



国际法委员会

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，日内瓦

国际法委员会第六十三届会议工作报告草稿

报告员：罗汉·佩雷拉先生

第六章

武装冲突对条约的影响

增编

目录

段次 页次

E. 武装冲突对条约的影响条款草案案文(续).....	
2. 条款案文及其评注(续).....	
附件.....	
评注.....	

## E. 武装冲突对条约的影响条款草案案文(续)

### 2. 条款草案案文及其评注

#### 附件

#### 条款草案第 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 条草案，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证的薄弱推定：条约的主题事项载有条约在战争期间继续施行所涉问题。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 条草案的用语证实，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，草案第3至第7条的规定不妨碍条约中具有强制法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。

A.D.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。”<sup>1</sup>

(6) 这个原则在法律学界和各国的实践中获得普遍接受。1963年，美国国防部总法律顾问谈到战争时期核试验条约的适用时表示如下：“在我看来，国务院的法律顾问也认为，条约是不能以这样的方式予以正确解释的。”他接着指出：

“……应该指出，在条约中禁止在战争时期使用指定的武器或行动的标准做法是明确规定，它们适用于战争时期是为了防止在可能情况下适用战争得中止或撤销条约在交战各方之间施行的规则。(Cf. *Karnuth v. United States*, 279 U.S. 231, 236-239; *Oppenheim's 'International Law'*, vol. II, 7th ed., pp. 302-306) ...

<sup>1</sup> A. McNair, *The Law of Treaties*, Oxford, Clarendon, 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.*

在目前情况下，没有出现明确禁止在战时使用核武器的语言，因此，必须推定不会适用任何这样的禁令。”<sup>2</sup>

(7) 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。<sup>3</sup> 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……”。<sup>4</sup> 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

“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(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。”<sup>5</sup>

(8) 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

(9) 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。

(10) 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

<sup>2</sup> M. Whiteman, *Digest of International Law*, vol. XIV, pp. 509 and 510.

<sup>3</sup> Treaty of Friendship and Commerce concluded between Prussia and the United States on 10 September 1785, Article 24, cited in H.W. Verzijl, *International Law in Historical Perspective*, Leyden, Sijthoff, 1973, p. 371.

<sup>4</sup> American Law Institute, *Restatement of the Law, Third, Foreign Relations Law of the United States*, § 336 (e) (1987).

<sup>5</sup> *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion of 8 July 1996, I.C.J. Reports 1996, p. 226, at para. 89.

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。”<sup>6</sup>

(11) 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……。”<sup>7</sup>

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。<sup>8</sup> 当然，这一结论涉及关于兼并被占领土的禁令。

(12) 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。

(13) 更大的困难来自于：这里所论述的类别的范围仍然在一定程度上不确定的事实。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。”<sup>9</sup>

(14) 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，这一类的条约应进行如下的审查。

(15) 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。<sup>10</sup> 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

<sup>6</sup> North Atlantic Coast Fisheries case (Great Britain, United States), award of 7 September 1910, United Nations, Reports of International Arbitral Awards (UNRIAA), vol. XI, p. 167, at p. 181. See also C. Parry, *British Digest of International Law*, vol. 2B, 1967, pp. 585-605.

<sup>7</sup> AILC 1783-1968, vol. 19, p. 133.

<sup>8</sup> *Ibid.*, p. 117, at p. 119; see also AD 1919-1942, No. 132, p. 238.

<sup>9</sup> McNair, p. 703.

<sup>10</sup> On this issue, see also the case *In re Meyer's Estate* mentioned in paragraph (11) above.

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。<sup>11</sup> 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”。<sup>12</sup> 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

(16) 造法条约可以定义如下：

“（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。”<sup>13</sup>

(17) “造法”一词是有点问题，<sup>14</sup> 可能无助于描绘一个清晰的轮廓。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。”<sup>15</sup>

<sup>11</sup> Paragraph (11) of the Commission's commentary to draft article 59, now article 62, of the Vienna Convention (Official Records of the United Nations Conference on the Law of Treaties, Documents of the Conference, p. 79). The exception of treaties establishing a boundary from the fundamental change of circumstances rule, though opposed by a few States, was endorsed by a very large majority at the United Nations Conference on the Law of Treaties.

