



联 合 国

国际法委员会报告

第六十三届会议

(2011 年 4 月 26 日至 6 月 3 日和 7 月 4 日至 8 月 12 日)

大 会

正式记录

第六十六届会议

补编第 10 号(A/66/10)

大 会

正式记录

第六十六届会议

补编第 10 号(A/66/10)

国际法委员会报告

第六十三届会议

(2011 年 4 月 26 日至 6 月 3 日和 7 月 4 日至 8 月 12 日)



联合国·纽约, 2011

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《2011 年国际法委员会年鉴》第二卷第二部分。

ISSN 0251-8562

目录

章次	段次	页次
一. 导言.....	1-12	1
A. 委员.....	2	1
B. 临时空缺.....	3	2
C. 主席团成员和扩大的主席团.....	4-6	2
D. 起草委员会.....	7-8	3
E. 工作组和研究组.....	9-10	4
F. 秘书处.....	11	5
G. 议程.....	12	5
二. 委员会第六十三届会议工作概况.....	13-15	6
三. 委员会特别想听取意见的具体问题.....	36-50	9
A. 国家官员的外国刑事管辖豁免.....	36-39	9
B. 驱逐外国人.....	40-42	9
C. 发生灾害时的人员保护.....	43-44	9
D. 引渡或起诉的义务(<i>aut dedere aut judicare</i>).....	45-46	10
E. 条约随时间演变.....	47	10
F. 最惠国待遇.....	48	10
G. 新专题.....	49-50	10
四. 对条约的保留.....	51-76	11
A. 导言.....	51-55	11
B. 本届会议审议此专题的情况.....	56-71	12
1. 审议特别报告员的第十七次报告.....	65-71	13
(a) 特别报告员的介绍.....	65-68	13
(b) 就第十七次报告采取的行动.....	69-71	16
C. 委员会就《对条约的保留实践指南》提出的建议.....	72	16
D. 委员会就对条约的保留方面的协助机制提出的建议.....	73	16
E. 向特别报告员表示感谢.....	74	17

F. 委员会第六十三届会议通过的《对条约的保留实践指南》案文.....	75-76	17
1. 构成《实践指南》的准则案文以及关于保留对话的附件.....	75	17
2. 《实践指南》案文，包括导言、准则及其评注、关于保留对话的附件以及参考文献(见 A/66/10/Add.1).....	76	46
五. 国际组织的责任.....	77-88	47
A. 导言.....	77-79	47
B. 本届会议审议此专题的情况.....	80-84	48
C. 委员会的建议.....	85	48
D. 向特别报告员表示感谢.....	86	48
E. 国际组织的责任条款草案案文.....	87-88	49
1. 条款草案案文	87	49
2. 条款草案案文及其评注	88	64
国际组织的责任.....		64
总评注		64
第一部分		
导言.....		66
第 1 条 本条款草案的范围.....		66
评注		66
第 2 条 术语		69
评注		69
第二部分		
国际组织的国际不法行为.....		75
第一章 一般原则		75
第 3 条 国际组织对其国际不法行为的责任.....		75
评注		75
第 4 条 国际组织的国际不法行为的要素.....		76
评注		76
第 5 条 把国际组织的行为定性为国际不法行为.....		77
评注		77

第二章	将行为归于国际组织.....	78
	评注	78
第 6 条	国际组织的机关或代理人的行为.....	79
	评注	79
第 7 条	交由国际组织支配的一国机关或另一国际组织的机 关或代理人的行为.....	82
	评注	82
第 8 条	逾越权限或违背指示.....	88
	评注	88
第 9 条	被国际组织承认并当作自身行为的的行为.....	91
	评注	91
第三章	违反国际义务	93
	评注	93
第 10 条	违反国际义务行为的发生.....	93
	评注	93
第 11 条	对国际组织有约束力的国际义务.....	96
	评注	96
第 12 条	违反国际义务行为在时间上的延续.....	96
	评注	96
第 13 条	复合行为违反义务.....	96
	评注	97
第四章	国际组织对国家或另一国际组织行为的责任.....	97
	评注	97
第 14 条	援助或协助实施国际不法行为.....	98
	评注	98
第 15 条	指挥和控制实施国际不法行为.....	99
	评注	100
第 16 条	胁迫国家或另一国际组织.....	101
	评注	101

第 17 条	通过向成员发出决定和授权而避免承担国际义务	102
	评注	102
第 18 条	作为另一国际组织成员的国际组织的责任	104
	评注	104
第 19 条	本章的效力	105
	评注	105
第五章	解除行为不法性的情况	105
	评注	105
第 20 条	同意	106
	评注	106
第 21 条	自卫	107
	评注	107
第 22 条	反措施	108
	评注	108
第 23 条	不可抗力	110
	评注	110
第 24 条	危难	111
	评注	112
第 25 条	危急情况	112
	评注	113
第 26 条	对强制性规范的遵守	114
	评注	114
第 27 条	援引解除行为不法性的情况的后果	115
	评注	115
第三部分		
国际组织的国际责任的内容		116
	评注	116

第一章	一般原则	116
第 28 条	国际不法行为的法律后果.....	116
	评注	116
第 29 条	继续履行的责任	116
	评注	116
第 30 条	停止和不重犯	117
	评注	117
第 31 条	赔偿	118
	评注	118
第 32 条	组织规则的相关性.....	119
	评注	119
第 33 条	本部分所列国际义务的范围.....	120
	评注	120
第二章	赔偿损害	121
第 34 条	赔偿的方式	121
	评注	121
第 35 条	恢复原状	122
	评注	122
第 36 条	补偿	122
	评注	122
第 37 条	抵偿	123
	评注	123
第 38 条	利息	125
	评注	125
第 39 条	促成损害	125
	评注	125
第 40 条	确保履行赔偿义务.....	126
	评注	126

第三章	严重违反一般国际法强制性规范的义务	127
第 41 条	本章的适用	127
	评注	127
第 42 条	严重违反本章规定的义务的特定后果	128
	评注	128
第四部分		
国际组织的国际责任的履行		130
	评注	130
第一章	援引国际组织的责任	130
第 43 条	受害国或国际组织援引责任	130
	评注	130
第 44 条	受害国或国际组织通知其求偿的要求	132
	评注	132
第 45 条	求偿要求的可受理性	133
	评注	133
第 46 条	援引责任权利的丧失	136
	评注	136
第 47 条	数个受害国或国际组织	137
	评注	137
第 48 条	一个国际组织和一个或若干国家或国际组织的责任	137
	评注	138
第 49 条	受害国或受害国际组织以外的国家或国际组织援引 责任	138
	评注	139
第 50 条	本章的范围	142
	评注	142
第二章	反措施	142
第 51 条	反措施的目的和限制	142
	评注	143

第 52 条	国际组织成员采取反措施的条件.....	144
	评注	145
第 53 条	不受反措施影响的义务.....	146
	评注	146
第 54 条	反措施的相称性	147
	评注	147
第 55 条	采取反措施的条件.....	148
	评注	148
第 56 条	终止反措施	149
	评注	149
第 57 条	受害国或受害组织以外的国家或国际组织采取措施.....	149
	评注	149
第五部分		
	国家对国际组织的行为的责任.....	150
	评注.....	150
第 58 条	国家援助或协助国际组织实施国际不法行为.....	151
	评注	151
第 59 条	国家指挥和控制国际组织实施国际不法行为.....	152
	评注	152
第 60 条	国家胁迫国际组织.....	153
	评注	153
第 61 条	国际组织成员国规避国际义务.....	153
	评注	154
第 62 条	国际组织成员国对该组织国际不法行为的责任.....	156
	评注	156
第 63 条	本部分的效力	159
	评注	159

第六部分		
一般规定	159	
评注	159	
第 64 条 特别法	160	
评注	160	
第 65 条 本条款草案中没有规定的国际责任问题	162	
评注	162	
第 66 条 个人的责任	162	
评注	162	
第 67 条 《联合国宪章》	163	
评注	163	
六. 武装冲突对条约的影响	89-101	165
A. 导言	89-93	165
B. 在本届会议上审议此一专题的情况	94-96	166
C. 委员会的建议	97	166
D. 向特别报告员表示感谢	98-99	166
E. 武装冲突对条约的影响条款草案案文	100-101	167
1. 条款草案案文	100	167
2. 条款草案案文及其评注	101	171
武装冲突对条约的影响		
第一部分		
适用范围和定义	171	
第 1 条 适用范围	171	
评注	171	
第 2 条 定义	173	
评注	173	
第二部分		
原则	175	
第一章 发生武装冲突时条约的施行	175	
评注	175	

第 3 条	一般原则	176
	评注	176
第 4 条	关于条约施行的规定	178
	评注	178
第 5 条	条约解释规则的适用	178
	评注	178
第 6 条	表明条约可能被终止、退出或中止的因素	179
	评注	179
第 7 条	条约因其主题事项而继续施行	180
	评注	180
第二章	与条约施行有关的其他规定	181
第 8 条	武装冲突期间缔结条约	181
	评注	181
第 9 条	通知终止、退出条约或中止其施行的意向	182
	评注	182
第 10 条	不依条约存在的国际法义务	183
	评注	183
第 11 条	条约规定的分离	184
	评注	184
第 12 条	丧失终止、退出条约或中止其施行的权利	185
	评注	185
第 13 条	武装冲突结束后条约关系的恢复生效或施行	185
	评注	185
第三部分		
其他规定		186
第 14 条	行使自卫权对条约的影响	186
	评注	186
第 15 条	禁止侵略国受益	187
	评注	187

第 16 条	安全理事会的决定.....	188
	评注	188
第 17 条	源自中立法权利和责任.....	189
	评注	189
第 18 条	其他终止、退出或中止的情况.....	189
	评注	189
附件	第 7 条所指条约的指示性清单.....	190
	评注	190
七.	国家官员的外国刑事管辖豁免.....	102-203 209
A.	导言.....	102-103 209
B.	本届会议审议此专题的情况.....	104-203 209
1.	特别报告员对第二次报告的介绍.....	106-115 209
2.	特别报告员第二次报告辩论摘要.....	116-140 212
	(a) 一般性意见	116-120 212
	(b) 豁免的可能例外问题.....	121-131 213
	(c) 豁免范围	132-135 215
	(d) 其他意见.....	136-140 216
3.	特别报告员介绍第三次报告.....	141-158 217
4.	特别报告员第三次报告辩论摘要.....	159-185 219
	(a) 一般性意见	159-162 219
	(b) 时间.....	163 219
	(c) 豁免的援引	164-175 220
	(d) 豁免的放弃.....	176-182 222
	(e) 豁免的援引与国家对国际不法行为的责任之间 的关系.....	183-185 223
5.	特别报告员的总结	186-203 223
八.	驱逐外国人.....	204-263 226
A.	导言.....	204-210 226
B.	本届会议审议此专题的情况.....	211-263 227

1. 特别报告员对其第六次报告剩余部分和第七次报告的介绍	215-228	228
2. 辩论摘要	229-257	231
(a) 一般意见	229-233	231
(b) 对条款草案的评论	234-252	231
(c) 对驱逐决定提出申诉的问题	253-257	235
3. 特别报告员的总结	258-263	236
九. 发生灾害时的人员保护	264-289	237
A. 导言	264-269	237
B. 本届会议审议此专题的情况	270-287	237
1. 特别报告员介绍其第四次报告	275-277	238
2. 关于第 12 条的辩论摘要	278-283	239
3. 特别报告员的总结	284-287	240
C. 委员会到目前为止暂时通过的灾害时的人员保护条款草案案文	288-289	241
1. 条款草案案文	288	241
2. 委员会第六十三届会议暂时通过的条款草案案文及其评注	289	243
第 6 条 应对灾害的人道主义原则		243
评注		243
第 7 条 人的尊严		246
评注		246
第 8 条 人权		248
评注		248
第 9 条 受灾国的作用		249
评注		249
第 10 条 受灾国寻求援助的责任		251
评注		251
第 11 条 受灾国对外部援助的同意		255
评注		255

十. 引渡或起诉的义务(<i>aut dedere aut judicare</i>).....	290-332	259
A. 导言.....	290-292	259
B. 本届会议审议此专题的情况.....	293-332	259
1. 特别报告员介绍其第四次报告.....	294-305	260
2. 辩论摘要.....	306-327	262
(a) 一般性意见.....	306-307	262
(b) 第2条草案: 合作义务.....	308-315	263
(c) 第3条草案: 条约作为引渡或起诉义务的来源.....	316-319	264
(d) 第4条草案: 国际习惯作为引渡或起诉义务的来源.....	320-326	264
(e) 未来的工作.....	327	266
3. 特别报告员的总结.....	328-332	266
十一. 条约随时间演变.....	333-344	267
A. 导言.....	333	267
B. 本届会议审议此专题的情况.....	334-344	267
1. 研究组的讨论.....	336-341	267
2. 未来的工作和提供资料的要求.....	342-343	268
3. 研究组主席根据研究组的讨论重新拟订的初步结论.....	344	269
(1) 条约解释之通则.....		269
(2) 解释的方针.....		269
(3) 对人权条约和国际刑法的解释.....		270
(4) 原则上承认以嗣后协定和嗣后惯例作为解释资料.....		270
(5) 嗣后惯例作为解释资料的概念.....		271
(6) 明确嗣后协定或嗣后惯例作为解释资料的作用.....		271
(7) 演变解释和嗣后惯例.....		271
(8) 援引嗣后协定的罕见性.....		272
(9) 相关嗣后惯例的可能主体.....		272

十二. 最惠国条款.....	345-362	273
A. 导言.....	345-346	273
B. 本届会议审议此专题的情况.....	347-362	273
1. 研究组的讨论.....	349-360	273
2. 今后的工作方案.....	361-362	276
十三. 委员会的其他决定和结论.....	363-440	277
A. 委员会的方案、程序和工作方法以及文件.....	363-412	277
1. 长期工作方案工作组.....	365-369	277
2. 委员会的工作方法.....	370-388	278
(a) 特别报告员的作用.....	372	279
(b) 研究组.....	373	279
(c) 起草委员会.....	374-377	279
(d) 规划组.....	378	279
(e) 编写条款草案的评注.....	379-382	280
(f) 最后形式.....	383	280
(g) 委员会的报告.....	384-385	280
(h) 与第六委员会的关系.....	386-388	280
(1) 主席在第六委员会介绍委员会的报告.....	386	280
(2) 与第六委员会对话.....	387-388	281
3. 今后届会的会期和性质.....	389-391	281
4. 审议大会 0 年 12 月 6 日关于国内和国际法治的 第 65/32 号决议.....	392-398	282
5. 酬金.....	399	283
6. 向特别报告员提供协助.....	400	283
7. 特别报告员在大会审议委员会报告期间参加大会.....	401	283
8. 文件和出版物.....	402-412	283
(a) 处理和印发特别报告员的报告.....	402	283
(b) 委员会工作的简要记录及在网站上发布.....	403-405	284
(c) 《国际法委员会年鉴》.....	406-409	284

(d) 处理《国际法委员会年鉴》积压工作问题的 信托基金.....	410	285
(e) 编纂司的协助.....	411	285
(f) 网站.....	412	285
B. 委员会第六十四届会议的日期和地点.....	413-415	286
C. 和平解决争端.....	416-417	286
D. 与其他机构的合作.....	418-422	286
E. 出席大会第六十六届会议的代表.....	423-424	287
F. 希尔维托·阿马多纪念演讲.....	425	287
G. 保拉·埃斯卡拉梅亚教授纪念研讨会.....	426	288
H. 国际法讲习班.....	427-440	288
附件		
附件 A. 习惯国际法的形成与证据.....		292
附件 B. 保护大气层.....		302
附件 C. 条约的临时适用.....		318
附件 D. 国际投资法律中的公正和公平待遇标准.....		323
附件 E. 与武装冲突有关的环境保护.....		338

第一章

导言

1. 国际法委员会于 2011 年 4 月 26 日至 6 月 3 日在联合国日内瓦办事处委员会所在地举行了第六十三届第一期会议，于 2011 年 7 月 4 日至 8 月 12 日举行了第二期会议。本届会议由委员会第六十二届会议主席努格罗霍·维斯努穆尔蒂先生主持开幕。

A. 委员

2. 委员会包括下列成员：

穆罕默德·贝洛·阿多克先生(尼日利亚)
 阿里·穆赫辛·费塔伊斯·马里先生(卡塔尔)
 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)
 孔塞普西翁·埃斯科瓦尔·埃尔南德斯女士(西班牙)
 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)
 黄惠康先生(中华人民共和国)
 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)
 村濑信也先生(日本)

贝恩德·尼豪斯先生(哥斯达黎加)
格奥尔格·诺尔特先生(德国)
阿兰·佩莱先生(法国)
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)
迈克尔·伍德先生(大不列颠及北爱尔兰联合王国)

B. 临时空缺

3. 2011 年 4 月 28 日, 委员会选举孔塞普西翁·埃斯科瓦尔·埃尔南德斯女士(西班牙)填补因保拉·埃斯卡拉梅亚女士去世造成的临时空缺。2011 年 5 月 17 日, 委员会选举穆罕默德·贝洛·阿多克先生(尼日利亚)填补因巴约·奥霍先生辞职造成的临时空缺。

C. 主席团成员和扩大的主席团

4. 在 2011 年 4 月 26 日举行的第 3080 次会议上, 委员会选出了下列主席团成员:

主席:	莫里斯·卡姆托先生(喀麦隆)
第一副主席:	玛丽·雅各布松女士(瑞典)
第二副主席:	贝恩德·尼豪斯先生(哥斯达黎加)
起草委员会主席:	特奥多尔·维奥雷尔·梅莱斯卡努先生(罗马尼亚)
(罗马尼亚)	
报告员:	罗汉·佩雷拉先生(斯里兰卡)

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

6. 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：雅各布松女士(主席)、卡弗利施先生、坎迪奥蒂先生、科米萨里奥·阿丰索先生、杜加尔德先生、埃斯科瓦尔·埃尔南德斯女士、加亚先生、加利茨基先生、哈苏纳先生、哈穆德先生、卡姆托先生、法蒂·卡米沙先生、科洛德金先生、梅莱斯卡努先生、麦克雷先生、村濑先生、尼豪斯先生、诺尔特先生、佩莱先生、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、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、维斯努穆尔蒂先生、伍德先生和佩雷拉先生(当然成员)。

D. 起草委员会

7. 在 2011 年 4 月 26 日举行的第 3080 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) 武装冲突对条约的影响：梅莱斯卡努先生(主席)、卡弗利施先生(特别报告员)、坎迪奥蒂先生、丰巴先生、加利茨基先生、黄先生、雅各布松女士、卡姆托先生、村濑先生、彼得里奇先生、萨博亚先生、巴斯克斯—贝穆德斯先生、维斯努穆尔蒂先生、伍德先生和佩雷拉先生(当然成员)。

(b) 国际组织的责任问题起草委员会：梅莱斯卡努先生(主席)、加亚先生(特别报告员)、坎迪奥蒂先生、丰巴先生、黄先生、雅各布松女士、卡姆托先生、麦克雷先生、村濑先生、彼得里奇先生、萨博亚先生、巴伦西亚—奥斯皮纳先生、巴斯克斯—贝穆德斯先生、维斯努穆尔蒂先生、伍德先生和佩雷拉先生(当然成员)。

(c) 驱逐外国人：梅莱斯卡努先生(主席)、卡姆托先生(特别报告员)、科米萨里奥·阿丰索先生、埃斯科瓦尔·埃尔南德斯女士、丰巴先生、加利茨基先生、哈穆德先生、麦克雷先生、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、瓦钱尼先生、巴斯克斯—贝穆德斯先生、维斯努穆尔蒂先生、伍德先生和佩雷拉先生(当然成员)。

(d) 发生灾害时的人员保护：梅莱斯卡努先生(主席)、巴伦西亚—奥斯皮纳先生(特别报告员)、坎迪奥蒂先生、杜加尔德先生、埃斯科瓦尔·埃尔南德斯女士、哈穆德先生、雅各布松女士、麦克雷先生、村濑先生、诺尔特先生、彼得里

¹ 坎迪奥蒂先生、加利茨基先生、卡姆托先生、梅莱斯卡努先生、佩莱先生、彼得里奇先生、巴尔加斯·卡雷尼奥先生和维斯努穆尔蒂先生。

² 卡弗利施先生、加亚先生、加利茨基先生、卡姆托先生、科洛德金先生、佩莱先生和巴伦西亚—奥斯皮纳先生。

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、维斯努穆尔蒂先生、伍德先生和佩雷拉先生(当然成员)。

8. 起草委员会就以上四个专题共举行了 27 次会议。

E. 工作组和研究组

9. 在 2011 年 4 月 26 日举行的第 3080 次会议上,委员会重新设立了下列工作组和研究组:

(a) 对条约的保留问题工作组:巴斯克斯-贝穆德斯先生(主席)、佩莱先生(特别报告员)、坎迪奥蒂先生、埃斯科瓦尔·埃尔南德斯女士、丰巴先生、加亚先生、哈穆德先生、黄先生、卡姆托先生、麦克雷先生、诺尔特先生、彼得里奇先生、辛格先生、伍德先生和佩雷拉先生(当然成员)。

(b) 条约随时间演变研究组:诺尔特先生(主席)、坎迪奥蒂先生、科米萨里奥·阿丰索先生、杜加尔德先生、埃斯科瓦尔·埃尔南德斯女士、加亚先生、哈穆德先生、雅各布松女士、卡姆托先生、麦克雷先生、梅莱斯卡努先生、村濑先生、尼豪斯先生、彼得里奇先生、辛格先生、巴伦西亚-奥斯皮纳先生、巴尔加斯·卡雷尼奥先生、瓦钱尼先生、巴斯克斯-贝穆德斯先生、维斯努穆尔蒂先生、伍德先生和佩雷拉先生(当然成员)。

(c) 最惠国条款研究组:麦克雷先生和佩雷拉先生(联合主席)、卡弗利施先生、坎迪奥蒂先生、埃斯科瓦尔·埃尔南德斯女士、加亚先生、哈穆德先生、村濑先生、尼豪斯先生、诺尔特先生、萨博亚先生、辛格先生、瓦钱尼先生、巴斯克斯-贝穆德斯先生、维斯努穆尔蒂先生和伍德先生。

10. 规划组设立或重新设立了以下工作组:

(a) 工作方法问题工作组:哈苏纳先生(主席)、卡弗利施先生、坎迪奥蒂先生、丰巴先生、加利茨基先生、雅各布松女士、梅莱斯卡努先生、村濑先生、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、维斯努穆尔蒂先生、伍德先生和佩雷拉先生(当然成员)。

(b) 五年期长期工作方案工作组:坎迪奥蒂先生(主席)、卡弗利施先生、科米萨里奥·阿丰索先生、埃斯科瓦尔·埃尔南德斯女士、丰巴先生、加亚先生、加利茨基先生、哈苏纳先生、哈穆德先生、黄先生、雅各布松女士、科洛德金先生、麦克雷先生、梅莱斯卡努先生、村濑先生、诺尔特先生、佩莱先生、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、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、瓦科先生、维斯努穆尔蒂先生、伍德先生和佩雷拉先生(当然成员)。

F. 秘书处

11. 副秘书长兼法律顾问帕特里夏·奥布赖恩女士担任秘书长的代表。法律事务厅编纂司司长瓦奇拉夫·米库尔卡先生担任委员会秘书，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·齐敏巴先生和阿诺德·普龙托先生担任高级助理秘书。法律干事焦纳塔·布津尼先生和哈娜·德雷菲尔特-莱恩女士担任委员会助理秘书。

G. 议程

12. 在 2011 年 4 月 26 日第 3080 次会议上，委员会通过了包含下列项目的第六十三届会议议程：

1. 会议工作安排。
2. 对条约的保留。
3. 国际组织的责任。
4. 武装冲突对条约的影响。
5. 驱逐外国人。
6. 引渡或起诉的义务(*aut dedere aut judicare*)。
7. 发生灾害时的人员保护。
8. 国家官员的外国刑事管辖豁免。
9. 条约随时间演变。
10. 最惠国条款。
11. 委员会的方案、程序和工作方法以及文件。
12. 第六十四届会议的日期和地点。
13. 与其他机构的合作。
14. 填补委员会临时空缺。
15. 其他事项。

第二章

委员会第六十三届会议工作概况

13. 关于“对条约的保留”专题，委员会收到了特别报告员第十七次报告(A/CN.4/647)，其中阐述了关于保留对话的问题，并收到了第十七次报告增编 1 (A/CN.4/647/Add.1)，其中审议了解决有关保留问题的争端而提供协助的问题，并载有《实践指南》的导言草案。此外，委员会还从各国政府收到了对于委员会第六十二届会议(2010 年)通过的《对条约的保留实践指南》暂定版本提出的评论和意见(A/CN.4/639 和 Add.1)。

14. 委员会建立了一个工作组，以便按照第六十二届会议(2010 年)的设想，着手最终敲定构成《实践指南》的准则案文。委员会并向工作组转交了一份载于特别报告员第十七次报告中的关于保留问题对话的建议或结论草案，以及一份载于第十七次报告增编 1 中的关于对解决保留问题争端提供技术援助和协助的建议草案。

15. 委员会根据工作组的建议，通过了《对条约的保留实践指南》，其中包含一项导言，带有评注的指南案文，以及关于保留问题对话的附件。根据委员会《章程》第 23 条，委员会建议大会注意到《对条约的保留实践指南》并确保尽可能广泛的散发。

16. 委员会并通过了向大会提出的关于保留问题的协助机制的一项建议(第四章)。

17. 关于“国际组织的责任”的专题，委员会经二读后通过了一套共 67 条的国际组织的责任条款草案及条款草案的评注，并根据其《章程》第 23 条建议大会通过一项决议注意到该条款草案并将该条款草案附在该决议之后，并考虑在以后某个阶段根据该条款草案拟订一项公约。

18. 委员会在本次会议上审议这一专题时，收到了特别报告员的第八次报告(A/CN.4/640)，其中综述了各国和各国际组织对于在第六十一届会议(2009 年)一读上通过的国际组织责任条款草案提出的意见，并提出了供国际法委员会在二读时审议的建议。委员会并从各国政府(A/CN.4/636 和 Add.1)及国际组织(A/CN.4/637 和 Add.1)收到了对一读时通过的条款草案的评论和意见(第五章)。

19. 关于“武装冲突对条约的影响”这一专题，委员会二读通过了一套共 18 条的武装冲突对条约的影响条款草案和一项附件(其中载有一个指示性条约清单，其中所列条约的主题事项含有在武装冲突期间这些条约继续全部或部分施行之意)，以及这些条款草案的评注，并根据《章程》第 23 条建议大会在一项决议中注意条款草案，并将草案列为决议的附件，且在以后某一阶段考虑根据条款草案拟定一项公约。

20. 在本届会议上，起草委员会继续并完成了武装冲突对条约的影响条款草案二读的审议(审议是自第六十二届会议(2010 年)开始的)(第六章)。

21. 关于“国家官员的外国刑事管辖豁免”专题，委员会审议了特别报告员的第二次(A/CN.4/631)和第三次(A/CN.4/646)报告。第二次报告审议并介绍了国家官员对外国刑事管辖的豁免范围所涉及和所引起的实质问题，而第三次报告讨论了程序问题，尤其侧重于考虑豁免的时间、豁免的援引和放弃等问题。除其他方面外，辩论围绕着方法、对豁免的可能例外以及程序等问题进行(第七章)。

22. 关于“驱逐外国人”专题，委员会收到了特别报告员第六次报告增编 2 (A/CN.4/625/Add.2)及第七次报告(A/CN.4/642)。委员会并收到了迄今为止从各国政府收到的意见和资料(A/CN.4/604 和 A/CN.4/628 和 Add.1)。

23. 第六次报告增编 2 完成了对驱逐程序的审议(包括执行驱逐决定、对驱逐决定提出上诉、确定目的国以及过境国保护人权等问题)，并审议了驱逐的法律后果(尤其是对受驱逐的外国人的财产权和类似利益的保护、如发生非法驱逐情况下返回权的存在问题以及驱逐国对于非法驱逐的责任，其中包括外交保护问题)。在全体会议开展辩论之后，委员会将有关这些问题的七个条文草案送交起草委员会，并送交了特别报告员在第六十二届会议(2010 年)上修改的“与引渡有关的驱逐”的条文草案。

24. 第七次报告对最近有关这一专题的发展作了阐述，并提出了经修改的条款草案概述。委员会向起草委员会送交了经修改的条款草案概述(第八章)。

25. 关于“发生灾害时的人员保护”专题，委员会收到了特别报告员第四次报告(A/CN.4/643 和 Corr.1)，讨论了在超越受灾国家的本国应对能力时寻求援助的责任问题，受灾国不得任意拒绝外来援助的义务，以及国际社会表示提供援助的权利。在全体会议开展辩论之后，委员会决定将特别报告员所提议的第 10 至第 12 条草案送交起草委员会。

26. 委员会暂时通过了六个条文的草案及其评注，其中包括委员会在第六十二届会议(2010 年)上注意到的第 6 至第 9 条草案，分别涉及应对灾害的人道主义原则问题、人的尊严、人权和受灾国的作用，此外还有第 10 和第 11 条草案，分别涉及受灾国寻求援助的义务和受灾国同意接受外来援助的问题(第九章)。

27. 关于“引渡或起诉的义务(*aut dedere aut judicare*)”专题，委员会审议了特别报告员第四次报告(A/CN.4/648)，讨论了引渡或起诉的义务的起源问题，集中关注条约和习惯，对此提出了三项条文草案(第十章)。

28. 关于“条约随时间演变”的专题，委员会重新设立了条约随时间演变问题研究组，该研究组继续就这一专题涉及嗣后协定和实践的方面开展工作。该研究组首先审查了报告中讨论条约可能经由嗣后协定和实践而修改的那一节，以及嗣后协定和实践与正式的修正程序之间的关系，以此完成了对研究组主席就国际法院和具有特别管辖权的仲裁法庭的相关判例而作的介绍性报告之审议。

29. 研究组随后重点审议了研究组主席第二次报告中所载的某些结论，以此审议了特殊制度下与嗣后协定和实践有关的判例。研究组主席根据讨论改写了涉及一些问题的九项初步结论的案文，所涉及的问题有：裁判性机构对于条约解释一般规则的依赖，条约诠释方面的不同方式，以及嗣后协定和实践作为解释条约手段的不同方面(第十一章)。

30. 关于“最惠国条款”专题，委员会重新设立了一个最惠国条款研究组。研究组根据最惠国条款在投资协定中的解释和适用问题工作文件，并根据一项为了能概要总结在研究组总体工作中可能需要审议的问题而制定的问题框架，举行了涉及面宽广的讨论，讨论同时还考虑到其他情况的发展，包括最新的仲裁决定。研究组为今后制定了工作方案(第十二章)。

31. 与委员会正在审议的专题相关的委员会特别想听取意见的具体问题见第三章。

32. 委员会建立了一个规划组，以审议其方案、程序和工作方法(第十三章，A节)。由于长期工作方案规划组在整个五年期所开展的工作，委员会决定在其长期工作方案中纳入以下专题：“习惯国际法的形成与证据”，“保护大气层”，“条约的临时适用”，“国际投资法律中的公正和公平待遇标准”，及“武装冲突所涉及的环境问题”(第十三章，A.1节)。委员会审议了其工作方法，并在各项建议中尤其通过了关于以下方面的建议：特别报告员、研究组、起草委员会、条款草案评注的拟订、如何使委员会报告内容更充实以及委员会与第六委员会之间的关系(第十三章，A.2节)。

33. 继续与国际法院、亚非法律协商组织、欧洲法律合作委员会国际公法法律顾问委员会以及美洲法律委员会开展传统的信息交流。委员会成员并与其他机构和协会就共同感兴趣的问题举行了非正式会议(第十三章，D节)。

34. 为属于不同国籍的26名参加者举行了一次培训讲习班(第十三章，H节)。

35. 委员会决定下届会议于2012年5月7日至6月1日和7月2日至8月3日分两期在联合国日内瓦办事处举行(第十三章，B节)。

第三章

委员会特别想听取意见的具体问题

A. 国家官员的外国刑事管辖豁免

36. 各国希望委员会如何处理此专题？委员会应寻求拟订现有的国际法规则(现行法)，还是应着手一项逐渐发展的工作(拟议法)？

37. 在属人豁免的问题上，国家的哪些高级官员(国家元首、政府首脑、外交部长等) 享受现行法，或应当享受拟议法？

38. 哪些罪行不享受或不应当享受属人豁免或属事豁免？

39. 各国如能提供特别报告员三次报告(A/CN.4/601、A/CN.4/631 和 A/CN.4/646)所涉及的领域中的法律和实践资料，则会对委员会大有帮助。这种资料可包含案例法和立法方面的最新动态。特别报告员第三次报告(A/CN.4/646)所涉及的程序问题方面的资料将会特别有用。

B. 驱逐外国人

40. 关于“驱逐外国人”专题，委员会想知道，各国的实践是否使下述人等针对驱逐决定所提出的上诉具有暂停作用：

- 合法地处在一国境内的外国人？
- 非法地处在一国境内的外国人？
- 上述两种人不作区分？

41. 有这种做法的国家是否认为这是由国际法所要求的？

42. 委员会还想了解各国对下述问题的看法：作为国际法事项或作为其他事项，对驱逐决定提出的上诉是否应对决定的执行具有暂停作用？

C. 发生灾害时的人员保护

43. 委员会重申，欢迎提供关于此专题的国家实践的任何资料，包括国内立法实例。委员会尤其欢迎提供关于在救灾或灾害应对方面遇到的具体法律和体制问题的资料和意见。

44. 委员会认为各国有义务在救灾事项上与受灾国合作。这种合作义务是否包括在受灾国提出请求时各国须提供援助的义务？

D. 引渡或起诉的义务(*aut dedere aut judicare*)

45. 在各国立法中或在国内法庭的案例法中，是否存在已经对其实施了引渡或起诉义务的罪行或罪行类别？

46. 如果有，法院或法庭在这方面是否曾依据过习惯国际法？

E. 条约随时间演变

47. 委员会在审议“条约随时间演变”这一专题时，试图澄清各方的“嗣后协定”和“嗣后惯例”作为解释和实施条约的手段的实际意义和法律意义(《维也纳条约法公约》第31条第3款(a)和(b)项)。在这方面，委员会提醒各国注意委员会2010年报告里所载的请求，³ 委员会请各国再提供一两个在解释和实施条约方面尤其具有相关意义的“嗣后协定”和“嗣后惯例”实例。委员会也特别愿意了解通过与司法或准司法程序无关的嗣后协定和嗣后惯例进行解释的实例。

F. 最惠国待遇

48. 为了完成与投资法领域有关的最惠国待遇条款方面的工作，最惠国待遇研究组计划审议在贸易和投资法领域以外使用最惠国待遇条款的情况是否能对其工作提供任何指导。因此，委员会很愿意得到在贸易和投资法领域以外使用最惠国待遇条款的最近实践或案例法实例资料。

G. 新专题

49. 委员会决定在其长期工作方案里列入本报告第365至367段提到的五项新专题。在选择这些专题时，委员会遵循它在1998年所商定的下述标准，⁴ 即专题(a)应反映各国在逐渐发展和编纂国际法方面的需要；(b)专题在国家实践的阶段性方面应足够先进，以容许进行逐渐发展和编纂工作；(c)专题应具体可行，宜于进行逐渐发展和编纂工作；(d)还应当考虑到那些反映国际法中新动态和整个国际社会的紧迫关切事项的专题。委员会欢迎各国就这些专题发表意见。

50. 此外，委员会欢迎各国就可能列入长期工作方案的专题提出任何建议。在提出这些建议时，最好同时说明理由，并考虑到上文提到的选择专题的标准。

³ 委员会第六十二届会议工作报告(2010年)，《大会正式记录，第六十五届会议》(补编第10号)，A/65/10，第三章，第26-28段。

⁴ 委员会第五十届会议工作报告(1998年)(A/53/10)，《1998年……年鉴》，第二卷(第二部分)，p. 110，第553段。

第四章

对条约的保留

A. 导言

51. 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”⁵ 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。⁶

52. 在委员会第四十七届(1995 年)会议审议了第一次报告⁷ 之后,特别报告员概述了作出的结论,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,不应 1969 年、1978 年和 1986 年《维也纳公约》的相关条款作出任何改动。⁸ 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,⁹ 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。¹⁰

53. 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。¹¹ 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及的法律问题。¹² 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。¹³ 大会 1997 年 12 月

⁵ 大会 1993 年 12 月 9 日第 48/31 号决议批准了委员会的决定。

⁶ 《大会正式纪录,第四十九届会议,补编第 10 号》(A/49/10),第 382 段。

⁷ A/CN.4/470 和 Corr.1 和 2。

⁸ 《大会正式纪录,第五十届会议,补编第 10 号》(A/50/10),第 491 段。

⁹ 见《1993 年……年鉴》,第二卷(第二部分),第 286 段。

¹⁰ 到 2010 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。

¹¹ A/CN.4/477 和 Add.1。

¹² 《大会正式纪录,第五十一届会议,补编第 10 号》(A/51/10),第 137 段。

¹³ 同上,《第五十二届会议,补编第 10 号》(A/52/10),第 157 段。

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。

54. 自第五十届(1998 年)会议起至第六十一届(2009 年)会议，委员会审议了特别报告员提出的另外 14 份报告¹⁴和一份说明¹⁵以及秘书处编写的关于在国家继承情况下对条约的保留的备忘录¹⁶并暂时通过了 199 条准则草案及其评注。¹⁷

55. 在第六十二届(2010 年)会议上，委员会暂时通过了《对条约的保留实践指南》并表示打算在第六十三届(2011 年)会议上通过《实践指南》的定稿，在这样做时会考虑到各国、各国际组织及委员会与之合作的机关自本专题开始审议以来所发表的意见以及委员会秘书处在 2011 年 1 月 31 日之前所收到的进一步意见。¹⁸

B. 本届会议审议此专题的情况

56. 在本届会议上，委员会收到了特别报告员的第十七次报告(A/CN.4/647 和 Add.1)，并在 2011 年 7 月 6、13 和 15 日举行的第 3099、3104 和 3106 次上进行了审议。委员会还收到了各国政府就委员会第六十二届会议暂时通过的《实践指南》发来的评论和意见(A/CN.4/639 和 Add.1)。

57. 在 2011 年 4 月 26 日第 3080 次会议上，委员会决定设立对条约的保留工作组，由马塞洛·巴斯克斯-贝穆德斯先生担任主席，负责完成委员会第六十二届(2010 年)会议所设想的最后敲定《实践指南》案文的工作。¹⁹工作组根据特别报告员参照各国自 1995 年以来就专题所提出的口头和书面意见而提议的修改，审查了 2010 年暂时通过的《实践指南》案文。

¹⁴ 第三次报告(A/CN.4/491 和 Corr.1、Add.1、Add.2 和 Corr.1、Add.3、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)；第十二次报告(A/CN.4/584)；第十三次报告(A/CN.4/600)、第十四次报告(A/CN.4/614 和 Add.1 和 Add.2)、第十五次报告(A/CN.4/624 和 Add.1 和 Add.2)和第十六次报告(A/CN.4/626 和 Add.1)。

¹⁵ A/CN.4/586。

¹⁶ A/CN.4/616。

¹⁷ 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。

¹⁸ 大会正式纪录，第六十五届会议，补编第 10 号》(A/65/10)，第 45 段。

¹⁹ 见上文第 55 段。

58. 在 2011 年 5 月 20 日第 3090 次会议上，委员会注意到对条约的保留工作组主席提出的第一次报告。工作组主席在该报告中向委员会提出了经工作组敲定的构成《对条约的保留实践指南》的准则案文(A/CN.4/L.779)。

59. 在 2011 年 7 月 6 日第 3099 次会议上，委员会委托对条约的保留工作组敲定特别报告员第十七次报告(A/CN.4/647, 第 68 段)所载的关于保留对话的委员会建议或结论草案。在 2011 年 7 月 15 日第 3106 次会议上，委员会还将特别报告员在其第十七次报告增编(A/CN.4/647/Add.1)中提出的关于在解决事涉保留的争端方面提供技术援助和协助的委员会建议草案转给工作组。

60. 在 2011 年 7 月 28 日第 3114 次会议上，委员会注意到对条约的保留工作组主席提出的第二次报告和工作组就下述事项提出的建议：(1) 关于保留对话的结论和建议，拟作为《对条约的保留实践指南》的附件(A/CN.4/L.793)；(2) 委员会向大会提出的关于在保留事项上建立协助机制的建议草案(A/CN.4/L.795)。

61. 在 2011 年 8 月 5 日至 11 日第 3118 次和第 3120 至 3125 次会议上，委员会通过了构成《对条约的保留实践指南》的准则及其评注，包括《实践指南》的导言以及载有关于保留对话的委员会结论和建议的附件。

62. 构成《对条约的保留实践指南》的准则案文以及关于保留对话的附件载录于下文 F.1 节；《实践指南》案文，包括导言、评注、关于保留对话的附件以及参考文献，载录于 F.2 节，但另以本报告增编形式(A/66/10/Add.1)印发。

63. 委员会根据其章程，向大会提交《对条约的保留实践指南》，同时提交载于下文 C 节中的建议。

64. 委员会还向大会提交载于下文 D 节中的关于对条约的保留方面协助机制的建议。

1. 审议特别报告员的第十七次报告

(a) 特别报告员的介绍

65. 第十七次报告(A/CN.4/647)处理了保留对话的问题，而其增编(A/CN.4/647/Add.1)在解决事涉保留的争端方面提供协助的问题并提出了一项关于如何使用《实践指南》的导言草案。

66. 特别报告员提到，“保留对话”这一词语并不是含义确切的术语，而是他自己在其第八次报告增编(A/CN.4/535/Add.1)中新造的一个说法。“保留对话”暗指这样的事实：抛开适用于保留的实质性和程序性规则不谈，缔约国和缔约国际组织可能，事实上也确曾就一缔约国或一缔约组织提出的保留或对保留提出的反对的允许性、范围和含义开展非正式的对话。这样的对话可以在提出保留之前和之后进行，可采取多种形式，并可利用多种方法。虽然反对与接受之间的通常互动往往构成保留对话的起点，但实践也表明，存在着对保留的自成一格的反应，这种反应既不属于接受，也不属于反对，但仍然可以被保留的提出者或被争

端解决机构或条约监督机构所考虑，保留的提出者在某些情况下甚至有可能因之而撤回保留或缩小其范围。在条约监督机构特别是负责监督人权条约实施的机构主持下，有一种特定形式的保留对话。特别报告员强调，保留对话具有优点，尤其是它力求防止各方立场固定下来，使保留方能够解释其理由，并有助于有关各方加深相互理解。因此特别报告员认为，委员会不仅应考虑到这方面的实践，而且应鼓励这种实践，但同时应小心谨慎，不用法律形式主义破坏其自发性和有效性，从而使其僵化。这正是第十七次报告所提出的关于保留对话的结论和建议草案的目的，²⁰ 其用意是鼓励各国和各国际组织只要有可能，便以它们认为适当

²⁰ 第十七次报告(A/CN.4/647)第 68 段所载的建议或结论草案全文如下：

国际法委员会关于保留对话的建议或结论草案

国际法委员会，

回顾《维也纳条约法公约》和《关于国家和国际组织间或国际组织相互间条约法的维也纳公约》中有关对条约的保留的规定；

考虑到有必要保护多边条约的完整性，同时确保其中力求普遍加入的条约的普遍性；

确认在条约法特别是《维也纳公约》第 19 条规定的范围内对条约提具的保留所发挥的作用，同时对大量保留似乎不符合这些要求表示关切；

意识到各国和国际组织在评价保留有效性时遇到困难；

深信与保留方的务实对话以及保留方面所有利益攸关方之间的合作能够发挥作用；

欣见近些年来，尤其在人权文书所设机构和若干区域组织框架内作出的努力；

1. 促请希望提出保留的各国和国际组织确保保留符合所涉条约的目的和宗旨，考虑限制保留的范围，以尽可能精确和谨慎的方式提出保留，并定期审查保留以便酌情撤回；

2. 建议各国和国际组织在提出保留时尽可能指明保留的性质和范围，认为保留非要有不可的理由，保留对保留方履行所涉文书规定的条约义务的效果，以及是否准备限制保留的效果、修改保留、或者按照明确的时间表和程序撤回保留；

3. 又建议各国和国际组织说明修改和撤回保留的理由；

4. 回顾各国、国际组织和监督机构可以对保留表达关切，并强调这些反应有助于所有主要角色评价保留的有效性；

5. 鼓励各国、国际组织和监督机构向保留方说明它们对保留表达关切的原因，并酌情要求作出它们认为有必要的澄清；

6. 建议各国、国际组织和监督机构在它们认为有必要时敦促全部撤回保留、重新审查保留的必要性以及通过部分撤回逐渐缩小保留的范围，并鼓励提出保留的各国和国际组织如此行事；

7. 鼓励各国和国际组织积极面对其他国家、其他国际组织和监督机构的关切和反应，作出回复并尽可能地充分加以考虑，以期重新审查、修改或最终撤回保留；

8. 吁请所有国家、国际组织和监督机构尽可能密切地开展合作，就存在问题的保留交换意见，并协调应当采取的措施；

9. 希望各国、国际组织和监督机构以务实和透明的方式启动并开展这种对话。

的形式开展这种对话。特别报告员认为最好在《实践指南》正文之外处理保留对话问题，以建议或结论的形式作为《指南》的附件。

67. 特别报告员指南，保留对话并不总是成功的，有时也解决不了意见分歧，从而意见分歧会产生一些实际后果。尽管如此，有鉴于《实践指南》的灵活性，委员会不宜在保留的事项上提出一个全面的解决争端机制。特别报告员认为，在保留方面，委员会最好提出一项灵活的协助机制，这样的机制在解决与保留有关的分歧时应既能提供咨询意见，又能提供援助。第十七次报告增编中所载的关于在解决涉及保留的争端方面提供技术援助和协助的建议草案概述了这种机制的主要特征。²¹

68. 《实践指南》的导言也载于第十七次报告增编，²² 其目的是就指南的内容、目的和结构以及构成指南的准则中所述规则的法律性质作出澄清。

²¹ 增编(A/CN.4/647/Add.1)第 101 段所载的建议草案全文如下：

国际法委员会关于保留领域技术援助和协助解决争端的建议草案

国际法委员会，

完成了《关于对条约的保留的实践指南》的编订工作，

意识到各国和国际组织在解释、评估允许性以及运用保留和对保留的反对时遇到困难，

格外关注各国通过和平手段解决国际争端的原则，

确信作为通过《实践指南》的补充，应创建一个灵活机制，协助在执行对保留适用的法律规则时遇到困难的国家和国际组织，

1. 回顾在保留或对保留的反对的解释、允许性或效果方面各持己见的国家和国际组织有义务首先通过谈判、调查、调停、和解、制裁、司法解决、求助区域机构或协定等途径或者自行选择的其他和平手段，与任何国际争端一样，寻找解决此类争端的办法；

2. 建议在保留和反对保留领域建立一个提供协助的机制，以及

3. 提议这一机制可展现本建议附件所述的特点。

附件

1. 在保留和反对保留领域建立一个提供协助的机制。

2. 该机制由十名根据国际公法特别是条约法领域的技术能力和实践经验挑选的政府专家组成。

3. 该机制视需要举行会议，审查有关国家或国际组织向其提交的与保留、反对保留或接受保留的解释、允许性或效果有关的问题，并可为此目的向寻求其帮助的国家提议解决分歧的办法。保留争端的当事国或国际组织可承诺接受该机制的提议，并视之为解决争端所必须。

4. 该机制还可从技术上协助一国或一国际组织提出对条约的保留，或者对其他国家或国际组织提出的保留作出反对。

5. 为制定提议，该机制将考虑 1969 年、1978 年和 1986 年维也纳条约法公约所载与保留有关的条款，以及《实践指南》所载准则。

²² 参阅增编(A/CN.4/647/Add.1)第 105 段。

(b) 就第十七次报告采取的行动

69. 就保留对话拟订一项建议或结论草案的想法得到委员会委员们的赞同，故委员会指示对条约的保留工作组最后敲定有关案文。²³ 委员会随后决定将关于保留对话的结论和建议作为附件附于《实践指南》之后。²⁴

70. 虽然一些委员对于在条约的保留事项上提出一个具体的协助机制的想法表示了怀疑，但委员会仍委托对条约的保留工作组负责审议特别报告员就这一问题所提出的建议草案。²⁵ 委员会随后通过了载于正文D节的建议。

71. 特别报告员关于为《实践指南》加一个导言的建议得到委员会的赞同。²⁶

C. 委员会就《对条约的保留实践指南》提出的建议

72. 在第 2011 年 8 月 11 日第 3125 次会议上，委员会根据其章程第 23 条决定建议大会注意到《实践指南》并确保最广泛的散发。

D. 委员会就对条约的保留方面的协助机制提出的建议

73. 在第 2011 年 8 月 11 日第 3125 次会议上，委员会决定向大会转交下列建议：

“国际法委员会，

完成了《对条约的保留实践指南》的拟订工作，

意识到各国在提出、解释、实施保留和对保留的反对以及评估其允许性方面所面临的困难，

高度重视各国应以和平方式解决其国际争端的原则，

考虑到《实践指南》的通过可辅以灵活机制的建立，以协助各国实施适用于保留的法律规则，

建议大会：

1. 考虑建立一个保留协助机制，可以采取本建议的附件中所描述的形式。

2. 考虑在第六委员会范围内设立对条约的保留“观察台”，并且还建议各国考虑在区域和分区域层级上建立类似的“观察台”；²⁷

²³ 见上文第 59 和第 60 段。

²⁴ 见上文第 61 段。

²⁵ 见上文第 59 和第 60 段。

²⁶ 见上文第 61 段。

²⁷ 这种“观察台”可借鉴欧洲理事会特设国际公法法律顾问委员会(CAHDI)内所建立的“天文台”的灵感。(www.coe.int).

附件

- (一) 保留和反对保留的协助机制可以由数量有限的专家组成，根据他们在国际公法和具体条约法中的技术能力及其实践经验予以甄选。
- (二) 这一机制可以视需要开会，以审议提交给它的与保留或反对和接受保留相关的问题。
- (三) 该机制可以向请求国提出建议，以解决对保留的不同意见。有此种分歧的国家可以承诺接受强制性解决的建议。
- (四) 该机制还可在对条约提出保留或对其他国家的保留提出反对方面提供技术援助。²⁸
- (五) 在作出建议时，该机制应考虑到 1969 年、1978 年和 1986 年《维也纳公约》中所载对保留的规定和《实践指南》所载准则。”

E. 向特别报告员表示感谢

74. 在 2011 年 8 月 11 日第 3125 次会议上，委员会在通过了完整的《对条约的保留实践指南》之后，以鼓掌方式通过了下列决议：

“国际法委员会，

通过了《对条约的保留实践指南》，

向特别报告员阿兰·佩莱先生表示深挚感谢和热烈祝贺，感谢并祝贺他通过不懈努力和专注的工作为拟订《对条约的保留实践指南》作出了杰出贡献，相信《实践指南》在解决对条约的保留和解释性声明所引起的众多问题方面将是一个宝贵的工具。”

F. 委员会第六十三届会议通过的《对条约的保留实践指南》案文

1. 构成《实践指南》的准则案文以及关于保留对话的附件

75. 委员会第六十三届会议通过的构成《对条约的保留实践指南》的准则案文载录如下。

²⁸ 须根据第(三)段予以召唤以协助各国解决不同意见的专家应不同于已根据第(四)段向当事方之一提供援助的专家。

对条约的保留实践指南

1. 定义

1.1 保留的定义

1. “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国际组织适用时的法律效力。

2. 第 1 款应解释为包括这样的保留：其目的是为了排除或更改条约中某些规定或整个条约的某些特定方面对提出保留的国家或国际组织适用时的法律效力。

1.1.1 旨在限制声明方义务的声明

一国或一国际组织在表示同意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。

1.1.2 旨在以相当方式履行义务的声明

一国或一国际组织在表示同意受条约约束时提出单方面声明，意图藉此以不同于条约规定的但声明方认为与条约规定相当的方式履行条约规定的义务，此项声明即构成保留。

1.1.3 涉及条约领土适用范围的保留

一国提出单方面声明，意图藉此排除条约中某些规定或整个条约的某些特定方面对某一领土的适用——如无此项声明即可适用，此项声明即构成保留。

1.1.4 在扩大条约领土适用范围时提出的保留

一国在将条约适用范围扩大到一领土时提出单方面声明，意图藉此排除条约中某些规定对该领土的法律效力，此项声明即构成保留。

1.1.5 联合提出的保留

若干国家或国际组织联合提出一项保留，不影响该保留的单方面性质。

1.1.6 根据条约中明确准许排除或更改某些规定的条款提出的保留

一国或一国际组织在表示同意受条约约束时，根据某一条款作出单方面声明，如该条款明示准许各缔约方或某些缔约方排除或更改条约中某些规定对作出此种声明的缔约方的法律效力，此项声明即构成保留。

1.2 解释性声明的定义

“解释性声明”是指一国或一国际组织为了阐明或澄清条约或其中某些规定的含义或范围而作出的单方面声明，不论其措辞或名称如何。

1.2.1 联合提出的解释性声明

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 保留与解释性声明的区别

作为保留或作为解释性声明的单方面声明，其性质由声明方意图产生的法律效力决定。

1.3.1 确定保留与解释性声明之区别的方法

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，以期从中找出声明方的意图。

1.3.2 措辞和名称

可从单方面声明的措辞和名称看出意图产生的法律效力。

1.3.3 在禁止保留时提出单方面声明

在条约禁止对其所有规定或某些规定作出保留的情况下，不应将一国或一国际组织就那些规定提出的单方面声明视为保留，但此种声明如果其意图是排除或更改条约的某些规定或整个条约的某些特定方面在对声明方适用时的法律效力，则构成保留。

1.4 有条件的解释性声明

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

2. 有条件的解释性声明须遵守适用于保留的规则。

1.5 保留和解释性声明以外的单方面声明

就条约提出的既非保留也非解释性声明(包括有条件的解释性声明)的单方面声明，不属于本《实践指南》的范围。

1.5.1 不予承认的声明

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。

1.5.2 关于在内部履行条约的方式的声明

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，而不影响它相对于其他缔约国或缔约组织而具有的权利和义务，则此项声明不属于本《实践指南》的范围。

1.5.3 根据含有任择内容的条款作出的单方面声明

1. 一国或一国际组织根据条约某一条款作出单方面声明，如该条款准许各缔约方接受并非该条约加诸缔约方的一项义务，或准许各缔约方在该条约的两项或两项以上规定中间作出选择，则此项声明不属于本《实践指南》的范围。
2. 一国或一国际组织作出声明，借助于条约中的一项条款接受并非该条约加诸缔约方的一项义务，此种声明中载列的限制或条件不构成保留。

1.6 对双边条约的单方面声明

1.6.1 对双边条约的“保留”

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，此项声明不论其措辞或名称如何，不构成本《实践指南》所指的保留。

1.6.2 对双边条约的解释性声明

准则 1.2 和 1.4 均适用于对多边条约和双边条约的解释性声明。

1.6.3 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

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所产生的并获得另一缔约方接受的解释，构成对该条约的权威解释。

1.7 替代保留和解释性声明的程序

1.7.1 替代保留的程序

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条款；
- 根据条约的一项明确规定缔结协定，使两个或两个以上国家或国际组织可根据协定排除或更改该条约中的某些规定在它们之间的法律效力。

1.7.2 替代解释性声明的程序

为了阐明或澄清一条约或其中某些规定的含义或范围，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；
- 在缔结条约的同时或之后，为同一目的缔结补充协定。

1.8 定义的范围

本部分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法律效力。

2. 程序

2.1 保留的形式和通知

2.1.1 保留的形式

保留必须以书面形式提出。

2.1.2 说明保留的理由

保留应当尽可能说明提出保留的理由。

2.1.3 在国际一级提出保留的代表

1. 在不违反作为条约保存人的国际组织所遵守的通常惯例的前提下，下列情况中的人士被视为代表一国或一国际组织提出保留：

(a) 该人士出示适当全权证书，表明有权通过或认证提出的保留所涉及的条约案文或有权表示该国或该组织同意受该条约约束；或

(b) 从惯例或其他情况看，有关国家或国际组织有意认为该人士为此种目的能代表该国或该国际组织，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，被视为代表其本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) 就对一个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) 就对一个国际组织或其一个机关里所通过的条约提出保留而言，各国派驻该组织或机关的代表；

(d) 就对委派国与一国际组织间的条约提出保留而言，常驻该组织的代表团团长。

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后果

1. 提出保留的内部主管当局和应遵循的内部程序由每一国国内法或每一国际组织的有关规则确定。
2. 一国或一国际组织不得以保留的提出违反了关于提出保留的权限和程序的该国国内法规定或该组织的规则为理由宣布保留无效。

2.1.5 保留的告知

1. 保留必须以书面形式告知缔约国、缔约组织以及有权成为条约缔约方的其他国家和国际组织。
2. 如果一现行条约是一国际组织的组成文书，则对此条约的保留也必须告知该组织。

2.1.6 告知保留的程序

1. 除非条约另有规定或各缔约国和缔约组织另有协议，对条约之保留的告知：
 - (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
 - (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。
2. 对一国或一国际组织而言，保留的告知只有在该国或该国际组织接获后才应视为已送达。
3. 如果对条约的保留是以电子邮件或传真而非外交照会或保存人通知的方式告知，该告知必须在适当的一段时间内以外交照会或保存人的通知加以确认。在这种情况下，保留则视为在最初告知之日提出。

2.1.7 保存人的职能

1. 保存人应审查由一国或一国际组织提出的对某一条约的保留是否具有应有的适当形式，并在必要时将问题提请有关国家或国际组织注意。
2. 如果一国或一国际组织同保存人之间对保存人履行职能有分歧，保存人应将此问题：
 - (a) 提请各签署国和签署组织以及缔约国和缔约组织注意，或
 - (b) 在适当情况下提请有关国际组织的主管机关注意。

2.2 保留的确认

2.2.1 正式确认在签署条约时提出的保留

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受条约约束时正式予以确认。在这种情况下，该项保留应视为在其确认之日提出。

2.2.2 在签署条约时提出的保留无须予以确认的情况

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

2.2.3 条约明文规定可在签署时提出的保留

如条约明文规定一国或一国际组织可在签署条约时提出保留，此种保留无须由保留国或保留国际组织在表示同意受条约约束时正式确认。

2.2.4 正式确认保留的形式

正式确认保留必须以书面形式作出。

2.3 过时提出保留

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，除非条约另有规定或其他缔约国和缔约组织均不反对过时提出保留。

2.3.1 接受过时提出保留

除非条约另有规定或保存人遵守的已确立的惯例不同，只有在收到通知之日起十二个月期限届满之后，仍没有任何缔约国或缔约组织对一过时提出的保留提出反对，该保留才可视为已被接受。

2.3.2 对过时提出的保留提出反对的期限

对过时提出的保留提出反对，必须在准则 2.3.1 所规定的接受过时提出的保留的十二个月期限之内作出。

2.3.3 对以非保留方式排除或限制条约法律效力所作的限制

缔约国或缔约组织不得通过下列办法排除或更改条约规定的法律效力：

- (a) 对先前作出的保留加以解释；或
- (b) 事后根据含有任择内容的条款作出单方面声明。

2.3.4 扩大保留范围

修改一项现有的保留以扩大其范围，须遵守过时提出保留所适用的规则。如果对此种修改提出了反对，则最初的保留保持不变。

2.4 解释性声明的程序

2.4.1 解释性声明的形式

解释性声明最好以书面形式提出。

2.4.2 提出解释性声明的代表

解释性声明必须由被视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受条约约束的人士提出。

2.4.3 违反与提出解释性声明有关的内部规则在国际一级不产生后果

1. 提出解释性声明的内部主管当局和应遵循的内部程序由每一国国内法或每一国际组织的有关规则确定。
2. 一国或一国际组织不得以解释性声明的提出违反了关于提出解释性声明的权限和程序的该国国内法规定或该组织的规则为理由宣布解释性声明无效。

2.4.4 可提出解释性声明的时刻

在不妨碍准则 1.4 和 2.4.7 的规定的条件下，解释性声明可随时提出。

2.4.5 解释性声明的告知

书面解释性声明的告知应当遵循准则 2.1.5、2.1.6 和 2.1.7 中所确立的程序。

2.4.6 无须确认在签署条约时提出的解释性声明

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

2.4.7 过时提出解释性声明

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，除非其他缔约国和缔约组织均不反对过时提出解释性声明。

2.4.8 修改解释性声明

除条约另有规定外，解释性声明可随时修改。

2.5 撤回和修改保留和解释性声明

2.5.1 撤回保留

除条约另有规定外，保留可随时撤回，无须经业已接受保留的国家或国际组织同意。

2.5.2 撤回的形式

撤回保留必须以书面形式提出。

2.5.3 定期审查保留的功用

1. 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。
2. 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 在国际上提出撤回保留的代表

1. 在不违反作为条约保存人的国际组织所遵守的通常惯例的前提下，下列情况中的人士视为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) 从惯例或从其他情况看，有关国家和国际组织有意认为该人士为此种目的能代表该国或该国际组织，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，被视为代表一国并能以该国的名义在国际一级撤回保留：
 - (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其一个机关里所通过的条约的保留而言，各国派驻该组织或机关的代表；
 - (c) 就撤回对委派国与一国际组织间的条约的保留而言，常驻该组织的代表团团长。

2.5.5 违反与撤回保留有关的内部规则在国际上不产生后果

1. 撤回保留的内部主管当局和应遵循的内部程序由每一国国内法或每一国际组织的有关规则确定。
2. 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规定或该组织的规则为理由宣布撤回无效。

2.5.6 撤回保留的告知

撤回保留的告知程序遵循准则 2.1.5、2.1.6 和 2.1.7 所载的保留的告知所适用的规则。

2.5.7 撤回保留的效果

1. 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。
2. 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 撤回保留的生效日期

除条约另有规定或另经协议外，撤回保留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。

2.5.9 保留方可单方面确定撤回保留生效日期的情况

撤回保留自撤回保留的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组织而言所拥有的权利。

2.5.10 部分撤回保留

1. 部分撤回保留限制了该保留的法律效力，并使条约各项规定或整个条约在撤回国家或国际组织与条约其他缔约方的关系中更完整地适用。
2. 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。

2.5.11 部分撤回保留的效果

1. 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，则继续有效，但条件是该反对意见不是专门针对被撤回的那部分保留提出的。
2. 对部分撤回之后所形成的保留不得提出新的反对意见，除非部分撤回具有歧视效果。

2.5.12 撤回解释性声明

解释性声明可依照其提出时适用的同样程序，由为此目的被视为代表国家或国际组织的当局随时撤回。

2.6 反对的提出

2.6.1 对保留的反对的定义

“反对”是指一国或一国际组织针对另一国或另一国际组织对条约提出的一项保留所作的单方面声明，不论其措辞或名称如何，提出反对的国家或国际组织意图藉此排除保留欲产生的效力或阻止该项保留。

2.6.2 提出反对的权利

一国或国际组织可对保留提出反对，无论保留的允许性如何。

2.6.3 提出反对者

对保留的反对可由以下方面提出：

- (一) 任何缔约国或缔约组织；和
- (二) 有权成为条约缔约方的任何国家或国际组织，在此种情况下，在该国或该国际组织表示同意受条约约束之前，反对不产生任何法律效力。

2.6.4 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。

2.6.5 反对的形式

反对必须以书面形式提出。

2.6.6 反对条约在与提出保留者关系中生效的权利

对保留提出反对的一国或一国际组织可反对条约在它与提出保留者之间生效。

2.6.7 表明阻止条约生效的意向

对保留提出反对的国家或国际组织意欲阻止条约在自己与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。

2.6.8 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 比照适用于反对。

2.6.9 说明反对的理由

反对应当尽可能说明提出反对的理由。

2.6.10 在保留获得正式确认之前提出的反对无须确认

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提出的反对，其本身无须确认。

2.6.11 在表示同意受条约约束之前提出的反对的确认

在表示同意受条约约束之前提出的反对，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。

2.6.12 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十二个月内，或在该国或国际组织表示同意受条约约束之前，提出对保留的反对，以两者中后面的日期为准。

2.6.13 过时提出反对

在准则 2.6.12 所述期限后对保留提出的反对，不产生在该期限内提出的反对所具有的全部法律效力。

2.7 撤回和修改对保留的反对

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。

2.7.2 撤回反对保留的形式

撤回对保留的反对必须以书面形式提出。

2.7.3 提出和告知撤回对保留的反对

准则 2.5.4、2.5.5 和 2.5.6 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果

一国或一国际组织撤回对一项保留提出的反对即被推定为接受了该项保留。

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。

2.7.6 反对方可确定撤回反对的生效日期的情况

撤回反对在反对方自定的日期生效，但这一日期须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。

2.7.7 部分撤回反对

1. 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。
2. 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 部分撤回反对的效果

部分撤回反对更改了反对对反对方和保留方之间的条约关系产生的法律效力，此种更改以新表述的反对为限。

2.7.9 扩大对保留的反对范围

1. 对一项保留作出反对的一国或一国际组织，可在准则 2.6.12 提及的期限内扩大该反对的范围。
2. 反对范围的此种扩大不得对保留方与反对方之间条约关系的存在产生影响。

2.8 接受保留的提出

2.8.1 接受保留的形式

在准则 2.6.12 规定的期限内，缔约国或缔约组织可通过其表示接受的单方面声明或通过保持沉默而接受保留。

2.8.2 默示接受保留

除条约另有规定外，如一国或一国际组织在准则 2.6.12 规定的期间内未对保留提出反对，该保留即视为业经该国或该国际组织接受。

2.8.3 明示接受保留

一国或一国际组织可随时明示接受另一国或国际组织提出的保留。

2.8.4 明示接受保留的形式

保留的明示接受必须以书面形式提出。

2.8.5 提出对保留的明示接受的程序

准则 2.1.3、2.1.4、2.1.5、2.1.6 和 2.1.7 比照适用于明示接受。

2.8.6 保留被正式确认前所提出的接受无须予以确认

一国或一国际组织在保留依照准则 2.2.1 被确认前对保留提出的明示接受，无须予以确认。

2.8.7 一致接受保留

对于需要由已成为条约缔约方或有资格成为条约缔约方的部分或全部国家或国际组织一致接受的保留，保留一经接受即为最终的决定。

2.8.8 接受对国际组织组成文书的保留

若一项条约为国际组织的组成文书，除非另有规定，保留须经该组织的主管机关接受。

2.8.9 有权接受对组成文书的保留的主管机关

在遵守该组织规则的前提下，接受对一国际组织组成文书的保留的权限属于：

- 有权决定接纳该组织成员的主管机关；或
- 有权修改组成文书的主管机关；或
- 有权解释这一文书的主管机关。

2.8.10 接受对组成文书的保留的方式

1. 在遵守该组织规则的前提下，该组织主管机关不得默示接受保留。但是，接纳提出保留的国家或国际组织，等于接受其保留。
2. 对一国际组织组成文书的保留予以接受，无须由该组织的成员国或成员组织单独表示接受。

2.8.11 接受对尚未生效的组成文书的保留

在准则 2.8.8 所述情况和组成文书尚未生效的情形下，如果没有任何签字国或签字的国际组织在收到保留通知后十二个月内对保留提出反对，该项保留即被视为获得接受。此种一致性接受一旦获得，即为最终决定。

2.8.12 国际组织成员针对对该组织组成文书的保留的反应

准则 2.8.10 不排除国际组织的成员国或成员组织针对对该组织组成文书的保留的允许性或适当性表达意见。这样的意见本身不具法律效力。

2.8.13 接受保留的决定性

对保留的接受不得撤回或修改。

2.9 提出对解释性声明的反应

2.9.1 对解释性声明的赞同

对解释性声明的“赞同”，是指一国或一国际组织针对另一国或另一国际组织就条约提出的解释性声明而作出的单方面声明，以此表示该国或组织同意解释性声明中提出的解释。

2.9.2 对解释性声明的反对

对解释性声明的“反对”，是指一国或一国际组织针对另一国或另一国际组织就条约提出的解释性声明而作出的单方面声明，以此表示该国或组织不同意解释性声明中提出的解释，包括提出一种替代性解释。

2.9.3 对解释性声明的重新定性

1. 对解释性声明“重新定性”，是指一国或一国际组织针对另一国或另一国际组织就条约提出的解释性声明而作出的单方面声明，该国或组织意图藉此将该项声明视为保留。

2. 一国或一国际组织如果有意将一项解释性声明视为保留，应考虑到准则 1.3 至 1.3.3 的规定。

2.9.4 提出赞同、反对或重新定性的权利

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

2.9.5 赞同、反对和重新定性的形式

对一解释性声明的赞同、反对或重新定性最好以书面形式提出。

2.9.6 说明赞同、反对和重新定性的理由

在对解释性声明提出赞同、反对或重新定性时，应当尽量说明提出赞同、反对或重新定性的理由。

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、反对或重新定性比照适用准则 2.1.3、2.1.4、2.1.5、2.1.6 和 2.1.7。

2.9.8 不得推定赞同或反对

1. 对解释性声明的赞同或反对，不得推定。

2. 尽管有准则 2.9.1 和 2.9.2 的规定，在特殊情况下，在考虑到所有有关情况后，可从有关国家或国际组织的行为中推断解释性声明得到了赞同或受到反对。

2.9.9 对解释性声明保持沉默

不得仅根据一国或一国际组织保持沉默而推断其赞同解释性声明。

3. 保留和解释性声明的允许性

3.1 允许的保留

一国或一国际组织可在签署、批准、正式确认、接受、核准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。

3.1.1 条约禁止的保留

如果条约含有一项下述规定，保留即为条约所禁止：

- (a) 禁止一切保留；
- (b) 禁止对特定条款提出保留，而有关保留涉及这些特定条款；或
- (c) 禁止某些类别的保留，而有关保留包括在所述类别里。

3.1.2 特定保留的定义

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规定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

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

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

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。

3.1.5.1 条约的目的和宗旨的确定

条约的目的和宗旨必须根据条约用语在上下文中的含义，尤其是条约的名称和序言，本着善意加以确定。还可特别参考条约的准备工作和条约缔结的背景，并酌情参考缔约方随后的惯例。

3.1.5.2 含糊或笼统的保留

保留的措辞，应能确定其含义，尤其应能评估其是否与条约的目的和宗旨相符。

3.1.5.3 对反映习惯规则的规定的保留

一项条约规定反映了一项习惯国际法规则，这一事实本身并不妨碍对该项规定可提出保留。

3.1.5.4 对涉及在任何情况下都不可克减的权利的规定的保留

一国或一国际组织不得对涉及在任何情况下都不可克减的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。

3.1.5.5 与国内法有关的保留

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，以维护在提出保留时有效的该国国内法特定规则或该组织的特定规则的完整性，但有关保留不得影响条约的基本内容或主旨。

3.1.5.6 对载有众多相互依赖的权利和义务的条约的保留

在评估一项保留是否与载有众多相互依赖的权利和义务的条约的目的和宗旨相符时，应考虑这一相互依赖性和保留所针对的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。

3.1.5.7 对关于解决争端或监测条约实施情况的条约规定的保留

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。

3.2 对保留允许性的评估

下列国家、组织或机构在其各自权力范围内可评估一国或一国际组织对条约提出的保留的允许性：

- 缔约国或缔约组织；
- 争端解决机构；
- 条约监督机构。

3.2.1 条约监督机构评估保留允许性的权限

1. 条约监督机构为履行其所负的职能，可评估一国或一国际组织提出的保留的允许性。
2. 这种机构在行使这一权力时作出的评估，其法律效力不超过载有该评估意见的文件。

3.2.2 明确条约监督机构评估保留允许性的权限

在赋予机构以监督条约适用情况的权力时，国家或国际组织应当酌情说明这种机构评估保留允许性的权力的性质和范围。

3.2.3 考虑条约监督机构的评估

对设有条约监督机构的条约提出了保留的国家和国际组织应考虑该机构对其保留的允许性作出的评估。

3.2.4 在设立条约监督机构的情况下有权评估保留允许性的机构

如果条约设有条约监督机构，该机构拥有的权力不影响缔约国或缔约组织就对条约提出的保留的允许性作出评估的权力，也不影响有权解释或适用条约的争端解决机构的这种权力。

3.2.5 争端解决机构评估保留允许性的权限

如果争端解决机构有权作出对争端当事方具有约束力的裁决，并且评估保留的允许性为该机构行使这一权力所必需，此种评估作为裁决的一部分，对当事方具有法律约束力。

3.3 保留不允许的后果

3.3.1 无须区分不允许的理由

在条约规定禁止的情况下提出的保留，或与条约目的和宗旨相抵触的保留，均属不允许，而且无须区分这两种不允许理由的后果。

3.3.2 保留不允许与国际责任

提出不允许的保留依条约法产生后果，不牵涉提出此种保留的国家或国际组织的国际责任。

3.3.3 单独接受保留对保留的允许性不产生效果

一缔约国或一缔约组织接受一项不允许的保留并不影响保留的不允许性。

3.4 对保留作出反应的允许性

3.4.1 接受保留的允许性

接受一项保留不受任何允许性条件的约束。

3.4.2 反对保留的允许性

如果对保留提出反对的国家或国际组织意在与提出保留者的关系中排除适用与该保留无关的条约规定，对保留的反对只有在下列情况下才允许：

- (1) 被排斥的规定与保留所涉规定有充分的联系；而且
- (2) 反对不会在提出保留者和提出反对者之间的关系中妨碍条约的目的和宗旨。

3.5 解释性声明的允许性

一国或一国际组织可提出解释性声明，除非该解释性说明为条约所禁止。

3.5.1 事实上为保留的解释性说明的允许性

对于表面上为解释性说明而事实上为保留的单方面声明，必须按照准则 3.1 至 3.1.5.7 的规定评估其允许性。

3.6 对解释性声明作出反应的允许性

对解释性声明的赞同、反对或重新定性不受任何允许性条件的约束。

4. 保留和解释性声明的法律效力

4.1 保留对另一国或国际组织成立

一国或一国际组织提出的保留，如果是允许的并且是按照规定的形式和程序提出的，而且如果一缔约国或一缔约组织已经接受，则对该缔约国或缔约组织成立。

4.1.1 条约明示准许的保留的成立

1. 条约明示准许的保留不需要其他缔约国或缔约组织随后表示接受，除非条约这样规定。
2. 条约明示准许的保留，如果是按照规定的形式和程序提出的，则对其他各缔约国和各缔约组织成立。

4.1.2 对必须完整适用的条约的保留的成立

如果从谈判国和谈判组织数目有限及从条约的目的和宗旨看出，条约在所有当事方之间完整适用是每一方同意受条约约束的必要条件，对此种条约的保留如果是允许的并且是按照规定的形式和程序提出的，而且如果所有缔约国和缔约组织已经接受，则对其他各缔约国和各缔约组织成立。

4.1.3 对国际组织组成文书的保留的成立

对作为国际组织组成文书的条约的保留，如果是允许的并且是按照规定的形式和程序提出的，而且如果已经按照准则 2.8.8 至 2.8.11 被接受，则对其他各缔约国和各缔约组织成立。

4.2 成立的保留的效果

4.2.1 成立的保留的提出者的地位

保留一经按照准则 4.1 至 4.1.3 成立，其提出者即成为条约的缔约国或缔约组织。

4.2.2 保留成立对条约生效的效果

1. 在条约尚未生效时，一旦保留成立，保留的提出者应包括在条约生效所需的缔约国和缔约组织数目中。
2. 然而，如果没有任何缔约国或缔约组织提出反对，保留的提出者可在保留成立之前包括在条约生效所需的缔约国和缔约组织数目中。

4.2.3 保留成立对提出者作为条约当事方的地位的效果

如果条约已经生效或当条约生效时，对于保留对之成立的缔约国和缔约组织而言，保留的成立遂使保留的提出者成为条约的当事方。

4.2.4 成立的保留对条约关系的效果

1. 对另一当事方成立的保留在提出保留的国家或国际组织与该另一当事方的关系中，在保留的范围内排除或更改所涉及的条约规定或整个条约某些特定方面的法律效力。

2. 如果成立的保留排除条约某些规定的效力，保留方在与保留对之成立的其他当事方的关系中，在那些规定之下既不具有权利也不具有义务。同样，那些其他当事方在与保留方的关系中，在那些规定之下既不具有权利也不具有义务。

3. 如果成立的保留更改条约某些规定的效力，保留方在与保留对之成立的其他当事方的关系中，依照经保留更改的那些规定具有权利和义务。那些其他当事方在与保留方的关系中，应依照经保留更改的那些规定具有权利和义务。

4.2.5 保留所涉义务的非对等适用

如果鉴于义务的性质或条约的目的和宗旨，保留所涉规定之下的义务不需对等适用，则除保留方以外，其他当事方的义务内容不受影响。同样，因保留的内容而不可能对等适用时，那些当事方的义务内容也不受影响。

4.2.6 保留的解释

须考虑到主要反映在保留的案文中的提出者的意图、条约的目的和宗旨以及提出保留时的背景，本着善意解释保留。

4.3 反对有效保留的效果

对有效保留提出的反对，将使保留不能对提出反对的国家或组织产生其意图达到的效果，除非保留已对该国或组织成立。

4.3.1 反对对条约在反对方与保留方之间生效的效果

缔约国或缔约组织对有效保留提出反对，并不妨碍条约在提出反对的国家或组织与提出保留的国家或组织之间生效，但准则 4.3.5 所述情况除外。

4.3.2 反对过时提出的保留的效果

对于一项已按照准则 2.3.1 获得一致接受的保留，如果条约的一缔约国或缔约组织对此保留提出反对，则条约应在保留未成立的情况下，对于提出保留的国家或国际组织生效或继续有效。

4.3.3 条约在保留方与反对方之间生效

一旦有效保留的提出者根据准则 4.2.1 成为缔约国或缔约组织且条约已经生效，条约即在有效保留方与提出反对的缔约国或缔约组织之间生效。

4.3.4 当保留需要一致接受时，条约对保留方不生效

如果保留需要得到所有缔约国和缔约组织接受才能成立，一缔约国或一缔约组织对有效保留提出任何反对即能阻止条约对提出保留的国家或组织生效。

4.3.5 条约在保留方与最大效果反对方之间不生效

如果提出反对的国家或组织根据准则 2.6.7 确切地表示了此种意向，缔约国或缔约组织对有效保留提出反对即能阻止条约在提出反对的国家或组织与提出保留的国家或组织之间生效。

4.3.6 反对对条约关系的效果

1. 当一国或一国际组织对有效保留提出反对，但不反对条约在本国或本组织与保留国或保留组织之间生效时，在保留的范围内，保留所涉规定在保留方与提出反对的国家或组织之间不适用。
2. 如果有效保留意在排除条约某些规定的法律效力，当缔约国或缔约组织反对该保留但不反对条约在它和保留方之间生效时，提出反对的国家或组织与保留方在其条约关系中不受保留所涉规定的约束。
3. 如果有效保留意在更改条约某些规定的法律效力，当缔约国或缔约组织反对该保留但不反对条约在它和保留方之间生效时，提出反对的缔约国或缔约组织与保留方在其条约关系中不受保留意在更改的条约规定的约束。
4. 保留所涉规定以外的条约所有其他规定在保留国或组织与反对国或组织之间继续适用。

4.3.7 反对对保留所涉规定以外各项规定的效果

1. 条约中保留不直接涉及但与保留所涉规定有足够联系的任何规定，在保留方与根据准则 3.4.2 提出反对的一方的条约关系中不适用。
2. 提出保留的国家或国际组织可在通知具有第 1 款所述效果的反对之后的十二个月内，反对条约在它和反对国或组织之间生效。如果没有此种反对，条约应在保留方与反对方之间，在保留和反对所规定的范围内适用。

4.3.8 有效保留方有权在无法从保留中受益的情况下不遵守条约

有效保留方无须在无法从保留中受益的情况下遵守条约的规定。

4.4 保留对不依条约存在的权利和义务的效果

4.4.1 对其他条约之下的权利和义务不产生效果

保留、接受保留或反对保留，既不更改也不排除提出方依照其所参加的其他条约所具有的任何权利和义务。

4.4.2 对习惯国际法之下的权利和义务不产生效果

对反映习惯国际法规则的条约规定的保留，并不自动影响该习惯规则之下的权利和义务，该习惯规则应继续作为此种规则在保留国或组织与受该规则约束的其他国家或国际组织之间适用。

4.4.3 对一般国际法强制性规范(强制法)不产生效果

1. 对反映一般国际法强制性规范(强制法)的条约规定的保留，不影响该强制性规范的约束性质，该强制性规范应继续作为此种规范在保留国或组织与其他国家或国际组织之间适用。

2. 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条约的法律效力。

4.5 无效保留的后果

4.5.1 无效保留的无效性质

不符合《实践指南》第二和第三部分所述形式有效性和允许性条件的保留是无效的，因此不具任何法律效力。

4.5.2 对视为无效的保留的反应

1. 无效保留的无效性质不取决于一缔约国或一缔约组织的反对或接受。

2. 尽管如此，一国或一国际组织在认为保留无效时，应当尽快提出反对并说明理由。

4.5.3 无效保留的提出者相对于条约的地位

1. 无效保留的提出者相对于条约的地位取决于提出保留的国家或国际组织所表达的下述意向：它是否打算在无法从保留中受益的情况下受条约约束，或者它是否认为它不受条约约束。

2. 除非无效保留的提出者表达了相反的意向或通过其他方式确定了此种意向，该提出者被视为不享受保留益处的缔约国或缔约组织。

3. 尽管有第 1 和第 2 款的规定，无效保留的提出者可随时表示无意在无法从保留中受益的情况下受条约约束。

4. 如果条约监督机构表示了保留为无效的意见，而提出保留的国家或国际组织不打算在无法从保留中受益的情况下受条约约束，该国或该组织应当在条约监督机构作出评估后十二个月内表达此种意向。

4.6 保留不对条约其他当事方之间的关系产生效果

保留在条约其他当事方相互间不修改条约的规定。

4.7 解释性声明的效果

4.7.1 解释性声明对条约用语的澄清

1. 解释性声明不更改条约义务。解释性声明只可说明或澄清其提出者认为条约或条约某些规定具有的含义或范围，并在适当时，可构成根据解释条约的一般规则对条约进行解释时须考虑的因素。
2. 在解释条约时，还应酌情考虑其他缔约国或缔约组织对该解释性声明的赞同和反对情况。

4.7.2 更改或撤回解释性声明的效果

如果其他缔约国或缔约组织依赖于最初的解释性声明，则更改或撤回该声明不得产生准则 4.7.1 所述的效果。

4.7.3 所有缔约国和缔约组织赞同解释性声明的效果

所有缔约国和缔约组织赞同的解释性声明可构成条约解释方面的一项协定。

5. 国家继承情况下的保留、接受保留、反对保留以及解释性声明

5.1 国家继承情况下的保留

5.1.1 新独立国家

1. 当新独立国家通过继承通知确立其作为多边条约当事国或缔约国的地位时，应视该国维持在国家继承之日适用于国家继承所涉领土的对该条约所作的任何保留，除非该国在发出继承通知时表示相反的意向，或就该保留所涉同一主题事项提出保留。
2. 新独立国家在发出继承通知确立其作为多边条约当事国或缔约国的地位时，可提出保留，除非该保留的提出为准则 3.1(a)、(b)或(c)项的规定所禁止。
3. 新独立国家依照第 2 款提出保留时，《实践指南》第二部分(程序)所述相关规则适用于该保留。
4. 为了《实践指南》这一部分的目的，“新独立国家”是指其领土在国家继承日期之前原是由被继承国负责其国际关系的附属领土的继承国。

5.1.2 国家合并或分离的情况

1. 在遵守准则 5.1.3 规定的前提下，因国家合并或分离而成为条约当事国的继承国，应视为维持在国家继承之日适用于国家继承所涉领土的对条约的任何保留，除非该继承国在继承时表示不打算维持被继承国的一项或多项保留。
2. 因国家合并或分离而成为条约当事国的继承国既不得提出新的保留，也不得扩大所维持的保留的范围。

3. 当国家合并或分离而形成的继承国发出通知，藉此确立其作为条约缔约国的地位时，并且如果该条约在国家继承之日没有对被继承国生效但被继承国是该条约的缔约国，那么该国应视为维持在国家继承之日适用于国家继承所涉领土的对条约的任何保留，除非它在发出通知时表示相反的意向或就该保留所涉同一主题事项提出保留。该继承国可对该条约提出新的保留。

4. 只有在保留的提出不为准则 3.1(a)、(b)或(c)项的规定所禁止时，继承国才可依照第 3 款的规定提出保留。《实践指南》第二部分(程序)所述相关规则适用于该项保留。

5.1.3 国家合并情况下某些保留的无关性

两个或两个以上国家合并后，在国家继承之日对其中任何一个国家有效的条约对继承国仍然有效时，在国家继承之日该条约尚未对其生效但已是该条约缔约国的其中任何国家可能已提出的保留，不应维持。

5.1.4 维持被继承国提出的保留的领土范围

在遵守准则 5.1.5 规定的前提下，被视为依照准则 5.1.1 第 1 款或 5.1.2 第 1 款或第 3 款得到维持的保留，除非继承国表示相反的意向，应保持其在国家继承之日的领土范围。

5.1.5 国家合并情况下保留的领土范围

1. 当两个或两个以上国家合并后，在国家继承之日只对组成继承国的其中一个国家有效的条约变得适用于条约原先未对其适用的继承国一部分领土时，所有视为继承国维持的保留都适用于这一领土，除非：

(a) 继承国在发出扩大条约的领土范围的通知时表示相反的意向；或

(b) 从保留的性质或目的可知，保留不能扩大到在国家继承之日适用的领土之外。

2. 当两个或两个以上国家合并后，在国家继承之日对合并的两个或两个以上国家有效的条约变得适用于条约原先未对其适用的继承国一部分领土时，任何保留都不扩大到这一领土，除非：

(a) 在国家继承之日条约对其有效的上述每一个国家提出了一项完全相同的保留；

(b) 继承国在发出扩大条约的领土范围的通知时表示不同的意向；或

(c) 从继承国继承条约时的情况看出相反的意向。

3. 依照第 2 款(b)项为扩大保留的领土范围发出的通知，如果此类扩大将引致相互矛盾的保留对同一领土适用，则没有效力。

4. 如果继承国在国家合并之后成为在国家继承之日不对任何合并的国家有效但其中一个或多个国家在这一日期为其缔约国的条约的缔约国，当该条约变得适用于在国家继承之日未对其适用的继承国一部分领土时，视为该继承国维持的保留应比照适用第 1 至第 3 款的规定。

5.1.6 继承涉及一部分领土的情况下继承国的保留的领土范围

在涉及一国一部分领土的国家继承之后，在继承国为缔约国的条约变得适用于该领土时，继承国此前对该条约提出的任何保留，自国家继承之日起也适用于该领土，除非：

(a) 继承国表示相反的意向；或

(b) 从保留看出，其适用仅限于在国家继承之日前在继承国境内的领土，或仅限于这一领土的一部分。

5.1.7 继承国不维持被继承国所提保留的时间效力

继承国依照准则 5.1.1 或 5.1.2 不维持被继承国所提保留，只有在另一缔约国或缔约组织接获通知后，才对该国或该组织发生效力。

5.1.8 继承国过时提出保留

以下任何保留视为过时提出：

(a) 新独立国家在通知继承条约之后提出的保留；

(b) 新独立国家以外的继承国在发出通知确立其条约缔约国地位之后提出的保留，而该条约在国家继承之日未对被继承国生效但被继承国为其缔约国；或

(c) 新独立国家以外的继承国对国家继承之后仍对该国有效的条约提出的保留。

5.2 国家继承情况下反对保留

5.2.1 继承国维持被继承国提出的反对

在遵守准则 5.2.2 规定的前提下，继承国应视为维持被继承国对缔约国或缔约组织所提保留提出的任何反对，除非继承国在继承时表示相反的意向。

5.2.2 国家合并情况下某些反对的无关性

1. 两个或两个以上国家合并后，在国家继承之日对其中任何一个国家有效的条约对合并产生的国家仍然有效时，在国家继承之日该条约尚未对其生效的其中任何国家可能已提出的对保留的反对，不应维持。

2. 两个或两个以上国家合并后，作为条约缔约国的继承国依照准则 5.1.1 或 5.1.2 维持对条约的保留时，对另一缔约国或一缔约组织所作的保留提出的反对，如果该保留与继承国自己所维持的保留相同或等效，则不应维持。

5.2.3 维持对被继承国的保留提出的反对

被继承国提出的保留依照准则 5.1.1 或 5.1.2 被视为由继承国维持时，另一缔约国或一缔约组织对该保留提出的任何反对，应视为对继承国维持。

5.2.4 被继承国未曾受到反对的保留

被继承国提出的保留依照准则 5.1.1 或 5.1.2 被视为由继承国维持时，未曾就该保留对被继承国提出反对的国家或国际组织，不得就该保留对继承国提出反对，除非：

(a) 提出反对的期限在国家继承之日前没有结束，而且反对是在这一期限内提出；或

(b) 条约领土范围的扩大使保留的实施条件发生根本的改变。

5.2.5 继承国对保留提出反对的权利

1. 新独立国家在发出继承通知确立其缔约国地位时，可按照相关准则，对一缔约国或一缔约组织提出的保留提出反对，即使被继承国未曾作过这样的反对。

2. 对于在国家继承之日未对被继承国生效但被继承国已是缔约国的条约，非新独立国家的继承国在发出通知确立其作为该条约缔约国的地位时，也拥有第 1 款规定的权利。

3. 但是，对于适用准则 2.8.7 和 4.1.2 的条约，第 1 和第 2 款确认的权利被排除。

5.2.6 条约仍对其有效的非新独立国家的继承国提出的反对

国家继承之后条约仍对其有效的非新独立国家的继承国，无权对被继承国未曾反对的保留提出反对，除非提出反对的期限在国家继承之日前没有结束，而且反对是在这一期限内提出。

5.3 国家继承情况下接受保留

5.3.1 新独立国家维持被继承国提出的明示接受

新独立国家如确立其条约缔约国的地位，应视为维持被继承国对一缔约国或一缔约组织所提保留作出的一切明示接受，除非它在继承通知之日后十二个月内表示相反的意向。

5.3.2 非新独立国家的继承国维持被继承国提出的明示接受

1. 非新独立国家的继承国，如果条约在国家继承之后对其仍然有效，则视为维持被继承国对一缔约国或一缔约组织所提保留作出的一切明示接受。
2. 对于在国家继承之日未对被继承国生效但被继承国已是缔约国的条约，非新独立国家的继承国发出继承通知确立其作为该条约缔约国的地位，应视为维持被继承国对一缔约国或一缔约组织所提保留作出的一切明示接受，除非它在继承通知之日后十二个月内表示相反的意向。

5.3.3 继承国不维持被继承国所提明示接受的时间效力

继承国依照准则 5.3.1 或准则 5.3.2 第 2 款不维持被继承国对一缔约国或一缔约组织所提保留的明示接受，只有在一缔约国或一缔约组织接获通知后，才对该国或该组织发生效力。

5.4 国家继承情况下保留、接受和反对的法律效力

1. 根据《实践指南》这一部分所载准则而视为得到维持的保留、接受和反对应继续依照本指南第四部分规定产生法律效力。
2. 《实践指南》第四部分也比照适用于继承国根据指南本部分规定所提出的新的保留、接受和反对。

5.5 国家继承情况下的解释性声明

1. 继承国应当尽可能澄清其对被继承国所提解释性声明的立场。继承国不作这类澄清，应视为维持被继承国所提解释性声明。
2. 第 1 款不妨碍继承国通过其行为表现出打算维持或拒绝被继承国提出的解释性声明的情况。

附件

关于保留对话的结论

国际法委员会，

回顾《维也纳条约法公约》和《关于国家和国际组织间或国际组织相互间条约法的维也纳公约》中有关对条约的保留的规定，

考虑到“对条约的保留”专题特别报告员提交的第十七次报告，²⁹ 该报告处理了保留对话的问题，

²⁹ A/CN.4/647, 第 2 至 68 段。

铭记有必要在保护多边条约的完整性与确保尽可能普遍加入条约这两个目标之间达成满意的平衡，

确认对条约的保留对于实现这一平衡可能起到的作用，

感到关切的是，若干保留似与条约法、特别是《维也纳条约法公约》第 19 条规定的限制不符合，

意识到评估保留有效性所引起的困难，

深信与保留方的务实对话是有用的，

欣见近些年来，尤其在国际组织和人权条约机构框架内作出的鼓励此种对话的努力，

一. 认为：

1. 有意提出保留的各国和国际组织应当以尽可能精确和严格的方式提出保留，考虑限制保留的范围，确保保留符合所涉条约的目的和宗旨；

2. 各国和国际组织在提出单方面声明时应当指明它是否等同于保留，如果是，应当说明为何保留有必要，以及该项保留对保留方履行条约义务的影响；

3. 保留方对理由的说明对于评估保留的有效性十分重要，各国和国际组织应当说明对保留作出任何修改的理由；

4. 各国和国际组织应当定期审查保留以便限制保留范围或酌情撤回保留；

5. 各国、国际组织和监督机构经常对保留表达的关切可能有助于评估保留的有效性；

6. 各国、国际组织和监督机构应当向保留方说明它们对保留表达关切的原因，并酌情要求作出它们认为有必要的澄清；

7. 各国、国际组织和监督机构在它们认为有必要时应当鼓励撤回保留、重新审查保留的必要性以及通过部分撤回逐渐缩小保留的范围；

8. 各国和国际组织应当积极面对其他国家、其他国际组织和监督机构的关切和反应，并尽可能地充分加以考虑，以期重新考虑、修改或撤回保留；

9. 各国、国际组织和监督机构应当尽可能密切地开展合作，就引起关切的保留交换意见，并协调应当采取的措施；并且

二. 建议：

大会吁请各国、国际组织和监督机构以务实和透明的方式启动并开展这种对话。

2. 《实践指南》案文，包括导言、准则及其评注、关于保留对话的附件以及参考文献

76. 委员会第六十三届会议通过的《对条约的保留实践指南》案文，包括导言、准则及其评注、关于保留对话的附件以及参考文献，载录于本报告的增编(A/66/10/Add.1)。

第五章

国际组织的责任

A. 导言

77. 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。³⁰ 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³¹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责任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。³²

78. 委员会从第五十五届(2003 年)到第六十一届(2009 年)会议,收到并审议了特别报告员的七次报告,³³并暂时通过了第 1 条至第 66 条草案,并考虑了从各国政府和各国际组织收到评论和意见。³⁴

79. 委员会第六十一届(2009 年)会议一读通过了关于国际组织责任的一套共 66 条的条款草案及其评注。³⁵委员会根据其《章程》第 16 至第 21 条,决定通过秘书长将这些条款草案发给各国政府和各国际组织,征求评论和意见。

³⁰ 《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,还注意到委员会报告(同上, A/55/10)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。

³¹ 同上,《第五十七届会议,补编第 10 号》(A/57/10 和 Corr.1),第 465-488 段。

³² 同上,第 464 段。

³³ A/CN.4/53 (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)、A/CN.4/597(第六次报告)和 A/CN.4/610 (第七次报告)。

³⁴ 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;及同上,《第五十八届会议,补编第 10 号》(A/58/10),第 52 段),秘书处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。对于在一读期收到的各国政府和各国际组织的评论,见 A/CN.4/545、A/CN.4/547、A/CN.4/556、A/CN.4/568 和 Add.1、A/CN.4/582、A/CN.4/593 和 Add.1 以及 A/CN.4/609。

³⁵ 《大会正式记录,第六十四届会议,补编第 10 号》(A/64/10),第 46 至第 48 段。

B. 本届会议审议此专题的情况

80. 委员会本届会议收到了特别报告员的第八次报告(A/CN.4/640)，以及从各国政府(A/CN.4/636 和 Add.1)和各国际组织(A/CN.4/637 和 Add.1)发来的书面意见。

81. 委员会于 2011 年 4 月 26 日至 5 月 6 日举行的第 3080 次至第 3085 次会议上，审议了特别报告员的第八次报告。在 2011 年 4 月 28 日的第 3082 次会议上，委员会将草案第 1 至第 18 条提交起草委员会，同时指示起草委员会开始对条款草案的二读工作，在进行二读时须考虑到各国政府和各国际组织的评论、特别报告员的提议以及全体会议对特别报告员第八次报告的辩论。在 2011 年 5 月 6 日的第 3085 次会议上，委员会又将第 19 至第 66 条草案提交起草委员会。

82. 委员会在 2011 年 6 月 3 日举行的第 3097 次会议上，审议了起草委员会的报告(A/CN.4/L.778)并在同次会议上二读通过了关于国际组织责任的一整套条款草案(下文 E.1 节)。

83. 在 2011 年 8 月 5 日第 3118 次会议上，委员会通过了上述条款草案的评注(下文 E.2 节)。

84. 委员会根据其《章程》将这套条款草案提交大会，并附下文所列建议。

C. 委员会的建议

85. 在 2011 年 8 月 8 日第 3119 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国际组织的责任条款草案并将该条款草案附在该决议之后；

(b) 考虑在以后某个阶段以该条款草案为基础拟订一项公约。

D. 向特别报告员表示感谢

86. 在 2011 年 8 月 5 日第 3118 次会议上，委员会在通过国际组织的责任条款草案之后，以鼓掌方式通过了以下决议：

“国际法委员会，

通过了国际组织的责任条款草案，

向特别报告员乔治·加亚先生表示深挚感谢和热烈祝贺，感谢并祝贺他通过不懈努力和专注的工作为起草条款草案作出了杰出贡献，并且在拟订关于国际组织责任的条款草案方面取得了成果。”

E. 国际组织的责任条款草案案文

1. 条款草案案文

87. 委员会第六十三届会议二读通过的条款草案案文载录如下。

国际组织的责任

第一部分

导言

第 1 条

本条款草案的范围

1. 本条款草案适用于国际组织对国际不法行为负有的国际责任。
2. 本条款草案也适用于国家对与国际组织行为相关的国际不法行为负有的责任。

第 2 条

术语

为本条款草案的目的：

(a) “国际组织”是指根据条约或受国际法制约的其他文书建立的具有独立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；

(b) “该组织的规则”具体是指：该组织的宪章性文件、依宪章性文件通过的决定、决议和其他文件及该组织已确立的惯例；

(c) “国际组织的机关”是指按照该组织的规则具有该地位的人或实体；

(d) “国际组织的代理人”是指该组织的机关以外，受该组织之命行使或帮助行使其某项职能，从而替该组织行事的官员和其他人或实体。

第二部分

国际组织的国际不法行为

第一章

一般原则

第 3 条

国际组织对其国际不法行为的责任

国际组织的每一国际不法行为均引起该组织的国际责任。

第 4 条

国际组织的国际不法行为的要素

在下述情况下，国际组织的作为或不作为构成国际不法行为：

- (a) 依国际法，该行为可归于该组织；并且
- (b) 该行为构成对该组织国际义务的违反。

第 5 条

把国际组织的行为定性为国际不法行为

在把国际组织的行为定性为国际不法行为时须遵守国际法。

第二章

将行为归于国际组织

第 6 条

国际组织的机关或代理人的行为

1. 国际组织的机关或代理人履行该机关或代理人职能的行为，依国际法应视为该组织的行为，不论该机关或代理人相对于该组织而言具有何种地位。
2. 为确定该组织的机关和代理人的职能，适用该组织的规则。

第 7 条

交由国际组织支配的一国机关或另一国际组织的机关或代理人的行为

一国的机关或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，如该组织对该行为行使有效控制。

第 8 条

逾越权限或违背指示

国际组织的机关或代理人若以官方身份并在该组织总体职能范围内行事，其行为依国际法应视为该组织的行为，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 9 条

被国际组织承认并当作自身行为的行为

按照第 6 至第 8 条不能归于一国际组织的行为，在并且只在该组织承认此行为并当作自身行为的情况下，依国际法应视为该组织的行为。

第三章 违反国际义务

第 10 条 违反国际义务行为的发生

1. 如果国际组织的行为不符合国际义务对它的要求，该组织即违反了该国际义务，不论该义务的起源或特性为何。
2. 第 1 款也适用于一国际组织违反其依组织规则对成员的义务的情况。

第 11 条 对国际组织有约束力的国际义务

除非行为发生时国际组织受一项国际义务的约束，否则该组织的行为不构成对该项义务的违反。

第 12 条 违反国际义务行为在时间上的延续

1. 国际组织的非持续性行为违反一项国际义务时，该行为发生的时刻即为违反义务行为发生的时刻，即使该行为的影响继续存在。
2. 国际组织的持续性行为违反一项国际义务时，该行为持续并始终违反该项义务的整个期间即为违反义务行为延续的时间。
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反义务行为发生的时刻，而该事件持续进行并始终违反该项义务的整个期间即为违反义务行为延续的时间。

第 13 条 复合行为违反义务

1. 国际组织通过被一并定义为不法行为的一系列作为和不作为违反国际义务的情事，发生于一作为或不作为发生的时刻，该作为或不作为连同其他作为或不作为看待，足以构成不法行为。
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，这些作为或不作为反复发生并始终违反该项国际义务的整个期间，即为违反义务行为延续的时间。

第四章

国际组织对国家或另一国际组织行为的责任

第 14 条

援助或协助实施国际不法行为

在下列情况下，国际组织应对其援助或协助国家或另一国际组织实施的国际不法行为承担责任：

- (a) 该组织这样做时知道该不法行为的情况，而且
- (b) 该行为若由该组织实施会构成国际不法行为。

第 15 条

指挥和控制实施国际不法行为

在下列情况下，国际组织应为其指挥和控制国家或另一国际组织实施的国际不法行为承担国际责任：

- (a) 该组织这样做时知道该不法行为的情况；而且
- (b) 该行为若由该组织实施会构成国际不法行为。

第 16 条

胁迫国家或另一国际组织

在下列情况下，胁迫国家或另一国际组织实施某行为的国际组织应对该行为负国际责任：

- (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这样做时知道该行为的情况。

第 17 条

通过向成员发出决定和授权而避免承担国际义务

1. 如果国际组织通过具有约束力的决定，使其成员国或为其成员的国际组织实施若由该组织自己实施会构成国际不法行为的行为，从而使该组织避免承担国际义务，则该组织负有国际责任。
2. 如果国际组织授权其成员国或为其成员的国际组织实施若由该组织自己实施会构成国际不法行为的行为，且有关行为因授权得以实施，则该组织负有国际责任。
3. 无论有关行为对于上述决定或授权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 18 条**作为另一国际组织成员的国际组织的责任**

在不影响第 14 条至第 17 条的情况下，作为另一国际组织成员的国际组织也可因前者的行为而产生国际责任，其条件与第 61 条和第 62 条中适用于作为国际组织成员的国家条件相同。

第 19 条**本章的效力**

本章不妨碍实施有关行为的国家或国际组织或任何其他国家或国际组织的国际责任。

第五章**解除行为不法性的情况****第 20 条****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 21 条**自卫**

国际组织的行为只要构成国际法上的合法自卫措施，该行为的不法性即告解除。

第 22 条**反措施**

1. 在遵守第 2 款和第 3 款的前提下，国际组织违反其对一国或另一国际组织的国际义务的行为，如构成根据国际法，包括本条款草案第四部分第二章中所规定的实质性和程序性条件而对另一国际组织采取的反措施，该行为的不法性即告解除。

2. 在遵守第 3 款的前提下，国际组织不得对作为其成员的责任国或责任国际组织采取反措施，除非：

- (a) 第 1 款所指的条件得到满足；
- (b) 反措施并非不符合该组织的规则；并且
- (c) 别无其他适当手段促使该责任国或责任国际组织履行关于停止违法行为和作出赔偿的义务。

3. 国际组织不得对违反该组织的规则所规定的国际义务的成员国或为其成员的国际组织采取反措施，除非该组织的规则规定了此种反措施。

第 23 条

不可抗力

1. 国际组织违反其国际义务的行为如起因于不可抗力，即起因于该组织无法控制的不可抗拒的力量或无法预料的事件，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. 在下列情况下，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 24 条

危难

1. 对于国际组织违反其国际义务的行为，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. 在下列情况下，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 25 条

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违反其国际义务的行为的不法性，除非该行为：

(a) 是该组织按照国际法有责任保护其成员国或整个国际社会的根本利益时，为保障该利益免遭严重迫切危险而可采取的唯一办法；并且

(b) 没有严重损害该组织对其承担国际义务的一国或多国的根本利益，或者整个国际社会的根本利益。

2. 在下列情况下，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：

(a) 有关的国际义务排除了援引危急情况的可能性；或

(b) 该组织促成了该危急情况。

第 26 条 对强制性规范的遵守

对于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，本章中的任何规定均不解除其不法性。

第 27 条 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补偿问题。

第三部分 国际组织的国际责任的内容

第一章 一般原则

第 28 条 国际不法行为的法律后果

国际组织依照本条款草案第二部分的规定对国际不法行为承担的国际责任，产生本部分所列的法律后果。

第 29 条 继续履行的责任

依照本部分对国际不法行为承担的法律后果不影响责任国际组织继续履行所违反义务的责任。

第 30 条 停止和不重犯

国际不法行为的责任国际组织有义务：

- (a) 在该不法行为正在进行时，立即停止该行为；
- (b) 在必要情况下，提供不重犯该行为的适当承诺和保证。

第 31 条 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。

2. 损害包括国际组织的国际不法行为所引起的任何损害，无论是物质损害或精神损害。

第 32 条

组织规则的相关性

1. 责任国际组织不得以其规则作为不能按照本部分的规定遵守其义务的理由。

2. 第 1 款不妨碍国际组织的规则适用于该组织与其成员国和成员组织之间的关系。

第 33 条

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国家、一个或若干其他组织、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或国际组织以外的实体由于国际组织的国际责任直接取得的任何权利。

