

国际法委员会年鉴

2002年

第一卷

第五十四届会议
各次会议的简要记录
2002年4月29日至6月7日和
7月22日至8月16日

联合国



国际法委员会年鉴

2002年

第一卷

第五十四届会议
各次会议的简要记录
2002年4月29日至6月7日和
7月22日至8月16日

联合国
纽约和日内瓦，2015年



说 明

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

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《2001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）：国际法委员会提交联合国大会的报告。

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。

*

* *

本卷载有国际法委员会第五十四届会议各次会议的简要记录（A/CN.4/SR.2711-A/CN.4/SR.2750），根据委员会委员的要求作了更正，并作了必要的编辑上的修改。

A/CN.4/SER.A/2002

联合国出版物

ISSN 1994-4705

目 录

页次	页次
委员会委员.....vii	第 2715 次会议.....26
主席团成员.....vii	2002 年 5 月 3 日, 星期五, 上午 10 时
议 程.....viii	外交保护(续)
简 称.....ix	特别报告员的第二和第三次报告(续).....26
关于引文的说明.....x	第 2716 次会议.....31
本卷引用的案件.....xi	2002 年 5 月 7 日, 星期二, 上午 10 时
本卷引用的多边文书.....xvi	外交保护(续)
第五十四届会议文件一览表.....xxi	特别报告员的第二和第三次报告(续).....31
第 2711 次至第 2750 次 会议简要记录	第 2717 次会议.....38
第五十四届会议第一部分简要记录 2002 年 4 月 29 日至 6 月 7 日在日内瓦举行	2002 年 5 月 8 日, 星期三, 上午 10 时
第 2711 次会议.....1	外交保护(续)
2002 年 4 月 29 日, 星期一, 下午 3 时 10 分	特别报告员的第二和第三次报告(续).....39
会议开幕.....1	本届会议的工作安排(续).....45
选举主席团成员.....1	第 2718 次会议.....46
通过议程.....1	2002 年 5 月 10 日, 星期五, 上午 10 时
填补委员会临时空缺(章程第 11 条).....3	外交保护(续)
本届会议的工作安排.....3	特别报告员的第二和第三次报告(续).....46
第 2712 次会议.....4	第 2719 次会议.....55
2002 年 4 月 30 日, 星期二, 上午 10 时	2002 年 5 月 14 日, 星期二, 上午 10 时
外交保护	外交保护
特别报告员的第三和第四次报告.....4	特别报告员的第二和第三次报告(续).....55
本届会议的工作安排(续).....13	对条约的保留
第 2713 次会议.....13	特别报告员的第七次报告.....59
2002 年 5 月 1 日, 星期三, 上午 10 时	第 2720 次会议.....62
外交保护(续)	2002 年 5 月 15 日, 星期三, 上午 10 时 5 分
特别报告员的第二和第三次报告(续).....14	本届会议的工作安排(续).....62
本届会议的工作安排(续).....19	对条约的保留(续)
第 2714 次会议.....19	特别报告员的第七次报告(续).....62
2002 年 5 月 2 日, 星期四, 上午 10 时	国家的单方面行为
悼念保罗·萨斯先生.....20	特别报告员的第五次报告.....68
本届会议的工作安排(续).....20	第 2721 次会议.....71
外交保护(续)	2002 年 5 月 17 日, 星期五, 上午 10 时 5 分
特别报告员的第二和第三次报告(续).....20	本届会议的工作安排(续).....71
	对条约的保留(续)
	特别报告员的第七次报告(续).....72

	页次
第 2722 次会议.....	75
2002 年 5 月 21 日, 星期二, 上午 10 时 5 分	
国家的单方面行为 (续)	
特别报告员的第五次报告 (续)	76
第 2723 次会议.....	85
2002 年 5 月 22 日, 星期三, 上午 10 时 5 分	
国家的单方面行为 (续)	
特别报告员的第五次报告 (续)	86
第 2724 次会议.....	92
2002 年 5 月 23 日, 星期四, 上午 10 时 5 分	
法律顾问的发言.....	92
第 2725 次会议.....	99
2002 年 5 月 24 日, 星期五, 上午 10 时 5 分	
外交保护 (续)	
特别报告员的第二和第三次报告 (续)	99
国家的单方面行为 (续)	
特别报告员的第五次报告 (续)	104
第 2726 次会议.....	107
2002 年 5 月 28 日, 星期四, 上午 10 时 5 分	
国家的单方面行为 (续)	
特别报告员的第五次报告 (续完)	107
第 2727 次会议.....	116
2002 年 5 月 30 日, 星期四, 上午 10 时	
本届会议的工作安排 (续)	116
国家的单方面行为 (续)	
特别报告员的第五次报告 (续完)	117
外交保护 (续)	
特别报告员的第二和第三次报告 (续)	124
第 2728 次会议.....	127
2002 年 5 月 31 日, 星期五, 上午 10 时 5 分	
外交保护 (续)	
特别报告员的第二和第三次报告 (续)	127
第 2729 次会议.....	135
2002 年 6 月 4 日, 星期二, 上午 10 时 5 分	
外交保护 (续)	
特别报告员的第二和第三次报告 (续)	135
第 2730 次会议.....	140
2002 年 6 月 5 日, 星期三, 上午 10 时 5 分	

	页次
外交保护 (续)	
起草委员会的报告.....	141
与其他机构的合作.....	150
美洲法律委员会观察员的发言.....	150
第 2731 次会议.....	153
2002 年 6 月 6 日, 星期四, 上午 10 时	
外交保护 (续)	
特别报告员的第二和第三次报告 (续)	153
第 2732 次会议.....	158
2002 年 6 月 7 日, 星期五, 上午 10 时 5 分	
外交保护 (续完)	
起草委员会的报告 (续完)	158
本届会议的工作安排 (续完).....	159
<p>第五十四届会议第二部分简要记录 2002 年 7 月 22 日至 8 月 16 日在日内瓦举行</p>	
第 2733 次会议.....	161
2002 年 7 月 22 日, 星期一, 下午 3 时	
对条约的保留 (续)	
起草委员会的报告.....	161
第 2734 次会议.....	167
2002 年 7 月 23 日, 星期二, 上午 10 时 5 分	
悼念何塞·塞特·卡马拉.....	167
对条约的保留 (续)	
起草委员会的报告 (续完)	167
特别报告员的第七次报告 (续)	168
第 2735 次会议.....	170
2002 年 7 月 24 日, 星期三, 上午 10 时 5 分	
对条约的保留 (续)	
特别报告员的第七次报告 (续)	171
第 2736 次会议.....	178
2002 年 7 月 25 日, 星期四, 上午 10 时 5 分	
对条约的保留 (续)	
特别报告员的第七次报告 (续)	178
第 2737 次会议.....	186
2002 年 7 月 26 日, 星期五, 上午 10 时	
对条约的保留 (续)	
特别报告员的第七次报告 (续)	186

页次	页次
第 2738 次会议.....193	第 2745 次会议.....245
2002 年 7 月 30 日, 星期二, 上午 10 时	2002 年 8 月 12 日, 星期一, 下午 3 时
对条约的保留 (续)	国际法委员会第五十四届会议工作报告草稿
特别报告员的第七次报告 (续)193	第五章 外交保护
与其他机构的合作 (续)199	C. 委员会暂时通过的外交保护条款草案第 1 至第 7
亚非法律协商委员会观察员的发言.....199	条款文及其评注.....246
第 2739 次会议.....203	第 1 条 (定义和范围)
2002 年 7 月 31 日, 星期三, 上午 10 时	第 1 条评注.....246
与其他机构的合作 (续)203	第 2 [3] 条 (行使外交保护的权利)
国际法院院长的访问.....203	第 2 [3] 条评注.....246
对条约的保留 (续完)	第 3 [5] 条 (国籍国)
特别报告员的第七次报告 (续完)207	第 3 [5] 条评注.....247
第 2740 次会议.....211	第 4 [9] 条 (持续的国籍)
2002 年 8 月 2 日, 星期五, 上午 10 时 10 分	第 4 [9] 条评注.....248
国际组织的责任.....211	第 5 [7] 条 (多重国籍和针对第三国的求偿)
工作组的报告.....211	第 5 [7] 条评注.....251
第 2741 次会议.....216	第 6 条 (多重国籍和针对国籍国的求偿)
2002 年 8 月 6 日, 星期二, 上午 10 时	第 6 条评注.....251
国际法不成体系问题: 国际法多样化和扩展引起的困难	第 2746 次会议.....251
研究组的报告.....216	2002 年 8 月 13 日, 星期二, 上午 10 时
第 2742 次会议.....222	国际法委员会第五十四届会议工作报告草稿 (续)
2002 年 8 月 7 日, 星期三, 上午 10 时 5 分	第五章 外交保护 (续)
国际法不成体系问题: 国际法多样化和扩展引起的	C. 委员会暂时通过的外交保护条款草案第 1 至第 7
困难 (续完)	条款文及其评注 (续完)252
研究组的报告 (续完)222	第 7 [8] 条 (无国籍人和难民)
第 2743 次会议.....230	第 7 [8] 条评注.....252
2002 年 8 月 8 日, 星期四, 上午 10 时	A. 导言.....254
国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任	B. 本届会议审议本专题的情况.....254
(危险活动跨界损害所造成损失的国际责任)	第 2747 次会议.....260
工作组的报告.....230	2002 年 8 月 13 日, 星期二, 下午 3 时 5 分
第 2744 次会议.....237	国际法委员会第五十四届会议工作报告草稿 (续)
2002 年 8 月 9 日, 星期五, 上午 10 时 5 分	第五章 外交保护 (续)
国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任	B. 本届会议审议本专题的情况.....261
(危险活动跨界损害所造成损失的国际责任) (续完)	第 2748 次会议.....266
工作组的报告 (续完)237	2002 年 8 月 14 日, 星期三, 上午 10 时 5 分
委员会的计划、程序、工作方法及文件	国家的单方面行为 (续完)267
规划组的报告.....239	国际法委员会第五十四届会议工作报告草稿 (续)
与其他机构的合作 (续完)	第四章 对条约的保留.....267
欧洲委员会观察员的发言.....242	C. 委员会迄今为止暂时通过对条约的保留准则
	草案.....267
	2. 委员会第五十四届会议暂时通过的准则草案

案文及其评注	
准则 2.1.1 (书面形式) 评注.....	267
准则 2.1.2 (正式确认的形式) 评注.....	267
准则 2.1.3 (在国际一级提出保留) 评注.....	268
准则 2.1.4 [2.1.3 之二、2.1.4] (违反与提出保留有关的内部规则在国际一级不产生影响) 评注.....	269
准则 2.1.5 (保留的告知) 评注.....	269
准则 2.1.6 [2.1.6、2.1.8] (告知保留的程序) 评注.....	270
准则 2.1.7 (保存人的职能) 评注.....	271
准则 2.1.8 [2.1.7 之二] (显然 [不能允许] 提出保留之情况下的程序) 评注.....	271
2.4 解释性声明的程序	
准则 2.4.1 (提出解释性声明) 评注.....	272
准则 [2.4.2 [2.4.1 之二] (在内部一级提出解释性声明)] 评注.....	272
准则 [2.4.3 [2.4.2、2.4.9] (提出和告知有条件解释性声明)] 评注.....	272
A. 导言.....	272
B. 本届会议审议本专题的情况.....	273
C. 委员会迄今为止暂时通过的对条约的保留准则草案 (续完)	273
1. 对条约的保留条款草案案文.....	273
第 2749 次会议.....	274
2002 年 8 月 15 日, 星期四, 上午 10 时 5 分	
国际法委员会第五十四届会议工作报告草稿 (续)	
第六章 国家的单方面行为	
A. 导言.....	274
B. 本届会议审议本专题的情况.....	274

第八章 国际组织的责任	
A. 导言.....	278
B. 本届会议审议本专题的情况.....	278
C. 工作组的报告.....	278
第九章 国际法不成体系: 国际法的多样化和扩展引起的困难	
A. 导言.....	278
B. 本届会议审议本专题的情况.....	278
C. 研究组的报告.....	278
第七章 国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任 (危险活动跨界损害所造成损失的国际责任)	
A. 导言.....	279
B. 本届会议审议本专题的情况.....	279
C. 工作组的报告.....	279
第十章 委员会的其他决定和结论	
A. 委员会的计划、程序和工作方法及其文件.....	279
第 2750 次会议.....	280
2002 年 8 月 16 日, 星期五, 上午 10 时 5 分	
委员会第五十四届会议工作报告草稿 (续完)	
第十章 委员会的其他决定和结论 (续完)	
B. 第五十五届会议的日期和地点.....	280
C. 与其他机构的合作.....	280
D. 出席大会第五十七届会议的代表.....	280
E. 国际法讨论会.....	281
第二章 委员会第五十四届会议工作概况.....	281
第三章 委员会特别想听取意见的具体问题.....	281
第一章 本届会议的工作安排.....	284
本届会议结束.....	284

委员会委员

姓名	国籍	姓名	国籍
埃曼努尔·阿克韦·阿多先生	加纳	詹姆斯·卢塔班齐布瓦·卡特卡先生	坦桑尼亚联合共和国
侯赛因·巴哈纳先生	巴林	法蒂·卡米沙先生	突尼斯
阿里·穆赫辛·费塔伊斯·马里先生	卡塔尔	马尔蒂·科斯肯涅米先生	芬兰
若奥·克莱门特·巴埃纳·苏亚雷斯先生	巴西	瓦列里·库兹涅佐夫先生	俄罗斯联邦
伊恩·布朗利先生	大不列颠及北爱尔兰联合王国	威廉·曼斯菲尔德先生	新西兰
恩里克·坎迪奥蒂先生	阿根廷	贾姆契德·蒙塔兹先生	伊朗伊斯兰共和国
池楨日先生	大韩民国	贝恩德·尼豪斯先生	哥斯达黎加
佩德罗·科米萨里奥·阿丰索先生	莫桑比克	迪迪耶·奥佩蒂·巴丹先生	乌拉圭
里亚德·达乌迪先生	阿拉伯叙利亚共和国	纪尧姆·庞布-齐文达先生	加蓬
克里斯托弗·约翰·罗伯特·杜加尔德先生	南非	阿兰·佩莱先生	法国
保拉·埃斯卡拉梅亚女士	葡萄牙	彭马拉朱·斯里尼瓦萨·拉奥先生	印度
萨利富·丰巴先生	马里	维克托·罗德里格斯·塞德尼奥先生	委内瑞拉
乔治·加亚先生	意大利	罗伯特·罗森斯托克先生	美利坚合众国
兹齐斯拉夫·加利茨基先生	波兰	贝尔纳多·塞普尔维达先生	墨西哥
彼得·卡巴齐先生	乌干达	布鲁诺·辛马先生	德国
莫里斯·卡姆托先生	喀麦隆	彼得·通卡先生	斯洛伐克
		薛捍勤女士	中国
		山田中正先生	日本

主席团成员

主席：罗伯特·罗森斯托克先生

第一副主席：恩里克·坎迪奥蒂先生

第二副主席：詹姆斯·卢塔班齐布瓦·卡特卡先生

起草委员会主席：山田中正先生

报告员：瓦列里·库兹涅佐夫先生

副秘书长兼法律顾问汉斯·科雷尔先生代表秘书长出席了本届会议。法律事务厅编纂司司长瓦茨拉夫·米库尔卡先生担任委员会秘书，并在法律顾问未出席时代表秘书长。

议 程

委员会在2002年4月29日第2711次会议上通过了第五十四届会议议程，议程由下列项目组成，其中包含了随后添加的项目：

1. 填补委员会的临时空缺（章程第11条）。
2. 本届会议的工作安排。
3. 对条约的保留。
4. 外交保护。
5. 国家的单方面行为。
6. 国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任（危险活动跨界损害所造成损失的国际责任）。
7. 国际组织的责任。
8. 国际法不成体系问题：国际法多样化和扩展引起的困难。
9. 共有的自然资源。
10. 委员会的计划、程序、工作方法及其文件。
11. 与其他机构的合作。
12. 第五十五届会议的日期和地点。
13. 其他事项。

简称

粮农组织 (FAO)	联合国粮食及农业组织
民航组织 (ICAO)	国际民用航空组织
红十字委员会 (ICRC)	红十字国际委员会
劳工组织 (ILO)	国际劳工组织
移民组织 (IOM)	国际移民组织
海洋法法庭 (ITLOS)	国际海洋法法庭
南共市 (MERCOSUR)	南美洲共同市场
北美贸协 (NAFTA)	北美自由贸易协定
北约 (NATO)	北大西洋公约组织
美洲组织 (OAS)	美洲国家组织
贸易法委员会 (UNCITRAL)	联合国国际贸易法委员会
环境署 (UNEP)	联合国环境规划署
教科文组织 (UNESCO)	联合国教育、科学及文化组织
世贸组织 (WTO)	世界贸易组织

*

* *

《美国国际法学报》(AJIL)	《美国国际法学报》(<i>American Journal of International Law</i>)
《英国国际法年鉴》(BYBIL)	《英国国际法年鉴》(<i>British Year Book of International Law</i>)
《国际法院汇编》(I.C.J. Reports)	国际法院,《判决书、咨询意见和命令汇编》(ICJ, <i>Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders</i>)
《国际法律资料》(ILM)	《国际法律资料》(<i>International Legal Materials</i>) (哥伦比亚特区华盛顿)
《国际法报告》(ILR)	《国际法报告》(<i>International Law Reports</i>)
《海洋法法庭汇编》(ITLOS Reports)	国际海洋法法庭,《判决书、咨询意见和命令汇编》(ITLOS, <i>Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders</i>)
《常设国际法院汇编》, A辑 (P.C.I.J., Series A)	常设国际法院,《判决汇编》(PCIJ, <i>Collection of Judgments</i>) (第 1-24 号: 截至 1930 年)
《常设国际法院汇编》, A/B辑 (P.C.I.J., Series A/B)	常设国际法院,《判决、命令和咨询意见汇编》(PCIJ, <i>Judgments, Orders and Advisory Opinions</i>) (第 40-80 号: 始于 1931 年)
《常设国际法院汇编》, D辑 (P.C.I.J., Series D)	常设国际法院,《法院组织有关的法令和文件》(PCIJ, <i>Acts and Documents concerning the Organization of the Court</i> (第 1-6 号))
《国际仲裁裁决汇编》(UNRIAA)	联合国,《国际仲裁裁决汇编》(United Nations, <i>Report of International Arbitral Awards</i>)

*

* *

本卷中，“前南斯拉夫问题国际法庭”系指起诉应对1991年以来前南斯拉夫境内所犯严重违反国际人道主义法行为负责者的国际法庭；“卢旺达问题国际法庭”系指起诉应对1994年1月1日至12月31日期间在卢旺达境内的种族灭绝和其他严重违反国际人道主义法行为负责者和应对这一期间邻国境内种族灭绝和其他这类违法行为负责的卢旺达公民的国际刑事法庭。

关于引文的说明

引文中，后接星号的楷体词句在原始文本中并非楷体或斜体。

除非另有说明，出自外文著作的引文均由秘书处所译。

*

* *

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

本卷引用的案件

案 件	决定的性质和来源
1955 年 7 月 27 日空中事件案	《国际法院书状》，1955 年 7 月 27 日空中事件案（以色列诉保加利亚；美利坚合众国诉保加利亚；联合王国诉保加利亚）。 （以色列诉保加利亚），判决，《1959 年国际法院汇编》，第 127 页。
1999 年 8 月 10 日空中事件案	（巴基斯坦诉印度），管辖权，判决，《2000 年国际法院汇编》，第 12 页。
安巴蒂耶洛斯案	初步反对意见，判决，《1952 年国际法院汇编》，第 28 页。 案情，判决，《1953 年国际法院汇编》，第 10 页。 安巴蒂耶洛斯求偿案，1956 年 3 月 6 日裁决（《国际仲裁裁决汇编》，第十二卷（出售品编号：63.V.3），第 91 页）。
美国独立石油公司—科威特仲裁案	科威特政府诉美国独立石油公司，《国际法律资料》，第 21 卷，第 5 号（1982 年 9 月），第 976 页。
《灭绝种族罪公约》的适用案	《防止及惩治灭绝种族罪公约》的适用案（波斯尼亚和黑塞哥维那诉南斯拉夫），初步反对意见，判决，《1996 年国际法院汇编》，第 595 页。 （克罗地亚诉南斯拉夫），2000 年 6 月 27 日命令，《2000 年国际法院汇编》，第 108 页。 （波斯尼亚和黑塞哥维那诉南斯拉夫），2001 年 9 月 10 日命令，《2001 年国际法院汇编》，第 572 页。
西班牙国王 1906 年 12 月 23 日仲裁裁决案	判决，《1960 年国际法院汇编》，第 192 页。
刚果境内的武装活动案	（刚果民主共和国诉乌干达），2001 年 11 月 29 日命令，《2001 年国际法院汇编》，第 660 页。 （新诉请书：2002 年）（刚果民主共和国诉卢旺达），临时措施，2002 年 7 月 10 日命令，《2002 年国际法院汇编》，第 219 页。
逮捕证案	2000 年 4 月 11 日逮捕证案（刚果民主共和国诉比利时），判决，《2002 年国际法院汇编》，第 3 页。
庇护权案	判决，《1950 年国际法院汇编》，第 266 页。
巴塞罗那电车公司案	巴塞罗那电车、电灯及电力有限公司案，第二阶段，判决，《1970 年国际法院汇编》，第 3 页。
贝利洛斯案	贝利洛斯诉瑞士，欧洲人权法院，1988 年 4 月 29 日判决，《A 辑：判决和裁决》，第 132 卷。
博帕尔案	1984 年 12 月印度博帕尔联合碳化物公司天然气工厂灾难案，意见和命令，1986 年 5 月 12 日，美国地区法院，纽约。意见转载于《国际法律资料》，第 25 卷，第 4 号（1986 年 7 月），第 771 页。

- 某些财产案 (列支敦士登诉德国), 2002年7月12日命令, 《2002年国际法院汇编》, 第296页。
- 霍茹夫工厂案 霍茹夫工厂案, 管辖权, 第8号判决, 《1927年常设国际法院汇编》, A辑, 第9号。
案情, 第13号判决, 《1928年常设国际法院汇编》, A辑, 第17号。
- 科孚海峡案 案情, 判决, 《1949年国际法院汇编》, 第4页。
赔偿金额评估案, 判决, 《1949年国际法院汇编》, 第244页。
- 德维尔德案 德维尔德、奥姆斯和维斯皮诉比利时 (“流浪者”案), 欧洲人权法院, 1971年6月18日判决, 《A辑: 判决和裁决》, 第12卷。
- 迪亚洛案 艾哈迈杜·萨迪奥·迪亚洛案 (几内亚共和国诉刚果民主共和国), 2000年9月8日命令, 《2000年国际法院汇编》, 第146页。
- 迪克森车轮公司案 迪克森车轮公司 (美国) 诉墨西哥合众国案, 1931年7月裁决, 《国际仲裁裁决汇编》, 第四卷 (出售品编号: 1951.V.1), 第669页。
- 东帝汶案 (葡萄牙诉澳大利亚), 判决, 《1995年国际法院汇编》, 第90页。
- 东格陵兰案 东格陵兰的法律地位案, 判决, 《1933年常设国际法院汇编》, A/B辑, 第53号, 第22页。
- 埃尔奥罗矿业公司案 埃尔奥罗矿业和铁路有限公司 (大不列颠) 诉墨西哥合众国案, 大不列颠-墨西哥索赔委员会, 1931年6月18日第55号裁决, 《国际仲裁裁决汇编》, 第五卷 (出售品编号: 1952.V.3), 第191页。
- 西电公司案 西西里电子公司 (西电公司) 案, 判决, 《1989年国际法院汇编》, 第15页。
- F. 诉 R. 和图尔高州联邦院案 瑞士联邦最高法院, 1992年12月17日决定, *Journal des Tribunaux*, 1995年, 第523页。
- 芬兰船舶仲裁案 芬兰船东就战时使用某些芬兰船舶向大不列颠求偿案, 1934年5月9日裁决 (《国际仲裁裁决汇编》, 第三卷 (出售品编号: 1949.V.2), 第1479页)。
- 渔业管辖权案 (西班牙诉加拿大), 法院管辖权, 判决, 《1998年国际法院汇编》, 第432页。
- 边界争端案 (布基纳法索/马里共和国), 判决, 《1986年国际法院汇编》, 第554页。
- 阿亚·德拉托雷案 判决, 《1951年国际法院汇编》, 第71页。
- 国际工商业投资公司案 判决, 《1959年国际法院汇编》, 第6页。
- 爱尔兰诉联合王国案 爱尔兰诉联合王国案, 欧洲人权法院, 1978年1月18日判决, 《A辑: 判决和裁决》, 第25卷。

- 胡拉多案
拉格朗案
- 喀麦隆与尼日利亚间陆地和海洋疆界案
- 使用武力的合法性案
- 洛克比案
- 尼加拉瓜与洪都拉斯间的海洋划界案
- 马丁尼案
- 马夫罗马蒂斯案
- “赛加羚羊号”轮案（第2号）
- 纳米比亚案
- 北美疏浚公司案
- 挪威公债案
- 诺特博姆案
- 劳工组织，行政法庭，1964年9月11日第70号判决。
（德国诉美利坚合众国），临时措施，1999年3月3日命令，《1999年国际法院汇编》，第9页。
判决，《2001年国际法院汇编》，第466页。
- （喀麦隆诉尼日利亚），初步反对意见，判决，《1998年国际法院汇编》，第275页。
（喀麦隆诉尼日利亚：赤道几内亚介入），2001年2月20日命令，《2001年国际法院汇编》，第9页。
- （南斯拉夫诉比利时），2002年3月20日命令，《2002年国际法院汇编》，第192页。
（南斯拉夫诉加拿大），同上，第195页。
（南斯拉夫诉法国），同上，第198页。
（南斯拉夫诉德国），同上，第201页。
（南斯拉夫诉意大利），同上，第204页。
（南斯拉夫诉荷兰），同上，第207页。
（南斯拉夫诉葡萄牙），同上，第210页。
（南斯拉夫诉联合王国），同上，第213页。
- 洛克比空中事件引起的1971年《蒙特利尔公约》的解释和适用问题案（阿拉伯利比亚民众国诉联合王国），2000年9月6日的命令，《2000年国际法院汇编》，第140页。
（阿拉伯利比亚民众国诉美利坚合众国），同上，第143页。
- 尼加拉瓜与洪都拉斯间在加勒比海的海洋划界案（尼加拉瓜诉洪都拉斯），2002年6月13日命令，《2002年国际法院汇编》，第216页。
- 马丁尼案，1930年5月3日裁决，《国际仲裁裁决汇编》，第2卷（出售品编号：1949.V.1），第975页。
- 马夫罗马蒂斯在巴勒斯坦的特许权案，1924年第2号判决，《常设国际法院汇编》，A辑，第2号。
- “赛加羚羊号”轮案（第2号）（圣文森特和格林那丁斯诉几内亚），判决，《1999年海洋法法庭汇编》，第10页。
- 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）对各国的法律后果案，咨询意见，《1971年国际法院汇编》，第16页。
- 德克萨斯北美疏浚公司（美国）诉墨西哥合众国案，1926年3月31日裁决，《国际仲裁裁决汇编》，第四卷（出售品编号：1951.V.1），第26页。
- 挪威公债案（法国诉挪威），判决，《1957年国际法院汇编》，第9页。
- 第二阶段，判决，《1955年国际法院汇编》，第4页。

- 核试验案
核试验案（澳大利亚诉法国），判决，《1974年国际法院汇编》，第253页。
（新西兰诉法国），同上，第457页。
- “开门”咨询公司及都柏林威尔妇女中心诉爱尔兰案
“开门”咨询公司及都柏林威尔妇女中心诉爱尔兰案，欧洲人权法院，1992年10月29日判决，《A辑：判决和裁决》，第246卷。
- 帕涅韦兹斯—萨尔杜提斯基铁路案
判决，《1939年常设国际法院汇编》，A/B辑，第76号，第4页。
- 摩洛哥磷酸盐案
判决，《1938年常设国际法院汇编》，A/B辑，第74号，第10页。
- 皮诺切特案
女王诉博街都市受薪裁判官案，皮诺切特·乌加特一方诉讼（第3号），英格兰，上议院，1999年3月24日，《国际法报告》，第119卷。
- 损害赔偿案
对执行联合国职务时所受伤害的赔偿案，咨询意见，《1949年国际法院汇编》，第174页。
- 请求根据1974年12月20日法院关于核试验案（新西兰诉法国）的判决书第63段审查情势案
1995年9月22日命令，《1995年国际法院汇编》，第288页。
- 对《灭绝种族罪公约》的保留案
对《防止及惩治灭绝种族罪公约》的保留案，咨询意见，《1951年国际法院汇编》，第15页。
- 印度领土通行权案
案情，判决，《1960年国际法院汇编》，第6页。
- 罗伯特·E·布朗案
罗伯特·E·布朗（美国）诉大不列颠，《国际仲裁裁决汇编》，第六卷（出售品编号：1955.V.3），第120页。
- “温布尔登号”轮船案
判决，《1923年常设国际法院汇编》，A辑，第1号。
- 萨巴蒂诺案
古巴国家银行诉收货人萨巴蒂诺（《美国联邦最高法院判例报告》，第376卷，1964年），第398页。
- 萨利姆案
萨利姆案（埃及/美国），1932年6月8日裁决，《国际仲裁裁决汇编》，第二卷（出售品编号：1949.V.1），第1161页。
- 塞尔维亚贷款案
关于支付在法国发放的各种塞尔维亚贷款的案件，1929年第14号判决，《常设国际法院汇编》，A辑，第20号。
- 虾产品案
美国——禁止进口某些虾和虾产品案，世卫组织《上诉机构报告》WT/DS58/AB/R（1998年10月12日）。
- 利吉丹岛和西巴丹岛的主权归属案
（印度尼西亚/马来西亚），请求干预，判决，《2001年国际法院汇编》，第575页。
- 箭鱼存量案
箭鱼的养护和可持续捕猎案（智利/欧洲共同体），2000年12月20日命令，《2000年海洋法法庭汇编》，第148页。
2001年3月15日命令，《2001年海洋法法庭汇编》，第4页。
- 塔迪奇案
检察官诉杜什科·塔迪奇案，前南问题国际法庭，案件编号：IT-94-1-A，1999年7月15日判决，第112卷，第369页。
- 柏威夏寺案
案情，判决，《1962年国际法院汇编》，第6页。

案 件

决定的性质和来源

领土和海洋争端案

领土和海洋争端案（尼加拉瓜诉哥伦比亚），2002年2月26日命令，《2002年国际法院汇编》，第189页。

领土争端案（阿拉伯利比亚民众国 / 乍得）

判决，《1994年国际法院汇编》，第6页。

德士古公司案

德士古海外石油公司和加利福尼亚亚洲石油公司诉阿拉伯利比亚共和国政府案（1977年），《国际法报告》，第53卷，第389页。

特雷耳炼锌厂案

《国际仲裁裁决汇编》，第三卷（出售品编号：1949.V.2），第1905页。

美国驻德黑兰外交和领事人员案

判决，《1980年国际法院汇编》，第3页。

韦斯特兰直升机公司案

韦斯特兰直升机有限公司诉阿拉伯工业化组织，《国际法报告》，第80卷，第595页（1985年）（国际商会的裁决）。阿拉伯工业化组织诉韦斯特兰直升机有限公司，同上，第622页（1987年）（瑞士，联邦最高法院）。韦斯特兰直升机有限公司诉阿拉伯工业化组织，《国际法报告》，第108卷，第564页（1994年）（英格兰，高等法院）。

本卷引用的多边文书

来源

和平解决争端

- 《美洲和平解决条约》（《波哥大公约》）[英]
（1948年4月30日，波哥大） 联合国，《条约汇编》，第30卷，第449号，
第83页。
- 《关于和平解决争端的欧洲公约》[英]
（1957年4月29日，斯特拉斯堡） 同上，第320卷，第4646号，第243页。

外交和领事关系

- 《维也纳外交关系公约》
（1961年4月18日，维也纳） 联合国，《条约汇编》，第500卷，第7310号，
第95页。
- 《维也纳领事关系公约》
（1963年4月24日，维也纳） 同上，第596卷，第8638号，第261页。
- 《维也纳领事关系公约关于强制解决争端之任择议定书》
（1963年4月24日，维也纳） 同上，第8640号，第487页。

人权

- 《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1021号，
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2889号，第221页。
- 《保护人权与基本自由公约关于在所有情况下废除死刑
的第13号议定书》[英]
（2002年5月3日，维尔纽斯） 同上，第2246卷，第2889号，第112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9464号，第195页。
- 《公民及政治权利国际公约》[旧译《公民及政治权利
国际盟约》]
（1966年12月16日，纽约） 同上，第999卷，第14668号，第171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20378号，第13页。
- 《在生物学和医学应用中保护人权和人类尊严公约：人
权和生物学公约》[英]
（1997年4月4日，奥维耶多） 同上，第2137卷，第37266号，第171页。

- 《在生物学和医学应用中保护人权和人类尊严公约禁止克隆人的附加议定书》 [英]
（1998年1月12日，巴黎）
- 同上，第2177卷，第A-37266号，第366页。

国籍和无国籍

- 《关于外国人权利的公约》 [英]
（1902年1月29日，墨西哥城）
- 《关于国籍法冲突的若干问题公约》 [英]
（1930年4月12日，海牙）
- 《关于难民地位的公约》（及附则） [英]
（1951年7月28日，日内瓦）
- 《关于难民地位的议定书》 [英]
（1967年1月31日，纽约）
- 《关于无国籍人地位的公约》 [英]
（1954年9月28日，纽约）
- 《欧洲国籍公约》 [英]
（1997年11月6日，斯特拉斯堡）
- 《美洲国家国际会议，1889-1928年》（纽约，牛津大学出版社，1931年）第91页。
- 国际联盟，《条约汇编》，第14137号，第89页。
- 联合国，《条约汇编》，第189卷，第2545号，第137页。
- 同上，第606卷，第8791号，第267页。
- 同上，第360卷，第5158号，第117页。
- 同上，第2135卷，第37248号，第213页。

国际私法

- 《国际私法条约》
（1888年8月25日至1889年2月8日，蒙得维的亚）
- 《国际私法条约附加议定书》
（1889年2月13日，蒙得维的亚）
- 《国际私法条约附加议定书》
（1940年3月14日，蒙得维的亚）
- 美洲国际会议，《各委员会的报告及其讨论情况》，第2卷（哥伦比亚特区华盛顿，美国政府出版局，1890年），第884页。
- 同上，第905页。
- M.O.Hudson 编辑，《国际立法》，第8卷（哥伦比亚特区华盛顿，卡内基国际和平基金会，1949年），第529页。

国际贸易和发展

- 《关于解决国家与他国国民之间投资争端公约》 [英]
（1965年3月18日，哥伦比亚特区华盛顿）
- 联合国，《条约汇编》，第575卷，第8359号，第159页。

民用航空

- 《关于在航空器内的犯罪和犯有某些其他行为的公约》
[英]
(1963年9月14日, 东京)
- 联合国, 《条约汇编》, 第704卷, 第10106号, 第219页。

各项刑事事务

- 《防止和惩治以侵害个人罪行和相关勒索罪行形式进行的具有国际影响的恐怖主义行为公约》[英]
(1971年2月2日, 哥伦比亚特区华盛顿)
- 联合国, 《条约汇编》, 第1438卷, 第24381号, 第191页。
- 《欧洲制止恐怖主义公约》[英]
(1977年1月27日, 斯特拉斯堡)
- 同上, 第1137卷, 第17828号, 第93页。
- 《欧洲暴力罪行受害者赔偿公约》[英]
(1983年11月24日, 斯特拉斯堡)
- 同上, 第1525卷, 第26456号, 第37页。
- 《制止恐怖主义爆炸事件的国际公约》
(1997年12月15日, 纽约)
- 同上, 第2149卷, 第37517号, 第256页。
- 《国际刑事法院罗马规约》
(1998年7月17日, 罗马)
- 同上, 第2187卷, 第38544号, 第3页。
- 《网络犯罪公约》[英]
(2001年11月23日, 布达佩斯)
- 欧洲委员会, 《欧洲条约汇编》, 第185号, 第499页。
- 《美洲国家反恐怖主义公约》[英]
(2002年6月2日, 布里奇顿)
- 《国际法律资料》(哥伦比亚特区华盛顿), 第42卷, 第1号(2003年1月), 第19页。

海洋法

- 《国际捕鲸管制公约》(及附件)[英]
(1946年12月2日, 哥伦比亚特区华盛顿)
- 联合国, 《条约汇编》, 第161卷, 第2124号, 第72页。
- 《国际海事组织公约》
(1948年3月6日, 日内瓦)
- 同上, 第289卷, 第4214号, 第3页。
- 《捕鱼及养护公海生物资源公约》
(1958年4月29日, 日内瓦)
- 同上, 第559卷, 第8164号, 第285页。
- 《关于深海多金属结核的临时安排协定》
(1982年9月2日, 哥伦比亚特区华盛顿)
- 同上, 第1871卷, 第31958号, 第275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31363号, 第3页。

适用于武装冲突的法律

《协约及参战各国对德国和约》（《凡尔赛条约》）[英]
（1919年6月28日，凡尔赛）

《英国和外国文件》，1919年，第
一百一十二卷（伦敦，皇家印务局，
1922年），第1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）

联合国，《条约汇编》，第75卷，第970-
973号，分别见第2、第85、第13和
第287页。

《关于战时保护平民之日内瓦公约》[英]

同上，第973号，第287页。

条约法

《条约公约》[英]
（1928年2月20日，哈瓦那）

《美国国际法学报》，第22卷，补编（1928
年），第138页。

《维也纳条约法公约》
（1969年5月23日，维也纳）

联合国，《条约汇编》，第1155卷，第
18232号，第331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33356号，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》[英]
（1983年4月8日，维也纳）

联合国，《1983年法律年鉴》（出售品编号：
E.90.V.1），第139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）

A/CONF.129/15。

赔偿责任

《外空物体所造成损害之国际责任公约》
（1972年3月29日，伦敦、莫斯科和哥伦比亚特
区华盛顿）

联合国，《条约汇编》，第961卷，第
13810号，第187页。

裁军

《禁止在大气层、外层空间和水下进行核武器试验条
约》[英]
（1963年8月5日，莫斯科）

联合国，《条约汇编》，第480卷，第6964号，
第43页。

来 源

- 《拉丁美洲和加勒比禁止核武器条约》（《特拉特洛尔科条约》）（附增订议定书壹和贰）（1967年2月14日，墨西哥城）
同上，第634和第1894卷，第9068号，第281和第335页。
- 环境**
- 《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21623号，第217页。
- 杂项**
- 《关于国家权利和义务的公约》[英]
（1933年12月26日，蒙得维的亚）
国际联盟，《条约汇编》，第165卷，第3802号，第19页。
- 《美洲国家组织宪章》[英]
（1948年4月30日，波哥大）
联合国，《条约汇编》，第119卷，第1609号，第3页。
- 《卡特赫纳协定》（《安第斯条约》）[英]
（1969年5月26日，波哥大）
《国际法律资料》（哥伦比亚特区华盛顿），第8卷，第5号（1969年9月），第910页。
- 《多边投资担保机构公约》[英]
（1985年10月11日，首尔）
联合国，《条约汇编》，第1508卷，第26012号，第99页；另见《国际法律资料》（哥伦比亚特区华盛顿），第24卷，第6号（1985年11月），第1598页。
- 《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）
同上，第1757卷，第30615号，第3页。
- 《反腐败刑法公约》[英]
（1999年1月27日，斯特拉斯堡）
同上，第2216卷，第39391号，第228页。
- 《反腐败民法公约》[英]
（1999年11月4日，斯特拉斯堡）
同上，第2246卷，第39988号，第6页。
- 《美洲民主宪章》[英]
（2001年9月11日，利马）
《国际法律资料》（哥伦比亚特区华盛顿），第40卷，第5号（2001年9月），第1289页。

第五十四届会议文件一览表

文 件	标 题	备注和参考资料
A/CN.4/520	临时议程	油印件。关于通过的案文，见上文第 viii 页。
A/CN.4/521	秘书处编制的关于大会第五十六届会议期间第六委员会讨论的专题摘要	油印件。
A/CN.4/522 和 Add.1	填补委员会的临时空缺（章程第 11 条）：秘书处的说明	A/CN.4/522。转载于《2002 年……年鉴》，第二卷（第一部分）。A/CN.4/522/Add.1 为油印件。
A/CN.4/523 和 Add.1	特别报告员约翰·R. 杜加尔德先生关于外交保护的第三次报告	转载于《2002 年……年鉴》，第二卷（第一部分）。
A/CN.4/524	国家的单方面行为：从各国政府收到的评论和意见	同上。
A/CN.4/525 和 Add.1 [及 Corr.1 和 2] 和 Add.2	特别报告员维克托·罗德里格斯·塞德尼奥先生关于国家的单方面行为的第五次报告	同上。
A/CN.4/526 和 Add.1-3	特别报告员阿兰·佩莱先生关于对条约的保留的第七次报告	同上。
A/CN.4/L.613 和 Rev.1	外交保护。起草委员会通过的条款草案的标题和案文	油印件。
A/CN.4/L.614	对条约的保留。起草委员会通过的准则草案的标题和案文	见第 2733 次会议简要记录（第 2 段）。
A/CN.4/L.615 [和 Corr.1]	国际法委员会第五十四届会议工作报告草稿：第一章（本届会议的工作安排）	油印件。关于通过的案文，见《大会正式记录，第五十七届会议，补编第 10 号(A/57/10)》。最后案文见《2002 年……年鉴》，第二卷（第二部分）。
A/CN.4/L.616	同上，第二章（委员会第五十四届会议工作概况）	同上。
A/CN.4/L.617 和 Add.1	同上，第三章（委员会特别想听取意见的具体问题）	同上。
A/CN.4/L.618 和 Add.1-4	同上，第四章（对条约的保留）	同上。

文 件	标 题	备注和参考资料
A/CN.4/L.619 和 Add.1-6	同上，第五章（外交保护）	同上。
A/CN.4/L.620 和 Add.1 及 2	同上，第六章（国家的单方面行为）	同上。
A/CN.4/L.621	同上，第七章（国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任（危险活动引起跨界损害所造成损失的国际责任））	同上。
A/CN.4/L.622	国际组织的责任：研究的范围和方向。工作组的报告	油印件。转载于《2002年……年鉴》，第二卷（第二部分），第八章，C节。
A/CN.4/L.623	对条约的保留：特别报告员对起草委员会通过的准则草案 2.1.7 第一段的说明	油印件。
A/CN.4/L.624	国际法委员会第五十四届会议工作报告草稿：第八章（国际组织的责任）	同上。关于通过的案文，见《大会正式记录，第五十七届会议，补编第10号(A/57/10)》。最后案文见《2002年……年鉴》，第二卷（第二部分）。
A/CN.4/L.625	同上：第九章（国际法不成体系问题：国际法多样化和扩展引起的困难）	同上。
A/CN.4/L.626 和 Add.1	同上：第十章（委员会的其他决定和结论）	同上。
A/CN.4/L.627	国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任（危险活动跨界损害所造成损失的国际责任）。工作组的报告	油印件。转载于《2002年……年鉴》，第二卷（第二部分），第七章，C节。
A/CN.4/L.628 [和 Corr.1]	国际法不成体系问题：国际法多样化和扩展引起的困难。研究组的报告	同上，第九章，C节。
A/CN.4/L.629	委员会的计划、程序和工作方法及其文件。规划组的报告	油印件。
A/CN.4/SR.2711-A/CN.4/SR.2750	第 2711 次至第 2750 次会议临时简要记录	同上。最后案文见本卷。

国际法委员会

第五十四届会议第一部分简要记录

2002年4月29日至6月7日在日内瓦举行

第2711次会议

2002年4月29日，星期一，下午3时10分

代理主席：恩里克·坎迪奥蒂先生

主席：罗伯特·罗森斯托克先生

出席：阿多先生、马里先生、巴埃纳·苏亚雷斯先生、布朗利先生、池先生、科米萨里奥·阿丰索先生、达乌迪先生、杜加尔德先生、埃斯卡拉梅亚女士、丰巴先生、加亚先生、加利茨基先生、卡特卡先生、卡米沙先生、库兹涅佐夫先生、曼斯菲尔德先生、蒙塔兹先生、尼豪斯先生、奥佩蒂·伯丹先生、庞布-齐文达先生、佩莱先生、罗德里克斯-塞德尼奥先生、辛马先生、通卡先生、薛女士、山田先生。

会议开幕

1. 代理主席宣布国际法委员会第五十四届会议，亦即新五年期第一届会议开幕，并且对委员会全体委员，尤其各位新委员表示欢迎。

选举主席团成员

会议以鼓掌方式选举罗森斯托克先生为主席。

罗森斯托克先生就任主席。

2. 主席感谢委员会各位委员的信任，并表示他将竭尽全力不负众望。在新五年期伊始，各位委员的投入即是委员会的实力所在：各位委员对待知识采取严谨求实的态度且具有出众的学识才能、相互之间尊重对方的观点及学科。同时，委员会有幸可依赖能力极强、知识甚丰的秘书处；因此，它具备了开展有效和富有成果的工作的一切必要条件。他请规划小组审议如何最佳地安排本届会议的工作，从而使委员会能够最佳地利用其会议时间。

3. 然后，他请委员会委员默哀一分钟，悼念尼日利亚的阿德戈克·阿吉博拉·伊盖。他于委员会第五十四届会议期间被联合国大会选举为委员会委员，但在当选几个月后去世。

委员会默哀一分钟。

会议以鼓掌方式选举坎迪奥蒂先生为第一副主席。

会议以鼓掌方式选举卡特卡先生为第二副主席。

会议以鼓掌方式选举山田中正先生为起草委员会主席。

会议以鼓掌方式选举库兹涅佐夫先生为报告员。

通过议程 (A/CN.4/520)

4. 主席说，秘书处提醒他注意各常驻代表团致委员会秘书的一份关于“国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任”专题的照会（会

议厅内未加编号散发的文件)。这个问题将在新专题的范围内讨论,委员会在本届会议早些时候已经同意,选择两个新的或增加的专题。委员会将在与主席团磋商之后,再回头讨论这些问题。

5. 巴埃纳·苏亚雷斯先生说,由于大会2001年12月12日第56/82号决议提出了该项要求,而且根据委员会章程第18条第3款的规定,委员会必须将大会要求讨论的任何问题置于优先地位,因此,在第五十四届会议的临时议程中插入题为“国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任”的项目,完全是理所当然的。此外,这并不是一个全新的问题,而是一个早已从预防危险活动造成的跨界损害角度进行了审议的问题。委员会并不会俯首听从若干国家政府的指示,只不过是在遵循大会作出的决定。

6. 主席说,大会并未确定委员会的议程。大会提出了供委员会考虑的建议。

7. 奥佩蒂·伯丹先生说,他赞成巴埃纳·苏亚雷斯先生关于这是一个极为重要的专题的看法,而且委员会应当立即将该专题列入议程,而不要再继续拖延。

8. 主席说,他毫不怀疑该专题的重要性,但是,他认为首先应在非正式工作组中讨论是否应将该专题列入议程的问题。

9. 埃斯卡拉梅亚女士说,据她的理解,已经探讨的只是专题前半部分有关预防的问题,而有关责任部分的问题还有待审议。因此,委员会面对的不是一个新专题,而是继续处理一个现有的专题。大会第六委员会强烈敦促委员会在本届会议上审议该专题的第二部分。与前几位发言人一样,她认为,该专题应当列入临时议程。如果无法列入,则可以随后就该问题举行非正式磋商为条件,按目前的案文通过该临时议程。

10. 布朗利先生说,问题是委员会可否接受某些国家以强制性方式提出的提案。虽说必须考虑到各国意见,但也同时应当让并非各国代表的委员会委员能够在适当时候按适当顺序表达他们自己的意见。

11. 通卡先生提议,在达成以下谅解的基础上,通过A/CN.4/520号文件所载的临时议程:即委员会将回头讨论拟列入议程的新专题问题并在本届会议工作报告中向大会汇报这一问题。

12. 曼斯菲尔德先生说,他看不出目前讨论的照会中提出了强制性的要求,这只不过是一组国家对委员会尚未结束审议的一项专题未被列入临时议程表示了惊讶。由于他本人也感到惊讶,因此,他希望在临时议程正式通过之前,在非正式磋商时给他一个机会做一些解释。

13. 罗德里克斯-塞德尼奥先生说,议程可以在临时基础上通过,但其条件是,拟尽快在诸如某个工作组的框架内举行非正式磋商。也许,对这一专题的审议可推迟至本届会议的第二期会议。他主张将该专题列入议程。

14. 科米萨里奥·阿丰索先生说,他同意各位委员的主张,拟将所考虑的专题列入议程。

15. 奥佩蒂·伯丹先生建议委员会应当临时通过议程,并以能使委员会回头讨论该专题的方式,立即开展工作。临时性通过该议程,不得被视为会有损于是否将正在考虑的专题列入议程的问题。对于这些国家主张列入的立场,不能被认为是毫无作用的,而且必须引起委员们的充分关注。

16. 庞布-齐文达先生说,按照委员会的惯例,在未进行事先审议之前,不能将该专题列入议程。只有在议程项目10,即“委员会的计划、程序和工作方法及其文件”下,才能这样做。这得由规划小组或甚至得由某个工作组来做出这方面的决定。直到提交本届会议的工作报告之后,委员会才可向大会通报,委员会接受了一组国家的要求,可在今后某届会议议程中列入该专题。该临时议程完全可以在不对这组国家的倡议结果形成任何影响的情况下予以通过,其理解是,委员会保留在议程项目6下审议这项倡议的权利。

17. 佩莱先生说,他对某些国家干预委员会的工作感到震惊,并认为它们的这项倡议是不可接受的先例。他同时感到震惊的是,尽管人人皆知,这个问题的敏感性有多大,然而,有些委员竟然草率

匆忙地要求将该专题列入议程。他与奥佩蒂·伯丹先生、庞布-齐文达先生和罗德里克斯-塞德尼奥先生一样，认为议程一旦通过，就应成立一个不限成员名额的工作组，平心静气地思考如何处置该专题。无论如何，该专题仍列于委员会的工作方案之中。因此，临时议程的通过应基于下述理解，即，将建立一个有关国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果问题工作组，而且委员会将毫不拖延地确立新的专题。

18. 加利茨基先生说，他同意这项提案，并且指出，第六委员会虽然在大会第 56/82 号决议第 3 段中要求委员会审议国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任专题有关责任方面的问题，但是，第六委员会在第 8 段中还要求委员会着手处理有关国际组织的责任专题。但是，这组国家的照会是一份奇怪的文件：委员们不必听从国家政府的指示。他认为，应当按目前的案文通过该临时议程。

19. 薛女士说，她赞同通卡先生提出的建议：暂时搁置该问题，并且应该举行非正式磋商，以解决全体委员的关注问题。各位委员的本国政府的关注也同样是重要的，必须予以考虑。

20. 坎迪奥蒂先生说，所讨论的这个项目列在委员会的议程上已有 20 多年了。对他来说，这不是为何将它列入，而是为何将它排斥在外的的问题。

21. 主席说，问题并不在于是否拟继续探讨该专题有关“责任”的部分，而在于应当如何将这项目列入临时议程的问题。

22. 池先生强调，委员会章程规定，委员会是一个独立自主的机构。这组国家的要求有损于这种自主性。然而，委员会不可忽视责任专题的重要性，因此他支持佩莱先生和通卡先生的提案。

23. 主席说，要点不在于委员会是否应探讨这个专题，而在于是否应在这种情况下，将专题列入临时议程。他赞同奥佩蒂·伯丹先生、庞布-齐文达先生和通卡先生的建议，即按现行案文通过临时议程，同时铭记，委员会将作为优先事项，探讨新议程项目问题，显然包括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项目和国际组织责任的项目。然而，委员会不应当采取一种新的方法将项目列入议程，因为，从长远来看，这可能造成问题。显而易见，委员会将会接受大会的要求。唯一的问题在于，委员会是否会背离其多年来通过议程的方式，即，遵循某种程序行事，而不是凭一时冲动行事。如无异议，他就认为委员会希望通过奥佩蒂·伯丹先生和通卡先生的提案。

就这样决定。

议程通过。

填补委员会临时空缺（章程第 11 条）

（A/CN.4/522 和 Add.1）

[议程项目 1]

24. 主席说，根据委员会章程第 11 条，由委员会自行补足空缺；两位候选人的简历已经分发给各位委员。按照惯例，将在不公开会议上进行选举。

下午 5 时 35 分休会，下午 5 时 45 分复会

25. 主席宣布委员会选举卡巴齐先生填补由于阿吉博拉·伊盖去世而遗留的空缺。

本届会议的工作安排

[议程项目 2]

26. 主席提请各委员注意工作方案。起草委员会主席山田中正先生将于次日提交一份起草委员会成员的名单。他请规划小组主席拟出该小组成员名单。

27. 山田先生（起草委员会主席）说，委员会的惯例是组建一个约 14 名成员的起草委员会，为了确保最佳的参与率，成员的组成应取决于拟审议的专题。他请希望参与起草委员会某项具体专题工作的委员们表态，并说，起草委员会的成员组成应当基于公平的区域和法律制度代表性。

下午 5 时 50 分散会。

第 2712 次会议

2002 年 4 月 30 日，星期二，上午 10 时

主席：罗伯特·罗森斯托克先生

出席：阿多先生、马里先生、巴埃纳·苏亚雷斯先生、布朗利先生、坎迪奥蒂先生、池先生、科米萨里奥·阿丰索先生、达乌迪先生、杜加尔德先生、埃斯卡拉梅亚女士、丰巴先生、加亚先生、加利茨基先生、卡特卡先生、卡米沙先生、库兹涅佐夫先生、曼斯菲尔德先生、蒙塔兹先生、尼豪斯先生、奥佩蒂·伯丹先生、庞布-齐文达先生、佩莱先生、罗德里格斯-塞德尼奥先生、辛马先生、通卡先生、薛女士、山田先生。

外交保护¹

(A/CN.4/514;² A/CN.4/521, C 节; A/CN.4/523 和 Add.1;³ A/CN.4/L.613 和 Rev.1)

[议程项目 4]

特别报告员的第三和第四次报告

1. 杜加尔德先生(特别报告员)向委员会概述迄今为止所进行的工作。他说,他已于2000年在第五十二届会议上提交了他编写的关于外交保护专题的第一次报告。⁴该报告主要涉及求偿人国籍问题。在进行了辩论并举行了一次不限成员名额的非正式协商后,委员会决定将第1条、第3条和第5至第8条,连同非正式协商的报告,一起提交起草委员会。由于时间关系,有关的增编未来得及审议。在

¹ 特别报告员第一次报告中提议的条款草案第1至第9条的案文见《2000年……年鉴》,第一卷,第2617次会议,第1段。

² 见《2001年……年鉴》,第二卷(第一部分)。

³ 转载于《2002年……年鉴》,第二卷(第一部分)。

⁴ 见《2000年……年鉴》,第二卷(第一部分),A/CN.4/506和Add.1号文件。

第五十三届会议上,委员会审议了涉及连续国籍问题的该报告增编以及第二次报告(A/CN.4/514)的一部分,第二次报告着重谈及关于用尽当地补救办法规则的一般原则。委员会决定将关于连续国籍的第9条和关于用尽当地补救办法规则的第10和第11条提交起草委员会;而该报告中的第12和第13条未来得及审议。迄今为止,起草委员会尚未有机会讨论这些条款;它打算在该日下午开始对其开展讨论。

2. 第三次报告(A/CN.4/523和Add.1)的第11和第12段阐述了他的观点。有关外交保护的专题,在编纂工作、公约、国家实践、判例和学说方面的权威著述甚多。事实上,国际法中任何其他领域都没有这样丰富的权威著述,然而这并不意味着此种权威著述十分清楚或明确。因为其中常常出现不一致和相互矛盾之处。委员会必须从这些相互冲突的规则之中作出选择。他的任务是把所有这些权威著述和选择办法一一介绍出来,以便委员会作出明智的选择。

3. 第三次报告列出了第14和第15条条文。第14条考虑了用尽当地补救办法规则并不适用的种种情况,第15条涉及运用该规则时的举证责任。他已编写出一份增编,目前正在翻译过程中,该增编涉及卡尔沃条款。⁵他希望能在此后一个工作组会议上或下一届会议上讨论拒绝司法的问题。他知道,拒绝司法问题是个有争论的问题,它主要是一项主要规则,而这些条款草案的重点是放在次要规则之上,但如果委员会不研究卡尔沃条款和拒绝司法问题,则不可能完成关于外交保护的研究报告,因两者在有关该专题的判例中占有显著地位。委员会必须考虑是否要列入一项有关拒绝司法的条款。

4. 他打算在下一期报告中转到法人公司的国籍这个主题,他希望在本届会议第二期会议的一个工作组会议上有机会讨论对于他在该项工作上的指导意见。他并不希望扩展现有条款草案的范围,使其越出属于外交保护专题内的传统主题,亦即索偿人国籍和用尽当地补救办法这两个问题。如果委员

⁵ 见《1956年……年鉴》[英],第二卷,A/CN.4/96号文件,第206页。

会只局限于审议这两项专题，就有可能在五年期结束时完成一整套条款草案的一读和二读。

5. 在上一个五年期的辩论过程中，大家提出的建议中包括外交保护领域内的一系列其他事项，例如国际组织对其官员的职能保护。这一事项十分重要，委员会应当加以审议，但不一定要将其列入现有条款草案之内。该事项提出了许多不同问题，如果委员会将之列入，那么，在五年期结束时就几乎不可能完成这些条款草案。他提议在另一份研究报告中提出正式建议。类似的情况见于对国家责任条款草案的处理方法，委员会已将国际组织的责任这一专题留给另一份研究报告处理。

6. 业已提出的其他事项同样是一些崭新的和具有争议性的事项，似乎也会延误草案的完成。他在第三次报告第16段中谈及某一船舶或航行器的国籍国代表船员或机组人员，可能还有为船舶或飞机的乘客（无论当事个人的国籍为何）提出主张的权利，这是一个重要事项，如同某一国家或国际组织管理或控制某一领土的情况一样，在这方面，他可能认为委员会必须研究生活在国际管制之下的某些东帝汶人的外交保护问题，甚至更为棘手的问题，例如西岸和加沙地带的占领者的外交保护问题。作为人权委员会有关该专题的特别报告员，他并不害怕审议该主题，但如果国际法委员会陷入中东这类专题的讨论，那么，所引发的辩论定会超出外交保护的传统领域。

7. 他的第二次报告在第32至第67段中讨论了第12和第13条。这两条必须结合在一起来看。两个条文都涉及一个问题，即用尽当地补救办法规则是属于程序性问题还是实质性问题——这也许是用尽当地补救办法方面最具争议性的一个事项。他如果建议委员会偏离其第二十九届会议⁶暂时通过并在其第四十八届会议上委员会一读暂时通过的关于国家责任的条款草案中确认的条款，⁷也许此事还会更加引起争议。在他看来，该项规则基本上是一条程序性规则，而不是实质性规则，因此，此事应予重新审议。

⁶ 见《1977年……年鉴》[英]，第二卷（第二部分），第30页。

⁷ 见《1996年……年鉴》，第二卷（第二部分），第61段。

8. 基本上，有三种不同的立场：实质性、程序性和他称之为混合的立场。主张实质性立场的人（包括博查德和阿戈在内）坚持认为，在用尽当地补救办法以前，不法行为国的国际不法行为并未完成。在这里，用尽当地补救办法规则是实质性条件，这是国际责任赖以存在的一项条件。阿梅拉辛格等支持程序性立场的人的论点是：用尽当地补救办法规则是一项程序性条件，在提出国际主张以前必须满足这项条件。福塞特辩称，混合立场对外侨在国内法范围内遭受的损害与在国际法范围内遭受的损害两者加以区分。如果损害是由于不违反国际法、只违反国内法的行为造成的，例如由于违反特许合同造成的，则只有当被告国有拒绝司法行为时，例如司法部门在一外侨试图在一家国内法院行使权利时对其持有偏见，才引起国际责任。在这种情况下，用尽当地补救办法规则显然是必须履行的实质性条件。另一方面，如果对外侨的损害违反了国际法，或同时违反了国际法和国内法，则在发生损害时，即已引起国际责任，而用尽当地补救办法规则即是提出国际主张的程序性条件。例如，如果被告国犯有对某一外侨施以酷刑的罪责，而国内法规定了补救办法，则施加酷刑即构成国际不法行为，但如果国内法院确有某种补救办法，则必须先使用尽补救办法，然后才能提出国际主张。在这种情况下，用尽当地补救办法规则就仅仅是一个首先必须履行的程序性条件。

9. 一些人辩称，这三种立场纯粹是学术性的，但国际责任何时引起的问题实际上往往具有实际的重要意义。首先，就求偿人的国籍而言，在犯下国际不法行为时，外侨必须是一国民。因此，重要的是应确定犯下国际不法行为的时刻。其次，可能会有如同摩洛哥磷酸盐案中发生的那种法院管辖权问题。所产生的问题是：为了决定法院是否拥有管辖权，必须确定国际责任于何时发生。第三，这里有一个弃权的问题。他会在以后争辩一国可以放弃关于用尽当地补救办法规则，但是，如果该项规则是实质性规则，则显然不可以这样做，因为在没有用尽当地补救办法的情况下，不会产生任何国际不法行为。基于这一理由，委员会必须决定在这三种立场之中究竟采取哪一种立场。困难在于资料来源并不明确。以往对编纂工作的多次尝试似乎都故意含糊其辞。在1977年委员会第二十八届会议上，委员

会通过了关于国家责任的条款草案第22条,⁸该条文显然支持实质性的看法。另一方面,2000年时,科科特在向国际法协会提出的报告中采取了一种纯粹程序性的立场。⁹

10. 在1977年之前,存在着一种支持程序性观点的趋势,这一评估现在受到质疑,这仅仅是因为编纂工作的尝试十分含糊不清。司法裁决也不明确,可以作出不同的解释,既可能支持程序性立场,也可能支持实质性立场。首先是摩洛哥磷酸盐案,有趣的是,人们记得,曾任意大利一方辩护师的阿戈提出过实质性立场的辩词。在该案中,法国于1931年接受了常设国际法院对于此后所发生的任何争端的强制性管辖权。意大利指控法国1925年违反了其对于居住于摩洛哥的意大利侨民应予承担的国际义务,但又认为该错误行为直至1933年才完成,因当地补救办法或相当的措施直至1933年才最后用尽。因此,从本质上而言,意大利支持了实质性立场。另一方面,法国争议说,用尽当地补救办法的规则只不过是一项程序规则,国际责任已经存在,但必须首先用尽补救办法后,方可通过外交渠道或通过诉诸国际法庭或诉诸法院加以执行。法院认同法国提出的理由,认为在1925年之后并未出现引起该国承担国际责任的新因素。他大段地引述了法院对该案的判词,而且以楷体标出该法院的某些重要论断:“这一行为[亦即1925年所犯不法行为]可归因于国家并被认为违反了另一国的条约权利,由此立即确立了两国之间的国际责任?”[第28页]。有意思的是,委员会在讨论该项裁决时并没有引述这一句。特别报告员阿戈在审查摩洛哥磷酸盐案时坚持认为,法院不曾作出反对实质性立场的裁决。但是,他本人对该段文字的解释是:法院支持了法国的观点,亦即支持程序性规则的立场。这也是阿梅拉辛格的观点。因此,法院的判决尽管也许不够明确,但它至少包含有倾向于程序性立场的实例,亦即摩洛哥磷酸盐案。

11. 国家实践并无多大价值,因为它通常就是国际议事录中所陈述的论点,一国必定会支持最大限度符合其本国利益的立场,这是不可避免的。在

摩洛哥磷酸盐案中,意大利曾经强烈支持实质性观点,然而50年以后,在西电公司案中,它转而支持了程序性立场。因此,从国家提出的论点中不可能得到任何明确的结论。国家实践这种形式并无太大的帮助。但是,仍有一个十分有益的国家实践的实例,那就是美国国务院对于加西亚·亚马多尔关于国家责任的第一次报告所作的回应,在这里,它采取了支持“第三种立场”的态度。¹⁰

12. 对这个问题的学术意见也有分歧。他所持的第三种立场很少得到人们的注意。福塞特坚持认为,应当明确区分诉讼原因与诉讼权利,而且列举出必须考虑援用当地补救办法规则的三种可能的法律情况。¹¹第一种情况是所指控的行为违反国际法但不违反当地法律。在这种情况下,当地补救办法规则显然不适用,因为该行为并不违反当地法律,也就没有任何当地补救办法需要用尽。想到的示例是南非的种族隔离。种族隔离显然违反了国际法的规则,但它为种族隔离制度所宽恕,甚至还得到鼓励。因此,发生了违反国际法的行为,但并不违反国内法。第二种情况是所指控的行为违反当地法律,但不违反国际法,例如违反了被告国与某一侨民之间的契约。在这种情况下,犯罪国家的国际责任并非由于所指控行为而引起;只有在该国后来的行为对最初寻求对指控行为采取补救的受害方构成拒绝司法时,才可能引起该国家的国际责任。在这种情况下,当地补救办法规则的运作构成实质上禁止提出国际主张,因为在证明有拒绝司法情事之前,不能提出主张。富有争议的第三种情况是:所指控的行为既违反当地法律,也违反国际法。在这种情况下,福塞特认为,用尽当地补救办法规则所起的作用构成在程序上阻止提出国际主张。

13. 他认为,第三种学术观点是最令人满意的。例如,某一国如果对一侨民实施酷刑,那么,自实施行为的时刻开始,该国即负有国际责任,但它可能也意识到该行为违反了本国的法规。如果本国的补救办法已经存在,则必须予以用尽以后才能

⁸ 见上文脚注6。

⁹ 国际法协会,《第六十九届会议报告》[英](2000年,伦敦),第606页,详见第629和第630页。

¹⁰ 转载于M. M. 怀特曼,《国际法文摘》,第8卷(1967年),第789页。

¹¹ J. E. S. 福塞特,“The exhaustion of local remedies: substance or procedure?”,《1954年英国国际法年鉴》,第452页。

提出国际主张；在这种情况下，当地补救办法规实质上讲是程序性的。

14. 条款草案第 12 和第 13 条寻求在实际上实施这项结论；学术意见也对这一立场提供了一些支持，但与此同时，人们也提出了其他意见。此外，委员会也许认为很难偏离它在关于国家责任条款草案第 22 条中所采取的立场。但是，在提出该项条文时，当时的国家责任问题特别报告员曾经假定：该文件的最后文本将区分行为的义务与结果，但这一区分没有被保留下来。因此，特别报告员认为，委员会可任意通过他所提出的观点；而他提议的案文是否完全体现了该立场，则就是起草委员会决定的事情了。

15. 加亚先生说，尽管他可能并不同意特别报告员报告中的许多结论，但他还是觉得这些结论很有启发，并相信最后得出的成果会是很好的。

16. 本来是他提议讨论第三次报告第 16 段提到并给予否定的那些问题，那些问题均涉及这样的情况：并非国籍国的一个国家或实体被认为有权行使外交保护：国际组织对其官员的职能保护；船舶或飞行器国籍国代表船员或机组人员，甚至为乘客（不论所涉个人的国籍为何）提出主张的权利；一国根据他国的授权而对他国国民行使外交保护的情况；以及某一国家或国际组织管理或控制某一领土的情况。

17. 例如，在“赛加羚羊号”轮案（第 2 号）的判决中，国际海洋法法庭认定，船舶的国籍国有权就船员受到的伤害提出主张，无论这些船员个人的国籍为何；因此，国籍国并不拥有行使外交保护的专有权利。在这种情况下，他建议委员会还应考虑某一国际组织官员的国籍国有权行使外交保护而不是职能保护的后果；就联合国官员受到人身伤害事宜由国籍国与联合国两方各自提出竞争性主张的问题，是 1949 年由国际法院在损害赔偿案中提出来的。

18. 如果特别报告员和委员会均得出结论认为，那些专题之中的某一个或其全部并不值得在条款草案中加以具体考虑，那至少也应在评注中提及。无论如何，委员会在决定某一问题是否具相关性时应当以当代的实践为准绳，而不是以传统为依据。

19. 第二次报告第 55 段提到他本人 1967 年关于用尽当地补救办法的著述。¹²但是，也许是由于翻译不准确，特别报告员错误地说，他声称“用尽当地补救办法规则 [曾是]“不法性”的一个前提条件”；实际上，他的观点是，用尽当地补救办法是不法性的前提条件，虽然他在该书的确坚持认为该前提条件本质上是实质性的，而非程序性的。他的主要论点是，凡属要求用尽而没有用尽当地补救办法的情况，均不得行使外交保护；不得提出对于指控违法行为的主张，也不得采取反措施。人们不禁要问，一项指控的违法行为如果对所涉国家及对所涉个人均不在国际层面产生后果，而且也得不到任何补救，那还有什么实际意义呢？他曾认为，既然该前提条件适用于涉及该种情况的所有程序，就必须把它看作是实质性的。

20. 当地补救办法规则的性质问题引发了困难的理论问题；它还产生了政治影响，因程序理论性观点被广泛认为缩小了被许多国家认为是根本性的一条规则的重要作用。考虑到这些问题并考虑到委员会内部没有取得共识，因此，如果赞同各种分歧意见之中的任何观点，都是不明智的。特别报告员质疑关于国家责任的条款草案第 22 条的明智性，这是正确的，这个问题后来得到了解决，删除了该条款草案并在委员会第五十三届会议通过的关于国家对国际不法行为的责任条款草案第 44 条中对用尽当地补救办法问题采取了中立立场。¹³或许，同样明智的做法是从关于外交保护的草案中删去第 12 和第 13 条。不可否认，有些影响是因为采纳了特别报告员所提到的这种或那种理论所致，但这些都不是很重要的，而且并不能成为列入所涉条款草案的理由。

21. 他不同意这一观点即弃权不符合当地补救办法规则的实质性。国家可以放弃认可一个实质性或程序性问题的前提条件。弃权不应轻率地加以处理；在西电公司案中，国际法院的一个分庭表示，它觉得其自身“完全不能接受习惯国际法的一条重要原则被认为按惯例已弃置不用，且没有任何词语

¹² G. 加亚, *L'esaurimento dei ricorsi interni nel diritto internazionale* (米兰, 朱弗雷出版社, 1967 年)。

¹³ 《2001 年……年鉴》，第二卷（第二部分），第四章，第 76 段。

表明这一做法的意向”[第50段]。而且，他在西电公司案中曾为意大利政府提出过抗辩，而且不同意特别报告员的看法：正是为了意大利的利益才认定当地补救办法规则是程序性的；无论如何，意大利政府并没有采取该立场。

22. 布朗利先生说，尽管特别报告员在其第三次报告中汇集了大量重要材料，但他过于局限在当地补救办法问题上的学术研究材料。到底这种补救办法属于实质性还是程序性质的问题，在某种程度上说，在某些特殊情况下，例如在摩洛哥磷酸盐案中，是不可避免的问题。然而，他并不认为这种区分作为处理该问题的普遍方法是十分有用的或相关的。总的来说，他支持福塞特所持的观点，他在当地补救办法问题上的关注不是基于学术理论，而是基于实际经验。

23. 比较可取的做法是对当地补救办法规则进行一次经验性研究，这有三方面的缘由：政策、实践和历史。可以在国家实践中特别是在十九世纪的资料中找到十分有用的材料。例如，如果一个英国人在鲁里坦尼亚王国建立了一个很成功的企业，但他的企业遭到当地暴乱者摧毁，他即前往当地的英国领事馆寻求帮助。可是，在这种情况下，英国政府表示出很不同情的态度，这出于假定风险的原则，其根据是该企业业主与鲁里坦尼亚之间保持着自愿的、持久的联系。因此，领事馆让他求助于当地法院。英国政府的观点是基于常识，而并非基于程序问题或实质问题。举一个现代实例，以色列在1955年7月27日空中事件案中的书面申诉中认为，如果要求政府方面代表被保加利亚国防部队击落的以色列飞机上的受害人向保加利亚法院寻求补偿，那将是不公平的，因为无论是受害人或者其家属与保加利亚均没有任何自愿的联系。

24. 在任何情况下，即使一个案件在后来通过外交渠道来处理，适宜的做法也是迅速在当地法院弄清事实真相。而且，各国政府均认为，一些较小的主张一开始就通过外交途径处理是不合适的，这种方法有可能影响到两国之间的外交关系。鉴于所有这些理由，委员会理应更多地讨论当地补救办法的政策依据。从实际观点看，如果委员会采取这样的看法：争端应尽可能在国内层面加以解决，那么，当地补救办法将具有更大的重要性，而一项自

愿联系规则将会对当地补救办法规则的运作施加若干限制。因此，自愿联系问题作为政策问题的一个方面，仅仅在第14条中提出，令人感到遗憾。按顺序阅读条款草案的人会得出这样的印象：当地补救办法规则适用于所有情况。如果委员会愿意考虑关于一项自愿联系规则的问题，那么，这一决定将会影响到条款草案第10条以及所有以后的各条。因此，现在就把文件的这一部分提交起草委员会为时尚早；而且目前关于区分程序与实质的讨论重心必须加以限定。

25. 辛马先生说，尽管他支持布朗利先生关于同某个国家的自愿性联系甚为重要的言论，但特别报告员已清楚表明，实质与程序的区分对于目前讨论的专题具有实际意义，这一点已为摩洛哥磷酸盐案所证明。此外，他还倾向于同意加亚先生的观点，即一个国家如果放弃了当地补救办法这个前提条件，就应认为该国同意了以更低的界限来界定国际不法行为；有些规则并不带有强制性质，而是在各国之间通过协议而确立。

26. 布朗利先生说，摩洛哥磷酸盐案是一个具体示例；另一方面，1955年7月27日空中事件案和他所举的鲁里坦尼亚一例则说明了受害人同所涉国家之间是否拥有一种自愿联系的重要性。他同意，区分程序与实质是不可避免的事，而且并不认为这是不相关的，但是，他反对使用这种区分来作为处理整个这一问题的全面框架。它并非探讨这一主题的适当总纲。

27. 佩莱先生说，他会尽可能遵循特别报告员对于当前辩论范围的意愿，但他也许不能完全不触及第14条的内容。第三次报告第1至第12段并不需要作出特别的评论，但他对第13至第17段中的某些绝对式论断感到困惑。首先，关于拒绝司法，在进行漫长的讨论之后，而且尽管尚有分歧意见，委员会得出结论认为，该问题不应在条款草案中具体涉及。然而，他感到有些吃惊的是，特别报告员居然宣布他打算再讨论这个问题。如果每个五年期开始时都以此为借口再回到委员会在前几年已经通过的立场，那么，任何专题都永远无法实现圆满的结果。特别报告员应当极力抵制扮演奥德修斯妻子的诱惑。

28. 关于实质事项，他重申自己持反对态度，这不完全是反对特别报告员所持立场的实质——在任何情况下，如同他所选择扮演的佩内洛普这个角色，实际上特别报告员并没有作出解释，而仅仅是承诺这样做——而是反对他的处理方法。他的反对并非植根于下述事实，即处理拒绝司法这样的问题，委员会实际上是处理一些主要规则：毕竟，所谓的区别既不显而易见，也没有镌刻在石头上，无论如何，没有任何理由阻止委员会讨论一些主要规则。而他所反对的是处理这个问题本身，因为拒绝司法只是更为一般性规则的一种体现，根据这种情况，假如当地补救办法不奏效，或注定要失败，就必须认为已经用尽了当地补救办法。在这方面，在仔细阅读了第三次报告有关第14条的部分之后，他认为，这些条文在文字措辞上可以使之涵盖拒绝司法这层意思，但没有必要具体提及。出于这一原因，他深信，如果不首先看到特别报告员有关拒绝司法问题上所提议的内容，起草委员会最好先不要去讨论第14条——因为第14条与有关拒绝司法的条款草案加以合并的可能性，必须仍然是一个需要进行讨论的问题。此外，处理拒绝司法的问题将会使委员会完全不必要地卷入干预各国国内法领域的境地。

29. 然而，他完全同意在条款草案中研究卡尔沃条款的主张，尽管它在国际法中的有效性问题是另一回事。当然，仅仅依据国际法，可是说这是另外一个问题，尽管它与谁持有外交保护权利的问题有紧密联系。这样说来，也许应当从放弃外交保护权利这一更广泛的角度来研究卡尔沃条款（不一定以卡尔沃条款为手段），无论是由受益人或是由有权行使权利的国家放弃这一权利。因此，一方面，委员会固然需要更仔细地审议卡尔沃条款并对此采取坚定立场，而不是采取骑墙态度，但另一方面，特别报告员应当从更广的角度来考虑这一问题。

30. 可喜的是，特别报告员提到了他曾经承诺过处理法人公司的外交保护问题，而他提出的成立一个工作组来研究这一敏感问题的提议确是一个好主意。不过，该工作组只应由少数几个成员组成；因为这一主题具有高度技术性，它并不适合进行“法律旅游”。

31. 至于第16段，他重申他坚决反对“求偿人国籍”的提法。国籍并不联系着主张，而是联系着

人，联系着所涉的船舶或飞机。求偿人国籍是一个普通法概念，它在国际法中没有位置。尽管如此，特别报告员做得对，他努力寻求从条款草案范围内排除职能保护以及某一船舶或飞机的国籍国代表其船员或机组人员提出主张的权利（第16段，(a)和(b)项两种情况）。这两种情况都是目前这一所讨论主题的延伸。然而，他被加亚先生的论点所说服，亦即如果职能保护和外交保护连带着产生，则委员会应当考虑职能保护。另外，特别报告员还正确地决定不考虑某个国际组织控制着某一领土这种情况。这是一种特别形式的保护，它至少与职能保护和外交保护一样有密切联系；而且，如同关于国家责任的条款那样，委员会应当不去考虑与国际组织相关的所有问题。另一方面，他更加不愿意放弃第16段(d)项所提及的另一种情况，亦即一个国家管理或控制着某一并非本国领土的情况。他也不能同意排除(c)项，即一国根据他国的授权而对他国国民行使外交保护的情况。这两种情况完全切合于这一专题的范围。

32. 其理由在于，外交保护无非是国家责任这一专题的延伸，他认为，应当在这个范围内加以考虑。由于各种原因，目前的专题已经人为地脱离了国家责任专题。这里的问题是需要确定一个国家如何才能为其由于另一国的国际不法行为而受到伤害的国民获取赔偿。而分歧所在是以何种手段履行国家责任，因此，他认为没有理由排除他刚才所列举的两种情况。由一个国家控制某一领土的情况可以从国家对国际不法行为的责任的条款中推断出来，特别是第8和第11条。

33. 他还有一个疑虑：如果不就执行外交保护的效果进行某种程度的讨论，能否充分涵盖外交保护这一专题。特别报告员也许应在以后的报告中涉及该专题的这一方面。

34. 关于第12和第13条，他几乎毫无保留地同意布朗利先生和加亚先生发表的意见。在他先前有机会就此发表见解之时，他没法理解特别报告员为什么那样着迷外交保护规则属于程序性还是实质性的问题。他可以理解罗伯特·阿戈先生为什么在原来国家责任专题下关注这一问题：对阿戈而言，问题的关键是国际不法行为在什么时刻发生。但是，阿戈在摩洛哥磷酸盐案的立场显然有偏见，因此，

必须说，那些立场是站不住脚的。尽管如此，用那种言辞来表达该问题也是合乎逻辑的。然而，如果单纯从外交保护的角度看，该问题就似乎失去了相关性；在这里，他赞同施威申伯格的观点，认为该区分纯粹是理论上的。¹⁴这里的假设条件是，已经犯下了国际不法行为；唯一需考虑的问题就是，在个人受到伤害时，按照什么条件——以及按照什么程序——才能要求获得赔偿；因为如果没有发生国际不法行为，就不会提出外交保护问题。

35. 从这一角度来看，该问题并不复杂：外交保护乃是某国据以履行国际责任的一种程序；用尽当地补救办法则是实施该程序的一项前提条件；它到底是实质性规则还是程序性规则，实在无关紧要。该论点不仅从特别报告员上一届会议期间提出的条款草案第10条中得到体现，¹⁵而且也体现在第二次报告第37段所引述的、1930年在海牙举行的国际法编纂会议筹备委员会于1929年通过的出色案文之中。¹⁶这也是上一届会议通过的有关国家对国际不法行为的责任的条款第44条(b)项所采取的立场。另一方面，他无法理解，在第二次报告第43段所引述的提交国际法协会的条款草案¹⁷中，在“先决条件”一词之前加上“程序性”这个形容词作为定语，究竟有什么作用。

36. 因此，他不得不十分遗憾地说，他认为第12和第13条毫无价值。第10条用明确词语表述的，还有第11条较含混地表述的意思，都是人们公认的而且在1929年就已明确阐明的的问题，亦即“一国对某一外侨所遭受的损害，在该国按照国际法用尽一切可以利用的当地补救办法之前，不得就其损害的赔偿援引该国家责任”。¹⁸这是正确的，同时也是充分的表述。再说一遍，必须是在外交保护问题提

¹⁴ G. 施威申伯格，《国际法》，第3版（伦敦，史蒂文斯出版社，1957年），第一卷，第611页。

¹⁵ 见《2001年……年鉴》，第二卷（第二部分），第七章。

¹⁶ 见国际联盟，编撰国际法会议，《筹备委员会编制的会议讨论基础》，（C.75.M.69.1929.V号文件），第16页；转载于《1956年……年鉴》[英]，第二卷，A/CN.4/96号文件，附件2，讨论基础第27条，第225页。

¹⁷ 见上文脚注9。

¹⁸ 编撰国家法会议第三委员会一读通过的条款案文（1930年，海牙）（C.351(c)M.145(c).1930.V号文件）；转载于《1956年……年鉴》[英]，第二卷，A/CN.4/96号文件，附件3，第4条，第225页。

起之前发生了定义上的国际不法行为。假如一国可以根据其国内法对所受损害作出赔偿，那么必须使之有可能作出赔偿。这一主旨亦即用尽国内补救办法规则的存在理由。从事实和历史角度来看，布朗利先生的论述都是正确的，但国家必须首先给予机会，使之得以作出应有的赔偿。而如果由于得不到补救办法而产生了责任，不用说，这意味着并无可用尽的补救办法，这种情况已在第14条中涉及。但第12和第13条无论对何种情况都是无用的。

37. 这并不意味着他不同意特别报告员所采取的方法的实质。如同后者一样，他主张采取“第三种办法”，关于这一论点，他将举例加以说明，但有别于特别报告员所举的示例，尤其是他不完全认同其所举的种族隔离的例子，他觉得该示例举得并不恰当。对于种族隔离这种情况，并不清楚国家可能对受害者行使何种外交保护的权力。这里，还可以举出两个更好的示例来说明第12条或者第13条是没有必要的。

38. 第一个例子是：A国将B国某一国民的财产收归国有，而没有给予国家补偿，这一行为显然违反了当代的实在国际法规则。依照关于国家责任的条款第1和第2条，这显然引发了A国的国家责任；但它可以对其损害后果作出赔偿；而在用尽当地补救办法之前，B国并不能行使其外交保护。这一点已在第10条中阐明，因此，第12条或者第13条均无必要。

39. 第二个例子是：D国的一个国民向C国法院提出诉状，诉状涉及对其本人以及对C国国民的征税额。在该案中，并没有违反任何国际法规则。但是，C国的所有法院，包括最高法院在内，拒绝受理该D国国民的请求，理由是，应缴纳税金的外国人无权提出申诉。这就可能构成不合法的歧视，而该国最高法院的终审判决引发了对国际不法行为的国家责任。尽管如此，并不会产生用尽当地补救办法的问题——国内补救办法要么不可能，要么注定不奏效。在这种情况下，第14条的规则将适用，这里再一次说明，第12和第13条均无用处。事实上，找不出任何设想情况能用得上这两项条文。第10条涵盖了第一种情况，第14条涵盖了另一种情况，不存在任何介于两者之间的情况。

40. 第 12 条的措辞也成问题。他已经对“程序性”这个词语提出过反对意见，更为严重的问题是，某一违反当地法律的行为，它自身怎么能够构成国际不法行为呢？这似乎在精神和文字上都与关于国家对国际不法行为的责任的条文相矛盾，特别是与第 3 条相矛盾。

41. 但是，他针对第 12 和第 13 条的保留意见与文字措辞无关（文字措辞是可以修正的），该保留所涉及的是这两条的作用。他认为，这两项条文并无任何作用。因此，他很遗憾，如同加亚先生和布朗利先生一样，他不能支持特别报告员提出的将第 12 和第 13 条提交起草委员会的建议，尤其应该注意的是，第二次报告中评述这两项条文的某些段落无疑可以合并到有关第 10、第 11 和第 14 条的评述之中。

42. 辛马先生提请佩莱先生澄清其关于外交保护的效果还需要再加以讨论的说法。

43. 佩莱先生说，也许应更多地思考某一国家到底应从何时开始行使其外交保护的问题。一国对具有双重国籍的某人行使了外交保护，这是否影响到该人作为其国民的另一国行使外交保护呢？如果某一自然人或法人能够得到直接的国际补救，那么，行使外交保护，假定有可能行使的话，是否妨碍他利用直接诉诸国际法的渠道；或者，反过来说，向某一国际机构申请救助是否妨碍该国行使外交保护？

44. 主席说，辛马先生和佩莱先生似乎在启动外交保护过程的正式规定方面有不同意见。有没有一个界限，一旦越过便自动产生后果，或者说，有没有灰色地带，使得两个国家都能最终寻求到外交保护？

45. 佩莱先生说，并没有真正的分歧，但主席说得很对，问题在于需要确定某一国家启动行使外交保护的时间，而且，很可能存在着某些灰色地带。下一个问题是确定某一国行使外交保护时会发生什么事：会不会有任何别的后果，而不是启动赔偿机制？例如，它是否妨碍在国际上采取某些行动？还有，一旦确定了时间，事情是不是就完了？

在他看来，答案是否定的，正是在这一点上，他想要说服特别报告员。

46. 庞布－齐文达先生说，佩莱先生关于外交保护的效果的论点引发了国家是否对行使外交保护拥有自由裁量权的问题。国家能不能自行决定何时开始采取国际行动，或者只能根据法律来做？佩莱先生的言论也回应了辛马先生所提出的关注，即一旦正常发出通知，所涉机制如何运作？谁被卷入，谁又被排除在外？

47. 奥佩蒂·巴丹先生说，应当考虑，如果某人拥有多国国籍因而有多个保护来源，但只有一个国家行使外交保护，那么，在此情况下，作为程序法一部分的一般预防原则是否适用？可以肯定地说，按照国内法来规范行动而且最初受理此事、始终为之努力不懈的机构引以作为依据的该项原则，在国际法中也同样适用。

48. 佩莱先生说，他的见解可以用下述示例加以说明：假定某人具有双重国籍，既是乌拉圭人，也是法国人，他遭受到加蓬的伤害。乌拉圭领先一步，先于法国行使了外交保护。这会不会妨碍法国也有权行使自己的外交保护呢？

49. 布朗利先生说，关于保护的方式方法问题，仍有很多机会开展辩论，也许应该在委员会的长期方案范围内讨论这个问题。特别报告员的这一专题已经相当复杂，如果再增加一些更困难的问题，也不是个好办法。至于预防原则，各国常常行使所谓的预见性外交保护：它们告知另一些国家，如果具备某些条件，它们也许认为有必要为其国民的利益行使外交保护，因他们的利益似乎受到东道国的威胁。

50. 辛马先生提到第三次报告第 16 段，特别报告员在该段中列举了他反对将之列入条款草案的一些事项。他说，他本人并不同意将那些事项排除在外。第一个事项是国际组织对其官员的职能保护。他同意加亚先生的意见，认为这是另外一个主题，但它与外交保护有关，如同国际法院在伤害赔偿案表明的那样。职能保护与外交保护之间的关系应予仔细研究，也许很有必要在条款草案中对职能保护问题有所表述。

51. 特别报告员的观点似乎肯定属于一般性和传统性的, 把外交保护看作是去除一切新事物的纯正事物, 而他并不确信这一观点是适宜的。例如, 特别报告员想要从条款草案中排除凡提及船舶或飞机国籍国代表其船员或机组人员提出主张的权力的文字。加亚先生已经提请注意国际海洋法法庭审理的“赛加羚羊号”轮案(第2号)。他自己想要援引第14条(c)项, 其中规定, 如果受害者个人与被告国之间没有自愿联系, 则无需用尽补救办法。委员会在第五十三届会议上通过的防止危险活动造成的跨界损害的条款草案¹⁹列入了一项平等机会的条款。他认为, 这意味着, 一个与乌克兰没有自愿联系的人如受到切尔诺贝利类似事件的伤害, 只要乌克兰一视同仁地对所有由于该事件的越境污染而遭受伤害的各国国民提供补救, 就可以得益于乌克兰的国内补救办法。这是一个十分典型的问题, 将来有可能越来越多地发生此类事件, 包括与国际恐怖主义有关的事件, 然而这在其报告内并未提及。

52. 特别报告员在其中列举的第三点是想要排除某一国根据他国的授权而对其他国家国民行使外交保护的情况, 这种情况显然需要在草案内涉及。他想像不出还有另外的问题比这一事项更值得真正成为委员会有关外交保护工作的一部分。关于第四点, 即某国家或国际组织管理或控制某一领土的情况, 他同意加亚先生和佩莱先生所说的意见, 即必须明确区分下列两种情况: 一是某一国际组织管理某一领土, 这有点类似于职能保护, 因此, 目前应暂不讨论, 另一种情况是某国家管理并非属于它的领土, 这可能产生外交保护问题, 对于这一情况, 应当进一步加以研究。

53. 坎迪奥蒂先生说, 委员会一直采取一般性方式来处理这一专题, 侧重于国籍规则和用尽国内补救办法规则, 可是, 他似乎记得, 在讨论开始时就曾经提到“洁手”理论。那么, 这要不要在条款草案中提到, 或将其排除, 以便确定委员会的编纂工作要深入到何种程度?

54. 通卡先生联系辛马先生所举切尔诺贝利事件的示例说, 就外交保护的事例而言, 有一个基本

的推定, 那就是发生了违反国际法的行为。但是, 切尔诺贝利事件造成的损害是由于合法活动而引起的。辛马先生还提到关于防止越境伤害的条款草案, 但那些条文所涉及的活动并不是国际法所禁止的, 其目的在于处理此种活动可能产生的风险。

55. 佩莱先生说, 他的印象是, 辛马先生举出切尔诺贝利事件更多地是一个理论问题, 他询问如果乌克兰没有向外侨提供国内补救, 是否构成违反国际法。切尔诺贝利事件是一个相当复杂的当代问题, 有可能乌克兰方面违反了其预防义务。

56. 辛马先生说, 他的意思是, 国际法的相邻领域也许与外交保护主题有相关性。例如, 一旦发生越境污染, 如果当地居民可以得到补救, 而外侨得不到补救, 这就与外交保护这一专题有关系, 特别是与第14条(c)项相关。如果外侨可以获得当地补救, 但假如外侨不去利用, 而由其国籍国为他们行使外交保护, 毗邻国也许会抱怨说, 它已提供了一切必要的地方补救办法, 可是没有任何人向其法院提出要求。

57. 杜加尔德先生(特别报告员)对以上各位的发言提供初步的回答并希望激发进一步的辩论, 而且感谢加亚先生把他的报告称之为有创新性的报告。另一方面, 辛马先生似乎觉得他采取了一种高度传统性和正统性的观点。加亚先生建议, 要从条款草案中排除的那些事项可以在评注中提及, 对此他完全同意。

58. 各位委员也许记得, 他在第三次报告第16段(c)项中提到的授权行使外交保护的问题, 在持续国籍的问题中已部分地涉及到, 而一种意见认为, 此事应在第9条中更充分地涉及。他同意这一看法, 正因为如此, 他并不专注于在第14条下进行更全面的讨论。“洁手”理论将放在第5条内, 可能的话放在该条的评注中处理: 将会提到, 只有当某国国民是有诚信的国民时, 该国才能提出主张。

59. 佩莱先生表示有点惊奇, 认为拒绝司法的问题又抬头了。他本人的看法是, 凡属外交保护范围之内的问题, 尤其从传统观点看应列入该范围的问题, 都必须加以考虑。在目前阶段, 他不主张加入一条关于拒绝司法的条文, 理由就不说了, 佩莱

¹⁹ 《2001年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第166页, 第97段。

先生刚才已提出过。然而，拒绝司法和卡尔沃条款在外交保护的演变过程中，特别是在拉丁美洲，具有突出的地位，委员会中来自该区域的几位委员不止一次地提过该问题。委员会必须对是否列入该项主题作出决定，这就是他重新提起这一问题的原因所在。

60. 关于当地补救办法规则是实质性还是程序性规则的争论，与布朗利先生的建议一样，他并不特别专注于这一区别，尽管他觉得这很有意思，但他同意布朗利先生的观点，认为这不是研究外交保护问题的总框架。然而，如同布朗利先生指出的，人们不能完全避开用尽当地补救办法的问题，这有多种原因。此问题凸显在委员会第五十二届会议一读暂时通过的、²⁰由阿戈提出的关于国家责任的条款草案第一部分中，特别是凸显在其第22条以及有关当地补救办法规则的所有文字之中。它具有实际影响。在摩洛哥磷酸盐案中，法院关注的是国际不法行为何时发生。在求偿人国籍方面也提出这一问题，因为受害外侨在伤害发生时必须是所涉国家的国民。伤害何时发生，在犯下违法行为之时，或者是用尽当地补救办法之时？放弃权利引发困难，对此，加亚先生提出了一种当然值得考虑的论点。

61. 他可以同意，第12和第13条的措辞不太好，但委员会不能完全抛开用尽当地补救办法问题。它必须决定，在那种情况下，国际责任何时产生。他促请各位委员在辩论中谈到这一事项。

62. 布朗利先生说，特别报告员并没有足够仔细地思考他所提出的批评意见。对于程序性或实质性的区别，他的意见并不是不要做出这一区分，而是说这一点并不是正确研究外交保护的基础。特别报告员完全没有谈到他曾经提出的政策问题，或者谈到他提出的三种理由，而这些正是他的论点所在。

63. 杜加尔德先生（特别报告员）提醒说，他刚才宣布，他只是对迄今开展的讨论作出一个初步的、临时的答复，目的是促进进一步开展辩论。他

并不是想谈到已经提出的所有重要论点，不过，他肯定会在以后的会议上这样做。

本届会议的工作安排（续）

[议程项目 2]

64. 山田中正先生（起草委员会主席）宣布，考虑到各位委员的愿望以及有必要公平地安排各区域、各语种的代表名额，已作出决定，审议外交保护专题的起草委员会由下列委员组成：布朗利先生、坎迪奥蒂先生、池先生、科米萨里奥·阿丰索先生、达乌迪先生、加亚先生、加利茨基先生、蒙塔兹先生、罗德里格斯·塞德尼奥先生、罗森斯托克先生、辛马先生、薛女士、杜加尔德先生（特别报告员）和库兹涅佐夫先生（专职报告员）。委员会中所有未被任命进入起草委员会的各位委员都可以出席起草委员会会议，但不得在会议的议事过程中参与意见。

下午 1 时散会。

第 2713 次会议

2002 年 5 月 1 日，星期三，上午 10 时

主席：罗伯特·罗森斯托克先生

出席：阿多先生、阿里-马里先生、巴埃纳·苏亚雷斯先生、布朗利先生、坎迪奥蒂先生、池先生、科米萨里奥·阿丰索先生、达乌迪先生、杜加尔德先生、埃斯卡拉梅亚女士、丰巴先生、加亚先生、加利茨基先生、卡巴齐先生、卡特卡先生、卡米沙先生、库兹涅佐夫先生、曼斯菲尔德先生、蒙塔兹先生、尼豪斯先生、奥佩蒂·巴丹先生、庞布-齐文达先生、佩莱先生、罗德里格斯·塞德尼奥先生、辛马先生、通卡先生、薛女士、山田先生。

²⁰ 《1980年……年鉴》，第二卷（第二部分），第17-34段。

外交保护¹（续）

（A/CN.4/514；² A/CN.4/521, C 节；A/CN.4/523 和 Add.1；³ A/CN.4/L.613 和 Rev.1）

[议程项目 4]

特别报告员的第二和第三次报告（续）

1. 辛马先生说，他要谈的问题有两个已在上次会议上提出：即“洁手”规则和预防概念。第三个问题涉及条款草案第12和第13条。

2. 坎迪奥蒂先生提到的“洁手”规则同外交保护的讨论完全具有相关性，但不能给予特别处理。这一问题也在审议国家责任专题过程中提出过，就是说，在列举出排除不法性的各种情形时是否应在其中提到“洁手”规则。委员会已决定，虽然“洁手”规则显然应予考虑，但肯定不能构成可排除不法性的一种情形。就有关外交保护的讨论而言，问题是要决定必须对谁适用该规则。它可以是国籍国，也可以是不法行为国，在此情况下，将交由当地法院处理。对委员会而言，更为相关的情况是受到了伤害的人的情况。该人并不“洁手”的事实绝不能成为剥夺其获得外交保护权利的理由。因此，“洁手”规则虽然不能弃置不理，但也并不能具体规定在条款草案之中。

3. 关于预防概念，他同意布朗利先生在上一次会议上发表的意見，布朗利先生当时谈到在严格意义上的外交保护过程以外的一些情况，亦即在施行国际不法行为之前的情况。完全有必要更详细地讨论这些情况，但应小心谨慎，不要使这种讨论引起混乱。

4. 第三点，也是最重要的一点，涉及到第12和第13条的文字措辞。在上次会议上提出批评意见

¹ 特别报告员第一次报告中提议的条款草案第1至第9条的案文，见《2000年……年鉴》，第一卷，第2617次会议，第1段。

² 见《2001年……年鉴》，第二卷（第一部分）。

³ 转载于《2002年……年鉴》，第二卷（第一部分）。

后，他试图重新拟定第12条，删除委员会几位委员认为是不必要的部分。常常听到这样一种意见：委员会不应就某个理论问题表明立场，例如用尽当地补救办法究竟是程序性问题，还是实质性问题。如果去除了有争议的成分，就是说，删除“……是一个程序性条件”这些字，那么，第12条的开头语就成为多余的，因此，可以将之改为“必须用尽当地补救办法之后，一个国家才能提出国际主张”。这样得出的案文几乎与第10条的案文完全一样，该条也规定了用尽当地补救办法的原则，只不过最后半句有所不同：“所指控的行为既违反了当地法律，也违反了国际法”。特别报告员解释说，该案文基本上来自他认为是有该专题的一项最重要的研究报告，亦即福塞特先生的研究报告，⁴其中提到三种情况。问题是，无论哪一种情况，完全删除第12条而仅仅保留第10条会不会导致产生又一个问题。

5. 就第一种情况而言，亦即由于违反国际法而不是违反国内法所引起的伤害，在该种情况下，用尽当地补救办法规则显然不能起作用。在第二种情况下，亦即由于违反国内法而不是违反国际法引起的伤害，产生了拒绝司法问题。他完全愿意考虑由委员会编纂一条有关拒绝司法的规则的可能性，但无论如何，这与用尽当地补救办法是实质性规则还是程序性规则的问题没有任何关系。他认为，第三种情况，亦即既违反国内法又违反国际法的情况，已在条款草案第10条内充分涉及。最后，他同意布朗利先生的观点，认为区分程序性规则与实质性规则的问题是不可避免的，但最好是在评注中加以处理。

6. 布朗利先生说，他对“洁手”概念的法律地位表示严重保留，它基本上不属于外交保护这个专题。委员会也许应该申明，即使认定该原则具有法律地位，它也不会影响到一个国家行使外交保护的權利。无论如何，该概念用得很少，除非有时作为一条偏见理由，因此，委员会必须采取慎重态度，不要“无意之中”使其合法化。关于区分实质与程序，他希望委员会能够得出实际的成果，如果特别报告员愿意重新估量这一区分的重要性，委员会最好还是采纳辛马先生提出的切合实际的建议。

⁴ 见第2712次会议，脚注11。

7. 主席以委员会委员的身份发言说，他希望委员会现在不去考虑对“洁手”规则采取什么样的立场，而是表明将暂时将其搁置起来。

8. 埃斯卡拉梅亚女士说，她认为第 12 和第 13 条是有用的，但在表述上不应当是现在这样。她原来总认为当地补救办法问题是个程序问题，但在上次会议上听了加亚先生的论述，而且阅读了有关该专题的一些材料之后，她承认，以用尽当地补救办法作为实质性条件的观点是对的，它有助于防止不公平的后果，例如，国籍发生改变，从而限制了原告国为其国民进行干预的可能性，而这种国籍的改变完全不是自愿的。假如委员会认定在引起伤害之时就引发了提出主张的权利，其结果不一定是公正的。然而，第 12 和第 13 条必须回答的主要问题是什么时候开始可以提出主张。也许可以说，提出主张的权利通常始于不法行为发生之时，但也有例外的情况。如果用这样的文字措辞，那么，第 12 和第 13 条就不会是第 10 条的重复。她同意，预防是个重要问题，但必须谨慎处理，因为有些行为也许是在犯下不法行为之前发生的，但却不一定属于外交保护的范畴。

9. 佩莱先生说，他觉得预防概念引起了混乱。外交保护只有在引起伤害之后才发生，那还预防什么呢？防止外交保护毫无意义，而防止发生不法行为根本不属于目前讨论的范围。在讨论外交保护的过程中居然谈到预防，这使他感到惊奇，因为它同这个主题沾不上边。然而，就“洁手”规则而言，他不同意布朗利先生的说法，他认为提出该问题是与外交保护相关的。对其行使外交保护的人是否“洁手”，这个问题不容忽视，无论由此得出什么结论，重要的是要提出这个问题。因此，特别报告员应当向委员会提供有关该事项的进一步信息，因为这一事项要比拒绝司法远远重要得多，而且，它与目前审议的专题直接相关。

10. 加亚先生在谈到福塞特研究报告中提及的几种可能性时说，区分根据国内法可得到的补救与根据国际法可得到的补救，反映了一种二元论的观点，这有可能导致一场理论争辩，不必要地使问题复杂化；这也是应当删去第 12 条的一个理由。

11. 杜加尔德先生（特别报告员）说，他不主张就“洁手”规则展开辩论。“洁手”原则也许关系

到受害人的行为，也许关系到原告国或被告国；因此，很难拟定一条适用于所有情况的规则。他希望没有必要将某些委员的发言理解为是建议他就该问题拟定一条一般规则，因为该事项最好是放在评注中处理。

12. 辛马先生说，他觉得出现了某种误解。无论是坎迪奥蒂先生在上次会议的发言还是他自己在本次会议上的发言，都不是想要建议特别报告员草拟出一条条款草案；他们只是说，这个问题与外交保护事项确有相关性，应当在评注中提及。

13. 薛女士说，第 12 和第 13 条中有关用尽当地补救办法的三种假设或许在理论上是合理的，但都没有什么实际价值；真正的问题是要求受害人在多大程度上用尽其可以利用的补救办法。这在第 14 条中得到了反应。区分条件要求与实质要求会使委员会的工作任务大大复杂化，因为它将需要仔细审议应予用尽的补救措施。最好是说：不能在当地一级获得解决的国际不法行为，则应在国际一级加以解决。第 14 条很清楚地表明了适用用尽当地补救办法规则的例外情况。在该种情况下，所达成的理解就是，受害人所要仰仗的国内法，应该既包括国内法，也包括该国已成为缔约方的各项国际法律（各项公约或习惯法）。因此，就是违反国际法行为的发生也不会使国籍国立即有权把案件提到国际层面，因而受害人必须首先用尽当地补救办法。这是对于整个事项切合实际的处理方法，因为无论把它定为实质性还是程序性条件，十分明确的问题是，一个国家必须首先用尽当地补救办法，然后才可以提出国际要求。

14. 佩莱先生说，他认为，特别报告员不应当对“洁手”问题作出全面研究，尤其不应如同委员会某些委员那样作出过分渲染的解释。特别是有人还提出对某一国际不法行为负有责任的国家是否“洁手”的问题；不用说，它必定是“不洁手”，因为它犯下了国际不法行为。然而，完全可以提出这样的问题：受害人自己曾犯下了某种国际不法行为，或者使自己处于被指控“不洁手”的境地，这种情况是否妨碍行使外交保护？这个问题是绝对相关的，他认为特别报告员没有理由对此置之不顾。

15. 关于第12和第13条,如同埃斯卡拉梅亚女士指出的,问题是有没有一项一般规则,另一方面是有没有例外情况。事实上,已经有了一项一般规则,这就是用尽当地补救办法规则,而且也有一些情况的确如此,这项规则并不是强制性的。如果在获得补救方面发生了不能行使权利之事,而且构成了国际不法行为,显然不可能适用该项规则。此种情况应看作是例外情况,但它印证了一个事实:第12和第13条确实没有必要。

16. 辛马先生说,他想,他就是佩莱先生所说的过分渲染了“洁手”概念的委员之一。在这方面,他提到一种情况,即某一居留国被指控侵犯了某一外侨的权利,因而引发了外交保护这种情况,但他只不过想要在讨论删除之前想象出所有可能的情形。实际上,他已经按照佩莱先生所提出的理由消除了所涉的情况。他为刚才采取了条顿式说理方法表示道歉。

17. 杜加尔德先生(特别报告员)说,冒着使佩莱先生失望的风险,他在写出了涉及到卡尔沃条款的报告后又写了一个增编,举出了一个“不洁手”的示例,谈到某人同政府签订契约,承诺遵守有关当地补救的法律,但后来并没有试图用尽那些补救办法,就立即把问题提交到国际一级,请求本国政府给予外交保护。该问题将在适当时候讨论,它无疑是需要仔细审议“不洁手”理论和外交保护的一种重要情形。

18. 丰巴先生首先是作一般性的评述。他说,委员会会议的重新召开对于新委员而言是一个探讨时期。因此,它应当力图确保使他们做好准备,尽可能提前发出通知,使他们知道首先要辩论什么专题,并给他们分发有关文件,说明每个专题的进展情况。他感谢特别报告员在其关于外交保护的第三次报告(A/CN.4/523和Add.1)的导言中简明扼要地总结了目前有关这一专题的研究情况。从该摘要中,人们得以知道,委员会分别在1997年和1998年第四十九届会议和第五十届会议期间设立了两个工作组,其提交的报告⁵已得到委员会的赞同。也许应当分发那些报告,因其深入探讨了这一专题的来

龙去脉并使人们了解了其演变过程。它还会有助于人们了解特别报告员如何看待和处理这些工作组提出的结论和建议。就他本人而言,他总体上同意委员会第五十届会议建立的工作组对这一专题所采取的且经委员会核可的做法,该情况在第三次报告第4段(a)至(d)分段作了描述。关于将条款草案第9、第10和第11条提交起草委员会一事,这将有助于使这些条款草案案文可加以利用,并对就这些案文进行的辩论提供汇总情况。

19. 特别报告员采取的请求委员会依据所采纳的标准在不同规则之间进行选择的做法颇具竞争性,在关于编撰和逐渐发展方面产生了委员会的法定职责问题,也产生了各种麻烦。此外,尽管特别报告员曾经说过他并不寻求强加任何一项解决办法,但它必须努力使委员会确信所建议的任何解决办法具有相关性和技术完善性。他满意地注意到,为了协助委员会,特别报告员为报告撰写了一个解释性章节,提及了各项规则及其变异,并附有相关的判例。这一办法应协助委员会委员做出决定。

20. 关于条款草案的未来方向,他认为至关重要的,就是要阐明国际不法行为、由国际不法行为产生的国际责任以及履行该责任之间的辩证联系,正如佩莱先生在上一次会议上阐述的那样。像佩莱先生一样,他认为“求偿人国籍”的提法从讲法语的法律学者的观点来说是不正确的。

21. 用尽当地补救办法规则有时被称为实质性条件,有时被称为程序性条件。这引起了激烈的争论,但这不应让人们忽略实质性目标:即规则应该是适用的,所建议的解决办法应该得到尽可能广泛的接受。所出现的困难或许在于通过将规则仅仅视为一项条件,而没有进一步的限定,换句话说,通过一项较为中性的提法,从而实行规避。至于拒绝司法,它作为用尽当地补救办法规则的重要表现之一是有利的,但重要的是要牢记,正如佩莱先生指出的那样,委员会并没有设想明确地提及拒绝司法。如果该草案的范围进一步扩大,同样应以一种中性的方式处理。

22. 主要规则与次要规则之间的区别也要求采取一种实际而灵活的办法。至于卡尔沃条款,它显然提出了一个超出法律问题以外的问题,应该对其

⁵ 见《1997年……年鉴》,第二卷(第二部分),第171段,以及《1998年……年鉴》,第二卷(第二部分),第108段。

进行研究，但是应该从一种全面的角度，在放弃外交保护问题的全面方法范围内进行研究。关于保护法人公司的问题，他支持特别报告员的建议，认为应该为此设立一个小型工作组。

23. 几项其他专题，包括职能保护和一国际组织控制某一领土，都关系到国际组织的责任。他的看法是，这些事项不应当混合到一起，而应当把它们与该总问题相关的事项归并分类，然后加以澄清。也许还应考虑在第三次报告第16段中提到的主题以及另外一些主题，例如委托行使保护权利或者行使外交保护的后果。

24. 最后，关于第12和第13条，他完全支持佩莱先生的意见，理由如同后者所精辟论述过的那样。因此，如果多数人都主张将这两项条文提交起草委员会，他自然也会站到多数人这一边。

25. 布朗利先生说，他饶有兴趣地聆听了丰巴先生刚才所作的“环游”式精彩发言，然而，其中有一点是他所不能同意的，那就是，委员会有关外交保护的工作应当与有关拒绝司法的某些研究结合在一起。他有时候都感到委员会有自杀倾向。拒绝司法是实体法的一部分，属于更大的称之为外侨待遇的主题。它与外交保护绝无关系。只不过，在外侨与法院打交道时，有时会发生拒绝司法之事，而这种事情的发生并不属于涉及诉诸当地补救办法方面的任何情况。每当一个自然人或道德人自愿地利用某一国家的国家法院时，都可能发生这种事。因此，似乎完全没有必要讨论拒绝司法这一主题。这样做完全是不符合逻辑的，而且会使委员会陷入极大的麻烦。他很不理解为什么有些委员竟然持有相反的看法。

26. 奥佩蒂·巴丹先生说，拒绝司法的问题触及一个实质性问题，关键是它在实际上涉及外国人和本国人在利用司法系统方面的平等待遇。该主题在国际私法中被广泛涉及，特别是在美洲一级，已经存在有涉及这一主题的公约，例如《关于国际私法的蒙得维的亚条约》的两项附加议定书，其中就规定了外侨与本国国民一样有权获得同样的补救——这一权利在近年另外一些法律案中均予重申。他觉得很难完全忽视拒绝司法问题，它有可能是引起行使外交保护的一种情况。

27. 曼斯菲尔德先生说，尽管他是位独立专家的身份参加会议，但他觉得，他也许可以向与会各位传递一个偏远小国的观点。他觉得下面所说的事实毫不奇怪，那就是，尽管在该专题上的学说和判例十分丰富，但正如特别报告员指出的那样，其大部分是不连贯或充满矛盾的，因每个国家的实践都受到许许多多因素的影响，例如行使外交保护在当时对于其与其他有关国家的关系可能产生的影响，引起伤害的严重程度，以及公众对该案件的关注程度等——所有这些考虑因素对于小国家来说都是严重的问题。尽管编纂工作仍然是有用的，但在实践方面不大可能变得完全一致。因此，他同意特别报告员的意见，尽管有必要在两项竞合规则之间做出选择，但该项工作不能仅仅以权威性为依据，还应考虑到当代国际社会某一规则的公平合理性。

28. 关于条款草案的范围，出于一些实际理由，他觉得还是不要过分扩大范围为好，尽管或许有与其他需要编撰领域的联系。国际组织对其官员行使职能保护的问题，对于其国民受雇于国际组织的小国家而言是利益相关的，因为，如果获得保护的可能性仅仅仰仗于国籍国的话，就会在这些官员之间产生不平等待遇的问题。然而，此事应作为单独一项专题处理。已提到的另一专题是在另一国授权下行使外交保护，这一问题从表面看对于小国家是具有意义的，似应将其列入条款草案。然而，经过仔细考虑，他认为，一个国家可能愿意对不大有能力保护其国民的另一国家伸出援手，给予各种形式的援助，但在大多数情况下，在授权下提出正式主张时这种援助会突然停止。基于这一理由，他同意特别报告员的观点，没有必要在条款草案中涉及该事项。

29. 关于第12和第13条，有关这一主题的大量书面论述往往模糊了用尽当地补救办法规则的各项理由，而这些理由是重要的，应当放在评注中。与此同时，他还认为有必要确定它是实质性问题还是程序性问题。在他看来，第二次报告(A/CN.4/514)第32段中所述的第三种立场最为令人满意。他认为，在目前阶段是否必须就此作出决定的问题取决于是否产生实际结果。在这方面，他提请注意第二次报告第33段中提出的示例，亦即在没有用尽当地补救办法情况下作出宣告性裁决的影响。这再次说

明，在某些情况下，从小国的角度看，用尽当地补救办法并非一种切实可行的办法，因为例如采取这一程序的费用高昂。在没有用尽补救办法的情况下获得宣告性裁决，也许确是一种颇为重要的满足，它在事实上导致实际的改变。然而，如果用尽当地补救办法规则被定性为实质性规则，则该种可能性会被排除。就他个人而言，他赞成第三种立场，认为第12和第13条应予保留，尽管在文字措辞上也许还需要重新草拟。

30. 通卡先生祝贺特别报告员决定在现已开始的五年期内完成关于外交保护专题的工作。

31. 尽管有现成的不同案文，但面临的问题不是在竞合规则之中作出选择，而是要在这一习惯性法规则的不同解释之中作出选择。委员会的工作是针对该项规则提出案文建议，然后由各国认可，或不予认可，或随后提议新的规则。

32. 他认为没有必要深入讨论国际组织对其官员行使职能保护这一专题。

33. 关于第12和第13条，讨论一下用尽当地补救办法规则究竟是程序性的，还是实质性的，这很有意思，但应当想到，这种区分在另一场合已经初步作出，也就是说，在确定不法行为何时发生的问题时就已作出这种区分。为了实现协调一致，他提议委员会遵循上届会议所采取的方法，亦即在讨论关于国家对国际不法行为的责任条款草案第44条“主张的可受理性”时所采取的方法。⁶

34. 他赞同这样的看法：即与第10条相比较，第12条的贡献不大，但他仍同意将之提交起草委员会，请起草委员会结合第10条加以审议。但是，第13条却不能列入草案之内，因它涉及的情况是由于违反国内法而造成的伤害。无论如何，为使外交保护发挥作用，必须是发生了违反国际法的行为。因此，第13条应当从案文中删去。

35. 杜加尔德先生（特别报告员）介绍他所提出的第三次报告时说，他准备在本次会议上仅谈及

第14条(a)、(e)和(f)项。然而，有关第12和第13条的辩论仍可继续，他将在稍后阶段就这两项条文提出最后评论，看看是否应将其提交起草委员会。

36. 第14条是一项统括条款，用以处理用尽当地补救办法规则的例外情况。该条款对委员会和第六委员会在最近几届会议上对拟订的第10条提出的批评意见作出了回应，采纳了以下观点：只有一切现有的适当而有效的当地法律补救办法才必须予以用尽。他很愿意采纳这一意见，但必须以一项单独条款专门处理当地补救办法无效或徒劳的情况。其主要理由是，如同第15条中所述，被告国和原告国都应承担举证责任。前者必须证明当地补救办法的确存在，后者则必须证明当地补救办法是徒劳的或无效的。尽管一读通过的关于国家责任的条款草案第22条只要求用尽“有效的”补救办法，⁷但他认为“无效”这一通称含义过于模糊，应予舍弃。他根据司法判决和文献提出三项检验标准，以便委员会据以确定何种当地补救办法才是“无效的”。当地补救办法如显属徒劳、没有合理的成功机会或没有提供获得有效补救办法的合理可能性则是无效的。拒绝司法与当地补救办法规则的许多特点有密不可分的联系，包括其与无效性的联系在内，可以说是属于次要性质。他将在第三次报告的一份增编中考虑拒绝司法在本条款草案中的地位，因此，他期待着委员会各位委员就这一主题发表意见。

37. 第一项检验标准，即显属徒劳的标准，要求当地补救办法的徒劳属性显而易见，受到一些著述者和国际法院审理西电公司案的法官的批评，认为它过于严格。第二项检验标准要求原告只须证明当地补救办法“没有合理的成功机会”，这又被认为是软弱无力。第三项检验标准是前面两者的综合，要求证明当地补救办法“没有提供获得有效补救办法的合理可能性”，他认为这项办法应该为首选办法。

38. 为了支持这一立场，他引述了当地补救办法被认为无效或徒劳的若干情形：当地法院对争端没有管辖权，例如由常设国际法院审理的帕涅韦兹斯-萨尔杜提斯基铁路案（该报告第38段）；当地

⁶ 见第2712次会议，脚注13。

⁷ 同上，脚注7。

法院必须适用有争议的本国法规，例如没收财产的法规（该报告第 40 段）；当地法院缺乏独立性已是众所周知的事实（罗伯特·布朗索赔案，该报告第 41 段）；有一贯的、对外侨不利的既定先例（该报告第 42 段）；以及被告国没有适当的司法保护制度（该报告第 44 段）。这些示例都使人们有理由支持第三项检验标准，即要求法院认真审议案件的具体情况，包括被告国司法系统的独立性如何，当地法院是否能保证公平审判以及有无对受害外侨不利的先例。因此，委员会应当选择第三项检验标准。

39. 第 14 条 (e) 项规定在不当地拖延提供当地补救办法的责任在被告国一方这种情况下，无需用尽当地补救办法。这一观点在多项编纂努力、人权文书和司法判决中均予确认，例如埃尔奥罗矿业公司案与工商业投资公司案（该报告第 97 段）。尽管如此，用尽当地补救办法的该项例外规定还是难以适用于一些复杂案件，尤其是涉及公司实体的案件。这一例外也许可纳入第 14 条 (a) 项所载的例外，但它应当作为一单独条款保留下来，使人们得以作为一种手段，提醒被告国注意，不要不适当地拖延在其国内的诉讼。

40. 最后，第 14 条 (f) 项规定，如果被告国阻止受害人接触被告国国内提供当地补救办法的有关机构，在这种情况下，无需用尽当地补救办法。这一规定切合当代情况。被告国以不能保证国家安全为理由或拒发入境签证来阻止受害外侨向其国内法院申诉是常有的事。一些人权判例确证了这一主张。

41. 他期待着听到委员会各位委员对此发表意见。

42. 佩莱先生提问为什么采取分拆方式来介绍第 14 条，而且完全不提及第 15 条（举证责任），而第 15 条无论如何并非与第 14 条 (a)、(e) 和 (f) 项无关。他自己如果评论这些条款时是不可能不提及第 15 条的。

43. 杜加尔德先生（特别报告员）说，他认为他选择的处理方法是最好的。第 14 条 (a)、(e) 和 (f) 项涉及的事项（徒劳、不当拖延和不给予诉讼权）有别于第 14 条 (b)、(c) 和 (d) 项涉及的那些事项（放弃要求和禁止反言，自愿联系和领土关系）。然而，

如果委员会委员等待着他首先介绍第 15 条，然而才开始这一专题的发言，那么，他可以这样做。

44. 主席说，也许最好是由特别报告员来继续介绍其报告。

45. 辛马先生说，他并不觉得以分拆方式介绍该报告有什么问题，但他同意佩莱先生的意见，认为举证责任问题同徒劳、不当拖延和阻止行使诉讼权这些问题是密切相关的。不应当人为地把第 14 条 (a)、(e) 和 (f) 项作分开处理，等到审议第 15 条时还得回头再讨论。所有这些规定应当合并审议。第 14 条 (b)、(c) 和 (d) 项与举证责任没有任何关系。

46. 杜加尔德先生（特别报告员）说，第 14 条 (b)、(c) 和 (d) 项可以同第 14 条 (a)、(e) 和 (f) 项分开审议，他准备在下次会议上介绍第 15 条。

本届会议的工作安排（续）

[议程项目 2]

47. 坎迪奥蒂先生（规划小组主席）宣布，规划小组将由下列成员组成：阿多先生、马里先生、巴埃纳·苏亚雷斯先生、布朗利先生、科米萨里奥·阿丰索先生、埃斯卡拉梅亚女士、丰巴先生、加利茨基先生、卡特卡先生、卡米沙先生、曼斯菲尔德先生、蒙塔兹先生、尼豪斯先生、奥佩蒂·巴丹先生、庞布-齐文达先生、佩莱先生、通卡先生和库兹湿佐夫先生（当然委员）。

中午 12 时 50 分散会。

第 2714 次会议

2002 年 5 月 2 日，星期四，上午 10 时

主席：罗伯特·罗森斯托克先生

出席：阿多先生、马里先生、巴埃纳·苏亚雷斯先生、布朗利先生、坎迪奥蒂先生、池先生、科米

萨里奥·阿丰索先生、达乌迪先生、杜加尔德先生、埃斯卡拉梅亚女士、丰巴先生、加亚先生、加利茨基先生、卡特卡先生、库兹涅佐夫先生、曼斯菲尔德先生、蒙塔兹先生、尼豪斯先生、奥佩蒂-巴丹先生、庞布-齐文达先生、佩莱先生、斯里尼瓦萨·拉奥先生、罗德里格斯·塞德尼奥先生、辛马先生、通卡先生、薛女士、山田先生。

悼念保罗·萨斯先生

1. 主席说，他悲痛地宣布委员会许多委员的同事和朋友保罗·萨斯先生不幸去世的消息。

应主席的邀请，各位委员默哀一分钟。

本届会议的工作安排（续）

[议程项目 2]

2. 主席宣布，副秘书长兼联合国日内瓦办事处主任谢尔盖·奥尔忠尼启则先生和负责法律事务的副秘书长兼法律顾问汉斯·科雷尔先生对委员会的工作表示祝贺。委员会规划小组在第一次会议上取得了进展，但尚未完成其工作，尤其是除国际组织的责任和国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际赔偿责任问题之外选择新增专题的工作。他鼓励委员会中未参加规划小组的委员们考虑参与选择新专题的工作，并为此研究委员会向大会提交的第五十二届会议工作报告¹附件，其中载有一系列可能的专题清单，并附有专题内容的简要说明。

外交保护²（续）

(A/CN.4/514;³ A/CN.4/521, C 节; A/CN.4/523 和 Add.1;⁴ A/CN.4/L.613 和 Rev.1)

¹ 见《2000年……年鉴》，第二卷（第二部分），附件。

² 特别报告员第一次报告中提议的条款草案第1至第9条的案文，见《2000年……年鉴》，第一卷，第2617次会议，第1段。

³ 见《2001年……年鉴》，第二卷（第一部分）。

⁴ 转载于《2002年……年鉴》，第二卷（第一部分）。

[议程项目 4]

特别报告员的第二和第三次报告（续）

3. 杜加尔德先生（特别报告员）在继续介绍其第三次报告（A/CN.4/523 和 Add.1）时说，第14条(a)、(e)和(f)项涉及徒劳或无效问题，换言之，就是不要求一国用尽当地补救办法的情况，例如，当地补救办法显然徒劳无益、没有合理的成功前景，或被告国的法庭不存在提供有效补救办法的合理可能性的情况等。委员们曾被提请考虑这三种情况，以便确定哪种情况最能体现出关于徒劳或无效的规则。他本人倾向于第三种标准。佩莱先生曾提出，由于关于举证责任的第15条与第14条(a)、(e)和(f)项是一致的，因此，最好请他介绍条款草案第15条。然而，第14条还有另外两方面尚未介绍：关于放弃问题的第14条(b)项和关于自愿联系和领域联系的第14条(c)和(d)项。这几项提出的是截然不同的问题，也许应当先暂时放一放。

4. 国际诉讼的举证责任所涉的问题是，需要证明什么以及需要由哪方来证明。这是一个难以编纂的专题，首先是因为国际法没有大部分国内法体系规定的那种详细规则；其次是因为每个案件的情况各有不同，难以确定可适用所有情况的普遍规则。然而，这个专题对用尽当地补救办法颇为重要，而且，草案必须纳入有关该专题的某些规则。从目前关于这个专题的权威论述中可以归纳出哪些规则？

5. 提出论点的一方应当承担举证责任，这是一项似已得到广泛接受，并且属于各文明国家公认法律原则之列的一般原则。他已经将此纳入了第15条第1款。他在报告第102段中援引了若干拉丁准则，为这项原则佐证，然而，他必须提醒新委员们注意，委员会中对使用拉丁提法是否恰当的问题存在分歧。

6. 然而，一般原则是不够的。委员会必须更进一步，寻求确立其他的规则。他认为另外两项原则很重要，他已将这两项原则纳入了第15条第2款。这两项原则在举证方面涉及当地补救办法是否存在，以及是否有效的问题。先前在拟编纂当地补

救办法规则时，曾刻意回避详述有关这些问题的条款。委员会第四十八届会议⁵通过的国家责任条款草案第 22 条并未涉及该事项。应注意该报告第 103 段所示柯科特为详细阐明这项原则而做出的有益尝试。⁶

7. 人权条约监测机构也对这一专题进行了一定深度的审议，而且这些机构的判例支持下述两种主张，即，被告国必须证明原告国尚未用尽某种具备的补救办法，而如果存在着补救办法，原告国必须证明这些补救办法无效，或者对当地补救办法规则可适用其他一些例外情况。然而，这些判例主要依循的是建立这些条约监测机构的文书，因此，很难说这些机构所阐述的原则是否与外交保护的普遍原则直接相关。

8. 在涉及用尽当地补救办法规则的一些主要案例的司法和仲裁决定中，有的是由法庭直接处置这个问题，有的则是由诉讼一方提出这个问题。帕涅韦兹斯—萨尔杜提斯基铁路案、芬兰船舶仲裁案、安巴蒂耶洛斯求偿案、西电公司案、1955 年 7 月 27 日空中事件案以及挪威公债案可为他概述的这些原则提供某些佐证。上述案件中律师或法庭运用的语言虽然并非一律都很明确，但可得出两项结论。第一，被告国的举证责任在于必须证明存在当地补救办法；第二，原告国的举证责任在于证明如果存在着补救办法，这些办法是无效的或还有其他一些适用的例外情况，例如，对原告国造成直接伤害的情况。

9. 然而，普遍规则难以确定，因为每一个案件的事实可能会要求有所变通。人们在这方面经常援引的挪威公债案就可以说明问题。法国曾为据称遭到挪威伤害的法国国民出面寻求赔偿。挪威承认需证明存在着当地补救办法，但又主张法国必须证实这些补救办法如其所称的那样无效。法国争辩说，立法使法国无法向挪威法庭提出投诉，而从明文规定判断可以认为诉诸当地补救办法是徒劳无益的。针对这种情况，劳特派特法官确立了在文献中相当有据可查的四项原则：原告国必须证明没有可

供采取的补救办法；如果法律字面规定剥夺私人原告使用补救办法的权利，则无需这种举证；在这种情况下，被告国必须证明，尽管表面上不存在补救办法，然而，可合理地认为存在着这种补救办法；举证责任不应过于严格。

10. 虽然，劳特派特法官提出了四项原则，但这些原则与他本人关于两项原则的假设并不相悖，因为，这些原则是在挪威公债案非同一般的情况下拟订出来的。该报告第 115 段所述 Jiménez de Aréchaga 一部学术论著⁷可以佐证上述关于两项原则的假设。因此，他基本的主张仍然是，关于当地补救办法是否存在以及是否有效，基本上存在两种规则，这两种规则已经纳于第 15 条第 2 款 (a) 项和 (b) 项。

11. 目前委员会要审议的是第 12 条、第 13 条和第 15 条以及第 14 条中有关无效、不适当的拖延和拒绝接触的部分条款。他再次请各位委员仅就上述这些条款展开评论，暂时放一放第 14 条关于放弃、自愿联系和领土联系的内容，他准备以后再介绍这些内容。

12. 蒙塔兹先生感谢特别报告员编拟了杰出的报告，各位委员很早就收到了报告，能够对报告进行仔细研究。他说，首先他想谈一谈今后工作的方向问题。特别报告员提议限制专题的范围，以期在本五年期内，完成对条款草案二读的审议工作。这是一个值得赞赏的意向，这样做可以增强委员会的信誉，然而，委员会必须避免由于走捷径而有损于这一领域国际法的演化。他认为，条款草案应当确立某些准则，指导国际组织对其官员的职能性保护，从而各国可解决由于这种保护可能引起的任何问题。在某个国际组织官员本人为国民的国家行使外交保护权时，该国际组织是否可同时行使职能性保护？在这一方面，对国家是否应赋予优先权，而国际组织也许应置于次要的地位？这些是国际法院在损害赔偿案的咨询意见中提出的问题。迄今为止这些问题仍未获得解答。

⁵ 见第 2712 次会议，脚注 7。

⁶ 同上，脚注 9。

⁷ E. Jiménez de Aréchaga, "International responsibility", *Manual of Public International Law*, M. Sørensen, ed. (伦敦, 麦克米伦出版公司, 1968 年), 第 531 页。

13. 国际法的演变特点是，越来越强烈地关注尊重人权的问题。船舶或航空器的国籍国为乘务人员索赔的权利，虽然也许不必单独编纂一项条款，但或许可在第8条评注内提及。对于在遭受某些国家的蹂躏或暴行之后交由某个国际组织管理的领土内的个人的情况也可采取这种做法。最近的一些事件为该类情况提供了实例。

14. 至于坎迪奥蒂先生所指的而布朗利和佩莱先生曾进行了引人入胜讨论的“洁手”理论，出于若干原因，他倾向于布朗利提出的理论。外侨在居住国确实有权享有正当程序，而作为交换则必须遵守法律，并尊重法律的要求，但事实仍然是，在一些情况下所涉国家国内立法可能与国际法相矛盾。在这种情况下，显然不会产生“洁手”理论。路透教授就巴塞罗那电车公司案向国际法庭提出的论点也支持布朗利先生的理论。路透提到国际索赔受理规定的异质性，并指出“洁手”理论仍待发展。此外，比利时法学家琼·萨曼，经过仔细研究索赔委员会的仲裁书和决定，于1960年代发表的一份研究报告，⁸也可以支持布朗利先生的论点。

15. 他同意一些人的看法，认为没有必要探究用尽当地补救办法问题是程序性还是实质性的。特别报告员在报告中阐明，这种区分是在编纂国家责任的法律时提出的，具体而言是在尝试确定不法国家因国际不法行为所承担责任应从何时起算时提出的。换言之，问题在于国家责任是否始于国际不法行为发生之时，与是否用尽当地补救办法无关。该问题的答案取决于究竟认为用尽当地补救办法的要求是程序性的还是实质性的。他认为，这与外交保护不相关，外交保护的基本条件在于是否存在国际不法行为。他同意佩莱先生就该问题所作的阐述。所需要的只是阐明用尽当地补救办法规则即可，这种规则正如特别报告员所指出的，所适用的是某种违反国内法的行为对某一外侨造成伤害的情况。在这种情况下，用尽当地补救办法与否无疑是实质性问题而不是程序性问题，只是不必在条款草案中写明而已。另一方面，对于因为违反国际法造成的伤害，用尽当

地补救办法则仅仅是程序性的问题。甚至可以设想在用尽当地补救办法规则得不到尊重的情况下采取外交保护，而这种情况下诉诸这些规则显然是徒劳的，在涉及国内法可能不禁止的有关行为的一些案件中尤其如此。

16. 佩莱先生说，他觉得蒙塔兹先生关于“洁手”理论的立场有些难以理解。他所发表的论点似乎是正确的，然而却导致了错误的结论。该理论在外交保护方面诚然还需要加以发展，然而，目前也许恰恰正是发展之时。法学家们早就饶有兴趣地对该专题进行琢磨，委员会当前不应该是探讨这个问题之后又回避这个问题，而是已经到了解决这一问题的时刻。确实，在某些情况下国内立法可能与国际法相抵触，而这时问题就在于受害者是否必须尊重国内法。受害者很可能被认为并没有“弄脏他们的手”，而且很清白，因此就不会产生问题了。这仍然是“洁手”规则的一种例外，他看不出这怎么会成为不对该问题进行探讨的理由。他还认为，人们一般认为国内法是与国际法相一致的。

17. 加亚先生首先提及第14条时，他同意特别报告员的意见，在第10条关于用尽补救办法的规定中增加“有效”的限定词，并不会使关于有效性的较为具体的规定失去必要性。这是第14条要在(a)、(e)和(f)项中阐明的一点。他表示倾向于(a)项中所载的选择二；尽管该项的行文还可改进，但它转达了一个基本概念，即，只有存在合理的成功前景才必须用尽补救办法。同时，条文最好采用单数方式阐述“补救办法”，因为每项可用的补救办法必须验明其实效。

18. (e)项规定的例外，即不当拖延，涵盖了可能需要特别提及的有效性问题的。他认为，条文不应提“拖延提供当地补救办法”，而应提法庭拖延就已使用的补救办法做出决定。问题在于法庭不当地拖延了做出决定的时间。

19. 至于(f)项，如果获取补救的途径受阻，则可认为根本就不存在补救办法。该项的措辞与本意不符。第三次报告第100和第101段叙及一种不同的情况，即外侨被拒绝进入据称的责任国领土，或在外侨进入该国领土时安全可能有危险。在民事补救办法情况下，这些成分极少具有决定性。通常，并

⁸ J. A. Salmon, “Des ‘mains propres’ comme condition de recevabilité des réclamations internationales”, 《国际法法语年鉴》，第10卷(1964年)，第225页。

不要求求偿人本人进入他要请求民事补救办法的国家境内。例外应仅限于只有本人在境内才能成功取得补救办法的情况。或许只需要在评注中提及这种可能性，将其作为 (a) 项所述有效性的一般判据的一部分。

20. 关于第 15 条，他并不认为举证规则本身应列入专题范围。如果确实列入，委员会还应考虑涉及国籍证据的问题。无论如何，习惯证据规则如果确实存在，也是难以证明的。普通法国家和民法国家在大部分基本原则，包括在举证原则上，差别甚大。民法国家不存在表面证据体制。这对国际法院和法庭产生了影响。证据规则取决于国际诉讼程序的类别，各自也差异甚大。国际法院与人权条约机构的程序之间具有天壤之别。此外，有些条约机构在每个审理阶段可能有不同的举证规则。例如，欧洲人权法院可以宣布，某项申请因未用尽当地补救办法而不予受理，甚至不必通报被告国。如果被告国接到通知，那么被告国对待用尽当地补救办法的态度就成为相关的问题，因为，如果被告国不反对法院未用尽当地补救办法，则法院是不会自行审查的。在这种情况下还可以说，如果一国提出未用尽当地补救办法的问题，则该国即拥有超出其他国际诉讼程序中所出现的被告国的举证责任。无论就举证问题做出何种说明，都得受具体诉讼所适用原则和规则的约束。

21. 像第 15 条第 1 款那样只是说一般原则是提出论点国必须证明其论点，这样的说法没有多少指导意义。这是一项远古的原则，无论怎样是不精确的。问题的现实不在于指控，而在于当事方对某种似乎相关的事实加以证明而可能涉及的利益。尽管第 1 款提及了用尽当地补救办法，然而，这种空泛的提法根本不适宜外交保护的条款草案。

22. 第 15 条第 2 款的“挪威式”区分似乎有些勉强，一方面要由被告国证明是否具有补救办法，另一方面要由原告国证明补救办法无效。不能提供成功机会的补救办法是无效的补救办法，也就不是所谓必须用尽的办法。因此，被告国的利益就不只是证明存在一项补救办法。被告国还必须证明补救办法具有合理的成功机会。西电公司案判决书运用的某些语言，似乎传递了被告国只需证明存在着补救办法的概念。但是，补救办法的存在是没有什么问

题的；问题在于，在造成伤害之际尚无相关司法先例的情况下，补救办法是否有效。这是一个是否有效的问题，不仅仅是具备与否的问题。

23. 在文献和判例中可找到一些示例证明，被告国在用尽当地补救办法方面负有举证责任，而且这项责任比可否受理问题或实质性问题更为重大。然而，他想知道，这是由于用尽当地补救办法问题的某种特别之处，还是出于一种不同的推论。例如，国际法院就极难确定某个国家是否存在有效的补救办法。被告国远比法官或求偿方更能证明是否存在补救办法。同样，国籍国最能够提供证据证明当事人的国籍。在这方面，举证的责任在原告国。因此，当事国是原告方还是被告方显然是次要的，重要的是要拿出证据。

24. 布朗利先生说，首先他想消除他原先可能造成的一种印象，似乎他强烈地抨击特别报告员第三次报告。实际上，第三次报告是该类报告的一个范例。

25. 他在总体上同意就第 14 条采取的做法，但是不同意 (c) 项处置自愿联系的做法，因为该项写明，在受害人与被告国之间不存在自愿联系的情况下不需要用尽当地补救办法。特别报告员评注的实际内容是相当初步的。第 70 段中说，对于赞成或反对自愿联系的规定，尚无明确的权威性判断。确实如此，但是，他看不出由此可得出什么结论。委员会可以参与逐步地发展，而这将成为在大多数现有原则背景下逐步发展的典型实例。采取这样的行动方针并不意味着从零开始，因为关于当地补救办法的材料数量相当大。恰恰正是在对待这类事项方面，委员会应当采取明确的立场。第 84 和第 85 段似乎提示这是一个并非经常出现的问题。这两段所述的一些案件可确立一个论点，即无论如何已对当事国造成了直接的伤害，因此不适用国内补救办法规则。但是，这就绕开了是否需要自愿联系问题。对于是否应将存在自愿联系定为适用当地补救办法规则的条件这一问题，第 89 条中的结论也是相当初步的，但基本上是否定的。令人失望的是，特别报告员回避了对该政策本身的讨论。这是他本人对程序/实质问题提出的抱怨——并非因为这个问题存在，而是因为看来这是所讨论的唯一理论性或背景性问题。委员会应当更直接地探讨政策性问题。他不同

意在评注中示意自愿联系是一个学术性的问题。不幸的是，1955年7月27日空中事件案并非那样例外，因而，在此确实有一个颇为严峻的问题需要加以解决。

26. 加亚先生说没有必要单独编纂第14条(f)项，这是正确的。这个问题可成为讨论有效性总体问题的一部分。

27. 关于第15条，他同加亚先生一样，认为没有必要制订一项条款。就该专题事项很难达成一致。同时，就举证责任单立一项条款显得多余。举证责任是无论如何都会出现的问题；没有必要每次探讨一个问题，就得为此编纂一项条款。

28. 蒙塔兹先生说，他高兴地注意到佩莱先生承认“洁手”理论尚未成型。这并不是一个国际法的编纂问题，而是一个国际法逐步发展的问题。

29. 杜加尔德先生（特别报告员）说，对他尚未介绍的第14条(c)项，请各位委员最好暂不做评论。针对布朗利先生的评论，他说，不用说，任何一个同意担任特别报告员的人，都必然会听到其他委员们的严厉批评。委员会辩论的性质毕竟就是如此。

30. 布朗利先生和加亚先生提出了一个应当深加探讨的问题，即，究竟是否有必要探讨程序性规则的问题。加亚先生谈到普通法与民法两种做法之间的冲突。在目前的刑事法背景下，例如，在特设法庭或国际刑事法院中，寻求共同点是一个重大问题。他不知道时机是否已经到来，委员会可否着手阐明一些原则以规约对民法体系和共同法体系均适用的证据原则。

31. 主席对特别报告员就该问题采取的兼收并蓄的态度表示感谢。

32. 薛女士说，她主张不要将第三次报告第16段所述的几个方面列入外交保护的范畴。外交保护问题的核心是国籍原则，即国家与其海外国民之间的联系。如果一个国家要求按照自己的合法权利在国际不法行为对其国民造成的伤害的情况下行使外交保护，则合法利益与该国民之间的联系应当是国民

的国籍。整个草案到目前为止遵行了这项原则。然而，如果列入第16段提出的事项，即使列为例外，也必然会影响外交保护规则的性质，不适当地延伸了国家的干预权利。考虑到历史上的适用情况，这样说并不过分。

33. 她理解对国际组织官员保护问题的关注，但怀疑这是否可定性为外交保护。如果委员会同意将对外交和领馆人员的保护排除在该专题范围之外，那么对于国际组织官员也应适用同样的逻辑。同样，武装部队成员通常受主管这些武装力量的国家的保护，但是，保护本身并不被视为外交保护。她同意特别报告员的意见：如果确需职能保护，则应分开加以处理。

34. 关于船舶或航空器上的乘务人员，这不是国家应如何保护海外国民的问题，而是如何避免不同国家之间的冲突性求偿的问题。如果一艘船舶悬挂方便旗，在乘务人员的本国政府未能给予保护的情况下，登记国也不必行使外交保护。如果这种保护真正提出了一个国际法问题，则无论是海事法还是航空法都应关注这一事项。

35. 在实践中，当外交关系中断或处于紧急状况下时，一国往往委托另一国对其国民或经济利益行使外交保护权，但这充其量只是预期代理，而不是外交保护。她同意曼斯菲尔德先生的意见：难以想象这样的权利委托会最终形成不直接牵涉到委托国的司法诉讼程序。

36. 第三次报告第16段所提及的最后一种情况似乎表示，一个管理或控制某一领土的国家或国际组织应有权为属于这个领土的海外人民行使外交保护权。然而，在实践中，这往往只是合法政府成立之前暂时性的管理或控制；这一类的代理，即便出于人权保护，也不应界定为外交保护。

37. 她对第12和第13条的主要关注问题在于就违反国内法与违反国际问题采取的区别处置做法。对第13条应当重新考虑，最好删除，而如果确实要有所区分，第12条的措辞应当加强，使当地补救办法规则在程序和实质两方面都是强制性的。在这种情况下，必须确定这些规则应允许什么样的例外。

38. 特别报告员关于第 14 条的评注十分有益，然而，关于程序上的拒绝司法，虽有许多案例和学术研究，但在这个专题上并没有一致意见。此外，徒劳规则的某些条款，给求偿方的主观判断留下了相当大的余地。通过对默示放弃和禁止反悔问题更深入的调研，可进一步完善关于放弃的第 14 条 (b) 项。

39. 关于第 15 条，加亚先生说得对，因法律制度的差异，在国际法一级难以确立明确的一般规则。

40. 最后，她觉得讨论“洁手”规则有些勉强；作为政策，不能让求偿人利用外交保护作为手段，逃避因自愿服从的国内法之下的不法行为而造成的法律赔偿责任。

41. 布朗利先生说，正如国际法院在伤害赔偿案中所表明的，外交保护与职能保护的区分对某些情况是适用的。然而，对薛女士关于为武装部队成员行使外交保护方面使用这种区分法，他感到不能完全信服。这种情况是有关部队所属国法律利益的适用，正如最近判例所确认的，同样也适用于船舶或航空器上的乘务人员。

42. 外交保护通常被划为涉及是否受理索赔的一类问题。然而，在现实中，这既是法律利益的表现，也是国家通过外交要求落实这些利益的手段。当案件提交国际法院或者某个仲裁法院时，假设不存在司法管辖或可否受理的问题，则手段问题由法律的运作涵盖，其余则是国家利益问题。当然，国籍原则是国家国民、本国公司和机构法律利益的主要体现，但法律可承认其他方面为法律利益的基础，诸如作为武装部队成员的地位。

43. 罗德里格斯·塞德尼奥先生对特别报告员就外交保护这个复杂的专题所作的工作表示赞赏和尊重。他同意，鉴于有关外交保护的规则缺乏确定性，委员会必须以当代国际社会规则公平性为基础在不同规则之间作出选择；委员会的工作既涉及法律的编纂，又涉及法律的逐步发展，同时要考虑到这些方面正在发生的变化。

44. 国际组织对其官员的职能保护不应排除在条款草案之外，因为这种保护构成国籍原则的例

外，而国籍原则则是外交保护的根本性问题。法律专著和国际法院广泛论述的职能保护，涉及国际组织为其工作人员出面向领土国提出索赔，这种国家是指伤害发生在其境内的国家——该项定义应考虑列为条款草案拟确定的条款规定之一。国际法院在伤害赔偿案的咨询意见中清楚地阐明，联合国提出索赔的基础不是受害者的国籍，而是受害者作为联合国组织工作人员的地位。同样，劳工组织行政法院有关胡拉多案的判决书也写明，劳工组织完全出于本组织的利益授予其官员特权和豁免权。

45. 这些决定在国籍国与国际组织竞相提出索赔方面引起了令人感兴趣的问题。在此必须明确，正如国际法院在咨询意见中所指出的，国家的外交保护权与国际组织的职能保护权之间可能出现的竞争情况，不得形成两项索赔或两种赔偿行为。因此，他虽然同意第三次报告第 16 和第 17 段提出的问题不属于目前审议的专题范围内，但还是可能因为这些问题而需要讨论限制索赔和赔偿问题的必要性。