<sup>12</sup> Vienna Convention on Succession of States in Respect of Treaties, United Nations, Treaty Series, vol. 1946, p. 3.

<sup>13</sup> McNair, p. 723.

<sup>14</sup> See Secretariat Memorandum (A/CN.4/550 and Corr.1), paras. 49-50

<sup>15</sup> I.A. Shearer, *Starke's International Law*, 11<sup>th</sup> ed., London, Butterworths, 1994, p. 493.

(18) 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……”<sup>16</sup>

(19) 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。

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。

<sup>16</sup> See 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.

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。”<sup>17</sup>

(20) 看来，德国、<sup>18</sup> 意大利、<sup>19</sup> 和瑞士<sup>20</sup> 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。

(21) 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<sup>21</sup> 可能会被引用。

(22) 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其数量并非无足轻重的有利于生存原则的国家实践。

<sup>17</sup> *Ibid.*, p. 346. See also G.G. Fitzmaurice, “The Juridical Clauses of the Peace Treaties”, *Recueil des cours...*, vol. 73, 1948-II, pp. 308-309, and L. Oppenheim, *International Law*, vol. II, London, Longmans, Green, 1948, 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，情况肯定不会是这样。

在多边条约和公约方面，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。”

<sup>18</sup> *Ibid.*, pp. 349-354.

<sup>19</sup> *Ibid.*, pp. 347 and 348.

<sup>20</sup> See *Répertoire suisse de droit international public*, pp. 186-191.

<sup>21</sup> *ILR*, vol. 74, p. 559, at p. 564.



## (d) 关于国际刑事司法的条约

(23) 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。<sup>22</sup> 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。<sup>23</sup> 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。<sup>24</sup> 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。

(24) 国际罪行的起诉和对涉嫌犯下国际罪行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。

(25) 然而，属于这里所评论的此类条约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。

(26) 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，因此，必须视为在武装冲突的情况下持续生效。

<sup>22</sup> United Nations, Treaty Series, vol. 2187, p. 3.

<sup>23</sup> International Tribunal for the Former Yugoslavia, established by SC Res. 808 (1993) of 22 February 1993 and 827 (1993) of 25 May 1993; and International Tribunal for Rwanda, established by SC Res. 955 (1994) of 8 November 1994.

<sup>24</sup> See Agreement between the United Nations and the Royal Government of Cambodia concerning the Prosecution under Cambodian Law of Crimes Committed during the period of Democratic Kampuchea, of 6 June 2003; United Nations, Treaty Series, vol. 2329, p. 117; Agreement between the United Nations and the Lebanese Republic on the establishment of a Special Tribunal for Lebanon, of 22 January and 6 February 2007, United Nations, Treaty Series, vol. 2461, p. 257, and SC Res. 1757 (2007) of 30 May 2007; and Agreement between the United Nations and the Government of Sierra Leone on the Establishment of a Special Court for Sierra Leone, of 16 January 2002, United Nations, Treaty Series, vol. 2178, p. 137.

## (e) 友好、通商和航海条约以及涉及私权利的协定

(27) 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，<sup>25</sup> 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。<sup>26</sup> 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，<sup>27</sup> 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？

(28) 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为了停止独立战争而缔结的杰伊条约、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。

(29) 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。”<sup>28</sup>

(30) 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。<sup>29</sup>

<sup>25</sup> *Brownell v. City and County of San Francisco*, California Court of Appeal, 1<sup>st</sup> District, 21 June 1954, ILR 1954, p. 438.

<sup>26</sup> 在这个意义上说，个人被认为是“第三方”，see below, para. 30.

<sup>27</sup> 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.

<sup>28</sup> AILC 1783-1968, vol. 19, p. 49, at p. 54.

<sup>29</sup> *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, 3<sup>rd</sup> Circuit, 9 March 1928, AD 1927-1928, No. 363.