第二章

赔偿损害

第 34 条

赔偿的方式

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，单独或合并采取恢复原状、补偿和抵偿的方式。

第 35 条

恢复原状

在下述情况下，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不可能；

(b) 从恢复原状而非补偿中得到的利益与所引起的负担不致完全不成比例。

第 36 条

补偿

1. 如损害没有以恢复原状的方式得到赔偿，国际不法行为的责任国际组织有义务补偿该行为造成的损害。

2. 这种补偿应该涵盖在经济上可以评估的任何损害，包括可以确定的利润损失。

第 37 条

抵偿

1. 如损害没有以恢复原状或补偿的方式得到赔偿，一国际不法行为的责任国际组织有义务对该行为造成的损失给予抵偿。

2. 抵偿可采取承认不法行为、表示遗憾、正式道歉或其他适当的方式。

3. 抵偿不应与损害不成比例，并且不得采取羞辱责任国际组织的方式。

第 38 条

利息

1. 为确保充分赔偿，在必要时，应支付根据本章所应支付的任何本金金额的利息。为此应规定利率和计算方法。

2. 利息从应支付本金金额之日起算，至完成履行支付义务之日为止。

第 39 条

促成损害

在确定赔偿时，应考虑到受害国或国际组织或为其提出索赔的任何人或实体由于故意或疏忽以作为或不作为而促成损害的情况。

第 40 条

确保履行赔偿义务

1. 责任国际组织应根据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所规定的义务的手段。

2. 责任国际组织的成员应采取该组织的规则可能要求采取的一切适当措施，使该组织能够履行本章所规定的义务。

第三章

严重违反一般国际法强制性规范义务

第 41 条

本章的适用

1. 本章适用于国际组织严重违反一般国际法强制性规范规定的义务的行为所产生的国际责任。

2. 如果此种违反义务行为涉及责任国际组织严重地或系统性地不履行义务，则构成严重违反义务行为。

第 42 条**严重违反本章规定的义务的特定后果**

1. 国家和国际组织应进行合作，通过合法手段制止第 41 条含义范围内的任何严重违反义务行为。
2. 任何国家或国际组织均不得承认第 41 条含义范围内的严重违反义务行为造成的情况为合法，也不得为维持这种现状提供援助或协助。
3. 本条不妨碍本部分所指的其他后果和本章适用的违反义务行为可能依国际法引起的进一步后果。

第四部分**国际组织的国际责任的履行****第一章****援引国际组织的责任****第 43 条****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国或受害国际组织援引另一国际组织的责任：

- (a) 被违反的义务是单独地向该国或该组织承担的义务；
- (b) 被违反的义务是向包括该国或该组织在内的国家集团或国际组织集团或向整个国际社会承担的义务，而对此义务的违反：
 - (一) 特别影响到该国或该组织；或
 - (二) 因其性质，在进一步履行义务方面，根本改变了作为义务对象的所有其他国家和国际组织的地位。

第 44 条**受害国或国际组织通知其求偿的要求**

1. 援引另一国际组织责任的受害国或国际组织应将其求偿的要求通知该组织。
2. 受害国或国际组织可具体指明：
 - (a) 如不法行为仍在继续，责任国际组织为停止该不法行为而应采取的行动；
 - (b) 根据本条款草案第三部分的规定应采取哪种赔偿方式。

第 45 条**求偿要求的可受理性**

1. 如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. 如用尽当地救济的规则适用于求偿要求，那么在未用尽所有可利用的有效救济时，受害国或国际组织不得援引另一国际组织的责任。

第 46 条**援引责任权利的丧失**

在下列情况下不得援引国际组织的责任：

- (a) 受害国或国际组织已有效地放弃要求；
- (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求偿要求失效。

第 47 条**数个受害国或国际组织**

在数个国家或国际组织由于一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有关国际不法行为的责任。

第 48 条**一个国际组织和一个或若干国家或国际组织的责任**

1. 在一个国际组织和一个或若干国家或其他国际组织对同一国际不法行为应负责任的情形下，可以对每一个国家或组织援引涉及该行为的责任。
2. 只有在援引主要责任未得到赔偿的情况下，方可援引次要责任。
3. 第 1 款和第 2 款：
 - (a) 不允许任何受害国或国际组织通过补偿的方式获取多于其所受损失的利益；
 - (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具有的追索权。

第 49 条**受害国或受害国际组织以外的国家或国际组织援引责任**

1. 受害国或受害国际组织以外的国家或国际组织有权在下列情况下按照第 4 款援引另一国际组织的责任：被违反的义务是向包括援引责任的国家或组

织在内的国家集团或国际组织集团承担的，并且是为了保护该集团的集体利益而确定的。

2. 受害国以外的国家有权在下列情况下按照第 4 款援引一国际组织的责任：被违反的义务是对整个国际社会承担的。

3. 不是受害方的国际组织有权在下列情况下按照第 4 款援引另一国际组织的责任：被违反的义务是向整个国际社会承担的，而且保护该义务所基于的整个国际社会的利益属于援引责任的国际组织的职责。

4. 有权按照第 1 款至第 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 30 条的规定，停止国际不法行为，并提供不重犯的承诺和保证；并且

(b) 按照本条款草案第三部分的规定，履行向受害国或国际组织或被违反的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 44 条、第 45 条第 2 款和第 46 条援引责任的条件同样适用于有权按照第 1 款至第 4 款这样做的国家或国际组织援引责任的情况。

第 50 条

本章的范围

本章不妨碍个人或国家或国际组织以外的实体可能具有的援引国际组织的国际责任的权利。

第二章

反措施

第 51 条

反措施的目的和限制

1. 受害国或受害的国际组织只在为促使国际不法行为的责任国际组织依本条款草案第三部分履行其义务时，才可对该国际组织采取反措施。

2. 反措施限于采取措施的国家或国际组织暂不履行对责任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. 反措施应尽可能限制其对责任国际组织行使其职能的影响。

第 52 条**国际组织成员采取反措施的条件**

1. 在遵守第 2 款的前提下，责任国际组织的受害成员国或国际组织，不可对该组织采取反措施，除非：

- (a) 第 51 条所指的条件得到满足；
- (b) 反措施并非不符合该组织的规则；并
- (c) 别无其他适当手段促使该责任国际组织履行关于停止违法行为和作出赔偿的义务。

2. 责任国际组织的受害成员国或国际组织不得因该组织违反了该组织的规则所规定的国际义务而对该组织采取反措施，除非该组织的规则规定了此种反措施。

第 53 条**不受反措施影响的义务**

1. 反措施不得影响：

- (a) 《联合国宪章》中规定的不得使用武力或以武力相威胁的义务；
- (b) 保护人权的义务；
- (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. 采取反措施的受害国或国际组织仍应履行下列义务：

- (a) 其与责任国际组织之间任何可适用的争端解决程序项下的义务；
- (b) 尊重责任国际组织的机关或代理人以及该组织馆舍、档案和文件的不可侵犯性。

第 54 条**反措施的相称性**

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。

第 55 条**采取反措施的条件**

1. 受害国或国际组织在采取反措施以前应：

- (a) 根据第 44 条要求责任国际组织按照第三部分履行其义务；

(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, 务必中止, 不得无理拖延:

(a) 国际不法行为已经停止; 并且

(b) 已将争端送交有权作出对当事方有约束力决定的法院或法庭。

4. 若责任国际组织不秉诚履行争端解决程序, 第 3 款即不适用。

第 56 条

终止反措施

一旦责任国际组织按照本条款草案第三部分履行了其与国际不法行为有关的义务, 即应终止反措施。

第 57 条

受害国或受害组织以外的国家或国际组织采取措施

本章不妨碍根据第 49 条第 1 款至第 3 款有权援引国际组织的责任的任何国家或国际组织, 对该国际组织采取合法措施, 以确保停止该违反义务行为, 并使受害国或受害组织或被违反的义务的受益人获得赔偿。

第五部分

国家对国际组织的行为的责任

第 58 条

国家援助或协助国际组织实施国际不法行为

1. 在下列情况下, 援助或协助国际组织实施国际不法行为的国家应对援助或协助的行为负国际责任:

(a) 该国这样做时知道该国际不法行为的情况; 而且

(b) 该行为若由该国实施会构成国际不法行为。

2. 国际组织的国家成员按照该组织的规则实施的行为不负本条规定的国际责任。

第 59 条

指挥和控制国际组织实施国际不法行为

1. 在下列情况下, 指挥和控制国际组织实施国际不法行为的国家应对该行为负国际责任:

(a) 该国这样做时知道该国际不法行为的情况；而且

(b) 该行为若由该国实施会构成国际不法行为。

2. 国际组织的国家成员按照该组织的规则实施的行为不负本条规定的国际责任。

第 60 条

国家胁迫国际组织

在下列情况下，胁迫国际组织实施国际不法行为的国家应对该行为负国际责任：

(a) 该行为在没有胁迫的情况下，构成被胁迫的国际组织的国际不法行为；而且

(b) 该胁迫国这样做时知道该行为的情况。

第 61 条

国际组织成员国规避国际义务

1. 国际组织成员国若为规避国际义务而利用该组织对于该国某一国际义务事项所具有的职权，促使该组织实施若由该国实施即构成违反该义务的行为，即产生国际责任。

2. 无论该行为是否构成该国际组织的国际不法行为，第 1 款都适用。

第 62 条

国际组织成员国对该组织国际不法行为的责任

1. 在下列情况下，国际组织成员国应对该组织的国际不法行为负责：

(a) 成员国已接受该行为引起的对受害方的责任；或

(b) 成员国已导致受害方认定它将承担责任。

2. 按照第 1 款产生的国家的国际责任应推定为次要责任。

第 63 条

本部分的效力

本部分不妨碍实施有关行为的国际组织或任何国家或其他国际组织的国际责任。

第六部分 一般规定

第 64 条 特别法

如国际不法行为存在的条件或国际组织或国家涉及国际组织之行为的国际责任的内容或履行须遵守国际法特别规则，则不适用本条款草案。这种国际法特别规则可能载于适用于国际组织同其成员之间关系的组织规则。

第 65 条 本条款草案中没有规定的国际责任问题

在本条款草案中没有规定的情况下，关于国际组织或国家对国际不法行为的责任问题，仍应遵守可适用的国际法规则。

第 66 条 个人的责任

本条款草案不影响以国际组织或国家名义行事的任何人在国际法中的个人责任问题。

第 67 条 《联合国宪章》

本条款草案不妨碍《联合国宪章》的规定。

2. 条款草案案文及其评注

88. 委员会第六十三届会议二读通过的条款草案案文及其评注载录如下。

国际组织的责任

总评注

(1) 2001 年，国际法委员会通过了国家对国际不法行为的责任的一整套条款。正如这些条款所规定的，这些条款“不影响一国际组织依国际法承担的、或任何国家对一国际组织的行为的责任的任何问题”(第 57 条)。鉴于现有的国际组织数量众多，而且其职能越来越多，这些问题似乎特别具有重要性。因此委员会在 2002 年决定开展国际责任法的编纂和逐渐发展工作，着手处理国家责任条款第 57 条不曾影响的两个遗留问题。本条款草案代表着这项进一步研究的结果。在完成这项研究的过程中，委员会得到了从各国和各国际组织收到的评论和建议的帮助。

(2) 本条款草案的适用范围反映了在国家责任第 57 条中所未触及的问题。本条款草案大部分审议的是在那项规定里提到的第一个问题：国际组织对于国际不法

行为的责任。只有一少部分条款案文即主要是第五部分的案文，考虑的是第二个问题：国家对于国际组织的行为所负的责任。第二个问题与第一个问题密切相关，因为国际组织的有关行为通常属于国际不法行为，并引起有关国际组织的国际责任。然而，在第 60 和第 61 条以及相关评注中所提到的某些情况下，国际组织的行为可能不属于不法行为，因而对该组织不产生任何国际责任。

(3) 在处理国际组织的责任问题时，本条款草案采取了与国家责任相同的处理办法。因此条款草案主要依据这样的基本区分，即国际法的主要规则与次要规则的区分，前者确立了国际组织的义务，后者考虑了违反国际义务行为的发生及其对于有关责任国际组织的后果。与国家责任条款一样，本条款草案只表示次要规则。本条款草案中没有任何文字应读作意味着存在或规定了对国际组织有约束力的任何特定主要规则。

(4) 虽然本条款草案在许多方面类似于国家责任条款，但本条款草案是一套自主性的案文。每一个问题都从国际组织的责任的具体角度加以考虑。一些规定处理了对于国际组织独有的问题。在研究国际组织的责任的问题过程中，如果得出结论认为，在国家责任条款中所表达的相同和相似的解决办法应该适用于国际组织，那么这种做法基于的是恰当的理由，而不是关于这样的原则应该适用的一般性假设。

(5) 在拟订关于国际组织的责任规则方面遇到的主要困难之一是有关的实践相对有限。出现这种情况的主要原因是，关于国际组织的责任的实践只是在较近的一段时间里才开始发生。另一个理由是，对国际组织作为当事方的第三方解决争端程序，在应用方面也有限。另外，有关信函来往所产生的有关实践，并不总是那么容易确定，而且国际组织或各国也往往不愿意披露这些信函。本条款草案中有好几条所根据的实践有限，这使得编纂与逐渐发展两者之间的边界朝着后者移动。可能出现这样的情况：在国家责任的条款中一项规定可能视为代表着编纂，而国际组织的责任中的相应条款更接近于逐渐发展。换句话说，本条款草案中的规定不一定具有与国家责任相应条款中相同的权威。与国家责任条款的情况也一样，其权威性取决于这些条款所面对的有关方面如何接受条款。

(6) 国家责任条款的评注通常写得比较详细，这反映了所存在的大量实践。如果本条款草案中的一条文的措词类似于或相同于国家责任条款，那么前一条的评注将阐明通过该条的理由以及基本的解释。如果本条草案的规定与国家责任条款的规定相对应，并且在适用有关规定方面组织与国家之间没有相关的区别，那么在适当时也可能提到关于后一条款的评注。

(7) 国际组织与国家相当不同，此外国际组织相互之间也有很大的差别。与国家相对的是，国际组织不具有一般性权能，其建立是为了行使专门的职能(“专门性原则”)。各国际组织在下列方面相互之间有很大的不同：在其权力和职能、成员国数目、该组织与成员的关系、辩论程序、结构和设施以及国际组织受其约束的主要规则包括条约义务等。由于其多样性及其影响，条款草案在适当时强调了组织的专门特性，特别是其职能，例如在关于滥用权力或违背指示的第 8

条里。关于特别法的规定(第 64 条)在这方面尤其具有重要性。另外,国际组织的多样性可能影响到某些条款的适用,一些条款可能因某些国际组织的职责和职能,而不适用于某些国际组织。

(8) 关于国际责任的某些特别规则可能在国际组织与其成员之间的关系中适用(第 64 条)。这些规则是每一组织所特有的,通常称作该组织的规则。这些规则包括该组织的宪章性文书以及由宪章性文书所产生的规则(第 2 条)。本条款草案并不试图将这些特别规则——列出,而是考虑这些规则可能对于该组织对其成员的国际责任所产生的影响以及对于成员对该组织的行为的责任的影响。该组织的规则其本身并不对成员产生约束性。然而一些组织的某些规则可能对于非成员也有关系。例如,为了确定一国际组织是否表示对某一特定行为的作出表示同意(第 20 条),有可能需要确定表示同意的机关或代表是否按照该组织的规则有权这样做。

(9) 本条款草案分为六个部分。第一部分界定了条款的范围并对某些术语规定了定义。第二部分至第四部分(第 3 条至第 57 条)沿用了国家责任条款的基本布局。第二部分规定了国际组织的国际责任所产生的前提条件。第三部分处理了责任组织所承担的法律后果,特别是作出赔偿的义务。第四部分涉及国际组织的责任的实施,特别是哪些国家或国际组织有权援引责任。第五部分处理了国家相对于国际组织的行为的责任。最后,第六部分包含了适用于整套条款草案的某些一般性规定。

第一部分

导言

第 1 条

本条款草案的范围

1. 本条款草案适用于国际组织对国际不法行为负有的国际责任。
2. 本条款草案也适用于国家对与国际组织行为相关的国际不法行为负有的责任。

评注

(1) 第 1 条中对本条款草案范围所下的定义是为了尽可能全面和准确。虽然第 1 条涵盖后面各条款中要处理的所有问题,但这不影响将针对这些问题提出的任何解决方案。因此,例如,第 2 款中提及一国对一国际组织的国际不法行为负有的国际责任并不意味着要坚持这样一种责任的存在。

(2) 为了本条款草案的目的,第 2 条对“国际组织”下了定义。该定义有助于界定本条款草案的范围。

(3) 国际组织的责任可以在不同的法律制度中予以宣称。在国家法院面前,自然人或法人很可能依据某种国内法而援引该组织承担的责任或赔偿责任。第 1 条

第 1 款以及整个条款草案提到的国际责任一词，都明确表明本条款草案只从国际法角度出发，审议国际组织依据国际法是否负有责任。因此依据国内法而负有责任或赔偿责任的问题就没有被涵盖在本条款草案中。但是这并不影响在一个国家法院面前提出一组织的责任或赔偿责任问题时，国际法某些原则或规则有可能适用。

(4) 第 1 条第 1 款涉及一国际组织引起国际责任的情况。最常见的是国际组织实施国际不法行为的情况。然而，有其他一些情况也可以引起一国际组织的责任。例如，可以设想与国家国际不法行为的责任条款第一部分第四章中所提及之情况类似的情况。³⁶ 这样国际组织便可因下述理由被追究责任：援助或协助国家或另一组织从事一种国际不法行为；或者指挥和控制国家或另一组织从事这种行为；或胁迫国家或另一组织从事一种在没有胁迫的情况下仍会是国际不法行为的行为。此外，在另一种情况下也可以认为一国际组织负有责任，即它为其成员的国际组织犯下了国际不法行为。

(5) 第 1 款中提到国际法所指的不法行为意味着本条款不考虑对国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果承担赔偿责任的问题。在处理国家责任时，委员会决定把不加禁止之行为的赔偿责任问题与国际责任问题分开，这使委员会在处理国际组织的责任问题上也做同样的选择。因此，与国家的情况一样，国际责任与违反国际法所规定的一项义务有关。所以一项国际法不加禁止的活动只有当进行此活动时出现违反国际法所规定的一项义务的情况才可能引起国际责任，例如，如果一个国际组织未能遵守就一项不加禁止的活动采取预防措施的义务，便会承担国际责任。

(6) 第 2 款在本条款的范围内列入了国家对国际不法行为的责任条款中已查明但不处理的一些问题。这些条款的第 57 条规定：

“本条款不影响国际组织依国际法承担的、或任何国家对国际组织的行为的责任的任何问题。”³⁷

已被国家对国际不法行为的责任条款排除但将在本条款草案中予以考虑的主要问题是，作为国际组织成员的一国对该组织的国际不法行为的责任问题。

(7) 国家对国际不法行为的责任条款第一部分第四章的措辞只提到国家援助、协助、指挥、控制或胁迫另一国的情况。³⁸ 如果，至少通过类推，认为国家对国际不法行为的责任条款中没有涵盖一国对一国际组织采取类似做法的情况，那么本条款可以弥补由此造成的缺口。

³⁶ 《2001 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 64-71 页。

³⁷ 同上，第 141 页。

³⁸ 同上，第 64-71 页。

(8) 第 2 款不包括把行为归于一国的问题，无论是否涉及到一个国际组织的行为。国家对国际不法行为的责任条款第一部分第二章以不言明的方式处理了当一个国际组织或其一个机关通常或仅在特定情况下作为一个国家机关行事时把行为归于一国的问题。第 4 条提到“该国国内法”是确定国家机关的主要标准，而国内法很少会将一个国际组织或其一个机关列入国家机关范畴。不过，第 4 条不考虑根据国内法将此种机关的地位作为一个必要条件。³⁹ 因此，如果一个国际组织或其一个机关实际上作为一国的国家机关行事，那么也可以依第 4 条被视为一个国家机关。在这种情况下，一个国际组织也可能是，如同第 5 条中所规定的，“虽非第 4 条规定的国家机关，却是经该国法律授权行使政府权力要素的个人或实体”。⁴⁰ 随后第 6 条审议了“由另一国交由一国支配的机关”⁴¹ 的情况。如果一个国际组织将其一个机关交由一国支配，则可能出现类似的情况，不管是否可以说第 6 条暗中含有这种可能性。第 6 条评注指出，这种可能性“引起了国家与国际组织之间关系的棘手问题”⁴²。第 4 和第 5 条的评注没有提及国际组织。虽然有关把行为归于一国的所有问题似乎仍都属于国家对其国际不法行为的责任范围，因此不应重新予以审议，但是把行为归于一国或者一个国际组织的问题的某些方面或许应在讨论把行为归于国际组织的问题时予以进一步阐明。

(9) 本条款草案将处理一国或一国机关作为国际组织的一个机关行事的责任这个对称问题。该问题涉及到把行为归于一个国际组织的问题，因此被列入第 1 条第 1 款。

(10) 本条款草案没有处理一国可能引起的对一个国际组织的国际责任问题。虽然国家对国际不法行为的责任条款在考虑解除不法性的情况、国际责任的内容、或援引一国国际责任时，并没有具体提及国际组织，但这些条款可以用类推方式，适用于一个责任国和国际组织之间的关系。例如，当第 20 条规定，“以有效方式同意另一国实施某一行为时，只要这种行为仍然属于该项同意的范围，便排除了该行为对前一国家的不法性”，⁴³ 该项规定可能通过类比关系，被理解为也包括一个国际组织对该国家行为的实施给予有效同意的情况。

³⁹ 同上，第 40 页。

⁴⁰ 同上，第 42 页。

⁴¹ 同上，第 43-44 页。

⁴² 同上，第 6 条评注第(9)段，第 45 页。

⁴³ 同上，第 72 页。

第 2 条 术语

为本条款草案的目的，

(a) “国际组织”是指根据条约或受国际法制约的其他文书建立的具有独立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；

(b) “该组织的规则”具体是指：该组织的宪章性文件、依宪章性文件通过的决定、决议和其他文件及该组织已确立的惯例；

(c) “国际组织的机关”是指按照该组织的规则具有该地位的人或实体；

(d) “国际组织的代理人”是指该组织的机关以外，受该组织之命行使或帮助行使其某项职能，从而替该组织行事的官员和其他人或实体。

评注

(1) 第 2 条(a)项中对“国际组织”所下的定义就本条款草案的目的而言被认为是适当的，并不是适合所有目的的定义。该定义概述了适用下列条款的国际组织的某些共同特征。这些特征或许同国际组织的国际责任以外的目的有关。

(2) 一个国际组织由于不具备第 2 条(a)项中所述的一个或一个以上的特征，因此没有被包括在为本条款草案的目的所列的定义中，这并不意味着以下条款中载明的某些原则和规则也不适用于该组织。

(3) 从 1969 年 5 月 23 日的《维也纳条约法公约》⁴⁴ 开始，一些编纂公约曾简明地将“国际组织”定义为“政府间组织”。⁴⁵ 在每一种情况下的定义只用于有关的公约，而不是为了所有目的。有些编纂公约的案文给定义添加了更多的要素：例如，1986 年 3 月 21 日《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》只适用于有能力缔结条约的政府间组织。⁴⁶ 在国际责任方面，

⁴⁴ 联合国《条约汇编》，第 1155 卷，第 331 页。有关规定是第 2 条第(1)款(一)项。

⁴⁵ 见 1975 年 3 月 14 日《维也纳关于国家在其对普遍性国际组织关系上的代表权公约》第一条第(1)款(1)项，A/CONF.67/16；1978 年 8 月 23 日《关于国家在条约方面的继承的维也纳公约》第 2 条第(1)款(n)项，联合国《条约汇编》，第 1946 卷，第 3 页；1986 年 3 月 21 日《关于国家和国际组织间或国际组织相互间条约法的维也纳公约》，第 2 条第(1)款(i)项，A/CONF.129/15。

⁴⁶ 见《公约》第 6 条(同上)。正如委员会就相应的条款草案指出的：

“任何一个国际组织至少有能力缔结一项条约，在这种情况下，规则中的条款草案将适用于它，否则尽管有其名称，并不具备这种能力，在这种情况下明确规定，条款草案并不适用于它，是毫无意义的。”《1981 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 124 页。

除要具有国际法规定的一项义务外，不需要任何额外的要素。然而，出于以下一些理由，通过不同的定义是可取的。第一，将国际组织定义为政府间组织能提供多少信息是有疑问的：甚至不清楚“政府间组织”一语是指组成文书还是实际成员资格。第二，“政府间”一词在某种程度上无论如何不适当，因为一些重要的国际组织建立后是由国家机关而不是政府参加的。第三，越来越多国际组织的成员不仅包括国家，也包括国家以外的其他实体；“政府间组织”一语似乎将这些组织排除在外。但就国际责任而言，很难看出为什么要找到与那些只拥有国家成员的组织不同的解决方案。

(4) 多数国际组织是根据条约建立的。因此定义中将条约作为组织法反映了普遍的做法。然而，国际合作的形式有时是在没有条约的情况下确立的。在某些情况中，例如，北欧理事会的情况，条约是随后缔结的。⁴⁷ 为了将国家在国际上未缔结条约建立的组织涵盖在内，第 2 条中以“受国际法制约的其他文书”代替条约。这一措辞的目的是要包括国际组织或一国际会议通过的决议等文书。如此建立的国际组织的例子有泛美地理和历史学会(泛美史地学会)⁴⁸ 和石油输出国组织(欧佩克)。⁴⁹

(5) 提到“条约或受国际法制约的其他文书”的目的不是要将国家以外的其他实体从国际组织的成员中排除。这对于国际组织而言不成问题，只要它们有缔结条约的能力，就完全可以是一个组成条约的缔约方。这种情况对于国家和国际组织以外的实体来说可能不同。但是，即使国家以外的实体不具备缔结条约的能力或不能参与组成文书的通过，但如果组织的规则这样规定，它们也可以被接纳为该组织的成员。

(6) 第 2 条的定义不包括通过受国内法管辖的文书建立的组织，除非随后通过了一项受国际法制约的条约或其他文书，并且这项条约或文书已经生效⁵⁰。因此，该定义中不包括这类组织，如世界保护联盟，尽管该联盟的成员中国家数目超过 70 个⁵¹；也不包括阿拉伯世界学会这个根据法国法律由 20 个国家成立的一个基金会。⁵²

⁴⁷ 经修订的 1962 年 3 月 23 日《合作条约》，文本见于北欧理事会网站：<http://www.norden.org/en/publications/2005-713>。

⁴⁸ 见 A.J. Peaslee (ed.), *International Governmental Organizations* (3rd ed), Part III and Part IV (The Hague/Boston/London:Nijhoff, 1979), pp. 389-403。

⁴⁹ 见 P.J.G. Kapteyn, P.H. Lauwaars, P.H. Kooijmans, H.G. Schermers and M. van Leeuwen Boomkamp, *International Organization and Integration* (The Hague:Nijhoff, 1984), II.K.3.2.a。

⁵⁰ 这是北欧理事会的情况，上文脚注 47。

⁵¹ 见 <http://www.iucn.org>。

⁵² 关于本组织的地位的说明，载于法国外交部长在议会中对一个问题提出的答复。《法国国际法年鉴》，第 37 卷，1991 年，第 1024-1025 页。

(7) 第 2 条还要求国际组织拥有“国际法律人格”。要根据国际法取得法律人格并不取决于在组成文书中列入诸如《联合国宪章》第一百零四条这样的条款，其内容如下：

“本组织于每一会员国之领土内，应享受于执行其任务及达成其宗旨所必须之法律行为能力”。

在组成文书中列入这类条款的目的是给成员国规定一项义务，使它们承认该组织依据其国内法具有法律人格。当总部协定中列入类似案文后，便强加给东道国类似的义务⁵³。

(8) 对一国际组织取得国际法规定的法律人格有不同的看法。有一种意见认为，对一组织来说，光是存在国际法规定的义务就意味着该组织拥有法律人格。另一种意见认为，还需要更多的内容。国际法院不曾确定特殊的先决条件，其关于国际组织的法律人格的判决附带意见似乎也没有为此作出严格规定。在其关于“1951 年 3 月 25 日卫生组织和埃及之间协定的解释案”的咨询意见中，国际法院指出：

“国际组织是国际法主体，因此受到国际法一般规则、其组织法或其参加的国际协定所规定的任何义务的约束。”⁵⁴

在其关于“一国在武装冲突中使用核武器的合法性”的咨询意见中，国际法院指出：

“法院几乎无须指出，国际组织是国际法主体，与国家不同，它们不拥有一般的权限。”⁵⁵

虽然可以认为法院在作出上述两项陈述时，考虑到的是世界卫生组织(卫生组织)这类国际组织，但其措辞相当笼统，似乎很宽容地看待国际组织取得国际法规定的法律人格问题。

(9) 从前一段引用的段落，以及更明确地从其关于“联合国公务中所受伤害的赔偿案”⁵⁶的咨询意见中都可以看出，国际法院似乎赞成这样的观点，即当一组织的法律人格存在时，这是一种“客观”的人格。因此，在根据本条款草案审议一组织是否对一受害国负有国际责任之前，不必询问该组织的法律人格是否已获得受害国的承认。

⁵³ 因此在其 1999 年 3 月 18 日关于 Istituto Universitario Europeo 诉 Piette 一案的第 149 号判决，Giustizia civile, 第 49 卷(1999 年), I, 第 1309 页起，载于第 1313 页，意大利最高上诉法院认为，“国际协定的义务中承认一组织的法律人格的规定和依照法律执行该项规定，仅仅意味着该组织根据缔约国的国内法取得法律人格”。

⁵⁴ 《1980 年国际法院案例汇编》，第 89-90 页，第 37 段。

⁵⁵ 《1996 年国际法院案例汇编》，第 78 页，第 25 段。

⁵⁶ 《1949 年国际法院案例汇编》，第 185 页。

(10) 一组织的法律人格是该组织的国际责任的前提条件，有必要将之与“其成员国的法律人格区别开来”⁵⁷。这个要点反映在第 2 条(a)项中，该条规定国际法律人格应是该组织“自己的”，委员会认为这一说法与“有别于其成员国的”说法相同。但该组织拥有一种不同的法律人格并不排除可以将某一行为既归于该组织又归于其一个或多个甚至所有成员。

(11) 第 2 条(a)项第二句的目的首先是要强调各国在与本条款草案涉及的所有国际组织有关的实践中发挥的作用。国际法院在其关于“一国在武装冲突中使用核武器的合法性”的咨询意见中，附带对这一关键作用发表了意见：

“国际组织受‘特殊性原则’的制约，也就是说，创建这些组织的国家赋予它们权力，该权力的限度取决于共同利益，而创建国委托这些组织来增进这种利益。”⁵⁸

许多国际组织只有国家成员。在有不同成员的其他组织中，拥有国家成员对于该组织被纳入本条款考虑范围是必不可少的。⁵⁹ 这项要求拟通过“除了国家以外”这一措辞来表达。

(12) (a)项认为国际组织的“成员除国家以外，还可包括其他实体”，这样说并不意味着国家成员必须是若干个。因此，一个国际组织可能由一个国家和另一国际组织成立。塞拉利昂特别法院⁶⁰和黎巴嫩特别法庭⁶¹便是这样的例子。

(13) 拥有国家成员可以表现为个别国家机关或机构作为成员参与。例如，通过一项条约建立的阿拉伯国家广播联盟将“广播组织”列为其正式成员。⁶²

⁵⁷ G.G.Fitzmaurice 在“国际组织”的定义中使用了建议他在条约法中使用的这个措词，见《1956 年……年鉴》，第二卷。第 108 页，国际法协会于 1995 年通过“里斯本决议：会员国由于国际组织不履行其对第三方的义务的法律后果”，*Annuaire de l'Institut de Droit International*, vol. 66-II (1996), p. 445。

⁵⁸ 《1996 年国际法院案例汇编》，第 78 页，第 25 段。

⁵⁹ 因此，第 2 条中的定义不包括其成员只包括国际组织的国际组织。维也纳联合研究所是这种类型的组织的一个例子，它是根据 5 个国际组织之间的协议建立的。见 <http://www.jvi.org>。

⁶⁰ 《联合国与塞拉利昂政府关于设立塞拉利昂特别法院的协定》，2002 年 1 月 16 日在弗里敦签订。

⁶¹ 《联合国与黎巴嫩共和国关于设立黎巴嫩特别法庭的协定》，该协定作为 2007 年 5 月 30 日安全理事会第 1757(2007)号决议的附件发表。

⁶² 见《阿拉伯国家广播联盟公约》第 4 条。案文载于 A.J. Peaslee, 上文脚注 48, 第五部分, (海牙/波士顿/伦敦: 奈霍夫出版社, 1976 年), 第 24 页起。

(14) 第 2 条(a)项第二句作为一组织的额外成员提到国家以外的实体，如国际组织⁶³、领地⁶⁴或私人实体⁶⁵等，这反映出实践中的一个重要趋势，就是，国际组织日益倾向于拥有混合成员，从而在某些领域能实现更有效的合作。

(15) 本条款范围内的国际组织，有显着不同的功能、类型和规模的成员和资源。然而，由于本条款中规定的原则和规则的一般性质，它们的目的是适用于所有这些国际组织，受到国际法的特别规则的限制，可能涉及到一个或多个国际组织。在实施这些原则和规则方面，有关国际组织的关于事实或法律的具体情况应酌情予以考虑。例如，大多数技术组织显然不会采取胁迫国家的立场，或者说，根据有针对性的组织的具体特点，若干反措施的影响很可能大不相同。

(16) (b)项中“组织的规则”的定义在很大程度上源于《1986 年关于国家和国际组织间或国际组织相互间的条约法公约的维也纳公约》中所载同一术语的定义。⁶⁶除了在体裁上作了微小的改动以外，(b)项中的定义与编纂公约中所载的不一样，只因为它连同“决定”和“决议”提到“该组织的其他行动”。这一增添是为了更加全面地包括国际组织所通过的多种条例。但是“特别”二字却一直保留着，因为该组织的规则也可能包括该组织与第三方缔结的协定和对该组织具有约束力的司法裁决或仲裁裁决。为了行为责任归属的目的，只要根据该组织的组成文书赋予各机关或代理人职能，那些决定、决议和其他文件都是有关的，无论它们被视为是否具有拘束力。提到的后面几项文书都使用复数，始终与编纂公约的措词方式一致，⁶⁷不过，某一组织可能的确拥有单一的组成文书。

(17) (b)项中的“该组织的规则”有一个特点，那就是它对惯例相当重视。北约组织在一项评论中描述了惯例可能对组织规则的形成所产生的影响。这项评论认为北约本身便是一个这样的组织：“约束组织运作的基本内部规则，即协商一致决策规则，既不见于成立北约的条约中，也不见于任何正式规则中，而是该组织惯例的结果”。⁶⁸

⁶³ 例如，欧洲共同体已成为粮食和农业组织(粮农组织)的会员，其宪法在 1991 年修订，以便接纳区域经济一体化组织。修改后的粮农组织章程案文载于 P.J.G. Kapteyn、R.H. Lauwaars、P.H. Kooijmans、H.G. Schermers、和 M.van Leeuwen Boomkamp(合编)，上文脚注 49，第 I.A-I.B 卷补编，(海牙/波士顿/伦敦：奈霍夫出版社，1997 年)，I.B.1.3.a 增刊。

⁶⁴ 例如，世界气象组织(WMO)章程第 3 条(d)(e)款使称为“领土”或“领土群体”的国家以外的实体有权成为成员，同上，I.B.1.7.a 增刊。

⁶⁵ 例如世界旅游组织，其中包括国家作为“正式成员”，“领土或领土群体”作为“准成员”和“包括政府间和非政府的国际机构”作为“附属成员”。见 P.J.G. Kapteyn、R.H. Lauwaars、P.H. Kooijmans、H.G. Schermers 和 M. van Leeuwen Boomkamp(编)，上文脚注 49，第 I.B 卷，(海牙/波士顿/伦敦：奈霍夫出版社，1982 年)，I.B.2.3.a。

⁶⁶ A/CONF.129/15，第 2 条第 1 款(j)项规定：“‘组织的规则’尤其指根据它们通过的组成文书、决定和决议，以及组织的惯例”。

⁶⁷ 同上。

⁶⁸ A/CN.4/637, sect. II.B.26.

(18) 这项定义力图在组成文书所载列的、为成员国所正式接受的规则与有关组织作为一个机构有必要取得发展两者之间达到平衡。正如国际法院在联合国公务中所受伤害赔偿案咨询意见中所说：

“国家具有国际法所确认的全部国际权利和义务，但像本组织这样的实体的权利和义务则必须取决于其组成文件所具体说明和暗示的、以及在实践中所演变而成的宗旨和职能。⁶⁹

(19) 该组织的规则的定义，并不意味着所有有关某一国际组织的规则都处于同一层次。该组织的规则的有关规定将明示或暗示地订明各层次的不同类型的规则。例如，国际组织通过的文件大体上不能偏离其组成文书。

(20) (c)项载述了“[国际组织的]机关”的定义。在这一术语的用法上，各国际组织的做法各种各样。一些宪章性文书开列了或长或短的机关清单，⁷⁰ 而其他某些组织的规则不曾使用“机关”一词。

(21) 尽管做法多种多样，还是最好不制定一个将与各组织的规则相龃龉的统一定义。按照不同的组织规则，“机关”一词具有不同的范围，但鉴于代理人的行为依第 6 条也归于组织，这并不妨碍将行为归于有关组织。因此，(c)项提及该组织的规则并认为机关是指“按照该组织的规则具有该地位的人或实体”。

(22) (c)项中的定义类似于国家机关的定义，这见于国家对国际不法行为的责任条款第 4 条第 2 款。根据那一项案文，“机关包括依该国国内法具有此种地位的任何人或实体”。按照(c)项，有关国际组织可自行界定其自己的机关。

(23) (d)项规定的“代理人”一词的定义，是基于国际法院对联合国公务中所受伤害赔偿问题的咨询意见中的一段。在审议联合国是否能够就伤害提出求偿时，法院说：

“法院是在最开放的意义上理解‘代理人’一词的，这就是说，任何人，无论是否雇用的干事以及是否长期雇用，已经为该组织的一个机关执行或帮助执行职务——简单地说，就是代为执行职务的任何人。”⁷¹

(24) 当法院提及该组织的某项职能时，它并没有排除代理人负责履行或帮助履行多于一项的职能。(d)项中提到“某项职能”应作如此理解。

⁶⁹ 《1949 年国际法院案例汇编》，第 180 页。

⁷⁰ 列出了较长的机关清单的实例有美洲国家组织和国际刑警组织的宪章性文件。《美洲国家组织章程》第 51 条列出了下列机关：大会、外交部长磋商会议、理事会、美洲司法委员会、美洲人权委员会、总秘书处、专门会议和专门组织。《国际刑警组织章程》第 5 条规定，该组织由大会、执行委员会、总秘书处、国家中心局、顾问和档案管制委员会组成。较短清单的例子见北约组织。《北大西洋公约》第 9 条设立了唯一机构，即理事会，理事会有权设立“必要的附属机构”。

⁷¹ 《1949 年国际法院案例汇编》，第 177 页。

(25) 国际组织并不光是通过自然人，无论是否官员，采取行动。因此，“代理人”的定义，也包括代理该组织职务的实体。

(26) “代理人”的定义是与将行为归于一国际组织特别有关的问题。因此，最好在行为的责任归属方面，特别是在第 5 条及有关评注中，显示对于这一定义各个方面的分析。

(27) 为了避免“国际组织的机关”与“国际组织的代理人”在定义上重叠，后一项词语只涵盖(c)项定义未涵盖的人或实体。

第二部分

国际组织的国际不法行为

第一章

一般原则

第 3 条

国际组织对其国际不法行为的责任

国际组织的每一国际不法行为均引起该组织的国际责任。

评注

(1) 第 3 条中载明的一般原则适用于犯下国际不法行为的任何实体。第 4 条中所述的原则也是如此。⁷² 第 3 条的措辞以国家对国际不法行为的责任条款的相应条文为模本。似乎没什么理由以另一种方式阐明这些原则。值得注意的是，联合国秘书长在一份维和行动报告中提到：

“普遍公认可适用于国际组织的国家责任原则，即如果违反国际义务而导致损失，并且这种损失是由国家(或组织)造成的，则该国(或该组织)应承担赔偿责任[……]”。⁷³

(2) 第 3 条的措词与关于国家对国际不法行为的责任的条款第 1 条一样，只是将“国家”改成了“国际组织”。

(3) 国际组织如实施一项不法行为，便要承担其责任。关于这一原则的声明，可以从国际法院关于“与人权委员会特别报告员享有法律诉讼豁免权有关的争议”的咨询意见里找到，法院在曾咨询意见里指出：

⁷² 《2001 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 32 和 34 页。导致委员会通过关于国家对国际不法行为的责任的第 1 和 2 条的经典分析载于罗伯特·阿戈关于国家责任的第三次报告，《1971 年……年鉴》，第二卷，第 214-223 页。第 49-75 段。

⁷³ A/51/389，第 4 页，第 6 段。

“[……]法院要指出，享受法律诉讼豁免权的问题不同于对由于联合国或其代理人以公务身份采取行动造成的任何损害予以赔偿的问题。

“联合国或许必须对这些行为造成的损害承担责任。”⁷⁴

(4) 第 3 条以及国家对国际不法行为的责任条款的相应规定中均没有确定国际责任的含义。就后者而言，国际不法行为的后果问题只在案文关于“一国国际责任的内容”的第二部分中得到处理⁷⁵。因此，在本条款草案中国际责任的内容问题也在进一步的条款(第三部分)里得到处理。

(5) 不论是对于国家还是对于国际组织而言，由国际不法行为引起的法律关系不一定是双边的。对义务的违反很可能影响到整个国际社会。因此，在适当情况下，不止一个主体可以作为受害主体或其他主体援引一国际组织的国际责任。

(6) 一国际组织对一国际不法行为负有责任这一事实并不排除在同类情况下存在其他国际法主体的平等责任。例如，一国际组织可能曾与一国合作，违反一项两者均应承担的义务。另一个例子是可同时归于国际组织和国家的行为，这就涉及有关组织和国家两者都负有国际责任。

第 4 条

国际组织的国际不法行为的要素

在下述情况下，国际组织的作为或不作为构成国际不法行为：

- (a) 依国际法，该行为可归于该组织；并且
- (b) 该行为构成对该组织国际义务的违反。

评注

(1) 第 4 条针对国际组织表述了一项一般原则，这项原则适用于任何国际不法行为，不论该行为是谁所为。如同国家的情况，将行为归于一国际组织的国际不法行为是发生不法行为的两个基本要素之一。“行为”一词的含义同时包括国际组织的作为与不作为。将行为归于一国际组织的有关规则载于第二章的规定。

(2) 第三章中所要审查的第二个基本要素是，行为构成对国际法所规定的义务的违反。义务可以来自于对国际组织具有约束力的条约或对该组织适用的任何其他国际法来源。正如国际法院在其解释 1951 年 3 月 25 日卫生组织和埃及之间协定的咨询意见中所指出的，国际组织

⁷⁴ 《1999 年国际法院案例汇编》，第 88-89 页，第 66 段。

⁷⁵ 《2001 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 86 页起。

“由于其章程或作为缔约方加入的国际协定按照一般国际法规则承担的任何义务而受到约束。”⁷⁶

因此，有可能违反任何这些国际义务。

(3) 此外，同国家的情况一样，损害似乎不是产生一国际组织之国际责任的必要因素。在大多数情况下，国际不法行为会引起物质损害。但也能设想到这样的情况：违背国际义务的情况发生但没有同时发生物质损害。是否要求伴随损害发生，这取决于主要义务的内容。

第 5 条

把国际组织的行为定性为国际不法行为

在把国际组织的行为定性为国际不法行为时须遵守国际法。

评注

(1) 第 5 条规定在将国际组织的行为定性为国际不法行为时须依照国际法，这是活用了国家对国际不法行为的条款第 3 条中的第一句话。这句话似显而易见，并隐含在本条款草案第 4 条中，该条提到在确定作为或不作为是否归于一国际组织以及是否构成对国际义务的违反时均须依照国际法。然而在将行为定性为国际不法行为时须提到国际法，这是值得特别说明的重要一点。

(2) 关于国家对国际不法行为责任的第 3 条中的第二句话不易改用于国际组织。第二句话说，按照国际法将行为定性为不法行为时“不因国内法把同一行为定性为合法行为而受到影响”，这意在强调，国内法因取决于国家的单方面意志，决不可用来为违反国际法义务的行为辩护。而为国际组织难以表述一项相似的原则，其原因是，国际组织的规则很难与国际法有明显差异。至少国际组织的宪章性文件是一项条约或依国际法订立的另一种文件；国际组织的另一些规则可能被视为国际法的一部分。

(3) 当组织的规则属于国际法一部分时，这种规则可影响到依国际法将一种行为定性为国际不法行为。但是，虽然组织的规则可能相对于国际组织与其成员的关系而影响到国际义务，但对于非成员来说，便不能具有类似的作用。

(4) 关于违背国际义务行为的发生的第 10 条的评注将更详细地讨论组织规则的法律性质和可能效果等问题。

⁷⁶ 《1980 年国际法院案例汇编》，第 89-90 页，第 37 段。

第二章

将行为归于国际组织

评注

(1) 本条款第 4 条规定：依国际法把行为归于一国际组织是该国际组织出现国际不法行为的一种情况，另一种情况是同一行为构成对该国际组织之国际义务的违反。随后的第 6 条至第 9 条处理了把行为归于一国际组织的问题。正如第 4 条中所述，行为是指作为和不作为。

(2) 正如第一章评注中所说明的，在某些情况下，不把行为归于一国际组织，也会引起该国际组织的责任。⁷⁷ 在这些情况下，行为会归于一国或一国际组织。在后一种情况下，把行为归于一国际组织的规则也是相关的。

(3) 与关于国家对国际不法行为的责任的第 4 条至第 11 条一样，⁷⁸ 本条款第 6 条至 9 条的案文处理的是行为的归属。实践通常把重点放在责任的归属，而不是行为的归属。对好几项法律文书来说，也是这样。例如，《联合国海洋法公约》附件九在要求各国际组织及其成员国就《公约》所涉及的事项申报其各自的权限以后，就在第 6 条中以下列措辞考虑了责任归属问题：

“依本附件第 5 条具有权限的缔约国对未能遵守义务或侵犯本《公约》的任何其他行为负有责任。”⁷⁹

不一定意味着把行为归于有责任的缔约国。

(4) 虽然在实践中不经常发生，还是不能排除行为的双重、甚或多重归属的情况。因此，把若干行为归于某一国际组织并不意味着不能把同一行为归于一国，反之，也不能排除在把行为归于一国以后又把同一行为归于一国际组织的情况。人们也可能设想把行为同时归于两个或两个以上国际组织的情况，例如，当这些组织设立了一个共同的机关而通过这个机关采取行动的情况。

(5) 与国家对国际不法行为的责任条款一样，本条款草案只提供了正面的归属标准。因此，本条款草案不指向不能把行为归于该组织的情况。例如，条文中没有明言，而只是暗指：安全理事会授权国家或国际组织，在把一些力量链接到联合国的指控链的范围以外采取必要措施时，不能把国家或国际组织的军事力量的行为归于联合国。

(6) 本条款草案第 6 条至第 9 条考虑了国家对国际不法行为的责任条款草案第 4 条至第 11 条中与国家有关的大多数问题。但是，目前条款中没有任何案文适用

⁷⁷ 第四章列举了一些例子。

⁷⁸ 《2001 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 38-54 页。

⁷⁹ 联合国《条约汇编》，第 1833 卷，第 397 页起，载于第 580 页。

于关于国家对国际不法行为的责任的第 9 条至第 10 条中处理的问题。⁸⁰ 后面的一些条文涉及官方当局不存在或不在场的情况下所进行的行为，并且涉及叛乱运动或其他运动的行为。在国际组织方面，这些情况不可能发生，因为它们预先假定：行为所归于的实体行使着对领土的控制。虽然人们可能找到某一国际组织管理领土的一些事例，⁸¹ 任何上述问题在这方面成为相关问题的可能性看来过于微小，不必专门设立一项条款。但是，据理解，如果在国际组织方面仍然发生这种问题，人们就必须通过类比的方式对该组织适用对国家适用的相关规则，即国家对国际不法行为的责任条款第 9 条，抑或第 10 条。

(7) 把行为归于国际组织的问题的一些实践被用于处理民事责任问题，而不是国际不法行为的责任问题。但是，若说明或适用某项标准不是为了认定它只与审议中的特定问题有关，而是反映了对行为如何归属于国际组织的一般理解，上述实践仍然有关。

第 6 条

国际组织的机关或代理人的行为

1. 国际组织的机关或代理人履行该机关或代理人职能的行为，依国际法应视为该组织的行为，不论该机关或代理人相对于该组织而言具有何种地位。
2. 为确定该组织的机关和代理人的职能，适用该组织的规则。

评注

(1) 根据关于国家对国际不法行为的责任的第 4 条，⁸² 把行为归于一国基本上是以作为代理人或实体的“国家机关”的特性为前提的。但是，正如本评注所澄清的，⁸³ 确定归属很难依赖有关国家国内法中特定术语的使用。在同国际组织有关的相应的法律系统方面，可以作类似的论证。

(2) 值得注意的是，虽然联合国宪章的一些规定使用“机关”的术语，⁸⁴ 国际法院在审议代理联合国行事的人的地位时，只认定联合国的机关赋予某一个人职务的事实是相关的。法院使用了“代理人”一词，并没有认定该人有或没有官方身份的事实。国际法院在其关于联合国公务中所受伤害赔偿案咨询意见中指出，大会所处理的问题涉及联合国的一个代理人受伤时提出索赔的能力，并且说：

⁸⁰ 《2001 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 49-50 页。

⁸¹ 例如，根据安全理事会 1999 年 6 月 10 日第 1244(1999)号决议，授权“秘书长在有关国际组织的协助下，在科索沃建立国际民事存在，以便为科索沃提供一个临时行政当局[……]”。

⁸² 《2001 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 40 页。

⁸³ 同上，第 42 页。

⁸⁴ 《联合国宪章》第 7 条提到“主要机关”和“附属机关”。“附属机关”也出现在《宪章》第 22 和 30 条。

“法院非常宽泛地理解‘代理人’一词，也就是说此人是该组织的一个机关委托执行或协助履行它的一项职能的任何人，不管是否向他支付薪酬，也不管是否予以长期雇用——简单地说，就是该组织据以发挥作用的任何人。”⁸⁵

法院在随后关于《联合国特权和豁免公约》第六条第 22 节的适用的咨询意见中指出：

“在实践中，根据秘书长提供的资料，联合国需要将性质越来越不同的各种任务交给不具有联合国官员身份的人员。”⁸⁶

关于特权和豁免，法院还在同一项咨询意见中指出：

“此事的实质不在于行政职务，而在于其任务的性质”。⁸⁷

(3) 最近，法院在论述“关于人权委员会特别报告员享有法律程序豁免的争议”的咨询意见中指出：

“[……]因联合国或以其官员身份行事的代理人所实施的行为而造成的损害……可要求联合国对由此产生的损害负责。”⁸⁸

因此，法院认为，联合国的行为除包括其主要机关和附属机关的行为外，还包括其“代理人”的作为或不作为。“代理人”这一用语不仅指联合国官员，而且指根据联合国的一个机关赋予的职能而为联合国行事的其他人员。

(4) 国际法院有关联合国的评论可更广泛地适用于各国际组织，而大多数国际组织是通过其机关(不论是否如此界定)和受委托行使该组织职能的各种代理人行事的。正如瑞士联邦委员会在 1996 年 10 月 30 日的一项裁定中指出的那样：

“一般来说，人们可以将国际组织各种级别和各种性质的机关及其代理人在行使职权时的作为和不作为归于该国际组织。”⁸⁹

(5) 机关和代理人之间的区别看来与为了把行为归于一国际组织的目的无关。机关和代理人的行为都归于该组织。

⁸⁵ 《1949 年国际法院案例汇编》，第 177 页。这段文字已经在上文脚注 71 所对应的案文里引用。

⁸⁶ 《1989 年国际法院案例汇编》，第 194 页，第 48 段。

⁸⁷ 同上，第 194 页，第 47 段。

⁸⁸ 《1999 年国际法院案例汇编》，第 88-89 页，第 66 段。

⁸⁹ 原文为法文：“En règle générale, sont imputables à une organisation internationale les actes et omissions de ses organes de tout rang et de toute nature et de ses agents dans l'exercice de leurs compétences。(一般说来，各级和各类机关以及行使其权力的代理人的作为和不作为都归于国际组织的行为)”，文件 VPB 61.75，发表于瑞士联邦委员会的网站。

(6) 国际组织的机关或代理人可能是一国或另一国际组织派遣的机关或代理人。在多大程度上，受派遣的机构或代理人的行为须归于接受派遣的组织，这个问题在第 7 条的评注里有详细讨论。

(7) 第 1 款中提到这样的事实：机关或代理人“履行该机关或代理人的职务”是为了表明，当该机关或代理人行使被赋予的职能时，该行为归于该国际组织，当该机关或代理人以私人身份行事时，绝对不能把行为归于该组织。第 8 条载述越权行为的归属。

(8) 根据关于国家对国际不法行为的责任条款草案第 4 条第 1 款，在把一个机关的作为归于一个国家时，“不论该机关行使立法、行政、司法职能，还是任何其他职能，不论在国家组织中具有何种地位，也不论它作为该国中央政府机关或一领土机关而具有何种特性”。⁹⁰ 后一种具体说明很难适用于国际组织。其他要素则可予以保留，但可以用简洁的措词加以概括。另外，鉴于虽然可要求所有国家履行上述的全部职能，但在这方面，各组织的情况可能差别很大。因此，第 1 款只说明“不管该机关或代理人相对于该组织而言具有何种地位。”

(9) 有关国际组织确定将何种职能委托给每一个机关或代理人。通常这是按照第 2 款中所指明的“组织的规则”办理的。第 2 款所用措词不让组织规则的适用成为唯一标准，是为了考虑到，在例外情况下，组织的机关或代理人的职能即使不能说是、也可能被认为是根据该组织的规则赋予的。

(10) 国家对国际不法行为的责任条款第 5 条涉及“行使政府权力要素的个人或实体的行为”。⁹¹ 这个术语通常对于国际组织来说并不适当。人们可能必须用不同的方式来表示某一个实体和某一个国际组织之间可能有的联系。但是，在本条款草案中增添一项规定，以便使相应于国家对国际不法行为的责任条款草案第 5 条所设想到的那种情况中包括人或实体的情况，却是多余的。“代理人”一词在第 2 条(d)项中具有广泛的含义，足可涵盖上述的人或实体。

(11) 关于国家对国际不法行为的责任条款第 8 条中所指的人或人群，可以得出同样的结论。⁹² 这项规定涉及实际上按照一国或一国际组织的指示或在其指挥或控制下行事的人或人群，根据条款草案第 2 条(d)项中所下的定义，必须把他们视为代理人。如同上文评注第(9)段所指出的，在例外情况下，为了确定行为的归属，应该把人或实体视为受到委托行使该组织的职能，即使这并不是根据该组织的规则办理的。

⁹⁰ 《2001 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 40 页和有关评注第(6)-(7)段，第 40-41 页。

⁹¹ 同上，第 42 页。

⁹² 同上，第 47 页。

第 7 条

交由国际组织支配的一国机关或另一国际组织的机关或代理人的行为

交由国际组织支配的一国机关或另一国际组织的机关或代理人的行为依国际法应视为前一国际组织的行为，如该组织对该行为行使有效控制。

评注

(1) 当一国机关交由一国际组织支配时，该机关可能全部接受该组织调派。在这种情况下，该机关的行为将明确地归于该接受组织。当一国际组织的机关或代理人全部接受另一组织的调派时，可以适用同样的因果关系。在这种情况下，便可适用第 6 条中所载述的一般规则。第 7 条处理不同的情况，被借调的机关或代理人仍然在一定程度上作为借出国的机关或在若干程度上作为借出组织的机关或代理人行事。例如，在一国把军事特遣队交由联合国在维持和平行动中调派任务便发生这种情况，因为该国对其国家特遣队成员仍保留纪律权力和刑事管辖权。⁹³ 在这种情况下，便发生了是否应该把借出机关或代理人的特定行为归于接受组织或借出国或组织的问题。

(2) 由于国家对国际不法行为的责任条款在这方面不使用“代理人”一词，第 7 条只是考虑了一国的机关交由国际组织支配的情况。但是，在涉及国家时，“机关”一词须作广义的理解，包括依照国家对国际不法行为的责任条款第 5 和第 8 条其行为须归于一国的那些实体和个人。

(3) 借出国或组织可以就将一机关或代理人交由后一组织调遣事宜与接受组织缔结一项协定。这项协定可以规定哪一国或组织应该对该机关或组织的行为负责。例如，根据与联合国会员国交由联合国调遣军事特遣队有关的特遣协定范本，联合国被视为对第三方负有责任，但在“政府提供人员的严重疏忽或故意过失以致[造成]损失、损坏、死亡或伤害”等情况下有权向派遣国提出追偿。⁹⁴ 该协定似乎只处理分担责任事宜，而不涉及行为的归属。总之，这种协定不是决定性的，因为它只制约派遣组织与接受组织之间的关系，因此无法剥夺第三方根据一般规则对责任国或责任组织所拥有的任何权利。

(4) 把行为归于派遣国或派遣组织或归于接受组织的标准，是依第 7 条交由接受组织调遣的机关或代理人行使实际控制的具体行动为依据。正如一个国家在评论中指出的，还须考虑到“全面的事实情况和特定背景”。⁹⁵ 国家对国际不法行为的责任条款第 6 条⁹⁶ 采取了类似的处理方式，不过采取了不同的措词方式。根据后一条文，决定性的标准是“该机关为行使支配该机关的国家政府权力

⁹³ 通常在联合国与派遣国缔结的协议中指明。见秘书长的报告(A/49/691)，第 6 段。

⁹⁴ 《示范捐助协定》第 9 条(A/50/995, 附件; A/51/967, 附件)。

⁹⁵ 联合王国, A/C.6/64/SR.16, 第 23 段。

⁹⁶ 《2001 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 43-44 页。

要素而行事”。但是，国家对国际不法行为的责任条款第 6 条的评注解释说：关于行为归于接受国的问题，它必须是“根据其唯一的指挥和控制，而不是按照派遣国的指示”⁹⁷ 总之，第 6 条的措词不能在这里重复，因为“行使政府权力要素”的提法对国际组织不合适。

(5) 对于国家来说，控制的存在历来主要是在人或人群的行为，尤其是非正规军的行为，是否归于国家这一问题中讨论的。⁹⁸ 在一机关或代理人交由一国际组织调遣的情形下，控制起到不同的作用。它不涉及某一行为到底是否可归于一国或一国际组织的问题，而是可将行为归于哪一实体(派遣国或组织或接受组织)的问题。

(6) 联合国原则上认为它对维持和平部队的国家特遣队的部署拥有唯一的控制。由于这项前提，联合国法律顾问说：

“作为联合国的一个附属机关，一支维持和平部队的行为，从原则上说，可归属本组织，如果实施此种行为违反了国际义务，就会引起本组织的国际责任及其赔偿责任。”⁹⁹

这项声明总结了联合国关于联合国在刚果的行动(联刚行动)，¹⁰⁰ 联合国驻塞浦路斯维持和平部队(联塞部队)¹⁰¹ 和后来的维持和平部队的做法。¹⁰² 联合国秘书处最近的一项评论中指出，“出于若干原因，主要是政治原因”，联合国的做法是，在涉及维持和平行动时，“维持联合国相对于第三方的责任原则”。¹⁰³

(7) 在目前情形下，由于派遣国保留对纪律和刑事事项的控制，涉及维和部队的实践特别重要。¹⁰⁴ 这可能对行为的归属具有影响。例如，联合国法律事务厅在遵守 1973 年《濒危野生动植物国际贸易公约》所规定义务方面采取了下列方针：¹⁰⁵

⁹⁷ 同上，第 44 页，第 6 条评注第(2)段。

⁹⁸ 同上，第 47-49 页。

⁹⁹ 2004 年 2 月 3 日联合国法律顾问给编纂司长的未发表的信，A/CN.4/545，第二部分 G 节。

¹⁰⁰ 见联合国与比利时(联合国《条约汇编》，第 535 卷，第 191 页)、希腊(同上，第 565 卷，第 3 页)、意大利(同上，第 588 卷，第 197 页)、卢森堡(同上，第 585 卷，第 147 页)和瑞士(同上，第 564 卷，第 193 页)缔结的规定赔偿的协定。

¹⁰¹ 《联合国法律年鉴》(1980 年)，第 184-185 页。

¹⁰² 见《秘书长关于资助联合国维持和平行动的报告》，(A/51/389)，第 4 页，第 7-8 段。

¹⁰³ A/CN.4/637/Add. 1, sect. II.B.3, para. 3.

¹⁰⁴ 见上文本评注第(1)段和上文注 93。

¹⁰⁵ 联合国《条约汇编》，第 993 卷，第 243 页。

“由于公约要求缔约国承担执行规定的责任，还由于部队派遣国保留对其军事人员的刑事行为的管辖权，执行《公约》规定的责任由参与缔结公约的部队派遣国承担。”¹⁰⁶

把行为归于派遣国显然与该国对其国家特遣队保留一些权力从而在有关方面拥有控制权有关。

(8) 正如若干学者历来所认为的那样，¹⁰⁷ 当一机关或代理人交由一国际组织处置时，在既定情况下与行为归属有关的关键问题似乎是谁对有关行为具有有效控制。例如，在为调查第二期联索行动部队人员受到武装攻击事件而设立的调查委员会报告所述情况下，就很难将部队的行为归于联合国：

“第二期联索行动部队指挥官对若干国家的特遣队没有有效的控制权，这些特遣队在执行部队指挥部的命令之前不同程度地坚持征求其本国当局的命令。在联合国的旗帜下和在联索行动任务范围内进行的许多大型行动完全不在联合国的指挥和控制之下，虽然其后果对联索行动的任务及其人员的安全具有重大的影响。”¹⁰⁸

布鲁塞尔一审法院采取相同的处理办法，认定联合国驻卢旺达援助团比利时特遣队指挥官在 1994 年 4 月作出的放弃在基加利附近的一处事实上的难民营地的决定是“在比利时主持下作出的，而不是在联合国援助团主持下作出的”。¹⁰⁹

¹⁰⁶ 《联合国法律年鉴》(1994 年)，第 450 页。

¹⁰⁷ J.-P. Ritter, “关于国际组织的外交保护”，《法国国际法年鉴》，第 8 卷(1962)，第 427 页起，载于第 442 页；R. Simmonds, 联合国军事行动的法律问题(海牙：奈霍夫出版社，1968 年)，第 229 页；B. Amrallah, “联合国为联合国维和部队进行的活动的国际责任”，《埃及国际法评论》，第 32 卷(1976)，第 57 页起，载于第 62-63 页和第 73-79 页；E. Butkiewicz, “政府间组织之国际责任的前提”，《波兰国际法年鉴》，第 11 卷(1981-1982 年)，第 117 页起，载于第 123-125 和 134-135 页；M. Perez Gonzalez, “国际组织和责任法”，《国际公法综合评论》，第 92 卷(1988 年)，第 63 页起，载于第 83 页；M. Hirsch, 国际组织对第三方的责任(多德雷赫特/伦敦：奈霍夫出版社，1995 年)，第 64-67 页；C.F. Amerasinghe, 《国际组织法制度的原则》，第 2 版，(剑桥：剑桥大学出版社，2005 年)，第 401-403 页；P. Klein, 《国际组织在国内法律秩序和人权中的责任》(布鲁塞尔：Bruylant 出版社/布鲁塞尔大学版，1998 年)，第 379-380 页；I. Scobbie, “国际组织和国际关系”载于 R.J. Dupuy(编)，《国际组织手册》，第 2 版(多德雷赫特/波士顿/伦敦：奈霍夫出版社，1998 年)，第 891 页；C. Pitschas, 《欧洲共同体及其成员国的法律责任》(柏林：邓克尔 & 胡姆布洛特出版社，2001 年)，第 51 页；J.-M. Sorel, “联合国在维持和平行动中的责任”，《国际法论坛》，第 3 卷(2001 年)，第 127 页起，载于第 129 页。一些作者提到“有效控制”，另一些作者提到“行动控制”。M. Bothe 也使用了后一概念，《国际组织有争议的力量》(科隆/柏林：海曼出版社，1968 年)，第 87 页。L. Condorelli 着重指出在行动和组织控制之间划出一条界线的困难，“联合国部队的地位和国际人道主义法”，再论国际法，第 78 卷(1995 年)，第 881 页起，载于第 887-888 页。国际法律协会的国际组织问责制委员会提议的草案提到“有效控制(行动指挥和控制)的标准”。国际法协会，《第七十一次大会报告》，柏林(2004 年)，第 200 页。

¹⁰⁸ S/1994/653, 第 243-244 段，第 45 页。

¹⁰⁹ 未发表的判决，*Mukeshimana-Ngulinzira and others v. Belgian State and others*, 第 38 段。法文原文中的词语是：“une décision prise sous l’égide de la Belgique et non de l’UNAMIR”。

(9) 联合国秘书长认为，“有效控制的程度”这一标准对联合行动最为关键：

“联合国对联合国部队与作战有关的活动负有国际责任的前提是，有关行动完全在联合国的指挥和控制下。[……]在联合行动中，部队行为的国际责任在于根据确定部队提供国与联合国之间合作安排所赋予的行动指挥和控制权。在联合国与部队提供国之间没有正式安排的情形下，则根据双方在行动中所行使的有效控制的程度个别确定责任。”¹¹⁰

在涉及联索行动和索马里快速反应部队等联合军事行动中所认定的论点应该也适用于维持和平行动，只要能够在其彼此关系中辨别各自涉及联合国和派遣国的有效控制区。虽然为了军事行动的效率，联合国坚持要求对维持和平部队的唯一指挥和控制，这是可以理解的，但在这个方面，行为的归属也应该以实际标准为依据。

(10) 欧洲人权法院首先在“Behrami和Behrami诉法国”和“Saramati诉法国、德国和挪威”两个案件¹¹¹中审议了行为归属问题，涉及由联合国支配驻扎在科索沃的部队(联合国科索沃特派团(科索沃特派团))或由联合国授权给驻扎在科索沃的部队(驻科索沃部队(驻科部队))的属人管辖权。该法院提到国际法委员会目前的工作，特别是委员会暂时通过的“有效控制”的标准。虽然没有对委员会阐明的标准提出任何批评，该法院认为，决定性因素是“联合国安全理事会”是否“保留了最终权力和控制，从而只下放行动指挥权”。¹¹²该法院虽然承认“北约指挥权在军事行动中的效力或统一”，¹¹³但是指出，驻科部队在科索沃的驻扎是以安全理事会通过的决议为依据，并得出结论认为，“驻科部队是在行使联合国安全理事会根据第七章合法下放的权力，因此，按照[本条款草案第4条所述]‘可归于’一词的含义，被质疑的行动在原则上‘可归于’联合国”。¹¹⁴人们可以正确地指出，该法院假如适用委员会规定的关于有效控制的标准，则行动的控制似乎比“最终的”控制更有意义，因为最终的控制几乎没有在有关

¹¹⁰ A/51/389, 第17-18段, 第6页。

¹¹¹ 2007年5月2日关于第71412/01和78166/01号申请可否受理的决定(大审判庭)。

¹¹² 同上, 第133段。

¹¹³ 同上, 第139段。

¹¹⁴ 同上, 第141段。

行动上意味着任何作用。¹¹⁵ 难怪联合国秘书长会在 2008 年 6 月关于联合国驻科索沃过渡时期行政代表团的报告中与最终控制的标准保持距离，从而指出：“人们理解，联合国的国际责任将在有效的行动控制方面，受到限制”。¹¹⁶

(11) 在“Kasumaj诉希腊”¹¹⁷ 和“Gajić诉德国”¹¹⁸ 两个案件中，欧洲人权法院重申了关于把派到驻科部队的国家特遣队的行为归于联合国的意见。同样，在 Berić及其他人诉波斯尼亚和黑塞哥维那一案¹¹⁹ 中，该法院逐字长篇引用了它以前关于Behrami和Saramati两个案件的裁决，同样得出结论认为，必须把波斯尼亚和黑塞哥维那高级代表的行为归于联合国。

¹¹⁵ 多位作者指出，欧洲法院没有适用按委员会所设想的方式行使有效控制的标准。见 C. A. Bell, “Reassessing multiple attribution: the International Law Commission and the *Behrami and Saramati* decision”, *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 42(2010), p. 501; P. Bodeau-Livinec, G.P. Buzzini and S. Villalpando, note, *American Journal of International Law*, vol. 102 (2008), p. 323 at pp. 328-329; P. Klein, “Responsabilité pour les faits commis dans le cadre d’opérations de paix et étendue du pouvoir de contrôle de la Cour européenne des droits de l’homme : quelques considérations critiques sur l’arrêt Behrami et Saramati”, *Annuaire Français de Droit International*, vol. 53 (2007), p. 43 at p. 55 ; Ph. Lagrange, “Responsabilité des Etats pour actes accomplis en application du chapitre VII de la Charte des Nations Unies”, *Revue Générale de Droit International Public*, vol. 112 (2008), p. 85 at pp. 94-95; C. Laly-Chevalier, “Les opérations militaires et civiles des Nations Unies et la Convention européenne des droits de l’homme”, *Revue Belge de Droit International*, vol. 40 (2007), p. 627 at pp. 642-644; K.M. Larsen, “Attribution of Conduct in Peace Operations: The ‘Ultimate Authority and Control’ Test”, *European Journal of International Law*, vol. 19 (2008), p. 509 at pp. 521-522 ; F. Messineo, “The House of Lords in Al-Jedda and Public International Law: Attribution of Conduct to UN-Authorized Forces and the Power of the Security Council to Displace Human Rights”, *Netherlands International Law Review*, vol. 56 (2009), p. 35 at pp. 39-43; M. Milanović and T. Papić, “As Bad as It Gets: The European Court of Human Rights Behrami and Saramati Decision and General International Law”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 58 (2009), p. 267 at pp. 283-286; A. Orakhelashvili, note, *American Journal of International Law*, vol. 102 (2008), p. 337 at p. 341 ; P. Palchetti, “Azioni di forze istituite o autorizzate dalle Nazioni Unite davanti alla Corte europea dei diritti dell’uomo: i casi Behrami e Saramati”, *Rivista di Diritto Internazionale*, vol. 90(2007), p. 681 at pp. 689-690; A. Sari, “Jurisdiction and International Responsibility in Peace Support Operations: The Behrami and Saramati Cases”, *Human Rights Law Review*, vol. 8(2008), p. 151 at p. 164; and L.-A. Sicilianos, “L’(ir)responsabilité des forces multilatérales? ”, in *International Law and the Quest for its Implementation*; Liber Amicorum Vera Gowlland-Debbas, L. Boisson de Chazournes and M. Kohen, eds. (Leiden/Boston: Brill, 2010), p. 95 at pp. 98-106; and H. Strydom, “The Responsibility of International Organisations for Conduct Arising out of Armed Conflict Situations”, *South African Yearbook of International Law*, vol. 34 (2009), p. 101 at pp. 116-120.

¹¹⁶ S/2008/354, 第 16 段。

¹¹⁷ 2007 年 7 月 5 日关于第 6974/05 号申请是否受理的决定。

¹¹⁸ 2007 年 8 月 28 日关于第 31446/02 号申请的是否受理的决定。

¹¹⁹ 2007 年 10 月 16 日关于第 36357/04、36360/04、38346/04、41705/04、45190/04、45578/04、45579/04、45580/04、91/05、97/05、100/05、1121/05、1123/05、1125/05、1129/05、1132/05、1133/05、1169/05、1172/05、1175/05、1177/05、1180/05、1185/05、20793/05 和 25496/05 号申请是否受理的决定。

(12) 英国上议院在Al-Jedda一案中作出的裁决也大量引用了委员会目前所做的工作。¹²⁰ 多数意见之一认为：“双方的一个共同立场是，应把国际法委员会在其关于国际组织责任的条款草案的第[6]条中所述原则作为指导原则”。¹²¹ 上议院当时收到由于英国部队在伊拉克拘留一个人而提出的索赔要求。安全理事会第1546(2004)号决议此前曾授权在伊拉克驻扎多国部队。多数意见看来支持欧洲人权法院在Behrami和Saramati两案中表示的意见，但指出英国案件的事实有所不同，认为“无法按照实际情况指出，美国和联合王国的部队是在联合国的有效指挥和控制之下，或联合王国的部队在拘留投诉人时是在这样的指挥或控制之下”。¹²² 这一结论看来符合意图采取的有效控制的标准的方式。

(13) 英国上议院判决之后，Al-Jedda先生向欧洲人权法院提出了申诉。对Al-Jedda诉英国一案，欧洲人权法院引用了关于责任归属的好几项案文，包括委员会一读通过的本条(与现在的文字相同)以及评注中的一些段落。¹²³ 法院认为，“联合国安全理事会对于多国部队里的外国军人的行为或不行为，既无有效控制，也无最终权威，故申诉人被拘留一事无法归于联合国。”¹²⁴ 法院一致认定，申诉人的拘留一事须归于应诉国。¹²⁵

(14) 海牙地区法院的一项判决也考虑了归属问题，该项判决涉及联合国保护部队(联保部队)中的荷兰特遣队与斯雷布雷尼察屠杀有关的行为的归属问题。这项裁决只是泛泛地提到委员会的条款。¹²⁶ 该法院认为：“应该把荷兰营的受到指责的行为定为联保部队特遣队的行为”，“原则上，应该严格地把这些作为和不作为归于联合国”。¹²⁷ 该法院随后认为，“荷兰营如果接受荷兰政府的指示，无视联合国的命令或违反这些命令，则是按照荷兰的指示行事，从而有悖于把所涉行为归于联合国的事实依据”。¹²⁸ 该法院认为，并没有充分的证据得出这样的结论。针对就上述判决的上诉，海牙上诉法院提及委员会一读通过的本条草案(与现在的案文相同)。法院将“有效控制”的标准适用于本案的情况，得出结

¹²⁰ 2007年12月12日的裁决，R(关于Al-Jedda)(FC)诉国防国务大臣一案的申诉。

¹²¹ 同上，Cornhill的宾汉姆勋爵的意见，第5段。

¹²² 因此，Cornhill的宾汉姆勋爵的意见，第22-24段(引文摘自第23段)。Richmond的海尔男爵夫人(第124段)、卡斯韦尔勋爵(第131段)和Eaton-under-Heywood的布朗勋爵(第141-149段，陈述他自己的理由)同意这一结论，而Earlsferry的罗杰勋爵则不同意。

¹²³ 判决(大审判庭)，2011年7月7日，<http://cimskp.echr.coe.int>，第56段。

¹²⁴ 同上，第84段。法院认为，Al-Jedda“被拘禁一事发生在巴士拉城里的一处拘留所，该设施完全由英国军队控制，因此申诉人自始至终处于联合王国的权力和控制之下”(第85段)。

¹²⁵ 同上，执行部分第3段。

¹²⁶ 2008年9月10日的判决，案例号：265615/HA ZA 06-1671，第4.8段。英文译文载于<http://zoeken.rechtspraak.nl>。

¹²⁷ 同上，第4.11段。

¹²⁸ 同上，第4.14.1段。

论认为，应诉国应对其介入斯雷布雷尼察所发生的事件负责，这些事件导致三名波斯尼亚人在从荷兰营驻地赶出之后被杀害。¹²⁹

(15) 适用于维持和平部队的原则可延伸到交由联合国支配的其他国家机关。如救灾单位，对此联合国秘书长写道：

“如果救灾单位本身由联合国设立，该单位就是联合国的附属机关。此类救灾单位的法律地位类似于联合国驻塞浦路斯部队(联塞部队)的法律地位[……]”¹³⁰

(16) 对一国际组织将其机关交由另一国际组织支配这一较少见的情况，也可以得出类似的结论。泛美卫生会议提供了一个事例，由于世界卫生组织(卫生组织)与泛美卫生组织之间的一项协定，该会议“在世界卫生组织法范围内，分别成为区域委员会和世界卫生组织西半球区域办事处”。¹³¹ 世界卫生组织的法律顾问指出：

“根据那一安排，泛美卫生组织及其工作人员的行为可以牵涉到世界卫生组织的责任。”¹³²

第 8 条 逾越权限或违背指示

国际组织的机关或代理人若以官方身份并在该组织总体职能范围内行事，其行为依国际法应视为该组织的行为，即使该行为逾越了该机关或代理人的权限或违背了指示。

评注

(1) 第 8 条载述国际组织的机关或代理人的越权行为。越权行为可能属于该组织的权限范围内，但超出了办事机关或代理人的权力。越权行为也可能超越该组

¹²⁹ 2011 年 7 月 5 日的判决，<http://zoeken.rechtspraak.nl>，特别是 5.8 段和 5.9 段。法院认为，荷兰是能够不让受害人从荷兰营地被移走的。法院赋予“有效控制”以广泛的含义，将防止发生的能力也包括在内，这是采纳了 T. Dannenbaum 的思路，“Translating the Standard of Effective Control into a System of Effective Accountability: How Liability Should Be Apportioned for Violations of Human Rights by Member State Troops Contingents as United Nations Peacekeepers”，*Harvard International Law Review*, vol. 51 (2010), p. 113 at p. 157. 法院还考虑了将行为同时归属于起源国和联合国的可能性。这种双重归属的做法是由 C. Leck 倡导的，“International Responsibility in United Nations Peacekeeping Operations: Command and Control Arrangements and the Attribution of Conduct”，*Melbourne Journal of International Law*, vol. 10 (2009), p. 346 at pp. 362-364。

¹³⁰ 《联合国法律年鉴》(1971 年)，第 187 页。

¹³¹ 1949 年 5 月 24 日的《协定》第 2 条(<http://intranet.who.int>)。

¹³² 2003 年 12 月 19 日卫生组织法律顾问给联合国法律顾问的信，A/CN.4/545，第二.H 节。

织的权限，¹³³ 在这种情况下，越权行为必然也逾越办事的机关或代理人的权力。

(2) 第 8 条必须结合与其行为归属有关的其他条文，尤其是第 6 条来解读。据理解，第 6 条规定，机关和代理人是行使该组织职能的人和实体。除了例外情况(第 6 条评注第(11)段)，该组织的规则按照第 2 条(b)项的规定，将处理这个问题，不论一个机关或代理人是否有采取某些行为的权限。其含义是，只有当指示对机关或代理人具有约束力的时候，就行为归属的目的来说，它才是有关的。此外，在这方面，组织的规则通常具有关键作用。

(3) 第 8 条的措词方式密切地依循着国家对国际不法行为的责任条款第 7 条的措词方式。¹³⁴ 其案文的唯一不同是由于这样的事实所致：后一条文考虑到关于国家对国际不法行为的责任的第 4 条和第 5 条的措词方式，从而审议了受权行使政府权力要素的“一国的机关或人或实体的”越权行为，而目前的条文只需要同第 6 条一致就行了，因此比较单纯地提到“一国际组织的一个机关或一个代理人”。

(4) 国家对国际不法行为的责任条款第 7 条和目前条文的关键要素都是以“以该身份”行事的机关作为必要条件。这种措词方式是为了表示，在越权行为和机关或代理人的职能之间，必需有密切的联系。正如在关于国家对国际不法行为的责任的第 7 条评注中所说的，案文“表明所指行为只包括据称或显然执行其正式职能的机关的作为和不作为，而不包括恰恰是国家机关或代理人的个人的作为或不作为”。¹³⁵ 为了使这一点更清楚，本条明确规定，国际组织的机构或代理人须“以官方身份并在该组织总体职能范围内行事”。¹³⁶

(5) 第 8 条只涉及行为归属，不影响越权行为是否有效或不符合该组织的规则的问题。即使该行为被视为无效，也可能是国家机关或代理人的个人的私人作为或不作为。

(6) 国际法院在关于联合国某些费用的咨询意见中接受了将某一机关越权采取的行为归于某一国际组织的可能性，它表示：

¹³³ 正如国际法院在其关于一国在武装冲突中使用核武器的合法性的咨询意见所说：

“[……]国际组织[……]与国家不同，它不拥有一般的权限。国际组织是由‘特殊性原则’制约的，也就是说，它们是由凭借权力予以建立的国家投资的，其限制是这些国家委托它促进的共同利益的函数。”

《1996 年国际法院案例汇编》，第 78 页，第 25 段。

¹³⁴ 《2001 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 45 页。

¹³⁵ 同上，第 46 页，第 7 条评注第(8)段。

¹³⁶ 提及组织的职能是由 J.M. Cortés Martín 倡导的：《Las Organizaciones Internacionales: Codificación y Desarrollo Progresivo de su Responsabilidad Internacional》(Instituto Andaluz de Administración Pública: Sevilla, 2008), pp. 211–223。

“如果确定所涉行为属联合国职能范围之内，但据称是由若干机关以不符合《宪章》所述职能分工的方式启动或实施的，这就涉及内部层面，涉及联合国的内部组织架构。如果这一行为是由一个不该实施该行为的机关所为，这对内部组织架构而言是违规行为，但这并不一定意味着所引起的费用不是联合国的费用。国内法和国际法均预期可能发生法人团体或政治团体因一代理人的越权而对第三方承担法律责任的情况。”¹³⁷

国际法院认为，联合国可能须承担其某一机关的越权行为所引起的费用，这反映了相对于不法行为而言，似乎更为强有力的政策考虑，因为拒绝行为归属可能使第三方无从采取任何矫正措施，除非将行为归于某国或另一组织。

(7) 将机关行为和官员行为与受权履行组织部分职能的人员的行为相区分，这没有什么理由，因为这种区分对国际组织的实践意义有限。¹³⁸ 国际法院似乎认为，组织也应该对并非担任官员的人的越权行为承担责任。该法院在关于人权委员会特别报告员享有法律程序豁免的争议的咨询意见中指出：

“[……]几乎无需指出的是，联合国所有代理人无论以何种官方身份行事，必须注意不逾越职能范围，他们应该谨慎行事，以免其行为导致对联合国的索赔。”¹³⁹

为何代理人(此处所涉及的是执行特派任务的专家)也应该注意避免逾越职能范围以免出现对组织的索赔，一个明显的理由是，该组织有可能须为该代理人的行为承担责任。

(8) 第 8 条中所述规则也在国际货币基金组织总法律顾问的下列声明中得到支持：

“如果官员未遵守规则或玩忽职守，那么，即使他逾越了授予他的权限，也可将所涉行为归于该组织，但一官员并非以官方身份行事的行为不可归于组织。”¹⁴⁰

(9) 国际组织的实践证实，当行为与机关或代理人的官方职能有关时，一机关或代理人的越权行为可归于组织。这似乎是联合国法律事务厅在一份有关维持和平部队成员在非公务时间外的行为所涉索赔问题的备忘录中所采取的立场为依据：

¹³⁷ 《1962 年国际法院案例汇编》，第 168 页。

¹³⁸ 国际法协会的国际组织问责委员会提出了以下规则：

“如果一国际组织的机关、官员或代理人以其官方名义行事，其行为应被视为该组织实施了国际法上的行为，即使该行为逾越了所授予的权限或违背了指示(越权)”。

国际法协会，《第七十一次会议报告》，柏林(2004 年)，第 200 页。

¹³⁹ 《1999 年国际法院案例汇编》，第 89 页，第 66 段。

¹⁴⁰ A/CN.4/545, 第二.H 节。

“联合国对维持和平部队成员在非公务时间外的政策是，本组织对此种行为所造成的死亡、伤害或损害不负任何法律或财务责任。[……]我们认为确定是否处于‘在公务时间外’的状态的首要因素是事件发生时维持和平使团是否以非公务/非业务身份行事，而不是该人员在事件发生时是穿着军装呢，还是穿着平民服装，也不是事件发生在行动区域内呢，还是发生在行动区域外。[……]就联合国的法律和财务责任而言，维持和平部队处于警戒状态的成员，如果在指定的‘警戒状态’以不属于履行公务的个人身份单独行事，则可能处于公务时间以外的状态。[……]我们要指出，每一案例的事实情况各不相同，因此，确定维持和平使团成员是处于公务时间内的地位，还是处于在公务时间外的地位，可能部分取决于每一案例的特定因素，同时要考虑到部队司令部或参谋部的意见。”¹⁴¹

一国特遣队中某一成员“在公务时间”外的行为不归于本组织，¹⁴² 但“公务时间内”的行为则可归于本组织，尽管我们不得不考虑任何越权行为与授予此人的职能之间有何种关系。

(10) 某一机关或代理人在公务时间之外作出了某项行为，这一点并不一定排除国际组织的责任，如果后者违背了按照国际法可能存在的义务。这很可能属于联合国法律事务厅在 1974 年曾提到的一种情况，当时法律事务厅针对联合国紧急部队成员的公务时间之外的行为，认为“可能存在着这样的情况，涉及部队成员在公务时间之外的行为，但联合国可适当地承认这牵涉了联合国的责任”。¹⁴³

第 9 条

被国际组织承认并当作自身行为的行为

按照第 6 至第 8 条不能归于一国际组织的行为，在并且只在该组织承认此行为并当作自身行为的情况下，依国际法应视为该组织的行为。

评注

(1) 第 9 条涉及一国际组织将按照前述条文不归于该组织的行为“承认和当作”其自身行为的情况。因此，行为的归属取决于该组织对某一行为的态度。“只有在”的提法反映它所承认和当作其自身行为的只是该行为一部分的情况。

(2) 第 9 条反映了国家对国际不法行为的责任条款草案第 11 条的内容。¹⁴⁴ 措词方式相同，但所指的是一个国家而不是一个国际组织。正如 11 条评注中所解

¹⁴¹ 《联合国法律年鉴》(1986 年)，第 300 页。

¹⁴² 海法地区法院在 1979 年 5 月 10 日的一项判决中审议了联黎部队成员参与将炸药移到以色列领土的“下班后”行为的明显案例，《联合国法律年鉴》(1979 年)，第 205 页。

¹⁴³ 这一句未发表过的意见引自联合国秘书处的书面评论，A/CN.4/637/Add.1, sect. II.B.4, para. 4。

¹⁴⁴ 《2001 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 52 页。

释的，当行为“可能未经确定归属”时，可以根据承认和当作自身行为予以确定。¹⁴⁵ 换言之，目前考虑的归属标准即使在尚未确定是否可根据其他标准确定归属的情况下也可以适用。

(3) 在同时涉及国家和国际组织的若干实践的情况下，承认和当作自身行为所涉及的是否在行为上归属或责任上归属，可能并不明确。例如，在欧洲共同体发表的声明中，这一点并不完全确定。在欧洲共同体关于某些计算机设备关税分类一案中，欧共体向世贸组织小组提出的口头诉状宣称：

“准备对关税减让方面的所有措施承担全部国际责任，不论遭到投诉的措施是在欧共体一级还是在成员国一级采取的”¹⁴⁶

(4) 一个更明显的案例是前南斯拉夫问题国际刑事法庭第二审判分庭的一项裁决。在检察官诉Dragan Nikolić一案中，该分庭审议了将被告被捕归于稳定部队问题。审判分庭首先指出，国际法委员会关于国家对国际不法行为的责任的条款“对国家没有约束力”，然后，提及第 57 条并指出，这些条款“主要是针对国家责任而不是国际组织或者实体的责任”。¹⁴⁷ 不过，分庭认为，“纯粹作为一般性法律指导”，它将“采用条款草案规定的原则，只要这些条款可有助于确定正在处理的问题”。¹⁴⁸ 因此，分庭广泛引用第 11 条及有关评注。¹⁴⁹ 然后分庭补充说：

“审判分庭认为，双方采用的关于‘确认’‘当作’‘同意’‘批准’的标准，与国际法委员会采用的标准相同或者相似。因此，问题是，在假定事实的基础上，是否可以认为，稳定部队已经将个人所采取的行为“确认并当作其自身的行为。”¹⁵⁰

审判分庭的结论是，稳定部队的行为不“等于将这些违法行为‘当作或确认为本身的行为’”。¹⁵¹

(5) 似乎没有任何政策上的理由足以妨碍对国际组织适用以承认和当作自身行为的方式确定行为归属的标准。在国际组织是否有权作出承认或将行为当作自身

¹⁴⁵ 同上，第 11 条评注第(1)段。

¹⁴⁶ 未分发的文件。

¹⁴⁷ 对质疑法庭行使管辖权的辩护方动议所作的裁决，2002 年 10 月 9 日，案件编号 IT-94-2-PT，第 60 段。

¹⁴⁸ 同上，第 61 段。

¹⁴⁹ 同上，第 62-63 段。

¹⁵⁰ 同上，第 64 段。

¹⁵¹ 同上，第 106 段。该上诉根据不同的理由被驳回。对于这个有争议的问题，上诉分庭只指出，“在个人进行绑架的情况下，管辖权的行使不应被拒绝，该个人的行动除非受到一国或一国际组织或其他实体的煽动、承认或容忍，行为本身不一定侵犯国家主权”。关于逮捕合法性的中间上诉的决定，2003 年 6 月 5 日，案件编号：IT-94-2-AR73，第 26 段。

行为的事项上，以及在确定哪个机关或代理人被接受有能力这样做时，有可能出现问题。虽然很不可能有特定的规则，组织的规则也制约着这个问题。

第三章 违反国际义务

评注

(1) 本条款草案第 6 条至第 9 条处理将行为归于一国际组织的问题。第 4 条规定，行为的归属是引起一国际组织国际不法行为的两个条件之一。另一个条件是，同一行为“构成对该组织国际义务的违反”。本章审查了这个条件。

(2) 正如第 4 条所说明的，一国际组织的行为可以说是“作为或不作为”。若该组织依国际法应采取若干积极行动却没有这么做，其不作为即构成违背义务行为。违背义务行为也可以是与该国际组织依国际法应该做的或不应该做的不一致的行为。

(3) 在很大程度上，本章中所包含的四个条文就其实质内容和措词方式来说，与国家对国际不法行为的责任条款第 12 条至第 15 条相对应。¹⁵² 这些条文表述了看来适用于任何国际法主体违背国际义务行为的一般性原则。所以，尽管各国国际组织涉及本章所处理的各种问题的现有实践并不多，但没有理由在本条款草案中采取不同的处理方式。

第 10 条 违反国际义务行为的发生

1. 如果国际组织的行为不符合国际义务对它的要求，该组织即违反了该国际义务，不论该义务的起源或特性为何。
2. 第 1 款也适用于一国际组织违反其依组织规则对成员的义务的情况。

评注

(1) 第 1 款的措词与国家对国际不法行为的责任条款第 12 条对应，¹⁵³ 只是将“国家”改为“国际组织”。

(2) 与论及国家责任时的情形一样，“国际义务”指国际法规定的义务，而不论有关义务的“起源为何”。正如国家对国际不法行为的责任条款第 12 条的评注提到的，¹⁵⁴ 这是为了表达这样的意思：“国际义务可由国际法的习惯规则、条约或国际法律秩序内适用的一般原则确定”。

¹⁵² 《2001 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 54-64 页。

¹⁵³ 同上，第 54 页。

¹⁵⁴ 同上，第 55 页，第 12 条评注第(3)段。

(3) 国际组织的国际义务可能是对整个国际社会、一个或数个国家(无论是成员或非成员)、另一个或另一些国际组织以及任何其他国际法主体承担的义务。

(4) 对一国际组织来说,义务可能多半来源于该组织的规则,第2条(b)项对此所下的定义是:“具体是指:该组织的宪章性文件、依宪章性文件通过的决定、决议和其他文件及该组织已确立的惯例”。不用多说,源于组成文书的义务或以这些文书为依据的具有约束力的决定所引起的义务,的确是国际义务,由于组织规则所规定的义务具有实际重要性,应该消除对本条款也适用于违背义务行为的任何来源的任何怀疑。第2款中的措词提到“国际组织的规则所确立的”义务,是指该组织所引起的任何义务。

(5) 人们可能会问,是否应将组织规则引起的所有义务都视为国际义务呢?组织的规则的法律性质在一定程度上会引起争议。许多人认为,据条约而设立的组织规则是国际法的一部分。¹⁵⁵ 有些作者认为,虽然国际组织是根据条约或受到国际法制约的其他文书成立的,该组织的内部法,一旦正式生效,就不属于国际法的一部分了。¹⁵⁶ 得到实践支持的另一种意见¹⁵⁷认为,已经实现高度一体化的国际组织应该属于特殊情况。还有一种看法认为,应该根据组织规则的来源和主题作出区分,例如从国际法领域中剔除一些行政管理条例。

(6) 国际法院在其关于科索沃单方面宣布独立符合国际法的咨询意见中论述了组织规则的性质问题。法院审议了秘书长特别代表“根据安全理事会第1244(1999)号决议特别是其第6、10和11段,以及最终从《联合国宪章》所引发出的授权”而采纳的《宪法框架》的法律性质。法院指出:

¹⁵⁵ M. Decleva 已经特别阐述关于“该组织的规则”是国际法的一部分的理论,国际联合的国内法(帕多瓦: Cedam, 1962 年)和 G. Ballardore Pallieri, “国际组织的内部法”海牙国际法学院讲义,第127卷(1969-II),第1页。最近的再度主张,见 P. Daillier 和 A. Pellet, 国际公法(阮国亨),第七版,(巴黎: L.G.D.J., 2002 年),第576-577页。

¹⁵⁶ 为这个看法辩护的作者包括: L. Focsaneanu, “联合国组织的内部法”,《法国国际法年鉴》,第3卷(1957 年)第315页起, P. Cahier, “国际组织的内部法”,《国际公法评论》,第67卷(1963 年),第563页起,和 J.A. Barberis, “关于国际法律人格的新问题”,海牙国际法学院讲义,第179卷(1983-I),第145页起,载于第222-225页。Ch. Ahlborn, “国际组织规则与国际责任法律”,阿姆斯特丹国际法中心论文第2011-03号(国际法中的共有责任系列), www.sharesproject.nl。以下作者也支持国际法和国际组织内部法之间的区别: R. Bernhardt, “国际组织内部法的限制和范围”,《德国法律协会的报告》,第12卷(1973 年)第7页。

¹⁵⁷ 作为这类组织的一种模式,可以举欧洲共同体为例,欧洲法院于1964年在哥斯达黎加诉 E.N.E.L.一案中作出以下说明:

“与普通条约相比,《欧共体条约》建立了自己的法律制度,对条约的生效已成为会员国法律制度中不可分割的一部分,其法院必须予以适用。通过建立一个无限期的共同体,有自己的机构、自己的人格、自己的法律能力和在国际上的代表能力,更加具体地说,真正的权力源自成员国的主权受限制或成员国的权力向共同体转让,成员国在有限的领域内限制了它们的主权权利,并由此成立了一个对自己的国民和各国彼此之间具有约束力的法律体系。”

第6/64号案,1964年7月15日的判决,《欧洲法院案例汇编》,1964年,第1127页起,载于第1158-1159页(法文版)。

“《宪法框架》的约束力源于第 1244 (1999)号决议因而源于国际法的约束性质。在这个意义上它具有了国际法律人格。

同时，法院指出，《宪法框架》是作为依第 1244 (1999)号决议而创立的一种特定的法律秩序的一部分而起作用的，它仅适用于科索沃，其目的是在第 1244 (1999)号决议所确立的临时时期调整通常属于国内法而不是国际法所调整的事项。”¹⁵⁸

法院就这一点得出结论认为，“安全理事会第 1244 (1999)号决议和《宪法框架》构成国际法的一部分，在回答大会关于咨询意见的请求时须考虑到这一点。”¹⁵⁹

(7) 虽然就本条款来说，组织规则的法律性质远远不是理论性的，因为这在违背组织规则引起的义务的责任方面影响到国际法原则的可适用性，但第 2 款并不试图对这个问题表示明确的看法。它只是试图指出：只要在组织规则引起的义务依国际法必须被视为一项义务，本条款所表述的原则即适用。违背依组织规则所确立的义务不同于违背依国际法所确立的义务。

(8) 第 2 款提到“国际组织违反其依组织规则对成员的义务”的情况，因为这些义务属于由组织规则产生的最多的一类国际义务。提到这一点并不是想排除组织的其他规则也可能构成国际法。

(9) 一组织的原则可能对违背义务乃至违背义务行为的发生规定专门的处理办法。这一点不需要在第 10 条中说明，因本条款的一般规定(第 64 条)可以充分地涵盖这一点，可以指出有无关于草案所适用的任何事项的特别存在。这些特别规则不一定凌驾本草案中所载述的原则。例如，违背国际义务行为的发生来说，组织的特别规则不会影响一国际组织可能对一非成员国承担的义务受到违背的情况。特别规则也不会影响来自较高来源的义务，而不论国际组织对之承担义务的主体的身份为何。

(10) 国家对国际不法行为的责任条款第 12 条评注中解释过，¹⁶⁰ 第 1 款提到的义务特性涉及“国际义务的各种类别”。

(11) 一国际组织现有的义务可能以多种不同的方式与其成员国或成员国际组织的行为发生关系。例如，一国际组织可能已有防止其成员国采取若干行为的义务。在这种情况下，成员国本身不会造成违背义务行为。违背义务行为在于该国际组织未能遵守其防止的义务，一国际组织的行为与其成员国的行为可能一并发生的另一个情况是，该组织有义务实现某种结果，而不论必须采取的行为将由该组织自己还是由一个或多个成员国采取。

¹⁵⁸ 《2010 年国际法院案例汇编》，第 88-89 段。

¹⁵⁹ 同上，第 93 段。

¹⁶⁰ 《2001 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 56 页，第 12 条评注第(11)段。

第 11 条**对国际组织有约束力的国际义务**

除非行为发生时国际组织受一项国际义务的约束，否则该组织的行为不构成对该项义务的违反。

评注

由于没有任何具体问题会影响国家对国际不法行为的责任条款第 13 条中所示原则对国际组织的适用，¹⁶¹ 所以只在本条草案的标题和案文中将“国家”一词改为“国际组织”。

第 12 条**违反国际义务行为在时间上的延续**

1. 国际组织的非持续性行为违反一项国际义务时，该行为发生的时刻即为违反义务行为发生的时刻，即使该行为的影响继续存在。
2. 国际组织的持续性行为违反一项国际义务时，该行为持续并始终违反该项义务的整个期间即为违反义务行为延续的时间。
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反义务行为发生的时刻，而该事件持续进行并始终违反该项义务的整个期间即为违反义务行为延续的时间。

评注

第 11 条评注中的考虑同样适用于本条的情况。其案文与国家国际不法行为的责任条款第 14 条相对应，¹⁶² 只是将“国家”一词改为“国际组织”。

第 13 条**复合行为违反义务**

1. 国际组织通过被一并定义为不法行为的一系列作为和不作为违反国际义务的情事，发生于一作为或不作为发生的时刻，该作为或不作为连同其他作为或不作为看待，足以构成不法行为。
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，这些作为或不作为反复发生并始终违反该项国际义务的整个期间，即为违反义务行为延续的时间。

¹⁶¹ 《2001 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 57 页。国际法协会通过的一款(《第七十一届会议的报告》(2004 年)，第 199 页。)采取同样的措词方式：“一个国际组织的行为不构成对国际义务的违背，除非在行为发生时，该组织受到有关义务的约束。”

¹⁶² 同上，第 59 页。

评注

第 11 条草案评注中提出的意见也适用于本条草案的情况。这一条与国家国际不法行为的行的责任条款第 15 条相对应，¹⁶³ 只是在第 1 款中将“国家”一词改为“国际组织”。

第四章

国际组织对国家或另一国际组织行为的责任

评注

(1) 国家对国际不法行为的责任条款第 16 至第 18 条¹⁶⁴ 涉及一国援助或协助、指挥和控制、或胁迫另一国实施其国际不法行为的情况。国际法院在就适用《预防并惩治灭绝种族罪公约》案(波斯尼亚诉塞尔维亚)的案情实质的判决中将第 16 条描述为“反映了习惯规则”。¹⁶⁵ 可以设想与国际组织的类似情况。例如，一国际组织可能援助或协助一国或另一国际组织实施一国际不法行为。就国际责任来说，没有任何理由需要对一国际组织援助或协助一国或另一国际组织与一国援助或协助另一国这两种情况加以区分。因此，即使能得到的国际组织实践的情况很有限，在本条款中载列与国家对国际不法行为的责任条款第 16 条至第 18 条的条文是有一些理由的。

(2) 关于国家对国际不法行为的责任的有关条款是基于下述前提：援助或协助、指挥和控制、以及胁迫均不影响将行为归于被援助或协助、受指挥或控制、或受胁迫的国家。实施国际不法行为的是该国，虽然在胁迫的情形下，可以排除不法性：其他国家仍不应对实际实施不法行为负责任，而是对致使或促成了该行为的实施负责任。

(3) 一国际组织与其成员国或成员国际组织之间的关系可容许前一组织在国家对国际不法行为的责任条款第 16 条至第 18 条没有设想到的情形下影响其成员的行为。有些国际组织有权作出对其成员有约束力的决定，大部分的组织只通过不具约束力的决定影响其成员的行为。本章也将审查这种与国家间关系不相同的关系在国际组织的责任方面可能带来的后果。

(4) 国际组织对一国行为的责任问题已经在国际法庭或其他机关审理若干案件过程中讨论过，但由于缺乏属人管辖权，还不曾由这些法庭或机关正式审理过。应该具体提到下列案件：欧洲人权委员会的 M. & Co. 诉德国案¹⁶⁶；欧洲人权法

¹⁶³ 同上，第 62 页。

¹⁶⁴ 同上，第 65-69 页。

¹⁶⁵ 《2007 年国际法院案例汇编》，p. 150，第 420 段。

¹⁶⁶ 1990 年 2 月 9 日的决定，申请号：13258/87，决定和报告，第 64 卷，第 138 页。

院的Cantoni诉法国案、¹⁶⁷ Matthews诉联合王国案¹⁶⁸ 和参议员集装箱航运公司诉奥地利、比利时、丹麦、芬兰、法国、德国、希腊、爱尔兰、意大利、卢森堡、荷兰、葡萄牙、西班牙、瑞典和联合王国案¹⁶⁹ 和玻斯福鲁斯空运公司诉爱尔兰案¹⁷⁰；以及人权事务委员会的H.v.d.P.诉荷兰案¹⁷¹。在后面这个案件中，关于欧洲专利局的一个文件被认为不可受理，因为该行为，

“绝对不能够被理解为属于荷兰或《公民权利和政治权利国际公约及其任择议定书》的任何其他缔约国的管辖范围。”¹⁷²

第 14 条

援助或协助实施国际不法行为

在下列情况下，国际组织应对其援助或协助国家或另一国际组织实施的国际不法行为承担责任：

- (a) 该组织这样做时知道该不法行为的情况，而且
- (b) 该行为若由该组织实施会构成国际不法行为。

评注

(1) 一个实体因援助或协助另一实体实施国际不法行为而引起国际责任，这一点似不取决于有关实体的性质。¹⁷³ 因此，尽管专门与国际组织有关的实践有限，但当国际组织援助或协助一国或另一国际组织实施国际不法行为时，适用于国家之间关系的规则也应该适用。

(2) 相对于关于国家对国际不法行为的责任的第 16 条而言，第 14 条仅引进了一部分变动。提到一国援助或协助另一国时所用的措辞作了调整，以便提到国际组织援助或协助一国或另一国际组织。

(3) 第 14 条规定了援助或协助引起提供援助或协助的国际组织的国际责任的条件。第一个条件是“知道该不法行为的情况”。正如国家责任条款第 16 条的评

¹⁶⁷ 1996 年 11 月 15 日的判决，ECHR Reports, 1996-V, 第 161 页。

¹⁶⁸ 1999 年 2 月 18 日的判决，ECHR Reports, 1999-I, 第 251 页。

¹⁶⁹ 2004 年 3 月 10 日的决定，ECHR Reports, 2004-IV, 第 331 页。

¹⁷⁰ 2001 年 9 月 13 日和 2005 年 6 月 30 日的判决，ECHR Reports, 2005-VI, 第 107 页。

¹⁷¹ 1987 年 4 月 8 日的决定，来文编号：217/1986,《大会正式记录，第四十二届会议，补编第 40 号》(A/42/40)，第 185 页。

¹⁷² 同上，第 186 页，第 3.2 段。

¹⁷³ 国际法协会的国际组织问责制问题委员会说：“国际组织援助或协助一国或另一国际组织实施后者的国际不法行为，则也属于国际不法行为。”《第七十一届会议报告》(2004 年)，pp. 200-201. 这一句案文没有提到本条款草案第 14 条(a)项和(b)项所列的条件。

