的表示必须完全，没有任何缺陷。

314. 特别报告员提到，与国际法中的有效性有关的制度毫无疑问是研究一般国际法律行为的过程中遇到的最为复杂的问题之一。提出的一个相关的问题是先前的一项行为——无论是约定的行为还是单方面行为——相冲突的单方面行为的效力问题；换言之，与同一国先前订立的义务相违背的单方面行为的效力问题。还提到了绝对无效性(即不能证实或证明其有效的行为)和相对无效性(即能够证实或证明其有效的行为)。在前一种情形下，行为与强制性国际法准则(强制法)冲突，或者说行为的拟定是行为国的代表强迫的结果；在第二种情形下，各当事国可以克服无效的原因，因而行为可以具有法律效力。

315. 在第五次报告中，原先提交的关于无效的原因的单一条款被分开的几项规定所取代，这是响应委员会委员和第六委员会的委员的意见的结果。新的案文提到了“国家”，这也是为了考虑到下述可能性，即一国可以对源于集体决定的单方面行为援引“无效性”。

316. 报告里还指出，在第五条草案的新案文里，拟定了单方面行为的国家或数个国家可以援引官员的错误、欺诈或腐败，视之为意愿表示方面的缺陷，而在单方面行为违背一项强制性国际法准则(强制法)或安全理事会根据《宪章》第七章作出的决定时，任何国家均可援引单方面行为的无效性。

317. 特别报告员说，仍有一些问题未得到解决，有待进一步审议。一个问题是，如果涉及源于集体决定的单方面行为，参加该行为拟定过程的其中一个国家可能援引无效性。另一个问题是，行为的无效性会对援引无效性的国家与参加行为拟定过程的其他国家的关系以及对这些国家与对象国的关系产生什么影响。而且，

除其他外，还须考虑有利于第三方的规定。在此种情况下，如果导致关系产生的行为被认定无效，那么与第三方的关系便终止。在这方面，特别报告员提到，1969年的《维也纳公约》第69条规定了行为无效的后果，这种后果不同于源于集体决定的单方面行为无效的后果。他指出，与这一点有关的意见可反映在关于此问题的未来一项规定中。

318. 单方面行为的多样性会影响到援引行为的无效性的能力。例如，在涉及许诺或承认时，行为国可援引行为的无效性，但在涉及抗议时，情况则不同：虽然行为国不大可能援引行为的无效性，但对象国这样做时似乎不受任何妨碍。

319. 报告中涉及但在文字中没有具体提到的另一问题是，行为国能否因其行为或态度(无论是默示的还是明示的)失去援引无效的原因的权利或终止一项行为的理由。

320. 报告中还提出了这样的问题：一国能否通过其后来的行为证明其任何和所有的单方面行为有效，或者说是否须根据行为的不同的法律效力而作出区分。例如，对于抗议，可以从一个不同的角度处理。

321. 报告中触及的另一个问题是，能否由于违反了涉及拟定单方面行为的权限和对表示意愿的权力加以特定限制的国内法律，而认定一项单方面行为无效。根据维也纳制度，只有当违反是明显的，并且只有当涉及一项对该国的国内法来说十分重要的准则时，才可援引这种无效性。

322. 报告中处理的另一个事项是对单方面行为的解释。特别报告员认为，由于牵涉到意愿表示，与解释有关的规则可适用于所有单方面行为，而不论其内容如何。因此，他试图确立一项一般规则和一项关于补充性解释办法的规则，正如维也纳制度所做的那样，但考虑到了单方面行为的具体特点。

323. 虽然关于解释的条款草案没有明确提及解释的限制性，但在评注里可以这样提及或对此概念予以反映。

324. 报告增编里处理的另一个问题是单方面行为的分类。虽然有些人可能认为分类无用，但特别报告员认为分类对于条款草案的分组和结构安排有用。他还说，即使一时无法进行分类，但委员会应作出一项最后决定，以确定是否就某一类行为例如许诺(许诺意味着行为国承担起单方面义务)拟定详细规则。下一次报告便可处理单方面行为的取消、修改、终止、暂停等复杂问题。如果单与这一种行为相比较，这些复杂的问题便容易处理了。

325. 他指出，单方面行为的取消不能由适用于所有行为的规则加以规定。取消一项许诺或取消一项一国承担了单方面义务的行为似乎与取消一项一国重申了一项权利的行为不同。

326. 在审议单方面行为的终止或暂停实施的问题时还必须考虑到单方面行为的具体特点。他认为，与单方面行为的终止有关的规则应参照 1969 年《维也纳公约》从第 59 条起的那几条来拟定，而在审查终止和暂停实施的问题时应根据上述公约的第 70 和 72 条，但应充分考虑到单方面行为的具体特点。

327. 特别报告员认为，这些问题不是由普通规则所能规定的，可以由委员会和将要设立的工作组来处理。

2. 辩论概况

328. 委员们对特别报告员第 5 次报告表示赞赏，该报告对一复杂专题的一系列根本问题进行了回顾，虽然尚不足以据之拟定规则，但在国际关系方面具有重大的意义。另有一种观点认为，第 5 次报告没有根据批评和意见对这一专题采取新的方法，也没有根据这些考虑提出新的条文草稿。

329. 有些委员再次表示，国家单方面行为这一专题有可能导致汇编成法律并由国际法委员会逐步予以发展，因为在这方面已经存在大量的国家实践、先例和学说。据认为，这一工作将有助于各国尽可能详细了解，在拟定单方面行为时它们将冒怎样的风险。

330. 尽管如此，一名委员表示，关于这一专题的工作在方向上和内容上都存在根本的怀疑。在这方面有人指出，草稿第 1 条谈到单方面行为所用的语言，说它“意图产生法律效力”，而第 5 条草案提到单方面行为的有效条件及其解释时说“拟定一项单方面行为”，这些用语存在问题。条文草案暗示，一项单方面行为完全是自愿的计谋或法律，是一种承诺或者是一种单方面的宣告。

331. 但是，从这一观点看，很难找到一个案例，其中一个国家单方面提出一项承诺同时认为自身受到法律的约束，而不会受到任何其他国家可能的反制。

332. 在相关的实践中，行为国本身从不认为它是为了建立法律的效力而按拟定行动的。相反，它总是发现自己因它的作为或不作为、表示或不表示所约束，这与它可能就如何作为或如何表示所作的拟定没有关系。

333. 提到这一专题引起的一些困难，同一委员指出，委员会在过去成功地审议了一些涉及有别于其他法律制度并能界定的法律制度方面的专题，可是单方面行为是一个多包罗一切的术语，它所解释的往往是国家不是通过某一特定制度的效力所受到的约束，或者是国家通过特殊的行为途径来创造法律效力。可见委员会试图汇编的是某种并不存在的法律制度，也不知道如何界定它才能使它成为一种法律制度。

334. 另外还有一项困难，即单方面行为这一概念本身存在着根本的矛盾，因为它所解释的是两个不同的东西。一方面，它是国家行为的社会学的解释，国家采取千千万万的行为，它们这样做的时候是采取单方面的方式，也就是说它们决定

作为单独的个体采取行动。另一方面，这一概念也是指一种法律机制，其中法律秩序对国家行为方式施加规范和责任，并对它们的行动施加法律的后果；在这一机制中无论行为者本身如何，法律秩序都是一样发挥作用的。

335. 根据这一观点，当各国单方面地走到一起参与世界外交的时候，它们就建立了一种期望，善意地要求大家互不失望。这一机制不可能解释为国家自愿地计谋以实现其制造法律效力的意图，并拟定行动然后加以实现。

336. 由此可见，法律秩序对某些行为施加强制力，其方式与条约或其他法律制度有所不同，因而这是一个创立特定法律而不是普遍法律的问题，是在行为国和其他国家之间存在的双边互制关系，其中通过特定行为已经建立了某些期望。

337. 从这一角度来看，不可能制定普遍的规则，因为特定的关系是不可能普遍化的，例如法国、新西兰和澳大利亚之间关于核试验的案例，以及柬埔寨和泰国之间关于柏威夏庙宇的案例，都是多年历史和地理状况造成的结果，具有特殊性。通过单方面行为造成的互制关系不可能成为普遍理解范畴的主体，因为它不在国际体制之内，并且只有在人类行为和有关国家历史的背景下才是可以理解的。

338. 提出这一方法的根据是假定单方面行为作为一种现象存在于社会生活之中。这种行为有时和条约和习惯法等法律制度发生联系。在单方面行为的情况下，什么样的法律体制把行为转化为义务并不明显。有一篇文章说，这样的制度并不存在，因此单方面行为根本不在法理学范围以内。但是有些时候一种无形的情况却在一项行为和一项义务之间建立联系。这种无形的情况不能形成清晰明确的概念，只有在具体情况下才是正当有理的。

339. 因此，有人主张委员会应当放弃以国家意图为根据的自愿计谋这一概念，并应把注意力集中在这一问题就其所提出的期望和所发生的合法义务方面是否合理的各个方面。委员会还应放弃与条约法类比的作法，因为这种作法对整个外交领域采取了非人性化的态度，而事实上个体的人在一套复杂的关系网络中行使着或大或小的权利。委员会不妨拟定一些普遍的原则，阐明在何种情况下国家之间的特定关系具有约束力，不过这样做也许过于雄心勃勃，甚至根本做不到。

340. 委员会不妨采取另外的办法填补由于不存在法律体制而形成的真空，即采取考虑对国家承认的体制，因为对国家承认的体制虽然是在与条约或习惯不同的水平上运作，仍然起到在行为方式和法律义务之间建立联系的作用。另一些委员同意上述意见的这一或那一方面。

341. 一方面承认单方面行为这一课题确实与比较传统的课题有所不同，但也指出，委员会实际上已经穷尽了传统专题，因此它有责任着手进行新的研究，这是一个挑战，但是对于创新和渐进地发展和国际法的汇编来说也是一次机遇。

342. 至于说到委员会是不是试图对于某种并不存在的法律体制进行总结和汇编，有一种观点认为单方面行为是不是一种体制要看如何界定这一术语。委员会所面临的问题是，在国际法当中是否存在称作“单方面行为”的某种法律现象，如果存在，是由何种法律制度加以制约。何况，根据国际法委员会章程第15条，委员会的任务是在缺乏概念的地方创立概念，并在必要时加以澄清。

343. 有一种看法认为条约作为意志的行为是管制世界外交的唯一手段，委员会的委员对此表示不能同意。这方面有人指出，在一个国家的意志和它的意图之间存在何种关系是很难揭示的，更何况意志和意图这两个范畴之间的界线难以划得一清二楚。

344. 还有人表示，虽然国际法并不是完全以国家意志的表示为基础的，但是很明显，既然它们被条约义务和单方面行为所约束，它就是各国单独或集体的意愿。

345. 有一种提法认为委员会所进行工作涉及的有关体制这一范畴仅仅由条约和习惯所构成，对于这一提法也有人表示怀疑。有人指出，除了条约义务和根据国际习惯法产生的义务以外，显然还有一些国际义务是从国家的单方面行为所产生的。举一个明显的例子，承认是一单方面的政治行为，但在国际上也产生法律效力。因此有人主张，特别报告员可以少注意行为国的行为和意图，而更多地注意单方面行为对其他国家所产生的后果。

346. 重新提到条约为何必需受到尊重的理由时，有一句言简意赅的格言：“约定必须遵守”，于是有人指出，特别报告员所主张的法典汇编工作其值得注意之点在于，他的想法是“对细节作必要的修改后”，这一点对单方面行为同样适用；也就“是行为必须遵守”。后一格言适用的确切条件如何，当然需要加以确定。不过，探讨这一原则的深奥理由不是本委员会的事。

