

国际法委员会年鉴

2003年

第二卷
第一部分

第五十五届会议文件

联合国



国际法委员会年鉴

2003年

第二卷

第一部分

第五十五届会议文件



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《2002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。

*

* *

国际法委员会第五十五届会议期间审议的特别报告员的报告及其他文件最初以油印形式分发。本卷转载这些报告和文件，并包含了秘书处所作的更正及编制最后文本所必需的修改。

A/CN.4/SER.A/2003/Add.1 (Part1)

联合国出版物

ISSN 1994-4705

目 录

	页 次
简 称.....	vi
关于引文的说明.....	vii
填补委员会的临时空缺（章程第11条）[议程项目1]	
A/CN.4/527和 Add.2号文件 秘书处的说明.....	1
外交保护[议程项目3]	
A/CN.4/530和 Add.1号文件 特别报告员约翰·杜加尔德先生关于外交保护的第四次报告.....	3
对条约的保留[议程项目4]	
A/CN.4/535和 Add.1号文件 特别报告员阿兰·佩莱先生关于对条约的保留的第八次报告.....	35
国家的单方面行为[议程项目5]	
A/CN.4/534号文件 特别报告员维克托·罗德里格斯·塞德尼奥关于国家的单方面行为的第六次报告.....	59
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）[议程项目6]	
A/CN.4/531号文件 特别报告员彭马拉朱·斯雷尼萨·拉奥先生关于危险活动跨界损害损失分担的法律制度的第一次报告.....	77
国际组织的责任[议程项目7]	
A/CN.4/532号文件 特别报告员乔治·加亚先生关于国际组织的责任的第一次报告.....	113
共有的自然资源[议程项目9]	
A/CN.4/533和 Add.1号文件 特别报告员山田中正先生关于共有的自然资源的第一次报告： 大纲.....	127
第五十五届会议文件一览表.....	151

简称

公法顾委 (CAHDI)	国际公法法律顾问特设委员会
环境法 (CERCLA)	1980年《全面环境应对、补偿和赔偿责任法》
西亚经社会 (ESCWA)	西亚经济社会委员会
欧盟 (EU)	欧洲联盟
粮农组织 (FAO)	联合国粮食及农业组织
原子能机构 (IAEA)	国际原子能机构
水文地质协会 (IAH)	国际水文地质学家协会
红十字委员会 (ICRC)	红十字国际委员会
海事组织 (IMO)	国际海事组织
油污赔偿 (IOPC)	国际油污赔偿
国际共有含水层资源管理方案 (ISARM)	国际共有含水层资源管理方案
美洲组织 (OAS)	美洲国家组织
经合组织 (OECD)	经济合作与发展组织
欧安组织 (OSCE)	欧洲安全与合作组织
赔偿委员会 (UNCC)	联合国赔偿委员会
欧洲经委会 (UNECE)	联合国欧洲经济委员会
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
世卫组织 (WHO)	世界卫生组织
气象组织 (WMO)	世界气象组织
	*
	* *
《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>)
司法判例出版社(LGDJ)	法学及司法判例出版社(Librairie générale de droit et de jurisprudence)
《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》, B辑 (P.C.I.J., Series B)	常设国际法院,《咨询意见汇编》(PCIJ, <i>Collection of Advisory Opinions</i> (第1-18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,《判决书、命令和咨询意见》(PCIJ, <i>Judgments, Orders and Advisory Opinions</i> (第40-48号:始于1931年))
《常设国际法院汇编》, C辑 (P.C.I.J., Series C)	常设国际法院,《诉状、口头辩论和文件》(PCIJ, <i>Pleadings, Oral Arguments, Documents</i> (第52-88号:始于1931年))

《公法概览》(RGDIP)

《国际仲裁裁决汇编》
(UNRIAA)

《国际公法综合杂志》(*Revue générale de droit
international public* (巴黎))

联合国,《国际仲裁裁决汇编》(United Nations,
Report of International Arbitral Awards)

*

* *

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翻译。

*

* *

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

填补委员会的临时空缺 (章程第11条)

[议程项目1]

A/CN.4/527和Add.2号文件

秘书处的说明

[原件: 英文]

[2002年11月6日和2003年6月9日]

1. 在瓦列里·库兹涅佐夫先生去世, 布鲁诺·西马先生和彼得·通卡先生于2002年10月21日当选为国际法院法官以及罗伯特·罗森斯托克先生于2003年6月7日辞职之后, 委员会出现四个空缺。

2. 这种情况适用委员会章程第11条, 该条规定如下:

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

第2条规定如下:

1. 委员会由三十四人组成, 各委员应为公认胜任的国际法界人士。
2. 委员会委员不得有两人同为同一国家的国民。
3. 如候选人具有双重国籍, 则候选人应视为其通常行使公民和政治权利的国家的公民。

第8条规定如下:

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

3. 委员会需要选举的四位委员任期至2006年年底届满。

外交保护

[议程项目3]

A/CN.4/530 和 Add.1 号文件

特别报告员约翰·杜加尔德先生关于外交保护的第四次报告

[原文: 英文/法文]

[2003年3月13日和6月6日]

目 录

	页 次
本报告引用的多边文书	3
本报告引用的著作	3
章 次	段 次
一、公司和股东的外交保护	1-48 7
A. 导言	1-2 7
B. 巴塞罗那电车公司案	3-29 7
C. 委员会可采用的备选方案	30-48 13
二、关于对公司和股东实行外交保护的拟议条文	49-128 17
A. 第17条	50-58 18
B. 第18条	59-91 20
C. 第19条	92-96 27
D. 第20条(公司国籍的持续性)	97-109 28
E. 第21条(特别法)	110-116 31
F. 第22条(法人)	117-128 32

本报告引用的多边文书

来 源

- 《同盟和参与国对匈牙利和约》(《特里亚农和约》)[英](1920年6月4日, 特里亚农) 《1920年英国和外国文件》, 第一百一十三卷(伦敦, 皇家印务局, 1923年), 第486页。
- 《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;《国际法律资料》, 第四卷, 第3号(1965年5月), 第532页。

本报告引用的著作

- Abi-Saab, Georges
“The international law of multinational corporations: a critique of American legal doctrines”, *Annals of International Studies* (Geneva), vol. 2, 1971, pp. 97-122.
- Aldrich, George H.
The Jurisprudence of the Iran-United States Claims Tribunal. Oxford, Clarendon Press, 1996. 590 p.
- Beale, Joseph H.
Selections from a Treatise on the Conflict of Laws. New York, Baker, Voorhis, 1935. 1663 p.
- Beckett, W. E.
“Diplomatic claims in respect of injuries to companies”, *Transactions of the Grotius Society*, vol. 17, Problems of Peace and War. London, Sweet & Maxwell, 1932, pp. 175-194.

- Bederman, David J.
 “Interim report on ‘lump sum agreements and diplomatic protection’”, *Report of the Seventieth Conference held in New Delhi, 2-6 April 2002*. London, International Law Association, 2002, pp. 230-258.
- Brower, Charles N. and Jason D. Brueschke
The Iran-United States Claims Tribunal. The Hague, Martinus Nijhoff, 1998. 931 p.
- Brownlie, Ian
Principles of Public International Law. Oxford, Clarendon Press, 1966. 646 p; and 5th ed. Oxford, Oxford University Press, 1998. 743 p.
- Caffisch, Lucius Conrad
La protection des sociétés commerciales et des intérêts indirects en droit international public. The Hague, Martinus Nijhoff, 1969. 287 p.(Thesis, University of Geneva).
- “The protection of corporate investments abroad in the light of the Barcelona Traction case”, *Heidelberg Journal of International Law*, vol. 31, 1971, pp. 162-196.
- “Round table—toward more adequate diplomatic protection of private claims: ‘Aris Gloves’, ‘Barcelona Traction’ and beyond”. *Proceedings of the American Society of International Law at its sixty-fifth annual meeting (Washington, D.C., 29 April-1 May 1971)*, *American Journal of International Law*, vol. 65, No. 4, September 1971, pp. 333-365.
- Collins, Lawrence, ed.
Dicey and Morris on the Conflict of Laws. Vol. 2. 13th ed. London, Sweet & Maxwell, 2000.
- Daillier, Patrick and Alain Pellet
Droit international public (Nguyen Quoc Dinh). 6th rev. ed. Paris, LGDJ, 1999. 1455 p.
- Davies, Paul L., ed.
Gower’s Principles of Modern Company Law. 6th ed. London, Sweet & Maxwell, 1997. 867 p.
- De Visscher, Charles
 “De la protection diplomatique des actionnaires d’une société contre l’État sous la législation duquel cette société s’est constituée”, *Revue de droit international et de législation comparée* (Brussels), 3rd series, vol. XV, 1934, pp. 624-651.
- De Visscher, Paul
 “La protection diplomatique des personnes morales”, *Recueil des cours de l’Académie de droit international de La Haye*, 1961–I. Leiden, Sijthoff, 1962. Vol. 102, pp. 395-479.
- Diez de Velasco, Manuel
 “La protection diplomatique des sociétés et des actionnaires”, *Collected Courses of The Hague Academy of International Law*, 1974–I. Leiden, Sijthoff, 1975. Vol. 141, pp. 87-186.
- Dinstein, Yoram
 “Diplomatic protection of companies under international law”, in Karel Wellens, ed., *International Law—Theory and Practice: Essays in Honour of Eric Suy*. The Hague, Martinus Nijhoff, 1998, pp. 505-517.
- Doehring, Karl
 “Diplomatic protection of non-governmental organizations”, in Manuel Rama-Montaldo, ed., *International Law in an Evolving World: Liber Amicorum in tribute to Professor Eduardo Jiménez de Aréchaga*. Montevideo, Fundacion de Cultura Universitaria, 1994, pp. 571-580.
- Domke, Martin
 “Round table—toward more adequate diplomatic protection of private claims: ‘Aris Gloves’, ‘Barcelona Traction’ and beyond”. *Proceedings of the American Society of International Law at its sixty-fifth annual meeting (Washington, D.C., 29 April-1 May 1971)*, *American Journal of International Law*, vol. 65, No. 4, September 1971, pp. 333-365.
- Dorresteijn, Adriaan, Ina Kuiper and Geoffrey Morse
European Corporate Law. Deventer, Kluwer, 1994. 238 p.
- Fatouros, A. A.
 “National legal persons in international law”, in Rudolf Bernhardt, ed., *Encyclopedia of Public International Law*. Amsterdam, Elsevier, 1997. Vol. 3, pp. 495-501.
- Forde, Michael
Company Law. Cork and Dublin, Mercier Press, 1992. 636 p.
- Garner, Bryan A.
A Dictionary of Modern Legal Usage. 2nd ed. New York, Oxford University Press, 1995. 951 p.
- Gill, Terry D.
 “Elettronica Sicula S.p.A.(ELSI)(United States v. Italy)”, in Peter D. Trooboff, ed., “International decisions”, *American Journal of International Law*, vol. 84, 1990, pp. 249-258.
- Gunawardana, Asoka de Z.
 “The inception and growth of bilateral investment promotion and protection treaties”, *Proceedings of the 86th Annual Meeting of the American Society of International Law (Washington, D.C., 1-4 April 1992)*, pp. 544-550.
- Hackworth, Green Haywood
Digest of International Law. Vol. V. Washington, D.C., United States Government Printing Office, 1943.
- Hahlo, H. R. and Ellison Kahn
The South African Legal System and its Background. Cape Town, Juta, 1973. 603 p.
- Harris, David
 “The protection of companies in international law in the light of the *Nottebohm* case”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 18, 1969, pp. 275-317.

- Higgins, Rosalyn
 “Aspects of the case concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Ltd.”, *Virginia Journal of International Law*, vol. 11, No. 3, May 1971, pp. 327-343.
- International Law Association
Report of the Seventieth Conference held in New Delhi, 2-6 April 2002. London, International Law Association, 2002. 867 p.
- Jennings, Sir Robert and Sir Arthur Watts, eds.
Oppenheim's International Law, vol. I, Peace, introduction and part 1. 9th ed. Harlow, Longman, 1992.
- Jiménez de Aréchaga, Eduardo
 “International responsibility”, in Max Sørensen, ed., *Manual of Public International Law*. 1st ed. London, Macmillan, 1968.
 “International law in the past third of a century”, *Collected Courses of The Hague Academy of International Law*, 1978-I. Alphen aan den Rijn, Sijthoff & Noordhoff, 1979. Vol. 159, pp. 1-344.
- Jones, J. Mervyn
 “Claims on behalf of nationals who are shareholders in foreign companies”, *British Year Book of International Law*, 1949, vol. 26, pp. 225-258.
- Kiss, Alexandre-Charles
 “La protection diplomatique des actionnaires dans la jurisprudence et la pratique internationales”, *La personnalité morale et ses limites*. Paris, LGDJ, 1960, pp. 179-210.
- Kokott, Juliane
 “Interim report on ‘the role of diplomatic protection in the field of the protection of foreign investment’”. *Report of the Seventieth Conference held in New Delhi, 2-6 April 2002*. London, International Law Association, 2002, pp. 259-277.
- Kooijmans, P. H.
Internationaal Publiekrecht in Vogelvlucht. 9th ed. Deventer, Kluwer, 2002.
- Kubiatowski, Stephen A.
 “The case of Elettronica Sicula S.p.A.: toward greater protection of shareholders’ rights in foreign investments”, *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 29, No. 1, 1991, pp. 215-244.
- Levy, Laurent
La nationalité des sociétés. Paris, LGDJ, 1984. 319 p.
- Lillich, Richard B.
 “The rigidity of Barcelona”, *American Journal of International Law* (Washington, D.C.), vol. 65, 1971, pp. 522-532.
- Lowe, Vaughan
 “Shareholders’ rights to control and manage: from Barcelona Traction to ELSI”, in Nisuke Ando and others, eds., *Liber Amicorum: Judge Shigeru Oda*. The Hague, Kluwer, 2002. Vol. 1, pp. 269-284.
- Mann, F. A.
 “The protection of shareholders’ interests in the light of the Barcelona Traction case”, *American Journal of International Law* (Washington, D.C.), vol. 67, 1973, pp. 259-274.
 “Foreign investment in the International Court of Justice: the ELSI case”, *American Journal of International Law* (Washington, D.C.), vol. 86, No. 1, January 1992, pp. 92-102.
- McCorquodale, Robert
 “Expropriation rights under a treaty—exhausted and naked”, *Cambridge Law Journal*, vol. 49, 1990, pp. 197-199.
- McNair, Lord and A. D. Watts
The Legal Effects of War. 4th ed. Cambridge University Press, 1966.
- Meskin, Philip M., ed.
Henechsberg on the Companies Act. 4th ed. Durban, Butterworths, 1985. 1134 p.
- Metzger, Stanley D.
 “Nationality of corporate investment under investment guaranty schemes: the relevance of Barcelona Traction”, *American Journal of International Law* (Washington, D.C.), vol. 65, 1971, pp. 532-541.
- Minguela, Santiago C.
Spanish Corporation Law and Limited Liability Company Law: an English Translation. The Hague, Kluwer, 1996. 383 p.
- Moore, John Bassett
A Digest of International Law. Vol. VI. Washington, D.C., Government Printing Office, 1906.
- Murphy, Sean D.
 “The ELSI case: an investment dispute at the International Court of Justice”, *Yale Journal of International Law*, vol. 16, No. 2, 1991, pp. 391-452.
- North, P. M. and J. J. Fawcett
Cheshire and North's Private International Law. 12th ed. London, Butterworths, 1992. 936 p.
- O’Connell, D. P.
State Succession in Municipal Law and International Law, vol. I, Internal Relations. Cambridge, Cambridge University Press, 1967. 592 p.
 International Law. Vol. 2. 2nd ed. London, Stevens, 1970.
- Orrego Vicuña, Francisco
 “Interim report on ‘The changing law of nationality of claims’”. *Report of the Sixty-Ninth Conference held in London, 25-29 July 2000*. London, International Law Association, 2000, pp. 631-647.

Peters, Paul

“Dispute settlement arrangements in investment treaties”, *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. XXII, 1991, pp. 91-161.

Petrén, S.

“La confiscation des biens étrangers et les réclamations internationales auxquelles elle peut donner lieu”, *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1963-II. Leiden, Sijthoff, 1964. Vol. 109, pp. 492-571.

Reuter, Paul

Droit international public, 5th rev. ed. Paris, Presses Universitaires de France, 1976. 528 p.

Sacerdoti, Giorgio

“Barcelona Traction revisited: foreign-owned and controlled companies in international law”, in Yoram Dinstein, ed., *International Law at a Time of Perplexity: Essays in Honour of Shabtai Rosenne*. Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1989, pp. 699-716.

Schwarzenberger, Georg

International Law. Vol. 1. 3rd ed. London, Stevens, 1957. 808 p.

Seidl-Hohenveldern, Ignaz

“Round table—toward more adequate diplomatic protection of private claims: ‘Aris Gloves’, ‘Barcelona Traction’ and beyond”. *Proceedings of the American Society of International Law at its sixty-fifth annual meeting (Washington, D.C., 29 April-1 May 1971)*, *American Journal of International Law*, vol. 65, No. 4, September 1971, pp. 333-365.

Corporations in and under International Law. Cambridge, Grotius, 1987. 138 p.

Shaw, Malcolm N.

International Law. 4th ed. Cambridge, Cambridge University Press, 1997. 939 p.

Shearer, I. A.

Starke's International Law. 11th ed. London, Butterworths, 1994.

Simma, Bruno

“Self-contained regimes”, *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. XVI, 1985, pp. 111-136.

Staker, Christopher

“Diplomatic protection of private business companies: determining corporate personality for international law purposes”, *British Year Book of International Law*, 1990 (Oxford), vol. 61, pp. 155-174.

Stern, Brigitte

“La protection diplomatique des investissements internationaux: de Barcelona Traction à Elettronica Sicula ou les glissements progressifs de l'analyse”, *Journal du droit international* (Paris), vol. 117, No. 4, 1990, pp. 897-948.

Vandeveld, Kenneth J.

“The economics of bilateral investment treaties”, *Harvard International Law Journal*, vol. 41, No. 2, spring 2000, pp. 469-502.

Warbrick, Colin

“Protection of nationals abroad”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 37, part 4, October 1988, pp. 1002-1012.

Watts, Sir Arthur

“Nationality of claims: some relevant concepts”, in Vaughan Lowe and Malgosia Fitzmaurice, eds., *Fifty Years of the International Court of Justice: Essays in honour of Sir Robert Jennings*. Cambridge, Cambridge University Press, 1996, pp. 424-439.

Weston, Burns H.

“Round table—toward more adequate diplomatic protection of private claims: ‘Aris Gloves’, ‘Barcelona Traction’ and beyond”. *Proceedings of the American Society of International Law at its sixty-fifth annual meeting (Washington, D.C., 29 April-1 May 1971)*, *American Journal of International Law*, vol. 65, No. 4, September 1971, pp. 333-365.

Whiteman, Marjorie M.

Digest of International Law. Vol. 8. Washington, D.C., 1967.

Wolff, Martin

“On the nature of legal persons”, in A. L. Goodhart, ed., *The Law Quarterly Review* (London), vol. LIV, No. 215, July 1938, pp. 494-521.

Wyler, Eric

La règle dite de la continuité de la nationalité dans le contentieux international. Paris, Presses Universitaires de France, 1990. 295 p.

第一章

公司和股东的外交保护

A. 导言*

1. 本特别报告员曾就自然人的外交保护和用尽当地补救办法规则提出三次报告,¹ 国际法委员会都进行了审议。虽然委员会在辩论中时常提到法人的外交保护这项主题, 但并没有直接关注过。2002年委员会第五十四届会议, 就公司的外交保护问题举行了非正式协商。²

2. 本报告专门讨论公司及其股东的外交保护这项主题。

B. 巴塞罗那电车公司案

3. 多项司法裁决涉及公司和股东的外交保护。但在关于这一主题的所有讨论中, 巴塞罗那电车、电灯及电力有限公司案³ 的判决占有主导地位。只有充分考虑到国际法院1970年的判决及其影响和对判决提出的批评意见, 才能严肃地尝试就这一主题拟订一项或多项规则。因此, 本报告从讨论巴塞罗那电车公司案开始。

1. 法院的判决

4. 巴塞罗那电车、电灯和电力有限公司1911年在加拿大多伦多注册, 在该地设立总部, 但在西班牙开展业务。在第二次世界大战以后的几年中, 比利时国民——自然人或法人——逐步控制了巴塞罗那电车公司的大部分股份资本。在重要时刻, 比利时国民估计持有88%的股票。西班牙当局采取了

若干行动, 致使该公司业务停止。起诉要求西班牙赔偿的是大多数股东的国籍国比利时, 而非公司国籍国加拿大。西班牙对比利时的索赔要求提出四项初步反对意见, 其中两项于1964年被驳回,⁴ 其他两项则合并作为案情实质。合并作为案情实质的反对意见之一涉及比利时代表在加拿大注册的公司的本国股东行使外交保护的权力。国际法院作出判决, 支持这项初步反对意见; 正是这项判决构成了本报告的主题。

5. 国际法院首先强调指出, 法院关切的唯一问题是“一家由股票代表资本的有限责任公司”股东的外交保护问题。⁵ 这种公司的特点是公司与股东之间的明显区别。⁶ 一旦公司受到伤害而使股东利益受到损害, 股东只得要求公司采取行动, 因为“同一不法行为可能伤害两个单独实体的利益, 但是只有一个实体的权利受到侵犯”。⁷ 只有在所投诉的行为侵犯股东的直接权利时, 股东才有独立的诉讼权。⁸ 指导公司与股东之间明确区别的原则源自国内法, 而非国际法。⁹

6. 国际法院遵循国内法律体系中的这些一般法律原则, 解释了这项规则, 即如公司受到伤害, 外交保护权属于根据该国法律注册公司、并在该国境内设立注册办事处的国家,¹⁰ 而非公司股东的国籍国。国际法院做出这项裁定, 没有采纳分别涉及战时敌国公司定性¹¹ 和一次付清协定国家实现¹² 的两项司法裁决; 这两项裁决提出, 可能存在一项规则, 支持

⁴ 同上, 初步反对意见, 判决, 《1964年国际法院汇编》, 第6页。

⁵ 同上, 第二阶段, 判决, 《1970年国际法院案例汇编》, 第34页, 第40段。

⁶ 同上, 第41段。

⁷ 同上, 第35页, 第44段。

⁸ 同上, 第36页, 第47段。

⁹ 同上, 第37页, 第50段。

¹⁰ 同上, 第42页, 第70段和第46页, 第88段。

¹¹ 同上, 第39页, 第60段。

¹² 同上, 第40页, 第61段。

* 本报告的编写得到了纽约大学实习生 Larry Lee 先生和 Elina Kreditor 女士、剑桥大学 Kym Taylor 女士和莱顿大学 Raelene Sharp 女士的协助, 特别报告员谨在此致谢。

¹ 《2000年……年鉴》, 第二卷(第一部分), 第233页, A/CN.4/506和Add.1号文件; 《2001年……年鉴》, 第二卷(第一部分), 第101页, A/CN.4/514号文件; 《2002年……年鉴》, 第二卷(第一部分), 第57页, A/CN.4/523和Add.1号文件。

² 《2002年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第113段。

³ 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。

揭开公司面纱并使股东国籍国代表其行使外交保护。虽然国际法院承认，双边或多边投资条约可能授予股东直接保护，¹³ 并存在解释此类支持股东索赔的条约所产生的一套一般仲裁判例，¹⁴ 但是，这并没有证明存在支持股东国籍国有权代表股东行使外交保护的“习惯国际法规则”。国际法院认为所有这些惯例和条约都是特别法，故未加采纳。

7. 国际法院同意，在两种情况下股东国籍国可以代表股东行使外交保护：第一，公司在注册地不复存在¹⁵——巴塞罗那电车公司不属于这种情况；第二，公司注册国本身对公司造成伤害，而外国股东在国际一级的唯一保护手段是通过国籍国¹⁶——巴塞罗那电车公司也不属于这种情况。（因此，国际法院对这一例外不予认可。）¹⁷

8. 有人建议，也许可以以股东利益的理由对股东进行保护，但是国际法院对所受理的本案未予采纳。¹⁸ 法院并拒绝承认存在股东国籍国附有的外交保护次位权利，如本案所示，¹⁹ 公司注册国拒绝代表公司行使外交保护。²⁰

9. 国际法院对诺特博姆案²¹的裁决要求受害人与谋求保护受害人的国籍国之间应存在真正联系；有人认为这项裁决或许可适用于公司的情况，从而使比利时——该国因其国民在巴塞罗那电车公司持有88%的股份与该公司最具有真正联系——成为行使外交保护的适当国家，但是这一论点未被接受。然而，国际法院没有驳回对公司适用真正联系的检验标准，因为法院在此案中裁断巴塞罗那电车公司与加拿大之间存在着“密切和永久”联系，因为该

公司在加拿大设有注册办事处，并且多年来均在该国举行董事会会议。²²

10. 国际法院在裁定公司注册国，而非公司股东国籍国，为公司受到伤害时行使外交保护的适当国家时，遵循了若干项政策考虑。首先，当股东对一家在外国开展业务的公司投资时，他们承担了风险，包括这家公司可能行使酌情处理权时拒绝代表他们行使外交保护的风险。²³ 其次，如果允许股东国籍国行使外交保护，可能导致不同国家提出多重索赔，因为大公司常常由多国股东控股。²⁴ 在这方面，国际法院表示，如果授权股东国籍国代表股东采取行动，那就没有理由认为不应由每个个别股东都享有这种权利。²⁵ 第三，法院不愿以类推方式适用有关公司和股东双重国籍的规则，也不愿允许两者的国籍国行使外交保护。²⁶

2. 个别意见

11. 虽然比利时政府的索赔要求以15票对1票（比利时专案法官里普哈根）被驳回，但是法官对于国际法院对巴塞罗那电车公司案的推理普遍存在分歧。这表现在，16名法官中有8名法官提出个别意见，其中又有5名法官（包括专案法官里普哈根）的个别意见支持股东国籍国有权行使外交保护。

12. 田中法官认为，“习惯国际法并不禁止国籍国对股东的保护，即使是公司国籍国拥有对股东的保护权。”²⁷ 他还指出：

的确，国际法的规则不允许分别对公司和其股东实施两种外交保护，但是国际法的规则也不禁止双重保护。²⁸

尽管菲茨莫里斯法官、杰瑟普法官和格罗斯法官没有提出像田中法官这样的意见，但是他们也显然不

¹³ 同上，第47页，第90段。

¹⁴ 同上，第40页，第63段。

¹⁵ 同上，第40-41页，第64-68段。

¹⁶ 同上，第48页，第92段。

¹⁷ 同上。

¹⁸ 同上，第92-93段和第50页，第101段。

¹⁹ 出于若干原因，其中包括加拿大与西班牙之间没有订立把管辖权授予国际法院的条约，加拿大拒绝代表巴塞罗那电车公司提起诉讼（同上，第45页，第81-83段）。

²⁰ 同上，第49页，第96段。

²¹ 诺特博姆案，第二阶段，判决，《1955年国际法院汇编》，第4页。

²² 《1970年国际法院汇编》（见上文脚注3），第42页，第70-71段。

²³ 同上，第35页，第43段；第46页，第86-87段和第50页，第99段。

²⁴ 同上，第48-49页，第94-96段。

²⁵ 同上，第48页，第94-95段。

²⁶ 同上，第38页，第53段和第50页，第98段。

²⁷ 同上，第134页。另见第130页。

²⁸ 同上，第131页。

同意这一多数判决的理论和推理；他们认为在某些情况下，尤其是在公司国籍国是不法行为国的情况下，²⁹ 股东国籍国有权行使外交保护。并且，格罗斯法官指责国际法院无视现代投资的现实：

国际经济法规则的基础必须符合经济现实。公司仅有的国籍联系可能无法反映出实质经济联系。在这两种标准之间，法官必须选择其中之一，并以法律与事实相符为准则：国民经济实际受到不利影响的国家拥有采取法律行动的权利。³⁰

13. 相反，莫雷利法官、³¹ 帕迪利亚·内尔沃法官³² 和阿蒙法官³³ 不仅支持法院的推理，而且还拒绝这项建议：如公司国籍国为不法行为国，则股东国籍国可以采取行动。帕迪利亚·内尔沃法官代表发展中国家发言，他宣称：

需要外交保护的不是大公司的股东；而是作为投资地的穷国和弱国，它们需要得到保护，防范强大金融团体的侵犯，并防范似乎随时准备以一切代价保护其国籍股东的政府施加不适当的外交压力。³⁴

3. 对国际法院判决的批评

14. 国际法院对巴塞罗那电车公司案的判决遭到了广泛的批评。在寻求就公司和（或）股东的外交保护问题拟订令人满意的规则时，应考虑到以下批评意见。

15. 巴塞罗那电车公司案所阐述的规则，源自文明国家承认的公司法的一般原则，而非习惯国际法。国际法院如果考虑到双边和多边投资条约和一次付清协定中的国家实践，考虑到解释这种条约的仲裁裁决，并不因为这种条约是特别法而不予考虑，也许能够找到支持股东索赔的习惯国际法规则的充分证据。理查德·利利奇指出，国际法院断然拒绝“一套规范股东索赔的传统国际惯例，认为它与本案案情无关”，选择了“完全采用规定对公司的不法行

为并不一定使股东拥有可以强制执行的权利的国内公司法”，因而失去了“一个在司法上准许拟订习惯国际法有关股东索赔规则的极好机会。”³⁵ 利利奇对法院提出批评，并表示赞同顾维钧法官在国际法院1964年首次审理巴塞罗那电车公司案时所作的陈述：

看来存在国家实践、条约安排和仲裁裁决的大量证据，可以确认国际法中不明确地存在一项规则，承认任何国家在因外国公司受到伤害而致使该国国民和股东受到损害时，有权保护其不受另一不法行为国的损害，而不论该另一国是否是公司国籍国。³⁶

16. 巴塞罗那电车公司案确立了“一项不可行的标准。”³⁷ 在实践中，国家不会仅仅因为公司注册，即不存在国民在公司内大规模控股所产生的真正联系，而行使外交保护。期待一国为一家在外国受到伤害的公司花费时间、精力、金钱和政治影响，而该国与该公司并无实质联系，是不切实际的。相反，期待被告国接受公司注册这种次要联系作为构成授予提出国际索赔权利所必须的“真正联系”，也同样不切实际。因此，在实践中，许多国家都表明，不会为公司行使外交保护，如果国家在经济控制（控股或受益所有权）、公司所在地（行政总部或中心）或两者结合的方面与该公司并无联系。³⁸ 后巴塞罗那电车公司案时代的实践表明，各国在决定是否支持公司对另一国提出索赔时采取了不同的方法。³⁹ 大不列颠及北爱尔兰联合王国⁴⁰ 和美利坚合众国⁴¹ 等国，要求与公司存在真正和实质联系，而其他国家则强

³⁵ “The rigidity of Barcelona”，第525页和第531页。另见 Higgins, “Aspects of the case concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Ltd.”, 第331页；和“Round table-toward more adequate diplomatic protection of private claims: ‘Aris Gloves’, ‘Barcelona Traction’, and beyond”, 第345页 (Caffisch), 第343页 (Domke) 和第344页 (Weston)。

³⁶ 《1964年国际法院汇编》（见上文脚注4），第63页。

³⁷ Metzger “Nationality of corporate investment under investment guarantee schemes: the relevance of Barcelona Traction”，第541页。

³⁸ 同上。见 Metzger 文章的附表，第542-543页，表明为使公司符合投资保障机制的资格，各国一般要求国家与公司之间存在某种实质性联系。

³⁹ Brownlie, 《国际公法原则》，第5版，第487-489页。

⁴⁰ 见英国对1985年国际索赔适用的规则，转载于 Warbrick, “Protection of nationals abroad”，第1006-1007页（对规则四的评论）。

⁴¹ 见2002年11月1日美国代表的发言，《大会正式记录，第五十七届会议，第六委员会》，第23次会议（A/C.6/57/SR.23），第50-56段。

²⁹ 同上，菲茨莫里斯法官，第72-75页；杰瑟普法官，第191-194页。

³⁰ 同上，第279页。

³¹ 同上，第240-241页。

³² 同上，第257页。

³³ 同上，第318页。

³⁴ 同上，第248页。

调公司所在地或经济控制。概括而言，与公司注册这一微弱和中性联系相比，强调行使外交保护的国家的应与公司存在真正联系的控制、所在地或控股等项标准已得到更大的支持。

17. 从后来一次付清协定和投资条约方面的国家做法中可以看出对上一段落批评意见的支持。国际法协会人员和财产外交保护委员会2002年在新德里举行会议，⁴² 戴维·贝德曼教授和朱莉安娜·科科特教授在向委员会提出的临时报告中强调，各国已有意对其事务进行管理，以避免出现国际法院对巴塞罗那电车公司案的判裁。

18. 贝德曼教授在题为“一次付清协定和外交保护”的临时报告中表示，在巴塞罗那电车公司案之后，公司根据这种协定提出索赔的资格，在更大程度上取决于公司总部所在地（公司所在地）、控制或控股，而不仅仅是公司的注册。⁴³ 并且，股东通常被允许根据这种协定提出索赔，因为这种协定支持解决对受到被告国不利影响的财产、权利、利益和索赔主张提出的索赔。⁴⁴ 他因此得出结论，“公司及其股东的资格标准似乎已大大放宽，因此现在尽管可以对巴塞罗那电车公司案中的大规模控股提出疑问（至少在一次付清协定中得到反映）”。⁴⁵

19. 科科特关于“外交保护在保护外国投资领域中的作用”的临时报告采取了类似方法。她表明，外交保护的酌处性和巴塞罗那电车公司案定下的限制性规则，促使各国诉诸双边投资条约，⁴⁶ 使投资者能够在特别仲裁法庭或《关于解决国家与其他国家国民之间投资争端公约》设立的国际投资争端解决中心，解决与东道国之间的争端。她得出结论：

无需竭力指出，外交保护与保护外国投资的规则相互排斥。但是，如果有人提出，外交保护应该在当今的外国投资法中发挥强大的作用，那么对他而言，结果将是非常失望的。对双边投资条约机制以及双边手段的分析表明，外交保护在现有的解决争端手段中并

没有发挥重要作用。一般而言，双边和多边协定更愿意采取替代性解决争端程序，并使投资者能够求助于国际仲裁机构。这样，投资者能够得到国际法规定的起诉权，而绕开外交保护。本报告表明，与需要求助于东道国行使外交保护的意愿（或能力）相比，这一发展带来了若干有利条件。

似乎对外交保护——其政治不稳定性、酌处性及其根据国际法院的理论保护外国股东的能力——存在着巨大的不信任情绪。这会产生什么后果？似乎有两种不同的选择。其一，要求改变外交保护的规则，以满足投资者的要求。然而，这一选择似乎并不现实，因为它忽视了众多双边协定及与之伴随的多边协定的存在。多边投资协定迟早将被新的机制所取代。基于这些考虑，第二项选择更切实际：承认在外国投资方面，传统的外交保护法在很大程度上已被若干以条约为基础的解决争端程序所取代。⁴⁷

20. 国际法院在诺特博姆案⁴⁸ 中对公司外交保护的相关性的处理远远不能令人满意。⁴⁹ 一方面，判决似乎拒绝对公司适用“真正联系”，因为法院裁定“在公司外交保护这一具体领域，‘真正联系’的绝对标准没有得到普遍接受”，⁵⁰ 巴塞罗那电车公司案和诺特博姆案提出的问题之间不存在类比。另一方面，法院审查了巴塞罗那电车公司与加拿大之间的联系——注册、登记办事处、账户、股票过户登记册、董事会会议以及在加拿大税务部门的注册，断定加拿大与公司之间“已经建立起密切和永久的联系”。⁵¹

21. 菲茨莫里斯法官、⁵² 杰瑟普法官、⁵³ 帕迪利亚·内尔沃法官⁵⁴ 和格罗斯法官⁵⁵ 提出的个别意见，确认了诺特博姆案的“真正联系”与公司的相关性。法院裁定，加拿大与该公司之间具有“密切和永久

⁴⁷ 同上，第276-277页；另见Murphy “The ELSI case: an investment dispute at the International Court of Justice”，第392页。

⁴⁸ 见上文脚注21。

⁴⁹ Brownlie，同前，第5版，第490-491页；Watts，“Nationality of claims: some relevant concepts”，第432-433页。

⁵⁰ 《1970年国际法院汇编》（见上文脚注3），第42页，第70段。

⁵¹ 同上，第71段。

⁵² 同上，第80页。

⁵³ 同上，第186页。

⁵⁴ 同上，第254页。

⁵⁵ 同上，第281页。

⁴² 国际法协会，《第七十届会议的报告》，（2002年4月2-6日在新德里举行），第228页。

⁴³ 同上，第252-253页。

⁴⁴ 同上，第253-255页。

⁴⁵ 同上，第258页。

⁴⁶ 同上，第265页。

的联系”。⁵⁶ 曼⁵⁷ 在此基础上提出，法院裁定如果公司注册国因与该公司不具有充分联系而没有代表公司提起诉讼的能力，则股东国籍国可以有保护权利。

22. 国际法院在巴塞罗那电车公司案中承认，股东国籍国可能在三种情况下为其行使外交保护：第一，股东的直接权利受到侵犯；⁵⁸ 第二，公司不复存在；⁵⁹ 第三，公司国籍国可能是不法行为国。⁶⁰ 国际法院解释了支持公司注册国行使外交保护的规则的例外，但这些例外均未得到适当考虑。⁶¹ 在下文讨论允许对股东行使外交保护的规则时，将讨论法院在这一问题推理方面的弱点。

23. 最后，法院未能对上文第10段所述的政策问题的推理提出充分理由。投资在外国开展业务的公司股东，为何要承担投资失败的风险？旨在保护外国投资的双边投资条约的存在，似乎与这一理论相抵触。⁶² 为何股东有可能对不法行为国提出多重索赔要求会在国际经济关系中造成混淆和不安全的气氛？⁶³ 为何适用于个人和国际组织⁶⁴ 的双重保护规则不能同样适用于公司和股东？仅仅提出两者之间不存在类推关系是远远不够的。⁶⁵

4. 巴塞罗那电车公司案的权威

24. 国际法院的裁决对国际法委员会不具约束力。虽然人们理解委员会不愿反对这种裁决，但是

必须回顾，近年来委员会大大限制了诺特博姆案这一长达40年的重大裁决的范围，⁶⁶ 并明确反对另一项长达30多年的西南非洲案的裁决。⁶⁷ 巴塞罗那电车公司案不是神圣不可碰的。因此，委员会在仔细审议之后，可能决定不予遵守。这项决定的基础可能是：上文中对裁决提出的批评意见；国际法院显然未能对所涉及的问题进行充分辩论；⁶⁸ 或国际法院不是在编纂国际法，而是在解决了一起特定争端，其结果是法院的“规则”将被视为对特定案情的判决，而不是适用于所有情况的普遍规则。国际法院本身的一个分庭对西电公司案⁶⁹ 所作的判决已对拒绝采纳巴塞罗那电车公司案的判决推理中的最后一项理由提出了某种程度的支持。

5. 西电公司案

25. 尽管巴塞罗那电车公司案判决，其国民在一家公司中控股的国家不得就公司本身遭受的损失提出索赔，但国际法院一个分庭在关于西电公司案中，允许美国就一家由两家美国公司完全控股的意大利公司的损失向意大利提出索赔。（但是，分庭根据案情驳回了美国的索赔，因为案情显示，意大利的行为没有构成违反所涉《友好、通商和通航条约》⁷⁰。）令人惊讶的是，分庭没有就这项判决与巴塞罗那电车公司案的判决的相符性表示意见，尽管意大利正式反对说，据称权利遭到侵犯的公司是意大利公司，而美国则是谋求保护这家公司股东的权益。⁷¹

26. 小田法官在个别意见中强调了巴塞罗那电车公司案与西电公司案的相关性，他提出拥有这家

⁵⁶ 同上，第42页，第71段。

⁵⁷ “The protection of shareholder’s interests in the light of the Barcelona Traction case”，第264，第269和第273页。

⁵⁸ 《1970年国际法院汇编》（见上文脚注3），第36页，第47段。

⁵⁹ 同上，第40-41页，第64-68段。

⁶⁰ 同上，第48页，第92段。

⁶¹ Mann, “The protection of shareholder’s interests ...”，第265-272页。

⁶² 见《1970年国际法院汇编》（上文脚注3），第275页，格罗斯法官的个别意见。

⁶³ 同上，第49页，第96段。

⁶⁴ 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185页。

⁶⁵ 《1970年国际法院汇编》（见上文脚注3），第38页，第53段。

⁶⁶ 见上文脚注21；以及《2002年……年鉴》（上文脚注2），第281段，第3 [5]条评注第（6）段。

⁶⁷ 西南非洲案，第二阶段，判决，《1966年国际法院汇编》，第6页。见《2001年……年鉴》，第二卷（第二部分），第48条评注，第145页，脚注725。

⁶⁸ 见菲茨莫里斯法官的个别意见中对国际法院讨论巴塞罗那电车公司案的批评，《1970年国际法院汇编》（上文脚注3），第86页，第37段。

⁶⁹ 西西里电子公司（西电公司）案，《1989年国际法院汇编》，第15页。

⁷⁰ 《美利坚合众国与意大利友好、通商和通航条约》（1948年2月2日），联合国，《条约汇编》，第79卷，第1040号，第171页。

⁷¹ 《1989年国际法院汇编》（见上文脚注69），第64页，第106段和第79页，第132段。

意大利公司的美国两家公司仅仅是意大利公司的股东，因此美国不能向其提供外交保护。⁷² 一般认为，分庭以沉默表示不接受这项论点，尽管巴塞罗那电车公司案是这项论点的基础。⁷³

27. 西电公司案未能与巴塞罗那电车公司案加以区别，这可以从几方面加以解释。⁷⁴ 首先，国际法院分庭在此案中关切的问题不是评估习惯国际法（如在巴塞罗那电车公司案中），而是对一项友好、通商和通航条约⁷⁵作出解释，该条约如同一项双边投资条约，规定对美国在海外的股东加以保护。如果分庭以美国不得保护在意大利公司持有股份的美国公司为由，裁定美国的索赔要求无法接受，这将伤害双边投资条约的价值；这种条约的目的之一，是保护在投资国注册的公司的本国控股股东。⁷⁶ 第二，此案可能涉及股东的直接权利受到侵犯——巴塞罗那电车公司案承认了这一例外。⁷⁷ 第三，本来也许可以称，在此案中，公司已不复存在，因为公司已经停业清理，这是巴塞罗那电车公司案承认的一般规则的另一例外。第四，还可以提出，⁷⁸ 在此案中，该分庭对巴塞罗那电车公司案未决的问题，即股东国籍国是否能够在公司受到公司注册国伤害时对其进行保护，做出了肯定回答。

28. 虽然可以解释西电公司案未能适用巴塞罗那电车公司案所叙明的规则，但该分庭拒绝采纳巴

塞罗那电车公司案的判决、推理和理论，却是无可争辩的事实。因此，这一判决作为从巴塞罗那电车公司案的后退而受到欢迎是可以理解的。⁷⁹

6. 巴塞罗那电车公司案的三十年

29. 毫无疑问，巴塞罗那电车公司案的司法裁决意义重大，尽管这项裁决在推理的说服力或在对外国投资保护的关切方面同其影响存在差距。因此，委员会可能被迫背离这项裁决，而拟订一项更加符合外国投资现实，鼓励外国投资者采用外交保护程序加以补救、而非依靠双边投资条约保护的规则。另一方面，必须承认，尽管巴塞罗那电车公司案存在缺陷，但在30年后的今天，人们依然普遍认为此案不仅精辟阐述了有关公司外交保护的法律，而且还真正反映了习惯国际法。今天，国家在公司外交保护方面的做法都以巴塞罗那电车公司案为指导。⁸⁰ 第六委员会提出是否应该重新审议巴塞罗那电车公司案规则的问题，代表们在答复中清楚地表明了这一点。⁸¹ 在就这一主题发言的15名代表中，只有一位代表⁸² 建议重新审议巴塞罗那电车公司案。令人

⁷⁹ Murphy, 如上, 第419-420页。

⁸⁰ 见英国政府1987年发布的条例，公布于Warbrick, 如上。第四条规则规定，联合王国可以受理在联合王国注册的公司的索赔要求，但在评注中明确指出，其基础是巴塞罗那电车公司案（第1007页）。

⁸¹ 关于这一主题，向各国提出了下列问题：

“在巴塞罗那电车公司案中，国际法院裁断公司注册和登记办事处所在国家有权代表公司行使外交保护。股东的国籍国无权行使外交保护，但下列情况除外：

“(a) 股东自身的权利受到直接损害；

“(b) 公司在注册地不复存在；

“(c) 公司注册国是对公司犯有国际不法行为的国家。

“股东国籍国是否有权在其他情况下行使外交保护？例如，一公司多数股东的国籍国是否拥有这种权利？或者，在一公司的注册地国拒绝或未能行使外交保护时，该公司多数股东的国籍国是否有行使外交保护的次等权利？”

（《2002年……年鉴》（见上文脚注2），第28段）

⁸² 荷兰认为巴塞罗那电车公司案的裁决是“不完全令人满意的”，并敦促向股东授予辅助性的保护权利（《大会正式记录，第五十七届会议，第六委员会》，第16次会议（A/C.6/57/SR.16），第54和第56段）。一般另见德国，同上，第20次会议（A/C.6/57/SR.20），第25-26段。美国支持巴塞罗那电车公司案，但同时指出，在决定是否行使外交保护时应考虑到股东的国籍，并敦促保护股东，如果国籍国本身须对公司造成的伤害承担责任的话（同上，第23次会议（A/C.6/57/SR.23），第52段）。

⁷² 同上，第87-88页。

⁷³ 见斯韦卜勒法官的反对意见，同上，第94页；Jennings和Watts编，《奥本海国际法》，第520页；Murphy, 如上，第420页；McCorquodale “Expropriation rights under a treaty-exhausted and naked”，第199页；Kubiakowski “The case of Elettronica Sicula S.p.A: toward greater protection of shareholders’ rights in foreign investments”，第234页；以及Mann, “Foreign investment in the International Court of Justice: ELSI case”，第100页。

⁷⁴ 关于这一裁决，一般见Stern, “La Protection diplomatique des investissements internationaux: de Barcelona Traction a Elettronica Sicula ou les glissements de l’analyse”。

⁷⁵ 见上文脚注70。

⁷⁶ Gill, “Elettronica Sicula S.p.A(ELSI)(United States v. Italy)”, 第257-258页。另见Mann, “Foreign investment...”。

⁷⁷ 《1970年国际法院汇编》（见上文脚注3），第36页，第47段。另见Lowe, “Shareholders’ rights to control and manage: from Barcelona Traction to ELSI”。又见Watts, 如上，第435页，脚注56。

⁷⁸ Dinstein, “Diplomatic protection of companies under international law”, 第512页。

遗憾的是，就这一主题发言的代表中，只有一位不是发达国家的代表。但是，发展中国家对一项取代巴塞罗那电车公司案、对外国公司股东提供更多保护的规则也不可能表现出很大的热情。⁸³ 借用《国际法院规约》第38条第(1)款(d)项的话说，“最有资格的公法学家”的著作表明，他们普遍都以批判态度接受巴塞罗那电车公司案。但是，他们都认为，这项判决是对公司外交保护的开创性判决，是所有关于这一主题的讨论的出发点。⁸⁴

C. 委员会可采用的备选方案

30. 在提议制定关于公司国籍以及对公司和(或)股东提供外交保护的规则之前，特别报告员认为有必要说明委员会现有的几种备选方案。它们是：

(a) 注册国，须视巴塞罗那电车公司案所设想的保护股东的特殊情况而定；

(b) 公司注册所在并与其要有真正联系(通常为经济控制形式)的国家，也要视巴塞罗那电车公司案所设想的保护股东的特殊情况而定；

(c) 总部或公司正式地址所在国；

(d) 公司的经济控制所在国；

(e) 注册国和经济控制所在国两者。这将允许某种双重保护，类似于适用双重国籍自然人的双重保护情况；

(f) 首先是注册国，而经济控制所在国在注册国未能行使保护的情况下享有次位保护权；

(g) 所有股东的不同的国籍国。

下文将更详细地考虑这些备选方案。

1. 备选方案(a)：注册国

31. 只有公司的注册国才有权对公司遭受的伤害实行外交保护，但要视巴塞罗那电车公司案所阐述的例外而定；在例外情况下，公司股东的国籍国可能对股东行使外交保护。这项备选方案可以说是巴塞罗那电车公司案中的唯一规则。这项规则的利弊已在上文审议。

2. 备选方案(b)：注册国和有真正联系的国家

32. 公司注册国如同该公司具有诺特博姆案⁸⁵所说的那种“真正联系”，则可为该公司行使外交保护，但须视巴塞罗那电车公司案所认可的有利于股东索赔的例外情况而定。这种提议在某种程度上反映国家实践，因为许多国家不会对与它们没有真正联系(即支配股，经济控制或总公司)的公司行使外交保护。⁸⁶ 这项规则的主要缺点是许多公司在美国注册，但与美国并没有真正联系，不过是为了获得税收上的好处。这种公司就外交保护而言，将沦为无国籍公司。这一后果似乎并没有使帕迪利亚·内尔沃法官、⁸⁷ 彼德伦法官或奥尼耶亚马法官⁸⁸感到不安。另一方面，这显然违背国际法院在巴塞罗那电车公司案中的推理(其前提是一个国家——加拿大——有权保护该公司)⁸⁹，也违背了“国际法目前的趋势(即更好地保护个人的权利)”。⁹⁰ 斯托克对这项规则又提出一个难题：

存在真正联系还会产生的问题是这种真正联系必须存在的时间点。究竟是要求在注册时与注册国有真

⁸⁵ 见上文脚注21。

⁸⁶ 又见Harris, “The protection of companies in international law in the light of the *Nottebohm* case”。

⁸⁷ 《1970年国际法院汇编》(见上文脚注3)，第254页。

⁸⁸ 同上，第52页，彼德伦法官和奥尼耶亚马法官的联合声明。

⁸⁹ 同上，第48页，第94段，其中法院表示，“对产权的考虑只能要求某保护国的可能干预，不得过之。”另见拉克斯法官的声明(同上，第53页)，其中他表示加拿大有权保护该公司“是法院推理的重要前提。”

⁹⁰ Staker, “Diplomatic protection of private business companies: determining corporate personality for international law purposes”, 第159页。

⁸³ Abi-Saab, “The international law of multinational corporations: a critique of American legal doctrines”, 第121-122页。

⁸⁴ Jennings 和 A.Watts 编，同前，第515-522页；Daillier 和 A.Pellet, *Droit International Public* (Nguyen Quoc Dinh, 第733页；Shaw, *International Law*, 第566页；Brownlie, 同前，第5版，第491-495页；Kooijmans, *Internationale Publiekrecht in Vogelvlucht*, 第116页；Shearer, *Starke's International Law*, 第286-287页；Cafisch, “The protection of corporate investments abroad in the light of the *Barcelona Traction* case”。

正联系，还是只要在讨论其存在的那段时间有真正联系（以便能认可在调查时和提出索赔时是否有真正联系，即使在实际注册时并没有真正联系），还是从注册时到提出要求时的这段时间一直要有真正联系？⁹¹

3. 备选方案 (c): 总部或公司正式地址所在国

33. 权威人士中有人支持的观点是，公司应该采取总部⁹²或正式地址所在地的国籍，这是民法（总部）制度和习惯法（正式地址）制度国家在遇到法律冲突时通常采用的检验公司与某国联系的标准。⁹³但有人怀疑在国际公法问题上适用这种私法的检验标准是否合适。⁹⁴此外，仲裁法庭的裁决已经表明，总部或正式地址以及注册地这两者之间通常有着密切的联系。⁹⁵

4. 备选方案 (d): 经济控制所在国

34. 应该将执行外交保护的作用交给经济控制所在国这一意见得到相当多的支持。遗憾的是，这一观点的大量佐证主要是第一次世界大战以后决定公司敌对性质时采用的有效控制这一检验标准的立法和决定。⁹⁶正如奥康奈尔指出的，“套用为经济战服务的控

制理论来决定外交保护几乎是毫无价值的”。⁹⁷ 国际法院在审理巴塞罗那电车公司案时同意这一观点。⁹⁸

35. 尽管这一类比不那样恰当，但提议将经济控制国作为有权行使外交保护的国家还是很有道理的。它更符合外国投资的经济现实，即与注册国相比，股东的国籍国通常更想得到赔偿，而注册国也许对获得补救无多大兴趣，正如巴塞罗那电车公司案诉讼程序中加拿大的情况那样。因此，便大为减少了这一法律部门中始终存在的那种威胁，即某国在行使酌处权时将拒绝实行外交保护。接受经济控制国作为公司的保护国将认可保护国与受损害的法人之间的有效或真正联系的重要性——这是法院在处理巴塞罗那电车公司案中颇为敏感的一点。⁹⁹此外，这一检验标准将外交干预限制在一个国家，从而避免了如果允许每个股东的国籍国行使外交保护的话可能产生的多重索赔问题。出于人权的考虑也支持经济控制检验标准，因为外国投资者不应该没有请求保护权。

36. 法学家已指出，界定控制并非易事。¹⁰⁰ 有两种标准相持不下：多数股（即拥有50%以上的股份）和优势股。如果接受第一种标准，则这项规则可能造就无国籍的公司，或许没有一个国家可为之提出索赔。优势股检验标准把行使外交保护的权力交给公司中拥有股份数量最多的国民的国家，因此，这种检验标准较为可取。或者，可以拟定一种在评估控制时既考虑多数股又考虑优势股的检验标准。奥雷戈·比库尼亚在给国际法协会人身和财产外交保护问题委员会的关于“变更索赔国籍法律”的临时报告中建议，可照下列措辞起草赞同控制国行使外交保护的规则：

某一外国公司由另一国籍的股东控制（其形式是拥有50%的公司股本或控制该公司所需的其他这种比

⁹¹ 同上，第163页。

⁹² 《1970年国际法院汇编》，第42页，第70段。

⁹³ O'Connell, 《国际法》，第1041页；Levy, *La nationalité des sociétés*, 第183-196页；Harris, 如上，第295-301页。

⁹⁴ O'Connell, 《国际法》，第1041-1042页。

⁹⁵ 这是 Schwarzenberger 经考查以下案例后在《国际法》中得出的结论（第393-397页）：卡内瓦罗案（意大利诉秘鲁），1912年5月3日的裁决（《国际仲裁裁决汇编》，第九卷（出售品编号：1961.V.4），第397页）；苏杜瓦斯·格拉蒙诉罗莱案，*Recueil des décisions des tribunaux arbitraux mixtes institués par les traités de paix*（巴黎，西雷出版社，1921年），第三卷，第570页；墨西哥种植园有限公司案，第135号案，《1931-1932年国际公法案例年度文摘》（伦敦，巴特沃斯出版社，1938年）；F.W. 弗拉克为了已故的 D.L. 弗拉克（大不列颠）诉墨西哥合众国案（《国际仲裁裁决汇编》，第五卷（出售品编号：1952.V.3），1929年12月6日的裁决），第61页；马德拉责任有限公司（大不列颠）诉墨西哥合众国案，同上，1931年5月13日的裁决，第156页；墨西哥大洋间铁路（阿卡普尔科到维拉克鲁斯）有限公司诉墨西哥东部铁路有限公司（大不列颠诉墨西哥合众国）案，同上，1931年6月18日的裁决，第178页。

⁹⁶ Seidl-Hohenveldern, *Corporations in and under International Law*, 第27-29页；McNair & Watts, *Legal Effects of War*；以及戴姆勒有限公司诉大陆轮胎和橡胶（大不列颠）有限公司案，《判例汇报，上议院，枢密院司法委员会》（伦敦，1916年），第307页。联合国在对阿拉伯利比亚民众国实

行经济制裁的决议（安全理事会1993年11月11日第883（1993）号决议）中也采用了类似的检验标准。又见特别报告员瓦奇拉夫·米库尔卡先生关于国家继承中的国籍问题的第四次报告，《1998年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/489号文件，第332-333页，第15-17段。

⁹⁷ 《国际法》，第1042页。

⁹⁸ 《1970年国际法院汇编》，第39-40页，第60段。

⁹⁹ 同上，第42页，第70-71段。

¹⁰⁰ Brownlie, 同前，第5版，第488-489页；O'Connell, 《国际法》，第1042页；Levy, 同前，第200-224页。

例)，可使这些股东的国籍国有权对他们行使外交保护或认为该公司具有该国的国籍。¹⁰¹

各国实践并非整齐划一。一些条约以多数股权界定控制。¹⁰² 其他条约则简单地提到控制，而让有关法庭决定各种情况下的这种要求，包括股权。¹⁰³

37. 除了控制概念不精确受到批评以外，经济控制作为检验标准以便为外交保护目的确定公司的国籍还受到其他几种批评。这种标准最终将产生如何证明的问题，无论是在事实方面还是在法律方面。巴塞罗那电车公司案本身就表明准确查明一家公司

¹⁰¹ 如上，第647页。

¹⁰² 见《阿尔及利亚民主人民共和国关于解决美利坚合众国政府和伊朗伊斯兰共和国政府索赔的宣言》（《阿尔及尔宣言》），《国际法资料》，第20卷（1981年），第230-233页，将根据其中美国或伊朗的法律组成的公司列为国民，如果该国的国民直接或间接拥有的公司股权“相当于其股本的50%或更多”（第233页，第七条第1款）。这项规定的适用，见：索拉磁砖公司诉伊朗伊斯兰共和国政府案，《国际法报告》，第83卷（1990年），第465-467页，《伊朗美国索赔法庭报告书》，第14卷，第226-228页；莫里森-克努森太平洋有限公司诉道路和运输部案，同上，第7卷，第54页和《美国国际法杂志》，第79卷（1985年），第146页；美国东南部经销公司诉伊朗国家石油公司和伊朗伊斯兰共和国案，《国际法报告》，第84卷，第484页和《伊朗美国索赔法庭报告书》，第15卷，第23页；斯塔雷特房产公司诉伊朗伊斯兰共和国政府案，同上，第4卷，第122页和《国际法律资料》，第23卷（1984年），第1106页。另见《美国和秘鲁关于解决某些索赔的协定》（1974年2月19日，利马），联合国，《条约汇编》，第944卷，第13455号，第1条，第148页和《美国国际法杂志》，第68卷（1974年），第584页；《国王陛下和墨西哥合众国解决英国因墨西哥1910年11月20日至1920年5月31日期间革命行动所致损失或损害而提出的金钱索赔公约》（伦敦，皇家印务局，1928年），第3条，第5页。

¹⁰³ 《阿尔及尔宣言》（见上文脚注102）第七条第2款，第233页，将美国国民的索赔权定义为“这种国民通过拥有法人的股本或其他所有人权益而间接拥有的索赔权，只要这种国民的股权加起来在提出索赔的时候足以控制该公司或其他实体，并且只要该公司或其他实体本身无权根据该协定的条文提出索赔。”对这一规定的解释，见波默罗伊公司诉伊朗伊斯兰共和国政府案，《伊朗美国索赔法庭报告书》，第2卷，第395-396页；阿尔康铝业有限公司管理层诉Ircable公司案，同上，第298页和《国际法报告》第72卷，第726页（索赔人未能成功，因为他们不能表明他们拥有阿尔康公司50%以上的股份）。又见Brower和Brueschke，《伊朗美国索赔法庭》，第45-51页；Aldrich，《伊朗美国索赔法庭判例》，第47-54页。

的股权有多么困难。¹⁰⁴ 此外，举证责任¹⁰⁵ 和推定证据也可能使控制（无论是多数股还是优先股的形式）作为对公司实行外交保护的可接受标准进一步复杂化。¹⁰⁶

38. 对委员会来说，采用赞成经济控制的规则有重大困难。虽然可能在巴塞罗那电车公司案之前这项规则比注册检验标准¹⁰⁷ 得到更多的支持，但很难说它当时是否是习惯国际法规则。更不容置疑的是，在经历巴塞罗那电车公司案30年后的今天，它作为习惯法规则的地位更不牢靠。与此同时，双边投资条约对保护股东的概念予以支持，但是这些条约本身对保护问题并无统一规定。此外，巴塞罗那电车公司案以来的几年中，这些条约均被视为属于特别法领域，因此，并不影响巴塞罗那电车公司案的权威性。即使这些条约被看作是国家实践的证据，也很难说赞同经济控制的规则能否在当今世界中得到大多数国家的支持。虽然一些发达国家也许赞同支持股东以经济控制为名索赔的规则，但没有证据表明这种规则也会得到发展中国家的支持。相反，有人争辩说，这种规则将增加发达国家为它们在发展中国家做生意的公司中持有股份的国民提出的索赔数量。¹⁰⁸ 这可能只是猜想，但的确表明，这种规则不能为发展中国家所接受。

39. 如果委员会决定制定一项赞同经济控制的规则，那么，它将采取的做法是逐步发展而不是编纂。这是否可取，要由委员会视这种规则所具有的种种困难而决定。

5. 备选方案(e): 注册国和经济控制所在国

¹⁰⁴ 《1970年国际法院汇编》（见上文脚注3），第219-220页（杰瑟普法官）。另见伊朗-美国索赔法庭受理的案件：阿尔康铝业有限公司管理层诉Ircable公司案（上文脚注103），第729页；美国东南部经销公司诉伊朗国家石油公司和伊朗伊斯兰共和国案（上文脚注102），第484页；Cafilisch“*The protection of corporate investments...*”，第180页。

¹⁰⁵ 《1970年国际法院汇编》（见上文脚注3），（杰瑟普法官），第202页。

¹⁰⁶ 同上，第207页。

¹⁰⁷ Brownlie，同前，第5版，第487页。

¹⁰⁸ 见Abi-Saab，如上，第121-122页。

40. 国际法认可，如果双重国籍的国民受到伤害，可以由任一或两个国籍国行使外交保护。¹⁰⁹ 同样，国际法认可国际组织的官员可由其国籍国或组织或双方提供保护。¹¹⁰ 那么，人们也许会问，为什么不应当认可公司的双重保护和经济控制国以便使公司注册国或经济控制国也能行使外交保护呢？如国际法院在巴塞罗那电车公司案所做的那样，仅仅简单地说上述双重保护案例与公司及其控制股东的案例这两者之间不可类比是否并不够？¹¹¹

41. 这种双重保护的可能性在巴塞罗那电车公司案中得到田中法官¹¹² 和杰瑟普法官¹¹³ 个别意见的支持。据田中法官的意见：

的确没有国际法规则允许分别对公司及其股东行使两种外交保护，但是，也没有国际法规则禁止双重保护。这里似乎存在着法律空白：必须根据外交保护体制本身的精神作出某种阐释来填补这项空白。¹¹⁴

这种双重保护的案件并不存在迫使被告国支付两次赔款的危险，因为“如果一国的索偿要求得到满足，则另一国的索偿要求就失去对象而相应无效。”¹¹⁵

42. 委员会应该认真关注双重保护的可能性。但是，如果它觉得对上文第34-35段中的经济控制检验标准提出的批评意见是有说服力的，则在双重保护中同意这种检验标准就不合理了。

6. 备选方案 (f)：注册国，其次是经济控制所在国

¹⁰⁹ 见委员会2002年通过的外交保护条款草案第5 [7] 条，《2002年……年鉴》（上文脚注2），第71页。

¹¹⁰ 对执行联合国职务时所受伤害的赔偿案（见上文脚注46），第186页。在该决定认可可以为受伤官员提出两项索赔后，大会授权联合国秘书长谈判协定，调解联合国的诉讼和该受伤人员原籍国的权利（大会1949年12月1日第365（IV）号决议，第2段）。又见杰瑟普法官的个别意见，《1970年国际法院汇编》（上文脚注3），第199页。

¹¹¹ 《1970年国际法院汇编》（上文脚注3），第38页，第53段和第50页，第98段。

¹¹² 同上，第130-133页。

¹¹³ 同上，第199-202页。

¹¹⁴ 同上，第131页。另见顾维钧法官的个别意见，《1964年国际法院汇编》（上文脚注4），第59-61页。

¹¹⁵ 《1970年国际法院汇编》（见上文脚注3），第130-131页，田中法官。又见杰瑟普法官，同上，第200页。

43. 与备选方案 (e) 相联系的是，如果（而且非这样不可）注册国放弃外交保护的权力或长期不行使这种权利（例如巴塞罗那电车公司案中加拿大的情况），就可产生将外交保护的次位权利交给经济控制国的可能性。巴塞罗那电车公司案中的菲茨莫里斯法官在其个别意见中考虑了这种可能性，当时他说，注册国不实行外交保护是“因为与公司的利益无关的自身理由……即使有正当的，或貌似正当的法律理由这样做，而且公司的利益要求这样做”，那么股东的国籍国应该能采取行动——如同“在国内情况下，公司管理人员的这种不行动或拒绝行动的行为通常就能使股东采取行动”一样，无论是针对管理人员的还是第三方的行动。¹¹⁶

44. 对这种次位保护权利概念的支持可在赔偿委员会的程序中找到，其中规定：

每一国家政府得代表公司或其他实体提出赔偿要求，只要在索赔事项发生之日该公司或其他实体已根据其法律注册或组成。只有一个政府可代表公司或其他实体提交赔偿要求。公司或其他实体必须请求其注册国或组成所在地国向[联合国赔偿]委员会提交赔偿要求。如果公司或其他私法实体注册国或组成所在地国未能在第29段规定的截止日期内提交这种符合适用标准的索赔，则该公司或其他私法实体可自行在此后的三个月内向委员会提出赔偿要求。¹¹⁷

45. 这一备选方案可遭到与备选方案 (e) 相同的反对。倘若经济控制检验标准不令人满意，就不应该把它作为检验国籍的次要或首要标准来考虑。但是，还有一个更有力的反对意见。正如审理巴塞罗那电车公司案的国际法院所指出的那样，次位权利只有在原始权利不复存在的时候才能建立，但实践中很难确定这种权利何时消亡，因为一个国家可以只是拒绝行使保护某公司的酌处权，却无意放弃索赔权，正如同巴塞罗那电车公司案中看来是加拿大的立场那样。¹¹⁸ 虽然可以规定行使原始权利的时限，从而战胜这种反对意见，但却无法克服国际法院提出的另一个障碍，即如果注册国解决索赔的方法令

¹¹⁶ 同上，第76页。又见顾维钧法官的个别意见，《1964年国际法院汇编》（上文脚注4），第59页。

¹¹⁷ 赔偿委员会理事会1992年3月17日的决定（S/AC.26/1991/7/Rev.1），第26段。

¹¹⁸ 《1970年国际法院汇编》（见上文脚注3），第49-50页，第96-97段。

公司股东不满而会出现的困难。那时，经济控制国可否提出二次索赔，以期使股东的要求生效？

7. 备选方案 (g): 所有股东的不同的国籍国

46. 审理巴塞罗那电车公司案的国际法院用以下措辞驳回了允许公司所有股东的国籍国行使外交保护的提议：

法院认为，采用这种对股东实行外交保护的理论会导致各种竞争性的外交索赔，从而造成经济关系中的混乱和不安定气氛。这种危险会因为从事国际性活动的公司的股份极其分散和经常转手而愈演愈烈。¹¹⁹

47. 田中法官强调了另一种站得住脚的赞同多重保护的立场。¹²⁰ 他辩称，从原则上讲，每一个股东都应拥有外交保护权。他并不预料这会导致混乱，首先是由于外交保护具有酌处性，其次是由于有关国家实际上可能会联合行动。菲茨莫里斯法官采取了类似的立场。他辩称，只有对“各国政府都能得到的那部分赔偿”来说，多方索赔才会是一个问题。他继续说：

¹¹⁹ 同上，第49页，第96段。另见帕迪利亚·内尔沃法官的个别意见，第263-264页。

¹²⁰ 同上，第127-131页。

一旦接受在这种情况下代表股东提出索赔的原则，就不难找出避免多重诉讼程序的方法。后者才是确实重要的。¹²¹

48. 田中法官和菲茨莫里斯法官说得不错：多重诉讼程序可通过同权股东举行谈判随后采取联合行动而予以避免。但是，混乱无序依然是可能的。1949年，琼斯曾警告过这种危险。当时他写道，如果允许每个股东的国籍国都实行外交保护，则：

在国际层级造成的混乱就会如同根据国内法允许任何一批股东在公司受损的任何情况下提出诉讼会造成的结果一样……

股东往往就是公司本身，而且，确认每个股东的过程可能旷日持久，没有终结；这种过程在任何案例中实际做起来都很难。¹²²

巴塞罗那电车公司案本身就提供了大量的证据，足以证明遇到多国公司要确认股东很困难。¹²³

¹²¹ 同上，第77页，脚注21。这一观点得到 Rosalyn Higgins 的赞同，如上，第339页。另见“Panel-nationality of claims: individuals, corporations, stockholders”，《美国国际法学会第六十三届年会议事录，1969年4月24-26日，哥伦比亚特区华盛顿》，第30-53页。

¹²² “Claims on behalf of nationals who are shareholders in foreign companies”，第234-235页。

¹²³ 见杰瑟普法官的意见，《1970年国际法院汇编》（见上文脚注3），第219-220页。

第二章

关于对公司和股东实行外交保护的拟议条文

49. 巴塞罗那电车公司案有若干可以指责的地方。但是，它却得到各国的普遍接受。¹²⁴ 鉴于这种接受的程度以及对确定公司国籍的其他检验标准的反对意见，¹²⁵ 最明智的做法似乎是拟定条文，使巴塞罗那电车公司案阐述的各项原则生效。以下条文既核准了巴塞罗那电车公司案的首要规则（即公司的注册国享有对公司行使外交保护的权利），也核准了国际法院或多或少认可的这项规则的一些例外情况。

¹²⁴ 见上文第28段及以下各段。

¹²⁵ 见上文第31-38段。

第三部分 法人

第17条

1. 一国有权在拥有其国籍的公司受到损害时对它行使外交保护。

2. 就外交保护而言，一个公司的国籍国是公司在其境内注册〔并在其领域土设有注册办事处〕的国家。

第18条

在公司受损害的情况下，公司股东的国籍国无权对这些股东行使外交保护，除非：

- (a) 公司在注册地已不存在；或
- (b) 公司拥有对它造成损害的责任国的国籍。

第 19 条

第 17 和第 18 条不妨碍公司股东的国籍国在这些股东受到另一国的国际不法行为损害时为他们提供保护的权利。

第 20 条

一国有权针对在受到损害之时并在正式提出求偿之日均属根据其法律注册的公司行使外交保护 [；条件是，如果该公司因所受损害已不存在，停业公司的注册国可继续代表该公司求偿]。

A. 第 17 条

1. 第 17 条第 1 款

一国有权在拥有其国籍的公司受到损害时对它行使外交保护。

50. 第 17 条第 1 款重申巴塞罗那电车公司案中阐述的原则。¹²⁶ 它反映了委员会一读通过的条款草案第 3 条第 1 款，该款规定“有权行使外交保护的国家的国籍国。”¹²⁷

51. 条款草案第 2 条申明了国家行使外交保护的“权利”。¹²⁸ 国家没有这样做的义务——这项原则以同样的效力适用于自然人和法人。国际法院在巴塞罗那电车公司案中强调了这项原则，它宣布：

在国际法规定的范围内，一国可采用它认为适当的手段，在它认为适当的程度上行使外交保护，因为国家维护的是本身的权利。如果它所代表的自然人或

法人认为其权利没有得到充分保护，他们在国际法中就没有补救办法。如有方法，他们也只能诉诸国内法，以期继续其诉讼或得到补救。国内立法人员可能规定国家有义务保护其海外公民，并可能赋予国民要求履行这种义务的权利，以及规定与这种权利相关的惩罚措施。然而，所有这些问题都在国内法管辖范围内，在国际上不产生任何影响。

必须认识到，只有国家可以决定是否提供保护，在何种程度上提供保护，以及何时停止提供保护。在这方面，国家保留酌处权，这种权力的行使可取决于与特定案件无关的政治考虑或其他考虑。因为国家求偿与其诉因得到支持的个人或法人的求偿不完全相同，国家享有完全的行动自由。¹²⁹

52. 应由公司的注册国决定是否将对公司行使外交保护。如果国家与拥有其国籍的公司之间没有任何实际联系，例如，公司在该国注册是为了税务上的好处，该国就不大可能对其行使外交保护。在这种情况下，国家与公司之间的关系，就像一国与为便利而挂其国旗的船舶之间的关系一样。较可能的情况是，如果国家与公司之间有某种实际联系，例如公司的大多数股东是该国国民，国家将对它行使外交保护。国家的确可事先宣布，它只在此种情况下行使外交保护。¹³⁰ 这种附加要求有助于指导国家行使酌处权，它与国际法无关。国际法授权（但并不要求）一国对根据其法律注册的公司行使外交保护，详见巴塞罗那电车公司案。

53. 对于那些在公司投资期待公司在海外营业时其投资将受到国籍国保护的股东们，行使外交保护的酌处权不能为他们提供什么保障，因为这种权利完全不受国际法规则的规范。因此，投资者宁愿通过双边投资协定获得保障，并鼓励公司的国籍国与那些利润高风险也高的国家达成此种协定。因而人们接受科科特对这种情况的悲观评估：“对于外国投资，若干以条约为基础的解决争端程序已在很

¹²⁹ 《1970 年国际法院汇编》，第 44 页，第 78-79 段。

¹³⁰ 英国政府颁布了关于国际求偿的规则，表明英国政府可能处理在该国注册的公司求偿（第四条规则）。然而，这条规则的评论说：“在确定是否行使保护权时，英国政府可能考虑该公司是否实际上与联合王国具有真正的实质性联系”（Warbrick，如上，第 1007 页）。美国在第六委员会关于外交保护问题的辩论中发言时也同样宣布，“美国在决定是否实施对公司实行外交保护的酌处权时的确考虑到公司股东的国籍”（《大会正式记录，第五十七届会议，第六委员会》，第 23 次会议（A/C.6/57/SR.23），第 52 段）。

¹²⁶ 《1970 年国际法院汇编》，第 42 页，第 70 段和第 46 页，第 88 段。

¹²⁷ 《2002 年……年鉴》（见上文脚注 2），第 280 段。

¹²⁸ 同上。

大程度上取代了传统的外交保护法”。¹³¹ 国际法院的判决书也多少证实了这种观点，它说：

因此，从法律现状来看，要保护股东利益就需要诉诸私人投资者与投资国家之间直接订立的条约规定或作出的专门安排。国家越来越经常地在双边和多边关系中规定此种保护，或是缔结专门文书或是在更广泛的经济安排框架内进行。无论其形式是国家之间的多边或双边条约，还是国家与公司之间的协定，自第二次世界大战以来在保护外国投资方面的确有了很大的发展。有关文书规定了解决投资公司投资所在国如何对待投资公司的争端的管辖权和程序。有时候公司本身就有权通过规定的程序来保护自己的利益不受国家侵犯。¹³²

2. 第17条第2款

就外交保护而言，一个公司的国籍国是公司
在其境内注册〔并在其领域土设有注册办事处〕的
国家

54. 该款的规定反映了国际法院关于巴塞罗那
电车公司案的判词：

传统规则使国家有权对根据其法律注册并在其领
土内设有注册办事处的公司行使外交保护。¹³³

55. 上段中引述的判词就外交保护而言为公司
获得国籍规定了两项条件：注册以及在注册国设有
该公司注册办事处。实际上，大多数国家的法律要
求根据其法律注册的公司在其领土内设有注册办
事处。¹³⁴ 因此，提出设有注册办事处这一附加要求似
乎是多余的。不过，国际法院已清楚地表明，这两
项条件都必须满足，它说：“长期实践和许多国际
文书已确认了这两项标准。”¹³⁵ 可能国际法院认为，提

¹³¹ “关于外交保护在外国投资保护领域里的作用的中期报告”，第277页。

¹³² 《1970年国际法院汇编》（见上文脚注3），第47页，第90段。

¹³³ 同上，第42页，第70段。

¹³⁴ 特别报告员不能说他就这个问题进行了透彻的可比性研究。不过，对这个问题进行的简短调查表明，爱尔兰（Forde，《公司法》，第45页）、南非（Meskin 编辑，《Henocheberg on the Companies Act》，第254页）、西班牙（Minguela，《西班牙公司法与有限赔偿责任公司法：英文翻译》）和联合王国都持这一立场。

¹³⁵ 《1970年国际法院汇编》（见上文脚注3），第42页，第70段。

出关于注册办事处的要求，就是承认国家与公司之间必须有某种实际可见的联系，无论这种联系多么微弱。以下事实证实了这一点：国际法院强调，巴塞罗那电车公司的注册办事处是在加拿大，这一点同其他因素一道形成了加拿大同巴塞罗那电车公司之间的“密切和永久的联系”。¹³⁶ 事实上，国际法院坚持要求有注册办事处是不适当的。在一个国家设有注册办事处是注册的结果，而不是同该国有联系的独立证据。确实，如果一家公司在一国注册只是为了获得税务上的好处（这种情况并非不经常发生），那么注册办事处也只不过是一个邮政地址。为谨慎起见，保留这项要求和忠实地沿用巴塞罗那电车公司案中的措辞并没有害处。另一方面，委员会不妨除了公司注册问题外不提必须设有注册办事处。