46. 应明确规定的必须用尽当地补救办法的一般原则与这种规则的例外情况需要均衡兼顾。当地补救办法的徒劳无益是一个复杂问题，因为它涉及主观判断，而且也因为它与举证责任相关；这就提出一个问题：国籍国是否单凭假定当地补救办法由于种种原因而徒劳无益即可向某个国际法院提出索赔。虽然这个问题不可忽视，但必须慎重处置。委员会必须避免被认为确立某种互补管辖原则，让某个国际机构能够受理在求偿人认为当地补救办法不存在或无效的案件。必须考虑到国际法院在帕涅韦兹斯-萨尔杜提斯基铁路案中所采取的立场，并防止因偏激的解释而偏向求偿国或领土国。因此，正如特别报告员报告（该报告第 45 段）的结论所述，最好以第 14 条 (a) 项所阐述的第三种选择为起草一项适当条款的基础。第 14 条 (e) 项和 (f) 项提出的问题无论有多么重要，严格地说都不是所审议专题的关键。

47. 奥佩蒂-巴丹先生说，他尚未听到任何实质性的理由说明应当纳入或排除第三次报告第 16 段所述的四种情况。国际组织对其官员的职能保护，通常是国家与在其领土内工作的有关组织之间商定的问题；外交保护不是首先诉诸的机制。有些船舶

可能进入了捕鱼量过大的区域，有些则是在领水内从事科研活动的船只，为这些船舶乘务人员或乘客出面提出索赔可能会引起一些难以解决的问题。一个国家只有在无法行使外交保护权时才会委托行使这项权利。最后，他可以设想一种情况：某个国籍国可为在北约行动之后置于联合国科索沃临时行政当局特派团管理下的该国国民出面行使外交保护权的情况。特别报告员最好就这四个问题提供进一步的资料，从而可使委员会确定是否应把这些情况排除在考虑之外。对此应展开更加广泛但也是更为透彻的探讨。

48. 薛女士说，她理解布朗利先生做出的澄清，但主要的问题是求偿国与个人之间的联系。重要的是应说明一国行使外交保护的理据。公民个人在国外旅行，就意味着有一种自愿性的联系，使之须受接待国国内法的约束。然而，外交和领事官员就没有这种联系，武装部队成员或船舶和航空器乘务人员也均没有这种联系。同时还必须明确，除非领土国未能根据国际法保护外国国民，求偿国才能出面干预。虽然对国际组织官员所蒙受的伤害进行赔偿实际上是一个国际法问题，然而，委员会最关注的是国内法与国际法之间的关系。职能保护与外交保护不可混淆。

49. 辛马先生指出，一些委员表示怀疑的是，在实践中是否出现过某一国家承受了委托的权利代表另一国家的国民行使外交保护权的情况（该报告第16段）。他猜测假设情况所依据的是对《欧洲联盟条约》第8c条的误解。该款规定，每一个联盟成员国公民在他是国民的成员国没有驻在代表的第三国领土上，有权接受任何成员国的外交或领事机构的保护，就像保护该国的国民一样。然而，这种情况并不构成外交保护，只不过是国民例行的领事保护。

50. 杜加尔德先生（特别报告员）同意，欧洲联盟内的委托保护问题并不构成外交保护，而且，这个问题已经在条款草案第9条中阐明了。

51. 罗德里格斯·塞德尼奥先生指出，国际组织对其官员的职能保护是基于个人作为该组织人员的地位——其结果之一是，该组织可对一个

国家——即使不是该组织的成员国家——提出索赔——而外交保护则基于国籍联系。

上午11时45分散会。

第2715次会议

2002年5月3日，星期五，上午10时

主席：罗伯特·罗森斯托克先生

出席：阿多先生、马里先生、布朗利先生、坎迪奥蒂先生、池先生、科米萨里奥·阿丰索先生、达乌迪先生、杜加尔德先生、埃斯卡拉梅亚女士、丰巴先生、加亚先生、加利茨基先生、卡特卡先生、卡米沙先生、科斯肯涅米先生、库兹涅佐夫先生、曼斯菲尔德先生、蒙塔兹先生、尼豪斯先生、奥佩蒂-巴丹先生、庞布-齐文达先生、佩莱先生、斯里尼瓦萨·拉奥先生、罗德里格斯-塞德尼奥先生、通卡先生、薛女士、山田先生。

外交保护¹（续）

（A/CN.4/514;² A/CN.4/521, C 节；A/CN.4/523 和 Add.1;³ A/CN.4/L.613 和 Rev.1）

[议程项目4]

特别报告员的第二和第三次报告（续）

1. 埃斯卡拉梅亚女士在提及第二次报告（A/CN.4/514）中就第12和第13条提出的问题即当地补

¹ 特别报告员第一次报告中提议的条款草案第1至第9条的案文，见《2000年……年鉴》，第一卷，第2617次会议，第1段。

² 见《2001年……年鉴》，第二卷（第一部分）。

³ 转载于《2002年……年鉴》，第二卷（第一部分）。

救办法援用无遗规则的性质，并在补充她上次会议上所做的评论时说，通过辩论深入了解了一些情况之后，她认为，规则虽是程序事项，但也具有实质性的结果。因此，就规则运用可能不公正的情况，诸如在改变国籍，或者拒绝接受某个国际法院司法权的情况，必须设定一些例外。一旦确立了这些例外，则有必要确定国家提出外交保护权的时刻，而这个时刻很可能是该国国民遭受伤害之际。在论及第三次报告（A/CN.4/523 和 Add.1）和第 14 条，特别是该条 (a) 项（徒劳）时，她说，她同意特别报告员和看来已出现的协商一致意见主张采取备选方案 3，即在当地方补救办法不能提供有效补救的合理可能时，就没有必要援用无遗。她认为第 14 条 (e) 项（不当拖延）和第 14 条 (f) 项（拒绝接触）很好。

2. 关于第 15 条，她认为，第 1 款在草案中有一定作用。至于第 2 款，她同意加亚先生的意见，重要的是要证明，当地补救办法是否有效，而不是是否可以获得。她认为，这也是特别报告员的意思，而且这只不过是一个起草委员会可予以探讨的起草问题。

3. 在提及条款草案今后的方向，特别是第三次报告第 16 段时，她说，她部分同意特别报告员关于如何扩大条款草案范围的构想。某些问题，例如某个国家委托另一国家行使外交保护权的问题，过于特殊和独特，不宜在条款草案内讨论。至于国际组织的职能保护，蒙塔兹先生在上次会议上的发言给她留下了印象。尽管法院审理了这个问题，但仍未得到解决，而且人们越来越频繁地提及这个问题。对这一问题应加以深入研究，甚至应单独进行研究。另一方面，她认为扩大草案的范围，将船舶或飞行器国籍国的权利包括在内，以便代表乘务人员，甚至也有可能代表乘客提出索赔，而无论当事人个人国籍的问题，值得开展进一步的审议。她理解特别报告员和奥佩蒂-巴丹先生就这一点所持的保留意见。然而，由于发生了“赛加羚羊号”轮案（第 2 号）之类的案件，为就此问题展开深入研究提供了理由。但是，她主要关注的是，在由国际组织管理某个领土的情况下，例如在科索沃和东帝汶所发生的这种事件的情况下，如何实行外交保护。国际组织履行了国家的所有职能，因此，对于可能的无

国籍者，或国籍不明者，必须采取外交保护。这个问题必须列入正在审议的条款草案。

4. 当国家作为国际舞台上的唯一行为者时，国籍的联系过去一向是较重要的问题，但是，在国际组织和其他行为者与国家一起日趋发挥越来越重大作用的当今世界上，这项联系目前显得不那么重要了。委员会应考虑到这一事实。

5. 佩莱先生说，他不同意埃斯卡拉梅亚女士的两项主要观点。

6. 首先，他认为，从总体上讲，委员会必须同意特别报告员关于外交保护是国家采取的保护措施，以便为其提供明确的指导。关于国际组织行使保护权的问题，应放到以后考虑，或许可列入国际组织责任的专题。

7. 其次，在聆听了埃斯卡拉梅亚女士阐述的论点之后，他认为，她提议的原则例外方针并不恰当。他可以赞同这样的方针，但讨论仍然必须以本专题为焦点。本专题是外交保护，而原则是用尽当地补救办法，对此可以有例外，诸如特别报告员提议的第 14 条中的例外。根据埃斯卡拉梅亚女士的观点，第一阶段涉及确定何时发生的国际不法行为，但这个问题属于国家责任的专题范围。将这一问题排除在国家责任之外是错误的。如果要行使外交保护，就意味着发生了国际不法行为，而唯一的问题是从哪一刻起才可行使外交保护。

8. 蒙塔兹先生在提及特别报告员就提交国际海洋法法庭审理的“赛加羚羊号”轮案（第 2 号）提出的船舶或飞行器国籍国可否行使外交保护权时提出了以下问题：该案件究竟涉及代表船舶乘务人员行使外交保护权，还是涉及依据《联合国海洋法公约》第 292 条（船只和船员的迅速释放）的明确规定，为使乘务人员迅速获释采取干预行动。该问题十分敏感，值得进行进一步的审议

9. 杜加尔德先生（特别报告员）说，他赞同佩莱先生的评论。至于研究国际组织采取的保护问题，他并不是不赞成这个设想，但这个问题虽说十分重要，还是属于国际组织责任的专题范围。目前

审议的条款草案是以国际法传统原则为基础的，超越该范围展开探讨并不妥当。

10. 奥佩蒂—巴丹先生说，他反对将外交保护的行使扩展至国际组织。外交保护是以国籍联系为依据的，受雇于国际组织的官员明确代表该组织行事，而不是履行其国籍职能。

11. 保护船员问题不仅属于《联合国海洋法公约》适用范围，而且还属于早先的国际协定适用范围。例如，阿根廷与乌拉圭两国间签订并于1975年生效的《拉普拉塔河流域条约》⁴；因此，这就需要对其他国际文书展开深入审查。在这方面，他指出监测渔场首先是警察事务，目的在于保护种群，防止不属授权捕鱼区域的渔场枯竭。显然，从严格意义上说，这个问题不属外交保护之列。

12. 出于上述种种原因，他反对扩大正在审议的问题的范围以便将不属本专题范围的问题列入进来。

13. 通卡先生在提及职能保护时说，委员会最初计划仅集中讨论国籍国行使的外交保护。委员会的讨论应当仅限于本专题范围，从而能够在合理的时限内完成其工作。

14. 他同意蒙塔兹先生关于在审议“赛加羚羊号”轮案（第2号）时必须谨慎从事的意见。这个案件是根据《联合国海洋法公约》第292条所载的特别条款，提交国际海洋法法庭的，不是外交保护的一般案例。

15. 加亚先生说，参照“赛加羚羊号”轮案（第2号），并不涉及立即释放船只的第一裁决书，而是涉及国际海洋法法庭判定给予那些不持该船籍国籍的船员赔款的第二裁决书。因此，这并不是一个保护这类船只的问题。

16. 委员会若干位委员说，委托另一国行使外交保护的问题超出了目前审议议题的范围，因为委托并没有扩展至有关国际行为的索赔。然而，当A

国因与X国没有建立外交关系，而委托B国行使外交保护时，为什么B国应该克制而不要求X国停止某些已成为国际不法行为的行为呢？

17. 加利茨基先生说，他反对在条款草案中列入有关船舶或飞行器国籍的问题。在国际法中，尤其在诸如《关于在航空器内的犯罪和犯有某些其他行为的公约》等许多文书中，已经规定了诸如允许乘务人员和乘客继续旅行的义务，并列明了规约该类情况的法律原则。在这个实例中，决定性的因素是国籍国或注册国与特定船舶或航空器之间的特别联系。这并不涉及到人员，虽然，有关的国际文书在某些情况下准许国家行使特权的权利，初看起来，这似乎与外交保护有相似之处，然而，却是另一种性质的保护。因此，在审议外交保护的专题时，这类问题没有资格列入。

18. 曼斯菲尔德先生说，他赞同埃斯卡拉梅亚女士的评论意见，认为特别报告员第三次报告第16段述及的情况，即在国际组织对其官员以及在某一国或某个国际组织管理或控制的领土上实行职能保护的情况下，某些与索偿国籍相关的问题，具有极其重要的意义。然而，他也赞同特别报告员的观点，认为委员会从一个方向着手展开了对专题的讨论，而出于一系列的原因，包括起草的原因，如果保持这样的方向，很可能会更便于工作的开展。至于委托主管责任，加亚先生所举的示例颇有意思。但是，从实际观点来看，在那种形势之下，尽管一国可以代表另一国采取一系列的行动，但很可能在正式提出索赔之前止步。因此，他仍旧认为，最好是将这些问题从本专题中排除出去。

19. 埃斯卡拉梅亚女士说，她担心她的评论遭到误解。也许她没有表达得足够清楚，但她完全同意佩莱先生的观点，认为委员会关注的是提出索赔权发生的时刻。因此，在这个问题上不存在任何分歧：事实上她认为，第12和第13条必须述及提出索赔权发生的时刻，而且必须简洁地提及，在某些情况下，即当严格地运用这一规则可产生不公正的结果时，可以有例外。关于奥佩蒂—巴丹先生提及的国际组织问题，她并不清楚，他是否是指她前面所说的那些话，然而他似乎在说，国际组织可以行使职能保护，但不是外交保护。实际上，她想指出的一点是，国际组织与居住在受国际组织管理的领土

⁴ 联合国，《条约汇编》[英]，第1295卷，第21424号，第306页。

内人员的关系。这类人员的国籍并非总是得到明确地确认，许多人实际上是无国籍者，东帝汶的情况即是如此。这就意味着，在发生某个事件时，这类人员得不到任何保护；这时，国际组织即可出面对他们采取外交保护。

20. 布朗利先生说，这是一个重要的问题，但是，鉴于这个问题可能使委员会的工作复杂化，最好还是不要将该问题列入本专题。

21. 主席说，之所以引起这样的混乱，原因可能在于没有充分明确区别一般行政管理当局的作用与国际组织的作用。

22. 布朗利先生说，他认为，委员会应当避免提出诸如东帝汶这样难缠的问题。这很有可能会让人想当然地认为，移交给联合国的特别或临时性职能类同于某个国家对领土的管理。关于船舶和航空器乘务人员问题，他感到遗憾的是，有些委员认为不便探讨诸如“赛加羚羊号”轮案（第2号）这样的现实经验。正如加亚先生指出的，不能把这一案件搁置一边；该案件确属外交保护条款草案的范围之列。在上一个五年期期间，委员会往往很想将几乎每一个议题都变成人权专题。人权与外交保护实际上有类似之处，因为外交保护是可用以对个人权利实行保护的一系列广泛可能性的组成部分。此外，国际人权文书数目日增，有时相互重叠以提供更多的保护。同样，如果乘务人员可获得船只或航空器国籍国的保护，这只会增加所提供的保护，因此应当予以欢迎。

23. 池先生在提及关于外交保护的第三次报告第16段时说，从理论上讲，船舶或航空器国籍问题似乎较为简单；然而实际上，这可产生各种各样的困难。例如，乘务人员可能具有不同国籍，或船只可能共属若干位船东。为此，要拟订出可适用于所有情况的规则极为困难，因此，较合理的做法是不要在目前情况下处理这些问题。此外，为了明确起见，最好采用“外交保护”之外的其他方式，称呼国际组织提供的这类保护。

24. 科斯肯涅米先生在评论埃斯卡拉梅亚女士的发言时说，审议关于探讨国际组织保护其所管理领土范围内人员问题的提案，至少是有益的。显

然，这种保护有别于职能保护，而后者不属于本专题的范围。另一方面，他并不完全同意特别报告员关于严重偏离传统国际法是不可取的做法之说。委员会应当探讨与当今事件相关的新专题，没有理由认为不能参照传统国际法展开这种探讨。此外，各国不能将行使外交保护的权力委托给国际组织，而推卸本身保护本国公民的义务。

25. 达乌迪先生说，他曾就委托权限的问题展开了若干年的研究，并指出，在国际公法各不同领域中存在着各类这种委托情况。这种情况并不构成对国际法规则的减损，反而适用和确认了这些规则。此外，在诸如《维也纳外交关系公约》和《维也纳领事关系公约》之类的各种文书中也提及了这种情况。在外交保护领域，应该强调的是，与第一国的国籍关系并未改变；第二国只是行使隶属第一国的权利。另一方面，职能保护涵盖的是截然不同的情况，因此，确实应按外交保护情况外的其他情况加以审议。

26. 薛女士说，问题不在于上述这类情况下的人是否应依据国际法得到保护，而在于为何应在外交保护的背景下提出这个问题。就外交保护而言，假定情况是，通常，每个国家都有义务保护其领土内的外籍人；当此类保护不足或不可能予以保护时国际法才发生作用，而且国籍国可以出面援助其公民。鉴于这是第16段提及的例外情况，因此保护的问题就不属于本专题范围内加以考虑的问题。

27. 坎迪奥蒂先生说，他同意一些委员所阐述的意见，认为国际组织对其官员实行的职能保护问题不应当在外交保护范围内，而应在国际组织的责任范围内予以审议，或许可作为国家的国际不法行为责任专题下的分专题予以审议。对于一国是否可委托其他实体行使其权利的问题未经过充分的审议。外交保护应被视为国家的酌处权；在第3条评注中不妨指明一国是否可委托其他实体行使其酌处权。他个人认为，国家可以有权委托国际法的其他主体，在对国籍原则既定的例外情况框架内，为该国公民或与该国具有真正联系的其他人行使外交保护。然而，这当然就构成了外交保护。在外交保护这个领域内，列有关于国籍和用尽当地补救办法的明确规则；重要的是不应将这些规则与数量可能众

多且隶属国际法体制范围的其他各类对个人或其利益的保护相混淆。

28. 阿多先生祝贺特别报告员对用尽当地补救办法专题所作的处置。这本身就是一个详尽无遗的专题。他个人并不主张扩大条款草案的范围，以列入职能保护或第三次报告第16段提及的任何其他专题。他认为，任何试图以这种方式扩大条款范围的做法，都会使委员会陷入困境。此外，虽然这些问题很重要，但按照严格的含义，这些专题并不属于外交保护的领域。

29. 用尽当地补救办法规则是习惯国际法普遍公认的规则。规则适用于所有的国际诉讼程序，无论是司法，仲裁，还是调解程序。规定要求当事人向地方法院或受权提供补救办法的行政机关提出申诉。国际判例，尤其是安巴蒂耶洛斯求偿案和芬兰船舶仲裁案，都明确阐明了这项规则。在“开门”咨询公司及都柏林威尔妇女中心诉爱尔兰案中，欧洲人权法院认定，不仅仅在理论上而且应在实际上确认存在当地补救办法。几乎所有的国际和区域人权文书均有条款规定，必须用尽当地补救办法，然后才可诉诸各类国际机制。这就进一步证明用尽当地补救办法规则是普遍公认和要求的规则。这是一项已在习惯国际法和协定国际法中充分确立的规则。

30. 他认为，用尽当地补救办法规则是一项程序性的而不是实质性的规则。然而他认为，委员会不应在其所从事的编纂工作中不恰当地涉及这个问题。他认为，重要的是这项规定确定了一国代表其本国国民在国际上提出索赔之前的条件是否得到了满足。有鉴于此，而且即使一些委员滔滔不绝地陈述了反对意见，特别报告员提出的第12条仍是有益的。然而，应当从该条款中删除“程序性”一词，从而兼顾那些提出强烈反对意见、视当地补救办法为实质性程序的人的关切问题。除可提出保留外，他建议，应将第12条提交起草委员会。

31. 对于第13条他尚未下定决心，然而他倾向于认为该条应当删除，因为该条可导致委员会陷入毫无意义的争论，造成的问题会超过其解决的问题。

32. 他认为，第14条(a)、(e)和(f)项完全是适宜和有益的。当地补救办法必须援用无遗的规定并不是绝对规则，在当地补救办法明显无效或不存在的情况下，可以不遵守这一要求。然而，是否有效的标准则是一项客观标准。例如，在当地补救办法遭到不适当和不合理的拖延或者不可能产生有效的补救或者地方法院完全屈从于行政部门，即属不必用尽的情况。

33. 关于第15条，他同意特别报告员的意见，认为举证责任难以编纂；因此，最佳的办法是不要进行任何编纂。然而，如果要编纂，他主张采用第三次报告第103段所载的科科特提出的办法。⁵

34. 丰巴先生说，他不知道第15条是否囊括了各国的所有关切问题，至少是主要的关切问题，以及该条提出的规则内容在多大程度上立足于实在国际法。特别报告员参照所有的现行资料来源审议了举证责任问题，并在第三次报告第117段中得出结论，认为制定任何具体规则都很困难也不明智，只能指出举证责任应由各方分担，在案件审理过程中不断彼此转移，提出某一确定论点的一方有责任证明这一论点。他认为，委员会必须竭尽全力从这一结论中吸取教训。至于特别报告员在第118段中请委员会采取立场的问题，他本人对此尚无确定的立场。然而，他大体上赞同特别报告员得出的初步结论。

35. 关于第15条第1款确立的一般原则是否应加以编纂的问题，他回顾了《委员会章程》第15条确立的编纂定义，即：“更精确地制订并系统整理广泛存在于国家惯例、判例和学说的国际法则”。诚然，通过这样的定义是为了便利的原因。但是人们有理由提出问题：在目前情况下是否以及在多大程度上——在缺乏更佳选择办法的情况下——达到了在此所采用的标准。特别报告员似乎认为已达到了这些标准，因为他在第三次报告第102段中指出，公认的观点是举证责任在于提出论点的一方。另一方面，则产生了实际上是否需要这样一项规定的问题，而这个问题就绝对而言，似乎取决于就当地补救问题展开诉讼和抗辩的性质，而且还取决于确保

⁵ 见第2712次会议，脚注9。

司法得到良好和平衡实施的愿望。因此对该问题应当加以更深入考虑，尽管这在相当大程度上取决于人们认为必须在多大程度上为法官和诉讼各方确定必要的途径，以便利他们的工作。

36. 至于委员会是否应满足于编纂第 15 条第 2 款的问题，他的初步印象是，在未就第 1 款达成一致意见的情况下，可按照第 2 款所示的同样方针设想一项条款，但必须解决任何实质内容或形式的问题。然而，他对此尚无任何具体提案。

37. 关于科科特的提案，他注意到特别报告员将之称为“简短，但并非不精确”。就这项提案在实质内容和形式方面提供了有益且问题较小的解决办法而论，可以采用这项提案。但是也可以设想其他的方案。他对特别报告员提议的任何解决方案都没有显著的倾向性，因而在该问题上保留本人的立场。

上午 11 时 30 分散会。

第 2716 次会议

2002 年 5 月 7 日，星期二，上午 10 时

主席：罗伯特·罗森斯托克先生

出席：阿多先生、马里先生、巴埃纳·苏亚雷斯先生、布朗利先生、坎迪奥蒂先生、池先生、科米萨里奥·阿丰索先生、达乌迪先生、杜加尔德先生、埃斯卡拉梅亚女士、丰巴先生、加亚先生、加利茨基先生、卡特卡先生、卡米沙先生、科斯肯涅米先生、库兹涅佐夫先生、曼斯菲尔德先生、蒙塔兹先生、尼豪斯先生、奥佩蒂-巴丹先生、庞布-齐文达先生、佩莱先生、斯里尼瓦萨·拉奥先生、罗德里格斯-塞德尼奥先生、辛马先生、通卡先生、薛女士、山田先生。

外交保护¹（续）

(A/CN.4/514;² A/CN.4/521, C 节; A/CN.4/523 和 Add.1;³ A/CN.4/L.613 和 Rev.1)

[议程项目 4]

特别报告员的第二和第三次报告（续）

1. 辛马先生说，他认识到，他在对第 14 条 (a)、(e) 和 (f) 项和第 15 条做评论时是在详细探讨已经充分研究过的问题。但他认为，为了在条款草案上取得协商一致意见，值得冒重新讨论已经讨论过的问题的风险。

2. 就第 14 条提出的提案是十分完整和周密的。特别报告员遵循了这样的原则，即免除用尽当地补救办法的义务不应该太草率：对外国人实施的不法行为应该尽可能通过一国本身的法律和司法机制来加以补救。第 14 条 (a) 项的选择 2 规定，如果没有合理的成功机会，就无需用尽当地补救办法，这一选择并不要求充分地认真地考虑当地补救办法规则，因此过于草率地免除了求偿人遵守这一规则的义务。特别报告员在第 3 次报告 (A/CN.4/523 和 Add.1) 第 35 段中援引了菲茨莫里斯的陈述：“求偿人因其要求在法律上站不住脚而不太可能获得该补救办法的事实，并不构成没有合理可能性的情况，因而不能取代当地补救办法规则”，⁴ 在这一方面这段话是非常中肯的。必须有一种合理可能性，不是取得补救办法的合理可能性，而是存在有效补救办法的合理可能性。

3. 报告第 31 段选择 1 规定，如果当地补救办法显属徒劳，就无须用尽这些办法，这意味着必须证明“当地补救办法显而易见注定失败”。如果运用这一标准，起点就会太高，而求偿人的风险就太大。因此，选择 3 规定，如果当地补救办法没有提

¹ 特别报告员第一次报告中提议的条款草案第 1 至第 9 条的案文，见《2000 年……年鉴》，第一卷，第 2617 次会议，第 1 段。

² 见《2001 年……年鉴》，第二卷（第一部分）。

³ 转载于《2002 年……年鉴》，第二卷（第一部分）。

⁴ G. Fitzmaurice, “Hersch Lauterpacht-the scholar as judge”, 《英国国际法年鉴》，1961 年，第 37 卷，第 60 页。

供获得有效补救办法的合理可能性，则无须用尽当地补救办法，这一选择包含了一种适当的中间立场并提出了一种均衡的观点，但有些重复的措辞需要加以编辑修改。

4. 他认为，根据第14条(a)项，关于不当拖延的第14条(e)项并不是多余的。从某种意义上说，第14条(a)项和(e)项所列情况在时间上是延续的：一项现有的当地补救办法从第14条(a)项的角度来看，起先似乎是“合理可能的”，但后来由于不当拖延执行，可能无需再实行。第14条(e)项的适用性当然在很大程度上取决于各种情况：可能会涉及到复杂的诉讼，或者过于漫长的诉讼可能部分归咎于求偿人。然而看来找到一个比“不当”这一词更确切的用语来包括所有这些偶然情况并不现实。在人权法理学中形成的关于正当程序的标准，例如《保护人权与基本自由公约》(《欧洲人权公约》)第6条，也许在利用一般国际法规定方面可以作为某种指导。

5. 至于有关阻止接触的第14条(f)项，他的印象是，特别报告员和国际法协会报告员科科特曾狭义和具体地解释过这种例外情况。加亚先生和其他人提请注意这样的事实，即人体受伤的个人如果聘请律师作为其代表，则无需接触法院。但至少应该在评论中多少提到个人或律师因为受到恫吓而不敢接手案件所造成的问题。如果国内诉讼需要个人亲自出庭，也有必要制订这样一项规定。但问题仍然是，是否可以认为第14条(a)项不包括第14条(f)项所列的情况。报告第100段最后一句中特别报告员在这方面提出的论点没有说服力。最好删去第14条(f)项，并在关于第14条(a)项的评论中列入报告和辩论中提出的有关论点。

6. 关于第15条，他像各位委员一样，怀疑在一种程序制度中在特定条约规定基础上形成的人权法理学是否与界定一般国际法中举证责任的任務有关。尽管特别报告员提出的规则由于简单而具有吸引力，但实践中的情况必然复杂得多。特别报告员在其评论(报告第105、第106、第114和第116段)中对这一条的必要性似乎采取一种谨慎得多的观点。他个人认为，无论是从系统观点还是从政策观点来看，这项规定都没有必要。因此，第14条(a)项和(e)项应该提交起草委员会，而第14条(f)项和第15条应该删去。

7. 科斯肯涅米先生首先谈到第12和第13条。他赞扬特别报告员富有启发性地论述了程序性规则与实质性规则之间的区别——但这种论述并没有真正支持条款本身。他本人的结论是，委员会并不需要这两项条款。正如特别报告员已经指出的那样，用尽当地补救办法作为一项实质性规则的想法相当于从拒绝司法的角度加以考虑——这是一项主要规则，违反该项规则就构成了不法行为。另一方面，拒绝司法也是一个复杂问题，严格说来，超出了外交保护的範圍。他认为，拒绝司法与现有的各种具体安排密切地联系在一起，例如，北欧国家关于不歧视和平等机会的安排，这种安排产生了界定拒绝司法所依据的一些复杂标准。

8. 第13条相当草率地述及拒绝司法的问题，以此作为不用尽当地补救办法其本身就是一种违反行为的示例。如果认为拒绝司法条款没有必要，例如因为列入拒绝司法，就意味着更为详尽地界定在国内程序中何种行为构成拒绝司法或对外国侨民的歧视待遇——那么第13条就没有必要。

9. 如果这样的话，就产生了以下问题：分别将第13条与第12条中的实质性和程序性办法并列起来，保持特别报告员概述的“第三方立场”对称的第12条究竟要达到什么目的。如果取消了第13条，那么用尽当地补救办法的概念就完全成了一种程序性办法。目前措辞的第12条仅仅通过提及关于实质性规则与程序性规则的背景学术讨论来界定当地补救办法。其目的已经通过第11条达到，而这一条充分阐述了用尽当地补救办法的规则。如果已经作出决定，作为一项实质性规则，进一步界定作为程序性先决条件的那种规范要求在这项工作的範圍中没有任何地位，那么这种界定就于事无补。因此由于第13条没有必要，第12条就失去了作为一种定义的理由；这两条均应删去，他对于第11条的措辞保留其立场。

10. 他同意，第14条(a)项中的选择1和选择2要么太严格，要么太宽松，因此无法接受。除了选择3，没有其他选择。但关于起草问题，他希望提出总的意见——这是第一次但无疑绝不是最后一次——即“合理”这一词是多余的，而且令人反感，因为这意味着相反的意思，即如果人们不是具体教会举止合理，就会举止不合理。其实只要写“没有

提供有效补救办法”就足够了。评估这一方面和所有其他方面的合理性，在评估有效性的法定职责中是固有的。

11. 他可以接受辛马先生的建议，即应该删去第14条(f)项。但如果保留该条，他怀疑将这项条件限于被告国阻止受害人取得当地补救办法的情况有何意义。其他非国家行为者可能对取得这种当地补救办法构成障碍：黑手党或恐怖主义组织就是明显的实例。(f)项应该重新措辞，以便考虑到这种情况。

12. 最后，他也认为第15条没有必要。鉴于关于举证责任的传统要求，任何司法机构或其他机构似乎不可能受到这种极为复杂的额外规定的束缚。

13. 丰巴先生说，尤其是从目的论角度来看，有关用尽当地补救办法的规则是非常重要的，原则上必须极其严格和绝对地运用这项规则。

14. 关于第14条(a)项，首先，以选择1为一方，以选择2和选择3为另一方，这两者之间的差别在于，选择1没有明确提到结果概念。从表面来看，他看不出选择2与选择3之间有任何根本差别，但如果必须从这三种选择中作出一种选择，由于特别报告员提出的理由，他将赞成选择3，而选择3的目的隐含于选择1。

15. 第14条(e)项和(f)项提出的两项规定似乎没有构成特定的类别，因为无论是以选择1还是以选择3形式出现的第14条(a)项，均应该正当理解为包括这一条(e)项和(f)项提出的例外情况。

16. 因此，他的原则立场是，必须将两种主要的假定区别开来。第一种假定将包括没有任何当地补救办法可用尽的所有那些真正例外的情况。1994年卢旺达的局势就是这样一种情况，因为在灭绝种族以后，司法机构及其所有房舍和文件均被摧毁，许多司法官员和工作人员被杀死。第二种假定将包括现有的当地补救办法没有行之有效的合理可能性的所有情况，在这种情况下，由于存在补救办法不会有效的公认风险而假定没有用尽补救办法。特别报告员已经确定了一些这样的情况，因此应该加以认真筛选，从中挑选出最值得认真考虑和相信的办法。这对于法官来说，而首先对于委员会来说，是

一项举足轻重的任务。克服这些困难的一个办法可能是考虑设立某种中央机制来监督和严格审查当地补救办法，以便简化对这些办法的运用和效力的评估。无论怎样，他认为，现在应该将第14条提交起草委员会。

17. 曼斯菲尔德先生说，总的说来，他对至今提出的第14条的内容并对特别报告员对整个这一条采取的态度表示满意。关于(a)项，他赞同那些认为赞成选择3的论点是有说服力的人的观点。至于(e)项，关于在不当拖延提供补救办法的情况下无须用尽当地补救办法的提议似乎很有依据。何种行为构成不当拖延将是根据具体情况加以判断的一个事实问题，但他倾向于认为，对于这种情况应该单立一个标题，而不是作为一种无用的构成部分列入(a)项。

18. 为(f)项所列情况单立标题的理由不太明确。如果被告国有效地阻止受害外国侨民诉诸法院，实际上就肯定没有有效补救办法的合理可能性。但他也同意，有时被告国可能会设置一种情况，实际上阻止外国侨民取得表面上可提供而且显然行之有效的补救办法。科斯肯涅米先生正确地指出，应该提到不是国家而是国家内的其他行为者阻挠接触的情况。因此他倾向于赞成将这一问题列在一个单独的标题之下，并将它提交起草委员会。而委员会可以最终得出结论，无须包括这种情况。无论怎样，都应该更详细地探讨这一问题。

19. 尽管他认为第15条中的内容无可指责，但他怀疑这些材料是否仅仅为了保持完整性而列入其中。所需要的内容将根据具体情况确定，他不相信这个特定方面需要编纂。因此最好是将第15条略去，而在评注中对删去该条的理由作出某些解释。

20. 主席作为委员会委员发言，他说，他希望讨论科斯肯涅米先生提出的事例。假定黑手党阻止某人在A国行使其权利。他会毫不犹豫地同意，A国本身涉及未能用尽当地补救办法，因此从某种意义上来说，该国负有责任。但如果是B国使得A国无法允许用尽当地补救办法，情况又如何呢？在这种情况下暂停用尽当地补救办法规则的原则并不一定与第一种情况相同。一方面，完全由于另一国

逮捕某人或封锁其边境等情况造成未用尽补救办法，另一方面，国家本身未能维持法律和秩序，因此人们由于担心在法院门口被枪杀而不去法院，这两种情况之间具有重大的差别。科斯肯涅米先生是否可以对此作出评论？

21. 科斯肯涅米先生说，如果第三国可以操纵诉讼提出所在国因而迫使它阻挠当地补救办法，在这种复杂的依附关系中，他认为，第三国参与了与他本人提出的事例不同的另一种不法行为。但就所涉个人而言，无论是存在补救办法的国家还是另一国阻挠采用补救办法，都没有区别：这种补救办法仍然没有提供。

22. 布朗利先生说，他不得不承认，他对于这场辩论的进行方式仍然表示沮丧。自愿联系问题仍然超出了范围，而现在讨论的许多具体问题与通常的拖延问题等等没有明显联系。科斯肯涅米先生的论点提出了较广泛的各种情况，在这种情况下，个人乃至个人群体需要在他们也许与之绝对没有联系的管辖范围内用尽当地补救办法。可以援引切尔诺贝利事件：卷入这种灾难的组织不是一个国家组织，如果坎伯兰和联合王国其他地方的山地农民提出任何索赔，就必须在乌克兰法院用尽当地补救办法。如果要求不是大公司也并非像绿色和平这种资金充分的团体的人民群众在这种情况下用尽当地补救办法，就太苛刻了。然而，由于委员会尚未讨论自愿联系的问题，就必须将用尽当地补救办法原则所依据的基本原理这一重大问题搁置起来。

23. 佩莱先生说，他惊奇地听到有人援引切尔诺贝利事件，但他不理解，在这种情况下为何不应该用尽当地补救办法。例如，在“艾莫科·凯迪斯号”油轮沉没而引起的严重污染的案件中，所有受害者——社区、农民等——联合起来向美国法院提出起诉。

24. 布朗利先生说，佩莱先生的发言只是强调了这样的事实，现在不是在讨论用尽当地补救办法原则的基本原理，委员会应该审议在特定情况下是否应该用尽当地补救办法。相反，委员会正在辩论何种规则过于严格这个一般问题。科斯肯涅米先生提出了非常有益的示例，在有些当地情况下，由于当地私人组织的威胁，诉诸当地法院实际上是很危

险而且几乎是不可能的。由于委员会尚未排除讨论第14条(c)项和(d)项，因此没有讨论在诉讼原因发生地是否提供法律援助，何种规则过于严格和自愿联系的整个问题，而他认为，这个问题是一个绝对基本的问题。

25. 辛马先生回顾说，委员会曾经就切尔诺贝利一类的灾难简短地交流过意见。他说，他当时提醒注意委员会在编纂一般国际法方面所做的工作与各种条约文书方面的发展动态之间的紧张关系。委员会将一项平等机会的条款列入其关于防止危险活动造成的跨界损害的条款草案。这意味着，例如，坎伯兰农民应该平等地利用乌克兰现有的补救办法。这种条款见诸于几乎所有最新的环境条约，鼓励在其他国家受影响和居住的个人利用污染产生国现有的补救办法。然而委员会在第14条上的所做所为从某种意义上说是劝阻人们这样做，除非他们与原籍国的联系是自愿的。这说明了国际法分散化这一至关重要的问题。委员会在一般国际法领域中展开某些工作时，应该考虑到可能会背离其所做工作的特定领域的事态发展。

26. 斯里尼瓦萨·拉奥先生说，主席提出的第三国问题基本上是一个有效控制领土的问题。如果无法控制黑手党的国家仍然保持对整个领土的控制，而第三国没有任何控制，则应该参照国家责任条款，以确定某项国际不法行为是否归咎于第一国。

27. 佩莱先生问道，在切尔诺贝利案中，乌克兰境外的受害人为何在代表其行使外交保护之前无须用尽当地补救办法。

28. 斯里尼瓦萨·拉奥先生答复说，他同意辛马先生的意见：遭受一块领土上的一次事件影响的所有人，即使他们是非国民，也必须接触法院，而且必须有机会用尽当地补救办法。

29. 通卡先生说，在先前关于切尔诺贝利事件的讨论中，他对这一事例是否恰当提出了疑问，因为他严重怀疑这场事故是否违反了国际法。这无疑是一个赔偿责任问题，而不是一个责任问题。根据他的理解，外交保护是与责任而不是与赔偿责任联系在一起。他认为，切尔诺贝利事件与关于用尽

当地补救办法的讨论没有什么关系，因为它归于国际法不加禁止的行为产生的损害性后果的赔偿责任的标题之下，而非归于对违反国际法的责任的标题之下。

30. 主席说，他完全同意这种观点，但他认为，根据存在责任这种假定，即使不存在这种责任，这也是一个吸引人的讨论专题。

31. 布朗利先生说，看来大家仍然抓不住要点。如果假定切尔诺贝利这种灾难发生在鲁里坦尼亚王国，放射云里的铯盐飘落在联合王国，那里的山区农民被告知，他们无法出售其羔羊，但可以得到赔偿。换言之，鲁里坦尼亚王国对于切尔诺贝利类型的灾难造成的损害负有明显的责任，而造成损害的装置不是一个国家装置，那么根据对于这种法律的一种观点，就必须运用用尽当地补救办法规则。看来只要有点常识就可以知道，这些小耕农是难以前往乌克兰这个他们一无所知的社会，并找到在这个特定事件发生现场寻求补救办法的资金。恰恰是因为委员会负有逐步发展国际法的任务并处理人权问题，它才理所当然地应该研究并确定哪些情况对于必须在其他管辖范围内用尽当地补救办法的个人来说过于苛刻。

32. 奥佩蒂-巴丹先生说，他完全赞同布朗利先生的意见。第 14 条 (f) 项只包括被告国阻挠利用当地补救办法的一种情况。它未能包括这样一种情况：即对受害人的阻挠不是被告国的态度造成的，而是并不一定完全归咎于被告国的一种事实情况所造成的。可以回顾其他程序法原则：例如，关于暂停实施时限的古老但仍然有效的格言，即由于充分的理由有关个人无法遵守时限，时限就不适用。换言之，无力达到要求不会对行使个人权利产生不利的后果。如果委员会不是将第 14 条 (f) 项的范围限于被告国的阻挠，而是扩大到包括使得难以诉诸司法因而难以用尽当地补救办法的事实情况，草案就会大大改进。

33. 佩莱先生说，他不敢肯定他完全赞同布朗利先生的意见，尽管他表示的意见确实值得思考。我们不能免去何时用尽当地补救办法的问题，而说成是在何时某种行为违反了一般人权概念。我们必须探讨何种规则遭到了违反，例如违反了对人的规

则，或者是否对人类的共同遗产造成了损害等。在这种情况下，他同意无须用尽当地补救办法。

34. 通卡先生提出并得到主席赞同的关于切尔诺贝利事件没有引起国家责任的立场是站不住脚的，并且提出了赔偿责任是否有任何内容的问题。未能遵守预防的义务无疑引起了责任。难以想象乌克兰已经履行了其预防的义务：否则上届会议通过的关于防止跨界损害的条款草案就没有任何意义了。

35. 薛女士说，关于黑手党一例，保证无不当拖延地提供补救办法的责任仍然在于被告国。主席提出的情况，即当 B 国阻挠提出诉求时，重要的是被告国是否有效控制或拥有主权。B 国可能对被告国产生一定的影响，但问题是这种影响有多大？如果由于压力太大，被告国无法履行其国际义务，这将是一个严重问题。但如果被告国尽管受到一定压力，却仍然提供了当地补救办法，情况就完全不同了。简而言之，在黑手党这一事例中，被告国没有理由不履行其职责，而被告国也没有理由简单地，存在一种威胁使它认为没有提供当地补救办法。这是被告国方面的一个有效控制或主权权利和义务的问题。

36. 切尔诺贝利事件和布朗利先生关于自愿联系的论点提得很好。但她怀疑，人们是否真正在讨论在这种情况下外国侨民的待遇问题。难道这实际上不是涉及到域外效力吗？如果受害人不去费力争取当地补救办法；其本国政府可以代表他们提出一项国际诉求。这是一般惯例。在国际环境事务上往往宣传平等机会的原则。如果这种原则也适用的话，则自愿联系规则的生效就是相互矛盾的。在环境损害案件中，人们必须首先查清是否有一项关于行为国国际赔偿责任的国际规则，第二是要查清所有受害方是否可以真正诉诸在理论上为其制定的司法，第三是要查清这种情况是否可以视为一种外交保护，或是视为对域外损害的国际赔偿责任。这些问题不应该混淆起来。

37. 辛马先生说，科斯肯涅米先生发起了一场辩论，讨论第 14 条 (f) 项是否应该限于被告国故意行为的情况，或是否涉及到一种主观因素。第 14 条 (a) 项提出了首要原则，根据这项原则，标准是有效的补救办法是否有合理可能性。如果被告国阻

碍某人用尽当地补救办法，该人就无须利用这些程序，这种说法是没有意义的，而应该说，如果第三方，甚至气候条件阻碍他前往法院，该人仍然必须用尽当地补救办法。这种检验必须是客观的检验；答案不能取决于可以提供补救办法的国家其本身是否主观或故意阻碍这种补救办法。

38. 杜加尔德先生（特别报告员）说，第14条(f)项引起了一场意想不到的令人感兴趣的辩论。加亚先生和科斯肯涅米先生设想了一些情况，即受害方可通过当地律师或可能获准进入有关领土的其本国律师在域外展开法律诉讼。这突出了英美法体系与大陆法体系之间的区别。在英美法体系中，受害人可能必须亲自出庭提供证据，如果该人没有获准进入被告国，就无法提出诉求。

39. 第14条(b)项述及放弃要求和禁止反言。用尽当地补救办法规则是为了有利于被告国，因此被告国可以选择放弃这一规则。当然它可以明示放弃，是否可以默示放弃则视具体情况而定。放弃该项规则引起了一些司法判例方面的困难，因此产生了程序性规则与实质性规则的区别。如果用尽当地补救办法规则是程序性的，就没有任何理由不应放弃。这仅仅是必须遵守的一项程序，因此被告国可以放弃。国际不法行为不受任何影响，争端可以由一个国际法庭加以裁决。

40. 另一方面，如果用尽当地补救办法规则是一项实质性程序，被告国就不得放弃，因为只有用尽当地补救办法过程中拒绝司法以后，或者在查明被告国没有充分或有效的补救措施的情况下才形成不法行为。因此有些实质主义者没有述及这一专题，而且委员会上一次在通过国家责任草案第22条时没有在条款中或在评注中提到放弃的问题。应该承认，有些实务主义者——例如博查德和加亚——认为，这可以同实质性立场调和起来，他同意这一点。但这引起了法理学辩论。这就是他认为不能简单地放弃程序/实质辩论的理由之一，但他的印象是，委员会将决定这样做。

41. 放弃可以是明示的，也可以是默示的，或者可以由于被告国的行为而引起，在这种情况下，可以说，被告国不得反言声称当地补救办法没有用尽。

42. 明示放弃可以列入解决一项已经存在的争端的特别仲裁协定，也可以在规定今后通过仲裁解决争端的一般条约中加以规定。这种放弃是可以接受的，通常被视为不可收回。默示放弃产生了较大的困难，从西电公司案（该报告第53段）中可以看到这一点：国际法院“在没有任何文字明确表明放弃意图的情况下，无法接受习惯国际法的一项重要原则应该被认定已经默示放弃的说法”[该判决第50段]。因此这种意图必须有明确的证据，有些法学家认为，有一种假定反对默示放弃，尽管这种假定不是一种无可辩驳的假定。但如果协定的措辞或案情中明确表明放弃用尽当地补救办法规则的意图，就必须隐含表示。对于何时可以默示这种放弃无法规定任何普遍的规则，但他提出了第三次报告（第56-59段）中的四个示例，其中的特殊考虑可能适用。第一个示例是一般仲裁协定：被告国同意将今后可能与被告国产生的争端提交仲裁，如果没有提到用尽当地补救办法规则，就假定不应该默示放弃。这似乎是根据西电公司案的裁决得出的。一项关于今后争端的一般仲裁协定避而不谈这一点并不意味着放弃。第二个示例是常设法院一度审查过的问题，即根据任择条款提出的声明是否意味着放弃。在帕涅韦兹斯-萨尔杜提斯基铁路案中，国际常设法院的一位持不同意见的法官认为这意味着放弃，但法院不同意这种立场，此后，各国的实践表明，事实情况不可能如此。第三个示例是在争端产生以后生效的一项特别仲裁协定，其中没有提到用尽当地补救办法规则。在这种情况下，没有提到可解释为放弃，但这是因为该特别协定是在争端产生以后签订的。第四个示例涉及到比较复杂的情况：一位外国侨民与所在国签定的合同默示放弃用尽当地补救办法规则，然后被告国拒绝仲裁。如果国籍国在这种情况下接受诉求，默示放弃也可以适用于国际诉讼，但这一点上的法律依据并不相同。

43. 因此，可以得出结论说，不得随意默示放弃，但如果明确的证据表明被告国准备放弃，就必须默示放弃。因此他建议保留第14条(b)项中关于默示放弃的提法。

44. 同样的考虑适用于禁止反言的情况。如果被告国的行为表明，它已放弃了要求用尽当地补救办法的权利，以后就不得反言，要求适用用尽当地补救办法规则。这种情况下的禁止反言的可能性已

被国际法院审判庭在西电公司案中所接受，并得到人权法理学的支持。

45. 他希望强调第 14 条 (b) 项的必要性。显然，被告国有权明确表示放弃用尽当地补救办法规则。在某些情况下，可以默示放弃或认定被告国不得反言，要求用尽当地补救办法。因此委员会必须提到默示放弃和禁止反言，同时考虑到，这两者不应该轻易接受，而应该视具体情况而定。

46. 关于第 14 条 (c) 项和 (d) 项，他提出，委员会应该审议有密切联系的关于自愿联系和领土联系的规定。这两项规则有支持的理由，但还可以引证说明，关于排除当地补救办法的现有规则可能包括这两项。当委员会审议关于国家责任的条款草案第 22 条方面的问题时，就已经决定，没有必要列入这些条款。这是他偶尔一次为第 22 条辩护，尽管不是很热情。他在报告中提出了委员会是否需要单列一条或几条规定来述及没有自愿联系或领土联系的问题。关于这一专题的辩论基本上是 1955 年 7 月 27 日空中事件案引起的，该案件涉及到以色列国民是否必须在保加利亚用尽当地补救办法以后，才能够就一架 E1A1 型飞机在保加利亚上空被击落一事向保加利亚提出国际赔偿。显然受害方与保加利亚之间没有任何自愿联系。梅隆指出，在所有关于用尽当地补救办法规则的传统案件中，受害人与被告国之间有某种联系，其形式是有形存在、居住、财产拥有权或与被告国的契约关系。⁵梅隆和其他人断言，最近几年外交保护经历了重大的变化。过去，外交保护所涉及的情况是，国民前往国外，需用尽当地补救办法才能够国际一级提起诉讼。但现在出现了跨界环境损害的问题；他援引了切尔诺贝利和 1955 年 7 月 27 日空中事件案的实例。显而易见，这是与过去不同的情况，例如在过去，一位美国国民前往拉丁美洲的一个国家，着手剥削当地人民，遇到麻烦时要求山姆大叔提供援助。支持对用尽当地补救办法规则采用自愿联系或领土联系例外条款的人强调说，在传统案件中，假定外国侨民有风险，因为他本人受被告国的管辖，因此需用尽当地补救办法。

⁵ T. Meron, "The incidence of the rule of exhaustion of local remedies", 《英国国际法年鉴》，1959 年，第 35 卷，第 83 页；特别见第 94 页。

47. 令人遗憾的是，单列一项规则的必要性没有明确的依据。司法裁决含糊不清。赞成当地补救办法规则例外情况的人提到工商业投资公司案，其中国际法院指出：“人们认为，出现侵权行为的国家也应该有机会通过自己的方法加以纠正”[1959 年 3 月 21 日判决第 72 页]。阿梅拉辛格认为，关于出现侵权行为的国家的提法表明，必须有一定的领土联系。⁶同样，一个仲裁法庭在萨利姆案中宣布：“一般来说，外国人必须承认他选择居住的国家所制定的司法适用于其本人”。但这两起案件中都没有引起用尽当地补救办法规则是否应该有例外情况的问题。

48. 对这一问题在挪威公债案中提得比较明确，其中法国辩称，持有挪威公债但居住在法国的法国国民无须用尽挪威的当地补救办法。法院没有认定必须对这一问题作出裁决，但法官里德在不同意见中提出，法国的立场没有依据。罗森在 1955 年 7 月 27 日空中事件案中对这一问题做了很有说服力的辩解，他强调指出：“所有先例表明，规则适用的唯一情况是，外国侨民，即受害人在其本人和其行为受到指责的外国之间建立了或被认为建立了一种自愿的、有意识的和慎重的联系。这些先例涉及到的情况通常是：由于在该国的居住、在那里的贸易活动、那里的财产拥有权等等，产生了这种性质的联系”等等（该报告第 74 段）。通常，法院无须对这一问题作出决定。

49. 涉及跨界损害的案件往往表明，无须用尽当地补救办法。特雷尔炼锌厂案没有坚持要求当地补救办法。在加拿大，或就这件事而言，在美国，没有任何当地补救办法可以用尽。但对于特雷尔炼锌厂案还可以作这样的解释：这涉及到被告国（加拿大）对原告国（美国）的直接损害，因此在这种情况下无须用尽当地补救办法。

50. 自愿联系 / 领土联系要求的赞成者自圆其说。而反对者的论点不太有说服力，援引芬兰船舶仲裁案、安巴蒂耶洛斯案和西电公司案（该报告第 76 段）是错误的，因为在这些案件中，个人与被告国之间没有密切的联系。然而，受害人与被告国之

⁶ C. F. Amerasinghe, *Local Remedies in International Law* (Cambridge, Grotius, 1990), p. 145.

间确实有某种联系，尽管不是密切的联系。自愿联系要求的赞成者从未将它与居住联系起来。如果居住是一项要求，用尽当地补救办法就不适用于在受害外国侨民不是被告国永久居民的条件下没收外国财产和契约交易的情况。国家实践不明确。他在该报告第79段指出，尽管一国应对无意击落一架外国飞机的行为负责，但在许多情况下，它并不坚持要求必须首先用尽当地补救办法。跨界环境损害同样如此；在这一方面，他援引了《古特水坝仲裁协定》，⁷其中加拿大放弃了这一要求，他还援引了《外空物体所造成损害之国际责任公约》，其中也没有要求用尽当地补救办法。

51. 编纂方面的早期努力（该报告第81-82段）在这个专题上保持沉默，因为这些工作通常着眼于对于在一国领土上对外国人的的人身或财产造成损害的国家责任，以及外国侨民前往另一国居住或经商的传统情况。委员会没有列入这一问题上的当地补救办法规则的例外情况，因为由于国家实践和司法决定都没有涉及这一点，因此委员会认为，最好留给现有规则处理并使国家实践能够发展，必要时遵照一种具体的例外情况。

52. 有充分理由认真考虑将例外规则列入第14条(c)项和(d)项的问题。在他看来，在该报告第83段提到的四种情况下坚持要求外国侨民用尽当地补救办法似乎是不实际和不公平的：污染、放射性尘埃或人造空间物体造成的跨界环境损害；击落被告国领土之外的飞机或误入其空间的飞机；驻扎在A国领土上的B国的士兵枪杀A国的国民；被告国特工人员从外国国民的所在国或第三国跨界绑架该外国国民。委员会应该审查，这些示例是否需要一种特殊规则才能免于用尽当地补救规则，或者现有规则已经包括这些示例。在许多此类情况下，被告国对于原告国的损害是直接的。如果委员会接受他在条款草案第11条中提出的首要规则，它就会发现，由于损害是直接的，在许多此类情况下会排除当地补救办法规则。多数跨界环境损害、无意击落飞机和跨界绑架国民的情况就是如此。有时原告国可能会提议不提出直接诉求，这种情况下可能会被认为应该适用当地补救办法规则，但也完全有可能并没

⁷ 转载于《国际法律资料》[英]，第4卷，第3号（1965年5月），第468页。

有有效的补救办法。这使他想起就受到切尔诺贝利灾难伤害的人应该用尽苏联当地补救办法的意见所提出的反对论点。希门尼斯德·阿雷查加的论据很有说服力：要求个人试图利用外国的有效补救办法是不公平的⁸（该报告第86段）。

53. 他在这一问题上从善如流，认为有理由列入这项规则，所以他提出第14条(c)项和(d)项。但在大多数情况下，他准备接受这种看法，即当地补救办法规则的现有例外情况，也就是直接损害无须用尽当地补救办法和没有有效补救办法，将包括这些情况。他让委员会作出决定，它是否希望遵循在第四十八届会议上采取的方针，让这一问题在国家实践中发展，或是否它认为有必要根据拟议法进行干预。

上午11时40分散会。

⁸ E. Jiménez de Aréchaga, "General course in public international law", *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1978-I* (Sijthoff and Noordhoff), vol. 159, p. 296.

第2717次会议

2002年5月8日，星期三，上午10时

主席：罗伯特·罗森斯托克先生

出席：阿多先生、马里先生、巴埃纳·苏亚雷斯先生、布朗利先生、坎迪奥蒂先生、池先生、科米萨里奥·阿丰索先生、达乌迪先生、杜加尔德先生、埃斯卡拉梅亚女士、丰巴先生、加亚先生、加利茨基先生、卡特卡先生、卡米沙先生、科斯肯涅米先生、库兹涅佐夫先生、曼斯菲尔德先生、蒙塔兹先生、奥佩蒂-巴丹先生、庞布-齐文达先生、佩莱先生、斯雷尼瓦萨·劳先生、罗德里格斯-塞德尼奥先生、西马先生、通卡先生、薛女士、山田先生。

外交保护¹ (续)

(A/CN.4/514;² A/CN.4/521, C 节; A/CN.4/523 和 Add.1;³ A/CN.4/L.613 和 Rev.1)

[议程项目 4]

特别报告员的第二和第三次报告 (续)

1. 加亚先生说, 放弃要求在外交保护方面起到一些不同的作用。委员会第五十三届会议通过的国家对国际不法行为的责任条款草案第 45 条 (a) 项⁴ 述及受害国放弃要求的问题, 而本条款草案 (b) 项则提到被告国放弃要求的情况。在实践中, 被告国的放弃要求通常涉及用尽当地补救办法的义务, 但它也可能涉及求偿可否受理问题的其他方面, 例如求偿的国籍。看来比较符合逻辑的是在外交保护方面拟订求偿国或被告国放弃要求的概括性条款, 并拟订有关默许或禁止反言的概括性条款, 这一问题已在国家对国际不法行为的责任条款草案第 45 条 (b) 项中就受害国问题作过论述, 而在目前讨论的草案第 14 条 (b) 项中则就被告国情况也有论述。尽管如此, 如果委员会还是认为关于放弃用尽当地补救办法的要求这一特定 (而不是概括性的) 条款是必要的, 那么最好将这样的规定与关于当地补救办法有效性的条款区分开来, 或者与个人和被告国之间需要有重大关系的条款区分开来, 后者涉及规则的范围和内容, 而放弃要求多数涉及在特定情况下行使外交保护问题。此外, 放弃要求不应当与求偿国和被告国之间有关无需用尽当地补救办法的协议相混淆, 因为这些协议尽管作用相同, 但是属于特别法, 在编写一般国际法过程中不应加以考虑。

2. 如同特别报告员那样, 而且尽管关于这一问题的具体做法有差异, 但他认为, 如果在个人和被告国之间没有自愿联系, 或者如果被告国的行为是在其境外发生的, 那么要求个人应当用尽当地补

救办法可能不公平, 因而有理由联系逐步的发展对用尽当地补救办法规则规定例外事项。但是, (c) 项和 (d) 项直截了当地写明没有自愿联系和被告国的行为发生在领土管辖范围以外这两种情况本身就是完全排除用尽当地补救办法要求的情况, 这种提法也许有些过分。因此, 他建议, 拟订一项单一的条款, 规定对于上述两种情况只要有理有据就可作为例外, 不必适用关于用尽当地补救办法的规则。

3. 埃斯卡拉梅亚女士说, 她同意特别报告员在第 14 条 (b) 项中所提出的例外, 并表示, 她因此不反对将其转交起草委员会。

4. 她认为, (c) 项和 (d) 项触及问题的关键, 就是外交保护这一制度的性质; 因此有必要将这两项规定纳入条款草案。令人满意的是, 特别报告员考虑到了最近世界上发生的事态, 例如旅行的增长, 而正因为这种情况, 个人比过去更有可能受到与他们没有关系的国家的伤害。在一些情况下, 要求用尽当地补救办法极不公平、不合理、也不切合实际; 而且也不应该让受害人无助地等待法院审理的最终结果。有关这一问题的辩论显示, 对于外交保护存在着两种相互对立的观念。根据第一种观念, 也就是较保守的观念, 国家是唯一的行为者, 要由国家来估量是否应当实施外交保护。根据这种观念, 允许例外的余地不大; 重点在于国籍, 在于用尽当地补救办法, 在于分别保护求偿国及被告国主权的规则, 以及外交保护适用性受到限制的情况。这将不包括例如跨界环境损害的情景。另一种观念较全面地考虑到当今世界人们不断流动的情况, 考虑到跨界损害, 以及考虑到非国家实体的参与, 因而将重点更多地放在对个人的损害之上; 这种观念较愿意接受对国籍规则的例外, 或对于用尽当地补救办法规则的例外, 以及将外交保护拓展至跨界环境损害。委员会当然可以起草一项灵活的条款, 使用不明确的措辞, 或通过将另一款的相对观点纳入一款来达到平衡, 甚至将该问题延迟到法院对条文予以适用的阶段, 但是对于目前所审议的两个观点, 必须选择其中一个, 委员会必须决定是否愿意反映当今世界所发生的变化。她本人希望选择这条路。

5. 卡特卡先生说, 他宽慰地注意到, 委员们正努力避免就用尽当地补救办法原则是实质性还

¹ 特别报告员第一次报告中提议的条款草案第 1 至第 9 条的案文, 见《2000 年……年鉴》, 第一卷, 第 2617 次会议, 第 1 段。

² 见《2001 年……年鉴》, 第二卷 (第一部分)。

³ 转载于《2002 年……年鉴》, 第二卷 (第一部分)。

⁴ 见第 2712 次会议, 脚注 13。

是程序性的问题争执不下。他的观点是，第12条可以送交起草委员会，而第13条可能需要并入评注。特别报告员在关于外交保护的第二次报告(A/CN.4/514)中表明，当地法律补救办法包括司法补救和行政补救办法两个方面；但是，没有提出很多有关行政补救办法的示例。这种示例也许会丰富这项问题的研究。

6. 特别报告员在有关外交保护的第三次报告(A/CN.4/523和Add.1)中表示打算对卡尔沃条款和拒绝司法的问题提出一项增编，或两项不同的增编。他认为，卡尔沃条款与本议题是相关的，而且在研究中纳入有关拒绝司法的一些论述也是适当的。

7. 关于第14条(a)项，他赞成中间选择(“没有提供获得有效补救办法的合理可能性”)。关于不当拖延问题的(e)项应当维持，而(f)项也颇有可取之处。(b)项的行文在他看来造成了一些问题，因为他不明白默示放弃要求如何能够是“明确无误的”。(c)项和(d)项中涵盖的“困难情况”应当保留，作为对用尽本地补救办法规则的例外。最后，他认为，举证责任的问题应当纳入评注。

8. 佩莱先生提醒各位委员，他赞成将第14条(a)、(e)和(f)项交送起草委员会，但不赞成将第15条交送起草委员会，他说，尽管如此，(a)、(e)和(f)项还是存在需讨论的问题。原则上，显然只有在当地补救措施能够在可接受的时间范围内具有实际成功可能性的情况下，才会存在用尽当地补救办法的义务；正是在这方面，与(a)项所涉问题不可分割的拒绝司法概念就有了实际意义。他指出，1930年在海牙举行的国际法编撰会议第三委员会一读通过的条款第9条中所作关于拒绝司法的定义，⁵特别报告员在其报告第21段中也再次提到，但同时认为该定义具有一种实际上并不存在的双重性质。根据这种定义，在拒绝司法的情况下，用尽当地补救办法显然并不是义务性的，而是由于这种拒绝司法所造成的结果。他认为，现在并不是辩论这一概念是一项主要规则还是次要规则问题的时候。他觉得，无论如何，拒绝司法问题已经在(a)、(e)和(f)项中述

及。因此，没有必要对此专门列出一项独立条款，而这一问题应当在评注中加以强调。重要的问题在于，补救办法应确时无法采用，而这一情况应对于不偏不倚的旁观者十分明确。

9. 对于(a)项的行文，他赞同特别报告员支持选择3的论点。但是无论作出何种选择，所提议的措辞为主观解释留下了很大余地，例如“徒劳”或“合理”这两个措辞，后者尽管对于习惯法的实践者比较熟悉，在公共国际法中也不是完全鲜为人知。但是，合理性的标准很模糊，还涉及证据责任，为此，他曾请特别报告员对第14和第15条一并加以介绍，希望能够以此发现，第15条对于第14条中所采用的标准表现出的主观任意性含有一种限制。但是，结果未能如此；因为第15条植根于对抗性的审理程序，这对国际法而言其价值颇有疑问，因为国际法基本上是没有法官的法律体系；而且，草案的目的是要向各国指出，当它们面临外交保护的问题时须如何行事。此外，举证责任并不是专门限于用尽当地补救办法的特定问题。最后，同样重要的是，问题不在于举证责任在何方，而是要证明什么。因此，应联系外交保护对合理性概念做进一步的界定，同时应当铭记，造成伤害的不法行为国照理应当了解本身的国内法，因此可以估量补救办法成功的可能性，但是该国的法律对于受害的个人或对于要设法保护这种个人的国家而言并不熟悉，因此对后两者，估量可能就很困难。

10. 在这方面，他不禁想起“不完善批准”问题，这当然是非常复杂的问题，但是该问题已由《维也纳条约法公约》(以下称“1969年《维也纳公约》”)题为“国内法关于缔约权限之规定”的第四十六条以可接受并且各方确实普遍接受的方式加以解决。该条第一项规定，只有国家违反了明显的而且具有根本重要性的国内法规则之后才能使条约无效，而第二项指出，“违反情事尚由对此事依通常惯例并秉承善意处理之任何国家客观视之为显然可见者，即系显明违反。”他并不是说这一措辞可以原封不动地照搬到外交保护这一专题上，但是他认为，所涉问题是可以相类比的。在两种情况下，所涉的问题都是帮助保护国乙国和受伤害的个人这两个不熟知造成伤害的甲国国内法的双方来确定，甲国的国内法是否提供具有合理成功可能性的补救办法；而在两种情况下，肯定会存在有利于甲国的推

⁵ 同上，脚注18。

断，并且存在认为甲国具有国内补救办法的推断。他并不认为 1969 年《维也纳公约》第四十六条第二项的措辞是万能药，也并不认为“显而易见”这一措辞就比“合理”这一措辞更好，但是他确实认为，特别报告员和起草委员会应当沿着这一思路去考虑，因为在草案中提到通常惯例和善意，会得出一项较少主观性的标准，从而减少各国之间的摩擦和争端的起因。

11. 他归纳了对这一问题的立场，他说，第 15 条应当删除，而第 14 条 (a) 项应当在澄清其内容之后交送起草委员会，尽管选择 3 已被定为该款的起点。

12. 他对第 14 条 (e) 项也有类似看法。的确，必须能在“没有不当拖延”情况下得到裁定，但是案文无疑可以也应该明确指出所谓不当是指什么。事实上，也许 (e) 项可以与 (a) 项合并起来，况且无论如何也应当使 (e) 项靠近 (a) 项，因为它显然是 (a) 项的必要和明显的延伸。由于他不是起草委员会的成员，他就利用这次全会的机会沿这些思路提出一些意见。提议的案文可以是：“如国际不法行为责任国的法律无法在一段合理期间内提供受害人获得赔偿的客观可能性，则无需用尽当地补救办法。”然后可加以解释：“对于在合理时期内取得补偿的客观可能性必须真诚地 [根据通常惯例] 或 [遵照一般法律原则] 进行评估”。

13. 他同意加亚先生的意见，认为 (f) 项如作广义解释显然就重复了 (a) 项，如按字面解释，那么就意味着受害者不能实际接触负责办理国内补救办法的机构。事实上，从特别报告员在第三次报告第 101 段中所采取的立场看后一种解释是正确的。但这种解释其实是一种错误，也许是一种人权活动分子式的错误，因为完全可以通过律师或代表来用尽当地补救办法。当然，只要经济负担不是过大，情况便是这样；而如果经济负担过大，这一款便完全与 (a) 项一致。他确实不明白，为何仅仅因为负有责任的¹国家不希望允许受害人进入其领土，补救办法就不可能是合理和有效的：因为该国只要允许有关个人以适当方式委托法律代表即可。

14. 对特别报告员有关这一点的解释，他未能信服，报告员提出的观点是，这一问题是由于民法

和习惯法两种体系的法律实践者之间缺乏理解而造成的。事实上，在有民法传统的国家，与在有习惯法、伊斯兰法乃至社会主义法律体系的国家一样，一般都可以通过代理人提出申诉，而且欧洲人权法院似也接受这种做法。另一方面，如果因必须使用律师服务而使补救办法不合情理地难以落实，则补救办法就不能说是行之有效的，佩莱先生问，这一观念是否应当在 (a) 项中明确提出。

15. 如果 (a)、(e) 和 (f) 项所表达的意见能按他的愿望得以保持，那么在第 10 条内增加一项关于“适当和有效”国内法律补救办法的措辞似乎没有必要，因为那是多余的。草案是整体形式提出的，没有必要在第 10 条里笼统地提出想法，然后在第 14 条里进一步阐述和说明。仅在第 10 条里提出用尽当地补救办法的义务，并在第 14 条里明确说明这一义务²的限度就足够了。

16. 他在述及第 14 条 (b)、(c) 和 (d) 项之前指出，有一个他认为很重要的概念没有包括在草案之内：如果个人要被认作已用尽当地补救办法，仅仅将案例提交主管的国内法院是不够的；如果相关法律论据不是以公共政策为基础的，他还必须阐述相关的法律论据。国际法院所判决的西电公司案和拉格朗案以及欧洲人权法院所受理的德维尔德案提供了值得研究的材料，而且无疑由此可纳入有关这一问题的条款，其案文形式可以作为第 14 条的增列款项，也可以作为草案的新条款。

17. 关于第 14 条 (b) 项，他说他不理解，所制定的规则是属于程序性还是实质性的问题怎么会影响到委员会正在处理的问题。无论如何，目的是要保护国际不法行为的责任国，而这一国家如果愿意，可以放弃被保护。尽管这样说，他还是接受该条中所提出的原则，只是他对措辞有一些保留。首先，他不赞成列入禁止反言的概念，甚至不赞成这一措辞。这种措辞不仅是习惯法的典型情况，民法体系中的法律实践者对此也有疑虑，而且，禁止反言概念还包括在默示放弃这一大概念之内。其次，他认为最好应当说明，放弃要求必须明白无误，即使默示的放弃也不应模棱两可。特别报告员所列举的司法裁决和理论似乎就是沿这一思路提出的。最后，最重要的是，由于这是根本性问题，他说他对突然出现“被告国”的措辞至少感到不安，这一措

辞似乎预先确定要起草一项关于对抗性程序的案文，而且这一措辞似乎也没有出现在已提交起草委员会的条文或第12和第13条之中。他不知理由何在，并认为目前阶段完全有理由维持有关国际不法行为责任国问题各条款中所使用的词语。在目前的情况下，所针对的主要是两方面，一方面是因其国民受到损害而受损害的国家，另一方面是对这种损害负有责任的另一国家。

18. 关于第14条(c)和(d)项，他承认，阅读报告引起了对于“自愿联系”概念((c)项)的好奇，但是报告并没有完全排除他在理解上的模糊。他之所以感到模糊，主要是由于特别报告员提出这一概念的方式——将其与“领土的联系”((d)项)放在一起讨论，而并不是这一概念本身使他感到模糊，他认为这一概念很有吸引力，而且相当合适，尽管反映的理论多于实践。按他的理解，“自愿联系”概念的意思在于，如果一个国家对于某人造成了损害，而此人完全是无辜受害，他没有冒险，没有联系任何人，没有进入责任国的领土，没有在该国投资，那么就不必用尽当地补救办法。先将实际问题搁置一下，这一概念本身似乎合情合理：这可以解决他在上次会议上提出的问题，又涵盖了特别报告员在第三次报告第83段中所提到的情况。他可以理解，特别报告员认为这一概念“明显”具有“实质性”，但是他不能理解报告员为何在结论中倾向于拒绝(c)项中所确立的规则。该规则的基本原则似乎是常识，是公平的问题。的确，规则并没有明确体现在司法裁决中，但是从特别报告员所列举的做法看，似乎有其理由，尽管似乎也有相反的做法，具体地说，就是对于污染造成的损害所作的赔偿。在这一方面，他觉得不该在上次会议上提及托利峡谷号油轮或阿莫科公司卡迪兹号油轮这类案件造成的海洋污染问题，因为，从这一观点看，它们不属于这一专题。不过，委员会在(c)项中有极佳的机会促使国际法逐渐发展，而他赞同原则上将这一条款交付起草委员会的建议，同时也指出，也许最好不是在评注中而是在该条内对“自愿联系”一词作出界定，因为这一词语既不明确也不是既定存在的。

19. 但是，他认为第14条(d)项没有意义，因为按特别报告员所提出的案文来看，这只是第14条(c)项所涉及的大概念中的一个小概念。而且，如果

广义地解释这一概念，它就会与“自愿联系”概念相矛盾。例如，在空难的情况下，假设甲国在本国境内击落一架飞机，则在领土管辖范围内、即领空内犯下国际不法行为的一方——即甲国——与受损害方之间并没有自愿联系，但是，以下一点为自愿联系提供了依据，特别适用：机内人员显然并没有选择与任何领土发生联系，而只是碰巧正好在甲国的领空中。因此，最好删除(d)项。

20. 布朗利先生在提到(c)项时说，他不明白特别报告员为什么对自愿联系的提法如此缩手缩脚。他不赞同第三次报告第70段中的说法，即“判例没有明确支持或反对以自愿联系作为条件”。事实上，各方面来源对于这一要求非常支持。对于“直接损害”这个总括问题，他指出，出于各自利益的理由，欧洲国家对切尔诺贝利事故的反应极为审慎。例如，英国政府没有提出任何求偿。但是，在这种情况下，压力团体可以游说其政府采取行动。因此，他赞成维持(c)项，并将其送交起草委员会。但是，这一规定远远不是当地补救办法规则的一项例外，而是规则适用的条件，就此而言，它不在第14条范围内，因为后者涉及的是规则的例外，所以对第14条的结构需要加以审查。

21. 他赞同佩莱先生的说法，第14条(d)项无法接受；该款没有什么实用价值，没有多大权威依据，而且与(c)项并不真正相配。

22. 科斯肯涅米先生说，他越来越倾向于赞同布朗利先生的说法，即讨论不必涉及微不足道的例外，而应当涉及规则的根本理由依据本身。他理解自愿联系概念的政策因素，特别报告员已经对此作了解释，委员会的许多其他委员也已经提到，但是他担心，这些讨论可能会把委员会推上错误的道路。实际上，确实有尽管存在自愿联系但还是最好能够行使外交保护的情况。反之亦然：对于某些不存在自愿联系的情况，仍不宜规定这种保护。因此，他质疑自愿联系的概念是否真有相关意义。相反，根本性问题是誰需要外交保护，而谁实际上不需要外交保护。当人们受到伤害，特别是那些处境尤其脆弱的人们，真正重要的是他们能得到保护。当1990年科威特受到伊拉克入侵后亚洲工人不得离开该国，并在伊朗或沙特阿拉伯等邻国庇护的情况就是如此。他认为，相对于这些国家，这些人

应当能够享受其原籍国的外交保护，即使他们发现他们在其领土上并没有真正实行自愿选择。另一方面，对于从事跨国活动，例如在因特网上开展业务的多国商业实体，这种保护并不一定适宜。这里，人们也可以说，不存在与任何特定国家的自愿联系，也没有任何社会或道德需求来放弃要求用尽当地补救办法。因此，自愿联系的存在与否的问题不是看待某些情况的理想角度，不应当将其放在与第 14 条其他例外同样的地位。

23. 通卡先生说，问题不在于是否提供外交保护，而在于研究实践并制订规则。关于在科威特的亚洲工人这个示例必须铭记，他们所遭受的损害不是由他们与之建立了自愿联系的科威特造成的，而是由他们与之不存在自愿联系的伊拉克造成的。因此，提供外交保护的国籍国应当向伊拉克提出求偿。

24. 科斯肯涅米先生说，实际上，他想到的是这些工人可以在他们自愿寻求庇护的该地区其他国家得到外交保护。

25. 佩莱先生说，他完全不同意科斯肯涅米先生的逻辑。相反，他所举出的科威特难民的示例正是支持了自愿联系的概念，尽管实际上不能说在他们的情况下联系是自愿的。也许这个联系是“必要的”。用尽当地补救办法这一规则的目的是要保护被告国，也就是让它能够就其不法行为造成的损害提供赔偿，而不是要保护个人。不必说，该款可以删除，他本人可以赞同承认个人的国际法人地位，但是这并不是所讨论的议题。另一个示例，即关于跨国公司的例子，稍稍多一些说服力，因为它促使委员会考虑什么才是联系，而这是一种非常不明确的情况，没有必要多花费时间。

26. 但是，他坚决支持布朗利先生的建议，认为 (c) 项应当与该条其他款项分开。该项所体现的规则属于不同性质，因此，最好从完全不同的角度来审议自愿联系的概念。

27. 薛女士说，特别报告员关于第 14 条的评论很有助益，分析问题很清楚，并引述了一些有意义的资料来源。在第 14 条 (a) 项中所提的三种选择之中，选择 3 值得特别注意。在起草方面应考虑三点。

首先，在国际法委员会和第六委员会早先讨论第 10 条时，就已建议加以修改，改为要求用尽所有“适当和有效”的当地补救办法。其次，对“合理的可能性”一语应仔细推敲，因为目前行文中“合理”和“可能性”两词或许带有求偿国主观评断的意思。因此，第 14 条起首部分和 (a) 项应重新起草。第三，(a) 项似乎与 (c) 项、(d) 项、(e) 项和 (f) 项有些重叠，这些条款都涉及某些具体情况，在这些情况下也许不存在有效补救的可能性。但是，她同意，(a) 项应当送交起草委员会。

28. (e) 项和 (f) 项的重点都是发生损害的国家 的责任，即该国有责任保证提供当地补救办法。这是正确的，但是这两项似可联系 (a) 项的修改而改动一下。

29. 关于 (b) 项，最好不要提及禁止反言，因为这一概念常常会引起误解。关于默示放弃要求，即使是无误的，也会引起混乱。因此，最好是写明，被告国必须明确无误地放弃用尽当地补救办法的要求。这样修改之后，(b) 项也可以送交给起草委员会。

30. 关于第 14 条 (c) 项和 (d) 项，自愿联系概念有助于解释为何在行使外交保护之前必须用尽当地补救办法。但是如果既没有自愿联系也没有管辖权联系，就只能从国际法规则中寻找解决办法。正如特别报告员在报告中所指出的，在诸如跨界环境损害一类的困难情况中，要求受损害的外国人用尽当地补救办法并不符合情理，但是，将没有自愿联系视为用尽当地补救办法规则的例外，就可能导致不适当扩大外交保护的 范围。

31. 杜加尔德先生（特别报告员）注意到一些发言者提出，认为对 (c) 项需要特别注意，而且这一问题应当另外考虑。他问是否可以得出结论，这些发言者希望将该项移到第 11 条，因为该条涉及到用尽当地补救办法的原则？如果是这样，他并不反对；他只是必须通知起草委员会。

32. 布朗利先生针对特别报告员所提的问题答复说，他发现各项拟议的结构性修改很有意思。他没有什么具体的建议可以提出，但是他也认为，特

别报告员和起草委员会也许可以将有关自愿联系的条款移到更加适当的地方，例如移到第11条。

33. 西马先生说，加亚先生说明示放弃要求可以看作是一种特别法，这是正确的；因此，这种放弃就不属于特别报告员设想在第14条(b)项中规定的内容。不含糊地默示放弃要求的情况很少，不应推定存在这种情况；相反，特别报告员在其报告第56段中提出的意见得到了下列事实的印证：即有关一般性的解决争端问题的少数条约之一——《关于和平解决争端的欧洲公约》就明文规定必须用尽当地补救办法。同样，拉格朗案是根据《维也纳领事关系公约关于强制解决争端之任择议定书》而提出的，而且可以与特别报告员称为一般性仲裁协议的条款相比拟，在该案中，美国作为被告国就以外交保护为据对德国的论点提出了争辩，但并没有声称据此便不需要用尽当地补救办法。禁止反言的问题引起了许多误解。第14条(b)项与特别报告员在(f)项中所列举的情况不无关系，在这种情况下，被告国阻止某人取得当地补救办法。特别报告员在提到禁止反言而提出的示例毫无例外地一律都是：在这些案例中，仲裁或裁决书申明：由于被告国对未能用尽当地补救办法没有表示意见，该国不得在后阶段提出未用尽当地补救办法的情况。这种情况的后果就如同某国明确表示不必用尽当地补救办法，但后来对这一问题又有反悔一样。在涉及以行为禁止反言而不是被告国未能明确申明必须用尽当地补救措施的情况下，第14条(b)项和(f)项所提到的两类禁止反言可能有一些重复。

34. 关于自愿联系的问题以及属地问题(第14条(c)项和(d)项)，他与布朗利先生一样希望询问，特别报告员对于不存在自愿联系就没有用尽当地补救办法义务这一原则为何如此犹豫不决。但是只有特别报告员与佩莱先生所表现的那样，深信自愿联系原则正确无误和令人信服，这种缩手缩脚的态度才可称为奇怪；报告第65和第89段表明情况并非如此。但是，正如几乎所有案例法和法律理论所显示的那样，自愿联系概念所存在的更根本性问题是“联系”几乎是一种涉及实在的具体概念，是对人们实际流动采取的十九世纪的概念。例如，在挪威公债案中(该报告第73段)，法国声称，持有挪威公债但居住在法国的法国国民没有义务用尽挪威的当地补救办法，因为这些人于该国没有自愿联系。但

是，从1940年代和1950年代移到当前经济全球化的情况看，很明显，个人也可以震撼甚至摧毁整个经济体，而不必面临国际法的重大障碍。因此，他想知道，是否不应当采取“反人权”的方式？用尽当地补救办法规则是否并不旨在保护其利益必须加以考虑的被告国。当然，在85%的情况下，容易受到损害的是个人而不是国家，但国家受损的情况也必须加以考虑。关于跨界污染的情况，他有疑问：强行将切尔诺贝利案纳入外交保护的范畴是不是一种好的想法。外交保护的前提是存在国际不法行为，而在切尔诺贝利案中并没有证明出现了这种情况，而认为联合王国和其他一些国家在该案例中采取的措施构成了行使外交保护行动的想法则是不自然的、勉强的。环境法是一个新的领域，不应当迫使其适应旧的模式。

35. 此外，对人们很少注意实际存在这种介乎两种情况之间的案例：飞行途中的三小时中转停留或者六天或两个星期的假期是否足以算作自愿联系呢？这一问题只在1961年《关于国家对外国人所受损害的国际责任的哈佛公约草案》⁶(该报告第81段)中以及被罗伯托·阿戈草提到过，但是随着人们的流动越来越多，由此引起了各种影响，因此自愿联系的概念必须确立。特别报告员正确地指出，在最极端的事例中，个人的原籍国会受到直接损害，因此就不必诉诸外交保护。在另一些情况下，第11条所设想的主导倾向检验标准可以解决这一问题。还有一些情况可以由第14条(a)项来规定，而且能够联系这方面提出令人信服的解释。但是，如果越来越多的委员赞同将自愿联系的概念独立区分开来，移到如条款草案第11条之后的地方，则这种方式是可以接受的，但必须先对这一问题进行更充分的辩论。

36. 奥佩蒂·巴丹先生说，虽然委员会没有明说，但是实际上是在讨论老旧的外交保护机制范围问题，这个机制有其自己的传统、历史沿革和实践，但是随着世界情况的不断变化，或许可以问，这种机制是否足够合适，是不是应准备新的机制。在所提到的所有案例中，其中包括阿莫科·卡迪兹

⁶ 转载于 L. B. Sohn 和 R. R. Baxter, "Responsibility of States for injuries to the economic interests of aliens", 《美国国际法学报》, 第 55 卷, 第 3 号 (1961 年 7 月), 第 548 页。

号油轮案和博帕尔案，原告都是普通公民，可以选择在本国的法院或被告国法院证明损害，索取赔偿，但是造成损害的不法行为并不是缔结契约关系的一部分。跨界损害概念有其自身的特点，这些特点不一定与外交保护的特点相符合。这是肯定有其政治影响的新现象，但是法律不应当惧怕新现象，也不应惧怕政治现象。由于所有这些理由，委员会不应当在深入审议 (c) 项和 (d) 项之前急急忙忙地将其送交起草委员会。

37. 布朗利先生说，他认为西马先生可能太重视自愿联系概念所固有的不确定性和适用问题。许多现已成熟和熟悉的概念，例如大陆架概念，在得到普遍接受以前已经酝酿了许多年，而居住地等众所周知的国际私法概念至今仍然构成适用问题。关于跨界污染问题，切尔诺贝利灾难的新层面只是受害者的人数罢了；核事故风险本身原已在一些主要的欧洲多边公约中预见，这些公约的宗旨本身就是要在此类事故发生时限定缔约各方的责任。1935 年的特雷尔炼锌厂案就是跨界污染的早期示例。委员会不应当仅因为自愿联系原则造成适用问题而忽视这一原则的重要性。

38. 罗德里格斯—塞德尼奥先生说，他赞同卡特卡先生、薛女士和西马先生就默示放弃用尽当地补救办法要求的可能性（第 14 条 (b) 项）所表示的意见。放弃要求是单方面行动，应当是不可扭转的，不应当推定存在。判例（例如巴塞罗那电车公司案）以及法律理论都没有作此推定。

本届会议的工作安排（续）*

[议程项目 2]

39. 坎迪奥蒂先生（规划小组主席）通知委员会，规划小组举行了两次会议。在 2002 年 5 月 1 日举行的第一次会议上，小组决定建议委员会在工作方案中列入题为“国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任”的项目，并就这个议题设立一个工作组；还建议委员会在工作方案中列入题为“国际组织的责任”的项目，任命一位该专题的

特别报告员，并在委员会本届会议期间设立一个工作组协助特别报告员。在同次会议上，该小组并决定重新设立关于长期方案的工作组，并任命佩莱先生担任工作组主席。

40. 规划小组在 2002 年 5 月 6 日举行的第二次会议上决定建议委员会在工作方案中列入题为“共有的自然资源”的项目，任命一位该专题的特别报告员，并在委员会本届会议期间设立一个工作组协助特别报告员；并设立国际法不成体系的危险问题研究组。该小组将再次开会审议议程上的其他项目。

41. 主席建议，任命斯雷尼瓦萨·劳先生担任有关“国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任”问题工作组的主席，任命加亚先生担任国际组织责任问题特别报告员，任命佩莱先生担任国际法不成体系的危险问题工作组主席，与此相关的理解是，有关“共有的自然资源”专题的协商还将继续。

就这样决定。

42. 加亚先生对委员会任命其为特别报告员深表感谢，并请那些对他所受命负责的专题有兴趣的委员讨论研究工作的方向，并考虑要审议的书目和其他材料。

43. 西马先生告知对国际法不成体系专题有兴趣的委员，委员会向大会提交的第五十二届会议工作报告附件中载有哈夫纳先生的一份综合研究报告。⁷

44. 斯雷尼瓦萨·劳先生说，他所负责的专题的工作组将以委员会第四十八届会议⁸工作报告作为工作起点。

下午 1 时散会。

⁷ 见第 2714 次会议，脚注 1。

⁸ 见《1996 年……年鉴》，第二卷（第二部分），附件一，第 104 页。

* 续自第 2714 次会议。

第 2718 次会议

2002 年 5 月 10 日，星期五，上午 10 时

主席：罗伯特·罗森斯托克先生

出席：阿多先生、马里先生、巴埃纳-苏亚雷斯先生、布朗利先生、坎迪奥蒂先生、池先生、科米萨里奥·阿丰索先生、达乌迪先生、杜加尔德先生、埃斯卡拉梅亚女士、丰巴先生、加利茨基先生、卡特卡先生、卡米沙先生、科斯肯涅米先生、库兹涅佐夫先生、曼斯菲尔德先生、蒙塔兹先生、奥佩蒂-巴丹先生、庞布-齐文达先生、佩莱先生、斯里尼瓦萨·拉奥先生、辛马先生、通卡先生、薛女士、山田先生。

外交保护¹（续）

（A/CN.4/514；² A/CN.4/521, C 节；A/CN.4/523 和 Add.1；³ A/CN.4/L.613 和 Rev.1）

[议程项目 4]

特别报告员的第二和第三次报告（续）

1. 奥佩蒂-巴丹先生说，关于用尽当地补救办法问题，他对是否应在条款草案中将特别报告员第三次报告（A/CN.4/523 和 Add.1）第 14 条 (c) 和 (d) 项所涵盖，且没有取得普遍协商一致意见的自愿联系和领土联系概念列为标准表示怀疑，尽管这两个概念也许应在另一种情况下单独考虑。这一观点得到委员会第二十九届会议在关于国家责任条款草案第 22 条的一读中所采用的办法的支持。⁴

¹ 特别报告员第一次报告中提议的条款草案第 1 至第 9 条的案文，见《2000 年……年鉴》，第一卷，第 2617 次会议，第 1 段。

² 见《2001 年……年鉴》，第二卷（第一部分）。

³ 转载于《2002 年……年鉴》，第二卷（第一部分）。

⁴ 见第 2712 次会议，脚注 6。

2. 有些委员赞同下列立场：在受害个人和被告国之间没有自愿联系的情况下，无须用尽当地补救办法；这种联系可以包括（个人或——细节上作必要修改——法人）的自愿居留、住所、拥有财产或与被告国的契约关系（该报告第 67 段），但并非一国个人与另一国个人的私人关系。但是，在有些案件中，这种私人关系实际上可能引起国家的国际保护问题，值得进一步审议。

3. 他不同意薛女士的意见，即用尽当地补救办法是一个程序问题。实际上，这一概念是实质性的，尽管其实施的方式可能在程序法的范围之内。在个人与外国存在联系的情况下，该外国必定有机会根据其本国立法提供某种补救。

4. 国际法最近的变化既影响到外交保护的性质和范围，又影响到当地补救办法规则的适用或不适用问题。在第一种情况下，他认为，有关变化涉及诸如跨界环境损害和击落误入一国领空的飞机等事件（该报告第 68 段），这些事件不属传统的外交保护领域。那么，问题在于，此类事项是否在环境法之下——在第一个事件中，或在国家责任之下——在第二个事件中——处理更好。关于目前审议的草案，目的应当是明确界定未来公约的目标，从而使取得成功的结果成为可能。

5. 在国际公法没有解决办法的情况下，重要的是要考虑个人如何能够行使其权利和提出索赔。在私法领域，法律的其他形式仅适用于主管部门行为的后果，而不适用于行为本身；仅在没有其他补救办法的情况下或作为其补充才有用。人们认为，特雷尔炼锌厂案解决了赔偿问题，但没有解决责任问题。那么人们可能会问，一位在外国国内法院就该外国的行为造成的损害要求金钱赔偿、而没有就该行为本身是否合法提起诉讼的个人，是否应被认为相当于用尽了当地补救办法。必须更明确地区分国际索赔与外交保护；前者可由个人或国籍国提起，而后者仅可由国籍国行使。

6. 还必须区分个人所承担风险的类别。一位从事与外国相关活动的外国人可以假定他自愿服从该外国的法律和法院；在这种情况下，风险可以说是自由地承担的。但是，在另一些情况下，则没有承担这种风险，因为没有建立自愿联系；在国际私

法中，用于这种情况的恰当术语是“契约外责任”。与外国的联系可能存在，但其存在有违于有关个人的意愿，或是由于发生不可预见事件，如切尔诺贝利核工厂爆炸案或阿莫科·卡迪兹号油轮石油泄漏案那样。由于特雷尔炼锌厂案通过仲裁解决，因此并没有为有关原则提供一个有效的案例。

7. 在此种情况下，受害者应当可以选择在责任国法院寻求补救，但他们不应当必须这样做。特别报告员在对《外空物体所造成损害之国际责任公约》第十一条第2款所作的评论中（该报告第80段），似乎指向这样一种更广泛的观点。在影响到一个以上国家人口的灾难性损害的情况下，一种可能性是允许蒙受人身伤害的受害者在其本国法院、居住地法院、或与事件有合理关系的国家的法院提出索赔。换句话说，用尽补救办法不应当完全限于造成损害国家的补救办法。特别报告员第三次报告第72段中的措辞，表明与自愿联系规则概念的相关性还有一定距离。

8. 在特雷尔炼锌厂案中，加拿大没有坚持要用尽当地补救办法。该案确立了一个私法先例，即国家必须为其允许在其领土内开展的活动所造成的环境损害承担责任，该案对桑多兹—莱茵河案和博帕尔案十分重要。在该报告第75段中，特别报告员表示，加拿大在特雷尔炼锌厂案中的立场可能是基于因为该案涉及直接损害，因而无须用尽当地补救办法的观点；或是基于有关仲裁协定并未要求用尽当地补救办法这一事实。上述第二种假设会将该案排除在用尽当地补救办法的范围之外，因为仲裁由于其本身的性质，涉及当事各方同意接受仲裁的自愿协定。

9. 在对国家实践的讨论中，特别报告员提出了一些不法行为国选择不要求用尽当地补救办法的案例。但是，在所有这些案例中，采取这种立场看来都是出于政策考虑——如对公众舆论的影响，而非法律理论的考虑，从编纂的角度来看，这一事实降低了这些案例的价值。

10. 《外空物体所造成损害之国际责任公约》是一个要考虑的要素，与辛马先生在第2716次会议上的评论相关，辛马先生评论说，环境法含有委员会必须承认的其他标准。

11. 他不完全确信，已就足够的内容达成了协商一致意见，可以将所讨论的问题交给起草委员会。尤其是，他对第14条、特别是罗伯托·阿戈先生关于当地补救办法应当可以有效利用的说法有疑问。⁵他自己的意见是，当地补救办法越有用，外交保护的范畴就越小。因此他同意佩莱先生的意见，认为条款草案为各国提供了一份行为守则，而非一份解决它们之间争端的文书。

12. 他要强调，也许最好通过保证增加有效的当地补救办法来防止滥用外交保护。目前国际公法之下可利用的补救办法并不充分；在各个领域没有普遍的条约框架，包括在环境法领域；目前没有备选办法来弥补国际公法中规范性框架的缺乏，以便保护个人和法人，承认其获赔的权利，如国际私法的情况那样。因此，特别报告员的工作是对该专题的一个宝贵贡献，一些委员提出的反对意见不过是指出了第六委员会或各国本身在批准条款草案之时会提出的问题。

13. 卡米沙先生说，条款草案第12和第13条应当删除；讨论当地补救办法规则是实质性的还是程序性的没有任何好处，无论如何，这些条款没有给第11条增加任何东西，尽管重新起草对该条有好处。

14. 另一方面，第14条想要涵盖的问题太多。他倾向于第14条(a)项之下提出的第三项选择，即没有获得有效补救办法的合理可能性。关于(b)项，他同其他一些委员一样相信，放弃必须明示，他对提到禁止反言没有保留意见。(d)项应当删除，因为这是(c)项已经涵盖的情况。他欢迎有一项单独的条款，专门阐述在没有自愿联系的情况下用尽当地补救办法规则的适用性问题。(e)和(f)项可以同(a)项合并。最后，他支持那些提议删除条款草案第15条的人的意见。

15. 斯里尼瓦萨·拉奥先生说，多年来，外交保护制度经历了巨大变化。在通信不畅、缺少机会接触国际论坛之时，国家代表个人出面交涉曾被认为十分重要。但是，现在个人有越来越多的机会通

⁵ 见关于国家责任的第六次报告，《1977年……年鉴》[英]，第二卷（第一部分），A/CN.4/302和Add.1-3号文件，第39页，第100段。

过各种论坛和渠道表现自己的个性和行使其权利，这种需求逐步减少：往好里说，国家并不情愿接受个人案件，将私人索赔升格为国家索赔。尽管如此，该专题继续具有重要性，因此需要编撰。

16. 用尽当地补救办法的原则是程序性的还是实质性的问题使他想起了关于承认原则是宣告性质还是构成性质问题的类似辩论。显而易见，该原则是习惯国际法的一部分，因此，该原则对引起外交保护十分关键；因而必须尽可能明确不含糊地予以阐明。从这一观点来看，第12条和第13条要么重复了第10条和第11条所阐述的原则，要么仅仅是它们没有充分阐明的模糊概念，如拒绝司法。因此，这两项条款都可以删除，这样做不会对整个条款草案的经济性产生不利影响，其内容可以纳入第10条和第11条，或纳入对这两条的评注。

17. 第14条应交给起草委员会，但(a)和(e)项需要重新安排和调整。在为(a)项所提出的三种选择中，他也赞同选择3。“合理性”标准是可行的，正如佩莱先生所指出的，该标准在海事法方面产生了很大影响。“有效补救办法”和“不当拖延”是相对概念，对此不可能有普遍标准。说到底，必须依据具体情况和情节，根据其他同样重要的原则来判断：法律面前平等、不歧视、透明，它们都在国家法规中有稳固的基础。

18. 委员会应当进一步注意加亚先生、辛马先生和其他委员对放弃要求问题所做的有益评论。默示放弃不能轻易假定，而必须经过严格的检验。同样，如经证实，禁止反言相当于作为一般法律原则的用尽当地补救办法规则的一个例外。

19. 根据科斯肯涅米先生、主席和其他委员的评论意见，第14条(f)项需要进一步推敲。他同其他委员一样认为，自愿联系的概念应当更多地作为用尽当地补救办法规则运作的一项先决条件，而不是例外处理。这一概念是有用的，支持了一系列外交主张。但是，在当代环境中，通过外交手段支持私人索赔的做法，即使在没有狭义的自愿联系的情况下，也变得越来越频繁。在跨界损害的案件中，可由国家代表其公民和在其管辖下的其他人向责任国统一提出补偿要求。也可由个人向司法或其他准司法机构提出补偿要求，如果这样做更为方便或认

为有用的话。这一点反映在不歧视的原则之中，不歧视的原则在欧洲获得了承认，现已成为所有最新的国际环境文书的一部分，他认为，该原则并不排除国家代表在其管辖下受到跨界损害的居民群体进行交涉，特别是如果有关索赔数目众多，或如果受伤个人没有组织，不了解复杂的法律程序，或没有财政手段自己从事索赔。因此，自愿联系的概念作为个人案件中的一个法律基础最为有用，而在有些情况中则应当摒弃，对于这些情况，必须在条款草案中做出具体规定。在领土之外或在跨界情况下造成的损害就是一个明显的示例，但可能还有其他情况。

20. 最后，他同意有些委员的意见，不赞成将关于举证责任的第15条交给起草委员会。举证责任是一条证据原则，最好留给国际司法法庭在议事规则或仲裁协议中处理，以及在提交国内裁决法庭的情况下由该国法律处理。因此，第14条应当交给起草委员会，而第12、第13和第15条应当删除，因为其内容已在他处得到了适当的解释。

21. 蒙塔兹先生说，他满意地注意到，特别报告员在其第三次报告第63段中明确宣布，用尽当地补救办法规则确实是一项习惯国际法规则；因为有这样一种危险：由于第14条中提出的庞大的例外清单，这项宝贵的规则可能被削减得所剩无几。

22. 诚然，在对有关学说和判例做了近乎详尽的审查之后，特别报告员对承认他提议的某些例外的有效性犹豫不决，诸如受害个人与被告国之间没有自愿联系。他也承认，与国际法的任何规则一样，用尽当地补救办法规则也有例外。丰巴先生提请注意的一个此类例外是如卢旺达这样一个国家的情况，由于国内武装冲突，其司法系统完全或部分崩溃。但是他认为，在此种情况中规定一项规则的例外对解决问题于事无补，有关问题由于其本身的性质而无法解决。另一方面，可以规定下列情况中的例外：一国的司法系统无法获得必要的证据，或无法进行审理——《国际刑事法院罗马规约》第17条第3款就具体涉及到这种情况，委员会不妨将其转用于所审议的情况。

23. 可以考虑列入例外清单的另一种情况也许是一国的程序规则排除外国人获得司法。他想到的

不是第 14 条 (j) 项, 该项涉及国家出于安全或政治权益考虑, 不让受害个人利用其机构的情况。他认为, 这种情况不值得提升到例外的地位, 因为在此种情况中, 一名当地律师就可确保用尽当地补救办法。而他所想到的情况是国家立法中有歧视非国民的规定。这些情况显然必须构成规则的例外。有对外国人不利的一系列确定先例的情况也是如此, 特别报告员在其报告第 42 段中间接提到了这种情况。

24. 他还对关于不当拖延的第 14 条 (e) 项所规定例外的有效性存有疑问。不当拖延也许仅是因司法系统负担过重所致, 如那些面临严重资源不足, 特别是缺少合格法官审理案件的国家经常遇到的情况那样。此种情况不应当作为用尽当地补救办法规则的例外处理, 特别是鉴于在此种情况中, 有关国家的公民与非国民一样都不得不耐心地等待司法。

25. 自愿联系问题引起了令人感兴趣和颇有争议的辩论, 关于这一问题, 他被薛女士提出的论点说服, 薛女士正确地认为受害个人获准不用尽当地补救办法的国家实践是源于国际环境法的发展, 国际环境法是国际法的一个专门分支, 对所审议的问题没有多大影响。关于报告第 79 段提到的击落外国飞机的示例, 一般而言, 责任国坚持有关行为是事故, 拒绝接受有关不法行为的责任, 提议恩惠付款赔偿受害者。因此他怀疑, 在这类案例中, 是否存在主张基于自愿联系的例外的论点。关于报告第 83(c) 段所举的示例, 即驻扎在 A 国领土上的 B 国士兵杀害 A 国国民的例子, 特别报告员设想的情况显然是, B 国武装部队在和平时期应 A 国的要求驻扎在 A 国的领土上。在这种情况下, 有关国家一般都缔结有解决此类问题的协定, 因此, 没有必要规定例外。第 83(d) 段所指越界绑架外国国民的情况也是如此, 幸好该类情况极少发生。

26. 关于放弃用尽当地补救办法规则问题, 不得假定国家责任的范围是一项确立的国际法规则。因此, 他怀疑默示放弃条款的有效性。罗德里格斯·塞德尼奥先生正确地指出, 除了国家通过协议放弃该规则的情况外, 任何单方面放弃都必须采取明示的形式。确实, 与辛马先生一样, 他怀疑是否真有必要列出一条有关明示放弃的规定, 通过协议的明示放弃构成一条特别法。

27. 最后, 他感谢佩莱先生关于需要提出法律论据, 以用尽当地补救办法的意见, 感谢他指出, 仅仅将问题提交法院对于满足这项规则是不够的。特别报告员应当进一步考虑问题的这一方面。

28. 最后, 第 14 条经过简化会更好一些, 因为有些条款可以合并, 这些条款与该条的相关性则是另一个问题。用尽当地补救办法规则应当得到尊重, 除非当地补救办法显属徒劳: 因此他倾向于选择 1。

29. 辛马先生说, 他不同意蒙塔兹先生的意见, 即在不当拖延可归因于被告国司法部门没有能力应付大量积压案件的情况下, 用尽当地补救办法规则也不应当有例外。甚至在没有故意阻挠当地补救办法的情况下, 也必须有一个时间点, 让外国人有权诉诸其本国的外交保护。必定存在某些国际最低标准, 在这个问题上, 委员会不妨参看人权条约机构的判例, 以求指导。

30. 蒙塔兹先生说, 他同意, 提到人权条约机构的判例是一个好想法, 以便确定什么构成“不当拖延”。这一概念是主观的, 需要确立客观标准, 以便可以在该框架中考虑到国家司法系统因缺乏人力和物力资源而受到阻碍的情况。

31. 池先生说, 特别报告员关于外交保护专题的工作范围广泛, 富有学术钻研精神, 值得赞扬。第 10 条在编撰范围内重申了用尽当地补救办法规则, 因此他赞同其措辞。第 12 条可以接受, 尽管可能引起一些起草问题。关于第 13 条, 他倾向于该规则构成程序法一部分的观点。拒绝司法是一个极其广泛的题目, 超出了外交保护的范畴。因此, 应当在一个增编中单独处理。

32. 他赞同第 14 条 (a) 项中的选择 3, 但认为 (b) 项中的“默示放弃”概念有些问题, 因为它似乎意味着, 在有些情况下, 被告国可以通过默认放弃用尽当地补救办法规则。

33. 关于第 14 条 (c) 项, 自愿联系问题——自愿联系是什么, 发挥过什么作用, 不应当发挥什么作用——是一个重要问题。特别报告员提出了四个有关自愿联系、应当被视为用尽当地补救办法规则

的例外的示例。他同意这些示例，但还可列举更多的示例，从而改进条款草案。

34. 拖延司法就是拒绝司法这一国内法原则基本上列入了第14条(e)项关于不当拖延的规定。但是，拖延是一个含糊概念，他不能肯定这是一个客观标准。1930年在海牙举行的国际法编纂会议提及的“过度拖延”一语，就是不当拖延的一个方面，其中包含意图要素。他不反对(e)项的措辞，但更愿意看到列入拖延过度的方面。

35. 关于第14条(f)项，他有些怀疑国家阻挠司法的实际做法。如果仅仅是一个理论问题，该项不应当列入，除非特别报告员能够提出案例法支持提议的条款。

36. 最后，第15条可以接受。该条相当于国内法院在举证责任方面的一些现行规则，尽管极少国际法庭有明确的相关证据规则，但该条可保留作为国际诉讼的实践指南，无论如何，该条没有任何害处。

37. 曼斯菲尔德先生说，他接受特别报告员有关第14条(b)项的结论，需要具体提及当地补救法规则的可能例外包括放弃要求和禁止反言。他还同意，根据默示放弃或禁止反言提出的任何论据都面临重大障碍。他对该条款的措辞没有特别的意见，同意应将其交给起草委员会，但委员会不妨考虑其位置问题，考虑到加亚先生的评论，即该项与有关规则范围和其他各项确实性质不同。

38. 第14条(c)项和(d)项所涉的问题即便不是根本性问题，也十分重要。毫无疑问，需要一个条款处理这些问题，其中包括但不限于报告第83段所列的困难情况。他接受第84段中提出的意见，即在其中许多情况中——例如不法跨界环境损害或不法击落飞机，对国家有直接伤害，用尽当地补救法规则不适用。但是，在当今世界的运作中，必然会发生许多案件，其中一国对另一国国民造成不法损害，但未对该国造成直接损害，在这些情况下，如果要求有关个人用尽当地补救办法就不公平，或造成困难。

39. 他对第14条(c)项和(d)项试图涵盖所有这些情况远非满意。例如，在商业领域，今天世界

的运作与产生有关用尽当地补救办法规则思维的经典十九世纪情况很不相同。当然，在发生问题之时，在外国谋生的个人拒绝采用可用的当地补救办法，而试图使其国籍国以其名义提出索赔是不恰当的。相比较而言，许多小国——其中许多为发展中国家——的小企业的所有人将其货物或服务卖给世界各地的特色市场。他们也许从未——或几乎从未——踏上这些市场所在国的土地。如果市场国管制机构对外国国民造成了不法损害，例如取消其一项知识产权，但损害没有达到引起通过世界贸易组织寻求补救的程序，如果该外国国民必须用尽当地补救办法之后才能在国际一级提起诉讼，这样是否公平或合理？不法行为对小企业的影响可能是灾难性的，但单是因为成本结构和汇率率差异通过市场国法院寻求当地补救办法的成本就可能超过整个企业所值。可能没有集团诉讼手段来帮助分摊费用。是否真有良好的政策理由，说明在这种情况下应当排除国家对国家的索赔？此类问题必须进一步讨论，以便给起草委员会以充分的指导。目前的(c)项赋予了自愿联系概念较之该概念真正能够承担的更多的公正和公平要素。实际上，在有些情况下，这可能正好引起其打算避免的不公正。

40. 同其他委员一样，他怀疑第14条(d)项在处理有关公正和公平的问题方面是否真有很大帮助。

41. 主席作为委员会委员发言，他说，他同意到现在为止所发表的大多数意见。他对将第11、第12和第13条提交起草委员会审议没有困难，无论是与第10条一道提交还是分别提交。他还可以同意那些反对提交第13条的委员的意见，只要不提交的理由绝不会被视作不同意关于用尽当地补救办法性质的“第三种意见”。“第三种意见”为福赛特所主张，特别报告员第二次报告第52段所载美国政府备忘录⁶的节选中以极其明确的措辞做了说明。

42. 关于第三次报告，他赞扬特别报告员所采取的包容办法。一位学者明确地、其他学者隐晦地——无论是否合理——将委员会关于国家责任的草案定性为稀粥，牢记这一点没有什么害处。但是，这并不意味着委员会必须感到受责罚。在该报

⁶ 见第2712次会议，脚注10。

告第 13 段中，特别报告员提及没有丹麦王子的《哈姆雷特》，但是汤姆·斯托伯德的剧本《罗森克兰茨和吉尔登斯特恩之死》大量谈及一般生活，特别是丹麦王室，但从不谈及丹麦王子。

43. 如布朗利先生和其他委员所指出的，贸然进入特别报告员提出的某些领域也许更为鲁莽，而非勇敢，很可能不利地影响到委员会就外交保护的核心内容提出一个有用草案的能力。他具体提到拒绝司法、举证责任以及现已陈旧、但在其创立之时动机良好的称为卡尔沃条款的概念。在炮舰外交的时代情有可原的事物现在就不那么为人所接受了，现在以保护个人为首务。

44. 他同意特别报告员的意见，认为有关工作不应当扩大到该报告第 16 段所列的领域，尽管有一些灵活性也许是精明的。第 14 条 (a) 项选择 2 和 3 得到很大支持，这两项选择看来不同之处在于措辞，而非实质，应当交给起草委员会。案文和 (或) 评注应当说清楚费用和拖延包括在“合理性”内。报告第 37 段引用马默里⁷是一个很好的例子，说明评注中可以有用地列入哪些内容。

45. 第 14 条 (b) 项也可以提交起草委员会，尽管他同意加亚先生关于不应当将放弃和有效性混为一谈的意见。特别报告员正确地说，(c) 项和 (d) 项没有必要，因他已经谈到过的理由，不必交给委员会。但是，重要的是要讲明，不列入这些条款并非拒绝其内容，而仅仅是认为没有必要明文列出。他对 (j) 项持开放态度。说此种条款为逐步发展既没有用又不明智。任何理性的法院或法庭都会根据其中所述概念作出裁决。希望这一点能够通过委员会的工作得到澄清。

46. 自愿联系的作用不应当主导用尽当地补救办法。他很少与布朗利先生意见相左，但他怀疑，他是否犯了艾尔弗雷德·诺斯·怀特海在略微不同的情况下所称的错置具体感的谬误。用尽当地补救办法并不涉及承担风险，而是一种方式，通过这种方式政府之间的问题在成为国际问题之前就能得到

解决。集中于该规则中将其扭曲为假设个人承担风险的某些方面，将是一种误导。这一观念当然有一定的道理，作为合理性概念、或者作为导致区别的某一其他概念的一部分，其基础是个人的活动和用尽补救办法负担的沉重程度，但是这一观念应作次要考虑，而不是作为首要考虑，作为首要考虑会将用尽当地补救办法要求变为完全不同于其历来所要成为和要做的完全不同的东西。

47. 丰巴先生说，第 14 条 (b) 项引起了三个问题。第一，明示放弃用尽当地补救办法要求没有问题，尽管人们可能要问，是否需要拟订某种司法上不言自明的规定，即使这很重要。关于默示放弃，辩论中出现了两种趋势：显然大多数的委员反对加以考虑，而少数委员则赞成予以考虑，如佩莱先生的意见所代表的。他自己的意见是，不应当轻易拒绝默示放弃的可能性。应当优先考虑采取因果关系的办法，强调意图的标准和意图的明确性，并考虑到所有相关因素。

48. “禁止反言”这一术语看来引起某些哲学、概念和学说方面的困难。为避免这些困难，人们不妨通过比照，在更为广泛的默示放弃的命题中列入这一现象，这看来是特别报告员在报告第 60 至第 63 段中提到的案件的一般趋向。

49. 第 14 段 (c) 项中的“自愿联系”一语看来有些奇怪，至少不熟悉。实质上，他的意见是，即使这一术语看来未进入或充分地进入有关文献和司法判决，但条款所设想的情况并非不令人感兴趣。因此，为了法律逐渐发展的目的，应当予以考虑，但应以可能最佳的方式和在案文的适当地方加以考虑。他对是否需要保留 (d) 项有些疑问。

50. 整体来讲，他同意在第 14 条的结构本身中，应当放弃争论的精神，而设想采取一种更为全面的办法，一种司法政策办法。最后，应通过将“被告国”改为“责任国”，使外交保护回到其应有的法律范围。

51. 布朗利先生回顾说，在他最初处理自愿联系问题之时，他是从政策角度、而不是从其是否为实在法的观点来处理的。他采用了也许带感情的“承担风险”一词，不是在英美侵权行为法的技术

⁷ D. R. Mummery, “The content of the duty to exhaust local judicial remedies” 《美国国际法学报》，第 58 卷，第 2 号 (1964 年 4 月)，第 389 页；特别见第 400 和第 401 页。

意义上援引该措辞，而是作为解释政府对待某些类别索赔的态度的一种方式。他想要表明的是，在某些情况下，坚持用尽当地补救办法是不现实的，对那些没有某种具体经济利益支持、不属于某类游说集团或没有充足资金的个人而言是不公正的。

52. 尽管特别报告员在第三次报告第70段中对自愿联系要求的权威性采取一种非常中性的观点，但实际上，从有时长达数十年的所有法律传统、地理位置的角度来看，这一要求具有很大的权威性。尽管如此，还是必须对自愿联系的概念提出某种定义。旅游者或其他过境者可能被视为与一国有自愿联系的情况是不能接受的。联系必须有某种连续性和某种联系的质量。

53. 主席说，问题可能是由于自愿联系作为用尽当地补救办法一个分支与自愿联系作为合理性概念一个分支之间的差异而引起的。

54. 山田先生说，特别报告员提交的报告充满了令人深思的分析，有关辩论极为有用。作为起草委员会主席，他将力行克制，不评论具体条款草案，以保持中立，但他希望就外交保护的发表一点一般性意见。

55. 他同意薛女士和辛马先生表示的一些关注。也许他是一个保守主义者，但对他而言，外交保护看来是一项实质上旨在使一国能够保护其在国外受到损害的国民的制度。经典案例是：A国国民在属B国管辖或控制之下的某处受到B国国际不法行为引起的损害，B国没有对这种损害采取补救措施。然后A国编了一个故事，说其国民所受的损害是对它自己的损害，并向B国提出索赔。

56. 确实，外交保护制度必须调整以适应当代的要求，并且需要逐步发展，这将涉及对国籍国规则、国籍的连续性规则、用尽当地补救办法规则和其他规则作出调整和例外。但是，将特雷尔炼锌厂案、切尔诺贝利案和其他跨界损害和环境污染等事件描述为属于外交保护的范畴，使他作为一名外交工作者而感到不安。

57. 在跨界损害的案件中，在大多数情况下，损害都是对居住在国籍国管辖和控制之下的国民造

成的。该国受到直接损害，不必编故事，可直接向造成损害的国家提出索赔。例如，在《禁止在大气层、外层空间和水下进行核武器试验条约》缔结之前，美国在太平洋进行了一系列大气层核试验。1954年，一艘日本金枪鱼捕捞船在远离美国指定的危险区域的地方遭受了放射性坠尘。船员受到过量的放射性照射，其结果就是一名船员丧生。日本政府立即提出了索赔，要求补偿日本遭受的损害。美国政府迅速作出了反应，在很短的时间内达成了一项友好解决办法。两国政府均未将该案视为外交保护案件。

58. 他希望委员会不要过于扩大外交保护的范 围。特别报告员说打算在五年之内完成该专题，使外交保护成为委员会在本五年期内成就的一部分，他为此感到鼓舞。

59. 杜加尔德先生（特别报告员）回顾说，他曾建议，没有必要列入一个关于自愿联系的条款，正是因为大多数情况下涉及一国受到另一国的直接损害，从而无须用尽当地补救办法，他问山田先生是否认为可将自愿联系问题作为用尽当地补救办法规则的现有例外。

60. 山田先生说，在1995年7月27日空中事件案中，美国和联合王国参加了对保加利亚的索赔，并诉诸外交保护。从美国和联合王国的角度来看，损害发生在国外，因此有自愿联系的成分。这可以在用尽当地补救办法的框架内考虑。

61. 主席作为委员会委员发言，他说，山田先生的意见获得了密切关注。

62. 通卡先生说，他不反对第14条(a)项。起草委员会应当能够在选择2和选择3的基础上找到一个适当措辞。显然，显属徒劳的检验标准过于严格。关于第14条(b)项，他同意那些说不应当假定默示放弃的委员的意见，他想知道委员会可否不借鉴委员会第五十三届会议通过的关于国家对国际不法行为的责任的条款草案⁸第45条和丧失援引责任权利的示例。这同样适用于禁止反言问题。他并非

⁸ 见第2712次会议，脚注13。

不同意该概念本身，但它可能难以翻译成其他正式语文，例如俄文和法文。

63. 他对自愿联系问题表示疑虑。特别报告员本人并不确信 (c) 项和 (d) 项是否必要，认为所考虑的案例可包含在其他例外之下。所举示例并非出自国家责任领域，而是出自赔偿责任领域。他自己的意见是，外交保护制度与国家责任问题紧密相连。起草委员会曾提议，外交保护包括一国根据自己的权利或是由于另一国的国际不法行为对某一国民造成损害而采取的外交行动或其他和平解决手段的结果。因此，不法行为对国民造成损害是一个基本要素。因此他不理解，为什么要引用《外空物体所造成损害之国际责任公约》的示例，因为这并非国家责任问题，而是涉及特别制度。同样，没有任何特别公约涵盖严格来说没有引起一国国际不法行为对一国民造成损害问题的跨界损害或缓慢污染问题。如特别报告员所做的那样，他也不情愿从有些国家在向国际法院提出的诉讼——例如在 1999 年 8 月 10 日空中事件案中，巴基斯坦对印度提出的诉讼——中没有提出用尽当地补救办法要求或自愿联系问题这一事实中得出结论。他的理解是，印度提到《法院规约》第三十六条第二款之下的一般性声明，并说该案不在国际法院的管辖范围之内就足够了。因此，该报告第 79 段所举示例对列入自愿联系没有任何帮助。他同意特别报告员的意见，认为第 14 条 (c) 项严格来说并非必要，他反对将其交给起草委员会。

64. 关于第 14 条 (e) 项，难以接受国家司法部门由于没有充分手段而因国民和外国人的案件为数众多而负担过重的论点。用尽当地补救办法的理由是要给国家一个机会，在当地索赔成为国际索赔之前补救所造成的损害。如果国家司法机构允许案件不必要拖延，该国不应当利用该事实作为尚未用尽当地补救办法的论点。

65. 第 14 条 (f) 项应当交给起草委员会，尽管举证责任问题令人感兴趣，但没有必要在关于外交保护的草案中列入第 15 条。他赞同特别报告员的观点，认为对这一问题应当采取灵活的办法。他认为，第 15 条应当删除。

66. 薛女士说，在外交保护制度的范围内，自愿联系的理论十分有用。该理论提出了一个最令人

信服的要求受害外国国民在用尽当地补救办法之后才能向本国政府要求协助的论据。该理论还有助于克服仅仅将联系建立在领土基础之上的狭隘性。但是，将不存在自愿联系用作给予外交保护权利的一个例外条款则有问题。跨界损害或该报告第 83 段中所列举的某些损害问题并不属于本专题的范围。否则的话，委员会就会建议，在所有跨界损害的案件中，外国受害者必须首先诉诸当地补救办法来补救其损害。这并非此处要说的意思。恰恰相反，在跨界环境损害变得十分严重之时，国家自己接过这一问题，在国际一级予以处理。在这种情况下，对造成跨界损害的国家采取国际行动，与其说是一国的权利，毋宁说是一国的义务，至少在国家一级来说是如此。这不是一个应在外交保护专题下处理的问题。

67. 通过将不存在自愿联系列为例外，以便将外交保护扩大至跨界损害，将会导致产生若干影响。第一，它可能意味着，只有通过这样一个条款，一国才能代表其蒙受了因另一国领土上的活动造成跨界损害的国民实施外交保护。这将导致一个总的结论，即外交保护制度涵盖所有此类国际索赔，在实践中，这无疑并非各国的观点。山田先生刚刚举出了这方面的一个很好示例。第二个影响可能是，列入这样一个例外条款，委员会将会把所有跨界环境损害的案件转为补救案件。但这也并非问题的现实，因为此种损害常常涉及预防和有关各国之间的合作，而非一个简单的补救问题。人们提到的特雷尔炼锌厂案也并非仅仅是计算补偿的问题。

68. 第三个影响涉及外交保护与国际环境法之间的关系。不歧视原则背后的理论基础是什么？在实践中，甚至在发生跨界环境损害并且外国受害者拥有必要的财政资源和法律援助时，作为外国人，由于司法管辖、适用法以及承认和执行外国判决等问题，他们也会受到歧视，常常无法使用当地补救办法。所有这些法律障碍都使外国人不能获得当地补救办法。因此需要不歧视原则。问题并不在于受害者应当首先用尽当地补救办法：他们无法这样做。在特雷尔炼锌厂案中，受烟雾之害的美国公民不能够上加拿大法庭，当地法律也没有为其提供任何补救。为了达成公正和公平的结果，两国政府也同意对洲际水事宜适用美国案例法，这表明不应将外交保护与一般国际索赔混为一谈。涉及跨界损害

的问题越来越多，因此这一问题更有理由需要单独处理。

69. 外交保护是国际关系中最古老和最敏感的一个领域。委员会应当与时俱进，争取逐步发展有关法律，但是，将所有国际索赔都划为外交保护与各国所看到的国际实践不一致。自愿联系理论可以在用尽当地补救办法规则的基础上加以发展，而不是将其视为例外。

70. 杜加尔德先生（特别报告员）说，使自愿联系的概念成为外交保护的一个基本要素在很大程度上是布朗利先生的主意。

71. 主席和山田先生赞同他的意见，认为委员会不应当列入这样一项条款，另一些委员则说，不应当将其列为例外，而应当将其作为一个单独条款，或将其作为一项单独研究的题目处理。各位委员是否认为这一问题不应当交给起草委员会，还是希望将其交给起草委员会，并指示它使其具有意义？

72. 曼斯菲尔德先生说，他同意薛女士有关跨界损害案例的意见，跨界损害大多数都是对国家的直接损害。在这一方面，他支持特别报告员的意见。然而，布朗利先生正确地指出，自愿联系问题实际上是一个广泛的公正性和合理性问题。主席曾说过，这可以包括在合理性的范围内，也许可放在第14条(a)项之下。他个人看不出如何做到这一点。他乐意看到起草委员会考虑公正性和合理性问题应当放在何处，但并不希望看到它被搁置一旁。如果委员会不遵从自愿联系的想法——其中包括该概念的一部分，尽管不是很充分，那么委员会就必须单独和具体地加以处理；也许这是起草委员会的问题。

73. 薛女士说，她的问题是，作为一项例外规则，自愿联系条款应当排除。这一概念对解释为什么应当用尽当地补救办法是有用的，但如果由此得出在没有自愿联系之时，即可援引外交保护的结论，那就错了。如果委员会想要多的支持用尽当地补救办法规则的论据，则委员会可以在评注中合理地加上自愿联系，但不是作为一项例外条款。

74. 埃斯卡拉梅亚女士赞同认为自愿联系问题是一个实质性问题的意见，但对此委员会意见很分歧，并同意曼斯菲尔德先生和其他委员的意见，认为它不应当列入第14条(a)项。她并不认为起草委员会是解决实质性意见分歧的适当场所。无论如何，起草委员会成员有限，不一定能反映全体会议的各种不同意见。不是有某种在此种情况下进行非正式磋商的机制吗？

75. 主席说，可以举行非正式磋商，但在通常情况下有关问题都交给起草委员会，尽管起草委员会成员有限，但其对委员会所有委员都是开放的。如果各位委员不赞同特别报告员的建议，那就必须寻找另一种办法达成一致意见。

76. 庞布-齐文达先生说，各位委员的评论表明，在这样一个老问题上实现有关法律的逐步发展是如何困难。他并不认为委员会应当贸然审议并非外交保护的事项。他赞同用传统办法处理这一问题，因此他强烈反对将所谓的自愿联系概念列入条款草案。

77. 辛马先生同意布朗利先生的意见，认为自愿联系的概念不在用尽当地补救办法规则的例外清单之列。因此他建议，将关于两个例外的第14条交给起草委员会，并通过举行非正式磋商，或授权特别报告员为2003年编写一份载列就该问题提出的各种意见的报告，以进一步考虑自愿联系问题。如果主流意见最后支持自愿联系，则委员会仍然可以在第10条或第11条之后增加一些内容。委员会可以着手处理第14条，因为自愿联系并不构成用尽当地补救办法规则的一项例外。

78. 池先生说，第83(b)段提到击落在被告国领土之外或误入其领空的飞行器的案例，将其作为当地补救办法规则的例外，他问道，如果由于两国互不承认而没有关系，又会发生什么情况。在大韩航空公司007号航班被击落之时，该案由国际民航组织处理，但由于苏联与大韩民国互不承认，受害人即使想要用尽当地补救办法，也没有可能。因此，需要考虑到，国家的承认是用尽当地补救办法的一个先决条件。

79. 通卡先生说, 委员会在讨论用尽当地补救办法规则的理由中涉及自愿联系问题时, 应当多加小心, 因为这样人们有可能争辩说, 如果没有自愿联系, 该规则就不适用。他反对将自愿联系概念列为例外, 因为用尽当地补救办法的理由是给国家一个补救损害的机会; 只有在国家未能这样做之时, 当地索赔才能转为国家之间的索赔。第14条所列的所有其他例外或是涉及一国的法律制度, 或是涉及一国的行为, 而所提议的无自愿联系的例外并不涉及国家, 而是涉及个人。用尽当地补救办法规则通过给予国家一个补救对外国人造成损害的机会, 保护国家免于国际索赔。因此, 没有理由将没有自愿联系列为例外。

80. 奥佩蒂-巴丹先生说, 他赞同辛马先生的提议, 即应当请特别报告员就这一问题提出更详细的报告; 他也同意布朗利先生的意见, 认为如果将自愿联系问题交给起草委员会, 委员会首先必须界定该概念的含义。

下午 1 时散会。

第 2719 次会议

2002 年 5 月 14 日, 星期二, 上午 10 时

主席: 罗伯特·罗森斯托克先生

出席: 阿多先生、巴埃纳·苏亚雷斯先生、布朗利先生、坎迪奥蒂先生、池先生、科米萨里奥·阿方索先生、达乌迪先生、杜加尔德先生、埃斯卡拉梅亚女士、丰巴先生、加亚先生、加利茨基先生、卡姆托先生、卡特卡先生、卡米沙先生、科斯肯涅米先生、库兹内佐夫先生、曼斯菲尔德先生、蒙塔兹先生、奥佩蒂-巴丹先生、庞布-齐文达先生、佩莱先生、斯里尼瓦萨·拉奥先生、罗德里格斯·塞德尼奥先生、赛普尔维达先生、辛马先生、通卡先生、薛女士、山田先生。

外交保护¹ (续)

(A/CN.4/514;² A/CN.4/521, C 节; A/CN.4/523 和 Add.1;³ A/CN.4/L.613 和 Rev.1)

[议程项目 4]

特别报告员的第二和第三次报告 (续)

1. 杜加尔德先生 (特别报告员) 总结外交保护专题辩论情况时说, 大家似乎支持他把条款草案的范围限于同求偿国籍有关的问题和用尽当地当地补救办法问题, 以便能够在本五年期结束对这个专题的审议。他知道佩莱先生不喜欢“求偿国籍”一词, 认为这个词具有普通法的涵义; 但是, 在伤害赔偿案中, 国际法院院长却使用了这个词, 而他并不是母语为英语的人。总之, “求偿国籍”这个术语不大可能出现在条款草案中。

2. 委员会委员也发表了意见, 评论了他的第三次报告 (A/CN.4/523 和 Add.1) 第16段中提到的、与求偿国籍有关但传统上不属于该领域的问题。任何委员都不同意彻底研究上述问题中的第一个问题, 即国际组织对其工作人员的职能保护; 但是, 有几位委员在发言中强调, 需要在评注中区别外交保护和职能保护, 其中特别提到国际法院对伤害赔偿案中的第二个问题: 联合国行使职能保护时应如何兼顾国籍国保护其国民的权利的答复; 将在互相竞争的行使保护权利主张范围内处理这个问题。他将在第1条评注中处理这个问题, 但可能需要就这个问题增添单独一条。似乎很少有人支持该报告第16段中所载的第二项建议, 即, 将条款草案的范围扩大到包括船舶或飞机的国籍国为其船员或机组人员和乘客求偿的权利。但是, 有人建议在评注中处理这个问题, 并特别提到“赛加羚羊号”轮案 (第2号), 他会这样做的。第16段中提到的第三种情况, 即一国将行使外交保护的权力授给另外一国的情况, 实际上并不经常发生, 文献中很少讨论到这个问题。但是, 他将进一步加以探讨, 希望得到研

¹ 特别报告员第一次报告中提议的条款草案第1至第9条的案文, 见《2000年……年鉴》, 第一卷, 第2617次会议, 第1段。

² 见《2001年……年鉴》, 第二卷 (第一部分)。

³ 转载于《2002年……年鉴》, 第二卷 (第一部分)。

究过这个问题的委员的协助，特别是达乌迪先生的协助。可能属于这项研究范围的第四个问题是管理、控制或占领某一领土的国家行使外交保护的问题。除了佩莱先生强烈主张列入这个问题以外，支持这项建议的委员很少。最后，有些委员建议他考虑国际组织对居住在诸如科索沃或东帝汶等由它控制的领土内的人员的保护问题。有些委员支持这个意见，但绝大多数委员认为，在国际组织的责任范围内处理这个问题比较合适。

3. 关于初步事项的议题，坎迪奥蒂先生提出了“洁手”问题或如同佩莱先生所说的，个别私人如自己没有遵守国际规则或国内法是否有权受益于外交保护的问题。他将在关于卡尔沃条款的报告增编中，并将在第5条评注中涉及诺特博姆案的部分和联系公司国籍在涉及巴塞罗那电车、电灯及电力有限公司案的部分，处理这个问题。除了关于卡尔沃条款的增编以外，第三次报告第13段中提到关于拒绝司法的另一个增编。目前的辩论情况显示，对于把这个问题列入研究范围，大多数委员抱着反对或至多中立的态度。有些委员强调说它是一项主要规则；但是，如奥佩蒂·巴丹先生所指出的，拒绝司法在若干涉及程序的情况中的确发生过，因此，它是一种次要规则。拒绝司法概念的内容，说得委婉一些，是不明确的。在二十世纪初期，这个概念涉及不许向法院申诉的权利；拉丁美洲学者还把司法偏见和司法延误包括在这个范围之内。其他人则认为，拒绝司法并不限于司法上的作为或不作为，而是包括了行政部门或立法机构违反国际法的行为，因此，涉及整个国家责任领域。目前，普遍的看法是，拒绝司法只限于司法部门的行为，或其表现形式为不适当的程序或不公正的决定的司法程序。总之，它在判例中的重要性越来越小，在很大程度上为国际人权文书中所规定的司法标准，尤其是《公民及政治权利国际公约》第14条所代替。由于委员会明显地认为该概念不属于研究范围，他不打算为这个概念编写一份增编。

4. 第12和第13条受到相当多的批评。布朗利先生认为，这两项条文没有为本专题的审议提供有用的框架，而比较有益的做法是，通过审议国际法确立用尽当地补救办法规则的理由，例如外侨与东道国之间存在自愿联系、需要迅速确定事实等，当地法院对这种事项会办理得更加迅速，提出这一规

则的基本原理。布朗利先生也曾经提及这一点；⁴但是，他又说，如能区别三种情况，则会更加轻而易举地看出当地补救办法规则：即福塞特提出的三种情况，⁵他以此作为第12和第13条的框架，似乎也为处理这个议题提供了有用的途径。此外，他的第二次报告⁶包括了介绍该规则理论基础的章节，但是没有特别得到委员会的明确接受。他要为第10条评注中的疏忽提出补救办法。总之，必须确认，第12和第13条没有得到普遍认可，一般认为，它过于概念化、不切题、是以二元论者的立场作为前提，并且过分地受到程序与实质之间区别的影响，不过，在实际上，他们是以文献中显著刊载的辩论为依据，具有重要的实际影响，为委员会早期编纂用尽当地补救办法规则奠定了基础。当然，对第13条提出的批评有些很有根据。例如，通卡先生和佩莱先生都指出，当违背某项国际规则的时候，外交保护才起作用，而第13条所涉及的主要是尚未发生任何国际违法行为的情况。埃斯卡拉梅雅女士和另外一些委员则指出，第13条主要涉及何时产生国际不法行为的问题；因此，它显然不属于用尽当地补救办法规则的范围。虽然有些委员支持第12条，另外一些委员则认为，起草委员会只需要在起草第10条的时候考虑到它就行了。因此，他建议不要将第12和第13条提交起草委员会，采取这样的解决方式起码可以避免用尽当地补救办法规则是程序性还是实质性规则的问题，并让委员们可以对这个事项保留自己的意见。

5. 对于涉及效用问题的第14条(a)、(e)和(f)项，佩莱先生提出了有益的建议，认为不应该把“效用”一词列入第10条。委员会几位委员在上一届会议上说过，效用概念只应该作为一项例外处理，参加大会第六委员会的一些代表团也这样说过。他希望委员会对这个议题的沉默表明它支持这个立场。委员会几乎一致支持将第14条(a)项提交起草委员会；大多数委员赞成选择3，不过也有人支持将选择2和选择3结合起来；支持选择1的人极少。因此，他建议把(a)项提交起草委员会，并授权它审议选择2和选择3。关于不当拖延的第14条

⁴ I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, 5th ed. (牛津大学出版社, 1998年)第496-497页。

⁵ 见第2712次会议，脚注11。

⁶ 同上，脚注2。

(e) 项存在分歧意见；有一、两个委员反对这一款，另一些委员则认为，这一款可以在 (a) 项下处理，但是，大多数委员建议把它作为一项单独的规定处理。因此，他提议把它提交给起草委员会，同时考虑到加亚先生的建议，即应该阐明拖延是由法院造成的，以及佩莱先生的意见，即应该在这一条的若干款项中避免使用“被告国”一词。有几位委员支持将 (f) 项提交起草委员会，或许应该以一些措辞论述类似黑手党的辛迪加、而不是被告国阻止个人使用当地法院的情况。但是，大多数委员认为，在 (a) 项论述这个问题比较合适。所以，他建议，不要把 (f) 项送交起草委员会。

6. 关于第 14 条 (b) 项，获得强烈支持的意见认为，明示放弃应该构成用尽当地补救办法规则的例外，但是，有许多委员对暗示放弃的概念感到不安，并认为该概念应该明确，不得含糊不清。另一方面，即使是这些委员也没有否认起草委员会应该审议这个问题。因此，他认为应该将第 14 条 (b) 项提交起草委员会，同时建议起草委员会对暗示放弃持谨慎态度，并且考虑把佩莱先生因为它与普通法的关联而反对的禁止反言作为默示放弃的一种形式处理。

7. 第 14 条 (c) 项和 (d) 项引起激烈的辩论，但从中得出的结论并不明确。普遍的意见认为，无论什么组成 (c) 项，(d) 项都是它的一个组成部分，不应该予以单独处理。许多委员表示，虽然 (c) 项体现了一项重要原则，但是它与其说是一项例外不如说是行使外交保护的一项先决条件。薛女士和通卡先生都说，跨界损害情况涉及没有不法行为情况下的赔偿责任问题，因此应该完全排除在外，而罗森斯托克先生则认为，这些问题可以在第 14 条 (a) 项的合理性情况中处理。那是他原先的提议；他认为没有必要将第 14 条 (c) 项和 (d) 项列入，因为在大多数情况下，它们将属于关于直接损害的第 11 条或者关于效用的第 14 条 (a) 项的范围。辛马先生表示，这个问题应该用一份单独报告加以论述，而另一些委员则认为，这是一个非正式磋商事项。因此，他很难判断委员会希望怎样处理这两项规定。

8. 关于举证责任的第 15 条，有些委员认为无关紧要，而另一些委员则认为过于复杂；大多数委

员反对把它列入条款草案中。因此，他无法建议应该将其提交起草委员会。

9. 佩莱先生说，特别报告员就委员会对本专题的辩论情况作了一个非常客观的说明，有鉴于此，他对于将第 14 条 (c) 项提交起草委员会一事表示了有理由的疑虑。但是，如果取消这一条款，则会令人感到遗憾，因为它激起了实质性的辩论，在该过程中，有些委员还改变了想法。应该将 (c) 项提交给起草委员会，条件是起草委员会可以将它变成一项单独条款或将其保留在例外中，不过，他认为这样做是一项错误。

10. 主席以委员会委员身份发言指出，他本人认为，特别报告员并不是建议将第 14 条 (c) 项删除，而是建议起草委员会应该考虑如何将其纳入第 14 条 (a) 项。

11. 通卡先生说，将自愿联系概念列为用尽当地补救办法规则的一项例外的建议看来没有得到委员会委员的充分支持，因此没有理由将第 14 条 (c) 项提交起草委员会。起草委员会可以在拟定第 14 条 (a) 项以及第 10 和第 11 条过程中考虑到表示过的各种意见，或者在对这几条的评注中提及这些意见。

12. 埃斯卡拉梅亚女士说，同特别报告员一样，她认为，大多数委员不主张把自愿联系当作例外处理。如果将第 14 条 (c) 项提交起草委员会或者纳入第 14 条 (a) 项或另一项条款中，委员会便没有解决一个实质性问题，即：这不是一项例外，而是一项先决条件。她重申了自己的提议，认为应该举行非正式磋商，并指出，虽然委员会所有委员都可以参加委员会会议，但起草委员会的成员却是有限的。另外一个可能的做法就是，举行起草委员会特别会议，让委员会所有委员都能够在平等基础上参加。

13. 主席说，似乎有两种对立的观点，有些委员认为自愿联系是必要条件，另一些委员则认为它更像是必须考虑的一个因素。他认为特别报告员的提议是平衡的，因为该提议并没有把缺少自愿联系当作具有自动效果的因素。

14. 斯里尼瓦萨·拉奥先生说，有必要保持一定的灵活性，以便兼顾关于如何处理自愿联系概念的不同立场；但是，这个概念相当重要，不能只当作第14条(a)项的一个脚注处理。

15. 布朗利先生说，按照特别报告员的设想把第14条(c)项的内容分配在其他条款中，可能等于毁了这项条款。无论将来如何处置这项条款，许多委员认为，它是先决条件，而非例外；因此，应该在第10条的范畴内加以讨论。

16. 杜加尔德先生(特别报告员)说，他担心，如果不在本届会议上讨论这个问题，它可能无法在下届会议上获得应有的注意。因此，他愿意重新拟定第10、第11和第14条案文，以便反映出某些委员在辩论中表示的看法。他不反对只将第14条(a)项提交起草委员会。

17. 佩莱先生重申他的观点说，由于大多数委员似乎都同意第14条(c)项反映了一项基本原则，将它提交起草委员会是合理的做法，并由起草委员会决定其是否作为第14条的一项予以保留、重新拟定为一个单独条文或者按照特别报告员的提议把它的内容重新分配到其他条文中。

18. 通卡先生说，他严正质疑自愿联系是行使外交保护的先决条件。如果采纳这种观点，亦即等于说，在1955年7月27日空中事件案中，保加利亚在保加利亚领空将以色列的飞机击落，以色列无权要求保加利亚进行赔偿，这种说法会使自愿联系论点不利于援引它的人。因此，他认为，比较明智的做法是，暂停关于第14条(c)项的辩论，让特别报告员有机会就自愿联系的概念提交新建议，他已经表示愿意这样做。

19. 辛马先生问，如果特别报告员就如何处理自愿联系问题在下届会议提交新的建议，是否可以将该项建议直接提交起草委员会、还是需要首先在全体会议上重新辩论呢？

20. 杜加尔德先生(特别报告员)说，他的建议只是为了确保自愿联系概念在第10、第11和第14条(a)项中得到充分论述。如果委员会认为，这个事项需要得到更加实质性的处理，最好将其提交非

正式磋商，以便有可能在对这个问题仍然记忆犹新的时候达成协商一致意见，而不是在下届会议上从头开始。

21. 卡姆托先生记得特别报告员说过他无意发展拒绝司法的概念，但他说，在报告或者评注中稍微提到第14条中所涉及的情况在多大程度上与拒绝司法概念相符或不同是有益的，但是，并不需要用一项单独条款论述这种情况。

22. 布朗利先生说，在审议第14条(c)项的时候，委员会不应仅仅限于处理自愿联系是否属于实在法的一部分的问题，这个答案并不确定，但应把它放在逐渐发展的框架中处理，因为逐渐发展是委员会任务规定的一部分。总之，它是先决条件，而不是例外。可以由特别报告员拟定一项关于自愿联系的条款草案，为这个观念下个定义，在认真研究该条款草案过程中可以界定该概念的范围。

23. 庞布-齐文达先生说，非正式磋商可能不会导致对立立场的调和；因此，应该就是否纳入这一概念的问题进行表决。

24. 薛女士说，辩论显示，自愿联系问题是实质性问题，进一步拖延对这个问题的辩论不会取得任何结果。应该让特别报告员有机会在考虑到已经表达的所有意见的情况下提出新的案文，如果继续辩论下去，取得进展将会越来越难。

25. 奥佩蒂·巴丹先生说，这不是形式问题，而是实质性问题。将第14条(c)项纳入第14条(a)项只是权宜之计。首先需要对自愿联系问题进行适当讨论，正如引证的事例所表明的，这是一个重要问题。

26. 曼斯菲尔德先生说，特别报告员关于参考讨论期间表示的意见拟定第10、第11和第14条(a)项案文的建议非常富有建设性。这是一个重要问题，但是，他不能确定非正式磋商能否使关于这个问题的讨论取得进展。最好是假以时日，等待起草委员会和特别报告员取得工作成果。

27. 佩莱先生说，他认为就这个问题举行非正式磋商没有用。至于这个问题是例外还是条件，他

认为那是观点不同而已，没有任何实际影响：从特别报告员的观点看来，用尽当地补救办法是强制性的，但没有自愿联系的情况除外；换言之，缺乏联系构成了对该规则的例外；从另外一个观点来看，存在自愿联系是要求用尽当地补救办法所必须满足的条件。他本人宁可称之“偶然联系”的另一个观点来看待这个问题。从原则上说，在采取任何国际行动之前，必须用尽当地补救办法，但是，如果与该国家的联系是偶然的，就没有这样要求的依据了。从这个角度看来，它显然是一项例外。总之，他提议按照惯常的做法将这个问题提交起草委员会。

28. 辛马先生注意到对于缺乏自愿联系是否构成用尽当地补救办法规则的例外存在不同的意见，他说，在现阶段将第 14 条 (c) 项提交起草委员会是不明智的。因此，他认为，委员会应该推迟对这一事项的讨论，并请特别报告员举行非正式磋商，尽快报告磋商的结果。

29. 坎迪奥蒂先生说，他支持辛马先生提出的建议。

30. 池先生说，他诚恳地希望委员会进一步考虑用尽当地补救办法规则是否适用于缺乏自愿联系情况的问题，因为这是一个实质性问题。他希望将受害国与被告国之间缺乏外交关系的情况，列为特别报告员第三次报告第 83 段中引述的规则例外情况的示例。

31. 庞布—齐文达先生提到，佩莱先生建议用“偶然联系”一词来取代“自愿联系”，他说，首先，这个问题并非仅是语言学上的问题：“自愿联系”的概念涉及若干问题，应该对它是否有利于讨论外交保护问题进行深入分析。其次，“自愿联系”概念与“偶然联系”概念是否互相重叠仍然有待观察。

32. 主席说，如无异议，他就认为委员会希望将第 14 条 (a)、(b)、和 (c) 项提交起草委员会，删除第 12、第 13、第 15 和第 14 条 (f) 项，并且暂时停止对第 14 条 (c) 项的讨论，但有一项了解，将在稍后阶段恢复对这个问题的讨论。

就这样决定。

对条约的保留⁷ (续)

(A/CN.4/526 和 Add.1-3;⁸ A/CN.4/521, B 节; A/CN.4/L.614; A/CN.4/L.623)

[议程项目 3]

特别报告员的第七次报告 (续)

33. 佩莱先生 (特别报告员) 介绍他提交的关于对条约的保留的第七次报告 (A/CN.4/526 和 Add.1-3) 导言时说，基本上是为扼要复述、甚至是为说教的目的而总结一下已经完成的和尚需从事的工作，尤其是为了使一些新委员受益。他说明了委员会早先关于本专题的工作和决定、它们的来龙去脉，并解释了委员会如何采取不寻常的步骤，把这个项目从已经编纂的、较为广泛的条约法专题中分离出来，列入其议程。在这样做的时候，委员会在第四十七届会议上做出了两项重要决定，他希望委员会不要反悔：第一、关于保留的维也纳规则总的说来令人满意，即使含义不够明确，存在缺陷，但不会对它提出质疑，除非迫切需要这样做；第二、作为第一项决定的结果，委员会将通过一份《实践指南》，原则上该指南不会成为一项条约。在这样的背景之下，他在委员会第四十八届会议上，在其第二次报告中提交了一份“暂定研究计划”，⁹ 他基本上精确地根据这份计划行事，即使工作进展比计划进度缓慢，这是由于若干原因所致，包括本专题具有难以对付的复杂性，处于一般国际法、乃至条约法中相当根本性问题的十字路口。然而，还是取得了进展：迄今为止，委员会已经通过 41 项准则草案，包括关于保留和解释性声明的定义的 30 项准则草案以及关于提出保留的 11 项准则草案。在上一届会议上，委员会向起草委员会递交了与提出保留有关的所有技术问题的 17 项新的准则草案，由于时间不够，起草委员会未能加以审议，但会在本届会议上审议。