347. 至于互惠问题，有人指出，虽然一个国家一般不会对在谋求本身利益的情况下拟定单方面行为，但是此种利益不一定构成互惠关系。例如，有个国家寻求引渡一个人就向另一国家许诺说将不对那个人判处死刑，就是这种情况。

348. 在这方面有人指出，在最近的国家实践中，有一个问题实际上又引起了争议：究竟是哪个国家机关有资格作出这种许诺，是议会还是政府。这证明特别报告员提出的关于在拟定单方面行为时国家代表权问题和关于国内宪法程序的国际相关性的条款草案是与实际需要相符的。

349. 此外，有人说作为单方面行为基本因素的应以约束的意图，和宣称要建立合法预期这二者之间并不存在矛盾，这两个概念在本质上是相辅相成的。

350. 有人主张，单方面行为仅仅引起双方面的要求，因此没有必要汇编为法律，针对这一主张有人提请注意一个事实，此种行为有些时候可以在范围上比较普遍。这种情况可以举出葡萄牙就澳大利亚和印度尼西亚之间的帝汶条约提出的抗

议，该条约影响广泛，使其他国家以及与该地区利益相关的跨国公司等其他实体受到影响，葡萄牙多次主张东帝汶人民的自决权利具有普遍的性质，这一主张后来国际法院在东帝汶案件中给予了肯定。

351. 还有人表示，委员会应该注意防止拿条约法规定的“硬性”义务与单方面行为情况下承担的较弱的义务进行类比，从而把条约法规定的义务冲淡。

352. 有人主张委员会审议对国家的承认问题，对此表述的观点是分歧的。一方面，有人认为委员会不宜讨论人权问题或高度政治性问题，如对国家的承认问题。而且，有人提醒说该一领域的实践和学说分歧甚多人所共知，因此难以汇编为法律。但是，根据另一观点，关于对国家承认的问题是存在着规则和国家实践的，因此委员会可以着手于既汇编法律也逐步发展它，尽管这一问题在政治上敏感。

353. 关于与条约法类比的问题，有人表示，虽然 1969 年的维也纳公约在各个方面都是不可取代的，但是该公约还是可以提供指导并促成一场富有成效的讨论，探讨该公约是否可以适用于单方面行为。

354. 特别报告员建议创立一条规则，其实质内容是“行为必须遵守”，对此有人表示，要对这一原则进行论断，就要求委员会必须仔细考查对单方面行为约束力问题的所有理论解释，因此不能同意这一建议。另一观点表示，在该专题研究的目前阶段“行为必须遵守”条款不能走得太远，只能要求行为国承担责任采取与该行为前后一致的行动，并充分注意善意原则和必须尊重由该一行为造成的信任程度和合理的期待，与此同时必须注意单方面行为的多样性；只有当委员会进行到对各种单方面行为进行具体分类的时候，每一行为的法律后果才能得到更明确的表述。

355. 委员会还就下一问题交换了意见：单方面行为是否和一般来源即条约和习惯相同的水平上构成国际法的来源。这就提出了一个问题，即单方面行为能不能减损一般国际法或普遍义务。在这方面，有人表示，单方面行为永远不能超越一般国际法，也不能超越单方面行为行为国作为缔约方加入的多边公约条款。因此对特别报告员提出一项建议，请他研究单方面行为与其它国际法法源之间的关系。

356. 另一方面有人指出，在对国际法渊源进行分类时，不能把单方面行为包括在内。在这方面有人表示，单方面行为产生的是义务而不法律，由于没有能够就国家之间相互义务对单方面行为确定其定义，草案第 5 条自始至终不得已使用了“有效性”概念，这在某些情况下可能造成一连串的矛盾。

357. 根据另一观点，单方面行为究竟是法律来源还是义务来源，这一问题所以产生是由于混淆了规则的制订和法律效力的产生。如果把一项单方面行为放在现实生活的具体背景下，可以看到在某些情况下他能使行为国产生一项义务，而该项义务常常决定该国未来的行为，而其他国家可能受该行为所左右。不过，无论

是作为权利还是作为义务，单方面行为的法律效力不能自行其是，必须受国际法的制约。如果委员会把单方面行为脱离现有法律，特别是条约关系，作为在权利义务方面产生法律效力的问题加以对待，委员会可能很容易地迷失方面，因为它过多地强调拟定单方面行为的标准。

358. 还有人说，单方面行为及其各种各样的表现形式，可能值得注意并可能具有法律效力，但是他们本身缺乏国际义务的价值。只能根据其他国家以这样或那样的形式作出反应，采取行动，和予以接受来对他们进行评价。

359. 但是对这一主张表示了不同意见，对做某事的许诺，对另一国家或另一状况的承认，放弃一项权利，或者对另一国际法主体的行为提出抗议，都肯定会产生法律效力，不过在某些情况下必须其它国家或国际法院对行为国作出表态。

360. 此外还提请注意一个事实，即使单方面行为本身并不是创立法律或创立规范的机制，他们却有可能标志着一种国家行为的开始，从而创立一种规范。

361. 委员会内还讨论了由单方面行为产生的义务如何终止的问题。有人指出，在条约中存在着一种程序和一种商定的方法大家必须尊重，那么在单方面行为中，只有由禁止、默许或者一项条约、习惯或其它义务存在的情况下才能防止同样单方面的终止。

362. 但是按照另一观点，一项单方面行为不可能在任何时候予以取消，因为既然一个国家已经单方面地表示了它的意志将被约束，那么它在事实上已经受到约束。为此援引了 1974 年国际法院对核试验案所作的判决，国际法院宣称单方面行为“不可以解释为它具有不言而喻地任意改变的权利”。单方面行为像条约一样可能导致国家不自愿地被捉住的局面；他们的许诺一旦表示就不能反悔，而条约或行为不被其它国家援引就没有效力。不过有人指出，单方面行为可以善意地终止，如何收回单方面行为的方法在研究终止单方面行为的手段方面应该占有一席之地。

363. 还有人建议请特别报告员处理单方面行为在经过一定时间以后的法律效力问题，以及国家单方面行为和国家行为之间的关系，并讨论这些相关的概念。另外，还可以考虑单方面行为是否必须确认，如果这样，由保持沉默引起的问题如何解决。

364. 关于单方面行为的分类，发表了各不相同的看法。一方面，有人说国家采取单方面行为显然是要产生法律效力的。在这个意义上，单方面行为和条约之间没有区别，后者也不可能简单地归结为一个单一范畴，而是必须服从一些普遍规则。可见单方面行为可以分为两类，至少在其效力上是这样。但是与特别报告员所提议的分类方法不同的是，有人建议把单方面行为区别为“条件性的”和“自动性的”两类，条件性单方面行为，如通知和抗议，其所以必要是为了使任一行动产生法律效力，而自动性的单方面行为自行产生法律效力，如许诺、放弃和承

认，其中放弃可以看作是许诺的反面，承认可以看作是一种许诺。为了研究法律效力问题，对这两类加以区分无疑是必要的，不过应该能够达成一个关于单方面行为的定义，以及一项制约单方面行为的一般法律制度。

365. 另一方面，有一种观点认为，特别报告员建议把单方面行为区别为两类：国家重申其权利的和作为义务来源的，这一建议是不能接受的。例如以宣布中立为例，这既是行为国的权利的来源，也是所涉交战国的义务的来源。把这样一种宣布当作放弃或许诺并不是一个令人满意的解决办法，因为行为国后来受到交战国之一的进攻，出于自卫可能决定加入冲突。

366. 根据另外一种观点，委员会应该避免试图对单方面行为进行分类；文献致力于解决这一问题收效甚微，而国际法学界显然对单方面行为的分类排队兴趣不大。还有一种观点表示，分类的时机尚不成熟；就国家实践收集和分析资料应该先行一步。

367. 关于委员会应该采取何种方式处理单方面行为这一专题，也发表了不同的看法。委员会有些委员认为，建立一套制约单方面行为的最低限度的一般规则是完全可能做到的，这确实可以成为国际法的一部分。有人表示，关于单方面行为的一般学说不应仅仅局限于特别报告员所提出的那四种具体行为，也不应该要求这些单方面行为的效力必定是义务；此外，所牵涉的关系不能仅仅是双边的或三边的，而也可以是普遍性的。委员会在审议了一般规则之后可以进一步讨论这四种具体行为当中的一种或几种。在这方面有人指出，看来承认或许诺这两种行为作为讨论的专题可能最具潜力。

368. 有一种观点认为，委员会改变其工作方法已经为时太晚。因此委员会应该尽快完成一般条文草案的任务，对于有关解释问题的条文草案应该结束其审议，不要试图拟定“行为必须遵守”原则，也不要审议关于中断、停止和互惠的问题，这些问题可以在更具体地讨论某些单方面行为的时候加以审议。因此，委员会不妨转向几种具体的单方面行为，如许诺、放弃、承认和抗议。委员会在其第三阶段的工作中，应回过头来再讨论根据具体案例拟定的全套原则，那时再决定就本专题拟定条文草案是不是最佳步骤。

369. 在表示支持委员会继续工作的同时，有一种意见认为最好把工作范围扩大到包括单方面行为的中断和终止问题，这样才能有一个全面的认识。另外一种对策认为，单方面行为所涉及的情况千差万别，其中每一件都有事实根据，并有国家间关系的悠久渊源。

370. 但是根据另一种观点，认为委员会的审议也可以从一些单方面行为的实例开始，如承认、许诺、放弃和抗议，这样才能明确是否能够拟订一些一般的规则。因此，委员会可以着手更仔细地研究某一特定种类的单方面行为；委员会还可以致力于审议其他的行为或无作为，如沉默、默许和禁止。

371. 因此要寻求一般规则加以解决是极其困难的。因此有人主张，与其设法把五花八门的单方面行为纳入一套一般规则，不如针对具体类型的单方面行为对具体问题进行描写性的研究。

372. 还有一种观点指出，仅仅就单方面行为汇编其学说和法理体系还是不够的。只有在完成了对国家实践的研究之后，委员会才能决定到底是进行一般性的工作，还是从研究具体的单方面行为开始。

373. 在指出只有 3 个国家对 2001 年发给各国政府的问卷调查做出答复之后，有人建议可以利用其他的资料来源，例如由各国外交部编辑出版的国家实践以及其他国际法年鉴。在这方面有人建议，有可能利用一个基金会提供的经费开展一个研究项目，其重点为根据 4 种典型单方面行为的具体案例对国家实践进行分析研究。

374. 谈到条文草案本身，有一种观点认为，草案第 1 条包含的单方面行为的定义应该予以扩展，不仅包括国家和国际组织，还应扩大到其他实体，如运动、人民、领土，甚至包括红十字国际委员会。在这方面提请注意，有必要分析一个被某些国家政府承认而不被其他国家政府承认的政治实体所拟定的单方面行为，或者该政治实体代表着一个正在创立过程中的国家，如巴勒斯坦。此外，一项单方面行为可能也会产生普遍的效果；其至关重要的因素是该行为在国际法体系中产生后果。

375. 另一观点建议采纳特别报告员提出的文本作为临时的工作定义。根据这一观点，在定义中提到受约束国家的“意图”是正确的，因为此种意图明显地存在于所列举的 4 种单方面行为之中；另一方面，“明确”一词看来是多余的，因为如果意志的表示不是“明确”的，那就会产生一个强有力的推论即并不存在真正的意图。在这方面也有人指出，尽管如此，一个内容明确的宣言还是能够约束一个国家，只要它愿意的话。因此认为“明确”一词所引起的不是定义问题而是解释问题，因此在第 1 条草案中无须理会。