56. 国际法院在巴塞罗那电车公司案中清楚地表明，并不存在关于公司注册问题的国际法规则。¹³⁷ 因此，必须诉诸国内法来确定是否已满足注册的条件。国际法院说：

所有这一切都意味着，国际法不得不承认公司是各国在基本上属于其国内管辖范围内创立的一个机构。这就要求，凡出现国家如何对待公司和股东的权利的法律问题时，就必须参照有关的国内法规则，因为国际法没有就对这些权利确立自己的规则。¹³⁸

57. 莫雷利法官在巴塞罗那电车公司案中建议，对于此案应依据被告国的法律作出裁决。¹³⁹ 根据斯托克所述的以下理由，这种观点是不能接受的：

从根本上讲，很难断言，一个国家可以不顾任何其他国家的国内法，完全自由地决定财产何时给带进其领土，财产属于谁。从逻辑上看，如果是这样的话，（用巴塞罗那电车公司案的例子来说）不仅西班牙有可

¹³⁶ 同上，第71段。

¹³⁷ 参阅 Staker 的建议，为了外交保护，国际法规则，可以“根据一项法律通则，即应当承认作为一个有别于其成员的实体而实际存在的集体为法律上的一种单独存在”，承认“没有任何国家国内法规定的法人地位的实体”为法人（如上，第169页）。

¹³⁸ 《1970年国际法院汇编》（上文脚注3），第33-34页，第38段；另见第37页，第50段。

¹³⁹ 同上，第235-236页。另见 Caffisch, *La protection des sociétés commerciales et des intérêts indirects en droit international public*, 第19页。

能拒不承认比利时公民按照加拿大法律合法注册的一家公司（以及不承认比利时股东是实际所有人），它可能会例如“承认”一帮比利时国民带入西班牙领土的财产属于一家加拿大公司，尽管根据加拿大法律并没有这样一家公司。如果这样的话，每一个国家都可以“承认”外国人带入本国领土的财产是无意保护这些财产的第三国的公司的财产，从而避开可能提出的外交求偿。西班牙如果“承认”一家并不存在的加拿大公司，实际上就是在捏造了一家公司，并赋予该公司以加拿大国籍。这违反了一国不能授予另一国国籍的既定规则。¹⁴⁰

因此，看来毫无疑问，法院应根据注册国的法律来确定有关公司是否已适当注册。

58. 与“登记”这个词相比，人们更愿意用“注册”这个词。在实际中，这两个用语几乎是同意词。一家公司要成为一家独立的企业，就必须向有关国家当局提交建立公司的文件并向它登记。一旦这样登记了，公司就已注册，可获得注册证书。可用自然人打个比喻，登记过程就是公司的孕育过程；在完成这一过程后，注册便是该公司的诞生；注册证书就是其出生证。¹⁴¹ 由于这一原因，使用“注册”更适当。

¹⁴⁰ 如上，第166-167页。

¹⁴¹ 南非1973年第61号公司法第64条清楚地阐述了这一过程：

“（1）在登记一家公司的备忘录和公司章程时，注册官将在这些文件上签字和加盖公章，签发一份证明该公司已注册的证书。

“（2）如果注册官为任何公司颁发了公司注册证书，在没有证据表明有欺诈行为的情况下，那么，仅出示这一证书本身就完全足以证明本法中关于登记及其前后过程事项的要求都已达到，该公司是根据这项法律注册的公司。”

（Meskin 编辑，如上，第98页）

另见 Davies 编辑，《高尔的现代公司法原则》第111页：

“如果注册官确信注册的所有要求都已达到，并且公司创办人的目的是‘合法’的，他就颁发一份经他签字或由他加盖公章认证的公司注册证书，证明该公司已注册成立；如果是有限责任公司，该证书应言明该公司的责任是有限的。该证书实际上是公司作为一个法人团体在证书所述日期诞生的出生证。”

B. 第18条

在公司受损害的情况下，公司股东的国籍国无权对这些股东行使外交保护，除非：

(a) 公司在注册地已不存在；或

(b) 公司拥有对它造成损害的责任国的国籍。

59. 国际法院在巴塞罗那电车公司案中确认，“国际层面”上某些特殊情况使我们可能“有理由为保护股东的利益而揭下[公司的]面纱。”¹⁴² 然而，他把此种干预只限于两种情况：(a) 公司已不存在，和 (b) 公司的国籍国没有为公司采取行动的能力。¹⁴³

1. 第18条(a)项

如果“公司在注册地已不存在”，股东的国籍国则可介入。

60. 这项规定提出了两个需要仔细考虑的问题：第一，“已不存在”的含义是什么，以及它是否是采用的适当检验标准；第二，确定公司关闭日期，是按注册国的法律，还是按公司受害地国的法律。

61. 在巴塞罗那电车公司案之前，人们接受的做法是，在公司不再能够代表股东采取行动时，股东的国籍国可以介入。有人支持关于把公司是否已不存在作为检验标准的观点，¹⁴⁴ 但权威意见似乎赞成一种不那么严格的检验标准，允许国家在公司“实际停业”的情况下为维护股东利益而介入。这种检

¹⁴² 《1970年国际法院汇编》（见上文脚注3），第39页，第58段。

¹⁴³ 同上，第40页，第64段。

¹⁴⁴ 见在罗马尼亚—美国公司案争端中联合王国对美国的答复：

“直至一家公司不再继续存在或进入清算阶段后，其股东的利益才不再仅仅是分享公司利润的权利，而成为分享企业实际剩余资产的权利。”

（Hackworth, 《国际法文摘》，第843页。）

墨西哥政府在墨西哥之鹰争端中采取了类似的立场（见 Jones, 如上，第241页）。Jiménez de Arechaga 1968年在巴塞罗那电车公司案前夕写作时要求把公司丧失了法律人格作为股东介入的先决条件（“国际责任”，第579-580页）。

验标准最初是在德拉瓜湾铁路案¹⁴⁵中提出的，后来在各国实践中得到遵循，¹⁴⁶并得到一些作者的支持。¹⁴⁷

62. 国际法院在巴塞罗那电车公司案中为确定公司是否已消亡规定了更高的标准。一个公司“瘫痪”或“财政情况危急”这一标准被视为不适当，不予以考虑。¹⁴⁸“实际停业”的标准也同样不予采用，因为这“在法律上不十分准确”。¹⁴⁹它认为只有“法律意义上的公司地位”才是重要的。国际法院说：

只有公司在法律上已消亡时，股东才失去了通过公司获得补救的可能性；只有股东失去了所有此种可能性后，才产生他们或其政府采取行动的独立权利。¹⁵⁰

帕迪利亚·内尔沃法官赞同这种做法，他在其个别意见中宣布：

只有公司已解散并随后不再作为一个法律实体存在的情况下，股东才能取而代之，有权接受在扣除公司债务后其所剩财产。因此，只有法人的“法定死亡”才能产生股东作为公司继承人拥有的新的权利。¹⁵¹

¹⁴⁵ 1887年，葡萄牙政府取消了给予一家公司关于修建洛伦索-马贵斯（现在的马普托）至德兰士瓦边界的铁路线的特许权，并没收其资产。这家公司是根据葡萄牙法律注册的，但其所有人却是英国和美国股东。英国和美国政府对这一行为提出抗议，并声称它们有权代表其股东介入此事，因为这家葡萄牙公司已“实际停业”。葡萄牙政府后来接受了这项原则，并成立了一个仲裁法庭，只就赔偿问题作出裁决（德拉瓜湾铁路案，Moore，《国际法文摘》，第648页）。关于此案的详细研究，见Jones，如上，第229-231页。埃尔特里温福求偿案中赞成这种方法（Moore，同前，第649页）。

¹⁴⁶ 见巴舍和罗默尔索赔案（1903年），《国际仲裁裁决汇编》，第10卷（出售品编号：1960.V.4），第723页（讨论见Jones，如上，第244-246页）；Mann，“The protection of shareholder's interests...”，第267-268页（引述Virally在巴塞罗那电车公司案中支持比利时的论述）。

¹⁴⁷ Brownlie，同前，第401页。

¹⁴⁸ 《1970年国际法院汇编》（见上文脚注3），第40-41页，第65-66段。

¹⁴⁹ 同上，第41页，第66段。

¹⁵⁰ 同上。

¹⁵¹ 同上，第256页。另见阿蒙法官的个别意见，第319-320页。

其他法官则不那样相信这项检验标准的正确性：杰瑟普法官、¹⁵²菲茨莫里斯法官¹⁵³和利费根专案法官¹⁵⁴倾向于采用“实际停业”的标准。

63. 针对国际法院通过“已不存在”的检验标准提出的批评中，有很大一部分是批评国际法院没有把它恰当应用于巴塞罗那电车公司案。¹⁵⁵这并没有减弱这项标准本身的价值：它比“实际停业”标准更准确，但对于这种标准是否已正确地适用于某一案件必然会有不同的观点。

64. 欧洲人权法院1995年在阿格罗泰克西姆案中赞成采用“已不存在”的检验标准，它拒绝裁定一家公司不能作为公司行事，因为该公司尽管正在清算过程中，但“并没有停止作为一个法人行事”。¹⁵⁶这也得到联合王国1985年国际求偿规则的支持，其中规定只有在公司“停业”的情况下才考虑采取干预行动。¹⁵⁷

65. 可惜国际法院在巴塞罗那电车公司案中并没有明确地宣布，股东介入的先决条件是该公司在注册地已不存在。¹⁵⁸然而，从法院诉讼过程来看却很清楚，法院的意图是，公司本应在其注册国家，而不是在公司受害地国停止存在。国际法院承认公司在西班牙已倒闭¹⁵⁹（菲茨莫里斯法官¹⁶⁰和杰瑟普法官¹⁶¹都赞同这种观点），但强调这不影响它在注册国加拿大的继续存在：

¹⁵² 同上，第193页，引述布朗利，同前，第401页，他赞成把“实际停业”作为正确的检验标准。

¹⁵³ 同上，第74-75页。

¹⁵⁴ 同上，第345页。

¹⁵⁵ 见Mann的批评意见，“The protection of shareholder's interests...”，第268页。

¹⁵⁶ 阿格罗泰克西姆等诉希腊案，欧洲人权法院，《A辑：判决和裁决》，第330-A卷（1996年，斯特拉斯堡，欧洲委员会），第25页，第68段。

¹⁵⁷ 第五条规则，转载于Warbrick，如上，第1007页。

¹⁵⁸ 这使Mann说（“The protection of shareholder's interests...”，第265页）：“国际法院没有说明它作出这种结论是根据何种法律体系。是加拿大法律，还是西班牙法律？或是国际法，特别是国际法中与外交保护有关的部分？”

¹⁵⁹ 《1970年国际法院汇编》（见上文脚注3），第40页，第65段。

¹⁶⁰ 同上，第75页。

¹⁶¹ 同上，第194页。

在本案中，巴塞罗那电车公司在注册国接受破产管理。这绝不意味着该实体或其权利的消亡，而是意味着，只要还未接着进行清偿工作，这些权利就存在。虽然处于破产管理过程之中，但该公司仍继续存在。¹⁶²

66. 一家公司在登记和注册后就在注册国家“诞生”。相反，它在注册国、即赋予它存在的国家关闭时，即为“消亡”。因此，看来合理做法是，必须根据公司注册国的法律来确定公司是否已不存在，是否不再能够作为一家公司实体运作。

2. 第18条(b)项

如果“公司拥有对它造成损害的责任国的国籍，”股东的国籍国可进行干预。

67. 公司的国籍国可单独代表公司行使外交保护权的规则有一项最重要的例外条款，即“如果公司拥有对它造成损害的责任国的国籍”（第18条(b)项），则允许股东国籍国进行干预。资本输入国往往要求希望在其境内做生意的外国财团根据其法律成立公司。¹⁶³ 如果资本输入国没收公司财产或以某种其他方式损害公司，公司在国际上的唯一救济是股东的国籍国采取行动。琼斯1949年就此问题撰写了题为“代表作为外国公司股东的国民求偿”的重要文章，他认为：

在此情况下，根据国际法正常规则不可能代表公司进行干预，因为外国不能代表国民对其政府提出索赔。如果正常规则适用，外国股东就要听任有关国家摆布，可能蒙受巨大损失且得不到补救。这是国内法中本应捍卫公司利益者以诈欺或不正当手段未捍卫公司利益的情况在国际领域的延伸（例如福斯诉哈博特尔案）。¹⁶⁴

68. 此项规则的存在不是没有争议的。此外，有人建议，只有在受损失公司被迫在不法行为国境内注册或公司“实际停业”的情况下才得承认该项规则。

69. 国际法院在巴塞罗那电车公司案中提出了这项规则的可能性，但拒绝就其存在或范围作出答复。本报告将审查在巴塞罗那电车公司案之前此类

例外条款的情况、国际法院对该案的判决、判决所附的各种个别意见、随后的事态发展以及这一例外规定的现状。

3. 巴塞罗那电车公司案之前：惯例、判例和理论

70. 在巴塞罗那电车公司案之前，国家实践、仲裁裁决和理论中都有证据支持此项例外规定；卡弗利施在《国际公法中保护商业公司和间接利益》中全面审查了这一切。然而，正如琼斯¹⁶⁵和希门尼斯·德阿雷查加¹⁶⁶对证据做出的不同评价表明，国家实践和仲裁裁决都很不清楚。

71. 琼斯指出，在若干争端中联合王国和（或）美国都声称存在此项例外，特别是在下列案件中：德拉瓜湾铁路案、¹⁶⁷ 特拉瓦利洛公司案、¹⁶⁸ 罗马尼亚—美国案¹⁶⁹和墨西哥鹰牌案。¹⁷⁰ 但没有一起案件提供确凿证据证实此一例外。在德拉瓜湾铁路案中，联合王国和美国在介入保护其国民时都坚称此类原则的存在，其国民是葡萄牙使之蒙受损失的葡萄牙公司的股东，但仲裁法庭认为争端限于确定给予的补偿。至多能够说，葡萄牙在接受联合王国和美国索赔要求的有效性时承认此类原则。¹⁷¹ 在特拉瓦利洛案和墨西哥鹰牌案中，墨西哥政府拒绝接受例外条款的存在，“通过公司救济共同商定找到了最后解决办法”。¹⁷² 此外，在美国和联合王国之间的罗马尼亚—美国争端中，联合王国不承认此项例外的存在。¹⁷³ 人们很难不同意希门尼斯·阿雷查加的看法，

¹⁶⁵ 如上。

¹⁶⁶ “国际责任”，第580-581页。

¹⁶⁷ 见上文脚注145。

¹⁶⁸ Jones, 如上, 第237页; Cafilisch, 如上, 第194-197页。

¹⁶⁹ Hackworth, 如上, 第841页。

¹⁷⁰ Whiteman, 《国际法文摘》, 第1272-1274页; Jones, 如上, 第241页。

¹⁷¹ Jones, 如上, 第230-231页。

¹⁷² Jiménez de Aréchaga, “国际责任”, 第580页。

¹⁷³ Hackworth, 如上, 第842页。

¹⁶² 同上, 第41页, 第67段。

¹⁶³ 见 Beckett, “Diplomatic claims in respect of injuries to companies”, 第188-189页。

¹⁶⁴ 如上, 第236页。

即“因此，无法根据如此有限、自相矛盾的国家实践得出确定不移的论据”。¹⁷⁴

72. 同样，司法裁决也无定论。有时引用奥尔索普求偿案、¹⁷⁵ 塞鲁蒂案、¹⁷⁶ 奥里诺科轮船公司案¹⁷⁷ 和梅利利亚-齐亚特案、本希兰案¹⁷⁸ 等索赔案，支持有利于股东索赔要求的例外情况，但实际上这些索赔案并未起到这种作用。¹⁷⁹ 巴舍和罗默尔索赔案¹⁸⁰ 和孔哈特案¹⁸¹ 至多不清楚，但也可能反对拟议的例外，因为在这些和其他案件中，¹⁸² “委内瑞拉混合委员会拒绝代表委内瑞拉籍公司的股东提出的索赔”。¹⁸³ 但埃尔特里温福索赔案¹⁸⁴ 在某种程度上证实了例外情况。在该案中，大多数仲裁员同意萨尔瓦多应赔偿美国的损失，因为萨尔瓦多在萨尔瓦多成立并有美国股东的公司蒙受损失。仲裁员指出：

¹⁷⁴ “国际责任”，第580页。比较 Cafilisch 的结论：

“我们首先认为，国家实践符合国际判例承认的相同原则，即保护有关被告国公司中的外国股东。一方面，间接股权拥有人国籍国很少拒绝这种保护；另一方面，我们不知道反对承认保护间接股权的被告国最终打赢官司的情况。”

(同前，第203页)

¹⁷⁵ 奥尔索普求偿案(智利、美国)(1911年7月5日)，《国际仲裁裁决汇编》，第十一卷(出售品编号：1961.V.4)，第349页；《美国国际法学报》，第5卷(1911年)，第1079页。

¹⁷⁶ 塞鲁蒂案(哥伦比亚、意大利)(1911年7月6日)，《国际仲裁裁决汇编》(见上文脚注175)，第377页；《公法概览》，第六卷(1899年)，第533页。

¹⁷⁷ 奥里诺科轮船公司案(1903-1905年)，《国际仲裁裁决汇编》，第九卷(出售品编号：1959.V.5)，第180页。

¹⁷⁸ 摩洛哥西班牙保护地的英国索赔案(西班牙诉联合王国)(1925年5月1日)，同上，第二卷(出售品编号：1949.V.1)，第729页。

¹⁷⁹ Jones, 如上，第243-244页；Jiménez de Aréchaga, “国际责任”，第580-581页；Cafilisch, 如上，第173和第183-187页。

¹⁸⁰ 巴舍和罗默尔索赔案(1903年)，《国际仲裁裁决汇编》，第十卷(出售品编号：1960.V.4)，第723页。

¹⁸¹ 孔哈特公司案(1903-1905年)，《国际仲裁裁决汇编》，第九卷(出售品编号：1959.V.5)，第171页。

¹⁸² 恩里克斯案(1903年)，同上，第十卷(出售品编号：1960.V.4)，第713页；布鲁尔、莫勒公司案(第二个案件)，同上，第433页。

¹⁸³ Jiménez de Aréchaga, “国际责任”，第581页。

¹⁸⁴ 萨尔瓦多商业公司索赔(埃尔特里温福公司)案(1902年5月8日)，《国际仲裁裁决汇编》，第十五卷(出售品编号：66.V.3)，第467页；Moore, 同前，第649页；*Papers relating to the Foreign Relations of the United States, with the annual message of the President transmitted to Congress: December 2, 1902* (华盛顿，政府印刷局，1904年)，第838-852页。

根据国际法，美国有权为萨尔瓦多国内埃尔特里温福公司的这些股东提出索赔要求。我们未讨论美国是否有这一权利的问题，因为在经常引用和公认的迪拉果阿湾铁路仲裁案中做出的结论已经完全解决了此种权利的问题。¹⁸⁵

73. 在德美石油公司油轮案中，也表示遵守迪拉果阿湾铁路仲裁案¹⁸⁶原则。法庭在该案中指出，在迪拉果阿湾铁路仲裁案和埃尔特里温福案中，股东未行使“自己的权利，而是行使被以不正当手段解散或掠夺的公司不能行使的权利；……因此，股东力求落实间接的替代权利，而非直接的个人权利。”¹⁸⁷

74. 概括而言，虽然权威文献不明确宣布国家有权受理作为公司股东的国民因公司国籍国采取影响公司的行为而对该国提出的索赔案，¹⁸⁸ 但这些裁决的措辞在一定程度上支持这种权利，尽管仍是尝试性的。¹⁸⁹

75. 具有重要意义的是，迪拉果阿湾铁路案、墨西哥之鹰案和埃尔特里温福案这三个索赔案对股东的国籍国进行干预提供了最强有力的支持；在这些案件中蒙受损失的公司曾被迫在不法行为国家成立。虽然这些索赔案中使用的措辞并未表明应将干预限于此类情况，但无疑正是在这些情况下最需要进行干预。在墨西哥鹰牌案中，墨西哥提出的论点是国家不应代表其墨西哥公司股东进行干预。对此，联合王国政府做出如下答复：

如果承认这种理论，即政府能够首先使依照地方法律注册公司作为外国利益方在其境内营运的条件，然后将此种注册作为拒绝外国外交干预的理由，则显然总会有办法阻止外国政府根据国际法行使其确定无疑的权利以保护其海外国民的商业利益。¹⁹⁰

¹⁸⁵ 《国际仲裁裁决汇编》，第479页；*Papers relating to the Foreign Relations of the United States...*，第873页(见上文脚注184)。

¹⁸⁶ 见上文脚注145。

¹⁸⁷ 德美石油公司油轮案(美国，赔偿委员会)(1926年8月5日)，《国际仲裁裁决汇编》，第二卷(出售品编号：1949.V.1)，第790页。

¹⁸⁸ Jiménez de Aréchaga, “国际责任”，第580页。

¹⁸⁹ Jones, 如上，第251和第257页；Cafilisch, 如上，第192页。

¹⁹⁰ Whitman, 同前，第1273-1274页。

76. 在前巴塞罗那电车公司案时期，法学家对国际法是否承认国家代表在不行为国成立的公司的股东采取外交行动的权利存有歧见。贝克特、¹⁹¹ 查尔斯·德菲斯海尔、¹⁹² 琼斯、¹⁹³ 保罗·德菲斯海尔、¹⁹⁴ 彼得伦、¹⁹⁵ 基什¹⁹⁶ 和卡弗利施¹⁹⁷ 赞成此类规则，但德阿雷查加¹⁹⁸ 和奥康奈尔¹⁹⁹ 反对。1964年，顾维钧法官在巴塞罗那电车公司案中提出个别意见，声称：

国家实践、条约规则和国际仲裁裁决都承认，如果公司国籍国，即因根据其法律成立公司而被视为拥有其国籍的国家使公司蒙受损失，则国家有权代表其作为公司股东的国民进行干预。²⁰⁰

4. 巴塞罗那电车公司案

77. 在巴塞罗那电车公司案中，被告国西班牙不是受害公司的国籍国。因此，国际法院没有提出所讨论的例外情况。但法院的确提到过这一例外情况：

的确一直有人坚持认为，为公平起见，在某些情况下国家应能够保护其国民，即违反国际法行为受害公司的股东。因此，拟订了一种理论，即如果被追究负责的国家是公司国籍国，股东国籍国有权提供外交保护。无论这一理论效力如何，但肯定不适用本案，因为西班牙不是巴塞罗那电车公司的国籍国。²⁰¹

¹⁹¹ 如上，第188-194页。贝克特在没有习惯国际法规则的情况下，从一般法律原则推断出此项规则。

¹⁹² “De la protection diplomatique des actionnaires d’une société contre l’Etat sous la législation duquel la société s’est constituée”，第651页。

¹⁹³ 如上，第236页。

¹⁹⁴ “La protection diplomatique des personnes morales”，第478-479页。

¹⁹⁵ “La confiscation des biens étrangers et les réclamations internationales auxquelles elle peut donner lieu”，第506和第510页。

¹⁹⁶ “La protection diplomatique des actionnaires dans la jurisprudence et la pratique internationale”。

¹⁹⁷ 同前。

¹⁹⁸ “国际责任”，第580-581页。

¹⁹⁹ 《国际法》，第1043-1047页。

²⁰⁰ 《1964年国际法院汇编》（见上文脚注4），第58页，第20段。

²⁰¹ 《1970年国际法院汇编》（见上文脚注3），第48页，第92段。比较：Mann指出，巴塞罗那电车公司案可能具有西班牙的“职能国籍”，如果是这样，本例外规定可能相关（“The protection of shareholders’ interests ...”，第271-272页）。

78. 国际法院在上述声明之后立即做出裁判。从判决中的以下段落可以看出，国际法院赞同为了公平、合理起见，股东国籍国可以提供保护的概念：

另一方面，法院认为应在外交保护领域和国际法所有其他领域中合理适用法律。有人建议，如果在某一案件中不可能适用一般规则，即公司外交保护权属于公司国籍国，出于公平考虑，可能让有关股东的国籍国提供对股东的保护。这一假设不符合本案案情。

但考虑到外交保护的酌处性质，出于公平考虑，只能依照上述一般规则要求某保护国进行干预，无论保护国是公司国籍国，还是以间接身份，即要求提供保护的股东的国籍国。²⁰²

79. 菲茨莫里斯法官、²⁰³ 田中法官²⁰⁴ 和杰瑟普法官²⁰⁵ 表示完全支持股东国籍国在公司受到注册国的伤害时进行干预的权利。菲茨莫里斯法官说：

实际上，似乎只在一种情况下多少明确承认应允许外国股东的国籍国政府进行干预，即如果有关公司拥有所诉行为或损害责任国的国籍，而且这些行为或损害或造成的后果使公司实际上不能保护自己 and 股东的利益。²⁰⁶

80. 菲茨莫里斯法官承认，如果公司并非因“自愿注册”而获得国籍，而是“国家政府或其地方法律规定强加给公司国籍，作为在该国运营或获得特许权的条件”，²⁰⁷ 就极可能出现这类情况。但他不愿将股东国籍国进行干预的权利限于这种情况，因为重要的是“在当地注册但有外国股权的事实”，而不是注册的动机或程序。²⁰⁸

81. 杰瑟普法官说，这一例外情况的基本原理“似乎主要基于公平考虑，其结果很合理，在国家实践中已被接受。”²⁰⁹ 他和菲茨莫里斯法官一样，也认为“如果被告国只在投资者根据其法律成立公司的

²⁰² 《1970年国际法院汇编》（见上文脚注3），第48页，第93-94段。

²⁰³ 同上，第72-75页。

²⁰⁴ 同上，第134页。

²⁰⁵ 同上，第191-193页。

²⁰⁶ 同上，第72页，第14段。

²⁰⁷ 同上，第73页，第15段。

²⁰⁸ 同上，第16段。

²⁰⁹ 同上，第191-192页。

条件下接受外国投资，则股权问题尤为突出”，²¹⁰但他未将例外规定限于此类情况。

82. 另一方面，帕迪利亚·内尔沃法官²¹¹、莫雷利法官²¹²和阿蒙法官²¹³极力反对这种例外情况。帕迪利亚·内尔沃法官声称，“不应”将国际法院关于此问题的声明“解释为承认这种‘理论’可能适用被追究负责的国家是公司国籍国的其他情况。”²¹⁴

83. 国际法院关于此问题的陈述显然是附带意见，²¹⁵国际法院在关于普遍义务的同一判决中更有名的附带意见也是一样。²¹⁶但可以辩称，国际法院在公平、合理原则下提及这种例外情况，是希望对该例外规定表示支持，在关于普遍义务的问题上显然是如此。²¹⁷

5. 巴塞罗那电车公司案之后的事态发展

84. 后巴塞罗那电车公司案时期，主要在投资条约背景下出现与拟议例外条款有关的事态发展。但事态发展都证实了一种观念，即当公司注册国对公司蒙受损害应负责时，公司股东可以干预注册国。

85. 但在西电公司案²¹⁸中，国际法院分庭允许美国就意大利公司所受损害对意大利提出索赔，因为两家美国公司完全拥有该公司股票。如上所述，²¹⁹尽管意大利不承认据称其权利受到侵犯的公司在意大利注册，而美国设法保护该公司股东的权利，但法院避免就该案裁定与巴塞罗那电车公司案裁定是否一致表态，避免就巴塞罗那电车公司案未决的拟

议例外表态。²²⁰可能有多种理由解释这种沉默，²²¹特别是分庭不关心对习惯国际法的评价，而关心对双边友好、通商和航行条约²²²的解释，该条约规定保护国外的美国股东。另一方面，如小田法官和施韦贝尔法官在其个别意见中交流看法所示，显然已向分庭提出拟议例外。关于美国试图保护在意大利公司（西电公司）中的两家美国公司（雷神公司和马赫勒特公司）的利益，小田法官说：

雷神公司和马赫勒特公司当然可在意大利“组织、控制和管理”它们拥有100%股票的公司，例如在西电公司，但不能认为这就意味着这两家作为西电公司股东的美国公司能够主张除意大利法律和公司法一般原则保证的股东权利之外的任何权利。雷神公司和马赫勒特公司作为西电公司股东的权利仍然一样，并不因为《友好、通商和航行条约》而增加。征用令并未侵犯雷神公司和马赫勒特公司依照该条约能够享受的权利，因为征用令不影响这两家美国公司作为意大利公司股东的“直接权利”，而是针对他们是股东的意大利公司。²²³

对此，施韦贝尔法官答复如下：

判决主要以维持而不是限制的方式将美国与意大利之间的《友好、通商和航行条约》解释为一种文书，意在保护美国在意大利和意大利在美国的国民、公司和协会的权利。如果接受强加给分庭的反对意见，就会使《条约》失去其主要价值。具体而言，有人坚持认为《条约》其实与美国在该案中提出的索赔无关，因为意大利采取的措施（即征用西电公司的工厂和设备）未直接影响到美国国民或公司，而直接影响到意大利西电公司，其股票碰巧由美国公司拥有，但后者作为股东的权利基本上不在《条约》提供的保护范围内。分庭不接受这项论点。²²⁴

论及法院裁决的法学家普遍同意施韦贝尔法官的观点，即分庭拒绝了小田法官的立场。²²⁵

86. 很难确切知道将从西电公司案判决得出什么推论。但丁斯坦因观点的主旨是：“西电公司案消除了巴塞罗那电车公司案中的一个疑点，加强了

²¹⁰ 同上，第192页。

²¹¹ 同上，第257-259页。

²¹² 同上，第240-241页。

²¹³ 同上，第318页。

²¹⁴ 同上，第257页。

²¹⁵ 见 Cafilisch 的评论意见，“Round table ...”，第347页。但 Cafilisch 确实申明，国际法承认这种例外情况。

²¹⁶ 《1970年国际法院汇编》（见上文脚注3），第32页，第33-34段。

²¹⁷ 此种推论是 Seidl-Hohenveldern 所做，“Round table ...”，第347页；同前，第9-10页。

²¹⁸ 见上文脚注69。

²¹⁹ 第25-28段。

²²⁰ 《1989年国际法院汇编》（见上文脚注69），第64页，第106段和第79页，第132段。

²²¹ 见上文第27段。

²²² 见上文脚注70。

²²³ 《1989年国际法院汇编》（见上文脚注69），第87-88页。

²²⁴ 同上，第94页。

²²⁵ 见上文脚注73援引的作者。

大多数法官在前一案件中的意见”，²²⁶ 即赞同拟议的例外。

87. 《1981年阿尔及尔宣言》对解决美国—伊朗索赔案作出了规定，²²⁷ 法庭在对《宣言》和《关于解决国家与他国国民之间投资争端公约》的解释中，愿意扩大对公司股东的保护范围，包括对公司注册国提出的索赔。²²⁸

6. 例外的现状

88. 在巴塞罗那电车公司案之前，拟议例外就获得了支持，只是对国家实践和仲裁裁决是否或在多大程度上承认这种例外意见分歧。巴塞罗那电车公司案附带意见及菲茨莫里斯法官、杰瑟普法官和田中法官的个别意见无疑加重了赞同例外言论的份量。随后的事态发展，尽管在条约解释范围内，却确认了这一趋势。此外，美国²²⁹ 和联合王国²³⁰ 都声明支持这种例外。

89. 法学家对此问题仍有歧见。莫雷利法官²³¹ 等法学家强调指出，规定国家应对本国国人所受损

害负责不但“不合逻辑”，而且“不正常”。²³² 布朗利主张：

允许股东在这种而不是其他种情况下脱离公司，纯属武断。如果接受法院政策的一般考虑，则规则这一所谓的例外不能成立。²³³

杰瑟普²³⁴ 等其他法学家出于公平、合理和公正的理由已表示支持这种例外。²³⁵ 奥本海拒绝就此问题采取坚定立场，但补充说“国际法院多数法官”²³⁶ 都支持这种例外。

90. 如上所示，²³⁷ 有时建议只在两种情况下承认这种例外：受害公司被迫在不法行为国注册；公司“实际上已停业”。这两项限定都无必要。支持这种例外的法学家有时称，如果公司被迫在不法行为国注册，但不限于这种情况，则这种例外理由更加充分。²³⁸ 法院在巴塞罗那电车公司案中讨论此事时也未加作出限定。²³⁹ 关于其他限定建议，有时的确在公司“实际上已停业”的情况下援引这种例外。²⁴⁰ 另一方面，大多数法学家坚持认为，以此方式限制这种例外是错误的，因为这表明未理解这种例外的原因。正如琼斯所言：

似乎在早先的仲裁裁决中，过分或错误地强调正被解散的公司（例如迪拉果阿湾案）而不是始终也存在的因素，即公司国籍使公司蒙受损失及另一个因素，即没有有效的当地补救办法。实际上，公司“停业”（如在迪拉果阿湾案中）是唯一有关因素，因为公司不可能

²²⁶ 如上，第512页。比较：Stern，如上，第925-926页，他对分庭未明确答复此问题感到遗憾。

²²⁷ 见上文脚注102。

²²⁸ 见美国东南部经销公司诉伊朗国家石油公司和伊朗伊斯兰共和国案（上文脚注102），第496页（解释《阿尔及尔宣言》第七条第2款）；利比亚东木材公司诉利比亚共和国政府案，美国纽约南区法院，1986年12月12日，《国际法律资料》，第26卷（1987年），第652-654页（解释《关于解决国家与他国国民之间投资争端公约》第25条）。

²²⁹ 在第六委员会2002年辩论国际法委员会报告期间，美国代表指出：“美国政府在决定是否给予某一公司外交保护时会考虑到股东们的国籍，而且认为国家可代表股东行使外交保护权，帮助挽回股东在另一国家登记或注册的公司中因登记国或注册国征用或停业清理而蒙受的未获补偿利益损失或其他未收回的直接损失”（《大会正式记录，第五十七届会议，第六委员会》，第23次会议（A/C.6/57/SR.23），第52段）。

²³⁰ 根据联合王国1985年国际索赔适用规则，“如果联合王国国民在另一国家注册成立因此属于另一国的公司中作为股东或以其他身份拥有权益，而他国使公司蒙受损失，则女王陛下政府可以进行干预，保护联合王国国民的利益。”

（第六条，转载于Warbrick，如上，第1007页）。

²³¹ 莫雷利法官认为，这一拟议例外将会“大大破坏外人待遇国际规则体制。此外，该例外将是完全不合逻辑的任意推论。”（《1970年国际法院汇编》（见上文脚注3），第240-241页）。

²³² 布朗利，同前，第5版，第495页。另见，Jiménez de Aréchaga，“International law in the past third of a century”，第290页；Diez de Velasco，“La protection diplomatique des sociétés et des actionnaires”，第165-166页；Abi-Saab，如上，第116页。

²³³ 同前，第5版，第495页。

²³⁴ 《1970年国际法院汇编》（见上文脚注3），第191-192页。

²³⁵ Seidl-Hohenveldern，同前，第9-10页；Caflich，“Round table ...”，第347页；Sacerdoti，“Barcelona Traction revisited: foreign-owned and controlled companies in international law”，第703页。

²³⁶ Jennings 和 A. Watts 合编，同前，第520页，脚注14。

²³⁷ 第68段。

²³⁸ 例如见 Seidl-Hohenveldern，同前，第9-10页。

²³⁹ 《1970年国际法院汇编》（见上文脚注3），第48页，第92段。另见菲茨莫里斯法官的个别意见，同上，第73页；杰瑟普法官的个别意见，同上，第192页。

²⁴⁰ 见德拉瓜湾铁路案（上文脚注145）；O’Connell，《国际法》，第1045页。

采取行动谋求有效补救。这种考虑其实是这种例外的基础，在公司国籍国压迫公司时允许进行干预。²⁴¹

7. 建议

91. 特别报告员支持第81(b)条所载的例外，未加任何限定。例外条款在国家实践、司法声明和司法理论中都获得广泛支持。此外，出于公平、合理和公正的理由，这种例外似乎也合法，至少应在下述情况下应予以接受：公司被迫在不法行为国注册。如果是这样，注册就使公司成了一些法学家所谓的“卡尔沃公司”，²⁴²如卡尔沃条款所述，公司注册旨在使公司不受国际法外交保护规则的限制。在此方面，必须重申英国政府在墨西哥鹰牌案中给出的警告：

如果承认这种理论，即政府能够首先使依照地方法律注册公司作为外国利益方在其境内运营的条件，然后将这一注册作为拒绝外国外交干预的理由，则显然总会有办法阻止外国政府根据国际法行使其确定无疑的权利保护其海外国民的商业利益。²⁴³

C. 第19条

第17和第18条不妨碍公司股东的国籍国在这些股东受到另一国的国际不法行为损害时为他们提供保护的权力。

92. 第19条是一条保障条款，目的是保护那些股东自身受到损害的权利，而非公司的权利。国际法院在巴塞罗那电车公司案确认这些股东凭自身合法权益有资格得到外交保护，法院在该案中指出：

某一只针对和侵犯公司权利的行为，纵使影响到股东的利益，却不涉及对股东的责任。

如果所控行为针对这类股东的直接权利，情况就不同了。众所周知，国内法给予的权利是将股东与公司截然分开的，这些利益包括获得已公布红利的权利、

出席大会和在会上投票的权利、股东分享公司清理结束处理剩余财产的权利。无论何时，股东的直接权利如受到侵犯，股东都有独立的行动权。关于这一点，双方没有分歧。但必须区分以下两种情况，即股东的权利受到直接侵犯与股东因公司的情况可能面临的困难或财政损失。²⁴⁴

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

93. 国际法院分庭在西电公司案中，像一直主张的那样，²⁴⁵面对保护股东直接权利的问题。²⁴⁶然而，就该案而言，要求分庭加以解释有关权利问题，例如股东的组织、控制和管理公司的权利将载入友好、通商和航运条约，²⁴⁷但分庭未能就此主题详述习惯国际法的规则。在阿格罗泰克西姆案²⁴⁸中，欧洲人权法院像国际法院审理巴塞罗那电车公司案时一样，承认股东在权利受到直接侵犯时，拥有得到保护的权力，但它裁断在该案中并没有发生这种侵权情事。²⁴⁹

94. 拟议条文留下两个未回答的问题：第一，权利的内容，或这种直接伤害何时发生；第二，做出这一决断所需的法律秩序。

95. 国际法院在巴塞罗那电车公司案中提到股东最明显的权利是：分享已公布红利的权利；出席大会并在在会上投票的权利以及分享公司清理结束

²⁴⁴ 《1970年国际法院汇编》（见上文脚注3），第36页，第46-47段。

²⁴⁵ Lowe, 如上，第269页；Watts, 如上，第435页，脚注56。

²⁴⁶ 见上文脚注69。

²⁴⁷ 见上文脚注70。

²⁴⁸ 阿格罗泰克西姆等诉希腊案（见上文脚注156）。

²⁴⁹ 在本案中，法院称：

“法院一开始时注意到，申诉公司并未投诉身为Fix酿酒公司的股东所享有的权利遭到了侵权，例如出席大会和在会上表决的权利。这一投诉基于以下主张：酒厂平和地享有其财物的权利据称遭到了侵犯，对股东自身的经济利益也造成有害影响，因为其股份价值随即下跌。他们认为公司受到的财政损失和公司的权利应被视为他们自己的，因此他们也是据控侵权行为的受害者，尽管是间接的。总之，他们力求为自己的利益而戳穿公司的面纱。”

（同上，第23-24页，第62段）

²⁴¹ 如上，第257页。另见Beckett, 如上，第190-191页；Cafisch, 如上，第203-204页；顾维钧法官的个别意见，《1964年国际法院汇编》（上文脚注4），第58页，第21段。

²⁴² Reuter, 《国际公法》，第249页；Seidl-Hohenveldern, 如上，第10页；Diez de Velasco, 如上，第166页。

²⁴³ Whiteman, 如上，第1273-1274页。

剩余财产的权利。然而，正如国际法院本身指出的那样，这个清单并非详尽无遗。这意味着法院可以根据个案的事实，自行确定这些权利的程度。不过，必须小心，要明确区分股东权利与公司权利，特别是关于参与管理公司的权利。正如洛警告过的，必须避免：

把股东权利与公司权利合并的做法，忽略不提股东依注册国法律行使管理权的自由，把股东应享的管理自由权当作一个国际法问题。²⁵⁰

96. 在讨论第18条(a)项时，涉及公司解散情事，曾提出何种法律体系最适于作出此种决断的问题：²⁵¹是注册国的法律，还是不法行为国的法律，还是国际法？在用何种法律确定股东的直接利益是否受到侵犯一事上，也提出了同样的问题。不法行为国家的法律作为一体制，用于做出此种决断，不比用于决断某一公司是否已停止存在更适当。在大多数情况下，正如对待公司解散问题一样，此事似乎应由注册国的法律决定。²⁵²国际法院认为，国内法而非国际法才是主导的法律秩序，这一点从其本身判词中可清楚地看出。不过，这可能是援引法律一般原则的案例，²⁵³特别是公司在不法行为国家注册的情况下，以期确保外国股东的权利不受到歧视性待遇。

D. 第20条(公司国籍的持续性)

第20条

一国有权针对在受到损害之时并在正式提出求偿之日均属根据其法律注册的公司行使外交保护[；条件是，如果该公司因所受损害已不存在，停业公司的注册国可继续代表该公司求偿]。

97. 关于提出外交求偿的持续国籍要求问题的国家实践、判例和学说，主要与所涉自然人有关。²⁵⁴大家应记得委员会在2002年第五十四届会议上通过了关于此主题的下列条款草案：

第4[9]条 持续的国籍

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

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

3. 一人受损害时为其原国籍国、而不是现国籍国的国民，则现国籍国不得针对原国籍国就该人所受到之损害行使外交保护。²⁵⁵

98. 就自然人而言，特别关注持续国籍的原因是可以理解的。自然人更改国籍比公司更频繁也更容易，原因包括归化入籍、(可能因结婚或领养)自愿或非自愿的情况以及国家继承。此外，过于坚持从受到损害之时到正式提出求偿之时的持续国籍规则，可能在国籍更改与提出外交求偿无关的个案中造成巨大困难。这一考虑促使上条草案第2款所载规则作出例外。

99. 如果本条款草案第17条第2款所载提案获得通过，对公司则不会作出类似的考虑。根据该条款，公司拥有其注册国的国籍，而非其所在国或总部所在国或其经济控制国的国籍。因此，即使通过搬迁总部、变化所在地或控制地，也不能改变其国籍。²⁵⁶公司只有通过另一个国家重新注册，才能变更其国籍；如果是这样，该公司就有了新的人格，并中断了公司国籍的持续性。奥里诺科轮船公司案

²⁵⁰ 如上，第283页。

²⁵¹ 见上文第65段。

²⁵² Lowe, 如上，第278-279页，说：注册国的法律决定投资人控制公司的合法权利。

²⁵³ 小田法官在西电公司案表达的个别意见中，就股东权利，谈到“公司法的一般原则。”《1989年国际法院汇编》(见上文脚注69)，第87-88页。

²⁵⁴ 关于此主题，又见《2000年……年鉴》(上文脚注1)，A/CN.4/508和Add.1-4号文件。

²⁵⁵ 《2002年……年鉴》(见上文脚注2)，第280段。

²⁵⁶ 这是宁愿把注册国当作国籍国的另一个原因。如果把总部所在国、公司所在国或经济控制国当作国籍国，就会产生持续国籍的严重问题，详见Wylter, *La règle dite de la continuité de la nationalité dans le contentieux international*, 第105-108页。

就确认了这项原则。²⁵⁷ 在联合王国注册的公司奥里诺科航运和贸易有限公司将其向委内瑞拉政府提出的求偿要求转给了继承公司，即在美国注册的奥里诺科轮船公司。由于设立委内瑞拉-美国混合委员会的条约允许美国在这种情况下代表其国民提出求偿要求，因此，此项求偿得准许。然而，公断人巴尔热清楚地表示，如果不是因为该条约，此项求偿不应允许：

的确，按照公认和现行的国际法规则，并且完全按照公正和绝对公平的普遍原则，求偿要求不因其后所有者的不同公民身份国籍而改变其国籍，因为国家并非求偿代理人，只是侵害其国民的行为损害了国家本身之时，国家才可以为本国公民而不是另一个国家的公民所受伤害求得补救。

不过，条约可能会忽视或甚至有意把这项规则置之—旁。²⁵⁸

100. 委内瑞拉委员格里桑蒂先生有不同意见，对这项规则的态度更为强硬，他说：

国际法的一项普遍承认和奉行的原则是，只有当—国之国民原本具有求偿权利，换句话说，提出—项国际求偿要求的人必须是从提出此举之日到最后结清之时—直保留其本身公民资格的人，其国家政府才能受理求偿保护—案，才有权代表索赔人为同样原因要求获得付款。此外，我们分析后得知，最初求偿者是一家英国公司，即奥里诺科航运和贸易有限公司，而要求赔款的则是一家美国公司，即奥里诺科轮船公司，鉴于要求并未因未来的所有人具有不同国籍而更改其国籍，本委内瑞拉—美国混合委员会对受理上述求偿并无管辖权，是十分明确的事了。²⁵⁹

……

事实上，责任有限公司的存在是因为其组成时所依据的法律，因此，其国籍只能是实施上述法律的国家。该英国公司虽然变为现在提出求偿要求的北美公司，但对本法庭受理原本属于前者索赔要求的管辖权并不具追溯力，因为这样做将推翻或违反基本原则。²⁶⁰

101. 只有在—种情况下，—家公司才有可能在不改变法人资格的情况下，改变国籍，这就是国家继承的情况。²⁶¹ 然而，这里也存在公司幸存和适用持续规则的问题。这种情况也体现在帕涅韦兹斯—萨尔杜提斯基铁路案中。²⁶² 在该案中，爱沙尼亚声称该国继承了在其领土上经营的一家沙皇俄国的公司，因此能向立陶宛提出求偿要求。尽管常设国际法院无法就此问题作出裁决，²⁶³ 但下引—段文字强调这种情况的—些内在难题：

该公司声称拥有这条铁路的理由是，它与俄国公司是同—家公司或是俄国公司的继承者。这种情况是否属实的问题，涉及如何决定俄罗斯在布尔什维克革命时期事件和立法的后果，因为有争议的是，俄国当时的事件和立法结束了该公司的存在，把公司的财产权转移出了俄国境外，交由该财产所在国的法律管辖。然而，这个问题也密切影响到下一个问题，即在立陶宛的行为导致提出本求偿要求之时，是否有这个爱沙尼亚国民，而爱沙尼亚政府有权支持他的诉讼。²⁶⁴

102. 在所有情况下，似乎都宜要求，代表—公司行使外交保护的国家必须证明该公司在受到损害之时和正式提出求偿之日均具有该国合法国籍。不过，还有—个问题没有回答：如果公司由于另—国家的国际不法行为而造成的损害已在其注册地不复存在，是应由股东们的国籍国按照拟议的第18条(a)项向侵权国家提出索赔要求呢，还是由停业公司的国籍国提出？让我们把这—问题放在巴塞罗那电车公司案中加以分析：如果巴塞罗那电车公司由于西班牙造成的损害，而在加拿大已不复存在，求偿要求是否应全部转给比利时，即股东的国籍国？还是加拿大保留其代停业公司提出求偿要求的权利？是单独这样做？还是与比利时—起做？

²⁶¹ 关于这—问题的一般情况，见O'Connell,《国内法和国际法的国家继承》，第537-542页。另见《1998年……年鉴》(上文脚注56)，国家继承中的国籍问题的第四次报告，其中强调了在国家继承范围内，法人国籍问题上遇到的困难。

²⁶² 帕涅韦兹斯—萨尔杜提斯基铁路案，1939年判决，《常设国际法院汇编》，A/B辑，第76号，第4页。

²⁶³ 同上，第17页。法院把此事归结为案情实质，但接着就支持根据未用尽当地救济提出的初步反对意见。

²⁶⁴ 同上。另见范伊辛加法官的不同意见，同上，第33和第35页；菲茨莫里斯法官在巴塞罗那电车公司案中的个别意见，《1970年国际法院汇编》(上文脚注3)，第101-102页。

²⁵⁷ 《国际仲裁裁决汇编》(见上文脚注177)。

²⁵⁸ 同上，第192页。

²⁵⁹ 同上，第184页。

²⁶⁰ 同上，第186页。

103. 杰瑟普法官和格罗斯法官以及专案法官里法根在巴塞罗那电车公司案均间接提到此类情况对公司和股东来说所固有的困难。杰索普法官强调了此案的反常现象，即一家外国公司被某一国的没收行为所摧毁，从而导致后来又在本国境内解散。他说，“在这里，某些学说认为，通常，A 国家，即注册国，应是提供外交保护的国家。但假设是某公司的生命被 A 国终结，因此……无法为该公司提出求偿要求。”²⁶⁵ 因此，注册国就不符持续规则的要求，即公司在受到损害之时以及提出求偿之日必须属于同一个国家。然而，股东也不符合这些条件，因为“在非法行为（没收）发生之时，股东们没有……财产利益，因此，根据持续规则，该求偿要求原本就没有这一基础之上的适当国籍。”²⁶⁶

104. 格罗斯法官辩称，走出这一困境的唯一办法是允许注册国和股东的国籍国行使外交保护：

判决承认股东的国籍国在公司消失的情况下采取行动的可能性，但这种看法不全逻辑，因为在这种可能出现的结局中，如果公司的国籍国提出诉讼，诉讼不能因为公司的消失而不被驳回。即使这种诉讼在公司消失之前提起，也很难理解为何公司国籍国不能就根本上导致公司消失的非法行为提出求偿。在这种情况下，两国可以采取行动，这难道不意味着授予公司国籍国行动权的一般规则并非专属规则？²⁶⁷

105. 法院裁决股东的求偿权利只是在公司消亡后才存在，专案法官里法根认为这一裁决既不合实际，也不能令人满意。他说：

就国内私法而言，并不是公司开始清理，才产生每个股东的权利，即拥有公司部分财产的权利：只是在清理结束之后，有任何剩余财产时才可在股东之间加以分配。此外，清理总是在国家采取措施后进行，而该国须承担国际层级的责任，从而使这些措施不会侵害到属于国内私法层级的股东的权利。

……

判决指出（第 66 段）“只有在公司从法律意义上已消亡的情况下，股东才失去通过该公司获得补救的可能性”。判决并未解释，在此种情况下，即在公司从法

律意义上已消亡之后，“公司国籍国政府”以外的一个政府的行动如何会符合持续规则！事实上，这类他国受法律保护的利益，因此也就是采取受到控诉的措施的国家对这类他国的义务，必须在国际上存在，先于又独立于公司在国内的消亡而存在。这种消亡只是上述措施的可能后果之一。²⁶⁸

106. 上文提到的种种难题也一直使各法院²⁶⁹和学者²⁷⁰感到困惑。

107. 有人提出，解决这一问题的办法并不在于一项技术性或逻辑性规则，²⁷¹ 即力求确定公司死亡的确切时间，届时国籍国为公司行使外交保护的权力会让给股东国籍国。反之，应制订一项公平的规则，考虑到从受损害之日到提出求偿之时往往间隔很长时间，并考虑到确定公司权利被股东权利替代的确切时间的难度。此外，这种规则应不损害公司或股东双方的利益。第 20 条的但书载有这样一项规则，即如果该公司因所受损害已不存在，该公司的国籍国可继续保护该公司。然而，该但书的后果并不是要排除股东的国籍国在公司不复存在时提出求偿的权利；如果（通常总是这样）在公司解散之前就已经发生损害，严格执行持续规则，可能会阻止这种国家保护股东。

108. 这项提案的必然后果是，时间上会出现一个灰色地带，在这个灰色带内，公司的国籍国和股东的国籍国均会提出外交求偿。就理论而言，提出双重求偿的做法找不出任何破绽。两个国家对双重国籍的国民提供外交保护，或国际组织和国家对国际公务员提供外交保护的情况表明，这一解决办法并非不符合现行规则。²⁷² 实践中也不可能会提出问题。两个保护国在灰色时间带内受理其国民的求偿，

²⁶⁸ 同上，第 345 页。

²⁶⁹ 见孔哈特公司案，《国际仲裁裁决汇编》（上文脚注 181），特别是委内瑞拉专员保罗先生的反对意见，第 180 页；F.W. 弗拉克为了已故的 D.L. 弗拉克案，同上（上文脚注 95），第 63 页。Wylér 争辩说西电公司案（见上文脚注 69）可能也提出了这类问题，同前，第 200-201 页。

²⁷⁰ Beckett, 如上，第 191 页；Caflish, 如上，第 206-207 页；Wylér, 如上，第 197-202 页。

²⁷¹ 见菲茨莫里斯法官《1970 年国际法院汇编》（见上文脚注 3），第 101-102 页）和杰瑟普法官（同上，第 202-203 页）在巴塞罗那电车公司案中支持这一做法的个别意见。

²⁷² 见上文第 38 段。另见 Caflish, “The protection of corporate investments ...”, 第 193 页。

²⁶⁵ 《1970 年国际法院汇编》（见上文脚注 3），第 193 页。

²⁶⁶ 同上。

²⁶⁷ 同上，第 277 页。

可能会谨慎从事。此外，杰瑟普法官在巴塞罗那电车公司案中指出：

就同一指称的不法行为同时提出两项不同的、正当的外交调停措施，被告可表示已与其中一方达成全面理赔，从而可使另一求偿人消案。²⁷³

109. 第20条（包括但书）涉及关于公司的持续规则。本条款草案第4条涉及关于自然人的持续规则。后者包括作为自然人而不是作为法人的股东。因此，没有必要再为股东草拟一项单独的持续规则。在股东的国籍国寻求按照第18条（b）项和第19条所述情况代表其国民进行干预时，第18条（a）项（但须以上文第108段描述的灰色地带假设情况为条件）的规定在大多数情况下必须符合第4条规定的持续规则。

E. 第21条（特别法）

第21条 特别法

这些条文不适用于国际法特别规则就保护公司或公司股东，包括解决公司或公司股东与国家间争端作出规定的情形。

110. 关于外交保护的第四次报告提请注意一个事实，即外国投资目前多半由双边投资条约所规范和保护。²⁷⁴近年来，双边投资条约的数量已显著增加。据估计，目前订有将近2 000项此种条约。²⁷⁵

111. 双边投资条约为投资争端的解决提供了两条途径，作为东道国国内补救办法的替代办法。首先，条约可规定，投资者与东道国间的投资争端须通过特别法庭或国际投资争端解决中心根据《关于解决国家与他国国民之间投资争端公约》设立的法庭直接解决。其次，条约可规定，投资争端须通过投资者（公司或个人）国籍国与东道国就双边投资条约有关规定的解释或适用问题寻求仲裁的方法加以解决。这第二种程序通常在所有争端中都可使用，其结果是巩固了投资者—国家争端解决机制。

²⁷³ 《1970年国际法院汇编》（上文脚注3），第200页。

²⁷⁴ 上文第19段。

²⁷⁵ 见Kokott，如上，第265页。另见Vandervelde，“双边投资条约的经济学”，第469页。

112. 一旦援引了双边投资条约或国际投资争端解决中心规定的争端解决程序，有关外交保护的惯法规则即被排除在外。²⁷⁶ 双边投资条约²⁷⁷ 和《关于解决国家与他国国民之间投资争端公约》对此均有明确规定。²⁷⁸

113. 与外交保护的惯国际法制度相比，双边投资条约和国际投资争端解决中心规定的争端解决程序为外国投资者提供了更多的好处，因为它们为投资者提供了直接获得国际仲裁的机会，避免了外交保护的酌处性所固有的政治不确定性。²⁷⁹

114. 国际法院在巴塞罗那电车公司案中承认了上述类型的特别制度的存在：

因此，从法律现状来看，要保护股东利益就需要诉诸私人投资者与投资国家之间直接订立的条约或作出的专门安排。国家越来越经常地在双边和多边关系中规定此种保护，或是缔结专门文书或是在更广泛的经济安排框架内进行。无论其形式是国家之间的多边或双边条约，还是国家与公司之间的协定，自第二次世界大战以来在保护外国投资方面的确有了很大的发展。有关文书规定了解决投资公司所在国如何对待投资公司的争端的管辖权和程序。有时候公司本身就有权通过规定的程序来保护自己的利益不受国家侵犯。²⁸⁰

115. 国际法院倾向于将此类安排视为构成当事方之间的特别法，其目的是建立特别投资保护制度。²⁸¹

²⁷⁶ 见Kokott，如上，第265-266页；以及Peters，“投资条约中的争端解决安排”。

²⁷⁷ 见《德意志联邦共和国与菲律宾共和国促进和互相保护投资的协定》（1997年4月18日，波恩）（联合国，《条约汇编》，第2108卷，第36656号），其第9条第3款规定：“在仲裁程序尚未终止并且某一缔约国未能遵守或履行国际投资争端解决中心作出的裁决前，任何缔约国均不得通过外交途径处理提交仲裁的任何事项”（Kokott引述，如上，第265页，脚注184）。

²⁷⁸ 《公约》第27条第1款规定：

“对于一缔约国国民和另一缔约国已根据本公约同意提交或已提交仲裁的争端，该缔约国不得给予外交保护，或提出国际主张，除非另一缔约国未能遵守和履行对争端作出的裁决”。

²⁷⁹ 见Kokott，如上，第276-277页，上文第19段所引。

²⁸⁰ 《1970年国际法院汇编》（见上文脚注3），第47页，第90段。

²⁸¹ 同上，第40-41页，第62-63段。参看Gunawardana，“双边投资促进与保护条约的创立和发展”，第549-550页。

116. 第21条旨在明确规定，本条款草案不适用于双边和多边投资条约规定的保护外国投资者的替代性特别制度。它与委员会关于国家对国际不法行为的责任条款草案第55条具有相同的作用，²⁸²反映了最大限度的特别法优于普通法。要适用该原则，“仅由两种规定来处理同一主题事项是不够的；两者之间一定存在着某种实际矛盾，或者可以看到用一种规定排斥另一规定的意图。”²⁸³关于对公司投资实行外交保护的惯例国际法规则与双边和多边投资条约建立的外国投资特别制度之间存在着明显的不一致。前者规定此种保护仅由国籍国酌情提供，并在有限例外的情况下仅对公司提供保护，而后者则赋予公司或股东等外国投资者以可由国际仲裁法庭裁决的权利。因此，类似于第21条的规定在本套条款草案中是不可或缺的。

F. 第22条（法人）

第22条 法人

第17至第21条所载的关于公司的原则应比照适用于其他法人。

117. 本报告全部述及一类特殊法人——公司。第22条将所阐述的关于公司的规则适用于其他法人，同时考虑到在其他法人案件中必须根据其性质、宗旨和结构作出的更改（作出必要的更改）。关于本条的评论，解释了为何本套条款的重点放在而且应当放在公司，以及为何无法进一步拟订关于每类法人的外交保护条款。

118. 普通意义的“人”是指某人。然而，在法律意义上，“人”是指法律赋予其取得权利和承担义务的能力的任何生物、客体、社团或机构。法律人格“不是自然现象，而是法律的产物”。²⁸⁴法律制度可随意给予任何客体或社团以法律人格。各法律制度在赋予法律人格方面没有一致性或统一性。

119. 罗马法中有两类法人：自然人的团体和财产总体。前者是人员组成的社团，大体对应于现代的公司，其中包括国库、市政当局和 *collegia fabrorum*（行会）。后者是形成一个单独法人实体的资产和债务集合，与任何个人均无联系：*hereditas jacens*（尚未有继承人的财产）和 *pia causa*（慈善基金会——由捐赠人或遗嘱人为慈善目的而筹措的资产组合）。在基于罗马法的大多数法律制度中，自然人的团体已演变为公司，而财产总体已演变为基金会（荷兰文为“*stichting*”、德文为“*Stiftung*”）。²⁸⁵不过，自然人的团体在整个中世纪主要限于市政当局和行会。只是到了十六世纪，由于股份公司的出现，贸易公司与法人人格间的联系才逐渐形成。²⁸⁶

120. 法学界对于法人人格的法律性质、²⁸⁷特别是法人的形成方式存在争论。拟制说（与冯萨维尼有关）认为，只有国家的正式并入行为才能形成法人。这意味着除自然人以外的机构可通过国家的行为获得法人特权。国家通过法律的拟制将其等同于自然人，但需受到法律可能设置的限制。另一方面，实在说（与祁克有关）则认为，法人存在是一种现实，不取决于国家承认。如一个团体或机构作为一个单独法律实体行事，它便成为具有所有法人属性的法人，无需国家赋予其法律人格。²⁸⁸无论实在说的长处如何，法人显然必须得到法律、即某种国内法制度的某种承认才能存在。欧洲法院和国际法院均强调了这一点。在关于自由组成公司问题的每日邮报案中，欧洲法院指出：“应当铭记的是，与自然人不同，公司是法律的产物，它们只有在规定其组成和运作的不同国家立法下才存在。”²⁸⁹国际法院在巴塞罗那电车公司案中宣称：

²⁸⁵ Hahlo 和 Kahn, 《南非法律制度及其背景》，第 104-105 页。

²⁸⁶ 例如垄断对俄贸易的莫斯科公司（1555年）、英属东印度公司（1600年）和荷属东印度公司（1602年）。

²⁸⁷ 据 Wolff 讲，关于该主题有 16 种学说（“关于法人的本质”，第 496 页）。

²⁸⁸ Hahlo 和 Kahn, 如上，第 107 页。另见“Notes-what we talk about when we talk about persons: the language of a legal fiction”，《哈佛法律评论》，第 114 卷，第 6 期（2001 年 4 月），第 1745-1768 页。

²⁸⁹ 女王诉女王陛下财政部和税务局专员、每日邮报和普通信托公营有限公司一方诉讼案，第 81/87 号，《1988 年欧洲法院报告》，第 19 段。

²⁸² 《2001 年……年鉴》（见上文脚注 67），第 34 页。

²⁸³ 同上，第 160 页，第 55 条评注第（4）段。本报告没有试图讨论关于该主题的判例，因为这种判例可见：同上，第（5）段。另见 Simma, “自足制度”。

²⁸⁴ Beale, *Selections from a Treatise on the Conflict of Laws*, 第 653 页，第 120.2 段。

在该领域中，国际法需要承认在国际领域中具有重要和广泛作用的国内法团体。这并不意味着将国际法团体与国内法团体进行任何类比，也不等于使国际法规则依赖于国内法类别。它的全部含义在于，国际法必须承认法人实体是各国在主要属于国内管辖权范围的领域内建立的团体。这就需要在出现有关国家在对待公司和股东方面的权利的法律问题，而国际法尚未就该权利制订其自己的规则时，国际法必须参考国内法的有关规则。因此，鉴于法人实体及其股东在国内法中的权利与本案相关，法院必须注意这些权利的性质和相互关系。²⁹⁰

121. 鉴于法人是国内法的产物，因此目前存在范围广泛的具有不同特点的法人，包括公司、公营企业、大学、学校、基金会、教会、市政当局、非营利团体、非政府组织甚至包括合伙企业（在一些国家内）。由于无法找到所有这些法人的共同、统一的特点等原因，关于国际公法²⁹¹和国际私法²⁹²的著述者在研究国际法中的法人时多半只考虑公司——营利的商业企业。这种企业的资本以股份为代表，在公司这一独立实体与承担有限责任的股东之间存在严格分别。²⁹³ 不过，法学家采取这种办法还有进一步的解释。与公营企业、大学、市政当局、基金会及其他法人不同，公司实际上是参与对外贸易和投资的主要法人，其活动不仅促进了国际经济生活，而且还推动了国际争端解决机制的发展。对法人的外交保护主要是关于对外国投资的保护。因此，公司是占据外交保护领域核心的法人，²⁹⁴ 因此本套条款草案的确而且应当主要涉及这种实体。

122. 尽管公司是外交保护领域的主要法人，但它并不是可能需要此种保护的唯一法人。

123. 常设国际法院的判例法显示，在某些情形下，市镇²⁹⁵（市政当局）或大学²⁹⁶可视为法人，即一国国民。在这种法人是不属于保护国机构的独立实体的前提下，如果它们在国外受到损害，就没有理由不给予其获得外交保护的资格。由于外交保护程序是专门为了保护不属于国家的自然人或法人，因此在大多数情况下，作为政府地方分支机构的市政当局以及由国家出资并最终由国家控制的大学²⁹⁷将不具有获得外交保护的资格。

124. 由捐赠者或遗嘱人为慈善目的而留下的资产组成的非营利基金会构成没有成员的法人。目前，有许多基金会资助国外的项目，以促进发展中国家的卫生、福利、妇女权利、人权和环境。如果这种法人受到东道国国际不法行为的影响，它将很可能得到其成立地所在国的外交保护。在国外从事有益事业的非政府组织看来与基金会属于同一类别。不过，德林提出不同论点。²⁹⁸ 他指出：

非政府组织是一个法律主体，一个法人，其人格来自国家法律秩序。非政府组织成员不是国家或其政府，而是具有外国国籍的私人或在外国注册的国家团体或在外国登记的企业。非政府组织本身往往在其行政部门或总部行使职能的国家注册，因此具有该国国籍。将非政府组织纳入国家法律秩序是其能够在管理物资采购或办公地租用等自身事务时作为法人行事的不可避免的先决条件。因此，尽管非政府组织的任务具有国际性质，但它仍具备一国国籍。但是，由于此种组织不是国际法主体，在涉及其法律关系时，我们不得不追溯其国家地位。²⁹⁹

不过，他接着称，这种非政府组织与其登记国没有足够联系，没有资格获得外交保护。他指出，

²⁹⁰ 《1970年国际法院汇编》（见上文脚注3），第33-34页，第38段。

²⁹¹ 例如见 Brownlie, 同前，第5版，第425和第486页；Daillier 和 Pellet, 同前，第492页；Jennings 和 Watts 合编，同前，第517和第859页；O'Connell, 《国际法》，第1039页及以下各页；Faturios, “National Legal Persons in International Law”, 第495页。

²⁹² 例如见 Collins (编辑), 《戴西和莫里斯论冲突法》，第1101页及以下各页；North 和 Fawcett, 《威希尔和诺思论国际私法》，第171页及以下各页。

²⁹³ 关于公司的这些共同特点的叙述，见《1970年国际法院汇编》（见上文脚注3），第34页，第40-41段。

²⁹⁴ Brownlie 指出，同前，第5版，“关于公司的一个主要问题是对公司及其股东实行外交保护的权力”（第426页）。

²⁹⁵ 在波兰上西里西亚的某些德国权益案中，案情，1926年第7号判决，《常设国际法院汇编》，A辑，常设国际法院裁定，拉蒂博尔镇属于德国和波兰1922年5月15日在日内瓦签署的《关于上西里西亚的公约》所述的“德国国民”类别（国家联盟，《条约汇编》，第九卷（1922年），第465页）。

²⁹⁶ 在捷克斯洛伐克-匈牙利混合仲裁法庭裁决上诉（彼得·帕兹马尼大学诉捷克斯洛伐克）案中，1933年判决，《常设国际法院汇编》，A/B辑，第61号，第227-232页，常设国际法院裁定，彼得·帕兹马尼大学是《特里亚农和约》第250条所述的匈牙利国民，因此有权索回属于它的财产。

²⁹⁷ 美国等国家的私立大学将有资格得到外交保护；私立学校如根据国内法享有法律人格，也将有资格得到外交保护。

²⁹⁸ “非政府组织的外交保护”。

²⁹⁹ 同上，第572页。

由于其成员和活动遍及全球，因此，根据马夫罗马蒂斯案³⁰⁰规则，一个非政府组织受到的损害不能视为对登记国的损害。³⁰¹ 这种说理颇具争议，它对诺特鲍姆案³⁰²注意过多，而对巴塞罗那电车公司案注意过少。尽管如此，它突出表明，不同法人引起不同问题和看法，无法编纂成为一项规定。

125. 伙伴关系也许最能说明法人可能采用的无限多样的形式。在大多数法律制度中，伙伴关系不是法人，“国际法所保护的是单个合伙人的利益”。³⁰³ 然而，在一些法律制度中，伙伴关系享有法律人格。³⁰⁴ 果真如此，对待伙伴的方式也许应与对待股东的方式大体相同。根据欧洲共同体法律成立的欧洲经济利益团体说明了该问题。³⁰⁵ 创立该实体的条例第1条第2款规定，“以此种方式成立的团体，自其根据第6条规定进行登记之日起，即有资格以自身名义拥有各种权利和义务，订立合同或完成其他法律行为，并提起诉讼和被起诉。”³⁰⁶ 第1条第3款随后规定，“成员国应决定根据第6条在其登记册中登记的团体是否具有法律人格。”³⁰⁷ 因此，由统一法规赋予同等法律能力的同类实体可能在一个欧洲联盟成员国中被赋予法律人格，而在另一个成员国中则没有。

126. 尽管习惯法将公司和伙伴关系作为完全不同的造物处理，但一些法律制度承认混合形式。例如，德国承认 *Kommanditgesellschaft auf Aktien* (股

份有限公司)。它与公营公司(股份公司(AG))一样拥有股东，但其中一名或多名股东应承担无限责任，并往往出任董事或经理。股份有限公司具有法律人格，且必须有至少一名普通合伙人；而股东之间则遵照有关股份公司的规则。³⁰⁸

127. 对一些种类的法人所作的这种简要调查旨在说明，无法分别拟订不同规定，以涵盖不同类型法人的外交保护问题。最明智和唯一现实的做法是拟订一项规定，将对公司实行的外交保护原则扩展到其他法人——但需考虑到每种法人的不同特点作出必要更改。拟议的规定就是为了做到这一点。条款草案第17条将涵盖涉及除公司之外的法人的外交保护的大多数情况。起草委员会目前正在审议该条经订正的如下案文：

“就公司的外交保护而言，国籍国是公司依照其法律组建并在其领土内设有注册办事处或管理机构或某种类似联系的国家。”³⁰⁹

就第22条而言，作为行使外交保护的先决条件，国家须证明其与受到损害的法人之间存在第17条所述的某种联系。据信，第17条的措辞十分宽泛，足以涵盖法人的所有情况，无论其结构或目的可能有何不同。第18和第19条将不适用于没有股东的法人，而关于持续国籍原则的第20条将得到适用。

128. 拉丁文格言多半已受到冷落。不过，“作出必要的更改”格言却是起草条文的有用工具。³¹⁰ 当然可以规定“第17至第21条所载关于公司的原则应适用于其他法人，同时考虑到必须作出的调整，以涵盖每种法人的不同特点。”但是，使用“作出必要的更改”格言的确以更简洁精炼的方式表达了同样含义。

³⁰⁰ 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。

³⁰¹ 同上，第571-580页。

³⁰² 见上文脚注21。

³⁰³ O'Connell, 《国际法》，第1049页。

³⁰⁴ Dorresteyn, Kuiper 和 Morse, 《欧洲公司法》，第13页。一些欧洲国家承认“准法律人格”的形式，其中的合伙人不享有有限责任(同上)。

³⁰⁵ 1985年7月25日关于欧洲经济利益团体(EEIG)的第2137/85号(欧共体)理事会条例，《官方公报》第L 199号(1985年7月31日)，第1页。

³⁰⁶ 同上，第4页。

³⁰⁷ 同上，第5页。

³⁰⁸ Dorresteyn, Kuiper 和 Morse, 同前，第25-26页。

³⁰⁹ ILC (LV) /DC/DP/WP.1.

³¹⁰ Garner 在《现代法律词语用法词典》，第578页中指出，“作出必要的更改是学术写作中一个有用的拉丁用语，因为唯一与之对等的英文表述要罗嗦得多。”

对条约的保留

[议程项目4]

A/CN.4/535 和 Add.1 号文件

特别报告员阿兰·佩莱先生关于对条约的保留的第八次报告

[原文：英文/法文]

[2003年5月27日和7月10日]

目 录

	页 次
本报告引用的多边文书	35
本报告引用的著作	36
章 次	段 次
导言	1-32 37
A. 关于对条约的保留的第七次报告及其结果	2-16 37
1. 第七次报告及委员会对报告的审议	2-6 37
2. 第六委员会对委员会报告第四章的审议	7-16 38
B. 对条约的保留的最新发展情况	17-28 40
C. 第八次报告概略	29-32 42
一、撤回和更改保留及解释性声明	33-68 42
A. 扩大保留范围	34-48 42
B. 撤回和更改解释性声明	49-68 45
1. 撤回解释性声明	50-56 45
2. 更改解释性声明	57-68 46
二、提出对保留和解释性声明的反对——“保留对话”	69-106 48
第一节 提出对保留的反对	75-79 48
A. 对保留的反对的定义	75-79 49
1. 反对的内容	80-106 50
对保留的反对的“一般”目的	82-106 50

附 录

一、给各人权机构主席的标准信函	57
-----------------------	----

本报告引用的多边文书

来 源

《国际海事组织公约》(1948年3月6日,日内瓦)

联合国,《条约汇编》,第289卷,第4214号,第3页。

《防止及惩治灭绝种族罪公约》(1948年12月9日,纽约)

同上,第78卷,第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。
- 《关于难民地位的公约》[英](1951年7月28日, 日内瓦) 同上, 第189卷, 第2545号, 第137页。
- 《大陆架公约》(1958年4月29日, 日内瓦) 同上, 第499卷, 第7302号, 第311页。
- 《公海公约》(1958年4月29日, 日内瓦) 同上, 第450卷, 第6465号, 第11页。
- 《领海及毗连区公约》(1958年4月29日, 日内瓦) 同上, 第516卷, 第7477号, 第205页。
- 《欧洲刑事事项互助公约》[英](1959年4月20日, 斯特拉斯堡) 同上, 第472卷, 第6841号, 第185页。
- 《1961年麻醉品单一公约》(1961年3月30日, 纽约) 同上, 第520卷, 第7515号, 第151页。
- 《维也纳外交关系公约》(1961年4月18日, 维也纳) 同上, 第500卷, 第7310号, 第95页。
- 《关于向国外送达民事或商事司法文书和司法外文书公约》[英](1965年11月15日, 海牙) 同上, 第658卷, 第9432号, 第163页。
- 《建立亚洲开发银行协定》[英](1965年12月4日, 马尼拉) 同上, 第571卷, 第8303号, 第123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。
- 《公民及政治权利国际公约任择议定书》(1966年12月16日, 纽约) 同上。
- 《路标和信号公约》[英](1968年11月8日, 维也纳) 同上, 第1091卷, 第16743号, 第3页。
- 《欧洲补充路标和信号公约协定》[英](1971年5月1日, 日内瓦) 同上, 第1142卷, 第17935号, 第225页。
- 《欧洲补充路标和信号公约协定附加公路标示议定书》[英](1973年3月1日, 日内瓦) 同上, 第1394卷, 第23345号, 第263页。
- 《维也纳条约法公约》(1969年5月23日, 维也纳) 同上, 第1155卷, 第18232号, 第331页。
- 《1973年国际防止船舶造成污染公约》[英](《防污公约》)(1973年11月2日, 伦敦) 同上, 第1340卷, 第22484号, 第184页。
- 《1973年国际防止船舶造成污染公约1978年议定书》[英](1978年2月17日, 伦敦) 同上, 第61页。
- 《关于国际公路货运通行证制度下国际货运海关公约》(《国际公路货运公约》)[英](1975年11月14日, 日内瓦) 同上, 第1079卷, 第16510号, 第89页。
- 《反对劫持人质国际公约》(1979年12月17日, 纽约) 同上, 第1316卷, 第21931号, 第205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。
- 《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。
- 《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.
- 《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》(1988年12月20日, 维也纳) 联合国,《条约汇编》, 第1582卷, 第27627号, 第95页。
- 《儿童权利公约》(1989年11月20日, 纽约) 同上, 第1577卷, 第27531号, 第3页。
- 《儿童权利公约关于买卖儿童、儿童卖淫和儿童色情制品问题的任择议定书》(2000年5月25日, 纽约) 同上, 第2171卷, 第27531号, 第227页。
- 《越境环境影响评估公约》[英](1991年2月25日, 埃斯波) 同上, 第1989卷, 第34028号, 第309页。

本报告引用的著作

Aust, Anthony

Modern Treaty Law and Practice. Cambridge, Cambridge University Press, 2000. 443 p.

Baratta, Roberto

Gli effetti delle riserve ai trattati. Milan, Giuffrè, 1999. 437 p.

Edwards Jr., Richard W.

“Reservations to treaties”, *Michigan Journal of International Law* (Ann Arbor), vol. 10, No. 2, spring 1989, pp. 362-405.

