



## 国际法委员会

### 第五十七届会议

2005年5月2日至6月3日和

7月4日至8月5日，日内瓦

## 关于武装冲突对条约的影响的第一次报告

特别报告员：伊恩·布朗利

### 目录

	段次	页次
A. 委员会议程列入这一专题 .....	1-2	4
B. 报告的结构 .....	3	4
C. 导言 .....	4-13	4
1. 概念背景 .....	4-10	4
2. 一些方法问题 .....	11-13	6
D. 条款草案 .....	14-127	7
条款草案 1. 范围 .....		7
评论 .....	14	7
条款草案 2. 用语 .....		7
评论 .....	15-24	7
条约 .....	15	7

\* 由于技术原因重新印发。



武装冲突.....	16-24	7
条款草案 3. 当然终止或中止.....		9
评论.....	25-28	9
条款草案 4. 在发生武装冲突时可能终止或中止条约的征象.....		10
评论.....	29-54	10
条款草案 5. 关于实施条约的明示规定.....		16
评论.....	55-58	16
条款草案 6. 导致诉诸武装冲突的有关条约.....		17
评论.....	59-61	17
条款草案 7. 根据条约目标和宗旨的必然含义实施条约.....		18
意见.....	62-118	18
明示适用于武装冲突情况的条约.....	66-67	19
声明、确立或规定永久权利或永久制度或地位的条约.....	68-74	20
友好、通商和航海条约以及关于私权的类似协定.....	75-83	22
保护人权条约.....	84-87	26
保护环境条约.....	88-91	27
关于国际水道和有关装置和设施的条约.....	92-98	28
多边造法条约.....	99-106	30
关于以和平手段, 包括通过调解、调停、仲裁和国际法院, 解决 国家间争端的条约.....	107	33
与商业仲裁和执行裁决有关的多边公约引起的义务.....	108-110	33
外交关系条约.....	111-113	34
领事关系条约.....	114-118	35
条款草案 8. 中止或终止的方式.....		36
评论.....	119	36
条款草案 9. 中止条约的恢复.....		36
评论.....	120-121	36

---

条款草案 10. 当事方行为的合法性.....	37
评论.....	122-123 37
条款草案 11. 安全理事会的决定.....	38
评论.....	124 38
条款草案 12. 第三国作为中立国的地位.....	38
评论.....	125 38
条款草案 13. 终止或中止的情况.....	38
评论.....	126 38
条款草案 14. 终止或中止的条约重新生效.....	39
评论.....	127 39
附件	
条款草案文 .....	40

## A. 委员会议程列入这一专题

1. 国际法委员会 2000 年第五十二届会议将“武装冲突对条约法的影响”专题列入其长期工作方案。<sup>1</sup> 委员会该年的报告附有一个简短的纲要，说明这一专题可能的通盘结构和处理办法。<sup>2</sup> 大会 2000 年 12 月 12 日第 55/152 号决议注意到列入这一专题。

2. 委员会 2004 年第五十六届会议决定将“武装冲突对条约法的影响”专题列入其目前的工作方案，并任命伊恩·布朗利为这个专题的特别报告员。<sup>3</sup> 大会 2004 年 12 月 2 日第 59/41 号决议赞同委员会将这一专题列入议程的决定。

## B. 报告的结构

3. 本报告包含两部分：

(a) 导言部分讨论概念背景和某些方法问题；

(b) 整套附加评论的条款草案。由于各项条款的相互关系以及主题事项的范围相对有限，所以相信提出整套条款草案是适当的。

## C. 导言

### 1. 概念背景

4. 各个作者用一些学说来说明其所设想的法律制度，列出这些学说的概念有一定的但相当有限的价值。无论如何，还没有一种意见得到普遍接受。

5. 总共有四种说法，可以总结如下：

(a) 战争与和平截然相反，双方关系完全破裂，回到无秩序状态。因此所有条约毫无例外都告无效。废除权来自战争的发生，而无论缔约方的原意如何；

(b) 检验标准是，是否符合战争或交战国的目的。<sup>4</sup> 另一种表达方式是，条约是否继续有效取决于战争的需要；<sup>5</sup>

(c) 标准是缔约方在缔结条约时的意图；

---

<sup>1</sup> 见《大会正式记录，第五十五届会议，补编第 10 号》(A/55/10)，第 726-733 段。

<sup>2</sup> 同上，附件。

<sup>3</sup> 《同上，第五十九届会议，补编第 10 号》(A/59/10)，第 364 段。同届会议还决定将“对外国人的驱逐”专题列入委员会目前的工作方案。

<sup>4</sup> 见 Hall, 《国际法》，第 8 版，1924 年，第 454 页。

<sup>5</sup> 见《国际法学会年鉴》，1912 年，第 648 页。

(d) 另有一派说法，其依据是，自 1919 年以来，尤其是自《联合国宪章》颁布以来，国家不再具有诉诸使用武力的一般权限，除非是合法自卫。<sup>6</sup> 因此不应承认使用武力是一般解除条约义务的办法。

6. 这些说法没有很大帮助。考虑得比较简单，不够连贯。而且，除了(c)以外，一般都处在法律以前的层次，非常含糊笼统。

7. 另一种办法是把问题归类，成为条约法的一部分或是武装冲突法的一部分。委员会在 1963 年，后来又在 1966 年，采取的立场似乎是，爆发敌对行动对条约的影响问题不该是条约法的一部分。委员会 1966 年提交大会的报告中说：<sup>7</sup>

“1963 年委员会第十五届会议得出的结论是，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。1963 年的报告解释说：

‘委员会认为，研究这一专题必然涉及考虑《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；委员会不认为这个问题能在目前关于条约法的工作范围内方便地处理。’<sup>8</sup>

8. 审视这个理由可以看出，委员会尽管明确提出了碍难因素，但是并没有采取如下立场：这个专题的实质是在条约法的界限之外。强调的是什么问题能“方便地处理”。无论如何，国家间爆发敌对行动的影响问题明文排除在《维也纳条约法公约》之外（见第 73 条）。

9. 在提交大会的报告中关于第 69 条草案的评论部分，委员会采取了相当不同的语气，提出了强烈的政策因素：

“这两件事都可能对完全正常国际关系下条约法某些部分的施行造成影响，委员会认为，从逻辑和条款草案的完整性考虑，应该对继承问题和国家责任问题作出一般保留规定。

“(2) 委员会认为，对条约缔约方之间爆发敌对行动的问题应有不同的考虑。委员会确认，爆发敌对行动所产生的事态可能会造成实际影响，使条约在当时情况下无法施行。委员会还确认，可能会出现爆发敌对行动对条约义务造成的法律后果问题。但是它认为，在当今的国际法中，国家间爆发敌对行动必须视为完全不正常的情况，因此关于其法律后果的规则不应成为在国家间关系正常时适用的国际法一般规则的一部分。所以，制定海洋法的维也纳各项公约没有对爆发敌对行动的情况作出保留规定，尽管这种情况显然会

<sup>6</sup> 见 Reuter, 《国际公法》, 第六版, 1983 年, 第 158 页。

<sup>7</sup> 《国际法委员会年鉴》, 1966 年, II, 第 176 页, 第 29 段。

<sup>8</sup> 《国际法委员会年鉴》, 1963 年, I, II, 第 189 页, 第 14 段。

对公约许多条款的实施造成影响；公约也不打算对这种情况的后果作出任何规定。的确，《维也纳外交关系公约》有一条（第 44 条），《领事关系公约》也有相似的一条（第 26 条）提到‘武装冲突’的情况。但是，这两条是出于非常特殊的考虑才提到武装冲突的情况，而且只是为了强调即使在这种情况下条款的规定仍然有效。除此以外《维也纳公约》不拟对爆发敌对行动的后果作出规定；也没有就这种情况对施行公约条款所造成的影响作出任何一般保留。因此，委员会的结论是，有理由认为条约缔约方之间爆发敌对行动的情况完全在本条款所要制定的一般条约法范围以外；条款草案不应考虑这种情况，也不应提到这种情况。”<sup>9</sup>

10. 现代的案文作者假定比较吸引人的归类办法是归入条约法，特别报告员认为这种办法立足于健全的原则。

## 2. 一些方法问题

11. 几个世代的作者都坚持困扰这一专题的不确定性。塞西尔·赫斯特爵士在 1921 年写道：

“很少有比战争对交战国间有效条约的影响问题更让关心国际法规则的实际施行的人感到教科书没有多少帮助。国家的实践，例如和平条约的规定，以及政治家的声明，似乎都与教科书列出的原则相抵触。”<sup>10</sup>

在第七版《奥本海国际法论》第二卷中，赫希·劳特帕赫特写道（1948 年）：

“以往主张，甚至现在还有一些作者主张的学说是，爆发战争这一事实本身就取消了交战国之间以往缔结的所有条约，除非是专门在战时适用的条约。但是，现代的国际法作者绝大多数放弃了这种立场，相当普遍地认为战争绝没有取消每一项条约。不过，对于战争取消了哪些条约，或是没有取消哪些条约，则没有一致意见。国家的实际做法也不一致，有些情况下国家明白宣布它认为战争已使所有条约无效。因此整个问题仍然有待解决。”<sup>11</sup>

安东尼·奥斯特在 2000 年发表的专著中提到奥本海（上引文字），他指出：

“缔约国之间爆发敌对行动对条约的法律影响仍不确定，唯一全面讨论这一专题的著作现在已经过时。这一专题是在公约范围之外（第 73 条），国际法委员会采取的、也许相当高调的态度是，’在当今（1966 年）的国际法中，国家间爆发敌对行动必须视为完全不正常的情况，因此关于其法律后果的规则不应成为在国家间关系正常时适用的国际法一般规则的一部分。’”<sup>12</sup>

<sup>9</sup> 《国际法委员会年鉴》，1966 年，II，第 267-268 页。

<sup>10</sup> 《英国国际法年鉴》，第 2 卷，1921-1922 年，第 38 页。

<sup>11</sup> 《奥本海国际法论》，第二卷，1948 年，第 302-303 页，第 99 段（省略脚注）。

<sup>12</sup> 奥斯特，《现代条约法及其实践》，2000 年，第 243 页（省略脚注）。

12. 面对这种不确定性和法源的矛盾，有必要采取预防性措施。第一个这种措施就是临时性提供条款草案反映这种学说的某些因素，尽管在特别报告员看来其中的主张有这样那样的缺陷。这一政策有助于在早期阶段就面对困难。

13. 在这方面，还打算在本届会议结束时公开发布相当多的条款草案，以有效吸引各国政府发表评论，尤其是关于各国做法的信息。毕竟，可以合理预期多了解各国的做法将使委员会能够完成其澄清法律的任务。