注所说的，“如果协助国或援助国不知道其他国家使用其援助或协助的意图，它就不承担任何国际责任”。¹⁷⁴

(4) 关于国家对国际不法行为的责任的第 16 条的评注也表示，作为一项要求，“有关国家机关意图通过给予援助或协助以促使不法行为的发生，国际不法行为实际上是由援助或协助的国家实施的”。¹⁷⁵ 此外，对于国际责任的产生，提供帮助或援助应该“大大”有助于行为的实施。¹⁷⁶

(5) 根据第 14 条，如果“会构成国际不法行为的行为由该组织实施”，援助或协助的国际组织才负有国际责任。责任将因此与对国际组织具有约束力的义务被违反、而该组织促成该违反行为的情况联系在一起。

(6) 联合国法律顾问于 2009 年 10 月 12 日印发的一份内部文件提供了涉及国际组织的援助或协助的实践案例。这涉及联合国驻刚果民主共和国特派团给予刚果民主共和国武装部队的支持，并涉及(内部一份备忘录也提到)后者违反国际人道主义法、人权法和难民法的风险。法律顾问写道：

“如果联合国特派团有理由认为，参加行动的刚果部队正在违反上述一种或多种法律，并且如果在联合国特派团与刚果部队和刚果政府交涉之后，仍有理由认为这种违法行为正在发生，那么联合国特派团便不可能以合法的方式继续支持这一行动，而且必须立即停止参与。[……]联合国特派团便不可能以合法的方式向任何刚果部队行动提供后勤支持或“服务”支持，如果有理由认为刚果部队正在违反上述法律。[……]这直接源于联合国按照习惯国际法和《宪章》所承担的维护、促进、鼓励尊重人权、国际人道主义法和难民法的义务”。¹⁷⁷

第 15 条

指挥和控制实施国际不法行为

在下列情况下，国际组织应为其指挥和控制国家或另一国际组织实施的国际不法行为承担国际责任：

- (a) 该组织这样做时知道该不法行为的情况；而且
- (b) 该行为若由该组织实施会构成国际不法行为。

¹⁷⁴ 《2001 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，p. 66, para. (4)。

¹⁷⁵ *Ibid.* para. (5)。

¹⁷⁶ *Ibid.*

¹⁷⁷ 这些文件发表于《纽约时报》，2009 年 12 月 9 日，www.nytimes.com。

评注

(1) 第 15 条的案文与国家国际不法行为的责任条款第 17 条相对应，¹⁷⁸ 其理由与本条款草案第 14 条评注中所说明的理由相似。对案文进行了适当的更动。因此，实行指挥和控制的国际组织已经改为实行指挥和控制的国际组织，而且，在提到被指挥和控制的实体的地方，“国家”一词已经改为“国家或另一国际组织”。

(2) 第 15 条规定，国际组织若“指挥和控制国家或另一国际组织实施”国际不法行为时则产生国际责任。

(3) 如果人们认为，驻科索沃部队[驻科部队]是一国际组织，便可根据法国政府在国际法院面前就使用武力的合法性(南斯拉夫诉法国案)发表的初步反对意见认为这是据称两个国际组织指挥和控制一不法行为之实施的事例，法国政府认为：

“北大西洋公约组织负责‘指挥’驻科部队，联合国‘控制’该部队。”

¹⁷⁹

这里可能设想了两个组织联合进行指挥和控制的情况。

(4) 在一国际组织与其成员国和国际组织之间的关系中，“指挥和控制”的概念可以令人信服地扩大到包括一国际组织采取对其成员具有约束力的决定的情况。国家国际不法行为的责任条款第 17 条的评注中解释说，“第 17 条限于一支配国实际上的指挥和控制依靠违背一国际义务行为的情况”，¹⁸⁰ 以至于“‘控制’一词指支配不法行为的实施、而不是实行监督、更不只是影响或表示关注的情况”，¹⁸¹ “‘指挥’一词的含义不仅止于煽动或暗示、而是意味着军事行动的实际指挥。”¹⁸² 如果人们根据上面这段文字解释这项规定，一国际组织作出具有约束力的决定，在某些情况下，可能构成在国际不法行为的实施中的指挥或控制形式。所作的假定是，作为该决定收受者的国家或国际组织没有实施这样的行动的裁量权：既可遵守该决定，又不会构成国际不法行为。

(5) 如果将通过有约束力的决定视为在本条草案的范围内进行指挥和控制的形式，这项规定就会同本条款草案第 17 条重叠。这种重叠将只是部分重叠。在这里，我们只需指出，第 17 条包括这样的情况：具有约束力的决定要求一成员国

¹⁷⁸ 《2001 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 67-68 页。

¹⁷⁹ 初步反对意见，第 33 页，第 46 段。这个论点是为了把据称的不法行为归咎于有关国际组织。A. Pellet 的著作对北约和驻科部队持类似的意见：“对可能不法行为的责任。北大西洋公约组织或欧盟成员国的责任”，载于 C. Tomuschat(编)，《科索沃和国际社会：一项法律评估》(海牙：Kluwer 国际法出版社，2002 年)，第 193 页起，载于 199 页。

¹⁸⁰ 《2001 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 17 条评注第(6)段。

¹⁸¹ 同上，第 17 条评注第(7)段。

¹⁸² 同上。

或成员国际组织实施对该国或国际组织来说并非不合法的行动。总之，第 15 条和第 17 条之间可能的重叠不会造成任何不一致，因为这两条虽然根据不同的情况提出论断，但都认为，作出对其成员国或成员国际组织有约束力的决定的国际组织应该负有国际责任。

(6) (a)项和(b)项所列的要求分别提到“知道该不法行为的情况”和“该行为若由该组织实施会构成国际不法行为”。这些要求与关于援助或协助实施国际不法行为的第 14 条中的要求相同。故相同的评注适用。

第 16 条

胁迫国家或另一国际组织

在下列情况下，胁迫国家或另一国际组织实施某行为的国际组织应对该行为负国际责任：

(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这样做时知道该行为的情况。

评注

(1) 第 16 条设想了国际组织胁迫实施国际不法行为的情况。胁迫行为或被胁迫实体的性质都影响不大。因此，对国际组织可适用与国家对国际不法行为的责任的第 18 条相似的规则。

(2) 本条的案文与国家对国际不法行为的责任条款第 18 条对应。¹⁸³ 作了与本条款草案第 14 条评注中所说明的类似的改动。提到胁迫国的文字已经改为提到胁迫国际组织的文字，而且，被胁迫的实体不一定是一国家，而可能是一国际组织。其标题也从“胁迫另一国”改为“胁迫国家或另一国际组织”。

(3) 在进行胁迫的国际组织引起国际责任方面，胁迫行为本身不一定是非法行为。国际组织直接采取行动，不一定等于该组织实施了不法行为。促使国际责任产生的条件是，国际组织胁迫一国或另一国际组织实施对于受胁迫实体来说属于不法行为的行为，而进行胁迫的组织“在知道该行为的情况下这样做”。

(4) 在一国际组织与其成员国或成员国际组织的关系中，只有在例外情况下，一国际组织作出的有约束力的决定才有可能引起胁迫。国家对国际不法行为的责任条款第 18 条的评注中着重指出：

¹⁸³ 同上，第 69 页。

“为了第 18 条的目的，胁迫具有与第 23 条提到的不可抗力相同的基本特性。由于有将胁迫国意志强加于它的行为，才使得它除了遵守胁迫国的愿望行事以外，别无选择。”¹⁸⁴

(5) 但是，如果一国际组织在通过具有约束力的决定时，被认为对成员国或成员国际组织实行胁迫，本条和第 17 条就会发生重叠。重叠将只是部分性质的，这是由于两个条文的不同情况决定的，尤其因为第 17 条规定，成员国或成员国际组织实施的行为对该国或该国际组织而言，不一定是非法行为。在发生重叠的情形下，一国际组织可以被视为应该根据第 16 条和第 17 条中任何一条承担责任。这不会引起任何不一致的情况。

第 17 条

通过向成员发出决定和授权而避免承担国际义务

1. 如果国际组织通过具有约束力的决定，使其成员国或为其成员的国际组织实施若由该组织自己实施会构成国际不法行为的行为，从而使该组织避免承担国际义务，则该组织负有国际责任。

2. 如果国际组织授权其成员国或为其成员的国际组织实施若由该组织自己实施会构成国际不法行为的行为，且有关行为因授权得以实施，则该组织负有国际责任。

3. 无论有关行为对于上述决定或授权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。

评注

(1) 由于国际组织是有别于其成员的国际法主体，使该组织有可能试图影响其成员，以便通过这些成员实现该组织不能直接以合法方式实现逃避其国际义务的结果。奥地利代表团曾在第六委员会中指出：

“[……]不应该容许一国际组织通过‘外包’的方式逃避责任。”¹⁸⁵

(2) 知识产权组织的法律顾问审议了一国际组织要求一成员国实施国际不法行为的情况，提出了这样的书面意见：

“[……]如果一成员国遵照一国际组织的要求采取某一行为似乎违背该国和国际组织的国际义务，则该组织也应被视为依国际法负有责任。”¹⁸⁶

¹⁸⁴ 同上，第 18 条评注第(2)段。

¹⁸⁵ A/C.6/59/SR.22, 第 24 段。

¹⁸⁶ A/CN.4/556, 第二.N 节。

(3) 当成员国或成员国际组织的行为不会违背一国际义务的时候，逃避责任的机会可能较高，原因之一是，逃避义务的国际组织受到与非成员国缔结的条约的约束，而同一条约不会对该组织的成员产生影响。

(4) “规避”一词意味着国际组织有意利用其成员的单独法律人格，以便规避对国际义务的遵守。证明这样意图的证据取决于具体情况。

(5) 就有约束力的决定来说，第 1 款并没有规定这样的先决条件：若要使国际组织的责任发生，则行为必须已被成员国或成员国际组织实施。由于成员须遵守有约束力的决定，第三方受害的可能性便很高。因此，似乎应该认定该组织已经有责任，从而允许会受害的第三方甚至在该行为实施以前就寻求救济。此外，如果国际责任在作出决定时产生，国际组织就必须避免将成员国置于困窘的位置，使它们违背该决定所规定的义务或引起该国际组织的国际义务，同时也有可能引起自己的责任。

(6) 对于是否执行一国际组织通过的约束性决定，成员国或作为成员的国际组织可获得自由裁量权。在关于玻斯福鲁斯空运公司诉爱尔兰案实质问题的判决中，欧洲人权法院审议了欧洲共同体成员国在执行欧共体约束性决定时的行为并指出：

“[……]按照本公约，(一)国应对其严格的国际义务以外的一切行为负完全责任[……]众多的公约案例[……]证实了这一点。每一案例(具体地说，Cantoni案，第 26 段)均涉及本法院审议欧共体法律规定的国家自由裁量权的行使。”¹⁸⁷

(7) 第 1 款假定，遵守国际组织有约束力的决定必然引起对其国际义务的规避行为。丹麦代表团以北欧五国的名义在第六委员会中发言时指出：

“[……]看来必须找到那个点：在这个点上，成员国的‘灵活余地’可以说很小，这就很难让它单独为某一行为负责。”¹⁸⁸

反之，如果该决定允许成员国或成员国际组织自己决定采取意味着规避责任的备选途径，只有当实际发生规避行为时，才会发生国际组织的国际责任，正如第 2 款所说的那样。

(8) 第 2 款审议了国际组织为了规避某项国际义务而授权其成员国或成员国际组织实施某一行为的情况。成员国或成员组织在获得实施某行为的授权后，显然也可决定不照收到的授权行事。然而这只是理论上的假设，因为授权通常意味着一个组织授予有关成员某些职能，使成员代替该组织行使这些职能。另外，授权实施某项行为，该组织通常期待授权得到执行。

¹⁸⁷ Bosphorus 案，(上文脚注 170)，第 157 段。

¹⁸⁸ A/C.6/59/SR.22, 第 66 段。

(9) 第 2 款虽然用了“授权”一词，但并不要求一国际组织的行为依有关组织的规则如此界定。第 2 款所表达的原则也适用于国际组织可用其他词语描述但具有上述授权相似特性的行为。

(10) 要使国际责任发生，第 2 款中的第一个条件是，国际组织授权实施对该组织而言为非法的行为，而且使得它规避某项国际义务。由于授权不一定引起与授权一致的行为，故第 2 款规定了另一条件，即授权的行为实际上得到实施。

(11) 此外，明确规定的是，有关行为必须“根据该授权实施”。这个条件意味着建议或授权在决定成员国际组织之行为的因果分析上实际发挥的作用。

(12) 为了确定责任，根据授权实施不应该不合理。如果由于自从提出授权以来客观环境发生了重大的变化以致建议过时，不再适用于当前的情况，那么做出授权的国际组织的责任就不会发生。

(13) 虽然如果授权的国际组织要求实施的行为是规避它的某项义务，就应该为此负责，该组织显然不用为被授权的成员国或成员国际组织可能实施的任何其他违背义务行为负责。在这个意义上，联合国秘书长于 1996 年 11 月 11 日给卢旺达总理的一份信件中所说的下列一段话似乎是准确的：

“[……]就‘绿松石军事行动’来说，虽然该行动是由安全理事会授权采取的，行动本身却是在国家的指挥和控制之下进行的，并不是联合国的行动。因此，联合国不必为可归于该‘绿松石’军事行动的作为或不作为负国际责任。”¹⁸⁹

(14) 第 3 款表明，与第 14 条至第 16 条不同，本条并不将国际组织的国际责任建立在决定或授权所针对的成员国或成员国际组织行为的不法性基础上。

(15) 正如第 15 条和第 16 条的评注中所指出的，当行为为非法，而其他条件也符合的时候，那些条款中所包括的情况与第 17 条所适用的情况是有可能重叠的。但是，其结果将只是，存在着据以认定国际组织应负责任的可以相互替代的基础。

第 18 条

作为另一国际组织成员的国际组织的责任

在不影响第 14 条至第 17 条的情况下，作为另一国际组织成员的国际组织也可因前者的行为而产生国际责任，其条件与第 61 条和第 62 条中适用于作为国际组织成员的国家条件相同。

¹⁸⁹ 未发表的信件。“绿松石行动”是安全理事会第 S/RES/929(1994)号决议确定的。

评注

(1) 本条“不影响第 14 条至第 17 条”，因为作为另一国际组织的成员的一国际组织的国际责任也可能在这几条设想到的情况下产生。例如，当一个组织援助或协助另一组织实施国际不法行为时，该组织可能是后一组织的成员。

(2) 作为另一国际组织成员的一国际组织的责任可能在具体涉及到一些成员的更多情况下产生。虽然对作为另一国际组织成员的国际组织的国际责任，目前还没有已知的做法，却没有理由区分作为另一国际组织成员的一国际组织的立场和同一国际组织的国家成员的立场。由于有关会员国的责任已有大量的实践，在本条中只提到第 61 条和 62 条及有关评注似乎是可取的，其中审查了产生成员国责任的条件。

第 19 条 本章的效力

本章不妨碍实施有关行为的国家或国际组织或任何其他国家或国际组织的国际责任。

评注

本条草案是涉及整章的“不影响”条款。它与国家对国际不法行为的责任条款第 19 条对应。¹⁹⁰ 后者是为了使“根据这些条款的其他规定使实施有关行为的国家或任何其他国家的国际责任”不受影响。在本条草案中增添了提到国际组织的文字。此外，由于实施不法行为的国家的国际责任已经载于国家对国际不法行为的责任的有关条款中，而不在本条款范围内，所以这一条的措词较为笼统。

第五章 解除行为不法性的情况

评注

(1) 在“解除行为不法性的情况”的标题下，国家对国际不法行为的责任条款第 20 条至 27 条述及了性质不同、但造成的后果相同的一系列情况。¹⁹¹ 其后果是解除那些否则将违反国际义务的行为的非法性。正如有关章的导言的评注所解释的，¹⁹² 这些情况适用于任何国际不法行为，而不论义务的来源为何；它们并不取消或终止义务，只是为不履行义务提供理由。

¹⁹⁰ 《2001 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 70 页。

¹⁹¹ 同上，第 71-86 页。

¹⁹² 同上，第 71 页，第(2)段。

(2) 同样，关于解除非法性的情况，涉及国际组织的例子很有限。此外，某些情况对某些、甚至绝大多数国际组织而言不可能发生。然而，没有理由认为，解除国家行为不法性的情况与国际组织毫不相关，比如认为只有国家才能援引不可抗力。这并非意味着可以认定国际组织可以援引某一特定的解除不法性的情况的条件与国家援用的条件完全相同。

第 20 条 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。

评注

(1) 与国家类似，如国际组织未取得一国或另一国际组织的同意，国际组织履行的一些职责可能会导致国际责任。有关的同意一般都是作为国际组织的行为发生地之国家的同意。同样对国际组织而言，它取得的同意可影响其潜在的责任，或只涉及某一特定情况或某一特定行为过程。

(2) 本条与关于国家对国际不法行为的责任的第 20 条相对应。¹⁹³ 正如那一条的评注所说明的，¹⁹⁴ 本条“反映了关于同意的基本国际法原则”。它涉及“对于某种情况或某种行为过程的同意”，而有别于“对于作为其依据的义务本身的同意”。¹⁹⁵

(3) 对于使国际组织某一具体行为具有合法性的同意，可以举出的一个例子是某国允许联合国安全理事会设立的调查委员会在其领土内展开调查。¹⁹⁶ 另一个例子是一国同意某一国际组织核查选举过程。¹⁹⁷ 再一个具体例子是，印度尼西亚政府于 2005 年 7 月向欧盟和七个派遣团发出邀请，同意其向印尼派遣亚齐监测团。¹⁹⁸

¹⁹³ 同上，p. 72。

¹⁹⁴ 同上，p. 72, para. (1)。

¹⁹⁵ 同上，pp. 72-73, para. (2)。

¹⁹⁶ 对同意的要求，见大会 1991 年 12 月 9 日第 46/59 号决议所附宣言第 6 段。

¹⁹⁷ 在与核查选举过程的功能有关方面的同意作用，见秘书长关于在定期和真正选举原则方面提高效率的报告(A/49/675)，第 16 段。

¹⁹⁸ 欧洲联盟理事会 2005 年 9 月 9 日第 2005/643/CFSP 号联合行动的序言段中提到印度尼西亚政府的邀请，《欧洲联盟官方公报》，2005 年 9 月 10 日，L 234, 第 13 页。

(4) 国际组织所给予的同意涉及遵守对该组织承诺的国际义务。它不影响对表示同意的组织的成员也可能存在的国家义务，除非该组织获得授权，可代表成员表示同意。

(5) 在特定情况下免除国际组织某项义务的同意必须是“有效的”。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，¹⁹⁹ 如机关或代理人是否在经授权后代表有关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。表示同意的机关或代理人的职权通常取决于有关国家的国内法，或取决于有关组织的规则。关于同意不影响遵守强制性规范的要求写入了第 26 条。这是一项涵盖解除不法性的所有情况的一般规定。

(6) 本草案沿用了国家对国际不法行为的责任条款第 20 条的措辞。案文上唯一的改动是在给予同意的实体中加上了“国际组织”并对取得同意的实体用“国际组织”代替了“国家”。

第 21 条

自卫

国际组织的行为只要构成国际法上的合法自卫措施，该行为的不法性即告解除。

评注

(1) 根据关于国家对国际不法行为的责任的相关条款(第 21 条)的评注，该条认为“自卫是作为禁止使用武力的例外情况”。²⁰⁰ 该条款提及自卫措施的“合法”性时解释到：

“[……]‘合法’一词指采取的行动遵守了在武装冲突中适用的完全克制的义务，也遵守了自卫概念中固有的相称和危急情况的要求。就第五章的目的而言，第 21 条只是反映了基本原则，而将自卫的范围和使用问题留给《宪章》中提到的适用的初级规则去处理。²⁰¹

(2) 为保持一致性，迄今针对国家所阐明的自卫概念亦应用于国际组织，尽管可能只对少数国际组织具有相关性，例如那些正在管理某一领土或部署武装力量的国际组织。

(3) 在与联合国部队有关的实践中，对于《联合国宪章》第五十一条所未述及的情况，常常在更不同的意义上使用“自卫”一词。关于“特派团的防卫”，

¹⁹⁹ 《2001 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 73 页。第 20 条评注第(4)段。

²⁰⁰ 同上，第 74 页，第(1)段。

²⁰¹ 同上，第 75 页，第(6)段。

“自卫”一词也曾被提到。²⁰² 例如，关于联合国保护部队，加拿大外交和国际贸易部法律司的一份备忘录认为：

“‘自卫’完全可以包括保卫安全地区及其中的平民。”²⁰³

尽管提及“自卫”证实自卫构成解除国际组织行为不法性的情况，但该词被给予的含义包含了一国或国际组织对另一国的武装攻击作出反应以外的情况。无论如何，联合国部队有权使用武力的限度这一问题取决于关于使命范围的初级规则，不需要在这里进行讨论。

(4) 此外，国际组织对一国的武装攻击作出反应时可以使用武力的前提属于初级规则，不需要在本章讨论。这些规则将载明在多大程度上国际组织可援引自己权。其中一个问题涉及一国际组织在其一成员受到武力攻击且该国际组织有权根据集体自卫原则采取行动的情况下援引集体自卫的问题。²⁰⁴

(5) 由于国际组织不是联合国的成员，在这里，涉及国家对国际不法行为的责任的第 21 条中提到的《联合国宪章》已经改为国际法。

第 22 条

反措施

1. 在遵守第 2 款和第 3 款的前提下，国际组织违反其对一国或另一国际组织的国际义务的行为，如构成根据国际法，包括本条款草案第四部分第二章中所规定的实质性和程序性条件而对另一国际组织采取的反措施，该行为的不法性即告解除。

2. 在遵守第 3 款的前提下，国际组织不得对作为其成员的责任国或责任国际组织采取反措施，除非：

(a) 第 1 款所指的条件得到满足；

(b) 反措施并非不符合该组织的规则；并且

(c) 别无其他适当手段促使该责任国或责任国际组织履行关于停止违法行为和作出赔偿的义务。

²⁰² 正如威胁、挑战和变革问题高级别小组所指出的，使用武力进行自卫的权力[……]被广泛理解为扩大到使命的维护”。《一个更安全的世界：我们的共同责任》，威胁、挑战和改革问题高级别小组的报告(A/59/565)，第 213 段。

²⁰³ 《加拿大国际法年鉴》，第 34 卷(1996 年)，第 388 页起，载于第 389 页。

²⁰⁴ 西非经济共同体(西非经共体)各成员国于 1999 年 12 月 10 日通过的《有关冲突的预防、管理和解决、维持和平与安全的机制议定书》第 25 条(a)款中含有一个积极的答案，其中规定在“任何会员国受到侵略或发生冲突或受到威胁”的情况下适用“机制”。本规定的案文载于 A. Ayissi(编辑)，《在西非进行和平合作》。《21 世纪议程》(裁研所，日内瓦，2001 年)，第 127 页。

3. 国际组织不得对违反该组织的规则所规定的国际义务的成员国或为其成员的国际组织采取反措施，除非该组织的规则规定了此种反措施。

评注

(1) 一个国际组织可能对其他国际组织采取的反措施是在第 51 至 57 条中处理的。只要采取的反措施是按照条款中规定的实质性和程序性条件采取的，就是合法的，并且是一种排除了行为不法性的情况，如果不是一个反措施，就会是不法行为。

(2) 本条款草案没有审查一受害国际组织对一应负责任的国家采取合法反措施的条件。因此，第 1 款虽然提到关于对其他国际组织采取反措施的第 51 至 57 条，却只提到关于对国家采取反措施的条件。然而，人们可以比照适用有关国家对国际不法行为的责任的第 49 至 54 条中所规定的一国对另一国采取反措施的条件。²⁰⁵ 应该指出的是，本条款第 51 至 57 条中所载录的关于采取合法反措施的条件在很大程度上抄录了国家对国际不法行为的责任条款中的条件。

(3) 第 2 和第 3 款处理一受害国际组织是否可以对应在国际上对它负责任的一个国家成员或国际组织成员采取反措施的问题。一个组织根据其议事规则有权对其成员采取的制裁措施本身是合法的措施，并不能视同反措施。受害组织的规则，无论多么含蓄，可能限制或禁止该组织对其成员采取反措施。问题仍然是，在该组织没有明示或暗示的规则的情形下，是否可以采取反措施。第 2 款载述了剩余性规则，而第 3 款考虑了成员国或成员组织违反组织规则规定的国际义务时的反措施问题。

(4) 除了对合法反措施普遍适用的上述条件以外，第 2 款列出了一受害国际组织对其成员采取合法反措施还需要符合的另外两个条件。首先，反措施不能“不符合该组织的规则”；其次，已经找不到任何“其他手段”，可“促使责任国或责任国际组织遵守关于停止违法行为和作出赔偿的义务”。就应该负责的实体是一个国际组织来说，这些义务是本条款第三部分中所阐明的，而应该负责的一个国家的义务则是国家对国际不法行为的责任条款第二部分中所规定的。

(5) 据推测，一个国际组织在对其成员采取反措施以前将会采取第 2 款中所提到的“适当手段”。所谓“适当手段”是指在国际组织打算采取反措施时，可以使用的一些相称的、并且为促使遵守义务提供合理前景的那些合法手段。然而，国际组织若不能及时采取可以使用的补救措施，可能导致反措施被排除的情况。

(6) 第 3 款具体处理了国际组织是否可对违反该组织的规则所规定的国际义务的成员国或为其成员的国际组织采取反措施的问题。在这种情况下，鉴于国际组织与其成员之间通常存在着密切合作义务，故只有在组织规则作出了相应规定的

²⁰⁵ 《2001 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 128-139 页。

情况下，才允许采取反措施。如果有这种规定，便会确定采取反措施的必要条件。

(7) 第 52 条以类似的条款处理一个受害的成员国际组织或一个受害的成员国对一应负责任的国际组织采取反措施的反相情况。

第 23 条 不可抗力

1. 国际组织违反其国际义务的行为如起因于不可抗力，即起因于该组织无法控制的不可抗拒的力量或无法预料的事件，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. 在下列情况下，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。

评注

(1) 对于国家而言，不可抗力已经由关于国家对国际不法行为的责任第 23 条界定为“不可抗力或[……]该国无法控制、无法预料的事件，以致该国在这种情况下实际上不可能履行义务”²⁰⁶ 当该情况系由援用这一情况的国家的行为引起或该国已经承担发生这种情况的风险时，解除不法性的这一情况不再适用。

(2) 国家和国际组织之间的任何差别都不能使我们得出结论认为不可抗力不能同样适用于国际组织，或应当适用其他条件。

(3) 我们可以找到关于不可抗力的一些实例。国际组织缔结的某些协定提供了这方面的例子。例如，联合国开发计划署和世界卫生组织于 1992 年签署的一项执行机构协定在第十二条第 6 款说：

“如果出现不可抗力或其他类似情况或事件，使执行机构无法成功执行某个项目，执行机构应立即把所发生之事通知开发计划署，并可以经过与开发计划署协商，撤出项目的执行工作。如果撤出，除非各缔约方另有商定，应向执行机构补偿在撤出之日以前引起的实际费用。”²⁰⁷

这一段尽管说的是撤出协定的问题，但隐含地认为，由于不可抗力而不履行协定义务的情况不构成违约。

²⁰⁶ 同上，第 76 页。

²⁰⁷ 联合国《条约汇编》，第 1691 卷，第 325 页起，载于第 331 页。

(4) 曾有国际组织在国际行政法庭诉讼上援引不可抗力作为解除行为的不法性的理由。²⁰⁸ 在关于“Torres等人诉美洲国家组织秘书长”案的第 24 号判决中，美洲国家组织行政法庭驳回了以不可抗力为依据而终止一个官员的合同提出的辩解：

“鉴于业已经过很多探讨的法律规定，不可抗力指的是某一不可抗拒的自然现象，本庭认为，在本案中不存在任何使得秘书长无法履行所涉定期任何合同的不可抗力。”²⁰⁹

法庭虽然驳回了该项辩解，但它显然承认，可以援引不可抗力作为理由。

(5) 国际劳工组织行政法庭关于“Barthl”案的第 664 号判决中采取了类似的方针。该法庭认为，不可抗力与一个雇用合同相关，表示：

“不可抗力是当事双方所无法控制，不以其意志为转移的不可预见的发生，不可避免地使其共同意愿落空。”²¹⁰

在这个实际案件中，针对国际组织而援引不可抗力的是雇员，而不是某一组织，但这并不重要。

(6) 本条与关于国家对国际不法行为的责任的第 23 条在案文上的不同之处仅在于本条在一处用“国际组织”一词代替了“国家”，且在另外四处使用了“组织”一词。

第 24 条 危难

1. 对于国际组织违反其国际义务的行为，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. 在下列情况下，第 1 款不适用：

²⁰⁸ 这些案件涉及到有关组织的规则的适用。这些规则是否涉及国际法已经在第 10 条评注中予以讨论。

²⁰⁹ 1976 年 11 月 16 日公布的判决第 3 段。案文载于 http://www.oas.org/tribadm/decisiones_decisions/judgements。在 2003 年 1 月 8 日寄给联合国法律顾问的一份信件中，美洲国家组织指出：

“提交给美洲国家组织行政法庭的大多数主张，指控有人违反美洲国家组织的一般标准、美洲国家组织大会的其他决议、违反秘书长根据美洲国家组织宪章规定的权力所颁布的规则，以及违反行政法庭本身在其判例中所确立的规则。已经由正式组成的国际机构予以通过的这些标准和规则都构成了国际法。因此，可以把声称违反上述规范和规则的投诉定性为指称有违反国际法的行为。”（见 A/CN.4/545，第二.I.节）。

²¹⁰ 1985 年 6 月 19 日公布的判决第 3 段。档案室从法文原件译出的案文载于 <http://www.ilo.org/public/english/tribunal>。

- (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。

评注

- (1) 关于国家对国际不法行为的责任的第 24 条将危难作为解除行为不法性的一种情况，并将危难情况描述为“有关行为人除此行为之外，别无其他合理方式来挽救其生命或受其监护的其他人的生命”²¹¹的情况。其评注举了一个关于英国军舰在恶劣天气中进入冰岛领水避难的实例，²¹²并指出：“虽然历来的实践着重于舰只和飞机，但第 24 条并不限于此种情况。”²¹³
- (2) 对于一个机构或国际组织的代理人而言，发生类似情况也是可能的，虽然此类情况很少。尽管没有关于某一国际组织援引危难情况的实例，亦应对国家和国际组织适用同样的原则。
- (3) 对于国家而言，危难情况和那些可能被视为属于危急的情况²¹⁴之间的界线并不总是十分清楚。第 24 条的评注指出，“一般的紧急情况[……]在更多意义上属于危急情况，而不是危难情况。”²¹⁵
- (4) 只有当危难情况不是由援引该情况的国家所引起以及有关行为不可能造成更大危险时，才能适用关于国家对国际不法行为的责任的第 24 条。这些条件同样适用于国际组织。
- (5) 本条的案文与关于国家对国际不法行为的责任的相应条款相同，仅有的改动是在一处使用“国际组织”代替“国家”，另两处则使用了“组织”一词。

第 25 条 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违反其国际义务的行为的不法性，除非该行为：

- (a) 是该组织按照国际法有责任保护其成员国或整个国际社会的根本利益时，为保障该利益免遭严重迫切危险而可采取的唯一办法；并且

²¹¹ 《2001 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 78 页。

²¹² 同上，第 79 页，第(3)段。

²¹³ 同上，第(4)段。

²¹⁴ 必要性在下一条中审议。

²¹⁵ 《2001 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 80 页，第(7)段。

(b) 没有严重损害该组织对其承担国际义务的一国或多国的根本利益，或者整个国际社会的根本利益。

2. 在下列情况下，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：

- (a) 有关的国际义务排除了援引危急情况的可能性；或
- (b) 该组织促成了该危急情况。

评注

(1) 关于国家对国际不法行为的责任第 25 条列出了国家援引危急情况的条件。²¹⁶ 简言之，有关条件是：国家行为应是保护一项基本利益免遭严重迫切危险的唯一办法；有关行为不应损害其对一国或多国的基本利益所承担义务、或者整个国际社会的基本利益，有关国际义务不排除援引危急情况的可能性，援引危急情况的国家没有促成该危急情况。

(2) 对于国际组织，援引危急情况的实例很少。提及可援引危急情况的一个例子是劳工组织行政法庭在 T.O.R.N.诉 CERN 案件中作出的第 2183 号判决。这个案件涉及能否查看一名休假员工的电子邮件。法庭表示：

“[……]由于情况紧急或电子邮件所有者休假时间长而必须查看账户，则组织必须能够以恰当的技术保障措施打开账户。必须极为慎重地评估作为查看保密资料的理由的危急情况。”²¹⁷

(3) 即使此类实践很少，但如国际警察组织所指出：

“[……]危急情况关系不到那些本质上明显不适用于国际组织的国际法领域的问题。”²¹⁸

欧洲联盟委员会²¹⁹、国际货币基金组织²²⁰、世界知识产权组织²²¹、世界银行²²² 以及联合国秘书处²²³ 的书面声明也主张国际组织可以援引危急情况。

²¹⁶ 同上，第 80 页。

²¹⁷ 2003 年 2 月 3 日公布的判决第 9 段。档案室从法文原件译出的案文载于 <http://www.ilo.org/public/english/tribunal>。

²¹⁸ 国际刑事警察组织总法律顾问 2005 年 2 月 9 日给国际法委员会秘书的信。(见 A/CN.4/556, 第二.M 节)。

²¹⁹ 欧洲委员会 2005 年 3 月 18 日给联合国法律顾问的信(见 A/CN.4/556, 二.M 节)。

²²⁰ 国际货币基金组织 2005 年 4 月 1 日给联合国法律顾问的信(见 A/CN.4/556, 二.M 节)。

²²¹ 世界知识产权法律顾问 2005 年 1 月 19 日给联合国法律顾问的信(见 A/CN.4/556, 二.M 节)。

(4) 虽然关于国家对国际不法行为的责任的第 25 条所规定的条件也适用于国际组织，但这方面的实例很少，而且援引危急情况给遵守国际义务所带来的危险很大，这意味着，作为一个政策问题，国际组织不能像国家那样广泛地援引危急情况。但可以通过将援引危急所保护的基本利益局限于那些成员国及整个国际社会的基本利益并仅在国际组织按照国际法规定有责任保护这些利益的限度内援引危急情况来做到这一点。因此，当国际组织获得在某些事项上的权力，它可能在使用这些权力的过程中援引保护国际社会或其成员国基本利益的必要性，但条件是这须与专一性原则相一致。另一方面，国际组织只有在自己的一项基本利益与国际社会或其成员国基本利益一致时，才可援引这项基本利益。这种解决办法可能会被视为试图折衷第六委员会与本委员会辩论中出现的关于危急情况的两种截然相反立场：其中一种立场赞成对国际组织给予与国家相同的地位，反对的观点则完全排除了国际组织援引危急情况的可能性。

(5) (1)款(a)项提及保护整个国际社会的基本利益与(1)款(b)项提到的有关行为不应损害国际社会的基本利益并不矛盾。后一项利益可能不同于构成援引危急情况的根据的利益。

(6) 鉴于(1)款(a)项采取的办法，即不允许为保护某一国际组织的基本利益而援引危急情况——除非这些利益与那些成员国和国际社会的利益一致，在(1)款(b)项不应严重损害的利益中未加上国际机构的基本利益。

(7) 除(1)款(a)项的改动以外，本条款文沿用了关于国家对国际不法行为的责任的第 25 条，仅在两款抬头中使用“国际组织”或“组织”，代替“国家”一词。

第 26 条

对强制性规范的遵守

对于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，本章中的任何规定均不解除其不法性。

评注

(1) 关于国家对国际不法行为的责任条款第一部分第五章载有“不影响”条款，适用于该章所述及的解除不法性的所有情况。该规定——第 26 条——之目的在于指出，“第一部分第五章所述解除不法性的情况并不容许或原谅背离一般国际法强制性规范的任何行为”²²⁴

²²² 世界银行高级副总裁兼总法律顾问 2006 年 1 月 31 日给国际法委员会秘书的信(见 A/CN.4/568, 第二.E 节)。

²²³ A/CN.4/637/Add. 1, Sect. II.B.14, para. 4.

²²⁴ 《2001 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 85 页。

(2) 关于国家对国际不法行为的责任第 26 条评注写道, “已经被明确接受和承认的强制性规范包括禁止侵略、灭绝种族、奴役、种族歧视、危害人类罪行和酷刑, 以及承认自决权”。²²⁵ 在关于刚果境内的武装活动案(新申诉: 2002 年)(刚果民主共和国诉卢旺达)的判决中, 国际法院认为, 禁止种族灭绝“无疑”是一个强制性规范。²²⁶

(3) 很明显, 国际组织与国家一样, 在违反强制性规范所产生义务的情况下不能援引解除不法性的情况。因此, 需要制订一项“不影响”规定, 与适用于国家的有关规定相对应。

(4) 本条沿用了关于国家对国际不法行为的责任的第 26 条的案文, 仅使用“国际组织”代替了“国家”一词。

第 27 条

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补偿问题。

评注

(1) 关于国家对国际不法行为的责任的第 27 条提出了两点。²²⁷ 第一点是, 只有当某一情况存在时, 并且仅在此限度内, 这一情况才能解除不法性。虽然有关措词似乎强调时间因素,²²⁸ 显然, 只有当有关情况涵盖了某一特定事态时, 该情况才能解除不法性。在该情况所及的范围之外, 行为的不法性不受影响。

(2) 第二点是, 是否应给予赔偿问题不受妨碍。对应构成不法行为, 但因某一情况同有不法性的行为所造成的损失作出赔偿的问题, 难以确定一般规则。

(3) 由于在关于国家对国际不法行为的责任的第 27 条所涵盖的两个问题上国际组织和国家均无区别, 而且本条并不需要修改措词, 本条与关于国家对国际不法行为的责任相应条款完全一样。

²²⁵ 同上, 第 85 页, 第(5)段。

²²⁶ 《2006 年国际法院案例汇编》, 第 32 页, 第 64 段。

²²⁷ 《2001 年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第 85 页。

²²⁸ 这一时间因素可能已被强调, 因为国际法院曾在加布奇科沃大毛罗斯项目(匈牙利/斯洛伐克)案中指出: “一旦危急情况不再存在, 遵守条约的义务即告恢复”。《1997 年国际法院案例汇编》, 第 63 页, 第 101 段。

第三部分

国际组织的国际责任的内容

评注

(1) 本条款草案第三部分界定了国际组织国际不法行为的法律后果。这一部分分为三章，遵照国家对国际不法行为的国际责任条款和一般格式。²²⁹

(2) 第一章(第 28 至 33 条)载列了某些一般原则，并规定了第三部分的范围。第二章(第 34 至 40 条)具体规定了各种形式赔偿的义务。第三章(41 至 42 条)考虑了构成严重违背一般国际法强制性规范的国际不法行为的额外后果。

第一章

一般原则

第 28 条

国际不法行为的法律后果

国际组织依照本条款草案第二部分的规定对国际不法行为承担的国际责任，产生本部分所列的法律后果。

评注

本条具有导言性质。对应于国家对国际不法行为的责任第 28 条，²³⁰ 唯一不同的是，将“国家”一词改为“国际组织”。在本条中，没有理由使用另外的措词。

第 29 条

继续履行的责任

依照本部分对国际不法行为承担的法律后果不影响责任国际组织继续履行所违反义务的责任。

评注

(1) 本规定阐述了一项原则，即一国际组织违背国际法义务本身并不影响该义务的存在。这并非打算排除该义务可能由于违背事项而终止的情况：例如，由于该义务因条约而引起，而受害国或组织根据 1986 年《关于国家和国际组织或国际组织相互间的维也纳公约》第 60 条中的规则，行使权力中止施行或终止条约的情况。²³¹

²²⁹ 《2001 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 86-116 页。

²³⁰ 同上，第 87 页。

²³¹ A/CONF.129/15。

(2) 义务本身不受违背事项影响的原则，并不意味着在违背事项发生之后仍有可能履行义务。这将取决于有关义务和违背事项的性质。例如，如果国际组织有义务将有些人或财产转移到某一国家，那么，要是已经违反了这项义务而将这些人或这项财产转移到了另一国家就再也不能履行这项义务了。

(3) 可中止或终止义务的条件由有关义务的初级规则确定。这也适用于违背事项之后是否有可能履行义务。在国际组织的责任法方面，这些规则无需审查。

(4) 关于在违背事项之后继续履行的责任的规定，没有理由区分国家的情况和国际组织的情况。因此，本条采用了与国家国际不法行为的责任条款第 29 条相同的措词，²³² 唯一的不同是将“国家”一词改为了“国际组织”。

第 30 条

停止和不重犯

国际不法行为的责任国际组织有义务：

- (a) 在该不法行为正在进行时，立即停止该行为；
- (b) 在必要情况下，提供不重犯该行为的适当承诺和保证。

评注

(1) 如第 29 条所述，违背国际法义务本身不影响该义务的存在，这项原则的必然推论是，如果不法行为持续，有关义务就仍然应当遵行。因此，按照规定有关义务的初级规则，须停止该不法行为。

(2) 在发生违背义务事项、且不法行为持续之时，受害国或国际组织追求的主要目标通常是停止不法行为。尽管索赔会提到违背事项，但实际追求的是遵行初级规则之下的义务。这并非一项由于不法行为而产生的新义务。

(3) 是否存在提供不重复的承诺和保证的义务将取决于案件的情况。这一义务的成立无需违反行为而产生的新义务。特别是当责任实体经常有违反行为时，这一义务便显得合理。

(4) 难以找到国际组织作出不重复的承诺和保证的案例。但是，正如在国家的情况中一样，可能会有应当作出这些承诺和保证的情况。例如，如果发现一国际组织持续违背某项义务，保证不重复几乎肯定不会不合时宜。

(5) 将承诺和保证不重复同停止不法行为放在相同背景下考虑，是因为它们都涉及遵行初级规则所规定的义务问题。但是，与停止持续的不法行为的义务不同，提供不重复该行为的承诺和保证可能被视为由于不法行为而引起的一项新义务，表示有将来违反的风险。

²³² 《2001 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 88 页。

(6) 鉴于在停止及承诺和保证不重复方面，国家和国际组织情况相似，本条采用了与国家对国际不法行为的责任条款第 30 条相同的措词，²³³ 但将“国家”改为“国际组织”。

第 31 条

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。
2. 损害包括国际组织的国际不法行为所引起的任何损害，无论是物质损害或精神损害。

评注

(1) 本条载述了要求责任国际组织充分赔偿所造成损害的原则。这项规则寻求保护受害方，使其免受国际不法行为的不利影响。

(2) 损害被界定为包括“国际不法行为所引起的任何损害，无论是物质损害或精神损害”。根据欧洲法院对Walz诉Clickair案的判决，在关于国家对国家不法行为的责任的第 31 条第 2 款中出现过的这一措辞表达了“所有的国际法子系统都通用的”概念，并表达了“国际法中损害概念的一般含义”。²³⁴

(3) 与涉及国家时的情况一样，赔偿原则往往以灵活的方式实施。受害方可能只关注进行中的不法行为能否停止或不法行为能否不重犯。随后提出的赔偿请求可能有限。当受害国或组织为自己的利益提出求偿要求，而不是为它所保护的个人或实体而提出要求时，便尤其会出现这种情况。然而，受害国或组织在行使其权利方面所受的制约一般并不意味着这些受害方不能视自己有权获得充分赔偿。因此，充分赔偿的原则是不受到怀疑的。

(4) 一个国际组织可能难以拥有所有必要的手段作出所要求的赔偿。这是因为一般提供给国际组织用于支付这类开支的财政资源不足。然而，这种不足并不能免除责任组织所产生的法律后果。

(5) 国际组织有时采取通融补偿的办法，但这样做并非由于资源充足，而更多是由于有关组织与国家一样，不愿意承认自己的国际责任。

(6) 国际组织打算在可能涉及其国际责任的国家开展一项活动时，国际组织有一项选择，即与领土国签署一项协定，限制其因这项活动而发生的不法行为的责任。联合国就维持和平行动而签订的协定便是例子：与接受维和部队的领土国签订的协定涵盖了由国际责任而产生的求偿要求。²³⁵

²³³ 同上。

²³⁴ Judgment of 6 May 2010, Case C-63/09, *Walz v. Clickair SA*, paras. 27-28.

²³⁵ 联合国秘书处在这方面提到这一实践。参阅 A/CN.4/637/Add. 1, II.B.16 节，第 6 段。

(7) 本条在规定充分赔偿原则时，主要提及较经常发生的情况：国际组织是一项国际不法行为的唯一责任者。重申该组织有义务充分赔偿，不一定意味着相同的原则适用于认定该组织与一国或若干个国家或一个或若干个国际组织一起对某项行为负责的情况：例如当该组织援助或协助一国实施不法行为时。²³⁶

(8) 本条转载了国家对国际不法行为的责任第 31 条，²³⁷ 在两款中都将“国家”改为“国际组织”。

第 32 条

组织规则的相关性

1. 责任国际组织不得以其规则作为不能按照本部分的规定遵守其义务的理由。
2. 第 1 款不妨碍国际组织的规则适用于该组织与其成员国和成员组织之间的关系。

评注

(1) 第 1 款规定了国际组织不能援引其规则为理由，不遵守在国际法之下所负的义务，实施国际不法行为。与这项原则平行的是，在国家对国际不法行为的责任条款第二部分中规定的，国家不得援引国内法作为不遵守其义务的理由的原则。第 1 款的案文复制了关于国家对国际不法行为的责任的第 32 条，²³⁸ 做了两处改动：“国家”改为“国际组织”，国家的国内法改为国际组织规则。

(2) 1986 年《关于国家和国际组织间或国际组织相互间条约的维也纳公约》第 27 条第 2 款²³⁹ 采用了类似的办法，该条与 1969 年《维也纳条约法公约》相应的规定类似，规定“为一条约当事方的国际组织不得援引该组织的规则作为不履行条约的理由”。

(3) 在一国际组织与非成员国或组织的关系中，看来很清楚，有关组织的规则本身不影响由于国际不法行为引起的义务。同一原则不一定适用于一组织与其成员之间的关系。有关组织的规则可能影响到本部分所规定的原则和规则的适用。例如，它们可以修订关于责任组织可能必须对其成员作出的赔偿的形式的规则。

(4) 在一国际组织与其成员的关系中，有关组织的规则还可能影响到第二部分所述原则和规则的适用，例如有关归属的问题。这些规则将被视为特殊规则，不需要专门加以叙述。相反，在第三部分中，“不妨碍”有关组织的规则适用于其

²³⁶ 参阅第 14 条。

²³⁷ 《2001 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 91 页。

²³⁸ 同上，第 94 页。

²³⁹ A/CONF.129/15.

成员的规则年来是有用的，因为若非如此，即可从与组织规则无关这一原则中作出各种推论。这样一个“不妨碍”规定的存在会使读者警觉到，第1款中的一般规定在国际组织与其成员国和成员组织的关系中可能会容许有例外。

(5) 第2款中所作的有关规定，仅在第三部分中的义务涉及国际组织可能对成员国和成员国际组织负有国际义务的情况下才适用。该规定不以任何方式影响到国际不法行为引起的对非成员国或组织的法律后果。该规定也不影响违背强制规则义务的后果，因为这些违背事项将影响到整个国际社会。

第33条

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国家、一个或若干其他组织、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或国际组织以外的实体由于国际组织的国际责任直接取得的任何权利。

评注

(1) 在关于国家对国际不法行为的责任的条款中，第一部分涉及可归因于国家的对国际法义务的任何违背，无论对其所承担义务的实体或人的性质如何。这些条款第二部分的范围限于一国对另一国方面的义务。这看来是由于难以考虑国际不法行为的后果、以及随后有关第一部分没有涵盖的违背国际义务事项受害方责任的履行问题。提到存在对国际社会的责任并不引起类似的问题，因为很难想象，整个国际社会产生国际责任。

(2) 如果在本条款草案中，对国际组织采取一种类似的办法，那就必须将第三部分的范围限于国际组织对其他国际组织或对整个国际社会负有的义务。但是，鉴于存在着国家对国际不法行为的责任条款，也列入有关组织对国家的义务看来是合乎逻辑的。因此，本条款草案第三部分将包括一责任国际组织可能对一个或多个其他组织、对一个或多个国家、或对整个国际社会的义务。这有意包括这样的可能性：国际组织引起了国际责任，因此获得了第三部分所规定的义务，这义务面向一国或一个组织、两个或更多国家和一个组织、两个或更多国家和两个组织，或一个国家和两个或更多的组织。

(3) 第1款采用了关于国家责任的第33条第1款²⁴⁰的措词，在提到责任实体之处做了变动，并做了解释的增补。

²⁴⁰ 《2001年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第94页。

(4) 按照第 1 款的定义，第三部分的范围是有限的，但这并不意味着对任何人或国家和国际组织以外的实体不产生国际不法行为所涉的义务。如关于国家对国际不法行为的责任的第 33 条第 2 款一样，²⁴¹ 第 2 款规定，第三部分不妨碍这些人或实体因国际责任而可能直接取得的任何权利。

(5) 关于国际组织的国际责任，国家或组织以外的人取得的一个重要领域是国际组织违背国际法有关就业规则之下的义务。另一个领域是维和部队的影响到个人的违反义务行为。²⁴² 本条款草案没有涵盖第(1)段所述的这两项违背对于个人的后果。

第二章 赔偿损害

第 34 条 赔偿的方式

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，单独或合并采取恢复原状、补偿和抵偿的方式。

评注

(1) 上述条款同关于国家对国际不法行为的责任第 34 条相同。²⁴³ 这似乎是正当的，因为在实践中对国际组织以及对国家所使用的赔偿方式包括恢复原状、补偿和抵偿。下列条款的评注载有涉及国际组织的若干事例，明确提到各种赔偿方式。

(2) 国际原子能机构的一份说明举了一责任国际组织考虑采取三种赔偿方式的事例。关于“原子能机构在保障监督方面的国际责任”，他在 1970 年 6 月 24 日写道：

“虽然可能在有些情况下，或许宜由原子能机构提供抵偿，但拟仅考虑名副其实的赔偿。一般而言，名副其实的赔偿可以是实物复原，抑或支付补偿金。”²⁴⁴

²⁴¹ 同上。

²⁴² 例如见大会 1998 年 6 月 26 日关于“第三方责任：时间限制和财务限制”的第 52/247 号决议。

²⁴³ 《2001 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 95 页。

²⁴⁴ GOV/COM.22/27, 第 27 段(载于 A/CN.4/545 号文件的附件，在法律事务厅编编纂司存档)。必须指出，国家对国际不法行为的责任条款第 34 条和上一条中所载述的盛行用法认为，赔偿包括道歉。

第 35 条 恢复原状

在下述情况下，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不可能；
- (b) 从恢复原状而非补偿中得到的利益与所引起的负担不致完全不成比例。

评注

- (1) 恢复原状是这样一种赔偿方式，即尽可能地恢复责任国际组织实施国际不法行为之前所存在的情况。
- (2) 关于国家对国际不法行为的责任的第 35 条中所界定的恢复原状概念和方式以及相关条件²⁴⁵看来也可以适用于国际组织。没有理由认为应当对后者采取一种不同的处理方式。所以，上列条款照录关于国家对国际不法行为的责任的第 35 条，唯一的不同是将“国家”一词改为“国际组织”。

第 36 条 补偿

1. 如损害没有以恢复原状的方式得到赔偿，国际不法行为的责任国际组织有义务补偿该行为造成的损害。
2. 这种补偿应该涵盖在经济上可以评估的任何损害，包括可以确定的利润损失。

评注

- (1) 补偿是国际组织最经常使用的一种赔偿方式。最著名的事例是联合国在刚果的军事行动所引起的索赔的解决。秘书长和相关国家的常驻代表团进行了书信往来，并根据这些信中所载的联合国声明，对比利时、瑞士、希腊、卢森堡和意大利的国民给予了补偿。在这些信中，联合国：

“指出，若能确定联合国人员事实上对无辜当事方造成无法辩解的损害，就不会回避责任。”²⁴⁶

²⁴⁵ 《2001 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 96 页。

²⁴⁶ 联合国《条约汇编》，第 535 卷，第 199 页；第 564 卷，第 193 页；第 565 卷，第 3 页；第 585 卷，第 147 页；和第 588 卷，第 197 页。

针对同一军事行动，另外对赞比亚、美利坚合众国、大不列颠及北爱尔兰联合王国和法国以及红十字国际委员会做了清偿。²⁴⁷ 红十字国际委员会也获得清偿。²⁴⁸

(2) 为对违反国际法义务的行为进行赔偿而支付有关赔偿金的情况，不仅可从部分索赔中收集，而且也可从 1965 年 8 月 6 日秘书长给苏联常驻代表的信中获得。秘书长在该信中指出：

“联合国一贯的政策是，由秘书长代表联合国对遭受损害而本组织又对此损害负有法律责任的个人进行补偿。这项政策符合公认的法律原则和《联合国特权和豁免公约》。另外，就联合国在刚果的活动而言，关于敌对行动期间保护平民人口生命和财产问题的各项国际公约提出的原则，以及联合国不能忽视的对公平和人道的考虑，也加强了上述政策。”²⁴⁹

(3) 国际法院关于人权委员会特别报告员享有法律程序豁免的争议的咨询意见也提到联合国支付赔偿金的义务。²⁵⁰

(4) 除了必须将“国家”改为“国际组织”以外，没有理由不采用关于国家对国际不法行为的责任的第 36 条案文。²⁵¹

第 37 条

抵偿

1. 如损害没有以恢复原状或补偿的方式得到赔偿，一国际不法行为的责任国际组织有义务对该行为造成的损失给予抵偿。
2. 抵偿可采取承认不法行为、表示遗憾、正式道歉或其他适当的方式。
3. 抵偿不应与损害不成比例，并且不得采取羞辱责任国际组织的方式。

评注

(1) 实践中有一些国际组织给予抵偿的例子，一般均以道歉或表示遗憾的形式出现。虽然下述例子没有明确提到存在违反国际法义务的行为，但至少意味着：国际组织道歉或表示遗憾可成为此类违反行为的适当法律后果之一。

²⁴⁷ 见 K. Schmalenbach, *Die Haftung Internationaler Organisationen* (Frankfurt am Main: Peter Lang, 2004), pp. 314-321。

²⁴⁸ 协定的案文载于 K. Ginther, 所著 *Die völkerrechtliche Verantwortlichkeit Internationaler Organisationen gegenüber Drittstaaten* (Wien/New York: Springer, 1969), pp. 166-167。

²⁴⁹ 《联合国法律年鉴》，1965 年，第 41 页。J.J.A. Salmon 坚持认为，联合国将其责任置于国际层级，“1965 年 2 月 20 日斯帕克—吴丹协定”，《法国国际法年鉴》，第 11 卷，(1965 年)，第 468 页起，载于第 483 和 487 页。

²⁵⁰ 《1999 年国际法院案例汇编》，第 88-89 页，第 66 段。

²⁵¹ 《2001 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 98 页。

(2) 关于斯雷布雷尼察的沦陷问题，联合国秘书长指出：

“联合国在波斯尼亚的经历是我们历史上最艰难和最痛苦的经历之一。我们在审查面对斯雷布雷尼察遭受攻击而采取的自身行动和决定时，感到极为遗憾和悔恨不已。”²⁵²

(3) 1999 年 12 月 16 日，秘书长在接受关于 1994 年卢旺达境内灭绝种族期间联合国行动的独立调查报告时指出：

“势必令我们大家痛感到遗憾的是，我们没有采取更多的予以措施。当时该国境内有一支联合国部队，但该部队没有得到授权，也不具有采取有力行动的能力，而为了预防或制止灭绝种族，需要采取这种行动。我代表联合国承认这种失败，并深表自责。”²⁵³

(4) 北约轰炸贝尔格莱德的中国大使馆不久后，北约发言人在一次新闻发布会上说：

“我认为，我们已经做了任何人在这种情况下都会做的事情，首先，我们明确、毫不含糊和迅速地承认了责任，我们对中国当局表示了遗憾。”²⁵⁴

另外一次是德国总理格拉克德·施罗德于 1999 年 5 月 13 日，以德国、北约和北约秘书长哈维尔·索拉纳的名义，向唐家璇外交部长和朱镕基总理道歉。²⁵⁵

(5) 对于其他赔偿形式，责任国际组织的规则将决定哪一个机关或代理人有权代表该组织作出抵偿。

(6) 涉及国家的抵偿方式和条件也可以适用于国际组织。打算羞辱责任国际组织的抵偿方式可能不会有，但不是不可思议的。一个理论上的例子是要求以贬低该组织或其一个机关的措词方式正式道歉。这种要求也可能提到在责任组织范围内的一个或多个成员国家或组织的行为。虽然这种需要赔礼道歉的要求可能明确针对一个或多个成员，该责任国际组织必须给予，而且必定受到影响。

(7) 因此，国家对国际不法行为的责任条款第 37 条的款文²⁵⁶ 可以调换一下，但将第 1 款和第 3 款中的“国家”一词改为“国际组织”。

²⁵² 秘书长根据大会第 53/35 号决议提交的报告：斯雷布雷尼察的陷落(A/54/549)，第 503 段。

²⁵³ www.un.org/News/press/docs/1999/sgsm_rwanda.htm.

²⁵⁴ <http://www.ess.uwe.ac.uk/kosovo/Kosovo-Mistakes2.htm>.

²⁵⁵ “施罗德表示北约向中国道歉”，<http://archives.tcm.ie/irishexaminer/1999/05/13/fhead.htm>。

²⁵⁶ 《2001 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 105 页。

第 38 条

利息

1. 为确保充分赔偿，在必要时，应支付根据本章所应支付的任何本金金额的利息。为此应规定利率和计算方法。
2. 利息从应支付本金金额之日起算，至完成履行支付义务之日为止。

评注

国家对国际不法行为的责任条款第 38 条中所载述的关于利息的规则²⁵⁷是为了确保适用充分赔偿的原则。在这方面，类似的考虑因素也适用于国际组织。因此，将关于国家对国际不法行为的责任的第 38 条的两款照录于此，未作改动。

第 39 条

促成损害

在确定赔偿时，应考虑到受害国或国际组织或为其提出索赔的任何人或实体由于故意或疏忽以作为或不作为而促成损害的情况。

评注

- (1) 没有任何明显的理由可据以排除将关于国家对国际不法行为的责任条款第 39 条所载的规定适用于国际组织的适当性。²⁵⁸ 这一扩大适用分为两个部分：第一、国际组织也有资格援用促成的责任以便减轻其责任；第二、可能促成这种损害的实体包括国际组织。后面这一扩大适用需要在国家责任的对应条款的“国家”一词后面增添“或国际组织”等字。
- (2) 在刚果射击平民车辆是可能被援引责任的一个与促成损害有关的实践例子。在这个案例中，由于车辆司机导致祸害的疏忽，减少了需要由联合国支付的赔偿金。²⁵⁹
- (3) 本条为妨碍受害方依国际法可能有的关于减轻损害的任何义务。这一义务的存在起因于初级规则。因此，无需在这里讨论。
- (4) 提到的“提出索赔的任何人或实体”必须结合第三部分第 33 条中所载国际义务的定义来加以理解。这一范围限于责任国际组织对国家、其他国际组织或整体国际社会所发生的义务。在这一点上，上述字句的措词看来是适当的。因此，对其他个人或实体直接产生的权利来说，其存在不受影响。

²⁵⁷ 同上，第 107 页。

²⁵⁸ 同上，第 109 页。

²⁵⁹ 见 P. Klein, 上文脚注 107, p. 606。

第 40 条

确保履行赔偿义务

1. 责任国际组织应根据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所规定的义务的手段。
2. 责任国际组织的成员应采取该组织的规则可能要求采取的一切适当措施，使该组织能够履行本章所规定的义务。

评注

(1) 具有独立法律人格的国际组织，原则上是承担对其国际不法行为的国际责任的唯一主体。当一国际组织应对一国际不法行为负责时，各成员国和各成员国际组织仅根据第 17、61 和 62 条中所述条件产生其责任。本条没有设想其成员国和成员国际组织应在国际上为国际不法行为负责的任何进一步的情况。

(2) 针对委员会在其提交大会的 2006 年报告中所提出的一个问题，一些国家也持相同态度，²⁶⁰ 认为，当责任组织没有能力赔偿时，其成员国并不因此对受害方负有任何附属义务。²⁶¹ 国际货币基金组织和禁止化学武器组织在其声明中表示了同样的意见。²⁶² 这种做法看来符合惯例，不赞成在国际法中有此种义务。

(3) 因此，受害方只能仰仗责任国际组织履行其义务。很显然，如果没有制订专门预算防备该组织引起国际组织的情况，那么便可能无法有效履行赔偿义务。因此第 1 款强调国际组织须采取一切适当措施以便在发生责任时能够履行义务。这通常意味着该组织须请其成员提供必要的手段。

²⁶⁰ 《大会正式记录，第六十一届会议，补编第 10 号》(A/61/10)，第 28 段。

²⁶¹ 荷兰代表团指出，将是“这样的义务是没有根据的”(A/C.6/61/SR.14, 第 23 段)。丹麦，代表北欧国家(丹麦、芬兰、冰岛、挪威和瑞典)表达了相似的看法(A/C.6/61/SR.13, 第 32 段)；比利时(A/C.6/61/SR.14, 第 41-42 段)；西班牙(同上，第 52-53 段)；法国(同上，第 63 段)；意大利(同上，第 66 段)；美利坚合众国(同上，第 83 段)；白俄罗斯(同上，第 100 段)；瑞士(A/C.6/61/SR.15, 第 5 段)；古巴(A/C.6/61/SR.16, 第 13 段)；罗马尼亚(A/C.6/61/SR.19, 第 60 段)。但是，白俄罗斯代表团建议，“可以作为一个特殊的规则制定次要责任补偿计划，例如，该组织的工作与剥削危险的资源有关的情况”(A/C.6/61/SR.14, 第 100 段)。阿根廷代表团虽然也同意主流的看法(A/C.6/61/SR.13, 第 49 段)却请委员会“分析是否每一个组织的特别性质和规则，以及对于公正和公平的考虑因素，需要列为基本规则的例外情况，这取决于每个案件的情况。最近的情况，参看下列各国的发言：白俄罗斯(A/C.6/64/SR.15, para. 36)、匈牙利(A/C.6/64/SR.16, para. 40)、葡萄牙(para. 46)和希腊(para. 62)以及各国的书面意见：德国(A/CN.4/636, sect. II.B.19, para. 3)、大韩民国(A/CN.4/636/Add.1)。奥地利采取了类似的立场，A/CN.4/636, sect. II.B.19, para. 4。伊朗伊斯兰共和国(A/C.6/64/SR.16, para. 53)虽然也持同样的看法，却坚持认为“这种情况下的责任的主要冲击应该由一些成员承受，因为他们在组织内的决策作用或通盘的状况大大地促成了损害行为”。

²⁶² A/CN.4/582, 第二. U.1 节。若干国际组织认为，委员会作为“逐渐发展工作”为成员陈述了一项义务。A/CN.4/637, sect. II.B.17。

(4) 第 2 款基本上具有解释的性质。其用意是要提醒责任国际组织的成员：根据组织的原则，它们需要采取一切适当措施，以便向组织提供有效履行其赔偿义务的手段。

(5) 这两款都提到组织的规则，这是为了界定有关要求的依据。²⁶³ 虽然组织的规则不一定明确处理这个问题，但可以认为有关规则通常含有成员为组织提供经费的义务，作为同该组织合作的一般性义务的一部分。法官杰拉德·菲茨莫里斯爵士在对联合国若干开支案提出的咨询意见的单独意见中指出：

“如果没有经费，本组织就无法履行职责。因此，即使没有第 17 条第 2 款，根据国际法院在联合国服务人员受到伤害案中所适用的同一原则，即“对于履行其[即本组织]职责不可或缺的必要含义”，必须从宪章中领会到，成员国有以集体方式为本组织筹资的一般义务，(《1949 年国际法院案例汇编》，第 182 页)。”²⁶⁴

第三章

严重违反一般国际法强制性规范义务

第 41 条

本章的适用

1. 本章适用于国际组织严重违反一般国际法强制性规范规定的义务的行为所产生的国际责任。
2. 如果此种违反义务行为涉及责任国际组织严重地或系统性地不履行义务，则构成严重违反义务行为。

评注

(1) 第三章的范围相当于国家对国际不法行为的责任条款第 40 条中所规定承担的范围。²⁶⁵ 国际组织比国家较为不可能违反依一般国际法强制性规范承担的义务。但是，不能完全排除发生这种违反的危险。例如不难设想，国际组织有可能实施侵略行为或违反与保护人权有关的一般国际法强制性规范所规定的义务。如果严重违反行为的确发生，就必须承担适用于国家的同样后果。

²⁶³ 见丹麦代表北欧国家(丹麦、芬兰、冰岛、挪威和瑞典)的发言(A/C.6/61/SR.13, 第 32 段); 比利时(A/C.6/61/SR.14, 第 42 段); 西班牙(同上, 第 53 段); 法国(同上, 第 63 段); 和瑞士(A/C.6/61/SR.15, 第 5 段)。此外，国际法协会认为，责任组织需要置备资金的义务只存在于“根据其规则”的情况(*Annuaire de l'Institut de Droit International*, vol. 66-II (1996), p. 451)。

²⁶⁴ 《1962 年国际法院案例汇编》，第 208 页。

²⁶⁵ 《2001 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 112 页。

(2) 本条的两款与关于国家对国际不法行为的责任的第 40 条的两款相同，²⁶⁶ 只是将“国家”一词改为“国际组织”。

第 42 条

严重违反本章规定的义务的特定后果

1. 国家和国际组织应进行合作，通过合法手段制止本条款草案第 41 条含义范围内的任何严重违反义务行为。
2. 任何国家或国际组织均不得承认本条款草案第 41 条含义范围内的严重违反义务行为造成的情况为合法，也不得为维持这种现状提供援助或协助。
3. 本条不妨碍本部分所指的其他后果和本章适用的违反义务行为可能依国际法引起的进一步后果。

评注

(1) 本条规定，如果一国际组织有严重违背依国际法强制性规范承担的义务的行为，国家和国际组织有根据关于国家对国际不法行为的责任的第 41 条适用国家的相应义务。²⁶⁷ 因此，在这里使用了与该条同样的措词方式，只是在第 1 款中增添“和国际组织”和在第 2 款中增添“或国际组织”的字眼。

(2) 针对委员会在 2006 年提交大会的报告中提出的一个问题，²⁶⁸ 若干国家认为，严重违背行为的国际组织的法律规定应该与有同样严重违背行为的国家一样。²⁶⁹ 此外，若干国家坚持认为，国际组织也应该有义务合作制止另一个组织的严重违反义务行为。²⁷⁰

(3) 禁止化学武器组织发表如下意见：

“各国当然有义务合作制止这种违反行为，因为当一国际组织的行为违反一般国际法强制性规范时，其情形与一个国家并无太大区别。”²⁷¹

²⁶⁶ 同上。

²⁶⁷ 同上，第 113-114 页。

²⁶⁸ 《大会正式记录，第六十一届会议，补编第 10 号》(A/61/10)，第 28 段。

²⁶⁹ 见丹麦代表北欧国家(丹麦、芬兰、冰岛、挪威和瑞典)的发言(A/C.6/61/SR.13, 第 33 希)；阿根廷(同上，第 50 段)；荷兰(A/C.6/61/SR.14, 第 25 段)；比利时(同上，第 43-46 段)；西班牙(同上，第 54 段)；法国(同上，第 64 段)；白俄罗斯(同上，第 101 段)；瑞士(A/C.6/61/SR.15, 第 8 段)；约旦(A/C.6/61/SR.16, 第 5 段)；俄罗斯联邦(A/C.6/61/SR.18, 第 68 段)；和罗马尼亚(A/C.6/61/SR.19, 第 60 段)。

²⁷⁰ 因此，丹麦代表北欧国家(丹麦、芬兰、冰岛、挪威和瑞典)的发言(A/C.6/61/SR.13, 第 33 段)；阿根廷(同上，第 50 段)；荷兰(A/C.6/61/SR.14, 第 25 段)，比利时(同上，第 45 段)；西班牙(同上，第 54 段)，法国(同上，第 64 段)；白俄罗斯(同上，第 101 段)，瑞士(A/C.6/61/SR.15, 第 8 段)；和俄罗斯联邦(A/C.6/61/SR.18, 第 68 段)。

²⁷¹ A/CN.4/582, 第二. U.2 节。

关于国际组织进行合作的义务，该组织“必须在其任务规定范围内根据其规则行事”。²⁷²

(4) 显然，本条款第 1 条的用意不是赋予国际组织任何与其各自的任务背道而驰的职能。反之，某些国际组织可以具有比本条中所规定的还要多的职能。本条不妨碍一组织在应付依国际法强制性规范承担义务的若干行为方面，例如联合国在应付侵略方面，可能具有的任何职能。

(5) 虽然在实践中找不到在一国际组织严重违法时宣称所述义务的事例，考虑将根据称一国严重违法时的这些义务适用于国际组织并不是没有意义的。

(6) 在这方面，应该回顾，国际法院在其关于以色列在被占领的巴勒斯坦领土修建隔离墙的法律后果的咨询意见执行部分中首先申明两种义务，即以以色列停止修建隔离墙：和“鉴于所涉权利和义务的性质和重要性”，所有国家“不承认修建隔离墙所造成的不合法局面，不协助维持修建隔离墙所造成的局面”。²⁷³ 法院接着指出：

“联合国，尤其是大会和安全理事会，应该考虑需要采取哪些进一步行动结束修建隔离墙所造成的不合法局面和相关的制度，同时适当考虑到本咨询意见。”²⁷⁴

(7) 一些与国家严重违反义务有关的做法的事例是关于国际组织不承认违反义务行为所造成的情形为合法的义务。例如，对于将科威特并入伊拉克，安全理事会第 662(1990)号决议，呼吁“所有国家、国际组织和专门机构不承认这一兼并，也不进行任何可能被视为间接承认这一兼并的行动或来往”。²⁷⁵ 另一个例子是欧洲共同体成员国 1991 年关于《承认东欧和苏联新国家的准则》的声明。其案文载有以下一句：“欧共体及其成员国不承认由侵略形成的实体”。²⁷⁶

(8) 本条涉及一国际组织在严重违反依一般国际法强制性规范承担义务的行为情况下为国家和国际组织规定的义务。它的用意不是为了排除其他人或实体也存在同样义务的情况。

²⁷² 同上。国际货币基金还进而指出：“国际组织进行合作的任何义务将遵守、并且受到各自章程的规定的限制”(同上)。

²⁷³ 见第 159 段和执行段(3)B 和 D，《2004 年国际法院案例汇编》，第 200 页。

²⁷⁴ 见执行段(3)E，《2004 年国际法院案例汇编》，第 202 页。相同的措词出现在咨询意见第 160 段，同上。第 200 页。

²⁷⁵ 安全理事会 1990 年 8 月 9 日，第 662(1990)号决议，第 2 段。

²⁷⁶ 欧洲共同体，《关于南斯拉夫的宣言》和《关于承认新国家的准则》，1991 年 12 月 16 日，载于《国际法律材料》，第 31 卷(1992 年)，第 1485 页起，载于第 1487 页。

第四部分

国际组织的国际责任的履行

评注

(1) 本条款第四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，这一部分分为两章。²⁷⁷ 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。第二章考虑了解为了使责任国际组织停止不法行为和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，但并不涉及多个国家的责任的问题。²⁷⁸ 但是，有一个条款(第 48 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。

第一章

援引国际组织的责任

第 43 条

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国或受害国际组织援引另一国际组织的责任：

- (a) 被违反的义务是单独地向该国或该组织承担的义务；
- (b) 被违反的义务是向包括该国或该组织在内的国家集团或国际组织集团或向整个国际社会承担的义务，而对此义务的违反：
 - (一) 特别影响到该国或该组织；或
 - (二) 因其性质，在进一步履行义务方面，根本改变了作为义务对象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三部分中所载的义务。

(2) (a)项处理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。该项对应于关于国家对国际不法行为的责任的第 42 条

²⁷⁷ 《2001 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 116-139 页。

²⁷⁸ 见第 1 条，尤其是相关评注第(10)段。

(a)项。²⁷⁹ 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，有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”。²⁸⁰ 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”。²⁸¹ 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。²⁸²

(4) 根据关于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，会根本改变作为该义务对象的所有其他国家的地位时，一国也可作为受害国援引责任。²⁸³ 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；²⁸⁴ 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”。²⁸⁵

(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。

²⁷⁹ 《2001 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 117 页。

²⁸⁰ 《1949 年国际法院判例汇编》，第 184-185 页。

²⁸¹ S/AC.26/1991/7/Rev.1, 第 34 段。

²⁸² “专员小组提出的关于第六批‘F1’类索赔”的报告和建议，S/AC.26/2002/6, 第 213-371 段。

²⁸³ 《2001 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 117 页。

²⁸⁴ 同上，第 119 页，第(12)段。

²⁸⁵ 同上，第 119 页，第(13)段。

(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。

(7) 同样，(b)项中提到“若干国家或国际组织”并不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 44 条

受害国或国际组织通知其求偿的要求

1. 援引另一国际组织责任的受害国或国际组织应将其求偿的要求通知该组织。
2. 受害国或国际组织可具体指明：
 - (a) 如不法行为仍在继续，责任国际组织为停止该不法行为而应采取的行动；
 - (b) 根据本条款草案第三部分的规定应采取哪种赔偿方式。

评注

(1) 本条对应于国家对国际不法行为责任的第 43 条。²⁸⁶ 关于通知求偿要求而援引国际组织责任，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 款并未说明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 49 条第 5 款，在第 43 条定义范围内，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。

²⁸⁶ 同上，第 119 页。

第 45 条

求偿要求的可受理性

1. 如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. 如用尽当地救济的规则适用于求偿要求，那么在未用尽所有可利用的有效救济时，受害国或国际组织不得援引另一国际组织的责任。

评注

(1) 本条对应于国家对国际不法行为责任的第 44 条。²⁸⁷ 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提出的某些类别的求偿要求可受理性的问题。第 1 款处理了涉及国籍规则的求偿要求，第 2 款有关适用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提出的要求。虽然外交保护条款第 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。²⁸⁸ 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。²⁸⁹ 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”。²⁹⁰

(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”。²⁹¹

²⁸⁷ 同上，第 120 页。

²⁸⁸ 《大会正式记录，第六十一届会议，补编第 10 号》(A/61/10)，第 16 页。

²⁸⁹ 此外，在两个国家之间争端的情况下，国际法院在关于 Ahmadou Sadio Diallo 案件中的初步反对意见所作的判决认为，关于外交保护的第 1 条所提供的定义体现“习惯国际法”；《2007 年国际法院案例汇编》，第 39 段(载于 <http://www.icj-cij.org/docket/files/103/13856.pdf>)。

²⁹⁰ 《大会正式记录，第六十一届会议，补编第 10 号》(A/61/10)，第 17 页。

²⁹¹ 《1949 年国际法院案例汇编》，第 186 页。

(5) 第 2 款涉及当地救济规则。根据国际法，这一规则不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。²⁹² 在职能保护案件中，不适用当地救济规则，²⁹³ 当一国际组织采取行动，以保护其执行任何的工作人员之时，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。²⁹⁴ 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航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”。²⁹⁵ 这一做法表明，不管是向欧盟成员提出索偿，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。

²⁹² 尤其参看 A.A. Cançado Trindade, 《国际法中用尽当地补救办法规则的适用》(剑桥: 剑桥大学出版社, 1983 年), pp.46-56; C.F.Amerasinghe, 《国际法中的当地补救办法》, 第二版。(剑桥: 剑桥大学出版社, 2004 年), 第 64-75 页; R.Pisillo Mazzeschi, 《用尽当地补救办法和人权》(Torino:Giappichelli, 2004)。这些作者侧重在根据人权条约提出索赔方面用尽当地补救办法。

²⁹³ 强调这一点的是 C.F.Amerasinghe, 上文脚注 107, 第 484 页和 J. Verhoeven, “外交保护、用尽救济办法和欧洲法院”, 权力的法则, 权力的权威——Jean Salmon 的混合表现(布鲁塞尔: 布瑞朗出版社, 2007 年), 第 1511 页起, 载于第 1517 页。

²⁹⁴ 《1949 年国际法院案例汇编》, 第 184 页。

²⁹⁵ “口头发言和评论, 对美国的反应”, 2000 年 11 月 15 日, A/CN.4/545, 附件第 18 号。

(7) 对国际组织的求偿必须用尽当地救济，这一点为大多数作者所接受，至少原则上接受。²⁹⁶ 尽管“当地救济”一词在这种情况下可能看来不大贴切，因为这一措词看来是指责任实体领土内可用的救济办法，但这一措词作为一个专门术语在英文案文中被普遍使用，因此也是列入了第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，²⁹⁷ 但对于目前条款的目的而言，更为简练地描述可能已经足够。

(9) 尽管一国际组织内可利用和有效的救济办法仅仅见于为数有限的组织，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48条援引责任之时，第2款也是相关的。为此，第48条第5款提到第44条第2款。

²⁹⁶ 以下若干作者坚持当地救济规则在由国家向国际组织提出索赔方面的适用性：J.-P. Ritter, 上文脚注107, 第427页起，载于第454-455页；P. De Visscher, “对于联合国组织之责任的原则的基础和实施的意见”，《国际法和比较法评论》，第40卷(1963年)，第165页起，载于第174页；R. Simmonds, 上文脚注107, 第238页；B. Amrallah, 见上文脚注107, 第57页起，载于第67页；L. Gramlich, “对政府间机构的行为的外交保护”，《德国国际法年鉴》，第27卷(1984年)，第386页起，载于第398页(较具暂定性质)；H.G. Schermers & N.M. Blokker, 《国际制度法》，第三版(海牙：奈霍夫出版社，1995年)，第1167-1168页；P. Klein, 上文脚注107, 第534页起；C. Pitschas, 上文脚注107, 第250页；K. Wellens, 《对国际组织的补救措施》(剑桥：剑桥大学出版社，2002年)，第66-67页；G. Thallinger, “在国际组织的责任情况下用尽当地补救办法的规则”，《北欧国际法学报》，第77卷(2008年)，第401页起。国际法协会国际组织问责问题委员会表示了同样的看法，第七十一届会议报告(2004年)，第213页。C. Eagleton, “国际组织和责任法”，《……讲义》，第76卷(1950-I)，第323页起，载于第395页，认为，当地补救办法规则不适用于对联合国提出赔偿要求，但这只是因为“联合国没有由国家经常予以维护的司法系统或其他手段的‘当地补救办法’”。A.A. Cançado Trindade, “《用尽当地补救办法和国际组织法》”，《国际法和外交科学学报》，第57卷(1979年)，第81页起，载于第108页，其中指出：“对一个国际组织提出损害赔偿的索赔时，并没有排除规则的适用，但法律仍可在不同的方向发展”。M. Pérez González 认为，当地补救办法规则应以灵活的方式适用，上文脚注107, 第63页起，载于第71页。C.F. Amerasinghe, 上文脚注107, 第486页，认为，因为国际组织“通常没有对个人的司法权”，“能否提供合适的国内补救办法，是值得怀疑的。因此，很难理解如何适用当地补救办法”；同一本书的第一版已经表达了这一观点。F. Vacas Fernández 也在他的书中持同样的观点：《联合国的国际责任》(马德里：Dykinson出版社，2002年)，第139-140页。

²⁹⁷ 《大会正式记录，第六十一届会议，补编第10号》(A/61/10)，第20页。

第 46 条

援引责任权利的丧失

在下列情况下不得援引国际组织的责任：

- (a) 受害国或国际组织已有效地放弃要求；
- (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求偿要求失效。

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，²⁹⁸ 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涉及的时间段可能比通常对国家而言已经足够的期间还要长。

(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丧失。正如本条款草案第 20 条的评注中所说，这一用语“指‘国家责任’或国际组织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经授权后代表国家或国际组织这样做的，或该项同意因受到胁迫或其他因素而变得无效”。²⁹⁹ 在国际组织的情况中，有效通常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《关于国家和国际组织间或国际组织相互间条约法维也纳公约》³⁰⁰ 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国际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 49 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 49 条第 5 款提到第 46 条清楚地表明了这一点。

²⁹⁸ 《2001 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 121 页。

²⁹⁹ 第 20 条评注第(5)段。

³⁰⁰ A/CONF.129/15.

第 47 条

数个受害国或国际组织

在数个国家或国际组织由于一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有关国际不法行为的责任。

评注

- (1) 本条对应于国家对国际不法行为的责任第 46 条。³⁰¹ 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”的咨询意见认为，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面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。[……]”³⁰²
- (4) 一受害国或国际组织可承诺不援引责任而任由其他受害国或国际组织援引一责任。如果实行这种承诺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 46 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，该组织的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 48 条

一个国际组织和一个或若干国家或国际组织的责任

1. 在一个国际组织和一个或若干国家或其他国际组织对同一国际不法行为应负责任的情形下，可以对每一个国家或组织援引涉及该行为的责任。
2. 只有在援引主要责任未得到赔偿的情况下，方可援引次要责任。
3. 第 1 款和第 2 款：

³⁰¹ 《2001 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 123 页。

³⁰² 《1949 年国际法院案例汇编》，第 184-186 页。

(a) 不允许任何受害国或国际组织通过补偿的方式获取多于其所受损失的利益；

(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具有的追索权。

评注

(1) 本条处理了一国际组织与一个或多个其他实体(国际组织或国家)一起对特定不法行为负责的情况。第 14 至 18 条和第 58 至 62 条设想了一国际组织与一个或多个国家的联合责任。第 14 至 18 条考虑了一国际组织与一国的行为相关的责任；第 58 至 62 条涉及一国与一国际组织国际不法行为相关的责任。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例子，此种协定并没有规定欧盟与其成员国按比例分摊责任。欧洲法院在涉及混合合作协定的议会诉理事会案中³⁰³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”。

(2) 如同国家对国际不法行为的责任的第 47 条一样，³⁰⁴ 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、并在此范围内，有义务提供赔偿。第 62 条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) 受害国或国际组织只有在下述情况下才可在主要责任组织未提供赔偿的情况下向次要责任组织提出求偿请求：求偿请求受制于主要责任实体未能提供赔偿的条件。

(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)项中的措词略有改动，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 49 条

受害国或受害国际组织以外的国家或国际组织援引责任

1. 受害国或受害国际组织以外的国家或国际组织有权在下列情况下按照第 4 款援引另一国际组织的责任：被违反的义务是向包括援引责任的国家或组织在内的国家集团或国际组织集团承担的，并且是为了保护该集团的集体利益而确定的。

³⁰³ 1994 年 3 月 2 日的判决，案件号：C-316/91，《欧洲法院判例汇编》，1994 年，第 I-623 页起，载于第 I-660-661 页，详述见 29。

³⁰⁴ 《2001 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 124 页。

2. 受害国以外的国家有权在下列情况下按照第 4 款援引一国际组织的责任：被违反的义务是对整个国际社会承担的。

3. 不是受害方的国际组织有权在下列情况下按照第 4 款援引另一国际组织的责任：被违反的义务是向整个国际社会承担的，而且保护该义务所基于的整个国际社会的利益属于援引责任的国际组织的职责。

4. 有权按照第 1 款至第 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 30 条的规定，停止国际不法行为，并提供不重犯的承诺和保证；并且

(b) 按照本条款草案第三部分的规定，履行向受害国或国际组织或被违反的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 44 条、第 45 条第 2 款和第 46 条援引责任的条件同样适用于有权按照第 1 款至第 4 款这样做的国家或国际组织援引责任的情况。

评注

(1) 本条对应于国家对国际不法行为的责任第 48 条。³⁰⁵ 它涉及一国或一国际组织援引另一国际组织的责任，尽管对其承担的义务被违反，但该国或该国际组织不能被视为本条款第 43 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、提供不重复的承诺和保证，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”等文字以外，案文转载了关于国家对国际不法行为的责任的第 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，即使不是依第 43 条(b)(一)项所言，受到“特别影响”。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。

³⁰⁵ 同上，第 126 页。

(4) 一国际组织根据该组织的规则可能对其成员所负的义务不一定属于这一类别。而且，该组织的规则可能限制成员援引该组织的责任的权利。

(5) 第 1 款的措词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 43 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 款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承担的义务的另另一国的责任，同样的情况也适用于实施同样违背义务行为的国际组织的责任。如禁止化学武器组织所说，“与‘其他国际组织’不同时的国家不能援引一个国际组织的责任，似乎没有任何理由”。³⁰⁶

(7) 在发生一国际组织违反对整个国际社会承担的国际义务的情况时，另一国际组织援引该组织责任，这只是履行成员国赋予它的职责而行事，而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。³⁰⁷ 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，它们通常根据各自

³⁰⁶ A/CN.4/593, 二. F.1 节。

³⁰⁷ 下述学者表达了至少某些国际组织可以在违反了一项普遍义务的情况下援引责任的见解：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. Davi, *Comunità europee 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 ed. (Baden-Baden: Nomos, 1997), vol. 5, pp. 28-29; Klein, footnote 107 above, p. 401 ff.; A. Rey Aneiros, *Una aproximación a la responsabilidad internacional de las organizaciones internacionales* (Valencia: Tirant, 2006), p. 166. 下述学者坚持相反的看法：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”。

的规则采取行动。很难根据这一实践推断，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”。³⁰⁸ 最近的一个例子是欧洲联盟理事会就利比亚形势采取的措施；欧盟“强烈谴责对平民使用暴力和武力，并痛惜和平示威者受到镇压”。³⁰⁹ 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。

(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。这些职责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³¹⁰ 发表的意见。³¹¹ 一些就此问题提供评论的国际组织持类似的观点。³¹²

(12) 需要指出的是，海洋法国际法庭海床分庭在其关于担保个人和实体从事'区域内活动的国家所负责任和义务的咨询意见中认为，海床管理局有权针对区域内违反义务的行为提出索赔，这种权利隐含于“《[联合国海洋法]公约》第 137 条第 2 款，该条规定，该管理局应“代表”全人类行事”。³¹³ 虽然这一结论基

³⁰⁸ 《欧洲共同体官方公报》，2000 年 5 月 14 日 L 122, 第 1 页。

³⁰⁹ Council Decision 2011/137/CFSP of 28 February 2011, *Official Journal of the European Union*, 3 March 2011, L 58, p. 53.

³¹⁰ 因此，下列国家发了言：阿根廷(A/C.6/62/SR.18, 第 64 段)、丹麦代表北欧五国(A/C.6/62/SR.18, 第 100 段)、意大利(A/C.6/62/SR.19, 第 40 段)、日本(A/C.6/62/SR.19, 第 100 段)、荷兰(A/C.6/62/SR.20, 第 39 段)、俄罗斯联邦(A/C.6/62/SR.21, 第 70 段)和瑞士(A/C.6/62/SR.21, 第 85 段)。另外参见捷克共和国的发言(A/C.6/64/SR.15, 第 58 段)和德国的书面意见(第二节 B 小节第 23 段)。其他国家似乎赞同国际组织享有更广泛的权利。见以下国家的发言：白俄罗斯(A/C.6/62/SR.21, 第 97 段)、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)。

³¹¹ 《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。问题如下：“关于国家对国际不法行为的责任的第 48 条规定：在一国违反对整个国际社会承担的义务的情形下，各国有权要求责任国停止国际不法行为，并履行向受害国或被违反的义务的受益人提供赔偿的义务。如果向整个国际社会承担的义务是由一国际组织犯下的，其他国际组织或一些国际组织是否有权提出同样的要求？”

³¹² 见禁止化学武器组织表示的看法(A/CN.4/593, 第二.F.1 节)，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/Add.1, 第二.B 节)。另外见世界贸易组织的答复(A/CN.4/593, 第二.F.1 节)。

³¹³ Advisory opinion of 1 February 2011, para. 180, available at: www.itlos.org.

于《公约》的具体规定，但与第 49 条第 2 款一样，是以有关国际组织承担的职能为根据的。

(13) 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。关于国家对国际不法行为的责任的第 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 条所处理的义务无关。尽管这一点可被视为暗示，但第 5 款提到本条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 50 条

本章的范围

本章不妨碍个人或国家或国际组织以外的实体可能具有的援引国际组织的国际责任的权利。

评注

(1) 上文第 43 至 49 条仅处理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 33 条一致，该条界定了第三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三部分的范围。仅在涉及第三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。

第二章

反措施

第 51 条

反措施的目的和限制

1. 受害国或受害的国际组织只在为促使国际不法行为的责任国际组织依本条款草案第三部分履行其义务时，才可对该国际组织采取反措施。
2. 反措施限于采取措施的国家或国际组织暂不履行对责任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. 反措施应尽可能限制其对责任国际组织行使其职能的影响。

评注

(1) 正如第 22 条所规定的，当因国际组织引起国际责任时，它便可能成为受害国际组织采取的反措施的对象。受害国或受害国际组织可能采取反措施，因为没有令人信服的理由，可以直截了当地让责任国际组织免受可能的反措施。从原则上讲，责任国际组织在这方面的法律处境类似于责任国的处境。

(2) 这一点也见于某些国际组织所发表的评论中。世界卫生组织同意认为，“没有令人信服的理由，让一个违反了国际义务的国际组织免受受害国或受害国际组织为使前者履行其义务而采取的反措施”。³¹⁴ 教科文组织也说，在一项关于国际组织责任的案文里，“它不反对加上关于反措施的条款草案”。³¹⁵ 欧安会接受“国际组织采取以及针对国际组织采取反措施的可能”。³¹⁶

(3) 在答复委员会提出的一个问题时，好几个国家都表示了这样的意见，即类似于国家对国际不法行为的责任条款第 49 至 53 条中所规定的，针对一些国家采取反措施的类似规则也应适用于针对国际组织的反措施。³¹⁷

(4) 针对国际组织采取的反措施的实践，毫无疑问是很稀少的。然而，可以找到一些可被界定为反措施的一些措施案例。例如，在“美国针对欧洲共同体某些产品采取的进口措施”一案中，世贸组织专家小组认为，争端解决机构针对欧洲共同体所准许采取的暂停优惠或其他义务的行动“实质上是报复性的”。专家小组指出：

“按照一般国际法，报复(也称作报复措施或反措施)二十世纪中，由于禁止使用武力(*jus ad bellum*)的结果，经历了重大的变化。按照国际法，这些反措施受到一些限制，例如国际法委员会在关于国家对国际不法行为的责任的工作当中所确立的限制(相称性等等，见该草案第 43 条)”。不过在世贸组

³¹⁴ A/CN.4/609, 二.I 节。

³¹⁵ A/CN.4/609, 二.I 节。

³¹⁶ A/CN.4/637, sect. II.B.21.

³¹⁷ 见下列国家的发言：丹麦(代表五个北欧国家)(A/C.6/62/SR.18, 第 101 段)、马来西亚(A/C.6/62/SR.19, 第 75 段，也设想一些“另外的限制”)、日本(A/C.6/62/SR.19, 第 100 段)、荷兰(A/C.6/62/SR.20, 第 40 段)、瑞士(A/C.6/62/SR.21, 第 86 段)和比利时(A/C.6/62/SR.21, 第 91 段)。这些发言是在委员会要求评论的时候作出的，《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(b)段。

织里，反措施、报复和报复措施是受到严格限制的，只能在世贸组织解决争端程序的框架内进行。”³¹⁸

(5) 第 1 至第 3 款一如国家对国际不法行为的责任第 49 条中相应的各款所规定的那样，确立了反措施的目的和限制。³¹⁹ 在这方面，针对国际组织采取的反措施与针对国家采取的反措施，没有明显的理由要求对两者加区分。

(6) 在针对国际组织采取反措施方面，令人关注的一个问题是，反措施可能妨碍责任国际组织的运作，因而有可能危害到实现建立该组织时所确立的目标。虽然这一关切不能完全把针对国际组织的反措施排除掉，但可导致作出一些限制。第 4 款概括地处理了这个问题。同国际组织及其成员之间关系特别有关的更多的限制在下一条中审议。

(7) 国际组织履行某些职能可能对一些成员国以及在某些情况下对于国际社会具有重大意义。然而，很难依据这一标准来界定对于反措施的限制，因为并不总是容易作出这一区分，而且妨碍某项职能有可能对履行其他职能产生影响。因此，第 4 款要求受害国或受害国际组织挑选的反措施尽可能不影响有关国际组织履行其任何职能。对于可能受影响的职能的定性评估，可被认为已经隐含在文字当中了。

第 52 条

国际组织成员采取反措施的条件

1. 在遵守第 2 款的前提下，责任国际组织的受害成员国或国际组织，不可对该组织采取反措施，除非：

- (a) 第 51 条所指的条件得到满足；
- (b) 反措施并非不符合该组织的规则；并
- (c) 别无其他适当手段促使该责任国际组织履行关于停止违法行为和作出赔偿的义务。

2. 责任国际组织的受害成员国或国际组织不得因该组织违反了该组织的规则所规定的国际义务而对该组织采取反措施，除非该组织的规则规定了此种反措施。

³¹⁸ WT/DS165/R, 2000 年 7 月 17 日，第 6.23 段，注 100。小组提到委员会关于国家责任条款草案的一读工作。是否把在世贸组织系统范围内采取的措施描述为反措施的问题是有争议的。肯定的看法见 H. Lesaffre, *Le règlement des différends au sein de l'OMC et le droit de la responsabilité internationale* (Paris:L.E.D.J., 2007), pp. 454-461.