Flauss, Jean-François

“Le contentieux de la validité des réserves à la CEDH devant le Tribunal fédéral suisse: requiem pour la déclaration

- interprétative relative à l'article 6 § 1", *Revue universelle des droits de l'homme*, vol. 5, Nos. 9-10, December 1993, pp. 297-303.
- Gaja, Giorgio
 "Unruly treaty reservations", *International Law at the Time of its Codification: Essays in Honour of Roberto Ago*. Milan, Giuffrè, 1987. Vol. I, pp. 307-330.
- Horn, Frank
Reservations and Interpretative Declarations to Multilateral Treaties. The Hague, T.M.C. Asser Instituut, 1988. 514 p. (Doctoral thesis, University of Uppsala, Sweden)
- Imbert, Pierre-Henri
Les réserves aux traités multilatéraux: évolution du droit et de la pratique depuis l'avis consultatif donné par la Cour internationale de justice le 28 mai 1951. Paris, Pedone, 1978.
 "La question des réserves dans la décision arbitrale du 30 juin 1977 relative à la délimitation du plateau continental entre la République française et le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord", *Annuaire français de droit international* (Paris), vol. XXIV, 1978, pp. 29-58.
- Kühner, Rolf
Reservations to Multilateral Treaties. Berlin, Springer-Verlag, 1986. 307 p.
- Lijnzaad, Liesbeth
Reservations to UN-Human Rights Treaties: Ratify and Ruin? Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1995. 448 p.
- Polakiewicz, Jörg
Treaty-Making in the Council of Europe. Strasbourg, Council of Europe Publishing, 1999. 219 p.
- Salmon, Jean, ed.
Dictionnaire de droit international public. Brussels, Bruylant, 2001.
- Schachter, Oscar
 "The question of treaty reservations at the 1959 General Assembly", *American Journal of International Law* (Washington, D.C.), vol. 54, No. 2, April 1960, pp. 372-379.
- Simma, Bruno
 "Reservations to human rights treaties: some recent developments", in Gerhard Hafner and others, eds., *Liber Amicorum: Professor Ignaz Seidl-Hohenveldern in honour of his 80th Birthday*. The Hague, Kluwer, 1998, pp. 659-682.
- Szafarz, Renata
 "Reservations to multilateral treaties", *Polish Yearbook of International Law*, vol. III, 1970, pp. 293-316.

导言

1. 关于对条约的保留的第七次报告扼要总结了委员会此前关于这项专题的工作。¹ 由于委员会进入一个新的五年期，这似无不妥。今年则同以前各次报告一样，只需简短总结国际法委员会本身和大会第六委员会审议第七次报告所得结果，然后简要叙述特别报告员所了解的去一年中在保留方面出现的主要发展情况，最后则提出本次报告概略。

A. 关于对条约的保留的第七次报告及其结果

1. 第七次报告及委员会对报告的审议

2. 委员会在2002年第五十四届会议上通过了特别报告员第六次报告中提出的准则草案² 以及第七

次报告第一部分中提出的草案。³ 这些草案曾于2001年⁴ 和第五十四届会议⁵ 开始时连同有关评注⁶ 一起发交起草委员会。

3. 这些准则尽管有很多条（11条），但都涉及提出保留和解释性声明。根据特别报告员在其第二次报告中提出并在此后得到连续执行的“暂定研究计划”，⁷ 这远没有涵盖《实践指南》第二部分

¹ 《2002年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/526和Add.1-3号文件，第8-17页，第2-47段。

² 《2001年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/518和Add.1-3号文件。

³ 《2002年……年鉴》（见上文脚注1），准则草案2.1.7之二，第17页，第46段。

⁴ 《2001年……年鉴》，第二卷（第二部分），第198页，第155段。

⁵ 《2002年……年鉴》，第二卷（第二部分），第16页，第49段。

⁶ 同上，第27-47页，第103段。

⁷ 《1996年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/477和Add.1号文件，第37段。

（“提出和撤回保留、接受和反对”）所应包括的全部问题。

4. 第七次报告试图填补一部分缺漏，提出了一套关于撤回保留的形式和程序的准则草案，但不包括一国或一国际组织单方面声明扩大先前保留的范围时所应适用的规则。这些草案均已发交起草委员会，⁸ 但被监测条约执行情况机构认定不允许的撤回保留的草案⁹ 除外。

5. 关于后一个问题，委员会某些委员认为，有关草案第一项表述的情况显而易见，但第二项却意味着监测机构的认定具有约束力。特别报告员当时并未被此种论据说服（并且如今一直未被说服），他还是承认对这项草案（主要涉及监测机构在不允许保留方面的权能问题）进行审议无疑为时尚早，故将之撤回。¹⁰

6. 由于时间不足，起草委员会未能对这些发交的准则草案进行审议；它将在2003年第五十五届会议期间开展此项工作。

2. 第六委员会对委员会报告第四章的审议

7. 委员会第五十四届会议工作报告的第四章专题讨论“对条约的保留”，第二章中对此有一个非常简短的总结。¹¹ 第三章陈述“委员会特别想听取意见

的问题”；关于对条约的保留，委员会向各国提出了两个问题。¹²

8. 第一个问题在《实践指南》草案的二读（因为已经通过的草案不可能年复一年地审查）时出现。它涉及2002年一读通过的准则草案2.1.6第4款，该款案文如下：

如果对条约的保留是以电子邮件或传真告知，必须以外交照会或保存人的通知加以确认。在这种情况下，电子邮件或传真的日期即告知的日期”。¹³ 委员会希望“知道该条款是否体现惯常做法和（或）适当”。¹⁴

9. 很多代表团答复了这个问题，这个问题虽然看起来是个次要问题，但其实际重要性不容忽视。大多数代表团赞同准则草案2.1.6的规定。¹⁵ 有一个代表团建议似应对这种确认规定一个期限；¹⁶ 这种具体规定确实可以予以考虑，但是这将带来一个问题，即不遵守期限的后果如何？然而，有些代表团认为，让保留在保存人收到书面确认之前生效不合理，¹⁷ 还

⁸ 《2002年……年鉴》（见上文脚注5），第24页，第101段。

⁹ 准则草案2.5.4和2.5.11之二，特别报告员提议将二者合并为一项准则草案2.5.X（见第七次报告，《2002年……年鉴》（见上文脚注1），第27-28页，第106-114段和第48-49页，第213-216段）。准则草案2.5.X内容如下：

“1. 保留所针对的条约的监测执行情况的机构认定保留不允许，并不构成撤回该项保留。

“2. 作出此项认定后，提出保留的国家或国际组织必须相应采取行动。该国或该国际组织可以全部或部分撤回保留，以履行这方面义务。”

¹⁰ 见辩论概况及特别报告员结论，载于《2002年……年鉴》（见上文脚注5），第21-22页，第71-76段和第26页，第95-100段。

¹¹ 同上，第12页，第14段。特别报告员对此种“概况”是否有用仍然表示非常怀疑：这种“概况”几乎完全不能说明问题，反而会成一些非常匆忙的读者不去阅读有关章节的拙劣借口。

¹² 同上，第13页，第26段。

¹³ 同上，第38页。

¹⁴ 同上，第13页，第26(a)段。

¹⁵ 见下列各国的观点：澳大利亚（指出草案符合该国做法），《大会正式记录，第五十七届会议，第六委员会》，第23次会议（A/C.6/57/SR.23），第72段；白俄罗斯，同上，第24次会议（A/C.6/57/SR.24），第57段；智利，同上，第27次会议（A/C.6/57/SR.27），第6段；中国，同上，第24次会议（A/C.6/57/SR.24），第35段；塞浦路斯，同上，第22次会议（A/C.6/57/SR.22），第6段；希腊，同上，第26次会议（A/C.6/57/SR.26），第26段；以色列，同上，第21次会议（A/C.6/57/SR.21），第57段；意大利，同上，第23次会议（A/C.6/57/SR.23），第3段；约旦，同上，第25次会议（A/C.6/57/SR.25），第46段；尼日利亚，同上，第26次会议（A/C.6/57/SR.26），第83段；大韩民国（虽然该国指出草案并不符合其习惯做法），同上，第67段；塞拉里昂，同上，第24次会议（A/C.6/57/SR.24），第51段及瑞典（代表北欧国家），同上，第22次会议（A/C.6/57/SR.22），第84段。俄罗斯联邦代表团在批准该项准则方面更加沉默，同上，第23次会议（A/C.6/57/SR.23），第66段。特别报告员再次对所收到的简要记录只有英文本表示遗憾。

¹⁶ 以色列，同上，第21次会议（A/C.6/57/SR.21），第57段。

¹⁷ 此点见下列国家观点：智利，同上，第27次会议（A/C.6/57/SR.27），第8段；俄罗斯联邦，同上，第23次会议（A/C.6/57/SR.23），第66段或瑞典，同上，第22次会议（A/C.6/57/SR.22），第84段。

有些代表团对以电子邮件或传真告知的原则提出异议。¹⁸

10. 有些代表团扩大审议范围，建议所有与保留有关的告知，甚至所有与条约有关的告知，都应考虑采用现代的通讯手段。¹⁹ 还有些代表团明确指出，所有此类告知都应以条约作准语文之一作出。²⁰

11. 此外，委员会指出，委员会“欢迎各国就[准则草案2.5.X]”²¹ 提出意见，以便在重新审议如何处理被监测机构认定不允许的保留时，在讨论保留不可接受性的后果问题时，或重新审议其关于对规范性多边条约包括人权条约的保留的初步结论时，予以考虑。²²

12. 有几个代表团赞同在现阶段撤回这项草案，并认为委员会审议有关保留可否接受问题时再回来讨论这个草案提出的问题。²³ 还有一些代表团认为撤回保留是一项国家主权权利，²⁴ 与监测机构的活动无关；²⁵ 它们想知道国家在保留被监测机构认定不允许之后究竟应采取何种行动，并强调说撤回保留只是各种可以考虑的可能性之一。²⁶ 多个代表团促请注意

监测机构拥有的权力太多，²⁷ 并强调指出这些机构原则上没有权力判断保留是否可以接受；²⁸ 然而另外一些代表团认为，保留国有义务根据监测机构的认定诚意地重新考虑其立场。²⁹ 有一个代表团强调说，它赞成关于对规范性多边条约包括人权条约的保留的初步结论。³⁰

13. 委员会第五十四届会议通过的其他准则草案获得普遍赞同，没有引起多少评论，³¹ 但是若干评论非常有用，委员会在对《实践指南》草案进行二读审议时一定将予以考虑。

14. 不过，代表团就保存人的作用问题提出许多评论，特别是有关准则草案2.1.8 [“显然[不能允许] 提具保留之情况下的程序”]。³² 总的来讲，除了若干不同意见外，³³ 就此点发言的代表团都指出，它们赞成《维也纳条约法公约》（以下简称1969年《维也纳公约》）赋予保存人的纯粹机械性作用，³⁴ 而对保存人可以促请保留者注意保存人认为此项保留明显是不能允许性质，表示疑虑。³⁵

¹⁸ 见美利坚合众国，同上，第23次会议（A/C.6/57/SR.23），第51段；其次请见新西兰，同上，第29段。

¹⁹ 见智利，同上，第27次会议（A/C.6/57/SR.27），第6段。

²⁰ 见奥地利的观点，同上，第22次会议（A/C.6/57/SR.22），第76段。

²¹ 《2002年……年鉴》（见上文脚注5），第13页，第26(b)段。

²² 《1997年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第157段。

²³ 见以色列，《大会正式记录，第五十七届会议，第六委员会》，第21次会议（A/C.6/57/SR.21），第58段；约旦，同上，第25次会议（A/C.6/57/SR.25），第46段；新西兰，同上，第23次会议（A/C.6/57/SR.23），第28段；瑞典（代表北欧国家），同上，第22次会议（A/C.6/57/SR.22），第83段。反对：白俄罗斯，同上，第24次会议（A/C.6/57/SR.24），第57段。

²⁴ 见阿尔及利亚，同上，第26次会议（A/C.6/57/SR.26），第40段；中国，同上，第24次会议（A/C.6/57/SR.24），第34段；以色列，同上，第21次会议（A/C.6/57/SR.21），第58段；日本，同上，第25次会议（A/C.6/57/SR.25），第40段；大韩民国，同上，第26次会议（A/C.6/57/SR.26），第68-69段。

²⁵ 见以色列，同上，第21次会议（A/C.6/57/SR.21），第58段。

²⁶ 见法国，同上，第22次会议（A/C.6/57/SR.22），第91段。

²⁷ 见中国，同上，第24次会议（A/C.6/57/SR.24），第33段。

²⁸ 见约旦，同上，第25次会议（A/C.6/57/SR.25），第46段；俄罗斯联邦，同上，第23次会议（A/C.6/57/SR.23），第64段和联合王国，同上，第33段。

²⁹ 见瑞士，同上，第25次会议（A/C.6/57/SR.25），第34段。

³⁰ 见日本，同上，第40段。反对：希腊，同上，第26次会议（A/C.6/57/SR.26），第27段。

³¹ 见仍然具有重要价值的“大会第五十五届会议期间第六委员会讨论专题摘要”（A/CN.4/529），第85-91段及第101-102段。

³² 同上，第61-72段。

³³ 例如见下列国家的观点：智利，《大会正式记录，第五十七届会议，第六委员会》，第27次会议（A/C.6/57/SR.27），第4段和罗马尼亚，同上，第23次会议（A/C.6/57/SR.23），第48段。

³⁴ 见澳大利亚，同上，第74段；巴西，同上，第24次会议（A/C.6/57/SR.24），第67段；中国，同上，第32段；古巴，同上，第60段；伊朗伊斯兰共和国，同上，第23次会议（A/C.6/57/SR.23），第5段；以色列，同上，第21次会议（A/C.6/57/SR.21），第59段；约旦，同上，第25次会议（A/C.6/57/SR.25），第45段；尼日利亚，同上，第26次会议（A/C.6/57/SR.26），第82段；以及大韩民国，同上，第66段。

³⁵ 见以色列，同上，第21次会议（A/C.6/57/SR.21），第59段。

15. 此外, 若干发言者照常阐释了本国政府对保留权所涉普遍问题的立场。³⁶

16. 这些问题中, 最引起注意的问题是有条件解释性声明问题。³⁷ 多个代表团认为, 应将这类声明等同于保留, 并放弃此类声明的专门准则草案。³⁸ 它们的这些意见与委员会若干委员的考虑相吻合。根据特别报告员第七次报告概述的立场,³⁹ 没有必要订立有条件解释性声明所适用的法律制度, 以区别于保留所适用的制度; 但是, 委员会只有在对保留和解释性声明的可允许性及其效力等相关问题作出决定之后, 才会对这一问题采取确定性立场。在等待期间, 特别报告员将继续探讨有条件解释性声明所适用的规则问题。

B. 对条约的保留的最新发展情况

17. 2002年第五十四届会议期间, 委员会请主席和对条约的保留问题特别报告员与人权机构进行联系, 以增进在对人权条约的保留问题方面的交流意见。⁴⁰ 为此, 2002年8月13日主席和特别报告员共同署名致信⁴¹ 下列机构的主席: 人权事务委员会; 经济、社会和文化权利委员会; 消除种族歧视委员会; 消除对妇女歧视委员会; 儿童权利委员会; 禁止酷刑委员会, 以及促进和保护人权小组委员会主席和受小组委员会委托负责编写对人权条约的保留问题工作文件的弗朗索瓦斯·汉普森女士。⁴² 这些信中再次⁴³ 附上了委员会1997年通过的初步结论。

³⁶ A/CN.4/529 (上文脚注31), 第50-60段。

³⁷ 同上, 第81-84段。

³⁸ 见日本,《大会正式记录, 第五十七届会议, 第六委员会》, 第25次会议(A/C.6/57/SR.25), 第40段; 荷兰, 同上, 第23次会议(A/C.6/57/SR.23), 第11段; 瑞士, 同上, 第25次会议(A/C.6/57/SR.25), 第33段; 以及联合王国, 同上, 第23次会议(A/C.6/57/SR.23), 第34段。

³⁹ 《2002年……年鉴》(见上文脚注1), 第16页, 第43段。

⁴⁰ 见《2002年……年鉴》(见上文脚注5), 第17页, 第53-54段和第20页, 第67段。

⁴¹ 该标准信函转载于本报告附件。

⁴² E/CN.4/Sub.2/2001/40。

⁴³ 见上文脚注22。该文件第一次寄给各人权机构是在获通过之后不久, 所得答复非常之少, 而且没有什么论证。关于这些答复, 见关于对条约的保留的第三次报告(《1998年……年鉴》, 第二卷(第一部分), A/CN.4/491和Add.1-6号文件, 第15-16段)以及第五次报告(《2000年……年鉴》,

18. 至今为止仅收到一份答复。在2003年3月28日秘书处收到的信中, 消除种族歧视委员会主席转递了经过2003年3月13日订正的消除种族歧视委员会关于对人权条约的保留问题的初步意见。⁴⁴ 另外, 按计划, 国际法委员会本届会议开始时, 预定与禁止酷刑委员会的成员举行联席会议, 以期就本专题交流意见。特别报告员知道经济、社会和文化权利委员会此时也在日内瓦开会, 他特别希望该委员会的成员也能参加联席会议, 并请本委员会秘书处就此事与经济、社会和文化权利委员会秘书处进行联系。还应计划安排与其他全球性质的人权机构也举行这样的会议。

19. 消除种族歧视委员会主席转递了一份特别富有启发性的文件,⁴⁵ 本报告只能纳入一条有关该文件的简单扼要的评注。该文件首先说,《消除一切形式种族歧视国际公约》制订了一个决定保留是否符合公约宗旨和目的的特定机制,⁴⁶ 但是发现此机制无法操作。然而, 文件又指出, 实际上, 在委员会审议定期报告时, 各国很少援引它们的保留(通常是过去提出的保留); 这种情况很有意思。

20. 极有意义的是, 消除种族歧视委员会指出, 在审议各缔约国报告时, 委员会认为, 不应“与所有提具保留的国家展开法律之争和坚持这些或那些保留不具任何法律效力……因为这样, 会使委员会偏离其主要任务, ”即尽可能促进“公约得到全面和统一地执行, 也会分散各缔约国对公约执行问题的注意”。“保留国与委员会之间开展富有成效的对话可以更加有效地促进公约在有关国家的执行”。⁴⁷

21. 这些极合理的见解证实了秘书处应消除对妇女歧视委员会请求编写并在消除对妇女歧视委员会第二十五届会议之时提交给该委员会的报告⁴⁸ 给人留下的印象: 所审查的人权条约机构在提出保留

第二卷(第一部分), A/CN.4/508和Add.1-4号文件, 第10-15段)。

⁴⁴ CERD/C/62/Misc.20/Rev.3。

⁴⁵ 同上。

⁴⁶ 第20条规定, 如保留遭三分之二的缔约国反对, 则认定保留不符合公约的宗旨和目的。

⁴⁷ 见上文脚注44。

⁴⁸ CEDAW/C/2001/II/4。

国似乎滥用权利时，更急于与它们开展对话，鼓励它们撤回保留，而不是就保留的不允许性作出判决。⁴⁹

22. 此外，据特别报告员所知，保留问题在2002年没有重大的新进展。特别是消除对妇女歧视委员会没有在其第二十六届、第二十七届和第二十八届会议上再次审议对条约的保留问题。

23. 然而应注意的是，欧洲委员会国际公法法律顾问委员会（公法顾委）第二十三届会议（2002年3月4-5日）决定扩大国际条约的保留问题欧洲观察所的职能范围，以包含与打击恐怖主义有关的条约。⁵⁰ 公法顾委在发挥其观测保留职能的范围内继续审议国际条约相关的声明和保留，并开始审查与在欧洲委员会之外缔结的条约有关的声明和保留。⁵¹

24. 还应指出，2001年7月4日欧洲人权法院大审判庭曾作出一项判决，特别报告员前一次报告中没有提及，但该判决在保留方面提出了一个很有意思的问题。⁵² 几名被“外涅斯特里亚摩尔多瓦共和国最高法院”判处死刑或徒刑的摩尔多瓦国民提起诉讼，控诉俄罗斯联邦和摩尔多瓦共和国。摩尔多瓦共和国当初在批准《保护人权与基本自由公约》（《欧洲人权公约》）时曾声明，在外涅斯特里亚区域内之冲突未得到最终解决之前，它将不能对自称外涅斯特里亚共和国的机关的不行为和行行为确保遵守《公约》之条款。⁵³

25. 欧洲人权法院在审议自己的权限及可否受理该诉状这一棘手问题时，研究了该声明的性质：

⁴⁹ 见关于对条约的保留的第七次报告，《2002年……年鉴》（上文脚注1），第18页，第50段。

⁵⁰ 见欧洲委员会法律事务总局秘书处为公法顾委第二十五届会议编写的文件（CAHDI（2002）11 rev.）和关于2002年9月9-10日在布拉迪斯拉发举行的公法顾委第二十四届会议的报告（法律事务总局编写的秘书处备忘录，CAHDI（2002）16），第23-29段。

⁵¹ CAHDI（2002）16（见上文脚注50），第14-22段；另请见为2003年3月17-18日在斯特拉斯堡举行的第二十五届会议编制的有关国际条约的著名保留与声明一览表（CAHDI（2003）2）。

⁵² 第48787/99号诉状，伊利耶·伊拉什库等诉摩尔多瓦和俄罗斯联邦案，欧洲人权法院大审判庭2001年7月14日的裁决（未列入汇编）。

⁵³ 见联合国，《条约汇编》，第2045卷，第2889号，第28页。

摩尔多瓦政府坚持认为，必须将此声明视为《欧洲人权公约》第57条（旧的第64条）意义上的保留。大审判庭注意到“摩尔多瓦的声明没有提到《公约》的任何一项特定条款”且“没有提到对摩尔多瓦现行的某项特定法律”，因此断定，“上述声明不能等同于《公约》所说含义上的保留，应宣布为无效”。显而易见，这一立场与委员会1998年通过的准则草案1.1.3⁵⁴ 不相符。然而，既然该法院专门提到《公约》第57条这项具体规定，如据此作出过分断然的结论，可能有些过分。

26. 2002年8月13日，在促进和保护人权小组委员会第五十四届会议上，汉普森女士提出一份筹备工作文件。⁵⁵ 该文件的附件中有一份图表（内容大致以题为《交给秘书长保存的多边条约》的文件中所含要素为限），列出了对六项联合国人权条约提出的保留。小组委员会在2001年8月16日未经表决通过的第2001/17号决议中，注意到人权委员会2001年4月25日第2001/113号决定，决定委托弗朗索瓦·汉普森女士负责就对人权条约的保留问题编写一份扩大工作文件，提交给小组委员会第五十四届会议。⁵⁶ 人权委员会在2003年4月24日关于小组委员会工作情况的第2003/59号决议中，并未提及这一问题。⁵⁷ 汉普森女士没有答复2003年8月13日国际法委员会主席和特别报告员的信。国际法委员会本届会议第二部分会议举行时，该小组委员会也将在日内瓦举行会议，两个机构可以借此机会交流看法。

27. 此外，特别报告员希望告知委员会委员，2003年5月初，他终于收到了欧洲委员会法律处对

⁵⁴ 《1998年……年鉴》，第二卷（第二部分），第540段。准则草案1.1.3（有领土范围的保留）全文如下：“一国提出单方面声明，意图籍此排除条约或其中某些规定对某一领土的适用（如无此项声明条约即可适用），此项声明即构成保留”。

⁵⁵ E/CN.4/Sub.2/2002/34，2002年8月8日。

⁵⁶ E/CN.4/2002/2-E/CN.4/Sub.2/2001/40。

⁵⁷ 《经济及社会理事会正式记录，人权委员会，第五十九届会议，补编第3号》（E/2003/23-E/CN.4/2003/135），第223页。关于以前人权委员会与小组委员会在此一项目上关系不好的“情节”，见特别报告员关于对条约的保留的第六次报告，《2001年……年鉴》（上文脚注2），第152-153页，第21-27段和特别报告员的第七次报告，《2002年……年鉴》（上文脚注1），第18页，第52-53段。

关于保留的问卷⁵⁸第一节的答复。他对此感到十分高兴，并对作出答复者表示感谢。他相信，这份细心拟订的文件将对他继续工作非常有帮助。寄送答复的信中告知，委员会法律处将寄出对问卷第二节的答复；特别报告员在迫不及待地等待看这些答复。

28. 特别报告员再次恳请委员会委员和所有本报告的读者把他可能疏漏的关于保留方面的任何最新发展资料告知他。

C. 第八次报告概略

29. 如通常情况一样，特别报告员在第七次报告中未能完成他自己订定的所有目标。⁵⁹ 所以首先

⁵⁸ 《1996年……年鉴》（见上文脚注7），附件三。关于此问卷，另见《2002年……年鉴》（上文脚注1），第11页，第17段。连同欧洲共同体委员会已有25个国际组织对问卷作出了答复。特别报告员再次对这些组织表示感谢。从去年以来，再没有从各国收到任何新的答复。

⁵⁹ 《2002年……年鉴》（上文脚注1），第19页，第56-59段。

应当完成《实践指南》关于保留“程序”这一部分内容。

30. 因此，本报告第一章将努力完成关于修改保留和解释性声明的研究，先考虑修改保留以扩大其范围的问题，后考虑修改解释性声明的问题。

31. 第二章专门研究提出接受保留的程序，并且研究提出反对问题。

32. 如时间许可，特别报告员计划列入一个第三章，探讨他认为与保留“允许性”或“有效”有关的基本问题。⁶⁰

⁶⁰ 关于这些措辞的用法问题（委员会决定暂时搁置），见《2002年……年鉴》（上文脚注5），第45页，准则草案2.1.8评注第（7）段。

第一章

撤回和更改保留及解释性声明

33. 关于对条约的保留的第七次报告主要是研究撤回和更改保留问题。⁶¹ 有两个问题仍待审查：*(a)* 扩大保留范围；*(b)* 撤回和修改解释性声明（如果该想法有意义的话）。本章的目的就是要补充这些所缺内容。

A. 扩大保留范围

34. 第七次报告中指出：

更改保留的问题应结合撤回保留的问题和过时提具保留的问题予以考虑。更改保留如果是为了缩小保

留的范围，那就相当于部分撤回“初始保留”。⁶² 这从原则上讲不会产生问题，上文解释的关于撤回保留的一般规则对此适用……。⁶³ 但如果更改保留是为了扩大

⁶² 使用“初始保留”一词是出于简便考虑，但并不恰当：如果称之为“最初提出的”保留，则更为精确。“部分撤回”如其名称所示，并非以一项保留取代另一项保留，而是用一种提法代替另一种提法。

⁶³ 特别报告员由此提出准则草案2.5.11，措辞如下：

“1. 部分撤回保留的形式和程序应遵守与全部撤回相同的规则并在相同条件下生效。

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

（《2002年……年鉴》（上文脚注1），第48页，第210段）

⁶¹ 《2002年……年鉴》（上文脚注1），第19-49页，第61-221段。

现有保留，似乎就应该从过时提出保留的角度加以考虑，关于过时提出的保留的规则应对此适用。⁶⁴

35. 2001年通过的准则草案2.3.1-2.3.3内容如下：

2.3.1 过时提出的保留⁶⁵

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

2.3.2 接受过时提出保留⁶⁶

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

2.3.3 反对过时提出保留⁶⁷

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

36. 如一国或一国际组织在表示同意时附有保留，而事后希望“扩大”这一保留，即对保留所针对条约条款的法律效力作出对该国或该组织有利的更改，以上这些条款可充分适用，理由相同：

(a) 必须不鼓励过时提出对执行条约的限制；

(b) 另一方面，一国或一国际组织可能有正当理由希望更改以前的保留，在某些情况下，提出保留者可以将条约废止，然后再重新批准条约，附加“扩大的保留”。

(c) 条约的各缔约方可以随时经过一致同意对条约进行更改；⁶⁸ 因此，它们也可经过一致同意准许一

缔约方再次随时更改条约中某些规定或条约整体在某些特定方面对其适用的法律效力。

37. 实际事实不多见；但是，法律文献对此问题探讨得很少，但在这一点上是符一致的。

38. 比如，奥斯特极其明确地写道：“不允许作出改变初始[保留]的性质或范围的订正”。⁶⁹

39. 欧洲委员会法律顾问处和条约室副主任波拉克维奇先生指出，在该组织范围内，

有时，一些国家向秘书处询问是否可以更改和如何修改现有的保留。秘书处作答时一贯强调，不能接受会扩大现有保留范围的更改。这里适用与过时保留情况相同的逻辑……准许此种更改将构成危险的先例，可能威胁到法律上的可靠性并妨碍欧洲条约的统一执行。⁷⁰

40. 波拉克维奇先生还询问一国是否可以将已经提出过保留的条约废止，然后再附加扩大的保留重新予以批准。他认为，根据欧洲委员会各项公约本身的主旨，这种做法完全可以构成滥用权利。⁷¹

⁶⁹ 《现代条约法与实践》，第130页。另见 Polakiewicz, 《欧洲委员会内的条约制定工作》，第96页；相反观点，见 Imbert, *Les réserves aux traités multilatéraux*, 第293页。

⁷⁰ 同前，第96页。这一立场贴近欧洲人权委员会在赫里索斯托莫斯等诉土耳其案中采取的立场，《裁决和报告》，第15299/89号、第15300/89号和第15318/89号诉状，第68卷（斯特拉斯堡，1993年），第216-253页。

⁷¹ 波拉克维奇，同前。可以以此来解释瑞士联邦法院1992年12月17日在F.诉R.和图尔高州联邦院案中所作裁决，《法院杂志》（1995年），第523-537页；另见关于对条约的保留的第七次报告，《2002年……年鉴》（上文脚注1），第45-46页，第199-200段。关于同一点，见 Flauss, “Le contentieux de la validité des réserves à la CEDH devant le Tribunal fédéral suisse: Requiem pour la déclaration interprétative relative à l'article 6 §1”, 第303页。关于这个问题，要指出的是，1998年5月26日，特立尼达和多巴哥废止《公民及政治权利国际公约任择议定书》之后附加上一条新的保留又于当日重新予以批准（《交给秘书长保存的多边条约——截至2002年12月31日的情况》（联合国出版物，出售品编号F.03.V.3），第一卷，第四章，第214页，注3）。在多次受到反对和1999年11月2日人权事务委员会作出决定后（人权事务委员会的报告，《大会正式记录，第五十五届会议，补编第40号》（A/55/40），第二卷，附件十一，第845/1999号来文，罗尔·肯尼迪诉特立尼达和多巴哥案，第258页——见关于对条约的保留的第五次报告，《2000年……年鉴》（上文脚注43），第12段），特立尼达和多巴哥于2000年3月27日再次废止了《任择议定书》（《交给秘书长保存的多边条约》，第216页）。但是这次不是更改现有的保留，而是提出一项全新的保留。

⁶⁴ 同上，第43页，第185段。

⁶⁵ 对本条准则草案的评注，见《2001年……年鉴》（上文脚注4），第207-212页。

⁶⁶ 见评注，同上，第213-214页。

⁶⁷ 同上，第214页。特别报告员仍觉得不应使用“反对”一语来表示一缔约方对过时提出保留持反对态度（同上，第212页，脚注1076）。

⁶⁸ 见1969年《维也纳公约》和《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》（以下简称1986年《维也纳公约》）第39条。

41. 然而从全球范围讲，这一结论可能过于严格。无论如何，不管对此问题作何解答，都不妨碍扩大保留方面的做法与过时提出保留的做法⁷²保持一致，这确实是非常符合逻辑的。

42. 保存人对扩大性更改的处理办法与对过时提出的保留相同：他们在收到一缔约方提出的此种请求后，征求全体缔约方的意见，如无任何一方在规定作出反应的期限内表示反对，才可接受新提出的保留。

43. 例如，芬兰在1985年4月1日加入《欧洲补充路标和信号公约协定附加公路标示议定书》时，对此文书的一项技术条款提出了保留。⁷³十年之后，芬兰于1995年9月5日声明其保留对最初指出的情况之外的另一情况同样适用：⁷⁴

按照类似情况下采用的做法，若无缔约国对提交保存本身或设想之程序表示反对，秘书长打算接受提交保存的有关更改。鉴于没有任何缔约国在发文之日（1995年12月20日）起90天期限内通知秘书长表示反对提交保存本身或设想之程序，上述声明于规定之90天期限届满后，即1996年3月19日被接受保存。⁷⁵

以上所述的秘书长采用的程序与过时提出保留方面通常使用的程序相同；⁷⁶只不过，现在规定的期限是12个月而不是90天。⁷⁷

⁷² 加亚举出法国1982年8月11日“改正”在核准书对《1973年防止船舶造成污染公约（防污公约）1978年议定书》提出保留的例子。该核准书于1981年9月25日交给国际海事组织（海事组织）秘书长保存（“不守规矩的条约保留”，第311-312页）。这一事例有点特别，在作出“改正”的日期，《防污公约议定书》并未对法国生效；本例中，保存人似未要求得到其他各缔约方的一致同意才接受新案文，而若干缔约方对所更改的保留表示反对（见《国际海事组织或其秘书长行使保存人或其他职能的多边公约和文书：截止1999年12月31日的状况》（J/7339），第77页）。

⁷³ 在对附件第6段提出的初始保留中，芬兰保留“使用黄色作为相反流向的道路之间的实线分道线的权利”（《交给秘书长保存的多边条约》（见上文脚注71），第十一.B.25章，第793页）。

⁷⁴ 同上，“芬兰做出的保留同样适用于交通管制线”。

⁷⁵ 同上，注3，第794页。

⁷⁶ 见关于对条约的保留的第五次报告，《2000年……年鉴》（上文脚注43），第222页，第297-298段，或《2001年……年鉴》（上文脚注4），第210页，准则草案2.3.1（过时提出保留）评注第（11）段和第（13）段。

⁷⁷ 见《2000年……年鉴》（上文脚注43），第225-226页，第319-323段。

44. 另一实例是，马尔代夫政府于1999年1月29日通知联合国秘书长，希望更改其1993年加入《消除对妇女一切形式歧视公约》时提出的保留。德国曾对初始保留提出反对，也对更改这些保留表示反对，并特别强调：

一国仅可于签署、批准、接受、核准或加入条约时，提出保留（《维也纳条约法公约》第十九条）。一国一旦依据国际法受到条约约束，即不得再提出新的保留、扩大先前的保留或增加保留。该国只能全部或部分撤回初始保留；遗憾的是，马尔代夫共和国政府所做的更改并非如此。⁷⁸

45. 然而，德国反对马尔代夫的初始保留在两国之间生效，但并不反对该保留的提出，所以也没有正式对更改行为本身表示反对。这证实特别报告员怀疑使用“反对（objection）”一词来表示国家对过时提出保留持反对态度（opposition）是否恰当是有道理的：一国很可能以为更改程序是可以接受的但反对所更改保留的内容。⁷⁹然而，由于委员会不听特别报告员的意见，仍决定在准则草案2.3.2和2.3.3⁸⁰中保留“反对（objection）”一词来表示国家对过时提出保留的反对态度（opposition），因此，特别报告员在此不再提议另外的措辞。

46. 既然扩大保留的范围可以视为过时提出保留，那么对之适用相同规则似乎是必然的。这可参照委员会已经通过的相关准则。因此，准则2.3.5可措辞如下：

“2.3.5 扩大保留范围

“更改一项现有的保留，以扩大保留范围，应依照[准则2.3.1、2.3.2和2.3.3所述的]过时提出保留适用的规则”。

⁷⁸ 见《交给秘书长保存的多边条约》（见上文脚注71），第四.8章，注40，第253页，注42。德国的初始反对，见第240页。芬兰也反对马尔代夫更改的保留，同上。德国和芬兰在通知更改90天（秘书长当时规定的期限）之后才提出反对。

⁷⁹ 见上文脚注67。

⁸⁰ 见上文第35段这些准则草案的案文。

47. 如果按照特别报告员的提议, 将上述准则草案插入《实践指南》题为“过时提出保留”的第2.3节, 则方括号中的说明似乎不必要。⁸¹

48. 另外, “扩大”保留范围的含义, 只需在对这项条款的评注中加以解释即可。如果委员会不同意这一做法, 则可在准则草案2.3.5中加入第二款, 措辞如下:

“扩大保留范围是指做出更改, 籍此在比最初提出的保留更大的范围内, 排除或修改条约中某些规定或条约整体在某些特定方面对提出保留的国家或国际组织适用时的法律效力”。

B. 撤回和更改解释性声明

49. 与有关解释性声明的许多问题一样, 缔结条约的国家或国际组织能否在条约对其生效后撤回或更改这些声明的问题, 则视这些声明是否“有条件”的(依据准则草案1.2.1中作出的定义)⁸²而有所不同。为便于阐述, 将对解释性声明和有条件解释性声明的撤回问题与其更改问题加以区分。

1. 撤回解释性声明

50. 根据准则草案2.4.3, 除约定的例外之外,⁸³“‘简单’解释性声明……可以……随时提出”。⁸⁴当然, 也可以由此推断, 此种声明也可随时撤回而无需特别手续。

51. 尽管各国很少撤回其解释性声明, 但是这种情况也偶有发生。例如, 1990年3月1日, 意大利政府通知联合国秘书长“它决定撤回其只承认[1951年7月28日日内瓦《关于难民地位的公约》]第17和

第18条的规定为建议的声明”。⁸⁵另外, “2001年4月20日, 芬兰政府通知[联合国]秘书长, 它决定撤回在批准[1969年《维也纳公约》(1977年经该国批准)]时对第7条第2款所作的声明”。⁸⁶

52. 这种做法符合解释性声明的非正式特点, 通过一条准则加以认可即可, 准则措辞如下:

“2.5.12 撤回解释性声明

“除非条约另有规定, 解释性声明可依照其提出时适用的同样程序, 由[按照准则2.4.1和2.4.2的规定]有此权力的当局随时撤回”。

53. 是否应当在草案中插入方括号中的说明, 是一个问题。这纯粹是一个妥当与否的问题: 有人可能认为这样做有用处, 可简化《实践指南》的使用; 也有人可能认为这样做使得文字冗长, 而毫无用处, 只需在评注中提到即可。

54. 有条件解释性声明, 在提出方面, 应依照保留的法律制度, 即必须在国家或国际组织表示同意接受约束时提出,⁸⁷如没有任何其他缔约方反对它们过时提出, 则例外。

55. 由此必然推出: 撤回有条件解释性声明适用的规则必须与在这方面适用于保留的规则相同, 这只会加强委员会有些委员的反对, 因为他们认为不需要对此类声明制订特定的准则草案。特别报告员倾向于赞同这些观点。但他还是认为, 在关于保留和有条件解释性声明的有效性的规则方面, 只要

⁸¹ 《2001年……年鉴》(上文脚注4), 第207页。

⁸² “一国或一国际组织在签署、批准、正式确认、接受、核可或加入条约时提出单方面声明, 或一国在通知对条约的继承时提出单方面声明, 从而使该国或该国际组织同意受条约约束一事取决于对条约或对其某些规定的特定解释, 此项声明即构成有条件解释性声明”。本条准则草案评注, 见《1999年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第110-113页。

⁸³ 见《2001年……年鉴》(上文脚注4), 第218页, 准则草案2.4.6。

⁸⁴ 同上, 第216页, 准则草案2.4.3。

⁸⁵ 《交给秘书长保存的多边条约》(见上文脚注71), 第四.2章, 第340页, 注23。还有一些对“不承认声明”的撤回(例如见1980年《戴维营协议》(在戴维营商定的中东和平框架, 1978年9月17日在哥伦比亚特区华盛顿签署, 联合国, 《条约汇编》, 第1138卷, 第17853号, 第39页)之后, 埃及撤回就1966年《消除对妇女一切形式歧视公约》或《麻醉品单一公约》针对以色列的声明, 《交给秘书长保存的多边条约》, 第四.2章, 第149页, 注18或第六.15章, 第393页, 注18), 但是这些声明“不在……《实践指南》的适用范围”(《1999年……年鉴》(见上文脚注82), 第122页, 准则草案1.4.3)。

⁸⁶ 《交给秘书长保存的多边条约》(见上文脚注71), 第二卷, 第二十三.1章, 第302页, 注13。该声明涉及共和国总统、政府首脑及外交部长缔结条约方面各自的权力。

⁸⁷ 见准则草案1.2.1(上文脚注82)。

这种“直觉”还未得到证实，对此问题作出最终决定就为时过早。⁸⁸

56. 但是这个问题没有必需详述：把关于保留的相应准则草案比照移用到关于撤回有条件解释性声明的暂定准则草案上，大概就够了。该草案可草拟如下：

“2.5.13 撤回有条件解释性声明

“撤回有条件解释性声明应依照 [准则2.5.1至2.5.9所述] 撤回对条约的保留适用的规则。”

2. 更改解释性声明

57. 另一方面，将部分撤回保留适用的规则适用于解释性声明，没有任何意义。根据定义，解释性声明（无论有条件与否）是“为了确定或阐明声明方对条约或其中若干条款赋予的含义或范围”。⁸⁹声明不能部分撤回：其提出方最多可以进行更改或不再把它作为条约生效的条件。

58. 据特别报告员所知，没有条约缔约方不再将解释性声明作为参加条约的条件而坚持声明“只是”⁹⁰一种解释的先例。由此可见，似无需针对这一学术假设制订准则草案：特别是因为，这实际上等于将有关声明当作有条件解释性声明撤回了，因此，是完完全全的撤回。因此，只需在准则草案2.5.13的评注中指出这一点即可。

59. 另一方面，对解释性声明（无论有条件与否）毫无疑问可以进行更改。然而，就保留而言，

一般较容易判断保留更改是可以解释为部分撤回（准则草案2.5.10和2.5.11的目标⁹¹）还是意在扩大保留范围（上文提出的准则草案2.3.5的目标⁹²）；而这对国家更改其解释性声明的情况而言几乎是不可能的。无疑，可以认为某些声明比其他声明限制性更强（撤回一项声明，换成另一项限制性更强的声明，可以认为是起到了“扩大”作用）；但是，这个问题太主观，通过一项准则草案，把扩大保留范围的准则草案2.3.5来移用于解释性声明，似不太妥当。

60. 因此，没有必要区分更改限制初始声明范围或相反扩大其范围的解释性声明。⁹³但是，对有条件解释性声明与其他解释性声明则需要加以区分，因这涉及更改可以在什么日期作出的问题。

61. 有条件解释性声明不得随意更改：这种声明原则上只能在国家或国际组织同意接受约束时提出，⁹⁴除非“没有任何其他缔约方反对”，否则不得过时提出。⁹⁵因此，任何类似过时提出的更改也必须不遭遇任何其他缔约方的反对。所以，一项准则草案可以这样明确规定：

“2.4.10 更改有条件解释性声明

“一国或一国际组织在表示同意受条约约束之后，不得更改有关该条约的有条件解释性声明，除非没有任何其他缔约方反对过时更改这一有条件解释性声明。”

62. 可以看到，这项准则草案是完全仿照关于“过时提出有条件解释性声明”的准则草案2.4.8起草的。倘若委员会同意订正2001年通过的这项准则

⁸⁸ 见上文第16段。

⁸⁹ 见准则草案1.2,《1999年……年鉴》(上文脚注82),第103页。

⁹⁰ 另一方面，有一些说明解释性声明不构成保留的声明的例子，比如“后来收到的通知”(其日期不定)，法国政府就曾以此说明，在批准《消除一切形式种族歧视国际公约》时所作“声明”的第一段“用意不在于缩小《公约》规定的义务对其适用的范围，而是记录对上述《公约》第4条的解释”(《交给秘书长保存的多边条约》(见上文脚注71)，第一卷，第四.2章，第149页，注20)。例如另见，印度尼西亚和马来西亚关于在批准1948年3月6日《国际海事组织公约》时附加的声明的声明，同上，第二卷，第十二.1章，第9页，注14和注16；另见印度对同一公约的立场(同上，注13)；另见Schachter,“1959年大会期间的条约保留问题”。

⁹¹ 《2002年……年鉴》(见上文脚注1)，第40页，第169段和第48页，第210段。

⁹² 第46段。

⁹³ 在这方面，有条件解释性声明的法律制度与保留适用的法律制度有所区别。

⁹⁴ 见准则草案1.2.1(上文脚注82)和2.4.5(《2001年……年鉴》(上文脚注4)，第202页)。

⁹⁵ 《2002年……年鉴》(见上文脚注5)，第27页，准则草案2.4.8。

草案，⁹⁶一项更漂亮的解决办法就是按如下方式将这两项草案合并起来：

“2.4.8 过时提出或更改有条件解释性声明

“一国或一国际组织在表示同意受条约约束之后，不得提出或更改有关该条约的有条件解释性声明，除非没有任何其他缔约方反对此一提出或更改。”

评注当然也要相应作出修改。

63. 这个问题对“简单”解释性声明来说则不同。简单解释性声明是单纯澄清条约条款含义，澄清方并不以此作为加入条约的条件。这种声明可以随时提出⁹⁷（除非条约另有规定⁹⁸），且无需予以确认。⁹⁹因此，只要没有条约条款明确规定必须在特定时间作出解释，这种声明完全可以随时修改。此点可以是准则草案2.4.9的目标：

“2.4.9 更改解释性声明

“除条约规定解释性声明只可在特定时间作出[或更改]外，解释性声明可以随时更改。”

64. 方括号内的说法设想了一种不太可能发生的情况（而且特别报告员没有碰到这样的实例），即一项条约明确限制更改解释性声明的可能。在草案案文中完全可以略去这种规定，而不会造成任何不便，只需在评注中简单提一下即可。

65. 这里，委员会可能更愿意把2001年通过的准则草案2.4.3和2.4.6（及其评注）¹⁰⁰稍作订正，将更改和提出解释性声明放在一起。如果这样，那么这两项草案可起草如下：

“2.4.3 可以提出或更改解释性声明的时间

⁹⁶ 《2001年……年鉴》（上文脚注4），第202页。

⁹⁷ 同上，第216页，准则草案2.4.3。

⁹⁸ 同上，第218页，准则草案2.4.6。

⁹⁹ 同上，第217页，准则草案2.4.4。

¹⁰⁰ 同上，第216-217页和第218页。

“在不妨碍准则1.2.1、2.4.6和2.4.7的规定的条件下，可以随时提出或更改解释性声明。”

“2.4.6 过时提出解释性声明

“当条约规定只能在特定时间作出[或更改]解释性声明时，一国或一国际组织不得在另外时间提出或更改有关该条约的解释性声明，除非没有任何其他缔约方反对此一提出或更改。”

66. 很少明确的事例具体说明这些准则草案。然而，可以提到如下情况：1987年，墨西哥加入《反对劫持人质国际公约》时对《公约》第16条提出了声明，同年对该声明进行了更改。¹⁰¹

67. 还可以想象到一种情况，就是一个国家更改根据任择条款做出的¹⁰²或规定在一条约的不同条款中做出选择的¹⁰³单方面声明；但是这样的声明“不在《实践指南》的适用范围”。¹⁰⁴此外，2002年3月7日，保加利亚更正了在签署《欧洲刑事事项司法互助公约》时所做并在交存批准书（1994年）时确认的一项声明；¹⁰⁵但是，可以这样认为，从严格意义上讲，这与其说是对一项解释性声明的更改，不如说是对一项保留的解释。¹⁰⁶

68. 尽管如此，尽管（特别报告员所知的）令人信服的例证很少，但是从解释性声明的定义本身来看，上面提出的草案似乎是符合逻辑的。

¹⁰¹ 见《交给秘书长保存的多边条约》（上文脚注71），第二卷，第十八章，第109页。

¹⁰² 例如见澳大利亚和新西兰更改批准《建立亚洲开发银行协定》时根据协定第24条第2款第(二)项所作声明（同上，第一卷，第十章，第491页，注10-11）。

¹⁰³ 例如见墨西哥驻海牙大使2002年1月24日的照会，通知《关于向国外送达民事或商事司法文书和司法外文书公约》的保存人，墨西哥更改对适用该公约第5条的要求（www.hcch.net）。

¹⁰⁴ 《2000年……年鉴》，第二卷（第二部分），第111页，准则草案1.4.6和1.4.7。

¹⁰⁵ 联合国，《条约汇编》，第2182卷，第A-6841号，第51页。

¹⁰⁶ 另见：1988年，瑞士在这一年4月29日作出贝利洛斯案判决之后，更改了它1974年对《欧洲人权公约》第6条第1款所作的“解释性声明”。然而，欧洲人权法院将此“声明”归类为一项保留；瑞士在1992年12月17日联邦法院对F.诉R.和图尔高州联邦院案作出判决（见上文脚注71）之后，完完全全追溯撤回了其声明。

第二章

提出对保留和解释性声明的反对——“保留对话”

69. 特别报告员在其关于对条约的保留的第二次报告中提出了一项“暂定研究计划”。¹⁰⁷ 这项计划已经得到委员会的赞同¹⁰⁸ 并一直沿用至今，其中将第三部分（提出和撤回保留、接受和反对）分成三节，分别讨论提出和撤回保留(A)，提出对保留的接受(B)以及提出和撤回对保留的反对(C)。细想起来，这个次序并不合理。由1969年《维也纳公约》第二十条第五项的规定可以看出，在大多数情况下，没有提出反对，结果就是接受保留。因此，似乎从一开始就应当说明提出反对的程序——这个程序预先假定其他缔约各方对保留采取一种积极的行动——然后讨论接受的问题，因为缔约各方如果保持沉默，一般就表示接受。

70. 此外，如该计划所设想，C节仅仅讨论与提出反对有关两个问题：一个是提出反对的程序（其中有一部分已为1969年和1986年《维也纳公约》第23条第1和第3款所涵盖），另一个是撤回反对（上述两项公约第22条第2和第3款(b)项和第23条第4款对这个问题都订有准则）。这样就忽略了整个中间程序。这个程序也许会、也许不会最终导致撤回保留或达成中间的解决，其中包括保留国与敦促它放弃保留的其他缔约国之间进行对话。这种程序也许可以称为“保留对话”，可能是现代提出保留的程序中最引人注目的一个新颖办法，也将成为下次报告的主题；下文第1节专门讨论提出对保留的反对问题。接下去一节将适时讨论撤回反对，再接下去一节将讨论与解释性声明有关的同等问题。

71. 如以前各次报告一样，本章所讨论的每个问题都以下述方式提出：

(a) 凡是1969年和1986年《维也纳公约》有明文规定的问题，将参照“准备工作材料”来讨论；

(b) 这些规定应当纳入《实践指南》，¹⁰⁹ 然后根据对实践、判例和法律学说的尽可能深入的研究¹¹⁰ 加以补充，以便：

(c) 最后订出准则草案，这些准则必须足够明确，使《指南》的使用者能找到他们可能有的各种问题的答案。

72. 还应指出，所要讨论的问题限于与提出对保留的反对的形式和程序有关的问题。按照暂定计划，¹¹¹ 有关保留的效力和效果的问题，要留到以后几章去研讨。

第一节

提出对保留的反对

73. 1969年和1986年《维也纳公约》有五项规定涉及提出对条约保留的反对：

(a) 第20条第4款(b)项“顺便”提到谁可能提出反对；

(b) 第20条第5款含糊指示提出反对的期限；

(c) 第21条第3款确认，根据第20条第4款(b)项，提出反对一方有义务说明它是否因此反对条约在提出反对一方与提出保留一方之间生效；

¹⁰⁹ 见《1998年……年鉴》(上文脚注54)，第102页，准则草案1.1(“保留的定义”)评注第(1)段。

¹¹⁰ 特别报告员很想尽快完成这个主题的研究并满足各国和委员会若干同事的愿望——他并不一定赞同这些愿望，因为他认为匆匆忙忙似乎不能满足这样一个主题的特别需要，所以他认为宁可进行冷静和深入的研究，以便一劳永逸地消除妨碍实践的各种不明确和模棱两可的情况——尽管如此，他不得不采用不如以往详尽的工作方式。

¹¹¹ 第四部分(“保留、接受和反对的效果”)B节和C节(上文脚注107)。

¹⁰⁷ 《1996年……年鉴》(见上文脚注7)，第37段。这个大纲也载于第七次报告，《2002年……年鉴》(见上文脚注1)，第11页，第18段。

¹⁰⁸ 《1997年……年鉴》(见上文脚注22)，第53-54页，第116-123段。

(d) 第23条第1款规定, 各项反对, 如保留本身, 应以书面提出, 并将其通知保留所通知的国家和国际组织;

(e) 第23条第3款规定, 先前对确认保留提出的反对, 其本身不需得到确认。

74. 这些问题将按照不同的次序, 在未来几章中讨论。本节的计划比照《实践指南》2.1节(保留的形式和通知)中所采用的计划。¹¹²但是, 保留的定义出现在几项准则草案之中,¹¹³ 而准则草案目前未给反对下过定义, 1969年和1986年《维也纳公约》中也是一样; 本节的第一部分将努力弥补这个漏洞(包括关于提出反对者和反对的内容的评论)。以后各部分将分别讨论反对的形式和通知以及可以或应当提出反对的时限。

A. 对保留的反对的定义

75. 1969年和1986年《维也纳公约》第2条第1款(d)项所载、《实践指南》准则草案1.1中转载的保留定义包括五项要素:

(a) 第一项涉及行为(“单方面声明”)的性质;

(b) 第二项涉及行为的名称(“不论其名称如何”);

(c) 第三项涉及行为者(“一国或一国际组织做出”);

(d) 第四项涉及行为应在何时做出(在“表示同意受约束时”¹¹⁴);

(e) 第五项涉及行为的内容或目的(“该国或该组织意图藉此排除或更改条约中某些规定对该国或该国际组织适用时的法律效力”¹¹⁵)。

在草拟对保留的反对的定义时, 似乎也应该从这五项要素开始。

76. 但这并不是说, 反对的定义必须把这五项要素都包括在内。尤其是似乎最好不要提及可以在何时提出反对; 这个问题在1969年和1986年《维也纳公约》中没有明确解决, 可能最好把它分开来研究, 并设法单立一项准则草案来答复。

77. 反面来说, 保留的定义有两项要素的确必须纳入反对的定义之中, 因为反对与保留一样, 也是单方面声明, 只要根据其目的可以称之为反对, 其措辞或名称并不重要。

78. 关于第一项要素, 1969年和1986年《维也纳公约》的规定并未留下丝毫的疑问: 反对是由一个国家或一个国际组织提出, 可以随时撤回。¹¹⁶ 但不可因此断定, 像保留一样,¹¹⁷ 一项反对不能由几个国家或国际组织共同提出。但可以认为这种可能是出反对者面对的比较笼统的问题。

79. 关于第二项要素, 只要回顾一下1969年《维也纳公约》看重的条约法从头到尾都体现一个观念: 国家的意图凌驾于国家用来表示意图的措辞之上。这一要素显示于该《公约》给“条约”这个用语¹¹⁸所下的定义: “谓……国际书面协定, 不论其……特定名称为何”。¹¹⁹ 同样, 在该《公约》中, 保留被界定为一项“单方面声明, 不论措辞或名称为何”,¹²⁰ 而且委员会也采用同一用语来界定解释性声明。¹²¹

¹¹⁶ 第20条第4款(b)项、第21条第3款和第22条第2款和第3款(b)项。关于这个主题, 见 Baratta, *Gli effetti delle riserve ai trattati*, 米兰, 朱弗雷出版社, 1999年, 第341页或 Szafarz, 《对多边条约的保留》, 第313页。

¹¹⁷ 见《2002年……年鉴》(上文脚注5), 第25页, 准则草案1.1.7。

¹¹⁸ 特别报告员认为, 使用“expression”(用语)一词是不适当的, 因为它所指定的惯用语是一个单字。但是, 这样词汇上的转变是习惯用法所允许的, 所以似乎不应当再对它发生疑问。

¹¹⁹ 第2条第1款(a)项。例如另见国际法院1994年7月1日对卡塔尔与巴林间海洋划界和领土问题案的判决, 管辖权和可否受理问题, 判决, 《1994年国际法院汇编》, 第120页, 第23段: “国际协定可以采取若干不同的形式, 也可以采用各种不同的名称”。

¹²⁰ 1969年和1986年《维也纳公约》第2条第1款(d)项。

¹²¹ 见《1999年……年鉴》(上文脚注82)所载准则草案1.2及其有关的评注, 特别是第106-107页, 第(14)-(15)段,

¹¹² 《2002年……年鉴》(见上文脚注5), 第26页。

¹¹³ 同上, 第24页, 《实践指南》准则草案1.1。

¹¹⁴ 同上, 准则草案1.1.2。

¹¹⁵ 同上, 另见准则草案1.1.1。

这种做法应该适用于反对：在这方面，也是意图最为重要。但是还有一个问题存在：有什么意图，由谁来表示这种意图。

1. 反对的内容

80. “反对”一词毫无深奥之处。按照普通的含义，它是指“人反对一项声明以对抗该声明的理由”。¹²²从法律的观点来看，根据《国际公法词典》，它的含义是“一个法律主体表示不赞同另一个法律主题的行为或主张，而欲阻止其生效或对前一主体适用”。¹²³这部词典把“对保留的反对”界定如下：

一国表示拒绝另一国对一项条约提出的保留，因为该项保留的目的是反对所保留的一项或几项规定在该两国间适用，或者按照提出反对一方所声称的意图，要阻止条约在该两国间生效。¹²⁴

81. 后一项说明是以1969年和1986年《维也纳公约》第21条第3款为依据，其中除了对保留的反对的通常定义之外，增加一个补充条件（或机会），因为这项规定请提出反对者表明是否反对条约在它提出保留者之间生效。

对保留的反对的“一般”目的

82. 针对保留提出的任何反对都表示提出反对者不赞成条约缔约一方所提出的保留，并意图阻止它可以加以反对的保留。因此，这是针对另一缔约方提出的保留而做出的一种反应，是一种消极的反应，当然，这类反应并不一定是反对。

83. 负责解决法国和大不列颠及北爱尔兰联合王国之间关于英吉利海峡案大陆架划界问题的仲裁法院在其1977年6月30日的裁决中说：

任何这种反应究竟只是一种意见，只是保留立场，只是拒绝某项保留，还是全面拒绝在条约之下与保留国有任何相互关系，要看该国的意图而定。¹²⁵

在这个案件中，法院没有明白断定联合王国的“反应”的性质，但是法院的做法“好像把它当做一项反对”，¹²⁶也就是说，适用了1969年《维也纳公约》第二十一条第三项确定的规则，但是这项公约当时在该两国家之间并未生效。¹²⁷

84. 虽然这项裁决也许会受到这方面的指摘，但是英国的这项声明清楚地反映出联合王国的意图是反对法国的保留，这一点似乎无可辩驳。这项声明的措辞如下：

联合王国政府不能接受(b)项保留。¹²⁸

拒绝接受一项保留，其实从这个词的通常完整意义上说就是反对的目的。

85. 如英法仲裁法院所指出的，有一种可能发生的情况，就是针对保留做出的反应，即使指责这项保留，却不构成1969年和1986年《维也纳公约》第20-23条所说的反对。这种反应可能只是提出一些意见，在这些意见中，一个国家或国际组织宣布它对保留的（限制性）解释，或者宣布在何种条件之下，它才认为这项保留有效。例如：

1979年，联合王国、德国和法国针对葡萄牙对《欧洲人权公约议定书》第1条所载保护财产权的规定提出的保留做出反应。葡萄牙提出这项保留，目的是要把“康乃馨革命”之后采取的全面没收和国有化措施作为例外，不容欧洲委员会和人权法院提出任何质疑。这些做出反应的国家并未正式反对葡萄牙提出的保留，但发表声明指出这项保留不得影响国际法的一般原则，这些原则要求对没收的外国财产支付迅速、适当、有

以及“改变名称”的实例（同上，以及准则草案1.3.2（措辞和名称）的评注，同上，第117-119页）。

¹²² *Grand Larousse encyclopédique*, 第7卷（巴黎，拉鲁斯出版社，1963年）。

¹²³ Salmon 编辑，第763页。

¹²⁴ 同上，第764页。不用说，这项定义也适用于一个国际组织提出的反对。

¹²⁵ 关于大不列颠及北爱尔兰联合王国与法兰西共和国大陆架划界案，1977年6月30日的裁决，《国际仲裁裁决汇编》第十八卷，（出售品编号：E/F.80.V.7），第33页，第39段。

¹²⁶ Imbert, “La question des réserves dans la décision arbitrale relative à la délimitation du plateau continental entre la République française et le Royaume-Uni de Grande Bretagne et d’Irlande du Nord”, 第45页。

¹²⁷ 见下文。

¹²⁸ 《国际仲裁裁决汇编》（见上文脚注125），第40段。

效的赔偿。经过修改宪法和立法之后，葡萄牙在1987年撤回这项保留。¹²⁹

86. 下列例子可用同样方式来解释：

(a) 若干国家的来函。它们在来函中表明，它们不认为“白俄罗斯苏维埃社会主义共和国、乌克兰苏维埃社会主义共和国、苏维埃社会主义共和国联盟和蒙古人民共和国关于[《维也纳外交关系公约》]第11条第(1)款的声明^[130]对该款规定的任何权利或义务有所更改”；¹³¹ 这些来函可以视为对各项有关的保留(或与其相关的规定)的解释，而非真正反对，尤其有别于正式作为反对提出的其他声明；¹³²

(b) 美利坚合众国关于哥伦比亚对《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》的第一项保留的来函。美国政府在来函说，它了解这项保留是为了“免除哥伦比亚依公约第3条第6款和第9款及第6条所负的义务，但以哥伦比亚如遵守这些义务则不能遵守其《政治宪法》第35条(关于引渡哥伦比亚土生公民)的情况为限；倘若该项保留意图适用于除引渡哥伦比亚土生公民以外的其他情况，则美国政府反对该项保留^{*}”；¹³³ 这是一个“有条件接受”而非严格来说表示“反对”的例子；或

(c) 希腊、挪威和联合王国关于柬埔寨对《国际海事组织公约》的声明的来函。¹³⁴

87. 况且，近年来随着“保留对话”办法的推广，这种“半反对”有日渐普遍的趋势。这个办法留到适当时候讨论。这种对话需要各国(主要是欧洲国家)通知保留国，它们根据什么理由，认为这项保留应该撤回、澄清或更改。这种来函可能是真正的反对，但往往只是开启一次对话；对话可能导致反对，但也可能造成保留的更改或撤回。芬兰对马来西亚加入《儿童权利公约》时提出的保留的反应显然属于第一类，而且无疑构成一项反对：

马来西亚提出的保留涵盖[该公约]的若干关键性规定。该项保留的性质广泛，使人无法确定在什么程度上马来西亚承诺遵守公约并履行公约规定的义务。据芬兰政府看，这样广泛性质的保留可能破坏各项国际人权条约的基础。

芬兰政府还忆及，该项保留不得违反遵守条约的一般原则，根据这项原则，一个缔约国不得援引其国内法，更不要说国家政策，作为不履行条约义务的理由。为各国的利益着想，国际条约的缔约国应准备着手对法律作必要的修改，以求实现条约的目的和宗旨。何况国内法律和国家政策也可能修改，这样一来就可能进一步扩大这项保留的未知影响。

就其现有的措辞来看，这项保留显然与公约的目的和宗旨不能相容，因此，根据[该公约]第51条第2款，是不可接受的。因此，芬兰政府反对这项保留^{*}。芬兰政府进一步指出，马来西亚政府提出的保留毫无法律效力。

芬兰政府建议马来西亚政府重新考虑它对[该公约]的保留。¹³⁵

88. 奥地利对同一项保留的反应也有充分的理由，并且具有同样的目的。这个反应是否可以视为一项反对，则是更可争辩的问题；奥地利在1996年6月18日的声明中并没有任何措辞表示肯定拒绝接受马来西亚的保留，而是暗示一种等待的立场：

¹²⁹ Polakiewicz, 同前, 第106页(删除脚注)。

¹³⁰ 在这些声明中，各有关缔约国解释说，它们认为“关于外交使团的规模的任何分歧意见应由派遣国与接受国协商解决”。它们把这些声明明确称为“保留”(《交给秘书长保存的多边条约》(见上文脚注71)，第一卷，第三章，第87-89和第96页，注21)。

¹³¹ 同上，第89页(澳大利亚)；另见第90页(加拿大)、第91页(丹麦、法国)、第92页(马耳他)、第93页(新西兰、泰国)和第94页(联合王国)。

¹³² 同上，希腊的声明(第91页)、卢森堡和荷兰的声明(第92页)或坦桑尼亚联合共和国的声明(第94页)，或比利时比较含糊的声明(第90页)。另见联合王国关于苏维埃社会主义共和国联盟交存的1969年《维也纳公约》批准书所附保留和声明的来函最后一段(同上，第二卷，第十三章，第300页)或挪威对1982年8月11日法国就《防污公约1978年议定书》提出的纠正性“声明”(这项声明显然是一项保留，瑞典和意大利也将其视为一项保留而表示反对)，声称挪威认为它是一项声明，而非一项保留(J/7339(见上文脚注72)，第77页，注1)。

¹³³ 《交给秘书长保存的多边条约》，第一卷，第六章，第19节，第419页；哥伦比亚后来撤回这项保留(同上，第420页，注11)。

¹³⁴ 同上，第二卷，第十二章，第1节，第9页，注12。

¹³⁵ 同上，第一卷，第四章，第二节，第294-295页。对马来西亚的保留表达的更明显的反对，见德国、爱尔兰、荷兰、挪威、葡萄牙和瑞典的声明及比利时和丹麦的来函(同上，第294-298页)。马来西亚后来撤回其一部分保留(见同上，第301页，注26)。

[《儿童权利公约》] 第51条反映《维也纳条约法公约》第19条。根据这一条，一项保留必须与有关条约的目的和宗旨相容，才能按照国际法视为可以接受。如果一项保留意图减损一些规定，而这些规定的实施是实现条约的目的和宗旨的必要条件，则这项保留与条约的目的和宗旨不能相容。

奥地利政府审查了马来西亚对[公约]的保留。鉴于这项保留的全面性质，非经进一步澄清，无法最后评估这项保留根据国际法是否可以接受*。

在马来西亚政府充分说明这项保留的法律效果的范围之前，奥地利共和国认为这项保留不影响为实现[公约]的目的和宗旨而必须实施任何规定。

如果*这项保留的适用对马来西亚…对[公约]所规定而为实施公约的目的和宗旨所必须的各项义务的遵守情况有消极的影响，则奥地利反对接受这项保留。

奥地利不能认为马来西亚提出的保留，根据[公约]第51条和《维也纳条约法公约》第19条，是可以接受的，除非*马来西亚…提供更多的资料或通过今后的实践*，确保这项保留与为实现[公约]的目的和宗旨所必须的各项规定可以相容。¹³⁶

这项声明也不是直截了当的反对，可以视为有条件的接受（或有条件的反对），意图很明确（诱劝保留国撤回或更改保留），但法律地位和效果不明，但愿是因为接受或拒绝这项保留的条件经受不住客观的分析，也没有订立具体时限。

89. 这种声明所提出的问题与来函所提出的问题相似，在来函中，一个国家或国际组织对另一缔约国所提保留的有效性，尤其是对其属时理由的有效性，保留其立场。¹³⁷ 例如，荷兰声明的范围有些可疑，因为荷兰的声明大意是说，荷兰政府“保留与委内瑞拉政府在批准[《领海及毗连区公约》]时对第12条和第24条第2和第3款提出的保留有关的一切权利”。¹³⁸ 联合王国的声明可以说也是如此，因为这项声明大意是说，

¹³⁶ 同上，第294页。另见瑞典针对加拿大对1991年2月25日《埃斯波公约》的保留的反应，同上，第二卷，第二十七章，第4节，第396页。

¹³⁷ 见下文。

¹³⁸ 《交给秘书长保存的多边条约》（见上文脚注71），第二卷，第二十一章，第1节，第215页。另见Horn所举的例子，《对多边条约的保留和解释性声明》，第318和第336页（加拿大对法国关于《大陆架公约》的保留和声明的反应）。

关于大韩民国对[《公民及政治权利国际公约》]的各项声称的保留，因为它没有充分表明这些保留所要产生的结果，联合王国不能按照《维也纳条约法公约》的规定和《公民及政治权利国际公约》各缔约国的惯例，对这些保留采取立场。在得到这种表示之前，联合王国政府保留它在《公民及政治权利国际公约》之下的所有权利。¹³⁹

同样，若干国家¹⁴⁰对土耳其在接受《欧洲人权公约》原第25条规定的个人请愿权利时设置的种种限制所作反应的性质却不容易确定。这些国家采用若干不同的措辞，向欧洲委员会秘书长表示，在《公约》的主管机构作出决定之前，它们保留自己的立场，说明“对这个问题的是非曲直没有作出正式、官方的反应，不应……被解释为默示承认……土耳其政府的保留”。¹⁴¹ 很难把这些反应视为反对；它们只是通知暂时“不接受”，连带采取一种等待的立场。

90. 反面来说，一项反对必须采取正式的立场，套用1986年《维也纳公约》第21条第3款的措辞，至少要设法阻止“此项保留所关涉之规定……在保留之范围内于保留国或保留组织与反对国或反对组织间生效”。

91. 这并不是说，不准其他缔约各方对某一国家或国际组织可能提出的保留做出属于上文¹⁴²提到的那一类的其他反应，或者甚至说这种反应不产生法律效力。这只是说，这些反应并非1969年和1986年《维也纳公约》所说的反对，其效力也不是两项公约第21条第3款所设想的效力。相反，这些反应涉及对条约或对保留所构成的单方面行为的解释，

¹³⁹ 《交给秘书长保存的多边条约》（见上文脚注71），第一卷，第四章，第4节，第181页。另见荷兰关于澳大利亚对《公民及政治权利国际公约》第10条的保留的来函（同上，第178页）；另一方面，荷兰针对澳大利亚对《公民及政治权利国际公约》第2条和第50条的保留的反应更像是在解释这些保留（同上）。

¹⁴⁰ 比利时、丹麦、卢森堡、挪威和瑞典。这种限制并不构成《实践指南》所说的保留（见准则草案1.4.6第二款（上文脚注104）），但是这个实例（Polakiewicz所举，同前，第107页）仍有非常相似之处。

¹⁴¹ 卢森堡的声明，洛伊齐杜诉土耳其案（初步反对意见），欧洲人权法院，《A辑：判决和裁决》，第310卷，1995年3月23日的判决（1995年，斯特拉斯堡），第12页，第20段。这些不同的声明全文都转载于上述《A辑：判决和裁决》，第12-13页，第18-24段。

¹⁴² 第84-88段。

否则就是“保留对话”的一部分。关于这种对话的成分，届时将做更仔细的分析。

92. 这些不明确的情况清楚地说明，措辞最好用精确、毫不含糊的术语，来描述对保留所做的各种反应，确定提出反对者的反对所要涵盖的范围。¹⁴³

93. 关于第一点（描述反应），最谨慎的办法当然是使用名词“objection”或动词“object”。¹⁴⁴ 诸如“opposition/oppose”、“rejection/reject”¹⁴⁵和“refusal/refuse”等其他用语也应该视为表示反对。除非按照特别的上下文词义必须另作处理外，“the Government of...does not accept the reservation...”（……政府不接受……保留）¹⁴⁶或“the reservation formulated by...is impermissible/unacceptable/inadmissible”（……提出的保留是不允许的/不可接受的/不可承认的）¹⁴⁷等字句也是如此。如果一个国家或国际组织，虽然没有做出任何明确的推断，但声称某一项保留是“条约所禁止的”、¹⁴⁸“完全无效的”、¹⁴⁹或简直是与条约的“目的和宗旨不能相容”

（后者是极其常用的说法¹⁵⁰），其情况也是这样。在最后几种情况下，鉴于1969年和1986年《维也纳条约法》第19条的规定，这是唯一可能的结论：在这种情况下，就不能提出保留；如果缔约一方明白表示情况确是如此，它不会反对这项保留就是不可想象的。

94. 虽然如此，尽管有些作者持相反意见，¹⁵¹国际法却没有任何规则要求一个国家或国际组织说明反对一项保留的理由。除非条约明白准许提出某种保留，¹⁵²否则其他缔约各方总是可以拒绝接受保留，甚至拒绝与保留国建立条约的关系。以下面方式起草的一项声明：

……政府对……所作保留正式提出正式反对¹⁵³

与一项提出冗长论据的声明同样有效，具有同等的法律地位。¹⁵⁴但是，近来有一种明确的趋势，就是指明并解释反对者心目中认为提出反对的正当理由。这种趋势，似乎开创一种“保留对话”，无疑应该加以鼓励。

¹⁴³ 在这方面，见欧洲委员会部长理事会1999年5月18日通过的关于应对对国际条约的不可接受保留的R（99）13号建议所附“对保留的标准答复条款”。应当指出，该文件中建议的其他各种措辞明白使用“反对”一词。关于含糊、不明确的反对的缺点，见Horn，同前，第184-185页；另见第191-197页和第221-222页。

¹⁴⁴ 另见上文第87段中芬兰对马来西亚对《儿童权利公约》的保留的反对（上文第87段）。

¹⁴⁵ 例如见危地马拉对古巴对1961年《维也纳外交关系公约》的保留的反对（《交给秘书长保存的多边条约》（上文脚注71），第一卷，第三章，第3节，第92页）。

¹⁴⁶ 例如见澳大利亚政府对《防止及惩治灭绝种族罪公约》的各项保留的反对（《交给秘书长保存的多边条约》（上文脚注71），第一卷，第四章，第1节，第125页）和荷兰政府对《公海公约》的许多保留的反对（同上，第二卷，第二十一章，第2节，第221页）。另见上文第84段中联合国对法国对《大陆架公约》第6条(b)项保留的反对。

¹⁴⁷ 例如见日本对他方对《公海公约》所做保留的反对（《交给秘书长保存的多边条约》（上文脚注71），第二卷，第二十一章，第2节，第221页）或德国对危地马拉对《难民地位公约》的保留的反对（同上，第一卷，第五章，第1节，第336页）。

¹⁴⁸ 例如见各国根据《联合国海洋法公约》第310条所作声明的各项来函（《交给秘书长保存的多边条约》（上文脚注71），第二卷，第二十一章，第6节，第257-259页）。

¹⁴⁹ 例如见欧洲共同体对保加利亚和德意志民主共和国关于《关于国际公路货运通行证制度下国际货运海关公约》的声明的反应（《交给秘书长保存的多边条约》（上文脚注71），第一卷，第十一章，A.16节，第556-557页）。

¹⁵⁰ 例如见葡萄牙就马尔代夫对《消除对妇女一切形式歧视公约》的保留发表的声明（《交给秘书长保存的多边条约》（上文脚注71），第一卷，第四章，第8节，第245页）和比利时就新加坡对《儿童权利公约》的保留发表的声明（同上，第一卷，第四章，第11节，第294页）。

¹⁵¹ Lijnzaad (*Reservations to UN-Human Rights Treaties-Ratify and Ruin?*, 第45页)在这方面引述Kühner,《对多边条约的保留》，第183页和Szafarz, 如上，第309页；不过，就最后一位作者来说，这似乎不是她的真正立场。实践显示国家并不认为有义务说明它们根据什么理由提出反对；特别见Horn, 同前，第131页和第209-219页。

¹⁵² 在这方面，见1977年6月30日英吉利海峡案件仲裁裁决：“只在该条准许提出某种保留时，才可以认为公约的缔约各方事前已经接受某项保留”（《国际仲裁裁决汇编》（上文脚注125），第32页，第39段）。Imbert甚至认为对明文规定准许的保留也可以予以反对（同前，第151-152页）。这个问题将在讨论1969年和1986年《维也纳公约》第20条第1款的范围时加以审议。

¹⁵³ 例子很多，见澳大利亚就墨西哥对《公海公约》的保留发表的声明（《交给秘书长保存的多边条约》（上文脚注71），第二卷，第二十一章，第2节，第220页）及比利时、芬兰、意大利、挪威和联合王国关于《消除一切形式种族歧视国际公约》的声明（同上，第一卷，第四章，第2节，第140-143页）。

¹⁵⁴ 例如见上文第87段。

95. 至于反对者期望反对具有的效果,¹⁵⁵ 全然依靠1969年和1986年《维也纳公约》第21条第3款所订立的规则, 往往是不够的:¹⁵⁶ 有意提出反对的国家或国际组织也许希望调控这种立场的效果。惯例特别显示, 这一款规定所设想的是反对的“最小”效果, 而根据第20条第4款(b)项的规定, 反对者表示意图阻止条约在其本身与保留者之间生效, 所产生的则是“最大”效果; 两者之间有一个中间阶段。在某些情况下, 一个国家希望与保留者建立联系, 但同时认为排除条约关系应该超越第21条第3款所规定的范围。¹⁵⁷ 显然, 这种效果不是自动产生的, 必须在反对的原文中予以明白表示。

96. 同样, 如果像某些作者所想,¹⁵⁸ 有一种“超大”效果存在, 就是不但断定所反对的保留是无效的, 而且断定因此整个条约, 依照事实, 也在该两国关系上适用, 那么, 在针对保留做出的声明中当然应该提到这种效果, 如同瑞典针对卡塔尔在加入《儿童权利公约关于买卖儿童、儿童卖淫和儿童色情制品问题的任择议定书》时所作的保留在2002年11月27日提出的“反对”中的做法一样:

这项反对不应阻止该《公约》在卡塔尔与瑞典之间生效。该《公约》全文在两国间生效, 卡塔尔不得从其保留中获益。¹⁵⁹

¹⁵⁵ 不要忘记, 本章的目的不是研究反对的效果; 在此处提到这个问题, 只限于它与“提出”反对有关。

¹⁵⁶ 按照1986年《公约》的这款规定: “倘反对保留之国家或国际组织未反对条约在其本身与保留国或保留组织之间生效, 此项保留所关涉之规定在保留之范围内于该保留国或保留组织与反对国或反对组织间不适用之”。

¹⁵⁷ 例如见加拿大反对阿拉伯叙利亚共和国对1969年《维也纳公约》的保留: “……就《维也纳条约法公约》所载且为该《公约》附件内制订的强制和解程序所适用的各项规定而言, 加拿大认为它与阿拉伯叙利亚共和国之间没有条约的关系。”《交给秘书长保存的多边条约》(上文脚注71), 第二卷, 第二十三章, 第1节, 第296页)。其他实例以及关于这个惯例可否容许的讨论, 见下文。另见 Edwards, Jr., “对条约的保留”, 第400页。

