

国际法委员会年鉴 1995年

第二卷
第一部分

第四十七届会议文件

联合国



国际法委员会年鉴

1995年

第二卷
第一部分

第四十七届会议文件

联合国
纽约和日内瓦，2010年



说 明

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

提及《国际法委员会年鉴》时省略为前有年度和省略号的“《年鉴》”(如《1992年……年鉴》)。

国际法委员会每届会议的《年鉴》由两卷组成：

第一卷：该届会议各次会议的简要记录；

第二卷（第一部分）：特别报告员的报告和会议期间审议的其他文件；

第二卷（第二部分）：国际法委员会提交大会的报告。

凡提及以上各卷和各卷中的引文均指作为联合国出版物发行的本《年鉴》各卷的最后印刷文本。

*

* *

国际法委员会第四十七届会议期间审议的特别报告员报告及其他文件最初以油印件形式分发。本卷转载这些报告和文件，并包含了秘书处所作的更正及编制最后文本所必须的修改。

| |
|----------------------------------|
| A/CN.4/SER.A/1995/Add.1 (Part 1) |
|----------------------------------|

| |
|-------------------------|
| 联合国出版物 |
| 出售品编号：C.97.V.2 (Part 1) |
| ISBN 978-92-1-730197-1 |
| ISSN 1994-4705 |

目 录

| | 页 次 |
|--|------------|
| 简称..... | iv |
| 关于引文的说明..... | iv |
| 填补临时空缺（委员会章程第 11 条）（议程项目 1） | |
| A/CN.4/465 号文件 秘书处的说明..... | 1 |
| 国家责任（议程项目 3） | |
| A/CN.4/469 及 Add.1 和 2 号文件 特别报告员加埃塔诺·阿兰焦—鲁伊斯先生关于国家责任的第七次报告..... | 3 |
| 《危害人类和平及安全治罪法》草案（议程项目 4） | |
| A/CN.4/466 号文件 特别报告员杜杜·锡亚姆先生关于《危害人类和平及安全治罪法》草案的第十三次报告..... | 33 |
| 国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任（议程项目 5） | |
| A/CN.4/468 号文件 特别报告员胡利奥·巴尔沃萨先生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第十一次报告..... | 51 |
| A/CN.4/471 号文件 关于“国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任”专题的各种责任制度：秘书处编写的概览..... | 61 |
| 与对条约的保留有关的法律和实践（议程项目 6） | |
| A/CN.4/470 号文件 特别报告员阿兰·佩莱先生关于与对条约的保留有关的法律和实践的第一次报告..... | 123 |
| 国家继承及其对自然人和法人国籍的影响（议程项目 7） | |
| A/CN.4/467 号文件 特别报告员瓦奇拉夫·米库尔卡先生关于国家继承及其对自然人和法人国籍影响的第一次报告..... | 163 |
| 第四十七届会议文件一览表..... | 185 |

简称

| | |
|--------------|----------------|
| 公法顾委(CAHDI) | 国际公法法律顾问委员会 |
| 欧洲经委会(ECE) | 欧洲经济委员会 |
| 原子能机构(IAEA) | 国际原子能机构 |
| 国际法院(ICJ) | 国际法院 |
| 劳工组织(ILO) | 国际劳工组织 |
| 海事组织(IMO) | 国际海事组织 |
| 非统组织(OAU) | 非洲统一组织 |
| 经合组织(OECD) | 经济合作与发展组织 |
| 常设国际法院(PCIJ) | 常设国际法院 |
| 赔偿委员会(UNCC) | 联合国赔偿委员会 |
| 环境署(UNEP) | 联合国环境规划署 |
| 难民署(UNHCR) | 联合国难民事务高级专员办事处 |

*

* *

| | |
|-----------------------------|---|
| AFDI | <i>Annuaire français de droit international</i> [法国国际法年鉴] (Paris) |
| AJIL | <i>American Journal of International Law</i> [美国国际法期刊] (Washington, D.C.) |
| BYBIL | <i>British Year Book of International Law</i> [英国国际法年鉴] (Oxford) |
| <i>I.C.J. Reports</i> | ICJ, <i>Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders</i> [判决、咨询意见和命令汇编] |
| ILM | <i>International Legal Materials</i> [国际法材料] (Washington, D.C.) |
| ILR | <i>International Law Reports</i> [国际法报告] |
| <i>P.C.I.J., Series A</i> | PCIJ, <i>Collection of Judgments</i> [判决集] (Nos. 1-24: up to and including 1930) |
| <i>P.C.I.J., Series B</i> | PCIJ, <i>Collection of Advisory Opinions</i> [咨询意见集] (Nos. 1-18: up to and including 1930) |
| <i>P.C.I.J., Series A/B</i> | PCIJ, <i>Judgments, Orders and Advisory Opinions</i> [判决、命令和咨询意见] (Nos. 40-80: beginning in 1931) |
| RIAA | 联合国, <i>Reports of International Arbitral Awards</i> [国际仲裁裁决汇编] |

*

* *

关于引文的说明

在引文中，后面加有星号的楷体文字或段落原先并不是楷体。
除非另有说明，出自外文著作的引文均由秘书处译成中文。

*

* *

国际法委员会的互联网地址是：www.un.org/law/ilc/index.htm。

填补临时空缺
(委员会章程第 11 条)

[议程项目 1]

A/CN.4/465 号文件

秘书处的说明

[原文: 英文]

[1995 年 2 月 1 日]

1. 1995 年 1 月 26 日弗拉德连·韦列谢京先生当选国际法院法官之后，国际法委员会出了一个空缺。

2. 这种情况适用委员会章程第 11 条。这一条规定如下：

委员会委员临时出缺时，应由委员会适当遵照本章程第 2 和第 8 条的各项规定自行补足空缺。

第 11 条提到的第 2 和第 8 条规定如下：

第 2 条

1. 委员会由三十四名委员组成，各委员应为公认胜任的国际法界人士。
2. 委员会委员不得有两人同为同一国家的国民。
3. 如候选人具有双重国籍，则候选人应视为其通常行使公民和政治权利的国家国民。

第 8 条

选举人进行选举时应铭记：凡当选委员会委员的人士，本人必须具备必要的资格，而委员会全体则应确实代表世界各主要文明形式和各主要法系。

3. 委员会需要补选的委员其任期至 1996 年年底届满。

国家责任

[议程项目 3]

A/CN.4/469 及 Add.1 和 2 号文件

特别报告员加埃塔诺·阿兰焦-鲁伊斯先生 关于国家责任的第七次报告

[原文：英文]

[1995 年 5 月 9、24 和 29 日]

目 录

| | | <u>页 次</u> |
|---|------------|------------|
| 本报告援引的多边文书 | | 4 |
| 本报告援引的著作 | | 5 |
| | <u>段 次</u> | |
| 导 言 | 1 | 7 |
| <u>章 次</u> | | |
| 一、草案第一部分第 19 条定性为罪行的国际不法行为的法律后果 | 2 - 140 | 8 |
| A. 引言 | 2 - 8 | 8 |
| B. 国家之国际罪行的特别后果或附带后果 | 9 - 69 | 9 |
| 1. 概述 | 9 - 11 | 9 |
| 2. 实质后果 | 12 - 33 | 9 |
| (a) 概述 | 12 - 16 | 9 |
| (b) 停止不法行为 | 17 | 9 |
| (c) 恢复原状 | 18 - 27 | 9 |
| (d) 补偿 | 28 | 11 |
| (e) 满足并保证不重犯 | 29 - 33 | 11 |
| 3. 手段性后果 | 34 - 60 | 12 |
| (a) 概述 | 34 - 39 | 12 |
| (b) 争端解决和事先通知 | 40 - 45 | 13 |
| (c) 相称 | 46 - 54 | 14 |
| (d) 禁止采取的反措施 | 55 - 60 | 15 |
| 4. 罪行的其它后果 | 61 - 69 | 16 |
| C. 国际机构不可或缺的作用 | 70 - 120 | 18 |
| 1. 概述 | 70 - 77 | 18 |
| 2. 对违反基本国际义务作出“有组织”反应的事例 | 78 - 84 | 19 |
| 3. “有组织”地确定国际罪行的存在和（或）根源的 各种可设想的办法 | 85 - 107 | 21 |
| (a) 专由国际法院、大会或安全理事会确定？ | 88 - 99 | 21 |
| (b) 政治和司法作用的结合 | 100 - 107 | 24 |

| <u>章 次</u> | <u>段 次</u> | <u>页 次</u> |
|---|------------|------------|
| 4. 国际法院在罪行存在或根源问题上的判决是各国落实国际罪行后果的先决条件 | 108 - 112 | 25 |
| 5. 进一步的问题 | 113 - 120 | 25 |
| (a) 国际法院根据除未来国家责任公约外其他文书参与的可能性 | 113 - 117 | 25 |
| (b) 大会、安全理事会、国际法院和所有国家各自的作用 | 118 - 120 | 26 |
| D. 结束语 | 121 - 139 | 27 |
| 1. 对第一部分第 19 条的反对意见 | 121 - 134 | 27 |
| 2. 提议的解决办法和关于国际组织的主要现有文书 | 135 - 136 | 29 |
| 3. 国家责任国际法和联合国共同安全制度 | 137 - 139 | 29 |
| E. 国家责任条款草案第二部分第 15 至 20 条 | 140 | 30 |
| 二、关于国际罪行法律后果争端的解决 | 141 - 147 | 32 |

本报告援引的多边文书

来 源

| | |
|--|--|
| 《防止及惩治危害种族罪公约》（又称《防止及惩治灭绝种族罪公约》）（1948 年 12 月 9 日，纽约） | 联合国，《条约汇编》，第 78 卷，第 277 页 |
| 《消除一切形式种族歧视国际公约》（1965 年 12 月 21 日，纽约） | 同上，第 660 卷，第 195 页 |
| 《维也纳条约法公约》（1969 年 5 月 23 日，维也纳） | 同上，第 1155 卷，第 331 页 |
| 《禁止并惩治种族隔离罪行国际公约》（1973 年 11 月 30 日，纽约） | 同上，第 1015 卷，第 243 页 |
| 《消除对妇女一切形式歧视公约》（1979 年 12 月 18 日，纽约） | 同上，第 1249 卷，第 13 页 |
| 《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》（1984 年 12 月 10 日，纽约） | 《大会正式记录，第三十九届会议，补编第 51 号》，第 39/46 号决议，附件 |

本报告援引的著作

AGO, R.

“La colpa nell’illecito internazionale”, *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, vol. III., Padua, CEDAM, 1940. (转载于 *Scritti sulla responsabilità internazionale degli Stati*, vol. 1, Naples, Jovene, 1978.)

“Droit des traités à la lumière de la Convention de Vienne: introduction”, *Collected Courses of The Hague Academy of International Law, 1971-III.*, Leyden, Sijthoff, 1972, vol. 34, pp. 297–332.

ALSTON, Philip

“The Security Council and human rights: lessons to be learned from the Iraq-Kuwait crisis and its aftermath”, *Australian Year Book of International Law*, vol. 13, 1992, pp. 107–176.

ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, M. P.

“¿De maximis non curat praetor ...? El Consejo de Seguridad y el TIJ en el asunto Lockerbie”, *Revista Española de Derecho Internacional* (Madrid), vol. 44, No. 2, July–December 1992, pp. 327–350.

ANNACKER, C.

“The legal regime of *erga omnes* obligations in international law”, *Austrian Journal of Public and International Law* (Vienna, New York), vol. 46, No. 2, 1994, pp. 131 et seq.

ARANGIO-RUIZ, Gaetano

“Le domaine réservé—L’organisation internationale et le rapport entre droit international et droit interne: cours général de droit international public”, *Collected Courses of The Hague Academy of International Law, 1990-VI*, Dordrecht, Boston, London, Martinus Nijhoff, 1993, vol. 225, pp. 9–484.

“Reflections on the problem of organization in integrated and non-integrated societies”, *Rivista di diritto internazionale* (Milan), vol. 44, No. 4, 1961, pp. 585–603.

“State fault and the forms and degrees of international responsibility: questions of attribution and relevance”, *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement—Mélanges Michel Virally*, Paris, Pedone, 1991.

“The normative role of the General Assembly of the United Nations and the Declaration of Principles of Friendly Relations”, *Collected Courses of The Hague Academy of International Law, 1972-III*, Leyden, Sijthoff, 1974, vol. 137, pp. 547 et seq.

ARCARI, Maurizio

“Le risoluzioni 731 et 748 e i poteri del Consiglio di Sicurezza in materia di mantenimento della pace”, *Rivista di diritto internazionale* (Rome), vol. 75, No. 3, 1992, pp. 932–965.

BEDJAOU, Mohammed

The new world order and the Security Council: testing the legality of its acts, Dordrecht, Nijhoff, 1994.

BENVENUTI, Paolo

L’accertamento del diritto mediante i pareri consultivi della Corte internazionale di Giustizia, Milan, Giuffrè, 1985.

BEVERIDGE, Fiona

“The Lockerbie affair”, *International and Comparative Law Quarterly* (London), vol. 41, October 1992, part 4, pp. 907–919.

BOWETT, Derek

“The impact of Security Council decisions on dispute settlement procedures”, *European Journal of International Law*, vol. 5, No. 1, 1994, pp. 89–101.

BROWNLIE, I.

System of the Law of Nations: State Responsibility, part I, Oxford, Clarendon Press, 1983.

COMBACAU, JEAN 和 S. SUR

Droit international public, 2nd ed., Paris, Montchrestien, 1995.

CONDORELLI, L.

“La Corte internazionale di giustizia et gli organi politici delle Nazioni Unite”, *Rivista di diritto internazionale* (Rome), vol. LXXVII, No. 4, 1994, pp. 897–921.

DE HOOGH, A. J. J.

“The relationship between *jus cogens*, obligations *erga omnes* and international crimes: peremptory norms in perspective”, *Austrian Journal of Public and International Law* (Vienna, New York), vol. 42, No. 2, 1991, pp. 183–214.

DUPUY, Pierre-Marie

“Après la guerre du Golfe”, *Revue générale de droit international public* (Paris), vol. 95/1991/3, 1991, pp. 621–638.

FRANCK, Thomas M.

“The ‘powers of appreciation’: who is the ultimate guardian of UN legality?”, *American Journal of International Law* (Washington, D. C.), vol. 86, 1992, pp. 519 et seq.

FREUDENSCHUB, Helmut

“Between unilateralism and collective security: authorization of the use of force by the UN Security Council”, *European Journal of International Law*, vol. 5, No. 4, 1994, pp. 492–531.

FROWEIN, Jochen

“Collective enforcement of international obligations”, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* (Stuttgart), vol. 47, 1987, pp. 67–79.

GAJA, Giorgio

“Genocidio dei curdi e dominio riservato”, *Rivista di diritto internazionale* (Rome), vol. 74, No. 1, 1991, pp. 95 et seq.

“Réflexions sur le rôle du Conseil de sécurité dans le nouvel ordre mondial”, *Revue générale de droit international public* (Paris), vol. XCVII, 1993, pp. 297–320.

GOWLLAND-DEBBAS, Vera

“Security Council enforcement action and issues of State responsibility”, *International and Comparative Law Quarterly* (London), vol. 43, January 1994, part I, pp. 55–98.

“The relationship between the International Court of Justice and the Security Council in the light of the Lockerbie case”, *American Journal of International Law* (Washington, D. C.), vol. 88, No. 4, October 1994, pp. 643 et seq.

GRAEFRATH, Bernhard

“Leave to the Court what belongs to the Court: the Libyan case”, *European Journal of International Law*, vol. 4, No. 2, 1993, pp. 184 et seq.

GRAEFRATH, Bernhard 和 M. MOHR

“Legal consequences of an act of aggression: the case of the Iraqi invasion and occupation of Kuwait”, *Austrian Journal of Public International Law* (Vienna, New York), vol. 43, Nos. 2–3, 1992, pp. 109–138.

HAILBRONNER, Kay

“Sanctions and third parties and the concept of public international order”, *Archiv des Völkerrechts*, O. Kimminich et al, eds., Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1992, vol. 30, No. 1, pp. 2–15.

LATTANZI, F.

“Sanzioni internazionali”, *Enciclopedia del diritto* (Milan), 1989, vol. XLIII.

LUZZATTO, R.

“Responsabilità e colpa in diritto internazionale”, *Rivista di diritto internazionale* (Rome), vol. LI, No. 1, 1968, pp. 53–107.

MALANCZUK, Peter

“The Kurdish crisis and allied intervention in the aftermath of the second Gulf war”, *European Journal of International Law*, vol. 2, No. 2, 1991, pp. 114 et seq.

MARAUHN, Thilo

“The implementation of disarmament and arms control obligations imposed upon Iraq by the Security Council”, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* (Stuttgart), vol. 52, 1992, pp. 781–803.

MORELLI, G.

“Controversia internazionale, questione, processo”, *Rivista di diritto internazionale* (Rome), vol. LX, Nos. 1–2, 1977, pp. 5–91.

OPPENHEIM, L.

International Law: A Treatise, vol. I, *Peace*, 8th ed., H. Lauterpacht, ed., London, Longmans, Green, 1955.

ORIHUELA CALATAYUD, E.

“La actuación del Consejo de Seguridad de la ONU en el asunto Lockerbie: paradigma de ‘incontrolable’ abuso de poder”, *Revista Española de Derecho Internacional* (Madrid), vol. XLIV, No. 2, July–December 1992, pp. 395–416.

PALMISANO, Giuseppe

“Les causes d’aggravation de la responsabilité des États et la distinction entre ‘crimes’ et ‘délits internationaux’”, *Revue générale de droit international public* (Paris), vol. 98/1994/1, 1994, pp. 629–674.

PICONE, Paolo

“Nazione Unite e obblighi ‘erga omnes’”, *La comunità internazionale* (Rome), vol. 48, No. 4, 1993, pp. 709 et seq.

RAMCHARAN, B. G.

“The Security Council: maturing of international protection of human rights”, *The Review* (International Commission of Jurists), No. 48, June 1992, pp. 24–37.

RIGAUX, François

“Le crime d’État: Réflexions sur l’article 19 du projet d’articles sur la responsabilité des États”, *International Law at the Time of its Codification: Essays in Honour of Roberto Ago*, vol. III, Milan, Giuffrè, 1987, pp. 301–326.

ROBERTS, Lawrence D.

“United Nations Security Council resolution 687 and its aftermath: the implications for domestic authority and the need for legitimacy”, *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 25, No. 3, spring 1993, pp. 593–626.

SALMON, Jean

“L’intention en matière de responsabilité internationale”, *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement—Mélanges Michel Virally*, Paris, Pedone, 1991, pp. 413–422.

SCISO, E.

“Può la Corte internazionale di giustizia rilevare l’invalidità di una decisione del Consiglio di sicurezza?”, *Rivista di diritto internazionale* (Rome), vol. LXXV, No. 2, 1992, pp. 369 et seq.

SIMMA, B.

“Reflections on article 60 of the Vienna Convention on the Law of Treaties and its background in general international law”, *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 20, Nos. 1–2, April 1970, pp. 5–84.

“Does the UN Charter provide an adequate legal basis for individual or collective responses to violations of obligations *erga omnes*?”, *The Future of International Law Enforcement: New Scenarios—New Law? Proceedings of an International Symposium of the Kiel Institute of International Law, March 25 to 27, 1992*, J. Delbrück, ed., Berlin, Duncker & Humblot, 1993, pp. 125 et seq.

SPINEDI, Marina

“Contribution à l’étude de la distinction entre crimes et délits internationaux”, *Quaderni de la comunità internazionale*, 1984, No. 2.

STARACE, Vincenzo

“La responsabilité résultant de la violation des obligations à l’égard de la communauté internationale”, *Recueil des cours de l’Académie de droit international de La Haye, 1976-V*, Boston, London, Martinus Nijhoff, 1983, vol. 153, pp. 265–313.

STEIN, Ted L.

“Observations on ‘crimes of States’”, *International Crimes of State: A Critical Analysis of the ILC’s Draft Article 19 on State Responsibility*, series A, Law, No. 10, European University Institute, J. H. H. Weiler, A. Cassese and M. Spinedi, eds., Berlin, New York, de Gruyter, 1989, pp. 194–199.

SUCHARITKUL, S.

“The process of peace-making following Operation ‘Desert Storm’”, *Austrian Journal of Public and International Law* (Vienna, New York), vol. 43, No. 1, 1992, pp. 1–31.

TOMUSCHAT, Christian

“The Lockerbie case before the International Court of Justice”, *The Review* (International Commission of Jurists), No. 48, June 1992, pp. 38–48.

VALLAT, F. A.

“The competence of the United Nations General Assembly”, *Collected Courses of The Hague Academy of International Law, 1959-II*, Leyden, Sijthoff, 1960, vol. 97, pp. 203 et seq.

WELLER, Mark

“The Lockerbie case: a premature end to the ‘New World Order’?”, *African Journal of International Law and Comparative Law* (London), vol. 4, 1992, pp. 302–324.

ZIMMERN, Alfred

The League of Nations and the Rule of Law, 1918–1935, London, Macmillan, 1936.

导 言

1. 本报告分为两章。第一章叙述草案第一部分¹第19条中被定性为罪行的国际不法行为的法律

后果。本报告也载述了同上述后果有关的条文草案拟议案文。第二章探讨了有关反措施制度的条文草案的一些未决问题，并且在关于对罪行采取反措施后的争端解决问题的第三部分中增列了一个条文草案。

¹ 委员会一读通过的第一部分第1至35条案文，见《1980年……年鉴》[英]，第二卷(第二部分)，第30页起。

第一章

草案第一部分第 19 条定性为罪行的国际不法行为的法律后果

A. 引言

2. 委员会第四十六届会议根据第五次报告²和第六次报告³、特别是这两次报告第二章所进行的辩论表明：在研讨所谓“国家之国际罪行”的法律后果时，除术语、程度或重点等问题外，委员会还面临着两个或两组相互关联的问题。其中之一是从现行法或拟议法的角度，比照一般被称为国际“违法行为”的国际不法行为，确定有关国际不法行为的“特别”后果或“附带”后果。这一问题可以界定为单纯规范国家之国际罪行的后果。另一个或另一组问题是，确定在有待决定采取的某项措施中应该由哪一个或哪几个实体来决定和（或）落实上述特别后果或附带后果的承担问题。这一问题的问题可被称为上述后果的制度化。

3. 关于规范性方面，辩论情况充分显示：赞成保留第一部分第 19 条中所载述之区别的委员们接受该项区别的明显和不可避免的含义。这项含义是：为了使上述区别具有意义或目的，将或应将一些特别后果或附带后果附属于国际罪行而不附属于国际违法行为。

4. 就体制方面来说，辩论情况同样清楚地表明：赞成保留第 19 条中所作区别的委员们认为，落实任何特别后果或附带后果的承担问题，需要或应使之需要由某个或某几个国际机构采取某种或某几种干预形式，以便减少——即使不能完全消除的话——个别国家或国家集团不受任何控制地落实上述后果的承担问题时可能出现的随意性。

5. 第四十六届会议的辩论中还提出了另外两个重要问题，虽然稍欠清楚明了，但同样确切无疑。其中一点是所谓纯规范性方面和体制方面两者之间密切的相互关系。罪行的特别后果或附带后果——即违法行为之后果的加剧——在现行法上的

可信程度和拟议法上的可接受程度，高度取决于在现行法或拟议法上可构想何种程度的适当文书或机制，以便妥当地——尤其是不随意地——落实后果的承担问题。特别报告员认为，要对犯罪后果进行任何明显的加剧，最起码应有某种客观的、司法上可靠的确定方式，能够确定罪行存在与否并将其归责于某个国家。虽然只有少数委员针对此种确定所依靠手段的确切性质提出具体意见，但是，第四十六届会议的辩论情况显示，赞成保留第 19 条的委员们——不管他们对这一事项的各方面有什么保留意见——多半认为客观确定某一“罪行”的存在和原因应该是实行任何特别办法的先决条件。反对保留该项区别的委员们也认可了这一点。

6. 赞成保留第 19 条的多数委员的意见中似乎还隐含了一点，即为罪行拟议的特别制度难以被视为严格法典编纂的相关事项。虽然在第二十八届会议上一读通过第 19 条时，委员会合理地将由加剧的后果来加以制裁的特别严重的国际不法行为的存在问题列为国际法的一部分予以审议，⁴但显然，确切查明和形成这种不法行为的特别后果并规定这种后果之承担问题的落实办法，必将要求委员会作出比在国家责任的任何其它方面更加突出的努力，开展逐步制定和完善的工作。

7. 由于查明特别后果或附带后果与拟订其承担问题的落实办法之间具有密切的相互关系，人们完全可能会问，先解决体制问题再解决纯属规范性的问题是否更好。但是，有两个原因使得把次序倒过来比较好。首先，最好在设想其承担问题的落实方式与方法之前确定一下什么是最终必须落实其承担问题的后果。其次，虽然两个方面都会涉及逐步制定和完善的重要问题，但是对于特别后果或附带后果的确定似乎涉及更多的现行法层面。首先解决后一个方面的问题，则探索工作至少能够从已知领域或较不陌生领域开始进行。

² 《1993 年……年鉴》，第二卷（第一部分），第 1 页，A/CN.4/453 及 Add.1-3 号文件。

³ 《1994 年……年鉴》，第二卷（第一部分），第 3 页，A/CN.4/461 及 Add.1-3 号文件。

⁴ 见《1976 年……年鉴》[英]，第二卷（第二部分），第 95 页起。

8. 因此, 本章 B 节专门查明国际罪行的特别或附带的法律后果和拟订应予列入有关国际违法行为为法律后果的第二部分条文中的条款, C 节载述体制方面, D 节载述结论。

B. 国家之国际罪行的特别后果或附带后果

1. 概述

9. 草案第一部分第 19 条在两种国际不法行为之间所作区分的依据是国际罪行比国际违法行为严重。因此, 这种区别当然应该在被列为罪行的国际不法行为所附带的后果(现行法)或所应附带的后果(拟议法)中得到反映。其出发点显然在于到目前已临时通过的第二部分的条文中。

10. 第二部分的有关条文——即第 6 至 8 条、第 10 条、第 10 条之二、第 11 条、第 13 条和第 14 条——的制定, 是为了包含几乎一切国际不法行为的后果, 而不论它在第一部分第 19 条下所属的类别为何。这种作法同时适用于关于实质后果的第 6 条至第 10 条之二和关于手段性后果的第 11 至第 14 条。事实上, 这些条文中没有一个提到第 19 条中所规定的两类违法行为之中的任何一个。但是, 所依据的基本概念是个不同的概念。委员会在做法上接受了特别报告员的建议, 即罪行的特别后果或附带后果最好在拟订草案第二部分的最后阶段进行研讨(鉴于本专题的特别复杂性), 因此在第 6 至 14 条中基本包含了违法行为的种种后果。可以说, 委员会会把罪行的特别后果或附带后果暂时搁置了起来。

11. 由此, 虽然第 6 至 14 条是概括性地拟订的, 表面上涵盖了一切国际不法行为的后果, 但是从原则上讲, 这些条文详尽载述的是违法行为的后果, 而不是罪行的后果。更具体地说, 委员会在拟订这些条文时搁置了两个问题:

(a) 首先, 第 6 至 14 条中所设想到的国际不法行为的任何后果是否适用于罪行, 而且如果答案是肯定的话, 任何此类后果是否应予修订, 不管是采用加强受害国状况还是减损违法国状况的方式;

(b) 其次, 除了第 6 至 14 条中所设想到的情况以外, 是否或应对罪行附加更多的后果。

以下各段分别讨论这两个问题, 首先讨论实质后果, 接着讨论手段性后果。在这两种情况下, 最好的方法是按照第 6 至 14 条的次序进行。

2. 实质后果

(a) 概述

12. 一般性的实质后果是广义的赔偿, 扩大适用于停止不法行为, 包括恢复原状、补偿、满足和保证不重犯。考虑到提供广义赔偿的义务从原则上说是任何国际不法行为的后果, 不论该行为的严重程度如何, 因此毋庸置疑的是, 任何犯下这种罪行的国家都有这种不可推卸的义务。因此, 任何这种国家必须承担草案第二部分第 6 条和第 6 条之二中所载述的关于停止不法行为和(或)赔偿的一般义务⁵。

13. 进一步考虑到在罪行的情况下, 按照第二部分第 5 条、尤其是该条第 3 款中所作的定义, 所有国家都是受害国, 任何国家均应有权向已经或正在犯下某一罪行的国家要求停止不法行为和(或)进行(上述的广义)赔偿。

14. 因此, 责任关系的主动和被动方面可以在第二部分第 15 条中载述, 这一条将是关于国家所犯国际罪行实质后果的特别制度的初步规定。

15. 这项特别制度(连同手段性后果的特别制度)是由一条按语性规定、即第 15 条所引入的(下见本章 E 节)。

16. 使第 6 条中所载停止不法行为和赔偿之一般义务扩大适用于罪行情况的规定载于第 16 条草案第 1 款(下见本章 E 节)。将于其后载述适用于第 6 条之二至第 10 条之二所载停止不法行为和赔偿规定罪行的条款。

(b) 停止不法行为

17. 无须改动关于停止不法行为的规定(第 6 条), 该条显然不分轩轻地适用于罪行和违法行为。

(c) 恢复原状

18. 如同草案第二部分第 7 条中所设想到的, 恢复原状的义务应该受到(a)至(d)项中所载若干减轻

⁵ 第 1 条至第 6 条之二、第 7 至 8 条、第 10 条和第 10 条之二的案文, 见《1993 年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第 58 至 60 页; 第 11、13 和 14 条的案文, 见《1994 年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第 150 页, 脚注 454(第 11 条已获委员会通过, 但最终有待依照第 12 条最后通过的案文进行重新审议)。

情况的修正。在这些减轻情况中，第一种情况（实物上的不可能性）和第二种情况（违反根据国际法的强制性规范所产生的义务）对于罪行的适用性并不亚于对违法行为的适用性。但是，对于第 7 条(c)和(d)项中所设想到的例外来说，就似乎并非如此。

19. 根据(c)项所规定的例外情况，若恢复原状会带来“与受害国从恢复原状、而不是补偿所得到的利益极不相称”的负担，则受害国无权要求恢复原状。这种例外不应适用于罪行的情况。考虑到这种严重国际不法行为所衍生关系的普遍性，（从第二部分第 5 条第 3 款的意义上说）多数受害国很可能无法从要求违法国遵守恢复原状这一具体义务的做法获得实质性的切身利益。因此，在违法国的情况和一个或数个受害国的情况之间建立某种比较关系是没什么意义或根本没有意义的。主要的考虑因素应该是：违法国必须在最大限度上恢复事态，因为按照草案第一部分第 19 条¹所述概念，维持这一事态是国际社会的根本利益所在，即便因此对违背国际法基本原则、破坏该事态的国家造成沉重的负担，也应如此。

20. 关于进一步减轻第二部分第 7 条(d)项所载恢复原状义务，也引起了类似的质疑，虽然在程度上比较有限。这种质疑涉及的是对违法国“政治独立或经济稳定”的保障。

21. 维护经济稳定尽管对于人民和有关国家很重要，但当人们把它同受害国必须牺牲恢复原状的利益的情况相对照加以评量时，它的必要程度就很不一样了。在充分照顾经济主权和经济自决的情形下，仍然值得质疑的是，由于保障国际社会根本利益的规则受到严重破坏而受害的国家，是否由于恢复原状这一补救措施有可能破坏违法国的经济稳定就应该完全或部分放弃恢复原状呢？不能以这种可能情况为理由来减轻违法国在实际上做得到的情形下恢复被它破坏以前的原状的根本义务。但是，取消减轻义务的做法应该以保障违法国人民维持生命的需求的一项但书来加以节制。

22. 虽然拟议取消对经济稳定的保障这一做法——这是第二部分第 7 条(d)项所规定的内容——显然十分严重，但是，如果违法国由于所犯下的罪行而使其经济更加繁荣的话，则这一做法将变得特别适当。譬如，国家严重违背有关基本人权的义务，对其人口中某个种族、意识形态、宗教或社会方面有所区别的部分实施剥削或奴役劳工政策，因而在同其他国家的贸易关系方面取得重大经济利益，便属于这种情况。另一个可能的例子是：某一个殖民国家对某一个未独立领土的资源 and 人民实行残忍的剥削政策来促进其经济繁荣。在这种情况下不能让违法国以遵守恢复原状的义务会——因为确实已经——对其经济稳定造成重大不利影响为借口而免除该义务，即恢复受到非法剥削的人民或领土的本来状况。

23. 关于第二部分第 7 条(d)项中所载的减轻因素，也应该考虑到在“政治独立”的一般概念范围内区别政治独立与政治制度的可能性。当然，国家的独立性——即作为与其同类一样的独立主权实体以及国际法上的独立法律单位——以及这一地位的维护是一回事，每一个主权国家有权在选择其政府形式和任命领导人方面享有所谓的“组织自由”又是另一回事。当然，这两个概念是相互关联的，“组织自由”的确是主要的表现形式和一个实体作为独立的主权国家存在的后果。但是，要是从讨论中的减轻因素着眼，两者则完全可能不一样。

24. 如果说人们可能认同，即便让“犯罪国”免除恢复原状的义务，也应当维护第一层意义上——即独立国家意义上——的政治独立，当然还有领土完整，但是，对于这样一个国家的“组织自由”、即政权来说，就不是这样了。特别是就侵略（往往是由独裁者或暴虐政府所犯下的不法行为）的情况来说，特别报告员认为，即使遵守完全恢复原状的义务可能危及应受谴责之政权的继续存在，但是仅仅因为这一点而减轻完全恢复原状的义务是非常值得质疑的。不应该忽视的事实是：维护一个应对严重破坏基本国际义务——例如同自决、非殖民化或人权有关的义务——之政权的做法本身可能构成性质极其严重的国际不法行为。在联合国机构的实践中，可以找到对于涉及第一部分第 19 条第 3 款(b)项所载罪行案件中关于恢复原状要求的说明，尽管这些说明不能作为国家对国际罪行所作单独主张的真实先例。⁶

⁶ 指安全理事会要求犯有大致属于第 19 条第 3 款所指罪行的国家恢复原状的事例。安全理事会关于葡萄牙殖民政策的决议中例举了可能影响“经济稳定”的恢复原状要求，该决议并要求葡萄牙立即承认在其所管理领土上人民实现自决和独立的权利。更详细的要求还可参见安全理事会 1963 年 7 月 31 日第 180(1963)号决议第 5(a)、(d)和(e)段以及 1972 年 2 月 4 日第 312(1972)号和 1972 年 11 月 22 日第 322(1972)号决议。

关于（第二部分第 7 条(c)项所载述的）“负担过重”问题，可回顾安理会对南非所作的采取紧急有效措施终止种族隔离政治制度的要求。（尤见安理会 1963 年 8 月 7 日第 181(1963)号、1976 年 6 月 19 日第 392(1976)号、1977 年 10 月 31 日第 417(1977)号、1980 年 6 月 13 日第 473(1980)号、1984 年 8 月 17 日第 554(1984)号和 1984 年 10 月 23 日第 556(1984)号决议。）同样，对于南罗得西亚，安理会不仅宣告伊恩·史密斯政权的独立宣言与其他立法完全违反宪法，还明确指出该政权的终结是在南罗得西亚领土上重建合法制度的首要先决条件。（尤见安理会 1978 年 3 月 14 日第 423(1978)号、1979 年 3 月 8 日第 445(1979)号和 1979 年 4 月 30 日第 448(1979)号决议。）

关于对南非所提要求“负担过重”的问题，又见特别报告员第五次报告（上文脚注 2），第 44 页，第 180 段。

25. 无论同政权的生存有关的限制是否属于第二部分第 7 条(d)项所载减轻因素的范围, 对于第一部分第 19 条第 3 款中所载四种罪行中的任何一种, 都应该排除这种限制。

26. 从以上考虑因素得出的结论是, 第 7 条(d)项所载的恢复原状义务不应该适用于罪行的情况, 除非对这项义务的完全遵守会危及:

(a) 违法国作为国际社会的一个主权与独立成员的存在或——所认为的——领土完整; 或

(b) 违法国人民广义上的基本需求, 即违法国人民生存应具备的实物或道德层面的基本必需品。

27. 适应罪行情况的恢复原状条款载于第 16 条草案第 2 款(下见本章 E 节)。

(d) 补偿

28. 对草案第二部分第 8 条拟作出的补偿规定似乎没有改变的必要。由于其基础是以可进行经济估价的伤害或损害(包括对私人当事方的精神损害)的等价物进行赔偿的概念, 因此它同违法行为的情况一样, 也完全适用于罪行的情况。

(e) 满足和保证不重犯

29. 有待审查的另一个与罪行有关的赔偿规则是第二部分第 10 条第 3 款, 它涉及满足这种赔偿的特殊形式, 这种补救措施同第 10 条之二拟规定的保证不重犯密切相关, 且往往互相混淆。⁷

30. 第 10 条第 3 款排除了“会伤害”违法国“尊严”的任何要求。其用意是要排除其遵守会影响违法国的生存和主权, 也就是它的独立、自由或政府形式——而不仅仅是尊严——的要求。虽然它只是狭义地从满足立论, 根据推论, 这项限制也适用于同所谓的保证不重犯密切相关的方面。从两个方面来说, 似乎都需要对国际罪行和违法行为的情况加以区别。

31. 无论人们从狭义或广义的方面理解尊严一词, 特别报告员都认为不适于把对其保障的受益面扩大至犯下第一部分第 19 条第 3 款¹ 所载那类罪行的国家。容许这种国家保持狭义上的尊严、并以自身蓄意违法行为所违犯的形象或尊严作为开脱借口是荒谬

的。但是, 容许已经或正在犯下某一国际罪行的国家借口主权、独立或自由等广义的概念来规避满足或保证不重犯的具体需求, 也同样可笑。如同提出恢复原状要求的情况一样, 可用合理方式施加于这种要求的唯一限制是为了保障下列事项所不可或缺的限制:

(a) 违法国作为国际社会的一个主权与独立成员的持续存在和——所认为的——领土完整; 或

(b) 违法国人民的基本需求, 且基本需求的概念是广泛意义上的, 涵盖人民的实物或道德层面的必需品。

32. 除非上述方面受到影响, 否则不得准许已经或正在犯下某一罪行的国家以主权或独立为借口, 逃脱其在犯下某一侵略行为以后可能要求承担的责任, 包括裁军、非军事化、解散战争工业、销毁武器、接纳观察队、或将政府改组成与基本自由、公民及政治权利和自决不相冲突的形式⁸, 或者逃脱在犯

⁸ 自海湾战争以来, 安全理事会关于伊拉克的各项决议所形成的一些先例非常重要, 无论各项决定的法律实质为何。特别报告员回顾 1991 年 4 月 3 日第 687(1991)号决议规定伊拉克必须承担一系列的义务, 涉及销毁和管制弹道、化学及生物军备以及处置可被用于军事用途的兵器、兵器部件和构筑物。这些义务的执行方式载于规定一些特别委员会职权范围的随后决议中。(例见安理会 1991 年 6 月 17 日第 699 (1991)号、1991 年 8 月 15 日第 707 (1991)号和 1991 年 10 月 11 日第 715 (1991)号决议。)在后一决议中安理会核准了联合国秘书长和国际原子能机构总干事拟订的工作计划, 它详细规定了核查委员会的权力和伊拉克的有关义务。关于这种保证不重犯形式的特别严格的性质, 尤见 Graefrath 和 Mohr, “Legal consequences of an act of aggression: the case of the Iraqi invasion and occupation of Kuwait”, 第 127 至 129 页、Marauhn, “The implementation of disarmament and arms control obligations imposed upon Iraq by the Security Council”, 第 784 至 786 页、Sucharitkul, “The process of peace-making following Operation ‘Desert Storm’”, 第 25 至 28 页、Roberts, “United Nations Security Council resolution 687 and its aftermath: the implications for domestic authority and the need for legitimacy”, 第 602 至 607 页和第 610 页, 以及 Gowlland-Debbas, “Security Council enforcement action and issues of State responsibility”, 第 83 页。

第 687(1991)号决议中所规定的另一项特别严格的保证是安理会对伊拉克尊重科威特边界的要求以及安全理事会关于保证上述边界不受侵犯的决定。上述边界是根据两国之间从前签定的领土划界条约确定的, 为保证该边界不受侵犯, 安理会决定划定一个非军事区, 深入伊拉克领土十公里、深入科威特领土五英里, 接受观察人员的监督和持续驻扎。又见安全理事会 1992 年 8 月 26 日第 773(1992)号、1993 年 5 月 27 日第 833(1993)号和 1994 年 10 月 15 日第 949(1994)号等后续决议, 这些决议特别提到伊拉克“必须明确保证采取彻底和正式的宪政程序以尊重科威特的主权、领土完整和边界”。

⁷ 要在满足的各种形式中, 确实难以区分只作为彻底赔偿事项所需的形式和可作为不重犯保证的形式。

下第一部分第 19 条第 3 款(b)、(c)或(d)项拟规定的罪行后，可作为满足和保证不重犯的形式各种要求。特别报告员正在构想的要求包括废除歧视性、种族性或隔离性立法、进行自由选举或公民投票等人民协商、恢复基本权利和自由⁹、拆除危害环境的工厂以及对被指控犯有国际不法行为的个人遵守不引渡即审判原则¹⁰。上述要求既不会影响违法国的存在（以及这个意义上的政治独立），也不会影响其人口维持生命的需求。对于违法国不得拒绝在其领土和其他地方调查真相以保证充分遵守其停止不法行为和（或）赔偿以及保证不重犯的义务来说，这一点尤其适用（关于这一点，比较上文第 31(b)段）。

33. 有关规定载于第二部分第 16 条草案第 3 款（下见本章 E 节）。

⁹ 例如，安全理事会曾要求南非废除或修订其种族隔离法规（上见脚注 6 末尾）。

¹⁰ 除去特别报告员在本报告既不需要、也不打算讨论的法律实质不论，作为理论上可设想措施的例子，他或许记得安全理事会通过 1992 年 1 月 21 日第 731(1992)号和 1992 年 3 月 31 日第 748(1992)号决议对阿拉伯利比亚民众国提出的要求。基本上，被指控实行国际恐怖主义的阿拉伯利比亚民众国必须把被控应对洛克比爆炸事件负责的人提交审判，这实际上是一种“强迫”引渡，这种引渡要求超过了根据草案第二部分第 10 条涉案国家有义务提供的各种形式的满足。无论是对是错，这种要求会使被要求国家的尊严受到损害。特别报告员不难想起评论员们对洛克比案发表了许多不同的看法：见 Graefrath, “Leave to the Court what belongs to the Court: the Libyan case”, 尤见第 184 页起、Weller, “The Lockerbie case: a premature end to the ‘New World Order’?”, 第 302 页起、Tomuschat, “The Lockerbie case before the International Court of Justice”, 第 38 页起、Beveridge, “The Lockerbie affair”, 第 907 页起、Arcari, “Le risoluzioni 731 e 748 e i poteri del Consiglio di Sicurezza in materia di mantenimento della pace”, 第 932 页起、Andrés Sáenz de Santa María, “¿De maximis non curat praetor ...? El Consejo de Seguridad y el TIJ en el asunto Lockerbie”, 第 327 页起、Orihuela Calatayud, “La actuación del Consejo de Seguridad de la ONU en el asunto Lockerbie: paradigma de ‘incontrolable’ abuso de poder”, 第 395 页起。

来源于安全理事会实践的其他例子有 1993 年 2 月 22 日第 808(1993)号和 1993 年 5 月 25 日第 827(1993)号决议。通过这两份决议，安理会为审判被控应对前南斯拉夫领土上严重违反人道主义法律行为负责人员设立了国际刑事法庭。尤其是，可能应负责移送这些人员的某个或某几个国家的义务（这里再度抛却整个事项的法律实质不提）将造成“附带”后果，对某个或某几个目标国的主权和独立产生重大影响（从国家和个人的责任相结合的情况来看更是这样）。尤见 Graefrath 和 Mohr, 同前引书，第 130 页。

3. 手段性后果

(a) 概述

34. 无论对罪行采取反措施的办法同草案第二部分第 11 至 14 条⁵中所设想的办法比较起来必须具有哪些具体特征，它将具有两个特性。

35. 首先，在大多数不法行为的情况下保留给一个或几个国家采取反措施的选择也在罪行的情况下扩大适用于所有国家，正如要求遵守特别或附带实质后果的权利一样。这似乎是下列事实的必然结果：虽然只有几种不法行为涉及对普遍性义务的违反，但所有罪行都包括对普遍性义务的侵犯。¹¹ 草案第二部分第 5 条第 3 款确认了这一点，即在罪行的情况下，所有国家都是受害国。因此，在委员会为了将上述办法扩大适用于所有国家而可能认为适宜采取的任何限制的范围内，犯有某一罪行的某一国家受到反措施的可能性从原则上说要比犯下违法行为的国家大得多。因此，法律对任何可能或实际“犯罪”国所施加的可能的或实际的压力有所增加。

36. 其次，第二部分第 7 条（恢复原状）(c)至(d)项以及第 10 条（满足）第 3 款中规定的实质后果的加重，会导致压力的增加。在保证不重犯方面，犯下罪行的国家对该后果负有法律义务的繁重性特别明显。如上所述，如果每一受害国有权要求违法国裁军、非军事化、解散战争工业、销毁武器、接纳观察队、制订对少数群体提供充分保护的律并且建立不抵触基本自由、公民及政治权利和自决的政府形式，在受到拒绝的情况下为迫使违法国遵守上述要求所采取的反措施其份量将大于对不法行为采取之措施的份量。由于违法国的实质性义务加重，有关国家不遵守由罪行引起的“从属”义务其可能性会增加。这两项因素和它们的交互作用的份量使得对付罪行后果和不法行为后果的办法有所区别，从而有理由把罪行视为

¹¹ 关于“普遍性”义务和国际罪行之间的关系，见 Starace, “La responsabilité résultant de la violation des obligations à l’égard de la communauté internationale”, 尤见第 289 页起、Lattanzi, “Sanzioni internazionali”, 第 554 至 555 页、De Hoogh, “The relationship between *jus cogens*, obligations *erga omnes* and international crimes: peremptory norms in perspective”, 第 183 页起，以及 Annacker, “The legal regime of *erga omnes* obligations in international law”, 第 131 页起。

特别种类的违法行为。¹² 另一个极为重要的加重要素当然是罪行及犯下这种罪行的国家将受到来源于受命按照所提议办法（下见 C 节第 100 段起）对某一国际罪行的存在与根源作一基本确定的国际机构、乃至整个国际社会的严厉谴责。

37. 与有关实质后果的规则一样，可在与罪行的手段性后果有关的条款前冠以一个总的起首规定，与第二部分第 11 条中所载有关不法行为的一般性规定互相呼应。这一起首条款应该规定一般原则，载明：某一国家之某一国际罪行的任何受害国如果所提出的要求无法从犯罪国得到充分的回应，就有权按照一些条件和随后条款中所规定的限制采取反措施，这些条款应适应罪行的情况，于必要情况下采用第二部分第 11 至 14 条的规定。

38. 考虑到第 11 条只是暂时通过，特别报告员希望能够复核它的案文，同时将考虑到以下两个方面的特征：

- (a) 违法国的“反应”；和
- (b) 反措施的功能。

39. 同第 11 条相应的罪行条款是第 17 条草案第一款的主要内容（下见本章 E 节）。

(b) 争端解决和事先通知

40. 第一个问题是确定草案第二部分第 12 条¹³ 所述以合法方式诉诸反措施的条件是否适用于罪行的

¹² 罪行的实质后果和手段性后果之间的密切关系（密切到在一些普通满足形式中取消了已经是微不足道的区别）表现在海湾战争以后以联合国决议对伊拉克施加的办法的若干特征上。特别报告员在不叙述单个措施实质的情况下（他对此保留意见），特别提到安全理事会根据 1991 年 4 月 3 日第 687(1991)号决议所设立的以伊拉克石油出口供资的一项赔偿基金，以及根据安理会 1991 年 8 月 15 日第 705(1991)和 706(1991)号决议以及 1992 年 10 月 2 日第 778(1992)号决议所衍生的细节。联合国赔偿委员会的安排虽然不能归类为狭义的反措施，但无论它的法律实质如何，确保了以制度化的方式落实侵略罪行之实质后果的承担问题。由于这种安排使得伊拉克的经济受到特别严格的国际控制，实质后果和手段性后果都更加严重了。关于这些方面，又见 Graefrath 和 Mohr，同前引书，第 121 页、Gowlland-Debbas，“Security Council enforcement...”，第 82 页，以及 Dupuy，“Après la guerre du Golfe”，第 636 页。

¹³ 特别报告员提议的第 12 条（采取反措施的条件）草案案文，见《1992 年……年鉴》，第二卷（第一部分），第 1 页，A/CN.4/444 及 Add.1-3 号文件；起草委员会在国际法委员会第四十五届会议上通过的第 12 条（与诉诸反措施有关的条件）草案案文，见《1993 年……年鉴》，第一卷，第 2318 次会议，第 3 段。

情况、如果可能也确定一下它在怎样的限度内适用。特别报告员指的是警告或通知，更确切地指先行采取现有的解决争端手段。

41. 从先行采取现有解决争端手段的要求说起，进行一项调整似乎是不可或缺的。如本报告所指出（上文第 4 至 5 段和下文第 85 至 109 段），对已经或正在犯下某项罪行的某一国家采取反措施应该首先由一个或多个国际机构至少就某一罪行的存在及其根源提出某种形式的宣告。无论这种宣告的性质为何，它应该足以让任何受害国有权单独或集体采取反措施，而不论是否已有或使用了解决争端的手段。草案第二部分第 11 条中所载述的基本条件，即缺乏“充分的反应”，特别是违法国未能停止不法行为，应该足以让受害国有权采取对应行动。

42. 大家一定记得，第二部分第 12 条第 2 款(b) 项为受害国、甚至在采取现有解决争端程序以前采取“必要的紧急、临时措施以保护受害国权利或限制国际不法行为造成的损害”留下余地。这一问题在目前不会发生，因为先行采取解决争端程序的条件不适用于罪行的情况。但是，对于上一段所指由某一国际机构提出事先宣告的要求，作为某一罪行之任一受害国采取合法反应的先决条件来说，就会产生这一问题。看来应当这么说：虽然在提出上项宣告以前，某一罪行的每一受害国无权采取充分的反措施，但是，它们有权采取必要的紧急临时措施，以保护它们的权利和限制该罪行所造成的损害。特别报告员指的是旨在为了进行解救和（或）援助而立即接近受害者或者防止灭绝种族行为持续下去的措施，关于人道主义护送、反污染行动、通过的便利等的措施。

43. 对应条款载于第二部分第 17 条草案第 2 款（下见本章 E 节）。

44. 但是，在被指控的违法国将该事项提交将在第三部分中拟规定的有约束力的第三方仲裁程序的情况下，采取反措施的选择显然应该完全予以禁绝。¹⁴ 同为解决就有关违法行为采取反措施后的争

¹⁴ 正如特别报告员第五次报告（上见脚注 2）中所理解的，本特别报告员所提议的第三部分条款草案故意避开在罪行的情况下采取反措施后的争端解决问题。（见《1993 年……年鉴》，第二卷（第二部分），第 48 页起，脚注 116 至 117、121 至 123 和 125。）提议的条款将载于下文第二章。但另见本报告 C 节第 109 段。

端而提议的第三部分条款作一类比，主管的第三方应有权力指明具有约束力的临时措施。采取反措施的选择在违法国未能遵守第三方的临时措施指示时或未能遵守诚意实行仲裁程序的义务时，应予恢复。

45. 对于第二部分第 12 条关于及时通知的要求来说，看来它不是应该在罪行的情况下适用，除非它或许同可能对违法国的人口具有不利影响的特别严重的措施有关。已经或者正在犯下其严重程度达到第一部分第 19 条¹所指罪行之水平的违法行为——假定它涉及一项具有故意意图的措施——的某一国家，不应有权提出可能减少反措施效能的警告。但是，考虑到所提到（上见第 36 段）和所提议（下见 C 节第 100 段起）的情况，个别国家或国家集团在对某一罪行作出特别形式的反应以前应该先在一个或几个国际机构中进行公开辩论，有可能发生的情况是，违法国可能没有注意到受害国采取反措施的可能性。

(c) 相称

46. 特别报告员虽然为委员会第四十五届会议上草案第二部分第 13 条⁵的拟定工作承担至少一半的责任，但是，在联系罪行的手段性后果对上述案文进行重新审议后，对拟定这一条款是否妥当感到非常怀疑。他所指的是，规定相称必须“按照国际不法行为的严重程度及其对受害国的影响”来加以衡量的条款。起初令他感到怀疑的是如何把这一标准适用于对犯罪国的反措施，现在他几乎在同等的程度上怀疑上述条款如何适用于违法行为方面。因此，特别报告员建议委员会基于下列考虑因素多多思考这一问题。

47. 国际不法行为的严重程度应参照若干因素决定，这些因素包括被破坏的规则的主观重要性和主观的范围、侵犯的程度、主观因素，包括违法国组织结构的参与程度和过错的程度（其范围从轻微过失或最小疏失到疏失、严重疏失和故意意图），乃至被违反的规则给受害国和“被保护对象”所带来的违法行为影响。¹⁵

48. 当然，特别报告员注意到，其同事到目前

为止拒绝了他的下列建议：即使对于违法行为来说，也应该在决定严重程度和后果的时候对主观因素给予比第二部分第 10 条（满足）第 2 款(c)项中所载述的更加明确的考虑。¹⁶

49. 无论是否对违法行为采取那种态度，特别报告员认为，关于罪行主观因素的重要性，一种不同的意见很可能被普遍接受——他并认为应当获得普遍接受。故意的意图（作为最严重过错的犯意）是某一罪行的基本的必要条件特征，这几乎是毫无问题的。这是在特别报告员的报告中曾经偶尔提到的论点。¹⁷那么，这一因素难道不应比被引述的第 10 条得到更明确的考虑吗？在处理相称问题的时候，可以忽视这项因素吗？对于被违反的规则的客户

¹⁶ 一些作者认为，在确定违法行为的不具有严格补偿性的后果（满足、保证不重犯）时应该考虑到犯下违法行为的国家的过错因素或故意性。其中特别报告员提到：Ago, “La colpa nell’illecito internazionale”, 第 302 页、Oppenheim, *International Law: A Treatise*, 第 354 页、Luzzatto, “Responsabilità e colpa in diritto internazionale”, 第 63 页、Brownlie, *System of the Law of Nations: State Responsibility*, 第 46 页，以及 Simma, “Reflections on article 60 of the Vienna Convention on the Law of Treaties and its background in general international law”, 第 12 页。关于“心理因素”与国家罪行之间的关系，见 Rigaux, “Le crime d’État. Réflexions sur l’article 19 du projet d’articles sur la responsabilité des États”, 第 320 至 323 页。

特别报告员的立场载于第二次报告（《1989 年……年鉴》，第二卷（第一部分），第 123 至 143 页，A/CN.4/425 及 Add.1 号文件，第 164 至 190 段），尤见第 10 条草案（同上，第 191 段）。根据该条草案第 2 款，作出一种或多种满足形式的选择，应该考虑“所违反之义务的重要性和故意意图或疏失的存在或程度”。又见 Arangio-Ruiz, “State fault and the forms and degrees of international responsibility: questions of attribution and relevance”, 第 25 至 41 页。关于国家的过错问题，Palmisano 作了充分论述。对于“故意性”在国际责任中重要性，下列著作中的评述引人关注：Salmon, “L’intention en matière de responsabilité internationale”, 第 413 页起。美国政府对《危害人类和平及安全治罪法》草案第 19 条（灭绝种族）提出的意见中，强调了“意图”和“心理状况”对于能否把违法行为称为罪行的决定重要性。（见特别报告员第十三次报告，A/CN.4/466 号文件，第 58 段。）

¹⁷ 具体见特别报告员的第二次报告（上文脚注 16），第 164 至 190 段。关于主观因素在国家所犯国际罪行中具决定性作用的重要性，特别是故意的意图，见脚注 16 中所引述的著作以及 Palmisano, “Les causes d’aggravation de la responsabilité des États et la distinction entre ‘crimes’ et ‘délits internationaux’”, 尤见第 645 至 647 页、第 661 至 664 页及第 666 至 668 页。

¹⁵ 为说明对“保护对象”（或称“受保护对象”）的影响，可参考因违反人权义务使个人遭受损失、伤害或损害的情况。另一个例子是违反有关保护环境的义务导致人类环境的共同部分受到损害的情况。

观重要性和主观的范围，又该如何对待呢？不管怎么说，难道可以明确地提到“影响”——和对于该（或该等）受害国的影响——而既不提到规则的重要性、过失或犯意，也不提到对“保护对象”（人类、人民、环境）的影响吗？难道我们确实认为，明确提到据以评量严重程度的具体因素（例如不法行为对于主体——与客体相反——的影响）而对其他因素保持沉默，强调某种因素却又湮灭其他因素，不致发出一种会影响对于严重程度之适当评价的误导信息吗？

50. 这个问题由于违法行为和罪行之间的区别而变得复杂。在大多数违法行为的情况下，用“违反行为对受害国的影响”这种提法可能比较适当（尽管有已经指出的强调一项因素而湮灭其他因素的情况）。在违法行为方面，受害国可能是一个单一国家，但是，并不总是这种情况。在普遍违法行为的情况下，影响的严重程度可能因受害国而有很大的不同。假定这不是一项重大的困难，对于普遍性的侵犯人权行为又该怎么办呢？这种行为对于每一国家会有什么影响呢？从物质损害来说，这种影响可能是微小的。从（必须对照规则和受到侵害的人权与自由的重要性来加以衡量的）伤害来说，该影响在原则上对有关的每一国家具有极其重大的意义；但如何对待各国对伤害具有不同观念的情况呢？对于人权方面的法律制度很发达而其舆论对其他国家的违反行为很敏感的某一国家来说，这种影响将是很重大的。对处于不同情况的某一国家来说，这种影响可能微小或不存在。由于罪行总是影响到所有的国家，在诸如第 13 条案文所载示的主观基础上对严重程度的衡量可能引起困难。第一、认定的严重程度可能很不一样，这将取决于损害程度的差异或每一受害国在观念上的不同。第二、可能的确会有超过任何一个受害国所遭受或觉察到的损害程度的、对“保护对象”的损害。

51. 因此，人们又遇到了可以从理论上予以设想的最大限度和最低限度的解决办法。彻底的解决办法是企图尽可能完全地列举具有重要性的多重有关因素。这种办法将需要大大修订第 13 条，成功的机会很小。另一个解决办法是在第 13 条中让有关违法行为的案文保持原样，而试图为有关罪行的部分拟订不同的案文。但是，考虑到“对于受害国的影响”条款对违法行为的情况来说也不合适，而在这方面对违法行为和罪行采取极其不同的处理方式可能在解释上产生误解，较好的解决办法是干脆在违

法行为和罪行的情况下都舍弃该条款。对两者来说，其规则应为在第 13 条中把“对受害国的影响”等语删除的修订案文。

52. 对于违法行为和罪行的情况来说，相称的标准总的来说将仍然只是不法行为的严重程度。第 13 条不采取提到关于严重程度的一些因素而忽略另一些因素的做法，它将指明“不法行为”作为包含一切的概念所反映的所有因素。将在评注中说明委员会所做的选择：从逻辑上说，这种选择显得比较正确、比较能够适应关于不法行为严重性的各项因素的多重性和多样性。

53. 对某一个或某几个国家——所谓的“直接”或“较直接”受到损害的国家——的影响的严重程度概念显然将被作为一个类别列入违法行为之严重程度的通盘概念中，它的范围包括暂时列入上面第 47 段中的一切因素。

54. 有关规定见第二部分第 17 条草案第 3 款（下见本章 E 节）。

(d) 禁止采取的反措施

55. 关于禁止采取的反措施，看来委员会第四十六届会议所通过的草案第二部分第 14 条案文⁵无须针对罪行的情况进行重大的修改。

56. 第二部分第 14 条(a)和(b)项中所载述的禁止扩大适用于针对罪行所采取的反措施，这一点难以置疑。特别报告员指的是，禁止采取包含以武力相威胁或使用武力的反措施和禁止各种形式的极端经济或政治强制。

57. 当然，上段所考虑的禁止既不适用于安全理事会根据《联合国宪章》第七章所决定采取的强制措施，也不适用于根据《宪章》第 51 条实行的自卫。¹⁸这两个例外都在第 20 条草案中载述（下见本章 E 节）。

¹⁸ 第二部分第 14 条第 1 款(a)和(b)项中针对根据《联合国宪章》第七章所采取措施而规定的例外禁止情况得到安全理事会之实践的明白确认。这种例外同时适用于使用武力和使用严厉经济措施的情况：

(a) 关于使用武力，除了 1990 年 11 月 29 日第 678(1990)号决议授权对伊拉克使用武力的主要事例以外，可回顾安全理事会提供类似授权以便强迫违法国遵守实质性义务的一些决议。例如第 678(1990)号、1991 年 3 月 2 日第 686(1991)号、1991 年 4 月 3 日第 687(1991)号和 1992 年 8 月 26 日第 773(1992)号决议。都同海湾战争以后的局势有关的这些决议重申安全理事会决定以一切必要手段来保证伊拉克遵守其赔偿义

58. 同样适用于罪行情况的做法似乎还有第 14 条最后三项中所载的禁止措施。特别报告员指的是旨在保障“外交或领事人员、馆舍、档案和文件不受侵犯”（14 条(c)项）、“基本人权”（14 条(d)项）和来源于“国际法强制性规范”的义务（14 条(e)项）的禁止事项。

59. 虽然它们本来的用意是要适用于只对付违法行为的反措施，鉴于“保护对象”的高度重要性，上述措施也必须扩大适用于对付罪行的反措施。当然，这样一来，受害国能够针对“犯罪”国采取的措施的种类将大大减少。但是，在同违法行为互相区别的罪行的情况下，来源于上述三项禁止措施的限制因素将由于有权采取不在禁止之列的反措施的国家——每一受害国——数目增加而互相抗衡。这种情况并非不重要，因为发挥作用的因素有好几个，何况主管国际机关在发现罪行时又能够产生“大喊大叫”的豁然责怪作用。《联合国宪章》第 41 条为能够采取的不用涉及武力的一系列措施提供了最好的说明，虽然其背景不同于国际责任的情况，但是，通过比照适用，却能够为每一受害国在决定如何反应方面提供有用的指导。根据该项规定，非强制性措施可以包括“经济关系、铁路、海运、航空、邮、电、无线电及其它交通工具之局部或全部停止，以及外交关系之断绝”。采取这些措施的国家可以多到包括国际社会的所有成员，这些措施（当然也包括仅只报复的措施）再加上道义上

务、伊拉克—科威特边境不受侵犯和维护在边境地区建立的非军事化地区。其他决议也授权使用武力，这些决议是为了确保安理会根据《宪章》第 40 条（临时措施）和第 41 条（经济制裁）所采取措施的效力。1996 年 4 月 9 日第 221(1996)号决议是个著名的先例，它要求英国政府“于必要时使用武力”防止南罗得西亚的供油船到达莫桑比克的贝拉港。关于执行对南斯拉夫联盟共和国（塞尔维亚和黑山）采取的经济措施的 1992 年 11 月 16 日第 787(1992)号和 1993 年 4 月 17 日第 820(1993)号决议也具有同样的目的。安全理事会也为了执行具有人道主义性质的保护措施作出过另一些授权。为了这种目的通过的有 1992 年 8 月 13 日第 770(1992)号、1992 年 10 月 9 日第 781(1992)号和 1993 年 3 月 26 日第 813(1993)号决议。对于安全理事会实践的评述，见 Freudenschuß, “Between unilateralism and collective security: authorizations of the use of force by the UN Security Council”;

(b) 每当安理会根据《宪章》第 41 条所采取措施的强度、范围和期间达到“极端的 [...] 经济强制措施”的程度时，人们似乎就设想在同这些措施有关的方面采取背离第 14 条第 2 款(b)项的做法。

的谴责，将产生比违法行为¹⁹的某一个或几个受害国所采取的任何类似措施远为有效的反应和阻遏作用。

60. 总的说来，已获得通过的第二部分第 14 条不用修改就可以适用于罪行的情况。

4. 罪行的其它后果

61. 罪行后果的特别办法应该通过增加另外两套规定来加以完成。一套规定应该载明：已经或正在犯下某一罪行的国家不应有权反对在其境内为核查遵守停止不法行为和赔偿义务情况而进行的实况调查行动和监督任务。第二套规定应该载述每一受害国的一些特别义务，同时应考虑到前任特别报告员里普哈根先生在其 14 条草案²⁰中提出的建议的范围。这种义务的目的是确保各国在谴责罪行、批评违法国行为并对它作出反应方面维持一致、团结和合作。

¹⁹ 但是，委员会应该也思考一下可能影响违法国主权和独立（不包括领土完整）、自由或国内管辖权的那些反措施问题。虽然草案第二部分第 14 条中没有提到这些要素，它们的含义可能蕴涵于禁止使用军事力量和极端形式的政治或经济压力或保障强制性规则（强行法）的禁止事项中。假定——如同特别报告员所假定的那样——这是对于违法行为的正确解决办法，能够说这也是对付罪行的正确解决办法吗？例如，难道不会有一个或多个普遍性义务被违背的国家根据第二部分第 11 条（只要它们不违反有关武力或极端政治或经济措施）以合法方式侵犯已经或正在犯下某一罪行的国家的主权和独立或国内管辖权的局势或情况吗？这种例子可以是指定保护区，而不在犯罪国的领土上与私人当事方或政府官员面对面地进行实况调查和控制以及其它形式的入侵行动，或在公海上逮捕或扣押犯罪国的商船等等。这种除了由安全理事会根据《联合国宪章》第七章下的措施和为了自卫以外，禁止侵略行为的每一受害国采取侵犯侵略国独立或国内管辖的反措施的做法，难道不是对侵略国表现出过度的宽容吗？

当我们说起“国内管辖权”的时候，我们所想到的（至少在目前的情况下）并不是违法国将不必尽其国际义务的方面，而是该国国内取决于该国之公法和私法以及该国立法、行政、司法等机关之专属权限的个人之间关系方面。为了目前的目的，我们不谈这不是国内管辖的唯一正确概念的问题和特别报告员在这方面的看法。（见 Arangio-Ruiz, “Le domaine réservé—L’organisation internationale et le rapport entre droit international et droit interne: cours général de droit international public”, 第 225 页。）

²⁰ 案文见《1985 年……年鉴》[英]，第二卷（第二部分），第 20 页，脚注 66。

62. 上一段中提到的受害国的义务应该是为了确保:

(a) 违法国不致寻求支持以维护或合法化经由罪行的持续所造成的对它有利的状况;

(b) 其它国家以合法方式设法恢复被侵犯的权力的行动不应受到阻碍。

为此目的,可以采用里普哈根先生的提议,但仍应进行一些重要的增添和调整。

63. 根据里普哈根先生提议的第 14 条第 2 款草案,各国应承担如下义务:

(a) 不承认由罪行所造成的状况具有合法地位;

(b) 不资助或协助犯下上述罪行的国家维护由这种罪行所造成的状况;

(c) 会同其它国家提供相互协助以履行(a)和(b)项下的义务。

64. 加强(a)项是有用和适当的,为此应增列一项条款载明:法律不源于不法行为的原则应该同时适用于已经或将要来源于国际不法行为所造成之状况的国家和国际法律效力。应该同时明确地提到国内法和国际法。²¹

65. (b)项以使用语气更强的辞令为宜。²²

²¹ 有关的基本义务已经体现在安全理事会的实践中。安全理事会在面临着可能属于国际罪行类别的状况时要求各国不要承认源自该状况的一切法律效力(并且视之为无效)。例见 1965 年 11 月 12 日第 216(1965)号决议,其中安理会谴责南罗得西亚政权片面宣布独立,并且要求各国“不要承认该非法种族主义政权”;1990 年 8 月 9 日第 662(1990)号决议,其中安理会要求各国不要承认伊拉克并吞科威特宣言的法律效力;1984 年 8 月 17 日第 554(1994)号决议,其中安理会宣布南非政府的新宪法和所进行的选举无效而不具法律效力。此外,安理会本身以明确的用语宣告违法国采取的造成不合法状况的一切行动都是无效的。此外,参见 1965 年 11 月 20 日关于南罗得西亚的第 217(1965)号决议,以及 1990 年 8 月 18 日和 1991 年 4 月 3 日分别关于伊拉克关闭驻科威特外交代表团的命令和伊拉克关于其外债的宣言的第 664(1990)号决议和第 687(1991)号决议。关于这些问题,见 Gowlland-Debbas, “Security Council enforcement...”, 第 74 至 76 页。

²² 对此,安全理事会的实践中也有所体现。除了脚注 21 中所援引的各项决议以外,也参看 1965 年 11 月 23 日第 218(1965)号决议的明确用语,其中安全理事会请所有国家“立即停止给予葡萄牙政府使它能够在其管理下各领土之人民的任何协助”。

66. (c)项本身是令人满意的——虽然还可以从文字上加以润饰——因为它表明了各国有责任互相帮助遵守(a)和(b)项所规定的义务。²³另外,也许应规定每一受害国应在可能范围内就各自的反应进行协调。

67. 宣示进行合作的积极义务之外还应该提到不得以任何方式妨碍选择行使其权利的国家对某一罪行作出反应的更确切、而且也许更重大的责任。如果出现任何国家不仅不对严重侵犯国际社会基本合法利益的行为作出反应,而且以作为或不作为的方式阻遏其它国家采取的措施或减损这些措施的效力的情况,则这一条款将更加明确地把它的行为视为非法。²⁴

68. 可增列的另一些有用条款是:

(a) 关于对被控“涉及”国际法上不法行为的个人实行不引渡即审判原则的条款;

(b) 关于与可能参与对某一罪行作出反应的国际机构进行合作的条款;

²³ 关于这些义务,可参看安全理事会 1976 年 12 月 22 日第 402(1976)号决议,其中安理会在赞扬莱索托作出不承认南非所给予的所谓特兰斯凯独立的决定以后,呼吁所有国家“立即向莱索托提供资金、技术和物质援助使它能够执行经济发展方案并加强其贯彻执行联合国关于种族隔离与班图斯坦的决议”。(又见 1983 年 6 月 29 日第 535(1983)号决议。)安全理事会的实践似乎确认这种援助主要采取对特别受到违法国政治与经济孤立之不利影响的国家提供经济援助与支持的方式进行。这方面的各种有关情况包括安全理事会根据《联合国宪章》第 50 条(尤见 1976 年 3 月 17 日第 386(1976)号决议和 1990 年 9 月 24 日第 669(1990)号决议)提供的援助。关于互相援助的义务,应该也有可能解决违法国以外的国家由于采取激烈的反措施(或其它形式的政治压力)因而使其权利受到影响的问题。

²⁴ 为了说明这一点,以类比的方式,回顾安全理事会谴责藉着同违法国维持经济或外交关系从而促使对违法国所做反应的效力受到减损的各国态度的一些决议。例见 1970 年 3 月 18 日第 277(1970)号决议第 6 段,其中安理会“谴责南非和葡萄牙政府违反联合国有关决议继续同南罗得西亚非法政权维持政治、经济、军事和其它关系的政策”;另比较 1968 年 5 月 29 日第 253(1968)号、1972 年 2 月 28 日第 314(1972)号、1972 年 9 月 29 日第 320(1972)号、1973 年 5 月 22 日第 333(1973)号以及 1978 年 10 月 10 日第 437(1978)号决议,这些决议都同南罗得西亚有关。

(c) 关于每一受害国应致力通过和执行因该罪行造成紧急事态而需采取之合法措施的条款。

69. 相关的第 18 条草案（下见本章 E 节）涵盖了上文第 61 段提到的两套条款。

C. 国际机构不可或缺的作用

1. 概述

70. 除了从客观上说更加严重以外，罪行的实质后果和手段性后果，如同已经指出的那样，显示了草案第二部分第 5 条第 3 款⁵所反映的差异。这里所指的是以下事实中所包含的差异：虽然大多数——虽然不是全部——违法行为只涉及一个或一些受害国，但是任何罪行都可能（虽然不总是）在不同的程度上涉及所有国家，使之成为受害国。

71. 所有国家作为受害国牵涉在内的事实从另一个方面说并不意味着：罪行后果之承担问题的落实从结构上说有别于大多数违法行为的后果承担情况。在两种情况下，行动者都是国家。对于两类国际不法行为所共同的国际不法行为后果来说，这一点是显而易见的，而且对于在上一节被认为是罪行所特有的特别后果或附带后果来说也同样确切。在国家间几乎全然缺乏有机结构的情况下，即使来源于——用第一部分第 19 条第 2 款¹的措辞来说——“所违背的国际义务对于保护国际社会的根本利益至关重要以致整个国际社会公认违背该项义务是一种罪行时”，该国际不法行为之后果的承担问题的落实根据一般国际法在原则上似乎仍然操在国家的手里。

72. 这种在国家间系统中缺乏权威性执法机构的明显的必然结果当然是不足为奇的。即便在各国把为维和平采取直接强制措施的影响深远的职权付托给国际机构的领域里，它也是通过实际发生有效执行措施的国家采取行动的。有组织的国际社会这一概念的确是言过其实。²⁵

²⁵ 特别报告员对于有关国际组织目前理论的严重困惑，尤见 Arangio-Ruiz, “The normative role of the General Assembly of the United Nations and the Declaration of Principles of Friendly Relations”, 第 629 至 731 页，尤其是第 663 页起的附件；“Le domaine réservé ...”, 第 151 至 161 页、第 402 至 427 页和第 435 页起；以及“Reflections on the problem of organization in integrated and non-integrated societies”。

73. 考虑到罪行的严重性和罪行的特别后果或附带后果的严重程度，可能由于受害国地位的普遍化而引起非常重大的困难。在决定有否罪行存在、罪行的归责和落实其后果之承担问题时所涉及的任意性、不一致和冲突的风险将是很高的。同通常涉及两个或一些国家的违法行为责任的执行不一样，罪行责任的执行涉及每一受害国，任意性和冲突的风险成几何级数地增加。²⁶

74. 因此，如果委员会不力图减少执行中可能产生不同意见的范围，就是不明智的。第四十六届会议上的辩论表明，所有委员会所有成员，包括主张放弃体现在第一部分第 19 条中之区别的委员，完全清楚这一问题的重要性。

75. 特别报告员的第五次报告²讨论了在执行涉及国家的国际罪行的规则时，可能会出现某些体制问题；在第四十六届会议的辩论中，这些体制问题尽管相当含糊但还算比较明确地提了出来，且指出的人不仅限于赞成第一部分第 19 条所体现之区别的委员。现在似乎应当更仔细地看一看各种可能的办法。²⁷

76. 从辩论本身看以及根据对各国和国际机构在面类似于第 19 条第 3 款四个项所指出的违反行为时所作反应的分析，已产生了一些应予探索的理论问题（它们或多或少具有新意）。

77. 可以设想的诸项办法似乎有：

(a) 通过诉诸现有的国际机构或将设立的国际机构，使落实罪行后果之承担问题的全过程或主要过程高度体制化，从判定罪行的存在和罪行的根源

²⁶ 这些问题中，一部分在 1984 年佛罗伦萨专题讨论会上得到一些发言者的确定。（见 *International Crimes of State—A Critical Analysis of the ILC's Draft Article 19 on State Responsibility*, J. H. H. Weiler, A. Cassese 和 M. Spinedi, eds. (Berlin, New York, 1989).）其中一个例子见 Stein 的“Observations on ‘crimes of States’”一文，第 198 页起。

²⁷ 对于可能属于国际罪行的、违反普遍义务的行为，可采取哪些形式的“体制化”反应呢？这一问题在文献中进行了深刻的辩论，尤见 Frowein, “Collective enforcement of international obligations”, 尤其是第 73 至 77 页、Hailbronner, “Sanctions and third parties and the concept of public international order”, 第 2 页起、Simma, “Does the UN Charter provide an adequate legal basis for individual or collective responses to violations of obligations *erga omnes*?”、Picone, “Nazioni Unite e obblighi *erga omnes*”、Annacker, 同前引书，尤其是第 156 页起。

开始, 继而确定违反行为的实际实质性和手段性后果。在同一办法的框架内, 可向体制化的方向再进一步, 委托同一机构或另一国际机构实际适用任何或全部特别或附带后果;

(b) 通过诉诸现有国际机构的、程度上多少有所降低的体制化。任何形式, 凡低于最高度体制化的, 均可包括在这一办法中, 而最起码的解决办法是委托一个或更多的现有国际机构进行确定, 该确定将启动落实罪行后果之承担问题的过程, 即确定是否已经或正在犯下罪行, 违反行为是否可归咎一个或多个特定的国家。

2. 对违反基本国际义务作出 “有组织”反应的事例

78. 在大会和安全理事会的实践中, 可找到对严重违反国际义务行为作出体制性反应的重要事例, 而这些违反行为类似于根据草案第一部分第 19 条¹ 将被判为罪行的行为。但特别报告员认为有必要说明, 在本章中提到任何此种事例时, 他将联合国在每一具体事例中所作反应的特点问题和从国家责任角度看案例的准确法律资格都放在一边。

79. 如果从大会在可能属第一部分第 19 条第 3(a)款的案件中所作的反应开始, 可回顾大会的众多决议, 在六十年代和七十年代期间, 大会通过这些决议强烈谴责一些殖民国家或种族主义国家——如葡萄牙、南非或南罗德西亚少数人政权——在非洲大陆对其属地人民或邻国奉行的侵略政策²⁸。还可提到——在这里也不就每一形势的是非曲直发表意见——几份决议, 大会通过这些决议谴责以色列对黎巴嫩领土的武装攻击, 或明确将以色列在 1967 年以后在它所占有的领土上施行的政策定性为“侵

略”政策²⁹。大会强烈谴责侵略行为的其他重要事例包括以色列对伊拉克核设施的武装攻击³⁰, 美利坚合众国轰炸黎波里和班加西³¹, 苏维埃社会主义共和国联盟入侵阿富汗³²。更近的事例是, 大会强烈谴责对波斯尼亚和黑塞哥维那领土完整和主权的不断侵犯, 要求立即停止此种侵略和敌对行为³³。

80. 在若干很可能属第一部分第 19 条第 3 款 (b)项管辖的形势下, 大会也作出了反应, 处理了违反自决原则维持殖民占领和统治的情况。总的说来, 大会在若干决议中称此种政策具有“罪行”性质, 称其有可能威胁国际和平与安全。³⁴ 大会毫不犹豫地明确谴责它认为应对此种作法负责的个别国家。只要回顾一下葡萄牙在其行政管辖下的非洲领土上的殖民统治³⁵、南非在纳米比

²⁹ 大会第 37/17 号决议的用语尤其明确, 其中“强烈谴责对贝鲁特巴勒斯坦人及其他平民的屠杀以及以色列对黎巴嫩的侵略, 这危害到该区域的稳定、和平与安全”, 第 37/123A 号决议的用语亦如此, 其中宣布“依照《联合国宪章》第三十九条和大会第 3314(XXIX)号决议的规定, 以色列 1981 年 12 月 14 日所作的将其法律、管辖和行政强加于被占领的叙利亚戈兰高地的决定是一种侵略行为”, 并认为“以色列吞并巴勒斯坦被占领土和黎巴嫩其他被占领土的所有政策和作法或旨在进行这种吞并的所有政策和作法均违反国际法和联合国的各有关决议”。关于黎巴嫩问题, 又见第 35/207 号、第 ES-7/5 号、第 37/43 号和第 40/25 号决议。关于进一步谴责所指称的以色列在被占领领土上的非法和侵略政策, 尤见第 38/180A 号、第 39/146B 号、第 40/168B 号、第 41/162B 号、第 42/209C 号、第 43/54B 号、第 44/40B 号和第 45/83B 号决议。

³⁰ 见大会第 36/27 号决议, 其中大会“强烈谴责以色列此次蓄谋已久和史无前例的侵略行动违反了《联合国宪章》和国际行为准则, 构成威胁国际和平与安全的新的危险升级”。

³¹ 见大会第 41/38 号决议。

³² 见大会第 ES-6/2 号决议。

³³ 例见大会第 47/121 号决议。

³⁴ 比较有关执行《给予殖民地国家和人民独立宣言》的一系列决议, 尤其是第 2189(XXI)号、第 2326(XXII)号、第 2465(XXIII)号、第 2548(XXIV)号、第 2621(XXV)号、第 2708(XXV)号、第 2878(XXVI)号、第 2908(XXVII)号、第 3163(XXVIII)号、第 3328(XXIX)号、第 3481(XXX)号、第 31/143 号、第 32/42 号、第 33/44 号、第 34/93 号、第 35/118 号和第 35/119 号决议。

³⁵ 例见大会第 2270(XXII)号决议第 4 段, 其中大会“严厉谴责葡萄牙政府对其所统治领土之和平人民进行殖民战争, 此乃构成危害人类之罪行, 并严重威胁国际和平与安全”。同样, 又见第 2107(XX)号、第 2395(XXIII)号、第 2707(XXV)号、第 2795(XXVI)号和第 3113(XXVIII)号决议。

²⁸ 例见大会第 3113(XXVIII)号决议序言部分, 其中大会“谴责葡萄牙军队对非洲独立国家一再所犯的侵略行为, 这些行为破坏这些国家的主权和领土完整”, 认为这些行为会“严重地扰乱国际和平与安全”; 同样, 又见大会第 2707(XXV)号和第 2795(XXVI)号决议。类似的结论反映在有关罗德西亚政权对博茨瓦纳、莫桑比克和赞比亚领土发动武装攻击的第 31/154A 号和第 32/116 号决议中。关于南非, 大会在一系列众多决议中谴责南非政府从非独立的纳米比亚领土上对安哥拉、博茨瓦纳、莱索托和赞比亚进行的行为, 大会称之为侵略的行为, 尤见第 31/146 号、第 32/9D 号、第 33/182A 号、第 33/206 号、第 38/17 号、第 38/36A 号、第 39/50A 号、第 40/25 号、第 40/97A 号、第 41/39A 号和第 42/14A 号决议。

亚的非法存在³⁶、南罗德西亚少数人政权的统治³⁷、以色列在巴勒斯坦被占领土上的政策³⁸，就足以说明问题。这里，同样不论每一案例中的是非曲直。

81. 关于第一部分第 19 条第 3 款(c)项所规定的一类罪行，即“大规模地严重违背对保护人类具有根本重要性的国际义务”，一个著名的例子是大会对南非种族主义政权的一再谴责以及大会呼吁安全理事会根据《联合国宪章》第七章采取措施³⁹。最近，大会还对灭绝种族这一概念下的大规模违反人权行为作出了反应：在伊拉克对库尔德人和什叶派的镇压⁴⁰，在波斯尼亚和黑塞哥维那的“民族清洗”和其他有计划的暴力和虐待行为⁴¹。

82. 当然，在安全理事会的实践中也可找到在面对可能属国际罪行一类的形势时作出“体制化”反应的例子。关于侵略，可回顾朝鲜战争和海湾战争两个先例。在这两种情况下，在确定已发生违反国际和平的行为之后，安理会反应极为强烈，以至建议或授权会员国使用武力。⁴² 在没有此种极强的反应时，

³⁶ 尤见大会第 2074(XX)号、第 2145(XXI)号、第 2325(XXII)号、第 2403(XXIII)号、第 2517(XXIV)号、第 2678(XXV)号、第 2871(XXVI)号、第 3031(XXVII)号、第 3111(XXVIII)号、第 3295(XXIX)号决议以及上文(脚注 28)援引的决议。

³⁷ 尤见大会第 2022(XX)号、第 2151(XXI)号、第 2383(XXIII)号、第 2508(XXIV)号、第 2652(XXV)号、第 2946(XXVII)号、第 3115(XXVIII)号、第 3116(XXVIII)号、第 3297(XXIX)号、第 3298(XXIX)号和第 3396(XXX)号决议。

³⁸ 例见大会第 3414(XXX)号、第 31/61 号、第 32/20 号、第 33/29 号、第 34/70 号、第 ES-7/2 号、第 35/35A 号、第 35/169A 号、第 36/226A 号、第 37/86E 号、第 37/123F 号、第 38/17 号、第 38/180D 号、第 39/146A 号、第 40/25 号、第 40/168A 号、第 41/101 号、第 41/162A 号、第 42/95 号、第 42/209B 号、第 43/54A 号、第 44/40A 号、第 45/83A 号、第 46/82 号决议。

³⁹ 尤见大会第 2202A(XXI)号、第 2307(XXII)号、第 2396(XXIII)号、第 2506B(XXIV)号、第 2671F(XXV)号、第 2775F(XXVI)号、第 2923E(XXVII)号、第 3151G(XXVIII)号、第 3324E(XXIV)号、第 31/6I 号、第 32/105K 号、第 33/24 号、第 38/11 号、第 41/35A 号决议。

⁴⁰ 见大会第 46/134 号决议。

⁴¹ 见大会第 47/147 号、第 48/88 号决议。

⁴² 关于朝鲜战争，尤见第 82(1950)号、第 83(1950)号、第 84(1950)号决议；关于海湾战争，尤见第 660(1990)号、第 678(1990)号决议。

安理会在若干其他情况下表达了对侵略事件的强烈谴责，其中一些情况已在谈及大会时提及。⁴³ 最近的情形是，安全理事会认为塞尔维亚军队针对波斯尼亚和黑塞哥维那领土不断采取的行为可能严重威胁国际和平与安全，在此基础上，因南斯拉夫联盟共和国(塞尔维亚和黑山)政府援助非正规的塞族军队而对其实施了一系列的强制措施。⁴⁴

83. 安全理事会与大会并无不同，它也强烈谴责违反自决原则的殖民和镇压行为。在某些情况下，它还根据《联合国宪章》第七章采取一些措施。人们不妨回顾一下葡萄牙在海外领土上的政

⁴³ 具体说，安全理事会在许多决议中谴责种族主义或殖民主义政权在非洲大陆上针对独立邻国的领土完整而进行的侵略。见关于葡萄牙对赞比亚、几内亚和塞内加尔进行的武装攻击的 1969 年 7 月 28 日第 268(1969)号、1969 年 12 月 9 日第 273(1969)号、1969 年 12 月 22 日第 275(1969)号、1970 年 11 月 23 日第 289(1970)号、1970 年 12 月 8 日第 290(1970)号、1971 年 7 月 15 日第 294(1971)号、1971 年 11 月 24 日第 302(1971)号和 1972 年 10 月 23 日第 321(1972)号决议；又见关于南罗德西亚少数人种族政权对赞比亚、博茨瓦纳和莫桑比克所进行类似行动的 1973 年 2 月 2 日第 326(1973)号、1973 年 3 月 10 日第 328(1973)号、1977 年 1 月 14 日第 403(1977)号、1977 年 5 月 25 日第 406(1977)号、1977 年 6 月 30 日第 411(1977)号、1978 年 3 月 17 日第 424(1978)号、1979 年 11 月 23 日第 455(1979)号决议；最后，见关于南非从非独立的纳米比亚领土上对赞比亚、安哥拉和莱索托一再发动侵略的 1971 年 10 月 12 日第 300(1971)号、1976 年 3 月 31 日第 387(1976)号、1978 年 5 月 6 日第 428(1978)号、1979 年 3 月 28 日第 447(1979)号、1979 年 11 月 2 日第 454(1979)号、1980 年 4 月 11 日第 466(1980)号、1980 年 6 月 27 日第 475(1980)号、1982 年 12 月 15 日第 527(1982)号、1983 年 12 月 20 日第 545(1983)号、1984 年 1 月 6 日第 546(1984)号、1985 年 6 月 20 日第 567(1985)号、1985 年 9 月 20 日第 571(1985)号、1985 年 10 月 7 日第 574(1985)号、1985 年 12 月 30 日第 577(1985)号、1987 年 11 月 25 日第 602(1987)号。关于进一步的例子，不妨提到 1981 年 6 月 19 日第 487(1981)号决议，其中安理会对以色列攻击伊拉克的核工厂表示遗憾，以及 1985 年 10 月 4 日第 573(1985)号和 1988 年 4 月 25 日第 611(1988)号决议，在这两份决议中，安理会谴责以色列破坏突尼斯领土完整的侵略行为。

⁴⁴ 尤见 1992 年 5 月 15 日第 752(1992)号、1992 年 5 月 30 日第 757(1992)号、1992 年 11 月 16 日第 787(1992)号、1993 年 4 月 16 日第 819(1993)号和 1993 年 4 月 17 日第 820(1993)号决议。

策、南非对纳米比亚的非法占领以及南罗德西亚的少数人权⁴⁵。

84. 安全理事会对大规模违反人权的行也作出类似反应。在此方面值得注意的是谴责南非政府种族隔离政策的决议⁴⁶、与对伊拉克库尔德人进行灭绝种族和在前南斯拉夫领土上进行“民族清洗”有关的决议⁴⁷。

⁴⁵ 关于葡萄牙问题，见安全理事会 1963 年 7 月 31 日第 180(1963)号、1963 年 12 月 11 日第 183(1963)号、1965 年 11 月 23 日第 218(1965)号、1972 年 2 月 4 日第 312(1972)号和 1972 年 11 月 22 日第 322(1972)号决议；关于纳米比亚问题，见 1969 年 3 月 20 日第 264(1969)号、1969 年 8 月 12 日第 269(1969)号、1970 年 1 月 30 日第 276(1970)号、1970 年 7 月 29 日第 283(1970)号、1971 年 10 月 20 日第 301(1971)号、1972 年 2 月 4 日第 310(1972)号、1974 年 12 月 17 日第 366(1974)号、1976 年 3 月 17 日第 385(1976)号、1978 年 11 月 13 日第 439(1978)号、1983 年 10 月 28 日第 539(1983)号和 1985 年 6 月 19 日第 566(1985)号决议；关于南罗德西亚，见 1965 年 11 月 12 日第 216(1965)号、1965 年 11 月 20 日第 217(1965)号、1966 年 4 月 9 日第 221(1966)号、1966 年 12 月 16 日第 232(1966)号、1968 年 5 月 29 日第 253(1968)号、1970 年 3 月 18 日第 277(1970)号、1976 年 4 月 6 日第 388(1976)号和 1977 年 5 月 27 日第 409(1977)号决议。

⁴⁶ 在此方面态度明确的有关决议是安全理事会 1980 年 6 月 13 日第 473(1980)号决议，其中安理会宣布“种族隔离政策是违背人类良知、破坏人类尊严的罪行，有违人的权利和尊严，违反《联合国宪章》和《世界人权宣言》，并且严重扰乱国际和平与安全”；尤其又见 1963 年 8 月 7 日第 181(1963)号、1963 年 12 月 11 日第 182(1963)号、1964 年 6 月 9 日第 190(1964)号、1964 年 6 月 18 日第 191(1964)号、1977 年 10 月 31 日第 417(1977)号、1977 年 11 月 4 日第 418(1977)号、1984 年 8 月 17 日第 554(1984)号、1984 年 10 月 23 日第 556(1984)号、1985 年 7 月 26 日第 569(1985)号和 1986 年 11 月 28 日第 591(1986)号决议。

⁴⁷ 关于库尔德人案，见安全理事会 1991 年 4 月 5 日第 688(1991)号决议；关于在前南斯拉夫严重违反人权的行，除上文（脚注 44）提到的决议外，又见安理会 1992 年 8 月 13 日第 770(1992)号和第 771(1992)号决议。关于安理会在有关严重违反人权的案例中采取的行动，尤见 Gaja, “Genocidio dei curdi e dominio riservato”、Malanczuk, “The Kurdish crisis and allied intervention in the aftermath of the second Gulf war”、Alston, “The Security Council and human rights: lessons to be learned from the Iraq-Kuwait crisis and its aftermath” 和 Ramcharan, “The Security Council: maturing of international protection of human rights”。

3. “有组织”地确定国际罪行的存在和（或）根源的各种可设想的办法

85. 回到这一问题以及所考虑的可能的解决办法（上文第 77 条），所指出的第一个解决办法似不可行。尽管“有组织的国际社会”对罪行作出反应的此种程度的体制化在理论上可能是可取的，并且有时在有限的具体领域中也可能实现，但它要求国家间制度有重大发展，而这在可以预见的未来不太可能发生。

86. 另一方面，所指出的另一种办法却值得认真考虑。尽管这也将涉及相对而言较高程度的逐步发展，但它似乎争议要小得多。在委员会第四十六届会议的辩论中，的确朝着类似的方向出现了明显或暗示的迹象。

87. 该次辩论有力地表明，在适用委员会（根据现行法或根据拟议法）可能通过的任何规则时，在罪行的特别后果或附带后果问题上，将要面对的最关键问题尤其是确定任何不法行为的存在和确定该不法行为源自一个或更多国家的问题。当然，对于任何国际不法行为来说，无论其严重程度如何，都会出现这一问题；无论何时，当违反行为涉及不只一个国家时，即使它只是构成违法行为而已，也会变得特别严重起来。但是，特别严重的、使所有国家成为受害国的罪行就必然要求一个国际机构以某种形式集体确定落实罪行后果之承担问题的先决条件，即违反行为的存在及其根源。从理论上说，是可以根据现有国际机构的具体职能设想若干解决办法的。

(a) 专由国际法院、大会或安全理事会确定？

88. 表面上看，最适当的选择应依此种确定的基本司法性质而定。由此得出的显然结论是，尽管同违法行为情况下一样，仍然由各国落实后果的承担问题，但是在违法行为的存在和该行为的根源问题上，应当由当今最具权威和最有代表性的司法机构即国际法院作出确定。原则上讲，拥有权力和技术手段以确定国际不法行为的存在、归责和落实不法行为后果的承担问题方面，国际法院是唯一现有的常设机构。⁴⁸