³¹⁹ 《2001 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 129 页。

评注

(1) 国际组织的规则可以排除其成员针对该国际组织采取反措施的可能。但该组织的规则也可允许反措施，但取决于与一般国际法条件下适用的不同的某些条件。这些条件很可能是更有限制性。正如世界卫生组织所指出的，“对于准普遍成员制国际组织，诸如联合国系统中的那些组织，各个成员国对其采取反措施的可能性受到这些组织的规则运行的严重限制，使之在很大程度上不可能，或者受特别法约束，因而不在于本条款草案的规定范围之内，除非是相关组织的规则不妨碍其成员国采取反措施。”³²⁰

(2) 教科文组织在其一项评论中说，“考虑到国际组织的规则往往没有具体地规定反措施，支持这样的可能性，即国际组织受害成员有可能采取该组织规则没有明确规定允许的反措施。”³²¹ 但是，教科文组织也指出，需要采取一些具体限制。³²² 这些限制与国际组织及其成员国之间合作关系原则是相一致的。³²³

(3) 这里所说的限制是通常适用于针对国际组织的反措施的限制以外的进一步限制。似乎没有必要说明本条所规定的限制是相对于本章其他条文里所出现的限制更进一步的限制。

(4) 本条对两种反措施作了区分：一种是受害国或国际组织一般对其所参加的组织采取的反措施，一种是针对该组织违反其组织规则所确立的国际义务而采取的反措施。第 1 款规定了剩余性规则，而第 2 款处理了后一种情况。

(5) 第 2 款要求反措施不得与组织的规则相违。这意味着采取反措施不必以组织规则为依据，但不应违反组织规则所规定的任何限制。

(6) 第 2 款还规定，若根据该组织规则，存在着确保遵守义务的“适当手段”时，则不得采取反措施。“适当手段”是指那些合法的相称的手段，在该成员打算采取反措施之时能提供确保遵守的合理前景。但是，该成员没有及时地利用所能够使用的补救手段，可导致反措施被排除。

(7) 欧洲共同体法院的一项判决提供了一个实例，说明了按照该组织规则所存在的适当手段是相关的。两个成员国曾说，虽然它们违反了组织章程规定的一项

³²⁰ A/CN.4/609, 第二.I 节。

³²¹ A/CN.4/609, 第二.I 节。

³²² 同上，教科文组织表示同意特别报告员在第六份报告中已经提出的条款：“只有在这一点不违反受害组织的规则的情形下”(A/CN.4/597, 第 48 段)。

³²³ 国际法院在关于协定的解释的咨询意见里表达了这一原则：

“埃及身为该组织成员这一事实意味着埃及和该组织都承担着相互合作与诚信的义务。”

卫生组织与埃及 1951 年 3 月 25 日协定的解释，《1980 年国际法院案例汇编》，第 93 页，第 43 段。

义务，但它们的违反行为可因下述事实而得到赦免，即欧洲共同体理事会原先未能遵守其一项义务。法院说：

“[……]除另有明确规定的情形以外，[欧经共同体]条约的基本概念要求成员国不得违反法律任意处理。因此理事会未能履行其义务这一事实不能免除被告履行其自己义务之责。”³²⁴

欧洲共同体内部存在着司法补救手段，似乎是作出这项声明的基本理由。

(8) 第 2 款考虑了受害国或国际组织在其所参加的组织违反组织规则所规定义务后而对该组织采取反措施的问题。在这种情况下，鉴于国际组织与其成员之间存在的特殊联系，³²⁵ 反措施只有在这些规则作了规定之后才容许。

(9) 正如第 22 条第 2 和第 3 款所说，在相反的情况下，与这里所设想的限制相似的限制也适用，即该组织打算对其成员之一采取反措施。

第 53 条

不受反措施影响的义务

1. 反措施不得影响：

- (a) 《联合国宪章》中规定的不得使用武力或以武力相威胁的义务；
- (b) 保护人权的义务；
- (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. 采取反措施的受害国或国际组织仍应履行下列义务：

- (a) 其与责任国际组织之间任何可适用的争端解决程序项下的义务；
- (b) 尊重责任国际组织的机关或代理人以及该组织馆舍、档案和文件的不可侵犯性。

评注

(1) 除了最后一分款以外，本条沿用了国家对国际不法行为的责任的第 50 条所包含的不受反措施影响的义务清单。³²⁶ 这些义务大部分是受害国或国际组织对国际社会所负的义务。就针对国际组织所采取的反措施而言，违反这些义务只在下列情况下才具有相关意义：即所违反的义务是对有关国际组织承担的义务，因为存在着一项目标实体的义务这是界定一项措施违反措施的条件。因此，只有在

³²⁴ 1964 年 11 月 13 日的判决，欧洲共同体委员会诉卢森堡大公国和比利时王国，加入第 90/63 和 91/63 号案件，《欧洲法院判例汇编》1964 年，第 1201 页(法文版)。

³²⁵ 第 22 条的评注第(6)段说明了相同的理由。

³²⁶ 《2001 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 131 页。

禁止对该组织使用武力为义务的情况下，才可针对一国际组织的使用武力行为视为违反措施。通常在这种情形下，该组织被认为是国际社会的一部分，而对国际社会承担的义务，或者由于特殊情况，违反的义务是对该组织承担的，例如针对该组织所管理的一片领土而使用武力。

(2) 国家对国际不法行为的责任的第 50 条第 2 款(b)项规定，反措施不得影响“外交或领事代表、馆舍、档案和文件不可侵犯”。由于这些义务不能被国际组织承担，这一情况显然不适用于国际组织及其代表，故未列入本条约之内。然而，这项规定背后的理由，即保护很容易成为反措施目标的某些人和财产的必要性，³²⁷ 依然适用于国际组织及其代理人。因此第 2 款(b)项载有涉及保护国际组织及其代理人义务的限制性规定。关于国际组织的人员及其馆舍、档案和文件不受侵犯的义务的内容可能依所适用的规则而有很大不同。因此这一分款提到“任何”不可侵犯性。“人员”意义足够宽泛，包括了国际组织长期或短期向另一国或国际组织派遣的任何代表团。

(3) 关于国家对国际不法行为的责任的第 50 条第 1 款(b)项提及“基本人权”，本条相应的案文并没有对“人权”加以限定。这样做符合目前的趋势，不依人权的重要性而区分不同人权。

第 54 条 反措施的相称性

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。

评注

(1) 本条款案文与国家对国际不法行为的责任的条款第 51 条款案文相同。³²⁸ 本条在略增几个字之后，重申了国际法院在加布奇活——大毛罗斯工程项目案中所陈述的要求，即“反措施必须考虑到有关的权利，与所受的损害相称”。³²⁹

(2) 正如委员会在其第 51 条评注中所说的，相称性“涉及国际不法行为与反措施之间的关系”。反措施必须与所受的损害相称，包括所涉及的原则问题的重要性，这一点略独立于反措施为确保义务得到遵守是否有必要的问题”。³³⁰ 评注进一步解释说，“提到‘有关权利’具有广泛意义，不仅包括不法行为对受害国的影响，也包括它对责任国的权利的影响。”³³¹ 在目前的情况下，这一说法适用于对受害国或受害国际组织的影响，以及责任国际组织的权利。

³²⁷ 同上，第 134 页，第(15)段。

³²⁸ 同上，第 134 页。

³²⁹ 《1997 年国际法院案例汇编》，第 56 页，第 85 段。

³³⁰ 《2001 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 135 页，第(7)段。

³³¹ 同上，第(6)段。

(3) 在评估反措施的时候，一个相关的方面是反措施对目标实体所产生的影响。依具体情况而不同，相同的一项法律措施很可能对一个国家或一个国际组织产生不同的影响。例如，一项经济措施对一个大型国际组织来说可能产生不了多少影响，但对一个较小的组织而言，很可能严重影响其运行，因此不符合相称性标准。

(4) 当一个国际组织受到损害时，只有该组织，而不是其成员，有权采取反措施，如果国际组织与其成员同时受损害，例如有时出现多个实体受损害的情况，那么就相称性而言，存在着作出过度反应的危险。³³²

第 55 条 采取反措施的条件

1. 受害国或国际组织在采取反措施以前应：

(a) 根据第 44 条要求责任国际组织按照第三部分履行其义务；

(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，务必中止，不得无理拖延：

(a) 国际不法行为已经停止；并且

(b) 已将争端送交有权作出对当事方有约束力决定的法院或法庭。

4. 若责任国际组织不秉诚履行争端解决程序，第 3 款即不适用。

评注

(1) 与反措施有关的程序条件是在缔约国关系之间发生的。然而，这些条件不与目标实体的性质有关。因此，当责任实体是国际组织时，国家对国际不法行为责任的第 52 条所载的规则³³³似乎同样适用。本条除文字略有调整外，完全重复了第 52 条所列的条件。

(2) 第 1 款规定了这样的要求，即受害国或国际组织应要求责任国际组织履行其停止和赔偿义务，并将采取反措施的意图通知责任国际组织同时提议与该组织进行谈判。责任国际组织因而有机会评估受害国或受害的国际组织所提出的主张，从而意识到遭受反措施的危险。通过容许采取反措施，第 2 款使得受害国或

³³² 比利时(A/C.6/62/SR.21, 第 92 段)提到有必要防止“国际组织采取具有过分破坏性影响的反措施”。

³³³ 《2001 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 135 页。

受害国际组织可采取紧急措施维护其权利，特别是如果拖延便有可能丧失其有效性的措施。

(3) 第 3 和第 4 款涉及反措施与解决争端所适用的程序的关系。这两款所包含的主要思想是，如果涉及国际责任的争端的当事方已经同意将解决争端交给有权作出约束性裁决的机构，那么促使该责任国际组织履行其第三部分所规定的义务的责任便落在该机构身上。鉴于大部分国际组织不太愿意接受强制性解决争端办法，因此这两款在与责任国际组织的关系所具有的重要性实际上很有限。³³⁴

第 56 条 **终止反措施**

一旦责任国际组织按照本条款草案第三部分履行了其与国际不法行为有关的义务，即应终止反措施。

评注

(1) 这一条的内容由第 51 条所确定的反措施的目的而来。由于反措施的目的是促使国际组织针对该组织负有责任的国际不法行为而言，担负起第三部分的义务，那么反措施便不再有理由，一旦有关国际组织履行了那些义务，必须中止反措施。

(2) 这一条的措词方式严格依照关于国家对国际不法行为之责任的第 53 条。³³⁵

第 57 条 **受害国或受害组织以外的国家或国际组织采取措施**

本章不妨碍根据第 49 条第 1 款至第 3 款有权援引国际组织的责任的任何国家或国际组织，对该国际组织采取合法措施，以确保停止该违反义务行为，并使受害国或受害组织或被违反的义务的受益人获得赔偿。

评注

(1) 不是第 43 条所界定的受害者、但有权按第 49 条援引国际组织责任的国家或国际组织所采取的反措施，其唯一的目的只能是为了受害国或受害国际组织或所违反义务的受益人而使违反行为停止或得到赔偿。第 51 至第 56 条所规定的限制无论如何都适用，但可以提出这样的疑问：没有遭受第 43 条所指的损害的国家或国际组织到底是否可以采取反措施。

³³⁴ 即使强制解决争端机制被认为包括请求国际法院提供双方同意具有“决定性的”咨询意见，《联合国特权和豁免公约》(第六条第 22 节)就是这样规定的。

³³⁵ 《2001 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 137 页。

(2) 国家对国际不法行为的责任条款第 54 条³³⁶ 曾规定“不妨碍”下述问题：有权援引另一国责任的非受害国是否有权诉诸反措施。委员会在第 54 条评注里所提出的基本论点是，为集体利益或普遍利益采取这类反措施的国家实践“稀少”，这涉及数量有限的国家”。³³⁷ 毫无疑问，在考虑非受害国或非受害国际组织是否可采取针对责任国际组织的反措施的这一问题时，这一论点会变得有力。事实上，实践并没有提供非受害国或国际组织针对责任国际组织采取反措施的实例。另一方面，鉴于非受害国或国际组织针对国际组织而采取反措施的例子也很少，与反措施有关的实践缺乏并不能导致人们得到结论认为，非受害国或国际组织采取反措施是不能接受的。³³⁸ 因此，对于非受害国或国际组织是否容许对责任国际组织采取反措施这一问题，似乎也应该视为“不妨碍”的问题。

第五部分

国家对国际组织的行为的责任

评注

(1) 根据第 1 条第 2 款，本条款旨在填补国家对国际不法行为的责任条款有意留下的空白。如国家对国际不法行为的责任条款第 57 条所申明的，那些条款“不影响[……]任何国家对一国际组织的行为的责任的任何问题”。³³⁹

(2) 本条款草案没有审议所有可能影响一国对一国际组织行为的责任问题。例如，将行为归于国家的问题只在国际不法行为的责任条款中被涉及。因此，如果出现某特定行为应否归于一国或一国际组织或同时两者的问题，本条款草案为确定是否该行为归于国际组织而提供标准，而国家对国际不法行为的责任条款将就把行为归于国家一事作出规定。

(3) 本部分推断存在着归于国际组织的行为。在大多数情况下，它也推断该行为是国际不法行为。然而第 60 和第 61 条规定了例外情形，这两条分别处理国家胁迫国际组织的情形和成员国利用国际组织的职权而规避其国际义务时的国际责任问题。

(4) 根据第 61 和第 62 条，为国际组织行为承担责任的国家必须是该组织的成员。在第 58、第 59 和第 60 条设想的情况下，负有责任的国家也许是、也许不是成员。

³³⁶ 同上，第 137 页。

³³⁷ 同上，第 139 页，第 6 段。

³³⁸ 要指出的是，这种做法包括非受害国际组织对据称的责任国采取反措施。参阅欧洲联盟理事会鉴于“缅甸严重和有系统地侵犯人权”对它采取的措施。《欧洲共同体官方公报》，2000 年 5 月 14 日，L 122，第 1 和 29 页。

³³⁹ 《2001 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 141 页。

(5) 本章没有处理国家以外一样是国际组织成员的实体可能承担的责任问题。本条款草案第二部分第四章审议了当一国际组织是另一国际组织成员时，前者援助或协助、或者指挥和控制后者实施国际不法行为而可能引起的责任问题。同一章也涉及到作为被胁迫组织成员的责任的另外情况。第 18 条审议了国际组织作为另一国际组织的成员之责任的另外情况。涉及也是国际组织的成员的国家或国际组织以外的实体的责任的问题，超出本条款的范围。

第 58 条

国家援助或协助国际组织实施国际不法行为

1. 在下列情况下，援助或协助国际组织实施国际不法行为的国家应对援助或协助的行为负国际责任：

- (a) 该国这样做时知道国际不法行为的情况；而且
- (b) 该行为若由该国实施会构成国际不法行为。

2. 国际组织的国家成员按照该组织的规则实施的行为不负本条规定的国际责任。

评注

(1) 本条处理一个类似于第 14 条所涵盖的情况，关系到国际组织援助或协助另一国际组织实施国际不法行为。两个条款都密切沿循了国家对国际不法行为的责任第 16 条案文。³⁴⁰

(2) 一国的援助或协助可能构成该国违反它在首要规范下所承担的义务。例如，《不扩散核武器条约》的一个核武器缔约国³⁴¹ 必须避免协助非核武器国家获得核武器。这似乎同样适用于向一个拥有某些非核武器国家成员的国际组织提供的协助。在这种情况下，可能对国家引发的国际责任必须根据国家国际不法行为的责任条款来确定。

(3) 当被援助或协助的实体是国际组织而非国家时，难以找到适用不同规则的理由；因此本条采用了国家对国际不法行为的责任的第 16 条的同样措词。第 1 款(a)项和(b)项列出了进行援助或协助的国家引起国际责任的条件。应当注意，没有区分国家行为与国际组织不法行为之间的时效关系。

(4) 援助或协助国际组织实施国际不法行为的国家可能是、也可能不是该组织的成员。如果是成员，不能完全排除这样的可能：援助或协助可能产生于该国在该组织框架内采取的行动。然而正如第 2 款所说的，成员国依照组织规则采取的行动并不能引起该国对援助或协助的国际责任。这些标准可能造成一些困难，难

³⁴⁰ 同上，第 65 页。

³⁴¹ 联合国《条约汇编》，第 729 卷，第 161 页。

以判断发生的援助或协助行为属于介于两者之间的情形。起决定性作用的可能是
一些事实性背景，诸如成员数量以及介入行动的性质。

(5) 国际组织的成员国如按照该组织的规则行事，不因援助或协助它所参加的国际组织而负国际责任，这一点并不意味着该国便可随意忽视其国际义务。这些义务很可能涵盖一国在国际组织框架内进行的行为。一国在这样的情况下违背国际义务，不因本条而负国际责任，而是依照国家对国际不法行为的责任条款承担责任。

(6) 稍微改动了国家对国际不法行为的责任条款第 16 条的标题，在“援助或协助”之前加上了“国家”一词，以区分本条的标题与本条款草案第 14 条的标题。

第 59 条

国家指挥和控制国际组织实施国际不法行为

1. 在下列情况下，指挥和控制国际组织实施国际不法行为的国家应对该行为负国际责任：

- (a) 该国这样做时知道该国际不法行为的情况；而且
- (b) 该行为若由该国实施会构成国际不法行为。

2. 国际组织的国家成员按照该组织的规则实施的行为不负本条规定的国际责任。

评注

(1) 尽管第 15 条处理一国际组织指挥和控制另一国际组织实施国际不法行为的情况，本条处理国家指挥和控制的情况。两条草案都密切沿循国家对国际不法行为的责任第 17 条的案文。³⁴²

(2) 指挥和控制一国际组织实施国际不法行为的国家可能是、也可能不是该组织的成员。如第 58 条及相关评注所审议的援助或协助的情况，必须区分成员国根据有关规则参与该组织决策的情况与引起适用本条草案的指挥和控制的情况。由于后一行为可能发生在组织框架之内，在模棱两可的案件中，可能会出现上一条草案评注中所提到的同样问题。

(3) 第 1 款在(a)项和(b)项中以国家对国际不法行为的责任第 17 条所用的同样措词规定了引发国家责任的条件。没有理由区分一国指挥和控制另一国实施国际不法行为的情况与一国类似地指挥和控制一国际组织的情况。

³⁴² 《2001 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 67-68 页。

(4) 正如第 58 条所规定的，第 2 款说明，成员国按照该组织的规则实施的行为不能引起该国对指挥和控制国际组织实施国际不法行为承担国际责任。

(5) 本条的标题借用了国家对国际不法行为的责任条款第 17 条的标题，但稍作改动，加上了“国家”一词，以区别于本条款草案第 15 条的标题。

第 60 条

国家胁迫国际组织

在下列情况下，胁迫国际组织实施国际不法行为的国家应为该行为负国际责任：

(a) 该行为在没有胁迫的情况下，构成被胁迫的国际组织的国际不法行为；而且

(b) 该胁迫国这样做时知道该行为的情况。

评注

(1) 第 16 条处理一国际组织胁迫另一国际组织实施——倘非胁迫，则也是——不法行为。本条处理类似的国家的胁迫。两条都密切沿循了国家对国际不法行为的责任的第 18 条。³⁴³ 无论如何都假定胁迫行为与被胁迫的国家或国际组织的行为之间存在着直接联系。

(2) 本条规定了与国家对国际不法行为的责任第 18 条同样的引发国际责任的条件。没有理由规定一个与适用于该组织有关规则参与组织决策与强制行为之间作出区别。

(3) 胁迫国际组织的国家可能是该组织的成员。本条草案没有包含与第 58 和第 59 条的第 2 款相似的一款，因为由国际组织的成员国依照组织规则实施胁迫行为的可能性极小。然而人们也不能假定，胁迫行为必然是非法行为。

(4) 本条的标题稍微改动了国家对国际不法行为的责任条款第 18 条的标题，加上了“国家”一词：这是为了使其有别于本条款草案第 16 条的标题。

第 61 条

国际组织成员国规避国际义务

1. 国际组织成员国若为规避国际义务而利用该组织对于该国某一国际义务事项所具有的职权，促使该组织实施若由该国实施即构成违反该义务的行为，即产生国际责任。

2. 无论该行为是否构成该国际组织的国际不法行为，第 1 款都适用。

³⁴³ 同上，第 69 页。

评注

(1) 本条涉及类似于第 17 条所处理的情况。根据这一条，当一国际组织通过决定而要求一国家成员和国际组织成员实施一项若由该组织实施则是规避其某项国际义务的国际不法行为，需要承担国际责任。第 17 条也处理以向国家成员或国际组织成员授权而规避的情况。本条涉及一国利用其所加入的国际组织具有的独立法律人格而规避某一项国际义务的情况。

(2) 如同第 17 条评注所说明的，使用“规避”一词暗示有避免履行义务的意图。³⁴⁴ 在国际组织的行为如由国家实施会构成不法行为时，如果该行为须认为是成员国行为无意造成的结果，则不产生国际责任。另一方面，“规避”一词并不仅指成员国可被视为滥用权利的情况。³⁴⁵

(3) 欧洲人权法院案例中有一些法律意见申明，国家向一国际组织提供职权但没有确保遵守《欧洲人权公约》义务，便有可能被追究责任。在 *Waite 和 Kennedy 诉德国* 一案中，法院审议了一国向其作为成员国的欧洲外空局授予豁免权是否不当地损害了诉讼权——就关于雇用的申诉来说——的问题。法院称：

“如果各国建立国际组织以谋求或加强在某些领域的合作，而且将若干权限归属于这些组织并给予豁免权，可能会对基本权利的保护产生影响。然而，如果因此免除缔约国依公约承担的与这种归属所涉及的活动有关的责任，则与本公约的宗旨和目的不符。”³⁴⁶

³⁴⁴ 上文第 17 条的评注第(4)段。

³⁴⁵ 在 1995 年于里斯本通过的关于会员国不履行由国际组织对第三方所承担的义务的法律后果的决议第 5 条(b)项中，国际法协会指出：“在特殊情况下，国际组织的成员可能需要按照[……]滥用权利等有关的一般法律原则承担义务。” *Annuaire de l'Institut de Droit International*, vol. 66-II (1996), p. 445。

³⁴⁶ 1999 年 2 月 18 日的判决，《欧洲法院案例汇编》，1999-I，第 410 页，第 67 段。法院断定：申请人根据《公约》“使用法院”的权利，本质上并没有受损(第 412 页，第 73 段)。在审查了上面载录的 *Waite 和 Kennedy 诉德国* 的声明以后，I. Brownlie，“国家对国际组织的行为的责任”，载于：M. Ragazzi(编)，《当前的国际责任，Oscar Schachter 纪念论文集》(莱顿/波士顿：奈霍夫出版社，2005 年)，第 355 页起，载于第 361 页，指出：“固然属于人权的情况，但援引的原则，似乎是普遍适用的”。A. Di Blase 表达了与欧洲人权法院类似的想法，“关于联合国活动的国际责任，再论国际法”，第 57 卷(1974 年)，第 270 页起，载于第 275-276 页；M. Hirsch，上文脚注 107，第 179 页；K. Zemanek，载于 *Annuaire de l'Institut de Droit International*, vol. 66-I (1995)，p. 329；P. Sands，载于 P. Sands 和 P. Klein(编)，《Bowett 的国际机构法》(伦敦：Sweet 和 Maxwell 出版社，2001 年)，第 524 页；D. Sarooshi，国际组织及其最高权力的行使(牛津：牛津大学出版社，2005 年)，第 64 页。O. De Schutter，“Human Rights and the Rise of International Organisations: The Logic of Sliding Scales in the Law of International Responsibility”，in: J. Wouters, E. Brems, S. Smis and P. Schmitt (eds.), *Accountability for Human Rights Violations by International Organisations* (Antwerp/Oxford/Portland: Intersentia, 2010)，p. 51。

(4) 在波斯福鲁斯空运公司诉爱尔兰一案中，法院以某国落实欧洲共同体规则采取了同样的立场。法院说，一国不能以向一国际组织转移职权而免除其《欧洲人权公约》而被追究责任，因为：

“完全免除各缔约国在此种转移所涵盖的领域内所负的《公约》义务，不符合《公约》的宗旨与目的，《公约》规定的各项保证可被任意限制或排除，从而剥夺了《公约》的强制性，并减损其保障措施的可适用性和有效性[……]，在公约生效之后，国家对《公约》的各项条约性承诺继续负有责任[……]。”³⁴⁷

(5) 在欧洲人权法院最近审理的案件即Gasparini诉Italy和Belgium案中，北约组织的两名雇员针对这两个国家提出起诉请求，指控这两个国家在解决与北约组织的劳动争议方面的程序不完备。法院说，这两个国家作为该组织的成员，在将其部分主权移交给该组织之后，有义务确保公约所保障的权利在该组织内得到与公约机制所确保的保护“相等的保护”。正如上文几段所提到的前两项裁决所说，法院认为，这项义务没有被违背，在本案中，北约内部的程序并不显得“明显不足”³⁴⁸

(6) 根据本条，需要两个基本因素引发规避其国际义务的成员国的国际责任。第一是国家就其规避的国际责任向国际组织提供职权。这可通过向某一体化组织转移国家职能而实现。然而，所涵盖的情况并非仅限于此。另外，可建立一个国际组织来行使国家不可能有的职能。根据本条，与引发国际责任之目的有关的是国际义务发生在国际组织被授予职权的领域。义务可能具体涉及该领域，或者——如同在保护人权条约下的义务——可能更具一般性质。

(7) 依照本条，国际责任产生的另一条件是，规避的成员国的行为与国际组织的行为之间须有重要的联系。国际组织的行为须是由成员国引起的。

(8) 引发国家责任的第三个条件是国际组织实施了一项如果国家实施将构成违反该义务的行为。必须实施了一个构成违反该义务的行为。

(9) 第 2 款说明，本条草案并不要求该行为对于有关国际组织来说，是国际不法行为。如国际组织不受该国际义务的约束，则更可能发生规避现象。然而，单是该组织负有国际义务这一事实，并不必然免除国家的国际责任。

(10) 如果国际组织的行为是不法行为，并且是由成员国引起的，则第 61 条草案所涵盖的情况与第 58、59 和 60 条所审议的情况之间可能有重复。当这些条款之一所确立的条件被满足时就会出现。然而，这类重复不会造成问题；这仅表明存在着多种追究国家责任的理由。

³⁴⁷ 2005 年 6 月 30 日的判决，《欧洲法院案例汇编》，2005-VI，第 157-158 页，第 154 段。法院认为，被告国没有引起责任，因为相关的基本权利在欧洲共同体内以至少可以被认为等同于公约规定的方式受到保护”，第 158 页，第 155 段。

³⁴⁸ 欧洲人权法院，第 10750/03 号诉请书，2009 年 5 月 12 日的裁决。以法文发表，案文见于 www.rtdh.eu/pdf/20090512_gasparini_c_italie.pdf。

第 62 条

国际组织成员国对该组织国际不法行为的责任

1. 在下列情况下，国际组织成员国应对该组织的国际不法行为负责：

- (a) 成员国已接受该行为引起的对受害方的责任；或
- (b) 成员国已导致受害方认定它将承担责任。

2. 按照第 1 款产生的国家的国际责任应推定为次要责任。

评注

(1) 国际组织的成员国可根据第 58 至 61 条而被追究责任。本条设想了成员国负有责任的两个新情况。成员国可能根据国家在国际不法行为的责任条款而进一步承担责任，³⁴⁹ 但这超出了本条款草案的范围。

(2) 与本条款草案和国家对国际不法行为的责任条款一般采取的方针相一致，第 62 条正面确认了引发一国责任的这些情况，但没有说何时认为未引发责任。因此，虽然对于那些根据草案一国并不为国际组织的行为负责的情况，草案不应当纳入一个条款，来指出一项剩余性的、消极的规则，然而很清楚，暗示了这样的一个规则。因此成员资格并不因此在该组织实施国际不法行为时引发成员国的国际责任。

(3) 一些国家在抗辩性案件中辩护了成员国一般不能被视为对国际组织的国际不法行为负责的观点。德国政府在书面意见中指出，它已经：

“在欧洲人权委员会(M. & Co.案)、欧洲人权法院(Senator Lines案)以及国际法院(使用武力的合法性案)中都一直主张分别责任原则，拒绝因自己的成员身份而为欧洲共同体、北约及联合国的措施负责。³⁵⁰

(4) 尽管偶然在涉及私人合同的案件中有争论，联合王国法院在关于国际锡业理事会(ITC)诉讼案的主要意见中最清楚的阐述。克尔勋爵说，他不能：

“找到任何根据可以断定：已经显示国际法有任何约束国际锡业理事会以本身名义签订的合同所引起的债务而对国际锡业理事会的债务人承担赔偿责任——更不用说连带责任”。³⁵¹

³⁴⁹ 这将适用于国际法协会在其关于“国际组织的成员不履行对第三方的义务的法律后果”的决议第 5 条(c)款(二)项所设想的情况，即“国际组织在法律上或事实上担任国家的代理人”。*Annuaire de l'Institut de Droit International*, vol. 66-II (1996), p. 445。

³⁵⁰ A/CN.4/556, O 节。

³⁵¹ 1988 年 4 月 27 日的判决，Maclaine Watson 有限公司诉贸易和工业部；J.H. Rayner (Mincing Lane)有限公司诉贸易和工业部及其他人，ILR, 第 80 卷，第 109 页。

关于对成员国所强加的一个所谓国际法规则，即“除非建立该国际组织的条约明确否认成员国应负有任何责任，一国际组织如不偿付其债务，其成员国应承担此种债务的连带责任，”坦普尔曼勋爵在上院认为：

“未提出任何可信证据表明在 1982 年签订《第六次国际锡业协定》之时或前后存在这样一项国际法规则”。³⁵²

(5) 尽管在国际组织实施国际不法行为时成员国的责任问题上存在着不同学说，值得注意的是国际法学会在 1995 年通过的决议中采取下述立场：

“除第 5 条的明确规定，国际法没有任何一般性规则说成员国仅因其为成员国便应对其所属国际组织的义务承担共同的或附属的责任”。³⁵³

(6) 除了前几条草案所审议的情况，认为国家一般不负有责任的观点并不排除一国有某些情况下为组织的国际不法行为承担责任。争议最少的情况是有关国家同意国际责任。(a)项指出了这类情况。没有对同意作出限定。这旨在表明可以明示或暗示地表示同意。可以在该组织的责任产生之前或之后表示。

(7) 拉尔夫·吉布林勋爵在上诉法院关于国际锡业理事会的判决中提到了在“组建文书中接受责任”。³⁵⁴人们肯定能够预见到接受产生于国际组织的组建文书或组织其他规则的情况。然而，只有成员国的接受在其与第三方的关系上产生法律效果时，成员国才对第三方负有国际责任。³⁵⁵也可能是成员国仅对组织承担责任，或者作为内部事项而同意提供必要的财政资源。³⁵⁶因此第 1 款(a)项写明，只有在“对受害方”接受责任时，接受责任才行得通。

³⁵² 1989 年 10 月 26 日的判决，澳大利亚和新西兰银行集团有限公司等诉澳大利亚联邦和另外 23 人；联合金属贸易有限公司和其他人诉贸易和工业部及其他人；Maclaine Watson 有限公司诉贸易和工业部；Maclaine Watson 有限公司诉国际锡理事会，载于《国际法律材料》，第 29 卷 (1990 年)，第 675 页。

³⁵³ 第 6 条(a)款。 *Annuaire de l'Institut de Droit International*, vol. 66-II (1996), p. 445. 第 5 条案文如下：“(a) 国际组织的成员对其义务的责任问题是参考该组织的规则予以确定的；(b) 在特殊情况下，国际组织的成员可能需要按照默认或滥用权利等有关的一般法律原则，对其义务承担责任；(c) 此外，会员国可能由于下列情况而引起对第三方的责任：(一) 透过国家的承诺，或(二) 如果国际组织在法律上或事实上担任国家的代理人。”

³⁵⁴ 1988 年 4 月 27 日的判决，Maclaine Watson 有限公司诉贸易和工业部；J.H.Rayner (Mincing Lane)有限公司诉贸易和工业部及其他人，ILR, 第 80 卷，第 172 页。

³⁵⁵ 《维也纳条约法公约》第 36 条所规定的条件将随即适用。联合国《条约汇编》，第 1155 卷，第 331 页。

³⁵⁶ 例如，《建立欧洲共同体的条约》第 300 条第 7 款全文如下：“根据本条中所规定的条件缔结的协定将对共同体的机构和会员国具有约束力。”欧洲法院指出，这一规定并不意味着成员国向非成员国承担义务，和可能因此根据国际法对他们承担责任。见 1994 年 8 月 9 日的判决，法国诉委员会，案件号：C-327/91，《欧洲法院判例汇编》，1994 年，第 I-3641 页，载于第 I-3674 页，第 25 段。

(8) 第 1 款(b)项设想了成员国责任的第二种情况：当成员国的行为使第三方有理由依赖于成员国的责任。例如下述情况便是这种情况：成员国促使第三方合理地认定，如果责任组织没有进行赔偿所需的资金，成员国便会提供资金。³⁵⁷

(9) 成员国行为导致依赖而引发成员国责任的一个案例，是关于威斯特兰直升飞机公司争端的第二次仲裁裁决。仲裁庭认为，本案的特殊情况致使：

“与该组织签约的第三方相信，该组织有成员国的一贯支持，有能力履行其承诺”。³⁵⁸

(10) 依赖不必根据默示的同意。这也可以合理地产生于不能认为成员国表示了受约束意图的情况。在提出的所有相关因素中有成员较少这一因素，³⁵⁹ 尽管必须从整体上考虑这一因素和所有其他有关因素。显然不能事先推断，认为第三方应当能够依赖于成员国的责任。

(11) (a)项和(b)项使用了“受害方”一词。在国际责任的问题上，这一受害方在大多数情况下是另一国家或另一国际组织。然而，它也可能是国家或国际组织之外的国际法主体。尽管国家对国际不法行为的责任条款第一部分涉及了违反一国可能承担的任何国际法义务，而涉及国际责任内容的第二部分仅处理国家之间的关系，但第 33 条含有一个保留条款，涉及“任何人或国家以外的任何实体”可能拥有的权利。³⁶⁰ 同样，(b)项旨在涵盖成员国可能对其负有国际责任的任何国家、国际组织、个人或实体。

(12) 根据(a)项和(b)项，只有接受责任的成员国或其行为导致依赖的成员国负有国际责任。即使责任的接受产生于组织的组建文书，也只能使某些成员国负有责任。

(13) 第 2 款处理了根据第 1 款所引发的责任性质。该国所加入的国际组织的国际责任性质不受影响。一国接受责任可能涉及到附属或连带责任。这同样适用于根据依赖产生的责任。作为一般性原则，人们只能提出一个可反驳的推定。鉴于依照本条而产生的责任情形的特殊性，有理由假定，当成员国接受责任时，所接受的仅仅是具有补充性质的次要责任。³⁶¹

³⁵⁷ C.F. Amerasinghe, “国际组织的成员国对第三方的法律责任：实践，原则和司法先例”，ICLQ, 第 40 卷(1991 年)，第 259 页，第 280 页中认为：基于“政策的原因”，“没有责任的推定可能被这样的证据所取代，该证据表明，部分或全部成员或获得成员批准的组织使得债权人合理认为部分或全部成员会接受并行的或次要的责任，甚至在组成文书并没有明示或暗示有此意图的情况下也会这样认为”。P. Klein, 上文脚注 107, 第 509-510 页中还认为，成员国的行为可能意味着他们为了尊重对组织引起的义务提供了保证。

³⁵⁸ R. Higgins 引述自 1991 年 7 月 21 日的裁决第 56 段，“国际组织的成员国不履行对第三方的义务的法律后果：暂定的报告”，*Annuaire de l'Institut de Droit International*, vol. 66-I (1995), p. 373 at p. 393。

³⁵⁹ 见白俄罗斯的评论，A/C.6/60/SR.12, 第 52 段。

³⁶⁰ 《2001 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 94 页。

³⁶¹ 根据上面提到的 1988 年 4 月 27 日的判决(脚注 351)，拉尔夫·吉布森勋爵认为，在承担责任的情况下，“成员已经承担了直接次要责任”。

第 63 条

本部分的效力

本部分不妨碍实施有关行为的国际组织或任何国家或其他国际组织的国际责任。

评注

(1) 本条类似于第 19 条：后者规定，与一国或另一国际组织行为有关的一国际组织的责任“不影响实施有关行为的国家或国际组织的责任、或任何其他国家或国际组织的国际责任”。

(2) 本条是关于整章的一个保留条款，类似于国家对国际不法行为的责任第 19 条。³⁶² 后一规定的目的仅涉及国家之间的关系，首先是澄清：援助或协助、或指挥和控制另一国实施国际不法行为之国家的责任不能影响实施行为国可能负有的责任。另外，如关于国家对国际不法行为的责任的第 19 条评注中所解释的，该条也旨在表明：“本章的规定不影响据以确定援助、指挥或胁迫国根据规定特定行为为非法的任何国际法规则确定必须承担的责任”，并保留任何“根据本条款其他规定可能将国际不法行为归因于它的”任何其他国家的责任。³⁶³

(3) 在第五部分中，包含一个类似的“不影响”规定的必要性似乎更小一些。几乎没有必要根据国家对国际不法行为的责任条款、但不根据本条款草案而免除可能引发的国家责任。相反，一个类比于关于国家对国际不法行为的责任的第 19 条的“不影响”条款如果关系到国际组织，将有某些用处。在本部分中忽略一个类似关于国家对国际不法行为的责任的第 19 条的条款可能引起某些怀疑。另外，至少在国家援助或协助、或指挥和控制国际组织实施国际不法行为的情况下有一定必要来规定，国家的责任不影响实施行为之国际组织的责任。

(4) 在本条草案中，提到国家对国际不法行为的责任的第 19 条中的“国家”一词，已经被更换为“国际组织”一词。

第六部分

一般规定

评注

本部分包括打算适用于国际组织的国际责任(第二、第三和第四部分)和国家对国际组织国际不法行为的责任(第五部分)这两个问题的一般规定。

³⁶² 《2001 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 70 页。

³⁶³ 同上，第 70-71 页，第(2)和(3)段。

第 64 条

特别法

如国际不法行为存在的条件或国际组织或国家涉及国际组织行为的国际责任的内容或履行须遵守国际法特别规则，则不适用本条款草案。这种国际法特别规则可能载于适用于国际组织同其成员之间关系的组织规则。

评注

(1) 有关国际责任的特别规则可以补充更具一般性的规则或可以全部或部分地予以取代。这些特殊的规则可能涉及某些类别的国际组织或一个具体的国际组织同部分或全部国家或其他国际组织之间可能具有的关系。它们也可能涉及本条款第五部分中处理的事项。

(2) 尝试并确定每一项特殊规则及其适用范围，将是办不到的。举例来说，提到在实践中引起关于可能存在特殊规则的各种意见的某一个问题，也许有用：在执行具有约束力的欧洲共同体(现为欧洲联盟)法律时，将欧洲共同体各成员国的行为归于共同体。欧洲联盟委员会规定，该行为必须归因于共同体；同样的情况也适用于“其他潜在的类似组织”。³⁶⁴

(3) 有些案件涉及欧洲共同体及其成员国的关系。在 M. & Co.诉德国一案中，欧洲人权委员会认为：

“委员会首先回顾，事实上，就属人理由来说，它不能审查当前的程序或欧洲共同体机关的决定。[……]然而，这并不意味着，把执行的权力交给欧洲法院的一个判决，德国的主管当局采取了共同体准机构的行动，在并且只在此情况下，超出了常规机关实行控制的范围。”³⁶⁵

(4) 世界贸易组织的一个专家小组最近在欧洲共同体——保护农产品和食品的商标和地理标志一案中采取了不同的看法，该专家小组：

“接受欧洲共同体关于什么意味着其国内宪法的特殊安排的解释，共同体的法律通常不通过共同体一级的当局予以执行、而是通过其成员国的当局在这

³⁶⁴ A/C.56/SR.21, 第 18 段。下述学者阐发了这个意见：P.J. Kuijper and E. Paasivirta, “Further Exploring International Responsibility: The European Community and the ILC’s Project on Responsibility of International Organizations”, *International Organizations Law Review*, vol. 1 (2004), p. 111 at p. 127, by S. Talmon, “Responsibility of International Organizations: Does the European Community Require Special Treatment?”, in: M. Ragazzi (ed.), *International Responsibility Today: Essays in memory of Oscar Schachter* (Leiden/Boston: Martinus Nijhoff, 2005), p. 405 at pp. 412-414 and by F. Hoffmeister, “Litigating against the European Union and its member States: who responds under the ILC’s draft articles on international responsibility of international organizations?”, *European Journal of International Law*, vol. 21 (2010), p. 723.

³⁶⁵ 1990 年 2 月 9 日的决定，申请号：13258/87，决定和报告，第 64 卷，p.138。

种情况下‘事实上作为共同体的机关行事，根据世贸组织的法律和一般国际法，应由共同体负责’”。³⁶⁶

这种做法意味着承认存在着一种关于行为归属的特殊规则，其大意是，在存在对成员国具有约束力的欧洲共同体条例的情形下，成员国的国家机关将被视为以共同体机构的名义行事。

(5) 这个问题出现在欧洲人权法院受理玻斯福鲁斯空运公司诉爱尔兰案以前。法院说在受理本案的决定中说，它将在法律程序的稍后阶段审理：

“指责的行为是否可视为属于《公约》第 1 条含义范围内的爱尔兰国家管辖范围内，该国声称，它不得不采取行动，以施行直接有效和强制性的欧共体条例。”³⁶⁷

2005 年 6 月 30 日，法院的大审判法庭对案情作出一致判决，认为：

“在本案中，没有争议的是：申诉人投诉的关于它租用一段期间的飞机被拘留的行为，是被告国当局在其领土上按照爱尔兰运输部长作出的决定予以扣押的。在这种情况下，申诉公司作为被指责的行为的收受者，属于爱尔兰国家的‘管辖范围’，因此，它对于该行为的投诉，从属地、属人与属物的理由来说，符合《公约》的规定。”³⁶⁸

(6) 欧洲人权法院对 Kokkelvisserij 诉荷兰案的裁决针对荷兰法院提出的先行裁决请求，考虑了“欧洲共同体、特别是欧洲人权法院在履行其司法任务方面所提供的保障”。法院重申了其观点，认为成员国机关的行为无论如何应归于该成员国。法院说：

“根据公约第一条，缔约国对其机关的所有行为和不行为均负有责任，不论该行为或不行为是国内法的结果，还是不得不遵守国际法律义务的结果。”³⁶⁹

(7) 本条案文仿照关于国家对国际不法行为的责任的第 55 条。³⁷⁰ 其用意是为了不必在前面的许多条文后面添加诸如“在不影响特别规则的情形下”的但书。

³⁶⁶ 世贸组织专家小组报告，欧洲共同体——保护农产品和食品的商标和地理标志——美国的申诉（“欧共体——商标和地理标志(美国)”），WT/DS174/R，2005 年 4 月 20 日通过，第 7.725 段。关于向欧洲共同体提出的要求，关于欧洲共同体的专家小组报告——影响到生物技术产品的认可和销售的措施，WT/DS291/R，WT/DS292/R 和 WT/DS293/R，2006 年 9 月 29 日通过，第 7.101 段，重申了同样的看法。

³⁶⁷ 2001 年 9 月 13 日的决定，A 段。

³⁶⁸ 《欧洲法院案例汇编》，2005-VI，第 152 页，第 137 段。

³⁶⁹ 2009 年 1 月 20 日的裁决，第 No. 13645/05 号诉请书。

³⁷⁰ 《2001 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 140 页。

(8) 鉴于该组织的规则可能有关于国际组织及其成员之间关系的特殊规则的特别重要性，在本条末尾增加了具体提到该组织的规则。该组织的规则可能明示或暗示地制约第二部分至第五部分中审议的问题的各方面。例如，若受害方是成员国或国际组织，该组织的规则可能会影响到一国际组织实施违反国际法行为的后果。第 22 和第 52 条以及相关评注里已经讨论了特别规则在反措施问题上的相关性。

第 65 条

本条款草案中没有规定的国际责任问题

在本条款草案中没有规定的情况下，关于国际组织或国家对国际不法行为的责任问题，仍应遵守可适用的国际法规则。

评注

(1) 像关于国家对国际不法行为的责任第 56 条那样，³⁷¹ 本条指出：目前的草案并没有解决为了确定一国际组织或一国是否引起国际责任所有可能相关的问题。这也考虑到尚未受国际法制约的问题的可能状况。

(2) 由于有关一国国际责任的问题只有当它们在第五部分被提到的情形下才会在目前的草案范围内获得审议，看来也就没有必要规定：有关一国国际责任的其他事项，例如将行为归于一个国家的问题，继续由适用的国际法规则，其中包括国家对国际不法行为的责任条款中所规定的原则和规则，予以制约。但是，如果本条只提到的国际组织，却不提及国家，可能会导致意想不到的问题。因此，本条转载了关于国家对国际不法行为的责任的第 56 条，加上了提到“国际组织”的词语。

第 66 条

个人的责任

本条款草案不影响以国际组织或国家名义行事的任何人在国际法中的个人责任问题。

评注

(1) 增加了提到“国际组织”的字眼以后，本条抄录了关于国家对国际不法行为的责任第 58 条。³⁷² 这项陈述看来可能是明显的，因为第 1 条中所界定的目前案文的范围只涉及一国际组织或一国的国际责任。但是，个人的责任问题可能出现在一个国际组织或一个国家根据国际法必须对其不法行为承担的责任方面，而

³⁷¹ 同上，第 141 页。

³⁷² 同上，第 142 页。

且这些问题没有在目前的草案中作出规定，提醒这样一个事实，可能不会是多余的。

(2) 因此，个人的行为被归因于一个国际组织或一个国家的事实，并不免除个人由于其行为可能引起的国际刑事责任。另一方面，当一个国际组织或一个国家实行了国际不法行为的时候，不能把个人由于国际不法行为引起的国际责任，视为不言而喻的。然而，在某些情况下，很可能会出现某些个人的国际刑事责任，例如他们在第 41 条所设想的情况下严重违反了强制性规范所规定的一项义务。

(3) 个人责任也可能与代国际组织行事的个人的行为所引起的损害有关。例如当国际罪行的受害者遭受损害时，有责任的个人可能获得作出赔偿的义务。

第 67 条

《联合国宪章》

本条款草案不妨碍《联合国宪章》的规定。

评注

(1) 本条抄录了关于国家对国际不法行为的责任的第 59 条，³⁷³ 其中规定了关于联合国宪章的“不妨碍”规定。所提到的《宪章》义务包括在《联合国宪章》中直接表述的义务以及安全理事会那些有约束力的决议所规定的义务，国际法院指出，这些义务同样压倒《联合国宪章》第一百零三条中所规定的其他国际法义务。³⁷⁴ 按照《宪章》第一百零三条，“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”。

³⁷³ 同上，第 143 页。

³⁷⁴ 在洛克比空难事件引起《1971 年蒙特利尔公约》的解释和适用问题情形下采取临时措施命令。(阿拉伯利比亚民众国诉联合王国；阿拉伯利比亚民众国诉美利坚合众国)，国际法院案例汇编，1992 年，第 15 页和第 126 页。

(2) 就本条款草案中所涵盖的国家责任问题来说，没有理由质疑与国家对国际不法行为的责任的相应条款相同的“不妨碍”规定的适用性。只可以对国际组织的责任提出问题，因为它们不是联合国的成员，因此尚未正式同意接受《宪章》的约束。然而，即使宪章下义务的当前影响可能使国际组织具有与适用于国家的法律依据不同的法律依据，³⁷⁵ 人们可得出结论认为，《宪章》实际上也对国际组织起到一种普遍的影响。例如，一旦确定了武器禁运，要求所有的收件人不遵守它们可能根据条约接受的提供武器的义务，安全理事会并不区分国家和国际组织。³⁷⁶ 为了目前草案的目的，在任何情况下都没有必要确定一个国际组织的国际责任在何种程度上直接或间接地受到《联合国宪章》的影响。

(3) 本条不打算影响上述条款中对联合国的国际责任所规定的原则和规则的适用性。

³⁷⁵ 一种解释是，《联合国宪章》第一百零三条优先于国际组织组成文书。见 R.H. Lauwaars, “联合国法律和其他国际组织的法律之间的相互关系”，《密歇根州法律评论》，第 82 卷 (1983-1984 年)，第 1604 页起。

³⁷⁶ 如同 B. Fassbender 所指出的，“联合国宪章作为国际社会的宪法”，《哥伦比亚跨国法杂志》，第 36 卷(1998 年)，第 529 页起，载于第 609 页，“政府间组织通常都必须遵守安理会决议”。

第六章

武装冲突对条约的影响

A. 引言

89. 委员会在第五十六届会议(2004 年)期间决定³⁷⁷ 将“武装冲突对条约的影响”这个专题列入其工作方案,并任命伊恩·布朗利先生为这个专题的特别报告员。

90. 在第五十七届(2005 年)至第六十届(2008 年)会议上,委员会收到了特别报告员的第一至第四次报告(分别为A/CN.4/552、A/CN.4/570 和Corr.1、A/CN.4/578 和Corr.1 以及A/CN.4/589 和Corr.1),以及秘书处编写的一份题为“武装冲突对条约的影响:对实践与学说的审查”的备忘录(A/CN.4/550 和Corr.1)。委员会还根据在 2007 年和 2008 年成立、由卢修斯·卡弗利施先生担任主席的一个工作组的建议,³⁷⁸ 为委员会在审议特别报告员第三次报告期间所确定的几个问题提供进一步的指导意见。

91. 委员会在其第六十届会议(2008 年),一读通过了附有评注的关于武装冲突对条约的影响的 18 条条款草案和一个附件。在同一次会议上,委员会决定,按照其章程第 16 至 21 条,通过秘书长向各国政府转发本条款草案,要求提出评论和意见。

92. 继伊恩·布朗利爵士从委员会辞职之后,委员会在第六十一届会议(2009 年)任命卢修斯·卡弗利施先生为这个专题的特别报告员。³⁷⁹

93. 委员会在第六十二届会议(2010 年)上收到了特别报告员的第一份报告(A/CN.4/627 和 Add.1),其中载有他关于参考各国政府的评论和意见(A/CN.4/622 和 Add.1)改写一读通过的条款草案的建议。委员会审议了特别报告员的第一次报告,随后指示起草委员会根据特别报告员对第 1 至 17 条的建议,开始对条款草

³⁷⁷ 在 2004 年 8 月 6 日第 2830 次会议上,《大会正式纪录,第五十九届会议,补编第 10 号》(A/59/10),第 364 段。大会在其 2004 年 12 月 2 日第 59/41 号决议第 5 段中赞同委员会将本专题列入其议程的决定。委员会在其第五十二届会议(2000 年)确定“武装冲突对条约的影响”的专题,将其列入委员会的长期工作方案。同上,第五十五届会议,补编第 10 号(A/55/10),第 729 段。有一个描述这个专题可能采取的通盘结构和处理方法的扼要提纲附载于委员会该年度的报告之后。同上,附件。大会在其 2000 年 12 月 12 日通过的第 55/152 号决议第 8 段中注意到这一专题列入长期工作方案中。

³⁷⁸ 《大会正式纪录,第六十二届会议,补编第 10 号》(A/62/10),第 324 段,和同上,《第六十三届会议,补编第 10 号》(A/63/10),第 58-60 段。

³⁷⁹ 同上,《第六十四届会议,补编第 10 号》(A/64/10),第 229 段。

案进行二读，同时考虑到各国政府的评论和在全体会议上对特别报告员的报告进行辩论的情况。

B. 在本届会议上审议此一专题的情况

94. 委员会在本届会议上，审议了起草委员会在 2011 年 5 月 17 日举行的第 3089 次会议的报告(A/CN.4/L.777 和 Corr.1(仅有法文本))，³⁸⁰ 并在同一次会议上二读通过了关于武装冲突对条约的影响的整套条款草案。

95. 在 2011 年 8 月 2 日和 3 日举行的第 3116 和 3117 次会议上，委员会通过了对上述草案的评注。

96. 委员会根据其章程，连同下列建议，向大会提交了本条款草案。

C. 委员会的建议

97. 在其 2011 年 8 月 5 日举行的第 3118 次会议上，³⁸¹ 委员会决定按照其章程第 23 条建议大会：

(a) 通过一项决议注意到武装冲突对条约的影响条款草案并将该条款草案附在该决议之后；

(b) 考虑在以后某个阶段以该条款草案基础拟订一项公约。

D. 向特别报告员表示感谢

98. 委员会在 2011 年 8 月 3 日举行的第 3117 次会议上，在通过关于武装冲突对条约的影响的条款草案以后，鼓掌通过以下决议：

“国际法委员会，

通过了关于武装冲突对条约的影响的条款草案，

向特别报告员卢修斯·卡弗利施先生表示深挚感谢和热烈祝贺，他通过不懈的努力和专注的工作，为条款草案的拟订作出杰出的贡献，并且在拟订关于武装冲突对条约的影响条款草案方面取得了成果。”

99. 委员会再次对前任特别报告员伊恩·布朗利爵士表示深挚感谢，感谢他为这一专题的工作做出宝贵贡献。

³⁸⁰ 委员会在 2011 年 5 月 17 日举行的第 3089 次会议上，决定要求秘书处，作为委员会正式记录的一部份，分发由特别报告员编写的一份说明，供起草委员会连同关于武装冲突影响的条款草案的附件予以审议。见 A/CN.4/645。

³⁸¹ 委员会收到了特别报告员将向大会提出关于武装冲突对条约的影响条款草案之建议的一份说明，A/CN.4/644。

E. 武装冲突对条约的影响条款草案案文

1. 条款草案案文

100. 委员会第六十三届会议二读通过的条款草案案文载录如下。

武装冲突对条约的影响

第一部分

适用范围和定义

第 1 条

适用范围

本条款草案适用于武装冲突对国家间条约关系的影响。

第 2 条

定义

为本条款草案的目的：

(a) “条约”是指国家间所缔结而以国际法为准之国际书面协定，不论其载于一项单独文书或两项以上相互有关之文书内，亦不论其特定名称如何，包括国际组织也加入的国家间条约；

(b) “武装冲突”是指国家间诉诸武力或政府当局与有组织武装团体之间长时间诉诸武力之情形。

第二部分

原则

第一章

发生武装冲突时条约的施行

第 3 条

一般原则

在下列缔约国之间，条约的施行不因武装冲突的存在而当然终止或中止：

(a) 武装冲突当事国之间；

(b) 武装冲突当事国与非当事国之间。

第 4 条 **关于条约施行的规定**

如条约本身载有关于条约在武装冲突情形下如何施行的规定，应适用这些规定。

第 5 条 **条约解释规则的适用**

为确定在发生武装冲突时条约是否可能被终止、退出或中止，应适用关于条约解释的国际法规则。

第 6 条 **表明条约可能被终止、退出或中止的因素**

为了确定在发生武装冲突时条约是否可能被终止、退出或中止，应参照所有有关因素，包括：

(a) 条约的性质，特别是其主题事项、目的和宗旨、内容和条约缔约方数目；以及

(b) 武装冲突的特征，诸如其地域范围、规模和激烈程度、持续时间，如果涉及非国际武装冲突，还应考虑外部介入的程度。

第 7 条 **条约因其主题事项而继续施行**

本条款草案附件含有条约指示性清单，其中所列条约的主题事项含有这些条约在武装冲突期间继续全部或部分施行之意。

第二章 **与条约施行有关的其他规定**

第 8 条 **武装冲突期间缔结条约**

1. 武装冲突的存在不影响冲突当事国依照国际法缔结条约的能力。
2. 各国可缔结协定，全部或部分终止或中止在武装冲突情况下在相互间仍适用的某项条约，或可商定对该条约进行修改或修订。

第 9 条 **通知终止、退出条约或中止其施行的意向**

1. 一国如因武装冲突而打算终止或退出其作为缔约国的条约，或中止该条约的施行，应将此意向通知条约另一缔约国、其他各缔约国或条约保存人。

2. 通知自另一缔约国或其他各缔约国收到通知之时起生效，除非通知载有较晚生效日期。
3. 以上各款不影响一缔约国在合理的时间内根据条约规定或其他可适用的国际法规则对终止、退出条约或中止其施行提出反对的权利。
4. 如果有缔约国根据本条第 3 款提出反对，有关缔约国应通过《联合国宪章》第三十三条所指明的方法寻求解决。
5. 以上各款不影响各国在解决争端方面对其依然适用的权利或义务。

第 10 条

不依条约存在的国际法义务

因武装冲突而终止、退出条约或中止其施行，丝毫不影响任何国家有责任履行该条约中所载依国际法必须履行且不依赖该条约而存在的义务。

第 11 条

条约规定的分离

因武装冲突而终止、退出条约或中止其施行，应对整个条约有效，除非条约另有规定或缔约方另有协议，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) 从条约本身可以推断或通过其他方式确定，接受以上所指条款并非另一缔约方或其他各缔约方接受整个条约约束之必要基础；且
- (c) 条约其余部分之继续施行不致有失公平。

第 12 条

丧失终止、退出条约或中止其施行的权利

一国在知悉事实后而有下列情形之一者，即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) 根据该国行为必须视该国已默认条约将继续施行或继续有效。

第 13 条

武装冲突结束后条约关系的恢复生效或施行

1. 武装冲突结束后，缔约国可在协议的基础上对因武装冲突而终止或中止施行的条约恢复生效之事作出规定。
2. 对于因武装冲突而中止施行的条约，应根据第 6 条所提及的因素决定是否恢复施行。

第三部分 其他规定

第 14 条 行使自卫权对条约的影响

依《联合国宪章》行使其固有的单独或集体自卫权的国家，如果其作为缔约国的条约的施行与行使该项权利不相容，有权全部或部分中止该条约的施行。

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该侵略行为所引起的武装冲突而终止、退出条约或中止其施行，如果这将使该国受益。

第 16 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》作出的有关决定。

第 17 条 源自中立法权利和责任

本条款草案不妨碍各国根据中立法而具有的权利和责任。

第 18 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) 发生重大违约情事；(b) 发生意外不可能履行；或(c) 情况的根本改变。

附件

第 7 条所指条约的指示性清单

- (a) 关于武装冲突法的条约，包括关于国际人道主义法的条约；
- (b) 声明、确立或规定永久制度或地位或有关永久权利的条约，包括确定或修改陆地和海洋边界的条约；
- (c) 多边造法条约；
- (d) 关于国际刑事司法的条约；
- (e) 友好、通商和航海条约以及涉及私权利的协定；

- (f) 关于对人权进行国际保护的条约；
- (g) 关于对环境进行国际保护的条约；
- (h) 关于国际水道以及有关装置和设施的条约；
- (i) 关于含水层以及有关装置和设施的条约；
- (j) 作为国际组织组成文书的条约；
- (k) 关于以和平手段，包括通过和解、调停、仲裁和司法手段解决国际争端的条约；
- (l) 关于外交和领事关系的条约。

2. 条款草案案文及其评注

101. 委员会第六十三届会议二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

第一部分

适用范围和定义

第 1 条

适用范围

本条款草案适用于武装冲突对国家间条约关系的影响。

评注

(1) 第 1 条将 1969 年《维也纳条约法公约》(《维也纳公约》)³⁸² 第 73 条作为拟订条款草案的出发点，该条尤其规定，该公约的规定不妨碍国家间爆发敌对行动所引起关于条约方面的任何问题。³⁸³ 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 条是根据《维也纳公约》第 1 条的格式拟订的。条款草案采用“国家间条约关系”等措辞，表明也适用于未参加武装冲突但与卷入武装冲突的国家同属条约缔约国的国家的地位。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，包括站在同一方的国家之间的条约关系；(b) 与另一国卷入武装

³⁸² 联合国《条约汇编》，第 1155 卷，第 331 页。

³⁸³ 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。

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) 非国际武装冲突对有关国家与第三国条约关系的影响情况。因此，第 1 条应参照第 3 条来理解，应为第 3 条明确预设了这一假设。第三种情形的范围还受到以下要求的进一步限制：即关于武装冲突的定义的第 2 条(b)项所反映的关于“政府当局与有组织武装团体之间长期诉诸武力”的要求；它也由于列入了“外部介入的程度”的因素而受到限制，第 6 条(b)项规定在确定条约是否可能被终止、退出或中止时应考虑这一因素。原则上，一般的非国际性武装冲突不应就国家间条约关系提出疑问。

(3) 若干国家的政府表示，条款草案还应适用于暂时适用的条约或条约的部分。³⁸⁴ 委员会认为，可以通过提及 1969 年《维也纳公约》第 25 条的规定解决这个问题。³⁸⁵

(4) 委员会决定不将国际组织之间或者国家与国际组织之间因条约所产生的关系列入条款草案的范围，因为在条款草案中增列这么一项内容是很复杂的，这样做可能会弊大于利，因为国际组织很少会介入到使其条约关系受影响的武装冲突中去。虽然可以设想这种条约关系可能以上文第(2)段所设想的第二种情形中的第三方而受到影响，并因此而可以通过类推来适用本条款草案的某些规定，但是，委员会决定将这些问题留待以后能提出一个专题，并予以列入工作方案时再审议。但是，对第 1 条的理解不应脱离除了国家以外国际组织也是缔约方的多边条约。第 2 条(a)项提出了这一点，它明确说，条款草案关于条约的定义“包括国际组织也加入的国家间条约”。同样，第 1 条关于“国家间条约关系”等措辞源自《维也纳公约》第 2 条(c)项，它的重点在于所涉条约制度中存在的关系，这样就能够对以下两种情况作出区分，即：条款草案范围所列的国家间条约关系；排除在条款范围以外的同一条约下产生的国家与国际组织之间或国际组织间的条约关系。

(5) 从结构上看，本条款草案分成三个部分：第一部分题为“适用范围和定义”，它包括了导言性的第 1 条和第 2 条，处理适用范围和定义的问题。第二部

³⁸⁴ 见下列国家的评论：荷兰(2005 年)，A/C.6/60/SR.18, 第 40 段；马来西亚(2006 年)，A/C.6/61/SR.19, 第 48 段；罗马尼亚(2008 年)，A/C.6/63/SR.21, 51 段；布隆迪(2010 年)，A/CN.4/622。

³⁸⁵ 《维也纳公约》第二十五条如下：

**“第二十五条
暂时适用**

1. 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。
2. 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。”

分题为“原则”，包括两章。第一章题为“发生武装冲突时条约的施行”，包括第 3 条至第 7 条，是核心条款，反映条款草案的基础，对法律稳定和连续性有利。它们反映了以下的一般性主张，即：武装冲突，其本身不会由于武装冲突而终止或中止。第 4 至第 7 条从第 3 条的一般性原则中推断出若干说明性的基本法律主张。第二章题为“与条约施行有关的其他规定”，涉及第 8 至第 13 条，处理与武装冲突期间实施条约有关的各种附带问题，它们酌情吸收了 1969 年《维也纳公约》的相应规定。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，题为“其他规定”的第三部分所列的第 14 至 18 条主要通过“不妨碍”或例外条款来处理这种关系方面的一些杂项问题。本条款草案附件载有一个指示性条约清单，它与第 7 条相联系，清单所列条约的主题事项涉及武装冲突期间全部或部分继续实施这些条约所受的影响。

第 2 条

定义

为本条款草案的目的：

(a) “条约”是指国家间所缔结而以国际法为准之国际书面协定，不论其载于一项单独文书或两项以上相互有关之文书内，亦不论其特定名称如何，包括国际组织也加入的国家间条约；

(b) “武装冲突”是指国家间诉诸武力或政府当局与有组织武装团体之间长时间诉诸武力之情形。

评注

(1) 第 2 条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，它转引《维也纳公约》第 2 条第 1 款(a)项的格式，增加了“包括国际组织也加入的国家间条约”等词语。但是，增添这些词语，并不是说表明条款草案可适用于国际组织的地位。如第 1 条评注第(4)段解释的那样，国际组织的条约关系不包括在本条款草案的适用范围内，在(a)项中列入上述最后一段话，是为了避免将适用范围解释成不包括国际组织也是缔约方的多边条约。

(3) 对双边条约与多边条约没有作特别区别。

(4) (b)款为本条款草案对“武装冲突”一词作了界定。它反映了前南斯拉夫问题国际刑事法庭在“塔迪茨案”判决中使用的定义，³⁸⁶ 但其中删除了最后的“或一国内部的此种集团之间”等词语，因为根据第 3 条，本条款草案只适用于至少有一个缔约国卷入的情形。采用这一定义，并不妨碍构成关于敌对行为的特别法的国际人道主义法规则。

(5) 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，以及提及“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非国际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。

(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。³⁸⁷ 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——公约的适用

1. 除了在平时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。”

³⁸⁶ 关于前南斯拉夫问题的国际刑事法庭，案件编号 IT-94-1-A72，检察官诉 *Duško Tadić a/k/a “DULE”*，上诉庭，1995 年 10 月 2 日，第 70 段，见 http://www.idi-iil.org/idiE/resolutionsE/1985_hel_03。在这项裁决中，法庭指出：“……只要国家间诉诸武力或一国之内政府当局与有组织武装团体、或这种团体相互之间长期诉诸武力，便存在着武装冲突。”

应该指出，这一定义不同于国际法学会通过的定义，见国际法学会 1985 年赫尔辛基会议于 1985 年 8 月 28 日通过的关于“武装冲突对条约的影响”的 1985 年决议：

“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。

另参阅《维也纳条约法公约》第 73 条，该条提到“国家之间发生敌对行动”。

³⁸⁷ 见 A. McNair and A.D. Watts, *The Legal Effects of War* (Cambridge, Cambridge University Press, 1966) (4th edition), pp. 2–3。

(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。³⁸⁸

(8) 当代的新势态模糊了国际和非国际武装冲突的区分。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。非国际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，条款草案包括非国际武装冲突对条约的影响，这一点由以下这段话表明：“政府当局与有组织武装团体之间……诉诸武力”。同时，用了一个限制词来表明一种最低要求，即这种武装冲突必须是“长期的”，才可以构成条款草案所适用的那种冲突。第 1 条的评注第(2)段提到说，这一最低限度用以减轻将非国际武装冲突列入本条款草案范围内可能会对条约关系的稳定产生的不稳定影响。

(9) “武装冲突”的定义没有明确提及“国际”或“非国际”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。

第二部分

原则

第一章

发生武装冲突时条约的施行

评注

第 3 至第 7 条对完整执行这套条款草案至关重要。第 3 条规定了这些草案的基本方向，即条约的施行不因武装冲突的存在而当然终止或中止。第 4 至第 7 条的目的是帮助确定某项条约是否在武装冲突中能存在下去，它们按优先顺序排列。因此，第一步是要看条约本身。第 4 条规定优先适用条约内关于武装冲突背景下继续适用本条约的明确规定。如果没有这种明确规定，下一步则适用第 5 条，即确立关于条约解释的国际规则，以确定武装冲突情况下条约的命运。如果实施了上述两条草案后仍没有找到最后草案，那么则应转而考虑条约以外的因素，第 6 条提供了一些背景因素，可能会适合于以这种或那种方式作出确定。最后，第 7 条也有助于作出确定，它提及载于附件的指示性条约清单，这些条约所涉事项表示它们在武装冲突期间继续全部或部分施行。

³⁸⁸ 同上，第 20-21 页。

第 3 条

一般原则

在下列缔约国之间，条约的施行不因武装冲突的存在而当然终止或中止：

- (a) 武装冲突当事国之间；
- (b) 武装冲突当事国与非当事国之间。

评注

(1) 第 3 条具有至关重要的意义，它确立了法律稳定和连续性的一般原则。为此，它纳入了国际法学会 1985 年决议中的几大新成果：武装冲突的存在并不自动造成条约的中止或终止。同时，必须承认，要使第 3 条的稳定原则适合于武装冲突的存在可能造成条约关系的终止或中止的这样一个事实，这没有便捷的途径可走。委员会有意识地决定不采用肯定式的格式来确立对连续性的假设，是因为担心采用这种方法不一定能反映国际法当前的普遍立场，也是因为它暗含了条款草案的一种重新定向，即从按假设条约应连续执行的情形转变为力图表明如何适用这种连续性假设的情形。委员会认为，这种重新定向太复杂，充满了不可预料的相反解释的风险。它认为，目前采取的办法是仅仅消除任何非连续性的假设，并在几处表明条约何时被假定是连续执行的，这样做的净效果是加强条约关系的稳定。

(2) 该措辞仿照国际法学会 1985 年通过的决议的第 2 条³⁸⁹。这项原则得到若干权威人士赞扬。《奥本海国际法》确认，“相当普遍的意见是，战争绝不取消任何条约”。³⁹⁰ 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。”³⁹¹ 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。”³⁹²

判例法也得出同样的结论，英国高等海事法院在 1817 年的“*The Louis*”的案中判定，“条约是不经久的事务，条约义务一有敌对行动就消散”。³⁹³ 但另

³⁸⁹ 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。”

³⁹⁰ Hersch Lauterpacht (ed.), *Oppenheim's International Law*, vol. II, *Disputes, War and Neutrality* (London: Longman, 1948), p. 302.

³⁹¹ A. D. McNair, *The Law of Treaties* (Oxford, Clarendon, 1961), p. 697.

³⁹² *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 61 (I), pp. 8 and 9; see also H. Briggs, *The Law of Nations* (London, Stevens & Sons, 1953) (2nd ed.), p. 938.

³⁹³ 15 December 1817, *British International Law Cases*, vol. 3, p. 691, at p. 708.

外一些判决并不那么明确，正如目前的本条款草案第 3 条所规定的那样，这些判决认定，存在武装冲突的情况，基本上并不使条约消除或中止。美国的法院达成的结论尤其如此，这方面的主要案件是“福音传播会诉纽黑文市”案(1823 年)，最高法院在该案中说：

“条约，凡是规定永久性权利、一般性安排，并声称以永恒为目标，既处理战争案件，也处理和平案件，都不会在发生战争时而停止，充其量是在条约持续的情况下有所中止。”³⁹⁴

一个较近期的案例是“Karnuth 诉美国”案(1929 年)。美国最高法院在该案中处理 1794 年《英国与美国杰伊条约》第 3 条时确认并发展了它以前的裁决：

“关于该专题的法律仍然在制定中，因此在根据即将形成的通则拟定原则方面，法院必须厉行谨慎，似乎有一种相当普遍的共识，即：至少有以下条约义务一直在生效：关于在战争状态下应如何做的规定；关于割让、边界等等的条约；赋予公民或者某一缔约大国的臣民以权力，继续在别国领土持有并转移土地的规定；一般而言，代表已完成的规定的行为的规定。另一方面，政治性的友好条约，同盟条约等等，其宗旨“是促进国家与国家之间的和谐关系”，它们通常被认为属于战争可以完全废除的那一类条约规定。”³⁹⁵

虽然上述段落可能表示：只要战争存在，条约就可以中止，但这条规则已经无人遵守了。而新的规则则是要限制终止“政治性”条约、“与敌对状态不相容的”条约以及如果意欲维持则“不符合战争时期国家政策的”条约。³⁹⁶

虽然在这个问题上的主要判决并不一定表述的明确，不足以仿效。但是，已经显而易见，根据当代国际法，武装冲突的存在并不自动结束或中止现行的协议，虽然有些协议确实可能由于其性质而逐渐废止或中止，如商业条约等等。³⁹⁷

(3) 本条草案开头提到武装冲突的“存在”，这表明条款草案不仅包括冲突爆发时对条约的影响，而且还包括在冲突整个期间的影响。

(4) (a)和(b)项确立了如第 1 条评注第(2)段所述的那样，本条款草案所包含的缔约方的各种假设。因此，本条应该与国际法学会通过的草案区分开来。因为该学会的决议所涉的是在武装冲突当事国之间生效的条约的命运，而本条款草案所涉的是另外在第 1 条方面所讨论的假设。

³⁹⁴ *American International Law Cases (AIRC)*, vol. 19, p. 41, at p. 48, 21 U.S. (8 Wheat.) 464.

³⁹⁵ *Ibid.*, vol. 19, p. 49, at pp. 52–53.

³⁹⁶ *Techt v. Hughes*, *International Law Reports (ILR)*, vol. 1, No. 271; *Clark v. Allen*, *AIRC*, vol. 19, p. 70.

³⁹⁷ *Russian-German Commercial Treaty case*, German *Reichsgericht*, 23 May 1925, *Annual Digest of Public International Law Cases (AD)* 1925–1926, No. 331. See also *Rosso v. Marro*, Tribunal civil de Grasse, 18 January 1945, *ibid.*, 1943–1945, No. 104, and *Bussi v. Menetti*, France, *Cour de cassation (Chambre civile)*, 5 November 1943, *ibid.*, 1943–1945, No. 103.

(5) 能否在第 3 条中与中止或终止一起作为武装冲突爆发的后果之一列入撤出条约的问题，会议也进行了审议，但被拒绝，因为撤出的问题涉及一个国家的有意识决定，而第 3 条则处理的是法律的自动生效问题。

第 4 条

关于条约施行的规定

如条约本身载有关于条约在武装冲突情形下如何施行的规定，应适用这些规定。

评注

(1) 第 4 条承认条约可以明确规定在武装冲突的情形下继续执行。它规定了一条总则，即如果条约有这样的规定，它就可以在武装冲突情形下继续实施。这条规则的影响是，询问的第一步应该是确定条约是否有这样的规定，因为这样做将按照条款及其适用范围的规定解决关于连续性的问题。将第 4 条直接放在第 3 条后面，就是表明了这一条。

(2) 委员会审议了是否要添加限定词“明文”的问题，但决定不这样做，因为它认为这是多余的。委员会还认为，这种限定词可能会产生毫无必要的限制作用，因为有些条约虽然对此没有作出明文规定，但仍按其含义通过实施第 6 和第 7 条继续执行。

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

第 5 条

条约解释规则的适用

为确定在发生武装冲突时条约是否可能被终止、退出或中止，应适用关于条约解释的国际法规则。

评注

(1) 第 5 条在内容是承接第 4 条，因为如果条约本身不含有关于连续性的规定，或者如果适用第 4 条还不确定的话，这就是下一阶段要询问的。该条款在顺序上也是着重于条约内在的调查的第 2 条规定，这种调查不同于第 6 条所述的对条约外在因素的审议，因为这样可能会对条约实施的终止、撤出或中止的可能性有所表示。这条规定是故意以开放的方式(“为确定……是否”)，这样，如果条约的解释过程也不确定，则可以预测适用第 6 和第 7 条的可能性。

(2) 因此，第 5 条要求，如果条约本身没有明确地表明，那么我们应该适用国际法关于条约解释的既定规则，以弄清它的意义。对此，委员会主要想到的是 1969 年《维也纳公约》第 31 条和第 32 条。但是，委员会倾向于保留较笼统的说法，即“国际法规则”，因为它认识到不是所有缔约国是《维也纳公约》的缔

约国，而且还出于对自己的总政策的尊重，即在案文中不列入对其他法律文件的交叉引用。

(3) 委员会反对在条约中提及缔约方的意图。因为这样的想法不仅引起各国政府，而且还在委员会本身引起了争议。应该承认，条约起草者在武装冲突的存在对条约的影响问题上很少表明它们的意图。如果在某一处可以看得清这种意图，则大多是通过条约本身的一条规定，这种做法值得鼓励。这种情况将由第 4 条来述及。提及缔约方的意图，也许还会被解释成重新引入一条主观标准，尽管维也纳会议明确决定采纳着重于《条约》意义的客观标准。但委员会承认，缔约方意图的标准暗含在《维也纳公约》第 31 条所载关于作出确定的程序中。

(4) 以这种方式起草第 5 条的标题，是为了确认这种规定与一般的条约解释无关，而是涉及到因适用条约解释方面现行规则的具体情况，与第 4 条一样，本规定严格来讲是没有必要的，因为我们通常在任何情况下都会对条约进行解释的。不管怎样，列入这条规定，是为了作明确的说明。

第 6 条

表明条约可能被终止、退出或中止的因素

为了确定在发生武装冲突时条约是否可能被终止、退出或中止，应参照所有有关因素，包括：

(a) 条约的性质，特别是其主题事项、目的和宗旨、内容和条约缔约方数目；以及

(b) 武装冲突的特征，诸如其地域范围、规模和激烈程度、持续时间，如果涉及非国际武装冲突，还应考虑外部介入的程度。

评注

(1) 第 6 条从第 3 条中产生。武装冲突的存在并不自动结束或中止条约的实施。这是本条款草案的另一项关键规定，依次排在根据条约本身的第 4 和第 5 条进行的调查之后。如果按这些规定作分析仍然没有明确，那么就适用第 6 条。本条突出了某些标准，包括条约之外的某些标准，这些标准可能有助于确定条约是否有可能终止、退出或中止的问题。

(2) 与第 3 条不同的是，本规定的开头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，因为它可以为将这个问题列入随后的补充条款草案提供一个适当的上下文。本条在(a)和(b)项中列举了条约的两类外部因素，这两种因素也许与确定条约是否可能在武装冲突的情况下会终止、退出或中止的问题有关。指出这两种因素并不是全部的因素，正如本条首句的最后一段话所证实的那样：

“应参照所有有关因素，包括：……”。这表明：(1) 除了这两项所列的因素外，可能还有其他因素与某一条约或武装冲突的情况有关；(2) 不是所有因素都同等地与所有情况有关的，有些因素可能比其他因素更有关，这要视条约或冲

突的情况来看。因此，应该认为(a)和(b)项中的因素仅仅是表明了按照具体情况可能与特定案例相关的因素。

(3) (a)项提出了与条约的性质有关的一系列因素，特别是条约的主题事项、它的宗旨和目的、它的内容以及缔约方的数量。例如，虽然就根据第 5 条开展的询问而言存在着某种程度的重叠，但如果与条约数量等等其他因素结合在一起，条约的宗旨和目的可能会产生出一种新的角度，虽然委员会认为就如何评估武装冲突情况下条约的性质、主题事项、宗旨和目的以及内容的问题提出较具体的指南是不切实际的，因为条约的类别很多，但是它仍然在与第 7 条相联系的附件中提出了一个条约类别的清单，这些条约都表明在武装冲突期间全部或部分地继续适用的可能性非常大。就缔约方的数量而言，除了表明条约对不是武装冲突当事方的许多缔约方可能产生的影响应该作为一个政策事项予以减轻以外，则没有表示确定的立场。

(4) (b)项提出了第二套因素，这次与武装冲突的特点有关。这里提出的因素是：冲突的领土范围(是否发生在可能有关的陆地或海洋上，例如在确定武装冲突对空运协议的影响时)、其规模、紧张程度和持续时间。此外，鉴于条款草案的适用范围包括非国际性的冲突，因此提到了这种冲突的“外部介入的程度”。在后一条内容确定了另外一个限度，目的是限制国家以它们参与这种冲突为由声称终止或中止某一条约或者宣布退出的权利，换言之，这项内容可用作有利于条约稳定的控制因素：第三国卷入非国际性武装冲突的程度越大，条约受影响的可能性也越大，反之亦然。

(5) 审议了使用武力的合法性问题，这是在第 6 条里应考虑的因素之一，但决定将这个问题放到实施第 14 至 16 条的背景中予以解决。

(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 7 条

条约因其主题事项而继续施行

本条款草案附件含有条约指示性清单，其中所列条约的主题事项含有这些条约在武装冲突期间继续全部或部分施行之意。

评注

第 7 条是说明性的，与第 6 条(a)项相联系，因为它进一步阐述条约“主题”事项的内容。这一内容在确定武装冲突时是否有可能终止、退出或中止执行条约的问题时可予以考虑。本规定与附件建立了一种联系，附件载有涉及在武装冲突期间继续全部或部分实施的含义的各类条约指示性清单，关于每一类条约的评注载于本条款草案末的附件。

第二章

与条约施行有关的其他规定

第 8 条

武装冲突期间缔结条约

1. 武装冲突的存在不影响冲突当事国依照国际法缔结条约的能力。
2. 各国可缔结协定，全部或部分终止或中止在武装冲突情况下在相互间仍适用的某项条约，或可商定对该条约进行修改或修订。

评注

(1) 第 8 条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。这两项规定反映国家在武装冲突时可以继续相互交往。

(2) 第 8 条第 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。虽然本条规定笼统提到“国际法”，但委员会的理解是：本规定系指关于国家缔结 1969 年《维也纳公约》所述条约的能力方面的国际规则。

(3) 从技术上讲，第 1 款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。本规定提及“武装冲突当事国”的能力，以表明武装冲突可能只有一个当事国，如非国际武装冲突的情形。

(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。”³⁹⁸ 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。”³⁹⁹

(5) 委员会决定不提第 2 款所设想的协议的“合法性”或“有效性”等词语，倾向于将这类问题留给执行国际法一般规则，包括 1969 年《维也纳公约》所反映的规则。

³⁹⁸ McNair, *The Law of Treaties* (footnote 10 above), p. 696.

³⁹⁹ “The Juridical Clauses of the Peace Treaties”, *Recueil des Cours* ..., vol. 73 (1948-II), p. 309.

(6) 第 2 款末尾提到就条约的修正或修订达成协议的可能性。委员会想到的是未参加武装冲突的条约缔约国的立场，可想而知，这类国家要终止或中止条约的执行是不能说明理由的，因此它们只能争取对条约作修订或修正。

第 9 条

通知终止、退出条约或中止其施行的意向

1. 一国如因武装冲突而打算终止或退出其作为缔约国的条约，或中止该条约的施行，应将此意向通知条约另一缔约国、其他各缔约国或条约保存人。
2. 通知自另一缔约国或其他各缔约国收到通知之时起生效，除非通知载有较晚生效日期。
3. 以上各款不影响一缔约国在合理的时间内根据条约规定或其他可适用的国际法规则对终止、退出条约或中止其施行提出反对的权利。
4. 如果有缔约国根据本条第 3 款提出反对，有关缔约国应通过《联合国宪章》第三十三条所指明的方法寻求解决。
5. 以上各款不影响各国在解决争端方面对其依然适用的权利或义务。

评注

(1) 第 9 条确定通知终止、退出或中止条约的基本义务。案文依据 1969 年《维也纳公约》第 65 条，但按武装冲突作了修订和调整。第 9 条的意图是要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，但可能要等到采取了《联合国宪章》第 33 条所列的任何一种方式，达成某种解决办法后，这个问题才能解决。

(2) 第 1 款提出打算要终止或撤出某项条约或者中止执行该条约的国家的义务，即将它的意图通知给条约其他缔约国或者条约的保存人的基本义务。这种通知是一项单方面行动。一旦存在了武装冲突，国家即采取这种行动，向其他缔约国或保存人(如果有的话)通知它终止条约，撤出条约或中止执行条约的意图。如果有关国家不想终止或撤出该条约，或者中止执行条约，那么就没有必要采取这种单方面行动。这是第 3 条所述一般规则的后果，该条规定武装冲突的存在并不自动终止或中止条约的执行。

(3) 第 2 款规定通知生效的时刻：即其他缔约国在通知中另外提出更晚一点的日期，与第 1 款不同的是，该款没有提到保存人收到的日期。有些条约是没有保存人的。因此，第 1 款必须提出通知缔约国或者保存人的可能性。但是，就通知生效而言，重要的是其他缔约国收到通知的时间，而不是保存人收到通知的时间。然而，对于那些有保存人并通过保存人提出通知的条约来说，通知的生效时间为通知所指向的那个国家从保存人那里收到通知的时间。

(4) 第 3 款的目的是保留某一条约或者一般性国际法下可能存在的反对终止、中止或撤出条约的权利。因此，反对的是终止、中止或退出的意图，这种意图是由第 1 款设想的通知所转达的。委员会承认，在武装冲突的形势下实行时限，特别是鉴于明确规定这种限制发生的时刻，但是委员会认为，如果没有一个截止期，这条规定的效力就会受到削弱，并可能会就第 1 款所设想的通知的法律后果问题产生争议。委员会考虑到这两种因素，因此决定不提出具体的时间期限，而是决定采用“合理的”期限(“在合理的时间内”)。就某一条约和冲突而言，何为“合理的”，这是采取第 4 款设想的争端解决程序所作出的决定的问题，要取决于案例的情况，同时考虑第 6 条所列举的因素。

(5) 第 4 款规定程序性要求，即如果根据第 3 款提出反对，有关国家需采取《联合国宪章》第三十三条所列的方式争取和平解决，该条规定：

“1. 任何争端之当事国，与争端之继续存在足以危及国际和平与安全之维持时，应尽先以谈判、调查、调停、和解、公断、司法解决、区域机关或区域办法之利用、或各国自行选择之其他和平方法，求得解决。

2. 安全理事会认为必要时，应促请各当事国以此项方法，解决其争端。”

(6) 缔约国根据第 1 款作出的通知自另一缔约国或其他各缔约国收到通知之时起生效，除非通知载有较晚生效日期(第 2 款)。如果在合理的时间内未收到反对，通知国便可采取通知中所列明的措施(第 3 款)。如果收到了反对，问题将在有关国家之间处于未决状态，直到根据第 4 款实现外交或法律解决。

(7) 第 5 款载有一项保留条款，保留各国在争端解决问题上的权利或义务，只要这种权利和义务在武装冲突的情况下依然适用的话。委员会认为应该将这条规定列入，以表明不鼓励将第 4 款解释成含有卷入武装冲突的国家在和平解决争端时是一块“白板”的含义。这项规定的通过也与在附件(k)段中列入关于以和平方式，包括和解、调停、仲裁和司法解决等等方式解决国际争端的条约是一致的。

第 10 条

不依条约存在的国际法义务

因武装冲突而终止、退出条约或中止其施行，丝毫不影响任何国家有责任履行该条约中所载依国际法必须履行且不依赖该条约而存在的义务。

评注

(1) 第 10 至第 12 条试图按照《维也纳公约》第 43 至第 45 条的模式，作更改后建立一种制度。第 10 条源于《维也纳公约》第 43 条。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) 本条所订的原则似乎是不言自明的，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。”⁴⁰⁰

第 11 条

条约规定的分离

因武装冲突而终止、退出条约或中止其施行，应对整个条约有效，除非条约另有规定或缔约方另有协议，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) 从条约本身可以推断或通过其他方式确定，接受以上所指条款并非另一缔约方或其他各缔约方接受整个条约约束之必要基础；且
- (c) 条约其余部分之继续施行不致有失公平。

评注

(1) 第 11 条处理将受武装冲突影响的条约规定分开的可能性问题。这条规定在本条款草案中发挥关键作用。它提出对条约产生不同影响的可能性，从而“减轻”实施第 4 至第 7 条的影响。

(2) 本条规定根据《维也纳公约》第 44 条的相应规定。(a)至(c)项逐字照搬该公约相应条款的案文。

(3) 关于继续实施条约其余部分不得造成“不公平”的要求，委员会回顾说，这条规定按美利坚合众国的要求列入 1969 年《公约》第 44 条。美国代表 Kearney 先生解释说：

“一国，凡声称条约某部分无效的，都有可能坚持要求终止条约的某些规定，即使在缺少了这些规定后继续实施条约的其余部分会对其他缔约方非常不公平。”⁴⁰¹

⁴⁰⁰ 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》，p.392，第 73 段；另参阅 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。

⁴⁰¹ Kearney 先生的发言，《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)，《全体会议和全体委员会会议简要记录》(联合国出版物，销售号：E.68.V.7)，全体委员会第四十一次会议，1968 年 4 月 27 日，第 17 段。关于美国的提议，见 A/CONF.39/C.1/L.260，转载于《联合国条约法会议简要记录》(第一和第二届会议，维也纳，1968 年 3 月 26 日至 5 月 24 日，1969 年 4 月 9 日至 5 月 22 日)，会议文件(联合国出版物，销售号：E.70.V.5)，第 369 段。

换言之，如《维也纳公约》第 44 条第 3 款(c)项的情况那样，第 11 条(c)项是一条一般性条款，可以在以下情况下引用，即如果为了满足请求国缔约方的愿望而将条约规定分离，会产生有害于其他缔约方的严重不平稳。因此，它是对(a)项(关于在适用方面的分离问题)和(b)项(是否接受被提出要求予以终止或无效的条款，不是其他缔约方受条约约束必须要同意的必要基础)的补充。

第 12 条

丧失终止、退出条约或中止其施行的权利

一国在知悉事实后而有下列情形之一者，即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) 根据该国行为必须视该国已默认条约将继续施行或继续有效。

评注

(1) 第 14 条依据 1969 年《维也纳公约》第 45 条的同等规定。它处理丧失终止、退出条约或中止实施条约的权利问题。它相当于承认，即使在武装冲突时期也必须奉行最低程度的诚信。

(2) 为了表明第 12 条须适用于武装冲突的背景，在题首句增加了适当的提及。委员会的理解是，在该句中使用转载自 1969 年《公约》第 45 条的限定词“意识到下列事实”，意味着不仅涉及到武装冲突的存在，而且还涉及到武装冲突在冲突对条约可能产生的影响方面所发生的实际后果。

(3) 委员会承认，条约在武装冲突背景下所适合的情况如何，只能在冲突对条约发生影响后才能予以评估，这不是在冲突爆发后可以做的。充其量只能说是鼓励各国不要在冲突对条约的影响合理地显示出之前不要去采取本条所述的行动。

(4) 标题提到的可采取的各种行动(“终止、退出条约或中止其施行”)，应该被理解为援引的是规定国家应该有什么权利以及可适用的条件等的前面几条。

第 13 条

武装冲突结束后条约关系的恢复生效或施行

1. 武装冲突结束后，缔约国可在协议的基础上对因武装冲突而终止或中止施行的条约恢复生效之事作出规定。
2. 对于因武装冲突而中止施行的条约，应根据第 6 条所提及的因素决定是否恢复施行。

评注

(1) 第 13 条涉及武装冲突后条约关系恢复生效(第 1 款)或恢复施行(第 2 款)的问题。

(2) 第 1 款提出一般性规则：不管条约全部还是部分终止或中止，缔约国不妨缔结一项协议，恢复或者甚至实施曾停止存在的协议或协议的一部分。这是缔结条约的自由所致，不能单方面行事。因此，该段处理“战前”协议的地位模棱两可，以及必须全面评估条约的那些情况。实际上，这样的评估可能需要恢复那些地位模棱两可或者因战争而已终止或作为中止处理的条约。本条不影响关于这些条约恢复生效的具体协议。这类协议的一个例子载于意大利和同盟国 1947 年 2 月 10 日缔结的《和约》第 44 条。该条规定，各同盟国可以在 6 个月的期限内向意大利通知它想要恢复生效的条约。

(3) 第 2 款涉及恢复施行由于武装冲突而中止的条约问题，但范围较狭窄：它只适用于因实施第 6 条而中止的条约。由于在这种情况下，条约是因某一也是武装冲突当事方的缔约国根据第 6 条所述的因素发起而中止的，因此这些因素在武装冲突结束时不再适用。因此，除非同时出现了终止、退出或中止的其他原因(根据第 18 条)，或者当事方另有协议，否则条约不能再次生效。恢复施行可以由一个或几个缔约国提出，因为它不再是国家间协议的问题。这种行动的结果将根据第 6 条所列的因素予以确定。

(4) 何时恢复条约施行的问题应该逐案解决。

第三部分

其他规定

第 14 条

行使自卫权对条约的影响

依《联合国宪章》行使其固有的单独或集体自卫权的国家，如果其作为缔约国的条约的施行与行使该项权利不相容，有权全部或部分中止该条约的施行。

评注

(1) 第 14 条是根据国际法学会 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。⁴⁰² 它反映了必须明确承认这些条款草案不为侵略国创造优势。第 15 和第 16 条是对本条的补充，也反映了这种政策的必要性。

(2) 该条涉及按照《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。该条必须按照第 15 和第 16 条的设想，放在适用《联合国宪章》的制度的背景下予以理解。因此，它的目的也在于防止侵略者不受惩罚和双方之间的不平衡，因为如果侵略者

⁴⁰² 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。”

无视《宪章》第二条第 4 款关于禁止使用武力的规定，能够在同时要求严格适用现行法律，从而全部或部分剥夺遭袭击的国家自卫的权利，那么无疑会出现这种情况。同时，第 14 条要按第 6 和第 7 条的实施情况来决定：在武装冲突情况下不能得到容忍的后果同样也不能在自卫的情况下得到接受。例如，所规定的权利不能优先于专门在武装冲突中适用的条约规定，特别是关于国际人道主义法和武装冲突法的条约，例如 1949 年日内瓦公约等等条约的规定。⁴⁰³

(3) 本条规定设想侵略者与受害者之间协议的中止，但它并没有排除受侵略国和第三国之间条约的情况(也许发生的可能性较小)。但是，本条不涉及非国际武装冲突，因为它提及《联合国宪章》第五十一条意义内的自卫。第 14 条所设想的权利仅限于中止，没有规定终止。

(4) 固有的自卫权的法律后果方面没有试图规定一种全面的处理方法。因此，第 14 条不影响关于通知、反对、时限与和平解决等问题的国际法规则。

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该侵略行为所引起的武装冲突而终止、退出条约或中止其施行，如果这将使该国受益。

评注

(1) 第 15 条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，⁴⁰⁴ 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) 是否将一个国家定性为侵略者，基本上要取决于对“侵略”一词下的定义，在程序方面要取决于安全理事会。如果理事会确定要终止或退出一项条约或者中止条约的执行的国家(假定该案提交理事会)是侵略者，那么这个国家则不得采取这些措施，或者在任何情况下只有该国不从这些措施中受益时才可以这样做；后面这一点可以由理事会或者由法官或仲裁人作出评估。如果没有作出这种确定，国家可以根据第 4 条以及后面的条款采取行动。

⁴⁰³ 1949 年 8 月 12 日关于保护战争受害者的日内瓦四公约，联合国《条约汇编》，第 75 卷第 31 页，第 75 卷第 85 页，第 75 卷第 135 页，第 75 卷第 287 页。

⁴⁰⁴ 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。”

(3) 从侵略行为发生的那一刻起，被受攻击的国家定性为侵略者的国家不再能够根据第 9 条诉求终止一项条约，撤出该条约或中止条约的执行的权力，除非它这样做得不到益处。它不管怎样都可以诉求这项权利，辩称没有侵略，或者它的敌对国是侵略者。因此，这种情况要到第二阶段才能有所确定，即安全理事会作出决定。安全理事会的行动决定后来的发展：如果最初认为是侵略者的国家被证明不是侵略者，或者如果它没有从侵略中得到益处，那么将根据条款草案规定的普通标准对按第 9 条发出的通知作评估。但是，如果该国被确定为侵略者，并不履行条约义务得到益处，那么在确定终止、撤出或中止的合法性时，这种标准就不再适用。换言之，如果一个国家发布通知终止或撤出条约，或者中止条约的执行，然后又被确定为侵略者，那么就必须确定该国是否从终止、退出或中止中获得利益。如果它获益的话，通知就无效，除非有关条约在这方面规定了特殊的规则。

(4) “因该侵略行为所引起的武装冲突”等词语可以将对侵略国的定性限制在所涉的武装冲突内，因此避免解释成该国即使在与同一敌对国，乃至第三国的完全不同的冲突中也将保留这种称谓。

(5) 委员会决定不超越关于违背《联合国宪章》而诉之于武力的格式。

(6) 本条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 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》作出的有关决定。

评注

(1) 第 16 条要保留安全理事会根据《联合国宪章》所作决定的法律效力。虽然理事会根据《宪章》第七条采取的行动对本条款草案可以说是最适用的，但委员会认为理事会根据《宪章》的其他规定(如关于执行国际法院的判决的第九十四条)所采取的行动也同样适用。第 16 条与国际法学会 1985 年决议第 8 条的职能相同。⁴⁰⁵ 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) 《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，第一百零三条还适用于根据联合国机构有约

⁴⁰⁵ 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。”

束力的决定所产生的义务。具体而方，第一百零三条规定安全理事会的决定居优先地位，这已经被实践和国际法著作所广为接受。⁴⁰⁶

(3) 第 16 条对由于第一百零三条而引起的各种问题保持开放。

第 17 条

源自中立法权利和责任

本条款草案不妨碍各国根据中立法而具有的权利和责任。

评注

(1) 第 17 条是另一个“不妨碍”条款，它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。因此，本条规定更具有保留条款的性质。

(2) 中立作为通过条约产生的一种地位，只有在第三国之间爆发武装冲突时才能完全生效，因此显而易见，中立可在冲突中存在，因为它恰恰是为了在冲突期间适用的。此外，中立地位也不总是通过条约产生的。在中立地位的存在方面一般不会产生适用中立法的问题，但在中立并保持中立的国家的具体权利和义务方面会产生这样的问题；根据第 17 条，这些权利和义务优先于产生之本条款草案的权利和义务。

第 18 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) 发生重大违约情事；(b) 发生意外不可能履行；或(c) 情况的根本改变。

评注

(1) 第 18 条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，它列举 1969 年《维也纳公约》，特别是第 55 至第 62 条的一些例子。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。“尤其”一词是为了说明第 18 条所列的理由并不全面。

(2) 尽管本规定可以说是不言而喻的，但作此澄清被认为是有用的。它是为了消除可能产生这样的含义，即：发生武装冲突，会引出一项特别法规则，使终止、退出或中止条约的其他理由不起作用。

⁴⁰⁶ 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)。

附件

第 7 条所指条约的指示性清单

- (a) 关于武装冲突法的条约，包括关于国际人道主义法的条约；
- (b) 声明、确立或规定永久制度或地位或有关永久权利的条约，包括确定或修改陆地和海洋边界的条约；
- (c) 多边造法条约；
- (d) 关于国际刑事司法的条约；
- (e) 友好、通商和航海条约以及涉及私权利的协定；
- (f) 关于对人权进行国际保护的条约；
- (g) 关于对环境进行国际保护的条约；
- (h) 关于国际水道以及有关装置和设施的条约；
- (i) 关于含水层以及有关装置和设施的条约；
- (j) 作为国际组织组成文书的条约；
- (k) 关于以和平手段，包括通过和解、调停、仲裁和司法手段解决国际争端的条约；
- (l) 关于外交和领事关系的条约。

评注

(1) 本附件载有各类条约的指示性清单，其主题事项涉及在武装冲突期间全部或部分继续施行所涉及的问题。本附件涉及第 7 条，在该条评注中已经解释过，列入这一条是为了进一步阐述第 6 条(a)项中所列为了确定在发生武装冲突时是否终止、退出或中止条约应予顾及的各项因素中所包含的条约“主题事项”元素。

(2) 这样一个指示性清单的作用是根据条约的主题事项创建一套可辩解的推定：条约的主题事项意味着条约在战争期间继续施行。虽然强调条约的类别，但很可能是，只有具体条文的主题事项载有其连续性的必要含义。

(3) 第 7 条的用语证实，这份清单完全是指示性的，不由于所属类别出现的顺序而意味着任何优先次序。而且，人们认识到，在某些情况下，有些类别横切交叉、也可能重叠。委员会决定不在清单中列入提到强制法的项目。从定性方法上说，这一类同已列入清单的其他类别不一样。这些类别以主题事项为根据，而强制法则跨越若干主题。据了解，第 3 至第 7 条的规定不妨碍条约中具有强制性性质的各项原则或规则的作用。

(4) 清单反映现有的国家实践，特别是美国的做法，是以几代法律学者的看法为依据。但是，人们认识到，来自各国的大量信息流说明国家实践的的证据不多。此外，在这一领域对有关的国家实践很难鉴定。国家实践的显著事例往往涉及法律原则，作为一个准确的法律问题，与武装冲突对条约的影响没有关系。例如，一些现代国家的做法，多半是指情况发生根本变化的影响或履行不可能，因此无关。在某些情况下，例如建立永久制度的条约，国家实践具有一个坚实的基础。与另一些类别相比，城市法院的判例法和一些行政长官对法院提供的意见具有坚实的基础，但这些类别不一定受到采取传统模式的国家实践的支持。

(a) 关于武装冲突法的条约，包括关于人道主义法的条约

(5) 看来很明显的是，为了制约行为和武装冲突的后果，与武装冲突有关的条约，包括考虑到国际人道主义法的那些条约，适用于发生这种冲突的情况。

McNair 指出：

“大量证据显示，有明文规范战争期间缔约方关系、包括实际战争行为关系的法律，在战争期间继续有效，不需要在予以终止以后重新生效。”⁴⁰⁷

(6) 本类不限于在武装冲突期间明确适用的条约。它广泛地涵盖了有关武装冲突法的协议，包括国际人道主义法的有关条约。早在 1785 年，普鲁士和美利坚合众国之间的友谊和商务条约第 24 条明确指出，武装冲突对其人道主义法的规定没有任何影响。⁴⁰⁸ 此外，该法的第三次重述虽然再度说明国家之间战争爆发会终止或中止它们之间协议的传统立场，却承认“规范敌对行为的协议不受影响，因为它们是为了在战争期间适用而拟定的……”。⁴⁰⁹ 在其关于以适用核武器相威胁或使用核武器的合法性的咨询意见中，国际法院认为：

⁴⁰⁷ McNair, *The Law of Treaties*(上文脚注 391), 1961, p. 704.

“第一次世界大战爆发时，有若干条约(其中有一个或数个中立国为其缔约方)存在，其目的是要规范敌对行动，例如，1856 年的巴黎宣言和 1899 年和 1907 年的某些海牙公约。据假设，这些条约不受战争的影响而仍然生效，英国和其他处理战利品的军事法庭作出的许多决定取决于这些条约。而且，他们还没有经由或根据和平条约予以回复生效。这个法律的结果是否归因于缔约方包括一些中立国或条约具有打算在战争期间适用的一般法律规则之来源的性质并不明确，但据认为，后者被视为是正确的观点。如果需要证据，则‘海牙公约’被英国政府认为可以在和平时期结束后继续生效，证据来自海牙公约的许多参考资料(刊载于近年在英国条约汇编中由英国列出的‘加入、退出、等’的年度清单)和英国在 1925 年对 1907 年‘第六海牙公约’的解约。同样，英国政府在 1923 年，当被问到它是否认为 1906 年 7 月 6 日日内瓦红十字公约是否仍然在前同盟国和前敌对国之间生效时，回答说，国王陛下的政府认为，本公约的目的是在战争期间规范交战国的行为，并不受战争爆发的影响。” *Ibid.*

⁴⁰⁸ 俄罗斯与美国于 1785 年 9 月 10 日签订的《友好通商条约》，第 24 条，引用见 H.W. Verzijl, *International Law in Historical Perspective*, Leyden, Sijthoff, 1973, p. 371.

⁴⁰⁹ American Law Institute, *Restatement of the Law, Third, Foreign Relations Law of the United States*, para. 336 (e) (1987).

“作为国际人道主义法的原则适用于武装冲突的情况下，国际法不容置疑地认为中立的原则无论其内容为何，具有类似于人道主义原则和规则的根本性质，可以(在联合国宪章有关规定的限制下)适用于无论可能使用何种类型武器的所有国际武装冲突。”⁴¹⁰

(7) 连续性的含义不影响武装冲突法作为特别法适用于武装冲突的施行。提到这个类别的条约不涉及有关该法的适用中可能出现的许多问题。它也不是为了普及从人道主义法的原则和规则在特定情况下的适用性得出的结论。

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

(8) 人们普遍承认，条约的声明、创建、或调节永久制度或地位，或相关的永久权利，在武装冲突的情况下不被中止或终止。涉及的协议类型包括割让领土、联盟条约、使一国领土的一部分中立化的条约、创建或修改边界的条约、并建立使用或进入一国领土的特殊权利。

(9) 有一定数量的判例法支持这样的协议不受发生武装冲突事件影响的立场。因此，在北大西洋海岸渔业仲裁中，英国政府辩称，由 1973 年的条约所确认的美国渔业权已经由于 1812 年战争的后果而被废止。法院不同意这种观点，并指出：“国际法在其现代发展中承认，大量的条约义务不因战争而废止，顶多是由于战争而中止。”⁴¹¹

(10) 同样，在 Meyer 地产案件(1951 年)中，美国上诉法院在论述处理领土的条约的永久性情况下，认为

“当局似乎一致认为，没有什么不符合政府的政策、国家安全、或为了执行决定性的条约或条约的决定性部分而维持战争。这样的条款与战争状态兼容而不被废止……。”⁴¹²

在 *State ex rel. Miner v. Reardon*(1926 年)的案件中，美国加州法院裁定某些条约，如边界条约在战争状态下可以继续施行。⁴¹³ 当然，这一结论涉及禁止对被占领土进行兼并。

(11) 然而，诉诸于这一类条约产生一定的问题。其中之一是，影响永久性领土处置的割让条约和其他条约确立永久的权利。具有永久性的正是这些权利，而不

⁴¹⁰ 使用或威胁使用核武器的合法性问题，1996 年 7 月 8 日咨询意见，《1996 年国际法院案例汇编》，p. 226, 第 89 段。

⁴¹¹ 北大西洋沿岸渔业案(英国诉美国)，1910 年 9 月 7 日的裁决，联合国，《国际仲裁法院案例汇编》，第十一卷，p. 167 起，见 p. 181。另参见 C. Parry, *British Digest of International Law*, vol. 2B, 1967, pp. 585-605。

⁴¹² AILC 1783-1968, vol. 19, p. 133 at p. 138.

⁴¹³ *Ibid.*, p. 117, at p. 119; see also AD 1919-1942, No. 132, at p. 238.

是条约本身。因此，如果这些条约获得执行，他们不能受到随后发生的武装冲突的影响。

(12) 更大的困难来自于这一类别的范围仍然在一定程度上不确定这一事实。例如，在保证条约的情况下，显然，武装冲突的影响将取决于保证条约的目的和宗旨。旨在保证持久的事务状态的条约，如对某一领土的永久中立的条约，将不会由于武装冲突而终止。因此，如同 McNair 所指出的，

“创建和保证瑞士、比利时和卢森堡永久中立的条约当然是政治性的，但他们没有由于战争爆发而废止，因为很明显，他们的目标是建立一个常设的系统或状态。”⁴¹⁴

(13) 一些法律学者会将与授予国民相互权利和取得国籍有关的协议列入确立永久权利或永久地位的条约范畴内。然而，适用于此类协定的处理不致终止的考虑在一定程度上不同于与割让领土和边界有关的条约。因此，这些协定将更恰当地涉及更广泛的友好、通商和航海条约及关于私权的其他类别的协议。因此，这一类条约在下文里进行论述。

(14) 在条约法的规例中，委员会和国家也对边界条约的特殊地位给予一定的承认。⁴¹⁵ 1969 年维也纳公约第 62 条第(2)款(a)项规定：不得援引情况发生根本变化作为终止或退出一项条约的理由，如果它是划定边界的条约。这些条约被确认为第 62 条的一般规则的例外，否则该规则不是促成和平转变的原因，而有可能成为危险摩擦的来源。⁴¹⁶ 关于国家在条约继承方面的维也纳公约对边界条约的应变能力达成类似的结论，在其第 11 条中规定，“国家继承本身不影响(a) 以一条约确立边界，或(b) 以一条约确立和边界制度有关的义务和权利”。⁴¹⁷ 虽然这些例子并不直接涉及武装冲突对条约的影响的问题，但它们证明这些类型的制度的特殊地位。

(c) 多边造法条约

(15) 造法条约被定义如下：

“(一) 多方造法条约

这些都意味着无需创建一个国际制度、地位、或系统即为调节各方未来的行为制定国际法规则的条约。据认为，这些条约在战争期间继续施行，无论是否所有缔约方或只有其中一些交战。在这些条约的情况

⁴¹⁴ McNair, *The Law of Treaties*(上文脚注 391), p. 703.

⁴¹⁵ 关于这一问题，另参阅上文第(10)段提到的 *In re Meyer's Estate* 案。

⁴¹⁶ 委员会对《维也纳公约》第 59 条(现为第 62 条)草案的评注第(11)段(《联合国条约法会议正式记录，会议文件》p. 79)。确定边界的条约被排除在重大情势变更规则范围之外，这一点虽受到一些国家反对，但在联合国条约法会议上，绝大多数国家予以赞同。

⁴¹⁷ 《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》，vol. 1946, p. 3.

下通常可以推断建立永久性法律的意图。实例并不多。1856 年的巴黎宣言是一个实例；它的内容显示：当事方意图由它规范他们在战争期间的行为，但据认为，它在战争后继续存在的原因是各方打算由它来创建永久性的法律规则。1907 年限制为收回合同债务而使用武力的第二海牙公约和 1928 年的巴黎和平条约也是这一类型的实例。创建关于国籍、结婚、离婚、相互执行判决等规则的公约可能属于同一类别。”⁴¹⁸

(16) “造法”一词是有点问题，⁴¹⁹ 可能无法给出一个清晰的定义。然而，有一定数量由紧挨着二战的战后安排所产生的与技术性质的多边条约有关的国家实践。有人断言，“与健康、毒品、保护工业产权等有关的‘造法’类型的多边公约在战争爆发时没有被废止，也没有被中止，并且在终止敌对行动以后得到恢复，或者即使在战时也部分施行。”⁴²⁰

(17) 国务院法律顾问 Ernest A. Gross 在 1948 年 1 月 29 日的信描述了美国的立场：

“然而，关于你在信中提到的那一种类型的多边条约，本政府认为，在一般情况下，美国在战争中成为交战国的时候是当事方、本政府从那个时候以来不曾根据其条款通知废止的非政治性的多边条约对于美国来说仍然生效，这些条约的一些当事方之间战争状态的存在没有根据事实本身予以废除，虽然人们意识到，作为一个实际问题，某些条文可能已经失效。本政府认为，战争对这些条约的影响只是终止或中止其在互相对立的交战国之间施行，并且在没有采取相反观点的特殊原因的情况下，它们在合作交战国之间、交战国和中立的各方之间、以及中立的各方之间仍然有效。

“本政府认为，随着与意大利的和平条约在 1947 年 9 月 15 日开始生效，非政治性多边条约在当时开始处于战争状态的美国 and 意大利两国之间生效，从那时以来，不曾有任何一方的政府根据其条款通知予以废止，现已生效，再度在美国和意大利之间施行。美国政府对于保加利亚、匈牙利和罗马尼亚一直采取类似的立场... ..”⁴²¹

(18) 英国外事办公室在 1948 年 1 月 7 日的一封信中表明英国的立场如下：

“我回答你在信中所询问关于技术性或非政治性的多边条约的法律地位，以及英国国王陛下的政府是否认为这些条约因战争而被终止或者只是被中止。

⁴¹⁸ McNair, *The Law of Treaties*(上文脚注 391), p. 723.

⁴¹⁹ 参阅秘书处备忘录(A/CN.4/550 and Corr.1), paras. 49-50.

⁴²⁰ I.A. Shearer, *Starke's International Law*, 11th ed., London, Butterworths, 1994, p. 493.

⁴²¹ 参阅 R. Rank, “Modern War and the Validity of Treaties: A Comparative Study”, *Cornell Law Quarterly*, vol. 38, 1952-1953, p. 321, at pp. 343-344.

您会发现，与意大利、芬兰、罗马尼亚、保加利亚和匈牙利的和平条约中没有提及此类条约，人们在和平会议上认为，只要根据国际法，认为这些条约原则上只是在战争期间在交战国之间暂停，并自动恢复和平，就没有对它们作出有关规定的必要。国王陛下的政府不认为，多边公约应根据事实本身随着战争的爆发而失效，对于有中立国成为其当事方的公约来说，尤其如此。这些公约的明显的例子是 1919 年国际航空航行公约和各种邮政和电报公约。真正的法律学说似乎认为，它仅仅是暂停交战双方之间正常的和平关系，多边公约在涉及交战国的实务上不可能履行，暂时停止在交战国之间施行。然而，在某些情况下，如红十字会公约的多边公约是特别拟定，以处理交战各国之间的关系，显然这样的公约将继续生效，而不是暂停。

至于只有交战各方是当事方的多边条约，如果是非政治性和技术性质的多边公约，国王陛下的政府可能采取行动的看法是，它们将在战争期间暂停，但将在其后自动恢复，除非明确地予以终止。不过，尚未在实践中出现这种情况。”⁴²²

(19) 看来，德国、⁴²³ 意大利、⁴²⁴ 和瑞士 ⁴²⁵ 政府基本上对本主题事项采取相似的立场。但是，国家的做法并不完全一致，需要有更多实践的证据，尤其是当前的实践。

(20) 在此特殊背景下，市法院的决定必须被视为一个有问题的来源。首先，这样的法院可能取决于行政机关的指导。其次，市法院可能依赖于与国际法原则没

⁴²² *Ibid.*, p. 346. 另参阅 Fitzmaurice, “The Juridical Clauses of the Peace Treaties” (footnote 399 above), pp. 308-309, and H Lauterpracht (ed.) *Oppenheim’s International Law*, vol. II, (footnote 399 above), pp. 304-306. Fitzmaurice 讨论对双边条约是否予以恢复生效的处理方式，涉及到通知的方法，并且指出：

“这种规定的好处是它无可置疑地解决了在战争爆发时在前敌对国和任何同盟国或协约国之间生效的每一双边条约的状况，考虑到战争对条约——尤其是双边条约的影响所涉及的问题相当棘手和令人困惑，若无这一规定，情况肯定不是这样。

在双边条约和公约方面，也存在这种困难，但严重性小的多了，因为战争爆发对有关多边条约或公约的影响通常相当明显。因此，考虑到前敌对国和同盟国以及协约国(连同若干其他国家，其中有些中立或者不参与和平解决)参与缔结的大量多边公约并且考虑到制定详细的规定对所有这些公约的困难，决定不在和平条约中说些什么，将这一问题留给国际法的基本规则处理。但是，引人关注的是，在和平会议司法委员会讨论这个问题时，委员会的看法被正式列入记录并写在会议记录中，在一般情况下，交战各方之间的多边公约——特别是具有技术特性的公约，其存在和继续有效并不受战争爆发的影响，尽管也许不可能在战争期间适用于交战国之间，或者甚至在交战国和中立国之间彼此被战线切断的某些情况下，也不可能适用，但是，公约顶多是在暂停适用，一旦恢复和平即可自动恢复生效，没有必要在这方面作出任何特殊规定。实际上，即使是有关的多边公约，事情也不是这么简单，但无论如何，这是个概括的基础，关于和平条约的问题，决定不作任何明文规定。”

⁴²³ *Ibid.*, pp. 349-354.

⁴²⁴ *Ibid.*, pp. 347 and 348.

⁴²⁵ 参阅 *Répertoire suisse de droit international public*, pp. 186-191。

有直接关系的政策要素。尽管如此，可以说国内法院的判例法不是不利于生存原则。在这方面，苏格兰会议法庭对Masinimport诉苏格兰机械轻工有限公司(1976年)案的判决⁴²⁶可能会被引用。

(21) 虽然信息来源并不都是一致的，可以建议承认造法类条约为具有存活地位的一类条约。作为一个原则问题，它们应该有资格被列为这种条约，有数量不少的国家实践也支持生存原则。

(d) 关于国际刑事司法的条约

(22) 委员会列入关于国际刑事司法的条约，主要是为了确保诸如 1998 年 7 月 17 日国际刑事法院罗马规约等条约生效和继续施行。⁴²⁷ 这一类条约可能还包括其他一般性、区域性、甚至在双边的基础上建立国际机制，以审判涉嫌犯下国际罪行(反人类罪、种族灭绝罪、战争罪、侵略罪)的人员的协定。这里所包括的类型只适用于为起诉此类犯罪嫌疑人建立国际机制的条约，不包括安理会关于前南斯拉夫问题和卢旺达问题的决议设立的国际刑事法庭所审判的其他类型的行为。⁴²⁸ 它也不包括一个国家和一个国际组织之间的协议所产生的机制，因为本条款草案不包括涉及国际组织的条约关系。⁴²⁹ 最后，这里所描述的类别只描述在国际范围内进行起诉和审判程序的条约，不包括一般地涉及国际刑法问题的协议。

(23) 国际罪行的起诉和对涉嫌犯下国际罪行者的审判关系到整个国际社会。这件事本身就是提倡这类条约继续生效的原因。为此还要补充说明的是，将战争罪列入显示这里所考虑的条约的持续生效至关重要：战争罪只能发生在武装冲突期间，侵略是导致国际武装冲突的行为。另外两类国际罪行——反人类罪和种族灭绝罪——也往往是在武装冲突的情况下犯下的。

(24) 然而，属于这类条约的文书的若干规定可能由于发生武装冲突而停止施行，例如，把那些有关的犯罪嫌疑人转移到一个国际权威机构或由国家承担的关于在其领土上执行判决的义务。根据本条款草案第 11 条草案，把这些规定和义务同条约的其他规定和义务分离，似乎不成问题。

⁴²⁶ ILR, vol. 74, p. 559, at p. 564.