¹⁵⁸ 见 Simma, “对人权条约的保留: 近来的某些事态发展”, 第667-668页。

¹⁵⁹ 《交给秘书长保存的多边条约》(见上文脚注71), 第一卷, 第四章, 第11.C节, 第318页; 另见2002年12月30日挪威的反对(同上, 第317页)。

97. 这样一项声明, 不论其效力如何,¹⁶⁰ 是否可以称得上是1969年和1986年《维也纳公约》所说的反对, 还有疑问: 这样一项声明的效果不是要阻止条约全文或保留所关涉的规定在缔约两方之间生效, 而是不经提出保留者同意, 就使保留完全无效。这远超过两项《维也纳公约》第21条第3款和第20条第4款(b)项所规定对保留的反对的后果。虽然“反对与保留不同, 是表示一个国家的态度, 不是针对一项法规, 而是针对另一个国家所采取的立场”,¹⁶¹ 但在这个例子中, 所挑战的是保留国主张的规则本身, 这就与反对的本质相反。

98. 鉴于上述各种考虑, 对保留的反对的定义似可列入准则草案2.6.1——这项草案将置于《实践指南》中标题为“关于对保留的反对的程序”的第2.6节的开端,¹⁶² 可以采用下列措辞:

“2.6.1. 对保留的反对的定义

“‘反对’是指一国或一国际组织针对另一国或另一国际组织对条约提出的一项保留所作的单方面声明, 不论其措辞或名称为何, 都是意图藉此阻止此项保留所涉条约规定, 在保留的范围内, 在提出保留者与提出反对的国家或国际组织间生效, 或阻止条约在提出保留者与提出反对者之间的关系上生效。”

99. 这项定义极力模仿1969年和1986年《维也纳公约》第2条第1款(d)项所给、《实践指南》准则草案1.1照搬的保留的定义。这项定义照搬所有各

¹⁶⁰ 可以根据《欧洲人权公约》机构所采取的立场和人权事务委员会第24号“一般性评论”, 建议采用这种声明(见关于对条约的保留的第二次报告, 《1996年……年鉴》(上文脚注7), 第83-84页, 第196-201段), 但这种声明与国际法委员会1997年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第10段(见《1997年……年鉴》(上文脚注22), 第57页, 第157段), 或“地位平等者互不支配”的原则, 几乎不能相容。“把拒绝保留说成具有此种效果, 与根据双方协议缔结条约的原则, 难以相容”(英吉利海峡案, 《国际仲裁裁决汇编》(见上文脚注125), 第42页, 第60段)。这个问题将在处理反对的效果问题时进一步讨论。

¹⁶¹ Imbert, 同前, 第419页。

¹⁶² 这项准则草案可以放在《实践指南》第1章(定义)之中。但是, 特别报告员认为最好把有关反对的各项准则集中起来, 放在第2.6节。

个要素，¹⁶³ 只有关于时间的要素除外，理由已在上文说明。¹⁶⁴ 除了上述几点考虑之外，这项定义草案还有若干方面需要几点补充意见。

100. 第一，特别报告员并不建议这项定义应当包括1986年《维也纳公约》第20条第4款(b)项中所载的细节，其中提到“缔约*国”和“缔约*国际组织”。¹⁶⁵ 这一点有两个理由：

(a) 一方面，第20条第3款(b)项解决关于一项反对会不会影响条约在提出保留一方与提出反对一方之间生效的问题；但是，它没有解决关于非该《公约》第2款(f)项所说缔约方的国家或国际组织有无可能……提出反对；这样一个国家或国际组织提出反对的可能性是不能排除的，但要了解，在这个国家或国际组织成为“缔约方”之前，这项反对将不产生第20条第4款(b)项中所产生的效果。此外，第21条第3款并未照搬这个细节，只提到“反对保留之国家[无修饰语]或国际组织[无修饰语]”；这个情况到时候还将予以更仔细研究；

(b) 另一方面，保留的定义本身丝毫没有涉及有权提出保留的国家或国际组织的地位。

101. 第二，“针对……一项保留”（上文准则草案2.6.1）一语也需要评论。按照准则草案2.3.1-2.3.3的措辞，缔约各方不但可以“反对”保留本身，还可以“反对”过时提出保留。在准则草案2.3.1的评注中，委员会拿不定是否适宜使用“反对”一词来反映第二种假设，并指出，鉴于一国有可能接受过时提出保留，但反对保留的内容，一些委员“不知道是否适宜在准则草案2.3.1中使用‘反对’一词来指某国不是反对计划提出的保留，而是反对过时提出保留。尽管如此，大部分委员的看法是，不应正式采用这种区分，因为实际上这两种行动是无法区分的。”¹⁶⁶ 这个立场使人要问一问，就对条约提出保

留的权利而言，“反对”一词的两个意义是否不应该做更明确的区分。特别报告员始终认为，准则草案2.3.1-2.3.3中“objection”一字应改为“opposition”，并认为在准则草案2.6.1的评注中阐明这一点，也就够了。如果委员会不同意，不妨利用一项准则草案2.6.1之二（或准则草案2.6.1的第二款）来提请注意这个问题：

“2.6.1之二 反对过时提出保留

“‘反对’也可以指一个国家或国际组织反对过时提出保留的单方面声明。”

102. 第三，也是最后一点，提出反对者所寻求的目的是上面拟议的反对定义的核心。这个目的是1969年和1986年《维也纳公约》第20条第4款(b)项和第21条第3款合并而成的。后一规定界定了一个国家或国际组织在提出保留时可能寻求的“最大”¹⁶⁷目的：阻止条约在它和提出保留一方之间的关系上生效；以及“最小”目的：阻止这项保留所涉规定，“在保留的范围内”，对上述双方的关系适用（上文准则草案2.6.1）。

103. 这个程序与保留本身的定义所用的程序相符，必须意图“排除或更改条约中某些规定”对提出保留一方“适用时的法律效力”。¹⁶⁸ 而且根据了解，虽然这个目的构成一项保留的基本标准，但将其列入定义之中，在任何特定情况下，并不表示这项保留是否有效，是否确实会产生所期望的效果。反对也是如此：一项单方面声明必须意图产生1969年和1986年《维也纳公约》所规定的效果之一，才是名副其实的反对，但情况并不一定这样：为达到此目的，反对本身必须是允许的。这不是定义问题，而是反对的法律制度问题，以后会讨论。

104. 还有一点值得评论。委员会在1998年通过的准则草案1.1.1说，一项保留意图排除或在必要时更改“整个条约的某些特定方面对提出保留的国家或国际组织适用时的”法律效力。¹⁶⁹ 接着就出现

¹⁶³ 见上文第75段。

¹⁶⁴ 见上文第76段。也许应当指出，委员会在准则草案1.2中采用的解释性声明的定义没有提到时间要素。

¹⁶⁵ 1969年《维也纳公约》第二十条第四项(乙)款只提到“缔约国”。

¹⁶⁶ 《2001年……年鉴》（见上文脚注4），第212页，准则草案2.3.1评注第(23)段。

¹⁶⁷ 见上文第96-97段。

¹⁶⁸ 《1999年……年鉴》（见上文脚注82），第97页，准则草案1.1。

¹⁶⁹ 同上。

一个问题：这个细节应不应该在反对的定义中反映出来。上面建议的定义¹⁷⁰只提到保留的通常目的，而这个目的涉及条约的若干规定；但是，“全盘”保留绝不是孤立的事情，¹⁷¹而是与所有保留一样，显然也会被人反对。这个解释可以纳入准则草案2.6.1的评注之中；但是，照理应当仿效准则草案1.1.1，增列一项特别的准则草案，来补充反对的定义，其措辞可以如下：

“2.6.1之三 反对的目的

“一项反对，如果不是为了阻止条约在提出保留者与提出反对者的关系上生效，便是意图阻止此项保留所涉条约规定或整个条约的某些特定方面，在保留的范围内，在提出保留一方与提出反对的国家或国际组织之间适用。”

105. 另一个可能的办法是将这个假设纳入准则草案2.6.1本身，措辞如下：

“2.6.1. 对保留的反对的定义

“‘反对’是指一国或一国际组织针对另一国或另一国际组织对条约提出的一项保留所作的单方面

¹⁷⁰ 见上文第98段。

¹⁷¹ 见《1999年……年鉴》（上文脚注82），第99页，准则草案1.1.1评注第（5）段。

声明，不论其措辞或名称为何，都是意图阻止此项保留所涉条约规定，或整个条约的某些特定方面，在保留的范围内，在提出保留者与提出反对的国家或国际组织间生效，或阻止条约在提出保留者与提出反对者之间的关系上生效。”

这是最“省事的”解决办法，其唯一缺点是字句拖沓。

106. 应该提到最后一个问题。特别报告员在上文¹⁷²提到他坚决认为，根据现行法，一个国家或国际组织毫无义务说明它反对一项保留的理由。这全凭判断，而这种判断可能是根据法律上的理由，但也有可能而且非常正当合理地涉及政治上的考虑。¹⁷³不过，也许应该把反对的根本理由通知提出保留一方；如果提出反对一方想说服对方重新考虑其立场，尤其应该如此。因此出现一个问题：委员会是否应该像其他许多时候一样，¹⁷⁴向国家和国际组织做出这样的建议。这个问题是“保留对话”的一方面，所以特别报告员认为，应在下一章中重新加以讨论。

¹⁷² 第94段。

¹⁷³ 这是极其常见的情况——例如见Imbert，同前，第419-434页。

¹⁷⁴ 例如见《2002年……年鉴》（上文脚注1），第27页，第103段，准则草案2.5.3（定期审查保留的功用）。

附件

给各人权机构主席的标准信函

2002年8月13日

女士 / 先生，

1997年，国际法委员会通过了有关对规范性多边条约、包括人权条约的保留的初步结论。兹附上该结论文本。

委员会打算在2003年第五十五届会议或2004年第五十六届会议上重新审议这项专题并通过最终结论。为此，我们希望能与你取得联系，并建议你所领导的委员会 / 小组委员会与国际法委员会开展尽可能深入的协商，彼此交流意见。

本着这一想法，我们认为所有有关机构（我们向这些机构的主席寄出了与本函类似的信函）* 与本委员会或其各自代表应当举行一次或多次联席会议，时间以2003年5月5日至6月6日和7月7日至8月8日委员会举行下一届会议之际为宜。我们极希望能得到你及你所领导的机构的早日答复。

国际法委员会欢迎你对1997年初步结论所涉专题提出任何建议，并随时愿意提供你本人或你的同事们想要的任何资料或详细情况说明。

感谢你对本函的回复。

顺致崇高敬意。

罗伯特·罗森斯托克（签字）
国际法委员会主席

阿兰·佩莱（签字）
对条约的保留问题特别报告员

扬·迪阿科努先生
消除种族歧视委员会主席
日内瓦

* 促进和保护人权小组委员会；人权事务委员会；经济、社会和文化权利委员会；消除对妇女歧视委员会；禁止酷刑委员会；儿童权利委员会。

国家的单方面行为

[议程项目5]

A/CN.4/534号文件

特别报告员维克托·罗德里格斯·塞德尼奥关于 国家的单方面行为的第六次报告

[原文：英文/法文/西班牙文]

[2003年5月30日]

目 录

	页 次
本报告引用的多边文书	59
本报告引用的著作	59
章 次	段 次
导言：本专题的可行性。就本专题开展的工作最后产品的可能形式。方法：研究具体单方面行为。第六次报告的结构	1-16 61
一、承认：举动和行为。沉默和默许。通过暗示和明示行为体现的默示承认。常规承认。作出承认行为和承认行为酌处权的标准	17-67 63
二、单方面承认行为的效力：行为的作出：国家和受权作出行为的人的行为。确认情况和行为国的意图。目的的合法性。关于承认行为的对象国的问题。承认行为的时空适用。	68-81 70
三、承认的法律效力：可反对性和强制性。承认行为具有约束性质的依据	82-108 72
四、承认行为的适用：法律效力的开始及其相对性。承认行为的时空适用。单方面承认行为的更改、暂停、撤销和终止	109-123 75

本报告引用的多边文书

来 源

《反对战争条约》(非侵略与和解)(1933年10月10日, 里约热内卢)	国家联盟,《条约汇编》, 第一百六十三卷, 第393页。
《国家权利与义务公约》(美洲国家第七次国际会议通过)(1933年12月6日, 蒙得维的亚)	同上, 第一百六十五卷, 第19页。
《美洲国家组织宪章》(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。
《美洲国家组织宪章修正议定书》(《布宜诺斯艾利斯议定书》)(1967年2月27日, 布宜诺斯艾利斯)	同上, 第721卷, 第324页。
《维也纳条约法公约》(1969年5月23日, 维也纳)	同上, 第1155卷, 第18232号, 第331页。

本报告引用的著作

Anzilotti, Dionisio	<i>Internacional y Europeo: Estudios en Homenaje al Profesor Don Manuel Díez de Velasco</i> . Madrid, Tecnos, 1993, pp. 101-116.
<i>Cours de droit international</i> , French trans. By G. Gidel of <i>Corso di diritto internazionale</i> , 3rd ed. Paris, 1929. 536 p.	
Barberis, Julio A.	Brownlie, Ian
“Los actos jurídicos unilaterales como fuente del derecho internacional público”, <i>Hacia un Nuevo Orden</i>	“Recognition in theory and practice”, in R. St.J. Macdonald and Douglas M. Johnston, eds., <i>The Structure and Process</i>

- of International Law: Essays in Legal Philosophy Doctrine and Theory*. The Hague, Martinus Nijhoff, 1983, pp. 627-641.
- Charpentier, Jean
La reconnaissance internationale et l'évolution du droit des gens. Paris, Pedone, 1956. 357 p.
- Combacau, Jean and Serge Sur
Droit international public. 5th ed. Paris, Montchrestien, 2001. 815 p.
- Daillier, Patrick and Alain Pellet
Droit international public. 6th rev. ed. Paris. LGDJ, 1999. 1455 p.
- Degan, Vladimir-Djuro
"Création et disparition de l'État (à la lumière du démembrement de trois fédérations multiethniques en Europe)", *Collected Courses of The Hague Academy of International Law*, 1999. The Hague, Martinus Nijhoff, 2000. Vol. 279, pp. 195-375.
- Diez de Velasco Vallejo, Manuel
Instituciones de derecho internacional público. 12th ed. Madrid, Tecnos, 1999. 920 p.
- Dugard, John
Recognition and the United Nations. Cambridge, Grotius, 1987. 192 p.
- Erich, R.
"La naissance et la reconnaissance des États", *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1926-III*. Paris, Hachette, 1927. Vol. 13, pp. 427-507.
- Harris, D. J.
Cases and Materials on International Law. 5th ed. London, Sweet & Maxwell, 1998.
- Jessup, Philip C.
A Modern Law of Nations: an Introduction. Hamden, Conn., Archon Books, 1968. 236 p.
- Kelsen, Hans
"Recognition in international law: theoretical observations", *American Journal of International Law* (Washington, D.C.), vol. 35, No. 4, October 1941, pp. 605-617.
- Kohen, Marcelo G.
Possession contestée et souveraineté territoriale. Paris, PUF, 1997. 579 p.
- Kunz, Josef L.
"Critical remarks on Lauterpacht's 'Recognition in International Law'", *American Journal of International Law* (Washington, D.C.), vol. 44, No. 4, October 1950, pp. 713-719.
- Lauterpacht, H.
Recognition in International Law. Cambridge, Cambridge University Press, 1947. 442 p.
- Marston, Geoffrey, ed.
"United Kingdom materials on international law 1986", *British Year Book of International Law*, 1986 (Oxford), vol. 57.
- Monaco, Riccardo
"Cours général de droit international public", *Collected Courses of The Hague Academy of International Law, 1968-III*. Leiden, Sijthoff, 1970. Vol. 125, p. 93-335.
- Salmon, Jean, ed.
Dictionnaire de droit international public. Brussels, Bruylant, 2001. 1198 p.
- Skubiszewski, Krzysztof
"Unilateral acts of States", in Mohammed Bedjaoui, *International Law: Achievements and Prospects*. Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1991, p. 221-240.
- Strupp, Karl
Grundzüge des positiven Völkerrechts. 5th ed. Bonn, Ludwig Röhrscheid, 1932. 343 p.
- Suy, Eric
Les actes juridiques unilatéraux en droit international public. Paris, LGDJ, 1962. 290 p. (Thesis, University of Geneva)
- Vásquez Carrizosa, Alfredo
Las relaciones de Colombia y Venezuela: la historia atormentada de dos naciones. Bogotá, Ediciones Tercer Mundo, 1983.
- Venturini, Giancarlo
Il riconoscimento nel diritto internazionale. Milan, Giuffrè, 1946. 143 p.
- "The scope and legal effects of the behaviour and unilateral acts of States", *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1964-II*. Leiden, Sijthoff, 1964. Vol. 112, pp. 363-467.
- Verdross, Alfred
Derecho Internacional Público. 6th Spanish ed. Madrid, Aguilar, 1976. Spanish trans. of the 5th German ed.
- Verhoeven, Joe
"Relations internationales de droit privé en l'absence de reconnaissance d'un État, d'un gouvernement ou d'une situation", *Collected Courses of The Hague Academy of International Law*, 1985-III. Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1986. Vol. 192, pp. 9-232.
- Williams, Sir John Fischer
"La doctrine de la reconnaissance en droit international et ses développements récents", *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1933-II. Paris, Sirey, 1933. Vol. 44, pp. 199-314.

导言

本专题的可行性。就本专题开展的工作最后产品的可能形式。方法：研究具体单方面行为。第六次报告的结构

1. 事实上至今尚未明白确定存在单方面法律行为的制度，国际法也没有明确界定这种制度的存在，尽管存在着重要的原则和判例法的要素，甚至存在一些国家实践，可以说明这种制度的存在。然而，国际法委员会必须根据大部分委员会委员和第六委员会代表所表示的意见，继续研究这项专题。各国政府已授权委员会审议这项专题，并努力开展编纂和逐渐发展工作。尽管委员们可能有疑问，但委员会不得不采取这一办法来审议国家的单方面行为这项专题。即使单方面行为制度事实上并不存在，委员会仍然有义务研究这个问题：委员会作为大会的协商机关，必须审议其议程中的所有专题。它必须要求审查任何法律制度，以确定这些制度是否存在，编纂和逐渐发展工作是否可行，并对各国政府提出的要求和问题作出恰当的回复。

2. 1997年曾作出了一项决定，指定一名国家的单方面行为专题特别报告员；¹自那时以来，本专题的复杂性和不确定性成了委员会工作的特点，使得委员会不能取得当初它就本专题着手工作时所希望取得的进展，这与委员会对其他问题的审议情况不同。委员会一些委员已指出，委员会近年来审议的专题都以丰富的权威法为基础，任务是在产生于国家实践的相互竞争并且不一致的规则中作出选择，外交保护这项专题就是如此。²

3. 一个极其重要的因素对委员会关于这项专题的审议产生了不良影响，这就是没有在大范畴内审议国家实践。有人强调指出，将国家举动放在其国际关系中审议，就反映出全部的单方面行为和举动，其中一些类型不属于委员会所关心的单方面行为研究范畴。所产生的主要问题是，不能确定行为国对其做出的行为的性质和范围确信到何种程度。

4. 委员会一直根据特别报告员提交的报告审议这项专题，以前已经指出，特别报告员的报告依据的是委员会先前就这一主题所做的工作。按照委员会章程，并遵循委员会和曾于1996年举行会议的工作组通过的各项结论，³同时按照第六委员会大部分代表的意见，到目前为止，主要目标是制订制约所讨论行为的规则，着重逐渐发展的方法，而不是编纂。

5. 在具体的单方面行为案例中，委员会和第六委员会的多数意见是，国家的单方面行为这项专题可以同时作为编纂和逐渐发展工作来处理。应该想到的是，国家的单方面行为问题1997年工作组在其报告中得出下述结论：“为了实现法律保证，也为了使国际关系具有确定性、可预见性和稳定性，从而加强法治，应试图澄清这种行为的运作方式和法律后果，并且明确其适用的法律。”⁴但是由于这一专题的复杂性及其所造成的疑问，委员会的某些委员和第六委员会的某些代表持不同看法：他们认为，对这一专题作研究为时尚早，特别是因为对国家实践的审议还没有完成；尽管已经收到了一些对委员会工作具有重要意义的材料，但尚待各国对这一问题作出评论。

6. 在这方面除了任何量的评估，委员会和第六委员会中存在的上述不同意见也阻碍了关于本专题的讨论取得进展。或许应考虑其他一些可能办法，因为借此可解决一些困难，并推动对本专题的进一步审议，使各国能够听取委员会关于这个对国际关系具有重要意义的问题的看法。

7. 的确，委员会作为大会的一个协商机关，编纂和逐渐发展工作是其规定任务。尽管如此，委员会本身已对其他专题采取了别的办法，例如就对多边条约的保留这一专题而言，正在起草一项《实践

¹ 《1997年……年鉴》，第二卷（第二部分），第212和第234段。

² 《2002年……年鉴》，第一卷，第2722次会议，杜加尔德先生的发言，第83页，第57段。

³ 《1996年……年鉴》，第二卷（第二部分），第29段和附件二，增编3。

⁴ 《1997年……年鉴》（见上文脚注1），第196(c)段。

指南》：该指南将为各国定出在其今后的实践中应参照的指导原则，并将促进国家实践的统一。

8. 正如一名代表在第六委员会所指出的那样，单方面行为的性质极为复杂，有关的编纂工作在可见的将来实现未必可行。该代表还说，显然，编纂并不意味着简单地汇编有关单方面行为的理论和判例：极其重要的是，必须在国家实践发展的基础上完成上述两个要素。该代表指出，在这方面，也许有益的是由联合国大会在一项决议中通过关于单方面行为的这类准则，类似于关于对条约的保留的准则，以提供一套国家可依据的不具备约束力的规则。她认为，这样的规则有助于在这方面形成统一的做法。⁵ 虽然有人表示，现在就决定委员会正在审议的关于这项专题工作结果的最后形式为时过早，但可以适当考虑上述代表提出的看法。就这一问题做出一项决定，让有关的结论不要过于死板，这或许可以推动委员会工作取得进展。委员会不妨先审议这一问题，然后着手讨论其他问题，因为讨论其他问题需要进一步审议本报告所述的先前的工作。

9. 按照委员会一些委员和国家代表的建议，本报告将着重讨论一种特殊形式的单方面行为：承认，特别是国家承认，尽管这也会涉及其他的承认行为。广义的承认行为是所讨论的行为中的一个特殊种类，即国家承担单方面义务的行为。

10. 集中力量研究承认这样一种具体的行为，可推动这项专题的研究，并且还响应了委员会一些委员和第六委员会一些代表的建议。事实上，在委员会2002年第五十四届会议上，一些委员确实建议采取这一方法。例如，委员会一名委员指出，有人建议委员会着重探讨某些领域的实践，如国家或政府的承认。⁶ 另一位委员表示的看法是，委员会应从审议单方面行为的例子（如承认和允诺）着手，以确定是否可能制订任何通则。⁷

11. 在第六委员会中，一些代表还认为，对行为进行单独审议可能很有助益。例如，一位代表指出，为了就这一复杂的专题取得更大的进展，应不仅尽最大可能收集和研究相关的国家实践，而且在审议通则的同时还开始就一些性质和其预想的法律效果比较容易确定的单方面行为进行研究并编纂规则。抗议、承认、放弃和允诺就是这类单方面行为的例子。⁸ 另一位代表在同次会议上发表了类似看法，指出，为此首先需要制定工作方法，这一方法应适合于所讨论的问题，而且有助于产生结果。采取这样一种办法首先需要研究每一种类的单方面行为例子，从典型例子着手，如允诺和承认；在此之后再制订适用于这些行为的通则就会容易得多。⁹ 另一位代表说，她真诚希望，特别报告员在其第六次报告中审议单方面行为的一个具体类别，也就是许多代表团认为在所审议的专题范围内的所谓典型行为类别，如承认。¹⁰ 另一位代表作了类似评论，指出，为了推动这项工作，有益的办法可能是，在就单方面行为制订通则之前，先研究具体类型的行为，如允诺、承认、放弃或抗议。¹¹

12. 本报告在审议这项专题的各个方面之前，首先提请注意一个重大问题。对此问题，应当牢记，人们表示了重大怀疑：是否可能就所有单方面行为——无论其定性及其法律效果——制订一些适用的规则。

13. 特别报告员在先前若干份报告中指出，看来有可能制订一些适用于所有单方面行为的规则，特别是关于作出一项行为的规则：定义、国家的能力、得到授权作出行为的个人、效力的条件以及撤销的理由。这一看法在委员会2002年第五十四届会议上引起了很有意义的意见交换。回想当时，有一些委员认为，至少在通则层次上可以统一适用的规则。¹² 但是，其他委员并没有表示支持这种可能性。

⁸ 《大会正式记录，第五十七届会议，第六委员会》，第24次会议，中国的发言（A/C.6/57/SR.24），第37段。

⁹ 同上，希腊的发言，第74段。

¹⁰ 同上，第26次会议，委内瑞拉的发言（A/C.6/57/SR.26），第51段。

¹¹ 同上，大韩民国的发言，第70段。

¹² 《2002年……年鉴》（见上文脚注2），第2726次会议，佩莱先生的发言，第108页，第13段。

⁵ 波兰的发言，《大会正式记录，第五十七届会议，第六委员会》，第26次会议（A/C.6/57/SR.26），第25段。

⁶ 《2002年……年鉴》（见上文脚注2），第84页，埃斯卡拉梅亚女士的发言，第65段。

⁷ 同上，薛女士的发言，第84页，第70段。

14. 2002年，第六委员会的一些代表也就这一问题作出评论，一些代表表示支持上述方法。一位代表指出，合适的办法是，委员会首先制订关于所有单方面行为的共同规则，然后集中审议关于具体类别的单方面行为的专门规则。¹³在同次会议上，另一名代表指出，尽管这一问题具有争议，但他深信，需要确定适用于所有单方面行为的通则，以促进国家间关系的稳定和可预见性。¹⁴同样，另一位代表鼓励委员会继续研究适用于各种类型的单方面行为的通则和专门规则，并加以发展，从而就这一问题制订一套完整而连贯的规则。¹⁵

15. 无论是否可能就所有单方面行为制订共同规则，也无论其形式和法律效果如何，还是将按照委员会大部分委员在2002年提出的各项建议审议这一问题。这里涉及的不是就承认制度开展一项新的理论研究——法律著作者已经充分探讨了这一问题，

¹³ 《大会正式记录，第五十七届会议，第六委员会》，第26次会议，尼泊尔的发言(A/C.6/57/SR.26)，第18段。

¹⁴ 同上，第24次会议，巴西的发言(A/C.6/57/SR.24)，第64段。

¹⁵ 同上，葡萄牙的发言，第15段。

而是要根据在委员会提出的关于广义的国家的单方面行为这项专题的各种考虑来审议这一问题。

16. 第一章将讨论承认制度，重点是承认这一单方面行为，并排除其他不属于委员会目前探讨研究范围内的国家行为和举动，尽管它们可能产生类似的法律效果。这一章中还将简要提到两个有意思的问题：作出一项行为的标准及其酌处性，这主要涉及国家承认。在同一章中，还从委员会迄今所做工作的角度，或密切联系委员会迄今所做工作，试图界定承认行为。此外，在这一章的结尾，还将评论一种具有其自己特征的不承认——尽管在某种程度上其效果可与包含一项抗议的行为的效果相比。第二章审查这类行为的效力所需的条件：作出（意图）、目标的合法性以及符合国际法强制性规范。第三章探讨承认行为的法律效果，特别是探讨这一行为的可反对性和可实施性。第四章探讨有关实施承认行为的一些问题：行为国与对象国的关系；承认行为空间上和时间上的适用；以及最后一项（初步讨论），更改、暂停和撤消承认行为方面的问题，包括行为的外部原因，即不受行为国控制的原因，特别是对象的消失以及情况的根本性变化，这在某些程度上与维也纳条约法制度相符。

第一章

承认

举动和行为。沉默和默许。通过暗示和明示行为体现的默示承认。常规承认。作出承认行为和承认行为酌处权的标准

17. 如上所述，我们的目的不是就法学家有杰出论著的题目编写一份新的研究报告。如本报告导言所述，我们的目的是以特殊方式阐明承认制度的最重要特点，以便将它们与委员会已经就广义的单方面行为所开展的工作相联系。承认作为一种制度与单方面承认行为不一定是同一概念，这正是本章要阐述的。具体说来，我们的目的是审查这一制度以及事实上或法律上的情势或法律主张得以承认的各种行为和举动，以便排除不属于委员会所关心的单方面行为范畴的行为和举动。

18. 首先，必须再次审查早先报告中已经审议过的一个问题：单方面承认行为的明确限定和定性

所涉的困难；确定关于承认单方面法律行为研究范畴的必要性，这意味着必须将委员会各次报告和早先讨论中也泛泛提及的国家的其他行为和各类举动排除在外。

19. 经验表明，不太容易依照关于该主题的研究以及国际法学作者和判例法所作出的结论对国家的单方面行为作明确限定和定性。如下文所述，可以选择限定此种行为而对其不加区别。例如，对承认行为与法学作者也作为单方面行为接受的其他行为之间的关系，放弃和允诺即属于后一种行为；国家某种形式的举动和态度亦属此例，例如沉默，有时沉默即被理解为默许。早先的报告曾提到，还有

一种重要的关系，特别是与后果有关的关系，即承认与不许反悔之间的关系。国际法院设立的法庭在缅甸湾案中指出：

默许和不许反悔的概念……都源于诚信和公平的基本原则。但是，它们以不同的法律推理为依据，因为默许相当于单方面行为所体现的默示承认，另一方可能将其理解为同意，而不许反悔则与排除的概念相联系。¹⁶

20. 这种处理办法还需要提到可以通过明示行为或者明示或暗示举动所表达的不承认，这也很重要，并具有法律影响；在任何情况下，不承认都可以构成委员会关切意义上的单方面行为。

21. 《艾伦宣言》¹⁷ 是试图限定一项行为时可以作出的范围广泛的结论的明显实例，特别报告员在早先的报告中曾试图说明这一点。¹⁸ 该宣言确认一种情势，但也包括允诺，甚至包括放弃。哥伦比亚政府关于洛斯蒙赫斯的声明亦属此例，早先的报告¹⁹ 也曾提及，同样也可以将其作为承认或放弃，甚至作为允诺。其他有效的实例是单方面宣布中立，这会涉及放弃或允诺；最后，为了进一步说明承认行为繁多的类别和复杂性，还有国家在裁军谈判框架内作出的消极安全保证，可以将其看作或限定为一种允诺或放弃。

22. 如有些人指出，放弃是处置个人权利的一般能力的表现方式，但是，承认是承担义务的能力的表现方式，是国家的一种特权：这是与国际协定取得法律价值的相同的能力，而不论在这方面使用何种术语。承认和允诺具有一些相同的特点，确切说来，它属于在法律行为的一般概念范畴内，通过表达意愿行使承担义务的一般能力的单方面行为的广泛范畴。²⁰ 因此，国家承认行为因其客体，似乎比

¹⁶ 缅甸湾区域海洋边界划界案，判决，《1984年国际法院汇编》，第305页，第130段。

¹⁷ 见东格陵兰的法律地位案，1933年的判决，《国际常设法院汇编》，A/B辑，第53号，第69-70页。

¹⁸ 《2001年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/519号文件，第134页，第72-73段；《2002年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/525和Add.1-2号文件，第113页，第6段，第117页，第36段和第135页，第160段。

¹⁹ 《2002年……年鉴》（见上文脚注18），第115页，第23段。另见 Vázquez Carizosa, *Las relaciones de Colombia y Venezuela: la historia atormentada de dos naciones*, 第337-339页。

²⁰ Venturini, “The scope and legal effects of the behaviour and unilateral acts of States”, 第396页。

其他单方面行为具有更牢固的依据，因为它不容易与放弃或允诺相混淆。

23. 但是，在所有情况下都产生一个同样的问题：国家在作出行为时，不论行为的限定和定性，都将承担单方面的义务。根据有关行为，如果涉及一种允诺，国家就有义务以特定的方式行事；如果涉及承认或放弃，国家便有义务不对特定情势的合法性提出质疑。国家作出的行为从该时点开始就对其产生约束力，这意味着对象国有权要求实施；因此就产生了可反对性和可实施性原则，下文将对这两项原则加以阐述。

24. 在任何情况下，作出行为都可以是成为另一项一般性评论的主题。承认、放弃和抗议等单方面行为以及含有允诺的单方面行为，都是受权代表国家采取行为的个人所表示的单方面意愿，并就此代表国家作出此种行为，其意图是产生特定的法律效力。

25. 对一种事实上或法律上的情势或者一项法律主张的承认，并不是始终通过为此目的而明确作出的行为作出的。法学家的著作和实践都表明存在着各种行为，有若干类别国家承认某种情势或主张的举动应该排除在即将开展的研究之外。应该重点讨论的承认类别是国家通过单方面法律行为作出的承认。国家、特别是政府可以通过明示或暗示方式表示承认。此外，目前并不存在导致承认的行为清单。

26. 因此，可以指出，为了承认某一实际上或法律上的情势或法律主张，国家不仅仅可以采取表示明确意愿的方式，还可以采取各种默示、暗示或明示包含此一承认的举动或行为。首先可以提到以沉默等非主动举动承认一种情势或主张；审查国际实践以及法学著作均可印证，这种情形在国际法中具有重要意义，其法律效力不容置疑。沉默可以被解释为无反应，其重要性多见于法律情况和法律主张，尤其是领土主张的案例。国际法院曾多次审理此类问题，有关案件包括：柏威夏寺案、²¹ 西班牙国王1906年12月23日仲裁裁决案、²² 印度领土通行权

²¹ 柏威夏寺案，案情，判决，《1962年国际法院汇编》，第6页。

²² 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。

案²³特别是陆地、岛屿和海洋边界争端案²⁴所涉案件。但是，应当指出，正如大多数法学著作和国际法院的判例法所指出，沉默不总是被解释为默许；²⁵ 沉默不能总是被视为默许。²⁶

27. 国家还可以通过明示实施的特意行为承认事实上和法律上的情势或法律主张，但并没有目前在审意义上作出承认行为的特定意图。国家暗示和明示承认某种情势或主张的这种行为似乎也不属于严格意义上的承认行为的类别。如果确实如此，那么，我们所面临的的就是可以被理解为无可非议地产生同样法律效力的国家的明示行为。

28. 一国若与其尚未承认的实体建立外交关系或缔结协定，从该时点起或采取该行为的时点起将承认该实体。一国若与另一国就领土问题缔结协定，便毫无疑问地承认该实体为国家，其法律后果与表明承认这种情势的意图明示承认行为产生的法律后果相同。²⁷ 如下文所述，一国甚至可以承认另一国为国家，如果后者被接纳加入联合国。

29. 不属于目前所议单方面承认行为范畴的另一类承认行为是协定承认行为，即通过两国采取的协定行为作出的承认，这是维也纳条约法制度范畴内的行为。似乎没有什么阻止两国通过订立协定，包括不一定签署而仅仅是公布的联合公报等非正式协定，决定建立关系；这可以代表相互承认，譬如，两个德国的相互承认，这两个国家订立条约，相互承认为合法的政治实体。²⁸

30. 国际组织采取的行为，特别是一国被接纳加入联合国，也可以导致承认。这些是源于集体的单方面行为，由一个国际组织在其管辖权限内依照其规则、即联合国大会的一项正式决议所实施。

31. 出于政治理由，接纳新成员是依照《联合国宪章》规定的宪法程序执行的；1960年以来，在大会通过了1960年12月14日关于殖民地国家和人民独立的第1514（XV）号决议之后，联合国接纳了更多新的成员；前不久，这种现象的起因是前南斯拉夫和苏联的解体。最近，东帝汶通过2002年9月27日第57/3号决议被接纳加入联合国。毫无疑问，联合国的这一内部行为并非委员会关切意义上的明示承认行为，却与目前审议的正式单方面行为具有类似的法律和政治效力。参加这项决定的国家便默示承认联合国所接纳的实体。大不列颠及北爱尔兰联合王国在支持接纳朝鲜民主主义人民共和国时指出：“我国现在还承认[其]为一个国家，但我国没有计划建立外交关系”。²⁹ 一国如拒绝这种承认，甚至可以反对联合国通过接纳成员的决议所做出的承认行为。果真如此，就会有一个具有实效的国家。

32. 尽管有关行为是一种产生特殊法律效力、源于集体的单方面法律行为，尽管它在法律、甚至政治方面具有重要意义，但却不能将这种行为纳入本文讨论的研究范围之内，原因是它不属于委员会的任务范围，而委员会的任务范围仅限于国家的单方面行为。

33. 审议委员会所关切的承认类别，应限于国家作出的旨在承认某一特定的情势或主张的单方面法律行为。有关行为必须由国家口头或书面明确作出，而且不应是暗示承认的其他行为或各种类型的举动，哪怕它们可能产生相同的法律效力。有关实践表明，许多承认行为是以声明或外交照会方式明确作出的，在根据委员会的建议将构成本报告主体的国家承认方面，这种情况甚至更为常见。在许多其他类承认行为中，有一类承认行为是大多数国家发表的正式声明。1960年以来，新兴的非洲国家和加勒比国家以及其他区域的新兴国家在取得独立后，

²³ 印度领土通行权案，案情，判决，《1960年国际法院汇编》，第39页。

²⁴ 陆地、岛屿和海洋边界争端案（萨尔瓦多诉洪都拉斯：尼加拉瓜参与），判决，《1992年国际法院汇编》，第422页，第100段。

²⁵ 同上，第577页，第364段。

²⁶ 帕尔马斯岛案仲裁裁决（帕尔马斯岛案（荷兰/美利坚合众国），1928年4月4日的裁决，《国际仲裁裁决汇编》，第二卷（出售品编号：1949.V.1），第843页）。

²⁷ 在国家承认方面，1986年1月17日西班牙和以色列签署的联合公报便是一例，其中两国政府决定建立外交关系，毫无疑问，这一行为受维也纳条约法制度制约。

²⁸ 《关于德意志联邦共和国与德意志民主共和国互相关系基础的条约》（1973年12月21日，柏林），《国际法律资料》，第十二卷，第1号（1973年1月），第16页。

²⁹ 外交和联邦事务部，议会政务次官，《英国议会议事录》，众议院的辩论（第6辑），第196卷（1991年10月16日），引自Harris，《国际法案例和资料》，第145页。

就是这样获得承认的。最近，由于1980年代末开始的政治进程，也有许多行为涉及承认波斯尼亚和黑塞哥维那、克罗地亚、斯洛文尼亚、立陶宛、拉脱维亚和爱沙尼亚以及各前苏联共和国等为独立国家。³⁰

34. 在试图界定单方面承认行为之前，应先探讨大家似感兴趣的两个问题：作出此类行为的标准和酌处权。

35. 下文将讨论的承认行为，包括不承认行为，无须遵照任何具体标准。例如，国家承认所依据的标准在实践中就不是整齐划一的，但无论如何它们都要符合国际法关于确定有关国家确实存在的规定。例如，就联合王国给予国家政治承认而言，1986年联合王国在考虑是否承认博普塔茨瓦纳时，联合王国政府曾订立了下列标准：

政府申请承认其国家地位的通常标准是，它应当拥有、且似可能继续拥有明确界定的领土，有居民，有一个自身能对该领土实行有效控制的政府，而且在对外关系上独立。³¹

有趣的是，联合王国政府作了以下补充：“其他因素，包括联合国的一些决议，也可能具有相关意义”。³²还是在1986年，联合王国表示，该有关实体不具备获得联合王国承认的资格，因为它是不完整的领土，主要依附南非。后来，联合王国又在当年指出，承认有关不完整领土的主要障碍是，博普塔茨瓦纳除了是附属领土外，还是种族隔离的产物。³³

36. 通过联合国的行为给予承认同样不是基于具体标准，虽然也曾一度有人提议将有关标准加以整合。一度有人建议大会通过一项声明，描述国家的特点，并“[主张]必须经调查认为具备这些特点

³⁰ 在多项有关的承认声明中，应注意委内瑞拉发表的声明，它以这种方式承认下列国家为主权独立国家：波斯尼亚和黑塞哥维那（1992年8月14日），克罗地亚（1992年5月5日）以及斯洛文尼亚（1992年12月28日），*Libro Amarillo de la República de Venezuela correspondiente al año 1992*（加拉加斯，外交部，1993年），第505和第508页。

³¹ 《英国议会议事录》（见上文脚注29），第102卷，书面答复（1986年10月23日）；引自Marston所编，《1986年联合王国国际法资料》，第507页。

³² 同上。

³³ 同上，第126卷（1988年2月3日），引自Harris，同前，第154页。

后，才能承认有关政治实体是一个国家”。³⁴但是，事实证明这一做法行不通。标准仍然是国家政治利益的体现，因为归根结底承认行为都是一种产生法律效力的政治行为，由国家酌情、自由地作出。

37. 但是，在实践中承认另有所据标准，可在一定程度上加以吸收，并入一些国家为承认特定的国家、尤其是从苏联和前南斯拉夫解体中产生的国家而规定的条件。1991年12月16日欧洲共同体12个成员国通过的声明就是这样。³⁵这些声明的主要实质目的是使关于自决的实践与确认有必要在边界和少数群体权利方面维持国际稳定这两者保持一致。根据这种可指向若干有关标准的实践，有关实体必须建立在民主原则的基础之上，遵守《联合国宪章》，并尊重人权和基本自由。

38. 宣称在承认法律状况或主张，例如承认关于交战状态或具有领土性质的法律状况或主张方面存在一些标准，则更没有理由。在作出承认行为方面的酌处权扩及这样一些标准，它们构成包含这些行为的声明的基础。

39. 从严格意义上来说，承认行为是单方面行为，而且鉴于其内容和法律效力，包括其政治效力，它们也许是最重要的一类单方面行为。但是，正如法学家的有关论述和广泛实践所着重表明的那样，从根本上讲，确定其单方面性质的是其酌处权。在国际法中，似尚未制订任何一般规则，具体规定必须承认一种法律状况或主张。在作出承认行为时，酌处权仍具有重大意义。关于对承认行为可自由裁量的主张散见于若干案文，如南斯拉夫和平会议仲裁委员会第10号意见书，其中强调：

承认……是其他国家可在自己选择的时间以自己选择的方式作出的一种自由裁量行为，仅须遵守一般国际法的指导规范即可。³⁶

40. 如同已经指出的那样，承认行为的酌处性质意味着，没有义务必须作出这种行为。在这方面如存在这样一种义务的话，则这种义务会是约定义务。

³⁴ Jessup, 《现代国际法：导言》，第47页。

³⁵ S/23293, 附件一—二。

³⁶ A/48/874-S/1994/189, 附件，第4段。

41. 不承认的义务以另外一种方式产生。首先,表明存在一般国际法规范的若干文书和国际案文规定,如某一特定情势与违反国际法的情势有关联或者是由这种情势产生,像与威胁使用或非法使用暴力有关联或者由此而产生的情势那样,则国家就无法对这种状况予以承认。例如,在美洲间区域范围内,《反对战争条约》(非侵略与和解)就是如此。该条约又称为《萨维德拉·拉马斯条约》,其中第二条规定,各缔约方:

不承认以非和平手段取得的领土安排,也不承认因使用武力而导致的占领或取得领土的合法性。

42. 这项义务还载于(经《布宜诺斯艾利斯议定书》修订的)《美洲国家组织宪章》第20条和大会1970年10月24日第2625(XXV)号决议附件所载1970年《关于各国依联合国宪章建立友好关系和合作的国际法原则宣言》,后者规定“使用威胁或武力取得之领土不得承认为合法”。

43. 还有若干其他以协商一致方式通过的大会决议含有这样一项禁令,如1974年12月14日通过的关于侵略定义的第3314(XXIX)号决议第五条第3款,其中规定:

因侵略行为而取得的任何领土或特殊利益,均不得亦不应承认为合法。

44. 另有1987年11月18日第42/22号决议,其附件载有《加强在国际关系上不使用武力或进行武力威胁原则的效力宣言》,其第10段规定:

凡进行武力威胁或使用武力而取得的领土,或违反国际法进行武力威胁或使用武力而占领的领土,均不得承认其为合法的取得或占领。

45. 安全理事会的决议也规定了不承认义务,如关于伊拉克与科威特间局势的1990年8月9日第662(1990)号决议,其中规定如下:

1. 决定伊拉克不论以任何形式和任何借口兼并科威特均无法律效力,视为完全无效;

2. 要求所有国家、国际组织和专门机构不承认这一兼并,也不进行任何可能被视为间接承认这一兼并的行动或来往。

46. 此外,一个国家没有义务作出不承认行为来确保某一特定情势不会被视为对其具有约束力。换言之,它没有义务为此作出明示行为,这意味着适用于承认行为的酌处权在作出不承认行为方面也同样有效。一般国际法中似没有任何规范规定国家需作出承认行为或不承认行为,这表明了这两类行为的酌处性质。国家不能作的是承认下列状况:因武力威胁或使用武力而产生的情势;因明示行为产生的情势;或因明确的行为或种种形式的举动产生的情势,因为这是不能自由裁量的。

47. 总的说来,法学者已对承认进行了大量研究,³⁷但定义可能因所涉对象的不同而有差别,也就是说,取决于一般性定义是否为所导致的结果,或有关定义是否涉及某一具体对象,如涉及下列情况的定义:承认国家、政府、叛乱或交战状态、民族解放运动或法律秩序的任何其他变化或更改、其中包括领土方面的变化或更改。而这种变化或更改是此类行为中最重要、最微妙的对象之一,各国际法院已在若干场合对此作了宣告。

48. 虽然承认在国际法中不是具有准确含义的专门术语,³⁸但是大多数法学论著把它定义为“表示意愿的单方面声明,一个国际法主体以此承认一个事实、一种情势或一项主张的存在并愿意承认它们是合法的”。³⁹其他法学论著按照同样思路提出一般性定义。承认是一种单方面行为,“其目标是国家对

³⁷ 除其他外,见:Kelsen,“Recognition in international law: theoretical observations”;Venturini, *Il riconoscimento nel diritto internazionale*;Lauterpacht, *Recognition in International Law*;Kunz,“Critical remarks on Lauterpacht’s ‘Recognition in International Law’”;Williams,“La doctrine de la reconnaissance en droit international et ses développements récents”;Charpentier, *La reconnaissance internationale et l’évolution du droit des gens*;Suy, *Les actes juridiques unilatéraux en droit international public*;Brownlie,“Recognition in theory and practice”;and Dugard, *Recognition and the United Nations*.

³⁸ Brownlie, 如上,第627页。

³⁹ Diez de Velasco, *Instituciones de derecho internacional publico*,第133页。

一种事实上或法律上的情势采取的态度”⁴⁰ 或者是“一个国家或国家集团的意愿表达，目的是使行为国可以反对某种情势”。⁴¹

49. 在这些定义和法学家论著提出的其他一般性定义中，可以看到行为定义的各项构成要素：正式的单方面性，承认一种现存情势和行为国通过承认其可反对性产生具体法律效果的意图。

50. 承认行为的定义有一系列要素，我们将在下文加以评论：意愿的单方面表达（无瑕疵）、作出承认的主体和代表主体行事的人的能力，行为目标的合法性和法律效力的产生；后一个问题将在第三章中讨论。从各方面看，一般承认行为的这些特征似乎都适用于国家承认行为。

51. 我们关心的承认行为是本身会产生效果的意愿的单方面表达。不需要再作意愿的其他表达，它就能产生法律效果。从形式上讲，这是一种单方面行为，因此决不依赖于任何先前的规范，也与之相关，只是它可能同先前存在的事实上的情势有关，就像国家承认行为那样。

52. 我们关心的承认行为是“意愿的宣告，原则上不含有任何条件，也不受到任何限制”。⁴² 不过，正如实践表明的那样，虽然承认行为可以视为宣告性的，但是有些法学著作认为它也可以有条件地提出，⁴³ 这把它同以前审议的作出行为的标准问题联系起来。

53. 例如，在欧洲的情况中，我们可以注意到欧洲共同体通过的关于承认问题的准则。虽然这些准则本身并不构成承认行为，但却确立了成员国作出承认行为的规则。上文（第37段）提到的欧洲共同体关于南斯拉夫问题的声明就包含明确的条件。

⁴⁰ Monaco, “Cours général de droit international public”, 第182页。

⁴¹ Degan, “Création et disparition de l’Etat (à la lumière du démembrement de trois fédérations multiethniques en Europe)”, 第247页。

⁴² Strupp, *Grundzüge der positiven Völkerrechts*, 第78页。引自 Williams, 如上, 第210页。

⁴³ Barberis, “Los actos jurídicos unilaterales como fuente de derecho internacional publico”, 第113页。作者认为，这些行为可以受条件或具体情况的制约，而它们可以成为终止或撤回这些行为的理由。

欧洲共同体及其成员国在声明中“要求南斯拉夫共和国在得到承认前承诺作出宪法和政治的保证，确保该国对一个属于欧洲共同体成员的邻国没有任何领土主张，并且不对一个属于欧洲共同体成员的邻国进行任何敌对宣传活动，包括使用暗含领土主张的名称”。⁴⁴

54. 同所有单方面行为一样，承认行为可以由一个国家单独作出，几个国家集体作出，甚至几个国家通过类似的但不一定相同的声明协调一致地作出。⁴⁵

55. 因此，承认行为，特别是国家承认行为，可以单独、集体甚至协调一致地作出，即不同国家可以各自在行为或声明中表示其意愿，而不论是否同时作出。我们在以前的报告⁴⁶中说明的消极安全保证声明就是这种情况，尽管这种声明不是承认行为，根据多数法学家的论著提出的定义，声明表示的仅是一种允诺，甚至是放弃，但这说明在作出一般单方面行为时有协调一致采取行动的可能性。似乎没有理由规定几个国家为何不能作出类似甚至同样的声明，以承认一种事实上或法律上的情势。关于国家承认问题，欧洲国家对前南斯拉夫解体后产生的新国家的承认行为已表明这种情况。

56. 在国家实践中有许多重要的单独承认行为，主要指涉及国家、政府、交战状态和叛乱状态的情势，在国家实践的各种记录中都很容易找到。在国家承认方面作出的这类声明特别多，都是1960年代在联合国大会通过非殖民化宣言（上文第31段）开展非殖民化进程后作出的，以及最近在苏联和南斯拉夫社会主义联邦共和国解体，形成新国家后所作出的。虽然有集中力量讨论这些声明的趋势，但是实际上还有许多领土问题的声明，如上述《伊伦宣言》⁴⁷和哥伦比亚政府声明，⁴⁸以及承认交战状态或叛乱状态等其他情势。

⁴⁴ S/23293, 附件一。

⁴⁵ Suy, 如上, 第191页; Erich, “La naissance et la reconnaissance des Etats”, 第457页。

⁴⁶ 《1999年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/500和Add.1号文件，第231页，第23和第25段；《2001年……年鉴》，第71段和《2002年……年鉴》，第6段（见上文脚注18）。

⁴⁷ 见上文脚注17。

⁴⁸ 见上文脚注19。

57. 关于集体形式，可以引用欧洲共同体成员国1991年12月16日在布鲁塞尔通过的关于南斯拉夫的声明，以及引用关于承认东欧和苏联新国家的准则。各成员国实际上使用这些准则承认有关实体。⁴⁹上文已经指出，这些声明本身并不是一种承认行为。法学著作者认为，这些国家并没有把承认的权力交给欧洲共同体。因此，根据这些声明，有关欧洲国家决定，以协调一致的方式，但措辞并不一定统一，各自承认前南斯拉夫和苏联解体后出现的新国家。

58. 就承认而言，特别是通过明确作出的特意行为表示的对国家的承认而言，国家的意图并不难以确定。可以从若干国家关于承认前南斯拉夫解体后形成的国家的声明中看到这点。这些声明使用“承认”一词，表明打算按照这些实体的要求给予国家地位。具体来说，我们注意到这些声明都称，行为国“已决定承认……”。⁵⁰

59. 我们所关心的承认行为，无论行为目标为何，一般都在行为国提交有关国家或实体当局的外交照会或信函所附声明中作出。实践表明，承认行为一般都以书面形式作出，不过这并不排除口头作出的形式，如委内瑞拉外交部长关于不承认一个叛乱集团的声明即是。⁵¹我们在下文审议不承认行为时将提到这个事例。在国际公法的非要式体系中，承认形式本身没有任何重要意义。⁵²在一般单方面行为中行为形式不是决定性因素，这种看法也适用于具体的国家承认行为。

60. 为说明起见，我们一再提到领土问题；处理这些问题，外交信函是作出承认行为最广泛使用的方式；这也反映在实践中，包括各国际法院审理的案件，例如在东格陵兰法律地位案中，国际常设法院审理了丹麦给其他国家的官方信函。⁵³在明基埃群岛和埃克里荷斯群岛案中，国际法院审议了英国

1905年8月17日的一份官方文件。⁵⁴上述哥伦比亚的声明也通过外交部的外交照会传递。⁵⁵无论怎样，形式似乎并不是作出承认行为的决定性因素。

61. 此外，一般承认行为和特殊的国家承认行为都有“众所周知”的要求，这与就一般单方面行为所得出的结论相一致。“众所周知”是承认行为的另一构成要素，它不仅仅是行为的公示，即对象国知道这项行为及其内容。的确，这项行为要产生法律效果，就必须让对象国知道，当然有些人可能认为这样做的重要性在于其证明性质，这无疑也是对的。在缅甸湾案中，国际法院在考虑美国的答辩，声称加拿大的岸外许可证问题缺乏“众所周知”性质时提到众所周知的问题。⁵⁶

62. 此外，本报告第三章也会提到，承认行为按行为国的意图产生具体法律效果，与行为对象接受与否无关。从行为国作出单方面承认行为时起，对行为国来说，该行为就是可以反对的。

63. 审议承认行为促使我们还要审议不承认的问题。不承认可以通过某种明确的行为作出，使它在一定程度上与承认行为相类似，也可以通过其他结论性行为或种种举动作出。如上所述，一国可以承认某一事实上或法律上的情势或法律主张。然而，一国也可以明示和默示地不承认一种情势，这也可能产生法律效果。

64. 不承认可以通过作出一项明示行为产生，其法律效果在某种程度上可以视同抗议。可以采取明确声明的形式，不承认一个希望作为国家得到承认的实体所主张的地位，例如，希腊对前南斯拉夫的马其顿共和国或一些国家在南罗得西亚问题上曾作出明确的不承认行为。

65. 明确不承认行为可以在另一种情况下发生，即承认不是国家的主体的情况。这类实体的资格，如国内叛乱运动，在审议不承认行为时同样令人感兴趣。还有一些单方面行为，虽然也是出于政治动

⁴⁹ 见上文脚注35。

⁵⁰ 1992年5月5日和8月14日的声明（见上文脚注30）。

⁵¹ *El Universal*（加拉加斯），2003年3月11日。

⁵² Verhoeven, “Relations internationales de droit privé en l’absence de reconnaissance d’un État, d’un gouvernement ou d’une situation”, 第22页。

⁵³ 《常设国际法院汇编》（见上文脚注17），第54页。

⁵⁴ 《国际法院书状》，明基埃群岛和埃克里荷斯群岛案，第一卷，第123-124页。

⁵⁵ 见上文脚注19。

⁵⁶ 《1984年国际法院汇编》（见上文脚注16），第131段。

机，但也能够在国际关系方面产生重要的法律效果。最近实践中的一个事例是，委内瑞拉外交部长作出明确的口头声明，确认“委内瑞拉不会把哥伦比亚的左翼游击队（哥伦比亚武装革命军和民族解放军）看作恐怖分子。”⁵⁷ 不予明确性意味着不承认某件具体情事，这带来重大的法律后果，至少涉及适用的法律制度。

66. 在研究所述行为的框架内审议不承认行为很重要。正如我们已经指出的，不承认的法律行为也是一种意愿的单方面表达，提出的目的是要产生具体法律效果。因此，特别报告员认为，明确作出并且不依靠意愿的任何其他表达或与之无关的不承

⁵⁷ 见上文脚注51。

认为行为，可以列入在议行为的研究范围。另一方面，就像上述默认或默示承认行为那样，由于默示或默认的不承认行为不能视同一种严格意义上的法律行为，因此应当将排除在研究范围之外。

67. 为一般单方面行为下定义并不容易，为承认行为，特别是为承认国家下定义也不容易。然而，我们可以尝试提出在某种程度上与委员会在这个问题上已做工作有关的定义。因此，承认行为可以定义如下：

“一个或多个国家单独或集体作出的意愿的单方面表达，承认一个事实上或法律上的情势的存在或一项法律主张的合法性，目的是产生具体法律效果，特别是从意愿表达之时起，或从声明所述的时间起承认此项表达是可反对的。”

第二章

单方面承认行为的效力

行为的作出：国家和授权作出行为的人的行为。确认情况和行为国的意图。目的的合法性。
关于承认行为的对象国的问题。承认行为的时空适用。

68. 在试图按照理论和实践，根据委员会已做的工作界定了单方面承认行为之后，现在来讨论承认行为效力的条件。

69. 法律行为效力的一般条件似乎特别适用于承认行为。虽然尚未起草关于单方面行为效力的条件的条款草案，但以前的报告提到了这类条件，特别是国家能力、在国家关系中可以国家的名义行事并在国际关系中为国家作出承诺的人的授权以及无效的原因，如上所述，其中包括目的的合法性、它是否符合国际法、意愿的表达和不存在瑕疵。所有这些我们以后均会提到。

70. 在实践中看到的大多数情况中，只有国家才能作出我们所关注的这种承认行为，即单方面、明示和旨在产生法律效力的承认行为。这并非意味着其他主体不可能有此能力。国家和政府的承认行为、涉及交战状态和叛乱状态的承认行为、涉及一国宣布中立的承认行为以及涉及领土问题的承认行为，所有这些均由国家作出。因此，效力的第一项

合意条件与国家能力有关。这意味着，至少在目前，国际组织等其他国际法主体还不能作出这种行为。

71. 承认行为特别是国家承认，与其他单方面行为不同，通常由外交部及其部长作出，这并不意味着与国家有关系的其他人不能代表国家行事。实践表明，外交照会一般是在国际领域中以国家名义行事的首要主管机构外交部拟订的，虽然在这方面以国家名义行事的能力问题是一个国内法问题。

72. 关于一般单方面行为，可以说，国家的其他实体和代表可以在国际上以国家名义行事并为其作出允诺。我们在以前的报告已讨论此事，委员会也详细表示了对此事的看法。然而，在承认行为方面，更具体地说，在国家承认方面，好像难以承认国家元首、政府首脑、外交部长或范围有限的国家代表，如派驻他国或国际组织的大使以外的人可以国家的名义行事。承认一国或一国政府很难是另一种机构的承认行为的对象。国家承认的标准是有限制的，这可能与包括允诺在内的其他单方面行为相

异，后者可以有更广泛的标准，因为这种行为的对象实际上可能属于其他国家当局的职权范围。

73. 各国际法院都审查了一些声明的性质，认为其中的一些具有约束力。⁵⁸ 不过，并非所有官员或更广泛地说与国家有关的人，都可以在国际上以国家的名义行事并为其作出承诺。因此，国际法院分庭在緬因湾案中审理一名技术官员的行为时，认定该行为没有在国际上为美国作出承诺。不要忘记，法院分庭在该案中认定不得对美国援引“霍夫曼的信”。⁵⁹

74. 在国家承认行为这一具体问题上，我们没有找到任何文献记录，说明各国际法院曾审理此种行为以决断其是否有约束力。

75. 一般单方面行为和具体承认行为，其有效条件和无效原因还与对象、同意的表示及是否符合国际法有关。以前的报告讨论了这个问题；除其他外，报告还指出，规范单方面法律行为的规则，在很大程度上类似维也纳条约法制度中所体现的条约适用规则。

76. 多数法学著作者认为，承认行为的对象，涉及任何有关情势或主张，都必须是合法的。正如我们所指出的，这类行为可能有各种对象，但主要的是承认国家。“自十八世纪末以来，国家的诞生不断引起应欢迎新成员的‘国际大家庭’作出（不）承认的反应”。⁶⁰ 如上所述，对象可以是政府、交战状

态或叛乱状态，或任何法律主张。就可以作出承认行为的对象而言，没有确定一个有限制清单的标准。

77. 如果一项单方面行为，特别是承认行为，与国际组织的一项行为（如一项导致不得承认某国的联合国决议）背道而驰，则该行为便告无效，缺乏法律效力。

78. 如承认涉及领土变化，在这种特定情况下，我们观察到，在实践中，违反国际法的兼并行为被视为无效，因此不产生行为国所主张的法律效力。例如，意大利对埃塞俄比亚的兼并⁶¹ 表明，第三方的承认没有赋予兼并所声称的合法性。

79. 正如我们所看到的，承认是意愿表达，必须没有任何瑕疵。这项条件适用于一般法律行为，无论是协定性的还是单方面的法律行为。只有在行为国无瑕疵地表示意愿的情况下，承认行为才为有效并产生法律效力。先前的报告谈到表示同意时已经指出，维也纳条约法制度所规定的无效原因，在很大程度上，可以移用于一般单方面行为制度。国家承认行为尤其是一种意愿表达，可能影响它的瑕疵与那些可适用于该领域表示同意的瑕疵一样。

80. 国家承认行为必须按照国际法作出，尤其是不得违背国际法强制性规范。因此，如上所述，承认一个违反国际法而建立的国家，如非法兼并产生的国家，是无效而且不产生法律效力的。

81. 一般法律行为可适用的有效条件，涉及条约法领域中对象的合法性，完全可适用于一般承认行为和特殊的国家承认行为。正如上文所说，行为的对象确实必须是合法的。

⁵⁸ 因此，例如常设国际法院承认下列案件中的声明具有约束力：马夫罗马蒂斯在巴勒斯坦的特许权案，1924年第2号判决，《国际常设法院汇编》，A辑，第2号；波兰上西里西亚的某些德国权益案，案情，1926年第7号判决，《国际常设法院汇编》，A辑，第7号和突尼斯和摩洛哥的国籍法令案，1923年的咨询意见，《国际常设法院汇编》，B辑，第4号。在一项法律诉讼中，一个仲裁庭认定代理人在口头诉讼程序中的声明对有关国家具有约束力。

⁵⁹ 《1984年国际法院汇编》（见上文脚注16），第139段。

⁶⁰ Verhoeven，如上，第20页。

⁶¹ 意大利把阿比西尼亚移交意大利主权国家的法令（1936年5月9日，罗马），《1936年英国和外国文件》，第一百四十四卷（伦敦，皇家印务局，1948年），第624页。

第三章

承认的法律效力

可反对性和强制性。承认行为具有约束性质的依据

82. 我们将在本章扼要论述三个问题：国家承认行为的法律效力、这一行为的可反对性和强制性以及它具有约束性质的依据。

83. 首先，我们必须力求确定承认行为、特别是国家承认行为的性质，即确定它是一项宣示性行为，还是一项构成性行为——这是长期以来一直在讨论的问题。正如杜加尔德指出的，“一个符合这些条件的政体是否自动具备‘国家’的资格，还是除此之外，它还需要其他国家予以承认才具有国际法律人格，法律学者对此仍然争辩不休。”⁶²这反映了那些支持承认行为具有宣示性理论的人的观点。他们申明，“一个实体在满足立国要求时即成为国家，其他国家的承认不过是确认（宣示）‘一个迄今一真未确定的东西为事实’。”⁶³

84. 事实上，我们已经看到，某种情况的存在并不取决于这种声明，这一点大部分法律著作者都重申过，并体现在国际文书和文件中。例如，在国家的存在这一问题上，1933年美洲国家第七次国际会议通过的《国家权利与义务公约》在第3条中指出：“国家的政治存在不取决于其他国家的承认”。

85. 国际法学会表明了同样的看法，它在其第三号决议中指出，承认是“一个或数个国家采取的自由行为，承认在某一领土上存在一个在政治上组织起来的人类社会，独立于现有的其他任何国家，并能信守国际法规。”⁶⁴

86. 此外还应提及经《布谊诺斯艾利斯议定书》修正的《美洲国家组织宪章》第13条。该条指出：

国家的政治存在不取决于其他国家的承认。即便在获得承认之前，国家就有权捍卫它的完整和独立，维

护它的生存与昌盛，并为此以它认为适当的方式组织起来，就它关注的事项颁布立法，管理它提供的服务，并决定它的法庭的管辖权和权限。这些权利的行使只受其他国家依国际法行使权利的限制。

87. 该《宪章》第14条规定：

承认意味着作出承认的国家接受新国家的资格，以及国际法为这两个国家规定的所有权利和义务。

88. 大多数法律著作者支持承认行为具有宣示性的理论。有人指出，国际惯例“向我们表明了新国家是如何以承认的方式获得确认的”。⁶⁵据信，“新国家不需要获得承认才能作为一个国家存在。建国的程序一旦完成，它就是一个国家，就是国际法的一个主体和国际社会的一个成员。”⁶⁶

89. 仲裁法庭也支持承认行为具有宣示性的理论。因此，在蒂诺科案⁶⁷中，法庭提出，承认只是证明国际法作出的规定得到了遵守。

90. 但是，对承认行为的性质有不同的解释。在有些案例中，有人以承认具有构成性的理论为辩解理由，例如丹麦在有关东格陵兰法律地位案的诉讼中采取的立场，但未被接受。丹麦政府在该案中提出：

某一区域的法律地位在国际法中是以构成国际社会的各国的普遍确信或其法律界普遍意见的方式来确定……。

如果一个国家针对国土提出的主权为其他国家普遍接受，即应认为这一主权得到确立……。

丹麦对整个格陵兰的主权首先建立在国际协定以及国际社会的普遍承认基础上的。⁶⁸

⁶⁵ Verdross, 《国际公法》，第228页。

⁶⁶ Daillier 和 Pellet. 《国际公法》，第553页。

⁶⁷ 阿吉拉尔-艾默里和加拿大皇家银行索赔案，1923年10月18日的裁决，《国际仲裁裁决汇编》，第一卷（出售品编号：1948.V.2），第369页。

⁶⁸ 东格陵兰法律地位案，《国际常设法院汇编》，C辑，第62-67号，第712和第723-724页，Kohen 引述，*Possession contestée et souveraineté territoriale*, 第330页。

⁶² 杜加尔德，同前，第7页。

⁶³ 同上，另见 Brierly, *The Law of Nations: an Introduction to the International Law of Peace*, 第139页。

⁶⁴ 《国际法学会年鉴》，布鲁塞尔会议（1936年4月），第二卷，第1条，第300页。

91. 近些时候，国家实践确认了宣示性理论。例如，应注意到欧洲共同体仲裁委员会关于其他国家对某一国家的承认“只具有宣示价值”的意见。⁶⁹

92. 虽然可以得出结论认为国家承认行为主要是宣示性的，但无可否认的是，不承认也产生法律影响。事实上，不承认某一实体为国家影响到它行使国际法规定的权利，例如有关国家豁免法律所生发的权利，并使它无法加入国际组织。这种情况实际上无疑限制了一个国家的国际能力。有人指出，“承认并不仅仅是一个形式……新国家的法律地位在此前和后是不同的。”⁷⁰

93. 承认行为是意愿的单方面表达，旨在产生某些法律作用。同采取其他任何法律行为一样，国家承认行为取决于作出承认国家的意图。当然，从委员会进行的讨论可以看出，作出承认者的意图可能引起关切，因为要确定这种意图困难重重。不管怎么说，正如我们所指出的，要证明意图是很困难的。在核试验案⁷¹中，法院对意图进行了审查（虽然它是通过一个作出允诺的行为来进行审查的），而这一行为具有约束性是以意图为依据的。有时候，至少是就条约法而言，确定意图并不难；可以根据为此制订的规则，通过对声明内容的解释和与作出行为有关的其他情况来加以确定。但是，在其他情况下，要确定意图就困难一些。但是，如以前的报告和（上文也提到的）核试验案所示，可以对意图进行推断，如果相对允诺而言，通过对行为的解释，有关意图显而易见。

94. 承认行为可以针对另一国家，实际情况大都是这样，但这并不排除此类行为可以针对除了国家之外的其他对象。虽然可以申明，至少在这种情况下可以申明，只有国家才能采取这类行动，但也可以说，承认行为的对象可以是其他任何实体，例如一个国际组织，一个有明确但有限的权利能力的主体，以及其他实体，例如解放运动或反叛团体。当然，我们不是主张这延伸到以某种方式在国际领域活动的所有实体，例如跨国公司，或甚至是非政

府组织，因为实践似乎并不是这样。无论怎么说，至少在现在我们只应注重国家承认行为。

95. 就一般单方面行为而言，以前的报告未详细探讨的一个问题是这些行为的效果，不过它们始终指出这些行为可以因归类不同而各异，如果我们关切的是国家承担义务或重申权利的行为，更是如此。不管怎么说，行为的对象对行为的效果都有很大影响。不可能针对所有行为作出一个单一答复。不管承认行为的对象是谁，作出承认国家其后的行动必须符合它声明的内容，条件是声明必须是根据国际法的规定提出的，我们在上文已提及这一点。

96. 国际法赋予承认以法律效力，意思是说，一国家承认了某一主张或某一事态现状，今后不能对其合法性提出置疑；⁷²将来我们会看到，理论和判例法都证实了这一点。

97. 尽管可将承认行为视为宣示性的，但它有重大法律效力。首先，国家承诺考虑一个事实上或法律上存在的情势并尊重其法律后果，因而有义务在今后不采取相反的方式行事。

98. 承认行为的法律效力主要表现在我们马上就要谈到的可施用性中。⁷³问题的核心是国家采取一项行为，凭此接受某些事实或法律行为，并且“承认，对该国来说，它们是可加以施用的”。⁷⁴

99. 在审议承认行为的可施用性之前，应从条约和惯例的角度来看待这一问题。根据条约的相对效力原则，“第三方未参与允诺，不受允诺的约束；第三方完全不适用这些允诺”。⁷⁵从惯例角度来看，可施用性更复杂一些。一个国家可以接受一项惯例，并认为它是合法的，因为对该国来说，它是可以施用的。另一方面，一个国家也可以否认某项惯例及其合法性，这意味着这项惯例对该国来说是不可施

⁷² Anzilotti, 《国际法课程》，第347页，Williams 引述，如上，第210页。

⁷³ Jean Salmon 所编《国际公法词典》（第782页）将可施用性定义为：“一项规则、法律行为、权利或实际情况可对与法律直接产生的义务无关的法律外部主体产生法律效力的能力。”

⁷⁴ Daillier 和 Pellet, 同前，第358页。

⁷⁵ 同上，第273页。

⁶⁹ 见上文脚注36。

⁷⁰ Daillier 和 Pellet, 同前，第553页。

⁷¹ 核试验案（澳大利亚诉法国），判决，《1974年国际法院汇编》，第253页。

用的。一个国家可以一直反对一项一般惯例，这意味着，这项惯例对该国来说是不可施用的。

100. 我们看到，对作出承认的国家来说，各种形式的承认使获得承认的事实上或法律上的情势都变成可以施用的。这进而引起承认对承认的对象具有的强制性问题。如西班牙国王1906年12月23日仲裁裁决案所示，判例法在这一问题上十分明确。国际法院在该案中指出，它认为“尼加拉瓜以明确声明并且以行动，承认裁决是有效的，因此，尼加拉瓜再也不能背弃这一承认，对裁决的效力提出置疑”。⁷⁶ 国际法院还在柏威夏寺案中确认了这一点。法院在该案中指出，“泰国现在不能再否认它当时是同意[有关解决办法]的一方”。⁷⁷

101. 就承认行为而言，可从以下角度来对待可施用性问题。正如已经有人指出的，通过作出承认，“一个国家宣布它认为存在着某种状况，而且它不能再撤消这一声明；无论这一状况是否客观存在，从此刻起，它对该国就是可以施用的，如果说在此之前还不是可以施用的”。⁷⁸ 承认对直接涉及的有关国家，即作出承认的国家和被承认对象，产生效力。采取行动作出承认的国家有义务对承认对象采取符合其声明的行动。就国家承认而言，作出承认的国家承认被承认的主体享有这一地位，且从此刻起这一地位对它来说是可以施用的，因此它的法律关系必须考虑到这一承认。

102. 承认是一种意愿表达，“目的是使某一情势对作出承认国家而言是可以施用的。换句话说，作出承认的国家确认被承认情势产生的法律后果适用于它。此外，它从现在起不能对被承认情势的定性提出异议”（不容反悔原则）。⁷⁹

103. 例如，我们注意到，在承认边界的具体案例中，正如国际法院指出的，承认边界首先就意味着接受这一边界，即确定边界存在的法律效力，尊重这一边界，今后不再对它提出异议。⁸⁰

⁷⁶ 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213页。

⁷⁷ 《1962年国际法院汇编》（见上文脚注21），第32页。

⁷⁸ Combacau 和 Sur, 《国际公法》，第285页。

⁷⁹ Degan, 如上，第247页。

⁸⁰ 领土争端案（阿拉伯利比亚民众国诉乍得）判决，《1994年国际法院汇编》，第22页，第42段。

104. 在某些情况下，作出承认的声明也可以有不同的作用，例如证明作用。国际法院在尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动案中审理的尼加拉瓜高级官员的声明，就是一例。法院回顾说，“高级别官方政治人士，有时是最高级别的人士，作出的这类声明尤其有证明作用，因为国家是由那些发表这些声明的人来代表的，这些人的声明承认了对国家不利的事实或行为。可将它们视为是一种承认”。⁸¹ 法院从更广泛的角度来看待有关声明。因此它审议了在国际组织范围内发表的声明，并特别注意到“缔约方代表在国际组织中的声明……只要它们与事实有关。”⁸²

105. 需要说明单方面承认行为具有约束力的理由。《维也纳条约法公约》（以下简称1969年《维也纳条约法公约》）第二十六条规定，条约为缔约方规定了义务，缔约方必须诚意遵守条约。同样的，承认行为也具有约束力，作出承认的国家必须诚意信守这项承认。

106. 得到普遍公认的条约必须信守规则意味着，在现行条约实施期间必须有诚意的态度。此规则满足了有法律保障的需求，也适用于单方面的法律行为。单方面法律行为也必须以法律保障为上。

107. 如前所述，一般单方面行为和特殊的承认行为，对作出承认的国家来说，从承认之时起就是可施用的，因而被承认者可强制执行。诚意也应是这类行为具有约束力的基础，国际法院在核试验案中阐明了这一点，虽然它是针对某一具体行为——允诺——而言的。⁸³

108. 委员会在1996年提出了要阐明法律原则具有约束力的理由的问题，⁸⁴ 特别报告员在他关于这项专题的第一次报告中对此做了阐述。⁸⁵ 根据条约必须信守原则，单方面承认行为具有约束力。此外，还应指出，人们对国际法律关系的信心也加强了单方面行为、特别是承认行为具有约束性的理由。

⁸¹ 尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动案（尼加拉瓜诉美利坚合众国），案情，判决，《1986年国际法院汇编》，第41页，第64段。

⁸² 同上，第44页，第72段。

⁸³ 《1974年国际法院汇编》（见上文脚注71），第267-269页，第43、第46和第49段。

⁸⁴ 《1996年……年鉴》（见上文脚注3），附件二，增编3，第2节，第146页。

⁸⁵ 《1998年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/486号文件，第366页，第157段。

第四章

承认行为的适用

法律效力的开始及其相对性。承认行为的时空适用。单方面承认行为的更改、暂停、撤销和终止

109. 承认行为从作出之时起就对当事各方（行为国和对象）产生效力，在某种程度上相当于条约按条约法生效。该行动无须对方接受即产生效力；也就是说，它自行产生效力，这是一般单方面行为的主要特点之一，国际法院在上述核试验案⁸⁶中提到的一种这样的行为——允诺时，实际上已经指明了。

110. 承认行为使行为国对一个或多个对象负有责任。未经第三方同意，行为国不能以这种行为使第三方承担责任，这是条约法的规定，委员会先前提也审议过。条约不得使第三者担负义务亦不得给予利益原则，完全适用于任何法律行为。

111. 有关单方面行为，特别是国家承认行为，值得一提的是在条约法框架内解决的两个问题，即行为的地域适用和时间适用。

112. 关于在条约法范围内的地域适用，1969年《维也纳公约》第二十九条中已作了规定。该条笼统地规定，条约所适用的地域是双方同意的地域。有一项假定是条约适用国家主权所辖的领土。对承认行为的地域适用而言，它主要是承认对象本身的功能，即承认所指的实体的功能；但是，没有什么能阻止行为国提出某种界限，将新国家领土的某些部分排除在承认范围之外。无论如何，行为国的意愿是最重要的。特别报告员认为，《维也纳公约》第二十九条所载规则，完全适用单方面承认行为，特别是国家承认。

113. 时间上的适用或许不那样复杂。与对象不同的是，在此要提到意愿表达及其在时间上的效力。可以说，如条约法的情况一样，该行为原则上将从作出之时或对方得知之时（这是尚未审议的一个问题）起产生效力，除非行为国表示不同的意图。条约体制中体现的不溯及既往似乎可适用于单方面行