⁴⁸ 参见特别报告员第五次报告（上文脚注 2），第 53 页，第 214 段。

89. 这种解决办法显然意味着（在关于国家责任的未来公约中）接受国际法院的强制管辖权，它将遇到至少两个严重的障碍。首先，找不到任何执行起诉人任务的机构来支持像国际法院这样严格的司法机构。对于针对指称的犯罪国的指控，法院本身不能“过滤”或“甄别”对指称的犯罪国提出的指控。第二，一旦国际法院被赋予不可缺少的强制管辖权，即使为了有关的基本确定这一有限目的，也很难将此种一般性的管辖联系限制在人们希望不经常发生的、被定义为罪行的国际不法行为的领域内。任何国家都可指控另一国家已经或正在犯下某一罪行，仅仅为了确定违法行为是否存在，使该国在国际法院出庭。

90. 另一个可在理论上设想的办法是，未来的公约委托大会或安全理事会进行有关的确。

91. 由于若干原因，大会看起来特别合适。特别同安全理事会相比，人们普遍认为大会更加“民主”。此外，联合国所具有的准普遍性，使得大会不仅是所谓“有组织的国际社会”，而且是国际社会本身的最有“代表性”的发言人。因此，大会看起来比任何现有的国际机构都更有资格充当——且这么说——整个国际社会（根据草案第一部分第 19 条¹的定义，“整个国际社会”是将某些类别的国际不法行为定为国际罪行的基础），并将第 19 条所指理论上源自整个国际社会的国际罪行一般定义，变成具体的特定宣告。⁴⁹

⁴⁹ 在“整个国际社会”一语简单说来与全体“国际社会”一语相一致的范围内，草案第一部分第 19 条（见上文脚注 1）中的上述所指将适用于习惯国际法的任何规则。但必须指出，如果像委员会 1976 年第二十八届会议上那样来理解“整个国际社会”一语，情况既可能相同，也可能不相同。应当指出，第 19 条第 2 款出现的“整个国际社会”一语，早先曾出现在《维也纳条约法公约》的第 53 和 64 条中。（尤见 Ago, “Droit des traités à la lumière de la Convention de Vienne: introduction”以及 Combacau 和 Sur, *Droit international public*, 第 159 至 160 页。）国际法委员会（继特别报告员阿戈先生的第五次报告（《1976 年……年鉴》[英]，第二卷（第一部分），第 3 页，A/CN.4/291 及 Add.1-2 号文件）之后）解释了这一提法：“它当然并不要求[国际]社会的所有成员的一致承认，否则会使每一国家都有否决权，这是不可设想的。这里的意图是，确保不仅特定的国家集团（尽管它可能构成大多数），而且国际社会所有的主要组成部分都将某个特定的国际不法行为视为‘国际罪行’。”（上文脚注 4，关于第 19 条的评论，第 61 段。）

当然，“国际社会的主要组成部分”一语被理解为系指大会当时似乎分成的三个主要集团。尽管在大会内还可从许多角度确定各个集团，但这一具体的分类现在看起来似乎是已经过时。委员会在回到第 19 条

92. 大会的另一特点使它尤其适于所考虑的目的，即它本质上的职权范围很广泛，不仅包括——尽管权力非常不同——安全理事会的主要（并且集中得多的）责任领域，即维持国际和平与安全，而且包括规则指导下的国际合作领域，而对这些规则的最严重的侵犯正相应于第一部分第 19 条第 3 款所考虑的、除侵略以外的三类国际罪行。特别报告员所指的这些领域是经济、社会和文化合作，所指的规则是与自决、人权、保护环境有关的规则，更不必说逐步发展和编纂国际法了。因此，大会显然有能力根据拟议法以及根据现行法处理有可能发生第 19 条所定性的那些严重违反行为的这四个领域。

93. 另一方面，大会无权在国家责任领域中作出确定。此外，除了在具体领域如为《联合国宪章》第五、第六、第十七条第二项的目的和在程序事项上之外，大会无权作出具有约束力的决定。尽管程序问题肯定可包括设立特设附属机构，以调查可能构成一项国际罪行的事实，但单单大会的建议没有足够的份量，不足以构成基础，在法律上权威地确定罪行的存在及其归责。因此，尽管大会相对而言更有“代表性”，但它似乎不是唯一负责有关确定的适当机构。

94. 现在谈一谈安全理事会。《联合国宪章》赋予安理会的一项职能是确定侵略行为的存在。虽然这一职责不是为了确定国家责任，但可被认为是构成了相应的基础，据此由各国落实第一部分第 19 条第 3 款(a)项所定义之罪行后果的承担问题。同时，根据《宪章》第三十九条，安理会有权确定是否有对和平的违反和威胁，尤其是对和平的威胁，因此对于第 19 条第 3 款(b)、(c)和(d)项所包括的各类罪行，也可以设想让安理会起作用。某些形势涉及第 19 条第 3 款(b)、(c)、(d)项下的罪行以及这些条文文明文写出或未明文写出的主要规则下的罪行。而在与这些形势类似的形势下，安理会的实践事例

的行文时，将再次审议这一事项。而在目前，除了简单地提到“国际社会”之外，没有其他选择。

“整个国际社会”是判定严重违反行为为国家的国际罪行的来源，关于其所起的作用，Palmisano, “Les causes d’aggravation …”一文第 638 至 639 页作了有关考虑，其中作者引述了其他作者的观点并逐字援引了阿戈先生第五次报告的有关段落。

确实显示有过威胁和平现象的调查结果，尽管从原则上说这完全是为了《宪章》第七章的目的。⁵⁰

95. 当然，在不妨碍安全理事会维持和平与安全权力的情况下，似乎并不能让安理会比大会更多地独立负责基本的法律判定，以作为各国落实罪行后果之承担问题的先决条件。这一判定恰切地涉及国际责任法律的适用，而不是维持和平与安全。⁵¹

96. 尽管国家间关系中的这两个关键领域有着互动关系，但是要求安全理事会单独进行有关的决断，这至少同要求大会单独地履行这一职能一样具有争议。鉴于安理会的决定具有约束力，它似乎更有条件这么做，但由于其成员有限，其实质上的职权具有专门性，因此它不如大会合适。

⁵⁰ 例见安全理事会 1991 年 4 月 5 日关于伊拉克政府对库尔德人采取种族灭绝行动的第 688(1991)号决议、1992 年 5 月 30 日和 1992 年 11 月 16 日关于在前南斯拉夫发生大规模侵犯人权行为的第 757(1992)号和第 787(1992)号决议。

⁵¹ 特别报告员在委员会第四十四届会议上强调了这一区别，当时对其前任在草案第二部分第 4 条中的行文提出了质疑，因为在该条中，关于国家责任的法律似乎不适当地从属于《联合国宪章》有关维持国际和平与安全的规定和程序。（见《1992 年……年鉴》，第一卷，第 2277 次会议以及同上，第二卷（第二部分），第 41 至 42 页，第 260 至 266 段。）

与这一问题密切相关的是安全理事会分别在《联合国宪章》第七章和第六章项下所具权力的区别，在第六章下的权力仅仅限于提出建议。在此方面，另见《1992 年……年鉴》，第一卷，第 2267 次会议末尾部分。又见 Graefrath，同前引书，第 190 页起以及下文第 137 至 139 段。

关于安全理事会的决断与国家责任法律之间关系的某些复杂问题，下列文献尤其给予了讨论：Gaja，“Réflexions sur le rôle du Conseil de sécurité dans le nouvel ordre mondial”、Bowett，“The impact of Security Council decisions on dispute settlement procedures”以及 Gowlland-Debbas，“Security Council enforcement...”，尤其第 61 至 73 页。

如同瑞士政府就“危害人类和平及安全治罪法”这一专题框架内所产生的一个著名问题所指出的那样，“在要求国内法院查明个人的罪责并确定惩罚的严厉性时，说安理会这样一个政治机构——如果存在这么一种机构的话——的决定应当作为国内法院的基础，似乎不符合良好的司法概念”。（见特别报告员关于这一专题的第十三次报告（A/CN.4/466 号文件），第 40 段。）

97. 无论对大会和安全理事会分别适用何种考虑，对于二者来说，主要困难在于它们的组成和作用所具有的政治性质：

(a) 这两个机构在运作中都具有高度的裁量权。在所有看来要求它们行使职能的形势下，它们不一定采取行动，行动时也没有系统性。它们的运作具有选择性，有时具有非常大的选择性；

(b) 在可能看起来很相似的形势下，这两个机构都没有受到要用统一标准的约束。因此，同样类型和同样严重的形势可能得到不同的处理，也可能根本得不到处理；

(c) 从它们所作判定的根本性质看，它们似乎没有任何义务促使他们从国际法的角度作出选择（以决定、作为或不作为的形式）；

(d) 它们所作的选择具有裁量性质并可能具有武断性，而下述事实使其更加严重，即在法律动机的前提下，对于实际选择既没有在同时也没有在后来核实其合法性，也不可能在这些选择之间进行比较。⁵²

98. 根据上述特点，显然大会或安全理事会的参与均不能满足在法律上判定国际不法行为的存在及其根源的最基本要求，更不必说判定国家的国际罪行了。尽管必须向国家间制度这种独一无二的结构作出让步，但如国家社会的法律史所表明的那样，查清责任的前提应当是：

(a) 在程序和实质上，实行法治；

(b) 对待违反法律的问题，要有连续性、系统性和公正性（或非选择性）。⁵³

⁵² 许多学者都分析过对联合国政治机构、特别是对安全理事会缺乏控制的问题。例见 Franck，“The ‘powers of appreciation’: who is the ultimate guardian of UN legality?”、Sciso，“Può la Corte internazionale di giustizia rilevare l’invalidità di una decisione del Consiglio di sicurezza?”、Gaja，“Réflexions sur le rôle ...”，第 314 至 317 页、Bowett，同前引书，第 97 页起、Gowlland-Debbas，“The relationship between the International Court of Justice and the Security Council in the light of the *Lockerbie case*”、Bedjaoui，《The new world order and the Security Council: testing the legality of its acts》各处以及 Condorelli，“La Corte internazionale di giustizia e gli organi politici delle Nazioni Unite”。又见洛克比案有关文献（上文脚注 10）。

⁵³ 见特别报告员第五次报告（上文脚注 2），第 53 页，第 211 段。

99. 特别报告员在第五次报告²中还简要分析过最近的实践是否并未表明，具体在针对某些特别严重的国际不法行为类型作出“有组织的反应”方面经历了，安全理事会的职权范围已经发生了演变。但是，只有能够令人信服地表明这种实践“在司法上具有决定性”，才能认为它在国家责任领域中赋予安理会一种对于罪行的职权。在任何情况下，都难以根据现行法得出这一结论。⁵⁴而且，此类解决办法似乎也不宜视为国际组织法律的逐步发展。⁵⁵

(b) 政治作用和司法作用的结合

100. 因此，以上各段分析的国际法院、大会和安全理事会的特点似乎表明，这些机构没有一个本身就能单独地适当行使微妙的职能，确定国家的国际罪行的存在和根源，以之作为先决条件，来落实国家责任草案有关条款所设想的后果之承担问题。因此，必须制定一个不同的解决办法，且该办法似乎由联合国这三个主要机构的各自特点所决定。

101. 一方面，大会和安全理事会完全是政治机构，不能委托它们进行诸如确定国际罪行的存在和根源这样具有明显司法性质的工作。另一方面，国际法院尽管被赋予必要的司法权力，但却未被赋予同样必不可少的具体职权；如已经解释的那样，不宜授予它对于罪行的无条件、直接的职权，因为这将不可避免地发展成一种也针对违法行为的一般化强制司法。唯一的解决办法似乎在于将政治内容与司法内容结合起来，既避免单一政治确定的缺点也避免单一司法确定的缺点。它可以是由大会或安理会从政治上评估（各）指控国的指控，以确定该指控是否足够严重，需由国际社会予以严重关注；这种政治宣告将为国际法院的可能的参与铺平道路。

102. 至于政治机构的作用，它应包括以合格的多数通过决议。关于大会，特别报告员考虑应为出席和投票会员国的三分之二多数。关于安全理事会，原则上可设想两种可能性。第一种理论上的可能性是要求简单三分之二的多数，没有进一步的限制。这种解决办法将对常任理事国须一

致同意的原则提出质疑，只能在修改《联合国宪章》的框架中考虑。第二种可能性是根据《宪章》第二十七条规定的原则，规定“争端当事国不得投票”。这种备选办法看来是公平和现实的办法。

103. 可从不同的非平等司法诉求方式来设想国际法院宣告的性质。一种可能性是使该法院以咨询资格参与。联合国任何会员国，凡为国家责任公约缔约国并对已经或正在犯下的罪行提出指控的，都有权将该事项提交大会或安全理事会。其中一个政治机构将就该项进行辩论，如果发现（各）指控国的指控严重到需由国际社会卷入的程度，就决定将该问题提交国际法院，征求其咨询意见。法院的否定宣告将使该事项到此为止（当然不妨碍有关违法行为的存在、根源或后果的问题）。得到请求机构接受的、法院的肯定宣告将允许国家责任公约的任何缔约国落实草案第二部分规定的有关罪行法律后果之承担问题的条款。

104. 另一种可能的办法是使该司法机构凭其诉讼职能参与。大会或安理会在有国家提出罪行的指控后进行辩论，但在结束时不征求国际法院的咨询意见，而通过一项认为该指控值得国际社会认真考虑的决议。其中一个政治机构——在已经解释的意义上——以合格多数通过的此种决议将依靠国家责任公约的力量，使任何参与的会员国（包括被指控的“犯罪国”）能够将该项提交国际法院，由它决定罪行的存在和根源。换言之，大会或安全理事会的决议借助国家责任公约在参与的会员国之间建立起“管辖联系”，这对国际法院具有强制管辖权来说是必要的。

105. 若干因素似乎有利于第二种备选办法。

106. 首先，所控罪行的严重性和可能后果的严重性均表明，在有关的基本判定问题上，不宜依靠一项咨询意见。

107. 尽管人们可能认为法院的宣告无论被称为咨询意见还是裁决，基本上有着同等权威，然而还是存在着明显的区别。⁵⁶区别之一在于，关于事实的争议点在何种程度上对所有咨询意见来说都很

⁵⁴ 同上，第 212 至 213 段。

⁵⁵ 同上，第 61 页，第 257 段起，以及第 58 页，第 243 至 245 段。

⁵⁶ 见 Benvenuti, *L'accertamento del diritto mediante i pareri consultivi della Corte internazionale di Giustizia* 各处。

重要，如同在所有诉讼案件中一样。⁵⁷ 另一区别更加重要，它在于下述事实：对于诉讼案件，法院对整个争端的是非曲直作出裁定，并因此以某种方式作为对有关（各）问题的决定性说明而生效，从这个意义上说，法院的宣告，通常将一个或多个问题解决掉；但在咨询情况中，法院的宣告通常是为了向接受咨询者提供指导，供其最终对问题采取行动。⁵⁸ 另一个区别在于咨询程序按例不涉及诉讼当事国之间全面的诉讼程序。

4. 国际法院在罪行存在或根源问题上的判决是各国落实国际罪行后果的先决条件

108. 根据这些考虑，特别报告员倾向于认为，在法律上确定国际罪行的存在及其根源应当是国际法院诉讼程序的结果，而这种诉讼程序是由所有受害国中的任一受害国在该政治机构作出决议之后发起，并将使指控国和被指控国都有可能在充分和直接的对抗制诉讼程序的框架内进行彻底的对证。

109. 在各国落实一项国际罪行的任何法律后果之承担问题方面，为什么要使法院的裁决成为先决条件呢？一个进一步并且显然具有决定性的原因源自反措施之后的争端解决程序所具有的特点，而草案第三部分预计会针对罪行的情况构想这一程序。鉴于罪行极为严重，特别报告员计划为第三部分的有关条款不仅建议调解或仲裁（如同在违法行为问题上所做的那样）办法，而且建议在落实一项罪行的法律后果之承担问题产生任何争端时（例如与罪行有关的反措施之后的争端），法院将具有直

接的强制管辖权。进一步考虑到目前的提议设想由国际法院对罪行的存在和（或）根源作出初步宣告，以作为以合法方式落实任何后果之承担问题的先决条件，该宣告就不能仅仅包括一项咨询意见。由于（根据第三部分有关规定）在反措施之后的阶段可能要求法院以裁决方式作出宣告，因此，如果法院在该阶段发现自己处于这样一种境地：即它要么不得不消极地确认自己早先的意见，要么必须推翻在裁决中的咨询意见，那么最保守地说，这也是一种奇怪的做法。

110. 有关的规定出现在第二部分第 19 条草案第 2 款中（下见本章 E 节）。

111. 说完这些之后，还应当记住，将来关于国家责任的公约因此而使大会或安全理事会的决议以及国际法院的裁决所具有的效力，不应当妨碍安理会在《联合国宪章》下的职能，也不应当妨碍会员国由此而产生的义务。《宪章》第五十一条的适用也不应当受到影响。

112. 有关的规定在载述于第二部分第 20 条草案中（下见本章 E 节）。

5. 进一步的问题

(a) 国际法院根据除未来国家责任公约外其他文书参与的可能性

113. 大会或安全理事会一旦通过以上所指意义上的（上文第 102 段）决议，国际法院就将（在将来关于国家责任的公约的各参加国当中）具有确定罪行存在和根源的强制管辖权。特别报告员认为，这一管辖权所依据的规定并不排除这样一种可能性：即可以其他方式建立国际法院为同一目的的强制管辖权。例如，事实上这种管辖权可来自自由参加的会员国将特定不法行为定性为罪行的一项多边文书。《防止及惩治灭绝种族罪公约》（第九条）、《消除一切形式种族歧视国际公约》（第 22 条）、《消除对妇女一切形式歧视公约》（第 29 条）和《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》（第 30 条）均考虑了国际法院的强制管辖权（即有可能进行单方面适用的管辖权）问题。《禁止并惩治种族隔离罪行国际公约》（第十二条）则不太明确。此外，尽管看起来不那么讲得通，国际法院的职权还可从关于解决争端的双边文书中推出，而这种双边文书在设想国际法院的强制管辖权时所用的用语使得任一方都能向国际

⁵⁷ 常设国际法院认为，咨询程序并不阻止它审议事实问题。但它同时指出，“在普通情况下，要求法院对之提出咨询意见的事实当然不应当是有争议的，不应当让法院本身来查明事实是什么。”（东加利福尼亚地位案，咨询意见，1923 年，*P.C.I.J., Series B, No. 5*, 第 28 页。）国际法院在西撒哈拉案的咨询意见（*I.C.J. Reports 1975*, 第 28 页起所述的案子）中确认了这一立场。有一种意见认为，从原则上讲，事实问题存在于国际法院的咨询职能之外，见 Vallat, “The competence of the United Nations General Assembly”, 第 216 页和 Morelli, “Controversia internazionale, questione, processo”, 第 13 页。

⁵⁸ 如国际法院一份咨询意见中指出，“法院的意见不是给各国的，而是给有权征求意见的机构的”，以供在其应采取的行动方面有所启示。（与保加利亚、匈牙利和罗马尼亚的和约的解释问题，第一阶段，咨询意见，*I.C.J. Reports 1950*, 第 71 页。）

法院称另一方已经或正在犯下一项国家罪行。如果采用这样的“管辖联系”，就将出现三个有着相互关系的问题：

(a) 为国家责任公约的目的，当一国或多国利用诸如上述多边公约中的一项公约所产生的管辖联系，对被指控的不法行为国绳之以法。这为什么是合法的呢？

(b) 为国家责任公约的目的，申请的一国或多国是否必须遵守（成功地）事先诉诸大会或安全理事会的要求呢？

(c) 在国家责任公约框架以外采取这样的司法主动行动以后，参加该公约的所有“第三方”国家将持什么立场呢？

114. 特别报告员认为，应当在下列意义上回答第一个问题：如果国家责任公约如所提议的那样，规定如果国际法院查明有国际罪行一事即可满足所有受害国为落实该项罪行的后果之承担问题所要求的条件的话，那么应认为符合这一条件的国际法院判决便满足了该项条件，而无论法院管辖权的法律基础如何。根据国家责任公约，国际法院决定一项国际罪行存在和（或）根源问题的权力将以联合国政治决议这一先决条件为前提。但这一事实不应当以任何方式限制下述可能性：即除了国家责任公约外，根据国际法院规约第 36 条，国际法院将在任何管辖权的基础上有效地行使职能。

115. 作为一项符合逻辑的结果，应当在这样的意义上回答第二个问题：如果是根据源于国家责任公约以外的一项文书的管辖权联系向法院起诉，则无需在大会或安全理事会通过初步政治阶段。要求由大会或安理会通过决议的目的（上见第 89 段），是为了避免国家责任公约关于国际法院在国家罪行问题上的作用的规定使得法院的强制管辖权延伸到国际罪行的存在和（或）根源以外的问题上（例如违法行为的存在和（或）根源与后果问题）。显然，一旦在国家责任公约以外的一项文书的基础上法院被赋予强制管辖权，这一要求就将变得多余。

116. 关于第三个问题，特别报告员认为，似宜将国际法院查明有国际罪行一事视为满足了由所有第三方落实罪行的特别后果之承担问题的条件，而无论国际法院处理罪行存在和（或）根源问题的权力来自何处。因此，所有参加国家责任公约的成员国将有权利用国际法院的判决，而这一判决的基础是与国家责任公约无关的司法联系，并来自于诸

如《防止及惩治灭绝种族罪公约》、《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》、或《消除一切形式种族歧视国际公约》等文书。但是，向所有第三者的扩大当然将仅适用于国际法院判决中有关国际罪行存在和（或）根源问题的那一部分。它不会扩大到该判决中任何其他部分，因其他部分仅仅涉及根据与国家责任公约无关的管辖联系向国际法院提出诉讼的一国或数国。法院判决的任何部分，凡涉及可能仅为违法行为的存在和（或）根源或后果的或涉及罪行后果本身的，将不会扩大到诉讼当事方以外。换言之，根据《国际法院规约》第 59 条，法院判决中除涉及国际罪行存在和（或）根源的那一部分以外的任何部分，仅仅对提出原始申请的一国或数国以及据控有不法行为的一国或数国有效。

117. 在任何国际法院的诉讼中，凡由一个或数个国家根据管辖联系提起而这种管辖联系又来自国家责任公约以外的文书的，当然会产生“第三”国立场的问题。如已经解释的那样，根据该公约，任何参加公约的会员国在国际法院的决议获得通过之后，都有权向法院提出诉讼，并参加诉讼。关于“第三国”与提交国际法院的案子的关系，如果提交的基础是管辖联系，而这种联系又来源于国家责任公约以外，则这些国家原则上无权参加法院的诉讼。因此，草案中的某些特别规则应涉及这一情况。最适当的解决办法是规定：

(a) 在所考虑的假设中，任何“第三”国，即参加国家责任公约的联合国会员国中未根据与该公约无关的管辖联系向国际法院提出诉讼者，均有权以单方面适用的手段，充分参加法院有关罪行存在或根源的诉讼程序，根据《国际法院规约》第 62 和第 63 条，这些国家将作为当事国而不是作为介入诉讼当事国参加。

(b) 一旦国际法院作出裁决，肯定罪行的存在和根源，即可认为即使没有大会或安全理事会的事前政治宣告，参加国家责任公约的联合国任何会员国依事实本身落实罪行的特别后果之承担问题的条件业已达到。

(b) 大会、安全理事会、国际法院和所有国家各自的作用

118. 第二部分第 19 条草案第 1 款（下见本章 E 节）项下的指控国可向大会或安全理事会或同时向二者提出控告，这一事实似乎不会引起什么困

难。特别报告员认为，这两个机构之间有着并存权限。指控国的主动行动要获得成功，一个或另一个机构得出肯定的结论即已足够。但考虑到这一政治机构的决议只是（在一国或数国申请之后）为国际法院作出宣告开辟道路，因此大会和安理会之间的任何不同将由法院关于存在和根源的决定性判决（无论是肯定的还是否定的）来解决。

119. 在所谓“有组织的国际社会”的目前发展阶段，为了文明地处理对国家的国际罪行作出反应的问题，所能提出的最好（或最不会令人感到不满的）办法是将政治机构（大会或安全理事会）的决议、国际法院的判决和全体受害国对罪行的法律后果之承担问题的落实结合起来。政治机构的职能是尽可能接近地形成对声称受害国所提指控可信程度的初步调查，做不到此点就将问题提交法官是不适当的。换言之，这一职能最接近起诉职能，尽管还是相差很远。⁵⁹ 而就罪行存在和根源的基本条件而言，国际法院在充分的诉讼程序之后所作的宣告是尽可能接近对案件的适当和公平审判。接下来最终落实那些与罪行的法律后果之承担问题有关的条款的仍然是受害国——全体受害国，这是国家间体系制度化程度持续低下的不可避免的后果。但是，国际法委员会不应以这一障碍为由，不去富于想象力地继续进行它在1976年通过第一部分第19条¹时即已走上的行动道路。

120. 当然，有可能会有许多国家参与对一项罪行的反应，但这可能是分歧、争议甚至争端的源头。尽管在违法行为（只要不法行为中包括对普遍义务的违反）情况下也可能出现这样的困难，但在罪行情况下，这些困难可能更加严重和频繁。目前能想到的补救办法是要么依靠大会、安全理事会或在有关领域中行使职权的其他国际机构所提供的进行协调的可能性，要么依靠在所有受害国中或其中的任何集团中可能作出的特别安排。对于这一困难问题，第二部分第18条草案(c)至(g)项尝试性地作了涉及（下见本章E节）。

⁵⁹ 按照 Zimmern 的说法，政治机构的职能——当然既不是司法的也不是结论性的——是根据第19条草案发出“大声疾呼”（*The League of Nations and the Rule of Law, 1918-1935*, 第451页）。决议——它甚至不是该机构的建议——只能确定一国涉嫌一项声称的罪行（如旧国际联盟在侵略情况下做的那样），而让所有国家继续就这一事项进行工作：在落实任何后果之承担问题以前，合法的后续行动是将指控提交国际法院，由其就罪行的存在作出决定。

D. 结束语

1. 对第一部分第19条¹的反对意见

121. 迄今为止人们对在国家责任的草案中包括国家的国际罪行的概念提出了反对意见，现在应当参照这些意见考虑一下提议的解决办法。

122. 这些反对意见的基础是若干相互联系而又部分重叠的论点。有一套论点是，国家就其性质而言就不易有刑事责任，也不易受刑事制裁，刑事责任和制裁仅适用于个人。这一套论点的基础是社会不会犯错误这一信条。⁶⁰ 与此密切相关的论点是：国家间制度天生就没有起诉机构，在一国对任何一国的罪行问题上也没有具有强制管辖权的刑事法院。

123. 先谈第一套论点，在特别报告员的第五次报告中，曾讨论过社会不会犯错误这一信条在适用于国际关系的参加者和国际法的主体国家时所具有的分量。首先，关于法人——在对细节作必要的修改后——仅负民事责任和制裁的说法并不很正确。第二，无论如何，国家与国内法律上的法人不太一样。作为国际人，它们看起来更像事实上的集体机构而不像法人；它们喜欢称自己为“国家[powers]”：这一词语对于私人法人团体和国家（包括联邦国家的成员国）的公共分支机构的法律和实践来说都是陌生的。⁶¹ 第三即最重要的一点是，国家的行为方式经常违反法律和道德义务，而这些义务对于其他国家的和平、生存和福祉极其重要，人们普遍认为对于这些义务的违反在物质上和道德上的严重性远远超过私人个人、团体或公司所犯的最严重的过失。

124. 关于仅应设想个人对特别严重的国际违反行为负责的论点，尽管各国政府最近对《危害人类和平与安全治罪法》草案的重要内容提出重大保留意见，但特别报告员意识到这样一项文书如果获得通过，将在阻止违反基本的国际义务方面发挥作用。《治罪法》草案明确规定对个人的起诉“并不免除一个国家[……]的任何责任”（第5条），从而

⁶⁰ 见特别报告员第五次报告（上文脚注2），第59至63页，第250段起。

⁶¹ 同上，第60页，第253段。

将国家责任问题留了下来。⁶² 此外,《治罪法》草案考虑的个人罪行中最严重的罪行是可归咎于身居国家最高位者或接近于最高位者的罪行。⁶³ 因此可以说,在最重大的案件中,《治罪法》草案下的刑事诉讼将在相当程度上涉及被告个人在其中活动的国家机构。除非国家机构令人信服地设法表明自己与被告方无关,否则个人罪行将很容易地显得与其他机构的应受谴责的行为密切联系,致使个人的罪行被认为是同样或同类的国家罪行。有两个因素可能经常出现,使得此种结果不可避免。一个因素是,正如不法行为的范围基本相同样,受到违犯的规则在两种情况下也是基本一致的,即作为或不作为构成罪行的“客观”或“外部”因素。另一个因素涉及所谓“内部”或“心理”因素,即故意的企图(犯意)。⁶⁴ 尽管批准和实施《治罪法》草案还须克服许多障碍,但即使假设该草案将很快成为司法现实(无论是否有国际刑事法院),国际一级个人刑事责任的概念也不会显著削弱国家责任草案第一部分第19条以及适当实施该条所必须的第二部分和第三部分条文的存在理由。

125. 虽然可能涉及个人的国际不法行为和《危害人类和平与安全治罪法》草案,必须承认的是,一段时间以来,对国家责任草案第一部分第19条第3款所指的那些类别的义务的违反遭到了国际社会和各个国际论坛的广泛谴责。上文列举了受到此种谴责的不法行为(第78至84段),这些例子表明,有关的所有不法行为一般被视为:(a)违反国际法的普遍规则,也可能违反绝对法;(b)对所有国家有害;(c)有理由普遍要求停止和(或)赔偿;(d)各国或国际机构最终有理由以这种或那种形式作出普遍反应。因此,委员会看来很应有所行

⁶² 《危害人类和平与安全治罪法》草案第5条评注第(2)段明确提到对国家责任草案第一部分第19条的评注,指出,除对代表国家的个人进行惩罚,“还得对国家所应担负的国家责任行起诉”。(《1991年...年鉴》,第二卷(第二部分),第104页。)

⁶³ 例见《危害人类和平与安全治罪法》草案第二部分评注第(4)段(同上,第105页)。

⁶⁴ 作为和(或)不作为以及故意意图的结合,为何不会在同一时刻统一成个人与国家的不法行为,以及可设想的个人与国家的共同罪行?这的确很难想象。只有在极个别的情况下,个人的罪行所涉的仅仅是国家方面的违法行为。

动,以使此种反应处于国家责任公约草案范围内的更具体的法律控制限度内。⁶⁵

126. 委员会第二十八届会议一读通过的第一部分第19条是向这一方向迈出的第一步。第二步是委员会第二十七届会议一读通过的第二部分第5条⁵,它使所有国家有权要求停止和(或)赔偿并最终诉诸反措施。

127. 第二部分第15至20条草案(下见本章E节)规定了一些规则,特别报告员认为,为了具体说明所说的总的反应的条件、方式和限度,这些规则是不可或缺的。这些条款草案的目的是从法律上将这一反应控制国家责任法的框架之内,因为该事项理应属这一框架(下见第137至139段)。

128. 现在谈一谈第二套反对意见,即对“体制”问题的意见。当然,不可否认的是,国家间系统或者就此而言很少加以定义或定义很糟的(人的、民族的、人民的或各国的)“国际社会”没有被赋予、短期内也不太可能被赋予诸如公诉部门和刑事管辖法院这样的机构(更不必说有效的执行机构)。但是,如果以此为据而反对单单挑出某些国际不法行为,反对要求对其加以更严厉的法律谴责,就会失之于简单化。国家间系统的确仍然非常松散。但是这一论点难道不适用于国际关系和国际法的所有领域吗?²⁵

129. 我们继续谈国家责任问题。国家间体系在违法行为的后果之承担问题上同样是松散。整个过程的开始是决定违法行为的存在与否和根源,接着是要求停止和要求赔偿,最终诉诸反措施。原则上即根据一般国际法,这一过程是在各国手中进行。唯一的例外是“第三方”解决程序,然而令人遗憾的是,这一程序很少用,又主要通过双边的约定安排进行。还有少数几个例外情形,产生这些例外情形的是特别报告员第五次报告中所提议的规定²,它们是为草案第三部分的条款提出的,目前已送往起草委员会,⁶⁶ 特别报告员提议的第二部分第12条草案¹³也会产生这样的例外。

⁶⁵ 见 Spinedi 关于这一专题的重要著作,尤其是1984年佛罗伦萨专题讨论会论文集的全面导论性研究论文(上见脚注26),并见“Contribution à l'étude de la distinction entre crimes et délits internationaux”一文。

⁶⁶ 见《1993年...年鉴》,第二卷(第二部分),第40页,第205段。

130. 现在谈一谈国际法中甚至更为关键的部分。在维持国际和平与安全领域中，体制上的差距甚至更加明显也更加巨大。尽管有体现在《联合国宪章》第七章中的显然创新，但国际社会在此领域中似乎没有什么“组织性”。迄今为止，安全理事会尚未成功地拥有由其直接指挥的武装部队，而这是它本身真正有效行动所不可缺少的。尽管安理会——它是一个有限的机构，很难视其为整个国际社会的代表——就安全措施提出建议或作出决定，但这些建议和决定要由各国执行，而在这一点上，它们仅得到某些国家的执行。承认这一现实反映了国家间系统的权力均衡是一回事；谈论共同安全的一个“组织”则是另一回事。姑且不论好坏，国际和平与安全的维持恰如一个世纪以前一样掌握在大国手中。但是，无论这一唯一可以得到的机构是如何的不完美，这当然不是废除通过它管理共同安全的良好理由。

131. 当然，在某些特别的领域中如在保护人权领域中存在着不同的形势。但是，人权领域中最有效的国际机构并不真正在国家间关系的层次上运作。相反，可以说它们是在次国家层次上作为参加每一人权系统的各国的共同组织运作。即使在此领域中，本来意义上的国家间关系从根本上说也是松散的。

132. 因此，特别报告员认为，可以说在法律控制或协调对国家罪行作出反应方面，国家间系统或“国际社会”的组织程度看起来并不比在其他领域中更低。在此领域中同在其他领域中一样，各国仍然是主要角色。提出指控，要求不法行为国停止和（或）赔偿以及最终采取反措施的均是国家。迄今为止，与处理违法行为的先后阶段并无二致，也是先确定存在和根源，要求停止和（或）赔偿，最终采取反措施。

133. 如果说罪行的较严重的法律后果要求采取某种制度性管制措施，但不一定说该控制应当非常广泛和非常具有侵挠性，甚至达到废除国家作用的程度。现有的机构既没有公诉部门或具有完全刑事管辖权的法院，也不提供有组织的执行机制。但是，它们很有可能减少了全体受害国单方面或集体反应的武断性。前几段所叙述的以及第二部分第 19 条草案（下见本章 E 节）所设想的程序，其目的恰恰是起到这一作用。

134. 特别报告员认为在此必须强调本报告所提议解决办法的两个基本特点。

2. 提议的解决办法和关于国际组织的主要现有文书

135. 一个主要特点是，所提议的两阶段程序不涉及对国际组织两个现有的主要文书的任何修正。特别报告员指的是《联合国宪章》和《国际法院规约》。根据《国际法院规约》第 36 条，如果大会或安全理事会作出一项决议作为国际法院管辖的先决条件，那么未来的国家责任公约既不会影响《宪章》，也不影响《规约》。

136. 关于《联合国宪章》，这将不是《宪章》本身以外的国际条约第一次要求大会或安全理事会采取具体行动以使条约产生自己的效力。对大会而言，人们熟悉的例子有《防止及惩治灭绝种族罪公约》第八条和《禁止并惩治种族隔离罪行国际公约》第六条和第八条。因此可以说，所提议的解决办法并不意味着对所谓“有组织的国际社会”的现有结构进行任何体制上的修正。未来关于国家责任的公约只是依靠自己的司法力量，利用联合国现有的政治和司法机构而已。

3. 国家责任国际法和联合国共同安全制度

137. 第二个基本特点涉及提议的解决办法与体现在《联合国宪章》中的共同安全制度的关系。这两个明显不同的系统将同时共存。一方面，在维持国际和平与安全问题上，安全理事会和大会——但主要是前者——根据《宪章》发挥政治作用。另一方面，拟订中的公约委托这两个政治机构之一——以及委托国际法院——在国家责任领域发挥作用。在共同安全领域中，即对任何违反《宪章》第二条第四款的行为作出反应的问题上，安理会和大会将各自发挥纯政治作用：这些作用的目的原则上不干涉国家责任法律及其适用。在国际罪行的国家责任领域中，将依靠国家责任公约的力量，由大会或安理会对一个或数个指控国所提指控的严重性作出初步政治评价。这一评价之后，最终是国际法院具有决定性的宣告，而这是公约所要求的、全体国家落实国际罪行后果之承担问题的条件。⁶⁷

⁶⁷ 例如，大不列颠及北爱尔兰联合王国政府最近的评论中，强调了国际法院在种族灭绝罪问题上的重要作用。（见特别报告员关于《危害人类和平及安全治罪法》草案的第十三次报告（本卷 A/CN.4/466 号文件），第 60 段。）

138. 因此,《联合国宪章》关于共同安全的体系和未来公约的国际责任体系将根据各自的基本特点独立地运作。在安全领域中,自由裁量权和行动的紧急性是基本的,因此最终只有由限定成员名额的安全理事会作出决定。但在非常严重地违反基本国际义务的国家责任领域中,法律在司法上的适用则是基本的,因此,在所有国家作出自己的决定之前,毕竟须由国际法院作出决定。两个政治机构中任何一个的初步作用,显然不可能绝对公正。但是,对大会来说由于三分之二多数的要求,对安理会来说由于争端当事国必须弃权,公平程度可望较高。该领域涉及《宪章》第六章而与第七章无关。⁵⁰因此,至少为了国际罪行之国家责任的目的,可以希望在这两个机构中的任一机构中,如同在国际法院面前一样,任何国家都处于一律平等的地位。

139. 特别报告员相信,以上考虑会减少以缺乏起诉机构和刑事法院为由而对国家罪行概念提出的反对意见。这些反对意见似乎令人质疑。问题在于各国是否愿意接受草案第一部分第 19 条以及本报告所阐述的该条的最起码的影响。如同在其他领域中逐步发展和编纂国际法的工作一样,委员会需要在技术上跨出第一步。这一步有望是富于想象力的一步。

E. 国家责任条款草案第二部分 第 15 至 20 条

140. 特别报告员为第二部分提议下列第 15 至 20 条草案:

“第 15 条

“在不妨害[除了]本部分第 6 条至第 14 条所述国际违法行为引起的法律后果的情形下[以外],第一部分第 19 条内规定的国际罪行产生以下第 16 条至第 19 条中所载述的特别或附带后果。

“第 16 条

“1. 在一国国际不法行为是国际罪行的情形下,每个国家都有权在以下第 19 条第 5 款所载条件的限制下,要求正在或已经犯下该罪行的国家停止其不法行为并按照受到以下第 2 款和第 3 款限制的第 6 条至第 10 条之二提供充分赔偿。

“2. 每个受害国取得第 7 条中所规定的恢复原状的权利不应受到上述条文第 1 款(c)和(d)项中所载述的限制,除非恢复原状会危害该违法国作为国

际社会独立成员的存在、其领土完整或其人民维持生命的需要。

“3. 在维护其作为国际社会独立成员存在和保障其领土完整和维持其人民生命的需要的限制下,已经犯下某一国际罪行的国家无权受益于第 10 条和第 10 条之二中所载为尊重其尊严而在其作出满足和不重犯保证的义务方面允许的任何节制,或受益于关于维护其主权和自由的任何规则或国际法原则。

“第 17 条⁶⁸

“1. 在一国国际不法行为是国际罪行的情形下,依第 16 条提出的要求未能从已经或正在犯下罪行的国家得到充分反应的每个国家,都有权在以下第 19 条第 5 款中所载述条件的限制下,根据受到本条第 2 款和第 3 款限制的第 11 条、第 13 条和第 14 条所载述的条件和限制,采取反措施。

“2. 以下第 19 条第 5 款所载述的条件不适用于为保护受害国的权利或限制国际罪行所造成的损害而必须采取的紧急、临时措施。

“3. 第 13 条中所载述的相称要求应适用于任何国家采取的反措施,以便这些措施不致同国际罪行的严重程度不相称。

“第 18 条

“1. 在国际不法行为是国际罪行的情形下,所有国家应在以下第 19 条第 5 款所述条件的限制下:

“(a) 不承认国际罪行所造成的状况在国际法或国内法下具有合法性或效力;

“(b) 不采取可能协助不法行为国维持上述状况的作为或不作为;

“(c) 协同执行其(a)和(b)项下的义务,并在可能范围内通过现有国际机构或特别安排协调其各自的反应;

“(d) 决不以作为或不作为妨碍第 16 条和第 17 条中所规定的权利或权力的行使;

“(e) 对被控犯有造成或促成该国国际罪行的危害人类和平及安全罪行的任何个人彻底执行不引渡即审判原则;

⁶⁸ 本条的案文在一定程度上取决于起草委员会最后确定的(第二部分)第 11、12 和 13 条款案文(上见脚注 5 和 13)。

“(f) 共同或个别地采取它们加入为成员的任何国际组织决定或建议对已经或正在犯下国际罪行的国家采取的任何合法措施；

“(g) 以一切可能的手段促使旨在补救国际罪行所造成的任何紧急情况的所有合法措施得到通过并执行。

“2. 在以下第 19 条第 5 款所述条件的限制下，已经或正在犯下国际罪行的国家不应反对在其境内为核查其停止义务或赔偿义务的遵守情况进行实况调查或派驻观察员。

“第 19 条

“1. 声称有一个或多个国家已经或正在犯下国际罪行的、本公约的任何联合国会员国缔约方，应按照《联合国宪章》第六章将该事项提请联合国大会或安全理事会注意。

“2. 如果大会或安全理事会以出席并投票的成员法定多数决定：该指控足够确凿、说明国际社会有理由予以严重关注，本公约的任何联合国会员国缔约方，包括被指称的国家，均可将该事项提交国际法院、以单方面的申请要求该法院以一项判决确定被告国是否已经或正在犯下被指控的国际罪行。

“3. 上款中所指法定多数在大会应为出席并投票成员的三分之二，在安全理事会应为九个出席并投票的、包括常任理事国在内的成员，但直接涉案的任何成员不应投票。

“4. 国际法院根据本条第 2 款以外的管辖权在本公约的两个或多个联合国会员国缔约方之间争端中对是否存在国家的国际罪行行使其职权时，本公约的联合国任何其它会员国缔约方均应有权为了本条第 5 款的目的以单方面的申请要求参加该法院的诉讼。

“5. 国际法院关于已经或正在犯下的国际罪行的裁定，满足了本部分第 16 条、第 17 条和第 18 条中所指国家之国际罪行的特别或附带法律后果的承担问题由本公约的任何联合国会员国缔约方加以落实的条件。

“第 20 条

“本部分各条的规定不妨害：

“(a) 联合国安全理事会在依《宪章》规定行使其职权时决定采取的任何措施；

“(b) 《宪章》第五十一条规定的固有自卫权利。”

第二章

关于国际罪行法律后果争端的解决

141. 如同特别报告员第三次报告⁶⁹、第四次报告⁷⁰和第五次报告⁷¹以及本报告（上文第109段）中已经指出的，在第四十五届会议上提交的第三部分拟议条款草案⁷²只包括对犯下在第一部分第17条¹下被定性为违法行为的那种不法行为的国家采取反措施以后引起的争端的解决办法。提议的第三部分第1至6条草案只为这种争端设想了解决程序和仲裁程序（在未能确定仲裁程序或据称仲裁法庭违反仲裁程序基本规则时可由国际法院行使其职能）。上述条款不涉及对已经或正在犯下某一罪行的国家采取反措施以后可能引起的争端。

142. 考虑到国家之国际罪行的严重程度，若为了对付国际罪行而采取反措施以后在两个或多个国家之间发生任何争端，长于解决这种争端的，正是国际法院进行司法解决。这种办法应该明确地订为一种强制性办法，在这个意义上，争端的任一当事国——当然包括已经或正在犯下国际罪行的国家——可以提出单方面的申请，采取这种办法。但是，各当事国应该可以自由选择仲裁办法。

143. 国际法院在这个（反措施后）阶段的职权范围应该不象第三部分第1和3条中所设想的调解程序和仲裁程序那么广泛。

⁶⁹ 见《1991年...年鉴》，第二卷（第一部分），第22至25页，A/CN.4/440及Add.1号文件，第52至62段。

⁷⁰ 见《1992年...年鉴》，第二卷（第一部分）（上文脚注13），第14至21页，第24至51段。

⁷¹ 见《1993年...年鉴》，第二卷（第一部分）（上文脚注2），第16页起，第41至61段。

⁷² 上见脚注14。

144. 如同有关条款草案和特别报告员第五次报告⁷³中所指出的，第三部分第1和3条所设想的两个程序的权限应该不仅包括反措施制度相关规则适用的问题（诸如第二部分第11至14条⁵所引起的问题），也应该包括在适用国家责任条款草案的任何规定时，包括适用第一部分第1至35条和第二部分第6条至第10条之二的规定时，可能引起的任何问题。

145. 这种扩大“第三方”程序适用范围的办法对国际法院目前的有关权限来说并不适用。

146. 考虑到国际法院届时已经（像上文第108至111段和第二部分第19条草案（上见第一章E节）所设想的那样）以一项裁决对国际罪行的存在和（或）根源作出宣告，法院在反措施后阶段的权限不应扩大适用于该问题。该权限应包括同国际罪行之实质性或手段性法律后果有关的事实或法律问题。这将包括适用第二部分第6至19条的任何规定时所引起的任何问题。因此，国际法院的权限从原则上说不应该适用于第一部分第1至35条所引起的任何问题。

147. 第三部分的有关条款，即第7条的草案案文如下：

“1. 任何国家在第二部分第6条至19条所载某一罪行的法律后果方面可能引起的任何争端应在任一当事国作出提议后通过仲裁解决。

“2. 若未能将争端提交仲裁法庭，应自任一当事国提议之日起四个月内由任一当事国单方面将争端提交国际法院。

“3. 国际法院的权限应扩大至涵盖第二部分第19条项下、除先前裁定的罪行存在及根源问题以外的任何事实问题或法律问题。”

⁷³ 见《1993年...年鉴》，第二卷（第一部分）（上文脚注2），第22页，第72至74段。

《危害人类和平及安全治罪法》草案

[议程项目 4]

A/CN.4/466 号文件

特别报告员杜杜·锡亚姆先生

关于《危害人类和平及安全治罪法》草案的第十三次报告

[原文：法文]

[1995 年 3 月 24 日]

目 录

| | | 页 次 |
|---------------------------|------------|-----|
| 本报告援引的多边文书..... | | 34 |
| | <u>段 次</u> | |
| 导 言..... | 1 - 30 | 35 |
| 条款草案..... | 31 - 144 | 38 |
| 第二部分：危害人类和平及安全罪 | | |
| 第 15 条 侵 略..... | 31 - 53 | 38 |
| (a) 通过的案文..... | 31 | 38 |
| (b) 各国政府的意见..... | 32 - 40 | 38 |
| (c) 特别评论..... | 41 - 53 | 39 |
| 1. 解释性说明..... | 41 - 49 | 39 |
| 2. 特别报告员提议的新案文..... | 50 | 40 |
| 3. 评 注..... | 51 - 53 | 40 |
| 第 19 条 灭绝种族..... | 54 - 62 | 41 |
| (a) 通过的案文..... | 54 | 41 |
| (b) 各国政府的意见..... | 55 - 60 | 41 |
| (c) 特别评论..... | 61 - 62 | 41 |
| 1. 解释性说明..... | 61 | 41 |
| 2. 特别报告员提议的新案文..... | 62 | 41 |
| 第 21 条 有计划或大规模侵害人权行为..... | 63 - 94 | 42 |
| (a) 通过的案文..... | 63 | 42 |
| (b) 各国政府的意见..... | 64 - 74 | 42 |
| (c) 特别评论..... | 75 - 94 | 43 |
| 1. 解释性说明..... | 75 - 80 | 43 |
| 2. 特别报告员提议的新案文..... | 81 | 43 |
| 3. 评 注..... | 82 - 94 | 44 |
| 第 22 条 特别严重的战争罪行..... | 95 - 110 | 45 |
| (a) 通过的案文..... | 95 | 45 |
| (b) 各国政府的意见..... | 96 - 104 | 45 |
| (c) 特别评论..... | 105 - 110 | 46 |
| 1. 解释性意见..... | 105 - 106 | 46 |
| 2. 特别报告员提议的新案文..... | 107 | 46 |
| 3. 评 注..... | 108 - 110 | 46 |

| | 段 次 | 页 次 |
|-----------------------|-----------|-----|
| 第 24 条 国际恐怖主义..... | 111 - 129 | 47 |
| (a) 通过的案文..... | 111 | 47 |
| (b) 各国政府的意见..... | 112 - 122 | 47 |
| (c) 特别评论..... | 123 - 129 | 48 |
| 1. 解释性意见..... | 123 - 125 | 48 |
| 2. 特别报告员提议的新案文..... | 126 | 48 |
| 3. 评 注..... | 127 - 129 | 49 |
| 第 25 条 非政府贩运麻醉药品..... | 130 - 144 | 49 |
| (a) 通过的案文..... | 130 | 49 |
| (b) 各国政府的意见..... | 131 - 141 | 49 |
| (c) 特别评论..... | 142 - 144 | 50 |
| 1. 解释性意见..... | 142 - 143 | 50 |
| 2. 特别报告员提议的新案文..... | 144 | 50 |

本报告援引的多边文书

来 源

| | |
|--|--|
| 《陆战法规和惯例海牙公约》（《第四公约》）[英]（1907年10月18日，海牙） | J. B. Scott, ed., <i>The Hague Conventions and Declarations of 1899 and 1907</i> , 3rd edition (New York, Oxford University Press, 1918), 第100页。 |
| 《防止和惩治恐怖主义公约》[英]（1937年11月16日，日内瓦） | 国际联盟出版物，《五、法律问题》，1937.V.10（正式编号：C.546.M.383.1937.V）。 |
| 《关于控诉和惩处欧洲轴心国主要战犯的协定》[英]（1945年8月8日，伦敦） | 联合国，《条约汇编》，第82卷，第279页。 |
| 《防止及惩治危害种族罪公约》（又称《防止及惩治灭绝种族罪公约》）（1948年12月9日，纽约） | 同上，第78卷，第277页。 |
| 关于保护战争受难者的《日内瓦四公约》[英]（1949年8月12日，日内瓦）及 | 同上，第75卷，第31页起。 |
| 《一九四九年八月十二日〈日内瓦四公约〉关于保护国际性武装冲突受难者的附加议定书》（《第一议定书》）（1977年6月8日，日内瓦） | 同上，第1125卷，第3页。 |
| 《公民及政治权利国际公约》（1966年12月16日，纽约） | 同上，第999卷，第171页。 |
| 《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》（1984年12月10日，纽约） | 《大会正式记录，第三十九届会议，补编第51号》，第39/46号决议，附件。 |
| 《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》（1988年12月20日，维也纳） | 联合国，《条约汇编》，第1582卷，第95页。 |
| 《反对招募、使用、资助和训练雇佣军国际公约》（1989年12月4日，纽约） | 《大会正式记录，第四十四届会议，补编第49号》，第44/34号决议，附件。 |

导 言

1. 特别报告员在其关于《危害人类和平及安全治罪法》草案的第十二次报告¹中表示，他打算将这种罪行的清单限于定性为难以提出质疑的危害人类和平及安全罪。

2. 本报告设法履行这项诺言。这无疑是一项困难和棘手的工作，因为国际法委员会内存在着相反的趋势：一种是包罗性趋势，认为《治罪法》应尽可能全面；另一种是限制性趋势，希望《治罪法》的范围尽可能狭窄。

3. 拟议一份将有关罪行包括在内的最后清单可以说是左右为难的工作。如果特别报告员跟随最全面的趋势，他就有可能使《治罪法》草案沦为仅仅是修饰文体的活动，没有任何机会使它成为一项可以适用的文书。相反，如果他跟随限制性趋势，他可能最终只有一项支离破碎的草案。

4. 特别报告员研究了各国政府的评论和意见²之后，现提议一份比一读通过的清单更有限制的清单。这是大多数国家政府的要求。为了使一项国际不法行为成为《治罪法》下的罪行，它不仅必须是极端严重的行为，而且国际社会必须决定将它包括在内。极端严重性是非常主观的标准，大有不明确的余地。在起草和通过《危害人类和平及安全治罪法》的过程中还涉及其他因素，特别是技术因素和政治因素。

5. 从技术观点看，由于法律制度各有不同，因此界定一项国际犯法行为的工作十分复杂。

6. 从政治观点看，任何法典编纂工作如要取得成功，都必须有明确表示的政治意志支持。就目前的情况来说，所涉的不仅是一项政治意志，而是几项政治意志的汇合。由于已证明难以就大量的条款草案达成这种意志的汇合，特别报告员不得不缩减一读提议的清单。³

7. 向各国政府提出的条款草案所获得的反应有别。有几个国家政府对其中一些条款草案表示强烈反对，而别的国家则对其他条款草案的形式或实质表示保留或批评。

8. 遭到强烈反对的条款草案如下：第 16 条（侵略的威胁）；第 17 条（干涉）；第 18 条（殖民统治和其他形式的外国统治）；以及第 26 条（故意和严重损害环境行为）。

9. 特别报告员认为国际法委员会应撤销这些条款草案，暂时予以放弃。对关于侵略的威胁和干涉的条款草案的支持不大，因为各国政府认为它们空泛而不确切。它们不符合刑法所要求的确切严格标准。

10. 关于殖民统治和其他形式的外国统治以及故意和严重损害环境行为的条款草案，也同样不受对它们表示意见的各国政府欢迎。虽然关于国家责任的条款草案第 19 条⁴将殖民统治和其他形式的外国统治以及严重损害人类环境都定性为国际罪行，但这些条款草案暂时似乎未能使各国政府信服。我们必须等待国际法的发展已证实或扭转这种趋势，才将这些行为视为罪行。

11. 余下的是各国政府表示保留的条款草案，即：种族隔离（第 20 条）；招募、使用、资助和训练雇佣军（第 23 条）；国际恐怖主义（第 24 条）；以及非法贩运麻醉药品（第 25 条）。

12. 有几个国家政府对种族隔离（第 20 条）表示意见：

(a) 一个国家政府表示它没有实质性异议，但提议可略去“种族隔离”一词而以“制度化的种族歧视”一语取代；

或大规模侵害人权行为（第 21 条）；8. 特别严重的战争罪行（第 22 条）；9. 招募、使用、资助和训练雇佣军（第 23 条）；10. 国际恐怖主义行为（第 24 条）；11. 非法贩运麻醉药品（第 25 条）；以及 12. 故意和严重损害环境行为（第 26 条）。委员会一读暂时通过的条款草案案文，见《1991 年……年鉴》，第二卷（第二部分），第 98 页起。

⁴ 委员会一读通过的条款草案第一部分第 1 至 35 条款案文，见《1980 年……年鉴》[英]，第二卷（第二部分），第 30 至 34 页。

¹ 《1994 年……年鉴》，第二卷（第一部分），第 95 页起，A/CN.4/460 及 Corr.1 号文件。

² 《1993 年……年鉴》，第二卷（第一部分），第 65 页起，A/CN.4/448 及 Add.1 号文件。

³ 一读提议的清单如下：1. 侵略（第 15 条）；2. 侵略的威胁（第 16 条）；3. 干涉（第 17 条）；4. 殖民统治和其他形式的外国统治（第 18 条）；5. 种族灭绝（第 19 条）；6. 种族隔离（第 20 条）；7. 有计划

(b) 两个国家政府认为种族隔离属于第 21 条草案所处理的有计划或大规模侵害人权行为，不必专门为它订立条款；

(c) 另外两个国家政府的看法是，由于种族隔离已在实行这一制度的唯一国家中取消，将它放在条款草案中已不适当。

13. 特别报告员认为，即使不采用“种族隔离”一词，但不能保证它所述的现象不会再出现。因此，提议以“制度化的种族歧视”一语取代“种族隔离”是有其重要性的。但是，与其提议一项关于种族隔离的新条款草案，特别报告员将服从国际法委员会所采取的作何立场。

14. 关于第 23 条（招募、使用、资助和训练雇佣军）草案，一些国家政府认为，这一现象既不普遍，也没有严重到非要列入《治罪法》内不可。此外，《反对招募、使用、资助和训练雇佣军国际公约》只有少数几个国家签署。

15. 特别报告员认为这些批评是无根据的。这种现象很可能在世界上某些地方重新出现，特别是不发达国家，从而破坏和平及安全。但是，他认为条款草案所适用的行为可以作为侵略行为加以起诉，因此可能没有必要专门为它们拟议一项条款。

16. 另一方面，特别报告员认为国际法委员会应保留关于国际恐怖主义的条款草案（第 24 条），但应作一些改动。例如，应予确认不仅一国的代理人或代表可能犯下恐怖主义行为，而且私人作为一个集团、运动或组织的成员也可能这样做。特别报告员为二读提议的条款草案考虑到这一可能性。

17. 余下的是第 25 条（非法贩运麻醉药品）草案，这一条引起了一些问题。一个国家政府质疑将一项被绝大多数国家视为犯罪的活动列入《治罪法》内有何好处，因为大多数国家都能有效地对它加以检控。

18. 提出这个问题的政府也许不知道，国际法委员会是应其他国家政府的要求而被责成草拟国际刑事法院规约草案的。毒品贩运者已组成强大的组织，可以威胁到某些国家的稳定和安全。那些怀疑在《治罪法》内针对麻醉药品贩运是否恰当的国家大可以考虑瑞士政府的意见（下见第 141 段）。

19. 上面摘述的考虑使特别报告员大大缩减一读通过的草案。因此，保留下来的罪行如下：

- (a) 侵略；
- (b) 灭绝种族；
- (c) 危害人类罪；
- (d) 战争罪；
- (e) 国际恐怖主义行为；
- (f) 非法贩运麻醉药品。

20. 这使罪行的数目从十二项减至六项。本报告将讨论这六项罪行。可能有些人还会觉得这一清单过长，认为《治罪法》的内容仍然需要进一步裁判。这将是国际法委员会的决定。

21. 但是，还要提出最后一点意见。人们应当注意到，各国政府没有对请它们就每项罪行提议一种刑罚的要求作出反应。没有这样做的理由是难以就每一种罪行确定具体的刑罚。特别报告员在其关于可适用的刑罚的一份报告中曾提议，与其就每一种犯法行为制定一项刑罚，不如应仅仅规定一个刑罚标准，由有关法院就每个案件确定可适用的刑罚。

22. 实际上，《治罪法》适用的所有犯法行为都被视为极端严重的，而就一致被视为极端严重的犯法行为规定不同的刑罚将是非常困难的。只有法院在考虑到每个案件的情况和被告的人格后，才能确定什么刑罚是公正的。

23. 而且，这也是各个国际刑事法院的宪章或规约所采用的方法。根据《纽伦堡国际军事法庭宪章》第 27 条⁵，“法庭有权于判决有罪以后，处被告以死刑或法庭认为公正的其他刑罚”。同样，根据《远东国际军事法庭（东京法庭）宪章》第 16 条⁶，“法庭有权于判决有罪以后，处被告以死刑或法庭认为公正的其他刑罚”。

24. 比较近期的《起诉 1991 年以来前南斯拉夫境内严重违反国际人道主义法责任人的国际法庭⁷ 规约》第 24 条规定：

⁵ 附于 1945 年 8 月 8 日《关于控诉和惩处欧洲轴心国主要战犯的协定》末尾。

⁶ 发表于 *Documents on American Foreign Relations* (Princeton University Press, 1948), vol. VIII, 1 July 1945–31 December 1946, 第 354 页起。

⁷ 以下简称“前南斯拉夫问题国际法庭”。参考文本转载于《基本文件，1995 年》[英]（联合国出版物，出售品编号：E/F.95.III.P.1）。

审判分庭判处的刑罚只限于监禁。审判分庭在决定监禁期限时应诉诸前南斯拉夫法庭适用的徒刑惯例。

25. 最后，国际法委员会第四十六届会议编写的国际刑事法院规约草案第 47 条⁸ 规定：

1. 法院可对根据本规约被判定有罪者处以下述一项或多项刑罚：

- (a) 无期徒刑或有规定年数的有期徒刑；
- (b) 罚款。

2. 法院在确定刑期或罚款数额时可照顾到下列各类国家刑法所规定的刑罚：

- (a) 已定罪者为其国民的国家；
- (b) 犯罪地点所在国家；
- (c) 对被告实行拘押和管辖的国家。

26. 可以注意到上列各项规定的灵活性。这些规定使法院享有一定的自由，但这种自由当然是在既定的限度内。

27. 这是特别报告员提议的方针。这种对策与法无明文不为罪原则没有抵触，因为《规约》本身指导法院，说明最高和最低的刑罚。

28. 鉴于各国政府对可适用的刑罚问题保持缄默，现在该是国际法委员会选择应采取何种方针的时候了。

29. 如果国际法委员会决定由规约本身规定每种罪行可适用的刑罚，这种方法可能会在国际法委员会内遇到困难，因为难以就适当的刑罚达成协议。如果未能达成这样的协议，则必须诉诸上面概述的方法之一。

30. 遗憾的是，可适用的刑罚必须由国际法委员会最近拟订的国际刑事法院规约加以确定，而通常的做法应该是由《治罪法》草案来制订。国际法委员会在《治罪法》草案中处理可适用于危害人类和平及安全罪的刑罚的问题时，必须考虑这种情况。

⁸ 《1994 年……年鉴》，第二卷（第二部分），第 27 页起，第 91 段。

条款草案³

第二部分

危害人类和平及安全罪⁹

第 15 条 侵略

(a) 通过的案文

31. 一读暂时通过的第 15 条草案如下：

1. 作为领袖或组织者计划、实行或命令实行侵略行为的个人，应于定罪后判处 [……]。

2. 侵略是指一国使用武力侵犯另一国的主权、领土完整或政治独立，或以与《联合国宪章》不符的任何其他方式使用武力。

3. 一国违反《宪章》的规定而首先使用武力，即构成侵略行为的初步证据，但安全理事会可按照《宪章》的规定下论断：根据其他有关情况，包括有关行为或其后果不甚严重的事实在内，没有理由可以确定已发生了侵略行为。

4. 在第 2 和第 3 款规定得到应有考虑的情况下，任何下列行为，不论是否经过宣战，都构成侵略行为：

(a) 一国武装部队侵入或攻击另一国领土，或因此一侵入或攻击而造成的任何军事占领，不论时间如何短暂，或使用武力吞并另一国的领土或其一部分；

(b) 一国武装部队轰炸另一国领土，或一国对另一国的领土使用任何武器；

(c) 一国武装部队封锁另一国港口或海岸；

(d) 一国武装部队攻击另一国的陆、海、空军或商船和民航机；

(e) 一国违反其与另一国订立之协定所规定的条件，或在协定终止后，使根据协定在接受国领土内驻扎的武装部队，延长该武装部队在该另一国领土内的驻扎期间；

(f) 一国以其领土供另一国使用，让该国用来对第三国进行侵略行为；

(g) 一国本身或以一国名义派遣武装小队、武装团体、非正规军或雇佣军，对另一国进行武力行为，其严重性相当于上面所列各项行为，或该国实际卷入了这些行为；

(h) 安全理事会确定的构成《宪章》规定的侵略行为的任何其他行为。

[5. 安全理事会关于存在侵略行为的任何决定对于国家法院均有约束力。]

6. 本条中任何规定绝不得解释为扩大或缩小《联合国宪章》的范围，包括《宪章》中有关使用武力为合法的各种情况的规定在内。

7. 本条中任何规定绝不妨碍《关于各国依联合国宪章建立友好关系和合作的国际法原则宣言》里所述被强行剥夺了源自《宪章》的自决、自由和独立权利的人民、特别是在殖民政权和种族主义政权或其他形式的外国统治下的人民取得这些权利，亦不得妨碍这些人民按照《宪章》的各项原则和上述宣言的规定，为此目的而进行斗争并寻求和接受支援的权利。

(b) 各国政府的意见

澳大利亚

32. 澳大利亚政府认为第 15 条草案除了侵略战争以外，还包括尚未达到战争程度的各种不正当的侵略行为。这超出了现行国际法的范围，现行国际法只把侵略战争定为罪行。虽然国际社会将尚未达到侵略战争程度的各种侵略行为视为非法，要求违法国家承担这种非法行为的责任，但这并不意味着国际社会愿意承认违法国家境内的个人犯有国际罪行。澳大利亚认为应进一步审议在这些情况下将个人行为视为罪行的后果。

33. 澳大利亚认为，另一个困难在于第 15 条草案提及安全理事会。侵略定义虽然（根据本条第 4(h)款）包括“安全理事会确定的构成《宪章》规定的侵略的

⁹ 各国政府的评论和意见，见《1993 年... 年鉴》第二卷（第一部分），第 65 至 117 页，A/CN.4/448 及 Add.1 号文件。

任何其他行为”，但却（根据第3款）不包括安全理事会根据其他有关情况确定不构成侵略行为的行为。正如国际法委员会所指出，《治罪法》草案与安理会的关系是一个极其棘手的问题。在以司法权和执行权分离为基础的宪法制度中，一项犯法行为的中心要素是不能留待如安全理事会这样的国际执行机构来断定的。

白俄罗斯

34. 白俄罗斯的主管机构虽然欢迎在第15条草案内列入计划侵略的责任，但却认为罪行清单也应该包括筹备侵略，特别是因为计划仅仅是筹备的一个组成部分。

35. 白俄罗斯政府认为，就本条草案对安全理事会职能和司法当局职能所作的区分来说，应该指出这种区分又可以被看作为一项临时措施。如果要使安理会关于是否存在侵略行为的决定对国家法庭有约束力的话，那么所需要的不仅是在一项国际条约中以法律规定这项义务，而且也需要制订和遵守一些足以保证安理会决定客观性的司法程序（例如，规定初期设立一个调查委员会）。这项决定显然决不预先判断某人从事侵略的犯罪问题。

36. 白俄罗斯还指出，如果在联合国内设立一个国际刑事法院，该法院与安全理事会之间的权限划分问题将需要单独研究。

美利坚合众国

37. 美国政府指出，《治罪法》关于侵略的定义取自大会第3314(XXIX)号决议中的侵略定义。但大会通过这项定义并不是为了施加刑事责任，而且这一定义的历史表明它只拟作为一个政治指南，而不是作为一项有约束力的刑事定义。

巴拉圭

38. 巴拉圭政府表示，应委员会要求，它愿就《治罪法》草案提出几点评论。例如，关于第15条草案的评论只是涉及形式或立法技术。第15条草案与同其他各条一样，规定犯了《治罪法》草案明文规定的罪行之一的个人，“应于定罪后判处[……]”。“定罪后”等字样显然是多余的，因为一个人经审判和裁决有罪之后才可以被判刑。

大不列颠及北爱尔兰联合王国

39. 联合王国对第15条草案有严重疑虑。英国政府认为，这一条大部分是重复大会第3314

(XXIX)号决议所载的侵略定义。该项决议旨在协助大会和安全理事会澄清《联合国宪章》内一个一直未予界定的关键概念。国际法委员会一些成员认为，一项旨在作为联合国各政治机关指南的决议不宜作为向司法机关提起刑事诉讼的基础，联合王国完全同意这种看法。评注暗示不点出决议标题就可以回应上述批评¹⁰是显然是不够的。须对决议的文字进行审慎修改使用，以便清楚具体地规定会引起个人刑事责任的那些行为。第4(h)款违反了法无明文不为罪原则，而且可能有追溯效力，从而否定了第10条草案。

瑞士

40. 瑞士政府认为，所提议的侵略定义大体上一—而且完全有理由—取自大会第3314(XXIX)号决议。不过，该案文的对象是政治机关。而且，按照《联合国宪章》第三十九条的规定，安全理事会应断定任何和平的威胁、和平的破坏或侵略行为是否存在。因此，问题是国家法官应否受安理会所作的断定约束。在某些情况下，这似乎是可取的。实际上，如果负有维持和平的主要责任的安全理事会并不认为一种行为是侵略行为的话，很难想象国家法官如何将其定性为侵略行为。相反，众所周知安全理事会的行动可能因否决权的行使而受妨碍。因此，法院的裁定将受到安理会的决定支配。不能肯定法律会从中获得保障。当国家法院被要求证实个人有罪和确定刑罚的轻重时，暗示安理会—如果它真的是一个政治机关—的决定应作为国家法院的直接基础，似乎与一个健全的司法概念不一致。因此，不妨将方括号内的第5款从中删除。

(c) 特别评论

1. 解释性说明

41. 除了第1和第2款外，各国政府对第15条草案提出了许多批评，其中包括：

(a) 关于侵略的证据的第3款似乎不应放在一项侵略定义内；

(b) 第4款列举的侵略行为并非详尽无遗；

¹⁰ 第15条草案原先作为第12条草案获得通过。有关评注见《1988年……年鉴》[英]，第二卷（第二部分），第71至73页。

(c) 此外，安全理事会可以断定“根据[……]情况，没有理由可以确定已发生了侵略行为”（第3款）；

(d) 第4(h)款规定，除了所列行为以外，“安全理事会确定的构成《宪章》规定的侵略行为”的任何其他行为；

(e) 第5款使国家法院从属于安全理事会，而安理会是一个政治机关；

(f) 关于《联合国宪章》范围的第6款和关于人民的自决，自由和独立的第7款是政治规定，不应包括在一项法律定义内。

42. 这些批评重复了在以前尝试界定侵略时提出的许多其他批评，从而使特别报告员提出下列问题：“是否可能拟订一项关于侵略概念的法律定义？”

43. 《危害人类和平及安全治罪法》草案的前任特别报告员让·斯皮罗普洛斯先生在1951年也提出了同样问题。他的结论是：“侵略概念本身是一个概念，它是一个基本概念，由于其本质而不能随便下定义。[……]一个侵略的‘法律’定义是一个人为解释，这种解释在适用的具体情况时，很容易会导致可能与侵略的‘自然概念’相反的结论。”¹¹

44. 另一位国际刑法专家也持同样立场。他写道：

侵略的概念[……]尚有待在国际法中进行法律界定。

实际上，1993年伦敦条约的列举式定义（即所谓的Litvinov-Politis定义）在接受检验时显示了各种空白，无法照顾到在国际舞台上出现的所有侵略情况。

此后，在国际联盟范围内以及随后在联合国主持下为拟订一项令人满意的侵略定义而作出的各种努力都没有成功。负责这项工作的不同的国际组织专家都达致一个结论，认为侵略概念实际上是不能从法律上加以界定的，即它不宜有一项分析性定义；不论定义是如何详细，它永远都不会详尽无遗。¹²

45. 国际社会一直努力不懈，最后终于通过了关于侵略定义的大会第3314(XXIX)号决议。但是，这项决议是大会未经表决通过的。

46. 现在许多国家政府都怀疑该决议是否可以作为侵略的法律定义的依据，或作为一项司法判决的正当理由。

47. 在这些情况下，国际法委员会有三种选择：它可以提及侵略但不下定义；它可以只下一般定义；或它可以在一般定义之后附带一份无限制性的清单。

48. 最后一种办法往往在国际公约中采用，以便界定国际罪行，例如1907年海牙《第四公约》序言中的马尔顿条款以及《纽伦堡国际军事法庭宪章》⁵关于违反战争法规或惯例的第6(b)条规定，此种违反反应包括“但不限于”谋杀、虐待等等。

49. 最近的《前南斯拉夫问题国际刑事法庭⁷规约》也采取同一办法，而委员会1954年第六届会议通过的《治罪法》草案¹³也采取这种办法，其中将这类犯罪行为界定为“诸如[……]等非人道行为”。

2. 特别报告员提议的新案文

50. 特别报告员认识到没有可能列举构成侵略的所有行为，因此，提议下列的一般定义：

“第15条 侵略

“1. 作为领袖或组织者计划或命令实行侵略行为的个人，应于定罪后判处[……]。

“2. 侵略是指一国使用武力侵犯另一国的主权、领土完整或政治独立，或以与《联合国宪章》不符的任何其他方式使用武力。”

3. 评注

51. 尚待处理的是答复一国政府提出的一个重要问题：我们是否将侵略行为或侵略战争定罪？

52. 根据该国政府，区分侵略行为和侵略战争的事实根据是：侵略行为没有侵略战争那么严重，而且没有同样的法律后果。侵略行为只是一项不法

¹¹ 《1951年……年鉴》[英]，第二卷，A/CN.4/44号文件，第69页，第165至166段。

¹² Stefan Glaser, *Droit international pénal conventionnel* (Brussels, Bruylant, 1970), 第61页。

¹³ 委员会通过的《治罪法》草案英文本（《大会正式记录，第九届会议，补编第9号》(A/2693) [英]，第54段），转载于《1985年……年鉴》[英]，第二卷（第二部分），第8页，第18段。

行为，其结果是犯下这种行为的国家必须承担国际责任。但侵略战争的结果是该国的领导人必须承担刑事责任。

53. 人们怀疑侵略行为的概念和侵略战争的概念之间的区分是否明确。一些侵略行为的严重性，例如入侵或兼并领土或封锁某国港口，不是足以构成罪行吗？我们应避免使一个本身已极端复杂的问题更加复杂。

第 19 条 灭绝种族

(a) 通过的案文

54. 一读暂时通过的第 19 条草案案文如下：

1. 实行或命令实行灭绝种族行为的个人，应于定罪后判处 [……]。

2. 灭绝种族是指蓄意全部或局部消灭某一民族、人种、种族或宗教群体而犯下的任何下列行为：

- (a) 杀害该群体的成员；
- (b) 对该群体的成员造成身体上或精神上的严重伤害；
- (c) 故意对该群体造成某种生活状态，以图使其全部或局部在肉体上被消灭；
- (d) 采取强制措施，以图阻止该群体内的生育；
- (e) 强行将该群体的儿童转移到另一群体。

(b) 各国政府的意见

澳大利亚

55. 虽然澳大利亚可以同意第 19 条草案的实质性内容，因为此条完全是根据《防止及惩治灭绝种族罪公约》第二条的定义写成的，但是国际法委员会需要进一步注意可适用的刑罚问题。

56. 澳大利亚政府认为，第 19 条草案第 1 款具体规定的刑罚很有可能不符合《防止及惩治灭绝种族罪公约》，因为该公约第五条要求缔约国对犯灭绝种族罪的人规定有效的惩治。

厄瓜多尔

57. 厄瓜多尔政府认为第 19 条第 2(d)款应予澄清。目前的草案很含糊，在纯粹的社会计划生育方案和灭绝种族罪行之间会引起误解和混乱。

美利坚合众国

58. 美国政府指出灭绝种族罪已经由《防止及惩治灭绝种族罪公约》加以界定。美国和许多其他国家都是该公约缔约国。美国批准该公约是基于几项谅解的。特别是，美国表示它了解到该《公约》第二条用语“蓄意全部或局部消灭某一民族、人种、种族或宗教团体”，是指以《公约》所禁止的行为“明确地蓄意全部或局部消灭某一民族、人种、种族或宗教团体”。相反地，《治罪法》的定义却没有规定追究刑事责任所必不可少的精神状态。

巴拉圭

59. 巴拉圭政府认为，先前《防止及惩治灭绝种族公约》已对灭绝种族罪加以界定，该定义在本条款草案中保持不变。但是，似宜将本条款草案第 2(e)款加以扩充，以包括成人和儿童。

大不列颠及北爱尔兰联合王国

60. 根据联合王国，委员会应审议《治罪法》草案与《防治及惩治灭绝种族罪公约》第九条之间的关系，第九条规定凡缔约国之间产生关于某一国家对于灭绝种族罪的责任的争端和其他争端，国际法院有强制管辖权。

(c) 特别评论

1. 解释性说明

61. 各国对形式和内容都提议了许多修正，但特别报告员认为紧扣《防止及惩治灭绝种族罪公约》是比较可取的，因为灭绝种族是国际社会达成非常广泛协议的唯一罪行。

2. 特别报告员提议的新案文

62. 因此，特别报告员提议下列的新案文：

“第 19 条 灭绝种族

“1. 因实行或命令实行灭绝种族行为而经定罪的个人，应被判处 [……]。

“2. 灭绝种族是指蓄意全部或局部消灭某一民族、人种、种族或宗教群体而犯下的任何下列行为：

“(a) 杀害该群体的成员；

“(b) 对该群体的成员造成身体上或精神上的严重伤害；

“(c) 故意迫使该群体承受某种生活状态，以图使其全部或局部在肉体上被消灭；

“(d) 采取强制措施，以图阻止该群体内的生育；

“(e) 强行将该群体的儿童转移到另一群体。

“3. 因从事直接公开煽动实行灭绝种族的活动而经定罪的个人，应判处 [……] 。”

“4. 因意图实行灭绝种族而经定罪的个人，应判处 [……] 。”

第 21 条 有计划或大规模侵害人权行为

(a) 通过的案文

63. 一读暂时通过的第 21 条草案如下：

有计划地或大规模地实行或命令实行任何下列侵害人权行为的个人，应于定罪后判处 [……]：

- 谋杀；
- 酷刑；
- 建立或维持对人的奴役、劳役或强迫劳动状态；
- 基于社会、政治、种族、宗教或文化理由有计划地或大规模地进行迫害；或
- 驱逐出境或强行转移人口。

(b) 各国政府的意见

澳大利亚

64. 澳大利亚注意到，委员会说明只打算把最严重的国际违法行为当作罪行看待。这与国际刑法的哲学依据是一致的，而且也与各国在这一问题上已表明态度相合。

65. 但是，第 21 条草案目前的形式存在问题。澳大利亚尤其担心的是，这一条款草案所列罪行的基本成分没有定义。澳大利亚注意到，委员会认为由于其他国际文书中已有定义，《治罪法》草案就没有必要加以重复。然而，并非所有的罪行都有定义。例如，任何国际文书都没有关于迫害的商定定义。

66. 依赖其他文书作为第 21 条草案内各项罪行的定义还会引起困难。例如，《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》内的酷刑定义只把公职人员或以官方身份行事的人的所作所为定为罪行。相反地，第 21 条开首语指出，任何犯有所列举的任何罪行的个人应对其罪行负责。

67. 在这方面，澳大利亚注意到，第 15、19、20、22 和 23 条草案都载有各种罪行的定义，虽然实际上在其他国际文书中都可找到这些定义。

68. 第 21 条草案的范围也很有限，因为此条（如同第 15 和 16 条草案）没有考虑到可能有“任何其他行为”（第 15 条第 4(h)款）或“任何其他措施”（第 16 条第 2 款）。澳大利亚同意委员会的评述，认为有计划地使人失踪的做法在《治罪法》草案中值得特别一提¹⁴，因为难以肯定基于社会、政治、种族、宗教或文化理由的迫害是否包括有计划地使人失踪的做法。

奥地利

69. 奥地利政府指出，第 21 条草案的规定与第 22 条草案的规定之间的关系（竞合犯或累犯）有待进一步澄清。如果第 21 条只适用于和平时期，则应强调这一点。

巴西

70. 巴西政府认为，第 21 条草案虽然题为“有计划或大规模侵害人权行为”，但可能被理解为个别谋杀或酷刑案件将是危害人类和平及安全罪行。因此，似乎有必要澄清“有计划或大规模地”这个有限制性的用语的范围，以便指明《治罪法》草案只包括有国际意义的事实，不论进行时是否为国家权力所容忍。

保加利亚

71. 保加利亚政府提议第 21 条草案内“基于社会、政治、种族、宗教或文化理由 [……] 进行迫害”一语之后，应增添：“包括基于这些理由作出无人道和有辱人格的待遇”等语。

美利坚合众国

72. 美国政府认为第 21 条草案过于空泛，难以施加刑事赔偿责任。“基于社会、政治、种族、宗教

¹⁴ 见《1991 年...年鉴》，第二卷（第二部分），第 109 页，关于第 21 条的评注，第(10)段。

或文化理由 [……] 进行迫害”的罪行尤其空泛，几乎可以指任何行为。例如，“迫害”的一个定义是“以执意或紧迫的手段骚扰、纠缠”¹⁵。一个政党“骚扰”或“纠缠”另一个政党不应该是一项国际罪行，但根据《治罪法》草案的明白意义，这可能是一项国际罪行。这一条草案也没有充分考虑到《公民及政治权利国际公约》，其中阐明国际社会绝大多数成员确认的特定人权。这一条还似乎包括一些诸如谋杀等普通的罪行。美国认为将每宗谋杀案都定为国际罪行是无用，甚至是无意义的。美国政府进一步指出，在许多情况下将一些人士驱逐出境可能是合法的；因此，目前这样的提法过于空泛。

巴拉圭

73. 巴拉圭政府认为，第 21 条草案涉及的罪行与灭绝种族罪（第 19 条草案）相类似，这可从比较这两条的规定看出来。但是，第 21 条草案没有提及灭绝种族罪的基本动机，它只提到有计划或大规模侵害人权的行。两者的分歧似乎不是基本的分歧。

大不列颠及北爱尔兰联合王国

74. 联合王国认为，国际法下的任何治罪法都显然必须注意有计划或大规模侵害人权行为。一项行为必须符合两个条件，才可视为“有计划或大规模侵害人权行为”：行为的极端严重性及其有计划或大规模性质。明白列出这些行为是可取的，但第 21 条草案既不完整又不能使人满意。委员会在评注¹⁶中清楚表明用语的定义，例如酷刑或奴役的定义，已列在现行的国际公约内。即使假设国内法院将能鉴定有关来源，在这些公约内的定义也不是没有争议的。实际上，如评注显示，人们可能怀疑《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》所载的酷刑定义是否应只适于官员的行为。目前的条款草案没有刑事行为的确切定义，也没有任何明确的统一概念。

(c) 特别评论

1. 解释性说明

75. 一个会员国指出构成危害人类罪的行为清单太有限，因为它没有包括“其他非人道行为”一语。

76. 这一评论是有理的。提供一个构成这类罪行的行为的全面清单是不可能的。《纽伦堡法庭宪章》⁵（第 6(c) 条）、《东京法庭宪章》⁶（第 5(c) 条）和盟国管制委员会第 10 号法令¹⁷（第二条第 1(c) 款）均采用了“其他不人道行为”一语。

77. 近来，《前南斯拉夫问题国际法庭⁷ 规约》在危害人类罪的定义中也提及“其他非人道行为”（第 5(-) 条）。

78. 关于酷刑，一个会员国评论说，一读通过的条款草案没有提供关于这个概念的定义，只限于在其评注中提及《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》。但是，该公约的适用范围只限于一国的代理人或代表的所作所为。

79. 特别报告员确认关于可能犯下危害人类罪的人的评论是有道理的，因此应将个人也包括进来。至于酷刑的定义，特别报告员将《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》所载的过于冗长的定义放在括号内。国际法委员会应决定是否予以保留。

80. 另一项评论与“迫害”一词有关，而对这个名词没有下定义。应当回顾的是，与国际军事法庭宪章有关的界定危害人类罪的三项基本文件都采用这一用词。在第二次世界大战后负责审判危害人类罪的国际法庭的判决书也采用这一用词。

2. 特别报告员提议的新案文

81. 因此，特别报告员提议下列的新案文：

“第 21 条 危害人类罪

“作为一国的代理人或代表或以个人名义实行或命令实行危害人类罪的个人，应于定罪后判处 [……] 。”

“危害人类罪是指有计划地实行任何下列行为：

“ - 故意杀害；

“ - 酷刑 [即蓄意使某人遭受疼痛或在肉体或精神上遭受剧烈痛苦，其目的基本上是为了向他或第三者取得情报或供词、为了他或

¹⁵ 见 *Webster's Ninth Collegiate Dictionary*。

¹⁶ 见《1991 年……年鉴》，第二卷（第二部分），第 107 页。

¹⁷ 关于惩治战争罪犯、破坏和平罪犯和危害人类罪犯的法律，1945 年 12 月 20 日颁布于柏林（Allied Control Council, *Military Government Legislation*, No. 3 (Berlin, 31 January 1946)）。

第三者从事或涉嫌从事的行为对他加以处罚、为了恐吓他或向他施加压力、为了恐吓第三者或向第三者施加压力、或为了基于某种形式的歧视的任何其他理由。

纯因合法处罚而引起或这种处罚所固有或造成的疼痛或痛苦不包括在本案文内。]；

- “ - 迫害奴役；
- “ - 迫害；
- “ - 驱逐出境或强行转移人口；
- “ - 所有其他不人道行为。”

3. 评注

82. 在第 21 条草案的新案文中，特别报告员选择采用“危害人类罪”为标题，而不是一读通过的标题：“有计划或大规模侵害人权行为”。

83. “危害人类罪”一词实际上是一个既定名词，已载入法律词汇之中，因为甚至国内法也采用。自第二次世界大战以来，这个名词已在许多法律文书中存在。¹⁸ 比较近期的《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》（第 5 条）⁷ 也采用这个名词。

84. 如果目前的条款草案放弃“危害人类罪”一词，人们可能会询问作出这种变更的理由。委员会是否有十足的理由以“有计划或大规模侵害人权行为”取而代之？这似乎是值得怀疑的。

85. 委员会提议采用“有计划或大规模侵害人权行为”一语，是为了强调这类罪行的两个方面，即它们的计划性和它们的大规模性。它认为这两个方面都是非常重要的。

86. 但是，这两个方面之一（大规模性）却颇有争议。认为一项危害人类罪应由其大规模性质加以定性的人的事实依据是，上述法庭的宪章界定危害人类罪为针对平民或任何平民人口的行为。他们认为，由于受害者为数众多，这类罪行必然是大规模的罪行。

87. 但与这一论点相反的是，许多著作和甚至许多司法判例都认为一项危害人类罪不一定是一项

大规模性质的罪行。它们指出案文中提及的一些行为，如盟国管制委员会第 10 号法令所述的谋杀、酷刑和强奸，不一定是大规模犯下的罪行：这些行为无疑既可以施加于个别受害者，也可以施加于大批受害者。

88. Meyrowitz 认为，“认为这类罪行不会构成危害人类罪的主张缺乏支持。因为根据普通法，如只有单一的受害者，这类罪行也被视为已经发生”；¹⁹ 即使一项孤立的行为也可以构成危害人类罪，如果它是一个基于恐怖手段或迫害的政治制度的产品。

89. 同样，Georges Sawicki 在 1947 年 7 月于布鲁塞尔举行的第八次国际刑法统一问题会议上提出的波兰报告中写道，危害人类罪“通常是大规模发生的。但这不是区分这种罪行和普通罪行的特征。[……] 大规模性虽不是一种附带特征，但却是一项从属特征。”²⁰

90. 这一争议也在判例法一级出现。关于大规模性质的论点主要由美国军事法庭所支持。因此，在一项审理中，被告被指控“故意参加一个将残暴和不公正的行为遍及全国的制度 [……] 从而违反了战争法和人类法”。²¹ 判决书指出孤立的暴行和迫害事件应被排除在定义之外。

91. 但是，英国管制区的法庭的判定意见却不是这样。相反地，判定意见指出，大规模的成分不论就行为数目或受害者数目来说，都不是定义的要素。从总体看，这些法庭支持的论点是，关键不在于大规模方面，而在于行为与一个残暴和野蛮的政治制度之间的联系。具体地说，这个制度就是纳粹政权。

¹⁹ Henri Meyrowitz, *La répression par les tribunaux allemands des crimes contre l'humanité et de l'appartenance à une organisation criminelle, en application de la loi no. 10 du Conseil de contrôle allié* (Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1960), 第 280 页。

²⁰ *Actes de la Conférence* (Paris, Pedone, 1949), 第 136 页；载于 Meyrowitz, 同上, 第 254 页, 脚注 15。

²¹ 见 *Trials of War Criminals before the Nürnberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10 (Nürnberg, October 1946–April 1949)* [15 卷美国军事法庭审判简要记录丛书] (Washington, D.C., United States Government Printing Office, 1950), vol. III, 第 3 号案例 (正义案), 第 985 页；载于 Meyrowitz, 同上, 第 252 至 253 页。

¹⁸ 《纽伦堡国际军事法庭宪章》（第 6(c) 条）（上见脚注 5）、《东京法庭宪章》（第 5(c) 条）（上见脚注 6）、《盟国管制委员会第 10 号法令》（第二条第 1(c) 款）。

92. Meyrowitz 对英国管制区法庭的判例法进行广泛审查后断定：“法庭实际上决定，使一项犯罪行为成为危害人类罪的不是受害者的数目或性质，而是这一犯罪行为与有计划地迫害一个团体或团体的一部分的活动有联系。针对单个人的一项不人道行为也可以构成危害人类罪。”²² Meyrowitz 是特别根据英国军事政府（法律顾问管制区办公室）1948 年 10 月 15 日的一项澄清而作出这个结论的。该项澄清指出，个别罪行可以构成危害人类罪，“如果这一行为的动机全部或局部源于这种有计划的迫害行为”。²³

93. 由此可见，危害人类罪必须具有大规模性质的概念是有争议的，“危害人类罪的定性实际上应被解释为包括针对个别受害者的行为和参与大规模犯罪的行为。”²³

94. 另一方面，危害人类罪的有计划性质非但不是争议的主题，反而是一项必要的条件。为此，特别报告员认为有必要将一读暂时通过的第 21 条草案标题改为“危害人类罪”；它非但不是争议的主题，反面已被各会员国采用并将它写入本国国内法内。

第 22 条 特别严重的战争罪行

(a) 通过的案文

95. 一读暂时通过的第 22 条草案如下：

1. 实行或命令实行特别严重的战争罪行的个人，应于定罪后判处 [……]。

2. 为本《治罪法》的目的，特别严重的战争罪行是指严重违反适用于武装冲突的国际法各项原则和规则的任何下列行为：

(a) 不人道的行为、残忍或野蛮对待人的生命、尊严和身体或精神健全 [，尤其是故意杀害、酷刑、断肢、生物试验、劫为人质、强迫受保护者为敌对力量的军队服役、在停止敌对行动后无理拖延遣返战俘、驱逐或迁移平民人口和集体处罚]；

(b) 在被占领土上建立居民点和改变被占领土的人口组成；

(c) 使用非法武器；

(d) 使用意图或可能对自然环境造成广泛的长期严重损害的战争方法或手段；

(e) 大规模毁坏平民财产；

(f) 故意攻击具有特殊宗教、历史或文化价值的财产。

(b) 各国政府的意见

奥地利

96. 奥地利政府认为第 22 条草案第 2(a)款括号内的词句应予保持。所列行为属于描述性质，这一事实因“尤其是”三字已得到充分强调。

美利坚合众国

97. 美国政府认为第 22 条草案的目的在惩罚“特别严重的战争罪行”。“特别严重的战争罪行”一语则赘述地界定为“严重违反适用于武装冲突的国际法各项原则和规则的任何下列行为：不人道的行为 [……]”。这个条文太过笼统，而且没有考虑到和具体并入特别处理武装冲突法的许多国际公约的相关规定。

98. 笼统地禁止“非法使用武器”没有反映出战争的复杂现实，也没有反映出存在的管制战争行为的国际法律机制。此外，美国认为只包括“特别严重的战争罪行”而忽略违反战争法而对人类和平与安全具重大影响的其他行为，是不明智的。

巴拉圭

99. 巴拉圭政府指出，目前已有许多关于战争罪行的国际公约，这些公约在关于第 22 条草案的评注²⁴里已有提到。因此有理由问一问，是否还有任何必要再另定一类罪行，即特别严重的战争罪行；同时，对于已有其他准则认定其性质的罪行，用严重程度来界定，是否一种健全标准。不过，用严重程度来确定惩罚的严厉性，则是一个有效标准。

大不列颠及北爱尔兰联合王国

100. 联合王国认为，委员会采取“中庸之道解决办法”，调和委员会内部各种不同趋势，会有扩散战争罪行类别的危险，却又得不到任何有关的惠益。如果委员会决定保持第 22 条草案，联合王国

²² Meyrowitz, 同上, 第 281 页。

²³ 同上, 第 255 页。

²⁴ 见《1991 年...年鉴》，第二卷（第二部分），第 109 至 111 页。

希望条款的规定同现行确定战争罪行性质的规定一致，例如将“特别严重的战争罪行”改为“严重违反日内瓦公约的行为”。

瑞士

101. 瑞士认为在国际人道主义法方面，目前有两类违法行为：一方面是已经列举的“严重违反行为”（1949年8月12日《日内瓦四公约》共同的第50、51、130和147条和《〈日内瓦四公约〉第一号附加议定书》第85条（该条也提到同一议定书第11条）），这些违法行为也称为战争罪行；另一方面，还有其他的一切违反国际人道主义法行为。

102. 委员会坚持《治罪法》只列入极端严重行为的原则，提议列入第三类，即“特别严重的战争罪行”，因此这将包括特别严重的“违反行为”。因此，必须注意的是，一旦《治罪法》生效，由于第22条草案的结果，规定内未列举的战争罪行，可能所受刑罚较轻。

103. 此外，瑞士政府觉得很难了解为什么委员会把大规模毁坏平民财产（第2(e)款）定为“特别严重的战争罪行”，而不把攻击平民或非军事区或背信使用红十字会和红新月会保护标志的行为定为“特别严重的战争罪行”。

104. 因此，委员会最好在二读通过条文之前，重新考虑本条规定对国际人道主义法可能造成的影响。

(c) 特别评论

1. 解释性意见

105. 各国政府的评论一致地对特别严重的战争罪行这一新概念表示保留。

106. 经过深思后，特别报告员认为这些保留有理由，主要因为实际上很难在1949年8月12日《日内瓦四公约》和《第一议定书》所界定的“严重违反行为”和一读通过的《治罪法》草案所规定的“特别严重的违反行为”之间，明确加以区分。

2. 特别报告员提议的新案文

107. 特别报告员因此提议将本条草案的标题和内容修改如下：

“第22条 战争罪行

“实行或命令实行特别严重的战争罪行的个人，应于定罪后判处 [……] 。”