376. 关于是否把“定为该国家或国际组织所知晓”等词包括在内，发表了不同的意见，因为它和“明确”一词引起的问题是一样的，而且涉及到一个举证因素，使该定义不必要地复杂化了。

377. 有人建议对第 1 条草案加以改进，即写入维也纳公约中“由国际法制约的”这样的话，还应指出单方面行为可能采取何种形式并不重要。

378. 此外还对该定义提出一项质疑，即是否从单方面行为的范畴中排除行为主题；还有人表示，对于沉默这一概念可以给予更多的重视。

379. 有一种观点认为应首先根据国家实践对于各个形态的单方面行为进行研究，确定它们是否存在共性，然后才能通过一项关于单方面行为的定义。

380. 一些委员欢迎特别报告员就单方面行为的有效性拟议的条文草案，因为这些条文草案的根据是引用了 1969 年维也纳公约的有关条款，不过这些条款能不能借用于单方面行为还是一个问题。

381. 在这方面有若干建议主张对条文草案进行更加详尽的审议，既涉及主题事项，也有必要考虑到有关国家实践。有人建议，维也纳公约第 64 条关于强制法的新出现的规则，可以以此为根据列入一个条款；还提出一项建议，应列举一项单方面行为无效性的各种影响，而不要规定哪些实体能够使之无效，还有人表示支持把列举无效性原因的清单缩短。

382. 另有一项建议主张列入一条关于单方面行为有效性条件的一般规则，即它们的内容是否实际可行，在国际法中是否允许，意志的表达有没有缺陷，意志的表达是否为公众所知晓，以及其意图是否会在国际一级产生法律效力。

383. 此外有人表示，有两种情况必须加以区别，一种情况是单方面行为宣布无效，另一种情况是单方面行为由于与国际法的强制性规范相冲突而无效。在后一种情况下，是国际法的约束使该行为无效，而不是因为拟订该行为的国家或任何其他国家使之无效。

384. 关于绝对无效和相对无效二者之间的区别问题，有人表示，问题在于在条约法中行之有效的这一区分能不能借用于单方面行为的领域。条约法做出这一区分的主要理由是为了保证不会因质疑互惠承诺而妨害其法律安全，但是在单方面行为的情况中不存在互惠的意愿。

385. 关于单方面行为的有效性问题的，有人指出它取决于与习惯法规则或条约法规则的相互关系，就是说一般国际法另有一条规则授权国家单方面行为，这一问题特别报告员可以加以处理。

386. 有人指出，“绝对”有效性的概念是有问题的，委员会可以考虑使用这一概念是否有必要。

387. 还有人说，无效性的概念可能导致在集体单方面行为方面遇到相当大的困难。例如，若干行为国当中只有一些存在着无效性理由的时候，就会产生该单方面行为是否对所有行为国集体无效的问题。此外有人指出，集体单方面行为的提法可以放在评注中，或者单独拟定一个条款。

388. 有一种观点表示，第 5 条草案所根据的概念，即单方面行为可以从它们的有效性或无效性两方面加以观察，这一概念被认为是错误的：单方面行为因事实上应该从对抗性和非对抗性两个方面加以观察。有效性是法律的一种品质：当议会通过一项法律的时候，它就产生效力并具有约束力。而另一方面，单方面行为并不遵守法律必须遵守以创造合法后果这一正规的标准。相反，单方面行为造成

特定情况下的法律后果，在此情况下一个国家的行为解释为可能受到若干其他国家的反抗。

389. 由于假定单方面行为可以享有有效性，特别报告员于是就列出了若干无效性的条件，可是却漏掉了可以反对一项行为的最明显的条件，即该行为违背法律并违背在国家责任范畴该国的义务这样一项简单的理由。显然，用特别报告员的话来说，一项单方面行为可以是非对抗性的，或“无效的”，因为根据一般法律制度它是非法行为，既然一般法律制度是有效的，并指出国家的特定行为具有对抗性从而对该行为给予定性。

390. 根据另外一个观点，对抗性和有效性这两个概念来自两个完全不同的领域。就有效性而言，可以设问一项行为事实上能不能产生义务。一旦该问题得到回答，就可以再问该行为为什么人产生义务，这就可以称为对抗性。尽管如此，对于正在讨论的课题而言这是无的放矢的问题。一项单方面行为对于有效拟定它的一方来说可能永远是对抗性的，问题是它是否对于其他实体也是对抗性的。既然对抗性问题可以包括在这一专题的工作以内，就不应排除委员会研究无效性的各种原因。

391. 有一种说法，既然一个国家有受约束的意图从而使一项有效的单方面行为存在，即使该行为仅仅对于那个国家具有对抗性，对此有人表示不能同意。在这方面有人说，对单方面行为不能完全脱离其他国家来观察；至少不能脱离双边关系，因为该行为在与其他国家的关系方面是要产生后果的，如果脱离了这些关系就没有任何事情可以说受到国际法的约束。

392. 条文草案 5(a) 使用的短语“[意志的表达][同意]该行为所约束”，有人表示有所保留，因为一个国家在拟定一项单方面行为时也许仅仅是要主张一项权利而已。

393. 对于特别报告员拟议的条文草案 5(d)、(e)、(f)、(g)和(h)，报告员指出这几条虽然是与 1969 年维也纳公约为根据的，但是它们没有原样采用该公约的用语，因此可以重新改写。

394. 关于条文草稿 5(f)，有人指出维也纳公约第 53 条仅仅表示一项条约“是无效的”。

395. 有人表示，任何国家均应视为援引无效性，不仅单方面行为违反强制性规范时是这样，而且当使用或威胁使用武力时也是这样。换句话说，最好重新引用维也纳公约中存在的对绝对无效和相对无效所作的区别。

396. 另外有人指出条文草案 5 (g)可能引起一些困难，在义务发生冲突的情况下要以《宪章》规定的义务为准，虽然如此这并不意味着与安全理事会决定相冲突的单方面行为必然一定是无效的；在这方面有人表示最好寻求一种提法，既能

充分发挥各种规范的先后次序，同时又可以避免“无效性”这一十分危险的用语；会使该条款在条文草案关于无效性的章节中完全没有地位。

397. 条文草案 5 (h) 说，拟订单方面行为的国家可以援引无效性，如果该行为与拟订它的国家国内法认为具有根本重要性的规范发生冲突。在这方面有人提出质疑，能不能援引国内法律使一项已经产生国际法律效力的行为失效，以及能否使行为国的国际责任受到影响。还有人建议，应该纳入一种提法，即该冲突对于该国的国内法律具有重大重要性的规范是否具有“明显”的性质。

398. 关于何人有权拟订单方面行为的问题，有一种观点认为，此种资格只应限于维也纳公约第 7 条第 2(a) 款提到的人士，不过另有一种观点认为有必要考虑有关国家的实践，以便确定是否其他机构能够在特定领域对国家进行约束。

399. 有人提出问题，一个机构越权采取行动或实行其指示是否仍然约束该国家在国际上这样做；根据有关国家责任的条文第 7 条，答案是肯定的。因此条文草案 5 (h) 有必要给予更加详尽的审议，因为它的原则本身是会引起问题的。此外还指出，关于对一个国家表示同意的权利施加或限制的问题，这在维也纳公约第 47 条中有所处理，那么同一点就显得尤其正确；但是特别报告员没有提供理由说明为什么没有把它借用在单方面行为上。

400. 但是根据另一观点，没有必要援引关于国家责任的条文草案，因为问题不在于责任，而是一种意志的表达，这种意志的表达对国家有约束，而不可能由该国的一个官员简单地加以表述。

401. 另外还有人指出只有行为国能够对拟订单方面行为的人是否具有资格提出质疑；其他国家能不能援引这一论点是不明确的。

402. 谈到有关错误、欺诈、腐败和同谋的条款时，有一种观点表示应该对这些表述进行进一步的思考，更充分地考虑这一领域中已经存在的大量国家实践。

403. 有些委员同意在对单方面行为的解释中最主要的标准是行为国的意图，如果对现有的筹备工作进行参考可能是有帮助的。在这方面，有人指出对筹备工作的参考只是被当作了一种补充手段，而且在条文 (b) 中被放在了方括号内，这说明它只被当作了一种次要考虑，而实际上它很重要，而且在谈到意图问题时应该受到强调。

404. 另一方面，另一些委员在谈到援引筹备工作时表示了他们的保留意见，因为在谈到单方面行为时求助于此种工作是否可行十分令人怀疑。另外有人提到，特别报告员已经说明了对单方面行为的解释是有限度的，这一点在条文草案的案文中并没有反映出来。

405. 有人主张，条文草案 (a)，第 2 款，保留了“序言和附录”字样，可能没有必要，因为事实上它们在单方面行为中极少出现。在这方面还有人建议该条款

可以表示为了解释单方面行为其上下文可以包括案文和必要的序言和附件。关于条文(b)提到的筹备工作,也可以采取类似的办法。

406. 有人建议,可以用制定一个解释单方面行为的广义的一般规则使工作方法简化,这样作会降低为诸如如何使用序言和筹备工作的细节评论,但有一项谅解,以后也许有必要具体针对某些种类的行为草拟解释规则。

407. 还有人建议,鉴于国家实践的多样性,最好采用逐个案例的方法进行工作,而不要试图拟订任何普遍统一的解释规则。

408. 另有一项提议请委员会注意单方面行为的专题和目的以此作为对之进行解释的指针。根据另外一个观点,审议单方面行为的解释目前时机尚未成熟。

409. 关于条文草案第7条所说单方面行为在本质上具有约束力,有人指出这一条款不可能当作普遍规则,因为比如抗议行为未必能够说是对拟订它的国家有约束力。

3. 特别报告员的结束语

410. 特别报告员指出,在辩论的过程中各种不同的观点已经形成。有些委员认为,就单方面行为规则编纂法律是不可能的。另外一些委员认为,这一专题十分困难,而所采取的研究方法必须重新审视,才能取得进展。另外还有一些委员说,虽然他们有些疑虑,他们还是觉得这一主题事项可以汇编法律,而且为了保障国家之间的法律关系,有必要确定一些规则。

411. 特别报告员指出,他同意大多数委员的意见,即单方面行为确实存在,它们在国际法当中是一个相当成熟的体制,它们在某些有效性条件下,可能对行为国产生约束。他认为在国际法庭章程第38条的意义范围内,单方面行为现在已经是一个法律来源,但是它们也能够构成一种义务的来源。他指出国际法院的司法制度中已经涉及单方面行为,例如核试验案件、柏威夏庙宇案件和法定捕鱼案件。

412. 谈到委员会有一位委员对本专题五年来缺乏进展表达的关切,特别报告员指出,直到委员会就如何处理这一专题达成最低限度的一致意见以前,是不可能取得进展的。这需要采取理论与实践并重的研究方法。委员会必须深入审议这一专题,同时考虑到各国政府的意见。他同意有必要研究相关的国家实践,因此他支持一项提议即在外外部私人机构可能的援助下建立一个机制来开展对国家实践的研究。不过他再次提出他曾请委员会的各位委员就本国的国家实践提供资料。

413. 在承认本专题的复杂性同时,特别报告员同意委员会大多数委员的意见,即只要能够在某些点上达成共识,这一专题的工作是可以继续下去的。他的主张是,委员会可以继续开始的工作,接着审议国家实践问题。所以没有必要暂停或完全放弃这一专题,因为这样做就和委员会早些时候对国际社会发出的