## D. 条款草案

### 条款草案 1

#### 范围

**本条款草案适用于武装冲突对国家间条约的影响。**

#### 评论

14. 仿照《维也纳条约法公约》第一条的规定（又见《关于国家在条约方面的继承的维也纳公约》第一条）。“条约”一词在以下第 2 条界定。

### 条款草案 2

#### 用语

**为本条款草案的目的：**

(a) “条约”是指国家间根据国际法以书面形式缔结的国际协定，不论是载于一项单一文书内还是两项或多项相关的文书内，也不论其特定名称为何；

(b) “武装冲突”是指战争或冲突状态，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。

#### 评论

#### 条约

15. 定义取自《维也纳条约法公约》。定义的意义和适用在委员会提交大会的报告中评注部分已经阐明。<sup>13</sup> 为本条款草案的目的，这个定义是适当的，无论如何，委员会不宜去修改《维也纳公约》。

#### 武装冲突

16. 这个定义是基于国际法学会 1985 年 8 月 28 日的决议所通过的措词。毫无疑问，如果追求高度精密，委员会的工作会大大拖延。作者们通常会指出这一定义

<sup>13</sup> 《国际法委员会年鉴》，1966 年，II，第 187-189 页，第 1-8 段。

某些粗糙之处和明显的缺陷。麦克奈尔和瓦兹指出，即使敌对各方没有部署武装部队，没有发生实际敌对行动，仍然可能存在战争状态。<sup>14</sup> 国际法学会提出的定义已经相当全面，<sup>15</sup> 但是还存在某些困难。这一定义立足于“武装冲突”，不一定包括没有武装行动的战争状态。政策理由显示应包括封锁在内，即使当事方之间没有武装行动。<sup>16</sup>

17. 当今的武装冲突模糊了国际和国内武装冲突的区分。内战的数目增多了。而且，许多这些“内战”都有“外来成分”，诸如其他国家不同程度的参与，供应军火，提供训练设施和经费等等。国内武装冲突对条约施行的影响可以与国际武装冲突一样大，如果不是更大的话。<sup>17</sup> 因此，特别报告员提出的条款草案包括国内武装冲突对条约的影响。这种办法提供机会让委员会和各国政府审议草案并发表意见。

18. 同时，对于国际武装冲突与非国际武装冲突之间区别的基本性质则有一致意见。<sup>18</sup>

19. 还有一个问题是未经武装抵抗就占领领土。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》的规定相当有趣。第18条的有关规定如下：

**“第18条——公约的适用**

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

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

20. 为本条款草案的目的，国内法院关于“战争”定义的裁决没有多少价值。

21. 上文提出的定义提及“武装行动的性质或范围可能影响到武装冲突当事国之间条约的实施”。这种措词是结构性的，应当假设它显示裁定者需要考虑两项因素：(a) 武装行动的性质或范围；(b) 所涉条约的内容和缔约国的意图。

<sup>14</sup> 麦克奈尔和瓦兹，《战争的法律影响》，1996年，第2和3页。

<sup>15</sup> 见《国际法学会年鉴》，第59(II)卷，1982年，第210-212页。

<sup>16</sup> 见麦克奈尔和瓦兹，同前，第20和21页。

<sup>17</sup> 见《武装冲突对条约的影响：对实践和理论的审查》，秘书处的备忘录(A/CN.4/550)，第148-150段，以下称为秘书处备忘录。

<sup>18</sup> 见Broms，《国际法学会年鉴》，第59(I)卷，1981年，第224-229页；David, *Principes de droit des conflits armés*，第2版，1999年，第96-118页，第1.45-1.69段；Salmon, *Dictionnaire de droit international public*，2001年，第233-234页；Kolb, *lus in bello: le droit international des conflits armés*, *Précis*，第138-185段。



22. 这种适用定义的方式值得赞扬，因为它避免把武装冲突视为自动影响到有关国家的所有条约关系。而是阐明发生的影响，使其对具体条约义务有意义。在对条款草案作修正时应该牢记这个因素。

23. 应当指出，定义没有提到有关使用武力或威胁使用武力的合法性的原则。国际法学会 1985 年通过的决议有两条讨论这个问题：

**“第 7 条**

“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。

“……

**“第 9 条**

“一国犯了《联合国宪章》和联合国大会第 3314 (XXXIX) 号决议意义内的侵略，如果终止或中止一项条约的实施对该国有利，则不得终止或中止该条约的实施。”

24. 以下审查合法性问题。

**条款草案 3**

**当然终止或中止**

**以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：**

**(a) 武装冲突当事方之间；**

**(b) 一个或多个武装冲突当事方与第三国之间。**

**评论**

25. 措词仿照国际法学会 1985 年通过的决议的第 2 条。这项原则得到若干权威人士赞扬。奥本海，经赫希·劳特帕赫特编辑，确认“相当普遍的意见是，战争绝没有取消每一项条约”（《奥本海国际法论》，第二卷，“争端、战争和中立”，1948 年，第 302 页）。麦克奈尔爵士表达了基本上是英国人的观点，他说：“因此很清楚的是，战争本身没有终止交战各方之间战前存在的条约义务。”<sup>19</sup>

26. 布里格斯教授 1983 年在法学会工作时说：

“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）并不当然终止或中止冲突当事方之间有效的条约。这是既定的国际法。”<sup>20</sup>

<sup>19</sup> 《条约法》，1961 年，第 697 页。

<sup>20</sup> 《国际法学会年鉴》，第 61 (I) 卷，第 8 和 9 页；又见 Briggs, *The Law of Nations*, 第 2 版，1953 年，第 938 页。

27. 措词引起了法学会内的一些反对意见，但这或许是由于误解作者的意图。丹尼斯·宾施德勒-罗伯特教授指出，这一条的目的不是在爆发武装冲突时防止有效的条约终止，而是要规定这种爆发本身并不必然使有效的条约终止：见《国际法学会年鉴》（第 61(II) 卷，第 215 页）。最后，第 2 条（法学会草案）以 33 票对 0 票，9 票弃权，获得通过（同前，第 217 页）。

28. 条款草案 3 没有问题。这一条可以说是一个有用、合理的开始，为以下条文奠定了基础。不过，在某个层次可以认为有点多余。严格说来它不是实质性条款，武装冲突爆发后条约仍然有效所依据的原则载于以下各条。然而应当适当理解，这一条作出了重要的澄清。如果认为要把这一条留在草案内，则把“当然”的说法改成“必然”会有帮助。

#### 条款草案 4

##### 在发生武装冲突时可能终止或中止条约的征象

1. 在发生武装冲突时终止或中止条约的可能性，根据缔约方在缔约时的意图确定。
2. 在终止或中止条约的可能性方面，条约缔约方的意图应根据以下因素确定：
  - (a) 《维也纳条约法公约》第 31 条和 32 条的规定；和
  - (b) 有关武装冲突的性质和范围。

#### 评论

29. 现代学说含有两项一般原则，其性质不同，但本质却可能相同。这些一般原则之一是基于缔约方的意图，但是，这却应辅之以一系列的假设，这些假设涉及其明示规定并未充分明晰地表明缔约方的意图的条约之目的与宗旨。

30. 第二项一般原则不直接涉及缔约方的意图，所提出的是关于终止的一般原则。但是，此项原则涉及承认若干项以目的及宗旨和司法实践为基础的实质性例外。第二项一般原则已经通常被接受为法语文化上的学说。

31. 此项原则基于下列两项要素：

(a) 以国家实践为依据的不容反驳的假设，即双边条约是可以终止的，但不得违反与此相反的明文规定；

(b) 须遵循各类条约的目的及宗旨，以作为解决终止问题的依据。

32. 必须审查支持意图的主要作用的理论。早先支持此项理论的杰出学者是 Cecil Hurst 爵士。他慎思熟虑的解释值得全文引用如下：

“学者们早先似乎认为战争的性质应构成确定战争对交战国之间现行条约的影响的因素。在近代，条约或条约的特定条款的性质，被视为是确定所发生的战争对该条约的影响的重要要素。我不得不表示怀疑条约条款的特征和性质是否真的是决定性的要素；我认为，缔约方在缔约时的意图才是判断该条约在缔约国之间发生战争后是否继续有效的真正标准，此点可供想研究本专题的学者参考。我认为，正如同个人间契约的存续期间应取决于当事人的意图一样，条约在国家之间的存续期间亦应取决于缔约方的意图，条约是否将会在发生战争之后仍继续有效或应失效必须取决于缔约方在它们缔约时意图要该条约应当以此种方式继续有效或失效。

“如果上述的标准是真正的标准，那么，国际法律工作者所必须面临的问题就是拟订一系列的假设来协助解决所遇到的条约条文本身并未明文规定缔约方在它们缔约时的真正意图时的难题。此项意图明确了之后，那么，它显然就必须奉行，这并非出于关于维持条约或废止条约的某种法律原则，而是因为必须顾及缔约方在它们缔约时所具有的真正的意图。如果遇有两个国家发生战争，而且它们都参加的一项条约规定，在发生战争后，它们两国的本国国民都应当有好几个月的时间撤出对方领土，该条约在发生战争后仍旧有效的原因并非是因为存在着关于交战国之间一切条约一般都依旧有效的原则或因为它是一类构成对关于战争应废止交战国间一切条约的一般原则的例外的情况，而是因为各缔约方明确表示了它们的意图，即在此种情况下，该条约应当依旧有效。目前的难题在于如果该条约没有明确规定缔约方的意图，以及如果此项意图必须依条约的性质或伴随的情况加以推定。为了应对此类的情况，必须制定一套符合科学观点并切合实际理论的周详的行动守则。”<sup>21</sup>

33. McNair 勋爵在引用了 Hurst 上述的文章第一段之后还指出，

“有人认为，在绝大多数情况，如非所有的情况中，这两种标准都可以产生相同的结果，因为条约的性质显然是可证实缔约方意图的最佳证据。因此，缔约方显然希望在交战期间有一种行为准则可规范战争行为。”<sup>22</sup>

34. Gerald Fitzmaurice 爵士 1948 年在海牙国际法学院讲课中采取了相当类似的立场，其结论是，条约的继续有效问题是“应根据该条约的性质和缔约方对它的意图就各别情况作出决定的问题”。<sup>23</sup>

<sup>21</sup> 《英国国际法年鉴》，第 2 卷（1921-1922 年），第 37 以及第 39 和 40 页。

<sup>22</sup> McNair *The Law of Treaties*, 1961, 第 697 和 698 页。另见 McNair, *Recueil des Cours*, 海牙国际法学院，第 59 卷（1937），第 527 和 531 和 532 页。