⁷ 委员会到目前为止暂时通过的条款草案案文，见《2001 年……年鉴》，第二卷 (第二部分)，第六章，第 198 页，第 156 段。

⁸ 见上文脚注 3。

⁹ 《1996 年……年鉴》，第二卷 (第一部分)，A/CN.4/477 和 Add.1 号文件，第 37 段。

34. 所有准则草案都转载于第七次报告增编1, 用正规印刷体刊印了已经由委员会一读明确通过、照说至少在委员会一读完成对《实践指南》的审议之前不致重新审议的准则草案。但是, 对于有条件解释性声明的条款来说便不是这样, 据商定, 如果适用于它们的制度证明是同适用于保留, 则将会放弃这些条款。对于这一点, 他持中立态度。他在委员会上届会议提交的第六次报告提出的准则草案也用斜体字排印,¹⁰ 并业已提交起草委员会。委员会还没有机会在全体会议上加以讨论, 至少尚未这样做。对于他已经提出的两套形式互异、内容并无不同的准则草案2.1.3 (在国际一级提出保留的权限) 来说也是这样, 委员会多半委员主张采纳两者之中篇幅较长的一个。将由起草委员会从两者之中选定一个。

35. 第七次报告也包含了将由全体会议讨论的新案文, 即准则草案2.1.7之二: “关于明显不允许的保留”, 这是准则草案2.1.6 (保留告知程序) 和2.1.7 (保存人的职能) 的自然扩展。这些条款采纳“保存人作为信箱”的概念, 而1969年《维也纳公约》第七十七和第七十八条以及《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》(以下称1986年《维也纳公约》) 第78和第79条是以这个概念为依据的。在上一届会议上, 该项建议整体上得到委员们的支持, 但加亚先生和其他人认为, 如果条约禁止保留, 则保存人必须能够拒绝保留。他不得不承认, 他没有立即被这个论点说服, 至少是由于“禁止保留”这一概念并非总是易于理解, 尽管在实践中有些保存人容易拒绝显然不允许的保留。在根据这些方针通过准则草案以前, 显而易见, 最佳行动方针很可能是要求各国评论“保存人是否有责任拒绝将显然不可接受的一项保留通知有关国家或国际组织, 尤其是能否在条约禁止此种保留的情况下这样做”。¹¹ 在第六委员会上作出的反应虽然不是结论性的, 却并不反对扩大保存人的职权。因此, 他提议一项折衷办法, 即一致认为保存人不可以直截地拒绝不允许的保留, 但保存人可以提请保留提出者注意似乎明显不允许的保留。如果

保留国不听从而坚持其保留, 保存人应该将该保留连同交流意见的文字一起传送。

36. 包含该新的准则草案所具有的好处是, 在不把保存人限于信箱作用或使他成为条约守护人的情况下, 允许他对明显不允许的保留说不。实际上, 联合国、美洲国家组织和欧洲委员会等机构保存人似乎都谨慎地采用了这种做法。问题在于, 很难确定什么是“明显不允许”。可以这样说: 1969年和1986年《维也纳公约》第19条(a)项和(b)项所禁止的保留是“明显不允许”, 但并非总是很容易确定保留是被禁止的或是反之被允许的。也可以这样说, 准则草案2.1.7之二没有跟上在拟定1969年《维也纳公约》期间明显地逐渐形成的使保存人只成为交流渠道的趋势。他对这个问题没有很坚定的想法, 尽管他倾向于将准则草案提交起草委员会, 它总可以改善其措辞。总之, 该条款没有让保存人说了算, 没有允许他做普遍适用的决定, 但仅仅给了他一项有用的警告职责, 即同“就保留进行对话”的笼统概念——一个富有成果和有用的概念十分吻合的职责。

37. 现在, 他请委员们表明是否愿意将准则草案2.1.7之二提交起草委员会, 使其能够连同已经提交给它的准则草案2.1.6和2.1.7一并进行审议, 这样做是符合逻辑的。鉴于这一点, 他将推迟介绍题为“关于对条约保留的最近发展情况”的第七次报告导言C节。

38. 庞布-齐文达先生说, 特别报告员在他的第七次报告中在对条约的修改和允许保留方面以及在特别报告员正确地称为与保留的作用有关的敏感问题方面, 开辟了有意义的新途径。他全心全意地支持特别报告员对这三个问题的看法。首先, 他赞同这样的想法: 委员会不应该违背维也纳规则。其次, 他认为, 不应该浪费时间对保留和有条件的解释性声明做出区别, 而应该界定一个同时适用于两者的系统。第三, 这是一个本质性问题, 他完全赞成特别报告员的意见, 即应该在《实践指南》中列入准则草案2.1.7之二。但是, 他着重指出特别报告员刻意提出的一个根本问题的重要性, 即: 什么是不允许的保留? 它是否是受到禁止的保留? 至于“明显”一词, 如果保留的不能允许性质是明确的, 那么, 保存人就不会有两难的局面。

¹⁰ 《2001年……年鉴》, 第二卷(第一部分), A/CN.4/518和Add.1-3号文件。

¹¹ 同上, 第二卷(第二部分), 第25段。

39. 准则草案 2.1.7 之二兼顾了就保留进行对话时需要具有灵活性的愿望以及同时维护条约缔约方集体的普遍性和条约条款的普遍性的要求。因此，他认为应该把它提交给起草委员会。

40. 通卡先生提请讲英语的委员们注意可能使他们的工作复杂化的一个技术问题。在载有委员会一读通过的或特别报告员提议的所有准则草案的 A/CN.4/526/Add.1 号文件英文本中，与法文本的做法不同，有些条款草案是用斜题字印刷的。这使人以为还没有获得委员会的通过，实际上，它只是排版错误。委员会实际上已经一读通过准则草案 2.2.1、2.2.2、2.2.3、2.3.1、2.3.2、2.3.3、2.3.4、2.4.3、2.4.4、2.4.5、2.4.6 和 2.4.7 等有关案文。

41. 主席感谢通卡先生的更正，这些更正对于审议中的工作很重要。

42. 卡姆托先生按照特别报告员的意愿仅仅提到了准则草案 2.1.7 之二，他说，该准则草案初看起来十分吸引人，但它引起了法律问题，尤其是引起了实际性问题。从法律方面来说，它使保存人介入了关于保留的对话，因为保存人不再仅仅注意到保留，而且对保留提出评价。因此，不再只是两个国家之间的对话。这使他想起 1965 年《华盛顿公约》，该《公约》设立了解决投资争端国际中心，其中第 36 条第 3 款规定，如果争端显然处于中心管辖权范围之外，解决投资争端国际中心秘书长可以拒绝登记仲裁要求。他注意到该项规定中使用了“明显”一词。实践显示，对该项规定的解释受到很大的限制，事实上，解决投资争端国际中心秘书长让法院判断仲裁要求是否合理。不允许保留的情况是类似情况，通卡先生认为，它涉及一个问题。如果让保存人评估某项保留是否允许，他则部分地扮演了国家的角色。准则草案 2.1.7 之二以及特别是其第 2 款也引起实际问题。它规定，如果明显不允许保留的保留国坚持保留，保存人就必须将他与保留国交换意见的内容通知各国。而案文并没有说明这样做的目的。各国是否必须回应？如果必须回应，在什么时限内做出？这些是没有得到解决的根本性问题。同准则草案一样值得注意的是，引进这些新内容，可能妨碍就保留进行对话。

43. 他最后指出，在法律上和实践中，准则草案 2.1.7 之二引起的问题比解决的问题还多，对于将该草案提交给起草委员会，如果不说他有保留意见的话，也令他感到困惑，委员会首先应该在全体会议上更加深入地审议这项草案。

44. 达乌迪先生感谢特别报告员对一个实在困难的议题作了非常有用的介绍。如同特别报告员所解释的，准则草案 2.1.7 之二是两种处理办法的折衷方案，一个将保存人视为只是一个“信箱”，另一个则给予他一些裁量权。在委员会中，两种办法都有其支持者。他问是否可以赋予所有保存人仲介的角色。应该进一步审议这个问题。关于准则草案的措辞问题，“明显不允许”等词的确可能导致很不一样的解释。

45. 他主张按照现行做法赋予保存人一个角色。他仅仅指出，在第六委员会讨论期间，若干代表主张将保存人的作用限定为“信箱”。

46. 加亚先生说，他非常感谢特别报告员在 2001 年国际法委员会和第六委员会先后讨论以后又提出一项准则草案。特别报告员考虑到委员会委员和各国代表团提出的各种意见以后，为保存人设想了一个相当重要的角色，但是没有超越其传统角色的范围。虽然没有明示，但它源自于准则草案 2.1.7 之二，即保存人不可能阻止保留的提出，只能提出反对意见；如果保留国坚持保留意见，则该保留通知其他缔约国。这一机制富有意义，因为它使保存人能够提请其他缔约国注意某项保留可能是不允许的事实。各国在这种情况下做法往往有疏忽，因为它们只限于在一项条约中规定不许提出保留，但是没有为某一国家坚持提出保留的情况作出规定。其动机往往是基于政治上的考虑：一般认为，对另一国提出的保留提出评论是不友好的行为。因此将这个角色给予保存人比较明智。

47. 但是也的确可能会遇到一些困难，特别是在确定某项保留是否与条约的目标和宗旨相符方面。可以设想的另一项解决办法是在保留被禁止的情况下，让保存人有权干预，但在存在是否符合问题的情况下则无权干预。然而，准则草案 2.1.7 之二相当平衡，应该提交给起草委员会。它的优点在于，由于保留国知道保存人会将交换意见的内容

通知其他缔约国，它可能会重新考虑其保留。该准则草案有益于限制这样一种相当普遍的做法：即使某项保留不符合条约的目标与宗旨，也可以提出保留，但这是违反1969年和1986年《维也纳公约》第19条(c)款条款的。

48. 在上届会议讨论期间，几位委员对提到解释性声明无论什么时候提出保存人都有义务通报的案文表示了兴趣。他表示，即使没有提出另一项准则草案，也希望起草委员会能够对该建议加以审议。

下午1时散会。

第2720次会议

2002年5月15日，星期三，上午10时5分

主席：罗伯特·罗森斯托克先生

出席：阿多先生、巴埃纳·苏亚雷斯先生、布朗利先生、坎迪奥蒂先生、池先生、科米萨里奥·阿丰索先生、达乌迪先生、杜加尔德先生、埃斯卡拉梅亚女士、丰巴先生、加亚先生、加利茨基先生、卡姆托先生、卡特卡先生、卡米沙先生、科斯肯涅米先生、库兹涅佐夫先生、曼斯菲尔德先生、蒙塔兹先生、庞布-齐文达先生、佩莱先生、斯里尼瓦萨·拉奥先生、罗德里格斯·塞德尼奥先生、塞普尔维达先生、辛马先生、通卡先生、薛女士、山田先生。

本届会议的工作安排（续）*

[议程项目2]

1. 加亚先生以国际组织责任问题工作组主席兼特别报告员的身份宣布，工作组将由下列委员组

成：巴埃纳·苏亚雷斯先生、布朗利先生、坎迪奥蒂先生、达乌迪先生、埃斯卡拉梅亚女士、丰巴先生、卡姆托先生、卡特卡先生、科斯肯涅米先生、曼斯菲尔德先生、辛马先生、通卡先生、山田先生和库兹涅佐夫先生（当然成员）。

对条约的保留¹（续）

(A/CN.4/526 和 Add.1-3; ²A/CN.4/521, B 节; A/CN.4/L.614; A/CN.4/L.623)

[议程项目3]

特别报告员的第七次报告（续）

2. 斯里尼瓦萨·拉奥先生祝贺特别报告员做出了关于对条约的保留的第七次报告(A/CN.4/526 和 Add.1-3)。该报告总结了这一问题目前的发展状况，非常有益，特别报告员的实践指南草案也获得了全世界法律专家的赞赏。

3. 保存人的职能(准则草案2.1.7之二)很重要，因而受到密切关注。委员们普遍认为，保存人拥有沟通和协调的职能，包括就国家所作的任何解释、宣告或者保留进行沟通和协调。保存人同时还为国家在非正式基础上阐释其立场提供指导，其目标是保证国家能够正确地适用条约，并真正反映它们在条文上的立场。但是如果保存人来评判一国的立场，无论直接间接与否，明示还是默示，这在过去曾经出现过问题，未来也不可避免地会出现问题。各国对于这种职能是反对的。例如，印度政府曾就保存人的主张提出了异议，保存人认为印度所作的保留同条约的目的和宗旨相悖，因而是无效的。该问题被提交到联合国大会，大会认为保存人的职能不是要做出评判。

4. 认为保留是明显不被允许的这一点已经包含了一个判断。如果有些东西被明确禁止，那么很显然：它仅仅是被禁止。例如，如果印度宣称其对一项公约中关于解决争端的条款改变立场，并将

¹ 委员会到目前为止暂时通过的条款草案案文，见《2001年……年鉴》，第二卷（第二部分），第六章，第198页，第156段。

² 转载于《2002年……年鉴》，第二卷（第一部分）。

* 续自第2717次会议。

其意见提交给保存人，后者完全可以说这是不被允许的，问题就可以解决。如果，从另一方面讲，一国声称其所提交的文件不是保留，而在保存人看来它就是保留，保存人应当怎么办？这就是“明显”一词发挥作用的时候了。在此，保存人完全有权利在非正式基础上，书面或口头表达出其观点，认为一国正在如何使用某种特定的表达。他曾就此同保存人有过一次对话，并达成了一致。事实上，该主张既没有偏向保存人，也不偏向相关国家。不能将保存人放在与国家对立的位置上。在拟订一项特定原则时，可能会有不同立场，条约中可能会有一些建设性的模糊点，允许双方作出某些阐释。在这种情形下，1969年《维也纳公约》提供了必要指导。有人可能希望有更统一和谐的做法，但由于国家是分离的，并且没有很好的协作，存在某些模棱两可或者缺乏一致性的情况是不可避免的。这一点不能通过赋予保存人一种它本不该有的职能这样一种法律上的拟定来解决。在他看来，只要条约不允许提出保留，保存人都无权拒绝接受该保留。但是，对这一问题仍然有讨论的余地，对于使用“明显不被允许的”的表述他无法赞同；这个问题应当留待国家来解决。

5. 科米萨里奥·阿丰索先生说，他赞成将准则2.1.7之二提交起草委员会，但是他对“明显”一词表示关注。国际法院在对《灭绝种族罪公约》的保留案中就在不同的背景下使用了该词，当时是在论及《防止及惩治灭绝种族罪公约》的性质的情况时使用该词的。但是，首先，他对“不被允许的”一词存在疑虑，该词暗含了要审查该保留是否被允许。保存人很难回答这个问题。事实上，“可允许性”或者“不被允许性”关系到保留与条约的目的和宗旨的相容或不相容的问题，这意味着要解释条约；这一职能不可能由保存人来执行。当然，《联合国海洋法公约》明确指出，对某些事项不允许提出保留。同样，《国际刑事法院罗马规约》也不允许提出保留。在这些情况下，保存人当然有权指出某项保留是否被允许。事实上，问题的中心在于保留的不可接受性问题，尽管1969年《维也纳公约》中并没有出现该词。

6. 委员会可以将准则2.1.7之二提交起草委员会，以更能以令人接受的方式对其进行修正。这有两种可能，一种是，给保存人就如何回应一个明显

不被允许的保留提出指导意见。另一种是使用“不可接受”一词，但是在这种情况下他认为就没有所谓允许或不被允许的问题了。

7. 埃斯卡拉梅亚女士说，有一点不够明确，即关于如何将问题提交给第六委员会这一点（该报告第44段）不够明确，因为它将明显不允许的保留与具体列出该保留何时被条约所禁止这两个问题混为一谈。如果以不同的措辞来表达这个问题，答案就可能清楚一些。在她看来，多数国家都会这样理解，即如果一项条约明确禁止一项保留，而一国又提出保留，则保存人完全可以拒绝接受。但是第六委员会得到的印象是，保存人的作用会大得多，它的反应也有点含混不清。第六委员会的一些委员认为1969年《维也纳公约》没有这种指向，这一论点不能令人信服，因为该《公约》第七十七条第一项在设定保存人的职能时，提到了“主要为”，因此，并没有排除其他的职能，而第七十七条第二项，更是设定了这种可能。因此，特别报告员目前建议的保存人的职能是符合《维也纳公约》和人权条约实践的。

8. 她提议应将不同的草案提交起草委员会，并且加入一款，大意为如果一项条约不允许保留，或者如果一项保留是被明确禁止的，则保存人可以拒绝接受该项保留。这会涉及到一些明白无误的情况，例如，如果一项保留说它不能仅仅适用于一国的部分地区，而一国还是自行其是，将其适用于该国的部分地区。准则2.1.7之二就将涉及明显不被允许的情况，虽然不是没有争议的情况，但它可以提交到起草委员会。至于第2款，应当在其中加入一个时间限制。国家究竟何时可以对保留提出反对，这一点并不明确；当然，只有在保存人将保留通知给各国之后，国家才能提出反对。这可能是经过一个漫长过程之后的事了。委员会应当具体规定可以对保留进行审议的时间。

9. 辛马先生说，就他对该报告第44至第46段的理解而言，委员会向第六委员会提出了一个问题，后者做出了答复，其结果就是特别报告员所提议的准则2.1.7之二。向第六委员会提出的问题不能简单地转化为一项准则。该报告第44段所提到的问题的基本理念会严重违反一项原则，归根结底，应当由多边条约的其他缔约国来评价是否允许某项

保留。此外，如果保存人没有将保留通知其他缔约国，这会带来与提议所依据的原则相悖的效果，因为保留已经做出，如果没有其他的反应，保留就会持续存在。

10. 他坚决支持准则2.1.7之二。关于保留的对话常常是聋子之间的对话：在多数情况下，国家并不做出反应，即便做出反应，反应的方式也会导致出现一系列问题。例如，一国很少能具体判断出另一国做出不允许的保留会带来什么后果。这项建议为关于保留的对话加入了一种有力而负责任的声音。他要强调“负责任的”一词，因为保存人不会告诉做出保留的国家在它看来该保留是不被允许的。对此不应轻描淡写。他赞同特别报告员的观点，认为“明显”一词几乎与“合理的”一词一样模糊。在确定一项保留何时为明显不允许这个问题上，也许1969年《维也纳公约》第四十六条第二项（该项规定了“明显违反”的定义）可以为其提供指导。

11. 新拟准则对于1969年《维也纳公约》第十九条（丙）项所规定情况可能会有用，即保存人认为保留与条约的目的和宗旨不相容的情况。如果将保存人的作用局限于第十九条（甲）项和（乙）项的情况，就大大削弱了新拟提议的份量，过分限制了条款的主旨。在他看来，准则2.1.7之二可以带来这样的结果，即保存人率先就如何回应另一国的保留向各缔约国提供指导，这样就会使保存人成为多边条约的共同利益的维护者，因为在多边条约中，一国所作的保留不会立即和自动地损害其他国家的利益。

12. 另一个问题是保存人在履行其准则2.1.7之二中规定的职能时可能不够严格时怎么处理。如果保存人事先没有发表声明，缔约国可能不愿意说自己单方面认为一项保留是不允许的。如果保存人没有根据准则2.1.7之二做出声明，而之后条约机构又提起这个问题并得出了相反的结论，这两者之间的观点冲突也会带来问题。但是这些问题已经存在了，因此，他仍然赞同将准则2.1.7之二提交起草委员会。

13. 主席以委员会委员的身份发言。他说，他赞同辛马先生的观点。

14. 蒙塔兹先生说，准则2.1.7之二有很多不可否认的优点。它从一开始就解决了明显不允许的保留给国际关系带来的问题，特别是给各项人权公约带来明显不允许的保留的问题。此外，公开保存人与提出保留的国家之间的法律讨论，也会具有一定威慑作用：至少，它可能会使其他打算批准某项特定条约的国家在做出同样明显不允许的保留之前三思而后行。国家很可能不愿意参与这样的公开讨论，因为这些讨论可能表现出其做出明显不允许的保留的论点是软弱无力的，因此，国家可能会拒绝批准相关的条约。在这种情况下，更具建设性的方式可能是谨慎考虑并且不公开进行。特别报告员自己已经承认，履行保存人职能的国际组织的执行首脑和其他官员，通常仅仅是向其保留明显不允许的国家发出谨慎呼吁。值得注意的是这些呼吁事实上在多大程度上为人所重视：他相信这比公开化更有效，后者可能会导致做出该项保留的国家采取更强硬的立场。在这一点上，他赞同辛马先生的观点，认为这种方式的结果无异于聋子间的对话。

15. 一些保存国希望不仅仅是起到“信箱”的作用，因此通常倾向于在反对明显不允许的保留时谨慎地采取行动；国际组织秘书长发出的禁令也可能不受欢迎。在这方面，他曾经提到1970年代早期某国单方面解除《捕鱼及养护公海生物资源公约》的义务的示例；该《公约》没有包含解除条款，联合国秘书长作为保存人试图不仅仅作传达保留的传声筒，而是发挥更大作用，但却遭到了多数缔约国的反对。

16. 出于以上这些原因，或许将准则2.1.7之二的第二句删掉较好。

17. 库兹涅佐夫先生说，他不能接受准则的第2款；在任何对话中，一方的评论都是对另一方之前所表达的观点的反映。无论如何，让保存人将保留国的观点报告给其他缔约方都是不合适的。当然，委员会所作的不仅仅是编纂法典，而且要逐渐发展国际法，但是对目前的问题要特别谨慎。

18. 薛女士说，大体上讲，她也认为特别报告员对于准则2.1.7之二采取了一种谨慎、平衡的方式。但是，该准则反映了1969年《维也纳公约》的起草过程。国际法委员会第十八届会议二读通过的

该文书草案规定了保存人的职能，包括“审查一项签署、一项文书或一项保留是否符合条约和本条款的规定……”³。在最后文书的第七十七条第一项（乙）款，这些表述被修改为“审查条约之签署及有关条约之任何文书、通知或公文是否妥善……”。

19. 出于显然的政治和法律方面的原因，各国倾向于给保存人一个有限的纯粹是程序性的作用，这一点从第六委员会在大会第五十六届会议期间就委员会报告的讨论中可以得到说明（A/CN.4/521，第60-67段）。会员国的观点对于国际法委员会没有拘束力，但是国家实践则对目前所审议的问题具有根本性的重要意义。

20. 例如，“不允许”一词很可能导致国家间出现争议。尽管该词由“明显”一词进行修饰，还是有可能给保存人一个审议保留的程序和实质方面的机会。由保存人来对一些解释性的宣告（其中一些可被归为保留）的法律方面做出判断，这特别不恰当。正如斯里尼瓦萨·拉奥先生指出的，作为保存人行事的国际组织不应当做出这种判断。此外，保存人声称某项保留实质上是不被允许的，这很可能会导致与保留国的争议，结果可能会延迟将保留及时地通知给其他签署国。

21. 与辛马先生不同，她认为让保存人作为国际社会的维护者是不明智的。在保存人看来，国家或许有正当理由做出“明显不允许”的保留，但是不应当要求它们就保留的内容向保存人做出解释。即使在保留明显与惯常做法矛盾的情况下，相关条约的起草历史也可能会提供一个明确的解释，而且该解释能被其他缔约国接受。此外，保存人完全不了解缔约方意图，因而不应当对其谈判的结果做出评论。

22. 例如，她自己的国家中国政府与联合国政府协议认为，在香港实施的多项条约，即使是那些中国不是缔约方的条约，在1997年香港回归中国以后还将继续有效。这种协议同一般的条约实践正好相反，但是两国政府并没有打算就其合法性问题与保存人展开辩论；它们只是希望这些文书的其

他缔约国能够尽快收到通知，而且，事实上，保存人也没有提出任何异议。此外，她赞同蒙塔兹先生的观点，认为保存人与保留国之间的任何观点交流都不应当被公开；如果该项保留确实是明显不允许的，则其他缔约国是不会注意不到的。

23. 因此，她认为准则2.1.7之二的措辞尚不成熟。特别报告员应当更多反映委员会的观点。提高保存人的地位，加强条约体系，是一个良好政策目标，但是必须谨记的是，国家才是履行其国际条约义务的真正“主角”。

24. 通卡先生说，薛女士关于香港情况的评论属于国家继承的范围，应当从特别报告员第二次报告所载临时研究计划第五节来考虑。他希望国际法委员会能够在当前五年期结束之前完成对条约的保留这一专题的工作。

25. 准则2.1.7之二法文版中的“*illicites*”一词与英文版中的“*impermissible*”一词并不完全对应。一项保留构成一个行为；将该行为定性为“*illicites*”（非法的）会带来国家的国际责任问题，这肯定不是特别报告员的本意。应当对该条草案的法文版做出相应的修改。

26. 保存人如认为某项保留不能接受，通常都会与保留国进行沟通；在其他情况下，缔约国的一个代表团可能会肩负这项责任。例如，欧洲理事会国际公法法律顾问委员会每年进行两次对话，就成员国反对或计划反对的保留交流信息。但是，出于政策或者其他方面的原因，这种实践通常不会使其他国家对于相关的保留提出相似的反对意见。

27. 保存人是否应当肩负审查某项保留与条约的目的和宗旨一致与否的问题，他对此没有把握。这种立场会与1969年《维也纳公约》第七十七条第一项（丁）款的起草者的意图相去甚远，该款授权保存人审查形式问题，而不是实质问题。另一方面，在表面上禁止保留或某类保留的情况下，保存人可能可以将该问题提请保留国注意，如果后者坚持提出保留，则保存人应将事实通知给其他缔约国，包括将任何有关该事项的书面（而不是口头）观点的交流进行通知，这些做法都是恰当的。

³ 见《1966年……年鉴》[英]，第二卷，A/6309/Rev.1号文件，第269页。

28. 他赞成将该条提交起草委员会的提议，前提是要对该条措辞进行修正，反映出这些评论。

29. 科斯肯涅米先生说，居然有委员反对准则2.1.7之二，这很令人惊奇，因为该条反映了之前在国际法委员会和第六委员会的讨论中所做出的妥协。与其他委员一样，他很注重确保保存人的中立性问题，但是不应当将该词与消极被动混为一谈，因为让保存人仅仅发挥“信箱”的作用，这会使对条约整体有破坏性的保留增多，会给整个系统带来错误。正是保存人的这种中立性使得它们有义务在某些情况下采取行动。

30. 例如，对一项禁止所有的或某些类型的保留的条约做出明显不允许的保留的国家，必须有机会改正其错误。通知不一定会导致保存人与保留国之间发生争执。对此不应以对抗的态度进行思考。例如，他自己的国家芬兰将有关条约事项的职权授权给了不同部委；结果在保留这个敏感问题上可能缺少专业人才，如果保存人通知说芬兰做出了一项不允许的保留，则外交部会非常感激。

31. 此外，如果保存人仅仅是消极地登记其所收到的所有保留，国家之间可能就不会有对话，因为政府不会对其不知道的保留提出反对。在这方面，这并不违背国家之间有关保留的游戏，恰恰相反，它还有助于使这种游戏成为可能。1969年《维也纳公约》第七十七条第一项（丁）款已经授权保存人做出价值判断，因为对“是否妥善”的研究判断在性质上必定是主观的。此外，无论如何，保存人会被要求解释《实践指南》。毕竟形式和内容是相连的，正如斯里尼瓦萨·拉奥先生所指出的，保存人不是法官，而更多的是一个明智的、负责的参与者的角色。他认为应当将准则2.1.7之二提交起草委员会。

32. 阿多先生说，准则2.1.7之二最受欢迎。提出保留的特权是出于国家的主权和平等。但是，他并不认为保存人的作用仅仅是文件的传声筒。根据1969年《维也纳公约》第七十七条第一项（丁）款，保存人的作用包括“审查条约之签署及有关条约之任何文书、通知或公文是否妥善，如有必要并将此事提请关系国家注意”，因此，如果一项条约禁止保留，保存人的作用就将包括提请保留提出人注意

该保留是不允许的，如果保留提出人仍然坚持保留，则将其内容通知签署国、缔约国和国际组织。这种行为可能会促使保留的提出人放弃保留。因此，他与其他一些委员一样，赞成将准则2.1.7之二提交起草委员会。

33. 丰巴先生说，明显不允许的保留的情况带来了很多问题，例如，如何界定何为“明显不允许”的保留，应当由谁来界定，这种界定的结果会如何。可以在1969年《维也纳公约》第十九条找到该界定的依据，该条禁止国家在三种具体情形下提出保留。但是，在所有这三种情形下，在相关条约的措辞不清楚时都会出现解释的问题。卡姆托先生和加亚先生也提到了法律上和实践上的其他一些问题。在支持让保存人发挥更积极作用的论点中，一种论点认为承认保存人有权对其认为明显不允许的保留不进行通知，这是符合逻辑的。但是，这是预先假定，首先，国家愿意将该权利赋予保存人；第二，保存人能够系统地、不受非议地界定何为明显不允许的保留。但是，这两种假设中的任何一种都不应当被视为想当然的正确。必须谨记该《公约》第七十六条第二项宣告了保存人作用的国际性和中立性，第七十七条第一项（丁）款赋予保存人的权利是审查有关条约的某项通知形式是否妥善。然而，这两项条款需要正确地加以解释。

34. 至于是否将准则2.1.7之二提交起草委员会的问题，很明显，正如特别报告员所提议的，准则草案的实质问题如果目前不在全会上进行审议，这项任务就必定落在起草委员会头上。这种程序带来有关委员会的工作方式问题——这些方式本身或许也需要编纂。如果决定将目前拟订的准则草案2.1.7之二提交起草委员会，起草委员会将必须就第1款，即界定问题，以及该界定是否应当由缔约国做出，还是应当由保存人或者第三方做出等问题作出决定；对于第2款，它必须确定保留的文本被通知后的程序的具体性质——换句话说，要确定该程序的真正目的是什么。

35. 考虑到起草委员会和全会都是国际法委员会的构成部分，工作并未截然分开，对于工作方式灵活一点似乎不无益处。因此，应当将准则2.1.7之二提交起草委员会审议，但是应当谨记，只有全会才有权接受或拒绝该机构得出的任何结论。

36. 加利茨基先生说，关于对条约的保留的第七次报告对委员会迄今为止在有关这一专题的工作作了非常有益的总结，对于该工作的未来发展展示了一幅清晰的蓝图。因此，该文件不仅对新的委员有用，对“老一辈”也很有用，可使他们能够以一种更加系统的方式处理该专题。

37. 准则 2.1.7 之二是根据各国在第六委员会所发表的观点，以及它们对委员会所提出问题的答复而拟订的，该问题是：保存人是否能够或应当拒绝将一个明显不允许的保留通知给相关的国家和国际组织，特别是当该保留为条约所禁止时。该准则在各国所表达的极端观点之间保持了一种折衷立场：例如，准则没有采纳这种建议，即保存人有权拒绝明确禁止的保留，并告诉相关的国家其拒绝的原因。

38. 所提出的准则草案的可持续性是其最大的优点。在保存人的作用问题上，它仍未超出准则 2.1.7、尤其是 1969 年《维也纳公约》第七十七条第一项（丁）款和 1986 年《维也纳公约》第 78 条第 1(d) 款所规定的范围。

39. 在考虑是否有可能在出现明显不允许的保留时扩展保存人的职能范围的问题时，必须谨记两个问题。首先，该领域的任何准则都必须与《维也纳公约》的规则相一致，因为，正如特别报告员所正确指出的，国际法委员会不是在起草一项新的条约，而只是基于现存的条约规则拟订一套准则。其次，考虑到准则 2.1.7 与 2.1.7 之二的密切关系，委员会应切记在有关 1969 年《维也纳公约》第七十七条第一项（丁）款中所列规则的材料准备工作期间曾经做出过重大修改。正如特别报告员在其第六次报告第 164 段所指出的，⁴ 委员会在第十八届会议二读通过的草案中提到的是签署、文书或保留是否“符合条约和本条款的规定”，⁵ 而 1969 年《维也纳公约》第七十七条第一项（丁）款的最后文本中使用了“是否妥善”这一措辞。准则 2.1.7 之二也采用了这种更具限制性的方式。该《公约》的起草者表现出的倾向是要将保存人的权力仅仅局限于审查保留的形式，现在不应当对这种方式提出质疑。

40. 特别报告员在拟订准则 2.1.7 之二时采取了同样谨慎的态度。尽管明显不允许性超出了严格意义上的保留的形式方面，其所提出的授予保存人的权力完全是提供信息方面的权力，事实上类似于准则 2.1.7 的一般条款中的规定。保存人仍然保留着传统的促进者的角色，而不是成为一名裁判。特别报告员没有区分保存人在保留是条约直接禁止时的权力与保留同条约的目的和宗旨不相容时的权力：在这两种情况下，拒绝这种保留的最后决定都应由条约缔约国做出，而不是由保存人做出。他赞同这种观点。

41. 迄今为止还有一点没有提到，这一点也是倾向于对保存人的权限采取一种相当限制性的方式。很多条约的保存人都不止一个。给这些众多的保存人实质性的权力，在作为同一条约保存人的不同国家政府对这些权力进行政治解释和适用时会带来很多严重问题。

42. 最后，他认为，应当将准则 2.1.7 之二提交起草委员会作进一步精心修订，这种修订从行文措辞的角度看是必要的。例如，“明显（manifestly）”一词与 1969 年《维也纳公约》第四十六条第二项的“明显（manifest）”一词一样吗？在《公约》中该词是与在缔约权限方面违反国内法相联系起来规定的。是否应当在准则中赋予其不同的含义？另一个问题是有关“不允许的（impermissible）”的问题，草案其他部分没有提到这个词。然而，报告使用了“不予受理的（inadmissible）”一词，该词似乎更恰当。在从法文翻译到英文时可能就存在问题。准则草案 2.1.7 之二的措辞必须与其他准则以及 1969 年和 1986 年《维也纳公约》的措辞协调一致，这似乎是不可避免的，而这也是起草委员会的任务。

43. 斯里尼瓦萨·拉奥先生说，很明显，对于是否应当将准则 2.1.7 之二提交起草委员会的问题，其他人还不清楚他的看法。尽管听了许多委员有关该问题的发言，他还是对该准则存有疑问。1969 年《维也纳公约》中所设定的以及当今实践所显示出的保存人的作用，从来没有以这样明确的措辞表达出来。准则第 1 款所描述的情况，即一国坚持提出一项在条约中不能接受的保留，这种情况很少出现。《联合国国际海洋法公约》第 298 条已经明确列出了经常发生的情况：如果一国对条约中所提到的任何方

⁴ 见第 2719 次会议，脚注 10。

⁵ 见上文脚注 3。

面保留自己的立场，保存人就完全可以通知它说这项保留是不被允许的，必须予以撤销。如果根据一项人权文书，一国承诺履行其义务，但是对履行附加了各种条件，保存人可以——而且，实际上——提请其注意这构成了保留，该国必须修正其立场。

44. “明显不允许的”这一表达是不清楚的——它指的是被一并禁止的保留，还是解释性声明和类似的声明？在保留是被禁止的情况下，国家也会发表宣言或者解释性声明，从它们传递这些信息所用的语言，我们可以判断它们是标准的保留还是不允许的保留。在目前的行文中，准则草案将保留、解释性声明、声明等等归入不同的类别，但是准则2.1.7之二只能使这些区别更加模糊。

45. 他赞成科斯肯涅米先生的观点，认为保存人不是一个静止的机构，而是拥有法律头脑的机构，需要发挥作用。保存人绝不能脱离于国际社会的恶劣环境，而是要提供指导，并提出能够适用于对等的国家的合理规则。这就是必须仔细推敲准则2.1.7之二这两款的原因。他对于将准则2.1.7之二提交起草委员会没有任何异议，但是还需要做大量工作，必须区分明确禁止的保留与可能是保留也可能不是保留的声明或解释性声明，对不同的事物适用不同的准则，其中要明确规定保存人应当做什么，不应当做什么。

46. 薛女士说，她必须提到一个原则性问题：在其早先的发言之后，通卡先生说香港的回归实际上是个国家继承的问题。事实并非如此，谈判中也并未将之作为国家继承来处理。因此，根据继承的规则并没有涉及对条约的保留问题。香港目前关于条约的实践继续反映了这种安排。

47. 卡姆托先生，说他认为准则2.1.7之二所提出的问题不是保存人的中立性问题，而是保存人应当发挥什么作用的问题，其作用应当根据1969年《维也纳公约》来设定。委员会应当避免将保存人从该《公约》第七十七条所设定的条约的管理者身份，转换为一个国家间法律关系的裁判者身份。应当将准则2.1.7之二提交起草委员会，同时对其进行一些修改，避免使用“明显不允许的”一词，并且要使用1969年《维也纳公约》第十九条（甲）项和（乙）项的措辞。

国家的单方面行为

(A/CN.4/524; A/CN.4/525 和 Add.1 和 2;⁶ A/CN.4/521, D 节)

[议程项目 5]

特别报告员的第五次报告

48. 罗德里格斯·塞德尼奥先生（特别报告员）介绍了其关于国家的单方面行为的第五次报告（A/CN.4/525和Add.1和2）。他说，报告的增编1和增编2还没有分发，但会在本期会议期间分发。第五次报告共有四章。导言述及该专题以前的审议情况，对国际实践的审议情况，该专题的可行性和难题，以及第五次报告的内容及其第一章的重述性。

49. 第一章涉及委员会在以前届会上所审议的该专题的四个方面：单方面行为的定义；有效的条件和无效的原因；适用于单方面行为的解释规则；及其分类。

50. 第二章审查的三个问题使得我们有可能拟定出适用于所有该类行为的共同规则，无论其实质内容和法律效力如何：关于遵守单方面行为的规则，关于单方面行为的适用时间，以及单方面行为的领土适用。

51. 第三章简要述及同样重要的一个问题，即确定单方面行为何时产生法律效力的问题，它覆盖三个极其重要和复杂的问题：单方面行为的适用的撤销、修改和中止，以及单方面行为的终止。

52. 最后，第四章设定了已经草拟的条款结构以及未来的工作计划。委员会很快就会拿到一份载有迄今所审议过的案文的文件，起草委员会和国家的单方面行为工作组将在本期会议上审查该文件。

53. 他现在的发言仅涉及报告的导言和关于定义的第一章第一节。他将在后面的会议上介绍第一章涉及的其他主题。

⁶ 见上文脚注2。

54. 需要重申的是，单方面行为这一专题非常复杂，很难处理。这方面的著述很多，但不幸的是所述观点常常并不一致。他很深入地研究了这些著述，以及最重要的判例——有关单方面行为以及一般行为方式的仲裁和司法裁决，并非所有这些都要从委员会编纂和逐渐发展国际法的任务这一角度来考虑。很不幸的是，出于各种原因，他没有能够考虑所有的国家实践。有关国家实践的可获信息基本都属于事实。要确定国家对于这种行为的实行、性质和预期结果方面是何观点，难度很大。但是，在很多情况下，可以推断出国家的观点。众所周知，国家经常采取单方面行动，在其对外关系中发表单方面声明。快速审视一下传媒就能证实这一点。但是问题在于这些行为是政治性行为还是法律性行为。这个看似简单的问题只有通过解释行为国的意图才能解决，但要解释行为国的意图则是一项极其复杂和主观性极强的任务。

55. 即使得出结论认为该行为性质上是法律性的，还是要确定其是条约行为还是单方面行为；如果是后者，它是否是条约关系中的一个形式上的单方面行为，如果是的话，应当适用《维也纳公约》；或是否它是一个纯粹的单方面行为，即与其他法律制度无关的行为，它会自行产生效力。委员会所关注的是后一种情况，而拟定一些规则来规范其作用会非常有益。

56. 在审议本专题时，参照条约法非常重要。在已经起草了有关条约法的条款时，情况就明了得多，因为关于条约行为的实践始终比较清楚。就单方面行为而言，人们的疑问并不在于是否存在这种行为，而是在于这种行为是什么性质。国家方面没有明显认同某个给定的单方面行为属于委员会所关注的范围。因此，在委员会第五十三届会议上，委员会编制了一个问题单发放给各国，以期获得更多的有关国家实践的信息。⁷ 他特别感谢爱沙尼亚政府和葡萄牙政府提供了有关国际实践的很有价值的信息（见 A/CN.4/524）。这两国政府不仅提供了单方面行为的示例，还对其进行分类，最重要的是，还提及其实法律效力。这就表明，要找到国家自己认为

与委员会的研究相关的行为的示例，实际上还是有可能的。

57. 显而易见，正如多数学说所承认的，条约是国家在其国际法律关系中最常使用的形式；但是这并没有改变这样一个事实，那就是国家正日益运用单方面行为作为一种为其随后的行为设定条件的手段。没有什么妨碍国家做出单方面的国际承诺，而且不需要有通常构成条约文本标志的互惠或妥协。国家有权阐释这类行为，这被称为“异规范性”原则。因此，根据国际法，国家可以阐释一种行为，完全不需要另一国的参与，其目的在于产生某种法律效力，不需要一个或几个行为对象的任何形式的接受。

58. 在导言的 C 节，作为对该专题所带来的困难的进一步阐释，该节指出了委员会最经常审议的单方面行为，即放弃、抗议、承认和承诺，这些行为常常并非通过声明明确表达出来，此外，也不总是单方面的行为。例如，承认可以通过确定性或默示行为作出。国家可以除宣布承认某国之外，以一种法律或政治行为默示承认一个实体——例如，互派大使，或者互相派遣外交或领事使团。因此，承认并不一定是委员会所关注的那一类单方面行为。此外，有时它可能采取条约的形式，例如美利坚合众国与东德和西德之间的承认就是如此。

59. 承诺也并不总是单方面的。通过条约行为做出承诺似乎也没有任何问题。一国可以通过条约关系向另一国或几国承诺其会遵守某种行为方式。当然，在此种情况下，尽管存在一般意义上理解的承诺，但真正适用的规则却是《维也纳公约》关于条约法的规则，尽管其承诺是单方面的。

60. 从另一方面来说，抗议实质上——也许完全是——单方面的；这不当与单方面集体抗议相混淆，在单方面集体抗议情况下，两个或多个国家通过单一行为提出抗议。

61. 放弃也是一个复杂和多变的现象。国际原则和判例已确定其只能是明示的。不当有默示或默认的放弃——该问题对外交保护专题也很重要，尤其在被告国放弃关于用尽当地补救办法的要求的场合。这样的放弃必须是明确的，毫不含糊的，因

⁷ 见《2001 年……年鉴》，第二卷（第二部分），分别见第 23 和第 229 页，第 29 和第 254 段。问题单的案文载于 <http://untreaty.un.org/ilc/sessions/53/53sess.htm>。

而也必须是明示的。委员会所关注的单方面放弃行为是指国家意志的明确表示，目的就是要产生具体的法律效力。对于编纂工作的主题事项一直存在着不确定性——他在其报告第4段已提请大家注意，这带来了有关对该问题的编纂是否可行的问题。尽管该专题非常复杂，但委员会和第六委员会的绝大多数委员还是认为该专题适于编纂和逐渐发展。

62. 第一章重点关注单方面行为的定义部分，目的在于要拟出一个能够覆盖之前的界定中所没有涉及的各种行为的定义。自初次报告⁸提交以来，在该定义的演变过程以及组成部分方面，“声明”一词换成了“行为”，后者被认为限制性小一点，包含不以声明为手段做出的单方面行为。作为特别报告员，他认为，多数（如果不是全部）单方面行为，包括放弃、承诺、抗议或承认，都只能通过声明来阐释。但是，鉴于一些委员的评论，他也用“行为”一词替换了“声明”。

63. 定义中没有规定“自主”的概念，尽管作为特别报告员，他认为这些行为的特征之一就在于它们是独立于任何其他法律制度的，例如条约制度。不过，可以在评注中处理自主的特征问题。

64. 定义中包含了“国家旨在产生法律效力而提出的明确的意愿表达”这种表述。毫无疑问，法律行为是“意愿表达”：法律学说也证实这种行为是在行为者意愿表述基础上界定的。意愿是同意的一项构成内容，对于法律行为的提出也是不可或缺的。“意图产生法律效力的明确的意愿表达”这一短语在一些人看来是同义反复的。但在他看来，该语句包含了两个相互区别但又互相补充的概念，即履行和目的。“意图产生法律效力”一语取代了之前的“意图获得法律义务”，委员会认为原来的表达限制性过强，它排除了国家同与行为对象确立一种独立关系的可能性。在他看来，有一点是明确的：国家不能在未经另一个国际法主体同意的情况下对其强加义务——在“他人之间的行为不得妨碍不参加的人”和“协定不得使第三者担负义务亦不得给予利益”原则中，以及在第五次报告第60段所引用的若干示例中，这一观点都得到了确认，尽管条约法确

立了该规则的例外，例如有利于第三方的规定，以及最惠国条款，这些条款都规定应获得行为对象的同意。

65. 一国能否给既没有参与提出单方面行为也没有接受相应义务的另一国强加义务？对那些被认为是最具有代表性的单方面行为的分析表明，承诺或放弃都不给第三方创立义务。事实上，行为国在做出该行为时即已承担了义务，同样也给其他国家创立了权利。有利于第三方的规定不需要接受或者表示接受的行为。正如国际法院在对核试验案的裁决中指出的，单方面行为做出之时即产生了义务。在细节上作必要的变更后，该时刻可以等同于条约生效的时刻。

66. 将国家的承认说成是明示而不是默示的单方面行为，这可能还需要仔细推敲。毫无疑问，行为国对行为对象国承担有义务，但可能有人还要问后者是否因此要承担国际法上的义务。答案显然取决于怎样看待国家的承认，认为承认到底是宣示性的还是构成性的。如果是前者，则承认国仅仅注意到某个现存的情势，即国家地位，而国家地位的存在并不是由于承认而产生，而是因为存在着使该实体构成国家的必要条件。因此，国家的义务产生于其地位，而不是产生于承认行为。后一种假设反映了他并不赞成的一种观点，情况就不一样了。

67. 在过去对“明确的”一词的讨论中，有人提出很难设想一种单方面行为可能以一种模糊不清的，或者暗含有条件或限制的方式做出。一些委员认为，意愿表达一定是清楚的，可以理解的，如果含混不清，又不能以通常的解释方式予以澄清，它就不能构成法律行为。无论如何该词还是出现在定义中，现在要由起草委员会来定夺。

68. 过于宽泛的“名声”一词改成了“恶名”，因为就单方面行为而言，“名声”一词被看作是纯粹用于有普遍影响的单方面行为，而最关键的在于该行为应当为行为对象所知晓。

69. 该定义仅赋予国家做出单方面行为的能力——这属于委员会授权范围内的事项，这一点无论如何不能被解释为其他的国际法主体，特别是国际组织不能这样做。行为对象的概念如果从广义的

⁸ 见《1998年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/486号文件。

角度来看，单方面行为的目标不仅可以指向一国或几国，还可以指向国际组织。委员会一些委员认为，其他的国际法律实体，包括解放运动组织，也可以成为这种行为的对象。这带来一系列的问题，需要仔细考虑，其中包括在产生纠纷时的国际责任和能力的国际能力的问题。但是目前的草案还是明显地仅限于国家和国际组织。

70. 单方面行为的定义目前已提交起草委员会，如能在本次会议上通过该定义，这对促使其他条款草案的起草工作取得进展，是至关重要的。对于该定义已经做了广泛的讨论，其概念也已经根据委员会委员和各国政府的评论做出了修改。根据上一年的建议，他也对所取得的进展以及某些概念和措辞为何改动的原因作了重述。虽然所有的单方面行为在其提出方面是相似的，可以拟定统一的规则，但是有些行为的法律效力不同。因此，该草案的结构只能根据对单方面行为的分类分成两部分或三部分。他提到委员会曾认为下一阶段的工作可以集中于国际许诺以及承担单边义务的国家的其他行为。

71. 最后，他建议委员会的委员们阅读其第五次报告的导言部分，但在下次会议上他将提交有关该专题的其他方面供委员们讨论。

72. 佩莱先生说，特别报告员对委员会的工作所做的扼要重述非常有意义，特别是对新任委员来说，但是没有提出需要讨论的新的要素或者新拟的条款草案。这让委员们在下面的会议上就该专题说些什么呢？

73. 罗德里格斯·塞德尼奥先生说，是佩莱先生自己建议做这番重述的，他对此表示非常感谢，因为这将帮助委员会的新委员们评价工作的进展情况。诚然，对于其他委员来说的确没有什么新的东西，但是该报告的第 44 和第 45 段提出了一些东西，他想听听大家的意见：条约必须遵守这个一般原则对单方面行为的适用问题；单方面行为的及时适用，这带来了追溯力问题；单方面行为在空间上的适用性；以及确定单方面行为开始产生法律效力的时间。

下午 1 时散会。

第 2721 次会议

2002 年 5 月 17 日，星期五，上午 10 时 5 分

主席：罗伯特·罗森斯托克先生

出席：阿多先生、巴哈纳先生、巴埃纳-苏亚雷斯先生、布朗利先生、坎迪奥蒂先生、池先生、科米萨里奥·阿丰索先生、达乌迪先生、杜加尔德先生、埃斯卡拉梅亚女士、丰巴先生、加亚先生、加利茨基先生、卡姆托先生、卡特卡先生、科斯肯涅米先生、库兹涅佐夫先生、曼斯菲尔德先生、蒙塔兹先生、庞布-齐文达先生、佩莱先生、斯里尼瓦萨·拉奥先生、罗德里格斯·塞德尼奥先生、塞普尔维达先生、辛马先生、通卡先生、薛女士、山田先生。

本届会议的工作安排（续）

[议程项目 2]

1. 山田先生（起草委员会主席）宣布说，考虑到委员会委员的愿望以及确保地域和语言公平分配的需要，委员会决定，对条约的保留专题起草委员会将由以下委员组成：佩莱先生（特别报告员）、科米萨里奥·阿丰索先生、埃斯卡拉梅亚女士、丰巴先生、加亚先生、卡姆托先生、卡米沙先生、科斯肯涅米先生、罗德里格斯·塞德尼奥先生、塞普尔维达先生、辛马先生、通卡先生、薛女士和库兹涅佐夫先生（委员会报告员，当然成员）。他认为，委员会主席愿意以当然成员的身份参加。起草委员会也对委员会所有其他想要参加其会议的委员开放。

对条约的保留¹（续）

(A/CN.4/526 和 Add.1-3; ²A/CN.4/521, B 节; A/CN.4/L.614; A/CN.4/L.623)

¹ 委员会到目前为止暂时通过的条款草案案文，见《2001 年……年鉴》，第二卷（第二部分），第六章，第 198 页，第 156 段。

² 转载于《2002 年……年鉴》，第二卷（第一部分）。

[议程项目3]

特别报告员的第七次报告(续)

2. 曼斯菲尔德先生说, 他感到惊讶的是, 特别报告员在其关于对条约的保留的第七次报告(A/CN.4/526和Add.1-3)中建议的准则草案2.1.7之二(关于明显不允许的保留), 竟然成为委员会部分委员感到关切的一个问题。在该准则草案中, 特别报告员显然只想涉及提出保留会有明显问题的情况。当然, 如果对于某一具体保留是否与条约的目的及宗旨一致的问题存在评价余地, 该项规定就肯定不适用。起草委员会不妨考虑在措辞上更加明确一些。但是, 保存人的工作总有判断的因素在内, 这与在其他情况下需要做出的其他任何判断并无性质上的不同, 诸如保留是否采用适当的格式提出的问题。人们可以有理由确信, 在任何情况下, 保存人都会谨慎地与保留国交换意见。采用这种方式来解决问题, 是符合保存人以及有关国家的利益的。

3. 他同意科斯肯涅米先生的观点, 认为不活动的、信箱式的保存人与中立保存人完全是两回事。准则草案2.1.7之二中提及的活动, 将符合包括保留国在内的各方利益。就保存人与保留国之间的交换意见发出通知, 至少可以引起其他缔约国外交部法律部门的注意, 但这并不表明他们将赞同保存人提出的问题, 或是认可保留国的立场。为此, 他赞同将该准则草案提交起草委员会讨论, 起草委员会可以在重新拟订其案文时考虑到讨论中提出的问题。

4. 坎迪奥蒂先生说, 由于准则草案2.1.7之二载有一项从实际出发的有用的建议, 因此他赞同将其提交起草委员会, 但有一项谅解, 即起草委员会将会适当考虑到各方表达的不同观点, 确保在1969年《维也纳公约》所界定的方法范围内依然保留保存人的职能和权力。

5. 他建议说, 西班牙文本中使用“*ilícita*”一词不大妥当, 应改为“*inadmisibile*”。

6. 阿多先生回顾说, 一项保留的法律依据取决于条约的内容。有的条约允许保留, 有的条约禁止保留; 有的条约只允许特定保留, 而有的条约则未提及这一问题。他认为, 准则草案2.1.7之二适用

于1969年《维也纳公约》第十九条(甲)款和(乙)款所涉情况, 它将保留分为允许和不允许的保留。有时, 各国也采用发表声明的方式, 以期对禁止提出保留的条约作出保留。菲律宾对1982年《联合国海洋法公约》就采用了这一做法, 因为该《公约》第309条禁止保留: 菲律宾的声明似乎具有保留的效果, 这显然是不允许的, 因此一些国家事实上对此提出了异议。在这种情况下, 保存人完全有权提请保留国注意保留受到禁止, 以使保留国能撤回其保留, 如果保留国坚持保留, 则应按照准则草案2.1.7之二的规定, 将保留的案文与之前同保留国交换的意见告知条约其他缔约国。该项规定同样适用于1969年《维也纳公约》第十九条(乙)款所涉情况, 即, 如果一缔约国作出了不属于条约特定允许的保留时。

7. 另一方面, 保留若与条约的目的及宗旨不一致, 尽管不允许, 也不可说是“明显”不允许, 因为要确定一项条约的目的及宗旨并不是简单的事情。它是每个缔约国都必须决定的一个主观问题。保留若违反了已编纂成法典的国际习惯法原则, 就显然是不允许的。例如, 一国不可能保留实行奴隶制的权利。在这种情况下, 保存人没有义务接受这样的保留, 因为保留将是无效的。当然, 他可能会提请提出保留者注意其保留不能允许, 从而使提出保留者放弃保留, 因此也不用再将其告知其他缔约国。

8. 他在结束发言时说, 准则草案2.1.7之二很有用处, 他同意将其提交起草委员会讨论, 但解释说, 这不包括1969年《维也纳公约》第十九条(丙)款意义上的与条约的目的及宗旨不一致的保留。

9. 加亚先生针对阿多先生关于另一类不允许的保留可能是涉及与国际习惯法某一规则有关的条约规定的保留这番话作了评论, 他指出, 当一国提出这种保留时, 它并不一定是否认该项规定的存在; 它只是希望不要增加在该条约下它所应承担的国际习惯法义务, 以此避免受到该条约可能规定的监督机制的制约。他认为不能视该种保留为不允许的保留。

10. 佩莱先生(特别报告员)说, 他同意, 缔约国完全有权对涉及某一习惯法规则的条约规定提

出保留。该缔约国虽然提出保留，但仍受该规则的约束，它只是有权拒绝在适用该条约的情况下受其约束。

11. 塞普尔维达先生祝贺特别报告员提出了出色的报告，其报告非但没有未被注意，事实上报告中那些发人深省的内容始终激发人们做出许多评论。

12. 他提请大家注意西班牙文本的准则草案 2.1.7 之二缺乏一致性，该案文使用了两种不同的措辞限定保留：标题中用“*inadmisibles*”，第 1 款中则用“*ilicita*”；这一问题应当纠正。

13. 除了术语问题外，该草案提出的根本问题是草案是否与 1969 年《维也纳公约》一致，以及是否与委员会希望给《实践指南》规定的适用范围一致，他认为，后者的适用范围不应超过《公约》规定的限度。该《公约》第十九至第二十三条所确立的保留制度只涉及缔约国而不涉及保存人。很显然，如准则草案 2.1.7 之二所设想，确定某一保留是允许的还是不允许的，不属于保存人的职能，保存人的职能在《公约》第七十七条中已有明确规定；这个问题要由条约缔约国来决定。保存人只是应当将保留的案文告知各签署国和国际组织。此外，按照建议的准则，在确定某一保留为明显不允许后，保存人即承担起并不值得羡慕的坏消息携带者这一角色，将他以前与提出保留者交换意见的文函告知其他缔约国。特别报告员没有说明保存人的行动将会产生什么后果，但是可以设想，首先产生的影响就是会给保留蒙上一种不确定的阴影，保存人已单方面或许任意宣布该保留为不允许。还可能还会产生一些令人烦恼的问题，不仅提出保留者方面也许会诚意地认为保留应当是可允许的保留，而且所有签署国或缔约国方面也都会认为保存人对保留的判断具有主观性质，因而越过了他的授权范围。保存人的职责是为缔约国之间的联络与沟通提供便利，而将其置于这种具有潜在冲突的局面中，这一做法似乎不够明智。

14. 因此，为便于保存人开展工作，应当在有关缔约国之间进行磋商，以便确定何种保留是允许的，何种保留是不允许的。保存人也不妨可以提请签署国和缔约国注意这一情况，即一缔约国提出的

保留可能为条约所禁止，不属于条约允许的保留，或者与条约的目的及宗旨不相符。然后由各缔约国按照 1969 年《维也纳公约》第二十条的规定来决定是接受还是反对该项保留。在准则中列入这些因素，将会确保其与《公约》的文字与精神保持一致；他希望，起草委员会能找到适当的措辞，反映出所有的评论意见。

15. 罗德里格斯·塞德尼奥先生说，应使准则 2.1.7 之二与 1969 年和 1986 年《维也纳公约》达到一致，尤其应符合 1969 年《维也纳公约》中规定保存人的职能的第七十七条，以及该《公约》第十九和第二十条。特别报告员的草案均衡了两种观点：一种是《维也纳公约》的观点，即保存人的任务仅限于对条约的管理；另一种是逐渐发展的观点，它给予保存人以更广泛的权力。不过，就个人而言，他所关切的是，准则草案 2.1.7 之二赋予保存人认定某一保留为“明显不允许”的权力。因此，尽管他同意应将该问题提交起草委员会讨论，但仍希望起草委员会将对其重新措辞，以便考虑到全体会议上所表达的各种不同意见，尤其是在这一问题上的意见。他上文已提到，对西班牙文本中措辞不一致的问题也应予以解决。

16. 蒙塔兹先生指出，多数情况下，提出明显不允许的保留的国家在这样做时完全清楚不允许这样做，这并非它们的法律专家有什么疏漏，这通常都是因为国内政策问题，使它们别无选择，只能提出不允许的保留或干脆不批准条约。或许最好是采用 1969 年《维也纳公约》第二十条的措辞，让其他缔约国来对该种保留作出反应；问题是要在条约的完整性与普遍性之间作出取舍。

17. 庞布-齐文达先生说，仍然有欠明确之处；他不能确定其他缔约国对明显不允许的保留持缄默会有什么结果。鉴于 1969 年《维也纳公约》认为默许即为接受保留，他想知道缔约国的缄默是否就是对明显不允许的保留的一种接受，亦或将其视为一种表示，表明这些缔约国认为该种保留无效。

18. 薛女士说，考虑到近期草拟的大量条约，人们完全可以假定，可以委托保存人判断一保留是否是明显不允许的，尤其当保存人是联合国系统的组成部分时。不过，最重要的是要铭记，如果提出

的保留是明显不允许的，其利益受到影响的缔约国必定会做出反应。她想知道，将保存人置于其必定会与保留国发生实质性争论的地位，这种做法是否明智。她感到关切的是，准则草案2.1.7之二给予保存人的解释权可能范围过广，超出了委员会或缔约国所期望的限度。如果一国提出明显不允许的保留，例如，一国如就灭绝种族罪条约提出保留，保留在某些情况下行使种族灭绝的权利，则所有缔约国都会反对该项保留。在任何情况下，保存人都必须从有利于缔约国之间的稳定关系以及从其自身利益出发保持中立立场。

19. 池先生重新提到准则草案2.1.7之二的拟订，他认为准则草案2.1.7之二在保存人的职能规定上与1969年《维也纳公约》第七十七条相抵触。第七十七条第一项(甲)款至(辛)款并未授权保存人判定一项保留是允许还是不允许的。(丁)款规定的保存人的任务是确定(……)任何(……)通知方式是否适当，这显然仅仅涉及程序方面。他对准则草案2.1.7之二中的三个措辞的使用表示关切，即，“保存人认为(in the opinion of the depositary)”、“明显不允许(manifestly impermissible)”和“保存人认为(in the depositary's view)”。他认为，这些措辞超出了该《公约》第七十七条规定的限度，也越过了习惯国际法所承认的保存人的职能范围。

20. 卡姆托先生说，尽管提出了各种观点，如保存人的中立地位或影响缔约国行为的国内政策问题，但仍然有一个法律问题，那就是要根据实在法、包括1969年《维也纳公约》以及随后国际实践的演变情况界定保存人的作用。在考虑到赋予保存人以更加重要的作用这一实际需要时，应当尊重该《公约》第十九、第七十七和第二十条的规定。他赞同将准则草案2.1.7之二提交起草委员会，但也希望委员会避免使用法文的“*illicite*”一词，因为它属于国家责任范畴，改为使用“*admissibilité*”这类措辞，或者采用第十九条的规定，明确说明保存人对哪一类保留可作出反应，并且提及第七十七条第一项(丁)款。保存人不妨通过一份并非必须公布的文函，提请保留国注意该项保留违反了第十九条(甲)款或(乙)款。如果保留国坚持提出保留，保存人则可提请其他缔约国注意该项保留。至于第十九条(丙)款中所述的问题，则完全是缔约国管辖权范围内的事项。

21. 庞布-齐文达先生关切地注意到，准则草案2.1.7之二第一段一开始就使用了这样的措辞，即“当保存人认为一项保留是明显不允许时……”。一种意见，无论从技术和法律角度看其根据多么充足，也不可能对一主权国家具有约束力，该主权国家仍可自由地接受或反对另一缔约国提出的任何保留。这样一来，委员会似乎会感到忧虑，尽管并无必要。

22. 埃斯卡拉梅亚女士说，准则草案2.1.7之二并未违反1969年《维也纳公约》第七十七条，这一条为保存人的职能提供了一个有意的非限定性定义。关于政治选择问题，她认为这并不是一个在条约完整性与条约普遍性之间作出取舍的问题。实际上，具有普遍性的并不是条约，而是条约的一些条款。此外，也不可能预知什么样的规定会具有普遍性。如果一国提出的保留不在该《公约》第十九条所规定范围之内，该国的行为就构成一项违法行为，而保存人则不得忽略这种情况。实际上，其他缔约国保持缄默，就等于接受该项保留，因为在未表示反对的国家与保留国之间，条约是有效的，因而保留就是可适用的。最后一点，说各缔约国总是自行其事，这样讲是不准确的。实际上，中小国家经常不得不再三考虑，以免损害其与保留国的良好关系。在欧洲联盟内部，各国往往共同提出反对意见，欧盟的小成员国很高兴能利用这一可能性。在准则草案中赋予保存人适当的监督职能，这会起到同样有益的作用。

23. 佩莱先生(特别报告员)说，他对关于准则草案2.1.7之二的辩论进行到这种程度感到惊讶，因为这项规定纯属程序性规定，它固然很有用处，但从根本上来说，是无关紧要的规定，不过是在第六委员会内各方立场有时表现过于极端时采取的一种中庸姿态。也就是说，如果保存人认为根据1969年《维也纳公约》第十九条，明显不允许提出某项保留，他就应当能够这样告知提出保留国。该国则会做出反应，如果不能达成某种妥协，这一程序就将结束，届时将启动下面的程序，即保存人可将该项保留送交其他缔约国，看它们是反对还是赞同。不过，有一个论点不能说是无关紧要的，那就是缔约国有权通过提出显然不允许的保留，将国内政策问题提到国际一级来考虑。如果一国提出显然不允许的保留，即为某一条约所禁止的保留，或从

基本上与该条约的目的及宗旨不符的保留，那么国内政策问题也决不能有所例外，也必须遵守国际法规则。这一点尤其重要，因为国际法规则在完整性与普遍性两项原则之间确立了一种极为适当的平衡关系。

24. 委员会似乎并不反对将准则草案 2.1.7 之二提交起草委员会讨论，但它必须为起草委员会制定以辩论得出的教训为基础的准则，辩论主要集中于四个问题：术语；无论明显不允许的状况是否只涉及 1969 年《维也纳公约》第十九条（甲）款和（乙）款，还是也涉及（丙）款；准则草案第二段结尾；以及时限问题，他认为，时限不是什么问题。术语问题涉及“不允许”和“明显”等词。法文和西班牙文本中的“*illicite*”和“*ilicita*”这两个措辞也有问题，但对英文文本中的“不允许”一词没有任何异议。“*illicite*”一词确实存在问题，因为在国际法中，它与国家责任有关。不过，提出属于“*illicite*”的保留的国家，并不因此而承担任何责任，只是它所提出的保留很有可能被视为无效。在法文中可用于替代“*illicite*”的词汇中，“*inadmissible*”一词必须排除，至少是作为一个技术词汇，而较之英文的“不允许”和仅在该《公约》第十九条（丙）款中提及的“*incompatible*”等词，“*irrecevable*”一词的限制性更强，而所涉问题又相当广泛，因而一些委员会的委员甚至想暂不讨论（丙）款。最佳解决办法也许就是重新使用他在前两次报告中曾使用的术语，例如，某项保留是“*valide*”或“*non valide*”，即使由于以前就英文的“有效”一词的使用提出过异议，而在英文文本中仍保留“不允许”一词。当然，或许依据该《公约》第四十六条第二项来尝试制定“明显”一词的定义，也不是没有可能。不过，由于注重软性法律，他认为没有必要为了这类无关紧要的规定而重新改写字典。

25. 委员会一些委员建议，只允许保存人对 1969 年《维也纳公约》第十九条（甲）款和（乙）款所涉情况做出反应。他对这一想法表示反对，因为恰恰是第十九条（丙）款所涉情况在实践中最有可能发生。他并非对有关案文的措辞方式的评论意见有反感，而是因为该项规定如仅适用于实际上不可能产生问题的情况，就很可能失去其根本意义。而会产生最大疑虑的则是准则草案 2.1.7 之二第二段最后一部分，即，“并附上他与保留提出人交换意

见的情况”。当然，酌情决定是一种优点，保存人是调解人而不是法官，但是，由于缔约国常常会有所疏忽，有些问题需要告知他们，以提醒其注意自己应承担的职责，这也是不争的事实。所述的交换意见不一定采取书面形式，保存人也不一定要全文附上。毫无疑问，起草委员会会找到一种不大公式化的表述方式，以描述保存人的监督职能。至于时限，一些委员感到关切的是，该程序可能会不定期地延长，因此想知道是否应为与提出保留者交换意见确定一个时限。他本人认为，只要一国愿意进行讨论，就应当允许继续交换意见。也许有必要在评注中详细说明，只有作为提出保留者的国家才可以终止交换意见，并要求将其保留送交其他缔约国。至于保留可视为业已提出的时间，准则草案 2.1.8（与保留有关的告知的有效日期）作了再明确不过的说明：将保留告知要送交的各缔约国或国际组织之时，即算作提出。因此，按照准则草案 2.1.8，允许提出异议的时限应自告知之日算起。起草委员会在讨论中以此为依据。

26. 蒙塔兹先生解释说，他并未暗示说，应当允许各缔约国违反国际法。他提到过 1969 年《维也纳公约》第二十条，他甚至还说过，各缔约国有权反对明显不允许的保留。因此，他再次强调说，明显不允许的保留不具有任何法律效力。

27. 主席说，如无异议，他就认为委员会委员希望将准则草案 2.1.7 之二提交起草委员会讨论，但在审议该项规定时，应考虑到全体会议上表达的所有不同观点。

就这样决定。

上午 11 时 40 分散会。

第 2722 次会议

2002 年 5 月 21 日，星期二，上午 10 时 5 分

主席：罗伯特·罗森斯托克先生

出席：阿多先生、巴哈尔纳先生、巴埃纳·苏亚雷斯先生、布朗利先生、坎迪奥蒂先生、池先生、

科米萨里奥·阿丰索先生、达乌迪先生、杜加尔德先生、埃斯卡拉梅亚女士、丰巴先生、加亚先生、加利茨基先生、卡巴奇先生、卡姆托先生、卡特卡先生、卡米沙先生、科斯肯涅米先生、库兹涅佐夫先生、曼斯菲尔德先生、蒙塔兹先生、尼豪斯先生、庞布-齐文达先生、佩莱先生、斯里尼瓦萨·拉奥先生、罗德里格斯·塞德尼奥先生、塞普尔维达先生、辛马先生、通卡先生、薛女士、山田先生。

国家的单方面行为（续）*

（A/CN.4/524; A/CN.4/525 和 Add.1 和 2;¹ A/CN.4/521, D 节）

[议程项目 5]

特别报告员的第五次报告（续）*

1. 罗德里格斯·塞德尼奥先生（特别报告员）继续介绍其第五次报告（A/CN.4/525 和 Add.1 和 2），回顾说其报告重点集中在一个重要问题上：即在条款草案工作取得进展的背景下如何对单方面行为进行界定的问题。他这样来处理是有多种原因的，其中也包括回应委员会请他提交一个对过去的工作进展做一重述的提议，就此开始新的五年期工作，同时可以使新委员熟悉这一专题。在第五次报告第一章的 B 节至 D 节，对这一专题的某些方面是以一种补充性而不是重述的方式论述的。这些章节涉及单方面行为的有效条件、无效原因以及单方面行为的解释和分类问题。

2. 上届会议上有委员认为，无效原因应与单方面行为的有效条件放在一起审议，应当广义地看待这一问题，而不是仅仅从意愿表达上的缺陷这一角度来看问题。有委员提出，也应当考虑其他可能

影响单方面行为有效的因素，例如行为者的能力、同意的可行性、单方面行为的客体的合法性。

3. 著述中极少论及这些问题，而实际上也几乎不存在相关的实践。然而，维也纳制度再次成为一个有效的参考点。1969 年《维也纳公约》在若干条款中，特别是第四十二至第五十三条，第六十九至第七十一条，均提及法律行为的有效条件，尽管当时认为没有必要设定单独的条款规定这一问题。在起草公约时，该专题的特别报告员曾经提交了一项关于有效性的条款草案，但未获得通过，因为大家都认为这一条没有必要。但是，即使在现在拟写的条款草案中不包括具体的规定，也应当有所提及有效条件问题。正因为如此，报告中才述及单方面行为的有效条件，这些条件与条约有效条件并无不同。

4. 首先，尽管并没有排除其他的国际法主体例如国际组织也有权做出单方面行为，但却是由国家提出单方面行为。之所以这样限制，仅仅是因为该专题的研究应当符合委员会的任务，其任务的范围仅限于国家的单方面行为。此外，单方面行为的提出者也必须是有权代表国家行事并有权在国际一级作出承诺的人。

5. 单方面行为的另一项有效条件，也是一般的法律行为的特征，是其客体的合法性。单方面行为不能违反国际法的强制性规范或强制法，此外，意愿表达也必须毫无瑕疵，然而，对比 1969 年《维也纳公约》所达成的结果，这些单方面行为的有效条件就无需在条款草案中以具体条款形式做出规定。

6. 第五次报告第一章 B 节提及国际法上规范无效问题的规则，这当然是在研究一般国际法律行为问题时最复杂的一个方面。在维也纳制度出台之前，在国际法方面没有对该制度做过深入研究，尽管它已经引起很多的国际争端，并且在国内领域被深入考虑。与之相关的一个问题是，与之前无论是常规性还是单方面行为相冲突的一个单方面行为的效力问题，换句话说，即同一国做出的违反其之前义务的行为的效力问题。同时报告还提到了绝对无效和相对无效，在前一种情况下该行为不能再予以确认或使之有效，而在后一种情况下则可以。在第

* 续自第 2720 次会议。

¹ 转载于《2002 年……年鉴》，第二卷（第一部分）。

一种情况下，该行为违反了国际法的强制性规范或者强制法，或者是在行为国国家代表的胁迫下提出的；在第二种情况下，其他的无效原因可以由当事方来修正，因此该行为可以具有法律效力。

7. 正如该报告第 115 段所指出的，根据国际法委员会和第六委员会委员的意见，之前所提交的关于无效原因的单一条款草案被改为单独的条款。如第 116 段所指出，新的文本用括号标出了提出某个单方面行为的一个或几个国家。这种方式考虑到在源于集体决定的单方面行为的情况下国家可能会援引无效性。如果接受这种方式，第 1 条的定义就可能提及“一国或几国”，以便更明确地反映出可能会存在的集体单方面行为。需要指出的是，在条款草案第 5 条的新案文中，提出某个单方面行为的一个或几个国家可以援引存在错误、欺诈或官员腐败为意愿表达上的缺陷，如果该行为违反了国际法的强制性规范（强制法）或者安全理事会某项决定，则任何国家都可以援引单方面行为无效规则。

8. 还有一些问题没有解决，可能需要继续讨论。其中一个问题是在源于集体决定的单方面行为的情况下，参与提出该单方面行为的国家中有一国可能援引无效规则。另一个问题是该行为的无效对于援引无效规则的国家与其他参与提出该单方面行为的国家的法律关系，以及这些国家与单方面行为的行为对象之间的关系会有什么影响。该行为的无效仅仅影响援引国和行为对象的关系吗？还是它会影响到所有提出该行为的国家与所有行为对象的关系？此外，还应当考虑到有利于第三方的规定的问题，在这种情况下，如果产生这种关系的行为是无效的，那么与第三国的关系也就中止了。在这种情况下应当谨记 1969 年《维也纳公约》第六十九条规定了一个行为无效的后果，这与那些为源于集体决定的单方面行为所假设的情况有所不同。他很希望听到有关这方面的评论，以便在关于这一主题的未来条款上可以反映出这些意见。

9. 单方面行为的多样性会影响到援引行为无效的能力。例如，就许诺或承认而言，行为国可以援引行为无效，但是在抗议的情况下就不一样了：行为国很难援引行为无效，而行为对象国如此做却似乎毫无障碍。

10. 还有一个问题在报告中提及但在草案的实际措辞中却未反映出来，那就是行为国是否会丧失援引失效原因，或者援引可通过行为或态度（无论是明示还是默示）终止某一行为的理由的权利。根据一些有关文献，没有什么缺陷——或者说几乎没有任何缺陷不能通过国家事后的行为予以克服。国家通过事后的态度，可以使起初被认为无效的行为合法化。可以以有关西班牙国王 1906 年 12 月 23 日仲裁裁决案为例来说明这个问题。在该案中，国际法院裁定尼加拉瓜不能对该项裁决提出异议，因为它适用了含有仲裁条款的条约（该报告第 109 段）。

11. 该报告第 110 段提出的问题是，国家能否通过其事后行为使所有的单方面行为有效，还是必须根据该行为的不同法律效力来进行区分。例如，可能从不同的角度来处理抗议的问题。因为有关这一问题的规定不可能普遍适用，因而没有就此提出条文。

12. 报告提到的另一个问题（第 113 段）是，因违反了国内法中对于提出单方面行为的能力和表达意愿的权力的限制而产生的单方面行为无效问题。根据维也纳制度，只有在该违反是明显的，而且关系到该国国内法具有根本重要性的规范的情况下，才能援引这项理由。

13. 在这方面，应当强调一下将维也纳制度直接适用于单方面行为所面临的障碍。也许不能与国内法作比较，因为宪法通常规定了缔结条约的能力，却没有明确提及单方面行为。将单方面行为也列为条约行为，这种宽泛的解释是没有道理的。虽然国家代表有能力代表国家行事并有能力在国际一级做出承诺，但并不是在所有情况下都有这种能力。例如，国家代表或者甚至是国家首脑或者外交部长，他们的确拥有无可置疑的授权，但他们能够发表单方面声明，声称要修改边界，或者做出其他通常需要国内批准甚至是全民公决的事情吗？这种单方面声明或行为本身能够产生法律效力吗？

14. 报告所讨论的第二个问题是对单方面行为的解释。因为涉及意愿表达，关于解释的规则可适用于所有的单方面行为，不论其内容如何。国际法委员会和第六委员会的一些委员认为审议解释规则为时尚早，但还有一些委员，或许是多数委员，认

为可以尝试确立一个一般性规则，就像维也纳制度一样规定一个辅助性的解释方式。将维也纳制度移用到单方面行为时，就必须考虑到该类行为的具体特点。因此，条款草案(a)条第1款的措辞，是根据1969年和1986年的《维也纳公约》第31条拟定的，但是也考虑了目前委员会正在推敲的草案第1条的定义。

15. 关于解释的条款草案没有明确提及解释的限制性，但是，如果委员会愿意的话，可以加入这一点。否则，评注中就应当反映这一概念，因为文献和案例法中都指出了这一点，例如在国际法院处理许诺问题的核试验案（澳大利亚诉法国）中，以及在接受法院管辖的声明中都涉及了这一点。

16. 报告中讨论的另一个问题是对单方面行为的分类，这项工作尽管难度很大，但是对条款草案的结构安排会有所帮助。已经有委员正确地指出，不可能拟定出适用于所有单方面行为的共同规则。分类可能是一项学术性工作，但它也会有助于对条款草案进行分组和结构安排。即使目前还不能进行分类，委员会也应当决定是否诸如许诺这类单方面行为拟定规则，这些行为都表示行为国要承担单方面义务。下一次报告则可以处理单方面行为的撤销、修改、终止和中止等复杂问题，如果只是与那类行为进行比较，则处理起来要简单得多。

17. 显而易见，作为一项适用于所有行为的规则，不可能以撤销单方面行为为主题。撤销一项许诺或者国家承担单方面义务的行为，这与撤销一项国家重申其权利的行为似乎是不同的。情况有可能或者本身就是不同的，这要看被撤销的是许诺还是抗议。在这两种情况下行为国都可以单方面撤销行为吗？还是在一种或者两种情况下其撤销的权利会受到限制？对于对单方面行为的修改也有类似问题。国家可以单方面地修改单方面行为吗？换句话说，可以在没有行为对象参与的情况下修改单方面行为吗？还是像在条约关系中那样要征得行为对象的同意？

18. 必须根据单方面行为的具体特点来考虑终止和中止单方面行为的适用问题。问题又在于是否可以将维也纳制度作必要更改后进行适用，是否有可能拟定出适用于所有单方面行为的规则，而无

论单方面行为的内容如何。在他看来，关于终止单方面行为的规则应当根据1969年《维也纳公约》第五十九条以及下列各条的规定来拟定，而终止和中止其适用的结果应当在该《公约》第七十和第七十二条的基础上进行审查，但是要适当考虑单方面行为的具体特点。由于履行不能或情势变更而导致的条约终止或中止的规则也可以适用于单方面行为。但是，在涉及到因后来达成的条约而需终止或中止前一项条约的实施时，移用维也纳规则就比较困难。关于因违反条约而终止或中止条约效力的规则也是如此。可以考虑拟订有关由于外交或领事关系中断或者出现新的国际法强制性规范而导致的终止或中止某一行为的规则，这些问题在该《公约》第六十三和第六十四条中均有涉及。

19. 在他看来，这些问题都不可能作为共同规则的主题，国际法委员会和即将设立的工作组可以用来研究这些问题，在编写下一次报告时可以考虑最后的建议和结论。

20. 第五次报告的第二章至第四章很快就会分发下来，他只是想简单地提及这些章节的主旨，使委员会委员们有一个大致了解。这些章节探讨的是关于尊重和适用单方面行为的规则问题，特别是一项基于《维也纳公约》第二十六条所设定的规则，该规则设定了单方面行为的义务性。在条款中约定必须遵守规则规定可能非常重要，或许委员会将在本期会议的后半部分考虑这一点。

21. 该报告第二章还将审查单方面行为在空间和时间上的适用这些重要问题。在这两个方面，似乎可将无追溯力原则和适用于国家领土范围原则从条约法框架中移到单方面行为框架中。

22. 迄今为止，关于单方面行为的定义，国家作出单方面行为的能力，授权作出单方面行为的人，确认未经授权的行为，无效原因，约定必须遵守，单方面行为无追溯力，单方面行为在空间上的适用，一般解释规则和补充解释方法等，已经拟出了条款草案。即将提交的条款草案第6条将规定如何确定行为产生法律效力的时间，对此将比照条约的生效来规定。确定这个时间极为重要，因为从那一时刻起，就可以对该行为提出异议，同时该行为

也会影响到有关该行为的适用的撤销、终止、修改或中止等问题。

23. 他已经提出了一系列问题，现在他希望听取委员会各位委员的意见，以便在未来有关这一专题的工作中考虑这些观点。

24. 加亚先生的评论仅限于特别报告员刚才提交的案文中新的内容。他说，根据条款草案第 5 条 (a) 项至第 5 条 (h) 项，只有作出单方面行为的国家才被视为有权援引该行为无效原因。报告中似乎并未对这一做法提出充足的理由，而在某种程度上甚至是在主张另一种方案。举例来说，根据第 118 段，任何国家都可以援引与违反强制性规范相反的单方面行为的无效性。但是这一点没有反映在第 5 条 (f) 项中，该项仅仅涉及作出单方面行为的国家的援引问题。

25. 作为作出单方面行为的国家是否应当是唯一有权援引无效原因的主体，这一点是有疑问的。单方面行为也会对其他国际法主体产生影响，后者可能至少在某种情况下可被视为有权援引无效原因。当然，它们的利益可能因为该行为的存在而受到影响，而且它们可能并不对此承担责任。因此，至少要考虑是否应当给予这些国家在某种情况下援引无效性的可能。

26. 无论如何，较好的办法是套用 1969 年《维也纳公约》第五十一至第五十三条关于胁迫或违反强制性规范而缔结的条约的规定。虽然该《公约》第四十六至第五十条规定各个无效原因只能由条约的一个缔约方援引，即受错误或者其他的无效原因影响的国家可以援引，但第五十一条仍规定条约没有任何法律效力，第五十二和第五十三条认为一国违反强制性规范胁迫缔结的条约也是无效的。这似乎意味着所有缔约国，而不只是一个缔约国，可以援引无效原因，但是考虑到一般的利益，即任何条约都不应当违反强制性规范，它还意味着除条约缔约国之外的国家的监督权。受同样的无效原因所影响的单方面行为也有这种问题。

27. 将 1969 年《维也纳公约》的措辞仅仅改变为条款第 5 条 (d) 项、(e) 项和 (f) 项中的单方面行为

实施国的“可援引性”，这未必会削弱与该《公约》第五十一至第五十三条对应的有关无效性的条款。

28. 特别报告员在 (a) 条提及行为国意图对单方面行为的解释 (第 135 段) 是向前迈进的一步，尽管是半心半意的一步，特别是考虑到第 132 段中有关准备工作的描述，因为毕竟那是确定行为者意图的主要工具。准备工作只有在补充解释方法情况下才会涉及，而且是以加方括号的形式规定在 (b) 条 (同上) 中，这显示出其只是一种次要考虑，但是实际上它非常重要，在确定行为者意图时应当强调这一点。

29. 特别报告员主张狭义地解释单方面行为。但是正如他自己在第 134 段中所指出的，这一观点在条款草案中没有反映出来，对此也没有给出任何原因。特别报告员仅仅是建议工作组应拟订一项有关狭义解释的条款案文，不过，这样一项条款会影响到 (a) 条和 (b) 条，在这方面提出一项提议还是有帮助的。

30. 他连续四年再次重申，他相信只有存在大量的有关单方面行为的实践和对该实践的分析，委员会才能在这一专题上取得合理的进展。

31. 佩莱先生说，起初他的印象是，加亚先生错误地批评了特别报告员，因为在第 5 条 (f) 项和第 5 条 (g) 项的法文本中，并没有说在违反强制法时，单方面行为的一个行为国还是数个行为国可以援引单方面行为的绝对无效性。不提及行为国的做法与该报告第 116 段所表达的意图不符。英文本中使用了“State [or States] that formulate[s] a unilateral act may invoke”等措辞。特别报告员到底是想表达什么？无论如何，法文本比英文本更好。换句话说，他赞同加亚先生的观点，认为在该行为绝对无效的情况下，任何国家都可援引。但是如果第 5 条 (f) 项和第 5 条 (g) 项的法文本是正确的，即不将援引权局限于行为国，则他认为不只是在单方面行为违反了强制性规范或者安全理事会的决定时才使任何国家都可以援引无效性：在出现使用武力或威胁使用武力时也应当可以援引。换句话说，委员会很可能还应重新采用 1969 年《维也纳公约》中对绝对无效性与相对无效性所做的区分。

32. 罗德里格斯·塞德尼奥先生（特别报告员）说，西班牙文本当然也是参考文本；其翻译是译者的工作。他在努力将绝对无效与相对无效加以区分。第5条(f)项和第5条(g)项涉及绝对无效的情况，已超出作出单方面行为的国家的利益范围，自然任何国家都可以援引。委员会还可能会考虑佩莱先生关于使用或威胁使用武力问题的评论。

33. 庞布-齐文达先生就加亚先生关于准备工作的评论指出，他想知道在涉及单方面行为时是否有可能获得有关准备工作的资料。设想有一项重要声明，尽管该声明没有书面记载，但行为对象必须要援引它，记录它。在这种情况下还谈得上准备工作吗？能要求国家提供其机密档案吗？这是个简单的问题吗？能否举出任何现实的示例吗？

34. 卡姆托先生说，根据特别报告员的说法，第5条(f)项是基于1969年《维也纳公约》拟订的。然而该《公约》第五十三条只是规定条约是“无效的”。提出“援引”这一概念的意义在于申明单方面行为在与强制法冲突时的绝对无效性，而不是为任何国家创立援引的可能性。

35. 通卡先生说，他同意加亚先生的观点，认为必须对单方面行为援引无效性与某行为因与国际法强制性规范相抵触因而无效这两种情况加以区分。在后一种情况下，是国际法的规定使该行为无效，而不是作出该行为或者其他任何援引无效原因的国家使之无效。佩莱先生认为其他国家也应当拥有这项权利。他个人认为，违反国际法强制性规范的行为是无效的，无论是否有国家援引无效性。

36. 加亚先生说，他对特别报告员感到很抱歉，因为他没有西班牙文本，因而未能对第5条(d)项与第5条(e)项作出区别。在这两项中，仅仅提到了“*el Estado*”[“该国”]，即行为国，而第5条(f)项和第5条(g)项提到的是“*un Estado*”[“一国”]。但正如卡姆托先生和通卡先生指出的那样，最好是像《维也纳公约》那样使用“无效的”一词，而不是说任何国家都可以援引该行为的无效性。

37. 至于庞布-齐文达先生的评论，委员会在之前的会议上曾讨论过关于准备工作的问

题，新委员将表达他们的观点。开展准备工作的明确条件之一就是其可获得性。

38. 科斯肯涅米先生说，作为委员会的新委员，他对于第1和第5条都有一些一般性的意见。

39. 他对于该工作的方向和内容有一些基本的疑问。首先，第1和第5条的奇怪行文显示存在着基本的问题。例如，第1条将单方面行为说成是“意图产生法律效力”的行为。第5条使用了“*formulation of a unilateral act*（作出单方面行为）”这样一种奇怪的表达，并规定了单方面行为的有效条件以及其解释。这表明，单方面行为将会被视为一个完全自愿的行动或者法律，一种许诺或单方面声明。

40. 最初，这一专题是从单方面声明的角度来考虑的。第六委员会和国际法委员会在讨论之后，将其改为“单方面行为”，以确保不再将其看作是国家单方面互相给与的许诺。这种许诺极为少见，他在外交部供职的17年间，几乎不记得有一例这样的情况，即国家单方面做出许诺，接受其法律约束，而不向对方国家提出对等的要求。因此他对于“*formulate[s] of a unilateral act*（作出单方面行为）”的表述表示质疑。

41. 在相关的判例中，即先前已经提到的核试验案、柏威夏寺案和西班牙国王1906年12月23日仲裁裁决案中，行为国自身从未想过以一种“作出”方式采取行动来创立法律效力。相反，国家却为其作出或未作出的行为、或者所讲述或未讲述的话而受到约束，而无论其本可能就其行动或其言论采取何种表达方式。

42. 单方面行为这一专题与委员会过去曾成功地审议过的其他一些专题有一个区别，那就是其他这些专题所涉及的都是些能够与法律秩序其他方面分开并予以界定的法律制度：条约构想、责任、国家继承和外交保护都指的是些法律制度，其中的规则、原则和大量的实践都被律师们认为是整体的某个方面。单方面行为却不是这样：它们并不归诸于任何特定的法律制度。相反，它是一个包罗一切的术语，它所解释的往往是国家并非通过某一特定制度的效力所受到的约束，或者是国家通过特殊的行为途径来创立法律效力。这就是一些问题的源

头所在；委员会试图编纂一些不是作为法律制度存在的东西，因而就不知道如何将其界定为一种法律制度。

43. 另外还有一项困难，即单方面行为这一概念本身就是含混不清的。它所描述的是两种不同的东西。一方面，它是国家行为社会学的解释，国家实施千千万万的行为，从其决定作为个体来实施的意义上讲，这些行为是单方面行为。它们在国际外交领域的大市场上是一些个体，在最为多变的环境中它们相遇，有时是履行义务，有时则不是。另一方面，这个概念也是指一种法律机制，在这种法律机制下国家行为创立了法律效力，或者，换句话说，法律秩序为那些国家的行为方式设置了规范和义务，对其行为施加法律后果。在这个机制中，无论行为者如何，法律秩序都会起作用。通过其作用，法律秩序为国家的行为设置了后果。

44. 当国家走到一起参与世界外交时，它们就建立了一种期望，善意地要求大家互不失望。这一进程不能从自愿模式来描述，即国家意图要创立法律效力并作出了确实产生法律效力的行为。可以核试验案（澳大利亚诉法国）为例来说明这个问题。在该案中，国际法院判决法国应当受到其官员发表的单方面声明的约束，原因有两项。首先，对于外交中传统的自愿模式给予口头承诺，主张如果国家意欲受其所作声明的约束，就应当受其约束。而在判决的后面两段话里，法院又指出国际关系中的善意和信任以及建立信心的需要都要求国家不得食言，无论它们是否想要受其约束。这是自相矛盾的。当然，法国律师马上利用了这一点，说政治家只是发表一些观点，但是并没有打算创立法律效力或受其约束。这显示出法院判决中的第二个方面的重要意义。法国受到约束是由于其行为背后的意图，而无论总统、外交部长或外交官在作出声明时想的是什么。因此，国家受约束是因为通过其单方面行为，它们给其他国家创立了期望。有两个原因使意愿表达不能是决定性的：不可能知道国家的真实意图，而且，更重要的是，没有什么能阻止国家某天突然改变主意，决定不再受其之前声明的约束。在这种情况下，核试验案（澳大利亚诉法国）中法院判决的第二部分的重要性就很清楚了：善意和信任与信心的需要要求，如果一国创立了一种关于其将如

何行为的期望，它就受到这种期望的约束，无论其是否想要受其约束。

45. 因此，这里涉及的不只是许诺的问题。国家可能受到任何类型行为的约束。特别报告员列出了四种典型的单方面行为，当然还有一些别的类型。国家可能因为其作为或不作为等行为保持沉默而受到约束，无论其行为的主观愿望如何。核试验案、柏威夏寺案和西班牙国王1906年12月23日仲裁裁决案不是国家被约束的案例，因为国家作出了许诺，它们愿意受到约束，或者是外交部已经以外交照会的方式作出了单方面行为，或者是向其他政府作出了许诺，在该许诺的基础上条约和合同就产生了拘束力。这几项案例各有其特定的表现方式，但同样都受到了约束，因为这就是事情发展的逻辑。

46. 简单地概括起来，就是法律秩序以一种不同于条约或者其他法律制度的方式赋予一些行为以强制性效力，因为这里所涉的问题不是要创立普遍的法律，而是有关联的法律，是一个在通过特定行为产生期望的情况下行为国与期望国之间的双边相互可以提出异议的问题。有关的案例，甚至于渔业管辖权案都与创设一般法无关，只是关系到双边的或许是三边的义务，因为期望是双边的或三边的，而且善意原则也需要将其效力特定化。无论国家在每个情况下如何行为，都有个可对抗性问题，即法律秩序不是解释一个行为，而是解释整个情况。无论行为国想要说的是什么，问题是它所传递的信息是什么？其他国家收到这些信息了吗？解释在那个特定的关系中究竟传达了什么信息时，合理和善意要发挥怎样的作用？无法制定出一般规则，因为像法国、新西兰和澳大利亚在核试验案中或者柬埔寨和泰国在柏威夏寺案中那样的特定关系，是长期历史和地理位置的产物，不可能得出普遍结论。通过单方面行为创立的可对抗性不能以一般的理解标准来理解，因为它不属于国际法律制度的范畴，而是与特定情况下人的行为的合理性和相关国家的历史有关。

47. 因此，任何与1969年《维也纳公约》所做的对比都是不适当的。条款中很奇怪而且造作地提出单方面行为的有效性问题，就可以看出这一点。行为就是行为；它不在有效性的范畴之内，而属于社会学的范畴。为行为赋予义务的是法律秩序，而

行为被解释的方式带来了该义务是否有效的问题。单方面行为核心的基本不确定性可以比作是普通法中的婚姻关系；尽管婚姻关系还没有正式合法化，但是当事人通过自己的行为已经负起了某种义务，以后也不能仅仅因为一方不再打算受其承诺所约束就可以不履行这些义务。

48. 因此，整个工作的方向都是错误的，这一点从报告所用的奇怪措辞就可以看出来，对此他认为，只是对条款草案进行一些修改是解决不了问题的。虽然他理解特别报告员、佩莱先生和其他一些委员的想法，过去的五年中他们一直在审议单方面行为这个问题，但他还是认为最好将该专题作为一个法律制度来重新拟订。

49. 委员会应当放弃基于国家意图的自愿模式，而应当集中于能引起的期望和产生的法律问题中的合理方面。委员会还应当停止将该问题与条约法作对比，条约法以一种客观的方式看待整个外交领域，而委员会则应当基于社会关系法则来审议这一问题，因为个人在复杂的关系网中都会在某种程度上起到或大或小的作用。最后，委员会应当将专题限定在执业律师会认可的一些传统的法律制度上，例如国家和政府的承认制度。在这个方面，他赞同加亚先生的观点，即需要更彻底地审视国家的实践。

50. 辛马先生说，他在很大程度上赞同科斯肯涅米先生观点的内容和其背后的哲学基础。在委员会先前的届会上，他坚持认为这个专题目前还不适合进行编纂。但是，他认为科斯肯涅米先生走得太远了，他不同意他对该问题提出的解决办法。委员会现在的进程在确定某种类型的单方面行为方面将会取得成功，这类行为正是以特别报告员和多数委员所设想的方式存在的，但它只是科斯肯涅米先生所提出的更宽泛专题中的很小一部分。

51. 的确，国家通常不会在不为自己带来某种利益的情况下提出单方面行为，但是这种利益未必一定构成对等。例如，最近德国拒绝接受土耳其要求其引渡一名所谓的伊斯兰运动组织领导人的请求，因为土耳其没有做出有约束力的许诺，保证说如果指控成立，该领导人不会被判处死刑。对于一国政府是否有权做出这种许诺产生了争议；土耳其

坚持说权力在于议会，而德国认为只有土耳其政府拥有这项授权。

52. 这个示例表明有足够的逻辑基础来支持就国家在提出单方面行为方面的代表性问题起草条文，特别报告员的第五次报告没有论及这一点。起初，他不知道是否会出现这样的情况，但是他现在了解到，这种情况虽然不多，但是确实存在。此外，虽然土耳其一案中涉及到对土耳其政府的利益——将相关的个人引渡给它——但将其说成是对等利益则不够确切。过去，委员会从未考虑过这样的单方面行为，即国家意图以不会使其获得任何利益的一项声明而受此种行为的约束。此外，他认为将受其约束的意图作为单方面行为的一个促成因素与创立了合理期待的声明这两者之间没有什么矛盾；这两个概念性质上是互补的。而且，正如他的示例所显示出的，在某些情况下，1969年《维也纳公约》适用于单方面行为。

53. 在大会第五十三届会议上，对条约的保留问题特别报告员佩莱先生向第六委员会提交了一份有关国家声明的准则草案，即声明国家加入某项条约并不意味着对另一国的承认。作为一名法学教授，他觉得该类情况很有意思；但是，会员国立即表示反对，认为这个问题属于政治问题，不应当由委员会来处理。因此，他担心，跟劳特派特先生1949年所拟写的工作方案草案相反，委员会还无权处理人权问题或者政府的承认这类极具政治性的问题。随着新委员的增多，这种情况可能会有所改变。

54. 佩莱先生说，国际法不是完全基于国家的意愿表达，但是，就其受到条约义务或者单方面行为的约束而言，这是基于国家自己的个体或者集体的意愿，这是很明显的。在核试验案中，法院采用了一种符合逻辑的连贯方式，拒绝采纳法国的观点；法院裁定法国已经做出了有拘束力的承诺，保证不在南太平洋地区进行更多的大气层核试验，因此法国应当善意地遵守其承诺。所以，科斯肯涅米先生认为是矛盾的这两段，在他看来并没有什么区别。国家为什么在条约机制下受到约束？那是因为它们希望受到约束，希望其行动自由的范围有所限制。国家提出单方面行为时也是如此。国家应当受到其意愿表达的约束，这一点对于国家间合理有序

的关系是不可或缺的；他认为，在科斯肯涅米先生所说的国家可能有时不再愿意受到其所提出的单方面行为的约束与条约缔约方即使后来后悔加入该条约但仍然要受到其约束这两种情况之间没有什么区别。此外，认为国家在没有对等利益的情况下不会有所行为的论断是不正确的。当然，国家总是有自己的利益，但是对等在国际法中有特定的含义。就辛马先生所举的示例而言，德国不是唯一一个对引渡设置条件的国家——在要求将欧洲人引渡到尤其是美国的情况下也出现过这个问题。虽然称之为对等也许并不恰当，但确实存在着利益均衡的问题。但是，将其称为对等则会在某种程度上造成混淆。

55. 在特定性的名义下，科斯肯涅米先生的话过于抽象。某种形式的法律现实是可以转化到社会现实中的，套用有点过时的马克思主义的术语来说，社会现实是经济基础，法律现实是上层建筑。科斯肯涅米先生似乎是在说他对上层建筑不感兴趣，因为不可能将上层建筑与经济基础分开。然而，对于法学家来说，这一点并不重要，法学家的任务是确认其中的规则。

56. 科斯肯涅米先生的观点意味着不仅仅要重新考虑单方面行为的问题，而且要重新考虑整个国际法，但是委员会的任务只是对复杂的问题进行梳理。制订出一套支配单方面行为的最低限度的一般性规则是完全有可能的；对特别报告员的工作可以就其细节问题提出批评，但是国际法是一个现实，用那些在他看来是法外的考虑来削弱国际法，则毫无益处。

57. 杜加尔德先生说，科斯肯涅米先生提出的问题有很多可商榷之处。单方面行为这一专题的确与委员会过去所处理的其他专题不同。例如，在他作为特别报告员的外交保护问题上，就有大量可供参考的权威著述，他的任务是从国家实践中相互产生的对立和不一致的规则中做出选择。而在单方面行为的专题上没有这样多可供参考的权威著述，这就使得特别报告员有关这一专题的工作难度加大。但是在像国家的承认这样的事情上的确存在着规则和国家实践，他认为委员会可以在这些方面同时进行编纂并逐渐发展国际法。辛马先生正确地指出，委员会很谨慎地绕开了国家承认的问题，但是他不赞成因为该问题在政治上非常敏感就回避这个问

题；如果委员会要起作用，它就必须要准备处理这类问题。

58. 各国政府对于关于单方面行为的问题单(A/CN.4/524)的回答²非常有意思。特别是葡萄牙关于《帝汶沟条约》³的论述，其适用范围超出了葡萄牙和澳大利亚两国关系的范围，因为它反映了葡萄牙政府在东帝汶地位问题上的立场。

59. 他也认为不能全盘照搬 1969 年《维也纳公约》，但是可以以此为参考，从而对其在多大程度上可适用于单方面行为进行卓有成效的辩论。例如，与特别报告员不同的是，他认为委员会可以依据单方面行为的目的和宗旨来对其做出解释。

60. 委员会实际上已经完成了对劳特派特先生 1949 年所列出的一些比较传统的专题的研究。因此，它有责任开始进行新的研究，这些研究带来了挑战，同时也为创新以及逐渐发展和编纂提供了机遇。

61. 丰巴先生说，虽说科斯肯涅米先生所提出的问题——法律、社会学、制度和机制——带来了认识论方面的问题，但是它们之间存在着辩证关系。单方面行为是否是一种法律制度，这取决于如何对其进行定义。无疑，它们当然是国家所做出的重要事件和行为，值得在国际法中进行研究。根据《规约》第 15 条（其中界定了国际法的编纂和逐渐发展），委员会的任务就是创立一些还不存在的制度并在需要时对其进行解释。单方面行为不是一种虚构，在细节上做出必要修改后与 1969 年《维也纳公约》作类比，是不可避免的。

62. 庞布－齐文达先生说，他很怀疑科斯肯涅米先生的批评是否中肯，其批评具有启发性，但过于简单。按照科斯肯涅米先生的看法，条约，作为一种表示意愿的行为，是唯一可规范国际外交领域的方式。国家的意愿与其意图之间的关系很难弄清

² 见第 2720 次会议，脚注 7。

³ 《澳大利亚与印度尼西亚关于印度尼西亚东帝汶省与澳大利亚北部合作区的条约》（帝汶海，1989 年 12 月 11 日）《1991 年澳大利亚条约汇编》[英]，第 9 期（堪培拉，澳大利亚政府出版局，1995 年）。

楚，无论是从逻辑角度还是从年代顺序来看，都很难在意愿与意图之间划出界限。

63. 如果认为科斯肯涅米先生的方式是有效的，就需要改变法律从业者与理论家在其日常工作中所运用的很多工作方式。这就要求外交部长公然无视事实，只是在国际条约的基础上处理国家事务，而忽略其他所有行为，因为按照科斯肯涅米先生的看法，这些行为根本不存在。然而，一国的沉默与其口头或书面声明一样也会有说服力。

64. 认可这种方式将要彻底改写《国际法院规约》第三十八条第一款，这样使法院（其作用是根据国际法对提交的争端做出判决）在解决争端时只能适用国际公约。认可这种方式还会要求重新改写教材中关于国际法渊源的所有章节。科斯肯涅米先生对与条约法作类比提出疑问，这是正确的。但是，很不幸，他没有提出可行的解决方式，仅仅声称该专题在国际法中并不存在，这种主张很令人质疑。

65. 埃斯卡拉梅亚女士祝贺科斯肯涅米先生提出了大胆的提议并作出精彩的说明，但是很不幸，他的结论和很多前提条件她都无法赞同。科斯肯涅米先生主张的要点似乎是，首先单方面行为不是一个适于委员会来审议的专题，因为它们涉及的是社会关系而不是法律关系，因而无法进行编纂；第二，不可能拟订一般性规则，因为这些行为只是带来双边的期望，需要有特定化的条件。他所提出的解决办法是要委员会放弃基于国家意图的自愿模式，并且停止与条约法作类比，而是改为集中于某些领域的实践，诸如国家或政府的承认这类实践。

66. 首先，她不能赞同这种观点，即认为单方面行为是不能规范的。虽然最终可能证明例外多于规则，但还是存在一些规则，这些规则构成了进一步发展的唯一可行基础。她也不能同意这样的观点，即认为单方面行为仅仅带来双边的期待，因而不能编纂。有时这些行为所涉范围更加宽泛。例如，葡萄牙就澳大利亚与印度尼西亚之间订立的《帝汶沟条约》所提出的抗议就具有一种宽泛的效力，它涉及到其他国家，甚至还涉及到在该地区有利益的跨国公司这样的实体。同样，葡萄牙多次声

称，认为东帝汶人民的自决权利有对所有人的性质——国际法院后来在有关东帝汶案中也确认了这一主张。

67. 至于委员会应当如何进行工作的问题，虽然放弃自愿模式的观点有一定道理，但是目前没有比与条约法作类比更好的办法。委员会应当避免过于志向远大，应当拟出一些规范单方面行为的最基本的一般性规则，然后再讨论特别报告员所列出的四种具体行为中的一种或几种。在这些行为中，她认为最值得作为讨论专题的是承认这一行为。

68. 薛女士说，应当祝贺特别报告员在单方面行为专题上所取得的进展，虽然单方面行为本身还很难形成规则。作为一名法律从业者，她对科斯肯涅米先生关于这个问题的很多保留意见有同感。但是，同样因为作为一名法律从业者，她也十分清楚单方面行为在国际关系中的重要地位。在这一方面，她同意辛马先生的观点，即科斯肯涅米先生应当注意不要“把婴儿与洗澡水一同泼出去”。除了条约义务和习惯国际法规定的义务之外，显而易见，国家的单方面行为中也能产生某些义务。一个很明显的示例是，承认虽然是一个单方面的政治行为，但是也在国际层面产生法律效力。特别报告员或许应当减少对行为国的行为和意图的关注，而把重点更多地放在单方面行为对其他国家的影响方面。

69. 除了辛马先生举出的关于引渡和死刑的例子之外，还可以举出其他相关的示例。中国政府与联合王国政府签署的《关于香港问题的联合声明》⁴以及中国与美国签订的关于相互承认的《联合公报》，尽管也被看作是条约，但实际上都是双方各自的单方面声明，一方因此而承担义务，另一方则对此予以承认。

70. 委员会应当开始讨论例如承认和许诺这样的单方面行为，以确定是否能确立一般性规则。这项工作虽然富有挑战性，但会是非常有益的事情。虽然与条约法的类比过程会带来一些问题，但是，在她看来，对有些条约条款进行分析还是有帮助的。

⁴ 联合国，《条约汇编》[英]，第1399卷，第23391期，第33页。

71. 主席以委员会委员的身份说，委员会应当注意不要在将条约法的义务与国家在单方面行为背景下所承担的较弱的义务进行类比时，削弱了条约法中的“硬性”义务。

72. 罗德里格斯·塞德尼奥先生（特别报告员）就科斯肯涅米先生的评论作出答复。他说，单方面行为是国际法的一个事实。对等并非一定是单方面行为中的一个必要要件，因为有时在条约中也没有规定对等。维也纳制度也是必要的参照标准，它构成了两种制度之间共同的分母。诚然，实践确实很难鉴别，但它还是表明存在某些类型的法律行为。此外，正如在对条约的保留的讨论中所指出的，规则的形成通常会促进在某个领域的实践的发展。

73. 科斯肯涅米先生说，他希望澄清行为、制度和义务的关系问题，单方面行为是存在于人类社会的一种现象。这些行为有时与条约和习惯法一类法律制度相联系。因此，通过条约制度，一系列行为可以创立法律义务。习惯也是一样：当单独的国家行为具有充分的一般性，可以设想对其的法律意见时，其结果就是一项义务。不过，就单方面行为而言，对于是什么制度将行为转换成义务尚不清楚。按照一种论点，这种制度是不存在的，因此单方面行为就不属于合法的范畴。但是，有时，就像他引用的示例一样，一种无形的制度在行为与义务之间创立了一种联系。这一无形的制度就是对于在特定情况下什么是公正合理的一种尚无定形的看法。委员会可能希望拟订一般性原则，规定在何种情况下国家间的特定关系会具有约束力。这一努力虽然很有价值，但未免太雄心勃勃了，作为一个法律实践者，他很怀疑这是否可行。

74. 此外，对于因为缺少法律制度而产生的空白，委员会可以通过讨论国家的承认制度来弥补，这种制度虽然与条约或习惯的制度不在一个层面上起作用，但它在行为方式和法律义务之间建立了联系。不过，如果委员会要采取另一种更雄心勃勃的方式，这就需要走出现存的国际法体系，走出外交关系基于自愿行为的体系而进入另一个体系，这个体系内国家与社会中的个人一样，是基于某种社会福利制度而行为，或许就是为了超越亨利·梅因爵士：从身份地位到契约到实现正义。

75. 佩莱先生说，条约为什么必须得到遵守，其原因已经蕴含在约定必须遵守这个格言中了。特别报告员所提议编纂的一个很有意思的方面是，该格言经过必要的修改，也适用于单方面行为，换句话说，就是行为必须遵守。当然，需要确定后一个格言适用的必要条件。但是，并不是要委员会来深入研究该原则所赖以存在的那些深奥的理由。有一点是肯定的：如果特别报告员听从了那些主张采取这种方针的人的意见，那么在这个问题上实现编纂和逐渐发展的任何努力都注定会失败。

76. 通卡先生说，科斯肯涅米先生基于行为、制度和义务的模式的第一和最后一个方面是无可争议的。但是，在他看来，目前的争论所出现的混乱很多都可以归因于该模式的第二个方面，即制度。在科斯肯涅米先生看来，这个方面仅仅包括条约和习惯。他怀疑委员会中的几位委员与他一样对于这个观点是否成立抱有疑问。

77. 卡巴奇先生说，他对于能够有机会再次参与委员会的工作感到高兴。他特别感到高兴的是，委员会的工作中首次有女性成员参加。这是一个具有历史性意义的进步，它回应了那些认为委员会对性别问题缺乏敏感性的观点，并将会促进委员会的辩论工作。

下午 1 时 5 分散会。

第 2723 次会议

2002 年 5 月 22 日，星期三，上午 10 时 5 分

主席：罗伯特·罗森斯托克先生

出席：阿多先生、巴哈纳先生、巴埃纳-苏亚雷斯先生、坎迪奥蒂先生、池先生、科米萨里奥·阿丰索先生、达乌迪先生、杜加尔德先生、埃斯卡拉梅亚女士、丰巴先生、加亚先生、加利茨基先生、卡巴奇先生、卡姆托先生、卡特卡先生、卡米沙先生、科斯肯涅米先生、库兹涅佐夫先生、曼斯菲尔德先生、蒙塔兹

先生、尼豪斯先生、庞布-齐文达先生、佩莱先生、斯里尼瓦萨·拉奥先生、罗德里格斯·塞德尼奥先生、塞普尔维达先生、辛马先生、通卡先生、薛女士、山田先生。

国家的单方面行为（续）

（A/CN.4/524；A/CN.4/525 和 Add.1 和 2；¹ A/CN.4/521, D 节）

[议程项目 5]

特别报告员的第五次报告（续）

1. 巴哈纳先生感谢特别报告员提出了出色的第五次报告（A/CN.4/525 和 Add.1 和 2）。特别报告员根据委员会和第六委员会有关该专题的讨论，在第一章中扼要概述了其中一些根本问题。在第六委员会提到次数最多的问题是单方面行为的分类。一些代表团赞成在就该专题制定规则之前优先考虑单方面行为的分类问题，另有一些代表团则认为单方面行为的分类对国家来说并不一定有用，也未必那样重要，真正要紧的是单方面行为是否对行为国具有约束性效力，以及其他国家是否会依赖单方面行为的约束性。

2. 在其第四次报告²中，特别报告员表示同意基于单方面行为的法律效力对其分类的思想，并建议将单方面行为分为两大类，第一类涉及行为国籍以履行义务的行为，第二类涉及行为国重申某项权利或某项权利主张的行为。原计划是首先处理第一类，阐明适用于该类所有单方面行为的共同规则，然后就第二类拟订具体规则。不过，正如第五次报告所清楚表明的，特别报告员的原有计划有了改变。他在报告第 138 段中说明了改变计划的原因，并通过一个工作组做中介，将单方面行为的分类问题提交委员会，以听取委员会的意见。该报告第 145 段给人的印象是，特别报告员依然认为单方面行为的分类十分重要。

¹ 转载于《2002 年……年鉴》，第二卷（第一部分）。

² 见《2001 年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/519 号文件。

3. 在报告第 144 段中，特别报告员确认，根据对 1999 年编写的关于国家的单方面行为的问题单³所作的答复，委员会认为最重要的单方面行为是许诺、承认、放弃和抗议。他在上届届会上有关该专题的发言中，就表达了这一观点，认为许诺、承认和放弃一类的单方面行为属于第一类单方面行为，是国家籍以承担义务的行为，因而也可能属于一般性规则的适用范围。因此，条款草案第 1 条（单方面行为的定义）应适用于这类行为。另一方面，抗议则属于第二类，其行为重申了一项权利或权利主张。在各种情况下，抗议都属于单方面行为，这类行为，若为特定目的而拟订得恰当并且通知了接受者，就产生行为国想要产生的法律效力。

4. 在上届届会的发言中，他曾指出宣布中立具有与宣布放弃和许诺同样的法律效力，但委员会有些委员以及第六委员会中一些代表团则认为，这类行为既属于第一类也属于第二类，因此它们有可能产生义务，也能够重申权利。

5. 特别报告员在报告第 146 段中得出结论，认为就实际目的而言，可以将某些规则，包括有关行为的拟订及其解释的规则，视为对所有行为的共同规则，他对这一结论表示赞同。

6. 关于特别报告员几年来所建议的条款草案，其中一些条款草案已送交起草委员会，他指出审议中的报告载有修订的条款草案第 5 条案文，该案文最初在第三次报告⁴中提出，以单一案文阐明了单方面行为无效的原因。新的案文分为好几款，每一款述及一种无效的原因，它们是根据 1969 年《维也纳公约》第四十六至第五十三条拟订的，但并未照搬其名词。因此，他试图按照该《公约》所用措辞重新拟订条款草案第 5 条 (d)、(e)、(f)、(g) 和 (h) 项。条款草案内容如下：

“第 5 条 (d) 项：如果一国是由于受到他人行动或威胁的胁迫而作出单方面行为，则单方面行为不应具有任何法律效力。

³ 见《1999 年……年鉴》，第二卷（第二部分），第 149 页，第 593 段。

⁴ 见《2000 年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/505 号文件。

第 5 条 (e) 项：如果一国的单方面行为是由于违反《联合国宪章》所载国际法原则使用武力或威胁使用武力所致，则单方面行为无效。

第 5 条 (f) 项：如果一国的单方面行为在作出时与一般国际法强制性规范发生冲突，则单方面行为无效。

第 5 条 (g) 项：如果一国的单方面行为在作出时与安全理事会的决定发生冲突，则单方面行为无效。

第 5 条 (h) 项：如果一国的单方面行为在作出时与对于行为国内法具有极端重要性的规范发生冲突，则单方面行为无效。”

7. 他提议的第 5 条 (g) 项不在根据 1969 年《维也纳公约》建立的制度范围内，第 5 条 (h) 项是根据该《公约》第四十六条改编而来。

8. 他说，鉴于他已就条款草案第 1 条和关于单方面行为的解释规则的条款草案 (a) 条和 (b) 条陈述过自己的观点，他暂且不论述这些规定，但保留这样做的权利，如果以后某个阶段有必要进行陈述的话。

9. 最后，与委员会一些委员一样，他对将该专题列入委员会工作范围感到乐观。委员会对该专题的审议工作进展缓慢。特别报告员已提交了五份报告，但似乎还没有完全抓住问题的要领，在国家实践方面他掌握的材料还不够充分。通过对 1969 年《维也纳公约》有关条款加以改编，他已顺利确立了关于单方面行为的定义、阐述和解释的共同规则，以及单方面行为有效和无效的条件。不过，有许多问题一直尚未处理，这些问题包括：根据适用于所有单方面行为抑或适用于界定的一套单方面行为的共同规则，对单方面行为进行分类和分组；很难最终确定单方面行为一旦适当拟订即对行为国具有约束力，同时另一对象国可以依赖此种行为的约束性；一个国际法院能否像在行为国和对象国发生冲突时实施其有效条约那样来使此种行为产生效力。尽管如此，特别报告员也不应当气馁。他应当挺身而出迎接这一挑战，提出一套条款草案，甚至是结论或指导方针。这项工作首先应当从承认、放弃、许诺和抗议这四个传统的单方面行为开始，然后进一步考虑其他作为或不作为，例如沉默、默许和禁止反言，从法律意义上讲，这些行为不构成单方面行为。无论采取什么方法，最迟到下届会议结束之

前，委员会和特别报告员应当做出最后决定，即是继续有关该专题的工作还是不再讨论这一问题。届时委员会就可以向大会提出报告，以期做出最后决定。

10. 埃斯卡拉梅亚女士谈及关于单方面行为的定义的条款草案第 1 条时说，她认为该条款的效力不仅应扩展到国家和国际组织，而且还应扩展至各项运动、各国人民、领土，甚至是红十字国际委员会。

11. 关于该报告第一章，特别是关于单方面行为有效和无效的条款草案的一般方面，她说，她同意按照特别报告员的建议，将 1969 年《维也纳公约》的相关条款作为对照物，不过她认为该《公约》关于新的绝对法规则的出现的第六十四条也可以列入。关于有权代表国家的个人，她谨慎地表示赞同说，除了国家或政府首脑以及外交部长以外，这类人应包括国家授权其采取可能对另一国产生影响的单方面行为的个人。关于意愿表达中的缺陷问题，她想知道该报告第 110 段英文本中“renunciation”一词是否与“waiver”含义相同。她同意加亚先生和巴哈纳先生的意见，认为最好还是按照 1969 年《维也纳公约》的结构，列举单方面行为无效的后果，而不是规定什么实体能够援引单方面行为的无效性。“绝对”有效的概念有点问题，不易处理。具体提到第 5 条 (a) 项时，她说“basis of an”与“of fact”之间的“错误”一词或许有些多余，尽管这可能只是一个措辞问题。关于该条款，她表示对使用“[表示愿意][同意]接受该行为约束”一语有看法，因为在采取单方面行为时，国家可能仅仅是声称其有权这样做。

12. 至于对意愿表达的解释，她说她对诉诸准备工作明智与否提出质疑，因为并不总是可以采取准备工作。关于解释的一般规则的 (a) 条，尤其是该条第 2 款，她指出有时表示单方面行为的文件并没有导言和附件。她请求澄清该条第 3 款中“国际法”一词：它是否涉及到国际、区域或地方法律，亦或习惯法？对于有关解释的辅助手段的 (b) 条，她再次对写入准备工作明智与否表示怀疑，并询问“circumstances”一词是否与其他地方出现的“context”一词词义相同。

13. 最后, 关于单方面行为的分类, 她说她赞成就单方面行为作一简短概述, 然后列举四项典型的单方面行为(许诺、承认、放弃和抗议), 同时阐明具体规则。

14. 塞普尔维达先生与其他委员一样, 祝贺特别报告员介绍其关于国家的单方面行为的第五次报告。他赞成一种意见, 即出于其他场合下已阐述的理由, 报告应特别关注该专题的编纂工作。他也很高兴地注意到, 在其报告第一章中, 特别报告员审查了若干根本问题, 这样委员会所有委员可以在一个共同基础上着手工作。他也同意一些委员的意见, 认为通过一份报告来汇编法律学说和判例是远远不够的, 对单方面行为领域中的国家实践也必须予以查明。他注意到, 特别报告员向各国政府提出的那些问题并没有收到多少答复。只有两国政府提供了其采用的标准, 还有一国政府表示不赞同对该专题进行编纂工作。因此, 必须利用其他来源, 包括各国外交部发表的国家实践汇编和其他国际法年鉴, 例如《美国国际法学报》和《英国国际法年鉴》。他同意报告第144段所阐述的观点, 认为委员会应当审议的最重要行为是许诺、承认、放弃和抗议。

15. 正如辛马先生已经指出的, 尽管承认显然是一种明显的政治行为, 但它所产生的法律效力也必须加以考虑。毫无疑问, 最重要的一点是, 承认领域的国家实践近年来发生了极大变化。至于对一国家的承认, 正式声明这种方式越来越少见, 很可能将会废弃不用, 主要原因是, 当有新的国家加入联合国时, 通常假定其他国家承认该国。在这一方面, 或许特别报告员可以向委员会委员简要说明哪些会员国单方面承认了东帝汶的独立。特别报告员在介绍其报告时说, 已作出承认声明的国家可以援引承认无效。他感到难以理解的是: 承认是一种具有不可撤消的法律效力无可挽回的行为, 他认为这是理所当然的事。

16. 承认一国政府的实践也在不断发展。墨西哥在1930年就不再作出此种声明, 主要原因有两个: 首先, 它认为这是获得不公平优势的一种方法, 其次, 承认就等于对一国制度的任意评判, 这在某种程度上有悖于不干涉原则。因此, 墨西哥所采取的行动只限于保持或召回其驻有关国家的外交

代表。1990年代, 美国政府和英国政府采取了类似做法, 宣布其将不再宣布对一国政府的承认, 只是建立外交关系。国家实践也在不断变化, 曾经有过所谓集体承认的情况, 尤其是在欧洲联盟框架内。宣布承认可能同时附有某种条件。他指出, 在其报告第18段中, 特别报告员说, 承认并未赋予行为者以权利, 赋予的是义务; 这一主张并没有为事实所证实。例如, 欧洲联盟将建立民主制度和尊重人权作为承认的一项条件。

17. 关于许诺, 该种单方面行为可以列入一项条约框架。例如, 在《拉丁美洲和加勒比禁止核武器条约》(《特拉特洛尔科条约》)的各项附加议定书中, 核大国保证不对其他缔约国使用或威胁使用核武器, 或实施任何违背其根据该《条约》所承担之义务的行为。

18. 特别报告员在其报告中提及可作为许诺的单方面声明, 例如1998年11月13日西班牙政府关于同意提供援助以减轻中美洲米奇飓风造成的损害的声明, 或西班牙首相2000年4月4日发表的关于以取消债务方式援助撒哈拉以南非洲各国的声明。但他并未说这些许诺起到什么法律效力, 甚至也没有说这些许诺是否予以兑现。对这类单方面行为需要进行更加详细的审议, 并对其所涉范围作出评估。

19. 关于单方面行为的定义, 特别报告员仅涉及其作出行为者或行为对象为一个或多个国家的行为。但也有单方面行为的作出者或行为对象不一定是国家或一个国际组织。例如为某些政府承认但不被另一些政府承认的某一政治实体作出的单方面行为, 或者像巴勒斯坦那样的正在形成的国家作出的单方面行为, 便属于这种情况。考虑巴勒斯坦国家当局作出的单方面行为为何种性质, 倒是有一定意义。他也想知道一当事国全权代表作出的与领土割让或宣战一类根本问题有关, 因而需要议会批准的单方面声明为何种性质。条款草案第5条(h)项说, 如果单方面行为与对于作出行为国国内法极其重要的规范发生冲突, 则作出单方面行为的国家可援引该行为无效。对于已经产生国际法律效力的行为, 难道可以援引国内法使之无效吗? 这样做是否引起行为国的国际责任? 对这些问题应当作更加深入的审议。

20. 至于条款草案第 5 条 (g) 项, 它规定作出单方面行为的一国或数国, 如果该行为在作出时与安全理事会的决定发生冲突, 则可以援引该行为绝对无效, 他推断特别报告员是暗指《联合国宪章》第七章所涵盖的决定, 但直接说明可能更有益处。另外, 他还想知道, 墨西哥等国有关反对安全理事会设立前南斯拉夫问题特别法庭和卢旺达问题特别法庭的声明具有何种法律效力。

21. 关于与引渡有关的问题, 他提及在墨西哥所发生的一个情况。外交部长依法授权引渡一个人, 该人随后向最高法院提起上诉。该法院以引渡将会使该人可能被判处死刑为由, 作出否定引渡的裁定。委员会应该决定的是, 该国与执行机构不同的个别行政机关能否作出让有关国家承担责任并且产生国际法律效力的单方面声明。

22. 庞布 - 齐文达先生说, 他不能肯定塞普尔维达先生为何要说承认这种单方面行为是无可挽回的。例如, 一国承认另一国并且与之建立了外交关系, 难道该国就不能再中断此种关系了吗? 如果不是的话, 这两种行为之间是否必须间隔一段时间? 特别报告员最好还是考虑一下此类问题, 特别是单方面行为在一段时间后的法律效力问题。委员会也不妨审查一下国家的单方面行为与国家行为之间的关系, 并审议与此有关的概念。他请特别报告员详细说明单方面行为是否必须予以确认, 如果必须确认的话, 则如何处理沉默一类问题。

23. 塞普尔维达先生对一国政府的承认为不可挽回的问题作出答复, 他列举萨巴蒂诺案予以说明。在该案中, 纽约州一家法院裁定, 古巴政府采取的某些行动是完全合法的, 它们具有法律效力, 美国政府不能撤销其对卡斯特罗政府的承认。不过, 在承认一国或一国政府方面的国家实践确实发生了变化; 例如, 阿拉伯联合酋长国政府和沙特阿拉伯政府就都曾撤销其对阿富汗塔利班政府的承认。

24. 主席指出, 对一国政府的承认与对一个国家的外交承认还是有所不同的。

25. 曼斯菲尔德先生说, 关于国家的单方面行为的第五次报告载列的扼要重述, 给人的印象有三点, 一是特别报告员遇到种种具体困难, 其次是对

于该专题的观点范围很广, 三是对该专题的编纂具有可行性。然而, 他对所读到的内容感到关切; 显然特别报告员是在困难的条件下开展工作。例如, 第 6 段说, 迄今为止, 特别报告员的工作一直是以广泛研究法律学说和判例为基础的, 但事实证明收集有关实践的信息十分困难, 而这项工作具有越来越重要的意义; 特别报告员本人也说, 如果不掌握关于这种实践的情况, 就不可能编写出有关这个专题的全面研究报告, 更无法开始这一领域的编纂和逐步发展工作。委员会请各国政府对有关实践的问题单作出答复, 但在 180 多个会员国中, 只有 3 个国家作出了答复。鉴于实践具有重要意义, 委员会在审议有关该专题的今后工作时应当反映出这一点。特别报告员本人还对条约法的编纂工作进行了比较, 并在第 24 段得出结论, 认为在这方面确定习惯法规则要比单方面行为简单得多。特别报告员就该专题的生命力和困难所发表的意见也清楚地表明, 在查明和界定单方面行为方面存在许多问题。因此, 似乎是一些材料引导他向某一方向努力, 而另一些材料则又引导他转向另一方向, 甚至是相反方向, 并且委员会也没有拟订条款草案可依赖的坚实基础。

26. 现在是作通盘审查的时候了。毫无疑问, 国家是有单方面行为的, 有时人们也认为国家在法律上受该种行动的约束; 不过这种法律义务的基础依然有问题, 国家似乎还不能或不愿意提供有关实践的情况, 同时也没有任何好办法可替代对该种实践进行的研究。或许应当将该专题细分为较易处理的几个部分, 其中一些部分或许能用于编纂, 另一些则可作推论性处理, 尽管如此, 这对于国家来说还是具有一定意义的。可以对所有这些部分或其中一些部分开展研究, 但对委员会可能就其工作采取的方式不抱任何先入之见。或许在工作组的帮助下, 特别报告员可以根据此类研究报告, 就哪些部分可用于编纂以及每种情况下工作可能采取的形式提出建议。无论如何, 如果委员会在处理某一专题时遇到困难, 它可暂时停下来, 对工作重新考虑一番, 这样做不仅合情合理, 而且是完全必要的。既然委员会有关传统专题的工作事实上已经结束, 那么它目前所进入的就是未知领域, 这时就需要作航线调整, 这实际上反映了领导才能。特别报告员的第五次报告可以看作是一种寻求帮助的呼唤, 呼唤者始终在进行着艰苦的努力, 试图完成一项他并不

具备必要工具的任务，或至少不具备完成最初设想的任务所必要的工具。

27. 池先生说，在特别报告员的报告第14至第17段所描述的几类单方面行为中，其中两种行为——抗议和放弃——是可以接受的，而另外两种行为——许诺和承认——就有些问题。就许诺来说，单方面行为不一定对行为对象国有益；往往单方面行为包括旨在单方面主张对对象国没有任何好处的某项权利、某项要求或某项政策的声明。例如，1945年，美国作出两项声明，一项关于渔业养护问题，一项关于大陆架问题，这两项声明为战后海洋法规定了基调，但它们并没有起到许诺的作用；它们倒是促使其他国家竞相效法。第二次世界大战期间的西半球海洋区宣言的意图是阻止德国潜艇在美国海域附近活动，但它也是一项单方面宣言。就承认来说，这方面有大量丰富的国家实践和文献；因此它有自己的特殊制度，包括在法律上或事实上承认一国或一国政府以及撤消承认。因此，最好不要将承认列入研究范围。

28. 关于单方面行为的定义，他赞同第60段所描述的措辞修改以及第69段中有关“明确”一词的讨论。不过，他认为把行为主题排除在单方面行为类别之外令人难以理解；行为产生法律效力，这一事实有各种案例可以佐证，包括国际法院就有关柏威夏寺案作出的决定。沉默（第77段）问题也是如此，它是单方面行为非常重要的一部分；接受国表示沉默或在一段合理时间内没有作出反应，这就构成默许并招致禁止反言。委员会应当对沉默的概念给予更大关注。

29. 在第119段中，条款草案第5条(d)项至(h)项与(a)项至(c)项不同，使用了“绝对无效性”一词，这就带来绝对有效性与相对有效性之间差别的问题。如果特别报告员希望从维也纳条约制度出发，不使用该词，就应当对这些条款分别处理，委员会应考虑形容词“绝对”有无使用的必要。关于对单方面行为的解释，特别报告员转用了维也纳制度对一般性规则和补充的解释手段（第135段）的区别。关于解释的一般性规则的条款草案(a)条第2段提到“序言和附件”，这在单方面行为中并不常见；因此列入该条款似有理由不充分之嫌。就补充的解释手段来说，因难以获得文件以及这些补充的解释

手段本身语义就含糊不清，模棱两可，这实际上就排除了对这些手段的使用。最后一点，特别报告员强调国家实践多样性和它所引起的种种问题，是完全正确的。因此，他应当继续采取逐项处理方式，而不要试图确立什么针对所有单方面行为的共同统一的解释规则。

30. 蒙塔兹先生对于报告第二章第93段中提到委员会第五十三届会议通过的关于国家对国际不法行为的责任条款草案⁵第7至第9条感到惊奇，这几条涉及什么人受权采取单方面行为的问题。他想知道特别报告员根据关于国家责任的条款第7条类推，是否想认可一国家代表超越其授权或违反指示所发表的声明即为单方面行为。在论及国家的单方面行为时，提及关于国家对国际不法行为的责任的条款第8至第9条也会引起一些问题，因为在某些限制性条件下，这些条款将不属于国家结构的个人或一群人的行为归结为国家的行为，譬如叛乱者或民族解放运动。特别报告员打算将此类人的声明列为单方面行为吗？此种立场似乎有悖于报告第88段中提及的原则，即只有国家可以采取单方面行为，也与现已提交起草委员会的条款草案第3条不一致，该条规定只有经授权的人才能以国家的名义行事，并在国际关系中让国家作出承担。他认为，采取单方面行为的资格应当仅限于1969年《维也纳公约》第七条第二项(甲)款中提及的那些人。

31. 鉴于该专题工作的取得的进展，他认为现在审议关于单方面行为的解释的条款草案为时尚早。在这方面可以提及维也纳制度，但需谨慎从事，特别是涉及到诉诸准备工作时，因为这类资料一般都难以获得，实际上可能根本就没有，与公约不同的是，单方面行为往往都是为解决危机即刻采取的自发行为。

32. 分类问题显然是有困难的，其中对国家确认权利所采取的单方面行为与履行义务所采取的单方面行为这两者所作的区分就令人难以接受。例如，曾被引为示例的中立宣言对行为国来说是一种权利来源，对宣言所针对的交战国来说也是一种义务来源。按照报告第139段中的建议，将此种宣布

⁵ 见第2712次会议，脚注13。

作为放弃或承诺来处理，是令人不满意的，因为行为国以后还可能以自卫理由决定卷入冲突，如果它受到某一交战国攻击的话。另一方面，报告第 144 段中提及的四类传统的单方面行为——许诺、承认、放弃和抗议，情况各有不同，需要谨慎处理。

33. 辛马先生强调特别报告员所作扼要重述的好处，它对于给有关单方面行为专题的分析奠定理论基础具有重要意义。关于委员会的研究方向，他的印象是特别报告员希望提出一项实质为行为必须遵守的规则，在他看来是具有宗教教条意味的一项规则。如果提出这样一项原则的假定，委员会就需要仔细审查对单方面行为的约束力提出的每一种理论解释，对于此种走向，他希望表明他从一开始就持反对的立场。关于特别报告员在其报告第 81 段中提议的定义，他建议委员会将其作为一条工作定义暂予通过。他认为定义中提及接受约束的国家“意图”是正确的，因为在所列四种单方面行为，即许诺、抗议、放弃和承认中，显然都存在此种意图；另一方面，他认为“明确”一词有些多余，因为如果表达意愿“不明确”，那就完全可以假定根本没有任何要接受约束的真实意图。

34. 至于无效性的理由，根据维也纳制度类推是合情合理的，但该规则能否转用于单方面行为的情况以及在何种程度上适用，对这个问题应当加以研究。因此，在条款草案第 5 条 (a) 项中，应当除去加括号的“同意”，其意指条约法。在第 5 条 (c) 项中，将腐败情况仅限于由另一国引致的腐败，或许限制性过强。第 5 条 (j) 项的列入是根据 1969 年《维也纳公约》第五十三条类推而来；从该《公约》第六十四条类推，也应当提及新的绝对法。第 5 条 (g) 项可能引起问题，因为即使如果义务发生冲突，也应以《联合国宪章》所规定的义务为准，这并不是说违反安全理事会决定的单方面行为就一定无效。他建议采用一种既可充分实行分层规范，又可避免“无效性”这一极不稳妥的措辞的表述。第 5 条 (h) 项的表述可能更贴近该《公约》第四十六条的含义；提及与对国家国内法极端重要的规范发生冲突的“明显”性，将会有所助益。此外，就集体单方面行为而言，无效性概念可能导致相当多的问题。例如，如果无效性的理由仅仅对其中一些行为国是成立的，那就可能产生这样一个问题，即单方面行为是否对所有国家都是集体无效的。就解释来说，他

同意其他委员的意见，认为基本标准是行为国的意图，并且，如果条件允许，参考准备工作也会有所帮助。

35. 关于对该专题进行审议的最佳方法，他很感兴趣地读到了联合王国所做的一般性评论。该段评论载列于秘书长关于载有从各国政府收到的有关国家的单方面行为的评论和意见的报告 (A/CN.4/524)，第五次报告第 27 段中亦有提及，大意是试图使范围广泛的各种单方面行为受单独的一套一般性规则制约的做法是没有充足理由的，不过委员会不妨可以考虑，对于在阐述性研究中可能会有效处理的特殊的单方面行为，是否有什么具体问题。令人遗憾的是，让委员会改变其工作方法，现在已为时过晚。因此，他建议委员会应尽快设法完成拟订条款草案一般部分的工作，结束对涉及解释问题的条款草案的审议，不要试图拟订一项行为必须遵守原则或考虑暂停、终止和追溯既往等问题，这些问题可以在专门讨论某些单方面行为的更加具体的工作中予以审议。随后，委员会可以着手处理类别明确的单方面行为，即许诺、放弃、承认和抗议。他注意到一些委员已随时准备对国家和政府的承认行为进行审议，对此他感到惊异，因为众所周知，该领域中的实践与学说分歧极大，就该问题编纂法律是一件很困难的事。在其工作的第三阶段，委员会应当重新审视一下根据不同具体案例确立的所有原则，以期决定拟订有关该专题的条款草案是否就是最佳方法。应当考虑利用外部资源对单方面行为领域中的国家实践进行更加系统的研究，或许可以考虑为该目的设立一个工作小组。

36. 庞布-齐文达先生说，他赞同完成目前所做工作的想法，但也赞成扩大其所涉范围，包括暂停和终止两个问题，以便对单方面行为的整个生命周期有一个全面了解。试图分类的努力注定不会成功，因为要找到确立层次所依据的标准或不同行为类别之间的相似之处是不可能的；因而审查许诺、放弃、承认和抗议一类典型的案例，就会有更大的收获。因此，委员会宜首先审议一般性规则，然后再审议具体制度。他支持辛马先生的建议，即应当就该领域中的国家实践进行系统的研究。

中午 12 时 55 分散会。

第 2724 次会议

2002 年 5 月 23 日，星期四，上午 10 时 5 分

主席：罗伯特·罗森斯托克先生

出席：阿多先生、巴哈尔纳先生、巴埃纳·苏亚雷斯先生、布朗利先生、池先生、科米萨里奥·阿丰索先生、达乌迪先生、杜加尔德先生、埃斯卡拉梅亚女士、丰巴先生、加亚先生、加利茨基先生、卡巴奇先生、卡姆托先生、卡特卡先生、卡米沙先生、科斯肯涅米先生、库兹涅佐夫先生、曼斯菲尔德先生、蒙塔兹先生、尼豪斯先生、庞布-齐文达先生、佩莱先生、斯里尼瓦萨·拉奥先生、罗德里格斯·塞德尼奥先生、塞普尔维达先生、辛马先生、通卡先生、薛女士、山田先生。

法律顾问的发言

1. 主席请主管法律事务副秘书长、法律顾问汉斯·科雷尔先生向委员会简要介绍联合国最近在法律事务方面所取得的进展。

2. 科雷尔先生（主管法律事务副秘书长、法律顾问）首先祝贺新委员会的全体委员在选举中当选，尤其祝贺那些首次当选的委员会委员。他还祝贺委员会完成了国家责任专题¹和国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任（预防危险活动的跨界损害）专题²的工作。国家责任专题工作的完成的确是一项有重要历史意义的事件。已出版的关于这个问题的条文现已成为国际法的一部分，也是国际法院和世界上其他机构决策时可以援引的依据。最后，同样重要的是，他祝贺委员会在本届会议上增加了三项新的专题。他期待着看到委员会以其固有的睿智和专业方式来不断发展这些专题。

¹ 见第 2712 次会议，脚注 13。

² 委员会通过的条款草案案文，见《2001 年……年鉴》，第二卷（第二部分），第五章，第 166 页，第 97 段。

3. 根据他的理解，委员会是打算继续分期举行会议。当然，委员会肯定已经意识到，分期举行会议将会增加费用，因此，他很高兴地注意到，委员会在其第五十三届会议上自己提出了节省开支的措施，这一趋势令人感到鼓舞，他希望能够继续下去，因为他的主要责任之一就是要保证委员会可获得足够的财力和人力资源。在大会第 56/82 号决议第 10 段中，大会已经注意到了委员会第五十三届会议工作报告³第 260 段中有关委员会采取节省开支措施安排其工作方案，他鼓励委员会在未来的会议中继续采取这种措施。对于执行该项决议第 10 段以及需要始终考虑节省开支的问题，他认为其重要意义怎样强调也不过分。法律事务厅正在尽最大可能在负责预算的机构面前维护委员会的利益；但是，考虑到联合国现在所面临的财政困难，专家机构本身所提出的任何节省开支措施都将受到热烈欢迎。

4. 至于国际刑事法院筹备委员会，国际法委员会当然在设立国际刑事法院全权代表外交会议筹备工作以及最终通过《国际刑事法院罗马规约》方面发挥了巨大作用。《罗马规约》将于 2002 年 7 月 1 日生效。之后，属于该法院管辖范围的罪行都是可惩罚和可起诉的，尽管该法院直到 2003 年某一时期才能开始运作。因此，2002 年 7 月筹备委员会将召开最后一次会议。筹备委员会现在正在就将于 2002 年 9 月举行的国际刑事法院罗马规约缔约国大会第一届会议进行安排。最近筹备委员会在其已完成的最后文本中又增加了关于总部协定的基本原则和两项要经缔约国大会通过的决议草案。它还建立了一个信托基金来资助建立法院。它还与荷兰当局紧密合作，希望在接下来的几个星期成立一个先遣小组帮助各成员国建立法庭，尤其是要确保在高级行政长官选举之前，以合格的方式处理寄来的邮件。筹备委员会也完成了有关第一年预算、受害者信托基金以及法官、检察官及书记官长薪酬等方面的工作。预计筹备委员会还要就继续界定《罗马规约》未做出定义的侵略罪的工作提出建议。这一直是筹备委员会的主要关注点，因为很多国家坚持认为应当进一步对其进行界定，而且《罗马规约》与《联合国宪章》第三十九条关系密切。在下届会议上，筹备

³ 见《2001 年……年鉴》，第二卷（第二部分）。

委员会将结束其工作，包括审议其为缔约国大会第一次会议所准备的文件。

5. 委员们也还会记得，2002年4月11日法律事务厅收到了另外10份批准书，使批准国的总数达到了66个，比《罗马规约》生效所必须达到的60个批准国的数目多了6个。从那以后，在总部接受了第六十七份批准书。

6. 至于塞拉利昂的局势，2000年8月，安全理事会做出决定，请秘书长与塞拉利昂政府进行谈判，以协议方式在该国建立一个特别独立法庭⁴来处理内战期间所犯下的暴行。起初，秘书长希望通过分摊会费来为该法庭提供资金，但是在2001年，安全理事会指出应当通过自愿捐助来提供资金。该决定对于法律事务厅的工作影响很大，法律事务厅不得不承担起筹措资金这项艰巨的任务。启动建立该法庭工作所必要的资金直到2001年11月才到位。对于预计的三年运作期，第一年的资金已经到位，第二年和第三年的部分资金通过认捐也已经有保障。2002年1月，规划团访问了塞拉利昂，2002年1月16日，他与该国司法部长签订了一项《联合国和塞拉利昂政府关于设立塞拉利昂问题特别法庭的协定》。关于法官一职已经面试了一些候选人。美国公民戴维·克雷恩现已被任命为公诉人；英国公民罗宾·文森特被任命为书记官长。估计该法庭将于2002年8月底或9月初开始工作，与根据塞拉利昂国家立法设立的真相与和解委员会并行存在。有一点非常重要，就是要告诉该国人民这两个机构是互补性的。

7. 委员们应该已经注意到，秘书长自1997年以来就开始与柬埔寨政府进行谈判。关于建立一个国际法庭的提议被搁置一边，因为柬埔寨政府突然变卦，决定只要求在其国内法庭上有国际存在。2000年7月谈判结束，明确列出了关于国内法与将要达成的协定的要求。整个过程都是通过秘书长的斡旋和自愿捐助资助进行的。谈判持续了漫长的时间还是没有任何实际结果，秘书长在仔细考虑之后，只能勉强决定终止谈判。这项决定基于以下三点考虑：首先，该国政府不愿意接受联合国为法律

草案和将要达成的协定所列出的一些标准；第二，该国政府不愿意让协定来规范整项工作；第三，也是最重要的一点，柬埔寨政府方面似乎缺少对建立法庭的紧迫感。在秘书长看来，这个问题现在完全掌握在会员国手中。

8. 2001年的9.11事件对于总部秘书处的成员来说是一个巨大震撼，秘书处人员身处纽约，因此对纽约居民和美国其他地方人民的经历都感同身受。事件发生后，第六委员会的一个工作组立即在1996年12月17日第51/210号决议所建立的特设委员会框架内开始在三个方面展开工作：草拟一项关于恐怖主义的全面公约，委员会委员斯里尼瓦萨·拉奥先生在这个项目中发挥了重要作用；讨论俄罗斯联邦所提议的制止核恐怖主义行为公约；以及一项更早提出的要求，组织一次关于恐怖主义的高级别会议。到2001年秋，关于恐怖主义的全面公约的工作已经取得很大进展。但是，很不幸的是，在某些关键问题上还存在一些不可逾越的障碍。这些关键问题是：恐怖主义的定义；该公约草案与现存和未来的关于国际恐怖主义的文书的关系；以及区别恐怖主义与各国人民的自决权以及反对外国占领的权利的关系问题。2002年1月28日至2月1日，特设委员会继续其审议工作，但是对于这些富有争议性的问题还是没有达成一致。这将由第六委员会作为紧急事项在2002年秋继续该全面公约草案的拟订工作。

9. 另外一个值得注意的进展是，秘书长要求法律事务厅列出联合国可以开展工作的具体方面。就在2002年5月23日，秘书长主持的高级管理小组从这个方面讨论了恐怖主义，并设立了一个工作组来考虑该主题的民事方面问题。2002年6月该工作组将会提交其报告。

10. 至于海洋法，2002年4月23日，1982年联合国海洋法公约第十二届缔约国大会选出了大陆架界限委员会的21名委员，委员任期五年，自2002年6月16日算起。大会现已收到关于大陆架外部界限的第一项申请，并且正在做出安排以确保有能力应对未来可能提出的大量申请。2002年4月19日，第十二届缔约国大会选出了7名法官，任期九年，自2002年10月1日算起。法律事务厅已就即将于2002年12月举行的公约二十周年纪念活动问题向各国分发了调查表。

⁴ 2000年8月14日安全理事会第1315（2000）号决议，第1段。

11. 各国外交部法律顾问就联合国大会有关国际法委员会的报告的辩论举行了定期非正式会议，这是一个非常有效的机制，使第六委员会的工作和国际法委员会的报告能够得到最高层的关注。下一次会议将于2002年10月28日和29日举行。

12. 我们还进一步建设了国际法网站，努力使其更易为用户所使用。关于条约的站点尤其受欢迎，每个月都有上万次点击记录。委员会很多委员在进入网站时所面临的棘手问题现在看来都已解决，这非常令人振奋。现在也可以上网查询委员会的工作进展情况。