为，更具体地说，适用于单方面承认行为。除非承认的行为国或宣布国另有表示，否则该行为将从提出之时起产生效力，具体可见1969年《维也纳公约》第二十八条。条约不溯及既往的问题已由国际性法院（特别是国际法院及其前身常设国际法院）在安巴蒂耶洛斯案⁸⁷和马夫罗马蒂斯案⁸⁸中加以审议。

114. 关于承认行为在适用范围内的最后一个问题涉及其更改、暂停和撤销。正如我们已经指出的，行为从作出之时起就产生法律效力，无须对方接受或作出表示接受的任何反应。这与条约法范围内提出的拟订和生效的方式截然不同。在条约法范围内，一致意愿表达产生行动，确定行动产生的时间及其法律效力开始的时间均由缔约国商定。指导这种事的基本原则是，唯有基于缔约方的意愿，才有可能更改条约。

115. 就一般单方面行为以及特别是承认行为而言，行为是单方面作出的。如前所述，这里涉及的是意愿的单方面表达，无须另一方的意愿表示就能产生法律行为。而且，该行为正是从那一刻起产生法律效力的。

116. 鉴于法律行为的特点和使法律行为有别于普通行为的独特性质，所提出的问题是维也纳制度中普遍采用的标准是否也可以适用于这种情况。具体地说，问题就是行为国是否可以单方面更改、暂停或撤销该行为。

117. 首先要指出，就一般单方面行为而言，大多数法律作者认为，行为国一般说来没有权利单方面更改一项法律关系。对有些作者来说，该行为的行为国无权通过另一项单方面法律行为而任意创设

⁸⁶ 《1974年国际法院汇编》（见上文脚注71），第267页，第43段。

⁸⁷ 安巴蒂耶洛斯案，案情，判决，《1953年国际法院汇编》，第10页。

⁸⁸ 见上文脚注58。

某项规则，用以打破其以第一项行为创设的规则。⁸⁹对另一些作者来说，这种能力可以是有限的甚至是不存在的。⁹⁰对撤销这种具体情况以及一般单方面行为，承认这种能力的“只有在国际法律体系一般规范设想的情形，因为不然的话，这些行为的强制价值将丧失，任行为者专断独行”。⁹¹未经授权的更改早先行为的单方面行为可被视为一项不同的行为，甚至可将之置于国际责任的范围内。

118. 更改、暂停或撤销单方面行为，特别是承认行为，如果在行为本身中已有此规定，则是可能的。因此，举例说（借助或许令人信服的假设以激发思考），行为国在行为中规定行为可在某种条件下加以更改。如果满足某些条件，行为也可以暂停，甚至在类似情况下撤销。有必要补充的是，行为可以按严格的意义来终止，即，如果这一行为已实施，如果该行为规定了一固定时限或使其终止的条件。例如，

某国作出了一个为期10天的允诺或使其受制于某些解除条件。在这种情况下，如果期限届满或条件已得到满足，则该允诺即可终结，无须采取任何撤销行为。另一种可能出现的情况是，作为允诺者或放弃的国家明确规定在某些情况下可能予以撤销。然而，如果撤销的可能性既非来自单方面法律行为的环境又非来自其性质本身，则单方面允诺和单方面放弃在原则上是不可撤销的⁹²

——至少不能以同样的单方面形式撤销。总之，从广义上说，单方面行为可说是不可更改的，除非从行为本身可以引伸出相反结论或从其中规定的情况或条件或从外界情况（如下文所示）中可得出相反结论。

119. 在指明的情形之外更改、暂停或撤销某一行为，只有在对方同意的情况下才能进行。确实，

正如已经指出的，行动一旦双边化，就创设了对方的权利，虽然不影响行为的单方面性质，但任何改变就要取决于对方的意愿。

120. 就国家承认行为而言（再度借助假设），需要指出的是，国家承认行为虽是宣告性的，但不能单方面更改、暂停或撤销，除非出现上述某种情况，诸如国家（对象）消失或情况改变。

121. 最后，简单提一下关于因行为国意愿无法左右的原因而更改行为的情况，或许会引起大家去思考。承认行为可能因外部原因而实际上停止产生法律效力，如维也纳条约法制度中所提到的，特别是由于事后出现无法实施的情况⁹³和情况的根本改变，⁹⁴致使条约无法实施。

122. 一般说来，如果行为的对象消失，则将行为将停止产生法律效力，这会在某种程度上改变条约法制度中所载的概念。就具体的国家承认行为而言，例如说，如果国家因解体或分解而消失，则该行为将不再产生效力。同样，可以说，情况的根本性变化或情势变迁的条文（在合同和条约中理解为解除条文），也可以影响到单方面承认行为的适用，特别是对暂停或终止而言——尽管大多数法律作者申明，接受这一条文与条约的约束性或条约必须信守规则的适用并不抵触。

123. 如果认为情况的变化会引起单方面行为的暂停或终止，那就必须更彻底地审查这项条文。这种变化必须是根本性的，必须影响行为的对象，而且，如1969年《维也纳公约》中所说，必须影响行为国表示赞同的实质基础，详见1969年《维也纳公约》第六十二条第一项（甲）—（乙）款规定（虽然该条仅指条约）。

⁸⁹ Barberis, 如上, 第113页。

⁹⁰ Skubiszewski, “国家的单方面行为”, 第234页。

⁹¹ Venturini, 如上, 第421页。

⁹² Barberis, 如上, 第113页。

⁹³ 1969年《维也纳公约》第六十一条。

⁹⁴ 同上, 第六十二条。

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)

[议程项目6]

A/CN.4/531号文件

特别报告员彭马拉朱·斯雷尼萨·拉奥先生关于危险活动
跨界损害损失分担的法律制度的第一次报告

[原文: 英文]
[2003年3月21日]

目 录

	页 次
本报告引用的多边文书	78
本报告引用的著作	79
	段 次
导言	1-4 82
章 次	
一、国际法委员会和国际责任	5-46 83
A. 特别报告员昆廷-巴戈斯特先生和巴尔沃萨先生的工作	6-14 84
1. 昆廷-巴戈斯特先生的办法: 共同期望和协商制度	6-9 84
2. 巴尔沃萨先生对赔偿责任的处理	10-14 84
B. 国际责任制度: 未决的问题	15-42 86
1. 国家赔偿责任: 着重点错置	16-19 86
2. 严格赔偿责任或绝对赔偿责任: 建立一个国际制度的必要法律基础?	20-25 87
3. 所涉活动的范围	26-28 89
4. 损害阈值: 作为必要标准的重大损害	29-32 89
5. 预防与赔偿责任: 互有区别但互相关联的概念	33-36 90
6. 关于赔偿责任的进一步工作: 着重损失分配的模式	37-42 91
C. 一些政策考虑	43-46 92
二、损失的分担	47-149 93
A. 部门和区域分析	47-113 93
1. 《国际油污损害民事责任公约》《设立油污损害赔偿基金国际公约》及其各项议定书	47-61 93
2. 1996年《国际海上运载有害和有毒物质造成损害的责任和赔偿公约》和《国际油舱油污损害民事责任公约》	62-65 96
3. 《关于因勘探和开采海底矿物资源而造成油污损害的民事责任公约》	66-67 97
4. 《“区域”内多金属结核探矿和勘探规章》	68-69 97
5. 《危险废物越境转移及其处置所造成损害的责任及赔偿议定书》	70-80 97
6. 核损害和赔偿责任	81-91 99
7. 《关于危害环境的活动造成损害的民事责任公约》	92-95 101
8. 赔偿责任和补偿: 欧洲共同体模式	96-106 101

	段 次	页 次
9. 空间物体造成的损害	107-110	103
10. 南极洲活动	111-113	104
B. 分配损失模式: 若干共同特点	114-121	104
C. 民事责任的若干要素	122-149	106
1. 因果关系问题	125-126	106
2. 履行注意责任	127-129	107
3. 损害和补偿的定义	130-138	107
4. 起诉权	139-140	109
5. 适当管辖权	141-149	109
三、辩论总结和需审议的意见	150-153	111

本报告引用的多边文书

来 源

《建立欧洲共同体条约》[英](1957年3月25日, 罗马)	《欧洲共同体公报》, 第C 325号, 第45卷(2002年12月24日), 第1页。
《南极条约》[英](1959年12月1日, 哥伦比亚特区华盛顿)	联合国,《条约汇编》, 第402卷, 第5778号, 第71页。
《关于环境保护的南极条约议定书》(1991年10月4日, 马德里)	《国际法律资料》, 第三十卷, 第6号(1991年11月), 第1461页。
《维也纳核损害民事责任公约》(1963年5月21日, 维也纳)	联合国,《条约汇编》, 第1063卷, 第16197号, 第265页。
《修正维也纳核损害民事责任公约的议定书》(1997年9月12日, 维也纳)	同上, 第2241卷, 第16197号, 第270页。另见《国际法律资料》, 第三十六卷, 第6号(1997年11月), 第1462页。
《核能方面第三者责任公约》[英](1960年7月29日, 巴黎)和《上述公约附加议定书》(1964年1月28日, 巴黎)	同上, 第956卷, 第13706号, 第251页。另见联合王国,《条约汇编》, 第69号(1968年)和第6号(1989年)。
《关于核能方面第三者责任公约的补充公约》(1963年1月31日, 布鲁塞尔)	同上, 第1041卷, 第13706号, 第358页。另见《国际法律资料》, 第2号(1963年), 第685页。
《修正经1964年1月28日附加议定书修正的上述公约的议定书》(1982年11月16日, 巴黎)	同上, 第1519卷, 第13706号, 第329页。
《关于民商事司法管辖和判决执行公约》(1968年9月27日, 布鲁塞尔)	联合国,《条约汇编》, 第1262卷, 第20747号, 第154页。
《国际油污损害民事责任公约》(1969年11月29日, 布鲁塞尔)	同上, 第973卷, 第14097号, 第3页。
《国际油污损害民事责任公约议定书》(1976年11月19日, 伦敦)	同上, 第1225卷, 第14097号, 第356页。
《修正国际油污损害民事责任公约的1984年议定书》(1984年5月25日, 伦敦)	海事组织出版物, 出售品编号: IMO-456E。
《修正国际油污损害民事责任公约的1992年议定书》(1992年11月27日, 伦敦)	联合国,《条约汇编》, 第1956卷, 第14097号, 第255页。
《设立国际油污损害赔偿基金国际公约》(1971年12月18日, 布鲁塞尔)	同上, 第1110卷, 第17146号, 第57页。
《设立国际油污损害赔偿基金国际公约议定书》(1976年11月19日, 伦敦)	同上, 第1862卷, 第17146号, 第509页。
《修正设立国际油污损害赔偿基金国际公约的1984年议定书》(1984年5月25日, 伦敦)	海事组织出版物, 出售品编号: IMO-456E。
《修正设立国际油污损害赔偿基金国际公约的1992年议定书》(1992年11月27日, 伦敦)	联合国,《条约汇编》, 第1953卷, 第17146号, 第330页。
《外空物体所造成损害之国际责任公约》(1972年3月29日, 伦敦、莫斯科和华盛顿)	同上, 第961卷, 第13810号, 第187页。

- 《防止倾倒废物及其他物质污染海洋的公约》[英]（1972年12月29日，伦敦、墨西哥城、莫斯科、哥伦比亚特区华盛顿） 同上，第1046卷，第15749号，第120页。
- 《防止陆源物质污染海洋公约》[英]（1974年6月4日，巴黎） 同上，第1546卷，第26842号，第103页。
- 《海事赔偿责任限制公约》（1976年11月19日，伦敦） 同上，第1456卷，第24635号，第221页。
- 《修正海事赔偿责任限制公约的1996年议定书》（1996年5月2日，伦敦） 《1996年联合国法律年鉴》（出售品编号：E.01.V.10），第357页。
- 《关于因勘探和开采海床矿物资源而造成油污损害的民事责任公约》（1977年5月1日，伦敦） 环境署，《环境领域多边条约选编》（内罗毕，1983年），第474页。另见《国际法律资料》，第十六卷，第6号（1997年11月），第1451页。
- 《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。
- 《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。
- 《保护臭氧层维也纳公约》（1985年3月22日，维也纳） 同上，第1513卷，第26164号，第293页。
- 《南极矿物资源活动管理公约》（1988年6月2日，威灵顿） 《国际法律资料》，第二十七卷，第4号（1988年7月），第868页。
- 《关于道路、铁路和内陆航运船只运载危险物品引起损害的民事责任公约》（1989年10月10日，日内瓦） ECE/TRANS/79。
- 《控制危险废物越境转移及其处置巴塞尔公约》（1989年3月22日，巴塞尔） 联合国，《条约汇编》，第1673卷，第28911号，第57页。
- 《危险废物越境转移及其处置所造成损害的责任及赔偿议定书》（1999年12月10日，巴塞尔） UNEP/CHW.5/29，附件三。
- 《越境环境影响评估公约》[英]（1991年2月25日，埃斯波） 联合国，《条约汇编》，第1989卷，第34028号，第309页。
- 《工业事故跨界影响公约》[英]（1992年3月17日，赫尔辛基） 同上，第2105卷，第36605号，第457页。
- 《生物多样性公约》（1992年6月5日，里约热内卢） 同上，第1760卷，第30619号，第79页。
- 《生物多样性公约卡塔赫纳生物安全议定书》（2000年1月29日，蒙特利尔） 同上，第2226卷，第30619号，第208页。
- 《关于危害环境的活动造成损害的民事责任公约》（1993年6月21日，卢加诺） 欧洲委员会，《欧洲条约汇编》，第150号。另见《国际法律资料》，第三十二卷，第5号（1993年9月），第1230页。
- 《核安全公约》（1994年9月20日，维也纳） 联合国，《条约汇编》，第1963卷，第33545号，第293页。另见《国际法律资料》，第三十三卷，第6号（1994年11月），第1518页。
- 《国际海上运载有害和有毒物质造成损害的责任和赔偿公约》（1996年5月3日，伦敦） 《有害和有毒物质公约》（海事组织出版物，出售品编号：IMO-479E）。另见《国际法律资料》，第三十五卷，第6号（1996年11月），第1415页。
- 《核损害补充赔偿公约》（1997年9月12日，维也纳） 原子能机构（INFCIRC/567，附文）（1998年7月22日）。另见《国际法律资料》，第三十六卷，第6号（1997年11月），第1473页。
- 《在环境问题上获得信息、公众参与决策和诉诸法律的公约》（1998年6月25日，奥尔胡斯） 联合国，《条约汇编》，第2161卷，第37770号，第447页。另见《国际法律资料》，第三十八卷，第3号（1999年5月），第517页。
- 《“区域”内多金属结核探矿和勘探规章》（2000年7月3日，金斯顿） 国际海底管理局（ISBA/6/A/18，附件）。
- 《国际油舱油污损害民事责任公约》（2001年3月23日，伦敦） 《2001年联合国法律年鉴》（出售品编号：E.04.V.12），第310页。另见海事组织出版物，出售品编号：I490M。

本报告引用的著作

Akehurst, M. B.

“International liability for injurious consequences arising out of acts not prohibited by international law”, *Netherlands Yearbook of International Law* (The Hague), vol. XVI, 1985, pp. 3-16.

Arsanjani, Mahnoush H.

“No-fault liability from the perspective of the general principles of law”. United Nations, Codification Division, 1979. Unpublished paper.

Austin, David and Anna Alberini

“An analysis of the preventive effect of environmental liability—environmental liability, location and emissions substitution: evidence from the Toxic Release Inventory”. 30 October 2001. Study commissioned by the Directorate-General for the Environment of the European Commission.

Barboza, Julio

“The ILC and environmental damage”, in Peter Wetterstein, ed., *Harm to the Environment: The Right to Compensation and the Assessment of Damages*. Oxford, Clarendon Press, 1997, pp. 73-81.

Bergkamp, Lucas

Liability and Environment: Private and Public Law Aspects of Civil Liability for Environmental Harm in an International Context. The Hague, Kluwer, 2001. 708 p.

Bernasconi, Christophe

Civil Liability resulting from Transfrontier Environmental Damage: a Case for The Hague Conference? Hague Conference of Private International Law, Preliminary document No. 8 of April 2000, for the attention of the Special Commission of May 2000 on general affairs and policy of the Conference.

Birnie, P. W. and A. E. Boyle

Basic Documents on International Law and the Environment. Oxford, Clarendon Press, 1995. 688 p.

International Law and the Environment. 2nd ed. Oxford, Oxford University Press, 2002. 798 p.

Bowman, Michael

“Biodiversity, intrinsic value, and the definition and valuation of environmental harm”, in Michael Bowman and Alan Boyle, eds., *Environmental Damage in International and Comparative Law: Problems of Definition and Valuation*. Oxford, Oxford University Press, 2002, pp. 41-61.

Boyle, Alan E.

“Nuclear energy and international law: an environmental perspective”, *British Year Book of International Law*, 1989, vol. 60, pp. 257-313.

“State responsibility and international liability for injurious consequences of acts not prohibited by international law: a necessary distinction?”, *International and Comparative Law Quarterly* (London), vol. 39, part 1, January 1990, pp. 1-26.

“Chernobyl and the development of international environmental law”, in W. E. Butler, ed., *Perestroika and International Law*. Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1990, pp. 203-219.

“Making the polluter pay? Alternatives to State responsibility in the allocation of transboundary environmental costs”, in Francesco Francioni and Tullio Scovazzi, eds., *International Responsibility for Environmental Harm*. London, Graham & Trotman, 1991, pp. 363-379.

“Codification of international environmental law and the International Law Commission: injurious consequences revisited”, in Alan Boyle and David Freestone, *International Law and Sustainable Development: Past Achievements and Future Challenges*. New York, Oxford University Press, 1999, pp. 61-85.

Brans, Edward H. P.

“The EC White Paper on environmental liability and the recovery of damages for injury to public natural resources”, in Michael Bowman and Alan Boyle, eds., *Environmental Damage in International and Comparative Law: Problems of Definition and Valuation*. Oxford, Oxford University Press, 2002, pp. 323-337.

“Liability and compensation for natural resource damage under the international oil pollution conventions”, *Review of European Community & International Environmental Law*, vol. 5, issue 4, December 1996, pp. 297-304.

Brighton, William D. and Askman, David F.

“The role of government trustees in recovering compensation for injury to natural resources”, in Peter Wetterstein, ed., *Harm to the Environment: The Right to Compensation and the Assessment of Damages*. Oxford, Clarendon Press, 1997, pp. 177-206.

Brownlie, Ian

“A survey of international customary rules of environmental protection”, *Natural Resources Journal* (Albuquerque, New Mexico), vol. 13, 1973, pp. 179-189.

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

Cassese, Antonio

International Law. New York, Oxford University Press, 2001. 469 p.

Cuperus, K. W. and A. E. Boyle

“Articles on private law remedies for transboundary damage in international watercourses”, *Report of the Sixty-seventh Conference of the International Law Association, Helsinki, 12-17 August 1996*. London, International Law Association, 1996, pp. 403-411.

Dunné, Jan M. van

“Liability for pure economic loss—rule or exception? A comparatist’s view of the civil law: common law split on compensation of non-physical damage in tort law”, *European Review of Private Law*, vol. 7, 1999, pp. 397-428.

Fitzmaurice, Malgosia A.

“International protection of the environment”, *Collected Courses of The Hague Academy of International Law*, 2001. The Hague, Martinus Nijhoff, 2001. Vol. 293, pp. 9-488.

Fontaine, Emmanuel

“The French experience—‘Tanio’ and ‘Amoco Cadiz’ incidents compared: advantages for victims under the compensation system established by the international conventions”, in Colin M. de la Rue, ed., *Liability for Damage to the Marine Environment*. London, Lloyd’s of London Press, 1993, pp. 101-108.

Francioni, Francesco

“Exporting environmental hazard through multinational enterprises: can the State of origin be held Responsible?”, in Francesco Francioni and Tullio Scovazzi, eds., *International Responsibility for Environmental Harm*. London, Graham & Trotman, 1991, pp. 275-298.

Goldie, L. F. E.

“Liability for damage and the progressive development of international law”, *International and Comparative Law Quarterly* (London), vol. 14, 1965, pp. 1189-1264.

“Concepts of strict and absolute liability and the ranking of liability in terms of relative exposure to risk”, *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. XVI, 1985, pp. 175-248.

Guruswamy, Lakshman, Sir Geoffrey W. R. Palmer and Burns H. Weston

International Environment Law and World Order: a Problem-Oriented Coursebook. St. Paul, Minn., West Publishing, 1994.

Handl, Günther

“State liability for accidental transnational environmental damage by private persons”, *American Journal of International Law* (Washington, D.C.), vol. 74, 1980, pp. 525-565.

Hohmann, Harald

“Articles on cross-media pollution resulting from the use of the waters of an international drainage basin”, *Report of the Sixty-seventh Conference of the International Law Association, Helsinki, 12-17 August 1996*. London, International Law Association, 1996, pp. 411-415.

Hunt, Michael

“Opposition to mining projects by indigenous peoples and special interest groups”, *Murdoch University Electronic Journal of Law*, vol. 4, No. 2, June 1997.

International Law Association

Report of the Sixty-seventh Conference, Helsinki, 12-17 August 1996. London, International Law Association, 1996. 425 p.

Jenks, C. Wilfred

“Liability for ultra-hazardous activities in international law”, *Recueil des cours de l’Académie de droit international de La Haye, 1966-I*. Leiden, Sijthoff, 1967. Vol. 117, pp. 99-200.

Jones, Brian

“Deterring, compensating, and remedying environmental damage: the contribution of tort liability”, in Peter Wetterstein, ed., *Harm to the Environment: The Right to Compensation and the Assessment of Damages*. Oxford, Clarendon Press, 1997, pp. 11-27.

Kazazi, Mojtaba

“Environmental damage in the practice of the UN Compensation Commission”, in Michael Bowman and Alan Boyle, eds., *Environmental Damage in International and Comparative Law: Problems of Definition and Valuation*. Oxford, Oxford University Press, 2002, pp. 111-131.

Kende, Christopher B.

“The United States approach”, in Colin M. de la Rue, ed., *Liability for Damage to the Marine Environment*. London, Lloyd’s of London Press, 1993, pp. 131-147.

Kiss, Alexandre and Dinah Shelton

International Environmental Law. Ardsley-on-Hudson, N.Y., Transnational Publishers, 1991. 541 p.

La Fayette, Louise de

“The concept of environmental damage in international liability regimes”, in Michael Bowman and Alan Boyle, eds., *Environmental Damage in International and Comparative Law: Problems of Definition and Valuation*. Oxford, Oxford University Press, 2002, pp. 149-189.

Mackenzie, Ruth

“Environmental damage and genetically modified organisms”, in Michael Bowman and Alan Boyle, eds., *Environmental Damage in International and Comparative Law: Problems of Definition and Valuation*. Oxford, Oxford University Press, 2002, pp. 63-84.

Magraw, Daniel Barstow

“Transboundary harm: the International Law Commission’s study of ‘international liability’”, *American Journal of International Law* (Washington, D.C.), vol. 80, 1986, pp. 305-330.

Maffei, Maria Clara

“The compensation for ecological damage in the ‘Patmos’ case”, in Francesco Francioni and Tullio Scovazzi, eds., *International Responsibility for Environmental Harm*. London, Graham & Trotman, 1991, pp. 381-394.

Mazzotta, Marisa J., James J. Opaluch and Thomas A. Grigalunas

“Natural resource damage assessment: the role of resource restoration”, *Natural Resources Journal* (Albuquerque, New Mexico), vol. 34, No. 1, winter 1994, pp. 153-178.

Popp, A. H. E.

“A North American perspective on liability and compensation for oil pollution caused by ships”, in Colin M. de la Rue, ed., *Liability for Damage to the Marine Environment*. London, Lloyd’s of London Press, 1993, pp. 109-130.

Prince, Peter

“Bhopal, Bougainville and OK Tedi: why Australia’s forum non conveniens approach is better”, *International and Comparative Law Quarterly* (London), vol. 47, part 3, July 1998, pp. 573-598.

Sands, Philippe

Chernobyl—Law and Communication: Transboundary Nuclear Air Pollution—The Legal Materials. Cambridge, Grotius, 1988. 312 p.

Principles of International Environmental Law I: Frameworks, Standards and Implementation. Manchester, Manchester University Press, 1995. 773 p.

Schoenbaum, Thomas J.

“Environmental damages in the common law: an overview”, in Michael Bowman and Alan Boyle, eds., *Environmental Damage in International and Comparative Law: Problems of Definition and Valuation*. Oxford, Oxford University Press, 2002, pp. 213-222.

“Environmental damages: the emerging law in the United States”, in Peter Wetterstein, ed., *Harm to the Environment: The Right to Compensation and the Assessment of Damages*. Oxford, Clarendon Press, 1997, pp. 159-174.

Smith, Brian D.

State Responsibility and the Marine Environment: the Rules of Decision. Oxford, Clarendon Press, 1988. 281 p.

Tomuschat, Christian

“International liability for injurious consequences arising out of acts not prohibited by international law: the work of the International Law Commission”, in Francesco Francioni and Tullio Scovazzi, eds., *International Responsibility for Environmental Harm*. London, Graham & Trotman, 1991, pp. 37-72.

Wetterstein, Peter

“A proprietary or possessory interest: a *conditio sine qua non* for claiming damages for environmental impairment?”, in Peter Wetterstein, ed., *Harm to the Environment: The Right to Compensation and the Assessment of Damages*. Oxford, Clarendon Press, 1997, pp. 29-54.

“Environmental damage in the legal systems of the Nordic countries and Germany”, in Michael Bowman and Alan Boyle, eds., *Environmental Damage in International and Comparative Law: Problems of Definition and Valuation*. Oxford, Oxford University Press, 2002, pp. 223-242.

White, I. C.

“The voluntary oil spill compensation agreements: TOVALOP and CRISTAL”, in Colin M. de la Rue, ed., *Liability for Damage to the Marine Environment*. London, Lloyd’s of London Press, 1993, pp. 57-69.

导言

1. 国际法委员会自1978年以来，不断审议国际责任问题，¹ 2001年有能力完成了一套关于预防危险活动跨界损害的条款草案。联合国大会审议条款草案时表示，国际法委员会如果要充分履行关于国际责任专题的任务规定，就应继续处理国际责任专题。² 2002年，委员会的一个工作组进行了较深入的讨论，就此事进展可能采取的方式提出了一些初步建议。主要是指出，此项工作要有用，现阶段应着手制定一个损失分担模式。³

2. 委员会关于责任问题的的工作不能迅速取得进展的原因很多，其中之一是国际责任不是一个容易编纂和逐步发展的专题。而且经验显示，全球性综合赔偿责任制度对国家没有吸引力。⁴ 此外，要想通过民事不法行为或侵权行为责任法来寻求损害赔偿也有它的局限性。⁵ Harm（危害）和 damage（损害）

¹ 这个问题最初于1973年在委员会中提出，1977年列入委员会的工作方案。见《1973年……年鉴》[英]，第二卷，A/9010/Rev.1号文件，第169页，第38-39段，以及大会1977年12月19日第32/151号决议。大会在该决议中请委员会在适当时候着手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工作。

² 大会2001年12月12日第56/82号决议。

³ 《2002年……年鉴》，第二卷（第二部分），第89-91页，第442-457段。

⁴ 欧洲委员会1993年《关于危害环境的活动造成损害的民事责任公约》，这是现行唯一一种全面的国际环境制度，至今尚未生效。原因是公约的条款很难与国内法相协调，而且欧洲联盟委员会对于环境损害的责任和赔偿的一般性问题尚未讨论完毕。见 La Fayette, “国际赔偿责任制度中的环境损害概念”，第163页，脚注50。有一种意见认为这项公约最近不可能生效。见欧洲议会和欧洲委员会关于预防和补救环境损害方面环境赔偿责任问题指示的建议，《欧洲共同体公报》，第C 151 E期，第45卷（2002年6月25日），第132页（以下简称建议），COM（2002）17号文件，最后解释性备忘录，第17页，脚注46。关于全球赔偿责任制度成功的机会很小的一般意见，见 Cassese, 《国际法》，第379-393页。

⁵ Jones 表示应该谨慎，“一般对环境问题的热情非常值得赞扬而且可以了解，但不应忘记民事侵权行为的规则只是宏观环境赔偿责任问题中……的一个部分：这样做可

概念在国家法律和惯例中并没有统一的定义和理解。无论在何种法律制度中，对于不法行为，要想确定法律所规定的因果关系或证明履行注意义务时的过失都不是件容易的事。一般承认，关于适当的裁判法庭、适用的法律以及外国司法裁决的承认和执行等问题技术上都存在困难。⁶

3. 另外还有其他原因。国家赔偿责任和严格赔偿责任在国际上并没有得到广泛支持，关于在一国领土内没有该国官员或代理人参与的任何种类活动所涉的责任也是如此。一国平民和个人等如果没有尽到应有注意的职责，不能轻易地归咎于国家，说它犯了应负赔偿责任的不法行为。为了要制订某种形式的国家责任而进行的国际谈判，例如危险废物的国际运输或在南极洲

能会使民事赔偿责任规则发挥起它们不很适合的职能”。他说，环境责任这个大问题中还有其他部分，如刑法的赔偿责任，政府机构预防或补救预期或实际损害工作所引起费用的赔偿责任，以及共同承担办法中所负的赔偿责任（*Detering, compensating, and remedying environmental damage: the contribution of tort liability*”，第12页）。同样的，Bergkamp指出，“现代社会对赔偿责任……有很高期望。它补偿受害者，确保环境得到恢复，威慑损害者和污染者，购买保险，把活动程度调整到最佳水平，实施纠正措施和分配正义，纠正政府在管理和执行法律方面的过失等。但赔偿责任制度由于概念和体制方面的限制，无法达到这些社会目标”（*Liability and Environment: Private and Public Law Aspects of Civil Liability for Environmental Harm in an International Context*, 第366页）。

⁶ 这方面的论述请见下文。

的运输问题，虽然经过数年坚持不懈的努力尚没有获得成功。⁷这方面的案例法很少，一些国家间的索偿案件虽然最终获得解决，但解决依据却有不同解释。它们对国家赔偿责任案件支持不大。在这方面，习惯国际法的作用同样也不是很大。⁸

4. 值得审查的是上述问题和事项委员会在审议国际责任专题的早期阶段是如何处理的。这样的审查有助于在当前工作中适当对待上述问题和事项。我们要研究世界某些地区或某一特定损害方面经过谈判而达成协议的损失分担模式。这种审查有助于人们了解委员会想要建议的损失分担模式。此外，由于若干损失分担模式依赖民事责任，我们会简单触及民事责任的各种要素，看看是否可能把民事责任的某些内容纳入损失分担的模式之中。

⁷ 关于这个问题的讨论请见下文。

⁸ Brownlie, “A survey of international customary rules of environmental protection”。关于案例法、条约或国家惯例的结论不足以支持严格或绝对国家赔偿责任的观点，见Boyle, “Nuclear energy and international law: an environmental perspective”，第292-296页。Goldie和Schneider认为严格赔偿责任是一项国际法原则，Jenks认为严格赔偿责任在极端危险活动的情况下是可以使用的。另一方面，Dupuy、Handl、Smith和Hardy赞成对极端危险活动适用严格或绝对赔偿责任制度，对于其他活动，只追究没有履行适当注意义务的责任。上述这些立场的总结，见Boyle, “Nuclear energy ...”，第291-294页和脚注246。另见下文脚注55。

第一章

国际法委员会和国际责任

5. 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，于1978年列入委员会议程。⁹这是必然的结果，因为委员会的结论是：“[它]充分认识到，不仅关于对国际不法行为的责任问题很重要，

⁹ 在这之前，联合国大会1973年11月30日第3071（XXVIII）号决议中指出，最好是研究未作不法行为处理的行为所产生的损害性后果（第3(c)段）。这是由于委员会1970年决定把国家责任专题的研究限制在违背国际义务所产生的责任，因此只涉及国家不法行为的产生和后果（《1970年……年鉴》[英]，第二卷，A/8010/Rev.1号文件，第307-308页，第74段）。

而且关于有义务赔偿由于某些合法活动，尤其是由于其性质可能会引起某些危险者……所产生的任何损害性后果的问题也很重要……无法将后一类问题与前一类问题合并处理。”¹⁰国家责任问题特别报告员罗伯托·阿戈先生说明后一类问题的法律根据来自“危险责任”。¹¹

¹⁰ 《1977年……年鉴》[英]，第二卷（第二部分），第6页，第17段。

¹¹ 《1970年……年鉴》[英]，第二卷，关于国家责任的第二次报告，A/CN.4/233号文件，第178页，第6段。

A. 特别报告员昆廷－巴戈斯特先生和巴尔沃萨先生的工作

1. 昆廷－巴戈斯特先生的办法： 共同期望和协商制度

6. 罗伯托·昆廷－巴戈斯特先生1978年被任命为研究国际责任专题的第一任特别报告员。¹²他认为，国际责任条款草案的主要目的是要“促进建立各种制度，不用诉诸禁止，就能管制任何被认为构成实际或潜在重大危险并引起越界影响的特定活动”。¹³依他看来，赔偿责任一词的含义是“一种负资产，是与权利成对比的义务”，因此它不但是指一种义务的后果，而且也是指义务本身，它与责任一样，也包括其后果在内。¹⁴这项专题，如此看来，就是处理国家的主要责任，同时考虑到“合法利益和多重因素”的存在与调和。¹⁵而且，还可以认为，此项工作不仅要制订预防原则，作为适当合理注意责任的一部分，而且要规定充分可接受的赔偿制度，以反映公平原则的适用。他表示整个计划是一种“共同期望”的计划，¹⁶国家有“无限的选择”。¹⁷

7. 昆廷－巴戈斯特先生提出了五份报告。这段期间内他把自己有关本专题的概念扩展成纲要。¹⁸据他讲，纲要的主要目的是“反映并鼓励各国越来越

多地预先对这些问题加以管制的做法，以使用适合具体情况需要的明确的禁止规则——如果适当的话，包括明确的严格赔偿责任规则¹⁹——取代本专题中处理的一般义务”。²⁰

8. 为使多方面攸关利益达成平衡，他建议“来源国”和“受影响国”之间的三阶段程序。第一，受影响国有权获得所有相关的现成资料。第二，受影响国“可提议行为国进行真相调查”。²¹最后则是请有关国家以谈判方式消除彼此的分歧。至于这些程序步骤所涉法律问题，昆廷－巴戈斯特先生认为，“没有采取上述规则所要求的任何步骤……本身并不引起任何行动的权利”。²²此外，关于赔偿的问题，他建议在均衡各方利益的一系列因素的基础上以谈判方式解决。据他看，如果没有达成任何协议，来源国有责任向受影响国按照彼此共同期望提供赔偿。

9. 大会对纲要的评价多数是正面的，但也指出纲要应予加强，以进一步保证纲要所设想的各项义务能够得到履行。也有人表示应分别对待预防问题和责任问题，另有人对这项专题本身的价值或可行性表示怀疑。²³

2. 巴尔沃萨先生对赔偿责任的处理

(a) 程序性义务的地位和价值

10. 胡利奥·巴尔沃萨先生于1985年被任命为特别报告员，他遵循了昆廷－巴克斯特先生拟订的基本方向。他提交了12份报告，在这些报告中对本专题作了详述，增列了关于范围、预防义务和通知的

¹² 《1978年……年鉴》[英]，第二卷（第二部分），第150页，第178段。

¹³ 《1980年……年鉴》[英]，第二卷（第一部分），A/CN.4/334和Add.1和2号文件，第250页，第9段。

¹⁴ 同上，第12段。

¹⁵ 同上，第258页，第38段。

¹⁶ “共同期望”是指“(a)有关国家之间通信或其他交流中表示的期望，或在无明确表示情况下，(b)有关国家通常遵守的或它们在所属的区域或其他集团或国际社会通常遵守的共同立法标准、其他标准或行为标准所暗示的期望”（《1983年……年鉴》[英]，第二卷（第一部分），A/CN.4/373号文件，附件：纲要，第224页，第4节，第4段）。关于“共同期望”的性质，Baroza先生解释说，它们“在一定程度上可以产生权利。这一点属于诚信、不容反悔或在某些法律制度下称为‘自身行为’原则的范围”（《1986年……年鉴》[英]，第二卷（第一部分），A/CN.4/402号文件，第150页，第22段）。

¹⁷ 《1980年……年鉴》[英]（见上文脚注13），第261页，第48段。

¹⁸ 纲要的案文，见他的第三次报告，《1982年……年鉴》[英]，第二卷（第一部分），A/CN.4/360号文件，第62页，第53段。

¹⁹ 关于严格赔偿责任办法，昆廷－巴戈斯特先生指出，“到了最后，当错过了建立制度的所有机会时，或是换言之，出现了没有人预见到的损失或伤害时，就严格赔偿责任的性质而言，存在一项弥补所造成的损失的承诺”（同上，第60页，第41段）。但是他认为有必要修订严格赔偿责任的严厉规定，使人更加能够接受（见他的第二次报告，《1981年……年鉴》[英]，第二卷（第一部分），A/CN.4/346和Add.1和2号文件，第123页，第92段）。

²⁰ 第四次报告，《1983年……年鉴》[英]（见上文脚注16），第216页，第50段。

²¹ 同上，第224页，纲要，第2节，第4段。

²² 同上，第8段。

²³ 同上，第204页，第10段。

条款。²⁴ 上文已经指出，昆廷－巴克斯特先生的纲要的缺陷之一是它未载列保障纲要执行的要素。²⁵ 巴尔沃萨认为，不履行或遵循预防的程序性要求可能对行为国或来源国带来某些不利的程序性后果。他提及纲要第5节第4段，²⁶ 指出，它使受影响国可自由援用事实推论和旁证以确定所涉活动是否已经或可能造成损失或伤害。此外，应有注意这项义务要求来源国不但有义务对造成的任何伤害给予赔偿，而且应不断监测所涉活动。总之，巴尔沃萨先生提出的履行预防程序性义务的办法也在很大程度上取决于赔偿和责任，而这些只是在已造成伤害后才出现的问题。按照这一办法，在那种情况下，不遵循预防的程序性要求，将给来源国带来加重的法律和实质后果。²⁷

(b) 协议的责任制度：一项重要的备选方案

11. 而且在赔偿责任问题上，巴尔沃萨先生与昆廷－巴克斯特先生一样，也以谈判作为解决有关国家间补偿事项的手段。²⁸ 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1996年条款草案第22条列出了一系列因素，有关国家在达成协议时可据此平衡各自的权益。²⁹ 但谈判商议补偿的办法并不一定比诉诸法院的办法更为可取，第20条也提到了后一种解决办法。第21条的评注设想了在哪些情况下诉诸国家法院可能没必要（如果公共和私人的索赔重叠），有困难（原因包括法律冲突问题、因距离遥远而无法利用可利用的诉讼地，缺乏有关适用法律的知识和费用问题）或无效（如果就所涉损害而言，即便是对公民也不规定补救办法）；果

真如此，谈判就是唯一可行或事实上也可能更合适的办法。³⁰

(c) 谈判的相关因素

12. 第22条所列各项因素并非穷尽无遗，仅指导当事方在适当考虑所有相关因素后达成公平和平等的解决办法。有人指出，具体列出一些因素，但没有一个第三方去消除相关国家之间可能出现的分歧，这可能对两国中的弱势一方不利，可能有损法律的确定性。³¹ 但作为某种程度的指导，³² 有人指出，全然不关心和照顾其他国家的安全和利益，将增加来源国的赔偿责任和应付补偿。如果来源国事先知道这项活动对其他国家构成的危险，了解预防或减缓危险的手段，便更是如此。反之，如果该国履行了应有注意的义务，采取了一切预防措施，则可减轻其赔偿责任和补偿。同样，如果伤害不可避免或不可预见，则也可减轻赔偿责任和补偿。如果来源国在伤害发生后积极合作，参与采取一切可能的因应和补救措施，它也应得到应有的认可。同样，在商定补偿程度时也可能考虑这些因素：受影响国家在这一活动中的利益份额；其自身的减轻损害影响的能力；它是否及时采取了必要的因应措施。受影响国家的管辖权对所涉活动的关照标准和补偿程度的规定，这也可以是确定赔偿责任和计算补偿时予以考虑的相关因素。

(d) 补偿：并非充分和全部

13. 谈判商定的赔偿或补偿应力求公平解决，考虑到“受害者不应承担全部损失的原则”。³³ 也就是说，它并不一定是充分和全部的补偿。

²⁴ 见《1996年……年鉴》，第二卷（第二部分），第80页，脚注221-222。关于范围、预防要求和通知，巴尔沃萨先生确定了至少六项要素：事先获准；风险评估；提供信息和通知；协商；单方面预防措施；应有注意的标准。概要见彭马拉朱·弗雷尼瓦萨·拉奥提交的关于防止危险活动的越界损害的第一次报告，《1998年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/487和Add.1号文件，第204-205页，第55段。

²⁵ 关于这一点的分析，见Tomuschat，“国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任：国际法委员会的工作”，第50页。

²⁶ 《1983年……年鉴》[英]（见上文脚注16），第224-225页。

²⁷ 见《1998年……年鉴》（见上文脚注24），第203页，第52-53段。

²⁸ 见Tomuschat，如上，第51页。

²⁹ 《1996年……年鉴》（见上文脚注24），附件一，第106页。

³⁰ 同上，第34页，第21条评注第（1）段。顺便提及，这些考虑也是相关国家未在切尔诺贝利事故案中提出索赔的部分原因。见Boyle，“Nuclear energy...”，第296页。

³¹ 见Tomuschat，如上，第50页；Boyle，“编纂国际环境法与国际法委员会：重新认识损害性后果”，第78页。

³² 《1996年……年鉴》（见上文脚注24），附件一，第135页，第22条的评注。

³³ 同上，第133页，第21条。另见巴尔沃萨先生的第二次报告。他在报告中指出，“因此，谈判看来可达成赔偿解决办法，赔偿额则因伤害的性质、所涉活动的性质及采取的预防措施等因素而可能不同。可以想象，当事方可能商定，不应给予赔偿，因为在所涉的特殊情况下给予赔偿是不合适的”（《1986年……年鉴》[英]，第二卷（第一部分），A/CN.4/402号文件，第149页，第20段。

14. 委员会工作组1996年条款草案第5条赞同这项政策,指出,“按照本条款”,赔偿责任来源于第1条中所指活动造成的并应给予补偿或补救的重大跨界损害。³⁴

B. 国际责任制度:未决的问题

15. 迄今已指出并纳入1996年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提案的大多数问题,一般都可接受。但这个问题至少有四个重要方面存在着不同的看法。这四个方面是:(a) 国家赔偿责任,(b) 活动范围,(c) 保险的损害阈限,以及(d) 预防与赔偿责任之间的关系。

1. 国家赔偿责任:着重点错置

16. 委员会以国家赔偿责任作为处理赔偿责任和补偿问题的工具,这有几个原因。第一,上文已经指出,这整个问题是作为委员会关于国家责任的工作延伸而在委员会内审议。第二,有人认为,使用自己财产时不得损害别人财产原则为将国家赔偿责任发展成为一项原则提供了充分依据。第三,还有人认为,这样一种办法将更好地为无辜受害者的利益服务,这些受害者无法或不可能通过遥远、有时是不了解的来源国管辖寻求必要的救济和补救。第四,有人认为,出于政策原因,应鼓励国家更严肃认真地对待使用自己财产时不得损害别人财产的义务。巴尔沃萨先生指出,他认为已有足够的条约和其他形式的国家实践为这项专题提供适当的概念性依据。他同意委员会一些委员的看法,即“使用自己财产时不得损害别人财产”的原则为研究这项专题提供了足够的概念性依据。³⁵ 他并指出,虽说不否认现有私法补救办法对处理跨界损害的用处,但这些办法不能保证无辜受害者得到及时有效的赔偿,这些受害者在遭受了严重损害之后,还不得不在其他国家的法庭上起诉外国实体。此外,私法补救办法本身并不能鼓励一国对在其领土内开展的可能造成跨界损害的活动采取预防措施。³⁶

17. 有人批评将国家对合法活动即不受禁止的活动造成的损害性后果的责任与国家对不法活动的责任区别开来的做法,认为这是有瑕疵、误导和混淆不清的。³⁷ 有人指出,这样一种区分可能给人这样的印象,即国际法中有合法和不合法的活动,有禁止和不加禁止的活动,但事实上,很少有什么活动是国际法禁止的。法律强调的总是禁止行为或活动产生哪些后果。而且,有人认为,就跨界损害的责任和补偿法的逐渐发展而言,这样一种整体区分是不必要的、无益的。还有人指出,除可能发展的其他规范外,国家责任仍可为国家对极端危险作业所产生的后果的赔偿责任问题提供依据。³⁸

18. 有人认为,在没有既定、以科学为依据的国际标准确定不同领域的跨界不利影响的情况下,拟订一般原则可能会助长争端,而缺乏此类标准则有碍争端的解决。有人担心,这样做等于是对不禁止的活动承担绝对责任,而这对各国来说是不可接受的。³⁹ 针对这些关切问题,巴尔沃萨先生决定提出一项新办法,将民事责任与国家赔偿责任结合在一起。⁴⁰ 他解释道,为了“缓解一种既严酷又缺乏先例的情况”,⁴¹ 他提议将民事责任确定为首要渠道,补

³⁷ 见Brownlie,《国际法体系:国家责任》,第50页;Boyle,“国家责任与国际法不加禁止的行为产生的损害性后果的国际责任:一个必要的区分?”;Akehurs,“国际法不加禁止的行为产生的损害性后果的国际责任”。较有利的观点,见Magraw,“跨界损害:国际法委员会对‘国际赔偿责任’的研究”。其他一些观点认为,为了研究责任这项专题,应区分两者。关于这一问题的讨论及其他引述,见彭马拉朱·斯雷尼瓦萨·拉奥先生的第三次报告,《2000年……年鉴》,第二卷(第一部分),A/CN.4/510号文件。

³⁸ 关于这一问题的讨论,见《2000年……年鉴》(上文脚注37),A/CN.4/510号文件,第137页,第27-30段。

³⁹ 《1987年……年鉴》[英](见上文脚注35),第42页,第138-139段。Tomschat在以下论述中提出了同一问题:

“有观点认为,这一整体办法……不宜于产生积极结果。首先,难以设定国家可能愿意对在其领土内或在其控制领土内进行的任何种类活动给另一国造成的任何实质损害承担责任。国家如作出这样的承诺,便将承担不可控制的风险……一个有着不可预见的后果并涉及严重的经济问题的法律制度(的逐渐发展是国家不能接受的,因此)是另一回事。任何一个负责任的政府都不可能对这样一个风险作出承诺。”

(Tomschat,如上,第55页)

⁴⁰ 《1990年……年鉴》,第二卷(第一部分),巴尔沃萨先生的第六次报告,A/CN.4/428和Add.1号文件。

⁴¹ 《1991年……年鉴》,第二卷(第一部分),巴尔沃萨先生的第七次报告,A/CN.4/437号文件,第97页,第48段。

³⁴ 《1996年……年鉴》(见上文脚注24),附件一,第115页。

³⁵ 《1987年……年鉴》[英],第二卷(第二部分),第42-43页,第143段。

³⁶ 同上,第48页,第181段。

充以国家赔偿责任，或在无法确定或找到应负责任的私人当事方时由国家赔偿责任取代民事责任。⁴² 委员会一些委员对优先考虑民事责任和由国家承担剩余赔偿责任的新提案作出积极反应。然而，对于在何种条件下援用此类剩余赔偿责任则意见不一。⁴³

19. 不妨指出的是，委员会对国家赔偿责任原则的处理办法是以国家对在危险活动所处领土内的责任为重点。巴尔沃萨先生在其第四和第五次报告中提出的第3条中的“控制”概念和“知情和手段”的检验并不影响上述重点。⁴⁴ 在委员会内及在一些学术圈内，有观点认为这样一个重点过于局限，对发展中国家的利益和特殊情况而言是不公正的。有人关切的是，多国企业没有任何义务需向发展中国家通报危险技术的出口所涉的一切风险。这些企业也没有义务以在其本国适用的相同安全标准和问责制度为发展中国家管理这些业务。而且，发展中国家既不了解所涉风险，又资源有限，没有能力监测多

国企业在自己领土内的危险作业。有人认为，在此情况下或可由多国企业的国籍国承担义务，确保按国际标准向发展中国家出口危险技术。另外，还有人强调，国籍国还应分担造成跨界损害的任何事故带来的损失的一部分。⁴⁵ 但在委员会辩论中，该议题的这一方面并未引起多少反响，1996年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也没有触及这一方面。⁴⁶

2. 严格赔偿责任或绝对赔偿责任：建立一个国际制度的必要法律基础？

20. 昆廷-巴克斯特先生方法只是将严格赔偿责任作为一种备选方法或一种可能性看待，但实际上将重点放在起源国与受影响国之间为了对各种利益和权益进行平衡，以便就赔偿责任和补偿达成解决办法而进行的谈判上。⁴⁷ 巴尔沃萨先生初步探讨了更加充分地制定严格赔偿责任方法的可能性，但最终还是主张通过采取国内立法行动来解决那些问题以及可能根据经营者和其他人的民事责任提出的索偿要求。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认可了这一方法，并在1996年指出，它建议的关于补偿和补救的条款“并不遵循通常所理解的那种‘严格’赔偿责任或‘绝对’赔偿责任的原则”。⁴⁸ 工作组补充说，

⁴⁵ 在委员会辩论中，史先生的观点（关于发展中国家面临的困难）以及拉奥先生和帕夫拉克先生的观点（关于有必要发展多国企业赔偿责任），见《1991年……年鉴》，第一卷，第2225次会议，第123页，第29段；第124页，第37-38段和第2226次会议，第128-129页，第5段。另见 Francioni, “Exporting environmental hazard through multinational enterprises: can the State of origin be held responsible?”。

⁴⁶ 工作组的报告，见《1996年……年鉴》（上文脚注29）。

⁴⁷ 巴尔沃萨先生对此做了很好的解释。他指出：

“关于‘严格’赔偿责任，以前的报告作出了巨大努力，先是要……尽量减少其影响，后来是仅将其视为若干因素之一；这些因素是在没有条约制度情况下出现伤害时进行赔偿的法律依据。……第二个组成部分可能来自于共同期望的‘准合同性质’……前一位特别报告员在其第三份报告中申明：

“到了最后，当放弃建立制度的所有机会时，或者换言之，出现了一种没有人预见到的损失或伤害时，严格赔偿责任依其性质，有一个弥补所造成的损失的承诺……”。

（《1986年……年鉴》[英]（上文脚注33），第155页，第46-47段）

⁴⁸ 见《1996年……年鉴》（上文脚注29），第132页，第三章（补偿或其他补救办法）总评注第（1）段。

⁴² 同上，第98页，第50段。

⁴³ 1991年委员会第四十三届会议特别讨论了严格的国家赔偿责任问题。见《1991年……年鉴》，第一卷，第2222-2228次会议的简要记录。就此议题发言的一些委员，对国际法是否接受这样一项义务表示怀疑。他们也怀疑国家是否愿意接受这样一项义务，即便是作为逐渐发展国际法的一项措施。大多数委员赞同由行为者承担主要的民事责任，国家在一定条件下（在条件问题上没有共同立场）承担剩余责任。见以下各位先生的意见：雅科维德斯（同上，第2222次会议，第6段）；马希乌（同上，第18段）；弗朗西斯（同上，第2223次会议，第10段）；卡莱罗-罗德里格斯（同上，第25段）；佩莱（同上，第41段）；本努纳（同上，第2224次会议，第5段）；托穆沙特（同上，第12段）；恩詹加（同上，第26段）；格雷夫拉特（同上，第31段）；小木曾（同上，第2225次会议，第15段）；史（同上，第27段）；拉奥（同上，第32-34段）；帕夫拉克（同上，第2226次会议，第4段）和麦卡弗里（同上，第2227次会议，第7段）。阿兰焦-鲁伊斯先生将危害分为三类：危险活动，行为者只是在未尽应有注意的义务的情况下才承担责任；特大危险性活动，行为者承担严格责任；无法确定导致受害者的情况（同上，第14-17段）；巴尔谢戈夫先生倾向于由行为者承担民事责任，让国家赔偿责任归入为国家责任（同上，第2226次会议，第40段）；哈索内先生对此问题没有坚定意见（同上，第21段）；海斯先生希望由国家作出选择（同上，第2225次会议，第64段）；锡亚姆先生不反对国家承担剩余责任（同上，第50段）；科罗马先生倾向于国家责任（同上，第2222次会议，第31段）。巴尔沃萨先生总结指出，委员会几乎是同意民事责任为第一位责任，国家赔偿责任为剩余责任（同上，第2228次会议，第25段）。

⁴⁴ 例如见巴尔沃萨先生在其第四次报告（《1988年……年鉴》[英]，第二卷（第一部分），第251页，A/CN.4/413号文件）和第五次报告（《1989年……年鉴》，第二卷（第一部分），第329页，A/CN.4/423号文件）中提出的第1和第3条。到提交第十二次报告（《1996年……年鉴》，第二卷（第一部分），第29页，A/CN.4/475和Add.1号文件）时，第3条的这两个版本均放在方括号内了。

如同在国内法中的情况一样，公正和公平原则以及其他社会政策表明，由于别人的活动而受害的人应该得到补偿……因此，第三章规定了受害方可借以寻求补救的两个程序：在起源国的法院进行索赔，或由起源国与一个或多个受害国进行谈判。当然，这两个程序不妨碍当事国可能议定的任何其他安排，也不妨碍损害发生地国的法院正当行使管辖权。后者的管辖权按照适用的国际私法原则可能存在：如果存在，则不受本条款的影响。⁴⁹

21. 1996年这种将赔偿责任和补偿问题与侵权行为或民事不法行为以及国际私法等领域分开的方法有其优点。这一方法尝试把有关各国招集在一起，有助于早日解决补救和补偿无辜受害者的事项，而不必就管辖权方面的冲突、适用的法律、所涉不同行动者之间责任份额的确定以及所做裁决的最后认定和强制执行等问题进行漫长的法院诉讼程序。该方法的另一个优点是，它没有根据其他可适用的理由来抢先采取法律行动。

22. 不愿将国家赔偿责任与严格赔偿责任捆绑在一起的做法也可以理解。这主要是因为以下评估意见，即在各国间的国际实践中，对于各国在国内管辖范围内根据主权权利而从事被认为合法的活动而言，不能接受这种形式的赔偿责任。关于严格或绝对赔偿责任，1996年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工作组指出：

作为普遍适用问题，对在一国领土内或在其管辖或控制下合法进行的活动所包括的所有的和任何的损失实施严格的责任规则，如果不是无法维持，也是难以办到的。当然，某一条约可能包含这项规则，但是它不一定表明一般国际法规则与该项条约之间的分歧。⁵⁰

23. 工作组进一步指出，严格赔偿责任或绝对赔偿责任的概念

是人们熟悉的，在许多国家的国内法中发展起来，也涉及国际法中的若干活动……但在第1条所涵盖的许多活动方面，尚未在国际法中得到充分发展。⁵¹

⁴⁹ 同上，第132页。

⁵⁰ 同上，第116页，第5条评注第(3)段。该段将采用严格或绝对赔偿责任的一些国际条约和其他国家实践作为补偿的法律基础。

⁵¹ 同上，第132页，第三章总评注第(1)段。工作组在得出这一结论过程中，利用了由秘书处编制的与“国际法不加

24. 此外，在有些事件中，国家不承认任何赔偿责任，但却向重大跨界损害的受害者支付赔偿。工作组对这些事件进行调查之后得出结论认为，“要求补偿的趋势是重实效的，而不是以连贯的赔偿责任学说作为理论根据”。⁵²

25. 一些评注者同意1996年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工作组的意见。托穆沙特认为，条约设立一个严格或客观赔偿责任一般制度的目的仅仅是为了处理极端危险的活动。博伊尔指出，“将严格赔偿责任作为一项国际法原则的难处在于，尽管一些评注者坚持认为这是一项适用于极端危险活动的一般法律原则，⁵³ 但没有什么连贯的证据表明国家实践支持这一看法”。⁵⁴ 另外，据他看来：

明确偏好条约的提法（如1982年《海洋法公约》），最多只是在出现违反从勤勉控制环境损害来源的角度界定的国际义务情况下，要求承担责任。⁵⁵

国家对损害承担直接和绝对责任的例子，如《空间物体赔偿责任公约》，仍然极为罕见。各国反而不强调自己对污染损害承担的责任。的确，许多现代管制条约，如1979年《远距离越境空气污染日内瓦公约》，或者完全忽略这一问题，或者将这一问题留下，等待进一步的事态发展。⁵⁶

禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任”这一主题有关的赔偿责任制度调查”，《1995年……年鉴》，第二卷（第一部分），第61页，A/CN.4/471号文件。

⁵² 《1996年……年鉴》（上文脚注29），第120页，第5条评注第(32)段。

⁵³ 见 Jenks, “国际法上极端危险活动的赔偿责任”；Smith, 《国家责任与海洋环境：决策规则》，第127-128页。

⁵⁴ “Making the polluter pay? Alternatives to State responsibility in the allocation of transboundary environmental costs”. 国家在发生核损害时的索偿要求，见 Boyle, “Nuclear energy …”. 关于切尔诺贝利事故，见 Sands, Chernobyl-Law and Communication: Transboundary Nuclear Air Pollution-The Legal Materials, 第26-27页；Boyle, “Chernobyl and the development of international environmental law”。

⁵⁵ 援引的例子是1979年《远距离越境空气污染公约》，第2条；《防止倾倒废物及其他物质污染海洋的公约》，第二条和第四条；《防止陆源物质污染海洋公约》，第1条；《保护臭氧层维也纳公约》，第2条；以及《联合国海洋法公约》，第194条和第207-212条。

⁵⁶ Boyle, “Making the polluter pay? …”, 第365-366页。

3. 所涉活动的范围

26. 至于活动的范围，有两个问题：一个是所涉活动的种类，另一个涉及界定跨界因素的标准。昆廷-巴克斯特先生设想活动范围将包括各种“活动和情况”，其中包括可能产生巨大累积效应的隐形空气污染等危险。⁵⁷ 巴尔沃萨先生接受这一覆盖面很广的范围，但认为在“各种活动”之外再提到“各种情形”⁵⁸ 没有用处。在是否宜在一个清单中明确开列条款草案所涉活动的问题上也有问题。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工作组1995年对此事进行了审议，⁵⁹ 并建议，为了进行研究，当时不需要一份清单，并提出处理跨界问题的一些公约提到的活动应视为是相关的。⁶⁰ 1996年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工作组接受了这项建议，进一步界定了对活动的范围必不可少的风险概念，并重申，委员会在1994年临时通过的定义指的是那些“造成灾难性损害的可能性较小而造成其他重大损害的可能性较大”的活动（第2条（a）项）。⁶¹

27. 然而为了划定广阔范围的界限，两位特别报告员都依赖三项界定“跨界损害”含义的标准。有

⁵⁷ 提到了下列内容：

“跨越或构成一条国际边界的河流的使用和管理以及避免洪水和结冰造成的损害；边境地区土地的使用；火灾或任何爆炸力量，或者人类、牲畜或植物疾病跨越国家边界的扩散；可能会引起跨界淡水、沿海水域或国家领空污染，或者引起共同的人类环境，其中包括海洋和外层空间的污染的活动；核能的开发和利用，其中包括核设施与核船只的运营以及核材料的运输；改变天气的活动；飞机和空间物体在领空或外层空间的飞越，可能会给地球表面造成意外损害；实际影响到其他国家拥有权利或利益的共同地区或自然资源的活动”。

（《1983年……年鉴》[英]（见上文脚注16），第202页，脚注8）。

⁵⁸ “各种情形”的定义是，“起源国领土或控制范围之内，的确或可能会引起具有跨界影响的实际后果的事态”，所举例子包括：正在接近的浮油、洪水或流冰造成的危险；或者火灾、虫灾或疾病爆发造成的危险（第五次报告，《1984年……年鉴》[英]，第二卷（第一部分），A/CN.4/383和Add.1号文件，第166-167页，第31-32段）。

⁵⁹ 《1995年……年鉴》，第二卷（第二部分），第100-101页，第408段。

⁶⁰ 这些公约是《越境环境影响评估公约》《工业事故越境影响公约》和《关于危害环境的活动造成损害的民事责任公约》。

⁶¹ 《1996年……年鉴》（见上文脚注24），第101页。

关活动必须是在起源国的领土、控制或管辖范围内发生。它们必须有造成重大跨界损害的危险。最后，这类损害必须是由这类活动的“实际后果”（第1条）造成的，或者必须能够由明显的直接实际效应以及有关活动与所受到的损害或伤害之间的因果关系加以确定。例如，这种界定将从条款范围之中排除不属于任何国家管辖的全球公域受到的伤害；或不属于任何国家管辖的环境受到的损害；或不是由某一个来源所造成的空气污染和蔓延性污染；以及一国对另一国采取的政策和决定所造成的经济后果。

28. 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工作组于1996年再次审议了这些事项，但不愿扩大范围，而是核准了上述用于划定范围的标准。一位评注者认为，这种有节制的做法是必要的，只有这样才能使委员会就这一艰难问题开展的工作为大多数国家所接受。⁶² 另外一种意见哀叹跨界损害责任的工作缺乏进展，似乎赞同对条款草案范围的划定要更重实效，建议“颁布一个大幅度增进各国利益的国际赔偿责任制度，使各国牺牲一些主权权利来参加这一制度”。⁶³

4. 损害阈值：作为必要标准的重大损害

29. 就所涉损害阈值而言，问题在于确定一个公认为无法接受、因而应有包括适当补偿在内的补救行动的损害程度。对于昆廷-巴克斯特先生来说，并非每个跨界损害都是非法的。因此，他提到将损失或伤害的“严重程度”作为一项因素，纳入他提出的权衡评定（纲要第6节，第2段）。⁶⁴ 巴尔沃萨先生表示赞同，但认为风险概念是相对的，可以因若干因素而异。他认为，这一事项最好由各国在谈判拟定一个适用于有造成跨界损害风险的具体活动的制度时加以解决。⁶⁵

⁶² Magraw, 如上，第332页。他在第322页指出，“关键是界定该问题范围的方式要非常适中，以便不招致不遵守情况”。

⁶³ 《哈佛法律评论》编辑的评论意见，“国际环境法的发展趋势”，转载于Guruswamy、Palmer和Weston,《国际环境法与世界公共秩序：注重解决问题的泛读材料》，第332页。

⁶⁴ 《1982年……年鉴》[英]（见上文脚注18），第64页。

⁶⁵ 见《1987……年鉴》[英]（见上文脚注35），第40-41页，第127段。

30. 由于委员会各委员以及各国之间一直存在意见分歧，因此需要进一步审查此事。1996年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工作组认为：

应该从……所考察的相当多样的实践中归纳出一项原则（尽管在一些情况下属于拟议法）：第1条提及的活动造成重大*跨界伤害应有人承担责任，就算活动本身是国际法不加禁止的行为——因而不受停止义务或恢复原状义务的限制。⁶⁶

31. 经过澄清，该词指的是那些不能免责或不能忽略之事，但是超过“可察觉”和“相当大”，不一定达到“严重”或“可观”的程度。此外，损害必须对一些方面产生实际有害影响，如其他国家中人的健康、工业、财产、环境或农业。这些影响能以实际和客观的标准衡量。⁶⁷

32. 尽管1996年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工作组的上述建议及其主要目标可以看作是一个积极贡献，⁶⁸但在1996年

却不能获得委员会的赞同，一方面是缺乏时间，但更重要的是，在是否注重国家赔偿责任以及如何将预防作为赔偿责任制度的一部分加以处理等其他问题上，缺乏一致意见。

5. 预防与赔偿责任：互有区别但互相关联的概念

33. 关于预防与赔偿责任之间的联系，1997年委员会成立的一个工作组审查了1978年以来关于这项专题的工作。工作组认为，“由于概念和理论上的难度、标题的恰切程度和这个专题与‘国家责任’的关系等因素，这个专题的范围和内容仍然不明确”。⁶⁹工作组还认为，预防和赔偿责任“虽然相互关联，却互有区别。”⁷⁰工作组建议分别对这两项专题进行研究。关于赔偿责任问题的研究，工作组认为，可等待各国进一步发表意见。不过，专题的标题需要“视条款草案的范围和内容”加以调整。⁷¹

34. 1997年，委员会核可了这些建议，任命了一名新的特别报告员，负责预防危险活动的跨界损害这一分专题。⁷²

35. 1998年，根据特别报告员的提议，⁷³在进一步审议预防制度后，委员会确定了条款草案的范围，其中包括属于条款草案范围内的损害阈值问题。首先，条款将只涉及构成跨界损害风险的活动。第二，应预防出现重大损害的风险。第三，伤害必须是跨界损害，并产生实际后果。因此，条款草案将不涉及蔓延性污染、多种来源的污染和对全球公域的损害。第四，所通过的损害定义将涉及对人身或财产的损害，或对受害国管辖和控制内环境的损害。可以即刻指出，没有列入范围的活动或其

⁶⁶ 《1996年……年鉴》（见上文脚注24），第120页，第5条评注第(32)段。引起赔偿责任的活动不一定受停止义务或恢复原状义务的限制，这一结论“在无法合理避免损害的情况下非常重要，因为不然的话，此类活动就不得不予以停止”（Boyle, “Codification of international environmental law...”, 第77页）。同时认为，工作组不需要通过区分有关活动是“不加禁止”或“加以禁止”的来得出这一结论。还指出，即使根据国家责任，如果引起国家责任的是活动的非法后果，也不要要求停止活动本身。特雷耳冶炼厂案（《国际仲裁裁决汇编》，第三卷（出售品编号：1949.V.2），第1905页）就是这种情况（Boyle，如上，第77-78页）。

⁶⁷ 《1996年……年鉴》（见上文脚注24），第112页，第2条评注第(4)段和第(5)段。Sands指出，“国家实践、各国际法庭的裁决以及法学家的著作表明，就承担赔偿责任而言，环境损害必须是‘重大’或‘可观’的（或者也可以用‘相当大’一词，表明要略为低一些的负有义务的阈值）”（《国际环境法原则：框架、标准与实施》，第635页）。他在提到国际法院院长汉弗莱·沃尔多克爵士和澳大利亚之间在核试验案（核试验案（澳大利亚诉法国），判决，《1974年国际法院汇编》，第253页；核试验案（新西兰诉法国），同上，第457页）中的意见交流时指出（如上，第246页），虽然为了社区利益而开展的活动造成的微小伤害或损害不会引起赔偿责任，但这类活动所造成的重大伤害或损害会引起赔偿责任。

⁶⁸ 一种意见认为，委员会建议的主要目标是保证国际社会认可以下提议，即：

“各国拥有主权权利在自己的领土内开展各种活动，即使这类活动对其他国家造成了无法避免的损害（但根据协议或其他某一法律准则不得进行的少数几种活动不在此列），只要它们对造成的损害支付公平的补偿即可。如果委员会能够争取国际社会支持这一提议，这一提议就会取得重大进展，并将为更广泛地平衡整个条款

力求在跨界关系中确立的利益，提供一项有益的灵活因素。”

（Boyle, “Codification of international environmental law...”, 第78页）

⁶⁹ 《1997年……年鉴》，第二卷（第二部分），第60页，第165段。1997年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工作组的报告，见第165-167段（同上）。

⁷⁰ 同上。

⁷¹ 同上，第167段。

⁷² 同上，第168段。

⁷³ 《1998年……年鉴》（见上文脚注24），第213-214页，第111-113段。

他类型的损害也同样重要，但因它们涉及一系列不同的考虑，所以最好是由大会下达的新任务来加以研究。

36. 对委员会有关预防问题的提案，大会的反应是积极的。大会相当多的会员国仍然坚持认为，赔偿责任问题是规定研究这项专题的主要理由，而且在预防条款草案完成后，也应毫不拖延地完成这项研究。2001年，委员会完成预防条款草案二读时，又重申了这一要求。当时，大会注意到预防条款草案，促请委员会迅速着手研究赔偿责任问题，同时铭记预防与赔偿责任之间的相互关系，考虑到国际法的发展情况和各国政府的意见。⁷⁴

6. 关于赔偿责任的进一步工作： 着重损失分配的模式

37. 2002年委员会第五十四届会议上，成立了一个工作组，审议研究赔偿责任专题的可采用方式。工作组建议委员会：⁷⁵

(a) 重点研究因各种原因造成的但并未涉及国家责任的损害；

(b) 最好将这项专题视为是在参与危险活动操作的不同参加者（例如，活动的授权者、管理者或受益者）之间分配损失；

(c) 把专题范围限于委员会2001年通过的预防制度涵盖的相同活动；⁷⁶

(d) 在专题范围内涵盖人身、财产——包括国家世袭财产和自然遗产等因素——的损失，以及国家管辖范围内环境的损失。

38. 注重损失的分配，而不是建立国际赔偿责任制度，符合关于这项专题的新思维；这一思维注重促进一种更公平、更快捷地补偿跨界损害受害者的做法。鉴于诉诸传统侵权行为法或民事责任制具有困难和局限性，1996年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工作组启用了一项更灵活的办法，不再把私法补救办法，或是严格或绝对赔偿责任作为拟议补偿办法的依据。法律和政策专家关于跨界损害的考虑有一段时间还侧重于拟定妥当的损失分配办法，以便把损失分配得更公平，促进迅速充分地昭雪受害者的冤情。

39. 还有人建议委员会审查启用所造成损失分配制度所需的阈值。这方面有两种观点可以注意。一种观点主张保留“重大损害”，以此作为启动点。另一种观点赞成采用一个比启用预防制度更高的阈值。与其相反的是，还有人建议在处理赔偿责任，因而也在处理索赔时，应该有一个低于“重大损害”的阈值。⁷⁷如同预防一样，就赔偿责任而言，大致上也强调需要有一个损害阈值来开始提出索赔要求。如果特雷耳炼锌厂案⁷⁸和拉诺湖案⁷⁹有任何指导意义，那么，可以予以赔偿的条件显然是“相当大”或“严重”或“重大”或“可观”等损害阈值，而不是可忽略、或免责的损害。在审查委员会内对这一事项的审议的基础上，显然，有关条款草案范围、确定损害阈值以及损害定义的辩论没有区分预防与赔偿责任和补偿之间的不同。因此，不重新开启这一辩论，并认可委员会早先做出的将“重大损害”定为要履行补偿义务的阈值的决定，似乎是合理的。

40. 2002年工作组提出了损害的定义也可以把国家世袭财产和国家遗产作为财产损失一部分的建议。这一建议值得支持。委员会审议的损害或伤害定义只是指人身、财产和国家管辖内环境的损失。当时，对于如何用最好的办法涵盖国家世袭财产和国家遗产受到的损害有些疑虑。巴尔沃萨先生在第

⁷⁴ 大会1977年12月19日第32/151号决议。

⁷⁵ 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工作组报告，见《2002年……年鉴》，第二卷（第二部分），第442-457段。

⁷⁶ 关于限制这项专题范围的理由，见特别报告员的第一次报告，《1998年……年鉴》（上文脚注24），第207-209页，第71-86段和第213-214页，第111-113段（尤其是第111(a)、(b)、(c)、(f)和(g)段中的建议）。

⁷⁷ 《大会正式记录，第五十七届会议，第六委员会》，第24次会议，乌拉圭的发言（A/C.6/57/SR.24），第41段。

⁷⁸ 见上文脚注66。

⁷⁹ 《国际仲裁裁决汇编》，第十二卷（出售品编号：63.V.3），第281页。

十一次报告⁸⁰中建议,最好把文化遗产受到的损害作为损害的一个类别,与财产损失一起加以审议。

41. 他认为,环境损害应涵盖对自然要素或环境组成部分的损害,或这些组成部分的退化或毁坏造成环境价值的损失或递减。此外,环境损害的定义应包括位于国家管辖和控制内的环境本身受到的损害,因为它影响到整个社区的人。但是在这种情况下,受害方是整个国家。这种方法仍将排除了全球公域环境本身,即不在任何国家管辖或控制内的环境本身受到的伤害或损害。下文探讨的当今趋势似乎为此建议提供了某种根据。⁸¹

42. 在比较详尽地审议在不同行动者之间分配损失的各种模式,以便评估现今建立损失分配模式的趋势之前,最好先回顾引导这些趋势的一些政策。

C. 一些政策考虑

43. 1996年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工作组指出,赔偿责任原则应以一些广泛的政策考虑为依据:(a)每个国家必需在其领土内拥有尽可能多的与其他国家权利和利益相容的选择自由;(b)保护这些权利和利益就需要采取预防措施,但如果还是出现损害,则需要采取赔偿措施;(c)在尽可能符合这两项原则的情况下,

⁸⁰ 《1995年……年鉴》,第二卷(第一部分),第51页, A/CN.4/468号文件。

⁸¹ 巴尔沃萨的意见,见“国际法委员会与环境损害”,第76-78页。另见他的第十一次报告,(上文脚注80)。1995年初步讨论了特别报告员提议的损害定义。“有人说,损害的定义必须合理全面,但又不过于琐细。在初步阶段,它必须包括下述诸点:生命损失、人身伤害或其他健康受损、受影响国家财产的损失或损害以及受影响国家的自然资源、人类环境或文化环境受损。”(《1995年……年鉴》(上文脚注59),第99页,第396段)。关于可给予赔偿的损害是否只应是直接的,或至少是可以预见的,初步的看法是赞成列入这项标准。此外,还在某些程度上强调,赔偿的主要目的是恢复原状(同上,第401段)。对文化遗产的损害可包括在对环境损害的定义中,关于这一看法,见环境署工作组采用的定义,Fitzmaurice引用,“国际环境保护”,第228页。作者还引用了特别报告员詹姆斯·克劳福德先生在审议国家对伤害承担责任的问题时表明的看法,即条款中不应包括任何检验损害的远因检验:“同国内法一样,考虑到主要规则力求保护的利益,看起来不同的义务或不同的情况宜用不同的远因检验。”(同上,第232页;《2001年……年鉴》,第二卷(第一部分),A/CN.4/517和Add.1号文件,第33(c)段)。

不应让无辜受害者承担损失或伤害。⁸² 记得2001年通过的预防危险活动的跨界损害制度草案⁸³已经反映了上文(a)点中指出的政策目标和(b)点中的部分目标。因此,委员会目前的努力应更加注重落实这一政策的剩余部分,即鼓励各国缔结国际协定,制订适当的立法,建立迅速有效地采取补救措施的机制,包括在发生重大跨界损害时给予补偿。

44. 在此可指出,各国普遍支持以下提议:有关赔偿责任和补偿的任何制度都应力求确保尽可能不让无辜受害者承担危险活动造成的跨界伤害带来的损失。不过,人们认识到,不可能在每个案例中都得到完全彻底补偿。阻碍获得完全彻底补偿的因素,除经营者的赔偿责任有限以及分担和补充供资机制运作范围有限外,还包括损害的定义和有时缺少必要的损失证据和适用法律。在有大量侵权索赔要求时,一般是一次付清补偿,而这总是少于完全彻底补偿。

45. 无论如何,任何损失分配制度都应提供一种鼓励措施,让危险活动经营者采取预防或保护措施,以避免出现损害;向任何受害者提供损坏补偿;并发挥经济作用,即内部消化所有费用(外部要素)。⁸⁴事实上,这些作用都是相互影响的。就欧洲委员会制订一项关于环境赔偿责任的政策而言,人们曾指出,

应通过促进采用谁污染谁付费的原则,来预防和补救环境损害……因此一项根本原则……应是追究其活动造成环境损害,或致使这种损害很快要发生的经营者的经济责任,以促使经营者采取各种措施,拟订做法,尽量减少损害环境的风险,从而减少他们承担的经济赔偿责任。⁸⁵

此外,人们似乎对补偿法的统一协调感兴趣。如前所述,“统一协调可作为避免法律冲突的手段,有助于在各区域树立某种共同期待。”⁸⁶ 还有,这种统一协调可协助“减少不可预测性、复杂性和费

⁸² 《1996年……年鉴》(见上文脚注24),附件一,第116页,第5条评注第(4)段。

⁸³ 《2001年……年鉴》,第二卷(第二部分),第95段。

⁸⁴ La Fayette, 如上,第179页。

⁸⁵ 《欧洲共同体公报》(见上文脚注4),第132页,欧洲议会和欧洲委员会关于预防和补救环境损害方面环境赔偿责任问题指示的建议导言第(2)段。

⁸⁶ Birnie 和 Boyle,《国际法与环境》,第279页。

用”，⁸⁷“适当平衡原告在法律和管辖权方面有尽可能广泛选择的利益与被告以对环境负责的方式行事的利益。”⁸⁸

46. 在过去几年，牢记所有这些政策或其中一些政策，早先关于油污和核污染的公约中的赔偿责任条款得到了加强。通过了关于危险和有毒物质和废物赔偿责任的新条约或议定书。一直就《南极

条约》的一项赔偿责任议定书进行谈判。还力求就诸如转基因生物等其他潜在危害的民事责任达成国际协定。这些谈判的记录给予了有益的提示，表明各国在最近缔结的条约中，力求依靠民事责任解决损失分配问题。因此，它们确定“在国内法中规定污染者要直接负责是协助获得补偿的最佳方法，而不必诉诸国家间索赔或国家责任法的复杂程序。”⁸⁹ 这些条约还表明，在损失分配问题上，可能没有单一的模式。