<sup>23</sup> *Recueil des Cours*, 海牙国际法学院，第 73 卷（1948, II, 第 301 和 308 至 312 页）。

35. 另一些各类不同的可靠来源都赞同一个原则，即判断的标准应当是缔约方正式在条约中表示的意图。采取此项立场的计有哈佛研究编纂小组（1935年）、<sup>24</sup> 美国专家 James J. Lenoir（司法部的官员，但这个意见是他个人的）<sup>25</sup> 以及德国专家 Richard Rank。<sup>26</sup>

36. 现在似应研究一下法国和瑞士的理论。Guggenheim 的专著所述法律立场内容如下：

“过去有一种看法，认为战争作为国家间关系中一种完全无序状态的表现，不能用任何法律予以定性，其结论是，交战方缔结的所有公约不论有几个缔约方，都应无一例外予以废止。不过，当代外交和司法实践容许这一原则出现例外。”<sup>27</sup>

这个立场似乎同意关于废止可以是法律之外所假设的战争不在法律评价范围内的后果的原则。

37. Rousseau 的下列立场极为类似：

“问题所在——战争是国际关系的全面解除，而条约是国际关系最完美的法律形式，一看到这个双重观念就可以得出这样一个临时性结论，即战争状态与存在国际条约之间互不相容。然而，这不过是一个粗浅的结论，还需要略作调整，因为实践表明，虽然有些条约被废止，但另有一些只是被中止，还有一些在继续生效。由此出现了一种难以用一般性办法予以系统化的复杂情况。

“对于这个问题，学说上也存在分歧。有些作者（Cavaglieri）认为，鉴于实际做法不确定，该领域不存在任何规则。另有一些作者（Mc Nair, Chailley）则认为，问题在于如何诠释缔约方的意愿。还有几个法学家（Anzilotti, Scelle）似乎从一开始就不认为战争是条约终止的一个原因。”

“实际上，战争并不是一种国际漠视协议规则效力的行为。同内部宪政革命一样，战争是一种不正常、不可预见和超出实在法的废止方式，虽然战争必定会产生废止作用，但其中包含不少重要的例外。”<sup>28</sup>

<sup>24</sup> 《美国国际法学报》，第 29 卷（1935 年），补编，第 1183 至 1204 页。

<sup>25</sup> 《Georgetown Law Journal》第 34 卷（1945-1946 年），第 126 和 137 和 138 页。

<sup>26</sup> 《Cornell Law Quarterly》，第 38 卷（1952-1953 年），第 321 和 325 至 333 页。

<sup>27</sup> Guggenheim, *Traité* voll, 1967, p. 241.

<sup>28</sup> Rousseau, *Droit international public*, vol. I, 1971, pp. 218-219, para. 195. 关于战后期间的另一些法国方面的阐述，见 Sibert, *Traité de droit international public*, vol. II, 1951, pp. 347-358；以及 Cavaré, *Le droit international public positif*, 3<sup>rd</sup> ed. by Quéneudec 编，1969, pp. 214-219.

38. 类似的立场载于 Reuter 与 Daillier 和 Pellet 的手册内所包括的简要的阐述内。<sup>29</sup>

39. 法文著作内载的论据会产生一些问题。首先，主要的命题（终止）似乎是立基于关于战争性质的一种法律以外的前提。然而，所许可的例外情况，同时却取决于意图或所推定的意图。此外，法文著作确认关于条约在武装冲突期间依然有效的明文规定的影响。因此，这个理论就含有发生矛盾的缺点。请问，如果战争是一种法律之外的基准，那么，为什么它仅仅局部适用。还应强调，这种法律之外的理论不适用于那一类旨在规定有关战争行为的义务的条约。

40. 应当不理睬法律之外的理论。除了上述的重大矛盾之外，此项理论有违《维也纳条约法公约》的精神和实质。本委员会所举出的搁置关于发生敌对的影响的专题的理由并不涉及认为本主题的法律以外的性质的任何论点。

41. 意图原则不能从各国的实践得到多少明确支持。但是，麦克奈尔指出，大多数实践都符合这种办法。<sup>30</sup> 实际做法是在一定程度上以和平条约形式确认、或恢复、或终止战前的条约。达耶教授和佩莱教授采取的立场是，1919 年和 1947 年和平条约确认了双边条约的废除原则。<sup>31</sup> 鲁索持同样的立场。<sup>32</sup>

42. 其他权威采取比较柔和的看法，例如布里格斯：

“在和平条约中确认、恢复或终止战前条约的做法和使用的用语，未能提供明确证据表明，除了有权中止对敌国实施条约以外，存在关于战争对条约的影响的法律规则。”<sup>33</sup>

43. 从各国的许多实践大概可以归纳出如下看法：一般原则的存在和性质是理论上争议的问题。<sup>34</sup>

44. 一般承认，国内的决定“没有多大帮助。”<sup>35</sup>

<sup>29</sup> 见 Reuter, *Droit international public* 6<sup>th</sup> ed. 1983, pp. 158 和 159; Daillier 和 Pellet, *Droit international public*, 6<sup>th</sup> ed., 1999, pp. 309 和 310, para. 200.

<sup>30</sup> 见 McNair, *The Law of Treaties*, 1961, pp. 702-710.

<sup>31</sup> Daillier 和 Pellet, *Droit international public*, 6<sup>th</sup> ed., 2002, p. 309.

<sup>32</sup> *Droit international public*, Tome I, 1970, p. 221, para. 199.

<sup>33</sup> Briggs, *The Law of Nations*, 2<sup>nd</sup> ed., 1953, p. 943.

<sup>34</sup> 见 the *Répertoire Suisse de droit international public*, I, 1975, Département politique fédéral, para. 1. 89, pp. 188-191 (日期为 1931 年 11 月 3 日)。

<sup>35</sup> 见 Professor Clive Parry in Sorensen (ed.), *Manual of Public International Law*, 1968, pp. 237 and 238. 在编写本报告时当然考虑了这种国内决定，但是没有可以依靠的一贯模式。

45. 结果，特别报告员必须提出某种立场。如果废除原则是一般原则，则没有理由不把这一原则归类为法律原则。第二个问题是，这个法律原则是自主的一般原则，有确认的例外，还是不然。特别报告员认为，这一原则事实上不是一般原则，而是专门针对双边条约拟订的。而且，这一原则有若干实质性例外，而这些例外本身又主要立足于有关文书的目的和宗旨。

46. 在这种情况下，比较合乎逻辑、条理连贯的办法是，就所有各类条约拟订基于缔约方意图的一般原则，这种办法体现在条款草案 4 中。

47. 鉴于各种来源都有不确定性，就比通常情况更应该参考政策考虑。依靠意图似乎是有道理的，首先因为这与条约法和《维也纳公约》条款构成的母体维持了适当的关系。意图因素有利于考虑个别情况，而避免强加“万灵丹”式的解决办法。最后，意图原则促进法律保障，而且有效应用了《维也纳公约》中列入的“条约必须遵守”的原则，例如第 26 条：“凡有效之条约对其当事国有拘束力，必须由各该国善意履行。”

48. 很明显，意图原则将决定一项条约的所有法律事件。特别是，正是意图提供了条约存在和继续有效的证据，以及条约在交战国之间和交战国与第三国之间运作的证据。

49. 按照条约法的一般原则，依靠意图原则并不影响由于以下情况的后果而终止或中止条约：(a) 缔约各方的协议；或(b) 重大违反；或(c) 发生不可能履约的情况；或(d) 情况根本改变。

50. 这个主题还有两方面需要讨论。通常作者会区分武装冲突当事方之间的关系同当事方与第三国的关系或第三国之间的关系。显然，这种区分是有意义的，但是有人认为这只有在意图标准的框架内才有意义。正是意图标准决定了“交战国”与“中立国”之间的关系。而且，武装冲突的概念范围并不容易与交战和中立的两分法兼容。

51. 在着重区分双边条约与多边条约时也会出现类似的问题。塞西尔·赫斯特爵士曾说明所涉政策考虑如下：

“有缔约方中立的多边条约必须与所有缔约方都参战的条约明显站在不同的立足点。最近的世界性冲突首次大面积提出了多边条约所有缔约方都是交战国的问題。理论上似乎没有理由说这种条约不应与交战国之间的双边条约站在相同的立足点。另一方面，在有中利于战争的第三方存在的情况下，每个交战国与第三方之间存在相互的权利义务，而且当这种权利义务在其他各方之间继续有效时将很难在任何两方之间加以终止，因此当初缔结条约时的意图很可能是，在交战方之间，战争不应使条约终止，尽管在实际敌对行动仍然持续时也许很难、甚至不可能在交战方之间施行条约。

“最常见的这类情况是关于邮电通信、工业产权、卫生事项之类的一般国际公约，但是这一原则也涵盖有政治目的的多边公约，其政治目的主要影响到一个中立第三方：例如 1907 年尊重挪威独立和完整的公约。从其条款判断，该公约的意图是，它应对各大国构成一种自我克制的规定，目的是确保在晚近的战争中保持中立的一个国家的完整。所用的语言使人没有理由假定缔约国在缔结该公约时打算，如果它们之间爆发战争，则相对于它们对保持中立的国家的义务，它们应更容易免除彼此之间的义务。

“总之似乎可以安全地说，爆发战争并不会使有缔约国保持中立的多边条约在交战国之间失效，即使在敌对行动持续时条约也许很难或不能执行；但是所有缔约国都参战的多边条约则与交战国之间的双边条约站在同样的立足点，并按同样的检验标准来判断。”<sup>36</sup>

52. 关键是意图原则提供一般检验标准，是否涉及双边或多边条约，或是纯涉武装冲突当事方之间的关系，还是冲突当事方与第三国之间的关系。

53. 《维也纳公约》对双边和多边条约的解释提供了下列规则：

“第三十一条

“解释之通则

“一、条约应依其用语按其上下文并参照条约之目的及宗旨所具有之通常意义，善意解释之。

“二、就解释条约而言，上下文除指连同弁言及附件在内之约文外，并应包括：

“（甲）全体当事国间因缔结条约所订与条约有关之任何协定；

“（乙）一个以上当事国因缔结条约所订并经其他当事国接受为条约有关文书之任何文书。

“三、应与上下文一并考虑者尚有：

“（甲）当事国嗣后所订关于条约之解释或其规定之适用之任何协定；

“（乙）嗣后在条约适用方面确定各当事国对条约解释之协定之任何惯例；

“（丙）适用于当事国间关系之任何有关国际法规则。

“四、倘经确定当事国有此原意，条约用语应使其具有特殊意义。

<sup>36</sup> British Year Book of International Law, Vol. 2 (1921-1922) pp. 40 和 41。