13. 委员会同时还总体上加快了出版速度。去年出版了四卷《联合国法律年鉴》，最新一期是1996年卷。1997年卷的英文版很快就会出版。1998年卷正在编辑之中，1999年卷即将付诸编辑，关于2000年卷，刚刚收到一些国家和国际组织的稿件，其编写工作将于年底前完成。

14. 对于非周期性出版物问题，他指出了有关防止和惩治国际恐怖主义的国际文书汇编的出版工作。⁵为监督安全理事会2001年9月28日第1373(2001)号决议执行情况所设立的委员会工作非常积极，应会员国的要求出版了大量资料文件，会员国还得到很多技术上的帮助以履行其根据该决议所承担的义务。

15. 秘书长虽然不是律师，但他对法律事务非常关注。在其讲话中经常提到国际关系中的法治问题。他还发起了一个项目，叫作“运用国际法的年代”，该项目已经取得了一些进展。在联合国大会举行期间，组织了数百次与条约签署或批准有关的活动，使高层代表团聚在一起，并使公众注意到制订法律方面的工作。随着这些事务的增多，秘书长要求他就采用法律事务厅网页签署和批准国际文书问题组织技术援助，⁶使大家在网上就可以看到联合国在该领域取得的工作进展，以及联系人的姓名和地址。

16. 法律事务厅需要讨论在哪些领域还可以开展工作。法律事务厅与一些非政府组织开展合作，这些非政府组织可以通过在国内立法起草方面的实践提供技术支持。联合国开发计划署是否能够为该项目的设立项目，这一点还不得而知。最近法律事务厅开展了一个条约法和实践方面的培训项目，各方面都反映该项目非常有益。在因特网上可以看到有关该项目的手册。他知道发展中国家对于更多地运用因特网会有损于印刷出版这一点心存担忧，但印刷媒体的时代还远未结束。

17. 法律事务厅已经对其六个次级方案中的五个次级方案作出深入评价。内部监督事务厅关于深入评价法律事务的报告(E/AC.51/2002/5)已经发布，项目和协调委员会将于2002年6、7月间审查该报告。报告有些段落涉及到国际法委员会的工作，其中他尤其想强调的是第48段。该段提到第六委员会开会之前五个星期委员会的会议才结束，因此委员会迟延提交了其年度报告。这个问题确实是一个老问题了，在为秋天的联合国大会准备的大量文件要付印的时候，这无疑增加了印刷部门的压力。因此，他希望委员会委员们在最后一次会上讨论一下这个问题。

18. 总之，深入评价的结果是非常积极的，他为法律事务厅的工作人员感到十分骄傲。

19. 主席感谢法律顾问所做的介绍性发言。收到这种报告非常有益，他很高兴委员会有机会对其做出评论。

20. 佩莱先生说，他跟主席先生有同感。这种做法的确很好，他很感谢法律顾问愿意参与其中。他认为第六委员会的讨论意义不大，观点不统一，并且重复累赘，这一点已经不是什么秘密了。第六委员会和国际法委员会的关系，无论是从机构还是从个人意义上讲，都过分正式了，毫无成效可言，不能给国际法委员会提供多少有益的指导。很多年来委员会都在努力改进其工作方法，但是现在问题在第六委员会，它也应该改进工作方法。

21. 必须指出的是，在这方面已经取得了一些进展。在以斯里尼瓦萨·拉奥先生为首的与各国外交部法律顾问的非正式会议上，各方的确进行了意

⁵ 《有关防止和惩治国际恐怖主义的国际文书》(联合国出版物，出售品编号：E.01.V.3)。

⁶ <http://untreaty.un.org/ola>。

见交流，但是会期很短，而且除了要讨论很多与委员会有关的问题之外，还有很多其他的东西要讨论。目前所有在纽约的特别报告员，而不仅仅是正式代表国际法委员会的特别报告员，都可以有机会在第六委员会发言，这一做法很好。但是，他总体上对第六委员会的工作程序印象不佳，认为必须进行改革，使两个机构之间的交流更有成效。各国将会很愿意接受这个观点，他相信，秘书处也会帮助创造有助于更有成效的对话的条件。

22. 令人高兴的是，国际法委员会的委员现在可以免费阅览《联合国条约汇编》，但是他感到不满意的是，一般公众，尤其是学生，却需要付费才能查阅。该《条约汇编》应当是一项国际公共服务，而不是一个赚钱机器。在出版《联合国法律年鉴》方面取得的进展很好，但是《国际法委员会年鉴》的出版则严重滞后，他在自己的教学中也感到十分不便。

23. 科雷尔先生（主管法律事务副秘书长、法律顾问）说，佩莱先生提出的第一个问题已经被讨论了一段时间，委员会实际上采取了一些应对措施。现在，国际法委员会的报告在结构上有所变化，集中于某些问题，并指出了那些它希望听到第六委员会委员意见的问题。第六委员会对这些问题的回答总是不够充分，应当考虑如何改进这一局面。但是，总的来说，他认为第六委员会的工作在过去几年有所改进。现在的辩论是以专题为基础进行的，这个结构安排特别好。各国法律顾问非正式会议上的讨论议题的确比国际法委员会的报告所讨论的议题范围要广，他不知道秘书处是否可以对此进行干预。

24. 他对于联合国大会决定对于使用《联合国条约汇编》收取费用一举感到很遗憾。不过，之前已经将学生列入可以免费使用的群体。他希望有一天该使用能成为一项公共服务项目，所有人均可免费使用。

25. 能及时出版《国际法委员会年鉴》当然很好，但是就他所知，必要的资源已经裁减了一半。1994年，在条约出版方面已经滞后了11年，而现在只滞后1年半，这是工作人员做了大量工作的结果。总体来说，出版率已经大幅提高，还将尽最大努力

继续加快速度。他正在考虑更多使用电子媒介，但是在这一方面能够有多大和多快的进展还要拭目以待。大会请秘书长从整体上审查出版物。他自己最近在跟一位顾问会面中也极力维护那些像委员会出版物一样的出版物，这些出版物构成了本组织立法工作的历史。

26. 杜加尔德先生指出，自第一次要起草一项关于国际恐怖主义的全面公约起，至今已经过去了30年。现在应当很明确的是，这项工作根本无法完成，因为委员们在如何处理民族解放战争、国家恐怖主义以及其他问题上无法达成一致。在他看来，多数人都认为2001年的9.11事件可以由现有各项协议来覆盖。如果不是试图达成一项关于恐怖主义的全面公约，而只是在特定恐怖主义领域达成一致，是否更有成效？因为前者只是更加突出了国家之间的分歧。

27. 斯里尼瓦萨·拉奥先生感谢法律顾问愿意与委员会委员就各类问题交换看法。

28. 他参与了最近关于国际恐怖主义的全面公约的谈判，他认为，部门性公约有它们的好处，但只是集中于问题的具体方面。而另一方面，全面公约能够将在12个部门性公约中分别规定的优点融合在一起，这是它的第一个好处。第二个好处是这项工作已经快要进入尾声。目前已不存在争议的草案第2条给了恐怖主义一个比较广义的定义，这与之前达成的一致意见多少有些出入。在这方面所进行的对话、努力和进展，都是在将恐怖主义问题纳入法律框架方面的一大进步。唯一的问题在于如何区别军事行为与国家行为，以及如何区别人道主义法与控制恐怖主义的需要。即使在这些问题上，各国也在核心问题上达成了一致，谈判者都相信，只要再多一些政治意愿，这些障碍本来是能够克服的。这本应当是很辉煌的一天，但是为它的到来再等待一次也是值得的。

29. 庞布-齐文达先生说，他很高兴法律顾问愿意对法律事务厅的工作进行评估，但是他对此也有些疑虑。对法律事务厅的工作进行评估这个想法很令人振奋，使人看到希望，但是可能超出了某些限度。这个评估肯定会涉及一些比较敏感的问题，包括其法律方面的问题。但是反过来说也是一样：

如果他从法律的角度讨论某个特定问题，他自然也必须考虑其政治方面。系统性地评估在国际合法性法律方面的工作很吸引人，但是联合国必须在一个合理的时间内使大家知道这一做法的结果，而该做法不仅仅很重要，而且很复杂。

30. 为了说明评估这种做法所面临的困难，他提到了安全理事会提出设立或者在联合国与某个特定国家的协定框架内所设立的刑事法庭。如果他极端一点，他会说，柬埔寨这件事情是一个失败；这听起来也预示了卢旺达问题国际法庭的未来命运。为什么联合国要下这样大的决心设立一个塞拉利昂问题法庭呢？在决定为该国设立刑事法庭之前有没有预先评估一下联合国做了什么，未做什么呢？应当逮捕谁？应当审判谁呢？他对此有些担忧。评估的方式，与其原则一样，只能是在个案分析的基础上进行。为此，必须使所有的国家知晓该评估实施的前提基础是什么，结果如何，以及有哪些限制。

31. 他还想弄清的一点是，法律顾问在国际法适用方面是如何开展工作的。即将进行的调查需要动员专家资源。委员会也要参与吗？在国际法的适用问题方面的工作成果将最终采用何种方式出现？

32. 达乌迪先生说，与斯里尼瓦萨·拉奥先生的观点一样，他也很乐观地认为在全球打击恐怖主义问题上很快就会达成一致。他曾经参与了第六届委员会讨论该问题的会议；国家间有相当多的意见分歧，目前来看，他总体上不太乐观，因为目前达成一致似乎不大可能。

33. 对于法律顾问所提到的打击恐怖主义工作组，6月份将提交一份有关该工作组的报告。这个小组与关于恐怖主义的全面公约是何关系？这是专家小组吗？

34. 加利茨基先生说，他也赞同斯里尼瓦萨·拉奥先生的观点，认为拟订联合国关于恐怖主义的全面公约的工作非常重要。虽然现在还没有什么重大的进展，但是特设委员会和工作组在制定该公约方面取得了相当大的进步。还存在一些重要的问题，但是这些问题可以与案文的其他部分分开处理。现在停止工作是错误的。此外，这项工作在很大程度上影响了在区域层面拟订反恐措施和文件的

努力，例如欧洲委员会。作为参与欧洲委员会的一个特别机构的成员，他就试图使该机构接受特设委员会的提议。部门性公约有自己的重要性，但这些部门性公约与全面公约紧密地连接在一起。对于制止核恐怖主义行为公约草案的最后审定取决于在关于恐怖主义的全面公约的工作结果。他也认为联合国必须以各种方式与恐怖主义现象作斗争，他还很满意地指出，各国都积极回应了安全理事会有关这一问题的决议。在与恐怖主义作斗争的问题上参照各国报告进行比较研究很有助益。他期待着能够参与对该全面公约的最后审定工作。

35. 与法律顾问一样，他也认为需要界定侵略罪；这对于国际刑事法院的适当运作非常重要。没有这项定义，法院就像是一个瘸腿巨人。但是，委员会是承担这项职责的合适机构吗？这个问题在政治上非常重要，因此最好放在别处解决。

36. 科斯肯涅米先生指出，在委员会本届会议期间开始了关于国际法不成体系专题的工作，这是一个极其重要而又十分复杂的专题，为此设立了一个研究小组来讨论其确切范围。很多委员认为它包含两个方面。第一，国际法庭的程序性事项大量增多，这一点法律顾问自己也提到了。第二，更实质性的方面是制定法律活动的分散性，即日益增多的非正式创立国际法的方式，不仅仅是通过正常外交手段或者由传统国际法主体来进行，而且还通过民间社会代表性机构的各种规范性活动来进行。这似乎是未来国际法的发展方向，关于国际法不成体系这一专题就是要讨论这一问题。

37. 这个专题与秘书长多年来一直关注的问题密切相关，秘书长多次强调联合国需要与民间社会进行对话，使其各类非正式代表和非外交代表参与进来。他特别记得秘书长的全球协约倡议，其中鼓励联合国各机构与私营公司合作，促进对本组织及其工作的理解和支持。

38. 鉴于由委员会这样的机构从事的国际法编纂工作现在开始有被认为是过时的趋向，这就越来越有必要让民间社会代表参与进来，诸如国际公司、非政府组织及其网络。2001年秋，他在日内瓦会见了一些联合国机构的人员，其中询问了在难民保护、人权或国际贸易方面需要从国际法委员会获

得哪些帮助的问题。所得到的答复是：委员会不应参与。他呼吁法律顾问认真考虑法律事务厅如何与委员会合作，来制订一些使民间社会参与的方案，因为民间社会对于委员会的编纂工作毫不关心。一种方式就是帮助委员会研究国际法不成体系问题。

39. 主席提到，委员会在非常短的时间内就为国际刑事法院拟出了一份草案。该草案构成了未来工作的基础，一些人认为其中包含的许多问题实际上是后来发生的，在委员会工作时并没有出现。

40. 通卡先生说，过去的 10 年里他一直在密切关注联合国在法律领域的工作。它在制定国际法方面开展了大量的活动。在这方面采取了革命性步骤，法律事务厅在起草《卢旺达问题国际刑事法庭规约》和《南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》方面，在筹备联合国建立国际刑事法院全权代表外交会议和之后的进程，以及在其他很多方面都发挥了积极作用。法律顾问及其工作人员以极大的奉献精神全力投入了有关这些问题的的工作，对此他表示非常感谢。

41. 在他看来，在国际法造法方面应当有一个分工，人权问题应当留由条约机构和国家解决，委员会则应当继续集中关注原本应由它解决的问题。

42. 2001 年的 9.11 事件表明部门性公约覆盖了恐怖主义问题的方方面面。例如，根据相应的公约，可以对劫机行为进行起诉。如果劫机者死亡，也可以对协助其实施犯罪的人进行起诉。但是对于毁灭世界贸易中心，应当适用哪项公约呢？不是《制止恐怖主义爆炸的国际公约》：因为民用飞机不是爆炸物或者其他致命的装置，他怀疑该《公约》无法适用。因此，需要制订一项关于恐怖主义的全面公约。

43. 那些支持制订这项公约的人也应当协助解决在世界不同地区某些长期存在的政治问题，这些问题虽然并非直接与公约相联系，但也会对谈判的进程产生影响。

44. 蒙塔兹先生说，联合国在很大程度上促使了塞拉利昂上周的选举获得成功。但是，他所关心的是特别法庭要负责处理有罪不罚的问题，而真相

与和解委员会的任务则是要确保实现民族和解。他预见到这两种方式的矛盾，因而想知道联合国是否已经建立了某种机制，防止在未来发生另一场武装冲突后再产生这种局面。

45. 山田先生说，他的国家日本和其他亚洲国家认为，联合国参与将在柬埔寨严重违反人道主义的罪犯绳之以法非常重要，日本也与法律事务厅讨论过这个问题。在最近同日本大使会面时，柬埔寨总理洪森先生确认说，他仍然希望得到联合国的援助，日本政府打算对此做出努力。

46. 科米萨里奥·阿丰索先生说，他也赞同加里茨基先生的观点，认为委员会可以在定义侵略罪这个基本问题上发挥重要作用。联合国各机构的决议和其他文件可以为这项工作提供一个基础。他想知道国际刑事法院是否已有必要的财政资源，可以在不久的将来开始履行职责。最后，联合国在帮助各国法律部门协调各国实践方面可以更有作为，特别是在需要加强体制建设的国家。

47. 科雷尔先生（主管法律事务副秘书长、法律顾问）说，应当由会员国来决定在恐怖主义问题上是否要往前走，这个问题是有政治涵义的。在消灭国际恐怖主义的措施方面，秘书长在工作组秋天的会议和第六委员会全体会议开始之前的这段时间内积极促使各国达成协议。在这个背景下，他本人也应要求向不同的集团做陈述，包括伊斯兰会议组织等。他认为提出一项解决办法已是指日可待，但是这也许还要取决于解决目前的中东问题。

48. 事实证明部门性方法十分有效。但是，正如科米萨里奥·阿丰索先生所指出的，并不是所有的国家法律部门都很完备，各国通过一项关于恐怖主义的全面公约要比通过处理该问题的不同方面的一系列条约要简单得多。

49. 庞布-齐文达先生的评论超出了法律事务厅的职责范围，它们关系到各政治机构所要作出的决定。他提到的监督厅关于深入评价法律事务的报告（上文，第 17 段），涉及到监督厅按特定间隔期进行的一次评价，该评价采用了一种操作性极强的方法，包括审查法律事务厅的网站，确定其出版物是否被其他研究报告所引用。

50. 国际法委员会是联合国大会建立的并由独立专家组成的发展国际法的机构。然而，第六委员会越来越频繁地指出会员国希望国际法委员会所应关注的领域。有的委员认为国际法委员会有权处理任何它认为适当的专题，但是如果各代表团对其最后成果不感兴趣，那么其工作就没有太大意义。法律事务厅是秘书处的组成部分，因此，可以同国际法委员会进行对话，但是任何决定必须由第六委员会做出。

51. 达乌迪先生问及秘书处的工作与制定一项关于恐怖主义的全面公约的关系。法律事务厅并没有参与公约草案的起草工作；它主要集中于研究秘书长能够做些什么，无论是通过其主动倡议还是鼓励在反恐领域工作的其他机构来实现。关于联合国和恐怖主义问题的政策工作组报告⁷很快就会提交给秘书长，届时，秘书长将会就此做出决定。秘书处不仅仅是以各种方式与法律专家合作，它还与学术界和媒体合作。尤其要指出的是，它正在努力确定恐怖主义行为的根源，因为只有在犯罪行为实施后，公约才起作用。但是，它不会处理恐怖主义的定义这个敏感的问题。

52. 科斯肯涅米先生的评论发人深省。在很多国家，包括澳大利亚、芬兰和新西兰，拟订法律草案并由政府提交给议会的工作都是法律委员会来做。现在，多数这类机构都被专门委员会所取代，后者只负责就某项具体专题进行提议。同样，联合国某些活动领域的法律发展，例如人权领域，也不是由国际法委员会来处理，很多不同的机构都参与了条约的制定。联合国大会《议事规则》第97条规定，关于同一类议题的事项应当提交给处理该类议题的一个或数个委员会。但是，很多年来并没有这样做，如果要重新开始这样做，会令人相当惊奇。而要放慢现在的进程则会非常困难，或许也不明智。过去，国际法委员会曾经请法律事务厅帮助其进行研究，编制文件，现在可以重新讨论这种可能性。但是，秘书处服务于本组织的立法机构，不能够在未经授权的情况下行动。他很愿意进行这种对话，并表示他可能会在讨论预算或者讨论下一个中期计划时提出这个问题，同时他还指出，秘书处还

在一个新的领域——对人的克隆方面听取了来自民间社会专家的陈述。

53. 蒙塔兹先生提出了一个传统问题。过去，像南非这样的国家是通过建立自己的制度来治愈国家的伤口。在塞拉利昂的情况中，安全理事会是在与该政府协商后做出这项决定的。特别法庭和真相与和解委员会的关系非常重要；它们都是根据安全理事会第1315（2000）号决议和联合国与塞拉利昂政府的协议按照国内法建立的，但是它们的关系如何要由这两个机构来把握。为了帮助它们完成这项工作，法律事务厅主办了三次讨论会，两次是在纽约举办的，一次是在弗里敦。特别法庭的检察官和真相与和解委员会主席有很多材料可以研究。此外，特别法庭的活动将集中于相对少数的人身上：即那些对其所犯暴行应负最大责任的人。

54. 他了解日本政府对柬埔寨局势的关注，只是很遗憾事情发生了不可逆转的转变。但是，这个问题是个政治问题，现在应由会员国来作出决定。

55. 国际刑事法院的预算编制已经完成，预计将于2002年9月获得通过。届时会员国将其摊款拨付到一个中央基金，该基金将由法庭的书记官长来管理；这个程序与建立国际海洋法法庭时的程序类似。

56. 他与很多国家的法律部门有过合作，包括非洲的一些国家，对于它们用极其有限的资源所取得的成果表示最大的敬意。在某些情况下，它们甚至没有纸张将其请求批准条约的建议打印出来提交给国民议会。但是，如果没有大会的直接授权，法律事务厅不能直接与这些部门合作。他给世界各地的法律部门提供了有用的名字和地址清单，协助组织法律顾问的非正式会议，鼓励发达国家的同仁通过例如向发展中国家的法律图书馆捐献书籍来提供援助。但是，要做的事情还有很多。秘书长在其报告“我们人民：二十一世纪联合国的作用”（《千年报告》）⁸中指出，许多国家拒绝签署或批准国际条约和公约的原因是它们缺乏这方面的专门知识和资源；双边合作能够帮助解决这个问题。

⁷ A/57/273-S/2002/875，附件。

⁸ A/54/2000。

57. 杜加尔德先生请法律顾问以联合国副秘书长的身份告诉他的上级和在总部的同事，他本人以及委员会的其他委员对于将他们的酬金削减为1美元一举表示关注，并希望他能够传达他们的意见，即希望其酬金能够很快恢复至适当水平。

上午 11 时 50 分散会。

第 2725 次会议

2002 年 5 月 24 日，星期五，上午 10 时 5 分

主席：罗伯特·罗森斯托克先生

出席：阿多先生、巴哈纳先生、布朗利先生、池先生、科米萨里奥·阿丰索先生、达乌迪先生、杜加尔德先生、埃斯卡拉梅亚女士、丰巴先生、加亚先生、加利茨基先生、卡巴齐先生、卡姆托先生、卡米沙先生、科斯肯涅米先生、库兹涅佐夫先生、曼斯菲尔德先生、蒙塔兹先生、尼豪斯先生、庞布-齐文达先生、佩莱先生、斯里尼瓦萨·拉奥先生、罗德里格斯-塞德尼奥先生、塞普尔维达先生、通卡先生、山田先生。

外交保护¹（续）*

(A/CN.4/514; ² A/CN.4/521, C 节; A/CN.4/523 和 Add.1;³ A/CN.4/L.613 和 Rev.1)

[议程项目 4]

特别报告员的第二和第三次报告（续）*

1. 杜加尔德先生（特别报告员）介绍其第三次报告 C 节（A/CN.4/523 和 Add.1）时说，委员会有

些委员认为卡尔沃条款是过去西方干涉拉丁美洲时代的遗迹，他本人则不这样看，他认为该程序是用尽当地救济办法规则的历史与发展的一个完整组成部分，是一项仍然具有重要意义的程序。正因为如此，他就此问题向委员会提交了条款草案第 16 条。

2. 卡尔沃条款是一项契约承诺，自愿与外国联系往来的人，根据这项承诺，同意放弃要求其国籍国给予外交保护的权力，只限于使用与履行合同有关的当地救济。这项办法是由阿根廷法学家卡洛斯·卡尔沃想出的，意在防止西方帝国主义列强在拉丁美洲经商的国民把自己与东道国政府的契约争端直接捅到国际上，而不首先用尽当地救济。自一开始，卡尔沃条款就一直存在争议。拉丁美洲国家一直把它视为一般国际法的一项规则，当然也视为国际法的一项区域规则，而且其中许多国家，尤其是墨西哥还把它写进了自己的宪法。而西方国家则认为它违背了国际法，因为它违反了瓦泰尔拟制。根据瓦泰尔拟制，伤害国民就是伤害其国家，惟有国家才能放弃外交保护权利。⁴关于该主题的主要案例是混合赔偿委员会（美国和墨西哥）在北美疏浚公司案所做的裁决。该裁决清楚表明，卡尔沃条款总的来说与国际法是一致的，与外交保护权利特别一致。在该案件中，求偿公司与墨西哥政府订立了一项合同。其中载有一项条款，即第 18 条，规定该公司及所有从事所商定工作的人，在一切涉及合同履行问题上，均同意被视为墨西哥人；而且进一步规定，在任何条件下不允许外国外交人员干预任何与该合同有关的事项。⁵当发生违反合同的行为时，求偿公司没有遵照该合同第 18 条的规定去办，尝试用尽当地救济，而是根据设立混合赔偿委员会的《仲裁条约》第五条，⁶即无需用尽当地救济的规定，径行请求美国政府以其名义向混合赔偿委员会提出求偿要求。混合赔偿委员会于是就着手审查该合同第 18 条的效力，并得出了不少结论。他的报告第 C.7 节中对此有详细阐述。简言之，混合赔偿委员会认为，卡尔沃条款是外国人表示将用尽当地救

* 续自第 2719 次会议。

¹ 特别报告员第一次报告中提议的条款草案第 1 至第 9 条的案文，见《2000 年……年鉴》，第一卷，第 2617 次会议，第 1 段。

² 见《2001 年……年鉴》，第二卷（第一部分）。

³ 转载于《2002 年……年鉴》，第二卷（第一部分）。

⁴ 见 E. de Vattel, *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle* (1758) (哥伦比亚特区华盛顿，卡内基研究所，1916 年)，第三卷。

⁵ 见 A. H. Feller, *The Mexican Claims Commissions, 1923-1934* (纽约，麦克米伦出版社，1935 年)，第 187 页。

⁶ 同上，第 321 页及以下各页，特别是第 326 页。

济办法的承诺。根据该条款规定，外国人就合同引起的损害或任何与合同有关的事项求偿时，放弃要求外交保护的權利。但是，他在用尽当地救济办法或设法强制执行其合同的过程中，如遇到拒绝司法或其他违反国际法的行为，并不因该条款而丧失请求外交保护的權利。

3. 北美疏浚公司案的裁决遭到了法学家的严厉批评，主要是因为混合赔偿委员会不肯充分实施设立该委员会的《仲裁条约》第五条：该条似乎解除了求偿者用尽当地救济办法的义务。然而，自那时以后，就不可能再严肃主张卡尔沃条款是违背国际法的了。对该条款的目的和范围仍有争论，但主要是在该案件的情况下展开争论。他在报告第C.8节第31段中试图列出了该辩论提出的各项原则。

4. 第一，卡尔沃条款效力有限，意思只是指它不完全禁止外交干预。它只适用于涉及外国人与东道国之间所订载有该条款的合同的争端，并不适用于违犯国际法的行为。第二，卡尔沃条款确认了用尽当地救济规则的重要性。有些作者暗示，该条款不过是重申该规则而已，但许多作者都认为该条款不仅仅是重申。北美疏浚公司案的裁决裁定，卡尔沃条款可以优于仲裁条约中放弃应当用尽当地救济要求的规定。第三，国际法根本不限制外国人有权根据合同放弃请求国籍国为自己提供外交保护的权力或权利。第四，外国人不能通过卡尔沃条款放弃国际法规定属于其政府的权利。行使外交保护的權利以瓦泰尔拟制为依据，它规定，违犯国际法的行为对国民的伤害就是对其国籍国本身的伤害。第五，卡尔沃条款规定的放弃只适用于因合同而起的争端，或适用于无论如何不构成违犯国际法行为的违犯合同行为；它特别不适用于拒绝司法的情况。然而，关于涉及载有卡尔沃条款的合同或因该合同而起的拒绝司法的概念，仍然不确定，详见加西亚·阿马多的著述。他提出这样一项结论，必须先证明发生了严重拒绝司法之事，然后方可提出国际求偿。

5. 卡尔沃条款的诞生，是因为拉丁美洲国家害怕欧洲国家和美国打着外交保护的名义干预它们的内政。就欧洲国家和美国来说，它们则怕自己的国民在它们认为司法标准不当的国家里得不到公平待遇。自那时以来，情况已发生彻底的变化。欧洲

国家和美国尊重拉丁美洲国家的主权平等，并且现在也信任拉丁美洲国家的受区域和国际监督的司法制度。然而，卡尔沃条款仍然是拉丁美洲处理国际法的方式的一项重要特点，这一学说也影响了亚洲和非洲害怕强国干涉本国内政的发展中国家的态度。卡尔沃的学说已经反映在大会1962年12月14日关于天然资源的永久主权的第1803（XVII）号决议中，又出现在大会1974年12月12日第3281（XXIX）号决议所载的诸如《各国经济权利和义务宪章》等国际文书中。该《宪章》在第2条第2(c)款宣称，因没收外国财产而起的赔偿争端必须根据实行国有化的国家的国内法加以解决。卡尔沃学说的影响在《卡塔赫纳协定》[《次区域一体化协定》]（《安第斯条约》）第24号决定中也可以看到。另一方面，《北美自由贸易协定》（《北美贸协》）⁷允许外国投资商不先用尽当地救济办法就可诉诸国际仲裁，有些人认为它背离了卡尔沃学说。

6. 委员会有两种选择：或是拒绝起草有关该问题的任何规定，其理由是，如果人们认为卡尔沃条款只是重申了用尽当地救济规则，那么起草也是多余的；或是起草一项规定，把卡尔沃条款的效力限于载有卡尔沃条款的合同所引起的争端，不排除在外国人因可归咎于订约国的国际不法行为而受到伤害的情况下，外国人的国籍国有权代表该人行使其外交保护。条款草案第16条第2款的目的正是这样，它规定，在有仲裁条约规定用尽当地救济办法规则有例外的情况下，此类条款构成了这样一项推定，即赞成必需用尽当地救济办法后方可诉诸国际司法解决。简言之，第16条照搬了北美疏浚公司案所阐述的原则，它清楚地申明，卡尔沃条款不违反国际法，寻求外交保护权利的放弃只限于因合同而起的争端，仲裁条约中出现的任何放弃用尽当地救济规则的规定不会优先于卡尔沃条款。

7. 塞普尔维达先生祝贺特别报告员，称赞他的两份报告结构有序，概念分析系统，引用材料广博，质量实为上乘。委员会对该专题的处理可以补充它对国家责任专题的处理。

⁷ 见《北美贸协》，第一卷。《美利坚合众国政府、加拿大政府和墨西哥合众国政府之间的北美自由贸易区协定》（美国哥伦比亚特区华盛顿，政府印刷局，1993年）。

8. 委员会已经研究过用尽当地救济的一般原则，也研究过这项一般规则的例外。特别报告员的分析所依据的核心概念是：体现国家主权的国内法和国内法院具有优先地位；这是对东道国法定权力和政治权力的重申；东道国可以先根据自己的法律制度补救外国人所受的伤害，然后再应国际要求说明自己的行为；国家法院在解决本国领土上发生的冲突时发挥着作用。如果外国人因外交保护的行使而失去向国家法院提出诉讼的机会，即出现等于否定东道国法律制度效力的情况，那么国民与外国人平等的原则就会受到损害。违背国际义务的行为，只有在个人用尽一切可利用的当地救济仍得不到抵偿或仍是拒绝司法的受害者后，才可以确定。只有这时才可以开始国际程序，无论是采用仲裁或司法程序，还是通过行使外交保护。

9. 像特别报告员一样，他认为不承认卡尔沃条款，用尽当地救济规则的编纂就会不完整，因为卡尔沃条款已成为拉丁美洲数个国家的宪法和拉丁美洲区域习惯法一个不可分割的组成部分。在他看来，凭着两项重要原则，即规定不干预义务的国家主权平等原则与国民外国人待遇平等原则，也不能声称卡尔沃条款违反国际法。根据后一项原则，凡在外国安身立业的人，都接受该国国民的共同命运。因此，该外国人个人有权享有与国民相同的保护，该国政府对外国人的责任与对其国民的责任相同。关于编纂问题，如特别报告员已经指出的那样，卡尔沃条款已经纳入许多美洲法律文书中。诚然，美国在批准之时提出了保留，重申了自己行使外交保护的权力。然而，《美洲国家组织宪章》则不允许美洲任何国家提出保留，它给出了一项不干预的基本定义，禁止在一国内外事务中以任何理由进行任何直接或间接干预。

10. 至于该问题的判例，特别报告员已经正确地指出，北美疏浚公司案的裁决构成两个时期的分界线：此案之前时期和之后时期。混合赔偿委员会确定了一项特许合同的效力，在该协定中外国受益人同意享有与墨西哥人相同的提出求偿要求的权利。因此同时，它还制订了下列规则：必须力求兼顾国家管辖的主权权利与国民享受本国保护的权力，不可偏袒；国际法中没有规则禁止对享受外交保护的权力加以限制；外国人如因为违反国际义务行为受到伤害，就不能对本国提出国际求偿的权利

有异议；混合赔偿委员会没有找到一项能赋予一国政府以干预权利的实在国际法公认规则，来取消该国某一公民订立的合法合同；该类合同规定受益人必须受墨西哥法律制约，必须利用墨西哥法律规定的救济方法；以及拒绝司法或任何其他违犯国际法的行为，会产生寻求外交保护的权力。

11. 根据这一判例，特别报告员已经确认了许多有助于起草一项有关该问题规则的共同标准：卡尔沃条款只适用于涉及外国人与东道国所订载有该条款的合同的争端；它不适用于违犯国际法的行为；它确认了用尽当地救济这一习惯规则的效力；国际法不阻止外国人行使请求本国政府保护的权力；私人不可放弃国际法规定属于国家的权利；通过卡尔沃条款，外国人承诺如果发生与履行合同有关的争端，不请求本国政府的保护，但拒绝司法或任何其他违犯国际法的行为则不在此限。

12. 除了特别报告员提出该规则的这些因素外，他还提请大家注意1930年在海牙举行的国际法编纂会议筹备委员会起草的讨论基础第26条中体现的、其第三次报告C节脚注中提到的原则：“如果外国人在合同中做出只有当地法院具有管辖权的有效同意，那么该项规定对受理根据该合同提出的求偿要求的任何国际法庭均具有约束力。”⁸ 该规定的精神也反映在该报告C.9节所引《关于解决国家与他国国民之间投资争端公约》第27条中。适用该《公约》的各仲裁法庭都一致断定，“对于缔约国一国民与另一缔约国根据本公约同意提交或已经提交仲裁的争端，缔约国不得给予外交保护或提出国际求偿要求，除非另一缔约国不遵守对此项争端所做出的仲裁。”从这个意义讲，仲裁裁决就有了一个坚实基础。类似原则在若干国际人权文书中也可看到。例如，《公民及政治权利国际公约》第41条第1(c)款规定，人权事务委员会对所接到的事项，只有在确定所有现有适用的国内救济措施都已经根据公认的国际法原则援引和用尽之后，才可以予以处理。

⁸ 国际联盟，国际法编撰会议，《会议筹备委员会1929年起草的讨论基础》，第三卷：《国家对其领土上对个人或外国人财产造成的损害的责任》（C.75.M.69.1929.V号文件）[英]第135页；转载于《1956年……年鉴》[英]，第二卷，A/CN.4/96号文件，附件2。第223页。

13. 总之，他说，他同意特别报告员的建议，即拟订一项规定，转述卡尔沃条款的条件，从而反映有关判例、理论和某些重申国内法院作用的国家实践。采取这种做法，委员会就是在编纂一项区域习惯规则，该规则根据国际法的最新发展情况可以被合法地提升到普遍规则等级。

14. 布朗利先生说，正在审议的报告包含了透彻的研究并且十分有用，这表明卡尔沃条款不仅仅具有历史意义。然而，无论多么重要，卡尔沃条款已经超出了《委员会章程》，尤其是该《章程》第15条的范围：它不是一项法律规则，因此也不适合编纂。如果委员会决定编纂卡尔沃条款，它就必须确定其具有合法性或其缺乏合法性。卡尔沃条款只是一种合同起草计策。至于该报告C.8节提及的“瓦泰尔拟制”，它以伤害个人就是伤害其国籍国的观念为前提，当然不能取代对行使外交保护的逐案分析。正因为如此，他认为，特别报告员提供的条款草案第16条不应当提交起草委员会。

15. 佩莱先生说，正在审议的报告确认了他在先前一次会议表示过的信念，即他不反对卡尔沃条款的精神，但该条款应当作为放弃外交保护这一更广泛问题的一部分加以讨论。报告称只涉及了卡尔沃条款，可事实上也涉及了其他制度，尤其是国家本身放弃行使外交保护问题，这是一个与卡尔沃条款本身迥然有别的问题。他基本赞成布朗利先生对这一问题的分析，也同意他的看法，即卡尔沃条款是一种惯例，但并不同意他的结论。卡尔沃条款是一种惯例，但并不一定意味着，不应当审查该惯例是否符合国际法及其在国际法中的效力如何的问题。这显然是一个法律讨论专题，甚至是一个编纂或逐渐发展国际法的专题。

16. 特别报告员在报告中本应明确区分该问题的两个方面，即个人放弃其国籍国的外交保护与国家放弃行使外交保护。由于他没有这样做，所以要界定卡尔沃条款即使不是不可能，也是更加困难。他不敢肯定，如该报告C.3节似乎暗示的那样，特别报告员支持加西亚·阿马多尔的定义⁹就是正确

的。尽管第一和第三项主张确实体现了他心目中的“那个”卡尔沃条款的本质，但第二项主张却不是来自卡尔沃的学说，而只是一项合同仲裁条款，除非外国缔约方在同意仲裁时放弃其国籍国的外交保护。卡尔沃条款基本上是一项合同规定，外国缔约方据此放弃其国籍国的外交保护。

17. 不过，尽管特别报告员称墨西哥是卡尔沃条款最热情的拥护者，但他不敢肯定这就够了，因为他很想知道，该条款的这一定义是必须适用于所有合同，还是如该报告脚注中所引《墨西哥宪法》第27条似乎会表明的那样，仅适用于国家合同，或甚至限于特许合同。无论如何，他认为，如特别报告员所提案文第16条第1款似乎表明的那样，仅可以在涉及国家合同时提及卡尔沃条款。不过，还有一个问题，即此种条款在国民与外国人之间订立的合同中命运如何？

18. 他认为，特别报告员理解的卡尔沃条款概念所指范围要宽得多，也许要松得多，看看他为说明自己所谓的卡尔沃条款而在该报告C.4节所举的示例就可以明白：《关于外国人权利的公约》、1933年《关于国家权利和义务的公约》第9条、《美洲和平解决条约》（《波哥大公约》）第七条、《卡塔赫纳协定》[《次区域一体化协定》]（《安第斯条约》）第24和第220号决定（第34段）以及《关于解决国家与他国国民之间投资争端公约》第27条。然而，照他自己看，这些根本不是说明卡尔沃条款的示例：它们是有国家不行使或会限制行使外交保护的承诺，有些清楚，有些不清楚。它们是出现在条约中的条约规定，不是出现在合同中的合同条款。就此而论，而且从它们提出种种效力问题来看，它们都是与“真正的”卡尔沃条款所提出的问题迥然不同的问题。不用说，各国可以承诺不行使外交保护，或者换言之，用常设国际法院对马夫罗马蒂斯案所作裁决中的著名用语讲，承诺不坚持自己有权以其国民的身份确保自己的权利得到尊重。如国际法院在巴塞罗那电车公司案中回顾的那样，不可忘记，必须认为只有国家才能决定是否行使外交保护。国家的国民不能取代国家，因为所涉不是国民自己的权利，而是国家的权利，除非马夫罗马蒂斯方法所依据的拟制受到质疑，而且，令他遗憾的是，情况似乎并非如此。如今，甚至可以说个人是国际法的主体，而且国家代表个人。

⁹ 见 F. V. García Amador, "State responsibility: some new problems", *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Hærem 1958-II* (莱顿, 西哈托夫出版社, 1959年), 第455-456页; 《1958年……年鉴》[英], 第二卷, A/CN.4/111号文件, 第62-63页。

19. 然而不能由这些意见断定，卡尔沃条款就违背了国际法：个人不可放弃不属于自己的权利，但可以承诺仅尊重东道国的法律，而且不寻求本国的外交保护。他做出此项承诺，是要放弃提出求偿要求的权利，不是放弃享有外交保护权利本身。个人无法保证，其国籍国不代表他个人，而是为了确保自己的权利受到尊重，即看到国际法在其国民身上受到尊重而不进行干预。

20. 这似乎是特别报告员所采取的态度，就如报告 C.8 节和条款草案第 16 条第 1 款已经说明的那样。然而，他仍然不相信特别报告员为得出那一结论所做的推理，也怀疑该条款草案本身的措辞。

21. 关于特别报告员的推理，与国家放弃为其国民提供外交保护有关的“论据”本身似乎是正确的，而且也可能与卡尔沃本人的意愿吻合，但对委员会正在处理的问题，即他本人所指意义上的卡尔沃条款，即外国人放弃其国籍国外交保护所根据的合同条款的效力或范围，却没有什麼影响。特别报告员所举“假卡尔沃条约条款”的示例，都不是完全放弃外交保护的例子：它们常常是重申、甚至界定用尽当地救济规则的条约规定。诸如《关于外国人权利的公约》、《关于国家权利和义务的公约》以及《美洲和平解决条约》（《波哥大公约》）均是如此。其他被误当作“卡尔沃条款”的示例，诸如《卡塔赫纳协定》[《次区域一体化协定》]（《安第斯条约》）第 24 和第 220 号决定，则仅限于重申，适用于跨国合同的法律从原则上说，是合同执行地国的法律，但这并不是说，如果东道国在履行合同方面违犯了某项国际法规则，外交保护就被排除了。最后，他认为，大会第 1803（XVII）号决议或《各国经济权利和义务宪章》都不像报告 C.9 节指明的那样，构成了“卡尔沃的典型重述”。更确切地说，它们是常设国际法院在塞尔维亚贷款案所确定的原则的重述；根据该原则，“任何合同，只要不是国家以国际法主体的身份订立的合同，都以某国的国内法为依据”[第 41 页]。因此，除非另有其他规定，正是国内法，也只有国内法才可以适用。这是与卡尔沃条款的效力完全不同的东西。

22. 在这种上下文里，他很难理解该报告 C.8 节提出的论点：“卡尔沃条款中所说的放弃，只适用于合同或绝不构成违反国际法行为的违反合同行为

所引起的争端”。这不是在讲不言而喻的东西吗？无论如何，除非发生了国际不法行为，否则绝不可行使外交保护，而且必须强制执行的是国际法，而不是合同本身。于是问题就来了，违反合同是否就是违反国际法？他怀疑混合赔偿委员会在北美疏浚公司案中所做裁决或之后的裁决是有关该专题判例的本质。其他同样值得尊重的管辖和仲裁裁决也很重要，诸如 1904 年在马丁尼案中的拉尔斯通裁决或常设国际法院在乔尔佐伍工厂案做出的第 2 号判决。这些先例对卡尔沃条款的保留远大于北美疏浚公司案，因为该案如特别报告员本人表明的那样，至少可以说，是模棱两可的。

23. 他做过这些可以纳入第 16 条评注中的评论后，又转向了条款草案本身。他同意第 1 款所依据的总的想法，但对实际措辞则要批评几句。他认为，在这样一项规定中，列举卡尔沃条款的“异文”不是好主意，因为它们没有充分发挥起草法学家的想象力。该条款的变化很大，而且最好使用更为笼统的措辞。在第一句中只要说外国人可以依法放弃任何寻求外交保护的请求就够了，也许还要具体说明他可以“根据合同”这样做，不过没必要，因为他毕竟也可以在合同之外放弃请求外交保护。他还认为，说请求外交保护的“权利”不合适：“权利”一词会造成混乱，因为在该权利与“享有外交保护权利”的思想之间可以看出某种联系，但这种联系在国际法中并不存在。国家有给予保护的权力，但不存在享有保护的权力。

24. 第 16 条第 1 款第二句中的“*stipulation*（规定）”太具体，应当换成“*provision*（规定）”一词。法文本的“*n'affecte en rien*”几个字应当换成“*n'affecte pas*”。马夫罗马蒂斯的措辞在法文和英文中都应当尽可能照用；因此，“*on behalf of*”应当换成“*in respect of*”。在更为重要的修正中，第 1 款（c）项最后一句的倒数第二部分（“或在外侨所受侵害是外侨国籍国直接关切的问题时”）应当删除，因为“直接”一词意义不明。或者是国家也受到了伤害，所以就不用外交保护；或者是只有个人成了伤害的直接对象，但无论如何，而且仍然沿用马夫罗马蒂斯的措辞，国家有权以其国民的身份强制执行国际法，上述那部分所包括的前提也没有什麼特殊内容。

25. 他坚决反对条款草案第16条第2款，因为它与草案就用尽当地救济办法所说的全部内容相矛盾。卡尔沃条款的存在，也绝不是提出赞成用尽当地救济办法假设所必需的。这一假设独立于任何合同条款。它甚至是行使外交保护的一项重要条件。如果，如他所望，委员会决定反对现有案文，他想知道是否不应当在条款草案第16条中插入一个新的第2款，申明国民受到伤害的国家可以有效地、无限制地放弃行使外交保护。不言而喻的东西说出来更好。如果那样，第16条涵盖的领域当然比卡尔沃条款大，因此应当题为“放弃外交保护”。

26. 特别报告员在介绍一开始就说，他的条款草案必须提到卡尔沃条款。鉴于他也感到委员会各位委员对该问题意见纷纭，不要这样一项事实上仅仅是条款草案所载其他原则的结果的规定也许更为明智一些，这些原则即马夫罗马蒂斯措辞和用尽当地救济办法的无可争议的规定。

27. 庞布-齐文达先生说，他想知道，对审议涉及用尽当地救济规则的卡尔沃条款的所有兴趣，是否不应当集中在个人与国家之间的合同所载的某项条款的范围。他由衷赞成佩莱先生的评论，即争议的要害不只是任何合同，而是一项政府合同。

28. 就放弃而言，有关条款会使个人可能认为，他得到了其国籍国的授权，代表国籍国做出一项承诺，即其国籍国不会行使自己有资格行使的权利。正如佩莱先生指出的那样，该项权利不属于个人，而属于国家。因此，卡尔沃条款的效力问题仅在合同当事方之间出现。委员会应当决定，如果一国的国民说自己放弃了国家的外交保护，国家如何受此种声明的约束。同样重要的是，还要决定国家到底何时可以做此种放弃。是在个人与另一缔约国订立合同时，还是在争端已开始，个人请求国籍国的保护时？个人原籍国行使放弃必须是暂时性的，以便让放弃生效。这不仅涉及效力问题，也涉及可否加以反对的问题。

29. 斯里尼瓦萨·拉奥先生说，卡尔沃条款具有重要的历史意义，但在实践中使用越来越少。例如，如今多数国家都缔结投资协定，规定一旦出现争端就直接诉诸国际仲裁。他担心委员会正在花费太多时间去审议一项基本失去重要意义的问题。

30. 塞普尔维达先生说，不应当把卡尔沃条款视为一种陈迹。在墨西哥，凡根据国内法成立的外国公司必须签订一项载有此类条款的合同。只在某几类争端中规定了诉诸国际仲裁。在多数情况下，外国公司必须遵守卡尔沃条款，也就是同意服从国内法，以此解决与合同解释或履行有关的一切问题。

31. 主席说，在他的印象中，塞普尔维达先生的所言与斯里尼瓦萨·拉奥先生或布朗利先生的评论并不矛盾。毕竟，有争议的只是一项合同条款，委员会应当小心，不可太偏离其主要目标，即提出可为各方接受的具体结果。

国家的单方面行为（续）*

（A/CN.4/524；A/CN.4/525 和 Add.1 和 2；¹⁰ A/CN.4/521, D 节）

[议程项目 5]

特别报告员的第五次报告（续）*

32. 卡姆托先生说，委员会不应当忽视数年来就单方面行为问题所做的重要工作。委员会所面临的根本问题是，某种称为“单方面行为”的法律实体在国际法中是否存在，如果存在，它受什么法律制度制约。他赞扬特别报告员在第五次报告（A/CN.4/525 和 Add.1 和 2）中所做的工作，它是对先前所做工作的一种巨大改进。除了提供对新、老委员都很有用的概述外，该报告还陈述了对理论和判例的深入研究结果。在这一方面，他赞同加亚先生和其他委员所表示的观点，即麻烦的是缺乏有关国家实践的材料。塞普尔维达先生提到非常重要的材料来源，也许使委员会不用再等待各国对调查表的答复就可以继续工作了。

33. 在评论整个第五次报告第一章时，他提请特别报告员注意几个重复的地方，尤其是第99和第100段的重复之处。在法文本第106段中，特别报

* 续自第2723次会议。

¹⁰ 见上文脚注3。

告员提到了“*défauts de manifestation de la volonté*”（“意志表示的缺陷”）。这一短语意思不是很清楚，也许是存在着翻译问题。无论如何，必须说明“缺陷”一词是指可能影响意志表示的违规行为，还是缺乏意志表示。至于实质，有一个重要问题，就是要确定单方面行为是否也成为国际法渊源，与通常渊源即条约和习惯具有同等地位。换句话说，单方面行为会不会违背一般国际法或强制法义务？他认为，单方面行为绝不当优先于一般国际法或单方面行为的行为国也加入的多边公约的规定。判例有数处指明了这一点。例如，在“温布尔登号”轮船案中，常设国际法院对德国根据在俄波战争期间颁布的中立条例拒绝让该轮船进入基尔运河做出裁决，它判决，一项中立条例是一种单方面行为，不可能优先于一项和平条约[在此案中就是《协约及参战各国对德国和约》（《凡尔赛条约》）]的规定。因此，单方面行为也是国际法的一个渊源，但地位与条约和习惯不同。

34. 在该报告第 87 段中，括号里的“条约必须遵守”几个字应当换成“法令必须遵守”。然而，主要问题是这几字是否应当保留。第 94 段说国家可以自由在国际法框架之外做出单方面行为，但这种行为不能违背强制法规范。他询问“在……之外”一词是涉及单方面行为的做出还是其效力。当然，效力是重要的。

35. 谈到该报告第 119 段提出的条款草案的案文，他提到了两个术语问题。第一，第 5(c) 条涉及“国家代表”的腐败，第 5(d) 条谈到了“作出行为的人”。没必要使用两个不同的字眼，而且在单方面行为框架内由于代表概念无足轻重，所以最好在两种情况下都采用“作出行为的人”。第 5(h) 条提到了“对……国内法极端重要的规范”。这是什么意思？是指一种宪法规范吗？无论如何，还是使用 1969 年《维也纳公约》所用的术语，即“强制性”规范为好。从表面上看，第 5(d) 条和第 5(e) 条是多余的，除非特别报告员是在尽力区分行为人所受的胁迫与针对国家并促使国家做出单方面行为的以武力相威胁或使用武力式的胁迫。

36. 关于对单方面行为的解释，报告第 123 段没有讲清楚特别报告员是指渔业管辖权案（西班牙诉加拿大）还是指喀麦隆与尼日利亚间陆地和海洋

疆界案。无论如何，特别报告员似乎在说，他只是暂时透露一些关于其提案性质的信息。因此，他保留在稍后阶段再回到单方面行为的解释这一问题的权利。

37. 佩莱先生说，他坚决支持研究单方面行为与国际法其他渊源之间关系的建议。这种研究对 1969 年《维也纳公约》也许不是绝对必要的，但对单方面行为而言，则是个非常有趣的核心问题，应当鼓励特别报告员不要拘于该《公约》的模式。

38. 科斯肯涅米先生说，他反对根据国际法渊源对单方面行为进行分类的想法。该类行为设定了义务而不是法律，第 5 条始终都使用“效力”一词令人遗憾，这是因为，根据在某些情况下可以造成相互反对关系的国与国之间的互相义务，无法了解单方面行为。此类相互法律义务无法归入单方面行为的效力的一般条件中；它们的互相反对性取决于行为方与考虑到该行为、也可能依赖该行为者之间的关系的特殊性。因此，用佩莱先生的话说，他“完全”反对把第 5 条交给起草委员会，因为它提出的问题都不是措辞问题。

39. 主席先生说，他想知道该辩论是否真的不涉及某种与禁止反言学说密切相关的东西。

40. 卡姆托先生说，顺着科斯肯涅米先生的推理推到底，就会得出意志主义的观点，即国际法中没有单边行为：每一项法律行为或国际法渊源都是双方意志一致的表示，不过这种两种意志表示可能不是同时做出的，即。单方面行为一般不设定纯粹对等义务，也不是与国际法其他主体之间开展的直接或瞬间双边或多边程序的一部分。当然，有些单方面行为不容易与国际协定区分开，可是在其他情况下，二者确实有区别。无论如何，甚至是对单方面行为与国际法渊源之关系的理论研究也会澄清单方面行为这一概念，而且不影响继续编纂该专题的工作。

41. 通卡先生说，委员会 1997 年开始研究该专题，他怀疑有关该专题的工作至今到底取得了多少进展；迄今为止，委员会只向起草委员会提交了四条条款草案。委员会的处境与先前花费了大约 40 年

的时间处理国家责任专题的情况相似。当时，第一任特别报告员加西亚·阿马多尔先生集中精力探讨该专题的某个特殊方面；后来，其他人接任，而且经委员会批准，设法确立了一般规则。在目前情况下，也许应当彻底改变这种方针，并着手系统地研究特别种类的单方面行为，以便拟订一般规则。例如，联合国法律顾问在委员会的讲话中提到的那种保证可能很有趣，特别报告员也应当更详细地分析其报告提到的承诺实例的法律效力、可执行性及其后果。

42. 单方面行为不是制订法律或制订规范的机制。在公约和习惯中，需要数国参加和表达共同意志。单方面行为可能标志着一种国家实践的开端，国家实践反过来又创立了规范。

43. 关于单方面行为的无效性 [条款草案第5(a)条至第5(h)条]，特别报告员已经在其报告第99段中恰当地说明，必需区分绝对无效与相对无效，可在段末却举了一个相对有效的例子，似乎与第5(h)条相矛盾。在条款草案案中可能不需要如此区分绝对无效与相对无效；起草委员会大概会找到另一种表述方式。在第99段中，特别报告员也举了一个涉及国家代表受胁迫的绝对无效的示例，但一个受到胁迫的人不是在表达自己的意志或其国家的意志，没有意志表示也就没有法律行为。因此，看来绝对无效为第5(e)条和第5(f)条所涵盖，相对无效为第5(a)条（规定要考虑依赖其他国家诚信的问题）、第5(b)条、第5(c)条和第5(h)条所涵盖。他同意辛马先生对第5(g)条的看法。无论如何，第5(a)条至第5(h)条需要深入研究。

44. 斯里尼瓦萨·拉奥先生说，各国单方面行为由于特别报告员本人为该专题设定的范围而尚未概念化。他避而不提单方面行为定义所说的自主概念；问题在于，他仍然把单方面行为作为自主行为处理，并极力研究它们在法律中的价值。单方面行为及其不同表现形式，可能很有意思，也有法律效力，但本身并不具备国际义务的价值。它们只能根据他国做出的某种反应、行为和承认加以评估。没有这种对应行为，单方面行为似乎就悬在空中，在自由做出单方面行为的国家也自由终止单方面行为的时候尤其如此。遗憾的是，多数单方面行为都是国家政策的声明。因此，他不明白为什么委员会中

有那么多委员担心在解释此类行为时无法接触到准备工作。所说准备工作不是条约法的准备工作；而是提出声明的背景，是强制、场合或任何其他促使国家以某种方式采取行动或做出反应的因素。经验表明，做出单方面宣告的国家，都因为这些声明而感到了以某种方式采取行动的强制性，理所当然真诚地相信它们就有了义务。核国家说不会对无核国家使用核武器，这就是一项单方面声明。有些国家会接受，有些会怀疑，还有些可能不会相信，但行为国却认为它已经承担了一种义务。不过，这是一个礼让问题，不是一项国际义务。因此，40年来，印度恪守自己不研制核武器的单方面承诺，但当环境改变后，其承诺的预期后果也没有出现之时，就取消了该项承诺，这没有什么不道德的。存在40多年的国际协定寥寥无几。单方面行为设定的单方面义务，其终止方式也与条约的终止方式不同。在后一种情况下，有某种程序和某个必须遵守的商定办法，而对单方面行为来说，只有禁止反言、默许或条约、习惯及其他义务的存在妨碍同样的单方面终止。

45. 塞普尔维达先生在《拉丁美洲和加勒比禁止核武器条约》（《特拉特洛尔科条约》）背景下，即几个国家为联合行为国的单方面行为的背景下，提出了一个非常有趣的核心问题，可是在后一种情况下，有一种条约形式和缔约国的签署。在另一个示例里，A国做出了一项国家政策的单方面声明，B国以另一项单方面声明回应。二者之间确实很和谐，于是就有共同期望；没有条约形式，没有习惯，因为只有几个国家参与，但两国都信守相互的承诺。另一个示例则是由《关于深海多金属结核的临时安排协定》提供的，美利坚合众国与另外三个国家，在讨论《海洋法公约》的早期阶段，制订了一种管理深海海底采矿的替代制度。所有这些国家实践的示例，都接近本身不是国际法渊源的义务，应当仔细加以研究，以确定其效力和必然结果。起草委员会当然会考虑对单方面行为的无效性所做的各种评论，明白终止单方面行为是一个与做出单方面行为同样重要的研究专题。

下午1时5分散会。

第 2726 次会议

2002 年 5 月 28 日，星期四，上午 10 时 5 分

主席：罗伯特·罗森斯托克先生

出席：阿多先生、布朗利先生、坎迪奥蒂先生、池先生、科米萨里奥·阿丰索先生、达乌迪先生、杜加尔德先生、埃斯卡拉梅亚女士、丰巴先生、加亚先生、加利茨基先生、卡巴齐先生、卡姆托先生、卡米沙先生、科斯肯涅米先生、库兹涅佐夫先生、曼斯菲尔德先生、蒙塔兹先生、尼豪斯先生、庞布-齐文达先生、佩莱先生、斯里尼瓦萨·拉奥先生、罗德里格斯·塞德尼奥先生、辛马先生、通卡先生、薛女士。

国家的单方面行为（续）

(A/CN.4/524; A/CN.4/525 和 Add.1 和 2;¹ A/CN.4/521, D 节)

[议程项目 5]

特别报告员的第五次报告（续）

1. 丰巴先生强调说，单方面行为是国家的重要行动和作为，应按国际法如此视之。他想知道实际情况如何或者可以在何种程度上如此视之，以何种方式，对这种行为可以做何种批评，为何种目的。他将留待“国际法诗人”去回答这些问题。

2. 令人不安的是：截至 2002 年 3 月 14 日，只有三个国家的政府对关于国家的单方面行为的问题单（见 A/CN.4/524）作了答复。这种情况表明：各国政府对该专题不感兴趣；这种做法只是一种想象，不合实际，单方面行为非常灵活，因此难以界定；或者整个问题风险重重。无论怎样，需要实践方面的进一步信息。应再次促请各国对问题单作出答复，应请法律事务厅就这个问题提供信息。

3. 特别报告员在第五次报告（A/CN.4/525 和 Add.1 和 2）第 30 段指出，《国际法院规约》第三十八条第一款没有提到单方面行为，但国家实践和法学家均认为存在这一类法律行为。重要的是要注意到，案例法也证明这种法律行为的存在。难点主要在于单方面行为的范围，正如德菲斯海尔指出的那样，主要是其法律效力的不确定性。² 国际法院通过诉诸诚意原则以及从一般利益，特别是从需要法律确定性推定的客观考虑，来消除这种不确定性。³ 但是，鉴于法院与委员会的性质和任务不同，在不影响对实践的现行研究的结果的情况下，委员会应能够开展比法院更进一步的工作，提出一项关于单方面行为的真正的法律制度。

4. 从权利和义务的角度，以逻辑、安全考虑和实践的观点审议法律效力概念，应该有助于为至少是最传统的单方面行为建立适当的法律框架：承诺、承认、放弃和抗议。此外，这种方法似乎也符合国际法院在渔业管辖权（西班牙诉加拿大）案中的观点。应该由委员会发挥聪明才智，细致入微和务实地对法院的“信息”作出“解析”。

5. 作为国际法的渊源，公约和惯例的发展和运作的辩证过程方面的机理相对而言人们较为了解，但是对于单方面行为与那些既定的渊源之间的关系，则人们所知甚少，乃至根本无知。因此他同意卡姆托先生和佩莱先生呼吁对这个问题进行研究。

6. 一般而言，由于国际法与国内法的区别，国际法在分类问题上几乎没有任何说法。公约和惯例的情况都是如此。《法院规约》第三十八条第一款对这两类都没有作深入说明。文献经常论及这个问题，但建树不大。显然，国际法学没有兴趣确定这两者之间的等级关系。委员会应该因循这些示例，不要勉强行事。但是，如果能澄清单方面行为与国际法其他渊源在法律和职能上的关系，则大有裨益。

7. 至于条款草案，似乎对第 1 条有普遍的共识。但对国家采取的行为的属人管辖权范围仍然有

² C. De Visscher, *Les effectivités du droit international public* (巴黎, 贝多内出版社, 1967 年), 第 156 页。

³ 同上, 第 156 页。

¹ 转载于《2002 年……年鉴》，第二卷（第一部分）。

一些疑问。例如，这种行为是否包括民族解放运动，这个问题不清楚。他认为，答案取决于国际法最终如何处理这类实体，也取决于是否实际需要将这些实体纳入单方面行为的框架。要是能够考虑一个运动，诸如巴勒斯坦解放组织在承认、承诺、抗议和放弃等方面的立场和行为，或者至少是愿望和意图，将是很有趣的。

8. 第5(g)条(该报告第119段)涉及某一行为的绝对无效性问题，该行为在作出时与安全理事会的决定相冲突。从政治和法律的观点来看，该条是对维也纳制度的一个聪明的补充。第5(h)条反映1969年《维也纳公约》第四十六条，但它没有包括“明显”违反作出单方面行为的国家国内法的概念。他想知道的是，该词是否应列入该条款，还是简单地在评注中提一下。

9. 关于解释的条款草案(a)条和(b)条(该报告第135段)，总的来说是可以接受的。他同意西班牙政府在渔业管辖权案中的立场。由于单方面行为不一定包括序言和附件，因此最好在(a)条第2款中说明：为解释单方面行为的目的，背景情况应包括案文并酌情包括其序言和附件。在(b)条所述的准备工作方面也应采取类似方法。

10. 最后，他赞成关于建立单方面行为这一重要专题工作组的建议。

11. 佩莱先生说，特别报告员的第五次报告很像一张破损的唱片，反反复复弹同一个调子，委员会委员和出席了第六委员会的国家代表也轮番重弹老调。在该报告第37段中，特别报告员所述要求就该专题总的讨论情况以及当时已提出的条款草案编写一份摘要报告的委员指的无疑是他。如果他确实是所述的那位委员，他希望这种报告会提供一个机会，根据提出的意见和评述对该专题采取新的方法，并按照这些考虑提议新的条款草案。遗憾的是，这并非特别报告员采取的方针。

12. 他一直确信，国家的单方面行为的主题适合于委员会的编纂和逐渐发展。用《委员会章程》第15条的话来说，已经有“广泛的国家实践、先例和学说”；尽可能确切了解在作出这种行为时所承担的风险，对各国也是有用的。各国愿意作出承

诺，但不愿发生意料之外的事情，正如挪威由于《伊伦声明》[见常设国际法院在东格陵兰案的判决第69和第70页]或者法国在大气层核试验方面所发生的情况那样。

13. 从该报告第136至第147段可以看出，第六委员会和国际法委员会在分类问题上仍然存在分歧。有人认为，单方面行为行行色色，不能作为一个单一的类别予以处理；承诺、承认、放弃、抗议、通知等等必须分别研究和编纂。还有人，显然包括特别报告员，认为适用的规则可以统一，至少是在一般性原则的层面上。他同意后面这种意见。显而易见，国家的单方面行为的目的是要产生法律效果。在这个意义上，这种行为与条约之间没有区别，因为也不可能将条约归到单一的一个类别，但也无论怎样要适用共同规则。

14. 作为一部普通国际法教科书的合作者，他在编写关于单方面行为的章节时没有遇到特别的问题。此外，要将某一单方面行为，诸如《伊伦声明》或1952年《哥伦比亚关于对蒙赫斯群岛主权的声明》进行归类，往往是非常困难的；这个事实表明，这种行为并不像有些人认为的那样相似。另一方面，它们所谓的多样性与其说是实际存在，倒不如说是表面上的。他基本上同意报告第138至第140段表示的意见，但仍然想知道单方面行为是否可以被简单地分为两类，至少在它们的效力方面只分为两类。但是，与特别报告员在其报告第137段中提议的分类相比，更为有用的也许是应区别“条件”行为与“自主”行为，前者如通知和与其相对应的反面行为抗议等，这种行为，是为了使另一种行为产生法律效力所必需的；后者能产生法律效力，如承诺和可能被认为相反的放弃，以及也是一种承诺的承认。在研究法律效力时无疑必须对这两类进行区分，但也应该能够对单方面行为下一个定义，并制定一个共同的法律制度。

15. 对该主题的有效性质疑的人所提出的一项主要论点是，单方面行为本身不产生任何效力，因为它们的效力取决于其他国家的反应。他对此完全不同意。承诺做某件事，承认另一国或某种情况，放弃某项权利，或者对国际法的另一主体或多个主体的行为提出抗议，都会产生法律效力，虽然在有些情况下只有当其他国家或者某一国际法院相信行

为国的话时才产生法律效力。法国代表在大会作的发言以及驻澳大利亚和新西兰法国使馆墙上的标语，如果国际法院没有在核试验案中予以利用，没有人会对此关注。一国对另一国的承认，如果得到如此承认的国家没有做出任何响应，可能相当于宣布柏拉图式的爱，但这一事实并不会使承认失去法律效力，同样，如果瑞士同意遵守安全理事会的某项决定，它就受到该项承诺的约束，而不必作出任何正式的承认。

16. 斯里尼瓦萨·拉奥先生认为，与条约不同的是，单方面行为可以在任何时候被宣布无效。对此，他也表示不同意。一个国家，如单方面宣布愿意受到约束，实际上就受到了约束。国际法院在对核试验案的判决中说，单方面承诺“[不可以]被解释为暗示依靠重新考虑的裁量权作出的”[澳大利亚诉法国，第 270 页；新西兰诉法国，第 475 页]。与条约一样，单方面行为可能是一种陷阱，会使国家违背自己的意愿陷入其间；一旦表示了单方面行为，它们的承诺就不可收回。即使如有些委员所认为的那样：单方面行为，如果国际法另一主体不表示意愿，则不产生效果，他看不出有什么理由委员会不能审议该主题或者对这种行为进行编纂。

17. 在前一次会议上，他赞成卡姆托先生的建议，即特别报告员应研究单方面行为与其他国际法渊源之间的关系。科斯肯涅米先生似乎强烈反对这种研究，理由是：单方面行为不可能成为国际法渊源；它们可以产生义务，但不是规则。这是极端的教条主义立场，空洞抽象，毫无具体价值。重要的是，单方面行为如同“真正的”国际法渊源一样产生法律效力。此外，条约可以对缔约国产生特殊义务，而单方面行为则可以产生普遍而非个人化的规则，如一国对别国通过其领水的权利或者外国人进入其领土的权利实行单方面管制。如果科斯肯涅米先生喜欢，他愿意放弃使用“渊源”一词，但他仍然认为，由于卡姆托先生提出的原因研究单方面行为与建立国际法规则和义务的其他方式之间的关系，是绝对不可或缺的（因为科斯肯涅米先生好用副词）。一项条约可能有损于习惯。单方面行为是不是可能这样？当然，也许如科斯肯涅米先生热情奔放地援引的原因那样，单方面行为不能违背条约。特别报告员确实应考虑这种问题。

18. 至于第五次报告中提出的具体问题，他欢迎单方面行为的定义中不包括“自主”概念，但他承认这个概念也许适用于与单方面行为有关的法律制度；他也欢迎将“宣布”一词改为“表达意愿”，这样就留有余地。将“获得法律义务”改为“产生法律效力”在法文本中特别受欢迎，因为在法文本中，前者是“*créer des obligations juridiques*”（创造法律义务）。单方面行为可以承认或抗议原先存在的义务，但不创造义务。但是，他反对将“明确”一词列入定义，因为无论怎样，内容不明确的宣布也可以对国家有约束力。他也反对“并为该他国或该国际组织所知”等词，这一短语产生了与“明确”一样的问题，引入了一项使定义不必要地复杂化的证明要素。

19. 不明了的是，“有效的条件”和“无效的原因”是否是对等词，前者似乎更加合适。他不完全同意那些认为特别报告员对 1969 年《维也纳公约》跟得太紧的人的意见。与条约一样，单方面行为是为产生法律效力而表示的意愿。因此，利用条约法并在细节上做必要的修改，将其作为编纂这种行为的基础，并从经验出发，考虑该《公约》第四十六至第五十三条列举的各种无效原因是否能被用作条款草案中处理这个问题的基础。他认为特别报告员并没有真正努力研究这一系列的原因；一旦这样做了，委员会将能够审议除了该《公约》中提及的与单方面行为具体有关的因素以外，是否还有其他因素。

20. 例如，1969 年《维也纳公约》第四十六条涉及有关缔结条约的权限的国内法规定，但他确信，在采取单方面行为的权限方面没有这种规定。任何政府工作人员，从最普通的警察一直到共和国总统，都可以使国家在这些问题上受到约束。与特别报告员不同，他认为关于委员会第五十三届会议通过的关于国家对国际不法行为的责任的条款草案⁴第 7 条至第 9 条与本专题的关系并非特别密切。草案第 4 条规定，国家机构的行为应在国际法下被视为该国家的行为，因此该条较为适用。主要问题在于，越权或违反指示行事的机构是否在这样做时也使国家在国际上受到约束。根据关于国家对国际

⁴ 见第 2712 次会议，脚注 13。

不法行为的责任的条款第7条，答复是肯定的。因此他倾向于认为第5(h)条需要更详细地审议，然后才能提交给起草委会，因为有问题不仅是该条款的措辞，而且还有它的原则。1969年《维也纳公约》第四十七条对一国表示同意的权力的特定限制问题更是如此，特别报告员建议不要将这个问题转置于单方面行为的情况，但并没有说出这样决定的真正原因。

21. 至于有关错误、欺诈、腐败和胁迫的规定，将这些无效原因的转置所造成的问题似乎较少。无论怎样，应该对它们的表述方式做进一步思考，更加充分考虑到国家实践。如发过言的其他大多数委员那样，他认为特别报告员没有充分注意这一领域现有的丰富实践经验。国家在作出某种单方面承诺后又反悔，声称没有作出有效承诺，这种情况并非少见。即使判例法似乎也没有得到特别报告员的充分注意：在东格陵兰案和柏威夏寺案中的口头和书面答辩状中，挪威和泰国分别坚决否认自己受到约束。这两个答辩状很容易查到，可以在这方面提供宝贵教训。只有进行了适当研究，委员会才能对是否应将这些规定提交起草委员会的问题作出知情决定。

22. 他赞成这样的意见，即特别报告员没有充分积极地在绝对无效与相对无效之间作出区分。但是，无论这种区分作什么用途，有一个问题是，这种区分（对条约法来说是有效的）是否可以转置于单方面行为领域。条约法作这种区分的主要原因是为了保证国家不对相互承诺提出疑问，以免破坏法律保障。在单方面行为的情况中并不存在这种对等意愿。因此可以作两种推理：或者可以认为无效总是相对的，只有行为国才可以援引；或者可以认为，行为所针对的所有国家都可以援引其无效性。他比较赞成前面一种意见，因为就单方面行为而言，与条约不同的是，其他国家没有参与从定义上说影响到它们的权利或义务的拟订。在这方面也需要进一步研究。

23. 似乎有一种情况是，单方面行为的绝对无效性是不容争议的，不仅是因为任何国家都可以援引，而且因为就其所有后果而言从一开始就是无效的。这就是第5(f)条提及的情况，即与国际法强制性规范发生冲突的行为。另一方面，他不相信第

5(g)条所述与安全理事会决定发生冲突的行为的绝对无效性。不仅是1969年《维也纳公约》没有列入这种情况，而且问题也并不是无效性问题，而是不同性质的文书之间相互冲突的问题。这又让他回到了单方面行为与其他国际法渊源之间，或者单方面行为引起的义务与国际法其他行为引起的义务之间的关系问题上。委员会应该等待对这个问题进行的全面研究的结果，而不应急于通过一项他认为在草案关于无效一节中无处安放的孤立条款。此外还应顺便指出，第5(g)条假定了联合国的普遍性，但这种情况虽然适用于当今世界，也许不会无限持续。

24. 简言之，他不赞成将第5(a)条至第5(h)条提交起草委员会，原因不仅是他对其中一些条款的主题有保留，而且还有更加一般性的原因。他认为，特别报告员没有充分考虑到问题的极其复杂性，没有考虑到在这个领域的国家实践。如果委员会大多数委员赞成将这些条款在本届会议上提交起草委员会——但这似乎不可能，起草委员会将会面临繁重的任务，它不仅必须协调各项条款，而且还必须处理一些不属于其任务范围内的实质性问题。但是，如果要求起草委员会处理第5(a)条至第5(h)条的现有草案，那么它最好放弃复数形式“[or States]”，或许还需要通过一项一般性的条款，说明可能存在集体单方面行为的情况，或者如特别报告员在报告第116段建议的那样在评注中解释这个问题。但是他认为，第5条尚未成熟，不适于提交起草委员会。

25. 关于解释的问题，除了他在上届会议上所说的以外，他无话可说了，因为特别报告员似乎没有注意到大家对其第四次报告⁵提出的批评，反而简单地将(a)条和(b)条逐字照搬到其第五次报告。出于他在上届会议上提出的原因，他仍然对是否应将这些条款提交起草委员会的问题持保留意见。

26. 最后他以较一般性的口气说，他看不出委员会有什么理由在本届会议将它在前几届会议上决定不提交起草委员会的关于解释和无效的条款提交起草委员会。尽管可以承认，第5条纳入了特别

⁵ 见第2723次会议，脚注2。

报告员在其第二次报告⁶中对第7条提出的一些修订，但是没有作真正的实质性修订；总之，条款草案仍然没有以国家实践的适当研究为基础。虽然他并不希望看到本专题被放弃，但他想知道是否应暂停对这项专题的审议，请秘书处对单方面行为的国家实践作一项研究，或许可以与委员会一些委员，诸如辛马先生合作进行，他确已表示愿意合作。这项研究应该以起草委员会可能在本届会议上审议的第1条所载定义为基础，并在特别报告员的合作下进行。在这项研究的基础上，特别报告员可以评估、修改并扩展他的现有草案。可以作为一个紧急事项设立一个工作组，并在一个或两个下午的会议上确定要开展的研究的确切目的。虽然这样做会使本专题的工作暂停一年，但从长期来看会节约很多时间。

27. 科斯肯涅米先生说，对佩莱先生如此草率地否定他对法律渊源与义务渊源所作的区分，对关于他过分沉溺于抽象的学术理论的指责，他感到有义务为自己辩护。他认为，法律渊源与义务渊源以及有效性概念与可反对性概念之间的区分是委员会在第5条方面遇到的困难的核心，是适当理解产生法律后果的单方面行为与不产生法律后果的单方面行为之间的区别所不可或缺的。

28. 他承认，法律渊源与义务渊源之间的区别是理论上的。因此本来可以不需要的，但从这个区别出发可以进而对有效性与可反对性作出区分。第5条的措辞表明，特别报告员从有效性或无效性的角度看待单方面行为。他认为，这种观念是错误的：单方面行为实际上应该从可反对性或无可反对性的角度去看待。有效性是法律的一种特性：一项法律经议会通过，便有效，因此具有约束力。但是，单方面行为并不遵守一项法律为产生法律后果所必须达到的正式标准。相反，单方面行为在特定情况下产生法律后果，在这一特定情况下，一国的行为被解释为可以遭到若干其他国家的反对。

29. 抽象的学术理论到此为止。就较低级的实践层面而言，芬兰总统在1977年访问挪威期间通知他的挪威东道主说，芬兰接受挪威对大陆架从挪

威海岸线北至扬马延岛的权利主张。从此以后，挪威每年都要提醒芬兰说它接受了这项过分的权利主张。而且从法律分析的角度来看，这是完全正确的：芬兰再也不能对挪威的权利主张提出争讼，尽管任何其他国家当然有权这样做。换言之，芬兰总统说的话，尽管可反对，但并不享受法律所享受的那种有效性。同样的情况也可以比照适用于法国、澳大利亚和新西兰之间在核试验案中的法律交易。

30. 这与第5条的相关性是：特别报告员根据他对单方面行为享受有效性的假设，接着列举了无效性的若干条件，诸如胁迫、以使用武力相威胁或使用武力、或者行为与国际法强制性规范之间发生冲突。列举的条件中遗漏了行为无效性——或可反对性——最显著的条件，即不法行为这一简单的情况，这种行为违背法律和国家责任领域的国家义务。这一遗漏可归因于，特别报告员是从创造法律方面思考问题的；特别报告员将单方面行为放在与法律同等的层次上，因此认为，单方面行为不可能构成不法行为。这是一项错误。显然，单方面行为可以是无可反对的，或者用特别报告员的话说是“无效的”，因为它在有效的并且给予某些国家行为以可反对性特质因而使其具有意义的普通法律制度下是一种不法行为。

31. 尽管他根本不沉溺于学术上的区别，但应该承认，这种区别有时对国家行为的某些方面可能会有所启示，能为以特定方式解释这种行为提供基础。单方面行为的概念框架很有用，因为它表明，在某些情况下，国家可以受到约束，无论它们是否愿意。但是，有效性概念在这个概念框架中没有地位。此外，特别报告员的处理方法也犯了根本性的错误，他只考虑了行为国的作用，忽视了更广泛的背景情况。鉴于这一切，他对本专题是否适合编纂深感怀疑。

32. 辛马先生提到佩莱先生对科斯肯涅米先生在上次会议上的评述所做的批评，他认为这种批评过分教条，他说他完全赞成科斯肯涅米先生的意见，即单方面行为可以是义务渊源，但不是法律渊源。另一方面，他不能同意以下观点，即单方面行为与法律渊源之间的根本区别在于可反对性与有效性的区别。“有效性”一词在各语言中的意义不同，他认为问题在于“*Begriffsjurisprudenz*”。如果把某

⁶ 见《1999年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/500和Add.1号文件，第109段。

一国家首脑违背某些宪法规定做出的庄严承诺说成是“无效”的，他本人认为这样说并没有任何不对。

33. 关于科斯肯涅米先生对第5(h)条的批评，他也有一些保留。问题似乎产生自佩莱先生对“engager”一词的使用。诚然，在最广泛的意义上讲，国家机关的任何行为均可引起国家责任：如果一名警察将一名外国外交官打得遍体鳞伤，他的国家就要“engagé”。另一方面，如果一名德国警察作出承诺说德国绝不获得核武器，德国显然不会被“engagé”。对于第5(h)条，特别报告员想的是，国家的契约或单方面“engagement”是由于其声明，而不是带来国家责任的行为引起的。

34. 科斯肯涅米先生对第5条没有提及单方面行为非法性的情况表示关注，对此应该记住，国际法中的非法性绝大多数仍然是一种相对概念或双边主义概念。如果甲国对丙国作出承诺，从而违背甲国和乙国作出的某种承诺，那么，他不会愿意肯定地说，这种单方面行为是无效的。这就在国际法中产生了双边义务与对所有国家义务之间的区别问题，而后者本身与强制性义务密切相关，对于这一类义务，特别报告员在他的原始草案中业已论述过。

35. 最后，关于他早些就进行全面研究是否适宜的问题提出的建议，他无意让负担已经过重的秘书处从事这项研究。他的设想是，特别报告员，也许可以在其他委员的协助下，起草一项研究计划，根据这项计划委托私营部门的研究人员编写一份实践汇编，或许可由某些非政治性基金供资。

36. 庞布-齐文达先生说他深感痛惜。委员会刚听到有人恳请它停止这项专题的工作。但是这种请求未免太晚了一些。委员会现在正处于它必须决定是否能够并应该完成它已经集体实施的工作的阶段。他认为它不应该停止。可以认为没有完成任何工作，但这并非他的印象。他同意佩莱先生的话，即委员会今后的工作应包括对宣布单方面行为无效的手段进行分析。这是否意味着已经对阐述单方面行为的手段进行的分析应当与洗澡水一起被倒掉？他认为不应该这样。

37. 佩莱先生对斯里尼瓦萨·拉奥先生认为可以在任何时刻宣布单方面行为无效的论点提出质

疑。他本人认为，这既对，也不对。根据条约法，宣布无效的手段并非鲜为人知，但1969年和1986年《维也纳公约》都没有表明什么时候宣布无效才能被认为是可以接受的。是宣布无效的行为者才有单方面主权能力决定宣布无效的时机。对于单方面行为来说，情况更是如此：行为国可能随后认识到，这种行为不应该做出。这样，行为国宣布行为无效，是否就没有了诚意？如果行为是诚意做出的，行为国同样也可以诚意地认为它不应该做出这种行为。回到核试验案上，解开整个难题的关键是诚意，他认为单方面行为可以诚意地终止。在研究终止单方面行为的手段中，宣布无效的手段应该有其一席之地。

38. 他感到痛惜的第二个原因是有人将单方面行为制度与国家责任制度混为一谈。当人们想到一名区区小警察打了人后竟要法国承担国家责任，这时，核试验案和《伊伦声明》就烟飞灰灭了。白宫对某个人采取行动与哈莱姆区的某人殴打该个人，毕竟还是有区别的。必须相对地看待能使国家承担责任的机构：例如，我们不能将法国总统与一名法国邮递员等而视之。即使没有这种毫无帮助的推理，该专题也已经够难够复杂的了。

39. 另一个难题是，谁可以对单方面行为援用无效性。是不是只要做出了声明或者表示了意愿，任何个人都可以这样做？

40. 就他而言，他认为应该从所有完成的工作以及到目前为止就委员会本身也没有适当了解的专题进行的讨论中获取教益。就个别问题开展的工作中有些东西是可以利用的：例如，第1条定义的有些部分应予删除，但这并不意味着应删除整个条款。在解释方面出现了一些有趣的东西，这些东西也应予保留。这就是委员会目前可以开展的工作。

41. 布朗利先生说该专题困难巨大，特别报告员功不可没。他本人认为，其他一些委员显然也同意，可以就单方面行为进行一次解释性研究。他本国政府在对国家的单方面行为问题单的答复中说，它认为，任何试图使各种各样的单方面行为遵从单一一套一般性规则的办法，都是不妥当的，因此建议对与特定种类的单方面行为有关的具体问题进行

一次解释性研究。他认为这是一个很好的建议，应予采纳。

42. 在条约法中，有一个矩阵制约某几种关系和将其分成各种条约关系方面。对单方面行为来说，根本不可能这样做，实际上，“单方面行为”一词是一种非常肤浅的说法。所有单方面行为都涉及国家间的长期关系。在柏威夏寺案中已经有了 50 年的关系了。只是由于有关国家这种连绵不断的关系，单方面行为才在该案中有了法律后果。同样，《伊伦声明》也是在一种背景，一种具体情况下发表的，有些令人尊敬的评论者认为这根本就不是单方面行为，而是非正式协议。核试验案的有问题的结果使得人人震惊，而且众所周知，国际法院一直在寻找不可受理的理由，以免产生与安全理事会一个常任理事国进行交涉的问题。即使在这个例子中也存在一种关系，即有关国家之间的诉讼关系。要找到处理如此形形色色的情况的一般性规则，是极其困难的，而且每种情况都是以事实为根据的。

43. 通卡先生说，他的理解是，佩莱先生说单方面行为可以是国际规则的起源。但是，规则起源与规则渊源是有区别的。单方面行为是否真的是规则的渊源，是创建国际法规则的载体吗？如果是，那么单方面行为就是一种进程的开始，是国家实践的开始，它以惯例的形式，导致一项国际法规则的创立。但是，是否任何单一国家都应能够为他国创造规则？他认为许多国家是不会同意这样讲的，因为那将意味着这个国家被提升到超国家的地位。

44. 在无效性的原因问题上似乎产生了一种误解，其原因是第 5(j) 条的英法文本之间有差异。法文本规定，能够援引单方面行为无效性的国家是行为国，而英文本则没有提到行为国。按他的思维方式，如果一项行为的行为国必须援引该行为的无效性，将是很特别的，如果它不这样做，是否意味着该行为有效？然而，如果行为与国际法强制性规范有冲突，则该行为从一开始便是无效的。第 5(j) 条必须修订。

45. 佩莱先生说他同意通卡先生的意见，即单独一个国家不应能够为所有其他国家创造规则，即使是超级国家也不应这样，这种国家可能并确实存

在，或者至少有一个国家是这样，但这是社会政治现象，而不是法律现象。他已经举过国家管制途经其领土的权利的示例，他确信这个示例就是一种单方面行为。但是，有效性取决于与习惯规则或条约规则的关系，即与允许国家采取单方面行为的另一种普通国际法规则的关系。就单方面行为的有效性而效果而言，这就是必须要调查的问题，但特别报告员尚未这样做。

46. 他坚持其认为单方面行为可以创造规则的立场。派生规则，当然是，但国际法中哪种规则不是派生的呢？他并不喜欢凯尔森，但在一件事情上凯尔森是对的，即所有法律行为必须要得到某种授权，这是一种诸如“条约必须遵守”的授权原则，单方面行为也不例外。

47. 至于庞布-齐文达先生关于国家可以在任何时候修改单方面行为的言论，如国际法院在核试验案中所说的，这恰恰与诚信规则相反。而且，关于本专题与国家责任制度的关系，提出这个问题的恰恰是特别报告员，他本人认为应该积极探讨这个问题。国家可以承担责任，就意味着他确实承担责任吗？关于庞布-齐文达先生所举的警察示例，在单方面行为下可以使国家承担责任的范围无疑是有限度的。实际上，特别报告员提出了这个问题，但并没有充分回答。他从来没有建议放弃对这个专题的工作，相反他要继续努力确定一般性规则，而不是如联合王国政府建议的那样采取个案处理的办法。

48. 科斯肯涅米先生对芬兰不慎向挪威说的话着了迷，但所有国家，不只是芬兰，都做过蠢事。在边界争端案中，马里国家元首轻率地宣布布基纳法索与马里的边界放在哪里都无关紧要。国际法院的裁决是这种话没有表达约束自己的意图，因此马里没有表明做出承诺的意愿。他同意法院的裁决，即如果马里国家元首的话被当真，那么正义便不能伸张。国家元首在说话时没有保证国家承担责任的意图，在外交和政治讲话中往往是这样的。因此，由于没有产生法律效力的意图，也就没有单方面行为。但是，应该调查的是，外交讲话在哪一点上跨越了界线，成为国家保证承担责任的意愿的表达。国际法院研究了这类问题，委员会也没有理由不去这样做并争取制订一些标准。

49. 在《伊伦声明》中，芬兰发表了站不住脚的声明，不能被认为保证承担责任。无论怎样，这项声明仅仅是向挪威发出的。因此情况完全不同于核试验案，法院在该案中明确裁定，承诺是向世界所有国家作出的，而且有真正的意愿表达，使法国不是仅对某一特定国家而是对所有国家承担了义务。科斯肯涅米先生不能只从国际法院的决定中断章取义地选出适合于他的东西。

50. 但是，他确实同意科斯肯涅米先生所说的有些国家的单方面行为针对的是单一的一个对话者。但也有一些有约束力的条约只涉及一个对话者。双边条约对第三方的效力是一个令人极感兴趣的问题。现在，国际法院正在围绕喀麦隆与尼日利亚间陆地和海洋疆界案考虑这个问题，喀麦隆认为它可以援引尼日利亚对第三国，即赤道几内亚的一项承诺。这就是针对单个对话者的单方面行为所造成的问题，但是，条约，无论是双边条约还是参加国有限的多边条约，也会产生这种问题。他不懂科斯肯涅米先生为何要坚持认为单方面行为不是制定法律行为的意见，但是，即使我们采用他的非常限制性的法律定义，单方面行为有时仍然是实际规则的来源。

51. 科斯肯涅米先生对可反对性与有效性之间的区别很感兴趣，但是这两个概念来自两个迥然不同的领域。对有效性要问的问题是，行为是否实际上能够产生义务？这个问题得到回答后，就可以问，该行为对谁产生义务？这可以称为可反对性。单方面行为，对于有效地采取这种行为的当事方来说总是可反对的，但问题是对其他实体来说它是否也可反对。可反对性目前很时髦，它当然可以被列入有关本专题的工作，但他不明白这怎么会成为阻碍委员会研究无效性的原因。

52. 关于辛马先生提到的秘书处的研究，他回顾说，法律顾问曾明确表明，委员会有权要求开展这种研究。特别报告员在寻找国家实践的示例方面有困难，秘书处已经几次表明它能够非常出色地完成这项工作，例如在国际责任领域和水道领域。他要提出的一项忠告是，研究主题必须明确界定，也许可以由一个工作组来界定。

53. 布朗利先生提到佩莱先生赞成拟订一般性概念，反对采取分部门方法的论点时说，他不知道

什么样的立场才能为所谓单方面行为主题的全面整体研究提供一个实际基础，而不仅仅是一种概念。“单方面行为”一词毫无希望。它是描述不可能的一种缩略形式，但如果它描述实际上的国家行为，则可能会有用得多，也现实得多。委员会现在谈论的不是单方面行为，或者在某种程度上谈论单方面行为，因为柏威夏寺案并不涉及单一的单方面行为，而是涉及持续50年的一整套行为。使用“单方面行为”一词，远远没有达到开展适当分析的最低限度。有时根本不涉及任何行为。在大多数情况下涉及的是国家行为，包括沉默，而且总是在有关国家关系的特殊背景下。即使是两国间以前没有发生任何问题的学术范围内的一次性承诺，一旦作出这种承诺，也许关系就会有所发展。

54. 一种行为形式构成一国态度的证据。国际法庭作出的裁决中有很多是国家态度构成决定性证据的案件。态度可包括对某些事项的行为、声明或沉默。法院常常注意到国家保持沉默或没有否认某一事实。在科孚海峡案中，法院就阿尔巴尼亚了解萨兰达海湾水雷情况的途径所做出的裁决，部分依据的就是阿尔巴尼亚的态度。因此很难找到一个单一的主题，即使采取分门别类的办法，在实际应用中也会有问题。

55. 斯里尼瓦萨·拉奥先生说，他一直赞成单方面行为的专题，并感谢特别报告员努力确定专题的基本方向。单方面行为是表明国家态度和行为的一项重要手段。单方面行为，即使其本身没有被完全承认为法律行为，但通过应对、反应、沉默或其他方式，肯定是最终造成国际义务的一个要素。如果特别报告员只着重于这种行为的作出，即行为的发生，他就是只限于论述问题的一个方面，没有表明单方面行为，单独或与其他因素一起，可以在何时被当作一种法律义务。佩莱先生似乎指出有几种途径可以做到这一点。但是，条款草案尚未提供任何机会，使人们在可以说单方面行为已成为法律义务之前看到问题的另一面是什么。在审议单方面行为是否可以造成法律义务时，还必须弄清如何终止法律义务的问题。

56. 有人声称，单方面行为引起的义务与条约引起的义务不无二致。两者都可以通过各种手段终止。如果情况如此，那么国家可以很容易地终止对

国家没有任何其他约束的单方面行为，诸如禁止翻供或默许等。处理单方面行为，必须要看其来龙去脉，这有助于确定这种行为是否引起法律义务。但是，法律义务并不是自动产生的。有些国家真诚地认为，当它们发表一项声明时，就会产生若干义务。但是这仍然是单方面的，因为国家仍然可以随意宣布无效。如果不将所有上述因素考虑进去，单方面行为将仍然是一种有趣的行为，但仅此于此。

57. 加亚先生说，佩莱先生在论说有效性与可反对性之间的区别时可能言过其实。他似乎是说，一旦国家有意受到约束，就存在着有效的单方面行为，即使这种行为只对该国是可反对的。他本人认为，不能完全孤立于其他国家来看待单方面行为。如果没有起码的双边关系，即该行为在与其他国家的关系方面产生后果，那么就没有什么东西可以被认为在国际法下具有约束力了。这并不意味着有效性的问题不能与可反对性的问题相区别。辛马先生举的一个示例说一位国家元首发表了一项声明，但没有得到必要授权，这个示例会产生有效性的问题，尽管可反对性可视情况而定，可能只影响到一个其他国家或多个其他国家等等。如果不对任何国家具有可反对性，那么就不必去管有效性了。

58. 埃斯卡拉梅亚女士说，她认为需要有关于单方面行为的某种一般性理论。如果委员会局限于特别报告员提到的四种行为，它可能会漏掉也被认为是国家的单方面行为的其他许多行为。国家的单方面行为就是国家要借以产生某种效果的行为，但她认为使其感到不安的是这些效果必须成为义务。她还对关于必须有双边关系或三边关系的说法提出疑问，关系可以是全面的。举例来说，葡萄牙总统和外交部长不断声明支持东帝汶的自决权。这是一国在国际论坛上的单方面行为，为的是要产生效果。这实际上不是一个可反对性的问题；有些单方面行为是针对整个国际社会的，目的是重申或解释现行法律。因此，她对情景化的情况感到忧虑。许多行为属于一般类别的单方面行为，但不属于承诺或放弃。这也是为什么要有一般性理论的另一个原因。建立一般性理论之所以是可能的，是因为无论什么时候，只要一国想采取某种单方面行为，都有适用的规则——谁可以采取这种行为，怎样可以认为这种行为有效，如何保证它没有缺陷等问题。还

可以适用其他许多规则。如果委员会能够简单而坦率地看待单方面行为的实质，那么它凭借一般性理论就可大有作为。有些规则适用于所有情况。如果委员会热衷于讨论单方面行为是否国际法渊源的问题，则这个问题对它的工作并无必要，会造成很多问题，而那些问题在某种程度上是可以避免的。

59. 卡姆托先生说，他完全同意佩莱先生关于有效性和可反对性的评述。一种行为，如果无效，这种行为就是无可反对性的。因此可以说两者互为关联，虽然在概念上有区别。

60. 委员会正在处理一个有大量判例存在的主题，这是第一次。提到的案例有东格陵兰案和核试验案以及其他案件，这些案件都涉及到单方面行为的问题。委员会并没有创造这个概念。在本阶段，委员会应采取建设性的态度，对佩莱先生的建议发表意见。如何在这个专题上取得进展？辛马先生几天前提出了一些建议，他表示赞同：即就单方面行为的提出及其有效性，换言之就单方面行为在法律上的条件，确定一套一般性规则。

61. 效力问题是另一个方面，由于单方面行为多种多样，因此可以把重点放在报告中提出的四类行为。这样做，委员会将对国际社会提供很大的帮助。问题是决定什么可以被认为是单方面行为，什么可以被认为不是单方面行为，因为并非所有的国家声明都是单方面行为。这些建议应该研究。他赞同对实践进行研究的建议，此项工作可由一个工作组来完成，他也同意这样的意见，即并非特别报告员到目前为止提出的一切都必须放弃。有些条款草案和批评意见是措辞问题，而不是一般性的问题，例如，既谈意愿，又谈意图，是同义反复。因此，委员会可以把重点放在具体的效力类别方面。

62. 布朗利先生说，听上去有建设性，很不错，但要真的有建设性，又是另外一回事了。在我前面发言的人都没有提出确凿的证据说明存在着一般性原则。卡姆托先生援引了国际法院的案例法，证明存在着单方面行为的一般性概念的说法。但是，情况并非如此。每一个案件都与事实相联。国际法院并没有依赖单方面行为的一般性理论。例如，柏威夏寺案没有提到这种理论。

63. 佩莱先生指出，在核试验案中，国际法院明确地说，“这是得到确凿承认的”[第43段]。这本身就是一种一般化，这是一种令人感兴趣的一般化。

64. 如果不可能实现一般化，这意味着一切取决于实际情况。这当然是对的，但这并没有使委员会卸下争取确定少量法律规则的任务，有了这种规则，就可以说，在具体情况下，国家通过单方面表达意愿来作出承诺。他认为不这样做是说不过去的。努力使各种不同的意见统一起来，这就是法律及其编纂者的职能。一开始就断言这项目标永远达不到，是毫无意义的。有少量的原则可以做各种解释，但这是法学家的事情。因此他同意布朗利先生的出发点，但他完全不同意他的结论。

65. 布朗利先生说，核试验案通常是在诚信原则方面予以援引的。委员会也许应研究这项原则。

66. 主席以委员会委员的身份说，他希望特别报告员处理辛马先生提出的意见。

67. 罗德里格斯·塞德尼奥先生（特别报告员）说，由于时间限制，他将只论及讨论中提出的有些评述，并在以后的答复中再更详细地论述所有问题。先谈一下布朗利先生提出的最后一点，他认为单方面行为不能只局限于国际法院对核试验案的裁决。边界争端案和其他裁决也应予以考虑，还应考虑一般性的单方面声明。委员会不能无视单方面行为方面的现有判例和学说或者政府的意见，它们在调查表中和第六委员会上都表明了自己的立场。就是否存在单方面行为之类的国际法律行为提出疑问，在广义的国际法概念内是不适当的，因为国家不仅可以按通常做法即通过某项公约，而且也可以通过某一单方面行为履行国际承诺。

68. 委员会可以考虑暂停讨论本专题的建议，但他认为委员会不应改变方针，因为这会引起不确定性，造成法律和政治混淆，即造成国际法中是否确实存在单方面行为的混淆。如果委员会仅限于进行一项研究，那么，能否得出一项定义，并发展一种单方面行为的总体理论，或者至少制定适用于这种行为的规则？当然，委员会不可能去管制单方面行为，因为单方面行为有多种多样，产生不同的法

律效力，不能将所有单方面行为混在一起。可能会制定一些规则，但也许不对所有情况下的法律效力做出规定。

69. 委员会必须对该章的其他部分做出评述，并决定将哪些内容提交起草委员会：大概是定义和前两条。然后，工作组可以处理与解释和其他方面有关的问题。

下午1时散会。

第2727次会议

2002年5月30日，星期四，上午10时

主席：罗伯特·罗森斯托克先生

出席：马里先生、布朗利先生、坎迪奥蒂先生、池先生、科米萨里奥·阿丰索先生、达乌迪先生、杜加尔德先生、埃斯卡拉梅亚女士、丰巴先生、加亚先生、加利茨基先生、卡巴齐先生、卡姆托先生、卡米沙先生、科斯肯涅米先生、库兹涅佐夫先生、曼斯菲尔德先生、蒙塔兹先生、尼豪斯先生、斯里尼瓦萨·拉奥先生、罗德里格斯-塞德尼奥先生、辛马先生、通卡先生、薛女士、山田先生。

本届会议的工作安排（续）*

[议程项目2]

1. 主席说，经过非正式磋商，有人提议委托山田中正先生担任“共有的自然资源”这一专题的特别报告员。

就这样决定。

国家的单方面行为（续）

(A/CN.4/524; A/CN.4/525 和 Add.1 和 2;¹ A/CN.4/521, D 节)

[议程项目 5]

特别报告员的第五次报告（续）

2. 薛女士说，国家的单方面行为是国际法律关系中最为复杂的领域之一，这一点也说明了为什么委员会在经过十分激烈的辩论之后会在这个问题上出现分歧。也许委员会应该花一定的时间来考虑其工作的方向，以便使特别报告员所做的努力发挥最大效用。这项专题的复杂性可归因于在单方面行为方面国家实践的丰富性。国家经常发表各种各样的宣言或声明，其中可能载有承诺、抗议、承认或弃权，而单方面做出的承诺可能成为一项义务，而且常常是作为第三方解决程序的一部分。然而，与条约关系不同的是，单方面行为充满了法律意图、其效力的时间和范围及其与现行条约义务关系方面的不确定性。因此，在确定单方面行为的行为人是否受该行为约束时，间接证据就变得非常重要，甚至是必不可少。与各种国际法院一样，只要涉及到法律权利和法律义务，各国都变得十分慎重。这也说明了为什么特别报告员起草的条款与 1969 年《维也纳公约》关于权限、无效和单方面行为的解释的条款相类似的原因。然而，委员会在某些方面还需要十分谨慎。

3. 首先，就条约而言，无论国内国外，都有某些权威的程序规则赋予条约规定作为法律渊源的合法性。此外，对所有缔约各方来说，受条约规定约束的法律意图是明确无误的。然而，单方面行为常常缺乏这些主观和客观因素，仅靠学说和研究工作也无法填补这项空白，究其原因，不是因为单方面行为实施得很糟糕，而是因为它们的美妙之处往往在于它们的模棱两可。

4. 其次，单方面行为是属于法律渊源还是义务的根据，这一问题是在制定规则与产生法律效力之

间相互混淆的结果。如果把单方面行为放到真实生活具体背景下加以考察，人们就会发现，在某些情况下，单方面行为可以为行为国创设义务，而这种义务常常还决定该国未来的行为，而且其他国家还可能依赖这一行为。然而，无论是作为权利还是作为义务，单方面行为的法律效力都不可能单独成立；它们必须受国际法的支配。如今，国家不可能提出或承认对南极洲的任何领土主张或超过 12 海里领海的主张。如果委员会脱离现行法律尤其是条约关系的环境来谈单方面行为，并且仅仅把它们看作是创设权利和义务方面的法律效力，就可能很容易迷失方向，因为这种做法太过于强调阐述这些行为的标准。在国际法中，诸如承认等形形色色的单方面行为都可能对国际关系产生影响，这不仅仅是阐述这种行为所依据的条件和标准的问题，而且是一个令人关注的事项。因此，令人奇怪的是，虽然特别报告员采纳了 1969 年《维也纳公约》中的许多条款，但在他的条款草案第 1 条中却没有包括该《公约》（第二条）所载的“受国际法支配”的措辞。

5. 第三，加入一些有关单方面行为的规则将有助于实现稳定国际关系的有益目的，但考虑到单方面行为的性质，应该谨慎地处理这一专题。然而，在找到一种普遍的行为模式之前，必须首先全面研究在这一领域的国家实践。辛马先生提出协助特别报告员对国家实践进行全面研究，这无疑会作出有重要意义的贡献。在这件事情完成之前，是笼统地开展这项工作，还是开始特定单方面行为的研究，做出这样的决定还为时尚早。

6. 坎迪奥蒂先生说，他希望起草委员会在本届会议上审议在委员会第五十二届会议上向其提交的条款草案第 1 至第 4 条。² 自那时以来，特别报告员提交了新的条款草案，并且就今后如何开展有关这一专题的工作提出了一些想法。特别报告员在其第五次报告（A/CN.4/525 和 Add.1 和 2）第 48 至第 81 段中重新审议了单方面行为的定义（条款草案第 1 条）问题，最后重复了他先前的提议。对此他有四点评论意见。

* 续自第 2721 次会议。

¹ 转载于《2002 年……年鉴》，第二卷（第二部分）。

² 见《2000 年……年鉴》，第二卷（第一部分），第 92-93 页，第 517-525 段。

7. 首先, 应该明确说明这类行为严格意义上的单方面性, 因为正如国际法院在核试验案中所指出的那样, 单方面行为不需要国际法除其行为者以外的任何主体表示任何形式的意志。其二, 成为意志表示的特征的“明确”一词不是必需的, 因为它所涉及的是解释问题, 而非定义问题。其三, “在一个或一个以上的国家或国际组织的关系上”一语可以用更简洁的措辞代替, 特别是因为, 正如一些委员所指出的, 提出单方面行为既可以是对于所有人产生法律效力, 也可以是对既不是国家也不是国际组织的一切人或实体产生法律效力。重要的是这一行为在国际法律制度中产生了后果。国家或国际组织必须了解意志表示这一条件是多余的, 因为意志一经表示, 它就会被外在化, 因而也就出现了被知道的可能性。单方面行为的定义中应该包括并且可以把它与1969年《维也纳公约》所载的条约定义区别开来的另一项内容, 是国际法院在核试验案中也提请注意的、意志表示形式的不相关性。因此, 最好选择一种较为简单的单方面行为定义, 即: 为“本条款的目的, ‘国家的单方面行为’指国家明确表达其所作出的意愿, 并意图使该意愿在该国同他国或国际组织的关系上产生法律效力, 该意愿并为该他国或该国际组织所知。”

8. 关于引起单方面行为无效性的原因, 特别报告员在条款草案第5(a)条至第5(h)条所举的八个示例中重新拟定了原第5条所载的规则。重新拟定的规则中包括了集体或联合单方面行为的思想, 这种情况必须加以规定, 但为了简化案文, 也为了避免与多边行为相混淆, 最好单列一条或在评注中加以论述。在目前阶段, 对这八个示例中的内容和措辞像这样详加分析也许并无必要, 因为对单方面行为无效性方面的实践和判例尚未展开充分研究。较好的办法是阐明一项一般规则, 说明这种行为有效性的条件, 即这种行为的内容是否具有实质上的可能性, 国际法上是否允许这种行为, 国家机构是否有能力实施这种单方面行为, 意志表示是否具有瑕疵, 是否属于公知的事项, 是否意图在国际一级产生法律效力。如果没有这种一般性的规定, 无效性的各种原因就不可能归入行为的不法性和意志表示的瑕疵这两项标题之下。在上届会议上讨论过这一问题的工作组应该再次开会详细审议第5(a)条至第5(h)条, 同时应牢记在辩论期间所提出的评论意见和建议。

9. 特别报告员在第五次报告中还为第四次报告³所载的关于单方面行为的解释的条款草案提出了新措辞。新措辞依据的是1969年《维也纳公约》和单方面行为始终是一项书面声明或文件的原则, 然而, 还必须确立比条约解释的规则更具有普遍性的灵活规则。意志表示不一定非得采用书面形式, 也不一定非得采取单独的文书或声明的形式。特别报告员在第五次报告第127段中提请注意国际法院在渔业管辖权案(西班牙诉加拿大)中采用的基本标准, 这些基本标准中包括这样一项标准, 为了确定国家是否有通过单方面行为使其在国际上产生法律效力的意图, 应尽量采用通过对意志表示所做的自然而合理的解释推断出这一意图的方式, 同时考虑到意志表示之时存在的背景和情况——包括单方面行为对其他行为主体产生的信任程度或合法预期, 以及打算达到的目的。因此, 应该把这两项关于解释的条款草案提交起草委员会, 并要求起草委员会在一个足够广泛的、关于单方面行为的解释的一般规则中把所有这些要素都纳入进去, 其办法是把序言和准备工作的用途等细节问题改为评注, 但条件是必须稍后起草针对某几类行为的解释规则。

10. 特别报告员在第五次报告第136至第147段中详细论述了根据法律效力对单方面行为进行分类的情况, 他认为完成这项任务不仅是可能的, 而且也是必需的。在委员会收集和分析有关国家实践的资料方面取得更大的进展之前, 进行这种分类或许有些操之过急。各国政府在其对问题单的答复或在第六委员会发言中所引述的法学著作对此持有共同的观点, 这些法学著作论述了特别报告员提及的四类典型的单方面行为(许诺、放弃、承认和抗议)的情况, 而特别报告员本人也指出, 一些单方面行为兼有其中好几个类别的特征。

11. 特别报告员在第五次报告第二章中提请委员会注意一系列问题, 其中包括单方面行为产生法律效力的时间问题, 并且提出了相应的条款草案。条款草案第7条以1969年《维也纳公约》第二十七条为基础拟定, 其中指出, 单方面行为就其性质来说是具有约束力的。该项规定当然也适用于承诺等

³ 见第2723次会议, 脚注2。

行为，之所以做出这种行为，其目的在于为行为人设定一项义务，但它不可能作为一项一般规则，因为不一定可以说抗议对提出抗议的国家有约束力。在这一专题目前的研究阶段，条约必须遵守的规定不可能比以下声明更具约束力，即行为国有义务对该行为采取一致的处理方式，同时要考虑到善意原则和尊重该行为所产生的信任程度和合法预期的必要性，而且还要牢记单方面行为具有多样性。只有在委员会开始涉及到具体类型的单方面行为时，才有可能更加具体地说明每一种行为的法律后果。例如，还要考虑到许诺的约束性质、承认的可反对性、抗议的不可反对性以及弃权声明的不可撤销性的问题。

12. 特别报告员在第五次报告第四章最后一部分论述了条款草案的结构和这一专题今后的工作，而且他把这一专题分成了所有单方面行为共有的规则和仅适用于一定类别行为的规则两部分。这一提议作为起始点是可以接受的，而且应该提交起草委员会做必要的改进和重新拟定。例如，关于具体规则的第二部分不应该局限于适用于国家据以承担义务的承诺和单方面行为有关的规则。它还应该包括与其他类别有关的具体规则，例如弃权声明必须明确，保持抗议的必要性及撤回抗议的可能性，以及承认的形式和后果及撤销承认的方法和限制。第四章初步介绍的一些问题还涉及到针对特定类别行为的规则，同时也涉及到一些一般性规则。工作组必须详细审查所有这些问题。

13. 同时还希望另外一些国家以业已提供在单方面行为方面的国家实践资料的国家为榜样。佩莱先生建议请秘书处拟定一个尽可能广泛的国家实践、尤其是近代和当代国家实践的清单，这一建议非常适当，其中还可以补充进去辛马先生的提议，即可以由一个机构对这一问题的研究提供支持。因此，特别报告员应该在非正式工作组的协助之下拟定一项工作安排，确定这项研究的目的，并根据四种典型的单方面行为类别的具体示例着重对实践进行分析。一旦可以获得这方面的资料，委员会就能够决定还需要开展哪些工作才能最终敲定一般规则和具体规则草案。因此，他提议委员会应作出一项赞成佩莱先生和辛马先生提议的决定。

14. 辛马先生说，对有关单方面行为国家实践问题单做出回答的国家很少，这也许只能从这种行为在国家实践中普遍存在这一事实中得到解释。他自己的提议是，应该寻求德国的某个机构的财政支持，这就意味着必须由德国某个研究机构提出这一请求。因此，他准备与特别报告员一起提出这一请求。这一提议和与秘书处有关介入的提议并不相互排斥。这只不过是找到一种把它们结合起来的好办法。

15. 达乌迪先生说，尽管第五次报告所载的资料非常丰富，但他不能肯定其中所提出的规则是否适用于所有单方面行为，因为单方面行为的分类多种多样，其法律制度、效力和组成方式也各不相同。在对单方面行为做出定义之前，应该采取纵向的方法更深入地论述各有关行为，从而使有可能随后采取横向的方法，以便确定这种行为是否具有可以其为基础制定出适用于某些类别行为的一般规则乃至特殊规则的共同特征。因此，目前阶段不应该采用应该在研究结束时才能得出的定义。这种纵向研究应该在国家实践的基础上进行，因为虽然学说和判例都是国际法的第二位渊源，但就目前来说仍然不够充分。此外，研究还不应该局限于少数答复了问题单的国家实践。因此，关于从国际法上对单方面行为的实践进行研究，这项工作可由秘书处完成，可能还要如辛马先生所建议的那样有一个研究机构提供协助。

16. 从理论上讲，单方面行为是国际法的一个事实。它们的法律意义当然只能以条约必须遵守的原则为基础，但在实践中，单方面行为的约束性所依据的是善意原则和对于保障国际法律关系的安全所表现出来的关切。单方面行为不是法律渊源，但在某种条件下，它们对行为国具有约束力。

17. 就有效性的条件而言，正如特别报告员所提议的那样，经过适当变更后，在谁可以使国家受到约束的问题上采用 1969 年《维也纳公约》第七条的标准是有益的。不过，还必须在国家实践中确定是否还有其他机关可以在具体领域使国家受到约束。然而，提及委员会第五十三届会议通过的关于国家对国际不法行为的责任条款草案⁴第 7 和第 8 条

⁴ 见第 2712 次会议，脚注 13。

规定，以及根据一名委员的建议提及第4条的内容就不必包括在内，因为其中所涉及的不是责任，而是对国家具有约束力而且不可能简单地由国家一名官员做出的意志表示。

18. 关于单方面行为目的的合法性问题，不仅应该考虑到特别报告员提到的违背绝对法的单方面行为的情况，还应该考虑到违背习惯法的单方面行为问题——叙利亚政府确定叙利亚领水的界限为自海岸算起35公里的1980年声明的示例就说明了这一点。由于这一决定引起了强烈抗议，尤其是美国，声称它仅承认通常的三海里区，叙利亚政府随后收回了这项决定，以遵守海洋法承认的规则。在这种情况下，违背习惯法的单方面行为引起了抗议，即否认该行为有效性的单方面行为。然而，如果其他国家保持沉默，也不能排除这样的可能性，即一项单方面行为标志着国际习惯改变和得到法律决定证实的新实践的开始。

19. 他在谈到绝对有效性与相对有效性的区别时指出，只有行为国可以否认做出单方面行为人的权限。他不敢肯定其他国家是否也可以援引这一理由。

20. 就违背安全理事会决定的单方面行为而言，有必要区分具体情况。他不能确定是否可以因为有关行为违背了安理会根据《联合国宪章》第六章提出的建议而援引无效性，正如在实践中可以看到的那样，这些建议没有得到国家的执行。然而，违背安理会根据《联合国宪章》第七章做出的决定的单方面行为是无效的。《宪章》第一百零三条没有提到单方面行为的无效性问题，但的确指出《宪章》的原则优于与之相抵触的单方面行为。

21. 他在谈到解释问题时指出，所涉及单方面行为通常是在外交部内仓促拟定的，一般不涉及准备工作。

22. 加亚先生在谈到达乌迪先生关于谁可以援引单方面行为无效性时说，在叙利亚政府关于扩大其领水范围的声明的示例中，是行为国以外的国家由于该行为对这些国家产生了不利影响才质疑该行为的有效性。

23. 主席在以委员身份发言时问加亚先生，他是否认为可以援引行为无效的仅限于受到该行为影响的国家，以及是否可以认为，既存在着影响一些国家的行为，也存在着影响所有国家的行为，而且这一点决定了各国是否可以对单方面行为做出反应。

24. 加亚先生说，就海洋法来说，所有国家都受到影响。在其他情况下，只有一些国家受该行为的影响，诸如受特定条约约束的国家。

25. 罗德里格斯-塞德尼奥先生（特别报告员）在总结国家的单方面行为这一专题的辩论情况时说，对他的报告所做的评论有时是批评性的，但又很有建设性，这些评论意见涉及到这一专题的总的方面以及他的研究的可行性，一些委员还质疑国际法上是否确实存在单方面行为，拟定有关其功能的规则是否重要和可行。委员们还对提交委员会审议的案文提出了一些具体问题。

26. 关于一般性评论意见，一名委员说，他担心这项研究不能取得进展，因为经过五年的工作一些基本问题仍未得到解决。然而，只有在委员会就如何处理这一专题达成最低限度的一致意见之时，才有可能取得进展。理论方法非常重要，但实践方法也同样十分重要。委员会必须深入地审议这一专题，同时还要考虑到各国政府的意见，这些意见不仅见之于它们对问题单所做的答复，而且也见之于其在第六委员会中的发言。因此，他同意辛马先生的提议，即应该建立起一种在某一外部私人机构协助下对国家实践开展研究的机制。只有这样，委员们才可以按照他过去几年所请求的那样传送关于他们各自国家实践方面的资料，但其中不应该侧重于最近的案例，因为它们可能具有争议性。

27. 辩论过程中出现了各种倾向。对一些委员来说，单方面行为是不可能加以编纂的，因为它们在国际法上根本就不存在，也不会产生法律效力。换句话说，它们既不是国际法的渊源，也不是国际义务的渊源。对其他委员来说，这一专题十分艰难，要想取得进展就必须重新审查所采取的方法。另外一些人则认为，尽管它们疑虑重重，但他们还是认为这一主题事项是可以编纂的，而且必须制定规则保障国家之间的法律关系。因此，一位委员建

议：委员会应该首先查明是否存在单方面行为，如果存在，则应该确定它们适用那种制度。对于绝大多数委员来说，而且他自己也认为，单方面行为确实存在。它们时常在新闻中出现，而且这是应该考虑的第一件事，但它们并不总是涉及一项法律承诺。接下来还要确定的是，这种行为是政治性的还是法律性的，如果属于法律性的，它们属于何种类型的法律行为。委员会的研究所涉及的是，尤其从正式角度来看，属于单方面但与此同时本身又自动产生效力的行为。据说国家意图是确定行为性质的基本要素。那么，国家单方面意志的表示足以使该行为产生法律效力吗？问题在于这种行为是否确实属于单方面的，换言之，即非约定的，从而属于具体规则可能的主题，尤其他们是否可以被看作该术语严格意义上即产生法律效力的法律行为。从大多数人的观点来看，单方面行为在遵守某些有效性条件下可以对行为国产生约束力。法理学并不侧重于国际法院 1974 年在核试验案中做出的判决，尽管它是对许诺的研究所依据的一项主要参考，而许诺是学说上界定最好的单方面行为之一。包括柏威夏寺案和渔业管辖权案（西班牙诉加拿大）在内的各种案件还作出了其他重要判决。在所有这些判决中，国际法院都指出，有关单方面行为由于它们的做出方式都具有特殊性，因为它们不同于协议行为的做出方式。

28. 第五次报告第二章提请注意有必要拟定有关单方面行为约束性的规则，并可以参照 1969 年《维也纳公约》所载的条约必须遵守的原则对其加以界定。这种承认将是朝着编纂有关单方面行为的规则方面迈出的一项步骤。也许可以起草一项规定条约必须遵守的原则加以界定，但这一问题需要工作组下周开会做进一步的研究。

29. 一些委员认为，单方面行为就其本身来说并不是一项制度，而是与现行制度不相关的行为。另外一些人则认为，这种行为不为国家创设义务，而是带来期望，因此没有必要拟定普遍适用的规则。对另外还有一些人来说，法律关系不局限于由于条约或习惯规则产生的关系，国家不可能受单方面行为等其他方式的约束，这种行为根据他所赞成的一些委员的看法是国际法上确立已久的制度。单方面行为不是《国际法院规约》第三十八条意义上的法律渊源，而就创立国际法规则的方法来说，第

三十八条是一项主要参照物。然而，单方面行为不可能成为义务的渊源。一位委员问单方面行为是否必须是相互的。根据学说和判例，单方面行为的主要特征在于，它们不需要对方接受或做出其他反应便可产生法律效力。此外，必须把相互性与行为国的关注事项区别开来。还应该指出的是，即使在协议领域也并非总是存在相互性，因为条约不可能包括没有相互性的承诺。

30. 一些委员说，既然由于可能的主题事项的种类太广泛不可能制定出一般性规则，最好把研究范围限于两种单方面行为，即许诺和承认。他自己认为，草拟关于单方面行为作出和解释的共同规则是可能的。单方面行为是单方面的意志表示，这在任何情况下都是一样的，而无论其内容或法律效力如何。这是赋予四种公认的单方面行为即承认、放弃、许诺和抗议中每一种行为以法律效力的国家意图。一些委员则认为，重要的是所产生的效力而非意图。然而，为了确定某一行为的法律效力，首先必须确定它的性质，并相应地确定行为者的意图，这就涉及到解释问题。因此他认为，可以制定出一个共同的定义和适用于所有行为的共同规则。这将是工作组要完成的任务。

31. 这个专题当然十分复杂，但如果能够就某些观点达成共识，就可以继续开展有关这一专题的工作。委员会中的大多数委员似乎都同意这一意见。一些委员建议暂停这项工作，以便在国家实践的研究方面取得进展，但他不同意这种看法。他认为委员会可以继续已经开始的工作，并在稍后再审议实践问题。

32. 他不仅反对暂停，而且反对按委员会一名委员所建议的那样完全放弃这一专题，因为这样的决定将违背委员会先前向国际社会发出的信息，即国际法律关系的安全十分重要，对单方面行为的作用方式进行编纂可以有助于在这种关系中建立信任。因此他建议工作组首先应试图制定出所有行为的共同规则，以后再侧重审议适用于许诺或承认等特定类别的单方面行为的具体规则。

33. 他在谈到对第五次报告涉及的各种观点所做的评论时说，他认为委员会的委员们普遍同意，条款草案第 1 条所载的单方面行为的定义可以适用

于所有有关行为。一些委员当然也对是否有必要把“明确”作为意志表示的特点表示疑问，提及其中一些行为可能的模棱两可性，并且询问单方面行为是否真的必须为人所“知晓”。所有这些问题都可以由起草委员会加以解决。还有委员指出，还应当考虑到是否有可能把单方面行为对象的类型扩大到除国家和国际组织以外还包括诸如解放运动等实体。这一点如果不在条款本身的正文中处理的话，似可在评注中加以处理，但这也要由起草委员会做出决定。

34. 关于单方面行为的作出问题，尤其是谁有权代表国家行事并在国际上使国家受到约束，出现了两种倾向性观点。一种希望把有资格作出单方面行为的人限于具体的人，其中包括1969年《维也纳公约》第七条所提到的人，而人数较多的另一种倾向性观点则认为，这种资格必须扩大到其他人，即使不是扩大到国家授权作出有可能影响其他国家的单方面行为的所有人。在这方面，委员会中的一些委员提请注意报告第93段，其中提及委员会第五十三届会议通过的关于国家对国际不法行为的责任条款草案第7至第9条。他在这一段想说的是，这些条款或者也许还有第3条规定的责任范围的扩大，在单方面行为的情况下并非有效或适用，因为这两个主题事项在国际法上的发展情况不同，应该加以考虑的因素也各异。

35. 关于单方面行为有效性的条件与无效性的原因，一些委员表示，最好不要区分绝对无效性与相对无效性，而其他委员则认为，这种区分可能很有用。他本人认为，“绝对”或“相对”无效性的概念在确定谁可以援引行为无效性方面发挥重要作用。正如报告所指出的，当有关行为有可能绝对无效时，例如违背国际法强制性规范的行为或在胁迫下做出的行为，任何国家都可以提出行为无效。这是符合普遍利益的，然而，在其他情况下，问题就不同了。提出错误是无效性的原因的资格归属有关国家，在这种情况下，无效性是相对的。这种行为可以由行为国按照维也纳条约法制度的明确规定以明示方式或通过后续行为的方式加以确认。在这方面，另产生了一个问题。就抗议而言，是对象国可以错误为由或以任何其他关于相对无效的理由提出行为无效。就许诺而言，是行为国可以提出行为无效。情况因行为的不同而各异，但这并不意味着不

可以制定适用于所有单方面行为的规则。提出行为无效的可能性将留给国家——或者行为国或者对象国，或者换言之，留给已经确立了契约关系的国家。

36. 他再次提醒说，单方面行为必定引起双边法律效力，但这并不意味着它属于协约性质，并因此受维也纳制度的支配。

37. 关于论述单方面行为原因的第5(a)条至第5(h)条，一些委员正确地指出，“同意”一词指的是条约法，因此不属于单方面行为的范畴。至于单方面行为不符合国家法强制性规范（绝对法）的问题，他赞同以下建议，即还应该考虑到1969年《维也纳公约》第六十四条，其中涉及到出现新的一般国际法强制性规范（绝对法）的问题。谈到单方面行为由于不符合安全理事会决定而无效的问题，委员会一些委员表示，必须具体指明决定的类别：仅仅指那些根据《联合国宪章》第七章或在该框架下做出的具有约束力的决定，还是也包括在《宪章》第六章框架内做出的必须明确说明的决定。也许只应该考虑根据《宪章》第四十一和第四十二条通过的决定。委员会一些委员还谈到单方面行为由于与国家先前根据协议或单方面承担的义务不一致而无效的问题。他本人认为，这不应是一个行为无效性或者有效性瑕疵的问题，而是一个规则冲突的问题，这一问题受维也纳制度中不同于条约无效性规定的有关规定的支配。

38. 在比较单方面行为专题与委员会议程上的其他专题、尤其是国家责任的专题之后，他提醒说，就后者而言，国家因而承担国际责任的作为或不作为，即使不始终是，也通常是单方面行为。是不法行为造成了一种不同情形，并且不适用无效性的概念。构成违反国际义务的单方面行为作为违背国际法的行为，属于不法行为，而不法行为是无效的，亦不产生任何法律效力。这时候就要由国际责任来发挥作用。

39. 他在提及条款正文中“援引”一词的使用被认为没有必要时说，这一术语出现在1969年和1986年两项《维也纳公约》的相应条款中。就审议的案文而言，它提到的可能性是国家可以援引无效性的原因。援引无效性属于另一种不同情况。无论怎样，无效性不能仅由法院确定。

40. 委员们对条款草案 (a) 条和 (b) 条涉及的单方面行为的解释问题发表了重要的评论意见。尽管委员会一些委员认为讨论这一问题为时尚早,但他认为解释的规则至关重要,现在应该予以审议。只有通过解释才能够确定行为是否属于单方面性质,是否合法,是否产生法律效力,从而对行为国产生约束力,以及该行为是否包括在诸如条约法等其他制度中。此外,委员会和第六委员会都强调,共同的解释规则可以适用于属于该专题范围内的单方面行为。尤其是关于解释规则,委员们对参照行为国意图的问题进行了评论。他重申,对行为必须根据声明的措辞在其背景即正文本身及其序言和附件中的意义善意地加以解释。确定行为国的意图是必不可少的。不仅可以从口头或书面声明的措辞在特定背景下根据具体情况推定出行为国的意图,而且还可以在无法按照一般解释规则确定含义时,用准备工作等补充手段推定出行为国的意图。然而,既然有人对利用准备工作表示了疑问,他已经把这一措辞放在了 (b) 条的方括号内。不过他还是认为,尽管可能会出现这个问题,还是有可能利用准备工作的,诸如外交部或参与做出这一行为的国家机关的内部通讯。无论如何,只要与“在可能的情况下”、“在必要时”等措辞或者提及利用准备工作的可能性的任何其他措辞结合起来,并同时承认这样做既不是轻易的,也不是经常的,那么就不存在任何妨碍利用这种补充解释手段的问题。

41. 委员会一些委员提请注意有必要在正文中明确提到解释的局限性。这种有意义的观点可以消除人们的下述担心,即任何行为终究都可能对国家产生约束力,或者国家可能受到其任何一名代表做出的任何行为的约束。在解释方面的司法判决是很明确的,在领土争端的案例中尤其如此:所述行为并不具有法律性,因此属于另一种性质的行为。它可能是政治性的,但对行为国却没有约束力。

42. 关于无效性原因和解释问题的条款草案很可能提交起草委员会,这样它就可以确定是否先拟定所有行为共同的条款,然后再论述提出的实质性问题并指明是否应该增加或删除规则。

43. 在讨论过程中,有人提到了国际法上一些所谓的“典型的”单方面行为(放弃、许诺、抗

议、承认),但这一说法并没有为所有人所接受。就承认而言,有人就提出了国家承认一种情形、权利或法定请求权的行为的不可撤销性,尤其是一个国家的承认行为的不可撤销性,虽然该问题由于看起来不适合拟定共同规则而尚未加以审议,但还是应该加以某种程度的讨论。承认的行为或承认的声明确实会产生法律效力。就承认一个国家而言,有好几种考虑因素发挥作用。首先,国家作为国际法主体的存在并不取决于承认,而是取决于国际法上把一个实体界定为国家的因素或者各种因素的组合,诸如权利或义务。其次,由于承认行为是一种宣示性行为,因此就可以得出结论说它产生特定的法律效力,而且承认一个实体的国家在其国际关系中便赋予该实体以国家的地位。

44. 委员会一位委员说,国家也可以撤销它做出的单方面行为。这是一个与单方面行为的法律效力相关的实质性问题。做出单方面行为的国家是否还可以单方面宣告该行为无效?对这一问题的回答显然是否定的:行为是单方面的,但它所建立起来的法律关系显然不是单方面的,而是因此具有了双边属性。他认为,做出承认行为的国家将无法宣告该行为无效。

45. 他很遗憾无法回答所提出的所有问题,但他向委员会保证,工作组将更加深入地探讨这些问题。

46. 主席说,关于这一专题的非正式磋商将根据辛马先生的提议和坎迪奥蒂先生所做的评论在工作组内继续进行。

外交保护⁵ (续)*

(A/CN.4/514;⁶ A/CN.4/521, C 节; A/CN.4/523 和 Add.1;⁷ A/CN.4/L.613 和 Rev.1)

* 续自第 2725 次会议。

⁵ 特别报告员第一次报告中提议的条款草案第 1 至第 9 条的案文,见《2000 年……年鉴》,第一卷,第 2617 次会议,第 1 段。

⁶ 见《2001 年……年鉴》,第二卷(第一部分)。

⁷ 见上文脚注 1。

[议程项目 4]

特别报告员的第二和第三次报告（续）*

47. 科米萨里奥·阿丰索先生说，卡尔沃条款基于两项前提条件，即独立的主权国家根据国家平等原则享有完全免于任何形式干涉的权利，而无论这种干涉属于外交干涉，还是武力干涉；外侨享有的权利和特权不超过国民可以享有的权利和特权，而且东道国法院因此对外侨的索赔拥有专属管辖权。换言之，在卡尔沃条款中，国民待遇等同于“最低国际标准”。具体来讲，国际法要求各国赋予外侨以国民待遇，国内法支配外侨的权利和特权，而且不允许进行国际裁决。

48. 这两项原则目前在国际法和在实践中均已得到广泛认同，并已体现在众多的联合国决议和文书之中，诸如《各国经济权利和义务宪章》。⁸

49. 虽然他也赞同这一立场，但他也不免注意到，至少由于两个原因，目前的国际背景已经不同于一个世纪之前提出卡尔沃条款时的背景。首先，当今世界国家的行为方式即使不是取决于国际人权法规定的共同标准，也受到了这些标准的强烈影响。当然，这些权利如何从总体上影响外交保护制度，以及如何具体影响用尽当地补救办法规则，这些都是可以讨论的问题，但实际情况却是，就外侨与国民之间的待遇而言，《世界人权宣言》和其他国际人权文书已经模糊了两者之间的界限。实际上，国家如何对待其领土范围内的本国公民，这已不再是国家排他性主权范围内的事项。其次，政府对私人工商企业家给予的重视和承认，已使得外国私人投资目前可以通过旨在促进和保护投资的双边和多边协定的方式享有可靠的法律环境。

50. 因此他认为，卡尔沃条款无法与国家行使外交保护的义务相一致。特别报告员似可指出放弃行使外交保护或解决外侨的索赔在何时以及在何种条件下才会使该权利无效。

51. 关于特别报告员提出的条款草案第16条，他同意把卡尔沃条款的范围扩大到拒绝司法。这应该在案文中明确加以规定。对于第2款是否必要，他深表怀疑，因为该款仅仅简单表述了外交保护概念所体现的内容。用尽当地补救办法的规则意味着诉诸国际补救办法始终是可能的，在拒绝司法的情况下尤其如此。因此他赞成删除该款。

52. 加亚先生说，他会考虑卡尔沃“条款”，而不是卡尔沃“学说”，因为后者是与外侨待遇有关的初级规则的一个方面。特别报告员提出的第16条第1款第一句话似乎仅具象征意义。它确认了卡尔沃条款的有效性，同时却赋予它十分有限的效力：外侨将被视为有效地放弃权利，“不就涉及契约的事项请求外交保护”。这种放弃的法律意义是不确定的。条款草案中没有哪一处的外侨请求看起来是行使外交保护的一项先决条件。根据已经提交起草委员会的条款草案，国籍国可以根据自主判断自由地行使外交保护。因此问题似乎并不是卡尔沃条款在国际法上是有效还是无效。按照条款草案第16条所做的解释，在国际法上既没有对其加以禁止，也没有视其为合法。它根本就是毫不相关的。如果外侨请求国籍国的外交保护，就会存在违约行为，但外侨当然还有国籍国都不会违反国际法义务。即使假定在国际法上存在着外侨不得请求国籍国提供外交保护的义务，在实践中这也几乎不是决定性的。虽然只有在提出请求的情况下才有可能行使外交保护，但这种请求也不一定非得由受到伤害的个人亲自提出，因为其他个人也可以提请国籍国关注这一问题，而他们并不会受到载有卡尔沃条款的合同的约束。这就不会违反所谓的禁止外侨援引国籍国的外交保护的规则。

53. 无论怎样，根据特别报告员的说法，国际不法行为一旦发生，外侨不请求外交保护的义务就将不复存在。除就违约而言在用尽当地补救办法的过程中发生的拒绝司法外，还可能发生其他国际不法行为。像佩莱先生在前一次会议上强调的那样，条款草案第16条第1款意味着，只有在发生国际不法行为的情况下外侨才可以请求其国籍国的外交保护，但这种保护在任何情况下均无法在这一阶段获得。一旦发生国际不法行为，便可以请求和行使外交保护，而无论卡尔沃条款是否对此作出规定。

⁸ 见第2725次会议，第5段。

54. 正如科米萨里奥·阿丰索先生刚刚争辩的，条款草案第 16 条第 2 款没有补充任何内容。按照特别报告员所做的解释，该款陈述了一项推定，即东道国不放弃用尽当地补救办法规则。这是多此一举，因为有关条款草案第 14 条的讨论已经表明，放弃声明是不可能默示表示的。

55. 因此，对卡尔沃条款有效性的确认是极具象征性的。同时，它在一定程度上也引起混乱，因为条款草案第 16 条第一句似乎证实了一些东道国的立场，即卡尔沃条款将在国际法上产生防止国籍国行使外交保护的效力，即使在发生国际不法行为的时候。然而，这并非第 16 条的根本目的，因为该条第二句与以下思想是一致的，即国籍国享有行使外交保护的特许，卡尔沃条款不能影响行使这项权利。

56. 他本人倾向于就无论国籍国的放弃还是东道国的放弃做出一般性规定。

57. 薛女士感谢特别报告员为第三次报告 (A/CN.4/523 和 Add.1) 提供了有关条款草案第 16 条的简明实用的 C 节，对卡尔沃条款进行了论述。该节以国家实践、司法裁判和学说为基础，对这项条款及其历史背景和当前的实施情况进行了明晰的分析。该节采取了两种极端立场。一方面，用尽当地补救办法规则多年来已经得到认可和反复确认。另一方面，该项规则从未剥夺国籍国在其国民由于被告国犯下的国际不法行为受到伤害时保护他们的权利。因此，应该承认卡尔沃条款是与外交保护有关的规则之一。

58. 特别报告员在报告中提出了两项选择办法。第一项是决定不起草关于这一问题的条款，原因是卡尔沃条款仅仅重申了用尽当地补救办法规则，而该项规则已经在第 10 条中做了规定。第二项选择办法是增加一个类似于第 16 条所载规定的条款。对第 16 条进行认真研究后发现，特别报告员试图在国家管辖权这一主权利益与保护海外国民这一主权利益之间保持平衡。目的就是为了避免任何不适当的干涉和任何滥用权利。她认为，由于多种原因，第 16 条应予保留，但需要做一些文字改进。首先，作为一项已经编纂的规则，它重申国家有权与在其领土上经商的外侨达成这类契约关系。考虑到跨国公司活动的重要性及其对世界经济的影响，显而易见

这项条款具有十分重要的意义。其次，第 16 条阐明了对这种契约关系的限制，尤其是保障了国籍国在国际法下的权利。第三，如果像在北美疏浚公司案那样草拟的合同有不同的规定，那就必须明确规定，在案件提交国际司法解决之前，必须用尽当地补救办法。她希望这就是第 16 条第 2 款的含义。

59. 虽然她总体上赞成条款草案第 16 条，但却对第 1 款有所保留。在该条款草案其余部分，只有在国际不法行为归咎于被告国时，国籍国才可以行使外交保护。第 16 条却增加了一项新条件，即外侨所受侵害必须是国籍国直接关注的问题。这种表述指的是违反国际义务，还是指对国家直接造成的伤害，抑或是指较为一般的有关人权保护的关切，对此有必要做出解释。否则，就会大大削弱整项条款的目标。除了她所做的评论意见外，她认为应该把第 16 条提交起草委员会。

60. 蒙塔兹先生感谢特别报告员为第三次报告关于卡尔沃条款的 C 节所做的额外努力。该节案文很有价值，最重要的是因为它唤醒了委员会各位委员对目前不再成为许多讨论话题的一个问题的记忆。在人们的一般印象中，卡尔沃条款当时真正的目的在于排除任何情况下行使外交保护的可能性，而且这种“极端主义”方法在国际法上从未得到过承认，哪怕是在区域范围内。特别报告员提到了 (C.4 节) 卡尔沃条款在美洲大陆的编纂情况。他解释说，这种编纂工作在拉丁美洲国家取得了成功，而且为了支持这种说法，他援引了三项区域文书，它们都似乎强调受到不法行为侵害的外侨必须在被告国的主管法院起诉，换言之，必须适用用尽当地补救办法规则。在这三种情况中，违反该项规则都导致了滥用，拉丁美洲各国在十九世纪末和二十世纪初都对此进行了公正的谴责。他询问特别报告员，在发明卡尔沃条款之时是否用尽当地补救办法规则就被视为一项习惯规则。他本人认为不是这样，而且他希望在卡尔沃条款与当时制定用尽当地补救办法规则之间建立一种联系。1933 年第七届美洲国家国际会议⁹通过的有关“国家的国际责任”

⁹ 《1889-1936 年美洲国家国际会议》(哥伦比亚特区华盛顿，卡内基国际和平基金会，1938 年)，第 546 页；转载于《1956 年……年鉴》[英]，第二卷，A/CN.4/96 号文件，附件 6，第 226 页。

决议对此十分明确。此外，混合赔偿委员会（美国/墨西哥）在北美疏浚公司案中所做的裁决也强调必须用尽当地补救办法。考虑到拉丁美洲国家自那时以来的态度有所软化，他不能肯定是否必须把卡尔沃条款在条款草案中加以编纂。令人关注的是，发展中国家始终在致力于吸引外国投资，它们也在尽力创造有利于这种投资并为其提供法律保障的环境。这样做的结果是，外国投资者得到了比国内投资者更为优惠的待遇，而这正是卡尔沃条款所要谴责和防止的事情。显而易见，没有任何东西会妨碍外侨承诺不请求其国籍国提供外交保护。不言而喻，正如在许多场合所强调的那样，这种许诺不会对国籍国产生约束力。他认为，关于外交保护的第三次报告C节所提出的问题与由于放弃用尽当地补救办法规则所引起的问题具有密切联系，所有这些问题最好都在该范围内加以审议。

61. 因此，他赞成特别报告员提出的第一项选择办法，但条件是应该在相关条款草案评注中提及卡尔沃条款，这种相关条款很可能是与用尽当地补救办法规则有关的条款。

62. 主席在以委员身份发言时说，委员会面临的主要问题是缺乏共识，而且这一问题还必须在损害某些委员认为十分重要的论点的情况下加以解决。当特别报告员表示准备把有关卡尔沃条款的材料纳入条款草案时，他感到十分吃惊和不满，因为在这一问题上达成一致的前景近乎为零。他当然赞成用尽当地补救办法规则，但正如布朗利先生已经十分明确指出的那样，委员会应该拒绝起草关于卡尔沃条款的任何条款，因为这并不是委员会任务的一部分。他敦促委员会各位委员不要就过去几十年中与其说是具有法律影响倒不如说是感情影响的问题做出决定，并且不要将条款草案第16条提交起草委员会。他请他们只注意到有关该问题的报告。

63. 卡巴齐先生祝贺特别报告员提供了内容特别丰富的第三次报告，以及在论述讨论中的事项，尤其是用尽当地补救办法规则、适用该规则的举证责任以及有关卡尔沃条款的争论方面表现出的高超技巧。他赞赏特别报告员经受住了诱惑，没有把自己的立场和结论强加于委员会，而是完全让委员会自由做出决定，而不用顾及他的感受。他回忆说，

在过去，某些特别报告员对委员会做出的决定感到恼怒，其中一位甚至因此而辞职。

64. 因此，关于条款草案的范围，必须确定是把这一专题限于索赔的国籍和用尽当地补救办法，还是要扩大到包括其他问题，诸如国际组织对其官员的职能保护，船舶或航空器国籍国代表乘务员和旅客提出索赔的权利，国家对另一国国民由于权利转移的结果行使外交保护的情形，以及国家或国际组织管理或控制某一领土的情形。在这方面，他坚信，由于特别报告员在其报告第17段中所述的理由，应该暂时把条款草案的范围限于他已经确定的问题。

65. 关于必须用尽当地补救办法这项一般原则的例外，他赞成条款草案第14条，尤其是在(a)项中提出的选择3（“没有提供获得有效补救办法的合理可能性”）。关于适用用尽当地补救办法规则过程中的举证责任，他赞同在条款草案第15条第2款中提出的建议，其中清楚地指明被告国和索赔国承担举证责任。

66. 在第16条中，问题在于卡尔沃条款是否赋予用尽当地补救办法规则新的内涵。正如认为第16条多余的委员们所指出的那样，答案可能是否定的。他本人并不完全确定。不过，他确实认为，该条款对用尽当地补救办法规则所做的强调很有益处，并且使其更加明确。因此该条应该予以保留。第16条第2款似乎对第1款的内容未做多少补充，可以放弃。除此评论意见之外，他赞成在条款草案中加入这一条款。

67. 达乌迪先生说，与某些委员一样，他感谢特别报告员提交了第三次报告，该报告除了资料丰富之外，还具备十分客观的优点。关于特别报告员在其报告的结论中提出的两项选择方案，显然很有诱惑力的选择是第一项，即不在条款草案中加入卡尔沃条款，原因有二：其一，尽管在拉丁美洲国家的学说中仍然还有卡尔沃条款的一些痕迹，但导致这些国家采用该条款的情势在当今已经不复存在。其次，在与外侨缔结的合同中，各国都同意不仅放弃用尽当地补救办法规则，而且也同意放弃适用其国内法。

68. 不过他认为第二项选择方案，即拟议的条款草案第 16 条还是很有意义的，因为它更符合国家主权和不干涉国家内政的原则。条款草案第 16 条第 1 款载有卡尔沃条款的三个变式，几乎逐字照搬了加西亚·阿马多尔的著作。(a) 项的措辞是完全可以接受的，但 (b) 项和 (c) 项的措辞则不能接受，它们规定了这样一种可能性，即使东道国犯下国际不法行为，或者存在拒绝司法的情形时，外侨也可以放弃其国籍国的外交保护。该项权利不属于私人，而是属于他的国籍国。

69. 以“但上述契约规定不应影响外侨国籍国的权利……”这一措辞开头的第 1 款第二部分完全可以取代第 2 款目前的案文，因为后者没有必要，而且由于把规则纯粹作为一项推定大大削弱了规则的效力，而这种推定又可能会引起应该留待法官或仲裁员裁决的解释上的冲突。除这些保留意见外，他同意将该条款草案提交起草委员会。

70. 杜加尔德先生（特别报告员）强调了以下事实：卡尔沃条款曾经影响了该条款历史上关于外交保护的辩论，委员会不能以它纯粹属于契约安排为由将其弃之不用。如果委员会决定以其不属于委员会编纂国际法规则的任务范围内的事项为由放弃该条款，则给人留下的印象可能是，委员会不讨论这一问题是由于它提出了上述非常难以解决的争议。毫无疑问，这是一个十分棘手的专题，而且它具有很大的感情因素和很强的象征意义，但委员会也不能以属于政策事项为由对它轻易放弃。他希望各位委员在以后的会议上讨论这一问题时牢记这一点。

下午 1 时 5 分散会。

第 2728 次会议

2002 年 5 月 31 日，星期五，上午 10 时 5 分

主席：罗伯特·罗森斯托克先生

出席：阿多先生、马里先生、布朗利先生、坎迪奥蒂先生、池先生、科米萨里奥·阿丰索先生、

达乌迪先生、杜加尔德先生、埃斯卡拉梅亚女士、丰巴先生、加利茨基先生、卡巴奇先生、卡姆托先生、卡米沙先生、科斯肯涅米先生、库兹涅佐夫先生、曼斯菲尔德先生、蒙塔兹先生、尼豪斯先生、庞布-齐文达先生、斯里尼瓦萨·拉奥先生、罗德里格斯·塞德尼奥先生、塞普尔维达先生、通卡先生、薛女士、山田先生。

外交保护¹（续）

(A/CN.4/514;² A/CN.4/521, C 节; A/CN.4/523 和 Add.1;³ A/CN.4/L.613 和 Rev.1)

[议程项目 4]

特别报告员的第二和第三次报告（续）

1. 科斯肯涅米先生说，卡尔沃条款不过是对现行法律的一个小小补充。他同意布朗利先生的意见，认为该条款所处理的问题并不完全属于本专题范围。

2. 对一项规则做出例外规定时，它往往具有相当重要的意义。在特别报告员关于外交保护的第三次报告 C 节 (A/CN.4/523 和 Add.1) 所载条款草案第 16 条第 1 款措辞中就载有此种例外，即“可归咎于缔约国的国际不法行为侵害时……或在外侨所受侵害是外侨国籍国直接关切的问题时”。许多委员主张有必要对主权平等和国际制度方面的变化给予象征性认可。不过，按照他的意见，第 1 款最后一部分为干预打开了方便之门。毕竟，任何契约关系，特别是当它具有重要经济意义时，就被视为国籍国所关注的问题。举例来说，一家大公司若与东道国订立合同，就很可能与其本国大使馆保持良好关系；如有问题出现，该公司就一定会非正式地让

¹ 特别报告员第一次报告中提议的条款草案第 1 至第 9 条的案文，见《2000 年……年鉴》，第一卷，第 2617 次会议，第 1 段。

² 见《2001 年……年鉴》，第二卷（第一部分）。

³ 转载于《2002 年……年鉴》，第二卷（第一部分）。

大使馆知晓，给予某种外交干预可能会有所帮助。大使将会考虑事情对本国具有直接意义，值得实施该条款所要处理的那种干预。

3. 卡尔沃条款不仅仅具有象征性作用。提及令国家直接关切的问题，这便意味着让大使来决定是否要在国际一级来处理，无论涉及放弃与否。由于“直接关切”的问题很难用定义来处理，因此干脆最好不要有涉及卡尔沃条款的规定。卡尔沃条款表明，出于象征性理由做事很可能会产生事与愿违的结果。

4. 丰巴先生说，他所赞同的观点是，研究卡尔沃条款是有用的，但这种研究必须对放弃外交保护的整个问题作通盘考虑。

5. 第16条的出发点是国际不法行为，这是国籍国直接关注的问题，即使代表其国民也是如此。因此，所涉问题并不是保护一国民的权利，而是惟有国家才能实施的行使保护的权力。