“为本《治罪法》的目的，战争罪行指：

“1. 严重违反1949年《日内瓦四公约》的行为，即：

“(a) 故意杀害；

“(b) 酷刑或不人道待遇，包括生物学实验；

“(c) 故意使身体或健康遭受重大痛苦或严重伤害；

“(d) 无军事上之必要，而以非法和横蛮之方式，对财产进行大规模的破坏与占用；

“(e) 强迫战俘或平民在敌对国军队中服务；

“(f) 故意剥夺战俘或平民应享的公平及合法审讯的权利；

“(g) 将平民非法驱逐出境或移送或非法禁闭；

“(h) 劫持平民作为人质。

“2. 违反战争法或惯例，包括下列行为，但不以此为限：

“(a) 使用有毒武器或其他武器，以造成不必要的痛苦；

“(b) 无军事上之必要，横蛮地摧毁或破坏城市，城镇和村庄；

“(c) 以任何手段攻击或轰击不设防的城镇、村庄、住所和建筑物；

“(d) 夺取、摧毁或故意损坏专用于宗教、慈善事业和教育、艺术和科学的机构、历史文物和艺术及科学作品；

“(e) 劫掠公私财产。”

3. 评注

108. 在新的第22条草案中，界定战争罪行的方法直接以《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》⁷为基础。

109. 这一方法把严重违法行为同违反战争法或战争惯例的其他行为加以区分，前者如 1949 年 8 月 12 日《日内瓦四公约》和《第一议定书》那样，构成一个详尽无遗的清单，后者则构成一个并非详尽无遗的清单。

110. 新的第 22 条草案应可以使委员会内支持将战争罪行列成详尽无遗清单的人和支非详尽无遗清单的人之间冗长的辩论结束。

第 24 条 国际恐怖主义

(a) 通过的案文

111. 一读暂时通过的第 24 条草案如下：

作为一国的代理人或代表实行或命令实行任何下列行为的个人，应于定罪后判处 [……]：

- 对另一国从事、组织、协助、资助、鼓励或容忍针对个人或财产的行为，并具有在知名人士、一批人或公众心理上造成恐怖状态的性质。

(b) 各国政府的意见

澳大利亚

112. 澳大利亚难以接受第 24 条草案的措词。它尤其指出，定义没有包括暴力要件。因此，这种罪行是否打算把无形的恐怖行为——例如宣传——包括进去？此外，代理人或代表是否必须以官方资格行事这一点，也不清楚。定义内没有提及意图或动机这一点也需要加以解释。

奥地利

113. 奥地利政府提议把第 24 条草案修正如下，此项修正并增加了“恐怖主义活动”一语的定义：

“1. 作为一国的代理人或代表实行或命令实行任何下列行为的个人应判处 [……]：

- “ - 进行、组织、协助、资助、鼓励或容忍针对另一国的恐怖主义活动。

“2. 恐怖主义活动系指针对个人或财产的行为，并具有在知名人士、一批人或公众心理上造成恐怖状态的性质。”

白俄罗斯

114. 白俄罗斯政府认为第 24 条草案中犯国际恐怖主义罪行的人员种类应予扩充。《治罪法》草案不能无视与国家不一定有联系的恐怖主义组织或团体所犯的国际恐怖主义行为的规模，以及这类行为对人类和平与安全构成的威胁。无论如何，在界定恐怖主义为危害人类和平与安全罪行的定义时，不能以国家的参与为标准。

巴西

115. 巴西政府认为恐怖主义罪行有一个国际要件，就是说该项罪行，如果是一国的代理人或代表针对另一国所实行或命令实行，则只能按照《治罪法》草案惩处。

美利坚合众国

116. 美国政府认为，第 24 条草案旨在惩罚国际恐怖主义，尽管对恐怖主义还没有一个公认的定义，而《治罪法》草案也没有对恐怖主义作出一个适当的定义。《治罪法》草案试图用冗词界定恐怖主义。《治罪法》草案把恐怖主义定义为“[一国代理人或代表]对另一国从事、组织、协助、资助、鼓励或容忍针对个人或财产的行为，并具有在知名人士、一批人或公众心理上造成恐怖状态的性质”。此一定义明显有缺点，因为对“恐怖”并无定义。

117. 此外，鉴于过去几次尝试就恐怖主义达成一个普遍可以接受的一般定义的工作都不成功，美国对于就这类条款达成一致意见的可能性（不论条款如何措辞）有所怀疑。由于难以就恐怖主义的一般定义达成一致意见，国际社会改而缔结一系列的个别公约，确定整个国际社会谴责的特定类别行为，而不论实行此类行为者的动机为何，同时要求缔约国将所定行为定为罪行，将犯罪者予以起诉或引渡，并同其他国家合作以切实履行这些公约所规定的义务。正如大会第 44/29 号决议所列举的，这些公约的范围包括破坏航空器、劫持航空器、侵害官员和外交人员、劫持人质、偷窃或非法使用核材料、在飞机场进行暴力行为和若干危害船只和固定平台的行为。现行的办法是着重定然无法接受的特定类别行为，而非如《治罪法》草案那样着重动机或背景问题，因此使国际社会能够在

致力使用法律工具来打击恐怖主义方面取得重要进展。

118. 第 24 条草案的另一个根本问题是，它把恐怖主义罪行限于个人作为“一国代理人或代表”实行的行为。事实上，许多恐怖主义行为是个人以私人身份行事所犯的。美国不能接受这样的一种恐怖主义定义：它排除既非以一国代理人身份行事、其与一国的从属关系又无法在法院彻底证实的人所犯的行为。

巴拉圭

119. 巴拉圭政府指出第 24 条草案所规定的不是个人或私人团体所犯的恐怖主义，而是一国代理人或代表所犯的恐怖主义，因为这是目前国际社会所存在的情况。

北欧国家

120. 北欧国家认为，从实质观点而论，第 24 条草案规定的范围过于狭窄。很难理解为什么只包括恐怖主义者为“一国代理人或代表”的情况。《治罪法》草案所包括的其他罪行并不受这种限制，个人无须代表国家行事，也可违反这些规定。在可以想象属于本条范围的罪行中，大部分罪行在性质上通常都可由国内刑法和特定公约加以规定。因此有理由这样假定：在许多情况，国内刑法会有互相冲突的刑罚规定。

大不列颠及北爱尔兰联合王国

121. 联合王国遗憾地注意到，如 1954 年第六届会议所通过的《治罪法》草案¹³一样，委员会把第 24 条草案的范围限于国家资助的恐怖主义。国际恐怖主义已不再限于国家代理人或代表的行为。委员会企图把国际恐怖主义同“国内”恐怖主义加以区分，但它忽略了一类重要的非国家主持但针对某些国家的恐怖主义，这类恐怖主义在定义上应属于国际恐怖主义。因此联合王国敦促委员会重新考虑恐怖主义的定义，包括现在忽略的“国内”恐怖主义。事实上，对许多国家来说，“国内”恐怖主义比国际恐怖主义的问题还大。委员会同时还应考虑本条同《治罪法》草案未加规定的国际罪行之间的关系，例如劫夺和劫持人质，这些罪行可能也属于现行国际恐怖主义定义范围之内。

瑞士

122. 瑞士政府认为，构成国际恐怖主义罪行的要件，依据各种情况，似乎可能无法同构成干涉的要件明白区分。干涉是指煽动颠覆或恐怖主义活动，以干涉一国的内政或外交事务。如果一国代理人进行资助或训练武装团伙，以在人口中散布恐怖气氛，从而颠覆另一国的政府，这种行为是否可归入这两种条款之一所规定的范围？

(c) 特别评论

1. 解释性意见

123. 大多数会员国对将可能犯国际恐怖主义罪行的人限于一国代理人或代表的概念提出了批评。它们认为，恐怖主义也可由个人以私人团体或组织代表的身份行事所犯。这一批评是中肯的、合理的。

124. 有一国政府对就恐怖主义的一般定义达成协商一致意见的可能性感到怀疑，认为国际社会应该继续缔结特定公约，例如关于劫持人质、侵害官员及外交人员等等的公约。

125. 这种处理方法当然是可以理解的，但这并不排除对各种形态的恐怖主义找出其共同特点，并致力找出禁止或惩处各种形态恐怖主义的共同规则。达成恐怖主义的一般定义，可能有困难，但并不是不可能。《防止和惩处恐怖主义公约》就载有这个概念的定义，对此我们应尽力加以改善。

2. 特别报告员提议的新案文

126. 特别报告员提议将委员会一读通过的本条草案修正如下：

“第 24 条 国际恐怖主义

“1. 作为一国代理人或代表，或以个人身份实行或命令实行本条第 2 款所列任何行为的个人，应于定罪后判处 [……] 。”

“2. 下列行为构成国际恐怖主义行为：进行组织、命令、促进、资助、鼓励或容忍反对另一国并针对个人或财产的暴力行为，其性质是在知名人士、一批人或公众心理上造成恐怖 [恐惧或畏怕] 状态，以期强迫该国给予利益或以特定方式行事。”

3. 评注

127. 新的第 24 条草案包括个人为实行国际恐怖主义者，不论其单独行事或属于私人团体或组织。

128. 新的条款草案澄清了恐怖主义寻求的目的，即寻求利益或影响一国政府的行动或政治方针，或改变一国的宪政形态。

129. 恐怖主义的目的不在于造成恐怖状态。恐怖状态本身不是一个目的，而是一个手段。有些评论对用“恐怖”二字界定恐怖主义，以致词语冗长，表示遗憾。因此特别报告员把“恐惧”和“畏怕”二词放于括号内。不过，这一词语上的批评只是小事。

第 25 条 非政府贩运麻醉药品

(a) 通过的案文

130. 一读暂时通过的第 25 条草案案文如下：

1. 实行或命令实行任何下列行为的个人，应于定罪后判处 [……]：

- 从事、组织、促进、资助或鼓励大规模的境内或跨国界非法贩运麻醉药品。

2. 为第 1 款之目的，促进或鼓励非法贩运麻醉药品的行为，包括明知财产得自本条所指罪行的个人，为了隐瞒或掩饰该财产的非来源而取得、持有、转换或转让该财产。

3. 非法贩运麻醉药品是指违反国内法或国际法的规定，生产、制造、提炼、配制、提供、兜售、分销、出售、以任何条件交付、经纪、发送、过境发送、运输、进口或出口任何麻醉药品或任何精神调理物质。

(b) 各国政府的意见

澳大利亚

131. 澳大利亚大力支持对付非法贩运麻醉药品和精神调理物质的国际行动。因此，澳大利亚一向积极参与关于促进国家一级和国际一级打击贩运毒品行动多边公约的谈判。

132. 澳大利亚理解第 25 条草案的基本关切点。但它认为在若干问题上还需要进行较详细的工作，包括本条草案与现行公约、特别是与《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》之间的关系。

133. 第 25 条草案所述构成罪行的行为同上述《公约》所列的行为并不一致。《公约》第 3 条列述一长系列应定为国内法下罪行的行为。虽然其中有许多行为似乎因为性质没有严重到需要国际加以刑事制裁，所以第 25 条草案中加以省略了，但其他一些行为也许应予以列入。

134. 对付贩运毒品的任何条文，其执行在很大程度上需要有关于以下几点的具体规定：引渡疑犯；国家间互相提供法律协助以支持起诉；洗钱。

135. 此外，也必须考虑国内法律系统处理毒品罪行的管辖权与《治罪法》草案提议的任何国际管辖权之间的关系。

136. 对澳大利亚来说，有一点不清楚的是，为什么只在第 3 款提到“精神调理物质”，而整个条款草案的目的就是为了包括这一主题的。

奥地利

137. 奥地利政府认为，第 25 条草案所述罪行是否应列入本《治罪法》，尚难决定。非法贩运麻醉药品是否构成危害人类和平与安全罪行，颇成疑问。此外，从政治观点而言，将其列入《治罪法》所带来的后果（即不可限定性）似乎并不可取。

巴西

138. 巴西政府认为，第 25 条草案所规定的罪行无需国际要件，是不合理的。

美利坚合众国

139. 美国政府指出，依第 25 条草案的规定，贩运麻醉药品如果“违反国内法或国际法的规定”才属“非法”。提到的国内法究竟是仅指犯罪个人所在国家的法律（如果是这种情况则无甚意义），抑或是指包括《治罪法》任何缔约国在内的国家法律（如果是这种情况则范围过于宽泛）。

大不列颠及北爱尔兰联合王国

140. 联合王国指出，委员会 1954 年第六届会议通过的《治罪法》草案省略了有关毒品的罪行，也省略了海盗、贩卖妇女和儿童、伪造货币和干预海底电缆等罪行。联合王国希望对这些罪行进行较详细的分析，以确定它们是否构成危害人类和平与安全罪行。联合王国认为，贩毒虽是一项国际罪行，但应否作为危害人类和平与安全罪行列入法典，则见仁见智。把一项被绝大多数国家定为罪

行，并被其中大部分国家切实地以罪行起诉的活动列入《治罪法》，究竟有什么好处，颇成疑问。

瑞士

141. 瑞士政府认为，《治罪法》草案是否应该列入关于国际贩运毒品的规定，的确是一个问题。毕竟，这种贩运可视为普通罪行，其动机主要是贪财。但是这种处理方法忽略了一种情势的发展，就是国际贩毒同国内或国际恐怖主义的关系越来越密切。人们现在通常谈到“毒品恐怖主义”，是很有理由的。除了对人们健康和福利造成有害影响外，国际贩毒还对若干国家造成不稳定因素，因此妨碍了和谐的国际关系。在这方面，国际贩毒似乎确实是一种危害人类和平与安全罪行。因此委员会在《治罪法》草案中规定这种贩运是一种罪行是正确的，不论这种贩运是由一国的代理人进行，还是仅由个人进行。

(c) 特别评论

1. 解释性意见

142. 特别报告员在本报告的导言中解释了他为什么认为，必须在《治罪法》草案中保持提到大规模或跨国界非法贩运麻醉药品的理由。

143. “大规模 [……] 或跨国界”一语不仅指国际非法贩运麻醉药品，也指国内大规模的贩运。不要忘记的是，许多小国对于在其本国境内进行大规模贩运麻醉药品的人，无法进行起诉。它们希望有一个国际管辖机构，有权对此类罪行进行审理。

2. 特别报告员提议的新案文

144. 以下是提议的新案文，它把委员会一读通过的案文简化如下：

“第 25 条 非法贩运麻醉药品

“1. 实行或命令实行大规模或跨国界非法贩运麻醉药品的个人，应于定罪后判处 [……]。

“2. 非法贩运麻醉药品指进行、组织、促进、资助或鼓励违反国内法或国际法的规定，生产、制造、提炼、配制、提供、兜售、分销、出售、以任何条件交付、经纪、发送、过境发送、运输、进口或出口任何麻醉药品或任何精神调理物质。

“3. 为第 2 款之目的，促进或鼓励非法贩运麻醉药品，包括明知财产得自本条所指罪行的个人，为了隐瞒或掩饰该财产的非来源而取得、持有、转换或转让该财产。”

国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任

[议程项目 5]

A/CN.4/468 号文件

特别报告员胡利奥·巴尔沃萨先生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第十一次报告

[原文：西班牙文]
[1995 年 5 月 25 日]

目 录

| | | 页 次 |
|-------------------|---------|-----|
| 本报告援引的多边文书..... | | 51 |
| | 段 次 | |
| 导言 | 1 - 2 | 52 |
| <u>章 次</u> | | |
| 一、对环境的损害..... | 3 - 37 | 53 |
| A. 环境的定义 | 5 - 16 | 53 |
| 1. 狭义的环境概念 | 7 - 10 | 53 |
| 2. 广泛的概念 | 11 - 12 | 54 |
| 3. 被排除在外的因素..... | 13 - 16 | 55 |
| B. 对环境的损害 | 17 - 22 | 55 |
| C. 赔偿 | 23 - 33 | 56 |
| D. 对环境损害的评估 | 34 - 37 | 58 |
| 二、提议的案文和评注 | 38 - 41 | 59 |

本报告援引的多边文书

来 源

- 《国际油污损害民事责任公约》[英]（1969 年 11 月 29 日，布鲁塞尔）以及
1976 年、1984 年和 1992 年对该《公约》作出修订的各项《议定书》[英]（1976 年 11 月 19 日，1984 年 5 月 25 日和 1992 年 11 月 27 日，伦敦）
联合国，《条约汇编》，第 973 卷，第 3 页。
海事组织出版物（出售品编号：457.85.15.E）和 *International Environmental Law: Multilateral Treaties*, Anni Lukács 和 R. Michels, eds. (London, The Hague, Boston, Kluwer Law International, 1995), vol. III.
- 《远距离越境空气污染公约》[英]（1979 年 11 月 13 日，日内瓦）
联合国，《条约汇编》，第 1302 卷，第 118 页。

来源

- 《南极矿物资源活动管理公约》[英]（1988年6月2日，惠灵顿）
International Legal Materials (Washington, D.C.), vol. XXVII (1988), 第 868 页。
 联合国出版物（出售品编号：E.90.II.E.39）。
- 《关于道路、铁路和内陆航运船只运载危险物品引起损害的民事责任公约》[英]（1989年10月10日，日内瓦）
International Legal Materials (Washington, D.C.), vol. XXX, No. 6 (November 1991), 第 1461 页。
- 《关于环境保护的南极条约议定书》[英]（1991年10月4日，马德里）
 同上，vol. XXXI, No. 6 (November 1992), 第 1313 页。
- 《保护与使用越境水道和国际湖泊公约》[英]（1992年3月17日，赫尔辛基）
 ECE, *Environmental Conventions* (联合国出版物, 1992年), 第 119 页。
- 《关于工业事故越境影响的公约》[英]（1992年3月17日，赫尔辛基）
 UNEP, *Convention on Biological Diversity* (Environmental Law and Institution Programme Activity Centre, June 1992).
- 《联合国气候变化框架公约》（1992年5月9日，纽约）
 联合国，《条约汇编》，第 1771 卷，第 107 页。
- 《关于危害环境的活动造成损害的民事责任公约》[英]（1993年6月21日，卢加诺）
 Council of Europe, *European Treaty Series*, No. 150.

导 言

1. 委员会暂时通过了条款草案中关于用语的第二条(a)、(b)和(c)三项¹。第一项涉及造成显著跨界损害的危险，第二项界定“跨界损害”，第三项界定“起源国”。第二条各项的编号应予改变。(a)项将成为第1款，(b)项将成为第2款，第3款将载有“损害”的定义并将分成三项：(a)对人的损害、(b)对财产的损害，以及(c)对环境的损害。其后将是界定环境的第4款和关于因环境遭受损害而采取补救行动的权利的第5款。

2. 特别报告员在其第八次报告中在审议损害的问题方面取得了一些进展²，这是对第二条的一项

贡献。他提到该报告中称为对损害问题的介绍，他提议在这里进一步讨论这个问题。除了对拟议的条文作了一些文字方面的改变之外，特别报告员对该报告中对人或物的损害的问题所作的评论没有意见。其中最重要的是在条文中加入收入损失的概念，因为这将使条文更加清楚。虽然条文中可能已经暗示了这个意思，但还应该澄清的是，(a)和(b)项也适用于环境破坏对人或物所造成的损害，以便明确区分对人和物所造成的损害（即使这种损害是环境破坏所造成的）与对环境造成的损害。在前面一种情况，有权获得补救行动补偿的人是直接或由于环境破坏而受到损害的人。在第二种情况下，正如下文所述，当环境价值遭到损害，社区因而无法享受使用性服务和非使用性服务，对环境本身造成的损害就成为对社区造成的损害。

¹ 委员会暂时通过的第1、2(a)至(c)、11至14之二[20之二]、15至16之二以及17至20条草案，见《1994年……年鉴》第二卷（第二部分），第156页起。

² 《1992年……年鉴》，第二卷（第一部分），第69页起，A/CN.4/443号文件附录。

第一章

对环境的损害

3. 在另一方面,应当对“对环境的损害”的概念再作一些评论甚至再提出新的案文,因为这个概念对目前讨论的问题非常重要。在这方面,《关于对环境损害进行补救的绿皮书》指出:

对环境造成的损害的法律定义是非常重要的,因为这种定义将促进确定必要补救行动的类型和范围的进程,从而确定可以通过民事责任收回的成本。法律定义常常同一般人心目中的环境损害的概念不一致,但是要有法律准确性,就必须有这种定义。³

4. 若干国际公约、草案和判决书已经将对环境的损害列入其中,例如《关于危害环境的活动造成损害的民事责任公约》第2条第7(d)款,该款在《关于工业事故越境影响的公约》第1(c)条中得到了确认;《保护与使用越境水道和国际湖泊公约》第1条第2款和欧洲联盟理事会1985年6月27日关于某些公共和私营项目环境影响评估的第85/337号指令⁴;《南极矿物资源活动管理公约》第8条第2(a)、(b)和(d)款;《关于道路、铁路和内陆航运船只运载危险物品引起损害的民事责任公约》第9条(c)和(d)项,除此之外还必须加上欧洲经济委员会关于越界水污染的责任和赔偿责任工作队提议的指示以及《控制危险废物越境转移及其处置巴塞尔公约》缔约国任命的一个工作组正在编制的该公约的责任问题议定书草案(第2条(a)项,第(一)至(四)目)⁵。特别有关的是安全理事会1991年4月3日第687(1991)号决议第16段:

伊拉克按照国际法,应负责赔偿因其非法入侵和占领科威特而对外国政府、国民和公司造成的任何直接损失、损害(包括环境的损害和自然资源的损耗)和伤害。

这个问题也已成为研究的题目并且已经包括在研究组和工作组起草的一些文件中,例如国际自然及自

然资源保护联盟的环境和发展公约草案第48条和意大利国家研究理事会赞助并由锡耶纳大学和巴尔马大学进行的研究项目。此外,若干国家,例如巴西、芬兰、德国、挪威、瑞典和美利坚合众国的国内法规定可以处罚损害环境的行为。

A. 环境的定义

5. 经过进一步反思后,特别报告员根据前面一段所述的一些工作,考虑是否可能将环境的定义列入条款草案内,因为到目前为止还没有普遍接受的环境概念:有些公约中认为属于环境的事物在另一些公约中却不认为如此。环境的定义因此将确定对环境损害的范围。定义范围越广,保护的范围越广,反过来也是一样。

6. 这种定义不一定要科学的定义,到目前为止,所试过的定义只是列出被认为属于环境一部分的各种事物。根据《环境损害补救绿皮书》:

关于环境的定义,有些人认为只应包括植物和动物以及其他自然存在的物体,及其相互关系。另一些人认为应包括产自人的物体,如果这种物体对人们的文化传统很重要的话。³

狭隘的概念将环境损害完全局限于自然资源,例如空气、土壤、水、动物和植物及其相互之间的作用。较广泛的概念包括土地和通常称为“环境价值”的环境所产生的用途或享受。因此就有了所谓的“使用价值”和“非使用价值”;例如前者将包括鱼类,因为前者提供了一种用途,例如商业性捕鱼或消遣性钓鱼,而后者将包括风景的秀丽,人类认为这是有价值的,失去了它将使人类感到不高兴、烦恼或苦恼。如果它们受到损害,很难为它们定出一个价值。最后,最广泛的定义也包括构成文化遗产一部分的财产。

1. 狭义的环境概念

7. 《南极矿物资源活动管理公约》第1条第15款在试图描述环境损害时为南极环境下了定义:

“对南极环境或该环境承载或有关的生态系统的损害”,指的是对该环境或这些生态系统的有生命或

³ Commission of the European Communities, “Communication from the Commission to the Council and European Parliament and to the Economic and Social Council—Green Paper on Environmental Liability”, final report COM (93) 47 (Brussels, 14 May 1993), 第10页,第2.1.7节。

⁴ *Official Journal of the European Communities*, No. L.175, 28th year (5 July 1985), 第40页。

⁵ UNEP/CHW.3/4号文件。

无生命的部分造成的任何影响，包括对大气、海洋或陆地生命的损害，而这些影响和损害又超越微不足道的程度或超越根据本《公约》进行的评价和判断认为是可以接受的程度。

这段文字通过环境损害间接为环境下了定义，该案文有两个要点：其一是南极洲环境及其“承载或有关的生态系统”，该案文将其局限在“该环境或这些生态系统的有生命或无生命的部分”，其中包括大气、海洋和陆地生命；另外一点是界限：该案文提到“超越微不足道的程度”的损害或“根据本公约进行的评价和判断认为是可以接受的程度”。对于前者，受到保护的环境的概念似乎限于生态系统和自然资源，例如空气、土壤和水，包括海洋、陆地或空中的生物部分。为了澄清上述概念，《生物多样性公约》第二条（“用语”）指出：“生态系统是指植物、动物和微生物群落和它们的无生命环境作为一个生态单位交互作用形成的一个动态复合体。”

8. 若干其他的国际文书将具有环境特征的事物与其他没有明确定义的或附属于一般环境概念的事物混在一起。《远距离越境空气污染公约》第 1(a) 条在定义空气污染时提到对生命资源以及生态系统、人类健康和物质财产产生的“不良影响”，以及对环境营造的舒适和其他正当用途造成干扰。很明显的是，生命资源和生态系统以及环境造成的舒适条件和其他正当用途，要么就是环境的组成部分，要么就是可以或不可以变成舒适条件的环境价值。在另一方面，“物质财产”和“人类健康”似乎不构成这种概念的组成部分。应当理解的是，物质财产如果没有附带其他诸如属于“文化遗产”的条件，就不能视为同环境有关；按照逻辑推理，人类健康也不能视为同环境有关。

9. 《联合国气候变化框架公约》在界定“气候变化的不利影响”时指出，这些影响是“气候变化所造成的自然环境或生物区系的变化，这些对自然的和管理下的生态系统的组成、复原力和生产力、或对社会经济系统的运作、或对人类的健康和福利产生重大的有害影响”（第 1 条）。《维也纳保护臭氧层公约》也用了类似的语言，只是它没有提到社会经济系统或人类福利。另外，前一项公约将严格环境概念的组成部分同其他不属于环境概念的组成部分（社会经济系统和人类健康）混合在一起。

10. 就国际惯例而言，欧洲联盟委员会就废料造成的损害建议的欧盟指令中将对环境的损害定义为水、土壤和（或）空气的物理、化学或生物状况的改变对环境造成重要和持续的干扰，虽然这种变化并不被认为是对财产的损害。

2. 广泛的概念

11. 《关于危害环境的活动造成损害的民事责任公约》第 2 条第 10 款载有一份非详尽无遗的环境组成部分清单，其中包括“非生物和生物的自然资源，例如空气、水、土壤、动物群和植物群和这些因素之间的相互作用；形成文化遗产一部分的性质；和景观的特征”。《关于工业事故越境影响的公约》提到了工业意外事故对以下方面产生的不利影响，即“（一）人、植物群和动物群；（二）土壤、水、空气和景观；（三）上面（一）和（二）各因素之间的相互作用；物质资产和文化遗产，包括历史纪念物”（第 1(c) 条）。《保护与使用越境水道和国际湖泊公约》指出，“对环境的影响包括对人体健康和安、植物群、动物群、土壤、空气、水、气候、景观和历史纪念物或其他实质结构的影响或这些因素之间的相互作用，还包括这些因素的改变而对文化遗产或社会经济状况所产生的影响。”（第 1 条第 2 款）

12. 安全理事会根据 1991 年 4 月 3 日关于伊拉克在海湾战争中造成损害赔偿责任的第 687(1991) 号决议所设的赔偿委员会理事会认为，某些因素是需要赔偿的，它在其 1991 年 11 月 28 日决定第 35 段（后于 1992 年 3 月 16 日修订）内指出，对于直接的环境损害和自然资源的枯竭将提供赔偿：

其中将包括以下方面造成的损失和开支：

- (a) 减少和防止环境损害，包括同扑灭石油大火和防堵石油流入沿岸和国际水道直接有关的开支；
- (b) 为清理和恢复环境已经采取的合理措施或将来可以被认为是清理和恢复环境方面合理而必要的措施；
- (c) 为了评价和减少损害和恢复环境的目的对环境损害进行的合理监测和评价；
- (d) 为了调查和防治由于环境损害而日益增加的健康危险的目的，对公共健康进行的合理监测和医疗普查；

(e) 自然资源的枯竭或受到的损害。⁶

应该注意到，(c)和(d)小段涉及的费用并不少，而它们通常不包括在损害的定义之内，虽然法院当然有可能把它们作为环境退化引起的损害赔偿的一部分。

3. 被排除在外的因素

13. 更有系统地提出以上各点将会是有益的。首先，特别报告员认为，“环境”的定义应排除已经包括在传统损害定义内的那些因素，例如对人或他们身体造成实质损害的任何事务，不论这种损害是直接造成还是由于环境的损害而造成，因为它们受到了传统损害的概念的保护，不需要额外的保护。这是特别报告员第六次报告中拟议第 24 条草案提出的想法，其中区分了对环境的损害和对受影响国个人或财产所造成的损害。⁷ 《关于危害环境的活动造成损害的民事责任公约》第 2 条第 7 款也有同样的看法，其中将(a)项和(b)项分别涉及的丧失生命或个人伤害和财产的损失或损害排除在(c)项所载环境损害的定义之外。

14. 有人对“环境”的概念是否应包括其他的因素或成分有些怀疑。有人提到了某种“文化环境”，这包括表现某一群人文化遗产的纪念物和其他有价值的结构。特别报告员建议不要为了赔偿的目的而把这些结构包括在“环境”的概念之内，这并不是要减少这项价值。不应包括它首先是因为害怕由于提出了根本上不相同的概念而使得环境的概念无限制地被扩大；虽然不需要对人类环境提出一个严格的科学定义——可能根本不存在这样一个定义——但应设法找到一个包括统一标准的定义，譬如像自然环境。其次，或许有一个更有说服力的理由，这种财产已经通过传统的损害赔偿的概念受到了保护，而不需要把它们包括在环境的定义内。不过，特别报告员认为，当法院面临评价一个具有重大文化价值的纪念物的损害赔偿的数额这项困难工作时，它不大可能在环境损害的概念里找到任何有用的标准。纪念物的损害可能是、也可能不是自然环境退化造成的，但无论如何它应在一旦适当地确定了原因之后立刻予以赔偿。

15. 景观的特征看来是某种价值而不是自然环境的某些成分，因此不应包括在其定义内。虽然这些实质特征不是人类创造的，但是在某种意义上是“文化”物品，因为只要它们体现了某一群人的美学“负担”，它们就有价值。它们不是环境的一部分，像水或土壤，它们看来属于环境的某种被珍视的价值或层面，不然会失去国际保护。因此它们的破坏将引起没有得到赔偿的损害。

16. 关于人的健康，特别报告员认为它绝不应当当作是环境的一部分，对健康的损害，不论是直接地或是由于对环境的损害间接造成的，也不应当当作是环境的损害。当然，某些特殊的环境，例如温泉疗养地或硫磺泥浴，可能对人类有健康的作用。正是这类服务的价值，如果失去的话应得到赔偿。

B. 对环境的损害

17. 暂时但不是详尽无遗地界定了环境的各种成份之后，特别报告员接着考虑什么是对环境的损害。这方面提他请大家注意两个问题：第一，谁是环境损害的受害人；第二，损害包括哪些内容？

18. 关于受害人的问题，显然，损害是指对某人的损害。因此永远是对某人，对一个人或对一个人的集团的损害；它不可能在真空的情况下发生。对于法学家来说，当讨论到对环境本身的损害的问题时就遇到了困难，譬如对环境的不利影响是否足以构成司法损害，是否存在可能会受到它的损害的自然人或法人。如果考虑到某些环境主义者的极端立场的话，也会出现混淆的情况，因为这些环境主义者把保护环境本身作为一个目标，认为各物种和自然资源应由于它们的“内在”价值而受到尊重，无论人类对它们的评价如何。

19. 应更仔细地研究一下环境的“内在”价值这一想法，这种想法正在日益普及。《关于环境保护的南极条约议定书》第 3 条确认并试图保护“南极洲的内在价值，包括它的荒野和美学价值 [……]”。《生物多样性公约》序言第一段也有类似的提法，即“[缔约各方]意识到生物多样化的内在价值 [……]”。根据西班牙皇家学院[Real Academia Española]《西班牙语字典》[Diccionario de la Lengua Española]的解释，“内在[intrinsic]”的意思是“根本的[essential]”，而《牛津简明词典》[Concise Oxford Dictionary]则把“内在”定义为“自然属于；天生的，根本的，尤其是内在价值[belonging naturally;

⁶ 见 S/AC.26/1991/7/Rev.1 号文件。

⁷ 见《1990 年……年鉴》，第二卷（第一部分），第 193 页起，A/CN.4/428 和 Add.1 号文件，附件。

inherent, essential, esp. intrinsic value]”。《罗热国际词库》[Roger's International Thesaurus] 在“内在”字条下,包括了“特征性 [characteristic]”一词。特别报告员认为,后一种定义尤其体现了这些法律文书内所用“内在”一词的真正意义,而且无论如何,“根本的”和“天生的”等词并不意味着,对环境本身造成的不利影响构成一种同人类无关的损害。很难了解,有谁会因为南极失去了生态或美学价值而受到损害,如果在地球上没有人类去欣赏它们的话。

20. 因果关系的作用通常不在法律的范围之内,直到有关法律系统里有人受到了影响,在这里是一国或其他的国际主体受到了影响。在这种情况下,法律通常会保护受害人,并定出补偿。不利的影响是在这点上成为了司法损害。仔细地看一下,对环境的损害同对人或对一有权得到补偿的法人的财产的损失并没有任何不同:一个人因为某些行为所造成的环境改变损害到他而得到赔偿,因为他失去了这个环境提供给他的一种或多种价值。简单地说,所谓对环境本身的损害是指会造成人的损失、不方便或痛苦的环境变化,而法律以赔偿的形式所要保护的正是这种对人的损害。无论如何,正如上面提到的,对环境本身的损害将会损害到一个像社区那样的集体性主体,而无论如何它将由国家为其代表。

21. 其损失会引起司法损害的价值,就像上面提到的,将会产生种种可能有人使用或没有人使用的环境服务。这些是所谓的使用性服务和非使用性服务。就像上面提到的,前者包括对环境进行商业性或娱乐性的使用,例如利用水道从事捕鱼活动,或利用水从事游泳、帆船、滑水或赛船等娱乐活动,或利用山上的雪从事类似的体育运动。非使用性服务可能包括景观的特征,或甚至所谓“存在的价值”。它包括某些环境的特征,一个社区愿意出钱为他们自己或为后代保持那些特征。显然,某些服务损失很容易成为赔偿对象,例如商业捕鱼遭受的损失,如果河流或湖泊的污染事故大量减少了鱼群数量的话。在其他的情况下则比较难以设想损害的情况,例如丧失娱乐区造成精神上的不便或挫折。但是,不会引起经济损失的损害应得到赔偿的原则在法律上并不是一个新的绝对标准,就像国内法和国际法内普遍接受对精神伤害提供赔偿,这同以用金钱来衡量的生态损害同样困难。

22. 第二个事项是确定谁是生态损害的受害人,因为环境并不属于任何一个特别的人,而是属于整个世界的,或属于整个社区的。按照美利坚合众国的法律(1980年《环境应对、赔偿和责任综合法》⁸、1977年《清洁水法》⁹和1990年《石油污染法》¹⁰),美国议会授权负责管理自然资源的政府机构担任托管人,评价和补偿损失:公共托管的定义很广泛,包含了“自然资源”以及联邦、州或地方政府或印地安人部落“所属、管理、托管、有关或以其他方式控制”等字眼。根据国际法,环境受到损害的国家也是最可能有权采取法律行动取得赔偿的国家,非政府的福利组织也可能可以享有这项权利。

C. 赔偿

23. 在关于对环境所受损害的赔偿这一专题的导言中,特别报告员指出,在不当行为这方面,赔偿在国际法上的含义,见于乔尔佐伍工厂案¹¹规则,也就是赔偿必须把不当行为的后果全部消除,恢复该不当行为如果没有发生时,极可能存在的状况。这种赔偿应通过国际法认为合适的方法取得,即恢复实物原状、相等补偿、赔偿、保证不再发生,这几种方法可合并采用,使之包括损害的一切方面。¹² 简言之,赔偿是因为违反首要规则而由次要规则规定的一种义务,其内容、形态和程度根据国际惯例形成,一如常设国际法院在乔尔佐伍工厂案中所表示的。委员会目前正试图在关于国家责任问题的特别报告员阿兰焦·鲁伊斯先生领导下编纂这一惯例。

24. 另一方面,在无不法行为的赔偿责任情况中,损害由一项未被法律禁止的行为造成。因此,赔偿属于首要规则的范围:这不是因为违反首要规则而由次要规则规定的一种赔偿,而是首要规则本身规定的支付。因此,不一定必须符合国际惯例对

⁸ *United States Code* [美国法典], 1994 edition, vol. 23, 标题 42, 第 103 章, 第 9601 条起。

⁹ 同上, vol. 17, 标题 33, 第 26 章, 第 1321 条起。

¹⁰ 同上, 第 40 章, 第 2701 条起。

¹¹ 乔尔佐伍工厂案, 案情, 1928 年第 13 号判决, *P.C.I.J., Series A, No. 17*。

¹² 不包括停止, 因在无不法行为的赔偿责任方面, 似乎不适宜包括在内, 因为其基本特点恰恰在于造成损害的行为是合法的, 而且在支付适当赔偿后还继续进行。此外, 国际法委员会认为停止并不构成赔偿概念的一部分, 但特别报告员认为这是不对的。

不当行为责任规定的恢复原状的一切标准。对于无不法行为的责任方面，损害赔偿的支付内容、形态和程度，似乎没有明确的国际惯例存在，但有些迹象显示，不一定需要依照乔尔佐伍工厂规则的方针。恢复原状在这一领域不像在不当行为领域那样被严格遵守，这从两方面可以看出：一方面，有最低限度水平的存在，在这一水平之下的损害达不到可予赔偿的损害标准；另一方面，法律惯例和国际惯例对赔偿规定最高限额。这种最高限额和最低限度水平的限制，是基于实际理由所必需，造成了一类不能赔偿的损害。

25. 但是，乔尔佐伍工厂规则在无不法行为的责任这一领域，虽非一项严格的准则，但是仍可作为一项方针，因为它是合理的、公平的。固然，不当行为造成的损害情况和合法行为造成的损害情况两者之间有区别，从法律观点而论，也许应该作不同的处理；但是，这种区别主要是基于实际理由，例如在最高限额方面，是为了确定保证款额的上限，在最低限度水平方面，是为了承认一个事实，就是人人今天都既是污染者又是污染受害者。但是很显然，法律必须对一切损害尽可能寻求赔偿。因此，关于核材料和油污染的公约，都试图在最高限额之外，设立基金，以期在赔偿款额可能极高的情况下，帮助尽量做到完全恢复原状。

26. 至于民事赔偿责任的公约，似乎不理睬某些形态的赔偿（例如恢复自然原状），而完全看重分配一笔款项作为主要支付赔偿之用。但在环境损害方面，最常用的赔偿方式似乎与恢复自然原状完全一样，例如把受危害或被破坏的物种重新引进生态系统（这些物种因为别处尚有足够数量，可以恢复）。另一方面，在某一组成部分完全破坏的情况，则采用相等补偿方式，主要目的是引进相等的组成部分；只有在不可能这样做的时候才采用金钱补偿方式。如同在美国法律（上见第 22 段）所适用案例中所解释的那样，如果某一组成部分是自然恢复的，则金钱补偿亦为适当，其时间计算从这一资源临近死亡起至其完全恢复止。¹³

27. 一般选用达成这一目标的方法，是恢复或重建受损害或受破坏的资源。这是一个合理的处理方法，因为在这里最重要的是恢复原状。原则上讲，生态价值优于经济价值，以至于有些国内法明

¹³ 根据美国法律，即使已进行恢复活动，受托人亦可确定资源价值的暂时损失并寻求补偿。

白规定，在某些情况下可能给与受损害一方的赔偿也应该用于生态目的¹⁴，这一点与其他领域不同。根据恢复或替换环境组成部分所需的费用，可以相当正确地估计损失总值。这在以下情况通常有差异：费用、特别是恢复费用与所受损害资源的用处相比不合理。这就证明一点，即只有在费用不合理的情况下，才可否定生态目的为主的原则。但是，替换资源通常比较容易，例如把由于某一事故受破坏或种群数量损失的鱼种或其他动物物种从一个生态系统移入另一生态系统。

28. 因此，恢复或替换是最好的赔偿方式。但恢复至完全相同，也许不可能，在这种情况下，最新的趋势是容许采用相等组成部分的办法。一些资料指出，完全相同的重建当然也许是不可能的。已灭种的物种无法替换。排入空气或水中的污染物质很难收回。但是，从环境观点而论，目标应该是清理干净和恢复环境，如果不可能把环境恢复至与损害发生前原状完全相同的状况，至少应恢复至可以持久维持其必要作用的状况。即使恢复环境或清理干净实际上有可能做到，但在经济上可能不合算。例如，如果人类同某一环境互相作用了几个世代，则期望把该环境恢复原始状况，是不合理的。此外，把环境恢复至损害发生前原状所需的开支，可能与期望的结果不相称。在这种情况下，也许可以这样主张：恢复环境应以成本有效为限。但这种决定有一个困难，就是如何能在经济价值与环境价值之间达成平衡。《关于危害环境的活动造成损害的民事责任公约》第 2 条第 8 款对“复原措施”作了这样的界定：“以复原或恢复受损害或受破坏环境组成部分为目的，或以在合理情况下把这些组成部分的相等物引进环境为目的的任何合理措施。国内法可指明谁有权采取这些措施。”一个可能的办法是，有关的措施任何人都可采取，而且如果措施是合理的，还应为此获得赔偿。

29. 公约一般都是到此为止，即对于已实际采取或将要采取的恢复或替换措施给予赔偿；对于后一种情况，用赔偿费支付。如果恢复环境不可能，

¹⁴ 《环境应对、赔偿和责任综合法》要求，除了估价费用之外，受托人必须将所有的损害赔偿用于恢复、替换或取得受损害或被破坏自然资源的相等物；《清洁水法》准许赔偿在恢复或替换受损害或受破坏自然资源中所承付的费用或开支。《石油污染法》也规定，赔偿费应用于恢复、复原、替换或取得受损害自然资源的相等物。

或者恢复环境的费用高至不合理，那该怎么办？特别报告员在关于本专题的第八次报告中曾引述 Rest 的一段话：

这个 [……] 情况可由 Exxon Valdez 案的例子加以说明。在这个案例中，由于实际情况，无法净化被油污染的阿拉斯加湾海床，Exxon 公司为此节省了净化的费用。这似乎是不合理的。按照 [欧洲经济委员会跨界水污染责任和赔偿责任问题工作组的]《准则》，污染者也许有义务给予相等补偿，例如将鱼类放回原处，或建立一个自然公园。¹⁵

特别报告员回顾，其第六次报告所载第 24 条（对环境的损害及因此造成的对人或财产的损害）草案第 1 款⁷ 对这种情况规定：“如果无法全部恢复这些状况 [即原状]，则可协商议定由起源国对实际恶化的状况予以金钱或其他方式的赔偿。”

30. 《南极矿物资源活动管理公约》第 8 条第 2(a)款采取类似解决办法规定：“经营者对于其南极矿物资源活动对南极环境或从属的或相关的生态系统造成的损害应负严格赔偿责任，包括在无法恢复原状时支付赔偿。”在赔偿方面，重要的是，法院确定支付的赔偿必须用于生态目的。

31. 但是，在《国际油污损害民事责任公约》框架内设立的国际油污损害赔偿基金采取了限制性立场。基金对船只外面造成的污染损害支付赔偿。第一次索赔是因 1979 年 2 月 27 日 Antonio Gramsci 号轮在前苏联文茨皮尔斯附近沉没而起。这次索赔引起一个问题，就是这个定义是否如苏联和其他国家主张那样，包括了对自然资源的损害。基金大会认为，基金在评估应支付的赔偿金额时，不能根据按照某些理论模型对损害情况所作的抽象估计进行。¹⁶ 在最近的 Patmos 案中，一艘希腊油轮于 1985 年在卡拉布里亚海岸外造成损害。基金起初拒

¹⁵ A. Rest, “New tendencies in environmental responsibility/liability law: the work of the UN/ECE Task Force on Responsibility and Liability regarding Transboundary Water Pollution”, *Environmental Policy and Law*, vol. 21, Nos. 3-4 (July 1991), 第 137 页；载于《1992 年……年鉴》，第二卷（第一部分），第 71 页，A/CN.4/443 号文件，第二章，附录，第 10 段。

¹⁶ 应当指出的是，苏联曾按照一个抽象模式来估计损害情况。见 Maria Clara Maffei, “The compensation for ecological damage in the Patmos case”, *International Responsibility for Environmental Harm*, Francesco Francioni 和 T. Scovazzi, eds., 第 381 至 394 页。

绝意大利政府的索赔，原因是没有提出关于损害性质的证明或计算索赔款额的基础。意大利政府把本案向意大利法院提出，初审时被法院驳回，但上诉时被法院接受。1989 年，墨西拿上诉法院作出解释，认为《公约》所述环境损害是指任何改变、恶化或破坏整个或局部环境的事物。法院裁定：环境必须视为一个整体财产，与环境的组成资产（领土、领水、海滩、鱼等等）分开；环境权属于国家，因国家为集体的代表；损害环境除损害无形价值外，并可能减低使用环境的可能性；损害可在公平的基础上予以赔偿，赔偿额必须由法院根据专家意见确定。法院认为，《国际油污损害民事责任公约》第 1 条第 6 款规定的“污染损害”含义很广，足以包括上述一类的环境损害。

32. 所有关于赔偿责任的公约，还在损害定义中包括预防及安全措施费用和这些措施造成的任何损害或损失。这些公约提到事故后为尽量减低或防止其影响而采取的预防措施；所有公约把这些措施界定为“在事故发生后任何人为防止或尽量减少损害而采取的任何合理措施”。如果委员会对这种事后措施，不想用“预防”一语，而用别的词语，那么也许可用“反应措施”，像特别报告员在其关于本专题的第十次报告¹⁷ 中所建议的那样。原则上，特别报告员倾向于像所有公约那样，把这些措施称为“预防”措施，并在案文或评注中加以适当澄清。

33. 1992 年对《国际油污损害民事责任公约》所作修订显然把事前预防措施（即在任何油溢发生之前采取的措施）纳入到可以要求赔偿费用的措施中，但以污染损害方面存在明显而具体的危险为限。但是，这种赔偿似乎是指这样的一些情况，例如受影响国家或受影响国家内的一些人被迫采取某些防卫措施，原因正就是因为经营者没有采取事前预防措施，或者根本不存在这样的措施。

D. 对环境损害的评估

34. 对环境损害的评估引起了极严重的问题。希望确保所有各类损害都得到赔偿当然是合理的，在这种趋势下，一些国家法律已制订了相当多的评价方法，这一点下文将作说明。复原似乎并未产生

¹⁷ 见《1994 年……年鉴》，第二卷（第一部分），第 131 页，A/CN.4/459 号文件。

评估上的问题，只有当费用远超过这类实物复原的效用的合理代价的情况除外。法院必须确定这类复原何时才是超过了合理数额，从而评价环境损害引起服务的暂时或永久丧失。还有一种情况即不可能复原，或只能部分地复原，如前所述，这种情况也引起国家所代表的民众服务被剥夺、不能全部复原的程度的问题。这种评估通常是十分困难的。

35. 困难的是如何知道主管法院是否应倾向于对可直接量化的损害进行赔偿，例如对复原费用给予赔偿，还是利用抽象理论模式来计算环境损害引起的损失。在这方面，国际法规范尚未建立完善，国家规范也是如此。美利坚合众国将环境损害的复原描述为不确定且有争议地进行的草创性活动。

36. 备选的评估方法包括：环境资源的市场价格；可归因于环境资源的经济价值（例如下文所讨论的地形定价方法或“享乐”定价方法）；或临时评估方法来衡量个人是否愿意为环境资产而付出，例如洁净的空气和水或保存濒临灭绝的物种。美国在《环境应对、赔偿和责任综合法》⁸ 和《石油污染法》¹⁰ 方面引起了这些评估问题，涉及某些公共当局是否有权分别就引进有害物质或石油散逸所造成的自然资源损害而提出控告。由于市场价格可能不存在，或不反映资源的真实价值，例如濒临灭绝的物种，因此一些经济学者试图利用旅游或享乐价格来计算某些公共自然资源的使用价值（即根据捕鱼之类的实际资源利用而得出的价值）。旅游费用方法是以个人前去游玩资源所在地花费的数额作为

计算的根据。享乐定价方法则是某些休闲设备的私人拥有价值加上市场价值，再设法转换成具有可比较价值的公共资源。对于非使用价值，例如个人对于一种濒临灭绝物种的保存所赋予的价值，尽管有关物种可能从未被见到，实际已制订出如下临时评价方法来衡量其价值：问人们愿意支付多高的价格，例如以加税方式，来保护自然资源不受损害。对这种方法的批评显示，一种方法如果不反映实际的经济行为而膨胀其价值是不能作为依据的。还有一种说法是，对社会具有集体重要性的资源的价值不能视一群个人愿意付出多少而定。

37. 鉴于以上所讨论的备选评估方法的困难，国际上所出现的如下趋势是很容易了解的，即环境损害的赔偿限于支付复原费用、更换受损或被毁的资源，或当法院视为合理的情况下替换为价值相当的资源。临时评价方法中的费用数量化太不可靠，对于可望成为一项世界性公约的草案案文来说不甚恰当，因为适用其规定的法院属于各种不同文化，它们对环境的态度各不相同。但是，如果资源的复原或替换不能部分或全部达成，而对环境已实际造成损害，那么损害完全不予赔偿是说不过去的。法院或许应灵活行事，或许可同来源国或与公共福利机构磋商，以一笔款项作出对损害的公平评估，用于受损害地区的生态用途，而不用采取如此复杂的备用方法。最后，应予指出的是，法院对精神损害也给予赔偿，这种损害与环境损害一样地难于评估。焦虑或痛苦如何衡量呢？

第二章

提议的案文和评注

38. 特别报告员为损害的定义提出下列案文：

“‘损害’是指：

“(a) 丧失人命、人体受伤或人的健康或肢体受损；

“(b) 损害财产或丧失利益；

“(c) 损害环境，包括：

“(一) 为恢复或替换被毁或受损自然资源或在合理情况下在环境中注入这些资源的同等量而采取或将要采取的措施的费用；

“(二) 预防性措施和此种措施引起的其他任何损害的费用；

“(三) 当(一)目所述措施无法执行或不合理或不足以达到可接受的与先前状态相近的情况时，法官按照公平正义原则判定给予的赔偿。

“环境包括生态系统以及自然、生物和非生物资源，例如空气、水、土壤、动植被，以及这些因素之间的相互作用。

“受影响国或该国按国内法指定的机构有权采取获得环境损害赔偿的行动。”

39. 在关于环境损害的评注中必须分清以下两种情况：环境本身受到的损害，这是社区受到的损害，行动权属于国家或国家根据国内法指定的机构；个别自然人或法人由于环境恶化而受到的损害，例如某人因水污染而得病必须住院，或旅馆业主由于所在地区环境恶化（工厂黑烟、不良气味、水污染等等）而失去顾客。评注应指明最后一类损害属于第3款(a)和(b)项的范围。

40. 此外，关于(c)(-)项的评注应指出，适用于恢复和替换措施或引进相当物质的措施的“合理性”的意义之一是，这些措施的费用不应与该等措施达成的用途不成比例。

41. 例如，在波多黎各联邦诉 SS Zoe Colocotroni 案¹⁸中，由美利坚合众国上诉法院第一巡回审

判庭判定，国家法律规定，联邦政府和各州有权收回恢复石油倾泄或危险物质所损害或毁坏的自然资源所需的费用或开支。首先，地方法院根据通过生物供应实验室替换数百万由于石油倾泄而被毁的海洋微生物所需的费用判给损害赔偿。上诉法院推翻了地方法院的这一判决，认为这一案件中决定损害的恰当主要标准是主权国家或其指定机构为了将受影响地区的环境恢复或改进到原先状况或在可行范围内尽量接近原先状况而不引起过度开支所需的合理费用。考虑的因素包括技术可行性、损害的附带影响、与自然界正常再生的相容性或重复的可能，以及恢复工作到何种程度才成为多余或过分昂贵。上诉法院也认识到在有些情况下受影响地区直接复原是不可能的或耗资过多，以致采取这样的补救办法不合理。

¹⁸ U.S. Court of Appeals, 628 F. 2d 652 (1st Cir. 1980).

关于“国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的
国际责任”专题的各种责任制度：秘书处编写的概览[原文：英文]
[1995年6月23日]

目 录

| | <u>页</u> | <u>次</u> |
|-------------------------|-----------|----------|
| 简称..... | 62 | |
| 本报告援引的多边文书..... | 63 | |
| | <u>段</u> | <u>次</u> |
| 导言 | 1 - 15 | 66 |
| <u>章 次</u> | | |
| 一、赔偿责任制度的一般特点..... | 16 - 100 | 67 |
| A. 因果关系问题..... | 16 - 22 | 67 |
| B. 严格赔偿责任..... | 23 - 100 | 68 |
| 1. 国内法..... | 23 - 60 | 68 |
| 2. 国际法..... | 61 - 100 | 75 |
| (a) 条约实践..... | 63 - 85 | 76 |
| (b) 条约以外的司法裁决和国家实践..... | 86 - 100 | 79 |
| 二、负有赔偿责任的一方..... | 101 - 195 | 82 |
| A. 污染者付费原则..... | 102 - 130 | 82 |
| 1. 历史发展过程..... | 102 - 117 | 82 |
| 2. 污染者付费原则的组成要素..... | 118 - 130 | 84 |
| (a) 平等机会权..... | 118 - 129 | 84 |
| (b) 民事责任..... | 130 | 86 |
| B. 经营人的赔偿责任..... | 131 - 160 | 86 |
| 1. 条约实践..... | 136 - 157 | 86 |
| 2. 条约以外的司法裁决和国家实践..... | 158 - 160 | 89 |
| C. 国家的赔偿责任..... | 161 - 195 | 89 |
| 1. 条约实践..... | 162 - 172 | 90 |
| 2. 条约以外的司法裁决和国家实践..... | 173 - 195 | 91 |
| 三、免除赔偿责任..... | 196 - 217 | 95 |
| A. 条约实践..... | 204 - 216 | 96 |
| B. 条约以外的司法裁决和国家实践..... | 217 | 98 |
| 四、赔 偿..... | 218 - 336 | 98 |
| A. 内容..... | 219 - 299 | 98 |
| 1. 可赔偿的伤害..... | 219 - 271 | 98 |
| (a) 条约实践..... | 231 - 248 | 100 |
| (b) 条约以外的司法裁决和国家实践..... | 249 - 271 | 103 |
| 2. 赔偿的形式..... | 272 - 280 | 106 |
| (a) 条约实践..... | 273 - 276 | 106 |
| (b) 条约以外的司法裁决和国家实践..... | 277 - 280 | 107 |

| <u>章 次</u> | <u>段 次</u> | <u>页 次</u> |
|--------------------------|------------|------------|
| 3. 赔偿的限度 | 281 - 299 | 107 |
| (a) 条约实践 | 287 - 298 | 108 |
| (b) 条约以外的司法裁决和国家实践 | 299 | 109 |
| B. 判给赔款的主管当局 | 300 - 336 | 110 |
| 1. 地方法院和地方当局 | 302 - 318 | 110 |
| (a) 条约实践 | 302 - 317 | 110 |
| (b) 条约以外的司法裁决和国家实践 | 318 | 112 |
| 2. 国际法院、仲裁庭和联合委员会 | 319 - 321 | 112 |
| (a) 条约实践 | 319 - 320 | 112 |
| (b) 条约以外的司法裁决和国家实践 | 321 | 112 |
| 3. 适用的法律 | 322 - 336 | 113 |
| (a) 条约实践 | 322 - 331 | 113 |
| (b) 条约以外的司法裁决和国家实践 | 332 - 336 | 113 |
| 五、时效法规 | 337 - 349 | 114 |
| 六、确保赔偿的保险和其他预期财务方案 | 350 - 369 | 117 |
| A. 条约实践 | 356 - 363 | 118 |
| B. 条约以外的司法裁决和国家实践 | 364 - 369 | 119 |
| 七、判决的执行 | 370 - 385 | 120 |
| A. 条约实践 | 371 - 384 | 120 |
| B. 条约以外的司法裁决和国家实践 | 385 | 122 |

简 称

| | |
|---------------|---|
| 《清洁空气法》 | 1970年《清洁空气法》[英]（美利坚合众国） |
| 《环境综合法》 | 1980年《环境应对、赔偿和责任综合法》[英]（美利坚合众国） |
| 《铁路运输公约》 | 《国际铁路客运和行李托运公约》[英]（1961年） |
| 《危险品运载公约》 | 《关于道路、铁路和内陆航运船只运载危险物品引起损害的民事责任公约》 [英]（1989年） |
| 《清洁水法》 | 1977年《清洁水法》[英]（美利坚合众国） |
| 《水污染法》 | 《联邦水污染控制法》[英]（美利坚合众国） |
| 油污基金 | 国际油污赔偿基金 |
| 1969年《民事责任公约》 | 《油污损害民事责任国际公约》[英]（1969年） |
| 《石油污染法》 | 1990年《石油污染法》[英]（美利坚合众国） |
| 《巴黎公约》 | 《核能领域第三方责任公约》[英]（1960年） |
| 《超级基金法》 | 1986年《超级基金修正案和重新授权法》[英]（美利坚合众国） |
| 《维亚纳公约》 | 《关于核损害民事责任的维也纳公约》[英]（1963年） |

本报告援引的多边文书

来源

- 《统一海上船舶所有人责任限制若干规则的国际公约》
[英]（1924年8月25日，布鲁塞尔） 国际联盟，《条约汇编》，第一二〇卷，第125页。
- 《统一有关飞机对地面（水面）第三者造成损害的若干规则公约》[英]（1933年5月29日，罗马）
（未生效） M. O. Hudson, *International Legislation* (Washington, D.C.), vol. VI (1932-1934), 第334页，第329项。
- 《外国飞机对地面（水面）上第三者造成损失的公约》
[英]（1952年10月7日，罗马） 联合国，《条约汇编》，第310卷，第181页。
- 《建立欧洲经济共同体条约》（〈罗马条约〉）[英]
（1957年3月25日，罗马） 同上，第298卷，第3页。
- 《单一欧洲法》[英]（1986年2月17日和28日，卢森堡和海牙） *Official Journal of the European Communities*, No. L 169, 29 June 1987.
- 《限制海船所有人责任的国际公约》[英]（1957年10月10日，布鲁塞尔） N. Singh, ed., *International Maritime Law Conventions*, vol. 4, *Maritime Law* (London, Stevens, 1983), 第2967页。
- 《核能领域第三方责任公约》[英]（1960年7月29日，巴黎）及
各《附加议定书》[英]（1964年1月28日和1982年11月16日，巴黎） 联合国，《条约汇编》，第956卷，第251页。
同上，第335页，以及经合组织理事会C(82)181号建议。
- 上述《公约》之《补充公约》[英]（1963年1月31日，布鲁塞尔） 联合国，《条约汇编》，第1041卷，第374页。
- 《核动力船舶经营人责任公约》[英]（1962年5月25日，布鲁塞尔） IAEA, *International Conventions relating to Civil Liability for Nuclear Damage*, Legal Series No. 4, rev. ed. (Vienna, 1976), 第34页。
- 《关于核损害民事责任的维也纳公约》[英]（1963年5月21日，维也纳） 联合国，《条约汇编》，第1063卷，第265页。
- 《1961年2月25日〈国际铁路客运和行李托运公约〉（〈铁路运输公约〉）关于铁路部门对旅客人身伤亡所负责任的附加公约》[英]（1966年2月26日，伯尔尼） 同上，第1101卷，第83页。

来 源

- 《民商事管辖权和判决执行公约》 [英] (1968 年 9 月 27 日, 布鲁塞尔) *Official Journal of the European Communities*, vol. 15, No. L 299 (1988), 31 December 1972, 第 32 页。
- 《油污损害民事责任国际公约》 [英] (1969 年 11 月 29 日, 布鲁塞尔) 及
对该《公约》作出修订的 1976 年、1984 年和 1992 年《议定书》 [英] (1976 年 11 月 19 日、1984 年 5 月 25 日和 1992 年 11 月 27 日, 伦敦) 海事组织出版物 (出售品编号: 457.85.15.E) 和 *International Environmental Law: Multilateral Treaties*, Anni Lucács 和 R. Michels, eds. (London, The Hague, Boston, Kluwer Law International, 1995), vol. III, 1969, 第 88 页。
- 《海上核材料运输民事责任公约》 [英] (1971 年 12 月 17 日, 布鲁塞尔) 联合国, 《条约汇编》, 第 974 卷, 第 255 页。
- 《设立国际油污损害赔偿基金的国际公约》 [英] (1971 年 12 月 18 日, 布鲁塞尔) 同上, 第 1110 卷, 第 57 页。
- 《外空物体所造成损害之国际责任公约》 (1972 年 3 月 29 日, 伦敦、莫斯科和华盛顿) 同上, 第 961 卷, 第 187 页。
- 《防止倾倒废物和其他物质污染海洋公约》 [英] (1972 年 12 月 29 日, 伦敦、墨西哥、莫斯科和华盛顿) 同上, 第 1046 卷, 第 121 页。
- 《产品责任适用法律公约》 [英] (1973 年 10 月 2 日, 海牙) 同上, 第 1056 卷, 第 187 页。
- 《环境保护公约》 [英] (1974 年 2 月 19 日, 斯德哥尔摩) 同上, 第 1092 卷, 第 279 页。
- 《保护波罗的海地区海洋环境公约》 [英] (1974 年 3 月 22 日, 赫尔辛基) 同上, 第 1507 卷, 第 167 页。
- 《保护地中海免受污染公约》 [英] (1976 年 2 月 16 日, 巴塞罗那) 同上, 第 1102 卷, 第 27 页。
- 《关于因勘探和开采海床矿物资源而造成油污损害的民事责任公约》 [英] (1976 年 12 月 17 日, 伦敦) UNEP, *Multilateral Treaties in the Field of the Environment*, Reference Series 3 (Nairobi, 1983), 第 405 页。

来 源

- 《关于合作保护海洋环境免受污染的科威特区域公约》
[英] (1978年4月24日, 科威特) 联合国, 《条约汇编》, 第1140卷, 第133页。
- 《联合国海洋法公约》(1982年12月10日, 蒙特哥湾)
同上, 第1833卷, 第3页。
- 《(德意志联邦共和国与瑞士)核能领域第三方责任协定》[英] (1986年10月22日, 伯尔尼)
同上, 第1554卷, 第169页。
- 《南极矿物资源活动管理公约》[英] (1988年6月2日, 惠灵顿)
International Legal Materials (Washington, D.C.), vol. XXVII (1988), 第868页。
- 《控制危险废物越境转移及其处置巴塞尔公约》(1989年3月22日, 巴塞尔)
联合国, 《条约汇编》, 第1673卷, 第57页。
- 《关于道路、铁路和内陆航运船只运载危险物品引起损害的民事责任公约》(《危险品运载公约》)
[英] (1989年10月10日, 日内瓦) 联合国出版物(出售品编号: E.90.II.E.39)。
- 《禁止向非洲输入有害废物并管制有害废物在非洲境内越境转移和管理的巴马科公约》[英] (1991年1月30日, 巴马科)
International Legal Materials (Washington, D.C.), vol. XXX (1991), 第773页。
- 《保护与使用越境水道和国际湖泊公约》[英] (1992年3月17日, 赫尔辛基)
同上, vol. XXXI, No. 6 (November 1992), 第1313页。
- 《工业事故越境影响公约》[英] (1992年3月17日, 赫尔辛基)
联合国, 《条约汇编》, 第2105卷, 第457页。
- 《关于危害环境的活动造成损害的民事责任公约》
[英] (1993年6月21日, 卢加诺) Council of Europe, *European Treaty Series*, No. 150.

导 言

1. 大会第 49/51 号决议第 5 段中要求秘书处更新其 1984 年拟订的各国在国际法不加禁止的行为所产生损害性后果的国际责任方面的做法的调查报告¹。本报告就是为满足上述要求而编写。

2. 秘书处考虑到国际法委员会一读已通过了一系列有关预防问题的条款²，因此按照特别报告员的意愿在本报告中着重论述这一专题的责任方面。

3. 本报告审查现有的国际公约、国际案例法、其他形式的国家实践以及现有与责任问题有关的国内立法和法院判决。为了求全，本报告列入了 1984 年调查所载有关责任的资料。

4. 报告载有具体活动资料并不影响到这些活动“是否受到国际法的禁止”。由于对于某些会产生损害性后果的活动的合法性和非法性问题尚未形成普遍的一致意见，所以应当审议如何解决这些争议。

5. 除了各种条约外，本报告还载有司法裁决和仲裁裁决以及各国外交部和政府官员之间的往来文件。这些文件是国家实践的重要来源。通过非司法办法解决问题也是重要的，因为这种办法虽然不是常规司法程序的产物，但可能反映了在有争议的重大问题上的一种趋势模式。将研究有关国家官员发表的讲话和实际解决的内容，因为它们可能同实质性责任原则有关。

6. 本研究报告没有忽视在评价作为国家实践“证据”的具体事例方面存在的困难³。缔结条约或

作出裁决可能出于不同的政策考虑。一些条约和裁决可能是外界原因促成的妥协或让步。但是，国家实践中反复发生的事例，如果它们遵循和倡导类似的政策，则可能使人们预期，这些政策对将来的行为具有权威性。即使某些政策可能并不是结合有关事件明确地阐明的，或者这些政策可能是有意和显然地未予解决，但类似行为的继续发生仍可能导致形成一种习惯性规范。不管本研究报告审查的材料是否已确立为习惯法，但它们都表明了一种预期的趋势，可能有助于阐明关于本专题一些具体原则的政策。实践还表明，像“国家主权”和“国内管辖”这样一些对抗性原则是怎样与新规范相协调的。

7. 在谈及国家实践时，原则的推断必须小心谨慎，因为对活动所造成的损害的容忍程度的更普遍的期待可能因活动不同而异。

8. 当然，本研究报告所审查的材料不是详尽无遗的。它们主要同实际使用和管理环境方面的活动有关，因为在这方面有关对其他国家造成损害的活动作出规定的国家实践有较大的发展。本研究报告的编排形式也在于使其成为一份有用的原始材料，因此，也转载了国家立法、条约、司法裁决和来往公文中的有关引文。本研究报告的大纲是根据看来可能同责任专题有关的实际活动中的问题拟订的。

(Manchester University Press, 1965), 第 34 至 64 页。

但是，国际法院 1955 年 4 月 6 日对诺特博姆案所作的裁决，将国家的自行克制作为存在一项限制行动自由的国际规范的证据（第二阶段，判决，*I.C.J. Reports 1955*，第 21 至 22 页）。

在论述“事件”所具有形成规范的特性的的重要性时，Reisman 指出：

“政治分析家们从事件中得出的规范性期待是大部分现代国际法的实质。从事件来推断规范的人不把他们调查结果说成是‘国际法’，这丝毫不影响他们事业的合法性，正如不能因为莫里哀笔下的儒尔丹先生忘记了他正在谈论散文就可以说他不是在谈论散文一样，不论称它是什么，它总归是法律。”（W. Michael Reisman, “International incidents: introduction to a new genre in the study of international law”, *International Incidents: The Law that Counts in World Politics*, W. Michael Reisman 和 A. R. Willard, eds. (Princeton University Press, 1988), 第 5 页。）

¹ 《1985 年……年鉴》[英]，第二卷（第一部分），附件，第 1 页，A/CN.4/384 号文件。

² 委员会暂时通过的条款草案案文，见《1994 年……年鉴》第二卷（第二部分），第 156 页起。

³ 例如，国家不参加尽管合法但可能造成其领土管辖范围以外损害的活动，可能同形成习惯行为有关，也可能无关。国际常设法院及其后继者国际法院认为，仅仅有不参加活动这个事实，而不仔细审查制约作用的因素，不足以证明一种国际法律习惯的存在。国家不以某种方式行动可能有许多原因，并不是所有的原因都有法律意义。见国际常设法院 1927 年 9 月 7 日对“荷花号轮”案所作的判决（1927 年第 9 号判决，*P.C.I.J., Series A, No. 10*，第 28 页）。国际法院 1950 年 11 月 20 日对庇护权案所作判决（判决，*I.C.J. Reports 1950*，第 286 页）和 1969 年 2 月 20 日对北海大陆架案所作判决（判决，*I.C.J. Reports 1969*，第 44 页，第 77 段）中提出了类似的论点。又见 C. Parry, *The Sources and Evidences of International Law*

9. 第一章叙述了诸如因果关系问题之类的赔偿责任制度的一般特点。它审查了国内法中严格责任概念以往的发展,并提供了国际法中这一概念发展的概况。

10. 第二章审查负有赔偿责任一方的问题。它说明了污染者付费原则、经营人赔偿责任和国家在其中被认为负有赔偿责任的事件。

11. 第三章试图确定经营人或国家在其中可能被认为免除责任的例证和条件。

12. 第四章审查了与赔偿有关的问题。这些问题包括赔偿的内容,即可赔偿的伤害、赔偿的形式和赔偿限制。这一章还审查了国家实践中公认的有权决定赔偿的主管当局。

13. 第五章说明主要在条约中规定的时效法规。

14. 第六章审查了为保障在受到伤害时得到赔偿的保险要求和其他预支性财政方案。

15. 最后,第七章审查了与赔偿受害方有关的主要由本国法院作出的裁决的执行问题。

第一章

赔偿责任制度的一般特点

A. 因果关系问题

16. 赔偿责任的概念是从与侵权行为有关的国内法中形成的。国内法中这一概念的变化表明政策方面的考虑,而许多这种考虑都影响到目前的赔偿责任理论,特别是“过失”在责任制中的位置以及与某些活动有关的赔偿的支付。为了充分了解赔偿责任概念的发展并预测其在国际法中未来的状况,简要回顾一下这一概念在国内法中历来的发展情况是有益的。

17. 这并不表明,国际法中赔偿责任概念的发展将会或者应当有与国内法同样的内容和程序。赔偿责任概念在国内法中得到更多的发展,将其引入国际法时,不能忽略国内法中在这方面取得的经验。国内法提及赔偿责任仅仅是为了对赔偿责任这一概念及其发展情况的理解提供必要的指导方针。

18. 从历史看,赔偿责任法演变过程中主要关注和最重要的内容之一是通过防止个人报复来保持公共秩序。按照原始法,因果关系就足以构成责任。原始法并不太注意“行为者的意图而较注意受害方受到的损失和损害”。⁴ 原始法的这种做法有两点理由。第一,不能或不愿设想这种损害并非是故意的。⁵ 第二,早期的习惯法是以个人对自己行为负责并因此对

行为后果承担责任的原则为基础的。⁶ 早期法律中的赔偿责任即使不是“绝对的”,也是“严格的”而且“不太注重被告人行为的道德品质”。⁷ 法律逐渐开始更多地注意申辩无罪的问题,而且部分地“受到教会道德哲学的影响,倾向于朝承认道德上的罪责是侵权行为的适当基础的方向前进”。⁸ 由于工业革命,这种往往有利于造成损害一方而不利于受害方的办法在十九世纪得到了促进:

在十九世纪侵权行为法的“道德进步”得到广泛促进。为了对自然法和放任主义的原则作出反应,法院越来越重视行动自由,最终屈从了“无过错即无责任”这一总信条。这一运动与工业革命的要求相吻合,无疑受到了这种要求的影响。人们认为把那些碰巧成为新机器时代受害者的个人安全放在次要地位,比用“无法避免的”事故的费用负担来束缚企业,更加有利于发展中的经济。人们担心无过失因果关系的赔偿责任会妨碍进步,因为它使个人没有机会通过小心谨慎避免赔偿责任,从而使他面临不是放弃所计划的活动就是承担起任何从而造成伤害的费用的困境。人们认为过失本身就证明转移损失是合理的,因为补救侵权的作用被看成主要是告诫性的或威慑性的。⁹

⁴ John G. Fleming, *The Law of Torts*, 5th ed. (Sydney, Melbourne, Brisbane, Perth, The Law Book Company Limited, 1977), 第7页及脚注27,其中援引了Lambert诉Bessey案(1681), T. Raymond, 第421、422页。

⁵ Fleming, 同上引书(上见脚注4),第7页及脚注29,其中援引了Ehrenzweig, “A psychoanalysis of negligence”, *Northwestern University Law Review* (Chicago, 1953), vol. 47, 第855页。

⁶ 见 P. H. Winfield, “The myth of absolute liability”, *The Law Quarterly Review* (London, 1926), vol. 42, 第37页,援引于Fleming, 同上(上见脚注4),第7页及脚注30。

⁷ 见 Fleming, 同前引书(上见脚注4),第7页。

⁸ 同上,第7至8页。

⁹ 同上,第8页。

19. 已对这种办法进行了修正。事实上关于灾害事故方面的观点已发生了很大变化：

人们越来越认识到，在机器年代里人类的失败会造成大量和比较经常的生命、肢体和财产损失，并且无法通过可以规定的并通过侵权行为法的作用实施的行为标准来大量减少这种损失。通过安全条例的刑事制裁以及诸如道路安全运动、保险公司按被保险人事故率制订保险金率、改进道路和机动车的质量和工业生产过程这些法律外的措施可以更加有效地防止事故。然而*，尽管采取了所有这些控制办法，事故和伤害依然发生，因此处理这些问题是当代侵权行为法的任务。[……]，问题只是谁来偿还付出的代价[工业进步]，不幸的受害者可能无法将常见过失归罪于某个人或者那些从制造事故活动中受益的人？拒绝为不幸事故作出赔偿的作用是“少数人大量付出，所有的人都付出一些，以便使一个特殊集团可以减少支付”。¹⁰

20. 由于认识到以下事实，即在现代生活条件下许多活动可能会造成很大的生命、肢体和财产损失，决策者们必须作出如下的一种决定：(1) 禁止[人们从事]某些活动；(2) 减少伤害下降地方的费用；(3) 规定某些活动只能在某种事先决定的安全措施的条件下进行；(4) 容忍某种活动，只要它能承担应支付的费用，不管以什么方式从事这种活动。第一种选择被认为是行不通的，而且不符合自由民主社会及其经济与工业政策。第二种选择被看成是不符合平等原则和社会公正制度。¹¹

21. 第三种选择是成问题的，因为它将导致对所有活动应用过错或过失责任。虽然这些原则可应用于许多活动，但并不是在每项活动中都可采用这些原则。这种解决办法将导致安全条例和规则以及许可证制度的大量增加，并将对国家警察、行政和执法机构造成大量的压力和费用。它还会使法院因复杂的诉讼而负担过重，从而使法院不得不决定就高技术和复杂活动而言是否有过错或过失。实施这种办法必然有利于从事造成伤害的活动的人，因为被伤害一方有举证责任。¹¹

22. 第四种选择导致创立严格赔偿责任概念。活动造成伤害的人须承担责任，而这：

并不是因为行为过程中产生的任何“具体”过错，而是因为某项危险活动的必然后果。由于这项活动具有总体上有利的特点，因此要求我们为了整个社会的利益采取容忍态度。如果不是因为这一事实，该活动可预见的潜在危害性便可被认定为过失。¹¹

B. 严格赔偿责任

1. 国内法

23. 许多法律制度虽然把按“过错”定赔偿责任作为一般原则，但仍表现出有承认严格赔偿责任这一概念的持续趋势。¹² 许多国家的民法典，包括比利时、法国和意大利，也都把动物造成损害的严格赔偿责任应用于它的主人或利用它的人，而不管该动物是在他看管中，还是已经走失或逃跑。¹³ 在1908年修订的1900年版《德国民法典》中，只有在主人的职业、营业或饲养中使用的家畜，才能免除严格赔偿责任。¹⁴

24. 《阿根廷民法典》(第1126条)、《巴西民法典》(第1527条)、《哥伦比亚民法典》(第2353条)、《希腊民法典》(第924条)、《匈牙利民法典》(第353条)、《墨西哥民法典》(第1930条)、《荷兰民法典》(第1404条)、《波兰民法典》(第431条)和《瑞士民法典》(第56条)也承认动物的主人或饲养者有严格赔偿责任。¹⁵

25. 火灾造成损害的严格赔偿责任并未得到国内法的广泛承认，而过错或过失依然是赔偿责任的主要因素。例如《法国民法典》第1384条认为，某人不管因何种权利而拥有全部或部分建筑物或个人财产，其中发生火灾时，只有在证明这是他的过错

¹² 罗马法承认对动物造成损害的“严格赔偿责任”的概念。根据来源于十二表法的对动物造成损害的诉讼，主人必须赔偿受害者的损失，否则就交出肇事的动物。见F. F. Stone, “Liability for damage caused by things”, *International Encyclopedia of Comparative Law*, A. Tunc ed., vol. XI, *Torts*, part 1 (The Hague, Nijhoff, 1983), 第11页, 第5章, 第39段。

¹³ 见Stone, 上引书(上见脚注12), 第12页, 第42段。

¹⁴ 《德国民法典》第833条, 同上, 第13页, 第47段。

¹⁵ 同上, 第14页, 第51至52段。

¹⁰ 同上, 第8至9页。

¹¹ 同上, 第315至316页。

或者是他应对之负责的某个人的过错的情况下，他才因火灾造成的损害而对第三者负责。

26. 在国内法中对异常危险的活动和物体承担严格赔偿责任是比较新的概念。影响联合王国和美利坚合众国国内法的一个重要案例是1868年大不列颠及爱尔兰联合王国裁决的 *Rylands 诉 Fletcher 案*，¹⁶ 据说严格赔偿责任就是由此发展起来的。高等法院法官布萊克本在高等法院税务庭中说过：

我们认为，真正的法律规则是，某人为个人的目的把如果逸失就可能造成危害的任何东西带到自己的土地上并收藏和保存在那里，那么他必须自己承担风险保存好，否则应对它逸失的自然后果所产生的一切损害负初步赔偿之责。¹⁷

27. 上议院后来对这种笼统的措词进行了限制，使其载明这一原则只适用于被告土地的“非自然”利用，以示与“享用土地的一般过程中可能含有的任何目的”有所区别。¹⁸ 英国后来有一百多个裁决都是遵循这一案例的裁定，严格赔偿责任仅限于一些“特别”、“例外”或“异常”的事情和活动，而“普通和正常”的事情和活动除外。¹⁹ 这一学说看来不适用于正常使用土地，或为整个社会的利益正当地使用土地。²⁰ 在决定什么是“非自然使用”时，英国法院看来不仅注意该事物或活动的性

质，同时也注意保持该事物或活动的地点和方式及其与周围环境的关系。²¹

28. 在美利坚合众国，许多法院都承认 *Rylands 诉 Fletcher 案* 的裁决，但有些法院，其中有纽约、新罕布什尔和新泽西的法院却拒绝接受这个裁决。由于提交给这些法院的案件涉及惯常的自然使用，而“英国法院当然决不会对这些案例应用这一规则”，因此认为 *Rylands 诉 Fletcher 案* 的规则被错误说明，所以必须“在开始便不能恰当应用这个规则的案例中遭到拒绝”。²² 美国法学会制定的《美国侵权行为法复述》²³ 采纳了上述判例的原则，不过却是局限于被告的特大危险活动。第520节列举了决定一项活动是否异常危险活动时需要考虑的一些因素：

- (a) 对他人人身、土地或动产存在某种损害的高度危险性；
- (b) 由此造成的损害可能是很大的；
- (c) 加以合理的注意也不能消除这一危险；
- (d) 该活动已超越通常惯例的程度；
- (e) 进行该活动的地点不合宜；
- (f) 该活动对社会的危险性超过其价值的程度。

29. 特大危险活动是指必然对他人人身、土地或动产造成严重损害的危险，加以极端注意也不能消除，而且也不是一种通常惯例。这种解释遭到抨击，其理由是，它比 *Rylands 诉 Fletcher 判例* 的规则范围更狭小，因为它强调活动的性质，即“特大危险和尽量注意也不可能消除”，而不是强调和周围的关系。²⁴ 与此同时，《复述》却比该案的规则范

¹⁶ *The Law Reports, Court of Exchequer*, vol. I (1866), 第 265 页。关于该案对美国法律的影响，见 William L. Prosser, *Handbook of the Law of Torts*, 4th ed. (St. Paul, West Publishing Co., 1971), 第 545 至 559 页。又见 Anderson, “The *Rylands v. Fletcher* doctrine in America: abnormally dangerous, ultrahazardous, or absolute nuisance?”, *Arizona State Law Journal* (Tempe, 1978), 第 99 页。

¹⁷ 同上，第 279 页。

¹⁸ *The Law Reports, English and Irish Appeal Cases before the House of Lords*, vol. III, (1868), 第 330 和 338 页。

¹⁹ Prosser, *Handbook ...* (上见脚注 16)，第 506 页和脚注 48、50 和 51。

²⁰ 上议院在下列案件中停止扩大使用这一学说：原告是政府的视察员，在被告的军火工厂的一次爆炸中受伤。该案一些法官把严格赔偿责任原则局限于危险物质从被告控制下的土地逸出的案件，还有另外两名法官认为，它不适用于人身伤害。这一裁决突然背离了判例的裁定，然而还不能断定，这一案件是否改变了 *Rylands 诉 Fletcher 案* 的裁决所提出的严格赔偿责任的趋向。（见 Prosser, *Handbook ...* (上见脚注 16)，第 506 页，脚注 52。）

²¹ W. T. S. Stallybrass, “Dangerous things and the non-natural use of land”, *Cambridge Law Journal* (London, 1929), vol. III, 第 387 页。又见 The Law Commission, *Civil Liability for Dangerous Things and Activities* (London, 1970)。

²² William L. Prosser, *Selected Topics on the Law of Torts* (Ann Arbor, University of Michigan Law School, 1954), 第 149 至 152 页。

²³ 见 American Law Institute, *Restatement of the Law of Torts* (Washington, D. C., 1938), vol. III, 第 21 章，第 519 至 524 节。

²⁴ 见 Prosser, *Selected Topics ...* (上见脚注 22)，第 158 页。

围更宽，因为它并不是把这一概念仅限于物质从被告土地上“逸出”这类案件。

30. 在国内法中至少有两个基本原因说明应采取严格的赔偿责任。第一，对日益发展的科学技术及其作用了解有限。²⁵ 第二，在确定哪种行为有过失和提出证明过失的必要证据方面存在困难。²⁶

31. 有人还认为，严格赔偿责任是过失的另一方面，这两种概念都是以造成反常危险的责任为基础的。²⁷ 过失与严格赔偿责任是有区别的，过失主要涉及“处理事情的不妥方式，但如果这种方式妥善处理了就足够安全 [……] 了”，而严格赔偿责任则涉及“尽管采取了所有合理预防措施仍然是危险的活动”。²⁸ 有人认为，对这种观点进行解释“左右为难，如果以无法减少的危险为由把这样一种活动标为过失，那就等于谴责它非法”。²⁹ 因此，严格赔偿责任的核心是对合法的活动而不是对那些因其潜在危险的严重性或频率而给他人造成特别风险的“应受谴责的”³⁰ 活动承担赔偿责任。³¹ 允许从事这种活动的条件³² 和谅解是，这种活动将承担可能发生的事故的费用，并把它作为一般管理费的一部分。³³ 显然，美国法院赞同在反常³³ 活动中应用严格赔偿责任，但并未在较为普遍的活动中应用严格赔偿责任，其设想是，“危险活动较为普

²⁵ L. F. E. Goldie 对这个问题的解释是，在目前新工业发展水平中，任何预见或可行措施都不可能避免伤害。见“Liability for damage and the progressive development of international law”, *International and Comparative Law Quarterly* (London), vol. 14, part 4, October 1965, 第 1203 页。

²⁶ 同上。

²⁷ Prosser, *Selected Topics ...* (上见脚注 22), 第 3 章, 第 135 页起。

²⁸ Fleming, 同前引书 (上见脚注 4), 第 316 页。其设想是，如果采取了所有合理的预防措施，过失就被取消。又见上文第 21 段。

²⁹ 同上。

³⁰ Fleming 用这个词是为了把过失和严格赔偿责任区分开来。

³¹ Ivar Strahl, “Tort liability and insurance”, *Scandinavian Studies in Law* (Stockholm), Folke Schmidt ed., vol. 3 (1959), 第 213 至 218 页。

³² 见 Robert E. Keeton, “Conditional fault in the law of torts”, *Harvard Law Review*, vol. 72, No. 3 (January 1959), 第 401 页，援引于 Fleming, 同前引书 (上见脚注 4), 第 316 页，注 18。

³³ Fleming, 同前引书 (上见脚注 4), 第 316 页。

通，损害和责任事故几乎相等，以至于实行严格赔偿责任将一无所获。”³³ 这一说法遭到一些作者的批评，他们的理由是：

正如危险活动（像核电站和其他公用事业）不断产生的主要“公共利益”不再是使其无任何负担的良好理由，反而增强了在受益人之间分担损失这一明智主张一样，赔偿责任的广泛存在及使社会受到典型公害的危害这一事实，也可以提供足够的理由容忍特别与乘汽车和乘飞机这类常见危险有关的赔偿责任。³⁴

32. 严格赔偿责任理论已体现在美国的各份《劳工赔偿法》中，雇主对雇员所受的伤害应承担严格赔偿责任。为雇主的赔偿责任作后盾的政策是“社会保险”政策，以及决定谁最应承担损失的政策。³⁵ 然而这些条例并不包括所有活动，不过最近几年，美国大力提倡在更广范围内实行“严格赔偿责任”。

33. 法国也承认雇主应承担严格赔偿责任。根据 1898 年关于工伤事故责任的法律第 1 条的规定，当事人由于工作时遇到事故，因此不能工作的时间超过四天，那么受害者或其代理人有权要求雇主给予补偿。

34. 《法国民法典》第 1384 条第 1 款似乎已把特大危险活动的严格赔偿责任考虑进去，³⁶ 其中规定：

个人不仅应对自己行为造成的损害承担赔偿责任，而且应对其负责的人以及其所看管之物造成的损害承担赔偿责任。

³⁴ 同上，第 317 页。又见 Goldie, “Liability for damage ...” (上见脚注 25), 第 1207 页。

³⁵ 工伤事故补偿的概念起源于主人应保护仆人这一古老普通法的义务。见 Prosser, *Handbook ...* (上见脚注 16), 第 525 页起，尤见第 531 页，脚注 43。

³⁶ 见 H. 和 L. Mazeaud, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, 5th ed., A. Tunc ed. (Paris, Montchrestien, 1958), vol. II, 第 342 页；A. von Mehren 和 J. R. Gordley, *The Civil Law System*, 2nd ed. (Boston, Little, 1977), 第 555 页；F. H. Lawson, *Negligence in the Civil Law* (Oxford, Clarendon Press, 1950), 第 46 至 50 页；R. Rodière, “Responsabilité civile et risque atomique”, *Revue internationale de droit comparé* (Paris), 11th year (1959), 第 505 页；B. Starck, “The foundation of delictual liability in contemporary French law: an evaluation and a proposal”, *Tulane Law Review* (New Orleans), vol. 48 (1973-1974), 第 1044 至 1049 页。

35. 根据该条规定并由最高法院于 1986 年 6 月首次确认的规则, 只要原告表明他遭到被告看管下的非生物的伤害, 就可以确定赔偿责任:³⁷

对该 [1384] 条的字面解释无疑可以得出同 Rylands 诉 Fletcher 案类似或者更广泛的答案, 因为条文的文字决不是把赔偿责任只限于能证明被告在看管该物时有过失的案件, 甚至也不限于本来就很危险的事物。³⁸

36. 对严格赔偿责任的承认已体现在 1964 年的《波兰民法典》中, 其中第 435 至 437 条承认对特大危险性活动造成的损害有赔偿责任。

37. 《埃及民法典》第 178 条、《伊拉克民法典》第 231 条、《约旦民法典》第 291 条和《苏丹民法典》第 161 条, 都对负责需要特别注意的机器和物品的人规定了严格赔偿责任。《阿尔及利亚民法典》第 133 条甚至更进一步承认负责物品的人在造成损坏时的严格赔偿责任。《奥地利民法典》(第 1318 条) 和 1928 年《墨西哥民法典》(第 1913 和 1932 条) 也都承认对危险活动或事物的严格赔偿责任。

38. 严格赔偿责任已适用于残次品领域。支持这一惯例的政策在 Escola 诉 Coca Cola Bottling Co. 案 (1944 年) 中作了说明:

受残次品伤害的人准备承受其后果。伤害的代价、时间或健康的损失就受害者而言是最大的不幸, 而且是没有必要的不幸, 因为制造商可以保证防止这种受伤害的危险, 并作为商业成本分摊给公众。阻止销售危害公众的残次品对公众是有利的。如这类产品依然能设法进入市场, 那么让制造商对该产品可能造成的一切伤害承担责任是符合公众利益的, 制造商即使在制造产品过程中没有过失, 也要对产品进入市场负责。尽管这类伤害可能是断断续续发生的, 尽管这种伤害可能是偶然的, 但是有发生伤害的危险却是一种经常存在的普遍性危险。应当经

³⁷ 又见 Jand'heur 诉 Galeries belfortaises 案 (1930 年) (Daloz, *Recueil périodique et critique*, 1930 (Paris), part 1, 第 57 页)。该案的裁决也确立了一个假设, 即在某人看管下的非生物造成损害时此人具有过错。

³⁸ 见 Lawson, 同前引书 (上见脚注 36), 第 44 页。关于法国法律中没有过失的责任, 又见 Marc Ancel, "La responsabilité sans faute en droit français", *Travaux de l'Association Henri Capitant pour la culture juridique française* (Paris, Daloz, 1947), vol. II (1946), 第 249 页。

常而普遍地防止这种危险, 而制造商最适宜于提供这种保护。³⁹

39. 这一政策在美利坚合众国的一些州已成为官方学说。其他一些州例如纽约, 上述学说还得到此案中并不适用的另外一些理由的支持。该学说经过修订, 于是残次产品严格赔偿责任的理论基础是制造商违反了默示保证, 即要为原告制造完好商品。⁴⁰ 美国关于侵权行为的一位主要权威强烈反对使用“保证”, 认为这是“以不必要的复杂方式来承担过分沉重的包袱, 而且弊多利少”。⁴¹

40. 自 1944 年以来法国行政法院在法国行政法中制订了基于风险理论的无过错赔偿责任原则。此外, 法院总是设想行政方面的过错。有些人认为, 作为一种替代办法, 应从平等均摊公共负担 (*égalité devant les charges publiques*) 的原则中找到无过错赔偿责任的根据。⁴² 其原则是, 为整体利益所做的, 即使是合法的, 如果对某人造成伤害, 也可能引起赔偿。⁴³ 行政法院对四种行政活动实施了风险理论: (1) 援助公用事业中的风险 (与劳工赔偿类似), (2) 在公共当局造成临近重大危险之处进行危险活动带来的风险, (3) 行政性拒绝执行一项司法裁决⁴⁴, 以及 (4) 立法造成的国家赔偿责任。⁴⁵

³⁹ 见 *California Reports 2d Series*, vol. 24, 第 453 和 462 页。

⁴⁰ 见 *Goldberg 诉 Kollsman Instrument Corp 案* (1963 年), *New York Supplement, 2d Series*, vol. 240, 第 592 页。

⁴¹ 见 Prosser, *Handbook ...* (上见脚注 16), 第 656 页。又见 R. M. Sachs, "Negligence or strict product liability: is there really a difference in law or economics?", *Georgia Journal of International and Comparative Law*, vol. 8 (1978), 第 259 页和 D. J. Gingerich, "The interagency task force 'blueprint' for reforming product liability tort law in the United States", 同上, 第 279 页。

⁴² 下列著作中表达了这一原则: Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 3rd ed., 第 469 页, 援引于 L. Neville Brown, J. F. Garner 和 J.-M. Galabert, *French Administrative Law*, 3rd ed. (London, Butterworths, 1983), 第 121 页。

⁴³ 同上。

⁴⁴ 在 Brown, Garner 和 Galabert, 同前引书 (上见脚注 42) 所援引的一个里程碑式案件 (*Couitéas, Conseil d'État*, 30 November 1923) 中, 行政法院拒绝就政府是否有过错作出裁决, 却引用了公平承担公共负担的原则。

⁴⁵ 见 Brown, Garner 和 Galabert, 同前引书所援引的一个案件 (*Ministère des Affaires Etrangères v. Consorts Burgat, Conseil d'État*, 29 October 1976), 该案中, 由于政府颁布适用于其承租人的外交豁免, 使房东无法行使她的正常权利。

41. 美国 1922 年的《航空法》也明显载有严格赔偿责任。⁴⁶ 联邦大约有 24 个州全部或部分采用这个法的规定，航空器的所有人，对由于航空器的起飞、降落或飞行，或从那里掉下或落下的任何物体对陆上或水下的人或财产造成的损害，应承担“绝对赔偿责任”，除非全部或部分损害是由受害人或受损财产的业主或受托人的过失引起的。该条例的目的是要把航空器事故造成损害的赔偿责任加在经营人身上，保护无辜受害者，即使事故也许不能归因于经营人的过错。⁴⁷

42. 拉丁美洲和欧洲的一些国家也采用严格赔偿责任原则，且往往与有关航空器事故的《统一有关飞机对地面（水面）第三者造成损害的若干规则的公约》和《外国飞机对地面（水面）上第三者造成损失的公约》相类似。根据危险的概念实施严格赔偿责任的拉丁美洲国家当中，有阿根廷、危地马拉、洪都拉斯和墨西哥，在欧洲国家当中照此办理的有丹麦、芬兰、法国、德国、意大利、挪威、西班牙、瑞典和瑞士。⁴⁸

43. 对于动力源所有人和经营人由于贮存或经营造成的损害也实行严格赔偿责任。在这一领域中严格赔偿责任的基本概念可以各不相同，从“电流是由人照管的物品”（法国，《民法典》，第 1384 条），到“推定业主有过错”的概念（阿根廷，《民法典》，第 1135 条），或“危险物品”的概念（美利坚合众国和大不列颠及北爱尔兰联合王国），或“危险活动”的概念（意大利，《民法典》，第 2050 条）。⁴⁹

⁴⁶ 美利坚合众国，*Uniform Laws Annotated*, vol. 11, 第 159-171 页。1938 年统一国家法委员全国会议撤销了该条例，并代之以该会议起草的其他法规，实质上实施同样的有限绝对赔偿责任。见 *Handbook of National Conference of Commissioners on Uniform State Laws* (1938), 第 318 页和《统一航空责任法》(Uniform Aviation Liability Act) 第 11 条，第 201 至 202 款。

⁴⁷ 见 E. C. Sweeney, “Is special aviation liability legislation essential?”, *Journal of Air Law and Commerce* (Chicago), vol. 19, 第 166 页; Prentiss et al. 诉 National Airlines, Inc. 案, 112 *Federal Supplement*, 第 306 至 312 页。

⁴⁸ 见 Stone, 同前引书 (上见脚注 12), 第 45 至 46 页, 第 178 至 181 段。

⁴⁹ 同上, 第 48 至 49 页, 第 193 至 197 段。

44. 非法妨害一词的原意无非是侵害或烦恼。⁵⁰ 在普通法中，已对绝对非法妨害的案子适用了严格赔偿责任原则，而无论被告的意图为何或注意与否。但是几乎没有针对赔偿责任讨论过非法妨害，其理由如下：

理由之一是，非法妨害诉讼案往往是依衡平法寻求法院发出强制令，因此与其说是关于被告行为性质的问题，不如说是关于被告是否应被允许继续进行这种行为的问题。即使诉讼是因为损害而提出，那也往往是在这种行为长期持续和一再要求停止未果之后才提出的。不管被告最先的精神状态如何，在意识到自己正在造成的损害之后依然坚持这么做，便具备了故意侵权行为的特征。另一个理由是，在非法妨害案例中，将来可能造成损害的威胁其本身可能构成一种当前的干扰，妨碍公众权利或者对土地的使用和享受，因此，确定赔偿责任的可能依据往往相互融合，变得多少难以区别。然而相当明显的一点是，非法妨害法很大一部分的基础，既不是非法意图，也不是过失。⁵¹

45. 据说绝对非法妨害的概念和 Rylands 诉 Fletcher 案的规则有密切关系。为了区别这两种情况，有人说，后者涉及的行为本身不是非法的，因此不能事先加以阻止或禁止，不过这种行为如造成事实上的损害，被告就将承担严格赔偿责任；而非法妨害本身却是非法的，因此永远可以禁止。有些人不接受这种区别，理由是没有案例或裁决支持这种说法。⁵² 据说，绝对非法妨害和上述判例规则之间彼此相关，就像两个交叉的圆周一样；它们有大部分共同之处，不过非法妨害是更老的侵权行为，它的历史的发展使它局限于干扰公众权利和干扰土地享有两种干扰，排除了和两者无关如人身伤害之类的损害。因此各自的基本原则似乎是相同的，除了历史上的偶然以外，两者是难以区分的。⁵³

⁵⁰ 见 Prosser, 同前引书 (上见脚注 22), 第 164 页。

⁵¹ 同上, 第 166 页。又见 Winfield, 同前引书 (上见脚注 6), 第 37 页。

⁵² 见 Prosser, 同前引书 (上见脚注 22), 第 172 页。

⁵³ 同上, 第 177 页。又见 Winfield, “Nuisance as a tort”, *The Cambridge Law Journal* (London), vol. 4 (1932), 第 195 页。

46. 在美国, 处理环境问题的政策和法规范围有这些变化。1970 年代主要政策的制定是依据这样的设想, 即政府将要颁布管理法规并将要监督和实施这些法规。那些不符合这些条例的活动将受到禁止。人们认为这种确定标准并加以实施的政策将迫使工业纠正自己的错误。后来, 人们认识到, 尽管政府参与的威胁对强迫工业纠正不利于环境的的活动是一种重要的刺激, 但是对于改变工业的态度来说, 这种威胁本身是不够的。⁵⁴ 一方面因为环境管理条例不够全面。政府不能确定所有的环境问题, 制订出条例并提供“技术上有效和政治上可行的解决办法。”⁵⁵ 其次, 即使美国政府环境管理执法机构已有相当规模, 政府也无法有效监测并实施环境管理条例。⁵⁶ 第三, 这样一种政策可能在经济上并不是最有效的或是创造性的。因此, 注意力转向颁布一些可以说是自我实行的法规, 创造一种鼓励私方在执行环境法中发挥重要作用的刺激办法。这一政策导致颁布了一系列重要的联邦法, 包括《环境应对、赔偿和责任综合法》(《环境综合法》)⁵⁷、《超级基金修正案和重新授权法》(《超级基金法》)⁵⁸(该法修正了《环境应对、赔偿和责任综合法》并新制定了《应急计划和公众知情权法》(《超级基金法》第三部分))、修订后的《清洁水

⁵⁴ 许多美国学者都认为, 把管理机构的政策作为控制污染的主要手段是一种误导。例见 Bruce A. Ackerman 和 R. B. Stewart, “Reforming environmental law”, *Stanford Law Review* 1984-1985, vol. 37 (May 1985), 第 1333 至 1365 页; Stephen Breyer, “Analyzing regulatory failure: mismatches, less restrictive alternatives, and reform”, *Harvard Law Review* 1978-1979, vol. 92, No. 3 (January 1979), 第 547 页起; 以及 Robert W. Hahn 和 G. L. Hester, “Marketable permits: lessons for theory and practice”, *Ecology Law Quarterly* (Berkeley), vol. 16, No. 2 (1989), 第 361 页起。

⁵⁵ 见 Adam Babich, “Understanding the new era in environmental law”, *South Carolina Law Review*, vol. 41 (1990), 第 736 页。

⁵⁶ 同上, 第 734 至 736 页。

⁵⁷ *United States Code*, title 42, chap. 103, sects. 9601 et seq. 关于这项法规的历史, 尤见 Frank P. Grad, “A legislative history of the Comprehensive Environmental Response, Compensation and Liability (‘Superfund’) Act of 1980”, *Columbia Journal of Environmental Law*, vol. 8, No. 1 (1982), 第 1 页起。

⁵⁸ *United States Public Law 99-499*, 100 Stat. 1615, 1652, 1692, 1774.