### “第三十二条

#### “解释之补充资料

“为证实由适用第三十一条所得之意义起见，或遇依第三十一条作解释而：

“（甲）意义仍属不明或难解；或

“（乙）所获结果显属荒谬或不合理时，为确定其意义起见，得使用解释之补充资料，包括条约之准备工作及缔约之情况在内。”

54. 条款草案 4 第 2 款 (b) 项的意图是纳入条款草案 2 第 (b) 款的实质内容。

#### 条款草案 5

##### 关于实施条约的明示规定

1. 根据条约明示规定适用于武装冲突情况的条约在发生武装冲突时实施，但不妨碍武装冲突当事方之间就中止或放弃相关条约缔结合法协定。

2. 武装冲突爆发不影响武装冲突当事方依照《维也纳条约法公约》规定缔结条约的权利。

#### 评论

55. 本条款草案在某种意义上说并非必要，但从历史背景角度来看，并考虑到以前接受过废除原则，本条款草案还是具有一定的澄清作用。不管怎样，若干一般性条约认为重申这项原则是有用的。<sup>37</sup> 哈佛研究所草案对这一适用原则陈述如下：

“第 35 条 (a). 一项条约如明示条约规定的各项义务在两个或两个以上缔约方之间发生战争期间应当予以履行，或依照条约的性质和宗旨，由缔约方明确表示，条约在两个或两个以上缔约方之间发生战争期间将予实施，那么，该条约则不应因两个或两个以上缔约方之间爆发战争而终结或中止。”

56. 第二款具有一些意义。正如 McNair 指出：“在战争期间，在两个敌对的交战国之间订立条约义务……从司法原理上说，并非不可能。”<sup>38</sup> 实际上，确实缔结过此类协定，若干法学家也曾提起过有关事例。Gerald Fitzmaurice 爵士在某种程度上也赞同 McNair 的观点，他在海牙所作的讲演中指出：

<sup>37</sup> 见 Rousseau, *op. cit.*, Tome I, pp. 222-223, para 200 (II); 国际法学会, 1985 年 8 月 28 日通过的决议, 第 3 条。

<sup>38</sup> McNair, *The Law of Treaties*, 1961, p. 696。



“在战争期间，在两个交战国之间实际订立条约，从理论上来说并非不可能。例如，交战国之间缔结停战协定就属于这种情况。属于这种情况的还有交战国就交换人员，或就敌国人员安全通过其领土等问题缔结特殊协定。这些协定也许需要通过中立的第三国或保护国缔结，但是，一旦缔结，这些协定就成为具有约束力的有效国际协定。”<sup>39</sup>

57. 这一原则及其实际意义也得到了 Briggs (《万国法》1953 年，第二版，第 942 页) 和 Aust (《现代条约法与实践》，2000 年，第 233 页) 的承认。Whiteman's Digest 引述 1965 年版的《美国法学会法律重述》，第二版，美国对外关系法 (第 482 页，第 157 节)：

“一项国际协定，如果根据明示规定或根据其性质应在敌对行动期间实施，则不因该协定一个或多个缔约方参与敌对行动而受影响。”<sup>40</sup>

58. 第二款所载原则主要与第 4 条草案相联系，并且反映了条约必须遵守这一原则。

#### 条款草案 6

##### 导致诉诸武装冲突的有关条约

**任何条约其地位或解释是导致诉诸武装冲突的问题主体的，推定不因法律的实施终止，但这一推定不适用于证明缔约国有相反意图的情况。**

#### 评论

59. 有些权威认为，如果由于对条约的含义或地位有分歧而引发武装冲突，该条约可被推定为废止。<sup>41</sup> Hall 对这项原则解释道：

“如果由于对条约的含义有分歧而引发战争，该条约则必须被视为废止。在敌对行动期间，正确的解释成为系争点；在战争与法律程序之间作强行类推，甚至将最终由胜利而确定的含义视为原始契约所载义务的继续，这种做法未免迂腐。不管是争论焦点经由明示规定和平解决，还是战争的进展使得明示规定成为不必要，都形成了一个新的起点；默认也好，明文规定也好，和平使两种解释中的一种生效，由确定替代疑虑，从而开拓一个新的局面。”

60. 这一论述尽管得到了各种著名论断的支持，但仍有疑点。毫无疑问，在武装冲突进行期间，特定条约的实施将会中止。在其他情况下，这一原则则受到严重质疑。

<sup>39</sup> Recueil des Cours, Hague Academy of International Law, Vol. 73 (1948, II), p. 309.

<sup>40</sup> Whiteman, Digest of International Law, Vol. XIV September 1970, p. 509.

<sup>41</sup> 见 Hall, op. cit., pp. 458-459; Briggs, op. cit., p. 939.

61. 作为法律原则和健全的政策，认为一项条约仅仅因为构成了武装冲突的部分“起因”，所以构成争端的一项内容，这种假定是令人不能接受的。国家实践确认，当开始一项和平解决进程时，所涉条约并不因为与武装冲突本身相关而被视为无效或终止。最近此类和平解决的例子包括 Rann of Kutch 案<sup>42</sup> 和厄立特里亚-埃塞俄比亚边界委员会裁决。<sup>43</sup>

### 条款草案 7

#### 根据条约目标和宗旨的必然含义实施条约

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

2. 有此特点的条约包括：

- (a) 明示适用于武装冲突情况的条约；
- (b) 声明、确立或规定永久权利或永久制度或地位的条约；
- (c) 友好、通商和航海条约及关于私权的类似协定；
- (d) 保护人权条约；
- (e) 保护环境条约；
- (f) 关于国际水道和有关装置和设施的条约；
- (g) 多边造法条约；
- (h) 关于以和平手段，包括通过调解、调停、仲裁和国际法院，解决国家间争端的条约；
- (i) 与商业仲裁和执行裁决有关的多边公约引起的义务；
- (j) 外交关系条约；
- (k) 领事关系条约。

### 意见

62. 第7条草案的内容严格的说是多余的。意图的标准在原则上具有普遍适用性，因此适用于提到的所有相关情况。但是，文献中的条约的一个主要特点是表明了条约的种类，以期确定哪类条约在原则上不会因武装冲突而中止或终止。以下文献提

<sup>42</sup> 《国际法案例汇编》，第50卷，第2页，1968年2月19日裁决。

<sup>43</sup> 《国际法材料》，第41卷（2002年），第1057页，2002年4月14日裁决。

到了这一办法：Hall、<sup>44</sup> McNair、<sup>45</sup> Fitzmaurice、<sup>46</sup> Tobin、<sup>47</sup> Rousseau、<sup>48</sup> 和 Daillier and Pellet。<sup>49</sup> Rousseau 拟定了一般原则（le principe de caducité）然后又对一般原则提出了一系列重大的例外。秘书处的研究使用了一个分类系统，把条约分为“适用可能性很高的条约”、“适用可能性较高的条约”、“显示变化多端适用性或很可能出现某种适用性的条约”和“实行可能性很小的条约”。<sup>50</sup>

63. 特别报告员根据条约的目标和宗旨只对一般原则使用了一类例外（比较《维也纳条约法公约》第二十条第 2 款和第三十一条第 1 款）。提出的备选例外在大部分情况下是以各个作者的看法为依据的。并不是建议把本报告提到的所有例外都包括在内，这样做是要让委员会审查各种可能性。

64. 鉴于目前有大量材料，说明来源背景将是有益的。应该强调指出，来源并不以学说为限。

65. 现在将以第 7 条草案第 2 款中出现的次序对各来源中最突出的条约种类加以审查。

#### 明示适用于武装冲突情况的条约

66. 各来源无可避免地确认到，明示适用于武装冲突的条约是不受武装冲突影响的。McNair 爵士这样描述了英国的实践：

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

“在第一次世界打战爆发时，存在着若干其目的在于规定敌对行为的条约（一个或多个中立国为其缔约国），例如 1856 年的《巴黎宣言》和 1899 年和 1907 年的若干海牙公约。人们的假设是，那些条约不受战争影响，继续有效，因此英国和其他捕获法院的许多判决都是围绕着那些公约作出的。此外，各和平条约也没有对它们的恢复作出任何具体规定。不清楚这一法律结果是由于缔约方损害了某些中立国而引起的还是因为那些条约作为一般法律规则的来源具有意图在战争期间实施的性质所引起的，但人们相信，后者被认为是正确的看法。如果需要提出证据来证明联合王国政府认为各项海牙公约在缔结和平后仍然有效的話，那么最近几年的《英国条约汇编》出版

<sup>44</sup> 《International Law》，第 8 版，1924 年，第 453 至 459 页。

<sup>45</sup> 《Law of Treaties》，1961 年。

<sup>46</sup> Fitzmaurice, 《Recueil des Cours》，第 73 卷（1948, II），第 312 至 317 页。

<sup>47</sup> Tobin, 《The Termination of Multipartite Treaties》，1933 年，各处。

<sup>48</sup> Rousseau, 《Droit international public》，第一卷，1970 年，第 222 至 224 页。

<sup>49</sup> Daillier and Pellet, 《Droit international public》，第六版，2003 年，第 309 至 310 页。

<sup>50</sup> 《秘书处的备忘录》，2005 年，第 17 至 78 段。

的英国‘加入、退出、等’年度清单中，以及在英国于1925年提出的《1907年海牙第四公约》退约书中都多次提到那些公约。同样地，1923年当一个外国政府问联合王国政府是否认为1906年7月6日的《日内瓦红十字公约》在前同盟国和前敌国之间仍然有效时，联合王国政府答复说，英皇陛下的政府认为，该条约由于属于其目的在于规定战争期间敌对国行为的一类，因此不受战争爆发的影响。”

67. 在学说里以及在各国的实践里，这一原则都得到了普遍接受。1963年美国国防部总顾问在提到在战争期间适用《不扩散核武器条约》的问题时，他说：<sup>51</sup>

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

他接着指出，

“……应该指出，把战争期间使用某种武器或采取某种行动定为非法的条约的标准实践是明文规定它们适用于战争期间，以期防止适用以下规则的可能性，即战争可能使得条约的实施在交战各方之间被中止或废止。（比较Karnuth诉United States, 279 U. S. 231, 236-239; Oppenheim《International Law》，第二卷，第7版，第320至306页）譬如见：

