



联 合 国

# 国际法委员会报告

## 第六十届会议

(2008 年 5 月 5 日至 6 月 6 日  
和 7 月 7 日至 8 月 8 日)

大 会

正式记录

第六十三届会议

补编第 10 号(A/63/10)

大 会

正式记录

第六十三届会议

补编第 10 号(A/63/10)

## 国际法委员会报告

### 第六十届会议

(2008 年 5 月 5 日至 6 月 6 日

和 7 月 7 日至 8 月 8 日)



联合国 • 纽约, 2008

## 说 明

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

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

委员会报告的排版本将载入《2008 年国际法委员会年鉴》第二卷第二部分。



## 目 录

<u>章 次</u>	<u>段 次</u>	<u>页 次</u>
一、导 言.....	1 - 11	1
A. 委 员.....	2	1
B. 主席团成员和扩大的主席团.....	3 - 5	2
C. 起草委员会.....	6 - 7	3
D. 工作组.....	8 - 9	4
E. 秘书处.....	10	5
F. 议 程.....	11	5
二、委员会第六十届会议工作概况.....	12 - 25	7
三、委员会特别想听取意见的具体问题.....	26 - 33	10
A. 对条约的保留.....	26 - 28	10
B. 国际组织的责任.....	29 - 30	10
C. 发生灾害时的人员保护.....	31 - 33	11
四、共有的自然资源.....	34 - 54	12
A. 导 言.....	34 - 36	12
B. 本届会议审议此专题的情况.....	37 - 48	13
1. 条款草案与其他文书的关系.....	39 - 45	14
2. 通过条款草案及其评注.....	46 - 48	16
C. 委员会的建议.....	49	16
D. 向特别报告员山田中正先生表示感谢.....	50 - 52	16
E. 跨界含水层法条款草案.....	53 - 54	17
1. 条款草案案文.....	53	17
2. 条款草案案文及其评注.....	54	25
总评注.....		25
序言.....		28
评注.....		28

## 目 录(续)

<u>章 次</u>	<u>段 次</u>	<u>页 次</u>
第一部分. 导言.....		29
第 1 条. 范围 .....		29
评注.....		29
第 2 条. 用语 .....		31
评注.....		32
第二部分. 一般原则 .....		35
第 3 条. 含水层国的主权.....		35
评注.....		35
第 4 条. 公平合理利用 .....		36
评注.....		37
第 5 条. 与公平合理利用相关的因素.....		38
评注.....		39
第 6 条. 不造成重大损害的义务 .....		41
评注.....		41
第 7 条. 一般合作义务 .....		42
评注.....		42
第 8 条. 数据和资料的定期交流.....		43
评注.....		44
第 9 条. 双边和区域协定和安排 .....		46
评注.....		46
第三部分. 保护、保全和管理 .....		47
第 10 条. 生态系统的保护和保全 .....		47
评注.....		47
第 11 条. 补给区和排泄区.....		48
评注.....		49
第 12 条. 防止、减少和控制污染 .....		49
评注.....		49
第 13 条. 监测 .....		51
评注.....		51

## 目 录(续)

<u>章 次</u>	<u>段 次</u>	<u>页 次</u>
第 14 条. 管理 .....		54
评注 .....		54
第 15 条. 既定活动 .....		55
评注 .....		56
第四部分. 杂项规定 .....		57
第 16 条. 与发展中国家的技术合作 .....		57
评注 .....		58
第 17 条. 紧急情况 .....		60
评注 .....		61
第 18 条. 武装冲突期间的保护 .....		63
评注 .....		63
第 19 条. 对国防或国家安全至关重要的数据和资料 .....		64
评注 .....		65
五、武装冲突对条约的影响 .....	55 - 66	66
A. 导言 .....	55 - 57	66
B. 本届会议审议此专题的情况 .....	58 - 64	67
C. 委员会一读通过的武装冲突对条约的影响		
条款草案案文 .....	65 - 66	68
1. 条款草案案文 .....	65	68
2. 条款草案案文及其评注 .....	66	72
第 1 条. 范围 .....		73
评注 .....		73
第 2 条. 用语 .....		74
评注 .....		74
第 3 条. 非自动终止或中止 .....		76
评注 .....		76
第 4 条. 可能终止、退出或中止条约的征象 .....		77
评注 .....		78

## 目 录(续)

<u>章 次</u>	<u>段 次</u>	<u>页 次</u>
第 5 条. 根据源自条约事项的含义施行条约 .....		78
评注 .....		78
第 6 条. 武装冲突期间缔结条约 .....		98
评注 .....		98
第 7 条. 关于条约施行的明文规定 .....		99
评注 .....		99
第 8 条. 通知终止、退出或中止 .....		100
评注 .....		100
第 9 条. 不依条约存在的国际法义务 .....		101
评注 .....		101
第 10 条. 条约规定的分离 .....		102
评注 .....		102
第 11 条. 丧失终止、退出条约或中止其施行的权利 .....		102
评注 .....		103
第 12 条. 中止条约的恢复 .....		103
评注 .....		103
第 13 条. 行使单独或集体自卫权对条约的影响 .....		103
评注 .....		103
第 14 条. 安全理事会的决定 .....		104
评注 .....		104
第 15 条. 禁止侵略国受益 .....		105
评注 .....		105
第 16 条. 源自中立法权利和责任 .....		105
评注 .....		105
第 17 条. 其他终止、退出或中止的情况 .....		106
评注 .....		106
第 18 条. 武装冲突后条约关系的恢复 .....		106
评注 .....		106
附 件 .....		107



## 目 录(续)

<u>章 次</u>	<u>段 次</u>	<u>页 次</u>
六、对条约的保留 .....	67 - 124	108
A. 导 言 .....	67 - 70	108
B. 本届会议审议此专题的情况 .....	71 - 122	109
1. 特别报告员介绍其第十三次报告 .....	80 - 92	110
2. 辩论摘要 .....	93 - 109	114
(a) 一般评论 .....	93 - 94	114
(b) 对准则草案的具体评论 .....	95 - 109	114
3. 特别报告员的总结 .....	110 - 122	116
C. 委员会迄今为止暂时通过的关于对条约的 保留的准则草案案文 .....	123 - 124	118
1. 准则草案案文 .....	123	118
2. 委员会第六十届会议通过的准则草案案 文及其评注 .....	124	141
2.1.6[2.1.6、2.1.8]. 通知保留的程序 .....		141
评注 .....		142
2.1.9. 说明理由 .....		148
评注 .....		149
2.6. 反对的提出 .....		151
2.6.5. 反对者 .....		151
评注 .....		152
2.6.6. 联合提出反对 .....		154
评注 .....		155
2.6.7. 书面形式 .....		156
评注 .....		156
2.6.8. 表明阻止条约生效的意向 .....		157
评注 .....		157
2.6.9. 提出反对的程序 .....		159
评注 .....		159

## 目 录(续)

<u>章 次</u>	<u>段 次</u>	<u>页 次</u>
2.6.10. 说明理由 .....		161
评注 .....		161
2.6.11. 在保留获得正式确认之前作出的反对无须确认 .....		163
评注 .....		164
2.6.12. 在表示同意接受条约约束之前作出的反对须确认 .....		165
评注 .....		165
2.6.13. 提出反对的期限 .....		168
评注 .....		168
2.6.14. 有条件的反对 .....		172
评注 .....		172
2.6.15. 过时反对 .....		174
评注 .....		174
2.7. 撤回和修改对保留的反对 .....		177
评注 .....		177
2.7.1. 撤回对保留的反对 .....		179
评注 .....		180
2.7.2. 撤回反对保留的方式 .....		180
评注 .....		181
2.7.3. 提出和通知撤回对保留的反对 .....		181
评注 .....		181
2.7.4. 撤回反对对保留的效力 .....		182
评注 .....		182
2.7.5. 撤回反对的生效日期 .....		183
评注 .....		183
2.7.6. 提出反对的国家或国际组织可单方面确定撤回 对保留的反对之生效日期的情况 .....		185
评注 .....		185
2.7.7. 部分撤回反对 .....		186
评注 .....		186

## 目 录(续)

<u>章 次</u>	<u>段 次</u>	<u>页 次</u>
2.7.8. 部分撤回反对的效力 .....		188
评注 .....		188
2.7.9. 扩大对保留的反对范围 .....		188
评注 .....		189
2.8. 接受保留的方式 .....		190
评注 .....		190
七、国际组织的责任 .....	125 - 165	194
A. 导言 .....	125 - 126	194
B. 本届会议审议此专题的情况 .....	127 - 163	195
1. 特别报告员介绍其第六次报告 .....	135 - 144	196
2. 辩论摘要 .....	145 - 162	200
(a) 一般评论 .....	145 - 147	200
(b) 反措施 .....	148 - 162	200
(一) 一般评论 .....	148 - 153	200
(二) 对条款草案的具体评论 .....	154 - 162	201
3. 特别报告员的总结 .....	163	203
C. 委员会迄今为止暂时通过的国际组织的 责任条款草案案文 .....	164 - 165	204
1. 条款草案案文 .....	164	204
2. 委员会第六十届会议通过的条款草案 案文及其评注 .....	165	225
第三部分 国际组织的国际责任的履行 .....		225
第一章、援引国际组织的责任 .....		226
第 46 条. 一受害国或国际组织援引责任 .....		226
评注 .....		226
第 47 条. 一受害国或国际组织通知其求偿要求 .....		228
评注 .....		228
第 48 条. 求偿要求的可受理性 .....		229
评注 .....		229

## 目 录(续)

<u>章 次</u>	<u>段 次</u>	<u>页 次</u>
第 49[48]条. 援引责任权利的丧失 .....		232
评注 .....		232
第 50[49]条. 数个受害国或国际组织 .....		233
评注 .....		233
第 51[50]条. 数个责任国或国际组织 .....		234
评注 .....		234
第 52[51]条. 受害国以外的国家或受害国际组织		
以外的国际组织援引责任 .....		235
评注 .....		236
第 53 条. 本部分的范围 .....		238
评注 .....		239
八、驱逐外国人 .....	166 - 213	240
A. 导言 .....	166 - 169	240
B. 本届会议审议此专题的情况 .....	170 - 213	240
1. 特别报告员介绍其第四次报告 .....	173 - 184	241
2. 辩论摘要 .....	185 - 206	243
(a) 一般评论 .....	185 - 190	243
(b) 双重或多重国籍人员的驱逐问题 .....	191 - 197	243
(c) 丧失国籍、开除国籍和驱逐 .....	198 - 206	245
3. 特别报告员的总结 .....	207 - 213	246
九、发生灾害时的人员保护 .....	214 - 264	247
A. 导言 .....	214	247
B. 本届会议审议此专题的情况 .....	215 - 264	247
1. 特别报告员介绍其初步报告 .....	217 - 225	248
2. 辩论摘要 .....	226 - 259	250
(a) 以权利为本审议此专题 .....	226 - 229	250
(b) 此专题的范围 .....	230 - 240	251
(c) 获得人道主义援助的权利 .....	241 - 250	254

## 目 录(续)

<u>章 次</u>	<u>段 次</u>	<u>页 次</u>
(d) 此专题的审议所涉及的法律渊源 .....	251 - 256	255
(e) 未来工作方案和最后形式 .....	257 - 259	256
3. 特别报告员的总结 .....	260 - 264	257
十、国家官员的外国刑事管辖豁免 .....	265 - 311	259
A. 导言 .....	265	259
B. 本届会议审议此专题的情况 .....	266 - 311	259
1. 特别报告员介绍其初步报告 .....	267 - 277	259
2. 辩论摘要 .....	278 - 299	261
(a) 一般评论 .....	278 - 280	261
(b) 渊源 .....	281	262
(c) 基本概念 .....	282 - 287	262
(d) 所涵盖的个人 .....	288 - 293	263
(e) 关于豁免的可能例外问题 .....	294 - 299	265
3. 特别报告员的总结 .....	300 - 311	266
十一、引渡或起诉的义务( <i>aut dedere aut judicare</i> ) .....	312 - 332	269
A. 导言 .....	312 - 313	269
B. 本届会议审议此专题的情况 .....	314 - 332	269
1. 特别报告员介绍其第三次报告 .....	316 - 321	269
2. 辩论摘要 .....	322 - 328	271
(a) 一般评论 .....	322 - 323	271
(b) 对特别报告员提议的条款草案的评论 .....	324 - 326	271
(c) 对委员会今后此专题工作的意见 .....	327 - 328	272
3. 特别报告员的总结 .....	329 - 332	272
十二、委员会的其他决定和结论 .....	333 - 388	274
A. 委员会计划、程序和工作方法以及文件 .....	333 - 362	274
1. 纪念委员会成立六十周年和与法律顾问 举行会议 .....	336 - 340	274
2. 审议关于国内和国际法治的大会 2007 年 12 月 6 日第 62/70 号决议 .....	341 - 346	276

## 目 录(续)

<u>章 次</u>	<u>段 次</u>	<u>页 次</u>
3. 委员会与第六委员会的关系.....	347 - 350	278
4. 长期工作方案工作组.....	351 - 352	278
5. 将新专题列入委员会工作方案并设立研 究组.....	353 - 354	279
6. 与专门机构的法律顾问举行会议.....	355	279
7. 与世界贸易组织上诉机构的成员举行会议.....	356	279
8. 财务事项.....	357 - 358	280
(a) 在审议委员会报告期间特别报告员 参加大会.....	357	280
(b) 酬金.....	358	280
9. 文件和出版物.....	359 - 362	281
(a) 处理和印发特别报告员的报告.....	359	281
(b) 为解决《国际法委员会年鉴》积压 的工作建立信托基金.....	360	281
(c) 其他出版物和编纂司的援助.....	361 - 362	281
B. 委员会第六十一届会议的日期和地点.....	363	282
C. 与其他机构的合作.....	364 - 371	282
D. 临时出现的空缺.....	372	283
E. 出席大会第六十三届会议的代表.....	373 - 374	283
F. 国际法讲习班.....	375 - 388	284
附件 A. 条约随时间演变特别是嗣后协定和实践问题.....		287
附件 B. 最惠国条款.....		314

# 第一章

## 导言

1. 国际法委员会分别于 2008 年 5 月 5 日至 6 月 6 日和 2008 年 7 月 7 日至 8 月 8 日在联合国日内瓦办事处的委员会会址举行了第六十届会议第一期和第二期会议。本届会议由委员会第五十九届会议主席伊恩·布朗利先生主持开幕。

### A. 委员

2. 委员会包括下列成员：

阿里·穆赫辛·费塔伊斯·马里先生(卡塔尔)  
伊恩·布朗利先生(联合王国)  
卢修斯·卡弗利施先生(瑞士)  
恩里克·坎迪奥蒂先生(阿根廷)  
佩德罗·科米萨里奥·阿丰索先生(莫桑比克)  
克里斯托弗·约翰·罗伯特·杜加尔德先生(南非)  
保拉·埃斯卡拉梅亚女士(葡萄牙)  
萨利富·丰巴先生(马里)  
乔治·加亚先生(意大利)  
兹齐斯拉夫·加利茨基先生(波兰)  
侯赛因·哈苏纳先生(埃及)  
马哈茂德·哈穆德先生(约旦)  
玛丽·雅各布松女士(瑞典)  
莫里斯·卡姆托先生(喀麦隆)  
法蒂·卡米沙先生(突尼斯)  
罗曼·阿纳托利耶维奇·科洛德金先生(俄罗斯联邦)  
唐纳德·麦克雷先生(加拿大)  
特奥多尔·维奥雷尔·梅莱斯卡努先生(罗马尼亚)  
贝恩德·尼豪斯先生(哥斯达黎加)

格奥尔格·诺尔特先生(德国)  
巴约·奥霍先生(尼日利亚)  
阿兰·佩莱先生(法国)  
阿·罗汉·佩雷拉先生(斯里兰卡)  
埃内斯特·彼得里奇先生(斯洛文尼亚)  
吉尔贝托·贝尔涅·萨博亚先生(巴西)  
纳林德尔·辛格先生(印度)  
爱德华多·巴伦西亚－奥斯皮纳先生(哥伦比亚)  
埃德蒙多·巴尔加斯·卡雷尼奥先生(智利)  
史蒂芬·瓦钱尼先生(牙买加)  
马塞洛·巴斯克斯－贝穆德斯先生(厄瓜多尔)  
阿莫斯·瓦科先生(肯尼亚)  
努格罗霍·维斯努穆尔蒂先生(印度尼西亚)  
薛捍勤女士(中国)  
山田中正先生(日本)

## **B. 主席团成员和扩大的主席团**

3. 在 2008 年 5 月 5 日第 2956 次会议上，委员会选出了下列主席团成员：

主 席：埃德蒙多·巴尔加斯·卡雷尼奥先生  
第一副主席：罗曼·阿·科洛德金先生  
第二副主席：马哈茂德·哈穆德先生  
起草委员会主席：佩德罗·科米萨里奥·阿丰索先生  
报告员：保拉·埃斯卡拉梅亚女士

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

5. 根据扩大的主席团的建议，委员会设立了由下列委员组成的规划组：科洛德金先生(主席)、布朗利先生、卡弗利施先生、坎迪奥蒂先生、科米萨里奥·阿丰索先生、丰巴先生、加利茨基先生、哈苏纳先生、哈穆德先生、雅各布松女士、麦克雷先

---

<sup>1</sup> 坎迪奥蒂先生、加利茨基先生、梅莱斯卡努先生、佩莱先生、山田先生。

<sup>2</sup> 布朗利先生、加亚先生、加利茨基先生、科洛德金先生、卡姆托先生、佩莱先生、巴伦西亚－奥斯皮纳先生、山田先生。



生、尼豪斯先生、诺尔特先生、佩莱先生、佩雷拉先生、彼得里奇先生、萨博亚先生、辛格先生、卡雷尼奥先生、瓦钱尼先生、巴斯克斯—贝穆德斯先生、瓦科先生、维斯努穆尔蒂先生、薛女士、山田先生、埃斯卡拉梅亚女士(当然成员)。

### C. 起草委员会

6. 在 2008 年 5 月 6、21、29 日和 7 月 16 日分别举行的第 2957、2965、2968 和 2977 次会议上,委员会为下列专题设立了由下列委员组成的起草委员会:

- (a) 对条约的保留: 科米萨里奥·阿丰索先生(主席)、佩莱先生(特别报告员)、坎迪奥蒂先生、丰巴先生、加亚先生、哈穆德先生、科洛德金先生、麦克雷先生、诺尔特先生、奥霍先生、佩雷拉先生、巴斯克斯—贝穆德斯先生、维斯努穆尔蒂先生、薛女士、埃斯卡拉梅亚女士(当然成员)。
- (b) 共有的自然资源: 科米萨里奥·阿丰索先生(主席)、山田先生(特别报告员)、布朗利先生、卡弗利施先生、坎迪奥蒂先生、丰巴先生、加亚先生、加利茨基先生、哈穆德先生、雅各布松女士、科洛德金先生、麦克雷先生、尼豪斯先生、奥霍先生、萨博亚先生、瓦钱尼先生、巴斯克斯—贝穆德斯先生、维斯努穆尔蒂先生、薛女士、埃斯卡拉梅亚女士(当然成员)。
- (c) 国际组织的责任: 科米萨里奥·阿丰索先生(主席)、加亚先生(特别报告员)、布朗利先生、坎迪奥蒂先生、杜加尔德先生、丰巴先生、哈穆德先生、雅各布松女士、科洛德金先生、麦克雷先生、尼豪斯先生、诺尔特先生、辛格先生、巴伦西亚—奥斯皮纳先生、瓦钱尼先生、巴斯克斯—贝穆德斯先生、瓦科先生、维斯努穆尔蒂先生、薛女士、山田先生、埃斯卡拉梅亚女士(当然成员)。
- (d) 武装冲突对条约的影响: 科米萨里奥·阿丰索先生(主席)、布朗利先生(特别报告员)、卡弗利施先生、丰巴先生、加亚先生、哈穆德先生、卡姆托先生、科洛德金先生、麦克雷先生、尼豪斯先生、佩雷拉先生、彼得里奇先生、萨博亚先生、辛格先生、瓦钱尼先生、巴斯克斯—贝穆德斯先生、瓦科先生、维斯努穆尔蒂先生、薛女士、埃斯卡拉梅亚女士(当然成员)。

- (e) 驱逐外国人：科米萨里奥·阿丰索先生(主席)、卡姆托先生(特别报告员)、布朗利先生、丰巴先生、加亚先生、加利茨基先生、哈穆德先生、麦克雷先生、尼豪斯先生、佩雷拉先生、彼得里奇先生、萨博亚先生、辛格先生、瓦钱尼先生、巴斯克斯-贝穆德斯先生、维斯努穆尔蒂先生、薛女士、山田先生、埃斯卡拉梅亚女士(当然成员)。

7. 起草委员会就上列五项专题一共举行了 41 次会议。

#### **D. 工 作 组**

8. 在 2008 年 5 月 16 日和 21 日、6 月 6 日和 7 月 31 日分别举行的第 2964、2965、2973 和 2988 次会议上，委员会还设立了下列工作组：

- (a) 国际组织的责任工作组：<sup>3</sup> 坎迪奥蒂先生(主席)、加亚先生(特别报告员)、科米萨里奥·阿丰索先生、哈穆德先生、雅各布松女士、卡姆托先生、麦克雷先生、诺尔特先生、佩莱先生、佩雷拉先生、彼得里奇先生、萨博亚先生、辛格先生、巴伦西亚-奥斯皮纳先生、瓦钱尼先生、巴斯克斯-贝穆德斯先生、瓦科先生、维斯努穆尔蒂先生、薛女士、山田先生、埃斯卡拉梅亚女士(当然成员)。
- (b) 武装冲突对条约的影响工作组：卡弗利施先生(主席)、布朗利先生(特别报告员)、科米萨里奥·阿丰索先生、杜加尔德先生、丰巴先生、雅各布松女士、麦克雷先生、尼豪斯先生、奥霍先生、佩雷拉先生、彼得里奇先生、萨博亚先生、瓦钱尼先生、巴斯克斯-贝穆德斯先生、维斯努穆尔蒂先生、薛女士、埃斯卡拉梅亚女士(当然成员)。
- (c) 驱逐外国人问题工作组：<sup>4</sup> 麦克雷先生(主席)、卡姆托先生(特别报告员)、丰巴先生、加利茨基先生、哈穆德先生、尼豪斯先生、佩雷拉先生、彼得里奇先生、萨博亚先生、辛格先生、巴尔加斯·卡雷尼奥先生、瓦钱尼先生、巴斯克斯-贝穆德斯先生、薛女士、埃斯卡拉梅亚女士(当然成员)。

---

<sup>3</sup> 于 2008 年 5 月 27 日第 2967 次会议上宣布成员人选。

<sup>4</sup> 于 2008 年 7 月 10 日第 2977 次会议上宣布成员人选。

(d) 引渡或起诉的义务(*aut dedere aut judicare*): 佩莱先生(主席)、加利茨基先生(特别报告员)。

9. 在本届会议上, 规划组重新设立了五年期长期工作方案工作组, 由下列委员组成: 坎迪奥蒂先生(主席)、布朗利先生、科米萨里奥·阿丰索先生、丰巴先生、加亚先生、加利茨基先生、哈苏纳先生、哈穆德先生、雅各布松女士、科洛德金先生、麦克雷先生、尼豪斯先生、诺尔特先生、佩莱先生、佩雷拉先生、萨博亚先生、辛格先生、巴伦西亚-奥斯皮纳先生、巴尔加斯·卡雷尼奥先生、巴斯克斯-贝穆德斯先生、瓦科先生、薛女士、埃斯卡拉梅亚女士(当然成员)。

## E. 秘书处

10. 副秘书长兼法律顾问尼古拉·米歇尔先生担任秘书长的代表。法律事务厅编纂司司长马努什·阿桑贾尼女士担任委员会秘书, 并在法律顾问缺席时代表秘书长。副司长乔治·科伦济斯先生担任副秘书长, 高级法律干事特雷沃尔·齐敏巴先生担任高级助理秘书。法律干事阿诺德·普龙托先生、法律干事皮埃尔·博多-利维内克先生、法律干事圣地亚哥·比利亚尔潘多先生、法律干事焦纳塔·布津尼先生担任委员会助理秘书。

## F. 议 程

11. 在 2008 年 5 月 5 日第 2956 次会议上, 委员会通过了包含下列项目的第六十届会议议程:

1. 会议工作安排。
2. 对条约的保留。
3. 国际组织的责任。
4. 共有的自然资源。
5. 武装冲突对条约的影响。
6. 驱逐外国人。
7. 引渡或起诉的义务(*aut dedere aut judicare*)。
8. 发生灾害时的人员保护。
9. 国家官员的外国刑事管辖豁免。

10. 委员会的方案、程序和工作方法以及文件。
11. 第六十一届会议的日期和地点。
12. 与其他机构的合作。
13. 其他事项。

## 第二章

### 委员会第六十届会议工作概况

12. 关于“共有的自然资源”专题，委员会二读通过了跨界含水层法序言部分和一套共 19 条的条款草案及其评注，并根据其《章程》第 23 条，建议采取分两步走的处理办法，即由大会 (a) 注意到拟附在其决议后的条款草案，并建议有关国家根据条款草案所载原则作出适当的双边和区域安排，妥善管理跨界含水层；(b) 在稍后阶段考虑在条款草案的基础上制订一项公约。由于在就第二步作出决定之前尚有一段时间，委员会决定避免拟订关于这些条款草案与其他国际文书之间关系的条文草案，也避免拟订关于解决争端的条文草案，后一条文只有在第二步开始后才会有必要。

13. 在本届会议审议此专题时，委员会收到了特别报告员的第五次报告(A/CN.4/591)，其中包含由 20 条草案组成的一套跨界含水层法条款草案，并收到各国政府就一读通过的条款草案提出的评论和意见(A/CN.4/595 和 Add.1)。由于采取了两步走的处理办法，委员会认为处理与其他协定的关系和解决争端等问题为时太早(第四章)。

14. 关于“武装冲突对条约的影响”专题，委员会暂时一读通过了一套包含 18 个条文的条款草案及其评注和一个附件(列出了各类条约，条约事项本身含有条约在武装冲突期间继续全部或部分施行的含义)，并决定根据其《章程》第 16 条至 21 条将这些条款草案通过秘书长转达给各国政府，请其发表评论和意见，还请各国在 2010 年 1 月 1 日前将此种评论和意见提交秘书长。条款草案适用于至少有一个缔约国是武装冲突当事方的情况，不论武装冲突是国际性的还是非国际性的，并以条约关系连续性基本原则为出发点：武装冲突的爆发不必然终止或中止条约的施行，并阐述了与此相关的各种后果。

15. 在本届会议审议此专题时，委员会收到了特别报告员的第四次报告(A/CN.4/589)，这一报告处理了因武装冲突而中止或终止条约的程序问题。在审议此报告时还讨论了自 2007 年起开始工作的武装冲突对条约的影响工作组的工作。工作组所完成的剩余条款草案提交给了起草委员会(A/CN.4/L.726)(第五章)。

16. 关于“对条约的保留”专题，委员会通过了 23 条准则草案，涉及提出和撤回对保留的接受和反对以及关于接受保留的程序。

17. 在本届会议审议这些准则草案时，委员会在特别报告员关于新的准则草案 2.1.9(说明保留的理由)的说明文件(A/CN.4/586)和 2007 年提交起草委员会的第十一次报告(A/CN.4/574)和第十二次报告(A/CN.4/584)所载的准则草案基础上开展了工作。

18. 委员会还审议了特别报告员关于对解释性声明的反应的第十三次报告(A/CN.4/600)，并将关于对解释性声明的反应的 10 条准则草案提交起草委员会。讨论的主要问题涉及有条件的解释性声明与保留的关系，以及沉默作为对解释性声明的反应的效力(第六章)。

19. 关于“国际组织的责任”专题，委员会暂时通过了关于援引国际组织的国际责任问题的八条草案及其评注，这些条文草案构成关于国际组织国际责任的履行的第三部分的第一章。委员会还注意到起草委员会暂时通过的七条草案，这些条文草案涉及反措施并构成关于国际组织国际责任的履行的第三部分的第二章(A/CN.4/L.725/Add.1)。这些条文草案连同其评注，将由委员会下一届会议审议。

20. 在本届会议审议此专题时，委员会收到了特别报告员的第六次报告(A/CN.4/597)，该报告着重讨论国际组织的国际责任的履行问题。在讨论报告的过程中，比较突出的问题是反措施问题。讨论之后，委员会将关于援引责任的六条草案提交给起草委员会。委员会设立了一个工作组，审议反措施问题以及是否应在条款草案里加上一项关于求偿要求的可受理性的规定。在收到工作组的报告之后，委员会遂决定将关于求偿要求的可受理性的另外一条草案和在特别报告员提交的条款草案基础上拟订的六条反措施草案，连同工作组的建议，一并提交起草委员会(第七章)。

21. 关于“驱逐外国人”专题，委员会审议了特别报告员的第四次报告(A/CN.4/594)，报告参照 2007 年的讨论情况，处理了驱逐双重或多重国籍国民的问题以及因驱逐而丧失国籍或“去国籍化”问题。在对报告进行讨论之后，委员会设立了一个工作组审议特别报告员在其报告里提出的问题，并确定如下一点：对于此问题不需要拟订单独的条款，将在有关条款草案的评注里作出必要的澄清。2007 年提交起草委员会的七条草案将留在起草委员会，直到所有条款草案暂时通过为止(第八章)。

22. 关于“发生灾害时的人员保护”专题，委员会据特别报告员的初步报告(A/CN.4/598)进行了讨论。委员会还收到了秘书处主要涉及自然灾害问题的备忘录(A/CN.4/590 和 Add.1 至 Add.3)。在讨论的众多问题中，主要问题是该专题应处理的主要法律问题，包括处理本专题的方式以及所涉主题事项的范围、人员范围、空间和时间等(第九章)。

23. 关于“国家官员的外国刑事管辖豁免”专题，委员会据特别报告员的初步报告(A/CN.4/601)进行了讨论。委员会还收到了秘书处的备忘录(A/CN.4/596)。在讨论的众多问题中，主要问题是在界定该专题的范围时应考虑的主要法律问题，包括拟涉及的官员、拟涉及的行为的性质、是否可有例外等(第十章)。

24. 关于“引渡或起诉的义务 (*aut dedere aut judicare*)”专题，委员会据特别报告员的第三次报告(A/CN.4/603)进行了讨论。委员会还收到了各国政府发来的评论和意见(A/CN.4/599)。所讨论的问题包括与此项义务的习惯性质有关的实质性问题、同普遍管辖权和各个国际法院的关系、今后拟处理的程序性问题等(第十一章)。

25. 委员会设立了规划组审议其方案、程序和工作方法(第十二章 A 节)。委员会特别赞赏为纪念委员会 60 周年而开展的两天活动及为此所作的努力(第十二章 A.1 节)。委员会依照大会 2007 年 12 月 6 日第 62/70 号决议，对委员会目前在促进法治方面所起的作用作出了评论(第十二章 A.2 节)。委员会再次设立了长期方案工作组，由恩里克·坎迪奥蒂先生担任主席(第十二章 A.4 节)。委员会决定在目前工作方案中纳入下述两个新专题：一是根据诺尔特先生修订并更新的建议(见附件 A)，纳入“条约随时间演变”专题；二是根据麦克雷先生主持的 2007 年工作组关于此问题的报告(见附件 B)，纳入“最惠国条款”专题。在这方面，委员会决定在明年下届会议上设立两个研究组研究这两个专题(第十二章 A.4 节)。委员会决定其第六十一届会议于 2009 年 5 月 4 日至 6 月 5 日和 7 月 6 日至 8 月 7 日在日内瓦举行。

## 第三章

### 委员会特别想听取意见的具体问题

#### A. 对条约的保留

26. 鉴于对解释性声明的反应方面的法律实践很少见，以及委员会委员们意见不一，委员会恳请各国结合各自的具体实践对以下问题作出答复：

- (a) 是否有过对一项解释性声明的沉默被看作对声明的默认这种情况？
- (b) 如果存在这种情况，这种情况是怎样的(非常欢迎提供具体实例)？
- (c) 如果沉默本身并不构成对解释性声明的默认，它是否应在声明可能产生的法律效果中起一定作用？

27. 考虑到明年的报告除其他问题外将会论及解释性声明的后果，解释性声明对以下各方产生何种影响：

- (a) 作出声明的一方；
- (b) 认可声明的国家或国际组织；
- (c) 对声明表示反对的国家或组织？

28. 从更加一般的层面上看，其他国家或国际组织对一项解释性声明的(积极或消极)反应可能会对声明本身产生何种影响(欢迎提供具体实例)？

#### B. 国际组织的责任

29. 委员会欢迎各国政府和国际组织关于援引国际组织责任的第 46 至 53 条草案提出评论和意见。

30. 委员会还欢迎结合第七章所载的有关这些问题的讨论，就针对国际组织的反措施方面的问题提出评论。



### C. 发生灾害时的人员保护

31. 委员会欢迎提供与这一专题有关的各国实践的任何资料，其中包括国内立法实例。委员会特别欢迎针对在处理或应对灾害时遇到的具体法律和体制性问题提供资料和评论。

32. 委员会还欢迎联合国依照下列问题提供资料：

在援助受灾害影响的人口和国家方面，无论是在应急阶段还是在灾前和灾后阶段，联合国系统是如何在全球一级和国家一级将其作用和责任制度化了的？在每一阶段，联合国是怎样与各国、其他国际组织、红十字运动、非政府组织、各国专门应急团队、各国灾害管理部门以及其他相关行动者发生关系的？

33. 上述问题适当调整后还将发给红十字会与红新月会国际联合会，请该组织提供资料。

## 第 四 章

### 共有的自然资源

#### A. 导 言

34. 国际法委员会第五十四届(2002 年)会议决定将“共有的自然资源”专题列入工作方案，并任命山田中正先生担任特别报告员。<sup>5</sup> 此外还建立了一个工作组，协助特别报告员根据 2000 年编写的大纲勾勒本专题的大体方向。<sup>6</sup> 特别报告员表明了他的意图，打算在本专题的范围内处理封闭的跨界地下水、石油和天然气问题，并提出了一个先从地下水开始的一步步处理的方法。<sup>7</sup>

35. 从第五十五届(2003 年)至第五十九届(2007 年)会议，委员会收到并审议了特别报告员的四个报告。<sup>8</sup> 在这个期间，委员会建立了四个工作组：由特别报告员担任主席的 2004 年第一个工作组协助委员会进一步审议了这个专题；由恩里克·坎迪奥蒂先生担任主席的 2005 年第二个工作组审议并修订了特别报告员在其第三次报告(A/CN.4/551 和 Corr.1 和 Add.1)中提出的跨界含水层法 25 个条文草案；由恩里克·坎迪奥蒂先生担任主席的 2006 年第三个工作组完成了对特别报告员第三次报告中提出的条款草案的审议和修订；由恩里克·坎迪奥蒂先生担任主席的 2007 年第四个工作组协助特别报告员审议了未来工作方案，特别是含水层与未来审议石油和天然气的任何工作的关系，并随后同意特别报告员的提议，即委员会应在 2008 年着手进行跨界含水层法条款草案的二读，并且对这一问题进行单独处理，与委员会未来就石油和天然气进行的任何工作分开。

---

<sup>5</sup> 《大会正式记录，第五十七届会议，补编第 10 号》(A/57/10 和 Corr.1)，第 518-519 段。大会在 2002 年 11 月 19 日第 57/21 号决议第 2 段中注意到委员会将“共有的自然资源”专题列入工作方案的决定。另见大会 2000 年 12 月 12 日第 55/152 号决议。

<sup>6</sup> 同上，《第五十五届会议，补编第 10 号》(A/55/10)，附件，第 314 页。

<sup>7</sup> 同上，《第五十七届会议，补编第 10 号》(A/57/10 和 Corr.1)，第 529 段。

<sup>8</sup> A/CN.4/533 和 Add.1(第一次报告)、A/CN.4/539 和 Add.1(第二次报告)、A/CN.4/551 和 Corr.1 和 Add.1(第三次报告)、A/CN.4/580(第四次报告)。

36. 委员会第五十八届(2006 年)会议一读通过了由 19 个条文草案组成的跨界含水层法条款草案<sup>9</sup>及各条的评注<sup>10</sup>，并决定根据其《章程》第 16 条至 21 条将这些条款草案通过秘书长转给各国政府，请其发表评论和意见，还请各国在 2008 年 1 月 1 日前将此种评论和意见提交秘书长。<sup>11</sup>

## **B. 本届会议审议此专题的情况**

37. 委员会本届会议收到了特别报告员的第五次报告(A/CN.4/591)，其中包含由 20 个条文草案组成的一套跨界含水层法条款草案，供委员会二读审议。委员会还收到各国政府就一读通过的条款草案提出的评论和意见(A/CN.4/595 和 Add.1)。<sup>12</sup> 特别报告员在 2008 年 5 月 5 日第 2956 次会议上介绍了第五次报告。委员会分别在 2008 年 5 月 6、7、8 日举行的第 2957、2958、2959 次会议上审议了该报告。讨论主要侧重于对特别报告员提出的条款草案进行实质性审议，另外也侧重于条款草案的形式，同时考虑到特别报告员提出的与其他公约和国际协定的关系的第 20 条草案以及特别报告员的下述建议，即应对条款草案采取两步走的处理办法，其含义是：(a) 大会注意到拟附在其决议后的条款草案，并建议各国采取适当行动；(b) 在以后某一阶段决定是否可能就此专题缔结一项公约。

38. 委员会分别在 2008 年 5 月 7 日和 8 日第 2958 和 2959 次会议上决定将第五次报告所载的第 1 至 13 条草案和第 14 至 20 条草案提交起草委员会。另外，在随后一次会议上，委员会请特别报告员起草一份序言。在 2008 年 5 月 21 日第 2965 次会议上，经审议含有一项序言的特别报告员说明文件(A/CN.4/L.722)之后，委员会决定将序言草案提交起草委员会。

---

<sup>9</sup> 在 2006 年 6 月 9 日第 2885 次会议上。

<sup>10</sup> 分别在 2006 年 8 月 2 日、3 日和 4 日的第 2903、2905 和 2906 次会议上。

<sup>11</sup> 2006 年 8 月 2 日第 2903 次会议上。

<sup>12</sup> 另参见专题摘要文件 A/CN.4/577 和 A/CN.4/588。

## 1. 条款草案与其他文书的关系

39. 特别报告员提议加上一个关于与其他公约和国际协定的关系问题的第 20 条草案，<sup>13</sup> 此项提议被视为与条款草案变成一项公约有关，这也是他提出的两步走处理办法所设想的一种结果。起草委员会决定不要第 20 条草案；这主要是考虑到，与其他文书的关系问题涉及最后形式问题。既然委员会采纳了两步走的处理办法(见下文 C 节)，那么处理这些问题为时太早，尤其还考虑到，关系问题提出了一系列政策问题，这些最好留给谈判的各方来解决。这样的条文一方面是依据《联合国海洋法公约》第 311 条第 1 款力图界定本条款草案与完全或部分处理跨界含水层事项的其他公约和国际协定的关系，另一方面也是进一步澄清本条款草案与 1997 年《水道公约》的关系，特别是因为一些跨界含水层或含水层系统与国际水道有水力上的联系，既是本条款草案处理的事项，也是 1997 年公约处理的事项。

40. 该条草案所提出的事项在全体会议和起草委员会里引起了评论。有一种意见认为，条款草案是否变成一项公约，皆不排除该条的有用性。因此，委员会须就此项案文表达其意见，以协助各国今后审议此问题。但一些委员认为，此事项只能有条件地加以处理，无须采取确切的立场。

41. 提议的第 20 条草案第 1 款受到的批评是，这一款内容空泛，但许多意思隐含在其中，例如在出现不一致时，条款草案的规定将居优先地位。然而，一些委员认为，在本专题事项上，是否在所有情况下条款草案都居优先地位，根本不清楚。首先需要作出一些政策选择，然后才能决定一旦谈判一项具有约束力的文书时应采取何种办法，这包括：(a) 条款草案是否有意要盖过现有的区域协定或其他协定；(b) 未来的公约是否应符合本条款草案的规定。有委员提到，《海洋法公约》第 311 条产生于一个谈判过程，这个过程考虑到了该公约所特有的一些政策因素。在谈判 1997 年《国际水道非航行使用法公约》时也出现了类似的情况，其第 3 和第 4 条反映了谈判过程中所得出的各种选择。

---

<sup>13</sup> 提议的第 20 条草案案文如下：

### 同其他公约和国际协定的关系

1. 本条款草案应不改变各缔约国根据与本条款草案相符合的其他公约和国际协定而产生的权利和义务，但以不影响其他缔约国根据本条款草案享有其权利或履行其义务为限。

2. 虽有第 1 款的规定，如果本条款草案缔约国也是《国际水道非航行使用法公约》缔约国，该公约关于跨界含水层或含水层系统的规定只在与本条款草案规定相符时才予以适用。

42. 关于条款草案一旦成为公约后与 1997 年《水道公约》的关系，有委员认为处理这个问题是有益的。然而对于可能出现的重叠出现了两种意见。一种意见认为，从法律的观点看，不存在这样的重叠。这一看法是符合逻辑的，因为为本条款草案的目的，含水层或含水层系统的定义仅涵盖“封闭的地下水”，无论怎样都不包括排泄区。相比之下，1997 年《水道公约》第 2 条(a)项为了公约的目的，将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，并且通常流入共同的终点”。<sup>14</sup> 此外，委员会早先与水专家进行的讨论似乎也证实，“含水层”一词指一个独立的水体，并不通过一个河流系统向共同的终点直接供水，也不从任何现有的地表水体接受大量的水。为了申明两个文书涉及两个单独的法律制度，有必要在条款草案序言里反映出这样的谅解，或委员会至少应避免在评注里发出关于存在着重叠的信息。

43. 另一种意见指出，不能无视这种重叠的可能性。有委员指出，1997 年《水道公约》第 2 条(a)项所提出的水道定义包含了一些地下水，而在谈判 1997 年《水道公约》时未曾讨论水力联系，因此很难把重叠全部排除，尤其是考虑在某些情况下，并非所有含水层都是“封闭的”。委员会 1994 年在完成国际水道条款草案时所通过的关于封闭地下水的决议(这导致《水道公约》于 1997 年获得通过)，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。因此，有可能出现这样的情况：两个国家共有一个含水层，一个国家遵循公约，另一个国家遵循本条款草案。这就出现了冲突。

44. 对于条款草案是否应优先于 1997 年《水道公约》，一些委员指出，由于本条款草案作为处理含水层的专门制度这一性质，应该假定具有优先地位。另一些委员指出，条款草案具有优先地位的情况并不总是出现。

45. 一种意见认为，除了处理与其他公约和国际协定的关系外，有必要处理与现有及未来的双边和区域协定的特别关系。处理解决争端的问题也同样重要。有委员建议考虑加上处理争端的一条。

---

<sup>14</sup> 《水道公约》第 2 条(a)项读作：“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。

## 2. 通过条款草案及其评注

46. 在 2008 年 6 月 3 日和 4 日第 2970 和 2971 次会议上，委员会收到了起草委员会的报告(A/CN.4/L.724)并在随后的一次会议上通过了序言和整个一套共 19 条的跨界含水层法条款草案(见下文 E.1 节)。

47. 在 2008 年 8 月 4 日和 5 日第 2989 和 2991 次会议上，委员会通过了上述条款草案的评注(见下文 E.2 节)。

48. 委员会根据其《章程》将条款草案连同下文所列的建议(见下文 C 节)一并提交大会。

### C. 委员会的建议

49. 在 2008 年 8 月 5 日第 2991 次会议上，委员会根据其《章程》第 23 条，决定建议大会：

- (a) 通过一项决议注意到跨界含水层法条款草案并将条款草案附在决议之后；
- (b) 建议有关国家根据条款草案所载原则作出适当的双边和区域安排，妥善管理跨界含水层；
- (c) 还鉴于这一专题的重要性，在稍后阶段考虑在条款草案的基础上制订一项公约。

### D. 向特别报告员山田中正先生表示感谢

50. 在 2008 年 8 月 5 日第 2991 次会议上，委员会以鼓掌方式通过以下决议：

“国际法委员会，  
通过了跨界含水层法条款草案，  
向特别报告员山田中正先生表示深挚感谢和热烈祝贺，感谢并祝贺他以不懈的努力和专注的工作为起草条款草案做出杰出贡献，并使跨界含水层法条款草案的拟订工作取得成果。”

51. 委员会还赞赏特别报告员在开展本专题工作过程中，为组织各种地下水专家介绍情况而作出了不懈的努力，这些专家分别来自联合国教育、科学及文化组织(教科文组织)、粮食及农业组织(粮农组织)、欧洲经济委员会(欧洲经委会)和国际水文

地质学家协会。在这方面，委员会还注意到国际水文地质学家协会因特别报告员在这一领域的杰出贡献而授予他杰出联系会员奖。

52. 委员会还向恩里克·坎迪奥蒂先生表示深挚感谢，他担任共有的自然资源工作组主席历时数年，为这一专题的工作做出了重要贡献。

## **E. 跨界含水层法条款草案**

### **1. 条款草案案文**

53. 委员会第六十届会议二读通过的序言和条款草案案文载录如下。

#### **跨界含水层法**

.....

意识到全世界所有地区维持生命的地下水资源对人类的重要性，

铭记《联合国宪章》第十三条第一款(子)项，其中规定大会应发动研究，并作成建议，以提倡国际法之逐渐发展与编纂，

回顾大会 1962 年 12 月 14 日关于对自然资源之永久主权的第 1803(XVII)号决议，

重申1992 年联合国环境与发展会议在《关于环境发展的里约宣言》和《21 世纪议程》中通过的原则和建议，

考虑到对淡水的需求不断增长和需要保护地下水资源，

铭记含水层易受污染而引起的特殊问题，

确信在促进最佳和可持续开发利用水资源方面，必须确保为当代和子孙后代开发、利用、保持、管理和保护地下水资源，

申明该领域国际合作和睦邻友好关系的重要性，

强调需要考虑到发展中国家的特殊状况，

认识到促进国际合作的必要性，

.....

## 第一部分

### 导 言

#### 第 1 条

#### 范 围

本条款草案适用于：

- (a) 跨界含水层或含水层系统的利用；
- (b) 对此种含水层或含水层系统具有影响或可能产生影响的其他活动；和
- (c) 此种含水层或含水层系统的保护、保全和管理措施。

#### 第 2 条

#### 用 语

为本条款草案的目的：

- (a) “含水层”系指位于透水性较弱的地层之上的渗透性含水地质构造以及该地质构造饱和带所含之水；
- (b) “含水层系统”系指水力上相连的两个或两个以上含水层；
- (c) “跨界含水层”或“跨界含水层系统”分别系指其组成部分位于不同国家的含水层或含水层系统；
- (d) “含水层国”系指跨界含水层或含水层系统的任何组成部分位于其领土内的国家；
- (e) “跨界含水层和含水层系统的利用”包括提取水、热能和矿物，及储存和弃置任何物质；
- (f) “有补给含水层”系指得到同期相当补给水量的含水层；
- (g) “补给区”系指向含水层供水的区域，包括雨水汇集区域以及雨水从地面流入或通过土壤渗入含水层的区域；
- (h) “排泄区”系指含水层的水流向诸如水道、湖泊、绿洲、湿地或海洋等出口的区域。



## 第 二 部 分

### 一 般 原 则

#### 第 3 条

##### 含水层国的主权

每一含水层国对位于其领土范围内跨界含水层或含水层系统之部分拥有主权。含水层国应按照国际法和本条款草案行使主权。

#### 第 4 条

##### 公平合理利用

含水层国应按照下述公平合理利用原则利用跨界含水层或含水层系统：

- (a) 含水层国应以符合相关含水层诸国公平合理从中获益的方式利用跨界含水层或含水层系统；
- (b) 含水层国应谋求从含水层水的利用中获取最大长期惠益；
- (c) 含水层国应基于含水层国目前和将来的需要及替代水源的考虑，单独或联合制定全面利用规划；
- (d) 含水层国对于有补给跨界含水层或含水层系统的利用程度不应妨碍其持续发挥有效作用。

#### 第 5 条

##### 与公平合理利用相关的因素

1. 依照第 4 条草案所述的公平合理方式利用跨界含水层或含水层系统，须考虑到所有相关因素，包括：

- (a) 每个含水层国依赖含水层或含水层系统生活的人口；
- (b) 有关含水层国目前和未来的社会、经济及其他需要；
- (c) 含水层或含水层系统的自然特性；
- (d) 对含水层或含水层系统的形成和水补给所起的作用；
- (e) 含水层或含水层系统的现有和潜在用途；

- (f) 一个含水层国利用含水层或含水层系统对其他相关含水层国的实际和潜在影响；
- (g) 对于含水层或含水层系统的某一现有和已规划的用途，是否存在替代办法；
- (h) 对含水层或含水层系统的开发、保护和养护，以及为此而采取的措施的代价；
- (i) 含水层或含水层系统在有关生态系统中的作用。

2. 对每个因素的权衡，应根据该因素对特定跨界含水层或含水层系统的重要性与其他相关因素的重要性相比较而定。在确定何谓公平合理利用时，应综合考虑所有相关因素，并根据所有因素得出结论。但是，在权衡对跨界含水层或含水层系统的不同类别用途时，应该特别重视人类的基本需要。

## **第 6 条**

### **不造成重大损害的义务**

1. 含水层国在本国领土内使用跨界含水层或含水层系统时，应采取一切妥善措施，防止对其他含水层国或排泄区位于其境内的其他国家造成重大损害。

2. 含水层国在从事利用跨界含水层或含水层系统以外的活动、但对该跨界含水层或含水层系统具有或可能具有影响时，应采取一切妥善措施，防止通过该含水层或含水层系统对其他含水层国或排泄区位于其境内的其他国家造成重大损害。

3. 如果仍对其他含水层国或排泄区位于其境内的其他国家造成重大损害，其活动造成损害的含水层国对第 4 条和第 5 条草案的规定予以应有注意，应同受影响国协商，采取一切妥善应对措施，消除或减轻这种损害。

## **第 7 条**

### **一般合作义务**

1. 含水层国应在主权平等、领土完整、可持续发展、互利和善意的基础上进行合作，使跨界含水层或含水层系统得到公平合理利用和适当保护。

2. 为了第 1 款的目的，含水层国应当设立联合合作机制。

## **第 8 条**

### **数据和资料的定期交流**

1. 根据第 7 条草案，含水层国应定期交流关于其跨界含水层或含水层系统状况的现成数据和资料，特别是地质、水文地质、水文、气象和生态性质的数据和资料以及与含水层或含水层系统的水文化学有关的数据和资料，以及相关的预报。

2. 在对一跨界含水层或含水层系统的性质和范围不完全掌握的情况下，有关含水层国应根据现行的做法和标准，尽力收集和提供有关此一含水层或含水层系统的更完整的数据和资料。它们应单独或共同，并酌情协同或通过国际组织，采取这种行动。

3. 如果一含水层国请求另一含水层国提供关于含水层或含水层系统的非现成数据和资料，后者应尽力满足请求。被请求国可附带条件，要求请求国支付收集和酌情处理这种数据或资料的合理费用。

4. 含水层国应酌情尽力收集和处理这种数据和资料，以便于获取数据和资料的其他含水层国予以利用。

## **第 9 条**

### **双边和区域协定和安排**

为了管理一个特定的跨界含水层或含水层系统的目的，鼓励含水层国相互达成双边或区域协定或安排。它们可就整个含水层或含水层系统或其中任何部分或某一特定工程、项目或利用达成此种协定或安排，除非此种协定或安排在未经其明示同意的情况下，对一个或多个其他含水层国利用该含水层或含水层系统的水资源造成重大不利影响。

## 第三部分

### 保护、保全和管理

#### 第 10 条

##### 生态系统的保护和保全

含水层国应采取一切适当措施，保护和保全跨界含水层或含水层系统内的、或赖以生存的生态系统，包括采取措施以确保含水层或含水层系统所保留的水以及经排泄区排出的水的质量和数量足以保护和保全这类生态系统。

#### 第 11 条

##### 补给区和排泄区

1. 含水层国应查明其境内存在的跨界含水层或含水层系统的补给区和排泄区，并应采取妥善措施，以防止和最大限度减少对补给和排泄过程的有害影响。
2. 补给区或排泄区全部或部分位于其境内，而相对于有关含水层或含水层系统而言不属于含水层国的所有国家，应与含水层国合作，以保护该含水层或含水层系统和相关的生态系统。

#### 第 12 条

##### 防止、减少和控制污染

含水层国应单独，并在适当情况下，共同防止、减少和控制可能给其他含水层国造成重大损害，包括通过补水过程，对跨界含水层或含水层系统的污染。鉴于跨界含水层或含水层系统的性质和范围并不确定并且易受污染，含水层国应采取审慎态度。

#### 第 13 条

##### 监 测

1. 含水层国应监测其跨界含水层或含水层系统。在可能的情况下，含水层国应与其他有关含水层国联合开展监测活动，并且在适当的情况下与主管的国际组织进行协作。如果无法以联合方式开展监测活动，含水层国应相互交流监测所得数据。

2. 含水层国应使用商定的或统一的标准和方法监测其跨界含水层或含水层系统。它们应当根据一个商定的含水层或含水层系统的概念模式，确定须监测的重要参数。这些参数应包括第 8 条第 1 款草案所列的含水层或含水层系统的状况参数，以及含水层和含水层系统的利用情况参数。

## **第 14 条**

### **管 理**

含水层国应制订并执行规划，以根据本条款草案的规定妥当管理跨界含水层或含水层系统。含水层国应根据它们中任何一国的请求，就跨界含水层或含水层系统的管理进行协商。应酌情建立联合管理机制。

## **第 15 条**

### **既定活动**

1. 若一国有合理理由认为，其境内某项既定活动可能对跨界含水层或含水层系统造成影响，并因而可能对另一国造成重大不利影响，该国应在切实可行的情况下，对此活动可能造成的影响进行评估。

2. 一国在实施或允许实施可能影响跨界含水层或含水层系统，因而可能对另一国造成重大不利影响的既定活动之前，应将此事及时通知该国。在发出此种通知时应附上现有的技术数据和资料，包括任何环境影响评估，使被通知国能够评价既定活动可能造成的影响。

3. 若通知国和被通知国对既定活动可能造成的影响持有异议，双方应进行协商，并在必要时进行谈判，以期公平解决这种情况。它们可利用独立的事实调查机构对既定活动的影响作出公正评估。

## 第四部分

### 杂项规定

#### 第 16 条

##### 与发展中国家的科学技术合作

各国应直接或通过主管的国际组织，促进与发展中国家在科学、教育、技术、法律及其他方面的合作，以保护和管理跨界含水层或含水层系统。此类合作主要应包括：

- (a) 强化其在科学、技术和法律领域的能力建设；
- (b) 便利其参与相关国际项目；
- (c) 向其提供必要的设备和设施；
- (d) 提高其制造这种设备的能力；
- (e) 为研究、监测、教育和其他项目提供咨询意见并开发此类设施；
- (f) 为最大限度减少重大活动对跨界含水层或含水层系统的有害影响提供咨询意见并开发此类设施；
- (g) 为编写环境影响评估报告提供咨询意见；
- (h) 支持发展中国家相互交流技术知识和经验，以期增强它们在管理跨界含水层或含水层系统方面的合作。

#### 第 17 条

##### 紧急情况

1. 为本条款草案的目的，“紧急情况”系指由自然原因或人类行为突然引发的紧迫情况，威胁到跨界含水层或含水层系统，并可能给含水层国或其他国家造成严重的损害。

2. 在其领土内发生紧急情况的国家应：

- (a) 毫不迟延并以现有的最快方式，将此一紧急情况通知其他可能受影响的  
国家及主管国际组织；

(b) 与可能受影响的国家，并在适当的情况下与主管国际组织一起合作，立即采取紧急情况所要求的一切切实可行的措施，预防、减轻和消除紧急情况的所有有害影响；

3. 如果紧急情况对人类生存的基本需求构成威胁，尽管有第 4 条和第 6 条草案的规定，含水层国可以在严格必要的限度内，采取措施满足这些需求。

4. 各国应向受紧急情况影响的其他国家提供科学、技术、后勤及其他方面的合作。合作可包括协调处理紧急情况的国际行动和通信，提供应急人员、应急设备和物资、科技专业知识和人道主义援助。

## **第 18 条**

### **武装冲突期间的保护**

跨界含水层或含水层系统及有关设备、设施和其他工程应享有适用于国际性和非国际性武装冲突的国际法原则和规则所给予的保护，并且不得以违反这些原则和规则的方式加以使用。

## **第 19 条**

### **对国防或国家安全至关重要的数据和资料**

本条款草案无任何规定责成一国提供对其国防或国家安全至关重要的数据或资料。尽管如此，该国应同其他国家善意合作，视情况尽可能提供资料。

## **2. 条款草案案文及其评注**

54. 委员会第六十届会议二读通过的跨界含水层法条款草案案文及其评注载录如下。

## **总 评 注**

(1) 国际法委员会第五十四届(2002 年)会议决定将“共有的自然资源”专题列入工作方案。大家普遍认为，这一专题包括地下水、石油和天然气，虽然有人还希望将候鸟和迁徙的其他动物等资源也列入其内。委员会决定采取逐步着手的办法，集中

审议地下水问题，以接续委员会以前就编纂地面水法所开展的工作<sup>15</sup>，至少在条款草案一读期间这么办。委员会于 2006 年一读通过一套关于跨界含水层法的 19 个条文草案及其评注，将其转发各国政府，在 2008 年 1 月 1 日以前征求评论和意见，以及条款草案的最后形式。委员会于 2007 年，在等待各国政府答复期间，处理了关于跨界含水层的工作和关于石油与天然气的工作之间关系问题。委员会表明，它愿意继续审议并完成含水层法的二读，此项工作不涉及今后可能围绕石油和天然气开展的工作。<sup>16</sup>

(2) 在大会第六十一届(2006 年)和第六十二届(2007 年)会议期间第六委员会辩论国际委员会报告之际，各国政府提出了他们的口头意见。<sup>17</sup> 还按照国际委员会的要求向秘书长转交了书面意见。<sup>18</sup> 各国政府对一读通过的条款大体赞成，表示支持，鼓励委员会在条款草案一读案文的基础上着手进行二读，同时提供了用于改进案文的若干建议。对于有关跨界含水层的工作和有关石油与天然气的工作之间的关系问题，绝大多数意见认为，跨界含水层法的处理应该与委员会今后有关石油和天然气问题的任何工作分开。对于条款草案的最后形式问题，各国政府的意见有分歧。有些政府支持通过一项在法律上具有约束力的文书，也有些主张将其制定为在法律上不具约束力的文书。

(3) 委员会第六十届(2008 年)会议审议了各国政府提出的各种意见，二读通过了包括 19 个条文草案的跨界含水层法修订案文。二读通过的案文呈条款草案形式。按照委员会的惯例，所使用的“条款草案”一语不影响其最终采取的形式。由于各国政府对条款草案最后形式有意见分歧，委员会决定建议大会采取两步走的办法，即由大会(a) 注意到拟附在其决议后的条款草案并建议有关国家根据条款草案所载原则作出适当的双边和区域安排，妥善管理跨界含水层；(b) 在稍后阶段考虑在条款草案的基础上制订一项公约。由于在就第二步作出决定之前尚有一段时间，委员会决定避免拟订关于这些条款草案与其他国际文书之间关系的条文草案，也避免拟订关于解决争端的条文草案，后一条文只有在第二步开始后才会有必要。

---

<sup>15</sup> 1997 年《联合国国际水道非航行使用法公约》，A/RES/229, 附件，1997 年 5 月 21 日。

<sup>16</sup> 《大会正式记录，第六十二届会议，补编第 10 号》(A/62/10)，第 160-183 段。

<sup>17</sup> 文件 A/CN.4/577 和 A/CN.4/588 中的专题摘要。

<sup>18</sup> A/CN.4/595 和 A/CN.4/595/Add.1。



(4) 委员会针对每一条文草案仔细审议了是否需要使条款草案具有适当结构，从而规定对所有国家普遍适用的义务、含水层国相对于其他含水层国的义务以及含水层国相对于非含水层国的义务。委员会决定，为求实效，有些条款必须对不共同拥有跨界含水层的国家规定义务，并在某些情况下使后一类国家对含水层国具有权利。在另一些情况下，则使义务普遍适用于所有国家。委员会在达成这些结论时确认，对跨界含水层需要给予保护。

(5) 条款草案考虑到关于地下水的许多现有的双边、区域和国际协定与安排。许多这一类的文书已经编入粮农组织与教科文组织联合编辑的出版物。<sup>19</sup> 自 2003 年以来，教科文组织作为联合国系统中负责协调全球水问题的机构，通过其国际水文计划在向特别报告员和委员会提供科学技术咨询方面发挥了重要作用。教科文组织动员了同联合国其他机构、委员会和方案，例如粮农组织、欧洲经委会、联合国环境规划署/全球环境基金(环境规划署/环境基金)以及国际原子能机构之间的协调行动。它还同国际水文地质学家协会、美洲国家组织、国际地下水资源评估中心、法国—瑞士日内瓦含水层管理机构和瓜拉尼含水层系统项目进行协作。特别报告员和委员会真诚感谢这些组织。委员会也在 2004 年同国际法协会的水资源委员会举行了一次非正式会议，感谢它对委员会一读通过的条款草案提出意见，并对国际法协会于 2004 年制订的《柏林规则》表示赞赏。

(6) 委员会于 2008 年通过的跨界含水层法的二读案文含有对一读通过的案文的若干改动，对这些改动在相应的评注里作了说明。

---

<sup>19</sup> S. Burchi and K. Mechlem, *Groundwater in International Law: Compilation of Treaties and Other Legal Instruments* (FAO/UNESCO, 2005).

## 序 言

意识到全世界所有地区维持生命的地下水资源对人类的重要性，  
铭记《联合国宪章》第十三条第一款(子)项，其中规定大会应发动研究，  
并作成建议，以提倡国际法之逐渐发展与编纂，  
回顾大会 1962 年 12 月 14 日关于对自然资源之永久主权的第 1803(XVII)  
号决议，  
重申 1992 年联合国环境与发展会议在《关于环境与发展的里约宣言》和  
《21 世纪议程》中通过的原则和建议，  
考虑到对淡水的需求不断增长和需要保护地下水资源，  
铭记含水层易受污染而引起的特殊问题，  
确信在促进最佳和可持续开发利用水资源方面，必须确保为当代和子孙  
后代开发、利用、保持、管理和保护地下水资源，  
申明该领域国际合作和睦邻友好关系的重要性，  
强调需要考虑到发展中国家的特殊状况，  
认识到促进国际合作的必要性，  
.....

## 评 注

(1) 二读案文增加序言部分，以便为条款草案提供一个背景框架。序言部分依循了委员会先前制订的案文先例，尤其是关于预防危险活动的越境损害的条款草案<sup>20</sup>和关于危险活动造成的跨界损害案件中损失分配的原则草案。<sup>21</sup>

(2) 序言第一段概括一切，确认地下水作为支持人类生命的资源的重要性。淡水是维持人类的生存所不可或缺的。人类依赖它解决饮用和卫生(洗涤和清洗)，从事农业生产以及养殖牲畜。不存在替代性的自然资源。97%可以立即饮用的淡水储藏在

---

<sup>20</sup> 《2001 年国际法委员会年鉴》，第二卷(第二部分)，第 97 段。

<sup>21</sup> 《大会正式记录，第六十一届会议，补编第 10 号》(A/61/10)，第 66 段。

地下。<sup>22</sup> 由于快速的人口增长和加速进行的经济发展，地下水资源被过度提取，并且受到污染。目前迫切需要对地下水资源进行适当管理。

(3) 序言第三段回顾大会关于对自然资源的永久主权的第 1803(XVII)号决议。序言第四段重申 1992 年《里约环境与发展宣言》和联合国环境与发展会议《21 世纪议程》，其中第 18 章主张对水资源的开发、管理和利用采用综合性办法。

(4) 序言第五、第六和第七段设想本条款草案的主要目的，主要是利用和保护地下水资源，同时考虑到对淡水的需求日益增加从而需要保护地下水资源、含水层的脆弱性造成的具体问题、当代人和后代人的需要等。序言第八、第九和第十段对国际合作予以特别强调，并且在铭记共同但有差别的责任原则的同时，考虑到发展中国家的特殊情况。

## 第 一 部 分

### 导 言

#### 第 1 条

#### 范 围

本条款草案适用于：

- (a) 跨界含水层或含水层系统的利用；
- (b) 对此种含水层或含水层系统具有影响或可能产生影响的其他活动；和
- (c) 此种含水层或含水层系统的保护、保全和管理措施。

### 评 注

(1) 第 1 条草案界定了本条款草案的适用范围。虽然通常将一个地下水体表示为“地下水”是适当的，但为了本条款草案的目的，选择了“含水层”这个技术术语，因为这个术语在科学上比较精确，对律师和地下水科学家以及管理人员都没有留下模糊空间。含水层通常在水力学上同一个或更多的含水层连接。在这种情况下，为

---

<sup>22</sup> S. Burchi and K. Mechlem, (footnote 19), foreword - P.H. Gleick “Water Resources” in S.H. Schneider (ed.) Encyclopedia of climate change and water (New York: Oxford University Press 1996) (vol. 2), pp. 817-823 notes that of all accessible freshwater, groundwater constitutes 97 per cent.

了适当管理，必须把这些含水层视为单一的系统，它们彼此之间具有水力学上的一致性。这一系列的单一或多个含水层，称为“含水层系统”。在条款草案中，“含水层”和“含水层系统”总是一起使用。

(2) 委员会的任务是编纂“共有的自然资源”法。因此，本条款草案只适用于“跨界”含水层或含水层系统。所有跨界含水层和含水系统将由本条款草案予以制约，而不论它们在水力上是否同国际水道相关联。虽然根据 1997 年《水道公约》第 2 条(a)款，该《公约》所涵盖的地下水具有较多地表水的特性，因为该《公约》涉及一个地面水和地下水系统，“由于其物理环境关系而构成单一的整体并且通常流入共同终点”，但这种地下水应该受到本条款草案约束的可能性不能完全被忽视。因此，若本条款草案成为具有法律约束力的文书，就必须确定本条款草案与 1997 年《公约》之间的关系。

(3) 第 1 条草案在(a)至(c)项中述及必须由条款草案予以包括的三类不同的活动。(a)项述及对含水层具有最直接影响的含水层的利用。选择以“利用(utilization)”代替“使用(uses)”，是因为“利用(utilization)”也包含使用(uses)的方式。第 2 条界定了“利用(utilization)”的含义。

(4) (b)项述及对含水层有或可能有影响的利用以外的活动。这一项初看似乎过于宽泛，可能被解释为对这类活动施加不必要的限制。但是，在含水层的情形下，绝对有必要规范这类活动，以便适当管理含水层或含水层系统。实质性条款草案对这类活动的相关义务作了精确的说明。这类活动是在含水层或含水层系统正上方或附近进行、对它造成或可能造成一些不利影响的的活动。当然，活动和影响之间必然有因果关系。例如，在含水层或含水层系统上方的地面进行的种植活动中不小心施用化肥或杀虫剂会污染含水层或含水层系统中的水。没有经过适当的调查就建设一个地铁站可能损坏含水层或含水层系统的地质结构或者损坏它补给水或排泄水的过程。对含水层的影响将包括水质恶化、水的数量减少和含水层的功能发生不利的变化。就其本身来说，“影响”一词并不涉及任何正面或负面的效果。不过，如果使用这个词的上下文是像(b)项那样用于否定的情况，这个词可能会被理解为有负面的含义。“影响”的概念比“损害”或“破坏”的概念更宽泛，后者是比较具体的概念。影响的门槛将留给随后的实质性条文草案确定。

(5) 在(c)项中，“措施”的含义不只包括那些拟采取的处理含水层退化的措施，还包括改善含水层的措施以及各种形式的合作措施，无论是否制度化的措施。

## 第 2 条 用 语

为本条款草案的目的：

- (a) “含水层”系指位于透水性较弱的地质构造以及该地质构造饱和带所含之水；
- (b) “含水层系统”系指水力上相连的两个或两个以上含水层；
- (c) “跨界含水层”或“跨界含水层系统”分别系指其组成部分位于不同国家的含水层或含水层系统；
- (d) “含水层国”系指跨界含水层或含水层系统的任何组成部分位于其领土内的国家；
- (e) “跨界含水层和含水层系统的利用”包括提取水、热能和矿物，及储存和弃置任何物质；
- (f) “有补给含水层”系指得到同期相当补给水量的含水层；
- (g) “补给区”系指向含水层供水的区域，包括雨水汇集区域以及雨水从地面流入或通过土壤渗入含水层的区域；
- (h) “排泄区”系指含水层的水流向诸如水道、湖泊、绿洲、湿地或海洋等出口的区域。

## 评 注

(1) 第 2 条草案规定了本条款草案中所使用的八个术语的含义。技术名词用于使案文的广泛用户，即科研人员和水管理人员易于使用。现有条约和其他国际法律文件中有含水层和地下水各种定义<sup>23</sup>。不过，为了本条款草案的目的，(a)项载述的含水层定义对含水层所包含的、在有关活动中必须予以规范的两个要素提供了精确描述。其中一个要素是作为水的容器的地下地质结构。另一个因素是可以提取的储存于其中的水。使用“含水”一词是为了毫无疑问地表明本条款不适用于石油和天然气。在一读案文中提及“地下”的措词被删掉，因为含水层是位于地表下的地质构造，这是不言而喻的。“地质结构”包含自然发生的材料，如岩石，砂砾和沙子。充当容器底部的透水性较弱的地质层都位于所有含水层之下。有些含水层上面也有透水性较弱的地质层。这样的含水层所储存的水，称为“封闭”地下水，它们承受着比大气压力更大的压力。

(2) 含水层中的“水”的定义只限于储存在这种地质结构饱和带的水，因为只有这样的水才容易提取。位于地质结构饱和带以上的水，就像位于地下含水层以外的水一样，留在孔隙中，以水蒸气状态存在，不能轻易提取。这些就像油页岩一样。在理论上，当然有可能把水同空气和土壤分开，但是，目前在技术上或经济上不可能这

---

<sup>23</sup> 2000 年 10 月 23 日《欧洲联盟委员会确定水政策领域共同体行动框架的第 2000/60 号指令》第 2 条第 11 款：

“含水层”是指能够让大量地下水流动或能够抽取大量地下水的次表层岩层或具有充分多孔性和渗透性的其他地质层。

联合国赔偿委员会《专员小组就第三批“F 4”类索赔提出的报告和建议》(S/AC.26/2003/31)：

含水层：地表以下含有水的天然地质层。

1989 年《关于使用跨界地下水的贝拉焦协议草案》第 1 条第 1 款：

“含水层”是指从中可以抽取大量水的、含水的次表层地质层。

2004 年国际法协会《水资源柏林规则》第 3 条第 2 款：

“含水层”是指能够让大量可用地下水流动或抽取的、具有充分多孔性和渗透性的一层或多层次表层地质层。

1979 年 12 月 17 日《欧洲共同体理事会关于保护地下水不受某些物质污染的第 80/68/EEC 号指令》第 1 条第 2 款(a)项、1991 年 12 月 12 日《欧洲共同体理事会关于保护水不受农业用硝酸盐污染的第 91/676/EEC 号指令》第 2 条(c)款、1992 年《保护与使用跨界水道和国际湖泊公约》的 1999 年关于水与健康议定书第 2 条第 3 款、2000 年 10 月 23 日《欧洲联盟委员会确定水政策领域的共同体行动框架的第 2000/60 号指令》第 2 条第 2 款：

“地下水”是指所有在饱和区内与地面或底土直接接触的地面下的水。

2004 年国际法协会《水资源柏林规则》第 3 条第 11 款：

“地下水”是指位于饱和区内与地面或土壤直接接触的地面下的水。

样做。有人问起，本条款草案是否也应适用于只包含少量水的地质结构。一则，各国显然不关心对它们来说没有意义的含水层，再说，也不可能为此确定一个绝对的标准。本条款草案所处理的水基本上是支持人类生活的淡水资源。水的淡水性质隐含在定义中，专家们将使用世界卫生组织的《饮用水水质指南》。含有这类淡水的地质构造只能在地表以下发现。大陆架下面的地质构造并不含有淡水，因此这种地质构造和其中的水不属于本条款草案的范围。不过，有些含水层蕴藏微咸水，排放入海的沿海含水层则与咸水相交。这种含水层中的微咸水和低盐度水可用于灌溉或可予以淡化。

(3) “含水层系统”包含水力上相连的两个或两个以上的含水层。这样的含水层，可以是相同的地质构造，但也可能属于不同的地质构造。在水力上，含水层可能纵向连接，也可能横向连接。“水力联系”是指两个或两个以上的含水层之间在物质环境上的联系，即一含水层能够转递一些数量的水到其他含水层，反之亦然。能够被传送的水量是重要的，因为一个很小的或最低限度数量的水可能无法在水力上真正连接。确定一数量是否有意义，其标准直接关系到传递水的含水层对接收水的含水层在水的数量和质量上产生影响的潜力。为这样的影响力制订一般和绝对的标准是办不到的。在每一个具体情况下，为了妥善管理含水层，必须针对是否应该把这些含水层视为一个系统的问题作出判断。

(4) (c)项定义了关于范围的第 1 条和另外许多条款草案中使用的“跨界含水层”和“跨界含水层系统”。该项的重点在于形容词“跨界”。该项规定，为了被视为一个“跨界”的含水层或含水层系统，该含水层或含水层系统的一些部分必须位于在不同的国家。是否有部分含水层或含水层系统位于不同国家，取决于物理因素。在地表水的情形下，这种因素的存在与否，可以很容易地经由简单的观察予以确定。在地下水的情况下，确定存在的跨界含水层，需要更复杂的方法，依靠钻井和技术，如同位素示踪，以界定含水层的外部界限。

(5) (d)项界定整个条款草案所使用的“含水层国”一词。若确定跨界含水层或含水层系统的一部分存在于某一特定国家的领土内，该国家即是为本条款草案的目的之含水层国。领土包括领海。在某些特殊情况下，第三国可能管理着另一国家的领土，而这一领土内存在着跨界含水层或含水层系统的一部分。一管理国是否应被视为含水层国，必须按个别情况，考虑到使用这种含水层的人口的利益，予以决定。

(6) (e)项在二读时制定。提取淡水，当然是含水层的主要利用。其他种类的利用，无论如何特殊和无足轻重，都不应该被忽视。定义“利用”的方式并不是详尽无遗的，不仅包括提取水，也提取提供热能源的热量，提取可能在含水层中发现的矿

物，以及储存或处置废物，例如有人正在试验一项新技术，利用含水层固定二氧化碳。预料处置有毒、放射性和其他有害废物的规则也将适用。

(7) 一含水层可以有补给或无补给。多少有些不一样的规则适用于其中每种情形。(f)项规定补给含水层的含义。为了管理含水层的目的，“非补给”含水层是指“当代”获取的补给水量“微不足道”。“不可忽视”一词是指补给一些数量的水。这样的数量是否“不可忽视”，应参考接收水的含水层的具体特点，从该含水层排出的水量、补给的水量、发生补给的速度，等等，予以评定。为方便起见，“当代”一词应被理解为过去 50 年和未来 50 年的大约 100 年时间跨度。科学家通常把位于干旱区、年降雨量少于 200 毫米的含水层，列为无补给含水层。使用放射性示踪剂确定某一特定含水层是否大约在近 50 年来已接受补给水量，是办得到的。这些示踪剂是产生于核武器试验、注入量在 1963 至 1964 年达到峰值的铯和氚，以及核工业从 20 世纪 50 年代中期起连续排放的氮。它们在过去 50 年内漂浮于大气中，从这段期间雨量获取补给的含水层可检测到它们的存在。

(8) 每个含水层可能有一个“补给区”，包括与含水层和“排泄区”相连接的集水区，含水层的水可通过它流向出口。“补给区”和“排泄区”的定义载于(g)项和(h)项。虽然它们同含水层连接，却是在含水层以外。补给区向含水层供水，包括雨水直接渗入地面的地区、最终渗入地面的地表径流区和地下的非饱和渗透区。排泄区是含水层的水流向其出口所通过的地区，可能是河流、湖泊、海洋、绿洲或湿地。这种出口不是排泄区本身的一部分。含水层及其补给区和排泄区形成水文循环中的一个动态的连续统一体。承认有必要保护这些地区，这本身说明了保护含水层的生命所依赖的整体环境的重要性。这些地区是本条款草案所规定的特别措施和合作安排的对象。



## 第二部分

### 一般原则

#### 第 3 条

#### 含水层国的主权

每一含水层国对位于其领土范围内跨界含水层或含水层系统之部分拥有主权。含水层国应按照国际法和本条款草案行使主权。

#### 评 注

(1) 许多国家，尤其是认为水资源属于水源所在国并且该国可对之行使专属主权的含水层国家重申需要以条文草案的形式明确提到国家对其领土内自然资源的主权。还有人指出，地下水必须视为属于所在国，就像石油和天然气一样。就此提到了 1962 年 12 月 14 日题为“对自然资源的永久主权”的大会第 1803(XVII)号决议。在序言部分提到了这项决议。

(2) 许多条约、其他法律文书和无法律约束力的文书都提到了各国对其领土内自然资源的主权。<sup>24</sup> 第 3 条草案重申各国对位于其领内的含水层或含水层的一部分拥

---

<sup>24</sup> (1) 在序言部分提及此概念的条约有：1985 年《保护臭氧层维也纳公约》；1991 年《空气质量协定》(加拿大与美国)；1992 年《联合国气候变化框架公约》；1992 年《生物多样性公约》；1994 年《联合国关于在发生严重干旱和/或荒漠化的国家、特别是在非洲防治荒漠化的公约》；2003 年《坦噶尼喀湖可持续发展公约》；

(2) 有关规定中提及此概念的条约有：1978 年《关于国家在条约方面的继承的维也纳公约》；1981 年《非洲(班珠尔)人权和人民权利宪章》；1982 年《联合国海洋法公约》；1986 年《保护南太平洋区域自然资源和环境公约》；1995 年《执行 1982 年 12 月 10 日联合国海洋法公约有关养护和管理跨界鱼类种群和高度洄游鱼类种群的规定协定》；1999 年《1992 年保护与使用越境水道和国际湖泊公约之水与健康问题议定书》，2003 年《保护自然和自然资源非洲公约》；

有主权的基本原则。各国在此问题上基本上有两种实践模式。一种是肯定模式。有的对行使这一主权附加了限制条件。一个例子是，“按照《联合国宪章》和国际法原则，各国拥有根据其环境和发展政策利用其资源的主权，同时有责任确保其管辖或控制范围内的各项活动不对他国或超出其国家管辖范围的地区的环境造成损害”。<sup>25</sup> 另一种是保留或否认条款，如“本公约的任何内容均不得影响成员国利用、开发和管理其自然资源的主权”。<sup>26</sup>

(3) 第 3 条草案采用了肯定模式，是一个较为平衡的案文。为保持这种平衡，本条草案的两句案文是必要的。实际上，每一含水层国都对位于其境内的跨界含水层或含水层系统拥有主权。增加了“国际法”的字样，以表明：虽然本条款草案是在继续适用习惯国际法的背景之下拟订的，还有另一些仍然适用的一般国际法规则。

(4) “主权”一词在这里指含水层国对位于其领土内的含水层的主权，包括领海，并且区别于“行使主权权利”，例如可对大陆架或与领海毗邻的专属经济区行使的主权权利。如同早先已在第 2 条草案评注第(2)段中指出的那样，大陆架的含水层已被排除在本条款范围之外。

## 第 4 条

### 公平合理利用

含水层国应按照下述公平合理利用原则利用跨界含水层或含水层系统：

- (a) 含水层国应以符合相关含水层诸国公平合理从中获益的方式利用跨界含水层或含水层系统；
- (b) 含水层国应谋求从含水层水的利用中获取最大长期惠益；

---

(3) 提及此概念的无约束力的国际文书有：《预防危险活动造成的越界损害》条款草案(2001 年国际法委员会第五十三届会议通过)；《齐心协力共谋经济上较差国家的发展》，大会第 1515 (XV)号决议(1960 年)；《对自然资源的永久主权》，大会第 1803 (XVII)号决议(1962 年)；1972 年《联合国关于人类环境的斯德哥尔摩宣言》；《各国经济权利和义务宪章》，大会第 3281 (XXIX)号决议(1974 年)；《发展权利宣言》，大会第 41/128 号决议(1986 年)；1992 年《关于环境与发展的里约热内卢宣言》；

(4) 其他有关条约有：1985 年《东盟保护自然和自然资源协定》(未生效)

[提到人民对自然资源的权利概念的条约]；

1966 年《经济、社会、文化权利国际公约》；1966 年《公民权利和政治权利国际公约》；1981 年《非洲(班珠尔)人权和人民权利宪章》。

<sup>25</sup> 2003 年《保护自然和自然资源非洲公约》。

<sup>26</sup> 1986 年《保护南太平洋区域自然资源和环境公约》。

- (c) 含水层国应基于含水层国目前和将来的需要及替代水源的考虑，单独或联合制定全面利用规划；
- (d) 含水层国对于有补给跨界含水层或含水层系统的利用程度不应妨碍其持续发挥有效作用。

## 评 注

(1) 跨界含水层是共有的自然资源。由于含水层由地质结构和所含的水组成，对含水层的利用可分为两类。水的使用最为普遍。水主要用于饮用或通过其他方式，如卫生、灌溉和工业用水等，维持人类生活。对地质结构的利用相当少见。一个典型的例子是在日内瓦法语区含水层系统进行的人工补给，即引用阿尔沃河的水用于补给。含水层的作用在于，其处理水的成本要低于修建处理设施的成本，而且它能够生产高质量的水。如同早先已经指出的，含水层也可用于处置二氧化碳，特别是试用新技术固定二氧化碳。<sup>27</sup> 这类使用对本条款草案来说是次要的。

(2) 第 4 条和第 5 条草案密切相关。一条规定利用含水层的一般原则，另一条载述执行这项原则的因素。第 4 条在其起首语中规定适用于共有自然资源的基本原则是“公平合理利用”。(a)至(d)项进一步阐述这一原则。虽然公平利用概念和合理利用概念有所不同，但两者紧密相联，而且经常在各种法律制度中一并使用。<sup>28</sup>

(3) (a)项解释道，对含水层的公平与合理利用应该导致由共享含水层的各国公平分配利益。大家认识到，“公平”并不等于“均等”。

(4) (b)至(d)项更多地涉及合理利用。在涉及可再生自然资源的各种法律制度中，“合理利用”通常被定义为“可持续利用”或“优化利用”。这项原则有非常确定的科学定义。它是指以现有的最佳科学依据为基础，采取措施将自然资源维持或恢复到生产可持续最高产量的水平。<sup>29</sup> 这要求采取措施使自然资源永远持续下去。就 1997 年《水道公约》而言，当时所处理的是接受大量补给水的可再生资源，在这方面可持续利用原则完全适用。就含水层而言，情况完全不同。无论有补给或无补给，含水层中的水或多或少是不可再生的，除非以人工加以补给的含水层中的水。因此，目标是“从含水层水的利用中获取最大长期惠益”。这种最大化可以由有关的各含水层国基于目前和将来的需要及现有的替代水源的考虑制定全面利用计划予以实现。

---

<sup>27</sup> 见第 2 条草案的评注第 (6) 段。

<sup>28</sup> 参看 1997 年《水道公约》第 5 条第 1 款。

<sup>29</sup> 见《联合国海洋法公约》，第 118 条。

(b)至(c)项反映这种需求。为了确认所关注的可持续性和跨世代间的公平，序言第 7 段提到了这些问题。(c)项包含“单独或联合”的字句意味着有一个事先计划的重要性，但这样的计划不一定需要联合制订，至少在初级阶段不需要由有关含水层国联合制订。“综合利用计划”，只是为了特定的跨界含水层、而不是为了有关含水层国的全部水资源制订的。因此，应该考虑到现有的可替代水资源。

(5) 对有补给含水层而言，最好是规划一个比无补给含水层长得多的利用期。但这并不必把利用的水平限制在补给水平上。(d)项是为补给含水层，包括接受人工补给的含水层而制订的。应该使它们维持一定的物理性质和特点，这是至关重要的。因此，该款规定，利用程度不应该妨碍这些含水层继续有效运作。

(6) 1997 年《水道公约》第 5 条第 2 款规定的另一条原则是水道国公平合理参与，<sup>30</sup> 包括利用水道的权利以及合作保护和发展水道的义务。本条未包括此内容，原因在于它是有关国际合作的规定的规定的基础，而这种规定将在后面的条款草案中制定。<sup>31</sup>

## 第 5 条

### 与公平合理利用相关的因素

1. 依照第 4 条草案所述的公平合理方式利用跨界含水层或含水层系统，须考虑到所有相关因素，包括：

- (a) 每个含水层国依赖含水层或含水层系统生活的人口；
- (b) 有关含水层国目前和未来的社会、经济及其他需要；
- (c) 含水层或含水层系统的自然特性；
- (d) 对含水层或含水层系统的形成和水补给所起的作用；
- (e) 含水层或含水层系统的现有和潜在用途；
- (f) 一个含水层国利用含水层或含水层系统对其他相关含水层国的实际和潜在影响；
- (g) 对于含水层或含水层系统的某一现有和已规划的用途，是否存在替代办法；
- (h) 对含水层或含水层系统的开发、保护和养护，以及为此而采取的措施的代价；

---

<sup>30</sup> 见关于 1997 年《水道公约》第 5 条的评注第(5)和第(6)段，《1994 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 97 页。

<sup>31</sup> 第 7 至 16 条草案。

(i) 含水层或含水层系统在有关生态系统中的作用。

2. 对每个因素的权衡，应根据该因素对特定跨界含水层或含水层系统的重要性与其他相关因素的重要性相比较而定。在确定何谓公平合理利用时，应综合考虑所有相关因素，并根据所有因素得出结论。但是，在权衡对跨界含水层或含水层系统的不同类别用途时，应该特别重视人类的基本需要。

## 评 注

(1) 第 5 条草案列举了在确定第 4 条草案所规定的公平合理利用时须考虑的因素。把这些因素组织起来，使适用于“公平使用”的因素同适用于“合理利用”的因素区别开来，并不容易。有时候，某些因素适用于两种情况。然而，对各项的安排是为了实现内部的连贯性和逻辑，并没有建立任何优先顺序排列，除了本条草案第 2 款中规定的那种顺序以外。“因素”包括“情况”。公平合理利用的规则必须是普遍性和灵活的，为了加以适当运用，含水层国必须考虑资源的具体因素和情况以及有关含水层国的需要。在具体事例中，什么是公平合理的利用将取决于所有相关因素和情况的权衡。本条草案基本上照搬 1997 年《水道公约》第 6 条。

(2) (c)项使用了“自然特性”一词，而不是列举含水层自然特性的各种因素，像 1997 年《水道公约》所列的那样。其原因是应把自然性质因素作为含水层特性、而不是作为单个因素逐个加以考虑。自然特性是指用来界定和辨别某一特定含水层的物理特性。如采取系统的方法，可将自然性质分为三种类型：投入变量、产出变量和系统变量。投入变量与地下水从降水、河流和湖泊中获取的补给有关。产出变量与地下水向泉水、河流的排泄有关。系统变量与含水层的传导性(渗透性)以及说明系统状况的储水性有关。它们是地下水位分布和水的特性，如温度、硬度、酸碱度(酸性和碱性)、导电性能以及总溶解固体量等。这三类变量加在一起说明了含水层数量、质量和动态等特性。实际上，这些特性与关于数据和资料定期交流的第 8 条第 1 款草案确定的那些特性相同。

(3) (g)项涉及对于含水层的某一已规划或现有的用途是否存在替代办法。在实践中，替代办法所以是另一个供水来源的形式，其中最关键的因素是：与含水层已规划或现有的用途相比，它应具有同等的可行性、实用性和成本效益。对于每个替代办法，都应进行成本收益分析。除了可行性和可持续性之外，替代办法的服务期限在分

析中的作用也很重要。例如，一个可持续的替代办法从含水层的补给排泄比率来说可能是更好的，但其利用期可能不如一个有控制的耗减替代办法那么长。

(4) (d)项至(i)项所列因素是 1997 年《水道公约》中未列的新增因素。(d)项至(i)项所列因素是 1997 年《水道公约》中未列的新增因素。(d)项所述的对含水层或含水层系统的形成和水补给所起的作用是指位于各含水层国的含水层的相对大小以及补给区所在的每一国家的水补给过程的相对重要性。第 1 款(i)项似乎不完全属于某类因素。“作用”是指含水层在有关的生态系统中的各种有目的的用途。尤其是在干旱地区，这可能是一个应考虑的因素。在科学界，“生态系统”一词存在着不同的含义。

“有关生态系统”必须与第 10 条草案的“生态系统”一并考虑。它是指依赖于含水层或含水层所储存的地下水的生态系统。该生态系统可能存在于含水层、如喀斯特含水层内部，而且其生存依靠含水层的正常运作。有关生态系统也可能存在于含水层之外，其生存依靠含水层的一定数量或质量的地下水。例如，一些湖泊的生态系统依赖于含水层。湖泊可能有复杂的地下水水流系统与之相连。一些湖泊的整个湖底有地下水流入。一些湖泊的整个湖底都向含水层渗漏。另外一些湖泊的部分湖底有地下水流入，其他部分的湖底则向含水层渗漏流失。抽取地下水导致湖泊水位下降可能影响湖泊所支撑的生态系统。地下水向湖泊的排水量减少会给溶解的化学成分的流入造成很大影响，即使此类排水量在湖水注入总量中只占很小一部分，从而可能导致湖泊的主要成分、如养分和溶解氧等的改变。

(5) 第 2 款澄清在确定什么是合理公平利用时，应当综合考虑所有相关因素，并根据所有因素作出结论。个人因素的重要性以及其相关性，会随着情况而变化，这仍然是一项有效的考虑因素。不过，在权衡各种不同的利用时，应该特别考虑到人类的基本需要。应该记得，在拟订 1997 年《水道公约》时，全体工作组注意到了有关“人类生活的必需”的以下的谅解声明：“在确定‘人类基本需要’时，应该特别注意，提供足够的水来维持人类生命，既包括饮用水，也包括生产粮食以防止饥饿所需要的水。”<sup>32</sup>

---

<sup>32</sup> 第六委员会全体工作组会议报告，1997 年 4 月 11 日第 A/51/869 号文件，第 8 段。



## 第 6 条

### 不造成重大损害的义务

1. 含水层国在本国领土内使用跨界含水层或含水层系统时，应采取一切妥善措施，防止对其他含水层国或排泄区位于其境内的其他国家造成重大损害。

2. 含水层国在从事利用跨界含水层或含水层系统以外的活动、但对该跨界含水层或含水层系统具有或可能具有影响时，应采取一切妥善措施，防止通过该含水层或含水层系统对其他含水层国或排泄区位于其境内的其他国家造成重大损害。

3. 如果仍对其他含水层国或排泄区位于其境内的其他国家造成重大损害，其活动造成损害的含水层国对第 4 条和第 5 条草案的规定予以应有注意，应同受影响国协商，采取一切妥善应对措施，消除或减轻这种损害。

### 评 注

(1) 除了第 4 条草案以外，第 6 条草案还涉及含水层国的另一项基本原则。它涉及第 1 条草案所规定的利用和利用以外的活动造成重大损害的问题，以及尽管作出了应有的努力、仍造成重大损害时着手消除或减轻这种损害的问题。这些方面的问题分别在第 1、第 2 和第 3 款中处理。除了含水层国以外，跨界含水层的排泄区位于其领土内的国家也最有可能受到这一条草案所述情况的影响。因此，将该条草案扩大到包括这种其他国家。

(2) 使用自己财产时，不得损害别人的财产，这是国际责任的一项既定原则。本条草案所包含的义务是“采取一切适当措施”的义务。对于第 1 款，它隐含的意思是，对其他含水层国的损害是通过跨界含水层造成的。第 2 款明确表示，本条草案只适用于“通过该含水层或含水层系统”对其他含水层国造成的损害。

(3) 关于先前工作中“重大”损害的门槛问题，委员会已了解“重大”的含义，是超过“察觉”，但不必达到“严重”或“巨大”的水平。<sup>33</sup> “重大”损害的门

---

<sup>33</sup> 例如见国际水道非航行使用法条款草案评注，《1994 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 222 段；关于预防危险活动的越境损害条款草案的评注，《2001 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 98 段；和危险活动造成跨界损害的损失分配原则草案，大会正式记录，第六十一届会议，补编第 10 号(A/61/10)，第 67 段。