⁸⁷ 同上。

⁸⁸ 同上，第279-280页。

⁸⁹ 同上，第281页。

第二章

损失的分担

A. 部门和区域分析

1. 《国际油污损害民事责任公约》《设立油污损害赔偿基金国际公约》及其各项议定书

47. 经1976年、1984年和1992年附加议定书修正的《国际油污损害民事责任公约》（以下简称“《民事责任公约》”）⁹⁰ 以及《设立油污损害赔偿基金国际公约》（以下简称“《基金公约》”）⁹¹ 及其1976年、1984年⁹² 和1992年⁹³ 附加议定书，都涉及船舶造成的油污损害的民事责任。⁹⁴ 这些公约是在海事组织主持下缔结的。《民事责任公约》（1992年）规定，如果

装运散装油类货物的海船逸出或排放油类，则船舶所有人应为此产生的油污损害承担严格但有限的赔偿责任。这些公约还规定了有限的例外情况，如果这些情况存在，则船舶所有人可免于支付任何赔偿。⁹⁵

⁹⁵ 《民事责任公约》第三条第2款规定，船舶所有人如能证实损害系属于以下情况，即不负赔偿责任：

“(a) 由于战争行为、敌对行为、内战或武装暴动，或特殊的、不可避免的和不可抗拒性质的自然现象所引起的损害；

“(b) 完全是由于第三者有意造成损害的行为或怠慢所引起的损害；

“(c) 完全是由于负责灯塔或其他助航设备的政府或其他主管当局在执行其职责时，疏忽或其他过失行为所造成的损害。”

此外，第三条第3款规定，“如船舶所有人证明，污染损害完全或部分地由于遭受损害人有意造成损害的行为或怠慢而引起，或是由于受害人的疏忽所造成，则船舶所有人即可全部或部分地免除对受害人所负的赔偿责任”。相反，根据经1992年议定书修正的第五条第2款，“如证明污染损害是个人行为或怠慢造成的，而且采取行动时其本意是造成此类损害，或无所顾忌地并在知道可能产生此类损害的情况下采取行动，”则船舶所有人无权利用该议定书规定的赔偿限度（另见《基金公约1992年议定书》第4条第3款）。就《基金公约》而言，根据第4条第2款(a) — (b)项以及第4条第3款，基金没有义务支付补偿，理由与《民事责任公约》第三条第2款和第三条第3款所述的理由类似。此外，根据第4条第2款(a) — (b)项，如果油污来源是战舰中或从在事故发生期间某一国家拥有或经营的用于政府的非商业目的船舶；或索赔人不能证明损害是由于一艘或者是一艘以上船舶的事件所造成的，则基金也不支付赔偿。根据第4条第3款，基金在任何情况下对支付赔偿的免除，应不超过船舶所有人所可免除的范围。但对所采取的预防（回应）措施而言，基金不得免除支付补偿。

⁹⁰ 《民事责任公约》于1975年6月19日生效。

⁹¹ 《基金公约》于1978年10月16日生效。

⁹² 1984年的更改从未生效。

⁹³ 这些议定书的案文，另见 Birnie 和 Boyle, 《关于国际法与环境的基本文件》。这两项议定书已于1996年5月30日生效。

⁹⁴ 除了这些公约外，还有两项私人协定，其一是船舶所有人之间订立的协定，即《油轮所有人自愿承担油污责任协定》（见《国际法律资料》，第八卷，第3号（1969年5月），第497页），另一项是石油公司之间订立的协定，即《油轮油污责任暂行补充协定》（同上，第十卷，第1号（1971年1月），第137页）。它们实行“自愿”制度，旨在对污染受害者、特别是开展预防或援救行动的政府给予补偿。这些协定是补偿制度中不可分割的要素。关于《油轮所有人自愿承担油污责任协定》(TOVALOP)和《油轮油污责任暂行补充协定》(CRISTAL)，见 White, “The voluntary oil spill compensation agreements-TOVALOP and CRISTAL”。

48. 《民事责任公约》缔约国承认，船舶所有人不可能在每一次发生油污损害时都满足所有的索偿要求，原因或者是他的资金有限，或者由于某些例外情况他没有责任支付补偿，或者索求的损害赔偿金额超过了他应负的赔偿责任限度。为此原因，海事组织成员于1971年通过了《基金公约》，以便向根据《民事责任公约》无法获得充分赔偿的索偿者提供额外赔偿。向国际油污赔偿基金（以下简称“油污赔偿基金”）提供的款项源自对石油进口方的收费，而这些进口方主要是接收由海路运入缔约国境内石油的公司。

49. 根据1992年的各项议定书，船舶所有人最高的赔偿责任限额为5970万特别提款权；之后油污赔偿基金有责任为进一步损害提供赔偿，总额最多1.35亿特别提款权（包含船舶所有人支付的款项），如果是自然现象造成的损害，最多可为2亿特别提款权。⁹⁶

50. 《民事责任公约》界定了“污染损害”，其中包括预防措施的费用和因预防措施而造成的进一步损失或损害。⁹⁷ 预防措施的定义是任何人在损害发生后为防止损害或将其减至最低限度而采取的合理的反应措施。

51. 由于《民事责任公约》中的污染损害的定义过泛，而且其范围也确实较为模糊，《民事责任公

约》和《基金公约》各缔约方于1984年尝试澄清其含义和所涉范围。根据这项定义，“污染损害”是指：

(a) 由于船舶逸出或排放油类（无论这种逸出或排放发生于何处）所致污染在船舶之外造成的损失或损害，但是，对损害环境的赔偿除这种损害所造成的盈利损失外，应限于已实际采取的或将要采取的合理复原措施的费用；

(b) 预防措施的费用和因预防措施而造成的进一步损失或损害。

52. 这项定义旨在补偿个人及其财产和经济境况因环境损害而遭受的直接经济损失。因此，它旨在特别排除对环境本身损害的赔偿责任。⁹⁸ 由于美利坚合众国没有参与，无法将这项定义作为《民事责任公约》和《基金公约》的订正案予以通过。为了克服这一难题，其后各缔约方试图于1992年缔结《民事责任公约》和《基金公约》的两项议定书，载入1984年的“污染损害”定义。在这两项议定书于1996年生效之前，一些索赔者试图利用这项定义要求对环境本身所遭受的损害作出赔偿。油污赔偿基金认为，要求对修复环境的赔偿是不可接受的；唯一可以接受的要求涉及可用货币单位加以衡量的可量化的经济损失。在一些情况下，基金达成庭外和解。⁹⁹

53. 为了进一步澄清有关事项，油污赔偿基金大会1993年设立了闭会期间工作组。¹⁰⁰ 工作组在工作之后指出，基金仅应赔偿可以量化的经济损失，因其可以核实，并支付在采取措施时客观上合理的费用。

54. 关于复原费用，闭会期间工作组指出，如要符合支付资格：则复原费用应当合理；所采取的措施不应与所取得的成果或可以合理预期的成果不

⁹⁶ 均经过1992年议定书修正的《民事责任公约》第五条第1款和《基金公约》第4条。1990年艾立卡号船舶在法国近海沉没后，已将最高限度增至8 977万特别提款权，自2003年11月1日起生效（海事组织，LEG 82/12，附件2，第LEG.1（82）号决议）。根据《修正民事责任公约1992年议定书》（同上，附件3，第LEG.2（82）号决议）中将于2003年11月生效的2000年限额修正案，有关金额从1.35亿特别提款权增至2.03亿特别提款权。如果向基金缴款的三个国家每年得到6亿多吨石油，则最高金额就从2亿特别提款权增至300 740 000特别提款权。

⁹⁷ 油污损害被界定为“由于船舶逸出或排放油类，无论这种逸出或排放发生于何处，在船舶之外因污染造成的损失或损害”。但是没有界定英文中的“pollution”和“contamination”（中文均译为“污染”）。根据一般的理解，“contamination”是指人为地将物质或能源引入海中；而“pollution”是指其有害影响。关于这些用语较为代表性的定义，例子见《联合国海洋法公约》。《联合国海洋法公约》第1条第4款将“海洋环境的污染（pollution）”界定为“……把物质或能量引入海洋环境，……造成或可能造成……此类有害影响。”目前有人试图进一步修正这项定义，“以反映预防方法”（la Fayette，如上，第153页，脚注16）。

⁹⁸ La Fayette，如上，第156页。

⁹⁹ 见意大利在1985年帕特莫斯号案和1991年黑文号案中的索赔。这两个案例中，意大利法院允许意大利政府作为国家财产的受托人，对环境本身的损害索赔。关于帕特莫斯号案的讨论情况，见Sands，如上，第663-664页；另见Maffei，“在帕特莫斯号案中对生态损害的赔偿”。关于意大利政府在黑文号案中达成的和解，见《1999年国际油污损害赔偿基金年度报告》，第42-48页。

¹⁰⁰ “大会第十七届会议决定记录”（1994年10月21日FUND/A.17/35）。

相称；有关措施应是适当的，并存在着合理的成功前景。关于具体的漏油事故，工作组同样认为油污赔偿基金应支付科学研究费用，以评估环境损害的确切程度和性质，并评价是否需要采取复原措施。此外，工作组还建议应为实际采取或将要采取的措施提供补偿。基金大会于1994年核准了这些建议。¹⁰¹但是，迄今为止似并未提出或偿付过复原的索赔要求。

(a) 油污损害与美国根据1990年《石油污染法》持有的特殊立场¹⁰²

55. 油污赔偿基金迄今在实践中对油污损害形成的立场与美国所持的国家立场不同。由于1989年的埃克森公司瓦尔德斯号漏油灾害给阿拉斯加环境敏感的海岸造成了大规模损害，美国的立场随之发生转变。¹⁰³除油和复原的费用远远超过了《基金公约》允许的金额。此外，由于基金试图于1984年整合的“污染损害”定义不包括对环境本身的损害，美国没有加入经订正的《民事赔偿公约》和《基金公约》，而决定通过其自身更为严格的1990年《石油污染法》。

56. 美国1990年《石油污染法》与国际体制之间存在若干重大差别。¹⁰⁴首先，赔偿责任归属“拥有、经营或光船租借船舶的任何个人”（第2701（32）（A）节），而不光是船舶所有人；赔偿责任适用于任何漏油事故，而不仅仅是持续的漏油事故。赔偿责任是严格的共同连带（赔偿）责任。《石油污染法》规定可用的开脱理由与国际体制所规定的相比更为有限。因此，仅有三种开脱理由：不可抗力、战争行为、或第三方行为或不行为。“第三方”的定义非常狭窄。根据《石油污染法》，不能将与责任方有合约关系的第三方的行为或不行为当作开脱理由，除非责任方能证明它已经适当注意并对可以预见的行为或不行为采取了防范措施。此外，如果责任方没有

或者拒绝报告事故，或就事故所需的清理活动提供合理的援助与合作，或遵守某些命令，则连有限的开脱理由都无法援用。同样，根据《石油污染法》，政府疏于维护航运辅助物，如灯塔，不属于开脱理由，而国际体制则认为这是一种开脱理由。

57. 此外，经营方的赔偿责任是有限的。责任方可用责任限度抵充清理费用。如果超过了限度，那么赔偿责任就分属活动所在地区的承租人或持照人，这同样有一定限度。就1990年《石油污染法》而言，如果因“责任方的严重疏忽和有意识的不当行为”（第2704（c）节）造成事故，则像国际体制一样，就会突破这种限制。但是，与国际体制不同的是，下列情况也不适用这种限度：事故大致是因责任方“违反适用的联邦安全、建筑或操作条例”（同上）造成的；或责任方没有或拒绝报告事故，或在清理活动方面未提供合理的合作或援助，以遵守各种命令。此外，即使根据《石油污染法》没有突破限度，也不能阻止美国各州根据本州的法律，提出额外的赔偿责任要求。在这方面，国际体制仅有“过失与暗中参与”¹⁰⁵检验规定。

58. 除了要求提供更多赔偿之外，¹⁰⁶1990年《石油污染法》在“自然资源损害赔偿”标题下规定对环境本身的损害给予赔偿。¹⁰⁷如果“自然资源出现了可以观察到的、可以衡量的不利变化或自然资源服务受损”，¹⁰⁸则可由此产生赔偿责任，需要支付“(a) 受损害的自然资源的恢复、复原、替代或取得同样自然资源的费用；(b) 这些自然资源在恢复前的价值减少部分；加上(c) 评估损害的合理费用。”¹⁰⁹指定的联邦机构、州政府或印第安人部落作为自然资源的受托人可以收取这些费用；如果是对外国专属管辖

¹⁰¹ 同上，第26.8段。

¹⁰² 《美国法典》，第33篇，第40章，第2701节及以下各节。

¹⁰³ 在1999年12月法国西海岸近海发生艾立卡号船漏油灾难之后，应法国的请求召集了一个工作组，以审议可能对《民事赔偿公约》/基金体制作出的修正，会上有人提议不妨要修订油污损害的定义。但迄今并未报告出现任何进展(La Fayette, 如上, 第159页)。

¹⁰⁴ 关于对美国法律的分析，见 Schoenbaum, “环境损害：美国的新兴法律”；Popp, “北美关于船舶造成油污的赔偿责任和赔偿的观点”，第117-124页。对1990年《石油污染法》和漏油责任信托基金的分析，见 Kende, “美国的方法”。

¹⁰⁵ 《民事责任条约》第五条第2款。

¹⁰⁶ 关于1990年《石油污染法》具体规定的限度，见 Schoenbaum, “环境损害：美国的新兴法律”，第161页；Popp, 如上, 第123-124页。根据《石油污染法》，应由责任方支付初级赔偿；由漏油责任信托基金提供第二级赔偿。

¹⁰⁷ 根据1990年《石油污染法》，共有六类可收取的损害赔偿：自然资源、不动产或个人财产、维持生计的用途、收益、利润和盈利能力以及公共服务。讨论情况，见 Schoenbaum, “环境损害：美国的新兴法律”，第163页。

¹⁰⁸ 《联邦公报》，第61卷，第4期，第504页（1996年1月5日），La Fayette 引述，如上，第151页。

¹⁰⁹ 《美国法典》（见上文脚注102），第2706(d)(1)节。

和控制的领土或地区的环境造成损害，则由外国受托人收取费用。¹¹⁰

59. 但是，对于资源在恢复时无法使用所涉损失的价值以及无法恢复、不可能建立“同样”环境的受损害资源的价值，如何计算损害费用仍然是个难题。这不仅是美国法律的问题，也是国际体制的问题。缺乏普遍接受的受损害自然资源或环境本身损害的计量办法，是各国际体制没有纳入对“损害”的这些方面给予赔偿的原因之一。

60. 就此事项报告的唯一案例是波多黎各自由邦诉佐薇·科洛科特尼号轮船案。¹¹¹美国上诉法院驳回基于受损害地区市场价值减少的计量办法，并且裁断，所适用的计量办法是

主权国家或其指定机构为使受害地区的环境得到恢复或复原，使其达到事故发生前的状况，或尽可能接近这种状况而合理承担的费用，并且不存在极不相称的支出。法院否定了基于替换受损害的树木和受油污的沉积物的损害计量办法，而是赞同基于购买受毁坏的生物量所需费用的标准。因此，法院的损害赔偿金计量办法似乎是基于受害地区在一定时间范围内人力帮助的复原，同时计及自然环境的恢复能力以及各种经济因素。¹¹²

(b) 1980年《全面处理环境问题、补偿和赔偿责任法》

61. 美国国会针对过去处置有害物质造成的严重环境和健康问题，通过了1980年《全面处理环境问题、补偿和赔偿责任法》（《环境法》或“超级基金”）。¹¹³该法设立了对在环境中的任何地方——地上、空中或水中——排放或威胁排放“有害物质”¹¹⁴加以补救的综合计划。该制定法设立了一个信托基金，称为超级基金，必要时用税收款项支付清理活动，之后用从责任方收取的费用补上。美国环境保护局经管超级基金，并且拥有广泛权力，可以对污染进

¹¹⁰ 关于政府受托人的作用，见 Brighton 和 Askman，“政府受托人在追讨自然资源损害赔偿中的作用”。

¹¹¹ 美国上诉法院，《联邦判例汇编》，第二系列，第628卷（1980年6月-11月），第652页。

¹¹² Shoenbaum，“环境损害：美国的新兴法律”，第164页。

¹¹³ 《美国法典》，第42篇，第103章，第9601节及以下各节。

¹¹⁴ 同上，第9604(a)(1)(A)节。

行调查，选择适当的补救行动，以及命令责任方清理，或自己进行清理，然后收费。法院普遍裁断，《环境法》规定的责任是很严格的。《环境法》规定了为数有限的开脱理由和例外情况。它还指示，损害评估条例处理“直接和间接两种伤害、破坏或损失……计及包括、但不限于替代价值、使用价值以及生态系统恢复的责任等因素。”¹¹⁵

2. 1996年《国际海上运载有害和有毒物质造成损害的责任和赔偿公约》和《国际油舱油污损害民事责任公约》

62. 1996年《国际海上运载有害和有毒物质造成损害的责任和赔偿公约》（以下简称《有害和有毒物质公约》）也是在海事组织主持下缔结的。该公约沿用了《民事责任公约》和《基金公约》的损失划分方式。船主的赔偿责任是明确而有限的，损失应与一项《有害和有毒物质公约》补充基金分担。该基金的捐款来自《有害和有毒物质公约》的收货人或代表收货人的政府。

63. 不过，《民事责任公约》和《有害和有毒物质公约》均未就燃料油污染造成的损害作出规定。此类污染难以清理，可能给一些国家造成严重影响。根据这类国家的要求，海事组织拟订了2001年《国际油舱油污损害民事责任公约》（以下简称《油舱公约》）。

64. 该公约案文沿用了《民事责任公约》的模式，并采用了相同的污染损害定义，但将定义的范围限制在用于驱动船舶和操作设备的油料所造成的损害。因此，《油舱公约》仅涵盖船舶用油的污染所造成的损害，而没有涵盖火灾或爆炸造成的损害。责任在于船主，且可以任何适用的国家或国际制度（例如《经1996年议定书修正的1976年海事赔偿责任限制公约》）下的任何保险或其他经济担保的规定为限。公约没有提供补充资金。

65. 《民事责任公约》《有害和有毒物质公约》和《油舱公约》这三项公约共同构成关于船舶造成的海洋污染赔偿责任的综合制度。

¹¹⁵ Brighton 和 Askman，如上，第184页。

3. 《关于因勘探和开采海床矿物资源而造成油污损害的民事责任公约》

66. 1972年加利福尼亚沿海发生初探井爆炸事故后，国际社会意识到日益增加的近海石油开采活动造成了污染的危险。针对在北海进行的开采活动，北海沿海国在大不列颠及北爱尔兰联合王国政府倡议下，在伦敦举行会议，以期谈判缔结一项关于因勘探和开采海床矿物资源而造成损害的赔偿责任公约。结果通过了1977年《关于因勘探和开采海床矿物资源而造成油污损害的民事责任公约》。

67. 该公约规定，装置经营人的客观或严格赔偿责任，但该公约（第3条）规定的例外情况除外。但在公约开放供签署的头五年内，经营人有资格将其赔偿责任限制到3千万特别提款权，五年后以4千万特别提款权为限（第6条）。为了利用该公约规定的赔偿责任限额，经营人应订立并保持投保额等于该限额的保险或其他经济担保（第8条）。有关国家可自行决定的此种担保，不承担完全因破坏或恐怖行为造成的污染损害的赔偿责任。损害索赔诉讼可在损害承受国家的法院或对装置所处海洋区域行使专属主权的国家的法院提出（第11条）。该公约迄今为止尚未得到任何国家的批准。原因是大约在各国就该公约展开谈判的同时，各石油公司彼此就赔偿责任协定《近海污染赔偿责任协定》¹¹⁶进行了谈判。根据该协定，一旦发生事故，应由经营人承担所造成损害的全部赔偿责任。如经营人无力赔偿，则由《近海污染赔偿责任协定》承担金额至多1亿美元的赔偿责任。这笔要赔付的金额由协定各伙伴分摊。

4. 《“区域”内多金属结核探矿和勘探规章》

68. 可忆及的是，《联合国海洋法公约》第十一和第十二部分以及附件三处理了环境保护和海洋污染的赔偿责任问题。¹¹⁷2000年7月13日，根据该公约设立的国际海底管理局核准了《“区域”内多金属结核探矿和勘探规章》。¹¹⁸

¹¹⁶ 《近海污染赔偿责任协定》（1974年9月4日，伦敦）案文，见《国际法资料》，第13卷，（1974年），第1409页。

¹¹⁷ 见《海洋法公约》第139、第145、第209、第215、第235条和附件三第22条。

¹¹⁸ 根据该公约，“区域”是指国家管辖范围以外的海床和洋底及其底土（第1条第1款第1项）。

该规章的一些突出特点包括，如果有实质证据显示可能对海洋环境造成严重损害时，不得进行多金属结核探矿；探矿开始后，如发生对海洋环境造成严重损害的任何事故，应立即通知秘书长。此外，在“区域”内进行勘探活动的经营人必须开展基线研究，进行环境影响评估，并出台应急措施，以处理可能给海洋环境造成严重损害的任何事故。另外，经营人还须将造成严重损害的任何事故通知管理局；如果承包者不采取紧急措施，管理局有权采取任何此种措施，费用由承包者承担。承包者还负责和“有责任赔偿其本身的不法行为或不行为所造成的任何损害，包括对海洋环境的损害的实际数额”（第16.1节）。承包者还应对其所有雇员、分包者或代理人或代其行事的所有其他人员的不当行为或不作为负赔偿责任。这种赔偿责任包括为防止或限制对海洋环境造成损害而采取的合理措施的费用，但应考虑到管理局的任何行为或不作为。

69. 可以注意的是，¹¹⁹该规章提到对海洋环境的“严重损害”和“损害”这两个不同概念。规章没有明确说明它们是否具有相同含义。“严重损害”被定义为“海洋环境出现的显著不良变化”（条例第1条第3款(f)项），而“损害”则未作定义。此外，“严重损害”的定义并不完整，因为它取决于“按照管理局根据国际公认标准和惯例所制定的规则、规章和程序”（同上）作出的断定。因此，国际海底管理局还需开展进一步工作。经营人的赔偿责任中未列入经营人须承担尽可能复原或恢复海洋环境的费用的义务。遗漏这一点有些难以解释，尤其是由于经营人的责任属于过失赔偿责任。还有清楚的一点是，规章提及经营人仅支付实际费用的义务，即是将该义务仅限制到可量化的损害，而不将其扩展到推断或理论上的损害（遵循油污赔偿基金的先例）。

5. 《危险废物越境转移及其处置所造成损害的责任及赔偿议定书》

70. 在危险物质的国际运输领域，1999年《危险废物越境转移及其处置所造成损害的责任及赔偿议定书》对损害和赔偿责任分配作出了安排。这项最近的安排当然也更为复杂一些。该议定书适用于

¹¹⁹ 关于国际海底管理局所通过的规章的分析和评论，见 La Fayette，如上，第173-177页。

废物越境转移及其处置所造成的损害。它虽然采用严格但有限赔偿责任的模式，但与《民事责任公约》和《基金公约》不同的是，赔偿责任不在于货主或进口者。相反，在危险废物运输过程的不同阶段，产生者、出口者、进口者和废物处置者都有可能负有赔偿责任。在废物转移期间中，赔偿责任属于将废物的拟议转移通知有关国家的人。在此种情况下，责任人通常为废物产生者或出口者。随后，一旦废物在另一边被接收，即由废物处置者对任何损害承担赔偿责任。此外，如果废物仅被进口国而不是被出口国宣布为危险废物，则由进口者承担赔偿责任，直至废物处置者接管废物时为止。

71. 该议定书第4条还涵盖通知者没有发出任何通知的情况，并规定出口者应承担赔偿责任，直至废物处置者接管废物时为止。同样，如果重新进口危险废物，则发出通知者应自危险废物离开处置场地开始对损害负责，直至在有出口者的情况下由出口者或由另外的废物处置者接管这些废物时为止。议定书没有规定由损害发生时实际负责管理废物的人员承担赔偿责任，这看来是偏离了谁污染谁付费的原则。¹²⁰

72. 该议定书第4条第5款就赔偿责任免除作出规定。这些规定也与《民事责任公约》的规定类似。一项额外的豁免情形是，损害完全系因遵守损害发生所在国的国家公共当局的强制性措施所致。第4条第6款规定，如造成损害的责任人超过一人，则索赔者有权要求其中任何或所有责任人全额赔偿损害。

73. 该议定书第7条的规定也值得注意，因为与《民事责任公约》的规定不同的是，就损害而言，在无法区分该议定书述及的废物和该议定书未述及的废物所起作用的情况下，就认为所有损害均是该议定书所说的损害。但是，如果能加以区分，该议定书规定的赔偿责任要与该议定书述及的废物所起损害作用成比例。

74. 为该议定书的目的，第2条第2款(c)项将损害定义为：

(a) 生命损失或人身伤害；

(b) 财产损失或损坏，但根据议定书责任者的所有财产损失或损坏不在此列；

(c) 直接产生于环境利用所得经济利益的收入因环境遭到破坏而损失，同时计及可节省的资金和所涉费用；

(d) 为恢复被破坏的环境而采取的措施所涉费用，但限于已实际采取或拟采取的措施所涉及的费用；以及

(e) 预防措施所涉费用，包括此种措施本身所造成的任何损失或损害，只要此种损害系由受《控制危险废物越境转移及其处置巴塞尔公约》中因其危险特性而引起或造成。

75. 此外，“恢复措施”是指“任何旨在评估、恢复或复原遭受损害或毁坏的环境构成部分的合理措施。”国内法律可指明何方有权采取此类措施（第2条第2款(d)项）。

76. “预防措施”是指“任何人为应付某一事件而采取的，旨在防止、尽量减少或缓解损失或损害或进行环境清理的任何合理措施”（第2条第2款(e)项）。¹²¹

77. 缔约方有权根据国内法律确定赔偿金额，但议定书关于金融限额的附件B规定了赔偿金的最低限额。

78. 该议定书第15条，与关于扩大技术合作信托基金范围的V/32号决定¹²²一并解读，暂时规定，如果议定书所规定的赔偿不足以偿付损害所涉及的费用，则可利用补充性赔偿机制。该机制是由《控

¹²¹ 与先前关于赔偿责任的其他条约相比，“复原”定义中提到的损害评估费用和“进行环境清理”的用语均为新内容。这被视作法律发展方面的一个进步。不过，议定书没有提到在不能恢复原有动植物时引入同等环境构成部分的义务。这被视作一个退步。尽管如此，与《民事责任公约》制度相比，议定书的重点已转移，更注重对环境本身的损害，而不是主要着眼于对人身和财产的损害（见 La Fayette，如上，第166-167页）。

¹²² 《控制危险废物越境转移及其处置巴塞尔公约》缔约国会议1999年第五次会议通过的决定（UNEP/CHW.5/29，附件一）。

¹²⁰ 见 Bernasconi，《跨界环境损害的民事责任：举行海牙会议的一项理由？》，第11页。

制危险废物越境转移及其处置巴塞尔公约》缔约国会议设立的一项基金，仅供发展中国家或经济转型国家使用。¹²³

79. 《危险废物越境转移及处置所造成损害的责任及赔偿议定书》第13条规定了受理索赔要求的时限。第17条规定了裁定索赔要求的适当管辖地，即境内有下述情形之一的缔约国的法院：(a) 已遭受损害；或 (b) 已发生事件；或 (c) 被索赔者惯常居所所在地或其主要经营地点所在地。每一缔约国必须确保其法院在其法律下具备受理此类索赔要求的必要管辖权。第18条规定，应避免将涉及相同标的物和相同当事方的诉讼同时提交不同管辖区域的法院，并应合并相互关联的索赔要求，交由一个管辖区域的一个法院审理，以避免分别审理可能产生的无法相互协调一致的判决。此外，该议定书第21条还规定，除包括公共政策在内的某些例外情形之外，拥有合法管辖权的法院的判决应于履行其他管辖区域的当地手续后在这些区域内得到承认和执行，而不必重新审理案件的实质。

80. 该议定书的其他主要特点如下：

(a) 任何因其未能遵守执行《控制危险废物越境转移及其处置巴塞尔公约》的法律或因其不法、有意、疏忽或轻率的行为或不行为而造成损害者，应负额外的过失赔偿责任；

(b) 规定了对该议定书、合同或管辖法院的法律规定的任何其他责任人提出追索要求的权利；

(c) 强制提供保险和其他担保；

(d) 该议定书的规定不影响有关国家责任的一般国际法所规定的权利和义务以及据此提出的索赔要求；

(e) 根据第3条，危险废物和其他废物从出口国国家所辖某一地区装上运输工具的地点越境转移，包括非法运输，若在转移及其处置过程中因发生意外事件而造成损害，适用本议定书（第3条）；

(f) 第3条还规定了议定书不适用的若干例外情况，例如，只有出口国或进口国为缔约方，或两者均非缔约国，或者另一项具有效力的双边、区域或多边协定的条款适用于因发生于同一段越境转移过程中的事件而造成的损害的赔偿责任与赔偿事项。

6. 核损害和赔偿责任

81. 若干公约就核赔偿责任作出了规定。在这方面可以提到在欧洲核能机构和经合组织主持下缔结的《核能方面第三者责任公约》（于1964年和1982年经过修正）。此外，还可注意关于上述公约的补充公约、《维也纳核损害民事责任公约》（于1997年经一项《议定书》修正）和《核损害补充赔偿公约》。这些公约基本确定运营者的赔偿责任为第一层级的责任，这种赔偿责任是固定和有限的。第二层级是通过核装置所在国家建立的基金提供的补充赔偿。除了这两层赔偿之外，还提供第三层级赔偿，由所有缔约方用公平分摊的办法共同出资，以支付较严重事故的费用。经《1997年议定书修正的维也纳公约》在第五条第2款规定，赔偿责任的下限是500万特别提款权。根据《核能方面第三者责任公约》（经1982年《议定书》（第一节）修正）第7条 (b) 项，一个国家可根据本国法律规定数额与此相似的下限。

82. 然而，根据《核能方面第三者责任公约》，有赔偿责任的运营者应该支付的最起码赔偿数额，不受以下付款的影响：应该为事故发生时核装置所在运输工具受到的损害支付的任何赔偿（第7条 (c) 项，经1982年《议定书》（J节）修正），以及为法院在赔偿诉讼之中判处的任何利息或费用（第7条 (g) 项）支付的任何款项。根据经过订正的《维也纳核损害民事责任公约》，赔偿责任的下限在这些情况下同样不受影响（第四条第6款和第五A条第1款）。此外，经过修正的《维也纳公约》第1A条第1款与《核能方面第三者责任公约》（第7条 (d) 项）一样；根据该款规定，无论在任何地方发生核损害，都应适用运营者的赔偿责任。¹²⁴ 对于《维也纳公约》而言，这条规定改进了其先前所持的立场。

¹²⁴ 然而，如果非缔约国在本国领土上或在任何根据国际海洋法建立的海洋区内拥有核装置，但是不给予对等和相互的利益，装置国可不把《维也纳公约》适用于非缔约国其领土

¹²³ La Fayette, 如上, 第167页。

83. 尽管装置国可自行确定较低的赔偿责任限额，但根据经修正的《维也纳核损害民事责任公约》，该国有义务保证，能够提供最多可达第7条第1款所规定数额的公共资金，以便补足差额。根据该条：

“运营者对于任一核事件的赔偿责任可由装置国限定为：

(a) 不少于3亿特别提款权；或

(b) 不少于1.5亿特别提款权，条件是在超过此数额和高达至少3亿特别提款权时，应由该装置国提供公共资金补偿核损害；或

(c) 对于本议定书生效之日起最多为15年这一期间内发生的核事件，不少于1亿特别提款权的过渡数额。可规定少于1亿特别提款权，条件是装置国提供公共资金来补偿该较少数额与1亿特别提款权之间的核损害”。

84. 这些对运营者赔偿责任规定的限额大大高于早先在《维也纳核损害民事责任公约》（500万美元）和《核能方面第三者责任公约》（仅1500万特别提款权）（第7条(b)项）下规定的限额。

85. 对于超过3亿特别提款权的部分，或对于10年的过渡期，装置国应确保能够提供1.5亿特别提款权的过渡数额。《核损害补充赔偿公约》第三条规定，应采用该公约第四条确立的一个公式，用所有其他缔约方的公共资金提供额外赔偿。这项赔偿的数额可以超过10亿美元。对得到额外赔偿的资格有一条限制：这项赔偿仅提供给《核安全公约》的缔约国。¹²⁵

86. 经修正的《维也纳核损害民事责任公约》使运营者承担绝对赔偿责任。然而，如果损害可归于武装冲突、敌对行动、内战或叛乱，则可以免除

赔偿责任。如果运营者可以证明，造成损害的全部或部分原因是遭受受害者的重大疏忽，或者是遭受运营者以造成损害为目的的有意行为或不行为，在法律有所规定的情况下，主管法院可以全部或部分免除运营者为所受损害支付赔偿的义务。

87. 此外，索赔要求的提交是有限期的（第六条）。运营者必须购买保险，提供其他经济担保（第七条）。该条约还给予运营者追索权（第十条）。第十一条涉及法院审理索赔要求的管辖权。审理法院通常是领土上发生核事故的缔约方的法院。如果在确定核事故的发生地点方面存在任何困难，对事故的管辖权属于肇事运营者所在装置国的法院。如果事故部分发生在任何缔约方领土之外，部分发生在某一缔约国的领土之内，管辖权应属于某一缔约方的法院。如果一个以上的缔约国的法院均有管辖权，案件应该由所涉缔约方共同协议解决。无论在任何情况下，都必须保证，对于任何一起核事故，都仅有一个缔约国的法院具有审理索赔要求的管辖权。

88. 对核损害的定义沿用了《危险废物越境转移及处置所造成损害的责任及赔偿议定书》的原则。并没有纳入对环境损害本身的赔偿。然而，该定义明确开列了所有损害类别。这些类别包括人身损害或财产损害，此外还包括五类其他损害，但须根据主管法院的法律确定是否可以受理。这五类损害是：生命损失、任何人身伤害、财产损失或财产损坏导致的经济损失；为复原受破坏环境所采取措施的费用；由于环境受到严重破坏，致使利用或享受环境的经济权益所收入的损失；预防措施的费用以及这类措施所造成破坏带来的进一步损失；以及任何为主管法院的一般民事责任法所允许的其他经济损失。

89. 经修正的《维也纳核损害民事责任公约》还载有“恢复措施”、“预防措施”和“合理措施”的定义。恢复措施是采取措施的国家的主管部门批准的合理措施。这些措施的目的是恢复和修复被损害或破坏的环境组成部分，或在合理情况下经过授权把相等于这些组成部分的内容引入环境。此外，只有那些根据受损害国家的法律有资格的人才能够采取这些措施。资格需要得到有关国家主管部门的批准，有关国家还颁布法律来预防过度反应和不必要的预防，以及防止出现过分的索赔要求。

(注124续)

上发生的损害。如果损害有一部分发生在某一缔约国内，并该缔约国的法院拥有审理索赔要求的管辖权，上述关于不适用《公约》的规定并不影响寻求赔偿者根据第九条第2款(a)项享有的权利。同样，这项规定也不影响人们在位于某个非缔约国海区内的船舶或飞机上发生的损害提出索赔要求的权利。

¹²⁵ 为了使各国从《核损害补充赔偿公约》中广泛受惠，得到赔偿的资格并不仅限于《维也纳核损害民事责任公约》的缔约国，而且也包括《核能方面第三者责任公约》的缔约国，以及任何虽然不是这两项公约的缔约国，但是其法律却符合核事故赔偿责任基本原则的国家（第十八—第十九条）。上述公约的非缔约国必须满足的要件载于附件。

90. 预防措施是任何人在核事故发生之后为预防或尽量减少损害而采取的任何合理措施。如果国家法律有规定, 只有在经过国家主管部门批准之后才能够采取这些措施。

91. 合理措施指的是那些经过主管法院在考虑到所有情况后, 裁定为适当和适度的措施, 例如, 须考虑到这些措施是否与所涉损害或损害风险的规模和性质相称, 或是否符合有关的专门科技知识。

7. 《关于危害环境的活动造成损害的民事责任公约》

92. 欧洲委员会的《关于危害环境的活动造成损害的民事责任公约》, 简称《卢加诺公约》,¹²⁶ 不涉及核物质造成的损害, 也不涉及危险货物或物质的运输造成的损害。¹²⁷ 该公约的范围仅涉及静态活动, 其中包括有害废料的处置。该公约对“危险活动”的定义是: 涉及生产、培养、操作、储存、使用、排放、销毁、处置和释放物质, 或涉及建造或运营装置或场地, 以供储存、再循环或处置的活动, 上述物质和废料可能对“人类、环境和财产”(第2条第1款(b)项)构成重大风险, 其中包括附件所开列物质和转基因生物。¹²⁸

¹²⁶ 该公约尚未开始生效(见上文脚注4)。

¹²⁷ 在联合国欧洲经委会的主持下缔结的《关于道路、铁路和内陆航运船只运载危险物品引起损害的民事责任公约》, 涵盖了这个方面。该公约在第5条规定了客观赔偿责任, 所载免责范围非常有限。该公约把赔偿责任归于运输者, 在第9条内规定了对赔偿责任的限制。该公约对于损害问题采用了《民事责任公约》制度的主要原则, 并有意原封不动地采用了1984年关于污染损害的定义。因此, 该公约侧重于通过环境损害造成的人身和财产损害, 并规定了为预防措施以及合理的恢复措施费用提供的赔偿, 但没有规定这些措施的定义。如果损害是在装卸货物的操作期间造成的, 则负共同连带赔偿责任。运输者还有义务为赔偿责任购买保险或任何其他形式的经济担保(第13条)。这项公约尽管没有考虑任何补充赔偿金, 但缔约国可以利用保留, 以便对在其领土上发生的事故所造成的损害适用较高的赔偿限额, 或不对赔偿责任设限。在该公约规定了一项限制, 那就是, 公约仅适用于以下情况: 造成损害的事件是发生在某个缔约国的领土上, 而且受害人在也在该国的领土上。换言之, 该公约不涉及归因于该事件的跨界损害。出于这个原因, 该公约至今在很多国家不太受欢迎, 也未得到任何国家的批准, 仍然没有生效。迄今仅有德国和摩洛哥签署了这项公约。

¹²⁸ 转基因生物的定义是: “任何其遗传材料不是通过交配和/或自然结合的自然方式, 而是通过其他方式发生转变的生物体”(第2条第3款)。然而, 如果在基因转变时没有使用转基因生物作为受体生物, 突变形成的转基因生物则不在此列; 根据同样条件, 通过细胞融合(包括原生质体融合)形成的植物也不在此列。

93. 《卢加诺公约》规定, 所涉活动的运营者对于危险活动或物质负有严格赔偿责任。然而, 赔偿的数额不受限制, 因此相当严格地体现了谁污染谁付费原则。损害的定义很广, 包括对环境的破坏以及人身伤害和财产损坏。为此目的, 环境的定义也很广, 其中包括自然资源、文化遗产和“景观中具有特点的部分”(第2条第10款)。但是, 除了损失的利润之外, 为遭受破坏得到的赔偿仅限于实际采取和将要采取的合理预防和恢复措施的费用。¹²⁹

94. 恢复包括“在合理情况下”(第2条第8款)引入被摧毁或损害的环境成分的相等物, 例如在无法原样修复的情况下采取的类似做法。

95. 可以为赔偿责任提出的辩解理由包括: 战争; 敌对行动; 罕见和不可抗拒的自然现象; 第三方行为; 遵守政府管理部门的某项具体命令或强制措施; 或“在本地有关条件下未超出可容忍限度”的污染; “或为遭受损害者的合法利益……所进行危险活动”¹³⁰导致的损害。提出索赔要求的时限, 是提交者获悉或应该获悉损害之日起三年之内, 但不得迟于事故发生之日起30年。强制保险或其他经济担保确保了运营者将履行赔偿责任。管辖权以《关于民商事司法管辖和判决执行公约》的条款为依据。

8. 赔偿责任和补偿: 欧洲共同体模式

¹²⁹ 《核损害补充赔偿公约》也把收回费用限制在合理的预防措施和恢复措施的费用。但是, 不同之处在于, 根据这项公约, 什么样的措施是合理措施应该由将在其领土上采取措施的国家来决定。根据本文以及某些其他公约提出的办法, 可以由法院来最后决定什么措施构成合理措施。有一项准则是: “将不考虑抽象计算得出的关于环境损害中无法量化成分的损害或索赔要求”(Bran, “根据各项国际油污公约对自然资源损害的赔偿责任和补偿”, 第301页)。关于这个问题的一项更具权威性的准则是联合国赔偿委员会专员小组提出的, 涉及各国政府为一些监测和评估活动提出的索赔要求, 这些活动的目的是查明和评价伊拉克入侵和占领科威特所造成的环境和自然资源损害。该小组发现, 关于环境损害的明确证据, 不是应该为监测和评估活动提供赔偿的先决条件。此类活动, 如果是“纯学术或推测的”的, 或与入侵和占领所造成损害关系很小, 就不会得到赔偿, 但该小组仍以具体案件具体处理的方式审议了各项监测和评估活动的合理性。此外, 通过某次监测和评估研究所提出的建议绝不会事先就确定, 根据这样一次研究提出的实质性索赔要求是否合理(Kazazi, “联合国赔偿委员会实施的环境损害实践”, 第128-129页)。

¹³⁰ 《卢加诺公约》第8条。

96. 欧洲共同体委员会一直在研究环境损害的赔偿责任和补偿问题，以向欧洲议会和欧洲联盟（欧盟）理事会递交一份提案。目的在于推动欧盟2003年通过有关环境赔偿责任的严格立法。¹³¹ 在有关方面进行广泛协商和辩论之后，委员会最后拟订了一项有关环境赔偿责任指令的提案。¹³² 指令草案的范围没有包括传统损害包括的人员伤害和货物损坏。¹³³ 指令草案的范围也没有包括草案第3条第3款中提到的其他民事责任公约所规定的赔偿责任与补偿，以及建立原子能机构条约所涉活动的经营可能造成的核风险或环境损害或这种损害迫在眉睫的威胁，或第3条第4款提到的民事责任协定规定的有关赔偿责任或补偿的损害、事件或活动。此外，以国防用途为唯一目的的活动也未包括在范围之内（第3条第7款）。另外，具有普遍和扩散特征的污染造成的环境损害或这种损害迫在眉睫的威胁，如无法就损害与某些个人经营者的活动确定因果联系，也排除在范围之外（第3条第6款）。

97. 对构成草案附件一所列人类和环境的潜在或实际风险的任何职业活动产生的损害，提案采用了严格而非有限赔偿责任¹³⁴的原则。¹³⁵ 由造成损

害或面对这种损害迫在眉睫的威胁的经营者承担赔偿责任。这符合作为欧洲共同体（欧共体）环境政策（《建立欧洲经济共同体条约》第174条第2款）基础的谁污染谁付费原则。经营者还有责任赔偿（合理的）预防和恢复费用，包括环境损害和这种损害迫在眉睫的威胁的评估费用。¹³⁶

98. 第16条没有对经营者强加严格的财政保证和保障要求，而只是鼓励经营者取得履行赔偿责任的财政保证和保障。有人认为，这不会产生任何不利情况，因为这一机制涉及的风险更易计算和管理。此外，由于机制中对承保人和其他金融服务商都作了若干新的规定，有人觉得在该机制执行的头几年中，应该灵活变通。¹³⁷

99. 然而，第8条规定，遇到经营附件一所列以外的职业活动而造成生物多样性¹³⁸的损坏或这种损坏迫在眉睫的威胁的情况，如无法确定经营者存在过失或疏忽，则经营者不承担赔偿责任。¹³⁹ 但是，第10条规定，经营者有责任承担与其应采取的预防措施有关的任何费用。

100. “损害”的定义为“自然资源可计量的不利变化和（或）可能直接或间接发生的自然资源服务的可计量损坏”（第2条第1款第（5）项）。

¹³¹ 人们注意到，必需在欧洲共同体一级采取行动，以切实有效地应对场地污染和生物多样性损失，这是因为：(a) 约有30万个场地受到了确定或潜在污染；(b) 部分清理的费用估计在550亿至1060亿欧元之间；(c) 成员国尚未都颁布国家立法，而且多数国家的立法没有规定国家当局确保清理无人管治的场地；(d) 如果没有共同体一级的统一协调框架，经济行动者可以利用成员国就人为法律建设采取的不同手段逃避赔偿责任。案文，见“Impact assessment form”（COM（2002）17号文件，最后解释性备忘录）（上文脚注4），第55-56页。

¹³² 已进行协商的各方利益者清单，见（COM（2002）17号文件，最后解释性备忘录）（上文脚注4），附件一（公开协商），第24-26页。各方利益者的观点摘要，见第26-31页。

¹³³ 见第3条第8款（同上，第39-40页）。早先发表的《白皮书》另有建议。观点发生变化的原因如下：与机制格格不入，因为机制的目标是实现宏大的环境目标，并在有意义的程度上执行谁污染谁付费原则和预防原则；传统的损害只由民事责任处理；需进一步考虑协调各部门的国际倡议，协调逐步发展的国际民事责任文书，对国际环境协定加以补充（同上，第16-17页）。

¹³⁴ 应在指令生效后三年内，按照提案，对推出有限责任的可能性进行评估（见（COM（2002）17号文件，最后解释性备忘录）（上文脚注4），附件三，第54页）。有限责任的问题还涉及与损害和赔偿有关的风险可否承保问题。但是，限制的利弊同时存在。减少限制能够加大承保的可能，但会降低遵守费用，并因此削弱威慑作用。在另一方面，提案又使成员国在执行中可以选择制订有限财政保证要求（同上，第9页）。

¹³⁵ 同上，第48页。职业活动包括非营利活动和公共企业或机构开展的活动（同上，第29页）。

¹³⁶ 第7条（同上，第42页）。该条没有提及其他几项公约中规定的合理费用。但是假定原则中本来含有这一限制。见 Brans, “欧共体关于环境责任和追回赔偿损害公共自然资源造成的损害赔偿金的白皮书”，第328页，脚注22。

¹³⁷ （COM（2002）17号文件，最后解释性备忘录）（上文脚注4），第17页。

¹³⁸ 同上，第2条第1款第2项。提案中“生物多样性”的定义是参照早先的欧洲共同体指示确定的，是指这些指示没有涵盖、但已按照有关的国家立法为其指定保护区或养护区的生境和物种。要注意，《生物多样性公约》第2条中“生物多样性”的定义不能被认为适合这一目的，亦不适合有关转基因生物的赔偿责任的目的是。该公约中的定义超越了生境和物种概念，涵盖了生物机体中的“变异性”。提案指出，这一办法在这种损害如何量化和产生赔偿责任的损害阈值如何确定方面提出了微妙的问题。已经注意到了这一意见，在执行《生物多样性公约》及其《卡塔赫纳生物安全议定书》方面，不妨害今后有关这一问题的可能性（同上，第17-18页）。

¹³⁹ 同上，第42页。委员会提议，排除损害的传统要点，并提到受保护物种和生境以限制生物多样性损害的定义，但这个提案受到了批评。一种意见表示，提案“严重限制了拟议机制对转基因生物造成的任何损害的相关性和适用性”（Mackenzie, “环境损害和转基因生物”，第75页）。

101. “环境损害”是指生物多样性损害、水损害和土地损害（同上，第1款第(18)项）。为本条的目的，“自然资源”指生物多样性、水和土壤，包括底土”（同上，第1款第(8)项）。

102. 如果主管当局或第三方代表主管当局采取了预防或恢复措施，应该在五年内向经营者收回费用。“预防措施”的定义是，“为应对已经造成迫在眉睫的环境损害危险的事件、行为或不行为而采取的防止或尽量减少这一损害的任何措施”（同上，第1款第(12)项）。而且，“‘恢复’是指任何就以下方面采取的行动或组合行动：恢复、复原或替代受损自然资源和（或）受损服务，或提供这些资源或服务的等值替代”（同上，第1款第(16)项），包括初步恢复或自然恢复以及补偿恢复或在有关自然资源和（或）服务受到损害并为赔偿临时损失采取行动的地点以外所作的恢复。¹⁴⁰

103. 第9条规定了允许经营者抵制赔偿责任要求的某些辩护理由。这些辩护理由包括经常者无法控制的事件，如武装冲突、敌对行动、内战或叛乱以及异常的、不可避免的和不可抵抗的自然现象。免除赔偿责任的其他理由包括：适用法律允许或向经营者颁发的许可或授权允许的具体的排放或事件；或在排放或活动发生时根据当时的科学和技术知识不认为是有害的排放或活动，但以经营者未发生疏忽为条件；第三方故意造成的损害；遵守公共当局

颁布的规定和条例，¹⁴¹ 经营者以破产者身份按照相关规定采取行动并未发生过失或疏忽。

104. 第6条规定，如不能履行这种赔偿责任，成员国必须准备财政资源，以确保采取必要的预防或恢复措施，而不妨害经营者的赔偿责任。可能发生这种事的情况不少，例如无法确定经营者，或经营者资金不足或不足以采取任何或全部必要的预防或恢复措施，或根据拟议指令的规定经营者无须承担这种措施的费用。但是，详细安排需由各国制定。

105. 由于生物多样性等方面缺乏专属利益部门，还对有待给予特殊地位的公共利益团体和非政府组织这类合格实体作出了规定，以确保系统的良好运转。如发生迫在眉睫的环境威胁或实际损害，受害人员或合格实体有权要求主管当局在某种条件和情况下采取行动。

106. 将在成员国向欧洲共同体委员会提交报告、表明所得经验的基础上，对拟议方案进行定期审查，使委员会能够就机制对可持续发展的影响和审查的合适性进行评估。

9. 空间物体造成的损害

107. 相对民事责任而言，《外空物体所造成损害之国际责任公约》是国家责任方面唯一的现行公约。¹⁴² 该公约把绝对责任强加于“发射国”（第一条(c)项），而发射国的定义为：(a) 发射或促成发射外空物体的国家，和 (b) 外空物体自其领土上发射的国家。发射国的外空物体在地球表面或对飞行中的航空器造成的损害的，发射国承担责任。损害一词是指生命损失、人身伤害或其他健康损害；或国家或自然人或法人的财产或国际组织的财产的损失或损坏。

108. 空间活动造成损害的案例只有一个，但导致达成了《外空物体所造成损害之国际责任公约》的各项规定。¹⁴³ 1998年1月24日，由一个小核反应

¹⁴⁰ 有人建议，“在发生自然资源损害时，提案确定的恢复目的是实现等值解决，而不是不计代价复制事件发生前的状况”。（COM（2002）17号文件，最后解释性备忘录（见上文脚注4），第7页）。有人认为，与受损自然资源的价值相比，恢复费用估计通常更准确更容易。见俄亥俄诉内政部案（880 F2d 432（D.C. Cir 1989）），Brans 所引，“The EC White Paper ...”，第331页。另见 Mazzotta, Opaluch 和 Grigalunas, “自然资源损害评估：资源恢复的作用”，第167页。提案附件二阐述了合理恢复的方案，并敦促主管当局按照下列标准对恢复方案进行评估：(a) 各个方案对公共卫生和安全的影响；(b) 方案执行的费用；(c) 各个方案成功的可能性；(d) 各个方案执行后对防止今后损害和避免附带损害的程度；(e) 各个方案对自然资源和（或）服务各个部分产生利益的程度。如果数个方案可能产生同样的价值，应该选择费用最低的方案。除其他外，主管部门应该将在其领土上执行恢复措施的人士提出意见，并对意见给予必要考虑（COM（2002）17号文件，最后解释性备忘录（见上文脚注4），第51-53页）。因此，就提案采取的方法来看，提案似乎与美国在随附于1980年《环境法》的自然资源损害评估中采取的方法相类似。对此所作的分析，见 Brans, “The EC White Paper ...”，第331-334页。

¹⁴¹ 然而，遵守条例，即照许可或授权行事，不是回护理由（COM（2002）17号文件，最后解释性备忘录（见上文脚注4），第29页）。

¹⁴² 该公约于1972年9月1日生效。

¹⁴³ 最近对这一事件的阐述，见 La Fayette, 如上，第172页。

堆驱动的苏联卫星在加拿大西北地区上空解体。加拿大根据该公约和国际法一般原则，就放射性卫星碎片造成的损害提出索赔。没有发生具体的损害。

109. 但是，加拿大耗资 13 970 143.66 加元对散布于冰封雪冻的北极大地上的卫星碎片进行定位、清除和测试。加拿大提出，清理费用以及预防对国家领土及居民的潜在危险应被认为包括在《外空物体所造成损害之国际责任公约》的财产损害的概念之中。根据一般国际法极为谨慎地提出了索赔。加拿大开支这笔费用的目的是，对损害进行评估，限制现有损害，尽量减少进一步损害的风险，并把环境恢复到事件发生前的状况。在进行了长期谈判之后，苏联同意支付加拿大索赔额的一半作为清理活动费用。

110. 然而，大会 1992 年 12 月 14 日“关于在外层空间使用核动力源的原则”的第 47/68 号决议，核准了加拿大对《外空物体所造成损害之国际责任公约》的解释。该决议原则 9 涉及赔偿责任和赔偿问题。尽管第 1 段将该项原则适用于载有核动力源的空间物体造成的损害，但第 3 段宣布“所作的赔偿应包括偿还有适足依据的搜索、回收和清理工作的费用，其中包括第三方提供援助的费用。”这可被视为对外空责任条约中“损害”概念作出的权威性解释。有人提出，应进一步推广这一先例，使“该公约”规定的“损害”概念“包括清理空间物体碎片和把损害所影响的环境恢复至损害前状况的费用”。¹⁴⁴

10. 南极洲活动

111. 与此同时，关于就 1991 年在马德里缔结的《南极条约环境保护议定书》所涉南极洲活动所产生的损害赔偿责任订立一项或多项附件问题的谈判也在进行，但是进展甚微。该议定书中止了《南极条约》缔约国订立的《南极矿物资源活动管理公约》。该议定书第 7 条禁止有关矿物资源的任何活动。第 16 条进一步规定，缔约国应就赔偿责任订立一项或多项附件。

112. 起初，拟订赔偿责任制度的工作在一个法律专家小组中进行；后来，则在缔约国会议继续进

行。有几个问题一直在审议，还拿出了有关以下问题的具体提案：适用范围；损害定义（建议定为“重大和持久”¹⁴⁵）；赔偿、免除和限制标准；损害赔偿金数量；采取回应措施和恢复措施的义务；国家责任和争端解决。¹⁴⁶ 但是，无法就这些问题达成一致。除狭义的情况之外，各方无意接受国家在非经营者情况下的赔偿责任。

113. 争议问题之一，是经营者是否应该承担综合环境评估（讨论中称为 CEE）中确定和接受的损害责任。从目前的讨论情况来看，¹⁴⁷ 各方更为关注南极脆弱环境的保护和养护以及紧急应对措施。正常的侵权行为责任法律涉及的对人员和财产造成的传统损害则不是讨论重点。2001 年 7 月 9-12 日在俄罗斯联邦圣彼得堡举行的南极条约协商会议，讨论了美国提出的一项关于未能采取紧急应对措施的赔偿责任的限制性更大的附件。¹⁴⁸ 但是，提案的范围并不包括逐步或长期污染造成的损害或退化。各方普遍不愿拟订一项全面赔偿责任公约。

B. 分配损失模式：若干共同特点

114. 我们看到的各种分配损失模式通常具有若干共同特点。这些模式确认，国家赔偿责任是一种例外，只在外层空间活动案件中得到了接受。就固定操作而言，如果损失并非微不足道或可略而不计，而是巨大或极其明显，则追究装置经营者的赔偿责任。¹⁴⁹ 其他的可能性也存在。就船舶而言，应追究

¹⁴⁵ 同上，第 179 页。

¹⁴⁶ 对这些问题早期讨论的提及，见彭马拉朱·斯雷尼瓦萨·拉奥先生，关于预防的第二次报告，《1999 年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/501 号文件，第 142-143 页，第 61-63 段。

¹⁴⁷ 关于南极责任问题讨论的最新情况，见 La Fayette，如上，第 177-181 页。非政府组织南极和南大洋联合会就缺乏进展表示严重关注。有关将由 2003 年在马德里召开的下一届协商会议审议的最新草案的某些具体提案和意见，见该联合会的“第 77 号资料文件，赔偿责任”，议程项目 8，并可查阅 www.asoc.org。

¹⁴⁸ 南极条约，《第二十四次大西洋条约协商会议最后报告》，第二部分，附件 B，决定 3（2001 年）。

¹⁴⁹ Goldie 认为，各项核责任公约引发追究经营者责任的新趋势，“无论因果关系链有多长，无论介入因素多么新奇（不是很有限的申辩因素）”（Goldie，“Concepts of strict and absolute liability and the ranking of liability in terms of relative exposure to risk”，第 196 页）。关于此问题，另见该作者撰写的“损害的赔偿责任和国际法的逐步发展”，第 1215-1218 页。

¹⁴⁴ 同上，第 173 页。

船主而不是经营者的赔偿责任。这意味着,根据《民事责任公约》,可能是实际经营者的租船者,不负赔偿损失的责任。根据《危险废物越境转移及处置所造成损害的责任及赔偿议定书》,凡产生、进出口和处理废物者都有可能在废物运输的不同阶段承担赔偿责任。真正的根本原则不是总让“经营者”承担赔偿责任,而是在发生事故时,最能有效控制危险的一方承担赔偿责任的主要责任。

115. 就有害或危险活动而言,活动控制者应承担严格或绝对的赔偿责任,这是对谁污染谁付费原则的必要确认,理所当然。¹⁵⁰ 必须立即补充说明,谁污染谁付费原则往往回避谁是污染者这个问题。分配损失的不同计划视不同情况对该问题做出不同答复。¹⁵¹ 因此,目前国际公认的石油污染赔偿责任和补偿计划要求船主和货主分担责任。就西欧核事故而言,首先由装置所在国承担未投保的风险,然后在一定数额以上由一个赔偿基金承担。各参加国政

¹⁵⁰ Goldie 坚称,

“在承担严格赔偿责任领域,责任的关键在于要求极有害活动实施者负出代价。社会公认的普及公正概念要求,对于企业活动造成的损害,在损及到人身安全、个人财产或福利设施等项权利时,企业应做出赔偿”。“即造成危险的企业无权将其损害社会公认福利设施的费用转嫁给潜在受害者,尽管存在查明起因的哲学问题、道德问题甚至实际问题”。

(“Concepts of strict and absolute liability...”,第 189-190 页)。

关于严格赔偿责任与绝对赔偿责任之间的区别,该作者指出,他曾阐明绝对赔偿责任是“比严格赔偿责任更严格”形式(同上,第 195 页)。他解释说:

“各法院为减轻被告赔偿责任,根据赖兰兹诉弗莱彻案拟定的申辩规则(及在管辖权中逐步形成并承认其他极有害活动理论的规则),使‘绝对’这个形容词有点不恰当,因此在普通法中多用‘严格赔偿责任’一词。另一方面,本文中又重新启用‘绝对赔偿责任’这个词……以表明存在一种比普通所谓‘严格’更加严格的赔偿责任形式,特别是在国际领域”。

(同上,第 194 页)。

已经注意到,将近 8 种例外可适用赖兰兹诉弗莱彻案阐明的绝对赔偿责任规则(同上,第 196 页,脚注 50)。关于此案,见 *The Law Reports, English and Irish Appeal Cases before the House of Lords*, vol.III (1868),第 330 页。

¹⁵¹ Birnie 和 Boyle,《国际法与环境》,第 94 页,举例说明分配损失的不同办法。该作者指出,在此类情况下,“重要的是如何分担责任,如何提供补偿金,询问谁是污染者不会回答这些问题,在诸如运载有害废物等其他复杂交易中,也是如此”。另见彭马拉朱·斯雷尼瓦萨·拉奥先生的第一次报告,《1998 年……年鉴》(上文脚注 24),第 207-209 页,第 73-86 段,特别是第 84 段及脚注 107,可了解分担风险和损失的其他实例。

府按照其安装的核能力和国民生产总值向该基金缴款。在此方面,基本原则不是让污染者付费,而是公平承担风险,由国家补贴一大部分。

116. 东欧国家核装置的风险管理事例更引人注目。代表有可能成为核事故众多受害者的一些西欧国家政府,资助开展为提高安全标准而必须进行的工作。莱茵河沿岸国家采取了类似办法,劝说法国减少其钾矿污染。

117. 在所有法律体系,全世界只有若干管辖区域承认严格赔偿责任。¹⁵² 因此,可将其视为国际法一般原则,或无论如何可将其视为国际法逐渐发展的尺度。¹⁵³ 就不危险但仍有可能造成巨大危害的活动而言,或许有更充分的理由把赔偿责任与过失或疏忽联系起来。

118. 如赔偿责任基于严格赔偿责任,通常也是把赔偿责任限于一般可承保数额。否则,如果未设立补偿基金,例如只让油船船主独自承担严格赔偿责任而不理会石油货主,则既不合理也不可能持续下去。根据规定有限但严格的赔偿责任的大多数计划,经营者必须取得保险和其他一类的适当经济担保才能利用此项计划。

¹⁵² 丹麦、芬兰、德国、卢森堡、挪威和瑞典赞同利用严格赔偿责任规范环境赔偿责任(见 Jones,如上,第 16 页)。根据欧洲联盟委员会就欧洲议会和欧洲委员会关于预防和补救环境损害的环境赔偿责任指令的提案进行的研究(见上文脚注 4),截止 1995 年,美利坚合众国 40 个州针对危及人民健康和生态系统的污染区清理费用做出严格赔偿责任的规定。这是 1980 年联邦立法《环境法》之外的规定。见 Austin 和 Alberini,“An analysis of the preventive effect of environmental liability-environmental liability, location and emissions substitution: evidence from the Toxic Release Inventory”,第 3 页。另见,早些时候提到的由 Mahnoush H.Arsanjani 编写的研究报告,“No-fault liability from the perspective of the general principles of law”,巴尔沃萨先生的第二次报告所引,《1986 年……年鉴》[英](见上文脚注 33),第 159 页,脚注 61; Handl 所引,“State liability for accidental transnational environmental damage by private persons”,第 551 页。“应当允许根据异常危险活动的严格赔偿责任是现行一般国际法的原则这一假设提出诉讼”(同上,第 553 页)。

¹⁵³ 见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 1996 年工作组先前提出的警告,即不要将无过失赔偿责任视为国际法一般原则(《1996 年……年鉴》(上文脚注 24),附件一,第 107 页)。Goldie 似乎同意委员会提出的警告。他在审查若干赞同严格赔偿责任的理由和理论之后指出,“尽管这些理论为要求企业对产品和业务负起严格赔偿责任提供了基本原理,但各世界法律体系很少接受这些理论”,因此“国际法接受这些理论无疑是‘逐渐发展’方面的行动”(“Concepts of strict and absolute liability...”,第 210 页)。

119. 有限赔偿责任计划时常受到批评, 认为不能充分鼓励经营者采取更严格的防范措施。如果限制定得过低, 该计划甚至可成为污染或造成损害的许可证, 使经营者实际费用外在化。如果造成伤害, 该计划也不能满足无辜受害者提出的所有正当要求和索赔。¹⁵⁴ 有人主张, 过失赔偿责任总体上有可能更好地为无辜受害者利益服务, 因此值得作为赔偿责任的一种选择加以保留。就过失赔偿责任而言, 受害人有机会自由诉诸证据和推断规则并非不同寻常。如取消举证责任, 可要求经营者证明他已采取一名理智和谨慎者针对作业风险可望相应采取的一切谨慎措施。¹⁵⁵

120. 大多数有关危险活动的赔偿责任制度都规定, 应提供额外资金满足对损害提出的索赔要求, 特别是支付应急和恢复措施的费用, 因为这些措施对遏制损害、恢复受影响自然资源及公共福利设施的价值至关重要。

121. 目前, 额外资金来源来自二个不同帐户。第一个来自公共资金, 属于国家预算。换言之, 国家承担一部分损害造成的损失。但另一部分由共同基金承担。由同类危险活动经营者或直接受益于危险或有害活动的实体提供捐助, 设立该共同基金。通常未明确规定在经营者赔偿责任限度以外, 由哪个基金优先提供补救, 是经营者或受益人设立的基金, 还是国家设立的基金。就恢复和应急措施而言, 甚至规定出面采取此类措施的国家或其他公共机构, 能够随后从经营者那里收回此类活动的费用。

¹⁵⁴ 有种观点认为, 鉴于最近许多公约主要出于经济原因对赔偿责任施加的限制, “最好回到基本侵权理论, 即各项条例都避免根据过失责任采取行动”(Kiss 和 Shelton, 《国际环境法》, 第 375 页)。另见, Boyle, “Making the polluter pay?...”, 第 365 页, 他指出, 虽然严格赔偿责任原则做出各项承诺, 但“可能无法足额支付这些跨界费用”。他进一步指出, “未做适当努力的责任可能在实际中引起更广泛的赔偿义务”, 尽管不如严格赔偿责任制苛刻(第 366 页)。

¹⁵⁵ Jones, 如上, 第 22 页。作者指出, “如果在环境损害案中有的地方使原告特别难以证明过失, 可能有很好的理由改变普通民事赔偿责任规则, 以便取消举证责任”。他还指出, “最终过失赔偿责任和严格赔偿责任之间的区别不一定像有时联想到或想象的那样大。甚至严格赔偿责任制度细节中也包括辩护理由, 让被告能够在某些情况下避免承担赔偿责任。此外, 即使赔偿责任仍然基于过失, 经验表明法官也可能有机会根据相对较少或不太严重的证据裁决已达到过失阈值”。

C. 民事责任的若干要素

122. 民事责任计划注重经营者的赔偿责任。为充分了解该计划, 应注意其中的若干要素。

123. 在普通法中, 对跨界损害造成的破坏索取赔偿的主要司法手段基于不同理论。妨害是根据之一, 是指不合理地过分阻碍私人利用或享有不动产; 另一个根据是侵犯, 指直接有形地侵入他人不动产。赖兰兹诉弗莱彻案¹⁵⁶中提出的疏忽及客观赔偿责任规则, 也成为普通法中若干索赔的依据。此外, 公共信托(国家作为自然资源受托者)学说和沿岸权利(水道沿岸财产所有者权利)学说, 也为谋求对此类破坏的补救提供了依据。¹⁵⁷ 同样, 在民法体系中, 对跨界破坏做出赔偿的义务可能首先来自邻里法(财产或设施所有人, 特别是进行工业活动者, 有义务避免任何可能有损邻里财产的过分行为), 来自破坏环境赔偿责任的特殊规则, 甚至是来自民事责任一般原则(如果事故或不可抗力等独立原因造成破坏, 可免除举证责任和严格赔偿责任)。¹⁵⁸

124. 上述谋求救济的各种法律依据也会引起其他法律问题。

1. 因果关系问题

125. 因果关系原则关系到可预见性和接近性或直接损失等问题。有人指出, 原告可提出疏忽索赔, 要求对损害土地予以补偿; 但应确定: (a) 被告对原告负有达到特定注意标准的义务; (b) 被告违背该义务; (c) 被告违背该义务最接近地对原告造成伤害; 及 (d) 原告蒙受损害。此外, 某些类型的环境退化, 如有害物质污染等, 可能根据赖兰兹诉弗莱彻案中的普通法学说引起严格赔偿责任。¹⁵⁹ 在剑桥水务案中,¹⁶⁰ 上议院认为可预见性原则不仅适用疏忽和妨害行为,

¹⁵⁶ 见上文脚注 150。

¹⁵⁷ 关于根据普通法提出的各种理由的讨论, 见 Schoenbaum, “普通法上的环境损害: 概述”。

¹⁵⁸ 若要全面研究于这些方面或赔偿责任依据的各种国家立场, 见 Bernasconi, 如上, 第 16-26 页。

¹⁵⁹ 见上文脚注 150。

¹⁶⁰ 桥水务公司诉东郡皮革上市有限公司案, 《判例汇报》, 上诉案件(1994年), 第 2 期, 第 264 页(上议院)。

而且适用赖兰兹诉弗莱彻案中的行为。舍恩鲍姆认为，普通法中的行为足以涵盖各种跨界损害的索赔，例如涉及“空气污染、水污染、土壤和地下水污染、湿地退化和释放有毒物质等的索赔”。但他补充说，普通法“在界定和衡量损害赔偿方面”仍有缺陷。¹⁶¹

126. 各国法院已应用该项原则，以及损害的最近原因、适当因果关系、可预见性和远遥等概念。这是一个任意性高和不可预测的法律分支。不同国家应用这些概念的结果各异。可能有人提到，在现代侵权行为法中，接近性的检验似乎已逐渐放宽。事态发展情况是，已从可预见性（“适当性”）检验的严格必要条件理论，转向不太严格的因果关系检验，只要求“合理估算”损失。此外，随着在医药、生物、生物化学、统计和其他相关领域取得进展，可预见性检验可能越来越不重要。鉴于这些原因，有人认为似乎很难将此类检验纳入更一般的损失分配分析模式。¹⁶²

2. 履行注意责任

127. 法律规定的注意责任的履行涉及过失或疏忽证明或严格的赔偿责任，也涉及确定有关行为是否合法、合理或过度。但是民法法系下的邻里法的适用无须受害方进行过失证明。只需要表明特定行为造成的损害超过邻居相互容忍的限度。确定有关行为是否过度的检验标准也就是一个具有一般敏感度的通情达理的人所使用的标准。

128. 此外，《瑞士民法典》对邻里法的无过失适用作出了规定，其中第684条规定，造成过度损害的活动是否合法无关紧要。另一个困难的问题是，一个国家为其境内所从事的对邻国造成过度损害的活动颁发的许可证所具的重要性和是否给予承认的问题。这方面的问题可能以一般认为可适用的法律为核心。必须在核准国的法律与发生损害国家的法律之间做出选择。可能因所赞同的特定政策而得到不同的答案。例如，如果首要考虑的是有关的外国法规和这种法规与产生损害的情况之间的联系以及在核准国境内执行有关裁决的必要性，则有利于适

用核准国法律。另一方面，如果着重的是在给予核可时遵守某些最低限度的实质性标准并适当地遵守产生损害的国家的法律，则有利于适用受害国法律。同样，在这方面并不存在一项得到广泛赞同的特定解决办法。¹⁶³

129. 普通法规定，妨害的赔偿责任需根据两个相邻的土地所有人互相迁就的原则予以通融。对于使用方面的冲突应根据干预是否合理的原则作出裁决。妨害与疏忽行为¹⁶⁴之间可能有交叉，公害和侵犯行为¹⁶⁵也一样。但是对这种权利要求作出裁决的法律根据有所不同。此外，联合王国将严格的赔偿责任视为妨害理论的具体适用，而依照美国的惯例，该理论不同于妨害，毋宁说是谁污染谁付费原则的适用。¹⁶⁶

3. 损害和补偿的定义

130. 即使确定了因果关系，有资格获得补偿的权利要求仍可能存在一些困难问题，例如经济损失、痛苦、终生残疾、丧失舒适环境和配偶权利等问题以及基于评估损害产生的问题。同样地，对财产造成的损害，如果可以修复或更换，需根据修复或更换费用予以补偿。但是，难以补偿对于具有历史或文化价值的物品造成的损害，只能根据个别情况作出武断的评估。此外，与遭到损害的财产之间的联系越不明确、不具体，则越难以确定获得补偿的权利。还有一个问题，纯粹的经济损失，如果涉及丧失个人享用公共设施的权利，但不涉及直接的个人损失或对所有人权益的损害，是否有资格获得补偿。¹⁶⁷ 纯粹的经济损失，例如旅馆所蒙受的损失，在瑞典和芬兰可获得补偿，但是在一些其他管辖区则无法获得补偿。¹⁶⁸

¹⁶³ 见 Bernasconi, 如上, 第41-44页。

¹⁶⁴ Schoenbaum, “普通法上的环境损害: 概述”, 第214页, 脚注5。

¹⁶⁵ Bernasconi, 如上, 第17页。

¹⁶⁶ Schoenbaum, “普通法上的环境损害: 概述”, 第214页, 脚注6。

¹⁶⁷ Wetterstein, “财产所有人权益或单独占有权权益”, 第32页。

¹⁶⁸ Dunné, “Liability for pure economic loss-rule or exception? A comparatist's view of the civil law: common law split on compensation of non-physical damage in tort law”, Bernasconi 引述, 如上, 第24页, 脚注108。

¹⁶¹ Schoenbaum, “普通法上的环境损害: 概述”, 第215页。

¹⁶² 见 Wetterstein, “财产所有人权益或单独占有权权益: 一项环境损害赔偿要求的必要条件?”, 第40页。

(a) 对环境本身或自然资源造成的损害

131. 上文中对各种损失分配办法的分析表明, 一般都不支持接受对环境本身造成的损害的赔偿责任。但是在由于对环境造成损害而使个人或财产蒙受损害的情况下可以弥补这方面的一部分限制。此外, 在对自然资源或环境造成损害的情况下, 一般还拟订协议, 规定补偿或偿还合理的或是在某些情况下经核可或授权的预防性或事后恢复或复原措施引起的费用的权利。有些公约进一步将这一点限于实际采取的措施而不包括由于环境损坏而造成的利润损失。¹⁶⁹ 有些国家, 例如加拿大、丹麦、芬兰、法国、意大利、挪威、联合王国、美国和(在一定程度上)德国, 都制定有依赖这方面严格赔偿责任的特殊立法。¹⁷⁰ 许多国际条约中也载有合理性标准。有些国际条约还载有损害的定义, 尤其是明确地规定了可以获得补偿的复原措施。在某些情况下, “合理”措施是指依据主管法院的法律考虑了所有情况之后裁定为适当和相称的措施。¹⁷¹

132. 目的不是要使环境恢复原状而是要使其得以维持正常功能。在这个过程中预期不会引起同所希望取得的成果不相称的支出, 这种费用应当合乎成本效益。在考虑到上述因素的情况下, 如果无法使环境恢复或复原, 在环境中引进与上文所述相当的因素应是合理的。¹⁷²

¹⁶⁹ 见《卢加诺公约》和上文所述其他公约。

¹⁷⁰ 见 Wetterstein, “财产所有人权益或单独占有权权益”, 第47-48页。关于美国《环境法》和1990年的《石油污染法》, 见上文第55-61段。此外, 对同一问题的分析以及关于各国国内法对环境保护的处理方式(其中强调各国处理方式的一些不同之处)的简短评论, 见 Bernasconi, 如上, 第20-25页。至于法国的情况, 该国《民法典》第1384条原先只规定动物或建筑物等所造成的损害的特殊赔偿责任, 法国法院解释该条指的是无过失赔偿责任。但是俄罗斯联邦对过失赔偿责任作出了规定。对于损害计算问题, 俄罗斯联邦规定了固定的赔偿率, 根据生态和商业上的重要性为自然分门别类评定了武断的抽象价值。对于环境复原费用没有作出规定, 但是在确定损害赔偿额时将其考虑在内。

¹⁷¹ 《修正维也纳核损害民事责任公约的议定书》提及下列因素: (a) 所造成损害的性质和程度, 或者就预防性措施而言, 此类损害的危险的性质和程度; (b) 采取措施时, 此类措施可能有效的程度; 和 (c) 有关的科学和技术专门知识。美国上诉法院在波多黎各自由联邦诉佐薇·科洛科特尼号轮船案(见上文脚注111)中“表示, 确定复原费用是否合理, 取决于复原在技术上的可行性、生态系统自然恢复的能力和修得受影响的环境所需的费用等因素”(Wetterstein, “财产所有人权益或单独占有权权益”, 第47页, 脚注94)。

¹⁷² 对于环境的定义和环境损害的可补偿要素的分析, 见巴尔沃萨先生的第十一次报告, 《1995年……年鉴》(上文

(b) 损害的衡量

133. 阿莫科公司卡迪兹号案(1978年)¹⁷³表明了法院在环境损害案件中衡量损害赔偿金的办法。法国及其他受害方对于在布列塔尼海岸造成广泛损害的油船漏油事件向美国地方法院提出赔偿要求。该事件发生时法国不是《基金公约》的缔约国, 因此没有根据《民事责任公约》和《基金公约》提出赔偿要求。《民事责任公约》准许的赔偿额过低(约为7700万法国法郎, 相当于所要求数额的十分之一), 并难以说服法院裁定过失和当事方的相互关系, 追究船主的责任。此外, 无法确定是否能够对在法国没有资产的一家利比亚壳牌公司执行法国法院的一项判决。母公司印第安纳美孚石油公司也不可能自愿承担赔偿责任。¹⁷⁴ 原告索求22亿美元以对下列各点作出补偿: (a) 公职人员的清理作业; (b) 地方社区的捐赠和志愿人员贡献的时间; (c) 所需清理材料和设备的费用; (d) 使用公共建筑的费用; (e) 海岸线和港口的复原; (f) 享用价值受损; (g) 市镇的名誉和公共形象受损; (h) 个人赔偿要求; 和 (i) 对生态造成的损害。

134. 美国区法院只判给原告8520万美元的赔偿金, 用于支付: 公职人员清理工作所需费用, 包括其旅费; 材料和设备费用减去所购置物品的剩余价值, 条件是采购必须合理, 实际使用了这种设备并且能够证明其剩余价值; 使用公共建筑的费用; 以及一些个人的赔偿要求, 包括旅馆、饭店、露营地及其他企业提出的赔偿要求, 一般都是要求补偿一年的收入损失。法院驳回有关享用价值受损的赔偿要求和省家庭协会联盟提出的要求, 理由是法国法律不承认这种损失赔偿要求。