6. 关于卡尔沃条款的后果，必须澄清与放弃权利有关的两种情况。其一，只有国家而不是国民才有权放弃。其二，国民可采取的惟一方法是试图使国家放弃其权利的行使，无论出于什么原因。

7. 他大体上同意佩莱先生有关案文的基本逻辑和措辞的观点。他赞成将第1款提交起草委员会，条件是应该保留相关的项，即(a)项，并且他支持佩莱先生关于重新拟订第2款的提议。

8. 至于该条款的区域特征，他注意到专家的主要意见是十分明确的，国际法院也认可区域习惯这一说法，但强调“依赖这类习惯的当事方必须证明这一习惯的确立已对另一当事方具有约束力”(庇护权案[第276页])。

9. 最后，他基本赞同达乌迪先生和蒙塔兹先生所表达的观点。

10. 通卡先生说，他对第16条有疑虑。委员会的任务就是编纂国际法规则，而卡尔沃条款显然是一项契约条款，它被解释成为外侨有效地放弃了请求外交保护的权力。这会给有关权利的性质造成混

乱。国际法中不存在请求外交保护的权力，从国际法院的判例中，尤其是从巴塞罗那电车公司案中即可清楚地看到这一点。只有国内法律制度才能确立此项权利，而国家通常是拥有行使外交保护的酌处权，如果想要行使的话。国际一级的外交保护权仅仅与一国行使此种保护的权力有关，并不涉及个人请求外交保护的权力。因此，如果某一条款是一项契约规定，它也不可能与国家权利有任何关联。严格来说，委员会不需要列入此类条款。

11. 至于该报告第36段所述问题，他并不认为涉及的问题是个人剥夺国家提供外交保护的权力，而是国家自己放弃了其在某种条件下行使外交保护的权力，这显然是不同的两件事。

12. 他反对将第16条提交起草委员会。特别报告员应在评注中提及卡尔沃条款，但这样的条款应当由国际法百科全书来解释。

13. 池先生说，特别报告员关于卡尔沃条款问题的出色报告使他认识到，该条款并不是一项与当代无任何相关性的、陈旧的学说。

14. 他认为，混合索赔委员会(墨西哥和美国)在北美疏浚公司案中所作的决定，一直被奉为与卡尔沃条款有关的一项规则。该决定详述了卡尔沃条款适用于一国与一侨民之间订立的商业合同的前提，即该侨民放弃其请求本国政府给予外交保护的权力。不过，混合索赔委员会也裁定，这一规定并不影响在该侨民“用尽其当地补救办法或试图强制执行其合同的过程中如遇到拒绝司法或其他违反国际法的行为”[第28段]时，本国政府给予其国民保护的权力。混合索赔委员会的这一裁定目前依然被奉为法律。他并不反对保留卡尔沃条款，如果委员们决定该条款是必要的和有效的的话，但是应该记住，该条款受到许多发达国家的批评，而且它并未被拉丁美洲以外的国家所遵守。

15. 该条款的本意是要防止工业大国在拉丁美洲国家中实施外交干预。今天看来，鉴于《联合国宪章》第二条第三和第四项规定，此种担心是没有理由的。事实上，自第二次世界大战以来国家实践方面的一般趋势与卡尔沃条款的目标是背道而驰的。引起这种变化的因素有几项。其一，外侨投资

者受双边投资担保协定的保护。其二,《关于解决国家与他国国民之间投资争端公约》允许外侨投资者对外国提起诉讼。就外侨寻求保护而不是寻求得到外交保护的权力而言,这规定本身就是一种进步。其三,根据《多边投资担保协定》,外侨投资者受到保护,不应因东道国所发生政治事件而蒙受损失。这些发展趋势很可能还会继续下去。依靠外资促进国民经济发展,这对所有国家都是势在必行的事情,几乎无一例外。今天,大多数国家,包括工业大国在内,都鼓励外国公司在其本国领土上开办工厂。很难想象东道国,特别是那些急需资本的国家,会要求一外侨投资者放弃请求本国提供外交保护的权力。

16. 出于所有这些理由,卡尔沃条款所具有的重要意义自第二次世界大战后已不复存在。实际上,该条款甚至在其起源国——阿根廷的国家实践中亦不具有重要地位。导致其效力日减的另一事态发展是国际法直接适用于国家契约,从1977年德士古公司仲裁案和1982年美国独立石油公司—科威特仲裁案中即可看到这一点。因此,即使是私人契约,如果是与国家订立的契约,现在也受国际公法的制约。

17. 从政治上讲,委员会应考虑恢复卡尔沃条款效力是否明智,该条款历来都受到资本出口国的批评。某一学说,如果会影响或吓跑外侨投资,就不应当采纳。

18. 当今,常见的外交干预并不在商业合同领域,而是在侵犯人权行为领域。委员会应当考虑卡尔沃条款是否真正符合国家利益,尤其是符合拉丁美洲国家的利益。

19. 曼斯菲尔德先生说,第三次报告C节使他相信,不承认卡尔沃条款,任何当地补救办法规则都不会完整:与该条款有关的历史记载数不胜数,使人无法无视它的存在。委员会应当或是列入一项有关该议题的条款,或是在评注中列入大量材料,说明某项特定条款已无必要的原因。在听取讨论之后,他并不认为第16条不能采用,因为讨论的问题没有多少实质性内容。尤其是,该条明确规定,个人所涉及的任何契约规定都不影响国籍国为该行使外交保护,外交保护权属于国家而不是个人。因

此,他不反对将第16条全文提交起草委员会,同时也应考虑加亚先生的意见,即如果该条主要涉及放弃寻求外交保护的权力问题,则在对所涉问题的处理上可以做得更为有效,减少争议性,并避免产生歧义。

20. 埃斯卡拉梅亚女士说,听了其他委员的评论意见之后,她对发言中有那么多情感的流露感到诧异。她想知道在当今社会中,为何把卡尔沃条款视为如此重要,以致一些国家将其列入高层次国内法,甚至列入了宪法。国际形势自十九世纪或二十世纪初期以来已发生了变化。对一些国家来说,外交保护可能根源于对居住在外国但在国际舞台上没有发言权的个人提供保护的需要。不过,这已不是最紧迫的问题了。现在的重点是在外国有投资的多国公司。情况也许是,这类公司在经营所在国有一定的发言权,因此可能无需外交保护,但她也理解一部分委员的观点,他们强调的是会有阻碍经济发展和破坏国家之间关系的危险存在,以及国家必须要能够代表其国家公司讲话,因为这些公司无论实力有多么雄厚,在外国政府面前可能都会需要寻求外交保护。

21. 因此,她得出的结论是,卡尔沃条款的意义不仅仅是历史性和象征性的,它现在依然是一个重要问题,其所涉国际问题之远远超过根据国内法制定的契约规定的所涉范围。尽管她理解布朗利先生所作的评论,她还是认为他很可能没有领会根据国内法制定的契约规定与国际法两者之间的关联。这一专题十分重要,不仅仅因为它多年来一直是有关外交保护问题的所有讨论的中心议题,还因为它在当代社会仍旧具有重要意义。

22. 一开始,要理解条款草案第16条的含义和内在逻辑有些困难,因为第1款似乎禁止诉诸国际司法解决办法,第2款则予以许可。在读过报告之后她认识到,这两款提及的是不同的情况和事项。尽管如此,将这两款并置还是使人不易理解。此外,卡尔沃条款与涉及多国公司的案例具有极大相关性,而该条提到的是“外侨”和“他或她”,这使人想起这一机制所带有的十九世纪背景。

23. 正如曼斯菲尔德先生指出的,该条似乎要求并不高:它仅限于在涉及载有卡尔沃条款的契约

争端中用尽当地补救办法。因此，该条几乎不会产生什么实际风险，可以提交起草委员会。科斯肯涅米先生和薛女士提出的问题可以通过重新起草来解决，或许可以删去第2款或重新调整第1款的语序。另外，可以按照加亚先生和曼斯菲尔德先生的建议，由特别报告员编写一项有关国家放弃权利的特定条款草案。

24. 通卡先生说，他反对埃斯卡拉梅亚女士和其他委员的建议，即在全体会议讨论这一问题之前，由起草委员会编写一项关于放弃权利的条款。此外，卡尔沃条款是一项契约条款，它与国家放弃为自然人或法人提供外交保护的权力无关。

25. 埃斯卡拉梅亚女士说，她已说过，起草委员会进行了如此之多的实质性讨论。她的意思并不是说起草委员会应在全体会议讨论之前审议放弃权利的问题。

26. 杜加尔德先生（特别报告员）说，他理解加亚先生是想说，委员会应当审议的一项条款草案是，其中一段述及国家放弃权利的问题，另一段述及个人放弃权利。他同意通卡先生的意见，即这些问题是分别不同的问题。加亚先生似乎想说，即使委员会决定列入与条款草案第16条相符的内容，最好也将其列在关于放弃权利的一般条款下，但这并不需要重新起草第14条，将其与关于例外的其他条款分别处理。

27. 曼斯菲尔德先生说，他同意特别报告员的意见。他在措辞上十分谨慎，他的意思是，在处理条款草案第16条所涉问题时，可以减少争议性，表述更加确切，并避免联系到关于放弃的条款草案时产生歧义的可能性。他认为起草委员会可以审议该项议题。

28. 阿多先生说，通卡先生确认国家放弃权利与卡尔沃条款没有关联，这是正确的。该条款常常被列入拉丁美洲国家与其他国家国民订立的契约中，它是从卡尔沃学说引伸而来的，该学说认为，非本国国民有权与国民一样得到保护。一般来说，卡尔沃条款没有必要，因为用尽当地补救办法通常是提出外交主张的一项先决条件。该条款也是无效的，因为个人没有资格放弃一项完全属于国家的权

利——行使外交保护的权力。因此，他认为关于卡尔沃条款的条款草案是多余的，他支持特别报告员在其报告的结论中提出的两项选择的第一项选择。尽管卡尔沃条款具有历史性价值，是拉丁美洲对国际法发展所作出的一大杰出贡献，但它对现今的法律没有任何实际效用，而委员会的任务是编纂现今的法律。因此，第16条不应提交起草委员会，但应在评注中加以讨论，以便强调其象征性作用。

29. 布朗利先生在答复埃斯卡拉梅亚女士的问题时说，认为不应将第16条提交起草委员会的委员并没有极度轻视卡尔沃条款的重要性。一些委员，诸如科斯肯涅米先生，担心的是委员会试图解决该问题所可能带来的危害。

30. 在当今社会，卡尔沃条款只是大量手段中的一种，这其中还有稳定条款和适用的法律条款，在他担任仲裁员时常会遇到这些条款，它们涉及到国内法的适用与此种条款的实施两者之间的所有平衡问题。如果对该一般性专题普遍感兴趣，或许委员会应把它作为一项新的议程项目来审议。他的立场并不是说卡尔沃条款不重要；对于说卡尔沃条款只是拉丁美洲的一个区域概念或仅仅具有历史意义，他找不到任何证据来支持这一主张。但问题在于，就国际公法应如何适用于各种不同手段和情况提供咨询意见，这并不是委员会、抑或类似法规编纂机构的事情。例如，了解委员对海洋法的适用问题的想法是很有意义的事情，但此种讨论并不在委员会的任务范围之内。

31. 他甚至不能肯定委员会是否有权处理所讨论的这个问题。卡尔沃条款目前还不是国际法所规范的一个议题，为委员会《章程》第15条的目的，它也不需要作进一步准确的拟订。该条款业已存在和规定了150年之久，在文献中亦有广泛的讨论。问题不在于法律是什么，而是说如何加以适用。如果委员会打算处理该项专题，它就应该从影响投资安排和东道国对投资的吸引力的更加广泛的手段入手。

32. 卡米沙先生注意到通卡先生的观点，即对委员会来说，卡尔沃条款的重要性在于它与放弃权利概念的关系，特别报告员也承认这一点。不过，在卡尔沃条款的历史背景下来审议放弃权利问题，

会把问题搞乱。委员会必须不仅审查过去的区域习惯和做法，还要审查现今的区域习惯和做法。埃斯卡拉梅亚女士说，在现今社会中，重点是对多国公司的保护而不是对个人的保护，这是正确的。东道国希望吸引外国投资者，并就此签订了许多条约。世界银行将双边协定和多边协定按年度分类汇编成册，旨在促进和保护此种投资活动，所有这些协定都无一例外地提到国际仲裁；这一事实突出说明了放弃权利的重要性。

33. 加利茨基先生说，委员会应对国家背景下（第14条）与个人背景下（第16条）的放弃权利问题加以区分。此外，列入第16条会引出第1款中所述外侨请求外交保护权利的概念问题，从而打开潘朵拉的麻烦盒子。迄今为止，委员会一直把重点放在国家行使外交保护的权力上，没有提及某些有权提出请求的个人。现已达成一致的条款草案仅限于因国际不法行为给国民造成的侵害，但在卡尔沃条款中，侵害的来源是契约义务，而这不属于外交保护的范畴。委员会应避免将这两个领域的问题混为一谈。尽管我们尊重卡尔沃条款及其实际适用，但它并不在外交保护专题的范围内，第16条不应列入关于外交保护的草案中。

34. 庞布-齐文达先生请布朗利先生详细说明他就卡尔沃条款在仲裁中的作用所作的评论：该条款是否还在发挥过去所发挥的作用，说明这一点对他是有帮助的，无论其功能是否不同于他在处理国际契约时所遇到的较为近代的稳定机制，也无论它对投资者与东道国之间所订契约产生什么效力。

35. 布朗利先生说，仲裁有一个完整的体系，例如，《北美自由贸易协定》、贸易法委员会，以及涉及到某些放弃适用国内法情况的其他特设仲裁形式；否则的话，就不可能有什么仲裁。在国内法与国际法之间的界限问题上始终争论不休，包括美国与加拿大之间就国内法的管制变化和适用范围提出的主要仲裁。甚至就投资条约而言，对于国内法与国际法或者与某一具体条约或契约条款有关的一般性原则的适当作用，也会产生争执。在该领域有大量丰富的资料，但其中一些已经过时；池先生曾提到美国独立石油公司-科威特仲裁案。卡尔沃条款仅仅是为既促进投资又维护某些东道国主权和特权所制定的众多方法之一。例如，最近捷克共和国就

涉入一宗仲裁案，其事由是国家控制全国媒体的权利问题。

36. 卡姆托先生说，他赞同卡巴奇先生对特别报告员所说的那番赞扬的话，即赞扬他拥有渊博的知识，也赞扬他给予委员会两项选择方案的开明思想。拉丁美洲对国际法作出了极大贡献。不过，就卡尔沃条款而言，问题并不在于某一区域习惯与委员会关于外交保护专题的工作是否相关，而是卡尔沃条款实际上是否属于该类习惯。他倾向于同意布朗利先生的意见，就目前的形式来说，该条款是一项契约方法而不是一项规范。他也赞成佩莱先生对第三次报告C节所作的全面分析。

37. 他担心的是委员会忽略了法律角度。卡尔沃条款的价值以及它对某些国家的民族特性所具有的重要意义是令人感兴趣的问题，但委员会的任务是编纂和逐步发展国际法。一旦委员会一致认为该有关条款涉及的是个人而不是国家的权利，情况就很明朗了；个人不可能放弃国家在涉及私人契约的情况下行使外交保护的权力。委员会不能像按照国家之间的双边投资条约那样来编纂卡尔沃条款，即使决定列入一项有关放弃权利的条款草案，卡尔沃条款也不会在此种规定中出现。卡尔沃条款可能适于保护那些无法抗衡多国公司的弱小国家，但那不是法律上的考虑因素。起草委员会可能只会注意到卡尔沃条款是私人契约所涉自然人或法人使用的一种法律方法，但它不可能放弃国家的权力。因此，第16条的任何部分都不应提交起草委员会。甚至第1(a)款也与议题无关，因为只有国家才能在有投资条约的情况下放弃代表居住在另一国的国民行使外交保护的权力。

38. 薛女士说，如果存在一项卡尔沃条款，其所涉法律问题就必须予以阐明。第16条没有说明要编纂卡尔沃条款，而是规定了在国际关系中对该条款的适用限度。该条清楚地说明了可为国际实践所接受的做法，并详细阐明了该条款在国际法中所涉及的问题，从而排除了以后绝对依赖判例法进行国际仲裁的需要。第16条也澄清了在该领域中个人权利与国家权利之间的关系，即外国个人或公司寻求外交保护的权力与国家行使外交保护的权力这两者之间的关系。所以说，第16条不仅仅具有象征性意义，它也具有一定的实质性内容。此外，尽管诉诸

卡尔沃条款主要限于拉丁美洲国家范围，但它所要解决的问题却具有全球性质，而不仅仅涉及一个区域。因此，在条款草案中应当反映这一问题。在编纂卡尔沃条款及其实践所提出的问题时，第16条所起的作用颇为重要。

39. 主席以委员会委员的身份发言说，他认为条款草案不会因删去第16条而内容空洞，该条内容超出了委员会的任务范围。卡尔沃条款是在处理国家干预和高压问题方面所作出的一种尝试，尽管勇气十足，但并不成功。现在，它已为《联合国宪章》、《关于各国依联合国宪章建立友好关系与合作的国际法原则宣言》⁴和为该事项通过的《不容干涉各国内政和保护各国独立和主权的宣言》⁵所替代。可以把卡尔沃条款一类的无效姿态视为保护国家主权独立的有用手段的时代早已不复存在。现在又把这一事项提出来，将会产生科斯肯涅米先生所谈及的所有问题，此外还有更多的问题；同样也有出于布朗利先生所述理由是否适当的问题。

40. 卡姆托先生说，薛女士所做的区别理论上是有效的，但有过细之嫌。诚然，第16条规定，卡尔沃条款应理解为外侨有效地放弃请求外交保护的权力，而不是放弃国家行使外交保护的权力。但在实践中，在国际法律后果上似乎没有任何不同。无论是在国家实践或是在判例中，都没有说个人请求是国家行使外交保护的条件。即使个人依契约放弃其权利，国家仍保留其行使外交保护的权力。国家拒绝其国民请求而不给予外交保护的情况曾经有过，同样，反过来说，个人方面的沉默也不妨碍国家行使外交保护。

41. 卡巴奇先生说，正如薛女士所正确指出的，第16条下的问题不是卡尔沃条款问题，而是国际法中行使该契约手段所产生的影响问题。正是由于对个人的侵害，才提出了国家行使外交保护权利问题。在履行契约义务的情况下不产生侵害问题。如果缔约国没有任何不法行为，只不过是遵守其根据契约所承担的义务，包括主张国民应遵守契约的规定，就很难看出事实上会产生虚构的国家权利。

该条款实际暗指在此种情况下根本就不存在行使外交保护权利之说。

42. 斯里尼瓦萨·拉奥先生说，近年来缔结总结协定的做法优先考虑根据外国的法律作出仲裁，这实际上就是一种新形式的卡尔沃条款。正如薛女士所正确指出的，对卡尔沃条款不应当只是从其狭隘的历史角度来看，因为它早已不再具有任何特殊的重要意义，应当看到它在仲裁事项方面仍然具有重要作用。该条款所提出的问题是与个人权利相对的国家权利的性质；行使该种权利的时机和方式；以及一外侨放弃请求外交保护的权力对其他外侨的影响。因此很显然，特别报告员在第16条中提出的问题超出了卡尔沃条款本身狭窄的范围，就这一点而论，它值得开展进一步的辩论。

43. 达乌迪先生注意到布朗利先生声称第16条涉及仲裁或司法程序问题，因此不在委员会的任务范围内，他认为特别报告员提出的第16条所载列的条款超出了拉丁美洲实践中所反映的卡尔沃条款的范畴，就第10条确立的用尽当地补救规则提出了一个特定变量。第16条所处理的问题是要查明在何种场合下才必须行使外交保护。该条的目的并非像所声称的那样，是阻止大使馆代表个人或公司实施干预，这一功能在《维也纳外交关系公约》第3条第1(b)款中已有明确规定。该款的目的是，只要没有以拒绝司法的形式作出任何国际不法行为，便禁止国家行使外交保护。为此，他仍然赞同将第16条提交起草委员会，但需要稍作修改。

44. 池先生说，在北美疏浚公司案中涉及两种权利，即国际法规定的国家权利和国内法规定的个人或公司权利。问题是个人是否能够使国家丧失这些权利。该案与马夫罗马蒂斯案和“瓦泰尔拟制”是一致的。就强制执行来说，问题是个人能否强制执行国家的权利，以及国家能否强制执行根据国内法订立的一项个别契约。对第一个问题的答案似乎是否定的，除非国家决定考虑提出权利主张。北美疏浚公司案清楚地表明，如果存在拒绝司法的情况，个人就不可能通过一项契约有效地放弃请求外交保护的权力。应当体现这一细微的区别。

45. 卡姆托先生说，他不能肯定达乌迪先生刚才对第16条的解释可以为该条第1(b)款所证实。只

⁴ 1970年10月24日大会第2625 (XXV)号决议，附件。

⁵ 1965年12月21日大会第2131 (XX)号决议。

有在违反国际法规则的情况下，才可以行使外交保护。该规定实际是说，外侨如在国外订立契约，其所规定的任何内容都不会妨碍国籍国行使外交保护。这一点似乎没有必要明确说明。如果契约规定没有违背国际义务，就不可能有理由行使外交保护。关于放弃权利的条款的评注应当说明，出于该原因委员会认为卡尔沃条款并不在其审议范围之内。

46. 达乌迪先生说，他是从第16条的整个逻辑角度来看该条的。在第1款(a)、(b)和(c)项中，列举了起源于加西亚·阿马多尔论著⁶的外侨与国家之间的某些契约规定。正如该作者在报告C.3节引用的摘录中指出的，卡尔沃条款所述的放弃外交保护可采取多种形式。特别报告员描述了对卡尔沃条款的各种变通做法，并指出存在此种变通做法就是假定用尽当地补救办法。该条的逻辑就是如此：它与条款草案第10条规定的用尽当地补救办法规则具有密切的联系。在要求与一国有生意关系的外侨须用尽当地补救办法的契约规定中，这是所能看到的第16条惟一的具体特点。

47. 通卡先生提到布朗利先生的论点，即卡尔沃条款仅仅是一种契约方法，并不是国际公法的一项规则，因此委员会不应处理该条款，他认为，在存在着大量实践、先例和学说的领域中，编纂意味着对国际法的提法需要更加准确和系统化，就此而言布朗利先生所说的没错。而另一方面，委员会完全有权起草一项有关涉及国内法领域问题的规定，如果它认为有必要的话。可以举两个例子来说明。委员会第五十三届会议通过的关于国家对国际不法行为的责任草案草案⁷第3条中提到国内法，具体说明了将一国行为定性为国际不法行为“不受国内法将该行为定性为合法行为的影响”。另一例则是1969年《维也纳公约》第四十六条。

48. 一些委员建议，第16条应当阐明某些情况所涉及的问题，但该条款只集中处理三种情景，其范围过于有限。他认为，契约规定，无论是根据国内法、贸易法还是其他任何法律而制定，都是他人

之间的行为。如果将行使外交保护的权利视为国际公法赋予国家的一项权利，实际上也是如此，个人或者公司与国家之间的契约规定就不可能对该权利具有任何法律上的意义。委员会一位委员说过，可以把第16条解释为假定必须用尽当地补救办法，这是诉诸外交保护之前的一项一般性条件。此种解释在法律上会具有任何重要意义吗？他认为不会。对该条也可以解释为，订立此种契约规定的国家是要重申其法律观点，即必须用尽当地补救办法。

49. 不过，总的说来，他并不确信应当将第16条列入关于外交保护的草案。如果特别报告员认为关于放弃权利的条款有必要列入，他提议将其中部分规定列入，但第16条不是一项适当的基本条款。它没有处理国家放弃权利的问题，个人打算放弃权利只会导致概念上的混乱，因为根本就不存在外交保护国际人权这类问题。从国际公法的观点出发，是否行使外交保护是由国家决定的事情。

50. 蒙塔兹先生说，在进行一番发人深省的讨论之后，他得出的结论是，第16条与第10条之间的惟一区别是，第16条只涉及可载列于个人与国家之间契约的某些条款。这些条款或契约规定属于国内法而不是国际法的范畴。他理解达乌迪先生的意思，即把第16条说成是一个变量，是指它不过是同一事物的不同说法而已，并无任何新的东西。实际上，第2款将第1款总括为假定必须用尽地方补救办法，而这正是第10条的主张。尽管如此，他仍然赞同列入一项在某种程度上属于国际法范畴的有关国家放弃外交保护权利的条款，但认为没有必要列入关于个人放弃权利的条款，个人也没有该项权利。

51. 坎迪奥蒂先生热情赞扬特别报告员对于卡尔沃条款提出的国际法方面的问题所做的完善处理。他对卡尔沃条款历史、编纂尝试、国际法院决定和文献中表达的观点作出的描述具有很高的权威性。在报告C节的结论中，特别报告员提出了两项选择，他本人主张第二项选择。第16条第1款，一旦经起草委员会审议并作出必要的措辞修改后，应当列入关于外交保护的草案。

52. 有的委员声称对草案而言，该条款并没有新内容，但是，正如法国谚语所说，不言自明者，

⁶ 第2725次会议，脚注9。

⁷ 第2712次会议，脚注13。

言之则更明。第16条的规定较为清楚地阐明了外交保护制度以及卡尔沃条款在外交保护制度的发展中所具有的历史重要性。北美疏浚公司案的裁决在编纂外交保护规则时不能予以忽略。当然，关于个人或公司放弃请求本国保护的权利的契约规定，在任何情况下都不意味着国家放弃其行使外交保护的权力，具体说明这一点非常重要。把外交保护权利作为国籍国专属权和酌处权的特征处理很有助益。从这一意义上讲，它是对第10条的补充。同样，第16条第1款也很有用，因为它明确限定，享有放弃行使外交保护权利的实体就是首先享有行使外交保护权利的实体。出于这种种原因，他同意将第16条提交起草委员会，以仔细审议所用措辞以及该条在整个草案中的位置。

53. 杜加尔德先生（特别报告员）总结了有关第三次报告C节的讨论情况，感谢各位委员所作的令人振奋的辩论，但这一辩论现在使他感到有些为难。在是否列入第16条的问题上，大家的意见似乎正好分成两派，这使他联想到在关于国家责任的草案中是否保留关于国际刑事责任的第19条问题上的意见分歧。但有所不同的是，委员们对第19条的价值、目的和实质内容所持意见分歧很大，而现在，即使是认为卡尔沃条款不在委员会审议范围之内的委员也确信该条款在外交保护的历史和发展进程中具有重要的一席之地。因此，将反映了卡尔沃条款的第16条列入草案，是不会引起过于唐突的感觉，或至少他的印象是这样。

54. 这一辩论致使他多次改变想法。最初他倾向第一项选择，即略去第16条，但薛女士、达乌迪先生和坎迪奥蒂先生的强烈主张又使他转向相反的立场。委员会中共有10名委员赞同、9名委员反对列入该条。有趣的是，意见分歧并不是以区域来划分的：所有区域集团代表的立场在这两种观点上都有体现。辩论的实质可归纳如下。布朗利先生和其他委员始终认为第16条与契约安排有关，放入草案不恰当。其他委员则声称该条款将卡尔沃条款放在了必要的背景中，因此应当列入草案。

55. 委员会现在有多项选择。既然似乎支持第16条第2款的人寥寥无几，除非在第14(b)条评注中涉及到其内容，那么问题就是是否将第16条第1款提交起草委员会，按照辩论中提出的建议对其加以

重要修正，或者是否从草案中略去该条款。如果略去，就必须在评注，特别是第10和第14(b)条评注中对该议题进行详尽的论述。加亚先生认为应尝试起草一项有关放弃权利的总括条款，但出于通卡先生所正确概述的那些理由，委员会不可能讨论该项建议。

56. 坦率地讲，他有些不知如何继续开展工作，但总而言之，他建议委员会将第16条第1款提交起草委员会，但须注意讨论期间所提出的那些建议。委员会中微弱多数赞成采取该行动方案，他坦言那确实是微弱多数。

57. 主席以委员会委员身份发言说，当有半数委员反对将某一提案提交起草委员会时，仍旧提交该提案并不是一项妥协解决办法。他认为，通过在评注中论及该议题，可以体现出对卡尔沃条款倡导者的关切问题所表示的尊重。

58. 通卡先生说，如果将第16条第1款提交起草委员会，则需要就起草工作的目标、条款最终采取的形式等问题给予某些指导说明。有的委员说，该条范围过窄。难道因此就应当包括契约规定以外的方法吗？或许特别报告员应当有时间思考一下这个问题，他在下次会议上介绍其有关自愿联系的工作文件时，可以略述他对反映卡尔沃条款的一项条款的想法。

59. 卡姆托先生赞同该项提议，并建议与那些反对将该条提交起草委员会的委员进行磋商，以期达成共识。

60. 杜加尔德先生（特别报告员）说，他为前两位发言者明智的看法所折服，决定在委员会举行下一次会议之前通过磋商来寻求一项解决办法。如无异议，他就这样决定。

就这样决定。

下午1时散会。

第 2729 次会议

2002 年 6 月 4 日，星期二，上午 10 时 5 分

主席：罗伯特·罗森斯托克先生

出席：马里先生、布朗利先生、坎迪奥蒂先生、池先生、科米萨里奥·阿丰索先生、达乌迪先生、杜加尔德先生、埃斯卡拉梅亚女士、丰巴先生、加亚先生、加利茨基先生、卡巴奇先生、卡姆托先生、卡米沙先生、科斯肯涅米先生、库兹涅佐夫先生、曼斯菲尔德先生、蒙塔兹先生、尼豪斯先生、庞布-齐文达先生、斯里尼瓦萨·拉奥先生、罗德里格斯·塞德尼奥先生、辛马先生、通卡先生、薛女士、山田先生。

外交保护¹（续）

（A/CN.4/514；² A/CN.4/521, C 节；A/CN.4/523 和 Add.1；³ A/CN.4/L.613 和 Rev.1）

[议程项目 4]

特别报告员的第二和第三次报告（续）

1. 杜加尔德先生（特别报告员）在介绍其就关于外交保护的第三次报告 A.3 节（A/CN.4/523 和 Add.1）所载的自愿联系问题的反思结果时说，委员会关于自愿联系问题的辩论，是作为审议关于用尽当地补救办法规则的例外的条款草案第 14 条的一部分进行的。它提出的问题是，是否应在条款草案中列入一项规定受害外侨与东道国之间存在自愿联系是适用该规则的一项先决条件的条款，如果是的话，应该在条款草案的什么地方列入该项条款。是将其作为单独条款处理吗？是将其列入第 10 条还

是列入第 14 条？在辩论期间，委员们对自愿联系问题表达了各种不同观点。一些委员，例如布朗利先生，认为此种联系是用尽当地补救办法规则的基本原理。有些委员则建议将此种联系作为该规则的例外，他认为条款草案第 14(c) 条就是这样处理的。但也有一些委员认为，自愿联系是实施管辖权的一项必要的联系因素，也是适用该规则的一项先决条件。这些意见分歧表明编纂自愿联系的规定是相当困难的事情。他最终被布朗利先生所说服，赞同自愿联系本质上是用尽当地补救办法规则的基本原理的主张，因此，它不适用于编纂，国家责任不断变化的性质也证实了这一点。在今天的全球村里，A 国国民正在日益因 B 国或 B 国国民的行为而受到损害，即使他们与 B 国无任何联系。这种事态发展对于有关管辖权的规则，无论其根据国际私法还是国际公法所制定，都提出了重大挑战，并对用尽当地补救办法规则的基本原理提出了疑问。

2. 他认为，如果委员会打算编纂自愿联系，则可以采取若干方式，例如第 10 条可修改为：“一国对其与责任国有自愿联系的一国民（无论其为自然人或法人）所遭受的损害，在该受害国民用尽一切可以利用的当地法律补救办法之前，不得提出国际要求。”另一项办法是，可以按照条款草案第 14(c) 条中所建议的思路，把自愿联系作为例外保留。如果有人反对使用“自愿联系”一词，可以将第 14(c) 条的案文改为：“用尽当地补救办法的任何意图会对受害外侨造成重大困难[很不合理]”。有关列入要求自愿联系的条款的其他建议也不妥当，特别是从与跨界损害有关的法律的发展来看。这类条款更应当列在赔偿责任专题下。

3. 他主张不要对自愿联系作明文规定，而是将其列入第 10 条评注，作为用尽当地补救办法规则的传统基本原理；列入第 11 条评注，该评注讨论因一国受到直接损害而无需用尽当地补救办法的情况；以及列入第 14(a) 条评注，该评注讨论当地补救办法是否为提供合理的有效补救可能性。简而言之，他赞同罗伯托·阿戈的意见，认为该专题尚不适宜编纂。虽说这一观点在 1970 年代末期就已提出过，但国际法的发展对该观点又进一步予以确认。

4. 在提及其第三次报告第 83 段讨论的困难情况以及在那种情况下要求受害外侨用尽当地补救办

¹ 特别报告员第一次报告提议的条款草案第 1 至第 9 条的案文见《2000 年……年鉴》，第一卷，第 2617 次会议，第 1 段。

² 见《2001 年……年鉴》，第二卷（第一部分）。

³ 转载于《2002 年……年鉴》，第二卷（第一部分）。

法很不合理时，他指出，在第一种情况下，即污染、放射性微粒沉降或人造空间物体导致的跨界环境法损害，可以有多种假设情况。如果损害是由不属于国际不法行为的某一行为引起的，就不属于外交保护问题，而是赔偿责任问题。如果损害是由一国际不法行为引起的，并且是直接损害，则这种情况已经包括在条款草案第11条范围内。此外，国际协定可能不要求用尽当地补救办法，诸如《空间物体所造成损害的国际责任公约》第十一条，该条款文载列于第三次报告第80段。责任国法院可能也没有审议起源于其本国领土的跨界环境损害案件的管辖权，而此种情况已由条款草案第14(a)条作出规定。另一种情况是，发生污染的A国一国民可能试图在A国的法院起诉引起污染的B国政府。在多数情况下，B国政府会成功地援用主权豁免。此种情况也可包括在(a)项中。最后，责任国法院可能根据与受害国订立的一项协定，为受害国国民所遭受的域外损害提供当地补救办法。这一情况不属于外交保护范畴，而应列在关于赔偿责任的条款草案下。他的意见是，就跨界环境损害而言，没有必要单独列出一项要求自愿联系作为适用当地补救办法规则的先决条件的条款。

5. 在第二种情况下，即击落在责任国领土以外或误入其领空的飞行器，这确实存在直接损害，国家实践也表明，多数情况下，责任国不会坚持必须用尽当地补救办法。这类情况包括在条款草案第11条中，因而没有必要单独列出一款。第三种情况涉及驻扎在A国领土上的B国士兵杀害A国国民的情况。在大多数情况下，通常会有国际条约规定对B国提出求偿的可能性。但是，如果尚无这样的协定，只要存在有效补救的合理机会，就没有任何理由不让A国政府向B国法院提出补偿要求。这种情况已经包括在第14(a)条中，没有必要单独列出一款。最后，关于责任国代理人从外国国民本国或第三国跨界诱拐该国民的情况，有两种可能的选择：或者是显然侵犯了该外国人国籍国的领土主权，这可能导致受害者直接向责任国提出要求，这种情况已经包括在条款草案第11条中；或者是受害方可能享有向责任国的国内法院提起诉讼的可能性，受害方没有任何理由不去利用此种补救办法。如果没有此种可能性，那就属于条款草案第14(a)条所涉的范围，该条款要求获得有效补救的合理可能性。因此，无论哪一种情况，都不需要专门制订条款。

6. 他认为，委员会不应阻碍发展有关这一问题的国际法，尤其是国家实践还在不断发展，特别是在对环境的损害领域内。他建议，委员会在条款草案中不要提及自愿联系，但可在某些条款的评注中提一下，并在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下讨论这个问题。

7. 布朗利先生说，他现在的处境有些怪诞，因为他过去所说的话给人的印象是他极力主张自愿联系一说。但他并非如此。他的问题在于，特别报告员提出的对自愿联系不作认真考虑的理由并不令人信服。把自愿联系说成是用尽当地补救办法规则的基本原理，这并非他的立场，他在多年前就该议题所编写的教科书中就曾说过，在自愿联系问题上采取什么立场，取决于如何看待用尽当地补救办法规则的主要政策依据。如果目标是提供另一种比诉诸国际一级诉讼更便利的求偿办法，就联系而言任何条件都不适用。如果将该规则与存在行使国家管辖权的适当基础挂钩，则居住这类自愿联系的必要条件就很有实际意义。此外，他不理解为何该规则的基本原理问题与编纂无关。他认为它与编纂工作的联系十分明显，与法律的逐渐发展问题的联系更是如此。且不论它是基本原理与否，有一些很重要的数字有力支持了自愿联系这一要求。因此，他建议特别报告员认真考虑这个问题。即使他本人怀疑自愿联系问题的价值，但他认为应当对这个问题加以适当考虑。

8. 杜加尔德先生（特别报告员）问布朗利先生，委员会如何在实践上认真处理自愿联系问题。他本人曾提出过多项建议。如果布朗利先生，当然也许还有其他人，能够告诉委员会在其看来可以使委员会走出目前困境的办法，他将不胜感谢。

9. 布朗利先生说，他欣喜地看到这个问题部分地包括在条款草案第11条范围内。不过，他仍然认为至少应当将其作为用尽当地补救办法规则的例外列入草案。他不认为或许涉及受害方的要求用尽当地补救办法的困难情况原则真正涵盖这种情况。在评注中应当说明这个问题暂不考虑。

10. 主席说，他不确信委员会是否应当暂不考虑该项问题，或是接受特别报告员的提议，在第10、第11和第14条评注中提及这个问题，在某种程

度上，他认为这一做法符合要求。他也想听取一些有关某些环境问题的说明。委员会担心的是与造成污染的国家的自愿联系，还是如他所认为的与该国外受害者自愿联系？

11. 布朗利先生说，如果委员们认为自愿联系问题是一个严肃的政策问题，就应当将其作为用尽当地补救办法规则的例外来处理。无论如何，如果一架外国飞机被击落，遇难者是多个不同国家的国民，则起草有关该规则适用性的某种准则是十分重要的。

12. 杜加尔德先生（特别报告员）说，加亚先生以前曾主张在这种情况下飞机国籍国或许可以提出诉讼，遵循这一建议可能是不错的主意。他确实认为，在这种情况下，很难要求遵守当地补救办法规则。

13. 布朗利先生说，他所关切的问题是，该条款的措辞应明确说明当地补救办法规则在此种情况下不适用。他仅仅是要指出，特别报告员拒绝就自愿联系办法的法律地位表明立场。

14. 主席问，如果把自愿联系问题归入评注，是否会有解决不了的情况的具体示例。

15. 布朗利先生说，他不确信自愿联系问题没有作为困难情况原则的一部分来处理，该原则早已写入了草案。例如，如果受害者因为以索赔者协会的形式有效地组织起来，并因此不得适用困难原则，他们就必须用尽当地补救办法，这是极其荒谬的。委员会应当停止好像所做的一切都是在如实描绘国家实践的做法，它应当就基本政策问题表明立场，当然，要界定何为充分的自愿联系，确实是一项十分棘手的工作。

16. 庞布-齐文达先生说，他支持特别报告员所作的结论。

17. 斯里尼瓦萨·拉奥先生指出，用尽当地补救办法规则不可能适用的困难情况，与基于其他考虑以及用尽当地补救办法标准根本没有起作用的“求偿”国的行为问题之间的区分牵涉许多因素。甚至连主席就因果与国籍这两者所作的区别都不够

充分，因为如同跨界损害情况所表明的，确定各自因果关系比例（如果不是责任的话）时有许多因素必须考虑到，这些因素引起的问题目前尚未加以讨论。他认为这些问题不能归入关于用尽当地补救办法的条款评注中。布朗利先生指出对自愿联系问题的处理必须更加充分，即使是作为用尽当地补救办法规则的例外来处理，它也并不仅仅是涉及到困难情况，这一说法是正确的。因此，应当交给起草委员会去找出最适当的解决办法。

18. 通卡先生说，对于特别报告员的结论他没有什么大的问题，不过，考虑到布朗利先生的意见，他怀疑在委员会提交大会的报告第三章中列入有关该专题的政府问题单是否明智。鉴于起草委员会在下届会议举行之前很可能不会再处理该问题，委员会将能够收集各国政府在第六委员会上及其对问题单的答复中所表达的意见。

19. 曼斯菲尔德先生说，他也想对特别报告员的结论表示满意，但是，讨论中听到的东西越多，他越是对他早先提出的有关公平和公正的问题感到关切。他不清楚条款草案中是否载列了一项困难条款。考虑到不同国家诉讼的费用差异巨大，由于所涉及的费用问题，要求一个人用尽当地补救办法是不公平和不合理的，第 14(a) 条所规定的有效补救的合理可能性并不真正适用，在这个意义上，自愿联系概念包含内容过于宽泛，深度则略显不足。

20. 卡巴奇先生说，在条款草案第 10、第 11 和第 14 条中都涉及到这种或那种形式的自愿联系问题。这个问题或许最好放在这些条款的评注中解决。将其作为用尽当地补救办法规则的例外来处理，也许不能一下解决该问题的所有枝节问题。

21. 加亚先生说，有两种不同的情况，一种是不充分的联系，例如一架飞机在某外国上空被意外击落；一种是域外活动或跨界损害。在有些情况下，确实存在补救办法，因此，解决是否用尽当地补救措施问题的方法不应当阻碍就有关跨界损害提供补偿的趋势。他倒是赞成提出一项一般性案文，既不提自愿联系的原则，也不明确规定例外，但其措辞表明从适用当地补救办法规则的例外或前提来看，案文考虑到了要求私人当事方在国家能够行使外交保护之前寻求补救办法是不合理的情况。

22. 埃斯卡拉梅亚女士说，她的立场是，自愿联系是用尽当地补救办法规则的一项前提，有关人员从所述活动中获得某种好处这一事实就正好说明了该规则的作用。没有理由要求与给其造成损害的国家没有任何联系的个人花费巨大精力用尽该国的当地补救办法。她本来赞成特别报告员建议重新起草第10条的解决办法，但是，鉴于该项办法没有获得太多支持，委员会应当按照曼斯菲尔德先生就可能得到当地补救办法的情况所作的重要评论，重新起草第14(a)条，但要求应当用尽当地补救办法的规定则是不公平的；保留第14(c)条中的例外；并在相关评注中列入自愿联系的定义。

23. 卡米沙先生说，他同意特别报告员的结论，即自愿联系问题的有些方面与其他条款草案有关，其他方面则可归入评注。

24. 辛马先生说，他支持埃斯卡拉梅亚女士的提议。

25. 杜加尔德先生（特别报告员）说，曼斯菲尔德先生提出的问题可视为包括在第14(a)条中。不过，这完全不妨碍起草委员会作进一步的解释。委员会以前一直强烈反对第14(c)条，但现在由于措辞不一定使用“自愿联系”一词，其似乎想法有所改变。通卡先生关于应要求各国政府提出各自意见的提议也是可接受的。

26. 主席建议请起草委员会根据辩论中提出的意见使第14(a)条的措辞有更大的灵活性，他也提议将条款草案第14(c)条提交起草委员会，该条款可能也要重新拟订。所讨论的事项将在评注中详细描述，并将作为向各国分发的问题单的题目，以便在委员会下届会议上，将各国政府在第六委员会及其对问题单的答复中提出的评论意见送交起草委员会。

27. 池先生说，他像杜加尔德先生（特别报告员）那样也支持该项提议，杜加尔德先生补充说，这种解决方法将使其有可能在评注中处理跨界损害问题。

28. 主席说，如无异议，他就认为委员会同意采纳该项提议。

就这样决定。

29. 主席忆及委员会尚未就条款草案第16条作出决定。

30. 布朗利先生说，考虑再三，他还是只能确认本周前他所表达的观点。

31. 卡姆托先生说，就有关用尽当地补救办法的条款而言，条款草案第16条没有新内容。卡尔沃条款最初的设想是防止投资者求助于本国而导致不适当的干预。对于外国投资者的东道国来说，当前的危险是有如此多的国际仲裁条款，对投资者而言，这些条款是比外交保护更可靠的保护其利益的办法，因为外交保护要视国籍国的政治利益而定。投资契约或多边投资条约中时常有直接诉诸仲裁机制的规定，例如《北美自由贸易协定》第11章。根据此种规定已作出了大量仲裁裁决，这些裁决表明仲裁法庭受国家同意与否的影响是微乎其微的，即使在国内立法中有同意仲裁一说。在这种情况下，卡尔沃条款所具有的历史作用现已过时。

32. 卡米沙先生说，他认为在目前情况下条款草案第16条没有任何必要，特别是考虑到现有的国际仲裁惯例。

33. 罗德里格斯·塞德尼奥先生说，特别报告员提议的解决办法反映的是一项既定惯例，它已导致了大量的裁决，在拉丁美洲法律中发挥了重要作用。无论委员会决定采取何种立场，他都将予以支持，但他更赞同特别报告员在其报告结论中所辩护的立场。

34. 主席指出讨论的议题不是所涉的实践问题，而是有无必要在条款草案中列入此类条款。

35. 薛女士说，列入条款草案第16条颇有益处，因为从历史上的发展势态来看，她认为在技术上有必要这样做。委员会不必涉及国家所订立的投资契约的内容，但实际上，如某项契约在作出放弃外交保护的规定时，每一当事方都必须知道该条款在国际法中会具有什么效力，以及外侨应在何种程度上用尽当地补救办法，因为如果发生国际不法行为，国籍国很可能会卷入。对于需要就具体案件作出裁定的仲裁员来说，澄清这一点也会很有助益。

36. 布朗利先生说，卡尔沃条款不是一项国际法原则，不过是一种契约方法，委员会不必就其做出决定。他指出，赞同卡尔沃条款的人不应当支持条款草案第 16 条，该条对卡尔沃条款的支持力度不够。

37. 尼豪斯先生说，编纂卡尔沃条款对拉丁美洲国家具有特别重要的意义，因为它是美洲大陆大多数国家法律传统的构成部分。拟议案文使人们有可能将卡尔沃条款的有效性仅限于载有该条款的契约所引起的争端，并有可能承认该条款仅是确立了赞成用尽当地补救办法的假定。拟议案文也明确区分了以下两者的不同，即外侨放弃外交保护的权利与国籍国代表因可归咎于缔约国的国际不法行为而受损害的个人或在个人所受的损害与其国籍国直接有关时行使外交保护的权利。

38. 主席以委员会委员的身份发言说，迄今他已听到为何说该条文没有什么问题的种种理由，但他还没有听到为什么说它对条款草案有任何意义的理由。

39. 达乌迪先生说，条款草案第 16 条并不反映卡尔沃条款，该条款禁止外侨在任何情况下请求外交保护，它实际上仅仅是用尽当地补救办法规则的一个不同表述方式。规定可直接诉诸国际仲裁的条款不是很普遍，它只在世界部分地区和某些条约中才有使用。这就是为什么第 16 条的规定很重要。他不知道有没有国家投资立法规定自动接受仲裁。所有国家都认为其本国法律是适用的，它们的法院对投资契约所产生的争端拥有管辖权。在契约中列入有悖于该项原则的一项条款，将取决于投资者在谈判中可能施加多大的影响。不过，即使发生诉诸仲裁情况，用尽当地补救办法的问题也仍然存在，因为还必须请求东道国发布强制执行令。

40. 辛马先生说，拟议案文中只有第 2 款有一些规范方面的内容，而第 1 款只反映了世界某一地区存在的惯例做法。他对该条款在实践中将如何起作用表示怀疑。如果受害外侨国籍国政府未考虑该外侨同意放弃权利与否就予以干预，那又会出现什么情况？难道这算是“背信弃义”或“不正当的插手”吗？从这一观点出发，第 16 条第 1 款的措辞是不能令人满意的。

41. 杜加尔德先生（特别报告员）解释说，他的设想是把第 2 款作为从第 1 款逻辑上引申出来的一项规范性条款。结果是有部分委员赞成第 1 款而反对第 2 款，还有部分人对两款均持赞成的态度。他促请新委员阐明其观点。

42. 加利茨基先生说，第 16 条案文应与已经暂时达成共识的条款的文字和精神加以比较。他反对使用“外侨请求外交保护的权力”一语，因为委员会已经确定行使外交保护的权力只属于国家所有。此种表达反映了一种新概念，因此应当加以解释。他认为，卡尔沃条款问题不属于外交保护范围，按照委员会的工作，外交保护只有在发生国际不法行为时方可诉诸。鉴于它只是一种契约方法，而不是一项法律规则，因此卡尔沃条款不属于条款草案所涉范围。不过，本着妥协的精神，他可以同意保留条款草案第 16 条中的一些要素，但要作小小的改动。因此可以列入第 1 款第二句。该条款内容可以为：“外侨与经商地国订立的契约规定不应影响外侨国籍国的权利，在外侨受到可归咎于缔约国的国际不法行为侵害时，为该人行使外交保护”；最后一语“或在外侨所受侵害是外侨国籍国直接关切的问题时”可以加入，不过在此案文中何为“直接”关切的事项不是很清楚。这样的措辞将确认委员会所表达的有关外交保护的意見，并与某些区域可能存在的契约条款确立一种联系。如果大家认为此种妥协解决办法没有帮助或是不可取的话，他赞成就通过现在的条款草案第 16 条。

43. 卡姆托先生说，无论卡尔沃条款多么有意义，它都不适于作为委员会工作的一部分进行编纂。如果委员会着手处理涉及私人的契约规定，它为何要停留在卡尔沃条款上？委员会的任务并不是要确定契约条款给国家确立了何种类型的承诺。

44. 埃斯卡拉梅亚女士说，第 16 条实际上并没有论及卡尔沃条款，该条款只是契约中规定的用尽当地补救办法的一个示例而已。第 10 条已经说明了该项规则。因此，不妨把第 16 条第 1 款和第 2 款中所体现的思想放入第 10 条中，并对有关契约规定加以说明。卡尔沃条款的要点可以在第 10 条评注中提及。

45. 辛马先生说，他认为第 16 条第 1 款第二句的逻辑有些问题，因为如果该句第一部分已说明把

外交保护界定为受到国际不法行为侵害的外侨国籍国为该人行使外交保护的权力，既然权利业已存在，那怎么能在第二部分中又提到该国在外侨所受侵害是其国籍国直接关切的问题时行使外交保护的权力呢？这是去掉第16条的另一个理由。

46. 蒙塔兹先生重申他在前一次会议上所表达的立场，询问是否一定要说明存在赞成用尽当地补救办法的假定，这实际上是习惯国际法的一项既定规则，并且在第10条中已经提及。

47. 主席指出支持不列入第16条的人明显占多数，问是否可以折衷地承认关于卡尔沃条款的单独条款没有得到普遍支持，但并不是未得到支持。第16条第1款载列的思想将纳入第10条评注或第14条评注。

48. 杜加尔德先生（特别报告员）说，基于程序上的理由，该建议是不可接受的。显然委员会内部的各方立场没有变化，但委员会仍必须阐明其观点。因此，进行象征性表决会有所帮助。

49. 卡巴奇先生说，他同意特别报告员关于委员会内仍存在意见分歧的说法，但他并不认为进行象征性表决会有什么意义。

50. 达乌迪先生说，他也不认为举行表决就会使局面更加明朗。表决的目的是要就哪个第16条作出决定？是已提交拟议修正的第16条，还是特别报告员所提交的第16条？如果是后者，由于各方立场没有改变，象征性表决不会具有任何意义。因此，他建议在做出最后决定之前，特别报告员应向委员会提交新的条款案文供其审议。

51. 主席说，委员会不必就第16条如何措辞做出决定，但要决定是否应把它提交起草委员会。

52. 通卡先生说，第16条第1款规定，如果个人与一国之间订立私法契约，其任何契约规定都不影响该国根据国际公法享有的行使外交保护的独立权利，他认为在目前情况下该项规定没有正当理由。第16条第2款也无必要，因为它不过是重申了习惯法的一项既定规则。

53. 曼斯菲尔德先生说，他不认为象征性表决会有任何帮助。他提议对该问题做进一步讨论。

54. 主席说，在象征性表决之后，委员会不赞成将第16条提交起草委员会，但作为一项妥协，该条内容将纳入评注中。

就这样决定。

上午11时55分散会。

第2730次会议

2002年6月5日，星期三，上午10时5分

主席：罗伯特·罗森斯托克先生

出席：阿多先生、马里先生、布朗利先生、坎迪奥蒂先生、池先生、科米萨里奥·阿丰索先生、达乌迪先生、杜加尔德先生、埃斯卡拉梅亚女士、丰巴先生、加亚先生、加利茨基先生、卡巴齐先生、卡姆托先生、卡米沙先生、科斯肯涅米先生、库兹涅佐夫先生、曼斯菲尔德先生、蒙塔兹先生、尼豪斯先生、庞布-齐文达先生、斯里尼瓦萨·拉奥先生、辛马先生、通卡先生、薛女士、山田先生。

外交保护¹（续）

(A/CN.4/514;² A/CN.4/521, C 节; A/CN.4/523 和 Add.1;³ A/CN.4/L.613 和 Rev.1)

* 随后作为 A/CN.4/L.613/Rev.1 号文件分发（见第2732次会议）。

¹ 特别报告员第一次报告中提议的条款草案第1至第9条的案文，见《2000年……年鉴》，第一卷，第2617次会议，第1段。

² 见《2001年……年鉴》，第二卷（第一部分）。

³ 转载于《2002年……年鉴》，第二卷（第一部分）。

[议程项目 4]

起草委员会的报告

1. 山田先生（起草委员会主席）在介绍起草委员会关于外交保护问题的报告（A/CN.4/L.613）* 时说，起草委员会自 2002 年 4 月 30 日至 5 月 16 日用了 11 次会议的时间讨论这一专题。他感谢特别报告员在提供替代性表述方法方面给予的指导、合作和配合，这些都极大地促进了起草委员会的工作。他还对起草委员会成员的积极参与和实质性贡献表示赞赏，并对秘书处和口译人员所提供的极为宝贵的支持表示谢忱。

2. 特别报告员在介绍第三次报告（A/CN.4/523 和 Add.1）时曾宣布，他将竭尽全力帮助委员会在本五年期结束之前完成关于这一专题的工作。这种值得赞赏的承诺受到欢迎，起草委员会也努力为实现这一目标在本届会议上审议尽可能多的条款。

3. 由于特别报告员还必须提出有关法人外交保护的条款草案，因此起草委员会决定至少暂时把条款的结构分为三个部分。第一部分包含既适用于自然人也适用于法人的外交保护的一般性规定。第二部分将包含有关自然人的规定，而未来的第三部分则可能包含关于法人的规定。起草委员会本届会议提出的七项条款分属第一部分和第二部分。

4. 第一部分的第一条起到两个作用。它规定了外交保护的涵义和条款的范围。该条的拟订考虑到了委员会第五十二届会议全体会议期间提出的各项评论意见，以及在同届会议期间举行的非正式磋商后提出的建议。委员会对若干问题达成了普遍共识：该专题的条款不应该涉及所谓的主要规则；该专题不应该包括国际组织的职能保护或对外交人员、领事人员和以公务身份行事的其他国家官员的保护；该专题不应该包括非根据权利主张开展的促进国民权益活动；以及条款草案应该强调须以和平手段行使外交保护。

5. 第 1 条第 1 款体现了上述思想。它规定，外交保护系指就因他国国际不法行为给本国国民造成的损害，一国凭自身权利采用该国民的理由诉诸外

交行动或其他和平解决手段。外交保护的涵义很广：它包括“外交行动”或者“其他和平解决手段”。外交行动系指政府对政府一级采取的步骤，包含政府据以进行相互沟通、相互谈判和相互通报意见和关切事项的一系列外交程序。“其他和平解决手段”一词包括从谈判到和解到司法解决争端的所有争端解决形式。其目的不是为了限制和平解决争端的方式，相反，而是要让当事各方决定最适当的解决争端手段。重点强调的是合法的解决手段。“或其他和平解决手段”的措辞旨在限定“外交行动”一词，表明外交行动只能属于和平性质。

6. “一国凭自身权利采用该国民的理由”的措辞旨在支持这样一种观点，即一国行使外交保护是在维护自己的合法权益。起草委员会认为，在行使外交保护中，国家受理其国民的索赔，并把其国民的理由作为自己的理由。损害不仅是对国民的损害，而且也是对国家的损害。就该措辞而言，起草委员会借鉴了国际法院在国际工商业投资公司案的判决中所使用的措辞。国际法院在提及用尽当地补救办法时说，“在一国采用声称其权利由于另一国违反国际法而没有受到尊重的国民的理由的案件中，该项规则普遍得到了遵守”[第 27 页]。“因他国国际不法行为……造成的”这一措辞强调了两点。第一，国家行使外交保护的合法权益来自于其国民受到的损害。第二，这种损害是由于他国的不法行为造成的。

7. 该款提到外交保护是为“一国民”行使的。使用该词语留下了一个有待讨论的问题，即国民系指“自然人”还是“法人”。该款还强调，国籍是个人与国家之间最常见的、为该国创设合法权益的连接因素。此外，国籍的连接因素为该国确定了立足点。国籍虽然是国家在行使外交保护中最一般的合法权益，但却不是唯一权益。国家还可以拥有通过国籍以外的手段创设的其他合法权益。这就是第 1 条第 2 款规定的例外，其中承认，在特殊情况下，国家有权对不属于其国民的人行使外交保护。

8. 特别报告员提出过无国籍人和难民的外交保护问题，并拟订了关于这一主题的条款，即原来的第 8 条，现在的第 7 条。此外，委员会一些委员还认为，有权威著作赞同国家有权在某些情况下对非国民行使外交保护。所举的示例有船舶或航空器

国籍国代表机组人员或全体船员以及还有可能代表乘客提出索赔，而无论有关个人的国籍如何。在这方面有人提到“赛加羚羊号”轮案（第2号），以及另一个有关武装部队非国民成员的可能的例外。起草委员会一些委员认为该款的用语不应该排除这些例外，并认为最好采用允许例外但不提及任何特定条款的用语。另外一些委员担心，如果得不到准确指出例外内容的具体条款的支持，关于例外的这种开放式用语有可能引起误解，因而他们倾向于看到具体提及有关例外的条款。最后，起草委员会同意采取这一方针，条件是如果包括其他例外，可能必须重新审议第2款。这一谅解已经在该款脚注中加以说明。该条评注也解释了其他例外的可能性。第1条的标题定为“范围”。

9. 关于第2条，即原来的第3条，起草委员会讨论的重点是在委员会第五十二届会议上进行的非正式磋商产生的案文。特别报告员建议第2条是为了阐述在马夫罗马蒂斯案中确认的瓦泰尔原则，根据该项原则，行使外交保护的权利归属国家，而不是受害的国民。起草委员会对若干选择办法进行了审议，这其中包括措辞的选择，如国籍国是“享有权利”行使外交保护还是“有权”行使外交保护。考虑到该条的目的是阐述行使外交保护系国家的一项权利的规则，因此起草委员会倾向于强调享有这一概念，这与国际法院在马夫罗马蒂斯案的裁决中所使用的措辞也是一致的。“有权”的措辞更适合于放在关于国籍国的第3条。起草委员会还考虑过完全删除第2条，并在第1条评注中讨论这一问题，或者把该条与第1条合并，也许放在新的一款中。最后，起草委员会决定保留第2条，因为它规定了一项重要原则。

10. 起草委员会审议了有关第2条的各种不同表述方法，目的就是强调了外交保护是国家的一项权利，而不是一项义务。审议过的表述方法如下：“行使外交保护是受到另一国国际不法行为损害的人的国籍国的一项权利”；“国籍国享有代表受到另一国国际不法行为损害的国民根据本条款规定行使外交保护的权力”；或者行文较为简洁的“国家享有根据本条款规定的条件行使外交保护的权力”。经过权衡，起草委员会倾向于这三种表述方法的最后一种，但把其中的有关措辞改为“根据本条款规定”，因为这是委员会第五十三届会议通过的关于

国家对国际不法行为的责任条款草案⁴中的用语。据认为，前面两种表述方式在很大程度上已经被第1条所取代。第三种表述方式的优点在于它明确规定行使外交保护的权力受草案其他条款的支配。由于该条试图强调外交保护是国家的一项权利，因此它没有提到国民，而第1条和随后各条款都包含了国民一词。

11. 一些起草委员会委员希望强调国籍原则是外交保护领域的主要原则。然而，起草委员会通过第2条时有一项谅解，即其目的不是为了不把国籍作为一项要求，而是为了强调国家权利。第3条才规定国籍是行使外交保护的一项基本条件，但须遵从随后条款规定的例外和条件。

12. 起草委员会最后决定，采用“行使外交保护的权力”的措辞作为第2条的标题。

13. 如前所述，第二部分涉及自然人。其中的第一条就是第3条，它是以原来的第5条为基础拟订的，标题为“国籍国”。该条强调了第2条中阐述的原则，并确认享有对自然人行使外交保护权利的国家是国籍国。该条包括有两款。

14. 第1款阐明国籍国有权行使外交保护的基本原则。起草委员会对起草该款的各种方法进行了审议，目的是为了强调这样一种观念，即对自然人行使外交保护的权力属于国籍国，而且这种权利是酌处性的。对各种备选案文进行了审议，例如“行使外交保护的权力归属国籍国”和“国籍国有权行使外交保护”。对这两种提议都有人表示担心。一些委员认为，“归属国籍国”的措辞太僵硬，没有给例外留下任何空间。另外一些委员则认为，提及国籍国行使外交保护的权力并不足以强调国籍国在行使外交保护方面的唯一和最重要的地位。起草委员会最后商定了目前提交委员会的这个案文，即“有权行使外交保护的国家是国籍国”。当然，该款规定并没有影响行使外交保护是国家的酌处权的事实。

15. 第2款是以特别报告员最初提交的草案为基础拟订的，涉及自然人的国籍。该款为对自然人

⁴ 见第2712次会议，脚注13。

行使外交保护的目的是对国籍国的概念作了定义。该款并未试图全面涵盖有关国籍的国际法规则：相反，它强调了行使外交保护最重要的连接因素。应该提请委员们注意以下若干重要的观点。

16. 首先，该条并未采纳国际法院在诺特博姆案中列举的有效联系要求。它并不要求为外交保护的目的是对有效联系进行证明。起草委员会认为，只要证明国籍就足够了。真正的或有效的联系将增加另一项条件，但对该条来说是没有必要的。有效联系问题可能必须加以审议的唯一时候是在双重国籍的情况下，即行使外交保护所针对的是另一个国籍国，该问题在另一项条款中做了论述。这种处理方法与一般公认的人权保护政策也是相吻合的：这就是说，应该提供更多机会，让人权受到侵犯的个人可以获得补救方法。这与不让犯下国际不法行为的国家逍遥法外的一般国际公共秩序政策也是一致的。

17. 其次，该款承认国家有权对谁可以成为其国民作出规定。“寻求保护的一个人取得了其国籍的国家”的措辞意味着根据该国的国内法取得国籍。

18. 第三点，该款对通常如何取得国籍的方式做了并非详尽无遗的列举。这些包括通过出生即出生地主义、血统即血统主义、国家继承或入籍的方式取得国籍。起草委员会没有采用拉丁语表述，因为拉丁语在翻译成联合国某些正式语文时会出现一些困难。不过，该条评注将清楚地表明，通过出生和血统方式取得国籍指的是习惯国际法上所称的出生地主义和血统主义。“任何其他方式”的措辞强调了这种列举并非详尽无遗。起草委员会认识到，在世界的某些地方，自然人仍然难以提供证明其国籍的文件。有时候，仅仅个人居住在某一特定国家的事实就足以证明他或她是该国国民。因此，“居所”虽然不是授予国籍的充分依据，但它可以证明国籍。该问题将在评注中加以阐明。

19. 第四点，起草委员会认为没有必要用特别报告员建议使用的善意一词限定“入籍”一词。入籍只要以符合该国国内法的方式合法取得，就应该加以承认。

20. 第五点，国家对取得国籍加以规定的权利并非绝对：它受到“不违反国际法”这一短语的限

制。该短语旨在防止滥用，并避免以故意忽略它国利益为目的授予国籍的情况。它包含了所有授予国籍的方法。之所以用双重否定的措辞，首要的原因是授予国籍原则上属于国家的权限范围；其次，该款所涉及的事项并不是存在明确的国际法规则的事项，但是如果存在适用的国际法规则，国内法不应该与之相抵触；第三，这也把举证责任转移到了对国籍的授予提出质疑的人。起草委员会认为双重否定是表达这些谅解的最好方法。

21. 题为“连续国籍”的第4条以特别报告员提出的第9条为基础拟订。委员会上届会议对连续国籍的要求进行了广泛辩论，委员们的意见分歧。许多委员赞成保留这一要求，而其他的委员则感到为难。最后委员们同意，这项要求应该连同例外一起保留。起草委员会还根据上一年进行的非正式磋商的结果开展了工作。同在全体会议上一样，起草委员会内也存在意见分歧。一些委员认为，连续国籍要求已经在实践中得到确认，因此应该保留。对于另外一些委员来说，这一要求的理由不再站得住脚，因为它仅有助于犯下国际不法行为的国家继续逍遥法外。其结果就是，一些委员保留他们对该条的立场，反对第2款的措辞方式。

22. 就结构而言，第1款提出了传统的立场，即为了能够行使外交保护，受害者在受到损害之时和在提出索赔之日都必须行使外交保护国家的国民。第2款涉及的是例外，第3款则限制了这些例外的范围。

23. 关于连续国籍规则，司法裁决所强调的是两个关键日期：损害发生的日期和正式提出索赔的日期。国家实践在这两个日期之间的国籍要求上并不明确。起草委员会决定选择在第1款中采用反映国家实践的建设性模棱两可，其用语留下了各种可能性，因此必须在评注中加以论述。第1款中提到的“受到损害之时”和“正式提出索赔之日”，均旨在提供更为准确和可以确定的日期，在该日期一个人应该是行使外交保护国家的国民。虽然通常情况下发生不法行为的时间正好与损害发生的时间相吻合，但情况并非总是如此。该人受到损害的日期比较容易得到确定。“正式提出索赔的日期”一词系指行使外交保护的国家采取正式行动的日期，不同于就主题事项进行非正式外交联系。

24. “索赔”一词系指行使外交保护的国家提出的索赔。它不仅指可能提交司法机构的索赔，而且也指任何正式通知。起草委员会决定不涉及如何发出索赔通知，因为这是关于国家责任的草案第43条处理的问题。可以采用多种方式提出索赔，但这一问题不应该在条款中而是应该在评注中加以论述。起草委员会认为在提到规则时应该采用“有权”一词，而在提及该规则的例外时应该使用“可以”一词。在整个条款草案中这些词的使用均应该如此办理。

25. 第2款涉及连续国籍要求的例外，该例外允许一国对在正式提出索赔之日为其国民、但在受到损害之时不是其国民的人行使外交保护。该款对适用这一例外规定了三项附加条件：第一，寻求外交保护的人已丧失原国籍；第二，该人取得另一国的国籍必须基于与提出索赔无关的理由；以及第三，新国籍的取得方式绝不能违反国际法。

26. 关于丧失原国籍的第一项条件，可以涉及自愿丧失，也可以涉及非自愿丧失。例如，可以是由于国家继承丧失国籍，也可以是由于婚姻或收养而丧失国籍。就婚姻而言，有时很难确定丧失国籍是自愿还是非自愿。起草委员会因此认为，该人丧失国籍的事实就已足够，没有必要再证明丧失国籍是非自愿的。

27. 关于新国籍的取得原因并非与提出索赔有关的第二项条件，旨在防止挑选法院地，以及强调善意取得。规定这项条件的目的在于排除仅为了寻求外交保护的取得新国籍的情况。所使用的措辞旨在涵盖各种复杂情况，如由于婚姻自动取得新国籍；配偶一方的国籍强加给另一方；被另一国籍的国民收养而自动取得收养父母的国籍；或者由于国家继承不得不选择一个继承国的国籍。这项规定不限于所提到的情况：它的范围更广，还可以包括不是仅仅为了获得外交保护的其他善意入籍。

28. 在是否有必要规定国籍的取得必须“基于与提出索赔无关的理由”这一要求，起草委员会内部出现了严重分歧。一些委员出于原则反对这项要求，同时也由于采用这一检验标准毫无用处。这些委员指出，从原则上讲，许多权威著作都对连续国籍的要求提出了批评。他们认为，可能会出现个人由于第三国的国际不法行为受到损害，从而丧失国

籍，然后通过合法途径取得新国籍的情况。在这种情况下，新国籍国对保护该人拥有合法权益，但条件是国籍的取得不与国际法相抵触。这些委员认为，只要新国籍的取得不违背国际法，就没有正当理由担心会出现挑选法院地的情况。拒绝在这种情况下行使外交保护的任何要求只会有利于犯下国际不法行为的国家。鉴于第3款保护原国籍国不会被作为行使外交保护的主体，他们认为没有任何合理的理由增加与个人取得新国籍的目的有关的新要求。这些委员还认为，“基于与提出索赔无关的理由”这一措辞的主观性太强，在实践中难以查明。他们对这一要求持保留态度。他对第3条第2款“以不违反国际法的方式”一词所做的解释适用于第4条第2款中使用的同样措辞。

29. 第3款对第2款的例外规定了一项限制条件。损害是在某人属于原国籍国而非新国籍国的国民时发生的情况下，该款保护原国籍国不会被作为新国籍国行使外交保护的主体。所设想的是连续国籍情况，而非双重国籍情况。这项规定保障了第2款的例外不被滥用。

30. 以特别报告员建议的第7条为基础拟订的第5条，涉及在双重或多重国籍的情况下行使外交保护的问题。该条范围限于一个国籍国针对行使外交保护所涉及的个人不属于其国民的第三国行使外交保护。一国国籍国对另一国籍国行使外交保护的问题将在另一条款中论述。

31. 第5条第1款进一步强化了第3条规定的原则，即国籍国有权为其国民行使外交保护。该款并不要求该国民与行使外交保护的国家之间有真正的或有效的联系。

32. 第2款涉及由两个或两个以上的国籍国针对第三国共同行使外交保护的可能性。起草委员会认为该款足以规定一般原则，但评注应该对这一问题加以阐明，以避免两个国籍国通过不同渠道同时行使外交保护时出现滥用情况的可能性。这会使被索赔国不得不就同一索赔在不同的法院进行辩护，从而给其造成不必要的负担。评注还应该阐明，该款的目的是并不是为了让一个国籍国可以在问题已经通过另一国籍国行使外交保护加以解决的情况下行使外交保护。评注还应该考虑一国国籍国放弃外交保

护而另一国籍国继续索赔的情况。它应该指出，这些都是与其产生的背景密切相关的问题，应该逐个案件地加以评价，同时考虑到每一情况所涉及的事实。第 5 条的标题为“多重国籍和针对第三国的索赔”。

33. 第 6 条涉及一双重国籍或多重国籍国民是否可以得到一国籍国针对另一国籍国行使外交保护的问题。从结构上讲，起草委员会接受在全体会议上提出的建议，即第 6 条应该放在关于双重国籍或多重国籍国民外交保护的一般情况的原第 7 条即现在的第 5 条之后。在委员会第五十二届会议全体会议讨论期间，大多数委员都不赞成《关于国籍法冲突若干问题公约》采用的传统观点，即不允许一国籍国代表国民针对另一国籍国行使外交保护。相反，当时主流的意见认为，特别报告员提出的第 6 条反映了当前国际法的趋势。起草委员会在这一理解的基础上对该条的案文开展了研究工作。

34. 第 1 款源于委员会第五十二届会议⁵非正式磋商之后提出的案文，以及这些磋商提出来的关于防止滥用的保障措施的建议。起草委员会决定不试图对“首要”国籍或“有效”国籍进行定义，因为需要考虑的可能因素非常多，很难做出一个定义。不同的法庭采用不同的考虑，如伊朗—美国索赔法庭。起草委员会决定在评注中论述其中的一些因素。

35. 起草委员会重点审议了是采用“首要”国籍还是“有效”国籍作为标准的问题。对支持两项标准的观点都进行了审议。据指出，个人可以拥有两个“有效”的国籍，但只有一个是“首要”国籍。据认为，有必要采用一个有很强相对性要素的术语，以表明个人与一国比与另一国有更密切的联系。“首要”一词的意义被认为太强烈。虽然这一术语很适合于双重国籍的情况，但却不那么适合于其他情况，例如多重国籍的情况。

36. 起草委员会审议了“更有效”等其他表述方法，以及公民权利和政治权利行使地的传统提法，但认为所有这些表述都不够充分。也有人提议采用“真正联系”的措辞，但却没有得到起草委员

会内大多数委员的支持。起草委员会经过权衡后最后选定了“主要”一词，以反映这一概念在面临两个国籍冲突时的相对性。此外，特别报告员还要在该条评注中明确表明，该术语系指在行使外交保护时该个人的“主要”国籍。

37. 起草委员会知道第 6 条对于一些国家来说很难予以接受。委员们举出了禁止双重国籍的国家宪法的示例，但同时也承认，国际法并不禁止双重国籍或多重国籍，人们对于取得多重国籍的态度也在发生改变，在某些情况下已开始把多重国籍视为个人的一项“权利”。因此，有必要就一国籍国试图针对另一国籍国行使保护的情况做出规定。

38. 起草委员会审议了两种经过修改的旨在考虑到不赞成第 6 条国家的关注的表述方式。这两种表述方式之间的差异在于如何描述主要国籍的“例外”情况。供选择的两种说法是：“如果乙国……是主要国籍国”，即被索赔国的国籍“是主要的”；以及“除非甲国……是主要国籍国”即索赔国的国籍“是主要的”。从举证责任的角度来说，这两种表述方式之间存在差异。据认为，规定索赔国就主要国籍问题负举证责任的第二种表述方式较好。此外，这种表述方式以否定的形式拟订并使用“除非”一词，表明第 6 条所设想的情况属于例外。

39. 关于第 2 款，起草委员会接受了委员会第五十二届会议非正式磋商期间提出的建议，即在第 6 条中增加以第 9 条第 4 款为基础拟订的一款。因此，原来在目前的第 1 款开头提到的“在遵守第 9 条第 4 款规定的情况下”这一措辞已不再需要。其目的就是为了避免滥用第 6 条。第 2 款涉及时间方面：如果一国在其一国民“仅”为该国国民之时对其犯下国际不法行为，但随后该个人成为双重国籍，新国籍国不得针对另一国籍国行使外交保护。

40. 起草委员会决定不用“仅”字修饰“乙国”，因为这样做就会把该规定仅限于发生双重国籍的情况，而排除个人持有多重国籍的情形。起草委员会决定通过规定该人“是乙国但不是甲国的国民”来清楚地表达这一立场。

41. 有必要牢记这项规定主要涉及双重和多重国籍的情况，而且是作为第 1 款后半部分——即如

⁵ 《2000 年……年鉴》，第二卷（第二部分），第 495 段。

果行使外交保护的国家是主要国籍国——的一个例外提出来的。第1款虽然原则上防止一国国籍国针对另一国籍国提出索赔，但如果要行使外交保护的国家是主要国籍国时又允许这种可能性。不过，根据第2款的规定，只有在个人在受到损害时同时属于两国国民的情况下才可能发生这种索赔。或者如条文中所做的那样以否定方式来表述，即如果国家试图为其行使外交保护的个人在受到损害之时尚不是该国国民，这种索赔就不会被考虑。

42. 起草委员会认为这与在连续国籍方面有着类似目的的第4条第3款存在潜在的重叠现象。起草委员会中有一种意见认为，这一问题或是可以在第4条第3款范围内，也许采取以较为一般的措辞重新加以表述的方式，更好地得到解决，或是在第6条第2款中明确提到第4条第2款中的例外。

43. 有委员认为，第2款只有在第4条的例外情况下才能适用，否则的话，仅仅因为适用第4条第1款的连续国籍规则，国家将不可能代表在受到损害之时不是其国民的个人提出索赔。换句话说，如果起草委员会决定严格适用第4条中的连续国籍规则，第6条新的第2款就没有必要，因为打算实行国籍主义的国家在损害发生之时还不是国籍国，因而也就无法行使外交保护。

44. 然而，起草委员会在第4条中对连续国籍规则规定了好几项例外，使得国籍国可以在某些情况下行使外交保护，即使在损害发生之时它还不是国籍国。它还在该条第3款中指出，如果针对原国籍国提出索赔，从而涉及到个人在受到损害和提出索赔期间改变国籍的情况，也就是说放弃原国籍，改为新国籍，这无论如何也是不可能的。

45. 第6条第2款中有争议的是个人不放弃原国籍，而在受到损害后，在受到损害与提出索赔的关键期间取得新国籍的情况。根据第4条第2款，新国籍国可以在某些例外情况下就第三国对其国民造成的损害行使外交保护，即使索赔国不是该人在受到损害之时的国籍国。不过，也有委员认为，如果损害不是由第三国，而是由损害发生之时的另一国籍国——而且该人目前有其双重国籍——所造成，那么，即使提出索赔的国家在行使外交保护之时是主要国籍国，也应该防止出现这种可能性。

46. 还有人认为，第4条第3款并没有充分论述上述双重国籍的情况。因此起草委员会认为有必要在第6条第2款中规定一项类似规则，以便在双重国籍情况下适用。简单地讲，第4条第2款规定，双重国籍人国籍国有权为损害发生之时尚未成为其国民的个人遭受的损害提出索赔，但即使在这种情况下也不能通过适用第6条第2款对另一国籍国提出索赔，即便索赔国是主要国籍国。

47. 起草委员会最后决定不加上拟议的提及第4条的文字，因为这有可能被误解，而且还可能导致对第6条做出混乱解释。此外，有委员认为严格来讲相互参照没有必要，因为无论怎样都可以通过正常适用拟订的条款草案实现所追求的另一结果。此外，也有委员认为可以在评注中提出与关于连续国籍的第4条的联系。应该牢记在心的是应该在适用第4条的范围内看待第6条第2款。

48. 起草委员会的一名委员认为，考虑到关于连续国籍的第4条，第2款的规定不符合逻辑，因为它涉及的是一种永远都不可能发生的情况。

49. 最后，委员会决定采用“多重国籍和针对国籍国的索赔”作为该条款草案的标题。

50. 第7条是以原来的第8条为基础拟订的，对第3条确定的关于国籍国有权为其国民行使外交保护的规则规定了两项例外。第7条偏离这一标准规则，允许国家为属于无国籍人或难民的非国民行使外交保护。在全体会议审议特别报告员的第一次报告时，该项例外原则上得到了认可，该条款草案随后以特别报告员提议的形式提交起草委员会。因此，起草委员会的任务不是审议条款草案中是否应该包括这些例外，而是怎样才能更好地表述这些例外。

51. 与此同时，起草委员会还考虑到，一些国家政府对是否包括这些例外提出了保留意见，尤其是对难民问题提出了保留意见，因为它有可能被当作是提出国籍请求的一项理由。然而，应该明确说明这不是第7条的本意。相反，第7条所要表明的是，存在着非国民可以受到保护的情形，而是否提供保护则完全由国家酌情决定。它绝没有要求国家保护这些个人。

52. 尽管如此，起草委员会还是对例外的范围以及这些例外所依据的一般政策进行了讨论，以期得到一种表述方式，该表述方式既可以被普遍接受，也可以与其他有关条款和现有一系列规范无国籍人和难民问题的法律保持一致。因此，起草委员会的目的不是为了开始审议无国籍人和难民本身的法律地位。相反，起草委员会重点审议的是对这些人酌情行使外交保护这一较为狭窄的问题，无论他们是否打算行使外交保护国家的国民。

53. 因此，起草委员会以特别报告员的建议为基础开始工作时是考虑了上述因素的。起草委员会着手进行了一些文字修饰，其中包括改正目前的第 1 和第 2 款的时态，除此之外，起草委员会还选定“可以”行使外交保护的措辞以强调规定的酌处性。“索赔国”的提法改成了“该国”，意指行使外交保护的国家的国家。此外，原来关于“受害”人的提法现在已经删除，以便与前面条款的案文保持一致。同样，起草委员会还对案文做了一些合理化处理，增加了“该人在受到损害时在国有合法的惯常居所”的短语，删除了原来在最后一个短语中所载的但书。上述最后一项修正后来又参照第 1 款案文做了进一步完善。

54. 接着，起草委员会在这一基础上继续开展工作，即由于有关无国籍人的考虑因素与有关难民的考虑因素并不完全相同，最好是把它们分别放入不同的款项，但仍然置于同一条款草案内。

55. 第 1 款涉及无国籍人的问题，起草委员会作为依据的是《关于无国籍人地位的公约》第 1 条所载的无国籍人定义，其中把无国籍人定义为“任何国家根据它的法律不认为它的国民的人”。因此，起草委员会认为没有必要增加一项定义或者审查无国籍的原因或个人是否因为恶意变得无国籍的问题。相反，起草委员会把重点放在对根据国际法被认为属于无国籍的人行使外交保护的可能性。此外，该款规定设想在个人成为合法的常住居民之后行使外交保护，从而进一步最大限度地减少审议无国籍原因的必要性。

56. 关于“合法的惯常居所”这一措辞，最初使用的是“通常的合法居民”这一短语。其他建议的表述有“取得法定居所”和“主要合法居所”。起

草委员会注意到，有关国籍的现有案文中并未出现“通常”一词，而“惯常”一词则在好几项条约中使用过。起草委员会决定根据《欧洲国籍公约》的做法使用“合法的惯常居所”这一措辞，该《公约》在第 6 条第 4(g) 款中针对无国籍人和难民使用了同一措辞。起草委员会认为，这是无国籍人和难民法律地位最时髦的提法，它避免了谈到“通常”法定居所的某些麻烦之处。此外，惯常居所含有长期之意，诸如《关于难民地位的公约》就是这样规定的，因此被认为更加可取。

57. 同样地，只是简单地提及“合法居所”或“惯常居所”也被认为表述不够充分。相反，“合法”居所和“惯常”居所应该是共存的，并结合起来使用。同样，“居所”标准本身也是长期性的必要要素。

58. 起草委员会还认为，对于没有证件的个人来说，“合法”居所标准也不一定是一个太大的障碍。国家仍然会认为他们是合法的居民。与此同时，一些委员认为“合法”一词多余，因为不可能想象被索赔国会就个人是否为索赔国的“合法”居民而向索赔国提出质疑。然而，把“合法”居所和“惯常”居所的要求结合起来被认为最接近于行使外交保护正常情况下的国籍标准。实际上，决定采用“合法的惯常”居所概念的一个正面效果是，不必再提到特别报告员建议的是否存在“有效联系”的内容。

59. 起草委员会还考虑了使用门槛较低的“合法居留”这一措辞，这是现有关于难民问题的文书使用的术语。尽管有意见认为门槛较低对于为无国籍人提供尽可能最佳的保护来说是可取的，但起草委员会还是避免使用这一用语，因为该条主要涉及的是一个十分具体的例外情形。因此，起草委员会认为较高的门槛比较可取。

60. 此外，起草委员会还认为，这种合法的惯常居所在受到损害之时以及在正式提出索赔之日必须存在，以避免发生在损害发生之后个人不再保留其在打算行使外交保护国的合法惯常居所的情况。这种表述方式依据的是第 4 条对连续国籍规定的同样的时间表述方式。的确，保持第 7 条与第 4 条之间的一致性，以确保非国民享有对国民规定的同样待遇，被认为是必要的。案文最初提到了“以固定格

式”提出索赔，但这种表述被认为限制性太大，因为对于提出这种索赔来说，并不存在任何规定的格式。作为替代，起草委员会选定了“正式”提出的说法，以表明一个真实的时间点，即问题已经到达对另一国提出行使外交保护诉求的阶段。他先前在第4条的范围内提出的关于“正式提出”概念的评论意见也适用于第7条。

61. 第1款的部分案文也进一步修改为“为无国籍人……，该人在受到损害之时和在正式提出索赔之日”是合法的常住居民。

62. 第2款涉及为难民行使外交保护的情形。起草委员会是从其提出与无国籍人类似的问题的观点出发处理该款的，因此选定了类似于第1款所使用的用语。

63. 关于“合法的常住居民”的措辞，起草委员会注意到《关于难民地位的公约》第28条，其中提到向在其领土上“合法居留”的难民发放旅行证件。然而，有必要强调的是，如果一国发给难民旅行证件，这对国籍或外交保护不产生任何影响，附于第28条的附件第15和第16段清楚地表明了这一点。起草委员会审议了第28条的准备工作文件，其中表明，之所以不使用“居所”一词，是因为委员会认为它太严格。因此，当时都倾向于使用“合法居留”一词。

64. 不过，起草委员会决定不采用“合法居留”的措辞，而倾向于保留建议的“合法常住居民”的措辞。据认为，正如第1款的情况一样，由于这是只有国籍国才可以行使外交保护规则的一项例外，比较合适的做法是确定一个比《关于难民地位的公约》更高的门槛。同样地，起草委员会决定增加一个“在受到损害之时和在正式提出索赔之日”的措辞，就像在第1款中所做的那样。

65. 起草委员会审议了关于该款的一项替代性提案，提及向难民发放旅行证件的国家行使外交保护的权力，尽管主管国际组织拥有保护难民的权利。不过，该提案没有得到目前提交到委员会的案文同样程度的支持，因为它在冒险比较国际组织有关难民的权利与国家行使外交保护的权力。而且，它必定会要求采用起草委员会已经决定不予接受的“合法居留”的标准。

66. “难民”一词的准确范围是起草委员会某些讨论的话题。有人表示担心，如果“难民”仅仅指的是《关于难民地位的公约》和《关于难民地位的议定书》包括的那些人，那就会排除被迫流离者，因此应该规定也适用于这些人。此外，国家可以赋予不严格符合《关于难民地位的公约》定义的个人以“难民”的地位。据认为，全体会议倾向于采纳较为广义的“难民”概念，而且作为一个政策事项，这种较为广义的适用应当受到欢迎。因此有人建议，根据《欧洲国籍公约》第6条的规定再增加一款，载入一项较为笼统的措辞，例如“公认的难民”。根据这项规定，“难民”一词将包括但不会限于《关于难民地位的公约》和《关于难民地位的议定书》规定的难民。据指出，好几项区域性条约都采取了这种做法。不过，起草委员会随后决定不采取这种明示规定，而是倾向于在评注中进一步讨论这个问题。

67. 关于第3款，起草委员会认为一国不可能针对在该国合法居住的难民的国籍国为该难民行使外交保护。这将违背条款草案的基本方针，因为国籍是行使这种保护的主要依据。实际上，起草委员会也考虑过在关于难民的第2款内再增加一项，载入包含这层意思的规定。尽管有些人不太情愿加入一项具体禁止这种情况的规定，但经过权衡，起草委员会还是决定增加这项规定，以便打消成员国政府在不包括这项规定时可能会产生的顾虑。不过大家一致同意这一事项应该在评注中做进一步论述。

68. 最后，起草委员会决定通过该条“无国籍人和难民”的标题。

69. 起草委员会特此提交这七项条款草案，供全体会议通过。

70. 主席在感谢山田先生所作的明了易懂的报告时说，委员会现在将逐条通过起草委员会的报告。

第一部分

第1条（范围）

71. 埃斯卡拉梅亚女士说，她不赞同第2款“根据第7条”的措辞。该措辞有很大的限制性，不

利于国际法的逐渐发展——这一点在第3条第1款做了进一步的强调。在委员会进行讨论的过程中，经常有委员提请注意发展情况，尤其在“赛加羚羊号”轮案（第2号）中可以十分清楚地看到这种发展情况。委员会对国际法院亦步亦趋，但对海洋法国际法庭却不是这样，这并不符合逻辑。由于委员会正在讨论国际法的不成体系问题，因此关注它的逐渐发展就显得更加重要。在“赛加羚羊号”轮案（第2号）中，法官们判定，提出索赔的国家不是受到损害人的国籍国这一点是不相关的，而在谈到国际法的逐渐发展时，法官们提请注意一个重要方面，“涉及到现代海洋运输的两项基本特征：全体船员的短暂性和多国性组成，以及单一船只所载货物可能涉及的利益的多边性”[第44页]。如果存在明确的司法判例，委员会就应该加以遵守。

72. 主席说，埃斯卡拉梅亚女士的发言将在评注中加以说明。如无异议，他将认为委员会同意通过条款草案第1条。

第1条通过。

第2条（行使外交保护的权力）

第2条通过。

第3条（国籍国）

73. 坎迪奥蒂先生指出，该条款草案的西班牙文本漏了“国家继承”一词。

74. 通卡先生指出，为了使该条的案文与《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》以及委员会自身在其他领域的工作保持一致，第2款中“国家继承”一词应该改为“国家的继承”。

75. 山田先生（起草委员会主席）说他对建议的修改没有意见。

76. 埃斯卡拉梅亚女士说，既然起草委员会选择列出可以取得国籍的几种方式（第3条第2款），则婚姻和收养也应该包括在内。提及婚姻尤为重要，因为该款规定，为了外交保护的目的是，国籍取

得的方式必须不与国际法相抵触。然而，《消除对妇女一切形式歧视公约》第9条规定，缔约各国必须保证，与外国人结婚或于婚姻存续期间丈夫变更国籍均不当然改变妻子的国籍，使她成为无国籍人，或把丈夫的国籍强加于她。由于许多妇女实际上是在结婚后根据国内法自动取得丈夫国籍的，因此可以认为，她们取得国籍的方式是与该《公约》所包含的国际法相抵触的，因而也就无权获得外交保护。

77. 山田先生（起草委员会主席）说，他的理解是通过婚姻取得国籍通常采取入籍的形式。“或以不违反国际法的任何其他方式”的措辞应该包括任何例外。

78. 主席说，考虑到条款草案打算以及不打算包含的内容，这些措辞留下了相当大的余地。

79. 池先生指出，前好几年他就曾经在第六委员会中提到过《消除对妇女一切形式歧视公约》第9条，并且指出，在某些情况下，妇女的国籍是由于国家继承而自动取得的。因此他赞同埃斯卡拉梅亚女士的提议，即第2款应该包括提及婚姻。

80. 埃斯卡拉梅亚女士说，在一些国家，包括在她自己的国家，通过婚姻取得国籍采取一种可以被看作是不属于入籍范围的形式，而且事实上这种形式可能被视为不符合国际法。妇女无论如何不能因为这种情况而得不到外交保护。

81. 主席说，他认为难以想象该条款草案目前的措辞不足以适用这种情况。

82. 布朗利先生说，他赞同关于该措辞可能足以适用的观点。不过，埃斯卡拉梅亚女士的观点也有道理，不提及婚姻作为国籍取得的一种形式似乎也不太恰当。

83. 斯里尼瓦萨·拉奥先生说，听了埃斯卡拉梅亚女士的话之后，他同意对通过婚姻取得国籍与通过入籍取得国籍之间加以区分。

84. 加利茨基先生说，无论是他还是起草委员会的其他委员都没有想到过埃斯卡拉梅亚女士提到

的情况。仔细一想，他还是赞同她的提议，尤其因为由于婚姻取得国籍的情况不仅会通过入籍的方式发生，而且也会作为一种单独的取得方式自动发生，1997年《欧洲国籍公约》就承认这是拥有多重国籍的一项正当理由。既然委员会有女性委员，那就应该听取她们的意见。

85. 杜加尔德先生说，他也赞同埃斯卡拉梅亚女士的提议。不过，如果提到婚姻而不同时提到收养也不太合适。

86. 主席不知道提及婚姻和收养是不是会使“或以不违反国际法的任何其他方式”的措辞失去任何意义。此外，埃斯卡拉梅亚女士就婚姻提出的问题收养的情况下并未出现。

87. 杜加尔德先生说，婚姻和收养通常都是以同样方式对待的。如果委员会提及其中一项，似可也提及另一项。当然，麻烦之处在于，该条会被视为详尽无遗地列举了可以取得国籍的方法。

88. 山田先生（起草委员会主席）说，必须达成一项明确的谅解：通过婚姻取得国籍的方式不得与国际法相抵触。因此，他认为，该条目前的措辞包括了婚姻。不过，得由委员会决定是否做出建议的修改。

89. 巴哈纳先生建议在第2款中加入提及婚姻的文字，而收养的问题应该在条款草案中另列一条加以处理。

上午 11 时 35 分休会，上午 11 时 50 分复会

90. 山田先生（起草委员会主席）宣布，经过与埃斯卡拉梅亚女士和特别报告员磋商，认定第2款的措辞表述充分，特别报告员将在评注中论述埃斯卡拉梅亚女士提出的这项重要问题。因此他建议以目前的形式通过该条。

91. 主席说，如无异议，他将认为委员会同意通过第3条，但须做坎迪奥蒂先生和通卡先生建议的文字修改。

第3条按照这一谅解通过。

与其他机构的合作

[议程项目 11]

美洲法律委员会观察员的发言

92. 雷巴格利亚蒂先生（美洲法律委员会观察员）介绍了美洲法律委员会分别于2001年7月至8月和2002年2月至3月举行的第五十九届和第六十届会议的工作情况。在第五十九届会议上，美洲法律委员会仅仅重点讨论了其众多议程项目中的一项议题，即美洲体系的民主问题，因为美洲国家组织大会（以下称“大会”）计划于2001年9月第二十八届会议特别会议上通过美洲民主宪章草案。美洲法律委员会自1995年以来一直在审议这项专题，并且做出了许多贡献，受到大会和常设理事会的欢迎。

93. 第五十九届会议伊始，常设理事会主席便请美洲法律委员会参与该理事会负责拟订宪章案文的工作组的活动。美洲法律委员会为此通过了一项决议，在该决议的附件中载入了关于该宪章草案的意见和评注，并假定后者将作为美洲国家组织的一项决议通过。鉴于时间有限，而且草案已经到了后期编拟阶段，因此认为不适宜再对案文提出修正。美洲法律委员会指出，这样的决议一般旨在通过解释公约的规定、提供习惯规范存在的证据、规定一般法律原则或者宣示共同目标的方式，对国际法的逐渐发展作出贡献。它还指出，国际组织机构的某些决议在该组织的《组织法》有此规定的情况下可以对其成员具有约束力，而且这样的决议应该载有纲领性的指导方针。

94. 美洲法律委员会随后对美洲民主宪章草案的条款安排、其中所涉及的专题以及尤其与大会先前的决议和《美洲国家组织宪章》的一致性问题上提出了意见和评论。《美洲国家组织宪章》第9条规定，可以中止其民主成立的政府被武力推翻的本组织成员行使参加美洲国家组织大会各届会议、协商会议、本组织各理事会和各种特别会议以及所设立的各种委员会、工作组和任何其他机构的权利；该条还规定了这种中止的实施和取消机制。美洲国家组织大会1991年6月5日第1080（XXI-O/91）号决议与该条的规定相一致，但所涉及的范围更加广泛。它包括本组织任何成员国中民主政治体制进程或者民

选政府的合法行使权利突然或不正常中断的情况；它并未设想中止成员国资格，但授权常设理事会和大会采取某些措施应对这一情况。2001 年 4 月 20 日至 22 日在魁北克举行的第三届美洲首脑会议通过了“民主条款”，其中规定，美洲国家组织成员国民主秩序任何不符合宪法的变更或中断，都构成该国政府参加大会各届会议、协商会议、本组织各理事会和各种特别会议以及各种委员会、工作组和任何其他机构不可逾越的障碍。

95. 美洲法律委员会对基本上纳入美洲民主宪章草案的上述规定进行了长时间讨论，并就是否有必要使其与《美洲国家组织宪章》和相关文书保持一致提出了各种建议。该规定至少在目前很可能是必要的，而且在政治上是可以接受的，但从法律观点来看，它可能与《美洲国家组织宪章》并不一致，这取决于对它进行解释和适用的方式。当然，它的范围比美洲法律委员会所希望的更加广泛。无论如何这是对防止和惩治通过非暴力但同样是非法手段中断宪法和民主秩序的集体意志的考验，这种情况美洲过去曾经出现过。

96. 《美洲民主宪章》于 2001 年 9 月 11 日在美洲国家组织大会第二十八届特别会议上以协商一致方式通过。从此之后再没有对案文做进一步的磋商。

97. 美洲法律委员会第六十届会议注意到新宪章的通过，并通过一项决议，指出该宪章在很大程度上反映了美洲法律委员会的意见和建议，并且提及秘书长和参加特别会议的其他高级别与会者对美洲法律委员会所做的贡献表示感谢。

98. 在 2001 年 6 月 5 日题为“拟订反对种族主义和一切形式的歧视和不容忍现象的美洲公约草案”的第 1774 (XXXI-O/01) 号决议中，大会请委员会为促进和推动常设理事会在这一问题上所做工作的目的编写一份分析性文件。因此，美洲法律委员会在最近一届会议上广泛地讨论了这一专题，并于 2002 年 3 月 6 日通过了第 39 (LX-O/02) 号决议，对全世界种族主义行为和不容忍现象的日益增多表示关注，并确认必须通过加强国际合作共同反对这种现象，从而根除这种做法。美洲法律委员会还赞同 CJI/doc.80/02 rev.3 号文件所载的结论，该文件连同该决议均已转交常设理事会。这些案文委员们都可

以查阅。在这方面应该提及的是，美洲法律委员会根据条约和立法汇编以及各成员国对发给它们的调查问卷的答复，对这一领域的一般和区域规范性框架进行了广泛审查。美洲法律委员会得出的结论载于 CJI/doc.80/02 rev.3 号文件，这些结论虽然对谈判一项新公约的可行性表示了某种程度的怀疑，但它明确说明，如果决定开始谈判一项新公约，则该公约应该是对现有普遍性和区域性公约作出补充的文书，其中应该包括这些公约未涉及的这个问题的任何概况，或者描述具体国际文书尚未加以论述的种族主义、种族歧视或不容忍现象的形式。

99. 美洲法律委员会所持的观点十分明确，即不宜开始谈判和缔结一项防止、惩治和根除种族主义和一切形式的歧视和不容忍现象的一般性公约，因为这样做可能会重复现有的公约，产生内容部分相同的现象，从而带来严重的解释和适用问题。不过，美洲法律委员会确定了一些可能与开展这项专题工作相关的主题：强化人权条约义务执行情况的监督机制；关于土著居民和少数民族等特定群体的研究；以及当代形式的种族主义和种族歧视。美洲法律委员会的结论还认为，如果决定制定一项针对这一问题某些特定方面的美洲公约，则该项公约应该在《消除一切形式种族歧视国际公约》和有关这一问题的其他普遍性和区域性公约的框架范围内拟订。委员会还指出了对有关种族主义和种族歧视问题作出规定的其他可能程序，如通过关于现有公约的修正案和解释性声明，以及缔结附加议定书。还可以采用分别于 1994 年 12 月 9-11 日在美国迈阿密（佛罗里达）和 1998 年 4 月 18-19 日在智利圣地亚哥举行的第一届和第二届美洲首脑会议和 2001 年 8 月 31 日至 9 月 7 日在德班（南非）举行的反对种族主义、种族歧视、仇外心理和相关的不容忍现象世界会议建议的政治程序。最后，美洲法律委员会指出，美洲国家组织各机关可以考虑敦促尚未批准或加入现有公约的成员国考虑这样做，并建议各项反对种族主义和种族歧视公约的缔约国采取必要措施，尤其是通过国内法律和规章，履行其根据这些公约所承担的义务。

100. 这项专题于 2002 年 6 月 2 日在布里奇顿召开的美洲国家组织大会第三十二届常会上进行了审议，当然也会在本组织其他论坛上继续进行审议。委员们可以查阅第三十二届常会议程草案。该议程

上一项极为重要的专题是大会刚刚通过的《美洲打击恐怖主义公约》。该《公约》的案文也提供给委员们查阅。

101. 美洲法律委员会第六十届常会还审议了2002年2月4日至8日在哥伦比亚特区华盛顿召开的第六次美洲国际私法专门会议的成果。该专门会议通过了两项关于可转让和不可转让国际公路货物运输联运提单的示范法。该会议还通过了一项关于担保交易的美洲示范法,旨在减少贷款成本,鼓励在该区域进行国际贸易和投资,并为南半球的中小企业提供协助。该次会议审议的第三项专题是跨界污染的赔偿责任问题。就该专题没有达成任何一致意见。该会议委托给美洲法律委员会的任务是协助进行“合同外民事责任事项的适用法律和合法国际管辖权”专题的研究,并拟订第七次美洲国际私法专门会议的议程。

102. 最后,他提请委员会注意准备于2006年庆祝美洲法律委员会成立100周年。庆祝活动的筹备工作于2001年开始,计划让美洲和其他区域的许多机关和机构都来参加。此外,还希望让国际法委员会和联合国其他机关及专门机构以及学术机构和著名国际律师都来参加庆祝活动。他还特别提及在1999年举行的海牙会议100周年庆祝活动范围内开展的筹备工作。除了各种会议和特别活动之外,庆祝项目还将包括各种出版物和其他学术活动。

103. 国际法课程自1974年以来每年都开办,为期四周,通常与美洲法律委员会8月在巴西里约热内卢举行的会议同时进行。参加课程的约有来自成员国的37名学员,其中有30人获得了补助金。参与学员都是在大学、公营部门或国家外交部门工作的年轻大学毕业生。他们脱产学习全部课程,并且还要接受评价。讲授课程的有美洲法律委员会的委员、国际机构的国际官员和职员,以及美洲和其他区域尤其是欧洲大学的教师。每年约有30名教师来讲课。国际法委员会的一些前任和现任委员都曾进行授课,从而促进提高了委员会的声誉。每次课程侧重一项主题,2001年的主题为“人在当代国际法中的地位”,2002年的主题为“自然资源、能源、环境与国际法”。

104. 最近一次美洲国家组织成员国外交部长法律顾问联席会议于2000年3月在美洲法律委员会

第五十六届常会期间在哥伦比亚特区华盛顿召开。下次会议将于2003年召开,会议议程将包括关于国际刑事法院的项目,该项目已经不再是美洲法律委员会会议上的一个项目。这些会议的目的都是为了就对许多会员国具有重要意义的一些法律问题交换资料和意见。

105. 《美洲国家组织宪章》第103条授权美洲法律委员会与大学、研究所和其他教学中心,以及与专门从事有关国际关注的法律问题的研究、调查、教学或资料传播的国家和国际委员会和实体建立合作关系。他相信美洲法律委员会已经为完成这项任务做出了贡献。

106. 主席感谢美洲法律委员会观察员所做的发言。了解到他本国有幸参与的这个历史悠久而又充满活力的机构所取得的广泛成就,的确给人印象深刻。尤其给他深刻印象的是关于国际法不成体系问题的讨论,他欢迎有关美洲法律委员会对这一问题所采取的方针的进一步详细情况,因为委员会本身也在着手审议不成体系问题。

107. 雷巴格利亚蒂先生(美洲法律委员会观察员)说,在审议一项可能的反对种族主义公约的背景下,有必要避开国际法不成体系问题是特别令人关注的事项。虽然这种关注并没有妨碍通过一项美洲反对种族主义公约,但特别注意了将其纳入现有的普遍性公约是否有必要的问题。

108. 斯里尼瓦萨·拉奥先生感谢美洲法律委员会观察员对这个十分重要的机构正在开展的工作所做的精彩概述,世界其他区域的法学家、国际法学生和学者也都对该机构所做的工作极感兴趣。美洲法律委员会最近率先拟订了《美洲打击恐怖主义公约》尤其令人注意,因为全球都在关注确保资金不会落到恐怖主义组织手中的问题。应该进一步加强美洲法律委员会与亚非法律咨询委员会之间的联系,因为这两个机构拥有共同的关注事项。

109. 卡姆托先生感谢美洲法律委员会观察员全面介绍了美洲国家组织对国际法的编纂和传播所做的令人钦佩的贡献。关于美洲打击恐怖主义公约草案,他询问一项新的区域性公约可以作出较之有关该问题的现有公约怎样更大的重要贡献。他还想

知道该公约值得称赞的消除恐怖主义目标是否现实，因为该目标主要是一个政治而非法律问题。最后，他询问新公约关于歧视问题的第 14 条缺少一个标题是疏忽还是故意。

110. 雷巴格利亚蒂先生（美洲法律委员会观察员）说，《美洲打击恐怖主义公约》是美洲国家组织政治机关的倡议，是对需要消除美洲的恐怖主义灾难做出的反应。虽然由于明显的和令人遗憾的原因，人们认为有必要加强美洲在这一领域的合作，但同时也特别注意了确保新公约与现有公约保持一致。美洲法律委员会在公约谈判过程中所起的是技术性和咨询性作用。最后，该《公约》第 14 条缺少一个标题属于一个很小的编辑问题，很快就会予以更正。

111. 尼豪斯先生感谢美洲法律委员会观察员对该委员会的活动所做的精彩概述。两个机构之间的经验交流很有价值。《美洲民主宪章》不仅对该区域而且对整个世界都是一个榜样。我们还要祝贺该委员会成功地举行了第六次美洲国际私法专门会议，以及该会议通过的两项示范法。在 2006 年庆祝 100 周年时，美洲法律委员会将可以回头看到其走过的成果极为丰富的 100 年。

112. 加利茨基先生说，新的《美洲打击恐怖主义公约》第 2 条所载的一系列普遍性公约，没有提及该委员会自己十分重要的《防止和惩治以侵害个人罪行和相关勒索罪行形式进行的具有国际影响的恐怖主义行为公约》，也没有提及这两项公约之间的关系。

113. 雷巴格利亚蒂先生（美洲法律委员会观察员）说，他个人认为，新的《美洲打击恐怖主义公约》第 2 条只是列举了在加强美洲反恐机制和推动这一领域区域合作的较为一般性进程范围内，新公约必须加以结合的各项普遍性公约。

114. 主席感谢美洲法律委员会观察员所做的让人增长见识的发言，以及他在回答问题时所表现的耐心和意愿。对所有在座的人来说，这是一次十分有意义的经历。

下午 1 时 5 分散会。

第 2731 次会议

2002 年 6 月 6 日，星期四，上午 10 时

主席：罗伯特·罗森斯托克先生

出席：阿多先生、马里先生、布朗利先生、坎迪奥蒂先生、池先生、科米萨里奥·阿丰索先生、达乌迪先生、杜加尔德先生、埃斯卡拉梅亚女士、丰巴先生、加亚先生、加利茨基先生、卡巴齐先生、卡姆托先生、卡米沙先生、科斯肯涅米先生、库兹涅佐夫先生、曼斯菲尔德先生、蒙塔兹先生、尼豪斯先生、斯里尼瓦萨·拉奥先生、罗德里格斯-塞德尼奥先生、辛马先生、通卡先生、薛女士、山田先生。

外交保护¹（续）

（A/CN.4/514；² A/CN.4/521, C 节；A/CN.4/523 和 Add.1；³ A/CN.4/L.613 和 Rev.1）

[议程项目 4]

特别报告员的第二和第三次报告（续）

1. 主席请委员会各位委员继续逐条审议起草委员会通过的外交保护条款草案（A/CN.4/L.613）*。

第 4 条（连续的国籍）

2. 通卡先生指出，该条的法文标题（*Maintien de la nationalité*）与其英文标题（*Continuous nationality*）不相应，他建议换成“*Nationalité continue*”或“*Continuité de la nationalité*”。

* 随后作为 A/CN.4/L.613/Rev.1 号文件分发（见第 2732 次会议）。

¹ 特别报告员第一次报告中提议的条款草案第 1 至第 9 条的案文，见《2000 年……年鉴》，第一卷，第 2617 次会议，第 1 段。

² 见《2001 年……年鉴》，第二卷（第一部分）。

³ 转载于《2002 年……年鉴》，第二卷（第一部分）。

3. 卡姆托先生说，他支持通卡先生的评论。两种措辞都可以接受，不过“*continuité de la nationalité*”概念却预先假定，至少是含蓄地预先假定，国籍是连续，甚至在国家继续的情况下也是如此，而“*nationalité continue*”概念可能只是指国籍改变。如果“连续的国籍”涵盖了种种国家的继承情况，那么就应当译成法文的“*continuité de la nationalité*”。

4. 他记得，起草委员会主席在上次会议介绍其报告时，他曾经说过（第24段），第2款第1行的“*peut*”（“可以”）意在提醒注意第1款所述原则的例外。然而，他本人认为，该例外是由“虽然”一词表示出来的，原因很简单，行使外交保护的权利是而且仍旧是国家的自由裁量权。

5. 加亚先生说，在第2款中，“基于……原因”几个字译成了法文的“*pour des raisons*”。这就改变了原意，因为“原因”一词作单数时，系指导致改变国籍的情况，诸如国家继承或归化；而作复数时，则可能是指促使有关人改变国籍的因素，而且很难确定。因此，应当用单数。

6. 坎迪奥蒂先生说，他认为在法文中第1款和第2款中最好提到“*la réclamation*”（“要求”），而不要提到“*sa réclamation*”。

7. 主席说，如无异议，他就认为委员会一读通过了经修正的第4条。

就这样决定。

第5条（多重国籍和针对第三国的求偿）

8. 主席说，如无异议，他就认为委员会一读通过了第5条。

就这样决定。

第6条（多重国籍和针对国籍国的求偿）

9. 卡姆托先生说，他认为法文本第1款结尾的“*que si la nationalité prédominante de celui-ci est celle du premier État en question*”，应当与英文本一

致（“除非甲国……是主要国籍国”），从而改成“*à moins que la nationalité prédominante de celui-ci ne soit celle du premier État en question*”，进而真正削弱该句第一部分所体现的原则。

10. 第2款是多余的，因为它只是重复了第4条第3款的措辞，而没有增加任何内容。

11. 主席说，他认为落实卡姆托先生的提议，使法文本第6条第1款结尾与英文本保持一致，不会有什么问题。

12. 通卡先生指出，第1款开头为“甲国不可……行使外交保护”，而第2款开始则为“甲国不得……行使外交保护”，他问二者用不同措辞是由于某种原因，还是出于偶然。在这一点上，他提请注意第4条第3款与第6条第2款用的都是“不得……行使外交保护”，译成法文时却不统一。也许应当统一。

13. 杜加尔德先生（特别报告员）说，他认为通卡先生所提到的措辞不是刻意选择的，如果想强调第2款用“不得”两字所表示的限制，目前的选择也许就没有什么不妥。不过，为了一致起见，第2款像第1款一样，可能还是照用“不可……行使”为明智之举。

14. 达乌迪先生说，起草委员会根据一名委员的提议而为第2款选取的措辞，会使禁止国籍国在所涉情况下行使外交保护的意味更加强烈。第6条第1款较为灵活的措辞，即“不可……行使”，允许国籍国根据受害人的主要国籍行使外交保护。然而，如果案文必须一致，那么在第1款与第2款中还是用“国籍国不得……行使外交保护”为好。

15. 蒙塔兹先生说，他记得，起草委员会在第6条第1款与该条第2款之间采用了两种不同表达方式，意在强调国籍国在第1款所说的情况下行使外交保护的自由裁量权和国籍国在第2款所说情况下不得行使外交保护的义务。

16. 加亚先生说，如果必须确保案文一致，那么第6条第2款的措辞应当以第4条第3款的措辞为基础。然而，由于有了第4条第3款，就不需要第6

条第 2 款了。第 6 条应当强调的是，不仅在提出求偿之日，而且在伤害造成之时，都应当考虑主要国籍。因此，他建议第 1 款应当重新起草，第 2 款应当删除。

17. 山田先生（起草委员会主席）答复通卡先生的问题说，每次遇到说明规则有例外的问题时，起草委员会都决定使用“可”或者“不可”，从某种程度上讲，第 6 条第 1 款的情况正是如此。然而，他同意达乌迪的评论，也同意他的提议，即第 1 款和第 2 款都应当用“国籍国不得……行使外交保护”这样的表述方式。

18. 提到卡姆托先生和加亚先生的评论，他还记得自己在介绍起草委员会的报告时，就涉及丧失国籍者的第 4 条所讲的话，即第 1 款确定了连续国籍原则，第 2 款提到了该原则的一种例外情况，第 3 款提到对该例外情况的限制。但是第 6 条第 2 款却涉及一种不同的情况，即一个已经丧失国籍但在受害时尚未获得新国籍的人的情况。正因为如此，起草委员会多数委员一直认为第 2 款应当保留，至少一读审议时应当保留。无论最后决定如何，就该问题所表达的不同观点会载入有关会议的简要记录、委员会报告和评注中。在全会期间大量讨论起草工作，这样很危险。

19. 薛女士说，身为起草委员会委员，她要再做几点澄清。第 6 条第 1 款应当原样保留，因为“不可行使”这一短语，是后面提到行使自由裁量权的“除非”分句所需要的。使用“国籍国不得……行使外交保护”这样的表述方式，就等于把义务变成了权利。

20. 总体说来，他同意加亚先生的评论，特别赞同他的建议，即应当考虑伤害造成时的主要国籍。

21. 主席说，问题是第 6 条第 2 款涉及的不是有双重国籍而以一个为主的情况，而是在伤害发生时拥有责任国国籍而不是求偿国国籍的情况。

22. 加亚先生说，他认为第 2 款实质上提到了受害人不拥有求偿国国籍的情况。因此，根据第 4 条第 3 款规定，该国不可以提出求偿，因为连续国籍规则已经实施。所以，第 6 条第 2 款是不合逻辑

的，因为它预先假定有一种不存在的要素存在。他重申了自己就第 6 条提出的建议，条件是委员会同意对该条做出实质性修改。

23. 卡姆托先生说，他信服薛女士主张在第 1 款使用“不可行使”、在第 2 款使用“不得行使”的论证。

24. 在他看来，第 2 款涉及的不是多重国籍的情况，而是第 4 条第 3 款已经包含的情况，即受害者的新国籍不与旧国籍相争、也不与旧国籍相伴随的情况。可是，他会赞同委员会在全体会议上就第 2 款通过的决定。

25. 主席问是否可以把第 2 款放进方括号中。

26. 山田先生（起草委员会主席）说，全会做出仓促决定，要对起草委员会拟订的案文进行实质性修改，这并不合适。如果全体委员会委员都希望修正第 6 条第 2 款，就应当向起草委员会发出此类指示，请起草委员会审查该项案文。

27. 主席说，他看把第 6 条第 2 款放入方括号没什么不好，因为这只是表明，该案文既未遭拒绝，也没有通过，而是要由起草委员会在今后适当时候加以审查，虑及已经提出的所有评论。

28. 如无异议，他就认为委员会一读通过了第 6 条第 1 款，条件是把第 2 款放入方括号内，留待起草委员会根据所有已经提出的评论进一步进行审查。

就这样决定。

第 7 条（无国籍人和难民）

29. 科斯肯涅米先生说，他对第 7 条的政策指示持严重保留意见。他特别关注两个问题。第一个涉及连续国籍规则的适用问题。起草委员会主席已经指出，在该问题方面，大家意见不统一。他也认为，该规则不是习惯法规则，强制委员会把它列入第 4 条或第 7 条也没有政策依据。

30. 第二个问题涉及无国籍人和难民。他认为，第 7 条第 1 和第 2 款的要求，即无国籍人或难

民应当在有关国家中有惯常居所，是限制不当，也完全没有必要。它会妨碍无国籍人或难民居住国在某些情况下行使外交保护，从政策角度看，这一点是完全无法令人接受的。一个人沦为难民时，就像一个人被剥夺国籍而无国可归的多数情况一样，原因是他先前居住的国家是或已经成为一个极权主义国家。难民正是在新的国家获得合法居留资格但尚未确定惯常居所时，最需要保护。长期以来，这种问题经常发生。他提请大家注意一些德国犹太人的示例。在纳粹法律颁布时，他们不在德国境内，后来他们在其他国家，诸如瑞士或法国，也陷入了困境。纳粹立法在他们到达其他国家前后通过，他们是该立法的受害者；纯粹是出于政策原因，他们新的居留国为他们提供外交保护，使它们免受纳粹政权迫害，这是极为重要的。最近也出现了同样的问题，诸如苏维埃联盟和德意志民主共和国的难民。他建议，应该通过删除第1款和第2款的“惯常”两个字，将此种关切在第7条中表达出来。虽说会出现保留合法居所的要求，但保留惯常居所的要求则缺乏政策依据。否则的话，居留国处理因受本国政府压迫而进入自己境内的无国籍人或难民的困难的酌处权，就会受到不当限制。他还说，他的建议不是暗示一名无国籍人或难民享有得到外交保护的权力；坦率地说，它是一项应当留给无国籍人或难民的新居留国酌情处理的问题。最后，他强调，概念事宜不是目前讨论的问题。

31. 埃斯卡拉梅亚女士说，她完全赞成科斯肯涅米先生的评论，他提出两个要点。第一个，涉及连续国籍问题和造成损害的时刻，这也是非常敏感的。对难民或无国籍人适用连续国籍规则，结果可能会造成非常不公平的情况。此类人最需要保护的时期，就是他们可能失去保护的时期。

32. 她也完全赞成科斯肯涅米先生对自己所提第二点的看法。“惯常居住”这一起码条件极高。看来委员会依赖的是实际与外交保护无关的《欧洲国籍公约》。像科斯肯涅米先生一样，她也强调，强加某种要求没有问题；但不应当设置障碍阻挠一国想为自己领土上的难民或无国籍人提供外交保护的愿望。

33. 主席说，问题不是条款草案是否会减轻身陷艰难处境的无辜者的痛苦。重要的是不要偏离各

国权利中固有的外交保护问题。如果委员会一味关注如何应对某些人的悲惨处境问题，就有忽视工作重点的危险。

34. 曼斯菲尔德先生说，虽然他知道委员会审议外交保护专题已经有一些时日了，而且身为新的委员，他也惟恐触及已充分讨论的问题，但是他认为科斯肯涅米先生提出了一个极为重要的问题。一人落入了上文提及的某种极为困难的境地，一国应当有权解决他的问题。因此，他支持科斯肯涅米先生的提议。

35. 卡巴齐先生说，确保只是新近遭遇处境变化的难民和无国籍人也得到保护，这种想法很动人，但是国家之间会发生利益冲突。常常有这样的事，一个人在某个国家被接受为难民，因此在那里有了惯常居所，然后却在另一个国家找到了工作，也在那里住了一些时间。如果把“惯常”一词删除，就会出现这个问题，究竟是哪个国家有权代表他采取行动：是他碰巧居留的国家，还是他惯常居住的国家。这一规定需要加以明确。

36. 山田先生（起草委员会主席）指出，他在报告中已经说过，对难民或无国籍人接受外交保护应当具备的起码条件，众说纷纭，但起草委员会最后选择了第7条目前措辞所表述的较高的起码条件。他理解而且也尊重一些委员所表示的看法，但是，鉴于外交保护基本规则规定行使外交保护的权力属于国籍国，第7条则涉及该规则的例外情况，所以委员会进入了一个逐渐发展领域，关键是委员会希望走多远。它不应当忽视条款草案只处于一读阶段。少数人的意见会载入评注。

37. 辛马先生说，如果山田先生的提议能为提出该问题的各位委员接受，他本人也就没有什么要说的了。起草委员会为达成最佳折衷方案已经做出了巨大努力。

38. 加利茨基先生说，他赞同山田先生和辛马先生的观点。不应当忘记，第7条处理的是一项外交保护一般规则特有的例外。案文是精心起草的。所定起码条件并非特别高：它与获得国籍的必要条件相当。难民与无国籍人应当与国民享受同等程度的外交保护。他注意到，为难民或无国籍人提供外

交保护的權利，总是遭到其他国家的反对。听听各国对这一核心问题的看法会很有意思。同时，先保留目前的案文，且听听各国有什么看法，可能更明智一些。

39. 卡姆托先生说，第7条没有编纂习惯规则，关于这个问题也没有习惯规则，而是为法学家提出了一个需要开动脑筋的真正问题。第一，它无视国籍，打破了外交保护权的整个结构，而国籍正是行使外交保护权的条件。第二，它为一国提供了一种根据某项自己未加入的法律文书，尤其是在双边条约的情况下，追究违犯国际法行为的可能性。第三，它意在控制一个各国通过自己有关授予国籍的国内法可以控制的问题。超越起草委员会通过的措辞，删除“惯常”一词，将不是逐渐地而是草率地发展国际法。

40. 达乌迪先生说，他赞成保留现有案文，因为外交保护不得与人权保护相混淆。该规定是对国际法的逐渐发展，起草委员会一直奉行的原则也是无国籍人不应被授予比国民更好的待遇，因此也不得免受在国籍问题中适用的有效性要求的制约，更不用说复杂的具体情况，例如一个人在甲国拥有难民地位、在乙国拥有惯常居所的情况。起草委员会适用的标准，很好地反映了委员会在前届会议上达成的折衷方案。

41. 布朗利先生说，这一自由假定在适用于事实时，尤其是在涉及难民的情况下，造成了种种问题。在发生灾害的许多情况下，受害者不仅是难民，而且还有接收国——往往是发展中国家——的政府和人民。另外，难民流动未必都是由本国不宽容或治理不善造成的。那么为什么必须假定难民希望加速减少与自己刚刚离开的国家的联系呢？很难根据非常特殊的情况，例如德国犹太人的情况，来制订规范，尤其是因为，即使在那种情况下，一触及解决财产问题，犹太人难民常常坚持自己仍拥有纳粹政权从他们手中非法夺去的德国国籍。把整个国籍问题本身与难民地位问题联系起来，可能会造成一种甚至使获得卑微的难民地位也将更加困难的局面。

42. 杜加尔德先生（特别报告员）说，从伦理的观点看，科斯肯涅米先生是对的，但委员会其他

委员的评论和各国在第六委员会所表达的观点都表明，必须审慎行事。照目前来看，该规定是一项来之不易的折衷方案，一种更自由的提法会让委员会和大会都无法接受。

43. 主席说，根据特别报告员和起草委员会主席的评论，委员会也许希望保留现有的第7条案文，并在评注中说明有众多委员都提出了这一点，还强调必须确保该规定所涉及的人不因“惯常”一词的使用而遭受不应遭受的损害。

44. 科斯肯涅米先生说，他怀疑事实与概念二者对立的意義。如果这种对立有意义，他本人总会赞成事实。然而，难民的处境当然大不相同，每种情况都必须据实加以审议，但这正是委员会力求建立的酌情裁量制度的初衷，即让各国自己决定是否接受一个人的理由。既然如此，为什么非要绝对禁止它们受理难民的求偿要求呢？规则与例外的对立也是如此，这两个词很容易换位。他本人可以轻易地想象到，整个情况涉及大规则，即是否行使外交保护由各国决定；也涉及例外，这例外必须做狭义的解释，即各国只能对自己的国民行使外交保护。因此，说第7条处理的是一种例外，其实未必，这种例外因为某种形而上学的原因，必须加以限制性解释，这种限制又恰巧与难民陷入困境的情况吻合。

45. 主席说，所表达的种种观点似乎都涉及外交保护这一基本规则的依据，涉及从何种程度上讲该规则肯定对国家而言是一个重要问题，而且尽管个人人权角度很重要，但却不得从个人人权的角度来处理这个问题。

46. 辛马先生谈到1930年代移居法国或瑞士的德国犹太人处境的示例时说，他不知道，要求这两个国家不仅接受那些难民——本身就不是一件易事，而且还要为他们提供外交保护，不让他们受纳粹德国迫害，这种要求是否实际，或者更确实的说，是否可以想象。诚然，时代变了，世界现在都渗透了“人权思想”，但仍可找到国家存在着严重人权问题的示例，邻国和世界其他国家对之也都采取了非常审慎的态度。照目前看，第7条是一种合理的平衡，其中不乏对人权的考虑。也许可以就此问题向各会员国提出一个具体问题，以此扩展主席的提议。

47. 斯里尼瓦萨·拉奥先生说，他支持辛马先生的评论。

48. 布朗利先生说，科斯肯涅米先生不是就政策问题表示看法的惟一委员，而且就事实而论，有些委员觉得政策问题也不像科斯肯涅米先生以为的那样清楚。因此，也应当在评注中说明，尽管有些委员提出了政策问题，但其他委员却认为，就事实来看，政策假设也是缺乏正当理由的。

49. 卡姆托先生说，正在审议的规定起初就引起了强烈反对，直到情况发生变化，最终提出了起草委员会多数委员都支持的目前措辞为止。因此，在该规定的评注中没有理由提及具体意见，特别是因为已表达的各种看法都已载入简要记录。另外，尽管事实胜于概念，概念却赋予事实以结构，并指导编纂工作。不可为了涵盖特殊情况而改变外交保护规则。

50. 达乌迪先生说，他支持卡姆托先生的评论。

51. 主席说，一读时在评注中指明委员会内部发生的意见分歧，也是常事。因此，他建议原封不动保留案文；在评注中指明，有“众多”（或者也许是“相当多”）的委员都赞成删除“惯常”一词；总结正反两方面的论点；向第六委员会提出问题，以此征求各国对此事的意见。

就这样决定。

52. 主席说，这样起草委员会就完成了对第1条至第5条以及第7条的一读审议。

53. 通卡先生问起草委员会是否会重新审议第1条的标题；他认为，第1条应当题为“定义”或“定义和范围”，从而更好地反映其内容。

54. 主席说，起草委员会开会审议第6条时会研究这一问题。

上午 11 时 25 分散会。

第 2732 次会议

2002 年 6 月 7 日，星期五，上午 10 时 5 分

主席：罗伯特·罗森斯托克先生

出席：阿多先生、马里先生、布朗利先生、坎迪奥蒂先生、池先生、科米萨里奥·阿丰索先生、达乌迪先生、杜加尔德先生、埃斯卡拉梅亚女士、丰巴先生、加亚先生、加利茨基先生、卡巴齐先生、卡姆托先生、卡米沙先生、科斯肯涅米先生、库兹涅佐夫先生、曼斯菲尔德先生、蒙塔兹先生、尼豪斯先生、斯里尼瓦萨·拉奥先生、罗德里格斯·塞德尼奥先生、通卡先生、薛女士、山田先生。

外交保护¹（续完）

（A/CN.4/514；² A/CN.4/521, C 节；A/CN.4/523 和 Add.1；³ A/CN.4/L.613 和 Rev.1）

[议程项目 4]

起草委员会的报告（续完）

1. 主席说，在前一天的全体会议上，委员会请起草委员会考虑外交保护条款草案第1条的标题以及第6条的案文。起草委员会前一天下午拟定的标题和案文的副本现已分发。

2. 山田先生（起草委员会主席）说，全体会议推迟之后，起草委员会在前一天举行了一次简短会议，目的是审议加亚先生提出的对第6条的修正案以及通卡先生提出的关于第1条新标题的提案。

¹ 特别报告员第一次报告中提议的条款草案第1至第9条的案文，见《2000年……年鉴》，第一卷，第2617次会议，第1段。

² 见《2001年……年鉴》，第二卷（第一部分）。

³ 转载于《2002年……年鉴》，第二卷（第一部分）。

3. 关于题为“多重国籍和针对国籍国的求偿”的第6条，委员会备有根据在全体会议上提出的建议起草的提案，即在第1款结尾的“主要”一词加上一个逗号，其后再加上下述案文：“在该人受害时和正式提出求偿之日”。第2款将因此而删除。

4. 起草委员会考虑到，对第4条第3款中的“原”一词可能会有不同解释。由于该词含有某人已失去其国籍之意，对该词可能会有不同解释，因此，可能会造成与第6条重叠。有人觉得，建议的修正在解决现有第2款问题的同时还可避免这一问题，因为除非该人在受到伤害时已拥有该国籍，否则就不可能提供外交保护。

5. 起草委员会决定采纳提案作为澄清第6条的一项办法。因此，将删除现有第2款，起草委员会建议的第6条现修改如下：“国籍国不可代表受损害国民针对其另一国籍国实行外交保护，除非该国籍国在该人受害时和正式提出求偿之日都是主要国籍国。”

第6条标题保持不变。

6. 大家可能记得，在上次全体会议上，有人建议为委员会已经通过的第1条考虑一个新标题。起草委员会对此表示同意，目的是让第1条也包括某些定义要素。他考虑了两个备选标题：“定义和范围”和“性质和范围”，最后认定前者更准确。因此，起草委员会建议把“定义和范围”作为第1条的新标题。

7. 最后，起草委员会注意到在全体会议上提出的关于对条款草案进行技术更正的一些建议，并请秘书处在编写条款草案的下一个版本时考虑到这些更正。

8. 他最后建议委员会通过业经修订的第6条以及第1条的新标题。

9. 主席说，如无异议，他将认为委员会同意通过起草委员会提出的第1条的标题。

就这样决定。

10. 主席说，如无异议，他将认为委员会也同意通过业经修改的第6条。

就这样决定。

11. 主席说，现在，委员会已完成外交保护条款草案第1至第7条的一读通过。

本届会议的工作安排（续完）*

[议程项目 2]

12. 主席说，委员会现在已完成第五十四届关于第一期会议的事项。本届会议第二期会议的第一次全体会议将于2002年7月22日星期一下午3时举行。

上午 10 时 15 分散会。

* 续自第2727次会议。

第五十四届会议第二部分简要记录

2002 年 7 月 22 日至 8 月 16 日在日内瓦举行

第 2733 次会议

2002 年 7 月 22 日，星期一，下午 3 时

主席：罗伯特·罗森斯托克先生

出席：马里先生、巴埃纳·苏亚雷斯先生、布朗利先生、坎迪奥蒂先生、池先生、科米萨里奥·阿丰索先生、达乌迪先生、杜加尔德先生、埃斯卡拉梅亚女士、丰巴先生、加亚先生、加利茨基先生、卡巴齐先生、卡特卡先生、卡米沙先生、科斯肯涅米先生、曼斯菲尔德先生、蒙塔兹先生、庞布-齐文达先生、佩莱先生、斯里尼瓦萨·拉奥先生、通卡先生、山田先生。

对条约的保留¹（续）*

（A/CN.4/526 和 Add.1-3；² A/CN.4/521, B 节；A/CN.4/L.614；A/CN.4/L.623）

[议程项目 3]

起草委员会的报告

1. 主席宣布委员会第五十四届会议第二期会议开始，请山田先生介绍起草委员会有关条约保留的报告（A/CN.4/L.614）。

* 续自第 2721 次会议。

¹ 委员会到目前为止暂时通过的准则草案案文，见《2001 年……年鉴》，第二卷（第二部分），第六章，第 156 段。

² 转载于《2002 年……年鉴》，第二卷（第一部分）。

2. 山田先生（起草委员会主席）说，2002 年 5 月 21 日至 23 日，起草委员会就本专题召开了三次会议。它审议了 14 项准则草案：有 13 项已于上届会议提交给了起草委员会，有一项（2.1.7 之二）在本届会议上提交。这些准则草案载于处理程序问题的《实践指南》第二“章”。起草委员会已经提议了 11 项准则草案（方括号内的数字系指特别报告员报告中所载准则草案的编号，或视情况而定，系指特别报告员报告中所载准则草案的原始编号，该编号已被并入最终准则草案）。

2. 程序

2.1 保留的形式和告知

2.1.1 书面形式

保留必须以书面形式提出。

2.1.2 正式确认的形式

保留必须以书面形式正式确认。

2.1.3 在国际一级提出保留

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

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

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

2. 以下人士因其职务无须出示全权证书，有权代表一国在国际一级提出保留：

(a) 国家元首、政府首脑和外交部长；

(b) 为针对一国际会议通过的条约提出保留而派驻该国际会议的国家代表；

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

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

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

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

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

2.1.5 保留的告知

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

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

2.1.6 [2.1.6、2.1.8] 告知保留的程序

1. 除非条约另有规定或各缔约国和缔约组织另有协议外，对条约之保留的告知：

(a) 在没有保存人的情况下，应由提出保留者直接送交缔约国和缔约组织以及有资格成为该条约缔约方的其他国家和国际组织；或者

(b) 在有保存人的情况下，应送交保存人，由他尽早告知所要送交的国家或组织。

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

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

2.1.7 保存人的职能

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

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

(a) 提请各签署国和签署组织以及缔约国和缔约组织注意，或

(b) 在适当情况下提请有关国际组织的主管机关注意。

2.1.8 [2.1.7之二] 显然 [不允许] 提出保留之情况下的程序

1. 如果保存人认为显然 [不允许] 提出某项保留，则应提请提出保留者注意保存人认为的构成这种 [不能允许] 的状况。

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

2.4.1 提出解释性声明

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

[2.4.2 [2.4.1之二] 在内部一级提出解释性声明

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

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

[2.4.3 [2.4.2、2.4.9] 提出和告知有条件的解释性声明

1. 必须以书面方式提出有条件的解释性声明。

2. 有条件的解释性声明也必须以书面方式正式确认。

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

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

3. 准则草案 2.1 至 2.1.4 涉及保留的形式和提出。准则草案 2.1.5 和 2.1.6 涉及告知保留的程序。准则草案 2.1.7 和 2.1.8 涉及保存人的职能。准则草案 2.4.1 和 2.4.2 涉及解释性声明的提出。最后，

准则草案 2.4.3 涉及有条件的解释性声明的提出和告知。

准则草案 2.1.1 (书面形式)

4. 准则草案 2.1.1 最初由特别报告员提出, 未经任何修改, 由起草委员会临时通过。其措辞取自 1969 年和 1986 年《维也纳公约》的第 23 条第 1 款。

准则草案 2.1.2 (正式确认的形式)

5. 起草委员会起初审议了特别报告员提出的措辞是否应当加以审查的问题, 因为它暗示正式确认并非总是必要的。起草委员会选择了一种更为简明扼要的表述方式, 这当然不是说正式确认总是必要的。它只是说, 正式确认应当以书面形式提出, 不言而喻此种正式确认可能并非总是非做不可的。书面确认形式源自 1969 年和 1986 年《维也纳公约》的第 23 条第 1 款和第 2 款。

准则草案 2.1.3 (在国际一级提出保留)

6. 准则草案 2.1.3 最初在特别报告员关于对条约的保留的第六次报告 (第 69 和第 70 段) 中有两个文本,³一长一短。起草委员会决定集中探讨长文本, 因为长文本更明确, 更详细。起草委员会认为, 鉴于《实践指南》的教育和实用意图, 列入更明确、更详尽的准则是值得的。

7. 在原来的文本中, 该准则草案提到了“任一人员……有权代表一国或一国际组织提出保留”。各位委员都会记得, 全体会议曾就这种“权限”及该词在其语境中的使用展开过辩论。该准则的措辞源自 1969 年和 1986 年《维也纳公约》第 7 条, 而第 7 条题为“全权证书”, 并没有使用“权限”一词。有人认为, “权限”一词可能含糊不清, 因为它也可以指未在国际上表示保留之前提出保留的内部机构。起草委员会还审议过其他几个术语, (例如, “任一人员获准”、“被授权”、“有资格”、“可以”) 但最终都放弃了, 因为它们的含意都超出了准则语境或无法令人满意地表达准则意思。

8. 另一方面, 1969 年和 1986 年《维也纳公约》第 7 条提到了全权证书, 意指任一人员代表一国或一国际组织通过或认证条约约文, 或者表示该国或该国际组织同意受该条约约束。因此, 起草委员会决定根据两项《维也纳公约》的措辞更精确地调整该准则草案 (第 1 和第 2 款), 牢记该代表权现在涉及的是提出保留, 而不是通过或认证条约或者表示同意受条约约束。当然, 在实践中, 这两种职能常常合而为一, 因为 (除非在过时提出保留的情况下) 保留正是在这些时刻, 而且最经常的是在表示同意受条约约束的时刻提出的。

9. 第 1 款保留了但书“依照作为条约保存人的国际组织的惯例”, 意在顾及保存人的任何特殊惯例。

10. 另一个问题涉及最初放在方括号内的第 2 款 (d) 项。全体会议对该项的保留表示了一些怀疑。起草委员会决定保留该款, 因为它与 1986 年《维也纳条约》的第 7 条第 2 款 (d) 项完全对应。

11. 该项准则草案的标题已经改为“在国际一级提出保留”, 以确切地反映其内容及因删除了“权限”一词而对该项做的改动。

准则草案 2.1.4 (违反与提出保留有关的内部规则在国际一级不产生影响)

12. 准则草案 2.1.4 原则上由原准则 2.1.3 之二 (即目前新准则的第 1 款) 和 2.1.4 (即目前的第 2 款) 组成, 用原准则 2.1.4 的标题作为该项新准则的标题。

13. 各位委员都会记得, 全体会议对保留准则草案 2.1.3 有些迟疑, 因为有几位委员认为它是多余的。还有人认为, 它表达了一种 1969 年和 1986 年《维也纳公约》中没有的思想, 而且申明了不言而喻的内容。起草委员会决定在审议准则 2.1.4 之后, 再考虑原准则的命运。

14. 关于该项规定, 起草委员会有两种看法。一种看法认为, 该规定是多余的, 应当删除。有人已经指出, 违反国内法某项规定而提出的保留总是可以撤回的, 该准则也是不必要的。这种意见至多可以在评注中表示出来。

³ 见第 2719 次会议, 脚注 10。

15. 另一种看法认为, 该项准则草案(仿照两项《维也纳公约》的第46条)是必要的, 因为它有助于澄清一个要点, 即一国或一国际组织不得援引某些保留的提出违反了该国国内法规定或该组织有关提出保留的权限和程序的事实, 认定该项保留无效。该项准则甚至更为有用, 因为任何有关提出保留的权限和程序的内部规则都是晦涩难解的, 也是第三方不易接触到的。另外, 即使违反内部规则提出的保留总可以撤回, 撤回也不会有追溯效力, 因此该项准则显然是不可缺少的。

16. 第二种看法最终占了上风。接着, 在起草委员会重新回头审议准则2.1.3之二时, 就出现了是否保留还是删除该准则的问题。起草委员会又有两种看法。一种主张删除准则2.1.3之二, 并在准则2.1.4的评注中表明这种意思; 另一种看法则宁愿保留准则2.1.3之二, 它认为, 即使该项准则看似不言而喻, 在一本为用户着想的实用《实践指南》中申明这种思想也无妨。再者, 如果保留的话, 可以把该项准则与准则2.1.4合并在一起。第二种看法占了上风。

17. 起草委员会对原来的措辞做了几处改动, 主要是把准则2.1.3之二第一句中的“机关”一词换成了“机构”, 在“每个国际组织”几个字之后加上了“有关规则”。

准则 2.1.5 (保留的告知)

18. 准则草案2.1.5完全仿照1969年和1986年《维也纳公约》第23条第1款和第20条第3款。

19. 起草委员会详细讨论了第二款中“审议”一词的用法。在联合国秘书长题为“对多边公约的保留: 政府间海事协商组织”⁴的报告中使用过该词, 特别报告员在最初起草该项准则时也用过。然而, 有人认为, 该词引起了种种问题, 特别是有关它与前面的一个句(“一现行条约是一国际组织的组成文书”)连用时的确切含义问题。在这一方面, 不要忘记, 有些代表团在第六委员会中已经要求澄清了(见秘书处编制的关于大会第五十六届会议期

间第六委员会讨论的专题摘要(A/CN.4/521, 第50段))。因此, 起草委员会决定删除“审议”一词, 该短语现在改为“或是据以设立一有权接受保留之机关的条约”。为了清楚起见, 还在该短语最后加了“条约”。

20. 应当忆及, “一现行条约”几个字似乎排除了把保留告知各筹备委员会。这反映了在全体会议辩论中对该要点的一般看法。

准则草案 2.1.6 (告知保留的程序)

21. 准则草案2.1.6完全仿照1969年《维也纳公约》第七十八条和1986年《维也纳公约》第79条。该准则草案的起首部分仿照1986年《维也纳公约》题为“保存机关的职务”的第78条第1款。

22. 第1款(a)项也仿照准则草案2.1.5(保留的告知), 提到了“缔约国和缔约组织以及有资格成为该条约缔约方的其他国家和国际组织”。(b)项原封未动, 仍是特别报告员最初提出的案文。

23. 起草委员会也认为应当保留特别报告员建议的准则草案最后一款, 意在给《实践指南》用户以明确的指导。该款略加修正, 以便更好地反映保存人的现行惯例。在以电子邮件或传真告知时, 必须以外交照会或保存人的通知加以确认。

24. 准则草案2.1.6第2款原是准则草案2.1.8。起草委员会认为这两项准则可以合并, 因为二者都提到保留的告知程序。在原案文中做的惟一修改(改在最初的准则草案2.1.8中)是增加了“或保存人收到该通知的情况下”。人们认为增加这些措辞是必要的, 以使措辞与1986年《维也纳公约》第79条(b)款的措辞一致, 当然包括有保存人的情况。

准则草案 2.1.7 (保存人的职能)

25. 准则草案2.1.7以1969年《维也纳公约》第七十七条第二项和1986年《维也纳公约》第89条第2款为基础。第1款以1969年《维也纳公约》第七十七条第一项(丁)款和1986年《维也纳公约》第78条第1款(d)项为蓝本。一国或一国际组织与保存人之间有分歧的国家和组织(签署国和签署组织及

⁴ A/4235, 第21段。

缔约国和缔约组织)不同于被告知保留的国家和组织(缔约国和缔约组织及其他有权成为该条约缔约方的国家和组织)。

26. 这种区别源于两项《维也纳公约》本身,其理由是保存人与一国或一国际组织之间对保存人履行职能的此类分歧只涉及该条约所设立的严格界定的“条约团体”,即签署国和签署国际组织及缔约国和缔约国际组织。这种解释也可以放在评注中。

27. 该准则草案的措辞没有变化,实际上仍是特别报告员最初提出的措辞。在起草委员会通过的准则草案 2.1.7 第 1 款的说明(A/CN.4/L.623)中,特别报告员就准则草案 2.1.7 提出了几项新的提议,供全体会议审议。

准则草案 2.1.8 (显然 [不允许] 提出保留之情况下的程序)

28. 准则草案 2.1.8 是特别报告员第七次报告(第 46 段)最初提出的准则草案 2.1.7 之二。大家都会记得,委员会曾在全体会议上就该项准则草案进行了广泛的辩论,然后才把它提交给起草委员会。

29. 一个主要问题是标题和第一款中出现的“显然不允许”这一说法。在漫长的讨论过程中,起草委员会中形成了两种看法。第一种看法认为,“显然不允许”这一用语应当保留,不过“不允许”一词应当放入方括号内。这种看法最终占了上风。方括号的意思是说,应当对该词及其法文本中的同义词“*illicéité*”进行更深入的讨论,然后方可就英文和法文最终用哪个词做出决定。主要问题,尤其是法文词“*illicéité*”的主要问题是,该词在其语境中不应当暗示与国际责任有任何关系。这个问题在全体会议上已经提出来了。有人建议可以用其他词,如“无效的”、“不可接受的”或“不许可的”,但起草委员会最终决定暂时保留目前的用词,允许进一步加以考虑。当然,应当注意,标题和第一句的“不允许”一词(法文为“*illicéite*”)放在了方括号内;因此,第一款结尾的“不能允许”一词(*illicéité*)也放入了方括号内。

30. 另一看法认为,该项准则第 1 款应当避免使用“明显不允许”的提法,应当更准确地反映

1969 年和 1986 年《维也纳公约》第 19 条(a)项和(c)项的措辞。它只应当提到被禁止的保留或与条约目的和宗旨不符的保留。这种看法有其价值,起草委员会也认真审议过,但第一种提议更简单更精练,最终占了上风。

31. 在第 2 款中,不要忘记,问题是最后一个短语“附上他与保留提出者交流看法的全文”,它引起了若干问题,大家的看法也莫衷一是。起草委员会认为,原案文可能具有深远的意义或成为争议的焦点。因此,它把该措辞换成了更为审慎的说法:“说明该项保留所引起的法律问题的性质”。大家都觉得,这种措辞很好,既顾及了保存人的传统作用,也兼顾了各国的立场和条约的完整性。

32. 该项准则草案的标题现在是“显然 [不允许] 提出保留之情况下的程序”,与该准则的内容及其所在章节更加吻合。

准则草案 2.4.1 (提出解释性声明)

33. 特别报告员已经指出,提出解释性声明在两项《维也纳公约》中并没有涉及。因此,该准则很有用,它填补了两项公约中的某种空白。起草委员会决定尽可能使该准则与准则草案 2.1.3 保持一致。

34. 然而,二者还是有些区别的,即提出解释性声明的程序更灵活,也没有那样正式。起草委员会因为在准则草案 2.1.3 的情况下已经考虑到的种种理由,决定把“有权”一词换成了“被视为代表……”几个词。两项《维也纳公约》第 7 条第 1 款第一句也使用了同样说法。还应当指出,该项准则包括了简单的解释性声明和有条件的解释性声明。该准则草案的标题原封未动。

准则草案 2.4.2 (在内部一级提出解释性声明)

35. 准则草案 2.4.2 原是准则草案 2.4.1 之二。有几位委员对它的作用提出了质疑。有人已经指出,其意义涉及也许可以被纳入的可能有条件的解释性声明,因为该准则是泛论“解释性声明”。起草委员会最后决定通过该项准则,但把它放入了方括号内。方括号的意思是说,如果今后发现有条件