槛是灵活和相对的概念。在每一个具体情况下都必须顾及事实上的考虑因素，而不是法律上的决定，在这种情形下，也考虑到含水层的脆弱性。

(4) 第 3 款处理即使含水层国采取一切适当措施仍然发生重大损害的可能情况。该款中提及的“活动”包括第 1 条中第 1 款和第 2 款中所规定的“利用”和“其他活动”。这种事件有可能发生，因为这些活动可能造成损害，而这种风险可能无法排除。含水层国采取的适当反应措施也可能包括恢复措施。

(5) 第 6 条草案对尽管作出努力以防止损害、仍然发生重大损害情况下的赔偿问题保持沉默。据了解，赔偿问题是将由其他国际法规则予以约束的领域，例如涉及国家责任的规则，或涉及国际法不加禁止的行为的国际责任的规则，因而不需要在本条款草案中特别处理。

## 第 7 条

### 一般合作义务

1. 含水层国应在主权平等、领土完整、可持续发展、互利和善意的基础上进行合作，使跨界含水层或含水层系统得到公平合理利用和适当保护。
2. 为了第 1 款的目的，含水层国应当设立联合合作机制。

## 评 注

(1) 第 7 条草案确定了各含水层国相互合作的一般义务的原则以及开展此类合作的程序。含水层国之间的合作是共享自然资源的前提，而该条草案提供了就具体的合作形式，如定期交换数据和资料以及保护、保全和管理等适用本条规定的背景。1972 年《关于人类环境的斯德哥尔摩宣言》原则 24 说明了合作义务的重要性。联合国在 1977 年马尔普拉塔行动计划水事会议上、以及在 1992 年联合国环境与发展大会《21 世纪议程》第 18 章“保护淡水资源质量和供应：对水资源的开发、管理和利用采取综合性办法”中、确认了该义务对于本问题的重要性。关于地表水和地下水问题的各种各样的国际文书，要求各方就跨界含水层的保护、保全和管理进行合作。<sup>34</sup>

---

<sup>34</sup> 《东盟保护自然和自然资源协定》(1985 年)、《保护与使用越境水道和国际湖泊公约》(《1992 年赫尔辛基公约》)、《1992 年保护与使用越境水道和国际湖泊公约之水与健康问题议定书》(1999 年)、《可持续利用多瑙河合作公约》(1994 年)、《保护莱茵河公约》(1999 年)、《保护自然和自然资源非洲公约》(2003 年)、《喀尔巴阡山脉保护和可持续发展框架公约》(2003 年)、《坦噶尼喀湖可持续发展公约》(2003 年)、《维多利亚湖盆地可持续发展议定书》(2003 年)。



(2) 第 1 款规定使用的基础和目标，基本上转载了 1997 年的水道公约第 8 条的案文。强调“主权平等”和“领土完整”的原则是合作的基础。“可持续发展”也已被列为必须考虑到的一般原则。“可持续发展”一词是指一般可持续发展的原则，应该同“可持续利用”的概念区分开来。<sup>35</sup>

(3) 第 2 款规定应建立“联合合作机制”，即各含水层国之间共同商定的决策办法。它并不排除使用现有机制的可能性。实际上，它是指有关含水层国为达到特定目的而建立的委员会、管理当局或其他机构。此类机构的职责由相关各含水层国决定。合作的类型可包括交流信息和数据库，确保数据库的兼容性，协调通信、监测、预警和报警系统、管理以及研究和开发等。这样一个机构的职责由有关含水层国决定。这种机制对于避免含水层国之间的纠纷也很有用。

(4) 长期以来，欧洲有建立各种国际河流委员会的传统，如保护莱茵河国际委员会、马斯河委员会、多瑙河委员会等。在这些委员会内部，或与其密切合作，还有一些双边跨界委员会，如荷兰—德国常设跨界水事委员会。现有的委员会主要处理地面水问题。《欧盟水道框架指令 2000/60/EC》<sup>36</sup> 主要由负责划界和监测工作的委员会执行。这些委员会也将日益负责跨界含水层的管理工作。<sup>37</sup> 在世界其他地方，委员会希望这类的区域组织也将为促进建立类似的联合机制发挥作用。<sup>38</sup> 委员会还指出，边界沿线的地方政府也建立了许多联合机制，例如日内瓦州与上萨瓦省于 1996 年建立的法国—瑞士日内瓦含水层委员会。

## 第 8 条

### 数据和资料的定期交流

1. 根据第 7 条草案，含水层国应定期交流关于其跨界含水层或含水层系统状况的现成数据和资料，特别是地质、水文地质、水文、气象和生态性

---

<sup>35</sup> 见第 4 条草案的评注第(4)段。

<sup>36</sup> 欧盟议会和欧洲理事会于 2000 年 10 月通过了《制定水道政策方面共同体行动框架指令 2000/60/EC》。

<sup>37</sup> 《欧盟水道框架指令》要求成员国制定管理规划。也见欧洲经委会《监测和评估地下水准则》(2000 年)第 2 条和第 8 条。也见关于保护地下水的地下水子系指令(指令 2006/118/EC)。

<sup>38</sup> 非洲联盟：《关于保护自然及自然资源的非洲公约》(2003 年 7 月 11 日，马普托)第 7 条(水)第 3 款；南部非洲发展共同体：《关于修正的南部非洲发展共同体共有水资源议定书执行的机构框架》(2000 年 8 月 7 日，温得和克)第 5 条。

质的数据和资料和与含水层或含水层系统的水文化学有关的数据和资料，以及相关的预报。

2. 在对一跨界含水层或含水层系统的性质和范围不完全掌握的情况下，有关含水层国应根据现行的做法和标准，尽力收集和提供有关此一含水层或含水层系统的更完整的数据和资料。它们应单独或共同，并酌情协同或通过国际组织，采取这种行动。

3. 如果一含水层国请求另一含水层国提供关于含水层或含水层系统的非现成数据和资料，后者应尽力满足请求。被请求国可附带条件，要求请求国支付收集和酌情处理这种数据或资料的合理费用。

4. 含水层国应酌情尽力收集和处理这种数据和资料，以便于获取数据和资料的其他含水层国予以利用。

## 评 注

(1) 数据和资料的定期交流是各含水层国进行合作的第一步。对 1997 年《水道公约》第 9 条的案文作了调整，以适应含水层的特性。它规定了各含水层国为确保跨界含水层的公平合理利用而进行数据和资料交流的一般性最低要求。含水层国需要关于含水层状况的数据和资料，以落实第 5 条草案。该条草案呼吁各含水层国在履行第 4 条草案所规定的公平合理利用含水层的义务时，应考虑“所有相关因素和情况”。当然，第 8 条草案所载的规则是备用的，适用于对此问题没有特别商定管理办法的情况，而且并不妨碍有关各国就某一特定跨界含水层所达成的安排所确定的管理办法。实际上，鉴于有关跨界含水层的特性，各含水层国显然需要相互之间达成此类协定，以便针对数据和资料的收集和交流作出规定。

(2) 第 1 款关于定期进行资料和数据交流的要求旨在确保各含水层国掌握履行第 4、第 5 和第 6 条草案规定义务所需的事实。通过要求“定期”交流数据和资料，第 1 款规定了一个持续、系统的过程，以别于专门为诸如第 15 条草案所规定的各种既定行动提供资料。第 1 款要求各含水层国所交流的数据和资料必须是“现成的”。这一表述旨在表明，作为一般法律责任，含水层国只有义务提供这类现成的数据和资料，如那些它为自己使用而已经收集的或很容易获得的数据或资料。在某一具体情况下，数据和资料是否“现成”，取决于对获得这些数据和资料所需要付出的努力和成本等类因素的客观评估，同时应考虑被请求的含水层国的人力、技术、资金和其他有关资源。因此，第 1 款和第 3 款使用的“现成”一词是一个专门术语，其含义大体相

当于“根据所有相关情况”或“可行的”，而不是“合理地”或“必然的”。很多协议都提及数据和资料交流的重要性。<sup>39</sup>

(3) 第 1 款“特别是地质、水文地质、水文、气象和生态方面的数据和资料以及含水层或含水层系统的水文化学有关的数据和资料”是指用来界定和辨别含水层特性的数据和资料。“地质”指含水层发源地的年龄、组成和结构。“水文地质”指含水层储存、输送和排泄地下水的功能。“水文”指除水循环中地下水之外的因素，主要是指对含水层的补给、含水层的形态、储存和排泄十分重要的有效降水或地面水。有效降水是降水中进入含水层的部分。换言之，它是总降水量减去蒸发、地表流失的水量以及植物吸收的水量。“气象”提供计算蒸发所必需的降水、温度和湿度等数据。“生态”提供计算植物蒸发所必需的有关植物的数据。“水文化学”提供确定水质所必需的关于水的化学成分的数据。第 1 款规定含水层国不仅应交流有关含水层现状的数据和资料，而且还应交流有关的预报。这里所规定的预报涉及天气模式及其对水位和水流、补给和排泄量、可预测的冰川状况、目前利用活动可能造成的长期影响以及生物资源的状况或迁移等可能造成的影响。即使在相对少见的含水层国未利用或没有计划利用跨界含水层的情况下，第 1 款的规定仍适用。

(4) 第 2 款的措辞意在充分承认，缺乏关于一些含水层的性质和范围的数据和知识。这条草案中的数据和信息涉及到有关含水层状况的数据和资料。这些数据和资料，不仅包括原始统计数字，也包括研究和分析的成果。关于监测、含水层的利用、影响含水层的其他活动、以及它们对含水层的影响的数据和资料，在以后的条款草案中处理。另外有必要鼓励各国建立含水层的详细目录。许多国家仍然不知道它们的含水层的范围、质量和数量。

(5) 第 3 款涉及要求被请求国提供非现成的数据或资料的情况。在此种情况下，被请求国应“尽力”满足请求。它应本着善意和合作的精神尽力提供提出请求的含水层国所要求提供的数据或资料。如没有与之相反的协议，含水层国可不必对所交流的数据或资料进行处理。但根据第 3 款草案的规定，它们应尽最大努力满足请求。

---

<sup>39</sup> 《保护与使用越境水道和国际湖泊公约》(1992 年《赫尔辛基公约》)、《努比亚沙岩含水层系统利用问题区域战略拟订方案》(2000 年)、《喀尔巴阡山脉保护及其可持续发展框架公约》(2003 年)、《保护自然和自然资源非洲公约》(2003 年)、《保护和可持续利用多瑙河合作公约》(1994 年)、《莫桑比克共和国、南非共和国和斯威士兰王国关于合作保护和可持续利用因科马蒂和马普托河水道水资源的三方临时议定书》(2002 年)、《萨瓦河盆地国际框架协定》(2002 年)、《坦噶尼喀湖可持续发展公约》(2003 年)、《维多利亚湖盆地可持续发展议定书》(2003 年)、《1978 年美利坚合众国与加拿大大湖地区水质协定》修订议定书(1983 年修订)、以及《保护和可持续利用西班牙-葡萄牙水文流域的水域合作协定》(1998 年)。

被请求国可对其满足请求附带条件，要求请求国支付为收集和必要时处理这些数据的合理费用。“必要时”一词旨在提供一定的灵活性，有必要这样做是出于几方面的原因。在一些情况下，为使这些数据或资料不必进行处理便能为他国所用。但在另外一些情况下，为确保有关材料能被他国所用，可能有必要进行这种处理，但这可能给提供材料的国家造成不应有的负担。

(6) 为使数据和资料对含水层国有实际价值，它们必须易于使用。因此，第 4 款要求含水层国“尽力收集和處理这种数据和资料，以便于”其他含水层国“利用”。应该集体努力整合，在任何可能情况下，促使现有的数据库资料相互兼容。

## 第 9 条

### 双边和区域协定和安排

为了管理一个特定的跨界含水层或含水层系统的目的，鼓励含水层国相互达成双边或区域协定或安排。它们可就整个含水层或含水层系统或其中任何部分或某一特定工程、项目或利用达成此种协定或安排，除非此种协定或安排在未经其明示同意的情况下，对一个或多个其他含水层国利用该含水层或含水层系统的水资源造成重大不利影响。

## 评 注

(1) 必须强调，适当顾及区域历史、政治、社会和经济特点以及跨界含水层具体情况的双边或区域协定和安排十分重要。因此，本条草案被放置在处理一般原则的第二部分。第一句吁请含水层国相互合作，为管理某个特定跨界含水层之目的达成双边或区域协定或安排。将这一事项保留给与特定含水层有关的含水层国处理的概念，是以《联合国海洋法公约》中所阐述的原则为依据。<sup>40</sup> 这一概念也与 1997 年《水道公约》第 3 条所规定的“水道协定”相应。已经达成了许多关于地表水道的双边和区域协定。关于地下水，此种国际集体措施仍然处于酝酿阶段，合作框架尚待适当形成。因此，除了“协定”以外，又使用了“安排”一词。

(2) 本条草案还规定，有关国家应该有平等的机会参加此类协定或安排。可就整个含水层或含水层系统或其中任何部分或某一特定工程、项目或利用达成此类协定

---

<sup>40</sup> 《联合国海洋法公约》第 118 条(各国在养护和管理公海生物资源方面的合作)和第 197 条(在全球性或区域性的基础上的合作)。

或安排。当某项协定或安排是针对整个含水层或含水层系统时，除极个别情况外，共同拥有同一含水层或含水层系统的所有含水层国很可能被包括在内。另一方面，当某项协定或安排只针对含水层或含水层系统的一部分或只针对某一特定工程时，只有共同拥有同一含水层的少数含水层国被包括在内。无论怎样，第二句为各含水层国规定了义务，它们不得在未经受影响的国家明示同意的情况下，达成可能对被排除在外的含水层国之地位造成不利影响的协定或安排。这并不意味着向那些其他国家授予否决权。是否对被排除在外的含水层国产生重大不利影响，只能在逐案处理的基础上予以确定。

### 第三部分

#### 保护、保全和管理

#### 第 10 条

##### 生态系统的保护和保全

含水层国应采取一切适当措施，保护和保全跨界含水层或含水层系统内的、或赖以生存的生态系统，包括采取措施以确保持含水层或含水层系统所保留的水以及经排泄区排出的水的质量和数量足以保护和保全这类生态系统。

#### 评 注

(1) 在第三部分一开始，第 10 条草案即规定一个一般性义务，即：必须确保所排出水达到足够质量和充足数量，从而保护和保全跨界含水层内的生态系统以及依赖于该含水层的外部生态系统。与《联合国海洋法公约》第 192 条和 1997 年《水道公约》第 20 条一样，第 10 条草案包含保护和保全两方面的义务。这些义务涉及含水层内部和外部的“生态系统”。“生态系统”一般指由有生命和无生命成分构成的生态单位；这些成分相互依存，并作为一个群落发挥作用。对生态系统某一组成部分产生作用的外部影响可能会引起其他组成部分作出反应，可能会打破整个生态系统的平衡。这样的“外部影响”或干扰可能会损害或破坏生态系统作为一个生命支持系统发挥作用的能力。

(2) 保护和保全含水层内的生态系统的方式，不同于保护和保全依赖于含水层的外部生态系统的方式。保护和保全含水层内的水生生态系统，有助于确保它作为生

命支持系统持续存在的可行性。对所排出水的质和量的保护和保全对绿洲和湖泊等外部生态系统有极大的影响。含水层国在补给区和排泄区保护和维护生态环境应遵守第 11 条草案第 2 款的规定。

(3) “保护”生态系统的义务要求含水层国保护生态系统免遭损害或破坏。“保全”生态系统的义务则主要适用于原始的或未遭破坏的淡水生态系统。它要求必须以适当的方式对待这些生态系统，使其尽可能保持自然状态。保护和保全水生态系统这两种措施一并使用，有助于确保其作为生命支持系统持续存在。

(4) 含水层国采取“一切适当措施”的义务仅限于保护有关生态系统。这使各国在履行本条款规定的义务时拥有更大的灵活性。委员会特别指出，在一些情况下，出于其他考虑，可以对一个生态系统作出相当的改变，包括按照条款草案的规定而计划使用含水层等。

(5) 关于第 10 条草案所包含的义务，在成员国实践和国际组织工作中可以找到大量的先例。1985 年《东盟保护自然和自然资源协定》对保护物种和生态系统以及保护生态过程的义务作出了规定。<sup>41</sup>《保护与使用越境水道和国际湖泊公约》(1992 年《赫尔辛基公约》)规定成员国有义务“确保养护并在必要时恢复生态系统”。

《1992 年保护与使用越境水道和国际湖泊公约之水与健康问题议定书》(《1999 年伦敦议定书》)规定成员国有义务“采取一切适当措施以确保有效保护水资源作为饮用水来源并保护与此相关的水生态系统，使用免受其他活动的污染”。2002 年《莫桑比克共和国、南非共和国和斯威士兰王国关于合作保护和可持续利用因科马蒂和马普托河水道水资源的三方临时议定书》规定，“缔约国应单独或酌情联合采取一切措施，保护和保全因科马蒂和马普托河水道的生态系统”。2003 年《维多利亚湖盆地可持续发展议定书》规定了“单独、联合或酌情邀请所有有关各方共同参与，采取一切适当措施保护、养护或在必要时恢复盆地及其生态系统”的义务。

## 第 11 条

### 补给区和排泄区

1. 含水层国应查明其境内存在的跨界含水层或含水层系统的补给区和排泄区，并应采取妥善措施，以防止和最大限度减少对补给和排泄过程的有害影响。

---

<sup>41</sup> 《东盟保护自然和自然资源协定》(1985 年)。



2. 补给区或排泄区全部或部分位于其境内，而相对于有关含水层或含水层系统而言不属于含水层国的所有国家，应与含水层国合作，以保护该含水层或含水层系统和相关的生态系统。

## 评 注

(1) 地下水专家解释了采取措施保护和保全补给区和排泄区以确保含水层正常运行的重要性。维持补给或排泄的过程对于含水层的适当运作是至关重要的。根据第 2 条草案(a)项的定义，补给区和排泄区位于含水层以外。因此，需要制定专门的条款草案对这些区域进行管理。第 1 款规定了含水层国在保护其跨界含水层的补给区和排泄区方面的义务。可分为两个层次履行这些义务。第一个层次是含水层国有义务查明其跨界含水层的补给区和排泄区，第二个层次是采取适当措施以防止补给和排泄过程受到破坏性的影响或使这种影响减至最小。补给区和排泄区一经查明，且如其位于有关含水层国境内，该国便有义务采取特别措施，最大限度减少对补给和排泄过程的有害影响。这些措施对保护和保全含水层起着关键的作用。人们注意到，在补给区内采取一切措施防止污染物进入含水层至关重要。但是，将保护补给区、防止污染含水层的义务纳入第 12 条草案处理更为合适；该条专门处理污染问题。

(2) 第 2 款处理的是这样的情况，即某一特定跨界含水层的补给区和排泄区所在国可能不是共同拥有该跨界含水层的国家。考虑到补给和排泄过程的重要性，有补给区或排泄区位于其境内的非含水层国必须与含水层国合作，以保护含水层及其相关生态系统。在这方面应注意到，第 7 条草案规定含水层国有开展合作的一般性义务。

## 第 12 条

### 防止、减少和控制污染

含水层国应单独，并在适当情况下，共同防止、减少和控制可能给其他含水层国造成重大损害，包括通过补水过程，对跨界含水层或含水层系统的污染。鉴于跨界含水层或含水层系统的性质和范围并不确定并且易受污染，含水层国应采取审慎态度。

## 评 注

(1) 第 12 条草案规定了含水层国在防止、减少和控制可能对其他含水层国造成重大损害的跨界含水层污染方面所承担的一般性义务。这种损害是通过跨界含水层以

及与含水层有关的环境造成的。这里涉及的问题实际上是含水层水质问题。本条是第 4 条及第 6 条草案所包含的一般原则的具体应用。

(2) 有的跨界含水层仍未被污染，有的已遭到不同程度的污染。鉴于这种情况，第 12 条草案针对不同的污染状况使用了“防止、减少和控制”的表述。1982 年《联合国海洋法公约》有关海洋污染的部分以及 1997 年《水道公约》均使用了该表述。<sup>42</sup> 海洋环境和国际水道这两者情况类似。“防止”义务针对的是新污染，“减少”和“控制”义务针对的则是现存污染。与第 10 条草案有关“保护”生态系统的义务一样，“防止……可能造成重大损害的……污染”的义务包括应对防止此类损害的威胁作出应有的努力。本条使用“可能造成”的措词来表示这一义务。要求含水层国“减少和控制”已有的污染，反映了含水层国的实践。在一些情况下，要求立即消除造成损害的现有污染可能非常困难，特别是当制造污染的含水层国遭受的损失与受到损害的含水层国可能得到的好处相差悬殊时更是如此。另一方面，如制造污染的含水层国未能作出应有的努力将污染减少到可以接受的水平，则受害国有权宣布污染国违反了其应尽的义务。

(3) 本条草案要求“单独、并在适当情况下共同”采取有关措施。共同采取行动的义务源自第 7 条草案，特别是其第 2 款所包含的一些一般义务。

(4) 防止、减少和控制的义务均适用于“可能对其他含水层国造成重大损害”的污染。未达到这一标准的污染不属于本条款范围，但在一些情况下可受第 10 条草案约束。

(5) 本条草案第二句规定，含水层国有采取“审慎态度”的义务。考虑到含水层的脆弱性和科学上的不确定性，有必要采取审慎态度。委员会非常清楚关于“审慎态度”的概念和“审慎原则”的不同意见。基于这两个概念如以诚信的方式实施实际上会导致相似的结果这一谅解，委员会决定采取“审慎态度”这一措辞，这一措辞的

---

<sup>42</sup> 例如见《联合国海洋法公约》第 195 和第 196 条（分别是：不将损害或危险转移或将一种污染转变成另一种污染的义务；技术的使用或外来的或新的物种的引进）和 1997 年《水道公约》第 21 条（预防、减少和控制污染）。



争议也较小。的确，有一些区域条约或公约明确提到“审慎原则”。<sup>43</sup> 但全球性的条约或公约使用了“审慎态度”或“审慎措施”等不同的表述。<sup>44</sup>

## 第 13 条

### 监 测

1. 含水层国应监测其跨界含水层或含水层系统。在可能的情况下，含水层国应与其他有关含水层国联合开展监测活动，并且在适当的情况下与主管的国际组织进行协作。如果无法以联合方式开展监测活动，含水层国应相互交流监测所得数据。

2. 含水层国应使用商定的或统一的标准和方法监测其跨界含水层或含水层系统。它们应当根据一个商定的含水层或含水层系统的概念模式，确定须监测的重要参数。这些参数应包括第 8 条第 1 款草案所列的含水层或含水层系统的状况参数，以及含水层和含水层系统的利用情况参数。

### 评 注

(1) 第 13 条草案适用于含水层国，并充当关于管理的第 14 条草案的先驱。多数地下水专家(科学家和管理人员)强调：对妥善管理跨界含水层而言，监测是必不可少的。在实践中，监测活动最先通常由相关国家单独发起，而且在很多情况下由地方

---

<sup>43</sup> 《保护东北大西洋海洋环境公约》(1992 年《奥斯巴公约》)，ILM vol.32(1993)，第 1032 页；《保护波罗的海地区海洋环境公约》(1992 年)，《联合国海洋法简报》第 22 号(1993 年)，第 54 页；1995 年修订的《保护地中海海洋环境和沿海区域公约》，联合国环境署《……多边条约选》，第 448 页；《保护与使用越境水道和国际湖泊公约》(1992 年《赫尔辛基公约》)，《联合国条约汇编》，第 1936 卷，第 269 页；《建立欧洲共同体条约》和《关于禁止向非洲进口和在非洲内部管制危险废物的越境移动和管理的公约》(1991 年《巴马科公约》)，ILM vol.30 (1991)，第 773 页；《1992 年保护与使用越境水道和国际湖泊公约之水与健康问题议定书》(1999 年《伦敦议定书》)，联合国文件 MP.WAT/2000/1；《保护喀尔巴阡山脉及其可持续发展框架公约》(2003 年)，联合国文件 ECE/CEP 104；《保护和可持续利用多瑙河合作公约》(1994 年)，O.J.L.342, 1997 年 12 月 12 日，第 31 页；《保护莱茵河公约》(1999 年)，O.J.L.289, 2000 年 11 月 16 日，第 31 页；《坦噶尼喀湖盆地可持续发展公约》(2003 年)，FAOLEX (粮农组织网上法律信息库)；《维多利亚湖盆地可持续发展公约》(2003 年)，FAOLEX (粮农组织网上法律信息库)。

<sup>44</sup> 例如，《防止倾倒废物及其他物质污染海洋的公约》的 1996 年议定书(1996 年《伦敦议定书》)(ILM vol.36 (1997)，第 7 页)以及《执行 1982 年 12 月 10 日联合国海洋法公约有关养护和管理跨界鱼类种群和高度洄游鱼类种群的规定协定》(1995 年)(《联合国条约汇编》，第 2167 卷，第 3 页)均使用了“审慎态度”的表述。《联合国气候变化框架公约》(1992 年)(《联合国条约汇编》，第 1771 卷，第 107 页)，规定了采取“审慎措施”的义务。

政府发起，然后发展成为有关相邻国家的联合行动。但专家一致认为，最终和最理想的监测是根据商定的含水层概念模式进行联合监测。如果含水层国共同监测不可行，它们须分享监测活动的数据。

(2) 第 1 款规定了监测的一般义务，以及无论是共同或单独进行的这种监测活动的顺序。监测的目的是：(a) 查明某一特定跨界含水层的状况和利用情况，以便采取有效措施进行保护、保全和管理；(b) 对含水层进行定期监测，以便在早期获得任何关于变化或损害的信息。通过国际合作开展有效的监测，还有利于进一步掌握跨界含水层的科学知识。不仅需要监测含水层的状况，还需要对含水层的利用情况、如地下水的抽取和人工补给情况进行监测。通过国际合作开展有效的监测，还有利于进一步掌握跨界含水层的科学知识。监测的重要性在很多国际文书中得到了广泛的承认。这方面的例子包括欧洲经济委员会制订的 1989 年《地下水管理章程》<sup>45</sup>、2000 年《地下水监测和评估准则》<sup>46</sup>、《保护与使用越境水道和国际湖泊公约》(1992 年《赫尔辛基公约》)以及《保护自然和自然资源非洲公约》(2003 年《马普托公约》)。

(3) 各种不同的国际文书均包含就特定的跨界含水层开展联合监测的内容。其中一个例子是 2000 年制订的《努比亚沙岩含水层系统利用问题区域战略拟订方案》。为执行该方案而达成的一项协定是《监测和数据分享的职责范围》。<sup>47</sup> 2003 年《保护喀尔巴阡山脉及其可持续发展框架公约》规定成员国有义务执行旨在开展联合或互补性监测项目的政策，如对环境状况进行系统监测等。1994 年《保护和可持续利用多瑙河合作公约》规定，缔约国不仅有义务协调单独进行的监测活动，还有义务就多瑙河集水区域的河流状况，包括水质水量、沉积、河流生态系统等，制订并执行联合监测方案。《欧盟指令 2000/60/EC》规定，“成员国应确保建立水文状况监测方案，以对每条河流流域的水文状况进行连贯和全面的评估。”

(4) 如果含水层国同意建立此类联合机制，则是最有效的办法。但在很多情况下，有关含水层国尚未启动磋商或未就建立联合机制达成协议。即使在这种情况下，这些国家至少也有义务单独开展监测活动，并与其他有关含水层国分享监测结果。2003 年《保护自然和自然资源非洲公约》规定，各缔约方有义务监测其自然资源状况、以及开发活动和项目对自然资源造成的影响。2003 年《坦噶尼喀湖盆地可持续

---

<sup>45</sup> 欧洲经委会于 1989 年通过。见 E/ECE/1197, ECE/ENVWA/12。

<sup>46</sup> 这些是联合国欧洲经委会监测与评估工作组根据《保护和使用越境水道和国际湖泊公约》(1992 年于赫尔辛基)起草的，并由《公约》缔约国于 2000 年 3 月通过。

<sup>47</sup> 这些协定是在方案框架内制订的，但尚未生效。

发展公约》关于防止和控制污染的条款含有监测的义务。2003 年《维多利亚湖盆地可持续发展议定书》规定，各成员国有义务以标准化的统一方式开展监测活动。

(5) 第 13 条草案还与关于数据和资料定期交流的第 8 条草案有关。要履行定期交流数据和资料的义务，就必须进行有效的监测。但第 8 条草案所要求的数据和资料仅限于有关含水层状况的那些数据和资料。第 2 款比较直接地述及监测的方式和参数。它规定了含水层国开展有效监测义务的核心要素，即商定或统一监测的标准和方法。没有商定或统一的标准和方法，则收集的数据没有用处。一国要能够使用其他国家收集的数据，必须先了解这些数据是何地、何地收集的，这些数据是什么，为什么以及怎样收集这些数据。有了这些“元数据”(数据的数据)，一国即可以独立地评估这些数据的质量。如果这些数据达到了最低标准，该国便可以进而调整这些现有数据并对被整理过的数据库作出解释。以法国—瑞士日内瓦含水层委员会为例，双方从各自的数据标准开始，经过一段时期的实践，达到了数据的一致化。为了选定监测的关键参数，含水层国还应就特定含水层的概念模式达成一致。这里有两类概念模式：一种是物理矩阵，另一种是水力模型。含水层国可以在开始时商定采用一种模式。随着它们通过监测对含水层有了更好的了解，再对模式进行调整。进行监测的关键参数包括含水层的状况以及含水层利用情况。关于含水层状况的数据涉及范围、几何形状、水流途径、静水压分布、流量、水质化学等数据，与第 8 条第 1 款草案列举的领域相同。

(6) 2002 年《莫桑比克共和国、南非共和国和斯威士兰王国关于合作保护和可持续利用因科马蒂和马普托河水道水资源的临时议定书》规定：各缔约方有义务建立类似的监测系统、方法和程序，并执行一项定期监测方案；监测范围包括因科马蒂和马普托河水道的生物和化学特征。各缔约方还应按照向“三方常设技术委员会”规定的期限，定期就与上述水道水质有关的水文、海洋和河岸生态系统的状况和趋势提交报告。2002 年《萨瓦河盆地框架协定》规定，各缔约方应共同商定，就协定的执行情况根据协定开展的活动而确立一项长期监测的方法。

(7) 尽管一般义务的表述采用了强制性的语言，但为推动各国履行主要义务，对其履行方式仍采取建议的形式。如果含水层或含水层系统尚未利用，则监测工作通常没有那么重要。

## 第 14 条

### 管 理

含水层国应制订并执行规划，以根据本条款草案的规定妥当管理跨界含水层或含水层系统。含水层国应根据它们中任何一国的请求，就跨界含水层或含水层系统的管理进行协商。应酌情建立联合管理机制。

### 评 注

(1) 第 14 条草案规定含水层国有义务制订和执行各种妥善管理其跨界含水层的规划。鉴于国家对境内含水层的主权以及含水层国之间开展合作的需要，本条款草案包含了两类义务。首先，各含水层国均有义务制订并执行自己的含水层管理规划。其次，在其他任何含水层国提出要求时，它还有义务与其他含水层国进行磋商。

(2) 1997 年《水道公约》第 24 条第 2 款规定，“‘管理’特别是指：(a) 规划国际水道的可持续发展并就所通过的任何计划的执行作出规定；(b) 以其他方式促进对水道的合理和最佳利用、保护和控制”。2000 年《南部非洲发展共同体(南共体)关于共有水道的订正议定书》也采用了完全相同的定义。该议定书于 2003 年生效。经过必要的修正，这一定义可适用于本议题，同时须考虑到第 4 条草案。

(3) 第二部分对跨界含水层的管理规则作出了规定。以公平合理的方式利用含水层、不对他国造成损害以及与其他含水层国进行合作的义务，是妥当管理跨界含水层的基础。“管理”这一用语包括了采取措施从含水层利用中获取最大长期惠益。它还包括跨界含水层的保护和保全。

(4) 本条草案第一句规定各含水层国有义务制订并执行妥善管理其含水层的规划，并对其他含水层国的权益给予应有的考虑。第二句规定，如其他任何含水层国提出要求，该国应就跨界含水层的管理与之举行磋商。最后一句规定应酌情建立联合管理机制。委员会认为，鉴于地下水专家高度重视跨界含水层的联合管理，加强这方面的义务尤其重要。委员会还认识到，在实践中，并非在所有情况下均能建立上述机制。磋商的结果由有关国家决定。各国已建立了许多联合委员会，其中很多委员会被赋予了管理的职责。特别是针对特定跨界含水层的合作模式采用了相对非正式的形式，如有关国家的主管机构或代表定期举行会议等。欧洲大多数跨界含水层规模很小，通常由跨境地区或当地政府进行管理。应鼓励地方政府之间的此类合作。为了给

这类较为不正式的联合管理模式提供依据，本条草案提及的是联合管理“机制”而非“机构”。

(5) 《保护与使用越境水道和国际湖泊公约》(1992 年《赫尔辛基公约》)规定：缔约国有义务对水道进行管理，“以便在不损及后代满足其需要的能力的同时，满足当代人的需要”。该公约《议定书》(1999 年《伦敦议定书》)进一步澄清了水道管理所应考虑的要害。2003 年《保护喀尔巴阡山脉及其可持续发展框架公约》规定了进行“河流盆地管理”的义务。2003 年《保护自然和自然资源非洲公约》规定，缔约国有义务“管理其水道，以在数量和质量上将其保持在最高水平”。

(6) 为管理特定跨界含水层，一些国家建立了区域性机构或机制。2000 年《南部非洲发展共同体(南共体)关于共有水道的订正议定书》“为对共有水道进行管理，寻求推动和促进制订共有水道协议和建立共有水道管理机构”。2002 年《萨瓦河盆地框架协定》规定缔约方有义务“合作建立可持续的水资源管理”。它还规定了“制订萨瓦河盆地水资源管理的联合及(或)一体化规划……”的义务。2003 年《坦噶尼喀湖盆地可持续发展公约》规定，缔约国有义务管理坦噶尼喀湖的自然资源并建立坦噶尼喀湖管理机构。该机构的职责之一是在坦噶尼喀湖及其盆地的管理问题上促进和代表缔约国的共同利益。2003 年《维多利亚湖盆地可持续发展议定书》规定，缔约国及该议定书建立的委员会在保护和可持续利用盆地资源方面负有制订管理规划的义务。

## 第 15 条

### 既定活动

1. 若一国有合理理由认为，其境内某项既定活动可能对跨界含水层或含水层系统造成影响，并因而可能对另一国造成重大不利影响，该国应在切实可行的情况下，对此活动可能造成的影响进行评估。

2. 一国在实施或允许实施可能影响跨界含水层或含水层系统，因而可能对另一国造成重大不利影响的既定活动之前，应将此事及时通知该国。在发出此种通知时应附上现有的技术数据和资料，包括任何环境影响评估，使被通知国能够评价既定活动可能造成的影响。

3. 若通知国和被通知国对既定活动可能造成的影响持有异议，双方应进行协商，并在必要时进行谈判，以期公平解决这种情况。它们可利用独立的事实调查机构对既定活动的影响作出公正评估。

## 评 注

(1) 值得一提的是, 1997 年《水道公约》有九项条文根据国家实践对既定活动作出了详细规定。相比之下, 由于有关含水层的国家实践很少, 这条草案采取了最低限度的做法。本条草案适用于那些有合理理由认为其境内某项既定活动可能对跨界含水层或含水层系统造成影响、并因而可能对另一国造成重大不利影响的任何国家。因此, 这项规定不仅仅适用于含水层国。

(2) 本条草案所规范的活动既可由国家机构进行, 也可由私营企业进行。本条草案列出了一系列可能采取的行动或程序。第 1 款规定了一国应事先对既定活动可能造成的影响进行评估的最低义务。只有当一国有合理理由预见到不利影响有很大可能性时, 才被要求对既定活动的潜在影响进行评估。另外, 如果评估不切实可行, 则该国不承担评估的义务。既定活动不仅包括跨界含水层的利用, 而且还包括影响或可能影响跨界含水层的其他活动。

(3) 很多不同的条约和公约均对规划特定活动的国家规定了评估方面的义务。例如, 1985 年《东盟保护自然和自然资源协定》规定, 缔约方有义务“在采取某项可能对另一缔约方的环境或自然资源或不在其管辖范围之内的环境或自然资源造成重大影响的活动前, 努力作出环境影响评估”。2003 年《保护自然和自然资源非洲公约》规定, 成员国有义务“确保在尽可能早的阶段对可能影响自然资源、生态系统和环境的政策、规划、方案、战略、项目和活动作出充分的影响评估”。1998 年《保护和可持续利用西班牙—葡萄牙水文流域的水域合作协定》规定, “缔约方应制订必要的规定, 确保对本协定所涵盖的、由于其性质、规模和地理位置而必须进行跨界影响评估的项目和活动 in 批准前按照有关规定进行评估。”另外, 《南极条约》环境保护议定书第 8 条规定, 《南极条约》所涉及区域的所有活动均应遵守环境影响评估程序。

(4) 环境影响评估的重要性在联合国起草的文书中也有所体现。例如, 联合国欧洲经济委员会编写的《地下水管理章程》(1989 年)规定, “任何经济部门中预计将对含水层造成不利影响的所有项目均应履行评估程序, 其目的是评估项目可能对含水层状况及(或)地下水资源的质量造成的影响, 尤其要注意地下水在生态系统中发挥的重要作用”。《21 世纪议程》第 18 章《保护淡水资源的质量和供应: 对水资源的开发、管理和利用采用综合性办法》(1992 年)建议, 各国可“对所有损害水质和水生态系统的重大水资源开发项目执行强制性环境影响评估”。

(5) 评估结果有助于对有关活动进行合理规划。它还是实施第 2 款和第 3 款所规定的进一步行动的基础。这些款项建立了一个程序框架来避免与既定活动有关的争端。当根据第 1 款的规定所进行的对某项既定活动的潜在影响评估表明, 该项活动将对跨界含水层造成不利影响并可能对他国造成重大不利影响时, 当事国有义务按照第 2 款的规定将这一情况通知有关国家。在发出此种通知时应附上现有的技术数据和资料, 包括环境影响评估, 并向那些可能被影响的国家提供必要的信息, 使其自己能够对既定活动可能造成的影响作出评估。

(6) 如被通知国对通知国提供的资料和评估结果感到满意, 双方就有了处理既定活动问题的共同基础。反之, 如果双方对既定活动所造成影响的评估结果有异议, 就有义务按照第 3 款的规定争取达成公平的解决办法。找到上述解决办法的前提条件是有关国家必须对可能造成的影响有相同看法。为达到上述目的, 在本条草案中规定进行协商、如果需要则进行谈判、或进行独立的实况调查, 以期对特定情况达成公平解决办法。1997 年《水道公约》第 33 条规定可强制援用此类实况调查机制。在地下水方面似乎尚无证据表明必须履行此类义务。因此, 本条规定可选择利用此类实况调查机制的提法。本条草案没有规定明确的详细程序, 不应该被视为授权采取抵消本条草案的任何行动。例如原则上, 有关国家在接到要求之后, 应避免在协商或谈判期间实施或许可实施某项既定活动, 而磋商或谈判须在合理的时间内以友好方式完成。有关各国应该本着善意采取行动。

(7) 本条草案所规定的程序依据的标准是, 既定活动可能对他国造成“重大不利影响”。这一临界线是视情况而定的, 是预测性的, 低于第 6 条草案所使用的“重大损害”。

## 第 四 部 分

### 杂 项 规 定

#### 第 16 条

#### 与发展中国家的科学技术合作

各国应直接或通过主管的国际组织, 促进与发展中国家在科学、教育、技术、法律及其他方面的合作, 以保护和管理跨界含水层或含水层系统。此类合作主要应包括:

- (a) 强化其在科学、技术和法律领域的能力建设；
- (b) 便利其参与相关国际项目；
- (c) 向其提供必要的设备和设施；
- (d) 提高其制造这种设备的能力；
- (e) 为研究、监测、教育和其他项目提供咨询意见并开发此类设施；
- (f) 为最大限度减少重大活动对跨界含水层或含水层系统的有害影响提供咨询意见并开发此类设施；
- (g) 为编写环境影响评估报告提供咨询意见；
- (h) 支持发展中国家相互交流技术知识和经验，以期增强它们在管理跨界含水层或含水层系统方面的合作。

## 评 注

(1) 第 16 条草案涉及与发展中国家的技术合作。应强调的是，在本条款草案中，采用了“合作”而不是“援助”一词。“合作”一词更好地体现了通过保护和管理含水层和含水层系统而促进发展中国家可持续增长所必需的双向过程。根据第 16 条起首语，各国必须促进科学、教育、技术、法律及其他合作，以保护和管理跨界含水层，它们可以直接或通过主管国际组织这样做。二读时列入了法律合作。有一项理解是，各项中所列活动清单既不是累积的，也不是详细无遗的。所列举的合作类型反映了各国为履行义务以促进在本条草案所列各方面进行合作可以选择的各种办法。各国不必开展所列的每一种合作，它们可以选择合作的方式，包括没有列出的合作方式，例如财政援助。

(2) 水文地质学这一地下水学科正在迅速发展。这些快速发展的新科学知识主要被发达国家掌握，而尚未被很多发展中国家完全分享。与发展中国家的科技合作已经通过主管国际组织进行。教科文组织国际水文方案在这一领域发挥着核心作用，是联合国系统的全球性政府间科学项目。它能响应国别和地区需要和要求。在主管国际组织所提供的广泛援助下，区域性安排也在顺利发展。(a)项中关于加强能力建设的更加广泛的概念是用于强调培训的需要，(h)项则强调为发展中国家间的技术知识和经验交流提供支助的需要。

(3) 本条款草案规定的义务是国家间开展合作的一种形式，来自于 1982 年《联合国海洋法公约》第 202 条(对发展中国家的科学技术援助)。1972 年《联合国人类环



境会议斯德哥尔摩宣言》指出：必须提供技术援助，辅助发展中国家的国内发展努力，并对发展中国家给予特别关注，以促进发展和保护环境(原则 9 和原则 12)。《里约环境与发展宣言》原则 7 建议采用共同而有差别的责任。该《宣言》原则 9 提到，“各国应当合作加强内部能力建设，以实现可持续发展，做法是通过交流科技知识来提高认识，并增强各种技术包括新技术和革新性技术的开发、改造、传播和转让。”

(4) 另外几部公约和条约也提及了本条草案所规定的合作内容。《保护与使用越境水道和国际湖泊公约》(1992 年《赫尔辛基公约》)规定了互助的义务。该项公约的《水与健康议定书》(1999 年《伦敦议定书》)强调，必须“教育和培训管理水资源和经营供水和环境卫生系统所需要的专业技术人员”“更新和提高其知识技能”。该议定书将需要对国家行动提供国际援助的领域列举如下：(a) 编制跨界、国家及(或)地方一级水资源管理规划以及改善供水及环境卫生系统的方案；(b) 在执行此类规划和方案时，改善各种项目、特别是基础设施项目的设计，以利于获得资金来源；(c) 有效执行这些项目；(d) 建立监测系统和预警系统、应急计划和应付与水有关的疾病的能力；(e) 制订支持《议定书》执行所需的法律；(f) 教育和培训专业和技术骨干；(g) 研究和发展预防、控制和减少与水有关的疾病的成本效益高的手段和技术；(h) 运营有效的网络，监测、评估与水有关的服务的提供情况和质量；(i) 保证监测活动的质量，包括化验室之间的可比性。还有委员指出，1994 年《联合国防治荒漠化公约》就第 6 条提及的发达国家缔约国所应承担的义务制订了专门条款。该条款列举了此类义务，其中一条是“促进和便利受影响的缔约国、特别是受影响的发展中缔约国获得适当技术知识和专门知识”。

(5) 相互合作的义务在区域性公约中也有规定。其中一个例子是 2003 年《保护自然和自然资源非洲公约》，规定缔约国有义务“按照共同商定的条件，在开发、利用、获得及转让有利于环保的技术方面确保并加强合作”，并为此“采取立法和管制措施，除其他外，对私营及公共部门开发、进口、转让和利用有利于环保的技术提供经济等方面的奖励措施”。

(6) 其他一些没有约束力的宣言也提到了科学技术援助的重要性。1977 年联合国水事会议通过的《马德普拉塔行动计划》指出，在水资源方面仍缺乏足够的科学知识。关于地下水，它建议各国应“(一) 为建立、加强记载地下水资源数量和质量特征的观测网提供援助；(二) 为建立地下水数据库、评估研究工作、确定存在的差距

以及制定未来调查和勘查方案提供援助；(三) 为获得先进技术，如地球物理方法、核技术、数学模型等，提供包括人员和设备在内的援助”。<sup>48</sup>

(7) 1992 年联合国环境与发展会议通过的《21 世纪议程》第 18 章指出，所追求的四个主要目标之一是“视需要，特别在发展中国家确定和加强或发展适当的体制、法律和财政机制，以确保水事政策及其贯彻执行成为可持续的社会进步和经济增长的催化剂”。<sup>49</sup> 它还建议“所有国家可按其能力和现有资源，通过双边或多边合作，包括斟酌情况通过联合国和其他有关组织实施下列活动，以改善其水资源的综合管理：……。 (o) 斟酌情况发展和加强有关各级的合作，包括适当时发展和加强各种机制，即：……。 (四) 在全球一级，进一步明确各国际组织和计划署的责任、分工和协调，包括促进有关水资源管理方面的讨论和经验分享”。<sup>50</sup> 它还指出，目前所追求的将水质的各个因素纳入水资源管理的三个目标之一是“人力资源开发，这是能力建设的关键和实施水质管理的先决条件”。<sup>51</sup> 2002 年《可持续发展问题世界首脑会议执行计划》也提到了技术援助。<sup>52</sup>

## 第 17 条

### 紧急情况

1. 为本条款草案的目的，“紧急情况”系指由自然原因或人类行为突然引发的紧迫情况，威胁到跨界含水层或含水层系统，并可能给含水层国或其他国家造成严重的损害。

2. 在其领土内发生紧急情况的国家应：

- (a) 毫不迟延并以现有的最快方式，将此一紧急情况通知其他可能受影响的国家及主管国际组织；
- (b) 与可能受影响的国家，并在适当的情况下与主管国际组织一起合作，立即采取紧急情况所要求的一切切实可行的措施，预防、减轻和消除紧急情况的所有有害影响；

---

<sup>48</sup> 《马德普拉塔行动计划》，第 4 条(b)款。

<sup>49</sup> 《21 世纪议程》第 18 章第 9 段(d)节。

<sup>50</sup> 《21 世纪议程》第 18 章第 12 段。

<sup>51</sup> 《21 世纪议程》第 18 章 38 段(c)节。

<sup>52</sup> 2002 年《可持续发展问题世界首脑会议执行计划》，第四部分，第 25 段。

3. 如果紧急情况对人类生存的基本需求构成威胁，尽管有第 4 条和第 6 条草案的规定，含水层国可以在严格必要的限度内，采取措施满足这些需求。

4. 各国应向受紧急情况影响的其他国家提供科学、技术、后勤及其他方面的合作。合作可包括协调处理紧急情况的国际行动和通信，提供应急人员、应急设备和物资、科技专业知识和人道主义援助。

## 评 注

(1) 第 17 条草案处理各国应对跨界含水层实际紧急情况的义务问题。1997 年《水道公约》第 28 条载有类似的规定。与水道相比，含水层的紧急情况没有那么多，破坏性也没有那么大。但考虑到 2004 年 12 月印度洋沿岸发生的、由印度尼西亚亚齐海岸外强烈地震所引发的破坏性极大的海啸灾难，故有必要制订这一条款。海啸或气旋可能使海水涨满含水层，地震也可能破坏含水层。

(2) 第 1 款对“紧急情况”作出了定义。对 1997 年《水道公约》第 28 条第 1 款的评注称，“紧急情况”的定义包含许多重要因素。它还举例对此加以说明。根据定义，一个“紧急情况”必须给其他国家造成“严重损害”，或构成此类急迫威胁。鉴于所造成损害的严重程度以及紧急情况发生的突然性，有必要采取本条款草案要求采取的措施。“突发性”的内容对于本条文草案的适用是至关重要的。不过，它也包括可由天气预报预测到的情况。此外，它可能包括逐步蔓延的情况，包括某些因素累积了一段时间以后所形成的后果。“急迫的威胁”一语具有平实的含义，不应该与《联合国宪章》所指的威胁国际和平与安全、因而可能产生的任何后果的相关概念相提并论。“严重损害”一词的含义是比“重大损害”还要严重的损害。最后，这种紧急情况可能是由“自然原因或人类行为”突然引发的。

(3) 发生紧急情况的国家有义务按照第 2 款(a)项有关规定“毫不迟延地并以现有的最快方式”，将此紧急情况通知其他可能受影响的国家及主管国际组织。例如，1986 年《及早通报核事故公约》、1982 年《联合国海洋法公约》以及很多涉及跨界含水层的协定都规定了一个类似的义务。<sup>53</sup>“毫不迟延”表示了解紧急情况后立即行动，“以现有的最快方式”表示使用可以利用的最快通讯方式。由于非含水层国也可能受紧急情况的影响，须通知的国家不仅仅限于含水层国。该项还要求通知“主管国

---

<sup>53</sup> 1986 年《公约》第 2 条（通报和情报），《海洋法公约》第 198 条（即将发生的损害或实际损害的通知）。

际组织”。此类国际组织必须是那些根据其组建文书能够对紧急情况作出反应的机构。通常情况下，此类国际组织是由含水层国建立的用来处理包括紧急情况在内有关事项的机构。本条款草案完全没有提到赔偿问题，也没有任何暗示。尽管完全由自然原因引发之紧急情况的发生地国可能对他国由此受到的损害没有任何责任，但第 2 款(a)项和(b)项所规定的义务同样适用于此类紧急情况。

(4) 第 2 款(b)项规定，如一国领土范围内发生紧急情况，该国应“立即……采取一切切实可行的措施，预防、减轻和消除紧急情况的任何有害影响”。应对绝大多数由人类行为造成的紧急情况的有效行动，是指发生工业事故、沉船或其他事故时采取的行动。但本款仅要求采取一切“实际可行”的措施，即那些可行、管用和合理的措施。此外，只需要“视情况需要”采取措施，即视紧急情况的实际事态及其对他国可能造成影响的需要而采取措施。有关国家的义务是行为的义务，而不是结果的义务。与第 2 款(a)项一样，第 2 款(b)项也设想到各国可能需要与诸如联合委员会等主管国际组织合作采取必要措施的情况。本款规定了与可能受到影响的国家(同样包括非含水层国)进行合作。在所涉含水层是毗连含水层或含水层系统、或可能受影响的国家能够在紧急情况发源的含水层国境内提供合作时，尤其需要此类合作。

(5) 教科文组织国际水文方案成立了“紧急情况下的地下水(GWES)”项目。该项目之目的是研究可能对人类健康和生命造成不利影响的自然和人为灾害，并事先确定可临时替代被破坏的供水系统的安全、稳定的潜在地下水资源。为受灾人口确保饮用水是灾害期间以及灾害结束初期的最重点工作之一。

(6) 1992 年《里约环境与发展宣言》原则 18 建议，有关国家有义务将可能对其其他国家的环境造成突然有害影响的自然灾害或其他紧急情况立即通知其他国家。一些区域性公约也规定了毫不迟延地通知有可能受影响的国家、区域委员会或机构及其他主管组织的义务。这方面的例子包括 2000 年《南部非洲发展共同体(南共体)关于共有水道的订正议定书》，2002 年《莫桑比克共和国、南非共和国和斯威士兰王国关于合作保护和可持续利用因科马蒂和马普托河道水资源的三方临时议定书》、2003 年《坦噶尼喀湖盆地可持续发展公约》、2003 年《维多利亚湖盆地可持续发展议定书》。2003 年《保护自然和自然资源非洲公约》规定，缔约国有权要求另一缔约国就其境内发生的可能对本国自然资源造成影响的环境方面的紧急情况或自然灾害向其提供所有有关数据。

(7) 一些公约还建立了及早通知紧急情况的机制或系统。《保护与使用越境水道和国际湖泊公约》(1992 年《赫尔辛基公约》)规定，“沿岸国应毫不迟延地彼此通

报任何可能造成跨界影响的重要情况”，并规定缔约国有义务酌情建立并运营协调或联合通讯、预警和警报系统。1994 年《保护和可持续利用多瑙河合作公约》建立了“协调或联合的通讯、预警或警报系统”，并规定缔约国有义务就协调国内通讯、预警和警报系统以及应急计划的方式、方法提供咨询。1998 年《保护和可持续利用西班牙—葡萄牙水文流域的水域合作协定》规定，缔约国有义务建立或改善传输早期预警或紧急情况信息的联合或协调通讯系统。

(8) 第 3 款规定了紧急情况下不适用第 4 条和第 6 条草案所规定义务的例外情况。在水对居民缓解某一紧急情况至关重要的情况下，含水层国可暂时背离这些条款草案所规定的义务。尽管 1997 年《水道公约》不包括类似条款，但如含水层发生威胁人类基本需要的紧急情况，也必须对这些基本需要给予特殊考虑。例如，在发生诸如地震或洪水等自然灾害的情况下，含水层国必须立即满足其居民的饮用水需要。就水道而言，各国应可以在不背离有关义务的同时满足此类需要，原因是只要向水道补给水就足够了。但就含水层而言，因为没有或几乎没有补给水，所以有关各国无法做到这一点。因此，各国须有权暂时利用含水层而不履行第 4 条和第 6 条草案所规定的义务。必须强调指出，本条草案只涉及暂时背离义务的情况。可能还有一些情况，各国在紧急情况下也不能履行草案其他条款所规定的义务。在此情况下，各国可援用一般国际法中解除不法性的情况，如不可抗力、危难或危急情况等。

(9) 第 4 款规定各国均有义务提供援助，而不论其是否以任何形式受到某一紧急情况所造成的严重损害。地下水科学家和管理人员一致认为，各国需要采取联合行动而有效应对紧急情况。必要的援助包括：协调应急行动及通讯，提供训练有素的应急人员、应急设备和物资，以及提供科技专业知识和人道主义援助。

## 第 18 条

### 武装冲突期间的保护

跨界含水层或含水层系统及有关设备、设施和其他工程应享有适用于国际性和非国际性武装冲突的国际法原则和规则所给予的保护，并且不得以违反这些原则和规则的方式加以使用。

## 评 注

(1) 第 18 条草案涉及在武装冲突中对跨界含水层及有关工程给予的保护。1997

年《水道公约》有一个条款涉及同一问题，本条的基本思想与其一致。在不妨碍现有法律的情况下，本条款草案并没有制订新的规则。本条草案的主要作用仅仅在于提醒我们，适用于国际和国内武装冲突的国际法原则和规则载有有关水资源及有关工程的重要条款。这些条款总体上可分为两类，一类涉及水资源及有关工程的保护，另一类处理水资源及有关工程的利用。由于就此问题制订详尽的管理办法超出了框架文件的范围，第 18 条草案仅分别提到了这两类原则和规则。

(2) 鉴于非含水层国在武装冲突中也可能利用或攻击跨界含水层及有关工程，第 18 条草案并不仅仅局限于含水层国。

(3) 在武装冲突期间，含水层国按照本条款草案规定而保护和利用跨界含水层国及有关工程的义务仍然有效。但战争不仅会影响跨界含水层，而且也会影响含水层国对其保护和利用。在此情况下，第 18 条草案明确规定了适用关于武装冲突的规则和原则，包括对有关国家有约束力的国际人道主义法公约的各种规定。例如，关于陆战法规和惯例的 1907 年《海牙公约》和 1949 年 8 月 12 日《日内瓦四公约》的 1977 年第一附加议定书第 54 条禁止在供水中投毒。该议定书第 56 条还保护堤坝及其他工事免受攻击：“如果这种攻击可能引起危险力量的释放，从而在平民居民中造成严重的损失”。根据 1949 年《日内瓦四公约》第二附加议定书第 14 条和第 15 条的规定，类似的保护措施也适用于非国际性武装冲突。第一议定书关于“在作战中，应注意保护自然环境不受广泛、长期和严重的损害”的规定也适用于武装冲突期间对水资源的保护。在没有具体规定的情况下，可按照“马顿斯条款”给予某些基本的保护。该条款最初被写入 1899 年和 1907 年《海牙公约》序言，随后被写入许多公约和议定书，目前具有一般国际法的地位。它实质上规定，即使在没有具体国际协定的情况下，衍生于既定惯例、人道主义原则以及公众良心的国际法原则也保护和管辖平民和战斗人员。本条款草案第 5 条第 2 款规定，在解决关于利用跨界含水层的矛盾时，应特别注意人类的基本需要。

## **第 19 条**

### **对国防或国家安全至关重要的数据和资料**

本条款草案无任何规定责成一国提供对其国防或国家安全至关重要的数据或资料。尽管如此，该国应同其他国家善意合作，视情况尽可能提供资料。

## 评 注

(1) 第 19 条草案对要求提供资料的各条款规定了范围十分有限的例外情况。1997 年《水道公约》也有同样的规定。一读期间，把重点放在保密方面，使用了“essential”一词来限定这些数据和资料的机密性，而不是强调这些数据和资料对于国防或安全是否至关重要，但无意改变案文的实质内容。在二读期间进一步审查以后，委员总结认为，没有令人信服的理由偏离 1997 年《水道公约》的用语。

(2) 指望各国同意公布对其国防或国家安全至关重要的资料是不现实的。与此同时，又不能让可能遭受既定措施造成的不利影响的含水层国对其可能受到的影响毫不知情。因此，第 19 条草案要求不公布资料的国家“与其他含水层国善意合作，以视情尽量提供资料”。第 19 条草案所设定的例外不妨碍承担与转让数据和资料无关的义务。

(3) 考虑到了保护工业和商业秘密、知识产权、隐私权、重要的文化或自然珍宝问题。据了解，本条款草案规定的对于数据和信息的分享，的确不致侵犯这些权利。

## 第五章

### 武装冲突对条约的影响

#### A. 导言

55. 委员会在第五十六届(2004 年)会议期间决定将“武装冲突对条约的影响”专题列入其目前的工作方案，并任命伊恩·布朗利先生为这个专题的特别报告员。<sup>54</sup>

56. 委员会第五十七届(2005 年)会议和第五十九届(2007 年)会议收到了特别报告员的第一次至第三次报告(分别为 A/CN.4/552、A/CN.4/570 和 Corr.1、A/CN.4/578 和 Corr.1)，以及秘书处编写的备忘录“武装冲突对条约的影响：对实践和理论的审查”(A/CN.4/550 和 Corr.1)。<sup>55</sup>

57. 在 2007 年 5 月 31 日举行的第 2928 次会议上，委员会决定成立一个工作组，由卢修斯·卡弗利施先生任主席，以便就委员会审议特别报告员第三次报告期间找出的好几个问题提出进一步的指导意见。在 2007 年 8 月 2 日举行的第 2946 次会议上，委员会通过了工作组的报告。<sup>56</sup> 在第 2946 次会议上，委员会还决定将特别报告员在第三次报告里所提议的第 1 至 3、5、5 之二、7、10 和 11 条草案连同工作组提议的第 4 条草案以及工作组的建议，一并提交起草委员会。<sup>57</sup>

---

<sup>54</sup> 2004 年 8 月 6 日第 2830 次会议，《大会正式记录，第五十九届会议，补编第 10 号》(A/59/10)，第 364 段。大会 2004 年 12 月 2 日第 59/41 号决议第 5 段赞同委员会将这一专题列入其议程的决定。委员会在第五十二届(2000 年)会议上将“武装冲突对条约的影响”专题列入其长期工作方案，同上，《第五十五届会议，补编第 10 号》(A/55/10)，第 729 段。委员会该年的报告附有一篇简短的纲要，说明这一专题可能的通盘结构和处理方法。同上，附件。大会 2000 年 12 月 12 日第 55/152 号决议第 8 段注意到列入这一专题。

<sup>55</sup> 委员会于 2005 年 8 月 5 日第 2866 次会议上批准了特别报告员的一项建议，即请秘书处向各国政府发出照会，请它们就其与本专题有关的实践，特别是近期的实践提供资料以及提供任何其他有关资料。同上，《第六十届会议，补编第 10 号》(A/60/10)，第 112 段。

<sup>56</sup> 同上，《第六十二届会议，补编第 10 号》(A/62/10)，第 323-324 段。

<sup>57</sup> 委员会还核准了工作组的建议，即由秘书处向各国际组织发一份照会，请各组织就武装冲突对涉及各组织的条约的影响问题，提供各自的实践情况。同上，第 272 段。



## **B. 本届会议审议此专题的情况**

58. 在本届会议期间，在 2008 年 5 月 16 日举行的第 2964 次会议上，委员会决定再次设立关于武装冲突对条约的影响问题工作组，由卢修斯·卡弗利施先生任主席，以便完成对委员会在 2007 年第五十九届会议期间审议特别报告员第三次报告时提出的好几个问题的审议。

59. 工作组收到了下列文件：特别报告员的第四次报告(A/CN.4/589)，这一报告由委员会全体会议转来，处理中止或终止的程序问题；工作组主席编写的一份说明(A/CN.4/L.721)，涉及《维也纳条约法公约》第 42 至第 45 条的适用性问题；以及从各国际组织收到的评论和意见汇编(A/CN.4/592 和 Add.1)。

60. 工作组审议了以下四个问题：(a) 对第 8 条草案而言，《维也纳条约法公约》第 65 条的程序对终止或中止条约的适用性问题；(b) 同样对第 8 条草案而言，《维也纳条约法公约》第 42 至第 45 条的适用性问题，特别是关于条约规定可否分离问题的第 44 条；(c) 特别报告员在他的第三次报告中提出的第 9 条草案，关于中止条约的恢复问题；和(d) 特别报告员在他的第三次报告中提出的第 12、第 13 和第 14 条草案，分别涉及第三国作为中立国的地位问题，根据《维也纳公约》终止或中止条约的问题，和缔约国是否能够谈判具体协定，规定条约继续生效或重新生效的问题。在 2008 年 5 月 29 日第 2968 次会议上，委员会通过了工作组的报告(A/CN.4/L.726)。

61. 在同次会议上，委员会决定将工作组提议的第 8、8 之二、8 之三、8 之四、9、14 条草案以及特别报告员提议的第 12 和第 13 条草案连同工作组在其报告中所提的建议，一并提交起草委员会。

62. 委员会在 2008 年 6 月 6 日和 7 月 17 日第 2973 和 2980 次会议上审议了起草委员会的报告，并在后一次会议上一读通过了关于武装冲突对条约的影响的一套共 18 条的条款草案以及一个附件(见下文 C 节)。在 2008 年 8 月 6 日第 2993 和 2994 次会议上一读通过了武装冲突对条约的影响条款草案的一套评注(见下文 D 节)。

63. 在 2008 年 8 月 6 日第 2993 次会议上，委员会根据其《章程》第 16 至第 21 条作出决定，通过秘书长将条款草案(见下文 C 节)转交各国政府征求评论和意见，并请各国政府在 2010 年 1 月 1 日之前将评论和意见提交秘书长。

64. 在 2008 年 8 月 6 日第 2994 次会议上，委员会表示十分感谢特别报告员伊恩·布朗利先生以其学术研究和丰富经验而为本专题工作所做的出色贡献，这使委员会能够顺利完成武装冲突对条约的影响条款草案的一读。委员会还感谢武装冲突对条约的影响工作组在工作组主席卢修斯·卡弗利施先生领导下所做的不懈努力和贡献。

**C. 委员会一读通过的武装冲突对条约的  
影响条款草案案文**

**1. 条款草案案文**

65. 委员会第六十届会议一读通过的条款草案案文载录如下。

**武装冲突对条约的影响**

**第 1 条  
范 围**

本条款草案适用于武装冲突对国家间条约的影响，其中至少有一个缔约国是武装冲突的当事方。

**第 2 条  
用 语**

为本条款草案的目的：

- (a) “条约”是指国家间根据国际法以书面形式缔结的国际协定，不论是载于一项单一文书内还是两项或多项有关文书内，也不论其特定名称为何；
- (b) “武装冲突”是指战争状态或冲突，所涉武装行动由于其性质或范围而可能影响武装冲突当事国之间或武装冲突当事国与第三国之间条约的适用，不论武装冲突任何当事方或所有当事方是否正式宣战或作出其他声明。

**第 3 条  
非自动终止或中止**

在下列当事方之间条约的施行不因武装冲突爆发而必然终止或中止：

- (a) 武装冲突当事国之间；
- (b) 武装冲突当事国与第三国之间。

#### **第 4 条**

##### **可能终止、退出或中止条约的征象**

为了确定在发生武装冲突时条约是否可能终止、退出或中止，应参照：

- (a) 《维也纳条约法公约》第 31 条和第 32 条；以及
- (b) 武装冲突的性质和范围、武装冲突对条约的影响、条约的事项和条约缔约方的数目。

#### **第 5 条**

##### **根据源自条约事项的含义施行条约**

如果条约事项本身含有条约在武装冲突期间继续全部或部分施行的含义，发生武装冲突本身不影响这些条约的施行。

#### **第 6 条**

##### **武装冲突期间缔结条约**

- 1. 武装冲突的爆发不影响武装冲突当事国依照《维也纳条约法公约》缔结条约的能力。
- 2. 各国可缔结关于在武装冲突情况下终止或中止某项条约的施行的合法协定。

#### **第 7 条**

##### **关于条约施行的明文规定**

如果条约明文规定适用于武装冲突，在武装冲突情况中该条约应继续施行。

#### **第 8 条**

##### **通知终止、退出或中止**

- 1. 参与武装冲突的国家如拟终止或退出其作为缔约国的条约，或中止该条约的施行，应通知条约的其他各缔约国或条约保存人。
- 2. 通知自其他各缔约国收到通知之时起生效。

3. 以上两款不影响缔约国根据条约的规定或可适用的国际法规则对终止、退出条约或中止其施行表示反对的权利。

## **第 9 条**

### **不依条约存在的国际法义务**

因武装冲突而终止、退出或中止其施行的条约，不影响一国履行依国际法必须履行的该条约所载义务的责任。

## **第 10 条**

### **条约规定的分离**

因武装冲突而导致条约的终止、退出或中止，应对整个条约有效，除非条约另有规定或当事国另有协议，但下列情况不在此限：

- (a) 条约的部分条款在适用上可与条约的其余部分分离；
- (b) 从条约本身可以推论或通过其他方式确定，接受以上所指条款并非其他缔约国接受整个条约约束之必要基础；及
- (c) 条约其余部分之继续施行不致有失公平。

## **第 11 条**

### **丧失终止、退出条约或中止其施行的权利**

凡属下列情况之一，一国不得再因武装冲突而终止、退出条约或中止其施行：

- (a) 该国业已明确同意条约仍然有效或将继续施行；或
- (b) 根据该国的行为，可以认为该国已默认条约将继续施行或继续有效。

## **第 12 条**

### **中止条约的恢复**

因武装冲突而中止的条约，应根据第 4 条草案规定的标准，决定是否恢复施行。

### **第 13 条**

#### **行使单独或集体自卫权对条约的影响**

依照《联合国宪章》行使单独或集体自卫权的国家，有权全部或部分中止施行与行使该项权利不符的条约。

### **第 14 条**

#### **安全理事会的决定**

本条款草案不妨碍安全理事会依照《联合国宪章》第七章规定所作决定的法律效力。

### **第 15 条**

#### **禁止侵略国受益**

从事《联合国宪章》以及联合国大会第 3314(XXIX)号决议所指的侵略行为的国家不得因武装冲突而终止、退出条约或中止其施行，如果这将使其受益。

### **第 16 条**

#### **源自中立法权利和责任**

本条款草案不妨碍有关国家根据中立法而具有的权利和责任。

### **第 17 条**

#### **其他终止、退出或中止的情况**

本条款草案不妨碍尤其因下列情况而终止、退出或中止条约：

- (a) 当事方达成协议；或
- (b) 发生重大违约情事；或
- (c) 发生意外不可能履行；或
- (d) 情况发生基本改变。

## 第 18 条

### 武装冲突后条约关系的恢复

本条款草案不妨碍武装冲突当事国在武装冲突结束后根据协议对因武装冲突而终止或中止的条约的重新生效问题作出规定的权利。

#### 附 件

#### 第 5 条草案中所指各类条约指示性一览表

- (a) 与武装冲突法，包括国际人道主义法有关的条约；
- (b) 声明、确立或规定永久制度或地位或有关永久权利，包括确定或修改陆地和海洋边界的条约；
- (c) 友好、通商和航海条约以及涉及私权类的协定；
- (d) 保护人权的条约；
- (e) 关于保护环境的条约；
- (f) 关于国际水道以及有关工程和设施的条约；
- (g) 关于含水层以及有关工程和设施的条约；
- (h) 多边造法条约；
- (i) 关于以和平手段解决国家间争端的条约，包括通过调解、调停、仲裁和国际法院；
- (j) 关于商事仲裁的条约；
- (k) 关于外交关系的条约；
- (l) 关于领事关系的条约。

## 2. 条款草案案文及其评注

66. 委员会第六十届会议一读通过的条款草案案文及其评注载录如下。

## 武装冲突对条约的影响

### 第 1 条

#### 范 围

本条款草案适用于武装冲突对国家间条约的影响，其中至少有一个缔约国是武装冲突的当事方。

#### 评 注

(1) 第 1 条草案将 1969 年《维也纳条约法公约》(《维也纳公约》)第 73 条作为拟订条款草案的出发点，该条规定，该公约的规定不损害国家间爆发敌对行动而在某项条约方面产生的任何问题。<sup>58</sup> 因此，本条款草案适用于武装冲突对国家间条约的影响。

(2) 第 1 条草案是根据《维也纳公约》第 1 条的格式拟订的。“至少有一个其当事方”一语的目的是要具体表明，这些条款草案也适用于条约第三缔约国与卷入武装冲突的国家的地位。因此可设想三种情形：“(a) 武装冲突两国之间条约关系的情况；(b) 与另一国卷入武装冲突的一国与非该冲突当事国的第三国之间的条约关系的情况；(c) 国内武装冲突对有关国家与第三国条约关系的影响情况。

(3) 若干代表团在第六委员会表示，条款草案还应适用于暂时适用的条约或条约的一部分。<sup>59</sup> 委员会认为，可以通过提及《维也纳公约》第 25 条的规定解决这个问题。<sup>60</sup>

---

<sup>58</sup> 委员会第十五届（1963 年）会议得出的结论是，关于条约法的条款草案不应包含有关爆发敌对行动对条约的影响问题的任何规定，尽管这个问题会在终止条约和停止施行两方面引起困难。委员会认为，这一研究必然涉及考虑《宪章》有关使用武力或武力威胁的规定对该项敌对行动的合法性的影响。《1963 年……年鉴》，第二卷，第 14 段。会上增加了对这个问题有明确保留的第 73 条。

<sup>59</sup> 见下列国家的评论：荷兰（2005 年），A/C.6/60/SR.18，第 40 段；和马来西亚（2006 年），A/C.6/61/SR.19，第 48 段。

<sup>60</sup> 《联合国条约汇编》，第 1155 卷，第 331 页。

#### “第二十五条

##### 暂时适用

一、条约或条约之一部分于条约生效前在下列情形下暂时适用：

(a) 条约本身如此规定；或

(b) 谈判国以其他方式协议如此办理。

二、除条约另有规定或谈判国另有协议外，条约或条约一部分对一国暂时适用，于该国将其不欲成为条约当事国之意思通知已暂时适用条约之其他各国时终止。”

(4) 对涉及到国际组织的条约的影响问题，本阶段没有在条款草案中考虑。因此，本条款草案不处理武装冲突对涉及国际组织的条约的影响。

(5) 在结构上，本条款草案分若干部分：第一，第 1 条和第 2 条草案是介绍性的，处理范围和用语。第二，第 3、第 4 和第 5 条草案构成核心条款，反映条款草案的基础，有利于法律稳定和连续性。它们反映了条约关系连续性的推定。第三，第 6 和第 7 条草案从第 3 至第 5 条草案的基本原则中推断出几个基本的法律主张。这些条文草案是阐述性的。第四，第 8 至第 12 条草案吸取《维也纳公约》相应条款的内容，处理终止、退出和中止的各种附带问题。最后，武装冲突不仅影响条约法，而且还影响国际法的其他领域，包括《联合国宪章》下的国家义务。因此，第 13 至第 18 条草案采用“不妨碍”条款或但书的方式处理与这种关系有关的几个杂项问题。

## 第 2 条 用 语

为本条款草案的目的：

- (a) “条约”是指国家间根据国际法以书面形式缔结的国际协定，不论是载于一项单一文书内还是两项或多项有关文书内，也不论其特定名称为何；
- (b) “武装冲突”是指战争状态或冲突，所涉武装行动由于其性质或范围而可能影响武装冲突当事国之间或武装冲突当事国与第三国之间条约的适用，不论武装冲突任何当事方或所有当事方是否正式宣战或作出其他声明。

## 评 注

(1) 第 2 条草案对本条款草案所用的两个关键术语作了界定。

(2) (a) 项界定了“条约”一词，逐字照搬《维也纳公约》第 2 条第 1 款(a)项的格式。对双边条约与多边条约没有作特别区别。



(3) (b)款将“武装冲突”一词作为只适用于本条款草案的工作定义来界定。它无意为整个国际法提供武装冲突的定义，因为这样做很困难，而且也不属于本专题的范围。<sup>61</sup>

(4) 该定义适用于武装冲突当事国之间以及武装冲突当事国和第三国之间的条约关系。该条款的表述方式，特别是“武装冲突当事国与第三国之间”等词语，是要涵盖可能因情况不同而有所不同的武装冲突的影响。因此，它也包括武装冲突只影响一个条款缔约方实施条约的情况，它承认武装冲突可能以不同的方式影响条约缔约方的义务。这一短语也可在条款草案的范围内包括国内武装冲突可能对卷入这种冲突的国家与另一国的条约关系发生的影响。影响的重点在实施或执行条约上，而不是在条约本身。

(5) 关于“由于其性质或范围而可能影响”这一短语所含强烈程度的要求，条款草案保留了一点灵活性，以便适合于各种各样的类似情形。因此，在有些情形中可以说，强烈程度的因素不太重要，例如在边境地区的低程度冲突方面，因为这种冲突尽管强烈程度低，但也严重影响关于边境交通控制的双边条约的适用。另一方面也承认存在着一些历史情形，说明武装冲突的性质和范围确实对条约的适用有影响。

(6) 还有人认为应该包括牵涉到当事方之间不发生武装冲突的战争状态的情况。<sup>62</sup> 因此，该定义包括没有遇到武装抵抗的占领领土的情况。在这方面，1954年《关于发生武装冲突时保护文化财产的海牙公约》的规定相当重要。第18条的有关规定如下：

#### “第18条一公约的适用

---

<sup>61</sup> 见1985年8月28日国际法学会通过的关于“武装冲突对条约的影响”的1985年决议，赫尔辛基会议-1985年：

#### “第1条

就本决议而言，‘武装冲突’一词是指战争或国际冲突状态，所涉武装行动由于其性质或范围可能影响武装冲突当事国之间或武装冲突当事国与第三国之间条约的实施，不论武装冲突任何当事方或所有当事方是否正式宣战或作出其他声明”。

可在下列网址查阅：[http://www.idi-iil.org/idiE/resolutionsE/1985\\_hel\\_03](http://www.idi-iil.org/idiE/resolutionsE/1985_hel_03)。应该指出，《维也纳条约法公约》第73条提到“国家之间发生敌对行动”，而检察官诉杜斯科·塔迪茨案指出，“……国家间一旦诉诸武力或政府当局与有组织的武装集团或一国内部的此种集团之间一旦发生持久的武装暴力行动，武装冲突即告发生”。前南斯拉夫问题国际刑事法庭，第IT-94-I-A 72号案，检察官诉杜斯科·塔迪茨 a/k/a “杜尔”案，上诉分庭，1995年10月2日，第70段(1994-1995年)，1 ICTY JR 352，第70段。

<sup>62</sup> 见 A. McNair and A.D. Watts, *The Legal Effects of War* (Cambridge: Cambridge University Press, 1966) (4th edition), pp. 2-3.

“1. 除了在和平时期有效的规定以外，本公约适用于两个或两个以上缔约国之间宣战或发生任何其他武装冲突的情况，即使其中一国或多国不承认存在战争状态。

“2. 公约还适用于部分或全部占领一缔约国领土的所有情况，即使上述占领未遇抵抗。”

(7) 类似的考虑也强烈主张将封锁包括在内，即使当事方之间不发生武装行动。<sup>63</sup>

(8) 当今的武装冲突模糊了国际和国内武装冲突的区分。内战的数目增多了。而且，许多这些“内战”都有“外来成分”，诸如其他国家不同程度的参与，供应军火，提供训练设施和经费等等。国内武装冲突对条约施行的影响可以与国际武装冲突一样大，如果不是更大的话。因此，特别报告员提出的条款草案包括国内武装冲突对条约的影响。

(9) “武装冲突”的定义没有明确提及“国际”或“国内”武装冲突。这样做的目的是避免在条款草案中反映具体的事实或法律考虑，从而避免引起相反解释的危险。

### 第 3 条

#### 非自动终止或中止

在下列当事方之间条约的施行不因武装冲突爆发而必然终止或中止：

- (a) 武装冲突当事国之间；
- (b) 武装冲突当事国与第三国之间。

#### 评 注

(1) 第 3 条草案具有至关重要的意义。它确立了法律稳定和连续性的基本原则。为此，它纳入了国际法学会 1985 年决议中的几大新成果，将法律立场转为赞成这样一个制度，即确立关于武装冲突的发生本身不造成中止或终止条约的假设。同时承认将第 3 条草案中的稳定原则与武装冲突的发生可能造成中止或终止条约义务这一事实相协调，这不容易。

---

<sup>63</sup> 同上，第 20-21 页。

(2) 该措辞仿照国际法学会 1985 年通过的决议的第 2 条<sup>64</sup>。这项原则得到若干权威人士赞扬。奥本海确认“相当普遍的意见是，战争绝不取消任何条约”。<sup>65</sup> 麦克奈尔勋爵表达了基本上是英国人的观点，他说：“因此很清楚的是，战争本身没有终止交战各方之间战前存在的条约义务。”<sup>66</sup> 布里格斯教授 1983 年在学会工作时说：

“第一条、也是最重要的一条规则是，仅仅爆发武装冲突(无论宣战与否)不当然终止或中止冲突当事方之间有效的条约。这是既定的国际法。”<sup>67</sup>

(3) 对能否将“必然”改为“自动”的问题作了审议，以便与标题一致，但经决定不作更改，因为“必然”更加接近于“当然”，这是这种情况下常用的短语，例如国际法学会通过的决议第 2 和第 5 条<sup>68</sup> 就这样使用。

(4) 为了与关于用语的第 2 条草案更加一致，(a)项援用武装冲突“当事国”，(b)项涵盖武装冲突“当事国”与第三国之间的条约的执行。

(5) 审议了关于能否将撤出条约作为武装冲突爆发的后果之一与终止或中止一起列入第 3 条草案的问题，但被否决，因为退出条约涉及到一个国家有意识的决定，而第 3 条草案处理的是自动适用法律问题。

## 第 4 条

### 可能终止、退出或中止条约的征象

为了确定在发生武装冲突时条约是否可能终止、退出或中止，应参照：

- (a) 《维也纳条约法公约》第 31 条和第 32 条；以及
- (b) 武装冲突的性质和范围、武装冲突对条约的影响、条约的事项和条约缔约方的数目。

---

<sup>64</sup> 国际法学会决议第 2 条案文如下：

当事方之间的条约实施不因武装冲突的爆发而当然终止或中止。

<sup>65</sup> Hersch Lauterpacht (ed.), *Oppenheim's International Law*, vol. II, *Disputes, War and Neutrality* (Longman: 1948), p. 302.

<sup>66</sup> A. McNair, *The Law of Treaties* (Oxford: Clarendon, 1961), p. 697.

<sup>67</sup> *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 61 (I), pp. 8 and 9; and see also H. Briggs, *The Law of Nations* (London: Stevens & Sons, 1953) (Second edition), p. 938.

<sup>68</sup> 国际法学会决议第 5 条案文如下：

武装冲突的爆发并不当然终止或中止执行该冲突当事方与第三国之间生效的双边条约。

多边条约的某些缔约国之间爆发武装冲突并不在其他缔约国之间或者在这些缔约国与武装冲突当事国之间当然地终止或中止执行该条约。

## 评 注

(1) 第 4 条草案在内容上承接第 3 条草案。武装冲突的爆发并不必然终止或中止条约的执行。这是条款草案的另一个关键条款。

(2) 与第 3 条草案不同的是，本条草案将退出条约作为武装冲突当事国可采用的可能性之一列入。本条草案中的退出问题提供了一个适合于将其列入后面的补充条款草案的上下文。

(3) 关于(a)和(b)项所列的征象，对一些建议作了审议，以便将“征象”改为“要素”和“标准”等等的用语，但经决定保留“征象”，以免有既定要求的含义。它们应仅仅被看作是按具体情况适用于某些案例的可能性迹象。

(4) (b)项并没有详尽无遗地列出所有征象，这也是不言而喻的。实际上应该回顾，(a)项提到的《维也纳公约》第 31 和第 32 条本身就载有一些需予考虑的征象。

(5) 审议了使用武力的合法性问题，这是在第 4 条草案里应考虑的因素之一，但决定将这个问题放到实施第 13 至 15 条草案的背景中予以解决。

(6) 不能认为同一条约缔约国之间的武装冲突的影响与武装冲突当事方和第三国之间对条约的影响一样。

## 第 5 条

### 根据源自条约事项的含义施行条约

如果条约事项本身含有条约在武装冲突期间继续全部或部分施行的含义，发生武装冲突本身不影响这些条约的施行。

## 评 注

(1) 第 5 条草案是说明性的，涉及这样的情况，即条约事项含有整个条约或者其中某些规定的执行不受武装冲突的影响的意思。<sup>69</sup>

---

<sup>69</sup> 本条源自特别报告员提出的原第 7 条草案。原第 7 条草案案文如下：

“根据条约目的和宗旨的必然含义实施条约

1. 如果条约目的和宗旨包含在武装冲突期间继续实施条约的必然含义，发生武装冲突本身不妨碍这些条约的实施。

2. 有此特点的条约包括：[ …… ] ”

(2) 原案文所载“必然”一词已被删除，以免可能与第 4 条草案发生冲突。此外，原来的“目的和宗旨”等词改为“事项”。对后半部分的案文作了微调，将“妨害”改成“影响”，这与条款草案所用的用语更加一致。

(3) 特别报告员在原第 7 条草案的提案中有一个各类条约的清单，这些条约的主题事项有它们在武装冲突期间可继续实施的必然含义。如何确定这样一份清单，国际法委员会和第六委员会中都有不同的意见。

(4) 在委员会 2005 年会议的辩论中，特别报告员对拟订第 7 条草案规定的政策作了以下解释：

“……第 7 条草案处理其目的和宗旨包含在武装冲突期间继续实施的必然含义的条约。第 1 款规定了发生武装冲突本身不妨碍这些条约的实施的基本原则。第 2 款开列了此类条约的指示性清单。据指出，这样分类的作用是就这些类型的条约的目的和宗旨制订一些较弱的可反驳推定，即条约能够在战争期间继续存在作为条约的目的和宗旨的证明。他澄清说，虽然他不同意清单上所列的各类条约，但他还是把它们列为供委员会考虑选定的可能对象。清单反映了几代法律工作者的看法，在很大程度上反映了现行的国家实践，尤其是美国可以追溯到 1940 年代的实践情况。虽然与第 3 条和第 4 条草案密切相关，这个条文草案基本上是解释性的，因此，可以将其排除在外。”<sup>70</sup>

(5) 在 2005 年大会第六十届会议上，美国在第六委员会非常谨慎地阐述了使用类别的问题。

“第 7 条依照条约目的和宗旨的含义处理条约实施问题。这是条款草案中最为复杂的一条。该条列出了 12 类条约，其目的和宗旨包含武装冲突期间继续实施条约的含义。对条约这样分类是有问题的，因为对条约进行这种粗略分类的尝试似乎总是失败。条约不会自动归为几类中的一类。即便是对某些规定进行分类都很难，因为不同条约中类似规定使用的语言和缔约方意图各不相同。比较有用的方法是，委员会可以列举出一些应予考虑的因素，供断定武装冲突期间一个条约或其中的一些规定应当继续执行(或中止或终止)。在许多情形中，列出这些因素可以提供有用信息，指导各国的行动。”<sup>71</sup>

---

<sup>70</sup> 见《大会正式记录，第六十届会议，补编第 10 号》(A/60/10)，第 167 段。

<sup>71</sup> A/C.6/60/SR.20 第 34 段载有发言摘要。

(6) 而委员会则决定将这种清单列于条款草案的附件。因此，本条款草案有一个附件，附件载有一个条约类别清单，列出主题事项含有在武装冲突期间继续全部或部分实施的含义的条约类别。虽然重点在条约类别上，但条约中完全有可能只有某些条款的主题事项带有继续实施的必然含义。此外经决定，原第 7 条草案第 1 款的内容，经调整后，应作为第 5 条草案放在第 4 条草案后面。关于将此作为第 4 条草案的另外一款的建议被认为不适当，认为这可能会引起该条的不平衡。

(7) 这份清单完全是指示性的，附件中的类别出现的先后，毫不意味着重要性的高低。此外还认为，这些类别有些是相互贯穿，可能会有重叠的。委员会决定不在清单中列入涉及到强制法的一个项目。这个类别在性质上与提议的其他类别并不相似。这些类别以主题事项为主，而强制法则贯穿若干主题。不言而喻，第 5 条草案的规定不影响具有强制法性质的原则和规则的效力。然而，有些委员认为应该列入体现强制法规范的一类条约。

(8) 选择条约类的依据主要是学说以及现有国家惯例。会议认为，各国大量资料证明国家惯例的可能性很小。此外，查明有关的国家惯例，在这个领域格外困难。情况往往是，国家惯例方面有的明显例子，所涉的法律原则却与武装冲突对条约的影响这个确切的法律问题没有关系。例如，一些现代国家惯例大多涉及情况的根本性变化造成的影响，或者缔约后履行不能的情形，因此这些惯例与本事项无关。在有些情况下，如建立常设制度的条约等等，国家惯例有扎实的基础。在其他类别方面，在国内法院的判例和向法院提出的一些行政建议中有牢固的基础，但这些类别不一定按常规得到国家惯例的佐证。

(a) 与武装冲突法，包括国际人道主义法有关的条约

(9) 各文献来源无一不认为明示适用于武装冲突的条约是不受武装冲突影响的。麦克奈尔勋爵这样描述了英国的实践：



“大量证据显示，明示其目的在于规定战争期间，包括实际作战期间各缔约方之间的关系的条约在战争期间仍然有效，在战争结束后无需恢复。”<sup>72</sup>

(10) 在学说里以及在各国的实践里，这一原则都得到了普遍的接受。1963 年美国国防部总顾问在提到在战争期间适用《不扩散核武器条约》的问题时，他说：<sup>73</sup>

“我的意见，同时也是国务院法律顾问的意见是，对该条约的恰当解释不能是这样的。”

他接着指出，

“……应该指出，把战争期间使用某种武器或采取某种行动定为非法的条约的标准实践是明文规定它们适用于战争期间，以期防止适用以下规则的可能性，即战争可能使得条约的实施在交战各方之间被中止或废止。(比较 *Karnuth 诉美国案*，279 U.S.231, 236-239; 《奥本海国际法》，第二卷，第七版，第 320-306 页) ……”<sup>74</sup>

---

<sup>72</sup> A. McNair, *The Law of Treaties* (footnote 66 above), p. 704.

“在第一次世界大战爆发时，存在着若干其目的在于规定敌对行为的条约（一个或多个中立国为其缔约国），例如 1856 年的《巴黎宣言》和 1899 年和 1907 年的若干海牙公约。人们的假设是，那些条约不受战争影响，继续有效，因此英国和其他捕获法院的许多判决都是围绕着那些公约作出的。此外，各和平条约也没有对它们的恢复作出任何具体规定。不清楚这一法律结果是由于缔约方损害了某些中立国而引起的还是因为那些条约作为一般法律规则的来源具有意图在战争期间实施的性质所引起的，但人们相信，后者被认为是正确的看法。如果需要提出证据来证明联合王国政府认为各项海牙公约在缔结和平后仍然有效的話，那么最近几年的《英国条约汇编》出版的英国‘加入、退出等等’年度清单中，以及在英国于 1925 年提出的 1907 年《海牙第四公约》退约书中都多次提到那些公约。同样地，1923 年当一个外国政府问联合王国政府是否认为 1906 年 7 月 6 日的《日内瓦红十字公约》在前同盟国和前敌国之间仍然有效时，联合王国政府答复说，

英王陛下的政府认为，该条约由于属于其目的在于规定战争期间敌对国行为的一类，因此不受战争爆发的影响。”同上。

<sup>73</sup> Whiteman, *Digest of International Law*, vol. XIV, pp. 509 and 510.

<sup>74</sup> 例如见：“《在战时放弃使用重量低于 400 克的炸弹的国际宣言》（圣彼得堡，1868 年 11 月 29 日，12 月 11 日）；

“《关于窒息性气体的国际宣言》，海牙，1899 年 7 月 29 日；

“《关于膨胀子弹的国际宣言》，海牙，1899 年 7 月 29 日；

“《陆战法规和惯例国际公约》，海牙，1899 年 10 月 18 日；

“《禁止在战争中使用窒息性、毒性、或其他气体和细菌作战方法议定书》，日内瓦，1925 年 6 月 17 日；

“1949 年关于以下人员的日内瓦公约：伤者和病者（第 2 条）；公约（第 2 条）；平民（第 2 条）；……”

“在目前的条约里，并没有出现明确禁止在战争中使用核武器的文字；因此，必须推断不适用此种禁止。”

(11) 委员会有些委员想知道，按第 7 条草案来看这一类是否有必要，因为该条说如果条约有规定，它就应在武装冲突的形式下继续实施。如指出的那样，该清单只是指示性的。此外，本清单的范围比武装冲突中明示可适用的条约还要广。它广泛地包括了关于武装冲突法的各项条约，其中包括关于国际人道主义法的条约。早在 1785 年，《普鲁士和美利坚合众国友好通商条约》第 24 条明确规定，武装冲突对条约的人道主义法规定没有影响。<sup>75</sup> 此外，《法律重述》(第三版)重述了传统国际法下的立场，即国家间爆发战争，即终止或中止相互之间的协定，但它同时又承认，“管辖敌对行动的协定依然有效，因为这些协定是为战争中适用而制定的……”<sup>76</sup> 国际法院对《以核武器进行威胁或使用核武器的合法性》的咨询意见中认为，“如同适用于武装冲突的人道主义法原则那样，国际法无疑规定，中立原则，不管是什么内容，只要其根本性质类似于人道主义原则和规则的，即适用于(以《联合国宪章》有关规定为限)所有国际武装冲突，不管使用的是何种武器”。<sup>77</sup>

(12) 不管怎样，继续实施的含义不影响武装冲突法作为武装冲突时期适用的特别法的实施。确定这些类别，并不解决该法适用方面可能产生的许多问题。目的也不是要控制关于人道主义法原则和规则对具体情况的适用问题得出的结论。

(b) 声明、确立或规定永久制度或地位或有关永久权利，包括确定或修改陆地和海洋边界的条约

(13) 跨越几个世代的学说都承认，声明、确立或规定永久制度或地位或有关永久权利的条约不因武装冲突而中止或终止。涉及的协定种类包括割让领土、合并领土条约、使一国部分领土中立化的条约、建立或修改边界的条约、建立使用或进入一国领土的例外权利的条约等。

(14) 有一定数量的国家实践支持了以下立场，即此种协定不因发生武装冲突而受到影响。麦克奈尔说明了相关的英国实践，<sup>78</sup> 而托宾则指出，这一实践大致上是符

---

<sup>75</sup> 普鲁士与美国在海牙签订的《友好通商条约》，第 24 条(1785 年 9 月 10 日)，引自 H.W. Verzijl, (ed.) *International Law in Historical Perspective* (Leyden, Sijthoff, 1973) at p. 371.

<sup>76</sup> 美国法学会，《法律重述—美国外交关系法》(第三版)，第 336 段(1987 年)。

<sup>77</sup> 《以核武器进行威胁或使用核武器的合法性》，1996 年 7 月 8 日咨询意见，《1996 年国际法院案例汇编》，第 89 段。

<sup>78</sup> McNair, *Law of Treaties*, (footnote 66 above) pp. 704-715.