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

“《关于窒息性气体的国际宣言》，海牙，1899年7月29日；《关于膨胀子弹的国际宣言》，海牙，1899年7月29日；

“《陆战法规和惯例国际公约》，海牙，1899年10月18日；

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

“1949年关于以下人员的日内瓦公约：伤者和病者（第二条）；战犯（第二条）；平民（第二条）；

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

### **声明、确立或规定永久权利或永久制度或地位的条约**

68. 跨越几个世代的学说都承认，声明、确立或规定永久权利或永久制度或地位的条约不因武装冲突而中止或终止。有关的作者包括Hall、<sup>52</sup> Hurst、<sup>53</sup>

<sup>51</sup> Whiteman, 《Digest of International law》，第十四卷，第509至510页。

<sup>52</sup> Hall, 《International Law》，第8版，1924年，第456和457页。

<sup>53</sup> Hurst, 《British Year Book of International Law》，第2卷（1921至1922），第46页。

Oppenheim、<sup>54</sup> Fitzmaurice、<sup>55</sup> McNair、<sup>56</sup> Rousseau、<sup>57</sup> Guggenheim、<sup>58</sup> Daillier and Pellet、<sup>59</sup> Aust、<sup>60</sup> Tobin、<sup>61</sup> Delbruck、<sup>62</sup> Stone<sup>63</sup> 和 Biadino。<sup>64</sup>

69. 涉及的协定种类包括割让领土、合并条约、使一国部分领土中立化的条约、建立或修改边界的条约，建立使用或进入一国领土的例外权利。

70. 此类条约和这一分类法产生的法律后果得到了相当多的权威人士的确认。此外，有一定数量的国家实践支持了以下立场，即此种协定不因发生武装冲突而受到影响。McNair 说明了相关的英国实践，<sup>65</sup> 而 Tobin 则指出，这一实践大致上是符合学说所采取的看法的。<sup>66</sup>

71. 在北大西洋沿岸渔场仲裁案中，英国政府认为，美国根据 1783 年的条约而对渔场所有的权利已因 1812 年战争而废止了。法院不同意这一看法，它指出，“现代发展的国际法确认，许多条约义务不因战争而消除，最多因战争而中止。”<sup>67</sup>

72. 不过诉诸此类条约确实会产生某些问题。特别是，割让的条约或其他影响永久土地处置安排的条约会产生永久权利。就如 Hurst 指出的：“具有永久性的是因条约而取得的权利而不是条约本身。”<sup>68</sup> 因此，如果条约得到了执行，那么它们不会因后来缔约方之间发生的武装冲突而受到影响。

<sup>54</sup> Oppenheim, 《International Law》, 第二卷, 第 7 版, 1948 年, 第 304 页。

<sup>55</sup> Fitzmaurice, 《Recueil des Cours》, 第 73 卷 (1948, II), 第 312 和 313 页。

<sup>56</sup> McNair, 《Law of Treaties》, 1961 年, 第 704 至 710 和 720 页。

<sup>57</sup> Rousseau, 《Droit international public》, 第一卷, 1970 年, 第 223 页。

<sup>58</sup> Guggenheim, 《Traite de droit international public》, 第一卷, 1967 年, 第 242 和 242 页。

<sup>59</sup> Daillier and Pellet, 《Droit international public》, 第六版, 2003 年, 第 309 页。

<sup>60</sup> Aust, 《Modern Treaty Law and Practice》, 2000 年, 第 244 页。

<sup>61</sup> Tobin, 《The Termination of Multipartite Treaties》, 1933 年, 第 50 至 69 页。

<sup>62</sup> Delbruck, “War Effect on Treaties”, 收在 Bernhardt (编) 《Encyclopedia of Public International Law》, 第四卷, 2000 年, 第 1370 页。

<sup>63</sup> Stone, 《Legal Controls of International Conflict》, 修订版, 1959 年, 第 448 页。

<sup>64</sup> 《Gil Effetti della Guerra sui Trattati》, 1959 年, 第 240 至 245 页。

<sup>65</sup> McNair, 《Law of Treaties》, 1961 年, 第 704 至 715 页。

<sup>66</sup> Tobin, 《The Termination of Multipartite Treaties》, 1933 年, 第 137 页和以后。

<sup>67</sup> 《国际仲裁裁决汇编》, 第十一卷, 第 167 页; 第 181 页上的 1910 年 9 月 7 日裁决。还参看 Parry, 《British Digest》, 第 2B 卷, 1967 年, 第 585 至 605 页。

<sup>68</sup> 《国际仲裁裁决汇编》, 第十一卷, 第 167 页; 第 181 页上的 1910 年 9 月 7 日裁决。还参看 Parry, 《British Digest》, 第 2B 卷, 1967 年, 第 585 至 605 页。

73. 另一个产生困难的来源是，这一类的界线在某种程度上是不确定的。有问题有三个活动领域。第一个是保证条约的使用。这是一个范围很广的主题，<sup>69</sup> 而且武装冲突的影响显然将取决于保证条约的确切目标和宗旨。意图保证一永久状态的条约，例如保证某一领土的永久中立性的条约将不会因武装冲突而终止。因此 McNair 指出，“建立和保证瑞士或比利时或卢森堡永久中立地位的条约必然是政治性的，但它们不会因爆发战争而被废止，因为它们的目的建立一个永久的制度或地位”。<sup>70</sup>

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

#### 友好、通商和航海条约以及关于私权的类似协定

75. 此类条约是很重要的一类国际交往，它们是更新近的双边投资条约的前身。此类条约有各种不同的名称，它们往往被叫做定居条约或友好条约。不应将它们同一般的商业条约混为一谈。一批受人尊敬的作者将友好、通商和航海（或定居）条约当作是不因武装冲突而终止的条约。这些作者包括 Hurst、<sup>71</sup> Tobin、<sup>72</sup> McNair、<sup>73</sup> Fitzmaurice<sup>74</sup> 和 Verzijl。<sup>75</sup> 《秘书处的备忘录》也采用了这一类别。<sup>76</sup>

76. 这一类条约包括有关给予居住在各自缔约方领土内的国民对等权利的其他条约，那些权利包括取得财产的权利、转让该财产的权利和因继承取得财产的权利。<sup>77</sup>

<sup>69</sup> 见 Verzijl, 《International Law in a Historical Perspective》, 第六卷, 1973 年, 第 457 至 459 页; Tobin, 《The Termination of Multipartite Treaties》, 1933 年, 第 55 至 69 页; Ress, Bernhardt (编)《Encyclopedia》, 第 2 卷, 2000 年, 第 934 至 937 页; McNair, 《Law of Treaties》, 1961 年, 第 239 至 254 页。

<sup>70</sup> McNair, 同前, 第 703 页。

<sup>71</sup> Hurst, 《British Year Book of International Law》, 第 2 卷(1921 至 1922), 第 43 和 44 页。

<sup>72</sup> Tobin, 《The Termination of Multipartite Treaties》, 1933 年, 第 82 至 87 页。

<sup>73</sup> McNair, 《Law of Treaties》, 1961 年, 第 713 至 715、718 和 719 页。

<sup>74</sup> McNair, 《Law of Treaties》, 1961 年, 第 713 至 715、718 和 719 页。

<sup>75</sup> Verzijl, 《International Law in a Historical Perspective》, 第六卷, 1973 年, 第 382 至 385 页。

<sup>76</sup> 《秘书处备忘录》, 英文本第 54 至 58 页。

<sup>77</sup> 见 McNair, 《Law of Treaties》, 1961 年, 第 711 页; Fitzmaurice, 《Recueil des Cours》, 第 73 卷(1948, II), 第 315 页; Verzijl, 《International Law in a Historical Perspective》, 第六卷, 第 382 至 385 页;《秘书处备忘录》, 第 37 至 46、67 和 76 段; Oppenheim, 《International Law》, 第二卷, 第 7 版, 1948 年, 第 304 页。



与此类有关联的协定包括关于取得和丧失国籍、和其他身份事项，例如婚姻和保护权的协定。<sup>78</sup>

77. 给予此类条约特别地位的政治基础基本上是要在对等的条件下为国民和其他有关的私权提供法律保障。换句话说，缺乏为什么发生武装冲突就应废除互利现状的强制理由。因此，有某一数目的国家实践肯定了此类条约不因战争而终止的立场就不足为怪了。

78. 在 1933 年，瑞士政府，即联邦司法和警察部不接受一交战国同一中立国之间的定居和通商条约可予以废除或终止。<sup>79</sup> 在有关的谈判中英国政府的立场与瑞士的立场相反。但是，美国的实践受到了某些司法判决的影响。美国实践的改变反映在 Whiteman 的《Digest》里。特别值得注意的是以下材料：<sup>80</sup>

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

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

‘看来关于战争对条约的影响的法律并不明确或没有得到很好的解决。……[接着提到并引述了以下案件，即 *Karnuth 诉美国*, 279 *United States* 231、236 (1929)、*Techt 诉 Hughes*, 229 *New York* 222、240 (1920)、128 *N. E.* 185、191(1920)、驳回调取案卷复审令状 245 *U. S.* 643(1920)，和 *Sophie Rickmers*, 45 *Fed 2d* 413(*S. D. N. Y.* 1930)。]

“……

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

<sup>78</sup> 见 *McNair*, 同前, 第 714 页; 和 *Verzijl*, 同前, 第 385 页。

<sup>79</sup> 《*Répertoire Suisse de droit international public*》, 第 188 至 191 页。

<sup>80</sup> *Whiteman*, 《*Digest of International law*》, 第十四卷, 第 495 至 497 页。

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

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

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

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

‘或许可以指出, 本国法院采取的立场看来比许多国际法的作者的立场有些更倾向于赞成条约规定在战时继续有效。在诸位现代作者中, 似乎有赞成以下看法的趋势, 即“答复关于某一特定条约是否因缔约国间爆发战争而被废止的问题的关键因素必须在于各缔约方在签订条约时的意图, 而不是条约规定本身的性质。”(Cecil Hurst 爵士; *The Effect of War on Treaties*, 《1921 至 1922 年 British Year Book of International Law》, 37、47。)还可参看 C. C. Hyde, 《International Law》(第 2 版, 1945 年)第二卷, 第 1546 页和以后; *Harvard Research in International Law*, 《Law of Treaties》, 29 《American Journal of International Law, Supp.》(1953), 1183 和以后。似乎没有任何证据说明当 1923 年与德国签订条约时这方面的实际意图为何。但是, 鉴于当时刚刚在上面提到的 Techt 诉 Hughes 案中作出的裁决, 认为诸如 1923 年《条约》第四条的规定在爆发战争时应仍然有效的看法应该不是不合理的。’

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

“1945 年 5 月 21 日代理国务卿 (Grew) 给司法部长 (Biddle) 的信。国务院, 档案 740.001 113 EW/4-1245。”