(31) 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”。<sup>30</sup>

(32) 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安。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。<sup>31</sup>

(33) 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<sup>32</sup>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，对于这种财产享受却会遭受禁止。<sup>33</sup>

(34) 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，<sup>34</sup>就像内布拉斯加州最高法院 1929 年 1 月 10 日的决定<sup>35</sup>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 29 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 29 段)不一致的政策。法院随后依循了 Techt 案(第 33 段)的决定，认为一个类似

<sup>30</sup> Court of Chancery, 29 July 1830, BILC, vol. 4, p. 362, at pp. 367-368.

<sup>31</sup> District Court, Eastern District of Pennsylvania, AILC 1783-1968, vol. 19, p. 84.

<sup>32</sup> United States Supreme Court, 1823, AILC 1783-1968, vol. 19, p. 41, especially at p. 48.

<sup>33</sup> AILC 1783-1968, vol. 19, p. 95.

<sup>34</sup> Ibid., p. 117, at p. 122.

<sup>35</sup> Goos v. Brocks, Supreme Court of Nebraska, 10 January 1929, AD 1929-1930, No. 279.

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。<sup>36</sup>

(35) 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。”<sup>37</sup>

(36) 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。”<sup>38</sup>

(37) 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再次审问 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。<sup>39</sup> 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。<sup>40</sup>

(38) 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。<sup>41</sup>

(39) 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，

<sup>36</sup> 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.

<sup>37</sup> 5 November 1943, AD 1943-1945, No. 103, at pp. 304-305.

<sup>38</sup> 18 January 1945, AD 1943-1945, No. 104, at p. 307.

<sup>39</sup> Decision of 22 June 1949, AD 1949, No. 130.

<sup>40</sup> Decision of 10 February 1948, AD 1948, No. 133.

<sup>41</sup> Gambino v. Consorts Arcens, Cour de cassation, 11 March 1953, ILR 1953, p. 599.

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。<sup>42</sup>

(40) 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 iudicatum 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，<sup>43</sup> 私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。<sup>44</sup> 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。<sup>45</sup> 曼海姆地方法院(德国)和一个荷兰法庭也达成了同样的结论。<sup>46</sup> 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。<sup>47</sup>

(41) 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。<sup>48</sup>

(42) 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驳，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。<sup>49</sup>

(43) 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，<sup>50</sup>

<sup>42</sup> In re Barrabini, Court of Appeal of Paris, 28 July 1950, ILR 1951, No. 156.

<sup>43</sup> Court of Appeal of Ager (France).

<sup>44</sup> 19 November 1946, AD 1946, No. 99.

<sup>45</sup> Gevato v. Deutsche Bank, District Court of Rotterdam, 18 January 1952, ILR 1952, No. 13.

<sup>46</sup> 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.

<sup>47</sup> Legal Aid case, 24 September 1949, Celle Court of Appeal, AD 1949, No. 132.

<sup>48</sup> Silverio v. Delli Zotti, Luxembourg, High Court of Justice, 30 January 1952, ILR 1952, No. 118.

<sup>49</sup> In re Utermöhlen, 2 April 1948, AD 1949, No. 129, at p. 381.

<sup>50</sup> Ets Cornet v. Vve Gaido, 7 May 1951, ILR 1951, No. 155.

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。

(44) 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，<sup>51</sup> 在另一些情况下，就不是这样了。<sup>52</sup>

(45) 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”。<sup>53</sup> 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(43)段(*Cornet* 案)所述的原因，这是一个不能令人满意的结论。

(46) 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。

(47) 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

(48) 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规则出现之前写就的。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。<sup>54</sup>

<sup>51</sup> P.M. v. Miclich, Court of cassation, 3 September 1965, *Rivista di diritto internazionale* vol.XXI-II, 1967, p.122.