法》⁵⁹, 以及 1990 年的《石油污染法》⁶⁰。“这些新的以责任为基础的法规的作用是为危险的不稳定环境前途制订规划, 使社会上最能找到创新和有效解决办法的那一部分: 私人部门承担大部分责任。”⁶¹

47. 这些联邦法规有以下共同特点, 它们:

(a) 仅以现有的有限辩护, 要求法律上应对油和其他有害物质污染的下列费用负责的人承担“严格”或“绝对”赔偿责任⁶², 包括消除和清理费, 以及对自然资源、私人财产和其他政府和私人的经济利益的损害或毁坏的赔偿金;

(b) 限制有责任一方赔偿责任的最大数量, 列举无法对赔偿责任加以限制的情况;

(c) 使可能被认为有责任证明像保险或其他财政担保之类的财务责任的人承担一种责任;

(d) 建立各种由政府管理的“基金”, 以便在责任方不付费时, 支付消除费用和赔偿损害。⁶³

⁵⁹ *United States Code*, title 33, chap. 26, sect. 1321. 这部法律于 1972 年通过, 1977 进行了补充。承续这部法律的案文是 1987 年关于水质的法律, 称为《联邦水污染控制法》(《水污染法》)或《清洁水法》。

⁶⁰ 同上, chap. 40, sects. 2701 et seq. 有关该法律的文献, 见 Russell V. Randle, “The Oil Pollution Act of 1990: its provisions, intent, and effects”, *Environmental Law Reporter* (Washington, D. C.), vol. 21 (March 1991), 第 10119 至 10135 页; Antonio J. Rodriguez 和 P. A. C. Jaffe, “The Oil Pollution Act of 1990”, *Tulane Maritime Law Journal* (New Orleans), vol. 15, No. 1 (fall 1990), 第 1 至 28 页; 以及 John Strohmeier, *Extreme Conditions: Big Oil and the Transformation of Alaska* (New York, London, Toronto, Sydney, Tokyo, Singapore, Simon 和 Schuster, 1993)。

⁶¹ 见 Babich, 同前引书(上见脚注 55), 第 735 页。并不是所有美国国会议员都认为立法趋势新时代是一种成功。见“Domenici declares Superfund ‘failure’, suggests revamped liability scheme”, *Inside E.P.A. Weekly Report* (Washington, D. C.), vol. 10, No. 38 (22 September 1989), 第 4 页。

⁶² 关于《石油污染法》, 见第 2710(b)节; 关于《环境综合法》, 见第 9707(e)(i)节, 关于《水污染法》, 见第 1321(f)节。

⁶³ 见 Force, “Insurance and liability for pollution in the United States”, *Transnational Environmental Liability and Insurance*, International Bar Association Series, Ralph P. Kröner ed. (London, Dordrecht, Boston, Graham & Trotman and International Bar Association, 1993), 第 22 页。又见 William H. Rodgers, Jr., *Environmental Law*, 2nd ed. (St. Paul, West Publishing Co., 1994), 第 685 页。

48. 关于最后一点,《石油污染法》第 2702(a) 节规定,尽管有任何其他法律的规定或规则,但对排放石油、或向可航行水域或毗邻海岸或专属经济区造成排放石油重大威胁的船舶或设施负责的一方,应承担由这个事故造成的(b)小节规定的消除费用和损害赔偿金。⁶⁴

49. 这项法律界定“事故”为“有相同起因的涉及一艘或多艘船舶、设施或它们的组合,并造成排放石油[……]或其重大威胁的任何事件或一系列事件”(第 2701 条,第 14 款)。“排放”这个词的定义是“任何散发[……],包括但不限于溢出、泄漏、抽吸、倾注、喷射、流空或倾倒”。“设施”这个词的定义是“设备的结构或一组结构,或用于下列一种或几种目的的装置:传送、加工或运输石油”。“船舶”这个词的定义广泛,包括“除公船外的用来或可用来作为水上运输工具的任何类型的水运工具或其他人造机械装置”。“公船”的定义是,由美国或某个外国所拥有的一个水运工具或租赁和经营的光船,但从事商业活动的船只除外。

50. 《环境综合法》适用于除石油外的所有危险物品。该法确定的赔偿责任制度是严格的、共同的和单独的。它适用于释放危险物品的船舶和近海和岸上的设施(第 9601 条第 17、18 和 28 款以及第 9603 和 9607 条)。《超级基金法》第 107 款概述了这一赔偿责任制度,第 108 节概述了清除工作的财务责任。

51. 《超级基金法》在第 107(c)(3)条中通过征收惩罚性损害赔偿金对消除或补救行动作出快速反应提供强制性鼓励。该条规定,如果对一种危险物品的释放或释放威胁有责任的任何人在接到主席按照本法第 104 或 106 条发出的命令时,未能及时进行消除或采取补救行动又无充分理由,作为未能采取适当行动的结果,该人应承担美国的惩罚性损害赔偿金,其数额至少等于因未采取适当行动基金支付的任何费用数额,但不得多于三倍。主席有权对这种人进行民事诉讼,要求支付惩罚性损害赔偿金,此外还要按本法第 112(c)条支付所有其他费用。美国所收到的任何款项都将存入该基金。

52. 《固体废物处置法》(通常称为《资源保护和恢复法》)最初颁布于 1965 年,后经一系列改动和修正。最近一次修正是在 1984 年(《危险固态

废物修正案》),⁶⁵ 其目的是为了对以往修正案中遇到的行政过失作出反应。⁶⁶

53. 该法的标准并不是以往环境法中使用的“过度危险”,而是“[保护]人类健康和环境”,这是“在该法中前后出现 50 次”的一个标准。⁶⁷ 1984 年修正案还扩大了固体废物的定义,确定了只能加以改进的最低行政标准,并规定通过设立巡视官在环境保护署内进行行政改革。⁶⁸ 该修正案第 6917 条成立了巡视官办公室,以接受个人控告、不满以及任何人按本法有关规定索取与方案有关的信息的要求。⁶⁹

54. 1980 年以来,美国国会一直在就有关石油污染的立法开展工作。1989 年发生的 ExxonValdez 号船溢油事件⁷⁰ 大大影响了 1990 年《石油污染法》的实质。该法的很大部分专门说明一种赔偿责任制度,该制度大体上类似于《环境综合法》要求对排放危险物品负有责任的一方所承担的责任制度。第 2702(a)条介绍了该法赔偿责任的一般原理(上见第 48 段)。

55. 德国在 1990 年通过了《环境赔偿责任法》,对由环境影响造成的非法死亡、人身伤害或财产损失提供民事损害救济。⁷¹ 按照这项法律,所确定的某些设施的经营人应对造成这种伤害承担严格赔偿责任。该法增加了能够造成环境损害并有域外影响的所有企业的赔偿责任风险。⁷²

⁶⁵ *Public Law 98-616, 98 Stat. 3221.*

⁶⁶ 见 Rodgers, Jr., 同前引书(上见脚注 63), 第 534 页。

⁶⁷ 同上,第 536 页。

⁶⁸ 同上,第 535 页。

⁶⁹ *United States Code, title 42, chap. 82, sect. 6917, added in 1984.*

⁷⁰ Exxon Valdez 事件被称为美国环境灾难的“珍珠港事件”。见 Randle, 同前引书(上见脚注 60), 第 10119 页和 Rodriguez 和 Jaffe, 同前引书, 第 1 页。

⁷¹ 1990 年 11 月 7 日颁布、1991 年 1 月 1 日生效的 *Gesetz über die Umwelthaftung* [环境赔偿责任法]。援引于 William C. Hoffman, “Germany’s new Environmental Liability Act: strict liability for facilities causing pollution”, *Netherlands International Law Review*, vol. XXXVIII, No. 1, 1991, 第 27 页,脚注 1。关于这部法律的资料是以这篇文章为依据的。

⁷² Hoffman, 同上引书(上见脚注 71), 第 28 页,脚注 2,援引 M. Kloepfer, *Umweltschutz, Textsammlung des Umweltrechts der Bundesrepublik Deutschland* (1989)。

⁶⁴ 上见脚注 60。

56. 《环境赔偿责任法》是原先存在的民事损害救济的一种综合,其范围更广。该法第 1 条规定了它的性质和范围是:

如果任何人由于 [……] 所列设施之一所造成的环境影响而遭受死亡、人身伤害或财产损害,那么该设施的所有人应对由此造成的受伤害人员的损害承担赔偿责任。⁷³

57. 这项法律规定的赔偿责任是严格的,因果关系的证据足以确立赔偿责任。如果有多位被告,他们的赔偿责任是连带的和各别的。根据该法提出的索赔应确认:(a)被告经营了该法列出的一种设施;(b)造成环境影响的这些事件源于这项设施;(c)这种环境影响造成寻求补偿这种伤害。⁷⁴ 该法对赔偿责任的数额限制在最大为 3.2 亿德国马克。所规定的人身伤害和财产损坏的赔偿责任的最大限额各为 1.6 亿德国马克(该法第 15 条)。⁷⁵

58. 根据这项法律,长距离污染造成的损害方面的因果关系难以证实。为了补救这种困难,该法规定了对因果关系的推定。该法第 6(1)条规定,将从表明这个特定设施“本来适合于”造成损害这一初步证据来推定因果关系的内容。⁷⁶ 该法第 6 条第 2、3 和 4 款规定了对因果关系推定的抗辩。这些抗辩包括经营人表明他的设施“运转正常”,这意味着它符合旨在防止污染的所有适用的行政管理指示。如果索赔人证实了因果关系,这种抗辩并不免除经营人的赔偿责任。

59. 《环境赔偿责任法》修正了德国《民事诉讼程序》,以允许向造成被指控伤害的设施所处的地区法院提起诉讼,除非该设施处在德国领土之外。在后一种情况下,索赔人可向任何一个德国法

⁷³ 同上,第 32 页。

⁷⁴ 同上,第 33 页。

⁷⁵ 同上,第 32 至 33 页。

⁷⁶ 德国《环境赔偿责任法》第 6 条第 1 款如下:

“如果在这种情况下一种设施必然适合于造成推定的损害,那么就应推定这一设施造成了损害。在特定情况下必然适合性是根据经营过程、使用的结构、使用和释放材料的性质和浓度、天气条件、损害开始的时间和地点以及支持和反对因果关系调查结果的所有其他条件来断定的。”(同上,第 35 页,脚注 43)

院起诉,并将该法应用于申诉的实体(该法第 2 条)。⁷⁷

60. 以上对国内法的简要回顾表明,作为一种法律概念,严格赔偿责任似乎已被大多数法律体系所接受,特别是被那些有复杂的侵权行为法的技术发达的国家所接受。受赔偿责任影响的活动的范围也许有所不同;有些国家比其他国家范围更小一些。严格赔偿责任的法律根据也不相同,从“推定过错”到“风险”概念、“所涉危险活动”等等。但是显而易见的是,严格赔偿责任是适用于具有不同法律体系的大量国家的一项共同原则,这些国家的共同经验是,应对与这项原则有关的活动加以管理。尽管各国在这项原则的具体运用上可能会有所不同,但它们对这项原则的理解和拟订基本上是相同的。

2. 国际法

61. 赔偿责任概念在国际法中的采纳和运用是比较新近的事情,因此不如在国内法中那样得到发展。之所以起步晚的一个原因可能是下列事实,即导致跨境损害的活动类型比较新。这种问题出现的次数不多,不足以引起国际一级的关注。并不是一个国家内从事的许多活动都会造成重大的跨境损害作用。当然,也不应忽视将赔偿责任的概念和其他得到广泛确立的国际法概念(如国内管辖和领土主权)结合起来的困难。事实上,如前所述,国内法中严格赔偿责任的发展也面临类似的困难。但是,许多国家的社会经济和政治需要已把这一新法律概念和其他概念以有助于社会政策和公共秩序的方式在多方面结合起来。

62. 在审查多边条约之前,应提一下《联合国环境会议宣言》(下称《斯德哥尔摩宣言》)第 22 条原则⁷⁸和《关于环境与发展的里约宣言》(下称《里约宣言》)第 13 条原则⁷⁹,这些原则要求各国进行合

⁷⁷ 同上,第 38 页。

⁷⁸ 《联合国环境问题会议报告,1972 年 6 月 5 日至 16 日,斯德哥尔摩》[英](联合国出版物,出售品编号: E.73.II.A.14),第一部分,第一章。

⁷⁹ 《联合国环境与发展会议的报告,1992 年 6 月 3 日至 14 日,里约热内卢》(A/CONF.151/26/Rev.1 (Vol. I, Vol. I/Corr.1, Vol. II, Vol. III 和 Vol. III/Corr.1)) (联合国出版物,出售品编号: C.93.I.8 和更正),第一卷:《会议通过的决议》,决议一,附件一。

作，进一步制定关于在其管辖或控制范围内的活动对在其管辖外的地区造成的环境损害的不利影响的责任与赔偿的国际法。尽管各国对这些原则未作出法律承诺，但它们表明了国际社会的期望和倾向。

(a) 条约实践

63. 涉及赔偿责任问题的多边条约实践可以分成三类。第一类是从实质性和程序性规则两方面来规定经营人责任问题和某些情况下国家责任问题的民事责任公约；第二类是认为国家应直接承担责任的条约；第三类是一般提及赔偿责任、但不进一步具体指定有关的实质性或程序性规则的条约。

64. 第一类，处理民事责任问题的多边责任条约主要涉及航行、油和核材料。1924 年处理航行领域民事责任的第一批公约之一是《统一海上船舶所有人责任限制若干规则的国际公约》。通过这个文件各缔约国承认了制定有关海上轮船所有人赔偿责任限额的某些统一规则的效用。按照《公约》第 1 条的规定，一条船的船主的赔偿责任限于该船、所载货物和船的附属品的价值相等的数额，其范围是：

1. 第三者以在该船上服务的船长、船员、领航员或任何其他为该船服务的人员的行为或过错* 在陆地或水上造成的损害为由提出赔偿；

[……]

4. 由于在执行合同中犯了航行过错* 造成的赔偿；

65. 根据《公约》第 2 条第 1 款，第 1 条中的赔偿责任限额不适用于“该船船主的行为或过错* 造成的责任”。

66. 《公约》似乎采纳了“过错”和“严格赔偿责任”的概念。这两个概念都出现在该条约第一条中，该条规定，对海轮船主的限额特别适用于船长、船员、领航员或任何其他为该船服务的人的行为或过错，也适用于执行合同中所犯的航行过错造成的赔偿。但是，这种赔偿责任的限额不适用于该船船主行为产生的责任方面的赔偿。第 2 条第 1 项在涉及船主行为造成的伤害时似乎引入了严格赔偿责任。

67. 33 年之后的 1957 年，缔结了有关这同一主题的另一个条约，即《限制海船所有人责任的国际公约》。其中也采用了“过错”和“严格赔偿责任”的概念，但与 1924 年《统一海上船舶所有人责

任限制若干规则的国际公约》的概念有些不同。根据 1957 年《公约》第 1 条，一艘海轮的船主可在下列方面限制其赔偿责任：

(a) 船上所载的任何人的死亡或人身伤害，以及船上任何财物的灭失和损害；

(b) 由于应由船舶所有人对其行为、疏忽或过失负责的在船上或不在船上的任何人的行为、疏忽或过失所引起的陆上或水上任何其他人的死亡或人身伤害、任何其他财产的灭失或损害，或任何权利的侵犯，[……]

68. 这两款似乎根据“过错”和“严格赔偿责任”两者规定了海轮船主的赔偿责任。如“引起索赔的事件是由于船主的实际过错或共同关系* 造成的”，则不适用这种赔偿责任限额（第 1 条）。显然该条指的是“过错”，并对它规定了严格的条件，即船主的“实际过错”。上述两个公约均未涉及国家责任问题。

69. 除了对船主的赔偿责任有限额外，《限制海船所有人责任的国际公约》的主要目标之一是处理管辖权问题。《公约》试图把有关一个具体案件的所有诉讼都纳入确定限制金额或遭受污染损害所在地的法院管辖范围。⁸⁰

70. 由于船舶一般航行或运输油的结果，石油污染逐渐成为一个重大问题。但是，直至 1969 年还没有确定一种油污损害一般赔偿责任制度的多边条约。一般情况下赔偿规则受各国侵权行为法不同规则的影响。⁸¹ 《限制海船所有人责任的国际公约》作了一些小的变化。1967 年的 Torrey Canyon 事件为各国商定一种油污损害赔偿责任制度提供了必要的背景和政治压力。1969 年 11 月 29 日通过了《油污损害民事责任国际公约》（下称 1969 年《民事责任公约》）。该《公约》处理了四个重要问题：(a) 消除沿海国家在获得赔偿方面的管辖权障碍；(b) 协调了直至当时仍以侵权行为法一般规则为基础的赔偿责任制度；(c) 确保了污染者为其造成的

⁸⁰ 见 David W. Abecassis 和 R. L. Jarashow, *Oil Pollution from Ships: International, United Kingdom and United States Law and Practice*, 2nd ed. (London, Stevens & Sons, 1985), 第 189 至 190 和 194 页。

⁸¹ 同上，第 181 页。

损害支付足够的赔偿；(d)考虑到《限制海船所有人责任的国际公约》，分散了费用。⁸²

71. 1969年《民事责任公约》第1条第6款中关于“污染损害”的定义并不明确。它界定“污染损害”为在可能发生逸出或排放的地方由于载油船舶逸出或排放油的污染在该船外造成的损失或损害，包括防范措施的费用以及由于防范措施引起的进一步损失或损害。对这个定义的解释将由那些认为恢复环境应包括在损害概念中的国内法院作出。⁸³对1969年《油污损害民事责任国际公约》进行修订的1984年《议定书》（下称《修订1969年〈民事责任公约〉的1984年议定书》）澄清了污染损害的含义。根据这个新定义，赔偿将限于“实际采取或将要采取的适当恢复措施的费用”。这个新定义还允许对环境损害造成的利益损失的赔偿。虽然这个定义比1969年《民事责任公约》的定义更明确，但它的范围比较有限。⁸⁴

它不再使用赔偿责任来处罚下列损害环境的行为，即无法恢复的环境损害、或无法以财产损失或利益损失来衡量的环境损害、或有关国家政府不希望恢复的环境损害。从这一点看，海上运输油类的真正环境费用仍然由整个社会，而不是由污染者来承担。”⁸⁵

72. 《修订1969年〈民事责任公约〉的1984年议定书》扩大了责任的界限。一旦索赔人用完了1969年《民事责任公约》规定的收取债务程序，然后他可以采取《设立国际油污损害赔偿基金的国际公约》所设国际油污赔偿基金有关责任的步骤。该基金的赔偿责任也非常严格，服从于有限抗辩。私人索赔人和船主都可根据该基金提出索赔。基金的资金来源是向在缔约国领土上接收原油和燃油的机构（或人）征收的

⁸² 见 Patricia W. Birnie 和 Alan E. Boyle, *International Law and the Environment* (Oxford, Clarendon Press, 1992), 第 292 至 293 页, 以及 Abecassis 和 Jarashow, 同前引书 (上见脚注 80), 第 181 至 182 页。

⁸³ 见 Commonwealth of Puerto Rico 诉 S. S. Zoe Colocotroni 案 (U. S. Court of Appeals, 628 F. 2d 652 (1st Cir., 1980))。又见 Abecassis 和 Jarashow, 同前引书 (上见脚注 80), 第 209 至 210 页。

⁸⁴ 见 Birnie 和 Boyle, 同前引书 (上见脚注 82), 第 295 页, 以及 Abecassis 和 Jarashow, 同前引书 (上见脚注 80), 第 237 和 277 页。

⁸⁵ 见 Birnie 和 Boyle, 同前引书 (上见脚注 82), 第 296 页。

捐款。该基金由《设立国际油污损害赔偿基金的国际公约》全体缔约国会议进行管理。

73. 非 1969 年《民事责任公约》缔约国或上述基金会员国的船舶所有人也制订了一个提供额外赔偿的方案。⁸⁶

74. 关于核损害，其赔偿责任制度比油污染的制度更加多种多样。这些制度似乎都让各国承担更大的责任——这种变化可用核活动的特大危险性和它可能的广泛而长期的损害来解释。⁸⁷然而就条约制度而言，民事赔偿责任制度仍是收取赔偿金的主要手段。

75. 《关于道路、铁路和内陆航运船只运载危险物品引起损害的民事责任公约》（下称《危险品运载公约》）也规定了严格的赔偿责任。该《公约》第 5 条规定，“发生事故时，承运人应对由于通过公路、铁路和内陆航运船只运输的危险物品引起的损害承担责任”。该条第 2 和 3 款还规定了承运人的连带和各别赔偿责任。

76. 1984 年《有害和有毒物质海上运输赔偿和赔偿公约》草案中对赔偿责任也采取了相同的办法。⁸⁸

⁸⁶ 见 Abecassis 和 Jarashow, 同前引书 (上见脚注 80), 第 12 章。1969 年 1 月 7 日 Tanker Owners Voluntary Agreement Concerning Liability for Oil Pollution [油轮船主关于油污责任的自愿协定] 适用于油轮船主, 1971 年 1 月 14 日 Contract Regarding an Interim Supplement to Tanker Liability for Oil Pollution [关于油轮油污责任暂行补充规定的合约] 提供了与国际油污赔偿基金类似的基金 (分别见 ILM, vol. VIII, No. 3 (May 1969), 第 497 页和 vol. X, No. 1 (January 1971), 第 137 页)。

⁸⁷ 见 C. W. Jenks, “Liability for ultra-hazardous activities in international law”, *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1966-I* (Leyden), vol. 117 (1967), 第 105 页起; B. D. Smith, *State Responsibility and the Marine Environment: The Rules of Decision* (Oxford, Clarendon Press, 1988), 第 112 至 115 页; G. Handl, “Liability as an obligation established by a primary rule of international law”, *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. XVI (1985), 第 49 页起; 以及 L. F. E. Goldie, “Concepts of strict and absolute liability and the ranking of liability in terms of relative exposure to risk”, 同上, 第 175 页起。

⁸⁸ 该《公约》草案，特别是第 4 条第 1 款，见海事组织 LEG/CONF.6/3 号文件。

77. 1993 年欧洲委员会通过的《关于危害环境的活动造成损害的民事责任公约》第 1 条规定该公约的目标和宗旨如下：

本公约的目标是确保对危害环境的活动所造成的损害的适当赔偿，也规定了预防和恢复原状的手段。

78. 该《公约》对“危险活动”规定了严格的责任制度，因为这种活动对“人、环境或财产”构成或形成“重大危险”。其第 2 条对危险活动和危险物质下了定义。⁸⁹

79. 关于损害与活动之间的因果联系，《公约》第 10 条规定“法院得适当考虑造成这种危险活动所固有的损害的更大风险”。

80. 《南极矿物资源活动管理公约》的第 8 条确定，如果赞助国不能履行某些义务，它负有赔偿责任。

81. 这是赞助国的一种独特形式的责任制，尽管从理论上说，它产生于未能履行义务的情况（不当行为的责任）。这种形式的责任制与“责任”的区别产生于责任制的触发因素和责任制的后果，这两者都类似“赔偿责任”而不是传统的“责任”原则。至于触发因素，与国家的责任不同，不能履行某项义务的做法，其本身不足以导致责任。始终应当存在损害或伤害这种赔偿责任原则的必要条件。至于补救措施，国家责任的通常补救措施（即停止、恢复原状、损害赔偿、清偿等）在这种情况下都不产生。赞助国的责任制通常仅限于经营人等未履行的那部分赔偿责任，这是根据附带赔偿责任的原则所产生的后果。这可以解释在《南极矿物资源

⁸⁹ 该《公约》第 4 条说明了《公约》不适用的一些例外情况。因此该《公约》不适用于由《核能领域民事责任公约》及其《附加议定书》或《关于核损害民事责任的维也纳公约》所管辖核事故引起的核物质损害；再者，如果某种核物质损害的责任国内法管辖，而且在赔偿方面，国内法对这种责任的追究和《关于危害环境的活动造成损害的民事责任公约》一样有利于赔偿，那么《公约》也不适用于这种核物质损害。另外，若《公约》与有关工伤事故补偿或社会保险方案的准据法的规则不相符，则《公约》也不适用。

活动管理公约》中使用国家“赔偿责任”而不是国家责任一词的原因。⁹⁰

82. 1992 年 12 月 14 日大会第 47/68 号决议通过了《关于在外层空间使用核动力源的原则》，其中原则 8 和原则 9 是另一个说明两类国家责任制之间差异的例子。原则 8 规定了国家责任，即各国得为本国在外层空间使用核动力源方面的活动承担责任，并使这些活动符合这些原则。题为“赔偿责任和赔偿”的原则 9 指出了另一类国家责任制。它责成发射空间物体或请人代为发射空间物体的国家和从其领土或设施发射空间物体的国家对这类空间物体或其构成部分造成的损害“承担国际责任”。当有两个或更多个国家联合发射这种空间物体时，它们的赔偿责任是连带和各别承担的责任。该原则依据并提到了《外空物体所造成损害之国际责任公约》。

83. 自从通过《控制危险废物越境转移及其处置巴塞尔公约》以来，有一个法律和技术专家特设工作组一直在起草关于有害废物跨境运输及其处置造成损害的赔偿责任和赔偿议定书。议定书草案的目的是为有害废物和其他废物跨境运输及其处置造成的损害规定一项全面的赔偿责任和适当及时赔偿（包括使环境恢复原状）的制度。1994 年的议定书草案文本⁹¹旨在确立严格的赔偿责任。议定书草案第 4 条列出的各种备选方案全都实施严格的赔偿责任制。

84. 第二类处理赔偿责任问题的条约是使国家直接负责的那些条约。目前，有一项条约完全属于这一类，它就是《外空物体所造成损害之国际责任公约》。从下述意义上说，这项公约颇为独特，即

⁹⁰ 有一种不同观点，见 Goldie, “Transfrontier pollution: from concepts of liability to administrative conciliation”, *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, vol. 12, No. 2, winter 1985, 第 185 至 186 页。据他认为，“责任被理解为表示一种义务，或意味着法律制度对履行社会作用施加的标准，而赔偿责任被理解为指未能履行义务，或未能达到所要求的业绩标准的后果。”因此，“赔偿责任意味着一经确定负有责任和确定未能履行该法律责任而产生的伤害，就得采取法律补救措施。”又见同一作者，同前引书（上见脚注 87）。

⁹¹ UNEP/CHW.3/4 号文件。非统组织起草了一项类似于《巴塞尔公约》的公约，即《禁止向非洲输入有害废物并管制有害废物在非洲境内越境转移和管理的巴马科公约》。该《公约》第 12 条是关于赔偿责任和赔偿问题的，规定缔约方会议应成立一个特设专家机构起草一项议定书，列出关于有害废物跨境运输造成损害的赔偿责任和赔偿的适当规则和程序。

它让受害方选择是通过国内法院提出索赔还是向国家直接索赔。就《〈控制危险废物越境转移及其处置巴塞尔公约〉议定书》草案提出的最新建议载有关于赔偿责任的三项备选方案，其中之一是责成发放许可证的国家对造成的损害负责。

85. 第三类条约包括这样一些条约：其中提及了赔偿责任，但未进一步澄清赔偿责任的实质性或程序性规则。这些条约承认赔偿责任原则与条约执行有关，但没有解决问题。它们似乎依靠国际法中现存的赔偿责任规则，或者期待制定这样的规则。有若干条约属于这一类。例如，《关于合作保护海洋环境免受污染的科威特区域公约》规定，缔约国得合作制定海洋环境污染造成的损害的民事责任和赔偿的规则和程序，但它没有规定这些规则和程序。⁹² 《防止倾倒废物和其他物质污染海洋公约》、《保护波罗的海地区海洋环境公约》、《保护地中海免受污染公约》、《工业事故越境影响公约》和《保护与使用越境水道和国际湖泊公约》等也制定了类似的要求。关于南极的各项文书使得制定赔偿责任规则成为勘探和开采南极矿物资源的先决条件。

(b) 条约以外的司法裁决和国家实践

86. 行为国领土管辖或控制范围以外活动所造成损害的赔偿责任的概念，似乎是在有限程度上从对待某些潜在有害活动的国家实践中发展而来的。某些材料只是一般性地提出这一概念，而将其具体内容和实施程序留待未来发展。其他材料则是就事论事地讨论赔偿责任的概念。

87. 过去一般提及赔偿责任时，总认为赔偿责任是因为未能加以“应有的注意”或“应尽的努力”。在确定是否未能作出应尽的努力时，分析时采用权衡利益的检验标准。此种权衡办法类似于评估影响从而确定有害活动的危害及其可准许程度的办法。未能加以应有的注意而应承担的赔偿责任，最早于1872年在亚拉巴马索赔案中得到确立。在利坚合众国和大不列颠及爱尔兰联合王国对据称联合王国未能在美国内战中履行中立责任的争端中，双方均试图明确说明什么是“应尽的努力”必然产生的结果。美国争辩道，应尽的努力应和该问题的

重要性，以及作出应尽努力的国家的尊严与实力成正比。⁹³

88. 相反，英国政府则争辩说，要表明缺乏应尽的努力，引起一个国家承担责任或赔偿责任，那就必须证明某政府没有为防止有害活动而给予它像在国内关心的事务中通常给予的那种注意。⁹⁴

89. 该法庭所指之“应尽的努力”是一种责任，它“与交战双方可能遇到的危险完全成正比，产生于本身未能履行中立的义务”。⁹⁵ 因此应尽的努力依该活动所处的环境而异。

90. 此后的国家实践，除为保护外国侨民外，似乎不怎么提到因为未能加以应有的注意而承担国家赔偿责任。此类索赔包括国有化和没收外国财产，警察保护及外国人的安全等，它们是本研究报告以外的问题。

91. 为苏联954号人造卫星1978年1月坠毁在加拿大领土上造成的损害而要求苏联赔偿时，加拿大提到了法律的一般原则，即对高度危险的活动

⁹³ 美国争辩说：

“条约中的各项规则使中立国有义务作出应尽的努力以防止某些活动。美国不认为这句话会在任何方面改变国际法所施加的义务。本案称，‘美国的理解是，《华盛顿条约》[1871年5月8日缔结，其中联合王国和美国同意将其争端提交仲裁]中各项规则所要求的努力是应尽的努力。这种努力与该问题的重要性以及作出努力的国家之尊严与实力成正比；这种努力，通过积极的警惕，以及中立国权力以内的各种手段，在事件的各个阶段，将防止其领土遭到侵犯；这种努力，将以同样的方式阻止居心叵测的人违反中立国的意愿而对该国领土从事战争活动，从而使它加入本想避免的战争；此种努力促使中立国采取最有力的措施，去发现旨在进行中立国善意所禁止的活动，并使中立国有义务在获悉有进行此类活动的意图时，行使其权力中之一切手段加以制止。未做到这一点就不是‘应尽的’努力，这就是说，和紧急情况或疏忽后果之大小相称的注意。’” (J. B. Moore, *International Arbitrations to which the United States has been a Party* (Washington, D.C., 1898), vol. 1, 第572至573页。)

⁹⁴ “[... ..]必须表明‘在为防止该政府必须设法防止之行动方面，未能像各国政府通常在对待国内关心的事务那样给予同样的注意，此种注意在国际利益和义务问题中也是理应给予的’。” (同上，第610页)

⁹² 见《公约》第13条。

⁹⁵ 同上，第654页。

造成伤害的“绝对责任”。⁹⁶

92. 同样，在特雷尔冶炼厂案的裁决中，冶炼厂被允许继续其经营活动。法庭不禁止冶炼厂的活动，而只是将其活动降低到冶炼厂排放的烟雾在法庭看来不再损害美国利益的水平上。法庭确立了一个永久性制度，该制度要求由于排放烟雾而对美国利益造成的损害给予赔偿，尽管这种冶炼活动完全符合裁决中所规定的永久性制度：

法庭认为，规定的制度将可能消除现有争端的起因，并如前述，终将防止今后华盛顿州发生任何物质性损害。

但由于要求该冶炼厂采纳与保持的办法或控制措施可能不产生预期的理想效果，并由于法庭在回答第 2 号问题时已经如前所述要求该冶炼厂此后不再在华盛顿州内造成损害，法庭对第 4 号问题作出回答并且决定，鉴于法庭回答第 2 号及第 3 号问题时作出的裁决，在下述情况下应付给赔偿：(a) 假若自 1940 年 10 月 1 日起出现过第 2 号问题中所说的损害或者将来出现这种损害，无论是因为该冶炼厂未能遵守制订的规则还是在尽管保持该制度的情况下出现，该冶炼厂均必须对此类损害给予赔偿，但是此类赔偿只能在双方政府按照《公约》^a 第十一条规定处理索赔要求作出安排时才可进行；(b) 如由于本法庭回答第 2 号及第 3 号问题时作出裁决的结果，美国觉得有必要在该地区保留一个或数个代理人，以便确定尽管已有规定的制度是否仍出现损害，那就应当每年付给美国不超过 7,500 美元的合理的调查费用作为补偿，但是只有在双方政府依照

^a 美利坚合众国和加拿大就最终解决英属哥伦比亚特雷尔采矿冶炼联合公司冶炼厂排放烟气对华盛顿州造成损害的控告中产生的各种困难，于 1935 年 4 月 15 日缔结的公约。

⁹⁶ 加拿大争辩说：

“开展外层空间活动、特别是开展核能应用相关活动应负绝对责任，这一标准已被认为是国际法的一般原则。许多国家，包括加拿大及苏维埃社会主义共和国联盟，一直遵守 1972 年《外空物体所造成损害之国际责任公约》中所包含的这一原则。绝对责任原则适用于通常具有高度危险性的各活动领域。在许多国际协定中再三提及，并且是‘一般法律原则为文明各国所承认者’之一（《国际法院规约》第 38 条）。因此，这一原则已被承认为国际法的一般原则。”（见 ILM, vol. XVIII, 第 907 页，第 22 段。）

本《公约》第十一条确定该年度确实由于冶炼厂的活动已产生损害，并且双方政府已对“损害索赔要求作出处理”时才可付给。但是所付给的上述补偿决不得超过对损害的赔偿费；其次不言而喻的是，本法庭在此规定的补偿，只是为了本法庭对第 2 号及第 3 号问题所作的回答而付给的赔偿（正如第 4 号问题中规定的那样），而不是双方政府按照本《公约》第十一条将要查清并决定的损害而付给赔偿之任何部分。⁹⁷

93. 对一个国家因在其控制范围内存在有害条件而须承担赔偿责任的标准，在科孚海峡案（是非曲直）1949 年 4 月 9 日的裁决中甚至更为模糊不清。当时国际法院断定阿尔巴尼亚知道或应该知道其领海之内布有水雷，并有足够时间向其他国家及其国民提出警告。法院断定：

事实上阿尔巴尼亚当局未有任何举动试图防止这一灾难。此种严重的不作为使阿尔巴尼亚负有国际责任。

法院因此得出结论，按照国际法，阿尔巴尼亚应对 1946 年 12 月 22 日在其领海内发生的爆炸负责，应对爆炸引起之损害及人员丧生负责，阿尔巴尼亚有责任向联合王国支付赔偿。⁹⁸

94. 由于难以直接证明阿尔巴尼亚知道这一有害条件，所以不清楚赔偿责任究竟是因为未能警告国际行为者而违反了应有的注意这一责任，还是按照“严格赔偿责任”的标准而不考虑应有的注意这一概念。

95. 国际法院在同一份判决书中对国家赔偿责任做了相当重要的一般说明。在其中一段中法院说，“每个国家都有义务，不能明知故犯地允许其领土被用来进行违反别国权利的活动。”⁹⁹ 应该注意到，这一段是关于法律和政策的一般声明，并不局限于或专门用于任何具体案件。当该法院遵照《规约》第 38 条对案件作出裁决时，它也可宣布对法律的一般声明。上述段落即属于此类声明。因此可以得出结论，该法院的裁决针对科孚海峡案双方争执的问题，同时也强调更带一般性的问题。这是

⁹⁷ RIAA, vol. 3 (出售品编号：1949.V.2)，第 1980 页。

⁹⁸ I.C.J. Reports 1949, 第 23 页。

⁹⁹ 同上，第 22 页。

有关任何国家可能造成域外损害的行为作出的宣告性的一般声明。

96. 有人争辩说,特雷尔冶炼厂案的裁决或科孚海峡案的判决未必证明国际法中存在着严格赔偿责任的规则。¹⁰⁰ 这种观点认为,就特雷尔冶炼厂案而言,“法庭不必要从非此即彼的意义上在严格赔偿责任与过失之间作出决定,将其作为国际法中关心的标准。”根据同一观点,科孚海峡案中的裁定并不赞同“关于客观危险的理论,如果这意味着根据国际法,不管在何种情况下,国家对其行为的一切后果都自动负有责任的话”。¹⁰¹ 还有人提议,根据这一判决“仍至少有这样的可能性, [……] 被告国可以提出合理关心的辩护”。¹⁰²

97. 与这种看法针锋相对,有人辩论说,在这两个案件中,在无过失证据的情况下施加了赔偿责任。¹⁰³ 针对就科孚海峡案所表示的看法(上见第96段),提请注意威尼亚尔斯基法官¹⁰⁴ 和巴达维·帕沙法官¹⁰⁵ 的不同意见,他们辩论说,阿尔巴尼亚没有违反任何注意责任,它遵守现行的国际法标准,法院是在实施新的更高的标准。有人说,在此案中,原告国没有“确凿地证明被告的过失或故意违反”。¹⁰⁶

¹⁰⁰ 见 M. J. L. Hardy, “International protection against nuclear risks”, *International and Comparative Law Quarterly* (London), vol. 10, part 4, 1961, 第 751 页。又见同一作者, “Nuclear liability: the general principles of law and further proposals”, *BYBIL, 1960* (London, New York, Toronto), 36th year, 1961, 第 223 页起。

¹⁰¹ 见 Hardy, “International protection ...” (上见脚注 100)。

¹⁰² 见 Hardy, “Nuclear liability ...” (上见脚注 100), 第 229 页。

¹⁰³ 见 Goldie, 同前引书(上见脚注 25), 第 1231 页。

¹⁰⁴ *I.C.J. Reports 1949*, 第 49 至 52 页和第 55 至 56 页。

¹⁰⁵ 同上, 第 64 至 66 页。

¹⁰⁶ Goldie, 同前引书(上见脚注 25), 第 1230 页。Sohn 和 Baxter 于 1961 年评估了严格赔偿责任在国际法中的地位。作为一个拟议法问题, 他们指出:

“绝对赔偿责任, 或者无过失赔偿责任的概念可能适用于两类总体情况: 其中第一类为 B 国侵犯 A 国的领土, 给 A 国的财产或生命造成损失, 尽管 B 国无意侵犯领土或造成由此带来的损害, 而且它采取了一切可能的预防措施以防止造成伤害。就现代技术而言, 可以设想这样一类情况, 即在 B 国非故意或非过失的情况下, B 国试验的

98. 另一方面, 拉努湖案法庭在回答西班牙所说法国的工程将对西班牙利益造成异常危险一事时说, 只有在法国未能采取一切必要的安全预防措施, 而西班牙的利益确实受到损害, 法国才能承担责任。¹⁰⁷

99. 换言之, 只要尽可能采取预防措施防止发生伤害事件就没有责任问题。尽管双方将该法庭的权力限于检查法国在卡罗尔河上的活动是否符合条约, 法庭仍对危险活动加以切实注意。在上面引用的一段中, 该法庭说明, “并未明确肯定, [法方] 建议的工程会在邻国关系或湖水利用方面带来异常危险。”该段可以解释为法庭认为, 异常危险活动是一个特殊问题, 如西班牙确定拟议中的法国工程会在西班牙造成异常损害的危险, 该法庭可能会作出不同的裁决。

100. 在核试验案中, 国际法院作出 1973 年 6 月 22 日命令时注意到了澳大利亚的忧虑:

法国在太平洋进行的大气层核爆炸在澳大利亚领土和南半球的其他地方产生了广泛的核放射坠尘, 在食品和人体内造成放射核素的可测量的浓度, 并且给生活在南半球, 特别是澳大利亚的人造成额外的

一枚导弹竟然进入 A 国的领空, 落到地面, 并在那里给 A 国国民造成伤害。可能存在绝对赔偿责任的第二种例子将是进行危险性特别大的活动并因此给外国人造成损害。可以说, 在公海上进行的、给外国人造成伤害的核武器试验就是绝对赔偿责任的一个例子, 尽管试验国无意造成伤害, 而且在试验中也无过失。”(Sohn 和 Baxter, “Convention on the international responsibility of States for injuries to aliens” (草案第 12 稿及解释性注释), 1961 年 4 月 15 日, 第 70 至 71 页, 援引于 Goldie, 同上引书, 第 1231 页, 脚注 153。)

¹⁰⁷ 法庭指出:

“这个问题在西班牙的辩诉状中只是略微提及, 而强调的则是控制程序的‘特殊复杂性’、此类程序‘极其麻烦’的性质、以及发生‘损害或水闸管理中出现过失与坑道堵塞的危险’。但是从来没有说, 所设想的这一工程具有其他任何特性, 或者会造成比当今世界各地同类工程更多的危险。其中并未明确肯定, 拟议的工程会在邻国关系或河水利用方面带来异常危险。从上述情况所见, 恢复河水的技术保证是尽可能地令人满意的。如果虽已采取预防措施, 河水的恢复工作由于事故而遭到损失, 此类事故只能是偶然的, 按照双方协议, 这种事故并不算违反第 9 条。”

(*RIAA*, vol. 12 (出售品编号: 63.V.3), 第 303 页, 判决书第 6 段。)

辐射剂量；沉积在澳大利亚领土上的任何放射性材料将给澳大利亚及其人民带来潜在的危險，而且由此造成的伤害将是无法补救的；法国的大气层核试验在澳大利亚人民中造成忧虑和担心；法国核试验给海洋资源和环境条件带来的任何效应决不可能消除，任何损害赔偿都弥补不了；而且法国给澳大利亚及其人民在公海上及公海上空自由往来的权利造成的损害决不可能消除。¹⁰⁸

伊格纳西奥—平托法官在表示异议时认为，法院缺乏审理案件的管辖权，同时又指出：

如果法院采纳澳大利亚请求的论点，它将接近于在国际法中支持新的概念，各国将因此被禁止在其本

国领土主权范围内从事任何产生危險的活动。但是这将等于给予任何国家以预防性地干预其他国家事务的权利。¹⁰⁹

他还指出：

按国际法的现状看，据我认为，一个国家的‘担心’或‘忧虑’、‘原子辐射的危險’等，都不足以制定某种可对所有国家施加并在大气层核试验方面限制其主权的更高的法律。

那些持有相反观点的人可能是某种国际法逐步发展的体系的有名无实的傀儡或急先锋，但是不能允许为了改变目前的法律状况而考虑他们的愿望。¹⁰⁹

¹⁰⁸ 核试验案（澳大利亚诉法国），临时保护，1973年6月22日命令，*I.C.J. Reports 1973*，第104页。法院未对此案的是非曲直作出裁决。

¹⁰⁹ 同上，第132页。

第二章

负有赔偿责任的一方

101. 在研究负有赔偿责任一方问题时，应参考1972年经合组织首次制订的污染者付费原则。此原则不同于许多民事责任公约所规定的经营人赔偿责任原则。因此本章先综述污染者付费原则，然后再研究国际法规定的负有赔偿责任一方的问题。

A. 污染者付费原则

1. 历史发展过程

102. 污染者付费原则是经合组织理事会1972年提出的。在1972年5月26日的C(72)128号建议¹¹⁰中，经合组织理事会通过了“有关环境政策国际经济方面的指导原则”，其中指出：

4. 用以摊派防止和控制污染措施的费用以鼓励合理使用稀有环境资源并避免出现不合理的国际贸易与投资现象的原则称为“污染者付费原则”。本原则指污染者应承担执行政府当局决定的上述措施所需开支以保证环境保持无害状态。换言之，这些措施的费用应计入生产和（或）消费过程中造成污染

的商品和服务的费用，此等措施不应带有会产生重大不合理的国际贸易与投资现象的补贴。

103. 污染者付费原则要求造成损害环境的污染者负责赔偿并支付为该损害采取补救办法的费用。经合组织将此原则作为一项经济原则并且是摊派防止和控制污染措施费用以鼓励合理使用稀有环境资源并避免出现不合理的国际贸易与投资现象的最有效办法。污染者付费原则的基础是“这样一种主张，即认为作为一项经济政策，将公共法定的技术措施的费用在自由市场中消化，比政府补贴的低效率和扭曲竞争更加可取”。¹¹¹

104. 污染者付费原则不是作为一项赔偿责任或法定原则来制订的。1974年11月14日，经合组织理事会通过了关于执行这项原则的C(74)223号建议¹¹²，其中特别重申：

¹¹¹ Sanford E. Gaines, “The polluter-pays principle: from economic equity to environmental ethos”, *Texas International Law Journal*, vol. 26, No. 3, summer 1991, 第470页。

¹¹² 载于 *OECD and the Environment* (Paris, 1986), 第31页。

¹¹⁰ 载于 *OECD and the Environment* (Paris, 1986), 第27页起。

1. 污染者付费原则是成员国摊派成员国政府当局采取的防止和控制污染措施费用的基本原则。

2. 有关环境政策国际经济方面的指导原则规定，污染者付费原则照顾到发展中国家可能出现的特殊问题，意味着污染者应按上段具体叙述内容支付采取这些措施的花费。换言之，这些措施的费用应计入生产和（或）消费过程中造成污染的商品和服务的费用。

105. 建议继续指出，成员国在它们的环境政策中统一应用此原则是顺利执行该原则所不可缺少的。它不赞成成员国以补贴或税收救济的方式给造成污染的产业提供任何财政救济。其经济目标是要把环境污染的费用进行内部消化。在这一点上，内部消化指造成污染的产业。除少数例外，它不赞成国家帮助支付该费用的产业。根据这种经济理论，控制污染的费用将由该产业生产的商品和服务的使用者承担。

106. 1989年7月7日，经合组织理事会通过了C(89)88号建议¹¹³，使污染者付费原则范围不但涵盖正在进行的活动所造成的慢性污染，也将事故污染包括在内。该建议附录的主题是“有关事故污染的指导原则”，其中第4段规定：

关于事故风险，污染者付费原则意味着一项危险设施的经营人应根据事故发生前国内法的规定，承担采取合理措施防止和控制该设备事故污染的费用以保护人体健康或环境。

107. 指导原则规定，为了方便起见，经营人或管理人应承担费用。在第三者对事故负赔偿责任时，该方应偿还经营人在事故发生后采取合理措施控制事故污染所支付的费用（第6段）。该建议还提出，如果事故污染纯系根据本国法律显然不能认为经营人负有赔偿责任的事件所引起，诸如经营人不能明智地预见的严重自然灾害，则根据污染者付费原则，政府当局不得要求经营人负担控制污染措施的费用。

108. 欧洲共同体委员会也于1974年就应用污染者付费原则通过了它自己的建议。理事会1975年3月3日关于费用归结以及公共部门在环境事务中所起作用的建议，将“污染者”确定为“直接或间接损害环境或制造导致这种损害条件的人”（附

件，第3段）。¹¹⁴ 这是一个笼统的定义，被批评为有可能将汽车司机、农民和工厂主和社区污水处理厂也包括在内。¹¹⁵

109. 在无法明确界定应负责任污染者的情况下，欧洲共同体理事会在上述建议中规定，如果“证明不可能或太难查明污染者，从而要任意作出判断，尤其是环境污染由几个同时发生的原因造成、积累的污染或几个连续性原因即污染链所造成，则防治污染的费用应在污染链或积累污染过程的某一点来征收，并采取法律的或行政的手段，因为从行政和经济的观点看，这是最好的解决办法并且对改善环境作出最有效的贡献”（附件，第3段）。¹¹⁴

110. 因此，在污染链的情况下，应该在经济经营人的人数最少并且最容易控制污染的点来征收费用，否则就应在为改善环境作出最有效贡献并且已避免在竞争上出现不合理现象的一点来征收费用。

111. 至于污染者应付哪些费，欧洲共同体理事会在建议（附件，第5段）¹¹⁴中规定：

5. 污染者有义务承担：

(a) 控制污染措施的开支（防治污染设施和设备的投资、采用新工序、经营防治污染设施的费用等等），即使这些费用超过政府当局规定的标准；

(b) 各项收费。

污染者（根据“污染付费原则”）要承担的费用应包括使环境符合质量目标所需的一切开支，包括与执行防治污染措施直接有联系的行政费用。

但是政府当局建造、购买和经营污染监测和监督设施的费用可由政府当局承担。

112. 欧洲共同体已承诺要实行污染者付费原则。该承诺见于修正《罗马条约》的《单一欧洲法》。该法首次明文规定欧洲共同体有权管理环境事务。其中明确提到污染者付费原则是指导这类管理工作的原则，并称“共同体有关环境的行动应依据的原则是应采取预防行动、环境损害应首先从根源上矫正以及污染者应赔偿”（第130 R条，第2

¹¹³ OECD/GD(92)81号文件。

¹¹⁴ *Official Journal of the European Communities*, 18th year, No. L194, 25 July 1975, 第1至4页。

¹¹⁵ 见Gaines, 同前引书（上见脚注111），第472页。

款)。欧洲共同体也一贯应用污染者付费原则处理污染源的问题。例如,共同体已批准一项指令,明确指示成员国废物控制的费用应根据污染者付费原则由废物持有者和(或)前持有者或废物制造者承担。¹¹⁶

113. 在实际操作中,污染者付费原则尚未完全实施。1989年经合组织指出,各国政府广泛采用补贴办法减轻污染者的经济负担,此外,欧洲共同体的每一个成员国也为污染者付费原则自己制订一种解释“以证明它的补贴办法是符合污染者付费原则的”。¹¹⁷

114. 美利坚合众国没有正式承认污染者付费原则,尽管实际上它是遵循该规则的。¹¹⁸另一个经合组织成员国日本看来无视污染者付费原则是一项具体的政策指示,并且实际上实行一项政府强烈干预工业部门的政策。

115. 前文已提到,经合组织和欧洲共同体均已将污染者付费原则扩大到包括工业污染在内的事故环境污染。¹¹⁹

116. 但是,应该指出,污染者付费原则的责任和补偿部分只包括两种费用:(a)采取合理措施以防止事故污染的费用(经合组织理事会 C(89)88号

建议¹¹³)和(b)控制和补救事故污染的费用。¹²⁰污染者付费原则似乎不包括民事责任制度中可要求赔偿的所有损害。指导原则明确不包括比如对受害者补偿一项事故的经济后果的措施,尽管政府当局规定了这些措施。¹²¹

117. 经合组织和欧洲共同体在某种程度上已不严格应用污染者付费原则。由于政治和经济压力,该原则已大大修改。¹²²

2. 污染者付费原则的组成要素

(a) 平等机会权

118. 对国家补救办法的平等机会权已被认为是实施污染者付费原则的一种办法。这种补救办法得到了经合组织的支持,其目的在于将原籍国的同等待遇给予污染损害的跨界受害者和国内受害者,或者给予那些可能的受害者。平等机会权可包括享有信息、参与行政审讯和法律诉讼以及为确定国内和跨界污染的非合法性而应用无歧视性标准。平等机会权的目的是使外国原告在享有与本国原告同等地位基础上,有机会影响起始程序、授权和开展涉及跨界污染损害问题的活动,以及最终的诉讼阶段。

119. 实施平等享有国家补救办法的原则要求参与国消除对损害环境方面的赔偿金和其他补救办法的民事诉讼的司法障碍。例如,有些国家的法庭不审理在外国领土上导致损害的设施或行为的案件。

120. 经合组织理事会 1976年5月11日关于越境污染问题上平等机会权的 C(76)55号建议(定

¹¹⁶ 1984年12月6日理事会关于在欧洲共同体内部控制跨界运输危险废物的指示, *Official Journal of the European Communities*, 27th year, No. L326, 13 December 1984, 第31至36页。

¹¹⁷ 见 Gaines, 同前引书(上见脚注 111), 第479页。

¹¹⁸ 同上, 第482页。根据 Gaines 所述, 有一个例外:《清洁水法》项下的污水处理建筑拨款方案几乎对污染控制未给任何补贴和拨款。同样, 在1990年《清洁空气法》修正案中, 国会颁布了一项完全遵照污染者付费原则的许可费制。

¹¹⁹ 见经合组织理事会关于将污染者付费原则应用于事故污染的 C(89)88号建议(上见脚注 113)。欧洲共同体理事会关于废物造成损害民事责任修订拟议指令, 所依据的原则也类似于污染者付费原则。见 Gaines, 同前引书(上见脚注 111), 第482至483页。

¹²⁰ 见 Gaines, 同前引书(上见脚注 111), 第483页。Gaines 指出, 有些控制事故污染所包括的费用可能是面向预防, 但另一些可能强烈面向补救办法。例如, 在经合组织关于事故污染原则的指导方针所提及的费用中就涉及恢复被污染环境的一些费用。恢复环境所选择的办法和种类使污染者付费原则与污染者应付费的赔偿责任概念相去甚远。例如, 在美利坚合众国如果某个事故污染源负有恢复环境的责任, 该责任就被认为是一种补偿遭受损害的措施, 而不是一种预防或保护措施。美国法规的自然资源部分显然采用类似的办法, 规定了支付清除危险废物的补救费用的责任。例如, 在俄亥俄诉内务部案中, 法院认为修复费用对损害是更可取的措施(880 F.2d 432, 第444页(D.C. Cir. 1989))。

¹²¹ Gaines, 同前引书(上见脚注 111), 第483至485页。

¹²² 同上。

稿)¹²³指出, 平等机会权和不歧视原则旨在促进解决跨界污染问题。对于平等机会权原则, 经合组织如此界定其宗旨: 本原则旨在使非污染起源国的跨界污染的实际或潜在受害者享有此类污染起源国类似污染的潜在或实际受害者所享有的同样的行政或法律程序。应用该原则尤其导致这样的情况, 即共同边界两边受同样跨界污染的两个受害者在污染发生前的预防期间和造成损害后的治理期间享有同样机会发表意见或保护其权益。因此, 比如说本国的和外国的受害者可以平等地参与所组织的调查或公开审讯以审查某一污染活动的环境影响, 他们可以对环境决定进行诉讼, 因为他们希望在污染起源国主管行政机关或法定机关面前无歧视地对环境决定提出异议。他们可以为获取损害赔偿或停止损害提起诉讼。

121. 经合组织认为平等机会权原则主要是一个程序性原则, 因为它影响对受害者主张实质内容的处理方式。平等机会权原则主要旨在处理邻国间发生的环境问题。地理上邻近意味着邻国法律制度有些近似和类似以及它们在保护环境政策上的某些类似。一个合适的例子是北欧理事会成员国之间的《环境保护公约》。在长距离污染问题上应用这一原则可能不行或不大合适。

122. 对于不歧视原则, 经合组织指出, 该原则主要旨在确保在污染有跨国界影响时, 对环境的保护至少同污染发生在起源国领土上时一样, 其他一切均相等。应用该原则的一个特别结果是一国边界附近的污染者所受到约束的严厉程度不会比在该国内地污染者所受约束轻, 如果这两个污染者对国内或国外的环境造成类似影响的话。事实上, 由于该原则促使一个国家平等地考虑域外生态损害和本国生态损害这一事实, 它意味着边境地区的环境政策不得因此而持续宽松。该原则的第二目的是保证在外国的跨界污染受害者所受待遇与在污染起源国同一污染受害者所受待遇至少一样。具体地说, 这种办法导致跨界污染的受害者获得的补偿与本国领土内同一情况下受同样损害的受害者获得的补偿至少相同。

123. 不歧视原则的目的是协调国家保护其领土内外环境的各项政策。它的目的还在于确保遭受损害的外国人能获得损害起源国本国法律为其公民

规定的同样待遇。在某种程度上讲, 在国家责任法中对外国人的国民待遇有类似之处。人们还记得, 国家责任问题的国际法中在对外国人的待遇方面有两种观点。一种观点主张给外国人的待遇同东道国的国内法规定给予本国国民的待遇一样。另一种观点选择给外国人以最低标准的待遇, 而东道国的法律规定给予比最低国际标准还低的标准, 不歧视原则在环境污染的情况下可以同国家责任法中同等待遇原则相比, 尽管不歧视原则处理的是原告的实质性权利, 但它不直接影响要求的实质内容。不过, 经合组织秘书处认为, 由于有平等机会权, 原告还是可能有办法请求损害的起源国政府和行政当局改变其实体法, 并鼓励他们的政府与污染国政府谈判。

124. 在环境领域应用不歧视原则的潜在问题在于有时候各国规定的实质性补救办法有很大差别。另外, 由于此原则意在邻国之间应用, 这就意味着有关各国即使在实体法上也会有一些相似之处, 或者至少各自想在保护环境方面协调它们的国内法。广泛地将此原则应用于长距离污染问题和有非常不同的环境政策和法律的邻国会产生相当多的问题。

125. 在这方面可以提到美利坚合众国和墨西哥之间或一些西欧国家和它们的东欧邻国之间在环境法方面存在着区别。即使在欧洲国家之间要应用该原则也需对其国内法作一些变动。经合组织对 17 个成员国实施平等机会权原则做了比较研究, 并得出结论认为有些国家在实施此原则中会遇到一些困难。第一个困难是某些国家长期存在的传统情况。它们的行政法院无权审理涉及行政决定域外效力的案件。第二个困难在于少数国家是由于要使损害发生地方的法院成为唯一的审判机构。经合组织虽然知道有很多困难但还是支持与批准在其成员国中应用平等机会权原则。

126. 在北美, 加拿大和美国曾尝试要协调它们的法律使其规定要实施平等机会权原则。加拿大和美国关于统一跨界措施和互惠待遇的一项框架性法律提供了一种适当的立法模式。《越境污染互惠机会法》已得到美国一些州立法机构的通过, 其中包括新泽西、科罗拉多和威斯康星州。在国际一级的例子不多, 其中包括《环境保护公约》和瑞士与德意志联邦共和国之间的《核能领域第三方责任协定》。至少还有一个双边协议, 即大不列颠及爱尔兰联合王国与美利坚合众国 1909 年 1 月 11 日签订

¹²³ 载于 *OECD and the Environment* (上见脚注 110), 第 169 至 170 页。

的《美加边界水体条约》，该条约规定平等机会权，但不仅限于环境污染。

127. 平等机会权并非没有问题。有些作者提到，平等机会有利于在跨界损害活动起源国对被告提起的诉讼。这些作者认为，被告国的法院可能较多同情被告而较少知道跨界损害的范围。他们表示在按照1969年《民事责任公约》建立管辖制度时就有这种考虑，根据该制度原告可选择在其本国法院提起诉讼。其他有联系的问题是限制向外国被告提供法律手续，如被告是国营企业可援引主权豁免的可能性、双重起诉规则、法院不愿向其他国家的活动提供强制令救助以及判决难以获得执行或承认的问题。这些事项可能须在专门的公约草案中解决，例如，就像在1969年《民事责任公约》中解决一样。

128. 已建议原告可在其本国法院或导致跨界损害的活动发生国法院之间作出地点选择。一般说来，关于民事责任的各项公约并不为原告提供这种选择，只有《核动力船舶经营人责任公约》¹²⁴和《关于因勘探和开采海床矿物资源而造成油污损害的民事责任公约》规定可选择地点。一般说来，这些关于核责任的公约只将管辖权给予造成损害的核事故发生国。这通常指核设施所在国，但过境核材料除外。¹²⁵

129. 至于国际实践，《斯德哥尔摩宣言》⁷⁸或《里约宣言》⁷⁹都不承认平等机会权原则。《联合国海洋法公约》看来是支持平等机会要求的，其第235条第2款规定：

各国对于在其管辖下的自然人或法人污染海洋环境所造成的损害，应确保按照其法律制度，可以提起申诉以获得迅速和适当的补偿或其他救济。

(b) 民事责任

130. 民事责任制度已被认为是执行污染者付费原则的另一方法。这些制度已用于核和油污染。有人认

¹²⁴ 关于该《公约》的一个评注，见 P. C. Szasz, "The Convention on the liability of operators of nuclear ships", *Journal of Maritime Law and Commerce* (Silver Springs, Md.), vol. 2, No. 3, April 1971, 第 541 至 570 页，以及 S. Cigoj, "International regulation of civil liability for nuclear risk", *International and Comparative Law Quarterly* (London), vol. 14, part 3, July 1965, 第 809 至 844 页。

¹²⁵ 例见《核能领域第三方责任公约》第 13 条和《关于核损害民事责任的维也纳公约》第十一条。

为关于民事责任的公约不一定执行污染者付费原则，因为国家和其他来源的自愿捐款已为污染者付费了。

B. 经营人的赔偿责任

131. 有些国内法采用了严格责任观念，活动的经营人对所造成的损害负赔偿责任。经营人定义随活动性质而有所不同。例如，根据美利坚合众国《石油污染法》¹²⁶，下列个人得承担赔偿责任：(a) 诸如船舶、陆上和海上设施、深水港和管道的所有人或经营人等责任者；(b) “保证人”，即“责任者以外的为责任者提供财务责任证据的人”；(c) 第三者（上述两类以外的个人，即他们的代理人或雇员或独立承包商，其行为是构成伤害的唯一原因）。

132. 同样在美国，《环境综合法》规定船舶和设施的所有人和经营人负有责任。¹²⁷ “所有人”和“经营人”的定义如下：

(一) 关于船舶，任何拥有、经营或因死亡而特许拥有该船舶的人；

(二) 关于陆上或海上设施，任何拥有或经营设施的人。¹²⁸

133. 《环境综合法》和《石油污染法》都批准向负责人的财务保证人直接起诉。

134. 按照1990年德国《环境责任法》第一部分的规定，造成损害的“设施”的“所有人”要绝对承担赔偿责任。¹²⁹

135. 按照国际法，除极少数例外，经营人要为他们的活动造成的损害承担赔偿责任。这一点在条约实践中特别明显。

1. 条约实践

136. 造成域外损害的活动经营人或经营人的保险承保人将为损害承担赔偿责任。在主要涉及商业活动的公约中，这是标准做法，如1966年缔结的《1961年2月25日〈国际铁路客运和行李托运公约〉（〈铁路运输公约〉）关于铁路部门对旅客人身伤亡所负责任的附加公约》。该《附加公约》的第2条规定：

¹²⁶ 上见脚注 60。

¹²⁷ 第 9607(A) 条（上见脚注 57）。

¹²⁸ 第 9601(20 A) 条（同上）。

¹²⁹ Hoffman, 同前引书（上见脚注 71），第 32 页。

1. 旅客在火车中或上下火车时由于铁路经营引起的事故,造成乘客伤亡,或肉体上或精神上之其他任何伤害,铁路对损害应负赔偿责任。

[……]

6. 为了本《公约》之目的,“负责铁路”是指按照《铁路运输公约》第 59 条提供的线路表,在发生事故的线路上经营的铁路。如按照上述线路表,这一线路由两家铁路共同经营,则它们均应负赔偿责任。

137. 铁路经营者可以是私人实体或政府代理机构。就赔偿责任和补偿而言,《附加公约》对它们未加区别。

138. 同样,《外国飞机对地面(水面)上第三者造成损失的公约》规定,引起地面上个人受到损害的飞机的经营人负有赔偿责任。¹³⁰

139. 飞机经营人也可能是私人或政府实体。根据该《公约》第 11 条规定,经营人享有赔偿责任

限制。但是,如伤害系由经营人的过失所造成,则经营人不得享受赔偿责任限制。¹³¹在某些情况下,赔偿责任可由飞机保险承保人承担。¹³²

140. 1969 年《油污损害民事责任国际公约》规定了船舶所有人负有严格责任的制度。其第三条第 1 款规定:

1. 除本条第 2、3 款规定外,事故发生时,或者如事故分数次发生,其中第一次发生时的船舶的所有人应对事故发生后使船舶溢出或排放油类造成的污染损害负赔偿责任。

141. 然而,根据第五条第 2 款,如果事故“系由所有人之实际过错或默契的结果所造成,他应无权利用规定的限制”。

142. 1969 年,有人对于船舶的所有人或货物的所有人或他们二者是否应承担绝对的赔偿责任的费用表示了关注。¹³³使船舶的所有人承担绝对赔偿责任的最后协议是由于一致同意通过另一公约才达成的。该公约要(a)确保适当补偿受害人和(b)通过对船舶所有人的部分赔偿责任进行补偿来分散责任负

¹³⁰ 该《公约》有关条款规定:

“赔偿责任原则

“第 1 条

“1. 在地面上受到损害的任何个人,只须证明此类损害由飞行中之飞机造成,或由飞机上落下之任何个人或物品造成,便有权按照本《公约》要求赔偿。[……]

“[……]

“第 2 条

“[……]

“2. (a) 为了本《公约》之目的,‘经营人’一词意指损害发生时飞机的使用者。如飞机航行的控制权由直接或间接授予使用飞机的人保有,此人将被视为经营人。

“(b) 一人亲自使用一架飞机或者其雇员或代理人于受雇期间使用这一架飞机,不管这是否属于他们的职权范围,该人均被视为正在使用该飞机。

“3. 飞机之注册所有人将被认为经营人,并将因此承担责任,除非在确定其赔偿责任过程中该所有人证明另有他人为经营人,并在法律程序允许范围内采取一切适当措施使另一人成为诉讼中的一方。

“第 3 条

“如损害造成时作为经营人的人,自开始使用飞机之日起十四天以上期间并不单独享有飞机使用权,则享有飞机使用权的人将和经营人一起承担连带责任,双方均受本《公约》规定的约束,在本《公约》赔偿责任的限度之内。

“第 4 条

“如某人未经有权控制飞机航行者的同意而使用一架飞机,则后者除非证明他加以应有的注意以制止此类使用,否则将和非法使用者一起,为造成第 1 条项下有权索赔的损害而承担连带责任,均受本《公约》规定的约束,和在本《公约》赔偿责任的限度之内。”

¹³¹ 第 12 条规定:

“1. 如受到损害者证明损害系由经营人、其雇员或代理人意欲造成损害的故意作为或不作为所致,则经营人的赔偿责任应是无限的;如此类作为或不作为是此类雇员或代理人所为,则还需证明此人是在受雇期间并在其职权范围之内活动的。

“2. 如有人未经有权使用飞机者的同意非法地占有并使用飞机,其赔偿责任应是无限的。”

¹³² 第 16 条有关各款规定:

“5. 受损害者按照有关保险合同或担保的法律而享有的任何直接诉讼权不受影响,受损害者只有在下述的情况下才能对保险承保人或担保人直接起诉。

“(a) 按本条第 1 款(a)和(b)项规定,保险继续有效情况下;

“(b) 经营人破产。

“6. 除本条第 1 款规定的辩护外,保险承保人或其他提供担保者对受损害人在适用本《公约》情况下提出的直接诉讼,不得利用任何无效理由或任何追溯力终止权。

“7. 本条的规定不妨碍保险承保人或担保人对任何别人享有追索权的问题。”

¹³³ Abecassis 和 Jarashow, 同前引书(上见脚注 80), 第 253 页, 注释 1, 援引 LEG/CONF/C.2/SR.2-13 号文件。

担。这一办法使《设立国际油污损害赔偿基金的国际公约》获得通过。该《公约》的序言阐明了上面提到的两个主要目标：

然而考虑到这个制度并未给所有情况下油污损害的受害者充分补偿，同时它给船舶的所有人更多财政负担，

又考虑到船舶在海上散装运输时溢出或排放油类造成的油污损害的经济后果不应只由运输业承担，油产品利益集团也应承担一部分，

深信有必要为补充《油污损害民事责任国际公约》而精心设计一个补偿和赔偿制度，以便确保油污事故的受害者得到充分补偿，同时减轻该《公约》给船舶所有人带来的更多财政负担。

143. 该《公约》设立了国际油污补偿基金。修订 1969 年《民事责任公约》的 1984 年《议定书》获得通过，也允许为补偿受害者设立一个国际油污补偿基金。1984 年《议定书》与分配赔偿责任和因限额大幅度提高而救济船舶所有人无关：其中删去了所有提及船舶所有人赔偿的话。

144. 修订 1969 年《民事责任公约》的 1984 年《议定书》第 2 条第 4 款扩大了《公约》第 1 条第 8 款规定的“事故”范围，把污染的征兆情况也包括在内。新定义界定：

“事故”指任何造成污染损害或带来造成此类损害的严重而逼近的威胁的事件或同一来源的一系列事件。

145. 第一个关于核材料民事责任的公约是 1960 年 7 月 29 日的《核能领域第三方责任公约》（下称《巴黎公约》）。该公约由经合组织起草，准备在西欧国家应用。《公约》序言称，其目的是要为核损害的受害者提供适当补偿并统一缔约国核损害方面的法律。

146. 该《公约》规定核设施的经营者负有绝对的但有限的赔偿责任。由于得到欧洲核国家的大量批准，它被认为是核领域较成功的公约之一。1964 年经《附加议定书》修正之后，提高了业经证明为不足够的赔偿责任限额。

147. 《关于核损害民事责任的维也纳公约》（下称《维也纳公约》）在全球一级建立了一个类似的制度。《巴黎公约》未直接提及绝对赔偿责任概念，《维也纳公约》却在第四条第 1 款明确提到

该概念，它说“根据本公约规定，核损害经营人的赔偿责任应是绝对的”。《维也纳公约》还规定了赔偿责任的限制。

148. 《核动力船舶经营者责任公约》也规定了核动力船舶经营人的绝对赔偿责任。¹³⁴ 该《公约》制订了核动力船舶的民事责任制度。¹²⁴

149. 1971 年通过的《海上核材料运输民事责任公约》规定在海上核材料运输过程中发生核事故造成的损害时核设施经营人的民事责任。

150. 上述 4 项核损害领域的条约除向核损害的受害者提供公平的补偿外，还协调了国内法关于该领域赔偿责任的重要方面。它们规定：(a) 核设施经营人的绝对赔偿责任，意指起因的证据足以确定赔偿责任的归属；(b) 经营者赔偿责任的限制；和(c) 强制保险保付补偿。《巴黎公约》的《补充公约》也规定为保付补偿提供额外的政府基金。¹³⁵ 其他公约则没有这类要求。

151. 根据各项核民事责任公约，国家有相当大的斟酌权以便在国内法中制订各种赔偿责任的最高限额、作出保险安排、确定核损害定义或在发生严重自然灾害时继续要求经营者承担责任。¹³⁶ 德国和奥地利提出保留将《巴黎公约》关于赔偿责任的抗辩的第 9 条删除的权利，从而使赔偿责任成为绝对责任。¹³⁷

152. 目前原子能机构核损害赔偿赔偿责任常设委员会正努力起草一项新的跨界核损害公约。现正审议这类损害的补充基金问题。

153. 《危害环境活动造成损害的民事责任公约》第 6 和 7 条规定经营者承担绝对赔偿责任。序言中说明，该《公约》依据的是污染者付

¹³⁴ 《公约》第二条规定：

“1. 经证明造成损害的核事故涉及到核动力船舶的核燃料、放射性物品或产生的废料，则该核动力船舶之经营者应对此种任何核损害承担绝对责任。

“2. 除本《公约》另有规定外，经营者以外的其他人对此类核损害不承担责任。”

¹³⁵ 见《补充公约》第 3 条(b)(二)和(三)款，以及《巴黎公约》的各项《附加议定书》。

¹³⁶ 见《维也纳公约》第四条第 3(b)款和《巴黎公约》第 9 条。

¹³⁷ 见 Birnie 和 Boyle, 同前引书(上见脚注 82), 第 373 页, 脚注 187。

费原则。如有一个以上经营人，根据第 6 条他们应连带地承担责任。¹³⁸ 《公约》第 2 条第 5 款为经营人下的定义是“任何对危险活动实行控制的人”。同一条第 6 款对人下的定义是“公法或私法所管辖的任何人、合伙人或任何团体，不论是否为法人，包括一个国家或其任何一个分支机构”。

154. 根据《南极矿物资源活动管理公约》第 8 条，主要赔偿责任由经营人承担，发起国如(a)未遵行公约规定的义务且(b)未能通过经营人或其他人提供充分补偿，则应承担赔偿责任。

155. 根据《危险品运载公约》，承运人承担赔偿责任。在“承运人”的定义中有“控制”方面的内容。第 1 条第 8 款为道路运输和内河航船的“承运人”下的定义是“在事故发生时正控制船上危险货物运载车辆使用的人”。根据此款规定，“以其名义在国家登记处登记车辆的人，或在未进行登记的情况下车辆的所有人应被认为控制了车辆的使用”，除非他证明“另一人控制了车辆的使用”而他揭露了该人身份。在通过铁路运输的情况下，“经营铁路线的一人或多人”被视为“承运人”。海事组织起草的 1995 年《海上运输有害和有毒物质的责任与赔偿国际公约》草案结合了此定义和 1969 年《民事责任公约》所提出的“所有人”定义。

156. 海事组织的《公约》草案第 4 条规定运载危险物质的船舶所有人应承担赔偿责任。¹³⁹

¹³⁸ 《公约》第 6 条有关各款规定：

“2. 如果某事故连续发生，在该发生过程中连续实行对危险活动的控制的所有经营人应承担连带和个别责任。然而，如经营人证明在他对危险活动实行控制期间发生的事故只造成部分损害，他只应承担那一部分赔偿责任。

“3. 如同一起来源的某事故多次发生，任何一次这类事故发生时的经营人均应承担连带责任。然而，如经营人证明在他对危险活动实行控制期间发生的事故只造成部分损害，他只应承担那一部分赔偿责任。

“4. 如果在设施或现场的这类危险活动停止以后，发现某危险活动造成的损害，该活动的最后一个经营人应承担该损害的赔偿责任，除非他或遭受损害的人证明该损害的全部或部分是在他成为经营人以前发生的事故所造成。如果有此证明，应适用第 1 至第 3 款的规定。”

¹³⁹ 上见脚注 88。

157. 《控制危险废物越境转移及其处置巴塞尔公约》的议定书草案第 4 条关于赔偿责任方提出了各种备选方案。¹⁴⁰ 头两个备选方案列举了各种个人如生产者、出口者、处理者或经纪人，第三个备选方案规定在发生事故时主管控制废物业务的任何人承担赔偿责任。

2. 条约以外的司法裁决和国家实践

158. 司法裁决或官方函件并未清楚说明经营人的赔偿责任。这些来源均未提供事例说明经营人被认定是对其活动所造成损害唯一应负责赔偿的人。在有些事例中，私方经营人自愿支付赔偿并单方面采取行动尽量缩小或防止损害，但未承认赔偿责任。显然，很难确定采取单方面和自愿行动的实际原因。但是不能完全设想这种行动只是出于“道义”原因。不应低估本国政府、舆论、或经营业务必须有缓和的气氛等形成的压力。所有这些压力可导致形成比单纯道德义务更强烈的期望。

159. 1972 年一艘在利比里亚注册的 World Bond 号油轮在华盛顿州切里岬的大西洋里奇菲尔德公司炼油厂卸油时将 4.5 万升原油泄入海中。石油漂到加拿大水域，污染了不列颠哥伦比亚省 5 英里海岸。溢出数量相对来说是小的，但具有重大的政治影响。炼油厂和边界线双方当局迅速采取行动以控制污染，减少损害，以致将对加拿大水域和沿岸的损害缩小到最低限度。清除活动费用由私方经营人大西洋石油公司承担。¹⁴¹

160. 佩顿包装公司和卡苏科公司的活动造成的跨界污染案中，这两家美国公司已单方面采取行动补救损害。同样，特雷尔冶炼厂案中，加拿大经营人采矿冶炼联合公司单方面采取行动以补救该公司在华盛顿州的活动所造成的损害。另外，关于一家私营加拿大公司打算在阿拉斯加边境波弗特海进行石油勘探工程，加拿大政府保证如果该公司的保证不足时，加拿大政府将对美利坚合众国可能受到的任何损害作出补偿。

C. 国家的赔偿责任

161. 以往的趋势表明，国家对其领土管辖或控制范围内进行的活动对其他国家及其国民造成的

¹⁴⁰ 上见第 83 段。

¹⁴¹ 见 *The Canadian Yearbook of International Law* 1973 (Vancouver), vol. XI, 第 333 至 334 页。

损害承担赔偿责任。即使将赔偿责任加之于活动经营人的条约，也不是在任何情况下都排除国家的赔偿责任。这一类国家责任制是国家责任和赔偿责任的混合物（上见第 81 段）。

1. 条约实践

162. 在某些多边条约中，国家同意对其领土管辖或控制范围内进行的活动造成的损害承担赔偿责任。为管制多半是私人经营人进行活动的某些公约，使国家承担一定责任，以确保其经营人遵守规章。如该国一旦不能做到这一点，看来就得对经营人所造成的损害负赔偿责任。例如《核动力船舶经营人责任公约》第三条第 2 款要求，经营人以许可证签发国规定的形式“进行保险或其他财政保障，以应付核损害的赔偿责任”。其次，“对经营人的核损害如已确定，许可证签发国必须保证付给核损害索赔款项，提供 [第三条] 第 1 款规定限额的必要基金，直到补足保险金额或财政保障不足以满足索赔要求的余额”。因此根据该《公约》，许可证签发国有义务保证核动力船舶的经营人或所有人的保险能满足该《公约》的要求，否则该国本身将负赔偿责任，并且必须支付赔款。此外，第十五条规定国家有责任采取一切必要措施，防止核动力船舶未领许可证而悬挂它的国旗营运。如一个国家未能照此办理，而悬挂其国旗的一艘核动力船舶对他人造成损害，则船旗国即被认为许可证签发国，按照第三条规定的义务，将对受害者负赔偿之责。¹⁴²

¹⁴² 该《公约》第十条规定：

“1. 每一缔约国保证采取一切措施，以防止核动力船舶未领许可证或未经许可悬挂它的国旗营运。

“2. 如核损害涉及到的是悬挂一个缔约国国旗、核事故发生时未领许可证或未经该国许可营运的核动力船舶的核燃料、放射性产品或废料，核事故发生时该核动力船舶的所有人，除他的赔偿责任在数额上没有限制外，应被认为完全符合本《公约》规定之核动力船舶的经营人。

“3. 在发生此种事故时，核动力船舶悬挂其国旗的缔约国应被认为完全符合本《公约》规定之许可证发放国，按照第 3 条对许可证发放国规定的义务，对受害者特别负有赔偿责任，直到其中规定的数额为止。

“4. 每一缔约国，不得准许或授权经营悬挂其他国家国旗的核动力船舶。然而本款决 not 禁止缔约国在其国内水域或领海中，实施关于核动力船舶营运之国内法的要求。”

163. 《南极矿物资源活动管理公约》第 8 条第 2 款规定：

经营人对以下事项负有绝对赔偿责任：

- (a) 对南极环境或所属或有联系的生态系统 [……] 的损害；
- (b) 对已有用途 [……] 的灭失或削弱；
- (c) 由于上述(a)项损害造成的第三者财产的灭失或损害或丧失生命或人身伤害；以及
- (d) 因任何人必须以行动作出反应 [……] 导致的合理费用偿还。

164. 第 8 条第 3 款规定，如发起国履行了本《公约》所规定的对其经营人的义务本不会发生或继续发生第 2 款所提及的损害，则根据国际法，该损害所造成的赔偿责任将限于经营人或其他人未履行的那部分责任。

165. 《控制危险废物越境转移及其处置巴塞尔公约》的议定书草案第 9 条规定，如民事责任和（或）基金制度对损害的补偿不足或不可获得，则国家有责任支付补偿。

166. 对于主要涉及国家的活动，则国家本身已承认赔偿责任。《外层空间物体所造成损害的国际责任公约》中就有此种义务。该《公约》第 2 条规定发射国对其外层空间物体造成的损害负有绝对赔偿责任：

发射国对其外层空间物体在地球表面及对飞行中之航空机所造成之损害，应负给付赔偿之绝对责任。

167. 第四条规定，如一次事故中，涉及到两个外层空间物体，并对第三国或其国民造成损害，则两个发射国对第三国都负有赔偿责任。¹⁴³

¹⁴³ 第四条规定：

“1. 如一发射国之外层空间物体在地球表面以外之其他地方对另一发射国之外层空间物体或此种外层空间物体所载之人或财产造成损害，并因此对第三国或对第三国之自然人或法人造成损害时，前两国在下列范围内对第三国应负连带及各别责任：

“(a) 如对第三国之地球表面或飞行中之航空机造成损害，则对第三国应负绝对责任；

“(b) 如对地球表面以外其他地方之第三国外空物体或此种物所载之人或财产造成损害，对第三国所负责任视前两国中任何一国之过失或任何一国所负责之人之过失而定。

“2. 就本条第 1 款所称负有连带及各别责任之所有案件而言，对损害所负之赔偿责任应按前两国过失之程度分摊之；如该两国每造过失之程度无法断定，赔偿应由该两国平均分摊之。此种分摊不得妨碍第三国向负有连带及各别责任之

168. 此外, 第五条规定, 如两个或两个以上国家共同发射外层空间物体, 对该物体可能造成之任何损害都应负连带及各别责任。¹⁴⁴

169. 第二十二條第 1 和 2 款规定, 如发射实体是一个政府间国际组织, 它具有同发射国一样的赔偿责任。

170. 同一条第 3 和 4 款还规定, 同发射外层空间物体的政府间国际组织无关, 作为《公约》缔约国的国际组织成员国也承担连带及各别赔偿责任。¹⁴⁵

171. 最后, 《联合国海洋法公约》第 139 条规定, 该《公约》缔约国将保证国家或其国民在该“区域”(意指超过国家管辖权的水下区域和海床)进行之活动遵守该《公约》。如缔约国未能履行其义务, 就应对损害负赔偿之责。在该“区域”进行活动之国际组织也负同样责任。在这种情况下, 共同行动的国际组织的成员国应负连带及各别责任。在该“区域”活动之国际组织

的成员国, 必须保证执行该《公约》对国际组织的要求。¹⁴⁶

172. 该《公约》第 263 条同样规定, 国家和国际组织对它们或为它们进行海洋科学研究引起海洋环境污染造成之损害负赔偿责任。

2. 条约以外的司法裁决和国家实践

173. 一些司法裁决、官方函件和国家间的关系表明, 在某些情况下, 国家对其领土管辖内的私人活动以及领土范围以内和以外的国家活动都承担责任。即使有些国家拒绝接受赔偿责任作为一项法律责任, 然而不管它们用以说明的措词如何, 它们的行动等于是接受了。本节研究的大多数案例和事故与国家进行的活动有关。

174. 1949 年 4 月 9 日科孚海峡案的裁决(是非曲直)中, 阿尔巴尼亚未将其领海内存在着可能是也可能不是阿尔巴尼亚政府造成的危险通知英国船舶, 因而国际法院要阿尔巴尼亚承担赔偿责任。国际法院判定, 为了整个航运的利益阿尔巴尼亚有义务通知存在着一个水雷区, 这不仅有 1907 年《第八号海牙公约》可作为依据, 而且也是根据“某些普遍公认的原则, 即在平时时期甚至比战时更需要将人道作为基本考虑, [……] 以及每一国家有义务不允许明知故犯, 将本国领土用以进行违反别国权利的行动”。¹⁴⁷ 法院判定, 阿尔巴尼亚未曾设法

发射国之任何一国或全体索取依据本《公约》应予给付之全部赔偿之权利。”

¹⁴⁴ 第五条规定:

“1. 两个或两个以上国家共同发射外层空间物体时, 对所造成之任何损害应负连带及各别责任。

“2. 已付给损害赔偿之发射国有权向参加共同发射之其他国家要求补偿。参加共同发射之国家就其负有连带及各别责任之财政义务之分摊, 订立协议。此种协议不得妨碍遭受损害之国家向负有连带及各别责任之发射国之任何一国或全体索取依据本《公约》应予给付之全部赔偿之权利。

“3. 外层空间物体自其领土或设施发射之国家应视为共同发射之参加国。”

¹⁴⁵ 第二十二條第 3 和 4 款规定:

“3. 倘一国际政府间组织依本《公约》之规定对损害负有责任, 该组织及其成员国中为本《公约》缔约国者应负连带及个别责任, 但:

“(a) 此种损害之任何赔偿要求应首先向该组织提出;

“(b) 唯有在该组织于 6 个月时间内未给付经协议或决定作为此种损害之赔偿之应付数额时, 求偿国始得援引为本《公约》缔约国之成员国所负给付该数额之责任。

“4. 凡遵照本《公约》规定为已依本条第 1 款发表声明之组织所受损害提出之赔偿要求, 应由该组织内为本《公约》缔约国之一会员国提出。”

¹⁴⁶ 《公约》第 139 条(确保遵守公约的义务和损害赔偿)规定:

“1. 缔约国应有责任确保‘区域’内活动, 不论是由缔约国、国营企业, 或具有缔约国国籍的自然人或受到缔约国或其国民之有效控制的法人所从事者一律依照本部分进行。国际组织对于该组织所进行的‘区域内’活动也应有同样义务。

“2. 在不妨害国际法规则和附件三第 22 条的情形下, 缔约国或国际组织应对由于其没有履行本部分规定的义务而造成的损害负有赔偿责任; 共同进行活动的缔约国或国际组织应承担连带及各别赔偿责任。但如缔约国已依据第 153 条第 4 款和附件三第 4 条第 4 款采取一切必要和适当措施, 以确保其根据第 153 条第 2 款(b)项担保的人切实遵守规定, 则该缔约国对于因这种人没有遵守本部分规定而造成的损害, 应无赔偿责任。

“3. 为国际组织成员的缔约国应采取适当措施确保执行本条对此种组织的实施。”

¹⁴⁷ *I.C.J. Reports 1949*, 第 22 页。

防止这一灾难，因而法院认为阿尔巴尼亚“按照国际法应对爆炸 [……] 以及损害和丧失生命负责”。¹⁴⁸

175. 1979 年加拿大因苏联核动力卫星宇宙 954 号在其境内意外坠毁而对苏联提出的索赔中，谋求使苏联对事故带来的损害承担“绝对责任”。加拿大在论证苏联的赔偿责任时，不仅援引“有关的国际协定”，包括《外层空间物体所造成损害的国际责任公约》，而且也援引了“国际法的一般原则”。¹⁴⁹

176. 关于墨西哥在靠近美利坚合众国边界修建一条公路问题，美国政府认为尽管应其请求已对该工程作了某些技术修改，该公路仍未对其在美国领土内的财产的安全提供足够担保，保留对修建该公路可能发生的任何损害行使权利。在 1959 年 7 月 29 日致墨西哥外交部长的照会中，美国大使得出结论说：

鉴于前述情况，如因修建该公路而在美国造成损害，我奉命保留美国按照国际法可能具有的一切权利。¹⁵⁰

177. 在 *Rose Street Canal* 案中，美国和墨西哥双方对另一国在其自己领土内进行建设而可能产生的损害都保留施加赔偿责任的权利。¹⁵¹

178. 加拿大和美国在关于美国在安奇特卡岛上进行的坎尼金进行地下核试验的通信中，加拿大对如果发生损害保留索赔权。¹⁵²

179. 1954 年 3 月 1 日，美国在埃尼威托克环礁进行的一系列核试验造成的损害远远超出了危险区；它对公海上的日本渔民造成损害，污染了很大一部分大气和大量的鱼，从而大大搅乱了日本的鱼市场。日本要求赔偿。1955 年 1 月 4 日的照会中，美国政府完全避免涉及任何法律责任，但同意向日本赔偿试验造成的损害：

¹⁴⁸ 同上，第 36 页。关于此裁决是否确定国家负有绝对赔偿责任的各种观点，上见第 96 和 97 段。

¹⁴⁹ 上见脚注 96。

¹⁵⁰ 见 *Digest of International Law* (Washington, D.C.), Marjorie M. Whiteman ed., vol. 6, 1968, 第 262 页。