合学说所采取的看法的。<sup>79</sup> 在《北大西洋沿岸渔场案》的仲裁中，英国政府认为，美国根据 1783 年的条约而对渔场所有的权利已因 1812 年战争而废止了。法院不同意这一看法，它指出，“现代发展的国际法确认，许多条约义务不因战争而消除，最多因战争而中止。”<sup>80</sup>

(15) 同样，在 *In re Meyer's Estate* 一案中，美利坚合众国上诉法院处理了有关领土条约的永久性问题，认为“各当局似乎一致认为，与政府的政策、与国家安全、或与维护战争以强制实施处分性条约或条约的处分性条款没有任何冲突之处。此种条款与战争状态相符，并不因此而减损。”<sup>81</sup>

(16) 承认这一主张的作者有霍尔、<sup>82</sup> 赫斯特、<sup>83</sup> 奥本海、<sup>84</sup> 菲茨莫里斯、<sup>85</sup> 麦克奈尔、<sup>86</sup> 卢梭、<sup>87</sup> 古根海姆、<sup>88</sup> 达耶和佩莱、<sup>89</sup> 奥斯特、<sup>90</sup> 托宾、<sup>91</sup> 德尔布吕克、<sup>92</sup> 斯通<sup>93</sup> 以及库尔蒂·贾尔迪诺。<sup>94</sup>

(17) 不过诉诸此类条约确实会产生某些问题。特别是，割让的条约或其他影响永久土地处置安排的条约会产生永久权利。就如赫斯特指出的：“具有永久性的是因

---

<sup>79</sup> H.J. Tobin, *The Termination of Multipartite Treaties* (New York: Columbia University Press, 1933), pp. 137 *et seq.*

<sup>80</sup> 北大西洋沿岸渔场案(英国, 美国), 1910 年 9 月 7 日裁决, 《国际仲裁裁决汇编》, 第十一卷, 第 167 页; 1910 年 9 月 7 日裁决, 第 181 页。还参看 Parry, *British Digest*, vol. 2B, 1967, pp. 585-605.

<sup>81</sup> 107 Cal. App. 2d 799, 805 (1981).

<sup>82</sup> William Edward Hall, *A Treatise on International Law*, edited by A. Pearce Higgins, (Clarendon: Oxford University Press, Humphrey Milford Publisher to the University, 1924) (eighth edition), pp. 456 and 457.

<sup>83</sup> Cecil J.B. Hurst, “Effect of War on Treaties” *BYBIL*, vol. 2 (1921-1922), pp. 37-47.

<sup>84</sup> Lassa Oppenheim (H. Lauterpacht (ed.)) *International Law*, vol. II (London: Longmans, Green & Co., 1948), 7th ed., p. 304.

<sup>85</sup> G.G. Fitzmaurice, “The Juridical clauses of the peace treaties”, *Recueil des cours* ..., vol. 73 (1948-II), pp. 312 and 313.

<sup>86</sup> McNair, *Law of Treaties*, (footnote 66 above), pp. 704-710 and 720.

<sup>87</sup> Charles Rousseau, *Droit international public*, Tome I (Paris: Sirey, 1970), p. 223.

<sup>88</sup> Paul Guggenheim, *Traité de droit international public*, Tome I (Genève: Librairie de l'Université 1967), (2nd edition) pp. 241 and 242.

<sup>89</sup> Patrick Daillier and Alain Pellet, *Droit international public* (Paris: L.G.D.J. 2003), 7th ed. p. 309.

<sup>90</sup> Anthony Aust, *Modern Treaty Law and Practice* (Cambridge: Cambridge University Press, 2000), p. 244.

<sup>91</sup> Tobin, *The Termination of Multipartite Treaties*, (footnote 79 above), pp. 50-69.

<sup>92</sup> Jost Delbrück, “War Effect on Treaties”, in Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 4, 2000, p. 1370.

<sup>93</sup> Julius Stone, *Legal Controls of International Conflict* (New York: Rinehart & Company, 1959), revised edition, p. 448.

<sup>94</sup> Agostino Curti Gialdino, *Gli Effetti della Guerra sui Trattati* (Milan: Dott. A. Giuffrè, 1959), pp. 240 and 245.

条约而取得的权利而不是条约本身。”<sup>95</sup> 因此，如果条约得到了执行，那么它们不会因后来缔约方之间发生的武装冲突而受到影响。

(18) 另一个产生困难的来源是，这一类的界线在某种程度上是不确定的。例如保证条约的使用，这是一个范围很广的主题，<sup>96</sup> 但显而易见，武装冲突的影响显然将取决于保证条约的确切目标和宗旨。意图保证一永久状态的条约，例如保证某一领土的永久中立性的条约将不会因武装冲突而终止。因此麦克奈尔指出，“建立和保证瑞士或比利时或卢森堡永久中立地位的条约必然是政治性的，但它们不会因爆发战争而被废止，因为它们的目的建立一个永久的制度或地位”。<sup>97</sup>

(19) 若干作者将会把有关给予国民对等权利和取得国籍的条约包括在建立永久权利或永久地位的一类条约里。但是，在某种程度上，应将导致认为此类协定不应终止的各种考虑因素同有关割让领土和边界的条约区分开来。因此，此类协定将更恰当地归属于更广泛的、关于友好、通商和航海和其他有关私权的协定的一类。下面将审查这类条约。

(20) 委员会和各国在为条约法制定规章时，也在某种程度上承认边界条约的特殊地位。《维也纳公约》第 62 条第 2 款(a)项规定，如果某一条约确立边界，情况的根本性变化不得引以为终止或退出该条约的一个理由。这种条约被认作是这个规则的一个例外，否则，这个规则不仅不能作为和平变化的文书，而且还可能会引起危险的争端。<sup>98</sup> 同样，《关于国家在条约方面的继承的维也纳公约》对于边界条约的弹性方面得出类似结论，第 11 条规定，“(a)国家继承本身并不影响条约设立的边界、或(b)条约设立的有关边界体制的义务和权利……”。<sup>99</sup> 虽然这些例子于武装冲突对条约的影响问题没有直接关系，但它们还是指向这类制度被赋予的特别地位。

---

<sup>95</sup> Hurst, “Effect of War on Treaties”, (footnote 83 above) at p. 46. See also Fitzmaurice, “The Juridical clauses of the peace treaties”, (footnote 85 above), pp. 313, 314 and 317.

<sup>96</sup> 见 Verzijl, *International Law in Historical Perspective*, (footnote 75 above), pp. 457-459; Tobin, (footnote 79 above) 1933, pp. 55-69; Georg Ress, “Guarantee Treaties”, Bernhardt (ed.), *Encyclopedia*, vol. 2, pp. 934-937; McNair, (footnote 66 above), pp. 239-254.

<sup>97</sup> McNair, (footnote 66 above), p. 703.

<sup>98</sup> 委员会对第 59 条草案的评注第 (11) 段 [现为《维也纳公约》第 62 条] (《联合国条约法会议正式记录，会议文件》，第 79 页)。确定边界的条约例外于情况根本变化规则，虽然少数国家反对，但在联合国条约法会议上得到绝大多数国家的核准。

<sup>99</sup> 《关于国家在条约方面的继承的维也纳公约》，《联合国条约汇编》，第 1946 卷，第 3 页。

(c) 友好、通商和航海条约以及涉及私权类的协定

(21) 此类条约是很重要的一类国际交往，它们是更新近的双边投资条约的前身。此类条约有各种不同的名称，它们往往被叫做企业条约或友好条约。不应将它们同一般的商业条约混为一谈。一批受人尊敬的作者将关于友好、通商和航海(或建立)的条约当作是不因武装冲突而终止的条约。这些作者包括赫斯特、<sup>100</sup> 托宾、<sup>101</sup> 麦克奈尔、<sup>102</sup> 菲茨莫里斯<sup>103</sup> 和韦尔齐尔。<sup>104</sup>

(22) 这一类条约包括有关给予居住在各自缔约方领土内的国民对等权利的其他条约，那些权利包括取得财产的权利、转让该财产的权利和因继承取得财产的权利。<sup>105</sup> 与此类有关联的协定包括关于取得和丧失国籍、和其他身份事项，例如婚姻和监护权的协定。<sup>106</sup>

(23) 给予此类条约特别地位的政策基础基本上是要在对等的条件下为国民和其他有关的私权提供法律保障。因此，有某一数目的国家实践肯定了此类条约不因战争而终止的立场就不足为怪了。

---

<sup>100</sup> Hurst, (footnote 83 above), pp. 43 and 44.

<sup>101</sup> Tobin, (footnote 79 above), pp. 82-87.

<sup>102</sup> McNair, (footnote 66 above), pp. 713-715, 718 and 719.

<sup>103</sup> Fitzmaurice, (footnote 85 above), pp. 314 and 315.

<sup>104</sup> Verzijl, (footnote 75 above), pp. 382-385. 另参见“秘书处的备忘录”(A/CN.4/550, 第 37-46 段)。备忘录第 46 段指出，美利坚合众国的大量案例认为，相互继承条约在武装冲突期间继续适用，这些案例得到了英国判例法的支持。这种判例符合许多法院和评论家的普遍论点，即与武装冲突期间国家政策相一致的条约应该得到维护，因为有关条约涉及的仅仅是私权而已。但是，法国最高法院作出了与此相反的结论，使这一问题成为国际法中一个未决的领域。

<sup>105</sup> 见 McNair, (footnote 66 above), p. 711; Fitzmaurice, (footnote 85 above), p. 315; Verzijl, (footnote 75 above), VI, pp. 382-385; Secretariat Memorandum, paras. 37-46, 67 and 76; Oppenheim, (footnote 84 above), p. 304.

<sup>106</sup> 见 McNair, (footnote 66 above), p. 714; and Verzijl, (footnote 75 above), p. 385.

(24) 在 1931 年, 瑞士联邦司法和警察部不接受一交战国同一中立国之间的定居和通商条约可予以废除或终止。<sup>107</sup> 在有关的谈判中英国政府的立场与瑞士的立场相反。美国的实践受到了某些司法判决的影响。美国实践的改变, 即尽管发生战争, 但条约仍然适用, 这反映在 1945 年代理国务卿(格鲁)给司法部长的信中。<sup>108</sup>

<sup>107</sup> *Répertoire suisse de droit international public*, pp. 188-191.

<sup>108</sup> Whiteman, *Digest of International Law*, vol. XIV, pp. 495-497: 作者指出:

“关于涉及外国财产看守人将死者遗产给予德国国民的诉讼案件, 司法部长比德尔于 1945 年询问国务院是否同意司法部提出的立场, 即 1923 年 12 月 8 日同德国订立的《友好、通商和领事权利条约》(《美国条约汇编》第 725 卷; 《美国法规大全》第 44 篇, 第 2132 节; 《国际联盟条约汇编》第 52 卷, 133) 第一和第四条并没有因战争被废止, 它们仍然有效。代理国务卿格鲁在他于 1945 年 5 月 21 日给司法部长的答复中指出:

‘《条约》第一条涵盖了广泛领域, 规定每一缔约方的国民有权进入他方领土并在其中旅行、从事明确规定的种类的业、拥有和租赁建筑物和租赁土地、在税收方面不受歧视、享有向法院申诉的自由, 他们的人身和财产受到保护。第四条是关于处置和继承地产和个人财产的。

‘看来关于战争对条约的影响的法律并不明确或没有得到很好的解决。...[接着提到并引述了以下案件, 即 *Karnuth* 诉美国案, 279 United States 231, 236 (1929); *Techt* 诉 *Hughes* 案, 229 New York 222, 240 (1920), 128 N.E. 185, 191 (1920); 驳回调卷令请求 254 United States 643 (1920); 以及 *Sophie Rickmers* 案, 45 Fed. 2d 413 (S.D.N.Y. 1930)]

“....

‘将这些判决的原则应用于 1923 年同德国订立的《条约》第一条时, 该条的某些规定, 例如进入美国、从事某些职业的权利等在目前的情况下是否有效看来会产生相当大的疑虑。另一方面, 似乎没有理由不让第四条继续生效, 尽管爆发了战争。

‘同奥匈帝国签订的一项条约中类似第四条的规定在上面提到的 *Techt* 诉 *Hughes* 案中被认为在战时仍然有效, ....

‘*State ex rel. Miner* 诉 *Reardon* 案[120 Kans.614, 245, Pac.158 (1926)]沿用了该案的判决....内布拉斯加最高法院在 *Goos* 诉 *Brocks* 案中提出了相同的结论[117 Neb.750 (1929), 223 N.W.13 (1929)], ....

‘尽管面前案件中的条约规定与 *Karnuth* 案的规定有些不同, 应该指出, 在最后一案件中, 最高法院指出, “看来人们相当普遍地同意, 至少以下条约义务仍旧有效: ....一缔约国国民或子民有权继续拥有和转移在他国领土内的土地的规定” ....

‘虽然国务卿蓝辛于 1918 年 9 月 10 日写到, 国务院不认为关于处置和继承地产的条约规定在与德国和奥匈帝国交战期间继续有效....该项说法是在这里讨论的各项司法判决之前, 是在那些判决所代表的实践明确地为各法院接受之前提出的。同较早的时期相比, 看来趋势是确认战争期间条约规定的效力应具有更大的持续性。人们相信, 国务卿蓝辛的说法不代表现在的看法。

‘可以指出, 本国法院采取的立场看来比许多国际法的作者的立场有些更倾向于赞成条约规定在战时继续有效。在诸位现代作者中, 似乎有赞成以下看法的趋势, 即“答复关于某一特定条约是否因缔约国间爆发战争而被废止的问题的关键因素必须在于各缔约方在签订条约时的意图, 而不是条约规定本身的性质。”((Cecil Hurst, “The Effect of War on Treaties”, 1921-1922 *British Year Book of International Law*, 37, 47.)) 还可参看 C.C. Hyde, *International Law* (2nd ed., 1945), vol. II, pp. 1546 *et seq.*; *Harvard Research in International Law, Law of Treaties*, 29 *American Journal of International Law Supp.* (1953), 1183 *et seq.* 似乎没有任何证据说明当 1923 年与德国签订条约时这方面的实际意图为何。但是, 鉴于当时刚刚在上面提到的 *Techt* 诉 *Hughes* 案中作出的裁决, 认为诸如 1923 年《条约》第四条的规定在爆发战争时应仍然有效的看法应该不是不合理的。

‘鉴于上述情况, 国务院看不反对你认为 1923 年 12 月 8 日同德国签订的《条约》第四条尽管爆发战争仍应继续有效的立场。’

1945 年 5 月 21 日代理国务卿(格鲁)给司法部长(比德尔)的信。国务院, 档案 740.00 113 EW/4-245。

(25) 1948 年，代理法律顾问杰克·泰特采纳并确认了这一立场。他说：<sup>109</sup>

“在 1945 年 5 月 21 日代理国务卿给司法部长的信中，国务院提出了它关于上述条约第四条尽管爆发战争应继续有效的看法。在克拉克诉艾伦案(1947 年)，91 L.Ed.1633,1641-1643，最高法院裁定，1923 年同德国签订的条约的第四条有关财产的取得、处置和缴税的规定在战争期间仍然有效。国务院注意到，习惯上，就如克拉克诉艾伦案的裁决和美国最高法院的若干其他裁决所显示的，决定性的因素是在有关的条约规定和维持战争状态之间是否存在不相容的情况，致使该项规定显然不应执行。

“关于德国政府于 1941 年为领事目的在旧金山取得的财产，1923 年同德国签订的条约的有关规定是第 19 条第 2 款……国务院认为，这些规定法律效力并没有因美国和德国之间爆发战争而改变。这一看法与本政府在平时和在战时关于属于一国政府并位于另一国领土内的财产所采取的政策完全相符。本政府一向主张，对他国政府在美国管辖领土内拥有的财产给予按照国际惯例一般给予此种财产的承认并忠实遵守按条约给予此种财产的任何权利保障。同样地，本政府也一直不懈地要求其他政府对它在它们领土内的财产给予此种确认和权利。

“在美国和德国爆发战争之后本政府对待德国在美国的外交和领事财产的历史可能同此事项有关。

“……

“鉴于这些考虑，国务院不反对外国财产办事处认为尽管美国与德国之间爆发了战争，1923 年 12 月 8 日签订的条约的第 19 条第 2 款的规定继续有效的立场。”

(26) 若干州的市政法院的判决反映了这一看法，但依据的法理学并不一致。<sup>110</sup>

(27) 国际法院对类似的条约规定的裁定并不反对上面提到的法律立场。但是，法院在尼加拉瓜案中并没有讨论到武装冲突对条约继续有效或中止的影响的问题。<sup>111</sup>此外，法院对当事方之间是否存在“武装冲突”的问题没有作出任何认定。<sup>112</sup> 可以

---

<sup>109</sup> Whiteman, *Digest of International Law*, vol. XIV, pp. 502 and 503, 1948 年 11 月 10 日给司法部长的信。

<sup>110</sup> Rank, *Cornell Law Quarterly*, vol. 38 (1952-53), pp. 511-533; Whiteman, *Digest of International Law* XIV, September 1970, pp. 497-505; Verzijl, (footnote 75 above), VI, 1973, pp. 377-385.

<sup>111</sup> 《1984 年国际法院案例汇编》，第 393 页起，见第 426-429 页。

<sup>112</sup> 《秘书处的备忘录》，第 69 至 74 段。



回顾到，美国仍然与尼加拉瓜保持着外交关系，而且也没有宣战或宣布发生武装冲突。

(28) 法院在石油平台案中的判决<sup>113</sup>也是假设 1955 年的《友好、经济关系和领事权利条约》仍然有效。这些判决的相关性因《友好条约》仍然有效而受到了影响。<sup>114</sup>各当事方没有对此提出异议。

(29) 此外，我们很可以假定，本类条约包括双边投资条约。就如奥斯特指出的，此类协定的目的是互相保护缔约国的国民。<sup>115</sup>

#### (d) 保护人权的条约

(30) 文献很少为本目的提及保护人权条约的状况。这种情况实际上很容易解释。许多相关文献早于《联合国宪章》时代所出现的人权规范。而且，关于人权的专门文献有一种忽略更具技术性问题的倾向。1985 年通过的国际法学会决议包括下列条款(第 4 条)：

“除非条约另有规定，武装冲突的存在并不致使缔约国有权单方面终止或暂停有关对人身进行保护的条约规定。”

第 4 条以 36 票赞成、0 票反对和 2 票弃权获得通过。<sup>116</sup>

(31) 此类人权保护的使用可视为是给予友好、通商和航海条约及关于私权的类似协定，包括双边投资条约的地位的自然延伸。也与建立领土制度的条约有着密切关系；在建立这种制度时，就建立了规范全体人民的人权的标准，或规范少数群体的制度或地方自治制度。

(32) 对人权条约在武装冲突期间的适用问题作了下列叙述：

“关于人权条约是否适用于武装冲突的辩论仍在持续，尽管如此，人们广为接受的观点是，各人权条约不可减损条款在武装冲突期间适用。首先，国际法院关于核武器的咨询意见中指出，《公民及政治权利国际盟约》的保护不应在战争时期停止，除非援引《盟约》第 4 条，在国家紧急时期可以减免某些规定。关于核武器的咨询意见是法院在审查武装冲突对条约影响方面最相关的案例，包括武装冲突对人权和环境条约的影响的重要讨论。第二，

---

<sup>113</sup> 2003 年 11 月 6 日的《判决书》。还参看关于有关石油平台案的判决（初步反对意见），《1996 年国际法院案例汇编》，第 803 页。

<sup>114</sup> 见初步反对意见的判决，《1996 年国际法院案例汇编》，第 15 段。

<sup>115</sup> 见 Aust, (footnote 90 above), p. 244.

<sup>116</sup> *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 61 (II), pp. 219-221.

国际法委员会在其关于国家对国际不法行为所负责任的条款所作评注中指出，尽管关于自卫的自然权利可能使得不遵守某些条约成为具有正当性，‘至于国际人道主义法规定的义务以及在不可减损的人权条款方面，自卫并不解除行为的不法性。’最后，评论家也都一致认为，不可减损的人权条款在武装冲突期间适用。鉴于不可减损的人权条款将绝对法规律制定为法律，因此，可将武装冲突期间适用不可减损人权条款视为前节所述规则的必然结论，即尽管爆发武装冲突，作为绝对法的条约条款必须予以遵守。”<sup>117</sup>

(33) 这一叙述说明了与武装冲突期间人权标准的适用性有关的问题。<sup>118</sup> 本委员会的任务不是要着手参与此类实质性事项，而是要将注意力集中在武装冲突对特定条约的实施或有效性的影响问题上。在这一方面，进行减损效力的试验是不合适的，因为减损涉及到条款的实施问题，与有效性或终止无关。但是，“在战争时期或其他威胁国家生命的公共紧急情况下”进行减损的权限的确提供证据说明，此类武装冲突不会造成中止或终止。最终，恰当的标准是第 4 条草案里所列的标准。行使减损(与否)的权限不会阻止条约的另一缔约国宣称，中止或终止是因为外在理由而实行的。

#### (e) 关于保护环境的条约

(34) 大多数环境条约不含关于其在武装冲突情况下的适用性的明确条款。保护环境条约的主题和模式有极大的差异。<sup>119</sup>

(35) 与国际法院关于核武器的咨询意见有关的诉讼文书明确表示，在有关所有环境条约在和平和战争期间均适用的主张方面，没有一般性协议，除非有表示相反意见的明确规定。<sup>120</sup>

(36) 在关于核武器的咨询意见中，国际法院形成了下列一般性法律立场：

“29. 本院承认环境天天面临威胁，使用核武器将构成环境的一种浩劫。本院也承认环境不是一个抽象的概念，而是代表人类包括未来各代的生活空间、生活素质、甚至健康。各国有一般的义务确保在其管辖范围内或在

---

<sup>117</sup> 《秘书处的备忘录》(A/CN.4/550 和 Corr.1)，第 33 段(脚注略)。

<sup>118</sup> 又见 Rene Prévost, *International Human Rights and Humanitarian Law*, 2002.

<sup>119</sup> Philippe Sands, *Principles of International Environmental Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2003), 2nd ed., pp. 307-316; Patricia Birnie and Alan Boyle, *International Law and the Environment* (Oxford: Oxford University Press, 2002), 2nd ed., pp. 148-151; K. Mollard-Bannelier, *La Protection de l'environnement en temps de conflit armé* (Paris: Pedone, 2001).

<sup>120</sup> 见《秘书处的备忘录》(A/CN.4/550 和 Corr.1)，第 58 至 63 段。

其控制下的活动尊重其他国家或在国家管辖范围以外的地区的环境，这一点目前已成为有关环境的国际法典的一部分。

“30. 但是，本院认为，问题不在关于保护环境的条约在武装冲突期间是否适用，而在这些条约所产生的义务是否作为在军事冲突期间全面实行克制的义务。

“本院不认为这些条约可能有意剥夺一个国家根据国际法行使自卫的权利，因为它有保护环境的义务。不过，国家在追求合法的军事目标而估量什么手段是必要和相称时，必须考虑到环境。在估量一项行动是否符合必要和相称的原则时，尊重环境是必须考虑的因素之一。

“《里约宣言》原则 24 的规定实际上支持这个办法，该原则规定：

‘战争本来就会破坏可持续发展。因此各国应遵守国际法关于在武装冲突期间保护环境的规定，并于必要时合作促进其进一步发展。’

“31. 本院进一步注意到，《第一附加议定书》第 35 条第 3 款和第 55 条规定对环境的其他保护。总的来说，这些规定体现了保护自然环境使其免遭广泛、长期和严重损害的一般义务；禁止意图或可以预料造成这种损害的作战方法和手段；并禁止为了报复而攻击自然环境。

“这些规定是对所有签署上述规定的国家的有力约束。”<sup>121</sup>

(37) 当然，这些规定是重要的，它们对采用环境条约适用于武装冲突情况的推定提供了一般性和间接的支助。但是，正如咨询意见记录中的书面呈件所示，在具体的法律问题上没有协商一致。<sup>122</sup>

#### (f) 关于国际水道以及有关工程和设施的条约

(38) 与水道或航行权有关的条约基本上是建立或规范永久性权利或永久性制度或地位的条约类别的次类。然而，很方便单独审查这一类别。一些权威著作承认，此

---

<sup>121</sup> “使用或威胁使用核武器的合法性”，《1996 年国际法院案例汇编》，第 29-31 段。

<sup>122</sup> 见 D. Akande, “Nuclear Weapons, Unclear Law? Deciphering the Nuclear Weapons Advisory Opinion of the International Court”, *BYbIL*, vol. 68 (1997), pp. 183 and 184.



类文书不适宜在武装冲突期间终止。此类作者有：托宾、<sup>123</sup> 麦克奈尔、<sup>124</sup> 菲茨莫里斯、<sup>125</sup> 兰克、<sup>126</sup> 钦肯、<sup>127</sup> 和德尔布吕克。<sup>128</sup>

(39) 然而，情况远非简单。菲茨莫里斯对各国的实践作了下列描述：<sup>129</sup>

“无论公约的性质如何，在公约的所有缔约国成为交战国时，将以公约是双边条约的同样方式来决定有关事项。例如，造法性类别的条约或意在创造永久性解决办法的类别的公约，诸如规定某些运河或水道自由航行或殖民地地区商业自由和平等的公约，将不受爆发由所有缔约国参加的战争的情况的影响。其实施可部分中止，但它们继续存在，一旦和平恢复，它们的实施就自动恢复。”

(40) 有关某些水道的地位的条约的适用或许要以服从行使《联合国宪章》第五十一条承认的自卫的固有权利为前提。<sup>130</sup>

(41) 无论如何，每个海峡和运河的制度通常是通过具体条款手段解决的。此类条约的例子包括《确定易北河航行章程的公约》(1922 年)、<sup>131</sup>《有关基尔运河的凡尔赛条约》<sup>132</sup> 的条款(1919 年)、《有关(蒙特勒)海峡制度公约》(1936 年)、<sup>133</sup>《巴拿马运河条约》(1977 年)<sup>134</sup> 以及《关于巴拿马运河永久中立和营运的条约》(1977 年)。<sup>135</sup>

(42) 一些多边协定明确规定了在战争期间的中止权。所以，关于《国际可航行水道制度的规约》(1922 年)<sup>136</sup> 第 15 条规定：

“本规约没有规定战争期间交战国和中立国的权利和义务。但是，本规约在战争期间继续有效，只要此类权利和义务允许即可。”

---

<sup>123</sup> Tobin, (footnote 79 above), pp. 89-95.

<sup>124</sup> McNair, (footnote 66 above), p. 720.

<sup>125</sup> Fitzmaurice, (footnote 85 above), pp. 316 and 317.

<sup>126</sup> Rank, (footnote 110 above), pp. 326 and 327.

<sup>127</sup> Christine M. Chinkin, “Crisis and the Performance of International Agreements: The Outbreak of War in Perspective”, *Yale Journal of World Public Order*, vol. 7 (1980-1981), pp. 202-205.

<sup>128</sup> Delbrück, “War Effect on Treaties”, (footnote 92 above), p. 1370.

<sup>129</sup> Fitzmaurice, (footnote 85 above), p. 316.

<sup>130</sup> 见 R.R. Baxter, *The Law of International Waterways, with particular regard to Interoceanic Canals* (Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1964), p. 205.

<sup>131</sup> 《国际联盟条约汇编》，第 26 卷，第 221、241 页。

<sup>132</sup> *British and Foreign State Papers*, vol. 112 (1919).

<sup>133</sup> 《国际联盟条约汇编》，第 173 卷，第 213 页。

<sup>134</sup> *ILM*, vol. 36 (1977), p. 1022.

<sup>135</sup> 同上，第 1040 页。

<sup>136</sup> 《国际联盟条约汇编》第 7 卷，第 37、61 页。

(43) 《国际水道非航行使用法公约》(1997 年)<sup>137</sup> 在第 29 条作如下规定：

“武装冲突期间的国际水道和装置

“国际水道和有关的装置、设施及其他工程，应享有适用于国际性及非国际性武装冲突的国际法原则和规则所给予的保护，并且不得用于违反这些原则和规则。”

(44) 因此有一定理由将本类别纳入指示性清单。

#### (g) 关于含水层以及有关工程和设施的条约

(45) 类似于以上的考虑似乎适用于关于含水层以及有关工程和设施的条约。地下水占世界淡水资源的 97%，不包括极区冰所含的水。<sup>138</sup> 在地表水资源方面有相当多的国家实践，但在地下水资源方面不能这么说。委员会在关于跨界含水层法律的工作展现了在这个领域取得的成就。<sup>139</sup> 关于地下水的双边、区域和国际协定和安排现有体系越来越引人注目。<sup>140</sup>

(46) 根据武装冲突法规定的根本性保护，基本的假定是，跨界含水层或含水层系统及有关工程、设施和其他工事应享有适用于国际性和非国际性武装冲突的国际法原则和规则所给予的保护，并且不得以违反这些原则和规则的方式加以使用。<sup>141</sup>

(47) 虽然武装冲突法自身规定了保护，但关于含水层以及有关工程和设施的条约的主题事项是否有武装冲突不发生影响的必然含义，这可能不那么清楚。含水层的脆弱性和保护其中的含水的必要性，就是提出连续性必然含义的紧迫原因。

#### (h) 多边造法条约

(48) 麦克奈尔对造法条约的定义是：<sup>142</sup>

“(一) 多方造法条约

多方造法条约指的是在不创设国际制度、地位或体系的情况下，创立用以调整各方未来行为的国际法规则的条约。据认为，不论是所有缔约方

---

<sup>137</sup> ILM, vol. 36 (1977), p. 700.

<sup>138</sup> 见 S. Burchi and K. Mechlem, *Groundwater in International Law: Compilation of Treaties and Other Legal Instruments* (FAO/UNESCO, 2005), foreword.

<sup>139</sup> 见本报告第四章。

<sup>140</sup> 一般见同上。

<sup>141</sup> 见委员会本届会议通过的跨界含水层法条款草案第 18 条。

<sup>142</sup> McNair, (footnote 66 above), p. 723.

还是部分缔约方交战，这些条约都能不受战事的影响，一直有效。以这些条约为基础通常可能形成永久法律。这方面的例子不多。《1856 年巴黎宣言》即为一例。《宣言》的内容清楚表明各方打算利用《宣言》来调整各方在战争期间的行为，但是战争结束后《宣言》仍然有效，为此提出的理由是各方打算根据《宣言》来创立永久法律规则。《1907 年关于限制用武力索求合同债款的海牙第二公约》和《1928 年巴黎和约》也都属于这类情况。创立关于国籍、婚姻、离婚、对等执行判决等问题的规则的公约可能也属于此类。”

(49) 卢梭、<sup>143</sup> 菲茨莫里斯，<sup>144</sup> 斯塔克、<sup>145</sup> 德尔布吕克<sup>146</sup> 和库尔蒂·贾尔迪诺<sup>147</sup> 等其他几位权威学者对这类条约的意义也有所表述。

(50) “造法”一词有一点问题，<sup>148</sup> 可能轮廓不明确。但是，第二次世界大战后作出的安排，技术性多边条约方面产生了某些的国家实践。斯塔克指出：“涉及卫生、毒品、保护工业财产等‘制定法律’一类的多边公约，不因战争爆发而废止；相反，条约只是中止生效并在敌对行动结束之后重新生效，或甚至在战争期间得到部分适用。”<sup>149</sup>

(51) 美国的立场载于国务院法律顾问欧内斯特·格罗斯 1948 年 1 月 29 日的信中：<sup>150</sup>

“然而，关于你的信中所指的那一类多边条约，我国政府认为，一般来讲，对于美国缔结的非政治性多边条约，只要美国政府从未按照多边条约的规定宣布退出该条约，在美国处于交战状态时这些条约对于美国来说仍然有效；虽然当这些条约的某些缔约国处于战争状态时，可以理解条约的某些条款事实上可能无法执行，但这个事实并不能废止这些条约。我国政府认为，战争对这些条约的影响仅限于敌对交战国之间终结或中止条约的执行；除非有特别的原因采取相反的观点，这些条约在共同交战国之间、交战国与中立国之间和中立国之间仍然有效。

---

<sup>143</sup> Rousseau, (footnote 87 above), pp. 223 and 224.

<sup>144</sup> Fitzmaurice, (footnote 85 above), pp. 308, 309 and 313.

<sup>145</sup> I.A. Shearer, *Starke's International Law* (London: Butterworths, 1994) (11th ed.), p. 493.

<sup>146</sup> Delbrück, (footnote 92 above), p. 1370.

<sup>147</sup> Curti Gialdino, (footnote 94 above), 1959, pp. 225-239.

<sup>148</sup> 见《秘书处的备忘录》(A/CN.4/550 和 Corr.1)，第 49-50 段。

<sup>149</sup> Starke, (footnote 145 above), at 409.

<sup>150</sup> 见 Rank, (footnote 110 above), p. 343.

“我国政府认为，美国和意大利和平条约于 1947 年 9 月 15 日生效后，对于美国和意大利两国在战争处于战争状态时有有效的非政治性多边条约，只要两国政府都没有按照有关条款宣布退出，这些条约现在在美国和意大利之间恢复生效和实施。美国政府对保加利亚、匈牙利和罗马尼亚采取类似的立场……”

(52) 英国的立场载于外交部 1948 年 1 月 7 日的信中：<sup>151</sup>

“你在来函中询问技术性或非政治性多边条约的法律地位，以及是否英国国王陛下政府认为由于战争原因，这些条约已经被废除还是只是中止执行。我愿就此作出答复。

“谨请注意，在与意大利、芬兰、罗马尼亚、保加利亚和匈牙利签署的和平条约中，没有提及这些条约，和平会议认为没有必要对这些条约作出规定，因为根据国际法，在战争期间这些条约原则上在交战国之间仅仅是中止执行，和平重现以后将自动恢复生效。国王陛下政府不认为多边公约应该随着战争的爆发而在事实上失效，对于中立国签署的公约尤其如此。此类公约的明显例子有《1919 年国际航空公约》和多项邮政和电讯公约。其实，真实的法律思想似乎是，仅仅由于交战国之间正常的和平关系中止，才使得有关的多边公约无法履行或暂时中止执行。在某些情况下，例如《红十字公约》，多边公约是为应对战争期间的国与国之间的关系而特别设计的，显然此类公约将仍然有效，而不会中止执行。

---

<sup>151</sup> 同上，第 346 页。另参见 Fitzmaurice, (footnote 85 above), pp. 308-309. 另参见 Oppenheim, (footnote 84 above), pp. 304-306. 菲茨莫里斯叙述了双边条约重新生效或不生效的途径，例如通知的方法，他指出：

“此类规定的好处是在前敌国与任一同盟国或参战国之间爆发战争时，它毫无疑问地确定了各方对每一项有效的双边条约的立场。如果没有此类规定，情况当然不会如此，原因是要界定战争对条约，尤其是对双边条约的影响相当困难，而且难免辨别不清。

“在多边条约和公约方面存在着同样的问题，但是，问题的严重性要小得多，因为一般情况下战争爆发将对有关多边条约或公约产生何种影响的问题是显而易见的。有鉴于此，再加上前敌国和同盟国和参战国（连同若干其他国家，包括中立国或不参加媾和的国家）拒绝的多边公约为数众多，确定这些公约的细节较为困难，所以决定在《和平条约》中对这些公约不予提及，而按有关这一问题的国际法基本规则对此予以处理。然而，有意思的是，在和平会议法律委员会讨论这一问题时，委员会的观点被正式记录在案，列入会议记录中，即一般来讲，虽然在战争期间不可能在交战国之间，或在某些情况下被战争切断联系的交战国和中立国之间适用多边公约，但是交战国之间缔结的多边公约，特别是技术性公约的存在和持续有效性不会受到战争爆发的影响，这些公约最多中止活动，一旦和平重现，便会自动重新生效，而不必对此有任何特别规定。事实上事情并非如此简单，甚至多边公约也是如此，但是这基本上是多边条约对此不作出明确规定的根据。”

“至于仅由交战国缔结的多边公约，如果这些公约属于非政治性质的技术性公约，国王陛下政府可能采取的观点是，这些公约将在战争期间中止执行，但是战争结束后将自动恢复生效，除非专门废止。然而，这种情况从未发生过。”

(53) 德国、<sup>152</sup> 意大利<sup>153</sup> 和瑞士<sup>154</sup> 政府对这一问题的立场基本相同。但是，各国的做法并非完全前后一致，其做法，特别是近期的做法需要进一步证明。

(54) 在这一特定背景下，国内法院的判决必须视为有问题的渊源。首先，判决常常是在政府部门的明确指导下作出的。其次，国内法院可能会依赖与国际法原则没有直接关系的政策因素作出判决。尽管如此，可以说国内法院的判例是不符合继续有效原则的。<sup>155</sup> 苏格兰最高民事法庭对 Masinimport 诉 Scottish Mechanical Light Industries Ltd.(1976 年)案的判决支持了这项一般原则。<sup>156</sup>

(55) 虽然造法条约的渊源不同，但不妨将该类条约作为具有继续有效地位的一类条约予以承认。就原则而言，这些条约应该符合条件，支持继续有效原则的国家实践比比皆是。

(i) 关于以和平手段解决国家间争端的条约，包括通过调解、调停、仲裁和国际法院

(56) 本类条约在文献中的地位一般，可能被假定为在某种程度上可并入构成国际制度的多边条约类别。然而，某些编撰者明确认可构成和平解决国际争端机制的条约的继续施行。<sup>157</sup> 按照这一原则，第一次世界大战结束以后，采用战前所缔结的特别协定作出了相关裁决。

(j) 关于商事仲裁的条约

(57) 作为一项原则和一项稳健的政策，继续有效原则似乎适用于与商业仲裁和执行裁决有关的多边公约引起的义务。在 Masinimport 诉 Scottish Mechanical Light Industries Ltd.案中，苏格兰最高民事法庭认为，这些条约在第二次世界大战以后继续

---

<sup>152</sup> 同上，第 349-354 页。

<sup>153</sup> 同上，第 347-348 页。

<sup>154</sup> 见 *Répertoire suisse de droit international public*, pp. 186-191.

<sup>155</sup> Rank, (footnote 110 above), pp. 511 and 533, Verzijl, (footnote 75 above), VI, pp. 387-391.

<sup>156</sup> *ILR*, vol. 74, p. 559 at p. 564.

<sup>157</sup> 见 Stuart Hull McIntyre, *Legal Effect of World War II on Treaties of the United States* (The Hague: Martinus Nijhoff, 1958), pp. 74-86; and McNair, (footnote 66 above), p. 720. See also Manley O. Hudson, *The Permanent Court of International Justice, 1920-1942* (New York: The Macmillan Company, 1943).



有效，不受《1947 年罗马和平条约》<sup>158</sup> 的管辖。与此有关的协定有 1923 年 9 月 24 日签署的《仲裁条款议定书》和 1927 年 9 月 26 日的《关于执行外国仲裁裁决的公约》。法庭将上述文书归类于‘多方造法条约’。1971 年，意大利最高上诉法院(联席会议)认为虽然意大利对法国宣战，1923 年《商务仲裁条款议定书》没有被终止，只是在战争状态结束之前停止适用。<sup>159</sup>

(58) 对这一类条约的认可似乎有其道理：它们同其他类型的条约，包括多边造法条约也存在着联系。

(59) 关于爆发敌对行为对按照《国际商会规则》作出裁决的条款有何影响的问题，有一个重要的范例。在达尔米亚水泥公司诉巴基斯坦国民银行案中，皮埃尔·拉利夫教授作为独任仲裁员基于 1965 年 9 月在印度和巴基斯坦之间发生的敌对行为，作出了下列裁断：

“68. 总之，我坚定认为，在索赔者对国际商会仲裁法院提出仲裁要求之时，即使假定印度和巴基斯坦之间处于战争状态，但在双方之间仍存在着按照《国际商会规则》作出裁决的有效和具有约束力的协定。<sup>160</sup>

#### (k) 关于外交关系的条约

(60) 指示性清单还包括外交关系条约。虽然对经验的文献材料不很充足，但是使馆在发生武装冲突期间保持开放的做法并不少见。不管在任何情况下，《维也纳外交关系公约》明确规定《公约》适用于武装冲突期间。第 24 条规定使馆档案及文件‘无论何时’均属不得侵犯，‘无论何时’这一用语是在维也纳会议期间添加的，目的是明确表明在发生武装冲突的情况下不可侵犯性仍然有效。<sup>161</sup> 其他条款，例如关

---

<sup>158</sup> *ILR*, vol. 74, p. 559, at p. 564.

<sup>159</sup> *Lanificio Branditex v. Società Azais e Vidal*, *ibid.*, vol. 71, p. 595. 另参见瑞士关于仲裁条款议定书的判决: *Telefunken v. N.V. Philips*, *ILR*, vol. 19, p. 557 (联邦法院)。

<sup>160</sup> *ILR*, vol. 67, p. 611 at p. 629; 1967 年 12 月 18 日的裁决。他还说：没有必要审查提出仲裁要求的行动是否构成与‘敌方’‘往来’，也没有必要审查据称支持这一争议的当局是否不仅同‘英式’裁决或当地裁决有关，还同按照《国际商会规则》进行国际裁决有关。至于当事方是否确实或可能考虑到在接受裁决条款之时，在巴基斯坦和印度之间出现‘战争状态’或小于战争规模的武装冲突的可能性，讨论这一问题亦属多余。

“基于上述原因，

“本仲裁员

“认定索赔者提出的仲裁诉讼属于国际商会仲裁法院管辖范围，仲裁员有根据《国际商会调解和仲裁规则》第 13 条第 3 款对争议进行裁决的管辖权。”

<sup>161</sup> 见 Eileen Denza, *Diplomatic Law, A Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations* (Oxford: Clarendon Press, 1998), 2nd ed., p. 160.

于离境便利的第 44 条，包括‘纵有武装冲突情事’的用语。第 45 条尤其重要，作出了下列规定：

“遇两国断绝外交关系，或遇使馆长期或暂时撤退时：

“(a) 接受国应尊重并保护使馆馆舍以及使馆财产与档案，纵有武装冲突情事，亦应如此办理；

“(b) 派遣国得将使馆馆舍以及使馆财产与档案委托接受国认可之第三国保管；

“(c) 派遣国得委托接受国认可之第三国代为保护派遣国及其国民之利益。”

(61) 继续有效原则得到了一些评注者承认。<sup>162</sup> 国际法院在《关于美国驻德黑兰外交和领事人员的案件》中着重叙述了《维也纳外交关系公约》所反映的制度的特性。国际法院指出：<sup>163</sup>

“简言之，外交法的规则构成一个自足的制度，一方面规定了接受国在便利、特权、豁免方面应照料外交使团的义务，另一方面也预见到使团成员可能违规，故具体规定了接受国为了对付任何可能的此类违规而可以动用的手段。这些手段本质上是完全有效的，因为除非派遣国召回使团成员，由于接受国不再承认他作为使团成员，可能造成他的特权和豁免权即刻丧失，这实际上将迫使该人员出于自身考虑立即离境。但是外交人员和外交使团馆舍不可侵犯性原则是这一长期制度的基石之一，伊斯兰传统对这一制度的演变作出了重大贡献。此外，1961 年公约第 44 条和第 45 条都着重强调了不可侵犯性原则的根本特征(还有 1963 年《公约》第 26 和第 27 条)。即使发生武装冲突或外交关系断绝，根据这些条款接受国也必须尊重外交使团成员和馆舍、使团财产和档案的不可侵犯性。”

(62) 1961 年《维也纳外交关系公约》对伊朗和美国都有效。国际法院较为清楚地表明，所适用的法律包括“一般国际法上可适用的规则”；《公约》是对法律的法典化。<sup>164</sup>

---

<sup>162</sup> 例如见 Chinkin, (footnote 127 above), p. 177 at pp. 194-195. 另参见《秘书处的备忘录》(A/CN.4/550 和 Corr.1)，第 36 段。

<sup>163</sup> 《1980 年国际法院案例汇编》，第 3 页起，见第 40 页，第 86 段。

<sup>164</sup> 《1980 年国际法院案例汇编》，第 24 页，第 45 段；第 41 页，第 90 段和（判决主文），第 44 页，第 95 段。

## (I) 关于领事关系的条约

(63) 与外交关系条约一样，将领事关系条约归入在发生武装冲突的情况下不一定废除或中止的协定类别有充足的理由。普遍认为，即便爆发战争或外交关系中断，仍可维持领事关系。<sup>165</sup> 《维也纳领事关系公约》明确规定《公约》适用于武装冲突期间。因此，第 26 条规定接受国对于领馆人员及其他人员离境提供的便利，‘纵有武装冲突情事’，亦应如此办理。第 27 条规定接受国应尊重并保护领馆馆舍，‘纵有武装冲突情事’，亦应如此办理。继续有效原则得到了钦肯教授的认可。<sup>166</sup>

(64) 国际法院在《关于美国驻德黑兰外交和领事人员的案件》着重叙述了 1961 年和 1963 年两项维也纳公约的特性。

(65) 《维也纳领事关系公约》对伊朗和美国都有效。国际法院认为《公约》是对法律的法典化，而且较为清楚地表明，所适用的法律包括“一般国际法上可适用的规则”。<sup>167</sup>

(66) 各国在双边条约中关于领事规定的实践前后不太一致。<sup>168</sup> 需要掌握更多的资料，特别是关于近期实践的资料。

## 第 6 条 武装冲突期间缔结条约

1. 武装冲突的爆发不影响武装冲突当事国依照《维也纳条约法公约》缔结条约的能力。
2. 各国可缔结关于在武装冲突情况下终止或中止某项条约的施行的合法协定。

## 评 注

(1) 第 6 和第 7 条草案应该先后连起来理解。列入这两条是为了保留条约必须遵守的原则，符合条款草案关于确保条约的法律保障和连续性的基本政策。这两个条款草案反映，国家在武装冲突时可以继续相互交往。

---

<sup>165</sup> Luke T. Lee, *Consular Law and Practice* (Oxford: Clarendon Press, 1991) 2nd ed., p. 111.

<sup>166</sup> Chinkin, (footnote 127 above), p. 177 at pp. 194 and 195. 另参见《秘书处的备忘录》(A/CN.4/550 和 Corr.1), 第 36 段。

<sup>167</sup> 《1980 年国际法院案例汇编》，第 24 页，第 45 段；第 41 页，第 90 段和（判决主文），第 44 页，第 95 段。

<sup>168</sup> 见 Rank, (footnote 110 above), pp. 341-55; McIntyre, (footnote 157 above), pp. 191-199.



(2) 第 6 条草案第 1 款反映以下基本主张，即武装冲突不影响冲突当事国缔结条约的能力。

(3) 从技术上讲，这条规定处理武装冲突对国家缔结协定的能力的影响，而不是对条约本身的影响，但在条款草案中保留该款被认为是有用的。为了表明“武装冲突当事国”的能力而对该款作了微调，以表明武装冲突可能只有一个当事国，如国内武装冲突的情形。

(4) 第 2 款处理武装冲突当事国的实践，在武装冲突期间明确同意中止或终止当时两国间生效的条约。正如麦克奈尔指出：“在战争期间，在两个敌对的交战国之间订立条约义务……从司法原理上说，并非不可能。”<sup>169</sup> 实际上，确实缔结过此类协定，若干法学家也曾提起过有关事例。杰拉尔德·菲茨莫里斯在某种程度上也赞同麦克奈尔的观点，他在《海牙讲座》中指出：

“而且，在战争期间，在两个交战国之间实际订立条约，从理论上来说并非不可能。例如，交战国之间缔结停战协定就属于这种情况。属于这种情况的还有交战国就交换人员，或就敌国人员安全通过其领土等问题缔结特殊协定。这些协定也许需要通过中立的第三国或保护国缔结，但是，一旦缔结，这些协定就成为具有约束力的有效国际协定。”<sup>170</sup>

## 第 7 条

### 关于条约施行的明文规定

如果条约明文规定适用于武装冲突，在武装冲突情况中该条约应继续施行。

## 评 注

(1) 第 7 条草案是对第 6 条草案的补充，它处理条约明确规定武装冲突进行中继续实施的进一步可能性。它规定了一般性规则，即条约如有如此规定，则在武装冲突中继续实施。

(2) 第 7 条草案着重于在讨论中的那种不受冲突影响的条约的“可施行性”。起初，这条规定采用条约的继续“生效”一词。有些委员建议采用继续“适用”或者

---

<sup>169</sup> McNair, *The Law of Treaties*, (footnote 66 above), p. 696.

<sup>170</sup> *Recueil des Cours*, ... vol. 73 (1948, II), p. 309.

“施行”。经决定采用最后一条，因为据认为，重点不应放在条约是否生效或者可适用，而应放在条约在武装冲突情况中是否能实际施行。

(3) 对是否保留“明文”这一限定语的问题作了辩论。有人认为，这种限定语没有必要，因为存在着一些条约，虽然没有为此明文规定，仍按其含义继续施行。但是，经过全面考虑后决定保留更严格的格式，明确只包括载有这种明文规定的条约，而将那些按自然含义继续施行的条约留给适用第4和第5条草案时去包括。

(4) 严格来讲，这条草案似乎多余，但普遍认为，为了明确说明，这种规定有合理之处。

## 第 8 条

### 通知终止、退出或中止

1. 参与武装冲突的国家如拟终止或退出其作为缔约国的条约，或中止该条约的施行，应通知条约的其他各缔约国或条约保存人。

2. 通知自其他各缔约国收到通知之时起生效。

3. 以上两款不影响缔约国根据条约的规定或可适用的国际法规则对终止、退出条约或中止其施行表示反对的权利。

## 评 注

(1) 第8条草案确定通知终止、退出或中止条约的基本义务。案文依据《维也纳公约》第65条，但按武装冲突作了修订和调整。该条款草案的目的是确定通知的基本义务，同时承认另一缔约国提出反对的权利，但仅止于此。换言之，在这种情形下，会有始终得不到解决的争议，至少在冲突的剩余时间内。有人认为要更多地照搬第65条是不可行的，因为想强制实行武装冲突时终止、退出或中止条约的和平解决争端制度，这是不现实的。

(2) 第1款的案文按《维也纳公约》作了调整，将“希望”改为“有意”，然后增加了“该意向”等词，以具体指明通知的对象是什么。对关于在这里按《维也纳公约》的用语用“其主张”的可能性问题也作了讨论，但经决定不采用这个用语，以便将本程序与《维也纳公约》第65条更明确地区别开来。

(3) 关于“或条约保存人”的说法，有些委员建议改为“和条约保存人”，或者删除“其他各”等词。但最后按原来的建议保留该案文，因为这是保存人通知各方的

职能。此外，有些条约没有保存人。因此，通知各缔约国或者保存人的可能性必须在第 1 款中规定。但是，关于通知的生效问题，重要的是另一缔约国或其他一些缔约国收到通知的时刻，而不是保存人收到通知的时刻。因此，第 2 款没有提及保存人。

(4) 关于第 2 款的案文，有一项建议说应具体指出，必须考虑的是收到通知后生效的“终止、中止或退出”。但是经决定只保留“通知”从……生效，因为如果采纳建议的修正方案，可能会有表示终止、中止或退出在通知收到后立即生效的效应，而第 3 款则预期条约缔约方保留反对终止的权利。

(5) 第 3 款的意图是保留某一条约或一般性国际法下可能存在的反对终止、终止或退出条约的权利。因此，反对的是终止、终止或退出的意图，这种意图是由第 1 款设想的通知所转达的。

## 第 9 条

### 不依条约存在的国际法义务

因武装冲突而终止、退出或中止其施行的条约，不影响一国履行依国际法必须履行的该条约所载义务的责任。

## 评 注

(1) 第 9 和第 11 条草案试图按照《维也纳公约》第 43 至第 45 条的模式，作更改后建立一种制度。其目的是：如果某一项义务载于某一条约，而该条约因武装冲突而终止或中止，或者缔约国退出该条约，则继续要求履行一般国际法下的同一义务。增加了与武装冲突的关系，目的是将本规定放在本条款草案的适当背景中。

(2) 本条草案所订的原则似乎是老生常谈，因为习惯国际法继续在条约义务外适用。在国际法院对尼加拉瓜案著名的判词中说：

“得到公认的上述[一般和习惯国际法]原则已编纂或体现在多边公约之中，这一事实即使对于已成为这些公约缔约方的国家而言，也并不意味着这些规则已不再作为习惯法原则存在或适用”。<sup>171</sup>

---

<sup>171</sup> 关于尼加拉瓜内部和外来军事和准军事活动的案件，法院的管辖权和申请可否受理，1984 年 11 月 26 日的判决，《1984 年国际法院案例汇编》，第 73 段；另参见 Morelli 法官在北海大陆架案上的不同意见，《1969 年国际法院案例汇编》，第 198 页。

## 第 10 条

### 条约规定的分离

因武装冲突而导致条约的终止、退出或中止，应对整个条约有效，除非条约另有规定或当事国另有协议，但下列情况不在此限：

- (a) 条约的部分条款在适用上可与条约的其余部分分离；
- (b) 从条约本身可以推论或通过其他方式确定，接受以上所指条款并非其他缔约国接受整个条约约束之必要基础；及
- (c) 条约其余部分之继续施行不致有失公平。

### 评 注

(1) 第 10 条草案处理将受武装冲突影响的条约规定分开的可能性问题。

(2) 有人表示关注，最初的引言以《维也纳公约》第 44 条的引言为基础，这使人以为默认规则是，整个条约不是终止，就是中止，除非有理由将规定分离。有人指出，关于武装冲突的影响问题不同于《维也纳公约》设想到的问题，因为有实践表明武装冲突对有些条约的影响只是部分的。要不这么做，就会含有中止对整个条约产生影响的意义。因此第 5 条草案确认，条约事项可隐含条约在武装冲突期间继续施行的含义。经最后仍然决定保留第 10 条草案，但重新拟订引言，不再强调条约中预先存在终止、退出或中止的权利。

(3) (a)至(c)项逐字照搬《维也纳公约》第 44 条。

## 第 11 条

### 丧失终止、退出条约或中止其施行的权利

凡属下列情况之一，一国不得再因武装冲突而终止、退出条约或中止其施行：

- (a) 该国业已明确同意条约仍然有效或将继续施行；或
- (b) 根据该国的行为，可以认为该国已默认条约将继续施行或继续有效。

## 评 注

第 11 条草案以《维也纳公约》的同等条款即第 45 条为基础。这条规定处理终止、退出或中止施行条约的权利之丧失问题。为更适合于武装冲突，引言增加了适当的措辞。

### 第 12 条 中止条约的恢复

因武装冲突而中止的条约，应根据第 4 条草案规定的标准，决定是否恢复施行。

## 评 注

(1) 本条草案是第 4 条草案的进一步发展，它处理恢复因武装冲突而中止的条约问题。第 4 条草案提到的征象也与本条草案的适用有关。因此，《维也纳条约法公约》第 31 和第 32 条以及武装冲突的性质和范围、武装冲突对条约的影响、条约的主题事项和条约缔约方的数量，都可以考虑进去。

(2) 何时恢复条约的问题应该逐案解决。

### 第 13 条 行使单独或集体自卫权对条约的影响

依照《联合国宪章》行使单独或集体自卫权的国家，有权全部或部分中止施行与行使该项权利不符的条约。

## 评 注

(1) 第 13 条草案是根据国际法学会 1985 年赫尔辛基会议通过的有关决议拟订的三个条款中的第一个。<sup>172</sup> 第 13 条草案反映必须明确承认这些条款草案不为侵略国创造优势。第 14 和第 15 条草案也反映了这种政策的必要性。

---

<sup>172</sup> 具体地说，国际法学会决议第 7 条案文如下：

“一国按照《联合国宪章》行使个别或集体自卫权时，有权全部或部分中止与行使该项权利不符的条约的实施，但须承受后来安全理事会决定该国为侵略国所造成的后果。”

(2) 该条草案涉及按照《联合国宪章》行使单独或集体自卫权的国家的情况。这种国家有权全部或部分中止与行使这项权利行为不符的条约的施行。该条草案必须按照第 14 和第 15 条草案的设想，放在适用《联合国宪章》的制度的背景下予以理解。

## 第 14 条

### 安全理事会的决定

本条款草案不妨碍安全理事会依照《联合国宪章》第七章规定所作决定的法律效力。

## 评 注

(1) 第 14 条草案要保留安全理事会根据《联合国宪章》第七章所作决定的法律效力。它与国际法学会 1985 年决议第 8 条的职能相同。<sup>173</sup> 委员会更赞同以“不妨碍”条款提出这条规定的方法，而不是国际法学会通过的格式，因为其措辞太肯定。

(2) 有些委员赞成删除“第七章规定”等字，以反映理事会能根据《宪章》其他几章作出决定。但是，在第七章方面提到的内容被保留了下来，因为条款草案的上下文是武装冲突。

(3) 《联合国宪章》第一百零三条规定，联合国会员国在本宪章下之义务与其依任何其他国际协定所负之义务有冲突时，其在本宪章下之义务应居优先。除了《宪章》本身所载的权利和义务外，第一百零三条还包括根据联合国机构有约束力的决定所规定的职责。特别是第一百零三条规定安全理事会的决定居优先地位，这已经被实践和学说所广为接受。<sup>174</sup>

(4) 第 14 条草案对由于第一百零三条而牵涉到的各种问题保持开放。

---

<sup>173</sup> 国际法学会决议第 8 条如下：

“一国遵守联合国安全理事会有关威胁和平、破坏和平的行动或侵略行为的决议，应终止或中止实施与该决议相抵触的条约。”

<sup>174</sup> 特别见委员会国际法不成体系问题研究组的分析性研究（A/CN.4/L.682，第 328-340 段）。

## 第 15 条

### 禁止侵略国受益

从事《联合国宪章》以及联合国大会第 3314(XXIX)号决议所指的侵略行为的国家不得因武装冲突而终止、退出条约或中止其施行，如果这将使其受益。

#### 评 注

(1) 第 15 条草案禁止侵略国从因它挑起的武装冲突可能导致的终止、退出或中止条约中获益。该规定的格式以国际法学会的决议第 9 条为基础，<sup>175</sup> 并作了某些调整，特别是列入了退出条约的可能性和具体指明所涉及的条约是因有关武装冲突而终止、退出或中止的条约。

(2) 本条草案的标题强调该规定不是处理侵略行为的问题，而是处理在终止、退出或中止条约方面侵略国可能从有关武装冲突中获得的利益。

## 第 16 条

### 源自中立法权利和责任

本条款草案不妨碍有关国家根据中立法而具有的权利和责任。

#### 评 注

第 16 条草案是另一个“不妨碍”条款，这次是争取保留从中立法中产生的权利和责任。与原先较具体的措辞“作为第三国的中立国地位”相比，如此措辞得到更多的支持。会议认为，“中立国”一词作为起草的一个事项，是不确切的，因为它不明确它指的是正式中立，还是仅仅是不交战。对案文作重新拟订，使这条规定更具有但书的性质。

---

<sup>175</sup> 国际法学会决议第 9 条如下：

“一国实施《联合国宪章》和联合国大会第 3314 (XXIX) 号决议所指含义的侵略，而终止或中止一项条约的实施会给该国带来益处，那么，该国不得终止或中止该项条约的实施。”

## 第 17 条

### 其他终止、退出或中止的情况

本条款草案不妨碍尤其因下列情况而终止、退出或中止条约：

- (a) 当事方达成协议；或
- (b) 发生重大违约情事；或
- (c) 发生意外不可能履行；或
- (d) 情况发生基本改变。

### 评 注

(1) 第 17 条草案保留因适用其他国际法规则而终止、退出或中止条约的可能性，(a)至(b)项就这种情况列出了四个例子，它适用的是《维也纳公约》第 54 至第 62 条。标题中的“其他”一词旨在表明这些理由是除了本条款草案以外的理由。引言中“包括”一词是为了澄清(a)至(d)项是一个指示性清单。

(2) 尽管上述保留可以说是不言而喻的，但作此澄清被认为是有用的。它意在避免这样的暗示：发生武装冲突导致了排除终止、退出或中止条约的其他理由起作用的特别法规则。

## 第 18 条

### 武装冲突后条约关系的恢复

本条款草案不妨碍武装冲突当事国在武装冲突结束后根据协议对因武装冲突而终止或中止的条约的重新生效问题作出规定的权利。

### 评 注

(1) 本条草案的具体目的是处理“战前”协定地位不明而有必要对条约状况予以整体评估的情况。此种评估实际上可包括其地位不明，或因武装冲突而被视为终止或中止的条约的重新生效。关于这种条约的恢复的具体协定不受本条款草案的妨害。

(2) 本条草案明确规定有关的权利是冲突“当事国”的权利。



## 附 件

### 第 5 条草案中所指各类条约指示性一览表

- (a) 与武装冲突法，包括国际人道主义法有关的条约；
- (b) 声明、确立或规定永久制度或地位或有关永久权利，包括确定或修改陆地和海洋边界的条约；
- (c) 友好、通商和航海条约以及涉及私权类的协定；
- (d) 保护人权的条约；
- (e) 关于保护环境的条约；
- (f) 关于国际水道以及有关工程和设施的条约；
- (g) 关于含水层以及有关工程和设施的条约；
- (h) 多边造法条约；
- (i) 关于以和平手段解决国家间争端的条约，包括通过调解、调停、仲裁和国际法院；
- (j) 关于商事仲裁的条约；
- (k) 关于外交关系的条约；
- (l) 关于领事关系的条约。

## 第六章

### 对条约的保留

#### A. 导 言

67. 委员会第四十五届(1993 年)会议决定将“与对条约的保留有关的法律与实践”<sup>176</sup> 专题列入其工作方案,并在第四十六届(1994 年)会议上决定任命阿兰·佩莱先生为这个专题的特别报告员。<sup>177</sup>

68. 在委员会第四十七届(1995 年)会议审议了第一次报告<sup>178</sup> 之后,特别报告员概述了做出的结论,包括将专题的标题改为“对条约的保留”;研究结果应该采取保留方面的实践指南的形式;委员会对于这个专题的工作应该采取灵活的方式;委员会的协商一致意见认为,不对 1969 年、1978 年和 1986 年《维也纳公约》的相关条款作出任何改动。<sup>179</sup> 委员会认为,上述结论是大会 1993 年 12 月 9 日第 48/31 号决议和 1994 年 12 月 9 日第 49/51 号决议要求进行的初步研究取得的成果。关于《实践指南》,它将采取对国家和国际组织的实践有帮助的附有评注的准则草案的形式;在必要情况下,这些准则将附有示范条款。在同届(1995 年)会议上,委员会按照以往的做法,<sup>180</sup> 授权特别报告员编写一份关于对条约的保留的详细调查表,以查明国家和国际组织、尤其是多边公约保存人的实践和遇到的问题。这份调查表由秘书处寄给了收件人。大会 1995 年 12 月 11 日第 50/45 号决议注意到委员会的结论,请它按照其报告中所载述的方针继续工作,并请各国对调查表作出答复。<sup>181</sup>

69. 委员会第四十八届(1996 年)和第四十九届(1997 年)会议收到了特别报告员的第二次报告。<sup>182</sup> 报告附有关于对包括人权条约在内的多边规范性条约的保留问题的一份决议草案。该决议草案是对大会提出的,目的是提请注意并澄清这个事项所涉

---

<sup>176</sup> 大会 1993 年 12 月 9 日第 48/31 号决议批准了委员会的决定。  
<sup>177</sup> 《大会正式纪录,第四十九届会议,补编第 10 号》(A/49/10),第 382 段。  
<sup>178</sup> A/CN.4/470 和 Corr.1。  
<sup>179</sup> 《大会正式纪录,第五十届会议,补编第 10 号》(A/50/10),第 491 段。  
<sup>180</sup> 见《1993 年……年鉴》,第二卷(第二部分),第 286 段。  
<sup>181</sup> 到 2008 年 7 月 31 日为止,有 33 个国家和 26 个国际组织答复了调查表。  
<sup>182</sup> A/CN.4/477 和 Add.1。

及的法律问题。<sup>183</sup> 在后一届(1997 年)会议上,委员会通过了关于对包括人权条约在内的规范性多边条约的保留问题的初步结论。<sup>184</sup> 大会 1997 年 12 月 15 日第 52/156 号决议注意到委员会的初步结论,并注意到委员会请所有愿意这样做的由规范性多边条约设立的条约机构以书面方式就这些结论提出评论和意见,同时提请各国政府注意委员会很需要得到它们对初步结论的意见。

70. 自第五十届(1998 年)会议起至第五十九届(2007 年)会议,委员会审议了特别报告员<sup>185</sup> 提出的另外十次报告,<sup>186</sup> 并暂时通过了 85 条准则草案及其评注。

## B. 本届会议审议此专题的情况

71. 在本届会议上,委员会收到了特别报告员关于对解释性声明的反应的第十三次报告(A/CN.4/600)。委员会也收到了特别报告员在第五十九届会议终了时提交的关于准则草案 2.1.9 “说明提出保留的理由”的说明(A/CN.4/586)。

72. 委员会在 2008 年 5 月 27 日第 2967 次会议上开始审议特别报告员的这份声明;在同次会议上决定将准则草案 2.1.9 的新案文提交起草委员会。

73. 委员会在 2008 年 7 月 7 至 15 日第 2974 至 2978 次会议上审议了特别报告员的第十三次报告。

74. 委员会在 2008 年 7 月 15 日第 2978 次会议上决定将准则草案 2.9.1(包括准则草案 2.9.3 第二段)至准则草案 2.9.10 提交起草委员会,同时强调准则草案 2.9.10 不影响随后把有条件解释性声明准则草案保留下来或采取其他处置方式。委员会也希望特别报告员编写关于解释性声明的形式、说明提出的理由和告知的准则草案。

75. 委员会在 2008 年 6 月 3 日第 2970 次会议上审议并暂时通过准则草案 2.1.6(告知保留的程序)(修正案文<sup>187</sup>)、2.1.9(说明[提出保留的]理由)、2.6.6(共同提出[对保留的反对])、2.6.7(书面形式)、2.6.8(表明反对条约生效的意向)、2.6.9(提出反对

---

<sup>183</sup> 《大会正式纪录,第五十一届会议,补编第 10 号》(A/51/10),第 137 段。

<sup>184</sup> 同上,《第五十二届会议,补编第 10 号》(A/52/10),第 157 段。

<sup>185</sup> 第三次报告(A/CN.4/491 和 Corr.1(仅更正英文)、Add.1、Add.2 和 Corr.1、Add.3 和 Corr.1(仅更正阿拉伯文/法文/俄文)、Add.4 和 Corr.1、Add.5 以及 Add.6 和 Corr.1);第四次报告(A/CN.4/499);第五次报告(A/CN.4/508, Add.1-4);第六次报告(A/CN.4/518 和 Add.1-3);第七次报告(A/CN.4/526 和 Add.1-3);第八次报告(A/CN.4/535 和 Add.1);第九次报告(A/CN.4/544);第十次报告(A/CN.4/558 和 Corr.1、Add.1 和 Corr.1 和 Add.2);第十一次报告(A/CN.4/574);和第十二次报告(A/CN.4/584)。

<sup>186</sup> 关于详细的历史介绍,见《大会正式纪录,第五十九届会议,补编第 10 号》(A/59/10),第 257-269 段。

<sup>187</sup> 参看 A/62/10,第 45 段。

的程序)、2.6.10(说明理由)、2.6.13(提出反对的期限)、2.6.14(有条件反对)、2.6.15(逾期反对)、2.7.1(撤回对保留的反对)、2.7.2(撤回的形式)、2.7.3(提出和告知撤回对保留的反对)、2.7.4(撤回对保留的反对的效果)、2.7.5(撤回反对的生效日期)、2.7.6(提出反对的国家或国际组织可单方面确定撤回对保留的反对之生效日期的情况)、2.7.7(部分撤回反对)、2.7.8(部分撤回反对的效果)和 2.7.9(扩大对保留的反对范围)。

76. 委员会在 2008 年 7 月 7 日第 2974 次会议上审议并暂时通过准则草案 2.6.5([对某项反对的]反对者)、2.6.11(在保留获得正式确认之前作出的反对无须确认)、2.6.12(在表示同意接受条约约束之前作出的反对必须确认)和 2.8(接受保留的形式)。

77. 委员会在 2008 年 7 月 31 日第 2988 次会议上注意到起草委员会暂时通过的准则草案 2.8.1 至 2.8.12。

78. 在 2008 年 8 月 5 日和 6 日第 2991 至 2993 次会议上, 委员会通过了上面提到的准则草案的评注。

79. 通过的准则草案及其评注载于下文 C.2 节。

## **1. 特别报告员介绍其第十三次报告**

80. 在介绍他编写的涉及对解释性声明的反应和有条件解释性声明的第十三次报告时, 特别报告员说明了对条约的保留这一专题已经取得哪些进展。他的工作方法进展缓慢, 有时候受到批评, 事实上是由于委员会正在拟订的这份文书(是《实践指南》、而不是一份条约草案)的根本性质, 这是故意做出的选择, 为了鼓励审慎思考并且引起广泛辩论。虽然委员会本身仍然有大量的准则要讨论和通过, 可以合理地假定《实践指南》的第二部分可能在第六十一届会议完成。

81. 第十三次报告事实上是第十二次报告的(A/CN.4/584)的续篇, 旨在扩大审议声明的提出和程序的问题。关于对解释性声明的推理路线必须考虑到两个观察点。第一、《维也纳条约法公约》对解释性声明问题完全保持沉默, 在筹备工作期间很少有人提起它。第二、一则是保留、再则是准则 1.2 和准则 1.2.1 中所界定的解性声明和有条件解释性声明, 分别为不同的目的服务。因此, 适用于保留的规则不能光是调换位置, 使它包含解释性声明; 但是, 由于法律案文中没有提到它, 缺少有关的实践, 可以通过它们来得到启发。

82. 特别报告员把对解释性声明的反应分为四种: 赞同、不赞同、沉默和重新定性, 后面那一种是有国家认为解释性声明实际上是保留。

83. 明示认可解释性声明不曾引起任何麻烦；可类比于“缔约方随后对于条约之解释的同意”的情况，应该根据《维也纳条约法公约》第 31 条第 3 款(a)项予以考虑。即使这样，对解释性声明的认可不能比作对保留的接受，由于对保留的接受可能使条约关系受到拘束或者更改条约在保留提出者和接受者之间的效力。准则草案 2.9.1<sup>188</sup> 旨在维护这种区别。

84. 特别报告员也指出，如同对保留的反对是比明示接受更常见的情况一样，对解释性声明的消极反应也比明示赞同更为常见。对于只是意图表示反对提出的解释的反应应该增加有关国家或组织以提出另一种解释来表示反对的情况。准则草案 2.9.2<sup>189</sup> 反映了那两种可能的情况。

85. 在所有情况下，对解释性声明的反应同对提出保留的反应具有不同的影响，只要前者对条约的生效或条约关系的建立没有影响。因此，特别报告员比较喜欢使用“赞同”和“反对(opposition)”来表示对解释性的反应，以便与对保留的反应情况下所使用的“接受”和“反对(objection)”相区别。解释性声明的效力和对解释性声明的反应问题将在《实践指南》的第三部分中处理。

86. 也必须规定准则草案 2.9.3<sup>190</sup> 中所界定的进一步反应：“重新定性”，使国家或国际组织表明，提出者为了解释而提出的声明实际上是保留。那种相对常见的做法是以区别保留和解释性声明的惯常标准为其依据。因此，特别报告员认为，准则草案应该提到准则草案 1.3 至 1.3.3，由委员会确定提交的语气。

---

<sup>188</sup> 准则草案 2.9.1 案文如下：

#### **2.9.1 赞同解释性声明**

“赞同”解释性声明，是指一国或国际组织对另一国或国际组织就条约提出的解释性声明作出反应的单方面声明，借此表示同意解释性声明中提出的解释。

<sup>189</sup> 准则草案 2.9.2 案文如下：

#### **2.9.2 反对解释性声明**

“反对”解释性声明是指一国或国际组织提出单方面声明，作为对另一国或国际组织对条约提出的解释性声明的反应，借此拒绝解释性声明提出的解释，或提出与解释性声明所作解释不同的另一种解释，以排除或限制其效力。

<sup>190</sup> 准则草案 2.9.3 案文如下：

#### **2.9.3 重新定性解释性声明**

“重新定性”，是指国家或国际组织提出单方面声明，作为对另一国或国际组织以解释性声明提出的对条约的声明的反应，借此认定该项对条约的声明是保留，并相应予以对待。

[国家和国际组织在进行重新定性时，应[考虑到][适用]准则草案 1.3 至 1.3.3。]

87. 准则草案 2.9.4<sup>191</sup> 涉及可以对解释性声明作出反应的时间以及可以由谁作出反应。关于时间问题，特别报告员为这项建议辩护的理由是，一项反应可以随时作出，不仅出于与准则草案 2.4.3 本身所规定的、可以提出解释性声明的时刻相呼应的考虑，也因为没有关于这些声明的正式规则，有关国家或组织有时候是在声明发布了许久以后才获悉的。至于谁可以作出反应的问题，所有缔约的国家或组织以及有资格成为缔约方的所有国家和组织都应该有此机会。他认为，没有必要适用关于对保留提出反对的准则草案 2.6.5 中所规定的限制。鉴于反对会影响条约关系，对解释性声明的反应也只需要表明罢了，不应该一定要等到作出反应者成为缔约方以后才予以考虑。

88. 特别报告员忆及国际法院对西南非洲的国际地位的咨询意见，<sup>192</sup> 他着重指出，对解释性声明的反应旨在产生法律效力。因此，应该予以解释，并且以书面提出，以便可能成为缔约方的其他国家或国际组织能够注意到它们的存在。但是，这不是一项法律义务。很难要为这样做的理由提出辩护，因为那会使得对解释性声明作出的反应，在形式和程序上受到比解释性声明本身更加严格的限制。

89. 因此，委员会决定针对对解释性声明的形式的反应而拟订的任何准则草案，都应该采取建议的形式，这是与《实践指南》草案一致的。第十三次报告中提出的准则草案 2.9.5<sup>193</sup>、2.9.6<sup>194</sup> 和 2.9.7<sup>195</sup> 都考虑到这一点。特别报告员认为，委员会也应该根据这些准则考虑是否需要矫正缺乏与解释性声明本身相应之规定的情

---

<sup>191</sup> 准则草案 2.9.4 案文如下：

**2.9.4 提出赞同、反对或重新定性的自由**

对解释性声明的赞同、反对或重新定性可由任何缔约国或任何缔约国际组织以及有资格成为条约缔约方的任何国家或国际组织随时提出。

<sup>192</sup> “虽然缔约方对法律文件的解释对确定法律文件的意思不是决定性的，但如果某一方在这项解释中承认文书对其规定的义务，即可发挥重大证据价值”（1950 年 7 月 11 日的咨询意见，《1950 年国际法院判例汇编》，英文本第 135-136 页）。

<sup>193</sup> 准则草案 2.9.5 案文如下：

**2.9.5 赞同、反对和重新定性的书面形式**

对解释性声明的赞同、反对和重新定性应书面提出。

<sup>194</sup> 准则草案 2.9.6 案文如下：

**2.9.6 说明赞同、反对和重新定性的理由**

在可能情况下，对解释性声明的赞同、反对或重新定性应该表明那样做的理由。

<sup>195</sup> 准则草案 2.9.7 案文如下：

**2.9.7 赞同、反对或重新定性的提出和告知**

对解释性声明的赞同、反对和重新定性的提出和告知应比照适用准则草案 2.1.3、2.1.4、2.1.5、2.1.6 和 2.1.7。

况。在这样做的可能方式中，他认为应该在评注中处理这个问题，把它搁置到二读的时候，或者由他本人就这个问题提出一些准则草案。

90. 特别报告员认为，另一个非常重要的做法是区别对保留的反应和对解释性声明的反应。根据维也纳制度，有关国家的沉默会被推定为表示接受保留。对解释性声明的反应保持沉默并不会被作出这样的推定，唯一能够为这种推定辩解的情况是，有关国家对于解释性声明有作出反应的义务—实际上是未知的义务。准则草案 2.9.8<sup>196</sup> 反映缺乏此种推定的情况。

91. 但是，若可以合法地预期国家或国际组织会对提出的解释性声明明确表示反对，却一直保持沉默，则可以认定它赞同该项解释性声明。准则草案 2.9.9<sup>197</sup> 采取相当概括的措辞方式，旨在涵盖这种突发事件，并没有着手进行在《实践指南》列入国际法中关于默许的整套规则的不合理的任务。

92. 最后，准则草案 2.9.10<sup>198</sup> 涉及对有条件解释性声明的反应。虽然这种声明的目的是解释条约，它们的本意是对条约关系产生影响。因此，对有条件解释性声明的反应比对单纯的解释性声明的反应更加接近于接受或反对保留。因此，准则草案 2.9.10 又提到《实践指南》中的第 2.6、2.7 和 2.8 节，并不对有关的反应作出限制。特别报告员着重指出，这些准则草案同涉及有条件解释性声明的所有准则草案一样，是作为临时解决办法提出的，一旦委员会确定有条件解释性声明对保留具有同样的效力，将对此作出最后的决定。

---

<sup>196</sup> 准则草案 2.9.8 案文如下：

**2.9.8 不可推定赞同或反对**

赞同或反对解释性声明不可推定。

<sup>197</sup> 准则草案 2.9.9 案文如下：

**2.9.9 对解释性声明保持沉默**

国家或国际组织仅对另一国或国际组织对条约提出的解释性声明保持沉默，不算赞同解释性声明。

但在某些特定情况下，可酌情根据其沉默或行为，认为一国或一国际组织默认解释性声明。

<sup>198</sup> 准则草案 2.9.10 案文如下：

**2.9.10 对有条件解释性声明的反应**

国家和国际组织对有条件解释性声明的反应应比照适用准则 2.6 至 2.8.12。



## 2. 辩论摘要

### (a) 一般评论

93. 有几位委员发言赞成考虑解释性声明和对这些声明的反应，因为除了其他理由以外，不可能使用委员会在通过准则草案 1.2 和 1.2.1 时所使用的这种简单地转换适用于保留之制度的做法。此外，解释性声明在实践中特别重要，例如对于禁止保留的条约来说，就是这样。另外一些委员认为，虽然总的说来，第十三次报告中的评述和建议是有说服力的，但是否真正需要在《实践指南》中处理对解释性声明的反应，这个问题并不明确。

94. 若干委员支持把对解释性声明的反应分成几类以及选用一些术语把它们同对保留的反应区别开来的做法。有人认为，第十三次报告中所举的事例显示，要了解解释性声明、并且把它们归入特定的类别，并非总是容易办到的。

### (b) 对准则草案的具体评论

95. 几位委员赞同准则草案 2.9.1 和选用“赞同”这个术语。有人对没有具体说明赞同的效力表示遗憾。也有人主张提到《维也纳公约》第 31 条第 3 款(a)项。

96. 准则草案 2.9.2 得到几位委员的赞同，不过，有人质疑最后提到受到挑战的解释的“效力”的做法，认为这样一来，缩小了反对解释性声明和反对保留之间的区别。有些委员认为，对于反对解释的理由的表述形式是应该留给有关国家或组织决定、而不宜纳入准则草案的问题。另一些委员认为，准则草案 2.9.2 也应该包括其他缔约方由于解释性声明产生更多义务或者扩大现有义务的范围因而不愿意予以接受的情况。

97. 关于准则草案 2.9.3，几位委员促请大家注意：解释性声明的重新定性具有专题和特别的性质，例如关于人员保护的条约的情况。虽然，在实践中，重新定性常常与反对互相关联，需要有特殊的程序规则来规范重新定性。必需小心避免人们以为，提出国以外的国家有权决定声明的性质。当然，重新定性的国家应该对重新定性的声明适用保留机制；但是，单方面声明不能凌驾提出声明的国家的立场。也有人强调，实践者和保存人需要获得关于形式、时机和可能被称为“变相保留”的法律效力的指导意见。



98. 另一种看法认为，重新定性是特定种类的反対，无需归入哪个特定的类别，因为它的影响同其他种类的反対没有任何差别，例如：把重新定性列为准则草案 2.9.2 范围内的一个案例就够了。

99. 委员们普遍赞同将准则草案 2.9.3 内的第二段保留下来，有几位委员表示对“适用”这一措辞方式的接受程度优于“考虑”。但也有人认为，不需要这一段，若要保留这一段，就应该使用“考虑”的措辞方式。

100. 几位委员认为，应该在准则草案 2.9.4 中考虑到有资格成为缔约方的国家和国际组织作出反应的情况，因为有关的声明对条约的生效不会有任何影响。

101. 有人认为，不需要准则草案 2.9.5、准则草案 2.9.6 和准则草案 2.9.7。另一些委员认为，虽然属于文字上的细节，这些准则草案作了有用的澄清。几位委员要求起草相应的条款以便规范解释性声明本身。有人认为，应该删除准则草案 2.9.7 中提到准则草案 2.1.6 的文字，因为它涉及不适用于解释性声明的一个期限。

102. 准则草案 2.9.8 中规定的不可推定获得几位委员的赞同。另一些委员认为，不需要这项准则，因为它没有增加准则草案 2.9.9 中所没有的内容。

103. 准则草案 2.9.9 引起了广泛的讨论。有些委员认为应该强调，在解释性声明的情况下，沉默并不表示同意，因为并没有明确地对这种声明作出反应的义务。据指出，沉默的概念在条约法中是适当的，即使《维也纳公约》第 45 条中所提到的“行为”可能构成同意并不能被事先确定。有几位委员认为，准则草案 2.9.9 提供了一个有细微差别的解决办法，应该保留下来，因为它对于解释沉默的方式给予了有益的指示。

104. 但是，另一些委员要求把这一准则草案完全删除，认为它非常笼统，似乎同准则草案 2.9.8 中关于不可推定赞同或反対的规定互相矛盾，它的案文及其评注可以提供所有必要的澄清。若要保留准则草案 2.9.9 的第二段，至少应该提到国家或国际组织可能被认为在解释性声明中保持沉默的若干特定情况。

105. 有些委员认为，在没有指明国家表示默认为的“特定情况”的情形下，该准则中的两个段文可能互相矛盾。因此，需要说明沉默和行为之间的关系。特别报告员正确地点出了沉默对于确定有否相当于默认为的行为的作用；但是，光是沉默不能表示默认为。是否默认为具体地取决于有关国家和组织的合理期望以及发生沉默的背景。

106. 另一种看法认为，准则草案应该表明，不能从有关国家的行为推定同意，除非该国虽然完全明白解释性声明的影响却一直没有作出任何反应，例如声明的含义十分明白的情况。

107. 最后，有人认为，准则草案 2.9.9 第二段可以采取“不影响”条款的措辞方式。这种方式可以容许沉默作为默认的一个因素的可能结果，在提到它的时候不会对默认造成不适当的强调。

108. 有人表示支持特别报告员区别有条件的解释性声明和单纯的解释性声明的做法。有些委员仍然质疑有条件的解释性声明这一类别的相关性，认为它旨在更改条约规定的法律效力，因此应该归入保留。于是，只有解释性声明和保留这两个类别，有条件的解释性声明是一种特殊形式的保留。也有人着重指出，行为的重新定性由其法律效力、而不是描述方式、予以确定。关于这一点，有人指出，也应该将旨在扩大条约适用范围的声明视为保留，这种保留必须在被接受以后才能够产生效力。

109. 另一些委员认为，目前对有条件解释性声明机制和保留机制进行类比不是谨慎的做法：保留旨在更改条约的法律效力，有条件的解释性声明则使得对条约的参与受到特定解释的限制。无论哪种情况，都需要由委员会决定是否适宜具体处理有条件解释性声明的情况，特别报告员在准则草案 2.9.10 中所用术语的警惕作用受到欢迎。

### 3. 特别报告员的总结

110. 特别报告员认为，他的报告没有引起严重的反对。大部分评论涉及准则草案 2.9.9 第二段。但是，首先，他希望针对有关准则草案 2.9.10 的评论作出反应。他仍然认为，准则草案 1.2.1 中所界定的旨在对条约作出特定解释的声明不是保留，因为它们并不寻求排除或更改若干条约规定的法律效力。委员会于 2001 年决定不审查关于有条件解释性声明的准则草案 1.2.1，有条件解释性声明属于与保留和解释性声明都类似的“混合”类别。从那时以来，委员会和特别报告员都了解到，有条件解释性声明的机制同保留的机制非常类似，如果不是相同的话。但是，委员会还不能回到 2001 年的决定，删除关于有条件解释性声明的准则而把它们改为将这种声明归属于保留的单一准则。要不加限制地宣告这两种机制完全相同，还为时太早；但是委员会已经决定——如果只是暂时决定——通过关于有条件解释性声明的准则。

111. 正是基于这样的精神，他才建议把准则草案 2.9.10 提交起草委员会；按照以往的先例，该准则草案可能暂时通过，从而确认委员会对这个问题的审慎态度。但是，他注意到有人在评论中训戒他未能在报告里明确地区别有条件“和”“单纯”的解释性声明，试图在有关评注中把这个问题矫正过来。

112. 谈到在讨论期间提出的各种意见，他认为，重新定性属于另外一个类别，是同反对不同的一种运作方式：它是走向反对的第一步，但与反对不一样。他也赞成以“有条件赞同”的措辞方式描述某种赞同。

113. 他指出，某些委员关心准则草案 2.9.1 中所界定的赞同的可能效力。他希望再度指出，会在《实践指南》第四部分中全面讨论保留本身和所有对保留的保留的效力。

114. 关于准则草案 2.9.3,他注意到，发过言的委员多半赞成保留第二段；因此他会把全部案文提交起草委员会。

115. 大多数委员也赞成把准则草案 2.9.4 至 2.9.7 提交起草委员会。

116. 特别报告员高兴地注意到，准则草案 2.9.4 中提到“有资格成为缔约方的任何国家或国际组织”没有引起可与准则草案 2.6.5 中对应的短语所引起的可比反应，显然两种情况完全不同。

117. 由于所有就这个问题发过言的委员都要求他编写关于解释性声明本身的形式、提出的理由和告知的准则草案，如果委员会赞同的话，他愿意在本届会议或者下届会议这样做。

118. 他指出，沉默问题是最棘手的问题。他觉得，准则草案 2.9.8 和 2.9.9 之间的关系还没有很明确地被理解，准则草案 2.9.9 第二段也受到批评。

119. 他认为，准则 2.9.8 和准则 2.9.9 都是必要的。前者确定了解释性声明的接受不可推定的原则，这同保留所适用的原则相反；后者则为了予以限制而指出，沉默本身不一定表示默认。在若干情况下，沉默可能被视为默认。因此，原则不是刚性的，可能会有例外情况。

120. 针对准则草案 2.9.9 第二段提出的批评多半是说，该段没有界定它所提到的“特定情况”。但是，除非列入一段关于默认的长篇论述，就很难说得更加明确。他请大家注意秘书处于 2006 年编写的关于这个题目的研究报告。<sup>199</sup>

121. 可以试图界定那些“特定情况”，但是默认的完整学说不可能在关于保留的准则草案中详细说明。他愿意在评注中列入一些具体的事例，但是，他对于能否找到任何事例并不乐观。如果他找不到，就会使用假设的事例。但是，他仍然相信，国际案例法提供了以沉默的默认形式解释或更改条约的若干事例，(厄立特里亚—埃塞

---

<sup>199</sup> “默认及其对国家法定权利和义务的影响” (ILCD(LVIII)/WG/LT/INFORMAL/4)，2006 年 6 月 20 日提交委员会长期工作方案工作组。

俄比亚边界委员会，<sup>200</sup> 国际法院对隆瑞古寺案判决，<sup>201</sup> 塔巴裁决，<sup>202</sup> 加拿大和法国之间圣劳伦斯湾内鱼品船上加工案仲裁裁决<sup>203</sup>)。

122. 因此，他同意，沉默是据以表示同意的行为的一个方面。准则草案 2.9.9 第二段可以在起草委员会中重新拟订，以便更加忠实地抓住那个想法。也可能考虑使用保留条款。他希望，所有准则草案都能够在考虑到他的结论的情形下提交起草委员会。

## C. 委员会迄今为止暂时通过的关于对 条约的保留的准则草案案文

### 1. 准则草案案文

123. 委员会迄今为止暂时通过的准则草案<sup>204</sup> 案文载录如下。

#### 对条约的保留

##### 实践指南

##### 解释性说明<sup>205</sup>

本“实践指南”中的一些准则附有示范条款。在某些情况下采用这些示范条款可能会有好处。为评估在哪些情况下适合采用某一具体示范条款，使用者应参考评注。

---

<sup>200</sup> 关于厄立特里亚与埃塞俄比亚划界问题的裁决，2002 年 4 月 13 日，常设仲裁法院，《联合国国际仲裁裁决汇编》，第二十五卷，第 111 页。

<sup>201</sup> 《1962 年国际法院案例汇编》，第 40 页。

<sup>202</sup> 埃及和以色列之间塔巴界桩位置案，《联合国国际仲裁裁决汇编》，第二十卷，第 1 页。

<sup>203</sup> 加拿大和法国圣劳伦斯湾内鱼品船上加工案，《联合国国际仲裁裁决汇编》，第十九卷，第 225 页。

<sup>204</sup> 在 2008 年 8 月 5 日第 2991 次会议上，委员会决定，虽然“准则草案”这一用语将继续在标题里使用，但在报告正文里将单纯提及“准则”。这项决定纯粹是编辑性质的，不影响委员会通过的准则草案的法律地位。

<sup>205</sup> 评注见《大会正式记录，第五十八届会议，补编第 10 号》(A/58/10)，第 189 页。

## 1. 定义

### 1.1 保留的定义<sup>206</sup>

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

#### 1.1.1 [1.1.4]<sup>207</sup> 保留的目的<sup>208</sup>

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

#### 1.1.2 可提出保留的情况<sup>209</sup>

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

#### 1.1.3 [1.1.8] 有领土范围的保留<sup>210</sup>

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

#### 1.1.4 [1.1.3] 在通知领土内适用时提出的保留<sup>211</sup>

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

---

<sup>206</sup> 本条准则的评注见同上，《第五十三届会议，补编第 10 号》(A/53/10)，第 196-199 页。

<sup>207</sup> 方括号内的号数指本条准则在特别报告员报告中的序号，或指已经并入准则最后案文的某一准则在特别报告员报告中的原号数。

<sup>208</sup> 本条准则的评注见《大会正式记录，第五十四届会议，补编第 10 号》(A/54/10)，第 210-217 页。

<sup>209</sup> 本条准则的评注见同上，《第五十三届会议，补编第 10 号》(A/53/10)，第 203-206 页。

<sup>210</sup> 本条准则的评注见同上，第 206-209 页。

<sup>211</sup> 本条准则的评注见同上，第 209-210 页。

### 1.1.5 [1.1.6] 旨在限制声明方义务的声明 <sup>212</sup>

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

### 1.1.6 旨在以相当方式履行义务的声明 <sup>213</sup>

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

### 1.1.7 [1.1.1] 联合提出的保留 <sup>214</sup>

若干国家或若干国际组织联合提出一项保留，不影响该保留的单方面性质。

### 1.1.8 根据排除条款作出的保留 <sup>215</sup>

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

## 1.2 解释性声明的定义 <sup>216</sup>

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

### 1.2.1 [1.2.4] 有条件的解释性声明 <sup>217</sup>

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

---

<sup>212</sup> 本条准则的评注见同上，《第五十四届会议，补编第 10 号》(A/54/10)，第 217-221 页。

<sup>213</sup> 本条准则的评注见同上，第 222-223 页。

<sup>214</sup> 本条准则的评注见同上，《第五十三届会议，补编第 10 号》(A/53/10)，第 210-213 页。

<sup>215</sup> 本条准则的评注见同上，《第五十五届会议，补编第 10 号》(A/55/10)，第 230-241 页。

<sup>216</sup> 本条准则的评注见同上，《第五十四届会议，补编第 10 号》(A/54/10)，第 223-240 页。

<sup>217</sup> 本条准则的评注见同上，第 240-249 页。

意受条约约束一事取决于对条约或对其某些规定的特定解释，此项声明即构成有条件的解释性声明。

**1.2.2 [1.2.1] 联合提出的解释性声明 <sup>218</sup>**

若干国家或国际组织联合提出的解释性声明，不影响该解释性声明的单方面性质。

**1.3 保留和解释性声明之间的区别 <sup>219</sup>**

作为保留或解释性声明的单方面声明，其性质由它意图产生的法律效力决定。

**1.3.1 对保留和解释性声明加以区别的方法 <sup>220</sup>**

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

**1.3.2 [1.2.2] 措辞和名称 <sup>221</sup>**

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

**1.3.3 [1.2.3] 在禁止保留时提出单方面声明 <sup>222</sup>**

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

---

<sup>218</sup> 本条准则的评注见同上，第 249-252 页。

<sup>219</sup> 本条准则的评注见同上，第 252-253 页。

<sup>220</sup> 本条准则的评注见同上，第 254-260 页。

<sup>221</sup> 本条准则的评注见同上，第 260-266 页。

<sup>222</sup> 本条准则的评注见同上，第 266-268 页。

## 1.4 有别于保留和解释性声明的单方面声明 <sup>223</sup>

就条约提出的既非保留也非解释性声明的单方面声明不属于本实践指南的范围。

### 1.4.1 [1.1.5] 旨在作出单方面承诺的声明 <sup>224</sup>

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

### 1.4.2 [1.1.6] 旨在增添条约内容的单方面声明 <sup>225</sup>

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

### 1.4.3 [1.1.7] 不予承认的声明 <sup>226</sup>

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

### 1.4.4 [1.2.5] 一般性政策声明 <sup>227</sup>

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

### 1.4.5 [1.2.6] 关于在内部履行条约的方式的声明 <sup>228</sup>

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

---

<sup>223</sup> 本条准则的评注见同上，第 268-270 页。

<sup>224</sup> 本条准则的评注见同上，第 270-273 页。

<sup>225</sup> 本条准则的评注见同上，第 273-274 页。

<sup>226</sup> 本条准则的评注见同上，第 275-280 页。

<sup>227</sup> 本条准则的评注见同上，第 280-284 页。

<sup>228</sup> 本条准则的评注见同上，第 284-289 页。



#### 1.4.6 [1.4.6, 1.4.7] 根据任择条款作出的单方面声明 <sup>229</sup>

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

此项声明中载列的限制或条件不构成本实践指南所指的保留。

#### 1.4.7 [1.4.8] 对条约规定作出选择的单方面声明 <sup>230</sup>

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

### 1.5 对双边条约的单方面声明 <sup>231</sup>

#### 1.5.1 [1.1.9] 对双边条约的“保留” <sup>232</sup>

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

#### 1.5.2 [1.2.7] 对双边条约的解释性声明 <sup>233</sup>

准则 1.2 和 1.2.1 均适用于对多边和双边条约的解释性声明。

#### 1.5.3 [1.2.8] 对双边条约的解释性声明获得另一缔约方接受所产生的法律效力 <sup>234</sup>

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

---

<sup>229</sup> 本条准则的评注见同上，《第五十五届会议，补编第 10 号》(A/55/10)，第 241-247 页。

<sup>230</sup> 本条准则的评注见同上，第 247-252 页。

<sup>231</sup> 本条准则的评注见同上，《第五十四届会议，补编第 10 号》，(A/54/10)，第 289-290 页。

<sup>232</sup> 本条准则的评注见同上，第 290-302 页。

<sup>233</sup> 本条准则的评注见同上，第 302-306 页。

<sup>234</sup> 本条准则的评注见同上，第 306-307 页。

## 1.6 定义的范围 <sup>235</sup>

实践指南本章所载列的单方面声明的定义，不妨碍这些声明根据对其适用的规则所具有的有效性和效力。

## 1.7 替代保留和解释性声明的程序 <sup>236</sup>

### 1.7.1 [1.7.1, 1.7.2, 1.7.3, 1.7.4] 替代保留的程序 <sup>237</sup>

为了达到与保留类似的效果，国家和国际组织也可采取替代程序，例如：

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

### 1.7.2 [1.7.5] 替代解释性声明的程序 <sup>238</sup>

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

- 在条约中增列旨在解释该条约的规定；
- 为同一目的缔结补充协定。

## 2. 程 序

### 2.1 保留的形式和通知

#### 2.1.1 书面形式 <sup>239</sup>

保留必须以书面形式提出。

---

<sup>235</sup> 本条准则于第五十八届会议期间(2006)重新审议并修改过。新的评注见同上，《第六十一届会议，补编第 10 号》(A/61/10)，第 356-359 页。