的解释性声明“行为”完全就像保留，那么就可以把它们吸收在保留中，准则2.4.2及其后面的一条也就没有任何存在理由了。

36. 该条标题修正为：“在内部一级提出解释性声明”，案文却原封未动。

准则草案 2.4.3（提出和告知有条件的解释性声明）

37. 准则草案2.4.3是准则草案2.4.2和2.4.9合并的结果。这两项准则非常相似，因此起草委员会认为它们可以轻而易举地并成一项准则。该准则现在题为“提出和告知有条件的解释性声明”。

38. 第1款原封未动，也与准则草案2.1.1一致。第2款作了修正，以与准则草案2.1.2相一致。最后两款也作了改动，以与准则草案2.1.5相一致。还应当指出，准则2.4.3也被放入了方括号内，理由与准则2.4.2相同；它会不会保留下来，则取决于委员会嗣后对准则草案涉及有条件的解释性声明的整个问题做出的决定，取决于委员会是否决定可以完全将其吸收在保留中。

39. 最后，他感谢特别报告员的建议与合作，感谢起草委员会各位委员的建设性建议、合作精神及参与起草委员会的工作。起草委员会建议委员会应当通过摆在其面前的该准则草案。

40. 庞布－齐文达先生提到准则草案2.1.8时，重申了自己对使用“显然不允许”几个字的怀疑，因为“显然”一词引起了证明保留不合规定的问题，不能允许提出保留这一概念在1969年和1986年《维也纳公约》中没有出现。因此，他建议使用“显然不许可的保留”的提法，它理所当然意思是指“不符合1969年和1986年《维也纳公约》第19条规定的保留”。

41. 关于准则草案2.4.1，他建议，为了简单清楚起见，该准则的第一部分应当修正为“解释性声明必须由正式代表一国或一国际组织的人士提出……”。该准则的其他部分不变。

42. 达乌迪先生说，准则草案2.1.6第3段中的“以外交照会或保存人的通知”这一短语似乎相当不清楚。他还注意到，尽管准则明言以电子邮件

传送的告知必须以外交照会或保存人的通知加以确认，但是案文却没有明确1969年和1986年《维也纳公约》第20条第5款所说12个月之期限是从收到电子邮件之日算起，还是从嗣后确认之日算起。

43. 加亚先生说，区分保留告知日期与各国可以根据1969年和1986年《维也纳公约》第20条第5款对保留提出异议的12个月之期限的起算之日，十分重要。为了更清楚起见，可以在该准则草案第2款结尾加上下述短语：“然而，对保留提出异议的日期，对某个国家或组织来说，应从该国或该组织收到保留通知之日算起。”关于准则草案2.1.6，他认为，根据该案文，以电子邮件传送的告知于收到该电子邮件之日生效是不言自明的。

44. 佩莱先生（特别报告员）针对庞布－齐文达先生的第一个评论回答说，不就准则草案2.1.8中放入方括号内的“不允许”一词做出最终决定，可能会更好。一旦委员会讨论过各国不遵守1969年《维也纳公约》第十九条所载规则的影响，就会有办法找到一个令人满意的措辞。至于准则草案2.4.1，庞布－齐文达先生建议的措辞无疑更优雅，但为了前后一致起见，必需照搬准则草案2.1.3的措辞，因为后者直接来自两项《维也纳公约》。

45. 针对达乌迪先生的评论，他说“保存人的通知”一语的确相当令人困惑，却是适合该类告知的正式用语。评注会给它下个定义。他也非常赞成达乌迪先生的建议，应当彻底明确所指12个月之期限是从保留告知起算，还是从保留确认起算。关于加亚先生的评论，他对1969年和1986年《维也纳公约》第20条第5款的理解是，如果一国或一国际组织在接到保留通知之日后12个月内，或其表示同意受条约约束之日在后，则在表示同意之日后12个月内，没有提出异议，即被认为已经接受了保留。因此，在第一种情况下，收到通知为12个月之期限的起算时间，准则草案2.1.6对此略而未提。这一点应当讲清楚。

46. 在介绍其对起草委员会通过的准则草案2.1.7第1段的说明时说，他提出的该准则草案案文基本上是出于误解，本人希望予以改正。准则草案2.1.7，涉及保存人的职能，它完全仿照1986年《维也纳公约》第78条第1款(d)项。根据该项规定，

如果有关条约的任何告知有任何形式问题，保存人要提请有关国家或国际组织注意该问题。第2款说，如果一国或国际组织与保存人之间出现了任何分歧，保存人应当提请签署国和签署组织及缔约国和缔约组织、在适当时还应当提请有关国际组织的主管机关，注意该问题。他原以为这两项规定是重复的，但事实上第一项规定针对的是保留国或保留国际组织，第二项规定则针对其他有关国家或组织。准则草案2.1.7没有提到第一种情况。正因为如此，他在其说明的第6段中建议，以《公约》第78条第1款(d)项为基础的措辞应当予以通过。鉴于该案文是系统地仿照《公约》，所以在目前情况下理所当然也要照搬其措辞。

47. 主席说，所提出的修正，理由充足。由于它们都是起草问题，而且也没有根本影响，所以，如果委员会同意，就可以把它们放在起草委员会的非正式会议上加以探讨。

48. 他以委员会委员的身份发言时指出，根据起草委员会报告中有关方括号内的准则草案2.4.2的评注，几乎必需证明有条件的解释性声明与保留类似。但是必须小心，免得为不可取的伪装保留打开方便之门。最好是干脆说明有条件的解释性声明实质上与保留具有同样作用。

49. 曼斯菲尔德先生说，在这一点上他与主席有同感，而且应当深入思考允许提出伪装保留是否有用的问题。这是一个重要的问题。

下午 4 时 45 分散会。

第 2734 次会议

2002 年 7 月 23 日，星期二，上午 10 时 5 分

主席：罗伯特·罗森斯托克先生

出席：马里先生、巴埃纳·苏亚雷斯先生、布朗利先生、坎迪奥蒂先生、池先生、科米萨里

奥·阿丰索先生、达乌迪先生、杜加尔德先生、埃斯卡拉梅亚女士、丰巴先生、加亚先生、加利茨基先生、卡巴奇先生、卡特卡先生、卡米沙先生、科斯肯涅米先生、曼斯菲尔德先生、蒙塔兹先生、庞布-齐文达先生、佩莱先生、罗德里格斯·塞德尼奥先生、通卡先生、山田先生。

悼念何塞·塞特·卡马拉

1. 主席说，他沉痛地宣布：巴西学者、外交家和国际法学者何塞·塞特·卡马拉一个月前与世长辞。他曾担任该国的驻外大使、联合国常驻代表和其他许多职务，我们也不会忘记他还编写了各种论述国际法问题的出版物。他在1970年至1978年间曾担任国际法委员会委员，1979年至1987年间曾担任国际法院法官。他的过世对国际法以及对所有了解他的人都是重大损失。

应主席的请求，委员会委员们静默一分钟以示悼念。

2. 巴埃纳·苏亚雷斯先生感谢委员会所表达的情感，并保证将把这种情感转达给何塞·塞特·卡马拉的家人。

对条约的保留¹（续）

(A/CN.4/526 和 Add.1-3; ² A/CN.4/521, B 节; A/CN.4/L.614; A/CN.4/L.623)

[议程项目 3]

起草委员会的报告（续完）³

3. 山田先生（起草委员会主席）说，根据委员会上次会议的指示，起草委员会举行了非正式磋商

¹ 委员会到目前为止暂时通过的准则草案案文，见《2001年……年鉴》，第二卷（第二部分），第六章，第156段。

² 转载于《2002年……年鉴》，第二卷（第一部分）。

³ 见第2733次会议，第2段。

以审议所提出的若干问题。首先，起草委员会审议了特别报告员关于在准则草案2.1.7（保存人的职能）中增加一个短语的提议。起草委员会认为增加该语是完全有道理的，因此建议通过在特别报告员关于起草委员会通过的准则草案2.1.7第1款的说明（A/CN.4/L.623）所阐述的修订形式的准则草案2.1.7。

4. 其次，起草委员会根据有关提议审议了准则草案2.1.6（告知保留的程序），这些提议涉及澄清可提出反对意见的时段以及视告知业已作出的确切时间等问题。起草委员会认为这些提议很有价值，应进一步澄清和推敲有关告知程序的几个棘手问题。因此，起草委员会建议通过准则草案2.1.6，但需要作某些修改。在结尾为“upon its receipt by the depositary”的第2段之后，可增加新的第3款，其内容为：“可对保留提出反对意见的期间始于一国或一国际组织接到该项保留通知之日。”现有第3款可成为第4款，并加入以下最后一句：“在这种情况下，告知在电子邮件或传真发出之日视为业已作出。”该措辞符合大多数人的意见，尽管有一位委员赞成告知在外交照会或保存人的通知发出之日视为业已作出的措辞。

5. 起草委员会建议通过他所宣读的经修改的准则草案。

6. 布朗利先生提到关于在准则2.1.6中新增第3款的提议时说，“提具”一词听起来有点抽象。使用案文其他地方所用的“提出”一词较好。

7. 佩莱先生提请注意1969年《维也纳公约》第二十条第五项，其中使用的英文一词是“raised”，法文用的是“formulé”。鉴于委员会的目标是与该《公约》保持一致，他提议该措辞应当予以通过。

8. 山田先生（起草委员会主席）说，他完全赞同该项提议。

经修正的准则草案2.1.6通过。

经修正的准则草案2.1.1至2.4.3的标题和案文通过。

特别报告员的第七次报告（续）*

9. 主席请特别报告员继续介绍其第七次报告（A/CN.4/526和Add.1-3）。

10. 佩莱先生（特别报告员）忆及他曾在届会第一期会议上介绍第七次报告和委员会通过的或他在附件中提议的准则草案的合并案文，他提请注意报告的C节，即“涉及到对条约的保留的新的事态”（第48-55段），并吁请各位同事如有相关的新资料，务必提请他注意。尤其具有意义的两项事态发展涉及到对人权文书的保留，这一现象在过去10年或12年里十分突出。第一项事态发展是秘书处于2001年应消除对妇女歧视委员会第二十四届会议的请求编制的重要报告，特别是题为“人权条约机构关于保留的做法”这一节。⁴人们得出的印象是，这些机构比人权事务委员会第24号一般性评论案文所表明的要务实得多，而不是那样教条。⁵它们更倾向于鼓励各国撤回某些保留，而不是给予严厉批评。鉴于委员会对规范性条约的保留所作的初步性结论是，人权条约机构并没有一贯遵循第24号一般性评论，这一点具有相关意义。

11. 他希望报告的第二项事态发展是，尽管人权委员会继续反对，但是增进和保护人权小组委员会第五十三届会议通过其2001年8月16日第2001/17号决议再次委托弗朗索瓦斯·汉普森女士就对人权条约的保留编制一项扩大的工作文件。⁶在该项决议中，小组委员会申明该项研究不是重复国际法委员会的工作。本来预料汉普森女士会为此目的与他接触，但她没有进行此种接触，这就给他带来一个问题。他本人是不是应主动接触？就个人而言，他不想这样做，但是他也希望在国际法委员会、促进和保护人权小组委员会以及主要人权条约机构之间进行更充分的磋商，以期在2004年重新审查国际法委员会1997年通过的关于对规范性条约、尤其是对人

* 续自第2721次会议。

⁴ CEDAW/C/2001/II/4，第20-56段。

⁵ 《大会正式记录，第五十届会议，补编第40号》（A/50/40），第一卷，附件五。

⁶ E/CN.4/Sub.2/2001/40。

权条约的保留所作的初步性结论。⁷他欢迎委员会委员就如何继续开展工作提出指导意见。

12. 在第七次报告中提出了若干项准则草案, 为便于讨论, 他提议分三组介绍, 而不是马上全部介绍, 以期促进讨论。他现在提请委员会审议关于撤回保留的形式和程序的准则草案 2.5.1 至 2.5.4。

13. 准则草案 2.5.1 (撤回保留) 载列于报告第 85 段, 案文相当简洁明快。它不过是 1986 年《维也纳公约》第 22 条第 1 款的翻版, 它在实质上与 1969 年《维也纳公约》第二十二条第一项完全相同。他在报告第 67 至第 79 段中详尽提供了准则草案的背景情况, 其中对 1986 年《维也纳公约》第 22 条第 1 款的准备工作作了总结。这些准备工作文件再加上第 22 条条, 就结束了在文献中有关撤回保留究竟是一项议定的文书、条约行为还是单方面行为这个问题上所进行的喋喋不休的争论。

14. 两项《维也纳公约》第 22 条第 1 款清楚地说明, 提出保留的国家或国际组织无须其他缔约国的同意即可撤回其保留; 换言之, 保留是一项单方面行为。正如他在报告第 80 段中所说, 条约没有明文规定的保留仅对接受该保留的缔约方有效, 对于这项原则要提出证明的理由。不过, 这种论点不仅要注重形式, 而且还不得对两项《维也纳公约》的这项条款构成任何真正的挑战, 该条款并未提出任何实际难题, 完全可以说是已成为一项习惯规则。无论如何, 如委员会以前所同意的, 没有极为迫切的理由, 不应两项《维也纳公约》作任何改动。在这方面, 他提请注意报告第 31 和第 32 段。出于同一理由, 他也不赞成删去两项《维也纳公约》第 22 条第 1 款中“除条约这样规定外”一语, 即使他强烈地认为以下说法颇显多余: 所有有关保留——或其他问题——的维也纳规则均依各国的意愿而定。不过, 要改动最终为细节问题的措辞, 这一工作不仅十分复杂, 而且也不会有多大帮助。

15. 关于同一项原则, 准则草案 2.5.2 (撤回的形式) 是 1969 年和 1986 年《维也纳公约》第 23 条第 4 款案文的翻版: “撤回保留或对保留的反对意见必

须以书面进行。”正如报告第 89 段所作的解释, 这是一个简单的常识问题。因此, 他将不在该项准则上多费时间, 不过要指出其显然是指不可能有暗示的撤回保留。在报告第 93 至第 101 段中, 他试图列举若干示例, 说明似乎保留已经撤回, 但并不是正式撤回的情况。不过, 通过进一步认真审查可以看到, 事实上从未有过这种情况。他不能同意著名专家皮埃尔-亨利·安贝尔的观点, 他认为在签署或批准条约时未确认保留, 就可说成是撤回保留。接受或反对保留是可以提出而不是“made”的; 从这一意义上讲, 它是“事实上生效的”。从纯粹的逻辑角度来看, 不可能撤回先前尚未作出的保留。出于同样原因, 保留到期与撤回是完全不同的两件事, 一些条约保留条款都说明了这一点, 它们均对撤回与到期作出了明确区分。

16. 这同样适用于“被遗忘的”保留。典型的情况是, 一国因为某一条约条款与其国内法律不一致就会作出保留; 但是, 或许多年之后, 当该国为了遵守该条约而对国内法律进行修订或予以废除时, 却又忽略了撤回其所作保留。他自己的国家似乎尤其惯于此种疏忽, 不过还要承认, 他最熟悉的国家莫过于法国。关于这个方面, 他指出保留与国内法新规定并存可能会引起一些问题, 对那些将国际法融入国内法的国家尤其如此: 对法院来说, 要决定保留所影响的是国内法还是国际法, 往往是一件很困难的事, 即使后者被取而代之。不过, 这是国家自己的事情。事实仍然是, 被遗忘的保留并未撤回; 它在国际一级依然有效。暗示撤回这一概念, 无论从法律还是逻辑上讲, 都没有任何意义。

17. 存在被遗忘或过时的保留还有另外一个问题。人们常说, 保留有它一定的好处, 特别是因为它们对更加广泛地接受某项条约起到了鼓励的作用。另一方面, 它们又对条约的统一和完整是有害的。普遍性和完整性这对立的要求早已得到承认, 但大会、欧洲委员会以及关注人权、当然还关注裁军或环境等其他问题的机构, 仍在不断加紧促请各国重新考虑其对条约的保留。因此, 他建议在《实践指南》中列入准则 2.5.3 (定期审查保留的功用) 会有所帮助, 该项准则敦促各国审查各项保留, 强调应及时撤回那些根据其国内法的发展来看已无任何正当理由的保留。尽管该项准则——其案文可见报告第 103 段——较之其他准则更无确定性, 使用

⁷ 《1997年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第157段。

了条件语气和缓和的措辞，但他仍要指出的是，准则总体上无论如何都不会具有约束力；借用瑞典政府1965年所用的措辞，准则是“建议的惯例准则”。⁸因此，针对当前所关切的问题列入准则2.5.3，不会有任何损害。不过，同许多积极倡导者、特别是“人权维护者”一样，他本人原则上并不反对保留；他把保留视为必然的麻烦。但是，保留要是能够撤回当然更好。

18. 准则草案2.5.4（监测条约执行情况的机关认为不可接受的保留的撤回）是委员会在本届第一期会议期间进行讨论之前所草拟的，人们对其中使用“不能允许的”和“不可受理的”措辞提出了质疑，恰当地说，他个人这样认为。因此，他在第2733次会议上所说的话也适用于准则2.5.4。在就1969年和1986年《维也纳公约》第19条进行详细讨论之前，处理不可接受问题还为时过早。同时，他还建议，“不能允许的”和“不可受理的”等词在全文中都应放在方括号内，直到下届会议能够对保留的可接受性的整个概念进行审查。就该项准则的实质而言，如果一个条约监测机构认为某项保留不可接受，其效力究竟如何，委员会还是应当就这一基本问题提供答案。显而易见，第三方的这种定论并不等同于撤回，它是保留国或保留组织提出的单方面声明，不过提出保留的国家或组织一旦知道其不可接受，自然就可能撤回其保留。这才是该项准则第1款真正的思想。不过，公平而论，不可接受的定论不应没有后果问题：提出保留的国家或组织毕竟是条约的缔约方，而就是该条约设立了作出此种定论的监测机构。问题在于这些后果是什么。

19. 有两种可能的解决办法。简单地说，第一种办法是通过人权机构至少在理论上作为人权事务委员会第24号一般性评论的示例所主张的、欧洲人权法院所施行的方针，籍此使保留无效：这并非认为保留业已撤回，而是视保留为从未提出。第二种办法是通过委员会自己所采取的方法，这种方法可见委员会第四十九届会议通过的关于对规范性多边条约包括人权条约的保留的初步结论，由此提出保留的国家（或国际组织）有责任采取行动。准则

⁸ 见特别报告员汉弗莱·沃尔多克爵士关于条约法的第四次报告（《1965年……年鉴》[英]，第二卷，A/CN.4/177和Add.1和2号文件），第47页。

2.5.4第2款中将反映出这一方法。他必须承认，他对该项准则的介绍多少感到有些不安，因为他认为重复委员会第四十九届会议那冗长而严肃的讨论并不明智。他主张一开始就采取这一立场，即委员会已经以大多数——如果不是全体一致的话——赞同的方式就一般政策达成了共识。他提请注意该届会议的讨论情况，该情况载于有关准则案文的报告脚注。

20. 在他看来，最好的办法是通过报告第216段载列的准则草案2.5.X（撤回条约执行情况监测机关认为不能允许的保留）。它将采用与准则草案2.5.4同样的措辞，但增加这一句：“[提出保留的国家或国际组织]在这一方面可履行自己的义务，全部或部分撤回保留。”基本原理是，尽管撤回显然是对不可接受认定的最适当的回应，在有的情况下提出保留的国家或国际组织还可能认为全部撤回过于极端。在这种情况下，修改或部分撤回保留可能就足够了。准则草案2.5.X的措辞所提出的解决办法似乎包括了所有可能性。

上午11时散会。

第2735次会议

2002年7月24日，星期三，上午10时5分

主席：罗伯特·罗森斯托克先生

出席：： 马里先生、巴埃纳·苏亚雷斯先生、布朗利先生、坎迪奥蒂先生、池先生、科米萨里奥·阿丰索先生、达乌迪先生、杜加尔德先生、埃斯卡拉梅亚女士、丰巴先生、加亚先生、加利茨基先生、卡巴奇先生、卡特卡先生、卡米沙先生、科斯肯涅米先生、曼斯菲尔德先生、蒙塔兹先生、庞布-齐文达先生、佩莱先生、斯里尼瓦萨·拉奥先生、罗德里格斯·塞德尼奥先生、通卡先生、山田先生。

对条约的保留¹（续）

（A/CN.4/526 和 Add.1-3；² A/CN.4/521, B 节；A/CN.4/L.614；A/CN.4/L.623）

[议程项目 3]

特别报告员的第七次报告（续）

1. 加亚先生祝贺特别报告员在其第七次报告（A/CN.4/526 和 Add.1-3）中所作的十分详细的分析。不过，特别报告员有时也请委员会就过于明显的提议表明立场，或者是讨论暂不处理为好的问题。例如，准则草案 2.5.4（“监测条约执行情况的机关认为不能允许的保留的撤回”）就是这种情况，其第 1 款说的是不言自明的话。只有提出保留的国家才可撤回保留，因此认定不能允许根本不可能构成撤回。不能允许的认定可具有的效力是，或是要求提出保留的国家撤回保留，或是建议它撤回保留。案文似乎赞成第一种可能性。不过，这绝非肯定地说监测机构原本拥有要求提出保留的国家撤回保留的权力。委员会在其第四十九届会议通过的关于对规范性条约、尤其是对人权条约的保留所作的初步性结论中，以一种完全不同的方式处理监测机构的权限问题。³ 当时委员会认为，如果条约没有明文规定，依条约设立的监测机构就有权除其他外，对国家提出的保留的可受理性作出评论并提出有关建议。

2. 他认为，这种机构是否有权设定义务或提出建议，这要依对所涉条约的解释而定。因此有关该议题的任何一般性规则的作用都是有限的。这就无须详细阐述认定不能允许所带来的种种后果，至少就撤回保留而言。不过，在某些情况下可能产生的一个问题涉及使已被认定为不能允许的保留无效的权力。

3. 他认为不应把准则草案 2.5.4 全文提交起草委员会，因为第一款是不言而喻的，第二款则没有必要。

4. 埃斯卡拉梅亚女士祝贺特别报告员在其报告中所采用的方法，说她特别赞赏特别报告员直言陈述他的疑惑。

5. 在提到报告的 C 节，该节集中讨论有关委员会特别与人权条约机构的关系问题，她说委员会应尽可能多地与涉及保留问题的其他机构进行接触。既然大家都承认国际法不成体系是令人关切的基本问题，广泛接触就显得益发重要。让委员会通过一项不同于促进和保护人权小组委员会所要制定的保留制度，这一做法似不可取。因此，她认为委员会应听取同一工作领域中的其他机构的意见。

6. 关于特别报告员在其第七次报告中所提议的有关撤回保留的准则草案，她说，她赞成在准则草案 2.5.1（撤回保留）中保留“除条约另有规定外”一语，即使这些话可能有些多余。它们确实表现了《实践指南》的意图，在目前这种情况下，最好选择稳妥做法，宁可过而不能有不充分之嫌。她完全赞同准则草案 2.5.2（撤回的形式），因为书面形式提供了国际法所必要的确定性。关于准则草案 2.5.3（定期审查保留的功用），她对特别报告员所采取的创造性方法表示欢迎并赞成该项准则草案，但想知道到期的保留是否有必要撤回，因为这些保留已不再适用。在第 2 款中，也提及条约监测机构的呼吁可能有好处，因为有时国内法相当含糊，而学者也并不总是表示赞同。

7. 尽管她同意准则草案 2.5.4 的主要要素，她仍然认为，可能出现的各种情况都应考虑在内。该条款所包括的不仅有条约设立的机构，而且还有司法机构。这些机构的权限各不相同：一些机构只有建议权，而另一些机构则有强制性权力。第 2 款似乎有一个逻辑问题，至少英文文本如此：如果国家或国际组织“必须采取相应行动”，则保留必须撤回，而“该国或国际组织可撤回其保留，从而履行其……义务”一语似乎并没有阐明这一点。总之，《实践指南》设立该条款是有益的，但必须对可能出现的不同类别的情况加以区分。

8. 庞布—齐文达先生说，他同意埃斯卡拉梅亚女士的观点，即委员会应随时可以与事实上处理同一事项的机构进行接触。

¹ 委员会到目前为止暂时通过的准则草案案文，见《2001 年……年鉴》，第二卷（第二部分），第六章，第 156 段。

² 转载于《2002 年……年鉴》，第二卷（第一部分）。

³ 见第 2734 次会议，脚注 7。

9. 准则草案2.5.1和2.5.2提出了有趣的观点，它们分别涉及撤回的时间和撤回的主动行动，两者都在国家酌处权范围之内。显而易见，同撤回一样，保留具有单方面性质。因此，人们就会问，在《实践指南》中列入这些条款是否有什么目的，因为它们照搬了1969年和1986年《维也纳公约》第22条第1款和第23条第4款的措辞。他认为，《实践指南》可以简单地提及这些条款。

10. 领会准则草案2.1.1（书面形式）、2.1.2（正式确认的形式）、2.1.6（告知保留的程序）、2.1.7（保存人的职能）和2.4.3（提出和告知有条件的解释性声明）的观点和目的是可能的，这些准则的优点在于论及书面方式的功能，并基于该方式建立了特定制度和与保留制度有关并作为其补充的制度。不过，关于对保留的反对意见和撤回保留，书面通知的要求在两项《维也纳公约》中早有规定，这里就没有必要明确说明。

11. 准则草案2.5.3会引起一些问题，因为无论是就审查的理由还是提出保留的国家考虑撤回保留的理由来说，审查保留的功用所涉及的都不是程序事项，而是实质问题。准则草案提出了两个问题，但报告并未论及，它们是：撤回的条件和到期保留的作用。

12. 准则草案2.5.4引出另一种问题，它需要由全会来审议。他赞同加亚先生对准则草案的一般性评论，但他也对认定不能允许的形式、性质和范围表示疑问。是否应当认为不能允许的认定对提出保留的国家具有约束力？这提出了作出认定的监测机构的性质问题。它可以是政治机构、司法机构或自成一类的机构。准则草案中必须考虑到这种多样性，处理各种可能的情况。

13. 只有当需要有不能允许的认定时，准则草案2.5.4第2款才是有用的，这就产生了撤回保留的义务；提出保留的国家就必须遵守该项义务。但是，如果涉及的仅仅是一项建议，那么第二款也就没有必要了。在准则草案2.5.4前面还必须插进一项新款，或者，作为一种选择，还必须设想一个中间过程，介于第1款与第2款之间。

14. 所有这些问题又回到监测机构的权限和不能允许之认定的相对性等问题，这些问题本身就提

出了贯穿于整个讨论的保留的可允许性这个问题，无论是就定义还是程序而言。如果《实践指南》要达到预期的目的，在解决这些问题时就必须要有很大的准确性。

15. 主席以委员会委员的身份发言说，他赞同加亚先生就准则草案2.5.4所作的评论。如果国家“必须采取相应行动”，撤回是必要的，这一点没有错，但问题在于国家没有义务遵循某一监测机构所提出的建议。

16. 杜加尔德先生提到就对人权文书的保留这一议题与其他机构的合作，他说，在某种程度上委员会迫切需要采取主动行动，因为该领域的实践发展很快。鉴于大部分人权机构与本委员会在同一时间举行会议，委员会应利用这一时机，进行必要的个人接触。他想知道主席和特别报告员是否可以采取步骤，在下次届会期间举办一个由有关各方参加的非正式会议。

17. 主席说，他曾与有关人士进行过多次讨论，但都毫无结果。

18. 曼斯菲尔德先生赞同埃斯卡拉梅亚女士和杜加尔德先生所表达的观点，即主要问题是由谁来采取主动行动。他认为，委员会应采取主动姿态，以推动这方面的工作。

19. 主席说，如果有关各方都有此种意向，他将很高兴向促进和保护人权小组委员会主席和人权事务委员会主席发出简短信函，促请他们与委员会进行联系，以期在下次届会上举行非正式磋商。坦率地讲，他并不认为委员会以前没有表明其希望进行此种交流的意愿，但事实是，他的“初步结论”没有获得任何反响。

20. 曼斯菲尔德先生说，他想知道是否真有必要采取一种正式方式。与有关人士直接接触，不拘泥于形式开展工作，这可能较为切合实际。

21. 佩莱先生（特别报告员）说，他担心实际情况可能要复杂得多。1977年，委员会曾采取步骤，通过了委员会关于对规范性条约、尤其是对人权条约的保留所作的初步性结论。后来又送交各人权机

构主席一信件，请他们把各自的评论意见送交特别报告员。当时，只有一位主席即人权事务委员会主席屈尊给予正式答复，她发来一封语气冷淡而生硬的信，暗示人权事务委员会不赞同委员会的想法。之后又收到各人权机构主席的信，他们在信中只是表示赞同人权事务委员会主席的信。不久，小组委员会委员汉普森女士建议小组委员会就对人权条约的保留问题提出一项报告。然而，多年来，人权委员会一直反对小组委员会就该专题开展工作，因为它认为没有必要进行此项研究，认为这有可能与国际法委员会的工作重叠。委员会几次请汉普森女士与身为特别报告员的他本人进行联系，但汉普森女士从未进行过此种联系。他私下曾与她有过几次接触，所领会的意思是，一旦工作完成，她将会告诉他工作的结果，但他迄今还在等待这项结果。这也就是为什么与曼斯菲尔德先生的意见不同，他认为国际法委员会应采取正式方式的原因。最好的方式是，主席和特别报告员联合署名给小组委员会主席和汉普森女士写一封信。重新开始与各人权机构主席、尤其与消除对妇女歧视委员会主席进行接触，也是一个不错的想法，消除对妇女歧视委员会主席在保留问题上非常积极，其许多想法也很有意义。仅就将来有一天可能需要重新开始审议初步性结论这一点来说，在下届会议上邀请各有关机构的代表来参加辩论也可能是有用的。从财政的角度看，如果在国际法委员会与其他机构同时在日内瓦举行会议时可顺带开展这项工作，这一做法是很可取的。

22. 坎迪奥蒂先生说，他支持佩莱先生的提议以及由他和主席在同一信件上签名的主意。该项提议应记录在委员会提交大会的有关委员会工作的报告中。

23. 主席说，他认为委员会普遍支持特别报告员针对委员会希望与有关机构接触的意愿所建议的方法。他也认为写一封正式信函要求在日内瓦下次届会期间举行磋商可为一种解决办法，这也是对委员会意见的响应。他和特别报告员将草拟一封信件，届时将在委员会分发并送交有关各方，以促进有益的交流。

24. 佩莱先生（特别报告员）介绍与撤回保留所应遵循的程序有关的准则草案 2.5.5 至 2.5.6 之三，他说，1969 年和 1986 年《维也纳公约》最突出的

方面就是这些公约对这整个问题只字未提。因此，不可能按照上次会议上所介绍的准则草案 2.5.1 和 2.5.2 所采用的方式，或者是其他许多业已通过的准则草案的方式来处理：两项《维也纳公约》已没有任何帮助作用，不可能重述其规定。

25. 因此，他决定，最佳方法是模仿与提出保留有关的程序来制定撤回保留的程序，当然，有一点还必须承认，即国内法通常遵守的形式对应规则不一定适用于国际法，部分原因在于国际法里形式的东西没有国内法那样多。不过，有关提出保留的程序的规则可作为一个起点。然后才可能知道它们是否有可能适用于撤回，因为即使是对提出保留来说，1969 年和 1986 年《维也纳公约》也未作出十分详尽的规定，而且有许多情况是，他不得不把委员会已通过的《实践指南》准则草案作为范本。在这种情况下，他指出，他的第七次报告是在委员会通过由其第六次报告所产生的有关准则草案之前草拟的。⁴ 因此，他提议对第七次报告载列的准则草案作一些小的修改，以便使其与上次会议通过的关于提出保留的准则草案保持一致。

26. 他将标题定为“撤回保留的权限”的准则草案 2.5.5，就是一个适当的示例。对于准则草案 2.1.3，即准则草案 2.5.5 的对应物和范本，委员会主张采用的标题是：“在国际一级提出保留的权限”。因此，为一致起见，把准则草案 2.5.5 的标题定为“在国际一级提出保留的权限”更为妥当。

27. 既然委员会主张采用长文本的准则草案 2.1.3，那么把报告第 139 段中的长文本作为准则草案 2.5.5 的出发点，也是合乎逻辑的。因此所提出的备选案文就不再适用：委员会对撤回的处理应与对提出的处理一样，采用较长文本，除非从《实践指南》中一并去掉专门与撤回程序有关的准则，只列入准则 2.5.5，让读者比照与提出程序有关的准则草案 2.1.3 和 2.1.4，这两项准则在上届届会上已获得通过。

28. 报告第 141 和第 142 段提出列入此种简短的准则草案的可能性，但他必须说，他不赞成采用这

⁴ 见第 2719 次会议，脚注 10。

种方法，原因有两个：首先，仅仅搬用一项条款似乎不解决《实践指南》意图要解决的实际需要。《指南》的使用者必须要能够在他们查找的地方找到他们所需要的所有准则；为此目的，最好重复一下，而不是让读者到其他地方查找。此外，也是最重要的，“比照”并非意指“逐字地”。《实践指南》不可能简单地把关于提出保留的准则草案2.1.3中载列的规则适用于撤回保留。泛泛地讲，撤回程序与提出程序当然必须相似，但并不相同，必须有某种变通。

29. 正如秘书处在最新版的《秘书长作为多边条约保存人的惯例汇总》中指出的，“撤回必须以书面进行，须经三个公认的当局之一签署，因为通常此种撤回实质上应导致修改条约的适用范围”。⁵ 过去，秘书长曾采取过稍微灵活的方法，但他本人认为，报告第128段中引用的新的清楚而明确的说法是有根据的。毕竟，撤回保留就表示提出保留的国家比以前更加充分地接受该条约的内容；撤回只能由有权代表国家或国际组织表示同意受该条约约束的当局作出，这似乎就十分符合逻辑了。不过，秘书长的做法，尽管已得到确立，但却并未被其他国际组织所严格遵守，这些组织的秘书长是国际条约的主要保存人。特别是这种严格性未得到欧洲委员会的赞同，欧洲委员会允许由提出保留的国家的常驻代表向其通知撤回保留。

30. 因此，出于上述种种原因，撤回保留没有理由不采纳准则草案2.1.3就提出保留所用的名词：“依照作为条约保存人的国际组织的惯例”，撤回同样也可以由那些有权表示国家同意接受约束以及有权提出保留的人来提出。不过，如报告第140段所说，对准则草案2.1.3的案文所作的两点修改是必要的。首先，全权大使将需要出示专门适用于撤回的全权证书，但不是通过或鉴定条约或表示同意接受约束的全权证书，如果只是因为若干年后有可能撤回保留的话，而在多数情况下，代表国家撤回保留的人士并不会是曾经表示国家同意接受约束的同一人。即使是同一人，撤回保留也意味着他所接受的指示已有变化，这就需要有新的全权证书。这就是提议根据准则草案2.1.3的相应条款对准则草案

2.5.5第1(a)款进行修改的原因所在，该条款载列于报告第139段。其次，准则草案2.1.3第2(b)款规定，“派驻该国际会议的国家代表”有权“针对一国际会议通过的条约提出保留”。不过，尽管这适用于提出保留，它也不适用于撤回保留：事实上在每一情况下，通过该条约案文的国际会议在国家希望撤回其保留之时显然已不在举行会议。因此，他认为准则草案2.1.3第2(b)款案文在准则2.5.5中不应照搬使用。另一方面，尽管他表示怀疑，但由于委员会已决定保留准则草案2.1.3第2(d)款，他认为准则草案2.5.5（第2(c)款）的相应条款也应保留，现有的方括号应当删去。因此，他提议，该条款若去掉方括号并按他刚才所说的改动标题，即应提交起草委员会。

31. 准则草案2.5.5之二（在国际一级撤回保留的权限）也载列在报告第139段，在设想上是与准则2.5.5之三（违反与撤回保留有关的内部规则在国际上不产生影响）不相关的。不过，他仍然认为，可取的做法还是按照所通过的关于提出保留的案文来调整这些准则；一方面，把最初提议的关于提出保留的两项准则草案合并为一项准则草案（2.1.4），另一方面，把后者的标题定为“违反与撤回保留有关的内部规则在国际上不产生影响”。因此，应把准则草案2.5.5之二与准则草案2.5.5之三合并为一条，所产生的准则应采用后者所选定的标题。至于内容，可以简单地照搬原文，只须把“撤回”一词换成准则草案2.1.4中的“提出”就行。实际上，同关于提出保留的做法一样，关于撤回保留的做法也是多种多样的，这一点毫无疑问，并且国际法根本就未涉及到那一点；这解释了准则草案2.5.5之二的拟议案文，它可以作为新的单一准则的第一款。不过，不可能要求其他国家了解在撤回保留上所适用的内部规则；这解释了准则草案2.5.5之三的拟议案文，它可以作为新的单一准则的第二款。为使新准则的案文与准则草案2.1.4保持一致，准则2.5.5之二的最后部分应修改为“……是每个国家国内法或国际组织有关规则规定的事项”。

32. 同样的推理也用于对撤回保留的通知，准则草案2.5.6、2.5.6之二和2.5.6之三中涉及到这一点。同样，可以列入单一准则，提及与保留的通知有关的规则，在前届会议上所通过的准则草案2.1.5、2.1.6和2.1.7中阐述了这一点。与提出保

⁵ 联合国出版物（出售品编号：E.94.V.15），ST/LEG/7/Rev.1号文件，第216段。

留的情况相反，当关于提出保留的规则不可能简单照搬时，对保留的通知与撤回的通知两者加以区别就没有理由。从 1969 年《维也纳公约》的准备工作文件中可以清楚地看到，委员会委员当时认为保存在通知保留和通知撤回保留问题上应使用同一程序。实践也确认了这一点。因此，对三项不同的准则草案照搬准则 2.1.5、2.1.6 和 2.1.7 的案文，只是用“撤回保留的通知”一语来取代“保留的通知”，可能似乎没有必要，不过，或许出于对全面性和可读性的担心，这是有道理的；尽管如此，报告在第 150 和第 151 段中还是提出了两项选择办法；然而，由于把第六次报告载列的准则 2.1.6 与准则 2.1.8 合并成单一准则（2.1.6），这就产生了一个问题。尽管准则草案 2.1.6 第 1 款和第 2 款可直接照搬，但根据加亚先生（第 2733 次会议，第 43 段）的提议修改后的并且提及 1969 年和 1986 年《维也纳公约》第 20 条第 5 款的第 3 款却不能照搬，因为它只提及提出反对意见的时限。准则草案 2.5.9 使与有关通知的有效日期的第 2 款没有必要，这一点将在以后讨论。不过，准则草案 2.5.6 可以提及准则 2.1.6，或是在评注中作出前述解释，或是把相互参照局限于准则 2.1.6 第 1 款和第 4 款；这一做法可能较为可取。无论如何，委员会都必须就以下事项作出决定，即它是主张采用报告第 150 段中载列的短文本，还是采用第 151 段中载列的由三项不同的准则组成的长文本。他主张采用前一种解决办法。

33. 卡特卡先生提到准则草案 2.5.5 和 2.5.6，他主张两种情况都用长文本，因为他认为应避免相互参照。撤回保留的通知是否可以按准则草案 2.5.6 之二所指出的传真方式作出，他对此表示怀疑。使用传真提出了发件人的身份问题，这需要使用特别规则。除此之外，他同意准则草案的案文。

34. 佩莱先生（特别报告员）继续介绍其第七次报告，提到关于撤回保留的后果和关于撤回保留的生效日期的准则草案 2.5.7 和 2.5.8；这些问题包括在报告第 152 至第 184 段。他承认，关于撤回保留的后果出现在《实践指南》关于保留的程序部分，可能看起来不合逻辑，但是，由于撤回保留的后果远不如保留的后果本身要复杂，把所有有关撤回保留的问题放在单一部分来处理，这一做法更为妥当。对保留的生效日期的问题在 1969 年和 1986 年《维也纳公约》第 22 条第 3 款里得到解决，该条款确

立的一项规则完全可以再次申明。撤回的后果是不言而喻的，在委员会 1968 年会议上，关于将这类条款列入准则草案的提议曾遭到否决。不过，尽管就 1969 年《维也纳公约》这类框架条约来说，此种立场可能是有道理的，但它在《实践指南》中就不适当，其中必须列入关于撤回保留的后果的条款。正如报告第 179 和第 183 段中所说，对三种情况应当加以区别。第一种情况符合 1969 年和 1986 年《维也纳公约》第 20 条第 1 款第 4(a) 项和第 5 款规定，即保留被完全接受；在这种情况下，一旦撤回保留，提出保留的国家或组织以及明示或默示接受保留的国家或组织就要接受保留所涉及的整项条款的约束。第二种情况在两项《维也纳公约》第 20 条第 4(b) 款第一部分中作了阐述，既国家或国际组织反对保留，但不反对该条约在其与提出保留的国家或组织之间生效。撤回的后果也就是，前提出保留的国家或组织和前反对保留的国家或组织将接受有关条款的约束。第三种情况在两项《维也纳公约》第 20 条第 4(b) 款最后一部分中讨论，即，如果反对保留的国家或组织清楚地表明其意向，反对该条约在其与提出保留的国家或组织之间生效，则该条约在这些国家或组织之相互间关系中不具有约束力，所以，如果保留撤回，该条约才将在其彼此之间生效。最后一种情况包括在准则草案 2.5.8 中，前两种情况则在准则草案 2.5.7 中述及（报告第 184 段）。不过，准则草案 2.5.7 的措辞并不令人满意。该准则规定说：“撤回保留引起适用全部条约的后果……”，但情况并一定如此，因为可能有其他没有撤回的保留会继续阻碍适用全部条约。这种情况可在评注中澄清，但对准则草案 2.5.7 加以修改可能效果会更好，其内容可以是：“撤回保留引起该保留所涉的条约规定的全部内容适用的后果……”；其余部分不动。准则草案 2.5.8 中的解释没有必要，因为在那种情况下，重要的是条约本身的生效问题，即使其他保留可能仍旧有效。这一点可在评注中澄清。关于产生效力的日期的问题曾被 1986 年《维也纳公约》第 22 条第 3(a) 款涉及，依照该条款：“撤回保留自一缔约国或一缔约组织收到通知时才开始对该国或该组织发生效力”。该项规则 1962 年曾在委员会第四十届会议的讨论中提出过，但它并不是一项不言自明的规定。对某些国内法尚未根据新情况尤其是国际私法领域中的新发展加以修订的国家来说，全部条约与前提出保留的国家突然生效，这可能会引起一些问题。委员会意识到这一点，后来在评注中指

出，必须承认，其他缔约方可能需要一段时间来使其国内法与因撤回保留而产生的情况趋于一致；这一做法虽然明智，但很难令人满意，因为它与1969年《维也纳公约》的条款是矛盾的，该《公约》规定撤回从收到通知之日起开始生效。不过，1965年的评注为该问题提供了一个答案，指出该问题应留待各缔约方根据条约中一项具体规定来解决。两项《维也纳公约》第22条第3款载有这项规定，该规定的起首措辞为“除条约另有规定或另经协议外”。对于这类措辞，他通常都反对使用，因为它适用于两项《维也纳公约》所有规则，但就撤回保留而言，如果将其视为一种建议，即请谈判代表在条约中列入一项特殊条款，专门处理在发生突然撤回保留的情况时因适用两项《维也纳公约》第22条第3款体现的规则时可能产生的问题，在这里使用似乎是有道理的。因此，他认为在《实践指南》中列入条款范本是有助益的，即各国在其缔结的条约中应列入此类条款，以防突然撤回保留之举给其他缔约方造成困难。他回顾说，委员会在其提交大会的关于委员会第四十七届会议工作的报告中说，《实践指南》将以条款草案的形式提出，这些条款草案即构成准则，必要时附有示范条款；⁶ 不过，当他拟订好关于过时提出保留的条款范本时，委员会拒绝采用，理由是“过时提出保留”不应鼓励。他非常希望委员会能够将他在报告第164至第166段中所提议的示范条款A、示范条款B和示范条款C提交起草委员会，假若它们没有引起同样的反对意见。如果仍有反对意见，委员会将必须作出如下决定，即这些条款是套用列在评注中的其所相应的准则草案2.5.9的案文，还是就作为《实践指南》的附件载列，在评注加以说明。后一种解决办法最为可取。概括地说，示范条款A提到撤回保留生效日期的延迟，示范条款B则缩短了撤回保留生效的期限，示范条款C允许撤回其保留的国家可确定保留的生效日期。这些示范条款基于现有有效的条约条款，这在报告第163段和示范条款B和C的脚注中均有述及。

35. 总之，他认为，首先，两项《维也纳公约》第22条第3(a)款规定应列入《实践指南》，案文不作改动，即使它背离了这方面的一般法律原则，即使国际法院已就接受强制性管辖权问题采取了相反立

场。一方面，在可能范围内，必须避免对两项《维也纳公约》已确立的规则提出质疑，另一方面，这些规则确定撤回保留的实际生效日期为各国收到通知之日，当然会使提出保留的国家产生一些疑虑，但使其他缔约方不至于措手不及。无论如何，期限通常只有几天。其次，应以提出示范条款的方式对各国给予帮助，使它们能够在必要时采用示范条款变通一下准则草案2.5.9所体现的原则的严格性，该准则是两项《维也纳公约》第22条的翻版。

36. 第三，即使没有示范条款，该原则将会有或可能有例外，这也不是不可能的。首先，没有什么可阻碍提出保留的国家或国际组织确定收到通知之日后的某一天为撤回保留的生效日期。为了全面理解，在报告第169段所述准则草案2.5.10（保留国可以单方面确定撤回保留生效日期的情况）(a)项回顾了这一点。该准则(b)项提到一种相当复杂的情况，即撤回不会改变缔约国或缔约国际组织就“整体”义务来说的义务。一个示例就是巴巴多斯在签署《公民及政治权利国际公约》时所提出的保留。巴巴多斯政府保留对该《公约》第14条第3(d)款所述及的有关无偿法律援助的保证不予充分适用的权利。⁷ 如果巴巴多斯政府不是采取该立场，而是认为它可以全盘接受第14条，甚至是在一些悬而未决的情况下，它就可以就截止撤回之前某一日期发生的所有情况向秘书长发出撤回的通知。在上述情况下，撤回就可能具有追溯性效力。此种保留只会影响到提出保留的国家与受其管辖的私人个体之间的关系，对其他缔约国与提出保留的国家之间关系并无影响；撤回保留不会给其他缔约国造成任何不便，实际上还会受到它们的欢迎，因为撤回表明了撤回保留的国家更完整地适用条约的决心，这似乎是不言而喻的。因此，在这种情况下，撤回没有理由不立即生效或者具有追溯性效力，准则2.5.10(b)项阐述了这一点。

37. 他谈及一个完全不同的问题，在上届会议上，他注意到他的报告首页上在日期下标明“原文：英文/法文”，对此他曾强烈表示抗议，因为与他的其他报告一样，该报告也完全是以法文起草的。他很感谢秘书处没有在其第七次报告首页上使用那种

⁶ 《1995年……年鉴》，第二卷（第二部分），第487(b)段。

⁷ 联合国，《条约汇编》[英]，第999卷，第288页。

不准确的、实际上是完全不实的描述，不过不幸的是，他还要就语文问题再抱怨一回。

38. 在报告原文第180和第181段中，他曾以原文意大利文引用文献中的一篇文章，他在括号内附上了法文译文。不过，秘书处在编辑该报告时，认为删去意大利原文为好，只保留法文译文。这一做法不可接受，因为特别报告员的报告如何编写并不是秘书处的责任，而是报告撰写者自己的责任。严谨的学术性报告竟然引用的是翻译译文，让读者无法查阅原文，这有悖于一切科学惯例。他回顾说，前一年，他被告知他对不引用英文原文一事提出控诉是没有道理的，因为原文可在报告英文本中查找。无论该意见的依据是什么，就引用意大利原文而言，它都是不成立的，因为意大利文不是联合国正式语文，根本无处可查。秘书处背着他所采取的这些举措，令人们对他报告的学术可信性和科学可信性产生怀疑，他对此种无法接受的官僚主义做法正式提出抗议。这种做法有点像新闻检查。

39. 米库尔卡先生（委员会秘书）对特别报告员的评论意见作出答复，他说，法文本报告增编2和增编3前面都有一个“说明”，内容为：“本报告完全用法文起草，只有一些引用语以其原文转录（特别报告员还将之译成法语并且对此负全责）”。该说明应可澄清问题。

40. 不过，第七次报告增编2和增编3在文件分类时标为“原文：法文”，这是一个技术性错误导致的结果：分类应当为“原文：英文/法文”，因为该文件载有英文段落，虽然不是由特别报告员所编写并且包含着引用语。特别报告员对原文分类的解释不是联合国的规范解释。分类“原文：英文/法文”系表示，当文本被翻译成联合国其他正式语文时，对英文引用语也要翻译，但不是从法文而是从英文翻译过来。它是面向本组织技术服务部门的一种技术上的表示，不是指特别报告员所采用的正式工作语文。

41. 至于删去意大利语引用语，联合国正式文件不可能载列本组织所用正式语文之外的语文案文。我们可以回顾，委员会以前的特别报告员阿兰焦-鲁伊斯先生曾有在其报告中大段引用意大利语

原文的习惯，委员会请他或是停止这样做，或是提供用某一正式语文翻译的译文。

42. 最后，他说，如果特别报告员继续在其报告中插入联合国正式语文之外的语文段落，本组织的技术服务部门还会一如既往地予以删除。

43. 佩莱先生（特别报告员）说，他在前几次报告中插入意大利语和德语引用语都未引起任何问题，他不知如何理解秘书处在这方面突然表示出的严格性。此外，他在报告中使用时非正式语文的所有引用语时，通常都附有他本人给出的译文。这个问题事关科学严谨性。如果他以后的报告被删去了使用非正式语文的引用语，那些报告就要撤回。

44. 加亚先生说，自报告发表以来特别报告员所修正的准则草案均有英文和法文文本，如果可能的话，还有其他正式语文文本，这对委员会是很有用的。

45. 关于准则2.5.10，其(b)项规定，“撤回不会改变撤回国相对于其他缔约国或国际组织的情况。”不过，他认为，即便就适用所有国家上的义务的条约而言，撤回保留实际上改变了撤回保留的国家的情况，也改变了其他各缔约国或各缔约国际组织对撤回国的权利与义务。撤回所没有改变的只是其他国家的义务的内容，因此，撤回的直接或甚至追溯性效力不可能对它们有任何不便。

46. 佩莱先生（特别报告员）在答复加亚先生的第一条评论时说，他不确定加亚先生所主张的方针是否确有必要，该事项从根本上来讲是起草委员会的工作。不过，如果秘书处希望承担该项任务，他自然不会有任何异议。

47. 至于对第七次报告的评论，他不想就准则2.5.4发表意见，因为该项准则提出的问题很重要，还是等委员会更多的委员发表其有关意见为好。不过他还是想首先说明一点，就是加亚先生曲解了该项准则的措辞，从而也曲解了他所说的话，埃斯卡拉梅亚女士也略有这种倾向。加亚先生说过，“绝不能肯定地说，监测机构原本拥有责成国家撤回其保留的权力。”不过，准则中所说的不是这样：它只

是说，在提出保留的国家按照监测机构的认定采取行动的种种可能性中，一种可能性是撤回其保留。

48. 卡特卡先生曾说，他主张采用“长文本”的准则2.5.5和2.5.6。如果其他委员也表明其倾向性意见，则会有所帮助，可为起草委员会提供指导意见。不过，他强调说，这两项准则不应以同一方式来处理，它们所涉及的问题不同。就准则2.5.5而言，“细节上可作必要的修改”一语是必要的，因为对该条款不可能一字不动地照搬过来；而在准则2.5.6中就没有使用此种表达的必要性，仅此一点就大不相同。至于卡特卡先生所作的其他评论，即他不赞成规定撤回保留从以传真或电子邮件通知之日开始生效，委员会在上次会议上已决定，对提出保留来说应当是这样，他不明白为什么对撤回保留就要采取一种不同的立场。

49. 关于准则2.5.10(b)款，他完全赞同加亚先生的评论，但想知道加亚先生建议如何来修改案文以考虑到该项意见。

50. 加亚先生说，在条款中应当提到“义务的内容”。

下午1时散会。

第2736次会议

2002年7月25日，星期四，上午10时5分

主席：罗伯特·罗森斯托克先生

出席：阿多先生、马里先生、巴埃纳·苏亚雷斯先生、布朗利先生、坎迪奥蒂先生、池先生、科米萨里奥·阿丰索先生、达乌迪先生、杜加尔德先生、埃斯卡拉梅亚女士、丰巴先生、加亚先生、加利茨基先生、卡巴奇先生、卡特卡先生、卡米沙先生、科斯肯涅米先生、曼斯菲尔德先生、蒙塔兹先生、庞布-齐文达先生、佩莱先生、斯里尼瓦萨·拉奥先生、通卡先生、薛女士、山田先生。

对条约的保留¹（续）

(A/CN.4/526和Add.1-3；² A/CN.4/521, B节；A/CN.4/L.614；A/CN.4/L.623)

[议程项目3]

特别报告员的第七次报告（续）

1. 丰巴先生说，准则草案2.5.1（撤回保留）没有什么可令人特别关注的问题。因此，他对委员会的原则性决定表示欢迎，即在《实践指南》草案中以1969年和1986年《维也纳公约》的相关条款为出发点，其理由应当是很有说服力的，他也支持特别报告员的提议，即一字不动地采用1986年《维也纳公约》第22条第1款的措辞。基于对各种问题的适当分析，诸如保留的定义和性质、保留的社会功用、保留的法律范围和局限性，采取其他任何方案都没有充分的理由。

2. 准则草案2.5.2（撤回的形式）也没有任何特别的问题。因此，他赞同特别报告员在第七次报告(A/CN.4/526和Add.1-3)第90段中所表明的意见，即该准则完全可以沿用两项《维也纳公约》第23条第4款的案文，条件是对保留的反对将作为单独一节的主题。关于默示撤回的问题，他的原则立场是，撤回保留是不能假定的。不过，至于某些作为或行为是否不可能具有撤回保留的特性，在报告第93至第103段讨论的这个问题值得进一步审议。

3. 准则草案2.5.3（定期审查保留的功用），正如特别报告员在报告第105段中指出的那样，不过是一条有益的建议。他认为，根本的问题是逻辑问题和政治责任问题。

4. 准则草案2.5.4（条约执行情况监测机构认为不能允许的保留的撤回）提出了三个问题，即：保留的不能允许性；宣布保留为不能允许的权利；以及依照此种认定采取行动的应享权利。在就此该事项很可能在下届会议上进行更为彻底的审查之前，他保留自己对第一个问题的立场。关于宣布某

¹ 委员会到目前为止暂时通过的准则草案案文，见《2001年……年鉴》，第二卷（第二部分），第六章，第156段。

² 转载于《2002年……年鉴》，第二卷（第一部分）。

一保留为不能允许的权利，目前他也不想就条约监测机构是否应当有权行使该项权利的问题表明态度。报告第 108(a) 段中所阐述的各人权机构的立场在委员会 1977 年第四十九届会议上获得了认可，³指出这一点就足够了。不过，如同报告第 108(b) 段所阐述的，关于这些机构按照其认定采取行动的应享权利的立场究竟有效性如何，他还持有某种疑问，即使就表面而言，该立场似乎合乎逻辑。因此，他赞同委员会在该届会议上所采取的谨慎立场。

5. 他同意特别报告员的观点，认为在被宣布为不能允许的一项保留，是否由于提出保留的国家应当或者可以撤回就自动“撤回”的问题上（报告第 107 段），委员会不能丝毫不予考虑。他认为，首先，认定依事实不等同于撤回；其次，从目的论的观点来看，提出保留的国家不仅可以选择，而且还有义务撤回不能允许的保留；第三，如报告第 109 段所阐明的，撤回虽然是主要的和最合乎逻辑的行动，但并不是惟一可能的行动。

6. 总之，准则 2.5.4 第 1 款的作用就在于澄清了不能允许之认定与撤回两者之间关系的性质。第 2 款与《实践指南》的主要目的一致，即提出条约的完整性和充分效力的理由。因此，与加亚先生的意见不同，他认为应当把准则 2.5.4 提交起草委员会，因为有一点绝不能忘记，那就是《实践指南》是针对所有国家的，对各国的法律部门和法律工作者来说，并不是所有法律方面都同样是不言而喻的。

7. 既然事实表明修改后的准则 2.1.3、2.1.3 之二和 2.1.4 可适用于撤回保留，他对于接受准则 2.5.5（在国际一级撤回保留的权限）没有特别的实质性困难。他个人主张采用报告第 138 段中阐述的第一种选择。在相反的含义上，仅仅相互参照其他指南是不可取的，因为如同第 142 段中指出的，《实践指南》不是条约，而是一种“建议采用的惯例守则”，使用者应当可以直接、便捷和迅速地查找有关惯例。

8. 最后，关于准则 2.5.6（撤回保留的告知），对有关保留的告知的准则 2.1.5 至 2.1.7 的修改后形

式似乎也可适用于撤回保留的告知。或是仅仅提及这些准则，或是全文照搬，对于这两项选择，第一种显然缺陷要少一些。不过，他赞成后一项解决办法，它既容易参照，又可在方法上保持一致。他也赞成关于“书面”一词的建议，见报告关于准则草案 2.5.6 的脚注。

9. 蒙塔兹先生祝贺特别报告员为推动委员会在有些难处理的专题上的工作所作出的不懈努力。对于导致通过 1969 年《维也纳公约》的准备工作文件，特别报告员作了有益的概述，它将使委员会增进关于该文书在撤回保留的程序方面存在缺陷的原因的认识，并将确认《公约》精神与准则草案之间并不是不相容的。

10. 他简要提到委员会与促进和保护人权小组委员会的合作问题，希望委员会注意到坎迪奥蒂先生提出的有趣建议，并希望委员会在提交大会的报告中明确提及委员会前次会议在这方面作出的决定。

11. 至于特别报告员的第七次报告，准则 2.5.1 没有什么问题，它只是照搬了 1986 年《维也纳公约》第 22 条第 1 款的案文。可能要问的是，在《实践指南》中一字不差地照搬 1969 年和 1986 年《维也纳公约》的某些条款，这一做法是否有价值。他的回答是完全赞同，实际理由是：《指南》必须自成一体，便于使用，无需另外参照两项《公约》，这一考虑在重要性方面超过了对出现重复的任何担心。

12. 准则 2.5.2 可以被采纳，因为书面提出撤回保留将会保障条约关系的安全与透明，这是无可置疑的事实。同样毫无疑问的是，对那些在特定政治情况下提出的、后来不再具有任何有效存在理由的保留，准则 2.5.3 所建议的定期审查保留的功用将会使其数量有所减少。不过，对于该准则第 2 款中一个短语的功用，即“自从提出保留以来国内法的演变情况”，他持有某种疑问。如果国内法经修订后使保留变得多余，则要求各国审查这些立法方面的发展事态似乎意义不大。该短语对这项准则没有助益，应当删去。

13. 特别报告员针对加亚先生和埃斯卡拉梅亚女士就准则 2.5.4 所作的评论作出澄清，他对此表

³ 委员会通过的关于对规范性条约、包括对人权条约的保留所作的初步性结论第 5 段（见第 2734 次会议，脚注 6）。

示欢迎。不言而喻，提出保留的国家完全没有必要撤回由条约监测机构认为不能允许的保留。此种认定显然具有政治性质，不能对国家具有约束力，国家保留对其所提出的保留的控制权。他认为，产生这一误解的原因在于报告第110段第2小段中所使用的措辞，即“提出保留的国家（或国际组织）不能无视这种调查结论，并有责任采取行动”，还有第3小段的措辞，其内容是提出保留的国家“必须消除不可受理的原因”。这两小段过于强调的措辞无疑引起一些模糊认识。因此，在准则草案2.5.4的第2款中，应当将“必须采取相应行动”一语修改为“应当采取相应行动”，以更好地反映特别报告员的意图。

14. 关于提出保留的程序的准则草案也可以采纳，因为它们填补了1969年和1986年《维也纳公约》的空白。由于最大限度地减少保留的数量符合所有条约的利益，关于提出保留的规则就不应当仅仅是套用于撤回保留的情况。虽然提出保留的程序应当尽可能复杂一些，但撤回保留的程序则应该尽可能简化。从其报告第89段看来，似乎这是特别报告员自己的结论。因此，虽然在国际一级提出保留的权限问题上他个人主张赞成采用准则2.1.3，但就撤回保留而言，他赞成采用准则2.5.5的“长文本”。该措辞的一大好处是使派驻国际组织的代表或常驻使团团团长能够撤回对该组织所通过的条约的保留，而无须行使全权代表权力。

15. 出于同样的原因，准则2.5.5之二（在内部撤回保留的权限）和2.5.5之三（违反与撤回保留有关的内部规则在国际一级不产生影响）也可采纳，两者均使撤回保留的程序有所简化，并最大限度地减少了提出的手续。

16. 最后，他认为没有理由不把第七次报告第164和第166段中载列的示范条款提交起草委员会，因为毫无疑问它们会减少条约缔约国在发生突然撤回保留的情况后所遇到的困难。

17. 通卡先生说，关于准则2.5.1和2.5.2的讨论，他没有可补充的，因为其案文完全是照搬两项《维也纳公约》的相关条款，对于这些条款的准备工作文件，特别报告员已作出广泛而有益的评论。他认为，默示撤回的问题纯粹是学术性和理论性问

题，因为如果实际上撤回必须以书面进行，就不可能来假定保留。

18. 准则2.5.3对“被遗忘的保留”提出了一项解决办法。尽管是条件从句，但特别报告员提议的措辞似乎暗示国家有义务对其保留进行定期审查。尤其考虑到特别报告员对于该问题的个人意见，不妨改写该准则，可以开头启用“建议……”一语，以消除认为这方面可能有义务存在的任何疑虑。

19. 至于准则2.5.4，虽然条约监测机构有权评估国家对条约规定之义务的履行情况，但它们不能硬性规定国家有义务撤回保留，即使保留与条约的目标和宗旨发生冲突。如果条约监测机构认为某项保留不能允许，也该由有关国家得出自己的结论。他并不反对特别报告员的提议，即准则2.5.4应该提交起草委员会，其第1款没有争议，但第2款作一些修改是有益的，可以删去第二句“该国或国际组织可撤回其保留，从而履行其在这方面的义务。”

20. 佩莱先生（特别报告员）说，他保留在听取所有委员的有关评论之后再讨论准则2.5.4和2.5.11之二的权利。一些委员指出，国家没有义务撤回条约监测机构认为不能允许的保留。不过，如果该机构是国际法院，这样说就不准确了。无论怎样，国家或国际组织都有义务撤回其保留，并不是因为保留不能允许的这项认定，而只是因为根据国际法该项保留是不能允许的；因为在没有任何执行机制的情况下，国际法虽具有约束力，但却是不可强制执行的。条约监测机构没有权力责成国家采取什么行动，但这并不意味着国家就没有义务采取行动。因此，国家可以对一项认定的合法性提出质疑；它所不能做的是蔑视该认定。至少它的反应必须是本着诚意提出质疑。

21. 至于通卡先生的提议，他最初的反应是，如果准则草案2.5.4第2款第二句被删去，该条款在关于撤回保留的部分中将不再具有任何意义。

22. 主席以委员会委员的身份发言说，委员会绝不能忽略同意的基本作用：如果国家对一项条约提出被视为不可接受的保留，该国就不成为该条约缔约国。不过，国家并不因此而有义务撤回其附有保留的加入条约的提议，直到该项保留被认为是该

国加入条约所要付出的小小代价。提出保留若遭到反对，国家即有义务撤回保留一说，与声称保留如遭到反对，即表示某实体与该国有条约关系，这两者有着极大的不同。

23. 通卡先生说，似乎不幸的是，按照特别报告员的说法，提及监测机构实际包括了司法机构和其他机构。按照国际惯例，条约监测机构是那些由相关文书、尤其是人权领域的文书所设立的机构。不过，国际法院不可能被视为监测机构：它不接受各国就其履行某一条约所规定的义务的情况所提交的报告。欧洲人权法院处理个人就国家侵犯其在《欧洲公约》下的义务而提出的控诉，它也不能被视为条约监测机构。

24. 他赞同说，条约监测机构的认定与司法机构的认定之间是有区别的。如果国际法院认为某项保留不可受理，那就意味着该项保留无效，该国仍要接受该项保留所涉条约条款的约束。保留本身没有法律效力；根据认定得出适当结论是国家的事情。另一方面，如果条约监测机构认为某项保留不可受理，对该国来说并不会产生任何撤回保留的义务。

25. 佩莱先生（特别报告员）对主席的评论作出回答，同时也提及加亚先生在上次会议上的发言，他说，看到对准则 2.5.4 的解释超出了它本身所含的内容，他感到十分诧异。第 2 款第二句应为“[国家]可……履行其……义务”，而不是“[国家]必须……履行……”。草案中根本没有说国家有义务撤回保留；说的是针对保留不能允许的事实，它“必须采取相应行动”，必须结束不能允许这一状况，而显然可采取的方法就是撤回保留。

26. 至于通卡先生的评论，他承认，关于国际法院可视为监测机构的说法是错误的，不过他认为可以提出这一方面来确定欧洲人权法院的性质，委员会在编写其初步结论时审议了欧洲法院的若干项决定，那时他也这样说过。他也赞同地说，监测机构不可能取消保留：对他来说，法院有关贝利洛斯案的决定似乎从来都是完全不可接受的，不过事实是该决定确实存在。迄今为止有关准则 2.5.4 的讨论似乎都确认了委员会第四十九届会议关于对规范性条约、包括对人权条约的保留所作的初步性结论。

27. 通卡先生问根据准则 2.5.4 国家“可”履行撤回不能允许的保留的义务，这项义务起源于何处。当然，既然该种义务是在法律文本中提及，它们就具有法律性质，而非道义或政治上的义务。它们算是国际法的一部分，还是正式载入了两项《维也纳公约》？无疑，任何条约监测机构都不能将该项义务强加于国家。

28. 加亚先生说，条约监测机构所作的不能允许的认定和此种认定的效力与保留本身的不能允许，两者必须有所区别。在委员会第四十九届会议关于对规范性条约、包括对人权条约的保留所作的初步性结论中，对该种区别作出了十分准确的概述。他同意主席的观点，认为撤回被认为不可受理的保留不是国家可采取的惟一行动方案：如初步性结论第 10 段所述，国家可以放弃加入该条约，或者修改保留以消除其不可受理问题。如果该准则第 2 款提到所有这三种可能，而不是仅仅提及保留，他是可以表示赞同的。不过，就其目前的措辞来说，他认为保留与条约监测机构的认定联系过于紧密。

29. 埃斯卡拉梅亚女士回顾了她在上次会议上提出的问题，说准则 2.5.4 第一句有含义模糊问题，因为它提到监测条约执行情况的“机构”。它不一定是指各人权条约机构，如特别报告员在其评论中所述，它也指包括司法机构在内的其他机构。她也同意说，此种机构在处理条约下的问题时就起到了监测的作用，对于区域司法机构来说，情况更是如此。还有一个难题是，未来的条约可能会明确设立一个有权决定保留可否接受的机构。她所提到的含义模糊问题在第 2 款的措辞上也有反映：国家“必须采取相应行动”，但它指的是什么呢？这取决于国家是否接受监测机构作出的认定，以及该机关是否拥有强制性权力或建议权。

30. 布朗利先生说，如果他是特别报告员，他就要指出，委员会是在编写《实践指南》，而不是在进行法律编纂。关于所讨论的问题，有一种奇怪的类别混合，因为国家如果提出了一项不能允许的保留，则《实践指南》概述了国家在审查自己立场方面所应承担的政治或道义上的义务。他对监测机构有多种形式的说法表示赞同。在欧洲人权法院设立之前，欧洲的范例是欧洲人权委员会，它的任务是提出报告，没有强制性权力，所关注的首要问题

是友好解决争端。因此，并非所有的认定都是从事争端解决工作的正式司法机构仿照国际院所作的认定，也不是所有的认定都是自动生效的。这赋予提出保留的国家一种道义上的义务，即考虑到有权威、但无约束力的决策者已对其保留作出了某种审查，它应该审查一下自己的立场。

31. 斯里尼瓦萨·拉奥先生说，他同意布朗利先生和加亚先生的意见，即准则草案以那么简短的方式整理出如此之多的想法，应予以进一步详细阐述。通过委员会前一段的讨论，他的理解是，条约监测机构认为某项保留不能允许，这只是建议该国应当考虑一下该事项：认定并不具有约束力。他也同意说，对司法机构与条约监测机构及其各自的权力必须加以区别。

32. 曼斯菲尔德先生说，委员会应当铭记这项做法的最初目的，就是制订对各国的实际做法有所帮助的准则。他认为，准则2.5.3很有帮助，尽管他对第2款还有一些疑虑。不过，准则2.5.4含义模糊，甚至会使人误解，它把太多的要素并入在过小的框架里。条约监测机构认为某项保留不可接受，这并不是说国家就有义务撤回保留，这显然令人费解，不过可能还是不明确说明为好。

33. 池先生说，准则2.5.4提出了一些问题。准则和条约所规定的法律义务之间有无区别？国际法院和欧洲人权法院是裁决机构，还是咨询机构？准则中应阐明条约监测机构对不能允许的认定有无强制执行权力。

34. 布朗利先生说，无论是否会使问题复杂化，他还是要指出，即使监测机构具有强制性权力，其所作的认定是否自动生效，这一问题尚无定论。

35. 佩莱先生（特别报告员）针对池先生的评论回顾说，《实践指南》具有建议性质而不具有约束性质。他赞同加亚先生和其他人所作的评论。至于通卡先生关于国家义务的根据的问题，答案很可能就是1969年和1986年《维也纳公约》第19条；不过这要放在下届会议上解决，届时还要继续没完没了的争论。与此同时，显然义务有不同的类别：设立一监测机构，但又不接受它可能作出的任何认定，这讲不通。如果国家或国际组织希望使所提出

的要求有诚意，它就有义务采取某种行动。诚然，有的大国根本不在意监测机构所作的认定，但此种做法是违反国际法的。或许他就不该使用“监测”（*contrôle*）一词，事实上各种不同类别的机构存在。或许使用“受权就保留的可允许性作出裁定的机构”一语更为可取，其中就包括了国际法院、欧洲人权法院、原来的欧洲人权委员会、美洲人权法院和禁止酷刑委员会。不过，他认为在准则中对各种类别的监测机构加以区分没有任何意义，但他不会反对在评注中这样做。至于对“采取相应行动”一语的反驳意见，在法文和英文中，根本不用这样多的措辞就清楚地表明，撤回保留是最适当的行动方案——因为它是国家履行其义务的最可靠方式——但也不一定是惟一的行动方案。尽管如此，他将会起草一份新的案文，他希望新案文将考虑到所提出的各种意见。

36. 科米萨里奥·阿丰索先生称赞特别报告员的报告，认为该报告内容广泛，条理清楚，并且提出了许多有创意的提议。准则草案2.5.1和2.5.2完全符合两项《维也纳公约》的规定，可以全文采纳。实际上，惟一的问题是，它们是否应与《公约》条款那样贴近。毕竟，《实践指南》的目标是要使《公约》得到实施，而不仅仅是为了引用其条款。他认为《指南》是要说明准则的出处，以确保《公约》案文尽可能地广为人知。

37. 使默示撤回的概念与撤回保留必须以书面进行的原则保持一致，这是完全不可能的。原因很清楚：书面撤回的要求所要达到的重要目的就是要使缔约国之间关系具有确定性。诚然，在国家实践中确实存在可解释为默示撤回的情况，但此种撤回不可能产生法律效力，直到其以正式书面形式作出为止。

38. 准则2.5.3也很有益处，应该列入《实践指南》。关于报告第98段所述对撤回保留和过期保留作出的区分，他完全赞同特别报告员在该问题上的看法。他也赞同这样一种意见，即应该起草一项鼓励国家撤回过时或多余保留的准则。至于准则草案2.5.4，他同意加亚先生在上次会议上作出的评论。他并不想重新开始有关不能允许性的讨论，只是补充一点，报告第108至第113段提到“可受理性（*admissibility*）”和“不可受理性（*inadmissibility*）”，他本人主张采用“可允许性（*permissibility*）”和“不

可允许性 (impermissibility)”。不过, 该准则还是采用了“不可允许 (impermissible)”一词, 他想知道这是否只是要与业已通过的准则保持一致。

39. 最后, 如报告第 109 段所述, 准则草案 2.5.4 第 2 款应与委员会第四十九届会议通过的关于对规范性条约、包括对人权条约的保留所作的初步性结论保持一致。

40. 卡巴奇先生说, 与其他委员一样, 他也认为准则 2.5.1 和 2.5.2 完全可以采纳。应把它们提交起草委员会。关于默示撤回保留的概念, 他认为, 既然委员会的目的是为各国和各国际组织提供指导, 确定性就具有极为重要的意义。如果一国撤回其保留, 让其他缔约方知情以及保留以书面方式进行这两点都很重要。

41. 准则 2.5.3 也很有帮助。国家或国际组织自身的情况经常会有变化, 可能无法及时就撤回保留一事采取行动。或者政府人物可能更换, 随之国家的观点也产生变化。最后, 其他缔约方可能为另一缔约方的行动所说服, 撤回其保留。至于准则 2.5.4, 他不能同意说它可能造成问题的看法。十分有益的是, 它指出了国家在监测机构认定某项保留不能允许后所应做的事情。它只是一项建议而已, 特别是如果提出保留的国家或组织并未对该项认定提出质疑的话。其他委员提到的难题似乎无关紧要。该项准则并未使国家受到约束, 而给予其审查和或许撤回其保留的机会。起草委员会可能会找到适当措辞, 说明国家所应采取的准确的行动方针。毕竟, 委员会要在提出有益建议和依然只字不提之间做出选择。

42. 加利茨基先生说, 准则草案处理了在保留问题上可能产生的一些实质性问题。具体来说, 他赞成准则 2.5.1 和 2.5.2。他唯一要说的是准则 2.5.1 中“除条约另有规定外”一语: 该用语或是应删去, 或是应插入一项一般性准则中。否则可能给人以这样的印象, 即该项准则的适用不同于其他准则。至于撤回的形式, 他也认为, 惟一可接受的形式是书面撤回, 不过他也对蒙塔兹先生的建议很感兴趣, 他认为应该确立撤回保留的简化程序, 类似于针对保留本身所提议的程序。正像提出保留有统一的义务, 撤回保留也应该有规范的程序。

43. 他不赞同那些批评准则 2.5.3 的人的意见, 他认为该项准则很有助益: 它比 1969 年和 1986 年《维也纳公约》范围狭窄的条款更进一步, 充分考虑到条约关系的现实状况, 以及国家往往不够重视维护条约完整性的重要意义这一事实。此外, 就像他本国一样, 对于与很久以前对国际条约提出的保留有关的国内法, 有时很难获得有关立场的信息。不过, 他主张用其他措辞替代“国内法”一词, 涉及国际组织时使用该词并不恰当。

44. 对于准则 2.5.4, 他考虑了很多。毫无疑问, 撤回保留应该在《实践指南》中有所反映, 但也许应把该项准则放在别处。由于“impermissible”和“inadmissible”措辞使用不一致, 还存在其他问题, 委员会这是给自己埋下了一颗定时炸弹。还有一点, 如布朗利先生所说, 监测机构有多种类别, 有的监测机构有司法权, 有的则没有。例如, 人权事务委员会虽然有权, 但其权力并无约束力。当然, 特别报告员的目的是要详细阐述国家的义务, 但“采取相应行动”一语似乎过于含糊, 以致于对国家所应采取的行动方针甚至疑虑更多。另一项要素是时间选择问题: 既然条约已开始生效并且其他缔约方假定也已接受某项保留, 监测机构还能够认定该项保留不能允许, 这听起来很奇怪。起草委员会应当十分谨慎地考虑这一措辞, 因为尽管存在某种缺陷, 该项准则还是有不少优点的。对于监测机构所应发挥的作用和对其认定应给予的重视等问题, 或许采用单独条款来处理会有所帮助。

45. 最后, 关于准则 2.5.5 所采用的方法, 他怀疑重复同样的或极其相似的提法是否有益或有必要。特别报告员让委员会来选择, 究竟是使用短文本还是使用长文本。有的委员实际上可能主张采用长文本, 重复两项《维也纳公约》中使用的提法, 但这就意味着提出和撤回保留要使用同样的措辞, 提出和撤回反对也同样如此。应该使用短文本, 特别应注意突出说明两者之间的区别。

46. 佩莱先生 (特别报告员) 询问蒙塔兹先生和加利茨基先生对准则草案 2.5.2 有何补充建议。

47. 蒙塔兹先生说, 他对该项准则没什么要补充的。他认为现有案文十分恰当。

48. 加利茨基先生说，他不希望重新改写准则2.5.2。他只是认为应该利用一切机会创造条件，便利撤回保留，并希望起草委员会委员能够识别此种机会。在讨论默示撤回的问题时，或许可以采用专门术语，以找到与该概念一致的提法，同时又不与撤回保留必须以书面进行这项一般性规则发生冲突。

49. 池先生说，准则2.5.2规定撤回保留必须以书面进行，并因此提及明示保留的问题，报告中紧接其后就是标题“默示保留的问题”。因此，两个案文之间是有冲突的。特别报告员在报告第93段中提及默示保留的情况，但所描述的情况是取代先前文书的后来文书的情况。关于准则2.5.3，报告第111段提及贝利洛斯案和瑞士部分撤回保留这一情况。有可能部分撤回保留吗？

50. 他同意通卡先生的观点，认为准则2.5.4第2款第二句应该删去。如果特别报告员希望保留它，他或许可对其加以修改，以反映准则标题的含义。最后，他完全赞同准则2.5.6之三，因为它符合1969年《维也纳公约》关于保存人职能的第七十七条第一项（丁）款的规定。

51. 卡米沙先生说，准则2.5.1、2.5.2和2.5.3可以提交起草委员会。与他的一些同事一样，他也对关于被认为不能允许的保留的撤回的准则2.5.4感到犹豫不定，不想马上就其发表意见，因为在理解提出保留的国家随后承担的义务方面他还有点问题。该项准则规定，“提出保留的国家或国际组织必须采取相应行动”，这意味着对国家的一种期望，而不是一项义务。或许特别报告员可以提出一些要素，为随之承担的义务提供法律依据。

52. 尽管他尊重特别报告员的观点，但他仍主张采用准则2.5.5和2.5.6的长文本，它们使准则内容更加清楚。同时还应当忆及的是，最后文本是《实践指南》。最后，还是出于同样的理由，他赞成插入示范条款。

53. 主席请特别报告员介绍准则草案2.5.11和2.5.12。

54. 佩莱先生（特别报告员）说，他提议介绍最后一部分，但不是结尾部分，因为它仅仅陈述了

他希望专门处理保留的修订问题的一部分工作情况。他编写了涉及加强现有保留的修订的下一部分，扩大了修订范围，但因时间不够而未将案文翻译过来。因此，该报告B节仅涉及缩小保留范围的修订，换句话说，即仅涉及部分撤回。

55. 池先生曾经问过是否可能存在部分撤回，他的回答很明确，那就是可以部分撤回。既然加强和削弱保留各自提出的问题不同，在本届会议上审查部分撤回的问题并将加强保留问题的审查推迟到明年，还是有意义的。加强保留有点类似过时提出保留，因为一国加强其保留时，它是增加了保留的内容，或者减损了条约案文的某种内容。因此，它是进一步拒绝执行条约全文。相反，部分撤回保留与完全撤回保留关系密切，因为它并没有加强保留，反而削弱了保留，从而增加了该国的义务。

56. 就这一点而言，他提议采用两项主要的准则草案：2.5.11（部分撤回保留）和2.5.12（部分撤回保留的后果），以及准则2.5.4的对应部分2.5.11之二（部分撤回条约执行情况监测机构认为不能允许的保留）。

57. 报告第210段中提出的准则2.5.11包括两项，这两项颠倒一下顺序为好，因为定义应该先于部分撤回所适用的形式和程序规则以及效果。现条款第一款提及对全部撤回有效的规则。第二款提出的定义不需要特别解释，但它是必要的出发点，强调只有削弱保留的法律效果，使条约得到更完整的执行，才有可能谈到部分撤回。不过，该定义也说明这涉及的是修订现有保留的情况，不是全部撤回后又提出新的保留。这一点也许看起来很明显，但从对文献的审查中也可看出，很多当局都忽略了那些在理论和实践上似乎是显而易见的问题。部分撤回就是简单的修订，这一点不是很清楚，因为联合国秘书长的做法也非绝对一致，有时还基于不同的解释。在这方面，他提请委员会注意报告第205段中引用的《秘书长作为多边条约保存人的惯例汇总》，其编写人似乎没有考虑部分撤回的概念，他们认为部分撤回就是全部撤回后又“提出（新的）保留”。⁴

⁴ 《秘书长作为多边条约保存人的惯例汇总》（见第2735次会议，脚注5），第206段。

58. 有的撰写人分析了 1992 年瑞士联邦高级法院以其为根据对 *F. 诉 R. 和图尔高州联邦院案* 所作的重要判决。在该案中，联邦高级法院认为，瑞士对贝利洛斯案的解释性声明（被欧洲人权法院视为无效）是不存在的，考虑到导致欧洲法院认为其无效的种种理由，瑞士不可能部分撤回或削弱其保留。联邦高级法院决定，瑞士只能提出新的保留，在那种情况下，新的保留就是过时保留，因而是不可接受的。这是一项有趣的裁决，不过他认为也是一项错误的裁决。如报告第 206 段所述，就秘书长的实践而言，以及在述及 *F. 诉 R. 和图尔高州联邦院案* 的第 200 段中，其他解释也有可能存在。例如，联邦高级法院在其 1992 年的判决中就明确指出，“虽然 1988 年声明只不过是明确及限制 1974 年提出的保留，但没有理由不遵循这一程序。”[第 535 页] 联邦高级法院使用该项措辞似乎就是承认，瑞士没有理由不能部分撤回和削弱其保留，并且法院还有其他理由认为瑞士提出的新的保留是无效的。

59. 至于秘书长的实践，在联合国法律顾问 2000 年（关于保留的修改）的重要普通照会⁵中，对修订现有保留和部分撤回现有保留两者作了严格的区分。委员会曾就对过时保留的反对的时限问题对该照会进行过详细讨论。秘书长认为，前一种情况应遵循过时提出保留所使用的程序，而在部分撤回的情况下则没有必要。这样说是正确的，因为部分撤回不是提出新的保留，相反，是部分撤回现有保留的实质部分。尽管如此，该普通照会与《秘书长作为多边条约保存人的惯例汇总》有冲突；如果是那样的话，普通照会就是正确的，而《惯例汇总》则有错误。如前面所提到的，秘书长的实践有时并不一致。部分撤回往往被视为是增强保留，削弱保留时常被视为过时保留，这一做法是不可接受的。报告第 203 至第 205 段试图举例说明这一点。与之相反的是，就部分撤回而言，欧洲委员会最近的做法似乎是完全一致的，它表明部分撤回确实就是修订现有保留，而不是提出新的保留。

60. 总之，如汉弗莱·沃尔多克爵士在担任条约法问题特别报告员时所设想的那样，部分和全部

撤回保留应遵循同一程序。⁶ 报告第 188 段中提及的各项保留条款也确认了这一观点，它们将全部和部分撤回等同处理。该解释有可取之处，因为对各国应鼓励其撤回保留，并且应允许其部分撤回，部分撤回有可能导致全部撤回。因此，在制定部分或全部撤回的规则时应考虑到便利撤回。如果准则 2.5.1 所提议的规则可以套用，那么保留可随时撤回，无须业经其他缔约方的同意，1969 年和 1986 年《维也纳公约》第 22 条第 1 款就此已有明文规定。大体上，他认为把准则 2.5.2、2.5.5、2.5.6、2.5.9 和 2.5.10 套用于有关部分撤回的部分没有什么不当，这些准则涉及的是撤回的形式、代表国家或国际组织的权限、撤回的告知、保存人的职能和撤回的生效日期。惟一的问题似乎是起草问题。直接提到他刚才提及的准则草案是否恰当？或者是否有可能大体上按照报告第 212 段所述他对准则草案 2.5.11 所采取的方式继续此项工作？第三种解决办法是在关于撤回的每项准则中插入“全部或部分”词语，而不是提出一套有关全部撤回的准则和两项关于部分撤回的准则。他考虑了后一种方法，但不赞成采纳该方法，因为如他所指出的，重要的是界定部分撤回的含义，准则 2.5.11 的作用也就在于此。此外，关于全部撤回保留的效果的准则 2.5.7 和 2.5.8 不能照搬使用，因为部分撤回是表示保留依然存在，本身并没有消除其他国家或国际组织可能本已提出的反对，不过它也确实提出了其他国家或国际组织应重新审查其是否需要继续保留此种反对的问题。准则 2.5.12 界定了部分撤回的后果。

61. 关于监测机构认定某一保留无效的后果问题依然十分棘手，这一问题他在介绍准则 2.5.4 时曾详细讨论到。在这点上，他只是想提请委员会注意瑞士联邦高级法院在 *F. 诉 R. 和图尔高州联邦院案* 上所作的判决。他认为，联邦高级法院的推理是基于一个错误的前提，因为它承认欧洲人权法院可以宣布瑞士的解释性声明或保留无效，欧洲法院显然认为它有权这样做。在此基础上，该法院认为，瑞士不能修订其保留，但可以撤回保留，这样的考虑是合乎逻辑的。不过，它也并不完全合乎逻辑，

⁵ 《条约手册》(联合国出版物，出售品编号：E.02.V.2)，附件 2。

⁶ 见条款草案第 17 条第 6 款，该款载于特别报告员汉弗莱·沃尔多克爵士关于条约法的第一次报告（《1962 年……年鉴》[英]，第二卷，A/CN.4/144 和 Add.1 号文件，第 61 页）。

因为人们可能会问，若按照该错误的假定，既然欧洲人权法院就贝利洛斯案所作的判决也会使该项保留无效，那瑞士还需要采取行动吗？他个人不大赞成这种看法。虽然他不反对重复准则2.5.11之二所依据的推理，但他完全确信欧洲人权法院和瑞士联邦高级法院的这一推理的前提是错误的，监测机构，包括欧洲法院在内，只能认定保留不可接受，根据该项认定采取相应行动则是提出保留的国家自己的事情。部分撤回保留可以是采取相应行动的一种方式，就像全部撤回是更加彻底的解决办法一样。这就是准则2.5.11之二所说明的问题，如同他在报告第216段中所述，可将该准则与准则2.5.4合并。

62. 他期待着委员们就诸多的提议作出反应，当然他也要承认这些提议具有很强的专业性。不过，法律本身就是一个专门领域，总是泛泛地就一般概念作漫无目的的探讨是不行的。准则草案即使有些平凡，但它提供了发展真实法律的适当时机。

下午1时散会。

第2737次会议

2002年7月26日，星期五，上午10时

主席：罗伯特·罗森斯托克先生

出席：阿多先生、马里先生、巴埃纳·苏亚雷斯先生、布朗利先生、坎迪奥蒂先生、池先生、科米萨里奥·阿丰索先生、达乌迪先生、杜加尔德先生、埃斯卡拉梅亚女士、丰巴先生、加利茨基先生、卡巴奇先生、卡特卡先生、卡米沙先生、科斯肯涅米先生、曼斯菲尔德先生、蒙塔兹先生、庞布-齐文达先生、佩莱先生、斯里尼瓦萨·拉奥先生、通卡先生、薛女士、山田先生。

对条约的保留¹（续）

(A/CN.4/526 和 Add.1-3; ² A/CN.4/521, B 节; A/CN.4/L.614; A/CN.4/L.623)

[议程项目3]

特别报告员的第七次报告（续）

1. 主席请委员会委员继续审议特别报告员关于对条约的保留的第七次报告(A/CN.4/526 和 Add.1-3)。

2. 山田先生说，他对特别报告员提议的11项准则大多数赞同，只想对其中几项作出评论。

3. 关于准则2.5.3（定期审查保留的功用），他完全赞同特别报告员在其报告第102段中表达的观点，即可适当地在《实践指南》中增列一项准则草案，鼓励各国撤回已经过时或多余的保留；他也赞成第105段中所表述的观点，该项准则应被视为一项建议，各国仍有绝对自由决定是撤回还是不撤回其保留。不过，按照目前拟订的案文，至少在英文本中，准则2.5.3似乎更前进了一步。它比较强调条约的完整性，从而使完整性与普遍性之间的平衡发生了变化。他认为，国家不应轻易地提出保留，经慎重考虑后提出的保留不需要很快就进行审查。因此，他支持通卡先生的建议，即该项准则应作为一项建议来重新表述。

4. 关于条约执行情况监测机构认为不能允许的保留的撤回的准则2.5.4、2.5.11之二和2.5.X，其中第一项条款在上次会议上引起了热烈讨论，他想一开始就确认他支持委员会在其第四十九届会议上通过的关于对规范性条约、包括对人权条约的保留所作的初步性结论³第10段中表述的立场。该段指出，如果某项保留不可受理，提出保留的国家就有责任采取行动。例如，该国可以修订其保留，以消除不可受理问题，或者撤回保留，或者放弃加入

¹ 委员会到目前为止暂时通过的准则草案案文，见《2001年……年鉴》，第二卷（第二部分），第六章，第156段。

² 转载于《2002年……年鉴》，第二卷（第一部分）。

³ 见第2734次会议，脚注6。

该项条约。当然，他无意再来讨论委员会的初步性结论，但准则 2.5.4（条约执行情况监测机构认为不能允许的保留的撤回）、尤其是其第 2 款的问题是它只涉及到初步性结论第 10 段中的部分要素。主席之所以说国际法的主要原则是国家的同意，其原因很可能就在于此。特别报告员在其报告第 110 段中说，裁定某项保留不可接受，不能解释为废除保留，更不能解释为撤回保留。在这一点上，他完全同意特别报告员的观点，他对准则 2.5.4 第 1 款和准则 2.5.X（撤回条约执行情况监测机构认为不能允许的保留）没有任何疑问。不过，第 2 款或许不应放在准则中，他赞成删去该款。如果保留这一款，该条款需要重新拟订。特别报告员在第 110 段中说，提出保留的国家（或国际组织）不能蔑视这种裁定，并有义务采取行动；它必须消除不可受理的原因，这样做的方法之一，也是最根本但最令人满意的方法，显然是撤回有争议的一项或多项保留。他对该观点没有异议，但认为真正的问题是谁有权力就保留的可接受性作出判断。1969 年和 1986 年《维也纳公约》的保留制度把该项权力交给每个缔约国，除非各国另有约定。因此，如果第 2 款要保留，就有必要准确地确定什么机构可以裁定保留不能允许。应当指出，即使是国际法院宣布某项保留不能允许的裁定对该保留所涉及的条约的缔约国也不具有约束力，除非这些缔约国接受国际法院对该条约的管辖权。无论如何，该款决不能背离委员会在其第四十九届会议通过的初步性结论第 10 段中所表述的立场。

5. 关于这一点，一个有趣的案例是冰岛最近加入《国际捕鲸管制公约》一事。冰岛于 1992 年退出了该《公约》。它于 2001 年再次向保存人交存了其公约加入书，但对构成公约一部分的公约附则的一项规定提出了保留。国际捕鲸委员会以微弱多数认定冰岛的保留不能允许，并拒绝接受其加入《公约》，但有 16 个公约缔约国接受其有保留地加入。他认为，国际捕鲸委员会是一个渔业管理机构，不是有权就保留可否接受问题作出判断的机构，它在 2001 年和 2002 年处理该案时有过一些在法律上不合规定的做法。他将会把该案的详细情况提交特别报告员作参考之用。

6. 达乌迪先生指出，关于撤回保留的准则草案 2.5.1 的案文与 1969 年和 1986 年《维也纳公约》第

22 条第 1 款完全一致，并且如特别报告员在其报告第 83 段中指出的，也符合国家和国际组织的实践。因此，必须按照所提议的形式保留该准则，出于同样的理由，准则 2.5.2（撤回的形式）也必须这样保留。不过，默示撤回保留的问题不应予以忽视，特别报告员在其报告中有几段专门探讨这个问题，但最后决定不予考虑。尽管有形式对应之说，如果国家可以通过其后来的实践修订条约条款，保留也可能因提出保留的国家后来的实践而过时。特别报告员在其报告第 100 段中提及的“被遗忘的保留”就是一例。准则 2.5.3 很重要，应该保留，不过，应删去国际组织的国内法之说。

7. 特别报告员十分谨慎地起草准则 2.5.4，但可能有人怀疑《实践指南》中列入此类条款的可取性。如同委员会一些委员所强调的，条约监测机构有多种形式，并非都有权就国家提出的保留可否接受作出裁定。也不一定司法机关就是该准则意义上的监测机构。通常是在提出保留的国家与条约其他缔约国发生争执时，监测机构就一项保留可否接受的问题作出干预。一些监测机构可能会援引《指南》的此类条款声称拥有它们本不具有的权利。在上次会议上，委员会一些委员曾问道，监测机构基于什么义务可以宣布某项保留不能允许，而提出保留的国家又根据何种义务应当撤回保留。特别报告员提到 1969 年《维也纳公约》第十九条，这没有错，但问题是监测机构对某项保留可否允许的评价带有主观性，因为它是一个成员有限的机构，由各国选定的专家组成，它作出的判断很可能受到某些政治考虑的影响。此种评价的冲突就只能由一司法机关，或在某些情况下，当提出保留的国家与条约保存人之间争执很大时，由全体缔约国来判断。对提出保留的国家来说，没有任何义务在监测机构作出不能允许的认定之后撤回其保留。如委员会在其第四十九届会议通过的初步性结论第 10 段指出的，国家可有以下几种选择：或修订其保留；或放弃加入该条约；或撤回其保留。因此，他赞同委员会一些委员的提议，即准则 2.5.4 不应列入《实践指南》。

8. 在特别报告员提议的准则 2.5.5（在国际一级撤回保留的权限）的两种文本中，“长文本”更为可取，因为它便利《实践指南》的使用。不过，一旦拟订工作完成，或许应该对《实践指南》全文进行审查，以便决定是否在出现相同规定时用参照方

法或有类似规定时使用“在细节上作必要的修改”一语来处理更好。

9. 最后，经特别报告员口头订正的准则2.5.5之二（在内部撤回保留的权限）应予以保留，准则2.5.5之三（违反与撤回保留有关的内部规则在国际一级不产生影响）也应该保留。

10. 佩莱先生（特别报告员）问达乌迪先生，他为何希望从准则2.5.3中删去国际组织的国内法之说。

11. 达乌迪先生说，该项准则涉及因提出保留的国家国内法发生变化而过时的保留的审查：换言之，因为所通过的立法与那些保留相抵触。不过，国际组织没有此种法律。

12. 佩莱先生（特别报告员）说，争议的问题不是法律，而是国内立法，国际组织完全有可能修订其内部立法。保留这类条款有重要意义，至少就一体化组织而言。没有理由适用双重标准。

13. 加利茨基先生说，他将只就特别报告员在上次会议上所介绍的准则发表评论。正如特别报告员所指出的，许多条约中都有部分撤回保留的条款，由于这项制度也受到国家实践的尊崇，《实践指南》应载列一些有关该事项的条款。

14. 关于准则2.5.11（部分撤回保留），他同意特别报告员的观点，认为两段的顺序应颠倒一下，其案文应强调、当然它也实际上强调了部分撤回的目标是要限制保留的法律效果，确保条约的条款或条约全文得到更加完全的适用。不过，特别报告员给出的定义有些理想主义，因为在某些情况下，国家可能会使用部分撤回保留的程序来修订保留，以扩大而不是限制保留范围。特别报告员引用了秘书长和联合国法律顾问的实践，但在界定部分撤回时该实践不应考虑在内，因为最终结果可能是提出过时保留，这就必须要遵从在那方面所适用的程序。为清楚起见，明智的做法可能是，在准则2.5.11现有第2款载列的部分撤回的定义中加入报告第219段中的一段措辞，即“部分撤回并未使原先的保留消失，又不构成新的保留”。

15. 准则2.5.11之二（部分撤回条约执行情况监测机构认为不能允许的保留）和2.5.X有与准则2.5.4相同的问题，因为它们都错误地确定条约监测机构对国家拥有某种权力。不过，正如山田先生所指出的，即使是司法决定也只是对接受作出该项决定的管辖权限的国家具有约束力。例如，欧洲委员会有若干委员会的职能是监测欧洲委员会各项条约的适用情况，但它们的意见并没有所审议的这两项准则所赋予的效力。这就必然回到条约监测机构认定不能允许的问题上，特别是因为在准则2.5.X的英文本中使用“必须采取相应行动”这一表述是不可接受的。正像山田先生指出的，该项准则应提及委员会第四十九届会议通过的初步性结论第10段中设想的所有可能性。

16. 最后，准则2.5.12（部分撤回保留的后果）第二句或许应该重新起草，以包括反对与已撤回的保留部分有关的情况，因为在这种情况下，既然反对是多余的，那么是否确有必要等待反对正式撤回，这就是个问题。

17. 薛女士说，她想首先就与撤回保留有关的所有准则草案作一般性评论。如特别报告员所阐述的，他的报告依据了许多基本原则：这项工作的目的是为国家实践提供准则；撤回保留是提出保留的国家方面的一种单方面行为，它必须决定是否撤回保留，以及何时和在多大范围内撤回保留；现有的实践往往鼓励各国考虑撤回其保留；现有条约法公约很少有关于撤回的程序的条款，并且只字未提保留的修订问题。这些是计划拟订的《实践指南》为何可能有所助益的原因。

18. 一般来说，准则草案2.5.1至2.5.12反映出这些基本原则，不过她想知道制定与提出保留程序一样严格的撤回保留程序，是否可取。国家如撤回保留，就承担了进一步的义务或者其权利受到了更多的限制，这对条约制度是有益的。这就可以解释，为何1969年和1986年《维也纳公约》关于提出保留的条款比那些关于撤回的条款更为详细。

19. 在起草《实践指南》时，应重点强调一般缔约实践，而不是某些部门或区域的实践。例如，人权条约就引起了特别令人关切的问题，但这只是所审议的这项专题的一个方面。区域实践的问题也

同样如此。必须提出可为所有国家使用的和适用于所有条约的指导说明。

20. 至于具体的评论，她说，她对将目前的准则草案 2.5.1 至 2.5.3 提交起草委员会没有异议。不过，她希望提请委员会注意某些要点。特别报告员在其对准则草案 2.5.2（撤回的形式）的评注中提出了默示撤回的问题，但未给予任何回答。她认为，应该在准则草案中包括声明等其他撤回形式，因为只有在条约其他缔约方接到撤回的书面通知后，提出保留的国家与这些国家的关系才受到影响。另一方面，撤回保留的国家一经宣布其打算撤回保留，它就受到约束，因为按照诚信原则它不能撤销该项决定，即使其他国家直到它们在接到撤回的书面通知之后才能提出要求。此种程序对于加强条约制度将会十分有益。

21. 准则草案 2.5.3 很重要，但它不应只提及国内法，因为可能还有其他情况会促使提出保留的国家撤回保留。

22. 准则草案 2.5.4 问题稍多一点，特别是在监测机构作出不能允许的认定和提出保留国家随后采取的行动之间的关系方面。在人权领域，即使监测机构断定某项保留不能允许，提出保留的国家也主要是在国内一级必须采取行动。在条约关系方面，某项保留可允许还是不能允许，是由其他缔约方来决定。监测机构不应决定缔约方之间的条约关系。关于该准则草案的措辞，第 2 款第一句没有必要，因为它提及缔约国根据条约所承担的义务，而这与撤回保留无关。此外，“必须”和“可”这两词并置打乱了逻辑。

23. 关于准则草案 2.5.5，她想知道是否有必要重叙撤回保留程序的每一步骤。不过，如果委员会委员认为重复有必要，她可以表示赞同。

24. 另外关于准则草案 2.5.6 之二（撤回保留的告知程序），是否应提及电子邮件和传真一类的告知形式，或者只应提及以外交照会正式提出撤回的形式，她对此有疑问。

25. 1969 年和 1986 年《维也纳公约》只字未提修订或部分撤回保留问题。其原因在于该项行为在

实践中极为复杂以及不同缔约方可能有不同的解释。如果委员会认为部分撤回应列入《实践指南》，就应将其与一般的撤回合并。

26. 最后，关于准则草案 2.5.11 之二和 2.5.X，她说，这两项准则的措辞会造成概念上的混乱，其原因她在关于准则草案 2.5.4 的评论中提到过。

27. 佩莱先生（特别报告员）提及薛女士有关准则草案 2.5.2 的评论，认为撤回保留应以书面进行的要求意指撤回不可能默示。至于外交部长或国家首脑宣布其打算撤回保留的声明，它们属于更具一般性质的单方面行为。鉴于宣布撤回并非官方行为，并且各国不可能依赖这类宣告，没有任何理由按照薛女士的建议为此种声明增列单独条款，因为撤回只有在以书面确认后才生效。

28. 布朗利先生说，听了有关准则草案 2.5.4 的讨论后，他得到的印象是，可否接受保留的问题必须予以彻底解决。一般来讲，监测机构没有权力责成国家撤回其保留，在这一点上似乎有某种共识。正如特别报告员所指出的，撤回仅仅是国家对不能允许之认定可能作出的反应方式的一种。

29. 他认为，有理由列入一项但书，明确规定《实践指南》对监测机构决定国家间条约关系的权力绝对没有任何影响。

30. 主席以委员会委员的身份发言说，他认为同时处理监测机构的权力和缔约国会不会因其活动而招致义务这两个问题，是不可取的。这样做就是预先判断存在此种权力。

31. 薛女士提及她就准则草案 2.5.2 所作的评论，她说，该条款不仅阐述正确，而且也完全符合条约法。1969 年和 1986 年《维也纳公约》处理缔约国之间的条约关系，在这个范围内，书面形式的要求是有充分理由的，因为国家需要有法律上的确定性。另一方面，《实践指南》的目的是就各国在此类事项上所应遵从的程序向国家提供指导。因此，当一国决定撤回某项保留时，它必须按照该项决定行事，甚至是在以书面确认之前，阐明这一点很有助益。

32. 在监测机构的权力问题上，她同意布朗利先生和主席的观点，认为应当阐明《实践指南》对此种权力没有任何影响。

33. 通卡先生说，他认为，在案文中列入不能允许问题有点牵强，对撤回保留的问题应作宽泛处理。他不能理解为何特别强调监测机构断定保留不能允许这一情况。为避免争议，该问题应暂搁一旁，委员会可在对保留不能允许问题进行详细研究时再来探讨；迄今为止，委员会审议的仅仅是某些程序方面。它对两项《维也纳公约》第19条尚未进行分析。委员会所讨论的问题是默示撤回；鉴于默示撤回不可接受，甚至也不是所有的明示撤回都可接受，处理上自然要极其谨慎。保留只有以书面进行时才具有法律效力。在实践中他未听说过有撤回保留后未以书面提出的情况。捷克斯洛伐克和波兰的案子就是一个很好的示例，这两个国家的议会分别于1929年和1931年批准、并且两国国家元首也签署了一份宣言，按照《法院规约》第36条的规定接受其管辖权。⁴两份宣言从未交存于保存人。他认为，尽管宣言已为议会所批准并由国家元首签署，但由于其并未交存，因而两国都没有承认该法院的管辖权具有约束力。该宣言没有任何法律效力，也没有国家可以依赖该宣言在国际法院对波兰或捷克斯洛伐克提起诉讼。当一国元首在首脑会议上宣布该国将要撤回某项保留时，情况也很相似：如果该宣告之后并没有以书面通知撤回，该项保留实际上就没有被撤回。这一点在《维也纳公约》中已有相当明确的阐述，委员会不应在撤回保留的制度问题上给法律界以误解或疑问。

34. 池先生指出，委员会所要草拟的不是造法条约，而是《实践指南》，按定义讲它没有约束力。因此，应避免过分使用严格的用词，譬如“国家必须”之类的词；“敦促国家遵守”一类的措辞较为可取。此外，监测机构不应认为自己拥有条约没有授予的特别权力。如果监测机构行使强制性权力，它实际上是未经国家同意而行事，这是条约关系一个极其重要的方面。因此，他促请委员会主要采用适合用于建议性的准则草案的名词术语。

⁴ 《关于法院管辖权的案文汇编，常设国际法院，D辑，第6号》，第4版（莱顿，西哈托夫出版社，1932年），第47和第54页。

35. 斯里尼瓦萨·拉奥先生说，他同意通卡先生的观点，认为对默示保留不应特别重视。不过，一国提出保留后，也可能并不坚持在特定双边或多边关系中保持该项保留，或者可能甚至因任何一些原因而予以放弃，这种情况也时有发生。这里的问题在于，是否有任何先例或实践可以在这方面给委员会某种指导。对强制管辖权声明的保留给予类推会有所帮助，在特定情况下，此种保留往往在相当长时间内都未执行。如果一国以这种方式来表明它不坚持该项保留，那么该国就有可能在某个时候利用保留未以书面形式作出这一点来避免对之适用禁止反言程序。

36. 佩莱先生（特别报告员）说，他对斯里尼瓦萨·拉奥先生的类推表示赞同，它表明口头撤回保留不具有任何法律效力。他无法设想，在通卡先生提到的情况下，国际法院会认为一国仅仅宣称它将接受其管辖权就已接受约束。正如薛女士所说，宣告在予以书面确认之前不起任何作用。无论如何，就条约保留法而言，他个人不认为口头宣告具有任何效力。他认为，他在准则草案2.5.3中已就薛女士的提议的基本思想作出了答复，该准则显然是要鼓励各国撤回其保留。他高兴地看到该项准则草案获得了好评，但仅告诉各国它们撤回保留是采取了正确的行动方针还不充分。既然各国可能并不知道下面该如何去做，该项准则就没有多大的指导作用。委员会必须要作出的决定是，条约法所包括的保留法与国际法其他方面之间的界限或划界范围，诸如诚信法或单方面行为，它们似乎又涉及一系列不同的问题。

37. 薛女士说，她同意前几位发言者就准则草案2.5.2所作的评论，特别是与所列举的各种实例有关的评论。如果目的是要制定一项严格的规则，那么毫无疑问，撤回保留应当按照1969年《维也纳公约》的规定，以书面方式进行。不过，在那种情况下，准则草案2.5.2的规定就不够充分。它应该自始至终逻辑性很强，不仅规定通知必须以书面进行，还应明确说明撤回生效的日期：这样做很有必要，因为该项准则的整个要点就是书面通知，而不是撤回。通卡先生列举的示例充分说明了这一点。一国完全可以书面方式宣告它将撤回其保留，但仅凭宣告还不足以使撤回生效。争议的问题不是撤回，而是书面通知，只有书面通知才可使缔约方之

间的条约关系生效。当一国承担某项义务时，它就接受诚信原则的约束，但只有在其他缔约方接到适当形式的通知，即书面通知后，撤回才真正具有法律效力。这是她所要说明的问题，但她还要重申，她原则上不反对该项准则草案的措辞。她只是认为，如果该项准则保留现有案文，则它对准则草案作为建议没有太多的助益。

38. 达乌迪先生请委员会作为示例考虑一种情况，即若干国家之间缔结了一项条约，其中一个国家就该条约某些条款的适用提出了保留，虽然该国后来实际上通过了与其提出保留的条款一致的立法，但它并未撤回该项保留。同时，其他国家也对该国适用了该款。此种情况无异于条约的适用发生了实质性改变，它实际是典型的默示撤回保留的情况。他完全清楚，1969年《维也纳公约》和准则草案2.5.2规定撤回保留应以书面方式进行，这一要求完全正常，因为它为法律确定性提供了保证。不过，他试图略述的情况事实上有可能发生，或许应该就此作出规定。特别报告员说过，条约法与其他国际法制度交叉适用时就有这种情况，这正是他本人试图着重说明问题的这一方面的原因。

39. 曼斯菲尔德先生说，他仍然搞不明白薛女士想要说什么。他无保留地赞成努力增强国际条约制度的一般意向，就他的理解，薛女士是认为准则草案应当阐明，当国家公开宣布它要撤回某项保留时，即使在该文书缔约方之间不具有任何法律效力，也应该具有一种内部效力。他认为该做法的问题在于，在议会民主国家中，完全有可能发生的情况是，本届政府决定撤回对某项条约的保留，但在它能够撤回保留之前，取代它的新政府对该问题持有不同意见，认为前一届政府撤回或宣布它将撤回该保留是错误的。由于撤回并非以书面形式正式提出，从法律或国内政治的观点来看，很难看出新一届政府怎么会被认为要接受即将下台的政府所作决定的约束，更不用说显然不受该决定影响的国家间关系。不过，这是一个有趣的问题，薛女士或许可澄清一下她所想到的问题。

40. 主席说，对于考虑一项行动时所过去的时间，应该认为是不充分的。在不应认为禁止反言有正当理由的相对短暂的时间之后，国家在采取最后行动前改变了意见，这与所述情况完全不同。

41. 佩莱先生说，很难理解如何可以把薛女士想到的问题列入一项准则草案。他认为，薛女士说问题只是涉及书面通知，那她就错了。撤回保留的程序完全是沿用提出保留的程序。提出保留必须以书面进行，因此，撤回保留也必须以书面进行。通知的问题以后在准则草案2.5.6、2.5.6之二和2.5.6之三中处理，这几项准则均涉及保留的书面告知，但两种情况则完全不同。

42. 薛女士说，她想说明一点，她没有谈论默示撤回保留问题。无疑，撤回保留的表示应该是毫不含糊地以书面进行。她也对曼斯菲尔德先生提出的问题表示关切。不过，政府更迭给撤回保留带来的问题同样也适用于条约的签署。新政府可能会拒绝签署一项条约、公约、议定书或其他任何文书，它甚至还可能宣称它将决不批准诸如此类的文书。这就要适用1969年《维也纳公约》第十八条的原则，而她遵循的就是该条的逻辑。她仅仅是指出，现有的准则草案2.5.2强调书面撤回保留的重要性。实际上，应当强调的是撤回的书面通知。

43. 通卡先生说，按照他的理解，撤回保留是一项法律行为，法律行为就要采取书面形式。只要该行为不是以书面进行，就没有实施什么法律行为。口头宣告完全可以解释为实施法律行为的意向，但此种意向不具有1969年《维也纳公约》所指的任何后果。在有的情况下，可能会有违反诚信原则的情况存在，但《公约》并不涉及该问题。如《维也纳公约》所明确规定的，撤回保留如要具有法律效力，或构成一种法律行为，就必须以书面形式进行。

44. 如达乌迪先生举例说明的那样，一国对某项条约作出保留，但后来又通过了与该项条约一致的国内法，这可视为默示撤回保留，对此，他本人认为，就无保留批准条约的国家与那些有保留批准条约的国家来说，其法律立场有着根本的不同。后者如果保留没有撤回，以后始终还可以修订其法律，因而它也就有充分的理由不撤回其保留，以便保留其关于国内法的种种选择。一国虽通过了与其提出保留的条约一致的法律，但又未正式撤回其保留，这就使该国有机会将来进一步修订其法律，因而其法律不会完全符合先前提出保留的条款。将之解释为默示撤回保留，则太过激进。

45. 科斯肯涅米先生说，他赞成把准则草案2.5.1至2.5.3和2.5.5至2.5.10提交起草委员会，但他认为准则草案2.5.4和2.5.11以及首先是2.5.11之二提出了一个实质性问题，这部分解释了这些准则措辞不够清楚的问题。准则草案2.5.4和2.5.11之二涉及监测条约执行情况的机构的权力以及从提出保留的国家或国际组织的义务的观点出发行使这些权力的效果。准则草案2.5.4第1款没有必要，因为监测机构的认定可能构成撤回保留是不可想象的。不过，列入一项条款，对监测条约执行情况的机构作出的某项保留不可接受的认定与提出保留的国家或国际组织撤回保留这两者的关系作出界定，将会很有帮助。为此，必须要假定，准则的内容不会对监测机构的权力性质产生任何影响，因此必须按照监测机构可能拥有的下述三类权力作出区别：首先，监测机构认为保留不能允许的认定使保留无效，在十分极端的情况下，以自动生效的方式使之无效，条件是委员会在监测机构是否事实上可能拥有此种权力的问题上将不表明立场，这个问题目前尚无法作出决定；其次，监测机构认为保留不能允许的认定使国家有义务采取措施，例如，全部或部分撤回保留；第三，不能允许的认定就等于建议提出保留的国家或国际组织采取适当措施。他认为对全部或部分撤回保留作出区别没有必要，他同意特别报告员在其报告第216段中所提议的结构，即准则2.5.4和2.5.11之二应该合并为一项新准则，放在《实践指南》第2.5节结尾处。新准则的内容可为：

“监测条约执行情况的机构认定保留不能允许，依照该机构的权力，可以：

(a) 使此种保留无效；

(b) 使提出保留的国家或国际组织有义务全部或部分撤回保留；或

(c) 构成一项建议，请提出保留的国家或国际组织考虑全部或部分撤回保留。”

46. 目前的准则草案2.5.4第2款规定，提出保留的国家或国际组织“必须采取相应行动”，这一提法就没有必要了。经过考虑，似乎准则2.5.4和2.5.11之二涉及的不是撤回保留，这只是问题的一个次要方面，真正涉及的是监测条约执行情况的机

构认为某一保留不能允许的后果，不过监测机构的形式可能差异极大，可以是国际法院，也可以是少数国家之间订立技术条约时设立的小型专家组。这一问题十分重要，但它所涉的问题是将在以后的讨论中处理的问题，目前阶段不宜解决。

47. 丰巴先生提及准则草案2.5.7至2.5.10，他说，特别报告员在其报告第152段中所作的解释似乎有些矛盾，他说：“撤回的后果难以与保留本身的后果分开”，以及“撤回的后果可以只是被视为形式问题，这就不必理会保留本身复杂无比的后果。”他也注意到，报告中对“后果”一词使用了单数和复数两种形式，因此，他想知道撤回是否可产生好几种独立后果。不过，这里所涉的问题是撤回的法律效力，如报告第179至第182段中所述，这可能有几种反映方式。此外，第152段说撤回“取消”了保留，对这一措辞应加以限定，以考虑到部分撤回和全部撤回两者的差异，它们的法律效力是不同的。准则草案2.5.7（撤回保留的后果）和准则草案2.5.8（在反对保留同时还反对条约在其与保留国或国际组织之间生效的情况下撤回保留的后果）没有什么特别的问题。关于准则草案2.5.9（撤回保留的生效日期），他支持照搬1969年和1986年《维也纳公约》第22条第3款(a)项的选择，也赞同在《实践指南》中列入示范条款A、B和C的想法，这几项条款反映了委员会1965年工作期间所关切的问题。他也同意写入保存人而不是其他缔约方收到撤回通知的日期（报告第165段）这一主张。就准则草案2.5.10（保留国可以单方面确定撤回保留生效日期的情况）而言，他赞同报告第167和第168段中表述的意见，即规定提出保留的国家（在无示范条款C的情况下）有可能自由地确定其保留的撤回生效日期。说明了这一点，即应明确界定对提出保留的国家单方面作出决定的限制，如果其他缔约方有异议，此种限制不应比两项《维也纳公约》条款优先适用。最后，他对准则2.5.10(b)项的具体内容看不明白。不过，大体上他赞成把该准则草案提交起草委员会。”

48. 庞布-齐文达先生提及准则草案2.5.4，他说，与科斯肯涅米先生一样，他也认为撤回仅仅是认定保留不能允许的后果的一个方面，若能研究一下该问题的其他方面以及讨论在认定某项保留不能允许时可能采取的各种行为，将会很有意义。他支

持科斯肯涅米先生的提议，赞同重新拟订该项准则以及按照监测机构的性质和权力作出区分。另外，1969 年和 1986 年《维也纳公约》第 19 条对条约所禁止的保留、不在条约允许的那些保留之内的保留，以及与条约的目的和宗旨不相容的保留作出的区分是否对保留不能允许的后果产生影响，他对此表示怀疑。

49. 科斯肯涅米先生就认定某项保留不可接受的一般后果问题答复庞布-齐文达先生，他说，这个问题目前尚无法处理，因为它十分复杂，有些情况下可能涉及国家责任。特别报告员可以稍后再处理这个议题。他提议该项准则草案采用新的表述，其目的是在认定保留不能允许和提出保留的国家或国际组织可能有义务撤回保留这两者之间确立一种联系。关于 1969 年和 1986 年《维也纳公约》第 19 条确定的三种不能允许的保留以及这种分类的后果问题，他认为，不能允许的后果不会因有点保留的类别而有什么不同。不过，也许不是每一种可能的后果都是如此。

50. 坎迪奥蒂先生建议把所有拟议准则草案都提交起草委员会，关于监测机构的两项准则除外，对它们的研究可推迟到以后审查保留不能允许问题时一并处理。撤回保留是监测机构认定某项保留不能允许的一种可能后果，但它也可能只是另一国提出反对的后果。

中午 12 时 40 分散会。

第 2738 次会议

2002 年 7 月 30 日，星期二，上午 10 时

主席：罗伯特·罗森斯托克先生

出席：阿多先生、马里先生、巴埃纳-苏亚雷斯先生、布朗利先生、坎迪奥蒂先生、池先生、科米萨里奥·阿丰索先生、达乌迪先生、杜加尔德先生、埃斯卡拉梅亚女士、丰巴先生、加亚先生、加利茨基先生、卡巴齐先生、卡

姆托先生、卡特卡先生、卡米沙先生、科斯肯涅米先生、曼斯菲尔德先生、蒙塔兹先生、尼豪斯先生、庞布-齐文达先生、佩莱先生、斯里尼瓦萨·拉奥先生、罗德里格斯·塞德尼奥先生、辛马先生、通卡先生、薛女士、山田先生。

对条约的保留¹（续）

(A/CN.4/526 和 Add.1-3;² A/CN.4/521, B 节; A/CN.4/L.614; A/CN.4/L.623)

[议程项目 3]

特别报告员的第七次报告（续）

1. 蒙塔兹先生说，他赞同安贝尔所作的鼓励部分撤回保留的必要性的適切言论，特别报告员曾在其第七次报告(A/CN.4/526和Add.1-3)第193段中对此予以强调，这是一种允许各国根据其国内法的变化逐步调整其参与条约的程度的程序。³但是，它引起了这样的问题：反对过最初保留的条约缔约国是否能够反对部分保留。看来，特别报告员不曾回答过这个问题，只处理了对初始保留提出过反对的国家的情况。在报告第201段中提到的论述，使“另一些缔约国”感到混淆：它是否是指不曾对原始保留提出反对的国家呢？总之，他认为，为了支持条约的完整性，鼓励部分撤回保留，在等待完全撤回保留之前，各国应该容忍这种部分保留，放弃行使对它们提出反对的权利。

2. 准则 2.5.11（部分撤回保留）确认了这个办法的优点。起码，那是从第1段中提到对全部撤回适用的形式和程序规则中得出的合理结论。如果缔约国反对另一缔约国全部撤回保留，那是不可思议的。

¹ 委员会到目前为止暂时通过的准则草案案文，见《2001年……年鉴》，第二卷（第二部分），第六章，第156段。

² 转载于《2002年……年鉴》，第二卷（第一部分）。

³ 见 P.-H. Imbert, *Les réserves aux traités multilatéraux* (巴黎，贝多内出版社，1978年)，第293页。

3. 准则第2段界定了对部分撤回的理解，似乎认为部分撤回保留和更改保留是同义词。这种同化作用可能引起误解。的确，如同特别报告员在报告第207段中所指出的，联合国秘书长对部分撤回保留和修改保留作了明确的区分，以后一措辞指扩大保留范围的情况。显然，那不是准则2.5.11中所设想的情况。

4. 因此，把第2段中提到“修改”的措辞取消，是可取的，例如在法文本中，取消“*est la modification de cette réserve par l'État ou l'organisation internationale qui en est l'auteur; qui*”并在其他文本中作出相应的改动。这样做不会影响定义，但是可以避免被误解的危险。

5. 关于准则2.5.11之二（部分撤回条约执行情况监测机构认为不能允许的保留），他赞成特别报告员推荐的解决办法，条件是，凡是涉及不被接受或不被允许之保留的提出国义务的措辞都要从案文中取消。但是，他理解到，准则2.5.4应该重新拟订，同时考虑到一些委员所表示的关切事项。

6. 关于撤回保留，他对暗示保留表示关切，主要因为特别报告员继续着重指出，《实践指南》“应当对使用者正当提出的所有问题提供答案”（报告第215段）。第92段及报告随后提供的关于可以述及暗示保留的案例，并没有排除保留国采取了仿佛它所提出的保留已经无效并且无用之行为的情况，例如，一国已经对一条约提出保留，却仍然遵守其规定。他可以设想这样的情况：与报告第101段中所提到的情况相反，那并不是由于主管当局疏失所致或是由于作为保留之根本的各部分之间没有进行充分协商，而是行政部门的自愿行为。可能发生这样的情况：为了避免要求提出保留的立法部门的反对，行政部门的优选办法是在国际上遵守作为保留主题的条约规定，不予撤回，以免在国内引起强烈抗议。

7. 这就出现了下列问题：在保留被提出时加以反对的国家能否使用保留国随后的做法宣称上述保留属于缓办的范围，该国与保留国的条约关系是否从此不具任何效力了呢？他认为《实践指南》必须处理这个问题。

8. 庞布－齐文达先生说，他不赞同蒙塔兹先生为提议重拟准则2.5.11第2段而取消提到修改的措辞的论据。诚然，准则不曾界定修改的概念，部分撤回保留怎么不是修改保留呢？撤回是取消已经在保留范围内陈述过的若干内容的程序，因此，部分撤回的目的是修改保留。所以，他不能支持蒙塔兹先生的建议，除非他自己误解了修改的含义。

9. 佩莱先生（特别报告员）说，准则2.5.11第2段的主要理由之一是要表述部分撤回是修改一个现有的保留，而不是撤回保留，紧接着提出新的保留。但是，他在本报告先前几段中已经解释过，实践是很不一致的，甚至秘书长本人也说过，他不能接受部分保留，因为这是全部撤回之后接着提出的新保留。这就是“修改”一词有用的理由。它表明，这不是提出一项新保留，而是修改现有的保留问题。蒙塔兹先生虽然以秘书长采取的立场为依据立论，但这正是他本人所辩驳的，因为它会导致前后不一致。

10. 他不确信自己完全理解蒙塔兹先生的第一次评论，蒙塔兹先生在谈到部分保留的情况下问起不曾提出反对的国家与保留国之间的关系。没有提出反对的国家被视为接受保留，这个事项属于准则2.5.12（部分撤回保留的后果）的范围。部分撤回以后，保留消失了。因此，从原则上说，该国就不予反对了。如果蒙塔兹先生希望在评注中以暗示方式表述这一点，就可以将其列入，但是，如果认为对保留的接受仍然存在，那就令人难以理解了。

11. 蒙塔兹先生说，他曾经要求列入一项澄清：大意是不曾对保留表示反对的国家不能对部分撤回提出反对，因为其论点不明确。

12. 关于第二点，这是特别报告员和庞布－齐文达先生都已经采取的立场，因为特别报告员提到秘书长作为保存人采取前后不一致的做法，应该把准则2.5.11第2段中提到“修改”的措辞删除并且取消他在第一次发言中所建议的措辞。

13. 薛女士问道，在准则2.5.11中，特别报告员是否考虑了部分保留的两种可能情况。在第一种情况中，当甲国成为公约缔约国的时候，它可能对两项或更多项条文提出保留，随后又撤回对其中某一

项条文的保留，这是直接的部分保留。在第二种情况下，当甲国成为公约缔约国的时候，它可能对一项特定条款提出保留，声称它将按照国内法履行该条款。随后，该国可能修改其保留，因为它对国内法作了修改，加强了它根据该公约所应尽的义务。

14. 在第一种假定情况下，显然，其他缔约国的反对会消失，因为反对的理由已经消失。但是，在第二种情况下，情况却不是这样，因为其他缔约国可能认为，即使有了新法规，保留却影响到公约的顺利履行。准则草案看来没有兼顾这两种情况。

15. 加亚先生提到蒙塔兹先生提到的第一点，认为，一般说来，不曾对保留表示反对的某一国，不会反对通过部分撤回对保留加以修改。但是，不应该说，如果一国不曾对保留提出反对，就不能对其部分撤回提出反对：一切都应该视撤回的后果而定。例如，在保护外国人权利的条约的假定情况下，如果该条约的某一项条文说，外国人有权拥有房地产，而某一国对该条款提出保留，其他国家可能不会提出反对。但是，如果保留国提出部分撤回，表示它将撤回保留，但是这一撤回对某一特定国家的国民不适用，那么，受到歧视性的部分撤回之影响的国家应该有机会反对。因此，在部分撤回的情况下表示反对的可能性，还是不应该绝对地予以排除。

16. 斯里尼瓦萨·拉奥先生说，他同意加亚先生的论点。部分撤回保留几乎等同于新保留。它不仅仅是把得到一些国家接受而受到另一些国家反对的保留事项删除；在删除或增添某一项内容之时，就确立了一项全新的保留了。所以，至少从技术上看来，可以说，应该把修改视为一项新保留。

17. 佩莱先生（特别报告员）说，他的报告广泛叙述了这个问题，他仍然认为，对保留的修改并不是新保留。但是，这并非意味着他完全拒绝接受加亚先生的立场和他所举出的示例。的确，他不清楚是否还有类似于“歧视性”撤回的其他事例，不过，他不认为需要在准则草案中为此列入一项规则，如果有人提出建议，他会考虑这样做。如果它只是一个歧视性撤回的问题，情况就明确了。但是，有必要看看是否有任何其他类似的情况，即部分撤回保留的受害国可能作出反应的情况。

18. 薛女士提到两种情况。在第一种情况下，部分撤回可能涉及一项或两项保留。在那种情况下，准则 2.5.12 是很明确的，如果按照加利茨基先生的提议，在结尾附加下列措辞，那就更加明确了：“但限于、并且只限于反对不专门涉及已被撤回的保留部分的情况”。在第二种情况下，保留国随着国内法对公约的执行施加更多的限制而增加了保留的内容，它提出新保留以反映这种情况。如同他已经指出的，在报告的该部分已经设想到这种情况，但是不够完全，因为它只处理了减少、而不增加保留内容的部分撤回。增加保留内容没有列入准则草案 2.5.11 和 2.5.12。所以，才有在部分撤回的情形下主张维持企望“修改”的另外一种论点，这种修改是缩减了现有保留的范围。加强现有的保留是扩大保留的修改，相当于提出新保留，导致逾期提交保留的问题。报告第 185 段澄清了这一点。委员会的委员们可以谴责他没有提交处理这个问题的报告最后部分，但是不能数落他引人误解。

19. 主席说，加亚先生的发言也提到修改后的保留对一些国家不利、而对另一些国家有利的情况，这引起了另一系列的问题。

20. 丰巴先生说，虽然特别报告员在他的报告第 185 至第 210 段中指出，理论和实践展示了关于修改保留问题的一些不确定的内容，他却得出结论，认为“为缩减范围而修改的保留必须面对与全部撤回同样的法律制度”；单一的准则草案应该能够考虑到这种制度上的一致。由于对一项保留的部分撤回和全部撤回不是性质上而是程度上的问题，他赞同这项结论。

21. 根据委员会的方法原则，令人放心的是注意到，准则草案 2.5.11 第 2 段中所载的部分保留的定义是尽量以 1969 年和 1986 年《维也纳公约》中保留的定义为范本。但是，在这方面，他关心两个问题。在实质内容上，他注意到，目前的定义有三个组成部分，即：修改、法律效力的限制以及更充分适用条约的规定。由于修改并没有取消保留，而且它的法律效力也仅仅受到限制，那么，它如何能够有利于更加完全地、或者全面地重新建立条约的法律制度呢？在不通晓保留法领域实践方式的在他看来，似乎在准则第 2 段的案文与报告第 217 段的内容之间存在着矛盾。至于形式，两个短语“保证更完

整地适用条约规定”和“或整个条约”似乎表达同样的概念。因此，两者之中应该删除一个。

22. 至于能否针对部分撤回调换准则2.5.4（违反与提出保留有关的内部规则在国际一级不产生影响），2.5.7（撤回保留的后果）和2.5.8（在反对保留同时还反对条约在其与保留国或国际组织之间生效的情况下撤回保留的后果）的位置，特别报告员说，最棘手的情况可能是，条约监督机构认定最初提出的保留无效。在这方面，他不企望于监督机构的权力问题，赞同特别报告员在其报告第213和第214段中的思考方式。

23. 是否需要和以何种方式在《实践指南》中规定：如果一国的某项保留被认定不能允许，则部分撤回是国家或国际组织可能履行其义务的手段之一，关于这个问题，他与特别报告员同样认为，不应该仅仅在准则草案2.5.4和（或）2.5.11的评注中提到它就作罢。特别报告员不曾说明他对第二种可能性，即列入准则草案2.5.11之二的立场。他本人认为，抛开不被允许和决定允不允许的权限不谈，他不反对列入这样一项准则，只要不妨碍国家的行动自由就行了。至于第三种途径，即在准则2.5.4第2段中提到部分保留的可能性，特别报告员的优选办法是在准则第2.5节的结尾增添一项新的准则2.5.X（撤回条约执行情况监测机构认为不能允许的保留），他欢迎澄清是否需要使准则2.5.11个别化。有了这个但书，他就可能支持将准则2.5.4和2.5.11之二合并的建议，因为准则2.5.4第2段仅仅提到撤回保留（使用两项《维也纳公约》的术语），在全部撤回和部分撤回之间留下广大的解释空间，这是一个需要列入准则2.5.X加以取消的灰色地带。但是，在这种情况下，应该把准则2.5.11保留下来。

24. 他同意特别报告员在报告第218和第219段中载述的、关于部分保留情况下提出反对之后果的结论。这个推理方式似乎符合逻辑和实践，准则2.5.12也是这样，它也有袭用1969年和1986年《维也纳公约》第21条术语的优点。如果能够提供更进一步的澄清，他就提议撤回保留的告知程序11和2.5.12提交起草委员会。

25. 达乌迪先生说，准则2.5.6（撤回保留的告知）的“长案文”应该便于《实践指南》的使用，但

一旦《指南》的全文完备了，就应该回到这个问题。在准则2.5.6之二（撤回保留的告知程序）中，应该提到，电邮或传真的日期是撤回保留的日期，而不是确认的日期，以便使这项规定符合起草委员会关于这个事项的建议，该建议委员会已在第2734次会议上核准。

26. 关于撤回保留的有效日期，他赞同特别报告员对1969年和1986年《维也纳公约》第22条第3款(a)项所持的立场。这项案文被全文照录为准则2.5.9（撤回保留的生效日期）。他也赞同为了反映国家实践和在若干情况中减少适用有效日期规定而拟议的三项条款范本。应该把这些条款和其他条款范本收录到《实践指南》的附件中。

27. 但是，在特别报告员的报告第173段中，特别报告员认为，1969年和1986年《维也纳公约》第22条第3款(a)项脱离了普通法，特别报告员认为，它规定：根据一条约采取的行动从通知保存人之日起开始生效。在落实这项理解方面，特别报告员提到1969年《维也纳公约》第七十八条(乙)项和国际法院在关于根据《国际法院规约》第三十六条接受强制性管辖任择声明的印度领土通行权案中所作的判决。在这方面，他希望指出，1969年《维也纳公约》第七十八条中所规定的普通法和1986年《维也纳公约》第69条规定：通知或公文仅于所要收到的国家收到或经保存机关收到时，才对该国生效。法院的判例确认了这项原则。《维也纳公约》的有关条文在起首语中允许各国放弃适用普通法，即：“除非条约或本公约另有规定……”。因此，《国际法院规约》第三十六条规定了任择声明于秘书长以交存人名义收到之日起即告生效，从而构成对普通法之适用的一项例外。

28. 至于准则2.5.7，或许应该以诸如“除非其他保留继续生效……”的短语开头，以便体现特别报告员在其报告第183段中所提到的概念。

29. 曼斯菲尔德先生要求特别报告员澄清他对准则2.5.4和2.5.11之二的意图。他重新表示自己的意见，认为准则2.5.4太紧凑，就此而论，还不够成熟，不宜提交起草委员会。在上次会议上，科斯肯涅米先生曾经指出，许多机构可能希望对保留作出评述，虽然其中有些机构有宣告保留无效的自执

行权力，一些机构产生了对保留国的义务，但是还有另一些机构得出充其量可以称之为建议的结论。他认为，那样分析是正确的。但是，另一些委员认为，准则 2.5.4 所涉问题超越上述情况：例如，山田先生提到国际捕鲸委员会最近针对冰岛的保留采取的行动（第 2737 次会议）。虽然国际捕鲸委员会不是准则 2.5.4 所指的监督机构，在那种情况下的争议问题，即：无论该项保留和多数行动是否属于 1969 年和 1986 年《维也纳公约》第 20 条第 3 款规定的范围，都显示了问题的复杂性，证实了他的意见，即现有的案文过于概括，于事无补。科斯肯涅米先生也发表了重要看法，他认为把这些问题列于不被允许的概括部分或许比列在撤回的章节中合适。特别报告员是否有意在不被允许的情况中向委员会提出重新拟订的准则 2.5.4 的案文呢？还是认为那是起草委员会的任务呢？

30. 布朗利先生说，他不认为仅仅把这个问题重新划分为不被允许的问题就可以得到解决，即使这个问题与不被允许的问题有明显重叠。监督机构的职能需要重新处理。他自己的看法是，特别报告员应该考虑在比较正式的上下文中把哪些事项作为但书描述的可能性，这个意见完全没有引起评论，赞成或反对的都没有。虽然这样的但书在准则中会显得不规则，但比照适用其等效案文，这似乎是一项可行的备选办法。

31. 佩莱先生（特别报告员）说，由于发生误解，他只为已经提出的头两组准则（准则 2.5.1 至 2.5.6 之三）编写了初步结论，要等到辩论结束以后（大概在下届会议）才回头编写有关准则 2.5.4 的结论。

32. 他在上星期说过，提出广义保留的专题如果不是不讨好，肯定有些严峻并且带有技术性。但是，委员会为国际社会提供更重要的服务，要编纂符合实际需要的那类技术规则，而不光是争论学说和理论。总之，除了他要在下届会议再回头处理的准则 2.5.4 和 2.5.11 之二以外，他所提出的 17 项准则中，没有一项会发生这种转移情况。

33. 基本上，辩论把重点放在了很具体的论点，并没有提出不能克服的原则问题。支配性的观点似乎历来很明确地主张将整套准则草案提交起草委员会，供下届会议审议，准则 2.5.4 和准则 2.5.11

之二还是暂时延迟一下，他将在下次会议对此作出确切决定。

34. 在对准则逐一作出评论之前，他将设法就委员们所提出的一些一般性关切事项提出答复。重复地说，《实践指南》是为了包含而不是为了编辑具有约束力的规则，但是，不具任何约束力的“建议的实践守则”最终或许会反映在标题的变更上。但是，没有理由不尽可能仔细和大力地予以起草，因为它们将是各国的《实践指南》。在这方面，他完全支持布朗利先生最近的评论。此外，显然，一些准则中所包含的规则的确具有约束力，不是因为它们将被列入《实践指南》，而是因为它们是从 1969 年和 1986 年《维也纳公约》转换过来的，就此而论，是具有约束力的。这一点具体显示了某项规范与某一渊源的法律价值之间的差异。

35. 庞布-齐文达先生提出了将两项《维也纳公约》的条款逐字纳入《实践指南》的做法是否具有任何价值的问题。特别报告员对这个问题的答复是肯定的。基于蒙塔兹先生和科米萨里奥·阿方索先生间接提到的可靠理由，已经对许多准则采取这种照录的办法，包括关于保留定义的准则 1.1：如果用户不能够从《指南》本身找到所有一般性问题，《指南》的价值就会受到严重减损。无论如何不完全，有时还不免含义不够明确，《维也纳公约》难免成为保留事项中任何实践的出发点，编辑一个《实践指南》，若不提到《维也纳公约》是很奇怪的。仅仅是提及《维也纳公约》就迫使用户经常来回跳读三份文书，还会对没有参加缔结那些公约的国家和组织形成技术问题。因此，全盘调换有关条款是比较简单、比较合理、比较方便、实际和有利的做法。

36. 有些发言者返回到委员会已经采取的立场。例如，埃斯卡拉梅亚女士、薛女士和卡特卡先生曾对准则 2.5.6 之二中提议以电子邮件通知保留的解决办法及其后果的稳妥与否表示怀疑。虽然他乐于扮演奥德修斯的角色，他却不想扮演珀涅罗珀的角色：如同达乌迪先生稍早在会议中再度指出的，委员会已经好歹在这方面采取准则 2.1.6（保留告知程序）中的立场，如果不在准则 2.5.6 之二中采取同样的解决办法，那就完全不协调了。在这一点上，他吁请委员们不要质疑已经采取的立场——

当然，除非出现一些重大的错误。如果委员会继续拆散已经织就的布，它的工作就永远完成不了。

37. 至于个别的准则，除了庞布－齐文达先生提出的问题以外，准则2.5.1（撤回保留）似乎没有引起任何真实的问题。他所注意到的唯一建议是加利茨基先生提议删除“除非条约另有规定……”等语。原则上，他同意这一修正建议有用，他自己在报告第86段和口头报告中都指出过。但是，这一措辞出现于1969年和1986年《维也纳公约》第23条第4款，全部照录于准则2.5.1；重新拟定条款既不必要，也有潜在的危险。必须以保留维也纳条款作为指导原则，除非有重要的理由显示这样做不合适。

38. 对于准则2.5.2（撤回的形式），加利茨基先生再度指出，撤回保留的手续应该尽可能简便，他原则上同意这项意见。但是，怎样做呢？正如阿尔弗雷德·德穆塞特所说，“一扇门必须是开着或者关着”，同样，保留或保留的撤回也必须拟定或者重新拟定。准则2.1.1（书面形式）和2.5.2分别要求采取书面形式；没有任何中间的解决办法，法律关系的保证——以及较次要的形式平行主义原则——要求采取书面形式，尤其因为保留的撤回是完成国家同意接受条约约束的手段，必须采取正式行为。

39. 但是，薛女士曾经建议，在准则2.5.2或者在更加具有争议性的准则2.5.10（保留国可以单方面确定撤回保留生效日期的情况）中，载列“一保留国提交撤回其保留的书面通知时，即使在其他缔约国接到这一通知以前，也应该按照保留行事。”这项建议似乎比她先前提交的案文更能接受。初看之下，保留国从通知撤回保留的时刻开始就要接受拘束，似乎对它没有任何坏处。但是，经过思考，他认为薛女士的建议大有问题。条约是一项协定，预示两个或更多的心灵在某个时间点汇集在个别的案文。在撤回保留的日期，甲国接受整项条约的约束，而乙国则只在两天或若干天以后才在与甲国的关系上受到整项条约的约束，这样处理似乎根本不能令人满意。国家可能只作为一个集团受到个别的案文约束，但是，薛女士的建议会使得两套义务分歧。即使像她所起草的那样，采取条件式的写法，这项建议似乎会引起不必要的复杂化，因此，他不予支持。

40. 蒙塔兹先生提出的关于准则草案2.5.2的问题回应了庞布－齐文达先生提出的问题：如果在实践中，一国适用一项已经被保留的条款，应该怎么办？他认为，这个问题超越了保留的范围，接近委员会新的调查研究领域——国际法不成体系问题。这个问题是要确定在互相抵触的义务中履行哪一项，即国家根据条约承担的义务和在实践中承担的义务，大概是通过某种单方面行为予以实现。他认为这个问题不应该在《实践指南》中处理，虽然可能有必要扩大处理他说过的暗示保留的范围。但是，如果委员会强烈认为，应该按照蒙塔兹先生建议的方针列入某一项准则草案，他不会予以反对。

41. 最后，池先生指责他前后不一致，说他先是认为保留必须总是以书面形式撤回，接着又要求讨论暗示保留。他不认为自己有罪，因为他只是从理论上提出暗示保留问题，并且已经得出结论，认为这个命题是不能想像的。

42. 至于准则草案2.5.3（定期审查保留的功用），他说，他对委员会对于一项相当不平常的建议所作出的反应感到很高兴。他对于委员会中保守主义的往例引起的忧虑，实际上是没有理由的。准则看来已经得到一致的、甚至热烈的认可，提出的具体建议可由起草委员会予以研究。庞布－齐文达先生对将该条款置于《实践指南》关于程序的部分提出质疑，从逻辑上说，他这样做是正确的，但是，他本人认为，将与撤回保留有关的所有案文载于第2.5节比较有利。埃斯卡拉梅亚女士希望提到条约监督机构的要求，但是，在那种情况下，为什么不也提到大会和区域机构的要求呢？由于委员会多数委员对条约监督机构的要求不表态，看来，那项建议不会得到普遍接受。

43. 通卡先生在山田先生的支持下，认可准则2.5.3，但是希望以“建议各国……”作为开头，将建议的语调加强。这项建议应由起草委员会作出决定，但是，他自己认为这样做没有用。看来有些不好使用，实际上显得多余，因为《实践指南》本身是向国家提出的一系列建议。

44. 通卡先生在蒙塔兹先生和曼斯菲尔德先生的支持下，再度建议将第2段的最后短语删除，因为它提到国内规章的发展。但是，正是由于这种发

展才使得定期审查保留如此重要，他仍然认为，应该提到国内法的发展，因为这是基本情况，客观地说，保留可能被认为过时，而不只是在政治上碍手碍脚。但是，这又是应该由起草委员会决定的事项。

45. 如同他指出过的，他将默默地忽略准则草案 2.5.4。至于准则草案 2.5.5（在国际一级撤回保留的权限）和 2.5.6，以及它们的变形案文，有人对他主张采取双重标准表示一定程度的理解。准则草案 2.5.5 的较长案文的确是两者之中较佳的一个，因为很难完全地变换关于提出保留的规则：只能比照适用。但是，在准则草案 2.5.6 的情况下，那种区别并不适用。几乎所有就这一点发言的委员都主张采用两项准则草案中的长案文，唯一不赞成的是加利茨基先生，他主张采用短案文以及提出和撤回保留的单一准则草案，无疑也包括关于反对保留的案文。卡米沙先生说过，如果委员会是在起草公约，这样做是必要的，但它并不是在起草公约。为了便于指南的用户使用，这个题目应该分别处理，即便有所重复，也得分开。总之，最好等待案文经过二读审议以后再就加利茨基先生所开列的着手方式采取立场。一旦有了全套案文，如何帮助读者使用指南的问题可能会比较明确。

46. 就实质内容而言，这两项准则草案很少受到批评，对它提出的具体建议也不多。他提请注意准则草案 2.5.6 之二起首语法文本中的一项疏忽：“*est transmise*”一语应该列于最后一词“*réserve*”之后。

47. 他将在下次会议上总结辩论情况，把重点放在准则草案 2.5.7 至 2.5.12 和 2.5.4 以及 2.5.11 之二。

与其他机构的合作（续）*

[议程项目 11]

亚非法律协商委员会观察员的发言

48. 主席欢迎亚非法律协商组织（亚非法协）秘书长瓦菲克·卡米尔先生，请他向委员会讲话。

49. 卡米尔先生（亚非法律协商组织观察员）祝贺自 2001 年以年当选的所有委员，并且指出，他相信他们做出的贡献将促进委员会的工作。亚非法协极为重视与委员会的长期联系。它的主要目标是考察委员会正在审议的问题，并向它提出会员国的看法。几年来，这种做法有助于锻造两个机构之间更加密切的纽带，双方派代表出席彼此的年度届会，已经成为一种习惯。他感谢山田先生代表委员会出席亚非法协于 2002 年 7 月在阿布贾举行的第四十一届会议，并且感谢蒙塔兹先生和辛马先生对审议工作做出了宝贵贡献。亚非法协本身感谢委员会的代表出席其年度届会。

50. 在第四十一届会议上，审议了至少 15 个实质性项目，其中有一个项目是委员会第五十三届会议的工作。在一般层面上，代表们欢迎国家对国际不法行为的责任条款草案的完成和通过。⁴ 多数代表确认，案文均衡和公平地反映了习惯国际法。有一位代表认为，它们强调编纂、而不是引介国际法的逐渐发展内容。虽然编纂的确有利于使条款草案更加容易得到各国的接受，但逐渐发展的内容，例如严重违背国际法强制性规范义务的概念，以及援引受害国以外国家的责任，具有邀请进一步辩论的潜力。总的来说，代表们认为，条款草案是在经过几乎五十年的辛劳工作以后所能够得到的最佳结果。他们一致赞同大会关于注意到条款草案并将这一专题列入第五十九届会议议程的决定。⁵ 在过渡期间内，各国可以思考条款的内容，允许国家实践的发展。

51. 一些代表历来关切：严重违背一般国际法强制性规范引起的义务的概念将会引起争议，因为条文没有澄清谁应该有权断定国际不法行为是否构成严重违约行为。关于删除提到“国际罪行”之字句的决定受到欢迎，一般认为，这样做不会削弱条文。有人认为，主评注中所举的强制性规范示例只是指示性的：可以被当作强制性规范处理的确切内容和条件仍待辩论。因此，这个概念需要在进一步发展国家实践的基础上审慎研究。