¹⁵¹ 同上，第 263 页起。

¹⁵² 见 *International Canada* (Toronto), vol. 2, 1971, 第 97 页。

[……] 美利坚合众国政府已明确表示，它准备给予补偿金，作为对已经造成的损害额外表示的关切和遗憾。

[……] 美利坚合众国出于恩惠而和法律责任问题无关，向日本政府提供总数两百万美元，作为对 1954 年马绍尔群岛核试验造成的损害的补偿。

[……]

美利坚合众国政府的理解是，日本政府在接受所偿付的总数为两百万美元时，即已完全解决因上述核试验所产生的任何和一切伤害、损失或损害而对美利坚合众国或其代理人或法人的任何和一切索赔。¹⁵³

180. 关于当时为美利坚合众国托管领土之马绍尔群岛居民遭受伤害问题，美国同意付给赔偿。在美国参议院内政和岛屿事务委员会的报告中说明，紧接着试验之后，风向意外转变时，有 82 个人居住在朗格拉普。该报告叙述居民所遭受的人身伤害及财产损失，以及美国立即提供的大量的医药援助，得出结论认为：“然而不能说至今所采取的赔偿性措施是十分足够的。”该报告透露，1960 年 2 月已向该托管领土高等法院对美国提出控诉，要求对财产损失、放射病、烧伤、肉体和精神上的痛苦、丧失配偶和医药费用赔偿 850 万美元。这一诉讼案以缺乏管辖权而未予受理。然而该报告得出结论认为，需要引用众议院第 1988 号议案（付给赔偿）“使美国能公平对待这些人。1964 年 8 月 22 日，约翰逊总统签署一个法案使之成为法律，根据这一法律，美国应承担“同情心的责任”，对太平洋群岛托管领土中朗格拉普环礁居民，因遭受 1954 年 3 月 1 日马绍尔群岛中比基尼环礁热核爆炸的辐照给予赔偿”，并批准 95 万美元平均分给朗格拉普的受害居民。¹⁵⁴ 1982 年 6 月，还有一篇报道说，里根总统政府准备付给马绍尔群岛政府一亿美元，以解决 1946 年至 1963 年间美国在太平洋进行核武器试验使岛民的健康和财产受到影响而对美国提出的一切索赔要求。¹⁵⁵

¹⁵³ *Department of State Bulletin* (Washington, D.C.), vol. 32, No. 812, 17 January 1955, 第 90 至 91 页。

¹⁵⁴ 见 *Digest of International Law* (上见脚注 150), vol. 4, 1965, 第 567 页。

¹⁵⁵ 见 *International Herald Tribune*, 15 June 1982, 第 5 页，第 2 栏。

181. 古特坝案的仲裁裁决也和国家赔偿责任有关。1874年,加拿大的一位工程师向本国政府建议,在加拿大境内的亚当斯岛和美国的列斯加洛普斯之间修建堤坝,以改善圣劳伦斯河的航运。经过调查和交换许多报告,并经美国国会以一项法令正式认可后,加拿大开始于1903年修造堤坝。然而不久就明白了,堤坝太低,不足以达到预期的目的,于是经美国同意,加拿大增加了堤坝的高度。1904年至1951年间,某些人为的变化影响了大湖区-圣劳伦斯河盆地水的流量。堤坝本身毫无变化,河上和安大略湖附近的水位却提高了。1951至1952年间,水位达到空前高度,加上风暴和其他自然现象,结果引起大面积泛滥和侵蚀,在湖的南北两岸造成了损害。1953年,加拿大拆除堤坝,作为修建圣劳伦斯深水航道的一部分,但美国因为据说由古特坝的存在而造成的损害继续恶化了好几年而要求赔偿损失。¹⁵⁶

182. 1965年成立了安大略湖索赔法庭来解决这一问题。该法庭并未调查加拿大方面的任何过错或过失问题,就承认加拿大的赔偿责任。该法院当然在很大程度上依靠1903年8月18日和1904年10月10日美国陆军部长认可修造堤坝文件中第二个条件的规定,以及加拿大的单方面同意接受赔偿责任。法庭还进一步断定,关于堤坝造成的损害,加拿大不仅要列斯加洛普斯的公民负责,也要对美国的全体公民负责,而且断定此种责任在时间上不能限于最初的试验阶段。法庭断定,有待于解决的问题只是古特坝究竟是否造成了因而提出索赔的损害以及赔偿的总数。

183. 另外也有一些跨界事故,是由一些国家的政府在本国境内进行活动而影响邻国的,但受害国并未公开要求赔偿。这当然是些较小的、比较偶然的事件。

184. 1949年,奥地利因匈牙利在接近奥地利边界的本国境内埋设地雷而向匈牙利政府提出正式抗议,并要求清除地雷,但对于地雷爆炸使奥地利受到的损害则并未要求赔偿。匈牙利埋设地雷是为了防止有人非法越过边界。奥地利所关心的则是在洪水期间,可能将地雷冲至奥地利境内,危及居住在边界附近的公民的生命。然而这

些抗议未能阻止匈牙利继续保留地雷区。1966年,匈牙利的一枚触发地雷越过边界,爆炸后造成大规模损害。奥地利大使向匈牙利外交部提出强烈抗议,指责匈牙利违反了无可争议的国际法律原则,按照这一原则,在一国境内采取的措施,务必不能危及另一国公民的生命、健康和财产。在第二次事故发生后,奥地利又一次向匈牙利提出抗议,说匈牙利没有承担官方义务,采取一切措施防止今后发生此种事故,是和“睦邻”原则完全不符的。后来匈牙利清除所有地雷区,另外埋在远离奥地利边界的地方。¹⁵⁷

185. 1968年10月,瑞士的炮兵部队在一次演习中,误向边界以外列支敦士登境内四次开炮。关于这一事故的实际情况是难以查清的,但是瑞士政府在致列支敦士登政府的照会中,对无意中侵犯其领土明确表示遗憾。瑞士政府在照会中表示愿意对这一事故造成的损害支付赔偿,并向列支敦士登当局保证,将采取一切必要措施以防止今后发生事故。¹⁵⁸

186. 司法裁决和官方来往函件证明,一些国家同意对本国境内私人实体的活动造成的有害影响承担赔偿责任。此种国家赔偿责任的法律基础似乎来之于领土主权原则,这一概念使国家在地球的某一部分之内具有独有的权利。详细阐述领土主权的作用在帕尔马斯岛案(1958年4月4日)中得到了强调。¹⁵⁹在该案中,仲裁人说,领土主权:

不能仅限于消极方面,即排斥其他国家的活动;因为它用以划分各国之间人类开展活动的空间,以便保证它们在各方面都能得到最低限度的保护,而国际法就是它的保护人。¹⁶⁰

187. 此种概念后来又和比较现实主义的态度结合起来,即实际上的切实控制就是国家赔偿责任和义务的有效基础。国际法院在它的1971年6月21日就纳米比亚问题指出:

¹⁵⁷ G. Handl, "Conduct of abnormally dangerous activities in frontier areas: the case of nuclear power plant siting", *Ecology Law Quarterly* (Berkeley, Calif.), vol. 7, 1978, 第23至24页。

¹⁵⁸ *Annuaire suisse de droit international, 1969-1970* (Zurich), vol. 26, 第158页。

¹⁵⁹ 荷兰诉美利坚合众国案, RIAA, vol. II, 第829页。

¹⁶⁰ 同上, 第839页。

¹⁵⁶ 见美国代理人提交安大略湖索赔法庭的报告, "Canada-United States Settlement of Gut Dam Claims (September 27, 1968)", ILM, vol. VIII (1969), 第128至138页。

切实控制一个领土，而不是主权或名义上的合法性，是对影响其他国家的行动负国家赔偿责任的基础。¹⁶¹

188. 从这一观点看来，国家对其控制下的私人造成的域外损害是在这一研究报告范围内要加以考虑的一个重要问题。以下是触及到国家赔偿责任根源的国家实践的一些案例。

189. 1948 年，在意大利阿契萨特的一家军火工厂爆炸，对边界以外瑞士的几个市镇造成不同程度的损害。瑞士政府要求意大利政府赔偿损害。瑞士政府援引睦邻原则，并争辩说，意大利应负赔偿责任，因为它允许在国际边界附近存在一家炸药工厂及其随之而来的危险。¹⁶²

190. 1956 年前南斯拉夫和奥地利的国际边界穆尔河，由于奥地利在该河上的几家水电厂部分放干了水库存水而排放出累积的沉积物和泥浆，使该河遭到广泛的污染。南斯拉夫要求赔偿两个造纸厂和渔业受到的经济损失。1959 年，两国同意解决争端；结果奥地利付给南斯拉夫赔款及一定数量的纸张。¹⁶³ 这一解决办法虽然是在奥 - 南穆尔河常设委员会范围内达成的，但在这一案例中，受害国援引控制国的直接责任，而控制国也接受了赔偿要求。

191. 1971 年，利比里亚油轮朱莉安娜号在日本本州岛西岸新泻海岸附近搁浅后裂开。油轮中石油被冲到岸上，对当地渔业造成巨大损害。利比里亚政府（船旗国）提出为了损害而给予渔民们二亿日元，渔民已接受。¹⁶⁴ 利比里亚政府接受因私人行动造成损害的索赔要求。在正式的外交层面上，似乎没有指责利比里亚方面有任何错误行动。

192. 在华盛顿州切里岬发生 4.5 万升原油意外泄入海洋，并继而污染加拿大海滩（上见第 159

段）之后，加拿大政府向美国国务院发出照会，其中对这一“不祥事故”表示严重关切，并且表明“政府希望得到可靠保证，负法律责任的人将全部赔偿一切损害及清除活动费用”。¹⁴¹ 加拿大外交部长在审查这一事故涉及的法律问题时说：

我们对确保遵守在 1938 年加拿大和美国间特雷尔冶炼厂案仲裁中所确立的原则特别关心。一国不能容许将其领土用于对另一国领土造成损害，并应负责赔偿因而遭受的任何损害，这是已经确认了的。加拿大在特雷尔冶炼厂案中接受了这一责任，我们期望同样的原则也将应用于现在这一情况。这一原则确实已为相当多的国家所接受，而且有望在斯德哥尔摩会议上通过它作为国际环境法的一条基本规则。¹⁶⁵

193. 加拿大提到特雷尔冶炼厂案，将它作为一个有关的先例，要求美国对其领土控制范围内的行动造成的域外损害负责，而不管美国是否有过错。这一争端的最后解决办法并未牵涉到加拿大引用的法律原则，私人公司污染者提出支付清除活动费用，而美国对加拿大索赔要求的官方答复如何依然不明。

194. 1973 年，法国的一家化工厂因生产杀虫剂，对边界外瑞士的巴塞尔城市州造成重大污染。污染对该州的农业和环境造成损害，每月毁坏了大约 1 万升牛奶。¹⁶⁶ 这一案件和外交谈判的真相均难以弄清。瑞士政府显然曾进行干预并和法国政府谈判，以期制止污染和对损害获得赔偿。法国当局的反应不明，不过受害者个人似乎已向法国法院提起控诉。

195. 美国和加拿大之间关于在阿拉斯加边界附近波福特海勘探石油的谈判中，加拿大政府保证要为进行勘探的私人公司的活动在美国造成的任何损害偿付赔偿。应当注意的是，虽然私人公司要提供债券为在美国的潜在受害者支付补偿，但如债券安排不足时，加拿大政府同意作为补充，为跨界损害费用承担赔偿责任。

¹⁶¹ 南非不顾安全理事会第 276(1970)号决议继续留驻纳米比亚（西南非洲）对各国的法律后果，咨询意见，*I.C.J. Reports 1971*，第 54 页，第 118 段。

¹⁶² P. Guggenheim, “La pratique suisse (1956)”, *Annuaire suisse de droit international*, 1957 (Zurich), vol. 14, 第 169 页。

¹⁶³ 见 G. Handl, “State liability for accidental transnational environmental damage by private persons”, *AJIL*, vol. 74, 1980, 第 545 至 546 页和 *The Times*, London, 2 December 1971, 第 8 版，第 1 栏。

¹⁶⁴ *The Times*, London, 1 October 1974 和 *Revue générale de droit international public* (Paris), vol. 80, 1975, 第 842 页。

¹⁶⁵ *Canadian Yearbook ...* (上见脚注 141), 第 334 页。

¹⁶⁶ L. Caflisch, “La pratique suisse en matière de droit international public, 1973”, *Annuaire suisse de droit international*, 1974 (Zurich), vol. XXX, 第 147 页。

第三章

免除赔偿责任

196. 在国内法中，已预期了一些免除赔偿责任的理由。例如，在美利坚合众国，《石油污染法》第 2703(a)条规定“完全的辩护”，其意思是，负责的一方可以不负赔偿责任，如果它以占有优势的证据证明：

排放和由此造成的损害或消除费用完全由下述原因造成：

1. 不可抗力；
2. 战争行为；
3. 第三者的作为或不作为：即非责任方的雇员或代理人的第三者或这样一个第三者，其作为或不作为为同责任方的合同关系有关，[……]但只有在下述情况下，“第三者”的辩护才有效，即责任方以占优势的证据证明：

A. 它考虑到油的特性，并根据所有有关的事实和情况，对有关的油给予了应有的小心；以及

B. 对任何这种第三者可以预计的作为或不作为及这类作为或不作为的可以预计的后果采取了预防措施。

4. 上述原因的任何结合。¹⁶⁷

197. 此外，关于第三者责任的第 2702(d)(1)(A)条规定，在任何责任方证明排放和由此造成的消除费用及损害完全由第 2703(a)(3)条中描述的一个或多个第三者造成的情况下，将把第三者当作为确定赔偿责任的第三者。第三者对这一规定的辩护似乎是虚幻的。根据第 2702(d)(1)(B)(一)和(二)条，责任方得向索赔人支付赔款并有资格代而享有美国政府和索赔人向第三者追偿消除费用和损失的全部权利。

198. 这些辩护将无效，如果责任方未能或拒绝根据第 2703(c)条：

1. 按法律要求报告事故，如果责任方知道或有理由知道事故；

2. 按负责官员的要求就消除活动提供所有合理的合作和协助；或

3. 在无充足诉因情况下，未能或拒绝遵守根据第 1321 条(c)或(e)款、[……]或《公海干预法》所发布的命令。¹⁶⁸

199. 同样根据《石油污染法》第 2703(b)条，如果事故是由索赔人的严重过失或有意的不当行为造成的，责任方不对索赔人负赔偿责任。根据第 2709 和 2710 条，在责任方不拥有完全辩护的情况下，如果排放至少部分由第三者引起，责任方可就责任的分担或赔偿向第三者提起诉讼。

200. 根据《联邦水污染控制法》（下称《水污染法》）第 1321(f)条，类似的辩护也有效。它们包括：(a)不可抗力；(b)战争行为；(c)美国政府的过失；或(d)第三者无论是否属于过失的作为或不作为，或者上述条款之结合。

201. 美国《环境综合法》第 9607(b)条规定了同样的辩护。内容如下：

1. 不可抗力；
2. 战争行为；
3. 非被告的雇员或代理人或非下述人员的第三者的作为或不作为，即这种人员的作为或不作为同被告现有合同关系直接或间接有关，如果被告证实：

A. 他考虑到有关有害物质的特点，根据所有有关的事实和情况，给予这种物质以应有的小心；以及

B. 他对任何第三者可预料的作为或不作为，以及对可预料产生于这种作为或不作为的后果采取了预防措施；或

4. 上述因素的任何结合。¹⁶⁹

¹⁶⁸ 同上，第 36 页。

¹⁶⁹ 同上，第 37 页。在所有人或经营人实际了解设施排放有害物质并随后将财产转让给另一人而未透露该信息，该前所有人或经营人仍然负有赔偿责任，而且不能根据第 9607(b)(3)条援引辩护。

¹⁶⁷ Force, 同前引书(上见脚注 63), 第 35 页。

202. 德国《环境赔偿责任法》第4条规定了下述免除赔偿责任的原因：(a) 不可抗力造成的损害；和(b) 如果损害“只是非实质性的”或“按照当地条件是合理的”。¹⁷⁰ 根据该《责任法》第5条，只有设施“适当经营”，意指它遵守了所有要求的安全条例，这种例外才适用。¹⁷¹

203. 同国内法规定的一样，在国与国关系中，也有可以排除赔偿责任的某些情况。指导免除国与国关系中赔偿责任的原则同在国内法中适用的原则类似，例如共同过失、战争、内乱，以及非常性质的自然灾害。

A. 条约实践

204. 受害方的共同过失，在有些多边公约中，被认为消除经营人或行为国的全部或部分赔偿责任。根据《维也纳公约》第四条第2款：“如果伤害是由于索赔人的严重过失所造成或其故意造成损害的作为或不作为所造成，在国内法有所规定的情况下，主管法院可以部分或全部免除经营人向这种个人支付赔款的责任。”

205. 同一公约第四条第3款还规定，“如果损害是由武装冲突、敌对行动、内战或暴乱直接*引起的核事故造成的”，便可免除赔偿责任。因此，除非“该设施所在国国内法有相反规定，否则经营人对由特殊性质的严重自然灾害*直接引起的核事故造成的核损害不负责任”。

206. 根据1969年《民事责任公约》第1条第2和3款，除索赔者的共同过失外，战争、敌对行动、内战、暴乱或不可避免和无可抗拒的特殊自然现象也是免除赔偿责任的因素。因此，当损害全部由负责维持灯塔或其他航行辅助设施的任何政府或当局的过失或其他不法行为造成时，所有人也可免除赔偿。举证责任仍应由船舶所有人承担。¹⁷²

¹⁷⁰ Hoffman, 同前引书(上见脚注71), 第32页和脚注29。

¹⁷¹ 只有设施“适当经营”，意指它遵守了所有的管理指标而且不中断经营，这种例外才适用。见Hoffman, 同前引书(同上)。

¹⁷² 该《公约》第三条第2和3款规定：

“2. 如船舶所有人证明损害为下列情况造成，则所有人不承担污染损害的赔偿责任：

“(a) 由于战争行为、敌对行动、内战或暴乱或不可避免和无可抗拒的特殊性质的自然现象的结果，或

207. 如发射国证明，对索赔国造成的损害全部或部分是由于求偿国或其国民旨在造成损害的严重过失或作为或不作为所造成，则依照《外层空间物体所造成损害的国际责任公约》，将免除发射国的责任。¹⁷³

208. 根据《〈铁路运输公约〉附加公约》，如索赔的旅客受伤，系由于他本人的不法行为或疏忽或举动不符合旅客正常行为所致，就无权对铁路起诉。在这些情况下，铁路可免除全部或部分赔偿责任。《附加公约》第2条第3和4款规定：

3. 如事故系由旅客的不法行为或疏忽或举动不符合旅客的正常行为所致，则应全部或部分免除铁路的责任。

4. 如事故系由第三者的行为所造成，铁路在当时特殊情况下虽已加以必要之注意，仍未能避免其无法防止之后果，则应免除铁路的责任。

209. 如伤害纯系受伤者个人或其雇员或代理人的过失或其他不法作为或不作为所致，依据《外国飞机对地面(水面)上第三者造成损失的公约》，赔偿将随着此种过失或其他不法行为造成损害的程度而减少。¹⁷⁴

“(b) 完全由于第三方意图引起损害的作为或不作为所造成，或

“(c) 完全由于负责维持灯塔或其他航行辅助设施的政府或当局在行使此种职能时的过失或其他不法行为所造成。

“3. 如所有人证明，污染损害全部或部分是由受害者意图引起损害的作为或不作为所造成，或由于受害者的过失所造成，则可全部或部分免除所有人对该受害者的赔偿责任。”

¹⁷³ 该《公约》第六条第1款规定：

“1. 除本条第2款另有规定外，绝对责任应依发射国证明损害全部或部分系由求偿国或其代表之自然人或法人重大疏忽或意在造成损害之作为或不作为所致之程度，予以免除。”

¹⁷⁴ 该《公约》第6条规定：

“1. 依据本《公约》的规定本来应负责责任的任何人，如证明损害完全是由受害者本人或其雇员或代理人的过失或其他不法作为或不作为造成的，则对损害不负赔偿之责。如负有责任的人证明损害部分是由于受害者或其雇员或代理人的过失或其他不法作为或不作为所致，则赔偿将随着过失或不法作为或不作为造成损害之程度而减少。然而如系雇员或代理人的过失或其他不法作为或不作为所造成，而受损害者证明其雇员或代理人是在他的权限范围之外活动的，则不免除赔偿责任或减少赔偿。

“2. 如某人因另一人伤亡而提起赔偿损害的诉讼，则另一人或其雇员或代理人的过失或其他不法作为或不作为也应具有上一款中规定的效果。”

210. 根据《海上运输有害和有毒物质的责任和赔偿国际公约》草案¹⁷⁵第3条第3款和第7条第5款,如果船舶所有人或有毒物品托运人证明,损害全部或部分是由受害者意图造成损害的作为或不作为,或由该人的过失所致,则可全部或部分免除所有人或托运人对此人的赔偿责任。

211. 该《公约》草案第3条第2款规定,如船舶所有人或托运人证明损害是由于战争行为、敌对行动、内战、暴乱或不可抗拒的特殊性质的自然现象所造成,或证明完全是由第三者意图造成损害的作为或不作为引起的,则他们不承担赔偿责任。有人建议在那一条再增加一项,其中规定,如损害完全是由负责维持灯塔或其他航行辅助设施的任何政府或当局的过失或不法行为所造成,应免除船舶所有人或托运人的责任。但在公约草案中并未表明过失国是否应对损害负赔偿责任。第3条似乎并未规定免除由自然灾害造成损害的责任。

212. 《关于因勘探和开采海床矿物资源而造成油污损害损害的民事责任公约》第3条规定,“经营人证明损害是由于战争行为、敌对行动、内战、暴乱或不可避免或无可抗拒的特殊性质自然现象造成的”,则免除经营人的赔偿责任;“如经营人证明污染损害全部或部分是由受害者意图造成损害的作为或不作为引起的,或是由该人的过失引起的,则可全部或部分免除经营人对此人的责任。”另外,“经营人对废弃矿井造成的污染损害也不负责任,只要经营人证明造成损害的事故是经过批准并按照控制国的要求废弃该矿井之日起五年以后发生的。如该矿井是在其他情况下废弃的,经营者的责任则由适用的该国法律决定之。”

213. 根据《危险品运载公约》第5条第4款,如果承运人能够证明,“(a)损害由战争行为、敌对行动、内战、暴乱或不可避免或不可抗拒的特殊性质自然现象造成;(b)损害全部由第三者意图造成损害的作为或不作为造成;或(c)托运人或任何其他个人未能履行其将物品的危险性通知他的义务,而且他或他的雇员或代理人都不知道或未获悉物品的性质”,则他可以不负赔偿责任。

214. 《联合国海洋法公约》第139条也规定,对国家资助的个人未遵照规则在海床采矿造成的损害,如该缔约国已采取一切必要的适当措施,

以保证有效地遵照《公约》第153条第4款和附件三第4条第4款的规定,则免除该国的赔偿责任。第153条第2(b)款涉及的是国际海底管理局或自然人或法人,或若干缔约国联合行动开发海底资源。第153条第4款规定了管理局控制缔约国、它们的企业或国民进行的活动。

215. 《关于危害环境的活动造成损害的民事责任公约》第8条提供了经营人免除赔偿责任的理由。它们包括战争行为、敌对行动、内战、暴乱或不可避免或不可抗拒的特殊性质自然现象;被认为不属于经营人控制范围的第三者的行为,以及对强制措施遵守。¹⁷⁶根据欧洲委员会通过的本《公约》解释性报告,从事活动的行动授权或对这种授权要求的遵守,其本身不是免除赔偿责任的理由。《公约》还规定,可容忍水平的污染应当是豁免的理由。被认为可容忍的污染水平得根据当地的条件和情况决定之:这一规定的目的是避免将严格责任制扩大到“可接受的不方便”。应由主管法院在考虑到当地情况下决定哪些不方便是可接受的。当危险活动是为了受损害个人的利益而采取时,公约还允许免除赔偿责任。这种情况特别包括紧急情况下开展的活动,以及经受损害个人同意而开展的活动。根据《公约》第9条,法院可以减少或不允许对受伤害个人的赔偿,“如果伤害是由受伤害个人的过失,或他对其负有责任的个人的过失所造成的”。

216. 一些双边协定规定免除赔偿责任。它只对援助另一方时进行的活动,或在战争或重大自然灾害等情况下引起的损害,作了此项规定。根据

¹⁷⁶ 《公约》第8条规定:

“第8条 豁免

“如果经营人证明损害由下列原因造成,则不应承担本《公约》下的责任:

“(a) 由战争行为、敌对行动、内乱、暴乱或不可避免或不可抗拒的特殊性质自然现象所造成;

“(b) 由第三者意图造成损害的行为所造成,尽管采取了适合于有关危险活动类型的安全措施;

“(c) 因遵守公共当局具体命令或强制措施而必然造成;

“(d) 由根据当地有关情况确定的可容忍水平的污染造成;或

“(e) 为了受损害个人的利益而依法采取的危

¹⁷⁵ 上见脚注88。

《法国和西班牙火灾与紧急服务互助公约》¹⁷⁷，对应召援助的一方免除其对可能对第三方造成的任何损害的责任。另外，《关于哥伦比亚河流域水资源合作开发的条约》第十八条规定，对由于战争、罢工、重大灾害、自然灾害、无法控制的力量或维修减少等发生的作为、不作为或延误而造成的损害不负责任。¹⁷⁸

¹⁷⁷ 1959年7月14日和1973年2月8日，马德里（[英]，联合国，《条约汇编》，第951卷，第135页）。

¹⁷⁸ 1961年1月17日，华盛顿（[英]，联合国，《条约汇编》，第542卷，第245页）。第十八条第1和2款规定：

“1. 除由于战争、罢工、重大灾害、自然灾害、无法控制的力量或维修减少引起的行动，未能采取行动、不作为或延误以外的任何行动、未能采取行动、不作为或延误导致违反本《条约》或其中任何规定，加拿大和美利坚合众国应向对方负赔偿责任并适当给予赔偿。

“2. 除第1款规定外，加拿大和美利坚合

B. 条约以外的司法裁决和国家实践

217. 有关赔偿责任的少量司法裁决和极少数官方信函中，没有披露任何援引免除责任要求的事件。在行为国未向所造成的伤害支付赔款的少数情况下，受害国似乎不同意这种行为或不承认它属于行为国权利的范围之内。甚至在核试验（据美国政府称，由于安全原因，这种试验是必要的）引起的伤害之后，该国政府出于某种原因支付了赔款，而未寻求逃避责任。

众国根据《条约》，对发生在对方领土中由任何行动、未能采取行动、不作为或延误造成的任何伤害、损害或损失，不论此种伤害、损害或损失是由过失或其他原因造成的，都对对方或任何人负赔偿责任。”

第四章

赔 偿

218. 各国实践包括赔偿内容和赔偿程序两个方面。有些条约对损害的赔偿提出了限制（有限责任），这些条约主要涉及被认为对当代文明生活必不可少的一些活动，例如空运、陆运和海运货物和服务。这些条约的签字国同意，在对损害应进行赔偿的情况下，容忍这类具有潜在危险的活动继续进行下去。尽管如此，损害赔偿金以不致使企业在经济上陷于瘫痪，也不致妨碍这些活动的进一步发展为限度。对这些活动所造成的损害，赔偿额是有限制的。很明显，这是条约签字国在没有签订这种协议的情况下，为了调节这些活动而有意识地作出的一项政策决定。司法裁决似乎并没有对赔偿额作出限制。目前这个研究报告所考察的司法裁决和官方来往文件并没有发现对赔偿的数额作出任何实质性的限制，虽然有些地方提到损害赔偿必须是“合理的”以及各方有义务“减轻损害”。

A. 内 容

1. 可赔偿的伤害

219. 在若干国内法中，可赔偿的伤害至少包括死亡、人身伤害和负有严格赔偿责任的侵权行为造成的财产损害。例如，1990年德国《环境赔偿责任法》第1条规定，如果任何人因所提及的设施之一产生的环境影响而遭受死亡、人身伤害或财产损失，那么该设施之所有人得负责向受害人赔偿所造成的损害。⁷³

220. 在美利坚合众国，有些联邦立法甚至有过之无不及，其中还包括清除费用和对环境的损害。《石油污染法》第2707(a)条规定，责任方有责任负担清除费用。“清除费用”定义为“排放油后引起的清除费用，[……]防止、最大限度缩小或

减轻这种事故的油污染的费用”。¹⁷⁹ 责任方可从它有资格享受完全辩护的溢油责任信托基金收回负担的清除费用。《环境综合法》第 9607(a)条也规定, 排放或威胁排放有害物质的船只或设施, 如带来响应费用, 其所有人和经营人得有责任:

A. 负责美国政府、一个州或一个印第安人部落并非不符合国家应急计划负担的清除或补救行动的所有费用;

B. 任何其他个人按照国家应急计划负担的任何必要的反应费用;

[……]

D. 根据本《综合法》第 9604(一)条进行的任何健康评估或健康缺陷研究的费用。¹⁸⁰

221. 有些国内司法裁决涉及如何评估清除和恢复费用的问题。早在 1908 年, 一家英格兰法院就在洛奇·霍利斯煤矿公司诉温斯伯里市长案中讨论了这个问题,¹⁸¹ 在此案中, 被告的采矿活动毁坏了一条公路。地方当局将它修复至原先的水平, 但花费了很多资金。上院裁定, 恢复原状的原则并不使原告有责任获得精确恢复的费用, 而不管费用多少。原告只有资格从被告收回修建一条同样适合道路的费用。这一政策于 1980 年应用于多德财产公司(肯特)诉坎特伯雷市议会案,¹⁸² 在评估被告打桩作业给原告建筑物造成损失时, 法院指出:

原告并非必须为了给被告节约费用而接受一项质量差的工作或质次的建筑物。但是我[法官]并不认为他们有资格坚持完全和过细的恢复, 因为讲情理的建筑物所有权人会满足于一项范围较小的工程, 这种工程将会产生不影响或不大影响建筑物外观、寿命或用途的效果, 而且这种工程的费用与过细修复的费用也差得很大。¹⁸³

222. 美国第一巡回上诉法院于 1980 年审理波多黎各自由联邦诉佐伊·科罗科特罗尼号轮案时也

出现了类似的问题。¹⁸⁴ 该案涉及一艘油轮, 它由于不适航而搁浅, 给波多黎各海岸造成了污染损害。一开始, 波多黎各当局被判得 600 万美元赔款, 其中清理工作只需要 7.8 万美元。其余部分为再植红树属植物和恢复溢油杀死的海洋生物。上诉法院不同意这一做法。该法院强调, 评估这种费用必须具有比例感, 它指出:

[可得到补偿的费用]可以产生于使受影响地区的环境恢复到原先的状态, 或尽量接近原先的状态而不造成极不相称的开支。决定这种补偿的焦点应是一个合乎情理和谨慎的主权国家或机构为减轻污染所造成的损害而将采取的步骤, 其注意力应集中于诸如技术可行性、有害的副作用、与正常预期的再生相兼容或这种再生的复制等因素, 而且超过某种程度的努力将要么变得多余, 要么变得过度昂贵。¹⁸⁵

223. 《水污染法》第 311(f)条也规定补偿取代或恢复被损害或破坏的自然资源的费用。

224. 《石油污染法》第 2706 条指出, 一个政府实体可以收回“用于自然资源损害、破坏、损失或用途丧失的赔款, 其中包括评估损害的合理费用”。¹⁸⁶ 其中第 2701 条将“自然资源”的定义确定为包括“土地、鱼类、野生生物、生物区、空气、水、地下水、饮用水供应和其他属于美国政府、任何州政府或地方政府或印第安人部族、或任何外国政府的资源, 由它们管理、托管的资源或由它们控制的资源(包括专属经济区的资源)”。¹⁸⁷ 关于损害的度量, 第 2706(d)条规定如下:

A. 恢复、更新、取代和获取受损害自然资源等价物的费用;

B. 在恢复前这些自然资源的减少量; 加上

C. 评估这些损害的合理费用。¹⁸⁵

225. 《石油污染法》第 2702(b)(2)条授权美国政府以及州和政治分支机构收回“相当于不动产、个人财产或自然资源损害、破坏或损失而造成的税

¹⁷⁹ Force, 同前引书(上见脚注 63), 第 30 页, 脚注 31。

¹⁸⁰ 同上, 第 31 页。

¹⁸¹ 援引于 Colin de La Rue, “Environmental damage assessment”, *Transnational Environmental Liability and Insurance*, (上见脚注 63), 第 70 至 71 页和脚注 1。

¹⁸² 同上, 第 71 页和脚注 2。

¹⁸³ 同上。

¹⁸⁴ U.S. Court of Appeals, 628 F. 2 d, 第 652 页(1st Cir., 1980)。援引于 de La Rue (上见脚注 181), 第 71 页和脚注 3。

¹⁸⁵ 同上。

¹⁸⁶ 援引于 Force (上见脚注 63), 第 32 页和脚注 37。

¹⁸⁷ 同上和脚注 39。

收、特许权使用费、租金、费用或股票净红利的损失净额的赔款”以及“在清除活动期间和以后增加或补充公共事业的净费用的赔款，包括加以保护，免受油排放造成的火灾、安全或健康危险的赔款”。¹⁸⁸

226. 《环境综合法》也在第 9607(a)条中规定了自然资源损害的赔款，即“自然资源损害、破坏或损失的赔款，包括评估这种排放引起的损害、破坏或损失的合理费用”。回收的赔款只可用于恢复、取代或购置自然资源损害的等价物。¹⁸⁹

227. 埃克森公司瓦尔德斯号油轮于 1989 年 3 月 24 日在阿拉斯加威廉王子海峡搁浅，造成美国历史上最大的溢油量。在此案中，美国政府在采取步骤进行清除的同时，就环境损害的测量问题进行了一项研究。¹⁹⁰ 这项研究报告从未发表，因为此案是在法庭外解决的。这项裁决要求埃克森公司向联邦和州的机构支付 2500 万美元的刑事罚款和 1 亿美元的赔偿，用于恢复威廉王子海峡受损害的环境。鉴于到本案解决时为止，埃克森公司已花费 25 亿美元清除溢油，因此另一笔 1.25 亿美元的刑事罚款被豁免。这只是与联邦和州当局之间的解决，不包括私人索赔。

228. 根据国内法，表现为人身伤害或财产损失的个人损害也被认为是可以补回的。例如，根据《石油污染法》第 2702(b)款，任何个人可以收回“对不动产或个人财产[动产]的破坏造成的伤害或经济损失的赔款，它得由拥有或出租该财产的索赔人收回”。¹⁹¹ 该条还允许任何使用受到损害、破坏或损失的自然资源的个人收回自然资源丧失生存用途的赔款，而不管资源的所有权或管理情况如何。该条还规定，任何个人可以收回相当于不动产、个人财产或自然资源遭到损害、破坏或灭失而造成的利润损失或收益能力损害的赔款。

229. 除某些情况下关于清除费用的情况外，《环境综合法》没有明确规定私人赔款的诉讼权利。然而，其中第 9607(h)条已作修正以补救这个问题。它现在规定，根据海洋侵权行为法，并如《环境综合法》第 9614 条所规定，一艘船只的所

有人或经营人得负有赔偿责任，尽管有责任限制的规定或索赔人所有权未受实际损害。¹⁹²

230. 在大不列颠及北爱尔兰联合王国，关于确定是否有利润损失的规定，“间接”的规则倾向于排除对“纯经济损失”的索赔。¹⁹³ 这在韦勒公司诉口蹄疫研究所案中得到了证明，在此案中，牛群因从被告牛栏传播出来的病毒而感染了口蹄疫。联合王国政府下令关闭该地区的两个市场，造成原告拍卖商利润的损失。法院裁定，被告对牛的主人有关心的责任，但不对拍卖商负有此种责任，因为拍卖商不拥有可能受病毒扩散损害的业主权益。现已发现，这种“间接”原则的适用通常有很大的灵活性，它考虑到了政策方面的因素。¹⁹¹

(a) 条约实践

231. 根据若干公约，诸如生命丧失、财产灭失或损害等物质损害是可赔偿的损害。《维也纳公约》第一条对核损害界定如下：

1. 为本公约之目的，

[……]

(k) “核损害”意指：

(一) 在核装置中，来自、源自或由于核装置的核燃料或放射性产品或废料的放射特性或放射特性与有毒、爆炸或其他有害特性之结合所引起或造成的生命丧失、任何人身伤害或任何财产灭失或损害；

[……]

(二) 一个核设施内部任何其他放射源所放射出来的其他电离辐射所引起或造成的死亡、人身伤害、财产损失或破坏，如果核设施所在国家的法律有这方面的规定的话。

232. 《〈铁路运输公约〉附加公约》规定，应偿付必要的费用，诸如医疗和运输费用，以及赔偿由于部份或全部丧失工作能力及因被害人受伤产生的个人需要而增加的开支。如果旅客死亡，赔偿费包括运送尸体、安葬或火葬的费用。如果死亡的旅客负有抚养别人的不可推卸的法律义务，而现在

¹⁸⁸ 同上，第 33 页和脚注 42 至 43。

¹⁸⁹ 同上，第 32 页。

¹⁹⁰ 上见脚注 70。关于对环境潜在损害的研究，见 Frank B. Cross, “Natural resources damage valuation”, *Vanderbilt Law Review*, vol. 42, No. 2, March 1989, 第 270 页起。

¹⁹¹ 援引于 Force (上见脚注 63)，第 33 页和脚注 44。

¹⁹² 同上，第 34 页。

¹⁹³ De La Rue, 同前引书 (上见脚注 181)，第 73 页。

这些人丧失了这种抚养，他们有权要求赔偿其损失。对于死亡旅客自愿抚养的人，其获得赔偿的权利由国内法管辖。¹⁹⁴

233. 根据《关于因勘探和开采海床矿物资源而造成油污损害的民事责任公约》，除污染损害外，防范措施也属于可赔偿之列（第1条第6款）。防范措施指“任何人在一起特定事故中，以防止或减少污染损害所采取的任何合理措施。油井控制措施和为保护、维修或更换设施而采取的措施除外”（第1条第7款）。

234. 《修订1969年〈民事责任公约〉的1984年议定书》旨在提高1969年《公约》规定的最高赔偿额。该《议定书》还扩大了1969年《公约》中界定的“污染损害”的概念。¹⁹⁵ 根据1984年《议定书》第2条第3款，“污染损害”指：

(a) 由于船舶逸出或排放油类（不管这种逸出或排放发生于何处），在船舶之外因污染而造成的损失或损害，但是，对损害环境的赔偿除这种损害所造成的盈利损失外，应限于已实际采取的或将要采取的合理复原措施的费用；

(b) 预防措施的费用和因预防措施而造成的进一步损失或损害。

235. 《关于危害环境的活动造成损害的民事责任公约》第2条第7款对损害下的定义为：

- (a) 死亡或人身伤害；
- (b) 在危险活动所在地除设施本身或由经营人所控制财产以外的财产的损失或损害；
- (c) 由于损害环境造成的损失或损害，如果这不被认为是(a)或(b)项意义范围内的损害，唯对这种损害引起的除利润损失以外的环境损害的赔偿得限于实际采取的恢复措施的费用；
- (d) 预防措施的费用和预防措施造成的进一步损失或损害，

界定的限度为，本款(a)至(c)项所提的损失或损害由危险物质、转基因生物或微生物产生或造成，或由废物产生或造成。

236. 第2条第8款将“恢复措施”定义为“任何旨在修复或恢复环境遭损坏或破坏的部分或合理地将这些部分的对等物引进环境的合理措施”。第9款将“预防措施”定义为“任何在事件发生后为防止或最大限度缩小损失或损害而由任何个人采取的合理措施”。

237. 《公约》在第2条中未论述环境损害的界限问题。它尝试在关于豁免的第8条中处理这个问题，如果经营人能够证明损害“由在当地相关情况下可容忍水平的污染造成”，则该条(d)项免除经营人的赔偿责任。

238. 《公约》第9条指出，如果受到损害的个人对这种损害负有责任或已对这种损害捐款，则“可在考虑到所有情况之后减少或免于赔偿”。

239. 大会1992年12月14日第47/68号决议通过的《关于在外层空间使用核动力源的原则》中，原则9（赔偿责任和赔偿）第2段规定了恢复原状。该段的有关部分如下：“[责任国]所应承担的损害赔偿，应[……]使[受害方]能够恢复至损害发生前的状态。”

240. 根据《南极矿物资源活动管理公约》第8条各款的规定，经营人对“财产的损失或损坏或人身伤害和生命丧失”负有赔偿责任（第2(c)款）。因此，经营人也有责任赔偿“对南极环境或所依附

¹⁹⁴ 《附加公约》第3和4条规定：

“第3条 因旅客死亡造成的损害

“1. 在旅客死亡的情况下，其损害包括：

“(a) 死亡以后的一切必要费用，特别是运送尸体、安葬和火葬的费用；

“(b) 如果不是即刻死亡，其损害问题由第4条规定之。

“2. 如果由于旅客的死亡，他过去或将来负有不可推卸的法律责任应抚养的人被剥夺了这种抚养，这些人可以要求赔偿他们的损失。旅客不是出于法律义务而进行抚养的个人的赔偿损失的权利问题，应由国家法律规定之。

“第4条 因旅客人身伤害造成的损害

“在造成对旅客的人身伤害或任何其他身体上的或精神上的伤害的情况下，其损害包括：

“(a) 任何必要的费用，特别是医疗和运输的费用；

“(b) 赔偿由于部分或全部丧失工作能力所造成的损失，或被害人因伤产生的个人需要而增加的开支。”

¹⁹⁵ 《公约》第1条第6款将“污染损害”定义为“由于船舶逸出或排放油类造成的污染在载油船舶之外引起的损失或损害，而不管这种逸出或排放可能发生在何处，并且包括预防措施的费用”。

或有关的生态系统的损害，[……]如果这种损害无法恢复到以前状态的话”（第2(a)款）。

241. 同一条进一步规定，负有赔偿责任的经营者得准备“偿付任何人在必要的反应行动——包括预防、遏制、清除和消除措施——和为恢复原状而采取的行动方面发生的合理费用*，如果该经营人在那里从事的开采南极矿产资源的的活动导致或威胁导致南极环境或依附的或相关的生态系统的损害的话”（第2(d)款）。

242. 在《危险品运载公约》第1条第10款中，“损害”的概念也被定义为“(a) [……] 死亡或人身伤害；(b) [……] 财产的灭失或损害；(c) 危险物品造成的环境污染引起的损失或损害，如果除对环境损害所引起的利润损失外，对环境损害的赔偿仅限于实际采取或拟将采取的合理恢复措施的费用；(d) 预防措施的费用 [……]”。根据该条的最后一款，“凡不能合理地将危险物品引起的损害同其他因素引起的损害相区分，则所有这种损害得被视为由危险物品引起”。在《海上运输有害和有毒物质的赔偿责任和赔偿国际公约》草案第1条第6款中，对“损害”采纳了同样的定义。¹⁹⁶

243. 《控制危险废物越境转移及其处置巴塞公约》的议定书草案¹⁹⁷在第2条中将“损害”定义为：(a) 死亡或人身伤害；(b) 符合本议定书的损失或损害；(c) 环境损害引起的利润的损失；(d) 环境的损害，如果这不被认为在上述各项意义范围内的话；(e) 预防措施的费用；(f) 预防措施引起的任何损失或损害。

244. 议定书草案第4条允许索赔人在第2条之三中定义的损害方面援引补偿形式或方式。关于对环境的损害，第4条作了如下规定。如果环境能被恢复，则赔偿得限于实际采取或拟采取的恢复措施的费用，或在合理的情况下使环境恢复到类似状态的费用。如果环境不能恢复，则要么赔偿得限于环境好像能够恢复那样计算的数额。要么计算赔偿额时只应考虑所涉及生态系统的内在价值（其中包括其审美和文化价值）以及特别是某种物种或动植物群遭到破坏所造成的潜在价值损失。（惩罚性的损害赔偿不应构成这种计算的组成部分。）在收到不能被恢复的环境损害的赔偿费时，它得用于环境

的恢复，这可能包括在另一地区建立一种类似的环境。最后，国家法律应决定谁有资格采取恢复措施并收受以上提到的赔款。

245. 有些关于核物质的公约就核事故引起的或由核事故和其他事故共同引起的非核损害的损害问题作了详细的规定。如果这种损害和核损害是无法合理区分的，它们就应被认为是核损害，因此根据公约可以要求进行赔偿。¹⁹⁸

246. 非物质性伤害也可以要求赔偿。这在《〈铁路运输公约〉附加公约》第5条中有明文规定，根据国家法律，因精神上、肉体上的痛苦、受害和外貌毁损，可以要求赔偿。¹⁹⁹

247. 《维也纳公约》第一条，也规定了根据主管法院的法律可以要求进行赔偿的损失。因此，当主管法院的法律规定非物质性伤害可以要求赔偿时，就可以要求根据本《公约》进行赔偿。第一条第1(k)(二)款规定，“核损害”“系指如此形成或造

¹⁹⁸ 例如，《维也纳公约》第四条第4款规定：

“4. 由于一次核事故引起的或由于一次核事故和其他一种或多种事故共同引起的核损害和非核损害的损害，只要这种非核损害的损害和核损害是无法合理区分的，为本《公约》之目的，应被认为是核事故引起的核损害。但是，如果损害是由于适用本《公约》的一次核事故和不适用本《公约》的电离子辐射共同引起的，那么，本《公约》所述内容无论是对任何遭受核损害的人还是在追索和分担方面，都不应缩小或影响对造成电离子辐射应负责任的任何人的责任。”

同样，《核动力船舶经营人责任公约》第四条也规定：

“如果核损害和其他非核损害的损害是由一次核事故引起的或由一次核事故和其他一种或多种事故共同引起的，这种核损害和非核损害的损害又是无法合理区分的，那么，为本《公约》之目的，整个损害应被认为完全是由于核事故引起的。但是，如果损害是由于适用本《公约》的核事故与不适用本《公约》的电离子辐射，或者与电离子辐射和放射源的有毒、爆炸性或其他危险性共同引起的，则本《公约》所述内容无论是对受害人还是在追索和分担方面，都不应缩小或影响对造成本《公约》没有包括的电离子辐射或放射源的有毒、爆炸性或其他危险性应负责任的任何人的责任。”

¹⁹⁹ 《附加公约》第5条规定：

“国家法律应确定，除第3条和第4条所述的对伤害进行赔偿的规定之外，铁路应怎样和在多大程度上对其他伤害的问题，特别是精神上 and 肉体上的痛苦、受害和外貌毁损问题进行赔偿。”

¹⁹⁶ 上见脚注 88。

¹⁹⁷ 上见脚注 83。

成的任何其他损失或伤害，但以主管法院的法律有这方面的规定为条件和限度”。

248. 《关于在外层空间使用核动力源的原则》原则 9 第 3 段也规定，“偿还应包括有充足依据的搜索、回收和清理工作的费用，其中包括第三者提供援助的费用”。

(b) 条约以外的司法裁决和
国家实践

249. 少数司法裁决和国家实践表明，只有物质性的损害才是可以赔偿的。这里的物质性损害指的是物质的、有形的或数量上的损害，与对国家的尊严造成的无形的损害是对立的。过去进行赔偿的物质性损害包括死亡、人身伤害和财产的损失和破坏。但是，这并没有阻止各国就非物质性损害提出赔偿的要求。

250. 国家实践表明，有些国家在涉及潜在的和具体的核污染或引起人们焦虑不安的核事故造成的损害的做法中，还没有就非物质性损害提出过赔偿要求或进行过赔偿。著名的例子是帕洛马列斯事件（1966 年）和马歇尔群岛案。帕洛马列斯事件是一架美国 B-52G 型核轰炸机在西班牙海岸外加油时，和一艘 KC-135 加油机相撞，四枚破坏能力达 150 万吨级的钚-铀 235 氢弹（相当于在广岛投下的原子弹爆炸力的 75 倍）掉落。²⁰⁰ 这一事件不仅造成了重大的物质性损害，而且在西地中海盆地引起了长达两个月的恐惧和不安，一直到潜在损害的可能性被排除为止。两枚掉在地面上的炸弹破裂，TNT 炸药外溢，铀和钚颗粒在西班牙海边的帕洛马列斯村附近扩散，对居民的生活和那个地区的生态环境造成了迫在眉睫的危险。美利坚合众国和西班牙立即采取了补救办法。据报道，美国把 1,750 吨受到轻度辐射的西班牙土壤埋到了美国国内。²⁰¹ 第三枚炸弹也掉在地面上，完好无损。但第四枚炸弹掉进了地中海的某处。经过潜艇两个月的搜索，这期间地中海地区国家越来越坐立不安，炸弹终于找到了，但在打捞时再度失踪，又拖了九天。最

²⁰⁰ 有关这一事故的进一步细节，见 T. Szuld, *The Bombs of Palomares* (New York, Viking Press, 1967) 和 F. Lewis, *One of Our H-bombs Is Missing* (New York, McGraw Hill, 1967)。

²⁰¹ “Radioactive Spanish earth is buried 10 feet deep in South Carolina”, *The New York Times*, 12 April 1966, 第 28 版，第 3 栏。

后，在经历了长达 80 天的炸弹可能爆炸的威胁之后，打捞到了这一装置。

251. 很明显，美国对这次事故引起的不安没有作出任何赔偿，西班牙和美国之间也没有就法律责任问题进行正式的“公开讨论”。但是，这次事故是罕见的。如果没有打捞到炸弹，所造成的损害远远不是可以用金钱来衡量的，美国不可能丢下它在西班牙或在其附近地区的活动所留下来的破坏性“器具”不管，也不可能用赔偿来逃脱责任。

252. 对美国在马歇尔群岛埃尼威托克珊瑚礁进行的大气层核试验（上见第 179 段），日本政府并没有就非物质性损害要求赔偿。在美国政府关于通过全球性安排赔偿损失的一项照会中，美国政府提及与日本政府就“由于上述核试验引起的任何和一切伤害、损失和破坏”达成的最后解决办法。由日本政府来决定哪些个人损害应获得赔偿：

1954 年 3 月 1 日，在埃尼威托克试验场进行核试验之后，日本政府宣布，那一天第五福龙丸号日本渔船的船员受到了辐射尘的伤害，进行核试验时这条船位于美国预先宣布的危险圈之外。1954 年 9 月 23 日，渔船主任报务员爱吉久保山死亡。1955 年 1 月 4 日，双方通过互换照会达成协议，协议于同一天生效，美国“对日本渔民因 1954 年在马歇尔群岛进行的核试验受到的损害和伤害再次表示关切和遗憾”，并出于恩惠，给予二百万美元，赔偿所造成的损害和伤害，作为对日本方面就上述核试验导致的一切损害、损失和破坏提出的任何和全部要求的一揽子解决办法。根据协议，所付给的金額由日本政府进行平均分配，包括对涉及的每个渔民的慰藉金和日本政府要求的他们的医疗和住院费用。²⁰²

253. 在特雷尔冶炼厂案中法庭拒绝了美国的建议，即每当排放物超过事先规定的限度时，要求冶炼厂经营人交付预定违约金，而不管它可能会引起多大的危害。法庭采取了实际已造成伤害方可获得赔偿的观点，表示：

法庭仔细地研究了美国的建议，即每当所记录到的浓度在一段时期内超过一定的强度，或者每二十分钟超过更大的一定强度时，以付给一笔事先议定的金額作为解决办法的建议。

²⁰² 见 *Digest of International Law* (上见脚注 154)，第 565 页。

法庭无法接受这一建议。法庭认为，法庭的科学顾问们也认为，这样一种解决办法将会不适当地和不必要地影响特雷尔冶炼厂的工作，它不可能成为“各方都能接受的公平的解决办法”。²⁰³

254. 由此可以得出结论，在国家做法中，在活动造成境外损害的问题上，没有接受非物质性损害的概念。各国并没有对非物质性的损害作出货币或其他的赔偿。

255. 但是，有的国家有时就非物质性损害提出了赔偿的要求。至少在一起案件中，一个国家要求对侵犯其领土主权作出赔偿。加拿大就宇宙 954 号卫星在加拿大领土上坠毁事件，提出要求对卫星坠毁造成的损害进行赔偿，包括卫星飞越和侵犯其领土主权的赔偿要求。加拿大是基于“国际先例”提出要求的，它申明：

宇宙 954 号卫星侵入加拿大的领空，危险的带辐射性的卫星碎片散落在加拿大的领土上，构成了对加拿大主权的侵犯。这种侵犯由于下述简单事实而得到确认：卫星的飞越、卫星侵入造成的有害后果、危险的带辐射性卫星碎片的存在对加拿大造成的损害以及对加拿大主权* 的侵犯，这一切足以对将在其领土上采取的行动作出判断。国际先例承认对主权的侵犯导致赔偿的义务*。²⁰⁴

256. 在特雷尔冶炼厂案中，在答复美国提出的由于道义上的损害和侵犯其领土主权而要求赔偿时，法庭认为它没有管辖权。法庭认为没有必要判定已经证实的事实根据《仲裁公约》以外的国际法是否违反或侵犯美国主权。²⁰⁵

257. 国家的实践中包括了潜在物质性损害的例子。这类做法相当于对核试验案那样的案件所作司法裁决中法院强制令的作用。在某一种特别有损害性的活动进行之前，肯定不会造成物质性的损害。尽管如此，在过去的若干事例中，还是进行过要求采取保护性措施的谈判，甚至提出过停止这类活动的要求。这种潜在损害的严重性是提出这类要求的依据。人们普遍的看法似乎是，有关国家必须采取合理的保护性措施，以确保在他们的领土主权以外进行的合法活动的安全和无害性质。当然，潜在的损害必须是偶发性的和无意识的，尽管如此，

可能受到潜在损害的国家还是有权提出采取保护措施的要求。

258. 各国对造成实际损害的赔偿责任问题的做法已趋向固定化。各国在实践中都倾向于承担责任，不管是明显的责任或不明显的责任。在少数事故中，国家对在它们领土管辖下的或在它们控制下的私人活动所造成的实际损害，也承担了赔偿的责任。在穆尔河事件（上见第 190 段）中，由于奥地利在国际河流穆尔河上几个水电设施造成广泛污染，使前南斯拉夫受到了损害，因此前南斯拉夫要求奥地利赔偿两家造纸厂和渔业部门受到的经济损失。在朱莉安娜号油轮事故中，由于朱莉安娜号油轮搁浅，石油污染了海边，油轮的船旗国利比里亚对日本渔民的损失赔偿了二亿日元。

259. 当一项发生在共同领地上的活动涉及重新安置居民时，作出了赔偿。美国在埃尼威托克珊瑚礁核试验活动中所付给的赔偿费，包括临时使用土地和重新安置居民的费用。

260. 在特雷尔冶炼厂案中法庭作出裁决：对美国在已开垦土地和未开垦土地方面受到的损害，这种损害使农作物产量下降，也使土地的租用价值减少，作出赔偿。在有一个地方，还提到了对土壤损害的问题。关于其他损害的指控被否决了，看来主要是由于证据不足。关于种植农作物的已开垦土地的损害，法庭认为造成农作物产量下降是由于在 1932 至 1936 年期间每年受到不同程度的烟尘污染，在 1937 年则没有发现有这方面的损害。美国把据称受到损害的个体农户的财产划分为三类：(a) “居住在农场上的农民”的财产、(b) “非居住在其农场上的农民”的财产、(a,b) “被从其农场土赶走的农民”的财产，以及(c)大量土地所有者的财产。法庭未采纳这种划分，而采用了美国法院在处理类似上述案例的妨害和侵犯案件时所使用的损害标准，作为对种植农作物的已开垦土地所造成的损害进行估算的赔偿标准，即由于烟尘污染引起的土地使用价值和租用价值下降的金额。²⁰⁶

261. 法庭判定，在农场土地问题上，这种土地使用价值的下降一般是由于农作物受到伤害导致产量下降，因此买卖收入减少了。²⁰⁷ 法庭认为，农民没有能像其他地区那样增加土地种植面积，这一点也应该

²⁰³ RIAA (上见脚注 97)，第 1974 页。

²⁰⁴ 见 ILM (上见脚注 96)，第 21 段。

²⁰⁵ RIAA (上见脚注 97)，第 1932 页。

²⁰⁶ 同上，第 1924 至 1925 页。

²⁰⁷ 同上，第 1925 页。

考虑进去，这是关于减少损失义务的一个例子。

262. 关于财产的主人放弃财产的问题，法庭注意到，几乎所有列出的财产都显示在 1932 年之前被放弃。为了处理这个问题以及农民没有增加种植面积的问题，法庭决定根据现有关于平均面积的统计数据来估算损害的程度，即如果没有烟尘污染，每英亩土地应该合理播种和收获的农作物数量。²⁰⁶

263. 关于水体中含有的二氧化硫成分导致土壤酸性增加从而破坏了土壤结构的主张，法院认为所提出的支持这种论点的证据不够确凿，只有一小片地区例外，法院为其作出了赔偿裁决。²⁰⁶ 法庭还作出裁决，鉴于烟尘污染的结果，应对那些在边界线附近的农场的价值下降进行赔偿。²⁰⁸

264. 关于据说是烟尘污染造成对树木生长和繁殖的损害问题，法庭采用了美国法院所使用的估算损害的标准，即这种破坏和损害造成的土地本身价值的下降：

关于破坏造成的损失和对生长期树木（没有长到市场出售的标准）的损害，法庭采用了美国法院使用的估算损害的标准，即由于这种破坏和损害而造成的土地本身价值的下降。生长中的林地具有提供劈柴、栏栅木料等价值，以及提供将来可以出售的木材等价值。美国没有能提供证据，证明在 1932 年 1 月 1 日存在这种林地的地点或这种生长中的树木的数量，或者各种不同树木的分布情况——针叶树、黄松、道格拉斯冷杉树、落叶松或其他树木。在此日期以后，确实发生了对这些生长中的树木的破坏和损害、退化和妨碍生长的现象，但根本不可能准确估算造成破坏的数量。然而，法庭还是把这种情况考虑了进去，并对栽有生长期树木的土地所造成的损害作出了赔偿的裁决。²⁰⁹

265. 美国没有能证实对牲畜造成的损害：²¹⁰ 同样，关于对诺思波特镇财产造成损害的说法也证

²⁰⁸ 同上，第 1926 页。

²⁰⁹ 同上，第 1929 页。

²¹⁰ “关于美国所说的‘对牲畜造成的损害’，法庭认为，美国没有能证实自从 1932 年 1 月 1 日以来，由于农作物或牧草质量下降，特雷尔冶炼厂的烟尘对牲畜或牲畜的乳和毛的产量造成了损害。如果说对牲畜造成的损害是由于农作物或牧草产量下降，那么，已作出裁决的赔偿中已经包括了对这种损害的赔偿。”（RIAA（上见脚注 97），第 1931 页。）

据不足。²¹¹

266. 关于对商业企业造成的损害，美国提出，由于受损害地区居民的经济地位下降，商人损失了生意，商业信誉受到损害。法庭判定，这类损害太间接、和太不确切，无法进行估算，不属于可以裁定给予赔偿的范畴。法庭的意见是，那种认为因为他们的顾客无力购买——即使证明这种无力购买或陷入贫困是由于受到损害而产生的——而造成对一个人的生意的损害或下降而应该得到赔偿的论据太间接了，不足以成为提出要求赔偿的法律基础。²¹²

267. 美国所称的水道污染没有得到证实，同时，法庭受《仲裁公约》条款的约束，没有考虑美国提出的对它花在特雷尔冶炼厂造成的问题进行调查研究方面的费用作出赔偿的要求，美国提出这个问题是与其主权侵犯时采取的行动有关的。但是，法庭似乎承认可以对起诉的费用给予赔偿。法庭同意，在有些国际仲裁案件中，对损害的赔偿不是作为对领土主权遭到侵犯的赔偿费用，而是作为对个别起诉人向违法行为的国家提出起诉的费用的赔偿。法庭看来有一些异议，这种异议与其说是对于起诉的内容的异议，不如说是对于侵犯领土主权造成的损害的性质的异议。因此，法庭决定，“对美国所谓‘主权遭到侵犯’的要求，不应该给予任何赔偿，既不作为单独的损害项目，也不作为其他损害的附属项目”。²¹³

268. 在亚拉巴马案的判决中，法庭裁决，对净货物损失和其他由于大不列颠及爱尔兰联合王国没有能尽到“应尽努力”所造成的损失，给予赔偿。但是，法庭否决了对在英国港口停泊的美国南方巡洋舰追击费用方面的损失，因为这种费用和一般战争费用很难加以区别，就如各国预期的收入受

²¹¹ “关于‘对诺思波特镇财产造成的损害’问题，对农场和其他已开垦土地所有人适用的法律原则同样也适用于城镇土地的所有人，即，衡量的标准是由于烟尘污染导致财产使用价值和租赁价值的下降。法庭认为，没有证据表明这种城镇财产受到了损害，即使存在这种损害，也没有足够的事实根据使法庭能对这种财产的使用价值或租赁价值的下降作出估计，法庭不能接受美国提出的对城镇财产造成损害的计算方法。”（同上。）

²¹² 同上。

²¹³ 同上，第 1932 至 1933 页。

到损失一样。它们取决于将来的和不肯定的偶然发生的事件。²¹⁴

269. 加拿大在要求苏联赔偿因其核动力卫星宇宙 954 号坠毁在加拿大领土上所造成的损失的主张中, 强调了减轻损害的义务:

根据国际法的一般原则, 加拿大有义务采取必要措施, 防止和减少损害所造成的有害后果, 从而减轻损害的程度。因此, 对卫星的碎片, 加拿大有必要毫不延迟地进行搜索、恢复、排除、测试和清除行动。这些行动也是根据加拿大的国内法进行的, 此外, 《[外空物体所造成损害之国际责任]公约》第六条责成提出要求的国家对空间物体造成的损害有义务采取合理程度的照管。²¹⁵

270. 加拿大提出的要求也表明, 所索取的赔偿是合理的, 直接是由事故引起的, 也是能以相当准确的程度计算出来的:

加拿大在计算要求的赔偿时, 采用了国际法一般原则所确立的有关准则, 根据这些准则要求给予公正的赔偿。在加拿大方面的要求中, 只包括了那些合理的费用, 直接是由于卫星入侵和卫星碎片散落所引起的, 也是能以相当准确的程度计算出来的。²¹⁶

271. 大西洋里奇菲尔德公司在华盛顿州切里岬经营一家炼油厂, 在那里, 1972 年共有 4.5 万升原油溢入海中(上见第 159 段), 公司赔偿了苏雷市政府 19,000 美元的前期清除费用账单。后来, 公司又同意另外付给 11,606.50 美元, 由美国转给加拿大政府, 作为与清除行动有关费用的赔偿, 但没有同意赔偿附加的 60 美元的所谓“鸟类损失费”(30 只鸟, 每只鸟两美元)。支付这些款项时“不承认在这一事件中的赔偿责任, 也不妨害它的权利和法律立场”。²¹⁷

2. 赔偿的形式

272. 在国家实践中对因各国在其领土管辖范围内或控制下从事的活动所造成的域外损失的赔偿, 要么整笔付给受害国去偿付个人的索赔要求, 要么直接付给提出索赔的本人。国家间关系中普遍采用的赔偿

形式类似于国内法的赔偿形式。实际上, 某些公约规定本国立法应该决定赔偿问题。如果以货币支付赔偿额, 一般应设法选择方便可兑的货币。

(a) 条约实践

273. 在多边公约中虽然提到了赔偿的形式, 但均不够详细。在这几个公约中已试图在货币和把款项从一国汇往另一国这两个方面使赔偿有益于受害方。例如, 依据《巴黎公约》, 赔偿的性质、形式和范围及其公平分配均由本国法律来决定。此外, 赔偿金应可在缔约方之间自由转汇。²¹⁸

274. 《〈铁路运输公约〉附加公约》也规定, 对某些伤害的赔偿可以以总付的形式判给。然而, 如果本国法律容许支付年金, 或者如果受害乘客这样要求, 赔偿也可以年金的形式支付。对死亡乘客依法负责赡养的人所遭受的损害、对受伤害乘客的医疗和运送, 以及对乘客因全部或部分工作能力的丧失而遭受的损失也可提供这种形式的损害赔偿金。²¹⁹

²¹⁸ 《公约》有关条款规定:

“第 7 条

“[……]

“(g) 在赔偿诉讼中法院依据本《公约》判给的任何利息和费用均不得视为本《公约》所称的赔偿, 并且应由经营人在其按本条理应付给的数额以外另行支付。

“[……]

“第 11 条

“在本《公约》范围内, 赔偿的性质、形式和范围, 及其公平的分配, 均应由本国法决定。

“第 12 条

“依据本《公约》支付的赔偿、保险金和分保保险金, 作为保险、再保险或按第 10 条要求的其他财政担保所提供的金额, 以及第 7(g)条中涉及的利息和费用, 应均可在缔约方所在的货币区之间自由转汇。”

²¹⁹ 《公约》有关条款规定:

“第 6 条 乘客死亡或受到人身伤害

情况下赔款的形式和限额

“1. 依据第 3 条第 2 款和第 4(b)条的损害赔偿金应以总付的形式判给; 但如果本国法允许支付年金, 受伤害的乘客或第 3 条第 2 款中指定的提出要求人也这样要求, 损害赔偿金便应以这种形式判给。

“[……]

“第 9 条 赔偿的利息和退还

“1. 提出要求人有权索取赔偿的利息, 利息应按年息 5%计算。上述利息应从提出要求之日起, 或者如果尚未提出要求, 则从提起诉讼之日起计算, 但第 3 条和第 4 条规定的赔偿除外, 此项赔偿利息只能从与其评估有关的事件发生之日起计算, 如果该日期迟于提出要求或提起诉讼的日期的话。

“2. 任何不应获取的赔偿均应退还。”

²¹⁴ Moore, 同前引书(上见脚注 93), 第 658 页。

²¹⁵ 见 ILM(上见脚注 96), 第 905 至 906 页, 第 17 段。

²¹⁶ 同上, 第 907 页, 第 23 段。

²¹⁷ 上见脚注 141 和 *Montreal Star*, 9 June 1972。

275. 《核动力船舶经营人责任公约》规定了可用以支付赔偿的货币法郎的黄金价值。并规定赔偿金可折算成各国货币, 并约成整数; 折成黄金之外的各国货币应按其黄金价值进行。²²⁰

276. 如果有关双方同意, 按《外层空间物体所造成损害的国际责任公约》支付的赔偿可以任何货币支付。否则, 赔偿应用索赔国的货币支付。如果索赔国同意, 赔偿可以赔偿国货币支付。²²¹

(b) 条约以外的司法裁决和
国家实践

277. 司法裁决和政府来往公文只在少数情况下提到了赔偿的形式, 例如美利坚合众国因太平洋核试验造成的损害给日本提供的赔偿和因亚拉巴马案(上见第 87 段)要求大不列颠及爱尔兰联合王国支付的赔偿等案例。在两个案子中, 都支付了一笔总数以便受害国公平地对受害个人支付赔偿。

278. 除货币赔偿外, 赔偿的给付偶尔也以消除危险或恢复原状的形式为之。例如, 帕洛马列斯事件就属这类情况, 1966 年, 由于美国一架运核飞机与一架运油飞机相撞, 核弹掉落在西班牙及其附近地区。在损失或遭受损失的危险如此严重的情况下, 主要赔偿即为恢复, 消除有破坏的根源, 使该地区恢复至事故发生之前的正常情况。美国找回了炸弹并把西班牙受污染的土壤埋在它本国的领土上, 以此解除了西班牙的危险(上见第 250 段)。

279. 在马歇尔群岛进行的核试验中, 据报道, 美国也支付了几乎 1.1 亿美元来清理几个埃尼威托克岛屿, 使这些岛可以重新安居。然而, 作为该项目的一个组成部分, 在伦尼特环礁中的一个岛屿被用作堆放核碎片的场地, 并且宣布在两万年内

不得入内。¹⁵⁵ 清理行动并不是恢复原状, 但当事国的意图及其所根据的政策均类似于恢复原状。在穆尔河事件中, 除因给前南斯拉夫的渔业资源和造纸厂造成的损害而给予货币赔偿外, 奥地利也给前南斯拉夫交付了一定量的纸张。

280. 1981 年, 加拿大同意苏联一次总付 300 万加元, 以最后全部了结同苏联卫星宇宙 954 号在加拿大解体有关的全部事项。²²²

3. 赔偿的限度

281. 与国内法相似, 国家实践也对赔偿的限度作出了规定。这特别关系到一些对于今日的文明虽然重要、但却很可能造成损害的活动, 也关系到诸如使用核材料的有造成破坏性损害危险的活动。关于赔偿限度的规定看来是经过精心设计的, 以完成两项目标: (a) 保护各企业使其不致支付无限量的赔款, 而在财政上陷入困境, 影响其将来的发展; (b) 并对因进行那些有潜在危险的活动而遭受损害者提供合理和公平的赔偿。

282. 美国《石油污染法》规定了责任的限度。不过, 根据第 2704(c)(1)条, 如果事故由下列因素作为最近的原因所造成, 就不能援引责任限度:

A. 严重过失或有意识的不当行为, 或

B. 责任方、责任方代理人或雇员, 或根据与责任方的合同关系行事的人违反适用的联邦安全、建筑或经营条例。²²³

283. 《石油污染法》第 2704(c)(2)条还规定, 责任方如有下述情形之一者, 没有资格限制其责任:

A. 未能或拒绝按法律要求报告事件, 而且它知道或有理由知道事故;

B. 未能或拒绝提供负责官员就清除活动要求的所有合理的合作和协助; 或

C. 没有充足的原因而未能或拒绝遵守按照本法第 1321 条(c)或(e)款或者《公海干预法》所发布的命令。²²²

²²⁰ 《公约》第三条第 4 款规定:

“4. 本条第 1 款中提及的法郎是一种由 65.5 毫克含金量为千分之九百的黄金所构成的记账单位。判给的赔偿金可折算成各国货币, 并约成整数。折成黄金之外的各国货币应按支付之日的黄金价格进行。”

²²¹ 《公约》第十三条规定:

“除求偿国与依照本《公约》应给付赔偿之国家另就赔偿方式达成协议者外, 赔偿之给付应以求偿国之货币为之, 或于该国请求时, 以赔偿国之货币为之。”

²²² 见“Canada-Union of Soviet Socialist Republics: Protocol on settlement of Canada's claim for damages caused by 'Cosmos 954'”, 载于 ILM, vol. XX, No. 3 (May 1981), 第 689 页。

²²³ 援引于 Force (上见脚注 63), 第 40 页。

284. 根据《石油污染法》第 2714 条(a)款, 责任方雇员或为责任方服务的独立承包人的有意识的不当行为或违反安全条例, 也可能使根据同一条(c)款提供的责任限度失效。

285. 同样在美国, 《环境综合法》在第 9607(c)(1)条中载有关于责任限度的条款。其中还授权实行惩罚性的损失赔款, 如果负有责任的人没有充足的理由未能根据总统的命令采取消除或补救行动, 赔款数额至少应相当于由于未能采取适当行动发生的费用, 但不超过该金额的三倍。同《石油污染法》一样, 如果被告未能向政府官员提供合作或协助, 限制责任的权利丧失。

286. 1990 年德国《环境赔偿责任法》第 15 条也规定了责任限度。⁷¹

(a) 条约实践

287. 1960 年《核能领域第三方责任公约》的拟订, 是为了有系统和统一地处理核能方面的赔偿责任和赔偿问题。公约第 7 条限制经营人的赔偿责任。它还规定, 因核事故造成的损害需要支付的赔款总额不得超过依照本条所确定的最高赔偿责任限额。²²⁴

288. 根据《外国飞机对地面(水面)上第三者造成损失的公约》, 如果确定的各项索赔总额超过责任限额, 则对于专为生命丧失或人身伤害要求的赔偿或专为财产损害要求的赔偿, 应将各项索赔金额按比例减少到各自的数额; 但如果各项索赔既有为生命丧失或人身伤害而提出的, 也有为财产损害而提出的, 那么应优先将总金额的一半按比例分配给对生命丧失或人身伤害提出的有关赔偿要求, 剩下部分按比例分配给有关财产损害的赔偿要求和对生命丧失和人身伤害的赔偿要求中尚未足偿的部分。²²⁵

²²⁴ 《公约》第 7(a)条规定了最低和最高赔款额:

“因核事故造成的损害需支付的赔偿总额不得超过依据本条所确定的最高赔偿责任限额。”

²²⁵ 《公约》第 14 条规定:

“如果确定的索赔总额超过根据本《公约》规定适用的赔偿责任限额, 则应适用以下规则, 并考虑第 11 条第 2 款的规定:

“(a) 如果专为生命丧失或人身伤害要求赔偿或专为财产损害要求赔偿, 则索赔额应按比例减少到各自的数额。

“(b) 如果既为生命丧失或人身伤害、也为财产损害要求赔偿, 那么可分配的总金额的一半

289. 《〈铁路运输公约〉附加公约》规定了责任的限制。但如果损害是由于铁路故意违章行事或严重过失造成的, 则赔偿责任限制可予取消。²²⁶

290. 《附加公约》第 10 条废除旅客与铁路部门之间任何此类协定, 如果此类协定排除铁路部门的责任或限定赔款额低于本《公约》所规定的金额的话。²²⁷

291. 《限制海船所有人责任的国际公约》的序言明确指出, 缔约国的目标是“通过协议确定有关海船所有人赔偿责任限制的一些统一规则”。

292. 《公约》第 1 条只是重申了序言内容。根据第 1 条第 3 款, 如果证明伤害是船主或是他对

应优先满足为生命丧失和人身伤害提出的赔偿要求, 如果不够, 则应在有关的赔偿要求间按比例分配。可分配的总金额的其余部分应在有关财产损害的赔偿要求和有关生命丧失和人身伤害的赔偿要求中尚未清偿部分之间按比例分配。”

²²⁶ 《附加公约》第 7 和 8 条规定:

“第 7 条 物品损坏或灭失时的
赔偿金限额

“根据本《公约》的规定, 铁路对于旅客在火车出事时的随身手提行李, 包括旅客携带的任何动物在内的损害或者全部或部分损失, 负有赔偿责任, 对损害的索赔金额每位旅客可达 2,000 法郎。

“第 8 条 故意违章行事或严重
过失时的赔偿金额

“对于因铁路故意违章行事或严重过失造成的损害, 本《公约》第 6 和 7 条中或国内法中关于限定赔偿不超过一固定金额的规定均不适用。”

²²⁷ 《附加公约》第 10 和 12 条规定:

“第 10 条 禁止限制赔偿责任

“铁路和旅客之间签署的任何运输条款或条件或特别协定, 若目的为事先全部或部分取消按照本《公约》铁路应负的赔偿责任, 或者具有取消铁路举证责任的效力, 或者规定的限额低于第 6(2)条和第 7 条的规定, 则这些条款、条件、协定均属无效。然而, 此项无效并不废止运输合同, 运输合同仍遵照《铁路运输公约》和本《公约》的规定。

“第 12 条 在本《公约》规定
之外提起诉讼

“除非遵照本《公约》所规定的条件和限制, 否则不得就根据本《公约》第 2(1)铁路应负的赔偿责任对铁路提起任何种类的诉讼。

“对于根据第 11 条铁路对其负有赔偿责任的个人提起的任何诉讼也同样适用上述规定。”

其行为负责的个人的过失造成的，海船的责任限制将终止。对于谁负责证明是否存在过错的问题，将根据诉讼地法律决定。

293. 1969年《民事责任公约》也规定了责任限制。按照《公约》第五条，“船主有资格就任何一次事故按该船吨位和每吨2,000法郎计算出的总额限制其责任”。责任限制的金额被认为太低。因此，1984年《议定书》对《公约》作了修正，以提高油污方面现有的最高赔偿金额，而且意在吸引某些国家，特别是美利坚合众国加入《议定书》。

《议定书》未涉及限额的大幅度提高所带来的责任的分配和对船主的救济等问题。《议定书》删去了对船主补偿的所有提法。《议定书》第6条修正了《公约》第五条第2款，规定：“如果证明污染损害由船主个人的作为或不作为造成，且进行这种作为或不作为时具有造成这种损害的故意，或者出于轻率并知晓很可能造成这种损害*，那么船主将无权享受本《公约》规定的责任限制。”

294. 不过，1989年3月，当埃克森公司瓦尔德斯号轮在阿拉斯加威廉王子海峡搁浅时，它激起了公众强烈的反应。这导致美国国会作出一项决定，拒绝加入《议定书》，并制定1990年《石油污染法》，该法采用的赔偿责任限度大大高于修订1969年《民事责任公约》的1984年《议定书》的限度，而且规定无限赔偿责任的情况多于《议定书》的情况，例如严重过失、故意违章行事和违反适用的联邦条例等情况。²²⁸

295. 《关于因勘探和开采海床矿物资源而造成油污损害的民事责任公约》第6条对经营人的赔偿责任作了限制规定。根据该条第4款，如果证明油污损害是由经营人本身故意的作为或不作为所造成，而他又明知这样做会造成油污损害的话，那么该经营人将不再享有赔偿责任限额。该款要求必须存在两项因素才能取消赔偿责任限额：其一是经营人的作为或不作为，其二是明知会发生油污损害。因此，根据本《公约》，经营人的疏忽过失不会取消赔偿责任限额。

296. 《危险品运载公约》限制承运人的责任（第9条）。根据该《公约》第10条第1款，不适用这种责任限制的条件是“证明损害由他个人作为

或不作为，或他的雇员或代理人的作为或不作为所造成，其意图是造成这种损害，或者轻率行事，并且知道可能产生这种损害，而且，在雇员或代理人发生这种作为或不作为的情况下，还证明，雇员或代理人是在其工作的范围内行事”。《公约》第13条要求承运人具有强制性保险，其保险额应相当于赔款责任的最大数额。²²⁹第14条规定，“每个缔约国得指定一个或数个主管当局签发或批准表明承运人具有有效保险的证明书。”

297. 《海上运输有害和有毒物质的责任和赔偿公约》草案²³⁰，在第6条中，也按照1969年《民事责任公约》第五条的精神规定了责任的限度。该《公约》草案第10条遵循1969年《民事责任公约》要求船主强制保险的第七条。《公约》草案也预想了一项财务方案以保证支付全额赔款。基金方案类似于《控制危险废物越境转移及其处置巴塞尔公约》的议定书草案所确定的方案，该方案未提供赔偿责任的任何限制。议定书草案第5条规定，对赔偿责任不得规定固定的财政限度。

298. 《关于危害环境的活动造成损害的民事责任公约》的原始草案载有关于赔偿责任限度的条款。这一条款在最后草案中被删去了。

(b) 条约以外的司法裁决和国家实践

299. 司法裁决和官方信函中未见除各条约中商定内容以外的赔偿限额。对公平、公正和适当赔偿问题作了某些提及。广义上说，赔偿的限度有时可与公平和公正的赔偿相一致。

²²⁹ 《公约》第13条规定：

“1. 如果危险物品在一个缔约国的领土上运载，承运人的赔偿责任得由保险或其他财务保障如银行担保作保证。

“2. 保险或其他财务保障应涵盖本《公约》规定的承运人责任的整个期间，其金额由应用第9条中规定的责任限度来固定，并应涵盖证明中列为承运人的个人的责任，或者，如果该人不是第1条第8款定义的承运人，则应涵盖承担本《公约》规定之责任的个人的责任。

“3. 按照本条第1款保持的、由保险或其他财务保障提供的金额只应用于满足本《公约》规定的索赔要求。”

²³⁰ 上见脚注88。

²²⁸ 见 Birnie 和 Boyle, 同前引书 (上见脚注), 第 296 页。

B. 判给赔款的主管当局

300. 《联合国宪章》第三十三条第一款提供了可供选择的和平解决争端的许多方法，由最非正式的到最正式的办法：

1. 任何争端之当事国，于争端之继续存在足以危及国际和平与安全之维持时，应尽先以谈判、调查、调停、和解、公断、司法解决、区域机关或区域办法之利用，或各该国自行选择之其他和平方法，求得解决。

301. 国家实践表明已利用这些解决争端的方法去解决关于具有域外损害性影响的行动的赔偿责任和赔偿问题。国际法院、仲裁庭、联合委员会以及国内法院曾就这些问题作出裁决。总的来说，在各国间以前所缔结的协定的基础上，国际常设法院、国际法院和仲裁庭均曾处理关于利用大陆架、领海等以及在大陆架、领海等范围内从事活动所引起的争端。对于正在进行的活动，如利用共有水域这种通常在邻国间进行的活动，各国设立了常设机构，由这些活动所产生的赔偿要求通常提交联合机构或有关的委员会。在涉及民事责任、特别是经营人责任的问题上，利用了国内法院。

1. 地方法院和地方当局

(a) 条约实践

302. 许多多边协定把地方法院和当局称为裁决赔偿责任问题的主管当局。对于基本上属于商业性质的活动，活动者为私人实体，主要赔偿责任为经营人的责任，则公认地方法院是合适的裁决者。这是民事责任公约的特点。例如，《巴黎公约》仅将管辖权授予应承担责任的经营者核设施所在的缔约国法院。在运输途中发生核事故时，除非另有规定，否则当核事故发生时有关核物质在其境内的缔约国的地方法院拥有管辖权。《公约》第13条就核事故的发生地点，详细划分了缔约国国内法院的管辖权。

303. 根据《维也纳公约》第八条，并在该《公约》规定的限制下，“赔偿的性质、形式和程度及其公平分摊办法，都应遵照主管法院的法律的规定”。

304. 《公约》在第十一条中进一步规定，在其境内发生核事故的缔约国法院拥有管辖权。当核事故发生于任何缔约国领土之外，或当核事故的地点不能确定时，则负责任的经营人所处设施国的法院拥有管辖权。

305. 《核动力船舶经营人责任公约》第十条规定，可向发放许可证国家的法院、也可向领土遭受到核损害的缔约国法院提出要求赔偿的诉讼。

306. 1969年《民事责任公约》规定，只有在其领土、包括领海在内发生油污损害事件，或采取防范措施，以防止或尽量减少油污损害的缔约国的法院可受理索赔诉讼。因此，每一缔约国应确保其法院具有必要的管辖权。在按照该《公约》第五条的要求设立基金之后，基金所在国的法院应有决定有关基金分摊和分配一切事务的专属管辖权。

307. 根据《公约》第十一条，国内法院也对缔约国所有并用于商业目的的船舶拥有管辖权。

308. 同样，《设立国际油污损害赔偿基金的国际公约》规定，缔约国的国内法院有权裁决对基金的诉讼，而且缔约国必须授予其法院以受理这种诉讼的必要管辖权。

309. 《〈铁路运输公约〉附加公约》规定，除非各国间另外有协议，或铁路特许证中规定，否则在其境内旅客发生意外事故时，该国国内法院有权受理要求赔偿的诉讼。²³¹

310. 根据《环境保护公约》，一项活动在另一个缔约国境内造成或可能造成的损害，同在进行这项活动的国家里造成的损害一样，要同样对待。因此，凡受到或可能受到这样的损害影响的任何人可向该国法院或行政当局提出赔偿要求。有关赔偿的规则有利于受害方的程度不得次于进行这项活动的国家的赔偿规则。实际上，该《公约》规定外国

²³¹ 《附加公约》第15条规定：

“第15条 司法管辖

“只有在其境内发生旅客意外事故的国家的主管法院才有权受理根据本《公约》提起的要求赔偿的诉讼，除非各国间的协定中，或特许证或其他批准有关的铁路运营的其他文件中另有规定。”

受害方和本国受害方均有平等的诉诸主管当局的权利，并且享有平等待遇。²³²

311. 按照《关于因勘探和开采海床矿物资源而造成油污损害民事责任公约》第 11 条，决定赔偿责任和赔偿问题的主管当局，为控制国的国内法院，或在其境内发生损害的国家的国内法院。每个缔约国有责任确保其法院具有受理此种要求赔偿诉讼的必要管辖权。看来，国内法院根据本《公约》将适用本《公约》及其国内法：《公约》决定赔偿责任和赔偿问题，国内法解决提供证据和程序问题。但是，只有基金所在的缔约国法院才有决定有关基金的分摊和分配的一切事务的专属权利。此外，在除该《公约》规定外的情况下废弃一口油井时，根据《公约》第 3 条第 4 款的规定，由适用的国内法决定经营人的责任。

312. 根据《联合国海洋法公约》第 232 条，“依照 [关于保护和保全海洋环境的第十二部分] 第 6 节所采取的措施如属非法或超出合理的要求，有关国家须对所引起的损害或损失承担赔偿责任”。因此，要求须赋予其法院适当的管辖权，受理对这种损失或损害提起的诉讼。

²³² 该《公约》的有关条款规定：

“第 2 条

“在考虑是否准许进行对环境有害的活动时，要同等对待这种活动在另一个缔约国内造成或可能造成的损害和在进行这种活动的国家内所造成的损害。

“第 3 条

“任何受到或可能受到由对环境有害的活动在另一个缔约国内造成的损害的影响的人有权向该国适当法院或行政当局提出应否准许进行此种活动的问题，包括采取措施以防止损害的问题，并有与进行活动的国家的法律实体同等程度同等条件的机会对法院或行政当局的决定提出上诉。

“本条第一款的规定同样适用于有关要求对有害环境活动造成的损害进行赔偿的诉讼。不得根据比进行活动的国家的赔偿规则对受害方更为不利的规则来裁决赔偿问题。

“[... ..]

“议定书

“[... ..]