<sup>236</sup> 本条准则的评注见同上，《第五十五届会议，补编第 10 号》(A/55/10)，第 252-253 页。

<sup>237</sup> 本条准则的评注见同上，第 253-269 页。

<sup>238</sup> 本条准则的评注见同上，第 270-272 页。

<sup>239</sup> 本条准则的评注见同上，《第五十七届会议，补编第 10 号》(A/57/10)，第 63-67 页。

### 2.1.2 正式确认的形式<sup>240</sup>

保留必须以书面形式正式确认。

### 2.1.3 在国际一级提出保留<sup>241</sup>

1. 在不违反作为条约保存人的国际组织的惯例的情况下，以下人士有权代表一国或一国际组织提出保留，如果：

- (a) 该人士出示适当全权证书，表明有权制定或确认涉及提出保留的条约案文、或有权表示该国或该组织同意接受该条约的约束；或
- (b) 从惯例或其他情况看，有关国家或组织的意图是认为该人士拥有此类目的的权限，无须出示全权证书。

2. 以下人士因其职务无须出示全权证书，有权代表一国在国际一级提出保留：

- (a) 国家元首、政府首脑和外交部长；
- (b) 就在一国际会议通过的条约提出保留而言，各国派驻该国际会议的代表；
- (c) 就在一国际组织或其机关通过的条约提出保留而言，各国派驻该国际组织或其机关的代表；
- (d) 就对派驻国与国际组织间的条约提出保留而言，常驻该国际组织的代表团团长。

### 2.1.4 [2.1.3 之二， 2.1.4] 违反与提出保留有关的内部规则在国际一级不产生影响<sup>242</sup>

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

一国或一国际组织不得援引某项保留的提出违反了该国国内法规定或该组织有关提出保留的权限和程序的规则这一事实，认定该项保留无效。

---

<sup>240</sup> 本条准则的评注见同上，第 67-69 页。

<sup>241</sup> 本条准则的评注见同上，第 69-75 页。

<sup>242</sup> 本条准则的评注见同上，第 75-79 页。

### 2.1.5 保留的告知<sup>243</sup>

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

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

### 2.1.6 [2.1.6, 2.1.8] 通知保留的程序<sup>244</sup>

除非条约另有规定或各缔约国和缔约国际组织另有协议外，对条约之保留的通知：

- (一) 在没有保存人的情况下，应由提出保留方直接送交缔约国和缔约国际组织以及有资格成为该条约缔约方的其他国家和国际组织；或者
- (二) 在有保存人的情况下，应送交保存人，由其尽早通知所要送交的国家或国际组织。

对一国或国际组织而言，保留通知只有在该国或该国际组织接获后才应视为已送达。

如果对条约的保留是以电子邮件或传真方式通知，该通知必须以外交照会或保存人的通知方式加以确认。在这种情况下，通知则视为在电子邮件或传真发出之日作出。

### 2.1.7 保存人的职能<sup>245</sup>

保存人应审查由一国或一国际组织提出的对某一条约的保留是否具有应有的适当形式，并在必要时将问题提请有关国家或国际组织注意。

如果一国或一国际组织同保存人之间对保存人履行职能有分歧，保存人应将此问题：

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

---

<sup>243</sup> 本条准则的评注见同上，第 80-93 页。

<sup>244</sup> 评注见下文 C.2 节。

<sup>245</sup> 本条准则的评注见《大会正式记录，第五十七届会议，补编第 10 号》(A/57/10)，第 105-112 页。

### 2.1.8 [2.1.7 之二] 保留显然无效情况下的程序<sup>246</sup>

保存人如果认为某项保留显然无效，则应提请保留者注意在保存人看来构成保留无效的理由。

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

### 2.1.9 说明理由<sup>247</sup>

保留应当尽可能说明作出保留的理由。

## 2.2 保留的确认

### 2.2.1 正式确认在签署条约时提出的保留<sup>248</sup>

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

### 2.2.2 [2.2.3] 在签署条约时提出的保留无须予以确认的情况<sup>249</sup>

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

### 2.2.3 [2.2.4] 条约明文规定可在签署时提出的保留<sup>250</sup>

如一条约明文规定一国或一国际组织可以选择在签署条约时提出保留，在当时提出的保留无须由保留国或保留国际组织在表示同意接受条约约束时正式予以确认。<sup>251</sup>

---

<sup>246</sup> 本条准则于第五十八届会议(2006 年)期间重新审议并作修改。新的评注见同上，《第六十一届会议，补编第 10 号》(A/61/10)，第 359-361 页。

<sup>247</sup> 评注见下文 C.2 节。

<sup>248</sup> 本条准则的评注见《大会正式记录，第五十六届会议，补编第 10 号》(A/56/10)，第 465-472 页。

<sup>249</sup> 本条准则的评注见同上，第 472-474 页。

<sup>250</sup> 本条准则的评注见同上，第 474-477 页。

<sup>251</sup> 特别报告员拟议的 2.3 节述及过时提出保留。

## 2.3 过时的保留

### 2.3.1 过时提出的保留 <sup>252</sup>

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 同意过时提出保留 <sup>253</sup>

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 12 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 <sup>254</sup>

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。

### 2.3.4 事后采用保留以外的方式排除或限制条约的法律效力 <sup>255</sup>

条约缔约方不得通过下列办法排除或更改条约的各项规定的法律效力：

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

### 2.3.5 扩大保留范围 <sup>256</sup>

修改一项现有的保留，以扩大其范围，应遵守过时提出保留所适用的规则。但是如果对该项修改提出了反对，则最初的保留保持不变。

---

<sup>252</sup> 本条准则的评注大会正式文件，第五十六届会议，补编第 10 号(A/56/10)，第 477-489 页。

<sup>253</sup> 本条评注见同上，第 490-493 页。

<sup>254</sup> 本条评注见同上，第 493-495 页。

<sup>255</sup> 本条评注见同上，第 495-499 页。

<sup>256</sup> 本条的评注见同上，《第五十九届会议，补编第 10 号》(A/59/10)，第 269-274 页。

## 2.4 解释性声明的程序<sup>257</sup>

### 2.4.1 提出解释性声明<sup>258</sup>

解释性声明必须由被认为代表一国或一国际组织通过或认证条约案文或表示该国或该国际组织同意接受条约约束的人士提出。

### [2.4.2 [2.4.1 之二] 在内部一级提出解释性声明<sup>259</sup>

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

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

### 2.4.3 可以提出解释性声明的时刻<sup>260</sup>

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

### 2.4.4 [2.4.5] 无须确认在签署条约时提出的解释性声明<sup>261</sup>

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

### 2.4.5 [2.4.4] 正式确认在签署条约时提出的有条件解释性声明<sup>262</sup>

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

---

<sup>257</sup> 本条的评注见同上，《第五十七届会议，补编第 10 号》(A/57/10)，第 115 页。

<sup>258</sup> 本条的评注见同上，第 115-116 页。

<sup>259</sup> 本条的评注见同上，第 117-118 页。

<sup>260</sup> 本条的评注见同上，《第五十六届会议，补编第 10 号》(A/56/10)，第 499-501 页。

<sup>261</sup> 本条的评注见同上，第 501-502 页。

<sup>262</sup> 本条的评注见同上，第 502-503 页。

#### 2.4.6 [2.4.7] 过时提出解释性声明 <sup>263</sup>

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

#### [2.4.7 [2.4.2, 2.4.9] 提出和告知有条件的解释性声明 <sup>264</sup>

必须以书面方式提出有条件的解释性声明。

有条件的解释性声明也必须以书面方式正式确认。

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

有条件的解释性声明涉及的现行条约如果是一国际组织的组织法或是建立一有权接受保留之机构的条约，也必须告知该组织或机构。]

#### 2.4.8 过时提出有条件解释性声明 <sup>265</sup>

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

#### 2.4.9 修改解释性声明 <sup>266</sup>

除条约规定解释性声明仅可在特定时间作出或修改外，解释性声明可以随时修改。

#### 2.4.10 限制和扩大有条件解释性声明的范围 <sup>267</sup>

限制和扩大有条件解释性声明的范围，应遵守部分撤回保留和扩大保留范围分别适用的规则。

---

<sup>263</sup> 本条的评注见同上，第 503-505 页。

<sup>264</sup> 本条的评注见同上，《第五十七届会议，补编第 10 号》(A/57/10)，第 118-119 页。

<sup>265</sup> 本条的评注见同上，《第五十六届会议，补编第 10 号》(A/56/10)，第 505-506 页。本条准则(原来的 2.4.7 [2.4.8])已于第五十四届会议期间通过新的准则以后重新编号。

<sup>266</sup> 本条的评注见同上，《第五十九届会议，补编第 10 号》(A/59/10)，第 275-277 页。

<sup>267</sup> 本条的评注见同上，第 277-278 页。



## 2.5 撤回和修改保留和解释性声明

### 2.5.1 撤回保留 <sup>268</sup>

除条约另有规定外，保留可随时撤回，无须经业已接受保留的国家或国际组织同意。

### 2.5.2 撤回的形式 <sup>269</sup>

撤回保留必须以书面提出。

### 2.5.3 定期审查保留的功用 <sup>270</sup>

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

在进行这样的审查时，国家和国际组织应对维护多边条约的完整性这一目标给予特别注意，并在必要时，尤其是根据其国内法自从提出保留以来的演变情况，考虑各项保留是否仍然有用。

### 2.5.4 [2.5.5] 在国际上提出撤回保留 <sup>271</sup>

1. 在不违反作为条约保存人的国际组织的惯例的前提下，下列情况中的人士有权代表一国或一国际组织撤回所提出的保留：

- (a) 就撤回保留而言，该人士出示了适当的全权证书；或
- (b) 从惯例或其他情况看，有关国家和国际组织有意认为该人士有权，无须出示全权证书撤回保留。

2. 以下人士因其职务无须出示全权证书，有权代表一国在国际上撤回保留：

- (a) 国家元首、政府首脑和外交部长；
- (b) 就撤回对一国际组织或该组织一个机关所通过的条约的保留而言，各国派到该国际组织或其机关的代表；

---

<sup>268</sup> 本条的评注见同上，《第五十八届会议，补编第 10 号》(A/58/10)，第 190-201 页。

<sup>269</sup> 本条准则的评注见同上，第 201-207 页。

<sup>270</sup> 本条准则的评注见同上，第 207-209 页。

<sup>271</sup> 本条准则的评注见同上，第 210-218 页。

(c) 就撤回对委派国与一国际组织间的某项条约的保留而言，常驻该组织的代表团团长。

#### **2.5.5 [2.5.5 之二、2.5.5 之三] 违反与撤回保留有关的内部规则在国际上不产生后果** <sup>272</sup>

确定撤回保留的内部主管机构和应遵循的内部程序属于每个国家的国内法或每个国际组织的有关规则所处理的事项。

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

#### **2.5.6 撤回保留的告知** <sup>273</sup>

撤回保留的告知程序遵循准则 2.1.5、2.1.6[2.1.6, 2.1.8]和 2.1.7 所载的适用于保留的告知的规则。

#### **2.5.7 [2.5.7, 2.5.8] 撤回保留的后果** <sup>274</sup>

在撤回一项保留的国家或国际组织与所有其他缔约方的关系中，撤回该项保留即引起该项保留所涉及的各项规定全部适用，不论其他缔约方曾接受还是反对该项保留。

在撤回一项保留的国家或国际组织与反对该项保留并由于该项保留而反对条约在它自己和提出保留者之间生效的国家或国际组织的关系中，撤回该项保留即引起条约生效。

#### **2.5.8 [2.5.9] 撤回保留的生效日期** <sup>275</sup>

除条约另有规定或另经协议外，撤回保留只有在一缔约国或一缔约组织收到撤回通知时才开始对该国或该组织发生效力。

---

<sup>272</sup> 本条准则的评注见同上，第 219-221 页。

<sup>273</sup> 本条准则的评注见同上，第 221-226 页。

<sup>274</sup> 本条准则的评注见同上，第 227-231 页。

<sup>275</sup> 本条准则的评注见同上，第 231-239 页。

## 示范条款

### A. 撤回保留生效日期的推迟 <sup>276</sup>

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

### B. 撤回保留早日生效 <sup>277</sup>

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

### C. 自由确定撤回保留生效日期 <sup>278</sup>

提出保留的缔约方可向[保存人]发出通知撤回保留。撤回自该国发给[保存人]的通知中所确定的日期起生效。

#### 2.5.9 [2.5.10] 提出保留的国家或国际组织可单方面确定撤回保留生效日期的情况 <sup>279</sup>

撤回保留自撤回国家或国际组织确定的日期起生效，条件是：

- (a) 该日期须晚于其他缔约国或缔约国际组织收到撤回通知的日期；或
- (b) 撤回保留并不增加撤回国家或国际组织相对于其他缔约国或缔约国际组织而言所拥有的权利。

#### 2.5.10 [2.5.11] 部分撤回保留 <sup>280</sup>

部分撤回保留限制了该保留的法律效力，并使条约的规定或整个条约更完整地适用于撤回国家或国际组织。

部分撤回保留须遵守与全部撤回相同的形式和程序规则并在相同条件下生效。

---

<sup>276</sup> 本示范条款的评注见同上，第 211 页。

<sup>277</sup> 本示范条款的评注见同上，第 211-212 页。

<sup>278</sup> 本示范条款的评注见同上，第 212 页。

<sup>279</sup> 本条准则的评注见同上，第 213-215 页。

<sup>280</sup> 本条准则的评注见同上，第 215-225 页。

### 2.5.11 [2.5.12] 部分撤回保留的后果 <sup>281</sup>

部分撤回一项保留使该保留的法律效力改变到与新表述的该保留相符的程度。对该保留提出的任何反对意见，只要其提出者不撤回反对意见，则继续有效，但条件是该反对意见不是专针对被撤回的那部分保留提出的。

对部分撤回之后所形成的保留不得提出反对意见，除非部分撤回具有歧视效果。

### 2.5.12 撤回解释性声明 <sup>282</sup>

解释性声明可依照其提出时适用的同样程序，由具有此项权力的当局随时撤回。

### 2.5.13 撤回有条件解释性声明 <sup>283</sup>

撤回有条件解释性声明，应遵守撤回保留所适用的规则。

## 2.6 反对的提出

### 2.6.1 对保留的反对的定义 <sup>284</sup>

“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，提出反对的国家或国际组织意图在与提出保留的国家或组织的关系中据此排除或改变保留的法律效力，或排除整个条约的适用。

### 2.6.2 反对过时提出保留或扩大保留的范围 <sup>285</sup>

“反对”一词也可以指一国或一国际组织据以反对过时提出保留或反对扩大保留的范围的单方面声明。

---

<sup>281</sup> 本条准则的评注见同上，第 226-228 页。

<sup>282</sup> 本条准则的评注见同上，《第五十九届会议，补编第 10 号》(A/59/10)，第 281-282 页。

<sup>283</sup> 本条准则的评注见同上，第 282-283 页。

<sup>284</sup> 评注见同上，《第六十届会议，补编第 10 号》(A/60/10)，第 184-199 页。

<sup>285</sup> 评注见同上，第 199-200 页。

### 2.6.3, 2.6.4 <sup>286</sup>

### 2.6.5 反对者 <sup>287</sup>

对保留的反对可由以下方面提出：

- (一) 任何缔约国和任何缔约国际组织；和
- (二) 有权成为条约缔约方的任何国家或任何国际组织，在此种情况下，在该国或该国际组织表示同意接受条约约束之前，这样的声明不产生任何法律效力。

### 2.6.6 联合提出反对<sup>288</sup>

若干国家或国际组织联合提出反对，不影响这一反对的单方面性质。

### 2.6.7 书面形式 <sup>289</sup>

反对必须以书面形式提出。

### 2.6.8 表明阻止条约生效的意向<sup>290</sup>

对保留作出反对的国家或国际组织意欲阻止条约在自己和提出保留的国家或国际组织之间生效，应在该条约本该对双方生效之前明确表示这一意向。

### 2.6.9 提出反对的程序<sup>291</sup>

准则 2.1.3、2.1.4、2.1.5、2.1.6 和 2.1.7 可比照适用于反对。

---

<sup>286</sup> 起草委员会决定推迟至稍后日期审议这两条准则。

<sup>287</sup> 评注见下文 C.2 节。

<sup>288</sup> 评注见下文 C.2 节。

<sup>289</sup> 评注见下文 C.2 节。

<sup>290</sup> 评注见下文 C.2 节。

<sup>291</sup> 评注见下文 C.2 节。

#### 2.6.10 说明理由 <sup>292</sup>

反对应当尽可能说明作出反对的理由。

#### 2.6.11 在保留获得正式确认之前作出的反对无须确认 <sup>293</sup>

在保留按照准则 2.2.1 予以正式确认之前，一国或一国际组织对其作出的反对，其本身无须确认。

#### 2.6.12 在表示同意接受条约约束之前作出的反对须确认 <sup>294</sup>

在表示同意接受条约约束之前作出的反对，无须由提出反对的国家或国际组织在其表示同意接受约束之时正式确认，但条件是，该国或该组织在提出反对时已经签署了该条约；如果该国或该国际组织当时尚未签署该条约，则必须确认反对。

#### 2.6.13 提出反对的期限 <sup>295</sup>

除条约另有规定外，一国或一国际组织可在接到保留通知后的 12 个月内，或在该国或国际组织表示同意接受条约约束之前，提出对保留的反对，以两者中后面的日期为准。

#### 2.6.14 有条件的反对 <sup>296</sup>

对某项可能或将来作出的保留所提出的反对不产生法律效力。

#### 2.6.15 逾期反对 <sup>297</sup>

在准则 2.6.13 所述期限后对保留作出的反对，不产生在该期限内作出的反对所具有的法律效力。

---

<sup>292</sup> 评注见下文 C.2 节。

<sup>293</sup> 评注见下文 C.2 节。

<sup>294</sup> 评注见下文 C.2 节。

<sup>295</sup> 评注见下文 C.2 节。

<sup>296</sup> 评注见下文 C.2 节。

<sup>297</sup> 评注见下文 C.2 节。

**2.7 撤回和修改对保留的反对** <sup>298</sup>

**2.7.1 撤回对保留的反对** <sup>299</sup>

除条约另有规定外，对保留的反对可随时撤回。

**2.7.2 撤回反对保留的方式** <sup>300</sup>

撤回对保留的反对必须以书面形式作出。

**2.7.3 提出和通知撤回对保留的反对** <sup>301</sup>

准则 2.5.4、2.5.5 和 2.5.6 可比照适用于撤回对保留的反对。

**2.7.4 撤回反对对保留的效力** <sup>302</sup>

一国或一国际组织撤回对一项保留提出的反对即被认为接受了该项保留。

**2.7.5 撤回反对的生效日期** <sup>303</sup>

除条约另有规定或另经协议外，撤回对保留的反对，只有在提出保留的国家或国际组织收到撤回通知时才生效。

**2.7.6 提出反对的国家或国际组织可单方面确定撤回对保留的反对之生效日期的情况** <sup>304</sup>

撤回反对在反对方自定的日期生效，但这个日期应当晚于提出保留的国家或国际组织收到撤回反对通知的日期。

---

<sup>298</sup> 评注见下文 C.2 节。

<sup>299</sup> 评注见下文 C.2 节。

<sup>300</sup> 评注见下文 C.2 节。

<sup>301</sup> 评注见下文 C.2 节。

<sup>302</sup> 评注见下文 C.2 节。

<sup>303</sup> 评注见下文 C.2 节。

<sup>304</sup> 评注见下文 C.2 节。

### 2.7.7 部分撤回反对<sup>305</sup>

除条约另有规定外，一国或一国际组织可部分撤回对保留的反对。部分撤回反对须按全部撤回所遵守的形式和程序规则进行，并在相同条件下生效。

### 2.7.8 部分撤回反对的效力<sup>306</sup>

部分撤回反对更改了反对方和保留方之间的条约关系因反对而产生的法律效力，此种更改以新作出的反对为限。

### 2.7.9 扩大对保留的反对范围<sup>307</sup>

对一项保留作出反对的一国或国际组织，可在准则 2.6.13 提及的期限内扩大该反对的范围，但条件是扩大不具有更改保留方与反对方之间条约关系的作用。

## 2.8 接受保留的方式<sup>308</sup>

在准则 2.6.13 规定的期限内，缔约国或缔约国际组织可因单方面声明或保持沉默而接受保留。

## 3. 保留的效力和解释性声明

### 3.1 允许的保留<sup>309</sup>

一国或国际组织可在签署、批准、正式确认、接受、认可或加入一项条约时提出保留，除非：

- (a) 该项保留为条约所禁止；
- (b) 条约规定只可提出不包括该项保留在内的特定保留；或
- (c) 在不属于(a)和(b)项的其他情形下，该项保留与条约的目的和宗旨不符。

---

<sup>305</sup> 评注见下文 C.2 节。

<sup>306</sup> 评注见下文 C.2 节。

<sup>307</sup> 评注见下文 C.2 节。

<sup>308</sup> 评注见下文 C.2 节。

<sup>309</sup> 评注见《大会正式文件，第六十一届会议，补编第 10 号》(A/61/10)，第 327-333 页。



### 3.1.1 条约明文禁止的保留 <sup>310</sup>

如果条约含有一项作出下述规定的特别条款，保留即为条约明确禁止：

- (a) 禁止一切保留；
- (b) 禁止对特定条款提出保留，而有关保留是针对特定条款之一提出的；或
- (c) 禁止某些类别的保留，而有关保留属于所述类别之一。

### 3.1.2 特定保留的定义 <sup>311</sup>

为了准则 3.1 的目的，“特定保留”一语指条约明文提及的对条约某些条款的保留或对整个条约的涉及某些特定方面的保留。

### 3.1.3 允许不受条约禁止的保留 <sup>312</sup>

在条约禁止提出某些保留的情形下，一国或国际组织可提出的不受条约禁止的保留以不违反条约的目的和宗旨为限。

### 3.1.4 允许的特定保留 <sup>313</sup>

在条约允许提出某些特定保留但未说明其内容的情形下，一国或国际组织只可提出不违反条约目的和宗旨的保留。

### 3.1.5 保留与条约的目的和宗旨不符 <sup>314</sup>

一项保留如果影响条约主旨所必需的一项基本内容，从而损害条约的存在理由，则与条约的目的和宗旨不符。

---

<sup>310</sup> 评注见同上，第 333-340 页。

<sup>311</sup> 评注见同上，第 340-350 页。

<sup>312</sup> 评注见同上，第 350-354 页。

<sup>313</sup> 评注见同上，第 354-356 页。

<sup>314</sup> 评注见《大会正式文件，第六十二届会议，补编第 10 号》(A/62/10)，第 51-59 页。

### 3.1.6 条约的目的和宗旨的确定 <sup>315</sup>

条约的目的和宗旨必须根据条约术语在上下文中的含义，本着诚意加以确定，还可特别参考条约的名称、条约的准备工作和条约缔结的背景，并酌情参考缔约方商定的随后的实践。

### 3.1.7 含糊或笼统的保留 <sup>316</sup>

保留的措辞，应能确定其范围，尤其应能评估其是否与条约的目的和宗旨相符。

### 3.1.8 对反映习惯规范的规定的保留 <sup>317</sup>

1. 一项条约规定反映了习惯规范，这一事实在评估保留的有效性时是一项相关因素，但这一事实本身并不妨碍对该项规定可提出保留。

2. 对反映习惯规范的条约规定的保留，不影响该习惯规范的约束性，该习惯规范应继续作为约束性习惯规范在作出保留的国家或国际组织与受该规范约束的其他国家或国际组织之间适用。

### 3.1.9 违反强行法规则的保留 <sup>318</sup>

保留不得以违反一般国际法强制性规范的方式排除或更改一项条约的法律效力。

### 3.1.10 对不可克减权利的规定的保留 <sup>319</sup>

一国或一国际组织不得对不可克减权利的条约规定提出保留，除非有关保留与该条约所规定的基本权利和义务相符。在评估是否相符时，应考虑缔约方在规定有关权利为不可克减权利时对有关权利的重视程度。

---

<sup>315</sup> 评注见同上，第 60-63 页。

<sup>316</sup> 评注见同上，第 64-69 页。

<sup>317</sup> 评注见同上，第 69-76 页。

<sup>318</sup> 评注见同上，第 76-80 页。

<sup>319</sup> 评注见同上，第 80-84 页。

### 3.1.11 与国内法有关的保留<sup>320</sup>

一国或一国际组织可提出旨在排除或更改一项条约某些规定或整个条约的法律效力的保留，以维护该国国内法特定规范或该组织的规则的完整性，但有关保留必须与条约的目的和宗旨相符。

### 3.1.12 对一般人权条约的保留<sup>321</sup>

在评估一项保留是否与保护人权的一般条约的目的和宗旨相符时，应考虑条约所载各项权利的不可分割性、相互依赖性和相互关联性，保留所针对的权利或规定在条约的主旨中所具有的重要性，以及保留对条约产生的影响的严重程度。

### 3.1.13 对关于解决争端或监测条约实施情况的条约规定的保留<sup>322</sup>

对关于解决争端或监测条约实施情况的条约规定的保留，就其本身而言，并非与条约的目的和宗旨不符，除非：

- (一) 保留旨在排除或更改条约的存在理由所必需的一项规定的法律效力；或
- (二) 保留的效果是，使作出保留的国家或国际组织在其原先已经接受的一项条约规定方面，不受解决争端或条约实施情况监测机制的约束，而有关条约的根本作用正是为了实施这一机制。

## 2. 委员会第六十届会议通过的准则草案案文及其评注

124. 委员会第六十届会议通过的准则草案案文及其评注载录如下。

### 2.1.6[2.1.6、2.1.8] 通知保留的程序<sup>\*</sup>

除非条约另有规定或各缔约国和缔约国际组织另有协议外，对条约之保留的通知：

---

<sup>320</sup> 评注见同上，第 84-87 页。

<sup>321</sup> 评注见同上，第 87-89 页。

<sup>322</sup> 评注见同上，第 90-92 页。

<sup>\*</sup> 委员会于 2002 年通过了本条准则及其评注(见《大会正式纪录，第五十七届会议，补编第 10 号》(A/57/10)，第 93-104 页)。然而，根据特别报告员的建议(同上，《第六十二届会议，补编第 10 号》(A/62/10)，第 23 页，第 62 段)，委员会在第五十九届会议上决定，在审议准则 2.6.13 之后修改本条准则第 3 款并相应修改评注。另外，根据委员会一名委员在全体会议上提交的修改意见，委员会经表决决定，修改准则 2.1.6 的开首语。评注也作了相应修改。

- (一) 在没有保存人的情况下，应由提出保留方直接送交缔约国和缔约国际组织以及有资格成为该条约缔约方的其他国家和国际组织；或者
- (二) 在有保存人的情况下，应送交保存人，由其尽早通知所要送交的国家或国际组织。

对一国或国际组织而言，保留通知只有在该国或该国际组织接获后才应视为已送达。

如果对条约的保留是以电子邮件或传真方式通知，该通知必须以外交照会或保存人的通知方式加以确认。在这种情况下，通知则视为在电子邮件或传真发出之日作出。

## 评 注

(1) 如后面两条一样，准则 2.1.6 力图澄清的是：在将对条约保留的文本告知准则 2.1.5 所指的告知对象时，应遵循的程序的各个方面。这包括二个不同而密切联系的方面：

发出告知者；和  
告知的实际方式。

(2) 1969 年和 1986 年《维也纳公约》第 23 条没有说明由谁负责告知。在大多数情况下，如 1986 年《公约》第七十九条<sup>323</sup> 的规定所示，应由保存人告知。该条普遍适用于条约的所有通知和告知。该条规定还提到这类告知的一些方式及其效果。

(3) 以前审议对条约的保留专题时，委员会或其特别报告员计划明确地规定：保存人有责任将提交的保留案文告知有关国家。因此，例如在 1951 年，委员会认为，“多边公约的保存人在收到每一项保留时，应将之告知全体缔约国和有权成为该公约缔约国的国家”。<sup>324</sup> 同样，在 1965 年的第四次报告中，汉·沃尔多克提议“应将保留通知保存人；如无保存人，应通知其他有关国家”。<sup>325</sup>

(4) 这项办法最后没有为委员会所采纳。委员会注意到以前通过的草案“载列若干条款，其中提到了直接送交有关国家，或如有保存人，则送交保存人的告知或通

---

<sup>323</sup> 1969 年《公约》第 78 条。

<sup>324</sup> 《国际法委员会第三届会议工作报告》，1951 年 5 月 16 日至 7 月 27 日，《1951 年……年鉴》，第二卷，文件 A/1858，第 130 页，第 34 段。

<sup>325</sup> 《1965 年……年鉴》，第二卷，第 53 页。

知”。委员会的结论是，“如果列入一项有关通知或告知的一般性条款，则各条款的案文将可简化许多”。<sup>326</sup>

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

“通知和告知

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

- (a) 如无保存机关，应直接致送所要送达的国家和组织；如有保存机关，应致送该机关；
- (b) 只有在被送达国或被送达组织收到通知或告知时，或按情况在保存机关收到时，才应视为业经致送国或致送组织作出了通知或告知；
- (c) 如系送交保存机关，只有在其所要送达的国家或组织收到保存机关按照第 78 条第 1 款(e)项发出的报告时，才应视为业经该国或组织收到了通知或告知。”

(6) 第 79 条与这后一项条款是分不开的，根据这后一项条款：

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

[.....]

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

(7) 可以顺便指出，这一款所用“当事方及有权成为该条约当事方的各国和国际组织”等字与第 23 条第 1 款所用的并非完全相同，该第 1 款提及“缔约国和缔约组织”。这一差别没有任何实际后果，因为按照 1986 年《维也纳公约》第 2 条第 1 款(f)项对此用语的定义，缔约国和缔约国际组织都显然有权成为缔约方，并且的确仅仅依条约的生效就成了缔约方；但是这样一来，《实践指南》内的准则如何措辞便成问题了。

(8) 毫无疑问，应在《指南》中转录 1986 年《维也纳公约》第 78 条和第 79 条第 1 款(e)项的规定，并作修改以适应保留的特殊情况；否则，《指南》不能实现实用目的，即让用户有一整套准则，能够在面对与保留有关的问题时确定采取什么样的

---

<sup>326</sup>

《1966 年……年鉴》，第二卷，第 73 条草案的评注第(1)段，第 294 页，第 1 段。

做法。但是委员会在编写这项准则时，应转录这两项条款的措辞，还是转录第 23 条第 1 款的措辞？似乎合乎逻辑的是采用后者的术语，以避免《实践指南》的各项准则之间存在任何模棱两可之处和相互矛盾，即使只是表面上的。

(9) 此外，毫无疑问，与保留有关的告知——特别是与一国或一国际组织提交的保留实际案文有关的告知——是上述第 78 条第 1 款(e)项所指的“有关该条约的”告知。<sup>327</sup> 而且，在 1966 年的草案里，委员会明确交托保存人一项任务，即“对签字、文书或保留是否符合条约和本条款的规定进行审查”<sup>328</sup>。这些话在维也纳时改为“对签字以及与条约有关的任何文书、通知或告知进行审查”，<sup>329</sup> 范围变得更广。但是这些话不能解释为把保留排除在该规定的范围之外。

(10) 此外，如委员会在第 73 条草案(现在的 1986 年《公约》第 79 条)的评注中指出的，这项条款(a)项所定下的规则“基本上涉及与条约的‘生命’有关的通知和告知，即表明同意、保留和反对的行为、关于无效、终止的通知等”。<sup>330</sup>

(11) 在本质上，第 78 条第 1 款(e)项和第 79 条(a)项无疑都反映目前的做法。<sup>331</sup> 无须特别加以评论，只须注意到，即使在有保存人的情况下，保留提交国可直接将该项保留的内容通知其他有关国家或国际组织。因此，例如，联合王国通知作为《1969 年 10 月 18 日设立加勒比开发银行的协定》保存人的联合国秘书长说，它已经就其批准书所附声明(构成一项保留)的一个问题征求了该协定各签署国的意见(这项声明后来为该银行董事会接受，但接着被联合王国所撤销)。<sup>332</sup> 同样，法国向亚太广播发展研究所董事会提交它就设立该组织的协定提出的一项保留，而秘书长也是该协定的保存人。<sup>333</sup>

---

<sup>327</sup> 见上文第(6)段。

<sup>328</sup> 《1966 年……年鉴》，第二卷，第 269 页，第 72 条草案，第 1 款(d)项(斜体是后加的)。关于该项规定的内容，见准则 2.1.7 条的评注(《大会正式纪录，第五十七届会议，补编第 10 号》(A/57/10)，第 115-123 页)。

<sup>329</sup> 第 77 条第 1(d)款。新措辞来自委员会以 32 票对 24 票、27 票弃权通过的白俄罗斯苏维埃社会主义共和国提出的修正案(《联合国条约法会议正式记录，维也纳，1968 年 3 月 26 日至 5 月 24 日和 1969 年 4 月 9 日至 5 月 22 日，会议文件，第一届和第二届会议》，A/CONF.39/11/Add.2，第 202 页第 654(四)(4)段和第 203 页第 660(一)段)。

<sup>330</sup> 《1966 年……年鉴》，第二卷，第 270 页，评注第(2)段(斜体是后加的)。

<sup>331</sup> 同上，关于第 73 条(a)项草案(成为 1969 年《公约》第 78 条和 1986 年《公约》第 79 条)

<sup>332</sup> 《截至 2006 年 12 月 31 日交存秘书长的多边条约》(ST/LEG/SER.E/25)，第一卷，第 570 页，注 8 第十章(第 6 节)。

<sup>333</sup> 同上，第二卷，第 439 页，注 4(第 XXV.3 章)。



(12) 似乎无人反对这种做法，只要保存人不会因此无须履行其义务。<sup>334</sup> 但是，这却是混乱和不确定的根源，因为保存人可依赖保留提交国去履行 1986 年《维也纳公约》第 78 条第 1 款(e)项以及第 79 条(a)项最后一句明确赋予他的职务<sup>335</sup>。因此，委员会认为不应鼓励这种做法，也不会提出体现这种做法的准则。

(13) 在 1966 年的评论中，委员会讨论了第 73 条第 1 款(e)项草案(现在的 1969 年《维也纳公约》第 77 条第 1 款(e)项)<sup>336</sup> 内交托保存人的任务的重要性，并强调说，“很明显需要一个保存人迅速执行这一职务”。<sup>337</sup> 这是一个重要问题，与第 78 条(b)和(d)项有关；<sup>338</sup> 保留的效果只有在被送交的国家或组织收到与保留有关的通知或告知之日才产生，而不是在提交之日产生。事实上，是否由保留提交者直接告知，无关紧要；如果向接收者送交迟了，只能怪自己。另一方面，如果有保存人，后者务须迅速去做；否则，保存人可能妨碍保留的效果以及其他有关国家和国际组织对保留作出反应的机会。<sup>339</sup>

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

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

2. 交存通知都是在 24 小时处理时间内，用普通邮件和电子邮件告知常驻代表团和有关组织的(见 LA 41 TR/221)。此外，从 2001 年 1 月开始，交存通知可通过因特网在联合国条约集上查阅，网址是：<http://untreaty.un.org> (因特网上的交存通知只供参考，不能视为交存人的正式通知)。附有许多附

---

<sup>334</sup> 见准则 2.1.7，《大会正式纪录，第五十七届会议，补编第 10 号》(A/57/10)，第 105 页。

<sup>335</sup> 1969 年《公约》第 77 条第 1 款(e)项和第 78 条(a)项。在上述法国对《建立亚太广播发展研究所的协定》提出保留一案中，似乎秘书长将自己的任务限于注意到该组织理事会没有提出异议(见《……多边条约》，第二卷，第 439 页，注 4(第二十五章第 3 节)。秘书长在这件事上的消极做法受到批评。

<sup>336</sup> 1986 年《公约》第 78 条第 1 款(e)项。

<sup>337</sup> 《1966 年……年鉴》，第二卷，评注第(5)段，第 270 页。

<sup>338</sup> 1986 年《公约》第 79 条(a)和(b)项。见上文第(5)段有关这些规定的案文。

<sup>339</sup> 见委员会 1966 年报告关于第 73 条的评注，《1966 年……年鉴》，第二卷，第 270-271 页，评注第(3)至(6)段；又见 T.O. Elias, *The Modern Law of Treaties* (Dobbs Ferry/Leiden: Oceana Publications/Sijthoff, 1974), pp. 216-217.

件的交存通知，例如与第 11 章(b)节第 16 段<sup>340</sup>有关的通知，则用传真发出”。<sup>341</sup>

(15) 过去，国际海事组织曾指出，对于该组织是其保存人的条约，从告知对该条约的保留到将该保留转递有关国家所需时间一般是一到两星期。告知函都翻译成该组织的三种正式语文(英文、西班牙文和法文)，通常用普通邮件寄出。

(16) 欧洲委员会秘书处对国际法委员会描述该委员会的做法如下：

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

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

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

---

<sup>340</sup> 这些告知涉及 1958 年 3 月 20 日《关于对轮式车辆、设备以及能装配和/或使用 在轮式车辆上的配件采用统一技术规定和互相承认根据这些规定所做出的许可的条件协定》(见《……多边条约》，第一卷，第 683 页)。

<sup>341</sup> 条约科还建议说：“3. 请注意，如条约行动是修改现有保留和某缔约方在同意受约束后提出保留，则交存做法不同。现在，有关条约的缔约方可在 12 个月内通知保存人说，它反对该项修改或者它不想考虑在批准、接受、核准等等之后提出的保留。这一 12 个月时限是保存人根据发出交存通知之日计算的(见 LA 41 TR/221(23-1))。”也参见 Palitha T.B. Kohona, “Some notable developments in the practice of the UN Secretary-General as depositary of multilateral treaties: reservations and declarations”, *American Journal of International Law*, vol. 99 (2005), pp. 433-450, and “Reservations: discussion of recent developments in the practice of the Secretary-General of the United Nations as depositary of multilateral treaties”, *Georgia Journal of International and Comparative Law*, vol. 33 (2005), pp. 415-450.



(17) 最后，从美洲国家组织(美洲组织)发送来的材料可以看出：

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

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

(18) 委员会认为无须将这些非常有益的澄清全文载于《实践指南》。但是，在准则 2.1.6 中以一般建议的形式向保存人(如果有)和保留提交者(如果没有保存人)提供一些资料也是有所助益的。可以结合 1986 年《维也纳公约》的第 78 条第 1 款(e)项和第 79 条，<sup>342</sup> 使其适用于解决保留告知引起的特殊问题。

(19) 准则的起首部分转录了与 1969 年《维也纳公约》和 1986 年《维也纳公约》第 78 条和第 79 条的起首部分相同的有关部分，但有一些简化：在维也纳决定的第 78 条前言的措辞(“缔约国和缔约组织或按情况各缔约组织……”)似乎非常累赘，所载附加信息很少，根本没有必要。此外，如上所述，<sup>343</sup> 准则 2.1.6 的案文以一处小的修改而转录 1986 年《公约》第 23 条第 1 款所使用的措辞(“各缔约国和缔约组织及有权成为该条约当事方的其他国家和国际组织”)，而不用第 78 条第 1 款(e)项的措辞(“各当事方及有权成为该条约当事方的各国和国际组织”)。虽然后者也许较有文采而且意思一样，但是，它没有采用两项《维也纳公约》关于保留的一节的用语。尽管如此，在第(一)和第(二)项案文中两次使用第 23 条的措辞，似乎没有什么好处。不过，这只是草案行文改进而并不涉及维也纳案文的改变：“所要送交的国家 and 组织”(第(二)项)指的是“缔约国和缔约组织及有权成为条约缔约方的其他国家和国际组织”(第(一)项)。委员会在第 1 款开头语中“组织”一词前加上“国际”这一形容词以避免混淆和弥补《实践指南》中缺少“缔约组织”定义的情况(但 1986 年《维也纳公约》第 2 条第 1 款(f)项中的确有这一定义)，也是如此。然而委员会一些成员认为没必要不采用《维也纳公约》措辞，为此感到遗憾。显然，这一澄清适用于整个草案。同样，将草案第 1 款分为两项也许更容易看得懂，而意思又不改变。

---

<sup>342</sup> 1969 年《公约》第 77 条第 1 款(e)项和第 79 条。

<sup>343</sup> 见第(7)-(8)段。

(20) 关于将保留送交所要送交的国家和国际组织，委员会认为不可能规定一个非常死板的时限。在第(二)项中“尽快”的提法似乎足以引起接收人对快速进行必要性的注意。但从另外一方面看，在第(一)项中则不需要这种提法，因为需在这方面承担责任的是保留提交者。<sup>344</sup>

(21) 准则 2.1.1 和 2.1.2 所规定的保留的提交和确认必须以书面形式做出。因此，准则 2.1.6 最后一款规定对所交送的国家和国际组织的告知必须是正式的。虽然委员会的一些成员对此规定的必要性表示怀疑，但考虑到条约保存人经常使用现代通讯手段—电子邮件或传真，而其可靠程度又不如传统方式，因此这种规定似乎有益。因此，委员会多数成员认为，保留的任何告知应以外交照会(如果通知者为国家)或保存人通知(如果是来自于国际组织)<sup>345</sup> 的形式加以确认。尽管有些委员表示反对，但委员会认为，在这种情况下，时限应从电子邮件或传真发送时算起。这将有助于防止引起关于确认收到日期的争论，也不会引起具体问题；委员会收到的情况表明，书面确认一般在电子邮件或传真发送时或稍后就已做好，至少作为保存人的国际组织是如此。这些澄清载于准则 2.1.6 第 3 款。

(22) 规定告知所使用语言似乎既无用处又不可能，因为保存人的做法各异。<sup>346</sup> 同样，委员会认为，在告知所发往机构的问题上应遵循实际情况。<sup>347</sup>

(23) 另外一方面，准则 2.1.6 第 2 款转录了 1986 年《维也纳公约》第 79 条(b)项和(c)项的规定。<sup>348</sup> 但似乎可将措辞简化而无须区别保留由提交者直接告知还是由保存人告知的情况。在这两种情况下，具有决定意义的是，作为送达对象的国家或国际组织收到告知。例如，正是从收悉日起算可否提出反对的期限。<sup>349</sup> 应当注意，根据不同的接收日，通知生效日对于各国或国际组织可能有所不同。

## 2.1.9 说明理由

保留应当尽可能说明作出保留的理由。

---

<sup>344</sup> 见上文第(13)段。

<sup>345</sup> 保存人通知已成了担任保存人的国际组织或秘书处首长就条约进行告知的一般方式。但如果告知是发送给国际组织不具有观察员地位的成员国，该组织也可使用通常的外交照会。

<sup>346</sup> 如果保存人为国家，此类告知似乎一般以其官方语言发送；国际组织则可使用所有正式语文(海事组织)或一、二种工作语文(联合国)。

<sup>347</sup> 外交部长，保存国外交使团，常驻保存组织代表团。

<sup>348</sup> 见上文第(5)段。

<sup>349</sup> 关于反对，见下文的准则 2.6.13。

## 评 注

(1) 委员会关于条约法的文件以及 1969 年和 1986 年的《维也纳公约》，均未以任何方式要求提出保留的国家或国际组织说明保留的理由和指出为什么原因该国或国际组织认为需要排除或修改条约某些条款或整个条约某些具体方面的法律效力。所以在维也纳机制下，保留理由不构成保留有效的一个附加条件。

(2) 但在有些公约文书中，国家必须说明保留的理由，指出提交保留的原因。《欧洲保护人权和基本自由公约》第 57 条是一个特别明显的范例，它规定：

“1. 任何国家在签署本公约或交存批准书时，可就公约某一特定条款提出保留，如果其国内现行法律与该条款不符的话。对本条规定不得提出一般性保留。

2. 依照本条提出的保留应扼要说明所涉法律。”

相对于一般国际法，这项机制显然属于特别法(*lex specialis*)，阐述因哪项法律提出的保留，构成对《欧洲公约》提出的任何保留生效的真正条件。欧洲人权法院在著名的 *Belilos* 案件中判定，第 57 条(原第 64 条)第 2 款不是简单的形式要求，而是规定一项实质性条件。<sup>350</sup> 法院认为，对理由或解释的要求旨在使其他缔约方和公约机关得以确保保留不超过当事国明文排除的条款的范围。<sup>351</sup> 不遵守这一提供理由(或解释)的条件，则保留无效。<sup>352</sup>

(3) 虽然在一般国际法中不说明理由肯定不会带来如此严重的后果，但是欧洲人权法院 1988 年指出的说明保留理由的原因和用处，可推及所有的条约和保留。委员会正是据此认为，应当鼓励说明理由但不使之成为法律义务。无论如何，这一义务则可能不符合《实践指南》的法律性质。准则的非约束形式(反映在有条件使用上)，清楚表明这一形式尽管有需要，但绝不是一个法律义务。

(4) 说明理由(因此是非强制性的)不是增加提出保留难度的一种附加要求，而是保留提交者和其他当事国家、国际组织或监测机关有效履行职能的有用方法。这让保留提交者不仅可以解释和澄清促使其提出保留的原因(例如国内法的障碍可能使得难以或无法执行保留所针对的条款)，而且可以提供信息协助评价保留的有效性。在这方面应铭记，评价一项保留是否有效，也是保留提交者的责任。

---

<sup>350</sup> *Belilos* 诉瑞士(10328/83 号诉状)，1988 年 4 月 29 日的判决，《欧洲人权法院判决和决定汇编》，A 辑，第 132 卷，第 59 段。

<sup>351</sup> 同上。

<sup>352</sup> 同上，第 60 段。

(5) 此外，保留提交者提出的理由和解释，也可方便其他有权评价保留有效性的实体的工作，包括其他有关国家或国际组织、负责解释或执行条约的解决争端机关与监测条约执行情况的机关。因此，说明保留的理由也是提出保留的国家或国际组织同其他缔约方和监测机关合作以便评价保留有效性的一种途径。<sup>353</sup>

(6) 说明和解释提交保留者认为需要提出保留的理由，还有助于保留提交者与缔约国家和国际组织及监测机关(如设有该机关)之间展开富有成果的保留对话。这不仅有助于有关国家或国际组织表明接受或反对保留的意见，也有助于保留提交者本身尽可能消除其伙伴对其保留有效性的疑问，并使保留对话更有利于加深相互理解。

(7) 在实践中，说明保留理由的情况比说明反对理由的情况要少。然而，在国家实践中有事例体现国家和国际组织为提出一个特别保留而说明理由。在某些情况下，它们这样做纯粹出于方便，其理由对评价保留的有效性没有特别帮助，而只能确证说明理由是出于方便上的考虑。<sup>354</sup> 但通常提出保留时所作的解释，非常有助于澄清保留的理由。例如，巴巴多斯说明对《公民权利及政治权利国际公约》第 14 条的保留是因为有实际执行困难：

“巴巴多斯政府声明，保留关于不充分执行公约第 14 条第 3 款(d)项所述无偿法律援助保障的权利；因为虽然巴巴多斯赞同该款所述原则，但由于执行上存在巨大困难，目前无法保障充分执行该项规定。”<sup>355</sup>

许多先例中的另一个是刚果在对该公约第 11 条提出保留时所作的长篇解释：

“刚果人民共和国政府声明，不受第 11 条规定的约束。……

《公民权利及政治权利国际公约》第 11 条与刚果民事、商业、行政和金融诉讼法第 386 条及以下各条有很大出入，因为 1983 年 4 月 21 日第 51/83 号法规定，在私法事项中，执行判决或和解记录时，如其他执行途径使用无效，而判决金额超过 20,000 非洲法郎，同时 18 岁以上 60 岁以下债务人恶意失去支付能力，可通过监禁予以执行。”<sup>356</sup>

---

<sup>353</sup> 委员会 1997 年关于对多边规范性条约(包括人权条约)的保留的初步结论，指出了这项同监督机构合作的义务；结论第 9 段说：“委员会呼吁各国同监督机构合作……”(《1997 年……年鉴》，第二卷，第二部分，第 58 页)。人权国际条约机构第六次委员会间会议(2007 年)也强调了这项义务(见《保留问题工作组会议的报告》，HRI/MC/2007/5, 第 16 段(建议)，第 9(a)点建议)。

<sup>354</sup> 法国对《欧洲补充路标和信号公约协定》的保留就是这种情况：“对于《路标和信号协定》第 23 条第 3 款之二，法国打算保留使用与车流相反一侧信号灯的可能，以便能够给出与车流同侧信号灯不同的指示”(《……多边条约》，第一卷，第 907 页(第十一章 B. 24 节)。

<sup>355</sup> 同上，第 181 页(第四章第 4 节)。另见冈比亚的保留(同上，第 188 页)。

<sup>356</sup> 同上，第 181 至 182 页(第四章第 4 节)。

(8) 鉴于说明保留理由的明显益处与这一做法在保留对话中的作用，委员会决定不在准则 2.1.6 中规定保留应当附有理由并构成其组成部分——如反对保留的一般情况<sup>357</sup>。这无疑是令人期望的，尽管没有任何因素阻碍国家和国际组织事后说明保留理由。

(9) 另一方面，虽然应当鼓励说明保留的理由，但委员会认为，不得以说明保留理由为方便借口而提出笼统和含糊的保留。本届会议第一部分通过的准则 3.1.7(含糊或笼统的保留)规定：保留的措辞含糊、笼统，令人无法确定范围，不符合条约的目标和宗旨。说明理由不能回避保留的措辞须使人能够评价其有效性。即便没有说明理由，保留本身须足以使人能够评价其有效性。说明理由只是对评价有效性起到辅助作用。<sup>358</sup>

(10) 同样，可任何时间说明保留理由这一情况不得被提交国用来修改或扩大原来所作保留的范围。准则 2.3.4(事后采用保留以外的方式排除或限制条约的法律效力)和准则 2.3.5(扩大保留范围)对此作了规定。

## 2.6. 反对的提出

### 2.6.5 反对者

对保留的反对可由以下方面提出：

- (一) 任何缔约国和任何缔约国际组织；和
- (二) 有权成为条约缔约方的任何国家或任何国际组织，在此种情况下，在该国或该国际组织表示同意接受条约约束之前，这样的声明不产生任何法律效力。

---

<sup>357</sup> 参见下文的准则 2.6.10 及其评注。如果同时出现在一个文书里，在任何情况下都非常难以区别保留与提交保留的理由。

<sup>358</sup> 但在某些情况下，为说明保留的理由所作的澄清，可有助于“受质疑的”保留被视为有效。例如，伯利兹对《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》的保留附以如下解释：

“公约第 8 条要求缔约方考虑对某些犯罪移交诉讼的可能性，如果此种移交被认为有利于适当的司法处置。

伯利兹法庭没有任何治外法权，因此完全不能受理在国外实施的罪行，除非部分罪行是其管辖范围内的人在所辖地域之内实施的。此外，伯里兹宪法规定，负责提起公诉的检察长是不受政府控制的独立官员。

因此，伯里兹只能在本国宪法和法律允许的范围内执行公约。”

(《……多边条约》，第一卷，第 477 页(第六章第 19 节))。

如果没有这项解释，伯利兹的保留可能会被认为是“含糊或笼统的”，可能属于准则 3.1.7 所述的情况。但说明这一理由之后，保留就显得更为合理。



## 评 注

(1) 关于反对保留的定义，准则 2.6.1 实际上没有回答关于哪些国家或国际组织有权反对另一国或另一国际组织提交的保留的问题。这是准则 2.6.5 的任务。

(2) 两项《维也纳公约》就反对的可能提出者问题作出了某些规定。1986 年《公约》第 20 条第 4 款(b)项提到“一缔约国或一缔约国际组织对保留的反对……”。显然，根据这一规定，1986 年《维也纳公约》第 2 条第 1 款(f)项所指的缔约国和缔约国际组织无疑是对保留表示反对的可能提出者。准则 2.6.5 第(一)项涵盖了这一情况。

(3) 然而，委员会在是否有权加入条约的国家或国际组织也可以提出反对的问题上有分歧。一种观点认为，这些国家和国际组织没有缔约国和缔约国际组织那样的权利，因此不能提出这样的反对。有人争辩说，不应把《维也纳公约》未提到这一问题解释为允许这类国家和国际组织有权提出反对；根据两项《维也纳公约》第 20 条第 5 款，只有缔约方才可提出反对。有人进一步争辩说，因此，迄今为止只是有权成为条约缔约方的国家和国际组织所提出的声明不应当视为反对。<sup>359</sup> 根据同样的立场，允许这种可能也许会制造一个实践上的麻烦，因为对于开放性条约来说，缔约方可能不了解存在着某些反对。

(4) 然而，根据多数人的意见，两项《维也纳公约》第 20 条第 4 款(b)项和第 5 款没有排除任何可能；相反，允许有权成为缔约方的国家和国际组织在准则 2.6.1 所载定义的范围内提出反对。第 20 条第 4 款(b)项仅确定缔约国或缔约组织所提出反对的可能效果，但是第 4 款未具体提到非缔约国和非缔约国际组织所提出反对的效果，决不意味着这类其他国家或组织不得提出反对。<sup>360</sup> 两项《维也纳公约》第 20 条第 4 款(b)项也许暗示的对可能反对者的限制，没有反映在第 20 条第 3 款中。该款论及在反对国不反对条约在其本国与保留国间生效的情况下所提出的反对对条约适用的影响。尤其如第 23 条第 1 款明确指出，保留、明示接受保留及反对保留，不仅必须致送缔约国/缔约国际组织，而且必须致送“有权成为缔约方之其他国家和国际组织”<sup>361</sup>。除非这些其他国家和国际组织能通过明示接受或反对保留来对保留作出有

---

<sup>359</sup> Belinda Clark 似乎维护这一观点，见“The Vienna Convention reservations regime and the Convention on Discrimination Against Women”, AJIL., vol. 85 (1991), No. 2, p. 297.

<sup>360</sup> 关于这一点，见 Pierre-Henri Imbert, *Les réserves aux traités multilatéraux* (Paris: Pedone, 1979), p. 150.

<sup>361</sup> 也参见两项《维也纳公约》第 77 条第 1 款(e)项和(f)项(关于保存人对“有权成为缔约方之国家和国际组织的职能”)。

效反应，否则这种通知便无意义。最后并且最重要的是，对于委员会来说，只有这一观点似乎符合准则 2.6.1 的措辞和精神。该准则界定对保留的反对，不是根据反对产生的效果，而是根据提出反对的国家或国际组织旨在让其产生的效果。<sup>362</sup>

(5) 国际法院 1951 年 5 月 28 日关于对《灭绝种族罪公约》的保留的咨询意见确认了这一观点。法院在意见的执行部分中明确指出，有权成为《公约》缔约方的国家可提出反对：

“法院认为，

- (a) 尚未批准《公约》的签字国对保留提出反对，只有批准后才能产生对问题一所作答复中所示的效果。在此之前，则仅是签字国对其他国家关于自己最终态度的一个通知。
- (b) 有权签署或加入条约、但尚未签署或加入的国家对保留提出的反对不产生任何法律效果。”<sup>363</sup>

(6) 在国家实践中，非缔约国常常对保留提出反对。例如，海地在尚未签署《维也纳外交关系公约》的时候表示反对巴林对《公约》所作的保留。<sup>364</sup> 同样，美国尽管当时(而且至今)不是 1969 年《维也纳条约法公约》的缔约国，但是对阿拉伯叙利亚共和国和突尼斯对《公约》所做的保留提出了反对。<sup>365</sup> 还有，在以下的事例中，反对国在提出反对时仅仅签署了条约(后来批准了)：

- 卢森堡反对苏联、白俄罗斯和乌克兰对《维也纳外交关系公约》的保留；<sup>366</sup> 以及
- 大不列颠及北爱尔兰联合王国反对保加利亚、白俄罗斯、捷克斯洛伐克、乌克兰、罗马尼亚、苏联、伊朗和突尼斯对《领海和大陆架公约》

---

<sup>362</sup> 准则 1.1 引用的两项《维也纳公约》第 2 条第 1 款(d)项对“保留”一词的定义是以同样方式作出的：它所涉的是旨在产生某种效果的声明(并非必然如此)。

<sup>363</sup> 《1951 年国际法院案例汇编》，第 30 页，第 III 段（尽管有第二小段的措辞，但委员会的一些委员认为法院在此提到的仅是签字国）。这也是汉·沃尔多克在关于条约法的第一次报告中的观点。第 19 条草案完全是关于反对及其效果，规定“一条约的所有缔约国或有权成为缔约国的国家，均有权利提出反对……”（《1962 年……年鉴》，第二卷，第 70 页（斜体是后加的））。然而需要指出，《维也纳条约法公约》在涉及反对时删掉了这样的用语。

<sup>364</sup> 《……多边条约》，第一卷，第 96 页(第三章第 3 节) - 反对日：1972 年 5 月 9 日，加入日：1978 年 2 月 2 日。

<sup>365</sup> 同上，第二卷，第 417 页(第二十三章第 1 节)

<sup>366</sup> 同上，第一卷，第 96 页(第三章第 3 节) - 签字日：1962 年 2 月 2 日；反对日：1965 年 1 月 18 日；批准日：1966 年 8 月 17 日。

的保留，<sup>367</sup> 以及保加利亚、匈牙利、波兰、白俄罗斯、乌克兰、罗马尼亚、捷克斯洛伐克、苏联和伊朗对《公海公约》的保留。<sup>368</sup>

(7) 在秘书长作保存人的情况下，有权成为缔约国家或国际组织提出的反对是以“告知”递送，<sup>369</sup> 而不是“交存通知书”。然而，所“告知”的内容必须毫无疑问地属于准则 2.6.1 意义上的反对。

(8) 根据占多数的观点，有权成为缔约方的国家和国际组织似乎完全可能提出准则 2.6.1 定义的反对，即使它们并未表示同意受条约的拘束。准则 2.6.5 第(二)项规定了这一可能性。

(9) 在现实中，打算成为缔约方但尚未表示绝对同意受条约拘束的国家或国际组织不仅有可能，而且也应当表达对一项保留的反对，让大家都知道其对有关保留的意见。如国际法院在 1951 年咨询意见中指出的，这样的反对，“仅只是将签字国的最终态度知会其他国家”。<sup>370</sup> 这类通知对于提出保留的国家或国际组织都有用，而且在某些情况下也有用于条约监督机构。

(10) 无论如何，尚未表示同意受条约拘束的国家或国际组织提出的反对，肯定不会立即产生提出反对者期望的法律效果。这也反映在 1951 年咨询意见的执行部分：这类反对“只有[在提出反对的国家或国际组织]批准条约后，才能产生对问题一所作答复中所示的效果”<sup>371</sup> 国家或国际组织成为缔约方之前所提出的反对，可能的法律效果只有在批准、加入或核准条约(如果是一个庄严的条约)或签署(如果是一个行政协定)时才会实现。这不排除将这类声明当作反对；然而，它们是“有条件的”，或者从法律效果依赖于一个具体行为即明确表示绝对同意受拘束来说，是“有限的”。

## 2.6.6 联合提出反对

若干国家或国际组织联合提出反对，不影响这一反对的单方面性质。

---

<sup>367</sup> 同上，第二卷，第 317 页(第二十一章第 1 节) - 签字日：1958 年 9 月 9 日；反对日：1959 年 11 月 6 日；批准日：1960 年 3 月 14 日。

<sup>368</sup> 同上，第二卷，第 323 页(第二十一章第 2 节) - 签字日：1958 年 9 月 9 日；反对日：1959 年 11 月 6 日；批准日：1960 年 3 月 14 日。

<sup>369</sup> “秘书长作为多边条约保存人的实践概述”(ST/LEG/8，纽约，1997 年)，第 214 段。

<sup>370</sup> 《1951 年国际法院案例汇编》，第 30 页，执行部分第三段。

<sup>371</sup> 同上。



## 评 注

(1) 虽然根据准则 2.6.1 的定义, 反对是一个单方面声明,<sup>372</sup> 但多个国家和(或)多个国际组织也可共同提出反对。这方面的实践并非多见, 但也并非不存在。

(2) 在区域组织的框架内, 尤其是在欧洲委员会内, 各成员国尽可能协调和统一其对保留的反应和反对。即使这些成员国依然单独提出反对, 但它们不仅协调反对是否只当的问题, 而且协调反对的措辞。<sup>373</sup> 然而, 从法律上来说, 这些反对依然是每一提出国的单方面声明。

(3) 还有可能援引一些国家和国际组织真正以联合方式提出反对的事例。例如欧洲共同体及其当时的九个成员国以一个单独文书对保加利亚和德意志民主共和国就 1975 年 11 月 4 日《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》)第 52 条第 3 款所作声明而提出的反对。该条约使关税同盟和经济共同体有可能成为缔约方。<sup>374</sup> 欧洲共同体还“以欧洲经济共同体及其成员国的名义”提出了某些反对。<sup>375</sup>

(4) 对于委员会而言, 数国或国际组织联合提出一项反对似乎没有错: 难以想象会有什么东西阻碍它们联合去做其肯定单独以同样措辞去做的事。这类变通是更为需要的, 鉴于有越来越多的共同市场与关税和经济同盟, 以上援引的反对或联合解释性反对的案例有可能增加, 因为这些组织通常与其成员国行使分担的权力。从而, 要求后者甩开其所属组织而单独行动, 非常不正常。因此, 从法律上而言, 没有什么东西阻碍联合提出反对。但这毫不影响反对的单方面性质。

(5) 准则 2.6.6 的措辞是根据准则 1.1.7(联合提出的保留)和准则 1.2.2(联合提出的解释性声明)编写的。然而, 在英文本的形容词“单方面”后面用“character”取代

---

<sup>372</sup> 另见准则 2.6.1 评注(对保留的反对的定义), 《大会正式记录, 第六十届会议, 补编第 10 号》(A/60/10), 第 189 段, 评注第(6)段。

<sup>373</sup> 例如见欧洲委员会若干成员国就与 1997 年《制止恐怖主义爆炸的国际公约》有关的保留所提出的反对(《……多边条约》, 第二卷, 第 138 至 146 页, (第十八章第 9 节)或就与 1999 年《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》有关的保留所提出的反对(同上, 第 175-192 页)。

<sup>374</sup> 同上, 第一卷, 第 639 页(第十一章第 A.16 节)。

<sup>375</sup> 例如见对苏联关于 1986 年《小麦贸易公约》的声明所提出的反对(《截至 1987 年 12 月 31 日交存秘书长的多边条约》(ST/LEG/SER.E/6), 第十九章第 26 节)和以相同措辞对苏联关于 1983 年《国际热带木材协定》的声明所提出的反对(同上, 第十九章第 28 节)。同样的事例, 见 2002 年以来欧洲委员会对与反恐公约有关的保留所采取的做法(上文第(2)段)。

了“nature”一词。这一修改使英文本与法文本保持一致，但是有必要在二读中协调三个准则草案。

## 2.6.7 书面形式

反对必须以书面形式提出。

### 评 注

(1) 根据 1969 年和 1986 年《维也纳公约》第 23 条第 1 款，反对“均必须以书面提出并致送缔约国和缔约组织及有权加入条约的其他国家和国际组织”。

(2) 同保留问题一样，<sup>376</sup> 在委员会内讨论时和在维也纳会议期间，从未怀疑过反对必须是书面形式的，并认为这是显而易见的。第一位起草有关反对的条款的特别报告员汉·沃尔多克(另见上文第 87 至 89 段)的第一次报告在第 19 条草案第 2 款(a)项中就规定了“书面做出对保留的反对……”，<sup>377</sup> 而未对这一正式要求做出评注。<sup>378</sup> 虽然特别报告员对程序性条文作了全面修改，以考虑到两个政府提出的“程序条文要简练一些”<sup>379</sup> 的意见，但一直明确保留了反对必须书面提出的规定：

- 在(1962 年)一读通过的第 19 条第 5 款中：“对保留的任何反对均须书面做出，并须告知”<sup>380</sup>；
- 在特别报告员(1965 年)第四次报告中提出的第 20 条第 1 款中：“对保留的反对应书面记录在案”<sup>381</sup>；
- 在(1965 年)二读通过的第 20 条第 5 款中：“保留、对保留的明确接受和对保留的反对，应书面提交，并致送其他有权加入条约的国家”<sup>382</sup>。

---

<sup>376</sup> 见准则 2.1.1(书面形式)草案及其评注，《大会正式记录，第五十七届会议，补编第 10 号》(A/57/10)，第 103 段。

<sup>377</sup> 第一次报告，A/CN.4/144，《1962 年……年鉴》第二卷，第 62 页。

<sup>378</sup> 同上，第 78 页，有关第十九条草案的评注第(22)段，此处重复了有关第十七条的评注(同上，第 75 页，第(11)段)。

<sup>379</sup> 瑞典政府和丹麦政府。见汉·沃尔多克的第四次报告(A/CN.4/177)，《1965 年……年鉴》，第 48 和 49 页、第 56 页第 13 段。

<sup>380</sup> 《1962 年……年鉴》，第二卷，第 194 段。

<sup>381</sup> 第四次报告(A/CN.4/177)，《1965 年……年鉴》，第二卷，第 56 页。

<sup>382</sup> 《1965 年……年鉴》，第二卷，第 175 页。在国际法委员会 1966 年通过的案文中，1965 年的第 20 条草案未经修改而成为第 18 条(《1966 年……年鉴》，第二卷，第 226 页)。

在 1968-1969 年维也纳会议上，没有再对书面形式提出质疑。相反的，对有关程序的所有拟议的修正，都未取消关于对保留的反对须是书面提交的要求。<sup>383</sup>

(3) 毫无疑问，反对必须采用书面形式。事实上，(根据两项《维也纳公约》第 23 条第 1 款)通知是适用于反对的另一个程序要求，必须是一份书面文件，单是口头致送无法由条约的保存人收存或登记，也无法告知其他有关国家。此外，出于法律上的可靠性的考虑，采用书面形式是合理和必要的。不应忘记，反对对以下事项产生重大法律影响：保留的可反对性、对做出保留国家和提交反对国家而言，条约条款的可适用性(两项《维也纳公约》第 21 条第 3 款)，以及条约的生效(第 20 条第 4 款)。此外，反对推翻了由两项《维也纳公约》第 20 条第 5 款产生的假定接受，书面形式是一个重要的证据，用于确定一个国家是否真正在该条款规定的时限内对保留表示反对，或在一国未表示反对时，视其已接受保留。

(4) 因此，准则 2.6.7 的范围限于重述两项《维也纳公约》第 23 条第 1 款第一部分以书面形式提出反对的要求、以及类似的关于保留的书面形式的准则 2.1.1。

## 2.6.8 表明阻止条约生效的意向

对保留作出反对的国家或国际组织意欲阻止条约在自己和提出保留的国家或国际组织之间生效，应在该条约本该对双方生效之前明确表示这一意向。

### 评 注

(1) 根据两项《维也纳公约》第 20 条第 4 款(b)项，对保留提出反对的国家和国际组织可反对条约在本国或本组织与保留的提出方之间生效。根据同一条款，要这样做，还需要“提交反对的国家或国际组织明确表明”这一意向。由于推翻了 1969 年维也纳会议所确定的关于反对在条约在提出保留国和提出反对国之间的效果的假定，<sup>384</sup> 因此，如条约不在两国间生效，就应有一个明确无误的声明。<sup>385</sup> 这就是应当

---

<sup>383</sup> 见西班牙的修正：“保留、对保留的接受和对保留的反对，应书面提出，并应由提出者以适当方式致送加入条约或有资格加入条约的其他国家”(A/CONF.39/C.1/L.149, 《联合国条约法会议正式纪录，第一届和第二届会议，维也纳，1968 年 3 月 26 日至 5 月 24 日和 1969 年 4 月 9 日至 5 月 22 日，会议文件》(A/CONF.39/11/Add.2)，第 150 页)。

<sup>384</sup> 具体参见苏联提出(A/CONF.39/L.3, 同上，第 285-286 页)并最后经会议通过的修正案(联合国条约法会议，正式纪录，第二届会议，维也纳，1969 年 4 月 9 日至 5 月 22 日，摘要纪录(A/CONF.39/11/Add.1)，第十届全会，1969 年 4 月 29 日，第 35 页第 79 段)。

<sup>385</sup> 见 R. Baratta, *Gli effetti delle riserve ai trattati* (Milan: A. Giuffrè, 1999), p. 352. 作者认为，“毫无疑问，要使关于有保留的反对的条款产生预期的效果，提交者应就此表明意向”。然而请参见下文第 6 段。

如何理解准则 2.6.8 基本依据的两项《维也纳公约》第 20 条第 4 款(b)项。

(2) 荷兰对针对《防止和惩治种族灭绝罪公约》第九条的保留提出的反对无疑满足了关于明确表示的要求。该项反对指出“荷兰政府认为所有提交或将提交这一保留的国家都不是公约的缔约国”。<sup>386</sup> 法国也对美国针对《易腐食品运输及其所用特别设备协定》的保留非常明确地表明了这一意向，宣布它“同美利坚合众国的关系将不受《协定》的约束”。<sup>387</sup> 同样的，联合王国表明了它对叙利亚对《维也纳条约法公约》的保留提交的反对，说“它不承认《公约》在联合王国和叙利亚之间生效”。<sup>388</sup>

(3) 另一方面，仅凭保留违反了条约的宗旨和目标就提交反对，不足以排除条约在提出反对国与提交保留国之间生效。这方面的有关做法不容质疑，因为各国经常以不符合宗旨和目标为由提交反对，同时又称这并不妨碍条约在它们与提交保留国家之间生效。<sup>389</sup>

(4) 两项《维也纳公约》或其筹备文件都没有适当表明，提交反对的国家或国际组织应在何时明确表示不让条约在它们和保留国之间生效的意向。但可以作出推论。根据两项《维也纳公约》第 20 条第 4 款(b)项的推定，反对并不妨碍条约在提交反对的国家或国际组织与做出保留的国家或组织的条约关系中生效，除非声明不予生效，

---

<sup>386</sup> 《截至 2006 年 12 月 31 日交存秘书长的多边条约》(ST/LEG/SER.E/25)，第一卷，第四章第 1 节，第 132 至 133 页。另见中国的反对(同上，第 131 页)。

<sup>387</sup> 同上，第一卷，第十一章第 B.22 节，第 899 页。另见意大利的反对(同上)。

<sup>388</sup> 同上，第二卷，第二十三章第 1 节，第 416 页。另见英国对越南的保留而提出的反对(同上，第 417 页)。

<sup>389</sup> 有许多事例，见欧洲委员会若干成员国以叙利亚对《制止向恐怖主义提供资助的公约》提交的保留不符合公约的宗旨和目标为由而提出的反对(德国、奥地利、比利时、加拿大、丹麦、爱沙尼亚、芬兰、法国、立陶宛、挪威、荷兰、葡萄牙、瑞典)；(《……多边条约》，第二卷，第 175 至 192 页(第十八章第 11 节)。所有情况下均表明，“反对并不妨碍公约在[提出反对国]与阿拉伯叙利亚共和国之间生效”。见比利时针对埃及和柬埔寨对《维也纳外交关系公约》的保留提出的反对(同上，第一卷，第 94 页，第三章第 3 节)或德国针对关于同一公约的若干保留而提出的反对(同上，第 95 和 96 页)。引人注意的是，虽然德国认为所涉所有保留均“不符合《公约》的文字和精神”，但德国政府宣布，某些反对不妨碍《公约》在德国与保留国之间生效，但对其他情况则没有表态。在关于对《公民权利及政治权利国际公约》的保留提出反方面，能找到很多例子，特别是比利时、丹麦、西班牙、芬兰、法国、意大利、挪威、荷兰和瑞典就美国对《公约》第六条的保留提出的反对(同上，第四章第 4 节，第 191 至 200 页)。上述各国均认为这一保留不符合《公约》目标和宗旨，但不反对《公约》在其同美国的关系中生效。只有德国没有说明其对保留的反对是否将影响《公约》生效(同上)。但这一现象并不局限于人权条约：例如见德国、奥地利、法国和意大利就越南对 1988 年《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》的保留提出的反对(同上，第五章第 19 节，第 482 至 483 段)或欧洲委员会成员国就与 1997 年《制止恐怖主义爆炸的国际公约》有关的保留而提出的反对(同上，第二卷，第十八章第 9 节，第 138 至 146 页)或与 1999 年《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》有关的保留而提出的反对(同上，第十八章第 7 节，第 124 页)。

因此，反对的同时如没有做出这一声明，则条约生效，但须适用两项《维也纳公约》关于保留对双方关系的影响的第 21 条第 3 款。如果提交反对的国家或国际组织其后发表了不同意向的声明，则将损害其法律上的可靠性。

(5) 然而，只有条约实际上在有关的两国或国际组织之间生效时才会如此。也可能发生的是，尽管反对者在提交反对时没有排除这一可能，但条约因其他原因未立即生效。<sup>390</sup> 在这种情况下，委员会认为没有理由禁止提出反对者后来表示不让条约生效的意图。如果提交原始反对与提交保留国/国际组织或提出反对者表示同意受条约拘束之间过了很长时间，这种解决办法尤其必要。因此，尽管不得在条约于提交保留者和提交反对者之间生效后以一个声明而“最大程度地扩大”反对的范围，但委员会明确指出，必须在“条约(于两者之间)原本生效之前”表示不让条约生效的意图，而没有将提交反对时表示反对条约在任何情况下生效作为先决条件。

(6) 然而，提交反对者表示或不表示不让条约生效的意图，绝不影响条约是否实际上在提交保留的国家或国际组织与提交反对的国家或国际组织之间生效的问题。这一问题涉及到保留及其所引发反应的混合法律效果，并且在某种程度上不同于有关国家或国际组织的意图问题。

## 2.6.9 提出反对的程序

准则 2.1.3、2.1.4、2.1.5、2.1.6 和 2.1.7 可比照适用于反对。

### 评 注

(1) 提出反对的程序规则与提出保留的程序规则并无很大的差异。或许正因如此，国际法委员会在 1969 年《维也纳公约》的准备工作文件期间未注意这些问题。

(2) 未予注意可显而易见地解释为各位特别报告员，即布赖尔利、劳特派特和菲茨莫里斯均主张采用传统的全体一致制度。<sup>391</sup> 他们虽认为传统的全体一致制度的核心是接受，尤其鉴于接受是有时间性的，法律框架应围绕着这个核心建立，然而，他们认为反对不过是拒绝接受，阻碍形成全体一致，因此不必去特别考虑对加入有关文书提出保留的国家。

---

<sup>390</sup> 批准书或加入书的数量不足、条约条款本身规定了额外时间等。

<sup>391</sup> 尽管劳特派特的拟议法议案是会考虑到反对的，但特别报告员认为没有必要规定提出反对要遵守的程序。见第 9 条的各项草案，劳特派特关于条约法的[第一次]报告(A/CN.4/63)，《1953 年……年鉴》，第二卷，第 91-92 页。



(3) 汉·沃尔多克第一次报告提出了“灵活”制度，在这个制度中，要说反对的作用不是更重要，则至少越发模糊不清了。报告载有一项条款草案整篇论及提出反对的程序问题。<sup>392</sup> 尽管该条款实质上极为详实，但报告只对之发表了简要的评注，阐明“本条的大部分规定体现了[有关提出保留和撤回保留权限的条款(第 17 条)和对保留的同意及其效用的条款(第 18 条)]，因此无需再详加解释。”<sup>393</sup>

(4) 在对特别报告员最初提出的关于接受和反对的条款草案<sup>394</sup> 进行重大修改后，只有起草委员会 1962 年提出的第 18 条第 5 款草案论及反对的形式和反对的通知。<sup>395</sup> 委员会认为“似乎不需要对该条款发表意见”。<sup>396</sup> 在 1965 年对草案进行二读时，仍显示出了这种漠然的态度。即使通篇阐述程序问题的新第 20 条叙及了反对，然而，特别报告员则认为不宜对这些条款发表进一步评论。<sup>397</sup>

(5) 委员会在整个讨论过程中都强调，应制订出提出、通知和发送保留与反对保留的并行程序规则，最后在 1969 年《维也纳公约》第 23 条第 1 款中得到了体现，确立了明确表示接受保留和反对保留的程序。1965 年，Castrén 先生正确地指出：

---

<sup>392</sup> 第 19 条草案载有下列条款：

“……”。

- 2.(a) 对保留的反对由做出反对国家的有关当局或由享有该国适当授权的代表书面做出。
- (b) 将有关反对致送提出保留的国家和所有加入条约的国家，或在必要时按条约规定的用于致送这些文画的程序，致送有权加入条约的国家。
- (c) 如果条约没有规定任何程序，但指定了与条约有关的文书的保存人，则将反对致送保存人，保存人应：
  - (一) 将有关案文致送提出保留的国家和条约的其他所有缔约国或有权成为缔约国的国家；
  - (二) 提请提出保留的国家和其他对条约有关对保留提出反对的条款感兴趣的国家予以注意。
- 3.(a) 如果条约是多边的，则对保留的反对在保留正式致送做出反对国家之日的 12 个月后方可生效；但是，就多边条约而言，在致送保留时尚未加入条约的国家提出的反对，如果在该国完成加入条约的行动后提交，则有效。
- (b) 如为多边条约，尚未真正或完全加入条约国家提出的反对：
  - (一) 在提出反对的国家在提出反对之日 12 个月后仍未完成加入条约的明确行动时，不再有效；
  - (二) 在条约已经生效，且条约案文获通过已有四年时，丧失效力……”

关于条约法的第一次报告(A/CN.4/144)，《1962 年……年鉴》，第二卷，第 62 页。

<sup>393</sup> 同上，第 68 页，评注第 22 段。

<sup>394</sup> 关于委员会为何把汉·沃尔多克最初提出的条款草案合并起来，在委员会文件中可找到的惟一解释是他在委员会第 663 次会议上对起草委员会报告的介绍。特别报告员当时说“新第 18 条中既有对保留的接受，也有对保留的反对；在不疏漏基本要点的情况下，大幅度精简了第 18 和 19 条”。《1962 年……年鉴》，第一卷，第 663 次会议，第 36 段)。

<sup>395</sup> 《1962 年……年鉴》，第一卷，第 668 次会议，第 30 段。另见一读通过的第 19 条第 5 款草案《1962 年……年鉴》，第二卷，第 176 页。

<sup>396</sup> 《1962 年……年鉴》，第二卷，第 180 页，评注第(18)段。

<sup>397</sup> 关于条约法的第四次报告，A/CN.4/177，《1965 年……年鉴》，第二卷，第 53 和 54 页，第 19 段。

[原第 23 条第 1 款经大刀阔斧精简后改编成的第 20 条]第 5 款确定的反对保留程序规则与按第 1 款规定提出和通知保留的程序规则在用字潜辞上毫无差异。因此，最好是把这两个款项合并，或仅由第 5 款表明第 1 款也适用于对保留的反对。<sup>398</sup>

(6) “实践指南”框架内采取的明智做法是，仅指出提出保留与提出反对程序的并行做法，尤其必须指出，由于提出反对程序和提出保留程序之间的这些相似之处，因此须具备明显的正式性，其理由是，反对可能会对保留和保留的适用，以及对条约本身的生效和实施，产生非常重大的影响。<sup>399</sup>

(7) 对于规约国际上提出保留的主管权力当局，以及涉及提出保留时违反有关通知和致送保留内部规则的影响(或无影响)，以及涉及保存人这方面职能的规则更是如此。这些规则似乎在经必要修改之后，即可转而适用于提出反对。委员会认为，无需重新起草准则第 2.1.3(在国际上提出保留)、<sup>400</sup> 2.1.4(违反与提出保留相关的内部规则在国际上不产生影响)、<sup>401</sup> 2.1.5(保留的告知)、<sup>402</sup> 2.1.6(通知保留的程序)<sup>403</sup> 和 2.1.7(保存人的职能)，<sup>404</sup> 只要把准则文本中的“保留”改为“反对”，对上述准则案文谨慎地采取泛泛表述的方式<sup>405</sup>，即可在做出必要修订后适用于反对。

## 2.6.10 说明理由

反对应当尽可能说明作出反对的理由。

### 评 注

(1) 两项维也纳公约均未载有规定，要国家就其反对保留阐明理由。此外，尽管初步确立了反对与信守条约的宗旨和目标之间的联系，但汉·沃尔多克绝未在任何时候考虑过要求就提出反对阐明理由。这令人遗憾。

---

<sup>398</sup> 《1965 年……年鉴》，第一卷，第 799 次会议，第 53 段。

<sup>399</sup> 见两项《维也纳公约》第 20 条第 4 款(b)项，和第 23 条第 3 款。

<sup>400</sup> 见《大会正式记录，第五十七届会议。补编第 10 号》(A/57/10)，第 68-75 页。

<sup>401</sup> 同上第 75-79 页。

<sup>402</sup> 同上第 79-83 页。

<sup>403</sup> 准则 2.1.6 的案文见本报告。

<sup>404</sup> 《大会正式记录，第五十七届会议。补编第 10 号》(A/57/10)，第 105-112 页。

<sup>405</sup> 委员会已经着手以同样方式处理准则 1.5.2 (参照准则 1.2 和 1.2.1)、2.4.3 (参照准则 1.2.1、2.4.6 和 2.4.7)，而准则 2.5.6 则更加显而易见 (参照准则 2.1.5、2.1.6 和 2.1.7)。

(2) 根据维也纳公约制度，对保留提出反对的自由度极为宽泛。一个国家或国际组织可不考虑保留是否有效，以任何理由对保留提出反对：“不能让任何国家受它认为不适当契约义务的约束”。<sup>406</sup> 此外，在大会第六委员会的讨论期间，若干国家表示，各国经常纯粹出于政治理由提出反对。<sup>407</sup> 鉴于这样的情况，表述理由会使提出反对的国家或国际组织陷于无谓的窘境，既不会给提出反对的国家或国际组织，也不会给其他相关国家或国际组织带来任何好处。

(3) 然而，若国家或国际组织对保留提出反对，是因为当事方(不论出于何种理由)认为保留无效，问题就不同了。暂且不谈对不符合条约宗旨和目标的保留，各国是否负有提出反对的法律义务，<sup>408</sup> 即便依照一项“灵活”的制度，反对显然发挥着确定保留是否有实效的至关重要作用。在尚无机制来管制保留的情况下，各国和国际组织就得站出来，以反对的方式，表达各自对保留的有效性的看法，而这种看法难免带有主观性。<sup>409</sup> 然而，只有在认为相关保留无效的情况下提出反对，才能起到这一作用。即使仅为了这个原因，尽可能阐明提出反对的理由显然是合理的。在评估保留是否符合两项维也纳公约第 19 条的规定时，则看不懂为何要考虑那些纯粹出于政治原因提出的反对。

(4) 此外，表明反对的理由，不仅能让做出保留的国家或国际组织了解提出反对的国家和有关组织对其保留有效性的看法，而且，如保留本身应说明理由一样，<sup>410</sup>

---

<sup>406</sup> Christian Tomuschat, “Admissibility and legal effects of reservations to multilateral treaties”, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 27 (1967), p. 466.