⁴²⁷ 联合国《条约汇编》，vol. 2187, p. 3。

⁴²⁸ 安全理事会 1993 年 2 月 22 日第 808 (1993)号决议和 1993 年 5 月 25 日第 827(1993)号决议设立的前南斯拉夫问题国际法庭；和安全理事会 1994 年 11 月 8 日第 955(1994)号决议设立的卢旺达问题国际法庭。

⁴²⁹ 见 2003 年 6 月 6 日《联合国和柬埔寨王国政府关于按照柬埔寨法律起诉在民主柬埔寨时期实施的罪行的协定草案》，联合国《条约汇编》，vol. 2329, p. 117；2007 年 1 月 22 日和 2 月 6 日《联合国和黎巴嫩共和国关于设立黎巴嫩问题特别法庭的协定》，ibid, vol. 2461, p. 257, 和安理会 2007 年 5 月 30 日第 1757 (2007)号决议；以及 2002 年 1 月 16 日《联合国和塞拉利昂关于成立塞拉利昂问题特别法庭的协定》，联合国《条约汇编》，vol. 2178, p. 137。

(25) 插入这种类型的条约是拟议法或现行法的问题，仍然是个问题。乍一看，前者似乎是成立的，因为正在考虑的公约具有相对较新的渊源，但可以出示如果有的话、也是很少的实践，当然，事实上的例外情况是，诸如“罗马规约”的条约显然打算在国际或非国际冲突的情况下持续施行。还应当指出，正在审议的部分条约规定具有强制法性质。

(e) 友好、通商和航海条约以及涉及私权利的协定

(26) 在分析这种类型的条约及其结果的一些细节之前，已经有了一些初步的意见。首先，必须明确指出，这类条约并不一定局限于经典的“友好、通商和通航条约”，但可能包括友好、商务和领事关系条约，⁴³⁰ 或成立条约。其次，作为一项规则，这些文书只有一部分持续生效。很明显的具体情况是，“友谊”的有关规定，在互相对立的缔约国发生武装冲突的情况下是不可能持续生效的，但并不意味着，关于外籍个人的地位的条文——即关于其“私权利”的规定不继续适用。⁴³¹ 第三，虽然商务条约往往由于国家之间发生武装冲突而失效，⁴³² 但这样的条约可能包含根据目前的草案第 11 条可以分离的确保外籍个人私权利的条约规定。第四，“私权利”一词需要加以解释：它是仅限于个人的实质性权利、还是也包括程序性权利呢？

(27) 关于友好通商航海条约，首先必须提到 1794 年 11 月 19 日美利坚合众国和大不列颠缔结的杰伊条约、或和平条约、或友好通商航海条约。这一条约的一些规定时至今日仍然适用，尤其是在 1812 年两国战争期间持续生效。

(28) 在这个问题中最主要的案件或许是 *Karnuth 诉美国*(1929)案，争论的问题是杰伊条约中使缔约一方的子民自由访问对方领土的第 3 条。虽然它认为有问题的条文已经由 1812 年的战争废止，最高法院再次重申了它在早先的传播福音社诉纽黑文镇(1823)一案中所说过的论点：

“条约规定永久权利，而一般的安排，自称着眼于永远，处理战争以及和平的情况，不因发生战争而停止，但是，顶多只是暂停，却能持续生效，除非它们是由当事方放弃，或作出了新的和不一致的规定，他们在恢复和平以后重新施行。”⁴³³

⁴³⁰ *Brownell v. City and County of San Francisco*, California Court of Appeal, 1st District, 21 June 1954, ILR 1954, p. 438.

⁴³¹ 在这个意义上说，个人被认为是“第三方”，见下文第 30 段。

⁴³² See two cases reported in *Fontes juris gentium*, Series A, Sec. 2, t. 1, p. 163, No. 342, and t. 6, p. 371, No. 78; the *Russian German Commercial Treaty case*, German Reichsgericht, 23 May 1925, AD 1925-1926, No. 331.

⁴³³ AILC 1783-1968, vol. 19, p. 49, at p. 54.

(29) 条约第三条还免除了在边界的一边或另一边建立的 5 个印第安民族成员的关税。在两种情况下，美国法院裁定，条约规定考虑到权利和义务而不是缔约方本身，但考虑到“第三方”——即个人，它们在武装冲突的情况下继续生效。⁴³⁴

(30) 杰伊条约第九条规定，任何一个国家的子民可继续持有对方领土上的地产。在向英国衡平法院提出的一个非常早期的案件——萨顿诉萨顿一案中，主事官认为，因为有关条约规定指出，一个当事方以及其继承人和受让人有权保留对方领土上的财产，可以合理推断，当事方打算使得条约的实施成为永久性的，而不是取决于和平状态的延续。主事官继续指出，关键是对国内一级所实施的行为的“真正建设”。⁴³⁵

(31) 现在可以近便地查阅与对“友好通商航海”类条约的处理无关的先例。Ex parte Zenzo Arakawa(1947)案件的目标是美国和日本于 1912 年 2 月 21 日缔结的通商航海条约第一条，其中规定对每一缔约方在对方领土上的公民的持续保护和他安全。法官指出，“有些条约不受战争的影响，有的只是暂停，而有些则是完全废止”。通商和航海条约属于第二或第三类，“因为其条款的执行不符合战争状态的存在”。然而，Arakawa 案件由于它受制于两国之间武装冲突的特殊性，或许也受制于有关条约规定授予的保护因素，可能是一个特殊案件。⁴³⁶

(32) Techt v. Hughes 案件是判例法进展的另一个里程碑。考虑的问题是美国和匈牙利于 1829 年 8 月 27 日缔结的通商航海条约——更精确地说是它关于土地使用权条款——的继续生效。卡多佐法官指出，很难理解为什么在传播福音社诉纽黑文镇案件⁴³⁷中，人们发现一项关于收购不动产的规定可以在 1812 年的战争中继续生效，对于这种财产的享受却会遭受禁止。⁴³⁸

(33) State ex rel. Miner v. Reardon 与美国和普鲁士之间的 1828 条约第 14 条有关。该条约有一条规定处理对个人财产的保护，特别是财产继承权。下级法院在审议 1923 年 12 月 8 日德国和美国之间友谊、商务和领事权利条约第 4 条的时候作出的选择是使这一规定继续生效，⁴³⁹就像内布拉斯加州最高法院 1929 年 1 月 10 日的决定⁴⁴⁰和美国最高法院在 Clark 诉 Allen(1947)案件中所作的决定。这条规定允许任何一国的国民继承领域国的国民。按照既定的先例，法院指出，“战

⁴³⁴ United States ex rel. Goodwin v. Karnuth, District Court for the Western District of New York, 28 November 1947, AD 1947, No. 11; McCandless v. United States, Circuit Court of Appeals, 3rd Circuit, 9 March 1928, AD 1927-1928, No. 363.

⁴³⁵ Court of Chancery, 29 July 1830, BILC, vol. 4, p. 362, at pp. 367-368.

⁴³⁶ District Court, Eastern District of Pennsylvania, AILC 1783-1968, vol. 19, p. 84.

⁴³⁷ United States Supreme Court, 1823, AILC 1783-1968, vol. 19, p. 41, especially at p. 48.

⁴³⁸ AILC 1783-1968, vol. 19, p. 95.

⁴³⁹ Ibid., p. 117, at p. 122.

⁴⁴⁰ Goos v. Brocks, Supreme Court of Nebraska, 10 January 1929, AD 1929-1930, No. 279.

争的爆发并不一定暂停或废除条约的规定”——注意提到的是“条约的规定”，而不是“条约”——尽管这样的规定当然不符合存在战争状态的情况(Karnuth案，第28段)，或者总统或国会可能制定了与执行全部或部分条约(Techt案，第32段)不一致的政策。法院随后依循了Techt案(第32段)的决定，认为一个类似的条约规定继续生效。事实上，要回答的问题是，是否有争议的规定“不符合战争时期的国家政策”。法院认定，情况并非如此。⁴⁴¹

(34) 另一组案件是由法国的两项判决开始。Bussi 诉 Menetti 案是关于阿维尼翁的一名东主，因健康原因，希望住在他所拥有的房子，并通知了他的意大利租客。一审法院接受他的请求，这是考虑到法国和意大利之间在1940年爆发的战争终止了两国之间在1930年6月3日缔结的成立条约，根据该条约法国和意大利国民在租约事项上享有平等的权利。上诉法院(民事分庭)裁定，条约不一定由于战争的存在而暂停。特别是，法院说，

“条约具有纯粹的私法性质，不涉及任何敌人缔约方之间的交往，与敌对行为无关——如与租赁有关的公约——并不光是由于爆发战争而暂停。”⁴⁴²

(35) Rosso 诉 Marro 案的情况类似，不过，是为拒绝续订租约的损害要求赔偿，据称违反1932年“公约”。在这个问题上，格拉斯民事法庭解释如下：

“后来成为交战双方的国家之间所缔结的条约不一定由于战争而暂停生效。特别是，战争的进行[必须考虑到]经济生活和商业活动基于共同的利益继续进行。[因此]最高上诉法院.....恢复它在过去一个世纪奠定的学说(.....)，现在认为，具有纯粹私法性质的条约不涉及任何交战国之间的交往，并且与敌对行为无关，不由于只是存在战争状态而暂停生效。”⁴⁴³

(36) 但是，上述判例法由于Lovera诉Rinaldi案而发生矛盾。在这种情况下，最高上诉法院的全体大会须再次处理1930年6月3日成立条约的地位，其中规定了国民、或至少是最惠国国民的待遇，发现“公约”已经由于战争而失效，因为维持其义务被判定为不符合战争状态。⁴⁴⁴ 在ARTEL诉Seymand案中，最高上诉法院(民事分庭)也认定，就租赁事项而言，“公约”已经失效。⁴⁴⁵

⁴⁴¹ AILC 1783-1968, vol. 19, p. 70, at pp. 73, 74 *et seq.*, 78-79. See also *Blank v. Clark*, District Court, Eastern District of Pennsylvania, 12 August 1948, AD 1948, No. 143.

⁴⁴² 5 November 1943, AD 1943-1945, No. 103, at pp. 304-305.

⁴⁴³ 18 January 1945, AD 1943-1945, No. 104, at p. 307.

⁴⁴⁴ Decision of 22 June 1949, AD 1949, No. 130.

⁴⁴⁵ Decision of 10 February 1948, AD 1948, No. 133.

(37) 在涉及 1930 年 6 月 3 日法国和意大利之间“公约”的关系方面，最高上诉法院于 1953 年认为，根据关于农业用地使用权的“公约”授予意大利人的国民待遇不符合战争状态。⁴⁴⁶

(38) 这个系列将会由于一个有点特殊的案件而结束，它涉及到个人、但却侵袭到公法领域。法国和意大利于 1896 年 9 月 28 日缔结的一项公约第 13 条规定，居住在突尼斯、但保留意大利国籍的人将继续被认为是意大利人，尽管发生了二战，却被认为是在 1950 年施行。⁴⁴⁷

(39) 有大量涉及多边条约所保护的程序性权利的案件。其中有许多涉及成本的安全(*cautio judicatum solvi*)。对于 CAMAT 诉 Scagni 一案的情况来说，这是真实的，其目标是关于民事诉讼的 1905 年“海牙公约”第 17 条。参与审理此案的法国法院指出，⁴⁴⁸ 民法条约原则上可以继续生效，但所持敌视态度可能已经影响战争的演变的外国人，特别是在此地此案的情况下由于其态度已被法国驱逐的人，不得予以援引。⁴⁴⁹ 在第二次世界大战后由荷兰法院予以解决的另一起案件中，据认为，1905 年“海牙公约”的有关规定，没有由于战争而失效。相比之下，另一个荷兰法院达成的结论认为，1905 年“公约”在战争爆发时暂停，但已经根据 1947 年与意大利缔结的和平条约而重新生效。⁴⁵⁰ 曼海姆地方法院(德国)和另一个荷兰法庭也达成了同样的结论。⁴⁵¹ 有一个案件尚未对 1905 年的“公约”是否继续生效的问题作出结论。⁴⁵²

(40) 有若干案件涉及其他多边条约——例如关于离婚和裁判分居的 1902 年海牙公约——是否继续生效的问题，据认为，该公约在第二次世界大战期间暂停，并在武装冲突结束以后重新生效。⁴⁵³

(41) 还必须提及关于在婚姻问题上的法律冲突的 1905 年“海牙公约”，其中第 4 条规定了结婚能力证书。这一要求遭到一位未婚夫的反对，他认为，由于战争的结果，“公约”已经失效。荷兰上诉法院不予同意，为此提出解释说，“截至目前，只能是一个暂停的问题，要说公约的规定已经站不住脚，”情况并非如

⁴⁴⁶ Gambino v. Consorts Arcens, Cour de cassation, 11 March 1953, ILR 1953, p. 599.

⁴⁴⁷ In re Barrabini, Court of Appeal of Paris, 28 July 1950, ILR 1951, No. 156.

⁴⁴⁸ Court of Appeal of Agen (France).

⁴⁴⁹ 19 November 1946, AD 1946, No. 99.

⁴⁵⁰ *Gevato v. Deutsche Bank*, District Court of Rotterdam, 18 January 1952, ILR 1952, No. 13.

⁴⁵¹ *Security Cost* case, 26 July 1950, AD 1949, No. 133; *Herzum v. van den Borst*, District Court of Roermond, 17 February 1955, ILR 1955, p. 900.

⁴⁵² *Legal Aid* case, 24 September 1949, Celle Court of Appeal, AD 1949, No. 132.

⁴⁵³ *Silverio v. Delli Zotti*, Luxembourg, High Court of Justice, 30 January 1952, ILR 1952, No. 118.

此，这意味着：人们认为，这是暂时不可能施行的问题，而不是武装冲突对条约的影响问题。⁴⁵⁴

(42) 人们还关注地注意到AIX(法国)上诉法院作出的一项决定，认为 1925 年 6 月 10 日国际劳工组织公约继续有效，在工人赔偿的事宜上规定：另一缔约方应为缔约一方的国民提供同等待遇。法院认定，未经通告废止，“公约”并未由于战争爆发而自动失效，顶多是“公约”所产生的权利被暂时停止行使而已，⁴⁵⁵这是一个不能令人满意的结论，因为它似乎说，一方面，“公约”仍然适用，另一方面，它已经被中止，这表明情况正好相反。

(43) 同样必须提到一系列的意大利案件，所处理的是关于执行判决的多边和双边公约。在有些情况下，认为公约继续生效，⁴⁵⁶在另一些情况下，就不是这样了。⁴⁵⁷

(44) 作为一个原则和良好政策问题，继续生效原则似乎适用于关于仲裁和执行裁决的多边公约所产生的义务。在Masinimport诉苏格兰机械轻工有限公司一案中，苏格兰高等民事法院认为，此类条约在第二次世界大战期间继续生效，并没有为与罗马尼亚的 1947 年和平条约所涵盖。有关协定是 1923 年 9 月 24 日关于仲裁条款的议定书和 1927 年 9 月 26 日关于执行外国仲裁裁决的公约。法院把这些文书定性为“多方造法条约”。⁴⁵⁸ 1971 年，意大利最高上诉法院(联合会议)认为，尽管意大利对法国宣战，1923 年仲裁条款议定书并未终止生效，只是在停止战争状态之前暂时停止施行。再者，由于第(42)段(Cornet案)所述的原因，这是一个不能令人满意的结论。

(45) 看来，承认此类条约是有道理的，也应该联系其他类别的协议，包括多边造法条约。

(46) 前面的描述和分析导致这样的结论：尽管所研究的判例法可能不是完全连贯的，但有明显的趋势倾向于认为，条约所保护的“私权利”要维持下去，即使涉及个人的程序权利。

(f) 关于对人权进行国际保护的条约

⁴⁵⁴ *In re Utermöhlen*, 2 April 1948, AD 1949, No. 129, at p. 381.

⁴⁵⁵ *Ets Cornet v. Vve Gaido*, 7 May 1951, ILR 1951, No. 155.

⁴⁵⁶ *P.M. v. Miclich*, Court of cassation, 3 September 1965, *Diritto internazionale* vol.XXI-II, 1967, p.122.

⁴⁵⁷ *LSZ v. MC*, Rome Court of Appeal, 22 April 1963, *ibid.*, *Diritto internazionale*, vol.XIX-II, 1965, p.57. 在某些情况下，决定在作出取决于有关条约是否恢复施行：Court of Cassation, 9 May 1962, *Rigano v. Società Johann Meyer*, *ibid.*, vol. XVIII-II, 1964, p. 181; Milan, Court of Appeal, 19 May 1964, *Shapiro v. Flli Viscardi*, *Rivista di diritto internazionale*, vol. XLIII, 1965, p. 286.

⁴⁵⁸ 30 January 1976, *ILR*, vol. 74, p. 559.

(47) 为了当前的目的，法律学者很少提到对人权进行国际保护的条约状况。这种事态很容易解释。大部分关于武装冲突对条约的影响的有关著作是在国际人权条约缔结之前写就的。此外，关于人权的专业文献有一种忽视技术问题的倾向。但是，国际法学会 1985 年决议第 4 条规定：

“武装冲突的存在并不使得当事一方有权单方面终止或暂时停止施行有关保护人权的条约规定，除非条约另有规定。”

第 4 条以 36 票对零票，2 票弃权，获得通过。⁴⁵⁹

(48) 使用人权保护的范畴可以视为赋予友好、通商和通航(FCN)协议和涉及私人权利的类似协议(包括双边投资条约)之地位的自然延伸。此外，还有一种密切的关系，它涉及建立领土制度(并且同时建立全民人权标准)、少数民族制度、或地方自治制度的条约。

(49) 国际人权条约在武装冲突期间的适用情况描述如下：

“虽然人权条约是否适用于武装冲突的争论还在继续，人们公认的是，人权条约中不可减损的规定适用于武装冲突期间。首先，国际法院在其核武器的咨询意见中表示，公民权利和政治权利国际公约保护并没有在战争时期停止，除非可能在国家紧急状态下施行公约第 4 条而对某些规定予以克减。核武器意见是最近的表述，法院研究了武装冲突对条约的影响，包括武装冲突对人权和环境条约的影响的重要讨论。其次，国际法委员会在国家对国际不法行为的责任条款的评注中说，虽然自卫的固有权利可能证明有理由不执行‘关于国际人道主义法所规定的各项义务和关于不可克减的人权条款的某些条约，自卫并不排除行为的不法性’。最后，评注者都同意，不可减损的人权条款在武装冲突期间适用。”⁴⁶⁰

(50) 这个描述说明了有关在武装冲突的情况下人权标准的适用性问题。⁴⁶¹ 委员会的任务历来不是处理这种实质问题，而是促使注意武装冲突对特定条约的有效性的影响。在这方面，减损测试是不恰当的，因为减损涉及条约规定的施行，而没有涉及延续或终止的问题。然而，“在战争或其他危及国家生活的公共紧急状态时”减损的能力肯定提供这样的武装冲突不会导致中止或终止的证据。到头来，适当的标准是草案第 4 条中的规定。缔约一方减损规定的的能力不会阻止另一缔约方主张基于其他理由予以暂停或终止。

⁴⁵⁹ Annuaire de l'Institut de droit international, vol. 61-II, pp. 219-221.

⁴⁶⁰ 秘书处备忘录 (A/CN.4/550 and Corr.1), para. 32 (脚注略)。

⁴⁶¹ See, further, Rene Provost, *International Human Rights and Humanitarian Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, pp. 247-276.

(51) 人们最终会记住，根据本条款草案第 11 条，保护人权的国际条约的某些条款可能不会被终止或暂停。这并不意味着，如果第 11 条的要求得到满足，其他规定也不会被终止或暂停。相反，属于其他类别之条约的一些人权条款，即使这些条约不能继续生效或只能部分生效，也总是假设第 11 条“条约规定的分离”标准得到满足。

(g) 关于对环境进行保护的条约

(52) 大多数环境条约不包含关于它们在武装冲突的情况下的适用性的明文规定。国际保护环境的条约的主题事项和方式极为不同。⁴⁶²

(53) 国际法院关于使用或威胁使用核武器的合法性问题的咨询意见诉答程序显示，对于所有环境条约同时适用于平时时期和武装冲突时期的论述，显然没有一致的意见，必须以表述相反论点的明文规定作为依据。⁴⁶³

(54) 在核武器咨询意见中，国际法院以这些措辞方式表述一般法律状况：

“29. 法院认识到，环境受到日常的威胁，核武器的使用可能构成环境的灾难。法院也认识到，环境不是抽象的概念，而是代表一个生活的空间、生活的质量和人类的健康，包括尚未出生的世代。各国履行一般义务以确保在其管辖和控制范围内的活动尊重其他国家或国家控制范围以外地区的环境，现在是与环境有关的国际法主体的一部分。

30. 然而，法院认为，问题不在于与保护环境有关的条约是否在武装冲突期间适用，而是是否打算使从这些条约产生的义务成为必须在军事冲突期间予以完全克制的义务。

法院不认为，有关条约可能由于各国义务保护环境而有意剥夺其根据国际法行使自卫的权利。然而，各国在评估如何采取必要和相称的举措以追求合法目标时必须考虑到环保因素。对环境的尊重是评估某项行动是否符合必要性和相称原则的要素之一。

事实上，这种做法得到《里约宣言》原则 24 的支持，其中规定：

‘战争本质上对可持续发展具有破坏力。因此，各国应遵守国际法，在武装冲突期间保护环境，并在其进一步发展中进行必要的合作。’

31. 法院还注意到，[1949 年《日内瓦公约》]第一附加议定书第 35 条第 3 款和第 55 条规定对环境的额外保护。若予以一并考虑，则这些规定体现的

⁴⁶² Philippe Sands, *Principles of International Environmental Law*, 2nd ed., Cambridge: Cambridge University Press, 2003, pp. 307-316; Patricia Birnie and Alan Boyle, *International Law and the Environment*, 3rd ed., Oxford, Oxford University Press, 2009, pp. 205-208; K. Mollard-Bannelier, *La protection de l'environnement en temps de conflit armé*, Paris, Pedone, 2001.

⁴⁶³ 见秘书处备忘录(A/CN.4/550 and Corr.1), paras. 58-63.

一般义务是：防止广泛、长期和严重损害自然环境；禁止采取旨在或可以预期造成这种损害的作战方法和手段；和禁止以报复方式攻击自然环境。

这些是对同意上述规定的所有国家的有力约束。”⁴⁶⁴

(55) 当然，这些意见意义重大。他们对环境条约适用于武装冲突情况的推定提供了一般和间接的支持，尽管事实上，有关咨询意见程序的书面意见书表示，对于具体的法律问题，并没有一致的协议。⁴⁶⁵

(h) 关于国际水道以及有关装置和设施的条约

(56) 有关水道或航行权的条约基本上是创建或调节永久权利或永久制度或地位的条约类别范围内的一个分类。然而，这样区分便于单独地加以研究。

(57) 不过，情况远非如此简单。Fitzmaurice 对国家的实践作了如下描述：

“在所有公约的缔约国不论其性质如何都是交战国的情况下，这个事项必须大致视同属于双边条约的范围予以决定。例如，造法条约和旨在制定永久解决办法的公约(例如规定某些运河或水道自由航行或殖民地地区的商业自由和平等的公约)都不会受到涉及缔约各方的战争爆发的影响。这些条约的施行可能会被部分暂停，但将继续存在而在恢复和平以后自动重新生效。”⁴⁶⁶

(58) 某些有关水道地位之条约的适用可能会受制于联合国“宪章”第 51 条所承认固有自卫权利的行使。⁴⁶⁷

(59) 在任何情况下，个别海峡和运河的制度通常是由特定条约的规定处理。此类条约的例子包括《关于苏伊士运河自由航行的公约》(1888 年《君士坦丁堡公约》)、⁴⁶⁸ 建立易北河航行法规的公约(1922 年)、⁴⁶⁹ 有关基尔运河的凡尔赛条约(1919 年)、⁴⁷⁰ 关于海峡制度(蒙特勒)的公约(1936 年)、⁴⁷¹ 巴拿马运河公约(1977 年)⁴⁷² 关于永久中立经营巴拿马运河的条约(1977 年)。⁴⁷³

⁴⁶⁴ 1996 年 7 月 8 日咨询意见，《1996 年国际法院案例汇编》，p. 226, at paras. 29-31。

⁴⁶⁵ See D. Akande, “Nuclear Weapons, Unclear Law? Deciphering the Nuclear Weapons Advisory Opinion of the International Court”, *BYBIL*, vol. 68, 1997, pp. 183 and 184.

⁴⁶⁶ Fitzmaurice, “The Juridical Clauses of Peace Treaties” (footnote 399 above), p. 316.

⁴⁶⁷ See R.R. Baxter, *The Law of International Waterways, with Particular Regard to Interoceanic Canals*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1964, p. 205.

⁴⁶⁸ *American Journal of International Law*, Supplement No.3, p.123.

⁴⁶⁹ League of Nations, *Treaty Series*, vol. 26, pp. 221, 241.

⁴⁷⁰ *British and Foreign State Papers*, vol. 112 (1919).

⁴⁷¹ League of Nations, *Treaty Series*, vol. 173, p. 213.

⁴⁷² *ILM*, vol. 36, 1977, p. 1022.

(60) 某些多边协定中明文规定在战争时期暂时停止某项权利。因此，引起国际关注的通航水道制度规约第 15 条(1922 年)⁴⁷⁴ 规定：

“本规约没有规定在战争时期的交战国和中立国的权利和义务。然而，‘规约’在战争时期应在这些权利和义务许可的范围内继续有效。”

(61) “国际水道非航行使用法公约”(1997 年)⁴⁷⁵ 第 29 条规定：

“武装冲突期间的国际水道和装置

“国际水道和有关装置、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给予的保护，不得作违反这些原则和规则的使用。”

(62) 据此，有一个将目前类别列入指示性清单的情况。

(i) 关于含水层以及有关装置和设施的条约

(63) 类似的考虑因素似乎适用于与含水层和相关装置和设施有关的条约。地下水构成世界上淡水资源中的大约 97%。其中有些形成由第(61)段中提到的 1997 年《国际水道非航行使用法公约》予以制约、因此将属于该文书范围的地表水系统的一部分。对于不受该公约管制的地下水，有关的国家实践很少。在其跨界含水层法的工作中，委员会已经证明，可以在这一领域做成哪些事情。⁴⁷⁶ 此外，关于双边、区域和国际协定以及关于地下水的安排的现有体系越来越值得注意。⁴⁷⁷

(64) 事实上，委员会关于含水层的条款草案在很大程度上依循 1997 年“国际水道非航行使用法公约”的规定，以及武装冲突的法律所规定的基本保障，其基本假设是：跨界含水层或含水层系统和相关的装置、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，不得作违反这些原则和规则的使用。⁴⁷⁸

(65) 尽管武装冲突的法律本身提供保护，与含水层和相关装置和设施有关的条约的主题事项并没有由于武装冲突而受到影响的必然含义，这一点可能不会如此明确。但由于含水层的脆弱性和保护其中所包含的水的必要性，强调其必要的连续性具有令人信服的理由。

⁴⁷³ *Ibid.*, p. 1040.

⁴⁷⁴ League of Nations, *Treaty Series*, vol. 7, p. 37, at p. 61.

⁴⁷⁵ G.A. Res. 51/229 of 21 May 1997, annex.

⁴⁷⁶ 含水层法条款草案，国际法委员会第六十届会议报告，《大会正式记录，补编第 10 号》(A/63/10)，第 53 段。参阅大会 2008 年 12 月 11 日第 63/124 号决议附件。

⁴⁷⁷ See generally S. Burchi/K. Mechlem, *Groundwater in International Law. Compilation of Treaties and Other Legal Instruments*, (FAO/UNESCO), 2005.

⁴⁷⁸ 参见跨界含水层法条款草案第 18 条草案。

(j) 作为国际组织组成文书的条约

(66) 大多数国际组织已经根据通常称为“组织”组成文书的条约⁴⁷⁹予以成立。作为一般规则，根据条约建立的国际组织根据国际法具有与其成员的法人资格分开的法人资格。⁴⁸⁰因此，其法律地位类似于建立一个永久制度的一项条约。因此，适用于第(8)至第(14)段中所讨论的永久制度的考虑因素也普遍适用于国际组织的组成文书。作为一个一般性的论点，这些文书不致受到第3条草案中所设想的三种武装冲突情况的存在而受到影响。⁴⁸¹在当今这个时代，相反做法的证据很少。一个其任务包括和平解决争端的普遍性或区域性的国际组织的情况，尤其是这样。

(67) 这个一般性论点不影响一个国际组织的规则，包括其组成文书⁴⁸²的对诸如其成员继续参与国际组织、鉴于武装冲突的存在而停止这类活动、甚至解散该组织等附属问题的适用性。

(k) 关于以和平手段，包括和解、调停、仲裁和司法手段解决国际争端的条约

(68) 这一类在文献中并不突出，并在一定程度上与构成国际制度的多边条约类别重叠。然而，某些法律学者明确承认建立和平解决国际争端机制的条约持续生效。⁴⁸³按照这一原则，在战后对第一次世界大战以前缔结的特别协定被应用于战后的有关仲裁。

(69) 属于这一类的条约涉及关于国际结算程序——即国际法主体之间的程序——的常规文书。但是，该类别本身并不适用于保护人权的机制，然而这一点属于(f)分段(关于对人权进行国际保护的条约)所涵盖的范围。同样，它不包括和平解决国外私人投资引起的争端的机制，然而这一点可能属于(e)组“关于私人权利的协定”的范围。

⁴⁷⁹ 参见国际组织的责任条款草案第2条的评注第(4)段，*supra* Chapter V, sect. E2。

⁴⁸⁰ 联合国因公受伤的赔偿，《1949年国际法院汇编》，p. 185；卫生组织与埃及1951年3月25日协议的解释，《1980年国际法院汇编》，p. 73, para. 37(“国际组织是国际法的主体，由此按照其章程或其所加入的国际协议，它受根据国际法一般规则所承担的义务的约束”)；以及一国在武装冲突中使用核武器的合法性问题，《1996年国际法院汇编》，p. 66, para. 25。

⁴⁸¹ 见1985年国际法学会决议，第6条(“建立国际组织的条约不受其成员之间的任何武装冲突的影响”)，《*Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 61-II, pp. 199-255。

⁴⁸² 1975年《维也纳关于国家在其对普遍性国际组织关系上的代表权公约》，Article 1(34)。

⁴⁸³ See S.H. McIntyre, *Legal Effect of World War II on Treaties of the United States*, The Hague, Martinus Nijhoff, 1958, pp. 74-86; and McNair, *The Law of Treaties* (footnote 391 above), p. 720. See also M.O. Hudson, *The Permanent Court of International Justice, 1920-1942*, New York, Macmillan, 1943.

(70) 条款草案第 9 条(通知终止、退出条约或中止其施行的意向)也有利于这类协议的继续生效,其中设想保存国家关于解决争端的权利或义务(见第 9 条的评注第(7)段)。

(l) 关于外交和领事关系的条约

(71) 指示性清单中也包括关于外交关系的条约。虽然没有很好地记载这方面的经验,在武装冲突期间继续开放大使馆,是一件不寻常的事情。在任何情况下,维也纳外交关系公约的规定意味着它适用于武装冲突期间。事实上,该公约第 24 条规定,使团的档案和文件“在任何时候”不得侵犯;这句话是在维也纳会议上予以加上的,以明确不可侵犯性在发生武装冲突时继续存在。⁴⁸⁴ 其他规定,例如关于离境设施的第 44 条的措辞包括:“即使在武装冲突的情况下”的字样。第 45 条特别饶有兴味,因为它规定:

“两个国家之间断绝外交关系,或者如果一个使团是永久或暂时召回;

“(a) 即使在武装冲突的情况下,接受国必须尊重和保护的使团的房地,连同其财产和档案;

“(b) 派遣国可委托接受国接受的第三国保管使团的房地,连同其财产和档案;

“(c) 派遣国可委托接受国接受的第三国保护该国及其国民的利益。”

(72) 有些评注者承认继续生效的原则。⁴⁸⁵ 国际法院在关于美国在德黑兰的外交和领事人员案中着重描述维也纳外交关系公约中所体现的这一制度的特性。法院指出:

“总之,外交法的规则,构成一个自足制度,一方面,奠定接受国给予有关设施、特权和豁免权的义务,并且在另一方面预计使团成员可能予以滥用,并指明接受国为对付任何此类滥用可以使用的手段。就其性质而言,这些手段完全有效,除非派遣国立即召回被反对的成员,因为接受国撤回对他作为代表团的一名成员的承认,几乎立即丧失其特权和豁免的前景,实际上将迫使该人基于他自己的利益立刻离开。但外交代表人士和外交使团的房地不可侵犯的原则是这种长期建立的制度的根基之一,伊斯兰教的传统对其中的演变作出了重大贡献。此外,1961 年公约第 44 条和第 45 条的规定着重强调了不可侵犯原则的根本性质(参见 1963 年公约第 26 条和第 27 条),即使是在武装冲突的情况下、或在外交关系中断的情况下,这些规定也要求外交使

⁴⁸⁴ See Eileen Denza, *Diplomatic Law, A Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations*, 3rd ed., Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 189.

⁴⁸⁵ See for example C.C. Chinkin, “Crisis and the Performance of International Agreements: The Outbreak of War in Perspective”, *Yale Journal of World Public Order*, vol. 7, 1981-1982, p. 177, at pp. 194-195; and Secretariat Memorandum (A/CN.4/550 and Corr.1), para. 36.

团成员的不可侵犯性和外交使团处所、财产和档案的不可侵犯性必须获得接受国的尊重。”⁴⁸⁶

(73) 1961 年《维也纳外交关系公约》对伊朗和美国都生效。在任何情况下，法院相当合理地明确指出，适用的法律包括“一般国际法的适用规则”，以及“公约”是对法律的一次编纂。⁴⁸⁷

(74) 至于在涉及外交关系的条约和涉及领事关系的条约情况下，有一个把此类条约放置在遇到武装冲突的情况不一定予以终止或暂停的协议类型的有力事态。众所周知，即使遇到外交关系中断或武装冲突的情况，领事关系也可能持续下去。⁴⁸⁸ 1963 年维也纳领事关系公约的规定表明它适用于武装冲突期间。因此，第 26 条规定，接受国授予领馆成员的设施，“即使在武装冲突的情况下”也应该授予其他人员使其离境。第 27 条规定，“即使在武装冲突的情况下”，接受国也应尊重和保护领馆馆舍。Chinkin 承认继续生效的原则。⁴⁸⁹

(75) 国际法院在对有关美国在德黑兰的外交和领事工作人员案件的判决中强调 1961 年和 1963 年两个维也纳公约的特殊性质(参见第 72 段)。

(76) 《维也纳领事关系公约》对伊朗和美国都生效。此外，法院认为，公约构成对法律的一次编纂，并且合理地明确指出，适用的法律包括“一般国际法的适用规则”。⁴⁹⁰

(77) 关于国家的做法，加利福尼亚州(第一区)上诉法院的决定可能有关。1923 年 12 月 8 日美国和德国之间的“友好、商务和领事权利条约”对每个国家在对方领土上使用的土地和楼宇免税。然而，当瑞士作为一个看守政府时却实行课税，后来，联邦政府接管德国驻旧金山总领事馆的馆舍。旧金山市和县辩称，1923 年条约已经由于爆发第二次世界大战而暂时失效停。但上诉法院认为，条约和所提供的豁免并没有废除，“因为其中所提供的免除税收不是与战争状态的存在不能兼容”。虽然这种情况可能被视为对友谊和商业条约继续适用的肯定，1923 年的条约也涉及领事关系，因此可以作为领事关系的协定继续生效的证据。⁴⁹¹

⁴⁸⁶ *I.C.J. Reports 1980*, p. 3, para. 86.

⁴⁸⁷ *Ibid.*, para. 45, para. 90 and (in the *Dispositif*) para. 95.

⁴⁸⁸ Luke T. Lee, *Consular Law*, 2nd ed., Oxford, Clarendon Press, 1991, p. 111.

⁴⁸⁹ C. Chinkin, (footnote 485 above), pp. 194 and 195. See also the Secretariat Memorandum (A/CN.4/550 and Corr.1), para. 36.

⁴⁹⁰ *I.C.J. Reports 1980*, p. 3, para. 45; para. 90, and (in the *Dispositif*), para. 95.

⁴⁹¹ *Brownell v. City and County of San Francisco*, 21 June 1954, ILR 1954, p. 432, especially p. 433.

第七章

国家官员的外国刑事管辖豁免

A. 导言

102. 委员会在第五十九届会议(2007 年)上决定将“国家官员的外国刑事管辖豁免”这一专题列入其工作方案，并任命罗曼·阿·科洛德金先生为特别报告员。⁴⁹² 同届会议上，委员会请秘书处编写一份关于此专题的背景研究报告。⁴⁹³

103. 委员会在第六十届会议(2008 年)上审议了特别报告员的初步报告(A/CN.4/601)。委员会还收到了秘书处关于这个专题的备忘录(A/CN.4/596 和Corr.1)。委员会在第六十一届会议(2009 年)和第六十二届会议(2010 年)上未能审议本专题。⁴⁹⁴

B. 本届会议审议此专题的情况

104. 本届会议上，委员会收到了特别报告员的第二次报告(A/CN.4/631)。委员会在 2011 年 5 月 10 日第 3086 次会议、5 月 12 日第 3087 次会议、5 月 13 日第 3088 次会议及 7 月 25 日第 3111 次和 7 月 29 日第 3115 次会议上审议了该报告。

105. 委员会还收到了特别报告员的第三次报告(A/CN.4/646)。委员会在 2011 年 7 月 25、27、28 和 29 日第 3111、3113、3114 和 3115 次会议上审议了该报告。

1. 特别报告员对第二次报告的介绍

106. 第二次报告继续探讨了初步报告中提出的一些问题，⁴⁹⁵ 其中审查并详细介绍了与国家官员的外国刑事管辖豁免范围有关的问题，包括与属人豁免和属事豁免有关的问题，以及豁免的属地范围；进一步讨论了对外国官员可采取哪些刑事诉讼措施，以及哪些措施会侵犯该官员的豁免权，具体而言，报告审查了刑事

⁴⁹² 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)。2007 年 12 月 6 日大会第 62/66 号决议第 7 段注意到委员会将本专题列入其工作方案的决定。在第五十八届会议上(2006 年)，委员会已根据其报告附件 A 中所载建议将本专题列入其长期工作方案(《大会正式记录，第六十一届会议，补编第 10 号》(A/61/10)，第 257 段)。

⁴⁹³ 同上，《第六十二届会议，补编第 10 号》(A/62/10)，第 386 段。

⁴⁹⁴ 见《大会正式记录，第六十四届会议，补编第 10 号》(A/64/10)，第 207 段；《同上，第六十五届会议，补编第 10 号》(A/65/10)，第 343 段。

⁴⁹⁵ A/CN.4/601。

程序的各阶段，包括调查阶段；探讨了豁免规则是否有例外的问题，其中讨论了这种可能的例外的各种理由；得出了数个与报告提出的各种问题相关的结论。⁴⁹⁶

107. 特别报告员指出，自委员会开始审议本专题以来，国家官员的豁免问题得到了持续的讨论，在实际工作中，已做过新的司法判决以及在学术界都是如此。国际法学会 2009 年通过的《关于国家和代表国家行事的个人在国际罪行中的管辖豁免的决议》⁴⁹⁷ 和一些司法决定⁴⁹⁸ 受到了特别关注。特别报告员承认，对本专题的讨论还在进行且观点各异，同时强调，委员会审议本专题时应首先考察当前的情况，他还解释称，他是从现行法的角度编写报告的。

108. 特别报告员认为，国家官员享有外国刑事管辖豁免是准则，任何例外都需经过证明。他认为，国家官员以官方身份实施的行动享有属事豁免，因为这些行为可视为国家的行为，非法行为和越权行为也包括在内。他指出，这些行为既属国家行为也属官员本人的行为，并建议，将某一不法行为的责任归属于国家的标准应同样用于确定官员是否享有属事豁免及这种豁免的范围，在这方面加以区分没有客观理由。正因为国家的责任和官员属事豁免采用同一归属标准，同一行为可能既涉及国家的责任也涉及个人的刑事责任。即便如此，国家享有的豁免范围及其官员享有的豁免范围仍不尽相同，尽管两者本质上是同一种豁免。

109. 关于前国家官员，特别报告员称，这些官员就其在任期间以官方身份实施的行为继续享有属事豁免，上任前或离任后实施的行为则不在豁免范围内。故这种豁免是有限豁免。

110. 关于属人豁免，享有这种权利的是所谓的三种人(现任国家元首、政府首脑和外交部长，可能还有某些其他现任的高级别官员)，特别报告员认为，这种豁免是绝对豁免，涵盖了官员在任期间及上任之前以官方身份和个人身份实施的行为。鉴于豁免与特定职位之间的关联，属人豁免是临时豁免，随官员离任而终止；但前官员仍继续享有属事豁免。

111. 关于国家行使刑事管辖的行为中哪些可能侵犯官员的豁免权、允许采取哪些刑事诉讼措施，提到的参考是“逮捕令”案⁴⁹⁹ 和“关于刑事互助中的某些问题”案，⁵⁰⁰ 其国际法院为裁决此类问题制定了标准。特别报告员赞同法院的

⁴⁹⁶ A/CN.4/631, 第 94 段。

⁴⁹⁷ 那不勒斯会议，2009 年。

⁴⁹⁸ 例如，美国最高法院，*Samantar 诉 Yosuf* 案(No. 08-1555)552 F. 3d 371；西敏寺治安法院，联合王国，关于申请戈尔巴乔夫的逮捕令的决定。

⁴⁹⁹ 2002 年 4 月 11 日逮捕令(刚果民主共和国诉比利时案)，判决，《2002 年国际法院案例汇编》，第 3 页。

⁵⁰⁰ “刑事事项互助的若干问题案”(吉布提诉法国案)，判决，《2008 年国际法院案例汇编》，第 177 页。

观点，他指出，不应采用的只有那些具有限制性、令外国官员承担法律义务从而使其无法履行职责的刑事诉讼措施。

112. 关于豁免的领土范围，特别报告员认为，一旦采取刑事程序措施规定外国官员负有某项义务，豁免即生效，无论该官员是否身在境外。

113. 关于国家官员享有外国刑事管辖豁免的可能例外，特别报告员指出，对于属人豁免，主流观点似乎认为，这种豁免是绝对的，无法考虑任何例外。因此报告员认为，就国际法规定的犯罪行为而言，例外的问题只与属事豁免相关。特别报告员分析了理论界和一些说明这些例外的合理性的司法判决中提出的各种理由(这些理由以这样或那样的方式相互关联，其中包括：(a) 重大犯罪行为不可能是官方行为；(b) 行为既归属于国家也归属于官员本人，故豁免不适用；(c) 强制法高于豁免；(d) 国际法中出现了一种禁止豁免的习惯国际法惯例；(e) 普遍管辖权；(f) 引渡或起诉这一概念，⁵⁰¹ 但特别报告员对它们在法律上的合理性仍未能信服。他还怀疑，任何例外的理由都可视作已成为习惯国际法准则。仔细研究即可发现，各方例外的支持者提及的案例中，无一能提出不利于豁免的证据；⁵⁰² 同时，一些支持豁免的案件引起了关注。Belhas诉摩西·亚阿隆案的决定可谓意义重大，因为该决定支持这样一个论断：根据习惯国际法，属事豁免涵盖了每一位官员行使其职责时实施的行为，且违反强制法的准则不一定导致取消豁免。⁵⁰³

114. 特别报告员了解普遍的观点，即豁免例外的问题是国际法中逐步发展的领域之一，而他所思考的是，这些例外应适用到何种程度。他认为，这一问题带来了一些重要关切，包括出于政治动机的起诉、缺席审判及因有关国家进行合作而导致的证据问题。他不建议委员会起草拟议法规定，建议委员会只负责编纂现有法律。委员会在协调豁免在国家管辖内的适用方面将发挥重要作用，这样可以避免任何无视豁免的可疑做法。特别报告员还请委员会注意一个事实，即第二次报告并非对所有豁免例外的理由都进行了分析。他特别提到的问题是，面临刑事指控的官员的祖国违反国际义务时可用豁免作为对策，而有些人拒绝承认这一点。

115. 最后，特别报告员还建议，与武装冲突中的军事人员的豁免有关的问题属于一个专门的法律体系，因此不应在本专题中考虑。

⁵⁰¹ A/CN.4/631, 第 56 段。.

⁵⁰² 同上，第 69-70 段。

⁵⁰³ 哥伦比亚特区联邦地方法院，*Ali Saadallah Belhas* 等人诉以色列前军队情报局长摩西·亚阿隆案，2006 年 12 月 14 日，466 F. Supp. 2d 127；哥伦比亚特区联邦巡回上诉法院，*Belhas* 等人诉以色列前军队情报局长摩西·亚阿隆案，2008 年 2 月 15 日，515 F.3d 1279。另参阅 2005 至 2008 年德国及法国政府就要求启动对美国前国防部长唐纳德·拉姆斯菲尔德的刑事诉讼程序所做的决定。两个案件中豁免都得到了支持。

2. 特别报告员第二次报告辩论摘要

(a) 一般性意见

116. 特别报告员全面的报告内容清楚、层次分明，内含大量有关资料，因而受到称赞；会上也提出，特别报告员编写报告时还可以利用其他现有资料和理论资源。

117. 委员们用较长时间讨论了本专题的大体方向，特别是承认了其显然的政治影响，以及对国际关系的影响。委员会认识到这是一个困难的、具挑战性的专题，并指出，必须先就原则问题及专题的大体方向达成一致意见，然后委员会的进一步讨论才会有意义。一些委员大体上赞同报告的推理和结论。还有一些委员欢迎在报告中加入关于此专题的对立的观点，同时表示关切的是，报告中的某些结论带有偏见，未考虑到国际法的发展趋势，主要是国际法规定的严重犯罪行为问题。对本专题进行分析的前提——绝对主权的概念——受到了质疑，因为报告提出了关于实体法的根本初步问题。这一法律概念不断发展，尤其是第二次世界大战之后，因此其后果不可能保持不变。另外，虽然几乎无可辩驳的是，主权平等和不干涉原则在国际关系中十分重要，但由这些原则产生的权利和义务的内容却考虑到国际上所发生的变化和国际社会对这种权利和义务的内容所持的不同看法。官方行为的豁免权属于国家，这点似乎没错，但这并不意味着国家及其官员可以为所欲为。

118. 辩论中强调的是，本专题还凸显了委员会本身在执行任务时以及在国际法逐步发展及其编纂方面不可忽视的作用。具体而言，提出的问题是，委员会应从何种角度处理本专题，例如，是以现行法为重还是以拟议法为重。辩论中指出，即使选择采用特别报告员的方法，即严格从现行法的角度分析问题，对现有资料中有关国家在本专题方面的做法和司法判决的解读可能使人在现行法律方面得出几种不同结论。从拟议法的角度处理本专题则会带来其他问题，这些问题涉及相互对立的政治考虑，包括委员会应在何种程度上制定法律，以及在涉及多种不同政策考虑的情况下由委员会领导本领域的工作是否妥当。另一种意见认为，用现行法与拟议法不一定能最恰当地描述本专题所涉及的原则问题，这些原则问题实际上涉及现行法规则的适用。

119. 还有观点认为，本专题特别适合编纂和逐步发展，这让委员会得以从其任务的两方面着手处理该专题。但谨慎行事是必要的，以便在确保国际关系稳定及避免对国际法规定的严重犯罪行为有罪不罚两方面的需要之间实现可接受的平衡。对此，辩论中指出，决定采用何种方式时，必须意识到最终产物的实际价值，因为处理结果的最终目的是为国际社会的利益服务。辩论中还指出，处理豁免问题时，一定要意识到问题牵涉的是国家而不是个人的法律和实际利益。辩论中得到关注的另一点是特别使团法与审议本专题的相关性，包括公约和习惯国际法。

120. 一些委员认为，委员会应成立一个工作小组，审议讨论中提出的问题，以及本专题如何进展的问题。一些委员认为，第二次报告是阐述文本的良好起点；也有观点认为，委员会应先决定希望将专题引向哪个大体方向，再开展下一步工作。有建议称，本届会议就应成立工作小组，另一些委员则认为时机尚未成熟，推迟至委员会下次会议上再做此决定较好。这样就有时间进一步思考，到时也可参考成员国在第六委员会框架内提出的观点及其他相关机构提出的观点。

(b) 豁免的可能例外问题

121. 委员会内的辩论过程中听取了关于豁免的可能例外的各种观点。辩论中指出，特别报告员在报告中称，他认为豁免的多种理由不具说服力、无法断言就豁免例外问题制定规范已成趋势；这种说法定下了很高的标准，即豁免必须在习惯法中有据可依。一些委员赞同特别报告员在这一点上的结论，另一些委员则表示，委员会不能拘泥于现状，必须考虑到影响豁免这一概念的相关趋势，特别是人权法律和国际刑法的发展。豁免构成准则且没有例外的说法难以立足。对此，辩论中指出，如何界定豁免规则在法律的大背景中的地位是辩论中的核心问题。

122. 例如，辩论中提出，换一个度看何为法律这一问题，可能会得出相反的结论；可以说，在国际法规定的严重犯罪行为方面，已出现了国际社会整体的利益这一更高的利益，导致有关案件中豁免的缺失。与其将之视为规则和例外的问题、以豁免为规则，不如从国家及其代表在有限的几种情况下担负的责任的角度审视这一问题更为准确——人类的良心将受到震撼——再考虑是否存在豁免这种形式的例外。

123. 另一种意见认为，与其像特别报告员所做的那样，依据这样的前提，即认为国家官员一般享有豁免，然后考虑例外情况，而是应当采取相反的做法，即依据这样的前提：人人应该平等对待，不论是国家首脑还是公民个人。因此，不会假定国家官员是享有豁免的，除非有特别的理由给予豁免。而在涉及违反国际法的严重罪行时，则不会给予豁免。

124. 还有观点称，对国际法规定的严重犯罪行为不得有罪不罚的原则是国际社会的核心价值观之一，应在讨论豁免问题时加以考虑。故更妥善的做法是，从不同级的规范或相互之间存在一定冲突的若干规范的角度看待本专题。辩论中指出，各国在这一领域的做法远未统一，因此委员会有机会介入并承担责任。

125. 一些委员认为，国家的做法已提供了充分依据，由此可以肯定当国家官员犯有国际法规定的严重犯罪行为时存在豁免例外，此处还提到委员会以往的工作，特别是 1996 年《危害人类和平及安全治罪法草案》。对此有委员指出，第二次世界大战以来，国际法规定的个人的地位已有重大变化；个人不仅享有国际法规定的权利，也要承担国际义务。还有委员指出，个人因某些行为而须承担国际刑事责任，并不等于免除国家对这些行为的责任；两种责任相互重合，但又各自分别存在。

126. 会上还提到压制国际犯罪方面的条约，这类条约中一般没有关于豁免的规定，或无关于该问题的规定。有观点称，不应认为这种沉默等于承认豁免在此类条约涵盖的所有案件中均适用，如此解读将使这些条约失去意义。但还有一个问题也在辩论中提出，即多少情况下能够认定这种沉默具有特定指向，并得出结论称豁免对这些行为不适用。

127. 一些委员又提出，已经越来越明显地看到，国际刑事法院不会如曾经预期的那样享有全面管辖权。因此，有必要确保没有其他方式可用于审判受指控犯有国际法规定的严重犯罪行为的人，无论其是否国家官员。有观点认为，不应完全无视这些趋势；委员会即使退一步承认习惯国际法中没有豁免例外的依据——委员会不一定会这样做——也仍应参与该领域的逐步发展。

128. 另一些委员支持特别报告员关于豁免例外的结论。不过他们还是认为，应有可能作进一步分析，以说明随着国际法的逐步发展，豁免可能受到哪些限制。对此，有委员表示，一旦设定任何此类限制，只有高级别官员离任时属人豁免才会终止。为便于日后讨论，有建议称，应进一步分析委员会在这一领域以往的工作，并开展关于豁免例外的研究，重点是国家的做法，应明确区分成文法和拟议法建议。还有委员指出，为讨论本专题，必须进一步解释“国际罪行”、“严重罪行”、“国际法规定的罪行”等用语。还有人提出，委员会的工作应仅限于考虑刑事管辖的豁免，因为民事管辖豁免涉及的问题与此根本不同。

129. 一些委员还回顾道，豁免原则在习惯国际法中早已确立，该原则在确保国际关系稳定、确保国家有效行使职能方面一直发挥着重要作用。有委员指出，这些因素本身对国际社会而言也十分重要。豁免原则的基础是礼让和互惠的原则，这一点在当前的辩论中也很重要，特别是因为迫切需要消除出于政治动机的刑事诉讼。对豁免的不当限制可能导致国际关系上的严重摩擦。鉴于上述情况，特别是考虑到当代法律的发展这一背景，在这一领域内，有必要争取平衡不同的政策考虑。此处提到的参考是国际法学会 2009 年决议⁵⁰⁴，作为今后可能采用的方法。

130. 对可能例外的各种理由逐一进行评论时，一些委员称，其中有些理由应进一步审议。一些委员认为，国际法的强制性规范优于豁免的原则有其好处。他们认为，报告称，涉及的规范性质不同，有程序规范也有实体规范，使得规范体系无法适用，但报告对此没有拿出有说服力的分析；应参考目前国家的做法对这些方面作进一步分析。有观点称，Al-Adsani案⁵⁰⁵中少数法官的推理具有说服力，值得进一步考虑；评价法院这一决定时还需顾及一点，即该案适用的是民事而非

⁵⁰⁴ 国际法学会 2009 年通过的《关于国际罪行案件中国家和以国家名义行事者管辖豁免问题的决议》第三条：“1. 根据国际法，在国际罪行方面，适用的管辖豁免只有属人豁免，没有其他豁免。2. 享有属人豁免者在其职务或任务结束时，其属人豁免即告终止。[……]”

⁵⁰⁵ 欧洲人权法院 2001 年 11 月 21 日的判决，Al-Adsani 诉联合王国案(App No.35763/97)。

刑事管辖豁免。另一些委员赞同特别报告员的观点，认为不应混淆性质不同的规范；强制性规范优于豁免的规则这一结论混淆了实体法和程序规则。

131. 有观点认为，犯下属国际法规定的严重罪行的行为不应视为国家元首官方职能定义之内的行为，这种观点在委员会中得到了一定支持，可以参考的是 *Bouterse* 案⁵⁰⁶ 和 *皮诺切特案*⁵⁰⁷ 中发表的意见。有人指出，如果依据保护国家的荣誉和尊严主张而证明豁免的必要，那么当官员犯下严重的国际法罪行时，豁免便失去了基础。有建议称，委员会应确认哪些罪行无论何种情况下都不能视为属于国家元首的官方职能，《国际刑事法院罗马规约》规定的罪行就是一个有用的出发点。还有观点表示，在普遍管辖权案件中，也有理由称存在豁免的例外。

(c) 豁免范围

132. 辩论中也就豁免范围作了较为笼统的评论。一般认为，属人豁免既涵盖个人性质的行为也涵盖官方性质的行为，但对于报告断言属人豁免是绝对豁免，一些委员仍感到关切。⁵⁰⁸ 有观点认为，属人豁免应限于在任期间的行为，其范围不应扩大至上任之前的行为。一些委员支持的观点是，除国家或政府首脑外，外交部长也应享有属人豁免，他们引用了“逮捕证”案中法院的判决⁵⁰⁹ 支持这一立场。但另一些委员不赞同法院的判决，称属人豁免的范围可如此扩大这一点此前远非广为接受。此处提到的是“逮捕证”案中的反对意见和独立意见、国际法学院关于国际法中国家和政府首脑的管辖处决豁免的决议⁵¹⁰ 以及委员会关于国家及其财产的管辖豁免的条文草案。

133. 有些委员认为，享有属人豁免的官员应仅限于三种官员——所谓的三种人——还有委员表示支持将豁免范围扩大至某些在一国的国际关系中代表国家以及有大量时间在国外工作的其他高级别官员；有建议称，为确定三种人之外还有哪些人属于享有属人豁免的人员类别，委员会应考虑这种豁免的理由。

134. 辩论中强调的另一点是，属人豁免的总体规则及某些如有违反将受处罚的形式程序的豁免规则应保持统一。三种人的豁免如有任何漏洞都会影响他们有效行使职责的能力。

⁵⁰⁶ 阿姆斯特丹上诉法院，*Bouterse* 案，第 4.2 段(Gerechtshof Amsterdam, 2000 年 11 月 20 日)。

⁵⁰⁷ 见 Steyn 勋爵和 Nicholls 勋爵的意见，“*Regina 诉 Bow Street* 都市领薪专职治安官，皮诺切特·乌加特缺席(第 1 号)。

⁵⁰⁸ A/CN.4/631, 第 94 段(i)项。

⁵⁰⁹ 2002 年 4 月 11 日的逮捕证(刚果民主共和国诉比利时案)，判决，《2002 年国际法院案例汇编》第 3 页。

⁵¹⁰ 温哥华会议，2001 年。

135. 一般认为，属事豁免只涵盖国家官员任期内以官方身份实施的行为；但辩论中强调，关于这种豁免的范围及其涵盖的人员，还有许多困难的考虑尚待决定。辩论中提出，行为归属的问题也需更详细地审议，行为归属的目的是确定哪些行为是“官方”行为故可归属于国家，而哪些是“个人”行为。有建议称，更详尽地审议属事豁免的理由对此可能有所帮助，或许可以重新考虑归属的整个概念。一些委员回顾道，属事豁免是国家豁免的一种反映，他们认为，越权行为和非法行为不应涵盖在这种豁免之中，因为这些情况下，官员既非按国家指示行事，又非按其职权行事。他们还指出，针对国家官员发起刑事诉讼与确定国家的责任在程序上未必有关联；如果存在这种必要关联，则国家有可能放弃其官员的豁免，以便开脱自身的责任，即便只是在政治上开脱责任。另一些委员则赞同特别报告员的观点，认为除少数特殊情况外，为国家责任目的进行行为归属与为豁免目的进行行为归属之间必然存在联系，越权行为的情况也是如此。

(d) 其他意见

136. 一些委员强调，管辖规则与豁免规则不应混为一谈。不给予豁免未必导致刑事诉讼；一些管辖方面的条件仍需得到满足。应注意国际法学院 2005 年决议⁵¹¹中规定的条件，即行使普遍管辖权时，受指控官员应身在起诉国境内。

137. 有委员表示支持报告的结论⁵¹²，即无论官员身在国外还是本国境内，豁免都有效。还有委员指出，如涉案国家既未同意在其境内实施导致犯罪的活动，也未同意涉案外国官员在其境内出现⁵¹³，则国家将行使刑事管辖，此时将不予豁免。报告员提及及不予豁免是对的。还有建议称，这种情况应进一步讨论。

138. 有建议称，委员会考虑本专题时应考虑武装冲突中的军事人员的豁免问题。有委员指出，国际人道主义法律领域曾对以豁免为由的不适用情况进行了大量讨论和分析。这类刑事诉讼中的证据问题不应影响问题的基本原则。有一种相反的意见认为不应为了本专题目的把军事人员包括在内，因为这个问题已经基本上由条约加以处理。有人指出，对于平时时期军人的豁免问题，需要区分常驻军成员与来访军队成员；前一类军人由军人地位协定约束，而后一类军人的豁免事项基于习惯法，虽然这方面的实践并不多。

139. 另有委员指出，在范围的问题上采取最大化做法时应排除某些类别的官员，这些官员的豁免由已经受过编纂和逐渐发展的规则所提供。

140. 另有人提议，作为专题的一部分，或许应该针对检察方的裁量权规定适当的保障措施，以避免滥用。

⁵¹¹ 《关于灭绝种族罪、危害人类罪和战争罪的普遍刑事管辖权问题的决议》，Krakow 会议，2005 年。

⁵¹² A/CN.4/631, 第 94 段(m)项。

⁵¹³ 同上，第 94 段(p)项。

3. 特别报告员介绍第三次报告

141. 特别报告员的初次和第二次报告论述了国家官员刑事管辖豁免的实质性问题，第三次报告(A/CN.4/646)则论述程序问题，特别着重于考虑、援引和放弃豁免的时间，包括放弃豁免后是否还可以援引豁免等等问题，该报告的目的是完整地呈现整个情况。特别报告员强调说，前两份报告依据对国家实践的评估，而本报告虽然有实践可资利用，但主要是推理性的，反映的是逻辑推理，提出一般性的建议，就起草而言不十分精确，供审议之用。特别报告员还强调说，第三次报告所述的问题非常重要，因为这些问题在某些程度上有助于确定国家利益与确保个人刑事责任，防止犯罪不究之间的平衡。

142. 关于时间问题，即在刑事程序中应在什么时间、什么阶段提出豁免的问题，特别报告员特别回顾了国际刑事法院在“关于人权委员会特别报告员享有法律程序豁免的争议”的咨询意见，即豁免问题是前期问题，必须在诉讼开始时迅速解决。他强调说，原则上，国家官员的外国刑事管辖豁免问题应该在法院诉讼程序的初期阶段考虑，甚至在更早的预审阶段，即在行使管辖权的国家决定是否对有关官员采取按豁免不能采取的刑事诉讼措施的时候予以考虑。不这样做，就可能被认为是行使管辖权的国家违背关于豁免的准则的义务，即使当时的情况可能涉及到在刑事管辖权的预审阶段，在处理采取豁免所禁止的措施的问题时对豁免问题的考虑。

143. 但是，如果享受属事管辖权的官员的所属国没有为这名官员援引豁免权，或者在诉讼程序的较后阶段援引，那么这不一定意味着发生了这种违约情况。在豁免权被援引后就有可能发生违约情况。

144. 关于援引豁免权，即谁可以在法律上提出豁免的问题，特别报告员强调说，只有官员的所属国，而不是官员本身所援引的豁免或者宣称的豁免才是合法的援引或宣称，能够有法律上的结果。

145. 要援引豁免，官员的所属国必须知道对援引豁免所涉的官员正在采取或者计划采取相应的刑事诉讼措施。因此，计划采取这些措施的国家必须就此通知官员的所属国。特别报告员提请注意应该在属人豁免权和属事豁免权的基础上作出区分。

146. 首先，对外国国家元首、政府首脑或外交部长(三巨头)来说，行使刑事管辖权的国家本身必须自动考虑有关个人的豁免问题，并根据国际法就它的进一步行动决定采取何种立场。特别报告员建议，在这种情况下也许只是应请有关官员的所属国放弃豁免权。因此，在这种情况下的官员的所属国不承担向行使刑事管辖权的国家当局提出豁免问题的责任。

147. 第二，就享有属事管辖权的官员而言，援引豁免的责任在官员的所属国。如果这种官员的所属国要就该官员援引豁免，它必须向行使管辖权的国家通知说该人是它的官员，享有豁免权，并以官方身份履职。否则，行使管辖权的国家就没有义务自动考虑豁免问题，因此可继续刑事起诉。

148. 第三，三巨头以外的官员也有可能享受属人豁免权，在这种情况下，援引豁免的责任也在要援引豁免的官员的所属国。如果这种官员的所属国要对该官员援引豁免，它必须向行使管辖权的国家通知说该人是它的官员，享受个人豁免权，因为他占据高位，除了参与国际关系以外，还必须行使对保证国家主权很重要的职能。

149. 关于援引方式，官员所属国，不管该官员的级别如何都没有义务为了外国法院考虑豁免问题而向该法院援引豁免权，只要通过外交渠道进行交涉就可以。国家没有义务直接与外国法院打交道，理由是国家主权和国家主权平等原则。

150. 关于可以为援引提出的理由，援引豁免权的官员的所属国没有义务提出援引豁免权的理由，但必须肯定该人是它的官员，享有豁免权，并以官方身份履职，或者该人是它的官员，享有属人豁免权，因为他占据高级职位，除了参与国际关系以外，还必须履行对确保国家主权很重要的职能。

151. 另一方面，特别报告员指出，行使管辖权的国家(包括它的法院)似乎也没有义务“盲目地接受”豁免所涉官员的所属国提出的任何要求。但是，如果案件的情形没有明确表示出相反的情况，那么外国不得无视这种要求。将一名官员的行为定性为官方性质，或者决定一名高级官员为保证国家主权而行使的职能的重要性的，不是行使管辖权的国家的特权，而是官员所属国的特权。

152. 关于放弃豁免权的问题，特别报告员指出，放弃官员的豁免权，其权力在于国家，而不是官员本人。如果国家元首、政府首脑或外交部长放弃自己的豁免权，对这类官员行使刑事管辖权的国家有权利认为这是官员所属国的愿望，至少在该国作出相反的通知之前有权这样认为。

153. 放弃在任的国家元首、政府首脑或外交部长的豁免权必须要明示。有一种假设情况，即这种官员的所属国请外国对该官员采取某种刑事诉讼措施，但这种行为可能是一个例外。这种请求明确涉及到放弃对这类措施的豁免，这种情况意味着放弃豁免。

154. 放弃三巨头以外但享有属人豁免权的官员、享有属事豁免权的官员以及也享有属事豁免权的前官员的豁免权，既可以明示也可以暗示。在这种情况下，暗示放弃豁免权可主要从官员所属国不援引豁免权这一点推断。

155. 特别报告员认为，在明示放弃豁免权以后，法律上似乎就不可能在援引豁免权了。同时他还指出，明示放弃豁免权在有些情况下只涉及对具体措施的豁免。

156. 如果是起初暗示放弃豁免权表现在对除三巨头以外的享有属事豁免权的官员或者属人豁免权的官员不援引豁免，那么特别报告员认为，豁免似乎可以在刑事程序较后的阶段援引，包括在案件提交法院的时候援引。但是，一个国家如没有在初审法院援引这种豁免，它是否可以在后来的上诉程序中援引？对这个问题还有疑问。不管怎样，如果在援引豁免时行使管辖权的国家在这种情况下已经对官员采取程序性步骤，这不能被认为是不法行为。

157. 特别报告员指出，一旦官员的所属国正式提出放弃豁免，就可以对该官员行使全面的外国刑事管辖。

158. 在引起援引官员豁免权的行为方面，特别报告员还提到“国家关于其官员有豁免权的声称与该国对国际不法行为的责任之间关系”的一个有关问题，他强调，官员的所属国不管是否放弃对其官员的豁免权，在引起豁免问题的行为方面，均不能免去对归咎于它的行为的国际法律责任。由于在援引豁免方面的行为也可能构成归咎于国家本身的行为，因此可以规定国家责任方面的前提条件，使之对向它提出的要求承担责任。

4. 特别报告员第三次报告辩论摘要

(a) 一般性意见

159. 特别报告员因提交了一份全面、研究细致，论证有据的报告而再次受到赞扬。现在，虽然还没有提供条款草案，但这份报告与以前的两份报告一起，全方位地展现了该主题的情况，为将来的工作奠定了基础。

160. 一般都认为，报告所作的分析言之有理，作出的推断合乎逻辑。虽然第三次报告被认为比第二次报告的争议少，但还是有些评述说：从程序上讲，较合适的是在委员会在就第二次报告达成最后结论后予以审议，关于这个问题的辨认突出表明仍然有一些基本问题需要解决，这对整个专题的走向有影响。由于这些未决问题，包括在发生严重的国际罪行的情况下豁免的属人范围，第三次报告有某些内容，特别是得出的一些结论存在着很大的问题。

161. 但是，有些委员认为，第三次报告是特别报告员描绘的总体情况的一个重要部分，可以很方便地归入第二次报告的范围。但还有一些委员在对第三次报告的评述中作了一项解释，他们特别指出，他们依然关注就第二次报告提出的问题，包括似乎以绝对和扩张性的方法处理豁免的问题。

162. 有些委员还指出，有些意见表明将来不仅对委员会，而且还对国际法本身的发展有某些风险。他们提醒说，如果加大对国家利益的倾斜，委员会的声誉会遭受风险；委员会就不能在老的法律(基于绝对主权观)与国际社会对问责的新的期待之间找到必要的平衡。他们的意见是倾向于找到主权国家正当利益与问责关切之间的平衡。一些委员则指出，委员会没有理由担心它的声誉会有风险，因为它行使的部分职能便是永远要平衡各种合法的考虑因素，不要让自己过分地受到其中一个因素的左右。如果委员会采取不现实的立场，回避在通过现有手段对实践作分析，处理国家的实际问题而形成的集体智慧的基础上寻找符合实际的解决办法，这才是对委员会有害处的。

(b) 时间

163. 会议普遍同意，豁免应该在诉讼程序的初期阶段考虑，或者更确切的是在更早的预审阶段考虑，包括在行使管辖权的国家对否则不包括在豁免范围内的官

员采取刑事诉讼措施的时候。但会议认识到,实际上,这种目标可能难以实现,也许必须要有适当的国内立法。会议表示,如果不在早期阶段考虑豁免,就有可能产生违反因不在初期阶段考虑而产生的豁免义务的情况。会议还提出,报告没有直接处理不可侵犯的问题,而这个问题可能会对时间问题以及由于逮捕或拘留一名官员而产生的不便带来影响,而且也与援引豁免有关。这些方面需要进一步考虑。

(c) 豁免的援引

164. 在更普遍的层面上,会议指出,在关于各法律制度下国家实践中的程序立场方面也许应该获得更多的资料。但是,有些委员基本上同意特别报告员关于援引豁免的结论。与会者同意这样一个一般性提议,即只有官员的所属国,而不是官员本人援引的豁免才属于合法的援引豁免。但会议指出,实际上,这并不阻止官员(由于时间和身处原地的因素)通知行使管辖权的国家说他享有豁免权,这种通知可以启动一个程序,行使豁免权的国家将该官员的处境通知给官员的所属国。

165. 会议还普遍接受,要求豁免的国家只要通过外交渠道向行使管辖权的国家发出通知就够了。根据某一种观点,一个国家,如果要维持其官员的豁免权,明智的做法是明确提出;如果围绕豁免权的法律或事实问题错综复杂,它可以直接参与解释情况的程序,尽管它没有义务这么做。

166. 关于谁有援引豁免权的责任的问题,有些委员同意特别报告员的说法,即就三巨头而言,行使管辖权的国家自己必须考虑豁免权问题。

167. 会议还指出,就享有属事豁免权的其他官员而言,官员所属国必须援引豁免权。但是,有的委员认为关于行使管辖权的国家自动提出豁免问题的理论不能只局限于涉及到三巨头的豁免的情况。他们声称,这种理论同样也适用根据案情显而易见可以对以官方身份履职的官员行使管辖权的案件。这种标准能够保证外交关系的顺利进行,并能防止以诸如采取措施有政治动机等等为由发生相互指责。此外,会议虽然同意行使管辖权的国家在属事豁免方面没有义务调查自动豁免问题,但建议就行使管辖权的国家可以行使自动斟酌权的情况提出一些准则。

168. 会议还表示了另一种有关的意见,即在对三巨头的援引与对可以享有属人豁免权的其他高级官员的援引之间没有明确的区别。因此,不能肯定地说可以制定硬性规则,因为这在很大程度上要取决于各案件的具体情况。

169. 会议还指出,对三巨头的援引是否应该扩大到其他高级官员,如国际贸易部长或国防部长等等?在这个问题上的一些不确定性在关于第二次报告的辩论中已经提出,这与本报告有密切的关系。如果考虑在三巨头与享有属事豁免权的国家其他官员之间的区别,这种关系就更为密切。特别报告员为作出区分而提出的理由似乎值得称道,也是令人信服的,但有的委员认为,在当代国际关系中,如果外交部长是在国外经常代表国家的若干国家官员中的唯一代表,那么,在声称豁免权的方式方面作的区分(根据众所周知的情況),似乎是不合理的。因此也许

有理由进一步考虑特别报告员关于谁有援引豁免的责任，允许官员所属国不作区分地援引豁免的结论。对放弃豁免也可以给予类似的考虑。

170. 会议还建议，在涉及到行使管辖权的国家与官员所属国之间就三巨头和其他官员援引豁免的问题上，也许必须进一步考虑国家之间加强合作的可能性。

171. 还有一些委员从另一角度就特别报告员关于援引的结论提出意见。例如，他们就本专题而言是否应该将属人豁免扩大到外交部长和其他高级官员的问题表示怀疑，认为这个问题仍然是一个未决问题，并证明有一种扩张的方法，恐怕会引起对委员会的批评，即在呼吁限制豁免，加强问责和减少犯罪不究的时刻，委员会却要扩大豁免。但是，撇开关于这个问题的现有判例法不谈，有些委员回顾说，关于国家元首或政府首脑、外交部长和其他高级官员豁免的问题以前在委员会讨论过，最近是在就国家及其财产的管辖豁免方面开展工作时讨论的，问题似乎已解决了，当时，该主题的特别报告员认为，他不反对提及这类人员，尽管不能肯定根据“国际法既定规则”他们的家庭是否有特殊地位。⁵¹⁴ 还有委员表示，习惯国际法无疑规定国家元首、政府首脑和外交部长都享有豁免权，对此的任何怀疑都是不恰当的。

172. 还有委员指出，特别报告员在本报告中与以前的报告一样，没有将“普通”罪从严重的国际罪行区别开来，因为前者涉及“刑事事项互助的若干问题案”中所含的事项，而后者则正如在关于第二次报告的辩论中所赞同的那样得到了特别报告员考虑。因此指出，特别报告员没有考虑到这样一种可能性，即当前的程序问题也许不是援引或放弃豁免的问题，而是在发生严重国际罪行的情况下没有豁免的问题，虽然其他委员也反驳说，关于对这种“核心罪行”没有豁免的声称是抽象笼统的，委员会必须在较后的阶段更详细地处理这些问题。

173. 还有的委员指出，特别报告员的报告没有考虑国内法由于这种国家履行国际义务而禁止对“核心罪行”援引豁免而在国家间的关系中产生的程序问题，关于执行《罗马规约》的国家立法的情况就是这样。

174. 还有委员评论了属事豁免方面为豁免提供证据的问题。特别报告员的结论说，将官员的行为定性为国家的官方行为，这是官员所属国的特权，但行使刑事管辖权的国家不一定“盲目接受”这种定性，对此，委员的评论指出，这种结论失之粗糙，不明确。必须要找到一种平衡，每个案件必须按其案情予以评估。使用“特权”等术语(虽然有些委员并不认为有什么不合适)，并说仅仅是官员的任命就会引起某种“推测”，这太过分。在特别报告员依赖的“关于人权委员会特别报告员豁免权问题的咨询意见”中，秘书长事实上声称有关个人作为官员履职。“咨询意见”证实了一个一般性假定，即如果该人官方身份及其行为的官方性质在具体情况下显而易见，那么证明他以官方身份履职的责任就显著减少。此外，由于该“推测”不适用于三巨头以外的官员，因此指出，是否给予豁免的问

⁵¹⁴ 《1989年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第443-450段。

题，必须结合案件的所有因素，逐案作出决定。国内法院将评估它们是否在处理根据官方职能从事各种行为的问题。

175. 还有代表指出，援引豁免的国家应至少受到鼓励，请它提供援引的理由。他们表示担心说，如果国家可以在没有证实行为的性质的情况下为享有属事豁免权的所有官员援引豁免，而不是说一名官员以官方身份履职(这等同于将事实上的属人豁免赋予它的所有国家官员)，这样可能会对事实上以个人身份所从事的行为产生豁免。为了避免这种可能性(以及犯罪不究的可能性)，在援引属事豁免时，一国应该有义务提供证据。一些委员还表示，要求豁免的国家在涉及到严重的国际罪行时必须说明申请豁免的理由；应该要有说明理由的义务，而不仅仅是要求豁免。

(d) 豁免的放弃

176. 有些委员同意特别报告员的说法，即放弃豁免的权利在于官员的所属国，而不是官员本人，放弃属人豁免必须要明示。

177. 但是，一些委员观察到，在放弃豁免方面有两种情况需要区分，即个别案件中的放弃豁免以及某几类可能包含在条约规则中的案件方面的放弃豁免。在这两种情况中，要对本来可适用的豁免确定这种例外，其共同标准是，放弃豁免是否“肯定”，但是，这不应模糊这样一个事实，即确定豁免何时可以被排除在外是另一回事，后一种情况的问题是条约解释问题。

178. 在这方面，一些委员都认为普遍存在着不愿接受根据接受某一协议的暗示放弃，但还有一些委员则对特别报告员在报告中的声称表示怀疑，特别报告员声称说，国家同意受国际协议的约束，规定对严重国际罪行的普遍管辖，或者将豁免排除在外并不意味着同意对其官员行使外国刑事管辖，从而放弃豁免。他们认为，说这种协议不能被解释为暗示放弃缔约国官员的豁免，除非有证据证明国家打算或希望放弃，这样说似乎违背《维也纳条约法公约》第 31 条。在“皮诺切特案”(第 3 号)中，上议院经过对《联合国禁止酷刑公约》的规定作了详细的分析后得出了结论。它认为，缔结一项协定，规定普遍管辖权，同时也有引渡或起诉义务的规定；并对严重国际罪行确立刑事管辖，但没有按犯罪人的官方身份做区分，这表明缔约国打算把豁免排除在外。但是，还有一种意见认为不能轻率地作出这种推理，“皮诺切特案”的主张不能作为一项普遍主张全面适用。

179. 就个别案件中的放弃而言，是否有肯定性，其标准中含有某项义务，即与另一国调查有疑问的案件，因为不能轻率地认为另一国的某些举动构成对豁免的放弃。同时，当国家面临一种它们必须作出反应的局势时，如果它们希望要求豁免，它们就有义务明确表达自己的要求。

180. 关于国家不援引对官员的豁免权是否可以被认为暗示放弃的问题，有委员指出，只要国家肯定地不知道要对它的一名官员实施管辖，或者还没有充分的时间考虑作出答复，不援引豁免不能被作为放弃。但是，一旦有关国家得到正式通

知，并有适当的时间作考虑(时间不需要太长)，不援引豁免通常就必须被认为构成暗示放弃。

181. 有些委员同意说，一旦放弃，就不能收回，因为这对法律确定性和程序保障是必要的。重要的是，放弃豁免，如果是最后确定一国对其某项权利的立场的单方面行为，其性质就不应受到疑问。在这方面，有些委员表示怀疑的是：在不援引一名官员的属事豁免或者除三巨头以外的官员的属人豁免之后，在诉讼阶段的程序中还可以援引豁免。

182. 但是，会议承认，允许国家采取某种初步措施的有限放弃不能阻止在审判的较后阶段在起诉方面援引豁免。

(e) 豁免的援引与国家国际不法行为的责任之间的关系

183. 有些委员同意特别报告员的论断，即为其官员援引豁免的国家，如果以该官员被控的行为属官方性质为由，那么该国就等于承认这种行为是国家本身的行为，但这样做不一定是说承认它对这种行为承担作为国际不法行为的责任。

184. 但是，有委员指出，必须认识到，有时可以援引豁免来避免对一国内部事务的严重侵入，何况是官员所属国本身希望调查，并在正当的情况下起诉本国官员，或者国家想尽快援引豁免，以免其官员陷入过分的尴尬或者痛苦。

185. 在将来，会议建议在下届会议上，最好在一个工作组的范围内，委员会首先研究本专题的大方向，着重于对国家官员豁免的例外的范围问题，特别是在国际法下的重罪方面。然后根据这样一个工作组得出的结论，就委员会如何在本专题开展进一步工作的问题作出决定。

5. 特别报告员的总结

186. 特别报告员感谢各委员对他的报告作出的非常有用、令人感兴趣的批评性评论，并指出这些发言体现了各种不同的思想流派。

187. 特别报告员介绍了这些问题的来龙去脉。他回顾说，国际法中有许多老生常谈，包括人权的发展没有造成主权的消失或者国家主权平等和不干预内部事务的原则的消除，尽管这种发展对这些原则的内容有严重的影响。本专题要考虑的中心问题不完全是世界上和国际法中发生的变化对整个主权问题带来多大的影响，而是更具体地说在国家主权的基础上是如何对国家官员的豁免产生影响的；基本问题是国家官员的豁免，特别是免于其他国家国内刑事管辖的豁免权问题是如何受到影响的。

188. 特别报告员虽然承认对纵向关系的影响，即国际刑事管辖如何受到影响的问题非常明确，但特别报告员指出，如果涉及到主权国家与它们国内的刑事管辖之间的相互作用问题，那么区别相当明显和不同的横向关系的情况则并不如此。国际刑事管辖的问题完全是一个应该予以与外国刑事管辖分开和区别的问题。他认为，《国际刑事法院罗马规约》第 27 条常常被引用来证明已经发生的变化不

可能适用于外国刑事管辖。如果要肯定这么说的话，还必须要充分考虑该规约第98条所涉的影响，否则就不能这么做。

189. 特别报告员重申，他对第二次报告所反映的问题的民事立场不是凭先验提出的，而是结合自己的专业生活经验和法律背景，对国家实践、判例法和学说作研究后提出的。这种研究表明，主权与豁免在外国管辖方面的相互影响越来越大。特别是在刑事管辖权方面，国家对保护自己的利益仍然小心谨慎，而在刑事管辖权方面的做法要比民事管辖权还要谨慎的多，因为这涉及到剥夺自由以及可能的拘留和逮捕。所有这一切间接影响国家主权的行使和国家的内部管辖。这就是为什么豁免依然很重要的原因；尽管国际体系发生了各种各样的进展，但这方面的基本情况依然如故。

190. 他强调，实践和学说使他重视属人豁免和属事豁免之间的区别。在对该主题作实质性和程序性审议时必须考虑这种差别。

191. 他重申关于属事豁免对以官方身份履职的所有国家官员和前官员的假设。

192. 关于享受属人豁免的人范围，特别报告员重申，根据客观的法律分析，三巨头无疑享有豁免。但这种豁免并不是三巨头所专有的。实际上，国际关系中的代表性质已经发生变化，它不再是三巨头所专有的。国际和国内的司法裁定表明，某些高层国家官员也享有属人豁免。相反，就他所知，没有一个案件最后决定不给予三巨头以外的官员以这种豁免的。他提出可能需要为享有属人豁免的高级官员规定一些标准，并作为程序事项保持这种官员与三巨头在援引和放弃豁免方面的区别，他提出这一建议，是认识到谨慎从事的必要性。

193. 他承认，关于豁免和豁免的例外的辩论在概念上有严重的分歧。但是，概念不管倾向于何种立场，国际法已经牢固确立了这样一个原则，即在一国持有高级职位的某些人士在民事和刑事上都免于其他国家的管辖。这是一个适用于三巨头的规范，不允许有例外。这得到了国际法院两项裁决的确认，并在国内法院裁定和学说中得到国家实践的广泛支持。他承认，他在报告中“绝对”一词并不完全恰当，因为即使在属人豁免的情况下，这种豁免也在时间和实质内容方面有限制。

194. 在这种情况下，如果有例外，委员会就必须考虑属事豁免。但是除了有一个案件涉及在刑事管辖权的国家境内所犯的罪行以外，实践和裁决并不表明有这种排他性的趋势。

195. 他强调说，一种趋势如果要能够确立一种新产生的规范，就需要有一种普遍性的实践，而在例外方面，甚至在属事豁免方面的情况并非如此。但是他指出可以为这种排他性考虑第二次报告所没有考虑到的其他理由，如作为反措施或不宣布豁免来终止豁免。国家应该就这些方面提供资料。

196. 特别报告员还指出，尽管上述一切，委员会仍然可以在有理由对国际法的效力实行例外时拟定新的国际法准则。

197. 特别报告员在谈到例外的可能性的各种原理时说，关于法律面前平等的排他性问题，他认为鉴于有些官员在自己的管辖地享有豁免，因此这并不完全有说服力。

198. 特别报告员还指出，将豁免与防止犯罪不究并列起来是不正确的，没有反映整个情况；防止犯罪不究的范围更广，涉及到国际法中的各种干预，包括建立国际刑事管辖。特别报告员在答复就两者间平衡的必要性所作的评论时回顾说，豁免并不意味着犯罪不究。此外，对刑事管辖的豁免和对个人刑事责任的豁免是两个不同的概念。要努力解决的问题是豁免和外国刑事管辖的问题，而不是豁免和责任的问题。关于豁免的现行规则已经为整个系统的运行提供了某种平衡。他还指出，国家并不十分欢迎确立普遍刑事管辖权，原因不是豁免，而是不情愿在与其他国家的关系中利用这种管辖权。他回顾说，他在第二次报告中写到，并继续认为事实如此，域外管辖大多由发达国家对发展中国家的现任官员或前官员所行使的。

199. 关于第三次报告，对报告的争议较少，各种结论大致上是合理的，对此他感到高兴。他同意不可侵犯的问题很重要，需予以解决。

200. 特别报告员指出，今后必须注意可以在国家官员豁免和管辖的行使问题以及关于解决争端的事项上加强国家间的合作。

201. 他澄清说，报告中的各种结论不适用作条款草案，它们只是为了便于读者而作的概要。在解决基本问题之前的本阶段提具条款草案，是不成熟的。

202. 关于本阶段与国家互动的问题，特别报告员指出，国家在第六委员会就本届会议的辩论情况提出详细的评述，特别是考虑第二次报告以及关于国家实践的资料，包括第二次报告、第三次报告和辩论中提出的问题的立法和法院裁定，这是非常有用的。

203. 特别报告员对关于委员会声誉的评论作了答复，他选择强调委员会和撰写关于国际法问题的人的责任的重要性，特别指出所撰写的一切构成国际法的附属渊源，对国际法的发展既有积极的，也有消极的影响。

第八章

驱逐外国人

A. 引言

204. 委员会第五十六届会议(2004 年)决定在工作方案中纳入“驱逐外国人”这一专题，并任命莫里斯·卡姆托先生为这一专题的特别报告员。⁵¹⁵ 大会 2004 年 12 月 2 日第 59/41 号决议第 5 段核准了委员会将这一专题纳入委员会议程的决定。

205. 委员会第五十七届会议(2005 年)审议了特别报告员的初步报告(A/CN.4/554)。⁵¹⁶

206. 委员会第五十八届会议(2006 年)收到了特别报告员的第二次报告(A/CN.4/573 和 Corr.1)，以及秘书处编写的一份研究报告(A/CN.4/565 和 Corr.1)。委员会决定在 2007 年举行的下一届会议上审议第二次报告。⁵¹⁷

207. 委员会第五十九届会议(2007 年)审议了特别报告员的第二和第三次报告(A/CN.4/573 和 Corr.1 及 A/CN.4/581)，并将经特别报告员修订的条款草案 1 和 2，⁵¹⁸ 以及条款草案 3 至 7 提交给了起草委员会。⁵¹⁹

208. 委员会第六十届会议(2008 年)审议了特别报告员的第四次报告(A/CN.4/594)，并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。⁵²⁰ 在同次会议上，委员会核准了工作组的结论，并请起草委员会在其工作中予以考虑。⁵²¹

⁵¹⁵ 大会正式记录，第五十九届会议，补编第 10 号(A/59/10)，第 364 段。委员会第五十届会议(1998 年)注意到，除其他外，规划组报告明确了将“驱逐外国人”这一专题纳入委员会长期工作方案的可能性(同上，第五十三届会议，补编第 10 号(A/53/10)，第 554 段)，委员会第五十二届会议(2000 年)确认了这一决定(同上，第五十五届会议，补编第 10 号(A/55/10)，第 729 段)。有关这一专题的可能总体框架和方针的简要提纲列入了委员会当年报告的附件(同上，附件)。大会 2000 年 12 月 12 日第 55/152 号决议第 8 段注意到该专题已纳入长期工作方案。

⁵¹⁶ 同上，第六十届会议，补编第 10 号(A/60/10)，第 242 至 274 段。

⁵¹⁷ 同上，第六十一届会议，补编第 10 号(A/61/10)，第 252 段。

⁵¹⁸ 同上，第六十二届会议，补编第 10 号(A/62/10)，脚注 401 和 402。

⁵¹⁹ 同上，脚注 396 至 400。

⁵²⁰ 同上，第六十三届会议，补编第 10 号(A/63/10)，第 170 段。

⁵²¹ 结论如下：(1) 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；以及(2) 评注中应列入更确切的提法，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；同上，第 171 段。

209. 委员会第六十一届会议(2009 年)审议了特别报告员的第五次报告(A/CN.4/611 和Corr.1)。特别报告员应委员会的要求,介绍了参照全体辩论修订和重新调整结构的关于保护遭受驱逐者或正在遭受驱逐者的人权的新的条款草案(A/CN.4/617)。他还提交了一份为调整条款草案结构而提出的新的工作计划草案(A/CN.4/618)。委员会决定推迟到第六十二届会议审议经修订的条款草案。⁵²²

210. 委员会第六十二届会议(2010 年)审议了经特别报告员修订和重新调整结构的关于保护遭受驱逐者或正在遭受驱逐者的人权的条款草案(A/CN.4/617),以及特别报告员的第六次报告(A/CN.4/625 和Add.1)。委员会向起草委员会提交了以下条款:经修订的关于保护遭受驱逐者或正在遭受驱逐者的人权的条款草案 8 至 15;⁵²³ 特别报告员第六次报告(A/CN.4/625)所载条款草案A和 9;⁵²⁴ 第六次报告第一份增编(A/CN.4/625/Add.1)所载条款草案B1 和C1;⁵²⁵ 以及特别报告员在第六十二届会议期间修订的条款草案B和A1。⁵²⁶

B. 本届会议审议此专题的情况

211. 委员会本届会议收到了特别报告员第六次报告的第二份增编(A/CN.4/625/Add.2),委员会在 2011 年 5 月 24 日至 27 日的第 3091 至 3094 次会议上审议了这份文件;在 2011 年 7 月 4 日第 3098 次会议上审议了特别报告员的第七次报告(A/CN.4/642)。委员会还收到了各国政府的评论。⁵²⁷

212. 委员会在 2011 年 5 月 27 日第 3094 次会议上决定向起草委员会提交以下条款:第六次报告第二份增编所载条款草案D1、E1、G1、H1、I1 和J1;同样载于第二份增编但在会议期间经特别报告员修订的条款草案F1;⁵²⁸ 以及特别报告员在第六十二届会议期间介绍的修订版本中的条款草案 8。⁵²⁹

213. 委员会在 2011 年 7 月 4 日第 3098 次会议上决定向起草委员会提交特别报告员第七次报告所载经过调整的条款草案摘要。⁵³⁰

⁵²² 同上,第六十四届会议,第 10 号(A/64/10),第 91 段。

⁵²³ 同上,第六十五届会议,补编第 10 号(A/65/10),脚注 1244 至 1251。

⁵²⁴ 同上,脚注 1255 和 1258。

⁵²⁵ 同上,脚注 1263 和 1264。

⁵²⁶ 同上,脚注 1260 和 1269。

⁵²⁷ 见 A/CN.4/604 和 A/CN.4/628 及 Add.1。

⁵²⁸ 见以下脚注 534。

⁵²⁹ 见以下脚注 540。

⁵³⁰ A/CN.4/642, 第 14 至 16 页。

214. 委员会在 2011 年 8 月 11 日第 3126 次会议上注意到起草委员会主席的临时报告，该报告向委员会介绍了驱逐外国人专题的全部条款草案工作的进展情况。条款草案的起草工作已经接近完成，有望提交委员会第六十四届会议一读通过。

1. 特别报告员对其第六次报告剩余部分和第七次报告的介绍

215. 第六次报告第二份增编(A/CN.4/625/Add.2)标志着结束了对驱逐程序的审议，开始讨论驱逐的法律后果。第二份增编还载有特别报告员打算提出的最后一些条款草案。

216. 审议的第一个问题，即执行驱逐决定的问题，是条款草案D1 的主题，⁵³¹其中包括自愿和强迫驱逐。第 2 段中提及有关航空旅行的规则只是指示性的。

217. 第二份增编讨论的第二个主题是对驱逐决定提出申诉的权利问题，该问题在第一份增编(A/CN.4/625/Add.1)中已简要提及，涉及条款草案 C1 中对驱逐决定提出异议的权利。因为没有就这一主题提出新的条款草案，因此审议了国际和国内法中关于申诉权的依据；审查申诉的时限；申诉的暂缓效力；以及对司法驱逐决定提出申诉的途径。

218. 第二份增编讨论的下一项议题是驱逐国与过境国和目的地国之间的关系，它们之间的关系遵循两项原则：一国接收或拒绝接收被驱逐外国人的自由，这一自由受到任何人返回本国权利的限制；以及被驱逐者选择目的地国的自由，这项自由同样受到限制。还提到了“安全国”的概念，但这一概念仍在演变，目前仅存在于欧洲实践中。条款草案E1 涉及明确被驱逐的外国人的目的地国。⁵³²

⁵³¹ 条款草案 D1 原文如下：

向目的地国遣返成为驱逐对象的外国人

1. 驱逐国须鼓励成为驱逐对象的外国人自愿遵守驱逐决定。
2. 在强制执行驱逐决定的情况下，驱逐国须采取必要措施，按照国际法规则，特别是与航空旅行有关的规则，尽可能确保成为驱逐对象的外国人被妥善送往目的地国。
3. 在任何情况下，驱逐国都须给予成为驱逐对象的外国人适当的离境期限，除非有理由认为当事外国人可能在此期间潜逃。

⁵³² 条款 E1 原文如下：

被驱逐外国人的目的地国

1. 成为驱逐对象的外国人须被驱逐至其国籍国。
2. 若无法确定国籍国，或成为驱逐对象的外国人在国籍国面临酷刑或不人道和有辱人格待遇的风险，则须将其驱逐至居住国、护照签发国、登船或登机国、或者依照条约承诺或应驱逐国请求或酌情应当事人请求，表示同意接收的任何其他国家。
3. 不得将外国人驱逐至未同意接纳或拒绝接纳其入境的国家，除非该国是外国人的国籍国。

219. 特别报告员在会议上介绍了对条款草案F1⁵³³ 的修订版本，⁵³⁴ 涉及过境国保护成为驱逐对象的外国人的人权。该条款更多地反映了一种逻辑性而非既定惯例，该条确切指出，适用于驱逐国的保护成为驱逐对象的外国人权利的规则，比照适用于过境国。特别报告员认为，在驱逐外国人专题下制订有关过境的法律框架超越了本专题的范围。

220. 第二份增编审查的下一主题是从被驱逐外国人权利的角度看待驱逐的法律后果(一方面是保护被驱逐外国人的财产权和其他同样性质的利益，另一方面是在非法驱逐情况下的返回权)，以及驱逐国的责任。

221. 条款草案G1⁵³⁵ 的主题——保护成为驱逐对象的外国人的财产，在国际法中已牢固确立。其中第1段明确禁止以没收财产为目的驱逐外国人，第2段涉及保护、自由处置和妥善归还财产。特别报告员认为，必须根据战时法审查武装冲突期间被驱逐外国人财产的去向，而战时法不属于本专题的范围。

222. 关于非法驱逐情况下的返回权，因为各国的惯例大相径庭，因此无法将这一权利视为习惯法规则的产物。然而，认定被驱逐外国人即使是以驱逐国主管当局认为的错误事实或不当理由遭受驱逐，也不能在法院裁定撤消这一有争议决定后拥有返回驱逐国的权利，这也是不符合逻辑的。因此，特别报告员在条款草案H1⁵³⁶ 中建议委员会明确规定返回权，使之成为国际法逐步发展的一个组成部分。

⁵³³ 条款草案 F1 的最初版本如下：

在过境国保护成为驱逐对象的外国人的人权

对驱逐国适用的保护成为驱逐对象的外国人权利的规则，也适用于过境国。

⁵³⁴ F1 的修订版本如下：

在过境国保护成为驱逐对象的外国人的人权

适用于驱逐国的保护成为驱逐对象的外国人权利的规则，比照适用于过境国。

⁵³⁵ 条款草案 G1 原文如下：

保护成为驱逐对象的外国人的财产

1. 禁止以没收财产为目的驱逐外国人。
2. 驱逐国须保护成为驱逐对象的外国人的财产，[尽可能地]允许外国人甚至从外国自由处置财产，并应外国人或其继承人或受益人的请求予以归还。

⁵³⁶ 条款草案 H1 原文如下：

返回驱逐国的权利

以不当理由或者在违反法律或国际法的情况下遭受驱逐的外国人，有权在驱逐决定撤消后返回驱逐国，但返回对公共秩序或公共安全构成威胁的情况除外。

223. 第二份增编的最后一部分审议了驱逐国对非法驱逐承担责任的问题。条款草案I1⁵³⁷ 规定了这一责任的相关原则，条款草案J1⁵³⁸ 提出通过外交保护机制履行这一责任，这两项条款仅仅针对那些法律机构。对条款草案I1 的评注可能提及这一概念的渊源，即美洲人权法院承认生活计划被扰乱导致的特别损害。⁵³⁹

224. 特别报告员还请委员会对经修订的题为“与引渡相关的驱逐”的条款草案 8 表明立场，特别报告员在第 62 届会议上介绍了这一条款草案，旨在纳入一些委员在对第六次报告第一份增编的辩论中所作的评论。⁵⁴⁰

225. 第七次报告(A/CN.4/642)概述了与这一主题相关的最新动态，并载有经过调整的条款草案摘要。

226. 第七次报告中提及的国家动态包括以下内容：瑞士国民和各州于 2010 年 11 月 28 日通过的题为“驱逐外国罪犯”的国民倡议，要求对因某些罪行被定罪或通过欺诈手段取得社会保障或社会救助的外国人自动予以驱逐；法国关于移民、归化和国籍问题的法律草案，这一条法律草案设想对归化不足 10 年、造成公务员死亡的公民剥夺法国国籍，随后可能将其驱逐，该法律草案于 2011 年 2 月 3 日被参议院否决。

227. 第七次报告随后审查了国际法院对艾哈迈杜·萨迪奥·迪亚洛案件的判决，⁵⁴¹ 其中讨论了 7 个与驱逐相关的要点：与法律相符；让被羁押的成为驱逐对象的外国人知晓被捕的原因的义务；向外国人告知其被驱逐的理由的义务；禁止虐待成为驱逐对象的外国人；毫不拖延地知会原籍国领事机关该国国民被拘留、成为驱逐对象的情况；尊重成为驱逐对象的外国人的财产权的义务；驱逐国承认其责任，并提供补偿。报告强调了法院的立场以及与特别报告员报告中讨论的一些动态之间的相似性。

⁵³⁷ 条款草案 I1 原文如下：

国家在非法驱逐情况下的责任

非法驱逐的法律后果由国家国际不法行为的总体责任制度作出规定。

⁵³⁸ 条款草案 J1 原文如下：

外交保护

被驱逐外国人的国籍国可以对该外国人行使外交保护。

⁵³⁹ 见第二份增编中引用的判决(A/CN.4/625/Add.2, 第 195 段)。

⁵⁴⁰ 委员会第 62 届会议工作报告(A/65/10)脚注 1268 抄录了经修订的条款草案 8, 原文如下：

与引渡相关的驱逐

只有当按照国际法[或本条款草案的规定]，驱逐条件均符合时，才可将一人驱逐到要求引渡国，或驱逐到特别希望该人被引渡到要求引渡国的一国。

⁵⁴¹ 艾哈迈杜·萨迪奥·迪亚洛(几内亚共和国诉刚果民主共和国)，2010 年 11 月 30 日的判决。

228. 第七次报告纳入经过调整的条款草案摘要的目的是为了确保更明确的说明和连贯性。

2. 辩论摘要

(a) 一般意见

229. 一些委员强调这一专题的复杂性和敏感性以及国家惯例的多样性。一种意见认为，必须考虑到，委员会选择的专题不为一些国家所信服。有人对委员会能否达成所有国家普遍接受的结果表示了一定的怀疑；一名委员建议委员会在开始二读之前对这一专题重新进行评估。还有人怀疑这些条款草案能否对国家惯例产生真正的影响。然而，另一种意见认为，在处理这一专题方面取得的进展明显表明，应适时向大会提交在一读时通过的一套条款草案，这样做可能足以实现普遍接受的平衡。

230. 特别报告员仔细、系统地采用世界各地过去和近期资料来源的努力受到赞赏，但也有人对提出的条款草案的地位表示质疑。一种意见认为，一些条款草案很难被视为对法律的编纂或可取的逐步发展；在这方面，委员会应明确表示是否打算承认现有法律还是向各国提出新规则建议。更笼统而言，委员们强调，承认习惯规范必须考虑国家惯例，尤其是当代惯例。

231. 一些委员认为，委员会应通过保护外国人的尊严和人权的规则，在国家驱逐外国人的权利和这一权利导致的限制之间实现平衡。根据这一观点，委员会应当仅仅制定一些有良好依据的基本标准和保障，为国家政策留出一些回旋余地。另一种意见认为，如果这一套条款草案超越了几乎得到普遍接受的一般国际法现行规则和公约条款，以解决一些敏感问题，如拘留等待驱逐的外国人的适当性、对驱逐决定提出上诉的可能性，以及国家之间合作的各个方面等，则委员会的工作将具有更大的现实意义。有委员指出，相关国家之间更好的合作，包括与外国人国籍国的合作，不仅可为驱逐程序提供便利，还能够限制拘留的时间。

232. 有一种意见认为，为了避免产生相互矛盾的法律制度，条款草案不应纳入某些其地位受特别规范约束的外国人种类，如难民。有人建议，为了实现逐步发展，委员会应汲取欧洲联盟的丰富经验。另一种意见认为，应谨慎对待欧洲联盟法等特别制度产生的惯例和先例。

233. 关于最后成果的形式，一些委员对制订可能随后被纳入一项公约的条款草案的做法表示怀疑；建议拟订准则或原则草案，说明最佳做法。另一些委员认为，鉴于这一专题的重要性，委员会应继续努力拟订条款草案。

(b) 对条款草案的评论

234. 一些委员支持关于向目的地国遣返成为驱逐对象的外国人的条款草案 D1，认为这一条在驱逐国的权利和对外国人的尊严和人权的尊重之间实现了恰当平衡。然而，有人对当某人被命令离开一国领土时使用“自愿离境”一词是否适当

表示怀疑。一些委员同意特别报告员的看法，即第 1 段和第 2 段属于编纂的范畴，而第 3 段构成逐步发展的一部分。而另一种意见认为，第 1 段和第 2 段仅仅基于最佳做法或区域惯例，因此对其是否属于编纂范畴表示质疑。

235. 一些委员认为，应对第 1 段进行修改，以防止其被视为鼓励对外国人施加不当压力；有人认为，“鼓励”一词缺乏法律的精确度，可能成为滥用的借口，因此建议明确说明驱逐国应采取必要措施，以促进、或使外国人的自愿离境成为可能。另一种意见认为最好保留特别报告员提议的措辞，因为“措施”一词无法包括可用于鼓励自愿离境的所有劝说手段。一种建议认为，评注应讨论交通费用问题，包括向无能力支付离境费用的外国人提供经济援助的可能性。另一种观点认为，第 1 段应重新措辞，以表明自愿离境仅代表一种选择，还没有足够的惯例要求驱逐国承担鼓励外国人自愿遵守驱逐决定的义务。

236. 关于第 2 段，一些委员提议删除“尽可能”这一表述，因为它可能造成在某些情况下无须遵守国际法的错误印象；此外，可根据所涉人员的行为，提及采取执行驱逐决定所需的强制措施的可能性。另一意见认为，在强制执行驱逐决定时，有必要审查使用限制人身自由的标准及其局限性。一些委员建议增加一项有关遵守被驱逐者尊严和人权的义务的说明；另一意见认为，在评注中提及这一义务已经足够，因为有关保护人权的规则构成具体条款草案的主题。一些委员赞同有关航空旅行规则的说明，而另一些委员认为最好删除这项说明并在评注中增加一条解释；有人指出，另一些运输方式也可用于驱逐目的，关于航空旅行的规则已纳入了有关国际法规则的说明。

237. 一些委员支持第 3 段，至少支持将其置于逐步发展的范畴内。但一些委员建议删除当驱逐国有理由认为当事外国人可能在离境期限内潜逃时可自由缩短离境期限的说法；这一自由的模糊性和主观性似乎削弱了第 3 段的内容。另一种意见认为，虽然第 3 段毫无疑问地反映了良好做法，但也许不应将其提升至法律规则的地位。

238. 就执行驱逐决定而言，还有人建议委员会不仅仅考虑等候驱逐出境的拘留时间，还应考虑拘留外国人这一概念本身，至少是在没有公共秩序或国家安全方面真实依据的情况下的这一概念。也许应考虑制订一项条款，限制在外国人非自愿遵守驱逐令情况下的拘留。

239. 虽然一些委员支持有关被驱逐外国人的目的地国的条款草案 E1，但另一些委员认为应根据国家惯例重新审议这一条款。还有人建议将第 2 段和第 3 段的顺序颠倒一下，因为第 1 段与第 3 段之间的联系更加紧密。

240. 就第 1 段而言，一些委员强烈认为国籍国应优先成为被驱逐外国人的目的地国，并强调人人有权返回本国的重要性。另一些委员认为，第 1 段的措辞限制性过强，因为即使可查明外国人的国籍国，但外国人可被驱逐至非国籍国的概念是可接受的。因此建议在前面增加一个段落，规定只要某国准备接纳成为驱逐对象的外国人，则成为驱逐对象的外国人有权被送往其选择的国家，除非驱逐国有

