

国际法委员会年鉴

2006年

第二卷
第二部分

国际法委员会提交大会的
第五十八届会议
工作报告

联合国



国际法委员会年鉴

2006年

第二卷
第二部分

国际法委员会提交大会的
第五十八届会议
工作报告

联合国
日内瓦, 2018年



说 明

联合国文件都用英文大写字母附加数字编号。凡是提到这种编号，就是指联合国的某一个文件。

提及《国际法委员会年鉴》时省略为前有年度和省略号的《年鉴》（如《2005年……年鉴》）。

国际法委员会每届会议的《年鉴》由两卷组成：

第一卷：该届会议各次会议的简要记录；

第二卷（第一部分）：特别报告员的报告和会议期间审议的其他文件；

第二卷（第二部分）：国际法委员会提交联合国大会的报告。

凡提及以上各卷和各卷中的引文均指作为联合国出版物发行的本《年鉴》各卷的最后印刷文本。

A/CN.4/SER.A/2006/Add.1 (Part 2)

联合国出版物

ISSN 1994-4705

eISSN 2412-1231

目 录

	页次
A/61/10号文件 国际法委员会第五十八届会议工作报告 (2006年5月1日至6月9日和7月3日至8月11日)	1
第五十八届会议文件一览表.....	293

国际法委员会第五十八届会议工作报告
(2006年5月1日至6月9日和7月3日至8月11日)

目 录

简称	页次
关于引文的说明	7
本卷引用的多边文书	8
本卷引用的多边文书	9
章次	段次
第一章 本届会议的安排	1-12 21
A. 委员	2-3 21
B. 主席团成员和扩大的主席团	4-6 21
C. 起草委员会	7-8 22
D. 工作组	9-10 22
E. 秘书处	11 23
F. 议程	12 23
第二章 委员会第五十八届会议工作概况	13-25 25
第三章 委员会特别想听取意见的具体问题	26-33 27
A. 共有的自然资源	26 27
B. 国际组织的责任	27-28 27
C. 对条约的保留	29 27
D. 引渡或起诉的义务（或引渡或起诉）	30-31 27
E. 委员会的其他决定和结论	32-33 28
第四章 外交保护	34-50 29
A. 导言	34-40 29
B. 本届会议审议这个专题的情况	41-45 30
C. 委员会的建议	46 30
D. 向特别报告员表示感谢	47-48 30
E. 外交保护条款草案案文	49-50 30
1. 条款草案案文	49 30
2. 条款草案案文及其评注	50 32
第一部分 一般规定	33
第1条 定义和范围	33
第2条 实行外交保护的权力	35
第二部分 国籍	36
第一章 一般原则	36
第3条 国籍国的保护	36

* 起初作为《大会正式记录，第六十一届会议，补编第10号》分发。

章次	段次	页次
第二章 自然人		36
第 4 条 自然人的国籍国		36
第 5 条 自然人的持续国籍		38
第 6 条 多重国籍和针对第三国的求偿		40
第 7 条 多重国籍和针对国籍国的求偿		41
第 8 条 无国籍人和难民		43
第三章 法人		45
第 9 条 公司的国籍国		45
第 10 条 公司的持续国籍		46
第 11 条 股东的保护		47
第 12 条 对股东的直接损害		51
第 13 条 其他法人		51
第三部分 当地救济		52
第 14 条 用尽当地救济		52
第 15 条 当地救济规则的例外		55
第四部分 杂项规定		60
第 16 条 外交保护以外的行动或程序		60
第 17 条 国际法的特别规则		61
第 18 条 船员的保护		61
第 19 条 建议的做法		63
第五章 国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任	51-67	67
A. 导言	51-58	67
B. 本届会议审议这个专题的情况	59-62	68
C. 委员会的建议	63	69
D. 向特别报告员表示感谢	64-65	69
E. 危险活动引起跨界损害情况下的损失分配原则草案案文	66-67	69
1. 原则草案案文	66	69
2. 原则草案案文及其评注	67	71
危险活动引起跨界损害情况下的损失分配原则草案		71
序言		72
原则 1 适用范围		73
原则 2 用语		76
原则 3 目的		85
原则 4 及时和充分的赔偿		89
原则 5 应对措施		96
原则 6 国际和国内救济		99
原则 7 拟定专门的国际制度		103
原则 8 执行		103
第六章 共有的自然资源	68-76	105
A. 导言	68-69	105
B. 本届会议审议这个专题的情况	70-74	105

章次	段次	页次
C. 委员会一读通过的跨界含水层法条款草案案文	75-76	106
1. 条款草案案文	75	106
2. 条款草案案文及其评注	76	109
跨界含水层法		109
第一部分 导言		110
第1条 范围		110
第2条 用语		111
第二部分 一般原则		113
第3条 含水层国的主权		113
第4条 公平合理利用		113
第5条 与公平合理利用相关的因素		115
第6条 不对其他含水层国造成重大损害的义务		116
第7条 一般合作义务		117
第8条 数据和资料的定期交流		118
第三部分 保护、保全和管理		120
第9条 生态系统的保护和保全		120
第10条 补给区和排泄区		120
第11条 防止、减少和控制污染		121
第12条 监测		122
第13条 管理		123
第四部分 影响其他国家的活动		124
第14条 已规划的活动		124
第五部分 杂项规定		126
第15条 与发展中国家的科学技术合作		126
第16条 紧急情况		127
第17条 武装冲突期间的保护		129
第18条 与国防或国家安全有关的数据和资料		130
第19条 双边和区域协定和安排		131
第七章 国际组织的责任	77-91	133
A. 导言	77-79	133
B. 本届会议审议这个专题的情况	80-89	133
C. 委员会迄今为止暂时通过的国际组织的责任条款草案案文	90-91	135
1. 条款草案案文	90	135
2. 委员会第五十八届会议通过的条款草案案文及其评注	91	139
第五章 解除行为不法性的情况		139
第17条 同意		139
第18条 自卫		140
第19条 反措施		141
第20条 不可抗力		141
第21条 危难		142
第22条 危急情况		143

章次	段次	页次
第 23 条 对强制性规范的遵守		144
第 24 条 援引解除行为不法性的情况的后果		144
第 (x) 章 一国对一国际组织行为的责任		145
第 25 条 一国援助或协助一国际组织实施国际不法行为		145
第 26 条 一国指挥和控制一国际组织实施国际不法行为		146
第 27 条 一国胁迫一国际组织		147
第 28 条 向国际组织提供职权情况下的国际责任		147
第 29 条 国际组织的成员国对该组织的国际不法行为的责任		148
第 30 条 本章的效力		150
第八章 对条约的保留	92-159	153
A. 导言	92-100	153
B. 本届会议审议这个专题的情况	101-157	154
1. 特别报告员介绍其第十次报告第二部分	108-118	154
2. 辩论摘要	119-143	156
3. 特别报告员的结论意见	144-157	157
C. 委员会迄今为止暂时通过对条约的保留准则草案案文	158-159	158
1. 准则草案案文	158	158
2. 委员会第五十八届会议暂时通过的准则草案案文及其评注	159	165
3. 保留和解释性声明的效力		165
3.1 可允许的保留		166
3.1.1 条约明文禁止的保留		169
3.1.2 特定保留的定义		172
3.1.3 可允许的不受条约禁止的保留		177
3.1.4 可允许的特定保留		179
1.6 定义的范围		180
2.1.8 [2.1.7 之二] 保留显然无效情况下的程序		181
第九章 国家单方面行为	160-177	183
A. 导言	160-166	183
B. 本届会议审议这个专题的情况	167-170	183
C. 向特别报告员表示感谢	171-172	184
D. 适用于能够产生法律义务的国家单方面声明的指导原则案文	173-177	185
1. 指导原则案文	176	185
2. 委员会第五十八届会议通过的指导原则案文及其评注	177	186
适用于能够产生法律义务的国家单方面声明的指导原则		186
原则 1		186
原则 2		187
原则 3		187
原则 4		188
原则 5		188
原则 6		189
原则 7		190

章次	段次	页次
原则 8		190
原则 9		190
原则 10		191
第十章 武装冲突对条约的影响	178-211	193
A. 引言	178-180	193
B. 本届会议审议这个专题的情况	181-211	193
1. 专题概述	182-188	193
(a) 特别报告员的介绍	182-183	193
(b) 辩论摘要	184	193
(c) 特别报告员的结论意见	185	194
2. 第 1 条 范围	186-188	194
(a) 特别报告员的介绍	186	194
(b) 辩论摘要	187	194
(c) 特别报告员的结论意见	188	194
3. 第 2 条 用语	189-198	194
(a) 特别报告员的介绍	189-190	194
(b) 辩论摘要	191-196	194
(c) 特别报告员的结论意见	197-198	195
4. 第 3 条 当然终止或中止	199-200	195
(a) 特别报告员的介绍	199	195
(b) 辩论摘要	200	195
5. 第 4 条 在发生武装冲突时可能终止或中止条约的征象	201-204	196
(a) 特别报告员的介绍	201-202	196
(b) 辩论摘要	203	196
(c) 特别报告员的结论意见	204	196
6. 第 5 条 关于实施条约的明示规定	205-206	196
(a) 特别报告员的介绍	205	196
(b) 辩论摘要	206	196
7. 第 6 条 导致诉诸武装冲突的有关条约	207-208	197
(a) 特别报告员的介绍	207	197
(b) 辩论摘要	208	197
8. 第 7 条 根据条约目标和宗旨的必然含义实施条约	209-211	197
(a) 特别报告员的介绍	209	197
(b) 辩论摘要	210	197
(c) 特别报告员的结论意见	211	197
第十一章 引渡或起诉的义务（或引渡或起诉）	212-232	199
A. 引言	212-213	199
B. 本届会议审议这个专题的情况	214-232	199
1. 特别报告员的介绍	215-219	199
2. 辩论摘要	220-229	200
3. 特别报告员的结论意见	230-232	200

章次	段次	页次
第十二章 国际法不成体系问题：国际法多样化和扩展引起的困难	233-251	203
A. 导言	233-236	203
B. 本届会议审议这个专题的情况	237-239	204
C. 向研究组和专家组主席表示感谢	240	204
D. 专家组的报告	241-251	204
一、背景	241-250	204
二、专家组工作的结论	251	206
(a) 一般结论		206
(b) 特别法优于普通法公理		206
(c) 特别（“自足”）制度		208
(d) 《维也纳条约法公约》第三十一条第三项（丙）款		208
(e) 前后规范之间的冲突		210
(f) 国际法的等级：强行法、普遍义务和《联合国宪章》第一百零三条		211
第十三章 委员会的其他决定和结论	252-291	215
A. 驱逐外国人	252	215
B. 委员会的方案、程序、工作方法及文件	253-269	215
1. 长期工作方案	256-261	215
2. 文件和出版物	262-267	217
3. 与联合国人权专家举行会议	268	217
4. 酬金	269	217
C. 委员会第五十九届会议的日期和地点	270	218
D. 与其他机构的合作	271-274	218
E. 出席大会第六十一届会议的代表	275-276	218
F. 国际法讲习班	277-291	218
附件		
附件一 国家官员的外国刑事管辖豁免		221
附件二 国际组织的管辖豁免		235
附件三 发生灾害时的人员保护		245
附件四 信息跨界流动的个人数据保护问题		261
附件五 域外管辖权		279

简 称

亚太经合组织 (APEC)	亚洲太平洋经济合作组织
西非经共体 (ECOWAS)	西非国家经济共同体
粮农组织 (FAO)	联合国粮食及农业组织
全环基金 (GEF)	全球环境基金
原子能机构 (IAEA)	国际原子能机构
水文协会 (IAH)	国际水文协会
红十字委员会 (ICRC)	红十字国际委员会
信通技术 (ICTs)	信息和通信技术
红十字与红新月联合会 (IFRC)	红十字会与红新月会国际联合会
地下水评估中心 (IGRAC)	国际地下水评估中心
劳工组织 (ILO)	国际劳工组织
国际刑警组织 (INTERPOL)	国际刑事警察组织
海洋法庭 (ITLOS)	国际海洋法法庭
国际电联 (ITU)	国际电信联盟
自然保护联盟 (IUCN)	国际自然保护联盟
北约 (NATO)	北大西洋公约组织
美洲组织 (OAS)	美洲国家组织
非统组织 (OAU)	非洲统一组织
人道协调厅 (OCHA)	人道主义事务协调厅
经合组织 (OECD)	经济合作与发展组织
人权高专办 (OHCHR)	人权事务高级专员办事处
南共体 (SADC)	南部非洲发展共同体
行政法庭 (UNAT)	联合国行政法庭
赔偿委员会 (UNCC)	联合国赔偿委员会
贸易法委员会 (UNCITRAL)	联合国国际贸易法委员会
欧洲经委会 (UNECE)	联合国欧洲经济委员会
环境署 (UNEP)	联合国环境规划署
教科文组织 (UNESCO)	联合国教育、科学及文化组织
难民专员 (UNHCR)	联合国难民事务高级专员
科索沃特派团 (UNMIK)	联合国科索沃临时行政当局特派团
世贸组织 (WTO)	世界贸易组织

*

* *

《美国国际法学报》(AJIL)	《美国国际法学报》(<i>American Journal of International Law</i>) (哥伦比亚特区华盛顿)
《英国国际法年鉴》(BYBIL)	《英国国际法年鉴》(<i>The British Year Book of International Law</i>)
《国际法院汇编》(<i>I.C.J. Reports</i>)	国际法院,《判决书、咨询意见和命令汇编》(<i>ICJ, Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders</i>)
国际法律资料 (ILM)	《国际法律资料》(<i>International Legal Materials</i>) (哥伦比亚特区华盛顿)
《常设国际法院汇编》, A 辑 (<i>P.C.I.J., Series A</i>)	常设国际法院,《判决汇编》(<i>PCIJ, Collection of Judgments</i>) (第1-24号:截至1930年)
《常设国际法院汇编》, A/B 辑 (<i>P.C.I.J., Series A/B</i>)	常设国际法院,《判决、命令和咨询意见汇编》(<i>PCIJ, Judgments, Orders and Advisory Opinions</i>) (第40-80号:截至1931年)

《国际仲裁裁决汇编》(UNRIAA)

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

*

* *

本卷中,“前南斯拉夫问题国际法庭”系指起诉应对1991年以来前南斯拉夫境内所犯严重违反国际人道主义法行为负责者的国际法庭;“卢旺达问题国际法庭”系指起诉应对1994年1月1日至12月31日期间在卢旺达境内的种族灭绝和其他严重违反国际人道主义法行为负责者和应对这一期间邻国境内种族灭绝和其他这类违法行为负责的卢旺达公民的国际刑事法庭。

*

* *

关于引文的说明

引文中,带星号的楷体词句,在原始文本中并非楷体或斜体。
除非另有说明,出自外文著作的引文均由秘书处所译。

*

* *

国际法委员会的互联网地址是: <http://legal.un.org/ilc>。

本卷引用的多边文书

来源

和平解决国际争端

- 《国际联盟盟约》[英](1919年4月28日, 凡尔赛) 国际联盟,《公报》,第1号,1920年2月,第3页。
- 《(和平解决国际争端)仲裁总议定书》[英](1928年9月26日,日内瓦) 同上,《条约汇编》,第93卷,第2123号,第343页。
- 《关于预防、处理和解决冲突、维持和平与安全机制的议定书》(1999年12月10日,洛美) 《冲突和安全法期刊》,第5卷,第2期(2000年6月),第231-259页。

特权与豁免,外交与领事关系等

- 《联合国特权和豁免公约》[英](1946年2月13日,纽约) 联合国,《条约汇编》,第1卷,第4号,第15页和第90卷,第327页。
- 《维也纳外交关系公约》(1961年4月18日,维也纳) 同上,第500卷,第7310号,第95页。
- 《维也纳领事关系公约》(1963年4月24日,维也纳) 同上,第596卷,第8638号,第261页。
- 《〈维也纳领事关系公约〉关于强制解决争端之任择议定书》(1963年4月24日,维也纳) 同上,第8640号,第487页。
- 《特别使团公约》(1969年12月8日,纽约) 同上,第1400卷,第23431号,第231页。
- 《关于防止和惩处侵害应受国际保护人员包括外交代表的罪行的公约》(1973年12月14日,纽约) 同上,第1035卷,第15410号,第167页。
- 《维也纳关于国家在其对普遍性国际组织关系上的代表权公约》[英](1975年3月14日,维也纳) 同上,《1975年法律年鉴》(出售品编号:E.77.V.3),第87页。另见A/CONF.67/16号文件,第207页。
- 《联合国国家及其财产管辖豁免公约》(2004年12月2日,纽约) 《大会正式记录,第五十九届会议,补编第49号》(A/59/49),第一卷,第59/38号决议,附件(A/RES/59/38)。

人权

- 《防止及惩治灭绝种族罪公约》(1948年12月9日,纽约) 联合国,《条约汇编》,第78卷,第1021号,第277页。
- 《保护人权与基本自由公约》(《欧洲人权公约》)[英](1950年11月4日,罗马) 同上,第213卷,第2889号,第221页。

来源

- 《1950年11月4日保护人权与基本自由公约有关废除死刑的第6号议定书》[英](1983年4月28日,斯特拉斯堡) 同上,第1496卷,第2889号,第281页。
- 《1950年11月4日保护人权与基本自由公约关于公约所建管制机制结构改革问题的第11号议定书》[英](1994年5月11日,斯特拉斯堡) 同上,第2061卷,第2889号,第7页。
- 《妇女政治权利公约》(旧译《妇女参政权公约》)(1953年3月31日,纽约) 同上,第193卷,第2613号,第135页。
- 《废止奴隶制、奴隶贩卖及类似奴隶制之制度与习俗补充公约》(1956年9月7日,日内瓦) 同上,第266卷,第3822号,第3页。
- 《取缔教育歧视公约》[英](1960年12月15日,巴黎) 同上,第429卷,第6193号,第93页。
- 《消除一切形式种族歧视国际公约》(1966年3月7日,纽约) 同上,第660卷,第9464号,第195页。
- 《公民及政治权利国际公约》[旧译《公民及政治权利国际盟约》](1966年12月16日,纽约) 同上,第999卷,第14668号,第171页。
- 《〈公民及政治权利国际公约〉任择议定书》(1966年12月16日,纽约) 同上。
- 《经济、社会、文化权利国际公约》[旧译《经济社会文化权利国际盟约》](1966年12月16日,纽约) 同上,第993卷,第14531号,第3页。
- 《欧洲领养儿童公约》[英](1967年4月24日,斯特拉斯堡) 同上,第634卷,第9067号,第255页。
- 《美洲人权公约》(《哥斯达黎加圣何塞公约》)[英](1969年11月22日,哥斯达黎加圣何塞) 同上,第1144卷,第17955号,第123页。
- 《消除对妇女一切形式歧视公约》(1979年12月18日,纽约) 同上,第1249卷,第20378号,第13页。
- 《消除对妇女一切形式歧视公约任择议定书》(1999年10月6日,纽约) 同上,第2131卷,第20378号,第83页。
- 《关于在个人数据自动处理方面保护个人的公约》[英](1981年1月28日,斯特拉斯堡) 同上,第1496卷,第25702号,第65页。
- 《关于在个人数据自动处理方面保护个人的公约的有关监管机构和跨界数据流动的附加议定书》[英](2001年11月8日,斯特拉斯堡) 同上,第2297卷,第25702号,第195页。
- 《非洲人权和人民权利宪章》[英](1981年6月27日,内罗毕) 同上,第1520卷,第26363号,第217页。
- 《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》(1984年12月10日,纽约) 同上,第1465卷,第24841号,第85页。

来源

- 《欧洲防止酷刑和不人道或有辱人格待遇或处罚公约》[英](1987年11月26日,斯特拉斯堡) 同上,第1561卷,第27161号,第363页。
- 《儿童权利公约》(1989年11月20日,纽约) 同上,第1577卷,第27531号,第3页。
- 《非洲儿童权利与福祉宪章》[英](1990年7月11日,亚的斯亚贝巴) E/CN.4/2004/WG.21/5号文件,第220页。另见非统组织,CAB/LEG/24.9/49(1990)号文件。
- 《在生物学和医学应用中保护人权和人类尊严公约:人权和生物医学公约》[英](1997年4月4日,奥维多) 联合国,《条约汇编》,第2137卷,第37266号,第171页。
- 《在生物学和医学应用中保护人权和人类尊严公约禁止克隆人的附加议定书》[英](1998年1月12日,巴黎) 同上,第2177卷,第A-37266号,第366页。

难民和无国籍人

- 《关于国籍法冲突的若干问题公约》[英](1930年4月12日,海牙) 国际联盟,《条约汇编》,第179卷,第4137号,第89页。
- 《关于难民地位的公约》[英](1951年7月28日,日内瓦) 联合国,《条约汇编》,第189卷,第2545号,第137页。
- 《关于难民地位的议定书》[英](1967年1月31日,纽约) 同上,第606卷,第8791号,第267页。
- 《领土庇护公约》[英](1954年3月28日,加拉加斯) 同上,第1438卷,第24378号,第129页。
- 《关于无国籍人地位的公约》[英](1954年9月28日,纽约) 同上,第360卷,第5158号,第117页。
- 《已婚妇女国籍公约》(1957年2月20日,纽约) 同上,第309卷,第4468号,第65页。
- 《减少无国籍状态公约》(1961年8月30日,纽约) 同上,第989卷,第14458号,第175页。
- 《非统组织关于非洲难民问题某些特定方面的公约》[英](1969年9月10日,亚的斯亚贝巴) 同上,第1001卷,第14691号,第45页。
- 《欧洲国籍公约》[英](1997年11月6日,斯特拉斯堡) 同上,第2135卷,第37248号,第213页。

国际贸易和发展

- 《关于为诊断或治疗目的免费租赁给医院和其他医疗机构的医疗、外科和实验室设备的免费暂时进口的协定》[英](1960年4月28日,斯特拉斯堡) 联合国,《条约汇编》,第376卷,第5377号,第111页。
- 《欧洲国际商事仲裁公约》[英](1961年4月21日,日内瓦) 同上,第484卷,第7041号,第349页。

来源

- 《关于解决国家与他国国民之间投资争端公约》
[英] (1965年3月18日, 华盛顿) 同上, 第575卷, 第8359号, 第159页。
- 《关于简化和协调海关业务制度的国际公约》
[英] (1973年5月18日, 京都; 《修正议定书》,
1999年6月26日, 布鲁塞尔) 同上, 第950卷, 第13561号, 第269页和第2370
卷, 第27页。
- 《国际糖协定》[英] (1977年10月7日, 日内瓦) 同上, 第1064卷, 第16200号, 第219页。
- 《关于暂准进口的公约》[英] (1990年6月26日,
伊斯坦布尔) 同上, 第1762卷, 第30667号, 第121页。
- 《服务贸易总协定》(《马拉喀什建立世界贸易组织
协定》附件)[英] (1994年4月15日, 马拉
喀什) 同上, 第1867至第1869卷, 第31874号。
- 《联合国国际合同使用电子通信公约》(2005年11
月23日, 纽约) 《大会正式记录, 第六十届会议, 补编第49号》
(A/60/49), 第60/21号决议, 附件。

运输和通信

- 《国际民用航空公约》[英] (1944年12月7日,
芝加哥) 联合国, 《条约汇编》, 第15卷, 第102号, 第
295页。
- 《外国飞机对地面(水面)上第三者造成损失的公
约》[英] (1952年10月7日, 罗马) 同上, 第310卷, 第4493号, 第181页。
- 《关于在航空器内的犯罪和犯有某些其他行为的
公约》[英] (1963年9月14日, 东京) 同上, 第704卷, 第10106号, 第219页。
- 《国际铁路运输公约》[法] (1980年5月9日, 伯
尔尼) 联合国, 《条约汇编》, 第1397卷, 第23353号,
第2页。
- 《关于道路、铁路和内陆航运船只运载危险物品引
起损害的民事责任公约》[英] (1989年10月
10日, 日内瓦) 联合国出版物(出售品编号: E.90.II.E.39)。

航运

- 《奥匈帝国、法国、德国、大不列颠、意大利、荷
兰、俄罗斯、西班牙和土耳其之间关于苏伊
士运河自由航行的公约》[英] (《君士坦丁堡
公约》)(1888年10月29日, 君士坦丁堡) 《美国国际法学报》, 补编, 第3卷, 第123页。
- 《统一船舶碰撞或其他航行事故中刑事管辖权方
面若干规则的国际公约》[英] (1952年5月
10日, 布鲁塞尔) 联合国, 《条约汇编》, 第439卷, 第6332号, 第
233页。
- 《便利国际海上运输公约》[英] (1965年4月9日,
伦敦) 同上, 第591卷, 第8564号, 第265页。
- 《国际集装箱安全公约》(1972年12月2日, 日内瓦) 同上, 第1064卷, 第16198号, 第3页。

来源

刑事事务

- 《国际刑法条约》[英](1940年3月19日, 蒙得维的亚) 美洲国家组织,《条约汇编》,第34卷,第71页。
- 《欧洲引渡公约》[英](1957年12月13日, 巴黎) 联合国,《条约汇编》,第359卷,第5146号,第273页。
- 《关于民商事司法管辖和判决执行的公约》[法](1968年9月27日, 布鲁塞尔) 同上,第1262卷,第20747号,第153页。合并更新版本见《国际法律资料》,第29卷(1990年),第1413页。
- 《关于向国外送达行政文书的欧洲公约》[英](1977年11月24日, 斯特拉斯堡) 同上,第1299卷,第21537号,第3页。
- 《美洲外国判决和仲裁裁决的治外效力公约》[英](1979年5月8日, 蒙得维的亚) 同上,第1439卷,第24392号,第90页。
- 《反对劫持人质国际公约》(1979年12月17日, 纽约) 同上,第1316卷,第21931号,第205页。
- 《欧洲暴力罪行受害者赔偿公约》[英](1983年11月24日, 斯特拉斯堡) 同上,第1525卷,第26456号,第37页。
- 《关于对外国判决的域外效力实施国际管辖权的美洲公约》[英](1984年5月24日, 拉巴斯) 《国际法律资料》,第24卷(1985年),第468页。
- 《关于民商事司法管辖和判决执行的公约》[英](1988年9月16日, 卢加诺) 联合国,《条约汇编》,第1659卷,第28551号,第13页。
- 《联合国人员和有关人员安全公约》(1994年12月9日, 纽约) 同上,第2051卷,第35457号,第363页。
- 《联合国人员和有关人员安全公约任择议定书》(2005年12月8日, 纽约) 同上,第35457号。
- 《国际刑事法院罗马规约》(1998年7月17日, 罗马) 同上,第2187卷,第38544号,第3页。
- 《网络犯罪公约》[英](2001年11月23日, 布达佩斯) 同上,第2296卷,第40916号,第167页。

海洋法

- 日内瓦海洋法公约(1958年4月29日, 日内瓦)
- 《领海及毗连区公约》(旧译《领海及邻接区公约》) 联合国,《条约汇编》,第516卷,第7477号,第205页。
- 《大陆架公约》(旧译《大陆礁层公约》) 同上,第499卷,第7302号,第311页。
- 《公海公约》 同上,第450卷,第6465号,第11页。
- 《联合国海洋法公约》(1982年12月10日, 蒙特哥湾) 同上,第1833卷,第31363号,第3页。

来源

- 《执行1982年12月10日联合国海洋法公约有关养护和管理跨界鱼类种群和高度洄游鱼类种群的规定的协定》(1995年8月4日, 纽约)
- 同上, 第2167卷, 第37924号, 第3页。
- 适用于武装冲突的法律**
- 关于陆战法规和习惯的海牙公约: 《第二公约》[英](1899年7月29日, 海牙), 《第四公约》[英](1907年10月18日, 海牙)和《关于战时海军轰击的第九公约》[英](1907年10月18日, 海牙)
- 《1899年和1907年海牙公约和宣言》, J. B. 斯科特(编), 纽约, 牛津大学出版社, 1918年。
- 《关于陆战法规和习惯的章程》(1899年《海牙第二公约》和1907年《海牙第四公约》附件)[英]
- 同上。
- 《协约及参战各国对德和约》(《凡尔赛条约》)[英](1919年6月28日, 凡尔赛)
- British and Foreign State Papers*, 1919年, 第一百一十二卷, 伦敦, 皇家印务局, 1922年, 第1页。
- 《协约及参战各国对匈牙利和约》(《特里亚农条约》)[英](1920年6月4日, 特里亚农)
- British and Foreign State Papers*, 1920年, 第一百一十三卷, 伦敦, 皇家印务局, 1923年, 第486页。
- 关于保护战争受难者的日内瓦四公约[英](1949年8月12日, 日内瓦)
- 联合国, 《条约汇编》, 第75卷, 第970至第973号, 第31页起。
- 《改善战地武装部队伤者病者境遇之日内瓦公约》(《第一公约》)[英](1949年8月12日, 日内瓦)
- 同上, 第970号, 第31页起。
- 《改善海上武装部队伤者病者及遇船难者境遇之日内瓦公约》(《第二公约》)[英](1949年8月12日, 日内瓦)
- 同上, 第971号, 第85页起。
- 《关于战俘待遇之日内瓦公约》(《第三公约》)[英](1949年8月12日, 日内瓦)
- 同上, 第972号, 第135页起。
- 《关于战时保护平民之日内瓦公约》(《第四公约》)[英](1949年8月12日, 日内瓦)
- 同上, 第973号, 第287页起。
- 《一九四九年八月十二日日内瓦四公约关于保护国际性武装冲突受难者的附加议定书》(《第一议定书》)(1977年6月8日, 日内瓦)
- 同上, 第1125卷, 第17512号, 第3页。
- 《一九四九年八月十二日日内瓦四公约关于保护非国际性武装冲突受难者的附加议定书》(《第二议定书》)(1977年6月8日, 日内瓦)
- 同上, 第17513号, 第609页。
- 《关于发生武装冲突时保护文化财产的公约》[英](1954年5月14日, 海牙)
- 同上, 第249卷, 第3511号, 第215页。

来源

条约法

- 《维也纳条约法公约》(1969年5月23日, 维也纳) 联合国,《条约汇编》, 第1155卷, 第18232号, 第331页。
- 《关于国家在条约方面的继承的维也纳公约》(1978年8月23日, 维也纳) 同上, 第1946卷, 第33356号, 第3页。
- 《关于国家和国际组织间或国际组织相互间条约法的维也纳公约》(1986年3月21日, 维也纳) A/CONF.129/15号文件。

外层空间

- 《关于各国探测及使用外空包括月球与其他天体之活动所应遵守原则之条约》(《关于各国探索和利用包括月球和其他天体在内外层空间活动的原则条约》)(1967年1月27日, 莫斯科、伦敦和华盛顿) 联合国,《条约汇编》, 第610卷, 第8843号, 第205页。

通信

- 《欧洲国境外电视广播公约》[英](1989年5月5日, 斯特拉斯堡) 联合国,《条约汇编》, 第1966卷, 第33611号, 第265页。
- 《为减灾救灾行动提供电信资源的坦佩雷公约》(1998年6月18日, 坦佩雷) 同上, 第2296卷, 第40906号, 第5页。

赔偿责任

- 《核能方面第三者责任公约》[英](1960年7月29日, 巴黎) 联合国,《条约汇编》, 第956卷, 第13706号, 第251页。
- 《核能方面第三者责任公约附加议定书》[英](1964年1月28日, 巴黎) 同上, 第325页。
- 《修正经1964年1月28日附加议定书修正的1960年7月29日核能方面第三者责任公约的议定书》[英](1982年11月16日, 巴黎) 同上, 第1519卷, 附件A, 第13706号, 第329页。
- 《修正经1964年1月28日附加议定书和1982年11月16日议定书修正的1960年7月29日核能方面第三者责任公约的议定书》[英](2004年2月12日, 巴黎) 《欧洲联盟公报》, 第L 97号, 2004年4月1日, 第55页。
- 《核动力船舶经营者的责任公约》[英](1962年5月25日, 布鲁塞尔) 原子能机构,《与核损害民事责任有关的国际公约》, 法律汇编第4号, 修订本, 1976年, 维也纳, 第34页。

来源

- 《关于核损害民事责任的维也纳公约》[英](1963年5月21日, 维也纳) 联合国,《条约汇编》, 第1063卷, 第16197号, 第265页。
- 《修正关于核损害民事责任的维也纳公约的议定书》(1997年9月12日, 维也纳) 同上, 第2241卷, 第16197号, 第270页。
- 《国际油污损害民事责任公约》[英](1969年11月29日, 布鲁塞尔) 同上, 第973卷, 第14097号, 第3页。
- 《修正国际油污损害民事责任公约的议定书》(1992年11月27日, 伦敦) 同上, 第1956卷, 第14097号, 第255页。
- 《外空物体所造成损害之国际责任公约》(1972年3月29日, 伦敦、莫斯科和哥伦比亚特区华盛顿) 同上, 第961卷, 第13810号, 第187页。
- 《欧洲机动车辆所造成损害的民事责任公约》[英](1973年5月14日, 斯特拉斯堡) 欧洲委员会,《欧洲条约汇编》, 第79号。
- 《关于因勘探和开采海床矿物资源而造成油污损害的民事责任国际公约》[英](1977年5月1日, 伦敦) 《国际法律资料》, 第16卷(1977年), 第1451页。
- 《关于道路、铁路和内陆航运船只运载危险物品引起损害的民事责任公约》[英](1989年10月10日, 日内瓦) 联合国出版物(出售品编号: E.90.II.E.39)
- 《关于危害环境的活动造成损害的民事责任公约》[英](1993年6月21日, 卢加诺) 欧洲委员会,《欧洲条约汇编》, 第150号。
- 《国际海上运载有害和有毒物质造成损害的责任和赔偿公约》(《有害物质公约》)[英](1996年5月3日, 伦敦) 《有害物质公约》, 国际海事组织出版物(出售品编号: IMO-479E)。
- 《危险废物越境转移及其处置所造成损害的责任及赔偿巴塞尔议定书》(1999年12月10日, 巴塞尔) 联合国,《条约汇编》, 第28911号。
- 《国际燃油污染损害民事责任公约》(《国际油舱油污损害民事责任公约》)(2001年3月23日, 伦敦) 联合国, 2001年《法律年鉴》(出售品编号: C.04.V.12), 第305页。

裁军

- 《不扩散核武器条约》(1968年7月1日, 伦敦、莫斯科和华盛顿) 联合国,《条约汇编》, 第729卷, 第10485号, 第161页。

环境

- 《关于设立油污损害赔偿国际基金的国际公约》[英](1971年12月18日, 布鲁塞尔) 联合国,《条约汇编》, 第1110卷, 第17146号, 第57页。
- 《修订〈关于设立油污损害赔偿国际基金的国际公约〉的1992年议定书》(1992年11月27日, 伦敦) 同上, 第1953卷, 第17146号, 第330页。

来 源

- 《防止倾倒废物及其他物质污染海洋的公约》[英]（1972年12月29日，伦敦、墨西哥城、莫斯科和哥伦比亚特区华盛顿） 同上，第1046卷，第15749号，第138页。
- 《〈防止倾倒废物及其他物质污染海洋的公约〉1996年议定书》[英]（1996年11月7日，伦敦） 《国际法律资料》，第36卷（1997年），第7页。
- 《环境保护公约》[英]（1974年2月19日，斯德哥尔摩） 联合国，《条约汇编》，第1092卷，第16770号，第279页。
- 《保护莱茵河免受氯化物污染公约》[英]（1976年12月3日，波恩） 同上，第1404卷，第23469号，第59页。
- 《保护莱茵河免受氯化物污染公约的附加议定书》[英]（1991年9月25日，布鲁塞尔） 同上，第1840卷，第23469号，第372页。
- 《保护臭氧层维也纳公约》（1985年3月22日，维也纳） 同上，第1513卷，第26164号，第293页。
- 《东盟养护自然和自然资源协定》（1985年7月9日，吉隆坡） 环境规划署，*Selected Multilateral Treaties in the Field of the Environment*，第2卷，剑桥，格罗蒂乌斯，1991年，第343页。
- 《及早通报核事故公约》（1986年9月26日，维也纳） 联合国，《条约汇编》，第1439卷，第24404号，第275页。
- 《保护南太平洋区域自然资源和环境公约》[英]（1986年11月25日，努美阿） 环境规划署，*Selected Multilateral Treaties in the Field of the Environment*，第2卷，剑桥，格罗蒂乌斯，1991年，第372页。另见《国际法律资料》，第26卷（1987年），第41页。
- 《南极矿物资源活动管理公约》（《南极矿物公约》）（1988年6月2日，惠灵顿） 《国际公法概览》，第93卷（1989年1月），第182页。另见《国际法律资料》，第27卷（1988年），第859页。
- 《控制危险废物越境转移及其处置巴塞尔公约》（1989年3月22日，巴塞尔） 联合国，《条约汇编》，第1673卷，第28911号，第57页。
- 《国际油污防备、反应和合作公约》（1990年11月30日，伦敦） 同上，第1891卷，第32194号，第51页。
- 《禁止向非洲输入有害废物并管制有害废物在非洲境内越境转移和管理的巴马科公约》[英]（1991年1月30日，巴马科） 同上，第2101卷，第36508号，第177页。
- 《越境环境影响评估公约》[英]（1991年2月25日，艾斯普） 同上，第1989卷，第34028号，第309页。
- 《工业事故跨界影响公约》[英]（1992年3月17日，赫尔辛基） 同上，第2105卷，第36605号，第457页。
- 《关于工业事故跨界影响对跨界水体造成损害的民事责任和赔偿的议定书》[英]（2003年5月21日，基辅） ECE/MP.WAT/11号文件。
- 《跨界水道和国际湖泊保护和利用公约》[英]（1992年3月17日，赫尔辛基） 联合国，《条约汇编》，第1936卷，第33207号，第269页。

来源

- 《1992年跨界水道和国际湖泊保护和利用公约关于水和卫生的议定书》[英](1999年6月17日, 伦敦) 同上, 第2331卷, 第33207号, 第202页。
- 《保护波罗的海地区海洋环境公约》(1992年4月9日, 赫尔辛基) 同上, 第2099卷, 第36495号, 第195页。
- 《保护黑海免受污染公约》[英](1992年4月21日, 布加勒斯特) 同上, 第1764卷, 第30674号, 第3页。
- 《联合国气候变化框架公约》(1992年5月9日, 纽约) 同上, 第1771卷, 第30822号, 第107页。
- 《生物多样性公约》(1992年6月5日, 里约热内卢)
《生物多样性公约卡塔赫纳生物安全议定书》(2000年1月29日, 蒙特利尔) 同上, 第1760卷, 第30619号, 第79页。
同上, 第2226卷, 第30619号, 第208页。
- 《保护东北大西洋海洋环境公约》(《奥斯巴公约》)(1992年9月22日, 巴黎) 同上, 第2354卷, 第42279号, 第67页。
- 《保护和可持续利用多瑙河合作公约》[英](1994年6月29日, 索菲亚) 《欧洲共同体公报》, L 342期, 1997年12月12日, 第19页。
- 《联合国关于在发生严重干旱和/或荒漠化的国家特别是在非洲防治荒漠化的公约》(1994年10月14日, 巴黎) 联合国, 《条约汇编》, 第1954卷, 第33480号, 第3页。
- 《保护地中海海洋环境和沿海区域公约》[英](1995年6月10日, 巴塞罗那) 环境规划署, *Selected Multilateral Treaties in the Field of the Environment*, 第2卷, 剑桥, 格罗蒂乌斯, 1991年, 第448页。
- 《国际水道非航行使用法公约》(1997年5月21日, 纽约) 《大会正式记录, 第五十一届会议, 补编第49号》(A/51/49), 第三卷, 第51/229号决议, 附件。
- 《核损害补充赔偿公约》(1997年9月12日, 维也纳) 原子能机构, GOV/INF/822-GC(41)/INF/13号文件 and 更正(N5-52 Circ. [保管人通知])。另见《国际法律资料》, 第36卷(1997年11月), 第1473页。
- 《在环境问题上获得信息、公众参与决策和诉诸法律的公约》[英](1998年6月25日, 奥胡斯) 联合国, 《条约汇编》, 第2161卷, 第37770号, 第447页。
- 《保护莱茵河公约》[英](1999年4月12日, 伯尔尼) 《欧洲共同体公报》, L 289期, 2000年11月16日, 第31页。
- 《经修订的南部非洲发展共同体共有水道议定书》[英](2000年8月7日, 温得和克) S. Burchi 和 K. Mechlem, *Groundwater in International Law: Compilation of Treaties and Other Legal Instruments*, 罗马, 粮农组织/教科文组织, 2005年, 第102号。另见《国际法律资料》, 第40卷, 第2号(2001年3月), 第321页。
- 《努比亚砂岩含水层系统区域战略开发方案——关于努比亚砂岩含水层系统信息监测和交换的工作范围》[英](2000年10月5日, 的黎波里) S. Burchi 和 K. Mechlem, *Groundwater in International Law: Compilation of Treaties and Other Legal Instruments*, 罗马, 粮农组织/教科文组织, 2005年, 第4页。

来源

- 《莫桑比克共和国、南非共和国和斯威士兰王国关于合作保护和可持续利用因科马蒂和马普托河道水资源的三方临时协议》[英](2002年8月29日,约翰内斯堡)
- 《萨瓦河流域框架协定》[英](2002年12月3日,克拉尼斯卡戈拉)
- 《保护和可持续发展喀尔巴阡山脉框架公约》[英](2003年5月22日,基辅)
- 《可持续管理坦噶尼喀湖公约》[英](2003年6月12日,达累斯萨拉姆)
- 《养护自然和自然资源非洲公约》[英](2003年7月11日,马普托)
- 《维多利亚湖流域可持续发展议定书》(2003年11月29日,阿鲁沙)
- 同上,第158页。
- 联合国,《条约汇编》,第2366卷,第42662号,第479页。
- S. Burchi 和 K. Mechlem, *Groundwater in International Law: Compilation of Treaties and Other Legal Instruments*, 罗马,粮农组织/教科文组织,2005年,第119页。
- 联合国,《条约汇编》,第2338卷,第41902号,第43页。
- International Environmental Law—Multilateral Treaties*, W. E. Burhenne (编),海牙,克鲁威尔国际法出版社,第九卷,第52页。
- S. Burchi 和 K. Mechlem, *Groundwater in International Law: Compilation of Treaties and Other Legal Instruments*, 罗马,粮农组织/教科文组织,2005年,第198页。
- 其他
- 《成立国际救济联合会的公约和规约》[英](1927年7月12日,日内瓦)
- 《国际货币基金组织协定》[英](1945年12月27日,哥伦比亚特区华盛顿)
- 《建立欧洲经济共同体条约》[英](1957年3月25日,罗马)。
- 《南极条约》[英](1959年12月1日,哥伦比亚特区华盛顿)
- 《关于环境保护的南极条约议定书》(1991年10月4日,马德里,以及2005年6月17日,斯德哥尔摩(附件六))
- 《关于禁止和防止非法进出口文化财产和非法转移其所有权的方法的公约》[英](1970年11月14日,巴黎)
- 《保护世界文化和自然遗产公约》[英](1972年11月16日,巴黎)
- 《核事故或辐射紧急情况援助公约》(1986年9月26日,维也纳)
- 《美洲便利灾难援助公约》[英](1991年6月7日,圣地亚哥)
- 国际联盟,《条约汇编》,第一百三十五卷(1932-1933年),第3115号,第247页。
- 联合国,《条约汇编》,第2卷,第20号,第39页。
- 同上,第294卷,第4300号,第3页。另见《建立欧洲共同体条约合订本》,《公报》第C 340号,1997年11月10日,第173页。
- 联合国,《条约汇编》,第402卷,第5778号,第71页。
- 《国际法律资料》,第30卷(1991年11月),第1461页,及第45卷(2006年1月),第1号,第5页。
- 联合国,《条约汇编》,第823卷,第11806号,第231页。
- 同上,第1037卷,第15511号,第151页。
- 同上,第1457卷,第24643号,第133页。
- 美洲国家组织, *Official Records*, OEA/Ser.A/49 (SEPF)。

来 源

《保护非物质文化遗产公约》（2003年10月17日，巴黎）

《东盟灾害管理与应急反应协议》[英]（2005年7月26日，万象）

联合国，《条约汇编》，第2368卷，第42671号，第3页。

东盟，*ASEAN Documents Series 2005*，雅加达，东盟秘书处，2006年，第157页。

第一章

本届会议的安排

1. 国际法委员会分别于2006年5月1日至6月9日和2006年7月3日至8月11日在联合国日内瓦办事处的会址举行了第五十八届会议第一期和第二期会议。本届会议由委员会第五十七届会议主席贾姆契德·蒙塔兹先生宣布开幕。

A. 委员

2. 委员会由下列委员组成：

埃曼努尔·阿克韦·阿多先生（加纳）
侯赛因·巴哈纳先生（巴林）
阿里·穆赫辛·费塔伊斯·马里先生（卡塔尔）
若奥·克莱门特·巴埃纳·苏亚雷斯先生（巴西）
伊恩·布朗利先生（大不列颠及北爱尔兰联合王国）
恩里克·坎迪奥蒂先生（阿根廷）
池楨日先生（大韩民国）
佩德罗·科米萨里奥·阿丰索先生（莫桑比克）
里亚德·达乌迪先生（阿拉伯叙利亚共和国）
克里斯托弗·约翰·罗伯特·杜加尔德先生（南非）
康斯坦丁·伊科诺米季斯先生（希腊）
保拉·埃斯卡拉梅亚女士（葡萄牙）
萨利富·丰巴先生（马里）
乔治·加亚先生（意大利）
兹齐斯拉夫·加利茨基先生（波兰）
彼得·卡巴齐先生（乌干达）
莫里斯·卡姆托先生（喀麦隆）
詹姆斯·卢塔班齐布瓦·卡特卡先生（坦桑尼亚联合共和国）
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）
马尔蒂·科斯肯涅米先生（芬兰）
威廉·曼斯菲尔德先生（新西兰）

迈克尔·马西森先生（美国）
特奥多尔·维奥雷尔·梅莱斯卡努先生（罗马尼亚）
贾姆契德·蒙塔兹先生（伊朗伊斯兰共和国）
贝恩德·尼豪斯先生（哥斯达黎加）
迪迪耶·奥佩蒂·巴丹先生（乌拉圭）
纪尧姆·庞布一奇文达先生（加蓬）
阿兰·佩莱先生（法国）
彭马拉朱·斯里尼瓦萨·拉奥先生（印度）
维克托·罗德里格斯·塞德尼奥先生（委内瑞拉玻利瓦尔共和国）
爱德华多·巴伦西亚—奥斯皮纳先生（哥伦比亚）（见下文第3段）
薛捍勤女士（中国）
山田中正先生（日本）

3. 在2006年5月1日的第2867次会议上，委员会选举爱德华多·巴伦西亚—奥斯皮纳先生（哥伦比亚）填补由于贝尔纳多·塞普尔维达先生当选国际法院法官而留下的空缺。

B. 主席团成员和扩大的主席团

4. 在2006年5月1日的第2867次会议上，委员会选出了下列主席团成员：

主席：纪尧姆·庞布一奇文达先生

第一副主席：乔治·加亚先生

第二副主席：维克托·罗德里格斯·塞德尼奥先生

起草委员会主席：罗曼·科洛德金先生

报告员：薛捍勤女士

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：乔治·加亚先生（主席）、埃曼努尔·阿克韦·阿多先生、恩里克·坎迪奥蒂先生、佩德罗·科米萨里奥·阿丰索先生、里亚德·达乌迪先生、保拉·埃斯卡拉梅亚女士、萨利富·丰巴先生、兹齐斯拉夫·加利茨基先生、彼得·卡巴齐先生、莫里斯·卡姆托先生、詹姆斯·卢塔班齐布瓦·卡特卡先生、法蒂·卡米沙先生、罗曼·阿纳托利耶维奇·科洛德金先生、特奥多尔·维奥雷尔·梅莱斯卡努先生、贾姆契德·蒙塔兹先生、贝恩德·尼豪斯先生、阿兰·佩莱先生、彭马拉朱·斯里尼瓦萨·拉奥先生、爱德华多·巴伦西亚—奥斯皮纳先生、山田中正先生、薛捍勤女士（当然成员）。

C. 起草委员会

7. 在分别于2006年5月5日、11日、23日和30日举行的第2871、第2874、第2880和第2881次会议上，委员会就下列专题设立了由下列委员组成的起草委员会：

(a) 外交保护：罗曼·阿纳托利耶维奇·科洛德金先生（主席）、克里斯托弗·约翰·罗伯特·杜加尔德先生（特别报告员）、伊恩·布朗利先生、恩里克·坎迪奥蒂先生、池楨日先生、康斯坦丁·伊科诺米季斯先生、保拉·埃斯卡拉梅亚女士、乔治·加亚先生、法蒂·卡米沙先生、威廉·曼斯菲尔德先生、迈克尔·马西森先生、贾姆契德·蒙塔兹先生、山田中正先生和薛捍勤女士（当然成员）。

(b) 国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任（危险活动引起跨界损害所造成损失的国际责任）：罗曼·阿纳托利耶维奇·科洛德金先

生（主席）、彭马拉朱·斯里尼瓦萨·拉奥先生（特别报告员）、若奥·克莱门特·巴埃纳·苏亚雷斯先生、恩里克·坎迪奥蒂先生、池楨日先生、里亚德·达乌迪先生、保拉·埃斯卡拉梅亚女士、乔治·加亚先生、马尔蒂·科斯肯涅米先生、威廉·曼斯菲尔德先生、迈克尔·马西森先生、山田中正先生和薛捍勤女士（当然成员）。

(c) 对条约的保留：罗曼·阿纳托利耶维奇·科洛德金先生（主席）、阿兰·佩莱先生（特别报告员）、保拉·埃斯卡拉梅亚女士、萨利富·丰巴先生、乔治·加亚先生、兹齐斯拉夫·加利茨基先生、迈克尔·马西森先生、山田中正先生和薛捍勤女士（当然成员）。

(d) 国际组织的责任：罗曼·阿纳托利耶维奇·科洛德金先生（主席）、乔治·加亚先生（特别报告员）、康斯坦丁·伊科诺米季斯先生、保拉·埃斯卡拉梅亚女士、威廉·曼斯菲尔德先生、迈克尔·马西森先生、贾姆契德·蒙塔兹先生、爱德华多·巴伦西亚—奥斯皮纳先生、山田中正先生和薛捍勤女士（当然成员）。

(e) 共有的自然资源：罗曼·阿纳托利耶维奇·科洛德金先生（主席）、山田中正先生（特别报告员）、恩里克·坎迪奥蒂先生、佩德罗·科米萨里奥·阿丰索先生、里亚德·达乌迪先生、保拉·埃斯卡拉梅亚女士、萨利富·丰巴先生、乔治·加亚先生、兹齐斯拉夫·加利茨基先生、威廉·曼斯菲尔德先生、迈克尔·马西森先生、纪尧姆·庞布—奇文达先生和薛捍勤女士（当然成员）。

8. 起草委员会就上述五项专题共举行了28次会议。

D. 工作组

9. 在分别于2006年5月2日、17日和7月5日举行的第2868、第2877和第2888次会议上，委员会还重新设立了下述工作组和研究组：

(a) 共有的自然资源工作组：恩里克·坎迪奥蒂先生（主席）、山田中正先生（特别报告员）、若奥·克莱门特·巴埃纳·苏亚雷斯先生、佩德罗·科米

¹ 若奥·克莱门特·巴埃纳·苏亚雷斯先生、恩里克·坎迪奥蒂先生、兹齐斯拉夫·加利茨基先生、彼得·卡巴齐先生、贾姆契德·蒙塔兹先生、阿兰·佩莱先生、彭马拉朱·斯里尼瓦萨·拉奥先生和山田中正先生。

² 伊恩·布朗利先生、克里斯托弗·约翰·罗伯特·杜加尔德先生、乔治·加亚先生、兹齐斯拉夫·加利茨基先生、莫里斯·卡姆托先生、阿兰·佩莱先生、彭马拉朱·斯里尼瓦萨·拉奥先生、维克托·罗德里格斯·塞德尼奥先生和山田中正先生。

萨里奥·阿丰索先生、里亚德·达乌迪先生、保拉·埃斯卡拉梅亚女士、萨利富·丰巴先生、乔治·加亚先生、兹齐斯拉夫·加利茨基先生、彼得·卡巴齐先生、威廉·曼斯菲尔德先生、迈克尔·马西森先生、迪迪耶·奥佩蒂-巴丹先生、彭马拉朱·斯里尼瓦萨·拉奥先生和薛捍勤女士（当然成员）。

(b) 国际法不成体系问题：国际法多样化和扩展引起的困难研究组（不限名额）

主席：马尔蒂·科斯肯涅米先生

(c) 国家单方面行为工作组（不限名额）

主席：阿兰·佩莱先生

10. 重新设立了由下列委员组成的长期工作方案工作组：阿兰·佩莱先生（主席）、若奥·克莱门特·巴埃纳·苏亚雷斯先生、兹齐斯拉夫·加利茨基先生、莫里斯·卡姆托先生、马尔蒂·科斯肯涅米先生和薛捍勤女士（当然成员）。

E. 秘书处

11. 副秘书长兼联合国法律顾问尼古拉·米歇尔先生担任秘书长的代表。法律事务厅编纂司司长瓦茨拉夫·米库尔卡先生担任委员会秘书，并在联合国法律顾问缺席时代表秘书长。编纂司副司长马努什·阿桑贾尼女士担任委员会副秘书长。特等法律干事乔治·科伦济斯先生担任特等助理秘书，高级法律干事特雷沃尔·齐敏巴先生担任高级助理秘书。法律干事阿诺德·普龙托先生、协理法律干事米凯

莱·阿梅里先生和焦纳塔·布津尼先生担任委员会助理秘书。

F. 议程

12. 在第2867次会议上，委员会通过了包含下列项目的第五十八届会议议程：

1. 本届会议的工作安排。
2. 外交保护。
3. 国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任（危险活动引起跨界损害所造成损失的国际责任）。
4. 国际组织的责任。
5. 共有的自然资源。
6. 国家单方面行为。
7. 对条约的保留。
8. 驱逐外国人。
9. 武装冲突对条约的影响。
10. 引渡或起诉的义务（或引渡或起诉）。
11. 国际法不成体系问题：国际法多样化和扩展引起的困难。
12. 委员会的方案、程序、工作方法及文件。
13. 与其他机构的合作。
14. 第五十九届会议的日期和地点。
15. 其他事项。

第二章

委员会第五十八届会议工作概况

13. 关于“外交保护”专题，委员会审议了特别报告员的第七次报告(A/CN.4/567)。委员会接着完成了该专题的二读。委员会根据其《章程》第23条，决定建议大会在外交保护条款草案的基础上制订一部公约（见第四章）。

14. 关于“国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任（危险活动引起跨界损害所造成的损失的国际责任）”专题，委员会审议了特别报告员的第三次报告(A/CN.4/566)。委员会接着完成了该专题的二读。委员会根据其《章程》第23条，决定建议大会以通过决议的方式核准原则草案并敦促各国为实施原则草案而在国内和国际上采取行动（见第五章）。

15. 关于“共有的自然资源”专题，委员会设立了跨界地下水工作组，以完成对特别报告员在其第三次报告³中提交的条款草案的审议；将19个经修订的条款草案提交给了起草委员会；然后一读通过了一套跨界含水层法条款草案及其评注（见第六章）。

16. 关于“国际组织的责任”专题，委员会审议了特别报告员的第四次报告(A/CN.4/564和Add.1-2)，通过了关于解除行为不法性的情况和关于一国对一国际组织的行为所负责任的14个条款草案及其评注（见第七章）。

17. 关于“对条约的保留”专题，委员会审议了特别报告员第十次报告⁴第二部分，向起草委员会提交了关于条约目标和宗旨的定义和关于确定保留效力的16条准则草案。委员会还通过了五条

涉及保留效力的准则草案及其评注。另外，委员会参照新的术语，重新审议了两条以前通过的涉及明显无效保留的定义范围与程序的准则草案（见第八章）。

18. 关于“国家单方面行为”专题，委员会审议了特别报告员载有11条原则草案的第九次报告(A/CN.4/569和Add.1)，并重建了单方面行为工作组，负责拟订本专题的结论和原则。委员会通过了一套共10条关于能够产生法律义务的国家单方面声明的指导原则及其评注，并提请大会注意该指导原则（见第九章）。

19. 关于“武装冲突对条约的影响”专题，委员会审议了特别报告员的第二次报告(A/CN.4/570)（见第十章）。

20. 关于“引渡或起诉的义务（或引渡或起诉）”专题，委员会审议了特别报告员的初步报告(A/CN.4/571)（见第十一章）。

21. 关于“国际法不成体系问题：国际法多样化和扩展引起的困难”专题，委员会审议了研究组的报告(A/CN.4/L.682和Corr.1和Add.1)并注意到其中的42项结论（见第十二章），委员会提请大会注意这些结论。报告及其结论是根据研究组主席定稿的一份分析性研究报告编写的。这份分析性研究报告归纳并分析了不成体系的现象，同时考虑到了研究组各成员所写的研究报告以及在研究组内部进行的讨论。委员会要求在委员会网站上公布该分析性研究报告并在其《年鉴》里发表。

22. 委员会设立了规划组审议其方案、程序和工作方法（见第十三章B.2节）。委员会重申了关于不能事先限制文件长度的意见。它建议编纂司编制第七版《国际法委员会的工作》，并决定在长期工

³ 《2005年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/551和Add.1号文件。

⁴ 同上，A/CN.4/558和Add.1-2号文件。

作方案中纳入下述专题：“国家官员的外国刑事管辖豁免”、“国际组织的管辖豁免”、“发生灾害时的人员保护”、“信息跨界流动的个人数据保护”以及“域外管辖权”（见第十三章 B.1 节）。

23. 委员会继续与下列组织进行了传统的信息交流：国际法院、亚非法律协商组织、欧洲委员会所属的欧洲法律合作委员会和国际公法法律顾问委员会、美洲法律委员会。委员会的委员们还就相互

关心的问题与其他团体和协会举行了非正式会议（见第十三章 D 节）。

24. 为来自不同国家的 25 名参加者举行了培训讲习班（见第十三章 F 节）。

25. 委员会决定下一届会议将于 2007 年 5 月 7 日至 6 月 8 日和 2007 年 7 月 9 日至 8 月 10 日分两期在联合国日内瓦办事处举行（见第十三章 C 节）。

第三章

委员会特别想听取意见的具体问题

A. 共有的自然资源

26. 鉴于已经完成了跨界含水层法条款草案的一读，委员会欢迎各国政府提出：

- (a) 关于条款草案各个方面的评论和意见；
- (b) 关于条款草案评注的评论和意见；
- (c) 关于条款草案最后形式的意见。

B. 国际组织的责任

27. 委员会欢迎各国政府和国际组织就条款草案第17至第30条提出评论和意见，特别是针对向国际组织提供职权情况下的责任问题（条款草案第28条）和国际组织成员国对该组织国际不法行为所负责任问题（条款草案第29条）。

28. 委员会也欢迎各国政府和国际组织针对下一次报告将阐述的以下两个问题提出意见：

(a) 如果一国际组织无法做出赔偿，那么对该组织国际不法行为不负有责任的该组织成员有义务向受害方提供赔偿吗？

(b) 根据委员会第五十三届会议核准的国家对国际不法行为的责任条款草案第41条第1款，5 当一国严重违背一般国际法强制性规范下的一项义务时，其他国家有义务进行合作，通过合法手段制止违背义务行为。如果一国际组织实施一项类似违背行为，各国以及其他国际组织有义务进行合作以制止该违背行为吗？

⁵ 《2001年……年鉴》，第二卷（第二部分），第130页。

C. 对条约的保留

29. 委员会建议秘书处经与对条约的保留问题特别报告员协商之后，在委员会第五十九届会议期间，与包括各监测机构代表在内的联合国人权领域专家举行一次会议，以讨论对人权条约的保留问题。为此，委员会欢迎各国政府就委员会第四十九届会议通过的“国际法委员会关于对包括人权条约在内的规范性多边条约的保留的初步结论”⁶ 应作哪些必要和有益的调整，提出意见。

D. 引渡或起诉的义务（或引渡或起诉）

30. 委员会欢迎各国政府提供关于这一专题的本国立法和实践方面的资料，特别是近期的资料。如果可能，这类资料应包括：

(a) 对本国有约束力的载有引渡或起诉义务的国际条约，以及本国为限制该义务的适用而作出的保留；

(b) 本国通过并实施的涉及引渡或起诉义务的国内法律条例，包括宪法条款、刑法典或刑事诉讼程序法典；

(c) 反映引渡或起诉的义务之适用情况的本国司法惯例；

(d) 在本国法律或实践中，引渡或起诉的义务所适用的罪行或违法行为。

31. 委员会也欢迎各国政府提供它们可能认为与本专题有关的任何其他资料。

⁶ 《1997年……年鉴》，第二卷（第二部分），第57至第58页，第157段。

E. 委员会的其他决定和结论

32. 关于长期工作方案，委员会欢迎各国政府就以下问题（第33段）提出意见。

33. 委员会在1978年通过了最惠国条款草案。⁷ 鉴于当时的情况，大会没有就该草案采取

⁷ 《1978年……年鉴》[英]，第二卷（第二部分），第16至第73页，第74段。

行动，如今，草案在许多方面已经明显过时。委员会的一些委员认为，委员会现在不应当重启该专题，理由是：导致大会没能就委员会条款草案采取行动的基本政策分歧尚未得到解决，应当首先在一个具有必要技术专长和负有政策使命的国际论坛上处理这些分歧。另一些委员认为，鉴于国际形势已经改变，而最惠国条款在当代条约中，特别是在贸易法和国际投资领域依然重要，对该专题开展进一步工作并将其纳入委员会长期工作方案的时机已经成熟。

第四章

外交保护

A. 导言

34. 委员会第四十七届会议（1995年）核准了长期工作方案工作组关于此专题的建议，并决定在征得大会批准之后，将此专题列入其议程。⁸ 委员会第四十八届会议（1996年）确定“外交保护”为适于编纂和逐渐发展的三个专题之一。⁹ 大会1996年12月16日第51/160号决议随后邀请委员会参照第六委员会辩论期间提出的评论和意见以及各国政府可能希望作出的任何书面评论，进一步审查这一专题并说明其范围和内容。¹⁰

35. 委员会在1997年7月11日第2510次会议上任命穆罕默德·本努纳先生为此专题的特别报告员。¹¹

36. 大会1997年12月15日第52/156号决议核准委员会关于将“外交保护”专题列入其议程的决定。

37. 委员会第五十届会议（1998年）收到特别报告员的初步报告。¹²

⁸ 《1995年……年鉴》，第二卷（第二部分），第126页，第501段。大会1995年12月11日第50/45号决议注意到委员会关于将此专题列入其议程的建议。

⁹ 《1996年……年鉴》，第二卷（第二部分），A/51/10号文件，第101页，第248段和附件二，增编1，第141页。

¹⁰ 见A/51/358和Add.1。按照大会第51/160号决议，委员会第四十九届会议就此专题设立了工作组（《1997年……年鉴》，第二卷（第二部分），第61页，第169段）。在同届会议上，工作组提交了一份报告，委员会核准了该报告（同上，第171段）。工作组提出了此专题的审议提纲，委员会建议将此提纲作为特别报告员提交初步报告的基础（同上，第189至第190段）。

¹¹ 《1997年……年鉴》，第二卷（第二部分），第64页，第190段。

¹² 《1998年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/484号文件，第337页。委员会在该届会议上设立了不限成员

38. 委员会第五十一届会议（1999年）在本努纳先生当选为前南斯拉夫问题国际法庭法官后，任命克里斯托弗·约翰·罗伯特·杜加尔德先生为此专题的特别报告员。¹³

39. 随后，从委员会第五十二届会议（2000年）起至第五十六届会议（2004年），特别报告员提交了五次报告。¹⁴ 委员会在2004年第五十六届会议上一读通过了一套共19条的外交保护条款草案及其评注。¹⁵ 在同一届会议上，委员会根据其《章程》第16和第21条决定，通过秘书长将这些条款草案转交各国政府征求评论和意见，并请各国政府在2006年1月1日之前将评论和意见提交秘书长。¹⁶

名额工作组，审议根据对该专题研究方法的讨论情况可能得出的结论（见工作组的结论，同上，第二卷（第二部分），第108段）。

¹³ 《1999年……年鉴》，第二卷（第二部分），A/54/10号文件，第18页，第19段。

¹⁴ 初步报告：《2000年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/506和Add.1（草案第1至第9条）；第二次报告：《2001年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/514号文件（条款草案第10至第13条）；第三次报告：《2002年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/523和Add.1号文件（条款草案第14至第16条）；第四次报告：《2003年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/530和Add.1号文件（条款草案第17至第22条）；以及第五次报告，《2004年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/538号文件（条款草案第23至第27条）。在这一时期，委员会设立了三个非正式磋商小组，分别处理条款草案第1、第3和第6条（2000年第五十二届会议）（见《2000年……年鉴》，第二卷（第二部分），第88至第89页，第495段），条款草案第9条（2001年第五十三届会议）（见《2001年……年鉴》，第二卷（第二部分），第220页，第166段），以及关于船员及公司和股东的外交保护问题（2002年第五十四届会议）（见《2002年……年鉴》，第二卷（第二部分），第49页，第113段）。委员会还在2003年第五十五届会议上设立了一个工作组，审议条款草案第17条第(2)款（见《2003年……年鉴》，第二卷（第二部分），第33至第34页，第90至第92段）。

¹⁵ 《2004年……年鉴》，第二卷（第二部分），第24至第53页，第59至第60段。

¹⁶ 同上，第57段。

40. 委员会在2005年第五十七届会议上收到了特别报告员的第六次报告，该报告讨论了洁手学说。¹⁷

B. 本届会议审议这个专题的情况

41. 委员会本届会议收到了各国政府就2004年一读通过的条款草案发来的评论和意见(A/CN.4/561和Add.1-2)¹⁸以及特别报告员的第七次报告(A/CN.4/567)，该报告参照各国政府提出的评论和意见，提出了关于二读审议条款草案第1至第19条的建议以及另外一条草案的提案。委员会于2006年5月1日至5日举行的第2867至第2871次会议上审议了特别报告员的报告。

42. 在第2871次会议上，委员会指示起草委员会开始对条款草案进行二读，同时须考虑到各国政府的评论、特别报告员的建议以及全体会议围绕特别报告员第七次报告开展的辩论。委员会还决定把特别报告员提出的关于另外一条草案的提案提交起草委员会。

43. 委员会在2006年5月30日举行的第2881次会议上审议了起草委员会的报告(A/CN.4/L.684和Corr.1-2)，并于同次会议上二读通过了关于外交保护的整套条款草案。

44. 在2006年8月4日、7日和9日举行的第2906至第2909次会议上，委员会通过了上述条款草案的评注。

45. 委员会按照其《章程》，将条款草案连同下面所列建议，一并提交大会。

C. 委员会的建议

46. 在第2909次会议上，委员会根据其《章程》第23条，决定建议大会在外交保护条款草案的基础上制订一项公约。

D. 向特别报告员表示感谢

47. 在第2909次会议上，委员会在通过外交保护条款草案之后，以鼓掌方式通过了以下决议：

国际法委员会，

通过了外交保护条款草案，

向特别报告员克里斯托弗·约翰·罗伯特·杜加尔德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，并且在起草外交保护条款草案方面取得了成果。

48. 委员会还向前任特别报告员穆罕默德·本努纳先生表示深挚感谢，感谢他对本专题工作的宝贵贡献。

E. 外交保护条款草案案文

1. 条款草案案文

49. 委员会第五十八届会议通过的条款草案案文载录如下。

外交保护

第一部分

一般规定

第1条 定义和范围

为本条款草案的目的，外交保护是指一国对于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，通过外交行动或其他和平解决手段援引另一国的责任，以期使该国责任得到履行。

第2条 实行外交保护的权利

一国享有按照本条款草案实行外交保护的权利。

¹⁷ 《2005年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/546号文件。委员会还审议了与2004年一读通过的条款草案有关的另外几个问题（同上，第二卷（第二部分），第237至第241段）。

¹⁸ 科威特也于2006年8月1日提交了一套评论和意见。由于委员会是在二读通过条款草案之后收到的，没能有机会对这些评论和意见进行审议。这些评论和意见载于A/CN.4/575。

第二部分

国籍

第一章

一般原则

第3条 国籍国的保护

1. 有权实行外交保护的国家是国籍国。
2. 尽管有第1款的规定，一国可根据条款草案第8条为非本国国民实行外交保护。

第二章

自然人

第4条 自然人的国籍国

就对自然人的外交保护而言，国籍国指该人根据该国法律，通过出生、血缘、归化、国家继承或以不违反国际法的任何其他方式，获得了其国籍的国家。

第5条 自然人的持续国籍

1. 一国有权对从发生损害之日到正式提出求偿之日持续为其国民的人实行外交保护。如果在上述两个日期该人都持有该国籍，则推定该国籍是持续的。
2. 尽管有第1款的规定，一国对在正式提出求偿之日为其国民但在受到损害之日不是其国民的人，可实行外交保护，但条件是该人曾具有被继承国的国籍，或者已丧失原国籍，并且基于与提出求偿无关的原因、以不违反国际法的方式已获得该国的国籍。
3. 一人在受到损害时为其原国籍国国民，而不是现国籍国的国民，则现国籍国不得针对原国籍国就该人所受到的损害实行外交保护。
4. 一国对于在正式提出求偿之日后获得被求偿国国籍的人不再享有为其实行外交保护的权力。

第6条 多重国籍和针对第三国的求偿

1. 双重或多重国籍国民的任一国籍国可针对非国籍国，为该国民实行外交保护。
2. 两个或多个国籍国可为具有双重或多重国籍的国民共同实行外交保护。

第7条 多重国籍和针对国籍国的求偿

一国籍国不得为同属另一国国民的人针对另一国籍国实行外交保护，除非在发生损害之日和正式提出求偿之日，前一国的国籍均为该人的主要国籍。

第8条 无国籍人和难民

1. 一国可为无国籍人实行外交保护，但该人须在受到损害之日和正式提出求偿之日在该国具有合法的惯常居所。
2. 一国可为被该国根据国际公认的标准承认为难民的人实行外交保护，但该人须在受到损害之日和正式提出求偿之日在该国具有合法的惯常居所。
3. 第2款不适用于该难民的国籍国之国际不法行为造成损害的情况。

第三章

法人

第9条 公司的国籍国

就对公司的外交保护而言，国籍国是指公司依照其法律成立的国家。然而，当公司受另一国或另外数国的国民控制，在成立地国没有实质性商务活动，而且公司的管理总部和财务控制权均处另一国时，则应将该另一国视为国籍国。

第10条 公司的持续国籍

1. 一国有权为从发生损害之日到正式提出求偿之日持续为其或其被继承国国民的公司实行外交保护。如果在上述两个日期该公司都持有该国籍，则推定该国籍是持续的。
2. 一国对于在提出求偿后获得被求偿国国籍的公司不再享有为其实行外交保护的权力。
3. 尽管有第1款的规定，一国对于在发生损害之日为其国民，但由于损害的原因，按照成立地国法律终止存在的公司，继续有权实行外交保护。

第11条 股东的保护

在公司受到损害的情况下，公司股东的国籍国无权为这些股东实行外交保护，除非：

- (a) 由于与损害无关的原因，按照成立地国的法律该公司已不存在；或
- (b) 在受到损害之日，公司具有被指称应对造成损害负责的国家的国籍，并且在该国成立公司是该国要求的、在其境内开展经营活动的前提条件。

第12条 对股东的直接损害

在一国的国际不法行为对股东本人的权利，而非公司的权利，造成直接损害的情况下，这些股东的国籍国有权为其国民实行外交保护。

第13条 其他法人

本章所载的原则应酌情适用于公司以外的其他法人的外交保护。

第三部分

当地救济

第14条 用尽当地救济

1. 除非有条款草案第15条规定的情形，一国对于其国民或条款草案第8条所指的其他人所受的损害，在该受害人用尽一切当地救济之前，不可提出国际求偿。

2. “当地救济”指受害人可以在被指称应对损害负责的国家，通过普通的或特别的司法或行政法院或机构获得的法律救济。

3. 在主要基于一国国民或条款草案第8条所指其他人所受损害而提出国际求偿或请求作出与该求偿有关的宣告性判决时，应用尽当地救济。

第15条 当地救济规则的例外

在下列情况下，无需用尽当地救济：

(a) 不存在合理可用的能提供有效补救的当地救济，或当地救济不具有提供此种补救的合理可能性；

(b) 救济过程受到不当拖延，且不当拖延是由被指称应负责的国家造成的；

(c) 在发生损害之日，受害人与被指称应负责国家之间没有相关联系；

(d) 受害人明显被排除了寻求当地救济的可能性；或

(e) 被指称应负责的国家放弃了用尽当地救济的要求。

第四部分

杂项规定

第16条 外交保护以外的行动或程序

本条款草案概不影响国家、自然人、法人或其他实体按照国际法诉诸外交保护以外的行动或程序，为因国际不法行为而遭受的损害取得补救的权利。

第17条 国际法的特别规则

在本条款草案与国际法特别规则，如关于投资保护的条约规定不符的情况下，本条款草案不适用。

第18条 船员的保护

船舶船员的国籍国实行外交保护的权力，不因船舶国籍国无权在国际不法行为给船舶造成损害致使船员受到伤害时，不论国籍为受害船员寻求补救而受到影响。

第19条 建议的做法

按照本条款草案有权实行外交保护的国家应：

(a) 充分考虑实行外交保护的可能性，特别是当发生了重大损害时；

(b) 对于诉诸外交保护和寻求赔偿之事，尽可能考虑受害人的意见；并且

(c) 把从责任国获得的任何损害赔偿在扣除合理费用之后转交受害人。

2. 条款草案案文及其评注

50. 委员会第五十八届会议通过的条款草案案文及其评记载录如下。

外交保护

(1) 起草外交保护条款最初被视为属于国家责任问题的研究范围。实际上，国家责任问题的第一任特别报告员 F. V. 加西亚·阿马多尔先生已在其于1956年至1961年间提交的报告里收录了大量关于此问题的条款草案。¹⁹ 后来进行的关于国家责任问题的编纂工作很少关注外交保护问题。关于国家责任问题的最后条款草案明确地说，对于外交保护至关重要的两个议题，即要求的国籍与用尽当地救济，将由委员会单独开展工作，更广泛地加以处理。²⁰ 尽管如此，国家对国际不法行为的责任条款与本条款草案存在着密切联系。国家对国际不法行

¹⁹ 初步报告：《1956年……年鉴》[英]，第二卷，A/CN.4/96号文件，第173至第231页；第二次报告，《1957年……年鉴》[英]，第二卷，A/CN.4/106号文件，第104至第130页；第三次报告，《1958年……年鉴》[英]，第二卷，A/CN.4/111号文件，第47至第73页；第四次报告，《1959年……年鉴》[英]，第二卷，A/CN.4/119号文件，第1至第36页；第五次报告，《1960年……年鉴》[英]，第二卷，A/CN.4/125号文件，第41至第68页；第六次报告，《1961年……年鉴》[英]，第二卷，A/CN.4/134和Add.1号文件，第1至第54页。

²⁰ 《2001年……年鉴》，第二卷（第二部分），第138至第139页（第44条的评注，脚注683和687）。

为的责任条款草案中的许多原则与外交保护相关，因而，这些原则在本条款草案里不再重复。这尤其适用于关于国际不法行为法律后果的规定。对外国国民所受损害负有责任的国家有义务停止不法行为，并就国际不法行为所造成的损害作出充分的赔偿。这一赔偿可采取恢复原状、补偿或抵偿等其中一种形式或多种形式并用。这些事项在国家对国际不法行为的责任条款里都得到了处理。²¹

(2) 外交保护属于“外国人待遇”这一问题的范围。然而，本条款草案并没有试图处理关于这一问题的主要规则，即关于外国人人身和财产待遇的规则，违反这种规则通常引起对受损害人国籍国的责任。相反，本条款草案仅限于次要规则，即关于必须满足何种条件才可提出外交保护要求的规则。这大致上是指关于要求的可接受性的规则。国家对国际不法行为的责任条款第44条规定：

在下列情况下不得援引一国的责任：

(a) 不是按照涉及求偿国籍的任何适用规则提出要求；

(b) 该项要求适用用尽当地救济规则，却未用尽可利用的有效当地救济。²²

本条款草案通过拟订关于求偿国籍和用尽当地救济的规则，赋予了这项规定以内容。

(3) 本条款草案没有处理国际组织对代理人的保护问题，这种保护一般被称作“职能保护”。虽然职能保护与外交保护有相似之处，但两者的区别也是很大的。外交保护历来是一种确保一国国民在受到损害时能够获得赔偿的机制，其主要依据的原则是国民受到的损害即为国家本身受到的损害。另一方面，职能保护是一种通过确保国际组织的代理人受到尊重并保证其独立性而促进国际组织有效运作的制度。这种区别导致委员会得出结论认为，在一套关于外交保护的条款草案里不应写上国际组织保护其代理人的内容。至于一国可否为担任国际组织代理人的本国国民

实行外交保护的问题，国际法院在审理伤害赔偿案时作了回答：“在这样的情况下，没有任何法律规则赋予一方或另一方以优先地位，或强迫该国或该组织不得提出国际要求。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”。²³

第一部分

一般规定

第1条 定义和范围

为本条款草案的目的，外交保护是指一国对于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，通过外交行动或其他和平解决手段援引另一国的责任，以期使该国责任得到履行。

评注

(1) 条款草案第1条没有试图为外交保护下完整、全面的定义，而是从本条款草案所用该词语的含义描述外交保护的征。

(2) 国际法认定一国对其不法行为或不行为对一外国人造成的损害负有责任。外交保护是受害人国籍国为保护受害人并使该人因遭受国际不法行为而得到赔偿所使用的程序。本条款草案只涉及与可实行外交保护的情况和在实行外交保护以前必须满足的条件有关的规则。本条款草案无意界定或描述因使外国人受到损害而引起国家责任的国际不法行为。本条款草案和国家对国际不法行为的责任条款草案一样，维持对主要规则和次要规则的区分，且只处理次要规则。²⁴

(3) 外交保护历来被视为国家的专有权利，意思是说，由于对国民的损害被视为对国家本身的损害，所以国家依据自己的权利实行外交保护。这种思路的起源首先是瑞士法学家埃默里奇·德·瓦泰勒在1758年说过的一句话：“无论谁虐待一名公民，均间

²¹ 第28、第30、第31和第34至第37条（同上，第100至第107页以及第109至第123页）。关于补偿（第36条）的评注用大部分篇幅讨论了适用于外交保护相关要求的原则。

²² 《2001年……年鉴》，第二卷（第二部分），第33页，第76段。

²³ 对执行联合国职务时所受伤害的赔偿案，咨询意见，《1949年国际法院汇编》，第174页起，详见第185至第186页。

²⁴ 见《2001年……年鉴》，第二卷（第二部分），第35页（总评注，第（1）至第（3）段）。

接损害须保护该公民的国家”²⁵，其次是常设国际法院1924年在马夫罗马蒂斯案中的意见：“事实上，一国为其某一国民出面，代表他采取外交行动或提起国际司法诉讼，就是在维护其本身的权利，即通过其国民本身确保国际法规则得到尊重的权利”²⁶。显然，对国民的损害就是对国家本身的损害这种说法是虚拟的，是夸大其词的。²⁷ 外交保护的许多规则都否定了这种虚拟的正确性，尤其是持续国籍规则，该规则要求一国证明受害国民在损害本身发生之后直到提出要求之日，始终是其国民。套用马夫罗马蒂斯案意见中的话——“事实上”，一国并不仅仅是在维护其本身的权利。“事实上”，它也是在维护其受害国民的权利。

(4) 在国际法开始形成的早期，个人在国际法律秩序中没有地位，也没有权利。因此，如果要保护在国外受损害的国民，就只能通过拟制——即对国民的损害就是对国家本身的损害。然而，这种拟制只不过是达到目的的一种手段，其目的是要保护受损害国民的权利。如今，情况发生了巨变。个人是许多国际法主要规则的主体，在习惯和条约之下都是如此，这些规则使得个人对内免受本国政府之害，在外免受外国政府之害。国际法院在拉格朗案²⁸和阿韦纳案²⁹中均已承认这一点。这种保护并不限于人身权利。双边投资条约在财产权方面给予法人和自然人以权利和保护。个人获得了国际法之下的权利，但救济却不多。国家在国与国之间实行的外交保护仍是对人权在国外受侵害的个人给予保护的一种重要救济。

²⁵ E. de Vattel, *The Law of Nations or the Principles of Natural Law Applied to the Conduct and to the Affairs of Nations and of Sovereigns* (1758), 英文译文见 C. G. Fenwick, Washington D. C., Carnegie Institution, 1916, vol. III, book II, chap. VI, p. 136.