<sup>407</sup> 例如参见：在大会第五十八届会议期间，美国代表在第六委员会上发言说，“实践表明，国家和国际组织出于各种不同的原因对保留提出反对，通常是政治原因多于法律原因”(A/C.6/58/SR.20, 第 9 段)。在第六十届会议期间，荷兰代表在第六委员会上同样指出，“在目前的体制下，反对所涉政治层面，即反对国对保留的可取性表达的意见，发挥着重要作用，而反对的法律效力却变得越来越无关紧要”(A/C.6/60/SR.14, 第 31 段；反对所涉政治层面，另见葡萄牙的发言，A/C.6/60/SR.16, 第 44 段)。另参见美洲人权法院，A.A.Cançado Trindade 法官的个人意见，Caesar 诉特立尼达和多巴哥，2005 年 3 月 11 日，C 系列第 123 号，第 24 段。

<sup>408</sup> 荷兰认为“缔约国，作为一项特定条约的监护者，即使没有法律上的义务，也有道德上的义务来反对违背该条约目标和宗旨的保留”(A/C.6/60/SR.14, 第 29 段)。由此来看，“当一个缔约方被要求诚信地履行其承诺时，即制止了该国接受不符合条约目的和宗旨的保留”(弗朗索瓦斯·汉普森，关于人权条约的保留的最后工作文件，(E/CN.4/Sub.2/2004/42)，第 24 段)；然而，汉普森女士认为“似乎不存在须对不符合条约目的和宗旨的保留表示反对的一般性义务”(同上，第 30 段)。

<sup>409</sup> 某些条约制度走得更远，根据反对的数目来决定保留是否可以接受。例如见 1966 年《消除一切形式种族歧视国际公约》第 20 条第 2 款，该款规定：“凡与本公约的目标及宗旨抵触的保留不得容许，其效果足以阻碍本公约所设任何机关之业务者，也不得准许。凡经至少三分之二本公约缔约国反对者，应视为抵触性或阻碍性之保留”（斜体是后加的）。

<sup>410</sup> 见上文准则 2.1.9 和评注第(4)至(6)段。



也能提供重要的证据，让受命的监督机构决定保留是否符合条约。因此，在 Loizidou 一案中，欧洲人权法院参照《欧洲人权公约》其他缔约国发表的声明和反对，确认了法院就土耳其对接受法院管辖权声明的保留得出的结论。<sup>411</sup> 汉普森女士在 2004 年提交增进和保护人权小组委员会的工作文件中同样认为，“条约机构为了履行职责，除了其他材料之外，还必须审查涉及条约缔约方对保留和反对的做法”。<sup>412</sup> 人权委员会的第 24 号一般性意见虽对各国提出反对的做法以及就保留有效性的评判人们可能得出的结论深表置疑，然而却阐明“各国就保留提出的反对，可为委员会诠释保留是否符合条约宗旨和目标提供某些指导”。<sup>413</sup>

(5) 各国的做法还表明，各国不仅往往在反对中阐明他们认为相关保留违背了条约的宗旨和目标，而且还多多少少较详实地阐述，他们如何及为何得出这样的结论。在大会第六十届会议上，出席第六委员会的意大利代表认为，委员会应鼓励各国利用《维也纳公约》第 19 条确立的方式来说明各自提出的反对(见 A/C.6/60/SR.16, 第 20 段)。<sup>414</sup>

(6) 由鉴于上述考虑，尽管维也纳制度未规定提出反对必须说明理由，然而，委员会认为，在《实践指南》中列入准则 2.6.10，鼓励各国和国际组织推广和发展说明理由的做法系为有助之举。然而，必须明确，这仅为一项建议，系为指导各国实践的一条准则，并非由此编纂成一项公认的国际法规则。

(7) 准则 2.6.10 的措辞参照了关于说明保留理由的准则 2.1.9, 仅此而已；该条并未具体阐明须在哪一点上说明保留的理由。鉴于同样的条款产生同样的效应，<sup>415</sup> 因而，如此看来可取的是，各提出反对的国家或国际组织应在致送反对的通知书中尽可能阐明其反对保留的理由。

## 2.6.11 在保留获得正式确认之前作出的反对无须确认

在保留按照准则 2.2.1 予以正式确认之前，一国或一国际组织对其作出的反对，其本身无须确认。

---

<sup>411</sup> Loizidou 诉土耳其，初步反对意见，1995 年 3 月 25 日的判决，《欧洲人权法院判决和决定汇编》，A 辑，第 310 卷，第 28 和 29 页，第 81 段。另见瑞典代表以北欧国家名义在第六委员会的发言(A/C.6/60/SR.14, 第 22 段)。

<sup>412</sup> 对人权条约保留问题的最后工作文件(E/CN.4/Sub.2/2004/42, 第 28 段)；更宽泛的论述，参见本研究报告第 21-35 段。

<sup>413</sup> CCPR/C/21/Rev.1/Add.6, 第 17 段。

<sup>414</sup> A/C.6/60/SR.16, 第 20 段。

<sup>415</sup> 见 2.1.9 准则的评注第(8)段。

## 评 注

(1) 虽然《维也纳公约》第 23 条第 2 款规定，保留国或国际组织在表示同意接受条约约束时须正式确认保留，<sup>416</sup> 但反对无须确认。《维也纳公约》第 23 条第 3 款规定：

“明示接受保留或反对保留系在确认保留前提出者，其本身无须经过确认。”

准则 2.6.11 只是重复了本条款定的一些规定，加上必要的文字修改，将其范围完全限于反对。

(2) 1969 年《维也纳公约》第 23 条第 3 款所载的规定，是在编纂工作准备文件相当晚的阶段才列入《公约》。最初关于提出反对适用程序的条款草案并未提及对尚未获得正式确认的保留提出反对的问题。一直至 1966 年二读通过第 18 条第 3 款草案时，才于当年未作任何解释或叙述地阐明反对无须确认；<sup>417</sup> 然而，当初系按拟议法提出的。<sup>418</sup>

(3) 这是一项符合常理的规则：提出保留关系到所有业以成为或可成为缔约方的国家和国际组织；而接受和反对首先涉及保留方与每个表示接受或反对的国家或组织之间的双边关系。保留系向所有缔约方提出一个“要约”，各缔约方可接受也可回绝；危及条约的完整性，使之面临贬降为一系列双边关系风险的，是提出保留的国家或组织；相反，在保留获得确认之前还是之后，表示接受，还是提出反对并不重要：重要的是保留国家或组织要悉知其伙伴的意向；<sup>419</sup> 各伙伴若都遵守第 23 条第 1 款确立的通报规则，那么保留国或组织即可获知意向。

(4) 国家确认反对的相关做法甚少，且无定规可循：一俟保留国本身确认其保留之后，一些国家有时会确认其先前提出的反对，但有时却不加以确认。<sup>420</sup> 虽然不确

---

<sup>416</sup> 另见准则 2.2.1(正式确认在签署条约时提出的保留)和对这项准则的评注，见《大会正式记录，第五十六届会议，《补编第 10 号》(A/56/10)，第 157 段。

<sup>417</sup> 《1966 年……年鉴》，第二卷，第 208 页。

<sup>418</sup> “委员会认为不必在保留获得确认之后，再确认此前对这项保留提出的反对”(同上，评注第(5)段)。

<sup>419</sup> 国际法院在 1951 年 5 月 28 日题为“对《防止及惩治灭绝种族罪公约》的保留”的咨询意见中介绍了签约国以“警告”形式对保留方提出的反对(《1951 年国际法院案例汇编》，第 29 页)。

<sup>420</sup> 例如，白俄罗斯、捷克斯洛伐克、乌克兰和苏联在批准 1948 年《防止及惩治灭绝种族罪公约》之际，确认上述各国在签署该公约时提出的保留时，澳大利亚和厄瓜多尔未确认它们当初对这些保留提出的反对(《交由秘书长保存的多边条约：截止 2006 年 12 月 31 日的状况》(ST/LEG/SER.E/25)，第一卷，第 131-132 页(第 4 章第 1 节))。同样，当土耳其在 1989 年《儿童权利公约》批准文书中确认它在签署该公约时提出的保留时，爱尔兰和葡萄牙也没有确认两国当时对该保留作出的反对(同上，第 341-342 页(第四章第 11 节))。

认似乎为更常见的做法，然而，即使就确认了反对，亦不会削弱第 23 条第 3 款所立规则的积极意义：这种系属防范性的措施，绝不是出于法律义务感(法律确信)的举措。然而，委员会的一些委员认为，在提出保留与对保留的正式确认之间相隔相当长一段时间之后，有必要做这样的确认。

(5) 对于少数拒绝把非缔约方的国家或组织发表的声明视为真正反对<sup>421</sup>的委员们认为，这样的声明一律都应做出确认。委员会没有接受这样的立场。委员会认为，没有必要做出这类区别。<sup>422</sup>

## 2.6.12 在表示同意接受条约约束之前作出的反对须确认

在表示同意接受条约约束之前作出的反对，无须由提出反对的国家或国际组织在其表示同意接受约束之时正式确认，但条件是，该国或该组织在提出反对时已经签署了该条约；如果该国或该国际组织当时尚未签署该条约，则必须确认反对。

### 评 注

(1) 然而，《维也纳公约》第 23 条第 3 款并未解答如下问题：若国家或国际组织在提出反对之际尚未表示同意接受条约约束，此反对是否须经过最终确认才能产生预期的效果。汉·沃尔多克虽未忽视签署国或仅有权成为条约缔约方的国家提出反对的情况，<sup>423</sup>但却从未提出过有关此种保留的最终确认问题。<sup>424</sup>在维也纳会议期间，波兰就此推出的提案<sup>425</sup>未得到审议。因此，《公约》在这方面出现了委员会应设法填补的空白。

---

<sup>421</sup> 见上文 2.6.5 准则的评注第(3)段。

<sup>422</sup> 见上文 2.6.5 准则的评注第(4)和(5)段。

<sup>423</sup> 具体见汉·沃尔多克在其关于条约法的第一次报告中提议的第 19 条草案第 3 款(b)项(《1962 年……年鉴，第二卷，第 62 页》)，或在其关于条约法的第四次报告中提议的第 20 条草案第 6 款(《1966 年……年鉴，第二卷，第 55 页》)。

<sup>424</sup> 或许 Tounkine 先生就此发表评论为例外，《1965 年……年鉴》，第一卷，第 799 次会议，第 38 段：“显然，现代实践主张，只有在最终同意接受约束时提出或确认的保留才是有效保留，这正是 1962 年草案所推定的内容。对保留的反对也是如此。特别报告员提议的第 20 条新案文第 6 款已部分阐述了此问题”。

<sup>425</sup> 油印文件 A/CONF.39/6/Add.1,第 18 页。波兰政府提议将第 18 条第 2 款(后改编为第 23 条)拟订如下：“在以批准、接受或核准为条件通过案文或签署条约时提出的保留及可能对该保留作出的任何反对，均须由保留国和反对国在表示同意接受条约约束时正式确认。在此情况下，该项保留和反对应被视为在之获得确认即日作出”。

(2) 在这方面几乎尚无国家实践。一个少有的实例，是美国对 1969 年《维也纳公约》本身的多项保留提出的反对。<sup>426</sup> 美国虽尚未表示同意接受《公约》的约束，但对阿拉伯叙利亚共和国的保留提出反对，明确表示：

“意在其可能成为《维也纳条约法公约》缔约方之时，重申对上述保留的反对，并拒绝根据《公约》第五编下的所有项规定与阿拉伯叙利亚共和国形成的所有条约关系，因阿拉伯叙利亚共和国对该部分拒绝接受《公约》附件设置的强制和解程序。”<sup>427</sup>

奇怪的是，美国对突尼斯的保留提出的第二项反对却未有这样的明确表述。

(3) 国际法院 1951 年的咨询意见似乎也认为，非缔约国作出的反对无须正式确认。国际法院认为：

“在批准之前，签约赋予了签署方临时性的地位，使之有权采取一项保全措施，提出本身亦属临时性质的反对。若签署之后未予批准，这类反对即失效，反之亦随批准而有效成立。

[……]作出保留的国家将被告知，一旦造成时间上延迟的宪法或其他批准程序完成之后，它就将面对一项具备全面法律实效的有效反对。”<sup>428</sup>

鉴此，国际法院似乎已承认，反对只要批准就自动生效，无须经过确认。<sup>429</sup> 然而，国际法院未就这个问题正式表态，辩论一直敞开着。

(4) 然而，从《维也纳公约》案文未提及任何规定要求国家或国际组织确认在批准或核准之前提出的反对，可以推断委员会成员和出席维也纳会议的代表都不认为有此种确认的必要。<sup>430</sup> 另外，波兰为了将反对在这方面同保留看齐而提出的修正案<sup>431</sup>未获通过，进一步确证了这个论点。若人们铭记，当委员会通过如今《维也纳公约》第 23 条第 2 款牢固确立的义务，即签署条约时提出的保留必须经正式确认之际，从

---

<sup>426</sup> 涉及阿拉伯叙利亚共和国(要点 E)和突尼斯提出的保留(《……多边条约》，第二卷，第 411 页(第二十三章第 1 节))。

<sup>427</sup> 同上，第 417 页(斜体是后加的)。

<sup>428</sup> 《1959 年国际法院案例汇编》，第 28-29 页(斜体是后加的)。

<sup>429</sup> 关于这一点，见 F. Horn, *Reservations and Interpretative Declarations to Multilateral Treaties* (The Hague: T.M.C. Asser Institut, 1988), p. 137.

<sup>430</sup> 同上。

<sup>431</sup> 见前注 425。

严格的含义而论，与其说委员会是着眼于编纂，亦不如着眼于逐渐发展时，<sup>432</sup> 上述这些考虑亦更具说服力。因此，在确立提出保留与提出反对的程序规则之间两者迥异的处置，并非简单地因某种疏忽所致，应视之为合乎情理的深思熟虑之举。

(5) 另有一些国家或国际组织在表示同意接受条约约束之前提出的反对无须正式确认的理由。国家或国际组织在其成为条约缔约方之前提出的保留不会产生任何法律效果，在国家切实表示同意接受条约约束之前，保留仍只是一纸空文。在这种情况下即要求对保留作出正式确认，尤其是因为考虑到，保留一旦被接受，即会对同意作出调整。至于反对，情况则不同。反对虽也得在提出反对的国家或国际组织成为“缔约方”之后才产生《维也纳公约》第 20 条第 4 款和第 21 条第 3 款所述的实效，但在加入条约之前，反对并非毫无意义。反对其实是反对方对保留是否有效性或可接受发表的看法，因此，主管机关可能会对其加以考虑，从而评估保留的有效性。<sup>433</sup> 此外，对于此点，国际法院 1951 年提出的咨询意见依然有效，反对是反对国就其对保留的态度，向保留国发出的通告。国际法院指出：

“签署国通过对保留提出反对，由此来充分保障法律利益。提出保留国将被告知，一旦造成时间上延迟的宪法或其他批准程序完成之后，它就将面对一项具备全面法律实效的有效反对。因此，在反对提出之后，保留国将考虑是维持还是撤回保留。”<sup>434</sup>

因此，在表示同意接受条约约束之前提出的这种反对，将促使保留国参照某个缔约国提出反对的思路，重新思考、修改或撤回其保留。然而，若要求反对国在表示同意接受条约约束时确认其反对，这种通告即变得可有可无。为此，委员会认为，要求再加正式确认，只会大为损害尚未成为条约缔约方的国家和国际组织极其注重提出反对的自由。

(6) 此外，在这种情况下不确认反对，并不会带来任何法律保障问题。与任何涉及条约的通知或通报一样，<sup>435</sup> 签署国或有权成为条约缔约方的国家所提出的反对，都必须以书面形式提出，并按缔约方提出反对的形式进行通报和通知。此外，与保留

---

<sup>432</sup> 见汉·沃尔多克的第一次报告(A/CN.4/144),《1962年……年鉴》，第二卷，第66页)第17条草案的评注第(11)段；D.W. Greig, “Reservations: Equity as a balancing factor?”, *Australian Yearbook of International Law*, vol. 16 (1995), p. 28; F. Horn, (footnote 429 above), p. 41. 另见准则 2.2.1(正式确认在签署条约时提出的保留)的评注《大会正式记录，第五十六届会议，补编第 10 号》(A/56/10)，第 157 段，第 467-468 页，评注第(8)段。

<sup>433</sup> 见上文准则 2.6.10 的评注第(4)段。

<sup>434</sup> 《1951 年国际法院案例汇编》，第 29 页。

<sup>435</sup> 见 1969 年《维也纳公约》第 78 条和 1986 年《维也纳公约》第 79 条。



不同的是，反对只改变接获通知的保留国与反对国之间涉及双边关系的条约关系，不在任何方面影响反对国对条约其他缔约国承担的权利和义务。

(7) 尽管上述各考虑看来似乎令人信服，但委员会仍感到有必要划分开两类不同情况：签约国或国际组织提出的反对，与在提出反对时尚未签署条约的国家或国际组织提出的反对。第一类国家和国际组织通过签署条约就所涉文书享有合法的地位，<sup>436</sup>而其他国家和国际组织却享有第三方的地位。即便这类第三方可提出对某项保留的反对，<sup>437</sup>委员会仍认为，那些国家或国际组织在签署条约或表示同意受条约约束时，仍宜对这类反对作正式确认。由于当提出反对时尚未签约的一国或一国际组织提出反对，直到反对生效的过程可经历相当重大的一段时期，如此看来，就更有必须先签约后提出反对了。

(8) 《维也纳公约》并未界定委员会在准则 2.6.12 中所采用的“已签署条约国”的概念。然而，根据《维也纳公约》第 18 条(a)项，应指那些“已签署条约，或已交换经批准、接受或赞同即可构成条约之文书，但尚未明白表示不欲成为条约缔约国之意图”的国家或国际组织。

### 2.6.13 提出反对的期限

除条约另有规定外，一国或一国际组织可在接到保留通知后的 12 个月内，或在该国或国际组织表示同意接受条约约束之前，提出对保留的反对，以两者中后面的日期为准。

## 评 注

(1) 关于国家或国际组织何时及截至何时可提出反对的问题，《维也纳公约》第 20 条第 5 款作了部分和间接的解答。1986 年版本的该条款规定：

“就适用第 2 款与第 4 款<sup>438</sup>而言，除条约另有规定外，倘一国或国际组织在接获关于保留之通知后 12 个月内或至其表示同意接受条约约束之日

---

<sup>436</sup> 详见《维也纳公约》第 18 条(a)项。

<sup>437</sup> 见上文准则 2.6.5。

<sup>438</sup> 第 2 款涉及对有限参与的条约作出的保留；第 4 款确定了除条约明确准许的保留外，所有其他情况下接受保留和反对的效力，包括有限参与的条约和国际组织的章程。

止，两者中以较后之日期为准，迄未对保留提出反对，此项保留即视为业经该国或国际组织接受。”

(2) 准则 2.6.13 单独列出了条款中那些与可提出反对的时限相关的内容。<sup>439</sup> 再次划出了两种可能情况之间的区别。

(3) 第一种情况系为那些在接到保留通知时身为缔约国或缔约国际组织的国家和国际组织。他们可在 12 个月的期限内提出对保留的反对。根据准则第 2.1.6,即有关国家和国际组织收到保留通知之日起的 12 个月内。

(4) 第 20 条第 5 款所述的 12 个月期限系由汉·沃尔多克提出，但不是一项任意的提议。然而，他通过提出这样一个期限，拟摆脱了当时各国迥然相异的做法。特别报告员指出，条约实践中有 90 天和六个月的期限，<sup>440</sup> 但他主张采取美洲法学家委员会的提议。<sup>441</sup> 为此，他指出：

“我们认为，完全有理由提议通过这个较长的期限。首先，为一项知道内容的具体条约商定一个短期限是一回事，将这一期限变成在沉默情况下对任何条约都适用的一般性准则，又是差别相当大的另一回事。因此，若拟议的期限更长一些，各国或许亦更易接受一项提出保留限定期宽泛的规定”。<sup>442</sup>

(5) 然而，《维也纳公约》第 20 条第 5 款规定，为扭转接受的假设，必须在 12 个月内提出反对的期限，在举行维也纳会议时似乎尚不是一项牢固确立的习惯规则；但是，这“仍不失为最可接受的”的限期。<sup>443</sup> 为此，霍恩指出：

“太长的期限是不可接受的，因为这将在提出保留的国家与对立缔约方之间的法律关系中形成漫长的不确定期。期限也不应太短。那又会造成面对保留的缔约国没有充分的时间，就保留可能对之产生的影响进行必要的分析。”<sup>444</sup>

---

<sup>439</sup> 委员会指出，严格地从逻辑观点出发，以可“提出”反对的时间期限进行表述较合适。然而，委员会选择依旧恪守《维也纳公约》第 20 条第 5 款的文字。

<sup>440</sup> 第一次报告，A/CN.4/144,《1962 年……年鉴》，第二卷，第 66-67 页，第 14 段。

<sup>441</sup> 同上，第 67 页，第 16 段。

<sup>442</sup> 同上。

<sup>443</sup> P.-H. Imbert, *Les réserves aux traités multilatéraux* (Paris: Pedone, 1979), p. 107. D.W.Greig 认为，《维也纳公约》第 20 条第 5 款确立的 12 个月限期至少是“一项理性限期的指导” (footnote 432 above) p.128.

<sup>444</sup> F. Horn, (footnote 429 above) p.126.

(6) 事实上,在《维也纳公约》通过时,这个期限明显产生于国际法的逐渐发展,但却从未作为在无相关案文情况下,充分确立为适用的习惯准则。<sup>445</sup> 长期以来,秘书长作为多边条约保存人的实践,一直难以与《维也纳公约》第 20 条第 5 款的规定相协调。<sup>446</sup> 在条约对保留问题保持沉默的情况下,秘书长按惯例认为,如果在 90 天期限内没有接到任何正式通知提出对于保留的反对,保留国即成为缔约国。<sup>447</sup> 但是,在判定这种做法会延缓条约生效及条约登记时间之后,<sup>448</sup> 秘书长放弃了这种做法,并从此认为任何已提出保留的国家自批准书或加入书生效之日起即成为缔约国。<sup>449</sup> 作为采取这一立场的理由,秘书长强调指出,认为第 20 条第 4 款(b)项提出的条件能得到满足是不现实的,因为得所有缔约方都出来反对保留,才可阻止条约对保留国生效。因此,与其称秘书长系对第 5 款所述的推定发表的评论,亦不如说更多地针砭第 4 款的三个分项不现实的性质。2000 年,联合国法律顾问还阐明,他赞同第 5 款规定的 12 个月期限,此后并将适用于对过时提出的保留的接受,当然也必然是一致的接受。<sup>450</sup> 此外,国家实践也表明,各国即使在第 20 条第 5 款规定的 12 个月期限届满后仍会提出保留。不论这项规则对一般国际法的“实在性”有多大的不确定性质,仍得到《维也纳公约》的采纳,而且为《实践指南》对这项规则进行修改无疑弊大利小:根据委员会就保留展开研讨期间采取的做法,偏离《公约》条款的措辞须有一个确凿的理由;目前肯定尚无这样的理由。

---

<sup>445</sup> 见 Daniel Müller, Commentary on article 20 (1969) in Olivier Corten and Pierre Klein (eds.), *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités: Commentaire article par article* (Brussels: Bruylant, 2006), p. 808, para. 16. 另见 Giorgio Gaja, “Unruly Treaty Reservations”, in *Le Droit international à l’heure de sa codification: Études en l’honneur de Roberto Ago* (Milan: A. Giuffrè, 1987), p. 324; D.W. Greig, (footnote 432 above), pp. 127 ff.; Anthony Aust, *Modern Treaty Law and Practice* (Cambridge: Cambridge University Press, 2000), p. 127.

<sup>446</sup> P.-H. Imbert, “À l’occasion de l’entrée en vigueur de la Convention de Vienne sur le droit des traités. Réflexions sur la pratique suivie par le Secrétaire général des Nations Unies dans l’exercice de ses fonctions de dépositaire”, *Annuaire Français de Droit International*, vol. XXVI (1980), pp. 524-541; G. Gaja, (footnote 445 above) pp. 323-324; R. Riquelme Cortado, *Las reservas a los tratados: Lagunas y ambigüedades del régimen de Viena* (Universidad de Murcia, 2004), pp. 245-250; D. Müller, (footnote 445 above) pp. 821-822, para. 48.

<sup>447</sup> 《秘书长作为多边条约保存人的实践概述》(ST/LEG/8), 第 55 页, 第 185 段。

<sup>448</sup> 然而, 90 天期限的做法仍然适用于接受逾期保留的情况, 因为在这种情况下, 通常需要缔约国全体一致接受(同上, 第 61-62 页, 第 205 和 206 段)。

<sup>449</sup> 同上, 第 55 和 56 页, 第 184-187 段。

<sup>450</sup> 联合国法律顾问 2000 年 4 月 4 日致会员国常驻代表的备忘录。见准则 2.3.2 的评注第(8)和(9)段, 《2001 年……年鉴》第二卷, 第二部分, 第 190 页。然而, 欧洲委员会在接受过时保留方面的做法, 是只给缔约国九个月时间提出反对(Jörg Polakiewicz, *Treaty-Making in the Council of Europe* (Council of Europe Publications, 1999), p. 102)。



(7) 出于同样的原因，由于“除条约另有规定外”的表述是不言而喻的，鉴于《维也纳公约》有关条款都是具有剩余性和自愿性，只在条约未做另外规定的条件下适用，因此委员会认为，在准则 2.6.13 里保留这样的措辞仍然有用。对 1969 年《维也纳公约》第 20 条第 5 款工作准备文件的审查事实上即解答了为何列入这个表述，因此阐明了保留这个表述的理由。这句短语(“除条约另有规定外”)确实是应美利坚合众国提出的修订案<sup>451</sup>列入的。出席会议的美国代表解释，之所以提出这项修订是因为：

“委员会的案文似乎不准参与谈判各国在条约中规定短于或长于 12 个月的期限”。<sup>452</sup>

因此，美国的修正案针对的不是这个默认同意的原则，而是委员会确定的 12 个月期限。<sup>453</sup>

(8) 准则 2.6.13 涵盖的第二种情况，涉及那些自收到通知之日起 12 个月限期过后仍未获得“缔约方地位”的国家和国际组织。在这种情况下，这些国家和国际组织提出反对的时间，可推至表示同意接受条约约束之日，当然，这不妨碍他们在该日期之前提出反对。

(9) 布赖尔利提议的准则业已考虑到在缔约国与尚未获得缔约国地位的国家之间作出区别，但赫·劳特派特和杰·菲茨莫里斯均未予以采纳，国际法委员会在 1962 年一读通过的条款<sup>454</sup>中也未予保留，尽管汉·沃尔多克已在 1962 年提出的报告第 18 条草案中收入了这种区分。<sup>455</sup>在澳大利亚政府提出批评之后，这项准则才最终在二读审议时重新列入。<sup>456</sup>

(10) 然而，这种作出区分的办法，丝毫不会造成在接到保留通知时还不是缔约方的国家和国际组织，对于缔约方处于不平等的地位。相反，人们不可忽视，根据第 23 条第 1 款，所提出的任何保留，不仅必须通知缔约方，而且还得通知有权成为条

---

<sup>451</sup> A/CONF.39/C.1/L.127, 《联合国条约法会议正式记录，第一和第二届会议，维也纳，1968 年 3 月 26 日至 5 月 24 日和 1969 年 4 月 9 日至 5 月 22 日，会议文件》(A/CONF.39/11/Add.2)第 136 页。

<sup>452</sup> 《联合国条约法会议正式记录，第一届会议，维也纳，1968 年 3 月 26 日至 5 月 24 日，会议文件，简要记录》(A/CONF.39/11)，第 21 次会议，1968 年 4 月 10 日，第 13 段。

<sup>453</sup> 然而，José María Ruda 坚持认为，美国的修正案强调了“第 20 条第 5 款的剩余性质”(“Reservations to Treaties”, *Recueil des cours* ..., vol. 146 (1975-III), p. 185).

<sup>454</sup> 委员会在向大会提交的报告中提出的第 19 条第 3 款草案确实只提到严格按文字含义的默认接受。见《1962 年……年鉴》，第二卷，第 176 页。

<sup>455</sup> A/CN.4/144, 《1962 年……年鉴》，第二卷，第 61-62 页。

<sup>456</sup> 第四次报告(A/CN.4/177)，《1965 年……年鉴》，第二卷，第 45 和第 53 页，第 17 段。

约缔约方的其他国家和国际组织。<sup>457</sup> 因此,“有权成为条约缔约方”的国家和国际组织掌握他们所需要了解的一切有关对特定条约保留的情况,并且至少拥有与缔约方同等长(12 个月)的考虑期。<sup>458</sup>

#### 2.6.14 有条件的反对

对某项可能或将来作出的保留所提出的反对不产生法律效力。

### 评 注

(1) 准则 2.6.13 仅部分回答了从何时起可对保留提出反对的问题。案文确实指出,根据准则 2.6.13,可提出反对的期限,始于有意提出反对的国家或国际组织接获关于保留的通知之日,这就是说从那一天起即可提出反对。但这并不必然意味着不能在之前提出反对。同样,委员会就准则 2.1.6 通过的关于反对的定义规定,一国家或一国际组织可“针对其他国家或国际组织就条约提出的保留”提出反对,<sup>459</sup> 这似乎表明,一国家或一国际组织只有在已经作出保留的情况下才能提出反对。乍一看,这似乎颇合逻辑,但委员会认为做此结论过于仓促。

(2) 实际上国家实践表明,各国还出于“预先防范”的目的提出反对。例如,智利对 1969 年《维也纳条约法公约》提出的保留如下:

“智利共和国反对就《公约》第 62 条第 2 款已经提出或今后可能提出的保留。”<sup>460</sup>

日本也出于同样的目的提出了如下反对:

“日本政府反对任何旨在全部或部分排除适用有关强制解决争端程序,而对第 66 条及附件规定所作的保留,认为日本与已经或准备对公约第五部分的有关规定提出保留的国家之间没有任何条约关系,由于提出的保留,上述强制程序将不复适用。”<sup>461</sup>

---

<sup>457</sup> 另见准则 2.1.5, 第一段。

<sup>458</sup> 在汉·沃尔多克第一次报告所载的第 18 条草案第 3 款(b)项中,对作为遵守 12 个月限期的例外情况,提出了同样的规则,规定非条约缔约方的国家,“如果之后[如在 12 个月的期限过后],在采取必要行动成为条约缔约方时,对保留提出反对,不应视为已经同意保留”(《1962 年……年鉴》,第二卷,第 61 页)。

<sup>459</sup> 斜体是后加的。

<sup>460</sup> 《……多边条约》,第二卷,第 421 页(第二十三章第 1 节)。

<sup>461</sup> 同上,第 413-414 页。

然而，日本政府在反对的第二部分明确指出，这项反对适用于阿拉伯叙利亚共和国和突尼斯。而后，日本又再次发表声明，明确宣布，对提出与阿拉伯叙利亚共和国和突尼斯相同保留的德意志民主共和国和苏维埃社会主义共和国联盟，该项反对也具有同样的效果。<sup>462</sup> 其他一些国家则对另一个缔约国就同样规定新提出的保留逐一提出了新的反对。<sup>463</sup>

(3) 日本在对巴林政府和卡塔尔政府就 1961 年《维也纳外交关系公约》作出的保留提出反对时也明确指出，不仅两项具体相关的保留被视为无效，而且[日本的]“这一立场适用于其他国家今后可能作出的任何类似效应的保留”。<sup>464</sup>

(4) 希腊对《防止及惩治灭绝种族罪公约》的反对也属先期性的反对。其案文如下：

“我们还声明，我们不曾接受过，亦不会接受本文书签署国或业已加入或可能加入本文书的国家已经或其后可能提出的任何保留”。<sup>465</sup>

荷兰也对涉及同一公约第九条的保留提出了普遍反对。荷兰的反对虽列出了已提出此类保留的国家，但荷兰得出结论：“荷兰王国政府认为，任何已经或将要作出此类保留的国家都不是《公约》的缔约国”。然而，1996 年荷兰撤销了就马来西亚和新加坡的保留提出的反对，同时撤销了对匈牙利、保加利亚和蒙古提出的相关反对，因为上述各国撤回了各自的保留。<sup>466</sup>

(5) 因此，在这方面的国家实践远非一致。委员会认为，这并不妨碍一国家或一国际组织出于预防或防范目的提出反对，反对可在保留提出之前提出，而就业已存在保留的情况，亦可事先声明对任何类似或相同保留的反对立场。

(6) 除非其他缔约国或缔约组织作出相应的保留，否则，此类防范性反对必定不会产生《维也纳公约》第 20 条第 4 款和第 21 条第 3 款所述效果。这种情况与已经签署但尚未成为缔约方的国家或国际组织提出的保留，但遭到其他国家或组织反对的情况极为相似；只有当保留国表示同意受条约约束之后，这类反对才会生产效应。<sup>467</sup>

---

<sup>462</sup> 同上。

<sup>463</sup> 见，例如德国、荷兰、新西兰、联合王国和美国对一些国家就 1969 年《维也纳公约》作出的类似保留发表的声明和反对(同上，第 413-417 页)。

<sup>464</sup> 同上，第一卷，第 96 页，(第三章第 3 节)。

<sup>465</sup> 同上，第 132 页(第四章第 1 节)。除这项普遍反对外，希腊还对美国的保留伸出了两项新的反对(同上)。

<sup>466</sup> 同上。

<sup>467</sup> 见上文准则 2.6.12。

同样，只要不对条约的条款作出保留，那么预先的反对就不会生效；然而，预先反对则构成了反对方将不会接受某种保留的预先警告。正如国际法院所指出的，此类警告既保障了反对国的权力，又警告有意提出相应保留的其他国家，这类保留将会遭到反对。<sup>468</sup>

(7) 委员会决定，称此种类别的反对为“有条件的反对”。这些反对的提出实际上提出这类反对的条件是，别的国家或国际组织实际提出相应的保留。只有在出现这种条件的情况下，反对才有效，否则，就不会产生“常规”反对的法律实效。

(8) 然而，委员会未在准则 2.6.14 中具体阐明，一旦出现这种情况，即一旦提出了相应的保留，这类有条件的反对可能产生的实效。这个问题与提出反对无关，而与反对产生的实效相关。

### 2.6.15 过时反对

在准则 2.6.13 所述期限后对保留作出的反对，不产生在该期限内作出的反对所具有的法律效力。

## 评 注

(1) 亦如可以预先提出反对一样，国家或国际组织也完全可以过时提出反对，换言之，既可在 12 个月期限(或条约规定的任何其他期限)之后，也可在 12 个月期限截止后加入条约的国家和国际组织表示同意接受条约约束之后提出。<sup>469</sup>

(2) 这一做法绝非鲜见。霍恩于 1988 年发表的研究报告就曾指出，在调查的 721 项反对中，有 118 项系过时提出的反对，<sup>470</sup> 且自此以来过时提出量一直递增。<sup>471</sup> 不仅涉及诸多<sup>472</sup> 与人权相关的条约，<sup>473</sup> 而且还涵盖诸如条约法、<sup>474</sup> 打击恐怖主

---

<sup>468</sup> 见上文准则 2.6.12 的评注第(5)段援引的 1951 年国际法院咨询意见。

<sup>469</sup> 见上文准则 2.6.13。

<sup>470</sup> F. Horn, *Reservations and Interpretative Declarations to Multilateral Treaties* (The Hague: T.M.C. Asser Institute, 1998), p. 206. See also R. Riquelme Cortado, *Las reservas a los tratados: Lagunas y ambigüedades del régimen de Viena* (Universidad de Murcia, 2004), pp. 264-265.

<sup>471</sup> R. Riquelme Cortado, *ibid.*, p. 265.

<sup>472</sup> 此后提及的只是秘书长查明的实例，因此以“来文”形式发出通知。实际上，研究报告之所以复杂，是因为秘书长收悉的多边条约交存注明的不是通知日期，而是交存保留文书的日期。

<sup>473</sup> 见 R. Riquelme Cortado 编制的详尽清单，(上文脚注 470)第 265 页(注 316)。

<sup>474</sup> 同上，第 265 页(注 317)。

义、<sup>475</sup> 《联合国人员和有关人员安全公约》，<sup>476</sup> 甚至 1998 年《国际刑事法院罗马规约》等不同领域的条约。<sup>477</sup>

(3) 这种做法不仅无可指摘，相反，则能使各国和国际组织采取反对的形式，对甚至在 12 个多月之前作出的保留的有效性发表看法。即使此类过时反对不会产生任何直接法律实效，也是有好处的。实际上，对于不论是监督机关，还是国际司法机构之类的解释机构，相关国家和组织对保留有效性的立场，是在确定保留时效性时需加以考虑的一个重要因素。秘书长身为多边条约保存人的实践确证了这个观点。他在收到过时提出的反对之后，不是作为反对，而是以“来文”形式向其他相关国家和组织发出通报。<sup>478</sup> 此外，反对即使系过时提出的，也是导致或促使就保留开展对话的要素。<sup>479</sup>

---

<sup>475</sup> 见针对巴基斯坦(2002 年 8 月 13 日)就 1997 年《制止恐怖主义爆炸国际公约》发表的声明提出的过时反对：摩尔多瓦共和国(2003 年 10 月 6 日)、俄罗斯联邦(2003 年 9 月 22 日)和波兰(2004 年 2 月 3 日)(《……多边条约》，第二卷，第 151-152 页，注 7(第十八章第 9 节，注 5))；或针对下列国家就 1999 年《制止向恐怖主义提供资助国际公约》所作的保留提出的过时反对：比利时的保留(2004 年 5 月 17 日)；俄罗斯联邦(2005 年 6 月 7 日)和阿根廷(2005 年 8 月 22 日)；约旦的声明(2003 年 8 月 28 日)；比利时(2004 年 9 月 24 日)、俄罗斯联邦(2005 年 3 月 1 日)、日本(2005 年 7 月 14 日)、阿根廷(2005 年 8 月 22 日)；朝鲜民主主义人民共和国的保留(2001 年 11 月 12 日签署时提出；由于没有批准，保留未经确认)；摩尔多瓦共和国(2003 年 10 月 6 日)、德国(2004 年 6 月 17 日)、阿根廷(2005 年 8 月 22 日)(同上，第 197-200 页，注 6、7、11 和 12(第十八章，第 11 节))。叙利亚的保留(2005 年 4 月 25 日)；爱尔兰(2006 年 6 月 23 日)、捷克共和国(2006 年 8 月 23 日)。

<sup>476</sup> 见葡萄牙(2005 年 12 月 15 日)针对土耳其的声明(2004 年 8 月 9 日)提出的过时反对(同上，第 130 页，注 5(第十八章第 8 节))。

<sup>477</sup> 见爱尔兰(2003 年 7 月 28 日)、联合王国(2003 年 7 月 31 日)、丹麦(2003 年 8 月 21 日)和挪威(2003 年 8 月 29 日)针对乌拉圭的解释性声明(2002 年 6 月 28 日，被反对国认为是一项禁止的保留)提出的过时反对(同上，第 164-165 页，注 8，(第十八章第 10 节))。

<sup>478</sup> 《……实践概述》(ST/LEG/7/Rev.1, 纽约，1997 年，第 213 段)：“考虑到《维也纳公约》[第 20 条第 5 款]这项规定的指示性价值，秘书长在这一期限过后收到一项反对时，在向各缔约方通报这项反对时称之为“来文”。”然而，在《交存秘书长的多边条约》的“反对”章节中列出了有许多过时反对的实例，尤其包括日本(1987 年 1 月 27 日)对巴林(1971 年 11 月 2 日)和卡塔尔(1986 年 6 月 6 日)就 1961 年《维也纳外交关系公约》所作保留的反对。虽然对巴林的保留提出的反对严重过时，然而，对卡塔尔的保留提出的反对则是在期限内收到的；这无疑就是此项反对是作为反对，而不是以“来文”发出通报的原因(《……多边条约》，第一卷，第 96 页(第三章第 3 节))。

<sup>479</sup> 继瑞典提出过时反对之后，泰国撤回了对《儿童权利公约》的保留(同上，第一卷，第 345 页，注 15(第四章第 11 节)。Roberto Baratta 认为，“反对只是一项手段，不仅用于，而且主要在于表示不认同他人所提出的保留，有时甚至不仅指出保留不符合国际法进一步规定的各项义务，而且还主要在于劝导保留提出方重新考虑，甚至撤销保留”(Gli effetti delle riserve ai trattati (Milan: Giuffrè, 1999) pp. 319-320)。



(4) 然而，根据《维也纳公约》第 20 条第 5 款，国家和国际组织如果在保留提出之后 12 个月内或至表示同意接受条约约束之日止迄未提出反对，即视为已接受此项保留及其产生的一切后果。这种默认接受的效力问题本报告不准备详加说明，只需指出，这种接受原则上将导致条约在保留国家(或国际组织)与被视为已接受此项保留的国家(或组织)之间生效。如条约在国家或国际组织双方之间已生效若干年后才提出反对，质疑这个结果，势必对法律保障造成严重损害。

(5) 此外，各国似乎都已感觉到，此类过时反对不能产生按限期规定提出反对的正常效力。联合王国(在规定的 12 个月期限内)对卢旺达就《防止及惩治灭绝种族罪公约》第九条作出的保留提出了反对，并阐明“要记录在案，联合王国对 1973 年 4 月 25 日来函通知德意志民主共和国提出的[与卢旺达类似的]保留，持相同[即不能接受此类保留]的观点”。<sup>480</sup> 显然，针对德意志民主共和国的保留，联合王国提出的反对已经过时。反对谨慎的措辞表明，该国并不指望此项反对会产生按 1969 年《维也纳公约》第 20 条第 5 款规定期限提出反对所具有的法律效力。

(6) 针对奥地利就秘鲁对 1969 年《维也纳条约法公约》的保留提出的一项仅过时数日的反对<sup>481</sup>，秘鲁政府于 2002 年 1 月 21 日发出的通报颇令人感兴趣：

“[秘鲁政府述及奥地利政府针对秘鲁在批准时所作的保留发出的通报。]本文件向各会员国通报奥地利政府的一份来文，阐明奥地利反对 2000 年 9 月 14 日秘鲁政府在交存《维也纳条约法公约》批准书时作出的保留。

秘书处内众所周知，《维也纳公约》第 20 条第 5 款规定，‘倘一国在接获关于保留之通知后 12 个月期间届满时[……]，迄未对保留提出反对，此项保留即视为业经该国接受。’秘鲁均于 2000 年 11 月 9 日向各会员国通告了对《公约》的批准和保留。

鉴于秘书处系于 2001 年 11 月 14 日收到奥地利政府发出的通报，并于同年 11 月 28 日分发给会员国，秘鲁常驻代表团认为，奥地利政府已默认接受秘鲁政府提出的保留，因为在《维也纳公约》第 20 条第 5 款所述的 12 个月期限内，没有任何一方提出反对。因此，秘鲁政府认为，奥地利政府的通报系过时提交，不具备任何法律实效。”<sup>482</sup>

---

<sup>480</sup> 《交存秘书长的多边条约》，第 133 页，(第四章第 1 节)。

<sup>481</sup> 该项过时反对已作为“来文”通报(同上，第二卷，第 419-420 页，注 19(第二十三章第 1 节))。

<sup>482</sup> 同上。

虽说认为奥地利的通报不具任何法律实效似乎有点夸张，但秘鲁的通报非常清晰地表明，过时反对并不排除根据《维也纳公约》第 20 条第 5 款推定已接受保留。

(7) 由此可见，过时反对虽可构成确定保留是否有效的一个因素，但它不能产生《维也纳公约》第 20 条第 4 款(b)项和第 21 条第 3 款所述的那类反对的“常规”效力。<sup>483</sup>

(8) 委员会的有些委员会认为，既然过时反对不能产生一项反对的实效，那么过时反对即不构成一项“反对”。他们建议使用诸如“声明”、“来文”或“表示反对的来文”之类的术语。然而，委员会认为，由于这个问题牵涉到准则 2.6.13，这类声明相应于准则 2.6.1 所载的反对定义。亦如对准则 2.6.5 的评注<sup>484</sup>所指出的，反对(亦如保留)的定义，并非根据其产生的效果，而是依据其提出方期望产生的效果来界定。

(9) 准则 2.6.15 的措辞具备灵活性，足以兼顾到有关过时保留的国家实践。虽然在准则 2.6.13 规定的限期过后并不阻止各国或各国际组织提出反对，但该准则清晰地阐明，过时反对不产生在该期限内所提出的反对的效果。

## 2.7 撤回和修改对保留的反对

### 评 注

(1) 同撤回保留的情况一样，《维也纳公约》也只是非常不完整地处理了撤回对保留的反对问题。<sup>485</sup>对撤回的形式及何时可撤回、何时生效等问题，只有一些笼统的表示。至于反对的修改，更是只字未提。

(2) 1986 年《维也纳公约》第 22 条第 2 和第 3 款规定：

“2. 除条约另有规定外，对保留提出之反对可随时撤回。

3. 除条约另有规定或另经协议外：

(a) [.....]

(b) 对保留提出之反对之撤回，自提出保留之国家收到撤回反对之通知时起方始发生效力。”

---

<sup>483</sup> 这不会预断被视为已接受的保留是否及如何产生《维也纳公约》第 21 条第 1 款所述“常规”实效问题。

<sup>484</sup> 具体见评注第 4 段。

<sup>485</sup> 尤其是涉及撤回对保留的反对的效力问题。见 R. Szafarz, “Reservations to multilateral treaties”, *Polish Yearbook of International Law*, No.3 (1970), p. 314.

第 23 条第 4 款明确规定了撤回反对的形式：

“撤回保留或撤回对保留提出之反对，必须以书面为之。”

(3) 《维也纳公约》的准备工作中，提及撤回反对的文字也同样未作定论。最初几位特别报告员在工作中根本没有提到这个问题；这不足为奇，因为他们都赞同全体一致的传统论点，这一论点从逻辑上讲必然排除了撤回反对的可能性。同样符合逻辑的是，推崇灵活制度的汉·沃尔多克在他的第一次报告中列出了关于撤回对保留的反对的第一个条款提案。他提议的第 19 条草案第 5 款案文草拟如下：

“对保留作出反对的任何国家可随时单方面全部或部分撤回这项反对。

撤回反对通过向条约所涉文书的保存人发出书面通知的形式进行，如无保存人，则向已是条约缔约方或有权成为条约缔约方的国家逐一作出。”<sup>486</sup>

但在关于保留和反对之形式和程序的条款全面改写后，该条款草案由于只是比照适用有关撤回保留的类似条款<sup>487</sup>而被放弃，委员会没有说明这样做的理由。在一读通过的案文和委员会的最终草案中，该条款均未出现。

(4) 只是到了维也纳会议之时，根据匈牙利再次将撤回反对的程序同撤回保留的程序看齐的修正案，<sup>488</sup>撤回反对的问题才在第 22 和第 23 条案文中重新出现。

Bokor-Szegó 女士以匈牙利代表团的名义作了如下说明：

“如果采纳关于撤回保留的条款，就必须同时述及撤回对保留的反对的可能性，何况这种可能性在实践中已经存在。”<sup>489</sup>

参加会议的意大利代表团也表示支持将撤回对保留的反对的程序同撤回保留的程序看齐：

---

<sup>486</sup> 《1962 年……年鉴》，第二卷，第 62 页。

<sup>487</sup> 第 17 条草案第 6 款规定：“提出保留的任何国家可随时单方面全部或部分撤回已被其他有关国家接受或拒绝的这项保留。撤回保留通过向条约所涉文书的保存人发出书面通知的形式进行，如无保存人，则向已是条约缔约方或有权成为条约缔约方的国家逐一作出”（同上，第 61 页）。汉·沃尔多克强调了这两个案文的相似性，他在第 19 条第 5 款的评注中认为，该条款与第 17 条草案第 6 款对应，“因此无须另作解释”（同上，第 68 页，评注第（22）段）。

<sup>488</sup> A/CONF.39/L.18，见于《联合国条约法会议正式记录，第一和第二届会议，维也纳，1968 年 3 月 26 日至 5 月 24 日和 1969 年 4 月 9 日至 5 月 22 日，会议文件》（A/CONF.39/11/Add.2），第 267 页。匈牙利的修正案稍作修改后，以 98 票对 0 票获得通过（《联合国条约法会议，正式记录，第二届会议，维也纳，1969 年 4 月 9 日至 5 月 22 日，全体会议简要记录》（A/CONF.39/11/Add.1），第 11 次全体会议，1969 年 4 月 30 日，第 41 段）。

<sup>489</sup> 同上，第 14 段。



“保留与反对的关系相当于要求与置疑的关系。取消要求或撤回保留，同取消置疑或撤回对保留的反对相互对应，也同起草条约的外交和法律时机相呼应。”<sup>490</sup>

(5) 不过，在这方面的国家实践几乎没有。霍恩只找到了一个清晰和明确撤回反对的例子：<sup>491</sup> 1982 年，古巴政府通知秘书长，该国撤回在批准《防止及惩治灭绝种族罪公约》时针对许多社会主义国家就第九和第十二条提出的保留所作的反对。<sup>492</sup>

(6) 虽然《维也纳公约》中有关撤回反对的规定并不是太详细，但从公约的准备工作中可以清楚地看到，原则上，撤回反对须采用与撤回保留相同的规则，如同提出反对与提出保留的情况<sup>493</sup>。为了解释和说明相关条款，委员会参照已经通过的关于撤回(修改)保留的准则草案，<sup>494</sup> 并作必要改动，以考虑到反对的特征。不过，这一做法决不是要实施形式平行主义理论<sup>495</sup>；这里所涉及的不是将撤回反对的程序同提出反对的程序看齐，而是对撤回反对适用与撤回保留相同的规则。毫无疑问，这两种行为对条约关系具有不同的效果，在性质或对象上也有所差别。但它们又彼此相近，如同在制订阶段所提议的那样，完全可以受正式制度和相似程序制约，正如在准备 1969 年《维也纳公约》时所提议的那样。

(7) 与撤回和修改保留的准则相似，本节所收入的准则草案分别涉及撤回的形式和程序、撤回的效果、撤回反对生效时间、部分撤回以及扩大反对的情形。

### 2.7.1 撤回对保留的反对

除条约另有规定外，对保留的反对可随时撤回。

---

<sup>490</sup> 同上，第 27 段。

<sup>491</sup> Frank Horn, *Reservations and Interpretative Declarations to Multilateral Treaties* (The Hague: T.M.C. Asser Institute, 1988), p. 227.

<sup>492</sup> 《截至 2006 年 12 月 31 日交存秘书长的多边条约》(ST/LEG/SER.E/25)，第一卷，第 134 页，注 30（第四章第 1 节）。

<sup>493</sup> 见准则 2.6.9 的评注，第(1)至第(6)段。

<sup>494</sup> 参见准则 2.5.1 至 2.5.11。关于这些草案的案文和评注，见《大会正式记录，第五十八届会议，补编第 10 号》(A/58/10)，第 183-188 页。

<sup>495</sup> 见同上，第 212-213 页，准则 2.5.4 的评注第(6)段。

## 评 注

(1) 关于撤回反对的可能性问题和何时可撤回的问题,《维也纳公约》,特别是其中第 22 条第 2 款和第 23 条第 4 款已经作了回答。<sup>496</sup> 反对可随时撤回,撤回须以书面形式为之,这些都已无须赘述,而《维也纳公约》第 22 条第 2 款的规定本身已经足够。而且,在这方面几乎没有国家实践。准则 2.7.1 因而简单抄录了《维也纳公约》的案文。

(2) 虽然从原则上讲,将撤回反对的规定与撤回保留的规定<sup>497</sup> 加以统一是适当的,但必须指出的是,第 22 条第 1 款(关于撤回保留)和第 2 款(关于撤回反对)的措辞有着重要的不同:第 1 款特地指明,保留可撤回,“无须经业已接受保留之国家同意”,<sup>498</sup> 第 2 款述及反对时则没有作此类说明。措辞上的这种差异是有道理的:就后一种情况而言,撤回纯属单方面行为,这是不言自明的。匈牙利修正案<sup>499</sup> 中关于将第 2 款措辞同第 1 款看齐的部分在联合王国代表团的要求下被排除,也说明了这一点。联合王国代表团强调:

“保留和对保留的反对之间存在本质差别;撤回反对显然不需要保留方的同意;如果为此作出明文规定,反而让人觉得对这一点多少存有疑问”。<sup>500</sup> 这足以说明两项规定使用不同措辞的原因,无须再作讨论。

### 2.7.2 撤回反对保留的方式

撤回对保留的反对必须以书面形式作出。

---

<sup>496</sup> 见 2.7 节的导言性评注第(2)段。

<sup>497</sup> 见同上,各处。

<sup>498</sup> 关于这一点,见准则 2.5.1 及其评注,《大会正式记录,第五十八届会议,补编第 10 号》(A/58/10),第 183-188 页。

<sup>499</sup> A/CONF.39/L.18,见于《联合国条约法会议正式记录,第一和第二届会议,维也纳,1968 年 3 月 26 日至 5 月 24 日和 1969 年 4 月 9 日至 5 月 22 日,会议文件》(A/CONF.39/11/Add.2),第 267 页。这一修正案导致第 23 条第 2 款被列入(见上文 2.7 节的导言性评注第(4)段)。

<sup>500</sup> 《联合国条约法会议,正式记录,第二届会议,维也纳,1969 年 4 月 9 日至 5 月 22 日,全体会议和全体委员会会议简要记录》(A/CONF.39/11/Add.1),第 11 次全体会议,1969 年 4 月 30 日,第 38 页,第 31 段。

## 评 注

(1) 撤回反对应采取何种方式的问题,《维也纳公约》同样也作了回答,这见于第 23 条第 4 款。<sup>501</sup> 要求以书面方式提出,这一点也不需要多作解释;《维也纳公约》的规则本身就足够了:虽然平行形式理论并没有被接受为国际法,<sup>502</sup> 但对于撤回反对规定一定程度的形式毫无疑问是合理的。与保留本身一样,撤回反对必须采取书面形式。<sup>503</sup> 口头撤回会造成很大的不确定性,它将不一定仅局限于提出保留的国家或组织与最初反对者之间的双边关系。<sup>504</sup>

(2) 准则 2.7.2 现在抄录了 1969 年《维也纳公约》和 1986 年《维也纳公约》第 23 条第 4 款的案文,两个文本中的第 4 款措辞完全一样。

(3) 因此,撤回对保留的反对的方式与撤回保留的方式完全一样。

### 2.7.3 提出和通知撤回对保留的反对

准则 2.5.4、2.5.5 和 2.5.6 可比照适用于撤回对保留的反对。

## 评 注

(1) 1969 年和 1986 年的《维也纳公约》对于撤回的提出和告知都没有作出有用或具体的规定。然而从 1969 年《公约》的准备工作<sup>505</sup> 中可以十分清楚地看出,与提出反对和提出保留的情况一样,<sup>506</sup> 撤回单方面声明时遵守的程序须与撤回保留遵守的程序相同。

(2) 因此委员会在“实践指南”中简单地注意到提出保留和提出反对的程序的平行性质是明智的,这种平行性对于在国际一级作出撤回行为的权限以及在提出和告知撤回之时违反国内法规则的后果(或无后果)而言均为有效。看起来这种程序经变通后可转用于撤回反对。委员会未曾照抄,通过简单地在案文里将“保留”改成“反

---

<sup>501</sup> 见上文 2.7 节的导言性评注第(2)段。

<sup>502</sup> 见准则 2.5.4 的评注第(6)段,《大会正式记录,第五十八届会议,补编第 10 号》(A/58/10),第 212-213 页。

<sup>503</sup> 见准则 2.5.2 的评注第(3)段,同上,第 202 页。

<sup>504</sup> 鉴于撤回反对看起来像接受一项保留,在某些情况下,这可导致相对于提出保留的国家或组织而言条约开始生效。

<sup>505</sup> 见上文 2.7 节的导言性评注第(3)至第(6)段。

<sup>506</sup> 见上文准则 2.6.9 及其评注。

对”，准则 2.5.4(在国际上提出撤回保留)、<sup>507</sup> 2.5.5(违反与提出保留有关的内部规则在国际上不产生影响)、<sup>508</sup> 2.5.6(撤回保留的告知)，<sup>509</sup> 其中最后一项本身又提及关于告知保留和保存人的作用的准则草案，委员会认为最好参照这些准则，<sup>510</sup> 这些准则作必要改动后均适用于反对。

#### 2.7.4 撤回反对对保留的效力

一国或一国际组织撤回对一项保留提出的反对即被认为接受了该项保留。

#### 评 注

(1) 与处理撤回保留时相同，<sup>511</sup> 委员会在处理撤回的程序那一部分审议了撤回一项保留的效果问题。不过，这一问题经证明是绝对复杂的：保留的撤回仅仅是在保留方与其他缔约方之间的关系中恢复条约的完整性，而撤回一项反对则可能会产生多重后果。

(2) 毫无疑问，一个国家或一个国际组织如果撤回其对保留的反对，就应被视为接受了该保留。这也就意味着《维也纳公约》第 20 条第 5 款的假定，即一个国家或一个国际组织如不提出反对就等于接受。鲍伊特教授也称，撤回对保留的反对等于接受保留。<sup>512</sup>

(3) 然而，撤回一项反对后“保留便产生其所有的效果”，这一点并不明显。<sup>513</sup> 至少现在这么说还为时过早。撤回一项反对或由此造成的“延迟”接受事实上可能会产生多重而复杂的效果，这不仅取决于与保留的性质相关的因素，而且取决于——尤

---

<sup>507</sup> 《大会正式记录，第五十八届会议，补编第 10 号》(A/58/10)，第 184-185 页和第 210-218 页。

<sup>508</sup> 同上，第 185 页和第 219-221 页。

<sup>509</sup> 同上，第 185 页和第 221-226 页。

<sup>510</sup> 委员会已经着手以同样方式处理准则 1.5.2(参照准则 1.2 和 1.2.1)、2.4.3(参照准则 1.2.1、2.4.6 和 2.4.7)，和更显然的，准则 2.5.6 (参照准则 2.1.5、2.1.6 和 2.1.7)和 2.6.9(参照准则 2.1.3, 2.1.4, 2.1.5, 2.1.6 和 2.1.7)。

<sup>511</sup> 见准则 2.5.7 (撤回保留的效果)及有关评注，《大会正式记录，第五十八届会议，补编第 10 号》(A/58/10)，第 186 页和第 227-231 页。

<sup>512</sup> D. Bowett, “Reservations to non-restricted multilateral treaties”, BYbIL, vol. 48 (1976-1977), p. 88. See also R. Szafarz, “Reservations to multilateral treaties”, *Polish Yearbook of International Law*, vol. 3 (1970) p. 314, and L. Migliorino, “La revoca di riserve e di obiezioni a riserve”, *Rivista di Diritto internazionale*, vol. 77 (1994), p. 329.

<sup>513</sup> D. Bowett, (footnote 512 above), p. 88.

其取决于——反对本身的性质：<sup>514</sup>

- 如果该项反对不附带《公约》第 20 条第 4 款(b)项所指的明确声明，保留就产生第 21 条第 1 款所指的“正常”效果；
- 如果该项反对为“最大程度”，根据第 21 条的规定，双方之间条约生效，且保留产生全面的效果；
- 如果该项反对构成阻止条约对第 20 条第 2 款规定的所有缔约方生效，或阻止保留国适用该条第 4 款，条约生效(保留产生其效果)。

这最后一种情况尤其表明，撤回反对的效果不仅涉及保留是否适用的问题，而且可能对条约的实际生效产生影响。<sup>515</sup> 然而委员会还是认为最好将准则 2.7.4 局限于反对“对保留”的影响上，并为此采用了本条准则草案的标题。

(4) 因此，由于这个问题的复杂性，通过一项条款以涵盖撤回一项反对的全部效果，这不仅很困难，而且还可能预先判断保留的效果和接受保留的效果问题。委员会因此认为，由于撤回反对的效果的复杂性，最好将撤回对一项保留的反对视同接受保留，并且认为撤回其反对的国家应被视为接受了有关保留，而在目前阶段，不必考察这种接受效果的性质和内容。这样的规定便意味着接受保留及其效果。何时发生这种效果的问题是准则 2.7.5 所处理的问题。

### 2.7.5 撤回反对的生效日期

除条约另有规定或另经协议外，撤回对保留的反对，只有在提出保留的国家或国际组织收到撤回通知时才生效。

## 评 注

(1) 维也纳各项公约中对撤回反对何时生效均有一项明确规定。1986 年《公约》第 22 条第 3 款(b)项规定如下：

“3. 除条约另有规定或另经协议外，

(a) [.....]

(b) 对保留提出之反对之撤回，自提出保留之国家或国际组织收到撤回反对之通知时起方始发生效力。”

---

<sup>514</sup> 在这方面，参见 R. Szafarz, (footnote 512 above), p. 314, and L. Migliorino, (footnote 512 above), p. 329.

<sup>515</sup> 见下文准则 2.7.5 评注第(3)段。

(2) 这项规定有别于关于保留生效日期的类似规则，其不同之处在于，就后者而言，撤回“对另一缔约国而言，只有在其收到通知后”方始生效。这一措辞上的区别的理由相当容易理解。可以设想，撤回一项保留改变了保留国或保留国际组织与其他所有缔约国或缔约组织之间条约义务的内容，而撤回一项对保留的反对则一般来说仅仅改变保留国或保留国际组织与反对保留的国家或组织之间的双边条约关系。出席1969年维也纳会议的匈牙利代表团代表 Bokor-Szegó 夫人对其代表团提出的(a)项和(b)项彼此间措辞上的区别作了如下解释：<sup>516</sup>

“撤回一项反对直接涉及的只是反对国和保留国。”<sup>517</sup>

(3) 不过，撤回对保留的反对的效果可能会超越纯属保留国和反对国之间的双边关系。事实上一切都取决于反对的内容和激烈程度：撤回这样的反对甚至可能产生这样的效果，即条约在所有签署国和国际组织中生效。在下述假设中尤其如此：反对产生的效果阻碍了有限参与的一项条约在缔约国中生效(第20条第2款)，或者在一种更加不大可能的情况下，撤回一项反对使得保留国或保留国际组织成为所涉条约的缔约方，从而使缔约方数目达到条约生效所需数目。因此我们可以设问，撤回对保留的反对的生效日期仅取决于将撤回通知保留国(其当然是主要相关方，但不一定是唯一的相关方)，这样做是否合理？在上述假设中，通知要求上的这种限制使得其他缔约国或组织不可能确定条约生效日期。

(4) 不过，这种不方便主要是理论上的，而不是实际的，因为撤回反对的通知不仅应发给保留国，同样也应发给所有相关国家或组织，或发给条约保存者，由保存者发出这一通知。<sup>518</sup>

(5) 规定将生效日期定为通知撤回时还有其他不便之处，委员会在通过准则2.5.8(撤回保留的生效日期)<sup>519</sup>时就撤回保留所作的讨论中说明过这些不便。不方便的原因一方面是生效的立即性，而另一方面是撤回者不能确定有关国家或国际组织收到通知的日期。撤回反对也会发生同样的情况，不过没有这么棘手。关于撤回生效的立即性，应该铭记主要所涉方是保留方，其愿望是其保留能对另一个缔约方全面生效：

---

<sup>516</sup> 见上文2.7节的导言性评注第(4)段。

<sup>517</sup> 《联合国条约法会议正式记录，第二届会议，维也纳，1969年4月9日至5月22日，全体会议和全体委员会会议简要记录》(A/CONF.39/11/Add.1)，第11次全体会议，1969年4月30日，第36-37页，第14段。

<sup>518</sup> 这产生于准则2.7.3和准则2.5.6(撤回保留的告知)以及2.1.6(告知保留的程序)，所借鉴的便是这些准则。由此，应将反对的撤回告知“缔约国和缔约组织以及其他有资格成为缔约方的国家和国际组织”。

<sup>519</sup> 见准则2.5.8的评注(撤回保留的生效日期)，《大会正式记录，第五十八届会议，补编第10号》(A/58/10)，第231-239页。



从这个角度说，反对撤回得越快越好。与此同时，反对方决定着通知时间，它必须作出必要的准备(包括作出国内法准备)，以确保撤回产生所有效果(尤其是，保留在两国关系中适用)。

(6) 有鉴于上述考虑并遵循委员会的习惯做法，看来没有必要修改《维也纳公约》第 22 条第 3 款(b)项规定所载的规则。考虑到多边条约的主要保存者、特别是联合国秘书长这方面的最近实践，<sup>520</sup> 例如使用现代化快捷通信手段发出通知等，保留国或组织以外的其他国家和国际组织通常应能与直接相关方同时得到通知。因此简单照搬《维也纳公约》中的这一条款看来是合理的。

(7) 按照委员会的习惯做法，准则 2.7.5 因而与 1986 年《维也纳公约》第 22 条第 3 款(b)项的案文相同，而 1986 年的案文比 1969 年的相应案文更全面，因为其中考虑到了国际组织，而含义没有改变。正是出于这一理由，尽管有一些委员有不同意见，委员会还是决定不把英文中的措辞“becomes operative”改为“takes effect”，两者含义似乎相同。<sup>521</sup> 这一语言问题只出现在英文本中。

#### 2.7.6 提出反对的国家或国际组织可单方面确定撤回对保留的反对之生效日期的情况

撤回反对在反对方自定的日期生效，但这个日期应当晚于提出保留的国家或国际组织收到撤回反对通知的日期。

### 评 注

(1) 出于准则 2.5.9(保留国或国际组织可单方面确定撤回保留生效日期的情况)<sup>522</sup> 的评注中已经说明的理由，委员会也感到有必要通过一项部分相似的准则草案，以包括这样一种假设情形，即提出反对的国家或国际组织自己单方面确定撤回该项反对的生效日期，而不必完全照抄前一准则草案。

---

<sup>520</sup> 见上文准则 2.1.6 (通知保留的程序) 的评注第(14)至(18)段。另见 Palitha T.B. Kohona, “Some notable developments in the practice of the United Nations Secretary-General as depositary of multilateral treaties: reservations and declarations”, *AJIL*, vol. 99 (2005), pp. 433-450, and “Reservations: discussion of recent developments in the practice of the Secretary-General of the United Nations as depositary of multilateral treaties”, *Georgia Journal of International and Comparative Law*, vol. 33 (2004-2005), pp. 415-450.

<sup>521</sup> 另见下文准则 2.7.6 的评注第(3)段和 2.7.7 的评注第(5)段。

<sup>522</sup> 《大会正式记录，第五十八届会议，补编第 10 号》(A/58/10)，第 242-244 页。

(2) 事实上,如果反对国决定将其撤回反对的生效日期定在保留国收到该撤回反对之通知日期之前,与准则 2.5.9(b)项所述情形类似,<sup>523</sup>则保留国或国际组织被置于一种特别难堪的处境中。撤回反对的国家被认为接受了相关的保留,因此根据第 21 条第 1 款的规定可以按对等原则援引该保留所产生的效果。这样保留国或国际组织就会无意中负有国际义务,这会严重破坏条约关系中的法律安全。因此,委员会决定干脆排除这种可能性,并在准则 2.7.9 中不提。这样,撤回反对的国家或国际组织只能将生效日期定在通知日期之后。

(3) 委员会里一些讲英语的委员认为准则 2.7.6 的英文本中的“becomes operative”不自然,但委员会最后还是决定这一词语,因为《维也纳公约》第 22 条第 3 款(b)项以及准则 2.7.5 均使用了这一词语。<sup>524</sup>

### 2.7.7 部分撤回反对

除条约另有规定外,一国或一国际组织可部分撤回对保留的反对。部分撤回反对须按全部撤回所遵守的形式和程序规则进行,并在相同条件下生效。

## 评 注

(1) 同撤回保留一样,完全可以设想一个国家(或一个国际组织)调整对一项保留的反对,也就是部分撤回该项反对。如果一国或一国际组织可在任何时候撤回其反对,则不难理解的是,它也可以简单地缩小反对的范围。可用两种十分不同的情况说明这一点:

- 首先,一国可以将“最大”<sup>525</sup>效果或中等效果<sup>526</sup>的反对转化为“一般”或“简单”反对;<sup>527</sup>在这样的假设中,经过这一修正的反对便产生第 21 条第 3 款所述的效果;而且最大效果的反对转变为简单反对或

---

<sup>523</sup> 同上,第 243-244 页,准则 2.5.9 的评注第(4)和第(5)段。

<sup>524</sup> 见下文准则 2.7.5 的评注第(7)段和 2.7.7 的评注第(5)段。

<sup>525</sup> “最大”效果反对是指反对方表示打算根据《维也纳公约》第 20 条第 4 款(b)项的规定阻止条约在其本身与保留国之间生效。见《大会正式记录,第六十届会议,补编第 10 号》(A/60/10),第 199 页,准则 2.6.1 的评注第(22)段。

<sup>526</sup> 一国如提出“中等”效果的反对,即表示愿意与保留国结成条约关系,但同时认为对条约关系的排除应超过《维也纳公约》第 21 条第 3 款的规定。见同上,第 199 页,准则 2.6.1 的评注第(23)段。

<sup>527</sup> 可将“最低”效果的反对定义为“一般”或“简单”反对,《维也纳公约》第 21 条第 3 款对此作出规定。见同上,第 199 页,准则 2.6.1 的评注第(22)段。



间接效果的反对会导致条约在保留方和反对方之间生效；<sup>528</sup>

- 其次，看来不可能阻止一个国家“减弱”其反对的内容本身(接受能够分解的一项保留的某些方面)，<sup>529</sup> 同时保持其原则；在这种情况下，两国之间的关系受制于新提出的反对。

(2) 据委员会所知，这种反对的部分撤回在国家实践中并不存在。不过，这似乎不足以成为理由，排除这样的假设。汉·沃尔多克在其第一次报告中也明确设想了这种部分撤回的可能性。第 19 条草案第 5 款专论反对，但因对条草案的结构作了修改，该款已不复存在。原第 5 款规定：

“对一项保留作出反对的任何国家可以在任何时候单方面全部或部分撤回该反对。”<sup>530</sup>

特别报告员关于这一条款的评注<sup>531</sup> 没有解释提出这一条款的理由。不过，值得注意的是，这个第 19 条第 5 款草案也与关于撤回保留的相应提案相同，<sup>532</sup> 汉·沃尔多克在他的评注中明确地提到了这一点。<sup>533</sup>

(3) 使委员会承认部分撤回保留的可能性的理由<sup>534</sup> 可比照适用于部分撤回反对，不过这里的结果主要不是确保更完整地适用条约，正好相反，是为了给予保留全面的效果(或更大的效果)。因此，正如部分撤回保留遵循单纯撤回适用的规则，<sup>535</sup> 部分撤回反对的程序似应仿照全面撤回反对的程序。准则 2.7.7 便是这样拟订的。

(4) 确定全部撤回反对的抽象效果本身有一些困难，<sup>536</sup> 有鉴于此，委员会认为，进一步界定“部分撤回反对”既不可能，也无必要。部分撤回必然是小于全部撤回的行为，它减弱对保留提出的反对的法律效力，但又不是完全消除其法律效力：保

---

<sup>528</sup> 反之，如果放弃一项“超大”效果的反对，并以最大效果的反对取而代之，则条约停止在相关国家或国际组织中生效；即便承认一项超大效果的反对是有效的，这会扩大反对的范围，而这是不可能的(见下文准则 2.7.9 及其评注)。一项“超大”效果的反对包括不仅说明受到反对的保留无效，而且说明因此整个条约在两国关系中当然适用。见同上，第 299 页，准则 2.6.1 的评注第(24)段。

<sup>529</sup> 在某些情况下，在第二种假设中，是不是真的存在这种“减弱”，这是一个可争论的问题，同样可引起争论的问题是弄清楚对保留的修正是否构成部分撤回保留。

<sup>530</sup> 《1962 年……年鉴》，第二卷，第 62 页（斜体是后加的）。

<sup>531</sup> 同上，第 68 页。

<sup>532</sup> 见第 17 条草案第 6 款，同上，第 61 页。

<sup>533</sup> 同上，第 68 页。

<sup>534</sup> 见准则 2.5.10(部分撤回保留)的评注，《大会正式记录，第五十八届会议，补编第 10 号》(A/58/10)，评注第(11)和(12)段。

<sup>535</sup> 见准则 2.5.10(部分撤回保留)的第 2 段：“部分撤回保留须遵守与全部撤回相同的形式和程序规则并在相同条件下生效。”

<sup>536</sup> 见上文准则 2.7.4 的评注。

留并没有简单地被接受；反对国或国际组织只是想在一定程度上改变反对的效力，从在总体上仍维持反对。

(5) 准则 2.7.7 的英文本中的“becomes operative”这一词语可能不自然，但委员会最后还是决定这一词语，因为《维也纳公约》第 22 条第 3 款(b)项以及准则 2.7.5 和 2.7.6 均使用了这一词语。<sup>537</sup> 这一词语含义与“takes effect”相同。这一语言问题在其他文本中不存在。

### 2.7.8 部分撤回反对的效力

部分撤回反对更改了反对方和保留方之间的条约关系因反对而产生的法律效力，此种更改以新作出的反对为限。

#### 评 注

(1) 撤回反对会产生什么效果，很难抽象地界定，部分地撤回反对会产生什么样的具体效果，更是难以肯定地预测。为了包括可能出现的全部情形，委员会想通过一项范围足够大并且灵活的准则。委员会认为目前关于部分撤回保留的效果的准则 2.5.11 的措辞<sup>538</sup> 能满足这一要求。因此，准则 2.7.8 仿照了处理部分撤回保留的类似的准则草案。

(2) 虽然准则 2.7.8 没有明确地这样说，但显而易见，“部分撤回”意味着，提出反对的国家或国际组织通过部分撤回其反对，意在减弱反对的法律效力。无庸赘言，如果由于保留的有效性问题，保留的法律效力已经受到减弱，这样做也可能属于多余。

(3) 反对本身自动产生效力，不依赖保留国的任何反应。如果各国和国际组织可以酌情作出反对，那么它们同样也可以撤回反对或按照自己的意愿减弱其法律效力。

### 2.7.9 扩大对保留的反对范围

对一项保留作出反对的一国或国际组织，可在准则 2.6.13 提及的期限内扩大该反对的范围，但条件是扩大不具有更改保留方与反对方之间条约关系的作用。

---

<sup>537</sup> 见准则 2.7.5 的评注第(7)段和 2.7.6 的评注第(3)段。

<sup>538</sup> 见准则 2.5.11（部分撤回保留的效果），《大会正式记录，第五十八届会议，补编第 10 号》（A/58/10），第 256 页。

## 评 注

(1) 1969 年和 1986 年两项《维也纳公约》的准备工作和公约案文本中均没有关于扩大一个国家或国际组织原先提出的反对的条款或说明，并且也不存在这方面的国家实践。

(2) 从理论上讲，可以设想已经对保留作出反对的国家或国际组织想要扩大其反对的范围，比如另外作出《维也纳公约》第 20 条第 4 款(b)项所规定的声明，从而将原本不阻碍条约在保留方和反对方之间生效的简单反对变成为排除保留国和反对国之间一切条约关系的限制性反对。

(3) 在委员会的一些委员看来，这一例子足以证明这样的举措会引起的法律安全问题。这些委员认为，一切有意扩大对保留的反对范围的暗示均可能严重危及条约在保留方与提出新反对方的双边关系中的地位。由于保留方原则上没有权利对反对作出反应，容许扩大反对范围等同于让保留国仰仗反对方的善意，反对方任何时候均有可能修正双方之间的条约关系。缺乏国家实践的情况也表明，各国和国际组织认为扩大反对的范围根本是不可能的。

(4) 根据这一种观点，其他方面的考虑也支持这样的结论。委员会在进行关于保留的工作时已探讨了扩大保留范围<sup>539</sup>和扩大有条件解释性声明范围的类似问题。<sup>540</sup>在上述两种情况下，扩大范围被理解为过时提出新的保留或新的有条件解释性声明。<sup>541</sup>由于《维也纳公约》第 20 条第 5 款所作的假设，过时提出反对不能说具有任何法律效力。<sup>542</sup>在规定的期限之后提出的声明不再被视为正式反对，而被视为不顾对保留国已作的承诺而摒弃原先的接受，<sup>543</sup>秘书长作为多边条约保管人在这方面的实践肯定了这一结论。<sup>544</sup>

(5) 然而其他委员认为，细读《维也纳公约》的条款，无法为这样直截了当的解决办法找到根据。按照第 20 条第 5 款，各国或国际组织获得了一个具体期限，可在

---

<sup>539</sup> 见准则 2.3.5(扩大保留的范围)及其评注，《大会正式记录，第五十九届会议，补编第 10 号》(A/59/10)，第 260 页和第 269-274 页。

<sup>540</sup> 见准则 2.4.10(限制和扩大有条件解释性声明的范围)及其评注，同上，第 263 页和第 277-278 页。

<sup>541</sup> 见关于准则 2.3.5(扩大保留的范围)的评注，同上，第 1 段以及关于准则 2.4.10(有条件解释性声明范围的缩小和扩大)的评注，同上，第 1 段)。

<sup>542</sup> 另参见上文准则 2.6.15 的评注。

<sup>543</sup> 另参见上文准则 2.6.15 的评注。

<sup>544</sup> 同上，评注第(4)段。

此期限内提出反对。那么没有任何理由妨碍它们在此期限内扩大或强化其反对。出于实际的考虑，也应当给各国这样一个思考的时间。

(6) 尽管有分歧，两种意见还是达成了折衷。委员会认为，扩大反对的范围不能质疑保留方与反对方之间的条约关系本身。作出简单的反对，无意阻止条约在反对方与保留方之间生效，这实际上可能立即产生确立双方之间条约关系的效果，即使条约规定的提出反对的期限还未过。通过随后扩大反对的范围并同时明确表示有意按照《维也纳公约》第 20 条第 4 款(b)项阻止条约生效，从而对这样的“既成事实”提出疑问，这是不可想象的，会严重危及法律安全。

(7) 准则反映了这一折衷。准则草案不禁止在准则 2.6.13(这一准则草案简单照搬了《维也纳公约》第 20 条第 5 款)规定的期限内扩大反对的范围，但条件是，这样的扩大不更改条约关系。因此，如果是在告知保留后的 12 个月期限(或条约规定的任何其他期限)到期之前，或如果是在作出反对的国家或国际组织表示受条约约束之日(较后日期)之前扩大，则扩大是可能的，并且条件是扩大不会质疑提出最初反对之后即获得的条约关系本身。

## 2.8 接受保留的方式

在准则 2.6.13 规定的期限内，缔约国或缔约国际组织可因单方面声明或保持沉默而接受保留。

### 评 注

(1) 根据 1986 年《关于国家和国际组织间或国际组织相互间条约法的维也纳公约》第 20 条第 5 款：<sup>545</sup>

“为第 2 款和第 4 款的目的<sup>[546]</sup>，除条约另有规定外，倘一国或国际组织在接获关于保留之通知后 12 个月期限截止时或至其表示同意接受条约拘

---

<sup>545</sup> 该条题为“接受保留和反对保留”。与英文本不同，两项《维也纳公约》的法文本都将“接受”列为单数，而将“反对”列为复数。这一歧异出现于 1962 年（参阅《1962 年……年鉴》，第一卷，第 663 次会议，1962 年 6 月 18 日，第 248 页，和《1962 年……年鉴》，第一卷，第 223 页（起草委员会通过的案文）；《1962 年……年鉴》，第二卷，第 194 页，和《1962 年……年鉴》，第二卷，第 176 页），一直没有作出更正或解释。

<sup>546</sup> 第 2 款是关于对获得有限度参与的条约提交的保留；第 4 款确立了除条约获得有限度参与的条约和国际组织之章程明确准许保留的情况以外，在所有其他情况下接受保留和反对的效力。

束之日时，两者中以较后之日期为准，迄未对保留提出反对，此项保留即视为业经该国或国际组织接受”。

(2) 根据这一定义，可将接受保留界定为没有任何反对。在原则上，接受是根据没有反对而推断出来的：或者在收到保留通知后 12 个月期限截止时，或者在表示同意受约束时，以靠后的日期为准。这两种理论上有所区别，但实际效果一样；因此沉默构成了接受，无需一个正式的单方面声明。但这并不意味着接受必定是默示的。另外，第 23 条第 1 款和第 3 款明确提到“明示接受”一项保留，而这种明确的措辞可具有义务性质，下述两点即隐含着这样的意思：第 20 条第 5 款含有“除条约另有规定外”这一短语(即使这个短语是出于其他原因而加上的<sup>547</sup>)，并且同一款中没有提及那个确实规定了某种具体接受形式的第 20 条第 3 款(接受对国际组织章程的保留)。

(3) 在《实践指南》中，准则 2.8 处在关于接受保留的程序与方式一节的开头，指出了两类不同方式的接受：

- 以单方面声明作出的明示接受；以及
  - 以沉默或更具体地说，在一定期限内不反对保留而作出的默认接受。
- 这一期限相当于可合理提出反对的时期，比如准则 2.6.13 所规定的时期。

(4) 有人争辩说，这样将对保留的正式接受和默认接受分开处理，漠视了两种无需单方面声明，既可默许也可暗示的接受形式之间的必要区分。此外，有些学者认为，当条约准许保留时，应称为“先期”接受：

“根据《维也纳公约》，可以三种方式接受保留：根据条约事先的规定或第 20 条第 1 款。”<sup>548</sup>

尽管这些区别在学术上可能有点意义，但委员会认为，因其无具体效力，没有必要反映在《实践指南》之中。

(5) 关于所谓“先期”接受，委员会对第 17 条草案(目前的第 20 条)的评注清晰写道：

“本条第 1 款述及条约明示或默示准许保留的情况，即其他缔约国已在条约中表示同意的情况。因此，无需再接受保留”。<sup>549</sup>

---

<sup>547</sup> 见准则 2.6.13 的评注第(7)段。

<sup>548</sup> D.W. Greig, (footnote 432 above), p. 118. 这篇文章也许是最透彻地研究接受保留可适用的规则的论文(尤其见第 118-135 页和第 153 页)。

<sup>549</sup> 《1966 年……年鉴》，第二卷，第 207 页，第 18 段。



根据这一条，并且除非条约另有规定，接受在这种情况下绝不是保留得以成立的一个条件：事实上保留根据条约本身就已成立；而各国的反应，无论明示接受、默示接受或甚至反对，都不能再质疑这一已得的接受。尽管这并不禁止各国明示接受这一类保留，但此类明示接受是多余的，没有具体效力，另外，不存在这类接受的事例。因此，在《实践指南》中关注这一可能性，似乎没有必要。这不意味着在《实践指南》中不应反映两项《维也纳公约》的第 20 条第 1 款。然而，该条款更多涉及的是保留的效力，而非接受的提出和形式。因此，其恰当位置是《指南》的第四部分。

(6) 同样，委员会认为不应当在《实践指南》中反映某些学者的以下区分。他们以两项《维也纳公约》第 20 条第 5 款所述两种情况为基础，根据在其他当事方表示同意接受拘束时保留是否已经提交的情况，对“默认”接受和“默示”接受作出区分。前一情况是“默示”接受，后一情况是“默认”接受。<sup>550</sup> 在前一情况下，如果国家或国际组织在表示同意受条约拘束时没有提出反对，则被视为已接受保留；在后一情况下，国家或国际组织有 12 个月期限提出反对，过期视为已接受保留。

(7) 虽然两种情况的结果相同，即如果一国或国际组织在某个特定时刻不提出反对，则视为已接受保留，但它们的依据却有所不同。对于在保留提交后成为缔约方的国家或国际组织，推定接受的理由不是该国或国际组织保持沉默，而是该国或国际组织在了解所提交保留的情况下，<sup>551</sup> 未对保留提出异议就加入条约。因此，接受隐含在条约批准书或加入行动中，也就是一个不对已提交的保留提出异议的主动行动中。<sup>552</sup> 这就是默示保留。然而，对于在保留提交时已经是条约缔约方的国家或国际组织，情况则有所不同：如果长久沉默(通常为 12 个月)，或者本身未提出任何反对等情况，则视为已接受保留。因此，这种接受只根据有关国家或国际组织的沉默来推断，是默许。

(8) 实际上，这种学说上的区别在实践中并不怎么受人关注，可能也不应在《实践指南》中体现。在实践中，只需区分那些有 12 个月期限提出反对的国家或国际组织，与那些在保留提交时尚未成为缔约方、在表示同意接受条约拘束之日前有时间

---

<sup>550</sup> D.W. Greig, (footnote 432 above), p. 120; Frank Horn, (footnote 429 above), pp. 125-126; Daniel Müller, (footnote 445 above), p. 816, para. 35.

<sup>551</sup> 见 1986 年《维也纳公约》第 23 条第 1 款规定：保留必须“以书面提出，并通知各缔约国和缔约国际组织以及有权成为该条约当事方的其他国家和国际组织”。另见准则 2.1.5 及其评注第(1)和第(16)段，《大会正式记录，第五十七届会议，补编第 10 号》(A/57/10)，第 79 至 97 段。

<sup>552</sup> 见 D. Müller, (上文脚注 445)，第 816 页，第 36 段。另见布赖尔利的第 10 条第 5 款草案，关于条约法的[第一次]报告，(A/CN.4/23)，第 100 段；英文本见《1950 年……年鉴》，第二卷，第 241 页，第 100 段。

考虑的国家或国际组织，就已足够了，而这并不妨碍在这一日期之前提出反对。<sup>553</sup> 不过，这是一个期限问题，不是定义问题。

(9) 另一个问题牵涉到默示接受的定义本身。有人可以问：在某些情况下，反对保留是否不等于默示接受保留。这个自相矛盾的问题出自第 20 条第 4 款(b)项。根据该条款：

“缔约国或缔约国际组织反对保留，并不妨碍条约在反对国或国际组织与保留国或组织之间生效，除非反对国或国际组织明确表达相反意向”。

由此似乎可以说，如果反对者不反对条约在与其与保留国或国际组织之间生效，至少就条约的生效而言(很可能还就保留本身的“成立”而言)，反对会产生与接受保留相同的效力。然而，这个问题远不仅仅是理论上的假定，它首先牵涉到接受和反对保留各自的效力问题。

(10) 准则 2.8 草案限定只有缔约国或缔约国际组织才有资格提出接受。原因在于第 20 条第 4 款只考虑缔约国或缔约国际组织提出的接受；而第 20 条第 5 款规定了推定接受只适用于缔约国。因此，在收到保留通知之日尚未成为缔约方的国家或国际组织，只有在其表示同意接受拘束之日，也就是说，在其最终成为缔约国或缔约国际组织之日，才被视为已经接受保留。

(11) 然而，同一条第 3 款所提到的对国际组织章程的保留的接受是一回事，而明示接受是另一回事。在任一情况下，没有任何东西妨碍尚未表示同意受条约拘束的国家或国际组织明示声明接受他国提交的保留，即使这一明示接受不产生第 20 条第 4 款所规定的缔约国或缔约国际组织的接受那样的法律效力。国家或国际组织的任何明示接受对一国际组织章程的保留，也是如此：没有任何东西妨碍这类明示接受，但它们不能产生如同接受了对其他形式条约的保留一样的效力。

(12) 另外，从两项《维也纳公约》的案文及其准备文件和实践中的都可以看出，默示接受是一般做法，明示接受是例外情况。然而，准则 2.8 完全是描述性的，无意确定在哪些情况下有可能或有必要使用两种拟议接受形式中的一种。

---

<sup>553</sup> 另见上文准则 2.6.5 的评注第(8)和第(9)段与准则 2.6.13 的评注第(8)和第(9)段。



## 第七章

### 国际组织的责任

#### A. 导言

125. 委员会第五十四届(2002 年)会议决定将“国际组织的责任”专题列入委员会工作方案并任命乔治·加亚先生为本专题的特别报告员。<sup>554</sup> 委员会在同届会议上设立了一个关于本专题的工作组。工作组在其报告<sup>555</sup> 中简要讨论了这一专题的范围、这一新项目与“国家对国际不法行为的责任”条款草案的关系、行为归属问题、与成员国对归于国际组织的行为的有关的问题以及与国际责任的内容、责任的履行和争端的解决有关的问题。在第五十四届会议结束时,委员会通过了工作组的报告。<sup>556</sup>

126. 委员会从第五十五届(2003 年)到第五十九届(2007 年)会议,收到并审议了特别报告员的五次报告,<sup>557</sup> 并暂时通过了第 1 条至第 45[44]条草案。<sup>558</sup>

---

<sup>554</sup> 《大会正式记录,第五十七届会议,补编第 10 号》(A/57/10 和 Corr.1),第 461-463 段。委员会第五十二届(2000 年)会议决定将“国际组织的责任”专题列入委员会长期工作方案(同上,《第五十五届会议,补编第 10 号》(A/55/10),第 729 段)。大会 2000 年 12 月 12 日第 55/152 号决议第 8 段表示注意到委员会关于长期工作方案的这项决定,还注意到委员会 2000 年报告所附的这一新专题的提纲。大会 2001 年 12 月 12 日第 56/82 号决议第 8 段请委员会开始进行“国际组织的责任”专题的工作。

<sup>555</sup> 《大会正式记录,第五十七届会议,补编第 10 号》(A/57/10 和 Corr.1),第 465-488 段。

<sup>556</sup> 同上,第 464 段。

<sup>557</sup> A/CN.4/532(第一次报告)、A/CN.4/541(第二次报告)、A/CN.4/553(第三次报告)、A/CN.4/564 和 Add.1 和 2(第四次报告)、A/CN.4/583(第五次报告)。

<sup>558</sup> 第 1 条至第 3 条草案在第五十五届(2003 年)会议通过,第 4 条至第 7 条草案在第五十六届(2004 年)会议通过,第 8 条至第 16[15]条草案在第五十七届(2005 年)会议通过,第 17 条至第 30 条草案在第五十八届(2006 年)会议通过,第 31 条至第 45[44]条草案在第五十九届(2007 年)会议通过。

## B. 本届会议审议此专题的情况

127. 委员会本届会议收到了特别报告员的第六次报告(A/CN.4/597)，以及迄今为止从各国际组织发来的书面意见。<sup>559</sup>

128. 委员会在 2008 年 5 月 9 日至 16 日举行的第 2960 至第 2964 次会议上审议了特别报告员的第六次报告。委员会在 2008 年 5 月 16 日举行的第 2964 次会议上将第 46 条至第 51 条草案提交起草委员会。在同次会议上，委员会设立了一个由恩里克·坎迪奥蒂先生担任主席的工作组，审议反措施问题以及是否应在条款草案里加上一项关于求偿要求可受理性的规定。

129. 应工作组的建议，委员会在 2008 年 5 月 29 日举行的第 2968 次会议上将关于求偿要求可受理性的另外一项第 47 条之二草案提交起草委员会。<sup>560</sup>

130. 由于多数委员赞成在条款草案里加上处理反措施问题的条款，于是委员会讨论了若干相关的问题。委员会首先审议了是否及在多大程度上应区分国际组织成员和非成员在这方面的法律立场的问题。委员会的结论是，应当加上一个新的条款草案，说明只要国际组织的规则提供合理的手段，能确保该组织履行条款草案第二部分所规定的义务，则该组织的受损害成员不得对该组织采取反措施。其次，工作组商定，条款草案应说明，在采取反措施时需尊重目标组织的特性。最后，工作组建议，条款草案不应考虑区域经济一体化组织代表其受损害成员采取反措施的可能性。

131. 在 2008 年 7 月 15 日第 2978 次会议上，委员会收到由工作组主席提交的工作组口头报告。委员会将第 52 条至第 57 条第 1 款草案连同工作组的建议一并提交起草委员会。

---

<sup>559</sup> 根据委员会的建议(《大会正式记录，第五十七届会议，补编第 10 号》及更正(A/57/10 和 Corr.1)，第 464 和第 488 段以及同上，《第五十八届会议，补编第 10 号》(A/58/10)，第 52 段)，秘书处历来每年向国际组织分发委员会报告中的有关章节，要求它们发表意见，并且要求它们向委员会提供它们能够提供的任何有关材料。各国政府和各国际组织的评论，可参看 A/CN.4/545、A/CN.4/547、A/CN.4/556、A/CN.4/568 和 Add.1、A/CN.4/582 以及 A/CN.4/593 和 Add.1。

<sup>560</sup> 特别报告员起草的第 47 条之二草案案文如下：

### 可否提出要求

1. 如果不是按照涉及国籍的任何可适用的规则提出要求，则受害国不得援引一国际组织的责任。
2. 如果一项要求须遵守关于用尽当地救济的任何可适用规则，那么在未用尽任何可利用的有效救济时，则受害国或受害国际组织不得援引另一国际组织的责任。

132. 委员会在 2008 年 6 月 4 日第 2971 次会议上审议并通过了起草委员会关于第 46 条至第 53 条草案的报告。在其 2008 年 8 月 4 日第 2989 次会议上，委员会通过了条款草案第三部分第一章的标题。(下文 C.1 节)。

133. 委员会在 2008 年 8 月 6 日第 2993 次会议上，通过了上述条款草案的评注。(下文 C.2 节)。

134. 在 2008 年 8 月 4 日第 2989 次会议上，委员会收到了起草委员会的报告，并注意到起草委员会暂时通过的关于反措施的第 54 条至第 60 条草案。

### 1. 特别报告员介绍其第六次报告

135. 特别报告员在介绍其第六次报告之前表示，他的第七次报告将处理某些未决问题，例如条款草案的最后规定和国家对国际组织行为的责任一章应处的位置。第七次报告还有机会回复国家和国际组织对委员会暂时通过的条款草案的意见，并在必要时对条款草案提出某些修正意见。

136. 特别报告员第六次报告处理国际组织履行责任的问题，它与以往报告一样，沿用了国家对国际不法行为的责任条款的一般写法。与条款草案第二部分采取的处理办法一样，关于国际组织履行责任的条款草案也仅是处理了一国或一国际组织援引另一国际组织的责任的问题。另外，国家对国际组织履行责任的问题被置于条款草案范围之外。

137. 第 46 条草案<sup>561</sup> 按照国家责任第 42 条所载的标准，给出了“受害”国或国际组织的定义。

---

<sup>561</sup> 第 46 条草案案文如下：

#### 一受害国或国际组织援引责任

一国或一国际组织有权在下列情况下作为受害方援引另一国际组织的责任，如果被违反的义务是：

- (a) 个别地对该国或前一国际组织承担的义务；
- (b) 对包括该国或前一国际组织在内的若干方面或对整个国际社会承担的义务，而且对该义务的违反：
  - (一) 特别影响到该国或该国际组织；或
  - (二) 具有如此性质以致会根本改变作为该义务当事相对方的所有其他国家在继续履行该义务上所处的地位。

138. 第 47 条草案<sup>562</sup> 和第 48 条草案<sup>563</sup> 在略作调整的情况下，沿用了关于国家责任的相应条款。出现的一个问题是，条款草案是否也应包含一项类似于国家责任第 44 条的规定，处理求偿要求所涉的国籍问题和用尽当地救济问题。在特别报告员看来，在国际组织履行责任问题上，适用这类要求的情况很有限，远不如国家间关系的情况，故在本条款草案里，可以略去求偿要求所涉及的国籍问题和用尽当地救济问题。

139. 第 49 条草案<sup>564</sup> 和第 50 条草案<sup>565</sup> 分别处理多个受害实体和多个责任实体的问题，以国家责任相应条款为范本，但具体提到国际组织成员的责任仅是次要责任这种情况。

---

<sup>562</sup> 第 47 条草案案文如下：

一受害国或国际组织通知其要求

1. 援引一国际组织责任的受害国应将其要求通知该组织。
2. 援引另一国际组织责任的受害的国际组织应将其要求通知前一组织。
3. 受害国或国际组织可具体指明：
  - (a) 从事一项持续性不法行为的责任国际组织应如何停止该不法行为；
  - (b) 应根据第二部分的规定采取哪种赔偿形式。

<sup>563</sup> 第 48 条草案案文如下：

援引责任权利的丧失

在下列情况下不得援引一国际组织的责任：

- (a) 受害国或国际组织已以有效方式放弃要求；
- (b) 受害国或国际组织基于其行为应被视为已以有效方式默认其要求失效。

<sup>564</sup> 第 49 条草案案文如下：

数个受害实体

在数个实体由于一个国际组织的同一国际不法行为而受害的情况下，每一受害国或国际组织可分别援引实施了该国际不法行为的国际组织的责任。

<sup>565</sup> 第 50 条草案案文如下：

数个责任实体

1. 在一个国际组织和一个或更多国家或其他组织为同一国际不法行为负责的情况下，可对每个责任实体援引涉及该行为的责任。但如果一个实体的责任只是次要责任，只有在援引主要责任不导致赔偿的情况下才会援引次要责任。
2. 第 1 款：
  - (a) 不允许任何受害国或受害国际组织追偿多于所受损失的赔偿；
  - (b) 不妨碍赔偿实体对其他责任实体的任何追索权利。

140. 第 51 条草案<sup>566</sup> 处理一受害国或受害国际组织以外的实体援引责任的问题，它以国家责任第 48 条为范本。然而也作了一些调整，涉及被违反的义务是针对整个国际社会承担时，一国际组织援引另一国际组织的责任的权利。根据从各国和各国际组织收到的评论，这项权利是否存在似乎取决于该组织是否负有保护该义务所基于的普遍利益的职责。这一限定反映在第 51 条草案第 3 款里。

141. 第 52、<sup>567</sup> 53 <sup>568</sup>、54 <sup>569</sup>、55 <sup>570</sup> 和 56 条 <sup>571</sup> 草案涉及反措施，以国家责任相应条款为范本。似乎没有理由笼统地排除掉受害国可以针对责任国际组织采取反

---

<sup>566</sup> 第 51 条草案案文如下：

一受害国或受害国际组织以外的实体援引责任

1. 受害国或受害组织以外的任何国家或国际组织有权按照第 4 款援引国际组织的责任，条件是被违背的义务是对包括援引责任的国家或组织在内的实体集团承担、并为保护该集团的集体利益而确立。
2. 受害国以外的任何国家有权按照第 4 款援引国际组织的责任，条件是被违反的义务是对整个国际社会承担。
3. 不属于受害组织的任何国际组织有权按照第 4 款援引另一国际组织的责任，条件是被违反的义务是对整个国际社会承担，而且援引责任的组织负有保护该义务所基于的国际社会利益的职责。
4. 有权按照前几款援引责任的任何国家或国际组织可要求责任国际组织：
  - (a) 按照第 33 条的规定，停止国际不法行为，并提供不重犯的承诺和保证，
  - (b) 按照第二部分的规定履行向受害国或受害国际组织或被违背之义务的受益人提供赔偿的义务。
5. 受害国或受害国际组织按照第 47 条和第 48 条援引责任的要求适用于有权按照前几款规定采取行动的国家或国际组织援引责任。

<sup>567</sup> 第 52 条草案案文如下：

反措施的目的和限制

1. 一受害国或国际组织只在为促使一国际不法行为的责任国际组织遵守第二部分规定的义务时，才可对该国际组织采取反措施。
2. 反措施限于暂不履行对责任国际组织采取措施的一国或国际组织的国际义务。
3. 反措施应尽可能容许恢复履行有关义务。
4. 如果一国际组织对一国际不法行为负有责任，则该组织的受害成员对该组织采取的反措施只有在在不违背同一组织的规则时才可采取。
5. 如果一国际不法行为的责任国际组织是受害国际组织的成员，则受害组织对其成员组织采取的反措施只有在在不违背本组织的规则时才可采取。