信息自相矛盾，当时的信息是：国际法律关系的安全性至关重要，就单方面行为汇编法律可能有助于在国家法律关系中建立信任感。

414. 因此他建议，在第一阶段由一个工作组对所有行为拟订普遍适用的规则，然后再集中力量对特定种类的单方面行为，如许诺或承认，审议具体的规则。

415. 关于是否能够起草一项条文来界定“行为必须遵守”原则的问题，特别报告员指出，这一界定对于制定适用于单方面行为的规则来说可能迈出一步。关于单方面行为的约束性有必要拟订规则，这一点在他的第五次报告增编 2 当中已经提到，他认为该问题值得由一个工作组作进一步的研究。

416. 关于是不是需要互惠性的问题，特别报告员说，按照理论和判例，单方面行为的特点是为了发生效力，他们并不需要对方接受或者作出任何其他反映才能产生法律效力。此外，必须把互惠性和行为国的利益加以区分。在这方面他还指出，即使在常规范畴互惠性也并不永远存在，因为一项条约可能涉及无须互惠的承诺。

417. 有人建议由于主题事项五花八门不大可能拟订普遍的规则，因此研究工作应只局限于许诺和承认这两种单方面行为，对此特别报告员答复说，他觉得就单方面行为的拟订和解释草拟一般性规则是可能的，单方面行为是单方面的意志表达，无论它的内容和法律效力如何这一点都是一样的。

418. 有一种观点主张应更多地重视所产生的效果而不是意图，对此他指出，为了确定一项行为的法律效力，首先必须确定它的性质，然后据此确定行为者的意图，这就牵涉到解释问题。

419. 特别报告员表示，委员会委员普遍同意条文草案第一条所载单方面行为的定义可以适用于所有这一类行为；对于使用“明确”这一术语以及要求单方面行为必须“知晓”，有些人表示疑虑，还有人主张扩大单方面行为对象的范畴，这些可以在起草委员会内给予处理。

420. 关于什么人被授权以国家名义行动并使国家在国际一级受到约束的问题，形成了两派意见。一种意见要求把拟订单方面行为的资格限制到特别具体的人，包括 1969 年《维也纳条约法公约》第 7 条所指的人，而另外一种意见认为此种资格应该扩大到其他的人，几乎所有的人都可以由国家授权去拟订可能影响其他国家的单方面行为。在这方面他指出，他在第五次报告第 93 段曾经提到对国际不法行为的国家责任条款中的第 7 条到第 9 条，这意味着这几个条款或者第 3 条的条款所规定的扩大责任范围，对于单方面行为来说是无效的或者不能适用的，因为这两个主题事项在国际法中具有不同的渊源，需要注意的考虑也是不同的。

421. 有些委员指出最好不要区分单方面行为的绝对无效性和相对无效性，同时另外一些委员则认为这一区分可能是有益的。他个人认为，“绝对”或“相对”无效性的概念对于确定什么人可以援引一项行为的无效性具有重要作用。

422. 关于单方面行为无效性原因的条文草案 5(a)至(h)，他同意一些委员的意见，他们正确地指出，“同意”一词是指条约法而言，因此对于单方面行为的情

况并不适用，他还同意一种主张，即应当考虑到《维也纳公约》第 64 条，该条论及一般国际法当中出现的一项新的强制性规范。提到单方面行为由于违背安全理事会决定而无效时，他提出也许只有根据《联合国宪章》第 41 条和 42 条通过的决定才属于此种情况。

423. 委员会有些委员提到，单方面行为如果违反一个国家以公约方式或单方面承担的义务则为无效。他个人认为，这不是属于该行为的无效性或有效性的缺陷，而是属于规则的冲突，这在维也纳公约制度中是由与条约的无效性相关的不同条款所制约的。

424. 谈到有人认为没有必要在条文草案中使用“援引”一词时，他提醒说这一术语在 1969 和 1986 年《维也纳公约》的相应条款中都使用过。在正在审议的案文中，他指的是一个国家可能援引无效性的原因，这种无效性的援引是另外一种不同的东西。

425. 与一些委员的意见相反，特别报告员认为解释的规则至关重要，并应在当前阶段给予审议。只有通过解释才能确定一项行为是不是单方面的，是不是合法的，是不是产生法律效力从而约束行为国，以及它是不是由条约法等其他制度所覆盖。何况，在本委员会以及在第六委员会都曾强调，关于解释的普遍性规则可以适用于单方面行为。

426. 就解释的规则而言，就行为国的意图这一提法已经发表了一些评论。他重复说，对意图的解释必须出于善意，并应符合在其背景下所声称的语句，以及该行文本身以及它的序言和附件。判定行为国的意图是必不可少的，这不但可以根据其书面或口头的宣告，以特定的背景和具体情况为根据，而且当根据一般解释规则不能判定其含义的时候，才可以使用补充手段。例如筹备工作。一些委员就能否了解到筹备工作产生的困难而表示关切，为了反映他们这种关切，特别报告员建议在条文草案中加入“当可能时”的字样。

427. 有些委员会提请注意有必要在案文中公开明示解释必须具有限制性；这样做可以消除一些顾虑及任何行为都可能造成对国家的约束，或者国家可能被它的代表人物之一所拟订的行为所约束。

428. 在特别报告员看来，关于无效性的原因以及关于解释的条文草案应当移交交给一个工作组，由该工作组确定是否能够拟订适用于一切行为的条款，然后再来处理所产生的实质性问题。

429. 关于一个国家能不能撤回它已经拟订的单方面行为，例如承认一个国家，特别报告员对这一问题的观点是，虽然该行为是单方面的，但是所产生的法律关系并不是单方面的，因此一个国家拟订了承认的行为之后就不能撤回它。

第七章

国际法不加禁止的行为所产生的 损害性后果的国际责任工作组 (危险活动造成的越境损害带来损失的国际责任)

A. 引言

430. 委员会第三十届会议(1978年)将“国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任”这一专题列入工作计划,并任命罗伯特·Q·昆廷-巴克斯特先生为特别报告员。⁴⁰²

431. 委员会从第三十二届会议(1980年)到第三十六届会议(1984年)共收到并审议了特别报告员提交的五份报告。⁴⁰³这些报告试图为本专题拟订一个概念性依据和专题纲要,并载有五个条文草案建议。专题纲要载于特别报告员提交1982年委员会第三十四届会议的第三份报告。这五个条文草案是在特别报告员提交1984年委员会第三十六届会议的第五份报告中提出的。委员会审议了这些条文草案,但未做出将它们交给起草委员会的任何决定。

432. 委员会在其第三十六届会议(1984年)上还收到以下材料:对联合国法律顾问于1983年向16个选定的国际组织所发调查表的答复。除其他事项外,调查表是要查明各国彼此应尽的义务、以及作为国际组织的成员应尽的义务是否足以履行或取代某些专纲要中提到的程序。⁴⁰⁴委员会还收到秘书处编写的一份研究报告,题为“关于国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任的国家实践概览”。⁴⁰⁵

⁴⁰² 在该届会议上,委员会成立了一个工作组,由它初步审议这一专题的范围和性质。工作组的报告见《1978年...年鉴》,第二卷(第二部分),pp.150-152。

⁴⁰³ 关于特别报告员的五份报告,见《1980年...年鉴》,第二卷(第一部分),p.247,文件A/CN.4/334和Add.1和2;《1981年...年鉴》,第二卷(第一部分),p.103,文件A/CN.4/346和Add.1和2;《1982年...年鉴》,第二卷(第一部分),p.51,文件A/CN.4/360;《1983年...年鉴》,第二卷(第一部分),p.201,文件A/CN.4/373;《1984年...年鉴》,第二卷(第一部分),p.155,文件A/CN.4/383和Add.1。

⁴⁰⁴ 《1984年...年鉴》,第二卷(第一部分),p.129,文件A/CN.4/378。

⁴⁰⁵ 《1985年...年鉴》,第二卷(第一部分),增编,文件A/CN.4/384;也见“与国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任专题有关的责任制度概览”,《1995年...年鉴》,第二卷(第一部分),文件A/CH.4/471。

433. 委员会第三十七届会议(1985年)任命胡利奥·巴尔沃萨先生为本专题的特别报告员。委员会从第三十七届会议(1985年)到第四十八届会议(1996年)共收到特别报告员提交的十二份报告。⁴⁰⁶

434. 委员会第四十四届会议(1992年)设立了一个工作组,目的是审议与这一专题的范围、应就该专题采取的办法以及该专题方面今后工作的可能的方向有关的一些一般性问题。⁴⁰⁷按照工作组的建议,委员会在1992年7月8日第2282次会议上决定分阶段继续进行这一议题方面的工作。先完成关于防止越境损害的工作,然后进行补救措施方面的工作。⁴⁰⁸鉴于本专题的标题含义不够明确,委员会决定继续依本专题应处理“活动”这一工作假设行事,并暂时不对标题作正式修改。

435. 委员会第四十八届会议(1996年)重新设立了工作组,以根据特别报告员的报告和委员会多年来举行的讨论在各方面审查该专题,并向委员会提出建议。

436. 工作组提交了一份报告,⁴⁰⁹完整地介绍了预防原则和赔偿和其他救济责任原则方面的专题,并提供了条款及其评注。

437. 委员会第四十九届会议(1997年)再次设立了工作组,审议委员会应如何就该专题开展工作的问題。工作组审查了委员会1978年以来关于这个专题的工作。它注意到,由于概念和理论上的困难、标题的恰切程度和这个课题与“国家责任”的关系等因素,这个专题的范围和内容还是不明确。工作组还注意到,委员会在这个专题之下处理了“预防”问题和“国际责任”问题。工作组认为,这两个问

⁴⁰⁶ 关于特别报告员的十二份报告,见:

《1985年...年鉴》,第二卷(第一部分),p. 97,文件A/CN.4/394;

《1986年...年鉴》,第二卷(第一部分),p. 145,文件A/CN.4/402;

《1987年...年鉴》,第二卷(第一部分),p. 47,文件A/CN.4/405;

《1988年...年鉴》,第二卷(第一部分),p. 251,文件A/CN.4/413;

《1989年...年鉴》,第二卷(第一部分),p. 131,文件A/CN.4/423;

《1990年...年鉴》,第二卷(第一部分),p. 83,文件A/CN.4/428;

《1991年...年鉴》,第二卷(第一部分),p. 71,文件A/CN.4/437;

《1992年...年鉴》,第二卷(第一部分),p. 75,文件A/CN.4/443;

《1993年...年鉴》,第二卷(第一部分),文件A/CN.4/450;

文件A/CN.4/459;文件A/CN.4/468;文件A/CN.4/475和Add.1。

⁴⁰⁷ 《大会正式记录,第四十七届会议,补编第10号》(A/47/10),第84-85页。

⁴⁰⁸ 关于委员会的详细建议,见《大会正式记录,第五十届会议,补编第10号》(A/50/10),第140-142页。

⁴⁰⁹ 《大会正式记录,第四十八届会议,补编第10号》(A/51/10),附件一。

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

438. 因此委员会决定就“国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任”这个专题开展工作，首先在“预防危险活动造成的越境损害”这个副标题项下讨论预防问题。⁴¹⁰ 大会在其第 52/156 号决议第 7 段中注意到这个决定。在同一届会议上，委员会任命彭马拉朱·斯里尼瓦萨·拉奥先生为专题这一部分的特别报告员。⁴¹¹

439. 委员会第五十三届会议(2001 年)通过了序言草案和 19 条一套的关于预防危险活动越境损害的条款草案的定本⁴¹²，从而结束其对本专题第一部分的工作。此外，委员会建议大会根据上述条款草案拟订一项公约。