79. 这一立场于 1948 年得到了代理法律顾问 Jack B. Tate 的确认。他指出：<sup>81</sup>

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

“关于德国政府于 1941 年为领事目的在旧金山取得的财产，1923 年同德国签订的条约的有关规定是第十九条第二款……国务院认为，这些规定法律效力并没有因美国和德国之间爆发战争而改变。这一看法与本政府在平时和在战时关于属于一国政府并位于另一国领土内的财产所采取的政策完全相符。本政府一向主张，对他国政府在美国管辖领土内拥有的财产给予按照国际惯例一般给予此种财产的承认并忠实遵守按条约给予此种财产的任何权利保障。同样地，本政府也一直不懈地要求其他政府对它在它们领土内的财产给予此种确认和权利。

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

“……

“鉴于这些考虑，国务院不反对外国财产办事处认为尽管美国与德国之间爆发了战争，1923 年 12 月 8 日签订的条约的第十九条第二款的规定继续有效的立场。”

[1948 年 11 月 10 日代理法律顾问（Tate）给司法部长（Clark）的信。国务院，档案 711.622-9-1648]

80. 若干州的市镇法院的判决反映了这一看法，但依据的法理学并不一致。<sup>82</sup>

81. 国际法院对类似的条约规定的裁定并不反对上面提到的法律立场。但是，法院在尼加拉瓜案中并没有讨论到武装冲突对条约继续有效或中止的影响的问题。<sup>83</sup> 此

<sup>81</sup> Whiteman, 《Digest of International law》, 第十四卷, 第 502 和 503 页; 1948 年 11 月 10 日司法部长的信。

<sup>82</sup> Rank, 《Cornell Law Quarterly》, 第 38 卷(1952-53), 第 511 至 533 页; Whiteman, 《Digest of International law》第十四卷, 1970 年 9 月, 第 497 至 505 页; Verzijl, 《International Law in a Historical Perspective》, 第六卷, 1973 年, 第 377 至 385 页。

<sup>83</sup> 《国际法院案例汇编(1984)》, 第 393 页和第 426 至 429 页。

外，法院对当事方之间是否存在“武装冲突”的问题没有作出任何认定。<sup>84</sup> 可以回顾到，美国仍然与尼加拉瓜保持着外交关系，而且也没有宣战或宣布发生武装冲突。

82. 法院在石油平台案中的判决<sup>85</sup> 也是假设 1955 年的《友好、经济关系和领事权利条约》仍然有效。这些判决的相关性因《友好条约》仍然有效而受到了影响。<sup>86</sup> 各当事方没有对此提出异议。

83. 此外，我们很可以假定，本类条约包括双边投资条约。就如 Aust 指出的，此类协定的目的是互相保护缔约国的国民。<sup>87</sup>

### 保护人权条约

84. 文献很少为本目的提及保护人权条约的状况。这种情况实际上很容易解释。许多相关文献早于《联合国宪章》时代所出现的人权规范。而且，关于人权的专门文献有一种忽略更具技术性问题的倾向。1985 年通过的国际法学会决议包括下列条款（第四条）：

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

第四条以 36 票赞成、0 票反对和 2 票弃权获得通过。<sup>88</sup>

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

86. 《秘书处备忘录》<sup>89</sup> 中对人权条约在武装冲突期间的适用问题作了下列叙述：

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

<sup>84</sup> 《秘书处的备忘录》，第 69 至 74 段。

<sup>85</sup> 2003 年 11 月 6 日的《判决书》。还参看关于有关石油平台案的判决（初步反对主张），《国际法院案例汇编（1996）》，第 803 页。

<sup>86</sup> 见判决和初步反对主张，《国际法院案例汇编（1996）》，第 809 页，第 15 段。

<sup>87</sup> 见 Aust, 《Modern Treaty Law and Practice》, 2000 年，第 244 页。

<sup>88</sup> 《国际法学会年鉴》，第 61 卷(II)，第 219 至 221 页。

<sup>89</sup> 《秘书处备忘录》，第 33 段(脚注从略)。

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

87. 这一叙述说明了与武装冲突期间人权标准的适用性有关的问题。<sup>90</sup> 本委员会的任务不是要着手参与此类实质性事项，而是要将注意力集中在武装冲突对特定条约的实施或有效性的影响问题上。在这一方面，进行减损效力的试验是不合适的，因为减损涉及到条款的实施问题，与有效性或终止无关。但是，“在战争时期或其他威胁国家生命的公共紧急情况下”进行减损的权限的确提供证据说明，此类武装冲突不会造成中止或终止。最终，恰当的标准是各缔约方的意图。行使减损(与否)的权限不会阻止条约的另一缔约国宣称，中止或终止是因为外在理由而实行的。

### 保护环境条约

88. 特别报告员决定，应该请本委员会审查这类条约的候选资格。大多数环境条约不含关于其在武装冲突情况下的适用性的明确条款。保护环境条约的主题和模式有极大的差异。<sup>91</sup> 唯一的一般性原则是缔约国的意图。

89. 与国际法院关于核武器的咨询意见有关的书状明确表示，在有关所有环境条约在和平和战争期间均适用的主张方面，没有总协定，除非有表示相反意见的明确规定。<sup>92</sup> 在所有情况下，特别报告员认为，没有很强的理由依赖这类条约来充当对缔约国意图的指导。

90. 在关于核武器的咨询意见中，国际法院形成了下列一般性法律立场：<sup>93</sup>

“29. 本院承认环境天天面临威胁，使用核武器将构成环境的一种浩劫。本院也承认环境不是一个抽象的概念，而是代表人类包括未来各代的生活空间、生活素质、甚至健康。各国有一般的义务确保在其管辖范围内或在其控制下的活动尊重其他国家或在国家管辖范围以外的地区的环境，这一点目前已成为有关环境的国际法典的一部分。

<sup>90</sup> 又见，Prévost, 《国际人权与人道主义法》，2002年。

<sup>91</sup> Sands, 《国际环境法原则》，第二版，2003年，第307至316页；Birnie和Boyle, 《国际法与环境》，2002年，第148至151页；Mollard-bannelier, 《战争期间保护环境》，2001年。

<sup>92</sup> 见《秘书处备忘录》，第58至63段。

<sup>93</sup> 以核武器进行威胁或使用核武器的合法性，《国际法院案例汇编》，1996年，第241和242页。

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

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

“《里约宣言》的原则 24 的规定实际上支持这个办法：

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

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

“这些规定是对所有签署上述规定的国家的有力约束。”

91. 当然，这些规定是重要的，它们对采用环境条约适用于武装冲突情况的推定提供了一般性和间接的支助。但是，正如咨询意见记录中的书面呈件所示，在具体的法律问题上没有协商一致。<sup>94</sup>

#### 关于国际水道和有关装置和设施的条约

92. 与水道或航行权有关的条约基本上是建立或规范永久性权利或永久性制度或地位的条约类别的次类。然而，很方便单独审查这一组别。一些权威著作承认，此类文书不适宜在武装冲突期间终止。此类撰稿人包括 Tobin、<sup>95</sup> McNair、<sup>96</sup> Fitzmaurice、<sup>97</sup> Rank、<sup>98</sup> Chinkin<sup>99</sup> 和 Delbrück。<sup>100</sup>

<sup>94</sup> 见 Akande, 《英国国际法年鉴》, 第 68 卷(1997 年), 第 183 和 184 页。

<sup>95</sup> Tobin, 《多边条约的终止》, 1933 年, 第 89 至 95 页。

<sup>96</sup> McNair, 《条约法》, 1961 年, 第 720 页。

<sup>97</sup> Fitzmaurice, 《海牙讲义集》, 第 73 卷(1948 年, II), 第 316 和 317 页。

<sup>98</sup> Rank, 《康奈尔法律季刊》, 第 38 卷(1952 年-1953 年), 第 326 和 327 页。

<sup>99</sup> Chinkin, 《耶鲁世界公共秩序学报》, 第 7 卷(1980 年-1981 年), 第 202 至 205 页。

<sup>100</sup> Delbrück, “战争对条约的影响”, 载于《国际公法百科全书》, (贝纳尔版), 第 4 卷, 2000 年, 第 1370 页。

93. 然而，情况远非简单。Fitzmaurice 对各国的做法作了下列描述：<sup>101</sup>

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

94. 有关某些水道的地位的条约的适用或许要以服从行使《联合国宪章》第五十一条承认的自卫的固有权利为前提。<sup>102</sup>

95. 无论如何，每个海峡和运河的制度通常是通过具体条款手段解决的。此类条约的例子包括《确定易北河航行章程的公约》(1922 年)、<sup>103</sup> 《有关基尔运河的凡尔赛条约》<sup>104</sup> 的条款(1919 年)、《有关(蒙特勒)海峡制度公约》(1936 年)、<sup>105</sup> 《巴拿马运河条约》(1977 年)<sup>106</sup> 以及《关于巴拿马运河永久中立和营运的条约》(1997 年)。<sup>107</sup> 也存在此类文书与习惯法原则的关系问题。<sup>108</sup> 武装冲突对这些条约的影响主要由意图的标准来规范；由于一些有力的政策原因，特别报告员无意鼓励本委员会建议更详细的研究报告。

96. 一些多边协定明确规定了在战争期间的中止权。所以，关于《国际可航行水道制度的规约》(1922 年)<sup>109</sup> 第 15 条规定：

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

97. 《国际水道非航行使用法公约》(1997 年)<sup>110</sup> 在第 29 条作如下规定：

<sup>101</sup> Fitzmaurice, 同前, 第 316 页。

<sup>102</sup> 见, Baxter, 《国际水道法》, 1964 年, 第 205 页。

<sup>103</sup> 《国际联盟条约汇编》, 第 26 卷, 第 221 和 241 页。

<sup>104</sup> 《英国和外国文件》, 第 112 卷, 第 1 页(1919 年)。

<sup>105</sup> 《国际联盟条约汇编》, 第 173 卷, 第 213 页。

<sup>106</sup> 《国际法材料》(1977 年), 第 1022 页。

<sup>107</sup> 同上, 第 1040 页。

<sup>108</sup> 一般见 Baxter, 同前, 和 Chinkin, 同前。又见常设国际法院在 1923 年 S. S. Wimbledon 号案中的判决, 《常设国际法院判决汇编》A 辑, 第 1 号。进一步的引用可见《秘书处备忘录》, 第 56 至 57 段, 以及 Rank, 同前, 第 325 至 329 页。