<sup>568</sup> 第 53 条草案案文如下：

不受反措施影响的义务

1. 反措施不得影响下列义务：
  - (a) 《联合国宪章》中规定的不得实行武力威胁或使用武力的义务；
  - (b) 保护基本人权的义务；
  - (c) 禁止报复的人道主义性质的义务；
  - (d) 依一般国际法强制性规范承担的其他义务。
2. 采取反措施的国家或国际组织仍应履行其下列义务：
  - (a) 实行受害国或国际组织与责任国际组织之间任何可适用的现行解决争端程序；
  - (b) 尊重责任国际组织人员及同一组织的馆舍、档案和文件之不可侵犯性。

措施这种情况。另外，虽然实践当中确有国际组织针对责任国采取反措施的一些例子，但好几个国家在提交给委员会的意见里认为，一受害组织原则上可以在与国家相同适用的条件下诉诸反措施。然而在国际组织与其成员的关系上，反措施不大可能适用。因此，第 52 条草案第 4 和第 5 款规定了例外。

142. 第 57 条草案<sup>572</sup> 处理了两个单独的问题。第 1 款对应了国家责任第 54 条但稍作了变动，这是一项“不妨碍”条款，涉及非第 46 条草案意义上“受害”的国家或国际组织针对责任国际组织而采取的“合法措施”。在第 57 条草案第 1 款案文里，提到“第 51 条第 1 款”的地方应改为“第 51 条第 1 至第 3 款”。

<sup>569</sup> 第 54 条草案案文如下：

相 称

反措施必须和所遭受的损害相称，并应考虑到国际不法行为的严重程度和有关权利。

<sup>570</sup> 第 55 条草案案文如下：

与采取反措施有关的条件

1. 一受害国或国际组织在采取反措施以前应：
  - (a) 根据第 47 条要求责任国际组织按照第二部分的规定履行其义务；
  - (b) 将采取反措施的任何决定通知责任国际组织并提议与该组织进行谈判。
2. 虽有第 1 款(b)项的规定，受害国或国际组织可采取必要的紧急反措施以维护其权利。
3. 在下列情况下不得采取反措施，如已采取，务必停止，不得无理拖延：
  - (a) 国际不法行为已经停止，并且
  - (b) 已将争端提交有权作出对当事国具有约束力之决定的法院或法庭。
4. 若责任国际组织不秉诚履行解决争端程序，第 3 款即不适用。

<sup>571</sup> 第 56 条草案案文如下：

终止反措施

一旦责任国际组织按照第二部分履行其与国际不法行为有关的义务，即应尽快终止反措施。

<sup>572</sup> 第 57 条草案案文如下：

受害国或国际组织以外的  
实体采取的措施

1. 本章不妨碍依第 51 条第 1 款有权援引另一国际组织责任的任何国家或国际组织，对该另一国际组织采取合法措施以确保停止该违反行为以及使受害方和被违背的义务的受益人得到赔偿。
2. 如果一受害国或国际组织已将对某些事务的管辖权移交其作为成员的区域经济一体化组织，在受害成员提出要求时，该组织可代表受害成员对责任国际组织采取影响到那些事务的反措施。

143. 第 57 条草案第 2 款涉及这样的情况：区域性经济一体化组织的成员已将某些事务的职权完全转让给了该组织。由于组织的成员不再能够诉诸影响这些事务的反措施，故允许这一组织应一受害成员的请求为其针对另一组织采取反措施，同时须遵守相称性原则。

144. 在通过关于反措施的条款草案之后，委员会便弥补了解除不法性的情况一章故意留下的缺陷，而第 19 条草案则推迟到结合国际组织履行责任问题讨论反措施问题时再拟订。在其第七次报告里，特别报告员将讨论另一问题，即第 19 条草案是否也应包含受害国际组织对一责任国采取的反措施，这个问题在讨论国际组织履行责任的问题时没有处理。

## **2. 辩论摘要**

### **(a) 一般评论**

145. 一些委员赞成特别报告员的建议，即在完成一读之前，应参照各国和国际组织提交的所有评论，对暂时通过的条款草案加以审评。另一种意见认为，委员会不宜这样做，因为委员会目前应集中精力拟订一套前后一致的条款草案，而不受任何政治考虑的影响，二读时可以适当考虑各国的立场。

146. 一些委员提议，委员会与各国际组织的法律顾问应举行一次会议，对本专题提出的包括反措施在内的各种问题进行具体讨论。

147. 一种观点认为，令人遗憾的是，特别报告员提交的条款草案没有处理受害国际组织履行不法行为国家责任的问题，这意味着委员会在国际责任法中留下了一项不受欢迎的空白。

### **(b) 反措施**

#### **(一) 一般意见**

148. 对于在什么条件下国际组织可成为反措施的对象，或可诉诸反措施，委员们意见不一。某些委员反对将反措施条款草案列入，而另一些委员会委员赞成拟订这类条款。好几位委员支持设立一个工作组，专门审议反措施问题。

149. 一些委员认为，没有理由将反措施限定在国家间关系的范围内。在这方面，有委员说，某些适用于国家间关系的规则可比照适用于国家与国际组织之间，或



国际组织相互之间的关系。也有委员认为，反措施仅仅是一种确保在责任领域尊重组织应承担义务的手段。有的委员建议，条款草案还应包括国际组织对一国采取的反措施。然而，在对国际组织采取反措施的问题上，好几位委员要求采取谨慎做法，这是考虑到这方面的实践有限，这些反措施的法律制度存在着不确定性，并且有可能引起滥用的危险。还有委员说，反措施应是例外措施。一些委员认为，在本条款草案所涉及的情况中不应提供反措施，他们认为在原先的国家责任条款中也本不应该接受反措施。还有委员提出，关于国际组织诉诸反措施可能性的讨论应该仅限于暂停履行涉及该组织的条约关系之下的约定义务。

150. 一些委员认为，在反措施问题上，国际组织与其成员的关系以及国际组织与非成员的关系，这两种关系应区别对待。

151. 一些委员指出这样的事实：欧洲联盟内部的实践以及欧洲联盟与世贸组织关系的实践不能构成在此问题上得出一般规则的基础。就欧洲联盟的情况而言，一些委员认为，这是因为欧洲联盟具有特殊性，它是一个经济上高度一体化的实体，但另一些委员强调，欧洲联盟的成员国已经没有能力在经济领域采取反措施。就世贸组织的情况而言，一些委员认为，世贸组织系统内的报复行动是契约性质，属于特别法律制度的范围；有委员还说，这种报复行动应受制于条约法，而不是受制于反措施制度。

152. 对于联合国安全理事会所实行的制裁能否视为反措施，委员会成员意见不一。好几名委员认为，这种制裁措施服从一种不同的制度，因此应该在本专题范围之外。为了支持这一立场，他们提到制裁措施的惩罚性质，以及其主要目的是维护国际和平与安全，而不是实施国际法义务。另一种意见认为，安全理事会的制裁措施在某些情况下从本质上讲可以视为反措施，因为它们针对的是违反了国际法的国家，而且目的往往是制止国际不法行为。有的委员还问，在安全理事会实行非法制裁时，被制裁的国家是否有权针对该组织以及实施制裁的那些国家采取反措施。

153. 有的委员提出，国际组织按照其内部规则针对其成员采取的措施应视为制裁措施，而不是反措施。还有委员指出，反措施必须区别于其他类型的措施，包括在条约义务被实质性违反时而采取的那些措施，这些措施需遵从条约法。

## **(二) 对条款草案的具体评论**

154. 一些委员对第 52 条至第 56 条草案笼统地表示支持。

## 第 52 条草案 反措施的目的和限制

155. 对于第 52 条草案，好几名委员强调国际组织规则具有决定性作用，能够确定一个组织可否针对其成员诉诸反措施或成为其成员反措施的目标。有的委员提议，国际组织与其成员之间的争端应尽可能按照该组织的规则和内部程序加以解决。还有委员强调，不能由于其成员采取单方面反措施而危害到国际组织的生存和恰当运作。对于受害组织采取的反措施，有的委员对下述问题表示疑问：所暗含的职权概念能否构成足够的基础，使国际组织有权诉诸反措施。

156. 一些委员对第 52 条草案第 4 和第 5 款中提到组织规则表示支持。然而有的委员提议，第 52 条第 4 款应该重新措辞，以便作出这样的澄清：国际组织的一个成员如果认为自己受到该组织的伤害，作为一般规则不能诉诸反措施，除非这种做法符合该组织的特性和规则。在第 5 款里也应相应地采取类似的措辞。另一项建议说，“不违背”应改为“允许”。还有委员提议，应加上一个第 1 款之二，对受害组织诉诸反措施的权利加以限制，这种权利应仅限于载于其章程或其内部规则中的情况。在组织的规则没有论述反措施的情况下，有委员提议在第 52 条第 4 款和第 5 款里宣布，禁止会严重影响反措施所针对的组织的地位或危害其运作或生存的反措施。

157. 另一种意见认为，第 52 条草案应该很大程度上重新审议，以便能够限制国际组织采取的反措施，使之限于这样的情况：已经将职权转让给一国际组织，而该组织为了实施这种职权而采取反措施。

158. 一些委员赞同特别报告员的意见，认为国际组织的内部规则只对于该组织与其成员的关系具有意义，然而委员会另一些委员认为，非成员也可以要求国际组织在采取反措施时遵守其内部规则。有的委员尤其建议，第 52 条草案应宣布，反措施所针对的国家和国际组织无论是不是诉诸反措施的国际组织的成员，应该能够对这种措施的合法性提出质问，前提是这一组织的职能并不允许它采取反措施，或者采取这种反措施的机构逾越了职权。

## 第 53 条草案 不受反措施影响的义务

159. 对于第 53 条草案第 2 款(b)项，有的委员提出下列问题：这一规定相当于 *lex lata*(现有法)，还是相当于 *lex ferenda*(应有法)？它是否适用于所有国际组织？

### 第 55 条草案 与采取反措施有关的条件

160. 对于第 55 条草案第 3 款(b)项, 有的委员提议, 这一例外的范围应该扩展到争端正在由法院或法庭之外的一个机构审理这种情形, 但条件是这种机构有权作出对各当事方有约束力的决定。这也将包含一国际组织内部可能具有的用于解决该组织与其成员之间争端的机制。

### 第 57 条草案 受害国或国际组织以外的实体采取的措施

161. 关于第 57 条草案, 有的委员说, 这两款所处理的问题差别很大, 不应该列在同一条里。一些委员对第 57 条草案第 1 款表示支持, 这一款涉及一个非受害国或国际组织可以针对责任国际组织采取的合法措施。有的委员提议, 这一条草案应该包含第 51 条草案第 3 款中的要求, 即援引责任的组织获得了保护有关义务所基于的国际社会利益的职责。然而也有委员说, 照抄国家责任第 54 条不是委员会的唯一选择; 具体说, 有的委员提出疑问, 委员会是否可以更进一步, 将“合法措施”改为“反措施”。

162. 一些委员支持第 57 条草案第 2 款, 该款涉及一个区域性经济一体化组织应某一受害成员的要求而对责任国际组织采取的反措施, 该受害成员已将某些事务的职权完全转让给该组织。然而一些委员认为, 没有恰当的理由将这一款的范围局限于区域经济一体化组织。有的委员提议, 这一款的范围应加以扩大, 包括成员国将行动职权转让给国际组织的所有情况。另一些委员对这一规定表示关切, 尤其指出会造成严重的滥用危险, 会产生这样的效果: 更多的国家会参与进来, 远超过最初由国际不法行为所伤害的那些国家。有的委员提议, 这一条草案应将国际组织采取反措施的权利的情形局限于以下情况: 即该组织的职权范围明确准许使用这一权利。还有的委员提议, 国际组织按照第 57 条第 2 款采取反措施的权利应局限于如果是由成员自己采取, 在法律上也是可能的措施。如果这一款找不到大家共同接受的措辞, 有的委员提议将它删除, 或者改为一项关于区域经济一体化组织的“不妨碍”条款。

### 3. 特别报告员的总结

163. 特别报告员指出, 委员会对于条款草案是否应包含反措施一章意见不一, 更确切地说, 在多大程度上国际组织应被视为有权采取反措施, 大家意见不一。可通过设立工作组, 就这些问题达成一致意见。如果仅仅通过一项“不妨碍”条款, 那么

正如第 52 条草案第 4 款和第 5 款目前的措辞所暗示的那样，便没有机会明确地说明，作为一般规则，反措施在国际组织以及成员之间的关系上没有其地位。这样陈述的目的是限制反措施的使用，但在实践中或在文献里并没有予以一般性的说明。

## C. 委员会迄今为止暂时通过的国际组织的责任条款草案案文

### 1. 条款草案案文

164. 委员会迄今为止暂时通过的条款草案案文载录如下。

## 国际组织的责任

### 第一部分

#### 国际组织的国际不法行为

# 第一章 导言

## 第 1 条 <sup>573</sup>

### 本条款草案的范围

1. 本条款草案适用于一国际组织对国际法所指的不法行为负有的国际责任。
2. 本条款草案也适用于一国对一国际组织的国际不法行为负有的国际责任。

## 第 2 条 <sup>574</sup>

### 用语

为本条款草案的目的，“国际组织”一词是指根据条约或受国际法制约的其他文书建立的拥有自己国际法律人格的组织。国际组织的成员除国家以外，还可包括其他实体。

## 第 3 条 <sup>575</sup>

### 一般原则

1. 一国际组织的每一国际不法行为均引起该国际组织的国际责任。
2. 在下述情况下，一国际组织有国际不法行为：
  - (a) 依国际法，由作为或不作为构成的行为可归于该国际组织；并且
  - (b) 该行为构成对该国际组织国际义务的违反。

---

<sup>573</sup> 本条的评注见《大会正式记录，第五十八届会议，补编第 10 号》(A/58/10)，第 34-37 页。

<sup>574</sup> 评注见同上，第 38-45 页。

<sup>575</sup> 评注见同上，第 45-49 页。

## 第二章<sup>576</sup>

### 将行为归于一国际组织

#### 第 4 条<sup>577</sup>

##### 将行为归于一国际组织的一般规则

1. 一国际组织的一个机关或代理人履行该机关或代理人的职务的行为，依国际法应视为该国际组织的行为，不管该机关或代理人相对于该组织而言具有何种地位。
2. 为第 1 款的目的，“代理人”一词包括该组织行事时所借助的官员和其他人或实体。<sup>578</sup>
3. 为确定该组织的机关和代理人的职能，应适用该组织的规则。
4. 为本条草案的目的，“该组织的规则”具体是指：组成文书，该组织按照这些组成文书通过的决定、决议和其他文件，该组织已确立的惯例。<sup>579</sup>

#### 第 5 条<sup>580</sup>

##### 一国或一国际组织交由另一国际组织支配的 机关或代理人的行为

一国的机关或一国际组织的机关或代理人在交由另一国际组织支配之后，其行为依国际法应视为后一国际组织的行为，只要该组织对该行为行使有效控制。

---

<sup>576</sup> 本章的评注见同上，《第五十九届会议，补编第 10 号》(A/59/10)，第 100-103 页。

<sup>577</sup> 本条的评注见同上，第 104-109 页。

<sup>578</sup> 第 2 款的位置可在稍后阶段重新考虑，以期最终将所有术语的定义置于第 2 条内。

<sup>579</sup> 第 4 款的位置可在稍后阶段重新考虑，以期最终将所有术语的定义置于第 2 条内。

<sup>580</sup> 本条的评注见《大会正式记录，第五十九届会议，补编第 10 号》(A/59/10)，第 110-115 页。

**第 6 条** <sup>581</sup>  
**逾越权限或违背指示**

一国际组织的机关或代理人若以此种资格行事，其行为依国际法应视为该国际组织的行为，即使该行为逾越了该机关或代理人的权限或违背了指示。

**第 7 条** <sup>582</sup>  
**被一国际组织承认并当作自身行为的行为**

按照前述各条草案不能归于一国际组织的行为，在并且只在该国际组织承认此行为并当作自身行为的情况下，依国际法应视为该国际组织的行为。

---

<sup>581</sup> 评注见同上，第 116-120 页。

<sup>582</sup> 评注见同上，第 120-122 页。



## 第三章<sup>583</sup>

### 违背国际义务

#### 第 8 条<sup>584</sup>

##### 违背国际义务行为的发生

1. 如果一国际组织的行为不符合一项国际义务对它的要求，该国际组织即违背了该项国际义务，而不论该项义务的起源或特性为何。
2. 第 1 款也适用于违背该国际组织的规则所确立的国际法义务的情况。

#### 第 9 条<sup>585</sup>

##### 对一国际组织为有效的国际义务

除非行为发生时国际组织受一项国际义务的约束，否则该国际组织的行为不构成对该项国际义务的违背。

#### 第 10 条<sup>586</sup>

##### 违背国际义务行为在时间上的延续

1. 一国际组织的非持续性行为违背一项国际义务时，该行为发生的时刻即为违背义务行为发生的时刻，即使该行为的影响继续存在。
2. 一国际组织的持续性行为违背一项国际义务时，该行为持续进行并一直不符合该项国际义务的整个期间即为违背义务行为延续的时间。

---

<sup>583</sup> 本章的评注见《大会正式记录，第六十届会议，补编第 10 号》(A/60/10)，第 86-87 页。

<sup>584</sup> 本条的评注见同上，第 87-90 页。

<sup>585</sup> 评注见同上，第 91 页。

<sup>586</sup> 评注见同上，第 92 页。

3. 如果一项国际义务要求一国际组织防止一特定事件的发生，则该事件发生的时刻即为违背义务行为发生的时刻，而该事件持续进行并一直不符合该项国际义务的整个期间即为违背义务行为延续的时间。

## 第 11 条 <sup>587</sup>

### 一复合行为违背义务

1. 如果一国际组织是通过总体上被界定为不法的一系列作为和不作为违背一项国际义务的，则与其他作为或不作为联系在一起足以构成不法行为的那一作为或不作为发生的时刻即为违背义务行为发生的时刻。

2. 在此种情况下，自该系列作为和不作为中的第一个作为或不作为开始的、这些作为或不作为反复发生并一直不符合该项国际义务的整个期间，即为违背义务行为延续的时间。

---

<sup>587</sup> 评注见同上。

## 第四章<sup>588</sup>

### 一国际组织对一国或另一国际组织行为的责任

#### 第 12 条<sup>589</sup>

##### 援助或协助实施一国际不法行为

援助或协助一国或另一国际组织实施国际不法行为的国际组织应对其援助或协助行为负国际责任，如果：

- (a) 提供援助或协助的组织在知道该国际不法行为的情况下这样做，而且
- (b) 该行为若由提供援助或协助的组织实施会构成国际不法行为。

#### 第 13 条<sup>590</sup>

##### 指挥和控制一国际不法行为的实施

指挥和控制一国或另一国际组织实施一国际不法行为的国际组织应对该行为负国际责任，如果：

- (a) 发出指示和进行控制的组织在知道该国际不法行为的情况下这样做；而且
- (b) 该行为若由发出指示和进行控制的组织实施会构成国际不法行为。

#### 第 14 条<sup>591</sup>

##### 胁迫一国或另一国际组织

胁迫一国或另一国际组织实施一行为的国际组织应对该行为负国际责任，如果：

- (a) 在没有胁迫的情况下，该行为会是被胁迫国或国际组织的国际不法行为；而且
- (b) 进行胁迫的国际组织在知道该行为的情况下这样做。

---

<sup>588</sup> 本章的评注见同上，第 92-96 页。

<sup>589</sup> 本条的评注见同上，第 96-97 页。

<sup>590</sup> 评注见同上，第 97-99 页。

<sup>591</sup> 评注见同上，第 99-100 页。

## 第 15 [16]条 <sup>592</sup>

### 向成员国和为其成员的国际组织做出的决定、建议和授权

1. 如果一国际组织通过一项具有约束力的决定，使一成员国或为其成员的国际组织实施若由该组织自己实施即会构成国际不法行为并使该组织避免承担国际义务的行为，则该国际组织负有国际责任。
2. 一国际组织负有国际责任，如果：
  - (a) 该组织授权一成员国或为其成员的国际组织实施若由该组织自己实施即会构成国际不法行为并使该组织避免承担国际义务的行为，或建议一成员国或为其成员的国际组织实施此种行为；而且
  - (b) 该国或为其成员的国际组织根据该项授权或建议实施有关行为。
3. 无论有关行为对于上述决定、授权或建议所针对的成员国或为其成员的国际组织是否构成国际不法行为，第 1 款和第 2 款均适用。

## 第 16 [15]条 <sup>593</sup>

### 本章的效力

本章不妨碍实施有关行为的国家或国际组织的国际责任，或任何其他国家或国际组织的国际责任。

---

<sup>592</sup> 评注见同上，第 101-105 页。方括号内的数字指特别报告员第三次报告(A/CN.4/553)中对应条款的编号。

<sup>593</sup> 评注见同上，第 105 页。

## 第五章<sup>594</sup>

### 解除行为不法性的情况

#### 第 17 条<sup>595</sup>

##### 同 意

一国或一国际组织以有效方式表示同意另一国际组织实施某项特定行为时，则对于该国或前一国际组织而言，该特定行为的不法性即告解除，但以该行为不逾越该项同意的范围为限。

#### 第 18 条<sup>596</sup>

##### 自 卫

一国际组织的行为如构成按照《联合国宪章》所体现的国际法原则采取的合法自卫措施，该行为的不法性即告解除。

#### 第 19 条<sup>597</sup>

##### 反 措 施

.....\*<sup>598</sup>

#### 第 20 条<sup>599</sup>

##### 不可 抗 力

1. 一国际组织与其国际义务不符的行为如起因于不可抗力，即有不可抗拒的力

---

<sup>594</sup> 本章的评注见《大会正式记录，第六十一届会议，补编第 10 号》(A/61/10)，第 263-264 页。

<sup>595</sup> 本条的评注见同上，第 264-265 页。

<sup>596</sup> 评注见同上，第 265-267 页。

<sup>597</sup> 评注见同上，第 268 页。

<sup>598</sup> 第 19 条涉及解除不法性的另一种情况，即一国际组织就另一国际组织或一国的国际不法行为而采取反措施的情况。以后在结合国际组织的责任履行问题而处理与国际组织反措施有关的问题时，再拟定此条草案的案文。

<sup>599</sup> 本条的评注见《大会正式记录，第六十一届会议，补编第 10 号》(A/61/10)，第 268-270 页。

量或该组织无法控制、无法预料的事件发生，以致该组织在这种情况下实际上不可能履行义务，该行为的不法性即告解除。

2. 在以下情况中第 1 款不适用：

- (a) 不可抗力情况是由援引该情况的组织的行为单独导致或与其他因素一并导致；或
- (b) 该组织已承担发生这种情况的风险。

## 第 21 条 <sup>600</sup>

### 危 难

1. 对于一国际组织与其国际义务不符的行为，如果有关行为人在遭遇危难的情况下，除此行为之外，别无其他合理方法来挽救其生命或受其监护的其他人的生命，则该行为的不法性即告解除。

2. 在以下情况中第 1 款不适用：

- (a) 危难情况是由援引该情况的组织的行为单独导致或与其他因素一并导致；或
- (b) 所涉行为很可能导致程度相当或更大的危险。

## 第 22 条 <sup>601</sup>

### 危急情况

1. 国际组织不得援引危急情况作为理由来解除该组织与其国际义务不符的行为的不法性，除非该行为：

- (a) 是该组织针对整个国际社会基本利益面临的严重迫切危险，按照国际法，它有责任保护该基本利益的唯一办法；并且
- (b) 没有严重损害对其承担义务的一国或多国的基本利益，或者整个国际社会的基本利益。

2. 在下列情形中，国际组织无论如何不得援引危急情况作为解除不法性的理由：

---

<sup>600</sup> 评注见同上，第 270-272 页。

<sup>601</sup> 评注见同上，第 272-275 页。

- (a) 有关的国际义务排除了援引危急情况的可能性；或
- (b) 该组织促成了危急情况。

### 第 23 条 <sup>602</sup>

#### 对强制性规范的遵守

对于一国际组织违反一般国际法强制性规范所产生的义务的任何行为，不得以本章中的任何规定作为理由来解除其不法性。

### 第 24 条 <sup>603</sup>

#### 援引解除行为不法性的情况的后果

根据本章援引解除行为不法性的情况不妨碍：

- (a) 在解除行为不法性的情况不再存在时遵守该项义务；
- (b) 对该行为所造成的任何物质损失的赔偿问题。

---

<sup>602</sup> 评注见同上，第 275-276 页。

<sup>603</sup> 评注见同上，第 276-277 页。



## 第 (X) 章 <sup>604</sup>

### 一国对一国际组织行为的责任

#### 第 25 条 <sup>605</sup>

##### 一国援助或协助一国际组织实施国际不法行为

援助或协助一国际组织实施国际不法行为的国家应对其援助或协助行为负国际责任，如果：

- (a) 提供援助或协助的国家在知道该国际不法行为的情况下这样做；而且
- (b) 该行为若由提供援助或协助的国家实施会构成国际不法行为。

#### 第 26 条 <sup>606</sup>

##### 一国指挥和控制一国际组织实施国际不法行为

指挥和控制一国际组织实施一国际不法行为的国家应对该行为负国际责任，如果：

- (a) 发出指示和进行控制的国家在知道该国际不法行为的情况下这样做；而且
- (b) 该行为若由发出指示和进行控制的国家实施会构成国际不法行为。

#### 第 27 条 <sup>607</sup>

##### 一国胁迫一国际组织

胁迫一国际组织实施一行为的国家应对该行为负国际责任，如果：

- (a) 在没有胁迫的情况下，该行为会是该国际组织的国际不法行为；而且
- (b) 进行胁迫的国家在知道该行为的情况下这样做。

---

<sup>604</sup> 将以后确定本章的位置。本章的评注见同上，第 277-279 页。

<sup>605</sup> 本条的评注见同上，第 279-280 页。

<sup>606</sup> 评注见同上，第 280-281 页。

<sup>607</sup> 评注见同上，第 282 页。

## 第 28 条 <sup>608</sup>

### 向国际组织提供职权情况下的国际责任

1. 如果国际组织的一成员国通过向该组织提供与该国某一项国际义务有关的职权而规避该项国际义务，并且该组织实施一项若由该国实施即构成对该项义务的违反的行为，则该成员国负有国际责任。
2. 不论有关行为是否构成该国际组织的国际不法行为，第 1 款均适用。

## 第 29 条 <sup>609</sup>

### 国际组织的成员国对该组织的国际不法行为的责任

1. 在不妨碍第 25 至第 28 条草案的情况下，国际组织的成员国对该组织的国际不法行为负有责任，如果：
  - (a) 该国已同意对该行为承担责任；或
  - (b) 该国曾经致使受害方信赖它的责任。
2. 依照第 1 款所产生的一国的国际责任被认定为次要责任。

## 第 30 条 <sup>610</sup>

### 本章的效力

本章不妨碍实施有关行为的国际组织或任何其他国际组织根据这些条款草案的其他规定应该承担的国际责任。

## 第 二 部 分 <sup>611</sup>

### 国际组织的国际责任的内容

---

<sup>608</sup> 评注见同上，第 283-286 页。

<sup>609</sup> 评注见同上，第 286-291 页。

<sup>610</sup> 评注见同上，第 291-292 页。

<sup>611</sup> 本部分的评注见《大会正式记录，第六十二届会议，补编第 10 号》(A/62/10)，第 200 页。

# 第一章

## 一般原则

### 第 31 条 <sup>612</sup>

#### 国际不法行为的法律后果

一国际组织依照第一部分的规定对一国际不法行为引起的国际责任，产生本部分所列的法律后果。

### 第 32 条 <sup>613</sup>

#### 继续履行的责任

本部分所规定的一国际不法行为的法律后果不影响责任国际组织继续履行所违背义务的责任。

### 第 33 条 <sup>614</sup>

#### 停止和不重复

国际不法行为的责任国际组织有义务：

- (a) 在从事一项持续性的不法行为时，停止该行为；
- (b) 在必要的情况下，提供不重复该行为的适当承诺和保证。

### 第 34 条 <sup>615</sup>

#### 赔偿

1. 责任国际组织有义务对国际不法行为所造成的损害提供充分赔偿。

---

<sup>612</sup> 评注见同上，第 200 页。

<sup>613</sup> 评注见同上，第 201-202 页。

<sup>614</sup> 评注见同上，第 202-203 页。

<sup>615</sup> 评注见同上，第 203-204 页。

2. 损害包括一国际组织国际不法行为造成的任何损害，无论是物质损害还是精神损害。

### 第 35 条 <sup>616</sup>

#### 与组织规则无关

1. 责任国际组织不得以其本组织的规则为不能按照本部分的规定遵守其义务的理由。

2. 第 1 款不妨碍该国际组织的规则适用于该组织所承担的对其成员国和成员组织的责任。

### 第 36 条 <sup>617</sup>

#### 本部分所列国际义务的范围

1. 本部分规定的责任国际组织的义务可能是对一个或若干其他组织、一个或若干国家、或对整个国际社会承担的义务，具体取决于该国际义务的特性和内容及违反义务的情况。

2. 本部分不妨碍任何人或国家以外或国际组织以外的任何实体因一国际组织的国际责任而可能直接取得的任何权利。

---

<sup>616</sup> 评注见同上，第 205-206 页。

<sup>617</sup> 评注见同上，第 206-207 页。

## 第二章

### 赔偿损害

#### 第 37 条<sup>618</sup>

##### 赔偿方式

对国际不法行为造成的损害的充分赔偿，应按照本章的规定，单独或合并地采取恢复原状、补偿和抵偿的方式。

#### 第 38 条<sup>619</sup>

##### 恢复原状

在下述情况，并只在下述情况下，一国际不法行为的责任国际组织有义务恢复原状，即恢复到实施不法行为以前所存在的状况：

- (a) 恢复原状并非实际上办不到；
- (b) 从恢复原状而非补偿中得到的利益不致与所引起的负担完全不成比例。

#### 第 39 条<sup>620</sup>

##### 补 偿

1. 一国际不法行为的责任国际组织有义务补偿该行为造成的任何损害，如果这种损害没有以恢复原状的方式得到赔偿。
2. 这种补偿应该弥补在经济上可以评估的任何损害，包括可以确定的利润损失。

---

<sup>618</sup> 评注见同上，第 208 页。

<sup>619</sup> 评注见同上，第 209 页。

<sup>620</sup> 评注见同上，第 209-211 页。

## 第 40 条 <sup>621</sup>

### 抵 偿

1. 一国际不法行为的责任国际组织有义务抵偿该行为造成的损失，如果这种损失不能以恢复原状或补偿的方式得到赔偿。
2. 抵偿可采取承认不法行为、表示遗憾、正式道歉或另一种合适的方式。
3. 抵偿不应与损失不成比例，而且不得采取羞辱责任国际组织的方式。

## 第 41 条 <sup>622</sup>

### 利 息

1. 为确保充分赔偿，必要时，应支付根据本章所应支付的任何本金金额的利息。应为取得这一结果规定利率和计算方法。
2. 利息从应支付本金金额之日起算，至履行支付义务之日为止。

## 第 42 条 <sup>623</sup>

### 促成损害

在确定赔偿时，应考虑到提出索赔的受害国或受害国际组织或任何人或实体由于故意或疏忽以作为或不作为促成损害的情况。

## 第 43 条 <sup>624 625</sup>

### 确保有效履行赔偿义务

责任国际组织成员被要求按照有关组织规则采取一切适当措施，向该组织提供有效履行本章之下义务的手段。

---

<sup>621</sup> 评注见同上，第 211-213 页。

<sup>622</sup> 评注见同上，第 213 页。

<sup>623</sup> 评注见同上，第 213-214 页。

<sup>624</sup> 评注见同上，第 214-217 页。

<sup>625</sup> 一些委员提出、讨论并支持下列案文：“责任国际组织应按照其规则采取一切适当措施，确保其成员向该组织提供有效履行本章之下义务的手段”。

## 第三章

### 严重违背依一般国际法强制性规范承担的义务

#### 第 44[43]条<sup>626</sup>

##### 本章的适用

1. 本章适用于一国际组织严重违背依一般国际法强制性规范承担的义务所产生的国际责任。
2. 如果这种违约情况是由于责任国际组织严重或系统性违约所引起的，则为严重违约行为。

#### 第 45[44] 条<sup>627</sup>

##### 严重违背依本章承担的一项义务的特定后果

1. 各国和各国际组织应进行合作，通过合法手段制止第 44 [43]条含义范围内的任何严重违背义务行为。
2. 任何国家或国际组织均不得承认第 44 [43]条含义范围内的严重违背义务行为所造成的情况为合法，也不得协助或援助保持该状况。
3. 本条不妨碍本部分所指的其他后果和本章适用的违背义务行为可能依国际法引起的进一步的此类后果。

## 第三部分<sup>628</sup>

### 国际组织的国际责任的履行

---

<sup>626</sup> 评注见《大会正式记录，第六十二届会议，补编第 10 号》(A/62/10)，第 217 页。方括号内的数字指特别报告员第五次报告(A/CN.4/583)中对应条款的编号。

<sup>627</sup> 评注见同上，第 218-220 页。

<sup>628</sup> 评注见下文 C.2 节。



## 第一章

### 援引国际组织的责任

#### 第 46 条 <sup>629</sup>

##### 一受害国或国际组织援引责任

一国或一国际组织有权作为受害国或受害国际组织援引另一国际组织的责任，如果被违反的义务是：

- (a) 单独地对该国或前一国际组织承担的义务；
- (b) 对包括该国或前一国际组织在内的若干国家或国际组织或对整个国际社会承担的义务，而且对该义务的违反：
  - (一) 特别影响到该国或该国际组织；或
  - (二) 具有如此性质以致就继续履行该义务而言，会根本改变对其承担该义务的所有其他国家和国际组织的地位。

#### 第 47 条 <sup>630</sup>

##### 一受害国或国际组织通知其求偿要求

1. 援引一国际组织责任的受害国或国际组织应将其求偿要求通知该组织。
2. 受害国或国际组织可具体指明：
  - (a) 从事一项持续性不法行为的责任国际组织应采取什么行动以停止该不法行为；
  - (b) 应根据第二部分的规定采取哪种赔偿形式。

---

<sup>629</sup> 评注见下文 C.2 节。

<sup>630</sup> 评注见下文 C.2 节。

## 第 48 条 <sup>631</sup>

### 求偿要求的可受理性

1. 如果求偿要求的提出不符合应适用的国籍规则，受害国不得援引国际组织的责任。
2. 如果用尽当地救济的规则适用于一项求偿要求，那么在未用尽一国际组织提供的任何可利用的有效救济时，受害国或国际组织不得援引该组织的责任。

## 第 49 [48] 条 <sup>632</sup>

### 援引责任权利的丧失

在下列情况下不得援引一国际组织的责任：

- (a) 受害国或国际组织已有效地放弃求偿要求；
- (b) 受害国或国际组织基于其行为应被视为已有效地默认其要求失效。

## 第 50 [49] 条 <sup>633</sup>

### 数个受害国或国际组织

在数个国家或国际组织由于一个国际组织的同一国际不法行为而受害的情况下，每一受害国或国际组织可分别援引该国际组织对该国际不法行为的责任。

## 第 51 [50] 条 <sup>634</sup>

### 数个责任国或国际组织

1. 在一个国际组织和一个或更多国家或其他组织对同一国际不法行为负有责任的情况下，可援引每个国家或国际组织涉及该行为的责任。
2. 只有在援引主要责任未导致赔偿的情况下，方可援引如第 29 条草案所述的次要责任。

---

<sup>631</sup> 评注见下文 C.2 节。

<sup>632</sup> 评注见下文 C.2 节。方括号内的数字指特别报告员第六次报告(A/CN.4/597)中对应条款的编号。

<sup>633</sup> 评注见下文 C.2 节。

<sup>634</sup> 评注见下文 C.2 节。

3. 第 1 和第 2 款：

- (a) 不允许任何受害国或国际组织获得多于其所受损失的赔偿；
- (b) 不妨碍提供赔偿的国家或国际组织对其他责任国或国际组织可能拥有的任何追索权利。

**第 52[51]条** <sup>635</sup>

**受害国以外的国家或受害国际组织以外的国际组织援引责任**

1. 受害国或国际组织以外的国家或国际组织有权按照第 4 款援引另一国际组织的责任，条件是被违背的义务是针对包括援引责任的国家或组织在内的国家或国际组织集团承担的、并是为保护该集团的集体利益而确立的。

2. 受害国以外的国家有权按照第 4 款援引国际组织的责任，条件是被违背的义务是对整个国际社会承担的。

3. 不属于受害国际组织的国际组织有权按照第 4 款援引另一国际组织的责任，条件是被违背的义务是对整个国际社会承担的，而且保护该义务所基于的国际社会利益是援引责任的国际组织担负的一部分职责。

4. 有权按照第 1 至第 3 款援引责任的国家或国际组织可要求责任国际组织：

- (a) 按照第 33 条草案的规定，停止国际不法行为，并提供不重犯的承诺和保证；并且
- (b) 按照第二部分的规定履行向受害国或国际组织或被违背之义务的受益人提供赔偿的义务。

5. 受害国或国际组织按照第 47 条、第 48 条第 2 款和第 49 条草案援引责任的条件同样适用于有权按照第 1 款至第 4 款规定援引责任的国家或国际组织。

**第 53 条** <sup>636</sup>

**本部分的范围**

本部分不妨碍个人或国家或国际组织以外的实体可能拥有的援引国际组织的国际责任的权利。

---

<sup>635</sup> 评注见下文 C.2 节。

<sup>636</sup> 评注见下文 C.2 节。

## 2. 委员会第六十届会议通过的条款草案 案文及其评注

165. 委员会第六十届会议通过的条款草案案文及其评注载录如下。

### 第三部分

#### 国际组织的国际责任的履行

(1) 本条款草案第三部分涉及国际组织国际责任的履行。遵照国家对国际不法行为的责任条款的一般格式，这一部分为两章。<sup>637</sup> 第一章涉及援引国际责任和某些相关问题，其中不包括涉及可供履行国际责任所用的救济的问题。第二章考虑了为了使责任国际组织停止不法行为 and 提供赔偿而采取的反措施。

(2) 在此考虑了与履行国际责任相关的问题，这些问题涉及援引国际组织的责任。因此，尽管这些条款考虑了援引一国或一国际组织责任的问题，但并不涉及援引多个国家的责任的问题。但是，有一个条款(第 51 条)提到一个或多个国家与一个或多个国际组织对同一不法行为同时负有责任的情况。

---

<sup>637</sup> 《2001 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 26-30 页。

## 第一章

### 援引国际组织的责任

#### 第 46 条

##### 一受害国或国际组织援引责任

一国或一国际组织有权作为受害国或受害国际组织援引另一国际组织的责任，如果被违反的义务是：

- (a) 单独地对该国或前一国际组织承担的义务；
- (b) 对包括该国或前一国际组织在内的若干国家或国际组织或对整个国际社会承担的义务，而且对该义务的违反：
  - (一) 特别影响到该国或该国际组织；或
  - (二) 具有如此性质以致就继续履行该义务而言，会根本改变对其承担该义务的所有其他国家和国际组织的地位。

#### 评 注

(1) 本条款界定了一国或一国际组织何时有权作为受害国或受害国际组织援引责任。意味着有权主张责任国际组织遵守第二部分中所载的义务。

(2) (a)项考虑了引起一国际组织责任的更常见的情况：违反个别地对一国或另一国际组织承担的义务。该项对应于国家对国际不法行为的责任的第 42 条(a)项。<sup>638</sup>看来很清楚，一国作为受害国援引责任的条件不因责任实体为另一国家或一国际组织而变化。同样，在一国际组织对另一国际组织个别地负有义务之时，在发生违反事项的情况下，后一组织必须被视为有权作为受害组织援引责任。

(3) 有关一国际组织因对其个别承担的义务被违反而有权援引国际责任的实践主要涉及国家违反承诺的义务。由于目前的条款并不涉及有关援引国家的责任的问题，因此这种实践在此仅仅是间接相关。有关实践所指的被违反的义务是条约或一般

---

<sup>638</sup> 同上，第 29 页。

国际法所规定的义务。正是在后一种情况下，国际法院在关于“执行联合国公务时所受损害的赔偿”的咨询意见中说，业已“确定，该组织有在国际上提出要求的行为能力”。<sup>639</sup> 而且，在一国违反国际法义务的情况下，联合国赔偿委员会理事会设想赔偿“各国政府或国际组织因伊拉克非法入侵和占领科威特而遭受的任何直接损失、损坏或伤害”。<sup>640</sup> 在此基础上，专员小组判给了若干被明确界定为国际组织的实体索赔的赔偿金：阿拉伯规划协会、阿拉伯国家间投资担保公司、海湾阿拉伯国家教育研究中心、阿拉伯经济和社会发展基金、阿拉伯海湾国家共同节目制作协会和阿拉伯城镇组织。<sup>641</sup>

(4) 根据国家对国际不法行为的责任的第 42 条(b)项，在违反对一个国家集团或整个国际社会的义务、且违反的义务(一)特别影响到该国，或(二)具有如此性质以致就继续履行义务而言，会根本改变对其承担该义务的所有其他国家的地位时，一国也可作为受害国援引责任。<sup>642</sup> 相关评注举出了例子，第一类的例子为一个特别受到违反有关公海污染方面义务影响的沿岸国；<sup>643</sup> 第二类的例子为裁军条约缔约国或“每个缔约国履约情况实际上以其他每个缔约国履约为条件并要求其他每个缔约国履约的任何其他条约”缔约国。<sup>644</sup>

(5) 这类违反义务的情况很少影响到各国，与国际组织相关的可能性更小。但是，不能排除国际组织可能犯下违背一类或另一类义务的情况，一国或一国际组织可能有权作为受害国或国际组织援引责任。因此，最好在目前的条款中纳入一国或国际组织在类似情况下可作为受害国或受害国际组织援引国际组织的责任的可能性。(b) 项的(一)、(二)分项对此作了规定。

(6) 目前条文的开首语中提到“另一国际组织的责任”，这是由于案文累积考虑了一国或国际组织援引责任问题。提到“另一”国际组织并不打算排除一国受到伤害和仅涉及一个国际组织—责任组织—的情况。在相同的开首语中提到“一国”和“一国际组织”也并不意味着一个以上的国家或国际组织不会受到同一国际不法行为的伤害。

---

<sup>639</sup> 《1949 年国际法院案例汇编》，第 184-185 页。

<sup>640</sup> S/AC.26/1991/7/Rev.1，第 34 段。

<sup>641</sup> “专员小组关于第六批“F1”类索赔的报告和建议”，S/AC.26/2002/6，第 213-371 段。

<sup>642</sup> 《2001 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 29 页。

<sup>643</sup> 同上，第 119 页，第 12 段。

<sup>644</sup> 同上，第 119 页，第 13 段。

(7) 同样，(b)项中提到“若干国家或国际组织”并不一定意味着该集团应同时包括国家和国际组织，或应当有多个国家或国际组织。因此，案文打算包括下列情况：被违反的义务是责任国际组织对若干国家承担的义务；是对若干其他组织承担的义务；是对一个由国家和组织(但不一定为多个国家或组织)构成的集团承担的义务。

## 第 47 条

### 一受害国或国际组织通知其求偿要求

1. 援引一国际组织责任的受害国或国际组织应将其求偿要求通知该组织。
2. 受害国或国际组织可具体指明：
  - (a) 从事一项持续性不法行为的责任国际组织应采取什么行动以停止该不法行为；
  - (b) 应根据第二部分的规定采取哪种赔偿形式。

## 评 注

(1) 本条对应于国家对国际不法行为责任的第 43 条。<sup>645</sup> 关于通知求偿要求而援引国际组织国际责任，没有什么理由设想采取不同于一受害国援引另一国家责任之时使用的模式。而且，无论援引责任的实体为国家或国际组织，都应当适用相同的规则。

(2) 第 1 款并未确定援引责任应当采取的形式。根据第 2 款，援引责任的国家或国际组织可具体指明某些要件，特别是“应采取哪种赔偿形式”，但这并不意味着责任国际组织必须遵守这些具体规定。

(3) 第 1 款将责任国际组织称为“另一国际组织”，这并不是说，当援引责任的实体为一个国家时，必须涉及一个以上的国际组织。

(4) 尽管本条款提到“一受害国或国际组织”，但根据第 52 条第 5 款，在第 46 条定义的范围内，在非受害国的国家或国际组织有权援引责任之时，相同的规则适用于通知求偿要求。

---

<sup>645</sup> 同上，第 29 页。

## 第 48 条

### 求偿要求的可受理性

1. 如果求偿要求的提出不符合应适用的国籍规则，受害国不得援引国际组织的责任。
2. 如果用尽当地救济的规则适用于一项求偿要求，那么在未用尽一国际组织提供的任何可利用的有效救济时，受害国或国际组织不得援引该组织的责任。

### 评 注

(1) 本条对应于国家对国际不法行为责任的第 44 条。<sup>646</sup> 本条涉及在援引一国际组织的国际责任之时，国家或国际组织可能偏向的某些类别的求偿要求可受理性的问题。第 1 款考虑了涉及国籍规则的求偿要求，第 2 款有关适用当地救济规则的求偿要求。

(2) 求偿要求所涉的国籍是对行使外交保护的国家适用的一项要求。尽管关于外交保护的草案第 1 条界定了一国就“另一国国际不法行为给属于本国国民的自然人或法人造成损害”援引另一国的责任的制度，但这一定义是“为[……]条款草案的目的”提出的。<sup>647</sup> 仅提到国家之间的关系是可以理解的，因为外交保护一般涉及这种情况。<sup>648</sup> 但是，一国也可针对一国际组织行使外交保护，例如，一个组织在一国领土上部署部队，部队的行为导致违背有关个人待遇的国际法义务。

(3) 前面段落所引定义中已经暗示，有关人员须为国民，才可进行外交保护这一要求。关于外交保护的第 3 条第 1 款有以下表述：“有权行使外交保护的国家是国籍国”。<sup>649</sup>

(4) 本条第 1 款仅涉及国家行使外交保护。当一国际组织偏向于对另一国际组织提出求偿要求时，不适用国籍要求。关于一国际组织援引国家的责任，国际法院在

---

<sup>646</sup> 同上，第 29 页。

<sup>647</sup> 《大会正式记录，第六十一届会议，补编第 10 号》(A/61/10)，第 16 页。

<sup>648</sup> 也正是在两国争端的情况下，国际法院在关于 Ahmadou Sadio Diallo 案初步反对意见的判决中认定，关于外交保护的第 1 条中的定义反映了“习惯国际法”；《2007 年国际法院案例汇编》，第 39 段(也可查阅<http://www.icj-cij.org/docket/files/103/13856.pdf>)。

<sup>649</sup> 《大会正式记录，第六十一届会议，补编第 10 号》(A/61/10)，第 17 页。



关于“执行联合国公务时所受损害的赔偿”的咨询意见中说，“国籍问题对于求偿要求的受理无关紧要”。<sup>650</sup>

(5) 第 2 款涉及当地救济规则。根据国际法，这一规则不仅仅适用于有关外交保护的要求，而且还适用于有关尊重人权的要求。<sup>651</sup> 在职能保护案件中，不适用当地救济规则，<sup>652</sup> 当一国际组织采取行动，以保护其执行任务的工作人员之时，一组织还可在其要求中列入“受害者或通过他而被授权者所受的损害”，正如国际法院在关于“执行联合国公务时所受损害的赔偿”的咨询意见中所说。<sup>653</sup> 在这一范围内，用尽当地救济的要求可被认为适用。

(6) 关于责任国际组织，是否需要用尽当地救济取决于要求的情况。如果这一要求在特定案件中适用，在此就不需要确切地界定何时将适用当地救济规则。看来一种明确的情况是，关于一个国际组织在管理一个领土时个人待遇方面的要求。关于欧洲联盟内的现有救济，也有援引当地救济规则的情况。其中一个实例是欧洲联盟委员会法律事务司司长就欧盟国家和美国在为飞机噪音消减措施问题上的纠纷，代表欧洲联盟全体成员国向国际民用航空组织理事会发表的声明。欧洲联盟成员国认为，美国的索偿是不可受理的，因为在引起争议的欧共体条例问题上，补救措施尚未用尽，因为这项措施当时“在欧盟成员国的国家法院以及欧洲法院上被提出质疑”。<sup>654</sup> 这一做法表明，不管是向欧盟成员国提出索偿，还是援引欧洲联盟的责任，都要求用尽欧洲联盟内的现有救济。

---

<sup>650</sup> 《1949 年国际法院案例汇编》，第 186 页。

<sup>651</sup> 尤见 A.A. Cançado Trindade, *The Application of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 1983), pp. 46-56; C.F. Amerasinghe, *Local Remedies in International Law*, 2nd ed. (Cambridge: Cambridge University Press, 2004), pp. 64-75; R. Pisillo Mazzeschi, *Esaurimento dei ricorsi interni e diritti umani* (Torino: Giappichelli, 2004). 这些作者着重论述在根据人权条约提出求偿时用尽当地救济的问题。

<sup>652</sup> J. Verhoeven 强调了这一点，“Protection diplomatique, épuisement des voies de recours et juridictions européennes”, *Droit du pouvoir, pouvoir du droit - Mélanges offerts à Jean Salmon* (Bruxelles: Bruylant, 2007), p. 1511, at p. 1517.

<sup>653</sup> 《1949 年国际法院案例汇编》，第 184 页。

<sup>654</sup> “对美国的答复作出的口头说明和评论”，2000 年 11 月 15 日，A/CN.4/545，附文 18。

(7) 对国际机构的求偿必须用尽当地救济，这一点为大多数作者接受，至少原则上接受。<sup>655</sup> 尽管“当地救济”一词在这种情况下可能看来不大贴切，因为这一措辞看来是指责任实体领土内可用的救济办法，但这一措辞作为一个专门术语在英文方案文中被普遍使用，因此也列入了第2款中。

(8) 如在国家对国际不法行为的责任的第44条中一样，用尽当地救济办法的要求以“可利用和有效的救济”的存在为条件。委员会在关于外交保护的第14和第15条中，更加详细地阐述了这项要求，<sup>656</sup> 但对于目前条款的目的而言，更为简练的描述可能已足够。

(9) 尽管一国际组织内存在可利用和有效的救济办法可能仅仅是为数有限的组织的特点，但第2款提到“该组织提供的”救济办法，旨在也包括在国际组织接受仲

---

<sup>655</sup> 当地救济办法规则适用于国家向国际组织提出的求偿要求，这是若干作者的主张：J.-P. Ritter, “La protection diplomatique à l’égard d’une organisation internationale”, *Annuaire français de droit international*, vol. 8 (1962), p. 427, at pp. 454-455; P. De Visscher, “Observations sur le fondement et la mise en oeuvre du principe de la responsabilité de l’Organisation des Nations Unies”, *Revue de droit international et de droit comparé*, vol. 40 (1963), p. 165, at p. 174; R. Simmonds, *Legal Problems Arising from the United Nations Military Operations in the Congo* (The Hague: Nijhoff, 1968), p. 238; B. Amrallah, “The International Responsibility of the United Nations for Activities Carried out by the U.N.”, *Revue égyptienne de droit international*, vol. 32 (1976), p. 57, at p. 67; L. Gramlich, “Diplomatic Protection Against Acts of Intergovernmental Organs”, *German Yearbook of International Law*, vol. 27 (1984), p. 386, at p. 398 (more tentatively); H.G. Schermers & N.M. Blokker, *International Institutional Law*, 3rd ed. (The Hague: Nijhoff, 1995), pp. 1167-1168; P. Klein, *La responsabilité des organisations internationales dans les ordres juridiques internes et en droit des gens* (Bruxelles: Bruylant/Éditions de l’Université de Bruxelles, 1998), p. 534 ff.; C. Pitschas, *Die völkerrechtliche Verantwortlichkeit der Europäischen Gemeinschaften und ihrer Mitgliedstaaten* (Berlin: Duncker & Humblot, 2001), p. 250; K. Wellens, *Remedies against International Organizations* (Cambridge: Cambridge University Press, 2002), pp. 66-67. 国际法协会在如下的最后报告中表达了同样的观点：“Accountability of International Organisations”, *Report of the Seventy-First Conference (Berlin)*, 2004, p. 213. C. Eagleton, “International Organizations and the Law of Responsibility”, *Recueil des cours* ..., vol. 76 (1950-I), p. 323, at p. 395 认为，当地救济办法规则不适用于对联合国的求偿要求，但这只是因为“联合国没有像国家那样具有常备的司法系统或其他‘当地救济’手段”。A.A. Cançado Trindade, “Exhaustion of Local Remedies and the Law of International Organizations”, *Revue de droit international et de sciences diplomatiques*, vol. 57 (1979), p. 81, at p. 108 指出，“当对一个国际组织提出一项损失赔偿要求时，该规则的适用是不能排除的，但在这种情况下，法律仍可有不同的发展方向”。M.Pérez González (“Les organisations internationales et le droit de la responsabilité”, *Revue générale de droit international public*, vol. 92 (1988), p.63, at p.71)表达了当地救济办法规则应灵活适用的观点。C.F. Amerasinghe, *Principles of the International Law of International Organisations*, 2nd ed. (Cambridge: Cambridge University Press, 2003), p. 486, 则认为，由于国际组织“一般没有对个人的司法权”，“它们是否会提供适当的内部救济措施，还是一个疑问。因此，很难想象如何适用当地救济办法规则”。该书的第一版也表达了同样的看法，而 F. Vacas Fernández, *La responsabilidad internacional de Naciones Unidas* (Madrid: Dykinson, 2002), pp. 139-140 也持有这一观点。

<sup>656</sup> 《大会正式记录，第六十一届会议，补编第10号》(A/61/10)，第20页。

裁法庭、国家法院或行政机构审理索偿的权限情况下可利用的救济办法。相对于有关个人而言，救济办法的地点可能影响到其效力。

(10) 如其他规定中一样，第 2 款提到“另一”国际组织并非打算排除可能援引一国际组织的责任，即使在不涉及任何其他国际组织的情况下也是如此。

(11) 在受害国或国际组织以外的国家或国际组织根据第 52 条援引责任之时，第 2 款也是相关的。为此，第 52 条第 5 款提到第 48 条第 2 款。

### 第 49[48] 条 援引责任权利的丧失

在下列情况下不得援引一国际组织的责任：

- (a) 受害国或国际组织已有效地放弃求偿要求；
- (b) 受害国或国际组织基于其行为应被视为已有效地默认其要求失效。

#### 评 注

(1) 本条严格遵照国家对国际不法行为的责任第 45 条的案文，<sup>657</sup> 在开首语部分将“一国”改为“一国际组织”，并在(a)和(b)项中增加了“或国际组织”。

(2) 很清楚，对受害国而言，援引责任权利的丧失很难取决于责任实体是国家还是国际组织。原则上，国际组织也应当被视为能够放弃要求，或默认要求失效。然而，应当注意到，由于国际组织的特征，一般难以确定哪个机关有权以该组织的名义放弃要求，并评估是否该组织方面已经默认。而且，国际组织方面的默认可能涉及比通常对国家而言足够更长的时期。

(3) (a)和(b)项具体规定，仅在“有效”做出的情况下，放弃或默认意味着援引责任权利的丧失。正如关于第 17 条的评注中所说，这一用语“指‘国家责任框架范围外的国际法规则处理的’事项，如代理人或个人是否是在经授权后代表国家或国际组织这样做的，或该项同意是否因受到胁迫或其他因素而变得无效”。<sup>658</sup> 在国际组织的情况中，有效意味着必须尊重国际组织的规则。然而，在尊重国际组织有关缔结条约权限规则、违反这些规则条约无效方面，这项要求可能遇到《关于国家和国际组

---

<sup>657</sup> 《2001 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 29 页。

<sup>658</sup> 《大会正式记录，第六十一届会议，补编第 10 号》(A/61/10)，第 265 页。

织间或国际组织相互间条约法的维也纳公约》<sup>659</sup> 第 46 条第 2 和第 3 款所述的限制。

(4) 在有数个受害国或受害国际组织之时，一个或多个国家或国际组织放弃并不影响其他受害国或受害组织援引责任的权利。

(5) 尽管(a)和(b)项提到“受害国或国际组织”，但根据第 52 条，就有权作为非受害国或受害国际组织援引责任的国家或国际组织而言，也可能出现由于放弃或默认而丧失援引责任权利的情况。第 52 条第 5 款提到第 49 条清楚地表明了这一点。

### 第 50[49] 条 数个受害国或国际组织

在数个国家或国际组织由于一个国际组织的同一国际不法行为而受害的情况下，每一受害国或国际组织可分别援引该国际组织对该国际不法行为的责任。

#### 评 注

(1) 本条款对应于国家对国际不法行为的责任第 46 条。<sup>660</sup> 在此考虑了下列案件，这些案件均涉及单一不法行为的责任：存在数个受害国；存在数个受害国际组织；存在一个或多个受害国和一个或多个受害国际组织。

(2) 任何受害国或国际组织均有权独立于任何其他受害国或国际组织援引责任。这并不排除部分或所有受害实体联合援引责任，如果其愿意这样做。协调求偿要求将有助于避免双重追索的风险。

(3) 国际法院在关于“执行联合国公务时所受损害的赔偿”的咨询意见中，设想了一受害国和一受害国际组织可能同时主张索偿的情况。国际法院认为，联合国和受害者国籍国可“就[……]受害人或与其有关的其他享有权利者所受的损害”索偿，并指出，“没有任何法律规则赋予一方或另一方以优先地位，或强迫该国或该组织不得提出国际诉求。法院认为，有关方面没有理由不出于善意和常理来寻求解决办法。[……]”<sup>661</sup>

---

<sup>659</sup> A/CONF.129/15。

<sup>660</sup> 《2001 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 29 页。

<sup>661</sup> 《1949 年国际法院案例汇编》，第 184-186 页。

(4) 一受害国或国际组织可实行克制，不援引责任，而任由其他受害国或国际组织援引责任。如果实行这种克制不仅仅是受害实体之间的内部问题，则可能导致前一国家或国际组织根据第 49 条丧失援引责任的权利。

(5) 若一国际组织及其一个或多个成员均因同一不法行为而受到伤害，国际组织的内部规则可同样赋予该组织或其成员援引责任的排他的职能。

## 第 51[50] 条 数个责任国或国际组织

1. 在一个国际组织和一个或更多国家或其他组织对同一国际不法行为负有责任的情况下，可援引每个国家或国际组织涉及该行为的责任。

2. 只有在援引主要责任未导致赔偿的情况下，方可援引如第 29 条草案所述的次要责任。

3. 第 1 和第 2 款：

- (a) 不允许任何受害国或国际组织获得多于其所受损失的赔偿；
- (b) 不妨碍提供赔偿的国家或国际组织对其他责任国或国际组织可能拥有的任何追索权利。

## 评 注

(1) 本条款考虑了一国际组织与一个或多个其他实体——国际组织或国家——对特定不法行为负责的情况。第 12 至 15 条和第 25 至 29 条设想了一国际组织与一个或多个国家的联合责任，前者考虑了一国际组织与一国的行为相关的责任；后者涉及一国际组织行为相关的责任。欧洲共同体与其成员国缔结的所谓混合协定提供了另一个案例，此种协定规定了联合责任。欧洲法院在涉及混合合作协定的议会诉理事会案中<sup>662</sup>说：“在这种情形下，由于《公约》没有明确规定暂不适用，共同体及其成员国作为非加太伙伴国家必须共同对非加太国家履行由其承诺引起的每一项义务，包括涉及财政援助的义务”。<sup>662</sup>

---

<sup>662</sup> C-316/91 号案件，1994 年 3 月 2 日的判决，《欧洲法院案例汇编》(1994 年)，第 I-623 页起，见第 I-660-661 页，缘由说明 29。



(2) 如同国家对国际不法行为的责任的第 47 条一样，<sup>663</sup> 第 1 款规定，受害国或国际组织可援引每个责任实体的责任。但是，可能有这样的情况，一国家或国际组织仅负有次要责任，仅在主要责任国或国际组织未能提供赔偿的情况下、并在此范围之内，有义务提供赔偿。本条第 2 款所提到的第 29 条第 2 款举出了次要责任的例子，该款规定，一国际组织不法行为引起成员国的责任时，有关责任“推定为次要责任”。

(3) 无论是主要责任还是次要责任，受害国或国际组织均未被要求实行克制，在其责任被援引的另一实体未能提供赔偿之前不向责任实体提出索赔。次要性并不意味着在处理求偿要求方面必须按照时间顺序进行。

(4) 第 3 款对应于国家对国际不法行为的责任的第 47 条第 2 款，在(a)和(b)项中增加了“或国际组织”的文字。(b)项中的措辞略有改动，旨在更清楚地说明，“提供赔偿”的国家或国际组织获得追索权。

## 第 52[51] 条

### 受害国以外的国家或受害国际组织以外的国际组织援引责任

1. 受害国或国际组织以外的国家或国际组织有权按照第 4 款援引另一国际组织的责任，条件是被违背的义务是针对包括援引责任的国家或组织在内的国家或国际组织集团承担的、并是为保护该集团的集体利益而确立的。

2. 受害国以外的国家有权按照第 4 款援引国际组织的责任，条件是被违背的义务是对整个国际社会承担的。

3. 不属于受害国际组织的国际组织有权按照第 4 款援引另一国际组织的责任，条件是被违背的义务是对整个国际社会承担的，而且保护该义务所基于的国际社会利益是援引责任的国际组织担负的一部分职责。

4. 有权按照第 1 至第 3 款援引责任的国家或国际组织可要求责任国际组织：

- (a) 按照第 33 条草案的规定，停止国际不法行为，并提供不重犯的承诺和保证；并且
- (b) 按照第二部分的规定履行向受害国或国际组织或被违背之义务的受益人提供赔偿的义务。

---

<sup>663</sup>

《2001 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 29 页。

5. 受害国或国际组织按照第 47 条、第 48 条第 2 款和第 49 条草案援引责任的条件同样适用于有权按照第 1 款至第 4 款规定援引责任的国家或国际组织。

## 评 注

(1) 本条对应于国家对国际不法行为的责任的第 48 条。<sup>664</sup> 涉及一国或一国际组织援引另一国际组织责任，尽管对其承担的义务被违反，但该国或国际组织不能被视为本草案第 46 条意义上的受害国或受害国际组织。根据第 4 款，在该国或国际组织有权援引责任之时，其仅能够要求停止国际不法行为、提供不重犯的承诺和保证，并要求履行“向受害国或受害国际组织或被违背之义务的受益人提供”赔偿的义务。

(2) 第 1 款涉及引起这种有限权利的第一类情况。这一类别中包括“被违背的义务是对包括援引责任的国家或组织在内的国家或国际组织集团承担的，并是为保护该集团的集体利益而确立的”的情况。除了增加“或国际组织”和“或组织”等文字之外，案文转载了关于国家责任的第 48 条第 1 款(a)项。

(3) 第 1 款提到“该集团的集体利益”，旨在具体说明，在出现违反事项的具体情况下，被违背的义务不仅仅是个别对该集团一个或多个成员承担的。例如，若一国际组织违反保护共同环境的一项多边条约义务，该条约其他当事方可援引责任，因为它们受到该违反事项的影响，尽管不是十分具体。作为该集团集体利益的维护者，该集团每个成员都将有权要求履约。

(4) 一国际组织根据内部规则可能对其成员所负的义务不一定属于这一类别。而且，内部规则可能限制成员援引国际组织责任的权利。

(5) 第 1 款的措辞并不意味着被违背的义务必须是对由国家和国际组织构成的集团承担的。这项义务也可能是对一个国家集团或一个国际组织集团承担的。如在其他条款中一样，本款中提到“另一国际组织”并不意味着必须涉及一个以上的国际组织。

(6) 第 2 和第 3 款考虑了并非第 46 条意义上的受害国或国际组织仍然可以援引责任的另一类别，尽管是在第 4 条规定的有限的范围之内援引责任。第 2 款提到国家援引责任，该款与关于国家对国际不法行为的责任的第 48 条第 1 款(b)项相同。看来很清楚，如果一国被视为有权援引违背对整个国际社会所负义务的另一国的责任，这同样适用于犯有类似违背事项的国际组织的责任。正如禁止化学武器组织所

---

<sup>664</sup> 同上，第 29-30 页。

说，“与‘其他国际组织’不同的国家不能援引一个国际组织的责任，似乎没有任何理由”。<sup>665</sup>

(7) 尽管委员会内没有人表示怀疑，在违反对整个国际社会承担的国际义务的情况下，一国有权援引责任，但有些委员表示担心会认为国际组织、包括区域组织也有此权利。然而，区域组织将仅为了执行成员国赋予的职能而采取行动，成员国将有权针对违反事项个别或联合援引责任。

(8) 关于在对整个国际社会承担的义务被违背的情况下，国际组织援引责任的权利问题，有关法律著述主要侧重欧洲联盟。作者观点有分歧，但绝大多数主张肯定的解决办法。<sup>666</sup> 尽管作者一般仅仅考虑了一国际组织援引一国的国际责任，但类似解决办法看来适用于另一国际组织违背义务的情况。

(9) 这方面的实践不是很说明问题。这不仅是因为有关实践涉及国际组织对国家采取的行动。在国际组织对其成员的违约行为做出反应时，它们通常仅根据各自的规则采取行动。难以根据这一实践推断，存在国际组织援引责任的普遍权利。这方面最重要的实践似乎是欧洲联盟的实践。欧洲联盟经常说，非成员违反了似乎对整个国际社会承担的义务。例如，欧洲联盟理事会 2000 年 4 月 26 日的共同立场提到“缅甸严重和系统地侵犯人权的情况”。<sup>667</sup> 完全不清楚究竟是欧洲联盟的成员国共同援引责任还是欧洲联盟作为一个单独的组织援引责任。在大多数情况下，欧洲联盟的这种说法会导致对被指控的责任国采取经济措施。下一章将讨论这些措施。

---

<sup>665</sup> A/CN.4/593, F.1.

<sup>666</sup> 以下作者表示认为至少某些国际组织可以对违背义务的情况援引责任：C.-D. Ehlermann, “Communautés européennes et sanctions internationales - une réponse à J. Verhoeven”, *Revue belge de droit international*, vol. 18 (1984-5), p. 96, at pp. 104-105; E. Klein, “Sanctions by International Organizations and Economic Communities”, *Archiv des Völkerrechts*, vol. 30 (1992), p. 101, at p. 110; A. Davì, *Comunità europea e sanzioni economiche internazionali* (Napoli: Jovene, 1993), p. 496 ff.; C. Tomuschat, “Artikel 210”, in: H. van der Groeben, J. Thiesing, C.D. Ehlermann (eds.), *Kommentar zum EU-/EG-Vertrag*, 5th edition (Baden-Baden: Nomos, 1997), vol. 5, pp. 28-29; P. Klein, *La responsabilité ...*, *op. cit.*, p. 401 ff.; A. Rey Aneiros, *Una aproximación a la responsabilidad internacional de las organizaciones internacionales* (Valencia: Tirant, 2006), p. 166. 持反面意见的有：J. Verhoeven, “Communautés européennes et sanctions internationales”, *Revue belge de droit international*, vol. 18 (1984-5), p. 79, at pp. 89-90, and P. Sturma, “La participation de la Communauté internationale à des ‘sanctions’ internationales”, *Revue du marché commun et de l’Union européenne*, No. 366 (1993), p. 250, at p. 258. According to P. Palchetti, “Reactions by the European Union to Breaches of Erga Omnes Obligations”, in: E. Cannizzaro (ed.), *The European Union as an Actor in International Relations* (The Hague: Kluwer Law International, 2002), p. 219, at p. 226, “the role of the Community appears to be only that of implementing rights that are owed to its Member States”.

<sup>667</sup> *Official Journal of the European Communities*, 14 May 2000 L 122, p. 1.



(10) 第 3 款对一国际组织在对整个国际社会承担的国际义务被违反的情况下援引责任的权利做了限制。要求“保护该义务所基于的国际社会利益是援引责任的国际组织担负的一部分职责”。这些职责反映了有关组织的特性和宗旨。有关组织的规则将确定哪些是该国际组织的职责。这些规则没有提出关于保护国际社会利益的具体授权的要求。

(11) 第 3 款中采取的办法对应于一些国家在大会第六委员会就委员会 2007 年提交大会报告所提出问题<sup>668</sup>发表的意见。<sup>669</sup>一些就此问题发表评论的国际组织持类似的观点。<sup>670</sup>

(12) 第 5 款基于国家对国际不法行为的责任的第 48 条第 3 款。该款旨在表明，关于通知求偿要求、求偿要求的可受理性和援引责任权利的丧失的规定，也适用于根据本条援引责任的国家和国际组织。关于国家责任的第 48 条第 3 款笼统地提到相应的规定(第 43 至 45 条)，其并未打算扩大“涉及求偿要求所涉的国籍的任何可适用规则”的可适用性，这一点载于第 44 条(a)项，因为这项要求显然与第 48 条所考虑的义务无关。尽管这一点可被视为暗示，但第 5 款提到本条则明确地限于涉及与用尽当地救济相关的求偿要求可受理性的款项。

## 第 53 条

### 本部分的范围

本部分规定不妨碍个人或国家或国际组织以外的实体可能拥有的援引国际组织的国际责任的权利。

---

<sup>668</sup> 阿根廷的发言(A/C.6/62/SR.18, 第 64 段), 丹麦代表五个北欧国家的发言 (A/C.6/62/SR.18, 第 100 段), 意大利的发言 (A/C.6/62/SR.19, 第 40 段), 荷兰的发言(A/C.6/62/SR.20, 第 39 段), 俄罗斯联邦的发言(A/C.6/62/SR.21, 第 70 段)和瑞士的发言(A/C.6/62/SR.21, 第 85 段)。其他国家看来主张国际组织有更普遍的权利。见比利时(A/C.6/62/SR.21, 第 90 段), 塞浦路斯(A/C.6/62/SR.21, 第 38 段), 匈牙利(A/C.6/62/SR.21, 第 16 段)和马来西亚(A/C.6/62/SR.19, 第 75 段)的发言。

<sup>669</sup> 《大会正式记录, 第六十二届会议, 补编第 10 号》(A/62/10), 第三章, D 节, 第 30 段。有关问题如下:“国家对国际不法行为的责任条款第 48 条规定, 在一国违背对整个国际社会承担的义务情况下, 各国有权要求责任国停止国际不法行为, 履行向受害国或被违背义务之受益人提供赔偿的义务。如果一个国际组织违背了对整个国际社会承担的义务, 所有其他组织或其中部分组织是否有权提出类似要求?”

<sup>670</sup> 见禁止化学武器组织(A/CN.4/593, F1)、欧洲联盟委员会(同上)、世界卫生组织(同上)和国际移民组织(A/CN.4/593, B)发表的意见。参见世界贸易组织的答复(A/CN.4/593, F1)。

## 评 注

(1) 上文第 46 至第 52 条仅考虑了在一国或一国际组织援引责任的范围内另一国际组织履行责任的情况。这与第 36 条一致，该条界定了第二部分所列国际义务的范围，规定其仅涉及违反根据国际法一国际组织对一国、另一国际组织或整个国际社会承担的义务的义务的情形。同一条款还进一步具体规定，这“不妨碍任何人或国家以外或国际组织以外的任何实体因一国际组织的国际责任而可能直接取得的任何权利”。因此，通过仅提到一国或一国际组织援引责任，本部分的范围反映了第二部分的范围。仅在涉及第二部分所列义务的范围，考虑了援引责任问题。

(2) 尽管可以认为暗示关于援引责任的条款不妨碍个人或国家或国际组织以外的实体可能拥有的援引国际组织的国际责任的权利，但相应的明确表述有助于更清楚地表明，本部分并不打算排除任何此种权利。

## 第八章

### 驱逐外国人

#### A. 导 言

166. 在第五十六届(2004 年)会议期间,委员会决定将“驱逐外国人”专题列入工作方案,并任命莫里斯·卡姆托先生为这个专题的特别报告员。<sup>671</sup>大会在 2004 年 12 月 2 日第 59/41 号决议第 5 段中核准了委员会将这个专题列入其议程的决定。

167. 在第五十七届(2005 年)会议上,委员会审议了特别报告员的初步报告(A/CN.4/554)。<sup>672</sup>

168. 第五十八届(2006 年)会议上,委员会收到了特别报告员的第二次报告(A/CN.4/573)和秘书处编写的研究报告(A/CN.4/565)。委员会决定在 2007 年的下届会议上审议第二次报告。<sup>673</sup>

169. 第五十九届(2007 年)会议上,委员会审议了特别报告员的第二和第三次报告(A/CN.4/573 和 Corr.1 和 A/CN.4/581),并将特别报告员修订的第 1 和第 2 条条款草案<sup>674</sup>以及第 3 和第 7 条条款草案<sup>675</sup>提交起草委员会。

#### B. 本届会议审议此专题的情况

170. 在本届会议上,委员会收到特别报告员的第四次报告(A/CN.4/594)。委员会在 2008 年 5 月 30 日及 6 月 5 日和 6 日举行的第 2969、2972 和 2973 次会议上审议

---

<sup>671</sup> 《大会正式纪录,第五十九届会议,补编第 10 号》(A/59/10),第 364 段。委员会第五十届(1998 年)会议注意到计划小组的报告,其中主要确定可将“驱逐外国人”这一专题列入委员会长期工作方案(同上,《第五十三届会议,补编第 10 号》(A/53/10),第 554 段),委员会第五十二届(2000 年)会议确认了该项决定(同上,《第五十五届会议,补编第 10 号》(A/55/10),第 729 段)。勾勒此专题总体结构的大纲及专题的处理方针附在委员会那一年报告之后(同上,附件)。大会在 2000 年 12 月 12 日第 55/152 号决议第 8 段中注意到此专题列入长期工作方案一事。

<sup>672</sup> 同上,《第六十届会议,补编第 10 号》(A/60/10),第 242-275 段。

<sup>673</sup> 同上,《第六十一届会议,补编第 10 号》(A/61/10),第 252 段。

<sup>674</sup> 同上,《第六十二届会议,补编第 10 号》(A/62/10),脚注 401 和 402。

<sup>675</sup> 同上,脚注 396 至 400。

了这个报告。在第 2973 次会议上，委员会决定设立一个工作组，由唐纳德·麦克雷先生担任主席，以审议驱逐双重或多重国籍人员和与驱逐有关的开除国籍的做法引起的问题。

171. 工作组在 2008 年 7 月 14 日的会议上作出结论，指出条款草案评注应该表明，不驱逐国民原则用于本条款草案时也适用于已合法获得一个或若干个其他国籍的人员。工作组还同意在评注中列入更确切的提法，表明国家不应使用开除国籍的手段规避不驱逐国民原则规定其承担的义务。工作组主席以后在 2008 年 7 月 24 日第 2984 次会议上将工作组的结论呈交委员会。委员会核准了这些结论，并请起草委员会在其工作中予以考虑。

172. 在 2008 年 8 月 4 日第 2989 次会议上，委员会收到起草委员会主席关于进展情况的口头报告。起草委员会将保存向其转交的条款草案，直到所有关于条款草案的工作结束。

### **1. 特别报告员介绍其第四次报告**

173. 委员会在审议特别报告员的第三次报告期间，指出拥有两个或两个以上国籍的人员遭到驱逐问题应该深入仔细研究，不是在规定不驱逐国民的原则的第 4 条草案范围内，就是按另行起草的条款草案加以解决。此外，还指出剥夺国籍问题有时用作驱逐的前奏，需要进行透彻的研究。

174. 关于拥有双重或多重国籍人员的法律地位问题，特别报告员在第三次报告中表示不宜结合第 4 条草案处理这个问题，因为禁止驱逐国民的规则适用于任何身为其国民的人的国家。但是，在对不法驱逐案行使外交保护的情况下，这个问题就有影响。

175. 为回应一些委员提出的问题而编写的第四次报告包含两部分。第一部分阐述了具有双重或多重国籍人员被驱逐的问题，第二部分阐述了与驱逐有关的丧失国籍和开除国籍问题。

176. 关于双重或多重国籍人员被驱逐的问题，第四次报告主要谈到两个问题。第一个问题是不驱逐国民原则是否严格适用于具有驱逐国国籍的双重或多重国籍人员。第二个问题是一个国家没有首先撤销某个具有驱逐国国籍的双重或多重国籍人员的驱逐国国籍即将其驱逐是否属于违反其国际义务的行为。

177. 关于第一点，有委员指出，有些国家有时候确实为了驱逐之外的其他目的将具有另一国籍的本国国民作为外国人对待。但是，如果这种有关人员能够申明自己

具有驱逐国国籍以抗辩驱逐的合法性，则这种态度本身不足以成为驱逐的法律依据。

178. 关于第二点，特别报告员在第三次报告中提出的禁止国家驱逐本国国民的规则，倾向于支持那种认为这种驱逐违反国际法的观点。但是，事先不开除国籍而驱逐双重或多重国籍人员的做法实际上并非罕见。

179. 根据对禁止驱逐国民的绝对理解，有时认为驱逐具有双重或多重国籍、包括驱逐国国籍的人员之前始终都需要先开除国籍。但是，特别报告员认为，要求驱逐国在驱逐双重或多重国籍人员之前先开除其本国国籍并非最佳的解决办法，因为开除国籍可能会损害该有关人员返回的权利。

180. 特别报告员根据第四次报告的分析认为：(a) 不驱逐国民原则不适用于双重或多重国籍人员，但驱逐可能导致无国籍问题的除外；(b) 鉴于有些国家的做法以及被驱逐人员本身的利益，不宜制定一条规则，规定驱逐具有双重或多重国籍人员之前先行开除国籍。

181. 驱逐具有双重或多重国籍人员引起的法律问题还可能更为复杂，这要看驱逐国是否是该有关人员的主要或实际有效国籍国。特别报告员仍然怀疑现阶段考虑这种问题是否有实际的好处或用处。各种各样的设想情况可以在关于被驱逐人员产权保护问题的研究范围内进行研究更为适宜，特别报告员计划在以后的某阶段进行这项研究。

182. 禁止驱逐国民规则是否有可能受到减损的问题也仍然有待解决。且不谈一些历史上的实例，诸如驱逐被废黜的帝王等，这里可以先设想一些现代的情况，一国可能十分例外地有权驱逐本国的一个国民，条件是另一国同意接收此人，而且此人保留一旦接收国要求即有返回其本国的权利。例如，一国受到其本国国民间谍活动之害，或可允许其将此人驱逐到所涉间谍活动的受益国，只要该受益国愿意接收该有关人员。因此，现在的问题是，委员会是否愿意规定绝对禁止驱逐国民，或是否准备考虑非常情况下的减损问题。

183. 第四次报告的第二部分具体述及与驱逐有关的丧失国籍和开除国籍问题。丧失国籍和开除国籍即便从被驱逐人员法律地位的角度看具有类似的后果，但是，丧失国籍是个人自愿行为的后果，而开除国籍是国家的集体性或个别性决定。

184. 特别报告员坚定认为，委员会即便为了国际法的逐渐发展也不值得就第四次报告述及的那些问题起草有关条款。这种问题涉及的是国籍制度问题，而不是驱逐外国人的问题。

## 2. 辩论摘要

### (a) 一般评论

185. 有人指出，所有国家在行使授予或撤消国籍的主权权利时均须遵守国际法，包括各种全球性和区域性国际文书规定的某些有关人权的基本规则。有些委员认为，委员会应该重申人人有权获得国籍，有权不被任意剥夺国籍。有人说，特别报告员第四次报告对人权领域的发展变化未予以足够的重视。

186. 有人说，应该将国籍视作个人的权利，而不仅仅是国家政策工具。此外也有人强调，一个人的第一国籍与随后获得的其他国籍之间不可能有任何区别。禁止驱逐具有双重或多重国籍人员或禁止开除国籍的规定，不能仅限用于可能产生无国籍问题、没有国家被迫接收被驱逐的人、或者有关禁止采取任意行动的规则以及非歧视原则则会遭到违反等情况。

187. 有些委员同意特别报告员的结论，认为不应专门为第四次报告涉及的问题起草条款。但是，有些委员同意特别报告员的结论，却不赞成结论所依据的那种分析。

188. 另有一些委员认为，委员会应该着手起草有关驱逐具有双重或多重国籍人员及有关开除国籍作为驱逐前奏问题的条款。他们认为必须规定一些最低限度的规则，以免出现任意行动及滥权行为。此外，也有人建议考虑别的解决办法，诸如，可附在条款草案附件中可能有实际用处的准则草案或建议等。

189. 有人言外之意认为特别报告员让自己过分受到某些国家做法的影响，例如在反对恐怖主义斗争方面，他的分析有时依据历史上的事例或不涉及驱逐问题的种种情况。

190. 若干委员认为应该设立一个工作组审议特别报告员第四次报告述及的问题。

### (b) 双重或多重国籍人员的驱逐问题

191. 有些委员认为，委员会不能无视双重或多重国籍问题，这是一个当今时代日益普遍的问题。有人指出，不能制定一条禁止驱逐国民的规则而不解答这条规则是否也适用于具有双重或多重国籍人员的问题。无论在关于不驱逐国民的条款草案中是否列入一条规定，这里必须确定的一点是，一国能否为了驱逐而把具有双重或多重国籍的人员视为外国人。

192. 与特别报告员所持观点相反，有些委员认为，在驱逐问题上，国际法不允许一个国家将具有一个或若干其他国籍的国民视为外国人。有些委员则强调，一些全球性和区域性人权文书确认的禁止驱逐国民的规定，同样也适用于具有双重或多重国籍的人员，包括具有驱逐国国籍的人员。他们提到 1997 年 11 月 6 日的《欧洲国籍公约》，其中第 17 条第(1)款规定：“具有另一国国籍的缔约国国民在其定居的缔约国境内与该缔约国的其他国民一样享有同等权利和义务”。其中也提到了具有双重或多重国籍的妇女的特定情况。

193. 有些委员认为，特别报告员提到的区分只有一个国籍的人员和具有双重或多重国籍人员的做法所涉及的内容要点不足以对驱逐问题作出定论。关于对双重国籍人员实行领事保护的各种协定以及对具有双重国籍人员的政治权利、尤其是对担任某些政府职务的资格的某种限制也是如此。此外，有些委员提到有的国内立法禁止驱逐仅具有驱逐国国籍的人员，同样也禁止驱逐具有双重或多重国籍的人员。

194. 另一种观点认为，为了驱逐的目的并不区分单一国籍人员、双重国籍或多重国籍人员的做法，会产生这样一种情况，法律和事实方面具有区分意义的实际情况被混为一谈。

195. 有人说，在驱逐问题方面不必对具有双重或多重国籍人员的处境专门起草一个条款，因为这种人员已在禁止驱逐国民规则的规定范围之内。另一种观点认为必须明确规定禁止驱逐国民包括具有双重或多重国籍人员。此外还有人建议制定一个条款草案，规定具有双重或多重国籍人员与仅有驱逐国国籍的人员享有同样权利。

196. 有些委员同意特别报告员的看法，认为主要或实际有效国籍可以在驱逐双重或多重国籍人员问题上发挥作用。但是，另一些委员强调，无论要予驱逐的人员的主要或实际有效国籍是否是驱逐国的国籍都一概适用禁止驱逐国民的规定。换言之，主要或实际有效国籍的标准，在外交保护方面或是国际私法领域里为解决国籍冲突或法律冲突问题是有用的，但是不能以此证明一国有理由为了驱逐的目的而将其另有一个或若干个国籍的国民作为外国人对待。

197. 最后，有人评论说，存在接收国，例如被驱逐人员的一个国籍国，不是确定驱逐是否合法的决定性因素。

198. 有些委员认为，具有双重或多重国籍的人员，包括具有驱逐国国籍的人员，如果以前未曾被开除国籍，则不得将其驱逐。相反的做法是建议各国将具有双重或多重国籍的人员作为外国人对待。在不事先开除国籍的情况下驱逐具有双重或多重国籍人员的做法实际上并非罕见，但是这也不足以证明此种驱逐合法。另有委员认为



决不能为了驱逐的目的而适用开除国籍的方法，而另一些委员则认为国际法绝对禁止开除国籍。

### (c) 丧失国籍、开除国籍和驱逐

199. 有人评论说，丧失国籍和开除国籍的区分并不明确，因为丧失国籍也可以认为是一种自动开除国籍的形式。

200. 一些委员指出，一国可以根据国际法在其立法中规定获得另一国国籍的人员即丧失国籍。此外，还有人指出，各国有权惩罚滥用或欺骗性利用双重或多重国籍的行为。

201. 有人这样评论说，一旦外国人的定义定为不具有驱逐国国籍的人员，就会产生这样一个问题，即一国驱逐外国人的权利是否包括有权驱逐一个由于国籍被开除而成为外国人的人员。

202. 有人着重指出，往往有滥用开除国籍的规定侵犯某些人的权利，非法剥夺其财产，然后将其驱逐的现象。此外也有人说，开除国籍的现象往往出现在非民主社会中作为政治惩罚或出现在特殊的情况下，例如在国家继承或武装冲突期间。有人提到某些国内立法规定禁止在任何情况下开除国籍。

203. 有些委员认为，只有在非常情况下才允许开除国籍；不得导致无国籍状态，即不得歧视性地也不得任意地开除国籍、必须遵守某些程序保障规定。有人建议委员会参照国际法的基本原则和人权原则，确定开除国籍必须达到的最低限度的条件。

204. 有人提议起草一个条款，禁止开除国籍而使人陷入无国籍状态。

205. 有些委员认为，开除某人国籍以便将其驱逐的做法有违国际法。如果禁止驱逐国民，那么国家当然也就不能开除某人国籍，以便将其驱逐，从而绕过这项禁止规定。有人认为这一评注有助于澄清这一点。另有委员建议起草一个条款，明文禁止为驱逐而开除国籍。

206. 有些委员认为特别报告员第四次报告中提到的厄立特里亚-埃塞俄比亚赔偿委员会作出的部分裁决并无多大相关性，<sup>676</sup> 因为这裁决是对涉及国家继承和武装冲突情况的非常特殊的案件作出的，因此不可能从中推演出关于驱逐前开除国籍的一

---

<sup>676</sup> 常设仲裁法院，厄立特里亚-埃塞俄比亚索赔委员会，部分裁决，民事索赔，厄立特里亚的索赔第 15、16、23 和 27-32 项，在厄立特里亚与埃塞俄比亚联邦民主共和国之间，2004 年 12 月 17 日，ILM 第 44 卷，第 601 页。

般规则，尤其是该赔偿委员会为其处理的各种驱逐个案作出了种种不同的结论。有人进一步指出，所涉人员与其说被认为是双重国籍人员，还不如说被认为是对驱逐国的安全构成威胁的敌对国国民。

### 3. 特别报告员的总结

207. 特别报告员表示他不准备着手研究设计国籍制度的问题。但是，在倾听了参加讨论的委员们的发言之后，他还是不相信应该就第四次报告述及的问题起草有关条款。

208. 特别报告员此前曾建议专门就不驱逐国民原则起草一个条款，重申似乎已经广为接受的一条规则。关于这一点，他还要等待委员会的指示，说明禁止驱逐国民规则是否必须是条绝对规则还是可以考虑有例外情况。

209. 与有些委员表示的意见相反，特别报告员第四次报告中提到的主要或实际有效国籍的概念是一种既定的观念，已经在若干情况下得到确认，尤其是在判例法和法学学说里得到确认。

210. 特别报告员认为，禁止驱逐属于驱逐国国民的具有双重或多重国籍人员规则本身在国际法中并不存在。但是，如果委员会决定将禁止驱逐国民的规则扩大适用于这几类人员，则现有的第4条条款草案就足以适用，而不需要处理主要或实际有效国籍问题。

211. 据特别报告员认为，对于一个由于剥夺国籍而会成为无国籍人员的人，似乎没有必要制定一项条款草案，规定禁止开除其国籍，因为国际法中已经存在这种禁止规定。

212. 无论国际条约法还是国际习惯法都没有一条禁止国家为了驱逐而开除某人国籍的规则。一些国家的实践往往与此恰恰相反；一般地说，开除国籍的目的是为了驱逐这些有关人员。关于第4条草案的评注最多只可以规定，国家应该尽可能不为了驱逐而开除某人国籍，若要开除，必须遵守国内法规定和评注可能规定的任何特定标准。

213. 特别报告员对其第四次报告提到的厄立特里亚—埃塞俄比亚赔偿委员会部分裁决的相关性所进行的讨论情况感到有点惊讶。虽然可以批评这项裁决，但是不能将其重要性贬低到否认其与所涉专题有任何相关的地步。问题的症结在于赔偿委员会的论点和结论在国际法中是否有足够的依据。

## 第九章

### 发生灾害时的人员保护

#### A. 导 言

214. 委员会在第五十九(2007 年)届会议上决定将“发生灾害时的人员保护”的专题列入其工作方案，并任命爱德华德·巴伦西亚-奥斯皮纳先生为特别报告员。<sup>677</sup> 在该届会议上，国际法委员会要求秘书处就这个专题编写一份背景研究报告，最初只限于阐述自然灾害。<sup>678</sup>

#### B. 本届会议审议此专题的情况

215. 在本届会议上，委员会收到特别报告员的初步报告(A/CN.4/598)，探究发生灾害时人员保护的演变情况、查明此专题的法律渊源、以及以前在这个领域编纂和发展法律的努力，概括地介绍了一般范围的各个方面，以期确定应该涵盖的主要法律问题，在不影响该报告打算在委员会引起讨论的结果的情形下提出初步结论。委员会也收到了秘书处的一份备忘录，主要侧重于自然灾害(A/CN.4/590 和 Add.1-3)，它概括地介绍了现有的法律文书和适用于防灾和救灾援助的各种情况的文件，以及发生灾害时的人员保护。

216. 委员会分别于 2008 年 7 月 15 日至 18 日和 22 日举行的第 2978 次至 2982 次会议上审议了初步报告。

---

<sup>677</sup> 在 2007 年 6 月 1 日举行的第 2929 次会议，《大会正式记录，第六十二届会议，补编第 10 号》(A/62/10)，第 375 段。大会于 2007 年 12 月 6 日的第 62/66 号决议第 7 段中注意到委员会将“发生灾害时的人员保护”专题列入其工作方案的决定。委员会在第五十八届(2006 年)会议期间，根据秘书处的建议将这个专题列入委员会长期工作方案，《大会正式记录，第六十一届会议，补编第 10 号》(A/61/10)，第 261 段，秘书长的建议见同上，附件 C。也参看大会 2006 年 12 月 4 日第 61/34 号决议第 7 段，该段注意到这个专题被列入长期工作方案。

<sup>678</sup> 同上，《第六十二届会议，补编第 10 号》(A/62/10)，第 386 段。

## 1. 特别报告员介绍其初步报告

217. 特别报告员在介绍这份报告时着重指出它的初步性质，以及结合秘书处的综合备忘录予以理解的重要性。报告的用意是充实某些基本假设，以便向委员会提供资料，从而引起辩论，主要涉及此专题的范围以及应该如何处理这个专题的部分。

218. 关于这个专题的一般范围，特别报告员记得，虽然没有任何已经存在的正式记录可以说明是什么原因导致委员会决定强调“人员保护”，而排除了“救济或援助”这个秘书处在长期工作方案工作组原来的建议中所强调的基本方面。他认为，“人员保护”包含比较广泛的概念。此外，把受害人的重点放在个人的含义是，某些权利应该归于个人，使人想起需要采取以权利为本的方针，从中透露保护的操作机制。虽然就此而论，保护的概念并没有导致受害人构成一个单独的法律类别，受到这种灾害的人面临着一个独特的实际情况，具有需要解决的明确需要。此外，除了受害人以外，也需要考虑到卷入灾害情况中的多种多样的行为体。

219. 特别报告员还指出，这一灾害概念并不是一个法律术语，怎么加以分类取决于此专题的范围。在鉴别术语的时候，必须理解到：重大关注的问题点并不仅仅是此类灾害的发生，而是所涉方面的整个范围：起因、<sup>679</sup> 持续时间<sup>680</sup> 和背景<sup>681</sup>。因此，某些后果需要随即采取广泛的保护办法。

220. 首先，这将意味着考虑所有的灾害，无论是自然灾害，还是人为的灾害。其次，这将意味着考虑到围绕一场灾难的各个阶段，包括灾前、灾害本身和灾后的问题，虽然符合预防和减轻、反应和重建的概念，但不一定在时间和空间上扩大适用。<sup>682</sup> 特别报告员认为，必须采取考虑整体的做法。为了在编纂和逐渐发展的过程中形成保护人员的规则，保护的需要在所有情况下都是同样地令人信服的，同时考虑到它们的复杂性。此外，保持不同的起因和背景、或关于持续期间之间的差异，并不