拒绝其选择的充分理由。还有人建议增加一条规则或准则，说明在确定国籍时的举证责任和某些程序保障。还提及无国籍人的情况，因为没有国籍国承担接收他们的义务。

241. 在第 2 段中列举目的地国的适当性受到质疑，有人建议这一清单不该有限制性。一些委员认为，应明确说明，除被驱逐者的国籍国以外，其他任何国家，诸如第 2 段中提及的居住国、护照签发国和登船或登机国，都没有任何接纳被驱逐者入境的义务。另一建议认为应重新拟订第 2 段，在选择目的地国方面优先考虑外国人的意愿。有人支持在条款草案中对“安全国”的概念作一说明，因为一些委员认为，应禁止将外国人驱逐至其可能面临酷刑或其他残忍、不人道或有辱人格的待遇的任何目的地国，而不仅限于其国籍国，这一点需要明确。而另一观点认为这一禁止规定是多余的，因为它是特定条款草案的主题，只要在评注中做出说明就足够了。还提出了另一个问题，即如果出现被驱逐的外国人在其国籍国面临基本权利受到侵犯的真实风险，而又没有其他国家同意接收该外国人的情况，该怎么办？

242. 关于第 3 段的案文，有人对区分“未同意”接纳和“拒绝”接纳其入境的国家的意义和实际用途提出疑问。

243. 一些委员支持**经修订的条款草案 F1**，该条草案目的是将保护成为驱逐对象的外国人的义务的扩展到过境国。然而有人建议对这一条款重新措辞，提及国际法中有关保护人权的规则，并明确说明过境国没有义务重复整个驱逐程序。另一些委员认为，条款草案 F1 的措辞缺乏明确性：一方面是因为可能造成过境国仅受适用于驱逐国的国际法规则约束的错误印象；另一方面则是因为这一条草案没有具体说明设想的义务适用于驱逐国、过境国还是同时适用于二者。一些委员赞同特别报告员的意见，即为被驱逐的外国人制定有关中转安排的法律框架超越了本专题的范围。

244. 一些委员支持有关保护成为驱逐对象的外国人的财产的**条款草案 G1**。有人建议提及保护外国人的财产权利。还有人建议扩大保护范围，纳入被驱逐国不正当地视为外国人的国民。就保护财产而言，有人提及区分在驱逐国领土内合法或非法居住的外国人的可能性。此外，有人建议对经过法院公正审讯认定某些财产是非法取得的案件做例外处理。

245. 虽然有些委员认为第 1 段关于禁止以没收财产为目的驱逐外国人的内容可移至条款草案中关于禁止驱逐案件的章节，但另一些委员认为最好在条款草案 G1 中处理这方面的内容，即使这意味着将第 2 段调整到第 1 段的位置。有一种意见员认为，第 1 段是“拟议法”。而另一种意见认为，由于很难客观地评估驱逐国的真正意图，所以也许应去除第 1 段。

246. 一种意见建议删除第 2 段中“尽可能地”的表述，因为该表述可能过分地削弱保护；也许更好的做法是视必要情况，对被驱逐外国人的财产权规定一些限制。讨论须审查提及归还财产的义务的范围，以便确定该范围指的是对某非法行

为予以补偿的归还方式，还是更加具体地特指归还被没收的财产。一名委员认为，第 2 段中规定的归还义务与任何国家拥有在满足某些条件，尤其是在支付赔偿的情况下没收外国人财产的权利相矛盾。有人提请注意，在外国人的财产遗失或损坏的情况下，除归还以外还可能存在其他的赔偿形式。

247. 一种评论认为，**条款草案 H1** 中规定的在被非法驱逐的情况下返回驱逐国的权利源自国家对错误行为负责的原则；另一种意见认为，声明这一权利属于逐步发展的范畴。一些委员认为，“重新接纳权”的表述更为恰当，因为“返回”一词似乎更适用于某人被本国驱逐的情况。有人建议明确说明返回权意味着驱逐国有义务给予一名外国人与被驱逐前相同的、符合《移民法》的地位。还有人指出，返回权并不意味着承认取得在一国停留或居住的权利。

248. 一些委员认为，**条款草案 H1** 在被非法驱逐的外国人返回驱逐国的权利和驱逐国维护公共秩序和国家安全的合理利益之间达成了平衡。但有人指出，“不当理由”这一说法并非真正的法律术语，应明确声明相关理由到底归咎于事实或法律错误还是毫无根据。

249. 另一些委员认为，**条款草案 H1** 的案文过于宽泛，因此建议将该条款的范围限制在因实质性理由而非程序性错误导致宣布驱逐决定无效的情况。一些委员还认为，只有当驱逐的情况与国际法的实质性规则相悖时才可承认返回的权利。有人最后表示，在被非法驱逐的情况下，只有合法居住在驱逐国领土内的外国人可享有返回的权利。

250. 关于国家在非法驱逐情况下的责任的**条款草案 I1** 得到了支持。大家更赞成使用“unlawful expulsion”(非法驱逐)的表述，而不是“illegal expulsion”，以便与有关国家对国际不法行为承担责任的条款案文的措辞相对应。有人建议，应明确指出，一国只有在违反国际法规则的情况下才可能承担**条款草案 I1** 中规定的责任。有人指出，即使一项驱逐决定本身是合法的，但在执行该决定时可能因虐待外国人等行为引发驱逐国的责任。一种观点认为，应谨慎对待生活计划被扰乱导致的特别损害的概念。

251. 一些委员支持有关外交保护的**条款草案 J1**。但有人建议，应说明这一条款仅适用于违反国际法的非法驱逐情况。有人建议提及委员会在二读时通过的有关外交保护的权利的**条款草案**中第 8 条的规定，⁵⁴² 即一国有权对合法及惯常居住在其领土内的无国籍人或难民行使外交保护。另一种意见认为**条款草案 J1** 是没有必要的：在**条款草案 I1** 的评注中提及外交保护已经足够，主要是因为**条款草案 J1** 没有理会上述有关外交保护的**条款**中第 19 条建议行使外交保护的做法。此外，一些委员建议提出一条单独的**条款草案**，或在**条款草案 J1** 中加入一条“不

⁵⁴² 大会正式文件，第 61 届会议，补编第 10 号(A/61/10)，第 49 段。条款随后作为大会 2007 年 12 月 6 日第 62/67 号决议的附件。

歧视”条款，以说明有关保护人权的条约为被驱逐的外国人提供的个人投诉机制；有人建议，也可选择在评注中提出这一点。

252. 一些委员支持经修订的与引渡相关的驱逐的条款草案 8，但需对该条进行一些文字上的修正。另一些委员认为，应审查和明确该条的措辞。有人表示遗憾的是，提议的文本仅仅规定了遵守普通引渡条件的义务，即便是在该条包括的情况范围内，外国人还是有可能被送至某国服刑或接受审讯。因此必须确定额外的保障，如在要求引渡国获得公正审讯的保障。另一种观点认为，该规定不属于本条款草案的范畴，因为它更侧重于引渡而非驱逐。

(c) 对驱逐决定提出申诉的问题

253. 一些委员赞成特别报告员的意见，即没有必要针对对驱逐决定提出申诉的问题制订额外的条款草案，因为条款草案 C1 规定了对驱逐决定提出异议的权利，似乎已经足够。有一种意见认为，各国法律和惯例的显著差异以及条约之间的分歧使人怀疑是否存在有关对驱逐决定提出申诉的习惯规则。

254. 另一些委员认为，只要看似存在对驱逐决定提出申诉权的习惯依据，就应当针对这一主题制订专门的条款草案，即使不提及具体的法律补救，也应在评注中说明各国的不同惯例。有人认为，虽然国际法不承认司法救济权，但获得有效救济的权利可从国家惯例和人权保障中推演出来。还有人提议，委员会应建议各国也给予在其领土上非法居住的外国人对驱逐决定提出申诉的权利，进而超越《公民权利和政治权利国际公约》第十三条作出的规定。⁵⁴³ 还有人提及为阻止外国人享有申诉权而滥用公共秩序或国家安全相关理由的风险。最后，有人建议进一步考虑对有关驱逐决定的申诉和有关驱逐本身的申诉加以区分。

255. 一些委员赞同特别报告员的观点，即国际法中没有任何一般规则要求驱逐国提供对有关驱逐决定的具有暂缓效力的申诉权。有人指出，这样做可能削弱行使驱逐权的效力，因此有人建议委员会努力更好地界定“安全国”的概念，而不是就暂缓效力制定规则。还有人认为，如果承认暂缓效力，则可能因程序性延误导致某些法律方面不确定性的不利后果。

256. 另外一些委员认为，哪怕是作为逐步发展的一部分，委员会也应制订一项条款草案，规定对一项驱逐决定提出申诉的暂缓效力，前提是不与国家安全方面的充分理由相冲突。至少应根据《保护所有移徙工人及其家庭成员权利国际公约》第 22 条第 4 款，明确规定外国人有权要求暂缓执行驱逐决定。⁵⁴⁴ 一些委员指出，对驱逐决定缺乏暂缓效力的申诉可能无效，因为即使之前被迫离开驱逐国的外国人申诉成功，他们在返回驱逐国时也很可能遇到经济障碍。一种略有差

⁵⁴³ 联合国，《条约汇编》，第 999 卷，第 171 页。

⁵⁴⁴ 同上，第 2220 卷，第 3 页。

别的观点认为，委员会应找到一种解决办法，最大程度地兼顾驱逐国和被驱逐外国人各自的权利和利益。

257. 委员们承认，没有有关对驱逐决定提出申诉的暂缓效力作出宽泛规定的习惯规则，但有观点认为，委员会应将申诉的暂缓效力作为“拟议法”的组成部分，规定涉案个人可合理援引在目的地国遭受酷刑或虐待风险这一理由。针对这一提议，有人指出，不将个人送回其可能面临这类风险的国家的义务总归是存在的，而不论是否对驱逐决定提出申诉或申诉是否具有暂缓效力。

3. 特别报告员的总结

258. 特别报告员表示惊讶的是，即使到了现在，一些委员仍在质疑委员会即将开展的工作的性质，具体而言，就是质疑这一专题是否可以编纂和逐渐发展。因为驱逐外国人这一主题已经存在大量的国家惯例以及国际和区域条约及判例法，所以这些委员提出的质疑更令人惊讶。虽然确定最后产品的形式还为时尚早，但特别报告员明确倾向于制订一套条款草案，而不是草案准则或指导原则。

259. 特别报告员注意到对条款草案提出的修正建议，如有必要，起草委员会将对其中的一些建议进行处理。

260. 特别报告员仍然相信关于外交保护的条款草案J1 有其实际作用，正如国际法院近期对艾哈迈杜·萨迪奥·迪亚洛案件的判决⁵⁴⁵显示的那样，该条的范围现在已扩大，已纳入对人权的国际保护。当然，条款草案J1 不影响外国人为保护自己的人权诉诸国际机构的任何个人申诉机制。

261. 特别报告员也仍然相信就与引渡相关的驱逐制订一项条款草案的作用。这一条款并不妨碍引渡的主题，但可用于处理处于驱逐和引渡的界线之间的事务。

262. 特别报告员仍然相信，就对驱逐决定提出申诉的延缓效力而言，国家惯例还不够统一，因此即使是作为逐步发展，也无法确保达成有关这一事项的条款。既然如此，委员会有将其视为一个政策事项的自由。

263. 最后，针对合作制订一条专门的条款草案几乎没有必要，因为合作是平时国家间整体关系的基础。

⁵⁴⁵ 见以上脚注 541。

第九章

发生灾害时的人员保护

A. 导言

264. 委员会在其第五十九届会议(2007 年)上决定在其工作方案中列入“发生灾害时的人员保护”的专题，并任命爱德华·多巴伦西亚-奥斯皮纳先生为特别报告员。在同一会议上，委员会要求秘书处编写一份关于本专题的背景研究，最初只限于自然灾害。

265. 在第六十届会议(2008 年)上，委员会收到特别报告员的初步报告(A/CN.4/598)，跟踪发生灾害时对人员的保护的演变，确定关于这个专题的法律渊源，以及先前在该地区编纂和发展法律的努力。它也概括了一般范围的各个方面，以确定所涉及的主要法律问题和提出暂定的初步结论，但不妨碍本报告着眼于在委员会引起讨论的结果。委员会还收到了秘书处的一份备忘录，主要侧重自然灾害(A/CN.4/590 和 Add.1 至 3)，并概述适用于各种灾害预防和救济援助方面现有法律文书和案文，以及在发生灾害时对人员的保护。

266. 委员会认为，在其 2009 年的第六十一届会议上，特别报告员的第二次报告(A/CN.4/615 和 Corr.1)分析了专题的属物理由、属人理由和属时理由，和为了本专题的目的与“灾害”的定义有关的问题，以及审议了合作的基本职责。报告中载有草案第 1 条(范围)、第 2 条(灾害的定义)和第 3 条(合作的义务)。委员会还收到了联合国秘书处人道主义事务协调厅和红十字会及红新月会国际联合会就 2008 年向它们提出的问题所提交的书面答复。

267. 委员会于 2009 年 7 月 31 日第 3029 次会议上注意到起草委员会暂时通过的草案第 1 至第 5 条(A/CN.4/L.758)。

268. 在其第六十二届(2010 年)会议上，委员会在 2010 年 6 月 4 日举行的第 3057 次会议上通过条款草案第 1 至第 5 条。委员会又收到特别报告员的第三次报告(A/CN.4/629)，概述各国对委员会所开展之工作的意见，在其涉及需要保护的人方面审议了在发生灾害时对人员的保护的原则，并且审议了受灾国的责任问题。在报告中进一步提议了以下三个条款草案：草案第 6 条(应对灾害的人道主义原则)、第 7 条(人的尊严)和第 8 条(受灾国的首要责任)。

269. 在 2010 年 7 月 20 日举行的第 3067 次会议上，委员会注意到起草委员会暂时通过的条款草案第 6 条至第 9 条(A/CN.4/L.776)。

B. 本届会议审议此专题的情况

270. 在本届会议上，委员会收到了特别报告员的第四次报告(A/CN.4/643 和 Corr.1)，概述了各国对委员会迄今所进行的工作的意见，审议了受灾国在灾害超

过其国家应对能力时寻求援助的责任，受灾国不任意拒绝外部援助的义务以及国际社会表示提供援助的权利。在报告中另外提议了三条草案：草案第 10 条(受灾国寻求援助的责任)、第 11 条(受灾国不任意拒绝其同意的责任)和第 12 条(提供援助的权利)。

271. 委员会在 2011 年 7 月 11 日至 14 日和 7 月 18 日举行的第 3102 次会议至第 3105 次会议和第 3107 次会议上审议了第四次报告。

272. 在其 2011 年 7 月 18 日第 3107 次会议上，委员会将条款草案第 10 至第 12 条提交起草委员会。

273. 委员会通过了起草委员会关于条款草案第 6 至第 9 条的报告，委员会在 2011 年 7 月 11 日举行的上一届会议第 3102 次会议上予以审议。委员会还在 2011 年 8 月 24 日举行的第 3116 次会议上通过了起草委员会关于第 10 至第 11 条的报告(下文 C.1 节)。⁵⁴⁶

274. 在 2011 年 8 月 9 日的第 3122 次会议上，委员会通过了第 6 至第 11 条的评注(下文 C.2 节)。

1. 特别报告员介绍其第四次报告

275. 在介绍其第四次报告时，特别报告员想起他在其第三次报告(A/CN.4/629)中提议了关于受灾国同意的原则的一项规定(载于他的草案第 8 条第 2 款)。在其第四次报告中，他设法以这项草案为行动的基础。自从第一次报告以来，他所提议之保护的大致概念提倡确认保护和尊重领土主权原则以及不干涉受灾国内部事务原则之间关系所涉及的紧张情势。

276. 在草案第 9 条(受灾国确实保护其领土上人员的责任)通过之后，还必须考虑同一国家在灾难的严重程度超过其应对能力的限度时的义务，其中包括寻求协助的义务(草案第 10 条)。⁵⁴⁷ 同时，接受国际救灾援助取决于受灾国的同意，不能被任意拒绝(草案第 11 条)。⁵⁴⁸ 同意的规定中所隐含的主权原则和不干涉原则

⁵⁴⁶ 委员会由于缺乏时间未能完成对草案第 12 条的审议。

⁵⁴⁷ 第 10 条草案案文如下：

受影响国寻求援助的责任

若灾害超过国家应对能力，受影响国有责任酌情从第三国、联合国、其它主管的政府间组织和有关非政府组织寻求援助。

⁵⁴⁸ 第 11 条草案案文如下：

受影响国不任意拒绝其同意的责任

1. 若受影响国无法或不愿提供所需的援助，对外部援助的同意不应被任意拒绝。
2. 当有人依照本条款草案第 12 条提出援助的提议时，受影响的国家应毫不拖延地将其有关这一提议的决定通知所有有关方。

不要单独考虑，而要着眼于国家行使其主权的责任。这方面的义务可以从国家与国际社会的横向关系以及国家与在其管辖范围内遭受灾难的人员之间的纵向关系看出。

277. 鉴于草案第 10 条和第 11 条处理受灾国的职责，草案第 12 条⁵⁴⁹ 涉及第三方，包括国家、国际组织或非政府组织提供援助的权利。它有助于承认国际社会在发生灾害时保护人员的合法权益，Emer de Vattel早在 1758 年就已确定这一点。由于国际社会的这种利益要在受灾国保护灾民的主要责任的更广泛的范围内予以看待，提供援助是基于人道主义、中立、公正和不歧视原则表示声援(第 6 条草案)。因此，存在着受灾国的主要责任和非受灾国提供援助的权利之间的互补关系。诸如 2005 年的“兵库宣言”和本报告中所分析的其他文本中都赞同的这种全面方法，长久以来已经是国际法，包括国际人道主义法之演变的一部份。有人指出，国际社会在发生灾害时保护人员的利益，可以有效地通过国际组织和其他人道主义机构坚持草案第 6 条的原则，及时予以干预。此外，承认非政府组织之贡献的重要性及其提供援助的权利已经受到最近做法的证实。也有人再度指出，提供援助需要得到受灾国的同意。因此，提供协助在原则上不能要求受灾国接受意味着对其主权之限制的条件。草案第 12 条只是声明提供援助的事实本身不是不合法的，也不能将其解释为对受灾国内部事务的非法干预。

2. 关于草案第 12 条的辩论摘要

278. 按照委员会的惯例，本报告只记载第 12 条草案辩论摘要。本报告不包括第 10 和第 11 条的辩论摘要，因为这两条草案及其评注在本届会议上已经暂时通过。⁵⁵⁰ 第 10、11 和 12 条辩论情况详述见于相关的简要记录。⁵⁵¹ 这些简要记录会适时地登载于委员会网站上。⁵⁵²

279. 与会者表示支持第 12 条草案和不应该把提供援助视为干预受灾国内部事务的一般论点，应该受到的条件限制是：提供的援助不影响受灾国的主权及其对于指挥、控制、协调和监督此种救济和援助的主要作用(草案第 9 条第 2 款)。也有人与特别报告员一样认为，在国际社会提供援助是声援的实际体现。与此同时，有人建议，在条款中更加明确地界定受灾国可以拒绝援助的情况，并确保它有这样做的适当自由。因此，有人认为，提供援助的权利不应该适用于附加了受

⁵⁴⁹ 第 12 条草案的案文如下：

提供援助的权利

在应对灾害时，各国、联合国、其他主管的政府间组织和有关非政府组织应有权向受影响的国家提供援助。

⁵⁵⁰ 委员会暂时通过的这两条草案及其评注，见下文 C.2 节。

⁵⁵¹ A/CN.4/SR.3102-3105 和 3107。

⁵⁵² 见下文第十三章，第 403-405 段。

灾国不能接受之条件的援助。此外，提供援助必须符合条款草案的规定，尤其不应该以歧视的做法提供或交付。

280. 一些成员指出在提到提供协助的权利方面遇到困难，尤其当它指涉非政府组织的时候，因为这意味着，非政府组织享有与国家同等的权利。有人建议，条文只是表明，“第三行为者可提供援助”，从而提供一个授权，而不是一种权利。其他建议包括：更明确区分非受灾国和政府间组织和非政府组织提供的援助；以及提到“怀着严格的人道主义动机工作”的非政府组织。

281. 也有人认为，条文应避免引用合法“权利”，因为国际社会提供的援助通常是国际合作的一部分，而不是一个权利主张的延伸。有人回顾说，在许多情况下，仅仅表示声援同提供援助一样重要。有人还表示，联合国宪章第2条第7款限制了国际社会向受灾国提供援助的能力。一个相反的观点认为，对宪章中该条文的当代理解考虑到限制和例外，尤其是在保护人权方面。也有人指出，草案第12条不应被解释为意味着允许干涉受灾国的内部事务：它只是反映了向受灾国提供它可以拒绝之援助的一种权利(草案第11条)。

282. 另一种意见认为，草案第12条是多余的：一个国家向另一个面临一场灾难的国家提供援助的权利遵循国家主权的概念。在没有禁止的具体规则时，所有的人(包括自然人和法人)都有向受灾国提供援助的权利，如果保留这项规定，可重新措辞以反映同样的含义。

283. 另外一些看法认为，条文可以改写为国际社会提供援助的积极义务。其他成员则认为，确认第三国或组织给予援助的特定法律义务是过头了。有人指出，受灾国寻求国际援助的权利与第三国和组织考虑此种请求的责任互为补充，不一定有予以答应责任。有人建议，国际社会提供援助的权利可与委员会鼓励根据合作和国际团结的原则实际作出此种援助的提议相结合。

3. 特别报告员的总结

284. 特别报告员再度提到在拟订本专题条款草案过程中提出的、关于考虑现行做法的一些建议。他指出，从国际法逐渐发展的情况看来，国际法委员会章程的制定者也仔细考虑过涉及某一问题、但发展不足的法律所体现的“实践”。然而，辩论留下的印象是，当侧重谈论什么是“坏”、而不是“好”的实践的具体实例时，一些委员是在更广泛的意义上使用了“实践”一词的，几乎成了口语化的观念。他认为，更详尽描述国家和其他行为者在这方面的具体做法不会产生与本报告中所得出的不同的结论，他赞同一些委员所采取的立场：委员会应密切注意由国家和诸如红十字会与红新月会国际联合会的其他行为者所通过的文本，它们是在该领域具有重要经验者之实践的升华。他还记得，委员会在2008年欢迎各国提出关于这一专题的任何做法，包括国内立法实例。到目前为止，只收到来自三个国家的意见。

285. 也有人指出，除了极少数的多边(主要是区域性的)协议和为数稍多的双边互助条约以外，大部分可以称之为救灾法的可用材料都被制定为非约束性文书，

主要在政府间的层级上制定，也有由私营机构和实体通过的。救灾法的概念是一个新兴的概念，能否整合将在很大程度上取决于委员会正在进行的逐渐发展工作。在这样做时，委员会有责任充分考虑到确立当代救灾活动基本框架的第46/182号决议，以及国际法学会等机构所进行的私人编纂工作。

286. 特别报告员忆及他在辩论中表示的看法，他所提议的案文没有充分考虑到“保护责任”概念。在这方面，他记得自己在初步报告(A/CN.4/598)中所采取的立场是：“扩展保护责任概念的恰当性及其与目前专题的相关性都需要认真考虑。即使需要在发生灾害时保护和援助人员的情况下认可保护的责任，其影响仍将不清楚”。⁵⁵³ 随后秘书长单独地在他关于实施保护责任的2008年报告(A/63/677)中采取这一立场时指出，“直到会员国另外作出决定，保护责任只适用于四类规定的犯罪和侵权行为：灭绝种族罪、战争罪、种族清洗罪和危害人类罪。试图把它扩大到包括其他灾难，如艾滋病毒/艾滋病、气候变化或应对自然灾害，将削弱2005年的共识和使这一概念超越可辨认或可操作效用的范畴”。⁵⁵⁴ 委员会随后分别在第六十一届(2009年)会议⁵⁵⁵ 和在本届会议举行的辩论期间赞同这一立场。

287. 进一步提到在全体会议辩论期间提出的、须由起草委员会予以审议的若干修改建议。

C. 委员会到目前为止暂时通过的发生灾害时的人员保护条款草案案文

1. 条款草案案文

288. 委员会到目前为止暂时通过的条款草案案文载录如下。⁵⁵⁶

发生灾害时的人员保护

第1条 范围

本条款草案适用于发生灾害时的人员保护。

⁵⁵³ 载于第55段。

⁵⁵⁴ 载于第10(b)段。

⁵⁵⁵ 《大会正式记录，第六十四届会议》，补编第10号(A/64/10)，第164段。

⁵⁵⁶ 第1至第5条的评注参阅《大会正式记录，第六十五届会议》(A/65/10)，第331段。第6至第11条草案的评注，参阅下文C.2节。

第 2 条**宗旨**

本条款草案的宗旨是促进充分而有效地应对灾害以满足有关人员的基本需求，充分尊重其权利。

第 3 条**灾害的定义**

“灾害”是指造成广泛的生命损失、巨大的人类痛苦和危难、或大规模的物质或环境损害，从而严重扰乱社会运转的一个灾难性事件或一系列事件。

第 4 条**与国际人道主义法的关系**

本条款草案不适用于可适用国际人道主义法规则的情况。

第 5 条**合作的义务**

按照本条款草案，各国应酌情相互合作，并与联合国和其他主管的政府间组织、红十字会与红新月会国际联合会和红十字国际委员会，以及与有关的非政府组织合作。

第 6 条**应对灾害的人道主义原则**

应对灾害应根据人道、中立和公正的原则，在不歧视的基础上进行，同时应考虑到特别弱势者的需要。

第 7 条**人的尊严**

应对灾害时，国家、主管政府间国际组织和有关非政府组织应尊重和保护人的固有尊严。

第 8 条**人权**

灾民有权得到对其人权的尊重。

第 9 条**受灾国的作用**

1. 受灾国由于其主权，有责任在其领土上确保保护人员和提供抗灾救济和援助。
2. 受灾国在指挥、控制、协调和监督抗灾救济和援助方面应发挥主要作用。

第 10 条**受灾国寻求援助的责任**

如所遭受的灾害超过了国家的应对能力，受灾国有责任酌情从其他国家、联合国、其他主管的政府间组织和有关非政府组织寻求援助。

第 11 条**受灾国对外部援助的同意**

1. 提供外部援助需要征得受灾国的同意。
2. 受灾国不得任意拒绝外来援助。
3. 对按照本条款草案提出的援助提议，受灾国应在可能的情形下告知就该援助提议作出的决定。

2. **委员会第六十三届会议暂时通过的条款草案案文及其评注**

289. 委员会第六十三届会议暂时通过的条款草案案文及其评注载录如下。

第 6 条**应对灾害的人道主义原则**

应对灾害应根据人道、中立和公正的原则，在不歧视的基础上进行，同时应考虑到特别弱势者的需要。

评注

- (1) 草案第 6 条规定了与应对灾害相关的主要人道主义原则。本条草案标题中提及“人道主义”，已说明委员会认为这些原则是抗灾救济和援助工作背后的人道主义原则。因此委员会认为，不必确定这些原则是否也是国际法的一般原则，同时指出，这些原则不能用于排除国际法的其他相关原则。委员会选择将这些原则以一项条文草案的形式写入条款，是为了体现它们对于抗灾救济和援助的重要意义。

(2) 人道、中立和公正这几个核心原则通常被视为人道主义援助的根本原则。⁵⁵⁷ 这些原则也是抗灾救济工作中适用的法律的根本原则。例如，大会第 46/182 号决议指出，“必须按照人道、中立和公正的原则提供人道主义援助”。⁵⁵⁸

(3) 人道主义原则是国际法保护人员的基石。它是国际人道主义法和国际人权法的共同内容，对制定发生灾害时的人员保护方面的法律有所启示。国际人权法领域中，对该原则最明确的表达是 1949 年日内瓦四公约共同第三条中给予人道待遇的要求。⁵⁵⁹ 国际法院在科孚海峡案(案情)中确认，人道主义的基本考虑也是国际法律秩序中普遍认可的一般原则，“和平时比战时更艰巨”。⁵⁶⁰ 皮克泰在对红十字会原则的评注中指出，人道主义原则有三个要素：“防止和减轻痛苦、保护生命与健康以及确保对个人的尊重”。⁵⁶¹ 具体到救灾问题，《奥斯陆准则》及《莫洪克标准》确认，根据人道主义原则的要求，“哪里有人类痛苦，哪里就要有应对”。⁵⁶²

(4) 中立原则源于武装冲突的背景，但委员会决定，该原则对其他领域的法律同样适用。在人道主义援助问题上，中立原则有了更具体的含义，这在第 6 条草案中有所体现。根据该原则的要求，在人道主义援助问题上，提供援助应与任何特定政治、宗教、族裔或意识形态背景无关。《奥斯陆准则》及《莫洪克标准》都确认，“提供人道主义援助时不得加入敌对行动，或在政治、宗教或意识形态的争议中表示立场”。⁵⁶³ 这种中立原则表明了灾害应对的非政治性质，并确认，人道主义活动除应对当前灾害之外不应用于其他目的。该原则确保救灾工作中受灾人员的利益是受灾国及其他相关行为方的首要关切。要促进开展第 2 条草案所述的适当且有效的救灾行动，遵守中立原则至关重要。因此，可将中立原则视作实现人道主义理想的运行机制。

⁵⁵⁷ 见秘书处备忘录中的讨论部分，A/CN.4/590，第 11 段。

⁵⁵⁸ 1991 年 12 月 19 日大会第 46/182 号决议，附件，第 2 段。

⁵⁵⁹ 例如，见，《改善战地武装部队伤者病者境遇之日内瓦公约》，1949 年 8 月 12 日，联合国，《条约汇编》，第 75 卷，第 31 页，第三条第一款(注意：“不实际参加战事之人员，包括放下武器之武装部队人员及因病、伤、拘留、或其他原因而失去战斗力之人员在內，在一切情况下应予以人道待遇，不得基于种族、肤色、宗教或信仰、性别、出身或财力或其他类似标准而有所歧视”)。

⁵⁶⁰ 大不列颠及北爱尔兰联合王国诉阿尔巴尼亚(“科孚海峡案”)，1949 年 4 月 9 日的判决，《1949 年国际法院案例汇编》，第 22 页。

⁵⁶¹ 让·皮克泰，《1965 年在维也纳召开的第二十次国际红十字会议通过的红十字会基本原则：评注》(日内瓦，亨利·杜南学院，1979 年)，第 21 至 27 页；另可查阅 www.icrc.org。

⁵⁶² 在救灾中使用外国军事和民防资源的准则——《奥斯陆准则》，2007 年 11 月 1 日修订版，第 20 段；J.M. Ebersole，《在复杂紧急情况下的 humanitarian 援助莫洪克标准》，《人权季刊》第 17 卷第 1 期(1995 年 2 月)，第 196 页。

⁵⁶³ 同上。

(5) 公正原则包含三项原则：不歧视、相称性和公正性本身。鉴于下述原因，委员会阐述不歧视原则时，不仅将其作为第 6 条草案的内容，也作为应对灾害工作中的一个独立原则。不歧视的目标是令人与人之间的歧视失去客观理由，这样受灾人员的需求就成了提供援助所遵循的唯一标准。相称性原则规定，应对灾害的行动应与受灾范围及受灾人员的需求相称。该原则也是一个分配机制，使得最迫切的需求能够在实际提供援助时得到关注。公正性本身体现的原则是，应对灾害时不应在人与人之间进行主观区分。《日内瓦四公约第一附加议定书》评注将公正性描述为“响应号召为遭受苦难者的利益而行动的个人或机构必须具备的道德素质”。⁵⁶⁴ 例如，《国际人道主义援助行动导则草案》规定，“必须在公正的基础上提供人道主义援助，不对任何迫切需要援助的人员加以不利区别”。⁵⁶⁵ 总的来说，按照公正性原则的要求，救灾应以充分尊重并满足受灾人员的需求为目标，并且将特别弱势群体的需求作为优先事项。

(6) 不歧视原则反映了人人生而平等以及不可对人加以不利的区别。受禁止的歧视理由难以穷尽，族裔出身、性别、国籍、政见、种族和宗教都包括在其中。⁵⁶⁶ 委员会决定，鉴于不歧视对本议题的重要性，应将其作为一个独立的原则。国际法研究所关于人道主义援助的 2003 年决议也采取了这一做法，该决议规定，人道主义援助的提供和分配应“不带有任何出于受禁止的理由的歧视”。⁵⁶⁷ 《国内便利和管理国际救灾和初期恢复援助工作导则》(“红十字与红新月联会导则”)也规定，为受灾人员提供援助时不应带有“任何不利区别(例如在国籍、种族、族裔、宗教信仰、阶层、残疾与否、年龄、政见等方面)”。⁵⁶⁸

(7) 委员会指出，不应认为不歧视原则排斥酌情“积极歧视”的做法。第 6 条草案中的“同时考虑到特别弱势者的需要”即体现了这一立场。委员会认为“弱势者”一词涵盖了群体和个人。因此，委员会选择“弱势者”这一中性表达，既可指“群体”也可指“个人”。委员会使用限定词“特别”是因为考虑到受灾人

⁵⁶⁴ 见 Claude Pilloud 等人，“对 1949 年 8 月 12 日〈日内瓦公约〉的 1977 年 6 月 8 日附加议定书的评论”(日内瓦、红十字国际委员会，1987 年)，第 2800 至 2801 段(引用 1965 年在维也纳召开的第二十次国际红十字会议第九号决议通过的“红十字会基本原则”)，以及皮克泰，“1965 年在维也纳召开的第二十次国际红十字会议通过的红十字会基本原则：评注”(见脚注 561)，第 33 至 51 页。

⁵⁶⁵ Peter MacAlister-Smith, *Draft international guidelines for humanitarian assistance operations* (Heidelberg, Germany: Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 1991), paragraph 6(a)。

⁵⁶⁶ 见 1949 年日内瓦四公约(见脚注 559)，共同第三条第一款；《世界人权宣言》，联合国大会 1948 年 12 月 10 日第 217(III)号决议，第二条；《公民权利和政治权利国际公约》，联合国，《条约汇编》，第 999 卷，第 171 页，第二条第 1 款；《经济、社会和文化权利国际公约》，联合国，《条约汇编》，第 993 卷，第 3 页，第二条第二款等。

⁵⁶⁷ 国际法学会 2003 年 9 月 2 日在比利时布鲁日举行的会议上通过的决议，第二条第 3 款。

⁵⁶⁸ 红十字会与红新月会国际联合会，《国内便利和管理国际救灾和初期恢复援助工作导则》(“红十字与红新月联会导则”)，2007 年，第 4 条第 2(b)款。

员本身就是弱势者这一事实。“特别弱势者”这一说法来自《红十字与红新月联合会导则》第 4 条第 3(a)款，其中提到“妇女和特别弱势者，包括儿童、流离失所者、老人、残疾人、艾滋病毒感染者及其他重病患者”⁵⁶⁹ 的特殊需求。国际法学会通过的关于人道主义援助的决议也使用了该限定词，其中提及了考虑“最弱势者”的需求这一要求。⁵⁷⁰

第 7 条 人的尊严

应对灾害时，国家、主管政府间国际组织和有关非政府组织应尊重和保护人的固有尊严。

评注

(1) 第 7 条草案论述的是应对灾害的背景下人的尊严这一原则。委员会认为，人的尊严是指导并支持国际人权法律的核心原则。在发生灾害时保护人员的问题上，人的尊严是一个指导原则，对任何提供救助的行动及应对灾害方面的法律的不不断发展都是如此。

(2) 人的尊严这一原则维系着国际人权文书，一直以来都将其解读为人权法律最根本的基础。《联合国宪章》的序言中再次肯定了“人格尊严和价值”，同时 1948 年《世界人权宣言》序言称，“对人类家庭所有成员的固有尊严[...]的承认，乃是世界自由、正义与和平的基础”。下列文书中都肯定了人的尊严这一原则：《公民权利和政治权利国际公约》、⁵⁷¹ 《经济、社会和文化权利国际公约》、⁵⁷² 《消除一切形式种族歧视国际公约》⁵⁷³、《消除对妇女一切形式歧视公约任择议定书》、⁵⁷⁴ 《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》⁵⁷⁵、《儿童权利公约》⁵⁷⁶。该原则在国际人权法领域处于中心地

⁵⁶⁹ 同上，第 4 条第 3(a)款。

⁵⁷⁰ 关于人道主义援助的《布鲁日决议》(见脚注 567)，第二条第 3 款。

⁵⁷¹ 联合国，《条约汇编》，第 999 卷，第 171 页，序言部分；第十条第 1 款。

⁵⁷² 同上，第 993 卷，第 3 页，序言部分；第十三条第 1 款。

⁵⁷³ 同上，第 660 卷，第 195 页，序言部分。

⁵⁷⁴ 同上，第 1249 卷，第 13 页，序言部分。

⁵⁷⁵ 同上，第 1465 卷，第 85 页，序言部分。

⁵⁷⁶ 同上，第 1577 卷，第 3 页，序言部分；第 23 条第 1 款；第 28 条第 2 款；第 37 条；第 39 条和第 40 条。

位，但不仅限于该领域。1949 年日内瓦四公约共同第三条第一(丙)款、⁵⁷⁷ 第一议定书第七十五和第八十五条⁵⁷⁸ 以及第二议定书第四条中承认了人的尊严。⁵⁷⁹

(3) 众多关于发生灾害时提供人道主义援助的国际文书也以人的尊严这一概念为核心。《红十字与红新月联合会导则》称，“援助方及其人员应[...]时刻尊重受灾人员的尊严”。⁵⁸⁰ 大会第 45/100 号决议称，“对自然灾害及类似紧急情况的受害者置之不理且未向其提供人道主义援助，构成威胁人的生命及侵犯人的尊严”。⁵⁸¹ 国际法学会也表示，未向受灾人员提供人道主义援助构成“侵犯人的尊严”。⁵⁸²

(4) 第 7 条草案开头的“应对灾害时”表明了该条适用的实际情况。一般认为该表述主要指应对和恢复阶段，但理解这一表述时应参照第 2 条草案评注第(5)段。⁵⁸³ 委员会选择“应对时”这一表述而非更通用的“在它们的应对中”，目的在于传达一层含义，即尊重和保护受灾人员的尊严在整个应对期间是一项持续的义务。委员会采用的该原则的确切表述为“人的固有尊严”，该表述来自《经济、社会和文化权利国际公约》序言及《公民权利和政治权利国际公约》第十条第 1 款。《儿童权利公约》、⁵⁸⁴ 《美洲人权公约》⁵⁸⁵ 等文书也采用了这一表述。

(5) “各国、主管政府间组织和有关非政府组织”指出了该条事关哪些行为方。委员会提及“各国”，从而肯定了受灾国和援助国双方在应对灾害的活动中的任务。整个表述符合以下认识：应对灾害领域的许多活动是由政府间组织、非

⁵⁷⁷ 1949 年日内瓦四公约(脚注 559)，共同第三条第(一)款(注意：禁止“损害个人尊严，特别如侮辱与降低身份的待遇”)。

⁵⁷⁸ 1949 年 8 月 12 日日内瓦四公约《关于保护国际性武装冲突受害者的附加议定书》(第一号议定书)，1977 年，第七十五条第二(二)款，(注意：禁止“对人身尊严的侵犯，特别是侮辱性和降低身份的待遇，强迫卖淫和任何形式的非礼侵犯”)；第八十五条第四(三)款(注意：当行为属故意并违反各公约和本议定书时，“以种族歧视为依据侵犯人身尊严的种族隔离和其他不人道和侮辱性办法”应视为严重破坏议定书的行为)。

⁵⁷⁹ 1949 年 8 月 12 日日内瓦四公约《关于保护非国际性武装冲突受害者的附加议定书》(第二号议定书)，1977 年，第四条第二(五)款(注意：禁止“对人身尊严的侵犯，特别是侮辱性和降低身份的待遇、强奸、强迫卖淫和任何形式的非礼侵犯”)。

⁵⁸⁰ 《红十字与红新月联合会导则》(见脚注 568)，第 4 条第 1 款。

⁵⁸¹ 1990 年 12 月 14 日大会第 45/100 号决议，序言部分。

⁵⁸² 关于人道主义援助的《布鲁日决议》(见脚注 567)第二条第 1 款。

⁵⁸³ 《大会正式记录，第六十五届会议，补编第 10 号》(A/65/10)，第 331 段。

⁵⁸⁴ 《儿童权利公约》(见脚注 576)，第 37 条(c)项(注意：“所有被剥夺自由的儿童应受到人道待遇，其人格固有尊严应受尊重”)。

⁵⁸⁵ 《美洲人权公约》，美洲国家组织，《条约集》第 36 号，联合国，《条约汇编》，第 1144 卷，第 123 页，第五条第二款(应注意之处之一：“所有被剥夺自由的人都应受到尊重人类固有的尊严的待遇”)。

政府组织及红十字与红新月联会这样的其他非国家机构执行。⁵⁸⁶ 委员会决定，现有表述保持了与第 5 条草案的一致，而“其他相关行为方”这一更通用的表述则不行。

(6) 委员会使用“尊重和保护”这一表述，与现代理论和国际人权法的判例相一致。若干与抗灾救济有关的文书采用了这一表述，如《奥斯陆准则》、⁵⁸⁷《马洪克标准》、⁵⁸⁸《关于境内流离失所问题的指导原则》、⁵⁸⁹《人道主义援助权利指导原则》。⁵⁹⁰ “尊重和保护”并用，意含避免损害人的固有尊严的消极义务，也含采取行动维护人的尊严的积极义务。例如，保护的义务要求各国通过法律，禁止第三方实施可能违反尊重人的尊严原则的活动。委员会认为，“保护”的义务应与条款中提及的各行为方所承担的法律义务相符。受灾国担负着指导、控制、协调和监督救灾及援助的主要任务，如第 9 条草案第 2 段中所述，因此保护人的尊严的义务主要应由受灾国承担。

第 8 条 人权

灾民有权得到对其人权的尊重。

评注

(1) 第 8 条草案想要体现的是，受灾人员广泛享有人权保护的權利。该条草案暗含之意是，相关行为方有相应的义务要保护这种权利。委员会认为，人权与第 7 条草案所体现的人的尊严的原则密切相关，本条紧接第 7 条，强化了这种关联。

(2) 笼统提及“人权”时，包括了有关国际协定所表述的及习惯国际法所反映的人权义务以及不具约束力的文本中载录的人权保护最佳做法。委员会决定不将本条局限于“有关国际协定中规定的”义务。委员会采用的措辞指的是人权义务这一广泛领域，并非要指定、增加或限定这些义务。

⁵⁸⁶ 见《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 28 段。

⁵⁸⁷ 《奥斯陆准则》(见脚注 562)，第 20 段(注意：“必须尊重和保护所有受害人的尊严和权利”)。

⁵⁸⁸ 《莫洪克标准》(见脚注 562)，第 196 页(注意：“必须尊重和保护所有受害人的尊严和权利”)。

⁵⁸⁹ E/CN.4/1998/53/Add.2，附件，原则 26(注意：“应尊重并保护参加人道主义援助的人员及其运输手段和物资”)。

⁵⁹⁰ 国际人道主义法研究所理事会 1993 年 4 月通过的《人道主义援助权利指导原则》，原则 10(注意：“可酌情通过‘人道主义走廊’提供人道主义援助，有关各方的主管当局应予以尊重和保护，必要时由联合国授权”)。

(3) 委员会认为，提及“人权”之处，国际人权法律规定的实质权利和限制两者都包括在内。本条尤其考虑到了受灾国享有的现有国际人权法律承认的克减权。

(4) 草案第 1 条评注第(2)段中已澄清，该条草案的属人范围包括各国、国际组织以及发生灾害时在抗灾救济和援助方面具有特定国际法律能力的其他机构。委员会承认，对于不同的行为方，保护受灾人员的人权这一义务的范围和内容差别很大。对委员会采用的中性措辞，应本着以下认识加以解读：受灾国、援助国及其他各援助行为方各自有不同的义务。

(5) 第 8 条开头提及“灾民”，再度确认了该条草案适用的情况，理解时应注意，这并不意味着未受灾害影响的人员就不享有这些权利。

第 9 条

受灾国的作用

1. 受灾国由于其主权，有责任在其领土上确保保护人员和提供抗灾救济和援助。
2. 受灾国在指挥、控制、协调和监督抗灾救济和援助方面应发挥主要作用。

评注

(1) 第 9 条草案针对的是受灾国在其领土上发生灾害时保护人员的情况。第 9 条草案第 1 款体现了受灾国遵照国际法保护人员及提供抗灾救济的义务。第 9 条草案第 2 款确认了受灾国在应对其境内的灾害时的主要作用。整个第 9 条草案的前提是主权及不干涉原则，这两个原则写入了《联合国宪章》，⁵⁹¹ 并得到了众多国际文书的承认。⁵⁹² 在抗灾救济问题上，大会第 46/182 号决议确认，“必须按照《联合国宪章》尊重各国的主权、领土完整和国家统一”。⁵⁹³

(2) 第 9 条草案第 1 款确认，受灾国有责任在其境内确保保护人员并提供抗灾救济和援助，这一责任源自其主权。关于一国的主权与相应的责任之间的联系这一理念，阿尔瓦雷斯法官在“科孚海峡案”的独立意见中有所表述：

⁵⁹¹ 《联合国宪章》，第二条第一款(“本组织系基于各会员国主权平等之原则”)；第二条第七款(“本宪章不得认为授权联合国干涉在本质上属于任何国家国内管辖之事件，且并不要求会员国将该项事件依本宪章提请解决；但此项原则不妨碍第七章内执行办法之适用”)。

⁵⁹² 例如，见《关于各国依照联合国宪章建立友好关系和合作的国际法原则宣言》，大会 1970 年 10 月 24 日第 2625(XXV)号决议附件(注意：“各国一律享有主权平等。它们均有平等权利与责任，并为国际社会之平等会员国”；使用武力剥夺各民族之民族特性构成侵犯其不可移让之权利及不干涉原则之行为；各国应依照主权平等及不干涉原则处理其在经济、社会、文化、技术及贸易方面之国际关系)。国际法院称，“在各个独立国家间，尊重领土主权是国际关系的一个重要基础”：科孚海峡案，(见脚注 560)，第 35 页。

⁵⁹³ 大会第 46/182 号决议(见脚注 558)，附件，第 3 段。

“一国在其境内排除所有其他国家或在与他国关系中所具有的一整套权利和属性。主权赋予国家权利，也使其承担义务。”⁵⁹⁴

对于这一概念，委员会考虑了几种措辞，如“在行使其主权时”及“在行使其主权和责任时”，最后采用了当前的文本。限定语“由于其主权”强调的是，受灾国受益于不干涉原则，是负有责任保护身处其境内人员的一方。委员会决定，“责任”一词比“职责”更为妥当。委员会认为，用“职责”一词可能导致混淆，因为“职责”是委员会其他工作领域中的专门术语。

(3) 草案第 9 条第 2 款进一步体现了国家在灾害应对中起着主要作用。这种地位源于国际法中主权和不干涉核心原则。由于上述原因，委员会决定采用“作用”一词而不用“职责”来表述受灾国的地位。采用“作用”一词受到了大会第 46/182 号决议的启发，该决议中称，受灾国“在其境内发起、组织、协调和执行人道主义援助方面起主要作用”。⁵⁹⁵ 采用“作用”一词而不用“职责”的另一考虑是在协调灾害应对活动方面给受灾国留出斟酌余地。含有国家有义务指挥或控制灾害应对活动之意的措辞可能反而会限制一些倾向于在灾害应对的协调中发挥较为有限的作用或资源有限的国家。

(4) 受灾国的主要作用还受到另一启发：国际法早已承认一国政府最能判断紧急情况的严重性并制定适当的应对政策。第 2 款中称，受灾国起着指挥、控制、协调和监督抗灾救济和援助的主要作用，这一点应与草案第 5 条所述的合作的责任一并解读。这样看来，草案第 9 条第 2 款肯定了受灾国在与第 5 条草案中提到的其他相关行为方的合作关系中起着主要作用。

(5) “指挥、控制、协调和监督”抗灾救济和援助的提法来自《为减灾救灾行动提供电信资源的坦佩雷公约》第 4 条第 8 款。⁵⁹⁶ 委员会认为，《坦佩雷公约》在抗灾救济和援助领域日益广被接受，其措辞较为现代。⁵⁹⁷ 这种表述体现了国家在以何种方式遵照国际法开展救灾行动方面拥有最终控制权。

⁵⁹⁴ 科孚海峡案，阿尔瓦雷斯法官的个别意见(见脚注 560)，第 43 页。另参阅仲裁官 Max Huber 在帕尔马斯岛仲裁案中表达的意见，1928 年 4 月 4 日裁决，《国际仲裁案例汇编》，第二卷，p.839:

“领土主权，正如已经说过的，涉及一国展示其活动的专属权。这一权利必要产生一项义务：有义务保护在该领土内其他国家的权利……”

⁵⁹⁵ 大会第 46/182 号决议(见脚注 558)，附件，第 4 段。

⁵⁹⁶ 《为减灾救灾行动提供电信资源的坦佩雷公约》，联合国，《条约汇编》，第 2296 卷，第 5 页(注意：“本公约的任何规定不应干涉缔约国根据本国法律拥有的指导、协调和监督依本公约在其领土上提供的电信援助的权力”)。

⁵⁹⁷ 例如见《东盟关于灾害管理和紧急反应的协定》，(2005 年 7 月 26 日)，《2005 年东南亚国家联盟文件汇编》，第 157 页，第 3 条第 2 款(注意：“请求或接受援助的缔约国应全面指导、控制、协调和监督其境内的援助”)；《核事故或辐射紧急情况援助公约》，联合国，《条约汇编》，第 1457 卷，第 133 页，第 3(a)条(注意：除另有协定，“请求援助国应在其境内负责援助的全盘指导、控制、协调和监督”)。

(6) 委员会采用了与《坦佩雷公约》有所不同的措辞，决定本条中在表述受灾国的主要作用时不提及“本国法律”。《坦佩雷公约》中，提及本国法律之处表明，妥善的合作应与受灾国的国内法保持一致。委员会决定在本条中不作提及，因为可能并非所有受灾国的国内法都规范或规定了国家在灾害应对情况下的主要作用。

第 10 条 受灾国寻求援助的责任

如所遭受的灾害超过了国家的应对能力，受灾国有责任酌情从其他国家、联合国、其他主管的政府间组织和有关非政府组织寻求援助。

评注

(1) 第 10 条草案涉及一场灾难超过国家应对能力的特殊情况。在这种情况下，受影响的国家有责任从其他国家、联合国、其他主管的政府间组织和有关非政府组织寻求援助。第 10 条草案中所阐述的义务是草案第 9 条和第 5 条的详细说明。第 9 条第 1 款规定，受灾国由于其主权，有责任在其领土上确实保护人员和提供抗灾救济及援助。该条款草案申明国家对在其境内的人员负有义务的首要立场。合作的责任也构成受灾国在一场灾难超过其国家应对能力时之责任的基础。第 5 条草案申明，在适宜进行此种合作的情形下，潜在的协助国和受灾国都有责任承担合作的义务。委员会认为，在并且只在灾难超过受灾国应对能力之程度的情形下，这种合作才是适当和需要的。在这种情况下，寻求援助是受灾国根据国际人权文书和习惯国际法履行主要职责的另外一个因素。委员会大多数委员赞同存在着第 10 条草案所载述的寻求援助的义务，但另一些委员表示反对。

(2) 本条草案强调，寻求援助的责任来源于超过受灾国国家应对能力之程度的情况。特别报告员在其第二次报告指出，并非所有的灾害都被视为达到压倒一个国家应对能力的程度。⁵⁹⁸ 因此，委员会认为，本条草案只适用于本条款第 3 条草案中所定义的特定灾害情况。

(3) 须指出的是，在委员会就第 10 条草案的措辞进行讨论期间，委员会一些委员反对受灾国有义务，或规定为有义务在发生灾难时寻求外部援助。这一反对意见是基于如下看法，即目前的国际法并没有对受灾国规定任何这样的有约束力的义务。赞同这一看法的委员还表示，第 10 条草案应以鼓励的语气来措辞，譬如说灾害超出本国应对能力时，受灾国“应当”寻求外部援助。

(4) 委员会通过了“如所遭受的灾害……”这一条件语，以澄清这么一点：受灾国的应对能力很少从概念上说是绝对地够或绝对地不够。受灾国的国家能力可能会在救灾行动的一个方面被超过，虽然该国仍然能够进行其他行动。作为一个

⁵⁹⁸ A/CN.4/615, 第 46 段。

整体，“在并且只在一场灾难超过国家应对能力的情况下”的短语涵盖了灾难可能超过受灾国应对能力的情况。这种灵活和积极的态度符合条款草案第 2 条中所表达的根本目的。这种着手方式有利于充分和有效地应对灾害，以满足有关人员的基本需求，充分尊重他们的权利。确认各国在这些情况下的责任反映了委员会对及时和有效提供救灾援助的关注。

(5) 委员会认为，在第 10 条草案中寻求协助的责任来源于受灾国根据国际人权文书和习惯国际法承担的义务。诉诸国际社会的支持可能是受灾国在认为自身的资源不足以满足保护需要时对个人履行一个国家的国际义务的必要元素。虽然这种情况在没有灾难时也可能发生，但灾难直接涉及若干人权，其中包括生命权、获得粮食的权利、保健和医疗服务的权利、供水的权利、获得适当的住房、服装和卫生的权利，以及不受歧视的权利。⁵⁹⁹ 委员会注意到，人权事务委员会认为，一个国家履行生命权的职责超越了仅仅予以尊重的范围、而延伸到包括保护和履行实质性权利之责任的程度。⁶⁰⁰ 根据“公民权利和政治权利国际公约”，生命权是不可克减的，即使是在“威胁到一个民族的生命的公共紧急状态”⁶⁰¹——人权事务委员会在其第 29 号一般性意见中已确认这种状态包括“自然灾害”。⁶⁰² 经济、社会及文化权利国际公约指出，依据获得粮食的权利：

“缔约国将采取适当的步骤以保证实现这一权利，承认为此基于自愿同意而实行国际合作的基本重要性。”⁶⁰³

经济、社会及文化权利委员会在第 12 号一般性意见中指出，如果一个缔约国认为，资源的限制使它不可能对需要的人提供食物：

“国家必须证明已尽力作出努力，作为一个优先事项，使用可供其处置的所有资源，去满足这些最低限度的义务。[...]因此，声称由于无法控制的原因无法履行其义务的国家必须承担举证责任，证明情况的确如此，并且它没有成功地寻求获得国际支持，以确保所需食物的供应和获得”。⁶⁰⁴

因此，委员会指出，一国采取的“适当措施”，包括在国内条件到了无法实现获得粮食的权利的情况下寻求国际援助。如果一国本身断言无法履行其义务，则应当采取这一步骤。

⁵⁹⁹ 参阅 A/CN.4/598, 第 26 段。

⁶⁰⁰ 参阅人权事务委员会，第 6 号一般性意见(生命权)，1982 年 4 月 30 日，第 5 段。

⁶⁰¹ 《公民权利和政治权利国际公约》，1966 年,(参阅脚注 566)，第 6 条第 1 款。

⁶⁰² 人权事务委员会，第 29 号一般性意见(紧急状态(第 4 条))，2001 年 7 月 24 日，第 5 段。

⁶⁰³ 《经济、社会、文化权利国际公约》，1966 年,(参阅脚注 566)，第 11 条。

⁶⁰⁴ 经济、社会、文化权利委员会，第 12 号一般性意见(充足食物权 (第 11 条))，1999 年，第 17 段。

(6) “非洲儿童权利和福利宪章”⁶⁰⁵ 和“残疾人权利公约”具体提到在发生灾害时对权利的保护。⁶⁰⁶ 根据“非洲儿童权利和福利宪章”第 23 条，各国应采取“一切适当措施”，以确保寻求或持有难民地位的儿童以及那些由于包括“自然灾害”在内的事件而在国内流离失所的人在享受本“宪章”和各国参与缔结的其他国际人权和人道主义文书所载述的权利方面能够“得到适当的保护和人道主义援助”。“残疾人权利公约”提到国家在发生灾害时对残疾人的义务：

“按照国际法，包括国际人道主义法和国际人权法规定的义务，缔约国应采取一切必要措施，在风险情况，包括发生武装冲突、人道主义突发事件和自然灾害的情况下，落实对残疾人的保护及其安全。”⁶⁰⁷

委员会认为，“一切必要措施”的短语可能包括当灾害超过受灾国应对能力的程度时可能来自国际社会的援助。这种做法符合国际法律体系中所适用的人性化的指导原则。国际法院在科孚海峡案(案情实质)中申明，基本的人道考虑被认为是国际法律秩序中一般的和公认的原则，“它在和平时期的要求甚至比战争时期还要严格”。⁶⁰⁸ 第 6 条草案确认人道原则在应对灾害中的核心地位。

(7) 委员会认为，在第 10 条草案的范围内，有责任“寻求”援助比有责任“请求”援助的措辞方式适当。委员会这一提法源自于国际法学会于 2003 年在布鲁日会议上通过的关于人道主义援助的决议中所列出的责任，其中指出：

“当受灾国无法向在其管辖或实际控制下的受害者提供足够的人道主义援助时，应当向主管的国际组织和/或第三国寻求援助。”⁶⁰⁹

同样，红十字会与红新月会国际联合会的国际救灾法认为：

“如果受灾国决定，灾情超过国家的应对能力，应寻求国际和/或地区的援助，以解决受影响人员的需要。”⁶¹⁰

此外，大会第 46/182 号决议所附的指导原则似乎也意味着受灾国在紧急情况下超过其应对能力的情形下有责任参与国际合作：

⁶⁰⁵ 《非洲儿童权利和福利宪章》，1990 年，非统组织文件。CAB/LEG/24.9/49 (1990)。

⁶⁰⁶ 《联合国残疾人权利公约》，大会 2006 年 12 月 13 日第 61/106 号决议。

⁶⁰⁷ 同上，第 11 条。

⁶⁰⁸ 科孚海峡案(参阅脚注 560) p.22 (请注意，“阿尔巴尼亚当局义不容辞的义务包括为了一般航行，通知在阿尔巴尼亚领海有一个雷区和警告接近的英国军舰注意雷区使它们暴露在迫在眉睫的危险之中。这些义务不是根据适用于战争时期的《1907 年第八号海牙公约》的规定，而是根据某些一般公认的原则，即：基本的人道考虑，在和平时比战争时期还要严格……”)。

⁶⁰⁹ 布鲁日人道主义停战决议(参阅脚注 567)，第 3 条，第 3 段。

⁶¹⁰ 红十字会和红新月会联合会《导则》(参阅脚注 568)，导则 3(2)。

“许多紧急情况的严重性和持续时间可能超出了许多受灾国的应对能力。因此，进行国际合作以处理紧急情况和加强受灾国的应对能力是非常重要的。这种合作应按照国际法和国内法提供。”⁶¹¹

(8) “请求”的另一种提法载于在救灾中使用外国军事和民防资产的准则(奥斯陆准则)，其中指出，“如果国际援助是必要的，应由受灾国在灾害开始发生为了最大限度地发挥救灾的效益而尽快提出要求或予以同意”。⁶¹² 委员会认为，“要求”给予援助意味着在第三国接受该项要求时受灾国同意予以接受。与此相反，委员会认为，有责任“寻求”援助意味着对国际援助的提供展开一个更广泛的协商。“寻求”一词涉及受灾国采取可能达成协议的主动行动的过程。因此，第 10 条草案责成受灾国在灾害超过其国家应对能力时积极寻求援助。

(9) 委员会认为，受灾国政府最能够判断灾情的严重性和国家应对能力的限制。委员会认为，受灾国必须真诚评估灾害的严重程度。根据联合国宪章建立友好关系和合作的原则声明阐述了诚信原则，⁶¹³ 其中规定，“各国有责任真诚履行按照联合国宪章”承担的义务、⁶¹⁴ “普遍公认的原则和国际法规则所规定的义务”⁶¹⁵ 以及“根据普遍公认的原则和国际法规则有效的国际协定下的义务”。⁶¹⁶ 对一个灾难的严重程度的真诚评估是受灾国由于其主权负责根据第 9 条第 1 款在其领土上确实保护人员和提供抗灾救济和援助的一个要素。

(10) 委员会通过的“酌情”这个短语强调受灾国从各国、联合国、主管的政府间组织和有关非政府组织中选择最适合其特定需要之援助的自由裁量权。这个词进一步反映，寻求协助的责任并不意味着，国家一方有责任从第 10 条中所列出的每一个来源寻求援助。因此，“酌情”这个短语强调了其实受灾国在指挥、控制、协调和监督救灾援助方面具有草案第 9 条第 2 款中所概述的主要作用。

(11) 不应该认为，在灾害超出国家应对能力之程度的情形下，寻求援助之责任的存在意味着，委员会并不鼓励受灾国在灾情较小的情况下寻求协助。委员会认为，在提供抗灾援助的各个阶段进行合作，对充分和有效应对灾害具有主要作用，并且是团结原则的实际体现。即使受灾国有能力、并且愿意提供必要的援助，国际行动者在许多情况下的合作与协助，将确保较为充分、迅速和广泛地应对灾害和加强保护受影响的人。

⁶¹¹ 大会第 46/182 号决议(参阅脚注 558)，附件，第 5 段。

⁶¹² 《奥斯陆准则》，(见脚注 562)，第 58 段。

⁶¹³ 大会第 2625 (XXV)号决议(参阅脚注 592)，附件。

⁶¹⁴ 同上。

⁶¹⁵ 同上。

⁶¹⁶ 同上。

第 11 条

受灾国对外部援助的同意

1. 提供外部援助需要征得受灾国的同意。
2. 受灾国不得任意拒绝外来援助。
3. 对按照本条款草案提出的援助提议，受灾国应在可能的情形下告知就该援助提议作出的决定。

评注

(1) 第 11 条草案涉及受灾国对提供外部援助的同意。作为一个整体，第 11 条草案为受灾国在救灾行动领域创建一个合格的同意制度。草案第 11 条第 1 款反映了国际救灾援助的实施需要受灾国同意的核心原则。第 2 款规定，对外部援助的同意不得被任意拒绝，而草案第 3 款正式责成受灾国在可能时告知其就已知援助提议作出的决定。

(2) 提供外部援助需要受灾国同意的原则是国际法的基础。因此，大会第 46/182 号决议所附载的指导原则第 3 段指出，“人道主义援助应获得受灾国的同意，并原则上根据受灾国的呼吁予以提供”。⁶¹⁷ 《坦佩雷公约》规定，没有提出请求的缔约国同意，不应该根据本公约提供电信援助”，⁶¹⁸ 而东盟的灾害管理协定则指出，“外部援助或援助的提议应只在受灾国提出请求或同意后予以提供”。⁶¹⁹ 承认国家对外部援助的同意符合草案第 9 条第 2 款的规定所确认的：受灾国对在其领土上指挥、控制、协调和监督抗灾救济和援助具有主要作用。

(3) 第 2 款中承认受灾国拒绝提议的权利并非是有限的，这一点反映了主权同时引起权利和义务的双重性质。这种做法体现在草案第 9 条第 1 款，其中申明受灾国“由于其主权，有责任在其领土上确实包含人员并提供抗灾救济和援助”。另一方面，委员会一些委员拒绝接受下述想法：主权的双重性必然意味着委员会应当支持第 11 条第 2 款所采取的处理办法。在这些委员看来，第 11 条第 2 款的措辞中应当避免使用强制性的“应”；这一款相反应当表示“不应当任意地拒不同意外部援助。”

(4) 委员会认为，受灾国在灾难发生时有责任在其领土上确实保护和协助那些人旨在维护灾民的生命和尊严，并保证这些人获得所需要的人道主义援助。这个责任是在受灾国领土内确保生命权的核心。⁶²⁰ 人权事务委员会解释《公民权利

⁶¹⁷ 大会第 46/182 号决议(参阅脚注 558)，附件，第 3 段。

⁶¹⁸ 《关于向减灾和救灾行动提供电信资源的坦佩雷公约》，1998(参阅上文脚注 596)，第 4 条第 5 款。

⁶¹⁹ 《东盟灾害管理和应急反应协定》，2005 年(参阅脚注 597)，第 3 条第 1 款。

⁶²⁰ 参阅《公民权利和政治权利国际公约》(参阅上文脚注 566)，第 6 条第 1 款。

和政治权利国际公约》第 6 条所载述的生命权，认为它包含国家采取积极措施以确保对这一权利之享受的义务。⁶²¹ 因此，拒绝提供援助的提议在一定条件下有可能构成对生命权的侵犯。大会重申第 43/131 和第 45/100 号决议，“遗弃自然灾害和类似紧急情况的受害者而不给予人道主义援助构成了威胁人类生命和侵犯人类尊严的罪行。”⁶²²

(5) 承认受灾国对同意的自由裁量权并非是有限的，这一点载于对国内流离失所问题的指导原则。⁶²³ 前人权委员会和大会以一致意见通过的决议欢迎这些指导原则，秘书长形容它们是使在国内流离失所者获得“保护的基本国际规范”，指出：⁶²⁴

“[对提供人道主义援助的同意]不得被任意拒绝，特别是当有关当局不能或不愿提供必要的人道主义援助的时候。”⁶²⁵

国际法学会处理过两次在人道主义援助方面的同意问题。其题为“保护人权和不干涉各国内部事务的原则”的 1989 年决议第 5 条第 2 款，在可靠的法文本中指出：

“Les États sur le territoire desquels de telles situations de détresse [où la population est gravement menacée dans sa vie ou sa santé] existent ne refuseront pas arbitrairement de pareilles offres de secours humanitaires (在其领土上出现这些紧急情况[人民的生命或健康受到严重威胁]的国家不得被任意拒绝此种人道主义救援)。”⁶²⁶

国际法学会在 2003 年重新审视这个问题，在其布鲁日决议中的如下标题下规定“受灾国不能任意拒绝善意的人道主义援助提议”：

“受灾国有义务不能任意和无理拒绝纯粹为了提供人道主义援助的善意提议或拒绝救援受害者。特别是，他们不得援助的提议，也不能拒绝救援，如果

⁶²¹ 人权事务委员会，第 6 号一般性意见(生命权) (参阅上文脚注 600)，第 5 段：“‘固有生命权’一语不能以狭隘的方式加以理解，保护这一权利要求各国采取积极措施。”

⁶²² 大会 1988 年 12 月 8 日第 43/131 号决议，第八序言段；第 45/100 号决议(参阅上文脚注 581)，第六序言段。

⁶²³ E/CN.4/1998/53/Add.2。

⁶²⁴ A/59/2005, para. 210。

⁶²⁵ E/CN.4/1998/53/Add.2, Principle 25, para. 2。

⁶²⁶ 国际法学会 1989 年 9 月 13 日在圣地亚哥·德·孔波斯特拉举行的会议上通过的决议，第 5 条第 2 段。在法文本中包括明确的强制性语言，而英文翻译上写着：“在其领土上存在这些紧急情况的国家不应该随意拒绝此种人道主义援助的提议。”说明文字“où la population est gravement menacée dans sa vie ou sa santé(人民的生命或卫生受到严重威胁)”摘自该决议第 5 条第 1 段。

这种拒绝可能危及受害者的基本人权，或将违反作为一种作战方法使平民陷于饥饿的禁令。”⁶²⁷

(6) “拒绝”一词意味着确定随意性的一个时间因素。受灾国拒绝援助和没有按照第 11 条第 3 款草案在一个合理的时间框架内作出决定可能被视为武断。这种观点反映在大会第 43/131 号决议⁶²⁸ 和第 45/100 号决议⁶²⁹，其中包括以下序言段：

“关注自然灾害和类似紧急情况的受害者在接受人道主义援助方面可能会遇到的困难，

深信，在提供人道主义援助，特别是食品、药品或保健方面，访问受害者是必不可少的，迅速救援可避免灾民人数增加的不幸景象。”

同样，《2000 年民防援助框架公约》除了其他原则以外反映：各缔约国承诺在发生灾难时提供援助方面，“受援国务必审查援助的提议或请求并在最短期间内提出答复”。⁶³⁰

(7) “任意”一词针对受灾国决定不予同意的基础。确定对同意的置之不理是否“任意”，必须在逐案的基础上予以确定，虽然作为一般规则，可以举出几个原则。首先，委员会认为，对外部援助不予同意不是任意，倘若一个国家在自身资源的基础上，能够提供、并且愿意提供充分和有效应对灾害的措施。其次，对一个外部来源的援助不予同意不是任意的，倘若受灾国已经接受了来自其他地方的适当和足够的援助。再次，不予以同意不是任意的，倘若有关提议不按照本条款草案提供。尤其是，草案第 6 条规定，人道主义援助必须根据人道、中立和公正的原则在不歧视的基础上进行。相反，援助的提议是按照条款草案提出的，并且没有任何其他的援助来源，将有很强的推理空间，认为不予同意的决定是任意作出的。

(8) 受灾国确定援助的最适当的形式的自由裁量权，是它根据草案第 9 条第 2 款指挥、控制、协调和监督抗灾和援助的主要作用的一个方面。这种自由裁量权必须根据受灾国的国际义务真诚地行使。⁶³¹ 尽管如此，委员会鼓励受灾国说明拒绝同意援助的原因。原因的提供对确定受灾国拒绝同意援助的决定之善意最为重要。原因的缺乏可能形成一个推论空间，而被认为不同意援助是任意作出的决定。

⁶²⁷ 布鲁日人道主义停战决议(上文脚注 567)，art. VIII, para. 1。

⁶²⁸ 大会第 43/131 号决议(参阅上文脚注 622)，第九和第十序言段。

⁶²⁹ 大会第 45/100 号决议(参阅上文脚注 581)，第八和第九序言段。

⁶³⁰ 《民防援助框架公约》，2000 年，联合国，《条约汇编》，vol. 2172, p. 213, art. 3, para. (e)。

⁶³¹ 参阅大会第 2625(XXV)号决议(脚注 592)，附件，第 1 段(尤其注意：“每一国家有义务诚意履行”“按照联合国宪章”承担的义务、“普遍承认的国际法原则和规则下的义务”和“根据普遍承认的国际法原则和规则缔结的有效国际协定所规定的义务”)。

(9) 在第 3 款中，委员会选择“告知其就已知提议作出的决定”的短语，使受灾国在确定如何以最好的方式应对提供援助的提议方面有最大的灵活性。人们认识到，对提供援助的每一个提议做出正式反应的刚性责任可能对处于在灾害情况下的受灾国造成太大的负担。委员会认为当前的短语，涵盖广泛的响应方式，包括由受灾国公布对所有援助提议作出决定的一般手段。此段同样适用于受灾国同意接受援助和不同意援助的情况。

(10) 委员会认为“只要有可能”的含义范围非常有限。这个短语提醒注意一国由于缺乏有效的政府或等于丧失工作能力的情况而无法形成同意观点的极端情况。委员会还认为，倘若受灾国没有本段所述特殊情况，就可使用它认为最合适的方式告知其所作的决定。

第十章

引渡或起诉的义务(*aut dedere aut judicare*)

A. 导言

290. 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。⁶³²

291. 委员会从第五十八届(2006 年)至第六十届(2008 年)会议，收到并审议了特别报告员的三次报告。⁶³³

292. 委员会第六十届(2008 年)会议决定在阿兰·佩莱先生的主持下建立一个关于本专题的工作组，其任务和成员由第六十一届会议决定。⁶³⁴ 委员会第六十一届(2009 年)会议设立了一个不限成员名额工作组，经过讨论，产生了关于对本专题进行审议的总框架，其目的是列出需要处理的问题。⁶³⁵ 在第六十二届(2010 年)会议上，重新组建了工作组。工作组因其主席缺席，由恩里克·坎迪奥蒂先生代理主席。⁶³⁶

B. 本届会议审议此专题的情况

293. 委员会在本届会议上收到了特别报告员的第四次报告(A/CN.4/648)。委员会在 2011 年 7 月 25 日至 27 日和 29 日的第 3111 次至第 3113 次和第 3115 次会议上审议了第四次报告。

⁶³² 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。委员会第五十六届(2004 年)会议以该年度委员会报告所附的建议为基础，将该专题列入委员会长期工作方案。(《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)。

⁶³³ A/CN.4/571(初次报告)，A/CN.4/585 和 Corr.1(第二次报告)；和 A/CN.4/603(第三次报告)。

⁶³⁴ 在 2008 年 7 月 31 日第 2988 次会议上(《大会正式记录，第六十三届会议，补编第 10 号》(A/63/10)，第 315 段)。

⁶³⁵ 工作组编写的拟议的总框架见同上，《第六十四届会议，补编第 10 号》(A/64/10)，第 204 段。

⁶³⁶ 在 2010 年 7 月 30 日第 3071 次会议上，委员会注意到由工作组临时主席提出的口头报告。(《大会正式记录，第六十五届会议，补编第 10 号》(A/65/10)，第 337 至 340 段)。

1. 特别报告员介绍其第四次报告

294. 第四次报告先回顾了本专题的背景及迄今为止的审议情况，包括大会第六十五届会议期间第六委员会的讨论情况，然后在前三次报告的基础上阐述了引渡或起诉的义务的来源问题，并将重点放在条约和习惯上。

295. 特别报告员按照 2010 年工作组的建议，围绕着打击有罪不罚现象方面的合作义务展开对这个专题的论述，并更具一般意义地指出，合作义务早已被确立为一项国际法原则，见之于许多国际文书。⁶³⁷ 国际刑法对合作义务表示了积极态度，例如 1998 年《国际刑事法院罗马规约》序言中申明，“对于整个国际社会关注的最严重犯罪，绝不能听之任之不予处罚，为有效惩治罪犯，必须通过国家一级采取措施并加强国际合作”，“决心使上述犯罪的罪犯不再逍遥法外，从而有助于预防这种犯罪”。

296. 打击整个国际社会关注的严重犯罪的行为人有罪不罚的现象是一项根本政策，可通过两种途径实现：其一是设立国际刑事法庭，另一是国家法院行使管辖权。特别报告员指出，一些国家以及法理已将打击有罪不罚现象方面的合作义务视为一项习惯规则。

297. 为了强调合作义务是理解引渡或起诉义务的基本出发点，特别报告员建议将前第 2 条(用语)⁶³⁸ 改为关于合作义务的新的第 2 条草案。⁶³⁹

⁶³⁷ 例如见：《联合国宪章》第一条第三项；《关于各国依联合国宪章建立友好关系和合作的国际法原则宣言》，1970 年 10 月 24 日大会第 2625(XXV)号决议，附件，第 1 段。

⁶³⁸ 《大会正式记录，第六十三届会议，补编第 10 号》(A/63/10)，第 318 段及相应的脚注。另见 A/CN.4/603，第 121 段。

⁶³⁹ 第 2 条草案案文如下：

合作义务

1. 按照本条款草案，各国应酌情在彼此之间合作并与主管国际法院和法庭合作，打击在国际关注的犯罪和罪行方面的有罪不罚现象。

2. 为此，各国应尽可能酌情并按照本条款草案，应用引渡或起诉(*aut dedere aut judicare*)原则。

298. 特别报告员阐述了引渡或起诉义务的不同来源，首先论述条约，并提请注意法理中存在的对此种条约所作的种种可能的分类和区分。⁶⁴⁰

299. 特别报告员回顾，他先前曾提出关于条约作为引渡或起诉义务来源之一的第 3 条草案⁶⁴¹。鉴于条约载列的与该义务相关的条款种类繁多且存在差异，特别报告员认为不妨提议在关于条约作为引渡或起诉义务来源之一的第 3 条草案中再增加一款。⁶⁴²

300. 特别报告员还分析了引渡或起诉义务作为习惯国际法一项规则的情况，指出它在一些法学家的法理著作中赢得了越来越多的支持，至少就某些罪行而言是如此，而一些代表团在特别是大会第六十四届会议(2009 年)第六委员会的辩论中也承认了这一点，但另一些代表团则要求委员会进一步研究此问题。特别报告员还提到一些国家在国际法院所作的书面和口头辩护，特别是在“与起诉或引渡义务有关的问题(比利时诉塞内加尔)”一案中。⁶⁴³

301. 特别报告员还依照某些评论者的建议，论述了强制法规范可否作为引渡或起诉义务来源之一的问题，并指出，之所以有此问题，是因为有一种论点是，若犯下某些受到禁止的行为，则构成对一般国际法强制性规范下的义务的严重违反，从而对所有国家产生了下列义务：国家须对在其领土上发现的犯下此种罪行

⁶⁴⁰ M. Cherif Bassiouni 和 Edward M. Wise, *Aut Dedere Aut Judicare: The Duty to Extradite or Prosecute in International Law* (“国际法中的引渡或起诉的义务”), (实质性/程序性); 大赦国际, *Universal Jurisdiction: The duty of States to enact and implement legislation* (“普遍管辖权: 国家颁布和执行立法的义务”)(2001 年 9 月, 伦敦), (按时间先后); 大赦国际, *International Law Commission: The obligation to extradite or prosecute (aut dedere aut judicare)* (“国际法委员会: 引渡或起诉的义务(aut dedere aut judicare)”)(2009 年 2 月, 伦敦), (按地域); Claire Mitchel, *Aut Dedere, Aut Judicare: The Extradite or Prosecute Clause in International Law*(国际法中的引渡或起诉的义务)(Geneva, The Graduate Institute of International and Development Studies, 2009)(多边条约/引渡条约); 以及与国际法委员会就本专题开展的工作可能相关的多边公约的调查, 秘书处编写(A/CN.4/630)(按时间先后和实质性标准: (a) 1929 年《取缔伪造货币国际公约》及沿用同一模式的其他公约; (b) 1949 年日内瓦四公约和 1977 年第一附加议定书; (c) 关于引渡的区域性公约; 以及(d)《关于制止非法劫持航空器的公约》(1970 年《海牙公约》)及沿用同一模式的其他公约。另见大赦国际, 普遍管辖权, UN General Assembly should support this essential international justice tool (“联合国大会应支持这个实现国际正义的必要工具”), (2010 年, 伦敦)(主要是关于普遍管辖权问题)。

⁶⁴¹ 《大会正式记录, 第六十三届会议, 补编第 10 号》(A/63/10), 第 319 段及相应的脚注。另见 A/CN.4/603, 第 123 段。

⁶⁴² 经修正后的第 3 条草案案文如下:

条约作为引渡或起诉义务的来源

1. 如果一项条约规定了引渡或起诉的义务, 则每一缔约国有义务引渡或起诉被指控的犯罪人。
2. 缔约国的国内法应按照确立引渡或起诉义务的条约和国际刑法的一般原则, 规定实施引渡或起诉的特定条件。

⁶⁴³ 国际法院, CR.2009/08 号文件, 2009 年 4 月 6 日(www.icj-cij.org/docket/files/144/15119.pdf), 第 23 至 25 页, 和(www.icj-cij.org/docket/files/144/15054.pdf)。

的人予以起诉或受理对之提起的民事诉讼。此外，国家也不得犯下整个国际社会关注的严重罪行，而且国与国之间签订的任何助长实施此类犯罪的国际协定自始即无效。

302. 特别报告员指出，毫无疑问，对国际刑法领域某些罪行的禁止规定已经具有强制法的地位(例如禁止酷刑)，但是对于这些强制性规范中衍生的引渡或起诉义务是否也具有强制法特点，法学界则意见分歧。

303. 特别报告员在评论与引渡或起诉义务相关的犯罪类别时指出，目前情况下很难证明存在引渡或起诉的一般性习惯义务，因此不如专注于确定哪些具体类别的犯罪由于属于整个国际社会关注的严重犯罪等原因而可能产生此种义务。他认为有必要区分普通刑事罪行——即各国国内法规定的犯罪——与一些被冠以不同名称的恶劣犯罪，如国际犯罪、国际关注的犯罪、严重违法行为、违反国际人道主义法的犯罪等。尤其是最后这类犯罪，一部分原因是这类犯罪具有国际性质或特别严重的性质。⁶⁴⁴ 这些犯罪包括：(a) 灭绝种族罪；(b) 危害人类罪；(c) 战争罪；和(d) 侵略罪。

304. 在阐述了所涉及的种种问题后，特别报告员提出了关于国际习惯作为引渡或起诉的义务的来源的第4条草案。⁶⁴⁵

305. 他在提出第4条草案时指出，该条第2款所列举的犯罪行为仍未最后确定，有待进一步审议和讨论。

2. 辩论摘要

(a) 一般性意见

306. 委员们赞扬特别报告员致力于分析那些对本专题有实质影响的问题，认为这很有助益。但是，委员们也认识到本专题所带来的困难，特别是它涉及到其他法律方面，包括检察官的酌处权问题、庇护问题、引渡法、国家官员的刑事管辖豁免、国际法的强制性规范和普遍管辖权，从而在前进方向和需达成的目标方面

⁶⁴⁴ 例如见《危害人类和平及安全治罪法草案》第9条和1998年《国际刑事法院罗马规约》第5条。

⁶⁴⁵ 第4条草案案文如下：

国际习惯作为引渡或起诉义务的来源

1. 如果引渡或起诉被指控犯罪人的义务来源于国际法的习惯性规范，则每个国家均负有该义务。
2. 该义务尤其可能来源于关于[严重违法国际人道主义法的行为、灭绝种族罪、危害人类罪和战争罪]的国际法习惯性规范。
3. 以国际条约或国际习惯形式存在的将第2款所列任何一种行为定为犯罪且受到国家间国际社会接受和认可的一般国际法强制性规范(强制法)应导致引渡或起诉义务。

引起了问题。因此，采用何种工作方法和总的方针，对充分弄清与本专题相关的问题至为重要。

307. 在此方面，有人提请注意引渡或起诉义务工作组在 2009 年和 2010 年开展的有益工作，认为工作组 2009 年拟议的委员会对本专题进行审议的总框架仍然有实际意义。虽然第四次报告有益地集中论述了条约和习惯作为义务来源的问题，而且对义务来源的探讨也确实一直是本专题的一个关键方面，但报告对有关问题的阐述不够全面，使委员会无法就本专题的前进方向作出有所根据的结论。具体而言，委员们对建议的条款草案及作为其依据的分析表达了关注。有人指出，特别报告员对待条约和习惯法这两个国际法主要来源的方法是分开处理，并且分别提出了条文，因此从概念上说是有问题；应当专注于引渡或起诉的义务本身以及条约和习惯如何体现了这一规则，而非条约或习惯作为义务的“来源”；没有必要为表明条约或习惯中有此一规则而单立一条条文草案。事实上，还有其他的来源也有助于说明这一义务的性质、范围和内容。

(b) 第 2 条草案：合作义务

308. 有些委员对整个条文草案的实际意义持怀疑态度，建议将其改写为激励性质的序言案文。对于合作为何作为一种单独成立的义务，有人不很清楚；目前的措辞有问题，无法得到赞同，应当在更清楚地阐明合作义务与本专题的关联之后重新审议；更具体地说，应当说明引渡或起诉的义务同国家之间彼此合作的义务到底有什么关系，而不是合作义务同打击有罪不罚现象有什么关系。

309. 然而，另一些委员强调，以某种方式反映打击有罪不罚现象方面的合作义务或某些人所谓的合作责任，是很重要的，并指出 2009 年的总框架和 2010 年的工作组都着重指出了这一方面。有人强调，合作义务在不同的国际法领域早已确立。要回答的关键问题是国际刑事合作框架内的合作义务指的是什么，还应评估打击有罪不罚现象的政治目标已在多大程度上转化为具体的法律义务。鉴于合作义务并非存在于真空之中，似乎有必要联系本专题为它提供一个框架，并赋予预防、起诉、司法援助和执法方面的内容。

310. 一些委员在评论这一条文草案时注意到第 1 款突出了“打击有罪不罚现象”，指出用语不明确，有些像序言部分的案文而非执行部分的明确法律案文。

311. 但也有人指出，打击有罪不罚现象这类有口号意味的用语是通俗易懂的，而使用简单语言的好处是能够让委员会的条款容易为人们所理解。

312. 还有一些委员认为，第 1 款的行文审慎，而限定语的使用设置了不必要的最低条件。

313. 还有人指出，不清楚为何要涉及国际法院和法庭，因为从第 1 款看来，本专题的核心方面似乎主要影响到国家之间的关系，包括国内法院。但有人也指出，第 1 款事实上可分为不同的部分，先是关于国与国之间的合作，然后是关于同国际法院和法庭的合作以及根据第一附加议定书第八十九条同联合国的合作。

314. 一些委员还认为，该款中“国际关注的犯罪和罪行”一语暧昧不明，没有为本专题应涵盖哪类罪行提供任何指导。鉴于“法无明文不为罪”这一原则，用语需要明确。

315. 关于第 2 款，有人指出，“尽可能酌情”一语可能有种种解读，从而对国与国之间关系产生不利影响。此外，整个含义模糊不清，在一定程度上似乎是指可单独成立的引渡或起诉义务，但又对这意味着什么着墨不多。然而，一些委员比较赞同目前这种更为笼统开放的措辞，认为对于旨在作出普遍适用的规定的草案来说，这样的措辞是适当的。

(c) 第 3 条草案：条约作为引渡或起诉义务的来源

316. 有人建议删除整个条文草案。其第 1 款被认为多余；看不出案文中反映的“有约必守”原则如何有助于阐明本专题的有关问题。

317. 一些委员认为，第 2 款目前虽不明确，但有进一步探讨的可能性。不清楚该款中说的“缔约国的国内法应……规定实施引渡或起诉的特定条件”究竟指的是哪个缔约国，而且这也为一国援引其国内法作为不履行国际义务的理由提供了可能性。此外，“国际刑法的一般原则”这一提法有点模糊。其实，这些原则必须列举出来以供遵行。例如，有人建议宜评估一下检察官的酌处权是否属于与本专题相关的国际刑法一般原则。还有人指出，条文草案应处理引渡条件(包括现有的限制)和起诉条件的有关问题，而处理方法要有所不同，因为它们是不同的法律概念。

318. 有人还指出，尽管特别报告员的报告提到了法理学中对条约所作的各种分类和对条约条款所作的各种区分，作为支持条文草案的论据，但未进一步分析或应用这些分类。例如，最好能够进一步探讨这些分类和区分是否可有助于了解不同条约中为引渡或起诉规定的限制、条件、要求和可能的例外，包括“双重犯罪”、“特定性”规则等引渡法方面以及与政治罪行例外和本国国民不引渡有关的问题。

319. 这些分类还可有助于说明许多载有引渡或起诉义务的条约体现了一条一般性法律原则或习惯规则，或说明其是否影响到针对某些“核心犯罪”履行这一义务。

(d) 第 4 条草案：国际习惯作为引渡或起诉义务的来源

320. 一些委员认为，这一条是成问题的，因为特别报告员本人的分析也不支持这一条，他自己都承认在目前情况下很难证明存在引渡或起诉的一般性习惯义务，而且草拟的案文有些试探性质。

321. 尽管目前的第 1 款案文看来无可反对，但它属于同义反复，对引渡或起诉义务的问题没有什么助益。

322. 同时有人却表示，这条草案阐述了本专题的一个中心问题。特别是，第 2 款连同第 3 款，有可能发展为一项重要规则，但目前的措辞是模糊、隐晦和无力的。有人强调，要处理的一个关键问题就是如何把本专题所涉及的“核心犯罪”同其他犯罪区别开来。有人鼓励特别报告员对国家实践和法律意见进行更详细的研究，并就整个国际社会关注的哪类严重犯罪产生引渡或起诉的义务提出坚定的见解。此一研究还可探讨下列问题：罗列出载有引渡或起诉义务的条约是否意味着各国接受存在一条习惯规则？还是意味各国认为它们是对习惯法的减损？在作此详细分析时，特别报告员无需等待国际法院就“引渡或起诉义务的有关问题”作出裁决。

323. 一些委员还回顾，特别是在制定 1996 年《危害人类和平及安全治罪法草案》的工作过程中，委员会曾经梳理过现在提出的一些问题。《治罪法草案》关于引渡或起诉义务的第 9 条草案规定，在其领土上发现据指控犯有灭绝种族罪行、危害人类罪行、危害联合国和有关人员罪行或战争罪行之个人的缔约国有义务引渡或起诉该个人。可遵循《治罪法草案》第 9 条草案的思路，作为逐渐发展进程的一环，重新拟订第 3 条和第 4 条草案。

324. 因此，有人建议需要审慎行事，在分析不同类别的犯罪时作出适当的区分，并在此方面指出，某些犯罪也许适用普遍管辖权而不一定适用引渡或起诉的义务。同样，严重违法行为适用引渡或起诉的义务，但并非所有战争罪都适用这一义务。

325. 首先，针对某些被确定的“核心犯罪”评估这一义务的习惯性质而不寻求更具一般性的义务，也许比较容易。还有人指出，国际法下的犯罪构成了整个国际社会关注的最严重犯罪。此外，本专题与普遍管辖权密不可分。事实上，本专题被人为地同更广泛的普遍管辖权问题割裂开来，而离开管辖就谈不上引渡或起诉的义务。关于《治罪法草案》，有人指出，国家法院就是根据普遍管辖权原则对其第 9 条草案行使管辖的。因此，不处理普遍管辖权及它所涉及的犯罪类别，就无法进一步开展有意义的工作。为此，有人建议特别报告员可在未来的报告中更充分地探讨引渡或起诉的义务与普遍管辖权的关系，以便评估这一关系是否对拟订中的关于本专题的条款草案有人和影响。此外，还建议扩大本专题的范围，将普遍管辖权也涵盖在内，其中应考虑到第六委员会针对本委员会本届会议的报告第三章中提出的问题所表达的意见。

326. 有人指出，第 3 款的含义不很清楚，会引起问题；该款的强制语气与特别报告员在其报告中透露出的怀疑语气不相称。例如，不清楚其目的是要将引渡或起诉的义务定为一种强制性规范，还是要将违反这类规范的犯罪纳入这一义务的适用范围。特别报告员完全有必要在其报告所作法理观点评述的基础上大力开展工作，广泛分析梳理该款所要涉及的问题，其中包括受到禁止的构成违反强制性规范的犯罪同因而在引渡或起诉的义务方面产生的程序性后果之间的尚未牢牢确立的联系。

(e) 未来的工作

327. 关于本专题未来的工作，有一种意见认为，本专题具有内在的困难。甚至有人提议，委员会应当毅然反思中止或终止审议本专题的可能性，正像委员会以前对其他专题曾做过的那样。然而，另一些委员指出，本专题仍可有所作为，值得委员会继续开展工作。此外，各国对本专题有兴趣，并渴望取得进展。还有人回顾，先前就曾讨论过这一点，结果拟订了 2009 年的总框架，表明本专题是大有可为的。还有委员提到，既然第六委员会正在处理一个相关项目，即普遍管辖权原则的范围和适用问题，这一专题不妨与引渡或起诉的义务专题合并起来。然而有委员会承认，第六委员会内部对于此事也存在着各种不同的意见。

3. 特别报告员的总结

328. 特别报告员感谢委员们所作的建设性和批评性的坦率评论，表示这只会激励他进一步探讨本专题引起的种种复杂问题。

329. 他同意，对于本专题，还需要深入分析约定性和习惯性的各项国际规范以及特别是近年来有了很大发展和变化的国家法规。关于拟议的条款草案，他注意到所作的有益评论和改进建议，并向委员会保证，未来的工作中一定会考虑到这些评论和建议。然而他申明，有一条关于合作义务的条文草案，是很重要的。他还强调了条约作为义务来源之一的重要性，并指出，广泛的国家实践或许表明存在着一条仍在发展中的习惯法规则。这样看来，倘若国家加入了众多国际条约而所有这些条约又都载有这样或那样的引渡或起诉义务，这就有力地表明国家愿意受引渡或起诉义务的约束，且表明这一义务正在形成习惯。

330. 特别报告员还充分承认并支持为本专题的目的更明确地列出“核心犯罪”的必要性，认为这样做比试图确定这一义务是否已作为一般性习惯规则而存在要更为实际可行。关于这一义务与强制法之间的关系，他指出，就算引渡或起诉的义务源自一般国际法的强制性规范，这一义务也不一定自动具有强制法规范的地位。显然需要在委员会未来的工作中进一步探讨这一义务与强制法规范之间的关系。

331. 关于可能扩大本专题的范围从而将普遍管辖权也涵盖在内这一点，特别报告员回顾说，他曾在初步报告中建议继续对本专题和普遍管辖权问题一道进行分析，但本委员会和第六委员会都不予赞同。但是他承认，随着普遍管辖权问题日益受到关注，未来也许难以避免联合审议。

332. 委员会的主流意见是无需中止对本专题的审议，他也赞同这一看法，并指出，一旦中止审议，就会使人们错误地觉得委员会认为本专题不适当或编纂为法典的时机还不成熟，乃至错以为还有其他不继续进行的理由。

第十一章

条约随时间演变

A. 引言

333. 委员会第六十届(2008 年)会议决定将“条约随时间演变”专题列入其工作方案，并决定在第六十一届会议上设立一个专题研究组。⁶⁴⁶ 委员会第六十一届(2009 年)会议设立了一个条约随时间演变问题研究组，由格奥尔格·诺尔特先生担任主席。在该届会议上，研究组的讨论侧重于确定要包括的问题、工作组的工作方法和委员会在该专题上的工作可能产生的成果。⁶⁴⁷ 在第六十二届会议上，研究组在格奥尔格·诺尔特先生主持下重新设立，并根据主席就国际法院和具有特别管辖权的仲裁法庭的相关判例编写的介绍性报告，开始了本专题与嗣后协定和惯例有关的各方面的工作。⁶⁴⁸

B. 本届会议审议此专题的情况

334. 在本届会议上，条约随时间演变问题研究组在格奥尔格·诺尔特先生主持下重新设立。

335. 在 2011 年 8 月 8 日第 3119 次会议上，委员会注意到条约随时间演变问题研究组主席的口头报告并核可研究组的建议，即委员会第六十二届(2010 年)会议工作报告第三章所载的请各国提供资料的要求再次写进委员会本届会议工作报告第三章。⁶⁴⁹

1. 研究组的讨论

336. 研究组于 2011 年 5 月 25 日、7 月 13、21、27 日以及 8 月 2 日举行了五次次会议。

337. 研究组首先进行了关于主席就国际法院和具有特别管辖权的仲裁法庭的相关判例编写的介绍性报告的剩余工作。所以，委员们讨论了介绍性报告中关于嗣后协定和惯例可能对条约作出的修改和嗣后协定和惯例与正式修正程序的关系的

⁶⁴⁶ 2008 年 8 月 8 日的第 2997 次会议《大会正式记录，第六十三届会议，补编第 10 号》(A/63/10)，第 353 段。关于本专题的内容，见同上，附件 A。大会 2008 年 12 月 11 日在第 63/123 号决议第 6 段中注意到了这项决定。

⁶⁴⁷ 见《大会正式记录，第六十四届会议，补编第 10 号》(A/64/10)，第 220 至 226 段。

⁶⁴⁸ 同上，《第六十五届会议，补编第 10 号》(A/65/10)，第 344 至 354 段。

⁶⁴⁹ 见下文第 343 段。

章节。与处理介绍性报告的其他部分时的做法一样，而且经主席的提议，研究组认为在目前阶段不应就介绍性报告所涉及的事项得出任何结论。

338. 主席指出，新提交了下列文件供研究组审议：主席关于“特殊制度下与嗣后协定和惯例有关的判例”的第二次报告；村濑先生撰写的论文，题目是“‘演进性’解释的病理学：《关贸总协定》第二十条在贸易和环境方面的适用”；彼得里奇先生撰写的涉及一特定边界条约的嗣后协定和惯例的论文。研究组针对主席第二次报告里所讨论的相关问题而讨论了村濑先生的论文，并决定推迟对彼得里奇先生论文的讨论，直到研究组讨论与司法或准司法程序无关的嗣后协定和惯例问题时再讨论。

339. 主席的第二次报告论述了各种制度下的判例，例如某些国际经济制度(世界贸易组织、伊朗—美国索赔法庭、国际投资争端解决中心法庭、北美自由贸易区法庭)、国际人权制度(欧洲人权法院、美洲人权法院、《公民权利和政治权利国际公约》下属人权事务委员会)以及其他制度(海洋法国际法庭、国际刑事法院、前南斯拉夫和卢旺达国际刑事法庭、欧洲联盟法院)下的判例。报告说明了为何论及这些制度而不论及其他制度。

340. 研究组根据第二次报告所载的二十条“一般结论”，对报告进行了审议。讨论涉及了下列方面：特别制度中的裁决机构对关于条约解释的一般规则的依赖；某些条约(尤其是人权条约和国际刑事法律条约)的特殊性在多大程度上影响有关裁决机构对条约的解释；裁决机构对各种条约解释方式(例如在条约解释方面，与更为传统的方式不同的更注重文本或更注重目的的方式)所给予的不同强调；普遍承认嗣后协定和惯例是条约解释手段；在各种条约解释手段中，各种裁决机构对嗣后惯例所赋予的作用的意义；用于条约解释的嗣后惯例概念，包括惯例可视为“嗣后”的时间点；相关的嗣后惯例可能有哪些行为者；在嗣后惯例的情况下，演进性解释作为目的性解释的一种形式。鉴于研究组所进行的上述讨论，主席重新拟订了其结论的措施，这不是现在的九点初步结论(见下文第 3 节)。

341. 研究组商定，随着专题其他方面的报告的提交以及对这些报告进行讨论，主席提出的这些初步结论有待重新审视和扩展。

2. 未来的工作和提供资料的要求

342. 研究组还讨论了与本专题有关的未来工作。研究组预计在委员会第六十四届(2012 年)会议期间会完成对主席第二次报告的讨论，然后进行对与司法或准司法程序无关的国际惯例进行分析的第三阶段工作。后一工作将根据关于本专题的另一份报告进行。研究组预计这一专题的工作将如最初设想的那样，在下一个五年期里完成，并在详细整理惯例的基础上产生一些结论。研究组还讨论了修改专题的工作方法的可能性，以便沿用委员会任命特别报告员的程序。研究组最后认为，在下届会议上应由新选出的成员审议这一可能性。

343. 在 2011 年 8 月 2 日举行的会议上，研究组讨论了重申原载于第六十二届(2010 年)会议工作报告第三章的请各国政府提供资料的要求的可能性。研究组内一般认为，各国政府提供有关本专题的更多资料会十分有用，特别是在审议不属于国际机构司法或准司法裁决事项的嗣后惯例和协定事例时。因此，研究组建议委员会在今年的报告第三章中纳入载有要求提供有关“条约随时间演变”专题的资料的一节。

3. 研究组主席根据研究组的讨论重新拟订的初步结论

344. 研究组主席根据研究组的讨论重新拟订的九点初步结论全文如下：

(1) 条约解释之通则

《维也纳条约法公约》第三十一条所载规定，不论作为适用的条约规定还是作为习惯国际法的体现，得到了经审查的不同裁决机构的认可，被视为解释适用的条约的通则。⁶⁵⁰

(2) 解释的方针

虽然不同的裁决机构承认，《维也纳条约法公约》第三十一条所载通则可作为对条约进行解释的依据，但它们在不同情况下对该条所载不同解释资料的强调程度有轻有重。解释方针可大致分为三种：

传统方针——像国际法院这样的大多数裁决机构(伊朗—美国索赔法庭、投资争端解决中心仲裁庭、海洋法法庭和国际刑事法院及法庭)惯常采纳的方针是考虑《维也纳条约法公约》第三十一条所载所有解释资料，不会明显更多或更少地采用某些解释资料。

以案文为导向的方针——世界贸易组织(世贸组织)专题小组和上诉机构的报告在许多情况下对条约的案文(协议条款的普通或特殊含义)进行某种程度的强调，但不愿强调有针对性的解释。⁶⁵¹ 除其他外，这一方针似乎取决于对确定性的特殊需要，以及世贸组织相关协议许多条款的技术特点。

⁶⁵⁰ 虽然欧洲法院在解释欧洲联盟创始条约时没有明确援引《维也纳条约法公约》第三十一条所载通则，但在解释欧盟与非欧盟成员国之间订立的条约时援引并适用了这一通则。例如，见第 C-386/08 号案件，Brita 有限公司诉汉堡港海关，2010 年 2 月 25 日的判决，第 41 至 43 段。

⁶⁵¹ 例如，巴西飞机案，第 21.5 条，上诉机构的报告，2000 年 7 月 21 日，WT/DS46/AB/RW，第 45 段。

以宗旨为导向的方针——区域人权法院以及《公民权利和政治权利国际公约》之下的人权事务委员会在许多情况下强调目标和宗旨。⁶⁵² 这一方针似乎取决于有关在不断演变的社会中个人权利的人权条约的实质性条款的特点。

一些裁决机构常常注重案文而另一些机构更注重目标与宗旨的原因，也许不仅取决于相关条约义务的具体主题事项，也有可能取决于这些条约的拟订及其他因素，包括可能取决于条约制度存在了多长时间以及裁决机构采纳的运转程序。确定这类因素究竟在多大程度上影响了相关裁决机构的解释方针是没有必要的，但在评估嗣后协定和嗣后惯例对不同裁决机构发挥的作用时考虑各种宽泛的方针颇有裨益。

(3) 对人权条约和国际刑法的解释

欧洲人权法院和美洲人权法院强调其适用的人权条约的特殊性质，并证实法院的解释方针受这种特殊性质的影响。⁶⁵³ 国际刑事法院和其他刑事法庭(前南斯拉夫问题国际刑事法庭、卢旺达问题国际刑事法庭)适用某些从刑法和人权一般原则中衍生出来的特别解释规则。⁶⁵⁴ 然而，不论是区域人权法院还是国际刑事法院及法庭都没有质疑《维也纳条约法公约》第三十一条所载通则作为条约解释依据的适用性。另一些经审查的裁决机构并未声明其各自适用的条约可合理采用某种特别解释方针。

(4) 原则上承认以嗣后协定和嗣后惯例作为解释资料

所有经审查的裁决机构都承认，《维也纳条约法公约》第三十一条第三款(a)项和(b)项含义范围内的嗣后协定和嗣后惯例可作为解释资料，裁决机构在解释和适用条约时应予以考虑。⁶⁵⁵

⁶⁵² 例如，欧洲人权法院，*Soering* 诉联合王国，1989 年 7 月 7 日，A 系列，第 161 号，第 87 段；美洲人权法院，“在正当法律程序保障框架内获得领事协助信息的权利”，1999 年 10 月 1 日第 OC-16/99 号咨询意见，A 系列，第 16 号，第 58 段。

⁶⁵³ 欧洲人权法院，*爱尔兰诉联合王国*，1978 年 1 月 18 日，A 系列，第 25 号，第 239 段；*Mamatkulov 和 Askarov 诉土耳其*[GC]，第 46827/99 号和 46951/99 号，第 111 段；美洲人权法院，“保留对《美洲人权公约》生效的影响”(第 74 和 75 条)，1982 年 9 月 24 日第 OC-2/82 号咨询意见，A 系列，第 2 号，第 19 段。

⁶⁵⁴ 见《国际刑事法院规约》第二十一条第(三)款和第二十二条第(二)款。

⁶⁵⁵ 欧洲法院在解释和适用欧洲联盟创始条约时一般没有缔约方的嗣后惯例，但在解释和适用欧盟与第三国之间订立的条约时考虑了这一点。例如，见第 C-52/77 号案件，*Leonce Cayrol 诉 Giovanni Rivoira 和 Figli*，[1977] ECR 2261，第 18 段；第 C-432/92 号案件，*女王诉农业、渔业和粮食部长、ex parte S. P. Anastasiou (Pissouri) 有限公司和其他人*，[1994] ECR I-3087，第 43 和 50 段。

(5) 嗣后惯例作为解释资料的概念

大多数经审查的裁决机构没有界定嗣后惯例的概念。世贸组织上诉机构提出的定义(“说明[条约]缔约方对条约解释达成协议且足以成为一种可辨别的模式的一致、共同和连贯的一系列行为或裁决”)⁶⁵⁶结合了《维也纳条约法公约》第三十一条第三款(b)项中规定的“惯例”(“一系列行为或裁决”)元素(狭义的嗣后惯例)和达成协议的要求(“一致、共同”)。但另一些经审查的裁决机构在使用“惯例”这一概念作为解释资料时未提及在缔约方之间形成可辨别的协议的要求(广义的嗣后惯例)。⁶⁵⁷

(6) 明确嗣后协定或嗣后惯例作为解释资料的作用

正如另一些解释资料一样,嗣后协定和嗣后惯例大多被裁决机构用作特别裁决的若干资料之一。因此,裁决机构宣称某具体嗣后惯例或嗣后协定在某项裁决结果中发挥决定性作用的情况极少。⁶⁵⁸但查明某嗣后协定或具体嗣后惯例是否在一项特别裁决的推论过程中发挥了重要作用或微弱作用通常似乎是可能的。

大多数裁决机构使用嗣后惯例作为解释资料。嗣后惯例对更倾向以案文为导向(世贸组织上诉机构)或以宗旨为导向(美洲人权法院)的裁决机构而言发挥的作用较小。欧洲人权法院因提及欧洲委员会成员国之间的共同法律标准,所以更强调嗣后惯例。⁶⁵⁹