²⁶ 马夫罗马蒂斯在巴勒斯坦的特许权案，第2号判决，1924年，《常设国际法院汇编》A辑，第2号，第12页。在帕涅韦兹斯-萨尔杜提斯基铁路案中，常设国际法院重复了这一意见，判决，1939年，《常设国际法院汇编》A/B辑，第76号，第4页，详见第16页。

²⁷ 见 J. L. Brierly, *The Law Of Nations: An Introduction to the International Law of Peace*, 6th edition edited by Sir Humphrey Waldock, Oxford, Clarendon Press, 1963, 详见第276至277页。

²⁸ 拉格朗案(德国诉美利坚合众国)，判决，《2001年国际法院汇编》，第466页起，详见第493至第494页，第76至第77段。

²⁹ 阿韦纳和其他墨西哥国民案(墨西哥诉美利坚合众国)，2004年3月31日的判决，《2004年国际法院汇编》，第12页起，详见第35至第36页，第40段。

(5) 条款草案第1条的起草留出了有待讨论的问题：国家实行外交保护是出于自身的权利还是国民的权利，或者是兼而有之。该条是通过国家责任的棱镜看待外交保护，强调这是要求国家对国际不法行为损害国民的情况负责的程序。

(6) 条款草案第1条有目的地沿用了国家对国际不法行为的责任条款³⁰的措辞。该条款将外交保护描述为一国对于另一国国际不法行为给本国国民造成损害的情况援引该另一国的责任，以期使该国责任得到履行。作为国家责任背景下提出的要求，这是国家与国家之间的要求，虽然也可能导致主张受损害国民在国际法之下享有的权利。

(7) 由于条款草案第1条依其性质是下定义的，因此不涵盖例外情况。由此，其中并未提及条款草案第8条在这方面提及的无国籍人士和难民。不过，条款草案第3条明确规定可针对这些人实行外交保护。

(8) 实行外交保护必须通过合法及和平手段。一些司法裁决在描述一国诉诸外交保护情况下可采取的行动时，区分了“外交行动”与“法律诉讼”³¹。条款草案第1条保留了这种区分，但更进一步，将司法诉讼纳入了“其他和平解决手段”。“外交行动”涵盖一国为向另一国通报其意见和关注而使用的一切合法程序，包括抗议、提请调查或谈判以解决争端。“其他和平解决手段”涵盖合法解决争端的一切形式，从谈判、调停及和解到仲裁和司法解决争端都在其中。《联合国宪章》第二条第四项所禁止的使用武力不属于行使外交保护权可允许的方法。外交保护不包括不涉及援引另一国法律责任的步骤或其他外交行动，如要求采取纠正行动的非正式请求等。

(9) 实行外交保护可以通过外交行动或其他和平解决手段。它不同于领事协助，因为它是由一

³⁰ 见第三部分第一章，题为“一国责任的援引”(第42至第48条)，《2001年……年鉴》，第二卷(第二部分)。第三部分本身的标题是“一国的国际责任的履行”。

³¹ 马夫罗马蒂斯在巴勒斯坦的特许权案(见上文脚注26)；帕涅韦兹斯-萨尔杜提斯基铁路案(同上)；诺特博姆案(列支敦士登诉危地马拉)，第二阶段，1955年4月6日的判决，《1955年国际法院汇编》，第4页起，详见第24页。

国的代表在一般国际法某项规则方面出于国家利益行事，而领事协助在大多数情况下是由领事官员给予，是根据《维也纳领事关系公约》行事，所代表的是个人的利益。外交保护基本上是补救性的，是为了就发生的国际不法行为提供救济；而领事协助大多是预防性的，主要着眼于防止国民受害于某一国际不法行为。

(10) 虽然理论上可以区分外交保护与领事协助，但在实践中却有困难。关于用尽当地救济的要求就表明了这一点。在领事协助情况下，显然不必用尽当地救济，因为这种协助出现在国际不法行为发生之前。从逻辑上讲，由于外交保护只出现在发生国际不法行为之后，因此，似乎一律都须用尽当地救济，只有条款草案第15条规定的情况是例外。

(11) 鉴于情况如此，条款草案第1条没有试图区分外交保护与领事协助。条款草案规定了实行外交保护的条件，这些条件并不适用于领事协助。这就意味着必须考虑每个案件的情况，以决定是涉及外交保护还是领事协助。

(12) 条款草案第1条明确了总评注³²里已经提到的一点，即本条款草案只处理一国实行外交保护的问题，不涉及国际组织给予其代理人的保护。³³

(13) 外交保护主要涵盖对不是以国家名义参加官方国际事务的国民的保护。参加官方国际事务的官员受到诸如1961年《维也纳外交关系公约》和1963年《维也纳领事关系公约》等其他国际法规则和文书的保护。然而，如果外交官或领事在非公务活动方面受到损害，他们就在外交保护相关规则的涵盖范围之内，例如，外交官在所派驻国拥有的私人财产被无偿征用就属于这种情况。

(14) 在大多数情况下，国家与受害人之间的国籍联系是实行外交保护的根据，这是条款草案第4和第9条处理的问题。本条中的“国民”既指自然人也指法人。在本条款草案的后面部分，对适用于自然人的规则和适用于法人的规则作了区分，并在必要之处对这两个概念分开处理。

³² 见上文总评注，第(3)段。

³³ 伤害赔偿案（见上文脚注23）。

第2条 实行外交保护的權利

一国享有按照本条款草案实行外交保护的權利。

评注

(1) 外交保护是一国在国与国的层次上针对另一国国际不法行为造成损害的情况援引该另一国的责任，这个概念是条款草案第2条的基石。该条确认是由国家发起和实行外交保护；国家是拥有提出要求的权利的实体。这并不影响在这个进程中国家是在维护谁的权利这一问题，即是国家自身的权利，还是国家所代表的受损害国民的权利。如同第1条一样³⁴，本条在这个问题上也是中立的。

(2) 一国有权为一国民实行外交保护。国家并非有任何责任或义务这样做。一国的国内法可能会要求本国为其国民实行外交保护，但国际法并没有规定这种义务。国际法院在巴塞罗那电车公司案中明确地说明了这个立场：

在国际法规定的范围内，一国可采用其认为妥当的任何手段、在其认为妥当的任何程度上实行外交保护，因为国家维护的是本身的权利。如果它所代表的自然人或法人认为其权利没有得到充分保护，他们在国际法下是没有救济的。如有方法，他们所能做的也只是诉诸国内法，以期继续争取其利益或得到救济……。必须认识到，只有国家可以决定是否提供保护，在何种程度上提供保护，以及何时停止提供保护。在这方面，国家保留酌处权，这种权力的行使可取决于与特定案件无关的政治考虑或其他考虑。³⁵

(3) 如今，国内立法³⁶和司法裁决³⁷中出现了对一种看法的支持，这种看法认为，无论是

³⁴ 见上文第1条评注第(3)至第(5)段。

³⁵ 巴塞罗那电车、电灯及电力有限公司案，第二阶段，判决，《1970年国际法院汇编》，第3页起，详见第44页。

³⁶ 见特别报告员关于外交保护的初步报告，《2000年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/506和Add.1号文件，第80至第87段。

³⁷ 鲁道夫·赫斯案，《国际法律汇编》，第90卷（1992年），第387页；阿巴西和朱马诉外交和联邦事务大臣与内政部长案，2002年11月6日最高司法法院——上诉法院（民事分庭）的裁决，《国际法律资料》，第42卷（2003年），第358页；卡翁达等诉南非共和国总统等案，宪法法院2004年7月19日和20日与2004年8月4日的裁决，《The South African Law Reports 2005》，p. 235（判决转载于《国际法律资料》，第44卷（2005年1月），第173页）。

在国内法还是在国际法之下，当国民的人权在国外遭受严重侵犯时，国家都有一定的义务——无论多么有限——出面给予保护。因此，条款草案第19条宣告，有权实行外交保护的国家“……应*充分考虑实行外交保护的可能性，特别是当发生了重大损害时”。因此，应结合条款草案第19条看待一国实行外交保护的酌处权利，因为该条建议各国在适当情形下行使这项权利。

(4) 条款草案第2条处理的是国家实行外交保护的的权利。本条并不试图描述被告国的对应义务，即考虑一国按照本条款提出的外交保护主张，然而，这一点是暗含在其中的。

第二部分

国籍

第一章

一般原则

第3条 国籍国的保护

1. 有权实行外交保护的国家是国籍国。

2. 尽管有第1款的规定，一国可根据条款草案第8条为非本国国民实行外交保护。

评注

(1) 条款草案第2条确认了国家实行外交保护的酌处权，第3条则确认了受害人国籍国有权——但不是有义务——为该人实行外交保护的原则。这一条草案把重点放在国家和国民之间的国籍联系上，正是这一联系使得国家有权实行外交保护。相对于自然人和法人而言，这种联系是不同的。因此，自然人和法人的情况都单辟一章专门作出规定。

(2) 第2款提及条款草案第8条所载例外情况。第8条规定了为无国籍人和难民提供外交保护的情形。

第二章

自然人

第4条 自然人的国籍国

就对自然人的外交保护而言，国籍国指该人根据该国法律，通过出生、血缘、归化、国家继承或以不违反国际法的任何其他方式，获得了其国籍的国家。

评注

(1) 条款草案第4条为了对自然人进行外交保护的的目的，规定了国籍国的定义。这项定义的前提是以下两项原则：第一，由国籍国根据本国法律决定谁有资格取得其国籍；第二，国际法对国籍的授予规定了限制。条款草案第4条也列举了并不是详尽无遗的、通常构成授予国籍之正当理由的一些关连因素。

(2) 由每一国根据本国法律决定谁是其国民的原则受到司法裁决和条约的支持。1923年，常设国际法院在突尼斯和摩洛哥的国籍法令案中指出：“按国际法的目前状况来看，国籍问题……原则上属于国家主权范围内的问题”。³⁸这一原则得到《关于国籍法冲突的若干问题公约》第1条的证实：“应由每个国家按照本国法律自行决定谁是其国民。”最近，1997年《欧洲国籍公约》(第3条)也认可了这个原则。

(3) 条款草案第4条中所列给予国籍的关连因素是说明性的，但并非详尽无遗。但是，它们包括了各国在给予国籍时最常用的关连因素：出生(出生地法)、血缘(血统制)和归化。与国民结婚没有列入，因为在大多数情况下，不能光凭婚姻本身给予国籍：它规定按照归化方式取得国籍以后还需要居住一段时间。在与一国民结婚以后，配偶一方自动取得另一方国籍的情况下，在这种取得国籍的方

³⁸ 突尼斯和摩洛哥(法属地区)的国籍法令案，咨询意见，《常设国际法院汇编》，B辑，第4号，1923年，第6页，详见第24页。

式是否符合国际法方面可能会出现。39 国籍也可因国家继承而获得。40

(4) 条款草案第4条中所列关连因素是一些国家为确定国籍而最常使用的因素。在一些没有明确出生记录的国家,国籍很可能难以证实。在这种情况下,住所可为国籍提供证明,尽管住所本身并不构成国籍的基础。不过,一国可通过归化方式给予这种人国籍。

(5) 条款草案第4条不要求一国按照诺特博姆案⁴¹中所认定的方式证明该国和某一国民之间的有效联系或真正联系,作为实行外交保护的一个附加因素,即使该国民只持有一个国籍。委员会认为,有若干因素促使诺特博姆案限定在案件的事实范围内,尤其是下述事实:诺特博姆先生与列支敦士登(起诉国)之间的联结“极为薄弱”⁴²,而诺特博姆先生和危地马拉(被告国)之间超过34年的联结则极为密切,因此,国际法院屡次申明列支敦士登“无权针对危地马拉对诺特博姆实行保护”。⁴³这意味着法院不拟阐明一项适用于所有国家的一般性规则⁴⁴,而只拟阐明一项有关规则,根据该规则,凡是处于列支敦士登所在立场的国家都必须表明该国和诺特博姆先生之间的真正联系,以便容许该国针对与诺特博姆先生有极密切联结的危地马拉为他提出权利主张。此外,必须考虑到这样的事实:如果严格适用诺特博姆案中提议的真正联系规定,将有成百上千万人因之而无法得益于外交保

护,确实,在经济全球化和移民的今日世界中,有成百上千万人离开其国籍国,而到另一个国家生活,有的从来不曾取得其国籍,有的则通过出生或血缘与他们的联结最薄弱的国家取得国籍。

(6) 条款草案第4条最后一个短语强调:必须以不违反国际法的方式获得国籍。虽然一国有权决定谁是国民,但这一权利并不是绝对的。1930年《关于国籍法冲突的若干问题公约》第1条证实了这一点,该条在表示“应由每个国家按照本国法律自行决定谁是其国民”的同时,还载列了一项但书:“这项法律应得到其他国家的承认,但须符合有关国籍的国际公约、国际习惯和普遍公认的法律原则。”⁴⁵目前,公约,尤其是人权领域的公约,规定各国在给予国籍时应遵守国际标准。⁴⁶例如,《消除对妇女一切形式歧视公约》第9条第1款规定:

缔约各国应给予妇女与男子有取得、改变或保留国籍的同等权利。它们应特别保证,与外国人结婚或于婚姻存续期间丈夫改变国籍均不当然改变妻子的国籍,使她成为无国籍人,或把丈夫的国籍强加于她。⁴⁷

(7) 条款草案第4条确认,一国作为以受害外国人名义求偿的对象,可由于该人以违反国际法的方式取得国籍而提出质疑。条款草案第4条规定,国籍应以“不违反国际法”的方式取得。双重否定的措辞方式强调了这样的事实:关于国籍是以违反国际法的方式获得的举证责任应由对受害人国籍提出质疑的国家承担。举证责任应由对受害人国籍提出质疑的国家承担来源于这样的认识:国籍给予国在决定是否给予国籍时必须有“判断余地”⁴⁸并且预先认可一国给予国籍的效力。⁴⁹

³⁹ 例如见《消除对妇女一切形式歧视公约》第9条第1款和《已婚妇女国籍公约》第1条,这些条款禁止在这种情况下取得国籍。另见下文评注第(6)段。

⁴⁰ 见国家继承涉及的自然人国籍问题条款草案,《1999年……年鉴》,第二卷(第二部分),第22页,第47段。

⁴¹ 在诺特博姆案中,国际法院指出:“根据各国实践、仲裁裁决和司法裁决以及各个作者的意见,国籍是一种法律上的联结,其依据是一种社会属性,一种存在、权益和情感的真正联系,再加上对等权利和义务的存在。它可以说构成司法上对以下事实的表述:直接通过法律或由于当局行为而获得国籍的个人,事实上与给予国籍国人口的联系远远超过与任何其他国家人口的联系。一国给予的国籍,只有在构成个人与给予其国民身份的国家间联系的法律表述时,才授权该国针对另一国实行保护”(见上文脚注31),第23页。

⁴² 同上,第25页。

⁴³ 同上,第26页。

⁴⁴ 意大利—美国调解委员会在弗莱根海默案中对诺特博姆案作了这样的解释,1958年9月20日第182号裁决,《国际仲裁裁决汇编》,第十四卷(出售品编号:65.V.4),第327页,详见第376页;或《国际法律汇编》(1958-I),第25卷(1963年),第91页,详见第148页。

⁴⁵ 另见《欧洲国籍公约》第3条第2款。

⁴⁶ 美洲人权法院在其对哥斯达黎加政治宪法归化规定拟议修正案一案中的咨询意见中强调了这一点,认为“必须兼顾国籍的给予属于一国的国内管辖范围这一原则和国际法对一国权力施加与国际保护人权制度所规定的要求相互联系的若干限制的另一原则”(1984年1月19日OC-4/84号咨询意见,A辑,第4号,第38段)。

⁴⁷ 另见《美洲人权公约》(《哥斯达黎加圣何塞公约》)第20条;《消除一切形式种族歧视国际公约》第5条(d)款(iii)项;以及《已婚妇女国籍公约》第1条。

⁴⁸ 见美洲人权法院对哥斯达黎加政治宪法归化规定拟议修正案一案的咨询意见(上文脚注46),第62至第63段。

⁴⁹ 见Oppenheim's International Law, 9th edition, vol.I, peace, R. Y. Jennings and A. D. Watts (编), Harlow, Longman, 1992, p. 856。

(8) 如果某人以不符合国际法的方式非自愿地获得了国籍,例如妇女在结婚时自动取得丈夫国籍,原则上,应允许该人得到原国籍国的外交保护。⁵⁰然而,如果这种情况下取得国籍造成有关个人丧失原国籍,公平考虑就要求新国籍国有权实行外交保护。这样就符合国际法院1971年就纳米比亚案⁵¹所发表意见中的裁定:个人的权利不应因为其所属国家的非法行为而受到影响。

第5条 自然人的持续国籍

1. 一国有权对从发生损害之日到正式提出求偿之日持续为其国民的人实行外交保护。如果在上述两个日期该人都持有该国籍,则推定该国籍是持续的。

2. 尽管有第1款的规定,一国对在正式提出求偿之日为其国民但在受到损害之日不是其国民的人,可实行外交保护,但条件是此人曾具有被继承国的国籍,或者已丧失原国籍,并且基于与提出求偿无关的原因、以不违反国际法的方式已获得该国的国籍。

3. 一人在受到损害时为其原国籍国国民,而不是现国籍国的国民,则现国籍国不得针对原国籍国就该人所受到的损害实行外交保护。

4. 一国对于在正式提出求偿之日后获得被求偿国国籍的人不再享有为其实行外交保护的权利。

评注

(1) 虽然持续国籍规则已经确立,⁵²但历来受到相当多的批评⁵³,因为如果有关个人由于与要求

⁵⁰ 见《已婚妇女国籍公约》第2条。

⁵¹ 南非不顾安全理事会第276(1970)号决议继续留驻纳米比亚(西南非洲)对各国法律后果案,咨询意见,《1971年国际法院汇编》,第16页,详见第56页,第125段。

⁵² 例如见美国国际索赔委员会1951至1954年间对克伦索赔案所作的裁决,《国际法律汇编》(1953年),第20卷(1957年),第233页起,详见第234页。

⁵³ 见法官杰拉尔德·菲茨莫里斯爵士在巴塞罗那电车公司案,第二阶段,判决(上文脚注35)中的评论,第101至第102页;另见E. Wyler, *La règle dite de la continuité de la nationalité dans le contentieux international*, Paris, Presses universitaires de France, 1990。

外交保护无关的原因而改变其国籍,这一规则便会造成很困难的形势。关于放弃这一规则的建议遇到反对,这是因为担心有人钻空子,为了获得外交保护而“选购国籍”。⁵⁴因此,条款草案第5条保留了持续国籍规则,但允许例外,以便顾及若不如此便可能引起不公平结果的情况。

(2) 第1款力陈一项传统原则:一国有权对在受到损害之时和正式提出求偿之日均为其国民的人实行外交保护。国家实践和学说对在这两个日期之间该国民是否必须保持求偿国的国籍并不明确,主要是因为实际上很少出现这个问题。⁵⁵因此,1965年国际法学会决定暂不处理在受害日和求偿日之间是否必须持续保有国籍的问题。⁵⁶然而,一方面要求证明在受害日和正式提出求偿之日具有同一国籍,一方面又不要求两个日期之间持续保有国籍,这是自相矛盾的。所以,在法律的逐渐发展工作中,已制订出规则,要求受害人从受害日到正式提出求偿之日持续为国民。鉴于提供持续性方面的证据有难度,只要在这两个日期具有同一国籍,即推定持续国籍。当然,这一推定是可辩驳的。

(3) 第一项要求是,受害国民在受到损害之日必须是求偿国的国民。受损害之日不必是一个确切的日期,如果伤害由一段时间内发生的多项行为或连续行为构成,就可以是连续的一段时间。

(4) 第1款中所载的第二项时间要求是正式提出求偿的日期。对原告人持续国籍终止日期的规定有不同的司法意见。这种不确定性基本上来源于这样的事实:据以设立混合索赔委员会的公约使用了不同的用语来界定求偿日期。⁵⁷“提出求偿”一语

⁵⁴ 见首席仲裁员帕克法官在第五号行政裁决案中所作的说明:“任何其他规则都会敞开滥用之门,也可能会使一个强大的国家成为一个求偿代理,受到损害的原告人将其权利主张转让给该国国民,或利用归化法,使其权利主张获得支持。”(美国-德国混合索赔委员会,1924年10月31日的裁决,《国际仲裁裁决汇编》,第七卷(出售品编号:1956.V.5),第119页,详见第141页)。

⁵⁵ 见H. W. Briggs, “La protection diplomatique des individus en droit international: la nationalité des réclamations”, *Annuaire de l'Institut de droit international*, 第51卷(1965),第一册,第5页起,详见第72至第73页。

⁵⁶ 见国际法学会的华沙会议,1965年9月, *Annuaire de l'Institut de droit international*, 第51卷(1965),第二册,第260至第262页。

⁵⁷ 见首席仲裁员帕克在第五号行政裁决案中的意见(上文脚注54),第143页。

是条约、司法裁决和学说中最常使用的术语，用以表示实行外交保护所要求的截止日期。在这一措辞中增添“正式”一词是要表明：提出求偿的日期是实行外交保护的国家第一次提出正式要求的日期，而不是就这一议题进行非正式的外交接洽和查询的日期。

(5) 实行外交保护的截止日期是正式提出求偿之日。然而，有人支持一种意见，即如果有关个人在这一日期至作出裁决或判决期间改变了国籍，他就不再是就外交保护而言的国民了。⁵⁸ 2003年，解决投资争端国际中心的一个仲裁庭在洛温案中认定，“从引起求偿的事件发生之日，即所谓起算日期，直至求偿解决之日，即所谓截止日期，必须存在连续的同一种国籍”。⁵⁹ 在事实方面，洛温案处理的是寻求保护的人在提出求偿后改为被告国国籍的情况，在这种情况下，显然不能支持外交保护要求，这在条款草案第5条第4款中是明确规定的。然而，委员会并不准备仿照洛温案仲裁庭采取一揽子规则，规定国籍必须保持到求偿解决之日。⁶⁰ 这样的规则可能有悖于个人的利益，因为从提出求偿到得到最终解决可能要经过多年时间，在此期间，如果个人因为婚姻或归化导致的国籍改变而受到不利影响，则是不公正的。相反，所倾向的是以正式提出求偿的日期作为截止日期。这个日期很重要，因为这是国籍国表明实行外交保护的明确意向的日期——此前，这一点是不确定的。此外，这也是必须裁定求偿可否受理的日期。这种裁定不能留待以后解决求偿即作出裁决之日再来作出。

(6) 第1、第2和第4款中的“求偿”一语包括通过外交渠道提出的要求，也包括向一司法机构提出的要求。这一要求可具体说明责任国应该为停止持续中的不法行为而采取的行动，以及应该采取的

赔偿形式。2001年国家对其国际不法行为的责任条款草案第43条及其评注⁶¹比较详尽地处理了这一事项。

(7) 虽然委员会决定有必要保留持续国籍规则，但也同意需要规定这一规则的例外。因此，第2款规定：一国对在正式提出求偿之日为其国民、但在受到损害之时不是其国民的人，可实行外交保护，但必须符合三个条件：第一，寻求外交保护的人曾具有被继承国的国籍，或者已丧失原国籍；第二，该人基于与提出求偿无关的原因已获得另一国的国籍；第三，新国籍是以不违反国际法的方式取得的。

(8) 第2款涉及受害人自愿或非自愿丧失先前国籍的情况。在国家继承的情况下，也有可能是在收养和结婚等必须改变国籍的情况下，会非自愿地丧失国籍。在国籍发生其他类型变化的情况下，意志的成分就不那么明确了。基于这类理由，第2款不要求国籍的丧失必须是非自愿的。

(9) 在国家继承的情况下，该款限于就外交保护而言的国籍持续性问题。该款并非试图规范国籍的继承，因为这是委员会的国家继承涉及的自然入籍问题条款草案的主题。⁶²

(10) 如上所述，⁶³ 担心有人可能故意改变其国籍，以便获得一个比较愿意而且能够为他提出外交要求的国家的国籍，这就是持续国籍规则的基础。第2款所载的第二个条件处理了这种担心，为此规定：作为实行外交保护对象的人，其取得新国籍的原因必须与提出求偿无关。这个条件是为了将持续国籍的例外主要限定于强制给予国籍的情况，例如该人取得新国籍属于婚姻、收养或国家继承等因素必然引起的结果。第2款中的例外不适用于某人出于与提出求偿有关的商业原因获得新国籍的情况。

(11) 为了使持续国籍规则不适用而必须符合的第三个条件是：新国籍是以不违反国际法的方式

⁵⁸ 见 *Oppenheim's International Law* (上文脚注49), p. 512。另见明妮·史蒂文斯·埃绍齐耶(大不列颠)诉墨西哥合众国案, 1931年6月24日的裁决, 《国际仲裁裁决汇编》, 第五卷(出售品编号: 1952.V.3), 第207页。

⁵⁹ 洛温集团公司和雷蒙德·洛温诉美利坚合众国案, 解决投资争端国际中心第ARB(AF)/98/3号案, 2003年6月26日的裁决, 《解决投资争端国际中心汇编》, 第7卷(2005年), 第442页起, 详见第485页, 第225段。

⁶⁰ 关于对洛温案的批评, 见J. Paulsson, *Denial of Justice in International Law*, New York, Cambridge University Press, 2005, 第183至第184页。

⁶¹ 《2001年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第136页。

⁶² 见上文脚注40。

⁶³ 见上文本条草案的评注第(1)段。

取得的。这一条件的含义必须结合条款草案第4条加以理解。

(12) 第3款还为防止随意不适用持续国籍规则而附加了一项保障措施。若一人受害时为其原国籍国而不是现国籍国的国民，则现国籍国不得就该损害针对原国籍国实行外交保护。

(13) 第4款规定，如果求偿所涉个人在提出求偿之日后成为被求偿国国民，则求偿国不再有权继续此项求偿，因为在这种情况下，被求偿国实际上就会被要求向自己的国民支付赔偿。洛温案和另外一些案件⁶⁴的情况就是如此，在这些案件中，提出求偿后的国籍的改变被认定为解除了国籍的延续性。实践中，大多数此类案件的求偿国都会撤回求偿，尽管就马夫罗马蒂斯案中提出的拟制说法而言，此种求偿是国家的求偿，求偿是为了要求就国家由于国民受害而蒙受的损害得到补偿⁶⁵。同样，在受害人在提出求偿后成为第三国国民的情况下，求偿国也可能会决定撤回求偿。如果受害人以欺诈方式保持求偿国国籍直至提出求偿之日并在此后获得第三国国籍，出于公平，应终止求偿要求，但举证责任要由被求偿国承担。

(14) 条款草案第5条留出了有待讨论的问题：受害国民因受害而死亡或在受害之后但在正式提出求偿之前死亡，其继承人如果具有另一国的国籍，可否得到受害人国籍国的保护。这方面的司法裁决虽因大多涉及特定条约的解释而不成其为定论，但倾向于支持一种立场，即如果继承人具有第三国国籍，则受害人国籍国不得提出求偿。⁶⁶ 如果继承人

具有被求偿国的国籍，显然就不会出现这种求偿。⁶⁷ 有些人支持一种意见，即如果受害国民在求偿正式提出之前死亡，求偿可以继续，因为它具有国民属性。⁶⁸ 虽然这一立场从公平考虑的角度可能得到赞同，但也有被否定的情况。⁶⁹ 由于权威意见尚无定论，就这个议题提出一项规则是不明智的。

第6条 多重国籍和针对第三国的求偿

1. 双重或多重国籍国民的任一国籍国可针对非国籍国，为该国民实行外交保护。

2. 两个或多个国籍国可为具有双重或多重国籍的国民共同实行外交保护。

评注

(1) 双重或多重国籍是国际生活中的事实。一个人可以获得一个以上的国籍，这是出生地法和血统制原则平行运作或通过归化或条款草案第4条设想的任何其他方式取得国籍而没有放弃先前国籍的结果。虽然有些国家的法律不允许其国民同时也是其他国家的国民，但国际法并不禁止双重或多重国籍；事实上，这种国籍已获得《关于国籍法冲突的若干问题公约》第3条的认可，该条规定：“……具有双重或多重国籍的人可被其每一国籍国视为国民。”因此，必须处理一国国籍国为其有双重或多重国籍的国民实行外交保护的问题。条款草案第6条只适用于受害人的一个或所有国籍国针对不是其国籍国的国家实行外交保护的情况。一国国籍国对另一国籍国实行外交保护的规定载于条款草案第7条。

(2) 第1款容许一国国籍国对同时拥有一个或一个以上其他国籍的国民实行外交保护。同条款草案第4条一样，该款不要求该国民与实行外交保护的国家之间有真正或有效的联系。

⁶⁴ 埃比尼泽·巴斯托案，G. H. 哈克沃思，《国际法文摘》，第五卷，哥伦比亚特区华盛顿，美国政府印刷局，1943年，第805页；F. 莱德勒（已故）遗嘱执行人诉德国政府案，*Recueil des Décisions des Tribunaux Arbitraux Mixtes*, tome III, p. 762；夏威夷索赔案，F. K. Nielsen, *American and British Claims Arbitration*, 哥伦比亚特区华盛顿，美国政府印刷局，1926年，p. 30；肖邦案，*French and American Claims Commission, 1880-1884*, 第60卷，Records of Claims；格里布尔案，*Papers relating to the Treaty of Washington*, vol. V (Report of Robert S. Hale Esq.)，哥伦比亚特区华盛顿，美国政府印刷局，1874年，p. 14。

⁶⁵ 见上文第1条评注第(3)段。

⁶⁶ 埃绍齐耶索赔案（见上文脚注58）；克伦索赔案（见上文脚注52）；W. H. 德利德船长案（大不列颠诉墨西哥合众国），1929年11月19日的裁决，《国际仲裁裁决汇编》，第五卷，第44页；但也见斯特劳布索案，《国际法律汇编》，第20卷，第228页。

⁶⁷ 史蒂文森案，《国际仲裁裁决汇编》，第九卷（出售品编号：1959.V.5），第494页；博戈维奇索赔案，《国际法律汇编》，第21卷，第156页；F. 莱德勒（已故）遗嘱执行人诉德国政府案（见上文脚注64）。

⁶⁸ 见 E. M. Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or the Law of International Claims*, New York, The Banks Law Publishing Co., 1922, p. 628；另见斯特劳布索案（上文脚注66）。

⁶⁹ 埃绍齐耶索赔案（见上文脚注58），第209页。

(3) 虽然有些仲裁裁决⁷⁰和编纂工作⁷¹也认为,双重或多重国籍者的任一国籍国与该国民之间需有真正或有效的联系才能够针对受害人非其国民的国家实行外交保护,但权威意见并不要求这种条件。在萨利姆案中,仲裁法庭裁定,埃及不能援引受损害的个人持有有效的波斯国籍这一事实作为反对另一国籍国美国求偿的理由。法庭裁定:“国际法的规则[是]:双重国籍者的国籍国之一如因案件涉及该双重国籍者的利益而提出赔偿要求,第三国无权援引该人的另一国籍作为提出异议的理由。”⁷²这项规则在其他案件⁷³中得到沿用,较近期而言,也得到伊朗—美国索赔法庭的支持⁷⁴。关于在这种情况下不要求真正或有效联系的决定是有理由的。与双重国籍者的一国籍国对另一国籍国求偿的情况不同,当双重国籍者的一国籍国寻求针对第三国实行保护时,在国籍方面并没有任何冲突。

(4) 原则上,没有任何理由可以阻止两个国籍国共同行使一项从属于每一国籍国的权利。因此,

第2款承认两个或多个国籍国可为双重或多重国籍国民针对非国籍国共同实行外交保护。虽然责任国不能反对两个或多个国家同时或一致提出这种求偿,但若求偿国分别向同一法庭或不同法庭提出索赔,或一国籍国在另一国籍国已就该项索赔获得抵偿后求偿,责任国可予以反对。若一国籍国已放弃行使外交保护权而另一国籍国仍要求赔偿,也会引起困难。针对诸如此类的不同情况编纂若干规则是很困难的。应该按照国际法庭和国家法庭确认的、适用于共同索赔抵偿的一般法律原则予以处理。

第7条 多重国籍和针对国籍国的求偿

一国籍国不得为同属另一国国民的人针对另一国籍国实行外交保护,除非在发生损害之日和正式提出求偿之日,前一国的国籍均为该人的主要国籍。

评注

(1) 条款草案第7条处理一国籍国针对另一国籍国实行外交保护的情况。条款草案第6条处理为有双重或多重国籍的国民针对非国籍国求偿的情况,并不要求求偿国与国民之间具有有效联系,而条款草案第7条则要求求偿国证明:其国籍在该人受到损害时和正式提出求偿之日都是主要国籍。

(2) 在过去,有人强烈支持无责任规则,根据该项规则,一国籍国不得为有双重国籍的国民针对另一国籍国提出求偿。《关于国籍法冲突的若干问题公约》第4条规定:“一国不得针对其国民的另一国籍国为该国民实行外交保护。”⁷⁵后来的编纂提案采取了同样的着手方式⁷⁶,有些仲裁裁决也支持这一立场。⁷⁷国际法院在1949年对损害赔偿案的咨

⁷⁰ 见南斯拉夫—匈牙利混合仲裁法庭对德博恩案的裁决,1926年7月12日第205号案, *Annual Digest of Public International Law Cases, Years 1925 and 1926*, A. D. McNair and H. Lauterpacht (编), London, Longmans, Green and Co., 1929, 第277至第278页。

⁷¹ 见《关于国籍法冲突的若干问题公约》第5条;国际法学会1965年华沙届会通过的一个关于“一国因个人所受损害所提国际求偿的国家特性”的决议, *Tableau des résolutions adoptées (1957-1991)*, Paris, Pedone, 1992, p. 56, 详见第58页(转载于《1969年……年鉴》[英],第二卷,第142页);1960年关于国家对外侨所受损害所负国际责任的哈佛公约草案(转载于L. B. Sohn and R. R. Baxter, “Responsibility of States for injuries to the economic interests of aliens”, 《美国国际法学报》,第55卷,第3号(1961年7月),第548页)第23条第3款;以及关于国家对在其领土内对外国人人身或财产造成的损害所负国际责任的草案第21条第4款,载于特别报告员加西亚·阿马多尔关于国际责任的第三次报告,《1958年……年鉴》[英],第二卷, A/CN.4/111号文件,第61页。

⁷² 萨利姆案(埃及/美利坚合众国),1932年6月8日的裁决,《国际仲裁裁决汇编》,第二卷(出售品编号:1949.V.1),第1165页,详见第1188页。

⁷³ 见意大利—美国调解委员会对梅尔杰索赔案的裁决,1955年6月10日,《国际仲裁裁决汇编》,第十四卷(出售品编号:65.V.4),第236页,或《国际法律汇编》(1955年),第22卷(1958年),第443页,详见第456页;韦雷亚诺索赔案,1957年5月7日,《国际仲裁裁决汇编》,第十四卷,第321页,或《国际法律汇编》(1957年),第24卷(1961年),第464至第465页;以及斯坦科维奇索赔案,1963年7月29日,《国际法律汇编》,第40卷(1970年),第153页,详见第155页。

⁷⁴ 见达拉勒诉伊朗案(1983年),《伊朗—美国索赔法庭汇编》,第3卷,剑桥,格鲁希阿斯,1984年,第23页。

⁷⁵ 另见1929年关于国家对其领土内对外国人人身或财产造成的损害所负责任的哈佛公约草案第16(a)条,《美国国际法学报》,第23卷,特刊号(第2卷)(1929年4月)补编,第133页起,详见第200页(转载于《1956年……年鉴》[英],第二卷, A/CN.4/96号文件,附件9,第229页起,详见第230页)。

⁷⁶ 见1960年关于国家对外侨所受损害所负国际责任的哈佛公约草案(上文脚注71)第23条第5款;和国际法学会1965年华沙届会通过的一个关于一国因个人所受损害所提国际求偿的国家特性的决议(同上)第4条(a)款。

⁷⁷ 见亚历山大遗嘱执行人诉美国案(1898年)(美国—英国索赔委员会), J. B. Moore, *History and Digest of the Interna-*

询意见中把国家不针对其国民的另一国籍国为该国民提供保护的国家实践称为“通常做法”。⁷⁸

(3) 但是,即使在1930年以前,有些仲裁裁决也支持另一种立场,即主要国籍国或有效国籍国可以为其国民针对另一国籍国提起诉讼。⁷⁹国际法院在另一情况即诺特博姆案⁸⁰中借鉴了这个判例,意大利—美国调解委员会在1955年梅尔杰索赔案中,也明示同意这个立场。对此,该调解委员会指出:

tional Arbitrations to Which the United States Has Been a Party, vol. III, Washington D. C., United States Government Printing Office, 1898, p. 2529; 奥尔登堡案(英国—墨西哥索赔委员会), 1929年12月19日第11号裁决,《国际仲裁裁决汇编》,第五卷(出售品编号: 1952.V.3),第74页,或《委员的决定和意见》,1929年10月5日至1930年2月15日, London, HM Stationery Office, 1931, p. 97; 霍尼案(英国—墨西哥索赔委员会), 1931年3月26日第23号裁决,《国际仲裁裁决汇编》,第五卷,第133页,或《1930年2月15日以后委员的进一步决定和意见》, London, HM Stationery Office, 1933, p. 13; 及亚当斯和布莱克莫尔案(英国—墨西哥索赔委员会), 1931年7月3日第69号裁决,《国际仲裁裁决汇编》,第五卷,第216页。

⁷⁸ 伤害赔偿案(见上文脚注23),第186页。

⁷⁹ 德拉蒙德案, 2 Knapp, Privy Council I, p. 295, The English Reports, 第12卷, Edinburgh/London, William Green and Sons/Stevens and Sons, 1901, p. 492; 马蒂森案、史蒂文森案(英国—委内瑞拉混合索赔委员会)、布里尼奥内案和米利亚尼案(意大利—委内瑞拉混合索赔委员会), 分别见《国际仲裁裁决汇编》,第九卷(出售品编号: 59.V.5),第485和第494页,及第十卷(出售品编号: 60.V.4),第542和第584页,或 *Venezuelan Arbitrations of 1903*, J. H. Ralston (编), Washington D.C., United States Government Printing Office, 1904, 第429至第438页,第438至第455页,第710至第720页和第754至第762页; 卡内瓦罗案(意大利诉秘鲁)(常设仲裁法庭), 1912年5月3日的裁决,《国际仲裁裁决汇编》,第十一卷(出售品编号: 61.V.4),第397页,或 *The Hague Court Reports*, J. B. Scott (编), New York, Oxford University Press, 1916, p. 284; 海因案, 案件编号: 148 (1922年)(英国—德国混合仲裁法庭), *Annual Digest of Public International Law Cases 1919 to 1922*, J. F. Williams and H. Lauterpacht (编), London, Longmans, Green and Co., 1932, p. 216; 布卢门塔尔案(1923年)(法国—德国混合仲裁法庭), *Recueil des décisions des tribunaux arbitraux mixtes institués par les traités de paix*, tome 3, Paris, Sirey, 1924, p. 616; 德蒙特福特案, 案件编号: 206 (1926年)(法国—德国混合仲裁法庭), *Annual Digest of Public International Law Cases 1925 to 1926* (上文脚注70), p. 279; 潘松案, 案件编号: 194和195 (1928年)(法国—墨西哥混合索赔委员会), 同上(1927-1928年),第297至第301页; 或《国际仲裁裁决汇编》,第五卷(出售品编号: 1952.V.3),第327页; 和特雷西案(1928年)(美国—奥地利和匈牙利三方索赔委员会),《国际仲裁裁决汇编》,第六卷(出售品编号: 1955.V.3),第248至第250页。

⁸⁰ 诺特博姆案(上文脚注31),第22至第23页。诺特博姆案没有涉及双重国籍问题,但是,法院找到了对其下述观点的支持,即诺特博姆先生与列支敦士登并无涉及双重国籍情况下的有效联系。另见上文脚注79中提到的一些司法裁决。

这项原则以国家主权平等为基础,它排除了双重国籍情况下的外交保护,如果求偿国国籍是有效国籍,该原则就必须让位于有效国籍原则。不过,在未能证明其国籍为主要国籍的情况下,就必须坚持这一原则,因为这两项原则中的第一项是普遍公认的原则,可以作为实际事务中用于消除任何可能的不确定情况的标准。⁸¹

调解委员会的意见认为:有效国籍原则和主要国籍概念只是一个硬币的两面。调解委员会在随后审理的50多起涉及双重国籍者的案件中适用了根据这一概念制定的规则。⁸²伊朗—美国索赔法庭借鉴了上述情况,在若干案件中适用了主要和有效国籍原则。⁸³编纂提案认可了这种着手方式。特别报告员加西亚·阿马多尔在提交委员会的关于国家责任的第三次报告中提议:“若外国人有双重或多重国籍,只有具有比较坚强和比较真实的法律或其他联系的国家才可行使求偿权。”⁸⁴奥雷戈·比库尼亚在提交国际法协会第六十九次大会的报告中提出同样的看法。⁸⁵

⁸¹ 梅尔杰案,《国际仲裁裁决汇编》(见上文脚注73),第247页。另见德莱昂案,1962年5月15日和1963年4月8日第218和第227号案,《国际仲裁裁决汇编》,第十六卷(出售品编号: E/F.69.V.1),第239页,详见第247页。

⁸² 例如见斯波尔丁案(1956年),《国际仲裁裁决汇编》,第十四卷(出售品编号: 65.V.4),第292页,或《国际法律汇编》(1957年),第24卷(1961年),第452页; 赞格里利案(1956年),《国际仲裁裁决汇编》,第十四卷,第294页,或《国际法律汇编》,第24卷,第454页; 切斯特拉案(1957年),《国际仲裁裁决汇编》,第十四卷,第307页,或《国际法律汇编》,第24卷,第454页; 萨尔沃尼案(1957年),《国际仲裁裁决汇编》,第十四卷,第311页,或《国际法律汇编》,第24卷,第455页; 鲁斯波利—德鲁特柯伊案(1957年),《国际仲裁裁决汇编》,第十四卷,第314页,或《国际法律汇编》,第24卷,第457页; 普奇尼案(1957年),《国际仲裁裁决汇编》,第十四卷,第323页,或《国际法律汇编》,第24卷,第454页; 图里案(1960年),《国际法律汇编》,第30卷(1966年),第371页; 格拉涅罗案(1959年),《国际仲裁裁决汇编》,第十四卷,第393页,或《国际法律汇编》,第30卷,第351页; 加纳皮尼案(1959年),《国际仲裁裁决汇编》,第十四卷,第400页,或《国际法律汇编》,第30卷,第366页; 和迪奇乔案(1962年),《国际法律汇编》,第40卷(1970年),第148页。

⁸³ 特别见埃斯帕哈尼安诉商业银行案(1983年),《伊朗—美国索赔法庭汇编》,第2卷,剑桥,格鲁希阿斯,1984年,第157页起,详见第166页; 案件编号: A/18 (1984年),同上,第5卷,1985年,第251页; 和阿塔乌拉·戈尔皮拉诉伊朗伊斯兰共和国案(1983年),同上,第2卷,1984年,第174页,或《国际法律汇编》,第72卷,第493页。

⁸⁴ 关于国家对外侨所受损害所负国际责任的草案(见上文脚注71),第21条第4款。

⁸⁵ “不断变化的求偿国籍法”,临时报告,国际法协会,《第六十九次大会报告》,2000年,伦敦,第646页,第11段; 2006年在多伦多举行的国际法协会大会通过的最后报告又予以确认(《第七十二次大会报告》,2006年,伦敦)。

(4) 尽管两个概念不同,但一些权威对于一国国籍国针对另一国籍国提出求偿的情况,不加区分地使用了“有效”联系或“起支配作用的”联系,来描述求偿国与其国民之间必须具有的联系。条款草案第7条不使用这两个词语中的任何一个来描述必要的联系,而是使用“主要”一语,因为它表述了相对关系的意涵,并且表明,与另一国相比,该个人与该国有着较强的联系。法庭在审理这个问题时需要均衡评量国籍的竞争力度,适用于国籍问题时,以“主要”一语表述这项工作的精华要比“有效”或“起支配作用的”更为贴切。意大利—美国调解委员会在梅尔杰索赔案⁸⁶中也使用了“主要”一语,可以把该案视为目前习惯规则之发展的出发点。

(5) 委员会并不打算说明在确定主要国籍时必须考虑到哪些因素。权威意见显示:这些因素包括惯常居所、在每一国籍国居住的期间、归化日期(即在求偿提出前,成为保护国国民的时间有多长);受教育的地点、修习的课程和教学的语言;就业和财务利益;家庭生活的地点;在每一国籍国的家庭联系;对社会和公共生活的参与;语言的掌握;纳税、银行账户、社会保险;前往另一国籍国的情况;持有和使用另一国护照的情况以及服兵役的情况。没有哪一个因素是起决定作用的,每一因素所占比重因案情而异。

(6) 条款草案第7条采用了否定性的表述方式:“一国籍国不得……实行外交保护……除非”其国籍为主要国籍。这是为了表明条款草案第7条所设想到的情况应被视为特殊情况。这一表述也明确了求偿国应负举证责任,证明其国籍是主要国籍。

(7) 反对一国籍国针对另一国籍国提出求偿的主要原因是:这可能容许该个人在一国籍国受到损害以后,将另一国作为其主要国籍国,从而对前一国籍国提出求偿。求偿国的国籍在该人受损害之时和正式提出求偿之日都必须是主要国籍这一要求化解了这一反对意见。虽然这项要求呼应了关于持续国籍问题的条款草案第5条第1款所申明的原则,但在这种情况下,并非必须证明主要国籍在两个日期之间的延续性。条款草案第5条的评注解释了“发生损害之日”和“正式提出求偿之日”两个用

语。条款草案第5条第2款中关于持续国籍规则的例外在这里不适用,因为条款草案第7条所设想到的受害人应并未丧失其其他国籍。

第8条 无国籍人和难民

1. 一国可为无国籍人实行外交保护,但该人须在受到损害之日和正式提出求偿之日在该国具有合法的惯常居所。

2. 一国可为被该国根据国际公认的标准承认为难民的人实行外交保护,但该人须在受到损害之日和正式提出求偿之日在该国具有合法的惯常居所。

3. 第2款不适用于该难民的国籍国之间国际不法行为造成损害的情况。

评注

(1) 过去,一般规则是,一国仅可为其国民实行外交保护。1931年,美国—墨西哥索赔委员会在迪克森车轮公司案中认为,无国籍人不能享受外交保护。该委员会表示:“一国……在对无国籍的个人造成损害时,并没有犯下国际不法行为,因此任何国家均无权在损害发生之前或之后以该个人的名义进行干预或投诉。”⁸⁷这一意见已不再反映国际法对无国籍人和难民的准确立场。当代国际法反映出对这两类人地位的关注。这一点体现在1961年《减少无国籍状态公约》和1951年《关于难民地位的公约》等公约当中。

(2) 条款草案第8条体现了法律的逐渐发展⁸⁸,它偏离了只有国民才可享受外交保护的规则,而容许一国为属于无国籍人或难民的非国民实行外交保护。虽然条款草案第8条要在关于无国籍状态和难民的规则框架内加以看待,但它并未试

⁸⁷ 迪克森车轮公司(美国)诉墨西哥合众国案,1931年7月的裁决,《国际仲裁裁决汇编》,第四卷(出售品编号:1951.V.1),第669页起,详见第678页。

⁸⁸ 在拉维等人、英女王(应申请)诉外交事务大臣和另一人案,[2006] EWHC 972 (Admin)中,一英国法院认定条款草案第8条应被视为拟议法,“尚不构成国际法的一部分”(第63段)。

⁸⁶ 见上文脚注73。

图就这些人的地位发表意见。该条仅关心为这些人实行外交保护的问题。

(3) 第1款涉及对无国籍人的外交保护。它没有给无国籍人下定义。然而, 这样的定义见于《关于无国籍人地位的公约》, 《公约》规定, 无国籍人是指“任何国家根据它的法律不认为是其国民的人。”这项定义无疑可被视为已具有了习惯法性质。一国可为这样的人实行外交保护, 而不论他或她是怎样成为无国籍人的, 只要他或她在受到损害之时和正式提出求偿之日合法、惯常居住在该国。这里的惯常居所是为了传达连续居住的含义。

(4) 合法、惯常居住这两点要求确立了很高的门槛⁸⁹。虽然这一门槛很高并导致某些个人得不到有效保护, 但惯常居所与合法居所这两点结合使用, 在根据拟议法引入例外措施的情况下是合理的。

(5) 第1款包含了求偿的时间要求。无国籍人在受到损害之时和正式提出求偿之日必须是求偿国的合法和惯常居民。

(6) 第2款涉及居住地对难民的外交保护。居住地国的外交保护对难民尤其重要, 因为难民“不能或[自己]不愿受[国籍国的]保护”⁹⁰或者如果要利用这种保护, 就会有失去居住地国难民地位的危险。第2款对应了第1款中的说法。第3款所示的无国籍人与难民的重要区别说明了委员会为何对每一类人用单独一款作出规定。

(7) 要求将合法居所和惯常居所作为为难民实行外交保护的前提条件, 正如对待无国籍人一样,⁹¹ 不过, 《关于难民地位的公约》第28条在述及缔约国为难民发放旅行证件时规定了“合法居留”⁹²这一较低的门槛。两项因素表明这个立场的合理

⁸⁹ “合法和惯常”居住这一用语的依据是《欧洲国籍公约》第6条第4款(g)项, 该项在述及国籍的获得时使用了这一用语。另见关于国家对外侨所受损害所负国际责任的哈佛公约草案(上文脚注71), 在该公约中, 受保护的人包括“在该国具有惯常居所的无国籍人”。

⁹⁰ 《关于难民地位的公约》第1条A款第(2)项。

⁹¹ 惯常居所在这种情况下表示连续居住的含义。

⁹² 该公约的准备工作材料表明, “居留”是指时间长度次于长期居住。

性。首先, 按照该公约的规定, 发放旅行证件并不给予证件持有人以得到外交保护的权力;⁹³ 其次, 在根据拟议法而引入传统规则的例外情形时, 有必要确立较高的门槛。⁹⁴

(8) 第2款中的“难民”一词不限于1951年《关于难民地位的公约》及其1967年《关于难民地位的议定书》中所界定的难民, 而是也包括不完全符合这一定义的人。委员会考虑过使用见于1997年《欧洲国籍公约》第6条第(4)款(g)项的“被承认的难民”一词, 这样会使这个概念有所扩大, 涵盖区域文书所承认的难民, 例如《非洲统一组织关于非洲难民问题特定方面的公约》,⁹⁵ 该公约被普遍视为对难民进行国际保护的典范;⁹⁶ 以及美洲国家组织大会于1985年核准的《卡特赫纳难民问题宣言》。⁹⁷ 然而, 委员会倾向于不为此用语规定限制, 以便容许一国能向它视为难民并作为难民对待的任何人提供外交保护。⁹⁸ 然而, 这种承认必须基于与对难民的承认有关的“国际公认标准”。这个词语强调应适用各种公约和其他国际文书中阐述的标准, 以及1951年《关于难民地位的公约》及其1967年《议定书》中的法律规则。

(9) 第2款重复了对求偿的时间要求。难民在受到损害之时和正式提出求偿之日必须是求偿国的合法和惯常居民。

(10) 第3款规定, 收留难民的国家不得针对该难民的国籍国而为该难民实行外交保护。如果容许这样做, 就会违背本条款草案的基本精神, 即国

⁹³ 见该《公约》的附则第16段。

⁹⁴ 见上文本条草案评注第(4)段。

⁹⁵ 这一公约将难民的定义扩展为也包括“凡由于外国入侵、占领、外国统治或严重扰乱其原籍国或国籍国部分或全部领土的公共秩序的事件而被迫离开其惯常居所到其原籍国或国籍国以外的地方避难者”(第1.2条)。

⁹⁶ 见联合国难民事务高级专员提交的关于国际保护的说明(A/AC.96/830), 第17页, 第35段。

⁹⁷ 由1984年11月19日至22日在哥伦比亚卡特赫纳德印第亚斯举行的中美洲、墨西哥和巴拿马地区难民的国际保护问题座谈会通过; 《宣言》各项结论的案文载于OEA/Ser.L/V/II.66 doc.10 rev.1号文件, 美洲国家组织大会, 第十五届常会(1985年), 1985年12月7日举行的总务委员会第五届会议通过的决议。

⁹⁸ 例如, 一国或许可能为根据1954年《领土庇护公约》得到政治庇护的人实行外交保护。

籍是实行外交保护的主要依据。另外，该款也有政策方面的理由。大多数难民都对在国籍国所遭受的待遇提出了严重的指控，他们是为了逃避迫害而离开国籍国的。在这样的情况下，如果容许外交保护，就会打开国际诉讼的闸门。此外，各国也可能会因为担心难民要求采取这样的行动而拒绝接收难民。

(11) 第1和第2款都规定，收留难民的国家“可实行外交保护”。这强调了这项权利的自由裁量的性质。按照国际法，对于是否为国民实行外交保护，一国拥有酌处权。⁹⁹ 对于是否向无国籍人或难民提供这种保护，一国更有理由拥有酌处权。

(12) 条款草案第8条仅关注对无国籍人和难民的外交保护。它不关注给予这些人国籍的问题。为无国籍人或难民实行外交保护不能也不应该被视为可引起对给予国籍的正当期待。《关于难民地位的公约》第28条及其附则第15段都已表明，向难民发放旅行证件并不影响证件持有人的国籍。更不应把为难民或无国籍人实行外交保护理解为会影响受保护者的国籍。

第三章

法人

第9条 公司的国籍国

就对公司的外交保护而言，国籍国是指公司依照其法律成立的国家。然而，当公司受另一国或另外数国的国民控制，在成立地国没有实质性商务活动，而且公司的管理总部和财务控制权均处另一国时，则应将该另一国视为国籍国。

评注

(1) 条款草案第9条承认外交保护可惠及公司。本条第一部分沿用关于自然人的外交保护的条款草案第4条的语言。这个规定表明，就公司的外交保护而言，必须满足某些条件才能成为国籍国，这和自然人的外交保护的的规定一样。

(2) 国家实践大多涉及对公司的外交保护，即资本一般呈股份形式、承担有限责任的营利性企业，而不涉及其他类型法人。这说明了为何本条以及以下各条涉及对公司及公司股东的外交保护。条款草案第13条专门规定了公司以外的法人的地位。

(3) 如同对自然人一样，给予公司国籍属于一国的“主权范围”。¹⁰⁰ 正如国际法院在巴塞罗那电车公司案中所述：

国际法须承认公司实体是各国在其国内管辖范围内的一个领域内创立的实体。这反过来要求，一旦各国处理公司和股东问题的权利方面出现了法律问题，须求助于国内法有关规则，因为国际法对这些权利没有确立自己的规则。¹⁰¹

虽然国际法本身没有关于公司成立、管理和解散或关于股东权利及其与公司关系的规则，因此在这方面必须在国内法中寻求指导，但要由国际法决定国家可为公司或其股东实行外交保护的情况。国际法院在巴塞罗那电车公司案中处理到这个问题，其中裁定，国际法将“公司实体的外交保护权授予公司按照其法律成立并在其领土内拥有注册的办事处的国家。”¹⁰² 为了外交保护的目的，对于公司获得国籍一事，国际法院在这里规定了两项条件：公司在该国成立，并且在该国设有注册办事处。大多数国家的法律都规定按照其法律成立的公司都须在其境内设有注册办事处，即便只是有名无实也可，因此，公司的成立对于外交保护的的目的而言是最重要的标准。然而，在巴塞罗那电车公司案中，国际法院并不满足于将公司的成立定为实行外交保护的唯一标准。虽然国际法院没有重申诺特博姆案中适用的“真正联系”要求¹⁰³，并承认“在公司实体的外交保护这一特定领域，尚无任何‘真正联系’的绝对检验标准得到普遍接受”¹⁰⁴，但还是提出，除了成立和注册办事处以外，实行外交保护的国家与公

¹⁰⁰ 见突尼斯和摩洛哥的国籍法令案（上文脚注38）。

¹⁰¹ 巴塞罗那电车公司案，第二阶段，判决（见上文脚注35），第33至第34页，第38段。

¹⁰² 同上，第42页，第70段。

¹⁰³ 同上。诺特博姆案，见上文第31页。

¹⁰⁴ 巴塞罗那电车公司案，第二阶段，判决（见上文脚注35），第42页，第70段。

⁹⁹ 见条款草案第2和第19条及其评注。

司之间还需要某种“永久和密切的联系”。¹⁰⁵ 在该案的事实方面，国际法院认定，这种联系就表现在该公司在加拿大设立已有50多年，保持着注册办事处、账户和股份登记册，多年来均在该国举行董事会会议，列于加拿大税务部门的记录中，而且其他国家普遍承认该公司的加拿大国籍。¹⁰⁶ 国际法院认为，所有这一切都意味着“巴塞罗那电车公司与加拿大的联系是多方面的”。¹⁰⁷ 在巴塞罗那电车公司案中，国际法院面临的情况并不是公司在一国成立却与另一国有“密切和永久的联系”。人们只能猜测国际法院在这种情况下会如何裁决。然而，条款草案第9条确实针对这种情况作了规定。

(4) 条款草案第9条接受了巴塞罗那电车公司案中的基本前提：公司的成立使公司具有了就外交保护目的而言的国籍。然而，该条规定了一种特定情况下的例外，即公司成立地国与公司本身之间不存在任何其他重要的联系，而是与另一国存在某些重要联系，在这种情况下，就外交保护目的而言，该另一国将被视为国籍国。无论是政策还是公平性都要求这样的解决办法。不宜将实行外交保护的唯一、排他权利赋予与公司有着最薄弱联系的国家，因为这样的国家很少愿意为公司提供保护。

(5) 条款草案第9条规定，在第一种情况下，公司成立地国是**有权实行外交保护的国籍国**。然而，如果情况表明公司与另一国具有较密切的联系，公司的管理总部和财务控制权均处该另一国，则应将该国视为**有权实行外交保护的国籍国**。然而，在这之前，还须先满足某些条件。首先，该公司必须是受另一国国民控制。其次，在成立地国，公司不得有实质性商务活动。第三，公司的管理总部和财务控制权均须在另一国。只有在全部满足这些条件之后，公司的管理总部和财务控制权所在国才是就外交保护目的而言的国籍国。

(6) 在巴塞罗那电车公司案中，国际法院警告说，赋予股东国籍国以外交保护权可能导致大量诉讼，从而“可能会在国际经济关系中形成混乱和

无保障的氛围”。¹⁰⁸ 将外交保护权赋予与公司有联系的多个国家也可能造成类似混乱。条款草案第9条不允许这种多重诉讼。有权实行外交保护的国籍国要么是公司成立地国，要么，如果满足所要求条件的话，是公司的管理总部和财务控制权所在国。如果管理总部和财务控制权在不同的国家，则公司成立地国仍应是有权实行外交保护的国家。

第10条 公司的持续国籍

1. 一国有权为从发生损害之日到正式提出求偿之日持续为该国或其被继承国国民的公司实行外交保护。如果在上述两个日期该公司都持有该国国籍，则推定该国籍是持续的。

2. 一国对于在提出求偿后获得被求偿国国籍的公司不再享有为其实行外交保护的**权利**。

3. 尽管有第1款的规定，一国对于在发生损害之日为其国民，但由于损害的原因，按照成立地国法律终止存在的公司，继续有权实行外交保护。

评注

(1) 条款草案第5条的评注讨论了关于必须保持持续国籍的一般原则。实际上，在涉及公司的案件中，持续国籍问题出现的次数较少，不像涉及自然人的案件。自然人由于归化、结婚或收养以及国家继承等原因可以很容易地改变国籍，但公司一般只能通过**在另一国重新组建或重新成立才能改变国籍**，在这种情况下，公司具有了新的人格，因而中断了公司国籍的持续性。¹⁰⁹ 公司可以不改变法律人格而改变国籍的最常见例子出现在发生国家继承时。

(2) 第1款申明了一项传统原则，即一国有权为在受到损害之时和正式提出求偿之日都是其国民的公司实行外交保护。它还要求从损害发生之日到

¹⁰⁸ 同上，第49页，第96段。

¹⁰⁹ 见奥里诺科轮船公司案，根据1903年2月17日《议定书》设立的美委一委内瑞拉混合索赔委员会，《国际仲裁裁决汇编》，第九卷，第180页。在此案中，一家在联合王国组建的公司将其向委内瑞拉政府提出的求偿转给了在美国组建的继承公司。由于设立本委员会的条约允许美国在这种情况下代表其国民提出求偿，此求偿获得准许。然而，首席仲裁员巴奇清楚地表示，如果不是因为该条约，此举本不应允许（同上，第192页）。另见洛温案（上文脚注59），第484至第485页，第220段。

¹⁰⁵ 同上，第42页，第71段。

¹⁰⁶ 同上，第42至第44页，第71至第76段。

¹⁰⁷ 同上，第42页，第71段。

正式提出求偿之日，国籍具有持续性。条款草案第5条的评注分析了这些同样适用于自然人的要求。采用正式提出求偿之日而非裁定之日的说法，其理由在条款草案第5条的评注中已有说明。然而，第2款规定了一个例外，以涵盖公司在提出求偿之后获得被求偿国国籍的情况。

(3) 在公司由于国家继承而改变国籍的情况下，持续国籍的要求已得到满足。¹¹⁰事实上，这是持续国籍规则的一个例外。第1款“被继承国”一语涵盖了这个问题。

(4) 第1款中“求偿”一语包括通过外交渠道提出的要求，也包括向一司法机构提出的要求。这一要求可具体说明责任国应该为停止持续中的不法行为而采取的行动，以及应该采取的赔偿形式。¹¹¹

(5) 就第2款而言，一国无权为在提出求偿之后获得被求偿国国籍的公司实行外交保护。此款是为了顾及洛温案中出现的那一类情况，¹¹²即一家公司在提起求偿的国家（加拿大）不复存在，并在被求偿国（美国）重组。条款草案第5条的评注进一步讨论了这个问题。¹¹³

(6) 如果按照成立地国的法律，身为其国民的公司已不存在，则为该公司实行外交保护一事将遇到困难。如果采取一种立场，认为倘若在提出求偿之时公司已经不存在，那该公司的国籍国便不可提出求偿，那么，将没有任何国家可就该公司所受损害实行外交保护。一国不能利用股东的国籍来提出此类求偿，因为它不能证明在公司受到损害之时它有必要的利害关系。这个问题曾使几位审理巴塞罗那电车公司案的法官感到困惑，¹¹⁴也使某些法

院、仲裁庭¹¹⁵和学者们¹¹⁶感到困惑。第3款采取了务实的做法，容许一家公司的国籍国针对在受到损害之时是其国民但由于所受损害已不复存在因而不复是其国民的公司实行外交保护。为了符合要求，求偿国必须证明该公司之所以停止存在，正是因为求偿所针对的损害。第3款必须结合条款草案第11条(a)款来读，该款表明，股东的国籍国无权针对导致公司消亡的损害而实行外交保护。

第11条 股东的保护

在公司受到损害的情况下，公司股东的国籍国无权为这些股东实行外交保护，除非：

(a) 由于与损害无关的原因，按照成立地国的法律该公司已不存在；或

(b) 在受到损害之日，公司具有被指称应对造成损害负责的国家的国籍，并且在该国成立公司是该国要求的、在其境内开展经营活动的前提条件。

评注

(1) 关于公司的外交保护问题，最基本的一项原则是，公司应由公司的国籍国来保护，而不是由公司股东的单个或多个国籍国来保护。国际法院在审理巴塞罗那电车公司案时有力地重申了这一原则。在此案中，国际法院起初强调，法院关注的唯一问题是“一家由股票代表资本的有限责任公司”中股东的外交保护问题。¹¹⁷这种公司的特点是公司

¹¹⁰ 关于这个议题，详见帕涅韦兹斯-萨尔杜提斯基铁路案（上文脚注26），第18页。另见特别报告员瓦奇拉夫·米库尔卡先生关于国家继承涉及的国籍问题的第四次报告，报告强调了与国家继承涉及的法人国籍问题有关的困难，《1998年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/489号文件。

¹¹¹ 详见国家对国际不法行为的责任条款草案第43条及其评注，《2001年……年鉴》，第二卷（第二部分），第136至第138页。

¹¹² 洛温案（见上文脚注59），第220段。

¹¹³ 第(5)和第(13)段。

¹¹⁴ 法官杰瑟普（见上文脚注35，第193页）、格罗斯（同上，第277页）和菲茨莫里斯（同上，第101至第102页），以及临时法官里普哈根（同上，第345页）。

¹¹⁵ 见孔哈特公司案（根据1903年2月17日《议定书》设立的美-委内瑞拉混合索赔委员会的意见），《国际仲裁裁决汇编》，第九卷，第171页，尤其见委内瑞拉委员保乌尔先生的反对意见，第180页；另见F. W. 弗拉克为已故D. L. 弗拉克的遗产（大不列颠）诉墨西哥合众国案，1929年12月6日第10号裁决，同上，第五卷，第61页，详见第63页。

¹¹⁶ 见L. Caflisch, *La protection des sociétés commerciales et des intérêts indirects en droit international public*, The Hague, Martinus Nijhoff, 1969, 第206至第207页；W. E. Beckett, “Diplomatic claims in respect of injuries to companies”, in *Transactions of the Grotius Society*, 第17卷, London, Sweet and Maxwell, 1932, 第175页起，详见第191页；和E. Wyler, *La règle dite de la continuité de la nationalité dans le contentieux international*, Paris, Presses universitaires de France, 1990, 第197至第202页。

¹¹⁷ 巴塞罗那电车公司案，第二阶段，判决（见上文脚注35），第34页，第40段。

与股东之间存在着明显区别。¹¹⁸一旦公司受到伤害而使股东利益受到损害，股东只得依赖公司采取行动，因为“同一不法行为可能会伤害两个单独实体的利益，但是只有一个实体的权利受到侵犯”。¹¹⁹只有在被起诉的行为目的在于侵犯股东的直接权利时，股东才有独立的诉讼权。¹²⁰据国际法院的说法，指导在公司与股东之间作出明确区别的这类原则源于国内法，而非国际法。¹²¹

(2) 在巴塞罗那电车公司案中，国际法院裁定在公司受到损害时，应由公司成立地国而非公司股东国籍国实行外交保护时，遵循了若干项政策考虑。首先，当股东投资一家在外国开展业务的公司时，他们承担了风险，包括这家公司的国籍国可能行使酌处权，拒绝为其实行外交保护的风险。¹²²其次，如果允许股东国籍国实行外交保护，可能会导致各国提出繁多的索赔，因为大公司常常由多国股东控股。¹²³在这方面，国际法院表示，如果授权股东国籍国代表股东采取行动，那就没有理由认为每个个别股东不应享有这种权利。¹²⁴第三，法院不愿以类推方式将双重国籍规则适用于公司和股东，也不想同时允许两者的国籍国实行外交保护。¹²⁵

(3) 在巴塞罗那电车公司案中，国际法院同意，在两种情况下，股东的国籍国可以代表股东实行外交保护：第一，公司在其成立地已不复存在¹²⁶——巴塞罗那电车公司案不属于这种情况；第二，公司成立地国本身对公司造成伤害，而外国股东在国际一级的唯一保护手段就是通过其国籍国¹²⁷——巴塞罗那电车公司案也不属于这种情况。对于这两种例外，国际法院在审理巴塞罗那电车公司案时并没有给予透彻的审议，因为这两项例外与案件无

关，但这两项例外在条款草案第11条(a)款和(b)款中得到了承认。由于公司的股东可以是不同国家的国民，可能会有若干国籍国可以依据这些例外规定实行外交保护。然而，在实践中，这些国家将会、也应当协调它们的要求，确保国民拥有大部分股本的国家成为案中的求偿国。

(4) 条款草案第11条限于公司股东的利益，因为有关这一主题的司法裁决，包括巴塞罗那电车公司案在内，主要处理的都是股东问题。在国籍国是否有权保护债券持有人、指定代理人或受托人等股东以外的投资者的问题上，没有明确的权威意见。然而，原则上似无恰当理由不让国籍国保护这些人。¹²⁸

(5) 条款草案第11条(a)款要求公司“已不存在”之后，股东的国籍国方可代表股东介入。但在巴塞罗那电车公司案之前，权威意见似乎赞成一种不那么严格的检验标准，允许国家在公司“实际停业”的情况下为维护股东利益而介入。¹²⁹但在审理巴塞罗那电车公司案时，法院为确定公司的消亡确立了更高的标准。一个公司光是“瘫痪”或“财务状况危急”是不够的。¹³⁰“实际停业”的标准也同样不予采用，因为这“在法律上不十分准确”。¹³¹它认为只有“法律意义上的公司地位”才是重要的。国际法院说：“只有当公司在法律上已消亡时，股东才失去了通过公司获得救济的可能性；只有在股东失去了所有此种可能性后，才会产生他们或其政府采取行动的独立权利。”¹³²欧洲人权法院随后对这一标准表示支持。¹³³

¹¹⁸ 同上，第41段。

¹¹⁹ 同上，第35页，第44段。

¹²⁰ 同上，第36页，第47段。

¹²¹ 同上，第37页，第50段。

¹²² 同上，第35页，第43段；第46页，第86至第87段；和第50页，第99段。

¹²³ 同上，第48至第49页，第94至第96段。

¹²⁴ 同上，第48至第49页，第9至第95段。

¹²⁵ 同上，第38页，第53段；和第50页，第98段。

¹²⁶ 同上，第40至第41页，第65至第68段。

¹²⁷ 同上，第48页，第92段。

¹²⁸ 这是联合王国采取的方针。见从各国政府收到的关于委员会一读通过的条款草案的评论和意见，《2006年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/561和Add.1-2号文件，附件（大不列颠及北爱尔兰联合王国：国际索赔适用规则）。

¹²⁹ 德拉瓜湾铁路公司案，J. B. 穆尔，《国际法文摘》，第六卷，哥伦比亚特区华盛顿，美国政府印刷局，1906年，第648页；特里温福公司索赔案，同上，第649页；巴舍和罗默案，《国际仲裁裁决汇编》，第十卷（出售品编号：1960.V.4），第713页起，详见第723页。

¹³⁰ 见巴塞罗那电车公司案，第二阶段，判决（上文脚注35），第40至第41页，第65至第66段。

¹³¹ 同上，第41页，第66段。

¹³² 同上；另见法官帕迪利亚·内尔沃（同上，第256页）和阿蒙（同上，第319至第320页）的个别意见。

¹³³ 见阿格罗泰克西姆等诉希腊案，1995年10月24日的裁决，欧洲人权法院，A辑，第330-A号，第25页，第68段。

(6) 在巴塞罗那电车公司案中，国际法院并没有明确地宣布，股东介入的先决条件是该公司在成立地已不存在。然而，从法院诉讼过程来看却很清楚，法院的意图是，公司应是在其成立地国而不是在受到损害的国家停止存在。国际法院承认公司在西班牙已倒闭¹³⁴，但强调这不影响它在成立地国加拿大的继续存在：“在本案中，巴塞罗那电车公司在成立地国接受破产管理。这绝不意味着这个实体或其权利的消亡，而是意味着，只要还没有展开清理工作，这些权利就仍然存在。在整个破产管理过程中，这个公司仍继续存在。”¹³⁵ 一个公司在组建和成立后就在成立地国“诞生”。相反，它在成立地国即使其得以存在的国家停业时即为“消亡”。因此，看来合理做法是，必须根据公司成立地国的法律来确定公司是否已不存在，以及是否不能再作为一个公司实体运作。

(7) 最后的短语“由于与损害无关的原因”旨在确保股东的国籍国不得就公司所受的造成公司消亡的损害提起诉讼。根据条款草案第10条，这依然是公司国籍国的权利。因此，股东的国籍国只能为因公司遭受另外的损害而遭受损失的股东实行外交保护，这样的损害与可能导致公司消亡的损害无关。这一限定语的目的是限制股东国籍国针对公司所受损害而代表股东进行干预的可能情形。

(8) 条款草案第11条(b)款规定了一种例外，即公司股东的国籍国有权在成立地国本身应对公司所受损害负责的情况下，为股东实行外交保护。这项例外仅适用于以下情况：对公司造成了损害的国家规定按照其法律成立是在该国开展经营活动的前提条件。

(9) 对这种例外的支持见于国家实践、仲裁裁决¹³⁶和学说。具有重要意义的是，德拉瓜湾铁

路案、墨西哥鹰牌案和“萨尔瓦多商业公司”等案（“特里温福公司”案）这三个索赔案为股东国籍国进行干预提供了最强有力的支持；在这些案件中，蒙受损失的公司是被迫在不法行为国家成立的。虽然这些索赔案中使用的措辞并未表明应将干预限于此类情况，但无疑正是在这些情况下最需要进行干预。在墨西哥鹰牌案中，墨西哥提出的论点是国家不可代表一家墨西哥公司的股东进行干预。对此，联合王国政府做出如下答复：

如果承认这种理论，即政府能够首先把依照地方法律成立公司作为外国利益方在其境内营运的条件，然后将这一成立作为拒绝外国外交保护的理据，则显然总会有办法阻止外国政府根据国际法行使其确定无疑的权利以保护其海外国民的商业利益。¹³⁷

(10) 在巴塞罗那电车公司案中，被告国西班牙不是受损害公司的国籍国。因此，未向国际法院提出正在讨论的例外情况。但法院的确顺带提到过这一例外情况：

的确，一直有人坚持认为，为公平起见，在某些情况下国家应能够保护其国民，亦即违反国际法行为受害公司的股东。因此，形成了一种理论，即如果被追究负责的国家是公司国籍国，那么，股东国籍国享有外交保护权。无论这一理论是否有效，它肯定不适用于该案，因为西班牙并不是巴塞罗那电车公司的国籍国。¹³⁸

菲茨莫里斯法官¹³⁹、田中法官¹⁴⁰和杰瑟普法官¹⁴¹在他们关于巴塞罗那电车公司案的个别意见

¹³⁴ 见巴塞罗那电车公司案，第二阶段，判决（上文脚注35），第40页，第65段。另见法官菲茨莫里斯（同上，第75页）和杰瑟普（同上，第194页）的个别意见。

¹³⁵ 同上，第41页，第67段。

¹³⁶ 见德拉瓜湾铁路公司案（上文脚注129）；墨西哥鹰牌案（阿吉拉案），M. M. 怀特曼，《国际法文摘》，第8卷（1967年），第1272至第1274页；罗马诺—美洲案，G. H. 哈克沃思，前引书（上文脚注64），第五卷，第841页；“萨尔瓦多商业公司”等案（“特里温福公司”案），1902年5月8日的裁决，《国际仲裁裁决汇编》，第十五卷（出售品编号：1966.