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

B. 本届会议审议本专题的情况

441. 委员会本届会议恢复审议本专题的第二部分。委员会在 2002 年的第 2717 次会议上设立了一个工作组。委员会 2002 年 8 月 8 日和 9 日第 2743 和 2744 次会议审议和通过了经委员会修正的工作组的报告⁴¹³，该报告转载于下文 C 节。此外委员会任命彭马拉朱·斯里尼瓦萨·拉奥先生为本专题的特别报告员。

C. 工作组的报告

442. 委员会本届会议设立了一个工作组，⁴¹⁴ 由彭马拉朱·斯里尼瓦萨·拉奥先生任主席，工作组在 2002 年 5 月 27 日和 30 日，6 月 23 日、24 日和 29 日以及 8 月 1 日举行了七次会议。

443. 鉴于委员会完成了关于预防的条文草案，工作组根据大会第 56/82 号决议执行部分第 3 段开始对该专题的第二部分进行审议。也很重要是的，委员会完成了其有关国家责任的工作。据理解，未能履行早先关于预防的条文草案中针对国家的预防义务就会给国家带来责任。

444. 工作组认识到，尽管忠实地履行预防义务但仍然会发生损害，同时也是为了审查本专题其余部分的目的，假定此种义务已经履行。在这种情况下会因为几种

⁴¹⁰ 《大会正式记录，第五十二届会议，补编第 10 号》(A/52/10)，第 168 段。

⁴¹¹ 同上。

⁴¹² 《大会正式记录，第五十六届会议，补编第 10 号》(A/56/10)，第 97 段。

⁴¹³ A/CN.4/L.627。

⁴¹⁴ 名单见上文第 10 段。

不涉及到国家责任的理由发生损害，例如尽管采取了预防措施，但在当时的情况下证明是不足够的，或者在当时没有查明引起损害的具体风险，因此没有采取适当的预防措施。

445. 如果尽管缔约国履行了其义务还是发生了损害，仍可产生国际责任。因此，委员会在处理本专题有关危险活动造成的重大越境损害的其他内容时的任务最好是作为在参与行动的不同参加者(例如活动的授权者、管理者或受益者)之间分配损失。例如，他们可以按照具体的制度或通过保险机制来分担风险。

446. 会上普遍承认，各缔约国应有合理的自由允许在其领土内或其管辖或控制区内进行所希望的活动，尽管这些活动有可能产生越境损害。然而，与会者也同样认识到，它们应该确保如果尽管采取了适当的预防措施还是发生了实际损害那么就应提供某种形式的救助，例如赔偿。否则的话，潜在的受影响国家和国际社会就可能坚持要求起源国预防有关活动引起的所有损害，这可能造成活动本身不得不被禁止。

1. 范围

447. 工作组审议了不同的可能性，涉及到专题的整个范围。在这方面，工作组承认，蔓延性的污染和多种来源的污染所造成的损害或对国家管辖范围以外地区环境造成的损害具有其自身的特征。为此理由，工作组建议继续将该专题的其余部分的范围局限于预防专题所涵盖的同样活动。这一种办法还会有效地将目前的工作和过去的工作相联系从而完成本专题。

448. 关于范围，工作组的理解是：

- (一) 所涵盖的活动与预防危险活动造成的越境损害专题范围内所包括的相同；
- (二) 必须确定一个起点，以便启用所造成损失的分配制度；⁴¹⁵
- (三) 应该涵盖(a) 人身(b) 财产，包括国家世袭财产和国家遗产等要素的损失，以及(c) 国家管辖范围内环境的损失。

2. 操作者和国家在分配损失中的作用

449. 工作组就采取不同的模式和理念来落实或论证在有关参与者之间分配损失的不同方法进行了初步交换意见。

450. 对于某一些考虑达成了一致意见。首先，原则上不应让无辜的受害者承担损失。第二，关于分配损失的任何制度必须确保对所有参与危险活动的当事方规

⁴¹⁵ 在工作组内对这一问题有不同意见。一种意见认为应保留“重大损害”作为启动标准，另一种意见认为，这一种起点虽然适合于预防制度，但是是不合适的，因此对于目前的工作必须确定一个更高的起点。

定有效的激励机制以便在预防和应对工作中采取最佳的做法。第三，这一种制度应该广泛地涵盖国家以外的各种有关参与者。这些参与者包括私人实体，例如操作者、保险公司和工业基金的联合体。此外，各缔约国在制订和参与分担损失的计划中起到重要作用。本专题的许多内容将会涉及这些参与者之间分配损失的详细情况，在辩论中，强调了以下的各种考虑。

(a) 操作者的作用

451. 操作者由于对活动进行直接的控制因此应在任何分配损失的制度中承担主要责任。操作者所承担的损失份额将包括在损失发生时他需要承担来控制损失的费用，以及恢复和赔偿的费用。在求算这些费用时，特别是有关恢复和赔偿的费用时，是否履行了预防义务以及对作业进行了适当管理等考虑将是很重要的。其他的考虑，例如第三方的参与、不可抗力、损害的不可预见性以及无法十分有把握地将损害追踪到活动的源头，也需要顾及。

452. 工作组还审议了制定适当的保险计划是否有益，由属于同一行业的操作者向一些筹资机制作强制性的捐款，并由缔约国拨给专用经费来应付危险活动造成重大损害产生的紧急和意外事件。

453. 会议还认识到，保险业并不总是对许多危险活动产生的损害进行保险的，特别是那些被认为特别危险的活动。在这种情况下，由缔约国提供国家经费或激励机制以便能得到这种保险的做法是值得提的。关于这一点，一些缔约国已经承诺用适当的激励措施来推动适当的保险计划。

454. 在任何有关损失分配的制度中，如果恢复和赔偿的费用超过现有的保险或操作者生存所必需的自有资源的限度，那么就不能设想操作者的份额将是充分和无所不包的。因此，对操作者在重大意外事件中损失的份额可以加以限制。会议还指出，如果操作者的支付责任是严格的或绝对的，那么其份额一般将受到限制。于是，损失的其余部分将得分配给其他来源。

(b) 缔约国的作用

455. 工作组讨论了缔约国在分担危险活动造成损害所产生的损失方面的作用。工作组一致同意，缔约国在制订适当的国际和国内责任计划以实现公平的损失分配方面起到关键性的作用。在这一方面，发表的一种意见认为，应制订出这样的计划以确保操作者内部消化其作业的所有费用，因此没有必要使用公共经费来赔偿这种危险活动所产生的损失。如果缔约国本身是操作者的话，其也应根据这种计划承担责任。然而，工作组还一致认为，有可能产生这样的情况，私人的责任可能证明不足以实现公平的分配。工作组的一些成员于是表明这样的立场，在这种情况下，损失的其余部分应分配给该缔约国。其他成员认为，虽然不能完全排除这一种备择办法，但是只有在例外的情况下才应产生任何剩余的国家赔偿责

任。与会者指出，在一些情况下，如对空间物体造成的损害，国家已经接受了第一位责任。

456. 工作组还讨论如果对于危险活动造成的越境损害存在着剩余的国家责任的话会产生什么问题：在这种情况下，应由哪一个国家来参与分担损失并不是不言自明的。在一些情况下，起源国可能负有责任。会议指出，授权或监测有关作业或从中受益的国家也应参与承担损失。在其他情况下，责任可能落在有关操作者国籍所在的国家身上。在确定国家在损失分配方面的作用时可以考虑国家控制的程度，以及国家作为有关活动受益者的作用。

3. 额外的问题

457. 在这一方面供审议的事项包括合并索赔的国家间或国家内机制、操作者国际代表造成的问题、索赔的评估、量化以及理赔程序、向有关法院申诉的机会以及现有补救方法的性质。

第八章

国际组织的责任

A. 引言

458. 委员会于 2000 年的第五十二届会议上决定将“国际组织的责任”这一专题列入其长期工作方案。⁴¹⁶

459. 大会 2000 年 12 月 12 日第 55/152 号决议第 8 段注意到委员会关于长期工作方案的决定，以及委员会 2000 年报告所附关于新专题的纲要。

460. 大会 2001 年 12 月 12 日第 56/82 号决议第 8 段请委员会开始就“国际组织的责任”专题进行工作，并适当考虑各国政府提出的意见。

B. 本届会议对这一专题的审议

461. 委员会本届会议在 2002 年 5 月 8 日举行的第 2717 次会议上决定将本专题列入其工作方案。

462. 同次会议上，委员会成立了这一专题的工作组。⁴¹⁷

463. 委员会在同次会议上进一步决定，任命乔治·加亚先生为本专题特别报告员。

464. 委员会在 2002 年 8 月 2 日举行的第 2740 次会议上审议并通过了该工作组的工作报告，印于下文 C 节。

C. 工作组的报告

1. 专题的范围

(a) 责任概念

465. 委员会在“对其国家国际不法行为的责任”[以下称国家责任]条款中以“责任”一词指国际不法行为在国际法中的后果。应该假定，新专题中的“责任”的意义至少包含同样的概念。因此，这项研究应该包含国际组织对其不法行为的责任。其范围也应合理地包括国家责任条款中所搁置的有关事项：例如，关于第 57 条的评注第(4)段所说的“国际组织为行为者，而国家因参与该组织的行为或由于为该组织成员而被认为负有责任的情况。”⁴¹⁸

⁴¹⁶ 《大会正式记录，第五十五届会议，补编第 10 号》(A/55/10)第九章 A.1, 第 729 段。

⁴¹⁷ 工作组成员见上文第 10 段。

⁴¹⁸ 《大会正式记录，第五十六届会议，补编第 10 号》(A/56/10)，第 316 页。

466. 国家责任条款打算只确立一般国际法规则，搁置“由国际法特别规则规定”的“国际不法行为存在的条件”和关于“一国国际责任的内容或履行”的问题(第55条)。对国际组织采取类似的办法似乎也合理。这种选择不排除这样一种可能性，即可以从“特别规则”和各自的执行惯例中获得制定一般规则的某些指点。同样，国际法一般规则也可适用于解释组织的“特别规则”。

467. 国际组织的责任既可以对成员国，也可以对非成员国产生。如果是非普遍性国际组织，则更加有可能对非成员国产生责任。如果是成员国，国际组织及其成员国之间存在着很多不同的关系，如果在国际组织不履行对它的成员国的义务或者成员国不履行对组织的义务的情况下将许多特别规则(大多涉及有关的“组织规则”)适用于这个问题，则可能会使一般规则在这方面的意义受到限制。但是，国际不法行为的责任问题不应仅仅是由于这些问题在国际组织与它的成员国之间产生而被排除在对这个专题的研究之外。

468. 国际组织的责任问题常常与这些组织在国际法下的赔偿责任(liability)问题连在一起，如空间物体造成的损害问题，因为根据1972年《外空物体所造成损害之国际责任公约》第二十二(3)条，或许还可根据一般国际法的一条平行规则或通过适用一般法律原则，国际组织得对此承担赔偿责任。责任和赔偿责任常常是交织在一起的，因为损害的造成，一部分是由于合法行为，一部分是由于违反防止的义务或者其他义务。但是，委员会另外做了一个国际赔偿责任的专题，目前在审查中，因此在委员会就该项研究的工作得出结果之前，暂时似乎最好推迟审议国际组织的赔偿责任问题，不要在国际组织的责任范围内审议这类问题。

(b) 国际组织的概念

469. 在联合国的主持下通过的一些公约将国际组织一词的意义限定在政府间组织之内，意指国家通过条约或者(在特殊情况下，如欧安组织)未通过条约建立的组织。1986年《关于国家和国际组织间或国际组织相互间条约法的维也纳公约》第2(1)(i)条说，“‘国际组织’系指政府间组织”。这一概念无疑包含了可能会产生国际法下的责任问题的大多数实体。应该假定，国际法赋予这些国际组织以法人资格，因为如若不然，它们的行为便会归属于它们的成员，就不会产生一组织在国际法中的责任问题。