“第 3 条规定的、受到在一个邻国进行的对环境有害活动所造成的损害的任何人向该国法院或该国行政当局提起要求赔偿的诉讼的权利，原则上应认为包括要求购买其不动产的权利。”

313. 《南极矿物资源活动管理公约》第 8 条第 7(a)款规定，“有关本条所作赔偿责任规定的规则和程序，须由一项应通过的单独议定书制定。”根据第 8 条第 10 款，在通过议定书以前，要求《公约》的每个缔约国确保“依 [第 8 条] 第 2、4 和 6 款对从事勘探工作的经营人提起的责任主张能够在其国内法院得到审理。对其已担保的任何经营者的权利主张也应能够照此审理”。

314. 《公约》第 8 条第 11 款规定，不得将该条的任何内容解释为排除关于国家或经营人责任的现有或未来国际规则的适用性。

315. 《关于危害环境的活动造成损害的民事责任公约》第 19 条第 1 款规定：

1. 赔偿诉讼只可以在缔约国内向下述地点的法院提出：

- (a) 遭受损害的地点；
- (b) 从事危险活动的地点；或
- (c) 被告惯常居住地点。

《公约》第 21 条规定：

1. 当涉及同一诉讼过程或发生在相同各方之间的诉讼在不同缔约国法院中提起时，非首先收到诉讼的其他法院得主动中止诉讼，直至确立首先收到诉讼的法院的管辖权为止；

2. 在确立此种管辖权后，其他法院得拒绝接受管辖权。

316. 根据《危险品运载公约》第 19 条，赔偿诉讼只可在缔约国下述地点的法院提起：

- (a) 由于事故而遭受损害的地点；
- (b) 事故发生的地点；
- (c) 为防止损害或将其减小到最低限度而采取预防措施地点；或
- (d) 承运人有惯常居所地点。

该条第 3 款还要求，每个缔约国得确保其法院拥有受理此类赔偿诉讼的必要管辖权。

317. 根据《控制危险废物越境转移及其处置巴塞尔公约》的议定书草案²³³第10条,提起索赔主张的法院只能是某缔约国内遭受损害或损害起源之地、被告住地、登记居所或主要经营场所。

(b) 条约以外的司法裁决和
国家实践

318. 已有的司法裁决和官方来往公文未提及以地方法院和当局裁决赔偿责任和赔偿问题的资格,只是可能提到了对总付款额分配问题的裁决资格。

2. 国际法院、仲裁庭和
联合委员会

(a) 条约实践

319. 关于主要以国家为行为实体、非纯属商业性质的活动,一般由仲裁庭主管作出关于赔偿责任和赔偿问题的决定。《外空物体所造成损害之国际责任公约》规定,如果当事国未能通过外交谈判就赔偿问题达成协议则提交仲裁决定。因此,经任何一方请求,可设立赔偿要求委员会,委员会由三人组成,除主席外一人由求偿国指派,一人由发射国指派。²³⁴

²³³ 上见脚注 83。

²³⁴ 《公约》有关条款规定:

“第八条

“1. 一国遭受损害或其自然人或法人遭受损害时可向发射国提出赔偿此等损害之要求。

“2. 倘原籍国未提出赔偿要求,另一国可就任何自然人或法人在其领域内所受之损害,向发射国提出赔偿要求。

“3. 倘原籍国或在其领域内遭受损害之国家均未提出赔偿要求或通知有提出赔偿要求之意思,另一国可就其永久居民所受之损害,向发射国提出赔偿要求。

“第九条

“赔偿损害之要求应循外交途径向发射国提出。一国如与有关发射国无外交关系,可请另一国向该发射国代其提出赔偿要求,或以其他方式代表其依本《公约》所有之利益。该国并可经由联合国秘书长提出其赔偿要求,但以求偿国与发射国均系联合国会员国为条件。

“[……]

“第十一条

“1. 依本《公约》向发射国提出赔偿损害要求,无须事先竭尽求偿国或其所代表之自然人或法人可能使用之一切当地补救办法。

320. 《联合国海洋法公约》的第十五部分鼓励和要求各当事国通过和平方式解决它们之间的争端。《公约》为解决争端规定了多种可能采用的形式,并规定了一个详尽的制度,在这个制度中,根据争端的性质,指定国际海洋法法庭、国际法院或某个仲裁庭有权对争端作出裁定。第278至285条提供了与《联合国宪章》第三十三条相一致的解决争端的方式。

(b) 条约以外的司法裁决和
国家实践

321. 关于此问题的大部分司法裁决都是由国际常设法院、国际法院或者仲裁庭根据各方协议或先前的条约义务而作出的。至少一个仲裁庭,即被提请审理特雷尔冶炼厂案的仲裁庭,在裁决中提出了一种在各缔约国不能就一方提出的对制度的修订或修改达成协议时的仲裁机制。

“2. 本《公约》不妨碍一国或其可能代表之自然人或法人向发射国之法院、行政法庭或机关提出赔偿要求。但一国已就所受损害在发射国之法院、行政法庭或机关中进行赔偿要求者,不得就同一损害,依本《公约》或依对有关各国均有拘束力之另一国际协定,提出赔偿要求。

“[……]

“第十四条

“倘赔偿要求未能于求偿国通知发射国已提出赔偿要求文证之日起一年内依第九条规定经由外交谈判获得解决,有关各方应于任一方提出请求时设立赔偿要求委员会。

“第十五条

“1. 赔偿要求委员会由委员三人组成,其中一人由求偿国指派,一人由发射国指派,第三人由双方共同选派,担任主席。每一方应于请求设立赔偿要求委员会之日起两个月内指派其人员。

“2. 倘主席之选派未能于请求设立委员会之日起四个月内达成协议,任一方可请联合国秘书长于另两个月期间内指派之。

“第十六条

“1. 倘一当事方未于规定期限内指派其人员,主席应依另一当事方之请求组成单人赔偿要求委员会。

“2. 委员会以任何原因而有委员出缺应依指派原有人员所用同样程序补实之。

“3. 委员会应自行决定其程序。

“4. 委员会应决定其一个或数个开会地点及一切其他行政事项。

“5. 除单人赔偿要求委员会所决定与裁决外,委员会之一切决定与裁决均应以过半数表决为之。

“[……]

“第十八条

“赔偿要求委员会应决定赔偿要求的是非曲直,若须赔偿,则尚须订定应付赔偿之数额。”

3. 适用的法律

(a) 条约实践

322. 《外空物体所造成损害之国际责任公约》管理目前由国家控制的空间活动。它规定，“依照国际法及公正与衡平原则决定，俾就该项损害所作赔偿得使提出赔偿要求所关涉之自然人或法人、国家或国际组织恢复损害未发生前之原有状态。”（第十二条）

323. 同样，《联合国海洋法公约》第 293 条规定，在某个法院（即国际法院或海洋法国际法庭）或拥有管辖权的法庭按照《公约》第十五章第 2 节解决有关本《公约》的解释或适用的争端时，它应适用本《公约》或其他与本《公约》不相抵触的国际法规则。但是，经过争端的当事各方同意，法院或法庭也可以按照公允和善良的原则对一项案件作出裁决。

324. 另一方面，《〈铁路运输公约〉附加公约》管理基本上属于商业性的活动，其中第 6 条第 2 款规定应适用国内法。²³⁵

325. 同样，《核动力船舶经营人责任公约》在第六条中也就适用国内法的问题作了规定。²³⁶

326. 根据《限制海船所有人责任的国际公约》第 5 条第 5 款，对责任和赔偿的索赔要求都提交到有关缔约国家的国内法院审理，此外，可提起这种索赔的时限得按照提起索赔所在缔约国的国内法律决定之。

²³⁵ 第 6 条（旅客伤亡损害的形式和限制）第 2 款规定：

“依第 1 款判给的损失赔偿额应根据国内法决定。但是，如国内法规定的最高限额不足 20 万法郎，为本《公约》之目的，每个旅客的赔偿限额应定为 20 万法郎，一次总付或以与该数相应的年金方式支付。”

²³⁶ 《公约》第六条规定：

“当国民健康保险、社会保险、工人补偿或职业病救济制度的条款包括对核损害进行补偿的情况下，这类制度的受益者的权利及根据这类制度对经营人的代位权或追索权应由设立这类制度的缔约国法律予以确定。如果这类缔约国法律允许这类制度受益者的要求，及在本《公约》规定的限期内对经营人提出这类代位权及追索权，则这类要求与权利不应对该经营人造成超过第三条第 1 款所规定限额的赔款。”

327. 该《公约》第一条第 6 款进一步规定，由国内法决定谁负举证责任，而不论引起该项损害的事故究竟是否因过失而造成。

328. 《产品责任适用法律公约》旨在解决有关产品赔偿责任诉讼的管辖权和适用法律的问题，其中第 4 条规定：

伤害地国家的国内法应得以适用，如果伤害地所在国也是：

- (a) 直接遭受损害之个人惯常居所的地点；或
- (b) 被控负有责任之个人的主要业务所在地；或
- (c) 直接遭受损害之个人购置产品的地点。

329. 该《公约》第 5 条规定：

尽管有第 4 条的规定，适用的法律得为直接受损之个人惯常住地所在国家的国内法，如果该国家也是：

- (a) 被控负有责任之个人的主要业务所在地；或
- (b) 直接受损之个人购置产品的地点。

330. 根据该《公约》第 6 条：

如果第 4 和第 5 条中指明的法律都不适用，适用的法律得为被控负有责任之个人主要业务所在地国家的国内法，除非索赔人以伤害地所在国家的国内法作为其索赔之基础。

331. 《控制危险废物越境转移及其处置巴塞尔公约》的议定书草案²³⁷第 11 条规定，关于在不受议定书具体管理的主管法院提出的索赔的所有实质或程序问题，得由该法院的法律管理，包括这种法律有关管辖权冲突的任何规则。

(b) 条约以外的司法裁决和国家实践

332. 根据国际法院以及国际常设法院《规约》第 38 条的规定，法院的职能是对提交法院的争端依国际法作出裁判。国际法的渊源是：

- (子) 不论普通或特别国际协议，确立诉讼当事人明白承认之规条者；
- (丑) 国际习惯，作为通例之证明而经接受为法律者；
- (寅) 一般法律原则为文明各国所承认者；

²³⁷ 上见第 83 段。

(卯) 在第 59 条规定之下, 司法判例及各国权威最高之公法学家学说, 作为确定法律原则之补助资料者。

333. 根据同一条, 倘各当事国同意, 该法院就有权按公允及善良原则裁判其案件。关于域外损害和赔偿责任问题的国际法院判决就是在以上法律构架中作出的。

334. 仲裁庭的裁决也按照当事方之间的条约义务或国际法作出, 有时按照各国国内法作出。特雷尔冶炼厂案仲裁庭研究了美国最高法院的判决以及其他法律渊源, 并得出这样的结论: “根据国际法原则, 以及美国的法律原则, 任何国家无权使用或允许使用其领土致使烟雾对或在另一国领土造成损害。”²³⁸

335. 在它们的官方来往公文中, 各国都提到国际法和一般法律原则, 以及条约义务。加拿大是根据条约义务和“文明国家承认的一般法律原则”要求赔偿因苏联宇宙 954 号卫星坠毁造成的损害的。⁹⁶ 区域性原则或行为标准在国家间的相互关系中也认为是有关关系的。荷兰政府 1973 年就比利时政府打算在靠近两国边界地区建立一家炼油厂的问题提到了为欧洲接受的原则, 要求同那些可能受到其活动损害的邻国事先进行谈判。同样, 美国政府在给墨西哥的关于其为防止洪灾新采取的保护性措施的官方信件中也提到“国际法关于每一国家都负有尊重其他国家的完全主权的义务的原则”。²³⁹

²³⁸ RIAA (上见脚注 97), 第 1965 页。

²³⁹ 见 *Digest of International Law* (上见脚注 150), 第 265 页。

336. 除国内法外, 国内法院的判决还提到过国际法、国际礼让等的可适用性。例如, 德国的宪法法院在多瑙河渗漏案 (1927 年) 中一项关于多瑙河水流的临时判决中就根据国际法提出了干扰河水流量的责任问题。法院宣布, “只有对国际河流的自然流量造成较大程度的干扰时, 才能构成依国际法索赔的根据。”²⁴⁰ 在 *Roya* 案 (1939 年) 中, 意大利最高上诉法院也提到过国际责任。该法院指出, 一国“不得无视 [……] 不妨碍或破坏 [……] 其他国家为其本国的需要利用该河流的机会的国际责任”。²⁴¹ 最后, 美国最高法院在美国诉阿朱纳案 (1987 年) 中所作出的判决中也提到了国际法, 该法院提到, “国际法要求每个国家政府作出‘应尽努力’, 以防止在其领土上对另一国家作出不法行为。”²⁴²

²⁴⁰ *Württemberg* 和 *Prussia* 诉 *Baden* 案 (1927), *Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen* (Berlin, 1927), vol. 116, appendix 2, 第 18 页; *Annual Digest of Public International Law Cases, 1927-1928* (London), vol. 4, 1931, 第 128 页, 86 号案。

²⁴¹ *Société énergie électrique du littoral méditerranéen* 诉 *Compania imprese elettriche liguri* 案, 载于 *Il Foro Italiano* (Rome), vol. 64, 1939, part 1, col. 1036。

²⁴² *United States Reports*, vol. 120, 第 484 页。

第五章

时效法规

337. 根据《危险品运载公约》第 18 条, 索赔人对承运人或其担保人的索赔, 必须“在从受损害个人知道或理应知道损害和承运人身份之日起三年之内作出。如果有关方面在事故后商定, 这一期间可以延长”。不过, “无论如何不得在从造成损害之事故日期起 10 年之后提起诉讼”。

338. 《关于危害环境的活动造成损害的民事责任公约》第 17 条规定, “时限为从索赔

人知道或理应知道损害和经营人身分之日期起三年。”不过, “无论如何不得在造成损害之事故日期起三十年以后提起诉讼。[……] 如果事故由一系列起源相同的事件组成, 三十年得从最后一件事件发生之日期起算。就永久性废物堆埋地点而言, 三十年期最迟得从该地点按照国内法封闭之日期起算。”

339. 根据《关于因勘探和开采海床矿物资源而造成油污损害损害的民事责任公约》第 10

条，赔偿权得在受害方知道或理应知道损害之日起 12 个月之内灭失：

如在受损个人知道或理应知道损害之日起 12 个月之内，索赔人未以书面方式将其索赔通知经营人或就此提起诉讼，本《公约》规定之赔偿权利得灭失。不过，无论如何不得在造成损害之事故日期起四年之后提起诉讼。如果事故由一系列事件组成，四年期得自最后一事件发生日期起算。

340. 在某些情况下，经营人或国家的赔偿责任是可以免除的。有些多边公约规定了此种免除责任。比较典型的免除责任是由于时效。《外国飞机对地面（水面）上第三者造成损失的公约》第 21 条规定，按照该《公约》提出诉讼只限于发生事故之日起两年之内。这两年间任何暂停或中止由审理该案的法院的法律决定之。然而提出诉讼的最高期限不得超过事故发生之日起三年。²⁴³

341. 《〈铁路运输公约〉附加公约》第 16 和 17 条规定，经过一段时间以后，诉讼权将消灭。²⁴⁴

²⁴³ 第 21 条规定：

“1. 按照本《公约》提出诉讼应在造成此种损失的事故发生之日起两年的时限之内。

“2. 本条第 1 款期限的暂停或中止的理由，由审理该案的法院的法律决定之；但无论如何，造成损失之事故发生之日起三年期满，提出诉讼的权利应即消灭。”

²⁴⁴ 这两条如下：

“第 16 条 诉讼权的灭失

“1. 索赔人在知道损失之日起三个月内，未将旅客遭受的事故依照第 13 条通知可能向其提出索赔的铁路局，则将丧失诉讼权。

“如求偿人将事故作口头通知，则接到事故通知之铁路局必须将确认收到口头通知书送交索赔人。

“2. 然而诉讼权不应消灭的情况如下：

“(a) 如在第 1 款规定时间内，索赔人已向第 13 条第 1 款指定的一个铁路局提出索赔要求；

“(b) 如索赔人证明这一事故系铁路局的非法行为或疏忽造成的；

“(c) 如由于索赔人不能负责之情况，以致没有通知或推迟通知所发生的事故；

“(d) 如在第 1 款规定期间内，应负责的铁路局——或依照第 2 条第 6 款应负责的两个铁路局之一——通过其他方式已知道对该旅客发生的事故。

342. 《核动力船舶经营人责任公约》的时效规定为核事故发生之日起十年。许可证签发国的国内法可以规定更长的时间。²⁴⁵

“第 17 条 诉讼的时限

“1. 按照本《公约》对损失提出诉讼的时限应为：

“(a) 如为遇到事故的旅客，从发生事故之日起三年；

“(b) 如为其他索赔人，则从该旅客死亡之日起三年，或者事故发生之日起五年，以先满期之日为准。

“2. 如按照第 13 条向铁路提出索赔要求，第 1 款中规定的三个时限应该暂停，直到铁路局书面通知拒绝索赔要求并归还所附文件之日。如部分索赔要求得到承认，则时限将只对争议中的部分索赔要求再次开始计算。收到索赔要求或回答以及归还文件的举证责任，应由依靠那些事实的一方承担。

“时限的连续不得由于同一目的的进一步索赔要求而暂停。

“3. 因时间流逝而失去时效的诉讼权不得使用，即使作为反诉或抵消也不能再使用。

“4. 在前述条款限制下，诉讼的时限应由本国法决定之。”

²⁴⁵ 《公约》第五条规定：

“1. 如在核事故发生之日起十年以内未提起诉讼，按照本《公约》之索赔权即应失效。然而如按照许可证签发国的法律，由保险或其他财政保障或国家赔偿承担经营人赔偿责任的期限多于十年，则适用的国家法律可以规定对经营人的索赔权只在一段期限之后才失效，这段期限可以多于十年，但不可多于许可证签发国法律规定承担它的法律赔偿责任的期限。但此种失效期的延长，决不影响任何人依照本《公约》在上述十年期满前，为丧失生命或人身伤害起诉要求经营人赔偿的权利。

“2. 如核损害是由核燃料、放射性产品或废料被窃、遗失、投弃或抛弃所造成，本条第 1 款确定的期限应从造成核损害的核事故发生之日算起，但这一期限决不能超过盗窃、遗失、投弃或抛弃之日起二十年。

“3. 在不超过本条第 1、2 款确定的期限的情况下，适用的国家法律可以确定不少于三年的失效期或时效，这一期限从声称遭受核损害的人知道或按理应该知道此种损害和应对损害负责者之日起。

“4. 凡是声称遭受核损害并在按本条应适用的期限内起诉要求赔偿的任何个人，都可以鉴于损害的加重而修正其索赔要求，即使在期限已满之后也可修正，但须在终审判决之前提出。”

343. 《维也纳公约》也规定时效为 10 年。²⁴⁶

344. 《巴黎公约》规定了相同的时效。²⁴⁷

²⁴⁶ 《公约》第六条规定：

“1. 如核事故发生之日起十年内不提出诉讼，本《公约》规定的索赔权应予废止。但根据该设施所在国的法律，如经营人的责任由保险或其他财政保障或国家基金承担，期限在十年以上，则主管法院的法律可以规定，经营人赔偿的权利在超过十年之后才废止，但不得超过设施所在国法律规定应承担责任的期限。此种废止期的延长，决不影响任何人在上述十年期满前按照本《公约》，就个人伤亡而对经营人提出诉讼要求赔偿的权利。

“2. 如造成核损害的核事故涉及到核事故发生时核材料被窃、遗失、丢弃、或抛弃，则按照本条第 1 款中确定的期限应从核事故发生之日起，但这一期限决不能超过从失窃、遗失、丢弃或抛弃之日起的二十年。

“3. 主管法院的法律可确定不少于 3 年的废止或时效期，从遭受核损害者知道或应该知道此种损害和对该损害负责的经营人之日起算，但不得超过本条第 1 和第 2 款中确定的期限。”

²⁴⁷ 《公约》1964 年《附加议定书》第 8 和 9 条规定：

“第 8 条

“(a) 如核事故发生之日起十年内不提起诉讼，本《公约》规定的索赔权将予废止。不过，如果应对事故负责的经营人的核设施位于某缔约国境内，且该缔约国已采取措施，为经营人的一切行动提供责任保险，从而可照顾到十年后更长时期内开始的赔偿，则国家立法可确立一个长于十年的期限，但这种期限的延长不得影响任何人在本《公约》项下的索赔权，只要他在十年期届满后已经对经营人提起了人身伤亡诉讼。

“(b) 如引起损害的核事故涉及到事故发生时核燃料或放射性物质或废料被窃、遗失或丢弃或尚未追回，依据本条(a)款确定的废止期可从核事故日期起推算，但该期限从失窃、丢失、丢弃日期起无论如何不得超过二十年。

“(c) 国家立法可以确立自权利灭失起不少于两年的一个期限，或确立一个期限作为限制期，它或者从受害人知悉损害和负责的经营人之日起算，或者从受害人理应知道损害和负责的经营人之日起算，但不得超过根据本条(a)和(b)款确定的期限。

“(d) 但在第 13 条(c)款(二)项规定适用的情况下，如果在本条(a)款规定的时限内出现下述情况，不得取消索赔权：

345. 《外空物体所造成损害之国际责任公约》规定了一年的提起赔偿诉讼的期限。一年期从损失发生时起算，或从鉴定负有责任之发射国时起算。不过，后一期限从合理预期该国已经获悉事实之日起不得超过一年。²⁴⁸

346. 根据 1969 年《民事责任公约》，可在损害发生之日起三年内提起对损害索赔的诉讼。引起损害的事故发生之日起六年后则不能提起诉讼。²⁴⁹

“(一) 在第 17 条提及的法庭作出裁决前，已向该法庭可以从中选择任何法院提起了诉讼；如果法庭判定主管法院为已向其提起诉讼的法院之外的法院，法庭可确定一个日期，这种诉讼必须在此日期前向所定的主管法院提起；或

“(二) 已向有关缔约国提出请求，要求启动法庭依据第 13 条(c)款(二)项确定主管法院的过程，而且在确定主管法院之后、法庭可能限定的时间内提起了诉讼。

“(c) 如国家法律无相反的规定，在本条规定的期限内提起赔偿诉讼的核事故受害个人可在这种期限期满后就损害的加重情况修正其索赔，前提是主管法院尚未作出最后判决。

“第 9 条

“除核装置所在的缔约国法律可能作出相反规定的情况外，经营人对直接由武装冲突行为、敌对行动、内战、暴乱、或特殊性质的严重自然灾害造成的核事故引起的损害不负赔偿责任。”

²⁴⁸ 《公约》第十条规定：

“1. 赔偿损害之要求得于损害发生之日或认明应负责任之发射国之日起一年内向发射国提出之。

“2. 一国倘不知悉损害之发生或未能认明应负责任之发射国，得于获悉上述事实之日起一年内提出赔偿要求；但无论如何这项期间自求偿国若妥为留意按理当已知悉此等事实之日起不得超过一年。

“3. 本条第 1 及第 2 款所规定之时限，纵使损害之全部情况尚不知悉，亦适用之。但遇此种情形时，求偿国有权在此种时限届满以后至知悉损害之全部情况之一年后为止，修订其要求并提出增补文证。”

²⁴⁹ 《公约》第八条规定：

“除非在损害发生之日起三年内提出诉讼，否则本公约中提出的索赔权将予废止。但在造成损害的事故发生之日起六年后，则无论如何不能提出诉讼。如该事故分若干次发生，六年期限应从第一次发生之日起算。”

347. 本公约的规定不适用于军舰或政府拥有或经营的、仅用于政府非商业性服务的其他船舶。²⁵⁰

348. 《设立国际油污损害赔偿基金的国际公约》第6条也规定了相同的时效。²⁵¹

²⁵⁰ 《公约》第十一条第1款规定：

“1. 本公约的规定不适用于军舰或国家所有或经营并暂时仅用于政府非商业性工作的其他船舶。”

²⁵¹ 《公约》第6条规定：

“1. 如不在事故发生之日起三年内根据该条起诉或按第7条第6款作出通知，按第4条取得赔款或按第5条取得补偿的权利即行消失。但是决不能在损害事件发生之日起六年后起诉。”

349. 《控制危险废物越境转移及其处置巴塞尔公约》的议定书草案第6条²⁵²规定，索赔得在索赔人知道或理应知道损害、损害根源和所负责个人之日起5年之内提起。事故日期起30年以后，任何情况下都不得接受赔偿要求。

“2. 虽有第1款规定，船舶所有人或其保证人根据第5条第1款要求本基金补偿的权利，决不能在船舶所有人或其保证人得知根据责任公约对其进行起诉之日满六个月以前失效。”

²⁵² 上见第83段。

第六章

确保赔偿的保险和其他预期财务方案

350. 当决定允许在了解可能造成伤害的情况下从事某些活动时，必须事先规定对支付损害赔偿作出担保。这意味着从事某些活动的经营人要么必须投保，要么必须提供经费保障。这类要求类似于许多国家的国内法就综合性企业的经营及诸如驾驶车辆等较为例行的活动所规定的要求。

351. 例如，美国《石油污染法》第2716(a)条规定，船舶和产油设施的所有人和经营人必须提供财务责任的证据，证明能够支付责任方可能不得不负担的最大数额的赔款。根据第2716(b)条，如果不提供这种财务责任的证明，船舶的航运许可证将被吊销，或者不准其进入美国港口。凡需遵守这种要求的船舶，如在可航行的水域被发现而又没有必要的财务责任证明，美国可将其扣留和没收。根据第2716(e)条，可以保险证明、履约保证、担保书、信用证、作为自我保险者的资格证书或其他的财务责任证据等满足财务责任的要求。《石油污染法》第2716条的要求在有关《水污染法》的事项上也适用。²⁵³

352. 根据《石油污染法》第2716(f)条，由该法核准的任何清除费用或损害赔偿的索赔可直接向责任方的担保人提出。针对索赔人的索赔，担保人可主张责任方所能拥有的一切权利和辩护机会，也包括这样的辩护：事故是由责任方的故意违章行事造成的。不

过，担保人也不得以责任方的保险是通过欺诈或虚伪陈述获得的为由，对索赔进行抗辩。²⁵²

353. 同样，《环境综合法》第9608条中要求提供财务责任的证据，这种证据可以保险单、担保书、履约保证或作为自我保险的资格证书等确立。如果所有人或经营人不能提供所需的证据，将扣发或吊销许可证，船舶不准进入美国的任何港口、地方或可航行的水域，否则将被扣留。²⁵²

354. 《环境综合法》第9608(c)条授权可对担保人提起诉讼。同《石油污染法》一样，担保人可以辩护说，事故是所有人或经营人故意违章行事造成的。根据《环境综合法》第9608(d)条，担保人的赔款责任限于保险单等的金额。不过，这一法规并不禁止根据任何其他州或联邦法规、担保人的合同责任或普通法上的责任要求额外追偿，其中包括在谈判或未能谈判理赔过程中失信的责任。²⁵²

355. 德国的《环境赔偿责任法》在附件2中列举了三类项目，它们应当提供一旦发生该法规定的赔偿责任进行赔偿的财务能力的证据。根据该法第19条，将以下列方式之一满足这种财务能力证明的要求：(a) 购买保险；(b) 从州或联邦政府获取免责或补偿担保；或(c) 从具体的信用机构获取这种担保。²⁵⁴

²⁵³ Force, 同前引书(上见脚注63), 第41至43页。

²⁵⁴ 见 Hoffman, 同前引书(上见脚注71), 第39页。

A. 条约实践

356. 某些多边协定规定了保证在发生损害和赔偿责任的情况下支付赔偿的条款。大多数有关核活动的多边协定属于这一类。所以，它们要求持有保险和其他财政担保以便在发生赔偿责任的情况下，支付损害赔偿金。《核动力船舶经营人责任公约》就要求持有这样的担保。核动力船舶经营人持有的保险期限和数额由发放许可证的国家决定。尽管并未要求发放许可证的国家持有保险和其他财政担保，但是，如果经营人的保险和其他担保证明是不足的，该国应“确保”支付就核损害提出的赔偿要求。²⁵⁵

357. 《维也纳公约》第七条规定了类似的要求。经营人有义务维持装置国所要求的保险或其他财政担保。尽管并未要求装置国为可能由核工厂的经营造成的损害实行保险或者持有其他财政担保，但它应确保支付要求经营人支付的赔偿，即在上述保险不够的情况下，提供必要的资金。²⁵⁶

²⁵⁵ 《公约》第三条相关各款如下：

“1. 一艘核动力船舶经营人的责任得就任何一次核事故限制为 15 亿法郎，而不管核事故可能因该经营人的过失或有关当事人的相互关系所造成；这种限额既不包括任何利息，也不包括法院在根据本《公约》所提起的赔偿诉讼中判定的费用。

“2. 经营人应按发放许可证的国家所指定的数额、种类及条件持有适用于其对核损害赔偿责任的保险或其他财政担保。发放许可证的国家应确保支付就确认的核损害对经营人提出的赔偿要求，即在上述保险或财政担保的收益不足以清偿这类要求的范围内，提供不超过本条第 1 款规定限额的必要资金。

“3. 但本条第 2 款中的任何规定不应要求缔约国或缔约国的任何组成部分，诸如州、共和国或行政区等，持有适用于它们作为核动力船舶经营人的责任的保险或其他财政担保。”

²⁵⁶ 《公约》第七条规定：

“1. 经营人应按装置国所指定的数额、种类及条件持有适用于其对核损害赔偿责任的保险或其他财政担保。装置国应确保支付就确认的核损害对经营人提出的赔偿要求，即在上述保险或其他财政担保的收益不足以清偿这类要求的范围内，提供必要的资金，但如按照第五条规定，有确定的限额，则提供的资金不得超过该限额。

“2. 本条第 1 款中的任何规定不应要求缔约国或缔约国的任何组成部分，诸如州或共和国，持有适用于它们作为经营人的责任的保险或其他财政担保。

358. 同样，《巴黎公约》第 10 条要求，核工厂的经营人须根据本《公约》的要求持有保险或其他财政担保。²⁵⁷

359. 除了关于核材料的公约之外，那些规定带有造成巨大伤害风险的其他活动的公约也要求担保在发生损害的情况下支付赔偿。根据《外国飞机对地面（水面）上第三者造成损失的公约》第 15 条的规定，在另一缔约国登记的飞机经营人应持有适用于他们可能对地面造成损害的保险或其他担保。该条第 4(c)款规定，作为保险的替代物，缔约国可以接受“飞机登记地所在缔约国提供的担保，如果该国保证不针对这一担保请求豁免诉讼的话”。

360. 1969 年《民事责任公约》第七条第 1 款要求“在缔约国登记并载有 2,000 吨以上货油的船舶所有人，持有保险或其他担保”。

361. 《联合国海洋法公约》第 235 条第 3 款也规定，各国应进行合作，“以便拟订关于支付适当赔偿的程序”。

362. 《关于危害环境的活动造成损害的民事责任公约》第 12 条要求《公约》缔约国视情况根据国内法确保经营人“拥有保付本《公约》项下赔偿

“3. 由保险或其他财政担保或装置国按照本条第 1 款提供的资金只能用于按本《公约》应付的赔偿。

“4. 按照本条第 1 款的规定提供的保险或其他财政担保，任何承保人或其他财政担保人均不得中止或撤销，除非至少在两个月之前书面通知主管的政府当局，或者在此项保险或其他财政担保涉及核材料的情况下，在运输期间不得中止或撤销保险或其他财政担保。”

²⁵⁷ 《公约》第 10 条规定：

“(a) 经营人应按第 7 条确定的数额和政府主管当局指定的种类和条件持有适用于本《公约》的赔偿责任的保险或其他财政担保。

“(b) 按照本条(a)款规定提供的保险或其他财政担保，任何承保人或其他财政担保人均不得中止或撤销，除非至少两个月之前以书面形式通知政府主管当局，或者在此项保险或其他财政担保涉及核材料的运输的情况下，在运输期间不得中止或撤销保险或其财政担保。

“(c) 作为保险、分保、或者其他财政担保所提供的资金只能用于赔偿核事故造成的损害。”

责任的财务担保，其金额可高达某一界限，并由国际法规定形式和条款”。这种财务担保可能受某种限额的制约。根据该条，缔约各方在确定哪些活动应遵守财务担保的要求时，应考虑活动的风险性。

363. 同样，1995年《海上运输有害和有毒物质的责任与赔偿国际公约》草案第10条²⁵⁸也规定了船主和托运人的强制保险。草案第11条规定了一项进行赔偿的制度，如果包括第10条在内的早先的条款提供的保护不充分或得不到的话。

B. 条约以外的司法裁决和国家实践

364. 在少数情况下，从事可能对其他国家造成损害的活动的国家，曾单方面保证对可能发生的损害给予赔偿。美利坚合众国通过了保证对某些核事件所造成的损害给予赔偿的立法。1974年12月6日，根据《第93-513号公法》，美国在一项国会联合决议中，保证对涉及美国军舰的核反应堆的核事件可能造成的损害给予赔偿。²⁵⁹

²⁵⁸ 上见第155段。

²⁵⁹ 《第93-513号公法》有关段落如下：

“鉴于促使随时接受美国核动力军舰进入友好国家的港口对国家安全极为重要；

“鉴于核反应堆的出现促使全世界作出各种努力来制定适当的法律制度，以对那些因发生涉及核反应堆操作造成核事件而遭受损害的人给予赔偿；

“鉴于美国一直在带头拟订旨在发生由于美国核反应堆的操作而造成核事件时保证给予迅速和公平赔偿的立法措施，这一点尤其在经修订的1954年《原子能法》第170条中得以表明；

“鉴于对可能性很小的涉及美国军舰的核反应堆的核事件所造成的损害迅速给予赔偿作出某种形式的保证，连同美国核动力军舰在全世界行动时所取得的空前的安全记录，将加强这种军舰的有效作用，因此，

“美利坚合众国参议院和众议院在联合的国会会议上决定，美国的政策是，对证明是由于美国军舰的核反应堆的核事件所造成的身体伤害、死亡，或者不动产或动产的损害或损失偿付索赔或判决的赔偿金，条件是这种伤害、死亡、损害或损失不是由于进行战斗的军队的行动或由于平民暴动所造成。总统可按他所指示的条件，批准从政府可利用的任何应急基金中，偿付这种索赔或判决的赔偿金，或者可对这种索赔或判决的赔偿金向国会作出证明，以拨出必要的资金。”

(Public Law 93-513, *United States Statutes at Large*, 1974, vol. 88, part 2, 第1610至1611页。)

365. 之后，1976年6月1日的《第11918号行政命令》对《第93-513号公法》进行了补充，规定对某些核事件给予迅速、适当和有效的赔偿。²⁶⁰

366. 在美利坚合众国和西班牙关于1976年缔结的友好合作《条约》的换文中，美国进一步保证，“如情况需要，它将努力谋求取得立法权力，以一种类似的方式来解决对身体伤害、死亡或者不动产或动产的损害或损失的赔偿要求，只要以上情况被证明是由于某一涉及任何其他美国核部件在西班牙领土内引起此类赔偿要求的核事件所造成的话。”²⁶¹

367. 换言之，美国单方面扩大其赔偿责任，并在必要时自愿颁布立法，表示对西班牙承担这种义务。

²⁶⁰ 该《行政命令》如下：

“根据1974年12月6日通过的联合决议(Public Law 93-513.88 Stat. 1601.42 U.S.C.2211)和《美国法典》第3篇第301条授予我的权力，并作为美利坚合众国的总统，为了对万一发生由于涉及美国军舰的核反应堆的核事件所造成的伤害或损害提供迅速、适当和有效的赔偿，特此命令如下：

“第1条：(a)关于对证明是由于涉及美国军舰的核反应堆的核事件所造成的身体伤害、死亡，或者不动产或动产的损害或损失行政解决索赔或判决的赔偿金，指定并授权国防部长根据《第93-513号公法》的规定，批准在他指示的条件下，从国防部可利用的应急基金中支付这种索赔或判决赔偿金。

“(b) 如国防部长认为这种行动合宜时，应对(a)款中所述的索赔或判决的赔偿金作出证明，并将他关于国会为此增拨必要的款项的建议送达行政管理和预算局局长。

“第2条：第1条的规定不应视为代替、改变或缩小授予司法部长或任何其他机构首长在向美国提起诉讼和由此产生的判决和仲裁解决方面的法定的和其他的职能；

“第3条：遇有引起外国或其国民提出赔偿要求的任何情况时，本命令授予的职能应与国务卿磋商行使，有关《第93-513号公法》的国际谈判应由国务卿或在国务卿领导下进行。”

(*Federal Register* (Washington, D. C.), vol. 41, No. 108, 3 June 1976, 第22329页。)

²⁶¹ *Digest of United States Practice in International Law* 1976 (Washington, D. C.), 第441页。

368. 同样，美国国务院关于改变气候的活动所发表的声明，也谈到了与可能遭受损害的国家事先达成协议的问题。关于 1966 年美国参议院就增加美国可利用的降雨量计划准备通过的法案而举行的听证会，国务院发表了以下声明：

国务院唯一关心的是怕所选定的试验地区靠近与加拿大和墨西哥这些邻国的国家边界而可能引起与这些国家的问题。如发生这种情况，国务院愿确保，为在进行试验前与任何可能遭受影响的国家进行事先协商作出规定。²⁶²

²⁶² 国务院写给参议院商务委员会主席参议员马格纳森的信，“Weather Modification”, *Hearings before the Committee on Commerce, United States Senate, 89th Congress, 2nd session, part 2, 1966*, 第 321 页。

369. 至少在一起案件中，一个国家对由于一私营公司在加拿大进行石油开发活动可能给邻国造成的伤害，作出给予赔偿的保证。因此，加拿大与美国就一家加拿大私人公司在靠近麦肯齐河三角洲的波弗特海开发石油的项目进行了谈判。该项目在邻近的阿拉斯加州地区引起了严重忧虑，特别是在设想的安全措施和可用来赔偿美国潜在受害者的资金方面。谈判的结果，要求加拿大公司设立一笔基金，确保支付所需的赔款。于是加拿大政府为赔款的支付作出担保。²⁶³

²⁶³ *International Canada* (Toronto), vol. 7, No. 3, 第 84 至 85 页。

第七章

判决的执行

370. 保护受害方权利的有效而主要的办法是执行有关赔偿的裁决和判决。国家实践曾提到过这样的原则，即各国不得在解决一国管辖范围内进行的活动所造成的域外损害的争端的诉讼中设置障碍或者要求豁免。因而各国同意执行主管机构就这种损害引起的争端所作出的判决。

A. 条约实践

371. 这种保护受害方权利的最后步骤载入了多边协定。这些协定规定，关于赔偿的终局判决应在缔约国的领土上执行，而且各缔约国不得援引管辖豁免。例如，《巴黎公约》第 13 条(d)和(e)款规定，主管法院根据该《公约》所作出的终局判决在任何缔约国的领土上都可执行；如果根据本《公约》对作为应负赔偿责任的经营人的缔约国提起诉讼，该缔约国不得援引管辖豁免。²⁶⁴

²⁶⁴ 第 13 条相关的两款如下：

“(d) 根据本条规定，主管法院在审判之后或者在一方缺席审判的情况下作出的判决，如果根据该法院适用的法律可予执行，一经按照有关缔约国的法律规定办妥手续后，这些判决就可在其他任何缔约国的领土上执行。对该案的实质方面不得再提起诉讼。以上规定不适用于临时判决。

“(e) 如果根据本《公约》对缔约国提起诉讼，该缔约国不得向根据本条规定的主管法院提出任何管辖豁免的要求。”

372. 《外国飞机对地面（水面）上第三者造成损失的公约》也载有同样的条款，其中规定，当主管法院的终局判决符合执行国家要求的程序时，该判决在任何缔约国的领土上都可执行。²⁶⁵

373. 根据《〈铁路运输公约〉附加公约》，主管法院作出的终局判决在任何其他缔约国内都可执行。²⁶⁶

²⁶⁵ 《公约》第 20 条相关的一款如下：

“4. 如果依本《公约》规定的主管法院的终局判决，包括缺席判决，按其程序法已可实施，该判决在按照缔约国的法律或者其任何领土、州或省的法律规定办妥手续后应予执行，[……]”

²⁶⁶ 《公约》第 20 条规定：

“第 20 条 判决的执行、费用的保证

“1. 根据本《公约》的规定主管法院在审判后或者在一方缺席的情况下所作出的判决，在这些判决根据该法院适用的法律已具有可执行性时，一经按照有关国家的法律规定办妥手续后，在其他任何缔约国中均可执行。对该案的实质方面不得再提起诉讼。

“上述规定不应适用于临时判决或对于在诉讼中败诉的原告除诉讼费用外支付损害赔偿金的裁决。

“当事方在主管法院为了结一项争端所达成的解决办法已载入该法院记录者，应有该法院的判决的效力。

“2. 依本《公约》条款提起的诉讼，不应要求诉讼费用担保。”

374. 《维也纳公约》第十二条载有类似的文字。²⁶⁷

375. 根据《关于因勘探和开采海床矿物资源而造成油污损害民事责任公约》第12条,某缔约国内主管法院作出的判决,如可在原判国执行而无须经通常复审手续,该判决在其他缔约国的领土上应得到承认。但是,如果通过欺诈取得了该判决或者未给予被告适当的通知和公正的机会陈述其案情的话,则不得执行该判决。该条进一步规定,被承认有效的判决,在按照有关国家法律的规定办妥了“手续”之后,可在该《公约》任何缔约国的领土上予以执行。但是,这些手续不得重新审理此案,也不得提出可适用法律的问题。²⁶⁸

376. 该《公约》第13条规定,如果经营人是一个缔约国,它仍要接受控制国的国家法院或者在其领土上发生损害的国家法院的管辖。在这种情况下,要求国家经营人放弃一切主权豁免的抗辩。²⁶⁹

²⁶⁷ 《公约》第十二条如下:

“1. 根据第十一条拥有管辖权的法院作出的终局判决,应在其他任何缔约国境内得到承认,但下列情况除外:

“(a) 如果判决是通过欺诈取得的;

“(b) 如果被判决一方未被给予公正的机会来陈述其案情;或

“(c) 判决同被要求给予承认的缔约国的公共政策相违背,或同基本的公正标准不符合。”

“2. 得到承认的终局判决,在按照被要求执行判决的缔约国的法律规定办妥手续提交执行时,应视为该缔约国法院的判决予以执行。”

“3. 对已作出判决的赔偿要求的实质方面,不得再提起诉讼。”

²⁶⁸ 《公约》第12条如下:

“1. 按照第11条的规定,具有管辖权的法院所作的任何判决,如果可在原判国执行而不再经通常的复审手续,则应得到任何缔约国的承认,但下列情况除外:

“(a) 如果是通过欺诈取得的判决;或

“(b) 如果未给予被告适当的通知和公正的机会陈述其案情。”

“2. 根据本条第1款承认的判决一经按照有关国家的法律规定办妥了手续,就可在该缔约国内予以执行。这些手续不得允许重提本案的实质方面,也不得允许重新审议可适用的法律。”

²⁶⁹ 第13条如下:

“如果国家是经营人,该国应服从第11条规定的诉讼管辖,并且应放弃基于其主权国家地位的一切抗辩。”

377. 1969年《民事责任公约》同样规定,在某一缔约国家内作出的终局判决可在任何其他缔约国内执行。《公约》第十一条第2款进一步规定,各国得放弃所有以主权国地位为基础的抗辩。²⁷⁰

378. 《外空物体所造成损害之国际责任公约》就裁决的可执行性采用不同的措词。其中第十九条规定,如各方同意,求偿委员会的决定应是最后决定并具有约束力;否则,求偿委员会应作出建议性决定,而各方应真诚地予以考虑。因此,裁决的执行完全取决于各方商定的意见。²⁷¹

379. 根据《关于危害环境的活动造成损害的民事责任公约》第23条(承认与执行):

1. 具有管辖权的法院依据上述第19条所作的任何裁决,如果不再受到通常形式的复审,得在任何缔约方得到承认,除非:

(a) 这种承认违背谋求其承认的国家的公共政策;

(b) 裁决在未到庭的情况下作出,而且未向被告适当提供提起诉讼的文件或相当的文件使其有足够的时间安排辩护事宜;

(c) 裁决与在谋求其承认的一国内相同双方之间争端中所作的一项裁决不一致;

²⁷⁰ 《公约》第十和十一条如下:

“第十条

“1. 由按照第九条具有管辖权的法院所作的任何判决,如可在原判国执行而不再经通常的复审手续,应为各缔约国所承认。但下列情况除外:

“(a) 判决是以通过欺诈取得;

“(b) 未给予被告适当的通知和陈述其立场的公正机会。”

“2. 按本条第1款承认的判决,一经履行了各缔约国所规定的各项手续之后,应可在各缔约国立即执行。在各项手续中不允许重提该案的实质方面。”

“第十一条

“[……]

“2. 关于为缔约国所有而用于商业目的的船舶,每一国都应接受第九条所规定的管辖权受理的控告,并放弃基于主权国家地位的一切抗辩。”

²⁷¹ 《公约》第十九条规定:

“1. 赔偿要求委员会应依照第十二条之规定行事。”

“2. 如各当事方同意,委员会之决定应具有确定性及拘束力;否则委员会应提具确定之建议性裁决,由各当事方一秉善意予以考虑。委员会应就其决定或裁决列举理由。”

“[……]”

(d) 裁决与在另一国涉及相同诉讼起因和在相同双方之间发生的争端中作出的裁决不一致，假定这后一项裁决满足在所涉国家获得承认所必要的条件。

2. 根据上述第 1 款承认、在原判决缔约国可执行的一项裁决，一经办完各缔约国法律要求的手续，应立即在每个缔约国可以执行。这些手续不得允许重提该案的实质方面。

380. 本条的规则所依据的是《欧洲共同体民事管辖权和判决执行公约》。

381. 至于《关于危害环境的活动造成损害的民事责任公约》与其他涉及判决执行的条约之间的关系，该《公约》第 24 条规定，凡是两个或更多个缔约方受制于一项确立管辖权规则或规定在某缔约方承认和执行在另一缔约方所作裁判的条约，则该条约之规定将取代本《公约》有关条款的相应规定。

382. 就该《公约》与缔约国国内法的关系而言，《公约》第 25 条指出，本《公约》不损害缔约国的国内法或它们可能订立的任何其他协定。至于欧洲经济共同体成员国，共同体的规则将是指导规则，而且《公约》的条款只在无处理一个特定问题的共同体规则的场合适用。²⁷²

²⁷² 《公约》第 25 条如下：

“第 25 条 《公约》与其他规定的关系

“1. 本《公约》中的任何内容不得被解释为限制或削弱受害个人的任何权利，或限制有关根据任何一方法律或根据其作为缔约方的其他协定可能提供的环境保护或恢复的条款。

“2. 在其相互关系中，作为欧洲经济共同体成员的缔约国得实施共同体的规则，因此不得实施本《公约》产生的规则，但无管理特定有关问题的共同体规则的情况除外。”

383. 按照《危险品运载公约》第 20 条：

1. 具有管辖权的法院依据第 19 条作出的任何判决，如在原判决国可以执行，而且不再受到通常形式的复审，得在任何缔约国加以承认，唯下述情况除外：

(a) 判决通过欺诈手段获取；或

(b) 未给予被告合理的通知和陈述其案情的公平机会；或

(c) 判决与早先的一项判决不一致，早先的判决在谋求其承认的国家内作出，或在拥有符合第 19 条的管辖权的另一国作出，并且该裁决已在谋求其承认的国家内获得承认，它涉及相同的诉讼原因，而且发生在相同的双方之间。

2. 根据 [……] 第 1 款承认的任何判决，一经每个缔约国要求的手续得到履行，就应立即可在每个缔约国执行。这些手续不得重新提起此案的实质方面。

384. 《控制危险废物越境转移及其处置巴塞尔公约》的议定书草案²⁷³ 第 12 条规定，主管法院的任何裁决，如在原判决国可以执行，得在任何缔约国得到承认和可以执行，不再复审案件的实质方面。

B. 条约以外的司法裁决和国家实践

385. 司法裁决中未提出仲裁法庭和法院的裁定和判决的执行问题。在其官方来往信函中，各国通常达成妥协，而且在多数情况下遵守商定的解决办法。这类信函的内容已在前面章节中研究过。

²⁷³ 上见第 83 段。

与对条约的保留有关的法律和实践

[议程项目 6]

A/CN.4/470 号文件*

特别报告员阿兰·佩莱先生关于与对条约的保留 有关的法律和实践的第一次报告

[原文：法文]

[1995 年 5 月 30 日]

目 录

| | | <u>页 次</u> |
|--|------------|------------|
| 本报告援引的多边文书..... | | 124 |
| 本报告援引的著作..... | | 126 |
| | <u>段 次</u> | |
| 导言..... | 1 - 7 | 130 |
| <u>章 次</u> | | |
| 一、委员会以前就保留问题进行的工作及其成果..... | 8 - 90 | 131 |
| A. 条约法..... | 10 - 61 | 131 |
| 1. 委员会 1950 至 1961 年的工作..... | 12 - 33 | 131 |
| (a) 对詹姆斯·L·布赖尔利先生报告的审 议（1950 至 1951 年）..... | 12 - 22 | 131 |
| (b) 赫尔希·劳特帕赫特爵士的报告（1953 至 1954 年）..... | 23 - 29 | 133 |
| (c) 杰拉尔德·菲茨莫里斯爵士的第一次报 告（1956 年）..... | 30 - 33 | 134 |
| 2. 委员会 1962 至 1965 年的工作..... | 34 - 57 | 135 |
| (a) 对汉弗莱·沃尔多克爵士第一次报告的 审议（1962 年）..... | 35 - 46 | 135 |
| (b) 通过关于条约法的条款草案（1965 至 1966 年）..... | 47 - 57 | 137 |
| 3. 联合国条约法会议（1968 至 1969 年）与保 留问题..... | 58 - 60 | 139 |
| 结论..... | 61 | 141 |
| B. 国家在条约方面的继承..... | 62 - 71 | 141 |
| C. 国家和国际组织之间或两个或以上国际组织之间 缔结的条约..... | 72 - 90 | 142 |

* 已包含 A/CN.4/470/Corr.1-2 号文件内容。

| <u>章 次</u> | <u>段 次</u> | <u>页 次</u> |
|-------------------------------------|------------|------------|
| 二、关于这一主题各种问题的概述..... | 91 - 149 | 146 |
| A. 各《维也纳条约法公约》中关于保留的规定含混不清..... | 96 - 125 | 147 |
| 1. 保留的可容许性..... | 97 - 114 | 147 |
| 2. 反对保留制度（保留的可反对性）..... | 115 - 125 | 150 |
| B. 各《维也纳条约法公约》中关于保留的规定存在缺陷..... | 126 - 149 | 152 |
| 1. 几个一般性缺陷..... | 127 - 135 | 152 |
| (a) 对双边条约的保留和解释性声明..... | 127 - 129 | 152 |
| (b) 对条约生效的保留的效果..... | 130 - 131 | 153 |
| (c) 《关于国家在条约方面的继承的维也纳公约》未解决的问题..... | 132 - 135 | 153 |
| 2. 与某些条约或规定特殊目的相关的诸问题..... | 136 - 144 | 154 |
| (a) 对国际组织的组织约章之保留..... | 137 | 154 |
| (b) 对人权条约的保留..... | 138 - 142 | 154 |
| (c) 对编纂习惯规则的规定之保留..... | 143 - 144 | 155 |
| 3. 某些特殊条约做法产生的问题..... | 145 - 149 | 155 |
| (a) 保留与附加议定书..... | 146 | 155 |
| (b) 保留与双边化做法..... | 147 - 149 | 156 |
| 三、委员会今后工作的范围和形式..... | 150 - 179 | 157 |
| A. 维护成果..... | 153 - 169 | 157 |
| B. 委员会工作成果可能采取的形式..... | 170 - 179 | 160 |
| 结论..... | 180 - 182 | 161 |

本报告援引的多边文书

来 源

- 《关税及贸易总协定》 [英]（1947年10月30日，日内瓦） 联合国，《条约汇编》，第55卷，第187页。
- 《政府间海事协商组织公约》 [英]（1948年3月6日，日内瓦） 同上，第289卷，第3页。
- 《防止及惩治危害种族罪公约》（1948年12月9日，纽约） 同上，第78卷，第277页。
- 《保护人权与基本自由公约》（《欧洲人权公约》） [英]（1950年11月4日，罗马） 同上，第213卷，第221页。

来 源

- 《难民地位公约》[英]（1951年7月28日，日内瓦） 同上，第189卷，第137页。
- 《难民地位议定书》（1967年1月31日，纽约） 同上，第606卷，第267页。
- 《麻醉品单一公约》（1961年3月30日，纽约） 同上，第520卷，第151页。
- 《修正一九六一年〈麻醉品单一公约〉的议定书》（1972年3月25日，日内瓦） 同上，第976卷，第3页。
- 《经济社会文化权利国际公约》和《公民及政治权利国际公约》（1976年12月16日，纽约） 同上，第993卷，第3页和第999卷，第171页。
- 《维也纳条约法公约》（1969年5月23日，维也纳）[下称1969年《维也纳公约》] 同上，第1155卷，第331页。
- 《美洲人权公约》[英]（1969年11月22日，哥斯达黎加圣何塞） 同上，第1144卷，第123页。
- 《民商事案件外国判决的承认与执行公约》[英]（1971年2月1日，海牙） 同上，第249页。
- 《国际销售货物时效期间公约》（1974年6月14日，纽约） 同上，第1511卷，第3页。
- 《关于国家在条约方面的继承的维也纳公约》（1978年8月23日，维也纳）[下称1978年《维也纳公约》] 同上，第1946卷，第3页。
- 《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》（1986年3月21日，维也纳）（下称1986年《维也纳公约》） A/CONF.129/15号文件。
-

本报告援引的著作

BASTID, Suzanne

Les traités dans la vie internationale: conclusion et effets, Paris, Economica, 1985.

BAXTER, R. R.

“Treaties and custom”, *Collected Courses of The Hague Academy of International Law, 1970–I*, Leyden, Sijthoff, vol. 129, pp. 25–106.

CLARK, Belinda

“The Vienna Convention reservations regime and the Convention on Discrimination against Women”, *American Journal of International Law*, vol. 85, 1991, pp. 281 et seq.

BLAY, Samuel K. N. 和 B. M. TSAMENYI

“Reservations and declarations under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees”, *International Journal of Refugee Law*, vol. 2, No. 4, October 1990, pp. 527 et seq.

BONIFAZI, Angela

“La disciplina delle riserve alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo”, *Les clauses facultatives de la Convention européenne des droits de l’homme*, Bari, Levante, 1974, vol. 3, pp. 301–319.

BOURGUIGNON, Henry J.

“The Belilos case: new light on reservations to multilateral treaties”, *Virginia Journal of International Law*, vol. 29, No. 4, summer 1989, pp. 347–386.

BOWETT, D. W.

“Reservations to non-restricted multilateral treaties”, *British Year Book of International Law, 1976–1977*, 48th year, pp. 67–92.

“The arbitration between the United Kingdom and France concerning the continental shelf boundary in the English Channel and south-western approaches”, *Ibid.*, 1978, 49th year, 1979, pp. 1 et seq.

BOYLE, A. E.

“The law of treaties and the Anglo-French continental shelf arbitration”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 29, parts 2–3, April–July 1980, pp. 498–507.

BROWN, E. D.

“The Anglo-French continental case”, *Year Book of World Affairs, 1979* (London), pp. 304–327.

CAMERON, Iain 和 F. HORN

“Reservations to the European Convention on Human Rights: the Belilos case”, *German Yearbook of International Law* (Berlin), vol. 33, 1990, pp. 69–129.

CASSESE, Antonio

“A new reservations clause (article 20 of the United Nations Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination)”, *Recueil d’études de droit international en hommage à Paul Guggenheim*, Geneva, Institut universitaire de hautes études internationales, 1968, pp. 266–304.

“Una nuova sulle riserve”, *Rivista di diritto internazionale*, vol. L, Nos. 3–4, 1967, pp. 584 et seq.

“Su alcune ‘riserve’ alla convenzione sui diritti politici della donna”, *ibid.*, vol. LI, 1968, pp. 294 et seq.

COCCIA, Massimo

“Reservations to multilateral treaties on human rights”, *California Western International Law Journal*, vol. 15, No. 1, winter 1985, pp. 1 et seq.

COHEN-JONATHAN, Gérard

“Les réserves à la Convention européenne des droits de l’homme (à propos de l’arrêt Belilos du 29 avril 1988)”, *Revue générale de droit international public* (Paris), vol. 93/1989/2, pp. 273–314.

“Note sur les décisions et constatations du Comité des droits de l’homme des Nations Unies relatives à la France (1989)”, *Annuaire français de droit international*, vol. XXXV, 1989, pp. 424 et seq.

COHEN-JONATHAN, Gérard 和 J.-P. JACQUE

“Activité de la Commission européenne des droits de l’homme”, *Annuaire français de droit international*, vol. XXVIII, 1982, pp. 513 et seq.

“Activités de la Commission européenne des droits de l’homme”, *ibid.*, vol. XXXVII, 1991, pp. 561–580.

COLELLA, Alberto

“Les réserves à la Convention de Genève (28 juillet 1951) et au Protocole de New York (31 janvier 1967) sur le statut des réfugiés”, *Annuaire français de droit international*, vol. XXXV, 1989, pp. 446–475.

COMBACAU, Jean

Le droit des traités, Paris, Presses Universitaires de France (Que sais-je?, No. 2613), 1991.

COOK, Rebecca

“Reservations to the Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination against Women”, *Virginia Journal of International Law*, vol. 30, No. 3, Spring 1990, pp. 643 et seq.

COX, William W.

“Reservations to multipartite conventions”, *Proceedings of the American Society of International Law at its forty-sixth annual meeting, Washington, D.C., 24–26 April 1952*, pp. 26 et seq.

DALTON, Robert E.

“The Vienna Convention on the Law of Treaties: consequences for the United States”, *Proceedings of the American Society of International Law at its seventy-eighth annual meeting, Washington, D.C., 12–14 April 1984*, pp. 276 et seq.

DEHAUSSY, Jacques

“Le problème de la classification des traités et le projet de convention établi par la Commission du droit international des Nations Unies”, *Recueil d'études de droit international en hommage à Paul Guggenheim*, Geneva, Institut universitaire de hautes études internationales, 1968, pp. 305–326.

DE VISSCHER, Charles

“Une réserve de la République arabe de Syrie à la Convention de Vienne (1969) sur les traités”, *Belgian Review of International Law*, vol. 8, 1972–2, pp. 416–418.

EDWARDS, JR., Richard W.

“Reservations to treaties”, *Michigan Journal of International Law*, vol. 10, No. 2, spring 1989, pp. 362–405.

ELIAS, Taslim O.

The Modern Law of Treaties, Dobbs Ferry, New York, 1974.

FENWICK, C. G.

“When is a treaty not a treaty?”, *American Journal of International Law*, vol. 46, No. 2, April 1952, pp. 296–298.

FITZMAURICE, G. G.

“Reservations to multilateral conventions”, *International and Comparative Law Quarterly* (London), vol. 2, part 1, January 1953, pp. 1–26.

FLAUSS, Jean-François

“Le contentieux de la validité des réserves à la CEDH devant le Tribunal fédéral suisse: requiem pour la déclaration interprétative relative à l'article 6 § 1”, *Revue universelle des droits de l'homme*, vol. 5, Nos. 9–10, 20 December 1993, pp. 297 et seq.

FROWEIN, Jochen Abr.

“Reservations to the European Convention on Human Rights”, *Protecting Human Rights: The European Dimension*, Cologne, Carl Heymanns, 1988, pp. 193–200.

GAJA, Giorgio

“Unruly treaty reservations”, *International Law at the Time of its Codification: Essays in Honour of Roberto Ago*, vol. 1, Milan, Giuffrè, 1987, pp. 307–330.

GAMBLE, JR., John King

“Reservations to multilateral treaties: a macroscopic view of State practice”, *American Journal of International Law*, vol. 74, 1980, pp. 372–394.

HAN, Henry H.

“The U.N. Secretary General's treaty depositary function: legal implications”, *Brooklyn Journal of International Law*, No. 3, 1988, pp. 562–565.

IMBERT, Pierre-Henri

“À l'occasion de l'entrée en vigueur de la Convention de Vienne sur le droit des traités: réflexions sur la pratique suivie par le Secrétaire général des Nations Unies dans l'exercice de ses fonctions de dépositaire”, *Annuaire français de droit international*, vol. XXVI, 1980, pp. 524–541.

- “La question des réserves dans la décision arbitrale du 30 juin 1977 relative à la délimitation du plateau continental entre la République française et le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d’Irlande du Nord”, *ibid.*, vol. XXIV, 1978, pp. 29–58.
- “La question des réserves et les conventions en matière de droits de l’homme”, *Actes du cinquième colloque international sur la Convention européenne des droits de l’homme: organisé conjointement par le Gouvernement de la République fédérale d’Allemagne et le Secrétariat général du Conseil de l’Europe (Francfort, 9–12 avril 1980)*, Paris, Pedone, 1982, pp. 97 et seq.
- “Les réserves à la Convention européenne des droits de l’homme devant la Commission de Strasbourg (affaire *Temeltasch*)”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 33, part 3, July 1984, pp. 558–595.
- Les réserves aux traités multilatéraux: évolution du droit et de la pratique depuis l’avis consultatif donné par la Cour internationale de Justice le 28 mai 1951*, Paris, Pedone, 1978.
- KOH, Jean K.
- “Reservations to multilateral treaties: how international legal doctrine reflects world vision”, *Harvard International Law Journal*, vol. 23, No. 1, 1982, pp. 71 et seq.
- MACDONALD, R. St. J.
- “Reservations under the European Convention on Human Rights”, *Belgian Review of International Law*, vol. XXI, 1988–2, pp. 429–450.
- MAJOROS, Ferenc
- “Le régime de réciprocité de la Convention de Vienne et les réserves dans les Conventions de La Haye”, *Journal du droit international*, 101st year, No. 1, January-February-March 1974, pp. 73–109.
- MARCOFF, Marco G.
- Accession à l’indépendance et succession d’États aux traités internationaux*, Fribourg, Editions universitaires, 1969.
- MARCUS-HELMONS, S.
- “L’article 64 de la Convention de Rome ou les réserves à la Convention européenne des droits de l’homme”, *Revue de droit international et de droit comparé*, 45th year, No. 1, 1968, pp. 7 et seq.
- MARKS, Susan
- “Reservations unhinged: the *Belilos* case before the European Court of Human Rights”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 39, part 2, April 1990, pp. 300 et seq.
- MCNAIR, Lord
- The Law of Treaties*, Oxford, Clarendon Press, 1961.
- MCRAE, D. M.
- “The legal effects of interpretative declarations”, *British Year Book of International Law* 1978, 49th year, 1979, pp. 155–173.
- MENDELSON, M. H.
- “Reservations to the constitutions of international organizations”, *British Year Book of International Law* 1971, 45th year, 1973, pp. 137 et seq.
- NISOT, Joseph
- “Les réserves aux traités et la Convention de Vienne du 23 mai 1969”, *Revue générale de droit international public*, third series, vol. LXXVII, 1973, pp. 200–206.
- PILLOUD, Claude
- “Les réserves aux Conventions de Genève de 1949”, *Revue internationale de la Croix-Rouge*, July 1957, pp. 409–437; *ibid.*, 47th year, No. 553, January 1965, pp. 315–324; and *ibid.*, 58th year, No. 685, January 1976, pp. 131–149 and 195–221.
- PIPER, Catherine Logan
- “Reservations to multilateral treaties: the goal of universality”, *Iowa Law Review*, vol. 71, No. 1, October 1985, pp. 295–322.
- QUENEUDEC, Jean-Pierre
- “L’affaire de la délimitation du plateau continental entre la France et le Royaume-Uni”, *Revue générale de droit international public*, vol. 83/1979/1, pp. 53–103.
- REDGWELL, Catherine
- “Universality or integrity? Some reflections on reservations to general multilateral treaties”, *British Year Book of International Law* 1993, 64th year, 1994, pp. 245–282.

REUTER, Paul

Introduction to the Law of Treaties, 2nd ed., London and New York, Kegan Paul International, 1995.

RIGALDIES, Francis

“L’affaire de la délimitation du plateau continental entre la République française et le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d’Irlande du Nord”, *Journal du droit international*, 106th year, 1979, No. 3, July-August-September 1979, pp. 506–531.

ROSENNE, Shabtai

Developments in the Law of Treaties 1945–1986, Cambridge, New York, New Rochelle, Melbourne, Sydney, Cambridge University Press, 1989.

RUDA, J. M.

“Reservations to treaties”, *Collected Courses of The Hague Academy of International Law, 1975–III*, Leyden, Sijthoff, 1977, vol. 146, pp. 95–218.

RUIZ-MORENO, Isidoro

“Reservations to treaties relating to human rights”, *Report of the Fifty-fourth Conference held at The Hague, August 23rd–29th, 1970*, London, International Law Association, 1971, pp. 642–645.

SCHABAS, William A.

“Reservations to human rights treaties: time for innovation and reform”, *Canadian Yearbook of International Law*, vol. XXXII, 1994, pp. 39 et seq.

SCHACHTER, Oscar

“The question of treaty reservations at the 1959 General Assembly”, *American Journal of International Law*, vol. 54, 1960, pp. 372–379.

SCHMIDT, Markus G.

“Reservations to United Nations human rights treaties: the case of the two Covenants”, *Human Rights as General Norms and a State’s Right to Opt Out: Reservations and Objections to Human Rights Conventions*, J. P. Gardner, ed., London, British Institute of International and Comparative Law, 1997, pp. 20–34.

SHELTON, D.

“State practice on reservations to human rights treaties”, *Canadian Human Rights Yearbook 1983*, pp. 205 et seq.

SINCLAIR, Sir Ian

The Vienna Convention on the Law of Treaties, 2nd ed., Manchester, Manchester University Press, 1984.

“The Vienna Convention on the Law of Treaties: the consequences of participation and nonparticipation”, *Proceedings of the 78th Annual Meeting of the American Society of International Law*, Washington, D. C., American Society of International Law, 12–14 April 1984, pp. 271 et seq.

TEBOUL, Gérard

“Remarques sur les réserves aux conventions de codification”, *Revue générale de droit international public*, vol. 86, 1982/4, pp. 679–717.

TOMUSCHAT, C.

“Admissibility and legal effects of reservations to multilateral treaties: comments on arts. 16, 17”, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht: Comments on the International Law Commission’s 1966 draft articles on the law of treaties*, vol. 27, 1967, pp. 463–482.

ZANGHI, Claudio

“La déclaration de la Turquie relative à l’art. 25 de la Convention européenne des droits de l’homme”, *Revue générale de droit international public*, vol. XCIII, part 1, 1989, pp. 69–95.

ZEMANEK, K.

“Some unresolved questions concerning reservations in the Vienna Convention on the Law of Treaties”, *Essays in International Law in Honour of Judge Manfred Lachs*, The Hague, Boston, Lancaster, Martinus Nijhoff (Institute of State and Law of the Polish Academy of Sciences), 1984, pp. 323–336.

ZOLLER, E.

“L’affaire de la délimitation du plateau continental entre la République française et le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d’Irlande du Nord—Décision du 30 juin 1977”, *Annuaire français de droit international*, vol. XXIII, 1977, pp. 359–407.

导 言

1. 在 1992 年委员会第四十四届会议上，扩大主席团规划组设立了一个工作小组，来审议为数有限的一些项目，可供向大会建议列入委员会的议程。¹ 其中，有关于条约保留的法律和实践问题，在四十六届大会上若干代表团提出可作为可能的思考主题。²

2. 这一主题在委员会成员中引起特别关注。³ 按照委员会为规划组的建议规定的程序⁴，这一主题成为了一项解释性概述的对象，其中列明：(a)它所提出的主要问题；(b)可能相关的条约、国家立法文件一般原则和有关的国家立法或司法决定；(c)现有的理论；和(d)拟定一项报告、研究报告或公约草案的得失利弊，如果委员会决定将该主题列入工作计划的话⁵。

3. 审议这一概述之后，规划组所设工作小组建议将题为“有关条约保留的法律和实践”的主题列入委员会的议程。出于将在下文中阐明和探讨的一些原因，委员会第四十五届会议批准了此建议，并决定，一经大会核准，该主题即列入议程。⁶

¹ 见《1992 年...年鉴》，第二卷（第二部分），第 58 页，第 368 段。

² 见 A/CN.4/L.469 号文件，第 422 段。

³ 见 A/CN.4/L.473/Rev.1 号文件，第 23 段。

⁴ 见《1992 年...年鉴》，第二卷（第二部分），第 58 页，第 369 段。

⁵ 见《1993 年...年鉴》，第二卷（第一部分），第 245 至 255 页，A/CN.4/454 号文件。

⁶ 同上，第二卷（第二部分），第 106 和 107 页，第 427 至 430 和 440 段。

4. 在第四十八届大会第六委员会的辩论中，国际法委员会将该主题列入议程的决定得到普遍赞同。据指出，这一主题具有明确的优点，它显然符合国际社会的当前需要，并为国际法委员会提供机会，按照一个务实的时限，直接推动国家实践的形成和发展。⁷

5. 因此，大会以 1993 年 12 月 9 日第 48/31 号决议核准了国际法委员会关于将题为“有关条约保留的法律和实践”的主题列入议程的决定，“但有一项谅解，[关于这一专题主题]的工作最后采取何种形式，将在向大会呈交初步研究报告之后再予决定”。

6. 委员会在第四十六届会议上任命了该项目的特别报告员⁸。

7. 本报告并无任何理论上的抱负，它竭力查明本主题提出的主要问题，而在任何意义上均不预断委员会可能在实质方面作出的回答。另一方面，按照大会获得一份初步报告以确定此主题“工作成果的最终形式”的愿望，向委员会提出一些较为精确的建议也许是适当的。此外，由于委员会在此前较为一般性的研究中已多次涉及这一主题，本报告努力介绍上述工作的概貌，并建议适当解决办法，既不要推翻已有的成果，又能实现条约保留法的法律编纂和逐步发展。为此目的，本报告将包含三个章次，依次论述委员会关于保留问题以前已进行的工作（第一章）、悬而未决的问题（第二章）以及委员会今后工作成果可具有的形式（第三章）。

⁷ 见 A/CN.4/457 号文件，第 433 段。

⁸ 《1994 年...年鉴》，第二卷（第二部分），第 176 页，第 381 段。

第一章

委员会以前就保留问题进行的工作及其成果

8. 委员会自成立以来审议的三个主题导致它从不同角度研究条约的保留问题；此种研究是在下述法律编纂范围内进行的：

- (a) 条约法；
- (b) 条约问题的国家继承；以及
- (c) 国家和国际组织间或两个或以上国际组织间所缔结的条约问题。

9. 这三个主题导致外交会议通过三项维也纳公约，分别为《维也纳条约法公约》（下称 1969 年《维也纳公约》）、《关于国家在条约方面的继承的维也纳公约》（下称 1978 年《维也纳公约》）以及《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》（下称 1986 年《维也纳公约》）。这三项文书均含有关于保留的条款。

A. 条约法

10. 委员会关于条约法的数任特别报告员，依次为詹姆斯·L·布赖尔利先生、赫尔希·劳特帕赫特爵士、杰拉尔德·菲茨莫里斯爵士，以及汉弗莱·沃尔多克爵士，都涉及了对条约保留问题的研究。他们都特别将重点放在保留的可接受性这一点上。

11. 然而，在 1962 年汉弗莱·沃尔多克爵士的第一次报告后，委员会在这一问题上的立场出现了转折。⁹ 从那时起，委员会放弃了迄至当时它一直主张的一致规则，而赞成国际法院 1951 年 5 月 28 日关于对《防止及惩治灭绝种族罪公约》的保留的咨询意见中所采取的灵活办法¹⁰。

1. 委员会 1950 至 1961 年的工作

(a) 对詹姆斯·L·布赖尔利先生报告的审议（1950 至 1951 年）

12. 第一位特别报告员布赖尔利先生在 1950 年向委员会第二届会议提交的关于条约法问题的第一次报告中简要提及保留问题，并十分明确地表示赞成一致的规则，在提交委员会的第 10 条草案第 3 款中将此规则表述为：

对条约的有保留接受，只有当条约生效以其同意为前提条件的各国或国际组织均表示同意后方能生效。¹¹

13. 这一原则未经多少讨论即被委员会采纳。委员会在向大会提交的第二届会议报告中指出：

[……] 一项保留至少应被各缔约方接受才能生效。但委员会认为，在缔结多边条约可能出现的多样形势下具体实施这些原则，却须有更为深入的审议。¹²

14. 然而，就在同一年，问题又再次出现。在大会第六委员会关于对《防止及惩治灭绝种族罪公约》的保留进行辩论之后，大会于 1950 年 11 月 16 日通过了第 478(V)号决议，一方面要求国际法院就此问题提出咨询意见，另一方面请国际法委员会：

(a) 于从事编纂条约法工作之过程中，从编纂观点及国际法之逐渐发展观点研究多边公约保留问题；将此项研究列为优先处理事项并将研究结果、尤其是关于以秘书长为保管人之多边公约者，提具报告，由大会第六届会加以审议；

(b) 于从事此项研究时考虑及大会第五届会，尤其是第六委员会所发表之各种意见。

⁹ 见《1962 年……年鉴》[英]，第二卷，第 31 至 35、60 至 68 和 73 至 80 页，A/CN.4/144 号文件，第 1 (I) 和 17 至 19 条，以及附件（多边公约保留问题的简史）。Sinclair 在 *The Vienna Convention on the Law of Treaties* 一书第 58 至 61 页中提到了委员会对保留问题态度的一个根本变化。

¹⁰ *I.C.J. Reports 1951*，第 15 页。

¹¹ 《1950 年……年鉴》[英]，第二卷，第 238 至 242 页，A/CN.4/23 号文件，尤见第 240 页。

¹² 同上，第 381 页，A/1316 号文件，第 164 段。

15. 根据这一要求，委员会第三届会议收到了特别报告员的报告¹³以及分别由希尔韦托·阿马多和乔治·塞尔提交的备忘录¹⁴。

16. 特别报告员在其报告中指出：

[……] 委员会对待此项任务应依据以下两项主要原则。首先，应努力维护国际多边条约的完整性。应当寻求为多边文书各缔约方的义务保持某种统一性质。如果在多边公约（或者——这在实践中是一样的——在一系列非常近似的双边公约）中纳入普遍适用的持久规则，就可以对国际法的发展作出贡献。例如有一项当前已普遍适用、但却完全是来源于条约的规则；那就是职业领事享有某些人身豁免权的规则，尽管当初国际法并未承认他们有此种权利。各国对国际性多边条约经常或多处提出保留，就阻挠了国际法的发展，因为它们这样做就妨碍了建立普遍适用的持久规则。

[……] 另一方面，第二项原则是：多边公约最好得到尽可能广泛的适用。它们是多边的公约这一事实本身就使人们可以假定：它们所处理的问题涉及国际社会，即它们不仅可以在国际上予以规范，而且要求对现有法律改革或修订。为使一项多边公约有效用，就应使它得到尽可能广泛的适用，或者说，使它被尽可能多的国家所接受。例如1949年关于红十字会的公约，现有约六十个国家签署。显然应希望一个这样性质的公约被尽可能多的国家所批准。¹⁵

17. 特别报告员的结论是，最好的解决办法是列入适于不同类型条约的专门条款，他在报告附件E中举例予以说明。¹³他还认为，有必要估计到也许各国不遵循这一建议，而条约如对这一点并无规定，就有必要对保存人下达指示；不过，他注意到编纂人的意见远非一致、实践也大不相同¹⁶，因此他认为拟定工作宜等候国际法院提出大会所要求的咨询意见之后再谈。

¹³ 《1951年……年鉴》[英]，第二卷，第1页，A/CN.4/41号文件。该报告附有五份附件（A.大会第六委员会辩论纪要；B.撰写人意见；C.有关公约保留条款举例；D.保留问题实践所遵循的规则；E.有关保留的条款草案）。

¹⁴ 同上，分别见第17和23页，A/CN.4/L.9和A/CN.4/L.14号文件。

¹⁵ 同上，第3至4页，A/CN.4/41号文件，第11至12段。

¹⁶ 同上，第2至4页，第8至11段。

18. 法院于1951年5月28日发表了意见¹⁰，于是委员会的讨论大多围绕着这一意见展开。塞尔先生在其备忘录¹⁴中对该意见猛烈批评，但在辩论中却很少得到委员会其他成员的支持。

19. 委员会在第三届会议报告中指出：

一项保留与某一多边公约的目标与宗旨相符的标准，是国际法院在《灭绝种族公约》的案例中运用的标准，但却不能用以普遍适用于多边公约。采取此种标准意味着将一项公约的条款划分为两类，即与其目标宗旨直接有关的条款，和不那么直接有关的条款。看来合理的假设是：缔约各方至少通常是将一项公约的各条款视为不可分割的一个整体，对其中一条提出的保留应视为限制了公约的目标和宗旨。¹⁷

委员会说它自身：

对他[秘书长]有待履行任务的复杂性感到吃惊，如果对多边公约持保留意见的国家在其保留意见遭到公约某些缔约国反对的情况下，仍能成为缔约国的话。¹⁸

20. 委员会一方面指出“各种多边公约的性质和目标彼此大相径庭，以致如果进行谈判的国家在一项公约的约文中忽视了专列一条有关保留可接受性或其效果的条款，那么任何统一适用的单一规则都不会显得完全令人满意”¹⁹，另一方面它还建议：

在多边公约并无相反条款和并无适用组织程序的情况下，对多边公约的保留、特别是联合国秘书长为保存人的公约保留可采取以下做法：

(1) 多边公约的保存人一收到每项保留即应将它通知所有公约缔约国或有权成为缔约方的国家。

(2) 多边公约保存人在将一项保留通知有权提出反对的国家时，应同时要求这一国家在一定时期内将它对该项保留的态度示知，这一限期在必要时可予延长。如在规定或延长后的期限内，某一国家未向保存人示知它对保留的态度，或者在对保留未表示反对的情况

¹⁷ 《1951年……年鉴》[英]，第二卷(A/1858)，第128页，第24段。一般说来，可以发现当时委员会的多数立场在很大程度上与Guerrero、Arnold McNair爵士、Read和徐谟等诸位法官的共同异议相一致，该异议附于1951年5月28日的国际法院咨询意见（*I.C.J. Reports 1951*，第31至48页）之后。

¹⁸ 《1951年……年鉴》[英]，第二卷(A/1858)，第129页，第25段。

¹⁹ 同上，第28段。

下在规定期限内签署、批准或以其他方式接受该公约，则应认为该国对上述保留业已同意。

(3) 多边公约保存人应向所有公约缔约国或有权成为缔约方的国家，通知对其有关任何对公约保留的通报之答复。

(4) 如果一项多边公约仅以签署的事实即告生效、而并不要求任何其他措施，则在签署时表示保留的国家不得成为公约缔约方，除非在此前签署的任何国家均不反对、以及当公约在限定日期内开放签署时任何在此日期内签署的国家均不反对。

(5) 如果一项多边公约的生效取决于它在签署后的批准、或其他方式之被接受，则：

(a) 一国在签署时表示的保留只有当该国在批准书中或后来接受公约时予以重复或重申方能生效；

(b) 带有保留提出批准或接受的国家不得成为公约缔约方，除非在提出上述批准或接受时已经签署、批准或以其他方式接受公约的任何其他国家均不反对，以及当公约在限定日期内开放签署时在提出带有保留的批准或接受之后、但在上述限定日期期满之前签署、批准或以其他方式接受公约的任何国家亦均不反对；但应明确：仅签署公约的国家提出的反对将不再产生阻止保留国成为公约缔约方的效果，如果在提出反对之日起的十二个月内提出反对的国家仍未批准或以其他方式接受公约的话。²⁰

21. 大会第六委员会经过长时间辩论后，以微弱多数通过了1952年1月12日第598(VI)号决议的案文。²¹ 在第3段中，大会：

请秘书长：

(a) 关于《防止及惩治危害种族罪公约》所附保留，遵照[国际]法院1951年5月28日之咨询意见办理；

(b) 关于将来在联合国主持下缔结之公约以秘书长为保管人者：

(一) 在提出保留或反对保留之文件交存时继续为其保管人，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义。

²⁰ 同上，第130至131页，第34段。

²¹ 以23票赞成、18票反对、7票弃权获得通过。相关辩论见《大会正式记录，第六届会议，第六届委员会》，第264至278次会议以及同上，附件，议程项目49，第8至11页，A/2047号文件。

22. 这项“非决定”受到法律起草人的强烈非议²²，但仍然是直至1959年为止秘书长作为保管人的实践所遵循的指针²³；这一年问题再度出现，因为印度在交存其参加《政府间海事协商组织公约》之加入书时发表了一项声明²⁴。辩论再次未获明显结果，唯一的具体结果是在大会1959年12月7日第1452(XIV)号决议中请秘书长将上述第598(VI)号决议第3(b)段适用于他所保管的、不包含相反规定的所有协定，即使这些协定缔结于1952年以前。

(b) 赫尔希·劳特帕赫特爵士的报告
(1953至1954年)

23. 委员会在1951年采取的立场对此后许多年有关条约保留问题的的工作产生重大影响。

24. 赫尔希·劳特帕赫特爵士继布赖尔利先生之后担任特别报告员，在其关于条约法的首次报告(1953年)中，再次涉及保留问题。他的做法颇为不同寻常：他提出一条现行法草案，但附之以四条拟议法备选建议，使人觉得特别报告员认为现行规则是不能令人满意的，他想使之变得灵活，并为此而说服委员会从事逐步发展国际法的工作。²⁵

25. 第9条草案极为明确地提出一致的原则：

²² 尤见Fenwick, “When is a treaty not a treaty?”, 特别是第296页：“联合国大会1月12日在对多边条约的保留问题上所作决定不能说是澄清了这种情况。相反，看来它只是使得情况更加混淆，为我们留下了一个根本不是规则的规则。”

²³ 见“Summary of Practice of the Secretary-General as Depositary of Multilateral Treaties [秘书长作为多边协议保管人实践概要]”(ST/LEG/7号文件)，特别是第39页第80段。

²⁴ 关于这一问题，尤见秘书长提交大会第十四届会议的报告(《大会正式记录，第十四届会议，附件》，第2页起，A/4235号文件)，联大第六委员会在大会第十四届会议上的辩论记录(同上，《第十四届会议，第六委员会》，第614至629次会议，以及秘书长根据大会第1453B(XIV)号决议提交的报告(A/5687号文件)。又见Schachter, “The question of treaty reservations at the 1959 General Assembly”一文。

²⁵ 《1953年……年鉴》[英]，第二卷，第91和123至136页，A/CN.4/63号文件。应当说明的是，由于委员会没有采取立场，该报告仅仅反映了特别报告员的观点。

关于多边条约，附有一项或多项保留且未经所有缔约方赞同的任何签署、批准、加入或对该条约其他方式的接受均属无效。²⁶

特别报告员认为：

[……] 第 9 条的这一案文可能仍然反映着现行法。

[……]

但是，尽管没有任何重大事件否定一致接受的原则作为现有国际法的规则，委员会由于下文陈述的原因，不再认为这一原则构成令人满意的规则并能够或应当予以维护。²⁷

26. 于是，四条备选建议便减轻了上述原则的严峻性质。特别报告员以下述方式介绍了“备选方案所依据的主要考虑”：

A. 最好的办法是承认各国有权对一项条约提出保留并同时成为该条约的缔约方，条件是此类保留不致引起最终接受条约义务的各国众多的反对；

B. 承认各国成为条约缔约方的不加限制的权利，同时又提出普遍的、任意的或破坏条约合理目标以及其他缔约方合法利益和希望的保留，这样做是不可能的，并且同原则不符；

C. 提出条约所有缔约方一致接受保留应成为一个保留国加入该条约的条件，这是违背国际关系的要求与灵活性的。²⁸

27. 没有必要详细介绍这些备选方案中的每一条，而其中有一些提出了大胆的解决办法。²⁹ 正如 Ruda 所指出，“这些备选方案的主要特点是，它们是作为新建议被提出来的，是作为一致规则与提出保留的主权之间的一种妥协而提出的。它们具有泛美规则的灵活性，但对防止滥用保留提供了更多的保证。[……] 国际生活新现实的影响以及国际法院的咨询意见开始动摇国际法业已确立的一条规则的基础。”³⁰

²⁶ 同上，第 91 页。

²⁷ 同上，第 123 至 124 页。

²⁸ 同上，第 125 页。

²⁹ 例如，由国际法院简易程序分庭来决定某项保留是否能被接受的解决办法（备选方案 D）（同上，第 134 页）。

³⁰ Ruda, “Reservations to treaties”, 第 158 页。

28. 关于现行法条款草案，除去有一处在文字上有细微差别外，特别报告员 1954 年又重新提出了他在前一年提出过的建议。³¹ 在他关于条约法的第二份报告里，他强烈主张逐步发展现行规则，并略带不快地指出：

很有意思的一点是，国际法院的职责是运用现行法，但在有关《灭绝种族公约》保留问题的咨询意见中特别致力于发展这方面的法律，并提出了保留与条约目的兼容的新原则；国际法委员会负责既要编纂、又要发展国际法，而实际上却限于陈述现行法。³²

29. 此外，特别报告员还提请注意正在进行的有关未来国际人权公约保留的讨论，特别应注意英国的建议，它很受杰拉尔德·菲茨莫里斯爵士（他在次年赫尔希·劳特帕赫特入选国际法院后继任其职务）想法的影响，这些想法见于 1953 年发表的一篇文章中。³³

(c) 杰拉尔德·菲茨莫里斯爵士的 第一次报告（1956 年）

30. 由于时间不够，委员会未能讨论赫尔希·劳特帕赫特的各次报告，新任报告员杰拉尔德·菲茨莫里斯爵士便在其 1956 年关于条约法的首次报告中再度涉及保留的问题，并成为了他建议通过的法典第 37 至 40 条的内容。³⁴

31. 特别报告员的建议深受上文（第 29 段）提到的文章的影响，并且特意引证此文，因而其总的精神与其前任并无很大差别。如同前任一样，他从一致原则出发，将它严格应用于双边和“多边”条约³⁵，但他也竭力减缓其刻板的一面。不过他在这方面显得较为拘谨，因为他所建议的办法完全以协商一致为基础。当条约未作规定时，保留只有符合以下条件方能生效：

³¹ 见《1954 年……年鉴》[英]，第二卷，第 131 至 133 页，A/CN.4/87 号文件。特别报告员建议在第 9 条草案的案文（上见第 25 段）前加上“除非条约有相反规定”。

³² 同上，第 131 页，第 3 段。

³³ Fitzmaurice, “Reservations to multilateral conventions”。

³⁴ 《1956 年……年鉴》[英]，第二卷，第 115 至 116 和 126 至 127 页，A/CN.4/101 号文件。

³⁵ 第 38 条，同上，第 115 和 127 页。特别报告员为多边条约下的定义是“为了特别相关的目的在数目有限的国家间签订的条约”。

- (a) 在谈判条约的过程中已表示将提出保留的意图、并且未曾引起反对；或
- (b) 应向其通报保留的有关国家³⁶未提出反对。

但是，如果某一保留引起反对，则提出保留的国家只有在撤回保留的条件下才能成为缔约方”。³⁷

32. 特别报告员还努力为保留的概念作出严格的定义：

只有或多或少减损条约实质性条款的保留，才能被视为保留；这一词语是在这种有限意义上在此使用。³⁸

33. 特别报告员首次报告中有关保留的条款未经委员会审议；在他 1961 年入选国际法院之前，也未有机会重提此事。

2. 委员会 1962 至 1965 年的工作

34. 吉拉尔德·菲茨莫里斯爵士的首次报告成为一致原则的“天鹅之歌”，在他作为特别报告员的后继者汉弗莱·沃尔多克爵士的几份报告之后委员会便放弃了这一原则。

(a) 对汉弗莱·沃尔多克爵士 第一次报告的审议（1962 年）

35. 汉弗莱·沃尔多克爵士的首次报告是关于条约的缔结、生效和登记的，其中在评论有关保留问题的三个条款草案方面有内容丰富的发挥。³⁹此外，在第 1 条 1 款草案中，特别报告员提出“保留”一词的定义：与“说明或解释性的声明、或宣布意向”相反，他指出的特征是，它“在条约适用于 [保留国] 与另一缔约国或数缔约国时将改变条约的法律影响”。

36. 特别报告员重申了吉拉尔德·菲茨莫里斯爵士对双边、多边条约⁴⁰与多边条约所作的区分⁴¹，而将重点放在后面这一类文书的保留上，并坚决主张采取“灵活”办法，其着重阐明的理由如下：

(a) 委员会在 1951 年提出的建议，与同年国际法院的咨询意见¹⁰甚为悬殊，在大会未获多数国家支持；

(b) 自 1951 年以来，国际社会自身也已迅速扩大，以致可能加入多边条约者的数量本身似乎使一致原则变得不甚恰当、应用也不甚便利；

(c) 自从大会通过第 598(VI)号决议以来（上见第 21 段），由秘书长保管的所有新多边条约在实际上运用的做法，大致上符合“灵活”办法、即 1951 年大会上已形成的两个主要国家集团中最重要者所主张的办法；

(d) 每个国家的主要利益受到一种灵活制度的保护，因为通过对保留的反对，反对国可以阻止条约在其本国与保留国之间生效；而接受保留的国家也不因保留所涉条款而为保留国所约束；

(e) 这样一种办法对制定多边条约应无甚影响，因为无论如何，案文须经参加谈判国家的三分之二多数批准；

(f) 条约的完整性不会遭受重大损害，除非有相当数量的国家提出多少带有根本性的保留，如果只是担心其他国家提出反对这种威胁的话；

(g) 此外，一项鼓励尽可能广泛一致地接受协议（不管是多么微弱的一致）的规则也许最符合国际社会的当前需要。

37. 从这些前提出发，特别报告员提出一种在许多方面较其前任所设想有所不同的办法。

38. 他从这样的原则出发提出，除非条约自身明文禁止或暗示禁止，否则“任何国家在签署、批

³⁶ 这一概念引出相当复杂的种种推敲。

³⁷ 第 39 条，第 3 款（上见脚注 34），第 115 和 127 页。

³⁸ 第 37 条，第 1 款（同上，第 115 页）；又见第 13(1)条（同上，第 109 页）。

³⁹ 见特别报告员提出的条款草案和评注（《1962 年...年鉴》[英]，第二卷，第 60 至 68 页，A/CN.4/144 号文件），第 17 条（“提出保留和撤回保留的权利”）、第 18 条（“同意保留及其后果”）以及第 19 条（“反对保留及其后果”）；又见“多边公约保留问题的由来”（同上，附录，第 73 至 80 页）。

⁴⁰ 按特别报告员的意见，这一类没有什么特别问题：对这两种协议的保留，原则上会被另一缔约方或数缔约方所接受。

⁴¹ 上见第 31 段和脚注 35。

准、接受或加入一项条约时均有权提出⁴²保留”，⁴³前提是它“应当确保上述保留与条约的目的和宗旨是相符的”。⁴⁴

39. 这样，特别报告员就首次在委员会参照了国际法院在1951年采用、而委员会却在同年予以拒绝的标准。但是，特别报告员一方面认为“国际法院应用的原则作为一般概念具有肯定价值”，另一方面也不讳言他面对这一极具主观色彩的概念颇感踌躇，并且拒绝将它变为“一种标准，用以衡量一个提出保留的国家作为缔约方的地位，使之与其他国家接受或拒绝保留的客观标准相并列”。⁴⁵因此，第18条草案规定：

1. 由于一项保留的目的是改变业已通过的条约的条款，它只能对表示同意、或假定表示同意的国家生效[……]³⁹

同一条第3(b)款规定，这种假定可以是由于缔约国或有权成为缔约方的国家在十二个月内保持沉默而产生。

40. 汉弗莱·沃尔多克爵士草案的主要特色却并不在这种假设。⁴⁶这种特色毋宁说在于对一项保留明文或默示同意所产生的效果，因为按照第18条草案第4(b)(c)款：

任何作为多边条约实际或潜在缔约方的其他国家明文或默示同意，在该国与保留国的关系中即足以确立条约并未明文许可的一项保留的可接受性，并立即使提出保留的国家相对于上述国家具备了缔约方的资格。⁴⁷

⁴² 特别报告员正确地指出，“说一个国家可以‘作出’一项保留是含混的，因为要弄清楚的是：某一国家提出的保留，当其他有关国家尚未同意时，能否被认为已经‘作出’”（第9条草案（上见脚注39），第62页，评注，第(1)段）。

⁴³ 第17条草案第1(a)款（上见脚注39），第60页。

⁴⁴ 同上，第2(a)款，第60页。

⁴⁵ 同上，第66页，评注，第(10)段。

⁴⁶ 此前的两位特别报告员曾提出更短的三个月期限。

⁴⁷ 只有在条约本身并无相反规则、以及在国际组织的组织法的情况下取得主管机构同意后，此一规则方能适用。

41. 相反地，如果说反对一项保留使得双边条约“失去效力”，并排除提出保留的国家加入双边条约，那么根据第19条草案第4(c)款³⁹：

在多边条约的情况下，反对保留将阻止条约在提出反对的国家和提出保留的国家之间生效，而并不妨碍它在提出保留的国家与任何其他不反对保留的国家之间生效。

42. 委员会的辩论表明其成员间存在着深刻分歧；但是多数成员得出一项结论：

在一般多边条约的情况下，有利于灵活办法的各种考虑使每一个别国家可根据两国关系决定是否适于接受一项保留、并将提出保留的国家视为缔约方；这些考虑胜过赞成保持一种“集体”制度的种种理由，在这种制度下，提出保留的国家只有在保留被一定比例的其他国家接受的条件下方能成为缔约方。⁴⁸

43. 但在细节方面，委员会对特别报告员的建议作了重大变动：

(a) 放弃了区分“多边”条约、无普遍性的多边条约和普遍性的多边条约。因此，委员会建议的规则针对所有多边条约，除去数量很小的国家间缔结并以一致性为规则的那些条约；

(b) 委员会通过的条款草案⁴⁹不再是针对双边条约的保留，因为双边条约“不发生问题，此种保留等于提出新建议、要求两国就条约的条款重开谈判；⁵⁰

(c) 还有一些文字上的小改动，一般是趋向于简化，从而对特别报告员的条款草案有修订；

(d) 条款草案从三条增至五条，内容分别为“保留的提出”（第18条）、“同意保留和反对保留”（第19条）、“保留的生效”（第20条）、

⁴⁸ 《1962年……年鉴》[英]，第二卷，第180页，A/5209号文件，第23段，条约法条款草案，第18至20条，评注，第(14)段。

⁴⁹ 委员会通过的条约法条款草案案文，见《1966年……年鉴》[英]，第二卷，第177至188页，A/6309/Rev.1号文件。

⁵⁰ 《1962年……年鉴》[英]，第二卷，vol. II，第177页，A/5209号文件，第23段，条款草案，第18至20条，评注，第(1)段。

“保留的适用”（第 21 条）以及“保留的撤回”（第 22 条）。⁵¹

44. 然而，委员会对特别报告员所建议办法的主要修改是在第 20 条第 2(b)款，将与条约目的和宗旨相符的原则提升到了真正“标准”的高度（上见第 39 段）和反对保留的效果相联系，这是因为：

一国因认为保留同条约的目的和宗旨不相符而表示反对，将阻止条约在反对国与保留国之间生效，除非反对国表示相反的意向。⁵⁰

45. 特别报告员采用的纯粹协商一致的办法，即因引入一项极主观的标准而改观，而两者各自的作用并未明确界定；委员会却又在关于第 20 条的评注中承认：

“与条约的目的和宗旨相符”的标准在一定程度上是主观评估的问题；

[……]

这很可能导致特定的保留与某一条约目的和宗旨是否相符可能产生解释上的分歧。⁵²

此种含混始终未完全消除，导致后来的许多争论以及某些困难。但它可能使这一办法得以通过、甚至可能是其较为成功的原因。

46. 尽管有此种含混（或者也许正应归功于它！），委员会的草案在大会辩论中受到欢迎。⁵³ 由于有这一广泛多数的赞同，“灵活”办法便自此取代了“传统”办法，并在此后未曾出现过反复。

(b) 通过关于条约法的条款草案 (1965 至 1966 年)

47. 1965 年，汉弗莱·沃尔多克爵士向委员会提交了关于条约法的第四份报告⁵⁴，报告建议根据各国政府的意见修订条款草案。除去这份报告之外，委员会还收到下列文件：《有关条约法的大会

⁵¹ 第 18 至 20 条，见同上，第 175 至 176 页；第 21 至 22 条，见同上，第 181 页。

⁵² 同上，第 181 页，第 20 条评注，第 (22) 段。

⁵³ 《大会正式记录，第十七届会议，第六委员会》，第 736 至 744 次会议；以及同上，《附件》，议程项目 76，A/5287 号文件，第 24 段。

⁵⁴ 《1965 年……年鉴》[英]，第二卷，vol. II，第 3 页，A/CN.4/177 及 Add.1 和 2 号文件。

决议：秘书处编写的说明》⁵⁵ 和《保管人在保留问题上的实践：秘书长的报告》⁵⁶。

48. 特别报告员的第四份报告主要涉及有关保留的条款，⁵⁷ 他建议按照某些政府希望的方向进行某些修改。

49. 特别报告员感谢丹麦政府对关于保留问题条款草案总结构的一项批评意见⁵⁸，并认为这一草案不必要地复杂并会产生混乱，特别是可能使人以为对保留默示同意的程序（上见第 39 段）也可适用于条约禁止的保留。因此，前三条的标题和内容作了修订（上见第 43 段），以明确区分“准许或禁止保留的条约”（第 18 条）以及“对保留保持沉默的条约”（第 19 条），而有关“保留的适用程序”的第 20 条以及第 21 条（保留的适用）和第 22 条（撤回保留）的标题仍维持不变。

50. 虽然有细小的差别，但可以肯定的是，在总体上，各国政府赞同委员会 1962 年采纳的“灵活”办法，而特别报告员持之有据地认为：

提出意见的各国政府虽然对委员会建议的某些方面有所批评，但总体看来赞同委员会的决定，即从灵活的办法出发解决多边条约的保留问题，该办法以现有案文表达于第 18 至 20 条。⁵⁹

51. 同样明显的是，各国政府困惑不解之处在于：在委员会采纳的整体为协商一致的机制（上见第 45 段）中，保留须与条约的目的和宗旨相符的标准究竟有何确切作用。不过它们的意见来自极不相同的一些考虑，导致经常截然相反的结论：

(a) 有的认为，这一标准可能造成过份限制提出保留的权利；⁶⁰

⁵⁵ 《1963 年……年鉴》[英]，第二卷，第 18 至 28 页，A/CN.4/154 号文件，第 106 至 124 段。

⁵⁶ 《1965 年……年鉴》[英]，第二卷，第 74 页起，A/5687 号文件。尤见第 103 至 107 页，附件一（秘书长 1962 年 7 月 25 日根据大会第 1452 B (XIV) 号决议关于涉及保留的保管人做法的信所附的问卷）、二（在联合国主持下缔结的公约有关保留的条款举例）和三（规定秘书长在保留问题上的实践的全会决议）。

⁵⁷ 同上，A/CN.4/177 及 Add.1 和 2 号文件，第 15 页（第 1 条，第 1(f)款）以及第 45 至 46 页（第 18 至 22 条）。

⁵⁸ 同上，第 46 至 50 页。

⁵⁹ 同上，第 50 页。

⁶⁰ 同上，第 49 页（波兰）。

(b) 也有认为这一标准过于模糊⁶¹ 或无用⁶²;

(c) 还有认为恰恰相反, 应当强化这一标准并在可能条件下使之“客观化”。⁶³

52. 面对这些分歧, 特别报告员坚持委员会所采纳的原则, 一方面指出同条约目的和宗旨不相符的保留是违背诚意原则的, 另一方面强调这一标准导致显著减少对多边条约的加入的可能性不大。⁶⁴ 因此, 他就第 19 条草案第 1 款的案文提出新建议, 将其仅限于正面重申 1962 年宣布的原则:

在条约对保留问题保持沉默的情况下, 可在与条约目的及宗旨相符的条件下提出保留 [……]⁶⁵

不过, 对于提出保留的权利这一明文限制, 并未在有关接受或反对保留后果的第 19 条草案第 4 款予以明文重申; 在特别报告员看来, 这就意味着对“不相符的”保留予以禁止, 而“相符的”保留却准许反对。⁶⁶

53. 因此, 特别报告员建议新的本条草案第 4 款如下:

[……]

(a) 任何缔约方接受保留, 则给予保留国相对于接受国之缔约方资格;

(b) 任何缔约方反对保留, 则阻止条约在反对国与保留国之间生效。⁶⁵

54. 至于其他, 特别报告员建议的改动较为次要, 诸如:

(a) 如果“条约的性质、条约缔约方数目有限或缔结条约时的情况表明, 在所有缔约方之间实施条约条款应被认为是该条约生效的一项基本条件”, 则应要求所有缔约方的一致接受;⁶⁷

(b) 在十二个月的时限内提出反对保留的义务, 仅限于缔约国;⁶⁸

(c) 还提出了若干程序或文字上的简化。

55. 另一方面, 特别报告员不采纳日本⁶⁹ 和英国⁷⁰ 政府的建议, 这两国政府请他增加一条, 以明确区分保留性和解释性声明, 并称声明“并不是保留, 更多地涉及对条约的解释而不是条约的缔结”。⁵⁹ 虽然委员会的某些成员在委员会辩论时又重提此点,⁷¹ 特别报告员后来仍坚持他自己的立场。⁷² 然而, 委员会在对第 2 条最后草案的评论中明确指出, 各国在签署、批准、接受、赞同或加入一项条约时所发表的“声明”可能“构成保留, 这取决于其是否对所通过的条约条款案文的实施情况加以变通或排除”。⁷³

56. 在 1966 年进行最后文字润饰⁷⁴ 的条件下, 关于保留问题条款的定稿⁷⁵ 于 1965 年临时获得通过,⁷⁶ 虽然最后评论是在次年与整个条款草案同时发表的。⁷⁷ 委员会并未重新讨论草案的总体系, 1962 年采用的“灵活”办法也未受到质疑。另