V.3），第455页起，详见第467页；和德美石油公司油轮案，1926年8月5日的裁决，同上，第二卷（出售品编号：1949.V.1），第777页起，详见第790页。对各种权威意见的全面论述，见Caffisch，前引书（上文脚注116）；和J. M. Jones，“Claims on behalf of nationals who are shareholders in foreign companies”，《英国国际法年鉴》，第26卷（1949年），第225页。另见E. Jiménez de Aréchaga，“International responsibility”，载于Max Sørensen（编），*Manual of Public International Law*, London, Macmillan, 1968，第531页起，详见第580至第581页。

¹³⁷ 怀特曼，前引书（上文脚注），第1273至第1274页。

¹³⁸ 巴塞罗那电车公司案，第二阶段，判决（上文脚注35），第48页，第92段。

¹³⁹ 同上，第72至第75页。

¹⁴⁰ 同上，第134页。

¹⁴¹ 同上，第191至第193页。

中表示完全支持股东国籍国在成立地国让公司蒙受损失时进行干预的权利。¹⁴² 菲茨莫里斯法官¹⁴³ 和杰瑟普法官¹⁴⁴ 都承认,当成立地国规定按照其法律成立是在该国开展经营活动的前提条件时,这样的规则便特别有必要,但两人都不愿意将此规则的适用局限于此类情况。另一方面,帕迪利亚·内尔沃法官¹⁴⁵、莫雷利法官¹⁴⁶ 和阿蒙法官¹⁴⁷ 极力反对这种例外情况。

(11) 在巴塞罗那电车公司案之后的时期,与拟议例外有关的进展主要出现在条约框架内。但这些进展都支持一种概念,即当公司的成立地国应对公司所受损失负责时,公司股东可对该成立地国采取干预措施。¹⁴⁸ 在西电公司案¹⁴⁹ 中,国际法院分庭允许美国就一家意大利公司蒙受的损失对意大利提出索赔,因为两家美国公司拥有该公司全部的股份。尽管意大利不承认据称权利受到侵犯的公司在意大利成立,而美国设法保护该公司股东的权利,法院还是避免就该案的裁定与巴塞罗那电车公司案的裁定是否一致表态。¹⁵⁰ 可以如下理由解释这种沉默,即分庭并不关心对习惯国际法的解释,它关心的,是对双边《友好商业航行条约》¹⁵¹ 的解释,该条约规定美国可以向海外股东提供保护。另一方面,显然已向分庭提出了拟议例外

条款。¹⁵² 因此,有可能推断出对这种例外规定的支持,即在成立地国应对公司所受损害负责时,赞成公司股东的国籍国有权针对成立地国采取干预措施。¹⁵³

(12) 在巴塞罗那电车公司案之前,就有意见表示支持拟议的例外,但对国家实践和仲裁决定是否或在多大程度上承认该例外,存在分歧。虽然仲裁裁决确认了例外所体现的原则,但这些裁决所依据的,往往是国与国之间允许股东索赔的专项协定,因此,未必是一项习惯国际法的一般规则的体现。¹⁵⁴ 巴塞罗那电车公司案的附带意见及菲茨莫里斯法官、杰瑟普法官和田中法官的个别意见无疑加重了赞同该例外规定的言论的份量。随后的发展,尽管是在条约解释的范围内,也确认了这一趋势。¹⁵⁵ 在这种情况下,有可能根据司法意见而维持一种普遍的例外。但是条款草案第11条(b)款并没有走这么远。相反,它将例外限于所谓的“卡尔沃公司”,如“卡尔沃条款”¹⁵⁶ 所述,成立这种公司的目的是使公司免受外交保护相关国际法规则的制约。它将例外局限于下述情形:在受到损害之时(另一个限制性特征),公司拥有据称对损害负有责任的国家的国籍,并且该国规定在该国成立是在那里开展经营活动的前提条件。未必是该国法律要求成立这一要件。其他形式的强制性规定也可能产生“要求”公司在该国成立的结果。

¹⁴² 顾维钧法官在巴塞罗那电车、电灯及电力有限公司案中同样支持这一立场,初步反对意见,《1964年国际法院汇编》,第6页起,详见第58页,第20段。

¹⁴³ 巴塞罗那电车公司案,第二阶段,判决(上文脚注35),第73页,第15和第16段。

¹⁴⁴ 同上,第191和第192页。

¹⁴⁵ 同上,第257至第259页。

¹⁴⁶ 同上,第240和第241页。

¹⁴⁷ 同上,第318页。

¹⁴⁸ 见美国东南部经销公司诉伊朗国家石油公司和伊朗伊斯兰共和国案,1985年10月24日第129号案,《国际法律汇编》,第84卷(1991年),第484和第496页(解释《阿尔及尔理赔宣言》第七条第2款);利比亚东部木材公司诉利比亚共和国政府案,《国际法律资料》,第26卷(1987年),第647页和第652至第654页(解释《关于解决国家和其他国家国民之间投资争端的公约》第25条)。

¹⁴⁹ 西西里电子公司(西电公司)案,判决,《1989年国际法院汇编》,第15页。

¹⁵⁰ 同上,第64页(第106段)和第79页(第132段)。

¹⁵¹ 1948年2月2日在罗马签署(联合国,《条约汇编》,第79卷,第1040号,第171页)。

¹⁵² 从小田法官(第87至第88页)和施韦贝尔法官(第94页)在西电公司案(见上文脚注149)中就此问题进行的意见交流可清楚地看出这一点。

¹⁵³ Yoram Dinstein表达了这样的意见,见“Diplomatic protection of companies under international law”,载于K. Wellens(编),*International Law: Theory and Practice- Essays in Honour of Eric Suy*, The Hague, Martinus Nijhoff, 1998, 第505页起,详见第512页。

¹⁵⁴ 见从各国政府收到的关于委员会一读通过的条款草案的评论和意见中美国就条款草案第11条(b)项提交的大意如此的意见, A/CN.4/561和Add.1-2号文件(上文脚注128)。

¹⁵⁵ 根据联合王国1985年的《国际索赔规则》,“如果[联合王国]国民在一家成立于另一国家因而其国民的公司中作为股东或以其他身份拥有权益,而该国使公司蒙受损失,则[女王陛下政府]可以进行干预,保护[联合王国]国民的利益”(规则六),重印于《国际法和比较法季刊》,第37卷(1988年),第1007页,并载于从各国政府收到的关于委员会一读通过的条款草案的评论和意见附件, A/CN.4/561和Add.1-2号文件(见上文脚注128)。

¹⁵⁶ 以著名阿根廷法学家卡洛斯·卡尔沃(1824-1906年)的名字命名。见《1956年……年鉴》[英],第二卷, A/CN.4/96号文件,第206至第208页。

第12条 对股东的直接损害

在一国的国际不法行为对股东本人的权利，而非公司的权利，造成直接损害的情况下，这些股东的国籍国有权为其国民实行外交保护。

评注

(1) 国际法院在巴塞罗那电车公司案中确认，股东的自身权利受到影响时便有资格得到外交保护，法院指出：

某一只是针对和侵犯公司权利的行为并不涉及对股东的责任，即使股东的利益受到了影响。……如果所控行为针对的是这类股东的直接权利，情况就不同了。众所周知，国内法给予股东的权利与给予公司的截然不同，这些利益包括获得已公布红利的权利、出席大会和在会上投票的权利、公司清算时分得剩余资产的权利。无论何时，股东的直接权利之一如受到侵犯，股东都享有独立的行动权。¹⁵⁷

然而，由于比利时清楚地表明其求偿主张并非基于对股东直接权利的侵犯，也就没有进一步要求国际法院审议此事。

(2) 国际法院分庭在西电公司案中遇到了保护股东直接权利的问题。¹⁵⁸然而，就该案而言，股东组织、控制和管理公司的权利等有关权利已见于《友好商业航运条约》¹⁵⁹，有人要求分庭加以解释，但分庭未能就此主题详述习惯国际法的规则。和国际法院审议巴塞罗那电车公司案时一样，在阿格罗泰克西姆案¹⁶⁰中，欧洲人权法院承认股东在权利受到直接侵犯的时候，享有得到保护的權利，但认定本案中并没有发生这种侵权事宜。¹⁶¹

(3) 条款草案第12条没有试图详尽地列出有别于公司自身权利的股东的权利。国际法院在巴塞罗那电车公司案中提到股东最明显的权利是：获得

已公布红利的权利；出席大会并在会上投票的权利以及公司清算时分得剩余资产的权利。然而，正如法院指出的，这个清单并不详尽。这意味着法院可以根据个案的事实，自行确定这些权利的限度。不过，必须认真分清股东权利和公司权利之间的界限，特别是关于参与管理公司的权利。“股东本人的权利”和“而非公司的权利”这两个短语强调了对条款草案第12条须作狭义解释这一点。

(4) 条款草案第12条没有具体说明必须确定哪些权利属于股东而不属于公司这一法律秩序。在大多数情况下，这一问题应由成立地国的国内法来决定。但是，如果公司是在作出不法行为的国家成立，可能就需要援引一般公司法的规定，以确保外国股东的权利不受到歧视待遇。¹⁶²

第13条 其他法人

本章所载的原则应酌情适用于公司以外的其他法人的外交保护。

评注

(1) 本章的规定在此条之前一直侧重于一类特定的法人，即公司。这样做有两个原因。第一，与其他法人不同的是，公司具有某些共同一致的特点：它们是营利性企业，资本通常由股份来代表，公司这一独立实体与承担有限责任的股东之间存在严格分别。第二，与国营企业、大学、市政当局、基金会及其他法人不同，公司实际上是参与对外贸易和投资的主要法人，其活动不仅推动了国际经济生活，还推动了国际争端解决机制的发展。对法人的外交保护主要涉及对外国投资的保护。这就是为何公司是在外交保护领域占据核心地位的法人，以及为何本套条款草案的确而且应当主要关注这种实体。

(2) 普通意义的“人”是指某个人。然而，在法律意义上，“人”是指法律赋予其取得权利和承担义务的能力的任何存在物、客体、团体或机构。

¹⁵⁷ 巴塞罗那电车公司案，第二阶段，判决（上文脚注35），第36页，第46至第47段。

¹⁵⁸ 见上文脚注149。

¹⁵⁹ 见上文脚注151。

¹⁶⁰ 阿格罗泰克西姆等诉希腊案（见上文脚注133）。

¹⁶¹ 同上，第23页，第62段。

¹⁶² 小田法官在就西电公司案表达的个别意见中，就股东权利，谈到“公司法的一般原则。”（见上文脚注149），第87至第88页。

法律制度可随意给予任何客体或团体以法律人格。各项法律制度在赋予法律人格方面没有一致性或统一性。

(3) 法学上对于法律人格的法律性质、特别是法人的形成方式存在争论。拟制说坚持认为,只有通过国家的正式组建才能形成法人。这意味着除自然人以外的机构可通过国家的行为获得人格特权。国家通过法律的拟制将其等同于自然人,但需受到法律可能设置的限制制约。另一方面,实在说则认为,法人存在是一种现实,不取决于国家承认。如一个团体或机构作为一个单独法律实体行事,它便成为具有所有法人属性的法人,而无需国家赋予其法律人格。无论实在说的长处如何,法人显然必须得到法律、即某种国内法制度的某种承认才能存在。欧洲法院¹⁶³和国际法院¹⁶⁴均强调了这一点。

(4) 鉴于法人是国内法的产物,因此,目前存在范围广泛的具有不同特点的法人,包括公司、私营企业、大学、学校、基金会、教会、市政当局、非营利团体、非政府组织甚至包括合伙企业(在一些国家内)。由于无法找到所有这些法人的共同、统一特点等原因,国际公法和国际私法的著述者在研究国际法中的法人时多半只考虑公司。尽管这样,在讨论外交保护问题时,还必须考虑到公司以外的其他法人。常设国际法院的判例法显示,在某些情形下,市镇¹⁶⁵(市政当局)或大学¹⁶⁶可以获得法人资格,成为一国国民。在这种法人是不属于保护国机

构的自主实体的前提下,如果它们在国外受到损害,就没有理由不给予其获得外交保护的资格。¹⁶⁷由捐赠者或遗嘱人为慈善目的而留下的资产组成的非营利基金会构成没有成员的法人。目前,有许多基金会资助国外的项目,以促进发展中国家的卫生、福利、妇女权利、人性和环境。如果这种法人受到东道国国际不法行为的影响,它将很可能得到依照其法律设立的国家的外交保护。在国外从事有益事业的非政府组织似乎与基金会属于同一类别。¹⁶⁸

(5) 由于公司以外的法人从目标和结构上讲都多种多样,因此不可能为每一类不同的法人都单独制定关于外交保护的规定。最明智和唯一现实的做法是拟订一条规定,将对公司实行的外交保护原则扩展到其他法人——但需考虑到每种法人的不同特点作出必要更改。拟议的规定就是为了做到这一点。这项规定指出,本章所载关于公司国籍国的原则以及公司持续国籍原则的适用将“酌情”适用于对公司以外的法人的外交保护。这就要求必要的主管当局或法院考量有关法人的性质和功能,以决定是否“酌情”对其适用本章的任何一项规定。公司以外的法人大多没有股东,所以只有条款草案第9和第10条可以酌情适用于它们。然而,如果这种法人确有股东,则条款草案第11和第12条也可能对之适用。¹⁶⁹

第三部分

当地救济

第14条 用尽当地救济

1. 除非有条款草案第15条规定的情形,一国对于其国民或条款草案第8条所指的其他人所受的

¹⁶³ 女王诉财政部和国内税务局专员案,每日邮报与通用信托集团一方诉讼,第81/87号案,1988年9月27日的法院判决,欧洲法院,《1988年欧洲法院汇编》,第5483页,第19段。

¹⁶⁴ 巴塞罗那电车公司案,第二阶段,判决(上文脚注35),第33至第34页,第38段。

¹⁶⁵ 常设国际法院在波兰上西里西亚的某些德国权益案中裁定,拉蒂博尔镇属于《德国-波兰关于上西里西亚的公约》所述的“德国国民”类别(案情,1926年第7号判决,《常设国际法院汇编》,A辑,第7号,第19页起,详见第73至第75页)。该公约是1922年5月15日在日内瓦签署的(见G. Kaeckenbeeck, *The International Experiment of Upper Silesia*, London, Oxford University Press, 1942, p. 572)。

¹⁶⁶ 常设国际法院在匈牙利-捷克斯洛伐克混合仲裁法庭裁判上诉(彼得·帕茨玛尼大学)案的声明中裁定,彼得·帕茨玛尼大学是《协约及参战各国对匈牙利和约》(《特里亚农条约》)第250条所述的匈牙利国民,因此有权索回属于它的财产(1933年的判决,《常设国际法院汇编》,A/B辑,第61号,第208页起,详见第227至第232页)。

¹⁶⁷ 由于外交保护是一种专门保护不属于国家一部分的自然人或法人的程序,在大多数情况下,作为政府地方分支机构的市政当局以及由国家出资并最终由国家控制的大学将不具有获得外交保护的资格,不过,其可以在处理国家机关问题的其他规则下得到保护。然而,私立大学有资格获得外交保护,私立中小学也一样,只要它们依照国内法享有法律人格。

¹⁶⁸ 又见K. Doehring, “Diplomatic protection of non-governmental organizations”, 载于M. Rama-Montaldo (ed), *El derecho internacional en un mundo en transformación: liber amicorum en homenaje al profesor Eduardo Jiménez de Aréchaga*, Montevideo, Fundación Cultura Universitaria, 1994, 第571至第580页。

¹⁶⁹ 这将适用于民法国家的有限责任公司,这种公司兼有一般公司和合伙企业的特性。

损害，在该受害人用尽一切当地救济之前，不可提出国际求偿。

2. “当地救济”指受害人可以在被指称应对损害负责的国家，通过普通的或特别的司法或行政法院或机构获得的法律救济。

3. 在主要基于一国国民或条款草案第8条所指其他人所受损害而提出国际求偿或请求作出与该求偿有关的宣告性判决时，应用尽当地救济。

评注

(1) 条款草案第14条设法编纂关于实行外交保护之前必须用尽当地救济的习惯国际法规则。国际法院在工商业投资公司案中承认这一规则为“公认的习惯国际法规则”，¹⁷⁰国际法院分庭在西电公司案中也称它为“习惯国际法的一项重要原则”。¹⁷¹用尽当地救济规则确保“违法的国家有机会在其国内制度的框架内用本国办法进行补救”。¹⁷²国际法委员会以前在国家责任的范围内审议过用尽当地救济问题，认为这是一项得到司法裁决、国家实践、条约和司法学家著作肯定的“一般国际法原则”。¹⁷³

(2) 自然人和法人都需要用尽当地救济。部分或主要由公有资本供资的外国公司也需要用尽当地救济。实行保护的国家的非本国国民如有权条款草案第8条所指例外情况下享有外交保护，也需要用尽当地救济。

(3) 对“所有当地救济”一语，必须按照条款草案第15条加以理解。条款草案第15条描述了不需要用尽当地救济的例外情况。

¹⁷⁰ 工商业投资公司案，初步反对意见，判决，《1959年国际法院汇编》，第6页，详见第27页。

¹⁷¹ 西电公司案（见上文脚注149），第42页，第50段。

¹⁷² 工商业投资公司案（见上文脚注170），第27页。

¹⁷³ 见委员会一读暂时核准的国家责任条款草案第22条，《1996年……年鉴》，第二卷（第二部分），第三章，D.1节（条款草案第22条由委员会第二十九届会议核准，该案的案文及其评注见《1977年……年鉴》[英]，第二卷（第二部分），第二章，B节，第30至第50页）；和委员会第五十三届会议通过的对国际不法行为的责任条款草案第44条，《2001年……年鉴》，第二卷（第二部分），第138页；本条的评注见第138至第139页。

(4) 在实行外交保护之前外国人必须用尽的可利用救济在国家之间必然有很大差异。因此，不可能成功地编纂一项涵盖所有情况的绝对规则。第2款设法广义地描述必须用尽的法律救济的主要类别。¹⁷⁴首先，外国国民显然必须用尽被告国国内法规定的一切可利用的司法救济。如果有关国内法允许根据案情向最高法院上诉，则必须进行上诉，以保证此案获得最终裁决。即使没有依法定权利向上一级法院提出上诉，但这样的法院有权酌定给予上诉许可，那么，外国国民必须仍然向该法院申请上诉许可。¹⁷⁵在这方面，法院包括普通法院和特别法院，因为“关键问题不是法律救济的普通性质或特别性质，而是它能否提供有效和充分的补救手段”。¹⁷⁶

(5) 此外，还必须用尽行政救济。不过，受损害的外国人只需要用尽可能导致约束性决定的救济。他不需要要求行政部门行使酌处权予以补救。当地救济不包括“旨在获得优惠而不是维护权利的”救济¹⁷⁷，也不包括恩惠性的救济¹⁷⁸，除非这种救济是随后开展诉讼程序的基本前提条件。要求宽厚对待和求助于监察员一般都属于这一类。¹⁷⁹

(6) 为了以用尽当地救济为理由充分奠定国际求偿的基础，外国的诉讼当事人必须在国内诉讼

¹⁷⁴ 在安巴蒂耶洛斯求偿案中，仲裁法庭宣布，“国内法规定的整个法律保护制度都必须接受检验”（1956年3月6日的判决，《国际仲裁裁决汇编》，第十二卷（出售品编号：63.V.3），第120页）。该议题的论述又见C. F. Amerasinghe, *Local Remedies in International Law*, 2nd ed., Cambridge University Press, 2004, 第182至第192页。

¹⁷⁵ 这其中包括在美国最高法院进行的调卷程序。

¹⁷⁶ B. 斯科武·尼尔森诉丹麦案，诉请书编号：343/57。1959年9月2日的裁决，欧洲联盟委员会和欧洲人权法院，《1958-1959年欧洲人权公约年鉴》，第438页，提到了国际法学会在其1954年决议里的考虑因素（《国际法学会年鉴》，第46卷（1956年），第364页）。另见劳利斯诉爱尔兰案，诉请书编号：332/57，1958年8月30日的裁决，欧洲联盟委员会和欧洲人权法院，《1958-1959年欧洲人权公约年鉴》，第308页起，详见第318至第322页。

¹⁷⁷ 德贝克诉比利时案，诉请书编号：214/56，1958年6月9日的裁决，欧洲联盟委员会和欧洲人权法院，《1958-1959年欧洲人权公约年鉴》，第238页。

¹⁷⁸ 见芬兰船东就战时使用某些芬兰船舶向大不列颠求偿（“芬兰船舶仲裁”）案，1934年5月9日的裁决，《国际仲裁裁决汇编》，第三卷（出售品编号：1949.V.2），第1479页。

¹⁷⁹ 见阿韦纳案（上文脚注29），见第63至第66页，第135至第143段。

程序中提出他打算在国际诉讼程序中提出的基本论点。在西电公司案中，国际法院的分庭指出：“如果求偿的实质已经提交主管法庭审理并且已经在当地法律和程序许可的范围内谋求案件的解决，但终未获得成功，这便构成充分条件，使国际求偿具有了可受理性。”¹⁸⁰ 与芬兰船舶仲裁案中阐明的更为严格的标准相比，这一标准更为可取：“求偿国政府提出的所有事实论点和法律陈述……都必须曾经经过国内法院的调查和裁决”。¹⁸¹

(7) 因此，求偿国必须提出其在用尽当地救济过程中所具备的证明其要求的实质内容的证据。¹⁸² 不能利用外交保护提供的国际救济来弥补在国内一级提出要求时的准备不当或表述不当。¹⁸³

(8) 条款草案第14条没有考虑到“卡尔沃条款”¹⁸⁴，主要是拉丁美洲国家在19世纪末、20世纪初使用这种条款，用于迫使外国人在与东道国订立的合同所致纠纷方面放弃国际救济，进而只限于求助当地救济。资本输出国极力否定这种条款的有效性，¹⁸⁵ 理由是，按照马夫罗马蒂斯案¹⁸⁶中的规则，外国人无权放弃属于国家而非其国民的权利。尽管如此，“卡尔沃条款”被视为拉丁美洲的区域惯例，构成许多国家的国家认同的一部分。在东道国构成国际不法行为（如：拒绝司法）的行动方面，或在对外国人的损害是其国籍国的直接关注的情况下，如果把“卡尔沃条款”理解为完全放弃国际保护，就很难与国际法取得一致。¹⁸⁷ 如果认为外交保护框架内所保护的权利是所保护个人的权利而不是保护国的权利，那么，反对“卡尔沃条款”就一般国际法而言的有效性显然不具有那么强的说服力。¹⁸⁸

(9) 第3款规定，用尽当地救济规则仅适用于求偿国因其国民而“间接”受到损害的情况。如果求偿国因另一国的不法行为而直接受到损害，则不适用此规则，因为在此情况下，该国本身便有明显理由提出国际要求。¹⁸⁹

(10) 实际上，如果要求是“混合”的，即要求既包括对国家的损害，又包括对其国民的损害，就很难确定要求是“直接”还是“间接”的。提交国际法院的许多争端都属于混合要求。在美国驻德黑兰外交和领事人员案¹⁹⁰中，伊朗伊斯兰共和国直接违背了它对美利坚合众国负有的保护其外交官和领事的义务，同时，被劫持为人质的美国国民（外交官和领事）也受到损害；在工商业投资公司案¹⁹¹中，瑞士就两种不法行为提出要求，一种是违背条约使瑞士受到直接损害的不法行为，一种是因其本国公司受到损害而使瑞士受到间接损害的不法行为。在美国驻德黑兰外交和领事人员案中，国际法院将要求作为直接违反国际法处理；在工商业投资公司案中，国际法院认为要求主要是间接的，而工商业投资公司未用尽当地救济。在2000年8月11日逮捕证案中，刚果民主共和国及其国民（外交部长）受到直接损害，但国际法院认定要求不是在国民保护范畴内提出的，因此，刚果民主共和国不必用尽当地救济。¹⁹² 在阿韦纳案中，墨西哥设法借助《维也纳领事关系公约》为在美国被判死刑的墨西哥国民寻求保护，论点是，由于美国没能根据《公约》第三十六条第（一）款授予这些墨西哥国民以领事联络渠道，墨西哥“本身直接并通过其国民”受到了损害。国际法院支持了这个论点，因为存在“国家权利与个人权利的相互依存关系”。¹⁹³

(11) 在混合要求的情况中，法庭必须审查要求的不同要素，决定主要要素是直接的还是间接

¹⁸⁰ 西电公司案（见上文脚注149），第46页，第59段。

¹⁸¹ 芬兰船舶仲裁案（见上文脚注178），第1502页。

¹⁸² 见安巴蒂耶洛斯求偿案（上文脚注174）。

¹⁸³ 见D. P. O'Connell, *International Law*, 第2卷, 2nd ed., London, Stevens, 1970, p. 1059。

¹⁸⁴ 见上文脚注156。

¹⁸⁵ 一般情况见D. R. Shea, *The Calvo Clause: A Problem of Inter-American and International Law and Diplomacy*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 1955。

¹⁸⁶ 见上文脚注26。

¹⁸⁷ 德克萨斯北美疏浚公司（美国）诉墨西哥合众国案，《国际仲裁裁决汇编》，第四卷，第26页。

¹⁸⁸ 见上文条款草案第1条评注第（5）段。

¹⁸⁹ 这个议题的一般情况，见C. F. Amerasinghe, *Local Remedies in International Law*（上文脚注174），第145至第168页。

¹⁹⁰ 美国驻德黑兰外交和领事人员案，判决，《1980年国际法院汇编》，第3页。

¹⁹¹ 见上文脚注170。

¹⁹² 2000年4月11日逮捕证案（刚果民主共和国诉比利时），判决，《2002年国际法院汇编》，第3页，详见第17至第18页，第40段。

¹⁹³ 阿韦纳案（见上文脚注29），第35至第36页，第40段。

的。在西电公司案中，国际法院分庭驳回了美国关于其部分要求源自对条约的违背所以不必用尽当地救济的论点，裁定：“本分庭毫不怀疑，影响并贯穿美国整个要求的事项是据称雷声和马彻里特[美国公司]受到的损害”。¹⁹⁴与主要要素标准密切相关的是必要条件或“纯粹因为”标准，这一标准的目的是要确定如果最初不是为受损害国民提出要求，包括直接和间接损害要素的要求是否会被提出来。如果这一问题的答案是否定的，则这一要求为间接要求，必须用尽当地救济。但是，主要要素标准与“纯粹因为”标准之间没有多大区别。如果要求主要是以国民遭受的损害为基础，这便证明了纯粹因为国民遭受损害才提出要求这一事实。在这种情况下，第3款规定只有一种标准，即主要要素标准。

(12) 为确定要求为直接要求或间接要求而采用的其他“标准”，与其说是标准，不如说是必须考虑的因素，以决定要求究竟主要是直接要求还是间接要求，或要求是否纯粹因为国民遭受损害才提出。作出这一评估时应予考虑的主要因素包括争端的主体、要求的性质和所要求的补救。因此，在争端主体是政府官员¹⁹⁵、外交官¹⁹⁶或国家财产¹⁹⁷的情况下，要求通常为直接要求。如果国家代表其国民个人寻求金钱救济，要求就是间接的。

(13) 第3款明确规定，不仅是国际要求，在主要基于一国民遭受的损害而请求作出宣告性判决时，也必须用尽当地救济。虽然有一种观点得到支持，即如果国家未为其受害国民提出赔偿损害要求，而仅要求就某一条约的解释和适用作出裁决，则没有必要用尽当地救济，¹⁹⁸但在有些情况下，求偿国寻求就据称被告国在非法对待求偿国国民过程

中违反或无意中违反的某一条约的解释和适用作出宣告性判决时，需要用尽当地救济。¹⁹⁹

(14) 条款草案第14条要求受害人自己必须用尽当地救济。这并不排除由于另一人已将同一要求的实质内容提交被告国法院而导致已用尽当地救济的可能性。²⁰⁰

第15条 当地救济规则的例外

在下列情况下，无需用尽当地救济：

(a) 不存在合理可用的能提供有效补救的当地救济，或当地救济不具有提供此种补救的合理可能性；

(b) 救济过程受到不当拖延，且不当拖延是由被指称应负责的国家造成的；

(c) 在发生损害之日受害人与被指称应负责国家之间没有相关联系；

(d) 受害人明显被排除了寻求当地救济的可能性；或

(e) 被指称应负责的国家放弃了用尽当地救济的要求。

评注

(1) 条款草案第15条涉及用尽当地救济规则的例外。(a)款和(b)款涉及当地法院没有提供救济的可能性的情况，(c)款和(d)款涉及要求受伤害的外国人提出要求必须以用尽当地救济为前提属不公平或不合理的情况，这些都是用尽当地救济规则的明显例外。(e)款涉及一种不同的情况，即被告国放弃了用尽当地救济的要求。

¹⁹⁴ 西电公司案(见上文脚注149)，第43页，第52段；另见工商业投资公司案(上文脚注170)，第28页。

¹⁹⁵ 见2000年8月11日逮捕证案，《2002年国际法院汇编》(上文脚注192)，第40段。

¹⁹⁶ 见美国驻德黑兰外交和领事人员案(上文脚注190)。

¹⁹⁷ 科孚海峡案，案情，判决，《1949年国际法院汇编》，第4页。

¹⁹⁸ 见1946年3月27日美利坚合众国与法国的空运协定案，1978年12月9日的裁决，《国际仲裁裁决汇编》，第十八卷(出售品编号：E/F.80.V.7)，第417页；1947年6月26日联合国总部协定第21条所规定仲裁义务的适用案，咨询意见，《1988年国际法院汇编》，第12页起，详见第29页，第41段。

¹⁹⁹ 见工商业投资公司案(上文脚注170)，第28至第29页；和西电公司案(上文脚注149)，第43页。

²⁰⁰ 见西电公司案(上文脚注149)，第46页，第59段。

(a) 款

(2) (a) 款涉及的用尽当地救济规则例外，有时被广义地称为“徒劳”或“无效”例外。拟订规则描述由于司法无效而不必用尽当地救济的情况时，有三个选择需要考虑：

- (一) 当地救济显属徒劳；
- (二) 当地救济没有合理的成功机会；
- (三) 当地救济不具有实现有效补救的合理可能性；

所有三种选择都得到了权威意见的一定支持。

(3) 仲裁员巴奇在芬兰船舶仲裁案²⁰¹中阐释的“显属徒劳”标准所规定的门槛过高。另一方面，欧洲人权委员会在几项决定²⁰²中接受的“没有合理的成功机会”标准，对求偿人过于有利。这样，就剩下第三种选择，它既避免“显属徒劳”的严格用语，又对求偿人规定了很大责任，即要求他证明，根据案情和被告国的法律制度，当地救济不能提供有效补救的合理可能性。这一标准源于赫希·劳特帕特爵士在挪威公债案²⁰³中的个别意见，并得到了法学家著作²⁰⁴的支持。然而，这个标准没有包含委员会在国家对国际不法行为的责任条款²⁰⁵中所认可的当地救济的可用性要素，这个要素有时被法

庭²⁰⁶和著作²⁰⁷认为是这项规则的一个组成部分。由于这个原因，(a) 款的标准扩大到要求“不存在合理可用的”能提供有效补救的“当地救济”，或当地救济不具有提供此种补救的合理可能性。这样措辞的标准得到司法裁决的支持，这些裁决认为，在以下情况当中，不需要用尽当地救济：当地法院对所涉争端没有管辖权；²⁰⁸当地法院不会审查为外国人申诉的行为进行辩护的国家法律；²⁰⁹当地法院极其缺乏独立性；²¹⁰存在持续的对外国人不利的既定判例；²¹¹当地法院无权给予外国人适当、充分的救济；²¹²被告国没有适当的司法保护制度。²¹³

²⁰⁶ 在洛温案（见上文脚注59）中，法庭指出，用尽当地救济规则要求受害人必需“用尽有效和充分的”并且他“合理可用的救济”（第168段）。

²⁰⁷ 见 C. F. Amerasinghe, *Local Remedies in International Law*（上文脚注174），第181至第182页起，详见第203至第204页。

²⁰⁸ 见帕涅韦兹斯-萨尔杜提斯基铁路案（上文脚注26），第18页；根据《讷伊条约》第181条的仲裁案，《美国国际法学报》，第28卷（1934年），第760页起，详见第789页；罗莎·格尔布特伦克索案，1902年5月2日的判决，和“特里温福公司”案（上文脚注136），分别见第463至第466页和第467至第479页；“洛蒂梅”号事件案（洪都拉斯和联合王国间的仲裁），1899年4月18日的仲裁裁决，《国际仲裁裁决汇编》，第十五卷，第23页起，详见第31页；劳特帕特法官就挪威公债案提出的个别意见（上文脚注203），第39至第40页；和芬兰船舶仲裁案（见上文脚注178），第1535页。

²⁰⁹ 见根据《讷伊条约》第181条的仲裁案（上文脚注）。另见罗多彼中部森林案（案情），1933年3月29日的裁决，《国际仲裁裁决汇编》，第三卷（出售品编号：1949.V.2），第1405页；安巴蒂耶洛斯求偿案（上文脚注174），第119页；和工商业投资公司案（上文脚注170），第28页。

²¹⁰ 见罗伯特·E. 布朗（美国）诉大不列颠案，1923年11月23日的仲裁裁决，《国际仲裁裁决汇编》，第六卷（出售品编号：1955.V.3），第120页；贝拉斯克斯·罗德里格斯诉洪都拉斯案，1988年7月29日的判决，美洲人权法院，C 辑，第4号（另见《国际法律资料》，第28卷（1989年），第291页起，详见第304至第309页）。

²¹¹ 见帕涅韦兹斯-萨尔杜提斯基铁路案（上文脚注26）；“利斯曼”号轮船案，1937年10月5日的裁决，《国际仲裁裁决汇编》，第三卷，第1767页起，详见第1773页；“塞古兰卡”号轮船案，1939年9月27日的裁决，同上，第1861页起，详见第1868页；芬兰船舶仲裁案（见上文脚注178），第1495页；X 诉德意志联邦共和国案，诉请书编号：27/55，1956年5月31日的裁决，欧洲人权委员会，1955、1956和1957年的《文件和裁决》，第138页；X 诉德意志联邦共和国案，诉请书编号：352/58，1958年9月4日的裁决，欧洲联盟委员会和欧洲人权法院，《1958-1959年欧洲人权公约年鉴》，第342页起，详见第344页；和 X 诉奥地利案，诉请书编号：514/59，1960年1月5日的裁决，《1960年欧洲人权公约年鉴》，第196页起，详见第202页。

²¹² 见芬兰船舶仲裁案（见上文脚注178），第1496至第1497页；贝拉斯克斯·罗德里格斯诉洪都拉斯案（见上文脚注210）；亚哲和萨尔根诉土耳其案，1995年6月8日的判决，欧洲人权法院，《判决和决定》，A 辑，第319卷，第3页起，详见第17页，第42段；霍恩斯比诉希腊案，1997年3月19日的判决，同上，《判决和裁决汇编》，1997-II，第33号，第495页起，详见第509页，第37段。

²¹³ 见穆希基瓦博等诉巴拉亚格维扎案，1996年4月9日

²⁰¹ 芬兰船舶仲裁案（见上文脚注178），第1504页。

²⁰² 见雷迪马格房地产管理公司诉德意志联邦共和国案，诉请书编号：712/60，1961年12月16日的裁决，欧洲联盟委员会和欧洲人权法院，《1961年欧洲人权公约年鉴》，第385页起，详见第400页；X、Y 和 Z 诉联合王国案，诉请书编号：8022/77 和 8027/77，1979年12月8日的裁决，欧洲人权委员会，《决定和报告》，第18卷，第66页起，详见第74页。另见委员会第二十九届会议通过的国家责任条款草案第22条评注（上文脚注173），第50页，第（60）段。

²⁰³ 挪威公债案，判决，《1957年国际法院汇编》，第9页，详见第39页。

²⁰⁴ 见 G. Fitzmaurice, “Hersch Lauterpacht - the scholar as judge”, BYBIL, 第37卷（1961），第1页起，详见第60至第61页；和 M. Herdegen, “Diplomatischer Schutz und die Erschöpfung von Rechtsbehelfen”, in G. Ress and T. Stein (编), *Der diplomatische Schutz im Völker- und Europarecht: Aktuelle Probleme und Entwicklungstendenzen* (1966), 第63页起，详见第70页。

²⁰⁵ 第44条要求当地救济是“可利用的有效”的（《2001年……年鉴》，第二卷（第二部分），第138页）。

(4) 要达到 (a) 款的要求, 受害人仅仅表明成功的可能性很低或进一步上诉有困难或费用昂贵还不够。标准不是看是否可能取得成功的结果, 而是被告国的国内制度是否有提供有效救济的合理可能性。这一点必须结合当地法律和普遍情况来定, 是一个应由负责审查有无用尽当地救济这一任务的主管国际法庭决定的问题。就这一事项作出决定时, 必须假定有关要求是有价值的。²¹⁴

(b) 款

(5) 在被告国对无理拖延提供当地救济负有责任的情况下, 可以免除用尽当地救济的要求, 编纂努力²¹⁵、人权文书和实践²¹⁶、司法裁决²¹⁷和学者意见等都确认了这一点。难以赋予“无理拖延”以客观的内容或含义, 或试图规定一个执行当地救济的时限。对每一案件都须依案件事实作出判断。正如英国—墨西哥索赔委员会在埃尔奥罗矿业公司案中所说: “委员会不打算精确地规定法庭将在哪一期限内作出判决。这取决于几种情况, 最主要的是

的裁决, 《国际法律资料》, 第107卷(1997年), 第457页起, 详见第460页。智利实行军事独裁期间, 美洲人权委员会认为, 因军事司法下法律诉讼存在固有的不正常情况, 不必用尽当地救济(见1988年9月12日第01 a/88号决议, 第9755号案; 智利, 《1987-1988年美洲人权委员会年度报告》, OEA/Ser.L/V/II.74, 10 rev.1号文件, 第136页)。

²¹⁴ 见芬兰船舶仲裁案(上文脚注178), 第1504页; 安巴蒂耶洛斯求偿案(上文脚注174), 第119至第120页。

²¹⁵ 见特别报告员F. V. 加西亚·阿马多尔在关于国家责任的初步报告中对以前编纂努力的讨论, 《1956年……年鉴》[英], 第二卷, A/CN.4/96号文件, 第173至第231页起, 详见第223至第225页; 和哈佛法学院1960年编写的《关于国家对外侨所受损害所负国际责任的公约草案》第19条第(2)款, 载于Sohn和Baxter, 前引文(见上文脚注71), 第577页。

²¹⁶ 《公民及政治权利国际公约》(第41条第(1)款(c)项); 《美洲人权公约》(《哥斯达黎加圣何塞公约》)(第46条第(2)款(c)项); 魏因贝格尔诉乌拉圭案, 第28/1978号来文, 人权事务委员会, 《根据任择议定书作出的决定选编》(第二至至十六届会议)(联合国出版物, 出售品编号: E.84.XIV.2), 第1卷, 第57页起, 详见第59页; 拉斯帕尔梅拉斯村案, 初步反对意见, 2000年2月4日的判决, 美洲人权法院, C辑, 《裁决和判决》, 第67号, 第64页, 第38段; 埃尔多安诉土耳其案, 诉请书编号: 19807/92, 1996年1月16日的裁决, 欧洲人权委员会, 1996年, 《裁决和汇编》, 第84-A卷, 第5页起, 详见第15页。

²¹⁷ 见埃尔奥罗矿业和铁路有限公司(大不列颠)诉墨西哥合众国案, 1931年6月18日第55号裁决, 《国际仲裁裁决汇编》, 第五卷(出售品编号: 1952.V.3), 第191页, 详见第198页; 和冯普勒王子事务管理案, 1933年2月4日的命令, 《常设国际法院汇编》, A/B辑, 第52号, 第11页, 详见第16页。

彻底审查案件所涉及的工作量, 换句话说, 即后者的规模。”²¹⁸

(6) (b) 款明确规定, 救济过程拖延是据称对外国人所受损害负责的国家造成的。这里使用“救济过程”而不使用“当地救济”, 是为了涵盖援引和执行当地救济以及引导当地救济的整个过程。

(c) 款

(7) 条款草案第15条(a)款所载的用尽当地救济规则的例外, 说的是在当地救济并非合理可用或“不具有提供有效补救的合理可能性”时无需用尽当地救济, 并不包括当地救济可用, 且具备提供有效补救的合理可能性, 但用尽当地救济不合理或对受害外国人造成巨大困难的情况。例如, 即使存在有效的当地救济, 但在以下情况下要求受害人用尽当地救济不合理也不公平: 其财产受到了来自非其财产所在国的污染、放射性沉降或空间物体坠落导致的环境损害; 或其所乘坐的飞行器因飞越另一国领空而被击落。在此类情况下, 有人提出, 因受害人与被告国之间缺乏自愿联系或领土联系, 无需用尽当地救济。

(8) 有些文献支持以下观点, 在要求用尽当地救济的所有案例中, 受损害的个人与被告国之间都存在着某种联系, 比如自愿停留、居住、拥有财产或与被告国有契约关系。²¹⁹ 这一看法的支持者认为, 外交保护和当地救济规则的性质近来已有重大变化。外交保护早期历史的特点是, 在一外国居住和经商的外国人受到该国行动的伤害, 因此, 根据前往外国的国民通常必须接受其所在地的当地法律, 包括为纠正不法行为提供的手段的这一理论, 可要求他用尽当地救济。然而在今天, 个人可能受到一外国在其领土以外的行为或在其领土内的某种行为伤害, 而个人与该国土并不存在联系。这方面的例子有: 跨界环境损害(如1986年乌克兰基辅附近切尔诺贝利核电站发生爆炸, 在遥远的日本和斯堪的纳维亚造成放射性沉降)和击落误入一国领

²¹⁸ 见上文脚注217。

²¹⁹ 见C. F. Amerasinghe, *Local Remedies in International Law* (上文脚注174), p.169; 和T. Meron, “The incidence of the rule of exhaustion of local remedies”, 1959年《英国国际法年鉴》, 第35卷, 第83页起, 详见第94页。

空的飞机（如1955年7月27日空中事件案²²⁰所阐述的，在该案中，保加利亚击落误入其领空的以色列航空公司班机）。这一自愿联系或领土联系规则的基础，是外国人承担在外国的风险。只有外国人自愿地接受被告国管辖，才可要求他用尽当地救济。

(9) 司法判例和国家惯例都没有就此类用尽当地救济规则例外的存在提出明确的指导意见。尽管在工商业投资公司案²²¹和萨利姆案²²²中，有一些支持此种例外存在的试探性论述，但在其他案件²²³中，法庭判定在受害外国人与被告国之间缺少自愿联系的情况下仍适用当地救济规则。在挪威公债案²²⁴和1955年7月27日空中事件案²²⁵中，尽管有力地提出了支持自愿联系要求的论点，但国际法院均未就该事项作出决定。在涉及跨界污染的特雷耳冶炼厂案²²⁶中，并不存在自愿联系或领土联系，加拿大也没有坚持要用尽当地救济。这一案例和其他因不存在自愿联系而免除当地救济的案例²²⁷，被解释为支持把自愿服从司法管辖的要件作为适用当地救济规则的先决条件。不过，在这些案件中，没有坚持适用当地救济规则也可以作其他解释，比如是提供了无需用尽当地救济的直接损害例子，或有仲裁协定没有要求用尽当地救济等。

²²⁰ 1955年7月27日空中事件案（以色列诉保加利亚），初步反对意见，1959年5月26日的判决，《1959年国际法院汇编》，第127页。

²²¹ 在此，国际法院表示，“它认为发生侵权的国家*也应有机会以自己的方式进行补救。”（见上文脚注170），第27页。

²²² 在萨利姆案中，仲裁法庭宣布：“作为一项规则，外国人必须承认他选择居住的国家的司法对其适用”（见上文脚注72），第1202页。

²²³ 芬兰船舶仲裁案（见上文脚注178）和安巴蒂耶洛斯求偿案（见上文脚注174）。

²²⁴ 挪威公债案（法国诉挪威），法国的口头答辩，《1957年国际法院书状》，第一卷，第408页。

²²⁵ 1955年7月27日空中事件案（以色列诉保加利亚），初步反对意见，以色列的口头答辩，《1959年国际法院书状》，第531至第532页。

²²⁶ 特雷耳冶炼厂案，《国际仲裁裁决汇编》，第三卷（出售品编号：1949.V.2），第1905页。

²²⁷ 弗吉尼厄斯号案（1873年），见于J. B. 穆尔，《国际法文摘》，第二卷，哥伦比亚特区华盛顿，美国政府印刷局，1906年，第895页，详见第903页；和杰西案，见于《美国国际法学报》，第16卷（1922年），第114至第116页。

(10) (c) 款没有用“自愿联系”一词来描述这一种例外，因为它强调受损害个人的主观意愿，而不强调个人与东道国之间缺少可客观确定的联系。实践中，这样的主观标准很难证明。因此，(c) 款要求受损害的外国人与东道国之间存在“相关联系”而非自愿联系。这一联系必须“相关”，即它必须与所受损害有某种关联。法庭不仅需要审查受损害的个人是否在东道国领土上停留、居住或经商，还要依案情审查该人的行为是否表明他承担了在遭受损害时接受东道国裁判的风险。“相关”一词最有利于法庭考虑在发生损害情况下受损害的个人与东道国之间关系的核心要素，以确定受损害的外国人是否承担了接受东道国裁判的风险。在损害发生之日，受损害的个人与被告国之间不得存在“相关联系”。

(d) 款

(11) (d) 款是为了规定，在根据全部案情判断，要求遵守用尽当地救济规则明显属于不合理时，法庭有权免除此项要求。本款是逐渐发展中的一项实践，须作狭义理解，受害人须承担举证责任，不仅证明在用尽当地救济方面存在严重障碍和困难，而且证明自己“明显”被排除了寻求这种救济的可能。没有尝试列出允许这一例外的因素的综合清单。可能明显排除用尽当地救济的情况或许可包括：被告国以法律手段或威胁人身安全的手段阻止受害人进入该国领土、从而使之没有机会到当地法庭提起诉讼；或者，被告国的犯罪集团阻碍受害人提出此类诉讼。虽然受害人本应承担在被告国法庭提起诉讼的费用，但有些情况下这种费用过高，“明显排除”了遵守用尽当地救济规则的可能。²²⁸

(e) 款

(12) 国家可能愿意放弃用尽当地救济的要求。由于此规则旨在保护被控不当对待外国人的国家的利益，有关国家自然可以自行放弃这项保护。美洲人权法院申明：

²²⁸ 关于费用对用尽当地救济的影响，见洛温案（上文脚注59），第166段。

对于这类案件，根据公认的国际法原则和国际实践，规定事先用尽国内救济的规则是为了有关国家的利益而设计的，因为根据该条规则，国家对归咎该国的行为，在没有机会通过国内办法加以补救以前，无需在一个国际机构对指控作出答辩。这项规定因此被视为一项辩护手段，因而是可以放弃的，甚至可以默示放弃。²²⁹

(13) 放弃当地救济的形式有多种。有关放弃的规定可见于争端发生前或发生后缔结的双边或多边条约；可见于外国人和被告国之间的契约；可以是明示或默示的；或可以根据被告国在属于不容反悔或丧失权利的情况下的行为加以推定。

(14) 明示放弃可以见诸为解决现有争端而缔结的特别仲裁协定，或规定将来出现的争端应通过仲裁或其他国际争端解决方式予以解决的一般性条约；也可见诸国家与外国人所订的契约。普遍同意的是，明示放弃当地救济是有效的。放弃这一要求是当代国家实践一个常见特征，许多仲裁协定都载有放弃条款。最有名的实例可能是《关于解决国家和其他国家国民之间投资争端的公约》第26条，其中规定：

除非另有规定，当事方同意根据本公约交付仲裁，应视为同意排除任何其他救济而交付上述仲裁。缔约国可以要求用尽当地各种行政或司法救济，作为其同意根据本公约交付仲裁的一个条件。

普遍同意明示放弃不管载于国家间协定或载于国家与外国人间的契约，都是不可撤消的，即使契约受到东道国法律的约束。²³⁰

(15) 放弃当地救济不得是随便默示的。国际法院分庭在西电公司案中就这个问题说，分庭：“不能接受的是，习惯国际法的一项重要原则，在没有

任何明确表示愿意放弃的言词的情况下，被认定为默示放弃。”²³¹

(16) 但是，如果当事方放弃当地救济的意愿是明确的，则必须落实这个意愿。司法裁决²³²与法学家的著作²³³都支持此结论。对于在什么情况下可以默示放弃当地救济的意愿，不可能制定一项通则。每起案件都必须根据有关文书的措辞和通过时的背景作出判断。在被告国同意把将来可能同申诉国发生的争端交付仲裁的情况下，有人认为“如果有关案件涉及缔约一方支持其国民的要求”，则这种协定“不涉及放弃用尽所有当地救济的要求。”²³⁴国际法院分庭在西电公司案中确认在这种情况下，基本上不推定暗示或默示放弃。²³⁵在发生有关争端后才缔结的仲裁协定，比较容易默示放弃当地救济。在这种情况下，如果被告国与申诉国在争端所涉国民受到损害后才缔结涉及国民待遇相关争端的仲裁协定，而且协定没有就保留当地救济规则作出规定，则可以认为是默示放弃该规则。

(17) 虽然有人支持一种主张，即被告国在国际诉讼程序中的行为可导致该国不得要求用尽当地救济，²³⁶但考虑到国际法中对不容反悔理论尚无定论，因此(e)款在关于放弃的规则的措施中没有提

²³¹ 西电公司案（见上文脚注149），第42页，第50段。

²³² 例如见施泰纳和格罗斯诉波兰国家案，第322号案（1928年3月30日），*Annual Digest of Public International Law Cases: Years 1927 and 1928*, A. D. McNair and H. Lauterpacht (编), London, Longman, Green and Co., 1931, p. 472; 及美国国际集团公司诉伊朗伊斯兰共和国案，1983年12月19日第93-2-3号裁决，《伊朗—美国索赔法庭汇编》，第4卷，剑桥，格鲁希阿斯，1985年，第96页。

²³³ 例如见S. M. Schwebel, *International Arbitration: Three Salient Problems*, Cambridge, Grotius Publishers, 1987, 第117至第121页。

²³⁴ F. A. Mann, “State contracts and international arbitration”, 1967年《英国国际法年鉴》，第42卷，第32页。

²³⁵ 见上文脚注149。在帕涅韦兹斯—萨尔杜提斯基铁路案（见上文脚注26）中，常设国际法院认为，接受《法院规约》第36条第2款的任择条款不构成默示放弃当地救济规则（正如范艾辛加法官在反对意见中所主张的那样，同上，第35至第36页）。

²³⁶ 见西电公司案（上文脚注149），第44页，第54段；美国与联合王国希思罗机场使用费仲裁案，1992年11月30日的裁决，《国际法律汇编》，第102卷（1996年），第216页起，详见第285页，第6.33段；和福蒂等人案，案情，1982年12月10日的判决，同上，第71卷（1986年），第366页起，详见第380页，第46段。

²²⁹ 维维安娜·加利亚多等人案，1981年11月13日的裁决，G 101/81号，美洲人权法院，《判决和意见》，A辑，第26段（另见《国际法律汇编》，第67卷（1984年），第587页）。另见西电公司案（上文脚注149），第42页，第50段；及德怀尔德、奥姆斯和韦尔西普案（“比利时流浪案”），1971年6月18日的判决，欧洲人权法院，《判决和裁决》，A辑，第12页（另见《国际法律汇编》，第56卷（1980年），第337页，详见第370页，第55段）。

²³⁰ 见维维安娜·加利亚多等人案（上文脚注229）和德怀尔德、奥姆斯和韦尔西普案（“比利时流浪案”）（同上）。

及不容反悔。较明智的做法是允许将可推定为放弃当地救济的行为当作默示放弃。

第四部分

杂项规定

第16条 外交保护以外的行动或程序

本条款草案概不影响国家、自然人、法人或其他实体按照国际法诉诸外交保护以外的行动或程序，为因国际不法行为而遭受的损害取得补救的权利。

评注

(1) 关于外交保护的惯国际法规则与关于人权保护的规则是相辅相成的。因此，本条款草案无意排除或取消受损害人国籍国和国籍国以外的国家根据习惯国际法或者多边或双边人权条约或其他条约保护此人的权利。本条款也无意干涉从事人权保护的自然人和法人或其他实体按照国际法诉诸外交保护以外的行动或程序，为因国际不法行为而遭受的损害取得补救的权利。

(2) 一个国家可根据下列文书，在国家间的诉讼中针对受损害人国籍国或第三国保护非本国国民：《公民及政治权利国际公约》（第41条）、《消除一切形式种族歧视国际公约》（第11条）、《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》（第21条）、《欧洲人权公约》（第24条）、《美洲人权公约》（《哥斯达黎加圣何塞公约》）（第45条）和《非洲人权和人民权利宪章》（第47至第54条）。上述公约还允许一国在国家间诉讼程序中保护自己的国民。另外，习惯国际法允许国家通过抗议、谈判、并在管辖权文书许可的情况下通过法律程序，保护非本国国民的权利。国际法院在1996年西南非洲案²³⁷中表示的国家不能提起法律程序来保护非本国国民权利的意见，须参照国家对国际不法行为的责任条款²³⁸加以修订。国家对国际不法

行为的责任条款第48条第(1)款(b)项允许在所违背义务是对整个国际社会承担的义务时，由受害国以外的国家援引另一国的责任，²³⁹而不必达到实行外交保护的要求。²⁴⁰

(3) 根据国际人权公约，个人也享有保护自己不受损害国损害的权利和救济，不论损害国是这个人的国籍国还是另一国。为达到这一目的的最经常利用的是向国际人权监测机构请愿的权利。²⁴¹

(4) 国际法之下的个人权利也可源于人权框架以外。在拉格朗案中，国际法院认为《维也纳领事关系公约》第36条“创立了个人权利，被拘留者的国籍国可根据《任择议定书》第1条在本法院援引这些权利”；²⁴²在阿韦纳案中，法院进一步指出：“侵害个人依据第36条享有的权利可能会牵涉对派遣国权利的侵害，对后者权利的侵害也可能牵涉对个人权利的侵害。”²⁴³已经在国家对国际不法行为的责任条款草案里增添了一项保留条款即第33条，以顾及国际法的这一发展。²⁴⁴

(5) 条款草案第16条提及的行动或程序包括根据全球性和区域性人权条约以及任何其他有关条约可以采取的行动或程序。但是条款草案第16条没有涉及国内救济。

(6) 为因国际不法行为遭受的损害取得补救而要求外交保护以外的救济办法的权利一般赋予国

²³⁹ 又见辛马法官在刚果境内的武装活动案（刚果民主共和国诉乌干达）中的个别意见，判决，《2005年国际法院汇编》，第168页起，详见第347至第350页，第35至第41段。

²⁴⁰ 第48条第(1)款(b)项不受国家对国际不法行为的责任条款第44条的影响，后者要求援引另一国责任的国家遵守与求偿国籍有关的规则并用尽当地救济。该项也不受本条款草案的影响（参照E. Milano, “Diplomatic protection and human rights before the International Court of Justice: re-fashioning tradition?”, *Netherlands Yearbook of International Law*, 第35卷(2004), 第85页起，详见第103至第108页）。

²⁴¹ 例如见《公民及政治权利国际公约任择议定书》；《消除一切形式种族歧视国际公约》第14条；《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》第22条；《消除对妇女一切形式歧视公约任择议定书》。

²⁴² 拉格朗案（见上文脚注28），第494页，第77段。

²⁴³ 阿韦纳案（见上文脚注29），第36页，第40段。

²⁴⁴ 本条第2款的案文是：“本部分不妨碍任何人或国家以外的实体由于一国的国际责任可能直接取得的任何权利”（《2001年……年鉴》，第二卷（第二部分），第76段）。

²³⁷ 西南非洲案，第二阶段，判决，《1966年国际法院汇编》，第6页。

²³⁸ 《2001年……年鉴》，第二卷（第二部分），第145页（第48条评注，脚注725）。

家、自然人或法人，其中，“法人”包括公司和条款草案第13条设想的其他类型的法人。然而，可能也有并不具备法律人格的“其他法律实体”也被赋予了就因国际不法行为遭受的损害提出求偿的权利。组织结构松散的受害者协会就是这种“其他实体”的一例，这种协会有时会被赋予在负责落实人权的国际机构提出主张的地位。在有些情况下，政府间机构可能也属于这一类；民族解放运动也是如此。

(7) 条款草案第16条表明，本条款草案不影响国家、自然人和法人或其他实体诉诸外交保护以外的程序，为因国际不法行为而遭受的损害取得补救的权利。然而，当一国诉诸此种程序时，它并不必然放弃为某人实行外交保护的权利，如果此人是其国民或条款草案第8条所指的人。

第17条 国际法的特别规则

在本条款草案与国际法特别规则，如关于投资保护的条约规定不符的情况下，本条款草案不适用。

评注

(1) 某些条约，特别是那些保护外国投资的条约，包含着一些有关解决争端的特别规则，这些规则排除或在很大程度上背离关于外交保护的规则。这些条约放弃或放松了实行外交保护所要求的条件，特别是那些涉及求偿国籍和用尽当地救济的规则。双边投资条约和多边的《关于解决国家和其他国家国民之间投资争端的公约》便是这类条约的基本实例。

(2) 外国投资目前基本上由双边投资条约加以规范和保护。²⁴⁵ 双边投资条约的数量近年来增长很快，据估计目前共有约2000项这样的协定。双边投资条约的一个重要特点是其解决投资争端的程序。一些双边投资条约规定，通过诉诸特别法庭，或诉诸解决投资争端国际中心根据《关于解决国家和其他国家国民之间投资争端的公约》所设立的法庭，投资者与所在国直接解决投资争端。另一些双

²⁴⁵ 国际法院在巴塞罗那电车公司案（第二阶段，判决（见上文脚注35），第47页，第90段）中承认了这一点。

边投资条约则规定，围绕双边投资条约有关规定的解释或适用问题，通过在投资者（公司或股东）国籍国与东道国之间作出仲裁，来解决投资争端。双边投资条约和《公约》所提供的解决争端程序为外国投资者提供了较大的便利，远优于关于外交保护的“习惯国际法”制度，因为这些程序使投资者能够直接诉诸国际仲裁，避免了外交保护的“可裁量性”所固有的政治不确定性，并且免除了实行外交保护所需满足的条件。²⁴⁶

(3) 条款草案第17条表明，本条款草案不适用于双边和多边投资条约所规定的特别的替代性外国投资者保护制度，案文所用的措辞是，本条款草案“在”与双边投资条约的规定不符的“情况下”不适用。在本条款草案与有关双边投资条约一致的情况下，本条款草案仍然适用。

(4) 条款草案第17条提及“条约规定”而不是“条约”，因为除专门用于保护投资的条约以外的其他条约也可能规范对投资的保护，如友好商业航运条约。

第18条 船员的保护

船舶船员的国籍国实行外交保护的权利，不因船舶国籍国有权在国际不法行为给船舶造成损害致使船员受到伤害时，不论国籍为受害船员寻求补救而受到影响。

评注

(1) 条款草案第18条的目的是确认船员的一个或多个国籍国有权为船员实行外交保护，同时也承认，船只的国籍国也有权在船员因国际不法行为给船只造成损害而受到伤害时为他们寻求补救，而不论其国籍为何。有必要确认船员的国籍国有权为他们实行外交保护，从而排除一种暗示，即这一权利已经被船只国籍国的权利所取代。同时，也有必要承认，船只的国籍国有权为全体船员寻求救济。

²⁴⁶ 《关于解决国家和其他国家国民之间投资争端的公约》第27条第(1)款规定：“缔约国对于它本国的一个国民和另一缔约国根据本公约已同意交付或已交付仲裁的争端，不得给予外交保护或提出国际要求，除非该另一缔约国未能遵守和履行对此项争端所作出的裁决。”

虽然由于在船舶的船旗国与全体船员之间缺乏国籍联系，故这不能称为外交保护，但这种保护与外交保护之间仍然存在着紧密的相似性。

(2) 国家实践、司法裁定和国际法专家的著述²⁴⁷在某种程度上支持船舶的国籍国(船旗国)可以为船舶上不具有该国国籍的船员寻求补救这一立场。也有政策考虑支持这种做法。

(3) 美国早期的实践尤其支持这种习惯。根据美国法律，外国海员在美国船舶上供职时历来有权受到美国的保护。美国的观点是，一个海员一旦成为一艘船舶的船员，唯一相关的国籍就是船旗国的国籍。²⁴⁸在美国船舶上供职的外国人所具有的这一独特地位在美国的外交信件和领事规定中历来得到重申。²⁴⁹但是，包括美国在内，²⁵⁰对于这一做法是否能够证明存在着一项习惯规则，尚存有疑问。²⁵¹

(4) 国际仲裁裁决在国家向非国民海员提供外交保护的权利问题上尚无定论，但倾向于支持而不是反对这一权利。在麦格里迪案中，首席仲裁员爱德华·桑顿爵士认为，“海员在悬挂非本国国旗的海军船只或商船上供职，供职期间有权获得其所服务之国旗国的保护”。²⁵²“孤独”号案²⁵³的起因是一艘加拿大船只被美国海岸警卫队击沉，加拿大政府在该案中成功地代表三名非国民船员提出赔偿要求，认为在代表船只提出求偿时，就求偿而言，全体船员应被视为具有与船舶相同的国籍。在伤害赔

偿案的咨询意见中，两名法官在其个别意见中接受了国家为外国船员实行外交保护的权力。²⁵⁴

(5) 1999年，海洋法法庭对“赛加羚羊”号轮案²⁵⁵作出的裁定对船旗国为非国民船员寻求救济的权利表示支持。在该案中，争执的起因是赛加羚羊号轮在向几内亚沿岸的渔船供应燃油时，遭到几内亚的逮捕和扣押。赛加羚羊号轮是在圣文森特和格林纳丁斯(“圣文森特”)注册的，其船长和船员为乌克兰国民。逮捕时，船上还有三名塞内加尔工人。几内亚在实施逮捕后扣押了船只和船员。在海洋法法庭举行的诉讼程序中，几内亚反对受理圣文森特的求偿，理由之一是受害船员不是圣文森特国民。海洋法法庭驳回了对这一求偿的可受理性提出的质疑，认为几内亚逮捕并扣押船只及其船员，侵犯了圣文森特的权利。海洋法法庭命令几内亚针对赛加羚羊号所受损失及船员所受伤害向圣文森特作出赔偿。

(6) 尽管海洋法法庭主要将这一争议视为关于对圣文森特的直接损害的争议，²⁵⁶但法庭的推理表明，法庭还将该事项视为一个与外交保护相近但又有不同的保护船员的案件。几内亚对关于船员的求偿的可受理性明确表示反对，理由是求偿构成了一种对非圣文森特国民提供外交保护的权利要求。²⁵⁷圣文森特也明确坚持认为，该国无权向悬挂该国国旗船只的船员提供保护，而“不论其所属国籍”。²⁵⁸海洋法法庭驳回了几内亚的反对意见，表示《联合国海洋法公约》的若干相关条款，包括第292条，没有将船旗国的国民与非国民加以区分。²⁵⁹法庭强调指出，“船只、船只上的每一物件以及参与船只操作或与船只操作有关的每个人，均被视为与船旗国有关联的实体。这些人的国籍并不相干”。²⁶⁰

²⁴⁷ 见 H. Myers, *The Nationality of Ships*, *The Hague*, Martinus Nijhoff, 1967, 第 90 至第 107 页; R. Dolzer, “Diplomatic protection of foreign nationals”, in R. Bernhardt (编), *Encyclopaedia of Public International Law*, 第 1 卷, Amsterdam, Elsevier, 1992, p. 1067; 和 I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, 6th ed., Oxford University Press, 2003, p. 460.