<sup>52</sup> LSZ v. MC, Rome Court of Appeal, 22 April 1963, *ibid.*, *Diritto internazionale*, vol.XIX-II, 1965, p.37. 在某些情况下，决定在作出取决于有关条约是否恢复施行：*Rigano v. Società Johann Meyer*, Court of Cassation, 9 May 1962, *Rivista di diritto internazionale*, vol. XLII, 1964, p. 108, at p. 109; *Milan*, Court of Appeal, 19 May 1964, *Shapiro v. Flli Viscardi*, *ibid.*, vol. XLIII, 1965, p. 286.

<sup>53</sup> 30 January 1976, *ILR*, vol. 74, p. 559.

<sup>54</sup> *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 61-II, pp. 219-221.

(49) 使用人权保护的范畴可以视为赋予友谊、商务和通航(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。

(50) 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。由于不可减损的人权规定编纂强制法规范，不可克减的人权规定在武装冲突中的适用可以视为上一节中所表达的规则的必然结果代表强制法规范的条约规定：尽管爆发武装冲突，也必须获得遵守。”<sup>55</sup>

(51) 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。<sup>56</sup> 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，因为减损涉及条款的施行，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不会阻止另一缔约方主张基于其他理由予以暂停或终止。

(52) 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，如果草案第 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，也总是假设草案第 11 条实现“条约规定的分离”测试而得以随着继续获得施行。

<sup>55</sup> Secretariat Memorandum (A/CN.4/550 and Corr.1), para. 32 (footnotes omitted).

<sup>56</sup> See, further, Rene Provost, *International Human Rights and Humanitarian Law*, Cambridge University Press, 2002, pp. 247-276.

## (g) 关于对环境进行保护的条约

(53) 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。<sup>57</sup>

(54) 有关核武器的国际法院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。<sup>58</sup>

(55) 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。”<sup>59</sup>

<sup>57</sup> Philippe Sands, *Principles of International Environmental Law*, 2<sup>nd</sup> ed., Cambridge: Cambridge University Press, 2003, pp. 307-316; Patricia Birnie and Alan Boyle, *International Law and the Environment*, 2<sup>nd</sup> ed., Oxford, Oxford University Press, 2002, pp. 148-151; K. Mollard-Bannelier, *La protection de l'environnement en temps de conflit armé*, Paris, Pedone, 2001.

<sup>58</sup> See the Secretariat Memorandum (A/CN.4/550 and Corr.1), paras. 58-63.

<sup>59</sup> *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion of 8 July 1996, I.C.J. Reports 1996, p. 226, at paras. 29-31.



(56) 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。<sup>60</sup>

(h) 关于国际水道以及相关装置和设施的条约

(57) 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。

(58) 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。”<sup>61</sup>

(59) 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。<sup>62</sup>

(60) 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建立易北河航行法规的公约(1922 年)、<sup>63</sup> 有关基尔运河的凡尔赛条约(1919 年)、<sup>64</sup> 关于海峡制度(蒙特勒)的公约(1936 年)、<sup>65</sup> 巴拿马运河公约(1977 年)<sup>66</sup> 关于永久中立经营巴拿马运河的条约(1977 年)。<sup>67</sup>

(61) 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)<sup>68</sup> 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。”

<sup>60</sup> 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.

<sup>61</sup> Fitzmaurice, *Recueil des cours*, p. 316.

<sup>62</sup> See R.R. Baxter, *The Law of International Waterways, with Particular Regard to Interoceanic Canals*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1964, p. 205.

<sup>63</sup> League of Nations, *Treaty Series*, vol. 26, pp. 221, 241.

<sup>64</sup> *British and Foreign State Papers*, vol. 112 (1919).

<sup>65</sup> League of Nations *Treaty Series*, vol. 173, p. 213.

<sup>66</sup> ILM, vol. 36, 1977, p. 1022.

<sup>67</sup> *Ibid.*, p. 1040.

<sup>68</sup> League of Nations *Treaty Series*, vol. 7, p. 37, at p. 61.