135. 关于对生态造成的损害, 美国区法院没有为生物量、海洋所有生物和受影响区域底层受到的损害判给原告任何补偿, 认为这种补偿要求十分复

脚注80), 第53-59页, 第3-37段, 特别是第28段。有关损害问题、危害的定义、不利影响和损害的评估的值得注意的说明, 见 Fitzmaurice, 如上, 第225-232页。

¹⁷³ 美国上诉法院, 654 F2d 1279 (7th Cir 1992)。该案件的说明, 见 Kiss 和 Shelton, 同前, 第355-356页。

¹⁷⁴ 说明见 Fontaine, “The French experience: ‘Tanio’ and ‘Amaco Cadiz’ incidents compared: advantages for victims under the compensation system established by the international conventions”, 第103页”。

杂、理由不足并基于猜测和一系列的假设。法院还认为，受到损害的是“无主财产”，任何人对这种财产都没有提出诉讼的权利。法院还认为，在渔获量减少导致收入减少的情况下向渔民和渔业协会提供的补偿中包含了生态系统损害的补偿。另一方面，法院准许补偿法国政府为引进因污染及其后果而损失的物种所支付的费用。

136. 阿莫科公司卡迪兹号案的经验最终对受害者的裨益并不大。诉讼长达13年，原告必须承担沉重的举证责任，结果国家要求的赔偿额大幅度减少，市镇要求的赔偿额减少的幅度更大。最终判给布列塔尼各社区的赔偿额几乎不到所要求的十分之一。

137. 阿莫科公司卡迪兹号案的经验似乎只突显了制度化的补偿机制的重要性。¹⁷⁵ 一宗可资比较的案件是塔尼欧号事件，该事件发生于1980年3月7日，也就是阿莫科公司卡迪兹号事件发生后仅仅两年，并且也导致了布列塔尼海滨的污染。当时《基金公约》已经生效。将近100名索赔者向国际油污的赔偿基金提出赔偿要求，为数共计5.27亿法郎。根据该基金的政策没有提出环境损害方面的赔偿要求。法国政府就下列各项费用提出了赔偿要求：用泵从沉没的油船中抽油的费用、清理和复原费用以及法国向蒙受损失的私人当事方所支付的补偿金。所要求的赔偿金大约相当于《民事责任公约》和该基金所规定的数额，即2.44亿法国法郎的两倍，其中2200万法国法郎为船主责任有限基金。

138. 经过谈判，根据所达成的协议，将可支付的数额定为3.48亿法国法郎，在事件发生后三至五年内付清了其中将近70%的数额。

4. 起诉权

139. 起诉权通常根据的是所有权或是受法律保护的权利，在公共设施受到损害的情况下则保留给政府当局。¹⁷⁶ 根据普通法，另一个提出诉讼的理由就是公益信托原则。该原则在美国适用的例子较多。根据该原则，国家有权为其公民代管某些自然资源。

¹⁷⁵ 同上，第104页，另见塔尼欧号事件的详情。

¹⁷⁶ Wetterstein, “财产所有人权益或单独占有权益”，第30-32页。

在美国法律中，这是一种特许权，准许国家、甚至公民个人出面干预以保护野生生物和自然资源。¹⁷⁷ 1990年的《石油污染法》以及目前规定追回自然资源损害赔偿金的下列其他法律加强了这种能力：《联邦水污染管理法》（即《净水法》）；¹⁷⁸ 以及《环境法》。如上文所述，根据这些法令，指定的受托人得就自然资源损害赔偿提出要求。挪威的有关办法规定，私营组织和协会有权索求恢复费用。¹⁷⁹ 《在环境问题上获得信息、公众参与决策和诉诸法律的公约》给予非政府组织代表环境方面的公益机构提出诉讼的权利。该公约第2条第5款规定，受到或可能受到环境决策影响或是同环境决策有利害关系的民众应视为当事方。

140. 一项欧洲联盟委员会指令的提案（见上文96-106段）也给予某些经认可的非政府组织就环境损害提出诉讼的权利。

5. 适当管辖权

141. 有关解决补偿要求的适当管辖权问题，管辖权或者在受损者或受害人国籍国的法院，或在产生有害后果的活动所在地国家的法院。各国在这些事项上的做法不统一。例如，在美国境内，“不便审理的法院”理论在起作用，由各法院决定哪家是最适合审理的法院。美国法律中存在某种有利于不影响原告选择的推断，但这并非统一适用。¹⁸⁰

142. 由原告选择在哪家法院提起有关跨界损害索偿要求的原则，根据《关于民商事司法管辖和判决执行公约》，似乎更受欢迎。在汉德尔斯克维克吉·比尔诉阿尔萨斯钾矿有限公司案¹⁸¹中，欧洲共同体法院裁断，该公约将有关“侵权行为、不法行为或半不法行为”事项的管辖权授予“有害事件发生地法院”的第5条第3款应解释为，选择在遭受损

¹⁷⁷ 见 Schoenbaum, “普通法上的环境损害：概述”，第216页，脚注30。

¹⁷⁸ 《美国法典》，第33篇，第26章，第1251节及以下各节。

¹⁷⁹ Wetterstein, “北欧国家和德国法律制度中的环境损害”，第237和第242页。

¹⁸⁰ 见 Kiss 和 Shelton, 同前，第365页，脚注37。

¹⁸¹ 第21/76号案，欧洲共同体法院，《法院案例汇编》，1976年，第8期（卢森堡），第1735页。另见 Sands, 同前，第160页。

害的国家的法院还是在发生危害活动的国家的法院提起索赔要由原告作出。所以，法院解释说，该条应解释为包括两个地点，在特定案件中要根据原告的利益作出选择。所以，在本案中，这一事项被退回鹿特丹法院，由其根据是非曲直做出裁决。该法院最初拒绝对由位于法国的一家被告公司造成的莱茵河污染事件行使管辖权。该公司（阿尔萨斯钾矿有限公司）每24小时向莱茵河法国境内河段排放1万吨氯化物，荷兰的园艺业遭受损害。荷兰的原告希望在荷兰而不是在法国提起诉讼。¹⁸²

143. 澳大利亚高等法院在远洋太阳公司案¹⁸³中坚持以骚扰作为判决对被告造成不便的标准。一位评论者指出，这使得澳大利亚居民和公司在被外国原告告上澳大利亚的法院之后难以逃避当地管辖权。他争辩说，“该法院的态度给位于澳大利亚境内的公司提供了动力，促使其在海外活动中采用类似国内要求它们的工业安全和环境标准”。¹⁸⁴ 在远洋太阳公司案裁决两年之后，澳大利亚高等法院在福特诉马尼尔德拉面粉机有限公司案¹⁸⁵中确定了更加严格的检验标准。在该案件中，澳大利亚高等法院认为，一个澳大利亚法院需要“明显不适合”，才能准许被告因不便审理的法院理由中止诉讼程序。奥克斯特迪河公司案、达吉等诉必和必拓公司案的相对顺利解决，依赖的是澳大利亚对待不便审理的法院的态度。¹⁸⁶

144. 奥克斯特迪河矿对环境的影响以及对该矿开办者提出的广为宣传的诉讼，重新界定了有关矿物资源开采的一系列问题。参与诉讼进程对矿业、国家、非传统利益有关者、当地和外国非政府组织（以及学术机构）而言是一个转折点。奥克斯特迪河案涉及所指称的由奥克斯特迪河矿业有限公司在巴布亚新几内亚的业务对奥克斯特迪河和弗来河系统造成的环

境损害，该公司60%的股份属于一家大的澳大利亚矿业公司（必和必拓公司）。

145. 如同在RTZ-CRA公司拥有一座铜矿的布干维尔一样，奥克斯特迪河需要向邻近的河系倾倒矿山废物，造成了灾难性的环境和社会后果。在两个案件中，巴布亚新几内亚政府竭力剥夺当地人的权利。澳大利亚在巴布亚新几内亚仍是委任被保护国期间批准了布干维尔矿，在布干维尔武装反叛以后，该矿于1989年关闭，留下了巨大的混乱。尽管布干维尔发生了武装反叛，迫使该矿关闭，但奥克斯特迪河案由于澳大利亚的一家法院愿意审理该案而差不多和平解决。该案提供了在涉及跨界损害时法律选择方面的重要例子。

146. 在奥克斯特迪河案中，因为巴布亚新几内亚政府在很大程度上剥夺当地村民寻求国内司法公正的机会，所以不得不求助于必和必拓公司总部所在地的澳大利亚维多利亚州最高法院。雷克斯·达吉、约翰·沙克尔斯、帕特·安贝图和亚力克斯·毛恩（代表三个部落的73人）以及达鲁鱼品供应有限公司（一家商业渔业公司）在墨尔本对必和必拓公司提起四起诉讼，从而启动了试验案件。此后，其余的500个部落在巴布亚新几内亚国家法院提出索赔诉讼。所有时候，必和必拓公司均争辩道，其行为合法，得到巴布亚新几内亚政府的授权，并且是根据签发给被告的各种租赁合同和执照进行的。

147. 维多利亚州最高法院承认“根据普通法，该法院将拒绝受理基本上涉及对外国土地的权利的索赔案，无论此种权利是占有性的或拥有性的，因为这些权利是索赔根据或理由”。¹⁸⁷ 所以，伯恩法官裁决，维多利亚不能受理以被告非法侵害为由而提出的损害索赔和其他救济要求。但是，他还裁决，除不能接受对土地的索偿以外，可就过失损害提出索偿。伯恩法官断定，原告提起过失诉讼理由的基础是原告失去了舒适或对土地的享用。他裁定，这不是以对土地的占有或拥有权为基础的。

148. 在远洋太阳公司案和福特诉马尼尔德拉面粉机有限公司案之后，必和必拓公司没有争辩说，

¹⁸² Sands, 同前, 第160页。

¹⁸³ 远洋太阳班轮特别航运公司诉费伊案, 《英联邦案例汇编》, 第165卷(1988年), 第197页。

¹⁸⁴ Prince, “Bhopal, Bougainville and Ok Tedi: why Australia’s *forum non conveniens* approach is better”, 第574页。

¹⁸⁵ 福特诉马尼尔德拉面粉机有限公司案, (1990年)《英联邦案例汇编》, 第538卷, 第171页。

¹⁸⁶ 达吉等诉必和必拓责任有限公司等案, 维多利亚州最高法院, 1995年9月22日的判决(法官: 伯恩), 《维多利亚州判例汇编》(1997年), 第1期, 第428页。有关此案及其反响的杰出总结, 见 Hunt, “Opposition to mining projects by indigenous peoples and special interest groups”, 第94段起。

¹⁸⁷ 《维多利亚州判例汇编》(见上文脚注186), 第429页。

法院应以不便审理的法院为由拒绝管辖。这意味着必和必拓公司不能在其开矿业务中逃避适用澳大利亚法律标准。结果谈判商定的解决办法应用了较高的澳大利亚环境标准来决定必和必拓公司应采取的适当补救行动和其他补偿：这包括支付4亿澳元用于修建一个尾矿控制系统和最多1.5亿澳元补偿对环境的损害。¹⁸⁸ 关于程序和解决方面有一些后续问题，但这项判决表明，在此类案件中可以有效地适用该法，在资源丰富的欠发达国家因政治考虑难以进行当地补救之时更是如此。但是，1997年这一事项又交回法院审理，该项诉讼反映了与《关于危害环境的活动造成损害的民事责任公约》第二条类似的想法，并显示出“在承认可补偿损害的新形式方面有一种正在持续的自由化”。¹⁸⁹

¹⁸⁸ Prince, 如上, 第595页。

¹⁸⁹ Bowman, “Biodiversity, intrinsic value and the definition and valuation of environmental harm”, 第42页。另

149. 澳大利亚在奥克特迪河案中的“明显不当法院”¹⁹⁰的立场可与美国及（此外）英国“最合适的法院”¹⁹¹方法形成对比，美国的方法很大程度上以美国派珀飞机公司案为基础。¹⁹²

见达吉等诉必和必拓公司案（上文脚注186），Bowman 引述，如上，脚注5。

¹⁹⁰ 见上文脚注185。

¹⁹¹ Prince, 如上, 第574页。

¹⁹² 美国派珀飞机公司诉雷诺案, 454 US 235 (1981)。通过提及博帕尔诉讼（还有其他诉讼），Prince 说，美国的处理办法对希望在美国起诉美国公司的外国原告设置了不公平的障碍，公开偏袒当地诉讼当事人。人们对澳大利亚在奥克特迪河案中的情况持有积极看法，相比之下可以发现，外国环境损害案件已经产生了许多影响，建立了一种认识，即美国法律允许许多国公司在海外经营时回避使用美国法律标准。Prince 认为，对博帕尔案采取澳大利亚的处理方法本会使法院很难接受母公司不应对博帕尔灾难承担部分或全部责任。显然，假使该案在美国处理，还会留有复杂问题，诸如一家母公司应该在多大程度上对其外国分公司负责，但也有可能已经取得公平得多的结果（Prince, 如上, 第580和第595页）。

第三章

辩论总结和需审议的意见

150. 对民事责任制度的审查清楚表明，所涉法律问题是复杂的，只能根据特定案件的是非曲直加以解决。此类解决也将取决于受理案件的管辖区域以及所适用的法律。谈判商定特定条约安排来解决适用于一项活动的法律制度是可能的，但不能就民事责任制度得出一般性结论。此类工作，如果认为当真可取，严格说来要归关切国际私法的统一和逐渐发展的法庭。

151. 同样，各种最近和得到公认的赔偿责任模式和补偿计划也已经审查过。这些模式使得一点非常明确。它们表明，国家有责任确保存在某种安排，以保证公平分担损失。尽管各项计划显示了共同的因素，但它们也显示出，每项计划是为其自身的情况订做的。不能断定在每起案件中，谈判商定赔偿责任公约就能最好地履行这种责任，更不用提一项以任何特定的一套因素为基础的公约。如果认为合适的话，就像欧共体法律规定的那样，允许挑选法庭，让原告在最有利的管辖区内提起诉讼，或像在博帕尔诉讼案中那样，谈判商定一项特别解决方法，也可同样出色地履行这一责任。

152. 而且，鉴于需要给予各国足够的灵活性来拟订适合其特别需求的赔偿责任计划，委员会希望认可的损失分担模式应是一般性的和备用性的。

153. 为拟订这一模式，并考虑到委员会早先就这一主题所作的一些工作，现提出下列意见，供酌情审议：

(a) 所建议的任何制度不应损害根据本国法律所界定的民事责任提出的索偿要求以及国内一级或国际私法规定的现有补救。跨界损害案件中的不同行为者分担损失的模式不需以任何赔偿责任制度，如严格赔偿责任或过失赔偿责任为基础；

(b) 委员会可以核准其2002年工作组¹⁹³的建议，即任何此类制度不应损害根据国际法，特别是国家责任法提出的索偿要求；

¹⁹³ 见上文脚注3。

(c) 就本分担计划而言，该专题的范围应与所通过的关于预防危险活动的跨界损害条款草案的范围相同。对多项赔偿责任和补偿计划的调查清楚显示，它们均赞同以某种阈值作为适用该制度的基础。因此，建议采纳与上述条款草案中界定和商定的有关重大损害的阈值相同的阈值。重新开始关于这点的讨论既无效率，也不可取；

(d) 赔偿责任和补偿的多种模式还确认，国家赔偿责任是一项例外，只在外空活动案件中得到了接受。所以，补偿责任和义务应首先由事故或事件发生时最能控制活动的人承担。所以，责任人未必总是一个装置或有风险的活动的运营者；

(e) 一旦所造成的损害可以合理地追查到所涉活动身上，就会产生指挥或控制该危险活动者的赔偿责任问题。必须注意，有些观点认为，要确定赔偿责任，就应当确凿证明损害与活动之间存在因果关系。鉴于危险活动在科学和技术两方面的复杂性，以及所涉损害的越界性，认为合理性检验标准能更好地服务于这一目的。但是，合理性检验标准能被下列理由推翻：例如，损害可能是一个以上的来源造成的；或有超出指挥或控制者控制的其他原因，如没有这些原因的干预，损害本来不会发生；

(f) 在损害由一个以上活动造成，并可合理地追查到这些活动的每一个活动身上，但不能以任何确定的程度将其分开的情况下，赔偿责任将是共同连带责任¹⁹⁴ 或可以公平分摊。或者这项选择可留给各国，由它们根据其本国法律和习惯作出决定；

¹⁹⁴ 关于共同连带赔偿责任的讨论，见 Bergkamp，同前，第 298-306 页。这种责任一般是在被告的联合行动或协同行动造成损害的情况下施加的。在两个或两个以上被告的独立活动造成了单一的不可分割的伤害的情况下，也可以施加。另一个可能性就是此类独立行动造成了“实际上”不可分割的损害。在单个或两个独立行动造成不同比例的，但加在一起相当于一个单个损害的情况下，也可施加。作者认为，“只能在有限的情况下，才能施加共同连带赔偿责任。应该少用共同连带赔偿责任规则，因为这些规则本身带有许多不利之处，包括不公平、‘过分威慑’、可保险性问题、不确定性以及高额管理费用”。业界一般不喜欢这一观念，而受害人则一般都同等喜欢这一观念。所以，需要某种平衡。

(g) 应该由额外的筹资机制来补助有限赔偿责任。可利用活动的主要受益人的捐款或同一类运营者的捐款或国家专项基金来建立此类基金；

(h) 国家，除指定专项国家基金义务之外，还应负起责任，设计特定的合适计划来解决有关跨界损害的问题。此类计划能解决保护其公民免遭受可能发生的跨界损害风险；预防此类损害因其境内的活动蔓延或扩散至其他国家、建立应急基金和其他准备措施；落实一旦发生此类损害情况必须采取的应对措施；

(i) 国家还应确保，在其法律制度中可根据逐渐形成的国际标准¹⁹⁵ 追索对跨界损害的受害人的公平和快速补偿及补救；

(j) 如我们在前文所见，对有资格获得补偿的损害的界定是一个并未得到很好解决的问题。对人和财产的损害一般可以补偿。对一国管辖范围内或其控制区域内的环境或自然资源的损害现已被广泛接受。但是，此类案件中的补偿仅限于采取预防或应对措施以及恢复措施实际引起的费用。此类措施必须是合理的，或得到该国授权的或国家法律条例规定的，或由法院作出裁决的。如果费用与利用现有科学知识和技术手段实现的成果或可实现的成果相称的话，这些费用可视为合理的。在受损害的环境或自然资源不可能得到实际恢复的情况下，引入等同因素所致费用亦可得到偿还；

(k) 对环境本身造成的损害，如未引起对个人和国家的所有权或占有权权益的直接损失，就不会被认为是补偿的适合案例。同样，由于环境损害而引起的利润和旅游损失不大可能得到补偿。

¹⁹⁵ 有必要根据国际标准制订的对跨国损害的各种救济是国际法协会 1996 年第六十七届会议讨论的国际水道跨界损害救济问题条款草案的主题（见 Cuperus 和 Boyle，“关于对国际水道跨界损害的私法补救的条款”。另见 Hohmann，“关于因使用国际流域的水域而导致的跨媒介污染的条款”。关于讨论，见国际法协会，《第六十七届会议报告，赫尔辛基，1996 年 8 月 12-17 日》，第 419-425 页。

国际组织的责任

[议程项目7]

A/CN.4/532号文件

特别报告员乔治·加亚先生关于国际组织的责任的第一次报告

[原文: 英文]
[2003年3月26日]

目 录

	页 次
本报告引用的多边文书	113
本报告引用的著作	114
	段 次
导言	1-2 114
章 次	
一、委员会以往关于本专题的工作	3-11 115
二、本研究的范围	12-34 118
第一条 本条款草案的范围	34 124
第二条 用语	34 124
三、关于国际组织责任的一般原则	35-39 124
第三条 一般原则	39 125

本报告引用的多边文书

来 源

经修正的(1991年11月27日,罗马)的《联合国粮食及农业组织章程》(1945年10月16日,魁北克市)	粮农组织,《联合国粮食及农业组织基本文件》(2001年,罗马,粮农组织)。
《世界气象组织公约》(1947年10月11日,哥伦比亚特区华盛顿)	联合国,《条约汇编》,第77卷,第998号,第143页。
经1971年2月13日协定修正的《芬兰、丹麦、冰岛、挪威和瑞典之间合作协定》(1962年3月23日,赫尔辛基)	同上,第434和第795卷,第6262号,第181和370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。
《维也纳条约法公约》(1969年5月23日,维也纳)	同上,第1155卷,第18232号,第331页。
《维也纳关于国家在其对普遍性国际组织关系上的代表权公约》(1975年3月14日,维也纳)	《1975年联合国法律年鉴》(出售品编号:E.77.V.3),第87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)	联合国,《条约汇编》,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》(1983年4月8日,维也纳)	《1983年联合国法律年鉴》(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。
《国际水道非航行使用法公约》(1997年5月21日,纽约)	《大会正式记录,第五十一届会议,补编第49号》,第三卷,第51/229号决议,附件。

本报告引用的著作

- Bertrand, Christine
“La nature juridique de l’Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe (OSCE)”, RGDIP, vol. CII, 1998, pp. 365-406.
- Bortloff, Jens
Die Organisation für Sicherheit und Zusammenarbeit in Europa: eine völkerrechtliche Bestandsaufnahme. Berlin, Duncker & Humblot, 1996.
- Fitzmaurice, G. G.
“The law and procedure of the International Court of Justice: international organizations and tribunals”, *British Year Book of International Law*, 1952, vol. 29.
- Gilmour, D. R.
“The World Tourism Organization: international constitutional law with a difference”, *Netherlands International Law Review*, vol. XVIII, 1971, pp. 275-298.
- Marchisio, Sergio
“Lo status della CEE quale membro della FAO”, *Rivista di diritto internazionale*, vol. LXXVI, 1993, pp. 321-350.
- Mariño Menéndez, Fernando
“La Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (O.S.C.E.)”, in Manuel Díez de Velasco, ed., *Las Organizaciones Internacionales*. 11th ed. Madrid, Tecnos, 1999, pp. 661-670.
- Rama-Montaldo, Manuel
“International legal personality and implied powers of international organizations”, *British Year Book of International Law*, 1970, vol. 44, pp. 111-155.
- Reinisch, August
International Organizations before National Courts. Cambridge, Cambridge University Press, 2000.
- Sands, Philippe and Pierre Klein
Bowett’s Law of International Institutions. 5th ed. London, Sweet & Maxwell, 2001.
- Sapiro, Miriam
“Changing the CSCE into the OSCE: legal aspects of a political transformation”, *American Journal of International Law* (Washington, D.C.), vol. 89, 1995, pp. 631-637.
- Schweisfurth, Theodor
“Die juristische Mutation der KSZE: eine internationale Organisation in statu nascendi”, in Jochen Abr. Frowein, Helmut Steinberger and Rüdiger Wolfrum, eds., *Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht*. Berlin, Springer, 1995. Vol. 120, pp. 213-228.
- Schermers, Henry G. and Niels M. Blokker
International Institutional Law: Unity within Diversity. 3rd rev. ed. The Hague, Martinus Nijhoff, 1995.
- Seidl-Hohenveldern, Ignaz
“Internationale Organisationen aufgrund von soft law”, in Jochen Abr. Frowein, Helmut Steinberger and Rüdiger Wolfrum, eds., *Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht*. Berlin, Springer, 1995. Vol. 120, pp. 229-239.
- Seidl-Hohenveldern, Ignaz and Gerhard Loibl
Das Recht der Internationalen Organisationen einschliesslich der Supranationalen Gemeinschaften. 7th ed. Cologne, Carl Heymanns, 2000.
- Seidl-Hohenveldern, Ignaz and Karin Rudolph
“Article 104”, in Bruno Simma, ed., *The Charter of the United Nations: a Commentary*. 2nd ed. Munich, Beck, 2002, pp. 1302-1306.
- Seyersted, Finn
“Objective international personality of intergovernmental organizations: do their capacities really depend upon the conventions establishing them?”, *Nordisk Tidsskrift for International Ret og Jus Gentium*, vol. 34, 1964, pp. 1-112.

导言

1. 在国际法委员会完成国家对国际不法行为的责任条款草案二读后，大会2001年12月12日第56/82号决议建议委员会探讨国际组织责任问题。¹委员会在2002年第五十四届会议期间决定将“国

际组织的责任”专题列入其当前的工作方案。²委员会任命本文件撰写人为特别报告员，并设立了一

¹ 国家对国际不法行为的责任条款草案转载于《2001年……年鉴》，第二卷（第二部分），第30页，第76段。附有相关评注的条文，另见同上，第35页，第77段。

² 《2002年……年鉴》，第二卷（第二部分），第92页，第461段。两年前，委员会已将本专题列入其长期工作方案，《2000年……年鉴》，第二卷（第二部分），第136页，第729段。委员会的报告随后载列了阿兰·佩莱先生对本专题所作的说明（同上，附件，第1节，第139-146页）。

个工作组。³ 国际组织的责任问题工作组报告⁴ 简短地探讨了本专题的范围、新项目与关于国家责任的条款草案的关系、归因问题、成员国对归于某一国际组织的行为所负责任的相关问题以及与国际责任的内容、履行责任和解决争端有关的问题。委

³ 工作组由下列人员组成：加亚先生（主席）、巴埃纳·苏亚雷斯先生、布朗利先生、坎迪奥蒂先生、达乌迪先生、埃斯卡拉梅亚女士、丰巴先生、卡姆托先生、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）（《2002年……年鉴》（见上文脚注2），第10页，第10(b)段）。

⁴ 同上，第92-95页，第465-488段。

员会在其第五十四届会议结束时通过了工作组的报告。⁵

2. 本报告首先论及委员会以往与国际组织责任有关的工作。报告随后讨论了即将从事的工作的范围。最后，报告试图提出关于国际组织责任的一般原则，其中涉及与国家国际不法行为的责任条款草案第一章（“一般原则”，第1至第3条）所审议问题相对应的问题。⁶

⁵ 同上，第92页，第464段。

⁶ 《2001年……年鉴》（见上文脚注1）。

第一章

委员会以往关于本专题的工作

3. 国际组织的责任是1963年列为值得委员会注意的一个特别问题。阿卜杜拉·埃里安先生关于国家与政府间组织的关系的第一次报告论及了这个问题。他还指出，“国际组织活动范围的不断扩大，很可能为国际组织责任问题增加新的内容”。⁷

4. 同年，国家责任问题小组委员会讨论了最终促成国家对国际不法行为责任条款草案的研究的范围，最后断定，“国际组织等国际法其他主体的责任问题应予以搁置”。⁸ 小组委员会几名成员认为，本专题应推迟审议。⁹ 委员会其他委员在全会上也提出了相同的看法。¹⁰ 因此，被任命为国家责任问题特别

报告员的阿戈先生可以在关于国家责任的第一次报告中说：

小组委员会关于将国际组织等国际法其他主体的责任问题研究予以搁置的建议，也得到了委员会委员的普遍赞同。¹¹

5. 虽然委员会一读通过的关于国家责任的条款草案并未全面讨论与国际组织责任有关的问题，但关于行为归因的两项条款提到了国际组织。其中一项条款涉及某一国际组织将其一个机关交由一国支配的情形。第9条规定：

由甲国或国际组织交由乙国支配的机关的行为，应视为乙国根据国际法采取的行动，条件是该机关是在行使其支配国的政府权力要素。¹²

特别报告员阿戈先生在说明载于其第三次报告¹³ 并最终成为上文所引第9条案文的提案时，还提到

⁷ 《1963年……年鉴》[英]，第二卷，A/CN.4/161和Add.1号文件，第184页，第172段。

⁸ 同上，A/CN.4/152号文件，国家责任问题小组委员会主席罗伯特·阿戈先生的报告，第228页，脚注2。

⁹ 同上，附录一，见德卢纳先生的发言（同上，第229页）；阿戈先生的发言（第229和第234页）；童金先生的发言（第233页）和亚辛先生的发言（第235页）。虽然实际审议很受重视，但阿戈先生还是认为，“连此种组织是否有能力从事国际不法行为都是个问题”（同上，第229页），并说，“国际组织是一个刚刚出现的现象，因此此种组织据称犯下不法行为可能引起国际责任的问题不适合编纂”（同上，第234页）。

¹⁰ 纳金德拉·辛格先生的发言（《1969年……年鉴》[英]，第一卷，第108页，第40段）和尤斯塔西阿德思先生的发言（同上，第115页，第13段）也表达了相同的看法。

¹¹ 《1969年……年鉴》[英]，第二卷，A/CN.4/217和Add.1号文件，第140页，第94段。

¹² 《1974年……年鉴》[英]，第一卷，第1278次会议，第154页，第39段。

¹³ 《1971年……年鉴》[英]，第二卷（第一部分），A/CN.4/246和Add.1-3号文件，第274页，第214段。该报告载有同在大韩民国和刚果（现刚果民主共和国）实施军事干预有关的问题（同上，第272-273页，第211-212段）。

了“国家交由国际组织支配的机关的行为”。¹⁴ 在委员会内关于该案文的辩论中，有几位委员发言涉及在下列两种情况下由谁负责的问题：(a) 国际组织将一个机关交由一国支配；(b) 一国将其一个机关交由一个组织支配的对应情形。¹⁵ 但是，一读通过的条款草案和相关评注，只考虑了国际组织将其一个机关租借给一国时的行为的归属问题。¹⁶

6. 提到某一国际组织外借其一个机关的内容，在二读时已删除。第6条的标题是“一国交另一国支配的机关的行为”，该条涉及一国将其一个机关外借给另一国的情形。¹⁷ 但评注确认，“在国际组织的一个机关交由一国支配并行使该国政府权力要素时，类似的问题也会产生。”¹⁸ 评注还说，这一情况“就国家与国际组织间的关系提出了难题，而此种问题在这些条款的范围之外。”¹⁹ 评注随后提到了二读通过的第57条所载的一般保留条款。该条在下文（第9段）论述。但现阶段应当注意到第57条的评注载有下列一段：

正如一国可借调官员给另一国，供另一国支配，为后者服务并由后者控制，一个国际组织与一个国家之

¹⁴ 《1974年……年鉴》[英]，第一卷，第1260次会议，第47页，第39段。

¹⁵ 特别是见下列人员的发言：路透先生（同上，第41段和第1261次会议，第50页，第18段）；塔比比先生（同上，第1260次会议，第48页，第43-44段）；伊莱亚斯先生（同上，第1261次会议，第1段）；亚辛先生（同上，第49页，第2段）；乌沙科夫先生（同上，第6段和第1262次会议，第59页，第44段）；阿戈先生（同上，第1261次会议，第49-50页，第10-11段，以及第1263次会议，第60页，第10段）；鹤冈先生（同上，第1261次会议，第52页，第29段）；贝贾维先生（同上，第34段）；卡列-卡列先生（同上，第53页，第39-41段）；塞特-卡马拉先生（同上，第45-46段）；马丁内斯·莫雷诺先生（同上，第1262次会议，第56页，第21段）；昆廷-巴克斯特先生（同上，第57页，第28-30段）；埃里安先生（同上，第33段）以及比尔盖先生（同上，第58页，第36段）。

¹⁶ 《1974年……年鉴》[英]，第二卷（第一部分），A/9610/Rev.1号文件，第286-290页。

¹⁷ 《2001年……年鉴》（见上文脚注1），第50页。提及国际组织的内容，依照詹姆斯·克劳福德先生关于国家责任的第一次报告所载的建议予以删除，《1998年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/490和Add.1-7号文件，第231段。

¹⁸ 《2001年……年鉴》（见上文脚注1），第52页，第6条评注第（9）段。

¹⁹ 同上。评注还提及，“一国依照条约将被告移交给一个国际机构等情形。有关国家在此种情况下与国际机构合作，并不对国际机构此后的行为承担责任”（同上）。

间也可以发生同类情形……。关于相反的情形，就第6条而言，看来没有令人信服的例子说明存在国际组织将一个机关交由一个国家“支配”的情形，因此没有必要就此种可能性作出明确规定。²⁰

7. 在一读通过的条款草案中，第13条也提到了国际组织。该条考虑了一个组织的一个机关在一国领土上采取行动时该国与该组织的关系引起的行为归属问题的一个方面。第13条规定：

依照国际法，以此种身份采取行动的一个国际组织的一个机关的行为，不能仅因为此种行为在该国境内或其管辖的任何其他领土内发生，就认为这是该国的行为。²¹

在通过该案文前进行的讨论中，提出了与国际组织责任有关的各种问题，特别是国际组织的法人问题²² 以及国家对其参与的国际组织的行为的责任问题。²³ 第13条评注没有就这些问题表态：

第13条不应视为界定国际组织的责任或此种责任所体现的归因问题。该条仅申明，以此种身份采取行动的一个国际组织的一个机关的行为，不能仅因为此种行为在该国境内或其管辖的其他某些领土内发生，就将此种行为归于该国。²⁴

在二读通过的条款草案中，没有载列与第13条相应的任何条款。一读条款草案所载的关于归属问

²⁰ 同上，第162页，第（3）段。

²¹ 《1975年……年鉴》[英]，第一卷，第216页，第36段。该案文原来作为第12条之二获得通过。

²² 同上。见下列各位的发言：路透先生（第45页，第29段）；埃里安先生（同上，第46页，第35段）；阿戈先生（同上，第52页，第4段；第59页，第37段；以及第60页，第42段）；马丁内斯·莫雷诺先生（同上，第53页，第16段）；鹤冈先生（同上，第55页，第31段）；拉曼加索维纳先生（同上，第34段）和卡列-卡列先生（同上，第57页，第11段）。

²³ 同上。见下列各位的发言：乌斯特先生（同上，第44页，第14段和第66页，第54段）；乌沙科夫先生（同上，第47页，第6段）；科尔尼先生（同上，第55页，第29段）；拉曼加索维纳先生（同上，第34段）；比尔盖先生（同上，第58页，第19段）和阿戈先生（同上，第59页，第37段）。

²⁴ 《1975年……年鉴》[英]，第二卷，A/10010/Rev.1号文件，第90页，第13条评注第（12）段。

题的几项条款已删除，特别是如第13条那样载有行为归属问题的消极、而不是积极标准的条款。²⁵

8. 第9和第13条一读时审议的实例，远未能完全包括国家责任似乎与国际组织责任有关的所有问题。但一读的条款草案不包括一项一般性保障条款，以排除有关国际组织责任的事项。这些条款草案的题目（“国家责任”）确实传达了这样一个想法，即此案文仅处理涉及一国责任的有关情况。因此，条款草案没有考虑一国际组织是否对一国的不法行为负责，是可以理解的。但对于一个国家对一国际组织不法行为相关责任的对等情况，则没有理由避而不提。例如，由于一国是某国际组织的成员或曾帮助、协助或胁迫该国际组织犯下不法行为，该国自然负有责任。²⁶ 说一项保障条款会是有用的，还有另外一层原因：很可能存在一国家对某国际组织负责的情况，而一读条款草案第二部分（“国际责任的内容、形式和程度”）和第三部分（“争端的解决”）仅涉及国家之间的关系。²⁷ 另外，在这方面，没有提到国际组织，不能被视为条款草案标题即含有此意。

9. 二读通过的国家对国际不法行为的责任条款草案第57条称：

本条款不影响一国际组织依国际法承担的、或任何国家依国际法对一国际组织的行为所负的责任的任何问题。²⁸

²⁵ 正如特别报告员詹姆斯·克劳福德先生在关于国家责任的第一次报告中所述，“作为归属法的一项声明，第13条提出了棘手的相反问题，却没有以任何方式加以解决。”（《1998年……年鉴》（见上文脚注17），第57页，第259段）

²⁶ 一读通过的条款草案第27-28条，仅涉及某国帮助、协助或胁迫另一国犯下不法行为（《1978年……年鉴》[英]，第二卷（第二部分），第99页和《1979年……年鉴》[英]，第二卷（第二部分），第94页）。特别报告员阿戈先生在关于国家责任的第八次报告中称：

“一个国家对国家以外的一国际法主体（如一国际组织或一叛乱运动）的行为承担国际责任的情况，没有包括在内，因为实际没有发生此类已知的情况，而且未来也不大可能发生。”

（《1979年……年鉴》[英]，第二卷（第一部分），A/CN.4/318和Add.1-4号文件，第5页，第3段）

²⁷ 《1978年……年鉴》[英]（见上文脚注26），第76页，第86段。

²⁸ 《2001年……年鉴》（见上文脚注1），第162页。此条款的提案，是特别报告员克劳福德先生在有关国家责任的第一次报告中提出的。（《1998年……年鉴》（见上文脚注17），第57页，第259段。）

此条款清楚表明，有关国际组织的责任，更广义来说，有关其行为的责任的各种问题，都不在条款草案的考虑之列。第57条保障条款没有包括关于一国对一国际组织负责的情况，第33条第二款中有一个有关条款草案第二部分（“一国国际责任的内容”）的另一项保障条款。该条款虽然没有明确提及，但肯定也涉及了国际组织。该款内容如下：

本部分不妨碍任何人或国家以外的任何实体由于一国的国际责任可能直接取得的任何权利。²⁹

10. 第57条的评注称，此条提到“依国际法具有单独法人资格”的政府间组织，这样一个组织“对自己的行为负责，即对它们自己的机关或官员所做的行为负责”。³⁰ 评注提到一国家机关受一组织支配和与此相反的情况后，³¹ 继续说到条款草案不考虑“国际组织为行为者，而国家因参与该组织行为或由于为其成员，而被认为负有责任的情况”。³² 评注的最后一段指出，“第57条并未将一国对自己的行为，即根据第一部分第二章归于它的行为而不是国际组织的机关的行为担负的责任问题，排除在本条款之外”。³³

11. 上面简单的考查说明，在通过关于国家对国际不当行为的责任的条款草案的漫长过程中，已涉及到有关国际组织责任的一些最富争议的问题。此外，某些问题也在委员会内引起讨论。虽然二读通过的条款草案对所有特定问题都没有下结论，但委员会有关国家责任的工作不能不影响本项新研究。委员会没有理由对与有关国家问题平行的国际组织的问题采取不同的做法，除非有特定的理由这样做。这并不是说预先假设，将这些问题视为类似问题，并采取类似的解决办法。其意图只是建议，如果有关国际组织特定问题的研究结果，同委员会分析国家责任问题时得出的结果并无不同，那就应在新案文的一般概述和措辞中，沿用有关国家责任条款草案的模式。

²⁹ 《2001年……年鉴》（见上文脚注1），第108页，有关评注在第108-109页。

³⁰ 同上，第162页，第（2）段。

³¹ 见上文第6段。

³² 《2001年……年鉴》（见上文脚注1），第162页，第（4）段。

³³ 同上，第（5）段。

第二章

本研究的范围

12. 《维也纳条约法公约》(以下简称“1969年《维也纳公约》”)第五条明确提到国际组织,内称本《公约》适用于“为一国际组织组织约章之任何条约及在一国际组织内议定之任何条约,但对该组织任何有关规则并无妨碍”。对国际组织的这一提及,促使为《公约》的目的在第二条第一项(壬)款内作出如下定义:“称‘国际组织’者,谓政府间之组织。”《维也纳关于国家在其对普遍性国际组织关系上的代表权公约》(以下简称“1975年《维也纳公约》”)第1条第(1)款(1)项,《关于国家在条约方面的继承的维也纳公约》(以下简称“1978年《维也纳公约》”)第2条第1款(n)项和《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》(以下简称“1986年《维也纳公约》”)第2条第1款(i)项,都照搬了这项简明的定义。

13. 为特定公约的目的总是给出国际组织为“政府间之组织”的定义,但这项定义在各种不同情况下都得到接受的事实表明,它也能用于责任问题。应当指出,委员会在有关国家对国际不法行为的责任的条款草案第57条的评注中,采纳了同一定义。³⁴但在一项有关国际组织责任的专门研究中,还需做一些进一步的考查。第一,此项定义严重影响拟订的条款草案的范围。因此,对本条款草案的目的来说,有必要审议此项定义是否完全适合。第二,如果认为此项定义适合,也应考虑定出一项不那么简要但更为准确的定义。

14. 给国际组织下一个令人满意的定义,主要困难是,目前被视为“国际”组织的组织,其性质千差万别。这种差别的一个方面涉及其成员。作为“政府间”的国际组织的定义,看来决定性的因素是这些组织是由国家组成的。³⁵反之,不是由国家成员

组成的组织,则被视为非政府组织。一个有关的方面是组织组成文书的性质。政府间组织一般由条约建立,而非政府组织所依据的文书不受国际法的管辖。然而,就成员和组成文书来说,一些组织并不能明确地归入其中的那一类。有些组织有国家和非国家实体的混合成员。³⁶另一些组织虽然只有国家成员,但不是由条约设立,而是由不具约束力的国际法文书³⁷或甚至由有关国内法的类似法设立的。³⁸在这些情况下,如果认为根据国际法存在一种默示协定,那就有理由将这类组织视为由条约设立的组织。然而,还有一些组织,是由国家仅根据受一项或多项国内法管辖的文书设立的。³⁹

15. 当考虑对国际组织责任的条款草案实用的国际组织的定义时,必须从这样一种假设出发,即国际法规定的责任只可用于一个国际法的主体。国际法的规范不能在违背一项主要义务时,将主要义务或次要义务强加给一个实体,除非该实体具有国际法的法人地位。相反,即使根据国际法只把一项义务强加给某个实体,也必得把该实体视为国际法主体。因此,如果一个国际组织依国际法承担一项

在多样性中求统一》,第40页,提出一种不同的观点,他们认为“政府间组织的基本特点”是“事实上由政府代表行使决策的权力”和“在重要事项上,不可能违背政府的意志来约束政府”。

³⁶ 例如,气象组织。《世界气象组织公约》第3(d)-(f)条规定国家以外实体,称为“领土”或“领土集团”,可以成为成员。

³⁷ 例如,世界旅游组织。见 Gilmour, “The World Tourism Organization: international constitutional law with a difference”。又如欧安组织。见 Sapiro, “Changing the CSCE into OSCE: legal aspects of a political transformation”; Schweisfurth, “Die juristische Mutation der KSZE: eine internationale Organisation in statu nascendi”; Seidl-Hohenveldern, “Internationale Organisationen aufgrund von soft law”; Bortloff, Die Organisation für Sicherheit und Zusammenarbeit in Europa: eine völkerrechtliche Bestandsaufnahme; Bertrand, “La nature juridique de l’Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe (OSCE)”; Mariño Menendez, “La Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa (O.S.C.E.)”。

³⁸ 例如,《芬兰、丹麦、冰岛、挪威和瑞典之间合作条约》生效前的北欧理事会。

³⁹ 见 Seidl-Hohenveldern 和 Loibl, *Das Recht der internationalen Organisationen einschliesslich der supranationalen Gemeinschaften*, 第57-58页。

³⁴ 委员会说:

“根据委员会就其他专题制订的条款,‘国际组织’一词的含义是‘政府间组织’”。

(同上,第162页,第(2)段)

³⁵ 将一个组织定性为“政府间”组织,是指其成员,而不是其职能或内部结构。Schermers 和 Blokker, 《国际机构法:

义务，就可能产生该组织的责任问题。依此类推，关于国际组织责任的研究，应当考虑属于国际法主体的所有组织。

16. 1949年以来，国际组织的法律人格问题有了很大发展，当年国际法院在关于损害赔偿案的咨询意见中评估了联合国的法律人格。⁴⁰ 法院当时以其他组织不可能也具有某些具体特点为依据，宣布了联合国的法律人格。这项咨询意见的关键段落如下：

法院认为，该组织意在行使和享有，而且也确实在行使并享有各种职能和权利，而这些职能和权利的依据只能是它在很大程度上具有国际人格并具有在国际一级执行任务的能力。目前它是最高级类别的国际组织，如果它不具有国际人格，就不能实现其创建者的意图。必须承认，联合国的会员国向其赋予某些职能以及相应的义务和责任，就已经赋予它能够有效履行这些职能所必需的权限。

因此，法院得出的结论是，联合国是国际法人。⁴¹

为了说明这一领域国际法的演变，只需要将上文所引述的文字与国际法院关于1951年3月25日卫生组织与埃及的协定的解释案的咨询意见⁴²的文字作比较，就够了。国际法院在咨询意见中审议了一般性国际组织，虽然可以说，这项意见是暗指与卫生组织同类的某一组织，法院指出：

国际组织是国际法的主体，因此，也受国际法一般规则、各组织自己的章程或其参加的国际协定所规定其的任何义务的约束。⁴³

17. 对国际法院关于国际组织法律人格的宣称，应该结合法院最近对国际法中的法律人格问题的看法来理解。法院在拉格朗案中指出，个人也是国际法的主体。⁴⁴ 这种看法可能导致法院宣称甚至非政府组织也具有法律人格。因为很难理解为何个人可以

依照国际法取得权利和义务，而国际组织却不能依照国际法取得权利和义务，只要该国际组织是有别于其成员的实体。

18. 国际组织的某些组成文书含有与《联合国宪章》第一百零四条类似的条款，该条指出：

本组织于每一会员国之领土内，应享受与执行其职务及达成其宗旨所必需之法律行为能力。

此类条款的目的并非依照国际法给予有关组织法律人格。应该指出，国际法院在损害赔偿案的咨询意见中，并没有从《宪章》第一百零四条提出赞同联合国法律人格的论点，而指出，“《宪章》的实际条款并未解决”联合国的国际人格问题。⁴⁵ 《宪章》第一百零四条和同类条款的目的是规定会员国有义务依照国内法承认联合国的法律人格。⁴⁶ 总部协定通常对国家规定了同样的义务，不论有关国家是不是组织的成员，或组织的总部是否在其领土上。⁴⁷ 因此，取得国内法所规定法律人格的直接依据是组成文书或总部协定，或者如果有关国家的国内法有规定，其直接依据就是执行立法。⁴⁸ 国家的国内法也可以给予法律人格，而不论该国是否具有这种义务。⁴⁹ 国际法所规定的法律人格不一定意味就是国内法中的法

⁴⁵ 《1949年国际法院汇编》（见上文脚注40），第178页。

⁴⁶ Seidl-Hohenveldern 和 W. Rudolph 明确发展了这一论点，“第104条”。

⁴⁷ 意大利最高上诉法院1999年3月18日对欧洲大学学院诉皮耶特案作出第149号判决，维持了这种看法。该法院裁定，“一项国际协定规定必须承认某一组织的法律人格以及依法执行这项规定，仅仅意味着该组织依照缔约国国内法取得法律人格”（《民事司法》，第四十九卷（1999年），第一部分，第1313页）。

⁴⁸ 在这方面，关于缔结条约的章程规定也具有重要作用。譬如，比利时最高上诉法院在2001年3月12日关于阿拉伯国家联盟诉T案的判决中指出，“比利时法院不能因为国王未经议会批准所缔结的条约规定司法豁免而拒绝受理案件”（*Pasicrisie belge*, vol. 188 (2001) (2001/3) (布鲁塞尔，布吕朗出版社，2003年)，第398页）。

⁴⁹ 一俟某一国际组织在成员国中获得法律人格，这可能在非成员国内产生法律后果。坦普曼爵士在上议院列举支持多数人意见的理由时说，在阿拉伯货币基金组织诉哈希姆等人案（3号案）（《1991年全英法律判例汇编》，第一卷（伦敦，巴特沃斯出版社，1991年），第875页）中，“当第35号联邦法令在阿联酋（阿拉伯联合酋长国）登记阿拉伯货币基金协定时，这项登记便给予该国际组织法律人格，因此，建立了英国法院可以并且应该承认的法人组织”。这项协定第2条指出：“基金会应具有独立的法律人格，特别应该享有拥有、订约和诉讼权。”（同上，第873页）

⁴⁰ 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。

⁴¹ 同上，第179页。

⁴² 1951年3月25日卫生组织与埃及的协定的解释案，咨询意见，《1980年国际法院汇编》，第73页。

⁴³ 同上，第89-90页，第37段。

⁴⁴ 拉格朗案（德国诉美利坚合众国），判决，《2001年国际法院汇编》，第494页，第77段。法院提到《维也纳领事关系公约》，断定“第36条第1款创设了个人的权利”。

律人格。另一方面，不具有国内法所规定的法律人格也不影响其国际法所规定的地位，因此，该组织可能负有国际责任。

19. 即使条约某一条款的意图是赋予特定组织国际人格，但是，取得法律人格将取决于实际设立该组织。显然不能认为仅仅在纸上存在的组织是国际法的主体。该实体还必须具有不依附于其成员的充分独立性，因而不能被视为是其成员共有的一个机关。在成立这样一个独立的实体时，人们才能谈论国际法院在关于损害赔偿案的咨询意见中提到的“客观存在的国际人格”。⁵⁰ 因此，将某一组织定性为国际法的实体似乎成为了一个事实的问题。⁵¹ 虽然有人认为，对非成员国而言，如果它们承认某一组织，该组织的人格才存在，⁵² 但是，不能认为这种论点具有合理的必然性。如果一国与一个组织缔结了总部协定，但并非其成员，很难相像该国家给予该组织的法律人格在另一种情况下就不存在。缔结总部协定本身就表明，该组织已经是国际法的主体。应该指出，该组织的法律人格并不一定意味着该组织依照一般国际法在非成员国中享有豁免权。⁵³ 也不能认为成员国因其参加的组织的行为而对其他成员和非成员的责任是相同的。

20. 虽然可以认为许多国际组织具有国际法所规定的法律人格，但是，现有国际组织的类别差异很大，很难申明适用于各类组织的一般性规则。否则，国际法委员会似乎在同时审议关于国家和个人

的国际责任的问题。显然应该仅仅处理与比较单一类别的国际组织有关的问题。如果这项研究报告的意图是作为国家对国际不法行为的责任条款草案的续篇，⁵⁴ 本研究报告就应该以履行与国家所履行职能相似或者可能相同职能的组织有关的问题为限。这些职能，不论是立法、行政或司法职能，都可以称为政府性职能。

21. 这种选择就意味着，首先，这项研究报告不应该包括非政府组织的职能问题，因为它们一般不履行政府性职能，⁵⁵ 此外，也不会产生会员国对该组织行为的责任这种重要问题。如此划分今后条款草案适用范围的做法与许多代表团应国际法委员会征求发表评论的邀请而在第六委员会发表的意见相符合。⁵⁶ 有些代表团的确曾顺便指出，应该在起初阶段就说明非政府组织不属于这项研究报告的范畴，⁵⁷

⁵⁴ 各代表团在第六委员会的发言强调了这一点。见下列国家的发言：中国（《大会正式记录，第五十七届会议，第六委员会》，第20次会议（A/C.6/57/SR.20），第34段）；捷克共和国（同上，第21次会议（A/C.6/57/SR.21），第54段）；以色列（同上，第61段）；波兰（同上，第22次会议（A/C.6/57/SR.22），第15段）；新西兰（同上，第23次会议（A/C.6/57/SR.23），第21段）；意大利（同上，第24次会议（A/C.6/57/SR.24），第29段）；缅甸（同上，第62段）；巴西（同上，第65段）；罗马尼亚（同上，第25次会议（A/C.6/57/SR.25），第22段）；瑞士（同上，第36段）和智利（同上，第27次会议（A/C.6/57/SR.27），第13段）。

⁵⁵ 可以承认有某些例外，例如红十字国际委员会。

⁵⁶ 下列国家的发言：中国（《大会正式记录，第五十七届会议，第六委员会》，第20次会议（A/C.6/57/SR.20），第34段）；以色列（同上，第21次会议（A/C.6/57/SR.21），第61段）；塞浦路斯（同上，第22次会议（A/C.6/57/SR.22），第12段）；新西兰（同上，第23次会议（A/C.6/57/SR.23），第21段）；联合王国（同上，第39段）；俄罗斯联邦（同上，第70段）；奥地利（同上，第24次会议（A/C.6/57/SR.24），第20段）；意大利（同上，第26段）；白俄罗斯（同上，第56段）；缅甸（同上，第62段）；巴西（同上，第65段）；罗马尼亚（同上，第25次会议（A/C.6/57/SR.25），第22段）；瑞士（同上，第36段）；日本（同上，第43段）；约旦（同上，第56段）；印度（同上，第26次会议（A/C.6/57/SR.26），第15段）；尼泊尔（同上，第19段）；希腊（同上，第32段）；斯洛伐克（同上，第38段）；委内瑞拉（同上，第52段）；古巴（同上，第64段）；大韩民国（同上，第71段）；阿根廷（同上，第79段）和智利（同上，第27次会议（A/C.6/57/SR.27），第13段）。

⁵⁷ 见下列国家的发言：塞浦路斯（同上，第22次会议（A/C.6/57/SR.22），第12段）；新西兰（同上，第23次会议（A/C.6/57/SR.23），第21段）；联合王国（同上，第39段）；白俄罗斯（同上，第24次会议（A/C.6/57/SR.24），第56段）；缅甸（同上，第62段）；瑞士（同上，第25次会议（A/C.6/57/SR.25），第36段）；日本（同上，第43段）；希腊（同上，第26次会议（A/C.6/57/SR.26），第32段）和大韩民国（同上，第71段）。

⁵⁰ 《1949年国际法院汇编》（见上文脚注40），第185页。

⁵¹ Fitzmaurice（“国际法院的法律和程序：国际组织与法庭”，第4-5页）指出，法院认为，“该组织的国际人格是一个事实问题”，“国际人格的存在作为一个客观事实……能够在该组织之外产生后果”。克雷洛夫法官在反对意见（《1949年国际法院汇编》（见上文脚注40），第218页）中使用了“客观事实”这一术语。Seyersted大力主张国际组织具有客观存在的国际人格这一观点，“政府间组织的客观国际人格：它们的能力真的取决于创立它们的公约吗？”；作者从国际组织的人格所作出的推论与本文的讨论无关。

⁵² Seidl-Hohenveldern 和 Loibl，同前，第52页。

⁵³ 譬如，巴黎上诉法院1993年1月13日关于西非国家经济共同体等诉国际信贷与商业银行案的判决书指出，如果没有签订协定，非成员国没有义务给予国际组织豁免权（《国际法杂志》，第120卷，第2期，1993年，第357页）。阿根廷最高法院在1999年8月31日关于杜阿尔德诉泛美卫生组织案的判决书中表达了同样的意见（见 www.oas.org）。Reinisch 审查了关于这一问题的若干其他裁决，*International Organizations before National Courts*, 第152-157页。

从而建议委员会早些时候可以审查这一划分并且有可能扩大调查的对象。如果遵照这项建议，就会是蓄意留有余地，重新审议起初以深入反思为基础作出的决定。但是，如果委员会采取此种行动，就必须重新编写委员会可能已经暂时通过的部分条款草案，这项任务令人想起珀涅罗珀推迟选择新配偶的手段之一。因此，至少在一读时，似乎首先应该确定与条款草案适用范围有关的问题。如果选择相对单一类别的组织，那么在任何情况下都不会产生将其他组织排除在外会妨碍研究报告结果的危险。

22. 在为新条款草案的目的着手处理国际组织的定义问题时，先例的重要性不容忽视，但也不应当机械地遵循惯例。上文忆及，⁵⁸ 在某些法典编纂公约以及国际法委员会就国家对国际不法行为的责任条款草案第57条所作评注中，国际组织被简单地定义为政府间组织。在委员会将作出决定，把非政府组织排除在外的前提下，人们或许不禁想在条款草案中照搬过去数次被采用的同一定义。⁵⁹ 然而，每一项法典编纂公约都指出，该定义仅为有关公约的目的界定。如果完全接受这一说法的含义，就必须问一问，在为关于国际组织责任的一项研究划定范围时，传统定义是否也是合宜的。应当指出，大多数公约与国际组织关涉不多，因此也不是意义重大的先例。在这方面，1975年《维也纳公约》无足轻重，因为在把国际组织定义为“政府间组织”之后，第1条界定了“普遍性国际组织”。依照第2条，该公约的范围局限于这种组织。⁶⁰ 毫无疑问，1986年《维也纳公约》涉及一般国际组织，不过仍然提到政府间组织，然而，该公约隐含重大限制，因为它仅仅考虑拥有制订条约权力的组织。委员会在其关于相关条款草案的评注中指出，有些国家政府偏向于采用不同的定义，但委员会决定，维持国际组织为“政府间组织”的传统定义：

因为对条款草案的目的而言，它[是]适当的。或者一个国际组织拥有缔结至少一项条约的能力，在这种情况下条款草案的规则将对其适用，或者，尽管有此名称，它并没有这种能力，在这种情况下，明文规定条款草案对其不适用是毫无意义的。⁶¹

如果在本研究中人们接受这同一项一般性定义，将会面对依国际法承担义务的政府间组织数量极其庞大的局面。鉴于国际组织依国际法所具法律人格的种种相关发展，⁶² 这种组织的种类远多于当初界定该定义时原先打算包含者。因此，委员会应当通过起草一项对本研究更为合宜的定义来划定其范围，看来是合理的。此一新定义必须包含性质更加相似的一类组织。鉴于把国际组织定为政府间组织的传统定义意义不大，新定义还应当更加准确。⁶³

23. 在设法拟定一项对本研究的目的而言行得通的定义时，国际组织传统定义中不应忘掉的一项要素是其“政府间”性质。上文说过，⁶⁴ 这一定性似乎是指成员：换句话说，重要的是，是哪个实体最终控制该组织的运作，而且可以修订或终止其活动。重要的是实际成员而非创始成员。在一个政府间组织中，国家发挥决定性的作用，无论组织的机关是否由国家代表组成。

24. 在比法典编纂公约一般所用者较为复杂的一项定义中，不妨明文规定，一个国际组织的成员并不一定需要都是国家。有某些非国家成员存在不一定会改变该组织的性质，就该组织及其成员国分别承担的责任而言，所引起的问题亦然。在为本研究的目的界定的定义中指出，条款草案所适用的国际组织，得包括其他国际组织为其成员，将是有益的。⁶⁵ 这样做将从一开始就表示，讨论一个国际组织的责任，也要讨论该国际组织加入其他组织的相关

⁵⁸ 上文，第12段。

⁵⁹ 委内瑞拉代表团（《大会正式记录，第五十七届会议，第六委员会》，第26次会议（A/C.6/57/SR.26），第52段）和阿根廷（同上，第79段）看来偏向于照搬国际组织为政府间组织的定义。然而，他们的话是在主张把非政府组织排除在外时说的，因此不一定可以假定，这两个代表团打算反对纳入更加详尽的定义。

⁶⁰ 《公约》第一条第1款(2)项规定，普遍性国际组织意指联合国、其专门机构、国际原子能机构及其成员和职责遍布全世界的任何类似组织”。

⁶¹ 《1981年……年鉴》[英]，第二卷（第二部分），第124页，条款草案第2条评注第(22)段。

⁶² 见上文第16-17段。

⁶³ 俄罗斯联邦代表团提出以下建议：“政府间组织”一词的定义值得审议（《大会正式记录，第五十七届会议，第六委员会》，第23次会议（A/C.6/57/SR.23），第70段）。

⁶⁴ 上文第14段。

⁶⁵ 举例来说，1991年11月，修订了《粮农组织章程》，以容许各区域经济一体化组织加入。当时称为欧洲经济委员会的组织几天后加入。见 Marchisio, “Lo status della CEE quale membro della FAO”。

问题。然而，由于明文规定一个国际组织的非国家成员中得包含其他国际组织并非绝对必要，或许看来最好起草一项较为简单的定义。

25. 在文献中，“国际组织”一词现用的定义经常指出，只有当一个组织是依国际法由一项协定设立的，才可以被定性为是国际组织。⁶⁶ 上文曾就未能满足此一正式要求的重要组织举出一些实例，尽管在某些例子中，人们可以假定，有一项未言明的即便可能是后续的协定存在。⁶⁷ 就本报告而言，看来要紧的并不在于为成立该组织而通过的文书具有何种法律性质，而在于该组织所履行的职能。直接相关的是，提到该组织所履行的政府职能，而组成文书的性质仅有说明的作用。尽管在大多数情况下，依国际法确实为成立该组织签订了一项协定，但也并不一定需要在定义中提及有这样一项协定存在。如果两个国家打算通过为兴建和经营工厂创办一个组织，以便彼此间进行合作，它们可以通过依照一项国内法签订的合同这样做。它们也可以通过依国际法订立一项协定，达到同一目的。它们不大可能通过合同建立一个组织，赋予它某些政府职能，但在一个组织的组成文书与其职能之间没有必然关联。

26. 上文已经指出，⁶⁸ 在被视为是国家对国际不法行为责任问题研究续集的一项研究中，看来相关的是，该组织行使某些可以用“政府”一词简单表示的规范、行政或司法职能。⁶⁹ 还为了使委员会调查的对象保持某种的一致性，研究应当仅仅涉及实际行使其中某一种职能的组织，而非一般性组织。这些政府职能并不一定需要在国际一级行使。一旦这

⁶⁶ 因此，Schermers 和 Blokker，同前，第23页，界定国际组织“以一项国际协定为基础而开展的合作形式，创立至少一个组织，又有其本身的意志，依国际法成立”。Sands 和 Klein，《鲍威特国际机构法》，第16页，指出，一个国际组织“必须由条约成立”。根据 Rama Montaldo，“国际组织的国际法律人格和默示的权力”，第154-155页，国际组织“如果满足某些客观的先决条件就拥有国际人格：一项国际协定成立一个国家社团，拥有至少一个表现与其成员国不同意志的机构，拥有明确规定的目标或宗旨，通过履行职能或行使权力加以实现”。埃里安先生在关于国家和政府间组织之间关系的第一份报告中也指出了“根据协议”的要求，《1963年……年鉴》[英]（见上文脚注7），第167页，第60段。

⁶⁷ 见上文第14段。

⁶⁸ 第20段。

⁶⁹ “政府”一词可视为包括监测条约执行情况的职能，奥地利代表团提到这一点（《大会正式记录，第五十七届会议，第六委员会》，第24次会议（A/C.6/57/SR.24），第20段）。

种情况发生，所设的组织很可能将依照与这些职能相关的国际法承担义务，而是否有违法情况存在的问题或许会更频繁发生。然而，依国际法承担的义务必然同时影响到政府职能在国内的行使。看来不必在定义中明确规定，该组织是国际法规定义务的承担者。如果幸运的话，该组织依国际法不承担任何义务，该组织的国际责任这问题实际上很可能永远不会发生，但这一点看来不足以构成本研究不考虑该组织的理由。

27. 至于一个可能被追究责任的组织，它应当不仅具有法律人格，从而依国际法本身承担某些义务。必不可少的还有，在行使有关职能时，该组织得被视为是与其成员不同的单独实体，因而这些职能的行使可归于该组织本身。如果在行使政府职能时，该组织不是一个独立的实体，而是作为一个或多个国家的机关采取行动，依照关于国家对国际不法行为的责任的条款草案第4或第5条，其行为应当归于有关的国家。⁷⁰ 关于一个组织作为一个或一个以上国家的机关行使职能的情况的实践，只要有助于对比说明行为可归于一个组织的相反情况，本研究就应当予以考虑。

28. 顺着至此提出的思路，一项暂定定义载列在下文第34段。定义列在条款草案第2条内，因为看来整个案文最好从大体说明条款草案的范围开始，并在接续的规定中明白指出“国际组织”用意何在。无论如何，这两项规定彼此相关，因为它们都有助于划定条款草案的范围。此处提议的次序有一些先例。有几项法规编纂公约在列出关于“用语”条款之前先大体指出范围。这些例子有：1969年《维也纳公约》、1978年《维也纳公约》、《关于国家对国家财产、档案和债务的继承的维也纳公约》、1986年《维也纳公约》和《国际水道非航行使用法公约》。

29. 关于条款草案范围的规定首先应当明确指出，本研究仅涉及依国际法所承担的责任。因此，将不提及民事责任问题，后者一直是最近提交

⁷⁰ 《2001年……年鉴》（见上文脚注1），第45和第49页。第4条可能相关，因为即便为确定国家机构的目的，它提到“国家国内法”，但并不认为这是必要的条件。第5条案文提到“虽非第4条所指的国家机关但经该国法律授权而行使政府权力要素的个人或实体”。国际法委员会的评注在这些情况下并没有提到国际组织。

国内法院进行诉讼的核心问题。⁷¹ 这样做的用意并不是否定关于民事责任的某些司法裁决的价值，因为这些裁决要不是偶而谈及国际法问题，就是对可以类比适用的国内法提出一些论据。⁷² 然而，把民事责任问题略过不提，并不仅仅是因为国家对国际不法行为的责任条款草案并没有论及民事责任问题。另一个理由是，申明民事责任规则几乎是逐渐发展国际法的一项工作。无论如何，委员会是否是研究这些问题的最适当机构，还有疑问。

30. 应当划定本研究的范围，以便明白显示，条款草案的目标仅在于审议不法行为的国际责任问题。作为一项单独研究，委员会目前正在审查“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）”专题。⁷³ 这项专题引起了几个问题，涉及国际组织，可以加以分析。为了界定本专题的范围，必须指出，国际法不加禁止的行为所引起的种种问题与国家对国际不法行为的责任条款草案中所审议的不同。就委员会征求评论而在第六委员会作出答复的大多数代表团都明确表示，它们宁愿本研究仅审议与国际组织对不法行为的责任问题。⁷⁴ 因此，如果委员会打算研究国际组织对国际法不加禁止的行为承担的国

⁷¹ 特别是关于国际锡业理事会的诉讼。在一宗相关案件中，援引了欧洲经济共同体的责任，这个案件已提交欧洲共同体法院裁决。见麦克莱恩·沃森责任有限公司诉欧洲共同体理事会和委员会案，C-241/87号案。法院判令在登记簿上删除此案，但事前检察长发表了一篇冗长的意见（*Reports of Cases before the Court of Justice and the Court of First Instance* (1990-5), 第I-1797页）。

⁷² 国际组织的责任问题工作组在其报告中已提出了这一点（《2002年……年鉴》，第二卷（第二部分），第487段）。

⁷³ 同上，第430-457段。委员会报告此一部分并未触及国际组织的国际赔偿责任问题。

⁷⁴ 见下列各国的发言：以色列（《大会正式记录，第五十七届会议，第六委员会》，第21次会议（A/C.6/57/SR.21），第61段）；塞浦路斯（同上，第22次会议（A/C.6/57/SR.22），第12段）；波兰（同上，第15段）；新西兰（同上，第23次会议（A/C.6/57/SR.23），第21段）；联合王国（同上，第39段）；意大利（同上，第24次会议（A/C.6/57/SR.24），第26段）；瑞士（同上，第25次会议（A/C.6/57/SR.25），第36段）；印度（同上，第26次会议（A/C.6/57/SR.26），第15段）；希腊（同上，第32段）；斯洛伐克（同上，第38段）；委内瑞拉（同上，第52段）；古巴（同上，第64段）以及大韩民国（同上，第71段）。白俄罗斯（同上，第24次会议（A/C.6/57/SR.24），第56段）建议，委员会应当“连同”国际组织对国际非法行为的责任一道研究国际组织的赔偿责任。约旦（同上，第25次会议（A/C.6/57/SR.25），第56段）主张，国际组织的责任专题不应当局限于对国际不法行为的责任。

际赔偿责任，那么在关于国际赔偿责任的本研究的范围内进行，或是今后在这项研究的续集进行，将是比较合理的。

31. 前两个段落主张的解决办法可以视为就是与国家国际不法行为的责任条款草案第1条类似的案文所默示者。⁷⁵ 这种规定将把国际责任同依国际法属不法行为的实施挂钩，因此明确显示，本研究的范围既不包括民事责任，也不包括国际法不加禁止的行为所引起的国际赔偿责任问题。

32. 国际组织依国际法承担的责任通常由该组织的不法行为引起。然而，可以想见，当行为是由一个国家或另一个国际组织实施的情况下，某一组织也负有责任。这在国家对国际不法行为的责任条款草案第16至第18条所审议的情况下发生。⁷⁶ 举例来说，协助或援助一个国家或另一个组织实施国际不法行为的情况。一个国际组织若是另一个组织的成员，也会因为另一个组织的不法行为而承担责任。所有这些问题当然都应属于本研究的范围之内。因此，范围不应当局限于一个国际组织对可视为其本身行为的行为承担责任的相关问题。

33. 本研究的范围也必须包括下列问题：与国家的责任有关，但因为同国际组织的不法行为相关而在国家对国际不法行为的责任条款草案中没有提到的问题。上文已经回顾过，⁷⁷ 这些条款草案第57条明确地把“一国际组织依国际法所承担的”以及“任何国家对一国际组织的行为所负的任何问题”略过不提。同国际组织作为国家机关采取行动不同，⁷⁸ 后一情况所涉的行为应归于一个组织。不过，依据具体情况，一个国家可以因为它为该组织的不法行为出了力，或是因为它是该组织的成员而承担责任。这些与国家责任有关的问题需要在本研究中加以讨论。因此，关于范围的案文不应当局限于与国际组织责任相关的问题。需要指出，关于国家责任的问题将完全纳入本研究的范围之内，但不影响这些问题应当以什么方

⁷⁵ 《2001年……年鉴》（见上文脚注1），第36页。

⁷⁶ 有关条款案文及有关评论，同上，第75-80页。

⁷⁷ 上文第9段。

⁷⁸ 见上文第27段。

式解答。国家是某组织的成员，绝不对该组织的行为承担责任，即便本研究如此断言，也无法准确说明本条款草案的范围，除非明确指出，范围包括国家对国际不法行为的责任条款草案所略过不提的那些问题，因为它们同有关国际组织责任的问题相关。

34. 鉴于以上所述，提交下列案文供委员会审议：

“第1条 本条款草案的范围

“本条款草案适用于一个国际组织对国际法所指的不法行为承担的国际责任问题。它们还适用于一个国家对一个国际组织行为承担的国际责任问题。

“第2条 用语

“为本条款草案的目的，‘国际组织’一词是指接纳国家为其成员，而又以其本身的身份行使某些政府职能的组织。”

第三章

关于国际组织责任的一般原则

35. 国家对国际不法行为的责任条款草案第一部分（“一国的国际不法行为”）第一章的标题是“一般原则”。⁷⁹ 该章阐述了三项此类原则。头两项原则很容易移用于国际组织，可能不会产生问题。条款草案第1条案文如下：

一国的每一国际不法行为引起该国的国际责任。⁸⁰

条款草案其他地方，即第二部分（“一国国际责任的内容”）阐述了责任的意义。⁸¹ 没有理由对国际组织采取不同的做法。作为一项一般原则，当然可以说，一国际组织的每一国际不法行为引起该组织的国际责任。譬如，可以参考国际法院关于人权委员会特别报告员享有法律程序豁免的争议案的咨询意见。国际法院的咨询意见说：

法院要指出，享有法律程序豁免问题不同于联合国或其代理人以其公务身分采取行动造成任何损害的补偿问题。

联合国可能需要对此种行为造成的损害承担责任。⁸²

36. 国家对国际不法行为的责任条款草案第2条具体申明了国际不法行为的含义，指出它具有两

项基本要素：把行为归于一国以及将该行为定性为违反国际义务的行为。随后，第二和第三章对这两项要素作了进一步阐述。第2条规定：

一国国际不法行为在下列情况下发生：

(a) 由行为或不行为构成的行为依国际法归于该国；并且

(b) 该行为构成对该国国际义务的违背。⁸³

同样，没有理由对国际组织采取不同的做法。只要将“国家”改为“国际组织”，就可以提出一种类似的一般原则。

37. 国家对国际不法行为的责任条款草案第3条阐述了第三项一般原则，即：

在把一国的行为定性为国际不法行为时须遵守国际法。这种定性不因国内法把同一行为定性为合法行为而受到影响。⁸⁴

委员会在关于该条草案的评论开头便指出，“第3条明示了第2条中已经暗示的原则，即将一特定行为定性为国际不法行为不因当事国依国内法将其定性为合法行为而受影响。”⁸⁵ 是否确实有必要在本条款草案中重述这项原则，令人怀疑。显然，在任何

⁷⁹ 《2001年……年鉴》（见上文脚注1），第30-35页。

⁸⁰ 同上，第30页。

⁸¹ 同上，第32页。

⁸² 关于人权委员会特别报告员享有法律程序豁免的争议案，咨询意见，《1999年国际法院汇编》，第88-89页，第66段。

⁸³ 《2001年……年鉴》（见上文脚注1），第39页。

⁸⁴ 同上，第41页。

⁸⁵ 同上，第41页，第3条评注第（1）段。

情况下，国际法对国际不法行为都会作出此种定性。其他法律体系几乎不可能影响此种定性。此外，在适用于国际组织时，提到“国内法”也会产生问题，因为至少它们的组成文书一般都与国际法相关。另外，虽然该组织遵守内部规则并不排斥该组织可能违反国际法规定其对非成员国的义务，但是，对于作为该组织成员的国家就不能这样看。《联合国宪章》第一百零三条规定，应以组成文书以及依照《宪章》所作出可能具有约束力的决定为准绳，⁸⁶ 但是，不能将这项规则普遍化，将其应用于联合国之外的其他组织。是否有必要在本条款草案中审查这些问题，还有待观望。这些问题在阐述一般原则的条款中显然不能得到满意的解决，因为这项条款的主要目的仅仅是强调有必要考虑仅与国际法有关的国际责任问题。

38. 上文各段回顾的两项原则未述及国家作为国际组织成员可能承担的责任。它们也不涵盖一个国际组织作为另一组织成员而应承担的情况，因为在这种情况下，有关的行为应与后一组织相关，而不是与前者相关。同时，国家援助、协助或胁迫一个国际组织而承担责任的情况不属于这两项原则的范畴。这些原则虽然不适用于国际组织的责任条款草案范畴内所有问题，但是，它们并不妨碍不

受这些原则管辖的问题的解决。说一个国际组织对自己的不法行为负责，并不意味着其他实体可能不需要为同一行为承担责任。因此，以上文建议的方式阐述这两项原则似乎不会产生危害。

39. 在陈述这两项原则时，没有必要以两项单独的条款照搬国家对国际不法行为的责任条款草案第1-2条。在单独的第1条中阐述第一项原则的主要理由似乎是希望在案文的开头庄严宣布，不法行为会带来国际责任。如第1条的评注所述，这是“整个条款的基本原则”。⁸⁷ 在本条款草案中，第一项条款涉及范畴，所以应将这两项原则纳入一项条款，因为第二项原则基本上是对第一项原则的具体说明。因此，提议采用下列案文：

“第3条 一般原则

“1. 一国际组织的每一国际不法行为引起该国际组织的国际责任。

“2. 在下列情况下，一国际组织有国际不法行为：

(a) 由作为或不作为构成的行为依国际法归于该国际组织；并且

(b) 该行为构成对该国际组织国际义务的违反。”

⁸⁶ 可参考国际法院的意见，见有关下述案件的临时措施命令：洛克比空难事件引起的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），临时措施，1992年4月14日的命令，《1992年国际法院汇编》，第15页，第39段；同上，（阿拉伯利比亚民众国诉美利坚合众国），临时措施，1992年4月14日的命令，《1992年国际法院汇编》，第126页，第42段。

⁸⁷ 《2001年……年鉴》（见上文脚注1），第41页，第（1）段。

共有的自然资源

[议程项目9]

A/CN.4/533 和 Add.1 号文件

特别报告员山田中正先生关于共有的自然资源的第一次报告：大纲

[原文：英文]

[2003年4月30日和6月30日]

目 录

	页 次
本报告引用的多边文书	128
本报告引用的著作	128
第一部分：本专题的大纲	
导 言	129
第二部分：地下水资源概览	
导 言	134
一、本专题的背景	130
二、封闭跨界地下水	133
三、封闭含水层与分离含水层	135
四、地下水和含水层的特点	136
A. 一般特点	136
B. 含水层的特点	136
C. 国际含水层与跨界含水层	137
D. 跨界含水层系统	137
五、世界地下水资源及其使用	137
A. 欧洲	138
B. 印度	138
C. 中国	138
D. 北美洲	138
E. 中美洲	138
F. 南美洲	138
G. 非洲和中东	138
H. 澳大利亚	139
六、对资源造成不利影响的根源和活动	139
A. 地下水质量	139
B. 地下水污染	139
C. 地下水的保护和管理	140

	段 次	页 次
D. 跨界地下水污染问题	54	140
E. 跨界浅表含水层污染问题	55-56	140
F. 跨界深含水层污染问题	57	141
G. 跨界古含水层污染问题	58	141
七、各国关于地下水的国家管理做法	59	141
八、受跨界抽水或跨界污染影响的共有承压含水层的初步调查	60	141
九、非相连地下水管理的社会、经济和环境方面：特别侧重于不可再生地下水	61-63	142
A. 概况	61	142
B. 非相连地下水资源：与科学和政策不确定性结合在一起的风险	62	143
C. 伦理标准相对于科学标准	63	143
十、结论	64-65	143

图一览表

图1 水文地质循环	144
图2 跨界径流	145
图3 地下水污染	146

附件

附件一 本报告使用的名词	147
附件二 个案研究	148

本报告引用的多边文书

来 源

《会议最后文件》(1815年6月9日, 维也纳)	《英国和外国文件》, 1814-1815年, 第二卷, 第3页。
《在奥地利、法国、大不列颠、普鲁士、撒丁王国及土耳其与俄罗斯之间重建和平的一般条约》(1856年3月30日, 巴黎)	同上, 1855-1856年, 第四十六卷, 第8页。
《跨界水道和国际湖泊保护和利用公约》(1992年3月17日, 赫尔辛基)	联合国, 《条约汇编》, 第1936卷, 第33207号, 第269页。
《国际水道非航行使用法公约》(1997年5月17日, 纽约)	《大会正式记录, 第五十一届会议, 补编第49号》, 第三卷, 第51/229号决议, 附件。

本报告引用的著作

Almássy, E. and Zs. Buzás <i>Inventory of Transboundary Groundwaters</i> . Vol. 1. Lelystad, September 1999.	Leeden, Frits van der, Fred L. Troise and David Keith Todd <i>The Water Encyclopedia</i> . 2nd ed. CRC Press, 1990.
Burke, Jacob J. and Marcus H. Moench <i>Groundwater and Society: Resources, Tensions And Opportunities</i> . United Nations publication, Sales No. E.99.II.A.1.	Shiklomanov, Igor A. “Global renewable water resources”, in H. Zebedi, <i>Water: A Looming Crisis?</i> Proceedings of the International Conference on World Water Resources at the Beginning of the Twenty-First Century, Paris, UNESCO, 3-6 June 1998.
Foster, Stephen and others <i>Utilization of Non-Renewable Groundwater: a Socially-Sustainable Approach to Resource Management</i> . Briefing Note No. 11. GW-MATE Briefing Note Series. Washington, D.C., World Bank, 2002.	Zaporozec, Alexander and John C. Miller <i>Ground-Water Pollution</i> . Paris, UNESCO, 2000.
	Zektser, Igor S. and Lorne G. Everett <i>Groundwater and the Environment: Applications for the Global Community</i> . CRC Press, 2000. 192 p.