52. 就严重违约的后果来说，责成各国开展合作，以合法手段制止违约行为，并且不承认违约行

* 续自第 2730 次会议。

⁴ 见第 2712 次会议，脚注 13。

⁵ 见大会 2001 年 12 月 12 日第 56/83 号决议。

为所造成的情况为合法或援助或协助维持该情况的做法受到了欢迎。人们赞赏地注意到不提及“惩罚性赔偿金”和简化有关严重违约后果的条款结构的做法。

53. 有一位代表欢迎限制受害国以外的国家可以援引责任的做法。但是，另一些代表确认受害国以外的任何国家可以一些适当形式表示关切或要求责任国停止不法行为。但是，有人质疑将这种行为提高到国家法律责任层面的适当性。

54. 许多代表认为，对整个国际社会的义务和保护集体利益的义务这两种概念具有不确定性，包含着被滥用的可能性。更加具体地说，第48条第2款(b)项中“被违背之义务的受益人”一语，给予了第三国广泛的过度权力，因此有可能引起纠纷。

55. 基本上，代表们欢迎在条款草案中列入制衡的规定，以防止反措施被滥用。同时，他们也提醒不要扩大有权采取反措施的国家范围，也不要采用“集体反措施”的概念。但是，单方面确定反措施合法性的做法，运用起来有利于大国，有些代表已经失望地说，本条款草案允许采取反措施的国家确定某一行为是否合法。在这一方面，有人强调必须使反措施与强制性争端解决办法挂钩。

56. 反措施应该是可逆的，它们不应该对责任国造成严重的或者不可挽回的损害。因此，有一位代表认为，禁止采取的反措施清单应该更加详尽，包括两项额外的义务：第一，禁止采取在经济或政治上影响自决、领土完整或政治独立的任何限制措施；第二，禁止对以出口为主要收入来源的责任国采取禁止其进入市场的反措施。

57. 他希望传达亚非法协对委员会顺利完成关于本专题的工作表示赞赏，也对特别报告员拟订条款草案深表赞赏。

58. 亚非法协赞扬委员会、特别报告员和他的前任们顺利完成关于预防危险活动引起跨境损害条款草案。⁶许多代表认为该条款草案是在国际环境法

领域跨出的重要一步。据认为，它们可以为国际合作和调节框架公约提供一个坚实基础，并且可以作为就环境保护的具体方面拟订国际法律文书的实际指南。有关公众参与、不歧视和解决争端的原则属于逐渐发展国际法的性质。由于各个区域有关这些事项的国家实践各不相同，可能需要一些时间，才能够研究拟定出一套通用准则。最后，由于预防与责任之间的相互关系，一些代表敦促委员会加速审议该专题的责任方面。

59. 关于对条约的保留专题，代表们基于条约的稳定和完整，普遍反对接受逾期保留。在一些允许逾期保留的例外情况下，《实践指南》应该规制这个事项并且澄清在接受或拒绝逾期提交保留时所应遵循的做法和程序的条件。

60. 对于有条件的解释性声明产生了意见分歧。有一种说法认为它们是另一种形式的保留，因此不应该被作为与保留不同的另一类别对待。另一种看法认为，有条件的解释性声明与单纯的解释性声明不同，它限制或修改了条约条文对某一缔约国的效力，从而起到了对条约的保留的作用。因此，应该区分有条件的和单纯的解释性声明，不必为第一类拟定单独的规范，两者都应该受到关于保留的同一法律制度的制约。

61. 据认为，保存人的角色不应该超越1969年《维也纳公约》的范围。根据该《公约》第七十七条第一项(丁)款和(戊)款，保存机关可审查保留的形式以判断它是否符合有关规则，不过，保存人既不是条约案文的解释者，也不是一国是否遵守条约的审判官。因此，保存人不应该有权审查是否允许保留和拒绝将这种保留通知有关国家。

62. 关于外交保护专题，有人表示支持这样的看法：即应该维持持续国籍规则作为外交保留的基本准则，不过，在个人非自愿改变国籍因而没有任何国家给予外交保留的情形下可以允许例外情况。关于用尽当地救济的规则，有一位代表指出，特别报告员第七次报告⁷提出的条款草案第10条没有规定据以判定是否用尽上述救济的准则。此外，对于

⁶ 见第2724次会议，脚注2。

⁷ 见第2712次会议，脚注15。

一般性人权受到侵犯者，要求他们用尽一切补救办法，负担太重了。另一位代表说，根据直接损害一国而不是其国民提出的国际求偿并不属于外交保留的范围，用尽当地救济规则与此无关。因此，条款草案第 11 条⁸所载述的规则没有必要。

63. 一些代表就有无必要区分对公司与股东的外交保护发表了意见。据认为，只有通过在一国组成公司或注册取得其国籍的公司，其国籍国才有权为该公司行使外交保护。由股东的国籍国向公司的国籍国提出行使外交保护也不合适。另一方面，如果股东个人遭受到公司国籍国的不法行为，股东的国籍国有权行使外交保护。但是，这个事项属于对个人而不是对公司的外交保护范围。

64. 关于单方面行为的专题，一些代表认为，虽然在理论上有用处，特别报告员根据法律后果对单方面行为所作的分类在实践中可能行不通。有一种意见认为，条款草案应该分为三个部分：一般部分、与国家据以承担义务之行为有关的规则部分、与国家据以重申其权利的行为有关的规则部分。据认为，委员会暂时应该把重点放在提出适用于所有单方面行为的一般性规则。虽然解释单方面行为的重要性得到公认，但代表们认为，现在不是审议这个问题的适当时间；可以在确定了单方面行为的范围和定义以后再讨论如何解释的问题。不过，据认为，今后拟定关于解释的规则时，可以使用 1969 年《维也纳公约》作为参考点。在解释这些条款时，应该考虑到具体情况来审议一国的真正意图以及单方面行为本身的特性。本届会议通过了一项决议，敦促亚非法协的成员们对国际法委员会有关对条约的保留和外交保护专题问题作出回应。

65. 在阿布贾举行的届会所审议的另一些项目包括：国际恐怖主义；难民的地位和待遇；驱逐巴勒斯坦人和以色列的其他行径，其中包括犹太人违反国际法尤其是 1949 年 8 月 12 日《关于战时保护平民之日内瓦公约》大规模移民并定居于所有被其占领的领土；本国立法的域外适用（对第三方实行制裁）；联合国设立国际刑事法院全权代表外交会议的后续行动；联合国环境和发展会议；联合国机构

和其他与国际贸易法有关的国际组织的立法行动；世贸组织作为世界贸易的框架协议和行为守则；为取缔贩卖妇女和儿童活动建立合作。在取得与联合国人权事务高级专员办事处合作的情形下，亚非法协也举办了为期一天的特别会议，讨论人权和打击恐怖主义问题。

66. 自从在第三十五届会议开始讨论关于对移徙工人实行法律保护的议程项目以来，亚非法协持续审议了这个专题。同国际移徙组织（移徙组织）合作，在第四十届会议上，举行了为期一天的特别会议，讨论移民面临的挑战问题。在该会议终了时，通过了一项决议，授权秘书长与国际移徙组织合作，起草一项来源国和目的国之间的区域协定范本。亚非法协起草了该项协定，将其提交成员国审议。在第四十一届会议的议程上列入了两个新项目：拟定打击腐败的有效国际法律文书；人权与伊斯兰。将尽早向委员会提交亚非法协第四十一届会议的全面报告。

67. 亚非法协是一个政府间组织，有 45 个亚洲和非洲国家加入为成员，是专门为亚非地区各国审议国际法上新出现的问题并拟定对策而设立的。其工作方案范围日益扩充，说明它愿意迎接上述挑战。作为与国际法委员会有合作关系的政府间组织，亚非法协认为，应该进一步推进这种关系。因此，由于深入考虑重要法律问题往往不可能在正式场合中审议，他重申去年提出过的建议，即：两个机构应该联合举办一个研讨会或讲习班。尽管双方的财力都很拮据，这项活动所带来的好处将超过遇到的困难。研讨会可以把重点放在目前已经在委员会中处理格式化阶段的某一项专题，或讨论根据委员会的长期工作方案所提议的一些专题。关于今后进行的其他合作，亚非法协秘书处将继续就委员会所审议的实质性项目编写说明和意见，以期协助参加第六委员会的亚非法协成员国的代表审议委员会第五十四届会议的工作报告。他邀请委员会所有委员参加亚非法协第四十二届会议，该会可能于 2003 年在大韩民国举行。

68. 主席说，亚非法协观察员展示了该组织的兴趣幅度。他说，虽然亚非法协并不总是得出与委员会相同的结论，它提出了同样的问题，而对于律师们来说，问题与答案几乎是同样重要的。

⁸ 同上。

69. 蒙塔兹先生说，亚非法协观察员的发言无疑阐述了在秘书长指挥下工作的律师群为亚非法协所编写的全面报告。他看过这本报告，内容详尽，对国际组织的工作具有洞察力，有时候还提出批判。不能把这样丰富的材料散发给更多读者，实在可惜。因此，他想向秘书长探寻一下：能否把它分发给本委员会的委员们，何况它涉及委员会正在审议的一些专题，例如国家的单方面行为、对条约的保留或外交保护。亚非法协的报告载有亚非法判例摘要，极为有用，令他印象深刻。

70. 山田先生说，他同蒙塔兹先生和辛马先生一起参加了亚非法协的届会。如果委员会进一步与亚非法协在编纂工作方面开展合作，肯定会大有裨益。亚非法协观察员没有提到在届会上讨论过该协委若干成员国在第六委员会表示感兴趣的一个项目——以1999年委员会第五十三届会议通过的条款草案为基础的国家及其财产的管辖豁免。⁹至于秘书长有关举行联合研讨会的建议，作为第一步，应该把该协会员国在大会期间举行的法律顾问常会延长，以便在该协会与委员会之间进行对话。这对双方都有好处。他将乐意帮助筹备这一会议。

71. 薛女士说，亚洲和非洲唯一的区域间法律机构——亚非法协第四十一届会议的成功突出地显示了这些区域的发展，以及对国际法发展的积极参与的重要性。该协会与本委员会之间有许多共同之处，两者之间的合作最为有用。她赞同蒙塔兹先生的要求，即：向本委员会的委员们散发该协会的报告。至于举行联合研讨会的问题，虽然她认为山田先生的建议可取，她也问起：该协会是否可以考虑邀请本委员会的委员参加该协会已经自行举办的研讨会。联合研讨会可能涉及棘手的经费问题。她本人乐意尽量帮忙。

72. 辛马先生指出，该协会是关心国际法发展的唯一政府间组织；所有其他为此目的而成立的现有机构都是较大机构的附属机构。因此，应该在该协会与本委员会之间进行合作。在该协会第四十一届会议上，他注意到，有一些非洲法语国家在参加

会议时遇到困难，他想知道能否由国际法语组织给予帮助。关于能否举行联合研讨会，他赞同山田先生和薛女士的建议。本委员会的许多委员参加了第六委员会，他们与该协会代表之间的任何会议形式不必过于正式。最后，他赞成将该协会的届会报告散发给本委员会的委员，至少散发与本委员会处理的专题有关的部分。

73. 杜加尔德先生对亚非法协就外交保护专题将来的可能性提出的看法表示赞赏，对这一专题的特别报告员来说，这样做比就已经通过的条款草案提出批评更加有用。而且，他对保留巴塞罗那电车公司案主要原则的必要性获得支持感到高兴。

74. 卡米尔先生（亚非法律协商组织观察员）说，他乐意答应蒙塔兹先生和另一些委员关于向委员们散发该协会届会报告的要求，至少散发与本委员会的工作有关的部分。关于举行联合研讨会的问题，他打算建议采取兼顾两种可能性的办法：法律顾问会议可以用于讨论本委员会和亚非法协都关心的专题；亚非法协将尽力邀请本委员会的委员参加协会在闭会期间举行的一些研讨会。

75. 佩莱先生说，虽然他对讨论注入反对的声音感到遗憾，他对委员会独立委员与亚非法协成员国联合工作的想法有点不自在。这可能是一种不稳定的混合方式。

76. 斯里尼瓦萨·拉奥先生说，如果辩论是以坦诚的态度进行的，才会得到有价值的成果。他感谢亚非法协支持本委员会，敦促该协会寻求新的途径和技巧，为了达到编纂国际法的最终目标而互相协调。

77. 卡米尔先生（亚非法律协商组织观察员）说，委员们的贡献是专家级的贡献，对若干专题的知识肯定能够丰富亚非法协的议事内涵。

下午1时散会。

⁹ 关于委员会通过的条款草案案文，见《1991年……年鉴》，第二卷（第二部分），第二章，第15页，第28段。

第 2739 次会议

2002 年 7 月 31 日，星期三，上午 10 时

主席：罗伯特·罗森斯托克先生

出席：阿多先生、马里先生、巴埃纳·苏亚雷斯先生、布朗利先生、坎迪奥蒂先生、池先生、科米萨里奥·阿丰索先生、达乌迪先生、杜加尔德先生、埃斯卡拉梅亚女士、丰巴先生、加亚先生、加利茨基先生、卡巴齐先生、卡姆托先生、卡特卡先生、卡米沙先生、科斯肯涅米先生、曼斯菲尔德先生、蒙塔兹先生、尼豪斯先生、庞布-齐文达先生、佩莱先生、斯里尼瓦萨·拉奥先生、罗德里格斯·塞德尼奥先生、辛马先生、通卡先生、薛女士、山田先生。

与其他机构的合作（续）

[议程项目 11]

国际法院院长的访问

1. 主席欢迎国际法院院长吉尔贝·纪尧姆先生，表示委员会很高兴有机会依惯例与他进行意见交换。

2. 纪尧姆先生（国际法院院长）说，过去这几年，国际法院院长都到委员会来向各位委员介绍法院当前的状况和开展活动的情况，这已经成为一项惯例，他对此表示欣慰。谈到法院的构成，他说，贝德贾维先生辞职后，2001 年 10 月 12 日选出埃拉拉比先生接替他，下一次三年一次的选举将在 2002 年秋天举行。由于提交法院审理的案件数量日渐增多，专案法官的人数增加到 19 名，已经造成了一定程度的行政管理问题。在承认法院的管辖权方面，目前有 63 个国家接受了《规约》第三十六条第二款所载的关于强制管辖权的任择条款。

3. 法院目前正在审理的案件有 24 起，涉及世界各地的国家：5 起涉及非洲国家；1 起涉及亚洲国家；12 起涉及欧洲国家；2 起涉及拉丁美洲国家；4 起涉及不同区域的国家。因此，法院的活动具有真正的国际性，而早期的情况并非如此，那时的大多数案件涉及的都是欧洲和拉丁美洲。争端的主题也有很大差异。有五起案件属于领土纠纷：一起由喀麦隆针对尼日利亚提起（喀麦隆与尼日利亚间陆地和海洋疆界案），一起通过印度尼西亚与马来西亚之间的特别协定提出（利吉丹岛和西巴丹岛的主权归属案），两起由尼加拉瓜分别针对洪都拉斯和哥伦比亚提出（尼加拉瓜与洪都拉斯间的海洋划界案），一起案件根据贝宁和尼日尔之间的特别协定提出（边界争端案（贝宁/尼日尔））。另一个典型争端事由——外国人的地位——引发了几内亚针对刚果民主共和国提出的一起案件（迪亚洛案），以及列支敦士登针对德国提出的一起案件（某些财产案）。越来越多的案件与当前的外交甚至军事事务密切相关：阿拉伯利比亚民众国针对美国和联合王国提出的两起案件（洛克比案）；波斯尼亚和黑塞哥维那以及克罗地亚针对南斯拉夫提出的两起案件（《灭绝种族罪公约》的适用案），以及南斯拉夫就波斯尼亚和黑塞哥维那起诉它的一起案件和南斯拉夫质疑北约组织成员国在科索沃行动的 8 起案件（使用武力的合法性案）提出的复核申请；还有刚果民主共和国分别针对乌干达和卢旺达提出的两项申请（刚果境内的武装活动案）。即便考虑到其中一些案件只是一系列案件中的一部分，例如两起涉及洛克比的案件和八起涉及科索沃的案件，也可以看出法院目前正在审理的有 16 起不同的案件。此外，还有许多程序动议，它们导致法院的工作效率进一步降低。除了基于不可受理和缺乏管辖权的理由提出反对意见和请求解释之外，提出反诉和申请参加诉讼的案件数量也在增加。

4. 说到法院去年开展的活动，他提到了就实质问题作出裁决的第一起案件（逮捕证案）。比利时的一名调查法官向刚果民主共和国在职外交部长就其犯下的危害人类罪和战争罪发出国际逮捕令，刚果认为这一行动违反了国际法，于是向国际法院起诉比利时。这一案件迅速得到了处理，部分原因是比利时同意把它打算就管辖权和可受理性提出的反对意见连同其对刚果诉状实质问题的答辩一并提交，法院因此得以在一年刚刚多一点的时间里

作出判决。在驳回了比利时的反对意见之后，法院接下来必须阐明两个问题：第一，外交部长享有外国法院管辖豁免的问题；第二，比利时法院的管辖权问题，因为指控的犯罪发生在比利时境外，没有比利时人据称受到伤害，被告不是比利时人，也未出现在比利时领土上。这一问题最初由刚果民主共和国提出，但没有下文，法院只对第一个问题作出了裁决。法院认为，对于就任前后和任职期间的行为以及以公私身份实施的行为而言，外交部长在整个任职期间均享有充分的刑事管辖豁免。法院强调指出，这并不意味着这种人会享受到有罪不罚的待遇，因为可以在其本国或有管辖权的国际法院对其进行审判。此外，它们的豁免是可以被放弃的，而且在受到控告的外交部长不再任职时，其豁免也仅适用于以公职身份实施的行为。以绝大多数通过的一项裁决已经澄清了刑事管辖豁免的问题。

5. 在利吉丹岛和西巴丹岛的主权归属案中，法院就菲律宾共和国申请参加诉讼作出了一项裁决。在涉及婆罗洲以东两个岛屿主权归属的这一案件中，菲律宾请求参加诉讼，因为法院的推理可能影响其对牵涉到其与马来西亚之间争端的另一领土（北婆罗洲）的要求。要求法院确定的是菲律宾是否拥有合法权益，证明其有参加诉讼的正当理由。法院承认，申请参加诉讼的国家必须证实的合法权益可以并不涉及判决的主题事项，而是涉及判决背后所作的推理。尽管如此，法院还是认为，就目前的案件而言，这种权益尚未显现出来。因此法院驳回了准予参加诉讼的申请。

6. 在刚果诉乌干达的第三起案件（刚果境内的武装活动案）中，法院对是否受理由乌干达提出而刚果提出了反对意见的几项反诉作出裁定，认为其中两项反诉与主诉之间存在充分的联系，应予受理，而第三项反诉则不可受理。在第四起案件——刚果境内的武装活动案（新申请：2002年）（刚果民主共和国诉卢旺达）——中，法院对刚果关于指示临时措施请求作出了裁决。法院认为对案件不拥有初步管辖权，因此驳回了关于指示临时措施请求。卢旺达还请求从法院备审案件清单中撤销此案，因为法院明显没有管辖权，同时卢旺达还援引了在有关美国和西班牙的科索沃案件中根据这一方针通过的决定。法院驳回了这一请求，案件的审理正在继续进行。所有这些决定都是以绝大多数通过或一致通过的。

7. 其他案件目前仍在审理中。喀麦隆与尼日利亚间陆地和海洋疆界案（喀麦隆诉尼日利亚：赤道几内亚参加诉讼）列入备审案件目录已有多时，并已引发了一系列程序性动议：尼日利亚提出了八项初步反对意见，其中有七项被驳回，一项归入实质问题；外加一项关于对初步判决作出解释的请求——也被驳回；最后是各种反诉——被宣布不可受理。此外，赤道几内亚提出了准予参加诉讼的请求——也被宣布为不予受理。法院正在对案件的实质问题进行辩论。对厚厚的案卷专门进行了五周的公开审理，判决将在2002年下半年作出。在审理的另一起案件——利吉丹岛和西巴丹岛的主权归属案中，审理过程持续了一周半，也会在2002年较晚时候作出判决。算上刚果民主共和国提出的指示临时措施的申请（刚果境内的武装活动案（新申请：2002年）），2002年6月法院同时审理的案件达到三起，可能是它可以处理的最大数量。

8. 面对承办案件的数量持续增加，国际法院曾试图改进程序。国际法院决定颁布程序指示——这是一种简单的建议，其好处在于必要时可加以修正，这比修正法院规则更为简便。指示一共有九项。第一项指示是请通过特别协定起诉的案件的当事各方按顺序而不是同时提交诉状和答辩状；但始终未得到遵守。第二项指示是，在起草书面诉状和答辩状时，当事各方应尽量不仅对另一方的论点进行答辩，而且还要明确阐明本方的意见和论点。第三项指示是严格选择所附的文件，因为附件的翻译费用高昂。第四项指示是请有文件译本的当事方提供译本。第五项指示是把提出初步反对意见的时限缩短到自提交诉状之日起四个月。第六项指示敦促在审理过程中作口头发言时要遵守简明扼要的原则，但审理的时间显然取决于所审案件的性质。第七项和第八项指示是，担任某些职务的人，如专案法官，不得同时兼任法院审理的另一起案件的代理人、律师或辩护人。值得一提的是，这些指示一直都得到了遵守。第九项指示确立了一项关于书面审理程序结束之前提交新文件的比较严格的规则。

9. 他上一年曾经说过，法院缺乏足够的经费。为2000-2001年申请的预算增加大多得到了批准，为语言类工作人员提供了额外的资源。2002-2003两年期，书记官处创设的许多新职位都得到了批准。法院还请求为每名法官配备一名研究助理，以

便提高工作效率；这一请求部分地得到了满足。书记官处工作人员的人数自法院成立以来一直没有变过，而现在已从 63 人增加到 91 人，其中 28 人是专业类工作人员。两年期预算总额达到 2,380 万美元，即增长 7%。然而，大会决定冻结联合国系统范围内所有机构 10% 预算的决定将造成种种困难。最后，他提到了为学生们开办的高级讲习班，这些讲习班的经费均由学生各自的大学资助。

10. 他在结束发言时强调指出，法院的活动范围正在扩展，预算状况也在改进，法院将继续努力改进程序。

11. 主席以委员会委员的身份发言说，他记得国际法院的备审案件目录上曾经只有一起案件，如今，他饶有兴趣地注意到，法院正试图把口头审理的时限压缩到一到两周的时间。关于这一点，一些国家的最高法院给予诉状和答辩状的时间可能以小时甚至分钟为单位计算。

12. 斯里尼瓦萨·拉奥先生说，对当事方提交诉状和答辩状的时间以及诉状附件的数量加以压缩，希望不至于剥夺它们全面阐述立场的可能性。

13. 纪尧姆先生（国际法院院长）说，当事各方显然需要能够尽可能全面陈述其立场，法院本身也应该能够在掌握所有事实的情况下对案件进行审理。这只是如何平衡书面审理程序与口头审理程序的问题。法院从来就没有对当事各方在书面审理程序期间提交的文件长度提出过异议，因为法院认为这种文件的内容应尽可能全面。不过，法院有时也会抱怨文件的附件太多，律师的陈述太啰嗦。

14. 佩莱先生说，他认为不能像罗森斯托克先生所作的那样把法院与任何特定国家的最高法院相提并论；主权国家在法院进行辩护，所有的案件都可能因此被认为具有“敏感性”。院长强调缩减口头审理程序时限的发言使他有点不安。当然，确实发生过滥用程序的现象，但首要的是，程序的时限应适合于每一案件的具体情况。他问院长提到的程序指示是如何起草的，如何进行修正，以及法院是否接受外部意见，例如来自习惯于在法庭作出辩护的律师的意见，这些人就像他本人一样，可能希望对特定指示加以修正。

15. 纪尧姆先生（国际法院院长）说，他认为法院口头审理程序的时间不可能压缩到例如说美国最高法院甚至欧洲法院的审理程序的时间。事情还不至于到这一地步。口头审理程序服务于两项目的：第一，从技术的角度来看，口头审理程序可以让当事各方概述各自的立场，并准确阐述最后的结论；第二，口头审理程序可以让各国向公众舆论和国会表明，它们已经为捍卫国家目标竭尽全力。口头审理程序的时间应与案件的性质相适应；在某些法律和政治意义重大的案件如拉格朗案或逮捕令案中，口头审理程序的时间都很短暂，但当事各方却都很满意。问题的关键在于所分配的时间并未始终得到很好的利用，尤其是在第二轮辩诉期间，辩诉过程常常是在重复前面的内容。

16. 程序指示的拟订分两步进行：首先是规则委员会，然后是法院全体会议；这种双重审查确保任何问题都会认真审议。正式评论不是必经的程序，但有更稳妥的方法让习惯于在法庭作出辩护的律师发表意见。从经验来看，程序指示的好处就在于修正起来比较容易。

17. 杜加尔德先生说，如果像某些国家最高法院所做的那样，允许国际法院的法官对律师提问，口头审理程序的时间就可以缩短。

18. 纪尧姆先生（国际法院院长）说，一段时间以来，法院一直在讨论这一问题，必须考虑到的因素有三项。第一，法院是与主权国家打交道，在大多数情况下律师都无法立刻回答向他们提出的问题，这起码是因为他们所作的回答必须首先经过小组甚至有关政府讨论。第二，如果法院向律师发问，法院必须仔细考虑才能确定应该问什么问题，在对诉状和答辩状进行审理之前，一些法官是不准备就所要问的问题作出决定的。第三，一些法官接受的是罗马日耳曼法律传统的训练，另一些法官接受的则是盎格鲁撒克逊法律传统的训练，因此对程序问题有两种不同的处理方法。后一法律传统的法官可能会问一些至少部分揭示他们思考结果的问题，而在其他国家，例如法国，这种做法是违反程序的。在有罗马日耳曼法律传统的国家，所问的问题必须纯属事实问题，或者涉及一种法律观点。在法院本身，在这一问题上就存在着不同的意见，而且一些法官以前就曾经对另一些法官打算向律师提出的问题提出过异议。

19. 蒙塔兹先生谈到院长引述的逮捕令案，他认为导致法院裁决外交部长享有绝对豁免的一个论点是，外交部长的职能要求他经常出国旅行。由于当今所有部长都必须出国旅行才能行使职能，因此他想知道，是不是所有部长都和外交部长一样享有绝对的管辖豁免。

20. 纪尧姆先生（国际法院院长）说，法院没有裁决过这一问题，因此不应该由他来回答。

21. 布朗利先生说，与佩莱先生一样，他认为把国家最高法院与国际法院进行类比是不恰当的。考虑到法院面临的经济压力和目前承担的工作量，法院特定工作方法的改变是一项原则决定的结果，还是对经济上的紧迫性作出的一种迁就现实的反应，这是旁观者很难说清楚的。法院的判决比以前更为简洁，这已成为法学家们关注的一个事项。有关国家进行了十分详尽的书面和口头论证，但法院所作的答复却十分简单，这一点令法学家们深感遗憾。

22. 纪尧姆先生（国际法院院长）在谈到法院判决比以往更简洁的问题时说，法院对律师在辩护状中涉及案件的方方面面表示赞赏，但这并不意味着法院有义务就当事各方提出的每一点理由作出裁决。法院唯一的义务是就所有的辩护意见作出裁决。然而，各国并不总是明确区分了辩护意见与诉讼理由，对于前者，法院是必须在判决的执行部分作出回应的；而对于后者，法院可以在裁决部分进行审理，也可以不进行审理。

23. 法院尽量让判决的行文更简洁是出于两个理由。第一个理由是，与全世界所有法院一样，国际法院采用了成本效益原则。在这方面，领土争端案（阿拉伯利比亚民众国/乍得）就是一个很好的示例：法院认为要求法院确定边界线的边界已经在1955年《法国和利比亚联合王国和平友好睦邻条约》¹中作了规定，因此只用了三行文字表示，没有必要细究当事各方就其他问题提交的数千页的论证。他理解该案律师失落的心情，但他们准备这样长的论证是正常的，法院不去审议这些论证也是正

常的。第二个理由是，由于备审案件目录上案件数量的增加使得法院拥有的时间变得更少，成本效益的原则显得越发重要：法院需要迅速作出裁决，同时又要对当事各方所有的辩护意见作出答复。第三个理由是，法官具有不同国家的背景，尤其是有些国家的最高法院判决可能超过100页，而另一些国家的这种判决可能只有一、两页。因此，法院试图在这两种不同的传统之间保持平衡。

24. 埃斯卡拉梅亚女士说，法院判决似乎是以比以往更大的多数作出的，反对意见也似乎比以前少了，而且法院内部也更加团结了。鉴于世界及其法律评估的变化如此显著，她问这种本身就很不不起的现象是不是法院用来作出决定的方法以及其一般工作方法产生的结果。

25. 阿多先生说，他想知道：如果一当事方不遵守程序指示，会产生什么样的法律后果？是给予该方遵守的机会？还是因为该方不遵守而拒绝审理案件的实质问题？

26. 薛女士问国际法院院长是否可以发表一些评论意见，以有助于委员会审议其刚刚着手处理的国际法不成体系这一问题。

27. 池先生指出，他的问题类似于薛女士所提的问题，而且记得院长曾在大会第六委员会讲过国际法不成体系的问题。他想知道自去年以来院长是不是改变了对这一专题的看法。

28. 纪尧姆先生（国际法院院长）在答复埃斯卡拉梅亚女士所提的问题时说，让判决更为简洁意味着更容易获得较大多数同意。例如，领土争端案（阿拉伯利比亚民众国/乍得）就达到了这样的效果，除利比亚专案法官外，法院一致裁决，根据《和平友好睦邻条约》的规定，奥祖地带构成乍得领土的一部分。如果法院不得不探究《和平友好睦邻条约》之前发生的所有事件，就可能出现各种观点。因此，成本效益原则与判决的一致性之间是存在明显联系的。

29. 谈到阿多先生的问题，他说，程序指示属于建议的性质。如果当事各方不理睬这些建议，它们也有权这样做，尽管实际上它们都会听从法院的指示。

¹ 联合国，《条约汇编》，第1596卷，第27943号，第151页。

30. 关于国际法不成体系问题，这种现象在规则和法院方面都可能出现。在规则不成体系的问题上，他还不曾表达过立场，但似乎很清楚的是，考虑到类别越来越广泛的各种专题都牵涉到国际法，规则之间出现冲突的风险也越来越大。关于法院不成体系问题，正如池先生所回顾的那样，他曾好几次在大会上谈到这一问题。法院的激增是国际法拓展和专业化化的一个结果，但这种专业化本身是无可指责的。事实上，所有发达的国内法系统都有了专门法院。问题在于如何维护法律的统一，因为法院的激增既可能引起国家“挑选法院地”现象的产生，也可能导致判决理由的悖谬。这种现象在几年前的塔迪奇案或智利与欧洲联盟之间的箭鱼存量案中表现得十分明显。

31. 他建议的一种解决办法是，由国际性法院将先决问题提交国际法院处理。例如，前南斯拉夫问题国际刑事法院最近就要求安全理事会征求国际法院的咨询意见。结果，安理会决定，较容易的做法是修改法院规约，而不是请求法院发表意见，但这一案件令人感兴趣之处在于它表明存在而且可以利用这种机制。

对条约的保留²（续完）

（A/CN.4/526 和 Add.1-3；³ A/CN.4/521, B 节；A/CN.4/L.614；A/CN.4/L.623）

[议程项目 3]

特别报告员的第七次报告（续完）

32. 佩莱先生（特别报告员）说，他想总结一下有关他的第七次报告（A/CN.4/526 和 Add.1-3）所载准则草案的发言内容。

33. 关于撤回保留效果的准则草案 2.5.7 和 2.5.8 没有引起激烈的辩论；唯一的评论意见涉及“效果”一词是用单数还是复数。1969 年和 1986 年《维也纳公约》第 21 条都用了复数，但该条涉及的是保留的法律效果及对保留提出反对的法律效果。

就撤回保留而言，单数会更加准确，但他愿意把这个问题交给起草委员会去解决。

34. 他不知道加利茨基先生就准则草案 2.5.12（部分撤回保留的后果）提出的极为相关的评论意见是否也适用于准则草案 2.5.7（撤回保留的后果）。加利茨基先生指出，部分撤回保留使保留的一些部分仍然存在，因此应在准则草案 2.5.12 的措辞中考虑到这一点。就准则草案 2.5.7 而言，撤回可能是全部撤回，但撤回保留意味着适用整项条约的说法很可能是夸大的。因此，应对准则草案 2.5.7 重新措辞，以表明在撤回保留国或组织与所有其他缔约方的关系上，撤回保留意味着适用受该项保留影响的条约规定，而无论其他缔约方接受保留还是反对保留。另一方面，薛女士关于准则草案 2.5.8（在反对保留同时还反对条约在其与保留国或国际组织之间生效的情况下撤回保留的后果）的评论意见对他来说似乎实质性意义不那样大，因为该项规定仅涉及反对已经撤回的保留。

35. 在谈到涉及撤回保留的生效日期的准则草案 2.5.9 和 2.5.10 时，他说，这两项准则草案和前几项一样几乎没有引起多少评论。不过，由于他在报告第 173 段写道，准则草案 2.5.9 的案文出自 1969 年《维也纳公约》第二十二项第三项（乙）款，但该款的规定“违背了一般法律”，达乌迪先生对他进行了指责，理由是该《公约》的规定就是有关保留的一般法律。他本人认为这取决于如何看待这一问题。尽管准则草案 2.5.9（撤回保留的生效日期）使用了 1969 年和 1986 年《维也纳公约》第 22 条第 3 款（a）项的措辞，但也不大能够称其为一般法律，因为第 20 条在保留本身的生效日期方面规定了略有差异的规则。如果我们从整体上较全面地把握条约法的话，就可以看出两项《公约》的第 22 条第 3 款（a）项的规则与第 16 条（b）项或第 24 条第 3 款的规则是相互抵触的。最后，如果我们的视野再开阔一点，把一般国际法尤其是《国际法院规约》第三十六条第二款的任择条款制度包括进来，就会得出相反的结论。从以上分析可以推断，也许就不存在什么一般规则。不过，他也承认，他也许应该在报告第 173 段中提到 1969 年《维也纳公约》第七十八条（丙）款，而不是第七十八条（乙）款。

36. 就示范条款草案发言的人都赞成将其提交起草委员会，他对此表示感谢。

² 委员会到目前为止暂时通过的准则草案案文，见《2001 年……年鉴》，第二卷（第二部分），第六章，第 156 段。

³ 转载于《2002 年……年鉴》，第二卷（第一部分）。

37. 发言很少涉及准则草案2.5.10（保留国可以单方面确定撤回保留生效日期的情况）。不过，加亚先生指出，就第七十八条（乙）款而言，撤回不会改变的并不是其他各缔约国或国际组织的状况，而是撤回保留国或国际组织对这种其他国家或国际组织的义务。这样说是很有道理的，起草委员会必须相应地重新拟订该条款。

38. 薛女士也对部分撤回提出了一些问题，但他认为，在他对准则草案2.5.11和2.5.12所作的介绍中，已经对她关切的问题进行了论述。最后，他建议询问过准则草案2.5.10(b)项具体效果的丰巴先生看一看报告第168段，并解释说，这涉及一个“完整”义务的问题，即：与其说是约束各国本身，还不如说是约束其国民或在其境内的外国人的义务。因此，让保留国确定撤回生效的日期也没有什么不好；事实上，如果该日期先于根据准则草案2.5.9规定的一般原则产生的日期，则可能是有利的。

39. 有关部分撤回问题的准则草案2.5.11和2.5.12引起了较多评论。例如，加利茨基先生正确地建议把准则草案2.5.11的两个段落的顺序倒过来，以便先对部分撤回加以定义，然后再叙述其应采取的形式或遵守的程序。然而，他指出，所有的批评意见和建议无一例外地都针对第二段，即有关部分撤回的定义。在谈到薛女士所表达的关切时，加利茨基先生曾经提到一种可能性，即各国可以把加重保留看作部分撤回。虽然他完全了解这种可能性，但他认为，应该由法院来进行分类，并在出现特定的变更的情况下，确定该项保留是减轻了还是加重了，这是一种有时很难作出的判断。无论如何，与蒙塔兹先生所认为的相反，“变更”一词是该条款的一项实质性内容，因为部分撤回涉及的是将会继续存在的一项现有的保留。这种情况不同于撤回一项保留之后出现新保留的情况，例如在加重保留情况下出现的情况。

40. 关于准则草案2.5.11，丰巴先生还强烈要求他在该款“确保更完整地执行”的措辞之后出现的以下两种表达方式之间进行选择：“条约的规定”和“整个条约”。他本人非常想把两种表达方式都保留下来，因为它们并不是同义词。正如在报告第211段所指出的，该案文差不多照搬了委员会已经通过的并且明确针对两种不同情况的准则草案1.1和1.1.1关于保留的定义。

41. 关于准则草案2.5.12，加利茨基先生曾经正确地指出，该项准则没有规范一种极有可能出现的情况，即反对者以其反对保留中未被撤回的部分为由明确证明其反对有理的情况。为了弥补这一点，很可能只需要按以下思路在准则草案结尾处加上一个短语就足以解决问题：“只要该项反对不专门针对保留未撤回的部分”。他认为，这样的解决办法还可以消除薛女士在上次会议上提出的备选方案之一引起的一个问题。

42. 当蒙塔兹先生说即使在已经部分撤回的情况下也可能会出现缔约国提出反对的情况时，他本人起初也感到很疑惑，因为如果一项现有的保留被减弱，无论如何也没有理由在1969年和1986年《维也纳公约》第20条第5款规定的提出保留后12个月宽限期届满后重新提出表示反对的可能性。然而，必须加以说明的是，加亚先生所举出的一个示例给他留下了深刻印象，在该示例中，一项保留尽管具有一般性，却对特定国家或国家集团产生了歧视。在这种情况下，受到这种歧视的国家也许会合情合理地希望作出它认为没有必要在一开始就作出的反对，这一点是完全可以理解的。不过，加亚先生和蒙塔兹先生一直未回答的一个问题是：反对的合法性是否仅限于保留存在歧视性的情形，是不是还有其他同类的情形。这个问题非常重要，尤其是在准备草拟一项准则满足这一特定观点的情况下（或者在起草准则草案2.5.12时加上一个新的段落的情况下），因为草案的措辞会根据他所收到的答复的不同而有所不同。在任何情况下，相关的情况不仅必须在评注中提到，而且还要在准则草案2.5.12本身或准则2.5.12之二中提到。在会议期间，加亚先生给了他一个草案，该草案的优点是允许存在各种可能性，其措辞如下：“在部分撤回保留的情况下，不得提出任何新的反对意见，除非由于该撤回所产生的保留引发了新问题，而且该反对与这一新问题有关。”这样就可以清楚地表明，原则上不能提出新的反对意见，除非该项保留的一般意义改变到这种反对属于合情合理的地步。他完全赞同加上这些内容，并希望起草委员会加以审议。

43. 他认为，关于监督条约执行情况的机构认定保留不能允许的后果的准则草案2.5.4和2.5.11之二或2.5.X引起了委员们相当过度的关注。如果争论依据的仅仅是把准则草案2.5.4和准则草案2.5.11

之二加以合并的准则草案 2.5.X，而且委员们倾向于采用准则草案 2.5.X，那就可以同意科斯肯涅米先生和加亚先生的意见，即：第 1 段陈述的是明显的事实。从表面上看，他们的意见是正确的：无论人们如何看待这一问题，任何监督机构都不可能撤回保留。然而，他始终认为，重要的是要指出这种机构在任何情况下都绝不能终止国家的条约承诺；换言之，它们既不能撤回也不能撤销保留。根据准则草案 2.5.X 第 1 段的规定，它们顶多只能认定保留不能允许（或不可受理）。不过，依他看来，恰当的做法是在准则草案的某个地方阐明——确切地说是重申——委员会第四十九届会议上通过的关于对包括人权条约在内的规范性多边条约的保留的初步结论第 10 段中已经阐述过的内容，其中指出，“如果保留不可接受，保留国有责任采取行动”。⁴ 如果情况是这样的话，监督机构自己显然不能采取行动。监督机构可以认定保留不能允许，但保留本身作为一项文书并不受这种认定的丝毫影响，而无论是哪个机构认定它不能允许。无论达乌迪先生可能会说些什么，但他本人从未说过与此相反的任何话。

44. 不过，埃斯卡拉梅亚女士认为，一些机构有权撤回或者至少废除保留，并采取行动，就如同不存在保留一样。尽管欧洲人权法院在贝利洛斯案及随后的判例法中不当地占有了这项权力，但国际法院既不能撤回也不能废除任何保留。国际法院也许顶多可以拒绝适用一项不能允许的保留，但它接下来就必须裁决：该项保留是否可以与条约分开——在这种情况下，在提交它审理的案件中，它就要适用不存在该项保留的条约；或者该项保留的不被允许是否妨碍了它适用整项条约。无论出现哪种情况，法院作出判决的权力都将如加利茨基先生所指出的那样仅限于所审理的案件，而且在保留国与被告以外国家之间的关系上，该项保留将继续存在，但仍然是不可受理的（“非法的”）或不被允许的（“无效的”）：他未在术语问题上标明立场。

45. 准则草案 2.5.X 第 2 段直到推理阶段才被涉及到。该段第一句几乎逐字照搬了初步结论第 10 段第一句。第一点不同是他在句首加了“此项认定作出后”这一短语。对守法很在意的国家就肯定应该“采取某种行动”来处理不被允许的保留问题，

而不论该项保留是否已经由特定机构认定为不被允许。除非保留国行为不诚实，否则，在认定之前，保留国原先并不知晓该项保留是不被允许的；因此他才建议了增加的内容。第二个不同之处在于，在准则草案 2.5.X 中，他写的是国家“必须”相应采取行动。蒙塔兹先生建议的是“应该”一词。通卡先生建议的措辞是：“保留国有责任……”。就他本人来说，他认为后一表述更为可取，因为这一表述也可见之于初步结论。另一方面，他不能接受主席提出的、大意是国家可以什么也不做的评论意见。这种看法没有任何法律依据。有关国家是条约的一个缔约方；该条约创设了监督机构，根据定义，它有权认定保留不能允许；依他来看，以下说法似乎是不可接受的：如果国家对守法很在意，它就可以出于善意“什么也不做”。在这一点上，他赞同布朗利先生上周发表的意见。

46. 他并未忘记加亚先生提请委员会注意的关于对包括人权条约在内的规范性多边条约的保留的初步结论第 5 段。该段指出，这种依据人权条约建立的监督机构“有权评论国家的保留并尤其对其是否可以接受表示保留意见”，这一点有助于确认主席和加亚先生发表的评论。但加亚先生忽略的一个事实是，根据第 5 段，这一点也适用于“这类条约对主题事项未作规定的场合”——薛女士似乎将其看成了实在法上唯一有效的一种情形。不过，这种说法并不准确。创设人权机构的规范性条约或人权条约并不总是对这一主题保持沉默，有时发生的情形是，这类机构拥有比评论和建议权更广泛和更能产生约束力的权力。建议并非在任何情况下都毫无法律效力。欧洲人权法院、美洲人权法院、非洲人权和人民权利委员会和国际法院的情况就是如此。有人宣称后者并不是条约监督机构。就当事各方要求国际法院对条约的适用问题作出裁决的案件而言，这一说法似乎并不正确。就算为了说理的缘故承认它是正确的（此时必须忽略“监督机构”这一表述方法，或用“有权裁决保留不被允许的机构”的表述方法取代它），人们也无论如何无法认可蒙塔兹先生关于监督机构明显属于政治性机构的断言：它们并非全部属于政治性的，它们并不总是政治性的，它们不仅仅是政治性的，它们也从来不仅仅属于政治性的。他还无法理解山田先生怎么可以一边说认可初步结论，一边又要求删除大部分只不过转述了该结论第 10 段内容的准则 2.5.4 第 2 段。

⁴ 见第 2734 次会议，脚注 6。

47. 无论加亚先生、庞布-齐文达先生、埃斯卡拉梅亚女士、通卡先生或曼斯菲尔德先生认为如何，他从未说过、写过或曾经认为提出了经主管机关认定不被允许的保留的国家有义务撤回该项保留。准则2.5.X未作过这类规定。该项准则只不过逐字转载了关于对包括人权条约在内的规范性多边条约的保留的初步结论第10段的内容，其中指出，全部或部分撤回保留是履行法律义务的一种可能的手段，但不是唯一的手段。他看不出它在哪一方面不同于该初步结论第10段第二句中的表述：“这种行动可以是，比如说国家修改保留内容以消除其不可接受性[部分撤回的情形]，或者撤回保留……[全部撤回的情形]。”这些都是国家可以用来履行这方面义务的方法，他感谢卡特卡先生认同这种解释方法，而且他认为这是唯一正确的解释方法。

48. 包括埃斯卡拉梅亚女士、庞布-齐文达先生、斯里尼瓦萨·拉奥先生和曼斯菲尔德先生在内的几位委员都强调，必须根据监督机构拥有的不同权力对它们加以区分。在这方面，他感谢科斯肯涅米先生费心提出的分类。科斯肯涅米先生确定了三种可能性。第一种可能性是，该机构可能认定保留“全部或部分无效”。然而，问题的关键是要了解，应该在这种认定的基础上采取什么样的行动，因为还没有哪个机构曾经得到过认定保留无效的授权。第二种可能性是，监督机构可能迫使保留国全部或部分撤回保留。他认同这种假设，但是，全部或部分撤回虽然是国家在保留不被允许的情况下可以采取的一种行动方式，但并不是唯一的行动方式：根据关于对包括人权条约在内的规范性多边条约的保留的初步结论第10段，保留国还可以放弃成为条约缔约方。第三种可能性是，监督机构可以建议保留国全部或部分撤回保留。从广义上讲，这一可能性对他来说似乎与准则2.5.X所作的规定没有抵触；而且无论如何这肯定不是科斯肯涅米先生打算主张的。但试图进行的这种阐述似乎放在评注中比放在准则正文中更加适当。

49. 他已经表明，就准则2.5.X第2段所作的批评还远未让他信服；不过，尽管好几位委员支持把该准则草案（以及因此把准则草案2.5.4和2.5.11之二）提交起草委员会，但他还不准备请委员会这样做。他特别在意通卡先生、布朗利先生和曼斯菲尔德先生（尽管他们的立场并不完全一致）十分鲜明

地提出而且同时构成另外好几项评论意见的基础的反对意见。归根结底，撤回问题是一个次要问题。准则2.5.X有两个核心组成部分：第一，条约监督机构在保留方面的权力；第二，保留不被允许的后果。在辩论期间，有人问这些观点应该出现在上述两个标题的哪一个之下。在这一点上，意见出现了分歧。似乎无法给出明确的答案，委员会似乎应该在下届会议上讨论保留可否允许（或可否接受）问题时再回到这一问题；在委员会两年后重新审议初步结论时，也还得回到这一问题。在上述两种场合，他会向委员会提交经过修正的而且他希望更合适的准则草案版本，这种版本会同时考虑到本届会议的讨论结果。因此，他现在撤回准则草案2.5.4、2.5.11之二和2.5.X。对于其他准则草案来说，似乎没有十分令人信服的理由不向起草委员会提交准则草案2.5.1至2.5.3、2.5.5至2.5.12（包括之二和之三）以及与准则2.5.9有联系的示范条款草案，他希望委员会在本次会议上作出这样的决定，以便起草委员会能够在下届会议开始时审议这些准则。

50. 主席感谢特别报告员所作的概括性的发言，特别是感谢他好心地撤回了准则草案2.5.4、2.5.11之二和2.5.X。如无异议，他就认为，除准则草案2.5.4、2.5.11之二和2.5.X之外，委员会同意向起草委员会提交特别报告员第七次报告题为“撤回和修改保留和解释性声明”部分中的所有准则草案，同时考虑到全体会议辩论期间所发表的口头意见。

就这样决定。

51. 埃斯卡拉梅亚女士说，她希望纠正特别报告员对她所持立场所作的解释。她并未说过监督机构认定保留不可接受或不被允许会自动导致撤回该项保留的话。她所说的是，这种认定使该缔约国有义务全部或部分撤回该项保留。她本可以接受准则草案2.5.4，但“该国或国际组织可……履行其这方面的义务”的表述意味着，该国可以自由选择是否履行义务。依她看来，该国本来就有义务这样做。

中午12时50分散会。

第 2740 次会议

2002 年 8 月 2 日，星期五，上午 10 时 10 分

主席：罗伯特·罗森斯托克先生

出席：阿多先生、巴哈纳先生、马里先生、巴埃纳·苏瓦雷斯先生、布朗利先生、坎迪奥蒂先生、池先生、科米萨里奥·阿丰索先生、达乌迪先生、杜加尔德先生、埃斯卡拉梅亚女士、丰巴先生、加亚先生、加利茨基先生、卡巴齐先生、卡姆托先生、卡特卡先生、卡米沙先生、科斯肯涅米先生、曼斯菲尔德先生、蒙塔兹先生、尼豪斯先生、庞布-齐文达先生佩莱先生、斯里尼瓦萨·拉奥先生、通卡先生、薛女士、山田先生。

国际组织的责任 (A/CN.4/L.622)¹

[议程项目 7]

工作组的报告

1. 加亚先生（国际组织的责任工作组主席，特别报告员）介绍了工作组的报告（A/CN.4/L.622），他说，鉴于委员会最近才开始处理这个专题，任何决定都尚不成熟。但是，于 2002 年 5 月 8 日（第 2717 次会议）设立的工作组已经制定了一些初步准则，作为今后工作的初步指导方针，其内容载于本报告中。

2. 委员会在第五十三届会议通过的关于国家对国际不法行为的责任条款中赋予了“责任”一词确切的含义，² 其中第 57 条具体地排除了国际组织在国际法中的责任问题，或任何国家对国际组织之行为的责任问题。因此，新专题应该处理这两个问题，这看来是合理的，不过，应该着重指出的是，

¹ 转载于《2002 年……年鉴》，第二卷（第二部分），第八章，C 节。

² 见第 2712 次会议，脚注 13。

“行为”一词不一定意味着它是不合法的：该组织可能不是确立某项义务之规则的法律受送达人。照说，新案文也应该试图表示与国际组织的责任有关的一般国际法规则，其中包括国际组织与其成员国之间关系引起的责任，即使在许多情况下，这种关系主要由特别规则予以制约。在这方面，他说，工作组认为，有待审议的事项不一定与国家对国际不法行为的责任条款所处理的事项相同，即使案由事项自然会有一些对应关系。

3. 委员会自 1970 年第二十二届会议以来的工作中，历来将不曾预先假定有不法行为存在的责任问题视为单独专题。就他所知，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，到目前为止，还没有决定这个专题是否也包括国际组织的责任。同时，国际组织责任工作组，如果把对责任问题的审议推迟到其他工作组取得进展以后，看来是合理的。随后，委员会可以决定：这个问题是否值得特别审议，如果值得，那样这项研究的最适当情况会是什么？

4. 至于其他要素——本专题范围的定义，编纂公约通常把国际组织定义为政府间组织。这样就意味着国际组织法律人格的存在。的确，这样一项要求是必要的，否则，组织的行为必须归于该组织本身以外，即归于它的成员。但是，可能需要为不同的组织制定不同的规则，尤其要规定成员国对其组织之行为的责任。例如，有些政府间组织有非国家成员，它们可能是私人实体或其他国际组织。如果是后一种情况，显然属于国际组织的责任专题的范围，如果是前一种情况，就不能同样适用了。所以，可能最好仅仅考虑与作为国际组织成员的国家和国际组织有关的问题，而且只有在非国家成员的行为以任何方式影响到国家或组织的时候才予以考虑。

5. 工作组广泛地讨论了国家对国际不法行为的责任条款与需要拟定的新条文之间关系的问题。据确认，前者阐明了一些问题，应该尽力使它们保持一致。因此，必须经常考虑到国家对国际不法行为的责任问题。不过，与国际组织有关的每一个问题都必须列为独立研究的对象。由于实践经验有限，有些问题可能需要搁置一下，或者援用对国家适用的规则予以解决；作为备选办法，另一些逐渐

发展的形式可能出现。人们明确希望不要重复条约法的经验，1986年通过的公约被视为抄录早先编纂公约的失色的复制本。曾经与会的委员会委员们认为它是一次惨痛的经验，因为当时大可在一项有关国际组织的议定书中一般地提及1969年《维也纳公约》来简化整个过程。在目前情况下，不同之处在于：委员会无须关注一项已经通过的编纂公约：国家对国际不法行为的责任条款草案的地位尚未确定。此外，在国际组织特有的问题中，属于责任领域的问题可能多于属于条约法领域的问题。

6. 因此，工作组已经表示，它将优先拟订完全独立的案文。在大会审议国家对国际不法行为的责任条款草案之前，应该优先处理毫无疑问地与国际组织具体有关的问题，以便避免重复委员会关于国家责任的工作或需要修改任何建议的解决办法。其中一个问题是把不法行为归于某一组织。第一步应该是界定一组织中一机关的行为或另一实体或个人的行为在何时可以归于该组织。在某些情况下，该规则可能与适用于国家的规则相似，但在其他时候，情况比较可疑，例如国家机关在维持和平领域、或者在与国际组织的专属权限有关的领域，以国际组织名义行事的情况。有些条约规定——例如《联合国海洋法公约》附件九——将责任与能力挂钩。但是，它不一定意味着：在一组织的专属权限范围内行事的国家机关的不法行为应归于该组织。

7. 另一个常常被讨论到的问题涉及国际组织成员国对该组织也应该负责的国际不法行为的责任。如果成员国被认为有责任，就必须确定这种责任是否附属责任或共同责任或连带责任。这显然是具有实际意义的事项，特别是当一国际组织无力履行财政义务或解散的时候。国际锡业理事会案和韦斯特兰直升机公司诉讼案所涉及的情况是：组织无力偿还债务，因而债权人向成员国求偿，取得了不同程度的成功。

8. 本专题可能需要审查国家对国际不法行为的责任条款草案第一部分和第二部分中所包括的大多数问题。工作组对于如何处理第三部分项下的事项比较犹疑。对责任履行情况的审议可能在诸如一国际组织援引另一组织或国家的责任方面引起困难。条款草案第33条第2款对这种可能性明确表示

没有成见。其他困难涉及谁有资格以一组织的名义援引责任；以及当违约行为不针对组织本身，而是针对一成员国实施时，国际组织就其权限范围内的事项采取反措施的问题。工作组建议暂时不要对是否处理履行责任问题作出任何决定。对涉及国际组织的争端的解决也适用同样办法，基于若干也与国际组织有关的理由，国家责任条款也排除了这个问题。另一方面，目前用于解决有关国际组织的争端的方法还不能令人满意。

9. 所有有关的实践情况都必须考虑在内，包括需要考虑到国际法以外法律体系下的责任的情况，可能需要附带说明国际责任或有关类比问题。联合国的实践情况大部分已载于《联合国法律年鉴》，但是，与其他国际组织有关的实践知识，则较难获取。关于本专题的丰富文献中提到了有限数量的案例。委员会只有在取得较多的实践知识以后，才能够完成任务。因此，工作组建议要求秘书处向各国际组织征求有关材料（报告第27段）。

10. 主席说，工作组主席生动地忆述了许多与会者的看法，认为1986年《维也纳公约》是为数不多的坚定少数的活动结果，他们不接受将国家和国际组织放在同样的情况下对待的办法，因为要是这样做，就会使一些国际组织对自己的身份有一些想法。

11. 曼斯菲尔德先生说，他是工作组的成员，工作组的活动进展顺利，部分因为本专题是国家责任条款的自然结果，部分由于主席的审慎指导。但是，本专题绝对不是一个简单的专题，事实上，它在由联合国与一些国家的武装部队携手合作的维持和平与其他领域中日益复杂。欧洲联盟和另一些区域组织也面临同样的问题，制定准则来划分这些组织和成员国对于大到和平与安全的主要问题，小到渔业管理等充满政治和商业纠纷的活动的相对责任，比以前更为重要。

12. 关于工作组的报告，他赞同第6段中的断言，即在非普遍性国际组织的情况下，比较有可能在与非成员国的关系上发生责任问题。

13. 关于第7段，他同意，在委员会与国家有关的专题取得工作成果以前，应当暂时推迟审议有

关赔偿责任问题。但是，不能把这一点解释为国际组织的赔偿责任问题不重要。至于委员会应该认定“国际组织”包括哪些，他同意工作组的结论（见第 8-11 段），即：国际组织应该正式限定于政府间组织。即使有了这项限制，它还是会试图包括许多很不一样的机构。但是，随着一些组织就有关参与、甚至成员资格采取包容性更大的做法，民间社会的增强，以及私营部门对国际生活的重要参与，差异性会继续扩大。因此，在进行与本专题有关的工作时，可能必需核实一些暂定的结论，以了解它们与混合组织的关系。

14. 工作组内部激烈地辩论了国际组织的责任专题与国家责任条款之间关系的问题，第 12 至第 14 段中所载述的一般方法似乎非常明智。

15. 关于行为归属问题，他说，在第 16 段所鉴别的情况中，国家机关的行为是国际组织所委托进行的，或者是在属于一组织的专属权限范围内进行的，这样的行为是广大的国际社会相当关注、敏感的事项，虽然该组织的成员资格不开放，但其利益可能由于该行为而受到重大影响。

16. 佩莱先生说，书面报告和口头介绍都强调了最重要的问题。但是，有两个一般性问题，书面报告对这些问题所采取的立场还有辩论的余地。第一个实质问题，即国际组织的责任专题与国家对国际不法行为的责任条款草案之间的关系——无论一国是该组织的成员国或非成员国。第二个问题是形式问题，换言之，如何处理本专题的问题。在拟订 1986 年《维也纳公约》过程中参加过有关国际组织的条约法讨论的国际法委员会们，似乎由于当时发生的情况而在精神上受到创伤。他本人当时并不在场，但是他查阅了保罗·路透的报告，路透终于不得不承认，除了把一般条约法转换为国际组织的法律以外，别无他法。工作组的报告显示，不可能仅仅是简单地转换条款，总之，这个事项需要进行很不一样的探索，在一些情况下，还得探讨比国家责任情况更为复杂的问题。专题的标题很有可能保持原样，但他希望特别报告员处理与国际组织有关的责任问题。

17. 他对工作组处理有关国际组织之责任的今后工作与国家对国际不法行为的责任条款之间关系

的正式状况所采取的方式持有保留意见。例如，在第 12 至第 14 段的一些情况下，有人认为，有必要在新案文中一般地提到在国家责任情况下通过的规则。据说，适用于国家责任的原则也适用于国际组织，虽然他不反对，但却认为，若是在另一套条款中不断地提到某一套条款草案，这种做法是不能令人满意的。新案文可能一般地提到为数相当多的一些例外情况，或者提到在每一特定情况下适用于国家责任的规则。应该铭记，与国家不同，组织并无主权，由此导致许多不同的情况。

18. 他不同意第 9 段中的说法，即国际组织的定义包含性质很不一样的实体。应该查明涉及所有政府间组织的普遍原则和一般规则。坦白地说，目前有一些很不一样的国际组织，例如欧洲联盟或南锥体共同市场，它们可能引起特定问题，从它们的任务看来，它们可能是具有充分重要性的次要类别，可以标示为次标题。作为国际法手册的作者，他从来不曾起草国际组织法律的部分遇到困难。国家的情况也很不一样，它们对区域集团所承担的义务也各异，但这种情况并没有阻止一般国家理论的发展。

19. 第 10 段中说，研究的对象可能包括混合组织所引起的责任问题，这种组织的成员除了国家以外，还有非国家参与者，并且提到世界旅游组织作为示例。他是世界旅游组织的法律顾问，可以确认，该组织从来没有遇到过任何有关的法律难题，他认为，国际组织的法律顾问多半都会这样说。的确，世界旅游组织基本上是一个杰出的政府间组织，其成员国的地位与非国家成员的地位大不一样。

20. 在审理行为归属问题（第 15 和第 16 段）时，特别报告员应该看一看委员会在决定把提出的一些问题推迟到对国际组织的特定专题进行研究以后再审议之前，它在审议国家责任时是如何处理或不处理国际组织的责任的情况。

21. 在法文本第 18 段中，“a joint or a joint and several responsibility”是英式惯用语，被译成了“*responsabilité conjointe ou conjointe et solidaire*”，应该译为“*responsabilité conjointe ou solidaire*（共同或个别的责任）”才对。

22. 第19段说, 国际组织之间的继承问题引起了似乎不属于国际组织专题范围的一些问题, 可以割舍。这一段在起始部分提到: 有些国际组织后来解散了, 其成员国没有履行该国际组织所承担的义务, 其责任问题是可以辩论的。不将它列入的唯一理由是, 对国家责任的研究不曾研讨对责任的继承问题。主张保留它的论点与组织解散以后留下的债务有关, 这个问题很重要, 或许应该把它列入, 即使因此扩大了对这一专题的研究范围也应该列入。

23. 第20段中说, 委员会必须审议一组织在涉及另一组织或一国的行为之时以及在可以排除不法性的情况(例如一种作为同意形式的自动放弃)下的责任, 这种说法需要澄清。

24. 第24段说, “有些问题性质复杂, 宜在现阶段予以搁置的研究对象是否包括与国际组织的责任有关的事项, 如果是的话, 是否应该只审议国家的求偿问题, 或者也审议国际组织的求偿问题”。一般说来, 他不认为, 关于国际组织的责任的案文可以不处理履行问题。但是, 委员会常常有一种极为模糊的执行观念: 例如, 在审议国家责任时, 它没有研讨外交保护, 而那是受到间接损害情形下要求履行责任的最佳途径。功能保护是另一个重要问题, 应该好好研讨。

25. 最后, 关于第26段, 他认为, 报告不应该直接审查与商业行为有关的责任问题, 如果能够确定这种责任涉及国内法的话。但是, 如果国际法与此直接有关, 他不确知这个问题是否应该舍弃, 不过, 在国家责任的情况下并不曾审议过这个问题。但是, 如同曼斯菲尔德先生已经提到的, 情况已经改变, 这个问题日益重要。他本人对契约进行过研究, 可以向特别报告员提供有关的摘录。令他感到惊奇的是, 工作组不曾审查与公务员制度有关的责任问题, 因为它形成了非常具体的问题, 这是关于国际组织责任的法律中最为发达的一个领域。他赞成把它排除在外, 因为从概念观点看来, 与国际组织有关的国内法是另一个法律领域, 而委员会正在讨论的是国际组织的国际责任, 而非它们在国内法中的责任; 但是, 有必要加以解释。尽管特别报告员将无法避免审查国际行政法庭的案例法, 以便了解是否有可能摘取一般法律原则。

26. 卡特卡先生感谢国际组织的责任工作组主席加亚先生的工作组报告草稿, 他说, 虽然的确有不同的混合国际组织存在, 但在审查责任方面委员会应该把自己限定为政府间组织。关于本专题与国家责任之间的关系, 在联系的时候应该审慎。国家责任条款并不是决定性的: 有可能举行外交会议, 其中的一些条款规定有可能改变。因此, 如果委员会只是照抄条文, 就可能会出现一些问题。总之, 国家对国际不法行为的责任条款草案存在一些有争议的问题, 例如, 在反措施方面, 将试图避免审查这个问题, 在关于国际组织的责任的工作方面, 大概也会这样处理。如果本专题将诸如反措施的争议问题包括在内, 或者最后采取公约的形式, 将需要同解决争端问题挂钩。因此, 虽然特别报告员倡导暂时搁置这个问题, 委员会也不应该一律排除在稍后阶段审查解决争端问题的可能性。

27. 关于这些条款最后应该采取的形式, 就这个专题通过一套全面的案文似乎是最佳途径, 因为要就尚未最后通过、更未正式生效的一套条款草案建立相互对照关系, 是办不到的, 就这一点来说, 它与维也纳制度的类比是不完善的。因此, 可能有时候需要抄录国家责任条款草案的一些文本。

28. 他与佩莱先生一样, 也想知道诸如功能保护的重要问题为什么没有列入专题范围, 他曾在工作组内部辩论外交保护的时候提请注意这个问题。最后, 他着重指出, 即使需要采取灵活的办法, 也必须维持前后一致, 以避免显然相互矛盾的结论, 委员会过去的工作有时候便具有这种特性。

29. 蒙塔兹先生说, 他感到关切的是, 报告中关于行为归属问题的那一节没有提到国际组织授权给区域组织这个极为专门的问题。他尤其关心联合国和其他世界组织授予强制性权力的问题。有一些安全理事会的决议授权一些国家和区域组织使用武力, 例如授权在公海上拦截船只, 以便执行禁运。他要请问特别报告员这些问题是否将在行为归属问题的标题下审理。

30. 加亚先生(国际组织的责任工作组主席、特别报告员)说, 他将努力澄清一些问题, 并且驱除工作组报告所引起的一些疑虑。蒙塔兹先生提到的授权使用武力和授权给一些国家的问题将在适当

时候审议。很难断定国家机关的行为，无论是否得到授权行使的，都是国际组织的行为。报告第 4 节触及了国际组织是否分担非法行为的责任问题，即使其情节或许只是极其轻微，蒙塔兹先生所提到的问题或许主要应该在这种情况下审理。鉴于不能把行为归于国际组织，关于国家责任的条款草案第一部分第四章就不能涵盖类似于可能发生在国际组织和国家关系中的情况。

31. 功能保护问题并没有被确切地排除于本专题的范围以外，只是被推迟到稍后阶段审议而已。他个人认为，功能保护最好当作另一个专题处理。如果依循国家对国际不法行为的责任条款草案的处理方式，最终将决定以一个第三部分处理执行问题，这就可能有必要处理功能保护问题，即便是大致处理。

32. 对于佩莱先生的意见，他对报告英文原文译错了感到遗憾，但这不是工作组的责任。报告在任何地方都没有提议建立与国家国际不法行为的责任条款草案的相互参照关系。第 12 段达成的结论是，新案文必须完全独立于国家责任条款。在没有任何特别的特征区隔国际组织与国家的情形下，可以说，同样的规则将适用于国家，不必具体界定有关规则，无论它是取自国家责任条款或其他法律渊源。至于第 20 段中“作为一种同意的方式的放弃”一语的含义，其意思是单方面放弃是两种可能的同意方式之一，另一种是协议，同意被认为是排除了不法性的情况。

33. 关于国际组织解散的问题，国际组织的继承通常由设立新组织的条约予以制约。引人注意的是，当委员会审理与国家的继承有关的各种问题时，从来没有人提议也审理国际组织的继承问题。就任何现有的国际组织的继承的一般规则来说，其后果可能是，新的国际组织将是债务人，债权人可以找它商量。他不认为委员会需要卷入这一复杂问题，主要因为这种问题多半是在国家间的协定中处理，或者通过新组织接受继承和承担现存债务而得到解决。

34. 关于第 9 段，由于国际组织多种多样，个别组织与成员国之间的关系性质可能也很不一

样，也就影响所适用的规则。根据《戴维营协议》³ 由埃及和以色列建立的多国部队和观察员一类的组织尽管有其法律人格，却很难与其成员国分开对待。第 9 段的目的是要指出，不同的规则可能适用于不同类型的组织，视其与成员国之间的关系性质而定。

35. 关于国际组织与其官员之间关系和行政法庭案例法的问题，通常认为这个问题不包括国际组织的责任专题部分，工作组不曾设想处理具有这种关系内容的实质事项。但是，行政法庭的案例法可能的确有一些用处，可据以决定是否规定一般法律原则，使委员会能够引用类比。在这方面，他希望委员们提醒他注意他们已经关注到的有关材料或实践。也希望与国际组织有过亲身接触经验的委员们鼓励这些组织与委员会积极合作，以促进有关这个专题的工作。

36. 主席说，如无异议，他就认为委员会希望通过工作组的报告。

37. 佩莱先生说，虽然他不反对通过报告，但他想知道在全会上提出的意见是否会反映在委员会向大会提交的第五十四届会议工作报告中。如果他自己的意见没有在报告中得到反映，他就不得不修改报告。

38. 主席说，工作组的报告可能被通过或遭到反对，但是不能在全会上进行修改。对报告提出的意见将随着简要记录的印发而成为永久记录。

39. 佩莱先生说，关于国际组织的责任工作组报告的一章应该如同委员会报告的其他各章一样，反映委员会在全会上表达的立场。

40. 米库尔卡先生（委员会秘书）说，每当委员会讨论某一位特别报告员的报告时，委员会的报告都载有一份分析性摘要，反映委员们关于该项专题的意见。以往，当全会讨论规划小组、起草委员会、工作组或研究组的报告时，报告已经讨论过的

³ 1978年9月17日在哥伦比亚特区华盛顿签署的、在戴维营议定的《关于中东和平的框架协议》（联合国，《条约汇编》，第1138卷，第17853号，第39页）。

事实，都会载入报告中，并且指明会议的日期和次数。所有这些使专题报告员、一般公众和各国政府获得了充分的资料，可以从中找到对于特定报告的意见。特别报告员关于专题的报告，凡是没有讨论过的，都不曾编写分析性摘要。

41. 佩莱先生说，尽管起草委员会有关一读通过的案文的上述做法似乎合理，因为所表达的意见已反映在评注中，但在工作组报告的情况下，它似乎完全不合理：这种做法无疑会促使委员们要求对报告提出更正。无论过去的做法如何，如不改变，他就要采取反对的态度。

42. 主席说，这个意见可以在委员会审议报告有关这个专题的那一章时，反映在委员会的报告中。如无异议，他就认为委员会同意通过国际组织的责任工作组的报告。

就这样议定。

中午 12 时 15 分散会。

第 2741 次会议

2002 年 8 月 6 日，星期二，上午 10 时

主席：罗伯特·罗森斯托克先生

出席：阿多先生、巴哈纳先生、布朗利先生、坎迪奥蒂先生、科米萨里奥·阿丰索先生、达乌迪先生、杜加尔德先生、埃斯卡拉梅亚女士、丰巴先生、加亚先生、加利茨基先生、卡姆托先生、卡特卡先生、卡米沙先生、科斯肯涅米先生、曼斯菲尔德先生、蒙塔兹先生、尼豪斯先生、庞布-齐文达先生、斯里尼瓦萨·拉奥先生、罗德里格斯-塞德尼奥先生、塞普尔维达先生、辛马先生、通卡先生、薛女士。

国际法不成体系问题：国际法多样化和扩展引起的困难

(A/CN.4/L.628 和 Corr.1)¹

[议程项目 8]

研究组的报告

1. 主席请国际法不成体系问题研究组主席辛马先生介绍该研究组的报告。

2. 辛马先生（国际法不成体系问题研究组主席）说，在过去五年里，委员会长期工作方案工作组确认“国际法不成体系所引起的危险”这一专题为可以进行进一步研究的专题。格哈德·哈夫纳先生受托就该问题进行一项可行性研究。在委员会第五十二届会议（2000年）上，他提交了一份文件，该文件即成为本届会议对该专题进行审议的出发点。²

3. 研究组由委员会大部分委员组成，在本届会议期间举行了四次会议。研究组的报告分为两部分：一部分讨论情况概述，另一部分为建议。研究组成员所审议的主要问题之一是国际法不成体系问题是否适合由委员会进行研究。他们还审议了该专题的可能范围以及可采用的方法。最后，研究组赞同研究这一问题，认为这是委员会可以提供有意义的指导意见的领域，至少就该问题的具体方面而言是这样。

4. 从一开始，研究组成员们就承认，这一专题从性质上讲不同于其他专题，可能需要采取新颖的处理办法。然而他们一致认为，不成体系并非一种新现象，因为国际法本来就是一个不成体系世界的法律。另外，不成体系也是国际法扩展至其他领域，有时甚至是全新领域的结果。因此研究组认为不应当把不成体系当成一个新现象来处理，那样做会使人忽视国际法为解决不成体系引起的问题所发展出来的现有机制。

¹ 转载于《2002年……年鉴》，第二卷（第二部分），第九章，C节。

² 见《2000年……年鉴》，第二卷（第二部分），附件，专题5，第150页。

5. 研究组还认为有必要强调不成体系的积极方面, 例如可以将此视为国际法富有活力的表现。规则、制度和机构的增多以及出现日益多样化的声音, 这不一定是坏事, 相反可能意味着国际法的范围正在扩大。

6. 关于程序性问题, 研究组成员有的提出这样的问题: 该专题是否在委员会的职权范围内? 委员会是否需征求第六委员会的同意才能处理这一专题? 但委员们得出的结论是, 必要的支持是能够获得的。

7. 该专题的标题引起了大量讨论, 因为人们觉得, 哈夫纳报告的标题“国际法不成体系引起的危险”用于描述这种现象是过于消极的说法。“不成体系”一词含有下述意思, 即国际法的扩展产生了某些不好的后果, 委员会应努力消除这些后果。消除不好的后果这一努力就说明了研究该专题有其必要性。

8. 方法问题也引起了大量讨论。一致意见是, 该问题不适合以传统的条款草案形式来编纂, 即不宜采用由特别报告员起草条款并附上评注的做法。好几名委员提出, 工作应侧重于具体的主题, 并找出存在相互冲突的国际法规则的某些领域, 以便在可能时, 寻找解决这些冲突的办法。另一种意见是, 应采用更具有探讨性的办法, 将工作的范围限定于承认国际法不成体系问题的严重程度, 而在这一阶段不必确立方法或寻找具体的结果。

9. 研究组的委员们找出了不适合委员会进行研究的若干领域, 例如, 创立国际司法机构和这类机构的相互关系问题。然而, 他们认为, 鉴于不同的司法机构可能在相同或相似的国际法规则的适用上有差异, 那样此种差异所产生的问题是应该处理的。委员们还一致认为, 与国内法律体系进行类比不一定总是恰当, 因为这引入了等级概念, 而国际法中是没有这种等级概念的, 也不应该加上这种等级概念。委员们还一致认为, 在国际法上, 不存在一个能够解决冲突的最终机构。委员们承认, 委员会不应该在各机构之间的关系方面担任裁判的角色, 即使委员会可以为处理此类机构之间的沟通问题发挥有益的作用。

10. 从实际角度讲, 好几位委员提出, 在委员会每年会议开始时, 委员会应该组织一次研讨会, 以全面了解各国际机构和各国的实践, 并为开展对话和实现可能的统一提供一个论坛。另一些委员甚至提出了更大胆的意见, 认为委员会应举行更为制度化更为定期的会议, 就像已经存在的某些会议一样, 例如, 在联合国举行的人权条约机构负责人会议和各国法律顾问年度会议。

11. 关于委员会工作的最后结果的问题, 即使现在讨论此事有些过早, 但工作组一致认定, 应起草一份研究报告, 尽管对任何这种报告的具体形式或范围尚有待达成一致意见。

12. 在提到报告的第二部分即“研究组的建议”时, 他指出, 根据研究组对本专题标题进行的讨论以及“不成体系”一词所具有的消极含义, 有的委员提议研究组应采用下述标题: “国际法的多样化引起的困难”。研究组的另一些委员也赞同另一种说法: “国际法的扩展和多样化引起的困难”。

13. 关于内容, 研究组建议应就该专题的各具体方面进行一系列的研究, 然后将研究报告提交委员会审议, 由它采取适当行动。这些研究报告的目的是协助国际法官和法律从业人员应付国际法多样化的后果。

14. 研究组选择了五个主要的研究题目, 这些题目的共同点是, 它们都是与委员会早先所作的工作有关, 并且可以早先的文本为基础并进一步发展。研究工作的目的应是提供一种可称作“工具箱”的东西, 即用于解决现有法律准则和制度不一致和相互冲突所引起的问题的建议和实际办法。所选定的研究题目列于研究组报告第 21 段 (a) 到 (e) 分段。第一个题目的标题是“‘特别法’规则的职能和范围与‘自足的制度’问题”。这些内容很有意思, 因为“特别法”和“自足的制度”通过创立一种“独立于”国际法普通规则的领域, 从而为法律冲突问题提供了现成的答案。这项研究可提供给委员会下届会议审议。

15. 另外的研究题目是: “在谈论国际法的一般发展和国际社会的当代关注”时, 依照“适用于

当事国间关系之任何有关国际法规则”（《维也纳条约法公约》第31条第3款(c)项）对条约进行解释的问题（该措辞源自提交世界贸易组织上诉机构的虾制品案）；“关于同一事项先后所订条约之适用（《维也纳条约法公约》第30条）”；“仅在若干当事国间修改多边条约之协定（《维也纳条约法公约》第41条）”；以及“条约法的等级：绝对法、普遍性义务、作为解决冲突规则的《联合国宪章》第一百零三条这三者之间的关系”。虽然绝对法和普遍性义务已经在众多研究中成为研究的对象，但这里的想法是将这些“超级规则”作为解决不同体系间的冲突的规则来加以审议。

16. 现在已经对研究组的报告作完了介绍，委员会应讨论这一报告，并且视必要予以修订和通过，并纳入到提交给大会的报告中。

17. 卡特卡先生称赞研究组的报告，说报告的内容十分清晰，但他感到遗憾的是，研究组没有对“不成体系”这一词加以界定，虽然他自己并不反对使用该词。正如报告已经强调的，不成体系不是新现象，它代表着声音的日益多样化和多中心体系的存在，这都具有积极的意义。研究组报告中所提的新标题比哈夫纳先生提议的标题更合适，但他不赞成使用“扩展”一词。

18. 关于研究组的方法和工作形式问题，确立一个演进方法是最为适当的。在这方面，委员会不应事先就决定它不研究由于国际司法机构的增多而引起的危险。但是，鉴于国际法体系中缺乏等级，因此不与国内法律制度进行类比，很可能是明智的。

19. 对于委员会工作的最后成果，最好持谨慎态度，因为该专题不是一个寻常的专题，只有在工作有一定进展时其影响才会显现。

20. 从实际的角度来讲，他不反对举办研讨会，但在委员会每年的会议期间都举办一次，似乎不必要。他同意研究组所选定的研究题目以及为解决实际问题而采取的“工具箱”方法。然而，对于第二个专题，他不敢肯定的是，是否一定有必要在标题里提到提交世界贸易组织上诉机构的虾制品案；通常在标题里不提及某一案件。他还感到遗

憾的是，研究组最初草稿第11段所提到的对引渡条约或人权准则的研究并没有列入研究的题目清单中。

21. 尽管有这些意见，他完全赞同通过研究组的报告。

22. 丰巴先生说，研究组成功地完成了其任务，他基本上赞同研究组的初步结论。尤其是他赞同这样的意见，即这一议题属于委员会的任务范围之内，这项研究应该着眼于应对国际法扩展到新领域而产生的不利后果。

23. 关于方法问题，显然，这一题目不适于以传统的条款草案形式进行编纂。既然这样，他倾向于采用侧重于具体主题的方式，不同意采用宽泛的更为探讨性的方式。对于委员会不应列入研究范围的领域，总的来说他赞同研究组所采取的态度，尽管他想知道，是否应完全避免与国内法律体系进行任何类比。无论怎么说，委员会在处理这些事项时应十分小心。此外，他不敢肯定下述建议是否完全恰当，即与国际法的适用有关的事项应排除在研究范围之外。他之所以这样说，是因为考虑到研究的目的正是要解决不同的法律规则和制度不一致和冲突所引起的实际问题。

24. 关于委员会工作的可能成果问题，他认为没有理由不应该在委员会年度会议开始时举行研讨会，或设想更为制度化的会议，只要这些会议是追求单一的目标就行。

25. 最后，他赞同研究组向委员会建议由它审议的五个专题，以及研究组的下述建议，即作为第一步，研究组主席应开展对“特别法”规则的职能和范围与“自足的制度”问题的研究。

26. 埃斯卡拉梅亚女士说，她总体上赞同研究组的报告。然而，她希望看到标题中有“扩展”一词，因为这使人能感到国际法的活力，国际法现在包含了原先应属于国内法范围的情形。

27. 她欢迎在第14段中加上这样一句，即鉴于不同的司法机构可能在相同或相似的国际法规则的适用方面存在差异，那样此种差异所产生的问题是

必须要加以处理的。她还赞赏对研究组报告草稿第 21 和第 22 段的修订，这种修订更好地反映了委员会将采取的方法。

28. 虽然委员会的确应该从研究实质性法律与不同类型的实质性法律的关系开始，但她认为委员会还必须处理在实质性法律适用方面的机构背景，尤其是应努力查明现有机构包括条约机构遇到了哪些问题，它们是如何解决的。

29. 布朗利先生称赞研究组主席的报告，说他感到欣喜的是，竟然在这样短的时间里就该文件达成了共识，该文件的确忠实地反映了研究组内所表达的各种意见，而且为了不会刺激第六委员会，起草得很恰当。研究组采用的新标题比原来的标题要好：毕竟，“不成体系”一词具有消极含义，但为了方便，恐怕还会继续这样用。

30. “工具箱”的概念多少有点平淡乏味，但对于处理实质性问题会有所帮助。

31. 他感到遗憾的是，研究组报告第 11 段没有提到引渡条约和人权标准，而这方面的问题处在不成体系这一专题的中心。他在这方面回顾说，联合国上议院 1999 年以六比一的多数决定剥夺皮诺切特议员的豁免，从而为国际刑事法律的发展创造了先例。上议院为了保护自己不受别人指责，强调这项决定涉及的是前国家元首，但它所采用的所有论点实际上都适用于现任的国家元首。这一决定表明，国际刑事法律的现有内容与国家和国家元首豁免法律的内容存在着根本的不一致。对于这一重要的不成体系的例证，如果委员会连提都不提，这将是令人遗憾的。

32. 关于自足的制度，委员会必须十分小心，对有些制度，如没有证据说明它可以被称为自足制度，则不能轻易称为自足制度。例如，没有证据说明，这一用语适用于人权。他曾经接触过欧洲人权委员会和欧洲人权法院处理的与塞浦路斯有关的许多案件。大多数人权法律当然是条约法，而条约法则是一般国际法的一部分。在他所提及的那些案件中，当产生一些附带问题时，例如国家地位或国家责任问题，则对这些问题的解决，通常不是提及自足的人权制度，而是提及与这些问题有关的一般国

际法原则。当然，自足制度是存在的，许多自足制度是处理国家之间关系的双边条约制度，但不应该作出偏向于自足制度的假设。另外，委员会必须要拟订自足制度的概念。

33. 在 1950 年代和 1960 年代初，如果表达对人权的支持，会被认为是对殖民制度的攻击，维护殖民制度的人会说这是干涉国家内政。联合王国和法国正是由于这个殖民问题，加入欧洲人权监督机构的过程十分缓慢。保护人权的标准并不是以欧洲为中心的；现在已发展为一般国际法的一部分。因此，需要十分小心，在不存在不成体系的问题时，不应该谈论不成体系。即使人们同意，人权的办法绝对有必要吸收一般国际法的某些特别观点，但这通常并不意味着人权标准已经成了自足的制度。

34. 加利茨基先生说，与埃斯卡拉梅亚女士一样，他感到遗憾的是，标题并没有提到国际法的扩展。国际法现在已经扩展到新的领域，无论是社会事务还是国际关系。如果不去研究这种新情况，委员会很可能会失去某些东西。

35. 辛马先生（国际法不成体系问题研究组主席）说，他不记得为何第 11 段删除了关于引渡条约和人权准则的措辞。尽管如此，他认为在目前阶段最好不要谈论有可能引起争议的话题，使这种工作“政治化”。“工具箱”的办法显然有些平淡乏味，但它的好处是避免了这种争议。例如，在开展关于国际法不成体系问题的工作时一开始就处理有争议的问题是不明智的，例如，2002 年国际法院就逮捕证案所作的判决，在这项判决中国际法院显然赞同现成的古老法律，即外交部长享有豁免，不受刑事起诉。他倾向于在开始的时候不采取这种办法，因为这种办法预先假设需要作出一种价值选择。所涉及的问题是，应赋予人权哪些价值，它们在价值等级体系中应处于何种位置。在某种意义上说，这些问题或许与研究组报告第 21(e) 段中所提议的专题有关。尽管如此，他认为最好采取一种务实的做法，先处理技术性问题，看事情发展如何，然后把有争议性的问题留待以后解决。

36. 关于自足制度，他也认为，不应该假定某一项特定的制度是自足制度，而实质上恰恰相反。关于人权是自足制度的观点所根据的是一种十分特

定的人权政治观点，但幸好这种观点已不占主流位置，虽然在某些情况下，例如在涉及世界贸易组织时，提到国家责任已被认为是不适当的。

37. 布朗利先生说，他对第11段提出的意见是想说，如果报告能指明某些委员曾有那种观点，这样做便对了。他并没有提出一项实质性的意见。

38. 辛马先生（国际法不成体系问题研究组主席）说，的确一些委员提到引渡条约与人权准则之间的冲突，在第11段里可以加上表示这一意思的措辞。

39. 主席说，在委员会将要逐段地通过研究组的报告时，委员们将能够就这个问题提出具体意见。

40. 科斯肯涅米先生说，在委员会开始讨论这一专题时，围绕工作的结果，存在着很大的不确定性。第六委员会里的一些发言者曾经表示关注，认为这一专题没有边界，委员会可能将陷入仅具有学术意义的辩论，是否具有实际意义则令人怀疑，同时没有解决涉及当代政治和体制发展的最重要方面的问题。研究组的报告应排除这些担忧。国际法的多样化问题反映了国际体制性法律领域的最有趣和最重要的发展。这种法律的多样化当然是技术性的，但也尤其反映了不同的政治偏好。在这方面，某一机构的偏好，例如世界贸易组织的偏好不是人权机构的偏好，而国际刑事法律专家的偏好并不与国际法院的学识全面的法学家们的偏好一致。无论怎样，这一专题必定具有模棱两可的特点，而目前的标题是在“积极者”与“消极者”之间确立的平衡。第六委员会的一些成员指出，国际法委员会本身就表示了国际法多样化的一个方面，他们表示担心，委员会会将自己视作一种最高法院，对各种机构例如国际法院、前南斯拉夫问题国际刑事法庭和世界贸易组织之间的机构冲突进行仲裁。概括地说，第六委员会的成员担心的是，委员会将介入机构冲突中，或就规范性的等级问题进行无休止的抽象谈论。研究组报告第14和第16段清楚地表明，委员会并不打算介入机构政治中，而第15段表明，它并不自认为是一个立宪大会，为确立一种等级，解决人权专家、贸易专家、豁免问题专家和学识全面的法律学者之间的冲突。委员会选择了这样的办法，即它在这一领域的工作将以先前的工作为基础。从某种意义上说，委员会向国际社会表现出它是1969年《维也纳公

约》的守护人，并且由于是该《公约》的原始起草人，它能够担负起某种“祖父”的作用，能够带有某种权威就该《公约》的解释发表意见。此外，报告第21段所提议的研究题目都与该《公约》有关。这些提议的研究可以导致制定准则或其他建议。

41. 研究组另提出过一项建议，即就不同国际机构的判例所产生的解释冲突进行单独研究，但这项建议没有列入报告中，因为委员会无权就价值的等级问题发表意见，以富有权威性的方式解决这些冲突；如果该报告第21(e)段说，它还是打算处理准则的等级问题，但这只是相对于条约法而言，因此是在有限的框架内处理。

42. 至于卡特卡先生提议的删除第5页上的脚注，这一脚注是重要的，它表明委员会的观点是一种技术性观点，也减轻了该报告第21(b)段中单引号内的措辞的相对抽象性。

43. 对于埃斯卡拉梅亚女士和加利茨基先生所表达的意见，国际法的扩展概念之所以没有被处理，理由有三个：首先，这一词语退回到了国际法从欧洲扩展到其他地区的概念；其次，国际法的范围历来是极为广阔的，只是它的内容有了变化；第三，从社会学的角度讲，说国际法已经扩展是不对的，因为国际法事实上被边缘化了。而且这正是委员会需要加以解决的一个问题。

44. 最后，正如布朗利先生所提议的，在概述讨论情况时，应该提到一些委员曾经提及不同准则之间的冲突。至于自足的制度，报告中没有任何措辞预先假定这种制度的存在，或指出应该有自足制度。这类制度应是一种例外。

45. 塞普尔维达先生说，专题的标题错误地过多强调了国际法的多样化的消极方面，尽管在研究组的报告第7段里也简要地提示了这一现象的积极方面。第21段所建议的一系列研究的目的之一应是寻找多样化提出的一些问题的解决办法。因此有必要在标题里多少提到整合的概念，因为整合正是不成体系的对立面。

46. 卡特卡先生说，恰恰与科斯肯涅米先生的理解相反，他所提议的不仅是要删除脚注，而且要

删除 (b) 分段中“国际法的一般发展”之后的所有措辞，从而保持报告的一致性，消除任何以欧洲为中心的含义。

47. 罗德里格斯-塞德尼奥先生说，笼统地说，他赞同报告，支持对标题所作的修改。扩展与多样化是两种不同的东西。如果要谈论扩大，那样扩大是指专题的扩大，而不是管辖范围的扩大。如果正如报告第14段所说的，委员会不应当处理国际司法机构之间的关系问题，但它还是不能忽略司法决定对国际法的影响。

48. 他赞同就报告第17段所指的问题举行研讨会的建议。虽然这一问题毫无疑问是学术性问题，但它也具有实际意义，第21段正确地指出，所提议的研究的目的必须是协助国际法官和法律从业人员应对国际法多样化的后果。

49. 关于标题，“困难”一词或许具有太多的消极含义，也许最好用另外的说法代替它，例如用国际法多样化的“后果”或“作用”。

50. 另外，第6段里应该说明，国际法不成体系问题的加重起源于国际关系的强化。他会在委员会通过该报告时提出具体建议。

51. 关于方法问题，毫无疑问，正如报告第10段所说，该项议题不适合于编纂。对于第11和第12段所提到的工作的三个方面，这些方面必须视为补充性的。最后，他赞成研究组在第21段里所提出的各项建议。

52. 斯里尼瓦法萨·拉奥先生说，国际法不成体系是一个具有现实意义的专题，对这项专题进行研究是及时的，令人感兴趣的，这不仅从技术角度来看，而且从实际角度来看都是如此。即使不考虑国际法规则的确出现不成体系的情况，各国和各国人民也会对国际法有这样的预料，因为各国和各国人民本身绝不是完全一致的，也是不成体系的。

53. 在研究国际法的多样化以及相应的困难时，应该提出若干问题。研究的目的到底是什么？委员会对国际法多样化加以研究是为了了解这种情况如何影响它自己的职权，还是应当审议这种情况

给国际法的发展和编纂带来的机会和挑战？他认为对此问题需要加以澄清。同样，关于研究组报告第21段所提出的研究题目，那样将这些研究题目联系在一起的是什么？

54. 对报告第17段所提到的应该组织的研讨会，他也有些疑问。他想知道委员会到底应起什么样的作用，研讨会在哪里举行，由谁来承担费用。与人权条约机构进行类比也是没有意义的，因为这些机构有共同的使命，这不同于将参加关于国际法不成体系问题研讨会的各机构。

55. 最后他提到，委员会须向第六委员会提出报告。因此委员会须明确地知道它将如何向第六委员会介绍这项专题的研究，而第六委员会反过来会对委员会的工作提供有益的指导。

56. 蒙塔兹先生提到报告第一部分（“讨论情况概述”）说，他欢迎在第14段里提到各国国际司法机构因对国际法规则的不同适用而引起不成体系问题，但他认为第二句中所给的解释不够清楚。他认为，必须对两种不同的情况加以区分。

57. 第一种情况是，不同的司法机构适用不同的国际法规则用来解决同一问题。例如前南斯拉夫国际法庭和国际法院在将行为归属于一国时都使用了不同的标准。

58. 第二种情况是，法庭在确定什么是适用法律规则时出现分歧。前南斯拉夫国际法庭和国际法院在这方面的决定也是有分歧的。例如关于环境保护，前南斯拉夫国际法庭认为，所适用的规则是习惯规则，而国际法院认为是一种协定规则。

59. 关于报告的第21段，他指出，(e) 分段中提议的研究题目（条约法的等级）实际上涉及规则的确定，而法院与法院之间在这个问题上会有差异。

60. 因此他提议第14段的措辞应该修改，以使第21(e)段的含义更为清楚。

61. 阿多先生说，与研究组报告第9段所说的正相反，“不成体系”一词应该保留在专题的标题

里。与提议取代它的措辞相比，该措辞不仅更能抓住人们的注意力，而且更符合现实。他不明白为什么使用这一措辞会使研究工作显出过多的消极色彩。即使有消极的含义，委员会应确定如何应对消极，并在案文里加以表述。此外，在大会第六委员会批准对这一专题进行研究时，这一措辞就已经在标题里边。³

62. 最后，他请科斯肯涅米先生解释，他在谈论委员会对两项《维也纳公约》所具有的“祖父权利”时，他是什么意思。

63. 曼斯菲尔德先生说，正如研究组主席解释的那样，国际法不成体系问题不同于委员会以往所处理过的问题，这可以而且应该影响委员会对这一专题的处理。因此在开始工作之前，没有必要有充分拟订好的工作方法或者明确的最终结果。但委员会的工作首先必须具有实际意义，并且及时。因此他完全赞同报告里所提倡的“工具箱”做法。

64. 科斯肯涅米先生回答阿多先生的提问说，他之所以谈到委员会对1969年和1986年《维也纳公约》拥有“祖父权利”，因为人们或许会问，委员会为什么会声称自己有权处理国际法不成体系问题。委员会曾起草了这两项《公约》的案文，这是诸如对条约的保留等议题分配给委员会来处理的原因之一。可以说，委员会是两项《公约》的守护人。

65. 卡姆托先生赞同阿多先生发表的意见，他说，他认为出于实际和概念两种理由，该议题的原先标题应该保留。如果将这一措辞拿掉，议题从某种意义上说便会失去了意义。委员会不应过于担心这一措辞的消极含义，可以在案文的正文里提供一个良好的定义，从而解决这个问题。然而他也理解罗德里格斯-塞德尼奥先生的关切，也可以同意这项研究被称作“国际法不成体系的后果”。

66. 主席请委员会各委员思考他们可能对报告提出的正式修改意见，以便在下次会议上逐段通过报告时提出。

67. 辛马先生（国际法不成体系问题研究组主席）请委员会各位委员思考他们可能愿意向第六委员会提出的问题。

中午 12 时 45 分散会。

第 2742 次会议

2002 年 8 月 7 日，星期三，上午 10 时 5 分

主席：罗伯特·罗森斯托克先生

出席：阿多先生、巴哈纳先生、巴埃纳·苏瓦雷斯先生、布朗利先生、坎迪奥蒂先生、池先生、科米萨里奥·阿丰索先生、达乌迪先生、杜加尔德先生、埃斯卡拉梅亚女士、丰巴先生、加亚先生、加利茨基先生、卡巴齐先生、卡姆托先生、卡特卡先生、卡米沙先生、科斯肯涅米先生、曼斯菲尔德先生、蒙塔兹先生、尼豪斯先生、庞布-齐文达先生、斯里尼瓦萨·拉奥先生、罗德里格斯·塞德尼奥先生、塞普尔维达先生、辛马先生、通卡先生、薛女士。

国际法不成体系问题：国际法多样化和扩展引起的困难（续完）

(A/CN.4/L.628 和 Corr.1)¹

[议程项目 8]

研究组的报告（续完）

1. 尼豪斯先生记得在上届会议上，有人建议将关于国际法不成体系专题的问题纳入报告中，以供第六委员会下届会议审议。他想到了三个问题。

³ 大会 2000 年 12 月 12 日第 55/152 号决议，第 8 段。

¹ 转载于《2002 年……年鉴》，第二卷（第二部分），第九章，C 节。

2. 第一个并且是最重要的问题是，各国是否认为这个专题适合引起委员会注意，或者不属于委员会的任务授权范围。研究组在关于国际法不成体系问题的报告（A/CN.4/L.628和Corr.1）第8段中对这方面表示怀疑，第10段中则表明，该主题不适宜按照条款草案的传统形式编纂。他认为，即使认为第六委员会有可能说该专题属于本委员会的任务范围之内，也应该提出这个问题。

3. 另一个问题是，各国是否认为司法机构的扩散有利于或者不利于它们对和平解决争端方式的选择自由。此外，第三个问题是，如果与司法先例冲突，应该如何解决？

4. 巴哈纳先生祝贺国际法不成体系问题研究组编写了全面而明晰的报告。《章程》第1条规定，委员会的主要任务是编纂和逐渐发展国际法。《章程》第16条扼述了为达成这一目标所使用的程序，即：就选定的专题起草案文提请大会批准。第17条还规定，委员会应审议联合国会员国和联合国机构以及其他正式机构提交的建议和多边公约草案。但是，委员会按照研究组的建议进行有关国际法研究的经验相当有限。

5. 格哈德·哈夫纳先生题为“国际法不成体系引起的危险”的可行性研究²是本报告的基础，他在该项研究报告中说，由于国际法不成体系现象可能危害它的稳定、前后一致和全面的性质，为了解决上述问题而想方设法克服国际法不成体系现象可能引起的有害影响，它应该属于委员会的工作范围。但是，那是哈夫纳先生的假设，事实上，研究组的报告中所设想到的研究报告并不明确地属于《章程》第1条所指明的委员会目标的范围。

6. 哈夫纳先生认为，委员会可以拟定一项报告，阐述与不成体系有关的问题并且提请各国予以注意，为了支持这个观点，他提到，秘书处曾在—项报告中引述过两个单独案件，可以作为先例。委员会在1951年第三届会议和1963年第十五届会议关于条约的工作中，脱离了拟定条款草案的惯例，而编写了研究报告并且提出结论。³但是，不应该把这

种例外做法视为委员会进行了不符合其目标和宗旨的研究报告的先例。

7. 他同意研究组报告第8段表达的看法，即：这个问题需要得到第六委员会的明确批准。另一方面，他赞成第17段提出的构想，即：就不成体系问题举行一次研讨会，研讨会的目的是全面了解各国的实践，并为开展对话和实现可能的统一提供一个论坛。这个问题也可以在大会期间各国外交部法律顾问年度会议上处理。

8. 他希望提请注意第19段所述的情况：对关于这一专题的任何报告的具体形式或范围尚无任何一致意见，他认为，第21段中的看法，即应该就这个专题的具体方面进行的一系列研究都还不成熟。这项任务很耗费时间，比较适当的做法是，委员会把重点放在2001年大会第五十六届会议期间经过第六委员会批准⁴并且载入长期工作方案的、属于其任务范围内的专题，例如国际组织的责任和共享的自然资源。秘书处编制的关于大会第六十届会议期间第六委员会讨论的专题摘要（A/CN.4/521）第122段中指出：许多代表团认为，这些专题应该具有优先地位。

9. 报告第21段中说，拟议的研究的目的是协助国际法官和法律从业人员应付国际法多样化的后果。当然，国际法院的法官们几乎不需要由委员会介绍情况，无疑已经能够妥善地处理国际法中互相冲突的规则和由此引起的问题。哈夫纳先生本人曾在其可行性报告F节引述国际法院前任院长施韦贝尔法官曾经讲过的话说，为了使对国际法的冲突解释减到最低限度，可以要求国际法院就统一国际法的重要性问题提供咨询意见。他认为，与国际法多样化相互关连的困难来源于国家实践，因为国际法规则的适用适合个别国家的利益，引起了道德规范的问题、而不是法律问题。

10. 委员会应该赞助出版一本条约集，收录关于国际法不成体系或多样化的条文，由成员国分担这项工作。过去，委员会曾经做过类似的出版工作，由佩莱先生担任总编辑。最后，他希望辛马先

² 见第2741次会议，脚注2。

³ 《1951年……年鉴》[英]，第二卷，A/1858号文件，第125页；以及《1963年……年鉴》[英]，第二卷，A/5509号文件，第217页。

⁴ 大会第56/82号决议。

生在国际法院的候选事宜不致干扰他进行研究组报告第22段中所说的、关于特别法规则的研究任务。

11. 主席作为委员会委员发言说，国际法的逐渐发展并不只是意味着起草条约，以新的或比较能为社会接受的形式重新阐述法律：它包含与法律的运作有关的所有形式和使法律系统更加顺利发挥功能的方法。他不明白为什么有人会说本专题不属于委员会的范围，因为在大会第55/152号决议第8段中，大会注意到委员会的长期工作方案，其中包括国际法不成体系引起的危险的专题。另一方面，他的确认为，这个专题包括了必须审慎处理的一些敏感领域。

12. 辛马先生（国际法不成体系问题研究组主席）总结讨论情况说，据议定，第21(b)段中提到虾制品案的措辞连同有关的脚注应予删除。但是，提到人权规范与引渡条约间明确冲突的措辞应予重新置入。据建议，研究的新标题应该包括“扩展”一词，因此，目前的标题为：“国际法的扩展和多样化引起的困难”。一位委员认为，“困难”一词过于消极，建议把它改为“后果”。

13. 若干委员批评了举办研讨会的想法，引述了诸如本组织的费用、必要的投入等等问题，但它只是在总结讨论情况时被提到，并不是作为研究组的建议提出的。如果委员会想要在稍后阶段举办研讨会，还是可以举办。有一位委员认为，载述不成体系现象的第4至第7段并没有充分地谈到不成体系的积极方面，包括一体化。

14. 尼豪斯先生提议列入若干问题，具体明确委员会的任务，不过，他本人同意主席对于这一点的评述。另一个问题是，这个题目是否适于按照传统的条款草案格式进行编纂（第10段）。第三个问题是国际司法机构扩散问题，但他认为，这个问题可能引起无穷无尽的争议。

15. 薛女士认为第4至第7段把不成体系现象说得那样光彩，读者们可能无法理解为什么还要采取行动处理这种现象。因此需要在措辞上澄清这一点和其他论点。

16. 主席先生请委员会逐段审议和通过研究组的报告。

第1段

第1段通过。

第2段

17. 卡姆托先生提请注意法文本中的一个误译：“*l'examen du sujet par les membres nouvellement élus de la Commission*”（“consideration of the subject by the newly elected members of the Commission（新选出的委员会委员审议这个题目的情况）”）没有恰当地译出英文的含义（“consideration of the topic by the newly elected Commission（新选出的委员会委员审议这个专题的情况）”）。

18. 经过短暂地交换意见以后，辛马先生（国际法不成体系问题研究组主席）提议删除英文本中的“newly elected（新选出的）”，并且删除法文本中的“*les membres nouvellement élus de*（新选出的委员）”。

就这样决定。

经修正的第2段通过。

第3段

19. 辛马先生（国际法不成体系问题研究组主席）说，第二句中的“在本届会议前半期”措辞不精确，应予删除。第三句中的“头两次会议的”等字应予删除。“（第一部分）”中所用的括号应该去掉，以去掉括号后的“第一部分”这四个字作为第四句的开头。

20. 坎迪奥蒂先生赞同这些建议，但他认为英文本中“Section I”后面的“including”应该改为“includes”。

经修正的第3段通过。

第4和第5段

第4和第5段通过。

第6段

21. 蒙塔兹先生说，法文本中第一句的措辞方式极不文雅（英文本可能也有这个问题）。“phenomenon（现象）”一词比“development（发展情况）”好得多。

22. 辛马先生（国际法不成体系问题研究组主席）说，正是为了讲究文雅，他才使用了“development（发展情况）”一词：“phenomenon（现象）”一词用在本段最后一句，他是想要避免重复使用。但是，他不反对在两个地方都使用“phenomenon（现象）”。

23. 卡米沙先生说，第一句无论如何是多余的，可以删除。

24. 主席指出，有些委员认为，该句表述了重要观点。或许应予保留，因为那是为了加强语气。

25. 辛马先生（国际法不成体系问题研究组主席）同意：国际法不成体系的事实并不是一个新现象，这是应该从一开始就强调的。如果需要改变什么的话，他宁可删除最后一句，因为它重复了同样的意见。

26. 坎迪奥蒂先生说，法文本最后一段与英文本和西班牙文本不符合。

27. 主席说，如无异议，他就认为委员会同意在英文本中将“development（发展情况）”改为“phenomenon（现象）”。

经修正的第 6 段通过。

第 7 段

28. 薛女士说，作为研究组的成员，她完全认可它的工作，一般说来，同意已经提出的许多意见。但是，可以在第 7 段增添一些内容，来证明委员会有必要进行今后的研究。目前只引证了不成体系的积极方面，还必须指明潜在的消极影响。这种措辞已经载于第 14 段第二句中（“然而研究组认为，鉴于不同的司法机构可能在相同或相似的国际法规则的适用上有差异，应该处理此种差异所产生的问题”），她提议把这一段挪到第 7 段，而将“司法机构”改为“不同的法庭”。

29. 主席说，国际法不成体系是消极情况还是积极发展，或者它是否兼具积极和消极两个方面的发展，这个问题要视情况而定。

30. 卡特卡先生说，薛女士的关切有些是他也感受到的，可以在第一句的开头增添“有些”以表明研究组对于希望突出不成体系现象的积极方面并没有达成一致意见。报告应该反映研究组内不同层次的意见。

31. 卡米沙先生说，把第 14 段最后一句挪到第 7 段，会破坏第 14 段的平衡，因为该句本身具有内在的逻辑。研究组同意避免提到司法机构之间关系中的任何问题，而把重点放在法律解释中可能产生的困难。因此，他提议在第 7 段中增添最后一句，采取这样的措辞方式：“但是，国际法不成体系现象也有一些消极方面。”

32. 布朗利先生说，委员会有将一份简洁的报告作为一项法定的作业处理的危险。也不应该采取过于机械的办法，而将法律分类为“积极的”或“危险的”两个方面。否则，就会给人留下就整个国际法撰写学校论文，并且附上教师评语的印象。该报告所要发挥的作用只是要改正关于国际法不成体系现象只有消极方面的原先印象。

33. 虽然他没有参加研究组的所有会议，但据他所知，从来不曾有人提到区域国际法，也不曾在报告中提到它。他不认为这个专题需要立刻审议，但是，就好像不同的司法机构作出了不兼容之决定的主题一样，委员会正确地确定了它是一个宪法问题，因此不应当由它审议，这个事项可以搁置下来。报告可以指出，委员们不拟讨论区域国际法问题。当然，遗漏任何涉及它的措辞是奇怪的。在他从事法律工作期间，关于区域国际法的价值的意见时起时伏，有时被视为特别重要，有时则有区域性的分歧，以阿亚·德拉托雷案为例，拉丁美洲法中的一些特殊内容已经以比较中性的态度被接受了。把所有国际法分类为健康的多样化或危险的不成体系是错误做法。

34. 辛马先生（国际法不成体系问题研究组主席）说，薛女士和卡特卡先生提出了一些有价值的观点。报告中出现不成体系的积极假象的原因是，

讨论历来是以哈夫纳先生进行的可行性研究：“国际法不成体系引起的危险”为出发点，不成体系现象所呈现的是消极方面。因此，这份报告忠实地反映了研究组内的讨论情况。但是，他承认，第六委员会的委员们可能不了解这个背景。因此，他将在与另一些委员进行非正式磋商以后，拟定一句案文，添加在第7段结尾。

35. 卡姆托先生说，研究组的确讨论过区域国际法问题：他本人也列举了一些示例，将世界公约与非洲区域公约作一对照，说明其差异。

36. 辛马先生（国际法不成体系问题研究组主席）提议把第7段第一部分重新拟定为：“工作组注意到国际法不成体系现象对国际法的统一和连贯引起的危险和挑战，哈夫纳先生在上文第1段中提到的报告讨论过这个问题。委员会的工作必须以对付这些危险和挑战的目标为指导方针。另一方面，研究组也认为必须……”。

经修正的第7段通过。

第8段

37. 尼豪斯先生认为，为了消除委员会需要获得第六委员会批准的疑虑，这一段应该提及已经在2000年获得的批准。

38. 巴哈纳先生说，为了比较精确地反映研究组中的不同看法，应该在最后一句中“专题”一词的结尾加上一个分号，使最后一个短语的内容成为：“据认为，在这种情形下，应该从第六委员会获得必要的明确支持”。

39. 通卡先生指出，研究组的成员和非成员都对报告提出了修正案文，他对这一点感到奇怪。他询问：这份报告应该算是研究组的报告，还是整个委员会的报告？

40. 卡特卡先生建议，在第二句中，把“明确多数”改为“大多数”；这是表示中性的标准用语。同样，第三句的开头应该修订为：“有些委员问起是否……的问题”，因整个研究组并没有共同感受到这项关切。

41. 辛马先生（国际法不成体系问题研究组主席）对将英文本中的“could（可）”改为“should（应）”是否明智，感到怀疑。使用“could”意味着于2000年获得过第六委员会批准，而“should”将意味着委员会的委员多半以为，必须由大会再度批准。

42. 主席建议，将“寻求批准”改为“寻求进一步批准”。这样一来，就可以安全地将“could”改为“should”了。

43. 科斯肯涅米先生说，除了通卡先生提出的关于由非研究组成员参加修订报告的概念问题以外，很难追踪已经提出的诸多建议。他认为，第8段应该明确：只有一些委员对这个专题是否属于委员会的任务范围感到关切，大多数委员认为，这种关切是没有理由的。他想不起来有哪位委员说过需要第六委员会的明确批准；如果有人说过这话，他将提出反对。但是，委员会不应该讨论实质性问题。

44. 辛马先生（国际法不成体系问题研究组主席）说，委员会在通过研究组报告的同时也在重新拟定案文，使它成为委员会自己的报告，因为将研究组的报告载入委员会提交大会的报告才是正确的做法。关于需要由第六委员会重新批准的问题，他清楚地记得，斯里尼瓦萨·拉奥先生提出过这个问题。对于“could”和“should”的取舍问题，他将提出新的措辞方式，以解决委员们提出的关切。可能也应该提到2000年以来的大会有关决议。

45. 薛女士在获得主席支持的情形下说，目前的措辞反映了长期工作计划工作组内的讨论情况。关于确定哪些新专题应该添加到委员会议程，已经作出了从委员会和第六委员会已经讨论过的五个专题中选择的决定。国际法不成体系是五个专题中的一个，因而已经获得第六委员会的支持。

46. 辛马先生（国际法不成体系问题研究组主席）说，为了考虑到已经表示过的意见，这一段可以修订为：“关于程序问题，有些委员问起：这个专题是否属于委员会的任务范围。但是，大多数委员认为，这项关切是没有理由的。有些委员问起：委员会是否必须寻求第六委员会的再度批准才能够审理这个专题。但是，大多数委员认为，在这种情

况下，可以获得第六委员会的必要支持。”在“再度批准”后面，可以添加一个脚注，提到大会的有关决议。

经修正的第 8 段通过。

第 9 段

47. 庞布-齐文达先生说，他未能理解这一段的基本原理。头两句看来载述了同样的意思，而第三句则提到委员会的工作应该设法阻止的后果。那是否指“国际法不成体系”引起的不良影响呢？或者是与国际法不成体系现象造成的危险有关的后果呢？

48. 尼豪斯先生提到标题的改变，着重指出，工作组的大多数成员希望避免的消极影响包含在第 9 段中所反映的“不成体系”中，与哈夫纳先生所作的报告标题中所使用的“危险”一词无关。“后果”一词看来不够恰当，因为所有法律规则都有后果。如果委员会希望指国际法的扩散或不成体系现象，它应该强调，由于使用了“危险”或者至少“困难”一词而发生了问题。要点在于：标题应该强调所要研究的内容。

49. 主席说，关键的问题不是在本文件第 1 节，而是在第 2 节，委员会可能在审查第 2 节的时候，进一步讨论这个事项。

50. 辛马先生（国际法不成体系问题研究组主席）说，庞布-齐文达先生提出的问题有道理，案文可以稍事修改来加以改善。第一句可以保持原样，第二句则可改为：“但是，研究组认为，不成体系现象不包括由于国际法扩展到新领域所产生的一些不合乎需要的后果。”在这种情形下，显然，即使研究组认为，哈夫纳报告的标题把这个问题描述得过于黯淡，不成体系现象并不包括一些不合乎需要的后果，目的是要处理这些后果。

51. 薛女士说，她同意研究组主席的提议。但是，第 7 和第 9 段概述了矛盾的论点。后者只提到不成体系的消极方面，前者则只提到积极方面。这两段的案文应该重新拟定，使它们的内容更加前后一致。

52. 布朗利先生说，他认为，“不成体系”的措辞方式已经在上次会议讨论期间被复原。因此，他同意研究组主席提议的修正，但是必须添加“may”一词，使这个句子的行文方式成为：“不成体系可指……”。这样一来，它就不会使人觉得：委员会认为，不成体系必定会有不合乎需要的后果。

53. 卡姆托先生提议将第二句修改为：“反映了与国际法扩展到新领域有关的一些后果。委员会的工作必须参照对这些后果的研究”。

54. 主席说，委员会的委员们不希望暗示“不成体系”具有不利的后果，这是可以理解的，但是，研究的目的是要设法改善不成体系的不利后果，同时考虑到必需确认它的积极结果。

55. 辛马先生（国际法不成体系问题研究组主席）提议，鉴于已经发表的意见，第 9 段第二句应该修改为：“但是，研究组认为，“不成体系”一词可包括由于国际法扩展到新领域所产生的一些不合乎需要的后果”，第三句应该挪到第 7 段结尾。

经修正的第 9 段通过。

第 10 段

第 10 段通过。

第 11 段

56. 辛马先生（国际法不成体系问题研究组主席）提议，由于若干委员强烈建议提到与引渡条约有关的人权规范，应该在第二句中的“现有国际法的矛盾规则，”后面添加“例如，引渡条约和人权规范，”等语。

经修正的第 11 段通过。

第 12 和第 13 段

第 12 和第 13 段通过。

第 14 段

57. 蒙塔兹先生说，在上次会议上，他把第14段与提议的可能研究的专题一览表挂钩。国际法不成体系是各国际法庭案例法的结果，不仅仅是对国际法规则的不同适用方式引起的，也是由对国际法规则的不同分类方式引起的。因此，第14段第二句应该改为：“或类似的国际法规则可以用不同的方式予以分类或适用……”。

58. 薛女士说，鉴于这项修正，她要撤回自己在讨论第7段期间就第14段提出的建议。

59. 池先生说，第14段第二句说，“国际法可由司法机构以不同的方式适用”。但是，解释法律的是司法机构，适用法律的却是政府的行政部门。而且，在诸如民航组织和粮农组织等专门机构中有许多立法机关，所以，只提到司法机构并不适当。应该使用包容量更大的措辞方式，例如“立法机构”。

60. 蒙塔兹先生说，第14段的基本原理是要强调司法机构的扩散，研究组已经决定不处理这种扩散问题，而只处理由司法机构的案例法引起的不成体系现象。

61. 辛马先生（国际法不成体系问题研究组主席）说，他同意蒙塔兹先生的意见，第14段的问题是司法机构的扩散；它不处理其他适用法律或制订法律的机构，例如民航组织。无论如何，国际法院将国际法适用于某些案件，所以，他从来不认为，某些法院不适用国际法。

62. 埃斯卡拉梅亚女士说，她起草了这一段，原先曾经提到“执法机制”，因为它不仅仅是适用法律的司法机构。但是，这个事项已经在研究组讨论过，据指出，问题只在于司法机构，而不在于适用国际法的机制。

经蒙塔兹先生修正的第14段通过。

第15和第16段

第15和第16段通过。

第17段

63. 蒙塔兹先生说，在最后一句中，提到在联合国举行的各国法律顾问年度会议时最好使用正式名称。

64. 薛女士说，各国法律顾问会议是没有特定名称的非正式活动。但是，应该指明，它是大会期间在联合国举行的各国法律顾问的年度会议。

65. 达乌迪先生说，由于研究组已经议定，研讨会可以在委员会工作的稍后阶段举办，本段的开头应该改为：“有人建议委员会在其工作的稍后阶段举办一次研讨会讨论不成体系现象……”，以免使人以为它与第21段中提到的一系列研究有关。他认为，研讨会应该探讨不成体系现象的主要原因，例如区域主义问题和从文化上处理国际法的问题。

66. 主席说，案文的英文本表明，研讨会只是目前的一项提议。

67. 辛马先生（国际法不成体系问题研究组主席）答复达乌迪先生说，第17段只反映研究组会议期间表达的看法。报告第二节中并没有提到研讨会。委员会应该在审议这个专题的稍后阶段处理研讨会事项。同时，他愿意为今后研讨会撰写第一个文件的提议仍然算数。

68. 达乌迪先生说，应该一开始就明确：委员会将在“稍后阶段”举办一次研讨会。

经修正的第17段通过。

第18段

69. 辛马先生（国际法不成体系问题研究组主席）说，按照逻辑，第18段应该挪到D节（工作方法和方式）的最后一段，而不应该置于E节（对于委员会工作的可能结果的看法）的第一段。

经修正的第18段通过。

第19段

70. 蒙塔兹先生提请注意英文本E节的标题与法文译本之间有出入。

71. 加亚先生提议删除“最后”一词，由于在第 19 段中增添了第二句，这个词已经成为多余的了。

经修正的第 19 段通过。

第 20 段

72. 庞布-齐文达先生说，如果如同布朗利先生所说的，“不成体系”一词已经复原，或许它也应该复苏了，由于被“多样化”取代，它已经被完全湮没了。研究组甚至不拟为它下定义，委员会应该考虑将其重新纳入这个专题的新标题，与“多样化”并列，而不是予以取代。他也对新标题中提到的“困难”的性质感到怀疑。那些困难究竟是概念性的、标准化的，还是技术性的？

73. 卡特卡先生说，按照国际责任专题情况下通过的解决方针，可以在标题之下用括号加上一个副标题，这是个恰当的折衷解决办法。因此，专题的正式名称是“国际法不成体系（国际法的多样化引起的困难）”。另一个备选办法是将“困难”改为“后果”。

74. 辛马先生（国际法不成体系问题研究组主席）说，这项提议可以接受。

75. 加利茨基先生提请注意报告第 9 段中所使用的某些措辞，他说，为卡特卡先生提议的副标题拟定的比较中性和全面的案文是“国际法的多样化和扩展引起的后果”。如果不能接受“扩展”一词，可以用“扩散”一词代替，作为比较中性的近似同义词。

76. 主席说，或许基于文化上的理由，在他听来，“扩散”一词具有极为不同的反响。

77. 辛马先生（国际法不成体系问题研究组主席）说，他强烈地主张保留“困难”一词。这样做的目的不是为了提供一个全面的概述，以数百页的篇幅，叙述国际法不成体系的积极和消极后果，而是为了帮助克服遇到的任何困难；换言之，这是他在报告第 21 段中曾经提到的“工具箱”办法。

78. “扩散”一词使他想起核扩散和其他武器的扩散。国际法会扩展；会多样化；但是，它不会扩散。物件增生扩散了，被巫师的学徒亲眼看见。法院也会增生扩散。但是，对于委员会能否起草一项关于法院和法庭的不扩散协定，令人感到犹豫。总之，“多样化”一词应该保留，无论是否另外提到“扩展”，都应该予以保留。

79. 埃斯卡拉梅亚女士说，虽然她可以同意卡特卡先生的提议，但不愿意看到案文的重点回到了不成体系现象的消极方面。她认为，比较均衡、而且也反映其积极方面的措辞方式是“国际法不成体系（国际法的多样化和扩展引起的困难）”。

80. 主席说，如无异议，他就认为委员会同意通过埃斯卡拉梅亚女士为这个专题提议的新标题。

就这样决定。

经修正的第 20 段通过。

第 21 段

81. 蒙塔兹先生提到第 21(e) 段，问起为什么规范的等级历来只限于条约法。他个人认为，为了第 14 段的一致性，最好在研究报告中处理一般国际法的规范等级问题。

82. 卡特卡先生提议，删除第 21(b) 段中的“和‘国际社会的当代关注’（虾制品案）”及其脚注。

83. 辛马先生（国际法不成体系问题研究组主席）答复蒙塔兹先生提出的问题说，“一般国际法”的措辞方式似乎排除了条约。关于卡特卡先生的观点，第 21(b) 段的第一部分提到纳米比亚意见等“有关规则”的存在；卡特卡先生对之提出问题的后一部分反映了加亚先生数度在研究组中提出的建议，即：应该添加一个短语来涵盖解释条约的人是否考虑到为反映国际社会的关注已经拟定（但并不是所有条约缔约方都明确受约束）的规则的问题。他渴望看到这个论点载于第 21(b) 段中的某些地方。但是，作为一项折衷办法，他提议：一、将短语中的引号删除；二、在英文本中将“community of nations（国际社会）”改为

“international community (国际社会)”；三、删除提到虾制品案的措辞或将其纳入一个脚注中。

84. 卡特卡先生说，研究组主席关于删除涉及虾制品案的措辞的建议，可以接受。

85. 卡姆托先生说，他在研究组中提出过的一项建议受到忽视。应该在供研究的专题一览表中增添一个关于许多司法判决交互作用和冲突的(f)分段。

86. 蒙塔兹先生支持这项提议。

87. 庞布-齐文达先生说，还需要增列一个(g)分段，以考虑到区域发展情况。

88. 辛马先生(国际法不成体系问题研究组主席)说，他觉得最近提出的两项建议有一些问题。如果这两项建议获得通过，则首先，供研究之专题的选定将不再像目前在第21段中所说的那样，参照委员会原先所做的工作；那些专题也不能与他所倡导的“工具箱”办法兼容了。其次，第14段目前说，委员会不应该处理建立国际司法机构间的关系问题。如果这些提议获得通过，“工具箱”办法将不再适用，委员会将无法避免卷入“扩散”问题。可以在报告中的某些地方(但不要在载述建议的那一节)简短地提到委员会对区域发展情况的注意，以及委员会不拟在短期内处理这个问题。他将拟定一个句子，连同关于其位置的建议，及时提交委员会下届会议审议。

89. 主席问起：鉴于本段用极为宽松的用语提到“除其他外，包括下列专题”，委员会是否同意通过整个第21段，有一项理解是，辛马先生将编写一段可以接受的案文，说明区域发展问题，以及及时提交委员会下届会议审议。

经修正的第21段全文按照这一谅解通过。

经修正的国际法不成体系问题研究组报告全文通过。

下午1时散会。

第2743次会议

2002年8月8日，星期四，上午10时

主席：罗伯特·罗森斯托克先生

出席：阿多先生、巴哈纳先生、马里先生、布朗利先生、坎迪奥蒂先生、池先生、科米萨里奥·阿丰索先生、达乌迪先生、杜加尔德先生、埃斯卡拉梅亚女士、丰巴先生、加亚先生、加利茨基先生、卡巴齐先生、卡姆托先生、卡特卡先生、卡米沙先生、科斯肯涅米先生、曼斯菲尔德先生、蒙塔兹先生、尼豪斯先生、庞布-齐文达先生、佩莱先生、斯里尼瓦萨·拉奥先生、塞普尔维达先生、辛马先生、通卡先生、薛女士。

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

(A/CN.4/L.627)¹

[议程项目6]

工作组的报告

1. 主席向委员会委员通报说，斯雷尼瓦萨·拉奥先生已同意继续担任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第二部分的特别报告员，这种责任是未能预防危险活动造成的跨界损害的国际责任。

2. 斯雷尼瓦萨·拉奥先生(国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任问题工作组主席)介绍了工作组的报告(A/CN.4/L.627)，他说，工作组在其报告中提出了有关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第二部分工作的一些准则。

¹ 转载于《2002年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第七章，C节。

3. 导言中提出了一些基本思想。首先,工作组认为,说明当前工作与委员会第五十三届会议通过的关于国家对国际不法行为的责任的条款草案²的关系很有帮助。工作组认为,国家如未履行委员会第五十三届会议通过的关于危险活动引起的跨界损害的条款草案³所规定的预防责任,就会产生责任问题。此外,鉴于可能发生损害,即使已经采取预防措施,核心问题似乎仍然是在参与造成损害的活动的不同行为者之间分配损失。即使国家一般应可自由地批准在其领土内开展所希望开展的活动,但它们也应当确保,在发生损害时,受害者可获得某种形式的补救。如果不给予此种保证,则受到损害的国家和国际社会就有可能坚持要求禁止该项活动。

4. 工作组建议将该专题的范围局限于关于预防的那部分所涵盖的活动。在这方面,还有一个达到多高的门槛才启用损失分配制度的问题。工作组一些成员认为,就关于预防的条款所商定的门槛(“重大损害”)对于专题第二部分也可能有帮助。不过,如报告第7段的脚注所反映的,工作组一些成员始终认为,提高门槛很有必要,目的是排除多种琐碎而微不足道的主张并使有关的制度侧重于大规模损害,因为此种损害可导致实质性恢复原状和补偿主张。人们认为就这一重要问题寻求各国的意见不失为明智之举。工作组还决定,研究报告将涉及个人损失、包括国家世袭财产和国家遗产等要素在内的财产损失以及国家管辖范围内的环境损失等问题。

5. 报告下一部分涉及经营人和国家在承担损失中的作用。工作组同意,原则上讲,无辜受害者不应当独自承担损失;任何损失分配制度都必须确保存在有效的激励机制,可促使所有危险活动参与者遵守预防和应对方面的最佳做法;除有关国家以外,此种制度也应当涵盖所涉不同要素,诸如私营部门、保险公司和工业部门统筹的资金。

6. 工作组认为,对活动拥有直接控制权的经营人,在任何损失分配制度中都应当承担第一赔偿

责任,因为制定工作方案、开展必要的风险研究、拟订风险管理机制和请求国家授权,都是经营人的责任。国家必须通知和通报有关各方,监测局势,必要时批准所计划的活动。另外还有一些考虑因素,尤其是关于保险制度、国家就紧急情况或意外情况以及涉及发生损害时恢复原状和补偿费用的机制所制定的规定。在这方面,工作组忆及,对于发生损害时可能最终必须承担的任何费用,经营人可能必须在内部加以消化。

7. 尽管如此,在发生较大损害的情况下,经营人或许也不能承担全部损失。工作组一些成员认为,损失的其余部分可分配给国家,国家将承担剩余赔偿责任。无论如何,在评估危险活动的风险、监测活动以确保其符合所规定的标准方面,更重要的是,在确保可能的受害者可获得有效的补救方面,国家起到了至关重要的作用。一般来说,在发生了导致大规模损害的事件时,经营人和国家各自的作用不易区分。

8. 最后,工作组认为,对处理和解决恢复和赔偿主张的程序应作更彻底的讨论。此种程序包括合并索赔的国家间或国家内机制、现有补救方法的性质、向有关法院申诉的机会和量化以及理赔程序。

9. 埃斯卡拉梅亚女士说,她完全赞同该报告,并就此作五点说明。首先,她欢迎现已确认赔偿责任不同于国家对国际不法行为的责任;其次,既然委员会已从预防的观点审查了国际责任问题,她同意所作的决定,即尽管采取了预防措施,还是应着眼于出现损害时所发生的情况;第三,她感到满意的是,工作组已承认发生损害时有几个行为者,而且国家的作用现已得到正式承认,即使工作组成员意见不一致;第四,她很赞赏报告提出了若干重要问题,并未预期委员会的讨论会产生什么成果;第五,她认为报告令人感兴趣,因为它提出了一些思路,可为委员会今后有关该专题的工作提供指导。

10. 对于发生损害时受害者可据以获得赔偿的机制,她还有一些疑问。通常来说,国际法的主体是国家;什么样的机制会允许个人在原籍国以及其他受影响国提出国际主张?委员会如能答复这类问题,也就开辟了新天地。另外,她不能确信环境

² 见第2712次会议,脚注13。

³ 见第2724次会议,脚注2。

是否应列入无辜受害者之列，因为这会使环境不适当人格化。

11. 最后，她认为应当向各国分发一份问题单，请其提供有关资料，说明国家尤其在受害者参与程序方面的做法和立场，经营人和国家在分担损失方面的作用，以及全球公域的重要性。

12. 佩莱先生说，为了处理得当，有关委员会所建议研究的这项专题，还需要有委员会本身并不具备的技术、经济和财务专门知识。从理论上讲，即使委员会有权请外部专家提供意见，这一做法也可能会有实际问题。另外，这一专题既不会有助于法规编纂，也无助于法律的逐渐发展。就其性质而言，该专题需要各国进行磋商，而委员会委员既不是国家，也不是国家代表。至于是否提出必要的经营人保险办法，建立补偿基金或制定筹资或分摊费用机制，很难看出只作为个人代表的一组专家能够承担此项任务。因此，如果委员会坚持处理一个大大超出其权限的专题，他个人认为，明智的做法是，委员会的工作仅限于提出在个案基础上可能有用的想法和选择。

13. 工作组在报告第4段中指出，特殊制度对处理这一专题具有尤其重要的意义，这样讲没有错。他们还在第14段中指出，任何剩余国家责任只在特殊情况下才有可能产生。只有在非常个别的情况下，例如由空间物体造成的损害，国家才会接受第一位赔偿责任。实际上，依据所涉活动的具体特征而商定一项协定，赔偿责任即已为各方所接受，因而很难看出委员会委员如何能够决定归纳出那类解决办法，或者如第11段所建议的那样，就制定保险计划或国家划拨资金以应付紧急和意外事件等问题作出规定。问题就在于：如果委员会决定这样去做，就国家可能承担的赔偿责任或污染者付清理费原则这类棘手的问题采取某种立场，它就可能踏入危险境地，每届会议都会陷入困境。另一方面，如果委员会决定不采取什么立场，它就可能在原地转圈，毫无进展可言。

14. 因此，如果委员会决定通过工作组的报告并将其列入委员会的报告，就应当对若干要素加以澄清或改进，当然，他对此种做法持保留态度。在英文本中，似乎副标题与第2段的措辞不一致，前者使用“liability（赔偿责任）”一词，后者用的则是

“responsibility（责任）”。如果有预防的义务，从对国际不法行为的责任意义上讲，未履行该义务实际就有“责任”问题，这完全是一个常识问题。因此，他认为，选用中性的标题较为稳妥，如“因危险活动发生跨界损害的后果”。

15. 关于文本正文，他说他很遗憾在第4段中对于存在特殊制度这一事实的后果未加以充分考虑。如果将工作组的报告列入委员会的报告，为方便读者，在第7(a)段中提及关于预防危险活动引起的跨界损害的条款草案中对危险活动的界定或许有所帮助。第11段清楚地说明了该专题无助于法规编纂。尽管有充分理由提出保险计划，并规定经营人向筹资机制作出捐款，但无论如何此种措施不在委员会的权限之内。在这一方面，第13段结尾所表达的意思不够清楚：经营人的赔偿责任是有限的还是严格的或绝对的？第14段倒数第二句讲得很清楚，即任何剩余国家赔偿责任只有在例外的情况下才应产生。不过，这一说法似乎与前一句有矛盾，前一句说，工作组的一些成员认为，在私人的赔偿责任证明是不充分的情况下，损失的其余部分应分配给该国家。他认为，国家的赔偿责任只有在磋商之后才会起作用，即使在那时，第16段所提到的合并索赔的国家间或国家内机制也不在委员会的权限之内。

16. 最后，他说，拟议专题是主权国家之间谈判的主题，无助于国际法的编纂和逐渐发展。28年来的事实业已证明委员会没有能力处理该专题，也没有任何迹象表明今后它的工作会有所改善。

17. 主席说，无论大家对该专题可能抱有何种疑问，委员会的手脚在某种程度上是受到束缚的，因为第六委员会曾呼吁委员会加紧审议该问题，甚至还为此通过了一项决定。⁴

18. 曼斯菲尔德先生提醒佩莱先生说，该专题早已列入委员会的工作方案；工作组的成员也在努力起草一份建设性报告。他认为，该报告可作为一个适当起点，推动第六委员会的讨论工作。他的意见主要是从实际角度出发：普遍达成的共识是，“预防”是十分重要的方面，只要是预防就需要有措施。

⁴ 大会第56/82号决议，第3段。

不过，无论预防可能有多恰当，要完全消除可能的损害都是不可能的，委员会之所以开展此项工作，其原因就在于此。

19. 关于这一点，有一个方面绝不能忽视：安全操作是经营人自身也极其关切的问题，因为意外事故招致修理费用、保险费增加，特别是消费者会失去信心，从而直接影响到其企业的获利能力。因此，经营人首先就会寻求管理风险，通常也会期望参加损失分担机制。不过，如果发生了损失，尽管有最佳预防措施，普遍的看法依然是，不应当只让受害者承担无法承受的损失，经营人应当承担第一位责任。因此，不宜让经营人一开始就明白，如果他们做事不妥，国家会出来收拾残局。他们如果了解这一点，管理风险的激励因素就会有所减弱。如工作组报告第14段所指出的那样，在私人赔偿责任证明不足以实现公平分配损失的情况下，剩余国家赔偿责任只在特殊情况下才会产生。如佩莱先生所指出的，这是一个十分复杂的问题。

20. 然而，无论任务有多么艰巨，他依然确信委员会可以做一些建设性工作并界定若干一般原则，即使制定保险计划不是委员会份内的事情。他之所以完全支持工作组的报告，其原因就在这里，因为该报告指出了继续推动专题工作的适当方法。

21. 佩莱先生答复主席说，他知道大会曾通过一项决定，促请委员会开始讨论该专题。不过，他认为委员会有责任首先认真审视一下自己的做法，考虑该问题是否确实在其任务范围之内。

22. 辛马先生说，委员会讨论该专题的可行性如何，他原来对此也有很大的疑问，但在听取工作组的报告之后，他感到信心有所增强。不过，至于在某一阶段是否应就经济或技术问题征求外部非法律专家的意见，他希望听一下工作组主席和曼斯菲尔德先生的意见。工作组主席在报告中并未说明关于下两届会议他有何打算。

23. 曼斯菲尔德先生说，就这一点作出任何决定都可能为时过早。情况很可能是，如果委员会开始讨论佩莱先生所提到的那类问题，无论是征求权威性意见还是就所要避免的方面寻求指导，都需要借助外部专门知识。

24. 斯里尼瓦萨·拉奥先生（国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任问题工作组主席）指出，委员会从未因技术上的复杂问题而不去研究水道或国家责任等专题，对此类专题委员会必须解决量化、权益和损害问题。在某些方面，即使委员会需要借助外部专门知识，此种援助也不应当是不可能获得的。委员会在努力解决水道问题时，世界银行就曾给予极其宝贵的技术援助。

25. 卡特卡先生说，他对佩莱先生的悲观态度不敢苟同。委员会并不是要重新做起。各个机构，包括联合国环境规划署，已就这个问题打下了重要根基，且不提前几任特别报告员所作的贡献。人们想要放弃某一问题时，其论点常常是委员会缺少技术能力或专门知识，但是，正如工作组主席所正确指出的，这一缺点并未阻止过委员会审议其在有关专门知识上可能有欠缺的问题。

26. 当然，大家知道，有关环境问题——涉及诸如石油污染、核事故或空间物体等领域——的特别制度早已建立。甚至还有若干关于环境问题的协定或公约，但有趣的是，其中许多协定或公约至今尚未生效。他想知道的是，原因是否可能在于其提出的目标过于远大，无法适当解决保险和赔偿等现实问题。希望委员会认真审查其中一些问题，以便激发会员国的兴趣。讨论这一专题，也使委员会有机会重新审议过去在可行性研究结论不利时不得不放弃的其他环境问题。

27. 关于报告，副标题在选择上尤其适当，它显示出就大会核可的这一专题而言，预防和赔偿责任这两方面之间的联系。至于研究范围，应已列入第7(c)段清单中的一个问题是“全球公域”。讲环境损害而不说损失也有好处，因为损害与赔偿的可能相关联。不过环境损害往往是不可挽回的。在许多情况下，经济赔偿并不能弥补损失，有时最好让自然过程来完成，而不是着手开展清理工作。希望特别报告员将探讨界定环境损害的问题，尽管人们对委员会缺少专门知识这一点心存疑虑。关于经营人和国家的作用，他赞同的看法是，在任何损失分配制度中，经营人应承担第一位责任，国家承担的则是剩余责任。这样处理问题，方向正确。

28. 最后，他说，尽管专家们作出了百分之二百的努力，环境退化问题始终存在。他希望，在可持续发展问题世界首脑会议不久将在约翰内斯堡召开之际，委员会将促使制定有效框架，确保环境得到挽救。

29. 加亚先生祝贺工作组主席和成员在报告中提出了各种建议。不过，工作组提出的研究报告的副标题还有点问题。委员会起草有关预防危险活动引起的跨界损害的条款草案时，是假定可产生跨界损害的活动本身是合法的，但并未排除国家在活动所在领土上有预防的义务。在条款草案第1条中，所描述的此种活动是国际法不加禁止的活动，无论有无预防的义务。因此，此种不加禁止的活动所产生的损害性后果既可因在充分履行预防义务情况下发生的活动所引起，也可因其本身为合法但构成对预防义务之违反的活动所造成。在后一种情况下，就发生了国际不法行为，因为没有履行预防义务。另一方面，法律不加禁止的以及遵照预防义务所开展的活动，尽管也造成损害，但如果列为“未能预防损失”一语所指的活动，似乎是不适当的：它给人以未履行义务的印象。因此，他建议采用较之佩莱先生的建议更加中立的措辞，可以是：“发生越境损害时因危险活动所产生的国际责任”。

30. 在报告中，工作组没有涉及委员会工作的最终成果的性质问题。委员会可能是朝着框架公约的方向努力，制定有关赔偿责任的实质性规则，无论是私人经营人的赔偿责任，还是国家的赔偿责任。只有所有国家都接受公约的约束，此种制度才是可行的。如果情况并非如此，经营人就可能面临非公约缔约国对同一损失提出的另外的权利主张。他就不会受第13段所提示的上限的保护。此外，如果不能保证在对应的情况下另一国也同样承担责任的话，国家自然都不会愿意促成有利于另一国的赔偿。明确界定此种公约的适用范围和采用管辖权规则，是说服国家接受此种文书约束的主要因素。

31. 与委员会第五十三届会议通过的有关预防危险活动引起的跨界损害的条款草案不同的是，工作组报告中所设想的规则不可能成为一般国际法规则。只有在国家受公约约束时，此种规则才适用。因此，这一做法的新颖之处不仅在于有关责任的规则中所包含的实质性要素，还在于其本身是一种尝

试，所要拟订的条约制度草案，只要大多数国家同意适用，就可能起作用。如果委员会能够承担这项任务，它就应当就所设想的最终成果作出某些澄清，以免有人认为委员会所要通过的一般规则与上届会议所通过的规则性质相同。它只能概略地描述一种制度草案，国家可根据该制度进行谈判，以便起草一项一般性条约，或与委员会目前审议的一类损害所未涵盖的方面有关的若干具体条约。

32. 卡姆托先生感谢工作组主席和各位成员，认为他们在报告中明确了侧重点，如果所有委员开始认真考虑，委员会就能够依据现有国际法律文书，就此种复杂的技术性专题开展更加深入的讨论，拟订出一套国际法原则，正如加亚先生所说的，这很可能导致制订一项框架公约。无论如何，缔约国应当就委员会的工作所要采取的最后形式问题做出决定。

33. 他支持佩莱先生提议的对报告标题的修正。不过，最好不要提及危险活动，而是提及国际法不加禁止的活动，因为我们的目的是要研究不可预见性问题，而不是没有预防问题，如委员会在上届会议上所讨论的，预防是典型的国家责任制度的一部分，与赔偿责任制度无关。说到预防无效或不充分时，它可能属于赔偿责任范畴，但在国家并未按照手段义务的要求采取所有必要措施时，这个问题也可以从典型的责任制度的观点来处理。在这种情况下，可以说有责任问题，对手段义务与效果义务加以区分，也具有相关意义。事实上，委员会打算拟订的制度草案是与国际法不加禁止的活动有关，无论其是否危险活动。

34. 报告第3段提出了不可预见性问题，人们可能要问，这个问题是否不应当与防范原则放在一起处理，假定该原则目前被视为国际法原则。委员会尽管在上届会议上并未详尽地讨论预防原则，现在也应当确定该原则与防范原则有何不同。如果防范原则现在是一项国际法规则，它就会对委员会开展研究的方式产生影响。

35. 在这一方面，应当根据卡特卡先生有关环境保护问题所提出的意见，对报告第7段中作为报告一部分供审议的三点问题做进一步的详细阐述。此外，国际法不加禁止的活动不应当只是从预防观

点来考虑，还应当全面地来看，以便不辜负第六委员会的期望。

36. 佩莱先生指出现在来质疑防范原则还不是时候，他说，委员会上届会议或许没有机会审议该原则与预防原则之间真正的联系。不过，即使关于预防的条款草案中没有列入防范原则，在评注中也提到了该原则。它很可能就是委员会可以研究的一个专题。

37. 或许工作组主席可以说明“未能预防危险活动造成的跨界损害的国际责任”作标题还是作副标题，如果作副标题的话，卡姆托先生的提议就让人摸不着头脑，因为标题已经说明专题是“国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任”。委员会为界定该专题的范围用了将近 15 年的时间。它最终决定，研究工作最初应当局限于危险活动。因此，在审议不涉及任何特定危险的活动之前，深入研究该问题较为明智。

38. 他还想知道为何英文本的标题用“loss”（“损失”）一词而不是“damage”（“损害”），为何将“损失”一词译成法语时用的是“*sinistre*”而不是“*dommages*”。

39. 卡姆托先生提请委员会注意报告第 5 段，尽管工作组承认这一事实，即各缔约国应有合理的自由允许在其领土内或其管辖或控制区内进行所希望的活动，虽说这些活动有可能产生越境损害。如果预防原则存在于国际法，则这样的句子便具有重要意义。为此，他认为或许有理由对这一原则进行审查，无论这种审查采取什么形式。

40. 通卡先生说，委员会在名词使用上应当与上届会议所用措辞保持一致，法文本中“*sinistre transfrontière*”一语应当改为“*dommage transfrontière*”。

41. 塞普尔维达先生说，他也要祝贺工作组以及主席先生，并且与曼斯菲尔德先生、卡特卡先生和工作组主席一样，他对工作组编制了一份积极的报告，并且努力另创局面，而不仅仅是提及障碍与问题而感到高兴。

42. 西班牙文本的专题标题应当与英文本和法文本保持一致。他不确定西班牙语中的“*empresa*”

一词是否与英文和法文的“operator”和“*exploitant*”相对应。还应当说明“*patrimonio nacional*”（国家世袭财产）与“*patrimonio del Estado*”（国家遗产）等词的用意。

43. 关于实质性问题，委员会必须努力找到恰当的措辞，说明参与活动的不同经营人共同分担损害造成的损失责任问题。关于这一点，有三个主要问题必须加以说明：活动是谁批准的？谁在管理该项活动？受益者是谁？国家的作用十分重要，因为必须制定适当的国内和国际制度，才可做到公平分配损失。

44. 另外，对于发生损害时国家应承担的剩余赔偿责任问题也必须加以适当研究。虽然在任何损失分配制度中，经营人必须承担第一位责任，但在有的情况下，它也不可能有能力采取相应行动，届时批准该项活动的国家的赔偿责任就必须予以兑现。最后，至关重要的是要建立诸如工作组报告第 16 段中提到的一类机构，并制定保障赔偿或补偿的有关程序，避免受害者独自承担损失。

45. 布朗利先生祝贺斯里尼瓦萨·拉奥先生同意担任专题特别报告员，他说，最初，他个人在赔偿责任问题上所持的立场与辛马先生相同，是一种近乎反对的怀疑态度。此外，关于赔偿责任专题的条款草案的早期版本给人以很多误解，这种误解很可能给第六委员会带来持久影响。一旦关于预防的工作顺利完成，他的看法也就转变，他现在转而认为，委员会可以研究若干自身独立但又相互关联的专题，它们不只是国家责任的翻版。他想成为工作组的原因之一，就是想避免使国家责任造成新的概念混淆。意识到预防专题与风险管理有关，而且委员会现已进入下一阶段的工作，做到这一点非常重要。预防专题与国家责任之所以分开处理，是因为有新的和不同的索赔依据。另外还有单独的程序，最后，还可能有多边框架协议和估量对所造成的损害的索赔的某种多边机制。

46. 庞布-齐文达先生说，这个专题说新也不新，而这种模糊性可能就是所审议的报告对其未作公平处理的原因所在，如关于专题的范围的段落所示，专题的某些方面似乎没有加以考虑，但也强调了一个事实，即制度侧重的是经营人和国家这两个

不同的行为者。这种不平等在第16段中也很明显，该段提出了报告中根本未考虑的问题，即使这些问题具有实质性意义。赔偿制度必须建立，如果“赔偿责任”一词实际上指的是赔偿，则必须将赔偿看作是履行赔偿责任。这将有助于说明工作组主席为何试图在目前所做工作与关于预防的工作之间建立某种联系，委员会已就前一专题通过了19项条款。如果情况如此，工作组的报告就需要提出两项一般性意见。第一项涉及因未能防止跨界损害而承担赔偿责任的机制的行动，而他想知道的是，从倘若违反国际预防义务则给予赔偿的观点出发，在国家的一般国际赔偿责任法律的意义上，此种机制是否不应存在。涉及解决争端问题的关于预防危险活动引起的跨界损害的条款草案第19条，几乎涵盖了可想象到的一切可能的情况，或许就在那一类规定中可以找到解决所出现问题的办法。因此，第19条应当侧重于处理专题的技术方面问题的方法。在工作组报告中，关于范围的一节不完整，应当说明关于预防的条款草案与目前所做工作之间的关系。或许特别报告员可以在其初次报告中更加详细地描述该专题的范围，把重点更多地放在与预防的关系上。