(7) 演变解释和嗣后惯例

演变解释是以宗旨为导向的解释的一种形式。演变解释可能遵循狭义或广义的嗣后惯例。⁶⁶⁰以案文为导向的世贸组织上诉机构仅偶尔明确采用演变解释。⁶⁶¹在人权条约机构当中,欧洲人权法院屡次采用明确遵循嗣后惯例的演变解释,⁶⁶²而美洲人权法院和人权事务委员会则很少依靠嗣后惯例。这也许是因为欧洲人权

⁶⁵⁶ 日本酒精饮料案(二),上诉机构的报告,1996年10月4日,WT/DS8/AB/R、WT/DS10/AB/R、WT/DS11/AB/R, E 节。

⁶⁵⁷ 例如: M/V “SAIGA” (第1号)案件(圣文森特和格林纳丁斯诉几内亚),立即释放,(判决)海洋法法庭第1号案件(1997年12月4日),第57至59段;另见有关卡西基里/塞杜杜岛案(博茨瓦纳诉纳米比亚),《1999年国际法院汇编》,第1096页,第80段。

⁶⁵⁸ 但是,例如,见伊朗伊斯兰共和国和美利坚合众国,中间裁决,第ITL 83-B1-FT号(反诉),2004年9月9日,2004 WL 2210709(伊朗—美国索赔法庭),第109至117段和第134段。

⁶⁵⁹ 例如,见 Demir 和 Baykara 诉土耳其[GC],第34503/97号,§§ 52, 76, 85; A. 诉联合王国,第35373/97号,§ 83, 欧洲人权法院 2002-X。

⁶⁶⁰ 另见初步结论5和9。

⁶⁶¹ 美国虾案,上诉机构的报告,1998年10月12日,WT/DS58/AB/R,第130段。

⁶⁶² 见注 659。

法院可参考欧洲委员会成员国之间共同且相对接近的限制程度。海洋法法庭似乎是根据国际法院的一些判例采用演变解释。⁶⁶³

(8) 援引嗣后协定的罕见性

迄今为止，经审查的裁决机构极少依赖《维也纳条约法公约》第三十一条第三款(a)项(狭义)含义的嗣后协定。这一情况也许部分取决于某些条约义务，尤其是人权条约义务的特征，因为这些条约义务的实质性内容可能不适于政府之间达成嗣后协定。

由全体成员组成的机构或缔约国根据某项条约作出的某些裁决，如《国际刑事法院规约》第九条规定的“犯罪要件”或《北美自由贸易协定》范围内提出的“自由贸易委员会 2001 年的说明”⁶⁶⁴ 如果获得一致通过，则可能具有类似于《维也纳条约法公约》第三十一条第三款(a)项含义的嗣后协定的效力。

(9) 相关嗣后惯例的可能主体

相关嗣后惯例可能包括所有国家机构(执法、立法、司法)的行为，而出于条约解释目的，这些行为可能归于一国。如果在国家惯例中有所体现，这类惯例在某些情况下甚至可能包括“社会惯例”。⁶⁶⁵

⁶⁶³ 资助个人和实体从事该领域活动的国家的责任和义务(向海底争端法庭提交咨询意见的要求)，海洋法法庭第 16 号案件(2011 年 2 月 1 日)，第 117 和 211 段。

⁶⁶⁴ 见 ADF 集团公司诉美利坚合众国一案的参考和讨论(第 ARB(AF)/00/1 号案件)，国际投资争端解决中心根据《北美自由贸易协定》第十一章作出的仲裁，2003 年 1 月 9 日。
<http://www.state.gov/documents/organization/16586.pdf>，第 177 段。

⁶⁶⁵ 见 Christine Goodwin 诉联合王国，第 28957/95 号，第 84 至 91 段，欧洲人权法院 2002-VI。

第十二章

最惠国条款

A. 引言

345. 委员会第六十届会议(2008 年)决定将“最惠国条款”专题列入其工作方案,并在第六十一届会议上设立一个有关此专题的研究组。⁶⁶⁶

346. 在第六十一届会议上(2009 年),设立了由唐纳德·M. 麦克雷先生和A. 罗汉·佩雷拉先生担任联合主席的研究组。⁶⁶⁷第六十二届会议(2010 年)重新设立了研究组,但仍由上述两人担任联合主席。⁶⁶⁸

B. 本届会议审议此专题的情况

347. 在本届会议上,委员会重新设立了由唐纳德·M. 麦克雷先生和 A. 罗汉·佩雷拉先生担任联合主席的最惠国条款研究组。

348. 在 2011 年 8 月 8 日第 3119 次会议上,委员会注意到研究组联合主席的口头报告。

1. 研究组的讨论

349. 研究组在 2011 年 6 月 1 日、7 月 20 日和 8 月 4 日举行了 4 次会议。

350. 2010 年,研究组为了推进其工作,决定努力进一步确定投资领域最惠国条款的规范性内容,并进一步分析判例法,包括仲裁员的作用、对最惠国条款作不同解释的原因、不一致之处以及各国针对判例法采取的步骤。在本届会议上,研究组收到了一份表格形式的非正式文件,其中指出了涉及最惠国条款的投资案件中的仲裁员和律师,以及所解释的最惠国条款类型。

⁶⁶⁶ 在 2008 年 8 月 8 日第 2997 次会议上(《大会正式纪录,第六十三届会议,补编第 10 号》(A/63/10),第 354 段)。专题提纲见同上,附件 B。大会 2008 年 12 月 11 日第 63/123 号决议第 6 段注意到这一决定。

⁶⁶⁷ 在 2009 年 7 月 31 日第 3029 次会议上,委员会注意到最惠国条款研究组联合主席的口头报告(同上,《第六十四届会议,补编第 10 号》(A/64/10),第 211 至 216 段)。研究组除其他外审议了作为今后工作路线图的框架,并商定了一个工作时间表,其中涉及到文件的编写,这些文件拟用于进一步澄清一些问题,特别是有关最惠国条款的范围及其解释和适用的问题。

⁶⁶⁸ 在 2010 年 7 月 30 日第 3071 次会议上,委员会注意到研究组联合主席的口头报告(同上,《第六十五届会议,补编第 10 号》(A/65/10),第 359 至 373 段)。研究组审议和审查了根据 2009 年框架编写、拟作为今后工作路线图的各種文件,并商定了 2010 年工作方案。

351. 研究组还收到一份唐纳德·麦克雷先生编写的关于“投资协定中最惠国条款的解释和适用”的工作文件。该工作文件参考了罗汉·佩雷拉先生先前就“最惠国条款与马菲基尼案”提出的一份研究报告，⁶⁶⁹ 试图确定各法庭在作出裁决时所考虑的因素，以评估这些因素是否有助于说明判例法中的不一致之处，从而确定在各个案件中援引了哪些类别的因素，并评估它们对于解释和适用最惠国条款的相对重要性。在这方面，工作文件审查了在投资争端中援引最惠国条款的各种用途，并主要侧重于以下两种用途：一是利用最惠国条款获得被告国与第三国签订的双边投资条约中所规定的实质性利益；二是利用最惠国条款获得比提起索赔所依据的双边投资协定中的规定更为有利的争端解决条款。⁶⁷⁰

352. 工作文件还考察了在投资法庭的裁决中起到一定作用的考虑因素，并详细讨论了最惠国待遇权的来源及其范围。就范围而言，文件指出，投资法庭适用同类原则的方式有很多种，甚至在一些裁决中采用了不同办法。这些办法包括：(a) 区分实质与程序(管辖权)；(b) 采用条约解释办法，要么将最惠国条款的解释作为一般条约解释事项，要么将其视为对法庭管辖权的解释；(c) 采用条约规定冲突办法，即各法庭考虑到这样一个事实：拟纳入条约的事项已在基本条约中得到不同处理；(d) 将各方惯例视为确定它们在最惠国条款范围方面意图的一个方法。此外，工作文件还探讨了各法庭未作为一个因素加以明确处理的问题，那就是，所提起的索赔类型是否影响到法庭以最惠国条款方式纳入其他规定的意愿，以及是否影响到最惠国的适用限制，包括马菲基尼案中述及的“公共政策”例外情形。

353. 工作文件总体上认为，对投资法庭的裁决所作的审查表明，各法庭在允许利用最惠国纳入争端解决条款的理由方面，所采取的办法并不一致。它们在拒绝利用最惠国纳入此类条款的理由方面，也鲜有一致性。在决定可否利用最惠国条款将争端解决条款纳入基本条约的问题上，有一个分两步走的程序。第一步是以明确或含蓄的方式，确定最惠国条款原则上是否包括争端解决条款，第二步是对有关最惠国条款加以解释，看其实际上是否适用于争端解决条款。这些办法并非总是很明确，而且，在有些案件中，法庭说它们所采取的办法是条约解释办法，而似乎忽略了第一步。

354. 研究组以工作文件和一份问题框架为基础，举行了广泛的讨论。该问题框架旨在综述可能需要在研究组的整个工作中加以考虑的问题——从严格的法律考虑因素到更广泛的着眼于政策的方面，包括对最惠国条款范围的自由解释是否会打破投资协定在保护投资者及其投资以及东道国的必要政治空间这两方面的总体平衡。

⁶⁶⁹ 概要见《大会正式记录，第六十五届会议，补编第10号》(A/65/10)，第366至368段。

⁶⁷⁰ 可以援引该条款来获得被索赔国(被告国)的国内法律给予第三国投资者或投资的惠益。

355. 研究组申明，普遍认为最惠国待遇权的来源是基本条约，而非第三方条约；⁶⁷¹ 最惠国条款并不是条约解释中当事人规则的一个例外情形。研究组还认识到，与最惠国有关的投资裁决中的主要问题似是如何确定最惠国待遇权的范围，也就是说，明确或隐含性地属于“条款主题事项范围”的是什么。

356. 因此，研究组考察了特别是通过援引实质性条款和程序性(管辖)条款之间的区别而界定同类问题的方式。当最惠国条款明确包括争端解决程序或者明确排除这些程序时，无需进一步解释。只有在没有明确指出或无法明确确定各方在最惠国条款是否适用于争端解决机制方面的意图时，才有必要进行这种解释。这种情况普遍见于许多双边投资条约，这些条约的一些规定在行文上具有不确定性。研究组考虑到最近的其他动态，包括所发布的贸发会议《国际投资协定问题丛书第二辑》续篇“最惠国待遇”，⁶⁷² 该书除其他外介绍了在马菲基尼案后签订投资协定的各国的反应，表明了明确指出最惠国条款适用或不适用于争端解决程序的趋势。

357. 研究组还审议了最近在“英波基洛公司(Impregilo S.p.A.)诉阿根廷共和国”一案中作出的裁决，⁶⁷³ 特别是仲裁员布里吉特·斯特恩教授既赞成又反对的意见，该意见除其他外认为，出自与国际法本身的性质密切相关的一个核心原因，最惠国条款不能适用于争端解决，这个原因是：实质性权利并不自动等同于执行这些权利的司法手段。这表明享有实质性权利的限定性条件与实质性权利本身，诉诸管辖手段的限定性条件与行使管辖权本身，两者之间均有所不同。⁶⁷⁴ 另外还指出，在何为正确办法的理论方面，存在意见分歧。有些评论者认为，对实质性条款和争端解决的区分缺乏有说服力的理由，另一些评论者则认为，对最惠国条款的解释是一个管辖权问题，必须清楚、明确地表明纳入争端解决条款的意图。

358. 研究组认识到，在各种裁决中，似乎隐含着对最惠国条款原则上是否涵盖争端解决条款的问题所持的哲学立场。有一种情境以假定最惠国条款可以包括程序性权利为出发点，另一种情景则以假定最惠国条款不包括程序性权利为出发点。讨论者指出，总的来说，难题在于在解释方面没有一个系统的办法，即各法庭中统一使用的办法；不同法庭似乎受不同因素的影响。在这种情况下，就各种

⁶⁷¹ 英国伊朗石油公司(初步反对)，1952年7月22日，《1952年国际法院案例汇编》，第109页。另见委员会关于最惠国条款的条款草案第8和第9条草案(《1978年……年鉴》，第二卷(第二部分)，pp.16-73)。

⁶⁷² 贸发会议，“最惠国待遇”，《国际投资协定问题丛书第二辑》(联合国出版物，UNCTAD/DIAE/IA/2010/1，出售品编号：E.10.II.D.19，纽约和日内瓦：2010年)，第84-87页。

⁶⁷³ 英波基洛公司(Impregilo S.p.A.)诉阿根廷共和国(阿根廷共和国—意大利双边投资条约)，国际投资争端解决中心 ARB/07/17 号案件，2011年6月17日。见 <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=viewCase&reqFrom=Home&caseId=C109>。

⁶⁷⁴ 仲裁员布里吉特·斯特恩教授的反对意见，第16段和第45段。

投资裁决的解释办法得出一般结论并非易事。研究组面临的部分挑战是开展一项评估，以充实某种基本理论框架，从而对各裁决所持的理由作出解释。

359. 在这方面，讨论者还指出，对英波基洛公司一案的赞同和反对意见为推断处理同类问题的方式提供了一个可能的框架，即首先确定是否满足享有双边投资条约所赋权利的基本前提条件——属人管辖、属物管辖和属时管辖。在这方面，讨论者忆及 1978 年关于最惠国条款的条款草案第 14 条规定，能否行使针对受惠国或者与之有确定关系的人或事的最惠国条款下所产生的权利，取决于是否符合包含该条款的条约中所规定的或者施惠国与受惠国以其他方式商定的有关条款和条件。换言之，除了以明确或隐含性的方式确定最惠国条款原则上是否包含争端解决条款，并对有关最惠国条款进行解释以确定其实际上是否适用于争端解决条款的两步骤进程外，还有一个可能在判例法中被忽略的先行步骤，该步骤的目的确定谁有权受惠，以及是否符合享有这种优惠的前提条件。

360. 研究组认为，似宜审查所采取的各种办法，并提请注意每一种办法的优缺点。研究组指出，条约解释办法可能用词不当，因为整个过程涉及的便是条约解释。研究组确认，一般出发点应是《维也纳条约法公约》，同时以可从投资领域的实践中得出的任何原则作为补充，但研究组指出，提到以最惠国索赔涉及的双边投资条约每个缔约方的另外缔约做法来确定各方在最惠国条款范围方面的意图，这似乎得不到《维也纳条约法公约》的支持。

2. 今后的工作方案

361. 研究组再次申明，需要进一步研究与服务贸易和投资协定有关的最惠国问题，以及最惠国待遇、公正和公平待遇以及国民待遇标准之间的关系。还应进一步考察国际法的其他领域，看这些领域中最惠国条款的适用能否为研究组的工作提供一些见解。

362. 研究组预计在委员会今后两届会议内结束其工作。讨论者强调，研究组的工作应力求避免国际法的不成体系，重视在仲裁裁决中采取更一致办法的重要性。讨论者认为，研究组可为确保投资法领域更大的确定性和稳定性作出贡献。讨论者强调，研究组应努力编写对于从事投资领域工作的人和决策者具有实际用处的结果文件。研究组申明，不打算编写任何条款草案或修订 1978 年的条款草案。相反，将在研究组联合主席的总体指导下开展进一步的工作，汇编一份报告草稿，介绍一般背景，对判例法进行分析，说明其来龙去脉，提请注意已出现的问题和实践中的趋势，并酌情提出建议，包括示范条款。

第十三章

委员会的其他决定和结论

A. 委员会的方案、程序和工作方法以及文件

363. 在 2011 年 5 月 17 日第 3089 次会议上，委员会为本届会议设立了一个规划组。⁶⁷⁵

364. 规划组举行了两次会议。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六十五届会议期间讨论情况专题摘要的 J 节；包括“方案 6——法律事务”的拟议的 2012-2013 年计划大纲(A/65/6)；大会关于国际法委员会第六十二届会议工作报告的 2010 年 12 月 6 日第 65/26 号决议，特别是第 7、第 8 段和第 13 至 21 段；大会关于国内和国际法治的 2010 年 12 月 6 日第 65/32 号决议；以及委员会第六十二届会议报告涉及对大会 2009 年 12 月 16 日关于国内和国际法治的第 64/116 号决议的审议情况的第十三章 A.2 节。

1. 长期工作方案工作组

365. 规划组在 2011 年 5 月 4 日第 1 次会议上决定重新设立长期工作方案工作组，由恩里克·坎迪奥蒂先生担任主席。规划组注意到工作组主席于 2011 年 8 月 3 日向规划组提交的口头报告。规划组建议并经委员会核准，将下述专题列入委员会长期工作方案：

- (a) 习惯国际法的形成与证据；
- (b) 保护大气层；
- (c) 条约的临时适用；
- (d) 国际投资法律中的公正和公平待遇标准；
- (e) 与武装冲突有关的环境保护。

366. 在本五年期内，长期工作方案工作组审议了一些专题，并请工作组成员编写关于这些专题的草案。工作组遵循了委员会在第五十届会议(1998 年)上提出的关于挑选专题的标准的下述建议：

- (a) 专题应反映各国在逐渐发展和编纂国际法方面的需要；

⁶⁷⁵ 规划组由下列委员组成：雅各布松女士(主席)；成员：卡弗利施先生、坎迪奥蒂先生、科米萨里奥·阿丰索先生、杜加尔德先生、埃斯科瓦尔·埃尔南德斯女士、加亚先生、加利茨基先生、哈苏纳先生、哈穆德先生、卡姆托先生、卡米沙先生、科洛德金先生、梅莱斯卡努先生、麦克雷先生、村濑先生、尼豪斯先生、诺尔特先生、佩莱先生、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、巴尔加斯·卡雷尼奥先生、瓦钱尼先生、巴斯克斯-伯穆德斯先生、维斯努穆尔蒂先生、伍德先生和佩雷拉先生(当然成员)。

- (b) 专题在国家实践方面应足够成熟，从而允许逐渐发展和编纂；
- (c) 专题为逐渐发展的目的应当是具体和可行的；

[而且]

……委员会不应将其自己局限于传统的专题，还可考虑那些反映国际法的最新发展以及国际社会的紧迫关切的专题。⁶⁷⁶

367. 由委员会本届会议列入其长期工作方案的各专题的提纲作为附件列入本报告。据认为，所有这些专题都是对国际法编纂和逐渐发展的有益贡献。而且，其中一些专题深入到委员会尚未充分审议的一些领域(环境、人道主义法律)。

368. 还应回顾指出，委员会在这个即将结束的五年期内已决定将工作组建议的下述专题列入其工作方案：

- (a) 条约随时间演变；
- (b) 最惠国条款。

369. 最后，长期工作方案上还有四个专题是从前面的五年期继承下来的：

- (a) 国际组织的管辖豁免
- (b) 信息跨界流动的个人数据保护问题；
- (c) 域外管辖权；
- (d) 国家海事管辖范围以外的沉船的所有权及保护。

2. 委员会的工作方法

370. 规划组在 2011 年 5 月 27 日第 1 次会议上决定设立一个工作方法工作组⁶⁷⁷。工作组由侯赛因·哈苏纳先生任主席，于 2011 年 5 月 30 日、31 日、7 月 20 日、25 日一共举行了 4 次会议。规划组通过了该工作组的报告。

371. 工作组考虑到大会 2010 年 12 月 6 日第 65/26 号决议第 8 段和第 9 段。它也参考了委员会 1996 年工作方法工作组的报告⁶⁷⁸和委员会在这方面的决定。工作组建议作出以下结论，以改进委员会的工作方法，这些结论由委员会 2011 年 8 月 12 日第 3127 次会议通过：

⁶⁷⁶ 委员会第五十届(1998 年)会议工作报告(A/53/10)，《1998 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，p.10, 第 553 段。

⁶⁷⁷ 工作方法工作组由下列成员组成：侯赛因·哈苏纳先生(主席)；成员：卡弗利施先生、坎迪奥蒂先生、丰巴先生、加利茨基先生、雅各布松女士、梅莱斯卡努先生、村濑先生、彼德里奇先生、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-伯穆德斯先生、维斯努穆尔蒂先生、伍德先生和佩雷拉先生(当然成员)。

⁶⁷⁸ 《1996 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 84-97 页。

(a) 特别报告员的作用

372. 鉴于特别报告员在委员会工作中具有的关键性作用，特别报告员应：

- (一) 每年编写一份关于其专题的实质性报告；
- (二) 尽全力将每份报告的篇幅限制在 50 页以内；
- (三) 每届会议开始前至少六个星期向秘书处提交报告全文；
- (四) 能够较多地参加每届会议，以避免被迫对委员会的工作方案作出特殊调整；
- (五) 能够在讨论结束的次日或随后尽快对讨论情况作出总结；并且
- (六) 编写简明的评注草案，对每届会议就其专题通过的案文作出解释。

(b) 研究组

373. 研究组应着眼于按照委员会的布置在合理期间内取得具体成果。应考虑随专题进展情况酌情任命一位特别报告员来取代研究组的可能性。

(c) 起草委员会

374. 由于起草委员会主席在整届会议期间均面临繁重的工作，在实践中，主席们有时会在需要离开时将工作托付给一位有经验的同事。这种非正式的安排似乎很有效，不需要进一步予以正规化。

375. 起草委员会已经逐渐成为也受托谈判实质性问题的机构。很难将形式同内容分开，但一旦证实一个核心问题很难在起草委员会中解决，就可尽快把它转移到像工作组这样一个比较非正式的机构，这是过去已经采取的一个做法。

376. 关于起草委员会向全体会议提交报告的形式，可建议声明的起草者尽量缩短篇幅而不减损内容。不过，声明的篇幅也取决于所提交的条款草案的数量和复杂程度。委员会欢迎在网站上发布主席的声明，建议为补充起见，还可附上全会通过的条款草案，作为附件。

377. 委员会 1996 年的报告第 212 至 216 段⁶⁷⁹ 仍然具有现实意义，可以考虑。

(d) 规划组

378. 规划组的工作可作如下调整：

- (一) 规划组应密切跟踪委员会工作，并考虑到其议程中包括的专题，就如何以最佳方式安排将要举行的届会向委员会提出建议。这就需要在届会的早期阶段为规划组分配适当的时间。
- (二) 规划组可以向全会提议完成专题的优先顺序，同时考虑到大会可能提出的建议。

⁶⁷⁹ 同上，pp.93-94。

(三) 规划组应与特别报告员和研究组的协调员合作, 在开始着手任何新专题时确定研拟该专题的暂定时间表, 同时列出可能需要的年限, 并定期审查该时间表年度目标的实现情况, 在适当时候予以更新。

(四) 规划组应尤其在每年届会结束时讨论下一年届会的初步计划和会期, 并相应向委员会提出建议。

(e) 编写条款草案的评注 ⁶⁸⁰

379. 目前的做法是, 让各位特别报告员独自编写条款草案评注, 只在通过委员会的年度报告时才讨论评注, 而此时面临完成报告的压力, 没有足够的时间仔细研究评注, 对这种做法委员会应重新考虑。

380. 应该要求特别报告员在他们提议的条款草案获得通过后尽快提交评注草案。如时间允许, 起草委员会应即处理评注草案并初步予以批准。

381. 起草委员会目前不审查直接提交给全体会议的评注的内容。在适当和可能的情况下, 评注的内容可先由起草委员会审议, 然后才纳入最后评注。以前有过这种做法(见委员会 1996 年报告第 196 至 199 段 ⁶⁸¹)。

382. 在一般情况下, 评注应尽量精简, 符合对条款草案做出充分解释的要求。

(f) 最后形式

383. 特别报告员或研究组应该尽可能在早期阶段编制有关就特定专题所开展工作之最后形式的初步说明(条款草案可采取公约、原则宣言、准则、带有结论和建议的阐述性研究报告等形式), 并随工作进展予以审查和适后调整。

(g) 委员会的报告

384. 委员会应充实报告第二章(概况)的内容, 简明扼要地涵盖经过重要讨论的主要问题, 并说明这届会议所取得的成就。

385. 委员会应特别注意使报告第三章(“委员会特别想听取意见的具体问题”)做到尽可能明确和具体。

(h) 与第六委员会的关系

(1) 主席在第六委员会介绍委员会的报告

386. 委员会主席在第六委员会介绍国际法委员会的报告应继续分部分进行。每个部分应尽可能简明扼要(一般不超过 30 分钟)。

⁶⁸⁰ 见 1996 年委员会报告第七章第 196 至第 199 段中所载的建议; 同上, p.92。

⁶⁸¹ 同上。

(a) 介绍应集中说明要点，不要详述起草等细节；

(b) 这些要点应包括：

(一) 关于新专题的建议(如有的话)；

(二) 委员会特别希望听取会员国意见的问题；

(三) 委员会在去年取得的主要成就(如完成一读或二读)；

(c) 如果特别报告员在介绍报告中自己那一章时本人在场的话，应请特别报告员在委员会主席介绍完毕之后加以补充。

(2) 与第六委员会对话

387. 特别报告员(事实上，出席第六委员会的任何国际法委员会委员)应准备参加第六委员会“国际法周”中的互动活动。也鼓励委员们与互动活动和法律顾问会议的组织者保持联系，以讨论这些会议的安排事宜。

388. 应考虑是否有可能在每一个五年期内安排半届会议在纽约举行，以促进委员会和第六委员会代表之间的直接接触。

3. 今后届会的会期和性质

389. 委员会强调，保持届会分两期举行的做法对委员会工作的效率和效力非常重要，并回顾委员会 1999 年就此问题所做决定⁶⁸²。委员会还重申 2000 年关于今后届会的会期、性质和地点的决定，其中再次申明了 1996 年报告第 227 段中表达的观点⁶⁸³，“长期而言，届会的会期长短与[工作]安排问题有关”，“如果采取分两期举行届会的方式……实际上委员会的工作通常每年可在 12 周内完成。委员会理解回到以前老做法的理由，老做法是每年会期总共 10 周，同时根据需要在特殊年度可延长到 12 周。”因此，除非由于工作安排的重大原因另有要求，在委员会今后的任期中，头几年的届会会期应为 10 周，结束年度为 12 周。”

390. 在这方面，委员会强调其下述观点，即只有分两期举行届会才能为编写届会第一期通过的案文评注留出充足的时间。这是委员会有效履行任务所必需的。

391. 此外，如果届会不再分两期举行，那么委员会会有几位委员可能无法从头至尾参加完十周或十二周的会议，委员会的效力可能会受到损害。

⁶⁸² 见《1999 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 633-639 段。

⁶⁸³ 见《2000 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 734-735 段。

4. 审议大会 2010 年 12 月 6 日关于国内和国际法治的第 65/32 号决议

392. 大会在 2010 年 12 月 6 日关于国内和国际法治的第 65/32 号决议中，重申委员会在提交大会的报告中对其当前在促进法治方面的作用发表评论。自 2008 年以来，委员会每年就自身在促进法治方面的作用作出评论。委员会指出，委员会 2008 年报告(A/63/10)第 341 至第 346 段中所载全面评论的实质内容仍然适用，并重申委员会在 2009 年报告(A/64/10)第 231 段和 2010 年报告(A/65/10)第 390 至 393 段中作出的评论。⁶⁸⁴

393. 委员会回顾指出，法治是委员会的精髓，因为委员会的基本使命是指导法律的发展和拟订。委员会注意到，大会在鼓励国际法的逐渐发展和编纂方面的作用在关于国内和国际法治的大会第 65/32 号决议里得到确认。作为大会设立的一个机构，并按照《联合国宪章》第十三条第一款(子)项确立的任务，委员会继续促进国际法的逐渐发展和编纂。⁶⁸⁵

394. 联合国法律顾问承认，在关于法治的概念上，存在两个相互依存的层面。虽然一个是国内，另一个是国际，但其相互依存性在《千年宣言》中得到明确承认，其中各国元首和政府首脑确认他们决心“在国际和国家事务中加强尊重法治。”⁶⁸⁶

395. 国际法院院长小和田恒令人信服地既强调了实质法律内容，也强调了法治中更传统的程序重点。小和院长指出，“在国际层面实行的法治要求对这一原则重新作出概念表述，既包括程序，也包括实质内容，并考虑到国内和国际法律秩序之间的系统差别。”⁶⁸⁷ 他最后指出，“国际层面的法治日益渗透到国家层面上的法治中……”⁶⁸⁸

396. 委员会铭记国际和国内层面上法治间的密切相互联系，在履行编纂和逐渐发展的任务时，认为自身的工作应酌情吸收《联合国宪章》序言和第十三条中所反映的作为国际法治根本的人权原则。据此，委员会在国际层面上将法治意识引入其关于下述专题的工作中：发生灾害时的人员保护、驱逐外国人、引渡或起诉的义务(*aut dedere aut judicare*)、国家官员的刑事管辖豁免及武装冲突对条约的影响。

397. 在这方面，大会可回顾委员会对法治的贡献。

398. 委员会重申在其所有活动中致力于法治。⁶⁸⁹

⁶⁸⁴ 另参阅《大会正式记录，第六十二届会议，补编第 10 号(A/65/10)》，第 389 段。

⁶⁸⁵ 同上，第 390 段。

⁶⁸⁶ <http://www.brandeis.edu/ethics/pdfs/internationaljustice/bij/BIIJ2010.pdf>。

⁶⁸⁷ 背景—国际法院院长小和田恒，“全球化世界中的法治—亚洲视角”(《华盛顿大学全球研究法律评论》，第 8(2)卷，2009 年，第 193 页，http://law.wustl.edu/WUGSLR/Issues/Volume8_2/owada.pdf。

⁶⁸⁸ 同上，第 203 页。

⁶⁸⁹ 《大会正式记录，第六十二届会议，补编第 10 号》(A/65/10)，第 393 段。

5. 酬金

399. 委员会再次重申对大会 2002 年 3 月 27 日通过第 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。⁶⁹⁰ 委员会强调，上述决议尤其影响到特别报告员，因为该决议缩减了对他们研究工作的资助。

6. 向特别报告员提供协助

400. 委员会重申，委员会的特别报告员在委员会工作方法上发挥着特殊作用。委员会的独立性质赋予了特别报告员秘书处合作但在秘书处之外独立开展工作的责任。委员会承认编纂司所提供的宝贵协助，但指出，由于特别报告员作为独立专家常年开展工作的要求和性质，他们需要的某些形式的协助超出了秘书处可以提供的范围。尤其是特别报告员编写报告时需要及时进行各种形式的相关研究工作，由设在总部的秘书处提供这种服务完全不现实。这些研究是委员会讨论工作的不可缺少的内容，但不得不在各个专业领域的特别报告员现有的责任范围内完成，从而增加了额外的负担，而这不一定能以货币计量，但却影响他们的工作条件。委员会希望大会鉴于这对整个委员会正常运行所产生的实际影响而酌情再次审议这一事项。

7. 特别报告员在大会审议委员会报告期间参加大会

401. 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。⁶⁹¹ 委员会重申，在第六委员会讨论特别报告员负责的专题时，如果特别报告员有机会与各国政府代表相互交流，将大有裨益。

8. 文件和出版物

(a) 处理和印发特别报告员的报告

402. 委员会重申，必须提供和开放一切与履行委员会逐渐发展和编纂国际法的职能相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，并将继续铭记这些考虑因素。尽管委员会意识到尽可能简洁的好处，但委员会坚信，不能够先验地对与委员会工

⁶⁹⁰ 见《大会正式记录，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；同上，《第六十三届会议，补编第 10 号》(A/63/10)，第 358 段；同上，《第六十四届会议，补编第 10 号》(A/64/10)，第 240 段；以及同上，《第六十五届会议，补编第 10 号》(A/65/10)，第 396 段。

⁶⁹¹ 《1988 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 582 段；同上，1989 年，第二卷(第二部分)，第 742 段；以及《大会正式记录，第六十五届会议，补编第 10 号》(A/65/10)，第 398 段。

作相关的文件和研究项目的长度作出限制。⁶⁹² 委员会还强调特别报告员及时编写报告提交委员会并交给秘书处的重要性。

(b) 委员会工作的简要记录及在网站上发布

403. 委员会多次确认,“就其工作程序和方法来说,简要纪录是非有不可的。它们相当于准备工作,是逐渐发展和编纂国际法过程中不可或缺的一部分。对于委员会的工作至关重要。”⁶⁹³ 此外,委员会继续强调简要记录作为其年鉴的基本组成部分的重要性。撰写简要记录使广大公众和各国了解国际法委员会的工作,从而保证了国际法委员会活动的透明度。简要记录还满足各位委员特别是特别报告员的需要,以便考虑到国际法委员会过去各个阶段的工作,作为进一步研究和编写新文件的有益背景。最后,简要记录是各国政府、律师、国际和国内法院及法庭以及学者和研究生的重要参考材料。

404. 委员会欢迎秘书处努力将委员会的临时简要记录张贴到网站上。委员会注意到,秘书处决定在试行的基础上这样做,其前提谅解是,委员会秘书处一经收到电子版,将在可能情况下并根据资源具备情况,立即或稍后张贴在网站上。

405. 委员会表示,将临时简要记录放到委员会的网站上不是为了取代大会规定的制作《国际法委员会年鉴》的既定程序,而是设法减轻编制和出版简要记录最后更正文本延误所带来的影响。

(c) 《国际法委员会年鉴》

406. 大会在 1947 年 11 月 21 日第 176(二)号决议中指出,“促进国际法发展最有效的手段之一包含在这一主题上促进公众利益和使用教育和宣传媒体使人民熟悉制约国际关系的原则和规则”。大会在 1955 年 12 月 3 日第 987(十)号决议中请秘书长为每年印制委员会的文件和记录做出安排。委员会于 1956 年第八届会议上建议以年鉴的形式出版这些记录和文件。⁶⁹⁴

407. 《国际法委员会年鉴》自从出刊以来,已经成为一份权威的国际法律出版物,对于了解委员会在逐渐发展和编纂国际法以及加强国际关系中法治方面的工作具有关键意义。《年鉴》在国际法院和法庭的法律诉讼以及各国政府的官方通信中得到广泛引用,进一步证明《年鉴》是律师和学者们从中寻求习惯国际法证据的一个宝贵资源。在保存委员会所产生文件的法律历史以及教授、研究、传播

⁶⁹² 关于特别报告员报告页数的限制考虑,例如参阅《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 123-124 页。另参阅大会第 32/151 号决议第 10 段和大会第 37/111 号决议第 5 段,以及其后关于国际法委员会提交大会的年度报告的决议。

⁶⁹³ 《大会正式记录,第五十九届会议,补编第 10 号》(A/59/10),第 367 段。

⁶⁹⁴ 《1956 年……年鉴》,第二卷,第 42 段。《国际法委员会年鉴》按年度出版,目前包含委员会从 1949 年直到大约 2004 年期间的出版物。

和广泛评价国际法委员会为国际法的逐渐发展和编纂所做的努力方面，《年鉴》都成为一项不可或缺的工具。

408. 《年鉴》第一卷包含委员会会议的简要记录经编辑的最后文本。在第二卷中，《年鉴》以系统的方式提供有关委员会工作的各种文件经编辑的最后文本。这些文件包括委员会的年度报告、特别报告员就委员会工作方案中的各项专题提交的报告以及委员会秘书处就特定专题编写的研究报告或备忘录。

409. 应当指出，上述各种文件在列入《年鉴》之前均经过精心的索引和编辑工作。对由于种种原因远未能以审慎的文件形式完成和定稿的引述和援引来说，尤其如此。因此，委员会强调《年鉴》的科学价值及其对政府、律师和学者、国内法院和法庭所具有的长远利益，而出版物是以最准确的终极形式提炼呈现委员会的工作。关于年鉴的出版工作，委员会一方面注意到在减少积压方面取得了相当大的进展，同时表示希望进一步减少乃至最终消除积压。

(d) 处理《国际法委员会年鉴》积压工作问题的信托基金

410. 委员会重申，《年鉴》对于了解委员会在逐渐发展和编纂国际法以及加强国际关系中法治方面的工作具有关键意义。委员会赞赏地注意到，大会第 65/26 号决议确认秘书长已设立信托基金接受自愿捐款，以解决《国际法委员会年鉴》工作积压问题，并请各方为此目的提供自愿捐款。

(e) 编纂司的协助

411. 委员会感谢秘书处编纂司在为委员会提供实质性服务方面提供宝贵协助并参与关于委员会工作的研究项目。委员会重申编纂司就其工作编写的法律出版物特别有用和极具价值，并再次请求编纂司继续为委员会提供此类出版物。

(f) 网站

412. 委员会再次表示赞赏秘书处不断更新和管理国际法委员会网站的工作成果。⁶⁹⁵ 委员会重申，这个网站以及由编纂司维护的其他网站⁶⁹⁶ 是委员会开展工作以及各界委员会研究工作者的宝贵资源，有助于全面加强国际法的教学、研究、传播和广泛评价。委员会注意到，关于委员会工作的网站介绍了委员会议程上各个专题的现状并收录了经过编辑的委员会简要记录样本。

⁶⁹⁵ 网址为：<http://www.un.org/law/ilc/>。

⁶⁹⁶ 一般可通过以下网址进入：<http://www.un.org/law/lindex.htm>。

B. 委员会第六十四届会议的日期和地点

413. 委员会建议，委员会第六十四届会议于 2012 年 5 月 7 日至 6 月 1 日、7 月 2 日至 8 月 3 日在日内瓦举行。

414. 委员会强调，鉴于刚刚完成委员会议程上的三个重要专题，因此提出上述会期建议(九周)，这属于例外情况。委员会也考虑到了联合国当前的财务紧张状况，同时铭记大会第 65/26 号决议第 9 段中请国际法委员会在不影响工作效率和成效的前提下，继续采取节省费用的措施。

415. 委员会强调，2012 年届会分两期举行是使为期九周的届会实现良好规划和高效的必不可少的条件。

C. 和平解决争端

416. 根据委员会第六十二届会议(2010 年)作出的决定⁶⁹⁷，委员会在 2011 年 5 月 31 日和 6 月 1 日举行的第 3095 和 3096 次会议上在议程项目“其他事项”下以迈克尔·伍德先生撰写的工作文件(A/CN.4/641)为基础对“和平解决争端”进行了讨论。为此，委员会收到了提交给委员会第六十二届会议的秘书处编写的关于“解决争端条款”的说明(A/CN.4/623)。

417. 伍德先生提交的工作文件第二节中概述了委员会 2010 年的讨论情况，并列出了讨论中提出的具体建议清单。第三节回顾联合国和其他机构包括区域组织在和平解决争端方面业已开展的工作，第四节提出关于和平解决争端可能专题的初步建议⁶⁹⁸，可由长期工作方案工作组作进一步拟订或补充，具体说来，可就改进涉及国际组织的争端解决程序的方式方法开展研究。在讨论这些建议时，委员会表示支持在长期工作方案工作组内处理涉及国际组织的争端解决程序问题。

D. 与其他机构的合作

418. 在 2011 年 7 月 7 日第 3100 次会议上，国际法院院长小和田恒法官作了发言，向委员会通报了国际法院最近的活动和正在审理的案件，⁶⁹⁹ 尤其提请注意与委员会工作特别相关的方面。随后进行了意见交流。

419. 欧洲法律合作委员会和欧洲委员会国际公法法律顾问委员会(国际公法顾问委)由国际公法法律顾问委员会主席埃德维热·贝里亚尔女士和欧洲委员会法律咨询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，

⁶⁹⁷ 见《大会正式记录，第六十五届会议，补编第 10 号(A/65/10)》，第 388 段。

⁶⁹⁸ 关于可能专题的清单见工作文件第 20 段(A/CN.4/641)。

⁶⁹⁹ 这次发言载于这次会议的简要记录中。

并在委员会 2011 年 7 月 8 日第 3101 次会议上作了发言。⁷⁰⁰ 他们重点介绍了国际公法顾委和欧洲委员会目前在各类法律事务上开展的活动。随后进行了意见交流。

420. 海厄辛思·林赛女士代表美洲法律委员会出席了委员会本届会议，并在 2011 年 7 月 20 日委员会第 3108 次会议上作了发言。⁷⁰¹ 她综述了美洲法律委员会年度报告中介绍的活动。随后进行了意见交流。

421. 亚非法律协商组织(亚非法协)秘书长拉赫马特·宾·穆罕默德先生在 2011 年 7 月 26 日委员会第 3112 次会议上作了发言。⁷⁰² 他向委员会简要通报了亚非法协最近和即将开展的活动，尤其回顾了亚非法协对委员会工作的审议。随后进行了意见交流。

422. 2011 年 7 月 20 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问题进行了非正式的意见交流，包括红十字会法律司主要工作重点综述，红十字会关于加强对武装冲突受害者法律保护项目的介绍以及与“条约随时间演变”专题有关的问题。⁷⁰³ 随后进行了意见交流。

E. 出席大会第六十六届会议的代表

423. 委员会决定由主席莫里斯·卡姆托先生代表委员会出席大会第六十六届会议。

424. 委员会感到遗憾的是，由于财政紧张，委员会无法请一位或更多位特别报告员依照大会第 44/35 号决议第 5 段的规定出席大会第六十六届会议。

F. 希尔维托·阿马多纪念演讲

425. 2011 年 7 月 19 日，委员会委员、国际法讲习班学员和其他国际法专家参加了由列奥纳多·纳莫尔·卡尔德拉·布兰特教授所作的题为“作为国际法院判决权威基础的同意的范围”的希尔维托·阿马多纪念演讲。巴西驻联合国日内瓦办事处常设代表也出席了演讲。

⁷⁰⁰ 同上。

⁷⁰¹ 同上。

⁷⁰² 同上。

⁷⁰³ 红十字会法律顾问纳特·多尔曼先生概述了红十字会法律司的主要工作重点，斯勒凡·维特先生介绍了红十字会关于加强对武装冲突受害者法律保护的项目，“条约随时间演变”专题研究组主席诺尔特先生概括介绍了该专题的情况。

G. 保拉·埃斯卡拉梅亚教授纪念研讨会

426. 玛丽·雅各布松女士和日内瓦国际关系和发展研究院(日内瓦国际研究院)举办了纪念保拉·埃斯卡拉梅亚教授的研讨会。研讨会题目是“作为人类工具的国际法”，于2011年7月12日在日内瓦国际研究院举行。研讨会结束后，日内瓦国际研究院举行了招待会。

H. 国际法讲习班

427. 依照大会第65/26号决议，第四十七届国际法讲习班于2011年7月4日至22日于国际法委员会本届会议期间在万国宫举行。讲习班的对象是从事国际法专业的年轻学者和外交官。

428. 来自世界各个地区分属不同国籍的26名学员参加了这届讲习班。⁷⁰⁴ 讲习班学员旁听了委员会的全体会议，参加了特别安排的专题演讲和特定专题的工作组。

429. 讲习班由委员会主席莫里斯·卡姆托先生主持开幕，联合国日内瓦办事处高级法律顾问马库斯·施密特先生负责讲习班的行政管理、组织事宜和活动的进行。日内瓦大学负责保证讲习班的科学协调。日内瓦大学的维托利奥·曼内蒂先生担任协调员，法律助理马丁·丹尼斯先生予以协助。

430. 委员会委员作了以下演讲：史蒂芬·瓦钱尼先生：“国际法委员会的工作”；格奥尔格·诺尔特先生：“条约随时间演变”；阿兰·佩莱先生：“在国际法委员会的20载春秋”；迈克尔·伍德先生：“国际组织的责任”；罗汉·佩雷拉先生：“关于恐怖主义问题的全面公约：谈判现状”；卢修斯·卡弗利施先生：“武装冲突对条约的影响”。

431. 下列人员也作了演讲：特别报告员阿兰·佩莱先生的助理达尼埃尔·米勒尔先生：“对条约的保留”；人权事务高级专员界定人权理事会处处长埃里

⁷⁰⁴ 下列人员参加了第四十七届国际法讲习班：Kavus Abushov 先生(阿塞拜疆)、Muhammad Zeeshan Adhi 先生(巴基斯坦)、Yawo Akagla Edem Akpemado 先生(多哥)、Ryuji Baba 先生(日本)、Leticia M.L. Baquerizo Guzman 女士(厄瓜多尔)、Gonzalo Bonifaz 先生(秘鲁)、Shehzad Charania 先生(大不列颠及北爱尔兰联合王国)、Aminudin、Zaki Dato Abdul Rahman 先生(文莱)、Tanieris Dieguez La O 女士(古巴)、Martin Faix 先生(斯洛伐克)、Martyna M. Falkowska 女士(波兰)、Ruddy J. Flores Monterrey 先生(玻利维亚)、Fabiola Jiménez Morán Sotomayor 女士(墨西哥)、Sidney G. Kemble 先生(荷兰)、Belinda M. Kiilu 女士(肯尼亚)、Duwayne C. Lawrence 先生(牙买加)、Charles R. Majinge 先生(坦桑尼亚)、Mohamed H. Mohamed Abubacker 先生(斯里兰卡)、Tshenolo B. Moyo 女士(博茨瓦纳)、Ragnar Nordeide 先生(挪威)、Gregor Novak 先生(奥地利/克罗地亚)、Clauvis O. Ogoubiyi 先生(贝宁)、Rashmi Raman 女士(印度)、Javier I. Santander 先生(阿根廷)、Romain B. Tchamako 先生(中非共和国)、Annelle Urriola 女士(巴拿马)。由日内瓦大学国际法教授劳伦斯·布瓦松·德·沙祖尔内女士担任主席的甄选委员会于2011年4月29日举行会议，从134位申请人中录取了28人参加本届讲习班，两名被选中的候选人未能参加讲习班。

克·提斯都内先生：“人权理事会五周年：初步总结”；马库斯·施密特先生：“国际、区域、国家人权判例的相互依赖关系：一些思考”。

432. 在日内瓦大学和日内瓦国际发展研究院举行了三场特别会议。在日内瓦大学，讲习班学员们参加了由日内瓦大学国际水法讲座主任劳伦斯·布瓦松·德·沙祖尔内教授和国际法委员会“国际水道非航行使用法”专题前任特别报告员斯蒂芬·麦克雷先生组织的“淡水和国际法：多重挑战”的国际会议。日内瓦大学还组织了一次特别会议，安排了以下演讲：世界银行前法律顾问萨尔曼·萨尔曼先生：“新生的南苏丹国和分离的挑战”；日内瓦大学法学院讲师马凯恩·莫尔斯·姆班戈先生：“国际法院，乌拉圭河上的纸浆厂案(阿根廷诉乌拉圭)”；日内瓦大学高级研究员马拉·提格尼诺女士：“跨界水资源管理中的公共参与”。会后由日内瓦大学国际关系办公室举行了招待会。在日内瓦国际发展研究院，讲习班的学员听取了下列演讲：马塞洛·科亨教授：“国家的产生是一个纯粹的事实问题吗？”；薇拉·高兰—德巴斯教授：“巴勒斯坦在国际法中的地位”。在日内瓦国际发展研究院，讲习班学员聆听了下述演讲：马塞洛·科亨教授：“国家的产生是否为纯粹的事实问题？”；薇拉·高兰—德巴斯教授：“巴勒斯坦在国际法中的地位”；埃里克·沃勒先生：“从近期的实践看国家承认和国家创立问题”；卢修斯·卡弗利施教授：“国际水道法：问题与看法”。

433. 讲习班学员们还参加了为纪念保拉·埃斯卡拉梅亚教授举办的研讨会(见上文 G 节)，学员们还应邀参加了希尔维托·阿马多纪念演讲(见上文 G 节)。

434. 围绕“国际法委员会未来的作用”和“灾害中的人员保护”两个专题组织了两个讲习班工作组。每个参加讲习班的学员都被分配参加一个工作组。国际法委员会的两名委员斯蒂芬·瓦钱尼先生和爱德华多·巴伦西亚·奥斯皮纳先生为工作组提供专家指导。每个工作组写了一份报告，并在专门会议上介绍他们的研究结果。已将报告编辑成册，发给所有学员以及委员会委员。

435. 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。

436. 在讲习班闭幕式上，国际法委员会第二副主席贝恩德·尼豪斯先生、讲习班主任马库斯·施密特先生以及讲习班学员代表巴尔蒂娜·法勒科乌斯卡女士(波兰)向委员会和学员们致辞。每一名学员都收到一份讲习班的参加证书。

437. 委员会特别感谢地指出，在过去三年里，奥地利、中国、克罗地亚、捷克共和国、芬兰、匈牙利、印度、爱尔兰、黎巴嫩、墨西哥、瑞典和瑞士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能够向具备资格的学员提供若干份研究金，特别是向发展中国家的学员提供，以实现学员充分广泛的地域分布。今年向 16 名学员颁发了研究金(旅费和/或生活津贴)。委员会注意到，讲习班 2010 和 2011 年财政状况紧张，鼓励各国政府作出自愿捐款，以便讲习班能以目前的形式继续开办下去。

438. 自 1965 年开办讲习班以来，分属 163 个不同国籍的 1086 名学员参加了讲习班，其中 650 人获得了研究金。

439. 委员会强调，委员会十分重视讲习班。讲习班使年轻法律工作者、特别是来自发展中国家以及各地理区域和法律传统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 2012 年能够继续举行讲习班，并得到尽可能广泛的参与。

440. 委员会满意地注意到 2011 年讲习班获得了口译服务。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

附件 A. 习惯国际法的形成与证据

附件 B. 保护大气层

附件 C. 条约的临时适用

附件 D. 国际投资法律中的公正和公平待遇标准

附件 E. 与武装冲突有关的环境保护

附件 A

习惯国际法的形成与证据

(迈克尔·伍德先生)

1. 有关渊源的问题是国际法的核心。委员会在这方面的的工作历来最重要、而且取得了成就，但在很大程度上局限于条约法。有人建议在“委员会的长期工作方案”中列入一个题为“习惯国际法的形成与证据”的专题。拟议的标题不排除委员会在确实适宜的情形下着手探讨相关方面，但要把重点放在形成——(习惯国际法规则发展的过程)和证据——(这些规则的确定)。经常出现的情况是，在并且只在委员会采取这一专题的情形下，才必须一开始就审慎确定专题的范围，并区分问题的优先次序。

2. 尽管条约的数量和范围大为增加，习惯国际法仍然是国际法的重要渊源。建立一套完全的成文法，使习惯国际法成为多余，这样的理想即使是可取的，也远远没有成为现实。在过去，有关习惯国际法主题的著作很多。近年来，在某些方面出现了淡化其重要性的倾向。但是，反对习惯国际法之作用的思想已经式微。现在，对国际习惯法之形成的兴趣似乎复苏了，有一部分是受到国内法院试图应对这一问题的激励——这种努力有时候相当具有争议性。目前，必须在有将近 200 个国家以及众多区域性和普遍性国际组织的全球范围内看待习惯国际法的形成。

3. 对习惯国际法的形成和确定有不同的着手方式。但是，对于适用国际法规则的人来说，对其形成过程和确定的判断至关重要。对这个过程达成共同的理解可能具有相当大的实际意义。之所以如此，至少是因为习惯国际法问题日益成为可能不是国际法专家的人员——例如许多国家的国内法庭、外交部以外的政府各部委和非政府组织的工作人员——必须处理的问题。

4. 这样做的目的不是为了习惯国际法的形成而编纂“规则”。相反，其目的是要为呼吁确定习惯国际法规则的人——包括国家法官和国际法官——提供权威指导。不要做出过于硬性的规定将是重要的。灵活性仍然是习惯国际法的形成的基本特征。有鉴于此，委员会在这方面的最终产出可能采取几种形式之一。一种可能性是附有评注的一系列提案。

5. 国际法庭为了澄清问题做了一些事情，有些国内法院也是。关于这一主题有大量的著作。但以往为了系统地描述习惯国际法形成的过程所作的集体努力固然

含有许多有用的材料，却没有得到普遍的认可。¹ 而且，不同作者的立论方式仍然存在着相当大的差异。在这种背景之下，国际法委员会由于其组成和学院式的工作方法，以及通过大会与各国之间的密切关系，也许可以作出有益的贡献。

整体结构

6. 有人建议，为方便起见，本专题应该分为若干阶段审议(尽管它们之间将不作刚性的区分)：基本问题和材料的收集、与国家实践和法律见解的鉴别有关的一些中心问题、特定的专题、和结论。以下各段的本意是说明性的；不一定要采取所有列出的事项，以及其他事项。

(一) 基本问题和材料

7. 第一阶段将载述一些基本问题，以及复核基本材料。它可能包括对下列事项的审议：

(一) 说明本专题的范围，以及可能的产出方案。至关重要，要确保明确划定的范围。将有必要分别划定这一专题的范围和已经审议或正在审议的议题的范围，例如“不成体系”和“条约随时间演变”，或将来可能审议的专题，例如强制法。实际上涉及的问题将是委员会在适当时候予以审议的问题。

(二) 术语/定义。“习惯国际法”或“国际法规则”一词的使用似乎是最常用的术语(其他术语是“习惯国际法”、“习惯”、“国际惯例”)。现行法、拟议法、和“软法”。以联合国的正式语文建立一个有关术语的简要词汇可能是有用的。

(三) 习惯国际法在国际法律制度内的位置(莲花原则；“背景”²)，包括：“习惯国际法”与“一般国际法”的关系、与“一般国际原则”的关系和与“一般国际法原则”的关系。这可能需要检视“一般国际法”一词的使用和含义——可能意味着“习惯国际法”以外的某些含义、一种“渊源合并”概念、除其他外引起习惯国际法与“一般法律原则”之间的关系(《国际法院规约》第 38.1 条(c)款)。它可能需要区别习惯国际法规则和“软法”、现行法与拟议法、习惯国际法与单纯的使用、并且区别习惯国际法与非正式条约(包括未以书面形式缔结的条约)和后来涉及条约之解释的实践。

¹ 《适用于一般习惯国际法之形成的原则伦敦声明》与评注：第 16/2000 号决议(一般习惯国际法的形成)，国际法协会于 2000 年 7 月 29 日予以通过：见国际法协会，第六十九届会议的报告，伦敦，英文本第 39 页。关于全体会议的辩论情况，见同上，第 922-926 页。《原则的伦敦声明》载于同上，第 712-777 页，2000 年举行的(一般)习惯国际法的形成委员会的工作会议报告载于同上，第 778-790 页。该委员会的六份临时报告载有较详细的材料。

² 缅甸湾，《1984 年国际法院判例汇编》第 291 页，第 83 段。

(四) 《国际法院规约》第 38 条第 1 款(b)项(包括其起草工作)和第 38 条第 1 款(c)和(d)项款的分析。

(五) 形成习惯国际法规则的主要理论和方法。这一主题的理论基础是重要的,即使最终的目标是向要求调查这些习惯国际法规则的人提供实际援助。将必须解决一般性的方法问题:对国家实践进行实证研究以及演绎推理,国际法院和法庭的一些案例法说明了这一点。实际的考虑可能影响到使用的方法,在一个有将近 200 个国家的世界上,尤其如此。

(六) 国际和国家的法院和法庭的有关案例法。

(七) 书目。

(二) 国家实践和法律意见

8. 调集了基本的材料,审议了一些基本问题、包括上文第 7 段(五)中所说明的一般性方法问题,第二阶段可能涉及对习惯国际法规则的确定采取传统方法的一些中心问题,尤其是国家实践和法律意见:

(一) 国家实践的确定。怎样才算“国家实践”?行为和不行为、言语行为和实际行为。如何改变一个国家对国际法规则的立场?国内法院和法庭的决定(与行政部门对这些决定的反应)。除国家外,还有谁的行为呢?某些国际组织,例如欧洲联盟?国家实践的“代表性”(包括区域多样性)。³

(二) “法律意见或履行法律义务之行为”的性质、功能和确定。

(三) “国家实践事例”和“法律意见或履行法律义务之行为”两个因素之间的关系及各自对于习惯国际法之确定的作用。

(四) 习惯国际法的新规则如何出现;国家的单方面措施如何导致新规则的研拟;据以评估“习惯规则的偏差”是否已引起“习惯法之变化”的标准;沉默/默许的潜在作用。

³ 人们想必记得,在 1949/1950 年的第一届/第二届会议上,国际法委员会按照其《章程》第 24 条所规定的任务审议了“使习惯国际法的证据更容易获得的方法和方式”专题。结果编写了一份有影响力的报告,在国家与国际的层级上引出各种重要出版物(《1950 年国际法委员会年鉴》,第二卷,第 367-374 页(《1950 年国际法委员会报告》,文件 A/1316,第 24-94 段);也参看《国际法委员会的工作》(第 7 版),第三.2 部分)。对于委员会有关国家实践的工作,已有如下的描述:“国际法委员会充分认识到广泛使用国家实践的重要性,委员会在报告中采取了许多促进这一目标的行动。但是,目前有两项事态发展[这是在 1998 年撰写的]威胁到委员会 1950 年规定之目标的全面实现:第一、关于国际法和国际关系诸多方面可以获得的材料大量扩散,第二、涉及材料的积累、存储和发行的费用增加。随着全球信息技术的革命性发展在近几年更加进步的影响,《1950 年委员会报告》所涵盖的课题可能重新引起更多的关注”(A.D.Watts,《1949 至 1998 年国际法委员会的工作》,第三卷,第 2106 页)。据认为,委员会确实应该同时重新研讨使用国家实践的问题和本大纲中所述及的有关习惯国际法的其他工作。

- (五) “特别受影响的国家”的作用。
- (六) 时间因素和实践的密度；“即时形成的”习惯国际法。
- (七) 确定习惯法规则的标准是否取决于规则的性质或该规则所属的领域。

(三) 特定专题

9. 第三阶段可能涉及特定专题，例如：

- (一) “一贯反对者”理论。
- (二) 条约和习惯国际法的形成；作为习惯国际法的可能证据的条约；条约和国际习惯法的“相互影响”/相互依存关系。
- (三) 国际组织之机关的决议，包括联合国大会和国际会议以及习惯国际法的形成；它们作为习惯国际法的可能证据的意义。
- (四) 某些国家之间特殊的习惯国际法规则(区域、次区域、地方或双边——“个别化”的习惯国际法规则)的形成和确定。“同意”是否对习惯国际法特别规则的形成具有特殊作用？

(四) 结论

10. 最后阶段可用适合委员会予以审议和通过的方式巩固早期阶段的成果。

背景材料

国际法委员会

«Ways and Means of Making the Evidence of Customary International Law more Readily Available: Preparatory work within the purview of the article 24 of the Statute of the International Law Commission», Memorandum submitted by the Secretary-General (A/CN.4/6 and Corr.1).

Working Paper prepared by the Secretariat (A/CN.4/WP.9), reproduced in the Yearbook of the International Law Commission 1949-I, pp. 228-229.

Article 24 of the Statute of the International Law Commission, Working Paper by Manley O. Hudson, Special Rapporteur (A/CN.4/16 and Add.1) (Yearbook of the International Law Commission 1950-II, pp. 24-33).

Report of the International Law Commission on the work of its second session, paras. 24-94 (Yearbook of the International Law Commission 1950-II, pp. 367-74) (Part II, Ways and Means for Making the Evidence of Customary International Law More Readily Available).

案例法

常设国际法院

The Case of the S.S. «Lotus» (France v. Turkey), *Collection of Judgements, Judgment Nr. 9 of 7 September 1927, P.C.I.J., Series A – No. 10*, p. 4 (pp. 18, 20-22 and 28).

国际法院

Colombian-Peruvian Asylum case, *Judgment of 20 November 1950, I.C.J. Reports 1950*, p. 266 (pp. 276-278).

Reservations to the Genocide Convention case, *I.C.J. Reports 1951*, p. 15.

Fisheries case (United Kingdom v. Norway), *Judgment of 18 December 1951, I.C.J. Reports 1951*, p. 116 (pp. 131 and 138-139).

Nottebohm Case (Liechtenstein v. Guatemala) (second phase), *Judgment of 6 April 1955, I.C.J. Reports 1955*, p. 4 (pp. 22-23).

Case concerning Right of Passage over Indian Territory (Portugal v. India) (Merits), *Judgment of 12 April 1960, I.C.J. Reports 1960*, p. 6 (pp. 39-44).

North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Denmark; Federal Republic of Germany/Netherlands), *Judgment, I.C.J. Reports 1969*, p. 3 (paras. 60-83).

Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area (Canada/United States of America), *Judgment, I.C.J. Reports 1984*, p. 246 (paras. 83, 90, 94, and 110-111).

Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta), *Judgment, I.C.J. Reports 1985*, p. 13 (paras. 26-34, 43-44 and 77).

Military and Paramilitary Activities in und against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), *Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986*, p. 14 (paras. 172-192, 201-209, 211 and 273).

Frontier Dispute (Burkina Faso/Mali), *Judgment of 22 December 1986 (Merits), I.C.J. Reports 1986*, p. 554 (para. 21).

Maritime Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen (Denmark v. Norway), *I.C.J. Reports 1993*, p. 38 (para. 46).

Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996, p. 226 (paras. 64-73, 75, 79-82, 84, 96).

Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary v. Slovakia), *Judgment, I.C.J. Reports 1997*, p. 7.

Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain (Qatar/Bahrain), *I.C.J. Reports 2001*, p. 40.

Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), *Judgment, I.C.J. Reports 2002*, p. 3 (paras. 51-59).

Case concerning the Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua), *Judgment of 13 July 2009, I.C.J. Reports 2009* (paras. 140-144), and *Separate Opinion of Judge Sepúlveda-Amor* (paras. 20-28).

前南斯拉夫问题国际刑事法庭

Prosecutor v. Tadić, Appeals Chamber, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 October 1995 (esp. para. 99).

Prosecutor v. Kupreskic et al. (Judgment), Trial Chamber, Judgment of 14 January 2000 (paras. 524-525, 527, 531-534 and 540).

仲裁法庭

Strunski-Mergé case, Italian-United States Conciliation Commission, Decision of 10 June 1955, *ILR*, 1955, pp. 443.

Texaco-Calasiatic c. Gouvernement libyen, sentence arbitrale au fond du 19 janvier 1977, *Journal de droit international (Clunet)*, vol. 104, 1977, p. 350 (paras. 59-60, 69 and 83-89).

Case concerning the delimitation of the continental shelf between the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, and the French Republic, Decision of 30 June 1977, *RIAA*, vol. XVIII, p. 3 (paras. 45-47).

国际法协会

Resolution 16/2000 (Formation of General Customary International Law), adopted on 29 July 2000 by the International Law Association: see *International Law Association, Report of the Sixty-ninth Conference, London*, p. 39.

国际法学会

Resolution on 'Problems Arising from a Succession of Codification Conventions on a Particular Subject', adopted on 1st September 1995.

参考书目精选

- S. Seferiades, «Aperçu sur la coutume juridique internationale et notamment sur son fondement», *RGDIP*, vol. 43, 1936, pp. 129-196.
- L. Koppelmanas, «Custom as a Means of Creation of International Law», *BYIL*, vol. XX, 1937, pp. 127-151.
- H. Kelsen, «Théorie du droit international coutumier», *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 1, 1939, pp. 253-274.
- N. Bobbio, *La consuetudine come fatto normativo*, Padoue, CEDAM, 1942.
- P. Guggenheim, «Les deux éléments de la coutume en Droit international», in *La technique et les principes du droit public. Etudes en l'honneur de Georges Scelle*, Paris, LGDJ, 1950, t. I, pp. 275-284.
- G. Barile, «La rilevazione e l'integrazione del diritto internazionale non scritto e la libertà di apprezzamento del giudice», *Comunicazioni e studi*, vol. V, Milan, Giuffrè, 1953.
- C. De Visscher, «Coutume et traité en droit international public», *RGDIP*, vol. XX, 1955, pp. 353-269.
- R. Ago, «Science juridique et droit international», *RCADI*, t. 90, 1956-II, pp. 855-954.
- I. C. MacGibbon, «Customary International Law and Acquiescence», *BYIL*, vol. XXXIII, 1957, pp. 115-145.
- H. Lauterpacht, *The Development of International Law by the International Court*, London, Stevens, 1958, pp. 368-393.
- R. Higgins, *The Development of International Law through the Political Organs of the United Nations*, OUP, 1963.
- G. Cohen-Jonathan, «La coutume locale», *AFDI*, 1961, pp. 119-140.
- C. Parry, *The Sources and Evidences of Public International Law*, Manchester University Press, 1965, pp. 56-82.
- R. Baxter, «Multilateral Treaties as Evidence of Customary International law», *BYIL*, vol. XLI, 1965-66, pp. 275-300.
- A. D'Amato, «The Concept of Special Custom in International law», *AJIL*, vol. 63, 1969, pp. 211-223.
- A. D'Amato, *The Concept of Custom in International Law*, Londres/Ithaca, Cornell University Press, 1971.
- H. Thirlway, *International Customary Law and Codification*, Leiden, A. W. Sijthoff, 1972.
- A. D'Amato, *The Concept of Custom in International Law*, New York, Cornell University Press, 1973.
- R.-J. Dupuy, «Coutume sage et coutume sauvage», in *Mélanges offerts à Charles Rousseau*, Paris, Pedone, 1974, pp. 75-87.
- M. Akehurst, «Custom as a Source of International Law», *BYIL*, vol. XLVII, 1974-75, pp. 1-53.
- R.-J. Dupuy, «Droit déclaratoire et droit programmatore: de la coutume sauvage à la *soft law*», in SFDI, *L'élaboration du droit international*, Paris, Pedone, 1975, pp. 132-148.

- J. Charpentier, «Tendances de l'élaboration du droit international coutumier», in SFDI, *L'élaboration du droit international*, Paris, Pedone, 1975, pp. 105-131.
- R. Jennings, «What is International Law and How Do We Tell it When We See it?», *The Cambridge-Tilburg Lectures*, Third Series, 1980, pp. 1-32.
- B. Stern, «La coutume au cœur du droit international. Quelques réflexions», in *Mélanges offerts à Paul Reuter. Le droit international: unité et diversité*, Paris, Pedone, 1981, pp. 479-499.
- R. Y. Jennings, «Law-Making and the Package Deal», in *Mélanges offerts à Paul Reuter. Le droit international: unité et diversité*, Paris, Pedone, 1981, pp. 347-355.
- M. Bos, «The identification of custom in international law», *GYIL*, vol. 25, 1982, pp. 9-53.
- Bin Cheng, «Custom: the Future of General State Practice in a Divided World», in R. S.J. MacDonald, D. M. Johnson, eds., *The Structure and Process of International Law*, Nijhoff, The Hague, 1983, pp. 513-554.
- L. Ferrari Bravo, «Méthodes de recherche de la coutume internationale dans la pratique des états», *RCADI*, t. 192, 1985-III, pp. 233-330.
- S. Sur, «La coutume internationale. Sa vie, son œuvre», *Droits*, vol. 3, 1986, pp. 111-124.
- P. Hagggenmacher, «La doctrine des deux éléments du droit coutumier dans la pratique de la Cour internationale», *RGDIP*, vol. 90, 1986, pp. 5-125.
- G. Abi-Saab, «La coutume dans tous ses états ou le dilemme du droit international général dans un monde éclaté», in *Le droit international à l'heure de sa codification. Etudes en l'honneur de Roberto Ago*, Milan, Giuffrè, 1987, vol. 1, pp. 53-65.
- G. M. Danilenko, «The Theory of International Customary Law», *GYIL*, vol. 31, 1988, pp. 9-47.
- O. Schachter, «Entangled Treaty and Custom», in: Y. Dinstein (ed.), *International Law in a Time of Perplexity: Essays in Honour of Shabtai Rosenne*, Dordrecht, Nijhoff, 1989, pp. 717-738.
- S. Sur, *La coutume internationale* (Extrait du Juris-Classeur Droit international), Paris, LITEC, 1990.
- H. Thirlway, «The Law and Procedure of the International Court of Justice, 1960-1989 (Part Two)», *BYIL*, vol. LXI, 1990, p. 1, at pp. 31-40.
- J. Barberis, «Réflexions sur la coutume internationale», *AFDI*, vol. XXXVI, 1990, pp. 9-46.
- L. Condorelli, «La coutume», in Mohammed Bedjaoui (Rédacteur général), *Droit international. Bilan et perspectives*, Paris, Pedone, 1991, t. I, pp. 187-221.
- J. Barberis, «La coutume est-elle une source du droit international?», in *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement: Mélanges Michel Virally*, Paris, Pedone, 1991, pp. 43-52.
- M. Mendelson, «State Acts and Omissions as Explicit or Implicit Claims», in *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement: Mélanges Michel Virally*, Paris, Pedone, 1991, pp. 373-382.
- R. Bernhardt, 'Customary international law' in *Encyclopedia of Public International Law*, volume I, p. 898 (1984, 1991, with bibliography).
- R. Jennings, A. Watts, *Oppenheim's International Law* (9th ed.), OUP, 1992, pp. 25-31.
- K. Wolfke, *Custom in Present International law* (2nd ed.), Dordrecht, Kluwer, 1993.

- K. Wolfke, «Some persistent controversies regarding customary international law», *NYIL*, vol. 24, 1993, pp. 1-16.
- G. Tunkin, «Is General International Law Customary Law Only?», *EJIL*, vol. 4, 1993, n° 4, pp. 534-541.
- P.-M. Dupuy, «Théorie des sources et coutume en droit international contemporain», in *Le droit international dans un monde en mutation. Liber amicorum en hommage au Professeur Eduardo Jiménez de Aréchaga*, Montevideo, Fundación de cultura universitaria, 1994, vol. 1, pp. 51-68.
- K. Zemanek, «What is 'State Practice' and Who Makes It?», In: *Recht Zwischen Umbruch und Bewahrung, Völkerrecht-Europarecht-Staatsrecht: Festschrift für Rudolf Bernhardt*, Berlin, Springer, 1995, pp. 289-306.
- M. Mendelson, «The Subjective Element in Customary International Law», *BYIL*, vol. LXVI, 1995, pp. 177-208.
- I. Lukashuk, «Customary Norms in Contemporary International Law», in *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century. Essays in honour of Krzysztof Skubiszewski*, La Haye/Londres/Boston, Kluwer International Law, 1996, pp. 487-508.
- O. Schachter, «New Custom: Power, *Opinio iuris* and Contrary Practice», in *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century. Essays in honour of Krzysztof Skubiszewski*, La Haye/Londres/Boston, Kluwer International Law, 1996, pp. 532-540.
- M. Villiger, *Customary International Law and Treaties. A Manual on Theory and Practice of the Interrelation of Sources* (2nd ed.), The Hague, Kluwer, 1997.
- D. P. Fidler, «Challenging the Classical Concept of Custom: Perspective on the Future of Customary International Law», *GYIL*, vol. 39, 1996, pp. 199-248.
- M. Mendelson, «The Formation of Customary International Law», *RCADI*, vol. 272, 1998, pp. 155-410.
- R. Müllerson, «On the nature and scope of customary international law», *Austrian Review of International and European Law*, vol. 2, 1998, pp. 1-19.
- M. Byers, *Custom, Power and the Power of Rules*, CUP, 1999.
- J. Barboza, «The Customary Rule: From Chrysalis to Butterfly», in *Liber amicorum in memoriam of Judge José María Ruda*, Kluwer, The Hague, 2000, pp. 1-14.
- G. P. Buzzini, «La théorie des sources face au droit international général: réflexions sur l'émergence du droit objectif dans l'ordre juridique international», *RGDIP*, vol. 106, 2002, pp. 581-617.
- H. Thirlway, «The Law and Procedure of the International Court of Justice 1960-1989, Supplement, 2005: Parts One and Two», *BYIL*, vol. 76, 2005, p. 1, at pp. 92-108.
- H. Thirlway, in: M. Evans (ed.), *International Law* (2nd ed.), OUP, 2006, pp. 121-127.
- C. Cahin, *La coutume internationale et les organisations internationales – L'incidence de la dimension institutionnelle sur le processus coutumier*, Paris, Pedone, 2001.
- Colloque de la SFDI, (Genève, 2003), *La pratique et le droit international*, Paris, Pedone, 2004.
- J. Kammerhofer, «Uncertainty in the formal sources of international law: customary international law and some of its problems», *EJIL*, vol. 15, 2004, pp. 523-553.

- T. Christakis and O. Corten, «La participation du Conseil de sécurité à l'élaboration, à la cristallisation ou à la consolidation de règles coutumières», *RBDI*, vol. 37, 2004, pp. 552-567.
- G. P. Buzzini, «Abstention, silence et droit international général», *Rivista di Diritto Internazionale*, vol. LXXXVIII, 2005, pp. 342-382.
- A. Pellet, «Article 38», in: A. Zimmermann *et al* (eds.), *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, OUP, 2006, pp. 748-764.
- V. Lowe, *International Law*, OUP, 2007, pp. 36-63.
- A. Perreau-Saussine and J. B. Murphy, *The Nature of Customary Law. Legal, Historical and Philosophical Perspectives*, CUP, 2007.
- M. Shaw, *International Law* (6th ed.), CUP, 2008, pp. 72-93.
- H. Taki, «*Opinio Juris* and the Formation of Customary International Law», *GYIL*, vol. 51, 2008, pp. 417-446.
- I. Brownlie, *Principles of Public International Law* (7th ed.), OUP, 2008, pp. 6-12.
- F. Hoffmeister «The Contribution of EU Practice to International Law» in: M. Cremona (ed.) *Developments in EU External Relations Law*, OUP, 2008.
- T. Treves, «Customary International Law», in R. Wolfrum (Ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, OUP, 2008, online edition, [www.mpepil.com], visited on 29 August 2009.
- P. Daillier, M. Forteau, A. Pellet, *Droit international public* (8th ed.), Paris, L.G.D.J., 2009, paras. 207-220.
- B. Schlütter, *Developments in Customary International Law: Theory and Practice of the International Court of Justice and the International ad hoc Tribunals for Rwanda and Yugoslavia*, Brill, 2010.
- B. Leppard, *Customary International Law: A New Theory with Practical Applications*, CUP, 2010.
- B. Saul, «Legislating from a Radical Hague: The United Nations Special Tribunal for Lebanon Invents an International Crime of Transnational Terrorism», *Leiden Journal of International Law*, vol. 24, 2011, pp. 677-700.

附件 B

保护大气层 (村濑信也先生)

一. 导言

1. 主要存在于对流层和同温层的大气(气圈)是地球上最大的单一天然资源，是维护人类的生存所不可缺少的。大气条件的退化一直是国际社会所严重关切的问题。¹ 虽然历来有为了保护跨界和全球大气层而缔结的若干有关公约，但是，这些公约在地域的覆盖面、规范的活动、受控制的物质、以及——最重要的是、在可适用的原则和规则方面，仍然有很大的差距。这种零敲碎打的着手方式使得大气层受到特别的限制，然而，从其根本性质看来，是应该予以整体处理的。目前没有任何公约以全面、有系统的方式涵盖全部的大气环境问题。因此，人们认为，委员会可以在国家实践和判例的基础上、通过编纂和逐渐发展相关的法律原则来做出重大的贡献。

2. 重要的是，要确保国际法委员会充分参与满足国际社会目前的需求。虽然委员会的国际水道和跨界含水层条款草案含有关于保护环境的一些有关规定，委员会自从完成了关于赔偿责任(即预防跨界损害和分摊损失)的专题以来，不曾在国际环境法领域内处理任何专题，当世界正在经历危急的环境退化时，这似乎是一种重大的“不行为”。因此，建议委员会在今后的工作中审议“保护大气层”的专题。

二. 拟议这一专题的理由

3. 关于这个课题，已经有了丰富的国家实践和文献。人们经常提到的“特雷尔冶炼厂仲裁裁决”案² (美国—加拿大，1938 年，1941 年)历来是“越境空气污染”方面被作为先例援引的个案。在 20 世纪 50 年代，“大气层核试验”表现为

¹ 参看 Alexandre Kiss 和 Dinah Shelton 合著，《国际环境法》，第三版，跨国出版商，2004 年，第 555-592 页，也参看 Philippe Sands，《国际环境法原则》，第二版，剑桥大学出版社，2003 年，第 317-390 页；Patricia W. Birnie、Alan E. Boyle 和 Catherine Redgewell，《国际法与环境》，第三版，牛津大学出版社，2008 年，第 335-378 页；David Hunter、James Salzman 和 Durwood Zaelke 合著，《国际环境法与政策》，基金会出版社，2007 年，第 538-733 页；薛捍勤，《国际法中的跨界损害》，剑桥大学出版社，2003 年，第 200-203 页。

² 《国际仲裁裁决报告书》，第 3 卷，第 1907 页起各页(1941 年的裁决)。经常被引用的裁决内容如下：“根据国际法原则……任何国家都无权使用或允许在境内引起烟雾或将烟雾引入另一国境内从而对其中的财产或个人造成伤害，条件是，这种情况引起了严重的后果并且可以用令人信服的明确证据确定伤害”。同上，第 1965 页。

国际社会所面临的最初几个环境问题之一。³ 提交给国际法院审理的“核试验案”(澳大利亚—法国, 新西兰—法国, 1973 年)触发了关于潜在的“大气层污染”的热烈讨论。⁴ 国际法院也于 1996 年关于“使用核武器的合法性”的咨询意见中提到:“各国义务避免从其跨界污染、包括大气污染造成对环境的重大破坏”。⁵ 1979 年三哩岛事故、1986 年切尔诺贝利事故以及目前引起国际社会严重关注的福岛核电站于 2011 年 3 月 11 日由于巨大地震和海啸引起的事故, 都具体证明了核设施事故可能直接影响大气层环境。法院最近于 2010 年 4 月 20 日对“乌拉圭河沿岸纸浆厂”案(阿根廷—乌拉圭)的判决中有一部分提到“涉嫌造成空气污染(达到“影响河流水生环境”的程度)问题”。⁶ 此外, 国际法院目前尚未判决的“空中喷洒除草剂”案(厄瓜多尔诉哥伦比亚), 也可能致力于解决这个问题。世界贸易组织关于“美国新配方汽油和常规汽油标准”案(1996 年)提出了一个国家的国内法(在此情况下是指美国的 1990 年“清洁空气法”)与世界贸易组织/关贸总协定的贸易条款之间相容性的重要问题。⁷ 最后, 国内法院的有关决定也可能具有指导作用。⁸

4. 有关条约和非条约实践, 包括:

- “欧洲共同体关于远距离越境空气污染的公约”(1979 年, 1983 年正式生效); “监测和评估协议”(1984 年); “硫议定书”(1985 年); “氮氧化物协议”(1988 年); “挥发性有机化合物协议”(1991 年); “硫议定书”(1994 年); “奥胡斯重金属议定书”(1998 年); “关于持久性有机污染物的奥胡斯议定书”(1998); “哥德堡关于减少酸化、富营养化和地面臭氧的议定书”(1999);

³ 参看《1954 年福龙丸 5 号事件》(日本—美国); 小田滋, “氢弹试验和国际法”, 和平研究所, 第 53 卷, 1956 年; L.F.E.Goldie, “对国际环境法的一般看法”, 载于 A.C.Kiss 编著的《保护环境和国际法》, 1973 年研讨会, 海牙国际法学院, 1975 年, 第 72-73 页。

⁴ “核试验”案(澳大利亚诉法国)(临时措施)《1973 年国际法院判决汇编 99》; (管辖权)《1974 年国际法院判决汇编 253》(新西兰诉法国)(临时措施)《1973 年国际法院判决汇编 135》; (管辖权)《1974 年国际法院判决汇编 457》。

⁵ 《1996 年国际法院判决汇编 241》。国际法院在其意见中指出:“各国确保在其管辖范围内的活动尊重其他国家或其国家管辖范围以外地区环境的普遍义务已经成为有关国际法的主体部分。”

⁶ 《2010 年国际法院判决汇编 75》, 第 263-264 段。这个问题是在口头审理期间提出的: 见“纸浆厂案”(阿根廷诉乌拉圭), 口头审理, 2006/47, 第 22、第 28 及第 34 段。

⁷ 美国—改订和传统汽油的标准, 上诉机构的报告, 1996 年 4 月 29 日, WT/052/8, 第 16-17 页; 村濑信也, “单方面措施和 WTO 的争端解决”, Simon S.C. Tay 和 Daniel C. Esty 合编, 《亚洲四小龙和绿色贸易》, 时代文献出版社, 1996 年版, 第 137-144 页。

⁸ 参看马萨诸塞州诉环保局, 美国最高法院 2007 年 4 月 2 日的判决(549 U.S.497; 127 S.Ct.1438; 2007 U.S.LEXIS 3785), 其中有一部分涉及环保局规范温室气体排放量的某些义务。

- “关于保护臭氧层的维也纳公约” (1985);
- “关于耗损臭氧层物质的蒙特利尔议定书” (1987 年)
- “欧盟大型燃烧指令” (1988/2001)
- “美国—加拿大空气质量协议” (1991 年)
- “联合国气候变化框架公约” (UNFCCC, 1992)
- “《联合国气候变化框架公约》京都议定书” (1997 年)
- “东盟关于越境烟雾污染的协定” (2002 年)⁹
- 《斯德哥尔摩人类环境宣言》 (1972 年)¹⁰
- “国际法学会关于跨界空气污染的决议” (1987 年)¹¹
- “关于环境与发展的《里约宣言》” (1992 年)
- “国际法委员会关于预防跨界损害的条款草案” (2001 年)
- “国际法委员会关于有害活动引起跨界损害时的损失分配原则草案” (2006)。

5. 拟议编纂和逐渐发展国际法的本计划项目有三点理由：首先、需要填补目前有关大气层之公约的空白。尽管已经有了一些相关公约，却仍然只是涉及特定地理区域与有限受规管活动和受控物质的一些拼拼凑凑、不成体系的文书。¹² 为了保护大气层所采取的增量方法有其特定的局限性，所以应该根据其性质采取全面和系统的方式、在一个框架公约中通盘处理大气层的所有环境问题。因此，目前的建议是要拟订一份类似于《联合国海洋法公约》第十二部分：“海洋环境的保护和保全”的文书。

⁹ 尚未正式生效。

¹⁰ 《斯德哥尔摩宣言》原则 21 规定：“按照联合国宪章和国际法原则，……有责任保证在其管辖或控制之内的活动，不致损害其他国家的或在国家管辖范围以外之地区的环境。” L. Sohn, “斯德哥尔摩人类环境宣言”，《14 哈佛国际法学报 423》(1972)。

¹¹ 第 2 条规定：“在根据自己的环境政策行使利用资源的主权权利时，各国应当有责任采取一切适当和有效的措施，以确保其活动或在其管辖或控制下进行的活动不造成越境空气污染。”

¹² 近年来，已有越来越多的科学证据表明，所谓的“对流层臭氧”和“黑碳”是在大气中直接威胁空气质量和气候变化的两种物质。有人说，就气候变化而言，在《气候变化框架公约》中确定的所谓温室气体只须承担 60% 的责任，而这些物质则须承担大约 40% 的责任。这一事实清楚地表明越境空气污染和气候变化之间的联系，以及存在于当前条约制度中的差距，需要制订一个关于大气层的全面多边公约来加以弥补。参看，环境署的研究报告，“限制短期气候变化和改善空气质量的措施：对黑碳和对流层臭氧的综合评估”，2011 年(即将出版)。或许也可以举例来说，由于来自世界其他地区的污染物，欧洲目前正在力求达到空气质量的标准。这种情况表明，若不是从全球框架内考虑成因和影响，即使是区域性的空气污染问题也不可能得到解决。

6. 第二、人们期望委员会提供适当准则，以便统一和协调可能在遵守和实施阶段同“公约草案”发生冲突的“国际环境法”以外的其他条约制度。¹³ 第三、同样重要的是，拟议的条款草案将有助于提供使有关保护大气层的本国法律规章同国际规则、标准和拟议的措施及程序协调一致的框架。第四、人们希望，拟议的条款草案将制订各国间合作机制和程序的准则，以便在大气层的跨界和全球保护领域内促进能力建设。

7. 重要的是，要明确区分大气层的概念和领空的概念。1944 年《芝加哥国际民用航空公约》第 1 条重申了习惯国际法规则：“每个国家对其领土上的领空有完整的和专属的主权”。虽然拟议的条款草案中所设想的法律原则、规则和法规也许最适用于在一国领土管辖之内的地面进行的某些活动，也可能出现有关活动可能会在其上的领空进行的情况。¹⁴ 在这样的背景之下，在条款草案中重申国家对国家领空的主权将是合适的。应该指出，本条款草案绝对不是为了影响目前国际法中所规定之领空的法律地位。

8. 本提案不重复委员会以前的工作。国际法委员会于 2001 年通过了预防跨界损害条款草案，并在 2006 年制订危险活动造成的跨界损害案件中分担损失的原则草案。这两个草案含有可能适用于大气层损害的重要规定。然而，这些草案的适用范围：一则由于意图涵盖所有类型的环境损害因而过于广泛，再则因为把重点放在涉及预防跨界损害所造成之损失的分担和危险活动的问题因而过于有限。因为它们没有充分致力于解决这种对大气状况的保护，建议委员会以全面和系统的方式处理这个问题，但是要把具体重点放在大气层。

三. 大气的物理特性

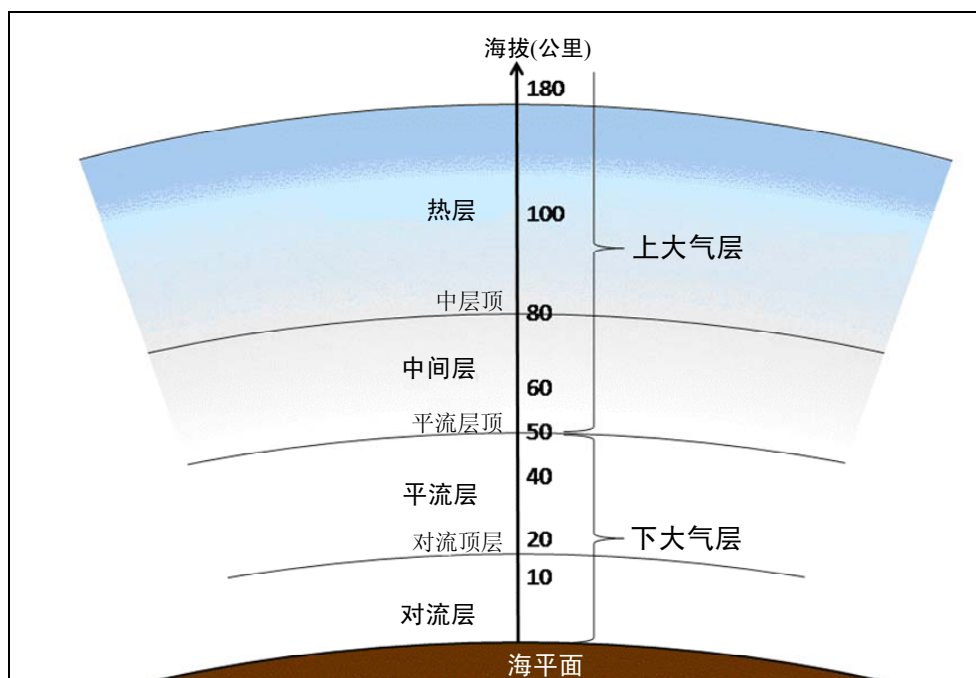
9. 为了确定编纂和逐渐发展关于保护大气层的国际法活动的定义、范围和目标，并且为了确定大气层法律地位的性质，首先必须了解大气层的物理结构和特征。

¹³ 参看村濑信也，“从国际经济法角度看跨国环境问题”，《海牙国际法学院课程汇编》，第 253 卷，1995 年，第 283-431 页。

¹⁴ 《1944 年芝加哥国际民用航空公约》附件 16 的标题是“环境保护”。国际民航组织从 1980 年起制订了关于“航空器发动机的排放标准和措施”的规则，以实现“民用航空的安全和有序发展和人类生存环境质量之间最大程度的兼容”（国际民航组织大会第 A18-11 号决议，第 2 段）。除其他外，这些排放标准确立了排放燃料（第二部分）和发射离心分离（第三部分）的规则、包括烟雾和某些化学粒子的排放限制。

10. “大气层”是“围绕着地球的气体混合物。”¹⁵ 大气中气体的主要组成部分(和比例)是氮(78.08%)、氧(20.95%)、氩(0.93%)和二氧化碳(0.03%)以及微小浓度的附加微量气体(0.01%)。大气存在于称为大气层的空间。它根据温度特性在纵向分为四个层次(从低层次到高层次：对流层、平流层、中间层和热层)(参见图(1))。

图 1
大气层的分区



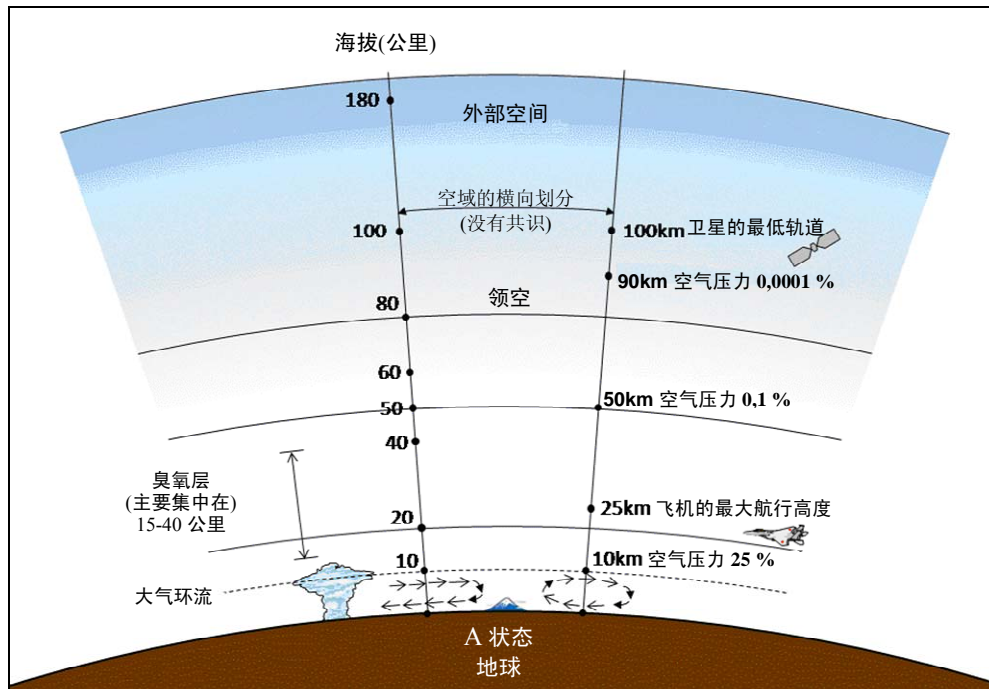
11. 随着海拔高度的增加，“大气层”中的气体逐渐淡化。大约有 80% 的空气质量存在于“对流层”，20% 存在于“同温层”。在“对流层”和“同温层”，大部分气体的相对比例是相当稳定的，在科学上，这些“气层”一起组成“下大气层”，它往上延伸至平均海拔 50 公里的高度，而与“上大气层”区别开来。这里的“大气层”以一种所谓“大气环流”的复杂方式移动、环绕着地球循环。¹⁶ 太阳和月亮的引力影响，也以引起“大气潮”的方式影响了它的运动。¹⁷

¹⁵ 《牛津高阶英汉双解词典》，第七版，牛津大学出版社，2005 年。

¹⁶ Gareth Jones、Alan Robertson、Jean Forbes 和 Graham Hollier 合编，《柯林斯环境科学参考资料大辞典》，Collins, 1990 年，第 40 页。

¹⁷ Michael Allaby 编，《环境词典》，第三版，纽约大学出版社，1989 年，第 34 页。

图 2
大气层的划界



12. 人类环境和自然环境都随着“大气层”状况发生一定变化而受到不良影响，“大气层”的退化有三个特别重要的原因。¹⁸ 首先、有害物质(即空气污染)进入“对流层”和“低平流层”以后引起“大气层”状况的变化。造成空气污染的主要原因是酸、氮氧化物(NO_x)、硫氧化物(SO_x)和诸如二氧化碳(CO₂)的碳氢化合物的排放。强大的水平风，例如“喷气流”，¹⁹ 可以从水平方向快速传输和传播这些“微量气体”，使它们远离其原始来源(虽然纵向的传输十分缓慢)而遍布全球。第二、排放到“对流层上部”和“同温层”的氯氟烃(CFC)和哈龙造成臭氧的耗损。顾名思义，“臭氧层”包含了大量的臭氧(O₃)，它是氧气存在的一种形式。臭氧主要集中在海拔 15-40 公里的高度(在 20-25 公里的高度浓度最大)。“臭氧层”过滤掉来自太阳的“紫外线辐射”，这种辐射可能会导致皮肤癌和对生命的其他伤害。第三、“对流层”和“平流层下部”的组成发生变化就会引起“气候变化”。人类活动引起气候变化的主要原因是额外的“微量气体”，例如二氧化碳(CO₂)、氧化亚氮(N₂O)、甲烷(CH₄)、氟氯化碳和“对流层的臭氧(O₃)”。这些气体称为“温室气体”。²⁰ “对流层”内部的状况严重影响

¹⁸ 参看 Hans-Jürgen Schlochauer, “大气层、保护”，载于 Rudolf Bernhardt, 编，《国际公法百科全书》，第 1 卷，1997 年，第 290 页。

¹⁹ 喷气流是环绕着对流层上部移动、从西向东以 240 至 720 公里的时速高速流动。

²⁰ 但是，近年来科学家们发现，黑碳和对流层的臭氧也会引起气候变化。见脚注 12。

到地球表面的天气、包括“云的形成”、“浓浊度”和“降水”。大多数的“气体”和“气溶胶”会被“对流层”中的一种天然的“清洁过程”所清除，但是，当“排放量”达到覆没“这一过程”的程度时，就开始发生“气候变化”。

13. 与“大气层”有关的这三个主要国际问题——“空气污染”、“臭氧层耗损”和“气候变化”——涉及到对流层和同温层，²¹ 不过，在每一种情况下，主要的促成因素有所不同。大约由“大气层”总质量的 0.0002%组成的“上大气层”——即“中间层”和“热层”，极少涉及审议中的环境问题，更少涉及没有空气的外部空间的广大区域。

四. 需要审议的法律问题

14. 对本计划项目最终结果的设想是拟订一套全面的《保护大气层框架公约》。《联合国海洋法公约》关于“海洋环境的保护和保全”的第十二部分为这些条款草案可能采取的形式提供了实例。除其他外，需要审议的法律问题如下：

15. (定义)委员会着手拟订关于保护大气层的有关原则和规则，首先需要规定大气层的含义。“大气层”——或空气质量——是“地球周围的气体混合物”、其中大部分存在于“对流层”和“平流层”。可能必须探讨“大气层”的物理结构及其“作为污染物输送介质的作用”。这个定义也将明确区分“领空的概念”及其与“大气层的定义”不同的“独特意义”。

16. (范围)在明确保护范围的时候，首先应当明确：拟议的条款草案只处理人类活动引起的损害，因此，不会扩大到包括火山喷发和沙漠中的沙所造成的损失(除非人类的活动加剧了这些损害)。第二、条款草案应该明确所要保护的自然人和人文环境的对象以及两者之间的内在关系。第三、应该有必要提到在大气层中造成环境损害的不同方式：第一个方式是“在大气层中引入(有害)物质”，另一个方式是“大气层中组成平衡的交替”。

17. (目标)由于其动态和波动的特征，为了环保的目的，需要把“大气层”看作一个“单一的全球单位”。虽然认识到，法律上应对“跨界空气污染”和“全球大气层问题”的方式有所不同，为了编纂和逐渐发展关于这个问题的国际法的目的，两者都应该根据“大气层的功能性概念”在“同样的法律框架”中予以处理。换句话说，为了保护大气层环境的目的，应该以全面的方式处理大气层问题。

18. (大气层的法律地位)至少有五个概念可能被视为与大气层的法律地位相关：领空、共享或共同的自然资源、共同财产、共同遗产和共同关心的(公共利

²¹ Alexandre Kiss 和 Dinah Shelton,《国际环境法》，第三版，第 556-562 页(第 12 章，“大气层、平流层和气候”)。

益)。²² 在这里,应该审慎审议其中的每一个概念,考虑它们是否以及在何种程度上适用于对大气层的保护。例如,基于第 7 段中所说明的理由,各国很可能希望重申对其领空范围内大气层的主权。

19. (保护大气层的基本原则)将必须审议一些众所周知的原则、包括以下原则的适用性:国家保护大气层的普遍义务、国家与其他国家之间不对大气层造成重大损害的义务、适用于一国“管辖或控制”下的活动的 *sic utere tuo ut alienum non laedas*(使用自己的财产时务必不损害他人财产)原则、各国进行合作的普遍义务、公平原则、可持续发展的原则、以及共同、但有区别的义务。

20. (预防和保护大气层的防范措施)这个计划项目中突出的问题之一将是:传统的“预防性”原则和相对较新的“预防性”原则之间的区别和关系。在具有明显的因果关系和证明因而可以预见可能的损害时应该采取预防措施;另一种相反的情况是,即使不能以科学的方法确定损害,也应该采取防范措施。在某些情况下,环境影响评估至关重要。

21. (义务的履行)应该通过每个国家的国内法履行规定的义务。单方面的国内措施和域外适用的效果一直是“国际环境法”中的敏感问题。有关国际组织和缔约方会议的作用不容忽视。与“贸易法”的冲突和协调也特别重要。

22. (合作机制)应该探索从事技术及其他形式之合作的可取程序以及与能力建设相关的措施。

23. (遵守的程序规则)除其他外,应该审议通知、信息交流、咨询、汇报制度、保证和审查、宣传和执法程序。

24. (责任和赔偿责任)归属责任、尽职尽责、高风险活动的责任和民事赔偿责任无疑是在履行以上第 19 至 23 段中所述国家义务时需要予以审议的关键问题。

25. (争端的解决)虽然认识到每一争端解决机构的特殊性质,却应该审议管辖权、可受理性和地位、以及科学证据的证明等一般性质的问题。

五. 基本方法

26. 委员会负责编纂和逐渐发展国际法,不会直接参与政治问题。虽然诸如气候变化的问题经常引起激烈的政治和政策辩论,由法律专家组成的委员会将只涉及有关保护大气层的法律原则和规则,而不拟订政策建议。这样,委员会的条款草案将采用未经协调的法律框架,仅处理一些离散的和具体的大气层问题、而将它们合理化为一套单一的灵活法规。这一综合办法可望为今后涉及实质性问题的

²² Alan E. Boyle, “国际法和保护全球大气层:概念、分类和原则”, Robin Churchill 和 David Freestone, 合编,《国际法和全球气候变化》,1991 年,第 7-19 页;也参看 Jutta Brunnée, “公共区域、共同遗产和共同关注”,载于 Daniel Bodansky、Jutta Brunnée 和 Ellen Hey, 合编,《牛津国际环境法手册》,2007 年,第 550-573 页。

公约奠定基础，同时帮助国家、国际组织和广大的民间社会澄清在这一领域进行活动时所涉及的法律问题。

27. 重要的是，关于这个主题的法律原则和规则是由委员会在一般国际法的框架内予以审议的。这意味着：委员会的工作应该抵制对“国际环境法”的主要“单一问题”采取“条块分割”方法的倾向。换句话说，关于大气层的法律原则和规则应尽可能联系有关理论和一般国际法的判例予以审议。这也意味着：委员会的工作应该扩展到：将一般国际法的原则和规则适用于与保护大气层问题有关的各个方面。

六. 与其他机构合作

28. 在开展研究和拟订关于保护大气层的条款草案方面，可以设想开展各种形式的与其他机构的合作。国际法协会和其他组织就本课题进行了若干研究。笔者曾于 2011 年 1 月在内罗毕与联合国环境规划署的一些法律专家举行初步的非正式磋商，并于 2011 年 7 月与设在日内瓦的“国际环境组织”和“多边环境协定”的几个秘书处的专家在日内瓦的“国际环境之家”举行了初步磋商。

参考书目精选

1. 司法决定

Trail Smelter Arbitration (US v. UK), *Reports of International Arbitral Awards*, vol. 3, pp. 1907 ff (Award of 1941).

Nuclear Tests case (Australia v. France) (Interim Measure) 1973 ICJ Reports 99; (Jurisdiction) 1974 ICJ Reports 253; (*New Zealand v. France*) (Interim Measures) 1973 ICJ Reports 135; (Jurisdiction) 1974 ICJ Reports 457.

Legality of the Use of Nuclear Weapons case, 1996 ICJ Reports 241.

Pulp Mills case (Argentina v. Uruguay), 2010 ICJ Reports 75.

Aerial Spraying of Herbicides case (Ecuador v. Columbia), pending before ICJ.

United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline, Report of the Appellate Body, 29 April 1996, WT/052/8.

Massachusetts v. EPA, U.S. Supreme Court decision of 2 April 2007 (549 U.S. 497; 127 S. Ct. 1438; 2007 U.S. LEXIS 3785).

2. 与大气层法有关的国际组织和(或)会议的文件

«International Conference on the Changing Atmosphere: Implications for Global Security, Conference Statement, Toronto, 27-30 June 1988», 18 *Environmental Policy and Law*, 1988, pp. 155, 187-189.

«Protection of the Atmosphere: Statement of the International Meeting of Legal and Policy Experts, Ottawa, February 22, 1989», *American University Journal of International Law and Policy*, 1989, pp. 529-542.

«Protection of the Atmosphere», Report of the Secretary-General, E/CN.17/2001/PC/12, 2 March 2001.

«One Atmosphere», Vancouver Declaration of the World Clean Air Congress, September 2010 (<http://www.iuappa.com/newsletters/VancouverDeclaration.pdf>).

3. 文献

(1) 大气层法

(a) 书籍

Frank Biermann, *Saving the atmosphere: international law, developing countries and air pollution*, 1995.

Patricia W. Birnie, Alan E. Boyle & Catherine Redgewell, *International Law and the Environment*, 3rd ed., Oxford University Press, 2008, pp. 335-378.

Daniel Bodansky, Jutta Brunnée and Ellen Hey (eds.), *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, Oxford University Press, 2007 (Ian H. Rowlands, «Atmosphere and Outer Space», pp. 315-336).

- Derek M. Elsom, *Atmospheric Pollution: A Global Problem*, 2nd ed., Wiley-Blackwell, 1992.
- Alexander Gillespie, *Climate Change, Ozone Depletion and Air Pollution: Legal Commentaries within the Context of Science and Policy*, Martinus Nijhoff Publishers, 2005.
- David Hunter, James Salzman & Durwood Zaelke, *International Environmental Law and Policy*, Foundation Press, 2007, pp. 538-733.
- Alexandre Kiss & Dinah Shelton, *International Environmental Law*, 3rd ed., Transnational Publishers 2004, pp. 555-592.
- Shinya Murase, *International Law: An Integrative Perspective on Transboundary Issues*, Sophia University Press, 2011.
- Lavanya Rajamani, *Differential Treatment under International Environmental Law*, Oxford University Press, 2006.
- Philippe Sands, *Principles of International Environmental Law*, 2nd ed., Cambridge University Press, 2003, pp. 317-390.
- M. Soroos, *The Endangered Atmosphere: Preserving a Global Commons*, 1997.
- Xue, Hanqin, *Transboundary Damage in International Law*, Cambridge University Press, 2003, pp. 200-203.

(b) 文章

- Frank Biermann, «“Common Concern of Humankind”: The Emergence of a New Concept of International Environmental Law», *Archiv des Völkerrechts*, 34. Band, 4. Heft, 1996, pp. 426-481.
- Alan E. Boyle, «International Law and the Protection of the Global Atmosphere: Concepts, Categories and Principles», Robin Churchill & David Freestone, eds., *International Law and Global Climate Change*, 1991, pp. 7-19.
- Ian Brownlie, «Legal Status of Natural Resources in International Law», 162 *Recueil des cours à l'Académie de droit international de La Haye*, pp. 245-318 (1979).
- Jim Bruce, «Law of the Air: A Conceptual Outline», 18 *Environmental Policy and Law*, 1988, p. 5.
- L.F.E. Goldie, «A General View of International Environmental Law», in A.C. Kiss, ed., *The Protection of the Environment and International Law*, Workshop 1973, The Hague Academy of International Law, 1975, pp. 72-73.
- Günther Handl, «International Law and Protection of the Atmosphere», 83 *Proceedings of the ASIL Annual Meeting* 62, (1989).
- Günther Handl, «International Efforts to Protect the Global Atmosphere: A Case of Too Little, Too Late», 1 *European Journal of International Law* 250 (1990).
- John C. Hogan, «Legal Terminology for the Upper Regions of the Atmosphere and for the Space Beyond the Atmosphere», 51 *American Journal of International Law* (1957), pp. 362-375.
- Alexandre Charles Kiss, «La protection de l'atmosphère: un exemple de la mondialisation des problèmes», 34 *Annuaire français de droit international* 701 (1988).
- Janna Lehmann, «A Comparative Analysis of the Long-Range Transboundary Air Pollution, Ozone Layer Protection and Climate Change Regimes», in Michael Bothe and Eckard

Rehbinder (eds.), *Climate Change Policy*, Eleven International Publishing, 2006, pp. 73-102.

Shinya Murase, «Perspectives from International Economic Law on Transnational Environmental Issues», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 253, 1995, pp. 283-431.

Shinya Murase, «Protection of the Atmosphere and International Lawmaking», European Law Faculty of Nova Gorica, ed., *The Challenges of Contemporary International Law and International Relations* (Festschrift for Prof. Dr. Ernest Petrič), 2011 (forthcoming).

F. Sherwood Rawland, «Atmospheric Changes Caused by Human Activities: From Science to Regulation», 27 *Ecology Law Quarterly* 1261 (2001).