²⁴⁸ 见罗斯案, *United States Reports*, 第 140 卷 (1911), p. 453.

²⁴⁹ 见哈克沃思, 前引书(上文脚注 64), 第三卷, 第 418 页和第四卷, 第 88 至第 884 页。

²⁵⁰ 2003 年 5 月 20 日发给国际法院的信函(现由联合国法律事务厅编纂司收存)。

²⁵¹ 见 A. Watts, “The protection of alien seamen”, 《国际法和比较法季刊》, 第 7 卷 (1958 年), 第 691 页。

²⁵² 麦格里迪案(美国诉墨西哥), J. B. Moore, *International Arbitrations*, 第 3 卷, p. 2536.

²⁵³ “孤独”号案(加拿大诉美国), 《国际仲裁裁决汇编》, 第三卷, 第 1609 页。

²⁵⁴ 伤害赔偿案(见上文脚注 23), 第 202 至第 203 页(哈克沃思法官)和第 206 至第 207 页(巴达维·帕夏法官)。

²⁵⁵ “赛加羚羊”号轮案(第 2 号)(圣文森特和格林纳丁斯诉几内亚), 判决, 《1999 年海洋法法庭报告》, 第 3 卷, 第 10 页。

²⁵⁶ 同上, 第 45 至第 46 页, 第 98 段。

²⁵⁷ 同上, 第 47 页, 第 103 段。

²⁵⁸ 同上, 第 104 段。

²⁵⁹ 同上, 第 47 至第 48 页, 第 105 段。

²⁶⁰ 同上, 第 48 页, 第 106 段。

(7) 对于允许船旗国为船舶的船员寻求补救,存在着令人信服的政策理由。海洋法法庭在“赛加羚羊”号轮案中中对这一点予以承认,当时法庭提请注意“船只船员的组成具有短暂和多国籍的特性”,并表示“大型船只的船员可能由属于若干国籍的人员组成。假如每个受伤害者都必须向其国籍国寻求保护,就会随之带来过度的困难”。²⁶¹不应忽视与提出赔偿要求有关的实际考虑因素。与要求所有船员的国籍国代表其国民分别求偿相比,由一个国家为全体船员寻求救济更为容易,也更有效率。

(8) 对于船旗国为船员寻求救济的权利,存在着大量合理的支持。但不能将之归类为外交保护,也不应认为它取代了外交保护。国籍国的外交保护和船旗国为船员寻求救济的权利都应得到承认,对于这两种保护应一视同仁。船员往往面对着来自船旗国的困难,比如工作条件差,或来自第三国的困难,比如在船只被扣押时。在这种情况下,他们应获得国际法所能提供的最大限度的保护。

(9) 船旗国为船员寻求救济的权利并不限于对船舶受损害过程中蒙受的损害的救济,也包含与国际不法行为造成船舶损害有关的、因船舶受损而导致的损害。所以,船舶本身被非法扣押后船员遭受非法逮捕和羁押的情况也引起这种权利。

第19条 建议的做法

按照本条款草案有权实行外交保护的国家应:

(a) 充分考虑实行外交保护的可能性,特别是当发生了重大损害时;

(b) 对于诉诸外交保护和寻求赔偿之事,尽可能考虑受害人的意见;并且

(c) 把从责任国获得的任何损害赔偿在扣除合理费用之后转交受害人。

评注

(1) 国家外交保护方面的有些做法尚未获得习惯法规则地位,也不大可能在法律的逐渐发展过

程中转化为法律规则。但是,它们是值得采取的做法,是外交保护的必要特点,作为保护人权和外国投资者的手段而为外交保护增添力量。条款草案第19条建议各国在实行外交保护时考虑这些做法,它建议各国“应(should)”遵循某些做法。这种建议式而非规定式措辞的使用并非从未见于条约,不过,也不能称为条约的常见特点。²⁶²

(2) (a)款建议各国考虑为遭受重大损害的国民实行外交保护的可能性。以国际法为手段对人加以保护,这是当今国际法律秩序的主要目标之一,大会2005年9月16日通过的关于2005年世界首脑会议成果的第60/1号决议重申了这一点。²⁶³这种保护可以通过许多不同的途径得以实现,包括领事保护、求助于国际人权条约机制、由安全理事会或其他国际机构提起刑事诉讼或采取行动,以及外交保护。哪一种程序或救济最有可能实现有效保护的目标,这必然取决于每个案件的具体情况。如果涉及的是保护外国公民,外交保护显然是有关国家应认真考虑的救济之一。毕竟,外交保护是历史最长的救济办法,其有效性是有案可稽的。条款草案第19条(a)款是在提醒各国考虑采取这种救济程序的可能性。

(3) 在国际法之下,一国并没有义务一定要为受到可归因于另一国的国际不法行为损害的国民实行外交保护。国家实行外交保护的权利的酌处性质在本条款草案第2条中得到确认,国际法院²⁶⁴和国家法庭²⁶⁵也是如此主张的,这在条款草案第2条的评注中已经说明。尽管如此,对另一种意见的支持也在增多,即国家或依国际法,或依国内法,有一定义务——无论多么不完善——为在国外遭遇重大侵犯人权行为的国民提供保护。许多国家的宪法

²⁶² 例如,《联合国宪章》第三十六条第三项规定,在就解决争端的适当程序提出建议时,“安全理事会……同时理应*注意凡具有法律性质之争端,在原则上,理应*由当事国依国际法院规约之规定提交国际法院”。《日内瓦海洋法公约》也采用“should”而不是“shall”。1958年《日内瓦公海公约》第三条规定,“为了与沿海国平等享受公海自由,各无海岸国均应*有权自由进入海洋。”另见1982年《联合国海洋法公约》第27、28、43和第123条。

²⁶³ 第119至第120段和第138至第140段。

²⁶⁴ 巴塞罗那电车公司案,第二阶段,判决(上文脚注35),第44页。

²⁶⁵ 例如见阿巴西和朱马诉外交和联邦事务大臣与内政大臣案(上文脚注37)及卡翁达等诉南非共和国总统等案(同上)。

²⁶¹ 同上,第107段。国际

都确认个人有权就在国外遭受的损害取得外交保护，²⁶⁶ 这项权利必然连带着国家实行保护的相应责任。此外，一些国家法院的裁决表明，虽然一国可以酌定是否实行外交保护，但该国在义务在接受司法审查的前提下设法协助国民，其中包括充分考虑实行外交保护的可能性的义务。²⁶⁷ 在卡翁达案中，南非宪法法院指出：

政府或许有责任按照国际法之下的义务，采取行动保护其公民不受严重侵犯国际人权标准的行为之害。在这种情况下，如果证据确凿，将很难拒绝关于请政府提供援助的要求；如果是极端情形，则可能无法拒绝。政府不大可能拒绝这种请求，但是，如果拒绝了，可将这一决定提交法院审判，法庭将可责令政府采取适当行动。²⁶⁸

在这种情况下，完全可以认真地提出，国际法已经承认，国家有某种义务考虑为在国外遭受严重损害的国民实行外交保护的可能性。如果说习惯国际法还没有达到这样的发展阶段，则必须将条款草案第19条(a)款视为逐渐发展过程中的一步。

(4) (b)款规定，在实行外交保护方面，国家“应对于诉诸外交保护和寻求赔偿之事，尽可能考虑受害人的意见”。在实践中，实行外交保护的国家在评估所要求的损害赔偿时，确实顾及了外国人所受损害的道义后果和物质后果。²⁶⁹ 为此，显然需要征求受害人的意见。是否要求通过赔偿而达成抵偿、恢复原状或补偿的决定也是如此。一些学者据此提出论点认为，条款草案第19条(b)款中所包含的劝诫本身已经是习惯国际法的一项规则²⁷⁰。若非

如此，也必须把条款草案第19条(b)款视为逐渐发展的一步。

(5) (c)款规定，国家应该把从责任国获得的任何国民损害赔偿转交受损害的国民。这项建议意在鼓励下述一种普遍的看法，即国家在这些事项中具有绝对的酌处权，没有义务将在外交保护基础上索赔而得的金钱转交受损害的国民。这种见解植根于马夫罗马蒂斯案规则以及一系列司法裁决。按照马夫罗马蒂斯案中的意见，在实行外交保护时，国家是在维护自己的权利，成为“唯一的要求人”。²⁷¹ 因此，符合逻辑的推断是，在个人的利益方面、在解决求偿方面或在所得到的任何赔偿的支付方面，对于国家并没有任何限制。国家在实行外交保护方面具有“完全的行动自由”，这一点在巴塞罗那电车公司案²⁷²中得到确认。尽管马夫罗马蒂斯案的逻辑由于要根据个人所受损害计算损害赔偿额的做法²⁷³而受到削弱，而这种计算做法据称是习惯国际法的一项规则，²⁷⁴但仍然有意见坚持认为国家在处置所收到的赔偿方面具有绝对的酌处权。这一点体现于美国—德国混合索赔委员会首席仲裁员帕克在第五号行政裁决案中的意见：

在行使这种控制方面，[国家]不仅要顾及有关求偿人的利益，还要顾及全体国民更大的利益，在确定求偿的提出、推动、撤回或妥协的时间和方式时，必须不受限制地行使酌处权，而个人则将接受所采取行动的约束。即使求偿国在裁决执行中得到赔偿，国家对得到和持有的赔偿金拥有完全的控制权，并且为预防欺诈、纠正错误或保护国家声誉，可能选择将资金返还支付国或以其他方式处理*。²⁷⁵

²⁶⁶ 见特别报告员关于外交保护的初步报告(上文脚注36)。

²⁶⁷ 鲁道夫·赫斯案(上文脚注37)，第392和第396页；阿巴西和朱马诉外交和联邦事务大臣与内政大臣案(同上)，第69段、第79至第80段、第82至第83段和第107至第108段。一般情况，见A. Vermeer-Künzli, “Restricting discretion: judicial review of diplomatic protection”, *Nordic Journal of International Law*, 第75卷(2006), 第279页。

²⁶⁸ 卡翁达等诉南非共和国总统等案(见上文脚注37)，第69段。

²⁶⁹ 霍茹夫工厂案，案情，1928年9月13日第13号判决，《常设国际法院汇编》，A辑，第17号，第28页；另见莫雷利法官在巴塞罗那电车公司案中的个别意见，第二阶段，判决(上文脚注35)，第223页。

²⁷⁰ 见B. Bollecker-Stern, *Le préjudice dans la théorie de la responsabilité internationale*, Paris, Pedone, 1973, 详见第98页；

和L. Dubouis, “La distinction entre le droit de l’État réclayant et le droit au ressortissant dans la protection diplomatique”. *Revue critique de droit international privé* (October-December 1978), 第615页起，详见第624页。

²⁷¹ 马夫罗马蒂斯在巴勒斯坦的特许权案(上文脚注26)，第12页。

²⁷² 巴塞罗那电车公司案，第二阶段，判决(上文脚注35)，第44页，第79段。

²⁷³ 见霍茹夫工厂案(上文脚注269)，第28页。

²⁷⁴ 见Bollecker-Stern, 前引书(上文脚注270)和Dubouis, 前引文(同上)。

²⁷⁵ 第五号行政裁决案，1924年10月31日的裁决，《国际仲裁裁决汇编》，第七卷(出售品编号：1956.V.5)，第119页起，详见第152页。

英国的一些司法裁决也有类似意见,²⁷⁶ 有些人认为这是对国际法的准确表述。²⁷⁷

(6) 国家实践是否符合上述意见, 这一点并不清楚。一方面, 有些国家同意在多重个人索赔中采取一次付清的解决办法, 在实践中, 这会导致个人索赔所得远远少于索赔额。²⁷⁸ 另一方面, 有些国家颁布立法, 确保裁定赔偿金公平分配给个人索赔人。此外, 有明显证据表明, 在实践中, 各国确实会将外交索赔中所得的资金支付给受损害的国民。在第五号行政裁决案中, 首席裁决员帕克说:

但是, 如果是为指定国民提出要求并就这一具体要求获得裁决和得到赔款, 则这样的赔款就不是国家资金, 因为国家资金意味着收受国完全没有任何义务向个人求偿人作出说明, 尽管是以该求偿人的名义提出求偿并以其名义得到支付, 而且求偿人是该笔资金的真正所有人。在一些案件中, 对就大量索赔提出要求的国家作出了一次总付裁决和赔偿, 而作出裁决的法院没有对每项要求作出判决, 也没有为任何指定求偿分配具体数额, 从中可以发现大量

²⁷⁶ 内战索赔者协会诉 R. 案, United Kingdom, House of Lords, *The Law Reports of the Incorporated Council of Law Reporting 1932*, 第 14 页; 罗荷出口有限公司诉出口信贷担保署案, *The All England Law Reports 1996*, 第 4 卷, 第 673 页起, 详见第 687 页。

²⁷⁷ *Restatement of the Law Third, Restatement of the Law, The Foreign Relations Law of the United States*, 第 2 卷, St. Paul (Minnesota), American Law Institute Publishers, 1987, 第 348 至第 349 页; 国务卿对阿斯洛普裁决的分配案 (1912 年), J. 鲁本·克拉克的意见, 国务院 (引于 G. H. 哈克沃思, 《国际法文摘》, 第 5 卷, 第 766 页); 和 B. Bollecker-Stern, 前引书 (上文脚注 270), 第 108 页。

²⁷⁸ 见 W. K. Geck, "Diplomatic protection" in R. Bernhardt (编), 前引书 (上文脚注 247), 第 1058 页; D. J. Bederman, "Interim report on 'Lump sum agreements and diplomatic protection'", 国际法协会, 《第 70 次大会的报告》(2002 年 4 月 2 日至 6 日, 新德里), 2002 年, 伦敦, 第 230 页; R. B. Lillich, "The United States-Hungarian Claims Agreement of 1973", 《美国国际法学报》, 第 69 卷 (1975 年), 第 534 页; 和 R. B. Lillich 和 B. H. Weston, *International Claims: Their Settlement by Lump Sum Agreements*, Charlottesville: University Press of Virginia, 1975。

受这种解释影响的误导性言论。相信没有任何案例可证实: 国际法庭对代表指定国民提出赔偿要求的国家作出有利的判决, 而收受赔款国在不存在欺诈和错误的情况下, 会不愿就收到的全部赔偿额向指定国民或在其之下求偿的人作出说明。就美国而言, 国会似将为抵偿具体索赔而支付给国家的资金视为“受托为美国公民或他人”持有。²⁷⁹

学者意见证实了这确实是国家实践。²⁸⁰ 关于国家酌处权受到侵蚀的进一步证据见于那些规定如何分划裁定赔偿金的仲裁法庭裁决。²⁸¹ 此外, 1994 年, 欧洲人权法院在博马丁案²⁸² 中裁定, 就赔偿作出规定的国际协定可给予受损害人以可执行的赔偿权。

(7) (c) 款承认, 国家从拟转给受害者的赔偿中扣除合理费用并非不当。作这种扣除最明显的理由是收回国家为争取对其国民的赔偿而付出的费用, 或收回国家向他们提供货物或服务的费用。

(8) 虽然国家立法、司法裁决和学说在一定程度上支持削减国家向受损害国民扣付所得赔偿金的绝对权利, 但这或许并不是一种成型的做法。国家对于限制自己处置裁定赔偿金的自由也不存在任何义务感。另一方面, 公共政策、公平要求和对人权的尊重则支持削减国家在处置赔偿金方面的酌处权。条款草案第 19 条 (c) 款就是在这个背景下通过的。虽然这代表逐渐发展中的一步, 但也得到国家实践和公平要求的支持。

²⁷⁹ 第五号行政裁决案 (见上文脚注 275)。

²⁸⁰ Geck, 前引文 (上文脚注 278), p. 1057; F. V. Garcia-Amador, L. B. Sohn 和 R. R. Baxter, *Recent Codification of the Law of the State Responsibility for Injuries to Aliens*, Dobbs Ferry (New York), Oceana Publications, 1974, p. 151。

²⁸¹ 见 B. Bollecker-Stern, 前引书 (上文脚注 270), p. 109。

²⁸² 博马丁诉法国案, 案件编号: 15287/89, 1994 年 11 月 24 日的判决, 欧洲人权法院, 《判决和裁决》, A 辑, 第 296-B 卷。

第五章

国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任 (危险活动引起跨界损害所造成损失的国际责任)

A. 导言

51. 委员会第三十届会议(1978年)将“国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任”专题列入工作方案,并任命罗伯特·Q. 昆廷-巴克斯特先生为特别报告员。²⁸³

52. 从第三十二届会议(1980年)到第三十六届会议(1984年)期间,委员会共收到并审议了特别报告员提交的五份报告。在第五次报告里,特别报告员提出了五项条款草案,但委员会没有作出将这些条款草案提交起草委员会的决定。²⁸⁴

²⁸³ 在该届会议上,委员会成立了一个工作组,由它初步审议这一专题的范围和性质。工作组的报告,见《1978年……年鉴》[英],第二卷(第二部分),第150至第152页。

²⁸⁴ 关于特别报告员的五份报告,见初步报告,《1980年……年鉴》[英],第二卷(第一部分),A/CN.4/334和Add.1-2号文件,第247页;第二次报告,《1981年……年鉴》[英],第二卷(第一部分),A/CN.4/346和Add.1-2号文件,第103页;第三次报告,《1982年……年鉴》[英],第二卷(第一部分),A/CN.4/360号文件,第51页;第四次报告,《1983年……年鉴》[英],第二卷(第一部分),A/CN.4/373号文件,第201页;第五次报告,《1984年……年鉴》[英],第二卷(第一部分),A/CN.4/383和Add.1号文件,第155页。这些报告试图为本专题拟订一个概念基础和专题纲要,并载有五项条款草案的拟议案文。专题纲要载于特别报告员的第三次报告(1982年)。1984年,委员会收到对联合国法律顾问于1983年向16个选定国际组织所发调查表的答复。除其他事项外,该调查表欲查明各国彼此应尽的义务以及作为国际组织的成员履行的义务是否足以满足或取代专题纲要中提到的某些程序,《1984年……年鉴》[英],第二卷(第一部分),A/CN.4/378号文件,第129页。委员会还收到秘书处编写的一份研究报告,题为“关于国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任的国家实践概览”,《1985年……年鉴》[英],第二卷(第一部分),增编,A/CN.4/384号文件,第1页。另见“关于‘国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任’专题的各种责任制度”概览,《1995年……年鉴》,第二卷(第一部分),A/CN.4/471号文件,第61页。

53. 委员会第三十七届会议(1985年)任命胡利奥·巴尔沃萨先生为本专题的特别报告员。从第三十七届会议(1985年)到第四十八届会议(1996年)期间,委员会共收到并审议了特别报告员提交的十二份报告。²⁸⁵在这一时期,委员会还设立了两个工作组。一个于1992年设立,目的是审议与本专题的范围、应采取的处理办法以及本专题今后工作的可能方向有关的一般性问题;²⁸⁶另一个于1996年设立,旨在根据特别报告员的报告和委员会多年来举行的讨论审查本专题的各个方面,并向委员会提出建议。后一工作组的报告完整地介绍了本专题与

²⁸⁵ 特别报告员的12份报告,见初步报告,《1985年……年鉴》[英],第二卷(第一部分),A/CN.4/394号文件,第97页;第二次报告,《1986年……年鉴》[英],第二卷(第一部分),A/CN.4/402号文件,第145页;第三次报告,《1987年……年鉴》[英],第二卷(第一部分),A/CN.4/405号文件,第47页;第四次报告,《1988年……年鉴》[英],第二卷(第一部分),A/CN.4/413号文件,第251页;第五次报告,《1989年……年鉴》,第二卷(第一部分),A/CN.4/423号文件,第329页;第六次报告,《1990年……年鉴》,第二卷(第一部分),A/CN.4/428和Add.1号文件,第148页;第七次报告,《1991年……年鉴》,第二卷(第一部分),A/CN.4/437号文件,第81页;第八次报告,《1992年……年鉴》,第二卷(第一部分),A/CN.4/443号文件,第59页;第九次报告,《1993年……年鉴》,第二卷(第一部分),A/CN.4/450号文件,第199页;第十次报告,《1994年……年鉴》,第二卷(第一部分),A/CN.4/459号文件,第129页;第十一次报告,《1995年……年鉴》,第二卷(第一部分),A/CN.4/468号文件,第51页;以及第十二次报告,《1996年……年鉴》,第二卷(第一部分),A/CN.4/475和Add.1号文件,第29页。

²⁸⁶ 见《1992年……年鉴》,第二卷(第二部分),A/47/10号文件,第55页,第341至第343段。按照工作组的建议,委员会在1992年7月8日第2282次会议上决定分阶段继续进行本专题的工作:首先完成关于预防跨界损害的工作,然后进行救济措施方面的工作。鉴于本专题的标题含义不够明确,委员会决定继续依本专题应处理“活动”这一工作假设行事,并暂时不对标题作正式修改。关于委员会的详细建议,见同上,第344至第349段。另见《1995年……年鉴》,第二卷(第二部分),第五章。

预防原则和赔偿原则或其他救济责任原则有关的情况，并提交了一些条款及其评注。²⁸⁷

54. 委员会第四十九届会议（1997年）根据国际法不加禁止行为所产生损害性后果国际责任工作组（专门设立用来审议委员会应如何就本专题开展工作）的建议，²⁸⁸ 决定首先在“预防危险活动的跨界损害”这个副标题项下讨论预防问题，并任命彭马拉朱·斯里尼瓦萨·拉奥先生为这一专题的特别报告员。²⁸⁹ 从第五十届会议（1998年）到第五十二届会议（2000年）期间，委员会共收到并审议了特别报告员提交的三份报告。²⁹⁰

55. 委员会第五十届会议（1998年）一读通过了一套共17条的预防危险活动的跨界损害条款草案²⁹¹。委员会第五十三届会议（2001年）通过了序言草案和一套共19条的预防危险活动的跨界损害条款草案的最后案文²⁹²，从而结束了本专题第一部分的工作。此外，委员会建议大会根据上述条款草案拟订一项公约。²⁹³

56. 委员会第五十四届会议（2002年）恢复审议本专题第二部分，并应负责审议本专题概念纲要的国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任工作组的建议，²⁹⁴ 任命彭马拉朱·斯里尼瓦

萨·拉奥先生为“危险活动引起跨界损害所造成损失的国际责任”副标题的特别报告员。²⁹⁵

57. 从第五十五届会议（2003年）到第五十六届会议（2004年）期间，委员会收到并审议了特别报告员的两份报告。²⁹⁶ 在这一时期，委员会还设立了两个工作组，一个于2003年设立，负责协助特别报告员参照他的报告和委员会中的辩论情况，审议本专题今后的工作方针。另一个于2004年设立，负责研究特别报告员提交的建议，同时考虑到委员会中的辩论情况，以期推荐条件成熟、可以提交起草委员会的原则草案，同时继续讨论其他问题，包括这个专题的工作应该采取的形式问题。委员会于2004年7月9日举行的第2815次会议上收到工作组主席的口头报告，决定把工作组提出的八项原则草案提交起草委员会，同时请起草委员会拟订序言部分的案文。

58. 委员会第五十六届会议（2004年）完成了一套共八条危险活动引起跨界损害情况下损失分配的原则草²⁹⁷ 的一读，并决定按照其《章程》第16条和第21条，通过秘书长将这些原则草案发送各国政府，征求评论和意见，同时要求各国政府至迟于2006年1月1日将评论和意见提交秘书长。

B. 本届会议审议这个专题的情况

59. 委员会在本届会议上收到了特别报告员关于危险活动引起跨界损害情况下损失分配的法律制度的第三次报告(A/CN.4/566)。委员会还收到了各国政府的评论和意见(A/CN.4/562和Add.1)。委员会在2006年5月9日、10日、11日和12日举行的第2872至第2875次会议上审议了这份报告，并在最后一次会议上决定将2004年一读通过的原则草案提交起草委员会进行二读，同时考虑到委员会里表达的观点及各国政府发来的评论和意见。

²⁸⁷ 《1996年……年鉴》，第二卷（第二部分），附件一，第104页。

²⁸⁸ 《1997年……年鉴》，第二卷（第二部分），第60页，第162至第165段。

²⁸⁹ 同上，第168段。大会在其1997年12月15日第52/156号决议第7段中注意到这个决定。

²⁹⁰ 特别报告员的三份报告，见初步报告，《1998年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/487和Add.1号文件；第二次报告，《1999年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/501号文件和第三次报告，《2000年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/510号文件。委员会还收到各国政府提出的评论和意见，《2000年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/509号文件；和《2001年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/516号文件（于2001年收到）。

²⁹¹ 《1998年……年鉴》，第二卷（第二部分），第22页，第52段。

²⁹² 《2001年……年鉴》，第二卷（第二部分），第166至第168页，第97段。

²⁹³ 同上，第94段。

²⁹⁴ 大会在第56/82号决议执行部分第3段中请委员会恢复审议本专题的责任方面，同时铭记预防和责任之间的相互关系，并考虑到国际法的发展和各国政府的评论。

²⁹⁵ 《2002年……年鉴》，第二卷（第二部分），第89页，第441段。工作组的报告阐述了对“国际法不加禁止的行为所产生损害性后果的国际责任（危险活动引起跨界损害所造成损失的国际责任）”专题的一些初步理解，提供了对其范围和应采取的办法的意见（同上，第89至第91页，第442至第457段）。

²⁹⁶ 特别报告员关于危险活动引起跨界损害情况下损失分配的法律制度的两份报告，见第一次报告，《2003年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/531号文件；和第二次报告，《2004年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/540号文件。

²⁹⁷ 《2004年……年鉴》，第二卷（第二部分），第175段。

60. 委员会在2006年6月2日第2882次会议上收到并审议了起草委员会的报告(A/CN.4/L.686和Corr.1),并二读通过了关于危险活动引起跨界损害情况下损失分配的序言和一套共八条的原则草案。

61. 委员会在2006年8月8日第2909和第2910次会议上通过了上述原则草案的评注。

62. 委员会按照其《章程》,将序言草案和原则草案连同下述建议一并提交大会。

C. 委员会的建议

63. 委员会在其2006年8月8日第2910次会议上忆及,委员会第四十九届会议(1997年)决定分两部分审议该专题;²⁹⁸委员会第五十三届会议(2001年)完成了第一部分的工作,²⁹⁹并建议大会根据预防危险活动的跨界损害条款草案拟订一项公约。³⁰⁰委员会的建议考虑到现行国家实践,认为专题的第一部分内容适于通过一项公约进行编纂和逐渐发展。委员会通过了关于危险活动引起跨界损害情况下损失分配的原则草案,完成了第二部分的工作,从而结束了“国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任”专题的工作。根据其《章程》第23条的规定,对于第二部分,委员会建议大会以决议的方式核准原则草案,并敦促各国在国家和国际一级采取行动予以落实。

D. 向特别报告员表示感谢

64. 委员会2006年8月8日第2910次会议在通过关于危险活动引起跨界损害情况下损失分配的序言和原则草案案文以后,以鼓掌方式通过了以下决议:

国际法委员会,

通过了关于危险活动引起跨界损害情况下损失分配的序言草案和原则草案,

²⁹⁸ 《1997年……年鉴》,第二卷(第二部分),第60页,第165段。

²⁹⁹ 《2001年……年鉴》,第二卷(第二部分),第165页,第91段。

³⁰⁰ 同上,第94和第97段。

向特别报告员彭马拉朱·斯里尼瓦萨·拉奥先生表示诚挚感谢和热烈祝贺,感谢并祝贺他通过不懈努力和专注的工作,为拟订序言草案和原则草案作出了杰出贡献,并在拟定关于危险活动引起跨界损害情况下损失分配的序言草案和原则草案方面取得了成果。

65. 委员会还向前任特别报告员罗伯特·Q.昆廷一巴克斯特先生和胡利奥·巴尔沃萨先生表示诚挚感谢,感谢他们对本专题工作的杰出贡献。

E. 危险活动引起跨界损害情况下的损失分配原则草案案文

1. 原则草案案文

66. 委员会第五十八届会议通过的原则草案案文载录如下。

危险活动引起跨界损害情况下的损失分配原则草案

大会,

重申《关于环境与发展的里约宣言》原则13和16,

忆及预防危险活动的跨界损害条款草案,

认识到尽管有关国家已遵守了关于预防危险活动的跨界损害的义务,危险活动引起的事件仍会发生,

注意到由于这种事件,其他国家和(或)其国民可能遭受损害和严重损失,

强调应当制定适当而有效的措施,以确保因这种事件而蒙受损害和损失的自然人和法人,包括国家,能够获得及时和充分的赔偿,

感到关切的是,应当采取及时而有效的应对措施,以最大限度地减少这类事件可能造成的损害和损失,

注意到国家对违反国际法规定的预防义务负有责任,

忆及关于某些特殊种类危险活动的现有国际协定的重要意义,并强调进一步制定这类协定的重要性,

希望为发展这一领域的国际法作出贡献,

……

原则1 适用范围

本原则草案适用于国际法不加禁止的危险活动所造成的跨界损害。

原则2 用语

为本原则草案的目的：

(a) “损害”指对人员、财产或环境所造成的重大损害；包括：

- (i) 人员死亡或人身伤害；
- (ii) 财产的损失或损害，包括构成文化遗产部分的财产；
- (iii) 环境受损而引起的损失或损害；
- (iv) 恢复财产或环境，包括自然资源的合理措施的费用；
- (v) 合理应对措施的费用。

(b) “环境”包括非生物性和生物性自然资源，例如空气、水、土壤、动物和植物，以及这些因素之间的相互作用，以及地貌的特征部分；

(c) “危险活动”指具有造成重大损害风险的活动；

(d) “起源国”指在其领土上或在其管辖或控制下的其他地方进行危险活动的国家；

(e) “跨界损害”指在起源国以外的另一国领土上或在该国管辖或控制下的其他地方所造成的人身、财产或环境损害；

(f) “受害者”指遭受损害的任何自然人、法人或国家；

(g) “经营者”指发生造成跨界损害事件时指挥或控制有关活动的任何人。

原则3 目的

本原则草案的目的是：

(a) 确保跨界损害的受害者得到及时和充分的赔偿；并且

(b) 在发生跨界损害时维护和保护环境，特别是减轻对环境的损害以及恢复环境或使之复原。

原则4 及时和充分的赔偿

1. 各国应采取一切必要措施，确保其领土上或其管辖或控制下的其他地方的危险活动造成跨界损害时，受害者可获得及时和充分的赔偿。

2. 这些措施应包括要求经营者，或酌情要求其他个人或实体承担责任。这种责任不应要求出具过失证明。此类责任的任何条件、限制或例外条款均应符合原则草案3。

3. 这些措施还应包括要求经营者，或酌情要求其他个人或实体为偿付索赔建立并保持财务担保，例如保险、债券或其他财务保证。

4. 在适当情况下，这些措施应包括要求在国家一级设立行业基金。

5. 若以上各段中所列措施不足以提供充分的赔偿，起源国还应确保提供额外的财务资源。

原则5 应对措施

一旦发生了造成或可能造成跨界损害的危险活动事件：

(a) 起源国应立即将事件以及可能造成的跨界损害后果通知所有受影响或可能受影响的国家；

(b) 起源国应在经营者的适当参与下，确保采取适当的应对措施，并应当为此目的使用现有最佳科学数据和技术；

(c) 起源国还应当酌情与所有受影响或可能受影响的国家磋商并寻求合作，以减轻并在可能的情况下消除跨界损害后果；

(d) 受跨界损害影响或可能受影响的国家应采取一切可行措施减轻并在可能的情况下消除此种损害后果；

(e) 有关国家应当酌情在相互接受的条件基础上寻求主管国际组织和其他国家的援助。

原则6 国际和国内救济

1. 一旦其领土内或其管辖或控制下的其他地方的危险活动造成跨界损害，各国应赋予本国司法和行政部门以必要的管辖权和职权，并确保这些部门具备提供及时、充分和有效救济的手段。

2. 跨界损害的受害者应当能够从起源国获得与在该国领土上遭受同一事件损害的受害者相当的及时、充分和有效的救济。

3. 第1和第2款不影响受害者在起源国可得到的救济之外，寻求其他救济的权利。

4. 各国可协助诉诸迅速而又最经济的国际理赔程序。

5. 各国应当保障能够适当地获取与寻求救济包括索取赔偿有关的资料。

原则7 拟定专门的国际制度

1. 如果就特定类别危险活动而言, 专门的全球、区域或双边协定能就赔偿、应对措施及国际和国内救济作出有效安排, 则应当尽一切努力缔结此种专门协定。

2. 这些协定应当酌情包括一些安排, 使行业基金和(或)国家基金能在经营者财务资源, 包括财务担保措施不足以偿付事故损害的情况下提供补充赔偿。可指定用任何此类基金来补充或取代国家级的行业基金。

原则8 执行

1. 各国应当采取必要的立法、规章和行政措施, 执行本原则草案。

2. 本原则草案及其执行措施的适用不得有任何歧视, 如基于国籍、居住地或住所的歧视。

3. 各国应相互合作, 执行本原则草案。

2. 原则草案案文及其评注

67. 委员会第五十八届会议通过的原则草案案文及其评注载录如下。

危险活动引起跨界损害情况下的 损失分配原则草案

总评注

(1) 序言概述了这些原则草案的背景以及所采用的处理方法。序言将这些原则草案置于《关于环境与发展的里约宣言》(《里约宣言》)³⁰¹ 有关规定的背景之下, 接着具体提到委员会2001年第五十三届会议通过的预防危险活动的跨界损害条款草案³⁰²。

(2) 序言简要地介绍了最重要的背景: 即使有关国家充分遵守其按照国际法所承担的预防义务, 但意外或其他事件仍有可能发生并产生跨界后果, 给其他国家和其国民造成损害和严重损失。

(3) 正如序言所述, 重要的是, 因这种涉及危险活动的事件而遭受损害或损失的人不应无辜地承受这些损失, 必须能够获得及时和充分的赔偿。这些原则草案确立了实现这一目的的可用办法。

(4) 序言指出, 可在针对某些特殊种类危险活动的国际协定中作出必要的赔偿安排。本原则草案鼓励酌情在国际、区域或双边一级制订这样的协定。

(5) 因此, 本原则草案的目的是促进这一领域国际法的进一步发展: 本原则草案就不在具体协定范围内的危险活动向各国提供了适当指导, 同时指明了这类协定应处理的事项。

(6) 序言还指出, 各国按照国际法对违反其预防义务的行为负有责任。因此, 本原则草案不妨碍关于国家责任的规则以及一旦发生违反预防义务之事时按照那些规则可能提出的任何要求。

(7) 在起草这些原则草案时, 委员会以若干基本谅解为出发点。首先, 一项普遍的谅解是: (a) 这一制度应是一般性和剩余性的; (b) 这一制度不应妨碍委员会2001年通过的关于国家责任的有关规则³⁰³。其次, 有一项谅解是, 责任问题的范围应与委员会也同样于2001年通过的预防危险活动的跨界损害条款草案保持一致³⁰⁴。具体地说, 为了启动关于跨界损害的制度, 应采用跨界损害情况下所适用的同样的标准, 即“重大”标准。委员会还认真审议了是否有必要讨论全球公域相关问题这一事项。委员会注意到与那一专题相关的问题各不相同, 各有其自己的特点, 因而得出结论认为, 那些问题需要另行处理。³⁰⁵ 第三, 基于某些政策考虑开展工作: (a) 虽然本专题拟涵盖的活动对经济发展必不可少, 并且有益于社会, 但本项制度应该作出规定, 一旦这些活动引起跨界损害, 则应为无辜受害者提供及时和充分赔偿; (b) 除了预防问题条款草案所设想的内容以外, 还应制订应急计划和应对措施。

³⁰¹ 《联合国环境与发展会议的报告, 1992年6月3日至14日, 里约热内卢》(联合国出版物, 出售品编号C.93.I.8和更正), 第一卷: 环发会议通过的决议, 决议1, 附件一。

³⁰² 见上文脚注292。

³⁰³ 国家对国际不法行为的责任条款的案文和评注, 见《2001年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第77段。

³⁰⁴ 同上, 第98段。

³⁰⁵ 见《2002年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第447段。

(8) 第四, 现有的各种责任和赔偿模式已经证实, 国家的赔偿责任主要是在外层空间活动方面被接受。本原则草案范围内的活动的责任应主要与经营者联系在一起; 这样的责任不要求提供过失证明, 并且可能是有限责任, 或受各种条件、限制或例外情况的制约。然而, 同样获得承认的一点是, 这样的责任并不需要总由危险活动或承担风险活动的经营者来承担, 协定或法律同样可以指定其他实体。重要的一点是, 有关个人或实体在职能上处于指挥或控制或引导或实施全面监督的地位, 因此, 作为活动的受益人, 可被认定负有责任。

(9) 第五, 可以指出的是, 在许多损失分配方案中都规定了补充性资金; 如果接受有限责任的概念, 这种补充性资金便尤为重要。基本的谅解是, 采纳一项损失分配方案, 将损失在包括国家在内的众多行为者之间分摊。鉴于原则草案的一般性和剩余性, 据认为不必要事先确定不同行为者的份额, 也无需精确查明国家应承担的角色。与此同时, 委员们承认, 国家根据国际法承担着预防义务, 这就要求实施与应有注意义务有关的某些最低限度标准。³⁰⁶ 按照这些义务, 各国只能允许在获得事先批准的情况下进行具有重大跨界损害风险的危险活动, 同时应酌情利用环境和跨界影响评估, 并监测这种跨界影响。换句话说, 将主要责任与经营者联系在一起, 丝毫没有免除国家履行国际法规定的预防职责这一义务。

(10) 第六, 对于有关危险活动造成损害时的损失分配方案的制度应包含哪些基本内容, 委员会存在着广泛的谅解, 但同时, 大家都理解, 在大多数情况下, 用于解决赔偿要求的实质性法律或适用法律会涉及到民事赔偿责任或刑事赔偿责任, 或两者兼而有之, 并且取决于若干变量。与选择法院以及适用法律有关的民法或普通法或国际私法原则可能成为焦点, 这取决于所涉及的背景情况和管辖地。所以, 提议的方案不仅具有一般性和剩余性, 而且具有灵活性, 对可能产生的要求及适用的法律和程序不会有任何妨碍。

³⁰⁶ Birnie 和 Boyle 在论及关于预防的条款草案时说: “关于将委员会 [关于预防跨界损害] 的公约草案规定视为对现有国际法的编纂……条约、判例法以及国家实践中都存在着大量的权威意见同意这样做。这些规定是各国在处理跨界危险和履行《里约宣言》原则 2 时须遵守的最低限度标准” (P. W. Birnie and A. E. Boyle, *International Law and the Environment*, 2nd ed., Oxford University Press, 2002, p. 113)。

(11) 由于原则草案是一般性和备用性的, 它们是作为无约束力的原则草案宣言拟订出来的。具体危险活动的不同特性可能要求在具体的安排上采取不同的处理办法。另外, 在不同的法律制度下, 所作的选择或采用的办法也很可能不同。而且, 作出的选择和采用的办法及其执行也可能因有关国家处在不同的经济发展阶段而受到影响。

(12) 经过权衡, 委员会得出结论认为, 所建议的原则草案具有的优点是不要求各国法律和各项法律制度实现统一, 实现这种统一困难重重。委员会还认为, 如果把成果作为原则提出, 那么普遍接受其实质性规定这一目标便更有可能实现。这些原则草案的实质内容是, 遭受损害的受害者应当得到及时和充分的赔偿; 对于环境损害, 各国可提出求偿, 并且可通过迅速的应对措施减轻损害, 并尽可能恢复环境的原状。

(13) 在编写评注时, 既力求说明每一原则草案的范围和背景, 又注意分析有关的趋势和可能的选择, 以便帮助各国拟订适当的国家执行措施和制订具体的国际制度。委员会的着眼点是精心拟订原则草案的内容, 使之成为一套前后连贯的行为和实践标准。委员会并不打算说明各项原则草案的各个方面在习惯国际法中的现状; 原则草案的措辞方式无意影响这一问题。

序言

大会,

重申《关于环境与发展的里约宣言》原则 13 和 16,

忆及预防危险活动的跨界损害条款草案,³⁰⁷

认识到尽管有关国家已遵守了关于预防危险活动的跨界损害的义务, 危险活动引起的事件仍会发生,

³⁰⁷ 《2001 年……年鉴》, 第二卷 (第二部分), 第 166 页, 第 97 段。

注意到由于这种事件，其他国家和（或）其国民可能遭受损害和严重损失，

强调应当制定适当而有效的措施，以确保因这种事件而蒙受损害和损失的自然人和法人，包括国家，能够获得及时和充分的赔偿，

感到关切的是，应当采取及时而有效的应对措施，以最大限度地减少这类事件可能造成的损害和损失，

注意到国家对违反国际法规定的预防义务负有责任，

忆及关于某些特殊种类危险活动的现有国际协定的重要意义，并强调进一步制定这类协定的重要性，

希望为发展这一领域的国际法作出贡献，

……

评注

(1) 过去，委员会通常向大会提交不带序言草案的条款草案，序言草案由各国来拟订。但是也有过委员会提交序言草案的先例。在提交关于消除未来无国籍状态的公约草案、关于减少未来无国籍状态的公约草案³⁰⁸、国家继承涉及的自然人国籍问题条款草案³⁰⁹以及预防问题条款草案³¹⁰时，委员会都这样做过。由于委员会将要提交的是原则宣言草案，故提供序言也十分恰当。

(2) 正如在导言里指出的，第一序言段先是提到《里约宣言》³¹¹原则13和16。该项宣言的原则13重申了《联合国人类环境会议宣言》（《斯德哥尔

摩宣言》）³¹²原则22，强调各国必须就污染和其他环境破坏的责任问题和受害者赔偿问题制订法律。《里约宣言》原则16考虑到“谁污染谁付费”原则，论述了应推动环境成本内部化的问题。委员会认为“谁污染谁付费”原则是本原则草案所包含的一项基本内容，旨在确保危险活动所造成的损害的受害者能够获得及时和充分的赔偿。

(3) 第二序言段不言自明。它将本原则草案与预防问题条款草案联系在一起。第三、第四、第五和第六序言段力求为本原则草案提供最基本的理由。

(4) 第七序言段强调，这些原则草案不影响一国因违反国际法规定的预防义务而可能引起的责任；本段意在把实施那项制度所产生的求偿排除在本原则草案的适用范围之外。

(5) 第八序言段承认对各种类别的危险活动存在着具体的国际协定，并强调进一步制定这类协定的重要性，而最后序言段表明了为发展这一领域的国际法作出贡献的愿望。

原则1 适用范围

本原则草案适用于国际法不加禁止的危险活动所造成的跨界损害。

评注

(1) 拟订关于“适用范围”的规定是为了确定本原则草案的背景，并反映下述谅解，即本原则草案将具有与2001年预防危险活动的跨界损害条款草案³¹³相同的适用范围。在委员会的工作背景之下，不需要特别强调“预防”和“责任”这两个概念之间的相互关联。³¹⁴原则草案1表明，本原则

³⁰⁸ 《1954年……年鉴》[英]，第二卷，A/2693号文件，第140页。

³⁰⁹ 《1999年……年鉴》，第二卷（第二部分），A/54/10号文件，第22页，第47段。

³¹⁰ 见上文脚注292。

³¹¹ 见上文脚注301。

³¹² 《联合国人类环境会议报告书》（联合国出版物，出售品编号：C.73.II.A.14），1972年6月5日至16日，斯德哥尔摩，第一部分，第一章。

³¹³ 见上文脚注292。

³¹⁴ 见委员会2002年第五十四届会议设立的国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任工作组的建议，《2002年……年鉴》，第二卷（第二部分），第90页，第447至第448段。

草案的重点是跨界损害。英文本中“transboundary damage”的概念与“tranboundary harm”的概念一样，注重的是一国境内的活动在另一国管辖范围内造成的损害。

(2) 首先，属于本原则草案范围内的危险活动是那些国际法不加禁止的并“具有通过其有形后果造成重大跨界损害风险的活动”。在这一类别之下，可以列出各种不同的活动。正如原则草案标题所显示的，任何危险活动或极端危险活动，只要在最低限度上具有引起重大跨界损害的危险，均包括在内。造成重大跨界损害的概率较大或造成灾难性跨界损害的概率较小的活动均包括在内。事故的发生概率和损害性影响的严重程度：这两者的合并后果使得这些活动有别于任何其他活动。³¹⁵

(3) 与预防问题条款草案中所采取的做法一样，委员会决定不要活动清单。详细地列出活动清单并非没有问题，而且从功能上讲，人们认为活动清单并非必不可少。任何这样的清单都可能罗列不全，并且随着不断演变的技术发展，可能很快就需要予以审查。而且，除了某些极端危险的活动以外（这些活动大多受到特别制度的约束，例如在核领域或在外空活动领域），一项活动所产生的风险主要取决于对具体技术的运用、具体的背景以及操作方式。委员会感到，很难在一项一般性的清单里将所有这些要素都包括在内。然而，本原则草案范围内的活动与预防问题条款草案中必须获得事先批准的活动是相同的。另外，各国总是可以通过多边、区域或双边安排³¹⁶，来具体说明在本原则草案范围内的活动是哪些活动，或在其国家立法中作出这样的规定。

³¹⁵ 见《2001年……年鉴》，第二卷（第二部分），第172页（预防问题条款草案第2条的评注第（1）段）。

³¹⁶ 例如，各种责任制度都处理了在其范围内的各种类型活动：《保护波罗的海地区海洋环境公约》、《关于工业事故越境影响的公约》、《关于工业事故越境影响对越境水体造成损害的民事责任赔偿的议定书》附件一以及《关于危害环境的活动造成损害的民事责任公约》附件二，在这一文书里，在陆地或海洋上建立以焚化方式部分或完全处置固体、液体或气体废物的场点的活动，或建立在缺氧条件下以热降解方式处置固体、液体或气体废物的场点的活动均被列为危险活动；这一公约的附件一还含有一份危险物品清单。另见欧洲议会和欧洲理事会2004年4月21日关于预防和补救环境损害方面的环境责任的第2004/35/CE号指令，《欧洲联盟公报》，第L 143号，2004年4月30日，第56页。

(4) “国际法不加禁止的危险活动所造成的跨界损害”这一短语与预防问题条款草案第1条中“国际法不加禁止、但却具有通过其有形后果造成重大跨界损害风险的活动”一语具有相似的含义。其含义是特定的，可理解为包含4个要素，即(a)这类活动未受国际法禁止，(b)这类活动具有引起重大损害的可能，(c)这类损害必须是跨界的，(d)跨界损害必须是由这类活动通过其有形后果而引起的。³¹⁷

(5) 与预防问题条款草案一样，本原则草案范围内的活动包含一个人为因素，并且被限定为“国际法不加禁止的活动”。之所以采用这一特定短语，主要是为了将本原则草案的作用与关于国家责任的规则的作用区分开来。委员会不仅承认国际不法行为的责任问题的重要性，而且承认对某些活动产生的有害后果进行赔偿这一义务的重要性，特别是那些因其性质而具有某些风险的活动。然而，鉴于风险责任的完全不同的基础和风险规则的不同性质以及风险责任可能具有的内容和形式，委员会决定分别处理这两个问题。³¹⁸也就是说，对本原则草案而言，侧重点是活动的后果，而不是活动本身的合法性。

(6) 本原则草案与预防问题条款草案一样，关注的是主要规则。因此，如果不履行预防问题条款草案所规定的预防义务，便可能引起国家责任，但不一定同时引起这样的暗示：活动本身是受到禁止的。³¹⁹在这样的情况下，援引国家责任不仅是为

³¹⁷ 《2001年……年鉴》，第二卷（第二部分），第170至第172页（预防问题条款草案第1条评注）。

³¹⁸ 《1973年……年鉴》[英]，第二卷，A/9010/Rev.1号文件，第169页，第38段。

³¹⁹ 见《2001年……年鉴》，第二卷（第二部分），第170至第171页（第1条评注第（6）段）。另见M. B. Akehurst, “International liability for injurious consequences arising out of acts not prohibited by international law”, *Netherlands Yearbook of International Law*, 第16卷（1985），第3至第16页；A. E. Boyle, “State responsibility and international liability for injurious consequences of acts not prohibited by international law: a necessary distinction?”, *International and Comparative Law Quarterly*, 第39卷（1990），第1至第26页；K. Zemanek, “State responsibility and liability”, in W. Lang, H. Neuhold and K. Zemanek (编), *Environmental Protection and International Law*, London, Graham and Trotman/Martinus Nijhoff, 1991, 第197页；特别报告员彭马拉朱·斯里尼瓦萨·拉奥关于国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任（预防危险活动的跨界损害）的第二次报告，《1999年……年鉴》，第二卷（第二部分），A/CN.4/501号文件，第35至第37段；J. Barboza, “La responsabilité ‘causale’ à la Commission du droit international”, *Annuaire français de droit international*, 第34卷（1988），第513至第522页；Ph.Cahier, “Le problème de la responsabilité pour risque

了履行国家自身的义务，而且也是为了履行经营者的民事责任或职责。³²⁰事实上，在预防问题条款草案的整个起草过程中，大家都清楚这一点。³²¹

(7) 人们承认，即使履行了预防义务，仍有可能发生损害。可能由于好几项不涉及国家责任的其他原因而发生跨界损害。例如，会有这样的情况：采取了预防措施，但结果证明预防措施不够充分，或者在最初批准时，未能查明引起跨界损害的特定危险，因此也未能设想采取适当的预防措施。³²²换句话说，跨界损害可能意外发生，或者可能在原先未曾设想的情况下发生。另外，经过一段时间，由于不利影响逐渐积累，也可能发生损害。在讨论赔偿时，应考虑到这种区别。由于在危险活动与发生的损害之间确定因果联系存在着困难，在后一种情况下提出索赔并不常见。³²³

en droit international”, in *International Relations in a Changing World*, Leyden, Sijthoff, 1977, 第409至第434页；C. G. Caubet, “Le droit international en quête d’une responsabilité pour les dommages résultant d’activités qu’il n’interdit pas”, *Annuaire français de droit international*, 第29卷(1983), 第99至第120页；D. Lévy, “La responsabilité pour omission et la responsabilité pour risque en droit international public”, *Revue générale de droit international public*, 第32卷, No. 1 (1961), 第744至第764页；和 P. Štruma, “La responsabilité en dehors de l’illicite en droit international économique”, *Polish Yearbook of International Law*, 第20卷(1993), 第91至第112页。

³²⁰ 见 P.-M. Dupuy, *La responsabilité internationale des États pour les dommages d’origine technologique et industrielle*, Paris, Pedone, 1977；I. Brownlie, *System of the Law of Nations: State Responsibility, Part I*, Oxford, Clarendon Press, 1983, p. 50；A. Rosas, “State responsibility and liability under civil liability regimes”, in O. Bring and S. Mahmoudi (编), *Current International Law Issues: Nordic Perspectives (Essays in honour of Jerzy Sztucki)*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1994, p. 161；和 F. Bitar, *Les mouvements transfrontaliers de déchets dangereux selon la Convention de Bâle. Etude des régimes de responsabilité*, Paris, Pedone, 1997, pp. 79-138。然而，在责任、举证责任和救济方面，有各种不同的标准适用于国家责任和赔偿责任。另见 P.-M. Dupuy, “Où en est le droit international de l’environnement à la fin du siècle?”, *Revue générale de droit international public*, 第101卷, No. 4 (1997), pp. 873-903；T. A. Berwick, “Responsibility and liability for environmental damage: a roadmap for international environmental regimes”, *Georgetown International Environmental Law Review*, 第10卷, No. 2 (1998), 第257至第267页；和 P.-M. Dupuy, “À propos des mésaventures de la responsabilité internationale des États dans ses rapports avec la protection internationale de l’environnement”, in M. Prieur and C. Lambrechts (编), *Les hommes et l’environnement : quels droits pour le vingt-et-unième siècle? Études en hommage à Alexandre Kiss*, Paris, Frison-Roche, 1998, 第269至第282页。

³²¹ 见《2002年……年鉴》，第二卷（第二部分），第89页，第443段。

³²² 同上，第444段。

³²³ 见 P. Wetterstein, “A proprietary or possessory interest: A *conditio sine qua non* for claiming damages for environmental im-

(8) 为了本原则草案的目的，可以假定，由预防义务所产生的应有注意义务已经得到履行。因此，本原则草案的侧重点是在履行了这些义务之后仍然造成的损害。

(9) 适用范围这一项规定所暗含的第二项标准是，这些原则所涉及的活动是那些最初就具有造成重大跨界损害“风险”的活动。正如上文第(2)段指出的，风险这一要素既包括造成灾难性跨界损害概率较小的活动，也包括造成重大跨界损害概率较大的活动。³²⁴

(10) 第三项标准是，有关活动必须涉及“跨界”损害。因此，领土（外）这一要素包含三个概念。“跨界”损害一语涉及“领土”、“管辖”和“控制”三个问题。³²⁵活动必须在一国领土上或受一国管辖或控制的其他地方进行，但在另一国领土上或受其管辖或控制的地方产生影响。

(11) 应该指出的是，原则草案所关注的是由危险活动“造成的跨界损害(transboundary damage)”。在本原则草案里，在仅提到损害(harm)风险而不是损害实际发生的后来阶段时，保留了跨界损害(transboundary harm)这一较宽泛的概念。“损害(damage)”是用来指后一阶段的。使用“transboundary damage”这一概念是为了具体指已经发生的跨界损害。使用这个词还有一个好处，即人们已经比较熟悉。在责任制度里通常使用这一术语。³²⁶“Damage”

pairment?”，载于 P. Wetterstein (编), *Harm to the Environment: the Right to Compensation and Assessment of Damage*, Oxford, Clarendon Press, 1997, 第29至第54页起，详见第30页。另见薛捍勤, *Transboundary Damage in International Law*, Cambridge University Press, 2003, 第19至第105页以及第113至第182页。

³²⁴ 见《2001年……年鉴》，第二卷（第二部分），第172页（条款草案第2条评注第(1)段）。

³²⁵ 同上（条款草案第1条评注第(7)至第(12)段）。

³²⁶ “损害(damage)”的定义见于：《危险废物越境转移及其处置所造成损害的责任及赔偿巴塞尔议定书》第2条第2款(c)项；《关于工业事故越境影响对越境水体造成损害的民事责任及赔偿的议定书》第2条第2款(d)项；《关于危害环境的活动造成损害的民事责任公约》第2条第7款；《国际海上运载有害物质造成损害的责任和赔偿公约》（《有害物质公约》）第1条第6款；《关于道路、铁路和内陆航运船只运载危险物品引起损害的民事责任公约》第1条第10款。另见欧洲议会和欧盟理事会2004年关于预防和补救环境损害方面的环境责任的第2004/35/CE号指令第2条第2款（上文脚注316）；《外空物体所造成损害之国际责任公约》第一条(a)款。

“污染损害(Pollution damage)”的定义见于：《国际油

之前加上了“transboundary”作定语，是为了强调本原则草案范围所具有的跨界指向。

(12) 划定适用范围时的另一项重要考虑是，一国在贸易、货币、社会经济或类似领域的政策所引起的跨界损害排除在本原则范围之外。³²⁷ 因此，重大跨界损害必须是由有关活动的“有形后果”引起的。

原则2 用语

为本原则草案的目的：

(a) “损害”指对人员、财产或环境所造成的重大损害；包括：

- (i) 人员死亡或人身伤害；
- (ii) 财产的损失或损害，包括构成文化遗产部分的财产；
- (iii) 环境受损而引起的损失或损害；
- (iv) 恢复财产或环境，包括自然资源的合理措施的费用；
- (v) 合理应对措施的费用。

污损害民事责任公约》第1条第6款；《经修正国际油污损害民事责任公约的议定书修正的公约》第1条第6款（另见 P. W. Birnie and A. E. Boyle, *Basic Documents on International Law and the Environment*, Oxford, Clarendon Press, 1995, 第91至第106页）；《国际油舱油污损害民事责任公约》第1条第9款；《关于因勘探和开采海床矿物资源而造成油污损害的民事责任公约》第1条第6款。

“核损害 (nuclear damage)”的定义见于：《关于核损害民事责任的维也纳公约》第一条第1款(k)项；经《修正关于核损害民事责任的维也纳公约的议定书》第2条修正的《公约》第一条第1款k项；《核损害补充赔偿公约》第1条；《经1964年1月28日附加议定书和1982年11月16日议定书修正的修正1960年7月29日核能方面第三者责任公约的议定书》第一条B款第七项。

另见《南极矿物资源活动管理公约》第1条第(15)款，该款界定了对南极环境或其附属或相关的生态系统的损害，和《国际水道非航行使用法公约》，该《公约》第7条寻求“防止引起重大损害”。《关于保护环境的南极条约议定书》附件六涉及环境紧急事态导致的责任，其第2条(b)款给“环境紧急事态”下的定义是“任何导致或极有可能立即导致对南极环境的任何重大和有害影响的……意外事件”。

³²⁷ 见《2001年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第172页(预防问题条款草案第1条评注第(16)至第(17)段)。

(b) “环境”包括非生物性和生物性自然资源，例如空气、水、土壤、动物和植物，以及这些因素之间的相互作用，以及地貌的特征部分；

(c) “危险活动”指具有造成重大损害风险的活动；

(d) “起源国”指在其领土上或在其管辖或控制下的其他地方进行危险活动的国家；

(e) “跨界损害”指在起源国以外的另一国领土上或在该国管辖或控制下的其他地方所造成的人身、财产或环境损害；

(f) “受害者”指遭受损害的任何自然人、法人或国家；

(g) “经营者”指发生造成跨界损害事件时指挥或控制有关活动的任何人。

评注

(1) 本“用语”力图界定并载述本原则草案所用术语或概念的含义。“损害”的定义对于本原则草案来说十分重要。将损害的各项要素单独列出是为了阐明对损害提出求偿的根据。在阐明损害的各项要素之前，需要指出，有资格获得赔偿的损害应达到一定的严重程度。例如，特雷耳冶炼厂案的裁决处理了由烟雾引起的损害，当时发生的案件产生了“严重后果”，并且损害是基于明显和确凿的证据来确定的。³²⁸ 拉努湖案的裁决提及严重的损害。³²⁹ 若干公约也提到“重大”、“严重”或“显著”伤害或损害，认为这是引发法律求偿的门槛。³³⁰ “重大”一

³²⁸ 特雷耳冶炼厂案(见上文脚注226)，第1965页。

³²⁹ 拉努湖仲裁案(法国诉西班牙)，《国际仲裁裁决汇编》，第十二卷(出售品编号：1963.V.3)，第281页。

³³⁰ 例如见《南极矿物资源活动管理公约》第4条第2款；《越境环境影响评估公约》第2条第1和第2款；《关于工业事故越境影响的公约》第1条(d)款；以及《国际水道非航行使用法公约》第7条。另见 P. N. Okowa, *State Responsibility for Transboundary Air Pollution in International Law*, Oxford University Press, 2000, p. 176；和 R. Lefebvre, *Transboundary Environmental Interference and the Origin of State Liability*, The Hague, Kluwer Law International, 1996, 第86至第89页，他指出有必要确立一个门槛，并探讨了“重大损害”这一门槛的基本原理以及对其含义进行解释的可能方式。另见 J. G.

词也用在其他法律文书和国内法中。³³¹ 这一门槛是为了防止动辄求偿或无理缠讼等情况的发生。

(2) “重大”被理解成是指超过“可察觉的”，但不必达到“严重”或“巨大”的程度。³³² 这种损害必须导致对一些事项诸如人的健康、工业、财产、环境或农业的真实的破坏作用。这种破坏作用则必须能够按照事实和客观标准加以衡量。地球在生态上作为一个单元与政治上的边界并不对应。各国在其境内开展合法活动的时候，会相互产生影响。这些相互影响只要尚未达到“重大”的水平，即被认为是可容忍的，不在本原则草案的范围之内。

Lammers, *Pollution of International Watercourses: a Search for Substantive Rules and Principles of Law*, The Hague, Martinus Nijhoff Publishers, 1984, 第346至第347页; 和 R. Wolfrum, “Purposes and principles of international environmental law”, *German Yearbook of International Law*, 第33卷(1990), 第308至第330页起, 详见第311页。一般来说, 鉴于损害的门槛对触发恢复原状或赔偿的要求至关重要, 有人表示, 在审议环境损害时, “后果越是远离被认定的可持续状态, 随后的损失越是不可预测和无限制, 后果就越接近重大这一门槛”。这须根据一种“基准条件”来确定, 而各国一般都会确定或应当确定基准条件(R. Wolfrum, Ch. Langenfeld and P. Minnerop, *Environmental Liability in International Law: Towards a Coherent Conception*, Berlin, Erich Schmidt Verlag, 2005, 第501页。

³³¹ 例如见美洲法律委员会1965年编写的国际河流和湖泊工农业用途公约草案第5条(美洲国家组织, *Ríos y lagos internacionales (utilización para fines agrícolas e industriales)*, 4th ed. rev.(OEA/Ser. I/VI, CIJ-75 Rev. 2), Washington D.C., 1971, 第132页); 联合国欧洲经济委员会1990年拟定的《跨界水污染责任和赔偿责任准则》(ENVWA/R.45, 附件); 《关于使用国际河流水道的赫尔辛基规则》第十条(国际法协会, 《第五十二次大会报告》(1966年, 赫尔辛基), 1967年, 伦敦, 第496页); 《关于公平使用和可持续发展水域的柏林规则》(2004年2月第十稿)第16条(同上, 《2004年8月16日至21日柏林第七十一届会议报告》, 2004年, 伦敦, 第334页); 关于各国在环境方面的合作的大会1972年12月15日第2995(XVII)号决议第1和第2段; 经合组织理事会1974年11月14日关于跨界污染原则的C(74)224号建议第6段(经合组织, 《经合组织与环境》, 1986年, 巴黎, 第142页, 重印于《国际法律资料》, 第14卷, 第1号(1975年1月), 第246页); 美国政府和加拿大政府1980年8月5日《订立关于跨界空气污染问题的协定的意向备忘录》(联合国, 《条约汇编》, 第1274卷, 第21009号, 第235页); 和《墨西哥和美利坚合众国关于合作保护和改善边界地区环境的协定》第7条, 1983年8月14日签署(同上, 第1352卷, 第22805号, 第71页, 转载于《国际法律资料》, 第22卷, 第5号(1983年9月), 第1025页)。美国还在其处理环境问题的国内法中使用了“重大”一词。见 American Law Institute, *Restatement of the Law Third, The Foreign Relations Law of the United States*, 第2卷, St. Paul (Minnesota), American Law Institute Publishers, 1987, 第111至第112页。

³³² 见《2001年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第173页(预防问题条款草案第2条评注第(4)和第(5)段)。

(3) “重大损害”的确定既涉及事实和客观标准, 也涉及对价值的认定。后者取决于具体案件的情景和发生的时间。例如, 在特定地区内剥夺某一种东西可能被视为“重大”, 而在另一地区可能并非如此。在特定时间内剥夺某一种东西可能不会被视为“重大”, 因为在这一具体时间里, 科学知识或人的意识可能认为这种剥夺是可容忍的。但过了一段时间以后, 这种观点可能会发生变化, 同样的剥夺可能会被认为是“重大的损害”。例如, 国际社会对空气和水污染的敏感度一直在不断地变化着。

(4) (a)款界定“损害”为对人身、财产或环境造成的重大损害。第(i)和第(ii)目涉及人身伤害和财产损害, 包括随后经济损失的一些方面, 同时也涉及属于国家文化遗产一部分的财产, 这种财产可能属于国家财产。

(5) 损害不会孤立地出现或发生在真空中。损害一定是对人或物发生的, 伤及某人或某财产。第(i)目中对人的损害包括死亡或人身伤害。在国内法³³³和条约实践³³⁴中都有这样的例子。即使那些把

³³³ 例如德国的《环境责任法》涵盖了遭受死亡或人身伤害的任何人。芬兰的《环境损害赔偿法》、瑞典的《环境法典》以及丹麦的《环境损害赔偿法》都涵盖人身伤害。一般情况, 见 P. Wetterstein, “Environmental damage in the legal systems of the Nordic countries and Germany”, 载于 M. Bowman 和 A. Boyle (编), *Environmental Damage in International Law and Comparative Law: Problems of Definition and Valuation*, Oxford University Press, 2002, 第223至第242页。

³³⁴ 一些责任制度作了如下规定: 《关于核损害民事责任的维也纳公约》第一条第1款k项规定核损害包括“(一)丧失生命、任何人身损害或对财产的损失或破坏……”; 《修正关于核损害民事责任的维也纳公约的议定书》第一条第1款(k)项也提到“(一)生命丧失或人身损害; (二)财产的损失或破坏”; 《经1964年1月28日附加议定书和1982年11月16日议定书修正的修正1960年7月29日核能方面第三者责任公约的议定书》第一条B款第七项规定核损害包括“1. 生命损失或人身伤害……; 2. 财产的损失或破坏……”; 《关于道路、铁路和内陆航运船只运载危险物品引起损害的民事责任公约》在第1条第10款中对“损害”下的定义是“(a)生命丧失或人身伤害……; (b)财产的损失或破坏……”; 《危险废物越境转移及其处置所造成损害的责任及赔偿巴塞尔议定书》第2条第2款(c)项中将“损害”界定为:“(一)生命丧失或人身伤害; (二)财产的损失或破坏, 但按照本议定书负有责任之人自己持有的财产除外”; 《关于工业事故越境影响对越境水体造成损害的民事责任和赔偿的议定书》第2条第2款(d)项将损害定义为:“(一)生命丧失或人身伤害; (二)财产的损失或破坏, 但按照本议定书负有责任之人自己持有的财产除外;”《关于危害环境的活动造成损害的民事责任公约》第2条第(7)款将损害定义为:“a. 生命丧失或人身伤害; b. 财产的损失或破坏, 但设施本身或在危险活动场由经营者控制的财产所受损失或破坏除外”。

人身伤害排除在外的责任制度也承认其他规则同样适用。³³⁵ 那些对此事不置一词的制度似乎也并不完全排除在损害这一标题之下提出求偿的可能性。³³⁶

(6) 在第(ii)目中,对财产的损害包括财产的损失或损害。财产包括动产和不动产。国内法³³⁷和条约实践³³⁸中有这样的例子。出于政策考虑,一些责任制度将责任人的财产所受损害排除在外,这是为了不让侵权行为人有机会因其自己的错误行为而受益。《危险废物越境转移及其处置所造成损害的责任及赔偿巴塞尔议定书》第2条第(2)款(c)项(二)目、《关于危害环境的活动造成损害的民事责任公约》第2条第(7)款(b)项以及《关于工业事故越境影响对越境水体造成损害的民事责任和赔偿的议定书》第2条第(2)款(d)项(二)目中都含有这样的规定。

(7) 在传统上,所有权更多地涉及个人的私人权利而不是公众的权利。个人在就其个人权利或所有权提出求偿方面不会遇到任何困难。这些求偿涉及与死亡或人身伤害或财产的损失或损害有关的所有权。此外,侵权行为法也倾向于涵盖可能与经济损失有关的损害。在这方面,往往会区分后果性经济损失和纯粹的经济损失。³³⁹

(8) 为了本原则草案的目的,后果性经济损失列于第(i)和第(ii)目下。这些损失是死亡或人身伤害或财产损害的结果。这也包括因人身受伤害而

³³⁵ 欧洲议会和欧盟理事会关于预防和补救环境损害方面的环境责任的第2004/35/CE号指令(见上文脚注)不适用于人身伤害案件,也不适用于对私人财产的破坏或任何经济损失,不影响与这些类型损害有关的权利。

³³⁶ 污染损害的定义见于《国际油污损害民事责任公约》第1条第6款和第1992年《修正国际油污损害民事责任公约的议定书》第2条第3款。

³³⁷ 例如芬兰的《环境损害赔偿法》涵盖对财产的损害,瑞典的《环境法典》第32章也规定了对财产损害的赔偿;丹麦的《环境损害赔偿法》也涵盖对财产的损害。

³³⁸ 见上文脚注334中所举的例子。

³³⁹ 见B. Sandvik和S. Suikkari,“Harm and reparation in international treaty regimes: an overview”, in P. Wetterstein,前引书(上文脚注323),第57页。一般情况,见E. H. P. Brans, *Liability for Damage to Public Natural Resources: Standing, Damage and Damage Assessment*, The Hague, Kluwer Law International, 2001, pp. 9-63。另见特别报告员胡利奥·巴尔沃萨关于国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任的第十一次报告(上文脚注285)。

造成收入上的损失。对这种损害给予赔偿在条约实践³⁴⁰和国内法中都是得到支持的,不过各国的做法各不相同,包括如何赔偿收入损失。³⁴¹可能产生与人身伤害或财产损害没有联系的其他经济损失。在对收入损失的索赔缺乏具体法律规定的情况下,有理由期待,如果涉及危险活动的事件直接造成收入损失,应该努力保障受害人不会得不到赔偿。

(9) 第(ii)目还包含了构成文化遗产一部分的财产。国家的文化遗产可包括国家财产。这涉及许多方面,包括历史遗迹、建筑和遗址,而自然遗产是指自然特征和场点以及地质和物理学形态。它们的价值不容易以货币衡量,而在于其历史、艺术、科学、美学、民族学或人类学方面的重要性或对自然美景的保存。1972年《保护世界文化和自然遗产公约》对“文化遗产”提出了广泛的定义。³⁴²并非

³⁴⁰ 例如见经《修正公约的议定书》第2条第2款修订的《关于核损害民事责任的维也纳公约》第一条第(1)款(k)项,该项将“核损害”定义为包括“在主管法院法律所确定的范围内下列每一分款:(iii)由第(i)或第(ii)分款中所述损失或损害引起的在此两分款中未包括的经济损失,条件是有资格对所述损失或损害提出索赔的人员遭受了此种损失;……(vii)环境损坏所造成的损失以外的任何其他经济损失,只要此类损失为损失或损害提出索赔的人员遭受了此种损失;……(vii)环境损坏所造成的损失以外的任何其他经济损失,只要此类损失为损失或损害提出索赔的人员遭受了此种损失。”另见《核损害补充赔偿公约》第1条(f)项,该项包括在主管法院法律所确定的范围内下列每一分款:“……(iii)由第(i)或(ii)分款中所述损失或损害引起的在此两分款中未包括的经济损失,条件是有资格对所述损失或损害提出索赔的人员遭受了此种损失;……(vii)环境损坏所造成的损失以外的任何其他经济损失,只要此类损失为损失或损害提出索赔的人员遭受了此种损失。”

³⁴¹ 例如,按照《美国石油污染法》第2702小节(b)款,任何人对其不动产或个人财产遭受损害或因为这些财产被破坏而造成的经济损失,均可要求赔偿,拥有或租用这些财产的个人均可要求挽回损失。该小节还规定,对于“因不动产、个人财产受到损害、毁坏或丧失而遭受的利润损失或收入能力损失”,均可要求赔偿(*United States Code 2000 Edition containing the general and permanent laws of the United States, in force on January 2, 2001*,第18卷,Washington D.C., United States Government Printing Office, 2001, p. 694)。同样,《德国民法典》第252节规定,任何利润损失均应赔偿。