470. 以上对国际组织所下的定义适用于性质相当不同的实体。成员资格、职能、议事方式以及可供它们使用的手段有很大的差别，因此在责任问题上指望能适用于所有政府间组织的一般规则，也许是不合理的，特别是在国家可能因其参加的组织所从事的活动而招致的责任问题方面。也许必须要为不同类别的国际组织拟订具体的规则。

471. 有些国际组织，如世界旅游组织的成员除了国家外还有非国家行为者。研究也可以包括对这类组织引起的责任问题。对非国家成员的责任问题不必直接作研究，但若影响到成员国的责任，则可予以考虑。

472. 如果这项研究还要包括国家根据国内法(如某一国家的法律)建立的组织以及非政府组织，该专题的范围就会大得多，因此，似乎最好是搁置(至少暂时搁置)涉及这类组织的责任问题。

2. 国际组织的责任专题与国家责任条款之间的关系

473. 国际组织的责任条款草案必须在形式上独立于国家责任条款的案文。但不一定因此就不能在新案文中一般性地提及在国家责任方面通过的规则，并为不能通过如此提及而得到充分处理的问题编纂具体的规定或者不对其中有些问题持任何成见。这种做法的优势在于提供了编纂较简短而又突出具体问题的案文的机会。但是在这样做时，我们可能会低估该专题的一些具体方面，特别是在国际组织方面很少实践经验的一些情况。国家责任条款中反映了对国家的习惯国际法规则方面的一些事项，对于国际组织来说只能留待逐渐发展。不管选择何种起草方式，都必须非常谨慎地考虑该专题的具体方面。

474. 这种情况不能完全与条约法方面所发生的情况相比拟，在这方面，早在委员会完成国际组织方面的工作之前，关于国家间条约的编纂公约就已通过并生效；此外，1986年维也纳会议达成的结论说，关于国际组织条约的规则在大多数方面与《1969年公约》的规则相一致。因此而产生的结果是，《1986年公约》原文照搬该公约的许多规定。这无法避免地受到了批评，说这种做法没有必要：通常只需指出，适用于国家的条款被认为也适用于国际组织。在责任方面发生了不同的情况。联大建议各国注意关于国家的条款，但推迟对今后就这些条款采取的行动作出决定。可以说，国际组织的责任所特有的问题比条约方面的要多。因此，至少在目前，就责任而言起草一项综合性案文比起条约法来说更加有理由。

475. 鉴于委员会2001年完成的漫长的工作结果的质量以及使委员会的成果在某种程度上保持一致的必要性，因此必须要不断考虑国家责任条款。不管在国际组织方面的类似解决办法是否有理，它们应该被看作是一种启发。如果能确切地弄清国际组织的特点以及国家责任条款的发展情况，就能表明是否可以对该专题的一部分充分地参照适用于国家的规则。如果委员会在国际组织的责任方面所从事的初步工作研讨了确实具体的事项，必须重新起草部分案文的可能性总是会减到最低限度的。

3. 归属问题

476. 实践中在国际组织的责任方面考虑最多的一个问题涉及将不法行为归于某一组织或者它的成员国或其中一些成员国；可以想象，在某些情况下可以同时归因于某一组织和它的成员国。对国家责任条款第57条的评注指出，“[……]第

57 条并未将一国对自己行为负责任的问题排除在本条款之外，即根据第一部分第二章，它应负责任之行为而不是国际组织的机关的行为”。⁴¹⁹但是，如第 4 条所示，这段引述的评注并不意味着一个国家机关的行为不一定归于国家。评注提到了一种例外情况，即“如果是一国家派官员到一国际组织去以该组织的机关或官员的名义行事，他们的行为要由该组织而不是派出国负责，从而不属于本条款的范围”。⁴²⁰

477. 一个国家机关“被借”到一个国际组织的情况并不是引起国家机关的行为是否应归于该国或该组织的问题的唯一情况。我们还可能要考虑国家机关的行为由国际组织授权或者发生在组织的专属管辖范围内的领域的情况。例如，《联合国海洋法公约》附件九在第五条第 1 款中说，一个组织及其成员国在参加《公约》时必须发表“一项声明，指明关于本公约所规定的何种事项的权限已由其为本公约缔约国的成员国转移给该组织”；第六条第 1 款规定，“根据本附件第五条具有权限的缔约各方对不履行义务或任何其他违反本公约的行为，应负责任”。显然，对这些问题研究，必须要比在撰写关于国家责任的第 57 条的评注时所作的研究更加深入。

4. 成员国对归于国际组织的行为的责任问题

478. 国家对它们是成员的国际组织的活动是否得负责的问题，也许是正在审议的这项专题中最有争议的问题。由于它有一部分与归属问题相关，因此最好是紧接着处理这个问题。在成员国的责任方面，有一些情况与国家责任条款第一部分第四章相类似。该章涉及国家间的关系，只考虑一国援助或协助、指挥和控制、或者胁迫另一国实施国际不法行为的情况。在更多的情况下可以要成员国承担责任。如已经指出的那样，由于国际组织的结构和职能不同，对目前审议中的问题可能要采取不同的解决办法。

479. 如果成员国必须对它们所加入的国际组织也应负责的国际不法行为负责，就必须询问是否存在连带责任或者个别责任，或者成员国的责任是否只是从属性的。

480. 在实践方面产生的一个尽管有限但可能必须要予以审议的一个问题涉及：在一个国际组织不履行义务但该组织后来已解散的情况下的成员国的责任。另一方面，国际组织之间的继承问题引起了若干似乎不属于国际组织责任专题范围的问题，可予搁置。

⁴¹⁹ 同上，第 317 页。

⁴²⁰ 同上，第 316 页。

5. 对国际组织产生责任的其他问题

481. 国家责任条款为涉及对国际组织产生责任的其余部分的结构提供了一种模式。因此我们必须依次审议关于违反国际义务的问题、关于一个组织对另一组织或国家的行为的责任的问题以及关于解除行为不法性的情况，包括将放弃作为一种同意的形式的问题。

482. 如果我们认为，一个国家机关的行为，即使是由国际组织授权的，也归于该国，那么该国际组织在这种情况下是否应承担责任的问题必须与一个组织援助或协助、指挥和控制或者胁迫一个国家实施国际不法行为的情况结合在一起审议。

6. 国际责任的内容和履行问题

483. 国家责任条款的第二和第三部分只涉及一国对另一国的责任的内容和在国家间关系中履行责任的问题。第 33 条第 2 款说，第二部分“不妨碍任何人或者国家以外的实体由于一国的国际责任可能直接取得的任何权利”。虽然第 33 条的评注没有具体提到国际组织，但显而易见，它们可以被看作是一国应对之承担责任的实体以外的实体。

484. 将研究范围扩大到国际组织国际不法行为的法律后果问题，似乎是合乎逻辑的。这就是国家责任条款中所谓的“国际责任的内容”。如果新的条款草案依循国家责任条款第二部分的格局，就没有必要具体说明与应负责任之组织的义务相对应的权利是否属于一国、另一组织或个人或者国家或组织以外的实体。

485. 由于新的专题涉及国际组织的责任，因此它不包括有关国际组织可能向国家提出的权利要求的问题。但是，由于它包括了国际组织可能对其他组织提出的权利要求，因此，对国家提出的权利要求方面的有些问题只需以类比方式予以包括。一个组织的责任的履行，如果也包括组织提出的权利要求，则会产生一些具体问题。例如，有人可能会提出这样一个问题，即一组织是否有权在违反对整个国际社会的义务情况下援引责任，或者某些组织是否可以采取反措施。在后一种情况下，我们还必须考虑到组织及其成员国在采取反措施中各自的作用。如以前所指出的那样，解决这些问题，将在组织可能向国家提出的权利要求方面产生影响。我们还必须要考虑谁有权代表组织援引责任的问题。鉴于上述有些问题的复杂性，因此在本阶段明智的做法也许是，暂时不去解决这项研究是否应当包括涉及国际组织责任之履行的事项问题，如果应当，则是否应只考虑国家的权利要求，还是也应考虑国际组织的权利要求。

7. 争端的解决

486. 国家责任条款没有包括争端解决方面的规定，这似乎表明在国际组织的责任方面也应作出类似的选择。如果联大在今后决定争取通过关于国家责任的公约，则必须要审查这个问题。但是，由于国际组织在责任条款草案在形式上是独

立的，因此只对后一个专题采取公约的途径，是不可能的，但也并非无法想象。此外，有一个论点支持在国际组织的责任方面考虑争端的解决，原因是人们普遍认为必须要改进解决这些争端的办法。在本阶段最好暂缓讨论是否应起草争端解决规定的问题，不管是否妨碍到它们的列入。

8. 应予考虑的惯例

487. 成员国对国际组织的行为承担附属责任方面几个最著名的案例涉及组织与私人当事方缔结的商业合同。产生的问题主要根据国内法或一般法律原则予以审议。这种案件提出了性质截然不同于国际法下的责任的问题：例如，可适用的法律问题、是否存在执行国际组织组织法的立法问题或者组织的豁免权问题。因此没有理由将国际组织责任问题的研究范围扩大到包括没有在国际法中产生的责任问题。但是，有关的司法判决或仲裁裁决确实为研究国际法下的责任提供了一些令人感兴趣的要素。例如，Oliver 爵士和 Templeman 爵士在 1989 年上议院对《J. H. Rayner 有限公司诉贸易部案》的判决中提出的意见(81《国际法报告》670)，对成员国在国际法中的责任问题作了一些附带的评述；此外，在国内法方面形成的论点是可用于进行类比的一些有用的内容。应该从后一种角度去考虑关于商业合同的司法判决和仲裁裁决。

9. 工作组的建议

488. 鉴于务必获得至今为止尚未出版的材料，工作组建议秘书处与国际组织洽商，以收集有关的材料，侧重探讨行为的归属问题和国际组织成员国对归于该组织之行为的责任问题。

第九章

国际法不成体系：国际法的多样化和扩展引起的困难

A. 引言

489. 就“国际法不成体系引起的危险”这一专题进行的可行性研究，⁴²¹委员会在对之进行审议后，在 2000 年第五十二届会议上决定将此专题列入其长期工作方案。⁴²²

490. 大会在 2000 年 12 月 12 日第 55/152 号决议第 8 段中，注意到委员会关于长期工作方案的决定，并注意到委员会 2000 年报告所附关于对这一新专题的内容提要。

491. 大会在 2001 年 12 月 12 日第 56/82 号决议第 8 段中请委员会对即将列入长期工作方案的各项专题作进一步的审议，同时对各国政府所作的评论给予应有的注意。

B. 本届会议审议本专题的情况

492. 委员会在 2002 年 5 月 8 日举行的本届会议第 2717 次会议上决定将本专题列入其工作方案。

493. 同次会议上，委员会成立了关于本专题的研究组。⁴²³

494. 委员会在 2002 年 8 月 6 日和 7 日举行的第 2741 次和 2742 次会议上审议并通过了经过修订的研究组报告，该报告载于下文 C 节。委员会在这样做的同时，除其他外，决定将本专题的标题改为“国际法不成体系：国际法的多样化引起的困难”。