第一部分：本专题的大纲

导言

1. 此份首次报告是一份非常初步的报告，涉及“共有的自然资源”这项专题的大纲。报告内容包括本导言、本专题“共有的自然资源”提出的背景及对于“封闭的跨界地下水”方面应处理问题的审查。¹

2. 在1999年第五十四届会议上，大会鼓励国际法委员会“着手为下个五年期挑选符合各国愿望和密切关注事项的新专题，并提出这些新专题的可能大纲及有关资料，以便大会“就此作出决定”。²委员会在2000年第五十二届会议上审议了长期工作方案，并在认真审查了关于各项主题的初步研究后商定，可将以下专题列入长期工作方案：³

1. 国际组织的责任；
2. 武装冲突对条约的影响；
3. 各国共有的自然资源；
4. 驱逐外侨；
5. 国际法不成体系引起的危险。

3. 大会在2000年第五十五届会议上仅注意到委员会“关于其长期工作方案和新专题提纲”的报告。⁴其后，委员会在2001年第五十三届会议上决定，为了更有效地利用所拥有的时间，“在第五十四届会议第一期会议的第一周优先考虑任命两位特别报告员，负责长期工作方案所列的五项专题中的两项专题”。⁵在大会2001年第五十六届会议期间第六委员会的辩论中，各国代表团认为，鉴于或许需要在可能出现实际问题的领域澄清法律，因此拟议的五项新专题有特殊价值。许多代表团认为，“国际组织的责任”这项专题的编纂时机已经成熟，委员会应在所建议的五项专题中优先处理该专题。一些代表团

也表示支持审议“共有的自然资源”这一专题。⁶因此，大会请委员会“着手处理‘国际组织的责任’专题，进一步审议要列入其长期工作方案的其余专题，适当注意各国政府所作的评论”。⁷

4. 在2002年第五十四届会议第一期会议期间，委员会决定将题为“共有的自然资源”这一项目列入委员会工作方案，为该项目任命一名特别报告员，并设立一个工作组以协助该特别报告员。⁸在委员会同一届会议第二期会议期间，特别报告员编写了一份讨论文件，供非正式协商时审议。⁹他在讨论文件中论及该专题在委员会规划小组中提出的背景，表示打算在该专题项下处理封闭跨界地下水、石油和天然气等问题。特别报告员承认，一个矿藏可能处于两个以上国家的管辖之下，许多海洋生物资源也是共有资源，陆栖动物和鸟类也可能跨界移栖，但他认为，不应在本专题下处理这些资源问题，因为它们所具有的特性与地下水、石油和天然气的特性大不相同，在其他专题中处理更为合适，事实上也是如此。他还提议采取逐步办法研究本专题，首先研究地下水。他随后提出了本五年期工作方案如下：

2003年 关于大纲问题的第一次报告

2004年 关于封闭的地下水问题的第二次报告

2005年 关于石油和天然气问题的第三次报告

2006年 关于全面审查问题的第四次报告

委员会的各位委员提出了各类宝贵建议，普遍支持特别报告员建议的办法。

¹ 《1994年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第134页。

² 大会2000年2月2日第54/111号决议，第8段。

³ 《2000年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第729段。

⁴ 大会2001年1月19日第55/152号决议，第8段。

⁵ 《2001年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第259段。

⁶ 大会第六委员会第五十六届会议期间所进行的讨论的专题摘要(A/CN.4/521)，第122段。

⁷ 大会2002年1月18日第56/82号决议，第8段。

⁸ 《2002年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第518(a)段。

⁹ ILC (LIV) /IC/SNR/WP.1 (2002年8月8日)。

5. 在2002年大会第五十七届会议第六委员会的辩论中，少数几个代表团就“共有的自然资源”这项专题发表了评论。发表评论的代表团一般都支持研究该专题。有代表团对该专题的题目是否适当表示关切。另一种观点认为，该专题的范围应限于地下水问题，作为委员会过去关于跨界水域工作的补充。审议其他跨界资源的时机尚未成熟。除了跨界水道这一领域，国家之间很少发生真正的冲突，如果国家之间真的发生了冲突，适合特定情况的切实可行的通融方法也已达成。根据这一观点，从多种多样的惯例中推断国际习惯法，不会是有效的做

法。¹⁰ 大会第五十七届会议仅注意到委员会决定将“共有的自然资源”这项专题列入其工作方案。¹¹ 鉴于迄今为止各国的应答非常有限，特别报告员打算至少在现阶段按上文第4段所建议的方针着手工作，不过地下水问题研究所需时间可能比预期的时间要长。

¹⁰ 大会第六委员会第五十七届会议期间所进行的讨论的专题摘要(A/CN.4/529)，第236段。

¹¹ 大会2003年1月21日第57/21号决议，第2段。

第一章

本专题的背景

6. 委员会在审议国际水道非航行使用法时，首次处理了共有的自然资源问题。简单回顾该法的编纂情况对我们的工作是有意的。国际河流的法律制度在1815年维也纳会议上首次进行审议，此次会议正式宣布了欧洲国际水道自由航行原则。¹² 多瑙河对于欧洲国际河流法的发展具有特殊的重要性。欧洲多瑙河委员会由1856年《巴黎和平条约》¹³ 设立，委员会通过国际合作，对多瑙河的航行进行管理，并为其他河流委员会树立了学习的榜样。国际河流法在发展之初，几乎只考虑自由航行权。

7. 此后，又有必要处理国际河流的其他用途，例如能源生产、灌溉、生产过程、航行以外的运输（木材采运）和娱乐。在多数大型河系中，下游国家能够对河水进行充分利用。上游国家对水的新型利用必然在一定程度上对下游国家历史上获得的利益产生影响。这种对水的利用还由于伴随的污染风险造成环境问题。航行制度与非航行使用制度之间存在着根本区别。航行制度的目的在于提供一致的行政管理措施，确保河系的自由航行。而非航行使用制度的重点，则在于必须向有关国家提供公平的利益平衡，并保障不对环境造成不利影响。

8. 1970年，大会建议委员会“开始研究国际河道非航行使用法，以逐渐发展和编纂这一法律”。¹⁴ 委员会的工作从1971年开始，并持续到1994年，先后任命理查德·卡尼、斯蒂芬·施韦贝尔、延斯·埃文森、斯蒂芬·麦卡弗里和罗伯特·罗森斯托克五位先生为特别报告员。委员会从工作之初，就收到了各国的大量投入：近一半的水道国家向委员会表达了立场。委员会起草的条款草案1991年进行一读，¹⁵ 几乎没有收到批评意见。委员会于1994年拟定了最后条款草案，¹⁶ 并提交大会。最后条款草案仅对1991年的草案略微作修改。1994年，大会决定给会员国两年时间考虑，并于1996年召集第六委员会全体工作组，以在委员会拟订的条款草案基础上，订立一项国际水道非航行使用法框架公约。

9. 第六委员会全体工作组于1996年和1997年举行会议，并于1997年4月4日制订了《国际水道非航行使用法公约》。经全体工作组建议，大会于1997年5月21日以104票对3票、26票弃权通过了该《公约》。¹⁷ 该《公约》现在尚未得到生效所需的35个国家的批准。

¹² 《会议最后文件》。

¹³ 《在奥地利、法国、大不列颠、普鲁士、撒丁王国及土耳其与俄罗斯之间重建和平的一般条约》，第十七条。

¹⁴ 大会1970年12月18日第2669 (XXV)号决议，第1段。

¹⁵ 《1991年……年鉴》，第二卷（第二部分），第69页。

¹⁶ 《1994年……年鉴》（见上文脚注1），第90页。

¹⁷ 借助大会第51/229号决议通过。

10. 《国际水道非航行使用法公约》的主要特征是, 把该《公约》设想为一项规定剩余规则的框架公约。该《公约》包含的一般规则是: 各国一方面对使用国际水资源可公平合理的利用与参与, 另一方面, 各国在使用各自领土内的国际水道方面, 也有义务采取一切适当措施, 以确保不对其他水道国造成重大损害。有关水道国通过合作, 特别是计划措施的通知系统来落实这些原则。一个水道国在执行或允许执行可能对其他水道国造成重大不利影响的计划措施之前, 应及时就此事向其他水道国家发出通知。《公约》要求必须交流有关资料, 进行协商和谈判。《公约》还规定, 应该保护和养护国际水道的生态系统, 并应预防、减少和控制国际水道的污染。值得注意的是, 争端解决应包括强制提交给公正的实况调查委员会, 但此类委员会的裁定对有关各国不具约束力。

11. 在第六委员会工作组举行谈判期间, 存在三大争议问题。首先涉及的是框架公约的性质和它与特定河流的水道协定的关系。下游国家坚持认为, 特别协定应比框架公约具有优先地位, 而发展中的上游国家则要框架公约的原则优先适用。应该注意到这两项实际考虑因素。但无论如何都需要全体水道国一致同意。而实际上, 框架公约阐述的原则必定会影响到特定水道协定。第二个问题是, 公平合理的利用和参与原则(第5条)与不造成重大跨界损害的义务原则(第7条)之间的平衡。这的确是争议的核心所在。上游国家提出, 除非利用原则高于无损害原则, 否则发展项目将无法实施。而另一方面, 下游国家则坚持使用自己财产时不得损害别人财产。最后, 第7条第2款采用“适当顾及”这几个字把这两项原则联系起来, 使争论的问题得到了解决。这一相当脆弱的联系可能似乎偏向于上游国家。但是, 上游国家则须遵守《国际水道非航行使用法公约》第三部分规定的有关新开发项目的严格规定; 从而取得了全面的平衡。第三个问题涉及争端解决, 特别是是否必须建立强制性的实况调查制度。已透过以下默契解决了这一问题, 即无法接受强制提交实况调查委员会的国家可对此作出保留。如果要审议任何其他共有的自然资源法律制度, 那么, 上述所有问题及所达成的解决办法都十分重要。

12. 委员会在审议国际水道非航行使用法期间, 在述及《国际水道非航行使用法公约》范围时提出

了地下水问题。特别报告员斯蒂芬·麦卡弗里先生就这一题目提出了一份详细的研究。¹⁸ 他分析了“国际水道”定义中应包含的水道组成部分, 他强调了地下水的两个方面。一是地下水的量: 地下水最惊人的特征是与地面水相比数量极大。地下水占地球上淡水的约97% (不包括极地冰盖和冰川)。¹⁹ 另一方面是地下水的用途: 人类, 尤其是发展中世界大量依靠地下水满足基本需要。对麦卡弗里先生来说, 地下水特征的基本特点似乎是, 虽然与地面水相比地下水流动缓慢, 但是却不断地移动, 并且在特殊情况下, 可以存在于基本上没有地面水的地区, 地下水通常与河流和湖泊密切联系。地下水的这两个特征, 即其流动特征和与地面水的相互关系, 表明一个水道国对于其地下水的行动可能影响另一个水道国的地下水或地面水。因此, 特别报告员认为, 地下水应当包括在该《公约》范围内。委员会对他的提案进行了辩论, 最后同意在公约草案中包括与地面水相连的地下水。委员会一读通过的条款草案, 把“水道”界定为“地面水和地下水的系统, 由于它们之间的自然关系, 构成一个整体单元, 并且流入共同终点”(第2条(b)项)。²⁰ 包括地下水的理由是因为地面水和地下水构成一个整体单元系统, 人类在这一系统某一点的干预可能对同一系统的其他地方产生影响。因此根据系统的完整性, 条款草案定义的“水道”一词不包括与任何地面水不相关的“封闭”地下水。但是建议委员会可以作为一个单独的题目研究封闭地下水, 以便起草条款草案。

13. 罗森斯托克先生于1992年接替麦卡弗里先生担任特别报告员, 他重新提出地下水问题。1993年他在介绍他的第一次报告²¹时说, 他倾向于在这项专题中包括“不相关的封闭地下水”。如果委员会同意这项主张, 那么他就对条款草案作出相关的改动。1994年罗森斯托克先生提交他的第二次报告²²时将他关于“不相关”的封闭地下水研究列为报

¹⁸ 《1991年……年鉴》, 第二卷(第一部分), A/CN.4/436号文件, 第59-70页, 第8-58段。

¹⁹ 同上, 第61页, 第17段。

²⁰ 见上文脚注15。

²¹ 《1993年……年鉴》, 第二卷(第一部分), 第191页, A/CN.4/451号文件。

²² 《1994年……年鉴》, 第二卷(第一部分), A/CN.4/462号文件, 第111页。

告附件。他争辩说，他的研究证明将不相关的封闭地下水包括在条款草案中是明智的。他指出，管理水资源的新趋势是采取综合办法。将“不相关”的封闭地下水包括在内，是以综合办法管理一切水资源总体计划的最起码内容。他相信，适用于地面水和相关地下水的原则和规范同样适用于不相关的封闭地下水。在他看来，为了使草案达到这一较广的范围，所需作的修改较少，也不复杂，他会编写条款草案需作的修改。委员会对这一提案在1993年和1994年都进行了实质性的广泛讨论。²³虽然有些委员同意罗森斯托克先生的提案，将不相关的封闭地下水包括在公约范围内，但是许多委员却对这一提案持有保留意见。他们看不出如何将“不相关”的地下水看成构成完整单元的水系统的一部分。他们认为，使用封闭地下水是一个比较新的情况，对此类资源所知甚少。不过他们同意，鉴于世界有些地方地下水十分重要，有关封闭地下水的法律与有关管理自然资源，特别是石油和天然气开发的法律更相近，值得单独加以处理。

14. 最后，委员会决定《国际水道非航行使用法公约》草案²⁴不包括不相关的封闭地下水，并稍作修改后通过了一读提出的条款草案第2条。1997年大会对委员会的草案没有作重大修改通过了第2条。最后案文是：

第2条
用语

为本公约的目的：

(a) 水道是指地面水和地下水的系统，由于它们之间的自然关系，构成一个整体单元，并且通常流入共同的终点；

(b) “国际水道”是指其组成部分位于不同国家的水道；

……

15. 同时，委员会通过了下列决议，并提交大会，建议各国在管理跨界地下水时酌情遵循国际水道非航行使用法条款草案所载原则的指导：

国际法委员会，

完成了“国际水道非航行使用法”专题的审议，

在这方面审议了与国际水道相关的地下水，

认识到封闭地下水，即与国际水道不相关的地下水，也是维持生命、健康和生态完整的极重要的自然资源，

还认识到需要继续努力制定有关封闭跨界地下水的规则，

考虑到它对国际水道非航行使用法条款所载原则可以适用于跨界封闭地下水的看法，

1. 赞扬各国在管理跨界地下水方面酌情遵循国际水道非航行使用法条款草案所载原则；

2. 建议各国考虑同封闭地下水所在的其他国家达成协议；

3. 还建议一旦出现涉及跨界封闭地下水的争端，当事国应考虑根据条款草案第33条所载规定或以商定的其他方式解决争端。²⁵

16. 大会对委员会关于封闭跨界地下水的建议没有采取行动。

17. 2000年委员会将“共有的自然资源”选定为下一个五年的新专题之一，其根据就是罗森斯托克先生拟订的提纲。²⁶罗森斯托克先生认为，委员会讨论这项专题，专门讨论水，特别是讨论封闭地下水和石油、天然气等其他单一地质结构，会很有益处。工作应限于两个或更多国家管辖的自然资源。总的环境和全球公域提出许多同样问题，不过还提出许多其他问题。

18. 特别报告员在这一背景下提议在本专题下讨论封闭地下水、石油和天然气，首先从封闭地下水着手。同时指出，委员会当前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工作与共有的自然资源的工作也有相关性。虽然不涉及这样的资源使用，但是涉及一国管辖范围内的活动在其他国家产生跨境后果。

²³ 《1993年……年鉴》，第一卷，第2309次、第2111-2316次和第2322次会议简要记录；以及《1994年……年鉴》，第一卷，第2334-2339次和第2353-2356次会议简要记录。

²⁴ 《1994年……年鉴》（见上文脚注1），第91页，第2条评注第（4）段。

²⁵ 见上文脚注1。

²⁶ 《2000年……年鉴》（见上文脚注3），附件，第三节，第147页。

第二章

封闭跨界地下水

19. 在进行以上讨论之后，可以发现，应处理的“地下水”所涉及的就是两个以上国家共有，但《国际水道非航行使用法公约》第2条(a)款却未涵盖的水体。在提及这种水体时，使用了各种用语：“不相关的封闭地下水”、“封闭地下水”、“封闭跨界地下水”、“国际共有含水层”等等。这一用语被用来表示独立的水体，它自身既未经由河系为共同终点贡献水，也没有从现存的地表水体中接受大量的水。我们必须根据对其水文地质特征的正确认识，拟定这种水体的确切定义。在我们决定这种定义之前，特别报告员打算为方便起见，使用“封闭跨界地下水”一词。

20. 委员会就“封闭跨界地下水”另行进行研究，也许是一项明智的决定。显然，《国际水道非航行使用法公约》载列的几乎所有原则也均适用于封闭跨界地下水。但是，这两种水体之间有明显的不同。举例来说，地表水资源是可再生的资源，而地下水资源却并不可再生。这意味着，在抽取地下水时，地下水会迅速枯竭，因为其重新补充需要数年时间。如果地下水受到污染，它在许多年里都会处于受污染状态。对地表水来说，需要管制的活动是使用水资源的活动。而对地下水来说，也许除得管制这种资源的使用之外，也得管理可能对地下水的状况和质量产生不利影响的活动。处理这些独特问题需要考虑到其他原则。

21. 虽然水是地球上最广泛存在的物质，而且水在地表面积中占70%，但其中仅有2.53%是淡水。此外，这淡水中有三分之二储存在极地地区的冰和冰川中。²⁷ 因此，供人类消费的现有淡水仅有1%。随着生活方式的改善和世界人口的急剧增长，淡水的人均用量正在迅速增加。其后果是淡水正变得日益稀少。由于人类活动，淡水资源正日益受到污染。发展中国家50%的人口所接触的是不安全的淡水资源。由于水脏且受到污染，发展中国家每天有6 000名幼儿死亡。这相当于每天有20架大型客机坠毁；

或者相当于巴黎中心地区的所有人口每年全被消灭一次。²⁸ 我们正走向世界水资源危机。这是世界水论坛要通过国际合作应对的挑战。²⁹

22. 与地表水的情况相反，地下水资源体积庞大，质量高且纯，但人类对地下水资源的知识却仍然非常有限。有一项估计认为，地下水资源为23 400 000立方千米，而江河中的水资源仅为42 800立方千米。³⁰ 关于地下水的水文地质科学正在迅速发展。但是，这一学科似乎将地下水作为一个整体对待，对与地表水相关和不相关的地下水不加区分。封闭跨界地下水的管理仍然处于初始阶段，明确需要为此目的展开国际合作。在联合国教育、科学及文化组织和国际水文地质学家协会（水文地质协会）与粮农组织和欧洲经委会合作主持下，已经为关于国际共有（跨界）含水层资源管理的国际倡议拟订了一项方案提案。该方案旨在支持国家间开展合作，以发展其科学知识，并消除冲突的潜在因素。其目的在于根据良好的科学技术认识，进行培训、教育、宣传，并为政策制定和决策提供投入。³¹

23. 主管国际共有（跨界）含水层资源管理问题的教科文组织国际水文方案的艾丽斯·奥雷利女士已经欣然向特别报告员主动提供帮助。2003年3月18日至22日在大阪举行了主题为“地下水”的第三届世界水论坛。会议期间，奥雷利女士召开了由教科文组织、粮农组织和水文地质协会的代表组成的支助小组³²与特别报告员之间的会议。支助小组建议成立一个专家组，以便向特别报告员提供咨询

²⁸ 联合国大学为世界水日（2003年3月22日）印发的通讯。

²⁹ 2003年3月16日至23日在日本京都、大阪和志贺举行的第三届世界水论坛。

³⁰ 《人用的水，生命的水》（见上文脚注27），第25页。

³¹ 教科文组织，《国际共有（跨界）含水层资源管理——其意义及可持续管理：框架文件》（2001年，巴黎教科文组织），第1.1段。

³² 支助小组由教科文组织的艾丽斯·奥里利和 Annukka Lipponen（两人均为水文地质学家）、粮农组织的 Kerstin Mechlem（法律干事）和 J.Burke（水政策高等干事）以及水文地质协会的 Shammy Puri 组成。

²⁷ 《世界水资源开发报告：人用的水，生命的水》，（教科文组织和博格翰图书公司，2003年），第8页。

意见，并随时愿意为专家服务。将根据不同区域的经验和代表情况，在法律事务和水文地质方面遴选约20名专家。³³ 特别报告员对主动提供的宝贵援助表示感谢。

24. 为了拟订关于管制封闭跨界地下水的规则，必需了解全世界范围内的封闭跨界地下水资源的情况以及分列这些资源的不同区域特征。目前，国家、区域和国际组织正在研究和评估下列各大含水层体系的状况：瓜拉尼含水层（南美洲）、努比亚沙石含水层（北非）、卡鲁含水层（南部非洲）、费希特含水层（西欧）、斯洛伐克喀斯特-奥格泰莱克含水层（中欧）和普拉杰德含水层（中欧）。瓜拉尼含水层为阿根廷、巴西、巴拉圭和乌拉圭所共有，储水量40 000立方千米，按每人每天供水100升计算，足以供55亿人供应200年时间。³⁴ 迪蒂尔·奥佩蒂·巴丹

³³ 暂定专家名单：教科文组织的艾丽斯·奥里利、Annukka Lipponen 和 BO Appelgren；水文地质协会的 Shamy Puri、H. Wong 和 Mario A. Lenzi；以及粮农组织的 Stefano Burchi、Kerstin Mechlem 和 Jacob Burke。水文地质学家为：M. Bakhbakhi、Yongxin Xu、Marie A. Habermehl 和 F. T. K. Sefe。法律专家：Stephen C. McCaffrey、Lilia del Castillo Laborde、Marcella Nanni、S. U. Upadhyay 和 J. Ntambirweki。

³⁴ 2003年3月16-23日在日本京都举行的第三次水论坛上，教科文组织和水文地质协会提出的《地下水简讯，为了人类安全管理跨界地下水资源》。另见 www.iah.org。

先生向特别报告员提供了乌拉圭与美洲国家组织秘书处之间关于执行“瓜拉尼含水层系统的环境保护和可持续发展项目”的谅解备忘录案文。特别报告员对提供这份文件表示感谢，认为这肯定会增进他对这一问题的认识。

25. 除了上文第24段要求从事的研究外，还必须研究以下方面：

(a) 社会经济方面的重要意义：地下水对各国民众、特别是发展中国家的民众日益重要。世界银行地下水管理咨询小组正在对地下水的开发方面进行广泛研究；

(b) 各国的使用和管理做法；

(c) 污染：对地下水资源产生不利影响的原因和及其预防和补救措施；

(d) 冲突案例；

(e) 法律方面：地下水资源管理的现行国内立法和国际协定；

(f) 与委员会的工作有直接关系的文献目录。

第二部分：地下水资源概览

导言

26. 本报告的这一部分旨在从水文地质学家的角度概要介绍地下水资源。特别报告员在报告第一部分中指出，委员会应该处理的地下水范围涉及两个以上国家共有，但《国际水道非航行使用法公约》第2条(a)款却未涵盖的水体，并且这种水体应暂且称为“封闭跨界地下水”。³⁵ 但是，委员会必须确切知道此种地下水资源的范围，以便为了人类的利益，妥善规范和管理这些资源。委员会将拟订的法律规范必须易于水文地质学家和管理者的理解和执行。为了与具有渊博地下水资源知识的水文地质学家和

管理者进行对话，特别报告员曾请教科文组织国际水文方案的水文地质学家艾丽斯·奥雷利提供协助。后者利用了国际共有含水层资源管理方案的专门知识。该方案由教科文组织与粮农组织、欧洲经委会和水文地质协会共同协调。

27. 这一部分根据下列专家提供的资料编写：Jacob Burke（粮农组织）、Bo Appelgren（国际共有含水层资源管理方案/教科文组织）、Kerstin Mechlem（粮农组织）、Stefano Burchi（粮农组织）、Raya Stephan（教科文组织）、Jaroslav Vrba（水文地质协会地下水保护问题委员会主席）、Yongxin XU（教科文组织地下水问题主席，南非西开普

³⁵ 见上文第19段。

大学)、艾丽斯·奥雷利(教科文组织)、Giuseppe Arduino(教科文组织)、Jean Margat(教科文组织)和Zusa Buzas(国际共有含水层资源管理方案/欧洲经委会越境水域评估监测工作队)。³⁶特别报告员向所有这些提供资料 and 数据的专家深表感谢。但他对报告这一部分的措辞和内容承担完全责任。

28. 地下水分布在整个地壳的各层含水系统中。地下水为地球提供了最大的淡水储存,超过了湖泊和水道中蕴藏的水量。地下水是对人类至关重要的

³⁶ 摘用了下列数据:《国际共有(跨界)含水层资源管理》(见上文脚注31); Zaporozec 和 Miller,《地下水污染》; Zektser 和 Everett,《地下水与环境:全球社会解决方案》; Foster 等,《非再生地下水的利用:资源管理的社会可持续发展方法》; 区域地下水报告,自然资源/水系列,第12-27期(1983-1990年)(联合国出版物);以及Burke和Moench,《地下水与社会:资源、紧张局势与机遇》。

资源。它往往是旱地、半旱地地区和小岛屿的唯一水源。地下水在保持土壤湿度、溪流径流、泉水的排放、河川基流、湖泊、植被和湿地方面发挥重要作用。一般而言,地下水分布广泛,开采费用较低,而且水质好,通常只需稍作预处理或无需预处理即可饮用。由于这些特点,在过去数十年中,地下水的使用迅速扩大,特别是在发展中国家。超过一半的世界人口依赖地下水作为饮用水,世界灌溉约有35%依靠对地下水的持续利用。

29. 这一部分将处理下列问题:基本术语;地下水的特征,包括跨界含水层的特征;世界地下水资源及其利用;对该资源造成不利影响的根源和活动;各国有关地下水的国家管理做法;受到跨界抽水或跨界污染影响的封闭共有地下水含水层的初步调查;管理非相连的封闭地下水的社会、经济和环境方面,特别着重非再生地下水。

第三章

封闭含水层与分离含水层

30. 特别报告员的打算是要处理封闭跨界地下水。委员会关于封闭跨界地下水的决议已含有“封闭”一词。委员会在该决议序言中将“封闭地下水”定义为“与国际水道不相关的地下水”。³⁷因此,委员会看来使用了“封闭”(confined)一词的“不相关的”的含义。这不同于水文地质学家所使用的“承压”(confined)定义。在水文地质学中,承压含水层是指上层和下层均有不透水层或几乎不透水地层的含水层,其中所含的水体承载着压力。因此,承压是指一种液压状态,而不是与地面水体相通或相连的问题。实际上,委员会所要指的不是水文地质学上的“承压”含水层,而仅仅是指与地面水体不相连的地下水。在这个意义上,委员会使用“封闭”一词仅仅是为区分与地面水体不相连或与之分离的地下水,但这种地下水既可能是也可能不是严格液压意义上的承压地下水。

31. 与地面水体相连的地下水可属于《国际水道非航行使用法公约》的范围。该《公约》适用于

“国际水道”。“水道”是指“地面水和地下水的系统,由于它们之间的自然关系,构成一个整体单元,并且通常流入共同的终点。”(第2条(a)项)“国际水道”是指“其组成部分位于不同国家的水道”(第2条(b)项)。因此,地下水要想为该《公约》所涵盖,必须满足四项标准:(a)它必须是一个地面水和地下水系统的一部分;(b)该系统必须是一个整体单元的一部分;(c)该系统必须通常流入共同的终点;(d)该系统的组成部分必须位于不同国家。对于地下水,该定义提出了若干问题,在此不能详加讨论。地下水通常不是流入共同的终点,而且“整体单元”标准更适合于地面水,而不是地下水。被排除在该《公约》范围之外的是与活跃地面水系统分离的含水层系统所含的地下水。此种含水层系统既可能是封闭的——即含有承载压力的水体,也可能是不封闭的。这些含水层中得不到现代补注的一种往往称为古含水层。如前所示,这些含水层可以承压或不承压。使这些含水层有别于其他含水层的是它们在现今气候条件下不可再生,而不是这些蕴藏的水体所承受压力的程度。

³⁷ 见上文脚注1。

32. 古含水层可视为类似于石油和天然气的可耗尽资源。因此，委员会正在审议如何处理与地面水系统分离的含水层系统，并特别着重于其中称为古含水层的一种含水层。古含水层还应该用一种特别的法律制度加以规范，因为它们特别容易遭到污染和损耗。尽管这些含水层中的水体对世界上许多干旱区域至关重要，但由于含水层中几乎没有径流，它们一旦被污染就几乎无法清污。这对“重大损害”

原则的适当性提出了疑问，并提出是否应适用更严格标准的问题。此外，这些水资源在较短或较长时期内就可耗尽，法律应处理这种情况对公平和可持续利用原则有何影响的问题。案文的其余部分涵盖一般意义的地下水资源，以便更全面介绍这一重要资源。古含水层的具体特点中值得特别注意之处，文中将予指明。

第四章

地下水和含水层的特点

A. 一般特点

33. 地下水分布于含水层，或者更笼统地说，分布于能够产生可利用水量的水体的地质建造。很少含水层是均质的，其不同的地质状况决定了流经其各自岩石构造和结构的地下水的性质。岩石类型的变化——例如，石灰石覆盖在沉积物和硬质结晶岩石上——会导致径流中断，并可能使地下水从两类岩石连接处流到地表。在这些地方，地下水径流情况发生了最大变化。几乎所有地下水均来源于降水。降落到地表或汇集在地表上的雨水透过地面，经过非饱和层向下流动（见图1，第144页）。雨水一旦抵达饱和层顶部，即潜水面，即对含水层系统进行补注，同时提高流体静压，并在含水层为封闭的不透水层所覆盖时引起压力变化。

34. 含水层系统构成储藏地球淡水的主要水库和战略后备。³⁸ 但应指出，地下水中只有一小部分的回收在经济上是划算的，而且决定地下水资源利用的重要因素是地下水水位，而不是储藏的水量。地下水既可纵向流动，也可横向流动。这种流动是由于重力、高差和压差引起的。一般而言，在流体静压差的驱动下，地下水沿水力梯度流动，并最终排入溪流、湖泊、泉水及海洋。地下水流过含水层的速度十分缓慢，流速为每天零点几米或每年数米，而溪流径流的流速则为每秒数米。时空尺度是理解地下水系统和径流动态的关键现象。含水层系统由相互联系的分系统组成，主要由土壤/岩石环境的

水文地质性质、气候条件、地形和地表植被所控制。应从补注区的渗透速率、过渡带和排泄区的地下水上升径流等方面研究含水层系统径流。在自然条件下，当补注和排放速率长期处于均衡时，即形成静态或动态平衡。一些含水层系统与地面水形成整体单元，而其他含水层则不是这样。在这种情况下，我们将储藏在封闭压力下，但由于地质结构的原因，不与某一具体水道连成一个整体单元的地下水视为不相连的封闭地下水。

B. 含水层的特点

35. 一般而言，存在三类含水层（包括专属一国的含水层和跨界含水层）：

浅含水层——通常分布在河积、冰川和风积地层及岩石风化带，大多为非封闭或半封闭含水层，而且极易受到损害，原因是非饱和带的厚度小并常常受到污染（可耕地下的浅含水层遭受大面积污染的情况常有记录）。浅含水层的特点是地下水的冲刷活跃，径流系统单一。这些含水层、特别是河积地带中的含水层普遍具有多孔透水性和较高的渗透系数。浅含水层的特点是停留时间较短，从数年至数十年不等，而且矿化程度低。常常有记载显示与地面水的相互作用（地下水排入溪流或池塘以及（或）地面水体，从地面水体过滤到邻近浅含水层）。不过，许多浅含水层与地面水没有直接接触，并通过泉水排放。这些系统也可由两国共有。通过简易的浅水井可以方便地提取地下水，而且费用较低，这已导致使用公用或家庭水井来广泛开发浅含水层的情况。

³⁸ Shiklomanov, “全球可再生水资源”。

36. 深含水层——呈区域性分布，往往是封闭的，其脆弱性通常较低。不过，许多深含水层可以是非封闭的，而且可能由于非饱和层的渗透性而容易受到损害。由于地质状况各异，深含水层可能由具有横向和（或）纵向联系的若干不同数量级的地下水径流系统组成。深含水层中的地下水可以再生，流程比浅层地下水系统远，并排入大河、大湖或海洋的沿海地区。深地下水流域通常与地面水集水区域并不重合。在深含水层中，温度、压力和岩石与地下水的时空接触逐渐增加，地下水流速减慢。深含水层地下水的水龄为数十年至数百年。许多深含水层由两个或更多国家所共有。补注区在一国境内而排放区在另一国境内的含水层预期会导致潜在矛盾。可以观察到浅含水层与深含水层之间的相互关系，特别是在岩石裂度高、具有裂缝渗透性的区域。

37. 古含水层——可视为脆弱性极低的非再生地下水资源。原生水不是现时水分循环的一部分。对这些含水层的主要补注发生在既往的洪积期。在更湿润的条件下，这些含水层将可再生。关于古封闭含水层污染的记录极其罕见（例如，在深井钻探过程中）。富含氯化物、高度矿化的原生水通常年代久远；其水龄可为数千年至数百万年不等。许多古含水层由两个或更多国家共有。不加控制地开采古跨界含水层可能会导致严重的政治和外交问题，特别是在缺水的干旱和半干旱地区。

C. 国际含水层与跨界含水层

38. 为了拟订统一名词，建议对国际含水层和跨界含水层加以区别。如含水层属于地下水与地面

水发生相互作用的系统，在某一点与边界相交，则可视为国际含水层。就具有水文联系的含水层与河流而言，如两种资源或其中一种资源跨越国界，整个系统便具有国际性质。只要与跨越国际边界的地面水体相连，即便完全位于一国领土内的含水层也可视为国际含水层（在满足《国际水道非航行使用法公约》其他标准后将属于该《公约》的范围）。相比之下，跨界含水层是指本身跨越边界的地下水体。因此，跨界含水层可视为国际含水层的一个分类。古含水层必须是跨界含水层才能被视为国际共有资源，因为它们脱离了所有其他水体。

D. 跨界含水层系统

39. 与连续沉积盆地相连的某些含水层可以绵延大片地区，从而跨越了国际边界。一般而言，跨界含水层的主要特点包括在地表之下存在一条跨越国际边界的地下水径流的自然路径。这种地下水从边界一侧流到另一侧，无论流速多么缓慢（见图2，第145页）。在许多情况下，含水层可能从边界一侧得到大部分补注，而大部分排放则在边界另一侧。正是由于这种特点才需要明智的治理和达成协议，以避免或尽可能减少有害的跨界影响，并确保照顾到有关国家的不同权益。在边界一侧抽取自然补注等活动会给边界另一侧的基流和湿地带来微妙影响。在大多数跨界含水层中，这些影响会是普遍的，并滞后数十年。直接排放的污染和陆地活动带来的污染也造成同样影响。可能要在许多年后才能通过监测发现这些影响。最近，在国际共有含水层资源管理倡议（教科文组织、粮农组织、欧洲经委会和水文地质协会）下发起了对世界主要跨界含水层的调查。

第五章

世界地下水资源及其使用

40. 地下水的使用总量取决于各种因素，诸如人口、气候和水文地理条件、有无地表水资源及其污染程度。1950-1975年期间，许多工业化国家迅速扩大对地下水的开发；1970-1990年期间，大部分发展中国家也开始这样做。虽然没有系统的抽取和使用数据，但在全世界，估计在目前饮用水供应中地下水占50%，在自我供水的工业需求中占40%，在灌溉农业的用水中占20%。但是，这些比例，在

国与国之间相差甚大。与地表水相比，地下水单位容量的使用往往带来很大的经济效益，因为容易就地供应，保证旱季用水，加上质量上乘，不需多加处理。³⁹ 一般家庭用水包括饮用、煮饭、涮洗、洗衣和洗澡。如今，以全世界每年600-700立方千米

³⁹ 《人用的水，生命的水》（见上文脚注27），第78页。

的抽取量，地下水是世界上取用最多的原材料：例如，它是亚洲农业绿色革命的基石，为欧洲联盟提供70%的自来水供应，在撒哈拉以南非洲的大片地区维持着农村的生计。⁴⁰在普遍缺水的旱地和半旱地，地下水在满足家庭和灌溉需要方面起着巨大作用。

A. 欧洲

41. 对现有数据的分析表明，地下水在欧洲国家中是主要的公共用水来源，占该用途水资源总量的70%以上。农村人口和中小城镇的饮用水主要依靠地下水。总的来说，90%以上的大城镇完全靠地下水供水。供应工业用水的地下水占总抽取量的22%，包括某些国家的矿排水（例如德国、法国）。在工业中广泛使用地下水是法国、德国、俄罗斯联邦和大不列颠及北爱尔兰联合王国等国家的特点。

B. 印度

42. 印度自吠陀时期就使用地下水，已有6 000多年历史。地下水的灌溉能力从1951年的600万公顷增加到1997年的3 600万公顷。对地下水资源造成的压力（也由于需水量增加）已带来抽取过量一类的问题，例如地下水位下降、海水侵入、质量退化等。

C. 中国

43. 在中国，地下水使用的部门分配情况如下：城市居民用水7.4%、城市工业用水17.5%、农村居民用水12.8%、农田灌溉54.3%、农村企业及其他8.0%。

D. 北美洲

44. 地下水在加拿大的总用水量中不足5%；⁴¹然而，有600万以上的人，或人口的5%左右，靠地下水供给市镇和家庭用水。这些用户中有三分之二居住在农村地区，其他人则主要在小城市。约50%的美利坚合众国人口靠地下水提供家庭用水。自己提供饮用水的家庭中有95%以上靠地下水。美国的

地下水使用从1950年到1980年一直稳步增长，自1980年以后略有下降，部分是由于提高了农工业用水的效率，改善了水的循环使用并且采取了其他节水措施。

E. 中美洲

45. 在墨西哥和中美洲的大部分地区，地下水是重要的饮用水来源。在墨西哥，全国有三分之二的土地为沙漠和半干旱状况，地下水的使用极为广泛。地下水为尼加拉瓜满足大部分的家庭用水、饮用水和工业用水需要。哥斯达黎加、萨尔瓦多和危地马拉也大量使用地下水，而伯利兹、洪都拉斯和巴拿马不那么依赖地下水。在中美洲的大部分农村地区，80%以上人口的供水靠私人或市镇的水井系统。墨西哥和中美洲完全或主要依赖地下水供水的城市地区包括墨西哥城、危地马拉城、马那瓜和圣何塞。

F. 南美洲

46. 根据最近联合国的估计，南美洲使用地下水主要是满足家庭和工业的需求。然而，比起现有的可再生资源，目前的地下水用量很少。该地区有足够的水，但是安全饮水的供应正在成为一个主要的社会经济问题。

G. 非洲和中东

47. 总的来说，地下水在北非（即阿拉伯国家）的开发过度。那些国家处在撒哈拉北边半干旱、干旱和极度干旱的地带。该地区的经济在很大程度上依靠地下水资源。北非和中东国家之下有大面积的含水层。在这些地区，地下水资源存在于跨界含水层系统中，由几国共同分享。在非洲潮湿的赤道和热带地区，地下水开发不多，因为降雨量充沛，加上主要河流及其支流都有大量的地表水。然而，这些地区的国家最近认识到，只有利用地下水资源，才能保证向小镇和农村地区提供安全的饮用水。在干旱和半干旱的南部非洲地区，迫切需要使用地下水为农村供水。除了北非各国以及西部非洲和南部非洲的几个国家外，非洲没有或极少有关于水的使用情况的充分可靠资料。缺乏规则和国家管制也是一个突出的问题。

⁴⁰ 同上。

⁴¹ Leeden, Troise 和 Todd, 《水百科全书》。

H. 澳大利亚

48. 1983年，澳大利亚每年的地下水使用总量约为 $2\ 460 \times 10^6$ 立方米，相当于总用水量的14%左右。在澳大利亚，浅表含水层通常是使用最多的地

下水资源，用于灌溉以及城市和工业的用水。一些地区大量使用地下水，特别是用于灌溉，致使某些局部的封闭含水层开发过度。地下水对澳大利亚大部分地区的畜牧业（牛羊）至关重要，采矿业也大量依靠地下水。

第六章

对资源造成不利影响的根源和活动

A. 地下水质量

49. 地下水的价值不仅在于它广泛存在，可供利用，而且还在于它始终保持良好的质量，这使它成为饮用水的理想来源。“水质”一词指的是，相对于水的预定用途，它所具有的物理、化学和生物特点。而且，地下水比大多数地表水干净，因为土料可充当天然过滤器，将一些细菌和杂质从流经的水里过滤掉。大多数地下水没有悬浮颗粒，并且几乎没有细菌或有机物，通常是无色无味的。大多数溶解在其中的矿物质基本对身体无害，且浓度低，还可能使水味爽口。由于认识到有些溶解物质或许不良甚至对身体有害，因而制定了饮用水标准。这些标准成为化学分析结果的评估基础，根据是否存在不良特性或物质（味道、气味、颜色、溶解固形物、铁等等）以及是否存在会造成不良生理影响的物质而定。造成不良影响的一个原因是含水层的大量开发。大量开发含水层会破坏平衡条件。地下水的大量使用会造成地下水枯竭和地下水质量下降。

B. 地下水污染

50. 鉴于地下水的多种用途，必须使它不受任何污染。虽然地下水比地表水不易受到污染，但地下水污染的后果要比地表水污染的后果历时长久得多。地下水的污染不易察觉，在许多情况一直到污染物实际出现在饮用水中才被发现，到那时，污染可能已经影响了大片地区。含水层系统受污染的难易程度取决于若干因素，包括土壤种类、非饱和层物质的性质和厚度、地下水的深度和含水层的补注情况。地下水污染指改变地下水的物理、化学和生物特性，使其不能适用于原先的用途或限制这种用

途。污染地下水的物质可分为自然出现的物质和人类活动产生或引入的物质（图3，第146页）。⁴²

51. 造成地下水污染的自然出现的物质包括铁、锰、有毒元素和镭。其中有些无多大害处，只不过造成不便，如铁和锰。但另一些可能对人的身体有害，例如有毒元素（像砷或硒），氟化物或放射性核素（镭、氡和铀）。砷在环境中分布很广并通常存在于硫酸化合物中。浓度在0.01毫克/升以上的砷毒性很高，大剂量会迅速致死。

52. 人类活动产生的污染物质主要包括有机化学品、农药、重金属、硝酸盐、细菌和病毒。如今最令人担忧的地下水污染（至少在工业化国家中）是有危险化学品的污染，特别是有机化学品。农业和林业使用的农药主要是合成有机化合物。农药一词包括为了控制、杀灭或减少昆虫和杂草而使用的任何物质（杀虫剂、除草剂和杀真菌剂）。许多杀虫剂的组成成分即使含量很少也毒性很高。硝酸盐是污染农村地区地下水的最常见的一种可确认物质。虽然硝酸盐相对说来没有毒性，但在某些条件下，可使婴儿患严重的血液疾病。与饮用水有关的最严重的危险是饮用水可能被人的排泄物污染，从而导致摄入危险的病原体。渗入污染也许是最常见的地下水污染机制。地表释放的污染物透过土壤基质中的孔隙渗入土壤，在重力作用下，向下移动，穿过非饱和层，一直到达饱和层顶部（潜水面）。污染物在进入饱和层（含水层）后，顺着地下水流的方向行进。不加控制地开发和抽取地下水也可造成地下水污染。当毫无控制地使用地下水大大超过含水层自

⁴² Zaporozec 和 Miller, 如上。

然补注的速度时，含水层体系可能会受到负面效应的影响。有时，这还会导致土地沉陷，以及导致咸水从深层地质建造或海里流入其中。在开发过度的沿海含水层，海水侵入是对地下水源始终存在的一个威胁。在自然条件下，那里的地下淡水在密度较高的海水之上保持着微妙的平衡。低质水往往能从河流和受污染的浅表含水层体系进入含水层的较深部位。

C. 地下水的保护和管理

53. 可以设置监测水井，用来发现某项活动对地下水的污染，查明其范围，并预先发出污染水接近重要水源的警告。然而，净化工作很难而且很昂贵，往往需要很长时间。因此，主要的努力应该放在防止污染出现的工作上。用预防的方式保护地下水的费用通常要比发现污染后予以纠正的费用少得多。地下水资源很容易受到人的影响，尤其在补注区，那里的水头高，水向下流。重要的饮用水水源可通过圈定保护区加以保护，对保护区内可能产生污染的使用和活动加以控制。补注区的人类活动（农业、工业、城市化、毁林）应受到控制，并应该受到有关条例的部分或全面限制。但是，地下水保护政策应该充分适应不同的含水层体系。

D. 跨界地下水污染问题

54. 发生地下水污染的途径有渗入（污染物往下流入）、地表水的补注、直接进入和含水层分界面。渗入是造成浅含水层和非封闭深含水层污染的最常见来源。通过土壤和非饱和层下渗的水形成沥滤液，其中可能含有无机或有机污染物。当到达饱和层时，污染物顺着地下水流的方向横向扩散并因重力而纵向扩散。当河水泛滥和靠近地面溪流的含水层的地下水水位因抽水而下降时，在亏水河可发生被污染的地表水补注到浅含水层的情况。地下水位下面的污染源（例如储存库、管道、废物处置场所的地下室）渗漏物直接进入地下水，尤其影响浅表含水层。污染物在地下水系统中的移动是一个复杂过程，说明这一过程不是本报告的目的，它取决于岩石的渗透性（孔隙、裂隙、岩溶）、污染物的特性、地下水的化学组成和控制污染物移动的过程（平流、机械性延散、分子扩散和化学反应）。各种污染源尤其影响浅表含水层和非封闭深含水层。深层封闭含水层

受污染影响的可能性则低得多，并主要发生在补注区。然而，这种含水层可能会受到自然成分的污染，例如氟化物、砷、铜、锌、镉等。古含水层不会受到人的影响，但其矿化程度往往较高，且温度也较高。污染物的移动通常很慢，但在有裂隙的岩石，特别是岩溶岩石，污染物每天甚至可移动数米。在含水层长距离移动并造成跨界地下水污染的污染物有硝酸盐、烃油、轻非水相液体、重金属和放射性核素。

E. 跨界浅表含水层污染问题

55. 跨界浅表含水层的污染存在着几种情况。许多浅非封闭含水层是在河谷的河流沉积中形成的，污染物可随着地下水流从一国被带到另一国。地表水与地下水之间的水力梯度控制地表水从河岸渗入邻近含水层的可能性，反之亦然。河道流量随降水量增减的程度反映着地表水和地下水水体的水头长期和短期的变化。在漫长的干旱期，地表径流几乎完全取决于地下水（基流条件），河流的水质反映着下面含水层的水质。污染大多发生在河流沉积的地表，然后渗入含水层。被污染的地下水或许沿着河流的方向在浅表的含水层流动，或排入河川或其他地表水水体。无论哪一种情况，上游国家发生的污染都会影响下游国家的水质。应该用水质监测系统来发现这类跨界污染。在建立地下水水质监测系统时，永远必须考虑到水头的季节性变化。

56. 然而，当河流为亏水河，并出现地表水渗入的条件时，被污染的地表水渗入下面的浅表含水层的情况也可以发生在远离污染源的地方。由于河流沉积（大多为砾石和沙）的衰减能力较低，河流沉积无法留下或排除污染物质，造成浅表含水层被长期污染。因此，要查明国家边界地区的水质，必须对地表水和地下水都设计监测系统。在岩石风化地带、地势较高的河成阶地或风成沉积，有许多浅表非封闭含水层，它们与地表水水体不直接连通，常常排放为泉水。但是，这种含水层往往只有较小的规模。污染可能发生在这类含水层的补注区和薄弱之处，并可能沿着流径被带到很远的地方。探测污染的方法是泉水取样或使用浅表的监测水井。跨界污染的情况应该用浅表监测水井的方法予以查明。

F. 跨界深含水层污染问题

57. 深封闭含水层的面积可达几百平方公里或甚至几千平方公里。深含水层补注区的地下水是非封闭的，容易受到污染。如果出现污染，就会在封闭含水层条件下，沿着径流横向流到很远的地方。大量取用含水层可能会加快污染物质在含水层中从补注区到排放区的横向流动。跨界深封闭含水层的污染应该利用位于国家边界地带的深层监测水井来加以确认，根据污染物的特性，水井必须深及含水层的上部或底部。由于深封闭含水层在一个国家的补注区可能比在另一个国家的排放区大几倍，含水层可能会枯竭，如果没有控制取用含水层的措施的话，更是如此。深含水层也可能是非封闭含水层，这就使输送和补注区容易受到污染。污染物质从上下进入含水层的情况取决于土壤的特性以及非饱和层的厚度和岩性。在多孔渗透条件下，羽状污染

柱可能要很多年才能到达饱和层。然而，在裂隙渗透条件下及在岩溶含水层，污染物质可很快到达含水层（数天或数月）。污染物在这些含水层中作横向运动的机制类似于封闭含水层的情况。对非饱和层和含水层的上部进行水质监测预警有助于在尚可控制和处理的阶段发现地下水污染的问题。

G. 跨界古含水层污染问题

58. 古含水层有着很好的地质环境保护，一般很不容易受到污染，不常见到它们被污染。当因各种用途打钻深井（例如勘探井、废物处置深井），而又未对钻井过程加以控制时，污染物可通过井壳四周封口纵向渗漏进入古含水层。然而，许多跨界含水层会枯竭，特别是有采矿活动而且不可再生的地下水储存持续减少的话。全面控制跨界古含水层的抽取是一项非常有益而紧迫的任务。

第七章

各国关于地下水的国家管理做法

59. 地下水资源管理必须在开采一项综合资源（从数量、质量及与地表水相互作用的角度）与对水的需求不断增长以及可能威胁到资源数量和质量的土地使用者态度之间达成平衡。无论是在普通法系国家还是在民法法系国家，对土地的所有权过去都习惯于把土地上的所有资源都纳入进来。但是，需求增加对高质量储备造成了越来越大的压力，因此地下水越来越被纳入了有关资源开采和利用的立法范围。另外，对地下水质量的威胁也促使人们制定法律，对直接和间接排放进行管制，预防和减少地下水污染。许多国家通过颁布一项涉及所有水资源的基本水法来保护地下水。基本水法中可能已经包含关于地下水的规定，也可以在以后再增加

有关规定。芬兰、以色列、意大利、波兰、西班牙、联合王国和美国就采用这种方法。包括法国、荷兰、罗马尼亚和土耳其在内的其他国家则通过了有关地下水的抽取率、井深和环境保护等多方面的特定管理条例，实施对地下水的保护。地下水保护的主要管辖权可以像墨西哥和埃及那样集中在国家手中，也可以像中国、印度和美国那样基本下放到各州或各省。在管辖权下放的情况下，中央政府一般保留对某些方面的权力，例如水的最低品质标准，以确保各地方的一致性。地下水有效管理的关键因素之一是设立一个中央机关，负责地下水立法的贯彻执行。已经发展出了多种管制和非管制机制来保护地下水资源，使它们不会被过度抽取和受到污染。

第八章

受跨界抽水或跨界污染影响的共有承压含水层的初步调查

60. 墨西哥和美国的索诺拉-亚利桑那边境区（部分适用美国-墨西哥国际边界和水委员会1973年协定（第242号会议记录））。此边境区涉及尤马梅萨含水层，在水文上属于科罗拉多河下游流域，但是紧张关系是由抽取地下水造成的。

韦克盆地含水层（美国（德克萨斯州）-墨西哥（奇瓦瓦））（没有协定）

明布雷斯含水层（美国（新墨西哥州）-墨西哥（奇瓦瓦））（没有协定）

总体上，在美国和墨西哥边境至少有15个跨界含水层（除了关于尤马梅萨的第242号会议记录外，没有其他协定）。

阿拉巴-阿拉瓦地下水区（以色列和约旦）：《以色列国和约旦哈希姆王国和平条约》（1994年10月26日）对该区进行了规定。这可以成为一个合作的示例。以色列与约旦之间真正的紧张关系同地表水有关（约旦河和耶尔穆克河）。

山区含水层（以色列和巴勒斯坦）（实际冲突案例）（《以色列和巴勒斯坦关于西岸和加沙地带的临时协定》（1995年9月28日））。该协定设立了一个联合委员会，但它并没有解决本应在最后谈判中讨论的用水冲突问题）。

迪思含水层（约旦和沙特阿拉伯）（没有协定）。

区域玄武岩含水层系统（约旦和叙利亚）。西亚经社会和德国联邦地球科学及自然资源研究所在两个国家之间开展了技术合作，确定了有关地下水资源可持续发展的信息数据；合作的产出是绘制了含水层地质图以及对普遍的水文地质条件进行了研究。在西亚经社会的敦促下，阿拉伯叙利亚共和国签署了一份就含水层进行进一步合作的谅解备忘录，约旦也将签署。

努比亚沙岩含水层系统（乍得、埃及、阿拉伯利比亚民众国、苏丹）。2000年签署了关于设立努比亚沙岩含水层系统管理局（日期不定）的协定以及两份关于含水层数据库和模型使用及利用的协定（在粮农组织归档）。

萨哈拉西北部含水层系统（阿尔及利亚、阿拉伯利比亚民众国、突尼斯）（没有协定，但是有关于设立含水层数据库和模型更新及管理的三方磋商安排的联合决定）（在粮农组织归档）。

大陆终端含水层（冈比亚和塞内加尔）（没有协定）。

瓜拉尼含水层（阿根廷、巴西、巴拉圭、乌拉圭）（没有协定，但是正在开展一项全球环境基金项目。该项目的主要目的是为含水层的管理和养护设计和落实一个共同体制框架。项目协定规定设立一个由四国代表（和一名南美洲共同市场代表）组成的指导委员会）。

根据《跨界水道和国际湖泊保护和利用公约》设立的欧洲经委会监测和评估任务组在欧洲调查并记录了89个跨界含水层（见 Almásy 和 Buzás, 《跨境地下水清单》，附件三，第181-283页（在粮农组织归档））。但是，在这些含水层中，目前尚不清楚有多少处于抽采或污染的实际或预测压力之下。

第九章

非相连地下水管理的社会、经济和环境方面：特别侧重于不可再生地下水

A. 概况

61. 水资源分为两类：流动水资源和贮存水资源。使用流动水资源不会影响未来的水量，而利用贮存水资源则会。根据定义，古地下水是贮存水资源。对流动水资源的管理一般就是边际分析的一种简单应用。而另一方面，贮存的资源就像任何实物资本一样，其特点是最优使用需要考虑目前所作的决定对未来的影响（如风险或实用价值）。鉴于非相连或不相关地下水是一种具有连接特点的组合资源，因此与流动资源的联系比水文地质现实更紧密。

但是，水的连接特点使得对水的管理变得更加复杂，这也可能是这一问题成为今日讨论中一个主要话题的原因之一。按照新古典主义的标准，水资源管理的目标是最大限度地实现水资源对社会的（短期和长期的）价值。但是，新古典主义的标准越来越让步于政治、进化、体制和经济等其他标准：进化进程和盛行的政治经济得到更大的认可，在现实中成为社会上决定如何分配资源的主宰。在封闭含水层中的古地下水可以是两个或多个国家共享的大型区域系统。原生水变得可以直接度量并能够装入容器，因此可以像其他被拥有的物品一样被占有并依法管

制。但这样过于简化了问题，可以度量并能够装入容器并没有体现由于气候和环境条件变化而具有高风险和不确定性的复杂而不定的水文地质、社会、经济和政治的长期影响。目前水利学家和律师几乎没有任何手段来应对未来的不确定因素。为弥补这一不足，需要设立机制，加强参与和交流，更加关注社会和环境对水的需求。但是实践证明，在国际水协定谈判之际，顾及不确定因素、列入例外条款及规定共担风险的政治意愿是有限的，因此需要设立其他预防和解决冲突的机制。

B. 非相连地下水资源：与科学和政策不确定性结合在一起的风险

62. 古地下水虽然没有——至少没有直接——与现代每年补注相连，一般却是封闭的、过度承压的，而且往往是自流的。人为滥用风险与每年补注的相关连地下水的风险正巧相同，不仅包括水资源等的不当钻探、井壁、井盖作业，过度抽采以及含水层间污染，还包括改变土地用途的影响，及对补

注、压力盐碱化和水质造成的后果。虽然非相连地下水不易受到点污染源和非点污染源的影响，但是对部分原生水的开采的突然扩大以及带来的废物排放，可以产生大范围的负面环境影响（水污染、盐碱化和水渗）以及正面环境影响（可用水资源增加以及降低蒸发性损耗）。因此，与其他贮存式的自然资源开采类似，跨界协定的做法可以成为跨界非相连地下水联合管理和利用的重要手段之一。

C. 伦理标准相对于科学标准

63. 虽然利用古地下水被长期定为是不可持续的，但是这一基于严格的水文地质安全产额概念的严格态度最近有所放松，允许开采的范围不再是固定的，而是一个与社会、经济和环境价值有关的相对范围。人们越来越认识到水和其他资源管理方面的多数标准都是伦理标准，因为早期占统治地位的科学和实用标准会偏离并混淆立法者和公众从政治角度商定并基于伦理的意图。

第十章

结论

64. 对地下水资源的描述一般表明：

(a) 跨界含水层（无论是浅非封闭、半封闭还是封闭的）都可以与国际地表水系统相连；

(b) 但是，可能有些跨界含水层并没有与国际地表水系统相连；

(c) 浅含水层一般比深含水层更脆弱（易被开采和受到污染），但是所有（封闭和非封闭）含水层的补注区都是脆弱的；

(d) 与现代补注脱离的古含水层需要作为不可再生资源加以处理，并相应地加以规划；

(e) 如要对含水层进行管理及公平分配，则需要定期对含水层进行评估和监测；

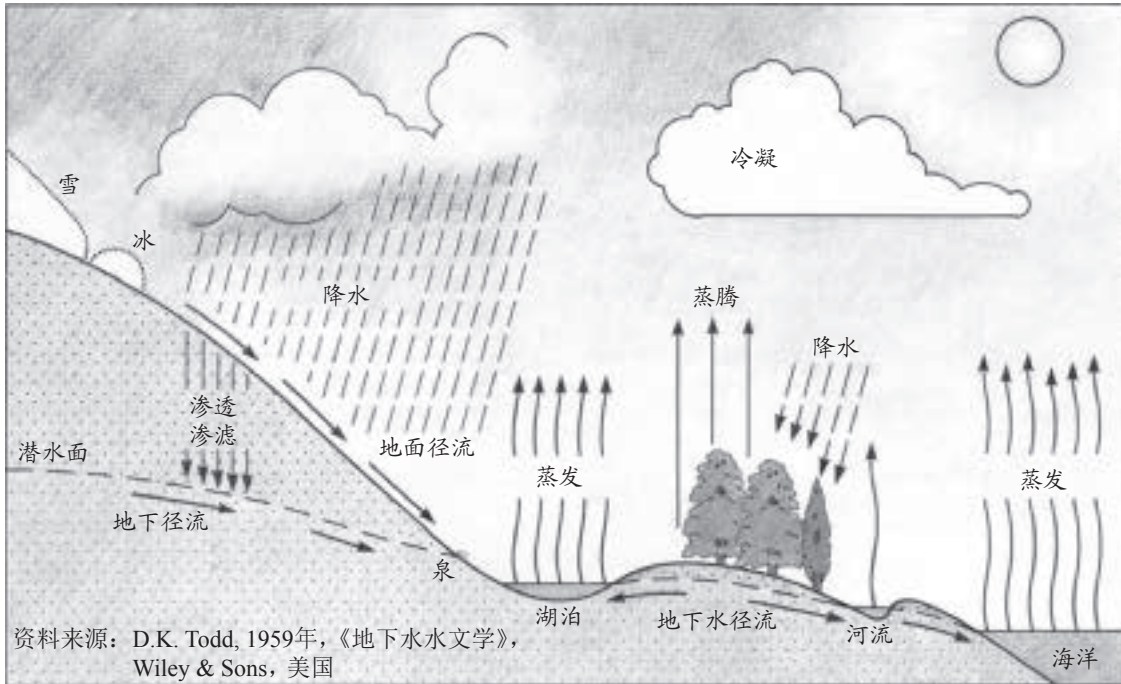
(f) 地下水开发政策需要考虑对地下水和地表水的联合使用，对所依附的生态环境的影响，与土地使用规划的协调以及与社会政策和文化实践的关联；

65. 地下水——尤其是古地下水——容易耗尽和污染，因此需要制定国际法规范，载入比地表水更严格的使用和预防污染标准。

图1
水文地质循环

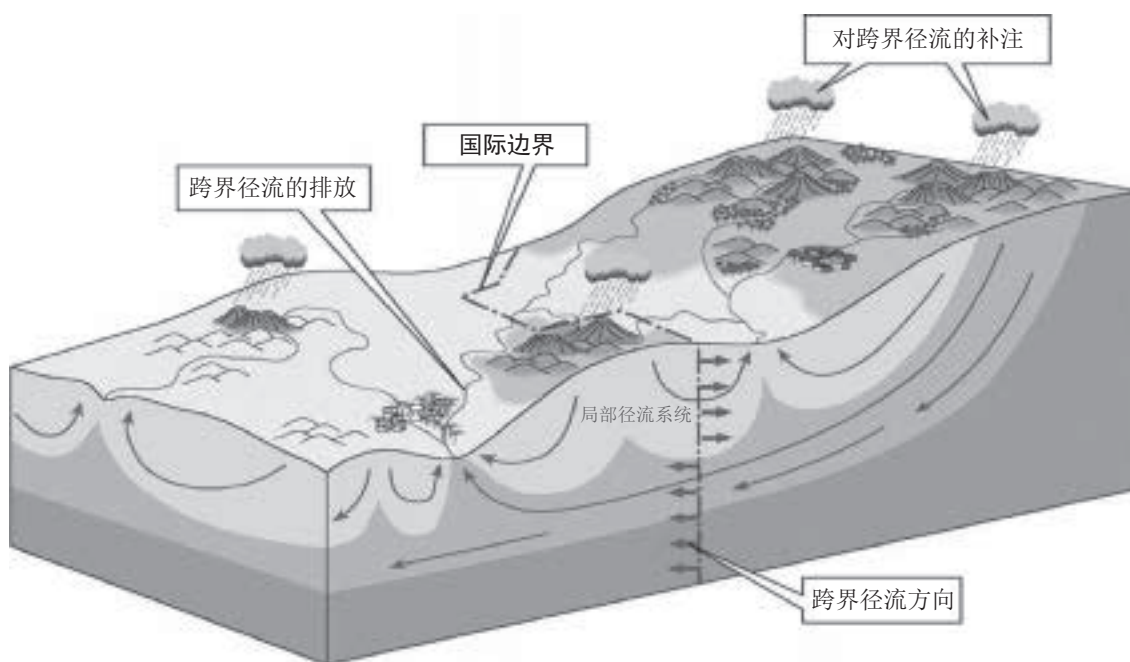
地下水和水分循环

水分循环描述了在太阳能驱动下，水在海洋、大气和陆地间的不停循环。



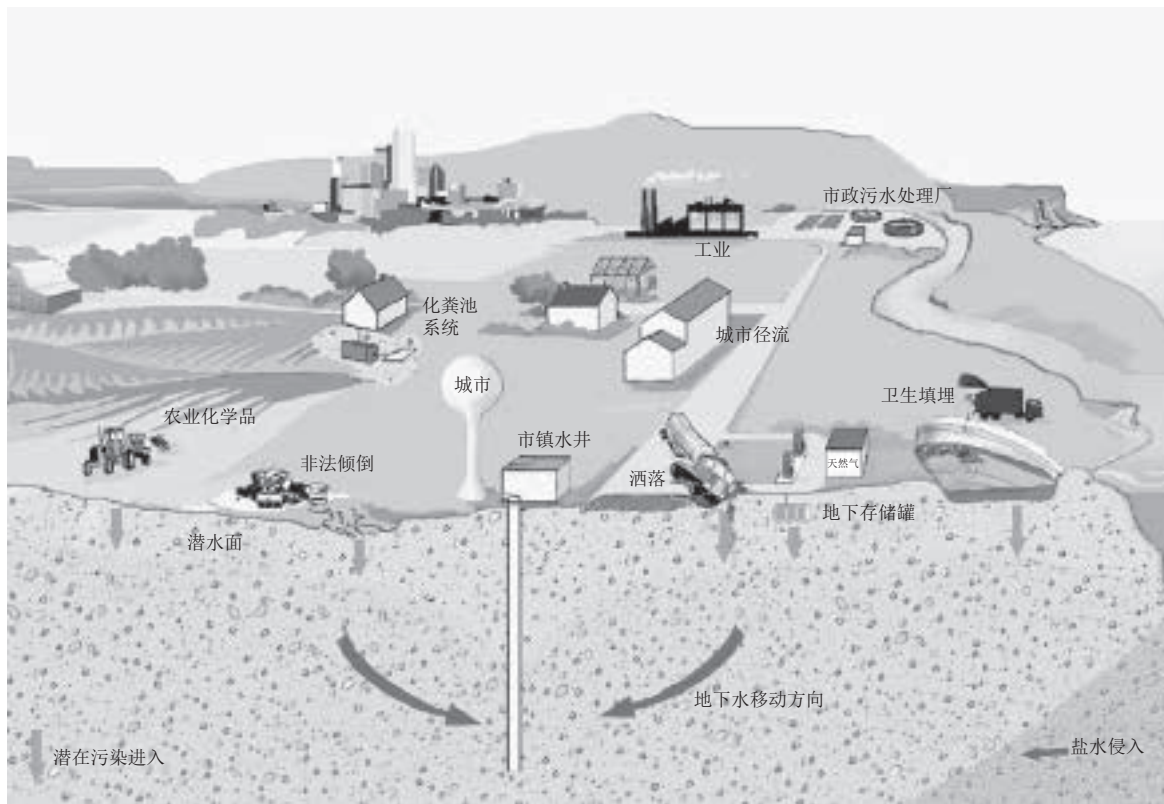
降水落到地表后,可能蒸发或者为植被所利用(蒸腾)、流走或渗透到地下水表面并补注含水层,进入地下水系统的降水量随区域和季节发生变化。

图2
跨界径流



资料来源：教科文组织，《国际共有（跨界）含水层资源管理——其意义和可持续管理：框架文件》（巴黎，教科文组织，2001年），第13页。

图3
地下水污染



资料来源：Zaporozec 和 Miller, 《地下水污染》，第1页。

附件一

本报告使用的名词

含水层	能够产生可开发水量的可渗透含水地层。
封闭含水层	上层和下层均为不透水层或几乎不透水的地质层覆盖的含水层，其中储藏的地下水处于封闭压力下。
非封闭含水层	地下水处于大气压力下并且可以补注的含水层。
古地下水	没有任何补注或者补注率极低，并可视为非再生的地下水。
地下水	分布在地面以下的任何水。
地下水资源	在特定时间内可从一定体积的土地或水体中取用的地下水量。
地下水面	孔隙水压等于大气压的饱和层的上限。
地下水脆弱性	取决于对人类和（或）自然影响的敏感性的地下水系统的固有性质。
国际地下水	跨越国际边界的地下水，或是属于一个其组成部分位于不同国家的地面水和地下水系统的地下水。
补注	降水和地面水向下渗透到地下水面补充地下水的过程。
地面水	流动或储存在地表的水。
跨界地下水	跨越国际边界的地下水。它是国际地下水的一个分类。
非饱和层	孔隙和裂缝中含有空气和水分的地下土壤。

附件二

个案研究

A. 各国在地下水管理方面的做法以及对地下水造成不利影响及其原因的个案。中东的实例：约旦、叙利亚和黎巴嫩

地下水资源

中东国家位于干旱和半干旱带，地面水有限，很依赖其地下水资源。

在所介绍的三个国家中，约旦的水资源十分有限（世界上人均水资源最少的国家之一），其大部分水资源由可再生和不可再生含水层中的地下水组成。已找到十三个地下水盆地，其中两个是不可再生的（Al-Jafer 和与沙特阿拉伯共有的迪思含水层），两个（除迪思之外）与其他国家共有（一个与阿拉伯叙利亚共和国共有，一个与以色列共有（瓦迪阿拉巴）共有）。

阿拉伯叙利亚共和国有七个主要的地面水流域（其中六个是主要的国际河流，如底格里斯河和幼发拉底河），分别由七大总局负责。没有关于地下水水量和水质的可靠数据。与其他水域相比，在一些水域中，地下水的重要性更大，其中有些可再生，有些不可再生。

黎巴嫩国土的65%是岩溶土壤，水分渗透快。但是，这种水中只有一部分储存下来，有一些重新作为地面水（泉水）出现，其余则从地下流入海洋或邻国。

地下水规章

在所有三个国家中，水或是属于公产（黎巴嫩和阿拉伯叙利亚共和国），或是为国家所有（约旦）。因此，地下水的抽取和使用是通过法律或规章加以规范的。打井需得到许可证。该许可证还规定了可以抽取的水量及其用途。约旦水利和灌溉部还制订了地下水管理政策，阐述了该国政府开发、保护和管理该资源的政策和意图，并列出了所需的措施，以

即使各可再生含水层的年度抽水量符合每一个含水层的可持续速率。

地下水的使用

与中东大多数其他国家一样，农业是最大的用水部门。约旦、黎巴嫩和阿拉伯叙利亚共和国将75%至80%的水资源用于灌溉，并严重依赖地下水。

在阿拉伯叙利亚共和国，目前所有灌溉地中有60%用地下水灌溉，使用的是私人拥有和开凿的水井。尽管细则规范农业用地下水并规定打井需得到许可证，但该国水井总数中几乎有50%是非法的，因而导致严重的过量抽取和污染问题。抽取量往往超过补注量，因此有若干流域出现水位下降，对泉水径流等地面水源造成重大影响。由于过量抽取，沿海地区的地下水正遭受海水侵袭。不可再生资源的开采在一些流域特别显著。

约旦的状况十分类似。高原上的私人农场使用采自私人水井的地下水进行灌溉。高原灌溉面积从1976年的3 000公顷扩大到目前大约33 000公顷，占地下水使用量的大约60%。另有5 000公顷土地由迪思地区的不可再生地下水灌溉。地下水的抽取量超过安全出水量，导致水位显著下降和含盐度增加，泉水干涸，水位和水质下降。规范地下水管制的细则亦执行不力。即便取得了打井许可证，大多数水井也并不遵守有关允许抽取的水量（毁坏的仪表）或抽水深度的规定。

在黎巴嫩，大多数水井都是非法开凿的。过量抽水已导致上文提到的在约旦和阿拉伯叙利亚共和国发生的同样问题。在贝卡谷地，地下水面已从1952年的两米下降到今天的160米。

B. 个案研究：努比亚沙石含水层系统

努比亚沙石含水层系统分布于东北非撒哈拉东部干旱地区的大片地方。它由四个国家共有：乍得、埃及、阿拉伯利比亚民众国和苏丹。对该系统的研究涵盖大约220万平方公里的区域。努比亚沙石含水层中的储水量巨大；水量估计达457 000立方千米。该含水层系统属于跨界深层封闭含水层系统，含有不可再生的地下水资源。

在过去三十年中，埃及、阿拉伯利比亚民众国和苏丹都曾分别试图开发努比亚沙石含水层及其上层的旱地。自1970年代初以来，三国均表示愿意在研究和开发这些共有资源中开展区域合作。它们商

定组建一个联合管理局来研究和开发努比亚沙石含水层系统，并商定寻求国际技术援助，以便设立一个区域项目，用以制订利用努比亚沙石含水层系统的区域战略。

为确保可持续开发和不断的区域合作，以促进努比亚沙石含水层的妥善管理，四国认为必须共享资料，对含水层进行区域监测，并交流关于该共有资源状况的最新资料。因此，这四个国家的国家协调人于2000年10月签署了两项协定，这两项协定随后于2001年1月得到联合管理局的核可。

第五十五届会议文件一览表

文 件	标 题	备注和参考资料
A/CN.4/527和 Add.1-3	填补委员会临时空缺(《章程》第11条): 秘书处的说明	A/CN.4/527和 Add.2, 转载于《2003年……年鉴》, 第二卷(第一部分)。油印件 A/CN.4/527/Add.1和3。
A/CN.4/528	临时议程	油印件。通过的议程, 见《2003年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第13段。
A/CN.4/529	秘书处编制的关于大会第五十七届会议期间第六委员会讨论国际法委员会报告的专题摘要	油印件。
A/CN.4/530和 Add.1	特别报告员约翰·杜尔加德先生关于外交保护的第四次报告	转载于本卷。
A/CN.4/531	特别报告员彭马拉朱·斯雷尼萨·拉奥先生关于危险活动引起跨界损害所造成损失分担的法律制度的第一次报告	同上。
A/CN.4/532	特别报告员乔治·加亚先生关于国际组织的责任的第一次报告	同上。
A/CN.4/533和 Add.1	特别报告员山田中正先生关于共有的自然资源的第一次报告	同上。
A/CN.4/534	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六次报告	同上。
A/CN.4/535和 Add.1	特别报告员阿兰·佩莱先生关于对条约的保留的第八次报告	同上。
A/CN.4/L.630 [和 Corr.2]	对条约的保留: 起草委员会通过的准则草案的标题和案文	案文转载于《2003年……年鉴》, 第一卷, 第2760次会议简要记录(第35段)。
A/CN.4/L.631	外交保护: 起草委员会通过的条款草案第8[10]、第9[11]和第10[14]条的标题和案文	同上, 第2768次会议简要记录(第3段)。
A/CN.4/L.632	国际组织的责任: 起草委员会通过的条款草案第1、第2和第3条的标题和案文	同上, 第2776次会议简要记录(第1段)。
A/CN.4/L.633	国际法委员会第五十五届会议工作报告草稿: 第一章(本届会议工作安排)	油印件。通过的案文, 见《大会正式记录, 第五十八届会议, 补编第10号》(A/58/10)。最后案文, 见《2003年……年鉴》, 第二卷(第二部分)。
A/CN.4/L.634	同上: 第二章(委员会第五十五届会议工作摘要)	同上。
A/CN.4/L.635	同上: 第三章(委员会特别乐意听取评论的具体问题)	同上。
A/CN.4/L.636和 Add.1	同上: 第四章(国际组织的责任)	同上。
A/CN.4/L.637和 Add.1-4	同上: 第五章(外交保护)	同上。
A/CN.4/L.638	同上: 第六章(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))	同上。
A/CN.4/L.639和 Add.1	同上: 第七章(国家的单方面行为)	同上。
A/CN.4/L.640和 Add.1-3	同上: 第八章(对条约的保留)	同上。
A/CN.4/L.641	同上: 第九章(共有的自然资源)	同上。
A/CN.4/L.642	同上: 第十章(国际法不成体系问题: 国际法多样化和扩展引起的困难)	同上。
A/CN.4/L.643	同上: 第十一章(委员会的其他决定和结论)	同上。

A/CN.4/L.644	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	油印件。最后案文，见《2003年……年鉴》，第二卷（第二部分）。
A/CN.4/L.645	委员会的计划、程序、工作方法及其文件：规划组的报告	油印件。
A/CN.4/L.646	国家的单方面行为：工作组主席的报告	同上。
A/CN.4/SR.2751-A/CN.4/SR.2790	第2751至第2790次会议临时简要记录	同上。最后案文，见《2003年……年鉴》，第一卷。

United Nations publication
ISSN 1994-4705

Yearbook of the International Law Commission 2003
Volume II (Part One)

Printed at United Nations, Geneva – 1526109 (C) – January 2016 – 32