³⁴² 第1条规定,为了该《公约》的目的,“文化遗产”是指:

“一 文物:从历史、艺术或科学角度看具有突出的普遍价值的建筑物、碑雕和碑画、具有考古性质成份或结构、铭文、窟洞以及联合体;

“一 建筑群:从历史、艺术或科学角度看,在建筑式样、分布均匀或与环境景色结合方面,具有突出的普遍价值的单立或连接的建筑群;

所有民事责任制度都在这一项之下包含了文化遗产方面。例如,《关于危害环境的活动造成损害的民事责任公约》在其“环境”的定义里纳入了构成文化遗产一部分的财产,在此意义上,文化遗产也可包含在更宽泛的“环境”定义里。³⁴³

(10) 尊重和保护文化财产在和平时期与在武装冲突时期一样都是重要的考虑。《关于发生武装冲突时保护文化财产的公约》就重申了这一原则。另外,国际人道主义法禁止针对构成各族人民文化遗产的历史古迹和艺术作品采取敌对行动。³⁴⁴

(11) 第(iii)至(v)目处理了通常与环境损害有关的求偿。这几项都可视为一个整体概念的组成部分。它们一起构成了环境损害的定义所包含的基本要素。这几项关注的是与环境本身所受损害有关的问题。这里涉及危险活动给环境本身造成的损害,在发生这种损害时,有可能同时给人或财产造成损害,也可能没有,因而这种损害是独立于对人或财产的任何损害的。在第(iii)至(v)目里较宽泛地提及与环境有关的求偿,这不仅基于已成为最近所缔结国际责任制度突出内容的各种趋势,³⁴⁵而且也为进一步发展有关保护环境的法律开辟了可能性。³⁴⁶

“一 遗址:从历史、审美、人种学或人类学角度看具有突出普遍价值的人类工程或自然与人工联合工程以及考古地址等地方。”

另见《关于发生武装冲突时保护文化财产的公约》第1条文化财产的定义,该定义基本上指的是对各族文化遗产具有重要意义的动产和不动产。另见《关于禁止和防止非法进出口文化财产和非法转让其所有权的方法的公约》以及《保护非物质文化遗产公约》。

³⁴³ 另见《保护和利用跨界水道和国际湖泊公约》第1条第(2)款。

³⁴⁴ 《1949年8月12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53条和《1949年8月12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16条。另见关于陆战法规和习惯的海牙公约,尤其是《第四公约》(关于陆战法规和习惯的章程第27和第56条,载于1899年《第二公约》和1907年《第四公约》附件)和《关于战时海军轰击的第九公约》(第5条)。

³⁴⁵ 对这些发展情况的分析,见L. de la Fayette, “The concept of environmental damage in international liability regimes”, 载于Bowman和Boyle(编),前引书(上文脚注333),第149至第189页。另见Brans,同前(上文脚注339),第7章,涉及自然资源所受损害的国际民事赔偿责任。

³⁴⁶ 例如,意大利法律似乎走得更远,它承认对环境本身的损害。意大利还是《关于危害环境的活动造成损害的民事责任公约》的签署国。在帕特莫斯号案中,意大利向墨西哥

(12) 海岸附近的石油泄漏很可能立即给事件地点周围地区的旅游业和渔业造成损失。这类事件导致人们提出对纯粹经济损失的求偿,但没有多少结果。然而,一些责任制度现在承认这类损害是可以赔偿的。³⁴⁷ 《关于工业事故越境影响对越境水体造成损害的民事责任和赔偿的议定书》第2条(d)款第(三)项和《危险废物越境转移及其处置所造成损害的责任及赔偿巴塞尔议定书》第2条第2款(d)项(三)目都涵盖了由于环境受到损坏所引起的收入损失,而这种收入直接来自环境的任何利用方面的经济利益,同时考虑到了节省和费用。³⁴⁸ 在《关

法院提出50亿里拉的索赔,用于赔偿1985年3月21日希腊帕特莫斯号油轮与西班牙卡斯蒂略德蒙特阿拉贡号油轮相撞后,因1000吨石油倾入其大海而使其领海遭受的生态破坏。虽然初级法院驳回了其求偿,但高等上诉法院支持其在帕特莫斯号案第二阶段中的求偿。法院认为:

“虽然不能用任何数学或会计方法来理解环境损害概念,但可参照其经济意义,即环境的破坏、恶化或改变对环境自身的意义和对社区的意义来加以评估。社区以各种方式得益于环境资源,特别是海洋资源(食物、健康、旅游、研究、生物研究等)”(A Bianchi, “Harm to the environment in Italian practice: the interaction of international law and domestic law”, 载于P. Wetterstein(编),前引书(见上文脚注323),第116页)。

法院指出这些利益是国家保护的對象,并裁定国家作为社区的受托人,可要求赔偿环境经济价值的损失。法院还指出,鉴于无法确定损失的市场价值,故只能根据公平的估价来提供赔偿。专家提出一份损害量化报告,试图根据在未受污染情况下本来可能产生的鱼的数量来量化损害数额。法院驳回该报告,采用了公平估价的方法,判定赔偿21亿里拉。碰巧的是,这一赔偿额正好在国际油污赔偿基金确定的船东责任险赔偿限额内,故没有提起上诉或提出异议。一般情况,见Bianchi,前引文(上文),第103至第129页,详见第113至第129页。另见M. C. Maffei, “The compensation for ecological damage in the ‘Patmos’ case”, 载于F. Francioni和T. Scovazzi(编),*International Responsibility for Environmental Harm*, London, Graham and Trotman, 1991。

³⁴⁷ 见Wetterstein, “A proprietary or possessory interest...”, 前引文(上文脚注323), p. 37。有必要限制“直接有关的”“纯粹经济损失”的概念,以免打开鼓励不确定责任的“闸门”或进入“损害赔偿博彩”,这都不利于人们获得适当的保险或经济前景。关于这一问题的论述,见L. Bergkamp, *Liability and Environment: Private and Public Law Aspects of Civil Liability for Environmental Harm in an International Context*, The Hague, Kluwer, 2001, pp. 346-350。另外也有人提出,这种无限度做法可能会限制人们“接受损害的定义,因而必须在国家一级得到解决”(Wolfsum, Langenfeld和Minnerop,前引书(上文脚注330), p. 503)。

欧洲议会和欧盟理事会第2004/35/CE号指令第2条也涉及环境损害问题(见上文脚注316)。

³⁴⁸ 另见经《修正公约的议定书》第2条第2款修订的《关于核损害民事责任的维也纳公约》第一条第1款(k)项,该项将核损害定义为包括“在主管法院法律所确定的范围内下列每一分款:……(v)由于环境的明显损坏所引起的收入损失,而这种收入来自环境的任何利用或享用方面的经济利益,并

于工业事故越境影响对越境水体造成损害的民事责任 and 赔偿的议定书》中，这种利益应当是“受到法律保护的利益”。国内一级也存在着一些例子。³⁴⁹

(13) 第(iii)目论及环境损害可能存在的形式。这包括“环境受损而引起的损失或损害”。受损包括伤害、改变、改动、恶化、毁坏或丧失。这意味着以有害的方式造成质量、价值或优秀程度的降低。对于直接来自环境的任何利用方面的经济利益的收入，由于环境受到损坏而引起收入损失，并进而提出索赔的，均可列在这一项下。

(14) 对环境本身所受损害的其他情形，不容易确立立场。环境的某些方面不属于任何人，一般被认为是不得由私人拥有的公共财产，这与无主财产不同，那不属于任何人但可由私人拥有的财产。个人对这种公共财产不拥有个人权利，通常无法针对这种财产所受损害提出求偿。³⁵⁰而且，为了确立求偿而确定谁可能遭受了生态或美学价值上的损失或因此受到伤害并不总是那么容易。国

且该损失未被第(ii)分款所包括”。另见《核损害补充赔偿公约》第1条(f)项：“(v)由于环境的明显损坏所引起的收入损失，而这种收入来自环境的任何利用或享用方面的经济利益，并且该损失未被第(ii)分款所包括”；以及《经1964年1月28日附加议定书和1982年11月16日议定书修正的修正1960年7月29日核能方面第三者责任公约的议定书》第1条B款第(7)项，该项定义的核损害包括“在主管法院法律所确定的范围内下列每一分款：……(5)由于环境的明显损坏所引起的收入损失，而这种收入来自环境的任何利用或享用方面的经济利益，并且该损失未被第(2)分款所包括”；例如，另见《关于危害环境的活动造成损害的民事责任公约》第2条第7款(d)项；《关于工业事故越境影响的公约》(第1条(c)款)；《保护与使用越境水道和国际湖泊公约》(第1和第2条)；《南极矿物资源活动管理公约》(第8条第(2)款(a)、(b)和(d)项)；《关于道路、铁路和内陆航运船只运载危险物品引起损害的民事责任公约》(第10条(c)项)。

³⁴⁹ 《美国石油污染法》第2702小节(b)款规定，“任何人可要求获得与因……自然资源受到损害、毁坏或丧失而遭受的利润损失或收入能力损失等额的赔偿”(见上文脚注341)。芬兰《环境损害赔偿法》涵盖了纯粹经济损失，除非这种损失的数额可忽略不计。瑞典《环境法典》第三十二章也就纯粹经济损失作出规定。并非由犯罪行为引起的纯粹经济损失只在达到一定程度时才可获得赔偿。丹麦《环境损害赔偿法》涵盖了经济损失以及预防措施或恢复环境的合理费用。一般情况，见Wetterstein, “Environmental damage in the legal systems...”, 前引文(上文脚注333), pp. 222-242。

³⁵⁰ 在伯吉斯诉塔马诺号轮案中，法院指出：“另外无可争议的是，完成索赔或获得索赔结果的权利……不是任何个人的私有权利，而是由国家‘为了人民的共同福祉而受托’持有的公共权利……”(1973年7月27日的意见，美国缅因州地区法院，*Federal Supplement*, 第370卷(1973), p. 247)。

家以信托的方式掌管这些财产，通常是公共当局，更近些时候，是公共利益团体，获得了提出求偿的地位。³⁵¹

(15) 可以指出的是，第(iv)目提到“恢复……的合理措施的费用”，第(v)目提到与“合理回应措施的费用”相关的合理“清理”费用，这些都是新近出现的概念。这些损害要素之所以获得了承认，是因为正如一位评论者所指出的，“现在出现了一种新趋势，人们开始更多地关注对环境本身的损害，而不是主要关注对人和财产的损害”。³⁵²第(iv)目在损害的定义中纳入了一个可用的赔偿类型要素，即合理恢复措施的费用。最近的条约实践³⁵³和国内法³⁵⁴往往确认了这类措施的重要性，但交由国内法来表明谁有权采取这些措施。这类措施被描述为目的的如下的任何合理措施：评估或恢复受损害或毁坏

³⁵¹ 按照美国1980年《环境综合治理、赔偿和责任法》，《美国法典注释》，第42编，第103章，第9601节起；1977年《清洁水法》，同上，第33编，第26章，第1251节；1990年《石油污染法》(见上文脚注341)，第2701节起，美国“国会授权政府机构拥有对自然资源的管理权，以便作为受托人对损害进行评估并收回损害赔偿……公共信托的广义定义包括属于联邦、州或地方政府或印第安部落或由其管理、受托持有、与其有关或以其他方式控制的‘自然资源’”。

³⁵² De la Fayette, 前引文(上文脚注345), 详见第166至第167页。

³⁵³ 例如见经《修正公约的议定书》第2条第2款修订的《关于核损害民事责任的维也纳公约》第一条第1款(k)项(iv)目：“为恢复受损环境而采取的措施的费用，除非这种损害可以忽略，如果这种措施实际上已经采取或即将采取，并且未列在(ii)目中”；《经1964年1月28日附加议定书和1982年11月16日议定书修正的修正1960年7月29日核能方面第三者责任公约的议定书》第一条B款第七项：“为恢复受损环境而采取的措施的费用，除非这种损害可以忽略，如果这种措施实际上已经采取或即将采取，并且未列在第2分款中”。《国际油污损害民事责任公约》第1条第6款提及“环境的损害，而非由此引起的利润损失”，并明确规定对此类损害的赔偿“应限于实际进行或即将进行的合理恢复措施的费用。另见《危险废物越境转移及其处置所造成损害的责任及赔偿巴塞尔议定书》第2条第2款(e)项(iv)目和(d)项；《关于危害环境的活动造成损害的民事责任公约》第2条、第7条(c)项和第8条，以及《关于工业事故越境影响对越境水体造成损害的民事责任赔偿的议定书》第2条第2款(d)项(i)目和(g)项”。

³⁵⁴ 德国法律允许通过补偿个人遭受的损失，来赔偿消除环境损害和恢复环境的合理费用，这也可涉及将环境恢复原状。德国《环境责任法》第16条和德国《基因工程法》第32条规定，如果一处自然环境受到破坏，将适用德国《民法典》第251条第(2)款，且有一项但书规定，即不能只是因为恢复原状的费用超过了有关标的物的价值就认为其不合理。见Wolfrum, Langenfeld和Minnerop, 前引书(上文脚注330), pp. 223-303 (“Part 5: Environmental liability law in Germany (Grote/Renke)”), 详见第278页。

的环境组成部分，或者在不可能这样做时，酌情将这些组成部分的等值物引入环境中。³⁵⁵

(16) 提到“合理”一词是为了表明，这类措施的费用相对于这类措施的用途而言不应该过高。在审理埃科洛科特罗尼案时，美国第一巡回上诉法院指出：

[可收回的费用是指]为了恢复受影响地区的环境使之重新达到原先的状况或者在不需过高支出的情况下尽可能达到原先的状况而需要支付的合理的费用。在确定这样的救济时，核心问题应是合理和谨慎的主权国家或其代理人为减轻污染造成的损害而将采取的步骤，并同时注意技术可行性、有害的副作用、这种再生过程的兼容性或其重叠性（这是人们自然期待的）以及在多大程度上这种努力超出了某一点便会变得多余或过于昂贵。³⁵⁶

(17) 第(v)目在损害的概念中纳入了合理应对措施的费用，作为一项可用赔偿要素。最近的条约实践往往承认这种措施的重要性，但把谁有权采取这类措施的问题，留给了国内法来处理。³⁵⁷ 这类措

³⁵⁵ 可以指出的是，联合国赔偿委员会最近作出的一项决定准许就三个项目作出赔偿：草场和住区损失，约旦获得1.6亿美元；海岸线保护，科威特获得800万美元；沙特阿拉伯获得4,600万美元，用于更换在1991年海湾战争之后不可逆转地损失的生态服务。见专员小组就第五批“F4”类索赔提出的报告和建议(S/AC.26/2005/10)，技术附件一至三。另见 P. H. Sand, “Compensation for environmental damage from the 1991 Gulf War”, *Environmental Policy and Law*, 第35卷, No. 6 (December 2005), 第244至第249页，详见第247页。

³⁵⁶ 英联邦波多黎各等诉埃科洛科特罗尼等案, 628 F.2d, p.652, 美国第一巡回上诉法院, 1980年, 引于 C. de la Rue, “Environmental damage assessment”, 见 R. P. Kröner (编), *Transnational Environmental Liability and Insurance*, London, Graham and Trotman, 1993, p. 72.

³⁵⁷ 例如见经《修正公约的议定书》第2条第2款修订的《关于核损害民事责任的维也纳公约》第一条第1款(k)项(vi)目：“预防措施的费用，以及由这种措施引起的进一步损失或损害”；《核损害补充赔偿公约》第1条(f)款(vi)项：“预防措施的费用，以及由这种措施引起的进一步损失或损害”；《经1964年1月28日附加议定书和1982年11月16日议定书修正的修正1960年7月29日核能方面第三者责任公约的议定书》第一条B款第七项：“预防措施的费用，以及由这种措施引起的进一步损失或损害，如果涉及上述第1至第5分款所指的情况，则仅限于核设施内任何放射源或核燃料或核放射性物质或废物所释放的电离辐射”。1992年《修正国际油污损害民事责任公约的议定书》第1条第6款提到预防措施的费用以及由这种措施引起的进一步损失或损害。另见《危险废物越境转移及其处置所造成损害的责任及赔偿巴塞尔议定书》第2条第2款(c)项(v)目和(d)项；《关于危害环境的活动造成损害的民事责任公约》第2条第7款(d)项和第9款以及《关

施包括在发生跨界损害之后，包括公共当局在内的任何人为防止、缩小或减轻可能的损失或损害或为安排对环境的清理而采取的任何合理措施。应对措施必须合理。

(18) 在容许对环境的“非使用价值”损失进行赔偿的问题上，近来的趋势也令人鼓舞。委员会在通过国家对国际不法行为的责任条款草案时，本身就在某种程度上支持这种主张，不过，委员们也承认，这种损害难以量化。³⁵⁸ 联合国赔偿委员会（赔偿委员会）最近作出的决定选择对“环境损害”作出宽泛的解释，这预示着未来的发展方向。在审理“F4”类环境和公众健康索赔案件时，赔偿委员会“F4”专员小组允许对不具商业价值的自然资源所受损害（即所谓的“纯粹”环境损害）以及完全恢复之前资源使用方面的暂时性损失提出索赔。³⁵⁹

(19) (b)款给“环境”下了定义。对于不同的目的，可以对环境作出不同的定义，因此有必要牢记，不存在一个普遍接受的定义。然而为了本原则草案的目的，提供一个工作定义还是有用的。这个定义有助于人们比较客观地认识需就环境损害采取的救济行动的范围。³⁶⁰

于工业事故越境影响对越境水体造成损害的民事责任和赔偿的议定书》第2条第2款(d)项(v)目和(h)项。《南极条约环境保护议定书》关于环境突发事件赔偿责任的附件六第2条(f)款将“回应行动”界定为在环境突发事件发生后采取的合理措施，其目的是避免、尽可能缩小或遏制环境突发事件的影响，为此可包括在适当情况下的清理措施，并包括确定突发事件的程度和影响。

³⁵⁸ “……环境损害往往大大超过可以容易地从清洗费用或财产贬值的角度予以定量的程度。从原则上说，对于这类环境价值的损害（生物多样性、环境的舒适性等——有时称为“非使用价值”），其真实和应该予以赔偿的程度不亚于对财产的损失，不过可能很难定量。”（《2001年……年鉴》，第二卷（第二部分），第116页（第36条评注第(15)段））。

³⁵⁹ 见专员小组就第五批“F4”类索赔提出的报告和建议（上文脚注355）。另见 Sand, “Compensation for environmental damage...”, 前引文（同上），p. 247。F4专员小组分五批报告了赔偿建议，建议的赔偿得到理事会的批准，未进行任何改动，额度共计52.6亿美元，这是“国际环境法历史上最大数额的赔偿”（Sand, “Compensation for environmental damage...”, 前引文（同上），p. 245）。另见联合国赔偿委员会环境赔偿后续方案准则（同上），第276至第281页。

³⁶⁰ 见委员会给理事会和议会及经济社会委员会的信：关于纠正环境损害的绿皮书，COM(93)47 final, 1993年5月14日，第10页。

(20) 对“环境”可以作出较窄的定义，使之仅限于自然资源例如空气、土壤、水、动物和植物及其相互作用。较宽的定义还可包括环境价值。委员会决定在定义里包括后者，即把诸如地貌的美学方面等非服务价值也包括在内。³⁶¹ 这包括由于自然美及其娱乐特征和这方面的机会而享受自然。由于本原则草案的一般性和剩余性，采取这种宽泛的处理办法是有道理的。³⁶²

(21) 另外，委员会之所以采取这种整体性的办法，用国际法院在审理加布奇科沃-大毛罗斯项目案时所说的话表达，是因为委员会：

意识到，在环境保护领域，由于环境损害往往具有不可逆转的特性，也由于这类损害的赔偿机制本身往往存在着局限性，警惕和预防是必要的。³⁶³

(22) 此外，宽泛的定义会减弱各种责任制度对可接受的救济措施规定的任何限制，第(iv)和第(v)目的评注里也反映出了这类限制。

(23) 因此，虽然(b)款中提到的“自然资源……以及这些因素之间的相互作用”包含了受保护生态系统内的狭义的环境概念，³⁶⁴ 但提到“地貌

³⁶¹ 对生物多样性损害赔偿制度的哲学分析，见M. Bowman, “Biodiversity, intrinsic value and the definition and valuation of environmental harm”, 载于Bowman and Boyle (编)，前引书(上文脚注333)，pp. 41-61。《保护世界文化和自然遗产公约》第2条将“自然遗产”定义为“从审美或科学角度看具有突出的普遍价值的由物质和生物结构或这类结构群组成的自然面貌；从科学或保护角度看具有突出的普遍价值的地质和自然地理结构以及明确划为受威胁的动物和植物生境区；从科学、保护或自然美角度看具有突出的普遍价值的天然名胜或明确划分的自然区域。”

³⁶² 对环境损害定义的不同处理办法的精简讨论，见Ph. Sands, *Principles of International Environmental Law*, 2nd ed., Cambridge University Press, 2003, pp. 876-878。

³⁶³ 加布奇科沃-大毛罗斯项目案(匈牙利/斯洛伐克)，判决，《1997年国际法院汇编》，第7页，详见第78页，第140段。法院在这方面还暗示，有必要考虑到不同代人和一代人内部不同人的利益以及推动可持续发展概念的现实需要。

³⁶⁴ 根据《生物多样性公约》第2条，“‘生态系统’是指植物、动物和微生物群落和它们的无生命环境作为一个生态单位交互作用形成的一个动态复合体。”按照《南极矿产资源活管理公约》第1条第15款：

“‘对南极环境或其附属或相关生态系统的破坏’是指对该环境或那些生态系统中的生物或无生命组成部分造成的任何影响，包括对大气、海洋或地表生物的伤害，此种伤害超出了可忽略的程度或按照《公约》被评估为或判定为可接受的程度。”

的特征部分”表示承认更宽泛的环境概念。³⁶⁵ “自然资源”的定义包含有生命和无生命的自然资源，包括其生态系统。

(24) (c)款界定了“危险活动”的含义，它指的是任何可能造成跨界损害的活动。不言而喻，这种损害的风险是通过其有形后果来实现的，因而排除了贸易、货币、社会经济或财政政策等可能造成的影响。上文关于本原则草案适用范围的评注解释了所用术语的含义和意义。

(25) (d)款给起源国下了定义。起源国是指在其领土上或在其管辖或控制下的其他地方进行危险活动的国家。对“领土”、“管辖”或“控制”的理解与预防问题条款草案中的理解相同。³⁶⁶ 本原则草案还使用了其他术语，包括“可能受影响国”，其定义与预防问题条款草案的相同(在其领土上或在其管辖或控制下的任何其他地方有可能发生重大跨界损害的国家)，并且就任何具体的跨界损害情况而言，可能会有不止一个“可能受影响国”。原则草案还使用了“有关国家”一语(起源国、任何受影响国以及任何可能受影响国)。预防问题条款草案并未对“受影响国”一语加以界定。为本原则草案的目的，“受影响国”是指起源国境内的危险活动相关事件在其领土上或在其管辖或控制下的地方造成损害的国家。受到这样影响的国家可能不止一个。为保持平衡并节省篇幅，“用语”一条未对这些用语加以界定。

(26) (e)款界定了“跨界损害”。它指的是一国发生的涉及危险活动的事故或事件在另一国造成的损害。这一概念根据的是人们已经公认的一国的领土、管辖权和控制等概念。在这个意义上，它指的

³⁶⁵ 《关于危害环境的活动造成损害的民事责任公约》第2条第10款列有非详尽的环境组成部分清单，其中包括“生物性和非生物性自然资源，诸如空气、水、土壤、动物和植物等以及这些因素之间的相互作用；构成文化遗产的财产；以及地貌特征”；《关于工业事故越境影响的公约》第1条(c)款提及工业事故对下列几方面的不利影响：“(一)对人类、植物和动物；(二)对土壤、水、空气和地貌；(三)(一)和(二)所列因素之间的相互作用；(四)物质财产和文化遗产，包括历史建筑”；《保护与使用越境水道和国际湖泊公约》第1条第2款指出，“对环境的影响包括对人类健康和安、植物、动物、土壤、空气、水、气候、地貌和历史建筑或其他物质结构或对这些因素的相互作用的影响；还包括由于这些因素改变而对文化遗产或社会经济条件产生的影响”。

³⁶⁶ 《2001年……年鉴》，第二卷第171页(第二部分)，第98段(条款草案第1条评注，第(7)至第(10)段)。

是在一国领土上或在其管辖或控制下的其他地方所开展的危险活动在另一国领土上或在该国管辖或控制下的其他地方所造成的损害。有关国家是否拥有共同边界并不重要。这一定义包括了例如在一国管辖或控制下在其船只或海上平台上进行的活动，这种活动对另一国的领土或其管辖或控制下的其他地方造成影响。然而，不言而喻的是，这其中也可能涉及到其他一些不大容易想到的可能性。

(27) 这个定义是为了清楚地区分出下列两者：一是在其管辖和控制下进行各项原则所涵盖活动的国家，二是遭受了有害影响的国家。

(28) 本原则草案范围内的事件的实际情况经常是，起源国和其他受害国内都可能有害人。在发放赔偿时，尤其是按照下文原则草案4所设想的向受害人发放赔偿金时，一部分资金可用于赔偿在起源国遭受的损害。《核损害补充赔偿公约》第十一条就设想了这样的制度。

(29) (f) 款界定了“受害者”。定义包括自然人和法人，也包括作为公共财产管理人的国家。³⁶⁷ 这一定义与(a)款中损害的定义有关，可能还是从中推导出来的。(a)款中损害的定义包括了对人、财产或环境造成的损害。³⁶⁸ 对本原则草案而言，遭受人身伤害或财产损害或损失的人即为受害者。人群或社区也可能是受害人。在埃内韦塔克人民事项案中，根据《1987年马绍尔群岛核求偿法庭法》成立的马绍尔群岛核求偿法庭审议了针对下列几方面对埃内韦塔克人民给予补偿的问题：过去和将来丧失了对埃内韦塔克环礁的使用；恢复埃内韦塔克社区的安全和生产状态；埃内韦塔克人民在因环礁上进行的

核试验致使环礁用途灭失而搬迁以后遇到困难。³⁶⁹ 在阿莫科·卡迪兹号轮案诉讼中，阿莫科·卡迪兹号巨型油轮在布列塔尼岸外酿出灾祸以后，法国的北部海岸省和菲尼斯泰尔省及许多被称为“社区”的市政当局，以及许多法国的个人、商行和协会控告阿莫科·卡迪兹号油轮的所有人及其设在美国的母公司。求偿金额包括商业交易的损失。法国政府本身也要求收回污染损害的损失和清理费用。³⁷⁰

(30) 因而，“受害人”的定义也与诉讼资格有关。《关于危害环境的活动造成损害的民事责任公约》及欧洲议会和欧盟理事会关于预防和补救环境损害方面的环境责任的第2004/35/CE号指令等责任制度给予一些非政府组织诉讼资格。³⁷¹ 1998年《在环境问题上获得信息、公众参与决策和诉诸法律的公约》也给予了一些非政府组织以公共环境利益的名义采取行动的资格。受害者也可以是根据国内法律被指定以公共托管人的名义采取行动维护那些资源者，因而，这些托管人也具有法定诉讼资格。在许多司法管辖区，“公共信托”概念给予各种被指定的人以适当诉讼资格，以便其针对任何跨界损害情形提出恢复和清理要求。³⁷² 例如，《美国石油污染法》规定，这种权利可赋予美国政府、州、印第安部落、外国政府。美国1980年《环境综合治理、赔偿和责任法》，1986年经《舒坡尔基金修正案》和《重新授权法》修订之后规定，诉讼资格只授予联邦政府、各州的授权代表（作为自然资源的托管人）或印第安部落的指定托管人。在另一些管辖区域中，公共当局已经获得类似的追索权。例如挪威法律规定一些私人组织和社团具有要求赔偿费用的诉讼资格。在法国，有些环境协会被赋予了在

³⁶⁷ 关于 Edith Brown Weiss 对发展“管理”或“托管”概念的贡献（这些概念与伊斯兰、犹太教—基督教、非洲的传统及其他传统形成深刻的共鸣），以及“某些形式的公共托管已被纳入大多数法律制度之中”（包括联合王国和印度）这一观点，见 R. Mushkat, *International Environmental Law and Asian Values: Legal Norms and Cultural Influences*, Vancouver, UBC Press, 2004, p. 18. 另见 J. Razzaque, *Public Interest Environmental Litigation in India, Pakistan and Bangladesh*, The Hague, Kluwer Law International, 2004, p. 424, 以了解公共信托理论在孟加拉国、印度和巴基斯坦的作用。

³⁶⁸ 关于国际刑法，见《为罪行和滥用权力行为受害者取得公理的基本原则宣言》，大会1985年11月29日第40/34号决议。另见《国际刑事法院罗马规约》（第79条）。

³⁶⁹ 埃内韦塔克人民事项案，《国际法律资料》，第39卷，第5号（2000年9月），第1214页起。1947年12月，该族人民被从埃内韦塔克环礁迁移到乌杰朗环礁。迁移的时候，该珊瑚礁的面积是1,919.49英亩。1980年10月1日返回时，已经进行过43次核装置试验，收回使用的面积为815.33英亩，另外的949.8英亩不能供他们使用，还有另外的154.36英亩则消失了（同上，第1214页）。

³⁷⁰ 见1978年3月16日阿莫科·卡迪兹号轮在法国海岸的溢油事件案，美国第七巡回上诉法院，954 F.2d 1279。另见 M. C. Maffei, 前引文（上文脚注346），p. 381。

³⁷¹ 见《关于危害环境的活动造成损害的民事责任公约》第18条及欧洲议会和欧盟理事会关于预防和补救环境损害方面的环境责任的第2004/35/CE号指令（上文脚注316）第12条。

³⁷² P. Wetterstein, “A proprietary or possessory interest...”, 前引文（上文脚注323），pp. 50-51。

涉及违反环境条例行为的刑事案件中要求赔偿的权利。印度最高法院根据其大量受理的公共利益诉讼案或集体诉讼案，接受了个人或团体要求保护环境不受损害的请愿，并作出了工业污染或化学污染案件受害者应得到赔偿的裁决。³⁷³

(31) (g)款界定了“经营者”的含义。在国际法中，对于经营者，没有一个一般性定义；但这一词在国内法³⁷⁴和条约实践中都有使用。在条约实践中，核损害制度规定了经营者的责任。³⁷⁵但依据有关活动的性质不同，经营者的定义也会有所变化。将责任归结到一个单一的实体身上（不论他是所有者还是经营者）是严格的责任制度的最明显特征。所以，除经营者以外，另外的人也可以被具体认定为负有责任，这取决于特定危险活动所涉及的利益。例如，在通过了1969年《国际油污损害民事责任公约》的1969年会议上，存在着为船舶所有人或货物所有人或同时为两者规定责任的可能性。³⁷⁶然而，

³⁷³ 见 Law Commission of India, *One Hundred Eighty Sixth Report on Proposal to Constitute Environmental Courts*, September 2003, p. 31 (可在下述网址查到: <http://lawcommissionofindia.nic.in/reports.htm>)。印度《宪法》第32和第226条规定印度最高法院和各高等法院在这方面拥有令状管辖权。法院还利用印度《宪法》第21条，将“生命”的含义加以扩大，从而把“享受有利于健康的环境的权利”也包括在内。另见 J. Razzaque, 前引书(上文脚注367), 第314至第315页、第429和第443页。在这篇文章里，作者提到这样的论点，即孟加拉国、印度和巴基斯坦法院在允许提起环境案件诉讼方面给予的宽松的诉讼资格已导致行政瘫痪，效率低下，也导致法院里案件积压。为全面评估次大陆为促进保护环境而取得的进步以及需开展的改革，这篇文章值得一读。

³⁷⁴ 关于国内法，例如见1990年《石油污染法》(上文脚注341)，在该法中，下述个人可被认为负有责任：(a)责任方，如船舶、岸上或沿海设施、深水港和管道的所有人或经营人；(b)“担保人”，即“本身非责任方但为责任方提供了财务责任担保的人”；以及(c)第三方（不在前两个类别之列的个人、他们的代理人或雇员或独立的承包人，其行为是造成损害的唯一原因）。另见《环境综合治理、赔偿和责任法》(上文脚注351)。

³⁷⁵ 例如见《核能方面第三者责任公约》和《经1964年1月28日附加议定书和1982年11月16日议定书修正的修正1960年7月29日核能方面第三者责任公约的议定书》：“与核设施有关的‘经营人’指由主管公共当局指定或认可的设施经营人”（共同第1条(vi)款）。另见《关于核损害民事责任的维也纳公约》(经营人)(第四条)；《修正关于核损害民事责任的维也纳公约的议定书》(“经营人”)(第1条(c)款)；《核动力船舶经营人的责任公约》(“核动力船舶经营人”)(第二条)。

³⁷⁶ 见《1969年关于海洋污染损害的国际法律会议正式记录》，政府间海事协商组织，1973年(LEG/CONF/C.2/SR.2-13)，引于 D. W. Abecassis and R. L. Jarashow, *Oil Pollution from Ships: International, United Kingdom and United States Law and Practice*, 2nd ed., London, Stevens and Sons, 1985, p. 253。一些为船舶所有人规定责任的制度包括：1992年《修正国际油污

按照达成的一项折中方案，船舶所有人被规定负有严格责任。³⁷⁷

(32) 本原则草案给“经营者”下的定义是一个功能性定义，它依据在有关时刻是谁在使用、控制或指示标的物的事实作出判定。这样的定义通常与民法中通行的概念一致。³⁷⁸更笼统地说，虽然没有制定出“经营者”的基本定义，但“这样的概念得到了承认，即经营者是指对污染活动拥有实际上法律或经济控制权的人”。³⁷⁹

(33) “指挥”一词暗示着有能力使用或控制某种工具。因此，它可以包括在发生损害时使用飞机的人或保留着航行权的飞机所有者。³⁸⁰然而，应该很明确的一点是，“经营者”一词不包括在有关时刻参与或控制有关活动的雇员。³⁸¹“控制”一词暗指有权管理、指导、约束、经管或监督。³⁸²这包括对活动的技术运作获得了决策权的人，包括持有开展这种活动的许可证或批准书的人，或登记或通知这

损害民事责任公约的议定书》(第三条第1款)、《国际油舱油污损害民事责任公约》(第三条)和《国际海上运载有害和有毒物质造成损害的责任和赔偿公约》(《有害物质公约》)(第7条第1款)。

³⁷⁷ 另见《关于道路、铁路和内陆航运船只运载危险物品引起损害的民事责任公约》，该《公约》将内陆航运船舶的“承运人”定义为“在发生事故时控制着载运危险物品的运具的人”(第1条第8款)；《关于因勘探和开采海床矿物资源而造成油污损害的民事责任公约》将大陆架设施的经营人定义为如果缔约方未予以具体指定的话，包括“对设施所进行的活动拥有总体控制权的人”(第1条第3款)；按照欧洲议会和欧盟理事会关于预防和补救环境损害方面的环境责任的欧盟第2004/35/CE号指令(上文脚注316)(该指令为经营人规定了责任)，“经营人”一词包括经营或控制着有关职业活动的任何自然人或法人，不论是私人还是公共法人。

³⁷⁸ 见 E. Reid, “Liability for dangerous activities: a comparative analysis”, *International and Comparative Law Quarterly*, 第48卷(October 1999), 第731至第756页，详见第755页。

³⁷⁹ 见 M.-L. Larsson, *The Law of Environmental Damage: Liability and Reparation*, The Hague, Kluwer Law International, 1999, p. 401。

³⁸⁰ 见《外国飞机对地面上第三者造成损失的公约》(第12条)。

³⁸¹ 见《关于保护环境的南极条约议定书》附件六涉及环境紧急事态导致的责任，其第2条(c)款规定：“‘经营人’是指在《南极条约》区域进行活动的不论属政府还是非政府性质的任何自然人或法人。经营人不包括在《南极条约》区域进行活动的不论属政府还是非政府性质的任何自然人和法人的雇员、承包商或分包商，或代理人，也不包括以国家经营人名义行事的属于承包商或分包商的法人。”

³⁸² 《国际油舱油污损害民事责任公约》对船舶所有人所下的定义十分宽泛。它包括“注册的所有人、空船包租人、船舶的管理人和经营人”(第1条第3款)。

种活动的人。³⁸³也可以包括母公司或其他相关实体（不论是不是公司），尤其是当该实体实际控制着活动时。³⁸⁴经营者可以是公有实体，也可以是私有实体。按照设想，为了本定义的目的，国家可以成为经营者。

(34) 采用“发生……事件时”一语是为了确立经营者与跨界损害之间的联系。有关事件与据称受到损害的财产之间的联系越是松散、笼统，则获得赔偿的权利越没有保证。

原则 3 目的

本原则草案的目的是：

(a) 确保跨界损害的受害者得到及时和充分的赔偿；并且

(b) 在发生跨界损害时维护和保护环境，特别是减轻对环境的损害以及恢复环境或使之复原。

评注

(1) 本原则草案之双重目的是确保跨界损害的受害者得到保护并对作为社区共同资源的环境予以维护和保护。

(2) 自从委员会开始研究这个专题以来，确保因跨界伤害而受到损害的受害者得到保护这一目的历来是一个不可或缺的要害。罗伯特·Q. 昆廷—巴克斯特在他的纲要中也强调需要保护受害者，要求采取“尽可能避免引起损失或伤害的预防措施，在无法避免的情形下则采取赔偿措施”，而且“无

³⁸³ 见欧洲议会和欧盟理事会关于预防和补救环境损害方面的环境责任的第2004/35/CE号指令（上文脚注316），第2条第6款。

³⁸⁴ 按照《南极矿物资源活动管理公约》第8条，基本的责任由经营人承担，第1条第11款对经营人的定义是“一缔约方或一缔约方的机构或机关或按照一缔约方法律建立的法人或仅由上述……任何组合构成的合资企业”。按照国际海底管理局2000年7月13日通过的《区域内多金属结核探矿和勘探规章》附件中的勘探合同标准条款第16条第1款，承包人“应对由其不法行为或不作为引起的任何实际损害数量负责，包括对海洋环境的损害，这也包括其雇员、分包商、代理人以及为他们工作的所有人所造成的损害”（ISBA/6/A/18，附件4，第16条）。

辜的受害者不应该单独承担损失或伤害”。³⁸⁵预防问题条款草案已经考虑了前项因素。³⁸⁶

(3) (a)款中及时和充分赔偿的概念反映了这样一个谅解和愿望，即跨界损害的受害者不应被迫长期等待以得到赔偿。确保跨界损害受害者得到及时和充分赔偿十分重要，这一点可在特雷耳冶炼厂案的仲裁³⁸⁷和科孚海峡案³⁸⁸中找到依据，《斯德哥尔摩宣言》原则21对此进行了进一步的阐述和强调，即：

依照《联合国宪章》和国际法原则，各国具有按照其环境政策开发其资源的主权权利，同时亦负有责任，确保在它管辖或控制范围内的活动，不致对其他国家的环境或其本国管辖范围以外地区的环境引起损害。³⁸⁹

(4) 《斯德哥尔摩宣言》原则22也反映了对受害者承担赔偿责任和给予赔偿的概念。该原则表达了一个共同的信念：

各国应进行合作，进一步发展相关国际法，探讨在其管辖或控制范围内进行的活动对在其管辖外的地区造成污染和其他环境损害时，如何对受害人承担责任和补偿。³⁹⁰

(5) 《里约宣言》原则13更广泛地阐述了这一论点：

各国应制定关于污染和其他环境损害的责任以及赔偿受害者的国内法。各国还应迅速并且更坚决地进行合作，进一步制定关于在其管辖和控制范围内的活动对在其管辖外的地区造成的环境损害的不利影响的责任和赔偿的国际法。³⁹¹

³⁸⁵ 《1982年……年鉴》[英]，第二卷（第一部分），A/CN.4/360号文件，第63页，第53段（纲要，第5节，第2和第3段）。

³⁸⁶ 见上文脚注292。

³⁸⁷ “根据国际法原则，……在后果严重且有明确可信证据证实存在损害的情形下，任何国家均无权利用或准许利用其领土以烟雾在它国领土或对它国领土、它国财产或其国民造成损害。”（特雷耳冶炼厂案（上文脚注226），第1965页）

³⁸⁸ 在本案中，法院指出，“各国都有义务不在知情的情况下允许其领土被用于从事妨碍他国权利的行动”（科孚海峡案（见上文脚注197），详见第22页）。

³⁸⁹ 见上文脚注312。

³⁹⁰ 同前。

³⁹¹ 见上文脚注301。

尽管这些宣言中的原则并非旨在产生具有法律约束力的义务，但它们体现了国际社会的愿望和倾向。³⁹²

(6) (b) 款突出强调了环境的保护和维持，以及减少损害和尽可能将环境恢复或复原为原状的相关义务。这样一来，它强调了国际社会的一项最新关注，即将环境本身作为一个有价物来保护，而不必仅在个人和财产受损害的情况下考虑。它反映了不仅为现代人，并且也为后代人利益将环境视为宝贵资源来维护的政策。鉴于其新颖性以及保护方面的共同利益，必须强调一点，即对环境本身的损害就可以构成应给予及时和充分赔偿的损害。赔偿包括对所采取的反应、恢复或复原措施的合理费用予以补偿。

(7) 目标不是要使环境恢复或回复原来的状态，而是要使其能够保持持久的功能。在这个过程中，并不预期引起与所希望得到之结果不相称的费用。这些费用应是合理的。如果不可能使环境恢复或复原，按理应该向环境中引进这些组成部分的等值物。³⁹³

(8) 一般来说，如“用语”第(iii)至(v)项评注所提到的，早年不愿就环境本身所受损害——未将其与人身或财产所受损害相联系³⁹⁴——承担赔偿责任的现象正在逐渐消失。³⁹⁵在对自然资源或环境造

³⁹² Birnie 和 Boyle 指出：“这些原则都体现了国际法和国家实践最近的发展情况，它们目前作为一般国际法原则的地位比较可疑，但是，《里约宣言》所提供的舆论支持证据是这些原则正在出现的法律意义的重要迹象。”(Birnie and Boyle, *International Law ...*, 前引书(上文脚注 306), 详见第 105 页)。

³⁹³ 对环境的定义和可赔偿的环境损害因素的分析，见特别报告员胡利奥·巴尔沃萨关于国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任的第十一次报告(上文脚注 285), 第 57 页, 第 28 段。对损害问题、损害的定义、损害、不利影响和损害评估等的有趣说明，见 M. A. Fitzmaurice, “International protection of the environment”, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 2001, 第 293 卷(2002), 第 9 页起, 详见第 225 至第 233 页。

³⁹⁴ 关于相反的结果，见蓝圈工业公司诉国防部案, *The All England Law Reports 1998*, 第 3 卷, p. 385, 和默林与另一人诉英国核燃料公司案, *The All England Law Reports 1990*, 第 3 卷, 第 711 页。

³⁹⁵ 关于生态损害和前景的索赔所涉及的困难，见帕特莫斯号案和黑文案。一般情况，见 A. Bianchi, “Harm to the environment in Italian practice: the interaction of international

成损害的情况下，有权要求赔偿或偿还因采取合理预防、恢复或复原措施而产生的费用。有些公约还将这种权利进一步限于实际采取的措施，排除了因环境损害而导致的利润损失。³⁹⁶

(9) 采取回应措施或恢复措施的国家或任何其他公共机关可于稍后阶段从经营者那里收回此类活动的费用。这就是 1980 年美国《环境综合治理、赔偿和责任法》所规定的情况。该法规设置了“舒坡尔基金”，必要时，以从责任方收回的费用补充税款，支付清理费用。美国环境保护局经营舒坡尔基金，具有广泛的权利，可调查污染，选择适用的

law and domestic law”, 载于 P. Wetterstein (编), 前引书(上文脚注 323), 第 103 页起, 详见第 113 至第 129 页。另见 Maffei, 前引文(上文脚注 346), 第 381 页, 详见第 383 至第 390 页; 和 D. Ong, “The relationship between environmental damage and pollution: marine oil pollution laws in Malaysia and Singapore”, 载于 M. Bowman 和 A. Boyle (编), 前引书(上文脚注 333), 第 191 页起, 详见第 201 至第 204 页。另见 Sands, 前引书(上文脚注 362), pp. 918-922。另见 1979 年和 1987 年的安东尼奥·葛兰西案(油污赔偿基金, 《关于国际油污赔偿基金 1980 年间各项活动的报告》); 同上, 《1989 年年度报告》, 第 26 页; 和同上, 《1990 年年度报告》, 第 27 页)。一般情况, 另见 W. Chao, *Pollution from the Carriage of Oil by Sea: Liability and Compensation*, London, Kluwer, 1996, pp. 361-366: 油污赔偿基金 1980 年 10 月 17 日第 3 号决议不容许法院“按照根据理论模式算定的损害的抽象量化”评估应该由该基金支付的赔偿数额(FUND/A/ES.1/13, 附件一)。在阿莫科·卡迪兹案(见上文脚注 370)中, 伊利诺北区法院命令阿莫科石油公司支付 8,520 万美元的罚款——4,500 万美元作为清理溢出油污的费用, 3,900 万美元用于支付利息。它驳回了针对非经济损失的赔偿。于是, 法院针对失去景观和生态受损提出的要求不予受理。它指出: “诚然, 社区暂时没有清洁的海滩供市民使用, 社区在未经清理的情况下, 交通繁忙, 这只是它的正常状况, 社区无法维持正常的安宁、寂静和自由”, 但是法院总结认为, “社区的丧失享受的求偿, 根据法国的法律, 是无法获得支持的”(Maffei, 前引文(上文脚注 346), 第 393 页)。关于丧失悦目的景观, 法院认为, 在而且只在能够证明这种景观的丧失对社区造成某种相因而生的损害的时候, 原告人的求偿在可以度量的损害方面, 是可予赔偿的, 例如本来会到访的旅行者和游客因此种损害而不再到访该社区。但是, 这完全是社区内的旅馆、餐馆、露营地和其他商业场所个别提出求偿的案由事项。关于生态损害, 法院处理了评量“由于石油溢出而在潮间带被杀害的物种”的问题, 认为“声称的这种损害应该按照无主之物原则处理, 由于任何人或实体都没有名分提出求偿, 所以不予赔偿”(同上, 见第 393-394 页)。另见马绍尔群岛核求偿法庭受理的埃内韦塔克人民事项案(上文脚注 369)。法庭审议了对于埃内韦塔克环礁族人由于美国进行核试验而受到的损失来说, 恢复是否适当的救济措施。它裁决了清洁和复原费用如下: 移动土壤费用 2,200 万美元; 处理钾的费用 1,550 万美元; 土壤处理费用(堤道) 3,150 万美元; 清除铯的费用 1,000 万美元; 测量费用 451 万美元; 恢复土壤和再种植费用 1,770 万美元(第 1222-1223 页)。

³⁹⁶ 一般情况, 见原则草案 2 的评注。

救济行动, 命令责任方履行清除义务, 或自行开展工作, 然后收回费用。³⁹⁷

(10) 除上述目标外, 本原则草案也用于或旨在用于其他目标, 包括: (a) 鼓励经营者和其他有关个人或实体防止危险活动造成跨界损害; (b) 以和平与促进各国间友好关系的方式解决各国间的跨界损害争端; (c) 维护和促进对各国和各民族福祉有重要意义之经济活动的可行性; (d) 以可预见、平等、快速和具有成本效益的方式提供赔偿。在可能的情况下, 应尽可能以促进所有这些目标的方式解释和适用原则草案。³⁹⁸

(11) 特别地, 应当从实现“费用内部化”的角度来认识确保经营者“及时和充分”赔偿的原则, 这从根本上构成“谁污染谁付费”原则的核心。这项原则主张: 活动本身经营费用范围内关于污染控制、清除和保护措施的真实经济费用应当内部化。这项原则试图按照这种方式确保各国政府不会由于补贴上述环境费用而扭曲国际贸易和投资的费用。经合组织和欧洲联盟的政策都认可了这一政策。认可这一原则时已经考虑到其实施过程中本身的差异。

(12) 从某种意义上来说, “谁污染谁付费”原则设法鼓励经营者和其他有关人员或实体预防危险活动造成跨界损害。许多国际文书提到了这一原则。《里约宣言》原则16很概括地载述了这项原则:

考虑到污染者原则上应承担污染费用的观点, 国家当局应努力促使内部吸收环境成本费用, 并利用各种经济手段, 要适当地照顾到公众利益, 又不要使国际贸易和投资失常。³⁹⁹

(13) 在条约实践中, 该原则已经成为依据严格责任而建立赔偿责任制度的基础。《关于危害环境

的活动造成损害的民事责任公约》的情况也是这样: 它在序言部分中“注意到需要考虑到‘谁污染谁付费’原则而在这方面规定严格责任”。《关于工业事故越境影响对越境水体造成损害的民事责任和赔偿的议定书》在其序言部分提到“谁污染谁付费”原则为“国际环境法的一般原则”, 《保护与使用越境水道和国际湖泊公约》和《关于工业事故越境影响的公约》的缔约国“也都接受了这项原则”。⁴⁰⁰ 一些国家司法机构也依据这一原则考虑补偿和赔偿。⁴⁰¹

⁴⁰⁰ 也可参考下列公约: 《国际油污防备、反应与合作公约》、《保护东北大西洋海洋环境公约》(《奥斯巴公约》)、《保护波罗的海地区海洋环境公约》、《保护黑海免受污染公约》、《保护与使用越境水道和国际湖泊公约》、《关于工业事故越境影响的公约》和《关于危害环境的活动造成损害的民事责任公约》以及欧洲议会和欧盟理事会关于预防和补救环境损害方面的环境责任的第2004/35/CE号指令(见上文脚注316)。

⁴⁰¹ 联合国在其关于《21世纪议程》执行情况的报告中指出:

“在把《……里约宣言》所载的原则纳入各种国际和国家法律文书方面已取得进展, 其中包括……谁污染谁付费原则。尽管在通过各种国际法律文书实施联合国环境与发展会议的承诺方面已取得一些进展, 仍需作出大量努力, 使里约达成的各项原则更坚实地体现在法律和实践中。”

《大会正式记录, 第十九届特别会议, 补编第2号》(A/S-19/33), 第14段。

然而, 不同国家的司法机关也确认了或正在确认“谁污染谁付费”原则。印度最高法院在韦洛尔公民福利论坛诉印度联邦等案(见 *All India Reporter, 1996*, 第83卷, p. 2715)中提到, 《印度宪法》第21条、第47条、第48A条和第51A(g)条所规定的审慎原则、“谁污染谁付费”原则和新举证责任已经成为“本国环境法的一部分”。(Law Commission of India, *One Hundred Eighty Sixth Report on Proposal to Constitute Environmental Courts* (见上文脚注373), p. 36)。特别是在环境事项上申张正义是《印度宪法》第21条的基本内容。澳大利亚和新西兰已经有了环境法庭。加拿大多省关于环境损害责任及其补救措施的法令均承认了这一原则。在西班牙, 法院已经依据“利之所在, 损之所归”原则, 即从某项活动获益者必须为其造成的损害付费, 针对采矿和废物造成的损害、水损失所导致的损害以及有毒气体而向个人施加赔偿责任。在日本, 就采矿活动造成的污染和海洋污染而言, 污染者应向公众支付清除污染的费用以及将受害者财产恢复损害前状态的费用。法国的法律制度以不同形式认可了“谁污染谁付费”原则。在埃波克斯·武尔琳诉韦尔内-萨因特·克里斯托弗地产公司等案中, 法国最高法院裁定“业主有权依法律或规则所不禁止的最绝对方式享有财产, 但有义务不以超出正常的邻里不便而对任何他人财产造成损害”(Juris-Classeur Périodique (*La semaine juridique*), 1971, II. 16781)。位于奥斯汀的德克萨斯大学法学院跨国法研究所的英译文, 可登录 www.utexas.edu/law/academics/centers/transnational 查阅。瑞典的1998年《环境法典》于1999年1月1日生效, 规定对污染负有责任的当事人应在合理的程度上支付调查潜在污染、清理和减轻损害的费用。确定合理性标准时, 应参照(a)自污染发生以来所经过的时间, (b)所涉及的环境风险, (c)经营者的贡献。爱尔兰颁布法令, 把就船舶所造成的油和危险废物排泄规定了严格责任的国际条约纳入了国内法。爱尔兰法院已经开始援引“谁污染谁付费”原则。在巴西, 严格责任正成为危险活动或对环境造成伤害或有可能造成伤害的

³⁹⁷ 对《环境综合治理、赔偿和责任法》的分析, 见W. D. Brighton和D. F. Askman, “The role of the government trustees in recovering compensation for injury to natural resources”, 载于P. Wetterstein (编), 前引书(上文脚注323), 第177至第206页, 详见第183至第184页。

³⁹⁸ 另见Bergkamp, 前引书(上文脚注347), p. 70, 脚注19。他列出了与赔偿责任制度有关的七项功能, 即赔偿、损失分配、风险分配、惩罚、纠正性处理、证明或抵偿以及阻止和预防。

³⁹⁹ 见上文脚注301。

(14) 这项原则有其限制。在这方面,有人指出:

民事责任责成污染者为环境损害付费的范围和程度取决于各种因素。如果责任是由于疏忽造成的,不仅需要证明这一点,既无法合理预期、也无法合理避免的损害将不予补偿,受害人或纳税人(而不是污染者)将承担损失。严格责任是“谁污染谁付费”原则的较佳近似物,但在数额受到限制的情况下,如在涉及油轮或核设施的国际议定方案中,就不是这样。此外,对损害的狭隘定义可能排除了不容易以金钱数额量化的环境损失,例如野生动植物,或影响环境质量而不造成实际有形损害的环境损失。⁴⁰²

(15) 此外,据宣称,不能将该原则当作一项“普遍适用的严格规则对待,用以执行这项规则的方法也不是在一切情况下都一样”。⁴⁰³ 因此,“如果充分考虑到危险性质上的不同,以及在各行业中实现环境费用完全内部化的经济可行性也不同(因各个行业承担费用的能力不同),存在大量灵活性是必然的”。⁴⁰⁴ 某些评论者怀疑“或许除了涉及[欧洲共同体]欧洲经委会和经合组织各国时之外,它(‘谁污染谁付费’原则)是否已经取得了习惯国际法普遍适用规则的地位”。⁴⁰⁵

活动所造成损害的一项标准,不必证实意图。根据南非1998年《国家环境管理法》,可能已经或正在造成重大污染或环境损害的经营人需承担严格责任。新加坡规定刑事罪行需承担严格责任。它规定污染者有清理义务,而不必存在任何意图或忽略行为。另见秘书处编写的关于国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任(危险活动引起跨界损害所造成损失的国际责任)专题的各种责任制度概览,《2004年……年鉴》,第二卷(第一部分),A/CN.4/543号文件,第272至第286段。

⁴⁰² Birnie and Boyle, *International Law ...*, 前引书(上文脚注306), pp. 93-94.

⁴⁰³ 同上, pp. 94-95。另见秘书处编写的各种责任制度概览(上文脚注401),第二章。

⁴⁰⁴ Birnie 和 Boyle, *International law ...*, 前引书(上文脚注306), p. 95。作者们指出,“在《里约宣言》原则16中提到的‘公共利益’为里外条款留下了广大的空间……。在里约通过的‘谁污染谁付费’原则既不是绝对的,也不是必须的”(p. 93)。他们还指出,就东欧核设施来说,“代表最大潜在受害者团体的西欧国家政府[……]已经资助进行改善安全标准的工作(第94页)。”

⁴⁰⁵ Sands, 前引书(上文脚注362), p. 280, 载有在经合组织和欧洲联盟的情形下灵活适用这项原则的例证。Rüdiger Wolfrum 指出“尽管1990年《国际油污防备、反应和合作公约》与《关于工业事故越境影响的公约》都在序言中提到谁污染谁付费原则是‘国家环境法的一般原则’,但根据美国实践并鉴于其范围和后果的不确定性,这一观点并未得到支持”(R. Wolfrum, “International environmental law: purposes,

(16) 赔偿的及时性和充分性与赔偿的评估问题有关。一般国际法并未特别指明“事先确定如何对不法行为或不作为所致伤害进行赔偿的原则、标准或方式”。⁴⁰⁶ 国际法上的赔偿是违反主要责任的结果。国家对国际不法行为的责任条款草案第31条重申了充分赔偿的一般性义务。⁴⁰⁷ 国际常设法院在霍茹夫工厂案的附带意见中详细说明了这一义务的内容,指出:

非法行为的实际概念中所包含的基本原则(似乎是由国际惯例,特别是仲裁法庭各项决定确立)是,赔偿必须尽可能地消除非法行为的一切后果,并尽可能将有关情形恢复到假定这一行为没有发生的状态。可恢复实物原状,在不可能恢复实物原状时,亦可赔款,赔款数额应相当于恢复实物原状的价值;对恢复实物原状或替代赔款未覆盖的损失,亦可以作出必要的补偿——应根据这些原则来确定一项违背国际法的行为所应支付的赔偿数额。⁴⁰⁸

principles and means of ensuring compliance”, 载于 F. L. Morrison 和 R. Wolfrum (编), *International, Regional, and National Environmental Law, The Huge*, Kluwer Law International, 2000, p. 19)。一般情况,见 N. de Sadeleer, *Environmental Principles: from political Slogans to Legal Rules*, Oxford University Press, 2002, pp. 21-60。

在法国和荷兰之间关于适用1976年《保护莱茵河免受氯化物污染公约》和1991年《保护莱茵河免受氯化物污染公约附加议定书》的仲裁案中,仲裁法庭被要求在对《公约》的解释中,审议“谁污染谁付费”原则,不过没有在其中明文提到这一点。法庭在2004年的裁决中总结认为,尽管“谁污染谁付费”原则在条约法中非常重要,但它并不是一般国际法的一部分,因此,与对该《公约》的解释并不相干。法庭在有关部分指出,“法庭指出,荷兰为支持它的请求,提到了‘谁污染谁付费’原则。……法庭认为,这项原则载于若干国际文书,包括双边文书和多边文书,并且具有不同的效力等级。法庭没有否认它在条约法中的重要性,但认为这项原则并不构成一般国际法的一部分”(适用1976年12月3日《保护莱茵河免受氯化物污染公约》的1991年9月25日《附加议定书》审计荷兰和法国间的账目案,2004年3月12日的仲裁裁决,《国际仲裁裁决汇编》,第二十五卷(出售品编号:E/F.05.V.5),第312页,第102至第103段)。裁决案文也可查阅 <http://www.pca-cpa.org>。

⁴⁰⁶ F. V. García-Amador, L. B. Sohn 和 R. R. Baxter (编), *Recent Codification of the Law of State Responsibility for Injury to Aliens* (见上文脚注280), p. 89。另见 A. Boyle, “Reparation for environmental damage in international law: some preliminary problems”, 载于 Bowman 和 Boyle, *Environmental Damage...* 前引书(上文脚注333),第17-26页。另见特别报告员胡利奥·巴尔沃萨关于国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任的第十一次报告(上文脚注285)。

⁴⁰⁷ 《2001年……年鉴》,第二卷(第二部分),第104至第107页(第31条及其评注)。

⁴⁰⁸ 霍茹夫工厂案(见上文脚注269),第47页。

(17) 霍茹夫工厂案标准适用于本原则草案并未涵盖的国际非法行为。然而,就本原则草案所涵盖的活动而言,该标准在鉴别应划定的限度和应利用的比较物方面还是有用的。判定赔偿时可以依据的各种原则方面,存在着一些问题:判定赔偿时只考虑受害者能够量化的实际损失吗?还是除此之外,还应反映经营者的支付能力?有两项指导原则似乎与此有关。第一是判给的赔偿金不应当具有惩罚功能。⁴⁰⁹第二是受害者仅可获得所受损失的赔偿,而不能期待从所致伤害中取得经济收益。⁴¹⁰谨记这两项基本原则的同时,还应当指出,公平性以及“谁污染谁付费”原则要求:不应允许经营者寻找避难所,去进行冒有风险的危险活动,而没有预期需为所致损害付费,从而从根本上鼓励做到最大程度的谨慎和履行应有注意,防止损害发生。⁴¹¹

(18) 有些关于支付赔偿的一般原则已随时间推移而有所发展,并得到国际法院和其他国际性法庭的认可。可以简述如下:⁴¹²(a)可从经济上加以衡量的损害,即可以金钱定额的损害是可赔偿的;(b)这包括国家所遭受的财产或人员损害,为补救或减轻损失而支付的合理费用以及自然人或法人——同时包括国民及在其领土上居住并遭受伤害者——所遭受的损失;(c)案件的特殊情况、所违背义务的内容、对各方就所造成损害而采取之措施的合理性评估以及,最后一项,公平和相互便利的考虑。这些因素将决定所支付确切赔款总数的条件或种类。因此,不妨注意到下述有关各国际法院和法庭作出判决之依据的

⁴⁰⁹ 见 B. Graefrath, “Responsibility and damage caused: relationship between responsibility and damages”, *Recueil des Cours: Collected courses of the Hague Academy of International Law, 1984-II*, 第185卷(1985), 第9至第150页, 详见第100至第102页。另见国家对国际不法行为的责任条款草案,《2001年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第113至第120页(第36条及其评注)。

⁴¹⁰ “卢西塔尼亚”号案(《国际仲裁裁决汇编》, 第二卷, 第32页)和霍茹夫工厂案(见上文脚注269)所述关于赔偿作用的原则, 见《2001年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第113至第120页(第36条及其评注)。

⁴¹¹ 印度最高法院在M. C. 梅赫塔诉印度联盟案(发烟硫酸气泄漏案)中强调“企业越大越殷实, 企业实施危险或潜在危险活动出事导致伤害时, 所支付的赔偿额也就必须越大”(Law Commission of India, *One Hundred Eighty Sixth Report on Proposal to Constitute Environmental Courts* (见上文脚注373), p. 31)。

⁴¹² 见国家对国际不法行为的责任条款草案,《2001年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第113至第120页(第36条及其评注和其中所举案例)。

准则:⁴¹³就个人伤害而言,可支付的赔偿包括:直接相关的物质损失如收入和收入能力损失、医疗费用(包括实现完全康复的费用);所遭受的非物质损害,例如,“失去亲人、疼痛或痛苦以及因个人、家庭或私生活遭侵扰而蒙受的感情伤害”。⁴¹⁴

(19) 关于财产损失,损失通常根据资本价值、利润损失和附带费用来评估。在这方面,已经采用了不同的评估方式和概念,比如“公平市价”、“账面净值”、“清算或解体价值”、“现金流量贴现”等显示风险和可能性的因素的评估。在有关量化赔偿的各种问题上,特别是因公司和财产国有化而给外国人及其财产造成的损失,存在着大量的资料。⁴¹⁵

(20) 在外国投资争端方面制定的原则也许不能自动适用于跨界损害领域的赔偿问题。就符合赔偿条件的求偿而言,存在着种种难题,例如,经济损失、疼痛和痛苦、终身残废、失去舒适环境或合伙人以及伤害的评估。同样,对于可被修复或替代的财产损失,可以根据修复或替代的价值来作出赔偿。具有历史或文化价值的物品所遭受的损失难以赔偿,根据个案作出任意评估者除外。另外,有关事件与据称受损害财产之间的关系越松散、越不具体,获得赔偿的权利就越不确定。原则草案2的评注显示了部分问题被解决的程度。

原则4 及时和充分的赔偿

1. 各国应采取一切必要措施,确保其领土上或其管辖或控制下的其他地方的危险活动造成跨界损害时,受害者可获得及时和充分的赔偿。

2. 这些措施应包括要求经营者,或酌情要求其他个人或实体承担责任。这种责任不应要求出具

⁴¹³ 同上。

⁴¹⁴ 同上,第77段(第36条评注第(16)段)。另见V. S. Mishra, “Emerging right to compensation in Indian environmental law”, *Delhi Law Review*, 第23卷(2001), 第58至第79页。

⁴¹⁵ 见R. D. Bishop、J. Crawford和W. M. Reisman, *Foreign Investment Disputes: Cases, Materials and Commentary*, The Hague, Kluwer Law International, 2005, pp. 1331-1372(涉及损失估价方法)。另见C. F. Amerasinghe, “Issues of compensation for the taking of an alien property in the light of recent cases and practice”, *International and Comparative Law Quarterly*, 第41卷(1992), 第22至第65页。

过失证明。此类责任的任何条件、限制或例外条款均应符合原则草案3。

3. 这些措施还应包括要求经营者，或酌情要求其他个人或实体为偿付索赔建立并保持财务担保，例如保险、债券或其他财务保证。

4. 在适当情况下，这些措施应包括要求在国家一级设立行业基金。

5. 若以上各段中所列措施不足以提供充分的赔偿，起源国还应确保提供额外的财务资源。

评注

(1) 这项原则草案反映了起源国在建立可行的制度以便遵守“及时和充分的赔偿”原则方面可起的重要作用。在目前情况下提到的“各国”是指起源国。这项原则草案包含了四个相互关联的要素：(a) 国家应当确保及时和充分的赔偿，并应为此建立适当的责任制度；(b) 任何此类责任制度均可使经营者承担主要责任，且不应要求出具过失证明；(c) 可能施加于这些责任的任何条件、限制或例外都不应该使及时和充分赔偿原则这一目标落空；(d) 各种形式的担保、保险和行业基金均是为赔偿提供充足财务保证的手段。原则草案4的第五款体现了上述四项要素。

(2) 应当提到，本原则草案假定起源国已经充分履行了国际法中有关预防跨界活动引起的跨界损害的各项义务。因此，在不妨碍可根据国际法提出的其他求偿的情况下，没有考虑国家对本原则范围内的损害的责任。

(3) 因此，第1款侧重于国家应确保给予充分和及时赔偿的原则。国家本身未必有义务作出此类赔偿。目前起草的原则回应并反映了国际社会一个日益增长的要求和共识：作为允许在其管辖和控制区域实施危险活动之安排的一部分，普遍期望各国确保建立适当机制，以便在发生任何损害的情况下，应对赔偿要求。

(4) 第1款的重点是一切“必要措施”，各国被赋予足够的灵活性，以实现确保及时和充分赔偿

的目标。强调这一点并不妨碍各国或其他责任实体可能另外考虑拨给受害者任何惠给金或采取应急和救济措施。

(5) 如关于本原则草案“目的”的评注所指出的，拟定国际责任制度的必要性已经得到承认，并在诸如1972年《斯德哥尔摩宣言》原则22和1992年《里约宣言》原则13中得到体现。⁴¹⁶

(6) 国家应确保针对危险活动作出及时和充分赔偿的基本原则最早可追溯到特雷耳冶炼厂案⁴¹⁷的仲裁。在该案中，有明确的、令人信服的证据表明一国的铁矿石冶炼给另一国的财产带来了严重后果和损害。自那以后，出现了许多条约以及一些重要决定和大量的国家法律和实践，相当重视跨界污染和损害的求偿。一些评论员将其视为一项习惯法义务。⁴¹⁸

(7) 第1款中及时和充分的标准也是特雷耳冶炼厂案的仲裁所支持的标准。⁴¹⁹“及时”的概念涉

⁴¹⁶ 分别见上文脚注312和301。另见环境署理事会在其第六届特别会议上通过的《马尔默部长宣言》，《大会正式记录，第五十五届会议，补编第25号》(A/55/25)，附件一，2000年5月31日SS.VI/1号决定；环境署理事会在其第二十一届特别会议上通过的《21世纪头十年环境法发展和定期审查方案》(《蒙得维的亚方案三》)，UNEP-E-GC21，2001年2月9日第21/23号决定；以及《可持续发展问题世界首脑会议执行计划》，A/CONF.199/20，2002年9月4日决议2，附件。

⁴¹⁷ 见上文脚注226。

⁴¹⁸ 提及不同来源作为结论依据的情况，见P.-T. Stoll, “Transboundary pollution”，载于Morrison and Wolfrum (编)，前引书(上文脚注405)，第169至第200页，详见第169至第174页。Stoll指出：

“然而，必须提到禁止原则依据的是国家对其领土的主权利。没有证据表明在就跨界污染提出申诉时，必须援引一项基于单一内容的具体权利。人们能够因此断定，禁止跨界污染的依据是国家在本国领土环境完整性方面的利益。条约法反映了这一概念。……主权尽管在一方面创立了对领土或区域环境完整性的权利，而另一方面正是国家为其领土上所产生的污染负责的基础”。(同上，pp. 174-175)

另外，还有人认为，滥用权利和睦邻友好等原则也为禁止跨界损害提供了根据。见J. G. Lammers, “Centre for Studies and Research (1985). The present state of research carried out by the English-speaking Section of the Centre for Studies and Research”, *Transfrontier Pollution and International Law*, The Hague, Kluwer Law International, 1986, 第89至第133页，详见第100页。

⁴¹⁹ 见上文脚注226。另见《里约宣言》原则10(上文脚注301)；《联合国海洋法公约》第235条第2款；1996年

及管辖申张正义的程序以及影响特定案件中就可支付赔偿作出决定的时间和期限的程序。鉴于国内法庭中的求偿诉讼可能费用高昂并持续数年,如阿莫科·卡迪兹号轮案就花费了13年的时间,这也是一个需加以强调的必要标准。⁴²⁰为能够更广泛、有效和及时地申张正义,有人建议设立特别的国家或国际环境法庭。⁴²¹

(8) 另一方面,“充分”赔偿的概念涉及到许多问题。⁴²²例如,在合并受害者索赔后,经营者或起源国与受害者或其他有关国家之间谈判商定的一

赫尔辛基国际水道条款第2条第1款(K. W. Cuperus and A. E. Boyle, “Articles on private law remedies for transboundary damage in international watercourses”, 载于国际法协会,《第六十七次会议的报告》(1996年8月12日至17日, 赫尔辛基), 1996年, 伦敦, 第403页起)和人权法先例。另见A. E. Boyle, “Globalising environmental liability: the interplay of national and international law”, *Journal of Environmental Law*, 第17卷, No. 1 (2005), 第3至第26页, 详见第18页。

⁴²⁰ 见上文脚注370。另见E. Fontaine, “The French experience: ‘Tanio’ and ‘Amoco Cadiz’ incidents compared”, 载于C. M. de la Rue (ed), *Liability for Damage to the Marine Environment*, London, Lloyd’s of London Press, 1993, 第101至第108页, 详见第105页。同样,在博帕尔煤气灾难案中,在该案初次送达印度最高法院之前,就代表受害者而针对联合碳化物公司估定的临时救济是否适当的问题,诉讼在印度已经持续了5年以上,却仍未能进入审前证据调查阶段,见K. F. McCallion and H. R. Sharma, “International resolution of environmental disputes and the Bhopal catastrophe”, 载于The International Bureau of the Permanent Court of Arbitration (编), *International Investments and Protection of the Environment*, The Hague, Kluwer Law International, 2001, 第239至第270页, 详见第249页。据说特雷耳冶炼厂案的仲裁花费了14年才对私人当事人的求偿作出判决。见P. McNamara, *The Availability of Civil Remedies to Protect Persons and Property from Trans-frontier Pollution Injury*, Frankfurt, Alfred Metzner Verlag, 1981, p. 70。

⁴²¹ 见A. Rest, “Need for an international court for the environment? Underdeveloped legal protection for the individual in transnational litigation”, *Environmental Policy and Law*, 第24卷, No. 4 (June 1994), pp. 173-187。关于认为设立国际环境法庭可能并不是对“必须通过申张正义和反映社区利益来加强法治”的适当答复,见E. Hey, “Reflections on an international environmental court”, 载于The International Bureau of the Permanent Court of Arbitration (编), *International Investments...* 前引书(上文脚注420), 第271至第301页, 详见第299至第300页。在国家一级,印度法律委员会为在印度设立国家环境法庭提出了一个非常有说服力的理由(见Law Commission of India, *One Hundred Eighty Sixth Report on Proposal to Constitute Environmental Courts* (上文脚注373))。新西兰和澳大利亚已设立了环境法庭。可登录以下网址查阅:<http://lawcommissionofindia.nic.in/reports.htm>。

⁴²² 为详尽了解及时、充分和有效赔偿原则在实践中的执行情况,见Lefeber, 前引书(上文脚注330), 第229至第312页。

揽子赔偿额可被视为充分赔偿。作为对其管辖权内的诉讼的处理结果,法院所判决的赔偿也是如此,但在必要情况下,需得到上一级法院的认可。只要满足了正当法律程序的要求,依照事实,就是充分的。只要所付赔偿并非任意或在很大程度上与实际遭受的损害不成比例,即使是不够完全,也可被视为是充分的。换言之,充分并非旨在表示“充足”。

(9) “其领土或其管辖或控制下的其他地方”一语与预防问题条款草案第6条1款(a)项所使用措辞有着同样的含义。⁴²³

(10) 第2款说明了每一国家可采取的第一项重要措施,即要求经营者或酌情要求其他个人或实体承担责任。该原则草案以功能性用语阐述了“经营者”的定义,依据是谁在有关时间使用、控制和指挥物体。应当强调,在重大损害情况下,责任一般会被归于设施的经营者。⁴²⁴然而,还存在着其他可能性。涉及船舶时,责任归于船东,而不是经营者。这意味着,租船人可能是实际上的经营者,但根据1992年《修正国际油污损害民事责任公约的议定书》,却不需要承担赔偿责任。在其他情况下,必须承担责任的不仅一个实体。根据《危险废物越境转移及其处置所造成损害的责任及赔偿巴塞尔议定书》,废物生产者、出口者、进口者和处理者都在废物运输的不同阶段中负有潜在的责任。真正的根本原则并非“经营者”总是负有责任,而是事故发生时能够最有效控制风险的或具有赔偿能力的当事方负有主要责任。

(11) 经营者的责任逐渐普及有几个原因,最主要是人们认为,为谋求经济利益而制造高风险的人必须承担起控制活动可能带来的任何有害后

⁴²³ 《2001年……年鉴》,第二卷(第二部分),第177页。另见条款草案第1条及其评注,尤其是第(7)至第(12)段(同上,第170至第172页)。

⁴²⁴ 根据Goldie的看法,核责任公约开始了使责任回归经营者的新趋势,而“无论因果关系的链条有多长,也不论干预因素(数目极为有限的免责因素除外)有多么新颖”(L. F. E. Goldie, “Concepts of strict and absolute liability and the ranking of liability in terms of relative exposure to risk”, *Netherlands Yearbook of International Law*, 第16卷(见上文脚注319), p. 196)。关于这个论点,另见L. F. E. Goldie, “Liability for damage and the progressive development of international law”, *The International and Comparative Law Quarterly*, 第14卷(1965), 第1189页起,详见第1215至第1218页。

果。⁴²⁵ 国际条约制度及各国法律和实践普遍接受让经营者承担主要责任的做法。⁴²⁶

(12) 第2款的第2句规定,这类责任不应要求出具过失证明。描述实行严格责任的当代学说时,使用了各种名称,包括:“无过失责任”、“无过失疏忽”、“推定责任”、“当然过失”、“客观责任”或风险责任。⁴²⁷ “这种责任不应要求出具过失证明”一语为的是充分体现这类名称的广义范围。

(13) 危险和超危险活动——本原则草案的主题——牵涉到复杂的作业,并涉及一些会造成重大损害的固有风险。在这类事项上,普遍承认的是:有关行业把极为复杂的技术活动的各种危险和营运情况当作秘密一样牢牢地守护着,要求求偿人证明过失或疏忽会是一种沉重的负担,既不公平,也不恰当。许多管辖区域在分配固有危险和危险活动时,都承认严格责任。⁴²⁸ 超危险或异常危险活动的严格责任制被视为习惯法和民法最恰当的手段,为的是使危险和超危险活动受害者不必根据通常详细的技术证据来举证过失即可获得赔偿,⁴²⁹ 因为此类举证会反过来要求受害者充分地理解复杂和繁琐的作业或活动。如果是被告单方面引入风险,则会加强严格责任的适用。⁴³⁰

(14) 在危险活动造成损害的情况下,在国际层面,指定经营者承担严格责任是公平的。⁴³¹ 严格

⁴²⁵ 对影响追究责任时所作选择的经济、政治和战略因素的有趣说明,见 G. Doeker and T. Gehring, “Private or international liability for transnational environmental damage - the precedent of conventional liability regimes”, *Journal of Environmental Law*, 第2卷, No. 1 (1990), 第1至第16页, 详见第7页。

⁴²⁶ 见秘书处编写的各种责任制度概览(上文脚注401), 第340至第386段。

⁴²⁷ 见 F. F. Stone, “Liability for damage caused by things”, 载于 A. Tunc (编), *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. XI (Torts), part I, The Hague, Martinus Nijhoff, 1983, chapter 5, p. 3, paragraph 1.