⁶⁸ 第 20 条第 4 款 (同上)。

⁶⁹ 同上, 第 49 页和 A/CN.4/175 及 Add.1-4 号文件。

⁷⁰ 同上, 第 49 页。

⁷¹ 例见 Verdross 和 Ago 先生的发言, 《1965 年……年鉴》[英], 第一卷, 分别见第 797 和 798 次会议, 第 151 至 152 页, 第 36 至 44 段和第 161 至 162 页, 第 68 至 76 段。

⁷² 同上, 第 799 次会议, 第 165 页, 第 11 至 19 段。

⁷³ 《1966 年……年鉴》[英], 第二卷, 第 189 至 190 页, A/6309/Rev.1 号文件, 第 2 条草案评注, 第 (11)段。

⁷⁴ 同上, 第一卷 (第二部分), 第 887 和 892 次会议, 分别见第 292 至 293 页, 第 64 至 67 段以及第 326 至 327 页, 第 101 至 106 段。

⁷⁵ 这些条款重新编号为: 第 16 条 (保留的提出)、第 17 条 (接受保留和反对保留)、第 18 条 (关于保留的程序)、第 19 条 (保留的法律效果) 和第 20 条 (保留的撤回)。

⁷⁶ 《1965 年……年鉴》[英], 第一卷, 第 796 至 801、813、814 和 816 次会议, 第 143 至 178、263 至 273 和 283 至 285 页。

⁷⁷ 《1966 年……年鉴》[英], 第二卷, 第 189 至 190 页 (上见脚注 73) 和第 202 至 209 页, A/6309/Rev.1 号文件, 第 16 至 21 条草案。

⁶¹ 同上, 第 46 页 (丹麦)。

⁶² 同上, 第 48 页 (阿根廷)。

⁶³ 同上, 第 46 至 48 页 (加拿大、大不列颠及北爱尔兰联合王国以及美利坚合众国)。

⁶⁴ 同上, 第 51 页。

⁶⁵ 同上, 第 54 页。

⁶⁶ 这特别是从对第 19 条评注第 10 段 (同上, 第 52 页) 引伸所致, 但它的含义不明, 在辩论中亦未予以澄清。

⁶⁷ 第 19 条第 2 款 (同上, 第 54 页)。

一方面，经过长时间的艰难辩论之后，对特别报告员的新建议却作了重要修订。

57. 最显著的修订如下：

(a) 第 16 条草案现已仅限于“提出保留”，它将和条约的目的和宗旨相符定为提出保留所必须遵从的普遍条件之一；⁴⁹ 国际法院 1951 年在对《预防和惩治灭绝种族罪公约》的保留问题上所作咨询意见中适用了同一原则。¹⁰ 但是，上文指出的含糊之处（上见第 45 段）远未消除，因为委员会在评论中指出：

另一方面，属于(c)项〔阐明相符的条件〕范围的保留是否可接受在所有情况下很大程度取决于其他缔约国是否同意。因此，读到此款时必须铭记第 17 条有关同意和反对保留的各项规定。⁷⁸

(b) 第 17 条草案第 2 款⁷⁹ 中，“有限数目的缔约国*”改为“有限数目的谈判国*”。因此，不再存在缔结条约时的“情况”，特别是将条约性质的概念改为条约目的和宗旨的概念。

(c) 第 17 条第 4(b)款进行了澄清，其中规定：

另一缔约国对保留的反对将阻止条约在反对国与保留国之间生效，除非反对国已表示相反意向*。⁸⁰

这无异于敞开大门，使保留国与提出反对的国家仍有可能被条约约束在一起。同样，委员会也就承认一项反对并不一定是由于保留同条约的目的和宗旨不相符。⁸¹

3. 联合国条约法会议（1968 至 1969 年） 与保留问题

58. 按照大会 1967 年 12 月 6 日第 2287(XXII)号决议召开的联合国条约法会议，于 1968 年 3 月 26 日至 5 月 24 日、以及其后的 1969 年 4 月 9 日至 5 月 22 日在维也纳举行了两期会议。虽然最终通过

的条款广泛采纳了委员会的建议，但可以毫不过分地认为，保留问题以及“所有国家”条款和“强制法”条款导致了与会国彼此间的主要争论之一，会议为此耗时也最多。⁸²

59. 虽然在会议过程中，某些国家表示不很赞成传统办法而更愿意对保留进一步约束，甚至提出了这一方面的修正案，但最终通过的案文批准了“灵活”办法、甚至在几个重要方面还增加了灵活性。因此，会议通过了波兰对第 16(b)条提出的修正案⁸³，准许对列举默示保留的条约提出补充保留，如果此种列举并非限制性的；第 16(c)条也同样作了相应修订。特别是，根据苏维埃社会主义共和国联盟提出的一项修正案⁸⁴，第 17 条第 4(b)款提出的假定（又见上文第 57(c)段），在 1969 年《维也纳公约》的相应条款⁸⁵ 中采取了反说，其中接受了反对保留并不妨碍条约在保留国和反对国之间生效的原则，除非反对国“明确表示”相反意向。《公约》第 21 条第 3 款也作了相应修订。奇怪的是，专家兼

⁸² 见《联合国条约法会议正式记录，第一届会议，1968 年 3 月 26 日至 5 月 24 日，维也纳，全体会议和全体委员会会议简要记录》[英]（联合国出版物，出售品编号：E.68.V.7），第 106 至 138 页，第 21 至 25 次全体会议；同上，《第二届会议，1969 年 4 月 9 日至 5 月 22 日，维也纳，全体会议和全体委员会会议简要记录》[英]（联合国出版物，出售品编号：E.70.V.6），第 1 至 42 页，第 1 至 6 次全体会议，第 179 至 180 页，第 33 次全体会议，以及第 218 至 222 页，第 85 次全体会议；以及同上，《第一和第二届会议，1968 年 3 月 26 日至 5 月 24 日和 1969 年 4 月 9 日至 5 月 22 日，维也纳》[英]（联合国出版物，出售品编号：E.70.V.5），全体委员会的报告（A/CONF.39/14 和 A/CONF.39/15 号文件），第 111 至 113 页、第 132 至 142 页以及第 239 至 240 页。又见在全体会议上提出的建议和修正案，同上（A/CONF.39/14 号文件），第 265 至 267 页，以及秘书处编写的 1966 年和 1967 年就条约法条款草案最后文本提出的评论和意见分析性汇编（A/CONF.39/5 (vol.I)），第 158 至 172 页。

⁸³ 对应于 1969 年《维也纳公约》第 16(b)条。又见《联合国条约法会议正式记录，第一和第二届会议，1968 年 3 月 26 日至 5 月 24 日和 1969 年 4 月 9 日至 5 月 22 日，维也纳》[英]（联合国出版物，出售品编号：E.70.V.5），全体委员会的报告（A/CONF.39/14 号文件），第 134 页。

⁸⁴ 同上，第 265 至 266 页，向全体会议提交的提议和修改（A/CONF.39/L.3 号文件）。全体委员会曾拒绝捷克斯洛伐克、叙利亚和苏联此前提出的同样精神的修正案。（同上，全体委员会的报告（A/CONF.39/14 号文件），第 133 和 135 页。）

⁸⁵ 第 20 条第 4(b)款。

⁷⁸ 同上，第 207 页，第 16 条评注，第(17)段。

⁷⁹ 对应于特别报告员提交的条款草案第 19 条第 2 款。

⁸⁰ 上见脚注 49。特别报告员本人建议将其加上。（《1965 年...年鉴》[英]，第二卷，第 55 页，A/CN.4/177 及 Add.1 和 2 号文件。）

⁸¹ “对保留提出反对有时是由于原则或政策的原因，而并无意阻止条约在反对国和保留国之间生效。”（《1966 年...年鉴》[英]，第二卷，第 207 页，A/6309/Rev.1 号文件，第 17 条评注，第(21)段）

顾问汉弗莱·沃尔多克爵士并不反对这一改动，而认为“问题仅仅在于以何种方式制定一条规则”。⁸⁶

60. 1969年《维也纳公约》有关保留问题的条款如下：

第一编 引言

[……]

第二条 用语

一、就适用本公约而言：

[……]

(丁) 称“保留”者，谓一国于签署、批准、接受、赞同或加入条约时所作之片面声明，不论措辞或名称为何，其目的在摒除或更改条约中若干规定对该国适用时之法律效果；

[……]

第二编 条约之缔结及生效

[……]

第二节 保留

第十九条 提具保留

一国得于签署、批准、接受、赞同或加入条约时，提具保留，但有下列情况之一者不在此限：

(甲) 该项保留为条约所禁止者；

(乙) 条约仅准许特定之保留而有关之保留不在其内者；或

(丙) 凡不属(甲)及(乙)两款所称之情形，该项保留与条约目的及宗旨不合者。

第二十条 接受及反对保留

一、凡为条约明示准许之保留，无须其他缔约国事后予以接受，但条约规定须如此办理者，不在此限。

二、倘自谈判国之有限数目及条约之目的与宗旨，可见在全体当事国间适用全部条约为每一当事国同

意承受条约拘束之必要条件时，保留须经全体当事国接受。

三、倘条约为国际组织之组织约章，除条约另有规定外，保留须经该组织主管机关接受。

四、凡不属以上各项所称之情形，除条约另有规定外：

(甲) 保留经另一缔约国接受，就该另一缔约国而言，保留国即成为条约之当事国，但须条约对各该国均已生效；

(乙) 保留经另一缔约国反对，则条约在反对国与保留国间并不因此而不生效力，但反对国确切表示相反之意思者不在此限；

(丙) 表示一国同意承受条约拘束而附以保留之行为，一俟至少有另一缔约国接受保留，即发生效力。

五、就适用第二项与第四项而言，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。

第二十一条 保留及对保留提出之反对之法律效果

一、依照第十九条、第二十条及第二十三条对另一当事国成立之保留：

(甲) 对保留国而言，其与该另一当事国之关系上照保留之范围修改保留所关涉之条约规定；及

(乙) 对该另一当事国而言，其与保留国之关系上照同一范围修改此等规定。

二、此项保留在条约其他当事国相互间不修改条约之规定。

三、倘反对保留之国家未反对条约在其本国与保留国间生效，此项保留所关涉之规定在保留之范围内于该两国间不适用之。

第二十二条 撤回保留及撤回对保留提出之反对

一、除条约另有规定外，保留得随时撤回，无须业已接受保留之国家同意。

二、除条约另有规定外，对保留提出之反对得随时撤回。

⁸⁶ 《联合国条约法会议正式记录，第二届会议，1969年4月9日至5月22日，维也纳，全体会议和全体委员会会议简要记录》[英]（联合国出版物，出售品编号：E.70.V.6），第34页，第74段，第10次全体会议。但是这一假定的反说可能看上去更加温和。

三、除条约另有规定或另经协议外：

(甲) 保留之撤回，在对另一缔约国之关系上，自该国收到撤回保留之通知之时起方始发生效力；

(乙) 对保留提出之反对之撤回，自提出保留之国家收到撤回反对之通知时起方始发生效力。

第二十三条 关于保留之程序

一、保留、明示接受保留及反对保留，均必须以书面提具并致送缔约国及有权成为条约当事国之其他国家。

二、保留系在签署须经批准、接受或赞同之条约时提具者，必须由保留国在表示同意承受条约拘束时正式确认。遇此情形，此项保留应视为在其确认之日提出。

三、明示接受保留或反对保留系在确认保留前提出者，其本身无须经过确认。

四、撤回保留或撤回对保留提出之反对，必须以书面为之。

结 论

61. 以上简要回顾了 1969 年《维也纳公约》有关保留问题条款的准备工作，有以下值得注意之点：

(a) 条款的酝酿过程是艰巨困难的；委员会成员之间、以及国家和国家集团间的对立常常是尖锐的，往往只能靠妥协来解决，妥协又多以明智的含混为基础；

(b) 这些含混当中最突出的是保留与条约目的及宗旨相符这一“标准”的确切作用，《公约》“理论上”予以肯定，但却没有从中引出任何明确的结论；

(c) 虽有各种抵制和保留，但这些条款的历史却显而易见地走向越来越明确地肯定各国提出保留的权利；

(d) 最终采用的办法已不仅是“灵活”、甚至可称为“协商一致”的办法，因为最终各缔约国可随意、几乎不受限制地处置保留和反对。它们可以要么在条约文本中这样做，要么当条约在这方面保持沉默、以及除去因故必须保持完整的条约和国际组织的组织规约，则可以通过相互关联的单方面文书来运筹。

B. 国家在条约方面的继承

62. 1969 年《维也纳公约》获得通过后不久，1967 年被任命为国家在条约方面的继承特别报告员的汉弗莱·沃尔多克爵士向委员会提交了关于这一问题的第三次报告⁸⁷。这一文件包括称为“多边条约保留的继承”的第 9 条草案，其目的在于确定继承国在保留、接受和反对方面的地位。⁸⁸

63. 特别报告员提到了一些“合乎逻辑的原则”，并注意到仍在发展中的保管人实践与上述原则不尽相符，因此得出“最好还是灵活务实地处理保留的继承问题”这一结论。⁸⁹

64. 因此，他建议通过以下规则：

(a) 假定对被继承国的保留予以继承，除非继承国表示相反的意思，或由于目的和宗旨方面的原因，保留只适于被继承国（第 9 条第 1 款）；

(b) 继承国可以提出新的保留，在此情况下，(一) 继承国即被认为撤回了被继承国所作的不同的保留；以及(二) 条约本身和 1969 年《维也纳公约》的条款适用于继承国的保留（第 2 款）；

(c) 经适当变通后，上述规则适用于对保留的反对（第 3(a)款），但“如若适用《维也纳公约》第 20 条第 2 款，则继承国不得对条约全体缔约国均已接受的保留提出任何反对”（第 3(b)款）。⁸⁸

65. 这些建议直至 1972 年才予以审议，并且未引起十分激烈的争论。⁹⁰ 委员会核准了特别报告员建议的对保留和反对保留的灵活务实做法（上见第 63 至 64 段）。⁹¹ 除去文字上的改动外，委员会对特别报告员的草案仅作了一处真正具有实质性的修订：在（取代第 9 条草案的）第 15 条草案第 1(a)款规定，只有同被继承国在同一问题上“不相容

⁸⁷ 《1970 年...年鉴》[英]，第二卷，第 25 页，A/CN.4/224 及 Add.1 号文件。

⁸⁸ 同上，第 46 至 52 页。

⁸⁹ 同上，第 47 和 50 页，分别见评注第(2)和(11)段。

⁹⁰ 《1972 年...年鉴》[英]，第一卷，第 1166、1167 和 1187 次会议，第 92 至 99 页和第 213 至 214 页。

⁹¹ 同上，第二卷，第 264 页，A/8710/Rev.1 号文件。

的”保留（而不再是“不相同的”保留）才能取代被继承国的保留⁹²。

66. 然而，被任命为特别报告员的弗朗西斯·瓦莱特爵士在1974年的首次报告中接受了赞比亚和联合王国提出的一项建议，从而即使不是在字面上、也至少是在精神上回到了汉弗莱·沃尔多克爵士的建议，还声称这一修订是“次要的”。⁹³除了文字上需再作改动外，委员会在这一点上与特别报告员意见一致。⁹⁴

67. 此外，案文经过起草委员会审议后⁹⁵有相当大的“剪除”。特别是删去了第9条草案第3(b)款（上见第64段），并理由充分地指出，它涉及适用于保留的一般法律、而与国家继承的某一特定问题无关。

68. 有意思的是，另一方面，特别报告员对某些国家相当强调提出的另外两套建议却不予考虑。这是指主要由澳大利亚、比利时、加拿大和波兰等国政府提出的将第1款（关于连续性的）假定改为反说的建议，以及波兰政府表示的意愿，即希望明文规定继承国不自动继承被继承国对第三国所提保留的反对。⁹⁶委员会也没有采纳上述建议。⁹⁷

69. 在1977年4月4日至5月6日和1978年7月31日至8月23日联合国关于条约的国家继承问题维也纳会议上，对这一条款未作很多辩论。尽管有些国家以“彻底推翻”的原则为名，再次建议将第9条草案第1款的假定改为反说，⁹⁸但全体委

⁹² 同上，第260页。

⁹³ 《1974年...年鉴》[英]，第二卷（第一部分），第3页，A/CN.4/278及Add.1-6号文件，尤见第54页，第287段。

⁹⁴ 同上，A/9610/Rev.1号文件，第222页（第19条）。

⁹⁵ 同上，第一卷，第112至118页，第1272次会议，以及第239至240页，第1293次会议。

⁹⁶ 同上，第二卷（第一部分）（上见脚注93），分别见第52至53页第278至286段和第54页，第289段。

⁹⁷ 同上，第一卷（上见脚注95），第118页和第二卷（第一部分）（上见脚注94），第226页。

⁹⁸ 见《联合国关于国家在条约方面的继承的会议正式记录，1977年4月4日至5月6日和1978年7月31日至8月23日》[英]，第三卷（联合国出版物，出售品编号：E.79.V.10），第115至116页。亦见秘书处编写的各国政府对国家条约继承最后条款草案的意见的分析性汇编（A/CONF.80/5及Corr.1号文件，第227至230页）。

员会以及其后的会议自身均表示赞同国际法委员会提出的有关保留问题的条款（已成为第20条），仅作了微小的文字上的改动。

70. 1978年《维也纳公约》的相关条款如下：

第20条 保留

1. 新独立国家如依照第17或第18条的规定，发出继承通知，确立其成为一项多边条约当事国或缔约国的地位，应认为该国维持在国家继承日期仍适用于国家继承所涉领土的对该条约所作的任何保留，除非该国在作出继承通知时，表示相反的意思，或就该项保留所涉的同一主题作出一项保留。

2. 新独立国家依照第17或第18条的规定，作出继承通知，确立其成为一项多边条约当事国或缔约国的地位时，可作出保留，除非该项保留是《维也纳条约法公约》第19条(a)、(b)或(c)项所禁止作出的。

3. 新独立国家依照第2款的规定作出保留时，《维也纳条约法公约》第20至23条所载各项规则，适用于该项保留。

71. 值得指出的是，这一条的起草并未引起许多辩论，它以精炼的形式阐明了适用于国家对保留进行继承的规则（而不涉及被继承国对保留的反对应如何处置）（上见第68段）。在其他方面，仅提到1969年《维也纳公约》第19至23条⁹⁹，从而使该公约的权威得到加强，同时确认1969年采纳的既开放又灵活、并且是协商一致式的办法（上见第61段）。

C. 国家和国际组织之间或两个或以上国际组织之间缔结的条约

72. 根据联合国条约法会议通过的关于1969年《维也纳公约》第一条的决议¹⁰⁰以及大会1969年11月12日第2501(XXIV)号决议中的建议，委员会于1970年决定将国家和国际组织间或两个或两个

⁹⁹ 但实际的提交办法却在委员会内受到激烈批评，只是反对意见是针对方式的，而不是针对实质内容的：见《1972年...年鉴》[英]，第一卷，第98至99页，第1168次会议和第213至214页，第1187次会议；同上，第二卷，第265页，A/8710/Rev.1号文件；以及《1974年...年鉴》[英]，第一卷，第115和117页，第1272次会议。

¹⁰⁰ 见《联合国条约法会议正式记录...》（上见脚注82）（A/CONF.39/26号文件，第281页起）。

以上国际组织相互间缔结的条约问题列入其总计划，并于1971年任命保罗·勒泰为这一问题的特别报告员。

73. 1975年，特别报告员向委员会提交了第四次报告，首次就保留问题作了实质性发挥。¹⁰¹在对第2部分（保留）的一般评论中，特别报告员提出若干一般性看法，值得大段引用，因为有助于说明后来的一切讨论。

74. 起初，特别报告员从这样的原则出发，即在条款草案中列入有关保留的条款满足了法律必然性的需要，但只会有较有限的实际意义：

1969年《公约》关于保留问题的第19条至23条显然是该《公约》的主要部分之一，这既是由于它们在技术上的精确性、也是由于它们在多边公约的制度中引入了极大的灵活性。确认这一点要求人们立即承认：根据本条款草案的目标所拟订的类似条款在眼前只具有较有限的实际意义。的确，如人们说过、而且应当不厌其详重申的，国际组织缔结的条约几乎总是双边条约，对它们来说保留可能在理论上起作用，但却没有什么实际意义。国际组织为缔约方的少量多边条约都属于第20条第2款的规定范围，也就是说它们只接受保留机制的极为有限的作用。保留的真正实际领域是那些广泛开放的多边条约，而人所共知，目前国际组织加入此类条约仍存在严重障碍。因此，为保留问题制订条款草案是满足必然性的需求，而此种需求化为具体现实仅仅有了一个开端。¹⁰²

75. 尽管作出了这一评论，但特别报告员同样认为：只要国际组织在条约制度下被充分承认是“当事方”的话，就没有任何理由拒绝它们在与各国相同的条件下提出保留，以便使它们得以表明其特定利益。特别报告员并不讳言这一原则可能产生“各种复杂情况”，但他认为那属于一个总体性的问题，即国际组织与其成员国的权限有重叠之虞，这就解释了“对于同时接受一个组织和其自身的成员为某一条约当事方为什么不能不采取审慎态度”。¹⁰³

76. 因此，特别报告员未加特别评论地提出了紧跟1969年《维也纳公约》相应条款的第19条至第23条草案，仅仅有待进行一些次要的文字修订。¹⁰¹

77. 委员会第二十七届会议上对上述条款草案的讨论¹⁰⁴显示出它们引起的问题何其棘手。特别报告员在其1976年提出的第五次报告中概述了两个主要的难题，并且该报告完全是探讨保留问题的：

第一个问题可以这样表述：在某些情况下和在某些方面，有无必要规定一项同《维也纳公约》根本不同的制度？第二个问题超越了保留问题，但在涉及保留问题时显然会出现，即：应规定怎样的条款来明确界定条款草案与1969年《维也纳公约》各自的适用范围？特别当一项初始用以在国家与国际组织间建立公约关系的条约全部或部分失去此种性质时应如何规定？¹⁰⁵

78. 关于第一点，只须提示委员会最终放弃了采取死板的原则立场。正如它在对条款草案最后评论中指出的那样，

它寻求一种平衡的立场，对国际组织排除《维也纳公约》赋予国家的某些便利，也向国际组织明确了某些灵活性仅适用于国家的规则。然而，每当并无不当和看来适应当代世界显示的某些趋向时，委员会即为国际组织着想而维护协商一致办法的总体规则。¹⁰⁶

79. 委员会对特别报告员提出的第一个问题（上见第77段）所给予的答复表明了这种务实、平衡和除适应“当代世界”需求外不抱成见的处置办法。

80. 起初，特别报告员受委员会某些成员的武断观点¹⁰⁷的影响，对第19条和第20条草案作了重大修改，使之对提出保留的自由远为不利：¹⁰⁸新

¹⁰⁴ 见《1975年……年鉴》[英]，第一卷，第237至249页，第1348至1350次会议。

¹⁰⁵ 见《1975年……年鉴》[英]，第二卷（第一部分），第137页，A/CN.4/290及Add.1号文件，尤见第139页，第11段。

¹⁰⁶ 见《1982年……年鉴》[英]，第二卷（第二部分），第13页，第43段。

¹⁰⁷ 特别是Ushakov先生的观点。见《1975年……年鉴》[英]，第一卷（上见脚注104），第239页，第1348次会议。

¹⁰⁸ 同上，第246页，第1350次会议。

¹⁰¹ 见《1975年……年鉴》[英]，第二卷，第25页，A/CN.4/285号文件，尤见第36至38页。

¹⁰² 同上，关于第2部分的一般性评注，第(1)段。

¹⁰³ 同上，第(4)段。

的第 19 条草案将假定改为反说，并从原则上提出禁止任何保留，除非：

(a) 它是条约明文许可的（第 1(a)款）；

(b) 它是作为条约“缔约方的全体国家和国际组织明文接受”的（第 1(b)款）；或者

(c) 如果国际组织按照 1969 年《维也纳公约》规定的条件与国家同等加入条约。

81. 委员会在 1975 年未采取最后立场。¹⁰⁹ 次年，特别报告员提出新的建议，回到当初的原则，即“可自由提出保留，而对两个或两个以上国际组织间的条约附加一些例外，对国家与国际组织间的条约实行保留须有明文批准的制度、并附加某些例外”。¹¹⁰ 这是为了虑及国家与国际组织性质有别，以及避免国际组织提出一些触及国家权利与义务的保留。¹¹¹

82. 委员会第二十九届会议经过长时间辩论采纳了这些建议的精神。¹¹² 但采取的办法在细节上却有重大变动并且复杂化了，¹¹³ 因为结果是区分适用于几个国际组织间条约的保留的制度——仿效 1969 年《维也纳公约》的规定——以及国际组织与国家间缔结条约的保留制度，对国际组织施加限制而对国家宽容（第 19 条和第 19 条之二）；同样的不协调反映在对保留的反对（第 19 条之三）和接受（第 20 条和第 20 条之二）问题上。

83. 在初读通过这些条款草案之后，特别报告员被要求按照各国及国际组织提出的意见予以再度审查，他在 1981 年的第十次报告¹¹⁴ 中这样做了。他拒绝像某些国家请求的那样考虑条款草案设想外的其他假定，“因为这一类的研究不符合《维也纳公约》的精神，《公约》是要给实践以自由的余地，以便落实对它提出的一般性原则的执行”。¹¹⁵

¹⁰⁹ 《1975 年……年鉴》[英]，第二卷，第 170 至 171 页，A/10010/Rev.1 号文件，第 135 段。

¹¹⁰ 《1976 年……年鉴》[英]，第二卷（第一部分）（上见脚注 105），第 12(c)段。

¹¹¹ 同上，第 140 页，第 15 段。

¹¹² 见《1977 年……年鉴》[英]，第一卷，第 71 页起，第 1429 至 1435 次、第 1446 次、第 1448 次、第 1451 次和第 1464 次会议。

¹¹³ 同上，第二卷（第二部分），第 96 至 98 和 105 至 115 页。

¹¹⁴ 见《1981 年……年鉴》[英]，第二卷（第一部分），第 43 页，A/CN.4/341 及 Add.1 号文件，尤见第 56 至 64 页。

¹¹⁵ 同上，第 59 页，第 64 段。

特别报告员最后仍维持条约草案，仅作了少量澄清和文字简化。

84. 然而，经过又一次颇为艰难的辩论¹¹⁶ 之后，委员会基本上回到了特别报告员当初建议的条款（上见第 76 段），试图移用 1969 年《维也纳公约》第 19 条至第 23 条草案（上见第 60 段）——在第 19 条(a)段¹¹⁷ 有所增补——但有几点实质性的差别对第 20 条造成影响：¹¹⁸

(a) 在第 2 款完全删除提及少数参加谈判的国家之处；

(b) 删去有关国际组织的组织约章的第 3 款；以及

(c) 在国际组织接受保留方面不规定任何期限，对于此种沉默所产生的不便，在实践中采取补救办法。

85. 在新的辩论¹¹⁹ 之后，并且由于通过了相当于 1969 年《维也纳公约》第 5 条¹²⁰ 的一项第 5 条草案，委员会恢复了第 20 条第 3 款，但其余部分则于 1982 年认可了 1981 年的条款草案¹²¹。这一草案连同有关评注被提交大会；大会通过 1984 年 12 月 13 日的第 39/86 号决议，召开联合国关于国家和国际组织间或国际组织相互间的条约法会议，该会自 1986 年 2 月 18 日至 3 月 21 日在维也纳举行。

86. 此外，作为 1985 年 12 月 11 日第 40/76 号决议的附件，大会向上述会议转递了一份“基本提

¹¹⁶ 见《1981 年……年鉴》[英]，第一卷，第 28 至 54 和 263 至 165 页，第 1648 至 1651 次和第 1692 次会议。

¹¹⁷ 已经明确的是，保留是可能的，除非“该项保留为条约所禁止，或通过其它方式确定谈判国家与谈判组织商定禁止此项保留*”（见《1981 年……年鉴》[英]，第二卷（第二部分），第 137 页，第 19 条草案，第 1(a)款）。对该条草案的评论对这一修订未作解释；但可参阅 Reuter 先生 1986 年在联合国国家与国际组织间或国际组织相互间条约法会议上的解释（A/CONF.129/16 (vol. I)，第 11 次会议，第 29 至 32 段）。

¹¹⁸ 见《1981 年……年鉴》[英]，第二卷（第二部分），第 138 至 139 页。

¹¹⁹ 见《1982 年……年鉴》[英]，第一卷，第 177 至 178 和 316 页，第 1727 和 1748 次会议。

¹²⁰ 1969 年《维也纳公约》第 5 条案文如下：“本公约适用于为一国际组织组织约章之任何条约及在一国际组织内议定之任何条约，但对该组织任何有关规则并无妨碍。”

¹²¹ 见《1982 年……年鉴》[英]，第二卷（第二部分），第 32 至 37 页。

案内须进行实质性审议的条款草案清单”（即国际法委员会的条款草案）。这份清单包括第 19 条（提出保留）和第 20 条（接受和反对保留），均已经各国及国际组织进行各种评论并提出各种意见¹²²。

87. 在会议期间，对第 19 条和第 20 条提出了几项修正案。这些修订包括：

- (a) 删去第 19(a)条增补的新提法（上见第 60 段）；
- (b) 将国际组织的保留权利限制在其自身职权范围内、或视其是否与组织约章相符；
- (c) 为国际组织可提出反对保留规定期限；
- (d) 在第 20 条第 2 款恢复这样的意思：如果条约的宗旨和目的以及参与谈判者的有限数目均要求一致接受，则必须要求一致接受。

88. 辩论主要围绕的问题是：按照这些条款，国际组织在什么程度上可以等同于国家、享受同样权利并尽同样义务，最后，会议通过的条款比委员会条款草案更进一步地将组织等同于国家，¹²³ 而且更密切地借鉴了 1969 年《维也纳公约》。

89. 1986 年《维也纳公约》的有关条款如下：

第一部分 导言

[……]

第 2 条 用语

1. 为本公约的目的：

[……]

(d) “保留”指一国或一国际组织在签署、批准、正式确认、接受、核准或加入条约时所作的单方面声明，不论其措词或名称为何，其目的在于排除或更改条约中某些规定对该国或该国际组织适用时的法律效果；

[……]

¹²² 见秘书处编写的各国和主要国际组织对国家和国际组织间或国际组织相互间条约法最终条款草案评论和意见的分析性汇编（A/CONF.129/5 及 Add.1 号文件），第 137 至 144 页。

¹²³ 特别是在接受的期限方面（第 20 条第 5 款）。

第二部分 条约的缔结和生效

[……]

第 2 节 保留

第 19 条 提出保留

一国或一国际组织可于签署、批准、正式确认、接受、核准或加入一项条约时提出保留，但有下列情形之一时除外：

- (a) 该项保留为条约所禁止；
- (b) 该条约规定只准作出一些特定的保留，而所提保留不在其内；
- (c) 在不属(a)、(b)两项的情形下，所提保留与条约的目的和宗旨不相容。

第 20 条 对保留的接受和反对

1. 条约明文准许的保留，无须各缔约国和缔约组织或按情况各缔约组织事后予以接受，但条约有此规定者除外。

2. 如果从各谈判国和谈判组织或按情况各谈判组织数目有限的事实以及从条约的目的和宗旨可以看出，该条约在全体当事方间全部适用是每一当事方同意受条约拘束的必要条件，保留就须经全体当事方接受。

3. 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。

4. 凡不属以上各款规定的情形，除条约另有规定外：

- (a) 保留如经一缔约国或一缔约组织接受，在与接受保留的国家或组织的关系上，保留国或国际组织即成为该条约的当事方，但以该条约对保留国或国际组织和接受国或国际组织均已生效或开始生效为条件；
- (b) 保留如经一缔约国或一缔约组织反对，并不妨碍该条约在反对国或国际组织和保留国或国际组织之间生效，除非反对国或国际组织明确地表示了相反的意思；
- (c) 一国或一国际组织表示同意受条约拘束的行为如附有一项保留，只要至少有一缔约国或一缔约组织接受保留，就发生效力。

5. 为第 2 和第 4 款的目的，除该条约另有规定外，如一国或一国际组织直至其接到关于保留的通知后十二个月期间届满之日或直至其表示同意受条约拘束之

日，并未对该保留提出反对，该保留就被认为已为其所接受，上述两个日期以较后的一个为准。

第 21 条 保留和反对保留的法律效果

1. 按照第 19、第 20 和第 23 条，对另一当事方确立的一项保留：

(a) 对保留国或国际组织而言，在其与该另一当事方的关系上，在保留的范围内，改变该保留所涉及的条约规定；和

(b) 对该另一当事方而言，在其与保留国或国际组织的关系上，在同一范围内，改变这些规定。

2. 此项保留在该条约其他当事方相互间并不改变条约的规定。

3. 如一国或一国际组织反对一项保留但未反对其本身和保留国或国际组织间的条约生效，该保留所涉及的规定，在保留的范围内，不适用于保留国或国际组织和反对国或国际组织之间。

第 22 条 撤回保留和撤回保留的反对

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

2. 除条约另有规定外，对保留的反对可随时撤回。

3. 除条约另有规定或另经协议外：

(a) 在对一缔约国或一缔约组织的关系上，撤回保留自该国或该组织收到通知时起才开始发生效力；

(b) 撤回对保留的反对自保留国或国际组织收到撤回反对的通知时起才开始发生效力。

第 23 条 关于保留的程序

1. 保留、对于保留的明示接受和反对保留，均须以书面提出，并通知各缔约国和缔约组织及有权成为该条约当事方的其他国家和国际组织。

2. 保留如在签署须经批准、正式确认、接受或核准的条约时提出，须由保留国或国际组织在表示同意受条约拘束时正式予以确认。遇此情形，该项保留应被认为在其确认之日提出。

3. 在该项保留被确认前所提出的明示接受保留或反对保留无须予以确认。

4. 撤回保留或撤回对保留的反对，必须以书面提出。

90. 在制定这些条款的准备工作中碰到的主要困难要么是技术性的，在这一情况下是因为难于将适用于国家的规则移用到国际组织、或者难于将两者结合；要么是意识形态和理论性的，即由于某些国家，主要是当时的中央计划经济工业化国家，反对承认组织具有广泛的权限，而此种反对随着工作的进展似乎逐渐减弱。另一方面，1969 年《维也纳公约》规定的有关保留的规则在原则上从来未曾遭到非议。1986 年《维也纳公约》再次予以确认就重新加强了它们的权威。

第二章

关于这一主题各种问题的概述¹²⁴

91. 在其关于条约法的首次报告中，赫尔希·劳特帕赫特爵士指出“多边条约的保留是一个异常的——事实上令人困惑的——复杂问题，因此人为地简化这个本质上就很复杂的问题是毫无用处的”。¹²⁵ 仿佛是作为一种呼应，特别报告员保罗·勒泰先生三十年后也指出，保留问题始终是一个困

难和有争论的问题，甚至连《维也纳公约》的规定也未了结所有这些困难。¹²⁶

92. 一般说来，作者们都同意这个意见，并强调 1969 年、1978 年和 1986 年的《维也纳公约》在保留的法律制度方面遗留了重要的不稳定因素。这已被各国和国际组织往往是游移不定的做法所证

¹²⁴ 本章为 1993 年提交的概述第二节之经审校、订正和增补的文本（上见脚注 5），第 246 至 253 页。

¹²⁵ 见《1953 年……年鉴》[英]，第二卷（上见脚注 25），第 124 页。

¹²⁶ 《1981 年……年鉴》[英]，第二卷（第一部分）（上见脚注 114），第 56 页，第 53 段。又见《1982 年……年鉴》[英]，第二卷（第二部分），第 32 页，关于条款草案第 2 节的总体评注，第(1)段。

明，特别是当国际组织作为保存者面临具体难题时更是如此。¹²⁷

93. 专门讨论条约保留问题的大量文献本身即表明，在处理非常专业和复杂但却极具实践意义的问题上，所采用的原则历来令人困惑。在这方面几乎无须回顾在有关条约法的全部著作中专门讨论保留的文章占了大量篇幅，¹²⁸ 甚至在一般国际法的论著和手册中，也占了大量篇幅。此外还有许多专题论文，探讨在保留问题上的国家惯例、对某一特定公约或对特殊类型条约的保留以及某些特定问题。有关的图书目录表明这类理论作品数量很大，且通常具很高的学术质量，而自 1969 年以来，其“产量”不仅没有减少，反而有所增加。

94. 换言之，尽管人们可以合理地认为，正如 1969 年《维也纳公约》及其后的公约所显示，保留制度是一项成就（下见第三章），但它仍然留下了许多问题，而它的执行过程也并不总是一帆风顺的；四分之一世纪以来，实践与判例给予这些问题的回答显然使得这一主题更加复杂。

95. 本报告采取非常务实的方式、并且在现阶段无意将这些要素综合成一份总的问题表，而只是竭力在下文各节中提出一份悬而未决问题的清单，这些问题要么是由于各《维也纳条约法公约》关于保留的规定含混不清，要么是由于这些规定留下了空白。

¹²⁷ 按照委员会习惯的工作方法，主管法律事务的副秘书长、联合国法律顾问应特别报告员的请求，于 1994 年 12 月 14 日致函所有专门机构、欧洲委员会、美洲国家组织和非洲统一组织的同事们，请他们提供本组织在保留问题上做法的一切有关资料。至 1995 年 5 月 15 日，已有下列组织惠予赐复：欧洲委员会、联合国粮农组织、国际民航组织、国际劳工组织、国际海事组织、国际货币基金、国际电讯联盟、美洲国家组织和世界知识产权组织。除此之外还有秘书处发表的联合国秘书长大量实践的资料。本报告不可能利用所有这些资料，但这些资料表明在保留方面仍存在许多问题，并对继续审议这一主题尤其有所助益。

¹²⁸ 具体可见以下有关条约法律的一些最时新的著作，例如：Bastid, *Les traités dans la vie internationale: conclusion et effets*, 第 71 至 77 页；Combacau, *Le droit des traités*, 第 53 至 63 页；Elias, *The Modern Law of Treaties*, 第 27 至 36 页；McNair, *The Law of Treaties*, 第 158 至 177 页；Reuter, *Introduction to the Law of Treaties*, 第 77 至 85 页；Rosenne, *Developments in the Law of Treaties 1945-1986*, 第 424 至 436 页；以及 Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 第 51 至 82 页。

A. 各《维也纳条约法公约》中关于保留的规定含混不清

96. 对多边条约的保留问题是当代国际法中最有争议的课题之一，这一点得到了不断重申。¹²⁹ 这些争议既发生在理论层面、也发生在政治层面。¹³⁰ 正如上文所指出（上见第 45、51、57 和 61 段），分歧的解决只有靠妥协，而妥协的基础要么是模棱两可，要么是仔细审度后的沉默。最明显的含混之处在于保留的可容许性和保留带来的后果，因为后者即保留的后果是与反对制度密切相关的。

1. 保留的可容许性

97. 在 1993 年关于条约保留的法律与实践纲要中，现任特别报告员指出，在他看来，“保留有效性的确定”很可能是“1969 年和 1986 年《维也纳公约》有关规定最模棱两可”之处。¹³¹ 其时，D. W. Bowett 先生批评了“保留的有效性”这种说法，他认为这一概念混淆了两个不同的问题，即保留的可容许性和保留的可反对性（即是否可引用保留来反对另一方）。

98. 由于委员会在四十五届会议工作报告¹³² 中使用了这个用语，联合国代表 1993 年 11 月 2 日在大会第六委员会上指出：

对于国际法委员会在报告第 428 使用的“保留的有效性”一语，联合国代表团感到有些困惑。虽然上下文表明委员会意欲何指，但所用措辞可被理解为预先假定了这样一种可能性，即遵守条约的国家同意受条约约束的条件性声明可能以某种方式被认为无效。实际上，《维也纳公约》不仅在第 2 条第 1(d)款中将保留称为“目的在”将条约某些条款排除在外或加以更改的“单方面”声明，更是在第 19

¹²⁹ 见 Ruda, 同前引书, 第 101 页。又见 Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 第 77 页。

¹³⁰ 如同 Cox 在 1952 年指出的，毋庸置疑的事实是，“法院作出 [1951 年] 意见以后，学说上出现的许多不一致的确见于‘冷战’中”。（“Reservations to multipartite conventions”，第 29 页。）

¹³¹ 见《1993 年……年鉴》，第二卷（第一部分）（上见脚注 5），第 249 页，第 21 段。

¹³² 委员会指出，“保留的有效性”问题“包括了保留合法性的条件之效力以及它们对另一国家适用性的效力”。（见《1993 年……年鉴》，第二卷（第二部分），第 106 页，第 428 段。）

条起的诸条中谨慎地提到保留的“提具”，从而清楚表明任何这种声明事实上就是“保留”，但其法律效力有待随后的规则来确定。这一点清楚地表现在委员会对1962年草案第17至19条的评论中，并解释了为什么按照《维也纳公约》的用法，即使是明文禁止的情况或与条约目的和宗旨不符的情况，在第19条中也被称作“保留”，以及为什么第21条提到针对另一方所“确立”的保留。¹³³

99. 实际上，在现任特别报告员心目中，“有效性”一词是相当中性的，并确实包括保留的可反对性问题。他认为，保留的可反对性与反对的法律制度密切相关，即使不一定完全取决于这种制度。况且，如果“可容许性”一词看上去更妥当的话，那么使用它也没有问题。事实上，这个词确实更加准确。

100. 但是应当谨记，Bowett先生和英国政府反对使用“有效性”一词而提出的解释，都假定处于这一问题争论焦点的问题事先得到了解决。这个问题就是：对一项保留的可容许性或不可容许性问题，能否“客观地”和抽象地作出决定，还是它归根结底取决于缔约各国的主观决断？试举一个具体例子：一项显然违背条约目的和宗旨的保留，甚至是条约禁止、但却被条约所有其他缔约方接受的保留，能不能称之为“不可容许的”保留？

101. 上述解释暗含的答案是肯定的：对于Bowett先生和英国政府来说，这样的保留本身便是无效的，也就是说这种保留是不可容许的，可反对性的问题在下一阶段才会出现，而且仅出现在可容许的保留身上。而这也是Bowett先生1977年主张的论点：

“可容许性”问题¹³⁴乃是首要问题。它必须参照条约加以解决，并且基本上是一个条约解释的问题。它与其他缔约方在政策上认为保留可否接受毫无关系。认为一项保留“不可容许”，其后果要么可能是保留本身无效（也就是说保留无法被认为它不可容许的缔约方所接受），要么是这项不可容许的保留使该国对整个条约的接受归于无效。¹³⁵

102. 这一特别权威的见解代表了一种理论观点的精髓，这一观点被称为“可容许性派”，是与

“可反对性派”相对而言的。¹³⁶对于赞成第二种观点的作者来说，在《维也纳公约》的体系中，“一项保留的有效性完全取决于它是否被另一缔约国所接受”。因此，第19(c)条显得“仅仅是一种理论主张，可作为指导各国是否接受保留的基础，但并无其他用处”。¹³⁷

103. 委员会最终赞成这种或那种论点、或者试图调和这些论点，显然还为时过早。在此简要提及这些论点，目的仅仅是为了说明1969年和1986年《维也纳公约》关于保留的规定已经引起、并且仍在引起多么大的争论。

104. 可以肯定的是，如果将这两种论点推到极限，将产生截然不同的实际后果。例如，根据“可反对性”论点，可以认为，解决争端的机构无论是否具有司法性质，在其他缔约方未表示反对时，均不应就一项保留的可容许性作出裁决。¹³⁸与此相反，“可容许性”论点可能给人的印象是，反

¹³⁶ 见 Koh, “Reservations to multilateral treaties: how international legal doctrine reflects world vision”, 第71至116页各处，尤见第75至77页；又见 Redgwell, “Universality or integrity? Some reflections on reservations to general multilateral treaties”, 尤见第263至269页；以及 Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 第81页，脚注78。

¹³⁷ Ruda, 同前引书，第190页。同样的立场见 Combacau, 同前引书，第60页；Gaja, “Unruly treaty reservations”, 第313至320页；Imbert, *Les réserves aux traités multilatéraux: évolution du droit et de la pratique depuis l’avis consultatif donné par la Cour internationale de Justice le 28 mai 1951*, 第134至137页；Reuter, 同前引书，第74页；以及 Zemanek, “Some unresolved questions concerning reservations in the Vienna Convention on the Law of Treaties”, 第331至333页。

¹³⁸ 实际上的情况并不是这样。例见欧洲人权法院在下列各案中所作裁决：Belilos案（*Series A: Judgments and Decisions*, vol. 132, *Judgment of 29 April 1988*, Registry of the Court, Council of Europe, Strasbourg, 1988, 第50至60段），Weber案（同上，vol. 177, *Judgment of 22 May 1990*, Registry of the Court, Council of Europe, Strasbourg, 1990），Loizidou诉Turkey案（初步异议）（同上，vol. 310, *Judgment of 23 March 1995*, Registry of the Court, Council of Europe, Strasbourg, 1995），以及欧洲人权委员会对 Chrysostomos 等人案所作决定（*Decisions and Reports*, March 1991, *Revue universelle des droits de l’homme*, vol. 3, No. 3, 1991, 第193页）。又见人权委员会1994年11月2日通过的关于批准和加入《公民及政治权利国际公约》或其各项《任择议定书》时所提保留或根据该《公约》第41条所作声明等问题的第24(1994)号总体评论（《大会正式记录，第五十届会议，补编第40号》（A/50/40号文件），第一卷，附件五，尤见第18段）。但是，人权条约的特定性质可能对上述先例的价值造成限制。

¹³³ 见《大会正式记录，第四十八届会议，第六届委员会》，第24次会议，第42段，以及更正。

¹³⁴ “可容许性[Permissibility]”和“合法性[lawfulness]”似乎并不完全同义。

¹³⁵ 见 Bowett, “Reservations to non-restricted multilateral treaties”, 第88页。英国政府似乎排除第二种可能性。

对一项与条约目的和宗旨不符或为条约所禁止的保留不会产生特别效力，因为这种保留反正是完全无效的。

105. 上文简述的理论分歧，其根本问题很难解决，而且在目前这个初步阶段也不可能得到解决——当然，应当承认这些问题必须得到解决。再者，人们可能会质疑，分析家们强调“可反对性”与“可容许性”两派之间的对立，¹³⁶是否夸大了它们之间的分歧。诚然，这两派一开始就对1969年和1986年《维也纳公约》第19和20条作了不同分析，但是：(a)他们确实有某些共同立场，这促使两种论点的信徒所反思的问题往往一致；(b)对这些问题的答案主要分歧在于，可反对论的支持者认为，可容许性与可反对性并行不悖（因此往往导致了“有效性”一词的使用），而可容许论的拥护者却认为这分明是不同的问题，理应循序考量；(c)不过无论如何，总是要以缔约国的意志为主导，但由于立场不同，所着重的要么是谈判方的原始意志、要么是保留国或反对国的嗣后意志。

106. 凡钻研过此一问题的作者均承认，存在着一种对保留可容许性有利的推定，而且这是符合1969年和1986年《维也纳公约》第19条的明文规定的，对筹备工作的研究也证实了此点（上见第38和53段）。

107. 大家也都同意，此种推定并非无懈可击。如果保留为条约明文禁止（第19(a)条）或默示禁止（第19(b)条），或者它“同条约目的和宗旨不相符”（第19(c)条），那么这种推定便不能成立。¹³⁹

108. 有待弄清楚的是——真正的问题也正是在这里——一方面，怎样判断这些条件是否得到满足；另一方面，如果一项保留根据这些条件是无可容许的，那么它的后果如何。

109. 关于第一点，即保留是否符合条约有关保留的条款（第19(a)和(b)条），可能会出现一些问

题，对于含混和笼统的保留更是如此。¹⁴⁰但是，发生问题之处主要是如何确定保留是否符合条约的目的和宗旨。正如勒泰所写：“如果条约未作规定，被禁止的只是那些不符合条约‘目的和宗旨’的保留。这一理念也被各《维也纳公约》所采用，只不过关于这一理念的解釋，自从1951年首次出现在国际法院的咨询意见中以来，一直是不确定的。”¹⁴¹因此，委员会对“条约的目的和宗旨”这一概念本身进行研究，无疑将是妥当的。¹⁴²

110. 依旧从这一立场出发，可以进一步注意到：1969年和1986年《维也纳公约》第20条第2款不仅没有消除这些不确定性，反而使之得到了强化。该款针对有限多边条约（“数边”条约）重新引入条约目的和宗旨的标准，似乎以逆推方式暗示“违背条约目的和宗旨的保留如被全体缔约方接受则可能获得准许”。¹⁴³此外，关于这类条约本身的定义——因而连同第20条第2款的适用条件——仍然是极不确定的。¹⁴⁴

111. 然而正是沿着这第一类问题“顺流而下”，出现了最为棘手的各种问题；这些问题也引发了最具理论性的争论（上见第100至104段）。

112. 假定一项保留由于被条约所禁止、或者由于不符合条约的目的和宗旨，因而显得“不可容许”，那么会出现什么情况呢？

(a) 是否应认为保留无效，而同意受条约约束的表态仍然有效？

(b) 相反，保留的不可容许性是否影响同意受条约约束的表态本身的可靠性？

¹⁴⁰ 见 Schabas, “Reservations to human rights treaties: time for innovation and reform”, 第39至82页。

¹⁴¹ 同上引书，第82页。

¹⁴² 在1969年和1986年《维也纳公约》的其他条款中再次出现，特别是第18条、第31条（第1款）和第60条（第1款）。

¹⁴³ Reuter, 同前引书，第82页。也见 Tomuschat, “Admissibility and legal effects of reservations to multilateral treaties—comments on arts. 16, 17”, 第479页。

¹⁴⁴ 见 Imbert, “Les réserves aux traités multilatéraux...”, 第109至120页，和 Dehaussy, “Le problème de la classification des traités et le projet de convention établi par la Commission du droit international des Nations Unies”。

¹³⁹ 可以补充的是，推定亦将失效，假如条约的完整性是执行的主要条件、和假如并非所有缔约方都已同意该项保留（第20条第2款）、或假如国际组织的主管机关在组织约章中未曾接受保留（第20条第3款）；但在这两种情况下，保留是否可被容许无疑仅取决于它是否被接受。

(c) 保留的不可容许性是否不因可能对其提出的反对而自行产生效果？

(d) 极而言之，其他缔约国（或国际组织）在此情况下是否有义务反对一项不可容许的保留？

(e) 或者相反，它们可否明文或默示接受这种保留？

113. 看来这就是在保留的可容许性方面出现的几个主要问题，也许会引起委员会的重视。

114. 不过，还需要澄清以下四点：

(a) 特别报告员认为，上文（第 109、110 和 112 段）提出的问题是主要的也是最困难的问题，但并非仅是仅有的问题；其他的问题依然没有全部得到解决。这些问题如：谁有资格确定一项保留（包括对国际组织组织约章的保留）的可容许性、一项保留可否仅有一部分不可容许、提出不可容许的保留的国家，一旦此种不可容许性得到确定，可否认为自己的条约义务得以解除或者提具新的保留¹⁴⁵ 等等；

(b) 本报告的宗旨不在于概述对这些问题的答案，而只是指出这些问题是存在的、今后对这些问题的可能答案作一些思考肯定是有益的；

(c) 为此，如果委员会同意，特别报告员建议对各国及国际组织的做法进行系统研究。但也不能排除此项研究最终令人失望的可能性：经过初步的粗略审查，似乎可以看出此类做法相对较为罕见，并且给人的初步印象是具有不确定性；

(d) 再者，这一争论远非纯理论之争，并且不论实际做法的不确定性表现为何——或许正因为这种不确定性——作为保存者的各国和国际组织对这些问题感到忧虑。¹²⁷ 欧洲委员会国际公法法律顾问委员会于 1995 年 3 月在斯特拉斯堡开会时，着手处理过对多边条约的保留问题；当时的讨论由奥地利的一份工作文件引起，讨论的焦点再次主要集中于保留的可容许性以及不可容许的保留的后果。¹⁴⁶

2. 反对保留制度（保留的可反对性）

115. 前面（第 114 段）谈到的理论性争论，在反对保留的制度方面有着重大影响。可以并不夸张地指出，对持可反对性论者（上见第 102 段）而言，对有关保留的可容许性问题的答案（上见第 112 段）完全是主观性的，见于 1969 年和 1986 年《维也纳公约》第 20 条的规定中：

在公约体系中，一项保留的有效性取决于保留是否被另一国家所接受，而并不取决于它是否满足以符合条约目的和宗旨为前提的可容许性条件。¹⁴⁷

另一方面，可容许论的拥护者认为，可以肯定：一项不可容许的保留不可能被其他缔约国和缔约国际组织反对；因此：

可反对性是次要问题，它事先假定保留是许可的。一个当事国选择接受保留、反对保留、或者既反对保留也反对条约在保留国与反对国之间生效，这是一个任择问题，因此并不取决于有关是否许可的标准，且不受任何司法监督。¹⁴⁸

116. 不管每一种观点有无根据（或缺点），可以肯定的是，此种对立反映了理论的困境。各国代表（具体参见上述第 114(d)段）面对 1969 年《维也纳公约》第 20 和第 21 条确立、又被 1986 年《公约》重申的接受和反对保留制度，无不有此同感；人们至少可以说，这一制度不够明确。

117. 首先出现的问题¹⁴⁹ 是，提出保留在原则上享有自由（上见第 38、53 和 106 段），但反对保留是否也享有相应的自由。尽管人们可以在《维也纳公约》案文中找到这种或那种论据，但对此点《维也纳公约》并无规定，因而而为各种最极端的理论敞开了大门。例如，有人可能主张：只能反对不可容许的保留——就是说，提出反对的国家应当同提出保留的国家遵循同样规则，即必须维护条约的目的和宗旨；或者正好相反，只有可容许的保留才能予以反对，因为根据推想，不可容许的保留等于不存在。反对保留的自由问题很难解决，尤其是因为可能实践帮不了大忙：各国通常都避免陈述反对的理由；即使陈述，也是提出一些非常空泛而难以解

¹⁴⁵ 见 *Belilos* 案的后果（上见脚注 138）。例见 Redgwell, 同前引书, 第 267 至 268 页。

¹⁴⁶ 这次会议以后，委员会决定：“[欧洲委员会]秘书处将连同会议报告副本向国际法委员会特别报告员提交[奥地利 CAHDI(1995)号文件]，同时说明委员会密切关注这一问题，并且愿意致力进行这项研究。”（CAHDI (95)5, 18 April 1995, 第 34 段。）

¹⁴⁷ Ruda, 同前引书, 第 190 页。

¹⁴⁸ Bowett, “Reservations...”, 第 88 页。

¹⁴⁹ 可容许派和可反对派对此问题的解答是截然相反的。

释的理由。¹⁵⁰ 于是出现这样的问题：各国是否必须（或者理应）说明表示反对的理由。¹⁵¹

118. 一项反对提出后，就发生它会出现什么效果的问题。如要避免预断对这一问题的答案（在目前这个初步阶段最好做到此点），那么在这里也应区分对可容许保留的反对与对不可容许保留的反对。

119. 1969年《维也纳公约》未作此种区分，而仅规定，“保留经另一缔约国反对，则条约在反对国与保留国间并不因此而不生效力，但反对国确切表示相反之意思者不在此限。”¹⁵² 在这样的情况下，“此项保留所关涉之规定在保留之范围内于该两国间不适用之。”¹⁵³

120. 但人们可以思考：当保留不可容许时，即违背条约关于保留的条款或与条约目的及宗旨不符时，这些规则是否可以和应当适用。换句话说，反对会不会产生相反的结果：即“掩盖”不可容许性，并在仅仅除去保留摒除的条款外，产生与接受相同的效果，即使保留国相对于反对国而言成为条约的缔约方？往好的方面说，这就等于赋予反对以相当于解释性声明的价值。¹⁵⁴

121. 不论是对可容许保留或不可容许保留提出反对，都会出现这样一个问题：根据“大者包含小者”的原则，反对国不能仅允许其所制定的条约某些特定部分在其与保留国之间生效，那么从前文（第119段）所提规定中似可得出的全盘接受或一概否定的做法是否应当严格执行？并且，此种解决办法还会派生出另一问题：按照这种假设，保留国是否必须服

从反对国的意志，或者它是否也可以提出“反对之反对”、或拒绝承认条约在同该国的关系中生效？

122. 这些问题并非纯粹推理，人们已经发现“在条约实践中，某些反对国试图赋予其反对某些效果，而此种效果并不与接受保留的效果相当”，¹⁵⁵ 不过也还没有到排除整个条约对保留国生效的地步。这些做法似乎还是属于探索性的，可以在1969年和1986年《维也纳公约》第21条第3款的说法中找到条约根据，该款规定，“此项保留所关涉之规定在保留之范围内* [……] 不适用之”。但是，确定这种“保留之范围”并不总是轻而易举的，是在这方面出现过一些具体的难题，特别是关于瑞典等国反对叙利亚和突尼斯对1969年《维也纳公约》本身的保留。¹⁵⁶ 因此，在这里最好也能根据各国的实践，设法澄清“保留之范围”一语的意义。

123. 何况问题并不仅仅在于对保留的反对。1969年和1986年《维也纳公约》第21条第1款确实使用了同样的说法来确定保留本身的法律效果（即是说，此种说法对于被接受的保留亦适用）。

124. 即使不能完全忽略有助于阐明（或者是隐晦！）本节所涉问题的理论背景，但也绝不应被它“慑服”。上文所作的陈述无意结束这场争论，而只是要说明1969年和1986年《维也纳公约》关于保留的规定有含混之处，并提炼出似乎存在的主要问题。总结起来有如下几点：

(a) “符合条约的目的和宗旨”之说的确切含意是什么？

(b) 在什么情况下一项公约应被视为有限的多边条约（第20条第2款）？

(c) 不可容许保留本身是否无效、它之无效是否导致（或不导致）该国（或该国际组织）同意接受约束的表示也归于无效？

¹⁵⁰ 见 Redgwell, 同前引书, 第 275 页起, 和 Zemanek, 同前引书, 第 334 页。

¹⁵¹ 见 Bowett, “Reservations ...”, 第 75 页。

¹⁵² 第 20 条第 4(b) 款。1986 年《维也纳公约》第 20 条第 4(c) 款与之相同, 仅添加了缔约国际组织一词。

¹⁵³ 1969 年《维也纳公约》第 21 条第 3 款。

¹⁵⁴ 见 Reuter, 同前引书, 第 84 页。同样, 除 1977 年 6 月 30 日在大不列颠及北爱尔兰联合王国与法兰西共和国之间大陆架划界案（海峡群岛案）（RIAA, vol. XVIII（出售品编号：E/F.80.V.7），第 3 页起）中所作决定外, 见 Koh, 同前引书, 第 102 至 103 页；Nisot, “Les réserves aux traités et la Convention de Vienne du 23 mai 1969”, 第 203 页；Ruda, 同前引书, 第 199 页；Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 第 76 至 77 页；以及 Zemanek, 同前引书, 第 332 至 333 页。

¹⁵⁵ Gaja, 同前引书, 第 327 页。也见 Edwards Jr., “Reservations to treaties”, 第 399 至 400 页, 和 Zemanek, 同上引书, 第 335 至 336 页。

¹⁵⁶ 见 De Visscher, “Une réserve de la République arabe de Syrie à la Convention de Vienne (1969) sur les traités”以及 Edwards Jr., 同前引书, 第 400 页；Imbert, *Les réserves aux traités multilatéraux ...*, 第 265 页；和 Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 第 77 页。

(d) 不可容许的保留是否不受可能有的反对之影响而依然无效？

(e) 其他缔约国或缔约国际组织能否接受一项不可容许的保留？

(f) 此种接受有哪些效果？

(g) 如果一项保留的不可容许性受到重视（谁的重视？），保留国可否提出另一项保留来取代它，或者退出条约？

(h) 缔约国能否不顾保留的不可容许性，仍有自由提出反对？

(i) 它们是否应当、或理应说明其反对的理由？

(j) 对可容许保留的反对，其确切效果有哪些？

(k) 对不可容许保留的反对又有何确切效果？

(l) 当反对国未明确表示条约在其本国与保留国间不生效的意图时，上述效果与接受保留的效果有何不同？

(m) 反对国在提出反对的情况下，能否排斥除保留所针对以外的规定之适用性？

(n) 保留国是否必须接受此类除外条款？

(o) 最后，“在条约之范围内”一说的确切含义又是什么？

125. 这些问题是从对实践的粗浅考察和从对1969年和1986年《维也纳公约》条款的分析中产生的，此处的列举肯定不能说是详尽无遗的。相反，某些问题相互密切相关，并在很大程度上互有重叠，另一些问题则比较独立。毫无疑问的是，这些问题的答案难度不等，有些差不多是显而易见、有些乍看起来无法回答，如果不抱成见地对待它们的话。不过这份清单还是提供了一个概貌，让人们了解：由于“条约之条约”文字的含混造成了多少问题。除此之外，还有1969年和1986年未曾处理的那些问题，下一节将以远较简略的方式举其要者。

B. 各《维也纳条约法公约》中关于保留的规定存在缺陷

126. 1969年和1986年《维也纳公约》使某些一般性问题处于晦暗不明的状态。此外，它们还无

视由于某些条约特定目的而产生的特殊困难，而对某些特殊条约技术产生的困难则保持沉默。最后，至于1978年《维也纳公约》，对于国家继承中在保留方面可能出现的某些问题则毫未触及。

1. 几个一般性缺陷

(a) 对双边条约的保留和解释性声明

127. 1969年《维也纳公约》（第2条第1(d)款）、1978年《维也纳公约》（第2条第1(j)款）以及1986年《维也纳公约》（第2条第1(d)款）对于保留的共同定义就其明言部分而论是令人满意的；但它们却包含了一些省略，这些省略所产生的不定因素却令人困惑。晦暗不明的首要之点，是关于在双边条约中提出保留的可能性问题，它在理论上之恼人超过在具体方面的重要性。然而这一问题的提出却是由于联合国条约法会议对1969年《维也纳公约》第二编第二节标题的更改（“保留”代替了“多边条约的保留”）、由于筹备过程中的举棋不定，¹⁵⁷ 以及由于某些作者的分析承认在双边条约中“保留在理论上可以成立”。¹⁵⁸

128. 在具体问题上更加令人关切得多的是保留与解释性声明之间的区别问题；各国似乎越来越经常地诉诸于此类解释性声明，对此各公约均保持缄默。¹⁵⁹

129. 从最新法律体系中得出的看法是，在这个问题上应排除任何唯名论的观点，而且如果解释性声明符合公约关于保留的定义，那么就应当把它看做名副其实的保留。在这方面，参照了对大不列颠及北爱尔兰联合王国与法兰西共和国间大陆架划

¹⁵⁷ 见 Edwards Jr., 同前引书, 第 402 至 405 页。

¹⁵⁸ 见特别报告员 Paul Reuter 先生的第四次报告（上见脚注 101），第 36 页，关于条款草案第 2 节的总体评注，第(1)段。

¹⁵⁹ 尤见 McRae, “The legal effects of interpretative declarations”, 如欲更一般地了解保留的定义, 见 Gamble Jr., “Reservations to multilateral treaties: a macroscopic view of State practice”, 第 373 至 376 页; Piper, “Reservations to multilateral treaties: the goal of universality”, 第 299 至 300 页; Ruda, 同前引书, 第 103 至 108 页; Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 第 51 至 54 页; 以及 Tomuschat, 同前引书, 第 464 至 466 页。

界案（海峡群岛案）的裁定¹⁶⁰，欧洲人权委员会对 *Temeltasch* 案的报告¹⁶¹，欧洲人权法院对 *Belilos* 案¹⁶² 和 *Loizido* 诉土耳其案¹⁶³ 的判决；以及人权委员会就 *T. K.诉法国* 和 *M. K.诉法国* 案的决定¹⁶⁴。但这些决定也证明了区分有限制的解释性声明与单纯的解释性声明是极其困难的。¹⁶⁵ 此外，后一类声明的法律效果仍然是不确定的。

¹⁶⁰ 见相关决定（上见脚注 154），第 175 页以及下列作者和著作的评论：Bowett, “The arbitration between the United Kingdom and France concerning the continental shelf boundary in the English Channel and south-western approaches”; Boyle, “The law of treaties and the Anglo-French continental shelf arbitration”; Brown, “The Anglo-French continental case”; Imbert, “La question des réserves dans la décision arbitrale du 30 juin 1977 relative à la délimitation du plateau continental entre la République française et le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d’Irlande du Nord”; Quéneudec, “L’affaire de la délimitation du plateau continental entre la France et le Royaume-Uni”; Rigaldies, “L’affaire de la délimitation du plateau continental entre la République française et le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d’Irlande du Nord”; 以及 Zoller, “L’affaire de la délimitation du plateau continental entre la République française et le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d’Irlande du Nord—Décision du 30 juin 1977”。

¹⁶¹ Council of Europe, European Commission of Human Rights, *Decisions and Reports*, Application No. 9116/80, *Temeltasch v. Switzerland*, vol. 31 (Strasbourg, April 1983), 第 120 至 136 页。见下列作者的评论：Cohen-Jonathan 和 Jacqué, “Activité de la Commission européenne des droits de l’homme”, 第 524 至 530 页；以及 Imbert, “Reservations to the European Convention on Human Rights before the Strasbourg Commission: (the *Temeltasch* case)”。

¹⁶² *Belilos* 案（上见脚注 138）。见下列作者的评论：Cameron 和 Horn, “Reservations to the European Convention on Human Rights: the *Belilos* case”; Cohen-Jonathan, “Les réserves à la Convention européenne des droits de l’homme (à propos de l’arrêt *Belilos* du 29 avril 1988)”; Bourguignon, “The *Belilos* case: new light on reservations to multilateral treaties”; 以及 Marks, “Reservations unhinged: the *Belilos* case before the European Court of Human Rights”。

¹⁶³ 上见脚注 138。

¹⁶⁴ 第 220/1987 和 222/1987 号来文（1989 年 11 月 8 日通过的决定）（《大会正式记录，第四十五届会议，补编第 40 号》（A/45/40 号文件），第二卷，第 130 至 148 页，尤见第 135 和 144 页，第 8.6 段）。评论见 Cohen-Jonathan, “Note sur les décisions et constatations du Comité des droits de l’homme des Nations Unies relatives à la France (1989)”。

¹⁶⁵ *McRae*, 同前引书，第 160 页。在此方面，尤其有意思的是劳工组织的做法，该组织作出了关于不容许保留的国际劳工公约的宣言。

(b) 对条约生效的保留的效果

130. 这一重要并众说纷纭的问题，给保存人制造了极大的难题，而在有关公约中却没有任何答案。就此问题秘书长作为保存人的做法在 1975 年有所变通，¹⁶⁶ 但在理论方面招致相当强烈的批评¹⁶⁷。

131. 此外，美洲人权法院于 1982 年发表了一项意见，认为当一国交存批准书或加入书时，条约即对其生效，而不论它曾否提出过保留。¹⁶⁸ 这一立场得到部分理论界的赞同，¹⁶⁹ 但另一些作者却表示怀疑它是否符合 1969 年和 1986 年《维也纳公约》第 20 条第 4 款和第 5 款。¹⁷⁰ 何况也可以推测，该法院采取的解决办法与其说出于一般考虑，或许更多地是由于《美洲人权公约》的特殊性质（下见第 138 至 142 段）。

(c) 《关于国家在条约方面的继承的维也纳公约》未解决的问题

132. 1978 年《维也纳公约》第 20 条远未涉及、更谈不到解决在出现国家继承情况时可能出现的全部有关保留的问题。

133. 首先应当指出，这一条出现在《公约》关于“新独立国家”的第三部分，因此适用于非殖民化或国家解体，但毫未涉及部分领土、国家合并或国家分离时国家继承的适用规则问题。诚然，在前一类情况下，“被继承国的条约停止对国家继承所涉领土生效”（第 15(a)条），而继承国的条约延伸至上述领土

¹⁶⁶ 见 *Repertory of Practice of United Nations Organs, Supplement No. 5* [联合国各机关惯例汇编，补编第 5 号]，vol. V，涵盖期间从 1970 年 2 月 1 日至 1978 年 12 月 31 日，第 102 条。

¹⁶⁷ 见 Imbert, *Les réserves aux traités multilatéraux...*，第 277 至 282 页，和“À l’occasion de l’entrée en vigueur de la Convention de Vienne sur le droit des traités—réflexions sur la pratique suivie par le Secrétaire général des Nations Unies dans l’exercice de ses fonctions de dépositaire”；又见 Han, “The U. N. Secretary-General’s treaty depositary function: legal implications”。

¹⁶⁸ 1982 年 9 月 24 日 OC-2/82 号咨询意见, *Inter-American Court of Human Rights, Judgments and Opinions*, Series A, No. 2; 又见 ILR, vol. 67, 1984, 第 559 至 571 页，和 ILM, vol. XXII, No. 1 (January 1983), 第 37 至 50 页。

¹⁶⁹ 见 *Rosenne*, 同前引书，第 435 至 436 页。

¹⁷⁰ 例见 *Edwards Jr.*, 同前引书，第 401 至 402 页，和 *Gaja*, 同前引书，第 321 至 322 页。

(第 15(b)条)似应导致继承国可能提出的保留自动延伸。但对于“两个或两个以上领土组成的新独立国家”仍会存在一些问题,在这种情况下,根据第 30 条第 1 款,第 16 至 29 条(进而第 20 条)在原则上是适用的,但如果新生国家在通知继承时未宣布某项不当保留是无效的,那又该怎么办?同样的问题在国家合并时也会出现,而关于这种情况,《公约》在保留方面并无任何适用的规定。

134. 其次,虽然第 20 条第 1 款规定新生国家可以提出新保留、并且按照第 3 款第三国可对新保留提出反对,但这一条款对于第三国能否反对维持一项保留未作规定。然而这看来是合乎逻辑的,如果承认新国家维持一项旧保留是行使自身的权利、而并非按照被继承国的既定权利采取行动的话。¹⁷¹

135. 最后,并且这是一项严重缺陷:1978 年《维也纳公约》第 20 条丝毫未提及对保留的反对的继承问题——汉弗莱·沃尔多克爵士最初的建议曾涉及此点,而对放弃这一点的理由也无清楚的交代。¹⁷²

2. 与某些条约或规定特殊目的 相关的诸问题

136. 由于其一般性质,主要的编纂公约恰当地对某些类别条约的特定目的和性质所产生的特殊问题不予澄清。但这些问题仍经常出现在某些领域,尤其是涉及国际组织的组织约章、人权方面的条约,或比较普遍的是直接制定个人权利的条约或编纂条约本身(或这种性质的具体规定)。

(a) 对国际组织的组织约章之保留

137. 在这一点上,1969 年和 1986 年《维也纳公约》并未完全保持沉默,但它们共同的第 10 条第 3 款远未解决这方面可能、并且确实出现的全部问题:

(a) 组织约章的概念本身并非毫无歧义,可以质疑的是,第 20 条第 3 款定下的规则是否适用于这些条约可能包含的规范条款;

(b) 这条规则是否引申至解释性声明,而且如果可行,由谁来确定这类声明的确切性质(上见第 128 至 129 段)?

¹⁷¹ 见 Marcoff, “Accession à l’indépendance et succession d’États aux traités internationaux”, 第 345 至 346 页。

¹⁷² 见 Imbert, *Les réserves aux traités multilatéraux ...*, 第 318 至 322 页。

(c) 接受这种保留的主管机构是谁?

(d) 此种接受的确切范围如何?特别是,其他成员国是否受它的约束,并因此不得对该保留提出反对?¹⁷³

(b) 对人权条约的保留

138. 保留的总体制度虽极为灵活,但却仍然充满对等观念。¹⁷⁴ 而此种观念不大可能移用到人权或其他领域。¹⁷⁵ 人权方面的条约本意即在毫无歧视地适用于所有的人,因此不适于对其运用保留及反对,尤其是,反对国不应解除其对保留国公民的条约义务。

139. 正因为如此,人权委员会第 24(1994)号《一般性评论》第 17 段¹⁷⁶认为,人权条约,特别是《公民及政治权利国际公约》不构成国家间相互交换义务的网络。它们旨在承认个人的权利。国家间的对等原则并不适用,并且“传统的有关保留的规则完全不适当”。¹⁷⁷

140. 人权方面的条约比其他条约更经常设有监督机制,于是就出现了这些机构在评估保留的有效性方面权限如何的问题。欧洲人权委员会和欧洲人权法院认定自己有此权限,这是由于 1950 年 11 月 4 日在罗马签署的《欧洲人权公约》确立了“客观义务”。¹⁷⁸ 同样,人权委员会第 24(1994)号《一般性评论》认为,该委员会责无旁贷地应当确定一项具体保留是否符合公约的目的和宗旨,这部分是

¹⁷³ 对于所有这些问题,尤见 Imbert, *Les réserves aux traités multilatéraux ...*, 第 120 至 134 页,和 Mendelson, “Reservations to the constitutions of international organizations”。

¹⁷⁴ 见挪威公债案,1957 年 7 月 6 日的判决, *I.C.J. Reports 1957*, 第 24 页。

¹⁷⁵ 见 Imbert, *Les réserves aux traités multilatéraux ...*, 第 250 和 260 页。

¹⁷⁶ 上见脚注 138。

¹⁷⁷ 但是,有人问起,这些特征是否可据以拟订关于人权条约保留问题的特别法律制度。见 Schmidt, “Reservations to United Nations human rights treaties—the case of the two Covenants”; 又见英国代表团 1995 年 3 月在欧洲委员会国际公法法律顾问委员会的会议上提出的意见(会议报告(上见脚注 146), 第 31 段)。

¹⁷⁸ 见欧洲人权委员会有关 Temeltasch 案的报告(上见脚注 161), 第 63 至 65 段,以及欧洲人权法院有关 Belilos 案的裁定(上见脚注 138 和 162), 第 50 段,和有关 Weber 案的裁定(上见脚注 138), 第 37 段,尤其是最近作出的 Loizidou 裁定(同上),尽管这些裁定较为含混。

由于涉及人权文书时，此项任务不属缔约国的权限；部分是由于委员会在行使职能时不能推卸这一责任。¹⁷⁶

141. 由此产生第三个问题：一项被宣布无效的保留对保留国加入条约有何影响？在 *Belilos* 案中，欧洲人权法院认为“毫无疑问”，保留国仍是《公约》的缔约方。¹⁷⁹

142. 人权和人道主义条约的保留所产生问题的特殊性，在条约规定中也是显而易见的，这些规定经常成为理论探讨的题材。关于这一论题有极其丰富、经常也是资料充分的文献。现阶段还不可能对这些文献进行评论，但它对国际法委员会今后的工作将大有好处，无论从对人权条约的保留所产生的特殊问题（此一概念本身亦尚欠精确）、还是从保留的法律制度方面来说莫不如此。¹⁸⁰

¹⁷⁹ 同上。案件的结果见 Flauss, “Le contentieux de la validité des réserves à la CEDH devant le Tribunal fédéral suisse: requiem pour la déclaration interprétative relative à l'article 6 § 1”. 又见 Loizidou 裁决（上见脚注 138）和欧洲人权委员会有关 *Chrysostomos* 等人案的报告（同上）。

¹⁸⁰ 尤见：Blay 和 Tsamenyi, “Reservations and declarations under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees”; Bonifazi, “La disciplina delle riserve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo”; Cassese, “A new reservations clause (article 20 of the United Nations Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination)”（又见“Una nuova sulle riserve”和“Su alcune ‘riserve’ alla convenzione sui diritti politici della donna”）；Clark, “The Vienna Convention reservations regime and the Convention on Discrimination against Women”, 第 281 至 321 页；Coccia, “Reservations to multilateral treaties on human rights”; Colella, “Les réserves à la Convention de Genève (28 juillet 1951) et au Protocole de New York (31 janvier 1967) sur le statut des réfugiés”; Cook, “Reservations to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women”; Frowein, “Reservations to the European Convention on Human Rights”; Imbert, “La question des réserves et les conventions en matière de droits de l'homme”; Macdonald, “Reservations under the European Convention on Human Rights”; Marcus-Helmons, “L'article 64 de la Convention de Rome ou les réserves à la Convention européenne des droits de l'homme”; Pilloud, “Les réserves aux Conventions de Genève de 1949”; Ruiz-Moreno, “Reservations to treaties relating to human rights”（国际法协会第五十四次会议期间的辩论内容，见 *Report of the Fifty-fourth Conference held at The Hague, August 23rd to August 29th, 1970*, 第 596 至 625F 页；相关决议，见同上，第 xiv 至 xv 页）；Schabas, 同前引书；Schmidt, 同前引书；Shelton, “State practice on reservations to human rights treaties”, 第 206 至 234 页。又见上文提到的评论（脚注 161 至 163）。

(c) 对编纂习惯规则的规定之保留

143. 奇怪的是，1969 年和 1986 年《维也纳公约》未提及对编纂公约、或更确切地说，对编纂法律条款的保留。

144. 在这方面可提出彼此相反的论点。可以肯定，在编纂条约中，保留不应对其第三国产生效果，因为保留国同它们之间还有习惯规则的约束。对签约国说来更是如此；一般对于 1969 年 2 月 20 日国际法院有关北海大陆架案（德意志联邦共和国诉丹麦、德意志联邦共和国诉荷兰）的判决¹⁸¹都是从这个意义上解释的。但人们指出，这样的规则将是第 19 条中保留无效标准之外的又一标准，“在缔约国的意图方面是值得商榷的”，¹⁸²并且在强制法与任意法之间制造了令人遗憾的混乱。¹⁸³

3. 某些特殊条约做法产生的问题

145. 1969 年《维也纳公约》的起草者不得不在相当高度的一般性范围内，他们未能考虑某些特殊的条约技术，而这些技术有一些在 1969 年后非常时兴。仅举两个例子。

(a) 保留与附加议定书

146. 当一项附加议定书补充到一项初始公约时，可能发生这样的情况：要么两项文书之一含有保留条款、而另一项并未含有；要么两项文书均含此类条款而又彼此不符。这种情况比较罕见，但确实会出现，¹⁸⁴形成颇为复杂的问题。¹⁸⁵此外，在批准议定书（或在接受任择条款）时，一个国家可能受到诱惑而企图对基本条约提出事后的保留。¹⁸⁶

¹⁸¹ *I.C.J. Reports 1969*, 第 3 页起，尤见第 38 至 39 页，第 63 段。

¹⁸² Reuter, 同前引书，第 82 页。

¹⁸³ 关于这一难题，尤见 Teboul, “Remarques sur les réserves aux conventions de codification”。又见人权委员会第 24 (1994)号总体评论，第 8 段（上见脚注 138），以及 Schabas, 同前引书。

¹⁸⁴ 见《难民地位公约》（第 42 条第 1 款）和《难民地位议定书》（第七条）以及《麻醉品单一公约》（第 49 至 50 条）以及《修正单一公约的议定书》（第 21 条）。

¹⁸⁵ 见 Imbert, *Les réserves aux traités multilatéraux ...*, 第 213 至 214 页，以及 Colella, 同前引书，第 451 至 452 页。

¹⁸⁶ 见 Cohen-Jonathan, “Note sur les décisions ...”; Cohen-Jonathan 和 Jacqué, “Activités de la Commission européenne des droits de l'homme”, 第 562 至 565 页；以及 Zanghi, “La déclaration de la Turquie relative à l'art. 25 de la Convention européenne des droits de l'homme”。

(b) 保留与双边化做法

147. 由于这种在国际私法中屡见不鲜的方法，缔约国可自行选择伙伴、甚至在相互间建立特殊制度。此种技术过去被谨慎使用过，¹⁸⁷ 而尤自七十年代以来发展迅速：可参阅《民商事案件外国判决的承认与执行公约》第 21 和 23 条以及《国际销售货物时效期间公约》第 34 条。这种灵活的方法形成保留技术的一种“竞争者”，但在可能对此类公约提出的严格意义上的保留方面却也提出了一些特殊问题。¹⁸⁸

148. 上文的阐述在现阶段并不要求作出特别结论。这样做的目的不在于为 1969 年、1978 年或 1986 年《维也纳公约》的缺陷所提出的问题拟就答案，而仅在于证实这些问题的存在。虽然这些问题的清单无疑仍不是详尽无遗的，它们的难度和重要性也不相等，但上文提到的问题主要如下：

- (a) 有无理由提出双边条约亦有保留？
- (b) 如可以，此类保留是否从属于特殊法律制度？
- (c) 一项解释性声明与保留有何区别？
- (d) 解释性声明如实际上符合保留定义，是否须服从适用于保留的法律规则？
- (e) 一项“真正的”解释性声明有哪些法律效果？
- (f) 这类声明较普遍地从属于何种法律制度？
- (g) 对一项尚未生效的条约提出保留，是否会对此种生效产生影响，如条约规定此种生效取决于应有最低数量国家或国际组织表示同意接受约束的话？

¹⁸⁷ 见 1947 年《关税及贸易总协定》。

¹⁸⁸ 关于这个问题，见 Imbert, *Les réserves aux traités multilatéraux ...*, 第 199 至 201 页；并尤见 Majoros, “Le régime de réciprocité de la Convention de Vienne et les réserves dans les Conventions de La Haye”。

(h) 当国家继承表现为建立由两个或两个以上领土组成的新独立国家、或在国家合并情况下，哪种法律制度适用于保留？

(i) 缔约国对于继承国保持被继承国的保留，特别当它们认为该项保留与继承国提出的某项新保留不相符时，能否表示反对？

(j) 在无论任何形式的国家继承范围内，适用于对保留反对的一种或多种法律制度是什么？

(k) 某些条约或某些条约规定的特殊目的，是否会导致改变适用于提出保留或反对保留、以及其效果的规则？

(l) 除去 1969 年和 1986 年《维也纳公约》第 20 条第 3 款的极其一般性的规定外，还有哪些规则适用于对国际组织之组织约章的保留？¹⁸⁹

(m) 关于保留的规则是否适用于国际人权文书？

(n) 如不适用，应对它们如何调整以便考虑到此类文书的特点？

(o) 能否允许对为习惯法编纂法律的条款提出保留？

(p) 如允许，此种保留的效果将如何？

(q) 如不允许，怎样区别对编纂法律的规则之保留，以及对一般国际法强制准则的保留？

149. 各项《维也纳公约》未涉及问题的清单虽不完整但已很冗长；除此还有另一些问题，其产生是由于所谓保留的“竞争者”机制，旨在修改对条约的加入，但也如前者一样，威胁着有关公约的普遍性（附加议定书、双边化、有选择地接受若干条款的权利，等等）。

¹⁸⁹ 关于此点，见上文第 137 段提出的更为确切的问题。

第三章

委员会今后工作的范围和形式

150. 本报告题为“关于条约保留问题的法律和实践”。如特别报告员在1993年的概述¹⁹⁰中所指出,这个标题显得颇有学术色彩。此外,这一标题使人以为“法律”与“实践”之间有些对立。的确,某些实践乍看起来同三项有关的《维也纳公约》宣示的规则很难兼容(下见第159段),但这样将法律与实践对立起来是不妥当的:实践丰富和发展了法律,并同条约规定一样,是“法律景观”的组成部分,而国际法委员会正是要界定这景观的所有经纬;而关于保留的“维也纳规则”的一大好处是灵活性,它有利于法律适应国家和国际组织的需要(下见第166段)。

151. 由于这种种原因,委员会或许认为,应采用尽可能中性和全面的标题,这一标题将不预断工作结果,并为此向大会提出修订,因为将来如需限制这一主题的范围时,这一标题可作改变或具体化。这一标题或可定为:“条约的保留问题”。

152. 无论如何,正是本着此种中性的态度,并注意对委员会工作的形式和内容都不要预断,才起草了本报告,并提出下列方法性质的建议。按先后顺序,这些建议涉及部分规范这一问题且业已存在的文书,对其成果应加维护;然后涉及委员会在此主题下的工作可能采用的形式。

A. 维护成果

153. 毫无疑问,1969年《维也纳公约》关于保留的条款在通过的时候并不是纯粹的条约编纂工作。它在当时更多地属于国际法的逐步发展,并完成了这样一个进程:开始是早在第二次世界大战前即有的泛美洲实践、继之以国际法院1951年的咨询意见¹⁹¹、经由1962年汉弗莱·沃尔多克爵士的首次报告(上见第35至46段)构成的转折,而此一转折又得到了委员会多数委员的接受。

154. 不过,人们可能认为,随着时日的推移,1969年定下的有关保留的规则当时是属于法律编纂还是逐步发展这个问题已大为过时。从一个方

面来说,1969年《维也纳公约》巩固了业已广泛启动的原有进程,或者说,乃是此类进程的“结晶”。¹⁹²另一方面且更为特别的是,“自从《维也纳公约》开放签字”二十六年来,“该公约宣示的保留规则已逐步显示出基本上是明智的、并且形成了可喜的确定性”。¹⁹³

155. 此种局部的巩固(下见第160至161段)是由于若干因素造成的,特别是:

(a) 这些准则符合在其通过时的国际社会状况;

(b) 它们符合一种总趋势,即赋予多边公约以更多灵活性和开放性;

(c) 况且它们差不多是经联合国条约法会议一致通过的;以及

(d) 这些准则又在1986年《维也纳公约》中得到重申(上见第88和90段)。

156. 这些考虑还导致各国广泛遵守这些规定,而不论它们是否批准了《维也纳公约》,¹⁹⁴即使有的国家(如法国)并未签署公约也照样遵守这些规定。虽然争论不像法律不确定性可使人们以为的那么多,遇有此类争论的仲裁员或法官经常明文

¹⁹² 例见 Baxter, “Treaties and custom”, 第48页。

¹⁹³ 见 Edwards Jr., 同前引书, 第365页。

¹⁹⁴ 例如,对于大不列颠及北爱尔兰联合王国的情况,见 Ian Sinclair 爵士的陈述(“The Vienna Convention on the Law of Treaties: the consequences of participation and nonparticipation”, 第273至274页),对于美利坚合众国的情况,见 Robert E. Dalton 的陈述(“The Vienna Convention on the Law of Treaties: consequences for the United States”, 第278页)。Restatement of the Law Third (Foreign Relations Law of the United States), vol. 2, St. Paul, Minn., American Law Institute Publishers, 1987)一书基本上重申了1969年《维也纳公约》的规则,同时为了适应美国国内实践,增列了更多的细节。在这方面(关于 Restatement of the Law Second 一书),见 Piper, 同前引书, 第317页。

¹⁹⁰ 上见脚注5。

¹⁹¹ 上见脚注10。

或暗示提及《公约》的规定。¹⁹⁵ 有意思的是，甚至人权委员会，虽然拒绝承认 1969 年就人权文书所采取解决办法的有效性（上见第 139 段），但却仍然以这些条款为出发点，并似乎认为它们代表了这方面的普通国际法（同上）。

157. 既然如此，我们可以认为，即使《维也纳公约》在保留问题上做了逐步发展的工作，但其中第 2 条第 1(d)款和第 19 至 23 条确定的规则如今已取得习惯法价值。

158. 尽管如此，只有经过核查事实，才能维持这一结论。它所部分依据的判决措辞亦不无含混之处。举例来说：

(a) 在大不列颠及北爱尔兰联合王国与法兰西共和国间大陆架划界案（海峡群岛案）中，仲裁法庭提到了 1969 年《维也纳公约》第 2 条第 1(d)款对保留所作的定义，并指出该定义已为双方接受，同时仲裁法庭它似乎更多地看到普通国际法规则与《公约》第 21 条第 3 款规则是相互关联的，而不是对《公约》作为法典编纂的价值采取一般性立场；¹⁹⁶

(b) 在 *Temeltasch* 案中，欧洲人权委员会认为该《公约》主要表述了现存习惯法规则，并且基本上具有编纂法律的性质。¹⁹⁷

159. 此外，各国、或者某些国家的实践，以至国际组织作为保存者的实践，有时同 1969 年《维也纳公约》条文本身即有矛盾。*Gaja* 在一份非常详尽的研究报告中先后考察了以下诸方面的实践，并给出了实例：

(a) 批准后的保留¹⁹⁸（与《公约》第 2 条第 1(d)款和第 19 条的规定相反）；

(b) 各国对第 19 条有关保留的规定¹⁹⁹漠然视之，虽然该规定的案文确实含混不清（上见第 108 段起）；

¹⁹⁵ 尤见上文中提到的案例法（脚注 160 至 164）以及 *Onyeama*、*Dillard*、*Jiménez de Aréchaga* 和 *Waldock* 等法官在核试验案（澳大利亚诉法国）（1974 年 12 月 20 日命令，*I.C.J. Reports 1974*，第 312 至 371 页，尤见第 349 页）中共同持有的异议。

¹⁹⁶ 1977 年 6 月 30 日的判决（上见脚注 154），第 55 和 61 段。

¹⁹⁷ 上见脚注 161。

¹⁹⁸ 同前引书，第 310 至 313 页。

¹⁹⁹ 同上，第 313 至 320 页。

(c) 不遵守暂缓期的条件：按照第 20 条第 5 款的规定，成为《公约》缔约国须经过一年期限；²⁰⁰

(d) 反对保留的效果，²⁰¹ 但在这里，第 20 条第 4 款的规定似乎特别含混（上见第 117 段起）。

160. 关于各国可对保留提出反对的期限，可举联合国秘书长的立场为例（但这只是许多例子中的一个）：

除非大会另有指示，否则秘书长不认为自己有权力违反现行指示采取符合《维也纳公约》规则的做法。²⁰²

161. 无论如何，1969 年《维也纳公约》并未冻结法律。不管《公约》事实上留下许多含混、它在常常颇为重要之处存在缺陷、它未能预见到制定时尚未或不大出现的问题适用的规则（上见第二章），它的通过毕竟标志着新做法的起点，这些新做法目前尚未、或尚未充分得以一贯遵守。正如 *Edwards Jr.* 写道：

《维也纳条约法公约》带来了平静。但是，《维也纳公约》——它也许是最为成功的法律编纂尝试——并未冻结法律。确切地说，《公约》的规则为法律今后的发展提供了结构。²⁰³

162. 认真而言，从上述种种看法只能得出一条显而易见的结论：1969 年《维也纳公约》既是早已开始的进程的终点，旨在最大限度地方便参与多边公约而又维护其目的和宗旨，又是多种形式而又并不总是连贯的实践开端，此种实践总的来说似乎更源于政治上的权宜考虑，属于逐案处理范畴，而并非出于坚定的法律信念。

163. 因此，委员会现在面对一种选择：要么对 1969 年通过（1986 年确认）和 1978 年通过的规则进行返工，以便一举消除其含混、弥补其缺陷并赋以本来似有欠缺的连贯性；要么可认为条约规则已成既成事实，仅须努力弥补其缺陷，并在可行和受欢迎时消除其歧义，同时保护其弹性和灵活性。

²⁰⁰ 同上，第 320 至 324 页。

²⁰¹ 同上，第 324 至 329 页。

²⁰² 见联合国，《1975 年法律年鉴》[英]（出售品编号：E.77.V.3），第 204 页，以及《1981 年法律年鉴》[英]（出售品编号：E.84.V.1），第 150 页。

²⁰³ 同前引书，第 405 页。

164. 毫无疑问，有充分理由支持上述第一项选择：

(a) 1969 年和 1986 年《维也纳公约》关于保留的条款中的含混之处（上见第 61、90 和 96 段）常常是精心策划的，其根源往往是政治考虑，或许连 1978 年《维也纳公约》也是这样；然而这些不利于提高连贯性的障碍已不复存在，特别是在狭义的政治上的非殖民化和冷战结束后；

(b) 至少在某些分析家们看来，所遇到的某些困难是由于 1969 年和 1986 年《维也纳公约》的不同条款间彼此不相容（例如第 19(c)条与第 20 条第 4 款或第 21 条第(3)款之间）；只有修改案文才能克服这些困难；

(c) 即使这些规则获得习惯法的价值，也不存在任何东西可以阻止对它们修订；何况这是值得欢迎的，因为某些条款纵然清晰，也很可商榷。²⁰⁴

165. 尽管这些理由是有价值的，特别报告员从根本上倾向于上述第二种办法（见第 163 段），即维护现有条款所代表的成果。诚然，此种选择并非没有不便之处；尤其是，委员会要将就现有条款中可能存在的前后不连贯之处，并且不能寻求“理想的解决办法”。但是，正如委员会早在 1951 年即已指出的，“任何统一适用的单一规则都不可能显现得完全令人满意”，²⁰⁵ 以致寻求上述解决办法必然导致规则的零散、或许还会造成严重的复杂局面。

166. 另一方面，那种应称为“谦卑的办法”²⁰⁶ 却肯定有显然有利之处：

(a) 修订现有条款将碰到重大技术困难：现行生效公约之一的某缔约国、或可能成为缔约方的某国，却极有可能拒绝接受可能通过的修正案；²⁰⁷ 这样造成的结果就会是关于保留的双重法律制度，并

导致极大困难——在国际法当前发展状况下，它没有任何足以强加现行规则统一化的办法；

(b) 可以认为，假如现行规则经过澄清、并且现有的含混更多地是由于过份简短而非前后矛盾，那么现有确实存在的含混是可以消除的；既然如此，委员会可以着手的、澄清现有条款的努力至少可使我们克服大多数所遇到的困难；

(c) 各国代表 1993 年和 1994 年在大会第六委员会的发言中一方面同意将保留问题列入国际法委员会议程（上见第 4 段），另一方面却表示支持现行规定。²⁰⁸ 特别是，1969 年通过的规则无论存在怎样的缺点，却在这样的意义上经历了考验：一方面，这些规则符合似乎所有国家均已赞同的灵活性目标；另一方面，虽然它们的执行产生某些困难，却始终并未演变为严重分歧，而且虽然原则上各方在某些情况下仍坚持相反的立场，但在事实上却总是进行了调整。

167. 一项经常被引用的研究报告表明，1969 年《维也纳公约》的通过并未导致保留提出的增加，而且已提出的保留涉及相对次要的问题。²⁰⁹ 但是，应当指出的是，这份研究报告发表于 1980 年，而它提供的统计数字表明，许多经过分析的保留和反对都可称之为“冷战的”保留和反对。这是指相当大一部分保留是中欧和东欧国家所为，其基础是意识形态的原因（例如拒绝有关解决争端的条款），而在许多情况下，“西方”国家表示反对的原因也在于此。所以人们可能认为，新的外交因素有助于进一步淡化保留问题。在较为有限的范围内，Schmidt 关于对《经济、社会和文化权利国际公约》的保留和《公民及政治权利国际公约》的最新研究报告似乎肯定了这一点，他的结论是，“对于这些《公约》的保留与其数量之大造成的印象相反，[……]并未导致对缔约国义务的重大偏离。”²¹⁰

168. 因此，尽管有其不足之处，已通过的有关保留各条款至少起了指导实践的作用，显示了它

²⁰⁴ 例如，1969 年和 1986 年《维也纳公约》第 21 条第 3 款假定条约在保留国与反对国之间具有适用性，这在联合国条约法会议（1968 至 1969 年）上匪夷所思地获得通过，受到了众多的强烈批评。

²⁰⁵ 上见脚注 19。

²⁰⁶ 但这肯定不等于说：这是一条捷径，因为国际法委员会将不得不试图找到各种与现行规定兼容的解决办法。

²⁰⁷ 要么作为正式的修正案，要么作为附加议定书。

²⁰⁸ 欧洲委员会国际公法法律顾问委员会 1995 年 3 月进行的讨论（上见第 114(d)段）似乎也反映了类似的主流看法。

²⁰⁹ Gamble Jr., 同前引书，散见全文；又见 Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 第 77 页。

²¹⁰ 同前引书。

们的用处，肯定也并未使这方面情况更为恶化。除非第六委员会有所反应，并且也正要特别提请该委员会注意此点，即国际法委员会可恰当地作出决定，将自己的任务限于弥补缺陷并消除现行规则中的含混，而不必着手修订这些规则。

169. 不过国际法委员会应当认识到，在采取此种方法时，要切忌建议修订 1969 年、1978 年和 1986 年《维也纳公约》。这对某些类型的条约可能会造成一些不便，特别是对人权方面的国际法律文书。关于这些文书，人权委员会最近指出“传统的保留规则已不适用”（上见第 139 段）。然而，除去这种意见并非一致赞同²¹¹ 并有待深入探讨之外，也还存在着设想若干解决办法的可能性。尤其应当铭记：1969 年和 1986 年《维也纳公约》所载保留规则仅仅属于补遗性质；各国可在缔结“实质性”公约中予以取消。在此情况下，委员会完全可以提出若干类型条款，以适应特殊种类的多边条约、特别是人权方面的条约。这一建议使我们可以思考委员会关于条约保留问题的工作成果可采取哪些形式。

B. 委员会工作成果可能采取的形式

170. 国际法委员会章程第 1 条第 1 款规定，委员会“以促进国际法的逐渐发展和编纂为宗旨”。但是，完成这一职责存在着各种手段，虽然章程就逐步发展和法律编纂都提到了“草案”，²¹² 但并未对草案硬性规定任何特殊形式。

171. 的确，在逐步发展方面，章程第 15 条似乎为委员会规定了起草公约草案的目标，但在实践中，属于法律编纂还是属于逐步发展，其划分从来也不是僵死的。并且，考虑到审议中主题至少在某些方面的实践具有不确定性，目前情况下肯定难于确定这样一条分界线。况且，过去已有过此种情形，在执行某些任务时，委员会并未起草一套适宜的条款草案。具体来说，早在 1951 年的多边公约中的保留问题便是这种情况，这一问题在委员会向大会提交的报告中的一章中加以处置，在其结论部分，委员会建议了应通过的做法，“用于多边公约中的保留，特别是联合国秘书长为保存人的那些公约的保留”（上见第 20 段），但这些建议并未正式表现为附有评论的条款草案。

172. 大会 1993 年 12 月 9 日第 48/31 号决议（上见第 5 段）对委员会就此主题进行工作可能采取何种形式的问题也未作决定，而等待收到初步报告。因此，委员会也许应在讨论本报告后再向大会就此问题提出建议。

173. 无论如何，看来存在各种可能性，大会第 48/31 号决议并未对任何解决办法关上大门。在这个问题上，委员会也面临选择。

174. 同时还应指出，委员会关于工作形式的决定，将大致无须取决于它对工作实质的决定（上见第 163 段）。或者说，虽然如果它建议修订现有公约则其建议必然要采取公约草案的形式，但另一方面，如果选择“维护已取得的成果”，形式问题则完全开放。

175. 按照特别报告员较为赞同的此种做法（上见第 165 至 168 段），第一种可能性便是为现有公约起草议定书草案，但应理解为不是对现有公约进行修订，而仅仅是补充和澄清 1969 年、1978 年和 1986 年所通过的规定。因此从理论上说，上文提到的复杂情况（上见第 166 段），即两类国家间互不相容的规则同时有效的弊端将不会出现。结果很简单：比起那些仅仅是“基本”公约缔约方的国家来说，批准一项或多项议定书的国家将受到更为精确明白的规则约束。

176. 另一种达到同样成果的办法，是就条约保留问题起草一项综合性条款草案，在同一案文中融合现有三项《维也纳公约》的零散条款以及旨在对之予以澄清和补充的新规则。然后由大会对该草案的命运予以定夺。不过，即使这一草案势将变成“条约保留法公约”，仍可假定它不致与现有公约冲突，因为它将逐字照录现有公约条款。

177. 有一条强有力的论据，足以支持从这两种解决办法中选取一种：那正是这些条约规则业已存在，而且继续同样做法并巩固条约的保留制度似乎是合情合理的。

178. 然而，如上文所指出（见第 170 至 174 段），委员会不必正式起草一项草案，不论其表现为议定书草案，还是“加固的”公约草案。它完全可以决定起草一份详细的现存问题研究报告、甚至一份对现有条款的逐条评论，作为一种有关保留问题的国家与国际组织实践指南。这样一份文件将具有委员会正式通过案文的效力，其后则可作为大会的建议提出。这种方法也自有其肯定的长处。它

²¹¹ 上见脚注 177。

²¹² 尤见章程第 16、21 和 22 条。

将比正式条款草案更容易充分考虑某些类型条约独具的特点，尤其是因为委员会将可同时通过适应不同情况的若干典型条款（上见第 169 段）。²¹³

²¹³ 这些条款可对现有法律有所减损，因为它们旨在加进特定公约中去，但也不致造成对现有公约规定的否定。

180. 1969 年、1978 年和 1986 年《维也纳公约》有关保留的条款肯定不是没有缺点的，但它们的主要长处是灵活和适应性强。特别报告员认为，为了一种抽象的逻辑和寻求可能并不存在的理想办法，而否定业已经过考验的解决办法，将会是令人遗憾的。

181. 但另一方面，这也正是本主题的全部意义所在：弥补现有案文的不足、并且尽可能消除其

179. 况且，即使委员会趋向于较为传统的拟定一项或多项条款草案的办法（上见第 175 和 177 段），也不存在任何理由妨碍它列出这种典型条款，然后在未来特殊领域的多边公约中采用，因为对于这些特殊领域实施一般规则已不适合。

结 论

含混，这肯定并非多余之举。这一工作在许多方面是有用和有益的，但亦应审慎处理，并适当注意灵活性：它有助于在坚持多边公约基本目标的情况下，便利尽可能广泛的加入。

182. 达到这一目标有好几种手段：现有公约的附加条款草案、“加固”的条款草案、“实践指南”、典型条款，或者将这种种办法结合在一起。应由国际法委员会与第六委员会密切协商，决定哪些办法最为适当。

国家继承及其对自然人和法人国籍的影响

[议程项目 7]

A/CN.4/467 号文件

特别报告员瓦奇拉夫·米库尔卡先生关于国家继承及其对自然人和法人国籍影响的第一次报告

[原文：英文/法文]

[1995年4月17日]

目 录

| | | <u>页 次</u> |
|--|------------|------------|
| 本报告援引的多边文书..... | | 164 |
| 本报告援引的著作..... | | 166 |
| | <u>段 次</u> | |
| 导 言..... | 1 - 28 | 167 |
| A. 历史回顾..... | 1 - 14 | 167 |
| 1. 委员会过去在国家继承专题上所做的工作..... | 1 - 7 | 167 |
| 2. 委员会过去在国籍专题上所做的工作..... | 8 - 12 | 167 |
| 3. 把“国家继承及其对自然人和法人国籍的影响” 专题列入委员会议程..... | 13 - 14 | 168 |
| B. 专题范围的界定..... | 15 - 19 | 168 |
| C. 工作方法..... | 20 - 21 | 169 |
| D. 本专题工作成果可能采取的形式..... | 22 - 25 | 169 |
| E. 用语..... | 26 - 28 | 170 |
| <u>章 次</u> | | |
| 一、专题的现实意义..... | 29 - 34 | 171 |
| 二、国籍——概念和功能..... | 35 - 50 | 172 |
| A. 自然人的国籍..... | 37 - 45 | 172 |
| B. 法人的国籍..... | 46 - 50 | 174 |
| 三、国内法和国际法的作用..... | 51 - 75 | 175 |
| A. 国内法..... | 51 - 56 | 175 |
| B. 国际法..... | 57 - 74 | 176 |
| 1. 国家斟酌决定权的限制..... | 57 - 66 | 176 |
| 2. 国际法干预方式..... | 67 - 74 | 177 |
| C. 公认的国籍法律原则..... | 75 | 178 |

| <u>章 次</u> | <u>段 次</u> | <u>页 次</u> |
|-----------------------|------------|------------|
| 四、在国籍领域里对国家自由的限制..... | 76 - 89 | 178 |
| A. 有效国籍原则..... | 76 - 84 | 178 |
| B. 保护人权..... | 85 - 89 | 180 |
| 五、继承的类别..... | 90 - 95 | 181 |
| 六、审议中问题的范围..... | 96 - 111 | 182 |
| A. 基于属人理由的问题范围..... | 97 - 102 | 182 |
| B. 基于属物理由的问题范围..... | 103 - 110 | 182 |
| 1. 丧失国籍..... | 104 | 183 |
| 2. 取得国籍..... | 105 | 183 |
| 3. 国籍的冲突..... | 106 | 183 |
| 4. 选择权..... | 107 - 110 | 183 |
| C. 基于属时理由的问题范围..... | 111 | 183 |
| 七、国籍的持续性..... | 112 - 114 | 184 |

本报告援引的多边文书

来 源

| | |
|---|---|
| 《各协约和参战国对德国和约》（《凡尔赛条约》） [英]（1919年6月28日，凡尔赛） | <i>British and Foreign State Papers 1919</i> , vol. CXII (London, H. M. Stationery Office, 1922), 第1 页。 |
| 《主要协约和参战国与波兰条约》[英]（1919年6月 28日，凡尔赛） | 同上，第225页。 |
| 《各协约和参战国对奥地利和约》（《圣日耳曼昂莱 和约》）[英]（1919年9月10日，圣日耳曼昂 莱） | 同上，第317页。 |
| 《国际私法法典》（《布斯塔曼特法典》、《国际私 法公约》）[英]（1928年2月20日，哈瓦那） | 国际联盟，《条约汇编》，第八十六卷，第111 页。 |
| 《关于国籍法冲突的若干问题的公约》[英]（1930年 4月12日，海牙） | 同上，第一百七十九卷，第89页。 |
| 《关于某种无国籍情况的议定书》[英] | 同上，第115页。 |
| 《关于无国籍的特别议定书》[英] | 联合国，《法律汇编》（ST/LEG/SER.B/4号文 件）（出售品编号：1954.V.1），第577页。 |
| 《若干双重国籍情形下兵役义务问题议定书》[英] | 同上，第572页。 |
| 《国籍公约》[阿]（1952年9月23日，开罗） | 阿拉伯国家联盟，第十六届常会文件。 |
| 《关于无国籍人地位的公约》[英]（1954年9月28 日，纽约） | 联合国，《条约汇编》，第360卷，第117页。 |

来 源

- 《已婚妇女国籍公约》（1957年2月20日，纽约） 同上，第309卷，第65页。
- 《减少无国籍状态公约》（1961年8月30日，纽约） 同上，第989卷，第175页。
- 《减少多重国籍和在多重国籍情况下的兵役义务的公约》[英]（1963年5月6日，斯特拉斯堡） 同上，第634卷，第221页。
- 《关于防止和惩处侵害应受国际保护人员包括外交代表的罪行的公约》（1973年12月14日，纽约） 同上，第1035卷，第167页。
- 《关于国家在条约方面的继承的维也纳公约》（1978年8月23日，维也纳） 同上，第1946卷，第3页。
- 《关于国家对国家财产、档案和债务的继承的维也纳公约》（1983年4月8日，维也纳） A/CONF.117/14号文件。
- 《欧洲联盟条约》（《马斯特里赫特条约》）[英]（1992年2月7日，马斯特里赫特） 联合国，《条约汇编》，第1757卷，第3页。
-

本报告援引的著作

BATIFFOL, Henri 和 P. LAGARDE

Traité de droit international privé, 8th ed., Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1993, vol. I.