(62) “国际水道非航行使用法公约”(1997年)<sup>69</sup>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。”

(63) 据此，有一个将目前类别列入指示性清单的情况。

(一) 关于含水层以及相关装置和设施的条约

(64) 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(62)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。<sup>70</sup>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。<sup>71</sup>

(65) 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。<sup>72</sup>

(66) 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。

(j) 作为国际组织组成文书的条约

(67) 大多数国际组织已经根据通常称为“组织”组成文书的条约<sup>73</sup>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

<sup>69</sup> G.A. Res. 51/229 of 21 May 1997, annex.

<sup>70</sup> Draft articles on the law of transboundary aquifers, Report of the International Law Commission, Sixtieth Session, Supplement No. 10 (A/63/10), para. 53. See G.A. Res. 63/124 of 11 December 2008, annex.

<sup>71</sup> See generally S. Burchi/K. Mechlem, *Groundwater in International Law. Compilation of Treaties and Other Legal Instruments*, (FAO/UNESCO), 2005.

<sup>72</sup> See draft article 18 of the draft articles on the law of transboundary aquifers.

<sup>73</sup> See para. (4) of the commentary to Article 2 of the draft articles on the responsibility of international organizations, *supra*.

开的法人资格。<sup>74</sup> 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(9)至第(15)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。<sup>75</sup> 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。

(68) 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<sup>76</sup> 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

(69) 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。<sup>77</sup> 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采取行动以使有关的仲裁生效。

(70) 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。

(71) 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条草案的评注第(7)段)。

<sup>74</sup> *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*, I.C.J. Reports 1949, p. 185; *Interpretation of the Agreement of 25 March 1951 between the WHO and Egypt*, I.C.J. Reports 1980, p. 73, para. 37 ( “International organizations are subjects of international law and, as such, are bound by any obligations incumbent upon them under general rules of international law, under their constitutions or under international agreements to which they are parties” ); and *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict*, I.C.J. Reports 1996, p. 66, para. 25.

<sup>75</sup> See the 1985 resolution of the Institute of International Law, Article 6 ( “A treaty establishing an international organization is not affected by the existence of an armed conflict between any of its parties” ), *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 61-II, pp. 199-255.

<sup>76</sup> *Vienna Convention on the Representation of States in their Relations with International Organizations of a Universal Character*, 1975, Article 1(34).

<sup>77</sup> 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, (footnote 27 above), p. 720. See also M.O. Hudson, *The Permanent Court of International Justice, 1920-1942*, New York, Macmillan, 1943.

## (I) 关于外交和领事关系的条约

(72) 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。<sup>78</sup> 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。”

(73) 有些评注者承认继续生效的原则。<sup>79</sup> 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团成员不可侵犯性和外交使团处所、财产和档案不可侵犯性必须获得接受国的尊重。”<sup>80</sup>

<sup>78</sup> See Eileen Denza, *Diplomatic Law, A Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations*, 2<sup>nd</sup> ed., Oxford, Clarendon Press, 1998, p. 160.

<sup>79</sup> 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.

<sup>80</sup> I.C.J. Reports 1980, p. 3, para. 86.

(74) 1961 年维也纳外交关系公约都伊朗和美国都生效。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。<sup>81</sup>

(75) 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。<sup>82</sup> 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。<sup>83</sup>

(76) 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。

(77) 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”。<sup>84</sup>

(78) 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。被告辩称，1923 年条约已经由于爆发第二次世界大战而暂时失效。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。<sup>85</sup>

---

<sup>81</sup> Ibid., para. 45, para. 90 and (in the Dispositif) para. 95.

<sup>82</sup> Luke T. Lee, *Consular Law*, 2<sup>nd</sup> ed., Oxford, Clarendon Press, 1991, p. 111.

<sup>83</sup> C. Chinkin, (footnote 104 above), pp. 194 and 195. See also the Secretariat Memorandum (A/CN.4/550 and Corr.1), para. 36.

<sup>84</sup> I.C.J. Reports 1980, p. 3, para. 45; para. 90, and (in the Dispositif), para. 95.

<sup>85</sup> *Brownell v. City and County of San Francisco*, 21 June 1954, ILR 1954, p. 432, especially p. 433.