---

<sup>679</sup> 灾害按起因可分为两类：自然灾害(如地震、海啸和火山爆发)和人为灾害(如漏油、核事故和武装冲突)。

<sup>680</sup> 灾害经常按持续时间分为：突发灾害(如飓风)和渐发灾害或逐渐滋长的灾害(如干旱、缺粮和作物欠收)。

<sup>681</sup> 灾害可根据其发生的背景分类，即简单紧急情况或复杂紧急情况。在联合国范围内，复杂紧急情况定义通常是：一个国家、地区或社会发生的人道主义危机，因内部或外部冲突而致使政府完全或在相当程度上瘫痪，需要国际社会作出的反应超越任何单一机构和(或)联合国现有国家方案的任务或能力。

<sup>682</sup> 反应的概念暂时局限于灾害发生阶段。救济是较广的概念，与援助一样，包含灾前阶段和直接反应后的阶段。援助可指供应和分配人口生存所必须的物品、材料和服务。恢复活动与满足受灾害影响的人的眼前需求的救灾阶段有适当关系。恢复活动处理救灾后的活动，应该与发展活动有所区别，发展活动是支持和实施自主的发展政策。

总是容易办到的。但是，特别报告员愿意接受：这样一个整体的做法，将不会在此专题的范围内包括武装冲突本身。

221. 第三，将需要考虑保护的概念，特别是是否应该把它视为与救灾对策、救济和援助或包括这一切的概念有所不同。在他看来，这个概念是无所不包的，它涵盖所有救灾对策，救济和援助的具体方面。虽然广义地说，保护是无所不包的，若狭义地说，它却具有以权利为本的方针，会有由权利引起的一定的特异性，需要予以阐述。广义的保护和狭义的保护之间的区别属于解释学的范畴，后者侧重于所涉及的权利。

222. 第四，为了采取这种概括的着手方式，需要能够正确判断保护与主权和不干预原则之间关系的紧张局势，以及对实行保护的概念框架的理解。从受害人的立场来说，人道主义援助权利的存在需要有特别关注的焦点。另一方面，国际法院已经在尼加拉瓜案中称，“毫无疑问地，向另一个国家的人或势力提供严格的人道主义援助，不论其政治背景或目标为何，不能被视为非法干预，或以任何其他方式视为违反国际法”。<sup>683</sup> 但是，从另一方面来说，在对主权和不干预原则的传统做法的实践中，存在着紧张关系。此外，有必要认真注意此专题和新出现的概念之间的关系，例如保护的责任，就灾害的情况来说，意味着预防、反应和援助以及重建的责任。特别报告员着重指出，需要仔细思考：将保护责任的概念延伸到此专题是否适当，这一概念与此专题是否相关。即使保护责任在发生灾害时的人员保护的框架内得到承认，其影响将不清楚。<sup>684</sup>

223. 关于委员会需要考虑到法律渊源，以便在此专题中阐述适用于受害人的基本待遇标准，特别报告员指出，人员保护的概念在国际法中并非新概念。保护灾民的概念与由此产生的权利和义务以及在国际人道主义法、国际人权法和关于难民和国内

---

<sup>683</sup> 尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动(尼加拉瓜诉美利坚合众国)。案情实质和判决。《1986 年国际法院案例汇编》，第 242 段。法院接着指出：“第二十次国际红十字会议宣布的第一和第二原则说明了这种援助的特性，即

‘红十字的诞生是基于这样一个愿望：毫无歧视地向战场上的伤员提供援助，努力以其国际和国家的身份，防止和减轻可能在任何地方发现的人类的痛苦。其目的是保护生命和健康，并确保对人的尊重。它在所有人民之间促进相互了解、友谊、合作和持久的和平。’

而且，

‘它对国籍、种族、宗教信仰、阶级或政治见解，没有任何歧视。它只致力于减轻痛苦，优先考虑最紧急的危难情况。’”

<sup>684</sup> 尤其，现在还不清楚责任为第三方创造权利的程度、这种权利的内容、它们会如何引发、或者它们是否个人或集体的权利。

流离失所者的国际法中涉及保护的各种制度之间有着特定的关系。这些制度以在任何情况下保护人的基本前提为依据，强调人道主义原则的根本普遍性，彼此是相辅相成的。此外，在发展此专题的必要框架时，应该考虑人道、公正、中立和不歧视等原则以及主权和不干预原则。

224. 规则发展的现有和近期的重点，已经放在业务方面，《国内便利和管理国际救灾和初期恢复援助工作指导原则》体现了这一点。<sup>685</sup> 有一个独特的法律资料库，涉及国际救灾和救济，可以适用。虽然还没有普遍、全面的文书，却已经有了一些多边条约存在，其中包括在区域和分区域的级别上缔结的文书。国家立法也与此相关。还有涉及合作和援助的大量双边条约。此外，这一法律资料库的资料来源是大量适用于发生灾害时人道主义活动的软性法律文书资料，特别是联合国机关和其他国际组织以及非政府组织的决定。

225. 特别报告员指出，国际法委员会面临着一项与当代相关的挑战性任务，最近的灾害显示了这个特点，它将有机会考虑现有来源，同时也对《规约》规定的任务，即编纂和逐渐发展关于这个专题的国际法保持坚定的态度。这项工作具有创新性质，务必认识到，最后草案应该尽可能务实，以便符合实际需要。除了国家行为体以外，这种工作将需要与国际组织、非政府组织和商业实体协商。

## 2. 辩论摘要

226. 委员会委员对初次报告明确了讨论专题范围时需要涉及哪些复杂的核心问题表示欢迎，本来可能担心委员会讨论此专题是否有益，这样一来消除了这种担忧。最近，世界各地发生的海啸、飓风、龙卷风、地震和突发性洪水生动地显示了审议此专题的及时性，以及即将讨论的问题的严重性。委员们对秘书处的备忘录也表示赞赏。

### (a) 以权利为本审议此专题

227. 一些委员同意特别报告员所建议的，以权利为本审议此专题。有人指出，这种方法非常重要，因为它最重视人的需要，随之而来的结果是导致社会对个人的义务和责任。这种牢牢基于实在法的方法特别借鉴了国际人道主义法、国际人权法、国际难民法和有关国内流离失所者的法律，但不一定是重复这些法律。

---

<sup>685</sup> 2007年11月26至30日举行的红十字和红新月第三十次国际会议所通过。



228. 然而，有些委员认为，有必要全面理解以权利为本的方法就此专题而言意味着什么。一种观点认为，不应仅从保护个人的角度看待基于人权的方法，还应当考虑社区的利益，特别是弱势群体的利益，同时铭记受灾国的义务和局限性。鉴于人权法允许紧急情况下有某些克减措施，可以类推灾害情况下将适用哪些权利和责任。此外，以权利为本的方法不排除受害者获得人道主义援助的权利。需要尊重受灾国的权利，特别是受灾国的主权，以及根据辅助性原则，尊重受灾国在发起、组织、协调和实施人道主义援助方面的主要职责，而人道主义援助不应单方面地实施。有人强调，不应把以权利为本的方法视为与主权和不干涉原则不符或相抵触。

229. 一些委员认为以权利为本的方法是一种注重受害者人权的方法，并指出这种方法未必总是有益。他们强调了此专题的当代性和较高的显著性，以及随之而来的高期望值，认为委员会有必要认真评价以权利为本的方法是否真的是达到这些期望的最有利的方法。在这方面，必须确定以权利为本的方法会带来怎样的结果，特别是这种方法是否还要求解决如何行使此类权利的问题。因此，虽然受灾人员的权利是此专题背景的一个重要组成部分，但是就真正的重点是否应该是为促进保护受灾人员而履行的义务还存在争议。这样的义务可能涉及许多行为体，包括受灾国、援助国、以及国际组织和非政府组织。

## **(b) 此专题的范围**

230. 一些委员赞成特别报告员提出的建议，即审议此专题时应采用一种广泛的方法。在这方面，肯定了委员会设想的此专题的目的是广泛关注各种灾害情况下的个人。其他一些委员认为，一种广泛的做法是没有偏见；因为在稍后的阶段，从较大的视角缩小范围比从较小的视角扩大范围要容易。此外，这种方法不排除循序渐进，从自然灾害开始拟订此专题的可能性。

## **属事范围**

231. 一些委员强调需要为此专题之目的定义“保护”一词。这项工作应当试图确定灾害情况下不同行为体的权利和义务。也可以确定整个国际社会的权利和责任，从而有助于阐述普遍义务的内容。有人强调，灾害情况涉及一系列人权，包括生命权、食物权、供水权、适当住所或住房、衣物和卫生权，以及不受歧视的权利。也有人提到了《残疾人权利公约》第 11 条，该条规定国家有责任在某些情况，包括灾害

情况下确保残疾人获得保护和安全。<sup>686</sup> 虽然承认非国家行为体在提供援助方面发挥的作用，但是指出它们的义务不应表述为保护的责任。一些委员强调，有必要突出一般原则上由受灾国承担主要职责，而作为国际合作和团结总保护框架的一部分，其他行动体承担捐助和辅助职责。阐述有关此类行为体在灾害情况下的活动倡议权的内容也很重要。

232. 鉴于国际法中没有关于“灾害”的普遍一致的定义，一些委员评论了该词可能的定义，并认为《兵库行动纲领》对危害的定义是一个有益的起点，但是必须更加精确，<sup>687</sup> 而不仅仅是采取一个全局的方法。然而，还有一些委员认为该定义过于宽泛。他们提出，《坦佩雷公约》中的定义为今后工作提供了一个良好基础。<sup>688</sup>

233. 一些委员指出，不把范围限于自然灾害这一点很重要；不论灾害的起因是什么，人类遭受的痛苦并非个别情况。保护的目的适用于一切灾害，不论其起因为何。事实上，科学界越来越认识到，人类活动导致了自然灾害，包括森林砍伐和其他活动是导致洪水的一个因素。此外，在很多情况下，灾害涉及复杂的紧急事件，并非总是能够轻易确定究竟是自然原因还是人为原因所致。

234. 不过，还有一些委员指出，首要关注应该是自然灾害；人为灾害只有达到某个门槛，例如具有自然灾害的影响时，才应当包含在内；但是另一些委员则认为，任何可能的门槛都是不可行的。此外，从政治上说，自然灾害的敏感度不如人为灾害高，在很多情况下，诸如核事故和工业事故或漏油等人为灾害已经成为了国际管制的主题。

235. 另一种观点认为，区分自然和人为灾害并没有解决所有的定义问题。主要需考虑的是，确定灾害的概念是否能够包含如此多情况下的需要的性质，以及是否可以建立一个有意义的机制，涵盖所有需要。

---

<sup>686</sup> “缔约国应当依照国际法包括国际人道主义法和国际人权法规定的义务，采取一切必要措施，确保在危难情况下，包括在发生武装冲突、人道主义紧急情况 and 自然灾害时，残疾人获得保护和安全。”

<sup>687</sup> 《2005-2015 兵库行动纲领》，见 2005 年 1 月 18 日至 22 日在日本神户举行的世界减灾会议的报告(A/CONF.206/6 和 Corr.1)，决议 2:

“具有潜在破坏力的自然事件、现象或人类活动，它们可能造成人的伤亡、财产损害、社会经济混乱或环境退化。危害可能包括将来可能产生威胁的各种隐患，其原因有各种各样，有自然的(地质、水文气象及生物)，也有人类活动引起的(环境退化和技术危害)”。

<sup>688</sup> 《为减灾救灾行动提供电信资源的坦佩雷公约》第 1 条第 6 款：“灾害”指社会运转受到的严重破坏，对人类生命、健康、财产或环境构成重大和广泛威胁，无论其起因是意外、自然还是人类活动，也无论是突然发生还是复杂和长期过程的结果。



236. 一些委员认为，专题的标题明确显示环境保护并非直接属于保护制度的一部分。而且，环境保护已经得到了很好的规范。然而，另一些委员赞成把环境和财产保护纳入专题范围内，只要它们与对人的保护有关，例如所涉灾害影响了或可能影响人类的生命、尊严和基本需要。还有一种观点认为，如果把环境灾害作为涵盖自然和人为灾害的广泛的做法的一部分，那么从一开始就不应排除环境或财产损失。

237. 一些委员同意将武装冲突排除在专题范围外。正是因为有明确的机制以特别法的形式规定了此类冲突，因此这样的排除是合理的。此外，务必谨慎行事，以确保国际人道主义法不遭到破坏。另一方面，另一些委员说应当进一步研究这种排除本身。在某些情况下，比如在复杂的紧急情况下，持续的武装冲突加剧了自然灾害的状况。此外，有关国内武装冲突的法律对援助问题的规定不如有关国际武装冲突的法律严格，可能需要在灾害的背景进一步探讨规定的差别。

### 属人范围

238. 除了考虑作为受害人的个人，有必要讨论救济和援助的提供者，包括其他国家、国际组织和非政府组织的地位、权利和义务。也有人建议进一步研究保护“人员”的概念是否应当包括自然人，也包括法人。

### 属时范围

239. 一些委员同意特别报告员的意见，即有必要考虑灾害的各个阶段，并适当考虑预防、援助和恢复问题。不过，他们指出有必要保持谨慎，以避免过多地扩大范围；在某些情况下，不同阶段的确有不同的权利和义务，需要确定每个阶段的权利和义务；某些权利可能在某个阶段比在其他阶段更加重要。这将要求明确法律的哪些方面需要发展，将提出各阶段国家具体可执行的义务。关于这一点，还有一些委员表示赞成至少暂时应当把重点放在灾后的立即反应和援助上，同时确保灾前阶段的预防。还应当考虑的是，突发性自然灾害是否具有某些特点，需要与渐发性自然灾害区别对待。

### 属地范围

240. 一些委员认为，鉴于此专题的性质，灾害发生在一个国家内，或是具有跨界影响并非实质性问题。不过，有人指出，探究是否存在某些问题为影响一个国家或

多个国家的灾难所特有的，从而要求有不同的侧重，可能会有所帮助。

### (c) 获得人道主义援助的权利

241. 若干委员同意这样的主张：人道主义救济工作是以人道、公正性和中立性的原则为前提。不歧视原则、团结原则，以及国际合作也与此相关。除此以外，主权和领土完整是协调人道主义紧急援助的指导原则。有些委员认为，主权涉及一国对其居民的职责，包括保护。主权和不干预原则不能作为在行动上不让受害者获得援助的借口。但是，只有在主权或不干预带来消极和积极义务的时候，委员会才必须在某一国家冥顽不灵、在持续的人间苦难中拒绝协助、或压迫其本国人民的具体情形下，处理具体情况，虽然此专题所涉及的问题具有争议。

242. 在与获得人道主义援助的权利具体有关的情形下，有些委员认为，若有人暗示对于不愿接受援助的国家有实施援助的权利，则怀疑有这种权利存在，促请特别报告员把当作没有此种权利处理。这种权利会同主权和不干预原则冲突、违反必须征得受灾国同意的要求，而这是大会相关决议，包括第 46/182 号决议附件所做的规定，<sup>689</sup> 并且得不到国家实践的支持。有力的政策考虑因素也在主张反对这种权利方面产生影响：它很容易被滥用，并且形成双重标准。

243. 但是，另一些委员指出，不应该把获得人道主义援助的权利视为“实施援助的权利”，比较适当的做法是视为“提供援助的权利”；这样的解释符合国际法院在尼加拉瓜案中的推理方式。也有人认为，如果受灾国不能履行对其处于危难中的人民提供及时救济的义务，则必须具有寻求外界援助的义务。

244. 一些委员指出，获得人道主义援助的权利可被视为一种个人权利，通常采取集体行使方式，这种权利隐含在国际人道主义法和国际人权法中。这种权利不被履行的情况，被视为生命和人的尊严的基本权利受到侵犯。

245. 另一些委员指出，讨论获得人道主义援助权利的内容为时过早，它可以成为由特别报告员在稍后阶段予以详细分析的课题。

246. 另外，据指出，2003 年国际法学会关于人道主义援助的决议载列了一份关于有待讨论的一些问题及其可能的解决办法的有用的指示表。<sup>690</sup>

---

<sup>689</sup> 附件第 3 段：“必须按照《联合国宪章》充分尊重主权、领土完整和国家统一。关于这方面，应该在受灾国同意和原则上应受灾国呼吁的情形下提供人道主义援助”。

<sup>690</sup> 2003 年国际法学会关于人道主义援助的决议，2003 年 9 月 2 日，布鲁日会议-2003 年，第十六委员会。

## 保护责任的相关性

247. 有些委员虽然认为，特别报告员依据保护责任阐述这个专题似乎是初步的，但鉴于对此专题采取的概括方式，仍有必要考虑到责任的相关性并解决各种有争议的问题。特别报告员将来编写的报告可能触及这个方面，在这一点上，有人着重指出这个领域内其他有关的事态发展。<sup>691</sup> 有些委员也认为，保护与人类安全各个方面具有联系，对之需要探索

248. 另一些委员怀疑保护责任的存在，在遇到灾难的情况下，更是值得怀疑。保护责任的出现原则上只限于极端的情况，即遇到了持续存在的情况和严重侵犯人权的行为，除非得到国家的支持，无法轻易着手救灾。在这方面，有人还回顾说，世界首脑会议成果为每一个国家援用了这样一种责任，以便保护其人口不致遭受灭绝种族、种族清洗和危害人类罪的行为。国际社会的任何行动应通过联合国按照《宪章》第六章和第七章行事。<sup>692</sup> 有些成员不认为有任何可以令人信服的理由，使得各国不能把保护责任延伸到或适用于涉及灾害的情况。

249. 一些委员认为保护责任涉及人道主义干预。因此，委员会在做法上应该小心谨慎。有些委员指出，这种责任仍然主要是一个政治和道德的观念，尚不具备法律特征，并没有改变与使用武力有关的法律。但是，另外一些委员认为，保护责任是作为一个法律义务而存在，并不一定扩大适用于武力的使用。

250. 另一些委员着重指出，此专题可以独立拟订，不必考虑是否有保护的责任存在。

### (d) 此专题的审议所涉及的法律渊源

251. 人们认识到，委员会的作业可能是拟议法的成份多于现行法。因此，必须在制度化的过程中慎重地进行。就此而言，可能有若干法律权利和义务在委员会拟订的法律文书中被接纳。但是，也必须根据拟议法建议一些道义上的权利和义务。对于某些人来说，虽然，非国家行为体的做法可能与确定最佳的做法有关，不能把它视为与形成习惯或解释条约法有关的实践。

---

<sup>691</sup> 例如见《威胁、挑战和改革问题高级别小组的报告》(A/59/565)，秘书长的报告，《较大的自由：使人人实现发展、安全和人权》(A/59/2005)，干预和国家主权问题国际委员会的报告，《保护的责任》，载于www.iciss-ciise.gc.ca，2005年世界首脑会议的成果(大会第60/1号决议)。

<sup>692</sup> 2005年世界首脑会议成果(大会第60/1号决议)。

252. 一些委员强调，委员会必须忠实于它的任务和侧重于法律方面的问题，着眼于现行法，并在适当时候同时考虑到拟议法。

253. 有人还建议强调对实际问题的解决，侧重缺乏法治的领域，同时考虑到从过去的灾害中汲取的教训。这种做法将具有限制此专题目前广泛的范围的优势，使委员会能够有效致力于建立与灾害有关的法律体制。在这方面，还需要更好地查明需要制订一套关于此专题的条款或准则的领域，侧重解决灾民所遇到的问题。但是，有人指出，不必重复已经在别处进行的工作，例如国际红十字和红新月第三十届会议通过的准则。<sup>693</sup>

254. 虽然同意国际人道主义法、人权法、难民法和与国内流离失所人员有关的法律在审议此专题中的相关性，有些委员指出，另外一些法律领域，例如与豁免和特权有关的国际法、习惯法和运输法，也有密切关系。另一项建议是避免在细节上再现这样的规则。

255. 也有人指出，国际习惯法同此专题的相关性，并非如此无足轻重；它纳入了若干一般原则，例如主权和不干预、合作原则和马顿斯条款，对此专题极为重要。

256. 据认为，委员会不应只着眼于为有关的行为体规范制定一系列的行为规则，也应该考虑体制方面，例如设立一个专门机构，以便在大规模灾害中协调救灾和援助。在这方面，也有人认为，需要就联合国和非政府组织所发挥的作用以及在这方面所遇到的问题进行评估和分析。

#### **(e) 未来工作方案和最后形式**

257. 有些委员同意特别报告员的看法，认为应该在审议此专题的相对早期阶段把它的形式决定下来。也有人指出，由于委员会的工作主要在于逐渐发展方面、而不是编纂方面，项目的务实目标将是规定有利于为救灾从事实际国际合作的法治、准则或机制的框架。在这方面，有些委员表示，一般倾向于在一个框架公约中订明一般原则，并且可能在拟订特别或区域协定时形成一个参考点。另一些委员主张拟订不具约束力的准则，认为这是比较实际的结果。

258. 有些委员认为，就最后形式作决定，为时过早；这样的决定可以推迟到稍后阶段才作出。但是，按照委员会工作方法上的习惯，应该提出条款草案，以供审议。

---

<sup>693</sup> 见上文脚注 685 及案文。

259. 有人也建议特别报告员提供一个今后工作的临时计划，连同与此专题有关的其他问题在工作小组讨论。另一些委员认为，建立这样个工作组，为时过早。为了更好地理解问题，有人还认为应该在适当的时候邀请联合国系统范围内和非政府组织方面在该领域的专家进行对话。

### 3. 特别报告员的总结

260. 特别报告员表示感谢对他的初步报告所作的评论。他更深信，委员会将引导这个专题得出成功的结论，尽管它具有复杂性并且面临未来的挑战。详细提出的意见将有助于特别报告员编写未来的报告。这个项目的完成，肯定需要同一些主要的行为体举行磋商和接触，包括联合国和红十字会和红新月会国际联合会。

261. 在绘制今后的行动方向时，特别报告员欢迎大家对此专题的审议采取概括办法给予普遍支持。但是，他认为：采取最初集中于自然灾害，但不忽略其他类型的灾害的办法，是可行的。在这方面，他记得委员会在 2006 年提纲中，已经预期采取这种办法，当时有人提议：较为迫切的需要是考虑为自然灾害开展活动，但不影响它在可能情况下考虑为其他类型的灾害采取行动的國際原则和规则。<sup>694</sup> 的确，委员会于 2007 年向秘书处提出的要求是编写一份起初把范围限于自然灾害的研究报告。<sup>695</sup>

262. 虽然认为保护的概念很广泛，足以涵盖灾害的三个阶段，特别报告员也指出，至少在起初的阶段，应该侧重救灾，但不一定要排除如何在稍后阶段一方面预防和减轻，另一方面重建的研究工作。

263. 他强调，考虑到受害者权利的编纂努力，在法律上有比较强大的基础。它引起了可在法庭裁决的权利，给予了其他行为体相关的权利和义务，同时照顾到主权、不干预和合作的原则；这些都是已经在关于各国依联合国宪章建立友好关系及合作之国际法原则之宣言(大会 1970 年 10 月 24 日第 2625(XXV)号决议)中得到重申的原则。受影响国不仅有向灾民提供援助的主要责任，而且在人道主义援助的提供上，受影响国的同意是不可或缺的。

---

<sup>694</sup> 《大会正式记录，第六十一届会议，补编第 10 号》(A/61/10)，附件 C，第 1 和 2 段。

<sup>695</sup> 同上，《第六十二届会议，补编第 10 号》(A/62/10)，第 386 段。

264. 特别报告员还指出，在不妨碍最后形式的情形下拟订条款草案将是委员会的任务。如同 2006 年提纲中所指出，目的是制定一套条款，以作为开展国际救灾活动的法律规范，澄清主要法律原则和概念并从而创造一个这类救灾工作可以站稳脚跟的法律“空间”。案文可以为这一领域各种行动者(包括但不限于联合国)之间的一系列具体协议提供基本的参考规范。<sup>696</sup> 最后形式将是一项公约，或包含一个范本或准则的宣言。在这方面，特别报告员提请注意 2000 年 5 月 22 日在日内瓦通过的《民防援助框架公约》的相关性。

---

<sup>696</sup> 同上，《第六十一届会议，补编第 10 号》(A/61/10)，附件 C，第 24 段。



## 第十章

### 国家官员的外国刑事管辖豁免

#### A. 导 言

265. 委员会于第五十九届(2007 年)会议上决定将“国家官员的外国刑事管辖豁免”列入其工作方案，并任命罗曼·阿·科洛德金先生为特别报告员<sup>697</sup>。在同届会议上，委员会请秘书处编写一份关于这个专题的背景研究报告<sup>698</sup>。

#### B. 本届会议审议此专题的情况

266. 委员会本届会议收到特别报告员的初步报告(A/CN.4/601)，和秘书处关于这个专题的备忘录(A/CN.4/596)。委员会于 2008 年 7 月 22 至 25 日以及 29 日至 30 日的第 2982 至 2987 次会议审议了这份报告。

##### 1. 特别报告员介绍其初步报告

267. 特别报告员指出，他的初步报告旨在简要介绍委员会和国际法学会审议这个专题的来历，并且概述委员会作为审议这个专题的一部分工作应该予以分析的问题以及它可能制订的任何未来文书。他说，自从列为委员会 2006 年报告附件的提纲出版以来<sup>699</sup>，国家官员的外国刑事管辖豁免问题所受到的注意并未消减：学术上关于这个专题的新著作已经出版，若干国家的和国际上的司法判决也已经作出，其中包括国际法院对“刑事事项互助的若干问题案”(吉布提诉法国)所作的判决<sup>700</sup>。在其初步报告和秘书处的备忘录中审议了大量的现有资料，但还远远没有达到详尽无遗的地

---

<sup>697</sup> 在 2007 年 7 月 20 日第 2940 次会议(《大会正式记录，第六十二届会议，补编第 10 号》(A/62/10)，第 376 段)。大会在 2007 年 12 月 6 日第 62/66 号决议第 7 段中注意到委员会将此专题列入其工作方案的决定。此专题已经在第五十八届(2006 年)会议期间根据委员会报告附件 A 中所载的建议被列入委员会的长期工作方案(《大会正式记录，第六十一届会议，补编第 10 号》(A/61/10)，第 257 段)。

<sup>698</sup> 《大会正式记录，第六十二届会议，补编第 10 号》(A/62/10)，第 386 段。

<sup>699</sup> 《大会正式记录，第六十一届会议，补编第 10 号》(A/61/10)，附件 A，第 436-454 页。

<sup>700</sup> 2008 年 6 月 4 日的判决(案文载于该法院正式网址 <http://www.icj-cij.org>)。



步。他着重指出，初步报告试图客观描述已经对这一事项表示的不同意见以及特别报告员偶尔在一些问题上发表的初步意见。

268. 特别报告员强调，该报告所载述的只是需要由委员会进一步审议的一些问题，他打算在随后的报告中载述其余的初步问题：这些问题包括国家官员的外国刑事管辖豁免的范围问题和一些程序性问题，如放弃豁免权。

269. 特别报告员指出，该专题的标题对如何确定专题的界限提供了指导。委员会将只审查国家官员的外国刑事管辖豁免，因此搁置与国际刑事法庭和官员的国籍国本国法院的豁免以及属于外国管辖范围的民事或行政诉讼程序的豁免问题。此外，此专题应该侧重国际法中、而不是国内立法中的豁免权：国内法中所载的规定只应该在作为习惯国际法而存在的证据时才是相关的。

270. 特别报告员强调，国家官员的外国刑事管辖豁免问题产生于国家间关系中。他根据主要法律文献和案例法(尽管某些司法决定参照国际礼让找到豁免的理由)，认为有足够的依据可以申明：国家官员的外国刑事管辖豁免的来源不是国际礼让，它主要来自国际法，尤其是习惯国际法。

271. 他还认为，刑事管辖权并非限制在司法范围，它应该涵盖早在实际裁判以前所采取的执行行动，因此，豁免问题往往在审判前的阶段通过外交渠道予以解决。特别报告员也指出，刑事管辖并不是对国家行使的，而对于外国官员的刑事管辖可以影响该国的主权和安全，并且对其内部事务构成干预，在涉及高级官员的情形下更是这样。他认为进一步分析管辖问题本身并不适当。

272. 特别报告员认为，豁免的法律规范或原则意味着官员所属的国家或官员自己不受司法管辖和该外国应当承担的相应义务的权利。应该进一步审查是否后者只包含不行使管辖的消极义务，或者也包含采取措施以防止破坏豁免的积极义务。此外，特别报告员认为，豁免是程序性的，而不是实质性的：虽然豁免使个人免于行政和司法的管辖，并没有免于接受规定的管辖的自由，也就是说，该官员有义务遵守外国的法律，或在违反该国法律时承担其刑事责任。特别报告员也指出，他在研究报告的阶段就已经认为，审议中的问题事实上不是外国刑事管辖的豁免问题，而是对刑事程序或刑事检控的若干法律措施的豁免。但是，他又说，在研究了豁免的范围以后，这个问题只会变得更为清晰。

273. 特别报告员提出为了此专题的目的是否有必要由委员会界定“豁免”概念的问题。他记得，委员会在从事关于国家及其财产的管辖豁免专题的工作时曾经拒绝这个想法。特别报告员还认为，通常应该区分对国家官员的两种类型的豁免：属人豁

免(或人员豁免)和属事豁免(或职能豁免)。为了分析的目的,这种区分看来是有用的,虽然这两种类型的豁免具有一些共同的特性。

274. 特别报告员认为,国家官员对外国刑事管辖的豁免从“职能的必要”和“代表性”学说两个方面得到解释,它在法律和政策上较为根本的理由在于各国主权平等和互不干涉内政原则以及确保国际关系稳定性和国家活动独立运作的需要。

275. 就专题涉及人的范围来说,特别报告员认为,标题通常指“国家官员”的概念。虽然在一些情形下,只涉及国家元首、政府首脑和外交部长,一般普遍认为,所有国家官员享有属物豁免。事实上,国家面临着不同类型的官员免受外国刑事管辖的问题。因此,特别报告员认为,应该保留“国家官员”的概念,由委员会为了此专题的目的规定其含义。他也指出,委员会应该审议现任官员和前任官员的地位。

276. 关于属人豁免,特别报告员认为,从国际法院对“逮捕证”案<sup>701</sup>的判决和其他事例中可以明显看出,国家元首、政府首脑和外交部长享有这种豁免。但是,对其他高级官员(例如国防部长、政府副首脑等等)是否也享有属人豁免的问题持开放态度。这个问题很难通过列举有关官员的职位来加以解决,看来,委员会应该致力于界定一些标准,以便规定哪些官员享有属人豁免。

277. 最后,特别报告员会促请委员会注意此专题所涉及的两个问题:承认在豁免中的作用问题和国家官员(主要是高级官员)的家属的豁免问题。特别报告员认为,只有在例外情况下才会发生前一问题。因此,他对是否应该进一步审议这两个问题感到怀疑。

## 2. 辩论摘要

### (a) 一般评论

278. 大家赞扬特别报告员的初步报告内容充分,为此专题的讨论打下了出色的基础。委员们还赞赏秘书处的备忘录质量高,内容详细。

279. 有人支持特别报告员的建议,即委员会不应当在此专题范围内审议国际刑事法院和官员国籍国法院的豁免问题。

---

<sup>701</sup> 2000年4月11日逮捕证案(刚果民主共和国诉比利时),《2002年国际法院判例汇编》,判决,第21至22页,第51段。

280. 某些委员强调说，既然已经编纂了关于外交官员、领事官员、特别使团成员和各国驻国际组织代表的豁免问题的条文，因此没有必要再在此专题的范围内处理。

## **(b) 渊源**

281. 委员们赞成特别报告员的意见，即：国家官员的外国刑事管辖豁免是依据国际法，特别是习惯国际法，而不是仅仅依据于国际礼让。因此，委员会的此专题工作可以有一个牢固的规范化基础，并将真正构成一个编纂现行规则的工作。某些委员就此指出，委员会应当审议国家法庭的有关判决。同时，也有人指出，委员会为确定关于此专题的国际法现状而评估这些判决的价值时，应当保持谨慎。一些委员认为，此领域国际法的逐渐发展还有空间。

## **(c) 基本概念**

282. 委员们评述了初步报告所研究的基本概念。关于“管辖”的概念，某些委员同意特别报告员的意见，即该概念涵盖整个一系列程序方面的行动，并支持关于特别注意审前阶段的主张。还有人指出，如初步报告所称并与国际法院的意见相一致，<sup>702</sup> 行使管辖按逻辑应当先于豁免；因为只有当法庭已经为审理案件确立了管辖权，才产生豁免问题。

283. 某些委员建议委员会审议普遍管辖原则对豁免的影响，考虑到国家立法和国家案例法的发展，并依据国际体系的发展，尤其是国际刑事法院的建立。有些委员指出，国家法院实施普遍管辖原则已经造成一些误解，加剧了国家之间的紧张关系，并使人们产生了出于政治或其他原因滥用此原则的印象。<sup>703</sup>

284. 关于“豁免”概念本身，某些委员支持这样的意见，即委员会应设法界定这一概念。有人就此指出，豁免在性质上是程序性的，不解除国家官员受国家法律约束和为违法行为承担刑法责任的义务。有人表示支持特别报告员的分析，即豁免是一个法律关系，意味着国家官员有权不受外国刑事管辖以及有关外国负有相应的义务。

---

<sup>702</sup> 逮捕证案，第 20 页，第 46 段。

<sup>703</sup> 例如参见《非洲联盟大会就委员会关于滥用普遍管辖权原则问题的报告作出的决定》（2008 年 7 月 1 日 Assembly/AU/Dec.199(XI)号文件）

285. 某些委员不赞成初步报告的意见，认为委员会不应当回避处理临时保护措施或执行措施的豁免问题；然而，另一些委员支持报告的意见。尽管某些委员考虑到其在此专题中的共同特征，赞成特别报告员准备审议国家官员或国家本身的外国民事管辖豁免的现行实践，但另一些委员坚持认为这些豁免在性质上非常不同于刑事管辖豁免，所以在这方面不能依赖相关实践。

286. 一些委员表示支持这样的观点，即在逻辑上，豁免同时具有职能和代表的因素，其根据是主权平等和不干涉内政原则以及确保国家之间关系稳定的需要。尽管一些委员强调了最近实践中新出现的豁免的职能因素的作用，但另一些委员指出，代表因素依然重要，因为某些官员享有豁免是因为其被视为代表国家本身。

287. 大家普遍同意，可以区分国家官员的两类豁免：属人豁免和属事豁免。一些委员强调说，这些概念对于区分高级官员和其他政府官员的地位以及在任和前任官员的地位很重要。一种意见认为，最好是搁置这些术语，先审议“官方”作为和“私人”行为的概念，以及豁免的时间因素(比如，就任之前实施的行为或前任官员在职期间实施的行为)。还有人指出，不应将官员的属事豁免混同于国家本身的豁免；然而，另一种意见认为，所有官员的豁免都来自于国家的豁免。

#### (d) 所涵盖的个人

288. 对于用来指豁免所涵盖的个人的术语，某些委员支持特别报告员的建议，目前继续使用“国家官员”的表述。然而，另一些委员建议说，最好是使用“代理人”或“代表”。有人指出，无论如何，应当确定这些术语所涵盖的确切个人。一种观点是，所涵盖个人的范围可以限定在行使国家具体权力的人(这一标准有可能从此专题范围内排除某类官员，比如教师、医务工作者等)；有人就此提到欧洲共同体法院使用的“公务”这一用语。

289. 有人表示支持特别报告员的观点，即：此专题应当涵盖所有的国家官员，这是因为他们享有属事豁免。但是，某些委员认为，委员会只应当审议国家元首、政府首脑和外交部长的豁免问题。有人鼓励特别报告员进一步研究前任官员的地位问题，尤其是参照皮诺切特案<sup>704</sup>和国际法院逮捕证案<sup>705</sup>判决第 61 段。

---

<sup>704</sup> 着重参见联合王国上议院，*Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet Ugarte*, 24 March 1999, reproduced in *International Legal Materials*, vol. 38, 1999, pp. 581-663.

<sup>705</sup> 逮捕证案，第 26 页，第 61 段。

290. 一些委员赞成国家元首、政府首脑和外交部长(所谓“三架马车”)享有属人豁免。然而,一些委员争辩说,国际法院在逮捕证案中认为外交部长享有这类豁免的论点在习惯国际法上并没有切实的根据,而该案中存在有异议的观点正说明了这一点。但是,另一些委员指出,在授予豁免方面,同国家首脑的依据一样,外交部长在国际关系行为中的杰出作用及代表性特征证明其有理由获得此待遇。讨论中还提出了属人豁免是否延伸到其他类别高级官员的问题。一些委员排除了这一可能,提到了上述三类官员在国际关系中的特别代表作用、缺乏实践来支持豁免的任何延伸以及政策方面的考虑。另一些委员认为,某些高级官员(除了特别报告员所提到的之外,可包括副总统、内阁部长、议会首脑、国家最高法院院长、联邦国家组成实体的首脑等等)也可享有这类豁免;他们呼吁委员会制定据以确定这些官员的标准,比如代表的性质或所履行职能的重要性。有人援引了国际法院在逮捕证案<sup>706</sup>中的判决,以支持后一观点。一些委员则指出,国际法院似乎已经在最近刑事事项互助的若干问题案<sup>707</sup>的判决中采取了更限制性的立场。另一些委员尽管承认国家元首、政府首脑和外交部长之外的其他高级官员也可享有属人豁免,但认为委员会应当限于审议这三类人,而搁置其他官员是否也可享有豁免的问题。有人指出,无论如何,任何官员不得在卸任后继续享有个人豁免。根据一种观点,若干国家官员在国外执行官方工作时享有属人豁免,因为他们被视为履行特别任务。

291. 有人建议委员会还应分析和平时期派驻国外军事人员的豁免问题。这一问题通常属于多边或双边协定内容,但也产生了一般国际法问题。

292. 关于承认对豁免的作用,一种观点认为,这一问题对于此专题至关重要,委员会应当审议。然而,一些委员支持特别报告员的意见,即:承认问题不是委员会关于此专题的任务,而至多可以就该问题采纳一个“不妨碍条款”。一些委员指出,如果国家存在,则应当无论承认与否而向其官员提供豁免。然而,也有人认为,豁免不应当延伸到尚未得到国际社会普遍承认而自行宣告成立的国家的官员。一些委员认为,委员会应当审议关于不承认一实体为国家而对于该实体官员的豁免所产生的后果。

293. 一些委员认为,国家官员家庭成员的豁免问题主要是根据国际礼让,不属于此专题的范围。然而,另一些委员建议说,委员会应当处理这一问题。

---

<sup>706</sup> 同上,第21至22页,第51段。

<sup>707</sup> 2008年6月4日的判决,主要见第194段。



### (e) 关于豁免的可能例外问题

294. 一些委员坚持认为，特别报告员在后续报告中审议豁免范围时，应当特别注意国家官员犯有国际刑事罪行时是否享有豁免的关键问题。

295. 一些委员就此认为，根据国家实践和委员会以往的工作(尤其是委员会1996年《危害人类和平及安全治罪法》草案)，有充分理由确认：当一名国家官员被指控犯有这类罪行时，确实存在着豁免的例外情况。一些委员争辩说，处理外国刑事管辖豁免时，不能忽视国际刑事法庭的法规和案例法排除豁免的事实。一些委员还争辩说，国际法院在逮捕证案<sup>708</sup>中的立场不符合整个国际社会对某些犯罪定罪的总趋势(如前南斯拉夫问题国际刑事法庭上诉分庭在布拉斯基奇案中的立场所反映的<sup>709</sup>)，并且委员会既不当为摆脱这一先例而犹豫，也不应作为逐渐发展国际法的部分内容继续这一事项而犹豫。一些委员认为：委员会应当尤其是根据各国在履行《国际刑事法院罗马规约》时所通过的立法而进一步决定：自从上述判决后国际法是否已经发生变化？另一些委员认为，委员会应进一步审议判决的内容与影响。

296. 一些委员提到了豁免例外情况的一些可能解释，包括国际法犯罪的非公务性质、禁止这类犯罪的规范的强制性性质、或者整个人类社会对这类犯罪的定罪。有人呼吁特别报告员在以后的报告中审议此类可能的解释，以着重确定这些解释是适用于所有或只是某些国际法犯罪，以及是否及在何种程度上适用于属事豁免还是也适用于属人豁免。一些委员指出：在防止豁免这类犯罪的利益与确保各国在国际上行动自由的利益之间，这些问题起着平衡作用。有人建议也应考虑如何确立此类豁免例外情况，从而参照国际刑事法院的补充性管辖权，加强国际刑事法庭。比如，可以规定，如一国已经接受国际法院管辖权，则其官员完全享有外国刑事管辖豁免；如一国尚未接受国际法院管辖权，则其官员在犯有国际法罪行时不享有豁免。

---

<sup>708</sup> 逮捕证案，第3页。

<sup>709</sup> 检察官诉布拉斯基奇(IT-95-14)，上诉分庭，根据克罗地亚共和国的请求而复查第二审判分庭1997年7月18日判决的裁决，第41段：

“……众所周知，习惯国际法保护每个主权国家的内部组织……这种专有权力的必然结果是，每个国家都有权声称，国家某个机关以官方资格采取的行动或进行的交易归于国家，因此，不得追究该机关对这些行为或交易的责任。所讨论的一般原则在国际法中已有明确规定，而且以国家主权平等为基础。鲜有的例外情况与规则的一个特定后果有关。这些例外情况源自于国际刑事法中禁止战争罪行、危害人类和灭绝种族的规定。根据这些规定，对这些罪行负有责任的人员不能要求获得国家或国际管辖的豁免，即使他们是在以官方资格采取行动时犯下此类罪行。同样，其他类人员（例如《1907年第四号海牙公约所附陆战法规及惯例条例》第29条所确定的间谍）尽管是代表国家机构工作，可能仍会对其错误行径负有个人责任。”

297. 另一些委员会坚持认为，委员会有相当的理由不愿限制豁免。他们认为，逮捕证案的判决反映了国际法的现状及此判决后国际和国家管辖权以及国家立法的发展，肯定了而不是质疑这些事务的现状。因此，不能说逮捕证案的判决违背了总趋势。国际法院没有授予豁免并不是赞成国家法院对豁免实行相应限制，情况恰恰相反。因此，前南斯拉夫问题国际刑事法庭对布拉斯基奇案的判决并不相关。这些委员认为，重要法律原则以及政策原因赞成保持例如逮捕证案判决所反映的国际法状况。他们认为，主权平等和国际关系稳定性原则不仅仅是抽象的考虑因素，而是反映了实质性的法律价值观念，诸如保护弱国不会受到强国的歧视，必须保障涉嫌犯罪人员以及会受到国家间关系可能中断的影响的人员的人权以及最终在极端情况下甚至必须尊重关于使用武力的原则。

298. 这些委员坚持认为，委员会总是应根据拟议法审议提出提案的可能性，同时还应基于对现行法的仔细充分分析以及支持现行法的政策理由进行审议。只有在此基础上，才能卓有成效地实现豁免原则与惩治有罪不罚之间的利益平衡。这些委员认为，若干国际规范的强制性特征不一定影响国家官员的国家刑事管辖豁免原则。

299. 一些委员强调，委员会也应审议国家官员豁免的其他可能例外情况，即在外国领土上未经该国允许而实施官方行为，比如外国特工人员的破坏、绑架和谋杀，侵犯领空和领海或间谍活动。

### 3. 特别报告员的总结

300. 在总结讨论的主要倾向时，特别报告员注意到，大家普遍同意可在国际法特别是习惯国际法中找到国家官员的外国刑事管辖豁免的基本渊源。他注意到一些委员指出了国家实践和司法判决在这方面的重要性。

301. 关于“豁免”的概念，普遍赞成的意见是，这意味着一个涉及权利和相关义务的法律关系，在性质上是程序性的(尽管一名委员的论点认为其具有实质性)。大家也普遍同意国家官员的外国刑事管辖豁免同时包括行政和司法管辖，而审前阶段尤其重要。对于委员会是否应当研究管辖权问题，存在着不同看法：特别报告员解释说，他打算在未来的工作中分析性地研究这一问题，然而，并不主张起草关于该问题的条款。

302. 关于豁免的理由，一些委员承认存在着混合的职能和代表因素，豁免的不同依据相互关联。然而，有人认为，不同官员的豁免有着不同的依据。例如，有人争



辩说，国家元首的豁免依据是他作为国家人格化的身份，而这一依据不能用来说明其他官员的豁免理由。

303. 委员们还承认，属人豁免和属事豁免之间的区别对于研究方法是有用的，尽管如特别报告员指出的，在规范性文书中很少使用。

304. 讨论也澄清了委员会所理解的此专题范围。普遍的看法是，外交官员、领事官员、使团成员和国家驻国际组织的代表不在此专题的范围之内。大多数委员还认为，国际刑事管辖的豁免问题也不在此专题的范围之内；但特别报告员表示：根据一些委员的建议并且在不影响他今后结论的前提下，他在处理豁免的可能例外情况时，打算考虑国际刑事管辖问题。

305. 根据关于承认问题所表示的不同意见，特别报告员建议说，委员会可审议不承认一实体为国家而对其官员是否享有豁免的可能影响。

306. 关于就所涵盖的个人而言的此专题范围，大多数委员赞成审议一切“国家官员”的地位，并赞成使用这一用语，对此将在委员会的今后工作中做出定义。

307. 关于属人豁免，广泛同意这是国家元首、政府首脑和外交部长享有的，但是对于延伸到其他高级官员，则有不同意见。一些委员认为，个人豁免仅限于上述三类官员。另一些委员承认其他国家官员有可能享有个人豁免，但表示关切将这类豁免延伸“三驾马车”以外的意见。还有一些委员赞成延伸豁免的主张，但指出在这方面必须非常谨慎：他们建议设立标准，而非采取列举的方式，来确定可享有个人豁免的其他政府官员。特别报告员指出，应当就此进一步研究国际法院在刑事事项互助的若干问题案中的判决。

308. 关于委员会是否应当审议国家官员家庭成员豁免的问题，意见似乎也同样有分歧。至今，至少没有人能说服特别报告员重新考虑他的观点，即在此专题内考虑这一问题不当；但是他将进一步考虑这一问题。

309. 特别报告员还指出，有人建议委员会也审议和平时期派驻国外军事人员的豁免问题。

310. 特别报告员然后转而谈到后续报告的可能内容。他重申他打算研究国家官员的外国刑事管辖豁免的范围和限度(同时包括属人和属事)，包括在犯有国际法罪行和在管辖国的领土上非法实施官方行为情况下豁免的可能例外情况。他将特别审议关于豁免与普遍国际法强制规范以及国家责任之间的关系、主要国际法犯罪普遍管辖权的行使对豁免的影响、以及关于其他犯罪(比如腐败或洗钱)方面的实践。他还将为属事豁免问题而研究“官方”和“私人”之间的区别，即：非法行为的性质或严重程度

是否可能影响其以官方身份实施行为的资格。特别报告员强调说，重要的问题在于一般国际法上是否有豁免的例外情况；因为毫无疑问，可以通过缔结条约而规定豁免的例外情况。他将进一步分析在任和前任国家官员享有的豁免问题。他的后续报告将最后研究豁免的程序问题，即放弃豁免和最近在刑事事项互助的若干问题案判决中所提出的某些问题(比如为其官员主张豁免的国家是否应当通知有关外国当局，或它应否申明和证明有关行为是以官方身份实施的)。

311. 特别报告员最后就其处理此专题的方法和做法发表了一些意见。他认为，国际法院 2002 年逮捕证案的判决不仅是正确的，而且是里程碑式的决定。该判决由一个很大的多数票通过，清楚和准确地描述了这方面国际法的目前状况。他强调说，他的报告将首先依据于国家实践、国际和国家司法判决与法律文献的仔细研究。关于司法实践，他指出应当审议各种法庭的有关判决，并兼顾其时间先后。关于国内司法判决，它们的重要性不仅在于本身，而且因为所根据的是国家就所涉事项表达立场的资料。特别报告员依然认为民事管辖豁免的有关判决对此专题可能有重大意义。他最后强调说，他最终的目标不是提出关于国际法可能是什么的抽象建议，而是以本领域现行国际法的实际状况为依据开展研究。

## 第十一章

### 引渡或起诉的义务(AUT DEDERE AUT JUDICARE)

#### A. 导 言

312. 委员会第五十七届(2005 年)会议决定将“引渡或起诉的义务(*aut dedere aut judicare*)”专题列入其工作方案,并任命兹齐斯拉夫·加利茨基先生为特别报告员。<sup>710</sup>

313. 委员会第五十八届(2006 年)会议和第五十九届(2007 年)会议收到并审议了特别报告员的初次报告和第二次报告。<sup>711</sup>

#### B. 本届会议审议此专题的情况

314. 委员会本届会议收到了特别报告员的第三次报告(A/CN.4/603)和从各国政府收到的意见和资料(A/CN.4/599)。<sup>712</sup>委员会在 2008 年 7 月 24 日、30 日和 31 日的第 2984、2987 和 2988 次会议上审议了该报告。

315. 委员会在 2008 年 7 月 31 日的第 2988 次会议上决定就此专题设立一个工作组,由阿兰·佩莱先生担任主席。工作组的任务和成员将在下一届会议上确定。

#### 1. 特别报告员介绍其第三次报告

316. 特别报告员指出,他的第三次报告的目的是继续就此专题最基本的方面拟订向各国和委员会委员提出的问题,以便就根据习惯国际法是否存在引渡或起诉的义务这一主要问题得出最后结论。为此,特别报告员建议委员会再次要求各国政府就此专题提供意见和资料。

---

<sup>710</sup> 2005 年 8 月 4 日第 2865 次会议(《大会正式记录,第六十届会议,补编第 10 号》(A/60/10),第 500 段)。大会在 2005 年 11 月 23 日第 60/22 号决议第 5 段中赞同委员会决定将此专题列入其工作方案。根据委员会 2004 年度报告所附的建议(《大会正式记录,第五十九届会议,补编第 10 号》(A/59/10),第 362 至 363 段),委员会第五十六届(2004 年)会议将此专题列入其长期工作方案。

<sup>711</sup> 分别为 A/CN.4/571 和 A/CN.4/585 和 Corr.1。

<sup>712</sup> 委员会第五十九届会议收到的意见和资料见 A/CN.4/579 和 Add.1-4。

317. 关于第三次报告中所载的条款草案，特别报告员指出，第二次报告中所建议的第 1 条草案<sup>713</sup> 得到了委员会的好评。在该条款草案新的文本<sup>714</sup> 中，特别报告员注意到了国际法委员会和第六委员会的意见：因此，“待择”被改为“法律”，以强调这项义务的法律性质，另为该项规定的最后一个短语建议了三种备选措辞。然而，特别报告员怀疑是否有机会删除所列举的拟定和适用这项义务的不同阶段(“确立、内容、运作和效果”)。

318. 关于第 2 条草案，<sup>715</sup> 特别报告员在报告中建议在条款草案中可以界定的四个词语，但他请委员会建议可列入该规定的其他可能的用语。他认为，在委员会结束关于此专题的工作之前，第 2 条草案应继续开放。该条草案第 2 款括号中的短语(将“不妨碍”条款延伸至“其他国际文书”)照搬了以委员会拟定的草案为基础的条约(如《维也纳条约法公约》和《联合国国家及其财产管辖豁免公约》)中的类似规定。

319. 第 3 条草案<sup>716</sup> 是在第二次报告中提出的，在国际法委员会和第六委员会均未受到反对，它反映了一种普遍共识，即国际条约是引渡或起诉义务的公认来源。

---

<sup>713</sup> A/CN.4/585, 第 76 段。该条草案案文又见《大会正式记录，第五十九届会议，补编第 10 号》(A/59/10), 第 350 段，注 563。

<sup>714</sup> 第 1 条草案案文如下：

#### 适用范围

本条款草案适用于国家引渡或起诉[在其管辖之下的][在羁押国境内的][受羁押国控制的]个人的法律义务的确立、内容、运作和效果。

<sup>715</sup> 第 2 条草案案文如下：

#### 用 语

##### 1. 为本条款草案的目的：

- (a) “引渡”是指……；
- (b) “起诉”是指……；
- (c) “管辖权”是指……；
- (d) “管辖之下的人”是指……；

2. 第 1 款关于本条款草案中用语的规定不妨碍[其他国际文书或]任何国家的国内法对这些用语的使用或给予的含义。

<sup>716</sup> 第 3 条草案案文如下：

#### 作为引渡或起诉的义务来源的条约

如果一项条约规定了引渡或起诉义务，则每个缔约国都有义务引渡或起诉被指控的犯罪人。

特别报告员指出，越来越多的条约载有这项义务，这可能说明各国的做法，并可能导致拟定适当的习惯规范的开端。

320. 特别报告员重申，今后关于此专题的条款草案应借鉴委员会 1996 年通过的《危害人类和平及安全治罪法草案》。

321. 特别报告员最后指出，关于此专题的最初的问题仍未得到解决。他认为，委员会应就如何解决引渡或起诉义务和普遍管辖权原则之间的相互关系问题找到折中的办法。至于所谓的“三重选择”(即将被指控的犯罪人移交一个主管国际刑事法庭)的问题，他认为彻底否决这一问题还为时过早，应考虑最近执行《国际刑事法院罗马规约》的各项国内法。

## **2. 辩论摘要**

### **(a) 一般评论**

322. 有些委员评论了第三次报告中所使用的方法。他们鼓励特别报告员积极分析这个课题所引起的主要问题，并提出具体建议，使委员会不必等待各国政府的评论和资料，就能够继续审议这个专题。他们请特别报告员在这样做的时候，依据该领域内丰富的国家实践和法律文献。

323. 有些委员指出，他们放弃评论以前的报告中已经解决的实质性问题，虽然有人指出，对于此专题引起的各种核心问题的疑虑持续存在。另一些委员表示，愿意在下一年就报告发表评论。

### **(b) 对特别报告员提议的条款草案的评论**

324. 关于特别报告员提议的第 1 条草案，有些委员认为，没有必要限定引渡或起诉的义务为“法律”义务。这些委员也认为，该项规定的最后一个短语应该反映《欧洲人权公约》第 1 条的措辞方式(“在其管辖范围内”)。据提议，该条的标题应该改为“范围”。有人对在条文中明确提到义务的“确立、内容、实施和效果”的机会，表示了不同的意见。也有人表示，特别报告员需要进一步详细阐述该条文。

325. 关于第 2 条草案，特别报告员提议的术语清单获得了一些支持，不过，有人认为，“人”和“管辖之下的人”的概念应该分别界定，“普遍管辖权”一词也应列入该清单。有人认为，有了第 1 款中的但书(“为了本条款草案的目的”)，就不需要第 2 款了。

326. 据指出，第 3 条草案背后的想法，即条约构成的引渡或起诉义务的来源，并没有引起任何争议；有一种看法认为，不过，应该在条款草案中明确阐述原则，以确认任何条约可能构成义务的直接来源，而不需要有进一步立法的理由。有人要求特别报告员在这个条文的评注中研讨载有引渡或起诉义务的条约。据指出，需要解决的主要问题仍然是该义务可能具有的习惯性质。

### (c) 对委员会今后此专题工作的意见

327. 有人建议特别报告员在随后的报告中继续探讨一般的实质性问题，并且提议与引渡或起诉的义务有关的具体条文，例如其来源问题(习惯法，一般法律原则)，它与普遍管辖权的关系，需要实施此项义务的罪行(特别是国际法的严重罪行)以及所谓的“三重选择”。有人认为，特别报告员在提出该项义务的习惯性质的证据以后，应该着手研讨上述实质问题。特别报告员随后可能着手研讨程序性问题，例如拒绝引渡的可能理由，引渡情况下的保证，或者如何处理同时提出的引渡请求。辩论中提到的另一些待决问题如下：是否应该提出一个工作定义，以决定什么是引渡或起诉义务的意图；义务的两个用语如何具体实施；当该人不在有关国家境内的时候该项义务是否可能实施；该项义务是否由一项引渡要求予以触发。

328. 另一种看法认为，委员会离开其渊源而独立探讨引渡或起诉义务的要素，可能证明更多地属于权宜之计。因此，有人认为，委员会应该首先审议触发起诉义务的条件，包括据称的犯罪人是否在该国境内、是否有已被拒绝的引渡要求、该国对有关罪行的管辖权等等。委员会可能随即讨论起诉义务的内容并研讨一些问题，例如，如何调和该项义务与对于审判的司法权力的裁量权，证据的提供是否影响该项义务的实施，是否应该把被指控的犯罪人看管起来以等待对其引渡或起诉作出决定等等。因此，委员会将向各国提供一套根据实践拟订的有用规则。

## 3. 特别报告员的总结

329. 特别报告员指出，有些委员侧重评论他在第三次报告中所采用的方法。虽然他一再表示，只有一些国家答复了委员会提出的问题，他同意有必要对此专题采取比较迅速和独立的处理方式。

330. 关于他在第三次报告中提议的第 1 条草案，特别报告员表示，他将根据已经收到的意见研讨案文，因此删除了有人认为多余的、提到该项义务“法律”性质的

文字，并且修改了标题。委员们似乎也赞成在条文中使用“管辖之下的人”一词。辩论情况还显示，有些委员认为，只有当被指控的犯罪人在该国境内的时候才产生引渡的义务，并且取决于有无引渡要求。特别报告员认为，委员们已经对在本条草案案文中提到该项义务各个阶段的机会表示了不同的意见。此外，他认为，需要进一步审议若干实质问题，尤其是如何确定引渡或起诉义务的确切性质和内容以及这项义务可能包括的罪行。

331. 谈到第 2 条草案，特别报告员说，他将考虑在需要由委员会予以定义的那些词中包括“人”、“管辖之下的人”和“普遍管辖权”的可能性。关于第 3 条草案，他同意其评注中应该载列关于引渡或起诉义务的各种条约的一些实例。

332. 谈到委员会今后关于这个专题的工作，特别报告员宣布，他的第四次报告将侧重这个专题所引起的主要实质性问题，例如引渡或起诉义务的来源，以及它的内容和范围。因此，他将提到委员会以前关于《危害人类和平及安全治罪法草案》的工作。关于未来条款的系统性结构，他注意到一些委员的建议，即：委员会就有关程序性问题提出具体建议，例如触发引渡或起诉义务的条件。



## 第十二章

### 委员会的其他决定和结论

#### A. 委员会计划、程序和工作方法以及文件

333. 在 2008 年 6 月 4 日举行的第 2971 次会议上，委员会设立了本届会议规划组。

334. 在 2008 年 8 月 8 日第 2997 次会议上，委员会注意到关于“方案 6—法律事务，次级方案 3—国际法的逐渐发展和编纂”的拟议的 2010-2011 年计划大纲。

335. 规划组举行了五次会议。它收到了题为“委员会的其他决定和结论”的大会第六委员会在大会第六十二届会议期间讨论情况的专题摘要 G 节，大会关于国际法委员会第五十九届会议工作报告的 2007 年 12 月 6 日第 62/66 号决议，特别是第 8、第 9 段和第 14 至 25 段，以及大会关于国内和国际的法治的 2007 年 12 月 6 日第 62/70 号决议。

#### 1. 纪念委员会成立六十周年和与法律顾问举行会议

336. 委员会注意到，委员会于 2008 年 5 月 19 日举行了一次隆重的会议，作为庆祝其成立六十周年活动的一部分。联合国日内瓦办事处总干事谢尔盖·奥尔忠尼启则先生、瑞士联邦委员米舍利娜·卡尔米-雷伊女士、联合国副秘书长兼法律顾问尼古拉·米歇尔先生，以及委员会主席埃德蒙多·巴尔加斯·卡雷尼奥先生在会上发言。联合国大会主席斯尔贾·凯里姆先生通过录像致词，国际法院院长罗莎琳·希金斯法官发表了主题演讲。<sup>717</sup>

337. 庄严纪念会议之后，于 5 月 19 日和 20 日与法律顾问举行了一天半会议。会议在“国际法委员会：六十年……现在如何？”的总主题下专门讨论了委员会的工作。会议由一系列专门小组的讨论组成，参加讨论的有会员国的法律顾问、其他国际法专家以及委员会现任和前任委员，重点讨论委员会的实际问题及其在国际法逐渐发

---

<sup>717</sup> 国际法院院长的主题演讲以及总干事、法律顾问和委员会主席的讲话可从介绍委员会工作的网站 [www.un.org/law/ilc/](http://www.un.org/law/ilc/) 上查阅。

展和编纂问题上与会员国的合作。<sup>718</sup> 讨论在查塔姆大厦规则的基础上进行，没有记录会议内容。

338. 委员会非常感谢许多法律顾问、国际法院法官、委员会前任委员和其他国际法专家参加委员会的庆祝活动。委员会称赞秘书处以及委员会委员组成的准备工作小组<sup>719</sup> 成功地组织了纪念活动。

339. 委员会还注意到，与法律顾问举行会议提供了一个有益的互动平台，并认为在五年期内至少举行一次这样的会议是有益的，最好在五年期的中期之前举行。

340. 委员会还赞赏地注意到，会员国联合现有的区域组织、专业协会、学术机构和委员会相关委员，举办了专门讨论委员会工作的全国或区域性会议。<sup>720</sup> 委员会注意到，特别是全国或区域性的此类会议有助于更好地理解 and 评价委员会在国际法逐渐发展和编纂问题上的作用，鼓励会员国联合现有的区域组织、专业协会、学术机构和委员会有关委员，继续适时举办此类活动。

---

<sup>718</sup> 乔治·阿比-萨阿卜先生作了总的介绍性发言，题为“国际法委员会在21世纪应起什么作用？”(a) 迈克尔·伍德先生介绍并主持了第一组问题的讨论，围绕的分主题是“由独立专家组成的附属机构：委员会是否能够实现其成立的宗旨？”第一个小组讨论会的题目是“委员会的组成：对编纂者资格的描述”，由佩莱先生和R.E. Fife先生（挪威）主持。第二个小组讨论会的题目是“委员会与各国政府：相互漠视还是不断互动合作？”由加利茨基先生和约翰·贝林格先生（美利坚合众国）主持。(b) 詹姆斯·克劳福德先生介绍并主持了第二组问题的讨论，围绕的分主题是“委员会及其工作方法：如何完成任务？”蒙塔兹先生也主持了一部分会议。第三个小组讨论会的题目是“委员会内部：是否需要更新工作方法？”由山田先生和A.E. Villalta先生（萨尔瓦多）主持。第四个小组讨论会的题目是“委员会实行开放：与其他机构分享经验”，由埃斯卡拉梅亚女士和A. Havas Oegroseno 先生（印度尼西亚）主持。艾哈迈德·马希乌先生介绍并主持了第三组问题的讨论，围绕的分主题是“委员会的前景：未来专题会有何种结局？”第五个小组讨论会的题目是“委员会未来讨论的专题：黄金时代是否已经结束？”由坎迪奥蒂先生和L. Lijnzaad女士（荷兰）主持。第六个小组讨论会的题目是“委员会工作结果：编纂和逐渐发展是否仍通过拟订条约来实现？”由杜加尔德先生和奥布赖恩女士（爱尔兰）主持。布里吉特·斯特恩女士为会议作了一般性总结。

<sup>719</sup> 小组成员是：坎迪奥蒂先生、科米萨里奥·阿丰索先生、加利茨基先生、佩莱先生、山田先生。委员会第五十九届会议主席布朗利先生和第五十九届会议规划组主席巴尔加斯·卡雷尼奥先生是小组的当然成员。

<sup>720</sup> 委员会了解到的一部分活动是：阿根廷外交关系理事会和阿根廷水资源研究所于2007年10月5日在布宜诺斯艾利斯举行了关于跨界含水层一体化管理问题的研讨会，印发了题为“国际法委员会的近期专题”的出版物；拉丁美洲国际法学会于2008年5月21日在日内瓦举行了一次圆桌会议，讨论“国际法委员会成立60周年：拉丁美洲的贡献和观点”；国际与发展研究院2008年5月28日在日内瓦举行了一次活动，围绕的主题是“国际法委员会成立60周年：成果与观点”；2008年7月11日为纪念60周年在慕尼黑举行了一次讨论会，题目是“以法律求得和平：联合国国际法委员会的作用”，委员会所有委员都收到了此次会议邀请。

## 2. 审议关于国内和国际法治的大会 2007 年

### 12 月 6 日第 62/70 号决议

341. 大会在关于国内和国际法治的第 62/70 号决议里，除其他外，邀请委员会在提交大会的报告中对其目前促进法治的作用发表评论。委员会意识到大会关于国内和国际法治的议程项目包含范围广泛的题目，超过了委员会自己目前议程所列的专题的范围。委员会还意识到大会这一议程项目所涉及的其他方面。

342. 按照《联合国宪章》第十三条第一款(子)项所确立的任务，委员会继续促进国际法的逐渐发展和编纂。在当前工作中，委员会努力遵从大会的要求，围绕一系列法律专题拟订条约、准则和其他文书草案案文。对于当前工作方案中的每一专题，<sup>721</sup> 委员会都以系统性的处理办法查明法律渊源，尤其注意条约、国家实践、法律确信、一般原则、国家和国际法庭的司法判决。因此，通过其当前的工作，委员会采用普遍接受的确认法律的方法，从而在国际关系中促进法治：这些方法重视国家实践和看法，同时考虑到国际组织的实践，并在适当的情况下，也考虑到非政府组织和个人在国际事务中日益重要的作用。

343. 为了促进国际关系中的法治，委员会确信，各国不论其大小、强弱，也不论其影响大小，都须遵守具有约束力的法律规则。总的来说，委员会力求拟订可以普遍适用的规则草案，并推广这样的规则：在规则的解释或适用出现争议时，争议应以和平方式解决。虽然委员会突出强调法律在国际关系中的优先地位，并努力通过拟订规则来实施这项核心的法治原则，但这样做并不总能排除提及国际行为者和国际社会的政策性考虑。在某些情况下，法律规则本身可能就提示或要求采用自行酌定的政策，而在另一些情况下，实践的相对贫乏以及现有法律的其他征象促使委员会据“应有法”提出建议。然而在所有情况下，委员会都预先假定，法治要求所有国家、国际组织和其他国际实体在行事时都怀着对法律的充分敬意。委员会关于武装冲突对条约的影响方面的工作就说明了这一点：委员会的做法暗含着这样的承认，即在武装冲突的情况下，也同样存在着适用于各国行为的具有约束力的法律规则。

344. 在国际一级，法治还意味着须对具体规则的内容具有敏感。对于目前议程上所处理的事项，委员会格外谨慎地行事，力求确保所提议的规则能够平衡地反映不同国家和非国家的利益，同时考虑到既有的先例。例如，在为跨界含水层拟订规则时，参照有关科学技术资料和广泛接受的法律原则，对各种不同的观点精心对比、衡

---

<sup>721</sup> 委员会当前工作方案中的各项专题，见第一章第 11 段。

量。目前围绕国际组织的责任、引渡或起诉义务、对条约的保留等专题开展的工作也反映了平衡不同利益的重要性。从根本上说，平衡不同利益的规则草案能够提高国际关系的秩序性、清晰性和一致性，从而促进法治。对于议程上的某些事项来说，对规则内容保持敏感还可能使委员会有机会在拟订规则草案时更直接地考虑到人权因素，诸如个人的尊严和安全以及公平性。在这方面，驱逐外国人、国家官员的外国刑事管辖豁免、发生灾害时的人员保护等专题要求在参照久已确立的国家主权和不干涉等原则的同时，认真地评估普遍接受的人权标准。委员会如果通过拟订规则维护了个人享受公平、安全、正义的概念，同时又没有限制国家应有的权威，那么委员会便促进了法治的发展。

345. 委员会作为直接从事法律方面工作的联合国机构之一，在促进法治方面继续与其他国际机构进行合作。委员会的主要任务是拟订规则，为履行这一任务与各国在大会里进行了密切协作。然而委员会所履行的职能的性质使它无法参加 秘书长报告“汇聚我们的力量：加强联合国对法治的支持”<sup>722</sup>所说的在秘书处一级的那种协调。委员会还是人们所说的与联合国最高司法机关国际法院的共生关系的一部分。国际法院多次依赖本身作为有约束力文书的条约和作为习惯国际法令人信服根据的委员会编写的其他文件。反过来，委员会极为重视国际法院的裁决。例如在目前围绕对条约的保留和国际组织的责任专题开展的工作中，委员会在起草拟议的规则时多次直接参照法院的决定或依据比照法院的宣示而获得的论点。国际法院与委员会之间的关系有助于促进法治，不仅通过以一致和透明的方式适用明确的规则，而且通过表明不同的认定法律机构以相同的方式确定国际法规则。区域法院和国家法院有时也乐意采用委员会的规则草案，作为国际法根据。例如近年来各种法院都明确提到委员会关于国际组织责任的规则草案所表达的立场。援引这些规则草案提高了规则草案的地位，并说明委员会目前对法治的贡献具有切合实际的特点。

346. 总的来说，委员会依然在各方面活动中致力于法治。实际上可以说，法治是委员会工作的本质，因为委员会的基本使命是指导法律的发展和拟订。委员会采用系统性的工作方法，并提出了解决国际问题的实际可行的建议。委员会以此继续着一项已经长达 60 年的传统，其中包括为诸如《维也纳外交关系公约》和《维也纳条约法公约》等重大条约进行准备工作。在根据国家实践和其他国际法人的有关活动拟订一般规则时，委员会充分发挥其下列优势：它的组成须包含世界上主要法律体系和联

---

<sup>722</sup> A/61/636-S/2006/980，第 48-50 段。

联合国系统内公认的主要区域集团的代表。委员会坚持这样的信念，即所有国家，不论情况如何，均须遵守法律至上原则。委员会意识到，无视不同的国家和非国家利益的规则，其价值将有限。最后，通过与确定和适用法律的其他机构合作，委员会协助保证，在法律明显呈现支离破碎趋势之际，一些法律规则仍能一致地适用于某一“横截面”的所有国家和实体。

### 3. 委员会与第六委员会的关系

347. 鉴于大会在其年度决议中的呼吁，委员会继续考虑采取办法进一步加强委员会与第六委员会的对话。委员会重申，委员会全体会议欢迎感兴趣的代表团参加，通常在委员会届会最后一星期通过的编为 A/CN.4/L……序列限制印发的报告草稿(L-文件)可供预先审阅，但是可能在通过阶段有所改动。报告草稿可以从联合国正式文件系统(ODS)上获取。<sup>723</sup>

348. 委员会欢迎继续采取非正式磋商的做法，即第六委员会和参加大会届会的国际法委员集中讨论，作为促进关于国际法委员会议程上各专题的对话的有用手段。

349. 委员会也知道，第六委员会审议国际法委员会报告期间召开的法律顾问非正式会议的议程上也有各种国际法问题有待讨论。为了进一步推动关于委员会报告的讨论，或许值得考虑是否有可能让法律顾问非正式会议在会前事先从委员会议程上挑出一、两个专题，作为法律顾问非正式会议上详细讨论的主题，可能的话，邀请相关专题的特别报告员参加。

350. 规划组同意继续审查委员会将其届会的一部分在纽约举行的可能性。

### 4. 长期工作方案工作组

351. 在 2008 年 6 月 4 日举行的第一次会议上，规划组决定重新设立长期工作方案工作组，由恩里克·坎迪奥蒂先生任主席。在同一次会议上，规划组决定请工作组在审议时注意最惠国条款工作组的报告。<sup>724</sup> 长期工作方案工作组主席于 2008 年 7 月 28 日向规划组提交了关于进展的口头报告。工作组建议将两个专题列入长期工作方案：根据诺尔特先生修订并更新的建议，纳入“条约随时间演变”专题；根据麦克

---

<sup>723</sup> <http://documents.un.org>.

<sup>724</sup> 规划组提到，在 2007 年 7 月 27 日第 2944 次会议上，委员会审议了工作组的报告并决定提交给规划组。



雷先生主持的 2007 年工作组关于此问题的报告(A/CN.4/L.719)，纳入“最惠国条款”专题。两个专题都符合委员会最近在其 2000 年报告里所阐述的标准，即专题是具体和可行的，并从理论和实践上讲，对于国际法的编纂和逐渐发展都是有益的。<sup>725</sup> 本报告附件中列入了两个专题的提纲。提议将两个专题列入委员会当前工作方案，并建议在委员会第六十一届会议上为两个专题设立研究组。

352. 委员会核准关于将两个专题列入其长期工作方案的建议。

## 5. 将新专题列入委员会工作方案并设立研究组

353. 在 2008 年 8 月 8 日第 2997 次会议上，委员会决定将“条约随时间演变”专题列入其工作方案，并决定为此在第六十一届会议上设立一个研究组。

354. 在同一次会议上，委员会决定将“最惠国条款”专题列入其工作方案，并决定为此在第六十一届会议上设立一个研究组。

## 6. 与专门机构的法律顾问举行会议

355. 委员会注意到，联合国系统内各国际组织的法律顾问 2009 年的会议将于日内瓦举行，时间适逢委员会举行会议。根据委员会《章程》第 26 条第 1 款，委员会建议在委员会第六十一届会议期间组织与法律顾问的联合会议，以便讨论共同关心的事务，并请秘书处为此目的做适当安排。

## 7. 与世界贸易组织上诉机构的成员举行会议

356. 根据其《章程》第 26 条第 1 款，委员会在 2008 年 5 月 27 日与世界贸易组织上诉机构的现任和前任成员举行了一次联席会议。<sup>726</sup> 在会上，委员会委员与上诉机构的现任和前任成员就共同关心的事项进行了有益的意见交换，特别是围绕条约解释的另外方式问题进行了讨论：《维也纳条约法公约》第 31 和 32 条适用于普通条

---

<sup>725</sup> 《2000 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 728 段。另参见《1997 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 238 段。

<sup>726</sup> 与会的现任和前任成员是：Luiz Baptista(巴西，现任上诉机构主席)、Georges Abi-Saab (离任成员，埃及)、A.V. Ganesan (离任成员，印度)、Julio Lacarte (前任成员，乌拉圭)、Mitsuo Matsushita (前任成员，日本)、Yasuhei Taniguchi (离任成员，日本)、Giorgio Sacerdoti (成员，意大利)、David Unterhalter (成员，南非)、Lilia Bautista (成员，菲律宾)、Jennifer Hillman (成员，美国)、张月姣(新任成员，中国)和 Shotaro Oshima (新任成员，日本)。

约和章程的问题；适用最惠国条款的程序和准则问题；国际法和国内法的关系问题；审评国内法律的国际机构采用的审评标准问题。

## 8. 财务事项

### (a) 在审议委员会报告期间特别报告员参加大会

357. 委员会指出，为了加强与大会的关系，委员会过去曾在不同场合提出允许特别报告员参加第六委员会讨论委员会报告的可能性，以便使他们有机会更全面地掌握当前状况、了解提出的意见并尽早着手编制报告。<sup>727</sup> 它还认为，特别报告员参加会议能够促进他们与政府代表相互交流意见与协商。<sup>728</sup> 按照大会第 44/35 号决议第 5 段，大会请委员会在情况准许时要求特别报告员在大会讨论该特别报告员负责的问题时出席大会会议，并请秘书长在现有资源内作出必要安排。委员会注意到，由于资金限制，不可能为两名以上特别报告员参加第六委员会的会议做必要的安排。它强调，特别报告员一职对于委员会的工作非常重要，并重申，在第六委员会讨论特别报告员负责专题时特别报告员有机会与政府代表相互交流大有裨益。

### (b) 酬 金

358. 委员会还重申对大会于 2002 年 3 月 27 日通过的第 56/272 号决议所引起的酬金问题的意见，委员会以前的报告表明了这一意见。<sup>729</sup> 委员会再次强调，上述决议尤其影响到特别报告员、特别是来自发展中国家的特别报告员，因为该决议缩减了对他们研究工作的资助。委员会促请大会重新审议这一事项，以期在现阶段恢复特别报告员的酬金。

---

<sup>727</sup> 《1988 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 582 段。

<sup>728</sup> 《1989 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 742 段。

<sup>729</sup> 见《大会正式纪录，第五十七届会议，补编第 10 号》(A/57/10)，第 525-531 段。同上，《第五十八届会议，补编第 10 号》(A/58/10)，第 447 段；同上，《第五十九届会议，补编第 10 号》(A/59/10)，第 369 段；同上，《第六十届会议，补编第 10 号》(A/60/10)，第 501 段；同上，《第六十一届会议，补编第 10 号》(A/61/10)，第 269 段；同上，《第六十二届会议，补编第 10 号》(A/62/10)，第 379 段。



## 9. 文件和出版物

### (a) 处理和印发特别报告员的报告

359. 委员会重申必须提供和开放一切与委员会逐渐发展和编纂国际法任务有关的国家实践和其他国际法渊源的证据。委员会还强调，委员会及其特别报告员充分意识到有必要尽可能节省文件总量，并将继续铭记这个考虑因素。<sup>730</sup>

### (b) 为解决《国际法委员会年鉴》积压的工作建立信托基金

360. 委员会赞赏地注意到，秘书长已经依照大会第 62/66 号决议第 21 段建立了信托基金，接收为解决《国际法委员会年鉴》相关积压工作自愿捐助的资金。<sup>731</sup>虽然委员会重申将解决积压工作的必要预算分配列入正常预算有关方案的重要性，但它同时也按照信托基金的规定呼吁会员国、非政府组织、私人实体和个人为信托基金捐款。它重申，《年鉴》对于了解委员会逐渐发展和编纂国际法的工作以及加强国际关系中的法治具有关键意义。

### (c) 其他出版物和编纂司的援助

361. 委员会感谢秘书处编纂司在为委员会提供的实质性服务和在提供法律资料及其分析而协助起草研究报告方面所做的宝贵协助。委员会尤其感谢秘书处出色地编写关于“发生灾难时的人员保护”专题的备忘录(A/CN.4/590 和 Add.1-3)和关于“国家官员的外国刑事管辖豁免”专题的备忘录(A/CN.4/596)。

---

<sup>730</sup> 关于特别报告员报告页数的限制考虑，例如参见《1977 年...年鉴》，第二卷(第二部分)，第 132 页和《1982 年...年鉴》，第二卷(第二部分)，第 123-4 页。另参见第 32/151 号决议第 10 段和第 37/111 号决议第 5 段，以及关于委员会提交大会的年度报告的随后决议。

<sup>731</sup> 截至 2008 年 7 月 31 日，1994 至 2001 年期间的积压文件如下：第二卷(第一部分)阿拉伯文本自 1996 年以来未印发。中文本自 1994 年以来未印发。除 1997 年外，第二卷(第一部分)英文本自 1996 年以来未印发。第二卷(第一部分)法文本自 1998 年以来未印发。除 2001 年外，第二卷(第一部分)俄文本自 1998 年以来未印发。第二卷(第一部分)西班牙文本自 1996 年以来未印发；2001 年第二卷(第二部分)西班牙文本也未印发。自 2002 年起至现在，不曾以六种工作语文中的任何语文印发任何卷册。

362. 委员会也感谢秘书处不断更新和管理国际法委员会网站的工作成果，<sup>732</sup> 特别感谢它建立了一个关于“联合国法律年鉴”的新网站，包括可以对所收藏已经出版的卷册(目前为英文)进行全文研究。委员会重申，网站是一个宝贵资源，可供委员会进行其工作，并可供更大范围的人员研究委员会工作，从而有助于全面加强国际法的教学、研究、传播和广泛评价。委员会欢迎进一步发展关于委员会工作的网站，介绍委员会议程上各个专题的现状。

## **B. 委员会第六十一届会议的日期和地点**

363. 委员会决定委员会于 2009 年 5 月 4 日至 6 月 5 日和 7 月 6 日至 8 月 7 日在日内瓦举行第六十一届会议。

## **C. 与其他机构的合作**

364. 阿·罗汉·佩雷拉先生代表委员会出席了亚非法律协商组织于 2008 年 6 月 30 日至 7 月 4 日在新德里举行的第四十七届会议。

365. 国际法院院长罗莎琳·希金斯法官在委员会 2008 年 7 月 22 日第 2982 次会议上作了发言，向委员会通报了国际法院最近的活动和正在审理的案件，尤其提请注意与委员会工作特别相关的方面。<sup>733</sup> 随后举行了意见交流。

366. 安东尼奥·菲德尔·佩雷斯先生代表美洲法律委员会出席了委员会本届会议，他于 2008 年 7 月 15 日委员会第 2978 次会议上发了言。<sup>734</sup> 他着重介绍了目前美洲法律委员会在国际公法和国际私法各个方面开展的活动。发言之后进行了意见交流。

367. 欧洲法律合作委员会和国际公法法律顾问委员会(国际公法顾委)分别由国际公法顾委主席迈克尔·伍德先生和法律顾问和国际公法主任曼努埃尔·莱泽图阿先生作为代表出席了委员会本届会议，并在委员会 2008 年 7 月 25 日第 2985 次会议上作了发言。<sup>735</sup> 他们重点介绍了国际公法顾委目前在各类法律事务上开展的活动。发言之后进行了意见交流。

---

<sup>732</sup> 见于<http://www.un.org/law/ilc/>。

<sup>733</sup> 这一发言载于该次会议的简要记录并且载于委员会工作的网站。又见[www.un.org/law/ilc](http://www.un.org/law/ilc/)。

<sup>734</sup> 这一发言载于该次会议简要记录。

<sup>735</sup> 同上。

368. 亚非法律协商组织由该组织第四十七届会议主席纳林德尔·辛格先生作为代表在 2008 年 7 月 31 日委员会第 2988 次会议上发了言。<sup>736</sup> 他向委员会简要通报了亚非法律协商组织在新德里举行的第四十七届会议的工作成果。

369. 国际海洋法庭由庭长吕迪格·沃尔夫鲁姆作为代表出席了委员会本届会议，并在委员会 2008 年 7 月 31 日第 2988 次会议上作了发言。<sup>737</sup> 发言之后进行了意见交流。

370. 2008 年 7 月 24 日，委员会的委员和红十字国际委员会的委员就共同感兴趣的专题进行了非正式的意见交流，如国际组织的责任、武装冲突的定义、集束弹药公约、私人保安公司相关规则等。

371. 为了确保相互更好地了解对方的活动，委员会愿意探索促进委员会和其他机构合作的可能性，办法是举行更有针对性和以问题为导向的会议，并特别关注委员会与相关机构工作之间的关系。

#### **D. 临时出现的空缺**

372. 2008 年 8 月 8 日，委员会选举迈克尔·伍德先生(大不列颠及北爱尔兰联合王国)填补伊恩·布朗利先生辞职<sup>738</sup> 而出现的空缺。

#### **E. 出席大会第六十三届会议的代表**

373. 委员会决定由主席埃德蒙多·巴尔加斯·卡雷尼奥先生代表委员会出席大会第六十三届会议。

374. 委员会于 2008 年 8 月 8 日第 2997 次会议上请“国际组织的责任”专题特别报告员乔治·加亚先生根据大会第 44/35 号决议<sup>739</sup> 第 5 段的规定出席大会第六十三届会议。

---

<sup>736</sup> 同上。

<sup>737</sup> 同上。

<sup>738</sup> 布朗利先生的辞职于 2008 年 8 月 8 日生效，见 A/CN.4/602。

<sup>739</sup> “大会，…… 5. 请国际法委员会在情况准许时要求特别报告员在大会讨论与该特别报告员负责的有关的问题时出席大会会议，并请秘书长在现有资源内作出必要安排。”

## F. 国际法讲习班

375. 依照大会 2007 年 12 月 6 日第 62/66 号决议，第四十四届国际法讲习班于 2008 年 7 月 7 日至 25 日在国际法委员会本届会议期间在万国宫举行。讲习班的对象是攻读国际法专业高等学位的学生和打算从事学术或外交生涯或在其本国公务员系统任职的年轻教师或政府官员。

376. 来自世界各个地区分属不同国籍的 27 名学员参加了这届讲习班。<sup>740</sup> 讲习班学员观察了委员会的全体会议，参加了特别安排的专题演讲和关于特定专题的工作组。

377. 讲习班由委员会主席埃德蒙多·巴尔加斯·卡雷尼奥先生先生主持开幕。联合国日内瓦办事处高级法律顾问乌尔里希·冯·布卢门塔尔先生负责讲习班的行政管理、组织事宜和会议的进行，由联合国日内瓦办事处法律顾问维托里奥·马伊内蒂先生予以协助。

378. 委员会委员作了以下演讲：乔治·加亚先生：“国际组织的责任”；山田中正先生：“共有自然资源法的编纂”；恩里克·坎迪奥蒂先生：“国际法委员会未来处理的专题”；约翰·杜加尔德先生：“委员会工作的成果”；兹齐斯拉夫·加利茨基先生：“引渡或起诉的义务(*Aut dedere aut judicare*)”；卢修斯·卡弗利施先生：“与海洋沉船有关的法律制度”；玛丽·雅各布松女士：“历史沉船和海洋墓地的法律制度”；罗汉·佩雷拉先生：“争取制订关于恐怖主义问题的全面公约”；唐纳德·麦克雷先生：“最惠国条款”；格奥尔格·诺尔特先生：“国际法的文化多样性”。国际法院法官、原委员会委员辛马先生在讲习班上做了发言，题目是“国际法委员会与国际法院：共生关系”。

---

<sup>740</sup> 下列人员参加了第四十四届国际法讲习班：Adineh Abghari女士(伊朗)、Dace Apine女士(拉脱维亚)、Stacie-Anne Marie Brown女士(牙买加)、Lalii Chin女士(帕劳)、Iryna Chyzheuskaya女士(白俄罗斯)、Juan Andrés Fuentes Véliz先生(秘鲁)、Charlie Garnjana-Goonchorn先生(泰国)、Ruwanthika Gunaratne女士(斯里兰卡)、Izevbuwa Ikimiukor女士(尼日利亚)、Ivana Jelić女士(黑山)、Klaus Keller先生(德国)、Blaise Koivogui先生(几内亚)、Paavo Kotiaho先生(芬兰)、Toufik Koudri先生(阿尔及利亚)、Siami Leabo女士(象牙海岸)、Helyati Mahmud Saedon女士(文莱达鲁萨兰国)、Rudo Makunike女士(津巴布韦)、Cláudio Mate先生(莫桑比克)、Thang Nguyen Dang先生(越南)、Jeanette Sautner女士(加拿大)、Sabrina Urbinati女士(意大利)、Gustavo Velasquez先生(厄瓜多尔)、Leandro Vieira Silva先生(巴西)、Andres Villegas Jaramillo先生(哥伦比亚)、Marise Warner女士(特立尼达和多巴哥)、Tahmina Yolchiyeva女士(阿塞拜疆)、Ahmed Zaki先生(埃及)、Gentian Zyberi先生(阿尔巴尼亚)。由Vera Gowlland-Debbas女士(日内瓦国际和发展研究院教授)担任主席的甄选委员会于2008年4月29日举行会议，从107位申请人中录取了28人参加本届讲习班。所录取的第28名候选人在最后一刻未能参加。

379. 下列人士也作了演讲：国际法讲习班主任助理维托里奥·马伊内蒂先生：“国际法委员会工作介绍”；特别报告员阿兰·佩莱先生的助理达尼埃尔·米勒尔：“对条约的保留”；红十字国际委员会法律顾问杰列娜·佩吉茨女士：“国际人道主义法目前受到的挑战”。

380. 讲习班的学员应邀参观了世界贸易组织(世贸组织)，听取了由总干事顾问加布里埃尔·马索女士和世贸组织上诉机构秘书处主任沃纳·兹杜奇先生所作的简要介绍。讨论侧重世贸组织目前的法律问题和世贸组织的争端解决制度。

381. 在日内瓦国际和发展研究院的院址专门举行了一次关于“和平解决国际争端”问题的讨论会。讲习班的学员听取了下列演讲：马塞洛·科恩先生，“和平解决国际争端的概念”；薇拉·高兰—达巴斯女士，“作为联合国主要司法机构的国际法院”；乔治·阿比—萨阿卜先生(世贸组织上诉机构成员、前主席)，“司法职能的转变”。

382. 围绕“引渡或起诉的义务”和“对条约的保留”两个专题，组织了两个讲习班工作组。每一个参加讲习班的学员被分配到其中一个工作组。国际法委员会委员兹齐斯拉夫·加利茨基先生以及达尼埃尔·米勒先生为工作组提供了指导。每一工作组写了一份报告，并在专门举行的讲习班会议上介绍他们的心得。已将报告编辑成册，发给所有学员。

383. 日内瓦共和国和州政府一如既往，给予学员们热情接待，派人带学员参观了市政府的阿拉巴马厅，随后又为他们举行了招待会。

384. 在讲习班闭幕式上，国际法委员会主席、讲习班主任冯·布卢门塔尔先生以及学员代表阿迪娜·阿布哈里女士(伊朗伊斯兰共和国)向委员会和学员们致词。每一名学员都收到一份证明参加第四十四届讲习班的证书。

385. 委员会特别感谢地指出，在过去三年里，奥地利、中国、塞浦路斯、芬兰、德国、匈牙利、爱尔兰、墨西哥、瑞典、瑞士以及大不列颠及北爱尔兰联合王国等国政府向联合国国际法讲习班信托基金提供了自愿捐款。基金的财务状况使它可以提供足够份数的研究金，使发展中国家的优秀学员得以参加，从而保证了学员的适当地域分布。今年，向 16 名学员颁发了全额研究金(旅费和生活津贴)，向 4 名学员颁发了部分研究金(只给生活津贴)。

386. 自 1965 年以来，分属 162 个不同国籍的 1,006 名学员参加了讲习班，其中 618 人获得了研究金。

387. 委员会强调，它十分重视讲习班。讲习班使年轻法律工作者、特别是来自发展中国家的年轻法律工作者能够熟悉委员会的工作和总部设在日内瓦的众多国际组织的活动。委员会建议大会再度向各国发出呼吁，请各国提供自愿捐款，以保证在 2009 年能够继续举行讲习班，并让尽可能多的学员参加。

388. 委员会满意地注意到 2008 年讲习班获得了全面口译服务。委员会希望下届讲习班在现有资源范围内能够获得同样的服务。

## 附件 A

### 条约随时间演变 特别是嗣后协定和实践问题

(格奥尔格·诺尔特先生)

#### A. 导 言

1. 条约不只是枯燥无味的典籍。条约是为缔约国提供一种稳定环境并实现其中所载宗旨的文书。因此，条约可能随时间流逝而变化，必须适应新的情况，根据国际社会的社会需求而演变，有时还有可能过时。

2. “时下条约”这一一般性问题反映了条约法中稳定 and 变化需求之间的紧张关系。一方面，条约和条约法的目的是面对不断变化的环境，提供了一种稳定的环境。另一方面，法律制度也必须留有余地考虑嗣后的发展，以确保对缔约国之间的协议给予有意义的尊重，并明确其限度。

3. 了解嗣后行为、事件和发展如何影响现行法律，在任何法律制度下都十分重要。在国内法中，法律颁布或契约缔结后一个重要的嗣后发展，是立法机构或契约当事方通过修正案和法院作出演进式解释。在国际法中，情况要复杂得多。不同的渊源，特别是条约和习惯法，受不同规则和机构的约束，而且彼此之间相互作用。

4. 以习惯法为例，某一规则是某些行为、伴随的法律评价表述以及对其反应(国家实践和法律意见)这一总体进程的结果。原则上，这一进程一直在继续，某项规则因而不断得到重申或受到要求变革的压力。就习惯法而言，嗣后的行为、事件和发展原则上属于或等同于习惯法形成进程的一部分。

5. 另一方面，在条约法中，条约及其缔结的过程必须与可能影响有关条约存在、内容或意义的嗣后行为、事件和发展明确分开。条约是国家之间和/或其他国际法主体之间的正式协议，旨在以具法律约束力的形式在一个期间内保持所达成的协议。因此，嗣后行为、事件或发展可能只在某些情况下影响一项条约的存在、内容或意义。界定这些条件，对条约关系的安全是有益的。国际法院对加布奇科沃一大毛罗



斯案的判决<sup>1</sup>以实例说明了条约法的运作如何与可能影响一项条约存在、内容或意义的嗣后行动、事件和发展相关。

6. 就条约随时间演变而言，有人建议委员会再次讨论条约法。这一问题被经常提出。随着某些重要的多边条约达到某一阶段，这些问题在将来甚至更有可能出现。

7. “条约随时间演变”这一专题的一个方面是，缔约国的嗣后协定和嗣后实践对条约解释，特别是对根据条约规则宗旨(详见以下 B 节至 E 节)对条约作出或大或小的动态解释的作用。如果将有关条约视为“活的文书”，就应该考虑到国际社会法律环境的变化或新需求的出现。

8. “条约随时间演变”这一专题的另一方面，是某些行为、事件和发展对一项条约全部或部分的持续存在的影响。这方面最明显的问题是条约的终止或退出(《维也纳条约法公约》第 54、59 和 60 条)、废止(《维也纳条约法公约》第 56 条)和停止施行(《维也纳条约法公约》第 57、58 和 60 条)以及相关的时际效果问题。《维也纳公约》审视了条约终止或停止施行的一些原因：有些显然与时间流逝有关，如没有包含终止条款和没有规定条约废止或退出(第 56 条)或后来情况之变化(第 62 条)的条约的终止问题。减损条约的习惯规则的形成可能意味着一项条约全部或部分过时，这在《维也纳条约法公约》中并没有被列为是条约终止的一个理由，尽管是可能原因之一。

9. 该专题的再另一方面是后来条约或习惯法对某项条约的影响。也就是通过后来缔结一项或多项条约来修订一项条约(《维也纳条约法公约》第 41 条)，或者是通过后来的习惯国际法规则来修订一项条约。所涉的具体问题是一般国际法的新强制性规范的出现(《维也纳条约法公约》第 64 条)及其时际效应。

10. 时间对一项条约的影响的第四个方面是某些条款可能过时。造法条约尤其如此。关于设立审查机构的条款满足了修订条约的要求，但是就多数条约而言，其未来可能过时的问题并没有得到考虑。

---

<sup>1</sup> 加布奇科沃-大毛罗斯项目案(匈牙利诉斯洛伐克)，1997 年 9 月 25 日判决，《1997 年国际法院案例汇编》，第 7 页。

## B. 特别是：条约的嗣后协定和嗣后实践问题

11. 国际法有一个显著特点，即确保以符合缔约国之间协定的方式考虑不断变化的情况。这一特点在《维也纳条约法公约》第 31 条第 3 款(a)和(b)项中已经提到。也就是承认嗣后协定和嗣后实践在一项条约解释中的作用。两种解释方式都具有重要的实际意义。各国际法庭和其他争端解决机构在大量案件中引述和适用了《维也纳条约法公约》第 31 条第 3 款(a)和(b)项。国际法院<sup>2</sup>及其前身常设国际法院<sup>3</sup>就是这样做的。仲裁裁决、<sup>4</sup>伊美争端法庭、<sup>5</sup>国际海洋法法庭、<sup>6</sup>欧洲人权法院<sup>7</sup>和前南

---

<sup>2</sup> 仅参见隆瑞古寺案(柬埔寨诉泰国)，案情实质，《国际法院案例汇编》，第 6 页，第 33-34 页；“关于联合国某些费用(《宪章》第十七条第二项)”，1962 年 7 月 20 日的咨询意见，《1962 年国际法院案例汇编》，第 160 页；南非不顾安全理事会 276 (1970)号决议，继续留驻纳米比亚(西南非洲)的法律后果，1971 年 6 月 21 日的咨询意见，《1971 年国际法院案例汇编》，第 22 页，第 22 段；国际法院在 Kasikili/Sedudu 岛案(博茨瓦纳诉纳米比亚)中再次引述其判例法，1999 年 12 月 13 日的判决，《1999 年国际法院案例汇编》，第 1045 页，第 50 段。

<sup>3</sup> 仅参见劳工组织在农业就业人员劳动条约国际管制中的权限，1922 年 8 月 12 日咨询意见，B 辑第 2 号，第 38-40 页；《洛桑条约》第 3 条第 2 款的解释，1925 年 11 月 21 日咨询意见，B 辑第 12 号，第 24 页；欧洲委员会关于多瑙河的管辖权，1926 年 12 月 26 日咨询意见，B 辑第 14 号，第 27 页，第 62-63 页；但泽法院的管辖权限，1927 年 9 月 24 日咨询意见，B 辑第 15 号，第 18 页。

<sup>4</sup> 仅参见 Chamizal 案(墨西哥诉美利坚合众国)，1911 年 6 月 15 日的裁决，《联合国国际仲裁裁决汇编》，第十一卷，第 323-235 页；俄罗斯赔偿事宜(俄罗斯诉土耳其)，1912 年 11 月 11 日的裁决，《联合国国际仲裁裁决汇编》，第十一卷，第 433 页；美利坚合众国和法国之间航空运输服务协定的解释(美国诉法国)，1963 年 12 月 22 日的裁决，《联合国国际仲裁裁决汇编》，第十六卷，第 5-74 页；美利坚合众国和意大利之间航空运输服务协定的解释(美国诉意大利)，(美国诉意大利)，1965 年 7 月 17 日的裁决，《联合国国际仲裁裁决汇编》，第十六卷，第 75-108 页，第 100 页；比格尔海峡仲裁案(阿根廷诉智利)，1977 年 2 月 18 日的裁决，《联合国国际仲裁裁决汇编》，第二十一卷，第 53 页；大陆架划界(联合王国诉法国)，1977 年 6 月 30 日的裁决，《联合国国际仲裁裁决汇编》，第十八卷，第 3 页；塔巴仲裁案(埃及诉以色列)，1988 年 9 月 29 日裁决，《联合国国际仲裁裁决汇编》，第二十卷，第 56-7 页，第 209-211 段；海洋边界划界案(几内亚/几内亚比绍)，1985 年 2 月 14 日，《联合国国际仲裁裁决汇编》，第十九卷，第 175 页，第 66 段；南部蓝鳍金枪鱼案(澳大利亚和新西兰/日本)，2000 年 8 月 4 日裁决(管辖权与可受理性)《联合国国际仲裁裁决汇编》，第二十二卷，第 1-57 页，第 45-6 页；居留法国的教科文组织退休职员养恤金纳税制度案(2003)，《国际公法综合杂志》107 (2003)，第 221 页及以下，第 70 段。

<sup>5</sup> 美利坚合众国和其他诉伊朗伊斯兰共和国和其他，1984 年 1 月 25 日的裁决，伊美争端法庭，第 5 卷，第 71 页；休斯敦承包公司诉伊朗国家石油公司和其他，1988 年 7 月 22 日裁决，伊美争端法庭，第 20 卷，第 56-57 页。

<sup>6</sup> M/V ‘Saiga’ Case (No.2) (圣文森特和格林纳丁斯诉几内亚)判决，《海洋法法庭案例汇编》，1999 年 7 月 1 日。

<sup>7</sup> *Case of Soering v. United Kingdom*, Judgment (Merits and Just Satisfaction), 7 July 1989, Application No. 14038/88; *Loizidou v. Turkey*, Judgment (Merits and Just Satisfaction), 18 December 1996, Application No. 15318/89, ECHR, 1996-VI, p. 2236; *Banković and Others v. Belgium and 16 Other Contracting States* (dec.) [GC], Application No. 52207/99, ECHR 2001-XII; *Öcalan v. Turkey*, Judgment, 12 May 2005, Application No. 46221/99, ECHR 2005-IV.