<sup>109</sup> 《国际联盟条约汇编》第 7 卷, 第 37 和 61 页。

<sup>110</sup> 《国际法材料》第 36 卷(1977 年), 第 700 页。

### “武装冲突期间的国际水道和装置

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

98. 有一定理由应将本类纳入第七条草案,但理由不是很强。特别是,不清楚此类条约的目标和宗旨是否有必然的含义,即武装冲突不会产生影响,特别是当这影响到沿岸国时。每一水道的情况有相当大的差异,在极大程度上将取决于有关的武装冲突的激烈程度。仍然需要由本委员会决定是否给予此类条约特别地位。

### 多边造法条约

99. 麦克奈尔对造法条约的定义是:<sup>111</sup>

“(一) 多方造法条约。

多方造法条约指的是在不创设国际制度、地位或体系的情况下,创立用以调整各方未来行为的国际法规则的条约。据认为,不论是所有缔约方还是部分缔约方交战,这些条约都能不受战事的影响,一直有效。以这些条约为基础通常可能形成永久法律。这方面的例子不多。《1856年巴黎宣言》即为一例。《宣言》的内容清楚表明各方打算利用《宣言》来调整各方在战争期间的行为,但是战争结束后《宣言》仍然有效,为此提出的理由是各方打算根据《宣言》来创立永久法律规则。《1907年关于限制用武力索求合同债款的海牙第二公约》和《1928年巴黎和约》也都属于这类情况。创立关于国籍、婚姻、离婚、对等执行判决等问题的规则的公约可能也属于此类。”

100. 卢梭、<sup>112</sup> 费茨摩里斯、<sup>113</sup> 斯塔克、<sup>114</sup> 德尔布吕克、<sup>115</sup> 和贾尔迪诺等其他几位权威学者对这类条约的意义也有所表述。<sup>116</sup> 这类条约在《秘书处的备忘录》<sup>117</sup> 中也占有重要地位。

101. 各国从第二次世界大战战后安排中形成了某些多边技术性条约方面的惯例。费茨摩里斯曾在外交部法律司供职,他叙述了双边条约重新生效或不生效的途径,例如通知的方法,费茨摩里斯随后写道:<sup>118</sup>

<sup>111</sup> McNair, *Law of Treaties*, 1961, p. 723.

<sup>112</sup> Rousseau, *Droit international public*, Tome I, 1970, pp. 223-224.

<sup>113</sup> Fitzmaurice, *Recueil des Cours*, Vol. 73 (1948, II) pp. 308-309 和 313.

<sup>114</sup> Starke's *International Law*, 11<sup>th</sup> ed., by Shearer, 1994, p. 493.

<sup>115</sup> Delbrück, Benhardt (ed), *Encyclopedia*, Vol 4, 2000, p. 1370.

<sup>116</sup> Gialdino, *Gli Effetti della Guerra Sui Trattati*, 1959, pp. 225-239.

<sup>117</sup> 《秘书处的备忘录》, 第 47-51 页。

<sup>118</sup> Fitzmaurice, *Recueil des Cours*, Vol. 73 (1948, II) pp. 308-309. 另见 Oppenheim, *International Law*, Vol. II, 7<sup>th</sup> ed. 1948, pp. 304-306.



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

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

102. 美国的立场载于国务院法律顾问 Ernest A. Gross 1948 年 1 月 29 日的信中：<sup>119</sup>

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

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

103. 英国的立场载于外交部 1948 年 1 月 7 日的信中：<sup>120</sup>

<sup>119</sup> 见 Rank, *Cornell Law Quarterly*, Vol. 38 (1952-1953), p. 343.

<sup>120</sup> 同上, p. 346.

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

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

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

104. 德国、<sup>121</sup> 意大利<sup>122</sup> 和瑞士<sup>123</sup> 政府对这一问题的立场基本相同。但是，各国的做法并非完全前后一致，其做法，特别是近期的做法需要进一步地证明。

105. 必须认为国内法院的判决是会造成问题的。首先，判决常常是在政府部门的明确指导下作出的。其次，国内法院可能会依赖与国际法原则没有直接关系的政策因素作出判决。至少可以说国内法院的判例是不符合继续有效原则的。<sup>124</sup> 苏格兰最高民事法庭对Masinimport诉Scottish Mechanical Light Industries Ltd. (1976年)案的判决支持了一般原则。<sup>125</sup>

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

<sup>121</sup> 同上，pp. 349-354。

<sup>122</sup> 同上，pp. 347-348。

<sup>123</sup> 见《瑞士国际公法汇编》，第186-191页。

<sup>124</sup> Rank, 同前，pp. 511-33, Verzijl, *International Law in Historical Perspective*, VI, pp. 387-391。

<sup>125</sup> 《国际法案例汇编》，第74卷，第559和564页。



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

107. 本类条约在文献中的地位一般，可能被假定为在某种程度上可并入构成国际制度的多边条约类别。然而，某些编撰者明确认可构成和平解决国际争端机制的条约的持续有效性。<sup>126</sup> 按照这一原则，第一次世界大战结束以后，采用战前所缔结的特别协定作出了相关裁决。

### 与商业仲裁和执行裁决有关的多边公约引起的义务

108. 作为一项原则和一项稳健的政策，继续有效原则必须适用于与商业仲裁和执行裁决有关的多边公约引起的义务。在 Masinimport 诉 Scottish Mechanical Light Industries Ltd. 案中，苏格兰最高民事法庭认为，这些条约在第二次世界大战以后继续有效，不受《1947 年罗马和平条约》<sup>127</sup> 的管辖。与此有关的协定有 1923 年 9 月 24 日签署的《仲裁条款议定书》和 1927 年 9 月 26 日的《关于执行外国仲裁裁决的公约》。法庭将上述文书归类于‘多方造法条约’。1971 年，意大利最高上诉法院（联席会议）认为虽然意大利对法国宣战，《1923 年商业仲裁条款公约》仍然有效，只是在战争状态结束之前停止适用。<sup>128</sup>

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

110. 关于爆发敌对行为对按照《国际商会规则》作出裁决的条款有何影响的问题，有一个重要的范例。在 Dalmia Cement Ltd 诉 National Bank of Pakistan 案中，Pierre Lalive 教授作为独任仲裁员基于 1965 年 9 月在印度和巴基斯坦之间发生的敌对行为，作出了下列裁断：<sup>129</sup>

“68. 总之，我坚定认为，在索赔者对国际商会仲裁法院提出仲裁要求之时，即使假定印度和巴基斯坦之间处于战争状态，但在双方之间仍存在着按照《国际商会规则》作出裁决的有效和具有约束力的协定。因此，没有必要审查提出仲裁要求的行动是否构成与‘敌方’‘往来’，也没有必要审查据称支持这一争议的当局是否不仅同‘英式’裁决或当地裁决有关，还同按照《国际商会规则》进行国际裁决有关。至于当事方是否确实或可能考虑到在

<sup>126</sup> 见 McIntyre, *Legal Effect of World War II on Treaties of the United States*, 1958, pp. 74-86; 和 McNair, *The Law of Treaties*, 1961, p. 720. 又见 Hudson, 《常设国际法院, 1920-1942》, 1943。

<sup>127</sup> 《国际法案例汇编》，第 74 卷，第 559 和 564 页。

<sup>128</sup> Lanificio Branditex 诉 the Società Azais e Vidal, 同上，第 71 卷，第 595 页。另见《瑞士关于仲裁条款议定书的判决》；Telefunken 诉 N. V. Philips, 《国际法案例汇编》，第 19 卷，第 557 页（联邦法庭）。

<sup>129</sup> 《国际法案例汇编》，第 67 卷，第 611 和 629 页；1967 年 12 月 18 日的裁决。

接受裁决条款之时，在巴基斯坦和印度之间出现‘战争状态’或小于战争规模的武装冲突的可能性，讨论这一问题亦属多余。

“基于上述原因，

“本仲裁员

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

### 外交关系条约

111. 将外交关系条约归入在发生武装冲突的情况下不一定废除或中止的协定类别有充足的理由。虽然文献材料不很充足，但是使馆在发生武装冲突期间保持开放的做法并不少见。毕竟《维也纳外交关系公约》明确规定《公约》适用于武装冲突期间。第二十四条规定使馆档案及文件‘无论何时’均属不得侵犯，‘无论何时’这一用语是在维也纳会议期间添加的，目的是明确表明在发生武装冲突的情况下不可侵犯性仍然有效。<sup>130</sup> 其他条款包括‘纵有武装冲突情事’的用语：见关于离境便利的第四十四条。第四十五条尤其重要，作出了下列规定：

“遇两国断绝外交关系，或遇使馆长期或暂时撤退时：

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

“（乙）派遣国得将使馆馆舍以及使馆财产与档案委托接受国认可之第三国保管；

“（丙）派遣国得委托接受国认可之第三国代为保护派遣国及其国民之利益。”

112. 继续有效原则得到了 Chinkin 教授<sup>131</sup> 和《秘书处的备忘录》<sup>132</sup> 的认可。国际法院在《关于美国驻德黑兰外交和领事人员的案件》中着重叙述了《维也纳外交关系公约》所反映的制度的特性。国际法院指出：<sup>133</sup>

“简言之，外交法的规则构成一个自足的制度，一方面规定了接受国在便利、特权、豁免方面应照料外交使团的义务，另一方面也预见到使团成员可能违规，故具体规定了接受国为了对付任何可能的此类违规而可以动用的手段。这些手段本质上是完全有效的，因为除非派遣国召回使团成员，由于接受国

<sup>130</sup> 见 Denza, *Diplomatic Law*, 2<sup>nd</sup> ed., 1998, p. 160。

<sup>131</sup> *Yale Journal of World Public Order*, Vol. 7(1980-81), p. 177 at pp. 194-195。

<sup>132</sup> 《秘书处的备忘录》，第 36 段。

<sup>133</sup> 《1980 年国际法院案例汇编》，第 3 页，见第 40 页，第 86 段。

不再承认他作为使团成员，可能造成他的特权和豁免权即刻丧失，这实际上将迫使该人员出于自身考虑立即离境。但是外交人员和外交使团馆舍不可侵犯性原则是这一长期制度的基石之一，伊斯兰传统对这一制度的演变作出了重大贡献。此外，1961年公约第四十四条和第四十五条都着重强调了不可侵犯性原则的根本特征（还有1963年公约第二十六和第二十七条）。即使发生武装冲突或外交关系断绝，根据这些条款接受国也必须尊重外交使团成员和馆舍、使团财产和档案的不可侵犯性。”

113. 《1961年维也纳外交关系公约》对伊朗和美国都有效。国际法院较为清楚地表明，所适用的法律包括‘一般国际法上可适用的规则’；《公约》是对法律的法典化。<sup>134</sup>

### 领事关系条约

114. 与外交关系条约一样，将领事关系条约归入在发生武装冲突的情况下不一定废除或中止的协定类别有充足的理由。普遍认为，即便爆发战争或外交关系中断，仍可维持领事关系。<sup>135</sup> 毕竟《维也纳领事关系公约》明确规定《公约》适用于武装冲突期间。第二十六条规定接受国对于领馆人员及其他人员离境提供的便利，‘纵有武装冲突情事’，亦应如此办理。第二十七条规定接受国应尊重并保护领馆馆舍，‘纵有武装冲突情事’，亦应如此办理。

115. 继续有效原则得到了 Chinkin 教授<sup>136</sup> 和《秘书处的备忘录》<sup>137</sup> 的认可。

116. 国际法院在《关于美国驻德黑兰外交和领事人员的案件》着重叙述了1961年和1963年两项维也纳公约的特性（见上文第112段）。

117. 《维也纳领事关系公约》对伊朗和美国都有效。国际法院认为《公约》是对法律的法典化，而且较为清楚地表明，所适用的法律包括‘一般国际法上可适用的规则’。<sup>138</sup>

118. 各国在双边条约中关于领事规定的实践前后不太一致。<sup>139</sup> 需要掌握更多的资料，特别是关于近期惯例的资料。

<sup>134</sup> 《1980年国际法院案例汇编》，第24页，第45段；第90页和（判决主文），第44页，第90段。

<sup>135</sup> Lee, *Consular Law and Practice*, 2nd ed., 1991, p. 111.