⁴²⁸ 见秘书处编写的各种责任制度概览(上文脚注401), 第29至第260段。印度最高法院在 M. C. 梅赫塔诉印度联盟案(见上文脚注411)中认定,在危险活动的案件中,不存在可据以请求逃避绝对责任或严格责任的例外,比如危险是不可预见的、所涉及用途是天然的等等。

⁴²⁹ 见 Reid, 前引文(上文脚注378), p. 756。另见秘书处编写的各种责任制度概览(上文脚注401), 第23段。

⁴³⁰ 见秘书处编写的各种责任制度概览, 同上。

⁴³¹ 1996年,在确定原则草案所涵盖之一切活动导致的损

责任在一些文书中被采纳为基本责任。这在最近谈判的文书中,《关于工业事故越境影响对越境水体造成损害的民事责任和赔偿的议定书》第4条、《危险废物越境转移及其处置所造成损害的责任及赔偿巴塞尔议定书》第4条和《关于危害环境的活动造成损害的民事责任公约》第8条中都有相关规定。

(15) 在活动并非危险活动但仍然伴有造成重大损害的风险的情况下,将责任与过失或疏忽相联系也许更好一些。另外,鉴于与风险活动有关的利润会刺激工业部门开展这类活动,一般认为,严格责任制度会鼓励它们更好地控制有关风险。然而,这只是一个假设,可能并非永远站得住脚。由于这些活动仅是由于其社会效益和对经济发展的必要性而被接受,国家可在适当时候通过开发更加环保、危害更少的替代办法来重新考虑其必要性。

(16) 严格责任可以减轻受害者在其他情况下需承担的证明经营者过失方面的负担,但并不消除在证明损害与活动来源之间存在必然因果关系方面的难题。因果原则涉及可预见性、邻近性或直接损失等问题。不同管辖区域的法院适用了近因、恰当因果关系、可预见性和损害的间接性等原则和概念。这是一个任意裁量度高且不可预知的法律分支。不同国家的适用有不同的结果。可以一提的是,在现代侵权行为法中,似乎已经逐步放宽了邻近性标准。事态发展表明,已从可预见性(“适当性”)标准之上的严格必要条件论转向只要求“合理归因”损害的不太严苛的因果关系标准。此外,随着在医学、生物学、生物化学、统计学和其他有关领域内取得进展,可预见性标准可能会越来越不重要。鉴于这些原因,这类标准尚未被纳入一个更全面的损失分配分析模型中。⁴³²

害均隶属于严格责任制度时,委员会国际法不加禁止的行为所造成损害的国际责任工作组有所犹豫。可以提到的是,委员会注意到,严格责任和绝对责任的概念“在许多国家的国内法中为人熟知,并与国际法中的某些活动(即超危险活动)有关,……但是就诸如第1条所涵盖的大量活动而言,这类概念在国际法中尚未得到充分发展”(《1996年……年鉴》,第二卷(第二部分),附件一,第132页(第三章一般性评注第(1)段)。工作组在得出这一结论时参考了秘书处编写的关于国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任专题的各种责任制度概览(见上文脚注284)。

⁴³² 见 Wetterstein, “A proprietary or possessory interest ...”, 前引文(上文脚注323), 第40页。

(17) 应当铭记的是,在把严格责任概念从国内和国家层面——久已确立,但因不同管辖范围内的援引和适用而存在各种差别——转为国际标准时,应当确切界定其内容,同时顾及其基本目标,即令某人承担责任而不必证明其在因从事危险活动而制造了风险方面具有过失。这类定义是必要的;这不仅仅是为了抓住严格责任概念在不同管辖范围内获得的最实际内容,从而使该国际标准得到广泛接受,也是为确保所采用的标准完全用于危险活动受害者的诉讼,从而促进及时和有效的救济。

(18) 可以不同方式着手这一任务。⁴³³ 例如,如在“用语”方面所做的那样,可以通过一个恰当的损害定义,将“损害”界定为对人身、财产和环境的损害;也可以将严格责任指定为援引责任的标准,同时明确指出这旨在包括一切最普遍形式的可预见损害,而对潜在危险的了解程度并非责任的前提条件。另外,也可以将其解释为规则适用的一部分,即:如果有使用对他人构成损害威胁,便已足够;因此,经营者不得以有关使用是自然方法为由请求免除责任。

(19) 第2款第三句承认,根据各国的国内和条约实践,严格责任从属于某些条件、限制或例外。然而,必须确保这类条件、限制或例外从根本上改变提供及时和充分赔偿的目标。因此,强调任何此类条件、限制或例外均应当符合本原则草案的各项目的。

(20) 通常会将严格责任的概念与有限责任的概念联系起来。有限责任有几个政策性目标。为了方便鼓励经营者继续从事于这类危险但有利于社会和经济的活动,实行有限责任是正当的。严格责任也旨在使活动获得合理的保险范围。另外,如果责任必须是严格的,即如果必须在求偿者不承担严格举证责任的情况下确立责任,则有限责任可以被视为合理的交换条件。尽管这些观点都非不说自明的道理,但已被广泛视为相关因素。⁴³⁴

⁴³³ 见Reid的评论意见,前引文(上文脚注378),第741至第743页。

⁴³⁴ 见R. R. Churchill, "Facilitating (transnational) civil liability litigation for environmental damage by means of treaties: progress, problems, and prospects", *Yearbook of International Environmental Law*, 第12卷(2001),第3至第41页,详见第35至第37页。

(21) 也许有人会说,有限责任方案并不令人满意,因为它无法为经营者提供足够激励,促使他们采取更严格的预防措施。如果限度设得太低,它甚至可能成为一个允许污染或伤害他人的许可证,从而使得经营者的实际费用外部化。其次,它也无法满足无辜受害者在受伤害情况下提出赔偿时的所有合理要求和申诉。基于这个理由,必须考虑到活动的危险程度以及保险涵盖有关风险一大部分的合理可能性,为财务责任设定一个足够高的门槛。

(22) 《关于工业事故越境影响对越境水体造成损害的民事责任和赔偿的议定书》第9条和《危险废物越境转移及其处置所造成损害的责任及赔偿巴塞尔议定书》第12条规定了严格但有限的责任。与此形成对照的是,《关于危害环境的活动造成损害的民事责任公约》第6条第1款和第7条第1款规定了严格责任,但没有用任何条款来限制责任。在对经营者的在财务责任规定限额的情形下,这种限额通常不影响主管法院所判的任何利益或费用。此外,必须经常复核责任的限额。

(23) 在关于海上石油污染和核事故的制度中,财务限制是众所周知的。例如,根据1992年《修正国际油污损害民事责任公约的议定书》,船东责任的最大限额是5970万特别提款权(第6条);其后,油污赔偿基金有责任赔偿进一步的损害,总额不超过1.35亿特别提款权(包括从船东处收到的金额);在由自然现象造成灾害的情况下,则不超过2亿特别提款权。⁴³⁵ 同样,《修正关于核损害民事责任的维也纳公约的议定书》也为经营者的责任规定了适当限制。⁴³⁶

⁴³⁵ 见经1992年《议定书》修正的1969年《国际油污损害民事责任公约》第五条第1款、《关于设立油污损害赔偿国际基金的国际公约》第4条和《修正关于设立油污损害赔偿国际基金的国际公约的1992年议定书》第6条。埃丽卡号于1999年12月在法国海岸沉没以后,最高限额提高到了8977万特别提款权,2003年11月1日起生效。根据2003年11月生效的《修正关于设立油污损害赔偿国际基金的国际公约的1992年议定书》的2000年修正案,这个数额已经从1.35亿特别提款权提高到2.03亿特别提款权。如果为基金缴款的三个国家每年收到的石油超过6亿吨,最高限额将从2亿特别提款权提高到3.0074亿特别提款权。另见Sands, 前引书(上文脚注362),第915至第917页。

⁴³⁶ 安装国必须保证经营人为损失不少于3亿特别提款权的任何一个事故承担责任或在10年的过渡期间内,除了安装国本身的保险数额以外,另外由经营人为1.5亿特别提款权的过渡金额购买保险。《核损害补充赔偿公约》规定了额外款项,可能超过10亿美元(见第三条和第四条)。

(24) 大多数责任制度在过失案中排除了有限责任。经营者需为他或她错误且蓄意、轻率和疏忽性的作为或不作为引起或促成的损害承担责任。有关具体规定见于《危险废物越境转移及其处置所造成损害的责任及赔偿巴塞尔议定书》第5条和《关于工业事故越境影响对越境水体造成损害的民事责任及赔偿的议定书》第5条。在经营者从事高度复杂的化学或工业程序或技术的情况下，过失责任可能会给受害者带来沉重的举证负担。但是，可利用几种方式更好地保障他们的权利。例如，可以倒转举证责任，要求经营者证明没有牵涉到疏忽或故意的不法行为；可以从存在固有危险的活动中得出自由的推论；可以要求经营者履行法定义务，向受害者或公众提供有关活动的资料。

(25) 从受害者的角度来说，严格但有限的责任有一个优势，即有关个人不需要举证疏忽行为，也可以确切地知道要起诉谁。在损害由一个以上的活动造成且无法以合理方式追查 to 任何一项活动或无法以足够肯定程度予以区别的情况下，管辖法院倾向于规定共同连带责任。⁴³⁷ 现行国际文书也规定了这类责任。⁴³⁸

(26) 然而，如果遭受损害的个人是因其本身的过失而造成或者促成了损害，可以在考虑到一切有关情况的前提下，拒绝其赔偿要求或减少其赔偿数额。

(27) 通常，规定严格责任的各种责任制度和国内法会对经营者的责任特别确定一套相当一致的例外事项。免责条款的典型例证见于《关于危害环境的活动造成损害的民事责任公约》第8和第9条、

⁴³⁷ 关于共同连带责任，见 Bergkamp，前引书（上文脚注347），第298至第306页。

⁴³⁸ 条约实践的事例，例如见《国际油污损害民事责任公约》第四条、《修正国际油污损害民事责任公约的1992年议定书》第4条、《国际海上运载有害和有毒物质造成损害的责任和赔偿公约》（《有害物质公约》）第8条、《国际油舱油污损害民事责任公约》第5条、《危险废物越境转移及其处置所造成损害的责任及赔偿巴塞尔议定书》第4条、《关于工业事故越境影响对越境水体造成损害的民事责任和赔偿的议定书》第4条和《关于危害环境的活动造成损害的民事责任公约》第11条。另见《核动力船舶经营人的责任公约》第七条、《修正关于核损害民事责任的维也纳公约的议定书》第2条、《关于核损害民事责任的维也纳公约》第二条、《核能方面第三者责任公约》第3条以及《经1964年1月28日附加议定书和1982年11月16日议定书修正的修正1960年7月29日核能方面第三者责任公约的议定书》第3条。

《危险废物越境转移及其处置所造成损害的责任及赔偿巴塞尔议定书》第3条或《关于工业事故越境影响对越境水体造成损害的民事责任和赔偿的议定书》第4条。在下列情况下，可以免除责任：尽管采取一切适当措施，但损害是 (a) 武装冲突行为、敌对行为、内战或叛乱的结果；(b) 具有例外、不可避免、不可预见和不可抗力等性质的自然现象的结果；(c) 完全是遵守受害国一公共当局的强制措施的结果，或 (d) 完全是第三方故意不法行为的结果。⁴³⁹

(28) 第3款规定，第1款拟议的“措施”应包括要求经营者或酌情要求其他个人或实体建立和保持财务担保，比如保险、债券或其他财务保证，以应付索赔要求。这里的目标是：确保在发生事故或意外的情况下，经营者有足够可处置的资金以满足索赔要求。据认为，危险活动的保险和其他财务保证的可用性取决于许多因素，其中最主要的，是经营者尽可能准确地识别所涉“风险”的能力。为此而进行的“风险”评估不应当仅考虑导致损害之活动固有风险，也应考虑这类损害可能引起的求偿类

⁴³⁹ 经1992年《议定书》修正的《国际油污损害民事责任公约》第三条第2和第3款规定，战争、敌对状态、内战、叛乱或具有例外、不可避免和不可抗力性质的自然现象都是可免除所有人责任的因素，不以求偿人一方的疏忽行为为转移。另见《国际油污损害民事责任公约》第三条、《国际油舱油污损害民事责任公约》第3条和《国际海上运载有害和有毒物质造成损害的责任和赔偿公约》（《有害物质公约》）第7条。《关于因勘探和开采海床矿物资源而造成油污损害的民事责任国际公约》第3条对装置的经营者的作了类似的规定。另见《关于道路、铁路和内陆航运船只运载危险物品引起损害的民事责任公约》第3条。

《修正关于核损害民事责任的维也纳公约的议定书》第6条也提到免责条款：根据本《公约》，如果经营者证明核损害直接归因于武装冲突行为、内战、叛乱，则没有任何责任应该归属于经营者。另见《关于核损害民事责任的维也纳公约》第四条第3款、《经1964年1月28日附加议定书和1982年11月16日议定书修正的修正1960年7月29日核能方面第三者责任公约的议定书》第9条、《核损害补充赔偿公约》附件第3条第5款、欧洲议会和欧盟理事会关于预防和补救环境损害方面的环境责任的第2004/35/CE号指令（上文脚注316）第4条第1款。该指令也不适用于主要目的是为国防或国际安全服务的活动。根据第4条第6款，它也不适用于唯一目的是保护免受自然灾害损害的活动。最新的责任文书纳入了恐怖主义活动：《南极条约环境保护议定书》关于环境突发事件赔偿责任的附件六第8条第1款规定：“根据第6条，如果经营人证明环境突发事件由下列情况引起，则无需承担赔偿责任：(a) 旨在保护人类生命或安全的必要作为或不作为；(b) 在南极环境下构成例外性自然灾害的事件，通常或在特殊情况下都无法合理预见，但必须已经采取一切合理预防措施来减少环境突发事件的风险及其潜在有害影响；(c) 恐怖主义行为；或 (d) 针对经营人所开展活动的战争行为”。国内法中的例子，见秘书处编写的各种责任制度概览（上文脚注401），第434至第476段。

型和数量的统计可能性以及可能涉及的求偿人数量。

(29) 就有可能造成重大跨界损害的活动而言, 保险涵盖面必须在“国内损害事件”之外规定“国外损害事件”。关于因果关系的法律的现代机制数倍增大了首先是经营者、最后是保险者在评估所需涵盖之“风险”时必须考虑的因素。在这方面, 有争议的是用来设立因果关系的自由标准, 这些标准会扩大“近因”和“可预见性”标准的适用范围, 甚至以更广泛的“一般性能力”标准来取而代之。⁴⁴⁰

(30) 尽管有这些困难, 令人鼓舞的是, 保险正被越来越多地用于漏油和其他危险活动对个人、财产或环境的损害。⁴⁴¹ 这主要是因为工业、消费者和政府方面日益承认应当为公众利益而保护危险工业所能提供的产品和服务。为了维持这些产品和服务, 必须广泛地分配和分担这类活动引起的损失。在任何这类分配机制中, 保险和财务机构都是必要的。这些是具有风险管理专长的机构, 其营利依赖于收集财政资源和在风险活动中的明智投资。⁴⁴² 然而, 涵盖危险活动的保险费不可避免地与其所涵盖的风险范围和程度直接成比例发展。保险费用的增长也直接涉及到日益增长的向经营者施加严格责任的趋势。另外, 把责任限额越提越高的趋势——即使经营者的赔偿责任有上限——也导致保险费用的增加。

(31) 有关国家可以为此目的而规定财务保证的最低限度, 兼顾通过银行或其他金融机构取得资金资源的可能性。即使是保险计划可能也会要求经营者具有某种最低财政偿付能力以扩大其投保范围。大部分责任制度都规定, 经营者必须购买保险

⁴⁴⁰ H.-D. Sellschopp, “Multiple tortfeasors/combined polluter theories, causality and assumption of proof/statistical proof, technical insurance aspects”, 载于 Kröner (编), 前引书(上文脚注 356), 第 51 至第 57 页, 详见第 52 至第 53 页。

⁴⁴¹ 见 Ch. S. Donovan and E. M. Miller, “Limited insurability of unlimited liability: serial claims, aggregates and alternatives: the American view”, 载于 Kröner (编), 前引书(上文脚注 356), pp. 129-158; 以及 W. Pfennigstorf, “Limited insurability of unlimited liability: serial claims, aggregates and alternatives: the Continental view”, 同上, 第 159 至第 165 页。

⁴⁴² 见 A. J. E. Fitzsimmons, “Non-marine environmental liability: the use of insurance pools and the European dimension”, 同上, 第 166 至第 173 页, 详见第 166 至第 167 页。

并取得其他适当的财务保证。⁴⁴³ 这样做可能特别有必要, 以便在有条件的情况下, 利用这种有限的财务责任计划。但是, 鉴于法律制度的多样性和经济条件的差异, 在获取和安排适当的财务和安全担保方面, 可给予各国一些灵活性。⁴⁴⁴ 有效的保险制度可能也要求潜在感兴趣的各国广泛参与。⁴⁴⁵

(32) 这类机制的重要性无论怎样强调也不算过分。有人提到: “财务担保对所有利益攸关者都有益: 对公共当局和一般公众来说, 如果它不是唯一一种, 也是最有效的一种途径, 能够确保按照谁污染谁付费原则实际开展复原工作; 对于工业经营者来说, 它提供了一种分散危险和管理不确定情况的途径; 对保险业来说, 它是一个相当大的市场”。⁴⁴⁶ 这类保险的范围也应包括清理费用。⁴⁴⁷

(33) 美国和欧洲等管辖区域内都有可用的保险。由于保险业越来越全球化, 在这些市场中取得的经验可以很快转用于其他市场。欧洲议会和欧盟理事会关于预防和补救环境损害方面的环境责任的第 2004/35/CE 号指令⁴⁴⁸ 第 14 条规定, 成员国应采取鼓励由适当的证券、经济和金融经营者发展担保手段和市场, 包括破产情况下的财务机制, 以使经营者能够利用财务保证来履行该指令所规定的责任。

⁴⁴³ 条约实践, 例如见《核船舶经营人的责任公约》第三条、《修正关于核损害民事责任的维也纳公约的议定书》第 7 条、《关于核损害民事责任的维也纳公约》第七条、《核能方面第三者责任公约》第 10 条、《经 1964 年 1 月 28 日附加议定书和 1982 年 11 月 16 日议定书修正的修正 1960 年 7 月 29 日核能方面第三者责任公约的议定书》第 10 条。另见经 1992 年《议定书》修正的《国际油污损害民事责任公约》第五条、《国际海上运载有害和有毒物质造成损害的责任和赔偿公约》(《有害物质公约》) 第 12 条、《国际油舱油污损害民事责任公约》第 7 条、《危险废物越境转移及其处置所造成损害的责任及赔偿巴塞尔议定书》第 14 条、《关于工业事故越境影响对越境水体造成损害的民事责任和赔偿的议定书》第 11 条和《关于危害环境的活动造成损害的民事责任公约》第 12 条。

⁴⁴⁴ 例如见中国的发言,《大会正式记录, 第五十八届会议, 第六委员会, 第 19 次会议》(A/C.6/58/SR.19), 第 43 段。

⁴⁴⁵ 例如见意大利的发言, 同上, 第 17 次会议(A/C.6/58/SR.17), 第 28 段。

⁴⁴⁶ 见 2002 年 1 月 23 日关于拟订欧洲议会和欧盟理事会关于预防和补救环境损害方面的环境责任的指令的提案 (COM (2002) 17 final)。

⁴⁴⁷ 同上。

⁴⁴⁸ 见上文脚注 316。

(34) 提供保险和财务担保的后果之一是，根据国内法直接针对任何提供财务担保的个人提出索赔要求成为一项允许采用的备选办法。但是，该个人可以有权要求经营者参与诉讼。该个人还有权援引经营者根据法律本来有权援引的辩护。《关于工业事故越境影响对越境水体造成损害的民事责任和赔偿的议定书》第11条第3款和《危险废物越境转移及其处置所造成损害的责任及赔偿巴塞尔议定书》第14条第4款规定了这种可能性。但是，这两项议定书都允许各国在其不希望允许这种直接诉讼时发表相关声明。

(35) 第4和第5款提到各国应该集中注意的其他一些同样重要的措施。这涉及设置国家级的补充基金。当然，这并不排除在联邦制国家中，由下一级政府承担上述责任。一切现有的损失分担方案都考虑设置某种补充基金，以便在经营者经管的资金不足以赔偿受害者时，用于解决索赔要求。涉及危险活动的责任制度多半规定设置额外的资金来源以便应付索赔要求，尤其是支付回应措施和恢复措施的费用。对于遏制损害并且恢复受损自然资源和公共设施的价值而言，这些措施是必不可少的。

(36) 可以从不同的账户设置额外供资来源。第一种可以是作为国家预算一部分的公共资金。换言之，国家可以在分担损害造成的损失时承担一个份额，如在核能源活动的情况下。另一个账户可以由同一类危险活动的经营者或所进行危险活动的直接受益实体缴款而设置的一个综合基金。海上石油运输相关风险管理便属于这种情况。但是在非常特别的超危险活动情况下，可能必须通过对该工业所生产和支持之产品和服务的消费者征收某种形式的税款而设立补充资金。在经营者群体和直接受益消费者非常少且无任何共同的经济或战略利益将其联系在一起时，这会显得尤为必要。

(37) 第4款涉及行业基金，并规定在适当情况下，这些措施应该包括要求在国家一级设立行业基金。“这些措施”的措辞体现这样的事实：国家有权根据具体情况，以不同方式达成设立行业基金的目标。

(38) 第5款规定：若以上各段中所列措施不足以提供充分的赔偿，起源国还应确保提供额外的财务资源。尽管这不直接要求起源国设立政府基金

来保证及时和充分赔偿，但规定起源国应当确保在本国境内或其管辖区域内的危险活动引起损害的情况下，能有充足的财政资源。

(39) 将第3、第4和第5款起草为准则，是为了鼓励各国采用最佳做法。本原则草案的中心思想是各国有自由依其特定环境和条件而选择这一方案或那一方案。然而，这将要求起源国注意不断审议国内法，以确保其规则符合国内外技术和工业实践的发展。

原则5 应对措施

一旦发生了造成或可能造成跨界损害的危险活动事件：

(a) 起源国应立即将事件以及可能造成的跨界损害后果通知所有受影响或可能受影响的国家；

(b) 起源国应在经营者的适当参与下，确保采取适当的应对措施，并应当为此目的使用现有最佳科学数据和技术；

(c) 起源国还应当酌情与所有受影响或可能受影响的国家磋商并寻求合作，以减轻并在可能的情况下消除跨界损害后果；

(d) 受跨界损害影响或可能受影响的国家应采取一切可行措施减轻并在可能的情况下消除此种损害后果；

(e) 有关国家应当酌情在相互接受的条件基础上寻求主管国际组织和其他国家的援助。

评注

(1) 原则草案5从法律和实践两个角度处理跨界损害发生后的情况。一旦发生造成或可能造成跨界损害的危险活动事故，无论在起源国境内是否同时发生损害，起源国都应采取某些行动。第一，它应从经营者方面了解事件的全部可知事实，最重要的是损害对居民及其财产与对邻近环境所构成的危险。第二，它应确保以其拥有的能力和备灾手段而采取适当措施，减轻并尽可能消除损害后果。这类

应对措施不仅应包括起源国管辖范围内的清理和恢复措施，也应扩大到涵盖损害波及的区域，以防止其成为跨界损害，如果尚未成为跨界损害的话。第三，起源国有责任通知一切受影响或可能受影响的国家。通知必须载有一切必要信息，包括损害性质、对个人、财产及环境的可能影响以及为保护其免受不利后果影响或者为控制、减轻或消除损害而必须采取的可能的审慎措施。

(2) 有关及时通知的(a)项是施加于起源国的应有注意义务。⁴⁴⁹ 必须尽早履行通知义务，通知应载列起源国所掌握的全部有关信息。在某些情况下，起源国也许不可能立即掌握整个有关情况并得到关于损害性质以及所能够和应当采取之补救措施的信息。

(3) (b)项要求该国采取适当应对措施，并规定应援用现有最佳手段和技术。无论是在授权危险活动时⁴⁵⁰，还是在监测获授权活动进展期间，直至虽已尽力预防但仍发生切实损害，起源国都应履行应有注意义务。国际法院在加布奇科沃-大毛罗斯项目案中指出，由于“意识到环境的脆弱性，并承认必须不断评估环境风险”，有必要对危险活动进行持续监测。⁴⁵¹

(4) 另外，有关国家应当始终保持警惕，随时作好准备，尽力预防损害，并在损害实际发生时，利用现有最佳技术减轻损害的影响。⁴⁵² 因此，本原

则草案所设想的国家作用是对预防问题条款草案第16条和第17条所规定之国家作用的补充。后者述及“紧急备灾”和“通知紧急情况”等规定。⁴⁵³

(5) 然而，本原则草案应有别于并超越预防问题条款草案第16和第17条的规定。国家应通过应对措施，进行必要的紧急备灾，并在紧急情况发生时，根据当时对风险的了解和现有的控制这些风险的技术、工艺和财政手段，采用可用的最佳措施。本原则草案述及造成损害的事件发生后——但如果可能，在其具有跨界损害性之前——必须在起源国境内采取必要的应对行动。在这一过程中，有关国家应如(e)项所规定的，于必要时寻求主管国际组织和其他国家的援助。

(6) (b)项的要求直接涉及审慎原则的适用。⁴⁵⁴ 如同在任何特定领域适用审慎原则一样，这允许某种程度的灵活性，并且在实施时应当考虑到所有社会和经济代价和利益。⁴⁵⁵ 的确，国家应确保其管辖和控制下的活动不导致跨界损害这一原则无论如何强调都不过分。同样，在事故和事件已经发生并导致重大损害时立即开展应对行动的重要性亦是如此。实际上，这类措施对于控制损害蔓延是必要的，应立即行动起来；在大多数情况下，甚至不应浪费任何时间去确认责任人或者触发事件的原因或过失，而是立即采取行动。(b)项要求起源国负责确定如何并由谁采取这类措施，其中包括经营者的适当参与。国家有权为合理应对措施费用而获得赔偿。

⁴⁴⁹ 见 Ph. N. Okowa, “Procedural obligations in international environmental agreements”, 《英国国际法年鉴》, 第 67 卷 (1996 年), 第 275 至第 336 页, 详见第 330 页。他认为, 一般国际法中关于在紧急情况下警告处于危险各国的义务“在科孚海峡案和尼加拉瓜案中已得到国际法院认可”。这项义务是 1986 年《及早通报核事故公约》的一个主题, 该《公约》“确认了习惯法中的一个既定主张”(同上, 第 332 页)。

⁴⁵⁰ 与事先授权义务密切相连的是进行环境影响评估的义务。见薛捍勤, 前引书(上文脚注 323), 详见第 166 页。Phoebe Okowa 指出了至少五类与环境影响评估义务相关的附带义务。其中之一是必须清楚阐明并向可能受影响国家通报活动性质及其可能后果。但她指出, 除少数公约外, 大多数文书都规定, 提议开展活动的国家是不利影响可能性或严重性的唯一裁定者。所审议的条约都不允许第三国在对起源国所提出评估感到不满意时, 提议进行新的或不同的评估。见 Okowa, 前引文(上文脚注 449), 第 282 至第 285 页, 关于环境影响评估的内容, 同上, 见第 282 页, 脚注 25 和第 286 页。

⁴⁵¹ 加布奇科沃-大毛罗斯项目案(见上文脚注 363), 第 112 段。

⁴⁵² 同上, 第 140 段。国际法院指出:“法院认识到, 在环

境保护领域, 鉴于环境损害往往具有不可逆转性, 并鉴于此类损害的赔偿机制本身固有的局限性, 必须保持警惕并采取预防措施。

⁴⁵³ 预防问题条款草案第 16 和第 17 条的案文及评注, 见《2001 年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第 189 至 190 页。关于必须将维持应急计划和针对突发污染事件做出反应的条约义务视为国家在控制已知环境损害来源方面的应有注意义务之一部分的观点, 见 Birnie 和 Boyle, *International Law ...*, 前引书(上文脚注 306), 第 137 页。作者还指出, “将科孚海峡案视为就已知环境危险发出警告之习惯义务的判例是合理的”(第 136 页)。

⁴⁵⁴ 关于现有最佳技术这一要求, Rüdiger Wolfrum 认为这与审慎原则密切相关。见 R. Wolfrum, 前引文(上文脚注 405), p. 15。还有人认为, “‘现有’一词意指国家有责任只采用已在市场上推出的先进技术, 而不是指污染控制领域的每一项新技术”(Stoll, 前引文(上文脚注 418), 第 182 页)。

⁴⁵⁵ 见“适用审慎原则的若干准则——生物多样性养护和自然资源管理”(野生动植物保护国际和世界保护联盟的联合倡议), *Environmental Policy and Law*, 第 35 卷 / 6 (2005), 第 274 至第 275 页, 详见第 275 页。

(7) 很常见的情况是：国家主管当局立即做出反应，将受影响的人们转移到安全地方，并立即提供紧急医疗和其他救援。正因如此，鉴于国家的任务是在任何时候都要确保公共福利和保护公共利益，该原则承认国家在出现紧急情况后立即采取必要措施方面具有重要作用。

(8) 然而，国家针对危险活动所致紧急情况采取的任何措施不得也不应当使经营者的作用处于次要地位或仅起剩余作用。在保持紧急备灾状态及在事故发生时尽快实施这类措施方面，经营者负有主要责任。经营者可以而且应当向国家提供履行其职责所需的一切协助。具体而言，经营者最能够说明事故详情、性质、发生时间、确切位置以及可能受影响各方可以采取哪些措施来尽量减轻损害后果。⁴⁵⁶ 因此，并不打算排除包括跨国公司在内的经营者首先做出反应的可能性。在经营者不能采取必要应对措施的情况下，起源国应当作出安排以采取这类行动。⁴⁵⁷ 在这一过程中，它可从其他国家或主管国际组织寻求必要和可能的帮助。

(9) (c) 项规定起源国出于自身利益考虑，甚或作为一项源自“基本人道考虑”的义务，⁴⁵⁸ 应当与受影响或可能受影响的国家协商，以决定可能的最佳应对行动，防止或减轻跨界损害。⁴⁵⁹ 通常是应要求而进行协商。有观点认为，“酌情”这一限制语提供了足够灵活性，有利于有关各国进行必要磋

商，并使其根据个案的情况而参与一切可能的合作模式。各国的合作准备程度也许并不统一，这取决于其所在地、感到有义务合作的程度以及其备灾程度和能力。

(10) 另一方面，(d) 项要求受影响或可能受影响的国家全面配合起源国。一旦接到通报，受影响国也有责任采取一切适当和合理措施，以减轻其所面临的损害。⁴⁶⁰ 这些国家应在其所管辖或控制的区域内并依其自身权力采取这类应对措施，以协助预防或减轻跨界损害。它们也可以如(e)项所提到的，从主管国际组织和其他国家寻求可能的援助。这类应对行动不仅对公共利益至关重要，而且能够使有关当局和法院能够处理随后的赔偿要求以及偿还因采取合理应对措施而产生的费用。⁴⁶¹

(11) (e) 项是不解自明的，并采用了1977年《国际水道非航行使用法公约》（以下称为“1997年《水道公约》”）第二十八条的模式。它希望各国或主管国际组织与有关国家之间的协助安排以相互商定的条款和条件为基础。这类安排可以取决于受援国的优先援助项目、主管国际组织的章程条款和任务、关于当地接待或豁免及特权的财政和其他安排。任何这类安排都不应当基于纯粹的商业条件，并应符合基本的人道考虑因素和向困境中的受害者提供人道主义援助的重要性。

⁴⁵⁶ 发生核事故的国家必须通报这些详细情况。见《及早通报核事故公约》第2条。这些国家还必须通过原子能机构向可能受影响的国家提供其他必要资料，以便尽量减轻辐射后果。另见 Sands, 前引书（上文脚注362），第845至第846页。

⁴⁵⁷ 按照欧洲议会和欧盟理事会第2004/35/CE号指令第5和第6条的规定，第11条指定的主管当局可以要求经营人采取必要的预防或恢复措施；如果经营人不采取这些措施或者找不到经营人，主管当局则可以自己采取这类措施。

⁴⁵⁸ 见科孚海峡案（上文脚注197），第22页。作为有别于《国际法院规约》第三十八条所列举之传统国际法院渊源的“基于……某些普遍公认的原则所产生的……义务”之一部分的这个特定概念，见 B. Simma, “From bilateralism to community interest in international law”, *Recueil des Cours: Collected courses of the Hague Academy of International Law 1994 -VI*, 第250卷（1997），第200页起，详见第291至第292页。

⁴⁵⁹ 关于各国通报并彼此协商以便采取适当行动来减轻损害的义务，见《里约宣言》（上文脚注301）原则18、《关于工业事故跨界影响的公约》、《生物多样性公约》和《生物多样性公约的卡塔赫纳生物安全议定书》以及核事故方面的条约和《及早通报核事故公约》。另见 Sands, 前引书（上文脚注362），第841至第847页。

⁴⁶⁰ 在加布奇科沃-大毛罗斯项目案（见上文脚注363）中，因匈牙利拒绝遵守捷克斯洛伐克与匈牙利所缔结《关于建设和运营加布奇科沃-大毛罗斯船闸系统的条约》（1977年9月16日在布达佩斯签署，联合国，《条约汇编》，第1109卷，第17134号，第235页）之规定，斯洛伐克在多瑙河上开辟支流C，分离了近80%至90%的多瑙河河水，斯洛伐克就此辩护道，“一方因合约另一方的不履约而受到损害时，必须设法减轻所受损害，这是国际法的一项一般原则”（第55页，第80段）。国际法院在论及该原则时指出，“根据这样一项原则可以推出，受害国如未能采取必要措施控制损害，便无权就这一本可避免的损害提出赔偿要求”（同上）。法院指出，“该原则或可以作为计算损害的一个依据，但另一方面，它不能成为不法行为的辩解理由”（同上）。法院认为开辟支流C是不法行为，因此，未进一步探讨受影响国家有义务减轻所面临损害影响这一原则，这是另一个问题。在计算这些国家最终有权提出的损害方面，法院愿意把未减轻损害视为重要考虑因素构成一个重要事实，即确认了根据一般国际法，受跨界损害影响的国家有义务尽力减轻损害。

⁴⁶¹ 关于估算可接受的恢复费用的合理性标准，一般见 Wetterstein, “A proprietary or possessory interest ...”, 前引文（上文脚注323），第47至第50页。

原则 6 国际和国内救济

1. 一旦其领土内或其管辖或控制下的其他地方的危险活动造成跨界损害，各国应赋予本国司法和行政部门以必要的管辖权和职权，并确保这些部门具备提供及时、充分和有效救济的手段。

2. 跨界损害的受害者应当能够从起源国获得与在该国领土上遭受同一事件损害的受害者相当的及时、充分和有效的救济。

3. 第 1 和第 2 款不影响受害者在起源国可得到的救济之外，寻求其他救济的权利。

4. 各国可协助诉诸迅速而又最经济的国际理赔程序。

5. 各国应当保障能够适当地获取与寻求救济包括索取赔偿有关的资料。

评注

(1) 原则草案 6 指出了为执行和落实原则草案 4 所规定目标而必须的某些广泛措施。从某种意义上来说，原则草案 4 和原则草案 6 一起，包含了实质性措施和程序性措施，这些都体现于期望起源国和有关国家提供的最低标准，即如果没有这些，将难以或不可能满足提供有效救济的要求，包括争取向跨界损害受害者提供及时和充分赔偿的可能性。⁴⁶² 实质性的最低要求，比如追究责任、无须举证过失而确定责任、确定这类责任的最低条件、限制或例外、设立财政担保或保险安排以履行责任等等，是在原则草案 4 的框架范围内处理的。另一方面，原则草案 6 则处理程序性的最低标准，这包括能够平等或不受歧视地申诉、有效法律救济的提供以及外国司法和仲裁判决的承认和实施。原则草案 6 也述及有必要协助诉诸迅速而又最经济的国际理赔程序。

⁴⁶² René Lefebvre 敏锐地指出，制定法律制度处理跨界损害问题时，最低标准的目的在于协助受害者获得及时（时间上）、充分（数量上）和有效（质量上）的赔偿，其中包括程序和实质两方面因素。见 Lefebvre，前引书（上文脚注 330），第 234 至第 236 页。

(2) 第 1、第 2 和第 3 款侧重于国内程序以及平等或不歧视获取原则的制定和确认。丹麦、芬兰、挪威和瑞典之间的 1974 年《环境保护公约》是各国间最进步的国际合作形式之一，它承认了平等申诉权。这当然有可能，是因为北欧各国的环境标准基本相同。《公约》第 3 条规定受另一国危害环境活动影响或可能受其影响的个人可以享有平等申诉的权利。这种平等地向该国法庭或行政机构提出申诉的权利是以“与开展活动的国家的一个法律实体同等的程度和同等的条件提供的”。允许跨界申诉者提出关于活动可允许性的问题，对法院或行政机构的决定提出上诉以及寻求防止损害的必要措施。同样，跨界受害者能就所造成的损害寻求赔偿，且条件不逊于起源国现有赔偿的相关条件。⁴⁶³

(3) 平等申诉原则允许获得资料，并帮助各国的有关法院和国家主管机构之间开展适当合作，从而超出了国家应满足最低有效标准，为跨界求偿人提供救济这一要求。《里约宣言》⁴⁶⁴ 原则 10 和《世界大自然宪章》⁴⁶⁵ 原则 23 也体现了这一原则。各国关于环境保护的宪法法律也越来越多地承认该原则。⁴⁶⁶

(4) 第 1 款规定了赋予本国司法和行政部门必要管辖权和职权的义务，以能够受理关于跨界损害的求偿以及提供有效救济。它强调排除障碍，确保参与行政审理和司法诉讼非常重要。一旦发生跨界损害，跨界受害者应当获得同等机会，可以向具有管辖权可以处理求偿的行政、准司法和 / 或司法机构提出申诉。如同原则草案 4 的评注中所说明的，

⁴⁶³ 关于《公约》的评论，见 S. C. McCaffrey, “Private remedies for transfrontier environmental disturbances”, *IUCN Environmental Policy and Law Paper*, No. 8 (1975), 第 85 至第 87 页。《公约》的主要贡献是设立了特别行政机构来监督各成员国的跨界损害，以加强政府间磋商和合作。该机构在其他缔约国的法院和行政机构前有申诉权。然而，《公约》并不适用于当时未决案件。它没有明文规定国家豁免的放弃。它也没有提到确定责任和计算赔偿的恰当适用法问题，不过它设想这方面的适当法律即伤害发生地的法律。相反，经合组织建议成员们逐步落实有关采取措施以在程序上便利减轻跨界污染之诉讼的灵活的双边或多边协定。见 McNamara, 前引书（上文脚注 420），第 146 至第 147 页。

⁴⁶⁴ 见上文脚注 301。

⁴⁶⁵ 大会 1982 年 10 月 28 日第 37/7 号决议，附件。

⁴⁶⁶ 见 Cuperus 和 Boyle, 前引文（上文脚注 419），第 407 页。

也可以通过允许受害人根据正当程序在本国法院申诉或者与受害者或有关国家谈判来满足本规定。

(5) 第2款强调在确定危险活动相关求偿方面,不歧视原则至关重要。⁴⁶⁷不歧视原则规定,起源国应确保为跨界损害的受害者提供及时、充分和有效的救济,且程度不逊于在该领土上遭受同一事件损害的受害者所享受的待遇。因此,可以认为不歧视原则同时兼顾了程序性要求和实质性要求。就程序方面而言,它意味着起源国应当向受影响国家的居民提供与本国国民或居民同样的求偿机会。这一点在国家实践中正得到越来越多的认可。⁴⁶⁸

(6) 另一方面,这一原则的实质方面引起了一些较难解决的关于其确切内容的问题,同时缺乏类似的共识。⁴⁶⁹表面看来,只要向跨国受害者提供了与国民所获救济实质上相同的救济,似乎就满足了本原则的要求。然而,如果国民本身都没能享受到最低实质性标准,就会出现问題,在这种情况下,不歧视原则将无法保证向跨界损害中的外国受害者提供任何此类最低标准。一些国家正在制定最低实质性标准,以作为其国内法和程序的一部分。

⁴⁶⁷ 也许可提到,预防问题条款草案第16条规定各国在必须以一切应有注意控制风险的预防阶段负有相似责任(《2001年……年鉴》,第二卷(第二部分),第189至第190页)。1997年《水道公约》第三十二条以类似规定涵盖了实际发生伤害的阶段——即使已尽最大努力预防损害。

⁴⁶⁸ 见 A. Kiss 和 D. Shelton, *International Environmental Law*, Ardsley (New York), Transnational Publishers, 2004, pp. 201-203; Birnie 和 Boyle, *International Law ...*, 前引书(上文脚注 306), pp. 269-270。根据不歧视的程序性规定,起源国程序法方面的某些要求应当废除,这包括如 Cuperus 和 Boyle 所提到的,“外国原告交纳押金、拒绝向外国原告提供法律协助以及某些管辖区内有各种形式的规则否认对涉及外国土地的行动拥有管辖权”(Cuperus 和 Boyle, 前引文(上文脚注 419),第 408 页)。

⁴⁶⁹ Birnie 和 Boyle 指出,即使可以就平等申诉这样一个全然不同的课题进行国家实践审查,但并不容易把问题说清楚(Birnie 和 Boyle, *International Law...*, 前引书(上文脚注 306), pp. 271-274)。关于不歧视原则的局限性,同上, pp. 274-275。另见薛捍勤,前引书(上文脚注 323), pp. 106-107。另见 Kiss 和 Shelton, 同前(上文脚注 468), pp. 201-203; Birnie 和 Boyle, *International Law ...*, 前引书(上文脚注 306), pp. 269-270; 和 P.-M. Dupuy, “La contribution du principe de non discrimination à l’élaboration du droit international de l’environnement”, *Revue québécoise de droit international*, 第 7 卷(1991-1992), p. 135。关于不歧视原则已成为一项一般国际法原则的观点,见 H. Smets, “Le principe de non-discrimination en matière de protection de l’environnement”, *Revue européenne de droit de l’environnement*, No. 1 (2000), 详见第 3 页。

(7) 第3款是一个“不影响”条款。应当注意到,第1和第2款并没有解决法律选择或法院选择的问题。鉴于其多样性以及各国之间没有任何共识,这可能会严重影响到向受害者提供及时、充分和有效的司法救助和救济,⁴⁷⁰受害者生活穷困且在实地得不到专家律师协助时尤其如此。各国应当通过促进法律统一及协商提供这类机会和救济来推动这些事项。

(8) 就法院的选择而言,可以指出的是,求偿人可以选择他或她认为最合适的法院提出求偿,而不选择经营者居所地的法院。⁴⁷¹可以是造成伤害的行为或不行为发生地所在国或者损害产生地所在国的法院。⁴⁷²有人声称,这类选择方面的规定被视为是依据的“关于国际管辖权的国际公约和国内制度中一种现已确立的趋势”。⁴⁷³根据1968年在布鲁塞尔签署的《关于民商事司法管辖和判决执行的公约》,在下列情况下,只可从某一当事方的法院获得救济:(a)在那里发生了造成伤害的行为或不行为;(b)在那里遭受了损害;(c)经营者在那里有居所和惯常住所;或(d)经营者在那里有其主要经营地。《关于危害环境的活动造成损害的民事责任公约》第19条、《危险废物越境转移及其处置所造成损害的责任及赔偿巴塞尔议定书》第17条和《关于工业事故越境影响对越境水体造成损害的民事责任和赔偿的议定书》第13条规定了类似的法庭选择。

⁴⁷⁰ 见 Cuperus 和 Boyle, 前引文(上文脚注 419),第 403 至第 411 页,详见第 406 页。另见 Lefebvre, 前引书(上文脚注 330), pp. 264-266, 内容涉及决定如何选择法院和适用法方面国家实践的差别。

⁴⁷¹ 这是基于“原告应向被告的管辖法院提出控告”的原则。该原则推行一项政策,即被告人在其常住国的法院上能够为自己作出最有力的辩护。其根据是:判决的效力是直接针对被告的。然而,尽管自然人的居所由各国的法律决定,法人或公司的国籍问题尚未得到妥善解决。1968年在布鲁塞尔签署的《关于民商事司法管辖和判决执行的公约》和1988年在卢加诺签署的《关于民商事司法管辖和判决执行的公约》“将确定居所的问题留给受理诉讼的国家之法院所管理的冲突法所决定的法律”(C. van Bar, “Environmental damage in private international law”, *Recueil des Cours: Collected courses of the Hague Academy of International Law 1997*, 第 268 卷(1997), p. 336)。

⁴⁷² 见关于环境法的跨国执行的第二次报告(Christophe Bernasconi 和 Gerrit Betlem), 国际法协会,《第七十一次会议报告》(上文脚注 331), 第 896 至第 938 页,详见第 900 页。然而,如果能够证明该国——而非起源国——的损害是不可预见的,则可以接受反对这一管辖理由的抗辩。

⁴⁷³ 同上,第 899 页。

(9) 关于法律的选择, 国家实践并不统一: 不同的管辖区域或是采用了对受害者最有利的法律, 或是采用了与事件和当事方有最重大关系之地的法律。⁴⁷⁴

(10) 第4款强调了确保存在针对跨界损害受害者的救济这一过程中的另一个问题。它意在可能对涉及的国内程序以外的各种程序的性质作出更确切的规定。它提到了“国际理赔程序”。可以设想数种程序。例如, 各国可在跨界损害案中就可支付的赔偿额进行谈判和协商, 甚或支付惠给金。⁴⁷⁵这其中可以包括混合赔偿委员会和谈判一次性总付赔偿额等等。国际因素并不排除起源国可以为受影响国提供协助, 通过受影响国设立的国内求偿程序而发放赔款。除非另有打算, 这类谈判不必阻碍起源国与私人受害方之间以及私人受害方与造成重大伤害的活动负责人之间进行的谈判。可以通过审判或庭外解决程序商定一次性总付赔偿额。⁴⁷⁶受害者可

⁴⁷⁴ 欧洲数国、突尼斯和委内瑞拉玻利瓦尔共和国采用了“最有利法律原则”。然而, 美国法似乎赞成使用与事件和当事方有“最重大关系”之地的法律, 同上, 第911至第915页。

⁴⁷⁵ 在渔民(日本国民)因美利坚合众国1954年在马绍尔群岛附近进行核试验而受到损害的案件中, 美国向日本赔偿了200万美元(见 *Department of State Bulletin* (Washington D.C.), 第32卷, No. 812 (January 1955), pp. 90-91)。与此类似的是, 1978年1月Cosmos 954坠毁后, 苏维埃社会主义共和国联盟向加拿大赔偿了300万加元, 见《国际法律资料》, 第18卷(1979年), 第907页。Sands指出尽管若干欧洲国家向遭受切尔诺贝利核事故损害的国民支付了赔偿金, 但它们不曾尝试提出正式的求偿要求, 尽管它们保留了这样的权利(Sands, 前引书(上文脚注362), pp. 886-889)。国家也可商定直接将惠给金支付给受害者, 例如在文森斯号巡洋舰击落伊朗航空655号班机的事件中, 美国政府同意向伊朗受害者支付赔款。各国还可缔结条约, 设立国际索赔委员会来解决索赔, 就如同私人当事方之间那样。见 Lefeber, 前引书(上文脚注330), 脚注21。此外, 还可以提及委员会设立的国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任工作组于1996年通过并纳入其向委员会提交的报告之中的条款草案第21和第22条。条款草案第21条建议起源国和受影响国应在任一方提出要求的情况下就赔偿或其他补救的性质和程度进行谈判。条款草案第22条提到了国家为达成最公平的赔偿额不妨考虑的若干因素(见《1996年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 附件一, 第133至第136页)。

⁴⁷⁶ 关于博帕尔毒气泄漏事故, 印度政府曾试图合并受害者的求偿要求。它首先设法在美国法院求偿, 但诉讼未果, 因为“法庭不便”。后该案件交由印度最高法院审理。1985年《博帕尔毒气泄漏事故(求偿处理)法》为合并求偿要求提供了依据。印度最高法院在联合碳化物公司诉印度联邦和印度工会等案中, 颁布命令要求一次性偿付赔款。它规定联合碳化物公司向印度工会一次性支付4.7亿美元, 以彻底解决与博帕尔煤气泄漏事故有关和由此引起的所有求偿要求、权

以立即获得暂时性的合理赔偿, 以等候就求偿要求可否受理作出决定并就赔偿额作出裁决。为此而成立的国家法院、求偿委员会或联合求偿委员会可以审查求偿要求并决定最终应支付的赔偿额。⁴⁷⁷

(11) 就第4款所设想的某些程序而言, 联合国国际赔偿委员会⁴⁷⁸和伊朗-美国索赔法庭⁴⁷⁹便是有益的模式。

(12) 委员会了解实践上的困难, 比如在跨国或国际求偿方面所涉及的费用和时间拖延。要求受害者在外国司法机构和其他机构求偿的民法补救措施可能“非常复杂、费用高昂并最终缺乏成功保障”:⁴⁸⁰这一批评有合理的因素, 适用于某些但并非所有案件。提到迅速而又最经济的程序意在回应这方面的问题, 并反映不以为过长程序——可能成为一个障碍因素——加重受害者负担的愿望。近年来, 有几起损害事件涉及到索赔的解决。⁴⁸¹某些是

利和责任问题(见 *All India Reporter* 1990, 第77卷, 第273页起)。印度政府最初提出的求偿额超过10亿美元。

⁴⁷⁷ 2002年4月, 美国就1946年至1958年期间进行的核方案给土地造成的损害, 向埃内韦塔克人民赔偿了324,949,311美元。见埃内韦塔克人民事项案(上文脚注369)。

⁴⁷⁸ 联合国赔偿委员会采用的程序, 见 M. Kazazi, “Environmental damage in the practice of the United Nations Compensation Commission”, 载于 Bowman 和 Boyle (编), 前引书(上文脚注333), 第111至第131页。

⁴⁷⁹ 伊朗-美国索赔法庭议事规则可查阅 www.iusct.org。

⁴⁸⁰ Lefeber, 同前(脚注330), 第259页和脚注104。

⁴⁸¹ 1979年6月, 墨西哥海岸坎佩切湾的“Ixto C I”油井发生井喷, 石油钻塔归美国公司所有, 由一家墨西哥国有公司控制, 并由一家墨西哥私营钻井公司运营。事故涉及1,250万美元的清理费用和大约4亿美元的渔业和旅游业损失。美国政府和美国公司在没有正式确定赔偿责任的情况下作出庭外解决。解决办法包括: 向美国政府赔付了200万美元, 为渔民、旅游地和其他受油污影响者的损失赔付了214万美元。这方面的情况, 见 Lefeber, 前引书(上文脚注330), pp. 239-240。另见《国际法律资料》, 第22卷(1983年), 第580页。在樱桃角漏油事件中, 加拿大与大西洋富田炼油公司(美国公司)就一艘利比亚油轮在美国水域樱桃角(华盛顿州)卸油时造成的漏油对加拿大西部海岸沙滩造成的石油污染达成庭外和解。这方面的情况, 见 Lefeber, p. 249。另见《加拿大国际法年鉴》, 第十一卷(1973年), 第11册, 第333页。在桑多兹案中, 1986年10月1日桑多兹化学公司火灾的灭用水污染莱茵河, 给下游法国、德国和荷兰造成了重大损失。必须赔偿经济损失。这涉及清理费用及其他应对措施包括监测和恢复的费用, 也涉及因给淡水渔业带来损失而产生的纯经济损失。求偿是私下解决的。以共计3,600万德国马克解决了1,000多起索赔。大多数赔偿支付给了各国政府, 但某些私人当事方也得到赔偿。这方面的情况, 见 Lefeber, p.

庭外解决的。其他则是通过诉诸民事赔偿责任制度而解决的。从这些不同案件中得出的结论是：各国和代表受害者的有关实体必须参与庭外解决，或者受害者必须平等或不受歧视地拥有获得民法救济的权利。⁴⁸²

(13) 第5款涉及获取资料。这是一个重要事项；没有它，将无法迅速或以较低费用实现第1、第2和第3款为跨界损害受害者设想的平等申诉原则。该款也同样适用于第4款规定的国际程序。各国应当收集并保存资料，以此作为履行其应有注意义务的部分内容，并把资料提供给那些想查找这些资料的人。⁴⁸³ 资料内容包括：风险的确切性质、所要求的安全标准、活动的财政基础、经营者必须维护的保险或财务保障的相关规定、适用法及适用规则、指定处理索赔（包括关于未遵守必要安全标准的投诉）的机构以及对投诉的纠正。

(14) 获取资料权是一项逐渐演进的原则。即使在那些具有某些先进管理形式和现代行政法因素的国家，确立观念并使其在各方面成为具有法律强

制力的权利，也还需要时间。⁴⁸⁴ 数份文书中都载有这类获取资料权。⁴⁸⁵

(15) 第5款提到的“适当”获取旨在表明，在某些情况下，可以拒绝提供或披露资料。然而，重要的是，即使在这类情况下，也应提供下列资料：适用的例外、拒绝的理由、审查程序和适用的收费（如果有的话）。在可行的情况下，应当免费提供这类资料或仅收取极少费用。

(16) 本原则草案还包含承认和执行外国判决和仲裁裁决的问题。这类承认和执行对于确保在被告人没有足够财产偿付受害者的管辖区作出的裁决的效力是必不可少的，这样受害者才能在被告人拥有这类财产的其他管辖区收到赔偿。在大多数国家，承认和执行外国判决和仲裁裁决均需满足各国法律规定的具体条件，或者由各国按照其国际条约义务予以执行。一般来说，欺诈、审判不公、公共政策、与早先的裁决不协调等均可被引为拒绝承认

251-252。在博帕尔煤气泄漏案中，美国联合碳化物公司与印度政府以4.7亿美元庭外和解，尽管最初的索赔额远大于这一数字。这方面的情况，见 Lefeber, p. 252-254。在阿尔萨斯钾矿案中，某法国公司排放废盐致氯化物污染莱茵河。这类排放被视为正常操作。但河水的高盐分令下游历来将此水用作商业用途的饮用水公司、行业和蔬菜种植者感到担忧。有关政府、法国、德国、荷兰和瑞士于1976年在波恩谈判了一份旨在减少氯化物污染的协议（《保护莱茵河免受氯化物污染公约》），但协议直到1985年才生效，且未能维持多久。1991年缔结了另一项议定书（《保护莱茵河免受氯化物污染公约附加议定书》）。不过，高盐分问题继续存在。由于荷兰政府不打算向法国政府提出求偿，一些受害者于1974年在荷兰法院提起私人诉讼。诉讼一直持续到1988年，最终达成庭外和解，之后不久，荷兰最高法院作出了有利于原告的判决。给予蔬菜种植者联合会的赔偿约为2百万美元。饮用水工业在法国法院的索赔败诉，理由是废盐排泄与水工业据以求偿的腐蚀损害之间没有充分的因果关系。这方面的情况，见 Lefeber, p. 254-258。另见秘书处编写的各种责任制度概览（上文脚注401），第339至第433段。

⁴⁸² 见 Lefeber, 前引书（上文脚注330），第260页。

⁴⁸³ 例如，印度2005年的《知情权法案》第四章要求所有公共当局在可能的情况下，以电脑收集和保存一切记录，并有利于法案所规定之知情权的方式和形式，编写适当的目录和索引。2005年第22号法案的案文，见 <http://indiacode.nic.in>。

⁴⁸⁴ 斯堪的纳维亚国家、欧洲联盟国家和美国已在确立获取资料权方面取得了进展，但是即使在这些国家，也仍有大量工作要做，更不用说其他国家了。这方面的情况，见 *Secrecy and Liberty: National Security, Freedom of Expression and Access to Information*, S. Coliver, P. Hoffman, J. Fitzpatrick 和 S. Bowen (编), The Hague, Kluwer Law International, 1999 (International Studies in Human Rights, 第58卷); 和 U. Öberg, “EU citizens’ right to know: the improbable adoption of a European Freedom of Information Act”, 载于 A. Dahswood 和 A. Ward (编), *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 第2卷 (1999), pp. 303-328。加拿大和美国的至少25个州已经颁布了“知情权”法。关于获取资料权方面的这些及其他一些举措和分析的资料，见 P. H. Sand, “Information disclosure as an instrument of environmental governance”, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht—Heidelberg Journal of International Law*, 第63卷 (2003), pp. 487-502。新西兰环境司法领域中资料权的可用性，见 P. Salmon, “Access to environmental justice”, *New Zealand Journal of Environmental Law*, 第2卷 (1998), 第1至第23页，详见第9至第11页。世界银行也正在采取措施，促进向公众披露其在世界范围内支助的各种项目的执行情况。这方面的情况，见 I. F. I. Shihata, *The World Bank Inspection Panel*, New York, Oxford University Press, 1994。

⁴⁸⁵ 见1998年《在环境问题上获得信息、公众参与决策和诉诸法律的公约》（2001年10月30日起生效）、《保护北大西洋海洋环境公约》（第9条）、《关于危害环境的活动造成损害的民事责任公约》（第15和第16条）、1995年欧洲经委会《关于获取环境资料和公众参与环境决策的准则》（“索菲亚准则”）（第4和第5条），ECE/CEP/24；2003年1月28日欧洲议会和欧盟理事会关于公众获取环境资料的第2003/4/EC号指令，《欧洲联盟公报》，L 41号，2003年2月14日，第26页。另见秘书处编写的各种责任制度概览（上文脚注401），第287至第336段。

和执行外国判决和仲裁裁决的理由。其他条件也可能适用，或者也存在着其他可能性。⁴⁸⁶

原则 7 拟定专门的国际制度

1. 如果就特定类别危险活动而言，专门的全球、区域或双边协定能就赔偿、应对措施及国际和国内救济作出有效安排，则应当尽一切努力缔结此种专门协定。

2. 这些协定应当酌情包括一些安排，使行业基金和（或）国家基金能在经营者财务资源，包括财务担保措施不足以偿付事故损害的情况下提供补充赔偿。可指定用任何此类基金来补充或取代国家级的行业基金。

评注

(1) 原则草案7与原则草案4中的各项规定相当，只是原则草案7中的规定旨在国际一级发挥作用。它依据的是《斯德哥尔摩宣言》原则22和《里约宣言》原则13。⁴⁸⁷ 第1款鼓励各国缔结专门的全球、区域或双边协定，条件是这类做法可以在本原则涉及的(a)赔偿、(b)应对措施及(c)救济和补救等方面作出最有效的安排。

(2) 第2款鼓励各国酌情通过行业基金或国家基金，在这类安排中建立各种财务担保机制，以确保向跨界损害受害者提供补充资金。该款指出，各国有必要作出更详细的安排，并使其适应个别危险活动的具体情况。它也承认，跨界损害责任制度中存在若干变数，鉴于各国自身特有的需要、政治现状和经济发展程度，最好由各国或者其各自的国家法律或实践来自主选择。在区域范围内就特定类别危险活动作出的安排可能能够更有效和更持久地保护区域内各国公民的利益以及其所依赖的环境和自然资源。

⁴⁸⁶ 例如，美国地区法院驳回了博帕尔案中的赔偿请求，理由是“法庭不便”，建议原告到印度法庭起诉，并保证印度所作的判决可以在美国执行。见 Lefeber, 前引书（上文脚注330），pp. 267-268。

⁴⁸⁷ 分别见上文脚注312和301。

(3) 不妨回顾，从本专题一开始，委员会就假定其主要目的是要“促进建立各种制度，不用禁止的方式，管制任何被认为构成实际或潜在重大危险并引起跨界影响的特定活动”。⁴⁸⁸

原则 8 执行

1. 各国应当采取必要的立法、规章和行政措施，执行本原则草案。

2. 本原则草案及其执行措施的适用不得有任何歧视，如基于国籍、居住地或住所的歧视。

3. 各国应相互合作，执行本原则草案。

评注

(1) 第1款重申了其他原则草案的含义，即每个国家都应制定法律、规章和行政措施，以执行本原则草案。该款有意强调国家通过国内法律来执行国际安排和协定之缔约国商定的国际标准或义务意义重大。

(2) 第2款强调，在适用这些原则草案和任何执行规定时，不得以国际法所禁止的任何理由而进行任何歧视。强调“任何”，是为了指出基于任何此类理由的歧视都是无效的。提到国籍、居住地和住所只是要举例说明。例如，也明显禁止基于种族、性别、宗教或信仰的歧视。

(3) 第3款属于一般建议性条款，规定各国应相互合作执行本原则草案。这一条款是根据《关于工业事故越境影响对越境水体造成损害的民事责任赔偿的议定书》第8条拟订的。执行机制的重要性无论如何强调都不过分。从一般国际法和协定国际法的角度看，它在国际一级发挥作用，主要是在国家之间，而且它要求在国家一级通过具体的国内宪法和其他立法手段予以执行。各国必须颁布适当的国内法律来执行这些原则，以免跨界损害受害者得不到充分救助。

⁴⁸⁸ 特别报告员罗伯特·Q. 昆廷-巴克斯特先生编写的关于国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任的初步报告，《1980年……年鉴》[英]，第二卷（第一部分），A/CN.4/334和Add.1-2号文件，第250页，第9段。

第六章

共有的自然资源

A. 导言

68. 委员会第五十四届会议（2002年）决定将“共有的自然资源”专题列入其工作方案，并任命山田中正先生为特别报告员。⁴⁸⁹为协助特别报告员根据2000年起草的提纲⁴⁹⁰确定本专题的基本方向，还设立了一个工作组。特别报告员表示，他打算在本专题的范围内处理封闭的跨界地下水、石油和天然气问题，并提出了一个先从地下水开始的分步走的处理的方法。⁴⁹¹

69. 从第五十五届会议（2003年）到第五十七届会议（2005年），委员会收到并审议了特别报告员的三次报告。⁴⁹²委员会在这一时期设立了两个工作组。2004年设立的工作组由特别报告员担任主席，协助委员会进一步开展对这一专题的审议。2005年设立的工作组由恩里克·坎迪奥蒂先生担任主席，负责根据委员会的辩论情况审查和修订特别报告员在第三次报告（A/CN.4/551及其 Corr.1和 Add.1）中提出的25条跨界含水层法条款草案。2005年设立的工作组没有完成其工作。

⁴⁸⁹ 《2002年……年鉴》，第二卷（第二部分），第99页，第518至第519段。大会在2002年11月19日第57/21号决议第2段中注意到委员会决定将“共有的自然资源”专题列入其工作方案。

⁴⁹⁰ 《2000年……年鉴》，第二卷（第二部分），附件，第147至第148页。

⁴⁹¹ 《2002年……年鉴》，第二卷（第二部分），第99页，第520段。

⁴⁹² 初次报告：《2003年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/533和 Add.1号文件；第二次报告：《2004年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/539和 Add.1号文件；和第三次报告：《2005年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/551和 Add.1号文件。

B. 本届会议审议这个专题的情况

70. 委员会在本届会议上决定于2006年5月2日在其第2868次会议上恢复共有的自然资源工作组，并由恩里克·坎迪奥蒂先生担任主席。工作组举行了五次会议，完成了对特别报告员第三次报告提出的条款草案的审议和修订。在2006年5月18日的委员会第2878次会议上，工作组主席提交了工作组的报告，其附件含有19条已修订的条款草案。

71. 在2006年5月18日和19日的第2878和第2879次会议上，委员会审议了工作组的报告，并在第2879次会议上决定将这19条条款草案提交起草委员会。

72. 委员会在2006年6月9日的第2885次会议上讨论了起草委员会的报告，一读通过了由19条条款草案组成的跨界含水层法草案，并在2006年8月2日、3日和4日的第2903、第2905和第2906次会议上通过了相关评注。

73. 在2006年8月2日第2903次会议上，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（见下文C节）转发给各国政府，以征求评论和意见，同时要求在2008年1月1日之前将此类评论和意见呈交秘书长。

74. 在2006年8月4日的第2906次会议上，委员会表示非常欣赏特别报告员山田中正先生以其学术研究和丰富经验为本专题做出的出色贡献；这使委员会能够顺利完成对跨界含水层法草案的一读。委员会也肯定了共有的自然资源工作组在主席恩里克·坎迪奥蒂先生的领导下所做的不懈努力，以及教科文组织、粮农组织、欧洲经委会以及水文协会的地下水专家在专题的起草过程中所作的情况通报。

C. 委员会一读通过的跨界含水层法 条款草案案文

第二部分

一般原则

1. 条款草案案文

第3条 含水层国的主权

75. 委员会一读通过的条款草案案文转载如下。

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

第一部分

第4条 公平合理利用

引言

含水层国应按照下述公平合理利用原则利用跨界含水层或含水层系统：

第1条 范围

本条款草案适用于：

- (a) 跨界含水层和含水层系统的利用；
- (b) 对这些含水层和含水层系统有影响或可能产生影响的其他活动；和
- (c) 这些含水层和含水层系统的保护、保全和管理措施。

(a) 含水层国应以符合有关含水层国公平合理从中获益的方式利用跨界含水层或含水层系统；

(b) 含水层国应致力于从含水层水利用中获取最大长期惠益；

(c) 含水层国应在考虑到含水层国目前和将来的需要及替代水源的基础上，单独或联合制定全面利用规划；

(d) 对有补给跨界含水层或含水层系统的利用不应达到妨碍其持续发挥有效作用的程度。

第2条 用语

第5条 与公平合理利用相关的因素

为本条款草案的目的：

(a) “含水层”是指位于透水性较弱的地层之上的渗透性含水地下地质结构以及该地质结构饱和带所含之水；

(b) “含水层系统”是指两个以上在水文上连通的含水层的系列；

(c) “跨界含水层”或“跨界含水层系统”分别是指其组成部分位于不同国家的含水层或含水层系统；

(d) “含水层国”是指跨界含水层或含水层系统的任何组成部分位于其领土内的国家；

(e) “有补给含水层”是指当代所获补给水量不可忽略的含水层；

(f) “补给区”是指向含水层供水的区域，包括雨水汇集区域以及雨水从地面流入或通过土壤渗入含水层的区域；

(g) “排泄区”是指含水层的水流向水道、湖泊、绿洲、湿地或海洋等出口的流经区域。

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

(a) 每个含水层国依赖含水层或含水层系统生活的人口；

(b) 有关含水层国目前和未来的社会、经济及其他需要；

(c) 含水层或含水层系统的自然特性；

(d) 对含水层或含水层系统的形成和补给所起的作用；

(e) 含水层或含水层系统的现有和潜在用途；

(f) 一个含水层国利用含水层或含水层系统对其他有关含水层国的影响；

(g) 对于含水层或含水层系统的某一现有和已规划的用途，是否存在替代办法；

(h) 对含水层或含水层系统的开发、保护和养护，以及为此而采取的措施的代价；

(a) 含水层或含水层系统在有关生态系统中的作用。

2. 对每个因素的权衡,应根据该因素对特定跨界含水层或含水层系统的重要性与其他相关因素的重要性相比较而定。在确定什么是合理公平利用时,应当综合考虑所有相关因素,并根据所有因素作出结论。但是,在权衡对跨界含水层或含水层系统的不同用途时,应该特别考虑人类的基本需要。

第6条 不对其他含水层国造成重大损害的义务

1. 含水层国在本国领土内使用跨界含水层或含水层系统时,应采取一切适当措施,防止对其他含水层国造成重大损害。

2. 含水层国在进行非利用跨界含水层或含水层系统、但影响或可能影响该跨界含水层或含水层系统的其他活动时,应采取一切适当措施,防止通过该含水层或含水层系统对其他含水层国造成重大损害。

3. 如果仍对其他含水层国造成重大损害,其活动造成这种损害的含水层国应适当注意到条款草案第4条和第5条的规定,同受影响国协商,采取一切适当措施,消除或减轻这种损害。

第7条 一般合作义务

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

2. 为了第1款的目的,含水层国应当设立联合合作机制。

第8条 数据和资料的定期交流

1. 根据条款草案第7条,含水层国应定期交流关于跨界含水层或含水层系统状况的便捷可得的数据和资料,特别是地质、水文地质、水文、气象和生态方面的数据和资料以及与含水层或含水层系统的水文学有关的数据和资料,以及有关的预报。