斯拉夫问题国际法庭<sup>8</sup>的判决,以及世贸组织专题小组及其上诉机构<sup>9</sup>的报告,都大量援引嗣后实践。此外,国内法院屡次提到嗣后实践如何左右着某项条约对国内法律秩序的影响。<sup>10</sup>

12. 委员会在 1957 年至 1966 年期间的条约法工作中讨论过这一专题。<sup>11</sup> 后来,委员会在国家与国际组织之间或两个或更多国际组织之间缔结的条约条款草案中

---

<sup>8</sup> 公诉人诉 *Dusko Tadic*, 案件编号 IT-94-I-A, A.Ch, 1999 年 7 月 15 日判决。

<sup>9</sup> 见上诉机构报告,日本酒精饮料税(1996 年 11 月 1 日) WT/DS8/R, WT/DS10/R, WT/DS11/R; 上诉机构报告,欧洲共同体某些计算机设备的海关分类(1998 年 6 月 22 日) WT/DS62/AB/R, WT/DS67/AB/R, WT/DS68/AB/R, DSR 1998: V, 1851; 专题小组报告,美国计算倾销幅度的法律、规章和方法(“归零”)(2006 年 5 月 9 日) WT/DS294/R, 第 7.214-7.218 段; 专题小组报告,智利某些农产品的价格幅度和保障措施(2002 年 10 月 23 日) WT/DS207/R, 第 7.78-7.101 段; 欧洲共同体冷冻无骨鸡块的海关分类(2005 年 9 月 12 日) WT/DS269/AB/R, 第 253-60 段, 第 271-3 段; 上诉机构报告,美国影响博彩和赌博业跨境供给的措施, WT/DS285/AB/R, 2005 年 4 月 20 日通过, 第 64-66 页, 第 190-95 段。

<sup>10</sup> 例如见 *Medellin v. Texas*, Judgment of 25 March 2008, 552 U.S.\_ (2008) (Slip opinion at pp. 20-21); *Trans World Airlines, Inc. v. Franklin Mint Corp.*, 466 U.S. 243 (1984); *R. v. Sec. of State, on Application of Channel Tunnel Group*, 23 July 2001, ILR vol. 125 (2004), 125, pp. 580, 597, para. 48; *Morris v. KLM Royal Dutch Airlines* [2002] UKHL7, 2 AC 628, ILDC 242 (UK 2002); *Attorney-General v. Zaoui*, [2005] NZSC 38, ILDC 81 (NZ 2005); *A. v. B., Swiss Federal Supreme Court*, 1st Civil Law Chamber, 8 April 2004, BGE 130 III 430, ILDC 343 (SW 2004); *Bouzari v. Iran (Islamic Republic of)* (2004), 243 D.L.R. (4th) 406, ILDC 175 (CA 2004).

<sup>11</sup> 杰拉尔德·菲茨莫里斯,条约法第二次报告, A/CN.4/107, 《1957 年……年鉴》, 第二卷, 第 22、25、39、44、68 页; 汉弗莱·沃尔多克,条约法第一次报告, A/CN.4/144 和 Add.1, 《1962 年……年鉴》, 第二卷, 第 69 页; 第二次报告, A/CN.4/156 和 Add.1-3, 《1963 年……年鉴》, 第二卷, 第 60、64、66、69-71、80 页; 第三次报告, 联合国文件 A/CN.4/167 和 Add.1-3, 《1964 年……年鉴》, 第二卷, 第 39、40、52、53、55、59、60、62 页; 第四次报告, A/CN.4/177 和 Add.1 和 2, 第 49 页; 第五次报告, A/CN.4/183 和 Add.1-4, 第 28 页; 第六次报告, A/CN.4/186 和 Add.1, 2/Rev.1, 3-7, 《1966 年……年鉴》, 第二卷, 第 68 条草案在第 87-91 页, 第 69 条草案在第 91-99 页和第 101 页; 委员会第十五届会议全体讨论, A/CN.4/SER.A/1963, 《1963 年……年鉴》, 第一卷, 第 687 次会议, 第 89 页; 第 689 次会议, 第 100 页; 第 690 次会议, 第 109 页; 第 691 次会议, 第 116、121 页; 第 694 次会议, 第 136、139 页; 第 706 次会议, 第 224 页; 第 707 次会议, 第 226 页; 第 712 次会议, 第 269 页; 第 720 次会议, 第 316 页; 委员会第十六届会议全体讨论, A/CN.4/SER.A/1964, 《1964 年……年鉴》, 第一卷, 第 729 次会议, 第 39、40 页; 第 752 次会议, 第 190 页; 第 753 次会议, 第 192、193 页; 第 758 次会议, 第 230 页; 第 765 次会议, 第 276 页, 第 278、279 页; 第 766 次会议, 第 282 页, 第 284-286、288 页; 第 767 次会议, 第 296-298 页; 第 769 次会议, 第 308-311、313 页; 第 770 次会议, 第 316、318 页; 第 773 次会议, 第 332 页; 第 774 次会议, 第 340 页; 委员会第十七届会议全体讨论, A/CN.4/SER.A/1965, 《1965 年……年鉴》, 第一卷, 第 790 次会议, 第 105 页; 第 799 次会议, 第 165 页; 第 802 次会议, 第 191 页; A/CN.4/SER.A/1966, 《1965 年……年鉴》, 第一卷, 第一部分, 第 830 次会议, 第 55、57 页; 委员会第十八届会议全体讨论, A/CN.4/SER.A/1966, 《1966 年……年鉴》, 第一卷, 第二部分, 第 857 次会议, 第 96 页; 第 859 次会议, 第 113、114 页; 第 866 次会议, 第 166 页; 第 870 次会议, 第 126 页; 第 871 次会议, 第 197 页; 第 883 次会议: 第 68 条草案作为第 38 条通过, 第 266、267 页; 第 893 次会议, 第 69 条草案作为第 27 条通过, 第 328 页及以下。

也简要地审议了这一专题。<sup>12</sup> 最后, “国际法不成体系问题: 国际法多样化和扩展引起的困难” 研究组也短暂地研究了条约的嗣后协定和嗣后实践问题。<sup>13</sup>

### C. 国际法委员会是否应审查条约的 嗣后协定和嗣后实践问题?

13. 尽管极具实际意义, 但国际法庭除审理手头案件的需要之外, 很少去分析《维也纳条约法公约》第 31 条第 3 款(a)和(b)项所规定的解释方法。人们也没有对这些解释方法进行过大量的经验、比较或理论性研究。事实上, 国家的有关嗣后协定和实践没有被完整地记录下来, 往往只见于法律诉讼中。

14. 当重要的条约, 特别是 1945 年后的造法条约到达一定阶段, 它们运作的环境与当初缔约时的环境已大不一样。所以, 有些条约的规定很可能需要重新解释, 甚至非正式修订。这可能涉及技术性规则以及更一般性的实质性规则。随着环境的变化, 条约有可能陷入无力充分履行其原有目标和宗旨的“冻结”状态, 或失去当事方协议的基础。一般而言, 条约当事方都希望保留它们的协议, 尽管是以符合当下要求的方式。嗣后协定和实践旨在找到一种灵活同时又是理性和可预测的条约适用和解释方法。<sup>14</sup>

15. 国际法院愈加倾向于按意图和客观地解释条约, 由此激励了人们去澄清嗣后协定和实践的法律意义和效果。《维也纳条约法公约》通过前, 是更客观还是更主观地解释条约还是一个未决问题。<sup>15</sup> 由于《维也纳条约法公约》更多地强调客观因素, 所以趋势一直是客观解释条约。例如, 仲裁法庭在 2005 年“莱茵铁路公司”案

---

<sup>12</sup> Paul Reuter, 《关于国家与国际组织间或两个或更多国际组织间缔结条约的第三次报告》, A/CN.4/279 和 Corr.1, 《1974 年……年鉴》, 第二卷(第一部分), 第 148 页; 第四次报告, A/CN.4/285 和 Corr.1, 《1975 年……年鉴》, 第二卷, 第 44 页; 委员会第二十九届会议, A/CN.4/SER.A/1977, 《1977 年……年鉴》, 第一卷, 第 1438 次会议, 第 123f 页; 第 1458 次会议, 第 234、235 页; 委员会第三十一届会议, A/CN.4/SER.A/1979, 《1979 年……年鉴》, 第一卷, 第 1548 次会议, 第 77 页; 委员会第三十三届会议, A/CN.4/SER.A/1981, 《1981 年……年鉴》, 第一卷, 第 1675 次会议, 第 169 页; 委员会第三十四届会议, A/CN.4/SER.A/1982, 《1982 年……年鉴》, 第一卷, 第 1702 次会议, 第 22 页, 第 1740 次会议, 通过第 31 条, 第 251、252 和 260 页。

<sup>13</sup> 报告, 联合国文件 A/CN.4/L.663/Rev.1, 2004 年 7 月 28 日, 第 19 页: “《联合国宪章》第 30 条(嗣后协定)、第 41 条(彼此之间的修订)和第 103 条(宪章义务之优先)的关系”; 报告定稿: 马尔蒂·科斯肯涅米, 联合国文件 A/CN.4/L.682, 2006 年 4 月 13 日, 第 13、60、214、233、241、251、252 页。

<sup>14</sup> 变化与情势变更原则之间的关系, 见加布奇科沃-大毛罗斯项目案(匈牙利诉斯洛伐克), 1997 年 9 月 25 日判决, 《1997 年国际法院案例汇编》, 7, 第 104 段。

<sup>15</sup> 历史情况, 见 Rudolf, Bernhardt, “Interpretation in International Law”, in (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. II (1995), pp. 1416-1426, 1419 et seq.

的判决中认定，演进式解释能够确保条约的适用就其目标和宗旨而言是有效的。法庭强调，“这比严格适用时际规则更加可取。”<sup>16</sup> 在国际法面对“众多的国际法院和法庭”的时代<sup>17</sup>，对条约的演进式解释一方面可确保条约的有效性，另一方面可超出当事方的实际同意而对条约加以重新解释。这使援引嗣后实践较不可预测，但同时更为重要：如果援引嗣后实践不限于阐释当事方实际和持续的协定<sup>18</sup>，那么在被用作动态理解条约文书的证据时，条约解释较不可预测，而嗣后实践则更加重要(如欧洲人权法院称《欧洲人权公约》是“一项活的文书，必须按照时下的情况加以解释”<sup>19</sup>)。

16. 嗣后协定和嗣后实践也影响到国际法的不成体系和多样化问题。国际法委员会研究组的报告<sup>20</sup>只是注意到嗣后实践这一问题。<sup>21</sup>这可能是为什么 2006 年有人在第六委员会建议国际法委员会审议国际条约应适应情况变化的议题，特别强调嗣后协定和嗣后实践领域。<sup>22</sup>

17. 最后，关于嗣后协定和嗣后实践作为条约解释手段的研究也源于它们在国内法中的影响。在联合王国，尼科尔斯勋爵在上院一项近期决定中指出，嗣后实践不是修订一项条约的正确途径，达此目的只能经由修正程序。<sup>23</sup>在美国，最高法院最近对一项条约进行解释时，依赖的是当事方“批准后的理解”。<sup>24</sup>美国认为嗣后实践作为条约解释手段的意义在于它是更大问题的一部分，即国际法不同渊源对国内法的影

---

<sup>16</sup> 在“莱茵(Ijzeren Rijn)铁路公司案”(比利时诉荷兰)的裁决中，常设仲裁法院仲裁法庭 2005 年 5 月 24 日判决，第 80 段。

<sup>17</sup> 见 Jonathan I. Charney, “The Impact on the International Legal System of the Growth of International Courts and Tribunals”, *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 31 (1999), pp. 697 et seq.; Benedict Kingsbury, “Is the Proliferation of International Courts and Tribunals a Systemic Problem?”, *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 31 (1999), pp. 679 et seq.

<sup>18</sup> 《洛桑条约》第 3 条第 2 款的解释，1925 年 11 月 21 日咨询意见，Series B, No. 12, p. 24.

<sup>19</sup> *Tyrer v. the United Kingdom*, Judgment, 25 April 1978, Application No. 26, para. 31; *Marckx v. Belgium*, Judgment, 13 June 1979, Application No. 31, para. 41; *Airey v. Ireland*, Judgment, 9 October 1979, Application No. 32, para. 26; ECHR, *Loizidou v. Turkey*, Preliminary Objections, 23 March 1995, Application No. 310, para. 71.

<sup>20</sup> 国际法不成体系问题：国际法多样化和扩展引起的困难，国际法委员会研究组的报告，定稿：马尔蒂·科斯基涅米，A/CN.4/L.682，2006 年 4 月 13 日。

<sup>21</sup> 见同上，p. 13, para. 12; p. 60, para. 109; p. 116, footnote 288; p. 179, para. 354; p. 208, para. 412; p. 233, para. 464; p. 241, para. 476.

<sup>22</sup> 第六委员会讨论情况专题摘要，联合国文件 A/CN.4/577/Add.1, 2007 年 1 月 27 日，第 31 段。

<sup>23</sup> *King v. Bristow Helicopters Ltd*, UK House of Lords, [2002] UKHL 7, [2002] 2 AC 628, ILDC 242 (UK 2002), para. 98.

<sup>24</sup> *Medellin v. Texas*, Judgement of 25 March 2008, 552 United States (2008) (Slip opinion at pp. 20-21) with further references.



响和国际法的哪个渊源更有利于美国参院发挥更大作用。<sup>25</sup> 美国最高法院在解释国际协定时不愿意考虑近期发展起来的习惯法，<sup>26</sup> 而它在某些案件中又公开援引嗣后实践。<sup>27</sup> 问题的这一方面对其他国家也同样重要。<sup>28</sup> 例如，德国联邦宪法法院最近审议了北约某些成员国的某些非正式协议和某些非正式步骤是否构成了对北约条约的正当重新解释，这些协议和步骤是否应视为对北约条约的修订，而修订则需要议会再次批准。德国法院认为迄今的所有步骤仍属于通过嗣后协定和嗣后实践对条约进行正当解释的范畴。<sup>29</sup> 这些情况反映了政治人物对可能绕过条约缔结和适用的国内管制机制的广泛关切。欧洲人权法院一名前法官形容条约在嗣后协定和实践进程中好象“被装上了轮子”。<sup>30</sup>

18. 嗣后协定和嗣后实践不仅涉及国家之间的普通条约，也涉及作为国际组织组织法的条约(《维也纳条约法公约》第5条)。成员国在国际组织内活动和与其联系的过程中，展示了各种形式的嗣后协定和嗣后实践，都与对这些组织组织法的演进式解释有关。然而，国际法委员会以往常常将有关国际组织的项目(特别是有关条约法和国际责任的项目)置于一旁。事实上，人们并不总是按照国家间普通条约所适用的同样标准来判断国际组织实践的相关性以及成员国对国际组织实践的反应。<sup>31</sup> 但是，由于这两个领域密切关联，是人为地将它们分开。需要特别注意的是，虽然有关国际

---

<sup>25</sup> 概述见 John Norton Moore, “Treaty Interpretation, the Constitution, and the Rule of Law”, *Virginia Journal of International Law*, vol. 42 (2001), pp. 163-263; Phillip R. Trimble & Alexander W. Koff, All Fall Down: The Treaty Power in the Clinton Administration, *Berkeley Law Review*, vol. 16 (1998), p. 55 et seq.

<sup>26</sup> 在美国诉 Alvarez-Machain 案, 504 U.S. 655 (1992), 注 15 中, Rehnquist 大法官写道: “国家在习惯国际法下的行为对解释一引渡条约的规定或法院当局后来审判被绑架者的权力没有多大帮助。”

<sup>27</sup> 另见 *Medellin v. Texas* (footnote 24 above), e.g., *Trans World Airlines, Inc. v. Franklin Mint Corp.*, 466 U.S. 243 (1984).

<sup>28</sup> 见 Anthony Aust, “Domestic Consequences of Non-Treaty (Non-Conventional) Law-Making”, in Rüdiger Wolfrum/Volker Röben (eds.), *Developments of International Law in Treaty Making*, Berlin, 2005, pp. 487-496; and Francisco Orrego Vicuña, “In Memory of Triepel and Anzilotti: The Use and Abuse of Non-Conventional Lawmaking”, *ibid.*, pp. 497-506; for a view on United States jurisprudence see David J. Bederman, “Revivalist Canons and Treaty Interpretation”, *UCLA Law Review*, vol. 41 (1994), p. 953 et seq., pp. 972 et seq.

<sup>29</sup> *Parliamentary Group of the Partei des Demokratischen Sozialismus v. Bundesregierung*, 22 November 2001, BVerfGE 104, 151; *Parliamentary Group of the Partei des Demokratischen Sozialismus/Linkspartei v. Bundesregierung*, 3 July 2007, case No. 2 BvE 2/07.

<sup>30</sup> Georg Ress, “Verfassungsrechtliche Auswirkungen der Fortentwicklung völkerrechtlicher Verträge”, in Walther Fürst et al. (eds.), *Festschrift für Wolfgang Zeidler*, vol. 2, Berlin 1987, pp. 1775 et seq., 1779.

<sup>31</sup> C.F. Amerasinghe, *Principles of the Institutional Law of International Organizations*, Cambridge, 2nd ed. 2005, at pp. 49 seq., 290 seq. and 460 seq.

组织的最佳案例来自联合国，<sup>32</sup> 但如果担心对整个联合国系统发展可能构成限制，那么可以考虑将联合国主要机关的实践排除在调查之外。然而，其他联合国机构、组织和条约机构没有引起类似关切，应该加以审查。此外，借鉴联合国机关的实践制定的公认规则和原则，也应该审查，以发现它们对其他条约和机构的可适用性。

#### D. 审议拟议专题的目的和可能范围

19. 审议条约的嗣后协定和实践有两个目的：

20. 第一是设立有充分代表性的嗣后实践文库。这样的文库有着重要的实际价值。迄今人们至多是随机搜集一些条约的嗣后协定和嗣后实践的案例。虽然这些条约解释手段的重要性获得了广泛承认，但除了司法诉讼或发生有关情况外，却没有系统地探讨它们的实际意义。收集有关嗣后协定和嗣后实践的案例，并将它们作系统整理，本身就具有价值，因为可成为通过类比案例探求未来方向的基础。虽然这样的文库不奢望完备无缺，但总可以提供一个范例性概览。这对业内人士将很有帮助，他们容易通过类比进行辩论。文库也可为法院和法庭提供指导，通过实例让它们了解嗣后协定和嗣后实践的意义。没有这样的指导，司法机构可能轻易提出它们认为的条约目标和宗旨，从而可能忽视国家在条约解释中的持续作用。

21. 汇编文库的任务不仅仅是学术研究机构可以作好的工作。虽然国家不认为这是秘密，但有些嗣后协定和实践案例在公开领域是看不到的。因此，委员会是确定将某些活动是否可被划定为嗣后实践的最佳论坛。在其成员的帮助下，委员会也可以成为最好和最正当的获取嗣后协定和嗣后实践有关案例的来源。当然，收集资料工作不能用“捕鱼”的方式，而应该采用精心编制的调查问卷来进行。

22. 审议该专题的第二个也是最重要的目的，是从嗣后实践的文库中总结出某些一般性结论或准则。这些结论或准则不是要形成一份公约草案，只是因为在国内法

---

<sup>32</sup> 大会关于接纳一国加入联合国的权限，1950年3月3日咨询意见，《1950年国际法院案例汇编》，第8页及以下；关于联合国某些费用，1962年7月20日咨询意见，《1962年国际法院案例汇编》，第160、162、165、168页及以下，第177-179页；南非不顾安全理事会276(1970)号决议继续留驻纳米比亚(西南非洲)的法律后果，1971年6月21日咨询意见，《1971年国际法院案例汇编》，第16页，第21-22段；Bruno Simma/Stefan Brunner/Hans-Peter Kaul, “Article 27”, in Bruno Simma (ed.), *The Charter of the United Nations: A Commentary*, vol. I, Oxford, 2002, pp. 493 seq., para. 46 seq.; Michael Bothe, “Peace-keeping”, in Bruno Simma (ed.), *The Charter of the United Nations: A Commentary*, vol. I, Oxford, 2002, p. 685, paras. 86 and 91 seq.; 在执行联合国公务时所受损害的赔偿案，1949年4月11日咨询意见，《1949年国际法院案例汇编》，第180页。



律体系中可能从未编纂过这类解释准则。然而，这些一般性结论或准则可以向解释和适用条约者展示一些日益重要的国际法解释手段的可能性和局限性。这些结论或准则既不对解释者形成禁锢，也不是将他们置于真空之中。只是为解释和适用条约者提供一个参照点，从而有助于对共同背景的了解，尽可能减少冲突，提高解释进程的效率。

23. 在这一总体框架内可以处理以下具体问题：

- (a) 嗣后协定和嗣后实践的界定；
- (b) 嗣后协定和嗣后实践的种类；
- (c) 相关行为者或活动；
- (d) 构成要素；
- (e) 实质性限制；
- (f) 条约的修订和非正式合作；
- (g) 特别种类的条约；
- (h) 习惯国际法和系统整合。

#### (a) 嗣后协定和嗣后实践的界定

24. 《维也纳条约法公约》第 31 条第 3 款中规定的不同解释方法之间的界线不很明确。尽管委员会对系统整合的原则作了一些说明(《维也纳条约法公约》第 31 条第 3 款(c)项)<sup>33</sup> 但是嗣后协定和实践之间的界线很不固定。一般认为，嗣后协定可以采用不同的形式。因此，只要有一个条约缔约方会议通过决定就可能存在嗣后协定，例如欧盟成员国将埃居(欧洲货币单位)的面额改变为欧元就是这样一个例子。<sup>34</sup> 由于嗣后协定假设的前提是所有缔约国都已经一致认可，所以它所体现的正式性程度似乎高于嗣后实践。

25. 嗣后实践有赖于条约缔约国拟定嗣后协定。嗣后实践一般需要具有一致性、共同性和连贯性。<sup>35</sup> 正如特别报告员汉弗莱·沃尔多克爵士指出的那样：“要构

---

<sup>33</sup> 《国际法不成体系问题报告》(上文脚注 20)，第 410-480 段。

<sup>34</sup> 见 Anthony Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, Cambridge University Press, New York, 2000, p. 192.

<sup>35</sup> 见 *Kasikili/Sedudu Island*, 49-50; *Air Services Arbitration (US v. France)*: Award of Appellate Body Report on *Japan-Alcoholic Beverages* (1 November 1996) WT/DS8; WT/DS10; WT/DS11, p. 13; Giovanni, Distefano, “La pratique subséquente des États parties à un traité”, *Annuaire français de droit international*, vol. XL (1994), p. 41 et seq., 46 et seq.

成正当的解释，实践必须能够表明这一解释已经得到了缔约方的总体默认”。<sup>36</sup> 但是，问题在于如何确定这一默认。对此，一般采用默许和“不容反悔”的概念来确定一个缔约方是否对另一缔约方的实践作出了暗示的认可。这些原则的确切意义需要进行大量的辩论。<sup>37</sup> 既然可能无法在这一方面作出明确的结论，那么对各国和各组织的实践进行分析可能会提供一些大致的方向。

## (b) 嗣后协定和嗣后实践的种类

26. 或许可开展一项研究以确定嗣后协定和嗣后实践的不同种类，或确定某些差异，以此帮助辨认出相关的类似案例：

- 特定的嗣后发展与一般的嗣后发展之间的差异；
- 技术性条约和比较一般的条约的差异，例如涉及到保障安全和/或人权方面的条约；
- 包含及不包含特别司法争端解决机制的条约之间的差异；
- 旧的条约和新的条约之间的差异；
- 双边和多边条约之间的差异。

## (c) 相关的行动者或活动

27. 关于哪一个机构有权在国际层面上代表国家的问题可以从不同的背景去了解。《维也纳条约法公约》第 7 条对于确定哪一类国家机关或其他行动者能够对相关的嗣后协议或实践提出见解的规定显然过于狭窄。另一方面，对此而言，关于国家责

---

<sup>36</sup> 汉弗莱·沃尔多克关于条约法的第六次报告，《1966 年……年鉴》，第二卷，A/CN.4/186，第 99 页，第 18 段，另见 Giovanni Distefano，前注 30，第 55 页。

<sup>37</sup> 见“缅甸湾区域海洋边界划界”一案(加拿大诉美利坚合众国)，1984 年 10 月 12 日的裁决，《1984 年国际法院案例汇编》，246，第 130 段；隆瑞古寺案，同上 (Alfaro 法官的独立意见)，第 39 和第 40 页；北海大陆架案(德意志联邦共和国诉丹麦及德意志联邦共和国诉荷兰)，1969 年 2 月 20 日的裁决，《1969 年国际法院案例汇编》，4，第 30 段；Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 6th ed. (Oxford University Press), 2003, p. 616; see also Phil C.W. Chan, “Acquiescence/Estoppel in International Boundaries: *Temple of Preah Vihear* Revisited”, *Chinese Journal of International Law*, vol. 3 (2004), pp. 421-439, 439; Hans Das, “L’Estoppel et l’Acquiescement: Assimilations Pragmatiques et Divergences Conceptuelles”, *Revue Belge de Droit International*, vol. 30 (1997), pp. 607-634, at p. 608; Malcom N. Shaw, *International Law*, 5th ed., Cambridge University Press, Cambridge 2003, p. 439; Martti Koskeniemi, *From Apology to Utopia - The Structure of International Legal Argument*, Reissue, Cambridge 2005. pp. 356 et seq.

任的规则<sup>38</sup> 所采用的那种包罗万象的方式又可能过于宽广。在“关于向居住在法国的教科文组织退休官员偿付退休金办法的征税制度”一案中所作的裁决不太倾向于考虑低层国家机构的行为来作为对一项条约的嗣后实践的例证。<sup>39</sup> 但是，其他的裁决却以这类实践为依据，尽管只是在得到高层的主管当局默认情况下才以此为依据。<sup>40</sup> 可以开展一次研究，对哪些机构的行动可以构成嗣后协议或实践的问题作一个系统的分析。

#### (d) 构成要素

28 目前一般仍然认为，条约的所有缔约方都应当对所涉及的嗣后实践提出见解。但是，嗣后实践有时候也被比作为在结构上类似于新习惯规则的形成过程。在后者，所有国家都必须接受习惯规则的这项原则已受到了某些修改。<sup>41</sup> 但是，习惯法和条约法之间的一项重要差别在于，条约法更明显地需要以所有缔约方的认可为基础。

29. 但是，对于应当如何确定这种认可的问题存在着大量的辩论。国际实践的例证中就有一项世界贸易组织的小组报告，其中确定，只要一个缔约国单独的实践涉及到了相关的问题，那么这一个缔约方的实践就能够对一项条款的含义作出解释。<sup>42</sup> 尽管该小组对这一问题的意见后来被上诉机构推翻了，<sup>43</sup> 但是小组的报告仍然值得注意，而且它只是重申了一个也在其他背景下也同样发生过的一个问题。<sup>44</sup> 国际法院承认，一个国家的单一法律实践如果涉及到履行对该国所规定的义务，那么这一实践同样也可能具有特殊的相关性。<sup>45</sup>

---

<sup>38</sup> 见第4条，关于国家责任的条款草案，《大会正式记录，第五十六届会议，补编第10号》(A/56/10)。

<sup>39</sup> *Question of the tax regime governing pensions paid to retired UNESCO officials residing in France (France v. UNESCO)*, Award of 14 January 2003, UNRIIAA, vol. XXV, pp. 231-266, 258, para. 70; on this award see Robert Kolb, “La modification d’un traité par la pratique subséquente des parties”, *Schweizerische Zeitschrift für Internationales und Europäisches Recht*, vol. 14 (1) (2004), pp. 9-32.

<sup>40</sup> *Air Services Arbitration (US-France)*.

<sup>41</sup> 见 Christian Tomuschat, “Obligations Arising for States Without or Against their Will”, *Recueil des Cours* ..., vol. 241 (1993-IV), pp. 195-374, 290.

<sup>42</sup> *European Communities - Customs Classification of Frozen Boneless Chicken Cuts*, para. 7.255.

<sup>43</sup> Panel Report, *European Communities - Customs Classification of Frozen Boneless Chicken Cuts* (30 May 2005) WT/DS269/R, para. 259.

<sup>44</sup> C.F. Amerasinghe, *Principles of the Institutional Law of International Organizations*, Cambridge, 2nd ed. 2005, at pp. 50 seq.

<sup>45</sup> 西南非洲法律地位，1950年7月11日咨询意见，《1950年国际法院案例汇编》，第128页，第135页及以下；Lord McNair, *The Law of Treaties*, 2nd rev., (Stevens and Sons, London, 1961), p. 427.

### (e) 实质性限制

30. 这项研究还需要审查审议嗣后的协定和嗣后的实践而言的可能限制。有些条约包含了对解释的具体规则，可能会对解释条约的一般方式产生影响(见以下(g)分段：“特别种类的条约”)。但是，实质性的限制也可能产生于强制性绝对法的规则。这种规则对于缔约方某种演进式解释条约的方式作出限制，但是这些规则本身又可能受到随后发生的新情况之影响(见《维也纳条约法公约》第 64 条)。

### (f) 条约的修订和非正式合作

31. 如果像 Georges Scelle 那样，假设“条约的运用方式本身(……)只不过是一种持续的修改”<sup>46</sup>，可能是一种夸张的说法，尽管如此，关于嗣后协定和嗣后实践的研究仍然必须将非正式的条约运用作为解释的方式甚至可能作为对条约的修改来审议。<sup>47</sup> 原本应当是对条约的解释变成了对条约修改的一个典型例子就是国际法院对《联合国宪章》第二十七条(三)款关于不考虑安全理事会常任理事会弃权问题的理解。<sup>48</sup> 尽管修改条约的可能性也得到了仲裁裁决的承认<sup>49</sup>，但是国际法院最近对此采取了倾向于怀疑的立场，并认为在“卡西基里/塞杜杜岛案”中的嗣后实践没有产生修改的效果。<sup>50</sup>

32. 修改的问题涉及到各国倾向于采用非正式的国际合作手段这一情况。一项问题涉及到在嗣后实践背景下的“谅解备忘录”的价值问题。<sup>51</sup> 这类备忘录的法律效力受到了质疑。但是，仲裁法庭却并没有因为对这些备忘录的不确定而不将其认定为嗣后实践。<sup>52</sup>

---

<sup>46</sup> Georges Scelle, *Théorie juridique de la révision des traités*, Paris (Librairie du Recueil Sirey) 1936, p. 11.

<sup>47</sup> Karol Wolfke, “Treaties and Custom”, in: Jan Klabbers (ed.), *Essays on the Law of Treaties - A Collection of Essays in Honour of Bert Vierdag*, (1998), pp. 31-39, 34.

<sup>48</sup> “南非不顾安全理事会第 276(1970)号决议继续留驻纳米比亚(西南非洲)的法律后果，1971 年 6 月 21 日的咨询意见，《1971 年国际法院案例汇编》，第 16 及 21-22 页。

<sup>49</sup> 见 *Taba Arbitration (Egypt v. Israel)*, Award of 29 September 1988, 《联合国国际仲裁裁决汇编》XX, pp. 1-118, at 56-7, paras. 209-211; *Temple of Preah Vihear; Air Services Arbitration (US-France); Delimitation of the Border (Eritrea v. Ethiopia)*, pp. 110 et seq.; Anthony Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, p. 213.

<sup>50</sup> *Kasikili/Sedudu Island (Botswana v. Namibia)*.

<sup>51</sup> Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, pp. 26-45.

<sup>52</sup> *Arbitration Concerning Heathrow Airport User Charges (United States v. United Kingdom)*, 1992 年 11 月 30 日裁决，《联合国国际仲裁裁决汇编》，vol. XXIV, pp. 1-359, 76 et seq., 130 et seq.

## (g) 特别种类的条约

33. 上述研究也应当在特别的条约体制内考量嗣后协议和嗣后实践。尽管国际法不成体系问题研究组的报告拒绝了“自足制度”的概念，<sup>53</sup> 但是有必要研究一下一般的规则是如何在特别的背景下运用的。世贸组织的法律为此提供了一个实例。对于世贸组织法律的解释涉及到一系列错综复杂的条款，这些条款由于嗣后实践而同时对世贸组织法律提供了解释并限制了对解释的运用。据此，明确探讨嗣后实践的大量各小组报告及上诉机构的报告都必须依照这种各项规则的框架来理解。<sup>54</sup>

34. 建立司法机关的、或者为某种形式的体制性争端解决办法作出规定的某些其他条约体制表现出依据其本身对条约体制解释的规则这种倾向，而这种解释不同于一般国际法的经典准则。一个实例就是欧洲共同体/欧洲联盟法律体系，其嗣后实践经常不被纳入(欧洲)法院解释方法的清单。<sup>55</sup> 另一方法，在根据《欧洲联盟条约》拟订的“共同外交和安全政策”背景下，这一组织的嗣后实践作为解释《欧洲联盟条约》的相关条款(例如第 24 条)的一种方法<sup>56</sup> 仍然是合乎情理的。

35. 《欧洲人权公约》是另一个特例，尽管在欧洲人权法院的判例中提到嗣后事态发展情况很多<sup>57</sup>，但是法院实际上如何运用这些例子是值得注意的。除了会员国本身的经典实践之外，《公约》作为一项“现实生活中的文书”的理念可以认为更接近民间社会的嗣后实践，甚于接近《公约》缔约国的嗣后实践。<sup>58</sup>

## (h) 习惯国际法和系统整合

36. 《维也纳条约法公约》第 31 条第 3 款规定的解释方法要求对这些方法与新的习惯法规则的形成这两者之间所存在的关系更细微的进一步审视。<sup>59</sup> 嗣后实践可能反映各国对修改条约的愿望，以期使之适应于不断变化的法律准则环境。从这一观

---

<sup>53</sup> 《国际法不成体系问题报告》，第 191 段及其后内容。

<sup>54</sup> 见上文脚注 9 中提到的参考。

<sup>55</sup> 见 Case 68/86 *United Kingdom v. Council* [1988] ECR 855, para. 24.

<sup>56</sup> 见 Daniel Thym, “Die völkerrechtlichen Verträge der Europäischen Union”, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 66 (2006), pp. 863 et seq., at p. 870.

<sup>57</sup> 见上文注 7 中提到的参考。

<sup>58</sup> Rudolf Bernhardt, “Interpretation in International Law, in (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. II (1995), pp. 1416-1426, 1421.

<sup>59</sup> 见 Maurice Kamto, “La volonté de l’État en droit international”, *Recueil des Cours ...* vol. 310 (2004), pp. 133 et seq.

点看，在《维也纳条约法公约》第 31 条第 3 款(b)项意义上的嗣后实践就与同一条款(c)项中体现的体系整合原则两者之间有着密切的关联。

#### **E. 如何处理嗣后协定和实践专题**

37. 这项提案的目的是要根据一系列的实践及时地拟订出解释条约的准则。而这项工作的目标是要在五年的阶段里处理这一议题。

38. 这一贯穿各个方面的议题所具有的性质本身就要求采取不同于为达到编纂国际法特定方面的目标而应采取的方式。例如，如果先从一般原则开始，接下来再阐述更为具体的准则或例外，这种方式就不符合情理。这是因为作为各项准则来源依据的材料与那些很容易编纂成条款规则的议题领域相比，远远不具有事先确定的形式。因此，就有必要从某些容易处理的材料种类来制订备用资料以及随后拟订的准则。这些种类应当满足两项要求：首先，应当可以在不同种类之间作出明确的划分；第二，应当可以按一定顺序处理这些材料，从而尽可能避免工作的重复。

39. 以下各类材料如果按顺序一个接一个地分析，应当能够满足上述要求：

- (a) 具有一般和特设司法管辖权的国际法院和法庭(例如国际法院、仲裁法庭)的判例；
- (b) 在特别体制下的法院及其他独立机构(例如世贸组织、解决争端协议、欧洲人权法院)的裁决；
- (c) 不属于司法或准司法程序的国家嗣后协定和实践；
- (d) 涉及国际组织(联合国、专门组织和区域组织)及由国际组织作出的嗣后协定和实践；
- (e) 各国法院的判例；
- (f) 结论。

40. 从纯理论的观点看，原则上，考量的出发点应该是不属于司法或准司法程序的国家实践。但是，一些切实的因素表明按以上所建议的顺序进行考量更为适宜。对不属于司法或准司法程序的各国实践作出总汇是这项工作中最困难的环节，它对各国和其他资料来源提供帮助的要求会超越任何其他种类的材料。委员会应当有时间对议题的这一方面作准备，尤其是各国应当有时间对问题单作出答复。由于嗣后协定和实践的法律意义通常是以国际法院的判例中一些范例来阐述的，因此，对这一议题的分析以审查具一般司法管辖权(尤其是国际法院)和具特设司法管辖权(各类仲裁法庭)的国际法院的判例开始作起比较好。这些司法机构已经形成了主要的依据基准，分析



可以从这些出发点开始。对于在特别体制下的法院或其他独立机构的裁决所进行的分析可以在前一项分析之后，并对此提供补充，或者可以肯定具一般或特设管辖权的国际法院或法庭的方式，或者可以表明在特殊的体制中存在某些例外。

41. 在审查了国际司法或准司法机构对于各国的嗣后协定和实践所作的思考之后就可以开始审视不属于司法或准司法程序的这类国家协定和实践中的相关范例。对这一过程，同样仍然必须考虑的一个问题就是国家的这类实践是否一般地肯定了国际司法或准司法机构的判例，另外，国家的这类实践是否添加了任何其他的考虑因素。

42. 对国际上涉及这一议题的裁决所做的分析工作在最终完成阶段时，应当审视涉及国际组织的、以及由国际组织作出的嗣后协定和实践。预计这项研究可以显示出某些特定的理解方式和实践，而这些理解和实践又可以转过来为相应的指导准则充任基础。对于国家法院的现有判例进行一次审查将有助于对以前的观点加以证实或质疑。

43. 末了，应当有一份最后报告，综合不同层面的分析并在最后结论部分提出所设想的解释准则。

44. 对于如何处理这项贯穿不同方面的问题所建议的方式必然地会提出在处理有关这一议题的工作过程中所必须解决的界定问题。另一个问题涉及的是如何整合各种见解来源提出的观点。根据一项建议，各类观点应当依据它与所针对的更细分的材料种类有何种具体关联而进行审查。这就要求，各来源对于目前对条约的解释问题所持有的一般观点主要应当在有关这一议题工作的开始和接近尾声的时候来审议。

## F. 结 论

45. 国际条约的嗣后协定和嗣后实践的实例很多。一个国家 2007 年 10 月在第六委员会的发言中证实了各国切实希望更多了解嗣后协定以及嗣后协定和实践如何影响对条约的义务的解释。<sup>60</sup> 另一国家在第六委员会的发言中也指出，这一议题牵涉到许多方面的问题，<sup>61</sup> 的确如此，但是这并不表明这一议题不够具体，不适于逐步的发展。作为一项涉及多领域的问题，议题从实际案例构成的坚实基础出发，采用比较分析为这一基础添加内容。需要委员会在现阶段探讨这一议题的“现实世界问题”<sup>62</sup> 越

---

<sup>60</sup> 德国于 2007 年 10 月 30 日的声明，第 5 页。

<sup>61</sup> 美国于 2007 年 10 月 31 日的声明，第 4 页。

<sup>62</sup> 美国于 2007 年 10 月 31 日的声明，第 5 页。



来越经常地被提了出来，而美国最高法院最近对“梅德林诉得克萨斯州”的裁决以及该法院对于《维也纳领事关系公约》的“批准后理解”所作的分析就显示了这一点。<sup>63</sup>

46. 因此建议委员会说明如何能够通过这一专题国际法的编纂和逐步发展，兼顾条约法的稳定性和变化。这一议题的特性本身使之既可以采用根据一名特别报告员的报告来拟订的传统方式，也可以采用由一个研究组进行处理的方式。

---

<sup>63</sup> *Medellin v. Texas*, Judgment of 25 March 2008, 552 U.S. ... (2008) (Slip opinion at pp. 20-21).

## 参考书目摘选

### A. International jurisprudence

#### 1. Judicial Organs

##### (a) Permanent Court of International Justice

*Competence of the ILO in regard to International Regulation of the Conditions of the Labour of Persons Employed in Agriculture*, Advisory Opinion of 12 August 1922, Series B No. 2.

*Interpretation of Article 3, Paragraph 2 of the Treaty of Lausanne*, Advisory Opinion of 21 November 1925, Series B No. 12.

*Jurisdiction of the European Commission of the Danube*, Advisory Opinion of 26 December 1926, Series B No. 14.

*Jurisdiction of the Courts of Danzig*, Advisory Opinion of 24 September 1927, Series B, No. 15.

##### (b) International Court of Justice

*Status of South-West Africa*, Advisory Opinion of 11 July 1950, *I.C.J. Reports 1950*, p. 128.

*Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand)*, Merits, Judgment of 15 June 1962, *I.C.J. Reports 1961*, p. 6.

*Certain Expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2, of the Charter)*, Advisory Opinion of 20 July 1962, *I.C.J. Reports 1962*, p. 151.

*North Sea Continental Shelf Cases (Federal Republic of Germany v. Denmark; Federal Republic of Germany v. The Netherlands)*, Judgment of 20 February 1969, *I.C.J. Reports 1969*, p. 3.

*Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, Advisory Opinion of 21 June 1971, *I.C.J. Reports 1971*, p. 16.

*Case Concerning Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area (Canada v. United States of America)*, Judgment of 12 October 1984, *I.C.J. Reports 1984*, p. 246.

*Case Concerning Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Preliminary Objections, Judgment of 12 December 1996, *I.C.J. Reports 1996*, p. 803.

*Case Concerning the Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary v. Slovakia)*, Judgment of 25 September 1997, *I.C.J. Reports 1997*, p. 7.

*Case Concerning Kasikili/Sedudu Island (Botswana v. Namibia)*, Judgment of 13 December 1999, *I.C.J. Reports 1999*, p. 1045.

**(c) European Court of Justice**

Case 68/86 *United Kingdom v. Council* [1988] ECR 855.

**(d) European Court of Human Rights**

*Tyrer v. the United Kingdom*, Judgment, 25 April 1978, Application No. 26.

*Marckx v. Belgium*, Judgment, 13 June 1979, Application No. 31.

*Airey v. Ireland*, Judgment, 9 October 1979, Application No. 32.

*Case of Soering v. United Kingdom*, Judgment (Merits and Just Satisfaction), 7 July 1989, Application No. 14038/88.

*Loizidou v. Turkey*, Preliminary Objections, 23 March 1995, Application No. 310.

*Loizidou v. Turkey*, Judgment (Merits and Just Satisfaction), 18 December 1996, Application No. 15318/89, ECHR, 1996-VI, p. 2236.

*Banković and Others v. Belgium and 16 Other Contracting States* (dec.) [GC], Application No. 52207/99, ECHR 2001-XII.

*Öcalan v. Turkey*, Judgment, 12 May 2005, Application No. 46221/99, ECHR 2005-IV.

**(e) International Court of the Law of the Sea**

M/V ‘*Saiga*’ Case (No. 2) (*Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea*) Judgment, ITLOS Reports, 1 July 1999.

**(f) International Criminal Tribunal for The former Yugoslavia**

*Prosecutor v. Dusko Tadic*, Case No. IT-94-1-A, A.Ch, Judgment of 15 July 1999.

**(g) World Trade Organization**

Appellate Body Report, *Japan - Taxes on Alcoholic Beverages* (1 November 1996) WT/DS8/R, WT/DS10/R, WT/DS11/R, modified by Appellate Body Report, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, DSR 1996: I, 125.

Appellate Body Report, *European Communities - Customs Classification of Certain Computer Equipment* (22 June 1998) WT/DS62/AB/R, WT/DS67/AB/R, WT/DS68/AB/R, DSR 1998: V, 1851.

Panel Report, *Chile - Price Band System and Safeguard Measures Relating to Certain Agricultural Products* (23 October 2002) WT/DS207/R, modified by Appellate Body Report, WT/DS207AB/R, DSR 2002: VIII, 3127.

Panel Report, *United States - Laws, Regulations and Methodology for Calculating Dumping Margins ("Zeroing")* (9 May 2006) WT/DS294/R, modified by Appellate Body Report, WT/DS294/AB/R.

Appellate Body Report, *European Communities - Customs Classification of Frozen Boneless Chicken Cuts* (27 September 2005) WT/DS269/AB/R, WT/DS286/AB/R, and Corr.1.

Panel Report, *European Communities - Customs Classification of Frozen Boneless Chicken Cuts* (30 May 2005) WT/DS269/R.

## 2. Arbitral Awards

*Affaire de l'indemnité russe, (Russia v. Turkey)*, Award of 11 November 1912, UNRIAA, vol. XI, pp. 421-447.

*Interpretation of the air transport services agreement between the United States of America and France (USA v. France)*, Award of 22 December 1963, UNRIAA, vol. XVI, pp. 5-74.

*Interpretation of the air transport services agreement between the United States of America and Italy (USA v. Italy)*, Award of 17 July 1965, UNRIAA, vol. XVI, pp. 75-108.

*Beagle Channel Arbitration (Argentina v. Chile)*, Award of 18 February 1977, UNRIAA, vol. XXI, pp. 53-264.

*The Chamizal Case (Mexico v. United States)*, Award of 15 June 1911, UNRIAA, vol. XI, pp. 309-347.

*Delimitation of the Continental Shelf (UK v. France)*, Award of 30 June 1977, UNRIAA, vol. XVIII, pp. 3-413.

*The United States of America, et al. v. The Islamic Republic of Iran, et al.*, Award of 25 January 1984, *Iran-US C.T.R.*, vol. 5, p. 57.

*Affaire de la Délimitation de la frontière maritime (Guinée/Guinée-Bissau)*, 14 February 1985, UNRIAA, vol. XIX, pp. 119-213.

*Houston Contracting Company v. National Iranian Oil Company, et al.*, Award of 22 July 1988, *Iran-US C.T.R.*, vol. 20, p. 3.

*Taba Arbitration (Egypt v. Israel)*, Award of 29 September 1988, UNRIAA, XX, pp. 1-118.

*Arbitration Concerning Heathrow Airport User Charges (United States v. United Kingdom)*, Award of 30 November 1992, UNRIAA, vol. XXIV, pp. 1-359.

*Decision Regarding Delimitation of the Border between the State of Eritrea and the Federal Democratic Republic of Ethiopia*, 13 April 2002, UNRIAA, vol. XXV, pp. 83-195.

*Question of the tax regime governing pensions paid to retired UNESCO officials residing in France (France v. UNESCO)*, Award of 14 January 2003, UNRIAA, vol. XXV, pp. 231-266.

*Southern Bluefin Tuna case (Australia and New Zealand/Japan)* Award of 4 August 2000 (Jurisdiction and admissibility) UNRIAA, vol. XXII, pp. 1-57.

*In the Arbitration Regarding the Iron Rhine ("Ijzeren Rijn") Railway (Belgium v. The Netherlands)*, Permanent Court of Arbitration, Award of the Arbitral Tribunal, 24 May 2005.

## **B. National Jurisprudence**

*Trans World Airlines, Inc. v. Franklin Mint Corp.*, 466 U.S. 243 (1984).

*United States v. Alvarez-Machain*, 504 U.S. 655 (1992), 31 ILM 902 (1992).

*Medellin v. Texas*, Judgment of 25 March 2008, 552 U.S. ... (2008).

*R. v. Sec. of State, on Application of Channel Tunnel Group*, 23 July 2001, ILR vol. 125, (2004), p. 580.

*Parliamentary Group of the Partei des Demokratischen Sozialismus v. Bundesregierung*, German Federal Constitutional Court, 22 November 2001, BVerfGE 104, 151, ILDC 134 (DE 2001).

*King v. Bristow Helicopters Ltd.* [2002] UKHL 7, [2002] 2 AC 628, ILDC 242 (UK 2002).

*Morris v. KLM Royal Dutch Airlines* [2002] UKHL 7, 2 AC 628, ILDC 242 (UK 2002).

*A v. B*, Swiss Federal Supreme Court, 1st Civil Law Chamber, 8 April 2004, BGE 130 III 430, ILDC 343 (SW 2004).

*Attorney-General v. Zaoui*, New Zealand Supreme Court, 21 June 2005, [2005] NZSC 38, SC CIV 19/2004, ILDC 81 (NZ 2005).

*Parliamentary Group of the Partei des Demokratischen Sozialismus/Linkspartei v. Bundesregierung*, German Federal Constitutional Court, 3 July 2007, 2 BvE 2/07; available at <http://www.bverfg.de>.

*Bouzari v. Iran (Islamic Republic of)* (2004), 243 D.L.R. (4th) 406, ILDC 175 (CA 2004).

## **C. International organizations**

### **United Nations**

Sir Humphrey Waldock, Third report on the Law of Treaties, *Yearbook of the International Law Commission*, 1964, vol. II, A/CN.4/167/Add.1-3.

Sir Humphrey Waldock, Sixth report on the Law of Treaties, *Yearbook of the International Law Commission*, 1966, vol. II, A/CN.4/186.

Sir Humphrey Waldock, Commentary on Draft Articles on the Law of Treaties, *Yearbook of the International Law Commission*, 1966, vol. II, A/CN.4/SER.A/1966/Add.1, p.236.

Sixth Commission consideration of Article 38 on Modification of treaties by subsequent practice, *Official Records of the United Nations Conference on the Law of Treaties, First Session, Vienna, 24 April 1968, Summary records of the plenary meetings of the Sixth Committee* (A/CONF.39/11), pp. 207-215.

Draft Articles on State Responsibility, Article 4, *Official Records of the General Assembly, Fifty-sixth Session, Supplement No. 10* (A/56/10).

Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law, Report of the Study Group of the International Law Commission, Finalized by Martti Koskenniemi, A/CN.4/L.682, 13 April 2006.

Topical Summary of the discussion held in the Sixth Committee, prepared by the Secretariat, A/CN.4/577/Add.1, 27 January 2007.

## **D. Treaties and similar documents**

Vienna Convention on the Law of Treaties, 23 May 1969, United Nations, *Treaty Series*, vol. 1155, p. 331.

Vienna Convention on the Law of Treaties between States and International Organizations or between International Organizations, 21 March 1986, 25 ILM 543.

Protocol of 2005 to the Convention for the Suppression of Unlawful Acts Against the Safety of Maritime Navigation, 14 October 2005, London, LEG/CONF.15/21.

## **E. Literature**

Michael Akehurst, "The Hierarchy of the Sources of International Law", *British Yearbook of International Law*, vol. 47 (1974-1975), pp. 273-285.

José E. Alvarez, *International Organisations as Law-Makers* (Oxford University Press, USA, 2005).

Anthony Aust, *Modern treaty law and practice* (Cambridge University Press, New York, 2000).

Anthony Aust, "Domestic Consequences of Non-Treaty (Non-Conventional) Law-Making", in Rüdiger Wolfrum/Volker Röben (eds.), *Developments of International Law in Treaty Making* (Berlin, 2005), pp. 487-496.

David J. Bederman, "Revivalist Canons and Treaty Interpretation", *UCLA Law Review* vol. 41 (1994), p. 953.

Rudolf, Bernhardt, "Interpretation in International Law, in (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. II (1995), pp. 1416-1426.

Rudolf, Bernhardt, "Völkerrechtliche und verfassungsrechtliche Aspekte konkludenter Vertragsänderungen", in Hans-Wolfgang Arndt et al. (eds.), *Völkerrecht und deutsches Recht - Festschrift für Walter Rudolf* (2001), pp. 15-22.

Yves le Bouthillier, "Article 32" in Olivier Corten/Pierre Klein (eds.), "Les Conventions de Vienne sur le droits des traités. Commentaire article par article", Bruxelles, Bruylant, 2006.

Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 6th ed. (Oxford University Press, USA, 2003).

Michael Byers, *Custom, Power, and the Power of Rules* (Cambridge University Press, Cambridge, 1999).

Michael Byers, "Policing the High Seas: The Proliferation Security Initiative", *American Journal of International Law*, vol. 98 (2004), pp. 526-545.

Phil C.W. Chan, "Acquiescence/Estoppel in International Boundaries: *Temple of Preah Vihear* Revisited", *Chinese Journal of International Law*, vol. 3 (2004), pp. 421-439.

Jonathan I. Charney, "The Impact on the International Legal System of the Growth of International Courts and Tribunals", *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 31 (1999), p. 697.

Hans Das, "L'Estoppel et l'Acquiescement: Assimilations Pragmatiques et Divergences Conceptuelles", *Revue Belge de Droit International*, vol. 30 (1997), pp. 607-634.

Giovanni, Distefano, "La pratique subséquente des États parties à un traité", *Annuaire français de droit international*, vol. XL (1994), p. 63.

Maurice Kamto, "La volonté de l'État en droit international", *Recueil des Cours ...*, vol. 310 (2004), p. 133.

Wolfram Karl, *Vertrag und spätere Praxis im Völkerrecht: zum Einfluss der Praxis auf Inhalt und Bestand völkerrechtlicher Verträge* (Spring, Berlin; New York, 1983).



Benedict Kingsbury, "Is the Proliferation of International Courts and Tribunals a Systemic Problem? ", *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 31 (1999), pp. 679-696.

Robert Kolb, "La modification d'un traité par la pratique subséquente des parties", *Schweizerische Zeitschrift für Internationales und Europäisches Recht*, vol. 14 (1) (2004), pp. 9-32.

Robert Kolb, "Interprétation et création du droit international", Bruxelles, 2006.

Nancy Kontou, *The Termination and Revision in the Light of New Customary International Law* (Clarendon Press, Oxford, 1994).

Martti Koskeniemi, *From Apology to Utopia - The Structure of International Legal Argument* (Reissue, Cambridge 2005).

Maximilian Malirsch and Florian Prill, "The Proliferation Security Initiative and the 2005 Protocol to the SUA Convention", *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 67 (2007), pp. 229-240.

Matshushita, Schoenbaum, Mavroidis, *The World Trade Organization - Law, Practice, and Policy*, 2nd ed. (Oxford University Press, USA, 2006).

John Norton Moore, "Treaty Interpretation, the Constitution, and the Rule of Law", *Virginia Journal of International Law*, vol. 42 (2001), pp. 163-263.

Lord McNair, *The Law of Treaties* (2nd rev., Stevens and Sons, London, 1961).

Lord McNair, "Severance of Treaty Provisions", in *Hommage d'une generation des Juristes au President Basdevant* (1961), p. 352.

Alexander Orakhelashvili, *Peremptory Norms in International Law* (New York: Oxford University Press, 2006).

Joost Pauwelyn, *Conflict of Norms in Public International Law* (New York: Cambridge University Press, 2003).

Georg Ress, "Verfassungsrechtliche Auswirkungen der Fortentwicklung völkerrechtlicher Verträge", in Walther Fürst et al. (eds.), *Festschrift für Wolfgang Zeidler*, vol. 2, Berlin 1987.

Georges Scelle, *Théorie juridique de la révision des traités* (Paris : Librairie du Recueil Sirey, s. a., 1936).

Malcom N. Shaw, *International Law*, 5th ed. (Cambridge: Cambridge University Press, 2003).

Ian Sinclair, *The Vienna Convention of the Law of Treaties* (Manchester: Manchester University Press, 1984).

Bruno Simma, (ed.) *The Charter of the United Nations: A Commentary* (New York: Oxford University Press, 2003).

Daniel Thym, “Die völkerrechtlichen Verträge der Europäischen Union”, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 66 (2006), pp. 863-925.

Christian Tomuschat, “Obligations Arising for States Without or Against their Will”, *Recueil des Cours ...*, vol. 241 (1993-IV), pp. 195-374.

Francisco Orrego Vicuña, “In Memory of Triepel and Anzilotti: The Use and Abuse of Non-Conventional Lawmaking”, in Rüdiger Wolfrum/Volker Röben (eds.), *Developments of International Law in Treaty Making*, Berlin, 2005, p. 497.

Mark E. Villiger, *Customary International Law and Treaties: a study of their interactions and interrelations with special consideration of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties* (Dordrecht: Nijhoff, 1985).

Karol Wolfke, “Treaties and Custom, in: Jan Klabbers (ed.), *Essays on the Law of Treaties - A Collection of Essays in Honour of Bert Vierdag*”, (1998), pp. 31-39.

M., Yasseen, “L’interprétation des traits d’après la Convention de Vienne sur le Droit de Traités”, *Recueil des Cours ...*, vol. 151 (1976-III).

## **E. Literature**

Michael Akehurst, “The Hierarchy of the Sources of International Law”, *British Yearbook of International Law*, vol. 47 (1974-1975), pp. 273-285.

José E. Alvarez, *International Organisations as Law-Makers* (Oxford University Press, USA, 2005).

Anthony Aust, *Modern treaty law and practice* (Cambridge University Press, New York, 2000).

Anthony Aust, “Domestic Consequences of Non-Treaty (Non-Conventional) Law-Making”, in Rüdiger Wolfrum/Volker Röben (eds.), *Developments of International Law in Treaty Making* (Berlin, 2005), pp. 487-496.

David J. Bederman, “Revivalist Canons and Treaty Interpretation”, *UCLA Law Review* vol. 41 (1994), p. 953.

Rudolf, Bernhardt, “Interpretation in International Law, in (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. II (1995), pp. 1416-1426.

Rudolf, Bernhardt, "Völkerrechtliche und verfassungsrechtliche Aspekte konkludenter Vertragsänderungen", in Hans-Wolfgang Arndt et al. (eds.), *Völkerrecht und deutsches Recht - Festschrift für Walter Rudolf* (2001), pp. 15-22.

Yves le Bouthillier, "Article 32" in Olivier Corten/Pierre Klein (eds.), "Les Conventions de Vienne sur le droit des traités. Commentaire article par article", Bruxelles, Bruylant, 2006.

Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 6th ed. (Oxford University Press, USA, 2003).

Michael Byers, *Custom, Power, and the Power of Rules* (Cambridge University Press, Cambridge, 1999).

Michael Byers, "Policing the High Seas: The Proliferation Security Initiative", *American Journal of International Law*, vol. 98 (2004), pp. 526-545.

Phil C.W. Chan, "Acquiescence/Estoppel in International Boundaries: *Temple of Preah Vihear* Revisited", *Chinese Journal of International Law*, vol. 3 (2004), pp. 421-439.

Jonathan I. Charney, "The Impact on the International Legal System of the Growth of International Courts and Tribunals", *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 31 (1999), p. 697.

Hans Das, "L'Estoppel et l'Acquiescement: Assimilations Pragmatiques et Divergences Conceptuelles", *Revue Belge de Droit International*, vol. 30 (1997), pp. 607-634.

Giovanni, Distefano, "La pratique subséquente des États parties à un traité", *Annuaire français de droit international*, vol. XL (1994), p. 63.

Maurice Kamto, "La volonté de l'État en droit international", *Recueil des Cours ...*, vol. 310 (2004), p. 133.

Wolfram Karl, *Vertrag und spätere Praxis im Völkerrecht: zum Einfluss der Praxis auf Inhalt und Bestand völkerrechtlicher Verträge* (Spring, Berlin; New York, 1983).

Benedict Kingsbury, "Is the Proliferation of International Courts and Tribunals a Systemic Problem? ", *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 31 (1999), pp. 679-696.

Robert Kolb, "La modification d'un traité par la pratique subséquente des parties", *Schweizerische Zeitschrift für Internationales und Europäisches Recht*, vol. 14 (1) (2004), pp. 9-32.

Robert Kolb, "Interprétation et création du droit international", Bruxelles, 2006.

Nancy Kontou, *The Termination and Revision in the Light of New Customary International Law* (Clarendon Press, Oxford, 1994).

Martti Koskeniemi, *From Apology to Utopia - The Structure of International Legal Argument* (Reissue, Cambridge 2005).

Maximilian Malirsch and Florian Prill, "The Proliferation Security Initiative and the 2005 Protocol to the SUA Convention", *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 67 (2007), pp. 229-240.

Matshushita, Schoenbaum, Mavroidis, *The World Trade Organization - Law, Practice, and Policy*, 2nd ed. (Oxford University Press, USA, 2006).

John Norton Moore, "Treaty Interpretation, the Constitution, and the Rule of Law", *Virginia Journal of International Law*, vol. 42 (2001), pp. 163-263.

Lord McNair, *The Law of Treaties* (2nd rev., Stevens and Sons, London, 1961).

Lord McNair, "Severance of Treaty Provisions", in *Hommage d'une generation des Juristes au President Basdevant* (1961), p. 352.

Alexander Orakhelashvili, *Peremptory Norms in International Law* (New York: Oxford University Press, 2006).

Joost Pauwelyn, *Conflict of Norms in Public International Law* (New York: Cambridge University Press, 2003).

Georg Ress, "Verfassungsrechtliche Auswirkungen der Fortentwicklung völkerrechtlicher Verträge", in Walther Fürst et al. (eds.), *Festschrift für Wolfgang Zeidler*, vol. 2, Berlin 1987.

Georges Scelle, *Théorie juridique de la révision des traités* (Paris : Librairie du Recueil Sirey, s. a., 1936).

Malcom N. Shaw, *International Law*, 5th ed. (Cambridge: Cambridge University Press, 2003).

Ian Sinclair, *The Vienna Convention of the Law of Treaties* (Manchester: Manchester University Press, 1984).

Bruno Simma, (ed.) *The Charter of the United Nations: A Commentary* (New York: Oxford University Press, 2003).

Daniel Thym, "Die völkerrechtlichen Verträge der Europäischen Union", *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 66 (2006), pp. 863-925.

Christian Tomuschat, "Obligations Arising for States Without or Against their Will", *Recueil des Cours* ..., vol. 241 (1993-IV), pp. 195-374.

Francisco Orrego Vicuña, "In Memory of Triepel and Anzilotti: The Use and Abuse of Non-Conventional Lawmaking", in Rüdiger Wolfrum/Volker Röben (eds.), *Developments of International Law in Treaty Making*, Berlin, 2005, p. 497.

Mark E. Villiger, *Customary International Law and Treaties: a study of their interactions and interrelations with special consideration of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties* (Dordrecht: Nijhoff, 1985).

Karol Wolfke, "Treaties and Custom, in: Jan Klabbers (ed.), *Essays on the Law of Treaties - A Collection of Essays in Honour of Bert Vierdag*", (1998), pp. 31-39.

M., Yasseen, "L'interprétation des traits d'après la Convention de Vienne sur le Droit de Traités", *Recueil des Cours* ..., vol. 151 (1976-III).

## 附件 B

### 最惠国条款

(委员会工作组)

1. 1978 年，委员会通过了关于最惠国条款专题的条款草案。大会没有就这些条款草案采取任何行动。2006 年，在委员会第五十八届会议上，长期方案工作组讨论了是否应再次审议最惠国条款并将此专题列入长期工作方案的问题，但委员会没有就此事作出任何决定。委员会请各国政府提交意见。在第六委员会第六十一届会议上，一国支持这个想法，但两个国家对于再次讨论此专题是否明智表示怀疑。委员会现在设立了一个工作组，审议是否应将最惠国条款这一专题再次列入委员会长期工作方案的问题。

2. 本文件审查了下述问题：最惠国条款问题；1978 年所决定过的事项；为何没有进一步讨论这个专题；1978 年以来发生的变化；委员会是否可以就此问题做一些有益的事情。

#### 1. 最惠国条款的性质、起源和发展

3. 最惠国条款是条约中的一项规定，按照这一规定，一国同意给予另一缔约方不低于它给予其他国家或第三国的待遇。这是一种早期的、特定的不歧视条款，它起源于早先的友好通商航海条约。例如，1654 年大不列颠与瑞典签订的条约<sup>1</sup> 规定：

两个盟国的人民、臣民和居民相互在对方的王国、附属国、土地、自治领地拥有并享受任何其他外国人目前及今后拥有并享受的同样大、同样充足的特权、关系、自由以及豁免。

这样的条款只是保障所给予的待遇与其他外国人所受的待遇相同。这不是保证国民待遇。国民所受的待遇可能好于或劣于外国人所受的待遇。因此，最惠国条款不是一项全面的不歧视规定。

4. 正如大不列颠与瑞典的条约所表明的，给予最惠国待遇是为了两国的“人民、臣民和居民”。这是友好通商航海条约的典型规定。这些规定主要是针对经济活

---

<sup>1</sup> 《大不列颠与瑞典和平通商条约》，1654 年 4 月 11 日，BSP 1/691。

动的，虽然不完全是。按照这些协定给予优惠待遇的目的是便利每一国的臣民在另一国境内的经济活动。的确，给予最惠国待遇的理由是经济的，最惠国待遇的接受国希望其本国臣民避免受到与第三国臣民相比在经济上不利的待遇。最惠国条款没有以任何国家平等概念为根据。

5. 然而，最惠国取得的待遇并不仅限于经济领域。关于外交和领事关系的双边条约也包含最惠国保证措施，这些措施既涉及维持外交和领事馆所的能力，也涉及给予外交和领事人员的特权。<sup>2</sup> 一旦外交和领事关系由全面确立各种权利的多边公约来调整，便不再需要由双边协定加上最惠国条款来防止歧视。

6. 在经济领域以外，最惠国是适用于国与国关系由双边协定来调整的情况的不歧视原则。如果关系是由多边协定调整的，这种条款使用处不大，因为在多边协定中最惠国可以包含在一项一般性不歧视规定之下。然而，最惠国在经济领域保留了其突出的地位，这一领域的多边协定均包含了最惠国规定。这反映了最惠国在这一领域的经济目标，这是一般性不歧视规定所不包含的。

7. 在十九世纪以及二十世纪初，经济领域的最惠国待遇通常是有条件给予的。一国通常不自动地给予最惠国待遇，而是以此换取另一国也给予好处。换句话说，最惠国待遇是有代价的。这就是所谓的“有条件的最惠国”。后来给予有条件的最惠国这种情况越来越少，因为人们更多地认识到，通过给予无条件的最惠国待遇，给予国能够从中获得经济好处。因此，今天有条件的最惠国已经没有什么意义。

8. 无条件的最惠国是关贸总协定制度的基石。按照关贸总协定第一条，关贸总协定其他缔约国的货物在入境地点“立即并无条件地”获得最惠国待遇。关贸总协定第三条要求对进入关贸总协定缔约方国内市场的货物给予“国民待遇”，第一条与第三条加在一起后，最惠国原则成为关贸总协定不歧视原则的核心内容，这一点在世贸组织制度里继续有效。事实上，按照世贸组织协定，最惠国待遇已经超出了对货物的具体适用，同样适用于服务领域和知识产权的保护。服务贸易总协定第二条规定，对于“本协定所涉及的任何措施”，应广泛地适用最惠国待遇。

9. 尽管最惠国待遇在关贸总协定第一条中处于核心位置，但关贸总协定与世贸组织也对最惠国待遇规定了重要的例外。主要的例外涉及区域安排，例如海关联盟和自由贸易区，这些区域安排给予区域安排的成员以优惠待遇，而不是给所有的关贸总

---

<sup>2</sup> 例如见意大利与土耳其签订的领事公约，1929年9月9日，129 L.N.T.S. 195，引文见于“特别报告员恩德雷·乌斯托尔先生编写的关于最惠国条款的第一次报告”（联合国文件 A/CN.4/213），见《1969年……年鉴》，第二卷，166，第57段(A/CN.4/SER.A/1969/Add. 1)。



协定缔约方以最惠国待遇。按照关贸总协定第二十四条，这些优惠待遇不一定给予关贸总协定其他缔约方或世贸组织成员国。

10. 世贸组织制度继续适用最惠国待遇并拥有自己的争端解决程序，这意味着在世贸组织的贸易制度内，有机会对最惠国待遇作出一致的解释。然而，随着区域贸易协定的签订，以及双边投资协定的大量增加，最惠国待遇有了新的生命力，因为所有这些协定通常含有一定形式的最惠国要求。

## 2. 国际法委员会原先就最惠国条款开展的工作

11. 国际法委员会对最惠国条款的处理，起源于它围绕条约法所开展的工作。最初有人提议，条约法条款草案应加上一项规定，说明在涉及最惠国条款时，这些条款草案不适用。委员会决定不这么做，而是将最惠国条款作为一个单独的专题来审议。<sup>3</sup> 特别报告员恩德雷·乌斯托尔先生和其继任者尼古拉·乌沙科夫先生对截止于1970年代中期所存在的最惠国条款进行了详尽的分析。他们的报告根据了各个领域所缔结的包含最惠国条款的条约的大量国家实践、国际法院涉及最惠国条款的裁决(英国诉伊朗案，<sup>4</sup> 美利坚合众国在摩洛哥的国民权利案，<sup>5</sup> *Ambatielos* 案<sup>6</sup>)、*Ambatielos* 仲裁案<sup>7</sup> 以及各国法院所作的大量裁决。

12. 委员会所采取的处理办法是，将最惠国条款和最惠国待遇“作为法律制度”来研究<sup>8</sup> 而不是简单地作为条约法问题来处理，并且广泛地审视最惠国条款的实施，而不局限于国际贸易领域。委员会努力避免试图解决“技术性、经济性”的问题。<sup>9</sup>

13. 委员会所拟定的总共 30 条的条款草案涉及下列事项：最惠国条款和最惠国待遇的定义(第 4 和第 5 条草案)，范围，最惠国待遇的传统的而非习惯的国际法依据(第 7 条草案)，最惠国待遇的范围(第 8、9 和 10 条草案)，有条件和无条件最惠国的作用(第 11、12 和 13 条草案)，按照最惠国条款提供的待遇的来源(第 14 至 19 条草

---

<sup>3</sup> “委员会提交大会的关于其第三十届会议工作的报告”(联合国文件 A/33/10)，见《1978 年……年鉴》，第二卷，第二部分，8，第 15 段(A/CN.4/SER.A/1978/Add.I (Part 2))。

<sup>4</sup> 英国伊朗石油公司(联合王国诉伊朗)，《1952 年国际法院案例汇编》，第 93 页。

<sup>5</sup> 美利坚合众国在摩洛哥的国民权利案(法国诉美利坚合众国)，《1952 年国际法院案例汇编》，第 176 页。

<sup>6</sup> *Ambatielos* 案(希腊诉联合王国) [1952 年]，《1952 年国际法院案例汇编》，第 28 页。

<sup>7</sup> *Ambatielos* 仲裁(联合王国—希腊)，《联合国国际仲裁裁决汇编》，第十二卷(1956 年)，第 83 页。

<sup>8</sup> 《年鉴》(上文脚注 3)，第 61 段。

<sup>9</sup> 同上，见第 62 段。

案)，按照最惠国条款所阐述的权利的时间(第 20 条草案)，最惠国条款的宗旨或暂停实施(第 21 条草案)，最惠国条款与普遍优惠制度的关系(第 23 和 24 条草案)，内陆国家边境运输和过境权特殊情况。

### 3. 第六委员会对条款草案的反应

14. 大会从来没有对最惠国条款草案采取任何行动。第六委员会里的辩论<sup>10</sup>表明对条款草案有好几项关切，但两个问题特别突出。首先，人们关切的是，条款草案没有排除海关联盟和自由贸易区。这对欧洲经济共同体成员国来说尤其是个问题，这些国家不希望看到按照《罗马条约》所给予的优惠待遇通过最惠国而扩展到不是欧共体成员的国家。他们希望看到条款草案不包括海关联盟和自由贸易区。缔结区域自由贸易协定的发展中国家也表达了类似的关切。

15. 其次，对于条款草案中对发展问题的处理，包括对普遍优惠制度的处理，人们表达了关切。对于有些国家来说，条款草案没有足够地处理发展中国家的优惠问题；对另一些国家来说，条款草案介入了关于新的国际经济秩序的辩论。这些关切再加上其他关切，意味着在大会内部没有足够的国家支持将条款草案转化为一项公约。对一些国家来说，条款草案应简单地视为指南性的东西。

### 4. 1978 年以来发生的变化

16. 委员会在其报告中处理最惠国条款和 1978 年的最后条款草案时所存在的情况已经发生了重大变化。

第一，特别报告员曾依赖好几项双边安排来证明与最惠国条款有关的国家实践，但这些双边安排已经被多边安排所取代。结果是，今天的最惠国更侧重于经济领域。

第三，在审议最惠国时作为主要渊源的关贸总协定现在已经融入到世贸组织中。这一变化的结果是，最惠国的范围大幅度扩大，已经超出货物领域，扩展到服务和知识产权领域。此外，世贸组织的具有上诉程序的争端解决制度使得世贸组织协定中的最惠国条款有机会得到权威性的解释。

第三，在双边和区域基础上谈判自由贸易协定的情况以及谈判双边投资协定的情况都大量增加，这些协定均包含最惠国条款。

---

<sup>10</sup> 第六委员会，第三十三届会议，联合国文件 A/C.6/33/SR.27-45 (1978)。在第六委员会提出这一议题的时间分别是 1980 年至 1983 年，1988 年和 1989 年，以及 1991 年。

第四，通过国际投资争端解决中心的程序或贸易法委员会仲裁规则来解决投资协定所涉及的争端导致对最惠国条款的解释扩大到投资领域。

17. 所有这些情况都对今日如何看待最惠国条款以及对委员会 1978 年产生的条款草案的现实意义产生影响。现在，如果要评估最惠国条款是如何实施的，在实践中是如何运作的，则有大量新的实践需要考虑。关贸总协定第一条所规定的一般最惠国义务与各国给予发展中国家优惠待遇的权力之间的关系在世贸组织上诉机构中得到过具体的讨论。<sup>11</sup>

18. 与最惠国条款有关的实践所发生的背景也不同于委员会上次审议最惠国条款时的背景。1978 年的条款草案在考虑最惠国条款与发展中国家优惠待遇问题之间的关系时，大量依赖了《各国经济权利和义务宪章》。贸易领域关于给发展中国家优惠待遇的讨论现在主要在世贸组织的框架内进行，世贸组织的成员越来越具有普遍性，另外这种讨论还具体在多边贸易谈判多哈发展回合里进行。

19. 在投资协定领域，最惠国条款的性质和范围也成为突出的问题。某些最惠国规定所具有的范围以及各种投资法庭所采取的不同做法造成了涉及最惠国规定的最大挑战。这种大量的案例法在委员会早先开始工作时并不存在。

20. 在全球经济开放和更加经济一体化这种大背景下，最惠国条款在成员国的国际经济关系中依然是一项关键因素。或许可以从两个阶段来看待最惠国条款依然具有的相关性。在第一阶段，即在 1990 年代，大量出现双边投资促进和保护协定，这强调了最惠国条款的继续具有的重要性，这种条款与其他条款一起，确保外国投资者及其投资能够得到国际最低限度待遇标准。在第二阶段，出现了自由贸易与全面经济伙伴协定，这些协定全面地处理了货物和服务贸易的开放以及投资待遇问题，再加上服务与投资部门相互交叉的密切联系，导致最惠国条款的适用出现了一些新的问题。

21. 自由贸易协定的一个特点是，即使在建立自由贸易区之前已经在投资方面给予最惠国待遇，而这在过去的促进和保护投资协定中是不常见的，在那种协定里，最惠国待遇通常局限于建立之后的阶段。缔结这些包含关于外国投资的实质性内容的自由贸易协定和全面经济伙伴协定，预示着在当代各国经济关系中，最惠国条款具有了新的重要意义。最惠国条款在这些经济一体化协定中所起的作用，值得从法律的角度作更深入的研究。

---

<sup>11</sup> “欧共体给予发展中国家关税优惠的条件” (2004 年)，世贸组织文件 WT/DS246/AB/R(上诉机构报告)。

## 5. 最惠国条款在今天面临的挑战

22. 对各种条约包含最惠国条款的实践情况进行详尽的研究，无疑会揭示出这种条款目前在各国实施及发挥作用的情况。这可能导致就最惠国问题产生新的精辟见解。然而在投资领域，随着采用最惠国条款，出现了一些具体的问题，这可能对最惠国条款在其他背景下的实施产生影响。

23. 马菲基尼诉西班牙王国一案中便出现了这样的问题。<sup>12</sup> 起诉人马菲基尼是阿根廷公民，他依据阿根廷与西班牙缔结的双边投资协定提出诉讼。西班牙称，按照该协定第十条第 3 款，马菲基尼必须先将案件提交西班牙国内法院，过 18 个月之后，才可依据该协定的规定提出诉讼。然而，起诉人指出阿根廷与西班牙签订的投资协定中有一项最惠国条款，该条(第 4 条)规定：

在本协定所约束的所有事项中，这种待遇不应低于每一缔约方向第三国投资人在其领土内所作的投资给予的待遇。

起诉人然后指出，按照西班牙与智利签署的双边投资协定，按照该协定提出诉讼的投资人不需要首先将诉讼提交西班牙国内法院。与此相对照，阿根廷投资者所获得的待遇低于智利在西班牙的投资者所获得的待遇。因此，按照阿根廷与西班牙协议中的最惠国条款，起诉人称，他有权获得智利投资者按照西班牙与智利的双边投资协定所获得的那种更为有利的待遇。因此，起诉人称，他没有先在西班牙法院提出诉讼，这不妨碍按照阿根廷与西班牙签订的投资协定提出诉讼。

24. 法庭驳回了西班牙的论点，即阿根廷与西班牙双边投资协定中的最惠国条款仅适用于实质性规定，而不是程序性规定，法庭指出最惠国条款明文规定，它适用于“本协定所约束的所有事项”。在审查了原先的国际判例和西班牙的条约实践之后，法庭得出的结论是，起诉人可以使用阿根廷与西班牙的双边投资条约中的最惠国条款来要求获得西班牙与智利投资协定中所规定的更好的待遇，因此不必向西班牙国内法院提起诉讼。

25. 投资争端解决中心后来所设的法庭有的沿用了马菲基尼案的裁决，<sup>13</sup> 有的对马菲基尼案的裁决作了区分<sup>14</sup>。是否出现了对最惠国规定的一致解释，尚不清楚。马菲基尼裁决案开辟了这样的可能性，即最惠国条款可能具有极为宽泛的范围。

---

<sup>12</sup> 马菲基尼诉西班牙王国，2000 年 1 月 25 日，投资争端解决中心案件，编号 ARB97/7。

<sup>13</sup> 西门子公司诉阿根廷共和国，2004 年 8 月 3 日，投资争端解决中心案件，编号 ARB/02/8。

<sup>14</sup> 例如见 Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A 诉约旦哈希姆王国，2004 年 11 月 9 日，投资争端解决中心案件，编号 ARB/02/13。



最惠国条款有可能成为一项“超级条约”条款，这使得受益国能够简单地从第三国从其他缔约方那里享受的好处中加以挑选，这就是人们所说的“选购条约”。在审理马菲基尼案时，法庭的成员看到了他们的裁决可能产生的问题，试图以一系列例外来限定范围。但在裁决中，这些例外所依据的原则并不清楚，另外也看不出这类例外是不是排他性的。

26. 马菲基尼案裁决给各国提出的问题是，它们能否事先有把握地确定当其在投资协定中加上了最惠国条款时，它们实际上承担了什么样的义务。它们给予了广泛的权利？还是这些权利更为有限？1978年的条款草案就此问题提供的指导意见很有限。按照第9条草案，受益国在最惠国条款下只获得“在该条款的主题范围之内的权利”。确定条款的主题事项，正是马菲基尼案以及其他法庭所力图解决的一个问题。

27. 最惠国条款的范围问题还涉及其他一些方面，特别是与投资协定中其他规定的关系，例如那些涉及国民待遇和“公正与公平待遇”相关的规定。一些投资法庭所采取的观点是，最惠国条款使一国有理由援引其他投资协定，以确立什么构成“公正与公平待遇”。<sup>15</sup> 这也造成最惠国条款范围的不确定。

28. 马菲基尼案造成的结果是，各国力图对最惠国条款加以限定，使它不产生广泛的后果。对实质性和程序性规定加以区分，将争端的解决排除在最惠国条款之外，以及将最惠国限定于具体的好处等，这些都写进了各种协定中。问题是，各国无法确定在实际当中这些新的条款将如何解释。

29. 在一定层次上，这一问题是个单纯的条约解释问题。最惠国条款在不同的协定中有不同的措辞。一些具有广泛的范围，另一些范围很窄。一些限定最惠国待遇只能由“类似情形中的”当事者享用。因此，解释者的作用是确定有关条款的具体范围。按照这种做法，问题能够通过解释来加以解决。但在另一层次上，所涉问题更具有根本性。条约的解释不是在真空中发生的。解释者如何对待最惠国条款将部分取决于解释者如何看待最惠国条款的性质。

30. 如果最惠国条款被视为具有促进不歧视和协调作用的目的，那么条约的解释者可能认为该条款的目的便是允许、实际上鼓励选购条约。一个解释者如果将最惠国条款视为具有容许在平等机会基础上进行竞争的经济目的，便有可能更愿意赞同在解释最惠国条款时对实质性与程序性条款加以区分。在这方面，在世贸组织背景下以

---

<sup>15</sup> MTD Equity Sdn. Bhd. & MTD Chile S.A 诉智利，2004年5月25日，投资争端解决中心案件，编号ARB/01/7；Pope & Talbot, Inc. 诉加拿大，北美自由贸易区法庭的裁决，2001年4月10日，I.L.R. vol. 122, (200), p. 352. 。

及在其他领域中对最惠国条款进行解释的经验可能对投资协定的最惠国条款的解释具有指导意义。

## 6. 国际法委员会能够做哪些有益的事情？

31. 很显然，自从 1978 年最惠国条款草案出现以来，形势发生了巨大变化。现在存在着大量的实践和判例，而这些在当时都不存在。随着最惠国条款在投资协定中的适用，也出现了问题，于是各国要求对这一领域的法律进行澄清，或使之逐渐发展。

32. 如果说，导致大会没有使 1978 年的条款草案变成公约的实际理由今天依然存在，那么只有在提议委员会对 1978 年条款草案进行订正和更新时，这种说法才更有说服力。现在有一些论坛正在处理对那些条款草案的关切。就普遍优惠制度问题以及更广泛的发展问题而言，这些问题正在世贸组织和多哈发展回合的框架内处理。就海关联盟与自由贸易领域而言，这些问题也在世贸组织协定的框架内处理。委员会没有理由针对一个正在关贸总协定第二十四条和世贸组织各专家组和上诉机构的决定框架内发展的制度，主动考虑进行一项编纂或逐步发展的工作。

33. 今天与最惠国条款有关的问题不同于当初引起人们对 1978 年条款草案关切的那些问题。今天的问题尤其与投资协定有关，但其适用的范围可能更广。鉴于目前存在的问题的性质，真正的问题是，国际法委员会作为负责国际法的逐渐发展以及编纂的联合国机构是否能做任何有益的事情。

34. 这不是说，这—问题是狭隘的技术性问题，仅应由其他一些机构来审查。事实上不是。与最惠国条款相关的基本问题实际上是国际公法所涉及的事项。核心问题是如何解释最惠国条款。这看起来可能是个狭隘的问题，但事实上它可能是个广泛的问题，既涉及对条约的解释，又涉及各国按照最惠国条款所承担的义务的的性质和范围。这要求我们理解最惠国条款的作用和职能以及它与国际法不歧视原则的关系。

35. 其他机构也在讨论这—问题。经合发组织编写了一份关于最惠国条款的研究报告，<sup>16</sup> 贸发会议也编写了研究报告。<sup>17</sup> 同样，这—问题在学术文献中也在讨论。这不是说已经没有再讨论的余地。

---

<sup>16</sup> 经合发组织金融和企业事务司，Most-Favoured-Nation Treatment in International Investment Law, 国际投资工作文件，工作文件编号 2004/2 (2004)。在线文本：<<http://www.oecd.org/dataoecd/21/37/33773085.pdf>>。

<sup>17</sup> 联合国贸易和发展会议(贸发会议)。“Most-Favoured-Nation Treatment” (1999)贸发会议国际投资协定系列文件。联合国文件编号 UNCTAD/ITE/IIT/10 (Vol.III)。

36. 一些政府所持的相反意见是，最惠国条款形式各异，不那么容易归到一般类别中。各国政府有能力根据自己的需要相应地制定最惠国条款，因此没有必要对这一问题进行一般性的审议。对于所出现的问题，可以逐案地解决，因此应该让最惠国条款解释方面的判例继续发展。据此，委员会在这一问题上没有什么作用可以发挥。

37. 那些支持委员会在这方面开展工作的人认为，委员会在这方面可以做的有益事情是，就最惠国条款的解释提供权威性的指导意见。这就要求详尽地分析最惠国条款的性质、范围和基本理由的发展情况、最惠国条款当今在起作用的各个领域的现有最惠国条款的判例、在当代实践中最惠国条款的种类和实际运用，以及最惠国条款如何被解释以及它们应该如何被解释。

38. 委员会工作的结果可以是关于最惠国条款的解释的条款草案或指南草案，也可以是一系列发展中的最惠国条款或条款类别的样本，并附上关于解释的评注。任何一种结果都可能为谈判带有最惠国条款的协定提供指导，也为解释投资协定的仲裁人提供指导。

39. 最惠国条款的解释这一专题符合各国的需要，这方面的实践也已充分地发展，允许在这方面进行逐步的发展和编纂。专题具有确定的范围，可以在本五年期内完成。



## 参考书目摘选

Dolzer, Rudolf and Myers, Terry. “After Tecmed: Most-Favored-Nation Clauses in Investment Protection Agreements” 19 ICSID Review - FILJ 49 (2004).

Ehring, Lothar. “*De Facto* Discrimination in World Trade Law” (2002) 36 (5) Journal of World Trade 921 (Kluwer Law International).

Freyer, Dana H. and Herlihy, David. “Most-Favored Nation Treatment and Dispute Settlement in Investment Arbitration: Just How ‘Favored’ is ‘Most-Favored’?” 20 ICSID Review - FIJL 58 (2005).

Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD). “Most-Favoured-Nation Treatment in International Investment Law” (2004). Working Papers on International Investment Number 2004/2.

United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD). “Most-Favoured-Nation Treatment” (1999) UNCTAD Series on issues in international investment agreements. UN doc. UNCTAD/ITE/IIT/10 (vol. III).

Yanai, Akiko. “The Function of the MFN clause in the Global Trading System” (2002). Working Paper Series 01/02 - No. 3, APEC Study Center Institute of Developing Economies, online: <[http://www.heisummer.ch/pdf/introduction/003\\_yanai\\_mfn\\_clause.pdf](http://www.heisummer.ch/pdf/introduction/003_yanai_mfn_clause.pdf)>.