BROWNLIE, Ian

Principles of Public International Law, 4th ed., Oxford, Clarendon Press, 1990.

CAFLISCH, Lucius

“La nationalité des sociétés commerciales en droit international privé”, *Annuaire suisse de droit international* (Zurich), vol. XXIV, 1967.

CHAN, Johannes M. M.

“The right to a nationality as a human right: the current trend towards recognition”, *Human Rights Law Journal* (Kehl am Rhein), vol. 12, No. 12, Nos. 1–2, February 1991, pp. 1 et seq.

CRAWFORD, James

The Creation of States in International Law, Oxford, Clarendon Press, 1979.

DONNER, Ruth

The Regulation of Nationality in International Law, 2nd ed., Irvington-on-Hudson, N.Y., Transnational Publishers, 1994.

GRAUPNER, Rudolf

“Nationality and State succession”, *The Grotius Society: Transactions for the Year 1945*, vol. XXXII, 1947.

JENNINGS, Sir Robert 和 Sir A. WATTS, eds.

Oppenheim's International Law, vol. 1, *Peace*, parts 2–4, 9th ed., Harlow, Longman, 1992.

KUNZ, Joseph L.

“L’option de nationalité”, *Recueil des cours de l’Académie de droit international de La Haye, 1930–I* (Paris), vol. 31, pp. 109–175.

“Nationality and option clauses in the Italian Peace Treaty of 1947”, *American Journal of International Law* (Washington, D. C.), vol. 41, No. 3, 1947, pp. 622–631.

O’CONNELL, D. P.

State Succession in Municipal Law and International Law, Cambridge, Cambridge University Press, 1967. vol. 1.

The Law of State Succession, Cambridge, Cambridge University Press, 1956.

PELLET, Alain

“Note sur la Commission d’arbitrage de la Conférence européenne pour la paix en Yougoslavie”, *Annuaire français de droit international*, vol. XXXVII, 1991, pp. 339 et seq.

SEIDL-HOHENVELDERN, I.

Corporations in and under International Law, Cambridge, Grotius, 1987.

WEIS, Paul

Nationality and Statelessness in International Law, 2nd ed., Germantown, Md., Sijthoff-Noordhoff, 1979.

WYLER, Eric

La règle dite de la continuité de la nationalité dans le contentieux international, Paris, Presses Universitaires de France, 1990.

导 言

A. 历史回顾

1. 委员会过去在国家继承专题上所做的工作

1. 国家和政府的继承这个专题，是国际法委员会在 1949 年第一届会议的时候选定来进行编纂的专题之一。¹ 根据大会 1961 年 12 月 18 日第 1686(XVI)号决议所作建议，委员会 1962 在其第十四届会议上把国家和政府的继承列为优先专题之一。委员会还决定设立一个关于国家和政府的继承的小组委员会，负责编写一份初步报告，就这个专题的范围、进行研究的方式和提供所需文件的办法提出建议。

2. 委员会 1963 年第十五届会议审议了小组委员会的报告，并决定在当时阶段，对于政府的继承问题，将只在为了完成关于国家继承的研究而有需要的情况下才加以审议。委员会核可了小组委员会为这个专题建议的基本大纲、标题的优先次序和项目的划分，即：有关条约的继承，有关条约以外来源产生的权利和义务的继承（1968 年修订为“有关条约以外事项的继承”）和有关国际组织成员资格的继承。

3. 委员会在一致通过了小组委员会的报告之后，² 任命 Manfred Lachs 先生为国家和政府继承专题的报告员。Lachs 先生辞职之后，委员会在 1967 年第十九届会议上决定根据小组委员会 1963 年的报告所提出的基本大纲，把这个专题分成三个大标题。委员会任命了 Humphrey Waldock 爵士为有关条约的继承的特别报告员，并任命 Mohammed Bedjaoui 先生为有关条约以外事项的继承的特别报告员。委员会决定暂时搁置这个专题的第三个方面的问题。

4. Humphrey Waldock 爵士辞职之后，委员会在 1973 年第二十五届会议上决定任命 Francis Vallat 爵士来接任这个专题的特别报告员。根据在 1963 年所作的决定，大家同意优先进行关于国家继承的研究，而对于政府的继承问题，则只在为了完成关于国家继承的研究而有需要的情况下才加以审议。

5. 关于国籍的问题，是在一个更广泛的标题，即“居民的地位”之下处理的。这一问题最初是这个专题的第二个方面，即“有关条约以外事项的继承”的一部分。³

6. 委员会从 1968 年至 1981 年对这第二个方面进行了审议，其中在 1968 年第二十届会议就特别报告员的第一次报告进行辩论的时候，就国家继承的问题提出了一些初步评论。鉴于这个问题过于广泛和复杂，后来把它的范围缩小到继承的经济方面的问题，国籍问题没有包括在里面。⁴

7. 根据委员会在上述两个标题之下拟订的两套条款草案，已经通过了《关于国家在条约方面的继承的维也纳公约》和《关于国家对国家财产、档案和债务的继承的维也纳公约》，但是关于国家继承的其他方面问题则被委员会搁置了十多年。

2. 委员会过去在国籍专题上所做的工作

8. 在委员会的工作之中，关于国籍的专题在关于国家继承的专题之外，有它自己的历史过程。“国籍、包括无国籍问题”也是列在 1949 年选定来进行编纂的专题清单上的专题之一，但是委员会没有加以优先处理。

9. 在委员会 1952 年第四届会议上，根据经济及社会理事会 1950 年 7 月 17 日第 304D(XI)号决议，于 1951 年获得任命为国籍、包括无国籍问题专题特别报告员的 Manley O. Hudson 先生向委员会提出了一项关于已婚者国籍的公约草案。这项草案紧紧依循妇女地位委员会所提议并得到经社理事会核可的条款。但是，国际法委员会的意见认为，已婚妇女的国籍问题只能在整个国籍问题的更广大范围内来审议。⁵

³ 见特别报告员关于国家继承条约以外来源所产生的权利和义务的第一次报告（《1968 年……年鉴》[英]，第二卷，A/CN.4/204 号文件，第 133 至 137 段）。

⁴ 见《1968 年……年鉴》[英]，第二卷，第 220 和 221 页，A/7209/Rev.1 号文件，第 73 和 78 段。

⁵ 尽管如此，联合国系统的另一些机构还是继续对已婚妇女的国籍问题进行了审议。妇女地位委员会所起草的公约草案条款经第三委员会最后定稿之后，大会 1957 年 1 月 29 日第 1040(XI)号决议通过了《已婚妇女国籍公约》，并于 1958 年 8 月 11 日生效。

¹ 见《1949 年……年鉴》[英]，第 281 页。

² 《1963 年……年鉴》[英]，第二卷，第 260 至 262 页，A/CN.4/160 号文件。

10. 关于消除无国籍状态的专题，委员会根据经济及社会理事会 1950 年 8 月 11 日第 319B(XI)号决议第三节，在 1952 年第四届会议上审议了一份关于无国籍问题的文件⁶。委员会请特别报告员起草一项关于消除未来无国籍状态的公约草案，和一项或多项关于减少未来无国籍状态的公约草案。在 1953 年第五届会议上，委员会根据 1952 年获得任命来接替 Hudson 先生担任特别报告员的 Roberto Córdova 先生提出的一个报告中所载的条款草案，通过了两项公约草案，一项是关于消除将来的无国籍状态，另一项是关于减少未来的无国籍状态，并把这些公约草案送交各国政府征求评论意见。

11. 联合国消除或减少未来无国籍问题会议于 1959 年在日内瓦举行了第一届会议，并于 1961 年在纽约举行了第二届会议，以委员会的上述两项公约草案作为基础，通过了《减少无国籍状态公约》。该公约已于 1975 年 12 月 13 日生效。

12. 对于当时存在的无国籍问题，委员会于 1954 年把它的建议写成 7 个条款，连同评注提交给大会，作为它关于国籍、包括无国籍问题这个专题的最后报告的一部分。⁷ 委员会还相应地决定“推迟对多重国籍和其他与国籍有关的问题的任何进一步审议”。⁸

3. 把“国家继承及其对自然人和法人国籍的影响”专题列入委员会议程

13. 委员会在 1993 年第四十五届会议上决定把国家继承及其对自然人和法人国籍的影响问题列入议程，作为两个新专题之一。⁹ 大会鉴于东欧当时的局势，以 1993 年 12 月 9 日第 48/31 号决议核可了这项提议。

14. 委员会在 1994 年第四十六届会议上任命了这个专题的现任特别报告员。¹⁰ 大会以 1994 年

⁶ 特别报告员提交，《1952 年……年鉴》[英]，第二卷，附件三，第 13 页起。

⁷ 《1954 年……年鉴》[英]，第二卷，第 148 页，第 37 段。

⁸ 同上，第 149 页，第 39 段。

⁹ 见《1993 年……年鉴》，第二卷（第二部分），第 107 页，第 440 段。

¹⁰ 《1994 年……年鉴》，第二卷（第二部分），第 176 页，第 382 段。

12 月 9 日第 49/51 号决议，核可了委员会就这个专题展开工作的意图，同时请秘书长请各国政府于 1995 年 3 月 1 日以前提交有关材料，包括与这个专题有关的国家法规、国家法庭的判决以及外交和正式信函。

B. 专题范围的界定

15. 按照负责国家继承来自条约以外权利和义务方面问题的特别报告员在他的第一次报告¹¹中提出的设想，关于国籍的专题是居民的地位这个范围更大的问题的一部分。居民地位问题除了自然人的国籍问题之外，还包括确立地位的常规做法问题。委员会现在要做的工作，与 1968 年所确定的有两方面的不同：第一，不再处理确立地位的常规做法问题（因为这个问题已经不合时代了）；第二，现在要处理 1968 年没有明确提到的法人国籍问题。

16. 为了从实质上确定现在审议的这个专题与委员会过去研究的两个专题——即国家继承和国籍、包括无国籍问题——之间的关系，回顾一下特别报告员 Bedjaoui 先生在他的第一次报告中所说的几句话是有益的，他说：

在所有各种继承的情况下，不管是传统的还是现代的，在国籍方面理论上都没有继承或者持续性的问题。继承国不会让其领土内的居民保持原来的国籍。这是其主权的一种体现。¹²

在国际条约或债务的情况下，是由一个国家在一种可以转移的国际法律关系中取代另一个国家；与此对照，在国籍的概念之下，国家与个人的关系先验地排除了任何“取代”或者“转移”的意思。国籍就像主权一样，向来是固有的。因此，基于它的性质，国籍与国家条约、财产和债务等不同，不是一件“继承的事情”。

17. 委员会在目前这个专题的范围以内所要研究的问题，当然是处理国籍问题的国际法分支的一部分。基于其性质，这些问题与委员会已经在“国籍、包括无国籍问题”的专题下审议过的问题十分相似，不过在两个方面有所不同：一个方面是，委员会所着眼的范围比以前更广泛，不是仅仅限于无

¹¹ 《1968 年……年鉴》[英]，第二卷，第 94 页，A/CN.4/204 号文件。

¹² 同上，第 114 页，第 133 段。

国籍的专题（虽然这是最重要的），而且包括由于国籍改变而引起的一切问题；另一方面，审议的范围只限于国家继承所引起的国籍改变。因此，国籍改变的问题应该仅仅对照主权改变的问题来审议。它所牵涉到的是常常被称为“集体改籍”的现象。¹³

18. 由于委员会过去在逐渐发展和编纂国籍和国家继承方面的国际法的工作所取得的进展，委员会现在能够以对国籍问题和国家继承问题之间的关系的更深入的认识来审议目前这个专题。

19. 现在审议的这个专题还关系到另一个问题，就是国籍的持续性问题。这个问题是在目前这个专题和外交保护问题的范围内产生的，也是1949年清单中所列的专题之一，但是从来没有得到审议。这个问题到底要不要在目前这个专题之下加以审议，以及审议到什么程度，要留给委员会自己来决定。

C. 工作方法

20. 对“国家继承及其对自然人和法人国籍的影响”这个专题的审议，按照大会第49/51号决议所定的形式，是一项特别任务。大会过去有时候要求委员会审议具体案文或者编写关于具体法律问题的报告，但不考虑是否起草一项关于该专题的公约，或者就工作结果所应采取的最终形式作出决定。¹⁴ 在这种情况下，委员会一向认定，它可以自主地采取特别方法来完成这种特别任务，而不是依照它的规约中所设想的进行一般的逐渐发展和编纂工作的方法。

¹³ 例见《国际私法法典》（《布斯塔曼特法典》）第13条。

¹⁴ 因此，委员会曾经按照大会的明文要求，研究了下列专题：《国家权利和义务宣言》草案（1949年），《纽伦堡原则》的拟定（1950年），设立国际刑事审判机构的问题（1950年），给侵略下定义的问题（1951年），对多边公约的保留（1951年），危害人类和平及安全治罪法草案（1954年），在国际联盟主持下缔结的一般性多边条约的扩大参加（1962年），对外交代表和按照国际法有权得到特别保护的其他人员的保护和不容侵犯的问题（1972年）以及对多边条约拟订过程的审查（1979年）。

21. 特别报告员认为，委员会在处理本专题的时候，在工作方法上仍然应该采取这种灵活的做法。

D. 本专题工作成果可能采取的形式

22. 当委员会第四十五届会议把“国家继承及其对自然人和法人国籍的影响”这个专题列入其议程的时候曾经表示，工作的成果可以是一份研究报告，或是提交大会通过的一份宣言草案，并决定，工作的最终形式将在以后某个阶段决定。¹⁵

23. 大会赞同委员会把新的专题列入议程的决定，但有一项谅解，就是工作结果最后采取何种形式，将在向大会呈交初步研究报告之后再予决定。¹⁶

24. 委员会的历史经验显示，它在特别任务的类目之下进行的工作，结果不是写成普通报告，就是拟成附带评注的条款草案，例如《国家权利和义务宣言》草案、《纽伦堡原则》的拟订、《危害人类和平及安全治罪法》草案，以及关于外交代表和按照国际法有权得到特别保护的其他人员的保护和不容侵犯的条款草案。上述最后一个例子中的条款草案，成为了《关于防止和惩处侵害应受国际保护人员包括外交代表的罪行的公约》的基础。

¹⁵ 见《1993年……年鉴》，第二卷（第二部分），第107页，第439段。委员会因此考虑了它在第四十五届会议提出的关于这个专题的初步说明中对工作结果的形式所表达的某些疑虑，就是拟订一份公约草案可能遭遇到与委员会在讨论以往关于国家继承的专题时遭遇到的同样问题（如编纂工作的时间过长，不是缔约国的新国家适用公约的问题，等等）。（同上，第二卷（第一部分），第239页，A/CN.4/454号文件，第28段。）不过，并不是整个委员会都持有这种看法。

¹⁶ 见大会1993年12月9日第48/31号决议（第7段）和1994年12月9日第49/51号决议。后者第6段如下：

“6. 赞同国际法委员会就‘关于条约保留意见的法律和惯例’和‘国家继承及其对自然人和法人国籍的影响’两个专题展开工作的意图，但有一项谅解：关于这两个专题的工作最后采取何种形式，将在向大会呈交初步研究报告之后再予决定，并请秘书长就前一专题请各国政府于1995年3月1日以前提交有关材料，包括有关这一专题的国家法规、国家法庭的判决及外交和正式信函。”

25. 作为第一步，委员会在这个专题上的工作将具有一项研究的性质，以报告的形式提交给大会。特别报告员认为，委员会只有在对这个专题进行了深入的研究之后，才能够对工作的最后结果的形式进行有意义的讨论。

E. 用语

26. 国际法委员会在关于国家对条约和条约以外事项的继承的法律编纂和逐渐发展工作方面，一直铭记着尽量采用共同定义和共同基本原则的好处，但同时又不会忽视或忽略每个专题的具体特性。因此，特别报告员认为，为了确保用语统一起见，委员会应继续采用它先前在两项关于国家继续的公约范围内制订的定义，特别是就基本概念来说。上述两项公约的第 2 条将这些基本概念界定如下：

(a) “国家继承”指一国对领土的国际关系所负责任，由别国取代；

(b) “被继承国”指国家继承时，被别国取代的国家；

(c) “继承国”指国家继承时，取代别国的国家；

(d) “国家继承日期”指在国家继承所涉领土的国际关系上被继承国所负责任由继承国取代的日期；

(e) “新独立国家”指其领土在国家继承日期之前原是由被继承国负责其国际关系的附属领土的继承国；

(f) “第三国”指被继承国和继承国以外的任何国家。

27. 正如国际法委员会在其对这些规定的评注中阐述的，“国家继承”一语是“专指一个取代的事实，这种取代是一国对领土的国际关系所负责任由别国取代，不牵涉到国家继承时权利或义务的继承问题”。¹⁷ 当时，委员会认为“对领土的国际关系所负责任”一语比诸如“对领土的主权”等其他措词都好，因为这是国家惯例普遍使用的公式，而且更适宜于以中立方式处理任何特殊情况，不受有关领土的特殊地位的约束。委员会表示“责任”一词应与“对领土的国际关系”等词一同理解，而不是要它表达任何“国家责任”的概念。¹⁷ 委员会当时正在研究国家责任这个专题。

28. “被继承国”、“继承国”和“国家继承日期”等措词所具有的意义都不过是“国家继承”一语定义的结果，依国际法委员会看来显然不必再予置评。关于“新独立国家”一语委员会认为应予强调的是，它意味着“从国家继承而产生的国家，其领土在国家继承日期之前是由被继承国负责其国际关系的附属领土”，¹⁸ 而对导致独立的各种情况不加以区分。这个定义不包括下列情况：新国家的出现是从现有国家分出一部分的结果，或者两个或几个现有国家相互结合。

¹⁷ 《联合国关于国家在条约方面的继承的会议正式记录，1977年4月4日至5月6日和1978年7月31日至8月23日，维也纳》[英]，第三卷（联合国出版物，出售品编号：E.79.V.10），第6页。

¹⁸ 同上。

第一章

专题的现实意义

29. 正如一位有名望的作者确认的,“主权改变对[有关]领土的居民的国籍的影响是国家继承法中最棘手的问题之一。”¹⁹ 不过,同一作者早在1956年就已经强调,“关于这个主题的编纂工作或国际立法比国家继承法中的任何其他主题都更形迫切。如果由于主权改变而导致人的非自愿地丧失国籍,则这是不可取的。给予与被吸收领土只有偶然关系的人们一个他们不想要的国籍也是不可取的。”²⁰

30. 由于国家继承而改变国籍是一件大事,因为它是在集体基础上发生的,对所涉人士有许多严重后果。国籍是行使若干政治和公民权利的先决条件。但对有关国家——继承国和被继承国——主权利力的行使来说,这一事项也具有重要影响。因此,在国家继承日期之后雇用外国官员或由外国控制自然资源或公共设施,可能构成一个真正的难题。²¹ 此外,丧失被继承国国籍以及与取得继承国国籍有关的种种困难,可能导致许多人类悲剧。

31. 但是,由于这一事项主要属于国内法范围,从来没有人认真地试图制订一项普遍文书,为这个问题规定统一的解决办法。国际法委员会也不急于处理与国家继承有关的国籍问题,因为它讨论这个问题已差不多有20年了。²² 由于新国家的出现,特别是由于东欧国家的解体,国籍再次成为国际社会特别感兴趣的一个问题。在国家继承方面有

¹⁹ O'Connell, *The Law of State Succession*, 第245页。

²⁰ 同上,第258页。

²¹ Donner, *The Regulation of Nationality in International Law*, 第250-252页。

²² 见1963年的首次辩论。当时Rosenne先生建议将某些问题排除在专题以外,而Castrén先生表示不可能将国籍等问题排除在外。不过Castrén先生承认,在他作为国家和政府继承问题小组委员会成员编写的工作文件中,他曾建议研究有关在新国家属地和属人管辖权下的当地人口的法律地位的所有问题,但这也也许是过分的。(《1963年……年鉴》[英],第二卷,A/5509号文件,附件二,第260页。)

美国籍的种种问题的解决方式,已成为国际社会关注的事项。国籍问题,特别是无国籍问题,已引起了若干政府组织和非政府组织、学术机构和国际论坛的注意,其中包括欧洲安全和合作组织(原称会议)少数民族问题高级专员²³、欧洲共同体南斯拉夫问题会议仲裁委员会²⁴、联合国难民事务高级专员办事处²⁵、欧洲委员会及其法律促进民主委员会²⁶。

32. 有几个国际会议曾处理这些问题,与会者包括来自不同国家的学者和法律专家。这些会议包括:由巴黎第十大学国际法中心组织、1993年12月3日至4日在楠泰尔举行的东欧国家国籍、少数民族和国家继承问题圆桌会议;由难民署和国际人道主义法研究所共同组织、1994年4月25日至26日在法国迪沃讷莱班举行的国际法与前苏联国籍法问题讲习班;由巴黎第十大学国际法中心与捷克国际法学会组织、1994年9月22日至24日在布拉格举行的东欧国家国籍、少数民族和国家继承问题讨论会;²⁷ 由国际移徙组织和难民署共同组织、1994年10月在俄罗斯联邦达戈密斯举行的国籍事项讲习班;由芬兰政府和难民署办事处组织、1994年12月12日至15日在赫尔辛基举行的

²³ 见高级专员访问爱沙尼亚、拉脱维亚和立陶宛时所提出的建议(欧安会1993年4月23日第124号信函)。

²⁴ 见1992年1月11日第2号意见,转载于ILM, vol. XXXI (1992), 第1497页。对第2号意见的评论,见Pellet, “Note sur la Commission d'arbitrage de la Conférence européenne pour la paix en Yougoslavie”, 第339至341页。

²⁵ 难民署对国家继承方面的无国籍问题尤感关注。它作出贡献的形式有二:组织讨论会和专题讲座,以及为关于国籍法的起草工作提供技术援助,以期避免无国籍的情况。

²⁶ 法律促进民主委员会关于国家继承方面的国籍问题的的工作尚处于非常初步的阶段。

²⁷ 讨论会的报告,见“Nationalité, minorités et succession d'États en Europe de l'Est”, *Cahier du CEDIN*, No. 10 (Paris, 1996)。

独立国家联合体和波罗的海国家公民资格、无国籍状态和外国人地位问题讲习班。

33. 在过去几年间，一些面对国家继承问题或恢复独立问题的国家已通过新的国籍法，或重新颁布溯自第二次世界大战以前时期的国籍法。²⁸

²⁸ 到提出本报告之日止，只有少数几个国家响应秘书长的请求，提交了有关材料，包括与国家继承及其对国籍的影响这个专题有关的国家立法、国家法庭的判决以及外交和官方通信。因此，以下列举的国家立法不仅是根据各国政府的答复，而且也是根据其可得到的资料来源，不应视为详尽无遗：

(a) 克罗地亚：1991年6月28日克罗地亚国籍法、1992年5月8日对克罗地亚国籍法的修正和补充法；

(b) 捷克共和国：1992年12月29日取得和丧失公民资格法；

(c) 厄立特里亚：1992年4月6日厄立特里亚第21/1992号国籍公告；

(d) 爱沙尼亚：由1992年2月26日最高委员会关于适用公民资格法的决议重新颁布的公民资格法（1938年）、1993年2月10日申请公民资格人士爱沙尼亚语要求法；

(e) 拉脱维亚：由1991年10月15日最高委员会关于恢复拉脱维亚公民权利和入籍基本原则的决议重新颁布的公民资格法（1919年）；

34. 由于新国家数目增加，关于国家继承的规则有了新的实质性适用领域。²⁹ 为此，进一步阐明关于国籍的规则是合理的，因为在出现国家继承的情况下，这些规则可能适用。

(f) 立陶宛：1991年12月5日公民资格法、1991年12月11日立陶宛共和国最高委员会关于执行立陶宛共和国公民资格法的程序的决议；

(g) 斯洛文尼亚：1991年6月5日公民资格法；

(h) 斯洛伐克：1993年1月19日取得和丧失公民资格法。

至于秘书处法律事务厅编纂司先前汇编的有关国籍问题的立法，包括国家继承对国籍的影响的立法，见“Laws concerning nationality [关于国籍的法律]”，联合国，《法律汇编》(ST/LEG/SER.B/4) [英] (出售品编号：1954.V.1)及其补编(ST/LEG/SER.B/9) [英] (出售品编号：1959.V.3)，以及“Materials on succession of States in respect of matters other than treaties [关于国家在非条约事务上的继承的材料]”，同上(ST/LEG/SER.B/17) [英] (出售品编号：E/F.77.V.9)。

²⁹ 至于这些规则的内容，欧洲共同体会议南斯拉夫问题仲裁委员会指出，“国家继承的现象由国际法原则管辖，1978年8月23日和1983年4月8日[关于国家继承的]《维也纳公约》也从中得到启示。”（第1号意见，转载于ILM, vol. XXXI (1992), 第1495页。）

第二章

国籍——概念和功能

35. 国籍问题与人口是国家的一个构成部分这一现象密切联系，因为“如果国家是领土实体，它们也是个人的聚合体”。³⁰ 虽然国家地位取决于至少一些长期人口的存在，但国籍则取决于国家的决定。而且，由于“国籍实际上是主权的表现，国家对国籍是严加守护的”。³¹

36. 在进一步探讨关于国籍的概念之前，必须对个人国籍和法人国籍作出明确区分。有若干作者已对个人（自然人）国籍的概念与法人国籍概念之间的基本区别加以解释。

所有自然人都可以具有一个国民的特质，虽然实际上其中一些自然人，称为无国籍人士，在任何国家都不具有

这种特质。[……]另一方面，法人是法律创造的人，被视为具有国籍。但这个词却表达一个极其不同的概念，甚至被人否认，声称“国籍”一词在这种情况下除了一个形象以外别无其他价值。不过，实证法仍然采用这个词，但其标的物却与法律人格的概念联系过分密切，不能将两个概念分开而只研究其中一个。³²

A. 自然人的国籍

37. 个人的国籍往往被视为个人与国家之间的一种法律上的联结。Jennings 和 Watts 认为，“个人的国籍是他作为某国国民的特质。”³³ Batiffol 和 Lagarde 认为，根据当前的思维，合法国籍是“某人

³⁰ Crawford, *The Creation of States in International Law*, 第40页。

³¹ Chan, “The right to a nationality as a human right: the current trend towards recognition”, 第1页。

³² Batiffol 和 Lagarde, *Droit international privé*, 第97至98页。

³³ Jennings 和 Watts, *Oppenheim's International Law*, 第851页。

对构成一国的一个组成部分的人口法律附属。这种附属使国民必须受该国的所谓属人职权管辖，而这种职权是可以对别国强制执行的”。³⁴ 哈佛法学院起草的《国籍问题公约》草案³⁵ 将国籍界定为“由于效忠关系附属于一国的自然人的地位”，³⁶ 而 O'Connell 则认为，“在国际法中，‘国籍’一词不过是个个人为了管辖权或外交保护目的归属于特定国家的简略表达方式。如果某人在一国的完整管辖权之下而且可由该国代表，则在这种意义上这样的人可以说是该国的国民。”³⁷

38. 国际法院曾在一项定义中指出了国籍概念的各个组成部分，其中指出国籍是：

一种法律上的联结，其基础是一个附属的社会事实，一种存在、利益和感情的真正联系，以及相互权利和义务的存在。可以说国籍是表达下列事实的法律措词：直接由法律赋予国籍或由于当局的行为而取得国籍的个人，他与赋予其国籍的国家的联系，实际上比他与任何其他国家的人口的联系更为密切。³⁸

39. 除了在国际一级对国籍概念加以解释以外，在国内法一级也可以有不同类别的“国民”：

[……] 一国的国内法可以区别不同种类的国民，例如，享有充分政治权利并因而称为公民的人，以及待遇没有那么优厚并因而不称为公民的人。举例来说，在某些拉丁美洲国家，“公民资格”是用来表示某人可以经由惩罚或其他方法而被剥夺的政治权利的总和，他会因此丧失公民资格，但却不会被剥夺国际法所指的国籍。在美国，虽然“公民资格”一词与国籍一词往往互相通用，但“公民”一词通常是用来表明在美国境内享有充分政治和个人权利的人，而另一些人，诸如属于不是构成美利坚合众国各州的领土和属地的人，则被称为“国民”。他们效忠美国，在国际法的心目中是美国国民，但在美国境内却不拥有

公民资格所赋予的充分权利。具有国际意义的是他们在广义上的国籍而不是他们的公民资格。在英联邦内，英联邦的个别国家的公民资格对国际法来说具有首要重要性，而“英籍人”或“英联邦公民”的特质则主要是作为有关国家的一个国内法问题时，才有现实意义。

不应将意指具有某国公民资格的“国籍”和意指在种族意义上属于某一民族成员的“国籍”混同。³⁹

40. 但是，可以列举其他例子：

由于国籍界定构成相对于外部秩序的内部秩序的人口，关于国民参与内部法律事务的可能形式，特别是就政治权利来说，是无关重要的。因此，法国公民与法籍人、即“殖民地本土居民”之间的区别对国籍是没有影响的，因为后者和前者都是构成法国国家组成部分的人口的一部分。1946年5月7日的法令承认这种情况，规定“海外领土（包括阿尔及利亚）的所有国民均具有公民的特质”，但补充“应由特别法律制订他们作为公民行使权利的条件”。

但1946年《宪法》（第81条）却引进了“法兰西联邦公民”的特质，这种特质为法国男女、保护国或关联国公民和关联领土居民所拥有。[……] 而1958年《宪法》则规定“共同体只有一种公民资格”（第77条）。

侨民（ressortissants）一词是用来表达一个概念，根据这个概念，某些几乎长期依靠有关主权的外国人基本上被视为国民。所涉人士主要是属于保护地或委任统治国的个人：突尼斯人和摩洛哥人被称为“法国侨民”，虽然他们不拥有法国国籍。

但应予以指出的是，这只不过是赋予某些外国人若干权利，而这些权利是其他人不得享有的；从法律观点看，他们仍然是外国人。⁴⁰

41. 一国之内有不同类别的国籍存在是东欧联邦国家——苏联、南斯拉夫和捷克斯洛伐克——特有的一个现象。在1969年成立捷克斯洛伐克联邦时，实行了与捷克斯洛伐克国籍平行的捷克国籍和斯洛伐克国籍，捷克斯洛伐克国籍原来是唯一的国籍。第165/1968号法令规定捷克斯洛伐克（联邦）国籍

³⁴ Batiffol 和 Lagarde, 同前引书, 第 95 页。

³⁵ “Part I. Nationality”, *Supplement to AJIL*, vol. 23, special number, April 1929, 第 13 页起。

³⁶ 同上, 第 22 页。

³⁷ O'Connell, *State Succession in Municipal Law and International Law*, 第 498 页。

³⁸ 诺特博姆案, 第二阶段, 判决, *I.C.J. Reports 1955*, 第 23 页。如 Jennings 和 Watts 指出, “这段话最后一部分不完全反映双重国籍情况中的情形。”(同前引书, 第 854 页。)

³⁹ Jennings 和 Watts, 同前引书, 第 856 至 857 页。

⁴⁰ Batiffol 和 Lagarde, 同前引书, 第 99 至 100 页。

与组成联邦的两个共和国的各自国籍有正式区别，从而使两个共和国能够各自通过本国的国籍法：斯洛伐克民族议会的第 206/68 号法令和捷克民族议会的第 39/69 号法令。⁴¹

42. 实行两个共和国公民资格的根据是出生地主义原则，而联邦立法的根据，诸如在成立联邦之日以前制订的捷克斯洛伐克立法，则是血统主义原则。但是，传统的血统主义原则却用来确定 15 岁以下儿童的国籍。

43. 最近一项值得注意的进展是《欧洲联盟条约》（《马斯特里赫特条约》）所确立的“欧洲联盟公民资格”。其中第 8 条规定，“拥有成员国国籍的每一个人均为欧洲联盟的公民。”个人是否拥有成员国国籍的问题应只参照该国国内法解决。

44. 此外，为了某一条约的目的，国籍的概念或“国民”一词还可以有别的意义。例如，《圣日耳曼昂莱和约》和 1919 年其他和平条约采用“侨民[ressortissant]”一词，作为一个比“国民[national]”广泛的观念。⁴²许多关于理赔的协定都载有特别定义，以查明索赔的国民的身份，因为他们的索赔正在清理中。⁴³

45. 国籍的观念或概念可以用大大不同的方法来界定，视乎是从国内法还是从国际法的观点来对待这个问题。因为就每一种情况来说，国籍的功能都不同。从国际法的观点看，在个人不是国际法的直接主体这个意义上，国籍是他们通常能够享受国际法利益的媒体。这是因为只有国民才能自动享受外交保护和各国在其相互关系中为了本国国民利益而接受的一套规则的好处，且不论这套规则是否为公约。国籍也是充分享受人权的先决条件。

B. 法人的国籍

46. 与个人的地位类比，法人（团体）也应具有国籍。如个人的情况一样，为了对法人适用国际

法的目的，而且往往为了外交保护的目的是，国籍上的联结必须存在。⁴⁴

47. 只要确定某一实体是否具有任何法律人格⁴⁵以及由此将产生何种影响的问题属于国内法的范畴，那么法人团体依据哪个国家的法律组建而成、其存续有赖于哪个国家，便通常认为其拥有这个国家的国籍。因此，如果某一公司在一国法律下组成法人团体，但却在另一国法律下成立子公司作为一个单独的法人，则为了国际法的目的这两家公司在原则上将有不同的国籍。如国际法院在巴塞罗那电力运输公司案中表示：

传统规则将一个法人实体的外交保护权归属于该实体组成法人团体所依据其法律的国家，而且该实体的注册办事处是在该国境内。这两项标准已为长期实践和许多国际文书所确认。尽管如此，人们有时还认为必须有进一步的联系或不同的联系，然后才应有外交保护权。⁴⁶

因此，在许多情况下，公司组成法人团体的地点及其注册办事处的所在地的传统标准，只是表面推定了该公司与国家之间在国籍上的联系。

48. 在个人国籍与法人团体国籍之间可以作出的类比是有限的。大多数作者都告诫说：

[这种类比]虽然有时是方便的，但往往可能会误导：不应无例外地不加修改即对法人团体适用以个人国籍为根据的国际法规则。有若干考虑使得难以将个人国籍附带的后果归属于法人团体的国籍，其中包括：法人团体的成立、运作和结束方式；它们作为有别于其股东的法律实体的发展；基本上是个人的效忠概念不适用于公司，而这种效忠概念构成当前关于国籍的大部分法律的发展基础；关于公司的国籍立法普遍缺乏，从而无法在国内法中为国际法规则的运作提供根据；公司的组织形式

⁴¹ 捷克的国籍法和斯洛伐克的国籍法分别经捷克民族议会第 92/1990 号法令和斯洛伐克民族议会第 88/1990 号法令修正。

⁴² 例见埃及国家银行诉奥匈银行案（*Annual Digest of Public International Law Cases, 1923-1924* (London), vol. 2, 1933, 第 10 号案例）。

⁴³ 例见人质案中伊朗伊斯兰共和国与美利坚合众国之间关于理赔的协定第七条（ILM, vol. XX, No. 1 (January 1981), 第 232 页）。

⁴⁴ 见 Caflisch, “La nationalité des sociétés commerciales en droit international privé”, 第 119 页起。

⁴⁵ 在一些例外情况下，如果国家终止某一公司的存在，该公司仍可被其他国家视为继续存在。见 Seidl-Hohenveldern, *Corporations in and under International Law*, 第 29 至 38 和 51 至 54 页。

⁴⁶ 巴塞罗那电车、电灯及电力有限公司案，第二阶段，1970 年 2 月 5 日判决，*I.C.J. Reports 1970*, 第 42 页。

大有不同；设法与“国籍”国建立一种人为而纯粹形式上关系的种种可能性。⁴⁷

49. 就法人的国籍来说，没有任何严格的观念存在，而且为了不同的目的，往往使用不同的国籍检验方法。为此，国家通常的惯例是在一项条约或其国内法中明确规定，哪些法人得享受条约规定中保留给“国民”的利益，或为了在具体领域（会计

⁴⁷ Jennings 和 Watts, 同前引书, 第 860 至 861 页。

法、劳工法等）适用本国法的目的而界定“国民”公司。鉴于法人可能与几个国家有联系，确定一家公司的“国民”地位涉及不同因素的协调。

50. 由上述评论带来这样一个问题：同时进行关于自然人国籍的研究和关于国家继承对法人国籍的影响的研究是否有用，特别是研究法人国籍的种种问题与研究个人国籍的种种问题是否同样迫切。国际法委员会的显然选择是将这两个问题分开，首先研究最迫切的问题，即自然人的国籍问题。

第三章

国内法和国际法的作用

A. 国内法

51. 在著作中，一般都承认“关于谁是国民、谁不是国民的问题，必须由每一国家的国内法确定，而非由国际法确定”。⁴⁸ 国家、而且只有国家有权决定某个人是否本国国民。“国籍基本上是各国的国内法律制度，在任何特定情况下须在国际上适用国籍概念时，必须以有关国家的国籍法为基础。”⁴⁹ 每一国家的法律“根据血统和关于取得或其后丧失国籍的条件，确定谁为其国民”。⁵⁰

52. 每个国家根据自己本国法律确定谁为其国民的这一原则，在《关于国籍法冲突的若干问题的公约》第 1 条中得到确认。这一原则在常设国际法院关于突尼斯和摩洛哥所颁布国籍法令的咨询意见⁵¹ 和关于取得波兰国籍问题的意见⁵² 中得到了肯定，同时也得到国际法院在诺特博姆案判决中加以重申。⁵³

53. 因此，在著作和法院惯例中，普遍都承认国籍基本上依国内法规定。这一结论在依条约解决

⁴⁸ 同上, 第 852 页。

⁴⁹ 同上, 第 853 页。

⁵⁰ Batiffol 和 Lagarde, 同前引书, 第 93 页。Crawford 认为, “赋予国籍一事, 似乎只有由国家按照其国内法 (或按照条约) 才能进行。因此国籍依国家而定, 而非国家依国籍而定。” (同前引书, 第 40 页。)

⁵¹ *P.C.I.J., Series B, 1923, No. 4*, 第 24 页。

⁵² 同上, No. 7, 第 16 页。

⁵³ 上见脚注 38。

取得国籍问题的情况下，或在国内法将依国际条约列为取得国籍的办法之一的情况，都属有效。⁵⁴ 事实上，这只是国内法把国家间议定的取得国籍资格或标准，在法律订定的基本标准之外，作为特别法适用。

54. 国内法作为国籍主要来源的作用，在由于国家继承而产生的国籍变更情况里（往往称为“集体归化”），也得到确认。例如《布斯塔曼特法典》第 13 条规定：

在集体归化中，如果国家独立，而且取得国或新国已在领土上建立有效主权，并获审理问题的国家承认，则应适用该取得国或新国的法律；如无法律存在，则适用旧国的法律，但不损害两有关国家间的契约性规定，这些规定的地位永远优先。

同样的，O'Connell 提到英国法院惯例，他得出结论：

[……] 一个人属于什么国家的问题最后必须由他声称或被称所属国家的国内法解决。被继承国的国内法确定什么人在变更国籍后丧失该国国籍，继承国的国内法确定什么人取得该国国籍。⁵⁵

⁵⁴ 例见《斯洛文尼亚国籍法》第 3 条。又见 O'Connell, *The Law of State Succession*: “即使条约规定被合并领土内居民成为继承国的国民，这项法则必须载入国内法，否则无效。” (第 249 页, 脚注 3。) 这段话提到 Graupner, “Nationality and State succession”, 第 94 页。

⁵⁵ *State Succession in Municipal Law ...*, 第 501 页。

55. 但与此同时,有些作者认为“也许有些例外情况,即如果没有任何可适用的国籍法,个人为国际目的可以拥有一个国籍。”⁵⁶ 这引起一个问题,即是否可以接受两个不同的国籍概念同时存在,一个是国内法概念,一个是国际法概念。这个问题在国家继承中特别重要,因为“国家继承日期”和订定继承国国籍法之间会相隔很长一段时间。O'Connell 说明这一情况如下:

虽然有关国家必须在个人实际归属于它之前,先主张对其具有管辖权,或在国际上代表他,但这不意味这个人被该国视为国民,因为像 1948 至 1952 年间以色列的情况,国家内部可能没有一种国籍概念。因为国际法容许根据主权变更把某些人归属于继承国,便假定这些人根据国内法自动成为国民,那是错误的,因为国际法能做的只是赞成或不赞成继承国把某些人置于其完全管辖之下的主张,或者在外交事务上代表他们的主张。⁵⁷

56. 如果认为,为国际目的的国籍概念已被普遍接受,那么这个概念的要点是什么? 正确作用如何?

B. 国际法

1. 国家斟酌决定权的限制

57. 虽然国籍基本上依国内法规定,它与国际秩序直接有关。国家在确定国家国民这一点上的主权,当然并不意味完全没有合理的限制。国家在国籍方面的立法权不是绝对的。⁵⁸ 许多确定国家自由原则的机构也肯定这一自由受到限制。

58. 例如,常设国际法院在关于突尼斯和摩洛哥国籍法令的咨询意见⁵¹中,就着重指出某一件事是否完全属于一国管辖范围的问题,基本上是相对的,视国际关系的发展情况而定。它认为,即使对于原则上不受国际法规定的事项,国家行使斟酌决定权的权利也受它对别国所承担义务的限制,因此它的管辖权受到国际法规则的限制。⁵⁹

⁵⁶ Jennings 和 Watts, 同前引书,第 853 页,脚注 10。

⁵⁷ *State Succession in Municipal Law ...*, 第 498 页。

⁵⁸ Batiffol 和 Lagarde, 同前引书,第 69 至 70 页。

⁵⁹ 见 Jennings 和 Watts, 同前引书,第 852 页。

59. 1929 年哈佛法学院编写的《国籍公约草案》第 2 条的评注中申明,国家授与国籍的权力不是毫不受限制的。³⁵ 1930 年在海牙签署的《关于国籍冲突的若干问题的公约》第 1 条亦规定,虽然每一国家有权按照自己本身的法律确定谁为其国民,但这种法律“只有在符合国际公约、国际习惯和公认的国籍法律原则的情况下”才为其他国家承认。

60. 国籍方面,国际法规则的影响,对于国家继承的情况特别重要。“集体归化”引起许多问题,因为这个变更影响到许许多多的人,有时甚至影响到整个人口。这些问题的复杂性和紧急性,视领土变更的性质(领土转让、分裂、国家解体或国家合并)和领土变更的方式(是否和平地变更)而有不同。但国际法能占什么程度的优势地位? 是否可以这样想象:由一个国际机构,或至少按照国家必须遵守的规则,进行分配,确定哪些个人归属哪些国家,以避免出现无国籍状态或引起正面冲突。

61. 按照当前主要的意见,国际法在国籍方面的作用非常有限。国际法的作用至多在规定被继承国保留某些人为其国民的权限范围,以及继承国主张他们为其国民的权限范围。国际法不能规定这些人自动地或归顺地变更国籍。国际法一方面对继承国主张拥有其国籍的人员类别加以限制,另一方面,由于其作用的限制性质,国际法不能对被继承国有否责任保留这些人为其国民这一点加以规定。⁶⁰ 国际法划定国家给个人授与其国籍的权限范围,从而可能“在某种程度上控制国家过多地把个人归属入其国籍,方法是大幅削弱这些归属的国际效果”。因此,“每一国家关于授与本国国籍的决定,不一定毫无疑问地为国际接受。”⁶¹

62. 在这方面最常被引述的例子是诺特博姆案,在该案中国际法院指出:

一国不能主张说,它所规定的[关于取得国籍的]规则应当获得另一国家的承认,除非该国按照一个总目标行事,就是使国籍的法律联系同个人与负责保护国民不受别国侵害的国家之间的真正联系相符。⁶²

⁶⁰ O'Connell, *State Succession in Municipal Law...*, 第 499 页。

⁶¹ Jennings 和 Watts, 同前引书,第 853 页。

⁶² 诺特博姆案(上见脚注 38),第 23 页。

63. 必然的结论是, 国际法在国籍方面的作用原则上是一种否定作用。无论如何, 国际法不能直接补救国内法的缺点, 也就是说, 它不能代替国内法, 规定谁是、谁不是一国国民。无疑的, 国际法院认为, 按照列支敦士登的国内法, 诺特博姆为该国民。⁶³

64. 因此, 国际法的作用首先在于规定国家权限的范围, 换言之, 使第三国不受一国过分或恣意行使其国籍立法权限的影响。但是, 这一限制之外, 还应加上基于人权的一项长久以来公认的限制。这一点在编写 1930 年海牙编纂会议文件时已有人提出。⁶⁴ 第二次世界大战后国际保护人权准则的发展使国际法规则在国籍领域起到了更大作用。按照这些准则和原则, 国内法的一些程序, 例如导致无国籍状态或任何种类歧视的程序, 在国际一级成为问题。

65. 美洲人权法院认为, 国籍的授与和管制虽属国家管辖范围, 但这一原则受国际法保护人权规定的限制。⁶⁵ 与上文讨论的第一类限制不同, 这里的实质问题不是国家是否在其领土权限或属人管辖权范围内行使其斟酌决定权力, 而是国家行使这项权力的方式是否符合它在人权领域所负的国际义务。但应当重申的是, 产生该第二类限制的国际准则, 并不影响国内法的有效性及其在国内的效力。(国家不履行其在保护人权方面的义务时应负的国际责任问题被摆在一边。)

66. 因此, 国家在国籍方面受两类限制。第一类是规定各国权限的范围(不遵守规则的国家, 其授与的国籍对第三国无效), 第二类是规定保护人权的义务(不遵守义务须负国际责任)。

⁶³ 同样的, 又见 Jennings 和 Watts, 同前引书, 第 856 页: “[... ..]在一国授与国籍的国际法效果有限制的情况下, 为该国本身法律的目的, 个人仍为该国民。”

⁶⁴ “关于国籍的国内法其范围必须视为受关于个人和其他国家的权利和义务的考虑限制。”(国际联盟, 《国际法编纂会议: 筹备委员会起草的会议讨论基础》, 第一卷(国籍)[英](C.73.M.38.1929.V), 美利坚合众国的答复, 第 16 页。)

⁶⁵ “Proposed amendments to the naturalization provisions of the political Constitution of Costa Rica”, Advisory Opinion OC-4/84, ILR (Cambridge), vol. 79, 1989, 第 283 页。

2. 国际法干预方式

67. 国际法通过习惯规则和协定规则干预。因此, 国家在确定其国民方面的主权必须在一般国际法和国际条约所规定的范围内行使。《关于国籍法冲突的若干问题的公约》提到“国际公约、国际习惯和公认的国籍法律原则”, 常设国际法院在前述两项意见(上见第 52 段)中提到现行条约。但该《公约》和该两项意见都没有指出实证国际法限制国家自由的具体规则。

68. 关于从第三国观点看国籍所具有效果的一些习惯规则, 在外交保护的背景下形成。在这一背景下, 有效国籍的原则出现于国际法。此一原则在国际法院对诺特博姆案的判决中得到赞同。按照这一原则, 国籍要对第三国有效, 国家与有关个人之间必须存在着有效的和真正的联系。对于不是以充分有效联系为基础的归化, 其他国家没有义务承认授与国籍国家代表有关个人行使外交保护的权力。

69. 检查各国国内法律的结果, 无法非常肯定地说, 国际公法有关于国籍的习惯规则存在。但是, 可以确定的是, 一国不能把原始国籍授与根据血统主义或出生地主义同它毫无联系的人, 这一结论对解决国家继承引起的真正问题, 实际影响不大。因此, 事实上, 习惯国际法只向各国提出少数几项关于制订本国国籍法的准则。

70. 虽然习惯法规则仍在初步阶段, 只提供起码的基础, 但国际公约和条约取得了更大的发展。它们往往以协调各国国内法为目的, 以期消除各国使用不同的取得国籍或丧失国籍程序所造成的不良后果。对国际社会来说, 有些后果比较严重, 例如无国籍状态, 有些后果没有那么严重, 例如双重国籍。

71. 关于缔订国际公约以减少无国籍状态, 或在这样做不可能时, 使无国籍人的处境没有那么困难的努力, 已进行了一段时间。1930 年海牙编纂会议通过了若干以减少无国籍可能性为目的的条款, 并通过了一项一致建议表示希望各国在规定国籍问题时, 能尽力尽可能地减少无国籍情况。在与这个问题有关的多边条约中, 必须提到以下文书: 1930 年在海牙签订的《关于国籍法冲突的若干问题的公约》及其《关于某种无国籍情况的议定书》和《关

于无国籍的特别议定书》，《关于无国籍人地位的公约》和《减少无国籍状态公约》。

72. 双重国籍产生的问题，在以下文书中有所规定：《关于国籍法冲突的若干问题的公约》及其《若干双重国籍情形下兵役义务问题议定书》，阿拉伯国家联盟的《国籍公约》，和1963年欧洲委员会成员国间缔结的《减少多重国籍和在多重国籍情况下的兵役义务的公约》。此外，双重国籍问题在某些国家（即移民人口众多的国家）可能引起特殊问题，因此可能需要在双边基础上加以规定。⁶⁶

73. 虽然上述各公约中直接处理国家继承情况下国籍问题的条款非常少（例如《减少无国籍状态公约》第10条），但不能认为这些公约与国家继承情况毫不相干。首先，这些公约向有关国家提供有用方针，因为公约内规定的解决办法，国内立法者在寻求解决领土变更产生的问题时，只需在细节上作必要的更改即可使用。第二，如果这些公约的缔约国中包括被继承国，那么按照国际法关于国家对条约的继承的有关规则，这些公约对继承国具有正式拘束力。所以，对于继承国在国籍领域的斟酌决定权，这些公约是在国际法习惯规则所加的一般限制之外，另外的一些限制。

⁶⁶ 例见中国和马来西亚关系正常化《联合公报》第5段（ILM, vol. XIII, No. 4 (July 1974), 第877页）。

74. 其他与国家继承情况下国籍问题直接有关的国际条约，在第一次世界大战后尤其起了重要作用。这些条约相当一致地规定了取得继承国国籍的标准。最常用的标准是户籍或惯常住所标准。例如《主要协约和参战国与波兰条约》第4和6条。⁶⁷同时，第一次世界大战后缔订的条约规定，战败国承认它们原来的国民按照继承国法律当然取得的新国籍，以及因而失去这些人对其原籍国的效忠。⁶⁷这些多边条约还得到有关国家间缔结的双边协定的补充。⁶⁸

C. 公认的国籍法律原则

75. 我们在前文已经指出，《关于国籍法冲突的若干问题的公约》于国家在国籍领域的自由应受的限制中，列入了“公认的国籍法律原则”。但《公约》对这一概念的明确内容并无说明，因此，国际法委员会在研究这个主题时，也许要试图清楚地说明这个概念的内容。

⁶⁷ 见“Laws concerning nationality”（上见脚注28），第589至593页。

⁶⁸ 例见1920年6月7日奥地利共和国与捷克斯洛伐克共和国之间缔结的关于国籍和保护少数民族的条约[英]（国际联盟，《条约汇编》，第三卷，第189页）。

第四章

在国籍领域里对国家自由的限制

A. 有效国籍原则

76. 人们普遍接受，在一般的入籍的案件里：

在继承国与它声称由于继承的原因成为其国民的人之间必须有充分的关联，如果继承国在国际法不支持的情况下试图对那些人行使管辖权或试图在外交上代表他们时，这项关联的充分性将受到考验。其前提是，某个国家有权力为这些相关人员提出抗议。⁶⁹

这种关联，在国家继承的案件里，可能具有特殊的特征。毫无疑问的是：

领土，从社会和法律的角度来说，都不能被当作是一片空地：领土（除了明显地理上的例外情况）意

味着人口、种族集团、忠诚的形态、国家期望、人类的一部分，或者如果可以忍受比喻的话，它就是一个有机体。在正常的情况下，将人口当作是与领土某特殊地区相关的一群人，并不是返回到封建主义的形式，而是确认一项人类和政治的现实，这一现实是现代领土安置的根本。⁶⁹

77. 若干关于国家继承的作者认为，可能对继承国向与有关领土缺乏真正关联的人授与国籍的斟酌决定权加以限制，其根据是国际法院对诺特博姆案的判决。

⁶⁹ Brownlie, *Principles of Public International Law*, 第664页。

78. 在其判决内，国际法院以如下方式表明了什么是它认为同建立真正关联有关的考虑因素：

国际仲裁员以同样的方式决定了许多引起保护问题的双重国籍案件。它们优先考虑了真正和有效的国籍，即符合事实的、基于有关人士与涉及其国籍的国家之间较强有力的实际关联的国籍。考虑到了各种不同的因素，在不同的案件里它们的重要性也不同：有关人士的习惯居住地是一个重要的因素，但还有像他的利益中心、他的家庭联系、他对公共生活的参与、他对某一国家表现出来的和他对子女反复灌输的感情等等其他因素。⁷⁰

79. 人们公认法院的判决引起了一些批评，虽然并没有人对这样的有效国籍原则提出异议。特别是，有人指责诺特博姆判决没有为确定个人与国家间关联是否有效提出任何标准。⁷¹ 特别是有人认为，法院将有效关联的要求从双重国籍的情况转移到仅仅涉及一个国籍的情况，而且不应认为只有一个国籍的人因为他（她）同国籍国没有有效关联而只同第三国有有效关联，从而没有资格依赖这一国籍来针对另一国。还有人提出，法院在其判决中没有充分考虑到在外交保护的事项上采用“真正关联”的理论所产生的影响，这就引起了这样一个问题：某人纯形式上拥有一国国籍并享有另一国的有效国籍，那么形式国籍国能在多大程度上保护他（她）不受有效国籍国以外国家的侵害？还有人强调，对于“真正关联”的原则是否只适用于通过入籍取得国籍的情况仍然不明确。

80. 真正关联的概念有很长的历史。在一般情况下和在主权改变的情况下都曾对真正关联考虑过或适用过不同的测验方法，例如住所、居住地或出生地。因此，《凡尔塞条约》第 84 条规定，“习惯居住在被确认为形成捷克斯洛伐克的任何领土部分内的德国人将理所当然地取得捷克斯洛伐克国籍”。但就像常常有人指出的，“虽然习惯居住地是确定继承国是否有权将其国籍强加于某人方面最

令人满意的测验，但不能保证这是国际法接受的唯一测验标准”。⁷²

81. 有些作者赞成以在有关领土内出生作为“真正关联”的证据，继承国在此基础上有权将其国籍强加于在其领土内出生的那些居民。但这并没有得到广泛的支持。然而在 1925 年 Romano 诉 Comma 案中，一个在罗马出生、在埃及居住的人，由于罗马于 1870 年被吞并，埃及上诉法院将其判定为意大利国民，当时就是以这一理论为根据的。⁷³

82. 在国际法委员会就消除和减少无国籍状态进行辩论时各不同成员都强调了一个人同一个国家间需要存在某种关联来作为给予国籍的基础。⁷⁴ 讨论中设想到，为了一般入籍的目的，而不是在国家继承的特定状况下，适用真正关联的原则。在此方面，有人提出，在国家继承的情况下适用真正关联的概念同它传统上适用于入籍案件相比，是否会带来任何特殊的问题。另一个问题是，是否可以对建立真正关联的标准进行进一步的澄清和发展。

83. 如果各评论者对于使用这个或那个标准有不同的看法，这似乎是因为他们设想到不同类型的国家继承。然而，在根据某特别类型的国家继承得出结论时，他们多半会以一般性的用语来表达他们的看法，好像这样的结论适用于所有情况。将各种国家继承简单地划分为两类、即“全部”和“部分”继承的做法，也会引起类似的问题。

84. 真正关联的概念在国家继承的范围内，从有关个人的角度来看，可能会引起另一个微妙的问题：正如最近东欧某些国家解体的例子里发生的，在某一代人的一生里，某一相同领土上可能发生一系列的国家继承。按照何种标准向居住在有关领土内的居民授与国籍可能逐案不同，从而导致令人吃惊或甚至荒唐的结果，对个人带来相当大的困难。

⁷⁰ 诺特博姆案（上见脚注 38），第 22 页。

⁷¹ 意大利美国和解委员会，在 1958 年 Flegenheimer 案中，更进了一步，指出它无权否认一国授与的国籍在国际上的作用，即使缺乏有效的支持，除非发生了欺诈、过失或严重错误，也是如此（见 RIAA, vol. XIV（出售品编号：65.V.4），第 327 页）。

⁷² O'Connell, *State Succession in Municipal Law*..., 第 518 页。

⁷³ *Annual Digest of Public International Law Cases, 1925-1926* (London), vol. 3, 1929, 第 195 号案件，第 265 页。

⁷⁴ 见《1953 年……年鉴》[英]，第一卷各处。

B. 保护人权

85. 人们似乎普遍接受，同界定国家在国籍方面的权力的规则类似，国家在人权方面的义务对它们行使决定给予或撤回其国籍的权力带来了更多的限制。一般的入籍以及国家继承的特殊情况都是如此。这一类限制的重要性在第二次世界大战之后由于保护人权方面的推动力而提高了。这是最近国家继承案件所依据的不断发展的法律架构中一项较显著的特点。

86. 不同于第一次世界大战之后出现的继承国，最近瓦解产生的继承国面临大量的多边公约。有些先前国已成为这些公约的缔约国，这些公约——特别是那些有关国籍的、包括减少无国籍状态和保护人权的公约——按照国家条约方面的继承的国际法规则，将对继承国具有约束力。此外，有些继承国（包括苏维埃社会主义共和国联盟的继承国）已加入了某些对解决国籍问题有影响的人权文书，而先前国并未成为这些文书的缔约方。

87. 国家在保护人权方面的义务首先使得会导致无国籍状态或任何种类的歧视的技术成为了问题。《世界人权宣言》⁷⁵ 第 15 条规定：

1. 人人有权享有国籍。
2. 任何人的国籍不得任意剥夺，亦不得否认其改变国籍的权利。

根据这项规定，必须对先前国对它失去的领土内的居民撤消其国籍的决定权的准确限度，以及是否可以从上面的原则推断出继承国有义务给予有关居民它的国籍的问题加以仔细的研究。特别报告员认为，不再可能没有任何保留地支持 O'Connell 表示的传统意见，根据这种意见，“尽管由于主权的改变任何人都可能成为无国籍者这一情况可能是很不可取的，但我们不能以任何程度的信心声称，国际法、至少目前发展阶段的国际法，对继承国在给予国籍方面规定了任何责

任。”⁷⁶ “除了订立新条约，一个新的国家没有义务让所有居住在其领土内的居民拥有其国籍”⁷⁷ 的看法反映这方面一种比较谨慎的做法。似乎也可以得出一个相反的结论，即至少对某些居民而言，确实存在这种义务。这些义务的轮廓可能会随着领土改变的类型而变化。

88. 除了上述原则对国家可能引起的义务外，《减少无国籍状态公约》第 8 条规定，缔约国“不应剥夺个人的国籍，如果这种剥夺使他成为无国籍人的话”。此外，根据同一公约第 9 条，一国“不得根据种族、人种、宗教或政治理由而剥夺任何人或任何一类人的国籍”。在国家继承方面，这一规定必须被理解为禁止先前国在取消受国家继承影响的领土上的居民的国籍时采取任何任意政策。此外还引起了这样一个问题：从这些规定是否可以推断出继承国应当承担的义务，如果可以的话，是哪些义务。

89. 就像一位作者指出的，“在领土交接时任意改变国籍可能有若干种不同的意义。它可能意味着，国籍当然随着主权的改变而改变的规则是有任意的成分在内。例如根据‘人种’的主观测验提出的种族选择办法，可能由于它们同《[联合国]宪章》第一条第三款和后来的各项国际文书所禁止的根据人种、性别、语言、或宗教加以区分的规定相抵触，而被认为是任意的。”⁷⁸ 因此，可能可以根据基本人权标准来反对采用这种标准。国际社会最近在若干场合表明了它对这种做法的关切，并在主管的多边论坛上致力于确保有关国家采取充分符合当代国际法的措施。因此，就像同一作者所强调的，“国家继承的法律的基本目标是确保在主权转移容易引起不稳定的时候保持社会和政治的稳定。稳定在这种情况下可能意味着拒绝接受违反人道主义考虑因素的国籍选择权。”⁷⁸

⁷⁶ 见 *State Succession in Municipal Law ...*, 第 503 页。

⁷⁷ Crawford, 同前引书, 第 41 页。

⁷⁸ Donner, 同前引书, 第 261 至 262 页。

⁷⁵ 大会第 217A(III)号决议。

第五章

继承的类别

90. 同“从国家继承法的类别得不到任何帮助”⁷⁹的看法相反,特别报告员认为,委员会要求编写的报告必须分别处理不同类型的领土变化所引起的国籍问题。这种逐案分析的做法将可澄清“全面继承方面提到的大部分原则经必要变更后,适用于部分继承对国籍的影响”⁸⁰这一说法是否恰当。

91. 在针对国家对条约的继承这一专题开展工作的背景下,委员会总结认为,“为了编纂关于国家在条约方面的继承的现代法律,可将国家继承分为三大类:(a)对领土一部分的继承;(b)新独立的国家;(c)国家的合并与分离。”⁸¹外交会议保留了这三种分类,《关于国家在条约方面的继承的维也纳公约》也体现了这一分类法。

92. 为了起草关于国家在条约以外事项上的继承的条款草案,委员会认为,考虑到这一专题独特

的特征和要求,特别是在国家财产方面,需要有更精确的分类方法。因此,关于领土的继承,委员会决定,在此专题内,应区分以下三类情况并加以分别对待:(a)一国将其部分领土转移给另一国;(b)一附属领土成为了原来为其负责国际关系的国家之外的另一国的领土的一部分,即一非自治领土通过与其殖民国以外的国家合并的方式而实现了非殖民化;(c)一国的部分领土与该国分离,同另一国合并。关于国家合并和分离,委员会还认为应对“一国部分领土的分离”同“一国的瓦解”加以区分。⁸²外交会议批准了这种分类,而且这种分类成为了《关于国家对国家财产、档案和债务的继承的维也纳公约》的基础。

93. 特别报告员认为,当前关于国际继承及其对自然人和法人国籍的影响的研究,应采取委员会在编纂国家在条约以外事项上的继承的法律时已经采取的分类,而不要采取它在审议国家在条约方面的继承问题时所采取的方法。这样做的理由很简单:在审议目前的专题时,先前国的国际人格在国家分裂或瓦解的情况下持续下去或不持续下去的问题直接会对国籍的问题产生影响。第一种情况下出现的问题自然同第二种情况下出现的问题大不相同。此外,对于委员会拟定的分类应作出一项补充修订:在国家合并的情况下,应对以下两种情况加以区分,即一国自由同另一国合并,并因此不再成为国际法的主体,而另一国则继续作为国际法的主体存在,即“吸收”假设;以及两个先前国为形成一个新的国际法主体而合并,并且这两个国家因此都不再是主权国家。

94. 由于国际社会目前的需要以及非殖民化的过程现在已经完成,委员会可将研究范围限定为该过程中出现的国籍问题,前提是这种研究有助于澄清所有领土改变所共有的国籍问题。

95. 就像委员会以前关于国家继承的问题所进行的工作一样,目前关于国家继承对自然人和法人

⁷⁹ Brownlie, 同前引书,第 661 页。

⁸⁰ Weis, *Nationality and Statelessness in International Law*, 第 144 至 145 页。不过作者对以上说法提出了两个条件:“(a) 在部分继承的情况下,国籍问题更经常是通过条约来处理的;(b) 由于先前国继续存在,因此牵涉到两个国籍,即先前国的国籍和继承国的国籍。因此不仅有取得新国籍的问题,还有失去旧国籍的问题。”(同上。)

⁸¹ 《1974 年……年鉴》[英],第二卷(第一部分),第 176 页, A/9610/Rev.1 号文件,第 71 段。在委员会第二十四届会议上通过的关于国家继承条约问题的 1972 年临时条款草案(见《1972 年……年鉴》[英],第二卷,第 230 页起, A/8710/Rev.1 号文件,第二章, C 节)中,设想到了四种不同的国家继承方式:(a) 一部分领土的转移;(b) 新独立国家的情况;(c) 国家合并和分离;(d) 一个或多个国家的一部分或多部分的继承或分离。然而,委员会在 1974 年第二十六届会议上进行条款草案的二读时,提出了一些修改,一方面澄清和发展了第一类继承,另一方面将最后两类继承合并为一类。首先,部分领土的转移被称为“对领土一部分的继承”。委员会把“虽非一国领土的一部分,但其国际关系由该国负责的领土成为另一国领土”的情况包括了进来(见《1974 年……年鉴》[英],第二卷(第一部分),第 208 页, A/9610/Rev.1 号文件,第二章, D 节,第 14 条)。根据这种方案,委员会试图把非自治领土通过与其殖民国以外的国家合并的方式达成非殖民化的情形包括在内。就国家在条约方面的继承的目的而论,这些情况被纳入到第一类继承即“对领土一部分的继承”之中。此外,委员会将最后两类国家继承合并为“国家的合并与分离”一类。

⁸² 《1981 年……年鉴》[英],第二卷(第二部分),第 75 段末尾。

国籍的影响的研究也应只限于“符合国际法、尤其是《联合国宪章》体现的国际法原则所发生的国家继承的效果”。⁸³ 就如关于国家在条约方面的继承的条款草案第 6 条的评论中指出的，委员会“在为编纂正常情况下的国际法规则拟定条款草案时，自

⁸³ 见《关于国家对国家财产、档案和债务的继承的维也纳公约》第 3 条。

然假设这些条款 [草案] 适用于依照国际法发生的事实或出现的状况。[……] 只有当需要特别对待或提及不符合国际法的事项时，它才处理与国际法不符的事实或情形”。⁸⁴ 因此，本研究不涉及譬如以武力吞并另一国领土时可能发生的国籍问题。

⁸⁴ 《联合国关于国家在条约方面的继承的会议……》(上见脚注 17)，第 12 页。

第六章

审议中问题的范围

96. 为了建立初步研究的精确框架，应确定基于属人理由、基于属物理由和基于属时理由的问题范围。

A. 基于属人理由的问题范围

97. 第一个问题是界定其国籍据推测会受到国家继承影响的人的种类。广泛的意见认为，“完全不确定有哪些类别人的国籍有可能因主权改变而受影响”。¹⁹ 出现这种不确定性在很大的程度上是因为许多作者试图抽象地来回答这个问题，好像对所有各类领土改变存在一个唯一而简单的答案。

98. 所说的“国籍有可能 [……] 受影响”的人，我们必须理解为包括所有可能失去先前国的国籍的人，以及所有可能会得到继承国的国籍的人。显然，这两类人并不一定是同一批人。

99. 当先前国由于领土变化而消失时，即国家全部继承时，确定将会失去先前国的国籍的人的种类是很简单的：所有拥有先前国的国籍的人都将因该国的消失而自然失去其国籍。但在部分国家继承，在先前国在变化后仍存在的情况下，确定可能失去先前国的国籍的人的种类却是相当复杂的。在后面这种情况下，必须将拥有先前国的国籍的人分成三类：在受到主权变化影响的领土内出生并且在发生变化时为其居民的人、在其他地方出生但在受变化影响的领土内暂时或永久居留的人，以及在受变化影响的领土内出生但在发生变化时暂时或永久不在那里的人。在最后一类里，必须对在仍为先前国一部分的领土内居住的人和居住在第三国的人加以区分。

100. 界定可能会得到继承国的国籍的人的种类难度不会减小。在发生国家全部继承时，例如一国被另一国吸收时或国家合并，先前国都不再存在时，所有先前国的国民都可能获得继承国的国籍。但发生国家继承的领土内的居民中还包括在继承发生时居住在该领土内的无国籍人士。“惯常居住在被吸收的领土内但为外国 [第三国] 国民而同时又不是先前国国民的人不能取得继承国的国籍。另一方面，居住在那里的无国籍人士却同出生在那里的先前国国民处于相同的地位。任何国家有‘不完全的权利’让居住在其领土内的无国籍人士入籍。”⁸⁵

101. 在同样适用以上考虑因素的国家瓦解的情况下，事情将由于以下情况而变得比较复杂，即出现了两个或多个继承国，个人可以取得每一个特定继承国的国籍的范围必须分别加以确定。显然，可以取得不同继承国的国籍的人的类别之间可能会有重复。

102. 在部分领土分离或转移的情况下，界定可能可以取得继承国的国籍的人的类别也有类似的困难。

B. 基于属物理由的问题范围

103. 基于属物理由，初步研究应处理丧失先前国的国籍和取得继承国国籍的问题，以及国家继承可能会导致的国籍冲突的问题，即无国籍状态（消极的冲突）和双重或多重国籍（积极的冲突）的问题。在先前国和继承国之间以及在两个或多个继承国之间都同样会发生无国籍或双重国籍的问题。

⁸⁵ O'Connell, *The Law of State Succession*, 第 257 至 258 页。

最后，国籍方面的选择权的问题也应在初步研究的范围内加以研究。

1. 丧失国籍

104. 研究应为了澄清在多大的程度上由于国家继承的后果会自动丧失先前国国籍，以及在多大的程度上先前国按照国际法有义务撤消有关领土居民的国籍、或相反地限制该国撤消某类可能改变国籍的人的国籍的斟酌决定权。

2. 取得国籍

105. 该研究应对以下问题提出答案：首先，继承国是否应让受主权改变影响领土内的人取得它的国籍，其次，国际法是否对继承国有关该人口集体入籍的斟酌决定权规定了（有待确定的）限制。

3. 国籍的冲突

106. 该研究对以上问题的答案应使人们能评价出在多大的程度上现代国际法能预防国籍的冲突，不论是积极的（双重或多重国籍）还是消极的（无国籍状态）。委员会还可以调查是否应要求有关国家（先前国和继承国）进行谈判或通过相互协议来处理国籍问题，以避免国籍的冲突，特别是无国籍的问题。

4. 选择权

107. 解决国家继承时国籍问题方面的选择权的作用是同个人意愿在国际法这个领域内的作用密切相关的。有一种实质性的理论支持以下结论，即继承国有权向由于主权的改变而可能可以取得其国籍的人授与国籍，不论那些人的意愿为何。但是，很多国际条约，有些是上面提到的条约，都规定了选择的权利。在某些例外的情形里，为相当长一段时间规定了此种权利，在这段时间里，受影响的人可以享有双重国籍。⁸⁶

108. 大部分的作者认为，选择的权利只能来自条约。但有些作者倾向于主张，存在独立的选择权是自决原则的一个属性。⁸⁷

109. 最近欧洲共同体南斯拉夫问题仲裁委员会也设想到了选择的权利。该仲裁委员会回顾，由于自决权，每一个人都可以选择属于他（她）希望属于的任何一个种族、宗教或语言群组。仲裁委员会认为，此一原则的一个可能后果是，根据各共和国间的协定，承认在波斯尼亚和黑塞哥维那以及克罗地亚境内的塞尔维亚人口拥有他们选择的国籍，并因此具有有关国家的所有权利和义务。²⁴

110. 在现代国际法中选择国籍的作用是初步报告内应进一步澄清的一个问题。

C. 基于属时理由的问题范围

111. 根据审议中专题的标题，国际法委员会应只对国家继承方面的国籍问题进行研究。因此在国家继承日期之前发生的或由于该日期之前发生的事件或行动而引起的国籍变更都不在本研究范围之内。自然，关于国家继承日期之后发生的各种取得或丧失国籍的问题也可能排除在研究范围之外。但不能忘记，在大多数情况下，继承国需要一段时间通过它的国籍法，而在从国家继承到通过国籍法的这段时间里，人的生活并没有停止，有婴儿出生了，有人结婚了，等等。因此有些有关国籍的问题虽然并不是直接由于主权改变本身引起的，但它们同样需要委员会的注意。

⁸⁶ 见 1962 年 3 月 19 日 Evian 会谈闭幕时的换函和通过的宣言，构成了法国和阿尔及利亚之间的一项协定[英]（1962 年 7 月 3 日，巴黎和 Rocher Noir）。（联合国，《条约汇编》，第 507 卷，第 25 页起以及第 35 和 37 页。）

⁸⁷ 见 Kunz, “L’option de nationalité” 和 “Nationality and option clauses in the Italian Peace Treaty of 1947”。

第七章

国籍的持续性

112. 国籍持续性的规则是外交保护制度的一部分。⁸⁸ 根据此规则，从一件伤害事件发生起到付出赔偿为止，申诉人必须持续不间断地拥有提出赔偿要求的国家的国籍。这一规则的主旨是要防止个人通过变更国籍选择一个强大的保护国。⁸⁹

113. 这方面的惯例或理论都没有对此规则同国家继承引起的非自愿改变之间有多大关系的问题提出清楚的答案。有很好的理由相信，在国家继承

⁸⁸ 见巴塞罗那电力运输公司案 (上见脚注 46) 和 *Panevezys-Saldutiskis* 铁路案 (1939 年判决, *P.C.I.J., Series A/B*, No. 76, 第 4 页)。又见 *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 36-II (1931), 第 201 至 212 页; 同上, vol. 37 (1932), 第 479 至 529 页; 以及同上, vol. 51-II (1965), 第 260 至 261 页。又见 *Wylter, La règle dite de la continuité de la nationalité dans le contentieux international*, 第 9 至 15 页。

⁸⁹ 例见 *Brownlie*, 同前引书, 第 481 页。

的情况下，可以对此规则作一些修改，因为，就像 *Verzijl* 庭长在 *Pablo Najera* 案中所说的：

在因国家继承而发生集体变更国籍时，对法律情况的评价应当比仲裁有关个人自愿变更国籍的正常情况中的评价灵活得多。⁹⁰

114. 由于国籍持续性的问题同外交保护制度有着密切的关系，因此就有了是否应将该问题纳入本研究的问题。委员会似乎不太可能在最近的将来审议外交保护制度这个主题，因此不存在重叠的危险。在此情况下，在大会要求委员会编写的初步研究报告的范围内对国籍持续性问题进行分析将是有益的。

⁹⁰ *RIAA*, vol. V (出售品编号: 1952.V.3), 第 488 页。

第四十七届会议文件一览表

| 文件 | 标题 | 备注和参考资料 |
|------------------------|---|--|
| A/CN.4/463 | 临时议程 | 油印件。通过的议程见《1995年……年鉴》，第二卷（第二部分），第15页，第12段。 |
| A/CN.4/464 和 Add.1-2 | 秘书处编写的大会第四十九届会议期间第六委员会讨论国际法委员会工作报告情况的专题摘要 | 油印件。 |
| A/CN.4/465 | 填补临时空缺（委员会章程第11条）：秘书处的说明 | 转载于本卷。 |
| A/CN.4/465/Add.1 | 同上——秘书处的说明补编：候选人及其简历 | 油印件。 |
| A/CN.4/466 | 特别报告员杜杜·锡亚姆先生关于《危害人类和平及安全治罪法》草案的第十三次报告 | 转载于本卷。 |
| A/CN.4/467 | 特别报告员瓦奇拉夫·米库尔卡先生关于国家继承及其对自然人和法人国籍的影响的第一次报告 | 同上。 |
| A/CN.4/468 | 特别报告员胡利奥·巴尔沃萨先生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第十一次报告 | 同上。 |
| A/CN.4/469 和 Add.1-2 | 特别报告员加埃塔诺·阿兰焦—鲁伊斯先生关于国家责任的第七次报告 | 同上。 |
| A/CN.4/470[和 Corr.1-2] | 特别报告员阿兰·佩莱先生关于与对条约的保留有关的法律和实践的第一次报告 | 同上。 |
| A/CN.4/471 | 关于“国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任”专题的各种责任制度：秘书处编写的概览 | 同上。 |
| A/CN.4/L.505 | 《危害人类和平及安全治罪法》草案——E·巴尔加斯·卡雷尼奥先生的提案：第21条 | 转载于《1995年……年鉴》，第二卷（第二部分），第31页，第96段，脚注55。 |
| A/CN.4/L.506[和 Corr.1] | 《危害人类和平及安全治罪法》草案——起草委员会二读通过的条款标题和案文：第一部分（第1、2、4、5、5之二、6、6之二和8至13条）和第二部分（第15和19条） | 案文转载于《1995年……年鉴》，第一卷，第2408次会议，第201页起第1段。 |
| A/CN.4/L.507 | 国家继承及其对自然人和法人国籍的影响问题工作组的报告 | 转载于《1995年……年鉴》，第二卷（第二部分），第129页。 |
| A/CN.4/L.508 | 国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任——起草委员会在国际法委员会第四十七届会议上通过的条款标题和案文：A[第6]条、B[第7]条、C[第8和9]条和D[第9和10]条 | 油印件。 |

| 文件 | 标题 | 备注和参考资料 |
|-----------------------------------|---|--|
| A/CN.4/L.509 | 国际法委员会第四十七届会议工作报告草稿：第二章（《危害人类和平及安全治罪法》草案） | 油印件。通过的文本见《大会正式记录，第五十届会议，补编第 10 号》（A/50/10 号文件）。最后文本转载于《1995 年……年鉴》，第二卷（第二部分）。 |
| A/CN.4/L.510 | 国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任：工作组的报告 | 油印件。 |
| A/CN.4/L.511 和 Add.1 | 国际法委员会第四十七届会议工作报告草稿：第五章（国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任） | 油印件。通过的文本见《大会正式记录，第五十届会议，补编第 10 号》（A/50/10 号文件）。最后文本转载于《1995 年……年鉴》，第二卷（第二部分）。 |
| A/CN.4/L.512 和 Add.1 | 同上：第四章（国家责任） | 同上。 |
| A/CN.4/L.513 | 国家责任——起草委员会通过的条款标题和案文：第三部分和附件 | 案文转载于《1995 年……年鉴》，第一卷，第 2417 次会议，第 258 页起，第 1 段。 |
| A/CN.4/L.514 | 国际法委员会第四十七届会议工作报告草稿：第三章（国家继承及其对自然人和法人国籍的影响） | 油印件。通过的文本见《大会正式记录，第五十届会议，补编第 10 号》（A/50/10 号文件）。最后文本转载于《1995 年……年鉴》，第二卷（第二部分）。 |
| A/CN.4/L.515 | 规划组的报告：委员会的计划、程序和工作方法及其文件 | 油印件。 |
| A/CN.4/L.516 | 国际法委员会第四十七届会议工作报告草稿：第六章（与对条约的保留有关的法律和实践） | 油印件。通过的文本见《大会正式记录，第五十届会议，补编第 10 号》（A/50/10 号文件）。最后文本转载于《1995 年……年鉴》，第二卷（第二部分）。 |
| A/CN.4/L.517 | 同上：第一章（本届会议组织情况） | 同上。 |
| A/CN.4/L.518 | 同上：第七章（委员会的其他决定和结论） | 同上。 |
| A/CN.4/L.519 | 同上：第五章（国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任）：委员会迄今为止暂时通过的条款草案 | 同上。 |
| A/CN.4/L.520 | 同上：第四章（国家责任）：委员会通过的供列入第三部分及其附件的条款草案及评注 | 同上。 |
| A/CN.4/L.521 和 Add.1 | 同上：第二部分第 11、13 和 14 条的评注草稿 | 同上。 |
| A/CN.4/SR.2378- A/CN.4/SR.2425 | 第 2378 至 2425 次会议临时简要记录 | 油印件。最后文本转载于《1995 年……年鉴》，第一卷。 |

كيفية الحصول على منشورات الأمم المتحدة

يمكن الحصول على منشورات الأمم المتحدة من المكتبات ودور التوزيع في جميع أنحاء العالم . استعلم عنها من المكتبة التي تتعامل معها أو اكتب الى : الأمم المتحدة ، قسم البيع في نيويورك .

如何购取联合国出版物

联合国出版物在全世界各地的书店和经售处均有发售。请向书店询问或写信到纽约联合国销售组。

HOW TO OBTAIN UNITED NATIONS PUBLICATIONS

United Nations publications may be obtained from bookstores and distributors throughout the world. Consult your bookstore or write to: United Nations, Sales Section, New York.

COMMENT SE PROCURER LES PUBLICATIONS DES NATIONS UNIES

Les publications des Nations Unies sont en vente dans les librairies et les agences dépositaires du monde entier. Informez-vous auprès de votre libraire ou adressez-vous à: Nations Unies, section des ventes, New York.

КАК ПОЛУЧИТЬ ИЗДАНИЯ ОРГАНИЗАЦИИ ОБЪЕДИНЕННЫХ НАЦИЙ

Издания Организации Объединенных Наций можно купить в книжных магазинах и агентствах во всех районах мира. Наводите справки об изданиях в вашем книжном магазине или пишите по адресу: Организация Объединенных Наций, Секция по продаже изданий, Нью-Йорк.

CÓMO CONSEGUIR PUBLICACIONES DE LAS NACIONES UNIDAS

Las publicaciones de las Naciones Unidas están en venta en librerías y casas distribuidoras en todas partes del mundo. Consulte a su librero o diríjase a: Naciones Unidas, sección de Ventas, Nueva York.

United Nations publication
Sales No. C.97.V.2 (Part 1)
ISSN 1994-4705

**Yearbook of the International Law Commission 1995
Volume II (Part One)**

USD 35