C. 研究组的报告

1. 讨论概况

(a) 对开展此项专题研究的支持

495. 研究组所审议的主要问题之一是国际法不成体系问题(意指国际法的扩展和多样化的后果)是否适合由委员会来进行研究。虽然此专题的可能范围以及委员会工作的可能最后结果的内容和形式存在着相当大的不确定性，至少在一开始时是这样，但研究组几乎所有成员都坚决赞同研究这一问题。委员们的一般感觉

⁴²¹ 格哈德·哈弗纳，“国际法不成体系引起的危险”，《大会正式记录，第五十五届会议，补编第 10 号》(A/55/10)，附件。

⁴²² 《大会正式记录，第五十五届会议，补编第 10 号》(A/55/10)，第九章 A.1，第 729 段。

⁴²³ 研究组成员见上文第 10 段。

是，对此专题进一步加以研究是必要的，这是一个委员会可以提供有意义的指导意见的领域，至少就该问题的各具体方面而言是这样。

496. 委员会从一开始就承认，这一专题从性质上讲是很不相同的。⁴²⁴然而这一专题的独特性并没有减弱对委员会审议此专题的广泛支持。

497. 人们一致认为，不成体系并不是一个新现象。有的委员表示，国际法本来就是一个不成体系的世界的法律。另一些委员进一步指出，不成体系问题的加重也是国际法不断扩大的自然结果。因此研究组认为委员会不应把不成体系问题视为一个新现象，那样做会使人忽视国际法所发展出的解决不成体系引起的问题的现有机制。

498. 研究组注意到不成体系现象对国际法的统一和一致带来的危险和挑战，这在上文第 498 段提到的 2000 年所做可行性研究中已经有所讨论。委员会的工作应该以应对这些危险和挑战作为方向。另一方面，研究组也认为有必要强调不成体系的积极方面。例如，不成体系可以视为国际法富有活力的表现。还有委员提到，规则、制度和机构的增多有可能加强国际法。区域性的国际法及其机构也是这样。有的委员提请注意如下事实：国际法范围的扩大意味着原先未由国际法处理的领域现在正得到处理。同样，国际法中多种声音的增加以及多中心体系的出现也是有好处的。

(b) 程序性问题

499. 对于程序性问题，有的委员提出这样的问题：此专题是否在委员会的职权范围内？多数委员认为这一担心是没有根据的。有的委员提出一个问题，即委员会是否须取得大会进一步核可才能处理这一专题。⁴²⁵但多数委员认为在这一问题上，大会的必要支持是可以得到的。

(c) 适当的标题

500. 研究组普遍感觉本专题的标题“国际法不成体系引起的危险”不够全面，因为用“不成体系”一词来表述这种现象，是过于消极的说法。但研究组认为，不成体系一词可能含有下述意思，即国际法扩展到新的领域会产生某些不好的后果。

(d) 工作方法和形式

501. 在方法问题上，对于如何处理这一广泛的专题，存在着各种各样的想法。一致意见是，此问题不适合以传统的条款草案形式来进行编纂工作。

⁴²⁴ 委员会 2000 年报告称此专题“与委员会到目前为止审议的其他专题不一样”（《大会正式记录，第五十五届会议，补编第 10 号》(A/55/10)，第 731 段）。

⁴²⁵ 见上文第 490 和 491 段。

502. 提出的处理此专题的一种办法是侧重于具体的问题领域或主题。沿着这一思路，有的委员建议委员会应查明存在着相互冲突的国际法规则的某些领域，例如引渡条约和人权规范，并在可能时拟订解决这些冲突的办法。还有的提到委员会应采取更为描写性的方法，将工作的范围限定于评估国际法不成体系问题的严重程度。

503. 与此大为不同的是，有的委员提议采取更为解释性的做法，而在这一阶段不一定有必要明确制订方法。据认为这种做法符合这一专题的独特性，因此，允许方法不断演变可能是最为适当的做法。

504. 研究组查明了不适合委员会进行研究的好几个领域。有的委员说，对这一问题，可用不同的方式从概念上思考。

505. 研究组的一项一致意见是，委员会不应处理国际司法机构的创立及其相互关系的问题。然而研究组认为，鉴于不同的司法机构可能在相同或相似的国际法规则的认定与适用上有差异，那么此种差异所产生的问题是应该处理的。

506. 另一项一致意见是，与国内法律体系进行类比是不适当的。据认为，这种类比引入了等级概念，而国际法中是没有这种等级概念的，也不应该加上这种等级概念。有的委员提到，国际法中不存在经过认真制定并具有权威性的价值等级，例如不存在人权与环境孰重孰轻的问题。此外，也不存在一个能够解决冲突的代表体系上等级的最终机构。

507. 委员们承认，委员会不应在各机构之间的关系以及在相互冲突的规则方面担任裁判的角色。另一方面，据认为委员会可以处理此类机构之间的沟通问题，从而发挥有益的作用。

508. 有的委员建议，委员会应在较后组织一个研讨会，以讨论不成体系问题，委员会在这种研讨会中可以发挥参加者或主持者的作用。研讨会的目的是全面地了解各国的实践，并为开展对话和实现可能的统一提供一个论坛。根据另一项建议，研讨会应在委员会每年届会开始时举行。研究组认为，这种作用是符合《国际法委员会章程》第三章的。另一项建议是，就委员会便利协调的作用而言，应超出举行研讨会的想法。据设想，可以进行更为制度化的定期会议。有的委员指出，现在已经存在着类似做法，例如在联合国举行的人权条约机构负责人会议和大会期间各国法律顾问年度会议。

509. 一项建议是，有必要以发放问卷的形式，对现有的协调机制例如上文第 508 段中提到的那些协调机制进行调查。

(e) **关于委员会工作的可能结果的建议**

510. 研究组多数成员的意见是，委员会工作的结果应是一个研究报告，尽管对任何这种报告的具体形式或范围尚无任何一致意见。委员会将据此作出决定，以采取适当的行动。

2. 建议

511. 根据研究组对本专题的标题进行的讨论(见上文第 500 段)，研究组建议将标题改为“国际法不成体系：国际法的多样化引起的困难”。

512. 研究组建议，应就本专题的各个具体方面开展一系列研究，然后将研究报告交由委员会审议并由它采取适当行动。这些研究的目的是协助国际法官和法律从业人员应付国际法多样化的后果。在这方面，除其他外，下列题目可以列为研究的内容：

(a) “特别法”规则的职能和范围与“自足的制度”问题；

(b) 在谈论国际法的一般发展和国际社会的关注时依照“适用于当事国间关系之任何有关国际法规则”(《维也纳条约法公约》第 31 条第 3 款(c)项)对条约进行解释的问题；

(c) 关于同一事项先后所订条约之适用(《维也纳条约法公约》第 30 条)；

(d) 仅在若干当事国间修改多边条约之协定(《维也纳条约法公约》第 41 条)；

(e) 国际法的等级：绝对法、普遍性义务、作为解决冲突规则的《联合国宪章》第一百零三条这三者的关系。

在选择拟研究的题目时，须参照委员会原先所做的工作，例如参照委员会在条约法或国家对国际不法行为的责任领域的工作。这样，类似于围绕对多边条约的保留问题所采取的研究办法，这些研究将以原先的案文作为基础，然后进一步发展。所做工作的目的应是提供一种可称作“工具箱”的东西，以求协助解决现有法律准则和制度不一致和相互冲突所引起的实际问题。

513. 建议作为第一步，研究组主席先就“‘特别法’规则的职能和范围与‘自足的制度’问题”开展研究。

第十章

委员会的其他决定和结论

A. 委员会的方案、程序和工作方法及委员会的文件

514. 委员会在 2002 年 5 月 1 日举行的第 2713 次会议上，为整个届会设立了一个规划组。⁴²⁶

515. 规划组举行了六次会议。它收到了大会第五十六届会议第六委员会讨论专题摘要 E 节，题为“委员会的其他决定和结论”。⁴²⁷

516. 委员会在 2002 年 8 月 9 日 2744 次会议上审议并批准了规划组的报告。

1. 新专题

517. 2002 年 5 月 1 日，委员会决定：

- 在委员会工作方案中列入“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，并就此专题设立一个工作组；
- 在委员会工作方案中列入“国际组织的责任”专题，就这一专题任命一位特别报告员，并设立一个工作组，以便在委员会本届会议期间协助特别报告员。

518. 2002 年 5 月 6 日，委员会决定：

- 在委员会工作方案中列入“共有的自然资源”专题，就这一专题任命一位特别报告员，并设立一个工作组协助特别报告员；
- 在委员会工作方案中列入“国际法不成体系的危险”⁴²⁸ 的专题，并就此专题设立一个研究小组。

519. 委员会也于 2002 年 5 月 8 日第 2717 次会议上决定任命乔治·加亚先生为“国际组织的责任”专题的特别报告员，在 2002 年 5 月 30 日第 2727 次会议上任命山田中正先生为“专题的特别报告员”，并在 2002 年 8 月 8 日第 2743 次会议上任命拉奥先生为“国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任(危险活动引起越界损害的损失情况下的国际责任)”专题的特别报告员。

⁴²⁶ 关于规划小组的组成，参见上文第 7 段。

⁴²⁷ 文件 A/CN.4/521。

⁴²⁸ 目前标题是：“国际法不成体系问题：国际法多样化和扩展引起的困难”。

2. 委员会在五年期余下期间的工作方案

520. 今年是五年期的第一年，按照惯常做法，委员会认为，有必要为以后四年确立一个工作方案，用一般措辞列出这一期间拟就每项专题所要实现的目标。委员会的理解是，工作方案是临时性的，因为有关工作的性质和复杂性排除了预先作出任何肯定的长期预断的可能性。

工作方案(2003-2006年)

2003年：

对条约的保留

特别报告员关于保留的有效性的第八次报告。

外交保护

特别报告员关于企业公司国籍的第四次报告。

国家的单方面行为

特别报告员关于适用于单方面行为的一般规则的第六次报告(第一部分结束)。

国际组织的责任

特别报告员关于本研究的范围和行为责任归属的第一次报告。

共有的自然资源

关于提纲的第一次报告。

国际法不加禁止的交易所产生的损害性后果的国际责任(危险活动引起越界损害的损失情况下的国际责任)

进一步拟定本专题的概念性提纲。

国际法不成体系问题：国际法多样化和扩展引起的困难

关于处理国际法不成体系问题的国际法律途径和手段(例如关于特别法和“自足制度”)的第一次报告(文件)。

2004年：

对条约的保留

特别报告员关于保留的有效性和对保留的反对意见问题的第九次报告。

外交保护

关于各种未决问题的第五次报告并完成外交保护的一读。一读通过条款草案和有关评注。

国家的单方面行为

特别报告员关于适用于某些单方面行为的特定规则的第七次报告(第二部分)。

国际组织的责任

特别报告员关于成员国对归因于国际组织的行为的责任问题的第二次报告。

共有的自然资源

关于封闭地下水的第二次报告。

国际法不加禁止的交易所产生的损害性后果的国际责任(危险活动引起越界损害的损失情况下的国际责任)

有待以后确定。

国际法不成体系问题：国际法多样化和扩展引起的困难

关于处理国际法不成体系问题的国际法律途径和手段(例如关于根据可适用的一般国际法对条约进行解释的《维也纳条约法公约》规则)的第二次报告(文件)。

2005年：

对条约的保留

特别报告员关于在保留方面的国家继承问题的第十次报告。“最后整理”和一读通过准则。

外交保护

各国政府对一读通过的条款草案及其评注的意见。

国家的单方面行为

特别报告员关于可适用于第七次报告没有提到的单方面行为的规则的第八次报告。

国际组织的责任

特别报告员就与国际组织责任的产生有关的其余问题提交的第三次报告。

共有的自然资源

关于石油和天然气的第三次报告。

国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任(危险活动引起越界损害的损失情况下的国际责任)