Peter Sand, «UNCED and the Development of International Environmental Law», *Yearbook of International Environmental Law*, vol. 3, 1992, pp. 3-17.

Marvin S. Soroos, «The thin blue line: preserving the atmosphere as a global commons», *Environment*, vol. 40(2) (1998), pp. 6-13, 32-35.

Hans-Jurgen Schlochauer, «Atmosphere, Protection», in Rudolf Bernhardt, ed., *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 1, 1997, p. 290.

L. Sohn, «The Stockholm Declaration on the Human Environment», 14 *Harvard International Law Journal* 423 (1972).

(2) 跨界空气污染

(a) 书籍

Jutta Brunnée, *Acid Rain and Ozone Layer Depletion: International Law and Regulation*, Transnational Publishers, 1988.

John E. Carroll, *Trans-boundary Air Quality Relations*, University of Maine Press, 1990.

Cees Flinterman, Barbara Kwiatkowska and Johan G. Lammers, eds., *Transboundary air pollution: international legal aspects of the co-operation of states* 1986.

Irene H. van Lier, *Acid Rain and International Law*, Bunsel Environmental Consultants, 1981.

P. N. Okowa, *The Legal Framework for the Protection of the Environment against Transboundary Air Pollution: a Reflection on Customary and Treaty Law*, Eleven, 2009.

Phoebe N. Okowa, *State Responsibility for Transboundary Air Pollution in International Law*, Oxford University Press, 2000.

Philippe Sands, ed., *Chernobyl: law and communication: transboundary nuclear air pollution: the legal materials*, Grotius Publication, 1988.

(b) 文章

Nigel Banks and J. O. Saunders, «Acid Rain: Multilateral and Bilateral Approaches to Transboundary Pollution under International Law», 33 *University of New Brunswick Law Journal* 155 (1984).

C. R. Bath, «US-Mexico Experience in Managing Transboundary Air Resources: Problems, Prospects and Recommendations for the Future», 22 *Natural Resources Journal* 1197 (1982).

- Robin R. Churchill, G. Kütting and L. M. Warren, «The 1994 UN ECE Sulphur Protocol», 7 *Journal of Environmental Law* 169 (1995).
- Amy A. Fraenkel, «The Convention on Long-range Transboundary Air Pollution: Meeting the Challenge of International Cooperation», 30 *Harvard International Law Journal* 447 (1989).
- Scott A. Hajost, «International Legal Implications of United States Policy on Acid Deposition», in Daniel Barstow Magraw (ed.), *International Law and Pollution*, University of Pennsylvania Press, 1991, p. 344.
- J. G. Lammers, «The European Approach to Acid Rain», in Daniel Barstow Magraw (ed.), *International Law and Pollution*, University of Pennsylvania Press, 1991, p. 265.
- Pierre-François Mercure, «Principes de droit international applicables au phénomène des pluies acides», 21 *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke* 373 (1991).
- Phoebe N. Okowa, «The Legacy of Trail Smelter in the Field of Transboundary Air Pollution», in Rebecca M. Bratspies and Russell A. Miller (eds.), *Transboundary Harm in International Law: Lessons from the Trail Smelter Arbitration*, Cambridge University Press, 2006.
- Marc Pallemmaerts, «International Legal Aspects of Long-range Transboundary Air Pollution», 1 *Hague Yearbook of International Law* 189 (1988).
- Armin Rosencrantz, «The ECE Convention of 1979 on Long Range Transboundary Air Pollution», 75 *American Journal of International Law* 975 (1981).
- P. J. Sands, «The Treaty Regime on Long-range Transboundary Air Pollution», in Ministère de l'Environnement & Environnement sans Frontière, France (éd.), *L'application renforcée du droit international de l'environnement: harmonisation et développement des procédures internationales de contrôle, de sanction et de règlement des différends = Towards Strengthening Application of International Environmental Law: International Procedures of Control, Enforcement and Conflict Settlement: Harmonization and Advancement*, Frison-Roche, 1999, pp. 74-78.
- Alan Khee-Jin Tan, «Forest fires of Indonesia: State responsibility and international liability», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 48(4) (1999), pp. 826-855.
- Gregory S. Wetstone, «Armin Rosencrantz and Sarah Foster», *Acid Rain in Europe and North America: National Responses to an International Problem*, Environmental Law Institute, 1983.
- G. S. Wetstone and A. Rosencrantz, «Transboundary Air Pollution: The Search for an International Response», 8 *Harvard Environmental Law Review* 89 (1984).
- Jørgen Wettstad, «Acid Lessons? Assessing and Explaining LRTAP Implementation and Effectiveness», *IIASA Working Paper* (WP-96-18), 1996.
- Jørgen Wettstad, «Science, Politics and Institutional Design: Some Initial Notes on the Long Range Transboundary Air Pollution Regime», 4 *Journal of Environment and Development* 165 (1995).

(3) 臭氧层

(a) 书籍

Richard Elliot Benedick, *Ozone Diplomacy*, 2nd ed., Harvard University Press, 1998.

United Nations Environment Programme, *Handbook for the Montreal Protocol on Substances that Deplete the Ozone Layer*, 5th ed., 2000.

Osamu Yoshida, *The International Legal Regime for the Protection of the Stratospheric Ozone Layer*, Martinus Nijhoff, 2001.

(b) 文章

R. E. Benedick, «The Montreal Ozone Treaty: Implications for Global Warming», 5 *American University Journal of International Law and Policy* 217 (1990).

Duncan Brack, *International Trade and the Montreal Protocol*, The Royal Institute of International Affairs, 1996.

Jutta Brunnée, *Acid Rain and Ozone Layer Depletion: International Law and Regulation*, Transnational Publishers, 1988.

David D. Caron, «La Protection de la couche d'ozone stratosphérique et la structure de l'activité normative internationale en matière d'environnement», 36 *Annuaire français de droit international* 704 (1990).

David D. Caron, «Protection of Stratospheric Ozone Layer and the Structure of International Environmental Law-Making», 14 *Hastings International and Comparative Law Review* 755 (1991).

Peter M. Haas, «Banning Chlorofluorocarbons: Epistemic Community Efforts to Protect Stratospheric Ozone», 46 *International Organization* 187 (1991).

John Warren Kindt and Samuel Pyeatt Menefee, «The Vexing Problem of Ozone Depletion in International Environmental Law and Policy», 24 *Texas International Law Journal* 261 (1989).

Martti Koskeniemi, «Breach of Treaty or Non-Compliance? Reflections on the Enforcement of the Montreal Protocol», 3 *Yearbook of International Environmental Law* 123 (1992).

Johan G. Lammers, «Efforts to Develop a Protocol on Chlorofluorocarbons to the Vienna Convention for the Protection of the Ozone Layer», 1 *Hague Yearbook of International Law* 255 (1988).

Peter M. Lawrence, «International Legal Regulation for Protection of the Ozone Layer: Some Problems of Implementation», 2 *Journal of Environmental Law* 17 (1990).

Joel Mintz, «Progress Toward a Healthy Sky: An Assessment of the London Amendments to the Montreal Protocol on Substances that Deplete the Ozone Layer», 16 *Yale Journal of International Law* 571 (1991).

James T. B. Tripp, «The UNEP Montreal Protocol: Industrialized and Developing Countries Sharing the Responsibility for Protecting the Stratospheric Ozone Layer», 20 *New York University Journal of International Law and Policy* 733 (1988).

(4) 气候变化

(a) 书籍

R. E. Benedick *et al.* (eds.), *Greenhouse Warming: Negotiating a Global Regime*, World Resources Institute, 1991.

R. R. Churchill and D. Freestone (eds.), *International Law and Global Climate Change*, Graham & Trotman, 1991.

IPCC, *Climate Change 2007: Mitigation of Climate Change*, Cambridge University Press, 2007.

Toru Iwama, ed., *Policies and Laws on Global Warming: International and Comparative Analysis*, Environmental Research Center, 1991.

Roda Verheyen, *Climate Change Damage and International Law: Prevention Duties and State Responsibility*, Martinus Nijhoff Publishers, 2005.

(b) 文章

Elizabeth P. Barratt-Brown *et al.*, «A Forum for Action on Global Warming: The UN Framework Convention on Climate Change», 4 *Colorado Journal of International Law and Policy* 103 (1993).

Daniel Bodansky, «The United Nations Framework Climate Change Convention: A Commentary», 18 *Yale Journal of International Law* 451 (1993)

Daniel Bodansky, «Managing Climate Change», 3 *Yearbook of International Environmental Law* 60 (1992).

Laurence Boisson de Chazournes, «De Kyoto à La Haye, en passant par Buenos Aires et Bonn: La régulation de l'effet de serre aux forceps», 1 *Annuaire français de relations internationales* 709 (2000).

D. D. Caron, «When Law Makes Climate Change Worse: Rethinking the Law of Baselines in Light of a Rising Sea Level», 17 *Ecology Law Quarterly* 621 (1991).

Peter G. G. Davies, «Global Warming and the Kyoto Protocol», 47 *International & Comparative Law Quarterly* 446 (1998).

Sean Fox, «Responding to Climate Change: The Case for Unilateral Measures to Protect the Global Atmosphere», 84 *Georgetown Law Journal* 249 (1996).

Duncan French, «1997 Kyoto Protocol to the 1992 UN Framework Convention on Climate Change», 10 *Journal of Environmental Law* 227 (1998).

Japan Branch Committee on the Legal Principles relating to Climate Change, «Preliminary Issues on the Methodology and Scope of the Work», *Japanese Yearbook of International Law*, vol. 52, 2009, pp. 500-537.

International Law Association (ILA), Committee on the Legal Principles relating to Climate Change, *First Report*, 2010, pp. 37 ff. (Available at <<http://www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/1029>>.)

Ved P. Nanda, «Global Warming and International Environmental Law: A Preliminary Inquiry», 30 *Harvard International Law Journal* 375 (1989).

Philippe Joseph Sands, «The United Nations Framework Convention on Climate Change», 1 *Review of European Community & International Environmental Law* 270 (1992).

Christopher D. Stone, «Beyond Rio: 'Insuring' Against Global Warming», 86 *American Journal of International Law* 445 (1992).

Christina Voigt, «State Responsibility for Climate Change Damages», 77 *Nordic Journal of International Law* 1 (2008).

Durwood Zaelke and James Cameron, «Global Warming and Climate Change: An Overview of International Legal Process», 5 *American University Journal of International Law and Policy* 248 (1990).

附件 C

条约的临时适用

(乔治·加亚先生)

导言

1. 关于适用条约的条约条款种类繁多。

1969 年《维也纳条约法公约》¹ 第二十四条第 1 款规定，“条约生效之方式及日期，依条约之规定或依谈判国之协议”；同一条第 2 款规定了一个备用规则：“倘无此种规定或协议，条约一俟确定所有谈判国同意承受条约之约束，即行生效”。显然，《维也纳公约》第 25 条中考虑到的条约的临时适用涉及条约在第二十四条所指生效之前的适用。同样清楚的是，临时适用比生效差一点。

加速条约的适用进程可能取决于多种原因。其一是认为必须紧急处理条约所涉及的事项。例如，在切尔诺贝利事故以后通过的原子能机构 1986 年《及早通报核事故公约》² 第 13 条中规定了条约的临时适用。另一个诉诸于临时适用的原因是避免条约过分延迟生效的风险。《欧洲人权公约第 14 之二号议定书》第 7 条可能是一个例子。³

《维也纳公约》第 25 条认为，条约的临时适用是以有关国家达成的协议为基础。第 1 款规定“条约或条约的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”。后一种情况专门针对确定临时适用的协议，例如 1947 年关贸总协定议定书。⁴ 第一种情况是指一项协议，虽然它是在一个尚未生效的条约中表示，其施行不考虑条约是否生效。可以适用的一项条约条款是关于临时适用的《维也纳公约》第 24 条第 4 款，其内容如下：“条约中为条约约文之认证，国家同意承受条约拘束之确定，条约生效之方式或日期、保留、保管机关之职务以及当然在条约生效前发生之其他事项所订立之规定，自条约约文议定时起适用之。”(楷体是后加的)。

2. 《维也纳公约》关于“用语”的第 2 条和同一公约中的第 25 条都没有包含“临时适用”的定义。国际法委员会拟定的条款草案中没有使用过这个术语。必须定义临时适用的内涵以确定其法律效力，并审议《维也纳公约》只是部分地予

¹ 联合国《条约汇编》，vol. 1155, p. 331。

² 联合国《条约汇编》，vol. 1439, p. 276。

³ Strasbourg, 27 May 2009, Council of Europe, *Treaty Series*, No. 204.

⁴ 日内瓦，1947 年 10 月 30 日，联合国《条约汇编》，vol. 55, p. 308。

以探讨的某些问题：临时适用的先决条件及其终止。这些事项将在以下各段说明。

3. 为了简化分析，本文只考虑国家之间的条约，包括建立国际组织的条约。因此，这里只提到 1969 年《维也纳公约》。然而，在国际组织与国家之间或在国际组织相互间缔结一项条约时，也发生类似的问题。值得注意的是，1986 年《维也纳公约》第 25 条仅仅是 1969 年公约第二十五条的调适。

临时适用的意义

4. 确定国家间协议之临时适用的基础并不一定意味着协议具有精确的内容。国家可能给予其协议各种法律效力。在协议各方没有规范那些影响的情况下，有人对临时适用的意义表示了不同的意见。

一种意见认为，有关国家为了以相同的方式适用条约接受协议的约束，如同条约已经生效。有鉴于此，临时适用的协议代表了该条约的平行参与。这一协议的主要特点是一个更大的灵活性有关终止。

与此相反的观点是，各国以同意临时适用一个条约的方式不受适用该条约的拘束。它们只是表示有意予以适用，因为理解到其他有关国家也将这样做。然而，如果一个国家不能暂时适用条约，它不会对其他国家援引国际责任。由于缺乏互惠，他们可能对偏离的国家终止对条约的临时适用。建议采取这个解决方案的原因之一是，临时适用协议可能是由无权根据国内法约束国家的一个国家机关缔结的。

第三种意见是第二种意见的变种。虽然国家不一定要适用该条约，临时适用的协议使得他们有权不顾条约中根据国际法在其相互关系中可能有的义务，如果他们不遵守的话。

第四种意见认为，临时适用协议表明，一旦条约生效，将会溯及既往。直到条约生效以前，有关国家不受条约约束，但如果不遵守其规定，终究会被发现违约行为。

5. 关于能源宪章条约(ECT)的四个最近的仲裁决定根据该条约第 45(1)条详述了临时适用的意义。⁵ Kardassopoulos 诉佐治亚州(ICSID 第 ARB/05/18 号案例)于 2007 年 7 月 6 日裁决。⁶ 仲裁庭认为，临时适用是“与生效不一样。但 ECT 的临时适用是一个过程，每个签署方“同意”，在第 45(1)条中：它是(受该款的其他规定的限制)的法律义务问题”(第 209 段)。这个法庭指出，“第 45(1)条的用语

⁵ 《能源宪章条约》第 45 条第 1 款：“在并且只在这些暂时适用不与签字国的宪法、法律或规章不一致的情况下，每一签字国同意根据第四十四条在这一条约生效之前暂时予以适用”，联合国《条约汇编》，vol. 2080, p. 100。

⁶ 2007 年 7 月 6 日关于管辖权的决定，<http://ita.law.uvic.ca/documents/Kardassopoulos-jurisdiction.pdf>。

被解释为，这意味着每个签字国甚至ECT正式生效以前就有义务适用整个ECT，仿佛它已经这样做了”(第 211 段)。法庭认为，“临时适用条约这个充分行之有效的做法使人们对这一概念的含义产生一个普遍接受的理解”(第 219 段)。

Yukos诉俄罗斯联邦(PCA第AA227 号案)、老牌石油有限公司诉俄罗斯联邦(PCA第AA228 号案)和Hulley企业有限公司诉俄罗斯联邦(PCA第AA226 号案)的仲裁法庭对临时适用的意义表达了类似的意见。同一小组委员会在同日期(2009 年 11 月 30 日)作出的这些决定⁷赞许地详尽引述了Kardassopoulos诉格鲁吉亚案的决定。他们还断言“临时适用条约的原则确立了具有约束力的义务”这三项决定中每一决定的第 314 段)。

对国际裁决和国家实践的深入分析应该允许国际法委员会确立有关临时适用条约的意义的一种推定。

临时适用的先决条件

6. 临时适用条约之意义的界定对其先决条件有一些重要影响，需要根据就其定义商定的结论予以讨论。如果遵循上面提到的第二种或第四种意见，关于临时适用的协议本身不会有任何法律效力，不应该在涉及缔结条约之权限的国内法方面引起任何问题。

相反，如果认为临时适用的协议意味着，有关国家必然要适用条约，就会涉及与缔结执行协议有关的国内法。某些国家的宪法甚至禁止规定临时适用条约的协议。⁸ 为了防止临时适用的协议和执行协议全面同化，临时适用的协议必须具有予以终止的较大灵活性。

如果不遵守国际法所规定之现有义务情事不属于缔结临时适用协议的国家机关的职权范围，第三种意见也可能在涉及缔结条约之权限的国内法方面引起一些问题。

临时适用的终止

7. 《维也纳公约》第 25 条第 2 款指出，“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”。实践表明，各国有时诉诸无需阐明不打算成为条约缔约国的终止的临时适用。这可能是由于事实上要求的阐明意义不

⁷ 2009 年 11 月 30 日关于管辖权和可受理性的临时裁决，可从 www.arbitration.fr 读取。

⁸ 若干国家在对《维也纳公约》第 25 条提出的保留中提到宪法条款 (Colombia, Costa Rica, Guatemala and Peru)，巴西对同一条提出的保留中也表示类似的关切，可从 <http://untreaty.un.org> 读取。

大，因为由一个国家通知其不成为缔约国的意图并不妨碍该国后来成为条约缔约国。

8. 可能需要加以解决的一个问题是，通知终止前，一个国家是否应发出通知。虽然在实践中罕见，通知将有利于使临时适用条约协议的所有各方同时予以终止。

9. 《维也纳公约》虽然没有明确规定，显然，临时适用也将在条约生效时终止。《维也纳公约》关于终止条约的规定似乎普遍涉及临时适用的协议。第五十四条规定的理由尤为重要，因为它涉及“由所有当事方同意”终止。若认为临时适用的协议对有关国家施加义务，第六十条也提供有关的可能性，可以援引重大的违约情事来终止条约。

10. 《维也纳公约》没有明确规定终止临时适用条约协议的后果。可以设想，考虑到一般终止条约的后果的《维也纳公约》第 70 条也适用于临时适用的协议。该条规定，终止“(a) 解除当事国继续履行条约之义务，(b) 不影响当事国在条约终止前经由实施条约而产生之任何权利、义务或法律情势”。一个进一步的问题是，一旦临时适用终止，是否临时适用条约时发生的违反国际法规则所规定义务的行为引起国际责任。

结论

11. 国际法委员会根据对实践的透彻分析所作的一项研究将阐明前面各段中所考虑的问题。这项研究的结果可能起草若干条款，以补充《维也纳公约》中缺乏的规则。这些条款又可以解决临时适用的意义、其先决条件及其终止等问题。

12. 委员会还可以制定一些示范条款，这将对打算对条约的临时适用、或其先决条件或终止给予特别意义的国家有所助益。

参考资料精选

- Rudolf Bernhardt, «Völkerrechtliche Bindungen in den Vorstadien des Vertragsschlusses», *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 18 (1957-8) 652-690.
- Horst-Günther Krenzler, *Die vorläufige Anwendung völkerrechtlicher Verträge* (dissertation Heidelberg, 1963).
- Daniel Vignes, «Une notion ambiguë: la mise en application provisoire des traités», *Annuaire français de droit international* 18 (1972) 181-199.
- Paolo Picone, *L'applicazione in via provvisoria degli accordi internazionali* (Jovene, Napoli, 1973).
- Frank Montag, *Völkerrechtliche Verträge mit vorläufigen Wirkungen* (Duncker & Humblot, Berlin, 1985).
- Martin A. Rogoff, Barbara E. Gauditz, «The Provisional Application of International Agreements», *Maine Law Review* 39 (1987) 29-81.
- René Lefebvre, «The Provisional Application of Treaties», in: Jan Klabbers, René Lefebvre (eds), *Essays on the Law of Treaties: A Collection of Essays in Honour of Bert Vierdag* (Martinus Nijhoff, The Hague, 1998) 81-95.
- Albane Geslin, *La mise en application provisoire des traités* (Pedone, Paris, 2005).
- Denise Mathy, «Article 25», in: Olivier Corten, Pierre Klein (eds), *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités. Commentaire article par article* (Bruylant, Bruxelles, 2006) 1047-1070.
- Mark E. Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties* (Martinus Nijhoff, Leiden/Boston, 2009) 349-358.
- Mahnoush H. Arsanjani, W. Michael Reisman, «Provisional Application of Treaties in International Law: The Energy Charter Treaty Awards», in: Enzo Cannizzaro (ed.), *The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention* (Oxford University Press, Oxford, 2011) 85-102.
- Denise Mathy, «Article 25 (1969)», in: Olivier Corten, Pierre Klein (eds.), *The Vienna Conventions on the Law of Treaties: A Commentary* (Oxford University Press, Oxford, 2011), 639-654.

附件 D

国际投资法律中的公正和公平待遇标准

(史蒂芬·瓦钱尼先生)

一. 背景

1. 自第二次世界大战以来，国际投资问题在国家间关系中扮演着日益重要的角色。因此，在今天的国际公法中承认一些澄清投资问题上国家间关系的概念；国际公法也包含规定各国与外国投资者之间关系的各种不同概念。适用于各国相互之间关系以及国家与外国投资者之间关系的一个概念是公正和公平待遇。有人建议国际法委员会应对国际投资法中的公正和公平待遇的概念开展研究。

2. 近年来，公正和公平待遇在各国实践中取得非常突出的地位。这一显著地位的取得主要是由于双边投资条约涌现，成为投资领域法律的主要来源。目前各国间生效的双边投资条约超过 3,000 部，其中绝大多数规定了发达的资本出口国与发展中的资本进口国之间的条约义务。几乎所有这些条约都以保证外国投资者从外国投资东道国那里获得公正和公平待遇的形式明确提到公正和公平待遇标准。同时，公正和公平待遇标准在国家实践的其他领域也有一席之地。因此，举例来说，《多边投资担保机构公约》、《关于南锥共市内对等促进和保护投资的科洛尼亚议定书》、《建立东部和南部非洲共同市场(东南非共市)条约》、《关于促进和保护非南锥共市成员国投资的议定书》、《能源宪章》、《东盟促进和保护投资条约》以及《北美洲自由贸易协定》均含有公正和公平待遇标准，作为保护外国投资的一个途径。

3. 此外，公正和公平待遇标准在未能达成条约的谈判中也得到各国的支持。最早提到投资关系中公正待遇标准的文书包括《国际贸易组织哈瓦那宪章》(1948 年)。虽然这部条约没有生效，但其失败并不归结于对公正和公平待遇标准的接受。其他含有该标准的条约草案包括《波哥大经济协定》(1948 年)、《国外投资公约草案》(1959 年)、经合组织《保护外国资产公约草案》(1967 年)。同样，最初在 1970 年代建立新的国际经济秩序的背景下谈判的《联合国跨国公司行为守则草案》中也包括公正和公平待遇标准。纯粹由经合组织成员国谈判的经合组织《多边投资协定草案》也包括这一标准。

4. 公正和公平待遇的概念在一些国际组织和非政府组织的工作中也获得支持。就国际组织而论，世界银行在 1992 年的《外国直接投资准则》中明确推荐这一标准。就非政府组织而论，1949 年国际商会在《外国投资公平待遇国际准则》中支持公平待遇的观点，列出了这一标准的一些推定内容。此后，国际商会 1972 年在《国际投资指南》中提到，需要确保外国投资者的资产得到“公正

和公平待遇”。太平洋地区经济理事会 1995 年批准的《太平洋地区国际投资章程》也支持应当从法律上给予外国投资以“公正和合理”待遇的观点。

5. 因此，在各个层面上，国家和其他实体的实践都承认公正和公平待遇标准在国际法中的重要性。但是，尽管这一标准具有突出地位，但公正和公平待遇的意义和范围仍然备受争议。首先，虽然各国达成了众多包含这一标准的条约，但各国使用这一表述意在条约中包含进什么内容并不完全清楚。其次，各国在投资条约中并非始终以同样的方式列入公正和公平待遇标准：这就引出是否使用不同的表述以把握这一用语的各种可能的不同含义的问题。第三，由于“公正和公平待遇”这一术语的形式本身就是宽泛的，因此在实践中如何采用这一标准就出现了不确定性。

6. 在这一背景下，有关公正和公平待遇标准的含义和范围的问题近年来引起相当数量的诉讼也就不足为奇了。这些案例大多通过仲裁法庭裁决，法庭试图对具体的双边投资条约或《北美自由贸易协定》中列出的这一标准赋予其含义。根据一项仲裁裁决采用的方针，北美自由贸易区自由贸易委员会借机就北美自由贸易协定中使用的“公正和公平待遇”一语的含义发布了一份说明。但即使在作出这一澄清之后，关于这一用语的含义仍然存在不确定性。鉴于这种不确定性，国际法委员会有可能就公正和公平待遇标准作出分析，协助澄清法律，为关于这一专题的国家实践提供更多的确定性。这项工作的目的不在于试图重新裁定这些案例，而是从案例中提炼出对投资关系中公正和公平待遇的含义及内容的相关法律现状的评估。本分析中需要考虑的一些案例列于本计划书附录二的案例目录。

二. 需要考虑的一些问题

7. 需要考虑的中心问题是国际投资文书中使用的公正和公平待遇概念的含义。为了回答这个问题，建议思考下述问题：

(a) 形式。公正和公平标准以哪些不同的形式列入双边和多边文书中？有些情况下公正和公平待遇被表述为一个独立的概念，而在另外一些情况下，它与投资者其他待遇标准相结合，如“全面保护和保障”、“国际法要求的待遇”、“最惠国待遇”和“国民待遇”，有时是在同一个执行条款中。在有些情况下，公正和公平待遇是以不具约束力的形式列入，偶而也被作为序言条款列入文书。因此研究工作需要探讨这些不同的形式，评估在多大程度上不同的形式会引发不同的法律后果。

(b) 与有条件标准的关系。绝大多数多边投资条约中对外国投资者的保障不仅包括公正和公平待遇，也包括最惠国待遇和国民待遇。这些标准彼此不同，后两者是有条件的标准，就是说二者在具体情况中的内容取决于对某个界定的投资者类别的待遇。公正和公平待遇标准是无条件标准，但在实践中，给予某个投资者的待遇有可能公平，也有可能不公平，取决于其他投资者在东道国得到的待遇。那么，问题是我们是否有可能界定一部条约中公正和公平标准与其他标准之

间的关系。作为这项工作的一部分，也应当考虑明确以下问题：具体说来，对也包括最惠国待遇和国民待遇这些有条件标准的条约来说，关于公正和公平待遇的条款实际增加了哪些东西。

(c) 与“全面保护和保障”的关系。如上所述，公正和公平待遇标准常常与“全面保护和保障”标准结合在一起。本文建议开展的分析将考虑这两个无条件标准之间的关系。这将需要对全面保护和保障概念的含义作出分析，并评估这一概念是否实际包含了在公正和公平待遇标准中并未包括的对外国投资者的保护的内容。

(d) 公正和公平待遇是否等同于国际最低标准？关于公正和公平待遇文献中(一定程度上在关于这一概念的判例中)的一个观点是公正和公平待遇标准事实上即是国际最低标准，一些国家视其为习惯国际法中要求的对外国投资者的待遇标准。例如，在“*Neer Claim*”中所说的国际最低标准可以说并未得到较多国家的接受。传统上，拉丁美洲国家一直认为，习惯国际法要求东道国对外国投资者的待遇不得低于对本国投资者的待遇。因此，如果公正和公平待遇标准等同于国际最低标准，那么拉丁美洲国家将在很大程度上已经是一些要求这些国家给予外国投资者国际最低标准的条约的缔约国，而不论在习惯国际法下是否要求这一标准。

(e) 公正和公平待遇是否为独立的标准？这项研究将考虑不同于以上(d)分段的关于公正和公平标准含义的另外一种观点。另一种观点是，公正和公平待遇标准是一项独立的标准，就字面含义而言，它有别于国际最低标准。根据这种观点，这一表述的字面含义是，各国如果保证给予投资者公正和公平待遇，那么在所考虑的所有情形下都应给予投资者并非不公正和不公平的待遇。根据这种理解，这一标准将要求仲裁者综合案件的全部具体情况来评价给予外国投资者的待遇。在这种方针下，公正和公平的内容将在单个案例的基础上逐步发展。

(f) 公正和公平待遇标准目前是否构成习惯国际法？鉴于超过 3,000 部双边投资条约都包含了公正和公平待遇标准，并考虑到许多多边文书都依据这条规定，那么就出现了目前这一标准是否成为习惯国际法的一部分的问题。出现了这一标准是否等同于主要源自各国实践的国际最低标准的问题。人们希望国际法委员会启动一项关于习惯国际法的组成和证明的研究，这样这项研究中的一些分析工具就适用于这一具体问题，反之亦然。在目前这个阶段，或许只要提到下面一点就足够了，即实践达到了显著的水平这一事实本身通常并不构成习惯国际法规则。因此，在评估公正和公平标准是否代表习惯国际法时，还需要提到必不可少的各国的法律确信，而不论所涉实践是否具有普遍和统一的特性，包括“特别受影响”国家的实践。在这一讨论中必须充分结合在附录二所列案例及其他地方的仲裁法庭所作的裁决。

(g) 公正和公平待遇是否为一项国际法原则？有一种占少数的观点认为，公正和公平待遇标准反映了法律原则，适用于所有国家。这种观点的依据是可以期望所有国家公正对待其国民和外国人，因为各国的活动必须必然包含着公正

性。这一论点似乎意味着公正和公平待遇是法治的一部分。对这种观点的合理性需要作出评估。

8. 另一组需要研究的问题涉及公正和公平待遇标准的组成内容和范围。在有些方面，这些问题与关于标准含义的问题存在重叠。此处可能需要考虑的问题包括：

(a) 在实践中，公正和公平待遇包括哪些内容？仲裁法庭考虑了标准的各项内容，对于构成公正和公平待遇组成内容的建议作出了或接受或否定的决定。例如，下述观点得到了某些支持，如果国家的一项具体行动符合下述条件之一，则未满足公正和公平待遇标准：(一) 具歧视性；(二) 有违司法公正；(三) 没有诚信；(四) 未满足所涉国家的正当程序保障；(五) 破坏了外国投资者的合法预期；(六) 未满足透明标准。还有人建议，如果一国的行为损害了东道国商务关系的稳定性，或者违反了外国投资者据以进入东道国的规则，就有可能未达到公正和公平待遇标准。

(b) 公正和公平待遇以哪些方式影响双边投资条约的其他条款？即使在双边投资条约的另一条款更加具体和直接适用的情况下，公正和公平标准也可适用于一组情形，这一观点在有些仲裁裁决中得到接受。例如，在武装冲突造成投资损害的案件中，有直接适用的关于武装冲突的条款；而这一条款并不妨碍法庭采纳更加宽泛的关于公正和公平待遇的条款。因此，本研究需要审查关于可以适用公正和公平待遇标准情形的限制条件。也有一种可能，即这一标准是一个“全面适用”的条款，意在其他条款不能提供一个符合司法利益的解决办法时适用，即仲裁法庭或其他裁决机构作出的解释。

9. 公正和公平待遇概念也引出关于国际法和国内法之间关系的问题。首先，当东道主在条约关系中作出公正和公平待遇的保障时，事实上可能对旨在成为待遇标准受益者的外国投资者仅会产生间接影响。在日常活动中，外国投资者要遵守国内法，也会首先倾向于援引国内法来保护投资利益。因此，公正和公平待遇标准是否以及在多大程度上成为国内法律体系的组成部分的问题对于投资者具有重要的实际作用。对那些本国国民有意根据公正和公平标准获得保护的国家来说这个问题也很重要；原因在于，如果接受这一标准的国家并未同时在国内法律中加以实施，那么标准的实际影响就会减弱。

10. 与此有关的一点是，提议的关于公正和公平待遇的研究还需要考虑这一待遇标准是否以及在多大程度上已经成为国家法律体系的内在组成部分。首先，或许可以公正地说，所有法律体系均努力追求个人的公正和公平待遇。因此出现的一个问题涉及在投资关系中遵守公正和公平标准到底通过哪些方式增加或澄清了东道国国内法律体系中的权利和义务。通常，公正和公平待遇标准在由一个国际法庭作出解释时，就为外部机构提供了评估一国行为是否符合国际法中的公正性和公平性的机会。但是在实践中，在外部法庭作出裁决之后，国家管辖的行政机构必须采纳国内法中赋予公正和公平标准的含义。因此，本研究需要考虑国内的制订政策者和执行机构以哪些方式对国际法庭关于公正和公平待遇含义的裁决作

出反应。这一讨论还应当会引出一个问题，即是否以及在多大程度上存在一整套行政法律，目前可广泛地适用于外国投资者待遇领域。

11. 尽管公正和公平待遇的概念主要是在国际投资法的范围内发展起来的，但这一概念与法律其他领域有着显著的联系。因此可以合理地说，当外国投资者被视为一个个体的人时，对他给予的待遇必须尊重普遍承认的个人人权，包括财产权。同时，外国投资者对东道国内的个人给予的待遇也必须符合人权标准。鉴于这些考虑，关于公正和公平待遇的研究不应狭隘地集中于这一概念本身；而应当考虑这一概念对投资进程中不同的利害关系方的含义，并应从国际和国内法的不同领域中寻求关于公正概念含义的指导。

三. 关于最终成果的问题

12. 很难确定地说本文建议的研究会产生什么类型的文件。一种可能是出台一份关于这一标准的含义的声明，列出它对在条约关系中作出公正和公平待遇保障的各国意味着什么。也有可能考虑公正和公平待遇标准在不同条约中采取的不同形式的各自的含义。根据这种方针，研究将有助于澄清关于现代实践中较具争议性的一个问题的法律。

13. 也完全可以说不，关于公正和公平待遇研究的最终形式可能受到国际法委员会就最惠国待遇专题和习惯国际法研究工作成果的最终形式所采取的方针的影响。

14. 本项研究也可能产生一组针对国家的指南。指南可指出公正和公平标准是否反映习惯国际法，然后列出如果国家以若干不同的方式之一表述公正和公平待遇标准而可能产生的影响。

15. 有人指出，不论最终形式如何，这一研究对各国是相关的。在忙碌的国际法办公室里，律师们可能既没有时间也没有机会来研究关于公正和公平待遇的判例。但是，鉴于包含这项条款的投资条约大量涌现，赋予这一标准的含义对于许多国家而言是重要的。在这一背景下，由权威机构就此作出明确的法律声明是有益的。这项研究将和国际法委员会关于最惠国条款的工作一道，有助于加强委员会在国际投资法专题领域的工作。

附录一

初步参考书目

- Abs, H., and Shawcross, H., «The Proposed Convention to Protect Private Foreign Investment: A Roundtable: Comment on the Draft Convention by the Authors», *Journal of Public Law*, Vol. 9, p. 115 (1960).
- Achaval, Clara Picasso, «Tipping the Balance towards Investors?», *Journal of World Investment and Trade*, Vol. 9, No. 2, p. 147 (2008).
- Afilalo, A., «Towards a Common Law of International Investment: How NAFTA Chapter 11 Panels Should Solve Their Legitimacy Crisis», 17 *Georgetown International Environmental Law Review*, p. 51 (2004).
- Aguilar Alvarez, G., and Montt, S., «Investments, Fair and Equitable Treatment and the Principle of Respect for the Integrity of the Law of the Host State: Toward a Jurisprudence of Modesty in Investment Treaty Arbitration», in Arsanjani, M.H., Cogan, J.K., et al (eds.) *Looking to the Future: Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, p. 579 (2010).
- Ali, A.H., and Tallent, K., «The Effect of BITs on the International Body of Investment Law: the Significance of Fair and Equitable Treatment Provisions», *The Future of Investment Arbitration*, New York, NY: Oxford University Press, p. 199 (2009).
- Alvarez-Jimenez, A., «Minimum Standard of Treatment of Aliens: Fair and Equitable Treatment of Foreign Investors, Customary International Law and the *Diallo* Case before the International Court of Justice», *Journal of World Investment and Trade*, Vol. 9, No. 1, p. 51 (2008).
- Baltag, C., «International Investment Arbitration: Substantive Principles, Principles of International Investment Law and The Fair and Equitable Treatment Standard in International Foreign Investment Law», 79(1) *British Year Book of International Law*, p. 378 (2009).
- Baxter, R.R., «Treaties and Custom» *Recueil des Cours* (The Hague Academy of International Law), Vol. 129, p. 24 (1970).
- Bonnitcha, J., «The Problem of Moral Hazard and Its Implications for the Protection of “Legitimate Expectations” Under the Fair and Equitable Treatment Standard», 3(1) *Investment Treaty News*, p. 6 (2011).
- Boscariol, J.W., and Silva, O.E., «Canada-Peru Bilateral Investment Treaty is First Based on New Model», *International Law News*, p. 17 (Spring 2007).
- Bray, D., and Reed, L., «Fair and Equitable Treatment: Fairly and Equitably Applied in Lieu of Unlawful Indirect Expropriation?», *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: The Fordham Papers*, Leiden: Nijhoff, p.13 (2008).
- Bronfman, M.K., «Fair and Equitable Treatment: an Evolving Standard», 10 *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, p. 609 (2006).
- Brower, C. N., «Fair and Equitable Treatment Under NAFTA’s Investment Chapter», in 9 *American Society of International Law. Proceedings*, p. 96 (2002).

- Choudhury, B., «Evolution or Devolution? Defining Fair and Equitable Treatment in International Investment Law,» *Journal of World Investment & Trade*, Vol. 6, No. 2, p. 297 (2005).
- Coe, J., «Fair and Equitable Treatment Under NAFTA's Investment Chapter,» in 9 *American Society of International Law. Proceedings*, p. 18 (2002).
- Costamagna, F., «Investors' Rights and State Regulatory Autonomy: the Role of the Legitimate Expectation Principle in the *CMS v. Argentina* Case,» 2 *Transnational Dispute Management* (2006).
- Deane, R.J.C., and Foy, P.G., (2001), «Foreign Investment Protection under Investment Treaties: Recent Developments under Chapter 11 of the North American Free Trade Agreement,» 16 *ICSID Review: Foreign Investments Law Journal*, p. 299 (2001).
- Delaney, J., «“Expropriation” and “Fair and Equitable Treatment” Standards in Recent ICSID Jurisprudence: Comment,» *The International Convention on the Settlement of Investment Disputes (ICSID): Taking Stock After 40 Years*, Baden-Baden: Nomos, p. 73 (2007).
- DiMascio, N., and Pauwelyn, J., «Non-Discrimination in Trade and Investment Treaties: Worlds Apart or Two Sides of the Same Coin?» 102 *American Journal of International Law*, p. 48 (2008).
- Dolzer, R., and Stevens, M., *Bilateral Investment Treaties* (Martinus Nijhoff Publishers) (1995).
- Dolzer, R., «Fair and Equitable Treatment: A Key Standard in Investment Treaties,» *International Law*, Vol. 39, p. 87 (2005).
- Dolzer, R., «The Impact of International Investment Treaties on Domestic Administrative Law,» 38 *New York University Journal of International Law and Policy*, p. 953 (2006).
- Dolzer, R., and Schreuer, C., *Principles of International Investment Law* (Oxford University Press) (2008).
- Dolzer, R., and von Walter, A., «Fair and Equitable Treatment: Lines of Jurisprudence on Customary Law,» in 2 *Investment Treaty Law: Current Issues*, London: British Institute of International and Comparative Law, p. 99 (2007).
- Douaire de Bondy, C., «Fair and Equitable Treatment, Arbitral Jurisprudence and the Implications of State Treaty Practice,» 2 *Investment Treaty Arbitration and International Law*, Huntington, NY: JurisNet, p. 233 (2009).
- Dumbery, P., «The Quest to Define “Fair and Equitable Treatment” for Investors under International Law: The Case of the NAFTA Chapter II Pope & Talbot Awards,» *Journal of World Investment*, Vol. 3, No. 4, p. 657 (2002).
- Falsafi, A., «The International Minimum Standard of Treatment of Foreign Investors' Property: A Contingent Standard,» 30 *Suffolk Transnational Law Review*, p. 317 (2007).
- Fatouros, A.A., *Government Guarantees to Foreign Investors* (New York, Columbia University Press) (1962).
- Fernandez de la Cuesta Gonzalez, I., «Fair and Equitable Treatment: Evolution or Revolution?» 2 *Investment Treaty Arbitration and International Law*, Huntington, NY: JurisNet, p. 219 (2009).
- Fietta, S., «Expropriation and the “Fair and Equitable Treatment” Standard,» 2 *Investment Treaty Law: Current Issues*, London: British Institute of International and Comparative Law, p. 183 (2007).

- Fietta, S., «Expropriation and the “Fair and Equitable” Standard: The Developing Role of Investors’ “Expectations” in International Investment Arbitration,» *Journal of International Arbitration*, Vol. 23, No. 5, p. 375 (2006).
- Franck, S.D., «The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions,» *73 Fordham Law Review*, p. 1521 (2005).
- Gagne, G., and Morin, J., «The Evolving American Policy on Investment Protection: Evidence from Recent FTAs and the 2004 Model BIT,» *Journal of International Economic Law*, Vol. 9, No. 2, p. 357 (2006).
- Gallus, N., «*National Grid P.L.C. v. Argentine Republic*: Arbitral Award on Fair and Equitable Treatment of Investments Under a Bilateral Investment Treaty – Fair and Equitable Treatment – Protection and Constant Security – Renunciation of Legal Remedies,» *103 American Journal of International Law*, p. 722 (2009).
- Gazzini, Tarcisio, «General Principles of Law in the Field of Foreign Investment,» *Journal of World Investment and Trade*, Vol. 10, No. 1, p. 103 (2009).
- Haeri, H., «A Tale of Two Standards: “Fair and Equitable Treatment” and the Minimum Standard in International Law,» *Kluwer Law International*, Vol. 27, No. 1, p. 27 (2011).
- Hamrock, K.J., «The ELSI Case: Toward an International Definition of “Arbitrary” Conduct,» *27 Texas International Law Journal*, p. 837 (1992).
- Hindelang, S., «Bilateral Investment Treaties, Custom and a Healthy Investment Climate – The Question of Whether BITs Influence Customary International Law Revisited,» *5 Journal of World Investment and Trade*, p. 789 (2004).
- Hober, K., «“Fair and Equitable Treatment”: Determining Compensation: Comment,» *The International Convention on the Settlement of Investment Disputes (ICSID): Taking Stock After 40 Years*, Baden-Baden: Nomos, p. 79 (2007).
- International Centre for Settlement of Investment Disputes, *Foreign Investment Laws of the World* (Dobbs Ferry, Oceana) (1972 --).
- Jimenez de Arechaga, E., «International Responsibility,» in Sorensen, M., (ed.), *Manual of Public International Law* (New York, MacMillan), p. 531 (1968).
- Kalicki, J., and Medeiros, S., «Fair, Equitable and Ambiguous: What is Fair and Equitable Treatment in International Investment Law?» *22(1) ICSID Review: Foreign Investment Law Journal*, p. 24 (2007).
- Kantor, M., «Fair and Equitable Treatment: Echoes of FDR’s Court-Packing Plan in the International Law Approach Towards Regulatory Expropriation,» *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, Vol. 5, No. 2, p. 231 (2006).
- Kill, Theodore, «Don’t Cross the Streams: Past and Present Overstatement of Customary International Law in Connection with Conventional Fair and Equitable Treatment Obligations,» *Michigan Law Review*, Vol. 106, p. 105 (2008).
- Kingsbury, B., and Schill, S., «Investor-State Arbitration as Governance: Fair and Equitable Treatment, Proportionality and the Emerging Global Administrative Law,» in Van Den Berg, A., (ed.), *International Council for Commercial Arbitration, 50 Years of the New York Convention*, p. 5 (2009).
- Kinnear, M., «The Continuing Development of the Fair and Equitable Treatment Standard,» *3 Investment Treaty Law: Current Issues*, British Institute of International and Comparative Law, London, p. 209 (2009).

- Kirkman, C.C., «Fair and Equitable Treatment: Methanex v. United States and the Narrowing Scope of NAFTA Article 1105,» 34 *Law and Policy of International Business*, p. 343 (2002).
- Klager, R., *Fair and Equitable Treatment in International Investment Law*, New York: Cambridge University Press, Cambridge Studies in International and Comparative Law (2011).
- Klager, R., «Chapter 11: “Fair and Equitable Treatment” and Sustainable Development,» in Cordonier Segger, M.C., Gehring, M.W., *et al* (eds), *Sustainable Development in World Investment Law*, Global Trade Law Series, p. 241 (2011).
- Klager, R., «Fair and Equitable Treatment: a Look at the Theoretical Underpinnings of Legitimacy and Fairness,» *The Journal of World Investment & Trade*, Vol. 11, No. 3, p. 435 (2010).
- Kreindler, R.H., (2006), «Fair and Equitable Treatment – A Comparative International Law Approach,» *Transnational Dispute Management*, Vol. 3, No. 3, p. 10 (2006).
- Laing, E.A., «Equal Access/Non-Discrimination and Legitimate Discrimination in International Economic Law,» 14 *Wisconsin International Law Journal*, p. 246 (1996).
- Levavi, A., and Licht, A.N. «BITs and Pieces of Property,» 36 *Yale Journal of International Law*, p. 115 (2011).
- Lowenfeld, Andreas F., *International Economic Law* (Oxford University Press) (2003)
- MacDonald, E., «BITs, Fair and Equitable Treatment and the Cross-Pollination of GAL,» *Institute for International Law and Justice*, New York University School of Law, Global Administrative Law, available from <
<http://globaladminlaw.blogspot.com/2010/03/bits-fair-and-equitable-treatment-and.html> > (2010).
- Mann, F.A., «British Treaties for the Promotion and Protection of Investments», 52 *British Yearbook of International Law*, p. 241 (1981).
- Marshall, F., «Fair and Equitable Treatment in International Investment Agreements,» *Issues in International Investment Law*, Background Papers for the Developing Country Investment Negotiators’ Forum, International Institute for Sustainable Development (2007).
- Mohamed, K., «Treatment of Foreign Investment in Bilateral Investment Treaties», *ICSID Review—Foreign Investment Law Journal*, Vol. 7, p. 339 (1992).
- Mayeda, G., «Playing Fair: The Meaning of Fair and Equitable Treatment in Bilateral Investment Treaties», *Journal of World Trade: Law, Economics, Public Policy*, Vol. 41, No. 2, p. 273 (2007).
- Muchlinski, P., «“Caveat Investor”? the Relevance of the Conduct of the Investor Under the Fair and Equitable Treatment Standard,» 2 *Investment Treaty Law: Current Issues*, p. 205 (2007).
- Newcombe, A., and Paradell, L., *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment* (Kluwer Law) (2009).
- Nwogugu, E.I., *The Legal Problems of Foreign Investment in Developing Countries* (Manchester University Press) (1965).
- Organisation for Economic Cooperation and Development, «Fair and Equitable Treatment and its Relation to the Minimum Standard of International Customary Law,» 4 *International Economic Law*, New York, NY: Routledge, p. 10 (2011).

- Orakhelashvili, A., «The Normative Basis of “Fair and Equitable Treatment”: General International Law on Foreign Investment,» in 46(1) *Archiv des Völkerrechts*, p. 74 (2008).
- Paparinskis, M., *Minimum Standard and Fair and Equitable Treatment*, Oxford University Press (2011).
- Paradell, L., «The BIT Experience of the Fair and Equitable Treatment Standard,» 2 *Investment Treaty Law: Current Issues*, p. 117 (2007).
- Parra, A. R., «Principles Governing Foreign Investment as Reflected in National Investment Codes», *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, Vol. 7, p. 428 (1992).
- Paulsson, J., *Denial of Justice in International Law*, Cambridge University Press (2005).
- Peterson, L.E., «Co-arbitrators in *Total v. Argentina* case Take Widely Divergent Views of Argentina’s Fair and Equitable Treatment Obligation Under Investment Treaty,» *Investment Arbitration Reporter*, available from < http://www.iareporter.com/articles/20110331_2 > (2011).
- Picherack, J. Roman, «The Expanding Scope of the Fair and Equitable Treatment Standard: Have Recent Tribunals Gone Too Far?», *The Journal of World Investment and Trade*, Vol. 9, No. 4, p. 255, (2008).
- Pinto-Leon, I., «Fair and Equitable Treatment Under International Law: Analyzing the Interpretation of the NAFTA Article 1105.1 by NAFTA Chapter 11 Tribunals,» in *Currents International Trade Law Journal*, p. 3 (2006).
- Porterfield, Matthew C., «An International Common Law of Investor Rights?» *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, Vol. 27, No. 1, p. 79 (2006).
- Roberts, A., «Power and Persuasion in Investment Treaty Interpretation: The Dual Role of States,» 104 *American Journal of International Law*, p. 179 (2010).
- Ryan, C.M., «Meeting Expectations: Assessing the Long-Term Legitimacy and Stability of International Investment Law,» 29 *University of Pennsylvania Journal of International Law*, p. 725 (2008).
- Sacerdoti, G., «Bilateral Treaties and Multilateral Instruments on Investment Protection,» *Recueil des Cours* (The Hague Academy of International Law). Vol. 269, p. 251 (1997).
- Salacuse, J. W., *The Law of Investment Treaties* (Oxford University Press) (2010).
- Salacuse, J.W., «The Emerging Global Regime for Investment,» 51 *Harvard International Law Journal*, p. 427 (2010).
- Salacuse, J.W., and Sullivan, N.P., «Do BITs Really Work?: An Evaluation of Bilateral Investment Treaties and Their Grand Bargain,» 46 *Harvard International Law Journal*, p. 67 (2005).
- Schill, S.W., «Fair and Equitable Treatment under Investment Treaties as an Embodiment of the Rule of Law», in Institute for International Law and Justice, New York University School of Law, *International Law and Justice Working Papers* (2006)
- Schill, S.W., «The Fair and Equitable Standard in the International Law of Foreign Investment», *European Journal of International Law*, Vol. 20, No. 1, p. 229 (2009).
- Schill, S.W., «“Fair and Equitable Treatment” as an Embodiment of the Rule of Law,» *The International Convention on the Settlement of Investment Disputes (ICSID): Taking Stock After 40 Years*, Baden-Baden: Nomos, p. 31 (2007).

- Schill, S.W., «Revisiting a Landmark: Indirect Expropriation and Fair and Equitable Treatment in the ICSID Case Tecmed,» *Transnational Dispute Management*, Vol. 3, No. 2 (2006).
- Schneiderman, D., «Judicial Politics and International Investment Arbitration: Seeking an Explanation for Conflicting Outcomes,» *Northwestern Journal of International Law and Business*, Vol. 30, p. 383 (2010).
- Schneiderman, D., «Investment Rules and the Rule of Law,» *Constellations*, Vol. 8, No. 4, p. 521 (2001).
- Schönberg, S., *Legitimate Expectations in Administrative Law*, Oxford University Press (2000).
- Schreuer, C., «Fair and Equitable Treatment (FET): Interactions with Other Standards,» *Transnational Dispute Management*, Vol. 4, Issue 5 (2007)
- Schreuer, C., «Selected Standards of Treatment Available under the Energy Charter Treaty,» *Investment Protection and the Energy Charter Treaty*, p. 63 (2008).
- Schreuer, C., «Fair and Equitable Treatment in Arbitral Practice,» *The Journal of World Investment & Trade*, Vol. 6, No. 3, p. 357 (2005).
- Schreuer, C., (2005) «Fair and Equitable Treatment,» 5 *Transnational Dispute Management* (2005).
- Song, N., «Between Scylla and Charybdis: Can a Plea of Necessity Offer Safe Passage to States in Responding to an Economic Crisis Without Incurring Liability to Foreign Investors?» 19 *American Review of International Arbitration*, p. 235 (2008).
- Sornarajah, M., «The Fair and Equitable Standard of Treatment: Whose Fairness? Whose Equity?» 2 *Investment Treaty Law: Current Issues*, p. 167 (2007).
- Sornarajah, M., *The International Law of Foreign Investment*, Cambridge University Press (2010).
- Thomas, J.C., «Fair and Equitable Treatment Under NAFTA's Investment Chapter,» Remarks at the Meeting of the American Society of International Law (Mar. 13-16, 2002), *American Society of International Law, Proceedings of the 96th Annual Meeting*, p. 14 (2002).
- Thomas, J.C., «Reflections on Art. 1105 NAFTA: History, State Practice and the Influence of Commentators,» 17 *ICSID Review. – Foreign Investment Law Journal*, pp. 21-51 (2002).
- Tuck, A.P., «The “Fair and Equitable Treatment” Standard Pursuant to the Investment Provisions of the U.S Free Trade Agreements with Peru, Columbia and Panama,» 16 *Law and Business Review of the Americas*, p. 385 (2010).
- Tudor, I., «The Fair and Equitable Treatment Standard in the International Law of Foreign Investment» (Oxford University Press) (2008)
- Tudor, I., «Fair and Equitable Treatment in Investment Disputes under ICSID,» in Dupuy, P-M., Francioni, F., and Petersmann, E.U., (eds) *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, New York: Oxford University Press (2009).
- United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), *Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends in Investment Rulemaking* (2007).
- UNCTAD, *Admission and Establishment*, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements (1999).

- UNCTAD, *Fair and Equitable Treatment*, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements (1999).
- UNCTAD, *Most Favoured Nation Treatment*, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements (1999).
- UNCTAD, *Most Favoured Nation Treatment*, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II (2011).
- UNCTAD, *Trends in International Investment Agreements: An Overview*, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements (1999).
- van Aaken, A., «International Investment Law between Commitment and Flexibility: A Contract Theory Analysis», *Journal of International Economic Law*, p. 1 (2009).
- Vandeveld, K. J., *Bilateral Investment Treaties: History, Policy, and Interpretation* (Oxford University Press) (2010).
- Vandeveld, K. J., (2010), «A Unified Theory of Fair and Equitable Treatment,» 43(1) *New York University Journal of International Law and Politics*, p. 43 (2010).
- Vandeveld, K. J., «The Bilateral Investment Treaty Program of the United States,» *Cornell International Law Journal*, Vol. 21, p. 201 (1988).
- Vasciannie, S., «Fair and Equitable Treatment in International Investment Law», 70 *British Yearbook of International Law*, p. 99 (2000).
- Vicuna, F.O., «Fair and Equitable Treatment’ and Sustainable Development,» in Cordonier Segger, M.C., Gehring, M.W., *et al* (eds), *Sustainable Development in World Investment Law*, Global Trade Law Series, Volume 30 (Kluwer Law International), p. 237 (2011).
- Vicuna, F. O., «Regulatory Authority and Legitimate Expectations: Balancing the Rights of the State and the Individual under International Law in a Global Society,» 5 *International Law Forum du Droit International*, p. 194 (2003).
- Walker, H., «Modern Treaties of Friendship, Commerce and Navigation», *Minnesota Law Review*, Vol. 42, p. 805 (1957-58).
- Wallace, D., Jr., «Fair and Equitable Treatment and Denial of Justice: *Loewen v. US* and *Chattin v. Mexico*», *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*, London: Cameron May, p. 669 (2005).
- Weiler, T., «NAFTA Article 1105 and the Principles of International Economic Law,» 42 *Columbia Journal of Transnational Law*, p. 35 (2003).
- Weiniger, M., «The Standard of Compensation for Violation of the Fair and Equitable Standard,» 2 *Investment Treaty Law: Current Issues*, p. 197 (2007).
- Westcott, T.J., «Recent Practice on Fair and Equitable Treatment,» *The Journal of World Investment & Trade*, Vol. 8, No. 3, p. 409 (2007).
- Whitslitt, E., and Vis-Dunbar, D. «*Glamis Gold Ltd. v. United States of America*: Tribunal sets a high bar for establishing breach of “Fair and Equitable Treatment” under NAFTA», *Investment Treaty News* (2009).
- World Bank Group, «Progress Report on the “Legal Framework” for the Treatment of Foreign Investment,» 7 *ICSID Review -- Foreign Investment Law Journal*, p. 307 (1992).
- Wyllie, C.A., «A Comparative Analysis of Non-Discrimination in Multilateral Agreements; North American Free Trade Agreement (NAFTA), Energy Charter Treaty (ECT), and

- General Agreement on Tariffs and Trade (GATT),» 18 *Willamette Journal of International Law and Dispute Resolution*, p. 64 (2010).
- Wythes, A., «Investor-State Arbitration: Can the “Fair and Equitable Treatment” Clause Consider International Human Rights Obligations?» *Leiden Journal of International Law*, Vol. 23, No. 1, p. 241 (2010).
- Yackee, J.W., «Pacta Sunt Servanda and State Promises to Foreign Investors Before Bilateral Investment Treaties: Myth and Reality,» 32 *Fordham International Law Journal*, pg. 1550 (2009).
- Yannaca-Small, C., «Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law» 2 (OECD Directorate for Fin. & Enter. Affairs, Working Paper No. 2004/3, 2004), < <http://www.oecd.org/dataoecd/22/53/33776498.pdf>> (2004).
- Yannaca-Small, K., «Fair and Equitable Treatment Standard: Recent Developments», in Reinisch, A. (ed.), *Standards of Investment Protection* (Oxford University Press), p. 111 (2008).
- Yannaca-Small, K., (2010), «Fair and Equitable Treatment Standard,» *Arbitration Under International Investment Agreements: a Guide to the Key Issues*, Oxford University Press, New York, NY, p. 385 (2010).
- Zoellner, C.S., «Transparency: An Analysis of an Evolving Fundamental Principle in International Economic Law,» 27 *Michigan Journal of International Law*, p. 579 (2006).

附录二

案例列表

- Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) v. Republic of Sri Lanka*, 30 *International Legal Materials* 580 (1991).
- ADF Group Inc. v. United States*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/1, Final Award of Jan. 9, 2003.
- Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. and A. S. Baltoil v. Republic of Estonia*, ICSID Case No ARB/99/2, Award of June 25, 2001.
- AMT v. Zaire*, ICSID Case No. ARB 93/1, Award of 21 Feb., 1997.
- Azurix Corp. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/12, Award of 14 July 2006.
- CME (Netherlands) v. The Czech Republic*, UNCITRAL Partial Award of September 13, 2001.
- CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/8, Award of May 12, 2005.
- Compañía de Aguas del Aconquija, S.A. & Compagnie Générale des Eaux (Vivendi) v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/97/3, Award of Nov. 21, 2000.
- Consortium RFCC v. Royaume du Maroc*, ICSID Case No. ARB/00/6, Sentence Arbitrale of Dec. 22, 2003.
- DF Group Inc. v. United States*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/1, Final Award of Jan. 9, 2003.
- Electronica Sicula Spa (ELSI) (United States of America v. Italy)*, International Court of Justice, Judgment of 10 July 1989, www.icj-cij.org.
- Eureko B.V. v. Republic of Poland*, Partial Award of Aug. 19, 2005.
- GAMI Investments, Inc. v. The United Mexican States*, UNCITRAL, Final Award of Nov. 15, 2004.
- International Thunderbird Gaming Corporation v. The United Mexican States*, Arbitral Award of Jan. 26, 2006.
- Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States*, ICSID Case No. ARB(AF)/98/3, Final Award of June 26, 2003.
- Metalclad Corporation v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, Award of Aug. 30, 2000.
- Middle East Cement Shipping and Handling Co S.A. v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/99/6, Award of April 12, 2002.
- Mondev International Ltd. v. The United States of America*, ICSID Case No. ARB(AF)/99/2, Award of Oct. 11, 2002.
- MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile*, ICSID Case No. ARB/01/7, Award of May 25, 2004.

Noble Ventures, Inc. v. Romania, ICSID Case No. ARB/01/11, Final Award of Oct. 12, 2005.

Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador, LCIA Case No. UN3467, Final Award of July 1, 2004.

Pope & Talbot, UNCITRAL, Award in Respect of Damages of May 31, 2002.

Robert Azinian, Kenneth Davitian, & Ellen Baca v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB (AF)/97/2, Final Award of Nov. 1, 1999.

Ronald S. Lauder v. The Czech Republic, UNCITRAL, Award of Sept. 2, 2001.

Saluka Investments BV v. The Czech Republic, UNCITRAL, Partial Award of Mar. 17, 2006.

S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada, UNCITRAL, Partial Award of Nov. 13, 2000.

Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Award of May 29, 2003.

Waste Management, Inc. v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/00/3, Award of 30 April 2004.

Wena Hotels Ltd. v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/98/4, Award of 8 Dec. 2000.

附件 E

与武装冲突有关的环境保护

(玛丽·雅各布松女士)

一. 导言

1. 人们早就认识到，武装冲突期间和冲突之后造成的环境影响可能会对个人和社区的生计乃至生存构成严重威胁。对环境的影响不同于武装冲突造成的其他后果，因为这种影响可能是长期的、不可挽回的。它可能会在冲突结束很久之后依然存在，妨碍社会的有效重建，破坏原生地区，或者扰乱重要的生态系统。

2. 一直以来，主要是从战争法、包括国际人道主义法的角度来看待武装冲突中的环境保护问题。但这一角度过于狭窄，因为现代国际法认识到，武装冲突期间适用的国际法可能会超出战争法的范围。国际法委员会在近来就武装冲突对条约的影响所开展的工作中也认识到这一点。这项工作的出发点(第 3 条)是，假定武装冲突的存在并不当然终止或暂停条约的施行。第 7 条和附件对条约的综合影响是，几类与环境保护有关的条约由于其主题事项，在武装冲突期间可以继续施行。¹

二. 背景²

3. 需要在武装冲突期间保护环境，这并不是 21 世纪才有的想法，甚至不是 20 世纪的想法。相反，与自然环境及其资源有关的法律规则可以追溯到古代。这些规则与个人需要获取生存所需的自然资源(如清洁水)密切相关。鉴于当时发动战争的条件以及作战手段和方法，对环境造成大规模破坏的可能性有限。

4. 到了 20 世纪，情况发生了变化。这个世纪的技术发展增加了环境遭受永久破坏的可能性。这不单是指核武器或其他大规模毁灭性武器所造成的破坏，还指常规作战手段和方法所造成的破坏。随着技术的发展，人们越来越认识到，为了当代和子孙后代的利益，需要对环境加以保护。

¹ 第 7 条(条约因其主题事项而继续施行)和所附的条约指示性清单。该清单包括：关于对环境的国际保护的条约；关于国际水道以及有关装置和设施的条约；关于含水层以及有关装置和设施的条约；关于人权和国际刑事司法的条约；以及(出于显而易见的原因)关于武装冲突法的条约，包括关于国际人道主义法的条约。

² 出于必要，这一节比较简短，而且不完整。它仅作为一个历史参考框架。

5. 自《联合国宪章》通过以来，为加强法律保护而开展的与武装冲突有关的环境保护工作可以分为三个阶段。第一阶段从 1960 年代初期开始，第二阶段从 1990 年代初期开始，第三阶段则从 2010 年代开始。

6. 从 1960 年代开始的**第一阶段**，其推动因素有：一方面是越南战争期间使用的作战手段和方法；另一方面是人们越来越认识到需要对环境予以更广泛的保护(国际环境法的诞生)。《关于环境保护的斯德哥尔摩宣言》(1972 年的一份政治宣言)表明，人们试图将“特雷尔冶炼厂原则”的范围扩大到双边之外(原则 21)。原则 26 以模糊的语言述及使用核武器的敏感问题。虽然不能从该宣言中得出决定性的法律结论，但它表明了关切所在以及《里约宣言》(1992 年)后来涉及的内容，请见下文。

7. 几年后，国际人道主义法条约列入了关于环境保护的具体规定。有两项条款，即 1949 年日内瓦四公约《第一附加议定书》(1977 年)第三十五条和第五十五条值得引述，其中一个重要原因是，它们在一定程度上似乎相互矛盾。

第三十五条第三款规定：

“禁止使用旨在或可能对自然环境引起广泛、长期而严重损害的作战方法或手段。”³

第五十五条规定：

“一、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。这种保护包括禁止使用旨在或可能对自然环境造成这种损害从而妨害居民的健康和生存的作战方法或手段。

二、作为报复对自然环境的攻击，是禁止的。”

8. 此外，还通过了一项专门保护环境的特定条约，即所谓的《禁用改变环境技术公约》。⁴ 该公约设立标准的第一条第一款规定：

“本公约各缔约国保证不为军事或任何其他敌对目的使用具有广泛、持久或严重影响的改变环境的技术作为摧毁、破坏或伤害任何一个缔约国的手段。”

9. 1980 年代，两伊战争促使一些国家和组织注意到有必要加强在武装冲突期间对环境的保护。一个例证是欧洲共同体委员会要求就此问题编写一份报告。⁵

³ 《禁止或限制使用某些可被认为具有过分伤害力或滥杀滥伤作用的常规武器公约》即所谓的《特定常规武器公约》(1980 年)序言重复了这一规定。

⁴ 1976 年 12 月 10 日《禁止为军事或任何其他敌对目的使用改变环境的技术的公约》(《禁用改变环境技术公约》)。该公约规定应至少每五年举行一次审查会议，但迄今为止，仅在 1984 年和 1992 年举行了两次审查会议。

⁵ Michael Bothe、Antonio Cassese、Fritjof Kalshoven、Alexandre Kiss、Jean Salmon 和 K.R. Simmonds, “武装冲突期间对环境的保护”，提交欧洲共同体委员会的报告，SJ/110/ 85(1985)。

10. 第二阶段始于 1990 年的伊拉克—科威特战争。此次战争中焚烧油井的行为和对环境造成的其他灾难性影响令国际社会认识到现代战争对环境的影响。此外，还设立了联合国赔偿委员会(赔偿委员会)，负责处理与环境损失或损害以及自然资源损耗有关的案件。⁶ 赔偿委员会在其报告中分别讨论了每一项索赔，并给出了受理、驳回或调整索赔的理由。这提供了大量的案例法——尽管它依据的是联合国安全理事会和该委员会理事会规定的标准，而不是国际法本身。值得注意的是，委员会对所有这些索赔都裁决给予一定的赔偿，包括难民用水对湿地造成间接损害的赔偿。

11. 同时，环境保护项目还被列入了联合国议程，起初是放在“在武装冲突期间利用环境作为武器及采取实际措施防止这类利用”的标题之下，后来则是作为“武装冲突期间的环境保护”这一标题。⁷ 秘书长在 1992 年提交了关于武装冲突期间环境保护的第一份报告，并在 1993 年提交了第二份报告。从本质上讲，这些报告转载了从红十字国际委员会(红十字委员会)收到的信息。1993 年的报告提出了可由第六委员会审议的问题。⁸ 这些问题包括“在武装冲突期间适用国际环境法；一般的澄清和遇有订正各条约时的行动”。⁹ 当时，该项目已经丧失了作为一个独立议程项目的地位。实际上，它是在“联合国国际法十年”的项目下审议的。¹⁰

12. 红十字委员会被大会授权处理这一问题。为此举行了专家会议，并把这一问题列入了国际红十字和红新月会议的议程。所取得的一个成果是《关于武装冲突中环境保护的军事手册和指南准则》，该准则附在红十字委员会向联合国大会第四十八届会议提交的报告之后。由于缺乏对现有条约规定中所体现的武装冲突法作出任何修改的政治支持，将该准则附在一项决议之后并请各国加以传播，是当时所能取得的最大成就。¹¹

13. 应当忆及的是，1992 年举行了联合国环境与发展会议。会议通过了《里约宣言》，该宣言在原则 24 和原则 23 中分别明确规定：

⁶ 联合国赔偿委员会(赔偿委员会)是根据联合国安全理事会第 687 号决议(1991 年 4 月 3 日)设立的。相比日内瓦四公约及其《第一附加议定书》而言，赔偿委员会的任务与旧海牙规则(1907 年)的关系更为密切，这些规则中载有就违反战争法的行为进行赔偿的规定。

⁷ 最初是约旦在 1991 年提议将该项目列入议程，见 A/46/141，这一提议被采纳。1992 年，大会决定将“武装冲突期间的环境保护”专题列入大会议程，并将其分配给第六委员会审议。

⁸ A/48/269。

⁹ A/48/269，第 110 段。

¹⁰ A/RES/47/37。

¹¹ A/RES/49/50，执行部分第 11 段。《禁用改变环境技术公约》缺乏进展，进一步证明在提出这一问题方面得不到广泛支持。

“战争定然破坏持久发展。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，并按必要情况合作促进其进一步发展。”

和

“受压迫、统治和占领的人民，其环境和自然资源应予保护。”

14. 《关于适用于海上武装冲突的国际法的圣雷莫手册》(1994 年)反复提到对环境的保护，例如作为附带伤亡或附带损害而列入了对其本身并非军事目标的自然环境或物体造成的损害或破坏。保护环境的法律问题与海战尤为相关，因为交战国和第三方可能会提出使用一国主权范围外某一地区的合理但相互冲突的要求。¹²

15. 前南斯拉夫的武装冲突也证明了合法和非法作战手段与方法对环境造成的灾难性影响。同时，国际民间社会所迫切关注的问题迫使各国不得不处理国际人道主义法与环境保护直接相关的一个特定方面：即杀伤人员地雷的使用问题。显然，由于《禁止或限制使用某些可被认为具有过分伤害力或滥杀滥伤作用的常规武器公约》(《特定常规武器公约》)的现行规定没有得到执行，结果不仅给因地雷致残的平民带来灾难，还给他们战争结束后对土地的有效和安全使用造成破坏。巴尔干半岛、柬埔寨和莫桑比克都是不言自明的例子。除了缺乏执行外，还有一个重要问题是现行公约不适用于非国际性武装冲突这一简单事实。因此，对《公约》及其关于地雷的第二号议定书进行了修订。但这对于希望更广泛禁止地雷的国家和群体来说并不够。与此同时，还谈判和通过了全面禁止使用杀伤人员地雷的《渥太华公约》。

16. 这一发展态势在法律方面值得关注的是，重要军事强国起初不愿修改武装冲突法，但这并未能阻止一个保护平民群体及其生存基础的制度的平行发展。

17. **第三阶段**始于 2010 年代初期。很难将这一阶段的开始与任何特定战争联系起来，它源于人们越来越认识到需要对环境本身加以保护。实际上，科索沃、伊拉克和黎巴嫩等地的战争都证明，战火频仍的社会在环境方面要付出高昂代价。同时，国际法院和法庭也在庭审实践中处理了环境保护问题。实况调查团也提出了对环境的不良影响。从 1990 年代的法律案件开始，仅在战争法领域寻求法律答案已经不够了。环境法和国际刑法的发展不容忽视，而且值得注意的是，国际刑事法院对于给环境造成一定损害的犯罪拥有管辖权。¹³

¹² 《空战和导弹战适用的国际法手册》(2009 年)也载有关于保护自然环境的具体规则，见规则 88-89。

¹³ 《罗马规约》(1998 年)第八条。

三. 其他机构开展的工作

18. 如前所述, 1990 年代期间, 红十字委员会召集了专家会议, 并提出了重要报告, 其中包括《关于武装冲突中环境保护的军事手册和指南准则》(1994 年)。出于明显的原因, 红十字委员会所持的角度是国际人道主义法的角度。这从本质上提出了一个问题, 即现行国际人道主义法在多大程度上含有目的在于在武装冲突期间保护环境的原则、规则或条款。常被指出的一点是, 为了实现保护平民及其生计的目标, 需要对环境加以保护。但也有人指出, 环境本身是需要保护的。所依据的假设是环境具有民用性。红十字委员会 2005 年出版的多卷著作对习惯国际人道主义法所作的解释就证明了这一点。有三项规则, 即规则 43 至 45, 被红十字委员会确定为习惯法, 这些规则特别与武装冲突期间的自然资源 and 环境保护有关。规则 44 规定:

“作战方法和手段的使用必须适当考虑对自然环境的保护。在进行军事行动时, 须采取一切可能的预防措施, 以避免, 并无论如何, 减少环境附带受损失。尽管某些军事行动对环境的影响尚缺乏科学上的确定性, 但这并不足以免除冲突当事方采取预防措施的义务。”

19. 2010 年, 红十字委员会提出了国际人道主义法的现状问题。在就“加强对武装冲突受害者的法律保护”专题所作的介绍中, 红十字委员会断定, 需要加强人道主义法, 以保护自然环境。¹⁴ 红十字委员会显然认为, 近几十年来, 国际环境法有了广泛发展, 但国际人道主义法未能取得与之相应的发展。国际人道主义法在环境保护方面的澄清和发展有些落后。这是一个值得注意的结论, 因为红十字委员会主要是对国际人道主义法条款缺乏执行的情况表示关切。

20. 国际法协会发布了几份与这一专题有关的报告。其中直接相关的是水资源法委员会 2004 年的报告。报告第十章第 50 至 55 条专门讨论了战争或武装冲突期间水和水装置的保护问题。另一份报告是 2010 年关于武装冲突受害者赔偿问题的报告。值得一提的还有国际法协会环境法跨国执行问题委员会 2006 年的报告。该报告虽然没有具体讨论武装冲突情况下的环境问题, 但它提出了与个人就破坏环境行为提出索赔的地位和其他诉诸司法问题有关的规则。¹⁵

21. 国际自然保护联盟(自然保护联盟)成立了一个武装冲突与环境问题专家组, 该专家组正在开展两项相互关联的活动: 一是探讨目前与保护环境有关的武装冲突法问题, 二是评估对自然资源 and 环境的冲突后管理经验。看来, 它正在研讨关于武装冲突期间环境保护的国际法状况, 包括有无可能加强相关法律及其执行。

¹⁴ <http://www.icrc.org/eng/resources/documents/statement/ihl-development-statement-210910.htm>。

¹⁵ 报告的主要重点似是环境索赔的国内补救办法, 但它也讨论了被否决的第 7 条草案, 其中规定可就政府违反国际环境法的行为提起司法程序。

22. 联合国环境规划署(环境署)和环境法研究所与国际法领域的主要专家和红十字委员会一起,对武装冲突期间的环境保护进行了法律评估,之后编写了 2009 年题为“武装冲突期间的环境保护——国际法概述与分析”的报告。报告审查了对武装冲突期间的环境保护作出规定的国际法四大分支:国际人道主义法、国际刑法、国际环境法和人权法。报告最后提出了一些主要结论,解释了武装冲突期间缺乏对环境有效保护的原因。报告还提出了如何解决这些挑战以及如何加强法律框架的建议。

四. 环境署对国际法委员会的建议

23. 出于对“环境仍然是现代战争的无声受害者”的关切,环境署和环境法研究所在 2009 年“对武装冲突期间保护自然资源 and 环境的现行法律框架进行了联合评估”。¹⁶ 此次评估是环境署和红十字委员会 2009 年 3 月举行的国际专家会议促成的。评估报告在 10 项主要结论的基础上,提出了 12 条建议,其中一条建议是,国际法委员会作为“在国际法领域拥有专门知识的主要机构”,应当“对关于武装冲突期间保护环境的现行国际法进行审查,并就如何对其加以澄清、编纂和扩展提出建议”。¹⁷

报告建议处理以下问题:

- (a) 盘点法律条款,查明空白和执行障碍;
- (b) 探讨澄清和编纂这一法律体系的备选方案;
- (c) 界定诸如“广泛”、“长期”和“严重”等关键词语;
- (d) 在目前对“武装冲突对条约的影响”进行分析的过程中,审议多边环境协定在武装冲突期间的适用性;
- (e) 扩大非国际性武装冲突情况下对环境和自然资源的保护;以及
- (f) 审议如何使用国际环境法的详细标准、惯例和判例法来澄清国际人道主义法的缺陷和含混之处。¹⁸

五. 这一专题提出的主要问题

24. 环境署的报告所提建议产生了一个问题,即所提议的专题是否适合委员会处理。

¹⁶ 环境署报告,2009 年,第 9 页。

¹⁷ 环境署报告,2009 年,建议 3,第 53 页。

¹⁸ 环境署,“武装冲突期间的环境保护——国际法概述与分析”(2009 年),第 53 页。

25. 国际法委员会应继续对向其提出的建议持开放态度。大会、联合国系统内的其他机构和会员国的建议特别重要。应当指出的是,至少自 1996 年以来,国际法委员会一直试图鼓励其他联合国机构向委员会提出建议。¹⁹ 环境署的建议即使未能引起大会的注意,也不应对其等闲视之。相反,应当对其进行审议,特别是如有初步证据表明它理由充分的话。

26. 那么,该专题提出的主要问题是什么?

27. 与武装冲突有关的适用的法律显然超出了战争法的范围。只以国际人道主义法作为特别法,希望从中找到某一特定法律问题的解决办法,这是不够的。国际法的其他领域也可适用,例如人权。国际法院明确确认了这一点。

“从较为广义的意义上来说,本法院认为,人权公约提供的保护在武装冲突情况下并没有停止,除非是内有《公民权利和政治权利国际公约》第四条提及的那种减损的条款起作用。因此,关于国际人道主义法与人权法的关系,有三种可能出现的情形:有些权利可能是国际人道主义法的专有事项;另一些权利可能是人权法的专有事项,但还有其他一些权利可能是同属国际法这两个分支的事项。为了回答向本法院提出的问题,法院必须考虑到国际法的这两个分支,即人权法和作为特别法的国际人道主义法。”²⁰

28. 国际法院的理由所依据的假设也得到了国际法委员会的承认,特别是在它关于不成体系问题的工作²¹及其最近就武装冲突对环境的影响所开展的工作中。后一项工作的出发点(第 3 条)是,假定武装冲突的存在并不当然终止或暂停条约的施行。²²

29. 即使假定武装冲突期间只适用武装冲突法,这一法律在武装冲突之前和之后也适用,因为它包括与武装冲突之前和之后采取的措施有关的规则。因此,特别法(武装冲突法)的适用规则显然是与国际法的其他规则并存的。

30. 似乎并没有国家和司法机构对国际法不同分支如人权法、难民法和环境法的并行适用提出质疑。各国和司法机构对这些法律领域的确切范围和平衡似乎也不确定。但有人表示,需要对这一问题加以分析并得出结论。这是国际法适用的一个新发展,各国面临着迫切需要解决的具体问题。刚果民主共和国战争对环境的影响提供了一个重要实例,说明内战会迫使人们逃离家园,并重新定居——往往是在敏感的森林生态系统中或其附近。在这种情况下,1972 年《保护世界文化和自然遗产公约》是否继续适用?

¹⁹ 《国际法委员会年鉴》,1996 年,第二卷(第二部分),第 148 段和第 165 段。

²⁰ 《在被占领巴勒斯坦领土修建隔离墙的法律后果》,国际刑事法院的咨询意见,2004 年,第 178 页,第 106 段。

²¹ 《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,A/CN.4/L.682。

²² 同前,第 1 页。

六. 建议

31. 从将近二十年前开始，有些法律机构和半法律机构就一直在处理武装冲突期间的环境保护问题。这明确表明，不仅有一个法律问题，而且需要解决这一问题。

因此，建议国际法委员会在其长期工作方案中审查这一专题。目的应当是为了：

- 确定该法律问题的范畴
- 确定判例法或习惯法的任何新动态
- 明确国际人道主义法、国际刑法、国际环境法和人权法的适用及其关系
- 进一步拟订国际法委员会关于武装冲突对条约影响的工作所得出的结论
- 明确现行条约法与新的法律动态(包括法律推理)之间的关系
- 就需要采取哪些措施来建立统一连贯的制度(从而防止不成体系的风险)提出建议
- 探讨是否拟订适用的规则和拟订与本专题相关的一般国际法原则。

32. 这一专题也很符合委员会在 1997 年表明雄心壮志，即委员会不应仅限于审议传统专题，还应审议那些反映国际法的新动态和整个国际社会所迫切关注的问题的专题。²³

33. 最后结果可以是关于武装冲突期间环境保护的框架公约草案或者原则和准则声明。

34. 所设想的时限为五年。前三年应当查明现有准则和各项准则之间的冲突。第四和第五年应当得出可执行的结论，并对结果文件进行定稿，无论该文件的形式如何。

²³ 《国际法委员会年鉴》，1997 年，第二卷(第二部分)，第 238 段，以及同上，1998 年，第二卷(第二部分)，第 553 段。

Annexe I

Examples of relevant Treaties and non-Treaty Practise

1. The laws of warfare and international criminal law

- (g) *Treaties directly addressing the protection of the environment in relation to armed conflict*
- (i) Convention on the Prohibition of Military or Any Other Hostile Use of Environmental Modification Techniques (ENMOD) (1976)
 - (ii) Additional Protocol I to the 1949 Geneva Conventions (1977), especially Article 35(3) and Article 55(1)
 - (iii) Convention on Prohibitions or Restrictions on the Use of Certain Conventional Weapons which May Be Deemed to Be Excessively Injurious or to Have Indiscriminate Effects (CCW) (1980), and its Protocol III on Prohibitions or Restrictions on the Use of Incendiary Weapons (1980)
 - (iv) The Rome Statute of the International Criminal Court (1998), especially Articles 6, 7 and 8
- (h) *International humanitarian law and disarmament treaties that indirectly protect the environment in relation to armed conflict*
- (i) Convention Respecting the Laws and Customs of War on Land (Hague Convention IV) (1907)
 - (ii) Convention Respecting the Rights and Duties of Neutral Powers and Persons in Case of War on Land (Hague Convention V) (1907)
 - (iii) Convention Concerning the Right and Duties of Neutral Powers in Naval War (Hague Convention XIII) (1907)
 - (iv) The Protocol for the Prohibition of the Use in War of Asphyxiating, Poisonous or Other Gases, and of Bacteriological Methods of Warfare (1925)
 - (v) Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War (Geneva Convention IV) (1949)
 - (vi) Hague Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict (1954), and its Protocol I (1954) and Protocol II (1999)
 - (vii) Treaty Banning Nuclear Weapon Tests in the Atmosphere, in Outer Space and Under Water (1963)
 - (viii) Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons (1968)
 - (ix) Convention on the Prohibition of the Development, Production and Stockpiling of Bacteriological (Biological) and Toxin Weapons and on their Destruction (BWC) (1972)
 - (x) Additional Protocol II to the 1949 Geneva Conventions (1977)
 - (xi) Convention on the Prohibition of the Development, Production, Stockpiling and Use of Chemical Weapons and on their Destruction (CWC) (1993)
 - (xii) Comprehensive Nuclear Test Ban Treaty (1996)

- (xiii) Convention on the Prohibition of the Use, Stockpiling, Production and Transfer of Anti-Personnel Mines and on Their Destruction (Ottawa Convention) (1997)
- (xiv) Convention on Cluster Munitions (2008)
- (xv) Examples of special regimes
 - (1) The Spitzbergen Treaty (1920)
 - (2) The Åland Treaty (1921)
 - (3) The Antarctic Treaty (1959)
 - (4) Treaty for the Prohibition of Nuclear Weapons in Latin America and the Caribbean (Treaty of Tlatelolco) (1967)
 - (5) The South Pacific Nuclear Weapon Free Zone Treaty (Treaty of Rarotonga) (1985)
 - (6) The African Nuclear Weapons Free Zone Treaty (Treaty of Pelindaba) (1996)
 - (7) The Treaty of the Southeast Asia Nuclear Weapon Free Zone (Bangkok Treaty) (1995)
 - (8) Central Asian Nuclear-Weapon-Free Zone (Treaty of Semipalatinsk)
- (i) *General principles and rules of international humanitarian law of relevance to the protection of the environment in relation to armed conflict*
 - (i) The principle of distinction
 - (ii) The rule of military necessity
 - (iii) The principle of proportionality
 - (iv) The principle of humanity
- (j) *Other instruments related to the corpus of the law of warfare*
 - (i) The San Remo Manual on International Law Applicable to Armed Conflicts at Sea (1994)
 - (ii) The Customary Law Rules by the International Committee of the Red Cross (ICRC) (2005)
 - (iii) The Manual on International Law Applicable to Air and Missile Warfare by the Program on Humanitarian Policy and Conflict Research at Harvard University (HPCR) (2009)

Numerous resolutions from UNGA addressing the question of protection of the environment in relation to armed conflict. They are not cited here.
- (k) *Cases in courts and tribunals in which the issue of the protection of the environment in relation to armed conflict has been addressed*
 - (i) Case law of the International Court of Justice (ICJ)
 - (1) Legality of the threat or use of nuclear weapons, Advisory opinion 8 July 1996

- (2) Legality of the use of force (*Serbia and Montenegro v. NATO*), Orders of 2 June 1999²⁴
- (3) Case concerning armed activities on the territory of the Congo (*Democratic Republic of the Congo v. Uganda*), Judgment of 19 December 2005

Decisions of international tribunals such as the decision of the International Criminal Court (ICC) on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir of 4 March 2009, the second Decision of the ICC on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest of 12 July 2010 and decisions by the United Nations Compensation Commission (UNCC).

2. International environmental law

(a) Multilateral environmental agreements (MEAs)

- (i) MEAs that directly or indirectly provide for their application in relation to armed conflict
 - (1) Universal conventions
 - (a) International Convention for the Prevention of Pollution of the Sea by Oil (OILPOL) (1954)
 - (b) Convention on Wetlands of International Importance especially as Waterfowl Habitat (Ramsar Convention) (1971)
 - (c) Convention Concerning the Protection of the World Cultural and Natural Heritage (World Heritage Convention) (1972)
 - (d) Convention on the Prevention of Marine Pollution by Dumping of Wastes and Other Matter (London Convention) (1972)
 - (e) International Convention for the Prevention of Pollution from Ships (MARPOL) (1973), as amended by its Protocol I (1978)
 - (f) Convention on Long-Range Transboundary Air Pollution (LRTAP) (1979)
 - (g) United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS) (1982)
 - (h) United Nations Convention on the Law of the Non-Navigational Uses of International Watercourses (1997)
 - (2) Regional conventions include:
 - (a) Convention for the Protection of the Mediterranean Sea against Pollution (1976), amended and renamed Convention for the Protection of Marine Environment and the Coastal Region of the Mediterranean (1995)

²⁴ On 30 June 1999 the Court delivered its orders in the following eight cases between Serbia and Montenegro and members of NATO: *Serbia and Montenegro v. Belgium*, *Serbia and Montenegro v. Canada*, *Serbia and Montenegro v. France*, *Serbia and Montenegro v. Germany*, *Serbia and Montenegro v. Italy*, *Serbia and Montenegro v. Netherlands*, *Serbia and Montenegro v. Portugal* and *Serbia and Montenegro v. United Kingdom*.

- (b) Convention for the Protection and Development of the Marine Environment of the Wider Caribbean Region (Cartagena Convention) (1983)
 - (c) African Convention on the Conservation of Nature and Natural Resources (Revised) (2003)
- (ii) Multilateral environmental agreements that specifically provide for suspension, derogation or termination in relation to armed conflict
 - (1) Convention on Civil Liability for Damage Resulting from Activities Dangerous to the Environment (1993)
 - (2) Convention on Third Party Liability in the Field of Nuclear Energy (1960)
 - (3) Vienna Convention on Civil Liability for Nuclear Damage (1963)
 - (4) International Convention on Civil Liability for Oil Pollution Damage (1971)
- (iii) Multilateral environmental agreements that may be of relevance for the protection of the environment in relation to armed conflict
 - (1) Convention on Early Notification of a Nuclear Accident (1986)
 - (2) Convention on Biological Diversity (1992)
 - (3) Control of Transboundary Movements of Hazardous Wastes and their Disposal (Basel Convention) (1989)
 - (4) United Nations Convention to Combat Desertification (1994)
- (b) *Customary international environmental law as reflected in*
 - (i) The Trail Smelter Principle
 - (ii) Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment (Stockholm Declaration) (1972)
 - (iii) World Charter for Nature, UNGA Resolution 37/7 (1982)
 - (iv) Declaration on Environment and Development (Rio Declaration) (1992)
 - (v) Programme of Action for Sustainable Development (Agenda 21) (1992)
 - (vi) UNGA Resolutions 47/37 Protection of the environment in times of armed conflict (1993) and 49/50 United Nations decade of international law (1995)
 - (vii) World Summit on Sustainable Development (2002)
 - (viii) UNEP Governing Council Decision 23/1/IV (2005)

3. Human rights law

- (a) *Framework conventions*
 - (i) Universal Declaration of Human Rights (1948)
 - (ii) International Covenant on Civil and Political Rights (1966)
 - (iii) International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (1966)
 - (iv) Other instruments of international human rights law
 - (1) The Convention on the Elimination of Discrimination against Women (1979)
 - (2) The Convention on the Rights of the Child (1989)

- (3) Indigenous and Tribal Peoples Convention (1989)
- (4) Declaration on the right to development (1986)
- (5) Declaration on the Rights of Indigenous Peoples (2007)
- (6) UNGA Resolution XXIV 2542 Declaration on social progress and development (1969) (especially Articles 9 and 25)
- (7) UNGA Resolution 55/2 The United Nations Millennium Declaration (2000)
- (v) Regional conventions
 - (1) The European Convention on Human Rights (1950)
 - (2) The American Convention on Human Rights (1969)
 - (3) The African Charter on Human and Peoples' Rights (1981)

Annexe II

Academic References cited in UNEP's Report with updates²⁵

- Abascal, Christine Stockins. «Protección del medio ambiente en los conflictos armados.» Diss. Pontificia Universidad Católica de Chile, 2009.
- Anderson, Terry and Bishop Grewell. «The greening of foreign policy.» *PERC Policy Series, PS-20*. Bozeman: Property and Environment Research Center, 2000. 11.
- Antoine, Philippe. «Droit international humanitaire et protection de l'environnement en cas de conflit armé.» *Revue Internationale de la Croix-Rouge*, 74.798 (1992): 537-558.
- Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales. *Problemas internacionales del medio ambiente: VII Jornadas, Barcelona, 2 a 5 de julio de 1984*. Barcelona: Bellatera, 1984.
- Austin, Jay. *Conflict-environment: Questions over accountability in Kosovo*. Geneva: UNEP Inter Press Service, 11 November 1999.
- Austin, Jay and Carl Bruch, eds. *The environmental consequences of war: Legal, economic, and scientific perspectives*. Cambridge: Cambridge UP, 2000.
- Bassiouni, M. Cherif. «International crimes: Jus cogens and obligatio erga omnes.» *Law and Contemporary Problems*, 59.4 (1996): 63-74.
- Blom, Esther, Wim Bergmans, Irene Dankelman, Pita Verweij, and Margje Voeten en Piet Wit, eds. *Nature in war: biodiversity conservation during conflict*. Leiden: Nederlandse Commissie voor Internationale Natuurbescherming, 2000.
- Bodansky, Dan. *Legal regulation of the effects of military activity on the environment*. Dessau-Roßlau: German Federal Environment Agency, 2003.
- Boelart-Suominen, Sonja Ann Jozef. «International environmental law and naval war: The effect of marine safety and pollution conventions during international armed conflict.» *Newport Paper No. 15*. Newport: Naval War College, 2000.
- Bothe, Michael. «The Protection of the Environment in Times of Armed Conflict.» *German Yearbook of International Law*, 34 (1991): 54-62.
- Bothe, Michael, Antonio Cassese, Frits Kalshoven, Alexandre Kiss, Jean Salmon and K.R. Simmonds. «Protection of the Environment in Times of Armed Conflict.» *Report to the Commission of the European Communities*, SJ/110/85 (1985).
- Bothe, Michael, Carl Bruch, Jordan Diamond, and David Jensen. «International law protecting the environment during armed conflict: Gaps and opportunities.» *International Review of the Red Cross*, 92.879 (2010): 569-592.
- Bothe, Michael, Karl Josef Partsch, and Waldemar Solfal. *New rules for victims of armed conflicts: Commentary on the two 1977 Additional Protocols to the Geneva Conventions of 1949*. The Hague: Martinus Nijhoff, 1982.

²⁵ Extract with updated additions from UNEP's report, *Protecting the Environment During Armed Conflict – An Inventory and Analysis of International Law* (2009), p. 53.

- Bouvier, Antoine. «La protection de l'environnement naturel en période de conflit armé.» *Revue Internationale de la Croix-Rouge*, 73.792 (1991): 599-611.
- Bruch, Carl. *Constitutional environmental law: Giving force to fundamental principles in Africa*. 2nd ed. Washington, D.C.: Environmental Law Institute, 2007.
- Bunker, Alice Louise. «Protection of the environment during armed conflict: One gulf, two wars.» *Review of European Community and International Environmental Law*, 13.2 (2004): 201-213.
- Crawford, Alex and Johannah Bernstein. *MEAs, conservation and conflict – A case study of Virunga National Park, DRC*. Winnipeg: International Institute for Sustainable Development, 2008.
- Debonnet, Guy and Kes Hillman-Smith. «Supporting protected areas in a time of political turmoil: The case of World Heritage sites in the Democratic Republic of the Congo.» *Parks*, 14.1 (2004): 9-16.
- Delbrück, Jost. «War, effect of treaties.» *Encyclopaedia of Public International Law*, 4 (1982): 310-311.
- Desgagné, Richard. «The Prevention of Environmental Damage in Time of Armed Conflict: Proportionality and Precautionary Measures.» *Yearbook of International Humanitarian Law*, 3 (2000): 109-129.
- Dinstein, Yoram. «Protection of the Environment in International Armed Conflict.» *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 5 (2001): 523-549.
- Eniang, Edem, Amleset Haile, and Teshale Yihdego. «Impacts of landmines on the environment and biodiversity.» *Environmental Policy and Law*, 37.6 (2007): 501-504.
- Falk, Richard. «The inadequacy of the existing legal approach to environmental protection in wartime.» *The environmental consequences of war: Legal, economic, and scientific perspectives*. Eds. J.E. Austin and C.E. Bruch. Cambridge: Cambridge UP, 2000.
- Feliciano, Florentino. «Marine pollution and spoliation of natural resources as war measures: A note on some international law problems in the Gulf War.» *Houston Journal of International Law*, 14 (1992): 496-497.
- Fenrick, William. «The law applicable to targeting and proportionality after Operation Allied Force: A view from the outside.» *Yearbook of International Humanitarian Law*, 3 (2000): 53-80.
- Fleck, Dieter. «Current legal and policy issues.» *Future legal restraints on arms proliferation*. Ed. Julie Dahlitz. Geneva: United Nations, 1996. 21-46.
- Gasser, Hans-Peter. «For better protection of the natural environment in armed conflict: A proposal for action.» *American Journal of International Law*, 89 (1995): 637-640.
- Green, Leslie. «The environment and the law of conventional warfare.» *Canadian Yearbook of International Law*, 29 (1991): 222-226.
- Greenwood, Christopher. «State responsibility and civil liability for environmental damages caused by military operations.» *International Law Studies 1996: Protection of the environment during armed conflict, Vol. 69*. Eds. Richard Grunawalt, John King and Ronald McClain. Newport: Naval War College, 1996.
- Guarnacci, Emilia Schiavo. «Conflictos armados y medio ambiente.» Buenos Aires, Universidad de Salvador, 2006. <http://usuarios.multimania.es/ambientenews/archivos/artic81.htm>.

- Guillard, David. *Les armes de guerre et l'environnement naturel: essai d'étude juridique*. Paris: Harmattan, 2006.
- Heinegg, Wolff Heintschel von and Michael Donner. «New Developments in the Protection of the Natural Environment in Naval Armed Conflicts.» *German Yearbook of International Law*, 37 (1994): 281-302.
- Herczegh, Géza. «La protection de l'environnement naturel et le droit humanitaire.» *Etudes et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de Jean Pictet*. The Hague: Martinus Nijhoff, 1984. 725-733.
- Henckaerts, Jean-Marie. «International legal mechanisms for determining liability for environmental damage under international humanitarian law.» *The environmental consequences of war: Legal, economic, and scientific perspectives*. Eds. Jay Austin and Carl Bruch. Cambridge: Cambridge UP, 2000.
- Huang, Ling-Yee. «The 2006 Israeli-Lebanese Conflict: A case study for protection of the environment in times of armed conflict.» *Florida Journal of International Law*, 20 (2008): 103-113.
- Hourcle, Laurent R. «Environmental law of war.» *Vermont Law Review*, 25 (2000): 653-681.
- Hulme, Karen. *War torn environment: Interpreting the legal threshold*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2004.
- Jensen, Eric Talbot. «The international law of environmental warfare: active and passive damage during times of armed conflict.» *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 38.1 (2005): 145-186.
- Jensen Eric Talbot and James Teixeira, Jr. «Prosecuting members of the U.S. military for wartime environmental crimes.» *Georgetown International Environmental Law Review*, 17 (2005): 651-671.
- Kellman, Barry. «The chemical weapons convention: A verification and enforcement model for determining legal responsibilities for environmental harm caused by war.» *The environmental consequences of war: Legal, economic, and scientific perspectives*. Eds. Jay Austin and Carl Bruch. Cambridge: Cambridge UP, 2000.
- Landel, Morgane. «Are aerial fumigations in the context of war in Colombia a violation of the rules of international humanitarian law?» *Transnational Law and Contemporary Problems*, 19 (2010): 419-513.
- Lavieille, Jean-Marc. «Les activités militaires, la protection de l'environnement et le droit international.» *Revue juridique de l'environnement*, 4 (1992): 421-452.
- Lijnzaad, Liesbeth and Gerard Tanja. «Protection of the environment in times of armed conflict: The Iraq-Kuwait War.» *Netherlands International Law Review*, 40.2 (1993): 169-199.
- Low, Luan and David Hodgkinson. «Compensation for wartime environmental damage: Challenges to international law after the Gulf War.» *Virginia Journal of International Law*, 35.2 (1995): 405-483.
- Lubell, Noam. «Challenges in applying human rights law to armed conflict.» *International Review of the Red Cross*, 87.860 (2005): 737-754.
- Malviya, R.A. «Laws of armed conflict and environmental protection: An analysis of their inter-relationship.» *ISIL Yearbook of International Humanitarian and Refugee Law*. Sydney: ISIL, 2001.

- Marsh, Jeremy. «Lex lata or lex ferenda? Rule 45 of the ICRC study on customary international humanitarian law.» *Military Law Review*, 198 (2008): 116-164.
- Mates, Rosario Dominguez. «Desafío para el derecho internacional humanitario: Responsabilidad penal internacional del individuo por danos al medio ambiente durante un conflicto armado.» *American University International Law Review*, 20 (2004): 43-63.
- Mollard-Bannelier, Karine. *La protection de l'environnement en temps de conflit armé*. Paris: Pedone, 2001.
- Momtaz, Djamchid. «Les règles relatives a la protection de l'environnement au cours des conflits armés a l'épreuve du conflit entre l'Irak et le Koweït.» *Annuaire français de droit international*, 37 (1991): 203-219.
- Navas, Fermín Luís Arraiza and Pedro Vareia Fernandez. «Vieques: Practicas de guerra, derechos humanos y ambiente.» *Revista Juridica Universidad de Puerto Rico*, 70 (2001): 209-233.
- Okorodudu-Fubara, Margaret. «Oil in the Persian Gulf War: Legal appraisal of an environmental warfare.» *St. Mary's Law Journal*, 123 (1992): 204-206.
- Okowa, Phoebe. «Environmental Justice in Situations of Armed Conflict.» *Environmental Law and Justice in Context*. Eds. Jonas Ebbesson and Phoebe Okowa. Cambridge: Cambridge UP, 2009.
- Okowa, Phoebe. *The Plundering of Natural Resources and the Destruction of the Environment in Times of Armed Conflict*. Hague Joint Conference on Contemporary Issues of International law, 2007.
- Parsons, James. «The fight to save the planet: U.S. Armed Forces: "Greenkeeping" and enforcement of the law pertaining to environmental protection during armed conflict.» *Georgetown International Environmental Law Review*, 10 (1998): 441-456.
- Peterson, Ines. «The Natural Environment in Times of Armed Conflict: A concern for international war crimes law?» *Leiden Journal of International Law*, 22.2 (2009): 325-343.
- Prescott, Michael. «How war affects treaties between belligerents: A case study of the Gulf War.» *Emory International Law Review*, 7 (1993): 197-201.
- Quéniwet, Noëlle and Shilan Shah-Davis, eds. *International Law and Armed Conflict: Challenges in the 21st Century*. The Hague: T.M.C. Asser, 2010.
- Quinn, John, Richard Evans, and Michael Boock. «U.S. Navy development of operational-environmental doctrine.» *The environmental consequences of war: Legal, economic, and scientific perspectives*. Eds. Jay Austin and Carl Bruch. Cambridge: Cambridge UP, 2000.
- Rich, Andy. «The Environment: Adequacy of Protection in Times of War.» *Penn State Environmental Law Review*, 12 (2004): 445-558.
- Roberts, Adam. «The law of war and environmental damage.» *The environmental consequences of war: Legal, economic, and scientific perspectives*. Eds. Jay Austin and Carl Bruch. Cambridge: Cambridge UP, 2000.
- Robinson, Nicholas. «International law and the destruction of nature in the Gulf war.» *Environmental Policy and Law*, 21.5/6 (1991): 216-220.
- Roscini, Marco. «Protection of the Natural Environment in Time of Armed Conflict.» *International Humanitarian Law: An Anthology*. Eds. Jahid Hossain Bhuiyan, Louise

- Doswald Beck, and Azizur Rahman Chowdhury, Nagpur: LexisNexis Butterworths, 2009.
- Ross, Marc. «Environmental warfare and the Persian Gulf War: Possible remedies to combat intentional destruction of the environment.» *Dickinson Journal of Environmental Law and Policy*, 10 (1992): 515-534.
- Ruiz, José Juste. «Derecho de los conflictos armados y protección del medio ambiente.» *Curso de derechos humanos de Donostia-San Sebastian 103*. Juan Soroeta Licerias, ed. San Sebastian: Universidad País Vasco, 2003.
- Sands, Philippe. *Liability for environmental damage and the report of the UNEP Working Group of Experts: An introductory note*. London: FIELD, 1999.
- Schmitt, Michael. «Green war: An assessment of the environmental law of international armed conflict.» *Yale Journal of International Law*, 22 (1997): 1-109.
- Schmitt, Michael. «War and the environment: Fault lines in the prescriptive landscape.» *The environmental consequences of war: Legal, economic, and scientific perspectives*. Eds. Jay Austin and Carl Bruch. Cambridge: Cambridge UP, 2000.
- Sharp, Walter. «The effective deterrence of environmental damage during armed conflict: A case analysis of the Persian Gulf War», *Military Law Review*, 137 (1992): 1-67.
- Tarasofsky, Richard. «Legal protection of the environment during international armed conflict.» *Netherlands Yearbook of International Law*, 24 (1993): 17-79.
- Tarasofsky, Richard. «Protecting especially important areas during international armed conflict: A critique of the IUCN Draft Convention on the Prohibition of Hostile Military Activities in Internationally Protected Areas.» *The environmental consequences of war: Legal, economic, and scientific perspectives*. Eds. Jay Austin and Carl Bruch. Cambridge: Cambridge UP, 2000.
- Tolentino, Amado. *The law of armed conflict vis-à-vis the environment*. Leiden: Koninklijke Brill, 2010.
- Tucker, Matthew. «Mitigating collateral damage to the natural environment in naval warfare: An examination of the Israeli naval blockade of 2006.» *Naval Law Review*, 57 (2009): 161-201.
- Verwey, Wil. «Observation on the legal protection of the environment in times of international armed conflict». *Hague Yearbook of International Law*, Vol. 7. The Hague: Martinus Nijhoff, 1994.
- Verwey, Wil. «Protection of the environment in times of armed conflict: In search of a new legal perspective.» *Leiden Journal of International Law*, 8 (1995): 7-40.
- Vöneky, Silja. «A new shield for the environment: Peacetime treaties as legal restraints of wartime damage.» *Recueil* 9 (2000): 20-22.
- Vöneky, Silja. «Peacetime environmental law as a basis of state responsibility for environmental damage caused by war.» *The environmental consequences of war: Legal, economic, and scientific perspectives*. Eds. Jay Austin and Carl Bruch. Cambridge: Cambridge UP, 2000.
- Vyver, Johan van der. «Advancing the consensus: 60 years of the Universal Declaration of Human Rights: The environment: State sovereignty, human rights, and armed conflict.» *Emory International Law Review*, 23 (2009): 85-112.
- Westing, Arthur. *Warfare in a fragile world: Military impact on the human environment*. London: Taylor and Francis, 1980.

Westing, Arthur. «In furtherance of environmental guidelines for armed forces during peace and war.» *The environmental consequences of war: Legal, economic, and scientific perspectives*. Eds. Jay Austin and Carl Bruch. Cambridge: Cambridge UP, 2000.

Wyatt, Julian. «Law-making at the intersection of international environmental, humanitarian and criminal law: The issue of damage to the environment in international armed conflict.» *International Review of the Red Cross*, 92.879 (2010): 593-646.

Zemmali, Ameer. «La protection de l'environnement en période de conflit armé dans les normes humanitaires et l'action du Comité international de la Croix-Rouge.» *International legal issues arising under the United Nations Decade of International Law*. The Hague: Martinus Nijhoff, 1995. 105-131.