<sup>136</sup> *Yale Journal of World Public Order*, Vol. 7 (1980-81), p. 177 at pp. 194 and 195.

<sup>137</sup> 《秘书处的备忘录》，2005，第36页。

<sup>138</sup> 《1980年国际法院案例汇编》，第24页，第45段；第41页，第90段和（判决主文），第44页，第95段。

<sup>139</sup> 见 Rank, *Cornell Law Quarterly*, Vol. 38 (1952-1953), pp. 341-55; McIntyre, *Legal Effect of World War II on Treaties of the United States*, 1958, pp. 191-199.

## 条款草案 8

### 中止或终止的方式

发生武装冲突时，中止或终止的方式应与《维也纳条约法公约》第 42 条至 45 条规定的中止或终止形式相同。

### 评论

119. 这一讨论的要点源于一种考虑，即中止和终止并不依照事实和法律的实施而发生。因此，形式问题需要加以解决。应当注意的是，这一条文并未提议适用《维也纳公约》第 42 至第 45 条本身（见第 73 条）。

## 条款草案 9

### 中止条约的恢复

1. 因武装冲突而中止的条约应恢复实施，但这须根据缔约方在缔约时的意图确定。

2. 对于因武装冲突而中止实施的条约，在恢复实施条约的可能性方面，条约缔约方的意图应根据以下因素确定：

(a) 《维也纳条约法公约》第 31 和 32 条的规定；和

(b) 有关武装冲突的性质和范围。

### 评论

120. 条款草案 9 是对条款草案 4 的进一步发展，为意图的一般标准奠定了基础。

121. 《维也纳条约法公约》为双边和多边条约的解释制定了如下规则：

#### “第三十一条

#### “解释之通则

“1. 条约应依其用语按其上下文并参照条约之目的及宗旨所具有之通常意义，善意解释之。

“2. 就解释条约而言，上下文除指连同弁言及附件在内之约文外，并应包括：

“ (a) 全体当事国间因缔结条约所订与条约有关之任何协定；

“ (b) 一个以上当事国因缔结条约所订并经其他当事国接受为条约有关文书之任何文书。

“3. 应与上下文一并考虑者尚有：

“ (a) 当事国嗣后所订关于条约之解释或其规定之适用之任何协定；

“ (b) 嗣后在条约适用方面确定各当事国对条约解释之协定之任何惯例；

“ (c) 适用于当事国间关系之任何有关国际法规则。

“4. 倘经确定当事国有此原意，条约用语应使其具有特殊意义。

### “第三十二条

#### “解释之补充资料

“为证实由适用第三十一条所得之意义起见，或遇依第三十一条作解释而：

“ (a) 意义仍属不明或难解；或

“ (b) 所获结果显属荒谬或不合理时，为确定其意义起见，得使用解释之补充资料，包括条约之准备工作及缔约之情况在内。”

第 2 款 (b) 项意在包括第 2 条草案第 1 款 (b) 项的实质内容。

## 条款草案 10

### 当事方行为的合法性

**根据一般国际法原则或《联合国宪章》的规定，条约的终止或中止情事，不受武装冲突当事方行为合法性的影响。**

### 评论

122. 这涉及到政策和法律安全的重要问题。如果在缺乏权威性依据来确定非法性的情况下，单方面宣称非法，这只能是为了自己的利益，不利于关系的稳定。不管怎样，下面的条款草案包含对安全理事会根据《联合国宪章》第七章所做具有约束力的决定的法律影响的保留。

123. 另一项考虑是旨在避免涉及使用或威胁使用武力的合法性问题以及适用《宪章》规定问题的立法政策。国际法学会 1985 年通过的决议包括下列条款：

#### “第 7 条

“一国根据《联合国宪章》行使单独或集体自卫权利有权全部或部分中止实施与行使这一权利相抵触的条约，但应受因安全理事会认定该国为侵略者而产生的任何后果的制约。

#### “第 8 条

“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。

**“第 9 条**

“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。”

**条款草案 11**

**安全理事会的决定**

**本条款草案不妨害安全理事会根据《联合国宪章》第七章所做决定的法律效力。**

**评论**

124. 此项但书并非绝对必要，不过在一项阐述性草案中仍有些用处。不妨回顾《维也纳公约》第 75 条规定如下：

**“侵略国问题**

“本公约之规定不妨碍因依照联合国宪章对侵略国之侵略行为所采取措施而可能引起之该国任何条约义务。”

**条款草案 12**

**第三国作为中立国的地位**

**本条款草案不妨害第三国作为武装冲突中立国的地位。**

**评论**

125. 此项但书并非绝对必要，但具有实际目的。

**条款草案 13**

**终止或中止的情况**

**本条款草案不妨害基于下述原因而终止或中止条约：**

- (a) 当事方达成协定；或
- (b) 发生重大违约情事；或
- (c) 事后的履行不可能；或
- (d) 情况发生根本变化。

**评论**

126. 可以说此种保留所述仍是十分显然的道理。不过，人们认为此种澄清还是有一些意义的。

**条款草案 14**  
**终止或中止的条约重新生效**

本条款草案不妨害武装冲突当事方根据协定调整因武装冲突而终止或中止的条约的继续生效或重新生效问题的权力。

**评论**

127. 这一保留具有一项具体目的，对于“战前”协定地位不明，而有必要对条约状况予以整体评估的情况作出规定。此种评估实际上可包括其地位不明，或为一方和双方视为终止的条约重新生效。

## 附件

### 条款草案案文

#### 条款草案 1

##### 范围

本条款草案适用于武装冲突对国家间条约的影响。

#### 条款草案 2

##### 用语

为本条款草案的目的：

(a) “条约”是指国家间根据国际法以书面形式缔结的国际协定，不论是载于一项单一文书内还是两项或多项相关文书内，也不论其特定名称为何；

(b) “武装冲突”是指战争或冲突状态，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它声明。

#### 条款草案 3

##### 当然终止或中止

以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：

- (a) 武装冲突当事方之间；
- (b) 一个或多个武装冲突当事方与第三国之间。

#### 条款草案 4

##### 在发生武装冲突时可能终止或中止条约的征象

1. 在发生武装冲突时终止或中止条约的可能性，根据缔约方在缔约时的意图确定。
2. 在终止或中止条约的可能性方面，条约缔约方的意图应根据以下因素确定：
  - (a) 《维也纳条约法公约》第 31 条和 32 条的规定；和
  - (b) 有关武装冲突的性质和范围。

#### 条款草案 5

##### 关于实施条约的明示规定

1. 根据条约明示规定适用于武装冲突情况的条约在发生武装冲突时实施，但不妨害武装冲突当事方之间就中止或放弃相关条约缔结合法协定。



2. 武装冲突爆发不影响武装冲突当事方依照《维也纳条约法公约》规定缔结条约的权力。

### **条款草案 6**

#### **导致诉诸武装冲突的有关条约**

任何条约其地位或解释是导致诉诸武装冲突的问题主体的，推定不因法律的实施而终止，但这一推定不适用于证明缔约国有相反意图的情况。

### **条款草案 7**

#### **根据条约目标和宗旨的必然含义实施条约**

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

2. 有此特点的条约包括：

- (a) 明示适用于武装冲突情况的条约；
- (b) 声明、确立或规定永久权利或永久制度或地位的条约；
- (c) 友好、通商和航海条约及关于私权的类似协定；
- (d) 保护人权条约；
- (e) 保护环境条约；
- (f) 关于国际水道和有关装置和设施的条约；
- (g) 多边造法条约；
- (h) 关于以和平手段，包括通过调解、调停、仲裁和国际法院，解决国家间争端的条约；
- (i) 与商业仲裁和执行裁决有关的多边公约引起的义务；
- (j) 外交关系条约；
- (k) 领事关系条约。

### **条款草案 8**

#### **中止或终止的方式**

发生武装冲突时，中止或终止的方式应与《维也纳条约法公约》第 42 条至 45 条规定的中止或终止形式相同。

### **条款草案 9**

#### **中止条约的恢复**

1. 因武装冲突而中止的条约应恢复实施，但这须根据缔约方在缔约时的意图确定。

2. 对于因武装冲突而中止实施的条约，在恢复实施条约的可能性方面，条约缔约方的意图应根据以下因素确定：

- (a) 《维也纳条约法公约》第 31 条和 32 条的规定；和
- (b) 有关武装冲突的性质和范围。

#### **条款草案 10**

##### **当事方行为的合法性**

根据一般国际法原则或《联合国宪章》的规定，条约的终止或中止情事，不受武装冲突当事方行为合法性的影响。

#### **条款草案 11**

##### **安全理事会的决定**

本条款草案不妨害安全理事会根据《联合国宪章》第七条所作决定的法律效力。

#### **条款草案 12**

##### **第三国作为中立国的地位**

本条款草案不妨害第三国作为武装冲突中立国的地位。

#### **条款草案 13**

##### **终止或中止的情况**

本条款草案不妨害基于下述原因而终止或中止条约：

- (a) 当事方达成协定；或
- (b) 发生重大违约情事；或
- (c) 事后的履行不可能；或
- (d) 情况发生根本变化。

#### **条款草案 14**

##### **终止或中止条约的重新生效**

本条款草案不妨害武装冲突当事方根据协定调整因武装冲突而终止或中止的条约的继续生效或重新生效问题的权力。