有待以后确定。

国际法不成体系问题：国际法多样化和扩展引起的困难

关于处理国际法不成体系问题的国际法律途径和手段(例如关于历次所订条约的适用和多边条约相互之间的修订)的第三次报告(文件)。

2006年：

对条约的保留

二读。

外交保护

关于第六委员会和各国政府评论的第六次报告，二读通过条款草案及其评注。

国家的单方面行为

一读通过条款草案及其评注。

国际组织的责任

特别报告员的第四次报告。一读通过条款草案及其评注。

共有的自然资源

关于全面审查的第四次报告。

国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任(危险活动引起越界损害的损失情况下的国际责任)

有待以后确定。

国际法不成体系问题：国际法多样化和扩展引起的困难

关于国际法委员会实际作用的第四次(最后)报告(文件)。

3. 长期工作方案

521. 在 2002 年 5 月 1 日第一次会议上，委员会决定重新设立长期方案工作组，并任命佩莱教授担任该工作组主席。⁴²⁹工作组于 2002 年 7 月 31 日举行了会议，主席于 2002 年 8 月 1 日向规划小组口头做了进展报告。其工作在本阶段具有初步性质。

4. 程序和工作方法

522. 委员会审议了有关委员会工作程序方面问题的各项提议。特别讨论了在国际法委员会第五十三届会议就已提出的一项提议。该提议有三个方面，分别涉及委员会部分改选制度，注意遵守关于改进出席国际法委员会会议的要求，和使国际法委员会委员性别代表性更加平衡的措施。另一项提议涉及主席团席位按地域分配轮流担任问题。对这些提议进行了深入讨论，但最后人们认为，除了其可能引起的各种敏感的政治问题之外，这些提议实际上执行起来极其困难。还审议了一项口头提议，这项提议涉及 A/56/62 号决议第 12 段所提到的继续改善参加大会届会的国际法委员会委员之间的非正式讨论的问题。

523. 委员会还就全体会议就专题审议中出现的特定事项或问题进行简短的专题辩论或意见交换——所谓“小型辩论”——问题交换了意见。委员会认为，“小型辩论”是有用的，是委员会工作方法中的一个重大创新。但是，这些辩论应当简短，重点突出，不应当被滥用，即不允许发言人就小型辩论范围之外的问题作冗长的发言。

5. 节省开支的措施

524. 大会第 56/82 号决议第 10 段鼓励委员会今后各届会议在组织其工作方案方面继续采取节约费用措施，关于这一问题，委员会希望指出，委员会正在尽一切努力，争取以成本效益最高和最经济的方式开展其工作。委员会认为，将其本届和下届(第五十五届)会议会期缩短为 10 周是一项重大的节省开支措施。委员会还打算在恢复 12 周届会会期之时，考虑以类似于第五十三届会议的方式安排其工作。”

6. 酬金问题

525. 委员会指出，委员们在受命担任其职务之后，大会通过了 A/56/272 号决议，该决议减少了付给委员们和某些其他机构的成员的酬金。

526. 委员会提请注意秘书长的报告(A/53/643 号文件)中所提到的如下一点，即自 1981 年以来，酬金水平一直未得到审查，而大会作出上述决定与该报告提出的关于应审查酬金水平的结论和建议直接矛盾。

⁴²⁹ 该小组的组成参看上文第 11 段。

527. 委员会指出，大会作出上述决定时未曾与委员会协商，并认为上述决定在程序和内容上既不符合联合国处理事务时所遵循的公平原则，也不符合委员会委员们花费时间开展其工作所体现出的服务精神。

528. 而且，委员会认为必须着重指出，上述决议尤其影响到特别报告员，特别是来自发展中国家的特别报告员，因为该决议缩减了对其研究工作的资助。

529. 委员会决定提请会员国注意其关注，希望上述决议将能得到适当的重新审议。

530. 委员会还对支付现行象征性酬金所涉的行政费用表示关注，并决定今年不领取这一酬金。”

531. 委员会还建议，国际法委员会主席应向有关当局发送一封含有上述内容的信件。

B. 第五十五届会议的日期和地点

532. 委员会决定于 2003 年 5 月 5 日至 6 月 6 日和 7 月 7 日至 8 月 8 日在联合国日内瓦办事处分两期举行总共 10 周的届会。

C. 与其他机构的合作

533. 奥兰多·雷巴格利亚蒂先生代表美洲法律委员会出席了委员会本届会议。雷巴格利亚蒂先生在委员会 2002 年 6 月 5 日第 2730 次会议上作了发言，他的发言载于该次会议的简要记录。

534. 亚非法律协商组织秘书长瓦菲克·卡米勒先生代表该机构出席了委员会本届会议。卡米勒先生在委员会 2002 年 7 月 30 日第 2738 次会议上作了发言，他的发言载于该次会议的简要记录。

535. 国际法院院长纪尧姆法官在委员会 2002 年 7 月 31 日第 2739 次会议上作了发言，他向委员会通报了国际法院最近的活动和法院正在审理的案件。发言后双方交换了意见。委员会认为，继续同国际法院进行这种交流十分有益。

536. 拉斐尔·贝尼特斯先生代表欧洲法律合作委员会和国际公法法律顾问委员会出席了委员会本届会议。贝尼特斯先生在委员会 2002 年 8 月 9 日第 2744 次会议上作了发言，他的发言载于该次会议的简要记录。

537. 2002 年 5 月 4 日，委员会委员与国际红十字委员会法律事务部的工作人员就两个机构共同感兴趣的问题非正式地交换了意见。

D. 出席大会第五十七届会议的代表

538. 委员会决定，由委员会主席罗伯特·罗森斯托克先生作为代表出席大会第五十七届会议。

539. 此外，委员会还在 2002 年 8 月 16 日第 2750 次会议上，请“外交保护”问题的特别报告员杜加尔德先生根据大会第 44/35 号决议第 5 段的规定，出席大会第五十七届会议。

E. 国际法讲习会

540. 依照大会第 55/152 号决议，第三十八届国际法讲习会于 2002 年 5 月 21 日至 6 月 7 日委员会本届会议期间在万国宫举行。讲习会的对象是攻读国际法专业的高等学位的学生和打算从事外交或学术生涯或在其本国公务员系统中任职的年轻教授或政府官员。

541. 主要来自发展中国家而分属不同国籍的 24 名学员参加了这届讲习会。⁴³⁰ 讲习会的学员观察了委员会的全体会议，参加了特别安排的专题演讲和关于特定专题的工作组。

542. 讲习会由委员会主席罗伯特·罗森斯托克先生主持开幕。联合国日内瓦办事处法律事务资深干事乌尔里希·冯·布卢门塔尔先生负责讲习会的行政管理、组织事宜和会议的进行。

543. 委员会委员作了以下演讲：彼得·托姆卡先生：“国家责任”；乔治·加亚先生：“条约的保留”；彭马拉朱·拉奥先生：“由国际法不禁止的行为所产生的有害后果的国际责任”；维克多·罗德里格斯·塞德尼奥先生：“国家的单方面行为”；伊恩·布朗利先生：“国际法院的工作”；布鲁诺·辛马先生：“人权与国际法委员会”；约翰·杜加尔德先生：“外交保护”。

544. 委员会委员举行了以下讲座：联合国法律顾问、负责法律事务的副秘书长汉斯·科雷尔先生：“国际刑事法院与其他联合国特设法庭”；国际海洋法法庭法官、国际法委员会前委员 Gudmundur Eiriksson 教授：“国际海洋法法庭”；难民署难民法宣传科资深法律干事 Stéphane Jaquet 先生：“难民署的保护任务”；法律事务部协理法律干事 Arnold Pronto 先生：“国际法委员会的工作”。应法律

⁴³⁰ 下列人士参加了第三十八届国际法讲习会：Babafemi Akinrinade 先生(尼日利亚)；Marlene Aldred 女士(牙买加)；Marc Araba 先生(贝宁)；Mama Aissata Bangoura 女士(几内亚)；Hee-Deok Choi 先生(大韩民国)；Luis Cieza Palo 先生(秘鲁)；Nebiyou Dagne 先生(埃塞俄比亚)；Anita Demeter 女士(匈牙利)；Aasmund Eriksen 先生(挪威)；Sodnom Ganhuyag 先生(蒙古)；Abdelmoneim Hassan 先生(苏丹)；Ulrike Hiebler 女士(奥地利)；Franziska Isliker 女士(瑞士)；Alireza Kazemi Abadi 先生(伊朗伊斯兰共和国)；Atip Latipulhayat 先生(印度尼西亚)；Ernest Makawa 先生(马拉维)；Fernanda Millicay 女士(阿根廷)；Alexander Orakhelashvili 先生(格鲁吉亚)；Mateja Platise 女士(斯洛文尼亚)；Maria Angela Ponce 女士(菲律宾)；Ali Qazilbash 先生(巴基斯坦)；Maria Sanglade Rodriguez 女士(委内瑞拉)；Drahoslav Stefanek 先生(斯洛伐克)；Wenjuan Yin 女士(中国)。George Abi-Saab 教授(日内瓦国际关系研究院名誉教授)担任主席的遴选委员会于 2002 年 4 月 4 日开会，从 79 名申请人之中选出 24 人参加讲习会。

顾问 Eva Gröniger-Voss 女士的邀请，安排了一个上午参观欧洲核子研究组织 (CERN)，主要讨论与 CERN 有关的法律事项。

545. 讲习会学员被分配到三个工作组中的一个，在委员会委员兼协调员保拉·埃斯卡拉梅亚女士的指导下研究以下专题：“东帝汶的案例：走向民主之路的法律问题。每个小组把它的研究所得提交给讲习会。学员们还被分配到其他工作组去，这些工作组的主要任务是准备每次演讲之后的讨论，并就这些演讲提交简要报告。已经将报告汇编成册并分发给各位学员。

546. 也给学员们利用联合国图书馆的设施的机会。

547. 日内瓦共和国和州向学员们提供了传统的热情接待，由导游带领参观阿拉巴马厅和大理理会厅，最后又举行了招待会。

548. 在讲习会闭幕式上，委员会主席罗伯特·罗森斯托克先生、乌尔里希·冯·布卢门塔尔先生代表联合国日内瓦办事处，以及由 Marc Araba 先生代表学员向委员会和学员们致词。每一名学员都收到一份证书，证明他/她参加了第三十八届讲习会。

549. 委员会特别感谢地指出，奥地利、芬兰、德意志联邦共和国、挪威、瑞士和联合王国政府向联合国国际法讲习会信托资金提供了自愿捐款。基金的财务状况使它可以提供足够份数的研究金，保证学员适当的地域分布，并使无研究金资助便无力参加讲习会的发展中国家的优秀学员得以参加。今年，向 11 名学员颁发了全额研究金(旅费和生活津贴)，向 7 名学员颁发了半额研究金(只给生活津贴)。

550. 1965 年开始举行讲习会以来，在分别属于 152 个不同国籍的 855 名学员当中，有 505 名获得了研究金。

551. 委员会强调，它十分重视各届讲习会，这些讲习会使特别是来自发展中国家的年轻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 2003 年举行讲习会，并有尽可能多的学员参加。必须强调指出，由于捐款日益减少，讲习会的组织者今年已经不得不动用基金的准备金。如果这种状况继续下去，基金资源今后恐怕无法提供这么多份数的研究金。

552. 委员会满意地注意到，2002 年度讲习会获得了全面的口译服务。尽管目前财力拮据，希望下届讲习会也能获得同样的服务。