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

3. 如果一含水层国请求另一含水层国提供非便捷可得的数据或资料,后者应尽力满足请求。被请求国可附带条件,要求请求国支付收集和酌情处理这种数据或资料的合理费用。

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

第三部分

保护、保全和管理

第9条 生态系统的保护和保全

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

第10条 补给区和排泄区

1. 含水层国应查明其跨界含水层或含水层系统的补给区和排泄区,并应在这些区域内采取特别措施,以最大限度减少对补给和排泄过程的有害影响。

2. 如果补给区或排泄区全部或部分地位于一国境内,而该国相对于有关含水层或含水层系统而言不属于含水层国,该国则应与含水层国合作,以保护该含水层或含水层系统。

第11条 防止、减少和控制污染

在污染,包括补水过程产生的污染,有可能对其他含水层国造成重大损害的情况下,含水层国应单独和酌情共同防止、减少和控制对跨界含水层或含水层系统的污染。鉴于跨界含水层或含水层系统的性质和范围并不确定并且易受污染,含水层国应采取审慎态度。

第12条 监测

1. 含水层国应监测其跨界含水层或含水层系统。只要有可能,含水层国应与其他有关含水层国联合开展监测活动,并酌情与主管国际组织开展合作。但如果监测活动不是以联合方式开展,含水层国应相互交流监测所得数据。

2. 含水层国应使用商定的或统一的标准和方法监测其跨界含水层或含水层系统。它们应根据一个商定的含水层或含水层系统概念模式,确定须予监测的重要参数。这些参数应包括条款草案第8条第1款所列的含水层或含水层系统状况参数,以及含水层或含水层系统利用情况参数。

第13条 管理

含水层国应制订并执行规划,以根据本条款草案的规定妥当管理跨界含水层或含水层系统。含水层国应根据它

们中任何一国的请求，就跨界含水层或含水层系统的管理进行协商。应酌情建立联合管理机制。

第四部分

影响其他国家的活动

第14条 已规划的活动

1. 如果一国有合理理由认为，其境内某项已规划的活动可能对跨界含水层或含水层系统造成影响，并因而可能对另一国造成重大不利影响，该国应在切实可行的情况下，对此活动可能造成的影响进行评估。

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

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

第五部分

杂项规定

第15条 与发展中国家的科学技术合作

各国应直接或通过主管国际组织，促进与发展中国家的科学、教育、技术及其他合作，以保护和管理跨界含水层或含水层系统。此类合作除其他外应包括：

- (a) 培训其科学技术人员；
- (b) 便利其参加相关国家方案；
- (c) 向其提供必要的设备和设施；
- (d) 提高其制造这种设备的能力；
- (e) 为研究、监测、教育和其他方案提供咨询意见并发展这方面的设施；
- (f) 为最大限度减少重大活动对跨界含水层或含水层系统的有害影响而提供咨询意见并发展这方面的设施；
- (g) 编写环境影响评估报告。

第16条 紧急情况

1. 为本条款草案的目的，“紧急情况”是指由自然原因或人类行为突然引起而给含水层国或其他国家造成严重损害之急迫威胁的情况。

2. 如果一紧急情况影响跨界含水层或含水层系统，并因此对各国造成急迫威胁，则适用以下条款：

(a) 如果在该国领土内发生紧急情况，该国应：

(一) 毫不迟延地并以现有的最快方式，将此紧急情况通知其他可能受影响的国家以及主管国际组织；

(二) 与可能受影响的国家合作，并酌情与主管国际组织合作，立即视情况需要采取一切实际可行的措施，预防、减轻和消除紧急情况的任何有害影响；

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

3. 如果紧急情况对人类基本需要构成威胁，尽管有第4条和第6条草案的规定，含水层国可以在严格必要限度内，采取措施满足这类需要。

第17条 武装冲突期间的保护

跨界含水层或含水层系统及有关装置、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所给予的保护，并且不得违反这些原则和规则加以使用。

第18条 与国防或国家安全有关的数据和资料

本条款草案的任何规定均不使一国承担义务，提供对其国防或国家安全至关重要的保密数据或资料。尽管如此，该国应同其他含水层国善意合作，以视情况尽量提供资料。

第19条 双边和区域协定和安排

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

2. 条款草案案文及其评注

76. 委员会第五十八届会议一读通过的跨界含水层法条款草案案文及其评注转载如下。

跨界含水层法

总评注

(1) 国际法委员会在其第五十四届会议(2002年)上决定将“共有的自然资源”专题列入委员会的工作方案。大家普遍认为,这一专题包括地下水、石油和天然气。尽管有人希望将候鸟和迁徙动物等资源也列入其范围,但其他人希望将其限制在仅处理地下水的范围内。

(2) 负责这一专题的特别报告员认为,不妨先开始审议地下水问题,以延续委员会以前关于地面水法⁴⁹³的编纂工作;而且,如果委员会要同时讨论三项不同的资源,工作便会变得更加复杂。因此,他决定暂时着重讨论跨界地下水问题,至少是在对条款草案的一读期间着重处理这一问题。这一做法得到普遍赞同。不过,他也意识到,这三种不同的资源之间存在着一些共性,特别是在无补给含水层所含不可再生地下水与石油和天然气之间。尽管他也了解这些资源的差别,但他也承认有关跨界地下水的工作可能影响委员会将来关于石油和天然气的编纂工作。另外,在完成有关跨界地下水的工作之前,委员会不妨考虑现行条例和国家实践中有关石油和天然气的相关内容。因此,他提议在条款草案二读期间讨论这一问题。一位委员认为,在二读完成时,将必须决定是否进一步研究石油和天然气问题。

(3) 一读案文暂时以条款草案的形式提出。根据委员会的做法,使用“条款草案”一词不影响其最后采取的形式,不论是公约还是其他形式。条款草案最后应采取何种形式的问题当然与拟订条款草案的案文有关,在适当时候应该加以讨论,而现阶段的侧重点一直是实质性问题。委员会认为,鉴于各国在第六委员会所表达的意见各不相同,现在要就最后形式问题达成结论为时过早。因此,目前

提出的条款草案中不包括有关解决争端的条款、最后条款和可能影响到最后形式的任何条款。如果决定制定公约,则可能必须在二读时作其他修改,包括明确公约与其他协议和安排之间的关系、以及与非缔约方之间的关系。

(4) 委员会审议了以下问题:是否需要在条款草案中列出全面适用于所有国家的义务、含水层国对其他含水层国的义务以及含水层国对非含水层国的义务。委员会决定,为了能够行之有效,一些条款草案必须对不享有所涉跨界含水层的国家施加义务,并且在某些情况下赋予这类国家相对含水层国的权利。委员会在达成这些结论时,强调必须保护跨界含水层或含水层系统。

(5) 条款草案在很大程度上依据于1997年的《水道公约》。有人争辩说,地面水与地下水之间有着差异。其他人反驳说,该《公约》是一个失败:它没有获得生效所需的足够的国家批准。当然,在这两种资源之间存在差异。不过它们之间有更多的相似之处,特别是在这些资源的管理方法方面。诚然,该《公约》尚未生效。⁴⁹⁴但这是一项反映一定权威的框架公约。国际法院在对加布奇科沃-大毛罗斯项目案(匈牙利诉斯洛伐克)的判决书⁴⁹⁵中提到该《公约》,承认了这一权威。2000年《经修订的南部非洲发展共同体共有水道议定书》的许多实质性条款几乎逐字重述了该《公约》的条款,而且这些条款目前已经实施。⁴⁹⁶因此,该《公约》为编纂跨界地下水法提供了一个有用的基础。

(6) 还有大量的条约和其他法律文件为本项工作提供了有益的资料。这些文书由粮农组织与教

⁴⁹³ 1997年《水道公约》。

⁴⁹⁴ 第36条第1款的案文如下:“本公约应自第三十五份批准书、接受书、核准书或加入书交存于……之日后第九十天起生效”。截至2006年8月6日为止,已有14个国家成为缔约国,即:芬兰、匈牙利、伊拉克、约旦、黎巴嫩、阿拉伯利比亚民众国、纳米比亚、荷兰、挪威、葡萄牙、卡塔尔、南非、瑞典、阿拉伯叙利亚共和国。

⁴⁹⁵ 加布奇科沃-大毛罗斯项目案(见上文脚注363),第85段。

⁴⁹⁶ 生效:2003年9月22日。缔约国和/或签署国:安哥拉、博茨瓦纳、刚果、莱索托、马拉维、毛里求斯、莫桑比克、纳米比亚、塞舌尔、南非、斯威士兰、坦桑尼亚联合共和国、赞比亚、津巴布韦。

科文组织合编；⁴⁹⁷ 特别报告员的第三次报告增编⁴⁹⁸ 中引述了有关部分。现已确认，几乎所有有陆地边界的国家也与其邻国共有跨界地下水。因此，大多数国家与这一专题有这样或那样的利害关系。大量国家实践正在涌现。除了各国提供的宝贵意见之外，教科文组织国际水文方案自2003年以来就水文地质相关问题向特别报告员和委员会提供了科技咨询意见，同时邀请、协调和支助国际专家、国际和国家机构提供意见，其中包括各个地下水资源中心、水文协会、粮农组织、联合国环境规划署/全球环境基金（环境署/全环基金）、美洲国家组织（美洲组织）、国际自然保护联盟（自然保护联盟）、国际地下水评估中心（地下水评估中心）以及联合国欧洲经济委员会（欧洲经委会）。特别报告员和委员会对此深为感激。

第一部分

导言

第1条 范围

本条款草案适用于：

(a) 跨界含水层和含水层系统的利用；

(b) 对这些含水层和含水层系统有影响或可能产生影响的其他活动；和

(c) 这些含水层和含水层系统的保护、保全和管理措施。

评注

(1) 条款草案第1条规定了本条款草案的适用范围。委员会和联合国大会一直采用“地下水”一语。虽然通常用此语来表述可被人类作为“地下水”提取的构成整体的地下水体是完全恰当的，但为本条款草案之目的，最好选用“含水层”这一技术用语，因为此语在科学上更为精确，对律师和地下水

科学家及管理人员而言没有任何含糊之处。含水层往往在水文上与一个或多个其他含水层相连。在这种情况下，必须将这些含水层作为一个单一的系统来加以妥善管理，因为这些含水层之间在水文上是相连的。这种两个或两个以上含水层系列称为“含水层系统”。在条款草案中，“含水层”和“含水层系统”总是一起使用的。

(2) 授予委员会的任务是编纂“共有的自然资源”法。因此，本条款草案只适用于跨界含水层。国内含水层被排除在范围之外。如果国内含水层与1997年《水道公约》所界定的国际水道相连，便受《公约》管制，但不受本条款草案管制。另一方面，所有跨界含水层都将受本条款草案管制，不论是否在水文上与国际水道相连。在水文上与国际水道相连的跨界含水层依照1997年《水道公约》第2条（甲）款的规定，受该《公约》管制，也受本条款草案管制。因为这两项法律制度应该不会相互冲突，所以这两项法律制度的规定对这类含水层双重适用在原则上不会造成任何问题。如果存在冲突的话，便必须处理这一情况。不过，为了不预先判定条款草案的最后形式，1997年《水道公约》与本条款草案之间的关系暂不予讨论。

(3) 条款草案第1条(a)至(c)项规定了条款草案必须涵盖的三类不同活动。1997年《水道公约》第1条所规范的活动为(a)资源的使用和(b)与使用这些资源有关的保护、保全和管理措施。本条款草案的(a)和(c)款基本上重述了这些内容。

(4) 因为“利用”还包括使用方式，因此在(a)项内，采用了“利用”而不是“使用”一语。1997年《水道公约》采用了“国际水道及其水”一语来说明，其条款既适用于水道本身（地面水和地下水渠道或系统），也适用于其水——如果两者有任何区别的话。因为条款草案第2条中关于“含水层”的定义明确指出含水层由地质结构及其所含之水组成，所以本款不需要有此种考虑。

(5) 在(c)项中，“保护……措施”被认为比1997年《水道公约》相应条款中的“保护措施……”更为适宜。“措施”的含义不仅包括为处理含水层退化所采取的措施，而且还包括有关跨界含水层的利

⁴⁹⁷ S. Burchi and K. Mechlem, *Groundwater in International Law: Compilation of Treaties and Other Legal Instruments*, 罗马, 粮农组织/教科文组织, 2005年。

⁴⁹⁸ 见上文脚注492。

用、开发、养护和管理的各种形式的合作，不论是否是制度化的合作。

(6) 除了这两类活动之外，(b) 项还规定了另外一类活动：“对这些含水层和含水层系统有影响或可能产生影响的其他活动”。就含水层而言，必须规范除利用含水层以外的其他活动，才能对之加以正确管理。此类活动是在含水层以上或周围开展的、对含水层造成一些不利影响的活动。例如耕种活动使用了化肥和农药，可能污染含水层中的水。建造地铁可能破坏地质结构或损害补排水过程。当然，这些活动与其影响之间必须有因果联系。“影响”一语往往被用来表示环境领域中的这种不利或负面影响，例如“影响评估”。

(7) “影响”比“伤害”或“损害”的概念更广，后者更为具体。“影响”一语本身并不涉及正面或负面影响。然而，如果从上下文看，“影响”一语作负面意义，则此语被理解为具有负面含义，正如(b)项中的情况一样。因此，在(b)项的上下文中，“影响”是指一种有力、强大或在其他方面重大的不利影响，而此处并未界定这种影响的最低值。关于临界线的确定将有待以后的实质性条款草案，比如条款草案第6和第10条。对含水层的影响将包括水质下降、水量下降以及含水层运作中的不良变化。对于是否产生“影响”以及影响类型和影响范围的评估，必须建立在产生影响以前得出的测量数据基础上，然后与产生影响之后的测量数据相比较。在产生影响之前得出的测量数据提供了一个基准或参考水平，可以用来与随后的测量数据相比较。

第2条 用语

为本条款草案的目的：

(a) “含水层”是指位于透水性较弱的地层之上的透水性含水地下地质结构以及该地质结构饱和带所含之水；

(b) “含水层系统”是指两个以上在水文上连通的含水层的系列；

(c) “跨界含水层”或“跨界含水层系统”分别是指其组成部分位于不同国家的含水层或含水层系统；

(d) “含水层国”是指跨界含水层或含水层系统的任何组成部分位于其领土内的国家；

(e) “有补给含水层”是指当代所获补给水量不可忽略的含水层；

(f) “补给区”是指向含水层供水的区域，包括雨水汇集区域以及雨水从地面流入或通过土壤渗入含水层的区域；

(g) “排泄区”是指含水层的水流向水道、湖泊、绿洲、湿地或海洋等出口的流经区域。

评注

(1) 现有条约和其他国际文书对含水层和地下水有不同的定义⁴⁹⁹，但对本条款草案的目的而言，这些定义都不够精确。(a)项对含水层的定义确切说明了构成含水层的两个部分。一个部分是充当含水容器的地下地质结构，另一部分是其中所储存的可以抽取的水。

⁴⁹⁹ 2000年10月23日《欧洲议会和欧洲理事会确定水政策领域共同体行动框架的第2000/60号指令》第2条第11款：

“‘含水层’是指能够让大量地下水流动或能够抽取大量地下水的次表层岩层或具有充分多孔性和渗透性的其他地质层”（《欧洲联盟公报》，第L327号，2000年12月22日，第6页）。

联合国赔偿委员会《专员小组就第三批“F4”类索赔提出的报告和建议》：“含水层：地表以下含有水的天然地质层”（S/AC.26/2003/31，目录）。

1989年《关于使用跨界地下水的贝拉焦示范协议》第1条第1款：“‘含水层’是指从中可以抽取大量水的、含水的次表层地质层”（Burchi 和 Mechlem，前引书（上文脚注497），第537页）。

2004年《国际法协会关于水资源的柏林规则》第3条第2款：“‘含水层’是指能够让大量可用地下水流动或抽取的、具有充分多孔性和渗透性的一层或多层次表层地质层”（《第七十一届会议报告》（见上文脚注331），第9页）。

1979年12月17日《欧洲理事会关于保护地下水不受某些物质污染的第80/68/EEC号指令》第1条第2款(a)项（《公报》，第L20号，1980年1月26日）；1991年12月12日《欧洲理事会关于保护水不受农业用硝酸盐污染的第91/676/EEC号指令》第2条(c)款（《公报》，第L375号，1991年12月31日，第6页）；《1992年跨界水道和国际湖泊保护和利用公约关于水和卫生的议定书》第2条第3款；以及2000年10月23日《欧洲议会和欧洲理事会确定水政策领域共同体行动框架的第2000/60号指令》第2条第2款：“‘地下水’是指所有在饱和区内与地面或底土直接接触的地面下的水”。

2004年《国际法协会关于水资源的柏林规则》第3条第11款：“‘地下水’是指位于饱和区内与地面或土壤直接接触的地面下的水”。

(2) 石油和天然气也储存于类似的地质结构。“含水”一语被用来将本条款草案的所涉范围与石油和天然气区分开来。“含水”在此不是用来指“能够含水”，而是指该结构目前含水。含水结构既包括该结构的饱和部分，也包括其非饱和部分。换言之，“含水”的概念比“饱和”更广。“地下”是指含水层位于次表层。“地质结构”由岩石、砾石和沙土等凝固或分散的自然形成的物质组成。所有含水层之下都有透水性较弱的地层充当含水容器的底层。一些含水层上面也有透水性较弱的地层。储存在这种含水层内的水称为“封闭”地下水，因为它们受到超出大气压的压力的挤压。

(3) 对含水层所含之水的定义限于储存在地质结构饱和区内的水；只有那里的水才是可以抽取的。在地质结构饱和区之上的水如同在含水层之外的地下水一样，位于孔隙之中，与空气混在一起，处于蒸汽形状，无法抽取。它们如同页岩油。当然，理论上可以将这种水从空气和土壤中分离出来，但目前在技术上或经济上都不可能这样做。有人询问条款草案是否也应适用于只含少量水的地质结构。显然，各国不会关心对它们没有重大意义的含水层，而对此确定一项绝对的标准也是不可能的。

(4) “含水层系统”由两个以上在水文上连通的含水层组成。这些含水层不仅属于同样的地质结构，而且也可以属于不同地质结构。含水层可以在水文上纵向或横向相连。“在水文上连通”是指两个或两个以上含水层的物理关系，即一个含水层能够向其他含水层输送一定数量的水，反之亦然。能够输送的水量必须够大，因为少量或微量的水不可能形成真正的水文联系。确定水量是否够大的标准直接关系到传送水的含水层对接受水的含水层的水质和水量可能发生多大影响。无法就这种影响制定一般性的绝对标准。必须根据具体情况判断是否应将这些含水层作为一个系统处理，以便对含水层进行适当管理。

(5) (c) 项界定了“跨界含水层”和“跨界含水层系统”的定义，关于范围的条款草案第1条和其他许多条款草案中都用到了这两个术语。本款的重点在“跨界”一词上。本款规定，一个含水层或含水层系统的组成部分必须位于不同国家，才能被视

为“跨界”含水层或含水层系统。一个含水层或含水层系统的组成部分是否位于不同国家，取决于一些物理因素。就地面水而言，通过对河流和湖泊的简单观察就可以很容易地确定是否存在这种因素。就地下水而言，要确定在某一国家的管辖范围内是否存在跨界含水层，需要更加精密的方法，依靠钻孔和同位素追踪等科技手段来确定含水层的外部界限。

(6) (d) 项界定了“含水层国”的定义，条款草案全文都采用这一定义。一旦根据上文第(5)段所述方法确定在一国境内并在其管辖范围内存在一部分跨界含水层或含水层系统，为本条款草案之目的，该国便是一个含水层国。

(7) (e) 项内“有补给含水层”的定义之所以有必要，是因为对“有补给含水层”和“无补给含水层”所适用的规则不同。有补给含水层的水是可再生资源，而无补给含水层的水是不可再生资源。为含水层管理之目的，“无补给”含水层是“当代”获取“可忽略不计的”补给水量的含水层。“可忽略不计”一语是指一些水量的输送。衡量某一水量是否“可忽略不计”，应根据接受补给水的含水层的具体特点加以评估，包括接受补给水的含水层的水量、从接受补给水的含水层（自然或人为）排出的水量、补给接受补给水含水层的水量、补给的速度等因素。

(8) 为方便起见，“当代”一语应理解为大约100年的时间，即过去50年和今后50年。科学家一般将位于年降雨量少于200毫米的干旱地区的含水层列为无补给含水层。可以用放射性示踪剂来确定在过去50年左右的时间里某一含水层是否获取了补给水。这些示踪剂为核武器试验所产生的铯和氚，排放高峰为1963/1964年，还有1950年代中期以来核工业不断排放的氙。这些元素在过去50年里一直在大气层漂浮，可以在获取这段期间降雨补给的含水层中测出。

(9) (f) 和 (g) 项中关于“补给区”和“排泄区”的定义是适用条款草案第10条所需的。这两个区存在于“有补给含水层”中，位于含水层之外，但与含水层在水文上连通。补给区向含水层供水，包括雨水直接渗入地面的区域、最终渗入地面的地表流经

区域和地下非饱和渗水区。排泄区是含水层的水流向其出口的流经区域；这种出口可以是河流、湖泊、海洋、绿洲或湿地，但并非排泄区本身的一部分。

第二部分

一般原则

第3条 含水层国的主权

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

评注

(1) 很多国家，特别是那些主张水资源为其所在国所有、由该国对这些资源行使专属主权的含水层国认为，有必要以条款草案的形式就国家对其境内的自然资源的主权作出明确规定。这些国家还指出，必须将地下水视为归其所在国拥有，如同石油和天然气一样。就此提到了1962年12月14日题为“对自然资源的永久主权”的大会第1803(XVII)号决议。一些国家认为，在序言部分提及此事就足够了，但另一些国家认为，这样做不能满足对含水层进行适当管理的需要。

(2) 许多条约、其他法律文书和无法律约束力的文书都提到了各国对其领土内自然资源的主权。⁵⁰⁰

⁵⁰⁰ (a) 在序言部分提及此概念的条约有：1985年《保护臭氧层维也纳公约》；1991年加拿大与美国的《空气质量协定》（联合国，《条约汇编》，第1852卷，第31532号，第79页，转载于《国际法律资料》，第30卷（1991年），第678页）；1992年《联合国气候变化框架公约》；1992年《生物多样性公约》；1994年《关于在发生严重干旱和/或荒漠化的国家特别是在非洲防治荒漠化的公约》；2003年《可持续管理坦噶尼喀湖公约》；

(b) 在条款中提及此概念的条约有：《关于国家在条约方面的继承的维也纳公约》（1978年）；《非洲人权和人民权利宪章》（1981年）；《联合国海洋法公约》（1982年）；《保护南太平洋区域自然资源和环境公约》（1986年）；《执行1982年12月10日联合国海洋法公约有关养护和管理跨界鱼类种群和高度洄游鱼类种群的规定的协定》（1995年）；《1992年跨界水道和国际湖泊保护和利用公约关于水和卫生的议定书》（1999年）；和《养护自然和自然资源非洲公约》（2003年）；

(c) 提及此概念的无约束力的国际文书有：2001年国际法委员会第五十三届会议通过的预防危险活动造成的越界损害条款草案（见上文脚注292）；《同心协力共谋经济上发展较差国家之经济发展》，1960年12月15日大会第1515(XV)

在此问题上基本上有两种国家实践模式。其一是肯定模式。有的国家对行使这一主权附加了限制条件。一个例子是，“按照《联合国宪章》和国际法原则，各国拥有按照其本国的环境与发展政策开发本国资源的主权权利，并负有确保在其管辖范围内或控制下的活动不得损害其他国家或各国管辖范围以外地区的环境的责任。”⁵⁰¹ 另一种是保留或否认条款，如“本公约的任何内容均不得影响成员国利用、开发和管理其自然资源的主权”。⁵⁰²

(3) 条款草案第3条采用了肯定模式，是一个较为平衡的案文。为保持这种平衡，本条款草案的两句案文是必要的。实际上，每一含水层国都对位于其境内的跨界含水层或含水层系统拥有主权。大家也认识到，本条款草案并未完全涵盖国际法对行使主权施加的各种限制。因此，条款草案的解释和应用必须以一般国际法为依据。

第4条 公平合理利用

含水层国应按照下述公平合理利用原则利用跨界含水层或含水层系统：

(a) 含水层国应以符合有关含水层国公平合理从中获益的方式利用跨界含水层或含水层系统；

(b) 含水层国应致力于从含水层水利用中获取最大长期惠益；

(c) 含水层国应在考虑到含水层国目前和将来的需要及替代水源的基础上，单独或联合制定全面利用规划；

号决议）；《自然资源之永久主权》，1962年12月14日大会第1803(XVII)号决议；《斯德哥尔摩宣言》（1972年）（见上文脚注312）；《各国经济权利和义务宪章》，1974年12月12日大会第3281(XXIX)号决议；《发展权利宣言》，1986年12月4日大会第41/128号决议；《里约热内卢宣言》（1992年）（见上文脚注301）；

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

[提到人民对自然资源的权利的概念的条约；]

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

⁵⁰¹ 《养护自然和自然资源非洲公约》（2003年），序言。

⁵⁰² 《保护南太平洋区域自然资源和环境公约》（1986年），第4条第6款。

(d) 对有补给跨界含水层或含水层系统的利用不应达到妨碍其持续发挥有效作用的程度。

评注

(1) 跨界含水层是共有的自然资源。由于含水层由地质结构及其所含的水构成，对含水层的利用可分为两类。水的使用最为普遍。水主要用于饮用或通过其他方式，如卫生、灌溉和工业用水等，维持人类生活。对地质结构的利用相当少见。一个典型的例子是在法国—瑞士日内瓦含水层系统进行的人工补给，即引用阿尔沃河的水用于补给。利用含水层处理水的成本要低于修建水处理设施的成本，而且还能生产高质量的水。

(2) 适用于共有自然资源利用的一项基本原则是资源的公平合理利用。这在与水有关的条约以及公海渔业公约等诸多法律制度中均有体现。虽然公平利用与合理利用的概念有所不同，但两者紧密相联，而且在各种法律制度中往往一并使用。⁵⁰³ 条款草案第4条的导言规定了这一原则，随后各款阐述了该原则的含义。

(3) (a) 项解释道，对跨界含水层的公平合理利用应导致此类利用所带来的好处在共同拥有含水层的各国之间公平分配。大家认识到，“公平”并不等于“均等”。

(4) (b) 至 (d) 项主要涉及合理利用。在关于可再生自然资源的各种法律制度中，“合理利用”通常被定义为“可持续利用”或“优化利用”。这一原则有非常确定的科学定义。它是指以现有最佳科学依据为基础，采取措施将自然资源维持或恢复到生产最高可持续产量的水平。⁵⁰⁴ 简单地说，这要求采取措施使自然资源永远持续下去。1997年《水道公约》涉及接受大量补给水的可再生水资源。因此，可持续利用完全可以适用。就含水层而言，情况完全不同。无补给含水层中的水是不可再生的。对此类资源的任何开采都会导致耗减。虽然有补给含水层的水是可再生的，但与含水层在上千年中储存的大量水相比，补给水的水

量通常极小。即使就有补给含水层而言，将对水的利用限制在补给水量范围内，也等于禁止利用含水层。

(5) (b) 项和 (c) 项适用于（有补给和无补给）含水层的可再生和不可再生资源。“可持续”的概念不适合明确用于含水层。而这里采用的是“获取最大长期惠益”的概念。“获取最大长期惠益”一语是指在长时期内保持一定惠益的行为，不言而喻的是，利用不可能是无限期的。必须避免浪费性利用，更好的办法是由几代人分享这些惠益。但这些规定并不是指有义务将地下水资源或含水层的水量维持在某一最低水平或某一最低水平之上。更确切地说，它反映一个共识的决策过程，确定什么是惠益，哪些惠益是可取的，可以享用多少惠益以及享用这些惠益的时间段。这些决定完全须由有关含水层国作出。要获取最大的长期惠益，前提条件是必须制订整体利用规划。因此，各国必须制订一项适当的规划，最好是与其他有关国家根据商定的含水层生命期联合制订此项规划。但“单独或联合”一词被写入此条款草案，以表明更重要的是要制订一项整体规划，同时强调此类规划并不一定须由有关含水层国共同努力来制订。在某些情况下，有控制、有规划的耗减是可以考虑的。

(6) 对有补给含水层而言，最好是规划一个比无补给含水层长得多的利用期。但这不必把利用量限制为补给量。(d) 款规定，对此类含水层的任何利用都不应对其作为含水层发挥作用的能力造成永久性破坏。

(7) 对应的1997年《水道公约》第5条第2款规定的另一条原则是水道国公平合理参与⁵⁰⁵，包括利用水道的权利以及合作保护和开发水道的义务。本条未包括此内容，原因在于它是有关国际合作的规定的规定的基础，而这种规定将在后面的条款草案中制定。⁵⁰⁶

⁵⁰³ 例如见1997年《水道公约》，第5条第1款。

⁵⁰⁴ 见《联合国海洋法公约》，第119条。

⁵⁰⁵ 见国际水道非航行使用法条款草案第5条的评注第(5)和(6)段，《1994年……年鉴》，第二卷（第二部分），第98至第99页。

⁵⁰⁶ 条款草案第7至第18条。

第5条 与公平合理利用相关的因素

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

(a) 每个含水层国依赖含水层或含水层系统生活的人口；

(b) 有关含水层国目前和未来的社会、经济及其他需要；

(c) 含水层或含水层系统的自然特性；

(d) 对含水层或含水层系统的形成和补给所起的作用；

(e) 含水层或含水层系统的现有和潜在用途；

(f) 一个含水层国利用含水层或含水层系统对其他有关含水层国的影响；

(g) 对于含水层或含水层系统的某一现有和已规划的用途，是否存在替代办法；

(h) 对含水层或含水层系统的开发、保护和养护，以及为此而采取的措施的代价；

(i) 含水层或含水层系统在有关生态系统中的作用。

2. 对每个因素的权衡，应根据该因素对特定跨界含水层或含水层系统的重要性与其他相关因素的重要性相比较而定。在确定什么是合理公平利用时，应当综合考虑所有相关因素，并根据所有因素作出结论。但是，在权衡对跨界含水层或含水层系统的不同用途时，应该特别考虑人类的基本需要。

评注

(1) 条款草案第5条列举了在确定条款草案第4条所规定的公平合理利用时须考虑的因素。“因素”包括“环境”，应把它们放到围绕每一实例的具体环境中加以考虑。本条并未一一列举所有的因

素，也未按照某一特定的优先顺序排序。公平合理利用的规则必须是普遍和灵活的，其恰当的运用要求含水层国必须考虑资源的具体因素和环境以及有关含水层国的需要。在具体的事例中，什么是公平合理的利用将取决于对所有相关因素和环境的权衡。本条款草案基本上照搬了1997年《水道公约》第6条。

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

(3) (g)项涉及对于含水层的某一已规划或现有的用途是否存在替代办法。在实践中，替代办法会采取另一个供水来源的形式，其中最关键的因素是：与含水层已规划或现有的用途相比，它应具有同等的可行性、实用性和成本效益。对于每个替代办法，都应进行成本收益分析。除了可行性和可持续性之外，替代办法的可用性在分析中的作用也很重要。例如，一个可持续的替代办法从含水层的补给排泄比率来说可能是更好的，但其利用期可能不如一个有控制的耗减替代办法那么长。

(4) (d)项和(i)项所列因素是对1997年《水道公约》所列因素的增补。(d)项所述的对含水层或含水层系统的形成和水补给所起的作用是指位于各含水层国的含水层的相对大小以及补给区所在的每一国家的水补给过程的相对重要性。(i)项所述的含水层在有关生态系统中的作用是一个必要的相关因素，对于含水层的合理利用尤其如此。“作用”是指含水层在有关的生态系统中的各种有目的的用途。

尤其是在干旱地区，这可能是一个应考虑的因素。在科学界，“生态系统”一词存在着不同含义。“有关生态系统”必须与条款草案第9条的“生态系统”一并考虑。它是指依赖于含水层或含水层所储存的地下水的生态系统。该生态系统可能存在于含水层（如喀斯特含水层）内部，而且其生存依靠含水层的正常运转。有关生态系统也可能存在于含水层之外，其生存依靠含水层的一定数量或质量的地下水。例如，一些湖泊的生态系统依赖于含水层。湖泊可能有复杂的地下水水流系统与之相联。一些湖泊的整个湖底都有地下水流入。一些湖泊的整个湖底都向含水层渗漏。另外一些湖泊的部分湖底有地下水流入，部分湖底则向含水层渗漏流失。抽取地下水导致湖泊水位下降可能影响湖泊所支撑的生态系统。地下水向湖泊的排水量减少会给溶解的化学成分的流入造成很大影响，即使此类排水量在湖水注入总量中只占很小一部分，它也可能是湖泊溶解的化学成分的主要来源，从而可能导致湖泊的主要成分、如养分和溶解氧等的改变。

(5) 第2款案文的开头两句是在1997年《水道公约》最后谈判阶段制订的。它明确表明，必须把所有的相关因素考虑进去并根据所有的因素作出结论。但单个因素被赋予的权要性及其相关性仍然会随着情况的变化而变化。应当特别考虑饮用水以及其他人类基本需求。第2款最后一句提到应特别考虑人类的基本需要，便是试图纳入这些考虑。含水层中的水可能有很多的不同用途，特别是在以含水层作为唯一水源的干旱、半干旱地区。它们可用于饮用、农业、工业、人们的家用需要以及支撑陆地和水生态系统。当不同的用途发生冲突时，应该按照公平利用的原则加以解决。在作决定时，应特别考虑“人类的基本需要”的要求。在拟订1997年《水道公约》时，全体工作组主席曾提到与“人类的基本需要”有关的以下谅解声明：“在确定‘人类的基本需要’时，应该特别注意提供足够的水，以维持人类的生命，包括饮用水和制造食物所需的水，以避免饥饿”⁵⁰⁷。与其他定义相比，这一表述似乎更为确切，更为严密。⁵⁰⁸

⁵⁰⁷ A/51/869，第8段。

⁵⁰⁸ “‘人类的基本需要’指直接用于人的生存的各种用水，包括饮用、炊用和卫生用水，以及住户直接维持生计用水”（见《国际法协会关于水资源的柏林规则》第3条第20款，《第七十一届会议报告》（上文脚注331））。

第6条 不对其他含水层国造成重大损害的义务

1. 含水层国在本国领土内使用跨界含水层或含水层系统时，应采取一切适当措施，防止对其他含水层国造成重大损害。

2. 含水层国在进行非利用跨界含水层或含水层系统、但影响或可能影响该跨界含水层或含水层系统的其他活动时，应采取一切适当措施，防止通过该含水层或含水层系统对其他含水层国造成重大损害。

3. 如果仍对其他含水层国造成重大损害，其活动造成这种损害的含水层国应适当注意到草案条款第4条和第5条的规定，同受影响国协商，采取一切适当措施，消除或减轻这种损害。

评注

(1) 条款草案第6条涉及含水层国的另一项义务，即含水层国有义务不对其他含水层国造成损害。它涉及因利用含水层而造成的重大损害，条款草案第1条所规定的除利用活动之外的其他活动造成的重大损害，以及尽管在预防和减轻此类损害方面作出了应有努力、但仍造成重大损害时消除或减轻这种损害的问题。

(2) *Sic utere tuo ut alienum non laedas*（使用自己财产时，不得损害别人的财产），这是国际责任的一项既定原则。本条草案所包含的义务是“采取一切适当措施”的义务。实质上，它与“应有的注意”的义务相同。在1997年《水道公约》谈判最后阶段，“应有的注意”被改为“采取一切适当措施”。这是一项关于行为的义务，而不是一项关于结果的义务。只有当一个含水层国故意或因疏忽造成必须加以避免的事件、或故意或因疏忽未禁止本国领土内的其他人造成该事件或避免减轻该事件的影响时，含水层国才违反该义务。对于第1款，其隐含的意思是，对其他含水层国的损害是通过跨界含水层造成的。第2款明确表示，本条款草案只适用于“通过该含水层或含水层系统”对其他含水层国造成的损害。

(3) 目前仍在争论的一个问题是，“重大损害”门槛值对于含水层这类脆弱的自然资源来说是否适

当。一种普遍的看法认为，对于比地表河流更加脆弱而且一旦被污染就需要花更长时间治理的含水层，应采取一种低于“重大”损害的门槛值。委员会在以前的1997年《水道公约》以及“预防危险活动造成的越界损害”的编纂工作中，曾在“国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任”这一专题的框架内，对门槛值问题进行了广泛的探讨，最后在门槛值问题上确定了“重大损害”这一立场。

(4) 在拟订《国际水道非航行使用法公约》草案时，全体工作组主席曾注意到对公约案文的一些谅解声明。关于“重大”一词，曾记载了以下谅解。“重大”一词在本条款或本《公约》的其他任何部分都不具有“大量”的意思。应加以避免的是签订对其他水道国有重大不利影响的地方性协定或涉及某一特定项目、方案或用途的协定。尽管此类影响必须建立在客观依据基础之上且在性质上并非是微不足道的，但它并不必然达到大量的程度。⁵⁰⁹“重大损害”门槛值是一个弹性的、相对的概念，它也可以作为含水层的适当门槛值。即使当含水层受到少量污染物的污染，如果该污染造成长期影响，由此遭受的损害也可以被评定为重大损害，尽管数量相同的污染物对水道造成的污染可能不会被评定为重大损害。

(5) 本条草案的本意是涵盖那些在本国领土范围内从事的活动。某一含水层国因在其领土范围外从事活动而通过含水层对另一含水层国造成损害的情况被认为不太可能存在，但也不能排除。

(6) 第3款涉及的是尽管采取了一切适当措施但仍造成重大损害的情况。第3款所提及的“活动”包括第1和第2款的“利用活动”和“其他活动”两者。这种不测事件有可能发生，原因是这些活动存在造成损害的风险且不可能消除此类风险。在此未列入1997年《水道公约》相应条款提及的补偿问题。委员会决定不在这些条款草案中涉及尽管为消除或减轻此类损害作出了努力但仍造成损害的补偿问题。包括责任原则草案在内的其他国际法规则对此问题已有规定，跨界含水层不需要对此有特别规定。

⁵⁰⁹ 见 A/51/869 号文件。

第7条 一般合作义务

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

2. 为了第1款的目的，含水层国应当设立联合合作机制。

评注

(1) 条款草案第7条确定了各含水层国相互合作的一般义务原则以及开展此类合作的程序。含水层国之间的合作是履行各条款草案所规定义务的前提。1972年《斯德哥尔摩宣言》的原则24说明了合作义务的重要性。⁵¹⁰1977年联合国水事会议通过的《马尔普拉塔行动计划》⁵¹¹和1992年联合国环境与发展大会的《21世纪议程》第18章“保护淡水资源质量和供应：对水资源的开发、管理和利用采取综合性办法”确认了该义务对于本主题的重要性。⁵¹²关于地面水和地下水问题的大量国际文书呼吁有关各方在跨界含水层的保护、保全和管理方面进行合作。⁵¹³

(2) 第1款规定了合作的基础和目的，它或多或少照搬了1997年《水道公约》第8条的案文。委员会的一些委员认为，仍未解决的一个问题是，在本条款草案别处说明“主权平等”和“领土完整”原则，是否比在合作条款中说明更好。“可持续发展”的原则被作为除1997年《水道公约》案文之外也应加以考虑的一条一般原则载入。“可持续发展”一词

⁵¹⁰ 见上文脚注312。

⁵¹¹ 见《联合国水事会议报告》，1977年3月14至25日，马尔普拉塔，（联合国出版物，出售品编号：E.77.II.A.12），第一部分，第51段（建议85）。

⁵¹² 《联合国环境与发展会议的报告》，1992年6月3日至14日，里约热内卢（见上文脚注301）。

⁵¹³ 《东盟保护自然和自然资源协定》（1985年）、《保护与使用越境水道和国际湖泊公约》（1992年）、《1992年跨界水道和国际湖泊保护和利用公约关于水和卫生的议定书》（1999年）、《可持续利用多瑙河合作公约》（1994年）、《保护莱茵河公约》（1999年）、《养护自然和自然资源非洲公约》（2003年）、《保护和可持续发展喀尔巴阡山脉框架公约》（2003年）、《可持续管理坦噶尼喀湖公约》（2003年）、《维多利亚湖流域可持续发展议定书》（2003年）。

表示可持续发展的一般原则，应与“可持续利用”的概念区分开来。⁵¹⁴

(3) 第2款设想建立“联合合作机制”，涉及各含水层国之间共同商定的决策办法。实际上，它是指有关含水层国为达到特定目的而建立的委员会、管理当局或其他机构。此类机构的职责由相关各含水层国决定。建立此类机制的目的是在决策过程中进行合作，协调各种活动，尽可能避免各含水层国之间发生争端。

(4) 欧洲长期以来有建立各种国际河流委员会的传统，如保护莱茵河国际委员会、马斯河国际委员会、多瑙河委员会等。在这些委员会内部或与其密切合作的还有一些双边跨界委员会，如荷兰—德国常设跨界水事委员会。现有的委员会主要处理地面水问题。欧洲联盟水框架指令2000/60/EC⁵¹⁵主要由负责划界和监测工作的委员会执行。这些委员会将来也将负责跨界含水层的管理。⁵¹⁶在世界其他地方，委员会希望这类的区域组织也将为促进建立类似的联合机制发挥作用。⁵¹⁷委员会还指出，边界沿线的地方政府也建立了许多联合机制。⁵¹⁸

第8条 数据和资料的定期交流

1. 根据条款草案第7条，含水层国应定期交流关于跨界含水层或含水层系统状况的便捷可得的数据和资料，特别是地质、水文地质、水文、气象和生态方面的数据和资料与与含水层或含水层系统的水文化学有关的数据和资料，以及有关的预报。

⁵¹⁴ 见上文条款草案第4条的评注第(4)段。

⁵¹⁵ 见上文脚注499。

⁵¹⁶ 欧洲联盟水框架指令要求成员国制定管理规划。也见欧洲经委会《监测和评估跨界地下水准则》的准则2和8，内陆水管理和废水处理研究所，《联合国/欧洲经济委员会保护与使用越境水道和国际湖泊公约监测和评估工作组(1992年，赫尔辛基)——1996/1999年工作方案》。

⁵¹⁷ 非洲联盟：《养护自然和自然资源非洲公约》第7条(水)第3款；和南共体：《经修订的南部非洲发展共同体共有水道议定书》第5条(执行机构框架)。

⁵¹⁸ 日内瓦州与上萨瓦省建立的法国—瑞士日内瓦含水层委员会以及《关于水权申请送审事宜的协议备忘录》(1996年10月10日)——不列颠哥伦比亚/华盛顿谅解备忘录附录(1996年4月12日)，Burchi和Mechlem，前引书(上文脚注497)，第230页。

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

3. 如果一含水层国请求另一含水层国提供非便捷可得的数据或资料，后者应尽力满足请求。被请求国可附带条件，要求请求国支付收集和酌情处理这种数据或资料的合理费用。

4. 含水层国应酌情尽力收集和整理这种数据和资料，以便于接收数据和资料的其他含水层国予以利用。

评注

(1) 数据和资料的定期交流是各含水层国进行合作的第一步。对1997年《水道公约》第9条的案文作了调整，以适应含水层的特性。特别是鉴于对一些含水层的科学发现还不充分，另外制订了第2款。在条款草案中，数据和资料的交流分为几个阶段。本条草案中的数据和资料仅限于那些涉及含水层状况的数据和资料。其中不仅包括原始统计数据，还包括研究和分析成果。后面的条款草案，包括条款草案第12、第13和第4条在内，涉及关于监测、含水层的利用、影响含水层的其他活动及其对含水层的影响的数据和资料。

(2) 条款草案第8条规定了各含水层国为确保跨界含水层的公平合理利用而进行数据和资料交流的最低一般要求。为落实条款草案第5条，含水层国需要关于含水层状况的数据和资料，该条草案呼吁各含水层国在履行条款草案第4条规定的公平合理利用含水层的义务时，应考虑“所有相关因素”。条款草案第8条所载的规则是备用的，适用于对此问题没有特别商定规则的情况，但并不妨碍有关各国就某一特定跨界含水层缔结的安排所确定的规则。实际上，鉴于有关跨界含水层的特性，各含水层国显然需要相互之间达成此类协定，以便除其他之外对数据和资料的收集和交换作出规定。

(3) 第1款关于定期进行资料和资料交流的要求旨在确保各含水层国掌握履行条款草案第4、第5和第6条规定的义务所需的事实。通过要求“定期”交流数据和资料,第1款规定了一个持续、系统的过程,以区别于专门为诸如条款草案第14条所规定的各种既定行动提供资料。第1款要求各含水层国交流“便捷可得的”的数据和资料。这一表述旨在表明,作为一般法律责任,含水层国仅有义务提供这类它所掌握的既有数据和资料,例如那些它为自己使用而已经收集的或很容易获得的数据或资料。在某一具体情况下,数据和资料是否“便捷”可得,取决于对获得这些数据和资料所需要付出的努力和成本等因素的客观评估,同时应考虑被请求的含水层国的人力、技术、资金和其他有关资源。因此,第1款和第3款使用的“便捷”一词是一个专门术语,其含义大体相当于“根据所有相关情况”或“可行的”,而不是“合理地”或“必然的”。很多协议都提及数据和资料交流的重要性。⁵¹⁹

(4) 第1款“特别是地质、水文地质、水文、气象和生态方面的数据和资料以及与含水层或含水层系统的水文化学有关的数据和资料”是指用来界定和辨别含水层特性的数据和资料。“地质”指含水层发源地的年龄、组成和结构。“水文地质”指含水层储存、输送和排泄地下水的功能。“水文”指除水循环中地下水之外的因素,主要是指对含水层的补给、含水层的形态、储存和排泄十分重要的有效降水或地面水。有效降水是降水中进入含水层的部分。换言之,它是总降水量减去蒸发、地表流失的水量以及植物吸收的水量。“气象”提供计算蒸发所

必需的降水、温度和湿度等数据。“生态”提供计算植物蒸发所必需的有关植物的数据。“水文化学”提供确定水质所必需的关于水的化学成分数据。第1款规定含水层国不仅应交流有关含水层现状的数据和资料,而且还应交流有关的预报。这里所设想的预报涉及天气模式及其对可能对水位和水流可能造成的影响;补给和排泄量;可预测的冰川状况;目前的利用可能造成的长期影响;以及生物资源的状况或迁移。即使在相对少见的含水层国未利用或没有计划利用跨界含水层的情况下,第1款的规定仍适用。

(5) 第2款要求含水层国对跨界含水层的不确定性给予应有的注意。在此问题上开展有效国际合作所面临的一个困难是,有关跨界含水层的科学知识仍有不确定性。各含水层国必须相互合作或与有关国际组织合作,收集新的数据和资料,并向其他含水层国提供这些数据和资料。“提供”数据的概念包括处理原始数据,使之成为可用的资料。教科文组织—国际水文方案编纂了包括含水层的位置和特性在内的可靠的全球数据和资料,并提供给含水层的科学和管理团体。

(6) 第3款涉及及要求被请求国提供非便捷可得的数据或资料的情况。在此种情况下,被请求国应“尽力”满足请求。它应本着善意和合作的精神尽力提供提出请求的含水层国所要求提供的数据或资料。如没有与之相反的协议,含水层国可不必对将要交流的数据或资料进行处理。但根据条款草案第8条第3款的规定,它们应尽最大努力满足请求。被请求国可对其满足请求附带条件,要求请求国支付为收集和酌情处理这些数据的合理费用。“酌情”一词旨在提供一定的灵活性,有必要这样做是出于几方面的原因。在一些情况下,可能不必处理这些数据或资料便能使其为它国所用。但在另外一些情况下,为确保有关材料能被它国所用,可能有必要进行这种处理,但这可能给提供材料的国家造成不应有的负担。

(7) 为使数据和资料对含水层国有实际价值,它们必须易于使用。因此,第4款要求含水层国“尽力收集和这种数据和资料”,以便于其他含水层国“予以利用”。

⁵¹⁹ 《保护与使用越境水道和国际湖泊公约》(1992年)、《制定区域战略以利用努比亚砂岩含水层系统的方案》(2000年)、《保护和可持续发展喀尔巴阡山脉框架公约》(2003年)、《养护自然和自然资源非洲公约》(2003年)、《保护和可持续利用多瑙河合作公约》(1994年)、《莫桑比克共和国、南非共和国和斯威士兰王国关于合作保护和可持续利用因科马蒂和马普托河水道水资源的三方临时议定书》(2002年)、《萨瓦河流域框架协议》(2002年)、《可持续管理坦噶尼喀湖公约》(2003年)、《维多利亚湖流域可持续发展议定书》(2003年)、1983年修正的《修正1978年美利坚合众国与加拿大大湖地区水质协定议定书》(1987年11月18日在托莱多签署,联合国,《条约汇编》,第2185卷,第18177号,第504页)、以及《保护和可持续利用西班牙—葡萄牙水文流域的水域合作协定》(1998年11月30日在阿尔布费拉签署,同上,第2099卷,第36496号,第314页)。

第三部分

保护、保全和管理

第9条 生态系统的保护和保全

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

评注

(1) 第三部分一开始的条款草案第9条，规定了通过确保排泄水的适当质量和充足数量来保护和保全跨界含水层内的生态系统以及依赖于该含水层的外部生态系统的一般性义务。与《联合国海洋法公约》第192条和1997年《水道公约》第20条一样，条款草案第9条包含保护和保全两方面的义务。这些义务涉及含水层内部和外部的“生态系统”。

(2) 对条款草案第5条的评注第(4)段对“生态系统”这一用语作出了解释。“生态系统”一般指由有生命和无生命成分构成的生态单位；这些成分相互依存，并作为一个群落运行。“在一个生态系统中，各组成部分生生相息，没有哪一部分从真正意义上说是多余的。”⁵²⁰对生态系统某一组成部分产生作用的外部影响可能会引起其他组成部分作出反应，可能会打破整个生态系统的平衡。这样的“外部影响”或干扰可能会损害或破坏生态系统作为一个生命支持系统运行的能力。人类的干预可能会不可逆转地打破淡水生态系统的平衡，特别是使其无法支持人类及其他形式的生命。随着社会经济的发展，淡水生态系统与人类活动的相互作用正变得更加复杂和难以协调。保护和保全跨界含水层内部及外部生态系统的义务所涉及的这一问题在世界一些地区已十分突出，在另外一些地方也可能变得突出起来。保护和保全含水层内的生态系统的方式，不同于保护和保全依赖于含水层的外部生态系统的方式。排泄水的质量和对外部生态系统有极大的影响。

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

(4) 成员国采取“一切适当措施”的义务仅限于保护有关生态系统。这使成员国在履行本条款规定的义务时拥有更大的灵活性。委员会特别指出，在一些情况下，出于其他考虑，可以对一个生态系统作出相应的改变，包括依据条款草案规划使用含水层等。

(5) 关于条款草案第9条所载义务，在成员国的实践和国际组织的工作中可以找到大量的先例。《东盟保护自然和自然资源协定》(1985年)对保护物种和生态系统以及保护生态过程的义务作出了规定。《保护与使用越境水道和国际湖泊公约》(1992年)规定了“确保护养并在必要时恢复生态系统”的义务(第2条)。《1992年跨界水道和国际湖泊保护和利用公约关于水和卫生的议定书》(1999年)规定了“采取一切适当措施以确保有效保护水资源作为饮用水来源并保护与此相关的水生态系统，使用免受其他活动的污染”的义务(第4条)。《莫桑比克共和国、南非共和国和斯威士兰王国关于合作保护和可持续利用因科马蒂和马普托河水道水资源的三方临时议定书》(2002年)规定“缔约国应单独或酌情联合采取一切措施，保护和保全因科马蒂和马普托河水道的生态系统”(第6条)。《维多利亚湖流域可持续发展议定书》(2003年)规定了“单独、联合或酌情邀请所有有关各方共同参与，采取一切适当措施保护、养护或在必要时恢复流域及其生态系统”的义务。

第10条 补给区和排泄区

1. 含水层国应查明其跨界含水层或含水层系统的补给区和排泄区，并应在这些区域内采取特别措施，以最大限度减少对补给和排泄过程的有害影响。

2. 如果补给区或排泄区全部或部分地位于一国境内，而该国相对于有关含水层或含水层系统而

⁵²⁰ ENVWA/WP.3/R.7/Rev.1号文件，第9段。

言不属于含水层国，该国则应与含水层国合作，以保护该含水层或含水层系统。

评注

(1) 地下水专家解释了采取措施保护和保全补给区和排泄区以确保含水层正常运行的重要性。中断或妨碍补给和排泄过程，如在上述区域内修筑混凝土障碍物，会对含水层造成严重不利影响。根据条款草案第2条(a)项有关“含水层”的定义，补给区和排泄区位于含水层之外，因此需要制定专门的条款草案对这些区域进行管理。第1款规定了含水层国在保护其跨界含水层的补给区和排泄区方面的义务。可分为两个阶段履行这些义务。第一个阶段是含水层国有义务查明其跨界含水层的补给区和排泄区，第二个阶段是采取特别措施保护这些区域，以保护含水层的正常运行。

(2) 关于补给区和排泄区的确定，这些区域必须与含水层在水文上直接连通。补给区和排泄区一经查明，并且如果其位于有关含水层国境内，该国便有义务采取特别措施，最大限度减少对补给和排泄过程的有害影响。这些措施对保护和保全含水层起着关键的作用。人们注意到，在补给区内采取一切措施防止污染物进入含水层至关重要。但是，将保护补给区、防止污染含水层的义务放在条款草案第11条中处理更为合适；该条专门处理污染问题。

(3) 第2款涉及的情况是，某一特定跨界含水层的补给区和排泄区的所在国可能不是共同拥有该跨界含水层的国家。考虑到补给和排泄机制对于含水层正常运行的重要性，委员会决定，补给区或排泄区的所有国有义务与含水层国进行合作，以保护含水层。在这方面应注意到，条款草案第7条规定含水层国有开展合作的一般性义务。

第11条 防止、减少和控制污染

在污染，包括补水过程产生的污染，有可能对其他含水层国造成重大损害的情况下，含水层国应单独和酌情共同防止、减少和控制对跨界含水层或含水层系统的污染。鉴于跨界含水层或含水层系统的性质和范围并不确定并且易受污染，含水层国应采取审慎态度。

评注

(1) 条款草案第11条规定了含水层国在防止、减少和控制可能对其他含水层国造成重大损害的跨界含水层污染方面所承担的一般性义务。这些污染通过跨界含水层以及与含水层有关的环境，可对其他含水层国造成损害。这里涉及的问题实际上是含水层水质问题。本条款是条款草案第4条和第6条所包含的一般原则的具体应用。

(2) 有的跨界含水层已遭到不同程度的污染，有的仍未被污染。鉴于这种情况，条款草案第11条针对不同的污染状况使用了“防止、减少和控制”的表述。1982年《联合国海洋法公约》有关海洋污染的部分以及1997年《水道公约》均使用了该表述。海洋环境和国际水道这两者情况类似。“防止”义务针对的是新污染，“减少”和“控制”义务针对的则是现存污染。与条款草案第9条规定的“保护”生态系统的义务一样，“防止……可能造成重大损害的……污染”的义务包括应对防止此类损害的威胁作出应有努力的责任。这项义务被表述为“可能造成”。要求含水层国“减少和控制”已有的污染，反映了含水层国的实践。在一些情况下，要求立即消除造成损害的现有污染可能非常困难，特别是当制造污染的含水层国遭受的损失与受到损害的含水层国可能得到的好处相差悬殊时更是如此。另一方面，如制造污染的含水层国未能作出应有的努力将污染减少到可以接受的水平，则受害国有权宣布污染国违反了其应尽的义务。正如对条款草案第10条的评注第(2)段所述，本条草案增添了关于补给过程的具体内容。

(3) 本条草案要求“单独或共同”采取有关措施。采取共同行动的义务源自条款草案第7条，特别是其第2款所包含的一些一般义务。

(4) 防止、减少和控制的义务均适用于“可能对其他含水层国造成重大损害”的污染。未达到这一标准的污染不属于本条款范围，但在一些情况下可受条款草案第9条的约束。

(5) 鉴于一些跨界含水层或含水层系统的性质和范围不确定并且易受污染，本条最后一句要求各含水层国采取审慎的态度。地下水专家强调，跨

界含水层或含水层系统十分脆弱。他们还强调，一旦跨界含水层或含水层系统遭到污染，这些污染就很难消除，在很多情况下会变得不可逆转。考虑到跨界含水层或含水层系统的脆弱性和在科学上的不确定性，必须对此采取审慎的态度。

(6) 委员会一些委员强烈建议，应当依据“审慎原则”而制订一条单独的条款草案。但对“审慎原则”是否已被确立为习惯国际法有不同的意见。诚然，几个区域性条约或公约明确提及了“审慎原则”。⁵²¹ 但全球性的条约或公约使用了“审慎态度”或“审慎措施”等不同的表述。⁵²² 委员会大多数委员认为，最好避免就“审慎原则”这一表述进行概念上的艰难讨论。“审慎态度”这一争议较少的表述包含了对含水层的脆弱性和科学上的不确定性给予特别考虑的要求，可以满足基本需要。当然，此类最低要求只是补充性的，不会影响对有关含水层国就特定跨界含水层或含水层系统签署体现审慎原则的公约。

第12条 监测

1. 含水层国应监测其跨界含水层或含水层系统。只要有可能，含水层国应与其他有关含水层国联合开展监测活动，并酌情与主管国际组织开展合作。但如果监测活动不是以联合方式开展，含水层国应相互交流监测所得数据。

2. 含水层国应使用商定的或统一的标准和方法监测其跨界含水层或含水层系统。它们应根据一个商定的含水层或含水层系统概念模式，确定须予

监测的重要参数。这些参数应包括条款草案第8条第1款所列的含水层或含水层系统状况参数，以及含水层或含水层系统利用情况参数。

评注

(1) 多数地下水专家（科学家和管理人员）强调：对妥善管理跨界含水层而言，监测是必不可少的。在实践中，监测活动最先通常由相关国家单独发起，而且在很多情况下由地方政府发起，然后发展成为有关相邻国家的联合行动。但专家一致认为，最终和最理想的监测是根据商定的含水层概念模式进行联合监测。

(2) 第1款据此确立了含水层国监测其跨界含水层的义务。它要求含水层国只要有可能即与其他有关含水层国联合进行监测。它同时考虑到了没有实施联合监测的情况，确定了含水层国单独进行监测并与其他有关含水层国分享监测结果的义务。开展国际合作的一般义务由条款草案第7条作出了规定。履行国际合作的义务可分为几个阶段，包括定期交流数据和资料、监测、管理、有计划地开展活动等。条款草案第12条阐述了国际合作的一个阶段。

(3) 监测的重要性在很多国际文书中得到了广泛的承认，例如欧洲经委会制订的1989年《地下水管理章程》⁵²³和2000年《地下水监测和评估准则》、⁵²⁴1992年《保护与使用越境水道和国际湖泊公约》、以及《养护自然和自然资源非洲公约》。

(4) 条款草案第12条还与涉及定期交流数据和资料的条款草案第8条有关。要履行定期交流数据和资料的义务，就必须进行有效的监测。但条款草案第8条所要求的数据和资料仅限于有关含水层状况的那些数据和资料。如第2款所规定的，不仅需要含水层的状况、还需要对含水层的利用情况、如地下水的抽取和人工补给情况进行监测。

⁵²¹ 《保护东北大西洋海洋环境公约》（《奥斯巴公约》，1992年），《保护波罗的海地区海洋环境公约》（1992年），《保护地中海海洋环境和沿海区域公约》（1995年），《保护与使用越境水道和国际湖泊公约》（1992年），《建立欧洲共同体条约》（1957年），和《禁止向非洲输入有害废物并管制有害废物在非洲境内越境转移和管理的巴马科公约》（1991年），《1992年跨界水道和国际湖泊保护和利用公约关于水和卫生的议定书》（1999年），《保护和可持续发展喀尔巴阡山脉框架公约》（2003年），《保护和可持续利用多瑙河合作公约》（1994年），《保护莱茵河公约》（1999年），《可持续管理坦噶尼喀湖公约》（2003年），《维多利亚湖流域可持续发展议定书》（2003年）。

⁵²² 例如，《1972年防止倾倒废物及其他物质污染海洋的公约的1996年议定书》和《执行1982年12月10日联合国海洋法公约有关养护和管理跨界鱼类种群和高度洄游鱼类种群的规定的协定》（1995年）均使用了“审慎态度”的表述。《联合国气候变化框架公约》（1992年）规定了采取“审慎措施”的义务。

⁵²³ 欧洲经委会于1989年通过。见《地下水管理章程》（联合国出版物，出售品编号：E.89.11.E21），E/ECE/1197-ECE/ENVWA/12号文件。

⁵²⁴ 这些是联合国欧洲经委会监测与评估工作组根据《保护与使用越境水道和国际湖泊公约》（1992年于赫尔辛基）起草的，并由《公约》缔约国于2000年3月通过（见上文脚注516）。

(5) 监测的目的是：(a) 查明某一特定跨界含水层的状况和利用情况，以便采取有效措施进行保护、保全和管理；和 (b) 进行定期监测，以便在早期获得任何关于变化或损害的信息。通过国际合作开展有效的监测，还有利于进一步发展关于跨界含水层的科学知识。

(6) 各种不同的国际文书均包含就特定的跨界含水层开展联合监测的内容。其中一个例子是2000年制订的《制定区域战略以利用努比亚砂岩含水层系统的方案》。《监测和交流地下水信息的工作范围》是为执行该方案而达成的协定之一。2003年《保护和可持续发展喀尔巴阡山脉框架公约》规定有义务执行旨在开展联合或互补性监测项目的政策，包括对环境状况进行系统监测。1994年《保护和可持续利用多瑙河合作公约》不仅规定有义务协调单独进行的监测活动，还有义务就多瑙河集水区域的河流状况，包括水质水量、沉积、河流生态系统等，制订并执行联合监测方案。欧洲联盟水框架指令2000/60/EC规定，“成员国应确保建立水文状况监测方案，以对每条河流流域内的水文状况进行连贯和全面的评估”。⁵²⁵

(7) 如果含水层国同意建立此类联合机制，则是最有效的办法。但在很多情况下，有关含水层国尚未启动磋商或未就建立联合机制达成协议。即使在这种情况下，这些国家至少也有义务单独开展监测活动，并与其他有关含水层国分享监测结果。2003年《养护自然和自然资源非洲公约》规定，各方有义务监测其自然资源状况、以及开发活动和项目对自然资源造成的影响。2002年《莫桑比克共和国、南非共和国和斯威士兰王国关于合作保护和可持续利用因科马蒂和马普托河道水资源的临时议定书》规定，各方有义务建立类似的监测体系、方法和程序，并执行一项定期监测方案，其中包括因科马蒂和马普托河道的生物和化学特征，各方还应按照向“三方常设技术委员会”规定的期限，定期就与上述水道水质有关的水文、海洋和河岸生态系统的状况和趋势提交报告。2002年《萨瓦河流域框架协定》规定，各方有义务共同商定，就协定的执行情况和根据协定开展的活动确立一项长期监测的方法。2003年《可持续管理坦噶尼喀湖公约》中

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

(8) 第2款规定了含水层国开展有效监测义务的核心要素，即商定或统一监测的标准和方法。没有商定或统一的标准和方法，则收集的数据没有用处。一国要能够使用其他国家收集的数据，必须先了解这些数据是何时、何地收集的，这些数据是什么，为什么以及怎样收集的这些数据。有了这些“元数据”(与数据有关的数据)，一国即可以独立地评估这些数据的质量，如果这些数据达到了最低标准，该国便可以进而调整这些现有数据并对整理过的数据库作出解释。以法国—瑞士日内瓦含水层委员会为例，双方从各自的数据标准开始，经过一段时期的实践，达到了数据相类似、可对比的程度。为了选定将要监测的关键参数，含水层国还应就特定含水层的概念模式达成一致。这里有两类概念模式：一种是物理矩阵，另一种是水力动态模型。含水层国可以在开始时商定采用一种模式，并随着通过监测对含水层有了更好的了解，再对该模式进行调整。将要监测的关键参数包括含水层的状况以及本评注上述第(4)段所述的含水层利用情况。关于含水层状况的数据涉及范围、几何形状、水流途径、静水力学压力分布、流量、水质化学等数据，与条款草案第8条第1款列举的领域相同。

(9) 尽管一般义务的表述采用了强制性的语言，但为推动各国履行主要义务，对履行主要义务的方式仍采取建议的形式。还须指出的是，将要监测的是那些正在利用的含水层。

第13条 管理

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

评注

(1) 条款草案第13条规定含水层国有义务制订和执行各种妥善管理其跨界含水层的规划。鉴于

⁵²⁵ 见上文脚注499。

国家对境内含水层的主权以及含水层国之间开展合作的需要，本条款草案包含了两类义务：首先，各含水层国均有义务制订并执行自己的含水层管理规划，其次，在其他任何含水层国提出要求时，它还有义务与其他含水层国进行磋商。

(2) 1997年《水道公约》第24条第2款规定，“‘管理’尤其是指：(a)规划国际水道的可持续发展，并就所通过的任何计划的执行作出规定；和(b)以其他方式促进对水道的合理和最佳利用、保护和控制”。2000年《经修订的南部非洲发展共同体共有水道议定书》也采用了完全相同的定义。该议定书于2003年生效。经过必要的修正，这一定义可比照适用于本主题。

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

(4) 本条草案第一句规定各含水层国有义务制订并执行妥善管理其含水层的规划，并对其他含水层国的权益给予应有的考虑。第二句规定，如其他任何含水层国提出要求，该国应就跨界含水层的管理与之举行磋商。最后一句规定应酌情建立联合管理机制。委员会认为，鉴于地下水专家对联合管理跨界含水层的重视，加强这方面的义务尤其重要。委员会还认识到，在实践中，并非在所有情况下均能建立上述机制。磋商的结果取决于有关国家。各国已建立了许多联合委员会，其中很多委员会被赋予了管理的职责。特别是，针对特定跨界含水层的合作模式采用了不太正式的形式，如有关国家的主管机构或代表定期举行会议等。欧洲大多数跨界含水层规模很小，通常在跨境地区或当地城市一级进行管理。应鼓励地方当局之间的此类合作。为了给这类较为不正式的联合管理模式提供依据，本条草案提及的是联合管理“机制”而非“机构”。

(5) 《保护与使用越境水道和国际湖泊公约》规定了管理水道的义务，“以便在不损及后代满足其需要的能力的同时，满足当代人的需要”(第2条)。1999年《1992年跨界水道和国际湖泊保护和利用

公约关于水和卫生的议定书》进一步澄清了水道管理所应考虑的要害。《保护和可持续发展喀尔巴阡山脉框架公约》规定了进行“河流流域管理”的义务(第4条)。《养护自然和自然资源非洲公约》规定，缔约国有义务“管理其水道，以在数量和质量上将其保持在最高水平”(第七条)。

(6) 为管理特定跨界含水层，一些国家建立了区域性机构或机制。2000年《经修订的南部非洲发展共同体共有水道议定书》“为对共有水道进行管理，寻求推动和促进制订共有水道协议和建立共有水道管理机构”(第2条)。2002年《萨瓦河流域框架协定》规定了“合作……以建立可持续的水管理”的义务(第2条)。它还规定了“制订萨瓦河流域水资源管理的联合及(或)一体化规划……”的义务(第12条)。《可持续管理坦噶尼喀湖公约》规定了管理坦噶尼喀湖的自然资源并建立坦噶尼喀湖管理机构的义务。该机构的职责之一是在坦噶尼喀湖及其流域的管理问题上促进和代表缔约国的共同利益。2003年《维多利亚湖流域可持续发展议定书》规定缔约国及该议定书建立的委员会在养护和可持续利用流域资源方面负有制订管理规划的义务。

第四部分

影响其他国家的活动

第14条 已规划的活动

1. 如果一国有合理理由认为，其境内某项已规划的活动可能对跨界含水层或含水层系统造成影响，并因而可能对另一国造成重大不利影响，该国应在切实可行的情况下，对此活动可能造成的影响进行评估。

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

3. 如果通知国和被通知国对已规划的活动可能造成的影响有异议，双方应进行协商，并在必要时进行谈判，以期公平解决这种情况。它们可利用

独立的事实调查机构对已规划的活动的影晌作出公正评估。

评注

(1) 1997年《水道公约》共有九项条款涉及与可能对其他水道国造成重大不利影响的已规划措施。它们详尽地规定了有关国家应当遵循的程序。关于国际水道,有一些大型开发项目并在所涉国家之间引发了相关争端,需要制订详细的程序来避免和缓解这些争端。关于跨界含水层,目前尚未制订处理已规划的活动的详细程序,大家似乎总体倾向于仅用一项条款草案就能规定的较为简单的程序性要求。在这方面扩大了条款草案第14条的范围,使其适用于那些有合理理由认为其境内某项已规划的活动可能对跨界含水层或含水层系统造成影响、并因而可能对另一国造成重大不利影响的任何国家,无论其是否为含水层国。因此,这项规定不仅仅适用于含水层国。

(2) 本条草案所规范的活动既可由国家及其下属机构进行,也可由私营企业进行。为履行第四部分中本条草案所规定的关于影响其他国家的活动的义务,各国必须事先了解此类活动的整个规划过程,并因此必须建立国内法律制度,要求此类活动必须得到国家的批准。

(3) 第1款规定了一国有事先对已规划的活动可能造成的影响进行评估的最低义务。已规划的活动不仅包括对跨界含水层的利用,而且还包括影响或可能影响跨界含水层的其他活动。由于该义务与活动的规划密切相关,所以从这一意义上说,应将该义务与关于保护、保全和管理的第三分部所规定的一般义务区分开来。除第三部分规定将要采取的措施外,含水层国还有义务评估对跨界含水层已规划的活动可能造成的任何不利影响。从两层意义上说,该义务只是最低要求。第一,只有当一国有合理理由预见到有可能产生不利影响时,才被要求对已规划的活动的潜在影响进行评估。第二,如果评估并非切实可行,则该国不承担评估的义务。

(4) 很多不同的条约和公约均对规划特定活动的国家规定了评估方面的义务。例如,1985年《东盟保护自然和自然资源协定》规定了“在采取某

项可能对另一缔约方的环境或自然资源或不在其管辖范围之内的环境或自然资源造成重大影响的活动前,努力作出环境影响评估”的义务”(第20条)。2003年《养护自然和自然资源非洲公约》规定了“确保在尽可能早的阶段对可能影响自然资源、生态系统和环境的政策、规划、方案、战略、项目和活动作出充分的影响评估”(第十四条)。1998年《保护和可持续利用西班牙—葡萄牙水文流域的水域合作协定》规定,“缔约方应制订必要的规定,确保对本协定所涵盖的、由于其性质、规模和地理位置而必须进行跨界影响评估的项目和活动批准前按照有关规定进行评估”(第9条)。⁵²⁶

(5) 环境影响评估的重要性在联合国起草的文书中也有所体现。例如,欧洲经委会编写的《1989年地下水管理章程》规定:“各经济部门预计将对含水层造成不利影响的所有项目均应履行评估程序,其目的是评估项目可能对水分状况及(或)地下水资源的质量造成的影响,尤其要注意地下水在生态系统中发挥的重要作用”(第十四条)。⁵²⁷《21世纪议程》(1992年)在题为“保护淡水资源的质量和供应:对水资源的开发、管理和利用采用综合性办法”的第18章中建议各国可“对可能损害水质和水生生态系统的所有重大的水资源开发项目进行强制性环境影响评价”。⁵²⁸

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

⁵²⁶ 见上文脚注519。

⁵²⁷ 见上文脚注523。

⁵²⁸ 《联合国环境与发展会议的报告》,1992年6月3日至14日,里约热内卢(见上文脚注301),第40段。

评注

(7) 如被通知国对通知国提供的资料和评估结果感到满意, 双方就具备了处理已规划的活动问题的共同基础。反之, 如果双方对已规划的活动所造成影响的评估结果有异议, 就有义务按照第3款的规定争取达成公平的解决办法。找到上述解决办法的前提条件是有关国家必须对可能造成的影响有相同看法。为达到上述目的, 一个独立的实况调查机制可在对已规划的活动的活动的影响提供科学和公正的评估方面发挥重要作用。1997年《水道公约》第33条规定可强制援用此类实况调查机制。在地下水方面似乎尚无证据表明必须履行此类义务。因此, 本条采用了可选择利用此类实况调查机制的提法。