47. 工作组报告也没有对赔偿制度作出明确说明。这个问题只是一带而过，整个重点是经营人和国家。在这方面产生许多问题。例如，就经营人而言，报告第10段提到直接控制这类基本概念，但未作任何解释。“renovation”是指“*restitutio in integrum*”还是指恢复原状？这些都是需要作出某种澄清的基本问题。

48. 至于国家的作用，同对经营人的第一位赔偿责任与国家的剩余赔偿责任或第二位赔偿责任所作区分一样，区分并不言明。第14段没有指出此种区分的后果。同样，国家作为经营人的地位问题属国家国内法范畴，希望特别报告员在其初次报告中，就这一点或至少就指导作为经营人的国家的作用的主要制度给予某种提示。对于工作组报告第16段所提到的问题，也应加以详细阐述，以便委员会可就特别报告员今后的工作提出指导意见。

49. 坎迪奥蒂先生说，在西班牙文本中，括号中的专题副标题含义不清，根据加亚先生的建议，应当修正如下：“*Responsabilidad en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas*”。

至于委员会的最后工作成果可能采取何种形式，现在作出决定尚为时过早。

50. 薛女士说，无论在国内法还是国际法中，对环境的损害的赔偿责任都是一个极其复杂的问题。自联合国环境与发展问题会议（里约热内卢，1992年6月3-14日）以来，环境法发生了影响深远的变化，因此，第六委员会本应请委员会在完成其有关预防的工作之后再研究跨界损害的国际责任专题，这并不令人感到意外。

51. 主要问题是，是否能够普遍确立对环境损害的严格的赔偿责任。必须说明的是，当国家进行危险活动并可能造成跨界损害时，即使它履行了预防义务，其赔偿责任是否可能已经加大。关于这一点，委员会应当侧重于问题的两个方面：首先，关注如何制定国际法的“谁污染谁付款”原则，其次，关注国家在这方面的作用和责任。最后，跨界损害的国际责任是补偿损失和共享资源的问题；从经济方面来说，可以说是“补偿式共享资源”。这一过程不仅具有法律意义，而且还涉及政治和经济问题。例如，在核能发电、外层空间、航运和危险货物国际运输等领域，就有赔偿责任分配制度。此种制度所提供的机制可以作为委员会开展研究的依据，即使有许多机制并非国际机制，不过是区域性机制，尤其是在欧洲和北美。工作组已考虑到这些制度和以后所要处理的问题；加亚先生在这方面的意见很有建设性。无论委员会的工作成果采取何种形式，两个主要问题依然是：这些成果是否会满足各国和国际社会的需要和期望，以及各国在多大程度上将认同其为国际规则。

52. 主席指出，委员会尚未正式指定斯里尼瓦萨·拉奥先生为国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任（危险活动引起的跨界损害所造成的损失的国际责任）专题特别报告员，但它还是要作出此项任命。因此，他认为委员会确实要任命斯里尼瓦萨·拉奥先生为该专题特别报告员。

就这样决定。

下午1时散会。

第 2744 次会议

2002 年 8 月 9 日，星期五，上午 10 时 5 分

主席：罗伯特·罗森斯托克先生

出席：阿多先生、巴哈纳先生、马里先生、巴埃纳·苏亚雷斯先生、布朗利先生、坎迪奥蒂先生、池先生、科米萨里奥·阿丰索先生、达乌迪先生、杜加尔德先生、埃斯卡拉梅亚女士、丰巴先生、加亚先生、加利茨基先生、卡巴齐先生、卡姆托先生、卡特卡先生、卡米沙先生、曼斯菲尔德先生、蒙塔兹先生、尼豪斯先生、奥佩蒂·巴丹先生、庞布-齐文达先生、佩莱先生、斯里尼瓦萨·拉奥先生、罗德里格斯·塞德尼奥先生、塞普尔维达先生、辛马先生、通卡先生、薛女士。

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

(A/CN.4/L.627)¹

[议程项目 6]

工作组的报告（续完）

1. 主席请工作组主席兼特别报告员斯里尼瓦萨·拉奥先生就项目标题作一些阐述。

2. 斯里尼瓦萨·拉奥先生（国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任问题工作组主席、特别报告员）说，作为工作组报告（A/CN.4/L.627）标题一部分的括号中的措辞（未能预防危险活动造成的跨界损害的国际责任）是该项目的一个副标题。关于副标题的措辞，“未能预防”一词在工作组中引起了争论，尤其因为委员会希望避免该

项目与以往在其他议程项目下审议过的责任和禁止问题产生任何联系。因此，加亚先生建议英文本改用“in case of”一语加以代替。新的副标题因此应为“（危险活动跨界损害所造成损失的国际责任）”。

3. 主席说，如无异议，他就将认为委员会接受了建议的副标题。

就这样决定。

4. 池先生说，考虑到环境问题自 1992 年联合国环境与发展问题会议以来所具有的突出地位以及国际法在这一领域的不断发展，他强烈赞成委员会就审议的项目开展工作，以期制定一项公约。

5. 巴哈纳先生说，就委员会上届会议已经结束工作的预防危险活动造成跨界损害的分专题来说，²如果不对影响另一国领土的跨界损害责任问题进行研究，对该分专题所做的工作就是不全面的。这项工作已经得到大会的批准，³委员会没有理由不努力以条款草案的形式做出一个令人满意的结论，而且这种条款草案可以最终采取框架公约的形式，把预防和赔偿责任两个分专题结合在一起。赔偿责任问题是有益并且值得一做的事情，工作组报告为委员会进一步开展工作奠定了一个良好基础。

6. “未能履行早先关于预防的条款草案中针对国家的预防义务”就会引起国家责任，但从报告第 2 段来看，这一理解并非十分清楚。条款草案应该就此作出具体的规定；但迄今为止他还看不到有这样的规定。

7. 在第 3 段的英文本中，“prove”应该用过去时态；该段最后一句的“and”应该是“the”。在第 5 段中，“例如赔偿”的措辞应修改为“如恢复和（或）赔偿”，以便与第 10 段保持一致。他赞同第 6 段中的下列表述，即：由于该段所述的原因，该专题中不应该列入对国家管辖范围之外地区的环境造成损害的内容。

¹ 转载于《2002 年……年鉴》，第二卷（第二部分），第七章，C 节。

² 见第 2724 次会议，脚注 2。

³ 见第 2743 次会议，脚注 4。

8. 第7段中,“工作组的理解是”一语应修改为力度更强的表述方式,即“工作组一致认为”。此外,第7(b)段中“门槛”的确定应以重大损害为依据,以便与关于预防的分专题保持一致,同时也避免在确定一个适用所造成损失的分配制度的不同门槛上浪费时间。由于委员会好不容易才在“重大损害”一词上达成一致结论,要确定一个不同的门槛,可能是很难的。

9. 正如第10、第13、第14和第15段所反映的,在经营人与有关国家之间详细分配损失的问题可能是该专题中最为棘手的问题。此外,依照第14段所述的“公平的损失分配”原则和第9段宣称的关于不应让无辜受害者承担损失的原则,在所有情况下都肯定会产生剩余国家赔偿责任,而不仅仅是在例外情况下才会产生,委员会中的一些委员就持有这种看法。

10. 阿多先生说,赔偿责任专题经历了一段盛衰无常的历史,而且曾经一度陷入被人遗忘的真正危险。无论其中的原因为何,对一些委员来说,这一专题一直是一个不招人喜爱的孩子。然而,由于特别报告员对预防专题作了技巧高超的处理,赔偿责任专题又以目前呈现在委员会面前的形式复活了,而且其本身还构成了预防专题的一个自然延伸。这是受人欢迎的一种事态发展。不过,他本人是一个现实主义者,他担心该专题以现在的形式发展下去会导致各种问题。令他感到安慰的是,特别报告员的表现已经让委员会丝毫不怀疑他有能力走完前面漫长而曲折的道路。还令人感到鼓舞的是,一些从前反对这一专题的人现在也被争取过来了。最后,他愿意支持通过这项报告。

11. 丰巴先生说,虽然一些委员主张委员会应放弃审议这项专题,但这样做已经太迟了,理由是:首先,审议这项专题的请求是各国在大会第56/82号决议第3段中提出来的;第二,委员会长期以来(尽管有时不确定)一直在致力于找到处理这项专题的最佳方式;第三,预防分专题的工作已经完成,同时又有必要阐述该专题与国家责任专题之间的关系。可能会产生两种反应:或者可以认为,一切均归结为违反预防义务的问题——这样就没有再进一步讨论的必要;或者拒绝这一观点——这样就必须仔细确定,除了关于预防的分专题的结果之

外,目前的专题还得再贡献些什么。大多数委员似乎都接受了后一种观点。

12. 他本人认为,工作组的报告为进一步思考提供了很好的基础。工作组提出了用来指导委员会今后有关这项专题工作的一些可靠的原则。第3段有助于划定国际赔偿责任与国家责任两个专题之间的界限;第4段强调了有益的损失分配的概念;第6和第7段建议将该专题的其余部分的范围局限于预防专题所涵盖的同样活动;第9至第15段提出了许多有用的原则。至于第16段提到的其他问题,除非产生无法克服的技术问题,否则,它们也是值得加以审议的。总之,工作组的初步结论是朝着正确方向迈出的一步,并且在所涉及的各种利益之间达成了适当的平衡——尽管不能让这种平衡削弱拟建立的管理制度的效用。委员会现在就必须着手审议这项专题,以便对各国的期望作出积极回应。

13. 达乌迪先生说,工作组的报告表明,该专题有按各国在稍晚日期表明的愿望进一步拟订的可能性。他本来还希望在报告的导言中提及已决定把未能预防损失的赔偿责任作为一个单独问题对待。此外,报告仅深入探讨了赔偿责任可能由危险活动引起这一种情形,即涉及经营人和国家的情形。在这种情况下,国家的赔偿责任被描述为剩余责任。然而,国家本身就是经营人的情况仅在第5段和第15段结尾处间接提到过。报告应该对这种情形进行更加全面的论述。最后,第16段列举的其他问题明显属于具有极端重要性的问题。不过,委员会在这项专题上的今后工作方向将取决于各国在第六委员会中的反应。

14. 蒙塔兹先生问特别报告员,第7(c)段作为“国家遗产”提及的财产是限于有形财产,还是也包括无形财产。该问题目前已列入教科文组织的议程,因此,“国家遗产”的概念应该有更明确的界定。

15. 斯里尼瓦萨·拉奥先生(国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任问题工作组主席、特别报告员)说,工作组对这一术语的范围没有进行过详细讨论。但据认为,“财产”一词不包含某些无价的艺术品,也不包含不可能赋予精确经济价值的国家宝藏。

16. 布朗利先生说，人们一直认为，跨界损害造成的损失不应该仅限于某些形式的财产。最初的“环境”一词并不十分全面；但目前的措辞可能最终还需要作进一步完善。一些动产虽然不是国家领土的一部分，但却是国家遗产的一部分，适用它们的法律是国际公法。埃及与联合王国有关图坦卡蒙展览品运输的协议就是一个示例，柬埔寨在柏威夏寺案中提出的请求则是另一个示例，因为该案也涉及被告国运走的石柱和其他动产。

17. 卡巴齐先生说，其他委员提出的许多理由他都赞同，而且因此完全支持委员会在工作组报告内容的基础上着手这一专题的想法。他始终坚定地认为，无论由于他人的活动在哪里发生了损失和（或）伤害，也无论这种活动来源于国内还是国外，以及从事这种活动是否为了追逐所得或利润，都应该顺理成章地预期并进行对无辜受害者公平和公正的赔偿。只要这种追求所得或利润的活动有无辜的受害者，活动本身是否合法便无关紧要。从这个意义上讲，他支持并欢迎工作组的报告。

18. 主席说，根据对工作组报告的辩论所作的评估，委员会似可考虑作为对通常程序的一个例外，全文而不是逐段通过工作组的报告。

就这样决定。

工作组的报告全文通过。

19. 斯里尼瓦萨·拉奥先生（国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任问题工作组主席、特别报告员）说，在通过工作组的报告后，他要感谢所有参加讨论的委员。他们提出了十分有益的评论意见：研究这一主题的困难得到了确认，期望过高的危险也有人指出来。尽管可以做的工作还很多，但基本上已经达成了一项共识，即：应高度重视向危险跨界活动的受害者提供必要的救济、及时的公正和适当的赔偿。

20. 这一专题当然还涉及审议索赔的政策制订、经济意义和量化问题，这些完全属于管辖权和管辖地之外的问题。委员会对其中许多问题的处理是有一定限度的，因为委员会是一个自身负有任务的法律机构，在某些领域还不具备必要的专门知

识。不过，即使不具备专家的科学、经济或数学知识，律师也还是可以在法庭辩论案件时有效地谈论它们。

21. 可供集体反思的余地还很多：这项专题的工作绝不是特别报告员一个人的责任。他欢迎委员们提出的每一项建议，只要这些建议是以建设性的态度提出的。鉴于这项专题已存在 25 年以上，并且一直都受到交叉联系和不必要期待的困扰，这种建设性态度显得越发重要。就实质问题提出的许多建议都会及时得到考虑。程序事项也会发挥关键的作用，但工作组的观点是，由于长久以来实质问题总是与程序问题缠绕在一起，因此必须首先对它们进行分类，才可以进一步开展工作。一直以来也正是这样做的。

22. 他相信，在大会对这一事项进行讨论之后，执行委员会任务的进一步工作计划就会全面制定出来。

委员会的计划、程序、工作方法及其文件 (A/CN.4/L.629)

[议程项目 10]

规划组的报告

23. 坎迪奥蒂先生（规划组主席）在介绍规划组的报告（A/CN.4/L.629）时说，报告分为六个部分，分别对规划组议程上的主要问题进行了阐述。他提请注意对第 10 段的法文本和西班牙文本以及对文件所附 2003-2006 年期工作方案某些专题的标题所作的编辑修改。最后，他感谢规划组所有成员所作的努力和秘书处提供的协助。

24. 加亚先生说，在第 10 段的标题和案文中，“honorarium”应为“honoraria”。在建议纳入提交给大会的委员会第五十四届会议工作报告的该段案文最后一句中，应该在“委员会”之后加上“各位委员”一词，因为是委员而不是委员会收取其中提到的象征性酬金。

就这样决定。

25. 曼斯菲尔德先生说，规划组的报告令人满意，他现在不想重开辩论，只想提出一项建议。第7段第三句提到佩莱先生和埃斯卡拉梅亚女士在规划组提出的一项提议，其中一个方面的内容涉及使委员会委员性别代表性更加平衡的问题。虽然他了解这一提议未获通过的原因，但也许比较适宜的做法是在第7段或其他地方反映这项提议精神的某种形式的文字。这样的文字可以是：“委员会对其成员中首次出现两位女性表示欢迎，并赞赏地注意到她们在新的五年任期的第一届会议上所作的贡献。委员会还欣慰地注意到，获得业经认可的国际法任职资格的妇女人数一直在增加。委员会认为，这一发展情况有可能在下一个以及随后的五年任期的提名和选举过程中体现出来。”这一提议不载有任何实质性内容，只是陈述了他认为会反映委员会感想的一系列事实。

26. 斯里尼瓦萨·拉奥先生说，他虽然欢迎并支持这项提议，但还认为，委员会不应该把这两名女委员单独提出来加以表扬。她们是凭借自身的实力加入委员会的，她们的参与让委员会的工作锦上添花。委员会妇女人数的增加将会是受人欢迎的一种发展情况。

27. 卡巴齐先生说，他支持曼斯菲尔德先生的提议，该提议在事实上是完全正确的。他也同样认为承认妇女成为委员会委员和她们所作的贡献十分重要。

28. 辛马先生说，他强烈支持曼斯菲尔德先生及时提出的提议。另一方面，他还同意工作组主席的看法，即单独表扬女性委员也许有那样一点显示优越感的意思。因此，也许应该把曼斯菲尔德先生提议的这一部分案文删除。

29. 卡特卡先生在对曼斯菲尔德先生提请注意佩莱先生和埃斯卡拉梅亚女士提出的问题表示赞赏时说，他也提出过一个关于主席团席位按地域分配办法轮流担任的提议，该提议也同样反映在规划组报告第7段。在每个五年任期开始时，委员会主席来自一个特定区域组，而在任期结束时，主席来自另外一个特定区域组，这一点似乎没有逻辑上的依据。没有人支持他的这项提议——他一直认可的一种保守立场。

30. 他虽然赞同曼斯菲尔德先生的提议，但他还是倾向于看到该提议提及“几位女性”，而不是“两位女性”，以便与联合国关于不提及赞成或反对一项提议的发言人人数的做法保持一致。该提议的范围还可以扩大，指出委员会增加女性委员的做法是将两性平等观点纳入主流以反映当今世界现实的第一步。

31. 奥佩蒂·巴丹先生说，他不想贬低曼斯菲尔德先生提议的优点，但他同意工作组主席和辛马先生的发言。如果由于法学家素质以外的任何其他原因来祝贺委员会中的女性委员，这种做法是相当傲慢的，实际上是一种荒唐可笑的行为。她们的到来应该看作是一种新的发展情况，仅此而已。

32. 佩莱先生说，曼斯菲尔德先生的提议的第二句确实有一种恩赐的态度，并带有家长式的作风。至于其余案文，委员会有充分的理由对妇女成为委员表示欢迎，但他不好说规划组的报告是否真的是表达这种情感的最佳场所。规划组报告的第7段应保留不变，曼斯菲尔德先生的提议放到委员会向大会提交的关于第五十四届会议工作报告的其他地方。

33. 令人遗憾的是，规划组不仅没有论及他关于性别代表平衡的提议，而且也没有论及他关于委员会委员部分改选的提议。他继续认为，部分改选比目前的全面改选更可取，顺便说一句，全面改选似乎已经在本届会议上引发了一些问题。

34. 卡姆托先生说，他支持委员会对两名女性委员参加委员会工作表示赞赏并希望她们的选任将是一个新趋势的开始。不过，建议的案文有点过头，可能会产生负面影响。提名妇女作为候选人属于各国的主权权利，委员会不应该干预各国对候选人的选择。

35. 布朗利先生说，他并不强烈反对曼斯菲尔德先生的提议，但完全赞同卡姆托先生的意见，该提案听起来确实有点居高临下的感觉。报告应简单地表明，委员会满意地注意到妇女参加了委员会的工作，并敦促各国政府今后提出候选人时考虑到这一新的发展趋势。

36. 加利茨基先生说，他支持曼斯菲尔德先生提议的实质内容，但觉得形式略有不足。应该由委员会而不是规划组来对妇女参加委员会的工作表示满意。因此他同意佩莱先生的意见，即该案文应放到委员会向大会提交的第五十四届会议工作报告的其他地方，也许在“其他事项”的标题之下。

37. 巴哈纳先生说，他同意加利茨基先生和佩莱先生的意见，即规划组报告不是一个列入曼斯菲尔德先生提议的案文的合适地方。他对第一句表示认可，但希望还是不要加上最后两句。还要记住的是，本届会议一开始就对妇女加入委员会表示了欢迎。

38. 埃斯卡拉梅亚女士说，她是对第 7 段间接提到的佩莱先生的提议表示支持的少数几个人之一，不过该项提议由于缺乏支持最后被撤回，后来她还曾试图提出一项对《委员会章程》第 8 条的修正案，以敦促有选举权的人记住向委员会提名的一些标准，包括性别平衡标准，因此，她热烈欢迎曼斯菲尔德先生的提议。不过，可以在其措辞中发现某些缺陷：提到女性新委员所作的贡献也许并非所有委员都表示认可，但无论如何，表露出的感情似乎有点屈尊俯就的意思，好像是说委员会主要是一个男人的机构，这个机构对男人正在进行评价的作为外来者的两名女性表示欢迎。第二句提及获得在国际法领域得到认可的任职资格的妇女人数一直在增加，这种提法不一定准确：很可能一直就有许多这样的妇女，但她们却没有任职的机会，因为她们首先必须有机会获得各国向委员会的提名。最重要的一句是最后一句，该句说妇女作用的加强有可能体现在下一个以及以后的五年任期的提名和选举过程中。她希望这不是一个革命性的评论，而只是陈述事实。在一个妇女人数事实上超过男人的世界上，委员会应该跟上形势的发展。她提请注意国际刑事法院法官的选举规则：在有某个最低数量的女性候选人时，必须选出六名女性法官。至于经过修正后的曼斯菲尔德先生的提议放在报告的什么地方，她认为是可以找到某个适当位置的，也许就放在结论当中。她非常感谢曼斯菲尔德先生所做的努力，并对其工作表示赞赏。

39. 卡米沙先生赞赏埃斯卡拉梅亚女士的发言所表现出的智慧和尊严。就他本人来说，他很高兴委员会中有了女性委员，但他认为报告没有必要强

调这一事实。两名女性只不过和其他人一样都是委员，在委员会内发挥各自适当的作用。太强调她们的作用就会给人以傲慢的印象。活跃在各个国际机构中的妇女越来越多，这是一个无法回避的事实——他对此表示欢迎，委员会也应该认可这是一种正常的发展现象。因此，他赞同埃斯卡拉梅亚女士的意见。

40. 庞布-齐文达先生指出，两名女性委员并未寻求任何特别照顾或承认。她们应该而且有权只被作为委员会的委员对待。他认为曼斯菲尔德先生的提议完全不当，因此也无法支持通过该项提议。如果在第 7 段第三句结尾处加上以下措辞，就可比较真实地代表委员会内部的想法：“以便扩大 2001 年委员会成员改选时开始的趋势”。

41. 辛马先生表示坚定地倾向于保留曼斯菲尔德先生及经过修正后的提议，而不是庞布-齐文达先生刚才的提议。他本人对该提议应出现在何处也有些困惑。规划组的报告显然不是合适之处，但他又不愿意看到该案文埋在“其他事项”这一没有个性的标题之下。这一问题十分重要，完全值得单列一个条目。

42. 主席说，该提议的案文可以放在议程项目 13（其他事项）的一个小标题下，这样比较符合它所处位置的逻辑，而且不会轻视这一问题。

43. 薛女士说，应立即结束这项讨论：她越听越觉得她自己到了一个男人的世界。问题当然不是委员会在“欢迎”女性委员；而是妇女和男人一样在完成自己的工作，而没有时时刻刻意识到自己是处在男人世界中的女人。妇女当选不是因为她们的性别，而是因为她们能够胜任。第 7 段目前的措辞是不适当的，因为它未能准确说明提出了什么样的措施来使性别代表性做到更加平衡；妇女团体会因为“实际上执行起来极其困难”的措辞感到失望。因此，她热烈欢迎曼斯菲尔德先生的提议，不过，她认为不妨赞美地提到两位妇女尚未被提及的表现：这两名女性委员和其他委员一样在认真地履行她们的职责。

44. 主席说，他发现委员会内部大多同意以修正案的方式通过曼斯菲尔德先生的提议，但该提议

应放在委员会报告的另一部分中。他建议曼斯菲尔德先生拟订建议的修正案，并考虑案文放在哪里最合适。他的上述发言得到了通卡先生的附议。

45. 卡姆托先生在提到第8段第二句时说，从历史的观点来看，“小型辩论”是委员会工作方法中的一项创新的说法并不完全准确。1950年代条约法讨论情况摘要表明，这一做法在那时就已经存在。

46. 主席说，“创新”一词是可以接受的，因为小型辩论偏离了原来事先安排发言的做法。小型辩论可以让委员们对发言的特定部分迅速作出答复，并在单独某一观点提出后立即提出与其有关的事实、议题或问题，而不用等到其他发言人就一项目全部发言之后。

47. 卡姆托先生说，恕他直言，他有书面证据证实他刚才提到的历史观点。

48. 佩莱先生说，为了充实第6段的基本内容，他赞成加上这样一句：“在目前阶段，所开展的工作纯属初步性质。”否则，工作组就拿不出多少能够显示出进展的东西了。他愿意第7段不作修改予以保留。关于第8段提及的“小型辩论”，卡姆托先生在某种程度上是正确的：在很早的过去，在委员会只有11名委员的时候，就已经开始了“小型辩论”。但这项做法后来完全废弃了。因此，第8段说这是一项创新也是公平的。关于第10段，他支持加亚先生的意见，即规划组起草的案文的最后一段应为“委员会的委员们还关注……”。法文本中不会出现“honorarium”复数的问题，但由于象征性酬金只有1美元，比较适当的做法可能是采用单数。

49. 卡姆托先生建议，为了做到完全准确，可以在第8段“委员会工作方法”中间加上“最近的”一词。

50. 坎迪奥蒂先生（规划组主席）说，第6段的英文本已经满足了佩莱先生所表示的关切，因为它使用了“进度报告”一词。第10段建议案文最后一段开头的措辞应改写为“委员会的委员们”，他赞成这项建议。

51. 辛马先生表示关注的是，附件转载了一些缩略语，如IL为“国际法”，这是他为稍后再打字

而匆匆写下的；他手书的“条约”一词也被误读和误打为“通知”了。

52. 主席确认，可以把这几条看作是编辑上的小改动，辛马先生可以进行修改，不用再提交委员会。然后他说，他认为委员会希望通过经过修正的规划组报告。

经修正的规划组报告通过。

与其他机构的合作（续完）⁴

[议程项目11]

欧洲委员会观察员的发言

53. 主席热烈欢迎欧洲委员会国际公法法律顾问委员会（公法顾委）秘书拉斐尔·贝尼特斯先生，并请他在委员会发表讲话。

54. 贝尼特斯先生（欧洲委员会观察员）表示很高兴与新任命的各位男女委员见面，然后他提请注意已经发给各位委员的欧洲委员会题为《依法共同努力建设欧洲》的小册子，其中概述了理事会在法律领域开展的广泛的活动情况。在欧洲委员会的网址上也可以查阅文件。

55. 各位委员可能非常关注近来的一系列事态发展。波斯尼亚和黑塞哥维那已经于2002年4月24日加入欧洲委员会，从而成为本委员会第44个成员国，摩纳哥和南斯拉夫联邦共和国也正在申请成为委员会成员；在后者的申请问题上正在取得相当快速的进展，希望它很快就会加入。另一项事态发展是《欧洲人权公约关于在所有情况下废除死刑的第13号议定书》于2002年5月在维尔纽斯开放签署；33个成员国签署了议定书，并且有3个成员国第一天就批准了该项议定书。部长理事会通过了《儿童接触公约》，该公约将在预定于2002年10月召开的欧洲家庭法会议上开放供签署。还值得一提的是，2002年6月3日和4日，在西班牙圣地亚哥-德孔波斯特拉成功地举行了关于欧洲委员会对欧洲联盟共同体法律所作贡献问题国际会议。

⁴ 续自第2739次会议。

56. 公法顾委由国际法委员会的一名委员通卡先生担任主席，它汇聚了欧洲委员会44个成员国外交部长的法律顾问以及观察国和国际组织的众多代表，其任务之一是作为对国际条约所作保留的欧洲观察站行事。这项工作业已证明极为重要。它有助于在有关国家之间展开对话——在对成员和非成员都可以参加的条约提出保留的情况下；在某些情况下还有助于了解特定保留背后的原因。有时，提出反对的必要性得以避免，或者保留得以修改或者撤销。以相当大的兴趣密切注视这项活动的不仅有学术界，而且有各国政府，最近还有欧洲委员会的许多政府间委员会，包括负责监督欧洲委员会人权领域文书执行情况的一个委员会。部长理事会颁布了公法顾委的特别职权范围，以有助于通过观察站开展打击恐怖主义的斗争。

57. 2001年，公法顾委开始研究有关国家豁免问题国家实践的实验项目。第一步就是收集国家实践的详细资料，包括法院判决、行政部门决定和立法规定。人们希望第一阶段于2002年底之前结束。在国家元首和政府首脑以及某些类别的高官豁免的问题上也开展了工作。不过，继国际法院对逮捕证案作出裁决之后，由于某些相关问题已经得到解决，已经决定停止这一讨论；这项研究将在今后适当时机恢复。公法顾委还不断地回顾国际刑事法院、前南斯拉夫问题国际法庭和卢旺达问题国际法庭的发展情况，以及武装冲突受害者问题专题。最后，公法顾委极为珍视与国际法委员会之间的关系。两个机构的成员相互参与对方机构工作就证明了存在这种互利关系。希望这种关系将会继续发展下去。

58. 在欧洲委员会的一般性活动中，反腐败斗争具有特别的重要性。反腐败国家集团——一个向成员国和非成员国都开放的扩大的局部协议，正在不断扩大范围；继马耳他、荷兰和葡萄牙加入之后，成员国数目已经达到34个。在这方面还要指出的是，美国也是成员国之一。这一领域国际文书的加入数在不断上升。《反腐败刑法公约》有28个国家签署，并有13个国家已经批准，而《反腐败民法公约》有25个签署国，并有6个国家批准。在生物伦理学领域，《在生物学和医学应用中保护人权和人类尊严公约》已经得到18个成员国的签署和12个成员国批准。该公约《禁止克隆人的附加议定书》已

有19个国家签署和10个国家批准。该公约《有关人体器官和组织移植的第二项议定书》已于2002年1月开放供签署，并且有7个国家已经签署。该公约及其第一项附加议定书是迄今为止在生物伦理学领域出现的唯一一项国际文书，已经分别于2000年12月1日和2001年3月1日生效。

59. 大西洋彼岸最近的事态发展表明，欧洲委员会的法律合作活动与国际社会主要问题提出的要求是完全一致的。一个示例——也是这个领域唯一示例——是《网络犯罪公约》，该公约于2001年11月开放供签署，签署国已经达到32个，其中包括密切参与公约谈判的4个非成员国。事实上已经越来越出现这样一种趋势，即欧洲委员会的国际文书开放供委员会的非成员国加入。该公约关于对通过计算机网络实施种族主义或排外性质的行为定罪量刑的一项附加议定书草案，也已经得到相关工作机构通过，目前已提交部长理事会。但愿该议定书于2002年年底获得通过。

60. 欧洲委员会一直在开展活动打击对儿童的性剥削现象，部长理事会则于2001年10月31日通过了关于保护儿童不受性剥削的第(2001)16号建议，对1991年的第(91)11号建议作了更新，其中考虑到了《网络犯罪公约》中关于儿童色情问题的规定。欧洲委员会还积极参加了2001年12月17日至20日在横滨举行的第二次禁止对儿童的商业性剥削世界大会。

61. 2001年10月4日和5日在莫斯科召开的第二十四届欧洲司法部长会议按欧洲标准审查了司法裁决的执行情况。鉴于发生了2001年9.11事件，会议的议程有所扩大，包括了关于如何加强合作打击国际恐怖主义的讨论。最后通过了三项重要决议：第1号决议关于打击国际恐怖主义，第2号决议关于长期判决的执行情况，第3号决议关于有效执行司法裁决的一般途径和手段。

62. 2001年9月12日，欧洲委员会部长理事会发表了一项声明，谴责以极端武力实施的恐怖主义攻击行为，并对受害者表示同情。部长理事会还开始审查在其专长范围内利用其专有技术和其他国际组织的力量可以采取的具体行动，包括建立专门机构处理这一问题。由于部长理事会本身具有的多学

科性，因此，在其内部达成了广泛共识，即：为了解决新形式的恐怖主义带来的问题，必须采取全盘解决的办法，其中涉及的问题领域有刑事、民事、商事和行政法律以及所有其他法律事项。这样，成立一个多学科小组就成了完成这一具有紧迫性的根本任务的最好办法，当然这一小组也要考虑到其他相关机构的活动。因此，2001年11月8日，部长理事会决定采取措施提高欧洲委员会与打击恐怖主义相关的现有国际文书的有效性，成立国际反恐主义行动跨专业小组，并通过了该小组的职权范围。国际法委员会委员之一加利茨基先生也是跨专业小组的成员之一。

63. 跨专业小组有两项主要任务：审查欧洲委员会打击恐怖主义文书特别是《欧洲制止恐怖主义公约》的执行情况，并探讨更新这些文书的可能性；就欧洲委员会为促进打击恐怖主义斗争可以有效落实的行动编写进度报告，同时考虑到欧洲联盟开展的工作。

64. 上述进度报告提交给了2002年5月2日和3日在维尔纽斯召开的部长理事会第110届会议，会议最终确定了有待深入研究的各种问题，包括实体刑法、特别调查技术、资助恐怖主义行为、保护证人、加强互助的国际执法合作和保护受害者，采取的办法是修改《欧洲暴力罪行受害者赔偿公约》的运作方式。

65. 关于欧洲委员会相关条约的审查问题，跨专业小组审查了《欧洲制止恐怖主义公约》，并于2002年5月接到了拟订修正议定书草案的正式授权，该议定书将在2002年10月召开的跨专业小组下次会议上通过，于11月提交欧洲委员会部长理事会，并在2002年年底开放供签署。

66. 蒙塔兹先生感谢欧洲委员会观察员就欧洲委员会的工作作了十分全面的报告，并对欧洲委员会活动的广泛多样性表示祝贺。他说，他很关心国家首脑豁免的问题。他知道这一事项已经列入公法顾委的议程，但由于等待国际法院对逮捕证案的判决，该项工作已经中止了。他很想知道公法顾委是不是已经重新开始工作，以及决定中止是不是为了避免公法顾委内部的一般趋势与国际法院有关外交部长履行公务享有豁免的结论之间可能发生抵触。

67. 辛马先生在谈到管辖豁免时询问，欧洲委员会汇编国家管辖豁免实践的项目与联合国正在开展的工作之间是否进行过任何协调。还有，关于欧洲委员会打击恐怖主义的努力，他注意到，欧洲委员会是确保人权在各成员国境内得到尊重的机构，尤其是《欧洲人权公约》的守护者。他有这样一种印象，即一些内政部长利用2001年9.11事件实施影响公民及境内外国人基本权利的立法，他很想知道，除了《欧洲人权公约》各机构之外，欧洲委员会还有没有其他机制能够在侧重政治的层面监督成员国所采取的行动是否符合该公约的规定。具体地讲，欧洲委员会是否认为，就成员国的反恐主义措施而言，并非所有成员国都是根据第15条行事的。

68. 池先生说，有必要知道的是，《反腐败刑法公约》、《反腐败民法公约》和《远距离越境空气污染公约》是否得到了成功落实，目前是否正在执行其中的规定。此外，有没有任何案例说明，在履行欧洲各项公约与《联合国宪章》的义务之间是否出现过冲突——这是《宪章》第一百零三条所涉及的事项。

69. 贝尼特斯先生（欧洲委员会观察员）在回答蒙塔兹先生提出的问题时说，大约在两年前，公法顾委开始根据各国提出的意见讨论豁免问题。随后，国际法院做出了对逮捕证案的判决，其中解决了公法顾委一直在讨论的一些问题。因此，公法顾委决定留意法院的判决，并中止了对该问题的审议，但并未排除今后某个时候再来着手讨论这一问题的可能性。

70. 至于辛马先生提出的管辖豁免问题，公法顾委开展的活动的目的之一就是对联合国的工作作出切实贡献，因此，对有效协调问题是高度重视的。在这方面，公法顾委2001年在设计方案的时候就与哈夫纳先生进行过非正式的意见交换，并邀请哈夫纳先生出席了公法顾委9月召开的会议，该次会议披露了有关该方案第一阶段的信息（收集材料）。

71. 在开展有关反恐主义斗争的活动方面，欧洲委员会寄希望于所有国际组织和欧洲委员会其他相关机构尤其是欧洲人权法院开展的工作，在政

府间一级，则寄希望于部长理事会下设的、负责实施欧洲委员会在这方面活动的人权指导委员会开展的工作。2001年9月11日之后，部长理事会决定成立一个恐怖主义和人权问题专家工作组，委托它完成的任务是起草在打击恐怖主义的同时遵守欧洲委员会人权保护标准的指导准则。这些指导准则已经由部长理事会于2002年7月通过，并已得到国际反恐怖主义行动跨专业小组的采用。该小组目前还在考虑来自部长理事会其他委员会如数据保护专家委员会的投入。欧洲委员会对成员国可能停止执行《欧洲人权公约》的情况定期进行监测，公法顾委本身也定期审查对国际条约的重要保留包括对欧洲各项公约的保留情况。在这方面，公法顾委讨论了成员国从通过新立法的必要性角度提出的保留。部长理事会由各成员国的外交部长组成，负责处理政治性较强的问题。

72. 池先生就欧洲委员会通过的各项公约缺乏监督或执行机制提出了各种问题。这确实是一个问题，欧洲委员会也承认，如果国际条约不包括监督各国所作承诺的具体机制，则继续编撰国际条约就没有任何意义。不过，欧洲委员会也有好几项公约规定了具体的监督机制。最重要的示例有《欧洲人权公约》及其13项议定书，负责监督的机构是欧洲人权法院。目前正在努力让起草的各项欧洲新公约都规定这样的监督机制。

73. 腐败问题是国家运转中的核心问题。欧洲委员会在这一领域开展活动是相对较新近的事，可以追溯到1992年。自那时以来，欧洲委员会通过了两项国际公约，即《反腐败刑事法律公约》和《反腐败民事法律公约》，还通过了第(97)24号决议，载有20条关于反腐败斗争的指导原则，以及通过了关于公职人员行为守则的第(2000)10号建议。对此进行监督的机构是反腐败国家集团，它负责监督协议签署国遵守上述指导原则和相关公约的情况。这项努力似乎卓有成效，尤其是民间社会对反腐败国家集团在各成员国进行的一轮又一轮的评价给予了大量关注。

74. 卡姆托先生说，他很想知道反腐败国家集团是否汇编国家实践的具体内容，以及是否查到过欧洲联盟范围内或其他地方发生的、在国家管辖范

围内执行的例如涉及公司的腐败案件。国际媒体就曾经披露过涉及一些国家元首的腐败案件。

75. 贝尼特斯先生（欧洲委员会观察员）说，反腐败国家集团的任务不是审查国家管辖范围内发生的具体腐败案件。它的任务是审查国家的立法、立法的实施以及所有行政和司法机构对腐败现象作出有效反应的程度。反腐败国家集团每年都会从20项指导原则中挑出一些作为依据，对各国是否已经制定了允许它们得到实施的立法或制度进行审查。例如，在第一个评价周期，反腐败国家集团审查了成员国的公诉人制度，审查他们是否拥有足够的独立性，能够确保腐败案件在没有政府当局干预下得到有效起诉，尤其在有关个人占据重要公职地位的情况下。对议会豁免问题也进行了审查，以考察其是否成为起诉某些被控犯有腐败行为的人的一个障碍。

76. 主席感谢欧洲委员会观察员所作的极为引人关注的报告。

下午 1 时散会。

第 2745 次会议

2002 年 8 月 12 日，星期一，下午 3 时

主席：罗伯特·罗森斯托克先生

出席：阿多先生、巴哈纳先生、马里先生、坎迪奥蒂先生、池先生、科米萨里奥·阿丰索先生、达乌迪先生、杜加尔德先生、埃斯卡拉梅亚女士、丰巴先生、加亚先生、加利茨基先生、卡巴齐先生、卡姆托先生、卡特卡先生、卡米沙先生、科斯肯涅米先生、曼斯菲尔德先生、蒙塔兹先生、奥佩蒂·巴丹先生、庞布-齐文达先生、斯里尼瓦萨·拉奥先生、罗德里格斯-塞德尼奥先生、辛马先生、通卡先生、山田先生。

国际法委员会第五十四届会议工作报告草稿

第五章 外交保护

(A/CN.4/L.619 和 Add.1-6)

1. 主席请委员们从关于外交保护的第五章开始审议报告草稿。他建议委员会首先审议该章 C 节。

C. 委员会暂时通过的外交保护条款草案第 1 至第 7 条案文及其评注

(A/CN.4/L.619 和 Add.2-5)

第 1 和第 2 段 (A/CN.4/L.619/Add.2)

第 1 和第 2 段通过。

第一部分：一般原则

第 1 条 (定义和范围)

第 1 条通过。

第 1 条评注

第 (1) 至第 (5) 段

第 (1) 至第 (5) 段通过。

第 (6) 段

2. 加亚先生提议删除“虽然与外交保护类似”的措辞，并对该句其余案文做相应的修正，以免留下职能保护也不可能涉及到国家的印象。例如，国家可以在武装部队中雇佣非国民。

经修正的第 (6) 段通过。

第 (7) 段

第 (7) 段通过。

第 (8) 段

3. 达乌迪先生说，在非正式磋商期间，特别报告员提交了一份关于船员的外交保护的报告，但

他不能确定第 (8) 段最后两句是否准确地反映了非正式磋商在这一方面的结论。

4. 杜加尔德先生 (特别报告员) 说，他打算拟定一份关于船员的外交保护的报告提交下届会议。正如达乌迪先生所指出的那样，第 (8) 段结尾处的文字没有反映出非正式磋商期间对关于这一问题的条款所表示的支持。

5. 埃斯卡拉梅亚女士说，她同意达乌迪先生的评论意见，而且很奇怪居然没有提到就特别报告员提交的文件进行的长时间磋商的结果。

6. 通卡先生说，该评注旨在解释条款的案文，而不是要说明委员会今后的打算。因此他提议删除第 (8) 段最后两句，而且在回到这一问题之前，特别报告员应该提交一份报告，委员会将就这一报告做出决定。

7. 主席说，非正式磋商是委员会内部工作的一部分，是为了便利委员会和特别报告员而进行的。如无异议，他就将认为委员会同意通卡先生的提议。

就这样决定。

经修正的第 (8) 段通过。

第 2 [3] 条 (行使外交保护的權利)

第 2 [3] 条通过。

第 2 [3] 条评注

第 (1) 段

8. 佩莱先生提议删除第二句中“比较审慎地”的措辞，因为常设国际法院一字不差地采用了瓦泰尔著作中的措辞。

9. 通卡先生说，为了忠实地反映瓦泰尔著作中的内容，应该在第一句“损害”一词前面加上“间接”一词。

经修正的第 (1) 段通过。

第(2)段

第(2)段通过。

第(3)段

10. 通卡先生说，第一句结尾处的“受到限制”一词不太恰当，因为作为程序的一部分行使的任何权利都必须遵守这一程序。因此他提议第(3)段应该修改为：“一国行使外交保护的权力须受本条款规定范围的支配。”

11. 杜加尔德先生（特别报告员）说，他同意通卡先生的评论意见，但认为应该把第(3)段修改为：“一国行使外交保护的权力只能在本条款规定的范围内行使。”

就这样决定。

经杜加尔德先生修正的第(3)段通过。

第二部分：自然人

第3 [5] 条（国籍国）

第3 [5] 条通过。

第3 [5] 条评注

第(1)至第(3)段

第(1)至第(3)段通过。

第(4)段

12. 佩莱先生说，倒数第二句含糊不清，应该加以修正，因为通过婚姻自动取得国籍只有在属于歧视性的情况下才违背国际法。

13. 主席建议通过删除提到夫妻的字眼而仅仅提及“配偶”的办法来解决这一问题。

14. 杜加尔德先生（特别报告员）说，他准备修改这一句，并问佩莱先生是否有修改建议。

15. 佩莱先生建议下列措辞：“如果与一国民结婚导致自动取得国籍，在这种取得国籍的方式存在歧视性的情况下，在其是否符合国际法方面可能会发生问题。”

16. 埃斯卡拉梅亚女士说，她不完全同意佩莱先生的观点。如果自动取得国籍确实存在歧视性，并因而只在涉及妇女的情况下才违背国际法，那样，由于与国籍没有任何关系的婚姻等行为而强加国籍的事实就违背了人权的基本原则，而无论所涉及的是男人还是女人。

17. 通卡先生说，他也有同样的疑虑，但考虑到评注第(7)段提到了《消除对妇女一切形式歧视公约》第9条第1款，因此讨论中的这一句不应该加以修正。

18. 巴哈纳先生说，如果有关人员同意的话，国内法规定自动取得配偶国籍如何就违背了国际法，这一点是不明确的。他因此赞成修正倒数第二句。

19. 奥佩蒂·巴丹先生说，至少在西班牙文本中，最后一句应该加以修正，因为国家并不取得国民；个人才取得国籍。

20. 佩莱先生注意到法文本中也出现了这个问题，他建议把最后一句开首的文字修改为：“个人可以由于……取得国籍”。关于通过婚姻自动取得国籍，他提议按主席所做的那样把该句修改为：“当与一国民结婚导致配偶一方自动取得另一方的国籍时……”。

21. 坎迪奥蒂先生建议，在第三句中，应该删除“与一国民”的措辞，第四句也要做同样的修改，然后按主席和佩莱先生所说的办法修改案文。他提议最后一句采用下列措辞：“国籍还可以由于……而取得”。

22. 加利茨基先生说，委员会对概括性如此关心，也许在创造某种不可能的东西。实际上他没有听说过国内法规定丈夫自动取得妻子国籍的任何示例。如果没有人能告诉他这方面的示例，他会继续支持保留特别报告员建议的措辞，因为该措辞符合实际情况。

23. 蒙塔兹先生说，提到《消除对妇女一切形式歧视公约》第9条第1款的文字忠实地反映了起草委员会的讨论情况。之所以出现问题，都是由于其他人权文书没有有关男子的相应条款的缘故。

24. 卡姆托先生说，坎迪奥蒂先生的提议将会解决问题，可取的做法是采用较为笼统的措辞，因为虽说通过婚姻自动取得国籍确实通常只涉及妇女，但委员会不能声称了解所有国家国内法所载的有关这方面规定的内容。

25. 主席建议采用坎迪奥蒂先生建议的措辞，脚注20增加“例如，见……第9条第1款”的措辞。

就这样决定。

经佩莱先生和坎迪奥蒂先生修正的第(4)段通过。

第(5)段

26. 庞布-齐文达先生说，第三句的措辞太绝对。在很多情况下，居所并不足以证明国籍。最好说居所构成国籍的证明。

27. 杜加尔德先生(特别报告员)说，他同意庞布-齐文达先生的评论意见。

经修正的第(5)段通过。

第(6)段

28. 卡姆托先生说，第一句的措辞实际上并不正确，因为在诺特博姆案中，是由国民而不是国家来证明有效的联系。他提议把这一句修改为：“第3(2)条不要求像在诺特博姆案中那样证明国家与其国民之间存在有效联系。”

29. 庞布-齐文达先生说，他同意卡姆托先生提议的措辞，但由于必须牢记国家的作用，所以应该在“证明”一词之前加上“由国家”的措辞。

30. 佩莱先生在提到他同意庞布-齐文达先生的评论意见时说，确实应该由国家来证明存在有效

联系，因为国际法院只受理涉及国家的案件。鉴于委员会内部在这一问题上没有一致意见，他提议在第二句的前面加上以下措辞：“尽管委员会内部在该判决解释问题上的意见存在分歧……”。

31. 杜加尔德先生(特别报告员)说，他同意佩莱先生的意见：第一句是正确的，应该保留它的措辞。对第二句建议增加的内容正当合理。

经修正的第(6)段通过。

第(7)和第(8)段

第(7)和第(8)段通过。

32. 佩莱先生说，对第3[5]条的解释相当奇怪，因为第2款论述的是自然人，而且不可能因此指望还会有一款来论述法人。他提议评注加一个第(9)段，表明委员会保留为该条增加一个第3款的权利。

33. 杜加尔德先生(特别报告员)指出，第1条评注的第(4)段解释说，“‘国民’一词既包括自然人，也包括法人”，“本条款草案稍后部分……在必要情况下，分别处理这两个概念。”

34. 佩莱先生说，这是一个结构问题，而且由于第3条第1款既适用于自然人，也适用于法人，因此目前的措辞使得有必要在关于法人的条款中对此加以重复。

35. 主席提议增加一个说明，表明委员会将在审议法人问题时再来斟酌第3[5]条的措辞。

就这样决定。

第4[9]条(持续的国籍)

第4[9]条通过。

第4[9]条评注

第(1)段

36. 庞布－齐文达先生说，第一句中“司法意见”的措辞在法文中没有任何意义。相反，法文使用的是“司法裁决”一词。

37. 通卡先生说，提到的是法官的意见，而不是司法裁决。该脚注表明提到的是杰拉尔德·菲茨莫里斯勋爵在巴塞罗那电车公司案中的评论意见。

38. 卡巴齐先生说，如果提到的是法官的意见，那就指的不是个人意见，而是构成司法裁决一部分的意见。

39. 主席说，在英语中这一术语完全正确。

40. 达乌迪先生说，阿拉伯文本中出现了一处错误：与所指出的相反，所指的是法官的个人意见，而不是咨询意见。

41. 庞布－齐文达先生说，所指的或者是个人意见，或者是反对意见，但肯定不是“司法意见”。

42. 佩莱先生同意庞布－齐文达先生的意见。他说，对于那些受过民法体系训练的人来说，“司法意见”的概念是不存在的。他们认为法官可以拥有感情，但这种感情与司法裁决没有任何关系。所指的是“学说”。因此他认为最好只提“学说”，而且最好把针对该句最后一部分的脚注加以合并，这样所指的既是菲茨莫里斯的评论意见，也是怀勒的评论意见。

43. 杜加尔德先生（特别报告员）说，这一概念在普通法系确实存在，但民法法系却没有。因此他准备接受佩莱先生的建议。

经佩莱先生修正的第（1）段通过。

第（2）段

44. 通卡先生说，最后一句说“委员会决定不载列关于必须在受害日与求偿日之间持续保有国籍的规定”，这一说法与第4条第1款的规定有冲突，因为该款十分清楚地规定了连续国籍的原则，该条的标题也证实了这一点。

45. 佩莱先生说，法文本第4条第1款强调了这种连续性，使用的措辞是“*a toujours cette nationalité*”。至少“*toujours*”一词应该删除，因为其他语文文本并未使用该词。

46. 在加亚先生、科斯肯涅米先生、奥佩蒂·巴丹先生、庞布－齐文达先生、加利茨基先生和杜加尔德先生（特别报告员）交换意见之后，主席请特别报告员和所有感兴趣的委员提出最后一句的起草建议，同时考虑到通卡先生和佩莱先生的评论意见以及提出的所有评论意见。

47. 杜加尔德先生（特别报告员）提议用以下措辞代替最后一句：“在这种情况下，委员会决定暂时搁置在受害日与求偿日之间是否应该保有国籍的问题。”

48. 主席问起草委员会主席是否可以接受该项起草建议。此外，如无异议，他还建议，鉴于不同的语文文本之间缺乏一致性，应该删除第4条第1款法文本中的“*toujours*”一词。

49. 山田先生（起草委员会主席）说，在第4条的起草过程中，故意保留了第1款含糊的措辞，因为对于在受到损害之时与正式提出索赔之日之间是否必须保有国籍来说，各国的实践并不一致。该由委员会全体会议来就评注第（2）段的措辞做出决定。他完全接受特别报告员提出的建议。

50. 主席说，如无异议，他就将认为，评注第（2）段经特别报告员修正后通过，并且应该删除法文本第4条第1款第一句中的“*toujours*”一词。

就这样决定。

经修正的第（2）段通过。

第（3）段

51. 加亚先生说，第二句和最后一句多余。它们的意思显然是要强调，就所审议的该条来说，用尽当地补救办法规则由于实际的原因要被排除在外，但也许没有必要一遍又一遍地强调。因此他提议删除最后一句，而且必须重新排序的脚注的脚注

号应该放在第二句的结尾处。倒数第二句说“但是委员会已经避免加以认可”(根据这一方法,用尽当地补救办法规则将被视为一项实质性条件),这一表述也不是十分清楚。

52. 佩莱先生说,他也认为倒数第二句很含糊,而且它所提到的难解的脚注也没有把问题说得更明白。也许应该把该脚注说得更明白一点。无论如何应该加以解释的是,所提到的“方法”只在一读时保留在国家责任条款草案中,但二读时就放弃了。

53. 杜加尔德先生(特别报告员)说,佩莱先生称之为“难解的”脚注系指委员会进行的一次讨论会,会上决定拒绝审议把用尽当地补救办法规则作为一项实质性条件的条款草案。加亚先生关于应该删除第(3)段最后一句的提议完全可以接受。

54. 佩莱先生说,第(3)段不能够有一个仅仅提及委员会“讨论”的脚注。这样太令人费解了。也许可以提到特别报告员的相关报告,解释说他曾经提议把用尽当地补救办法规则作为一项实质性条件,但委员会没有同意这项提议。读者会认为这样的脚注要明白得多。倒数第二句“已经”与“载入国家责任条款草案”之间应该加上“一读”二字。

55. 通卡先生说,第4条第1款提到的是“受到损害之时”,而不是国家责任条款草案中的违反国际法之时。为了不让读者产生混淆,他提议,由于尚未做出决定,因此不要提及用尽当地补救办法规则引起的问题,而且只保留第(3)段的头两句。

56. 主席说,如无异议,他就将认为委员会同意这项提议。

就这样决定。

经修正的第(3)段通过。

第(4)段

57. 佩莱先生说,他一直以为不会使用“求偿国籍”一词。因此,当他在第(4)段中发现这个词的时候感到很吃惊。他指出,委员会报告草稿第39段表达这一概念会引起混乱。

58. 达乌迪先生说,阿拉伯文本第(4)段没有提到求偿国籍。

59. 杜加尔德先生(特别报告员)说,他向佩莱先生保证条款草案中不会使用这一措辞,但却很难不在评注中用到它。

60. 佩莱先生说,他可以同意保留这一措辞,但条件是要加上以下脚注内容:“一种意见认为,‘国籍’的概念容易引起混淆。这一概念直接取自普通法,而其他法系中没有相应概念”。

61. 加亚先生建议删除第二句中的“截止日”一词,第五句同样的措辞用“求偿之日”一词取代。

62. 主席说,如无异议,他就将认为委员会同意佩莱先生和加亚先生的提议。

就这样决定。

经修正的第(4)段通过。

第(5)和第(6)段

第(5)和第(6)段通过。

第(7)段

63. 埃斯卡拉梅亚女士说,她看不出为什么婚姻与国家继承和收养不能处于同一地位。因此她提议删除第三句,因为它暗示丧失国籍在某种程度上可能是自愿的。第二句应该修改为:“就国家继承也许还有收养和婚姻而言,如果因此自动改变国籍,国籍的丧失将是非自愿的”。

经修正的第(7)段通过。

第(8)段

64. 蒙塔兹先生提议,法文本最后一句的“*douloureux*”一词用“*exceptionnel*”替代。

65. 杜加尔德先生(特别报告员)提议应该提及“强制取得国籍的示例”。

经特别报告员修正的第(8)段通过。

第(9)和第(10)段

第(9)和第(10)段通过。

66. 主席请委员们接下来审议该报告草稿第五章 C 节。

第 5 [7] 条(多重国籍和针对第三国的求偿) (A/CN.4/L.619/Add.3)

第 5 [7] 条通过。

第 5 [7] 条评注

第(1)和第(2)段

第(1)和第(2)段通过。

第(3)段

67. 佩莱先生提议,第一句结尾的“有权威的根据却反对这样的规定”的措辞应该代之以“权威的根据并不要求满足这一条件”的措辞。

经修正的第(3)段通过。

第(4)段

第(4)段通过。

第 6 条(多重国籍和针对国籍国的求偿) (A/CN.4/L.619/Add.4)

第 6 条通过。

第 6 条评注

第(1)段

第(1)段通过。

第(2)段

68. 佩莱先生指出,《关于国籍法冲突的若干问题公约》仍然有效,因此,“declared”一词应该改为“declare”。

经修正的第(2)段通过。

第(3)段

69. 加亚先生提议,在第四句的开头,“[意大利-美国调解]委员会明确认为”的措辞应改为“委员会认为”的措辞,以免留下国际法委员会支持意大利-美国调解委员会的说的印象,因为事实上并不是这样,评注第(5)段就表明了这一点。

70. 佩莱先生说,第一句的“仲裁裁决”一词应代之以“一些仲裁裁决”的字眼。

经加亚先生和佩莱先生修正的第(3)段通过。

第(4)至第(8)段

第(4)至第(8)段通过。

下午 6 时散会。

第 2746 次会议

2002 年 8 月 13 日,星期二,上午 10 时

主席: 罗伯特·罗森斯托克先生

出席: 阿多先生、巴哈纳先生、马里先生、布朗利先生、池先生、科米萨里奥·阿丰索先生、达乌迪先生、杜加尔德先生、埃斯卡拉梅亚女士、丰巴先生、加亚先生、加利茨基先生、卡巴齐先生、卡姆托先生、卡特卡先生、卡米沙先生、科斯肯涅米先生、曼斯菲尔德先生、蒙塔兹先生、奥佩蒂·巴丹先生、庞布-齐文达先生、佩莱先生、罗德里格斯-塞德尼奥先生、塞普尔维达先生、辛马先生、通卡先生、山田先生。

国际法委员会第五十四届会议工作报告
草稿（续）

第五章 外交保护（续）

（A/CN.4/L.619 和 Add.1-6）

1. 主席请委员会委员们继续审议报告草稿第五章。

C. 委员会暂时通过的外交保护条款草案第 1 至第 7 条案文及其评注（续完）

（A/CN.4/L.619 和 Add.2-5）

第 7 [8] 条（无国籍人和难民）

（A/CN.4/L.619/Add.5）

第 7 [8] 条通过。

第 7 [8] 条评注

第 1 段

2. 辛马先生提议删除 1931 年迪克森车轮公司案引文的第一部分，因为该部分所反映的立场并不适当，而且在政治上也不再正确。因此该引文应为：“任何国家均无权在损害发生之前或之后以 [没有国籍的个人] 的名义进行干预或投诉。”

3. 杜加尔德先生（特别报告员）说，委员会无需隐瞒国际法的严酷现实，该引文只是反映了 1931 年当时的状况。他倾向于保留这一段的原貌，但如果要以政治上正确为准，他也不反对。

4. 通卡先生说，他同意辛马先生的意见。不过，第一句说“一般规则是……”，这似乎与说该规则是与当代国际法脱节的这一短语之间有矛盾。第一句应该修改为：“以往的一般规则是……”；然后引文可以保持不变。

5. 布朗利先生同意对第一句重新措辞，因为目前的表述很有些教条主义，给人的印象是委员会承认法律仍然与 1931 年一样。委员会不应该给人留下完全大转变的印象；目前的状况还是比较微妙的。一些委员长期以来都一致认为，惯常居所就

赋予了一种地位，即使有关个人还可能拥有难民地位。

6. 杜加尔德先生（特别报告员）说，他同意通卡先生和布朗利先生的建议，他们的建议明确说明了迪克森车轮公司案反映的是早期立场。头两句可以修改为：“以往的一般规则是，一国可仅为其国民行使外交保护。例如，1931 年，美国 - 墨西哥索赔委员会……”。然后，引文后的句子可以修改为：“这一权威意见不再反映无国籍人和难民在国际法上的准确状况。当代国际法反映出对这两类人地位的关注。”

经修正的第 1 段通过。

第 2 段

第 2 段通过。

第 3 段

7. 佩莱先生提议在该段提出的无国籍人定义的后面加上这样一句：“可以把本定义看作是已成为习惯。”

经修正的第 3 段通过。

第 4 段

8. 埃斯卡拉梅亚女士提议，为了反映委员会若干委员的意见，应该在脚注中加上这样一句：“一些委员认为，1997 年《欧洲国籍公约》不应该成为外交保护的示范公约，因为这一问题不同于国籍的取得问题”。出于同样的理由，第三句应该修改为：“……这一门槛太高，将会导致出现对有关个人缺乏有效保护的局，大多数委员认为……”。

9. 通卡先生说，他理解埃斯卡拉梅亚女士的观点，但评注不应该反映委员会内部的讨论情况；而是应该就条款草案的规定进行评论。此外，谁也没有说过《欧洲国籍公约》涉及外交保护问题，因此她的第一项提议似乎多余。他对是否有必要提及该《公约》表示怀疑，并且提议，为避免混淆，应该把第一句删除。因为提供外交保护是国家的权

利，它为有权行使外交保护的国家而不是寻求外交保护的個人设置了一道门槛，因为根据国际法个人无权得到这种保护。

10. 加利茨基先生说，对于第4段第一句的目的似乎出现了误解。该句的目的只是为了表明，委员会把《欧洲国籍公约》当作“合法的惯常居所”这一措辞的来源。特别报告员提出的表述方式是平衡兼顾的。它解释了这一术语的来源，而且反映了对这一门槛太高还是太低所展开的讨论情况。案文应该原样保留，但要加上埃斯卡拉梅亚女士提议的第二项修正，以便对一些委员为什么会觉得门槛太高做出解释。

11. 辛马先生提议，为了强调加利茨基先生提出的观点，第一句应该单独列为一段，以阐明它仅仅提及所使用术语的来源。通卡先生说委员会委员的不同意见一般不在评注中反映。就该评论意见而言，他认为，如果对某一事项确有争议，可以在一读通过的案文中加以表述，并提请各国加以注意。因此他同意加利茨基先生提出的观点，即除埃斯卡拉梅亚女士为最后一句提出的新措辞外，案文应保持不变的。

12. 主席说，一读与二读之间存在本质上的区别。在一读时，案文应该包括委员们的不同意见，而二读时案文只应表达统一的立场。

13. 杜加尔德先生（特别报告员）说，一般来说，他不反映起草委员会委员们的意见分歧。为了满足所表示的关切，应该对该段加以修改，以便开头的措辞为：“无论合法居所的要求……”。然后在脚注中解释“合法的惯常居所”这一术语取自有关国籍取得方式的《欧洲国籍公约》。最后一句应该按照埃斯卡拉梅亚女士建议的方式进行修改。

14. 加利茨基先生说，他同意特别报告员的提议。然而，《欧洲国籍公约》并不只是涉及国籍的取得问题，因此脚注应该阐明，在该《公约》中，“合法的惯常居所”一词的使用与国籍的取得相联系。

经修正的第4段通过。

第5和第6段

第5和第6段通过。

第7段

15. 埃斯卡拉梅亚女士说，第4段涉及无国籍人居所的要求，准确地反映了委员们在这一问题上的意见分歧。第7段的情况却不是这样，它所涉及的是难民的同一问题。它所表述的是委员会对此有统一的意见，她提议把头两句的开头部分修改为：“委员会中的大多数人……”。

16. 科斯肯涅米先生说，他与埃斯卡拉梅亚女士有着同样的关注；少数人的意见认为这一问题既涉及无国籍人，也涉及难民。第4和第7段的理由是同样的，加以阐明将会很有意义。第7段应该表明，“和上文第4段一样，委员会一些委员认为门槛太高”。

17. 主席说，较好的办法是不提及第4段，而是加上下面这句话：“一些委员认为，对难民以及无国籍人的门槛设置得太高。”

18. 卡特卡先生（副报告员）指出，如果这一段一开始说“委员会决定”，然后接着说“一些委员……”，就会出现矛盾。要想保持一致，该段的开头应为：“大多数委员认定……”，然后接着说：“而一些委员则认为……”。

19. 通卡先生说，第7段涉及委员会一致通过的第7条第2款。虽然在通过该款的辩论中确实表达了不同意见，但委员会第五十二届会议¹和第五十三届会议²的报告都充分表述了这些意见。不过，在一读通过评注时，为了对新委员的愿望表示尊重，他可以接受按提议的办法增加一句。

20. 卡特卡先生（副报告员）说，记录中必须清楚地表明，一些委员——并非都是“新”委员——反对加入有关难民和无国籍人外交保护的规定。

¹ 见《2000年……年鉴》，第二卷（第二部分），第五章。

² 见《2001年……年鉴》，第二卷（第二部分），第七章。

21. 在经过辛马先生、主席和卡米沙先生参加的讨论后，杜加尔德先生（特别报告员）说，最简单的解决办法是在案文正文中加上脚注 11 的内容。

经修正的第 7 段通过。

第 8 至第 10 段

第 8 至第 10 段通过。

第 11 段

22. 辛马先生说，“State of refugee”应改为“State of refuge”。

经修正的第 11 段通过。

第 12 段

第 12 段通过。

经修正的委员会报告草稿第五章 C 节通过。

23. 主席请委员会开始审议委员会报告草稿第五章 A 节和 B 节第一部分。

A. 导言 (A/CN.4/L.619)

第 1 至第 5 段

第 1 至第 5 段通过。

第 6 段

24. 通卡先生说，“设立不限成员名额的非正式磋商”这一表述中的动词在第 8 段中也可以找到，应该改成“召开”或“举行”。

25. 佩莱先生说，对于提出仅影响英文本的意见的讲英语的委员似乎照顾过多，而讲其他语文的委员则必须向秘书处提出评论意见。对所有的委员应该适用同样的规则，而不论他们操何种工作语文。

26. 布朗利先生说，依他看来，第 6 段的用语完全可以接受。

第 6 段通过。

第 7 和第 8 段

第 7 和第 8 段通过。

A 节通过。

B. 本届会议审议本专题的情况

(A/CN.4/L.619 和 Add.1 和 6)

第 9 段 (A/CN.4/L.619)

第 9 段通过。

第 9 段之二

27. 主席提请注意新的第 9 段之二，该段内容如下：

“在于 2002 年 8 月 2 日举行的第 2740 次会议上，委员会设立了一个不限成员名额的非正式磋商小组，该小组将由特别报告员担任主席，研讨船员以及公司和股东的外交保护问题。”

第 9 段之二通过。

第 10 至第 12 段

第 10 至第 12 段通过。

第 13 段

28. 通卡先生说，该段第二句回避了外交保护是否国际法的一个分支的问题。此外，“国际法中没有任何其他领域有这样丰富的典据”的断言无论如何都是有疑问的。因此应该把这一句删除。

29. 主席说，这一句反映的是特别报告员而不是委员会在这一问题上的观点。

30. 杜加尔德先生（特别报告员）说，报告载入了一些委员会并未达成一致的、他自己的看法。不过，如果委员会在这样晚的阶段要审查他犯的错误的話，那会构成一个很糟糕的先例。

第 13 段通过。

第 14 至第 17 段

第 14 至第 17 段通过。

第 18 段

经略作编辑修改的第 18 段通过。

第 19 段

31. 辛马先生在谈到第 19 段第一句时说，如何对国际组织行使外交保护的權利与这种组织行使职能保护的權利之间加以区分，这一点并不明确。前一种權利实际上存在吗？

32. 佩莱先生说，这个问题问得很好。一些委员就问过这样的问题，即，在某些情况下，例如在国际组织管理领土时，它是否可以行使在性质上属于外交而不是职能的保护。在这方面，他对一些委员决定对他人说过的话吹毛求疵感到困惑不解。

33. 主席说，他同意佩莱先生的意见。如果国际组织超出行使职能保护的範圍而主张行使全面的外交保护，这对国籍国来说就可能出现问题。

34. 辛马先生说，从严格意义来说，联合国不可能行使外交保护。

35. 加亚先生忆及，在伤害赔偿案的咨询意见中，国际法院谈到了两个问题：第一个是职能保护问题；第二个是联合国主张人身伤害索赔的可能性。法院的结论是，国籍国和联合国都可以提出这种索赔。他恳请辛马先生不要修改这项案文。

36. 辛马先生提议用“提出人身伤害索赔”的措辞代替“行使外交而非职能保护”的措辞。

37. 埃斯卡拉梅亚女士支持辛马先生的发言。据她回忆，在所引述的案件中，人身保护在任何情况下都被看作是一种职能保护。第 19 段提到外交保护极易引起混淆，应予删除。至多也只能用提到人身保护的措辞来取代。

38. 加亚先生提议，作为折衷，应删除“外交而非职能”的措辞。

经修正的第 19 段通过。

第 20 段

第 20 段通过。

第 21 段

39. 辛马先生要求澄清该段第二句话的含义。

40. 杜加尔德先生（特别报告员）说，正如在简要记录中所报告的那样，这一句反映的是薛女士的发言内容。纠正对一位委员意见的表述肯定不是委员会现阶段的任務。

第 21 段通过。

第 22 和第 23 段

第 22 和第 23 段通过。

第 24 段

经略作编辑修改的第 24 段通过。

第 25 段

41. 蒙塔兹先生说，该段最后一句提到的不应该是“maritime law”，而应该是“the law of the sea”。

经修正的第 25 段通过。

第 26 段

第 26 段通过。

第27段

42. 辛马先生说，第一句结尾处“例如，规定了允许机组人员和乘客继续旅行的义务”的短语是不相关的，应予删除。

43. 杜加尔德先生（特别报告员）说，前一天媒体曾经报道，一艘英国所有的配备乌克兰船员的船舶在索马里海岸被扣押。英国海军正在搜救乌克兰船员，以便他们能够（用第27段的话说）“继续旅行”。这一段讲的是一种保护形式，虽然它不是外交保护，但却旨在保护船员和机组人员。上述短语指的是国家的义务，因此是贴切的。

44. 蒙塔兹先生说，这一义务是领土上发生犯罪的国家应尽的义务。为明确起见，该句应该加上这一意义的措辞。

45. 加利茨基先生说，这一句揭示了代表机组（或船员）和乘客行使外交保护义务来源的广泛多样性以及这种行使方式的多种可能性，因此应该予以保留。

46. 辛马先生说，他希望删除的不是整个段落，只是第一句结尾的文字。飞行器着陆领土所属国允许机组和乘客继续旅行的义务与外交保护没有任何关系。外交保护只在（例如说）该飞行器被劫持并在另一国领土上着陆的情况下才发挥作用。这时，该另一国就有义务让机组和乘客离开，如果不这样，他们的国籍国就可以行使外交保护。这与第27段所提出的观点完全是两回事，该条的观点是，某些条约载有关于机组和乘客外交保护的特别法。他再次敦促删除该段第一句。

47. 主席说，它确定了在这种情况下可以适用的特别法律的一般背景，因此没有什么不对的，而且反映的是讨论期间所发表的评论意见。

48. 布朗利先生说，他并未觉得加上这一短语有何不妥，但其中涉及一个带有原则性的观点。正如他和佩莱先生曾经说过的，外交保护有一个密切的关系项，我们可以把它称之为“保护法”，但这却不是委员会职责范围的一部分。例如，大量的法律和实践都涉及到携带护照的重要性，但这都牵涉到

国家的直接责任，与外交保护却没有任何关系。“赛加羚羊号”轮案（第2号）不是关于外交保护的，而是有关直接损害的，即涉及的是《联合国海洋法公约》所产生的一般职责。

49. 卡姆托先生说，他认为第27段涉及的并不是外交保护，而是国际法通过各种公约或条约向机组或船员提供保护的情形。这一段与前面几段提出的论点形成对比。唯一的问题是对于哪个国家负有第一句提到的义务缺乏明确性。是飞行器的国籍国还是船舶的国籍国？是事件或事故发生地国吗？如果把这一点澄清了，这一段就应该是可以接受的。

50. 杜加尔德先生（特别报告员）再次强调，第一句的叙述是准确和适当的，但补充说，蒙塔兹先生提出的修正完全可以接受。

经修正的第27段通过。

第28至第32段

第28至第32段通过。

第33和第34段

51. 佩莱先生说，第34段头两句构成对条款草案应该提到“洁手”原则这一建议的批评，第33段也含有这种批评的成分，但第34段对该项建议又进行了辩护。上述两句应该放在第33段结尾处。

就这样决定。

52. 作为对巴哈纳先生和佩莱先生评论意见的回应，主席建议，作为上述修正的结果，第34段第三句开头的“但是”一词应改为“另一方面”。

就这样决定。

53. 作为对蒙塔兹先生和辛马先生发言的回应，布朗利先生提议，第34段第二句中“除非作为一种偏颇论点提出以外”的措辞应该改为“然后主要作为一种偏颇论点提出”。

就这样决定。

经修正的第 33 和第 34 段通过。

第 35 和第 36 段

第 35 和第 36 段通过。

第 37 段

54. 作为对卡姆托先生和佩莱先生发言的回应，主席指出，即使一项提案不被接受，按惯例也会在报告中加以反映。

第 37 段通过。

第 38 段

第 38 段通过。

第 39 段

55. 杜加尔德先生（特别报告员）说，有人提请他注意第二句不准确：“求偿当事人的国籍”这一短语不是国际法院院长使用的，而是法院自己在对损害赔偿案的咨询意见中使用的。因此他提议删除“当时的院长并不是以英语为母语的人”的措辞。

56. 加亚先生说，实际的情况是国际法院使用了法语的“*nationalité de réclamations*”的措辞。第二句后半部分应该修改为“国际法院在对损害赔偿案的咨询意见中也使用了这个法文词”。

57. 作为对布朗利先生、辛马先生和庞布-齐文达先生评论意见的回应，主席说，所有提到国际法院意见的文字都要缩短，改为“损害赔偿”。

58. 辛马先生说，在第一句中，把求偿当事人国籍的概念描述为“以英语为母语者的概念”是有问题的。有这回事吗？难道不应该把它说成是一个普通法概念？据指出，不是说“在其他正式语文中”找不到类似用语，而是某些其他法系不存在这样的用语。

59. 佩莱先生说，这一句忠实地反映了他本人说过的某些话，但确实不应该称这一概念是以英语

为母语者的概念，而是应该称其与普通法相关。就其本身而论，这一概念很难为普通法以外的任何法系的从业者所理解。正如他所强调过的，法国政府强烈反对在国家责任草案中使用“求偿当事人国籍”的概念，对此他表示完全赞同。

60. 卡姆托先生说，最好把“求偿当事人国籍”称之为一种表述形式，而不是一个概念。他的这一观点得到了庞布-齐文达先生的支持。

61. 佩莱先生想起这是引用了他的话，并确认他提出这一措辞时是作为一个概念来使用的。

经修正的第 39 段通过。

第 40 和第 41 段

第 40 和第 41 段通过。

第 42 段

62. 作为对佩莱先生和布朗利先生发言的回应，杜加尔德先生（特别报告员）建议将该段重新措辞，改为：“特别报告员指出，对于将条款草案的范围扩大到包括船舶或飞行器国籍国为其船员或机组人员和乘客提出索赔的权利这一提议，委员会内部存在着意见分歧。他指出，应该对这一事项作进一步的审议。”

经修正的第 42 段通过。

第 43 段

第 43 段通过。

第 44 段

63. 辛马先生说，第一句关于“管理、控制或占领一领土”的国家的措辞似乎很不明确。他提议把“一领土”的措辞改为“不属于它自己的领土”。

64. 主席说，这似乎表明对该国在该领土存在的合法性有某种疑问。

65. 布朗利先生说，确实必须避免留下行使外交保护与管辖权有关的印象：没有任何关系。让人看起来它与领土的控制有关是危险的，而无论这种控制是否主权控制，即是否享有行使外交保护的权力。

66. 辛马先生说，第一句说的是委员会不打算着手处理在国家管理、控制或占领一外国领土的情况下是否可以行使像外交保护这类事情的问题。不过，照目前的样子来看，指的是什么领土这一点不明确。该句至少应该表明，它不涉及国家管理自己领土的情形，因为那就构成了正常的外交保护。

67. 达乌迪先生请求澄清所设想的是哪一种占领。如果特别报告员考虑的是违反《1949年8月12日关于保护战争受害者的日内瓦四公约》规则的军事占领，委员会可能通过使用这一术语对外国占领赋予某种合法性。

68. 庞布－齐文达先生说，他赞成这一观点。如果指的是像对巴勒斯坦那样的军事占领，对“占领”一词的使用就不会被第六委员会所接受。

69. 杜加尔德先生（特别报告员）说，他最初提出这一问题时提到了两个明显的示例，即摩洛哥对西撒哈拉的占领和以色列对巴勒斯坦的占领。所提到的显然都是占领外国领土。他不反对在“领土”之前加上“外国”二字，或者加上“本国以外的”措辞。不过，他看不出如何可以把这一句解释成赋予占领以合法性；这只不过是表示委员会不准备着手处理这一问题而已。

70. 蒙塔兹先生赞同达乌迪先生表述的观点：他难以接受“占领”一词，尤其因为占领在国际法上属于一种非法行为。它扩大了占领可以作为占领国外交保护的依据的看法。

71. 奥佩蒂·巴丹先生表示赞同上述观点。如果采用这一措辞，那样，即使由于佩莱先生的提议没有得到多少支持而使严重程度有所减轻，委员会也会在朝着使占领合法化的轨道上迈出了第一步。外交保护的问题不应该与违反国际法的情形混淆。

72. 佩莱先生说，讨论开始遇到实质和形式问题。就占领而言，仅举出两个示例——无论是以色列对巴勒斯坦的占领，还是南非对纳米比亚的占领，它们都是非法的，但这一事实并不影响为什么要剥夺被占领土居民无论外交还是其他方面的保护的问题。至于好几位委员表示异议的这一句的形式，事实是它准确地反映了和其他委员所作的发言，因此没有理由删除“占领”一词。委员们是否同意他最初提议的问题是无关紧要的。

73. 杜加尔德先生（特别报告员）重申他看不出这一句如何就引出了关于占领的合法性而不是占领的状态的问题，同时指出，《关于战时保护平民之日内瓦公约》（《第四公约》）承认占领的合法性并建立了相应的制度。当秘书长2002年3月称对巴勒斯坦的占领非法时，³他所指的是该占领违反了该《公约》第49条第6款。

74. 庞布－齐文达先生说，他反对赞成保留“占领”一词的人只援引非法占领一领土的国家代表居住在该国领土的人行使外交保护这一种情况。

75. 主席指出，这一问题涉及的不是国家，而是陷入一系列特定情形的个人，因此，对于委员们是否有必要因为各自有关这些情形的合法性的观点而排除某些表述方法，他感到困惑不解。

76. 通卡先生说，曾经有人要求举例说明占领不是非法的情形。1945年末和1946年初，当德国国家作为一个国际法主体不复存在时，对它的占领就是合法占领。

77. 辛马先生说，庞布－齐文达先生实际上是请求举一个说明占领国对被占领土的居民提供外交保护的示例。

78. 主席说，在战后的德国，例如说，如果四个占领国之一拆除电车轨道用在本国的话，四个占领国之一就可能代表德国一电车公司进行干预以阻止这类行动。

³ 见 S/PV.4488。

79. 达乌迪先生说，由于在实践中没有已知的例子说明占领国行使过外交保护，因此这种情形是假设的，应该在报告中反映这一事实。就实质问题而言，他很怀疑占领当局怎么可能保护被占领土上的居民，因为就巴勒斯坦来说，《关于战时保护平民之日内瓦公约》（《第四公约》）在现实中并未得到适用。军事保护也许是另外一回事。

80. 杜加尔德先生（特别报告员）说，这一专题与承认问题也有关联，可以成为一个十分有意义的辩论主题。例如，约旦在 1949 年至 1967 年间占领了西岸。尽管它认为自己是主权国，而且据他认为也得到了巴基斯坦和联合王国的承认，但在世界其他国家的眼中，它是一个占领国。不过，它向西岸的巴勒斯坦人发放了护照，并在世界各地保护这些护照持有者。类似地，南非在占领纳米比亚期间偶尔也保护过一些纳米比亚人。尽管这会是一个富有成效的讨论主题，但却与第 44 段第一句没有关系，该句只是表明，佩莱先生曾经提出过一项特定建议，但委员会以它超出委员会的职权范围为由拒绝了该项建议。

81. 科斯肯涅米先生说，在 1940 年至 1990 年期间，波罗的海各国被苏联占领，后者经常为生活在占领中的人行使外交保护。

82. 卡米沙先生说，仅仅表明生活在被占领土的人可以得到外交保护有点嘲弄的意味。占领是非法的，而且对他本人来说，是令人憎恶的。因此他提议把“管理、控制或占领一领土”修改为“管理或控制一领土”。

83. 主席请委员会审议这项提议，但这不会影响管理或控制是否包含占领的问题。

84. 埃斯卡拉梅亚女士说，“被占领土”一词经常与中东局势联系在一起。但如果赋予其更广泛的含义，把受到有关领土居民或世界其他地方人们质疑的事实上的占领的任何情形都包括在内，就有可能找到占领国提供外交保护的一些例证，尤其是在考虑到殖民地和前殖民地的情况下。还有葡萄牙代表澳门居民行使外交保护的许多示例，尽管自 1976 年以来澳门不再被视为葡萄牙领土，而且自 1987 年《中葡联合声明》以来，澳门仅仅被视为一种没有

主权的管地。这并没有妨碍葡萄牙代表澳门居民提供外交保护，或至少提供某种形式的保护，例如说当一名妇女在新加坡被判处死刑时。无论新加坡本身还是中国都对此没有提出异议。外交保护与占领是一致的，但如果占领被理所当然地视为非法占领，那她就不明白反对第 44 段第一句的委员们所持的是什么立场了。

85. 杜加尔德先生（特别报告员）说，他希望把他极为强烈地反对修改第一句的意见记录在案。删除“占领”一词是对言论自由的侵犯。他比任何其他其他人更加讨厌占领。实际上，他是人权委员会巴勒斯坦被占领土侵犯人权问题特别报告员。他提交的所有报告都针对占领的非法性。但占领是一种国际生活的现实情况。佩莱先生实际上也提过一项提案；他反对仅仅因为一些人认为这一主题太敏感不能提及而压制所说的话。

86. 池先生指出，在 1945 年至 1948 年韩国被美国军队占领期间，韩国那时的总统李承晚以平民身份到美国旅行，请求美国国会允许韩国独立，美国就给他发过旅行证件。他不能肯定这是否可被称之为外交保护。

87. 主席说，委员会已经偏离了第 44 段是否反映了在一个特定场合所说的话的问题，转而开始了关于占领的一般性讨论。他接受特别报告员的请求，不删除“占领”一词。

88. 佩莱先生说，虽然卡米沙先生和其他人对他坚持要加以维护的立场感到震惊，但令他本人感到震惊的却是这样一个事实，如果否认占领国可以提供外交保护这种可能性的话，则根据一些委员的说法，例如说，巴勒斯坦人忍受了这样多年的外国占领，却被宣布不享有外交保护。他对占领的合法性不做任何评价；简单地讲，如果占领确实存在，被占领土的居民就需要得到外交保护。他认为根据拟议法他的立场是正当合理的，而且根据现行法也可以找到支持他的论点的一系列示例。至于“占领”一词的使用问题，他强烈支持特别报告员的态度，任何其他行动方针都纯属吹毛求疵。他本人和其他人表达的意见也许是错误的，但更为严重的错误则是对他人说过的话进行压制。委员会的任何委员均不能审查另一名委员的观点。

89. 达乌迪先生说，他完全理解特别报告员提出的观点，因为他所提供的都是占领国可以其为依据行使外交保护的示例。但是他反对任何人引述撒哈拉的居民得到摩洛哥外交保护或者巴勒斯坦人或叙利亚人得到以色列外交保护的示例。这种观念简直荒唐可笑。报告第43段所述的殖民主义的情况则是完全不同的两回事。他相信简要记录会充分反映他的意见。

90. 主席说，简要记录肯定会反映所有的立场。他强烈要求委员会不要辩论特别报告员的讲话在法律上的是非曲直，而只是把第44段作为忠实地叙述了所作发言的内容加以接受。

91. 卡姆托先生指出，每位委员都想发表自己的意见，这完全正当合理，同时他还说，鉴于刚刚发生了辩论，因此肯定会有一个第44段是否真实反映了委员会看法的问题。辩论实际上表明，该段目前的措辞并没有得到多少支持。第一句应该改写为：“特别报告员还注意到，有人提议在目前研究的范围内加上管理、控制或占领一领土的国家行使外交保护的内容。”如果委员会愿意，还可以再加上一句：“这项提议没有得到任何支持。”

92. 杜加尔德先生（特别报告员）说，这一措辞完全不符合事实。这项提议由佩莱先生提出，而且根据他的回忆，好些人都支持这一想法。

93. 佩莱先生确认，他提出的被占领土的居民不应该得不到外交保护的提议得到过支持，尤其是现在刚刚出去的辛马先生的支持。他对卡姆托先生建议的案文的第一部分不持异议；但要该提议没有得到任何支持完全不是事实。

94. 杜加尔德先生（特别报告员）说，建议的案文意味着，佩莱先生提出了一个荒唐的提议，而且他在委员会内很孤立。尽管他本人和大多数其他委员一样反对这项提议，但就关于或许可以或不可在外交保护主题下处理的专题的讨论来说，该提议却又是十分理性的。

95. 巴哈纳先生说，如果在报告中加上以下列思路拟订的句子，委员会的意见就会得到反映：“一些委员反对使用‘占领’一词。”

96. 蒙塔兹先生说，虽然从他个人来说他赞成佩莱先生的提议以及提议背后的关切事项，但删除“占领”一词无论如何也不会减少这种关切的力度。管理或控制并不排斥占领，但“占领”一词却会在委员会很多委员的心目中产生十分不好的共鸣。

97. 马里先生建议在第一句后面加一个短语：“但条件是不因此违反《1949年8月12日关于保护战争受害者的日内瓦四公约》的规定。”

98. 主席说，他看不到在这个问题上还有什么达成妥协的希望。委员会无法就所说的话提出报告，这真是不可思议。如无任何正式反对意见，他提议照目前的样子通过第44段。

应卡米沙先生请求，进行了表决。

第44段以15票赞成、9票反对、3票弃权通过。

99. 主席说，他很遗憾最后必须经过表决程序，这在委员会是十分罕见的现象。

下午1时散会。

第2747次会议

2002年8月13日，星期二，下午3时5分

主席：罗伯特·罗森斯托克先生

出席：阿多先生、巴哈纳先生、布朗利先生、池先生、科米萨里奥·阿丰索先生、达乌迪先生、杜加尔德先生、埃斯卡拉梅亚女士、丰巴先生、加亚先生、加利茨基先生、卡姆托先生、卡特卡先生、科斯肯涅米先生、曼斯菲尔德先生、蒙塔兹先生、奥佩蒂·巴丹先生、佩莱先生、塞普尔维达先生、辛马先生、通卡先生、山田先生。

国际法委员会第五十四届会议工作报告
草稿（续）

第五章 外交保护（续）

（A/CN.4/L.619 和 Add.1-6）

1. 主席请委员会委员们继续审议委员会报告草稿第五章 B 节。

B. 本届会议审议本专题的情况

（A/CN.4/L.619 和 Add.1 和 6）

第 45 段（A/CN.4/L.619）

2. 通卡先生说，第 3 [5] 条评注既没有提到卡尔沃条款，也没有提到与诺特博姆案有关的“洁手”原则。因此他提议删除“以及涉及诺特博姆案的 3 [5] 条评注”的措辞。

经修正的第 45 段通过。

第 46 段

3. 杜加尔德先生（特别报告员）说，第 46 段论述的是拒绝司法的问题，其论述方式实际上与报告 B 节最后一部分完全相同。因此他提议删除第 46 段。

第 46 段被删除。

第 47 至第 51 段

第 47 至第 51 段通过。

第 52 和第 53 段

经编辑改动的第 52 和第 53 段通过。

第 54 至第 56 段

第 54 至第 56 段通过。

第 57 段

4. 佩莱先生说，应该说明倒数第二句结尾提到的区分“在二读时”没有被保留下来的原因。

经修正的第 57 段通过。

第 58 段

第 58 段通过。

第 59 段

5. 加亚先生提议删除第二句的“较小的国家认为”的措辞，因为它们意味着是国家用尽当地补救办法。他还提议把“实际上是办不到的”改为“实际上并不总是可行的”。

经修正的第 59 段通过。

第 60 至第 63 段

第 60 至第 63 段通过。

第 64 段

6. 佩莱先生提议把最后一句修改为：“用尽当地补救办法规则不是强制性的，但须受当事各方协议的约束。”

经修正的第 64 段通过。

第 65 至第 79 段

第 65 至第 79 段通过。

第 80 段

7. 佩莱先生说，在法文中，应该用“*droit romano-germanique*”或“*droit d'origine latine*”代替“*droit romain*”。

8. 辛马先生说，第五和第六句论述了人权判例的重要性，因此应该并入涉及这一问题的第 82 段。

经修正的第 80 段通过。

第81段

第81段通过。

第82段

增加了第80段第五和第六句的第82段通过。

第83和第84段

第83和第84段通过。

第85段

9. 佩莱先生说，他不理解倒数第二句的意思。

10. 杜加尔德先生（特别报告员）说，该句并不是绝对必需的，提议删除。

经修正的第85段通过。

第86段

第86段通过。

11. 主席请委员们接下来审议处理第14和第16条的报告草稿第五章B节的剩余部分。

A/CN.4/L.619/Add.1

第1段

第1段通过。

第2段

12. 辛马先生提议将第一句中的“通称”一词应该删除。

经修正的第2段通过。

第3至第13段

第3至第13段通过。

第14段

13. 辛马先生说，应该在一个脚注中说明提到西电公司案的文字取自哪一份文件。这一说法得到了佩莱先生的支持。

经修正的第14段通过。

第15至第27段

第15至第27段通过。

第28段

14. 加亚先生说，在特雷尔炼锌厂案中，美国是原告国，加拿大是被告国，而不是相反。因此，应该对倒数第二句进行修改。

经修正的第28段通过。

第29至第31段

第29至第31段通过。

第32段

15. 佩莱先生说，最后一句应该提示一下1996年采取的方针是什么。

16. 杜加尔德先生（特别报告员）说，这一句要参阅第26段最后一句。他同意佩莱先生关于有必要做出解释的意见。

17. 加亚先生提议删除提到1996年的文字，因为无论怎样该决定是在1970年代做出的。因此，应该把最后一句修改为：“就此而论，他要留待委员会决定是否允许这个事项在国家实践中发展，或是否它认为有必要根据拟议法介入这一事项。”

经加亚先生修正的第32段通过。

第33至第43段

第33至第43段通过。

第 44 段

18. 加亚先生在谈到最后一句时说，欧洲的多边公约的目的不是限制缔约方的责任，而是要解决民事赔偿责任问题。因此他提议把该句结尾部分修改为：“其根本目的是要解决发生这种事故时的民事赔偿责任问题”。

经修正的第 44 段通过。

第 45 至第 48 段

第 45 至第 48 段通过。

第 49 段

19. 辛马先生说，第二句中“国家责任的不断改变的性质证实了这一点”的措辞没有任何意义，也没有必要。因此他提议加以删除，该句以“编纂”一词结束。

20. 佩莱先生说，倒数第二句中“用尽当地补救办法的任何意图”的措辞很不合适，应该改为“要求用尽当地补救办法”的措辞。

21. 杜加尔德先生（特别报告员）说，“任何意图”一词可以改成“要求”一词。

经辛马先生和佩莱先生修正的第 49 段通过。

第 50 段

第 50 段通过。

第 51 段

22. 加亚先生在谈到倒数第二句时说，直接提出索赔的不是侨民，而是其国籍国。“由他直接索赔”的措辞应改为“由该国直接索赔”。

23. 布朗利先生在谈到第一句时说，那种情况尚不足以提到赔偿责任问题，因为根据情况而定，索赔可能是以国家责任为基础提出的。

24. 佩莱先生在提到布朗利先生所作的评论意见时提议，把第一句结尾处修改为：“这种情况就不属于有关外交保护的责任问题，而是赔偿责任的问题。”他的这一意见得到了杜加尔德先生（特别报告员）的支持。

经加亚先生和佩莱先生修正的第 51 段通过。

第 52 段

25. 辛马先生说，“阻止”一词的力度太强。

26. 主席提议用“妨碍”一词来代替“阻止”一词。

经修正的第 52 段通过。

第 53 至第 63 段

第 53 至第 63 段通过。

A/CN.4/L.619/Add.6

第 1 段

第 1 段通过。

第 2 段

27. 主席作为委员发言时问是否真的有必要提到瓦泰尔“拟制”，以及是不是不可以使用“方法”一词。

28. 布朗利先生说，不要提“拟制”，而且最好也根本就别提到瓦泰尔，因为就瓦泰尔来说，问题不是“拟制”，而是现实。

29. 佩莱先生说，他很遗憾主席认为有必要就委员会花了数小时讨论过的问题重开辩论。他强调指出，问题确实涉及到拟制，而且无论怎样特别报告员也这样说过。

30. 杜加尔德先生（特别报告员）说，瓦泰尔拟制时常被提及到，他在介绍第 16 条时就使用过这一术语。因此他倾向于保留它。

第2段通过。

第3段

第3段通过。

第4段

31. 辛马先生提议在第二句中把“外交干预”一词改为“外交保护”。

32. 杜加尔德先生（特别报告员）说，“干预”一词比“保护”一词的含义更广泛，因此他故意选用“干预”一词。

第4段通过。

第5段

33. 布朗利先生提议把第二句中“西方国家”的措辞改为“资本输出国”的措辞。

经修正的第5段通过。

第6至第8段

第6至第8段通过。

第9段

34. 埃斯卡拉梅亚女士说，第9段没有反映表达过的一个观点，即第16条并未正确描述卡尔沃条款，相反只是涉及用尽当地补救办法。因此她提议在第二句后加上下列句子：“有意见认为，拟议的条款没有论述传统意义上的卡尔沃条款，只是论述了特定情况下的用尽当地补救办法的义务。”

35. 主席提议，鉴于该段开头的表述，应该把新句子的开头修改为：“一些委员还表示，该条款草案……”。

就这样决定。

经修正的第9段通过。

第10至第12段

第10至第12段通过。

第13段

36. 加亚先生提议删除第四句中的“只”字。第五句也应予以删除，因为它没有任何意义。

37. 佩莱先生说，如果把“只”字删除，该句根本就不会有任何意义。鉴于该句的措辞很别扭，因此他提议把它修改为：“不过，侨民可以承诺只接受东道国法律的保护。”第五句不能删除，但可以改进它的措辞。

38. 加亚先生说，他可以同意佩莱先生就第四句提议的措辞。不过，他认为，第五句要想保留的话，就必须重新措辞，因为外交保护是国家而不是侨民的一项特权。也许还可以说侨民必须放弃请求国家保护的权力。

39. 奥佩蒂·巴丹先生说，佩莱先生的提议有可能限制外交保护的范围。

40. 佩莱先生说，放弃国际法的保护当然涉及到放弃外交保护，但这属于两种不同类型的放弃。他的观点是，“尊重”一词才是问题产生的根本原因。不能说侨民保证“尊重”东道国的法律。他对这种事情根本就没有选择余地。他必须尊重。

41. 加亚先生提议用“仅依赖”的措辞代替“仅尊重”一词，并删除第五句。这一提议得到了布朗利先生的支持。

经修正的第13段通过。

第14段

42. 奥佩蒂·巴丹先生说，第一句开头的文字太费解了，必须加以修改，

43. 主席提议改为下列措辞：“还有一些委员认为，……”。

经修正的第 14 段通过。

第 15 段

第 15 段通过。

第 16 段

44. 加亚先生说，他曾提出过第 16 段所述的建议，但这一段并未忠实地反映他想表达的意思。他建议的不是重新草拟第 16 条，而是草拟关于放弃的一般性规定。

45. 杜加尔德先生（特别报告员）说，该建议在案文的其他地方也可以找到，因此，如果决定重新草拟第 16 条，必须考虑到这一点。

46. 加亚先生提议采用下列措辞：“委员会还审议了起草关于放弃的一般性规定的建议”。

经修正的第 16 段通过。

第 17 至第 19 段

第 17 至第 19 段通过。

第 20 段

47. 佩莱先生说，如果采纳加亚先生关于删除第 16 段中提及起草委员会的文字的建议，委员会就会得到一个很难以理解的第 20 段。由于已经删除关于起草委员会应该草拟一个统括的放弃条款的建议，特别报告员在第 20 段所指为何就不很清楚了。“在全体会议充分审议这一规定之前”的措辞也不令人明白。除非特别报告员的报告中出现了这项建议，否则，就不清楚在未经全体会议审议的情况下如何进行“草拟”了。

48. 杜加尔德先生（特别报告员）说，他承认在修改第 16 段时未考虑到第 20 段。他记得（即使加亚先生不记得）他确实提议过请起草委员会拟订一个统括的放弃条款。无论怎样，为了使第 20 段与第 16 段保持一致，可以删除第 20 段提及起草委员会的文字，并且例如可以这样表述，即“特别报告员还

指出，不适宜在全体会议对这一规定进行充分审议之前，起草一个统括的放弃条款”。

49. 佩莱先生说，法文本使用的是“*inapproprié*”一词，而不是“*approprié*”一词。

50. 杜加尔德先生（特别报告员）说，这是一个错误。法文本应该表述为：“*qu'il ne serait pas approprié*”。

51. 主席说，如无异议，他就将认为委员会同意加亚先生关于删除第 20 段提及起草委员会的文字的提议。

就这样决定。

经修正的第 20 段通过。

第 21 和第 22 段

52. 佩莱先生说，讨论了这么多，第 22 段这样结尾相当突兀。也许应该加上一、两句话，对委员会为什么决定不把第 16 条转交起草委员会做出解释。

53. 主席说，评注只是反映问题的现况。委员会不必解释为什么决定不把第 16 条转交起草委员会。此外，各位委员作出这项决定的理由多种多样，也不可能详细解释每个人的动机。他的这一说法得到了布朗利先生的支持。

54. 巴哈纳先生说，一个解决办法是把第 22 段加在第 21 段结尾处。第 21 段最后一句可以写成：“不过，委员会决定不把第 16 条转交起草委员会”。

55. 主席说，“不过”一词可能会引发问题，也许可以省略。至于内容，他认为已经就是否把第 16 条转交起草委员会的问题进行过“象征性表决”，而意见出现了分歧。

56. 杜加尔德先生（特别报告员）说，由于表决结果不是十分明确，他倾向于不提到该项表决。

57. 佩莱先生说，第 12 至第 15 段解释了委员会为什么决定不把第 16 条转交起草委员会的原因。根

据巴哈纳先生的建议，也许可以把第22段删除，第21段按下列措辞结束：“不过，由于上述第12至第15段解释的原因，委员会决定不把第16条转交起草委员会”。

58. 辛马先生说，第12至第15段所述的理由基本上都是否定的，但正如第21段所言，委员会内意见分歧的双方“几乎势均力敌”。因此最好采纳巴哈纳先生最初的建议。

59. 主席说，如无异议，他就将认为委员会同意删除第22段，而把其内容（除“因此”的措辞外）加到第21段的结尾处。

就这样决定。

经修正的第21和第22段通过。

第23至第26段

第23至第26段通过。

第27段

60. 布朗利先生提议在第二句结尾处的“国家责任”的措辞之前加上“与外国人待遇有关的”的措辞。

61. 通卡先生说，国家责任中有关侨民待遇的规则属于主要规则，而不是次要规则。因此他不知道是不是最好在第一句中加上布朗利先生建议的措辞，该句的结尾应为：“拒绝司法并不限于司法的作为或不作为，而是包括行政和立法部门违反有关外国人待遇的国际法的行为，因此涵盖整个国家责任领域”。

62. 主席问是不是可以说有关外国人待遇的国际法“涵盖”整个国家责任领域。

63. 布朗利先生说，尽管这一措辞并未改变该段的意思，但它太过分强调了行政和立法部门，因为“拒绝司法”概念目前在仲裁程序中使用得非常普遍，在仲裁程序中，这一概念构成为取得对外国人的损害赔偿而提起的许多法律案件的基础。

64. 加亚先生说，可以用“国家行为”一词代替“国家责任”的措辞。

65. 辛马先生说，把“有关外国人待遇的国际法”与“因此涵盖整个国家责任领域”并列确实会引发问题。后一措辞应该加以修正。

66. 在与杜加尔德先生（特别报告员）、布朗利先生、辛马先生和通卡先生讨论之后，主席建议删除“因此涵盖整个国家责任领域”的措辞，从而解决国家责任范围的界定问题。

就这样决定。

经修正的第27段通过。

第28段

第28段通过。

经修正的第五章B节全文通过。

经修正的第五章通过。

下午6时散会。

第2748次会议

2002年8月14日，星期三，上午10时5分

主席：罗伯特·罗森斯托克先生

出席：阿多先生、巴哈纳先生、马里先生、布朗利先生、坎迪奥蒂先生、池先生、科米萨里奥·阿丰索先生、达乌迪先生、杜加尔德先生、埃斯卡拉梅亚女士、丰巴先生、加亚先生、加利茨基先生、卡巴齐先生、卡姆托先生、卡特卡先生、卡米沙先生、科斯肯涅米先生、曼斯菲尔德先生、蒙塔兹先生、奥佩蒂·巴丹先生、庞布-齐文达先生、佩莱先生、罗

德里格斯-塞德尼奥先生、塞普尔维达先生、辛马先生、通卡先生、山田先生。

国家的单方面行为（续完）*

（A/CN.4/524; A/CN.4/525 和 Add.1 和 2;¹ A/CN.4/521, D 节）

[议程项目 5]

1. 罗德里格斯-塞德尼奥先生（国家的单方面行为不限成员名额工作组主席、特别报告员）通报委员会，上周进行了关于国家的单方面行为的非正式磋商，这是在本届会议第一期会议期间进行类似的磋商之后进行的。非正式磋商讨论了两项主要专题，其中第一项是汇编国家的单方面行为领域国家实践的必要性，以便使委员会工作的开展有一个比较坚实的基础，并且实际上对该专题的范围加以适当界定。辛马先生提出了一项有意义的提议，即汇编工作可以在一家德国私营公司的协助下展开。协调工作将由辛马先生和他本人负责。汇编的方法和工作范围将很快加以拟订并提交委员会，项目的进展情况将由辛马先生和他本人进行评估。

2. 对今后工作的范围也进行了讨论。工作组一致认为，就已经开展的研究以及如何促进委员会自身工作的问题来说，应该侧重于作为国际法上的一项基本制度的承认这一专题。最后，工作组希望对特别报告员在上届会议²提交委员会的第四次报告所载的国家的单方面行为条款草案进行讨论，以期对案文加以改进，同时考虑到委员们的评论意见和国家实践的汇编结果。他希望在闭会期间能够与同事们保持联系，以使他们了解最新的发展情况。

国际法委员会第五十四届会议工作报告 草稿（续）

第四章 对条约的保留

（A/CN.4/L.618 和 Add.1-4）

3. 主席请委员会委员继续审议委员会报告草稿第四章。

C. 委员会迄今为止暂时通过对条约的保留准则草案（A/CN.4/L.618/Add.2 和 3）

2. 委员会第五十四届会议暂时通过的准则草案案文及其评注（A/CN.4/L.618/Add.3）

准则 2.1.1（书面形式）评注

第（1）至第（5）段

第（1）至第（5）段通过。

第（6）段

4. 主席问，提及准则草案“二读”在技术上是否正确，因为一读尚未完成。

5. 佩莱先生（特别报告员）指出，正如脚注 9 说明的那样，该段涉及的是 1965 年当时的特别报告员汉弗莱·沃达克爵士关于条约法的第四次报告。

6. 主席提议，把“特别报告员”一词换成“汉弗莱·沃达克爵士”，以避免混淆。这一提议得到了通卡先生的支持。

经修正的第（6）段通过。

第（7）至第（11）段

第（7）至第（11）段通过。

经修正的准则 2.1.1 评注通过。

准则 2.1.2（正式确认的形式）评注

7. 辛马先生说，在英文本中，应该像报告其他部分一样突出条款草案的字体，以区别于其余案文。

第（1）至第（4）段

第（1）至第（4）段通过。

* 续自第 2727 次会议。

¹ 转载于《2002 年……年鉴》，第二卷（第一部分）。

² 见第 2723 次会议，脚注 2。

准则2.1.2评注通过。

准则2.1.3（在国际一级提出保留）评注

第(1)至第(10)段

第(1)至第(10)段通过。

第(11)段

经对第一个脚注略作编辑改动的第(11)段通过。

第(12)段

经略作编辑改动的第(12)段通过。

第(13)段

8. 通卡先生说，照目前的样子，该段最后一句可能给人留下该实践已被除联合国以外的所有国际组织接受的印象。“国际组织”一词之前应该加上“某些”一词。

经修正的第(13)段通过。

第(14)段

9. 通卡先生说，第(11)和第(12)段涉及保留的提出问题，而第(14)段则涉及到它们的传送问题。这两种程序之间具有很大的差别。此外，第二句提到的1928年《哈瓦那条约法公约》的实践与联合国的实践没什么两样。他赞成删除这一段。

10. 佩莱先生（特别报告员）说，根据他的理解，除非已经经过另一个主管部门签署，否则，常驻联合国代表不能传送批准书。然而，如果通卡先生没错的话，与该《公约》作比较就可能存在问题；他会对此一情况加以核实。关于第一点，通卡先生是错误的：就秘书长的实践而言，第(11)和第(12)段所论述的完全是同一个程序。因此他倾向于保留第14段。如果不把联合国的实践与其他组织的实践进行比较，就会有人对准则本身提出疑义。

11. 主席说，既然通卡先生和佩莱先生的论点所依据的都是尚未生效的该《公约》，那样删除该段也是可以接受的。

12. 佩莱先生（特别报告员）建议把该段缩写为：“因此看来，例如，美洲国家组织（美洲组织）秘书长和欧洲委员会秘书长似乎都接受常驻代表的信函中‘记录’的保留意见。”

13. 通卡先生承认他本人仍然对“传送”一词迷惑不解。虽说欧洲委员会的实践十分清楚，但1928年《哈瓦那条约法公约》却不是这样。他感到疑惑的是，例如，常驻代表是否可以提出保留，如果可以的话，他是否可以通过他本人签署的文件这样做。也许委员会中的拉丁美洲委员可以确认该《公约》的程序是否得到了遵守。委员会所犯的任何错误都会被第六委员会指出来。

14. 佩莱先生（特别报告员）说，他可以担保该实践是他所描述的样子：美洲组织秘书处曾经向秘书处的一名成员提供过这方面的口头资料。在关于条约保留的第六次报告³中也可以找到这种确认。

15. 奥佩蒂·巴丹先生说，拉丁美洲一般的做法是，一项保留将由外交部长或者根据部长的指示由他的代表传送。

经特别报告员修正的第(14)段通过。

第(15)和第(16)段

第(15)和第(16)段通过。

第(17)段

16. 通卡先生说，为了与第(13)段保持一致，第一句“国际组织”一词之前应该加上“某些”一词。

经修正的第(17)段通过。

³ 见第2719次会议，脚注10。

第(18)段

17. 加亚先生指出, 英文本中留下了1969年和1986年《维也纳公约》两个条款号的空白。这两个空白处应该分别填上10和12。

经修正的第(18)段通过。

经修正的准则2.1.3评注通过。

准则2.1.4 [2.1.3之二、2.1.4] (违反与提出保留有关的内部规则在国际一级不产生影响)评注

第(1)和第(2)段

第(1)和第(2)段通过。

第(3)段

经略作编辑改动的第(3)段通过。

第(4)至第(10)段

第(4)至第(10)段通过。

第(11)段

18. 通卡先生说, 绝不允许一国声称因违反国内法规定, 所以提出的保留无效, 这样的说法太绝对, 因为分析表明, 尽管有关提出保留的规则未在国家宪法中出现, 但它们可能在国内法的其他规定中确立。因此他提议把“绝不”一词改为“不”字。

经修正的第(11)段通过。

第(12)和第(13)段

第(12)和第(13)段通过。

经修正的准则2.1.4评注通过。

准则2.1.5 (保留的告知)评注

第(1)至第(4)段

第(1)至第(4)段通过。

第(5)段

19. 蒙塔兹先生质疑脚注中“费解的”一词的用法, 而且还问该脚注所提到的引文在法文本中出现的为什么是英文, 尽管该引文来自《1951年……年鉴》。

20. 佩莱先生(特别报告员)说, 1949年至1951年的《年鉴》没有出版法文本。之所以使用“费解的”一词, 是因为所引规定的措辞不同寻常——属于叙述性的, 而不是规范性的。不过, 他同意删除脚注的第二句。

经修正的第(5)段通过。

第(6)段

第(6)段通过。

第(7)段

经略作编辑改动的第(7)段通过。

第(8)至第(12)段

第(8)至第(12)段通过。

第(13)段

经略作编辑改动的第(13)段通过。

第(14)至第(26)段

第(14)至第(26)段通过。

第(27)段

21. 在经过有通卡先生、辛马先生和达乌迪先生参加的、关于欧洲共同体和它是否有一个秘书长的讨论后, 佩莱先生(特别报告员)提议把第二句改为“例如, 就欧洲共同体而言, 委员会的合议性质可能会产生一些问题”。

经修正的第(27)段通过。

第(28)段

经略作编辑改动的第(28)段通过。

第(29)段

第(29)段通过。

第(30)段

22. 辛马先生问“trickiest”是否是“*la plus délicate*”的适当的翻译。

23. 布朗利先生说，“trickiest”有点通俗，但是一个十分直截了当的词。它不是俚语，也不是一个唐突的词；因此，他认为没有必要改，尽管在这种官样文章中是有一点与众不同。

24. 佩莱先生（特别报告员）说，每次讲法语的委员一谈起法文本中的措辞问题，事情就转给秘书处。因此，目前的情况最好是同样办理。

25. 辛马先生说，一名委员想改变一个词，并不像要秘书处加一个逗号或句号那样简单。这是一个实质性问题，而非形式问题，应该让委员们有机会表达他们的意见。这一说法得到了卡特卡先生（副报告员）的赞同。

26. 佩莱先生（特别报告员）说，他注意到这一问题，并将在委员会中讲法语的委员有法文问题时提醒布朗利先生、卡特卡先生、辛马先生和主席。不应该采用双重标准。

27. 通卡先生提议，该段第二个脚注中的“*américaine*”一词应改为“*des États-Unis*”。

经修正的第(30)段通过。

第(31)至第(33)段

第(31)至第(33)段通过。

经修正的准则2.1.5评注通过。

准则2.1.6 [2.1.6、2.1.8]（告知保留的程序）评注

28. 辛马先生指出，准则草案英文本第三段有一个错误，应该将“an objection”加在“The time period for formulating”这几个字之后。

第(1)至第(20)段

第(1)至第(20)段通过。

第(21)段

29. 埃斯卡拉梅亚女士提议，在倒数第三句“不过委员会认为……”之前加上“尽管一些委员有不同的意见，”的措辞。

经修正的第(21)段通过。

第(22)段

第(22)段通过。

第(23)段

30. 加亚先生说，这一段给人的印象是，提出保留的日期是保留告知其他缔约方的日期；然而，如果存在一个保存人，该日期则是保留告知后者的日期。

上午10时55分休会，上午11时复会。

31. 佩莱先生（特别报告员）说，加亚先生提出的问题乍一看起来十分复杂，但经过非正式磋商之后，似乎不那样复杂了。他现在认识到，在第(23)段的起草过程中，很可能他脑子里想的是整个准则草案2.1.6，而不仅仅是第2款。在磋商过程中，达乌迪先生还提出了另一个问题。如果把这两个问题一同加以考虑的话，他提议对第(23)段作以下修改：第二句在“因为”之前结束，删除第三句“另外”之前的部分，代之以以下案文：“‘按情况’这一提法包括有保存人的情况。在这种情况下，向保存人告知保留，即使只是要求保存人尽快加以递送来说，也可能直接产生效果。时限的计算只能

以他收到告知的日期为准。”第三句其余的部分保持不变，但最后一句予以删除。

32. 达乌迪先生说，按照最初的措辞，第(23)段给人的印象是，根据1986年《维也纳公约》第79条和准则草案2.1.6，保留是在保存人收到保留时作出，换句话说，适用于保留的时限自那时候开始。而在实际上，根据第79条和该项准则草案，时限只在保留所针对的另一国收到告知之时才能开始算。诚然，许多条约的条款都规定时限从保存人收到保留告知之时开始算，但它们所述的是特殊情况。一般的情形是提出反对的时限只能在有关国家收到告知之时才开始算。第(23)段第二句涉及的情况是，保存人把告知函件扣压了一段时间。在这种情况下，保存人当然要负责任，但事实仍然是，保留所针对的国家没有收到保留，对该保留提出反对的时限也就无法开始算。

33. 在做了特别报告员建议的修改之后，案文有了很大改进，但最后一部分，即“时限的计算只能以他本人收到告知的日期为准”的措辞，使得这一问题仍然没有得到解决，并且有可能引起误解，因此应该予以删除。

34. 佩莱先生(特别报告员)说，他不能接受达乌迪先生最新的提议，因为它降低了案文的明晰性。必须指出的是，用来衡量告知是否已经尽快发出的时限必须从保存人收到保留告知之日算起。他刚才提出的修改已经在很大程度上满足了达乌迪先生表示的关切。

35. 作为对主席提出的建议的回应，达乌迪先生说，他同意在第(23)段结尾处增加一个短语，对刚才表述的意见进行扼要说明。

经修正的第(23)段通过。

第(24)段

经略作编辑改动的第(24)段通过。

经修正的准则2.1.6评注通过。

准则2.1.7(保存人的职能)评注

第(1)至第(14)段

第(1)至第(14)段通过。

经修正的准则2.1.7评注通过。

准则2.1.8 [2.1.7之二] (显然[不能允许]提出保留之情况下的程序)评注

第(1)至第(3)段

第(1)至第(3)段通过。

第(4)段

36. 加亚先生说，由于整个委员会的疏忽，准则草案2.1.7第2(b)段所载的、提到必须“酌情提请有关国际组织的主管机关注意……”的措辞看起来在准则草案2.1.8的案文中被省略了。在后一准则第2段应该加上提到这一情况的文字。

37. 佩莱先生(特别报告员)说，他不太肯定准则草案2.1.7和准则草案2.1.8是不是涉及同样的情况。如果真的属于实质性问题，那它就会影响准则本身的案文，在目前阶段，他不想重提准则案文，但发现有明显遗漏的情况除外，不过准则草案2.1.8的情况似乎不是有明显遗漏的情况。

38. 加亚先生说，纠正该遗漏可以采取的办法是在评注中说明，在通常情况下，保存人是同一组织的秘书长，因此没有必要在准则草案的案文中涉及这一情况。但委员会不应该说已经涉及到了这一情况，因为它并没有这样做。

39. 主席提议把对第(4)段的审议推迟到非正式磋商期间进行。

就这样决定。

第(5)至第(7)段

第(5)至第(7)段通过。

第4段(续完)

40. 加亚先生说，经过非正式磋商，决定提出一个相当罕见的建议来解决他就准则草案2.1.8提出的问题。为了对虽然简单但令人遗憾的遗漏进行补救，该准则的案文应与准则草案2.1.7的案文保持一致，从而不必改动准则2.1.8的评注。因此，他提议在准则草案2.1.8第2段的案文中，在“说明”之前加上“并酌情告知有关国际组织的主管机关”的措辞。

就这样决定。

第4段通过。

准则2.1.8 [2.1.7之二] 评注通过。

2.4 解释性声明的程序

第(1)段

第(1)段通过。

准则2.4.1 (提出解释性声明) 评注

第(1)至第(3)段

第(1)至第(3)段通过。

第(4)段

经略作编辑改动的第(4)段通过。

第(5)段

第(5)段通过。

准则2.4.1评注通过。

准则[2.4.2 [2.4.1之二] (在内部一级提出解释性声明)] 评注

第(1)段

41. 通卡先生说，由于向他提供的资料不准确，特别报告员在第(1)段中指出，在两个国家即

爱沙尼亚和斯洛伐克中，只有议会有权在内部一级提出解释性声明。实际情况是，斯洛伐克属于行政机构和议会分享这种权力的国家之一。因此，“两个国家”的措辞应该改为“一个国家”；“十三个国家”应为“十四个国家”，提到“斯洛伐克”的文字应移到下一个脚注中去。

经修正的第(1)段通过。

第(2)和第(3)段

第(2)和第(3)段通过。

经修正的准则[2.4.2 [2.4.1之二]] 评注通过。

准则[2.4.3 [2.4.2, 2.4.9] (提出和告知有条件的解释性声明)] 评注

第(1)至第(4)段

第(1)至第(4)段通过。

第(5)段

42. 主席作为委员发言时提议把“相同”一词改为“基本上类似”的措辞。

43. 佩莱先生(特别报告员)说，如果是这样的话，就必须在今后某个时候审议在准则本身的案文中如何处理这两种制度之间的区别的问题。

经修正的第(5)段通过。

经修正的准则[2.4.3 [2.4.2, 2.4.9]] 评注通过。

经修正的C.2节通过。

A. 导言 (A/CN.4/L.618)

第1至第16段

第1至第16段通过。

A 节通过。

第 2 至第 29 段

B. 本届会议审议本专题的情况
(A/CN.4/L.618 和 Add.1 和 4)

第 2 至第 29 段通过。

第 17 和第 18 段 (A/CN.4/L.618)

A/CN.4/L.618/Add.4

第 17 和第 18 段通过。

第 1 至第 5 段

第 1 至第 5 段通过。

第 19 段

第 6 段

44. 佩莱先生 (特别报告员) 说, 他反对第 19 段使用“暂时通过”的措辞, 并且指出, 它仅适用于该段所列一系列准则草案的最后两个, 而且它可能造成还可能对这些准则草案重新加以审议的印象。此外, 他希望秘书处增加一段, 报告准则草案评注通过的情况, 以及相关的日期和会次。

49. 加亚先生说, 第二句中“引起相互抵触的义务问题”的措辞是多余和不正确的, 应予删除。

45. 主席建议用“一读通过”代替“暂时通过”。关于提到评注的通过, 如果案文已通过, 其评注也应该被认为通过了。

50. 佩莱先生 (特别报告员) 说, 该段记录了他本人的发言, 虽说很可能是不正确的, 他可能因此受到批评, 但发言还是应该留在案文中。

第 6 段通过。

46. 佩莱先生 (特别报告员) 说, 从委员会报告关于外交保护的第五章 B 节导言最后一段可以看出, 确实有单列一段说明案文评注通过情况的先例。

第 7 至第 12 段

第 7 至第 12 段通过。

47. 在主席、佩莱先生 (特别报告员) 和通卡先生发表另外的评论意见之后, 主席说, 有必要像报告关于外交保护的部分中所作的那样添加一些内容。

第 13 段

51. 加亚先生建议在“引起”与“问题”之间加上一个“新”字。

经修正的第 19 段按照这一谅解通过。

经对脚注进行修订的第 13 段通过。

A/CN.4/L.618/Add.1

第 14 至第 20 段

第 14 至第 20 段通过。

第 1 段

经修正的 B 节通过。

48. 佩莱先生 (特别报告员) 说, 最后一句的“保存”一词是不正确的。这一段要说明的是人权条约机构有很大的灵活性, 它们避免对保留的有效性采取绝对的立场。因此他提议用“就其有效性做出决定”的措辞代替“保存这些保留”的措辞。

C. 委员会迄今为止暂时通过对条约的保留准则草案 (续完)

(A/CN.4/L.618/Add.2 和 3)

经修正的第 1 段通过。

1. 对条约的保留条款草案案文

(A/CN.4/L.618/Add.2)

经对准则草案2.1.8作先前议定的修正后 C.1 节通过。

经修正的 C 节通过。

经修正的第四章通过。

下午 1 时散会。

第 2749 次会议

2002 年 8 月 15 日，星期四，上午 10 时 5 分

主席：罗伯特·罗森斯托克先生

出席：阿多先生、马里先生、布朗利先生、坎迪奥蒂先生、池先生、科米萨里奥·阿丰索先生、达乌迪先生、杜加尔德先生、埃斯卡拉梅亚女士、丰巴先生、加亚先生、加利茨基先生、卡巴奇先生、卡姆托先生、卡特卡先生、卡米沙先生、科斯肯涅米先生、曼斯菲尔德先生、蒙塔兹先生、奥佩蒂·巴丹先生、庞布-齐文达先生、佩莱先生、罗德里格斯·塞德尼奥先生、塞普尔维达先生、辛马先生、通卡先生、薛女士、山田先生。

国际法委员会第五十四届会议工作报告 草稿（续）

第六章 国家的单方面行为

（A/CN.4/L.620 和 Add.1 和 2）

1. 主席请委员会委员继续审议报告草稿，从关于国家的单方面行为的第六章开始审议。

A. 导言（A/CN.4/L.620）

第 1 至第 11 段

第 1 至第 11 段通过。

A 节通过。

B. 本届会议审议本专题的情况

（A/CN.4/L.620 和 Add.1 和 2）

第 12 段（A/CN.4/L.620）

2. 辛马先生说，A/CN.4/525 号文件没有增编 2，括号内“和 Add.2”一词应该删去。

经修正的第 12 段通过。

第 13 段

3. 罗德里格斯·塞德尼奥先生（特别报告员）提议，在第 13 段后应增列第 13 段之二，说明已举行过非正式磋商，其间审议了该问题的两个具体方面，以及上次会议上该磋商的协调员向委员会提出了报告。他将把该新段的案文提交给秘书处。

第 13 段通过，前提是增列该段新案文。

第 14 至第 20 段

第 14 至第 20 段通过。

第 21 段

4. 布朗利先生提议在第二句中“国际”一词前应增加“一般”一词。

经修正的第 21 段通过。

第 22 至第 27 段

第 22 至第 27 段通过。

第 28 段

5. 罗德里格斯·塞德尼奥先生（特别报告员）提议用“学说”替换“文献”一词。

经修正的第 28 段通过。

第 29 至第 33 段

第 29 至第 33 段通过。

第 34 段

6. 罗德里格斯·塞德尼奥先生（特别报告员）提议在“安全理事会”后增加“《联合国宪章》第七章”一语。

经修正的第 34 段通过。

第 35 至第 45 段

第 35 至第 45 段通过。

A/CN.4/L.620/Add.1

第 1 段

7. 罗德里格斯·塞德尼奥先生（特别报告员）说，第二句中“这是令人遗憾的”一语应该删去。

经修正的第 1 段通过。

第 2 段

第 2 段通过。

第 3 至第 13 段

8. 罗德里格斯·塞德尼奥先生（特别报告员）说，英文本和西班牙文本应与法文本保持一致，因为第 3 段和以下各段中所提及的意见都是一位委员的意见。

9. 科斯肯涅米先生说，所提到的意见是他在一次过长的发言中所表达的意见。

10. 达乌迪先生说，应当指出提及的是一位委员的意见，因为该意见是对编纂国家的单方面行为的一种否定意见，委员会绝不应给人以其赞同该意见的印象。他的意见得到辛马先生的支持。

11. 坎迪奥蒂先生提议，在第 3 段中，在“表示”一语前应添加“一位委员”一词；在第 4 段中，“实践的”一词应由“这一”来替代；第 5 段开头应添加“按照这一观点”一语；第 6 段第一句中，在“指出”一语前应加入“同一位委员”一词；在第 13 段后应添加以下新的第 13 段之二，即“其他一些委员对上述观点的各个方面表示赞同”。

12. 在有罗德里格斯·塞德尼奥先生（特别报告员）、科斯肯涅米先生、通卡先生、奥佩蒂·巴丹先生、埃斯卡拉梅亚女士、加亚先生、曼斯菲尔德先生、卡特卡先生、庞布-齐文达先生、卡米沙先生和主席参加的讨论之后，委员会决定采用坎迪奥蒂先生的提议。

经修正的第 3 至第 13 段和新的第 13 段之二通过。

第 14 段

第 14 段通过。

第 15 段

13. 通卡先生说，作为该段所概述意见的提出人，他希望在法文本第二句用“*être juridique*”一词替代“*entité juridique*”一语，他曾在发言中使用了该词。

14. 坎迪奥蒂先生说，这些词译成西班牙文时可能会有问题。应改用“*fenómeno*”或“*hecho*”这两个词。他的意见得到奥佩蒂·巴丹先生的支持。

15. 布朗利先生提议，最后一句中“创立体制”一语概念混乱，应用“创立知识概念”一语来取代，特别是在除英文以外的语文中。他的意见得到辛马先生的支持。

16. 科斯肯涅米先生说，第 15 段提到了第 6 段，该段表达了单方面行为的存在并不是一种法律制度的思想。他认为，如果在第 15 段中使用“法律制度”以外的某种说法，就可能引起概念混乱。尽管如此，他将不坚持该段应予保留。

经布朗利先生所修正的第15段通过。

第16段

17. 卡特卡先生提议，“委员”一词应用“一些委员”来取代。

经修正的第16段通过。

第17至第20段

第17至第20段通过。

第21段

18. 加亚先生注意到，哪个机构有资格做出承诺与议会或者政府无关。例如，在决定不执行在其职权范围内的一项死刑判决时，它可能与联邦国家的行政长官有关。

19. 池先生说“其议会或其政府”的措辞并不适宜。

20. 辛马先生该段反映了他的一个发言，他在该发言中提出了从德国向土耳其引渡人的问题。提出的法律问题是，土耳其政府保证不处决将引渡回国的人，此种保证是否足够，或者土耳其议会是否也应作出此种许诺。因此，他不希望修订第一句。第二句并未清楚地反映他所说的话，他提议该句应改为：“这表明特别报告员提议的关于在拟订单方面行为时国家代表权的条文与实际需要是一致的”。

经修正的第21段通过。

第22至第24段

第22至第24段通过。

第25段

21. 塞普尔维达先生说，他希望提及他曾表达的、但在报告草稿中没有得到反映的一些意见。例如，他曾指出，国家承认的实践不再有效，因为当

联合国接纳一新会员国时，在某种意义上完全不需要正式承认该国。他也曾指出，就有的国家而言，国家的承认已不是单方面行为，因为这些政府不再得到承认。究竟是应保持还是中断外交关系，这个问题的决定十分简单。他也提到过欧洲联盟所规定的对一国集体承认的条件。他曾指出，国家的单方面行为的对象国可以不仅仅是国家和国际组织，也可以是民族解放运动。他曾就许诺和某些行为无效力等问题表达过若干意见，但这些意见在报告中也未反映出来。他将会向委员会提交一份概述所有这些要点的案文。

第25段通过，前提是增添将由塞普尔维达先生提交的案文。

第26至第28段

第26至第28段通过。

第29段

22. 科斯肯涅米先生提议，第二句中“没有能够”一语应由“未能”一词取代，其他语文文本也应作相应修订。

23. 罗德里格斯·塞德尼奥先生（特别报告员）说，西班牙文本第一句中“*clasificar*”一词应由“*incluirse en la clasificación*”一语取代。

经科斯肯涅米先生和罗德里格斯·塞德尼奥先生修正的第29段通过。

第30至第32段

第30至第32段通过。

第33段

24. 埃斯卡拉梅亚女士提议将第一句中“尽管”一词改为“即使”，这样可更好地反映所表达的思想。

经修正的第33段通过。

第 34 段

第 34 段通过。

第 35 段

25. 罗德里格斯·塞德尼奥先生（特别报告员）说，西班牙文“*trampas*”一词无法接受。他提议将该句修订为：“.....*medios a los que los Estados recurrían*”。他的提议得到奥佩蒂·巴丹先生的支持。

26. 佩莱先生说，他希望保留“*piège*”一词，该词是他特意使用的。说国家非自愿地诉诸自愿行为，这很荒谬。

27. 坎迪奥蒂先生提议将第三句修改为：“单方面行为像条约一样可能导致国家陷入违背其意志的处境”。

28. 佩莱先生说，他可以接受该项提议，不过它淡化了案文所要表达的思想。

经坎迪奥蒂先生修正的第 35 段通过。

第 36 和第 37 段

第 36 和第 37 段通过。

第 38 段

29. 罗德里格斯·塞德尼奥先生（特别报告员）说，西班牙文本第一句中“*inacceptable* (unacceptable)”一词过于强烈。该句措辞应与法文本中的措辞保持一致。

经修正的第 38 段通过，前提是西班牙文本将按照所说的那样做出改变。

第 39 至第 42 段

第 39 至第 42 段通过。

第 43 和第 44 段

30. 科斯肯涅米先生说，为了增强案文逻辑性，第 44 段第一句应挪到第 43 段开头。

经修正的第 43 和第 44 段通过。

第 45 至第 66 段

第 45 至和第 66 段通过。

第 67 和第 68 段

31. 加亚先生说，第 67 段第二句没有任何意义，应该删去。第 68 段第一句应改为：“有人表示，任何国家可以做无效性援引，不仅单方面行为违反国际法强制性规范是这样，而且当使用或威胁使用武力时也是这样”。

经修正的第 67 和第 68 段通过。

第 69 段

第 69 段通过。

第 70 段

32. 辛马先生说，该句最后一部分构思很糟糕，因为它可能意指安全理事会的决定是无效的，而该句并无此意。

33. 主席提议删去第 70 段全文。

就这样决定。

第 71 至第 83 段

第 71 至第 83 段通过。

A/CN.4/L.620/Add.2

第 1 段

34. 通卡先生提议，第二句中“就单方面行为编纂法律”一语应改为“编纂与单方面行为有关的规则”。

35. 埃斯卡拉梅亚女士说，如果该项提议被接受，则该句的结尾就必须加以修改，例如说，将“单方面行为在国际法当中并不存在”改为“此种行为在国际法当中并不存在”。

36. 曼斯菲尔德先生说，该句的结尾还是删去为好。这样，该句就以“单方面行为”一语为结尾。

37. 卡姆托先生说，该句应予以保留，因为它忠实地反映了辩论期间所表达的思想。他的意见得到罗德里格斯·塞德尼奥先生（特别报告员）的支持。

38. 在有通卡先生、科斯肯涅米先生、罗德里格斯·塞德尼奥先生（特别报告员）和主席参加的讨论之后，委员会决定保留第二句，并按照通卡先生和埃斯卡拉梅亚女士的意见加以修订。

经修正的第1段通过。

第2至第20段

第2至第20段通过。

经修正的B节通过。

经修正的第六章通过。

第八章 国际组织的责任 (A/CN.4/L.624)

39. 主席对佩莱先生提出的问题作出答复，他说，对审议的这一文件案文原则上不会做任何改动，因为该案文载有工作组的报告，该报告已获得委员会的通过。因此，他提议对A节和B节一并审议，随后审议C节。

A. 引言；B. 本届会议审议本专题的情况

A节和B节通过。

C. 工作组的报告

C节通过。

第八章通过。

第九章 国际法不成体系：国际法的多样化和扩展引起的困难 (A/CN.4/L.625)

40. 主席请委员会委员按照审议第八章的方式来审议第九章。

A. 引言

第1至第3段

第1至第3段通过。

A节通过。

B. 本届会议审议本专题的情况

第4段

第4段通过。

第5段

41. 辛马先生说，在相应的脚注中，曼斯菲尔德先生的名字应该列入研究组成员名单。

经修正的第5段通过。

第6段

42. 主席说，既然研究组的报告已作修订，即应在第二行“研究组”一词后添加“经修订的”一语。

经修正的第6段通过。

经修正的B节通过。

C. 研究组的报告

第7至第9段

第7至第9段通过。

第 10 段

43. 辛马先生说，英文本中第六句中的方括号应该删去。

经修正的第 10 段通过。

第 11 至第 25 段

第 11 至第 25 段通过。

经修正的 C 节通过。

经修正的第九章通过。

第七章 国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任（危险活动跨界损害所造成损失的国际责任）（A/CN.4/L.621）

A. 导言

第 1 至第 11 段

第 1 至第 11 段通过。

A 节通过。

B. 本届会议审议本专题的情况

第 12 段

第 12 段通过。

B 节通过。

C. 工作组的报告

第 13 至第 28 段

第 13 至第 28 段通过。

C 节通过。

第七章通过。

第十章 委员会的其他决定和结论

（A/CN.4/L.626 和 Add.1）

A. 委员会的计划、程序和工作方法和文件

（A/CN.4/L.626 和 Add.1）

第 1 和第 2 段（A/CN.4/L.626）

第 1 和第 2 段通过。

第 3 段

第 3 段通过，但基于如下谅解：该段将由秘书处来完成。

44. 主席请委员会委员审议载于 A/CN.4/L.626/Add.1 号文件的第十章 A 节其余部分。

1. 新专题

第 1 至第 3 段

第 1 至第 3 段通过。

2. 委员会在五年期余下期间的工作方案

第 4 段

第 4 段通过。

第 5 段

45. 通卡先生说，在 2005 年工作方案中，在国家的单方面行为方面提到“特别报告员关于适用于第二部分中未提及的单方面行为的规则的第八次报告”，但第八次报告也列入在第二部分。因此，“第二部分”一词应改为“第七次报告”。

经修正的第 5 段通过。

3. 长期工作方案

第 6 段

第6段通过。

第 2750 次会议

4. 程序和工作方法

2002年8月16日，星期五，上午10时5分

第7和第8段

主席：罗伯特·罗森斯托克先生

第7和第8段通过。

5. 节省开支的措施

出席：阿多先生、马里先生、布朗利先生、坎迪奥蒂先生、池先生、科米萨里奥·阿丰索先生、达乌迪先生、杜加尔德先生、埃斯卡拉梅亚女士、加亚先生、丰巴先生、加利茨基先生、卡姆托先生、卡特卡先生、卡米沙先生、科斯肯涅米先生、曼斯菲尔德先生、蒙塔兹先生、奥佩蒂·巴丹先生、佩莱先生、塞普尔维达先生、辛马先生、通卡先生、薛女士、山田先生。

第9段

第9段通过。

6. 酬金问题

第10至第14段

第10至第14段通过。

委员会第五十四届会议工作报告草稿（续完）

第15段

46. 至于“酬金”一词是否应以单数形式来表明象征性酬金为通常惯例，或者是否应保留其复数形式这一问题，在有辛马先生、佩莱先生和坎迪奥蒂先生参加的讨论之后，委员会决定采用复数形式，并决定在英文本中把“collect it”一语改为“collect them”。

第十章 委员会的其他决定和结论（续完）

(A/CN.4/L.626 和 Add.1)

B. 第五十五届会议的日期和地点 (A/CN.4/L.626)

第4段

第4段通过。

经修正的第15段通过。

B节通过。

第16段

C. 与其他机构的合作

第16段通过。

第5至第9段

经修正的A节通过。

第5至第9段通过。

下午1时5分散会。

C节通过。

D. 出席大会第五十七届会议的代表

第10段

第10段通过。

第 11 段

1. 主席说，主席团建议由杜加尔德先生与主席一道代表委员会出席大会第五十七届会议。杜加尔德先生提出了若干项条文，委员会希望这些条文将在大会得到较为详细的讨论。

就这样决定。

第 11 段通过。

D 节通过。

E. 国际法讨论会

第 12 至第 24 段

第 12 至第 24 段通过。

E 节通过。

经修正的第十章通过。

第二章 委员会第五十四届会议工作概况

(A/CN.4/L.616)

第 1 至第 5 段

第 1 至第 5 段通过。

第 6 段

2. 通卡先生说，与不成体系有关的专题的标题应加以修改，列入“和扩展”等词。

3. 辛马先生（国际法不成体系问题研究小组主席）说，该标题在英文本第 6 段第一句中的引用应如同其最初所用措辞，第二句中按照本届会议上所作修改来引用。在第二句中，“*inter alia*”前面的“*thus*”一词应该删去。

经修正的第 6 段通过。

第 7 至第 11 段

第 7 至第 11 段通过。

经修正的第二章通过。

第三章 委员会特别想听取意见的具体问题

(A/CN.4/L.617 和 Add.1)

A/CN.4/L.617

第 1 段

经略作编辑改动的第 1 段通过。

外交保护

第 2 段

4. 卡姆托先生提议，第一句中“外交”一词应该删去。普遍认为，“赛加羚羊号”轮案（第 2 号）不涉及外交保护问题，所涉保护性质不同。

5. 布朗利先生说，他同意这一点，但认为补救办法不充分。国际海洋法法庭对“赛加羚羊号”轮案（第 2 号）所作的判决依直接伤害而定，但第 2 段处理的问题不同。

6. 埃斯卡拉梅亚女士指出，在就该议题举行的非正式讨论中，委员会有的委员认为“赛加羚羊号”轮案（第 2 号）涉及的保护是一种外交保护。第一句中“外交”一词应该保留，在第二句中，应请各国就是否涉及外交保护问题发表意见。

7. 坎迪奥蒂先生说，他也认为第一句应使用中措辞，只提及“保护”而不是说“外交保护”。第二句提出的问题是，保护是指外交保护，还是指其他保护。

8. 杜加尔德先生（特别报告员）说，他赞成卡姆托先生的建议，即应把该问题留待各国来回答。

9. 布朗利先生说，第一句援引国际海洋法法庭的意见，认为“赛加羚羊号”轮案（第 2 号）涉及外交保护问题，这是不正确的。海洋法法庭并未得

出这样的意见：它把该事项视为《联合国海洋法公约》规定下的一种直接伤害。

10. 卡姆托先生建议，委员会可要求国际海洋法法庭澄清其在“赛加羚羊号”轮案（第2号）中所作的判决。要确定法庭究竟是认为该案涉及的是外交保护还是某种其他保护，这是十分有效的方法。

11. 加亚先生建议请秘书处第2段中列入该判决的确切用语。

12. 通卡先生回顾说，在非正式磋商期间对该判决做过详细研究，其后特别报告员将国际海洋法法庭的立场解释为所涉问题不是外交保护问题，而是《联合国海洋法公约》有关规则所适用的问题。他提议，作为一种妥协，第2段前两句应拟订为：“在审理“赛加羚羊号”轮案（第2号）时，国际海洋法法庭有人提出，船只的国籍国可以向持有第三国国籍的船员提供外交保护。委员会欢迎各国政府发表意见，以说明《联合国海洋法公约》论及的保护是否充分，或者是否需要承认在这些情形下船只的国籍国拥有行使外交保护的权力”。

13. 佩莱先生说，鉴于委员会对于在“赛加羚羊号”轮案（第2号）中所作判决是否确实使用了“外交保护”一词没把握，加亚先生的提议似乎是最好的解决办法。他不同意卡姆托先生的提议，即请海洋法法庭澄清其所作判决；毕竟，委员会的工作就是解释法律判决。

14. 卡姆托先生说，他完全可以肯定地说，国际海洋法法庭所作判决并未提及外交保护。几内亚的论点就是涉及到外交保护，但该论点被法庭驳回。通卡先生的提议违背了实践，因为它把法庭“有人”的意见置于整个机构的意见之前，这就给予反对意见或个人意见以重要地位。他曾建议请法庭按照国际法核定解释的实践对其判决作出解释，但绝不会有贬低委员会之嫌。

15. 杜加尔德先生（特别报告员）说，最好的解决办法就是通过加亚先生的提议，并采用与法庭所用同样的措辞。

16. 佩莱先生说，按照国际海洋法法庭所作判决第103至第105段，法庭驳回了几内亚的论点，并基于除外交保护以外的考虑作出了判决。

17. 埃斯卡拉梅亚女士指出，第105段后的判决详细提及法庭的推理，表明法庭并非仅仅依据《联合国海洋法公约》作出判决。她依然反对删去“外交”一词，这就表示说该项判决的某些用语与其实际所要表达的意思不符，因为不可能就法庭认为在这方面存在“保护”提出疑义。

18. 池先生说，“赛加羚羊号”轮案（第2号）所涉问题是，注册国有权向船员提供外交保护，无论其国籍如何。港口国对近海发生的任何犯罪行为负有责任。

19. 布朗利先生说，按照目前的措辞，该段给人的印象是，委员会大多数委员都无法对直接伤害与外交保护的情况作出区分。果真如此的话，那就太不幸了。国际海洋法法庭所作判决的案文十分清楚：外交保护不是争论的要点，法庭只是依据《联合国海洋法公约》的明确规定适用了直接伤害的概念。就判决理由显然不是基于外交保护这一点来说，法庭为了佐证其一般方法而补充一两点政策说明，这不会有什么影响。删去“外交”一词也没有多大助益，因为委员会关注的不是实质事项，而是外交保护本身的问题。

20. 卡姆托先生说，真正需要做的是审查整项判决，以及所有论点和反论点，但现在时间过紧。不过，布朗利先生说得很对：国际海洋法法庭的判决显然与《联合国海洋法公约》关于船旗国义务的第94条规定是一致的。该判决中并未指出国际海洋法法庭考虑到外交保护问题。他相信，以后在引用某一案件时，委员们就能够引经据典说明问题。

21. 杜加尔德先生（特别报告员）说，委员会现在所进行的辩论在下届会议期间也要持续好几天。不过，目前的问题是如何拟订该句，鼓励各国政府发表意见。国际海洋法法庭的判决绝不像布朗利先生和其他委员所说的那般明确；委员会的讨论和有关该议题的学说都证明了一个事实，那就是意见有分歧。他建议，第一句可以重新措辞，改为：

“有人对“赛加羚羊号”轮案(第2号)的解释为,可向持有第三国国籍的船员提供外交保护”。

22. 主席建议,在经过修订的短语中,“保护”一词之后可采用下列加括号的语句:“(尽管在这种情况下很可能就没有必要)”,这可保护像布朗利先生这类持有相反观点的人的立场。

23. 坎迪奥蒂先生说,提及案例法如有争议,没有必要去掩盖其中的根本问题。为避免讨论过于冗长,他建议该段第一句应一并删去。该段开头可以为:“委员会欢迎各国政府发表意见,以说明船只的国籍国可以向持有第三国国籍的船员提供的外交保护是否在《联合国海洋法公约》已经充分论及的范围内……”。

24. 主席建议,该句可以提及“赛加羚羊号”轮案(第2号),作为给各国政府的一种启示。

经坎迪奥蒂先生和主席修正的第2段通过。

第3段

25. 加亚先生说,为充分反映对巴塞罗那电车公司案所作的判决,在英文本中“incorporated”一词后应插入“and where the registered office is located”一语。第二句中所列部分除外情况有争议,因此,他主张在“except”之后插入“possibly”一词,以说明委员会不赞成对该项判决做详细解释。

经修正的第3段通过。

国家的单方面行为

第4段

26. 佩莱先生说,他很遗憾即使特别报告员不在场他也不得不说,该段中缺少问题不足为奇。许多国家政府没有对委员会的问题单给出答复,但无疑的是,对各国提出的问题单本应更加明确一些。

第4段通过。

国际组织的责任

第5段

第5段通过。

国际法不成体系:国际法多样化和扩展引起的困难

第6段

27. 曼斯菲尔德先生说,他对该段的感觉与佩莱先生对第4段的感觉相似:关于发表评论和看法的要求过于宽泛,几乎就像是一个问答题。如果提供一份各国可对之作出反应的书面报告,它们就很可能提出实质性评论。

28. 辛马先生(国际法不成体系问题研究组主席)说,他赞同该项意见,虽然这可能看起来有些奇怪。确实,如果以此种含糊的措辞表述,各国就可能对整个工作提出疑问。他将编写一份初次研究报告,向各国提供它们可作出评价的材料。因此,他提议该节应一并删去。

29. 佩莱先生说,该段较明确的一部分应该保留:可询问各国是否同意“自足制度”的概念,以及它们是否认为在国际法之下就可以接受这一概念。他指出,法文译文“*régime autonome*”没有意义。

30. 卡特卡先生说,各国政府要答复委员会提出的问题已经麻烦够多;不应再给它们增加额外负担。删去D节较为明智。

31. 通卡先生说,他同意该项意见。此外,委员会应首先界定“自足制度”一语。不应要求各国政府去做委员会所应做的工作。

32. 辛马先生(国际法不成体系问题研究组主席)说,国际法院处理美国驻德黑兰外交和领事人员案时使用了“自足制度”一语,法文本中也必须保留这一用语。不过,国际法院采用这一表达方式有些问题。他也注意到,如果各国政府对其请求作出响应,在时间选择上可能有问题。他必须很快提交其报告,因为他不想收到的答复与其文件内容有极大的分歧。

第6段被删去。

该节被删去。

对条约的保留(A/CN.4/L.617/Add.1)

第1和第2段

33. 通卡先生说,他倾向于采用以下措辞:“委员会欢迎……就……发表评论……”。

34. 佩莱先生指出,第1和第2段的标号方式应加以纠正。第1段应包括现有第1(a)段,第2段应包括第1(b)段和现有第2段。

经修正的第1和第2段通过。

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

该节通过。

经修正的第三章通过。

第一章 本届会议的工作安排

(A/CN.4/L.615 和 Corr.1)

第1至第11段

第1至第11段通过。

第3段之二

35. 佩莱先生说,法文本中“*s'est félicitée*”一语应改为“*s'est déclarée satisfaite*”。

36. 塞普尔维达先生说,西班牙文本,或许英文本也未对有妇女当选为委员这一事实给予足够的强调。以下西班牙文本所用措辞较为可取:“... *hecho de que hubiera mujeres entre los nuevos miembros elegidos...*”。

37. 主席说,对英文本可做相应的修改:“……在新的五年期内,有妇女当选为委员”。

经修正的第3段之二通过。

第12段

38. 主席说,“共有的自然资源”项目已从议程草案中略去,这是错误的。

第12段通过,前提是增列已略去的议程项目。

经修正的第一章通过。

经修正的委员会第五十四届会议工作报告草稿全文通过。

本届会议结束

39. 主席说,他相信,提出一个有意义的议程,新的五年期就有了良好开端。他促请特别报告员不仅仅是继续提出出色的报告和提议,还应学习杜加尔德先生的榜样,及时做好这项工作。秘书处所作工作超过了他原来的预期。事实证明,秘书米库尔卡先生对委员会工作的每个方面都领会深刻。秘书处有一个出色的小组,他们的工作为届会的成功做出了巨大贡献。他宣布本届会议结束。

上午11时10分散会。

United Nations publication
ISSN 1994-4705

Yearbook of the International Law Commission 2002
Volume I

ISBN 978-92-1-039610-3



Printed at United Nations, Geneva – 1513485 (C) – July 2015 – 39