(8) 启动本条草案所规定程序的标准是, 已规划的活动可能对他国造成“重大不利影响”。这一门槛值低于条款草案第6条所使用的“重大损害”。

第五部分

杂项规定

第15条 与发展中国家的科学技术合作

各国应直接或通过主管国际组织, 促进与发展中国家的科学、教育、技术及其他合作, 以保护和管理跨界含水层或含水层系统。此类合作除其他外应包括:

- (a) 培训其科学技术人员;
- (b) 便利其参加相关国家方案;
- (c) 向其提供必要的设备和设施;
- (d) 提高其制造这种设备的能力;
- (e) 为研究、监测、教育和其他方案提供咨询意见并发展这方面的设施;
- (f) 为最大限度减少重大活动对跨界含水层或含水层系统的有害影响而提供咨询意见并发展这方面的设施;
- (g) 编写环境影响评估报告。

(1) 条款草案第15条涉及与发展中国家的科学技术合作。应强调的是, 在本条款草案中, 采用了“合作”而不是“援助”一词。“合作”一词更好地代表了促进发展中国家可持续增长所必需的双向过程。根据本条首句, 各国必须促进科学、技术及其他合作。第二句所列举的合作类型反映了各国为履行第一句所载义务而可以选择一些不同办法。各国不必开展所列的每一种合作, 而可以选择合作方式。

(2) 水文地质学这一地下水学科正在迅速发展。这些快速发展的新科学知识主要被发达国家掌握, 而尚未被很多发展中国家完全分享。与发展中国家的科技合作已经通过主管国际组织进行。教科文组织——国际水文方案在这一领域发挥着核心作用, 是联合国系统的全球性政府间科学方案, 能响应国家和地区的需要和需求。在主管国际组织所提供的广泛援助下, 区域性安排也在顺利发展。规定各国有义务促进科学技术合作是合适的。

(3) 本条款草案规定的义务是国家间开展合作的一种形式, 其依据来自1982年《联合国海洋法公约》第202条(对发展中国家的科学技术援助)。《斯德哥尔摩宣言》⁵²⁹指出必须提供技术协助, 以补充发展中国家的国内发展努力, 并对发展中国家给予特别关注, 以促进发展和保护环境(原则9和原则12)。《里约宣言》⁵³⁰原则7建议采用共同而有差别责任。该《宣言》的原则9提到, “各国应当合作加强内部能力建设, 以实现可持续发展, 做法是通过交流科技知识来提高认识, 并增强各种技术包括新技术和革新性技术的开发、修改利用、传播和转让。”

(4) 本条款草案所规定的合作主要指科学、教育和技术合作。“其他合作”一语包括其他可能的合作方式, 如为制订或建立适当的方案或体系提供程序或法律援助。这一列举参照了《联合国海洋法公约》第202条。不妨把合作重点放在教育合作、培训科学技术人员以及加强发展中国家在保护、监

⁵²⁹ 见上文脚注312。

⁵³⁰ 见上文脚注301。

测和影响评估等方面的能力建设上。这些合作有助于今后在发展中国家间开展互利合作。本条所列并未囊括所有的合作方式。

(5) 另外几部公约和条约也提及了本条草案所规定的合作内容。《保护与使用越境水道和国际湖泊公约》规定了互助的义务。《1992年跨界水道和国际湖泊保护和利用公约关于水和卫生的议定书》强调，必须“教育和培训管理水资源和经营供水和环境卫生系统所需要的专业技术人员”并“更新和提高其知识技能”（第9条）。该议定书第14条将需要对国家行动提供国际援助的领域列举如下：

(a) 编制越境、国家及（或）地方一级水资源管理规划以及改善供水及卫生的方案；(b) 在执行此类规划和方案时，改善各种项目、特别是基础设施项目的设计，以利于获得资金来源；(c) 有效执行这些项目；(d) 建立监测系统和预警系统、应急计划和应付与水有关的疾病的能力；(e) 制订支持《议定书》执行所需的立法；(f) 教育和培训专业和技术骨干；(g) 研究和发展预防、控制和减少与水有关的疾病的具有成本效益的手段和技术；(h) 运营有效的网络，监测、评估与水有关的服务的提供情况和质量；(i) 保证监测活动的质量，包括化验室之间的可比性。

还有人指出，1994年《防治荒漠化公约》就第6条提及的发达国家缔约方所应承担的义务针对正在经历严重干旱和/或荒漠化的国家特别是非洲国家制订了一项专门条款。该条款列举了此类义务，其中一条是“促进和便利受影响国家缔约方，特别是受影响发展中国家缔约方获得适用技术、知识和诀窍”。

(6) 相互合作的义务在区域性公约中也有规定。其中一个例子是2003年《养护自然和自然资源非洲公约》，其中规定了“按照共同商定的条件，在开发、利用、获得及转让无害环境的技术方面鼓励和加强合作”，并为此“采取立法和管制措施，除其他外，对私营及公共部门开发、进口、转让和利用无害环境的技术提供经济等方面的奖励措施”的义务。

(7) 其他一些没有约束力的宣言也提到了科学技术援助的重要性。1977年联合国水事会议通过的《马德里塔行动计划》指出，在水资源方面仍

缺乏足够的科学知识。关于地下水，该《行动计划》建议各国应

(一) 为建立、加强记载地下水资源数量和质量特征的观测网提供援助；

(二) 为建立地下水数据库、评估研究工作、确定存在的差距以及制定未来调查和勘查方案提供援助；

(三) 为获得先进技术，如地球物理方法、核技术、数学模型等，提供包括人员和设备在内的援助。⁵³¹

(8) 联合国环境与发展会议通过的《21世纪议程》（1992年）第18章指出，所追求的四个主要目的之一是“视需要，特别在发展中国家确定和加强或发展适当的体制、法律和财政机制，以确保水事政策及其贯彻执行成为可持续的社会进步和经济增长的催化剂”。⁵³² 它还建议：

所有国家可按其能力和现有资源，通过双边或多边合作，包括斟酌情况通过联合国和其他有关组织实施下列活动，以改善其水资源的综合管理：……斟酌情况发展和加强有关各级的合作，包括适当时发展和加强各种机制，即：……（四）在全球一级，进一步明确各国际组织和计划署的责任、分工和协调，包括促进有关水资源管理方面的讨论和经验分享。⁵³³

它还指出，目前所追求的将水质的各个因素纳入水资源管理的三项目标之一是“人力资源开发：这是能力建设的关键和实施水质管理的先决条件”。⁵³⁴ 《可持续发展问题世界首脑会议执行计划》（2002年）也提到了技术援助（第四章，第25段）。⁵³⁵

第16条 紧急情况

1. 为本条款草案的目的，“紧急情况”是指由自然原因或人类行为突然引起而给含水层国或其他国家造成严重损害之急迫威胁的情况。

⁵³¹ 见上文脚注511。

⁵³² 《联合国环境与发展会议的报告》，1992年6月3日至14日，里约热内卢（见上文脚注301），第9段。

⁵³³ 同上，第12段。

⁵³⁴ 同上，第38段(c)节。

⁵³⁵ 见上文脚注416。

2. 如果一紧急情况影响跨界含水层或含水层系统，并因此对各国造成急迫威胁，则适用以下条款：

(a) 如果在该国领土内发生紧急情况，该国应：

(一) 毫不迟延地并以现有的最快方式，将此紧急情况通知其他可能受影响的国家以及主管国际组织；

(二) 与可能受影响的国家合作，并酌情与主管国际组织合作，立即视情况需要采取一切实际可行的措施，预防、减轻和消除紧急情况的任何有害影响；

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

3. 如果紧急情况对人类基本需要构成威胁，尽管有条款草案第4条和第6条的规定，含水层国可以在严格必要限度内，采取措施满足这类需要。

评注

(1) 条款草案第16条涉及各国应对与跨界含水层有关的实际紧急情况的义务。这与涉及防止和减少可能损害含水层国的情况的条款草案第11条不同。1997年《水道公约》第28条载有类似的规定。与水道相比，含水层的紧急情况没有那么多，破坏性也没有那么大。但考虑到2004年12月印度洋沿岸发生的、由印度尼西亚的亚齐海岸外强烈地震所引发的破坏性极大的海啸灾难，有必要纳入关于这一问题的一项条款。虽然尚未公布明确的研究报告，但许多含水层肯定受到不利影响。由于排泄过程受到破坏，含水层可能发生盐碱化。经与地下水专家协商，兹拟订本条款草案以应付此类情况。

(2) 第1款对“紧急情况”作出了定义。对1997年《水道公约》第28条第1款的评注称，“紧急情况”的定义包含许多重要因素，并列举若干实例加以说明。根据定义，一个“紧急情况”必

须给其他国家造成“严重损害”，或构成此类急迫威胁。鉴于所造成损害的严重程度以及紧急情况发生的突然性，有必要采取本条款草案要求采取的措施。“其他国家”是指那些可能受紧急情况影响的含水层国与非含水层国。这通常是含水层或其补给区或排泄区所在的国家。构成紧急情况的事态必须是“突然”发生的。但本项规定也涵盖了天气预报能预测到的“紧急情况”。

(3) 由于紧急情况会造成“造成严重损害之急迫威胁”，发生紧急情况的国家有义务按照第2款(a)项第(一)目的规定，“毫不迟延地并以现有的最快方式”，将此紧急情况通知其他可能受影响的国家及主管国际组织。例如，1986年《及早通报核事故公约》、1982年《联合国海洋法公约》以及多个涉及跨界含水层的协定都规定了类似的义务。“毫不迟延”表示了解紧急情况后立即行动，“以现有的最快方式”表示使用可以利用的最快通讯方式。由于非含水层国也可能受紧急情况的影响，因此须通知的国家不仅仅限于含水层国。该项还要求通知“主管国际组织”。此类国际组织必须是那些根据其组建文书能够对紧急情况作出反应的机构。通常情况下，此类国际组织是由含水层国建立的专门用来处理紧急情况的机构。最后，紧急情况可以是由“自然原因……或人类行为”引起的。尽管完全由自然原因引发之紧急情况的发生地国可能对他国由此受到的损害没有任何责任，但第2款(a)项和(b)项所规定的义务同样适用于此类紧急情况。

(4) 第2款(a)项第(二)目规定，如一国领土范围内发生紧急情况，该国应“立即……采取一切实际可行的措施，预防、减轻和消除紧急情况的任何有害影响”。有效应对绝大多数人类行为造成的紧急情况的行动是指在发生工业事故、沉船或其他事故时采取的行动。但本款仅要求采取一切“实际可行”的措施，即那些可行、管用和合理的措施。此外，只需要“视情况需要”采取措施，即视紧急情况的实际状态及其对他国可能造成影响的需要而采取措施。与第2款(a)项第(一)目一样，第2款(a)项第(二)目也设想到各国可能需要与诸如联合委员会等主管国际组织合作采取必要措施的情况。最后，本款规定了与可能受到影响的国家（同样包括非含水层国）进行合作。在所涉含水层是毗连含

水层或含水层系统、或可能受影响的国家能够在紧急情况发源的含水层国境内提供合作时，尤其需要此类合作。

(5) 《里约宣言》的原则18建议，有关国家有义务将可能对其他国家的环境造成突然有害影响的自然灾害或其他紧急情况立即通知其他国家。⁵³⁶ 一些区域性公约也规定了毫不延迟地通知有可能受影响的国家、区域委员会或机构及其他主管组织的义务。这方面的例子包括2000年《经修订的南部非洲发展共同体共有水道议定书》、2002年《莫桑比克共和国、南非共和国和斯威士兰王国关于合作保护和可持续利用因科马蒂和马普托河水道水资源的三方临时议定书》、2003年《可持续管理坦噶尼喀湖公约》和2003年《维多利亚湖流域可持续发展议定书》。2003年《养护自然和自然资源非洲公约》规定，缔约国有权要求另一缔约国就其境内发生的可能对本国自然资源造成影响的环境方面的紧急情况或自然灾害向其提供所有有关数据。

(6) 一些公约还建立了及早通知紧急情况的机制或系统。《保护与使用越境水道和国际湖泊公约》规定，“沿岸方应毫不延迟地彼此通报任何可能造成越境影响的重要情况”（第14条），并规定了酌情建立并运作协调或联合通讯、预警和警报系统的义务。1994年《保护和可持续利用多瑙河合作公约》建立了“协调或联合的通讯、预警或警报系统”（第16条），并规定了就协调国内通讯、预警和警报系统以及应急计划的方式、方法提供咨询的义务。1998年《保护和可持续利用西班牙—葡萄牙水文流域的水域合作协定》⁵³⁷ 规定了建立或改善传达早期预警或紧急情况信息的联合或协调通讯系统的义务。

(7) 第2款(b)项规定，各国负有义务提供援助，而不论其是否以任何形式受到某一紧急情况所造成的严重损害。地下水科学家和管理人员一致认为，各国需要采取联合行动有效应对紧急情况。必要的援助包括：协调应急行动及通讯，提供训练有素的应急人员、应急设备和物资，以及提供科技专业知识和人道主义援助。

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

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

第17条 武装冲突期间的保护

跨界含水层或含水层系统及有关装置、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所给予的保护，并且不得违反这些原则和规则加以使用。

评注

(1) 条款草案第17条涉及在武装冲突中对跨界含水层及有关装置给予的保护。1997年《水道公约》有一个条款涉及同一问题，本条的基本思想与其一致。在不妨碍现有法律的情况下，本条款草案并没有制订任何新的规则。它的作用仅仅在于提醒我们，适用于国际和国内武装冲突的国际法原则和规则载有有关水资源及有关工程的重要条款。这些条款总体上可分为两类：一类涉及水资源及有关工

⁵³⁶ 见上文脚注301。

⁵³⁷ 见上文脚注519。

程的保护，另一类涉及对水资源及有关工程的利用。由于就此问题制订详尽的管理办法超出了框架文件的范围，条款草案第17条仅分别提到了这两类原则和规则。

(2) 鉴于非含水层国在武装冲突中也可能利用或攻击跨界含水层及有关工程，条款草案第17条并不仅仅局限于含水层国。本条款草案的主要作用在于提醒所有国家注意有关武装冲突的法律适用于跨界含水层。

(3) 即使是在武装冲突期间，含水层国按照本条款草案的规定而保护和利用跨界含水层国及有关工程的义务仍然有效。但战争不仅会影响跨界含水层，也会影响含水层国对其的保护和利用。这种情况下，条款草案第17条明确规定适用涉及武装冲突的规则和原则，包括对有关国家有约束力的国际人道主义法公约的各种规定。例如，关于陆战法规和习惯的1907年《海牙公约》（《第四公约》）和涉及保护国际武装冲突受害者的《1949年8月12日内瓦四公约的1977年附加议定书》（《第一议定书》）第54条都禁止在供水中投毒，该议定书第56条还保护堤坝及其他工程免受“可能引起危险力量的释放，从而在平民居民中造成严重的损失”的攻击。根据《1949年8月12日内瓦四公约附加议定书》（《第二议定书》）第14条和第15条的规定，类似的保护措施也适用于非国际武装冲突。第一议定书关于“在作战中，应注意保护自然环境不受广泛、长期和严重的损害”的规定（第55条）也适用于武装冲突期间对水资源的保护。在没有具体规定的情况下，可按照“马斯顿条款”给予某些基本的保护。该条款最初被写入关于陆战法规和习惯的1899年和1907年《海牙公约》的序言，随后被写入许多公约和议定书，目前具有一般国际法的地位。它实质上规定，即使在没有具体国际协定的情况下，衍生于既定惯例、人道主义原则以及公众良心的国际法原则也保护和管辖平民和战斗人员。本条款草案第5条第2款规定，在解决关于利用跨界含水层的矛盾时，应特别注意人类的基本需要。

第18条 与国防或国家安全有关的数据和资料

本条款草案的任何规定均不使一国承担义务，提供对其国防或国家安全至关重要的保密数据或资

料。尽管如此，该国应同其他含水层国善意合作，以视情况尽量提供资料。

评注

(1) 条款草案第18条对要求提供资料的各条款草案规定了范围十分有限的例外情况。1997年《水道公约》也有同样的规定。指望各国同意公布对其国防或国家安全至关重要的资料是不现实的。与此同时，又不能让可能遭受已规划措施造成的不利影响的含水层国对其可能受到的影响毫不知情。因此，条款草案第18条要求不公布资料的国家“与其他含水层国善意合作，以视情况尽量提供资料”。“情况”系指那些导致不公布数据或资料的情况。在很多情况下，可对有关措施可能改变含水层的状况或影响其他含水层国的方式进行一般性描述，从而履行“尽量提供资料”的义务。因此，本条款草案目的是在有关国家的合法需要，即对敏感资料的保密需要，与获得有关已规划措施可能造成的不利影响之资料的需要之间保持平衡。与往常一样，条款草案第18条不影响规划国根据条款草案第4条和第6条承担的义务。

(2) 在委员会讨论的问题中，写入本条款草案是争议最大的问题之一。一些委员认为，此项规定可能被滥用，而且很难设想国家安全问题应优于本条款草案其他规定的情况。他们认为不应纳入这样一个条款。还有人强调，1997年《水道公约》第31条更大地限制了国家的酌情豁免权，要求此种数据和资料必须是对其国防和国家安全生死攸关（而不是至关重要）的。另外一些委员表示，此类保护措施对各国至关重要，第六委员会将要求采取此类保护措施。他们指出，在很多情况下，条款草案要求各国分享的资料往往超过保护含水层和含水层系统的严格必要水平。此外，他们认为，保护对国家安全至关重要的资料不会对条款草案其他规定的运行造成不应有的干扰。

(3) 大家注意到：有人建议根据关于防止危险活动造成的越界损害的条款草案第14条，将保护工业秘密和知识产权写入本条款草案。⁵³⁸ 但一些委员认为，尚不清楚此类保护措施对跨界含水层

⁵³⁸ 《2001年……年鉴》，第二卷（第二部分），第188页。

的情况是否有必要或有帮助。他们还对此类豁免对地下水问题来说可能过于广泛表示关切。无论如何，在确定哪些数据是条款草案第8条所规定的便捷可用的数据时，知识产权是将要考虑的因素之一。

第19条 双边和区域协定和安排

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

评注

(1) 必须强调，适当顾及区域和跨界含水层的历史、政治、社会和经济特点的双边或区域协定和安排十分重要。第一句吁请含水层国相互合作，为管理某个特定跨界含水层之目的达成双边或区域协定或安排。将这一事项交由与某一特定含水层相关的各含水层国处理，这一概念基于《联合国海洋

法公约》⁵³⁹所载的各项原则。这一概念也与1997年《水道公约》第3条所规定的“水道协定”相呼应。已经达成了许多关于地表水道的双边和区域协定。但是，关于地下水，此种国际集体措施仍然处于酝酿阶段，合作框架尚待适当形成。因此，本款加入了“安排”一词。本款还规定，有关国家应当有同等机会参加此种协定或安排。

(2) 可就整个含水层或含水层系统或其中任何一部分或某一特定工程、项目或用途达成此种协定或安排。当某项协定或安排是针对整个含水层或含水层系统时，除极个别情况外，共同拥有同一含水层或含水层系统的所有含水层国很可能被包括在内。另一方面，当某项协定或安排只针对含水层或含水层系统的一部分或只针对某一特定工程时，只有共同拥有同一含水层的少数含水层国被包括在内。无论怎样，第二句为各含水层国规定了义务，在未得到受影响国的明示同意的情况下，它们不得达成可能对被排除在外的含水层国之地位造成不利影响的协定或安排。这并不意味着向那些其他国家授予否决权。

⁵³⁹ 《联合国海洋法公约》第118条（各国在养护和管理生物资源方面的合作）和第197条（在全球性或区域性的基础上的合作）。

第七章

国际组织的责任

A. 导言

77. 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。⁵⁴⁰ 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,以及2000年委员会提交大会的第五十二届会议工作报告的附件所载新专题提纲。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。

78. 委员会在2002年的第五十四届会议上决定将这一专题列入工作方案,并任命乔治·加亚先生担任该专题的特别报告员。⁵⁴¹ 在同一届会议上,委员会设立了一个专题工作组。⁵⁴² 该工作组在其报告⁵⁴³里简要讨论了这一专题的范围、这一新项目与委员会第五十三届会议通过的国家对国际不法行为的责任条款草案⁵⁴⁴的关系、行为归属问题、与成员国对归于国际组织的行为的有关的问题以及涉及国际责任的内容、责任的履行和争端解决有关的问题。在第五十四届会议结束时,委员会通过了工作组的报告。⁵⁴⁵

79. 从第五十五届(2003年)到第五十七届会议(2005年),委员会收到并审议了特别报告员

⁵⁴⁰ 《2000年……年鉴》,第二卷(第二部分),第136页,第729段。

⁵⁴¹ 《2002年……年鉴》,第二卷(第二部分),第92页,第461至第463段。

⁵⁴² 同上,第462段。

⁵⁴³ 同上,第92至第95页,第465至第488段。

⁵⁴⁴ 《2001年……年鉴》,第二卷(第二部分),第30页。

⁵⁴⁵ 《2002年……年鉴》,第二卷(第二部分),第92页,第464段。

的三次报告,⁵⁴⁶并暂时通过了条款草案第1至第16[15]条。⁵⁴⁷

B. 本届会议审议这个专题的情况

80. 委员会本届会议收到了特别报告员的第四次报告(A/CN.4/564和Add.1-2),以及迄今为止从各国际组织和各国政府收到的书面意见。⁵⁴⁸

81. 特别报告员的第四次报告同以往的各次报告一样,沿用了国家对国际不法行为的责任条款的一般模式。

82. 第四次报告载有13项条款草案。其中8项条款草案在“解除行为不法性的情况”标题下,与第五章所载关于国家对国际不法行为的责任条款相对应。五项条款草案涉及一国与国际组织不法行为有关的责任。

⁵⁴⁶ 初步报告:《2003年……年鉴》,第二卷(第一部分),A/CN.4/532号文件;第二次报告:《2004年……年鉴》,第二卷(第一部分),A/CN.4/541号文件;和第三次报告:《2005年……年鉴》,第二卷(第一部分),A/CN.4/553号文件。

⁵⁴⁷ 条款草案第1至第3条由第五十五届会议通过(《2003年……年鉴》,第二卷(第二部分),第23页,第49段),条款草案第4至第7条由第五十六届会议通过(《2004年……年鉴》,第二卷(第二部分),第55页,第69段),条款草案第8至第16[15]条由第五十七届会议通过(《2005年……年鉴》,第二卷(第二部分),第203段)。

⁵⁴⁸ 按照委员会的建议(《2002年……年鉴》,第二卷(第二部分),第92至第95页,第464至第488段,和《2003年……年鉴》,第二卷(第二部分),第23页,第52段),秘书处每年都将委员会提交大会的届会工作报告的有关章节发给各国际组织征求意见并请它们向委员会提供其能够提供的任何有关材料。关于各国政府和国际组织的意见,见《2004年……年鉴》,第二卷(第一部分),A/CN.4/545和A/CN.4/547号文件,以及《2005年……年鉴》,第二卷(第一部分),A/CN.4/556号文件。还请见A/CN.4/568和Add.1号文件(转载于《2006年……年鉴》,第二卷(第一部分))。

83. 特别报告员介绍了与解除行为不法性的情况有关的8项条款草案, 即条款草案第17至第24条: 条款草案第17条(同意)、⁵⁴⁹ 第18条(自卫)、⁵⁵⁰ 第19条(反措施)、⁵⁵¹ 第20条(不可抗力)、⁵⁵² 第21条(危难)、⁵⁵³ 第22条(危急情况)、⁵⁵⁴ 第23条

⁵⁴⁹ 条款草案第17条案文如下:

“第17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, 该特定行为的不法性在与该国或前述组织的关系上即告解除, 但以该行为不逾越该项同意的范围为限。”

⁵⁵⁰ 第18条草案案文如下:

“第18条 自卫

“一国际组织的行为如构成按照《联合国宪章》采取的合法自卫措施, 该行为的不法性即告解除。”

⁵⁵¹ 第19条草案案文如下:

“第19条 反措施

“备选条款 A

“[……]

“备选条款 B

“一国际组织不遵行其对另一国际组织[或一国]国际义务的行为, 只有在该行为构成针对该另一国际组织[或该国]采取的一项反措施的情况下, 其不法性才可解除。”

⁵⁵² 条款草案第20条案文如下:

“第20条 不可抗力

“1. 一国际组织不遵行其国际义务的行为如起因于不可抗力, 即有不可抗拒的力量或该组织无法控制、无法预料的事件发生, 以致该组织在这种情况下实际上不可能履行义务, 该行为的不法性即告解除。

“2. 在以下情况中第1款不适用:

“(a) 不可抗力情况是由援引该情况的组织的行为单独导致或与其他因素一并导致; 或

“(b) 该组织已承担发生这种情况的风险。”

⁵⁵³ 第21条草案案文如下:

“第21条 危难

“1. 对于一国际组织不遵行其国际义务的行为, 如有关行为人在遭遇危难的情况下除此行为之外, 别无其他合理方法来挽救其生命或受其监护的其他人的生命, 则该行为的不法性即告解除。

“2. 在以下情况中第1款不适用:

“(a) 危难情况是由援引该情况作为理由的组织的行为单独导致或与其他因素一并导致; 或

“(b) 所涉行为可能导致程度相当或更大的危险。”

⁵⁵⁴ 条款草案第22条案文如下:

“第22条 危急情况

“1. 国际组织不得援引危急作为理由来解除该组织与其国际义务不符的行为的不法性, 除非该行为: :

“(a) 是该组织履行职能, 针对严重迫切危险, 保护一项基本利益的唯一办法; 并且

“(b) 没有严重损害对其承担义务的一国或多国的基本利益或者整个国际社会的基本利益。

(对强制性规范的遵守)⁵⁵⁵ 以及第24条(援引解除行为不法性的情况的后果)。⁵⁵⁶

84. 条款草案第17至第24条与条款草案第20至第27条, 也即国家对国际不法行为的责任的相应条款十分相似。⁵⁵⁷ 特别报告员认为, 解除行为不法性的情况一章所载各项原则同样适用于国际组织, 虽然在某些情况下需要做出调整, 以适应国际组织的特点。尽管与解除不法性的情况有关的现有实践不多, 但在这方面, 显然可以在国家与国际组织之间找到明显的相似之处。因此, 没有理由背离适用于国家的一般做法。但是, 这并不意味着这些规定以完全相同的方式适用于国际组织。

85. 特别报告员还介绍了关于一国对国际组织不法行为的责任的条款草案, 即条款草案第25至第29条: 第25条(一国援助或协助一国际组织实施国际不法行为)、⁵⁵⁸ 第26条(一国指挥和控制一国际组织实施国际不法行为)、⁵⁵⁹ 第27条(一国胁迫

“2. 在下列情形中, 国际组织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) 该组织促成了危急情况。”

⁵⁵⁵ 条款草案第23条案文如下:

“第23条 对强制性规范的遵守

“一国际组织违反一般国际法强制性规范所产生的义务的任何行为, 不得以本章中的任何规定作为理由而解除其不法性。”

⁵⁵⁶ 第24条草案案文如下:

“第24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) 在并且只在解除行为不法性的情况不再存在时遵守该项义务;

“(b) 对该行为所造成的任何物质损失的赔偿问题。”

⁵⁵⁷ 《2001年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第82至第99页。

⁵⁵⁸ 条款草案第25条案文如下:

“第25条 一国援助或协助一国际组织实施国际不法行为

“援助或协助一国际组织实施其国际不法行为的国家应该对此种行为负国际责任, 如果:

“(a) 该国明知该国际不法行为的情况而这样做, 而且

“(b) 该行为若由该国实施将构成国际不法行为。”

⁵⁵⁹ 条款草案第26条案文如下:

“第26条 一国指挥和控制一国际组织实施国际不法行为

“指挥和控制一国际组织实施其国际不法行为的国家应该对该行为负国际责任, 如果:

一国际组织)、⁵⁶⁰ 第 28 条(身为一国际组织成员的国家利用该组织另外的法人身份)、⁵⁶¹ 第 29 条(作为一国际组织成员的国家对该组织的国际不法行为的责任)。⁵⁶²

86. 特别报告员在介绍这些条款草案时说,国家对国际不法行为的责任条款第一部分第四章处理的是一国援助或协助、指挥或控制、以及胁迫另一国实施不法行为的问题。那一章没有处理一国与国际组织之间的此种关系。条款草案第 25 至第 27 条弥补了这一缺陷,并基本上对应于国家对国际不法行为的责任条款草案第 16 至第 18 条。⁵⁶³ 条款草案第 28 和第 29 条是本专题独有的内容,在国家责任条款里没有对应的内容。

87. 委员会分别在 2006 年 5 月 16 至 19 日举行的第 2876 至第 2879 次会议和 7 月 11 至 14 日和 18 日举行的第 2891 至第 2895 次会议上审议了特别报告员的第四次报告。委员会在 2006 年 5 月 19 日第

2879 次会议和 2006 年 7 月 18 日第 2895 次会议上将条款草案第 17 至第 24 条和条款草案第 25 至第 29 条提交起草委员会。

88. 委员会于 2006 年 6 月 8 日第 2884 次会议上审议并通过了起草委员会关于条款草案第 17 至第 24 条的报告,在 2006 年 7 月 28 日第 2902 次会议上审议并通过了起草委员会关于条款草案第 25 至第 30 条的报告(见下文 C.1 节)。

89. 委员会于 2006 年 8 月 8 日第 2910 次会议上通过了对上述条款草案的评注(见下文 C.2 节)。

C. 委员会迄今为止暂时通过的国际组织的责任条款草案案文

1. 条款草案案文

90. 委员会迄今为止暂时通过的条款草案案文载录如下:

国际组织的责任

第一部分

国际组织的国际不法行为

第一章

导言

第 1 条⁵⁶⁴ 本条款草案的范围

1. 本条款草案适用于一国际组织对国际法所指的不法行为负有的国际责任。

2. 本条款草案也适用于一国对一国际组织的国际不法行为负有的国际责任。

第 2 条⁵⁶⁵ 用语

为本条款草案的目的,“国际组织”一词是指根据条约或受国际法制约的其他文书建立的拥有自己国际法律人格的组织。国际组织的成员除国家以外,还可包括其他实体。

“(a) 该国明知该国际不法行为的情况而这样做,而且

“(b) 该行为若由该国实施将构成不法行为。”

⁵⁶⁰ 条款草案第 27 条案文如下:

“第 27 条 一国胁迫一国际组织

“胁迫一国际组织实施一行为的国家应该对该行为负国际责任,如果:

“(a) 若非出于胁迫,该行为将构成该国际组织的国际不法行为,而且

“(b) 该国明知该行为的情况而这样做。”

⁵⁶¹ 条款草案第 28 条案文如下:

“第 28 条 身为一国际组织成员的国家利用该组织另外的法人身份

“1. 身为一国际组织成员的国家负有国际责任,如果:

“(a) 该国为避免履行与某些功能有关的国际义务而将这些功能转移给该组织;而且

“(b) 该组织实施一项行为,而此项行为若由该国实施即暗示不履行该项义务。

“2. 不论上述行为是否构成该国际组织的国际不法行为,第 1 款仍然适用。”

⁵⁶² 条款草案第 29 条案文如下:

“第 29 条 作为一国际组织成员的国家对该组织的国际不法行为的责任

“除本章以上各条规定的情况外,作为一国际组织成员的国家对该组织的国际不法行为不负责任,除非:

“(a) 该国已同意,对受损害的第三方而言,可认为该国负有责任;或

“(b) 该国曾经致使受损害的第三方信赖它的责任。”

⁵⁶³ 《2001 年……年鉴》,第二卷(第二部分),第 75 到第 80 页。

⁵⁶⁴ 本条的评注见《2003 年……年鉴》,第二卷(第二部分),第四章, C.2 节,第 54 段。

⁵⁶⁵ 同上。

第3条⁵⁶⁶ 一般原则

1. 一国际组织的每一国际不法行为均引起该国际组织的国际责任。

2. 在下述情况下，一国际组织有国际不法行为：

依国际法，由作为或不作为构成的行为可归于该国际组织；并且

该行为构成对该国际组织国际义务的违反。

第二章⁵⁶⁷

将行为归于一国际组织

第4条⁵⁶⁸ 将行为归于一国际组织的一般规则

1. 一国际组织的一个机关或代理人履行该机关或代理人职能的行为，依国际法应视为该国际组织的行为，不管该机关或代理人相对于该组织而言具有何种地位。

2. 为第1款的目的，“代理人”一词包括替该组织行事时所借助的官员和其他人或实体。⁵⁶⁹

3. 为确定该组织的机关和代理人的职能，应适用该组织的规则。

4. 为本条草案的目的，“该组织的规则”具体是指：组成文书；该组织按照这些组成文书通过的决定、决议和其他文件；及该组织已确立的惯例。⁵⁷⁰

第5条⁵⁷¹ 一国或一国际组织交由另一国际组织支配的机关或代理人的行为

一国的机关或一国际组织的机关或代理人在交由另一国际组织支配之后，其行为依国际法应视为后一国际组织的行为，只要该组织对该行为行使有效控制。

⁵⁶⁶ 同上。

⁵⁶⁷ 这一章的评注见《2004年……年鉴》，第二卷（第二部分），第五章，C.2节，第72段。

⁵⁶⁸ 这一条的评注见同上。

⁵⁶⁹ 第2款的位置可在稍后阶段重新考虑，以期最终将所有术语的定义置于第2条内。

⁵⁷⁰ 第4款的位置可在稍后阶段重新考虑，以期最终将所有术语的定义置于第2条内。

⁵⁷¹ 这一条的评注见《2004年……年鉴》，第二卷（第二部分），第五章，C.2节，第72段）。

第6条⁵⁷² 逾越权限或违背指示

一国际组织的机关或代理人若以此种资格行事，其行为为依国际法应视为该国际组织的行为，即使该行为逾越了该机关或代理人的权限或违背了指示。

第7条⁵⁷³ 被一国际组织承认并当作自身行为的行为

按照前述各条草案不能归于一国际组织的行为，在并且只在该国际组织承认此行为并当作自身行为的情况下，依国际法应视为该国际组织的行为。

第三章⁵⁷⁴

违背国际义务

第8条⁵⁷⁵ 违背国际义务行为的发生

1. 一国际组织的行为如不符合一项国际义务对它的要求，即为违背该国际义务，而不论该项义务的起源或特性为何。

2. 第1款也适用于违背该国际组织的规则所确立的国际法义务的情况。

第9条⁵⁷⁶ 对一国际组织为有效的国际义务

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

第10条⁵⁷⁷ 违背国际义务行为在时间上的延续

1. 一国际组织的非持续性行为违背一项国际义务时，该行为发生的时刻即为违背义务行为发生的时刻，即使该行为的影响继续存在。

2. 一国际组织的持续性行为违背一项国际义务时，该行为持续进行并始终不符合该项国际义务的整个期间即为违背义务行为延续的时间。

3. 如果一项国际义务要求一国际组织防止一特定事件的发生，则该事件发生的时刻即为违背义务行为发生的时刻，而该事件持续进行并始终不符合该项义务的整个期间即为违背义务行为延续的时间。

⁵⁷² 同上。

⁵⁷³ 同上。

⁵⁷⁴ 这一章的评注见《2005年……年鉴》，第二卷（第二部分），第六章，C.2节，第206段。

⁵⁷⁵ 这一条的评注，见同上。

⁵⁷⁶ 同上。

⁵⁷⁷ 同上。

第11条⁵⁷⁸ 综合行为违背义务

1. 一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背国际义务的情势，发生于这一作为或不作为发生的时刻，则该作为或不作为连同其他作为或不作为，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不符合该项国际义务的整个期间，即为违背义务行为延续的时间。

第四章⁵⁷⁹

一国际组织对一国或另一国际组织行为的责任

第12条⁵⁸⁰ 援助或协助实施国际不法行为

援助或协助一国或另一国际组织实施该国或该国际组织的国际不法行为的国际组织应对其援助或协助行为负国际责任，如果：

(a) 提供援助或协助的组织在知道该国际不法行为的情况下这样做，而且

(b) 该行为若由提供援助或协助的组织实施会构成国际不法行为。

第13条⁵⁸¹ 指挥和控制国际不法行为的实施

指挥和控制一国或另一国际组织实施一国际不法行为的国际组织应对该行为负国际责任，如果：

(a) 进行指挥和控制的组织在知道该国际不法行为的情况下这样做；而且

(b) 该行为若由进行指挥和控制的组织实施会构成国际不法行为。

第14条⁵⁸² 胁迫一国或另一国际组织

胁迫一国或另一国际组织实施一行为的国际组织应对该行为负国际责任，如果：

(a) 在没有胁迫的情况下，该行为会是被胁迫国或国际组织的国际不法行为；而且

(b) 进行胁迫的国际组织在知道该行为的情况下这样做。

第15 [16] 条⁵⁸³ 向成员国和成员国际组织做出的决定、建议和授权

1. 如果一国际组织通过一项具有约束力的决定，使一成员国或成员国际组织实施若由前一组织自己实施即会构成国际不法行为并使本身避免承担某项国际义务的行为，则前一组织负有国际责任。

2. 一国际组织负有国际责任，如果：

(a) 该组织授权一成员国或成员国际组织实施若由前一组织自己实施即会构成国际不法行为并使本身避免承担某项国际义务的行为，或建议一成员国或成员国际组织实施此种行为；而且

(b) 该成员国或成员国际组织根据该项授权或建议实施有关行为。

3. 无论有关行为对于上述决定、授权或建议所针对的成员国或成员国际组织是否构成国际不法行为，第1款和第2款均适用。

第16 [15] 条⁵⁸⁴ 本章的效力

本章不影响实施有关行为的国家或国际组织的国际责任，或任何其他国家或国际组织的国际责任。

第五章⁵⁸⁵

解除行为不法性的情况

第17条⁵⁸⁶ 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，该特定行为的不法性在与该国或前述国际组织的关系上即告解除，但以该行为不逾越该项同意的范围为限。

⁵⁷⁸ 同上。

⁵⁷⁹ 这一章的评注，见同上。

⁵⁸⁰ 这一条的评注，见同上。

⁵⁸¹ 同上。

⁵⁸² 同上。

⁵⁸³ 同上。方括号内为特别报告员第三次报告中的对应条款，《2005年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/553号文件。

⁵⁸⁴ 评注见同上。

⁵⁸⁵ 这一章的评注，见下文C.2节。

⁵⁸⁶ 这一条的评注，见下文C.2节。

第18条⁵⁸⁷ 自卫

一国际组织的行为如构成按照《联合国宪章》所体现的国际法原则采取的合法自卫措施，该行为的不法性即告解除。

第19条⁵⁸⁸ 反措施

.....⁵⁸⁹

第20条⁵⁹⁰ 不可抗力

1. 一国际组织不遵行其国际义务的行为如起因于不可抗力，即有不可抗拒的力量或该组织无法控制、无法预料的事件发生，以致该组织在这种情况下实际上不可能履行义务，该行为的不法性即告解除。

2. 在以下情况中第1款不适用：

(a) 不可抗力情况是由援引该情况的组织的行为单独导致或与其他因素一并导致；或

(b) 该组织已承担发生这种情况的风险。

第21条⁵⁹¹ 危难

1. 对于一国际组织不遵行其国际义务的行为，如有关行为人在遭遇危难的情况下除此行为之外，别无其他合理方法来挽救其生命或受其监护的其他人的生命，则该行为的不法性即告解除。

2. 在以下情况中第1款不适用：

(a) 危难情况是由援引该情况的组织的行为单独导致或与其他因素一并导致；或

(b) 所涉行为很可能导致程度相当或更大的危险。

第22条⁵⁹² 危急情况

1. 对于不符合组织承担的一项国际义务的行为，国际组织不得为解除该行为的不法性而援引危急情况作为理由，除非该行为：

⁵⁸⁷ 同上。

⁵⁸⁸ 同上。

⁵⁸⁹ 条款草案第19条涉及解除不法性的另一种情况，即一国际组织就另一国际组织或一国的国际不法行为而采取反措施的情况。以后将在结合国际组织的责任履行问题来审查与国际组织采取的反措施有关的问题时再行拟定这条草案的案文。

⁵⁹⁰ 这一条的评注，见下文C.2节。

⁵⁹¹ 同上。

⁵⁹² 同上。

(a) 是该组织按照国际法履行职能，针对整个国际社会的基本利益面临的严重迫切危险保护该利益的唯一办法；并且

(b) 没有严重损害对其承担义务的一国或多国的基本利益或者整个国际社会的基本利益。

2. 在下列情形中，国际组织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) 该组织促成了危急情况。

第23条⁵⁹³ 对强制性规范的遵守

一国际组织违反一般国际法强制性规范所产生的义务的任何行为，不得以本章中的任何规定作为理由而解除其不法性。

第24条⁵⁹⁴ 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) 在并且只在解除行为不法性的情况不再存在时遵守该项义务；

(b) 对该行为所造成的任何物质损失的赔偿问题。

第(x)章⁵⁹⁵

一国对国际组织行为的责任

第25条⁵⁹⁶ 一国援助或协助一国际组织实施国际不法行为

援助或协助一国际组织实施其国际不法行为的国家应对此种行为负国际责任，如果：

(a) 该国明知该国际不法行为的情况而这样做；而且

(b) 该行为若由该国实施将构成国际不法行为。

第26条⁵⁹⁷ 一国指挥和控制一国际组织实施国际不法行为

指挥和控制一国际组织实施一国际不法行为的国家应对该行为负国际责任，如果：

(a) 该国明知该国际不法行为的情况而这样做；而且

⁵⁹³ 同上。

⁵⁹⁴ 同上。

⁵⁹⁵ 这一章的位置将在以后确定。

⁵⁹⁶ 这一条的评注，见下文C.2节。

⁵⁹⁷ 同上。

(b) 该行为若由该国实施将构成不法行为。

第 27 条⁵⁹⁸ 一国胁迫—国际组织

胁迫—国际组织实施一行为的国家应对该行为负国际责任，如果：

(a) 若非出于胁迫，该行为将构成该国际组织的国际不法行为；而且

(b) 该国明知该行为的情况而这样做。

第 28 条⁵⁹⁹ 向国际组织提供职权情况下的国际责任

1. 如果国际组织的一成员国通过向该组织提供与该国某一项国际义务有关的职权而规避该项国际义务，并且该组织实施一项若由该国实施即构成对该项义务的违反的行为，则该成员国负有国际责任。

2. 不论有关行为是否构成该国际组织的国际不法行为，第 1 款均适用。

第 29 条⁶⁰⁰ 国际组织的成员国对该组织的国际不法行为的责任

1. 在不妨碍条款草案第 25 至第 28 条的情况下，国际组织的成员国对该组织的国际不法行为负有责任，如果：

(a) 该国已同意对该行为承担责任；或

(b) 该国曾经致使受害方信赖它的责任。

2. 依照第 1 款所产生的一国的国际责任被认定为附属责任。

第 30 条⁶⁰¹ 本章的效力

本章不妨碍实施有关行为的国际组织或任何其他国际组织根据这些条款草案的其他规定应该承担的国际责任。

2. 委员会第五十八届会议通过的条款草案案文及其评注

91. 委员会第五十八届会议临时通过的条款草案案文及其评注载录如下。

⁵⁹⁸ 同上。

⁵⁹⁹ 同上。

⁶⁰⁰ 同上。

⁶⁰¹ 同上。

第五章

解除行为不法性的情况

总评注

(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 条涉及了性质不同但造成相同后果的一系列情况。⁶⁰² 这是为了解除那些否则将违反国际义务的行为的不法性。正如对有关章节导言部分的评注所解释的，⁶⁰³ 这些情况适用于任何国际不法行为，不论其违反的是何种义务；这不是取消或终止该义务，而是为不履行义务提供一个根据或理由。

(2) 同样，关于解除不法性的情况，涉及国际组织的例子很有限。此外，某些情况对某些、甚或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各种情况与国际组织毫不相关：例如只有国家才能援引不可抗力。这并不意味着应当假设国际组织可援引的某一特定的解除不法性情况的条件与对国家适用的条件完全相同。

第 17 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，该特定行为的不法性在与该国或前述国际组织的关系上即告解除，但以该行为不逾越该项同意的范围为限。

评注

(1) 本条与国家国际不法行为的责任条款草案第 20 条相对应。⁶⁰⁴ 正如其评注所解释的，⁶⁰⁵ 本条“反映了关于同意的国际法基本原则”。它涉及“对于某种情况或某种行为过程的同意”，以区别于“对于作为其依据的义务本身的同意”。⁶⁰⁶

⁶⁰² 《2001 年……年鉴》，第二卷（第二部分），第 82 至第 99 页。

⁶⁰³ 同上，第 81 页，第 (2) 段。

⁶⁰⁴ 同上，第 77 段，还可见相关评注，第 20 条。

⁶⁰⁵ 同上，第 77 段，第 20 条，第 (1) 段。

⁶⁰⁶ 同上，第 77 段，第 20 条，第 (2) 段。

评注

(2) 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国际组织行为的发生地国的同意。同样对国际组织而言, 它所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。

(3) 对于使国际组织的某个具体行为具有合法性的同意, 可以举出的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。⁶⁰⁷ 另一个例子是一国同意某一国际组织核查选举过程。⁶⁰⁸ 另一个具体例子是, 印度尼西亚政府于2005年7月向欧盟和七个派遣国发出邀请, 同意向印度尼西亚派遣亚齐监察团。⁶⁰⁹

(4) 在特定情况下免除履行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,⁶¹⁰ 如代理人或个人是否是在经授权后代表国家或国际组织这样做的, 或该项同意是否因受到胁迫或其他因素而变得无效。关于同意不影响遵守强制性规范的要求写入了条款草案第23条。这是一项涵盖解除所有不法性情况的一般规定。

(5) 条款草案第17条以国家对国际不法行为的责任条款草案第20条为基础。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”并在取得同意的实体方面用“国际组织”代替了“国家”。

第18条 自卫

一国际组织的行为如构成按照《联合国宪章》所体现的国际法原则采取的合法自卫措施, 该行为的不法性即告解除。

⁶⁰⁷ 关于取得同意的要求, 见联合国大会1991年12月9日第46/59号决议所附的关于维护国际和平与安全的宣言第6段。

⁶⁰⁸ 关于同意在核查选举进程的职能方面所起到的作用, 见联合国秘书长关于提高定期真实选举原则的效率的报告(A/49/675), 第16段。

⁶⁰⁹ 2005年9月9日欧洲联盟理事会联合行动2005/643/CFSP的序言段落提到了印度尼西亚政府发出的邀请, 《欧洲联盟公报》, 第L234号, 2005年9月10日, 第13页。

⁶¹⁰ 《2001年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第83页(国家对国际不法行为的责任条款草案第20条的评注第(4)段)。

(1) 根据关于国家对国际不法行为的责任的相应条款草案(第21条)的评注, 该条款认为“自卫作为禁止……使用武力的例外情况”。⁶¹¹ 该条款提及自卫措施的“合法”性时解释如下:

“合法”一词暗指采取的行动遵守了在武装冲突中适用的全面克制的义务, 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, 而将自卫的范围和适用问题留给《宪章》中提到的适用的主要规则去处理。⁶¹²

(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, 常常在更广泛的意义上使用“自卫”一词。关于“特派团的防卫”, “自卫”一词也曾被提到。⁶¹³ 例如, 关于联合国保护部队(联保部队), 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区及其中的平民。”⁶¹⁴ 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那些完全超出一国或国际组织对另一国的武装攻击作出反应的情况。无论如何, 联合国部队有权诉诸的武力的限度问题取决于与任务范围有关的主要规则, 不需要在这里进行讨论。

⁶¹¹ 同上, 第77段, 第21条评注, 第(1)段。

⁶¹² 同上, 第77段, 第21条评注, 第(6)段。

⁶¹³ 如威胁、挑战和改革问题高级别小组所指出的, “有权使用武力进行自卫……普遍公认这一权力包括‘特派团的防卫’”(威胁、挑战和改革问题高级别小组的报告, 《一个更安全的世界: 我们的共同责任》, A/59/565号文件, 第213段)。

⁶¹⁴ 《加拿大国际法年鉴》, 第34卷(1996年), 第389页。

(4) 此外, 国际组织诉诸武力应对一国的武装攻击的前提条件属于主要规则, 不需要在本章加以讨论。其中一个问题涉及一国际组织在其一位成员受到武力攻击且该国际组织被授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。⁶¹⁵

(5) 对于有关国家对涉及自卫的国际不法行为的责任的第21条, 这里只需要指出, 自卫措施应被视为合法。考虑到国际组织不是联合国成员这一情况, 这里不再提及《联合国宪章》, 而是“《联合国宪章》所载国际法原则”。由于类似的原因, 《维也纳条约法公约》(以下称1969年《维也纳公约》)关于条约因胁迫而失效的第五十二条以及《关于国家和国际组织间或国际组织相互间条约法的维也纳公约》(以下称1986年《维也纳公约》)的相应条款都使用了该措辞。关于国家对国际不法行为的责任的第21条案文的唯一另一处改动是用“国际组织”代替了“国家”一词。

第19条 反措施

.....⁶¹⁶

第20条 不可抗力

1. 一国际组织不遵行其国际义务的行为如起因于不可抗力, 即有不可抗拒的力量或该组织无法控制、无法预料的事件发生, 以致该组织在这种情况下实际上不可能履行义务, 该行为的不法性即告解除。

2. 在以下情况中第1款不适用:

(a) 不可抗力情况是由援引该情况的组织的行为单独导致或与其他因素一并导致; 或

(b) 该组织已承担发生这种情况的风险。

⁶¹⁵ 西非经共同体成员国1999年12月10日通过的《关于预防、处理和解决冲突、维持和平与安全机制的议定书》第25条(a)项对此问题暗示了肯定的回答, 其中规定, “在任何成员国出现入侵或冲突或存在此类威胁的情况下”, 可适用该“机制”。

⁶¹⁶ 见上文脚注589。

评注

(1) 对于国家而言, 不可抗力已由关于国家对国际不法行为的责任第23条界定为“不可抗拒的力量或……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”。⁶¹⁷ 当该情况系由援用这一情况的国家的行为引致或该国已承担发生这种情况的风险时, 这一解除不法性的情况不再适用。

(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(开发署)和世界卫生组织(世卫组织)之间的1992年执行机构协议》第XII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, 执行机构应立即将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生效之日以前引起的实际费用。⁶¹⁸

这一段尽管说的是撤出协定的问题, 但暗示由于不可抗力而不履行该协定义务的情况不构成违约。

(4) 曾有国际组织在国际行政法庭的诉讼中援引不可抗力作为解除行为的不法性的理由。⁶¹⁹ 在关于费尔南多·赫曼德兹·德·阿古洛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

⁶¹⁷ 《2001年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第87页。还可见相关评注, 详见第87页至第89页。

⁶¹⁸ 1992年9月17日在纽约和1992年10月19日在日内瓦签署, 《联合国条约汇编》, 第1691卷, 第1066号, 第325页, 详见第331页。

⁶¹⁹ 这些案件涉及相关国际组织的规则的适用。在对条款草案第8条的评注中讨论了这些规则是否与国际法有关的问题。《2005年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第49至第51页, 第206段)。

法庭驳回了一项以不可抗力为终止一份官方合同进行辩解的申诉：

鉴于作为业已经过详尽探讨的一项法律，不可抗力系指不可抗拒的自然事件，本庭认为，在本案中不存在任何使秘书长无法履行所涉定期合同的不可抗力。⁶²⁰

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。

(5) 国际劳工组织（劳工组织）行政法庭在关于巴尔斯案的第664号判决中采取了类似的方法。法庭认为，不可抗力与一份雇用合同相关，并表示：“不可抗力是当事双方无法控制，不以其意志为转移的不可预见事件的发生，不可避免地使其共同意愿落空。”⁶²¹

在这个案件中，是由雇员针对国际组织援引不可抗力，而不是相反，但这并不重要。

(6) 条款草案第20条的案文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在于“国家”仅被“国际组织”取代了一次，而被“组织”取代了四次。

第21条 危难

1. 对于一国际组织不遵行其国际义务的行为，如有关行为人在遭遇危难的情况下除此行为之外，

⁶²⁰ 费尔南多·赫曼德兹·德·阿古洛诉美洲国家组织秘书长案，1976年11月16日的第24号判决，第3段。（美洲国家组织，《行政法庭的判决，第1-56号，（1978-1980年）》，第282页）。http://www.oas.org/tribadm/decisiones_decisions/judgements 上也载有该判决的案文。美洲国家组织在2003年1月8日致联合国法律顾问的信中指出：

“向美洲国家组织行政法庭提出的大多数求偿案都是指控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、秘书长根据美洲国家组织《宪章》赋予的权力而颁布的规则、以及行政法庭本身在其判决中建立的规则。这些标准和规则为合法设立的国际机构所制定，均构成国际法。因此，声称违反了这些规范和规则的指控可视为指称违反了国际法”（从国际组织收到的关于国际组织责任的评论和意见，《2004年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/545号文件，在“对指控国际组织违反国际法而提出索赔要求的做法。美洲国家组织”的标题项下”）。

⁶²¹ 巴尔斯案，1985年6月19日的判决，第3段。书记官处根据法文原文所作的译文见：<http://www.ilo.org/public/english/tribunal>（行政法庭的裁决）。

别无其他合理方法来挽救其生命或受其监护的其他人的生命，则该行为的不法性即告解除。

2. 在以下情况中第1款不适用：

(a) 危难情况是由援引该情况的组织的行为单独导致或与其他因素一并导致；或

(b) 所涉行为很可能导致程度相当或更大的危险。

评注

(1) 关于国家对国际不法行动的责任条款草案的第24条将危难作为解除行为不法性的一种情况，并将危难描述为“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”⁶²²的情况。其评注举了一个关于英国军舰在严重风暴期间进入冰岛领水寻求庇护的实例，⁶²³ 并指出：“虽然历来的实践着重于涉及船只和飞机的情况，但第24条并不限于此种情况。”⁶²⁴

(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。尽管没有已知关于某一国际组织援引危难情况的实例，但也应当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情况⁶²⁵之间的界线并不总是十分明确。国家对国际不法行为的责任条款草案第24条的评注指出，“一般的紧急情况……与其说是危难情况，不如说是危急情况”。⁶²⁶

(4) 只有当危难情况不是由援引该情况的国家所致以及有关行为不可能造成更大危险时，才能

⁶²² 《2001年……年鉴》，第二卷（第二部分），第89页。

⁶²³ 同上，第90页，第(3)段。

⁶²⁴ 同上，第90页，第(4)段。

⁶²⁵ 下一条款草案将述及危急情况。

⁶²⁶ 《2001年……年鉴》，第91页，第(7)段。

适用关于国家对国际不法行为的责任条款草案的第24条。这些条件同样适用于国际组织。

(5) 条款草案第21条在案文上与关于国家责任的相应条款相同，仅有的改动是“国家”一词被“国际组织”取代了一次，被“组织”取代了两次。

第22条 危急情况

1. 对于不符合组织承担的一项国际义务的行为，国际组织不得为解除该行为的不法性而援引危急情况作为理由，除非该行为：

(a) 是该组织按照国际法履行职能，针对整个国际社会的基本利益面临的严重迫切危险保护该利益的唯一办法；并且

(b) 没有严重损害对其承担义务的一国或多国的基本利益，或者整个国际社会的基本利益。

2. 在下列情形中，国际组织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) 该组织促成了危急情况。

评注

(1) 关于国家对国际不法行为的责任的条款草案第25条列出了国家援引危急情况的条件。⁶²⁷ 简言之，有关条件如下：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的义务、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关于 T. D.-N. 诉欧洲核研究组织案中作出

的第2183号判决。该案涉及能否查看一名休假员工的电子账户。法庭认为：

由于情况紧急或电子账户所有者长期休假而必须查看该账户，则组织必须能够使用恰当的技术保障措施打开账户。必须极为慎重地评估获取可能属于保密信息的危急情况。⁶²⁸

(3) 即使此类实践很少，但如国际刑警组织所指出：“危急情况不涉及那些本质上明显不适用于国际组织的国际法领域”。⁶²⁹ 欧洲联盟委员会⁶³⁰、国际货币基金组织⁶³¹、世界知识产权组织⁶³² 和世界银行⁶³³ 的书面声明也主张国际组织可以援引危急情况。

(4) 虽然关于国家对国际不法行为的责任条款草案第25条所规定的危急情况也适用于国际组织，但这方面的实例很少，而且必须在遵守国际义务所带来的危险很大时才能援引危急情况，这意味着，作为一个政策问题，国际组织不能象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具有保护这些利益的职能的限度内援引危急情况来做到这一点。这种解决办法可能会被视为是试图折中第六委员会⁶³⁴ 与本

⁶²⁸ T. D.-N. 诉欧洲核研究组织案，2003年2月3日的判决，第19段。书记官处根据法文原文所作的译文见 <http://www.ilo.org/public/english/tribunal>（行政法庭的裁决）。

⁶²⁹ 2005年2月9日国际刑警组织法律顾问给国际法委员会秘书的信（见从国际组织收到的关于国际组织责任的评论和意见，《2005年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/556号文件（在“紧急情况作为解除不法性的一种情形”的标题项下））。

⁶³⁰ 2005年3月18日欧洲委员会给联合国法律顾问的信（同上）。

⁶³¹ 2005年4月1日国际货币基金组织给联合国法律顾问的信（同上）。

⁶³² 2005年1月19日世界知识产权组织法律顾问给联合国法律顾问的信（同上）。

⁶³³ 2006年1月31日世界银行高级副总裁兼法律顾问给国际法委员会秘书的信（见从国际组织收到的关于国际组织责任的评论和意见，《2006年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/568和Add.1号文件（在“解除不法性的情况——紧急情况。世界银行”的标题项下））。

⁶³⁴ 在声明中明确赞成国际组织援引危急情况的国家包括法国，《大会正式记录，第五十九届会议，第六委员会，第22次会议》(A/C.6/59/SR.22)，第12段；奥地利，同上，第23段；丹麦，同时代表芬兰、冰岛、挪威和瑞典发言，同

⁶²⁷ 同上。还可见相关评注，第77段，第25条评注。

委员会之间在关于危急情况的辩论中出现的两种截然相反的立场：赞成对国际组织给予与国家相同的地位的人所持的观点，和完全排除国际组织援引危急情况的可能性的人所持的观点。按照委员会一些委员的看法，尽管第(1)款(a)项只提及整个国际社会的利益，但一个国际组织亦应有权援引危急情况以保护其成员国的基本利益。

(5) 第(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基本利益的条件并不矛盾。所涉的利益不必是相同的。

(6) 鉴于第(1)款(a)项所采取的办法，也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，除非该利益与国际社会的利益一致，因此在第(1)款(b)项规定的不应严重损害的利益中未加上国际机构的基本利益。

(7) 除对第(1)款(a)项的改动之外，本条款案文沿用了关于国家对国际不法行为的责任的第25条，仅在两款的抬头中使用了“国际组织”或“组织”代替“国家”一词。

第23条 对强制性规范的遵守

一国际组织违反一般国际法强制性规范所产生的义务的任何行为，不得以本章中的任何规定作为理由而解除其不法性。

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“不妨碍”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

上，第65段；比利时，同上，第76段；俄罗斯联邦，同上，《第23次会议》(A/C.6/59/SR.23)，第23段；和古巴，同上，第25段。西班牙持暂时支持的立场，同上，《第22次会议》(A/C.6/59/SR.22)，第49段。在声明中表示反对的国家包括德国，同上，《第21次会议》(A/C.6/59/SR.21)，第22段；中国，同上，第42段；波兰，同上，《第22次会议》(A/C.6/59/SR.22)，第2段；白俄罗斯，同上，第45段；和希腊，同上，《第23次会议》(A/C.6/59/SR.23)，43段。持暂时反对立场的包括新加坡，同上，《第22次会议》(A/C.6/59/SR.22)，第57段；和新西兰，同上，《第23次会议》(A/C.6/59/SR.23)，第10段。

条——之目的在于指出，“违反一般国际法强制性规范所产生的义务”的行为将被视作不法行为，即便该行为在其他情况下不会被视作不法行为。⁶³⁵

(2) 关于国家对国际不法行为的责任的条款草案第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实行侵略、灭绝种族、奴役、种族歧视、危害人类罪行和酷刑，还有自决权”。⁶³⁶在刚果境内的武装活动案中，国际法院认为，禁止种族灭绝“无疑”是一项强制性规范。⁶³⁷

(3) 由于强制性规范对国际组织也有约束力，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，需要制订一项与适用于国家的有关规定相对应的“不妨碍”规定。

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

第24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) 在并且只在解除行为不法性的情况不再存在时遵守该项义务；

(b) 对该行为所造成的任何物质损失的赔偿问题。

评注

(1) 关于国家对国际不法行为的责任条款草案第27条提出了两个要点。⁶³⁸第一要点是，只有

⁶³⁵ 《2001年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第98页。还可见相关评注，第97至第98页。

⁶³⁶ 同上，第26条评注，第(5)段。

⁶³⁷ 刚果境内的武装活动案(新申请：2002年)(刚果民主共和国诉卢旺达)，管辖权与可受理性，判决，《2006年国际法院汇编》，第6页，详见第32页第64段。网站www.icj-icj.org上也载有该判决的案文。

⁶³⁸ 《2001年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第98页。还可见相关评注，第98至第99页。

当某一情况存在时，并且仅在此限度内，这一情况才能够解除不法性。虽然有关措辞似乎强调时间因素，⁶³⁹但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) 第二个要点是，赔偿问题不受妨碍。对于如非存在特定情况则将视为不法的行为所造成的损失作出赔偿的问题，难以确定一条一般规则。

(3) 由于在关于国家对国际不法行为的责任条款草案第27条所涵盖的两个问题上国际组织和国家的地位并无区别，而且本条并不需要修改措辞，因此条款草案第24条与关于国家对国际不法行为的责任条款草案的相应条款完全一样。

第(X)章⁶⁴⁰

一国对一国际组织行为的责任

总评注

(1) 根据这些条款草案（见上文）的第1条第2款，⁶⁴¹本章旨在填补在关于国家对国际不法行为的责任的条款中有意留下的空白。如关于国家对国际不法行为的责任的条款草案第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所负的责任的任何问题”。⁶⁴²

(2) 本条款草案没有审议可能影响一国对一国际组织行为所负责任的所有问题。例如，将行为归于国家的问题仅在国家对国际不法行为的责任条款草案中被涉及。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归于两者的问题，本条款草案为确定该行为是否将归于国际组织提供标

准，而将行为归于国家的问题则放在国家对国际不法行为的责任条款草案中处理。

(3) 本章推断存在归于国际组织的行为。在大多数情况下，也推断该行为具有国际不法性。然而，为条款草案第27和第28条所考虑的情况作了例外规定。这两条分别涉及一国胁迫一国际组织和向一国际组织提供职权情况下的国际责任。

(4) 根据条款草案第28和第29条，为国际组织行为承担责任的国家必须是该组织的成员。在条款草案第25、第26和第27条设想的情况下，负有责任的国家或许是、或许不是成员。

(5) 本章没有涉及国家之外同是国际组织成员的实体可能承担的责任问题。本草案第一部分第四章业已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国际组织的胁迫问题。条款草案第28和第29条审议了国家作为国际组织成员的责任的另外的情况，第四章中还须增补条款，以处理涉及作为其他国际组织成员的国际组织的类似情况。与同为国际组织成员但并非国家或国际组织的实体有关的责任问题，超出了本草案的范围。

(6) 仍然需要进一步确定本章在草案框架中的位置。为此原因，本章暂时称为“第(X)章”，如果保留目前的位置，它将成为第一部分最后一章的一个单独部分。在后一情况下，第一部分必须有一个更恰当的标题。

第25条 一国援助或协助一国际组织 实施国际不法行为

援助或协助一国际组织实施国际不法行为的国家应对此种行为负国际责任，如果：

(a) 该国明知该国际不法行为的情况而这样做；
而且

(b) 该行为若由该国实施将构成国际不法行为。

⁶³⁹ 暂时强调这一时间因素可能是因为国际法院在加布奇科沃—大毛罗斯项目案（见上文脚注363）中指出“一旦危急情况不再存在，遵守条约义务的义务即告恢复”（第63页，第101段）。

⁶⁴⁰ 本章的位置将在以后确定。

⁶⁴¹ 见委员会第五十五届会议通过的关于这一条的评注，《2003年……年鉴》，第二卷（第二部分），第23至第25页。

⁶⁴² 《2001年……年鉴》，第二卷（第二部分），第162页。

评注

(1) 条款草案第25条处理的情况类似于条款草案第12条涵盖的情况，关系到一国际组织援助或协助另一国际组织实施国际不法行为。⁶⁴³ 这两项条款草案都密切沿循了关于国家对国际不法行为的责任条款草案第16条的案文。⁶⁴⁴

(2) 援助或协助一国际组织实施国际不法行为的国家可能是、也可能不是该国际组织成员。如果该国是成员，则可能构成援助和协助的影响并非仅在于依据该组织有关规则参与组织的决策。然而，不能完全排除这类援助或协助可以产生于该国在该组织框架内实施的行为。在模棱两可的案件中，这可能给确定援助或协助是否已经发生带来某些困难。成员的规模与参与的性质等实际情况很可能是决定性的。

(3) 一国的援助或协助可能构成该国违犯在主要规则下所承担的义务。例如，《不扩散核武器条约》的一个核缔约国必须避免协助非核国家获得核武器。这似乎同样适用于为具有某些非核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。

(4) 条款草案第25条在(a)和(b)项中规定了援助或协助国引发国际责任的条件。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；因此该条款草案采用了与关于国家对国际不法行为的责任的条款草案第16条相同的措辞。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。

(5) 稍微改动了关于国家对国际不法行为的责任条款草案第16条的标题，加上了“一国”一词，以区分本条草案的标题与条款草案第12条的标题。

第26条 一国指挥和控制一国际组织 实施国际不法行为

指挥和控制一国际组织实施一国际不法行为的国家应对该行为负国际责任，如果：

(a) 该国明知该国际不法行为的情况而这样做；
而且

(b) 该行为若由该国实施将构成不法行为。

评注

(1) 条款草案第13条(见上文)涉及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，⁶⁴⁵ 而条款草案第26条涉及由国家实施指挥和控制的情况。两项草案都密切沿循了国家对国际不法行为的责任条款草案第17条的案文。⁶⁴⁶

(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。如在条款草案第25条及相关评注所审议的援助或协助的情况中一样，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的框架之内，在模棱两可的案件中，可能会出现上一条草案的评注中提到的相同问题。

(3) 条款草案第26条在(a)项和(b)项采用与关于国家对国际不法行为的责任条款草案第17条相同的措辞规定了引发国家责任的条件。没有理由区分由一国指挥和控制另一国实施国际不法行为的情况与由一国类似地指挥和控制一国际组织的情况。

(4) 相对于国家对国际不法行为的责任条款第17条而言，本条草案的标题稍作改动，加上了“一国”一词，以区别于条款草案第13条的标题。

⁶⁴³ 见委员会第五十七届会议通过的关于这一条的评注，《2005年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第53页，第206段。

⁶⁴⁴ 《2001年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第75页。

⁶⁴⁵ 见委员会第五十七届会议通过的关于这一条的评注，《2005年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第54页，第206段。

⁶⁴⁶ 《2001年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第77页。

第27条 一国胁迫—国际组织

胁迫—国际组织实施一行为的国家应对该行为负国际责任，如果：

(a) 若非出于胁迫，该行为将构成该国际组织的国际不法行为；而且

(b) 该国明知该行为的情况而这样做。

评注

(1) 条款草案第14条（见上文）涉及一国际组织实施在没有胁迫的情况下也属于不法的行为。⁶⁴⁷ 本条草案处理类似情况下由国家进行的胁迫。这两条草案都密切沿循了关于国家对国际不法行为的责任条款草案的第18条。⁶⁴⁸

(2) 胁迫国际组织的国家可能是、也可能不是该组织的成员。如果该国家是成员，则必须如前两条草案那样在根据该组织有关规则参与组织决策与胁迫行为之间作出区别。

(3) 条款草案第27条规定的引发国际责任的条件与国家国际不法行为的责任条款草案第18条所规定的相同。就胁迫而言，同样没有理由规定与适用于国家间关系的规则不同的规则。

(4) 本条草案的标题稍微改动了国家对国际不法行为的责任条款草案第18条的标题，增加了“一国”一词，这是为了使有区别于条款草案第14条的标题。

第28条 向国际组织提供职权情况下的国际责任

1. 如果国际组织的一成员国通过向该组织提供与该国某一项国际义务有关的职权而规避该项国际义务，并且该组织实施一项若由该国实施即构

成对该项义务的违反的行为，则该成员国负有国际责任。

2. 不论有关行为是否构成该国际组织的国际不法行为，第1款均适用。

评注

(1) 在某种程度上，条款草案第28条处理类似于条款草案第15条所处理的情况（见上文）。⁶⁴⁹ 根据条款草案第15条，当一国际组织通过一项决定使一成员国或成员国际组织实施若由前一组织自己实施即会构成国际不法行为并使本身避免承担某项国际义务的行为，则前一组织承担国际责任。第15条草案也审议了以向成员国或成员国际组织授权或提建议而实行规避的情况。本条草案涉及到一国利用其所加入的国际组织具有的独立的法律人格而规避某一项国际义务的情况。

(2) 如同条款草案第15条评注所说明的，不要求存在具体的规避意图；通过显示缺乏规避国际义务的意图，并不能免除责任。⁶⁵⁰ 使用“规避”一词，旨在排除因国际组织的行为——如该行为由国家实施则构成违反国际义务——必须被视为是向该国际组织提供职权的无意结果而引发的国际责任。另一方面，“规避”一词并不仅指成员国可被视为滥用权力的情况。⁶⁵¹

(3) 欧洲人权法院的判例提供了一些涉及国家向一国际组织提供职权且没有确保遵守《欧洲人权公约》规定的义务而被追究责任的实例。在韦特和肯尼迪诉德国案中，法院审议了一国向其作为成员的欧洲航天局授予豁免权是否不当损害了诉讼权——就关于雇用的申诉而言——的问题。法院称：

⁶⁴⁹ 见委员会第五十七届会议通过的关于这一条的评注，《2005年……年鉴》，第二卷（第二部分），第206段。

⁶⁵⁰ 同上。（评注第（4）段）。

⁶⁵¹ 在1995年在里斯本通过的一项题为“国际组织不履行对第三方义务而对成员国造成的法律后果”的决议的第5条（b）款，国际法学会指出：“在特定情况下，国际组织的成员可能根据有关的一般法律原则而对该组织的义务承担责任，比如……滥用权利”（《国际法学会年鉴》，第66-II卷（1996年），第449页）。

⁶⁴⁷ 见委员会第五十七届会议通过的关于这一条的评注，《2005年……年鉴》，第二卷（第二部分），第54至第55页，第206段。

⁶⁴⁸ 《2001年……年鉴》，第二卷（第二部分），第79页。

如果各国建立国际组织以谋求或加强在某些活动领域的合作，而且将若干职权归属于这些组织并授予其豁免权，可能因此涉及基本权利的保护问题。但是，如果借此免除各缔约国依据本公约承担的与这种活动所涵盖的活动领域有关的责任，则与本《公约》的宗旨和目标不符。⁶⁵²

(4) 在博斯普鲁斯海峡航空旅游和贸易股份公司诉爱尔兰案中，法院对某国落实欧洲共同体规则的措施采取了类似的办法。法院说，一国不能通过向一国际组织转移职权而免除其依据《欧洲人权公约》承担的责任；这因为：

完全免除各缔约国在这种转移所涵盖的领域内所负的《公约》义务，不符合《公约》的宗旨和目标；《公约》规定的各项保证会受到任意限制或排除，从而剥夺其强制性，并减损其保障措施的适用性和有效性……。在《公约》生效之后，国家被视为对《公约》的各项条约性承诺继续负有责任。⁶⁵³

(5) 根据本条草案，需要两个基本因素引发国际责任。第一是国家就被规避的国际责任向国际组织提供职权。这可通过向某个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

⁶⁵² 韦特和肯尼迪诉德国案，第26083/94号申请，1999年2月18日的判决，欧洲人权法院大法庭，《判决与裁决汇编》(1999-I)，第393页起，详见第410页，第67段。法院认为“原告根据《公约》取得的‘诉讼权’没有受到实质性损害(第412页，第73段)。在审议了上述韦特和肯尼迪诉德国案中的意见后，Ian Brownlie指出，“尽管是人权案，但援引的原则似乎是普遍适用的”(I. Brownlie, “The Responsibility of States for the Acts of International Organizations”, 见 M. Ragazzi (编), *International Responsibility Today. Essays in memory of Oscar Schachter*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff, 2005年, 第361页)。下述学者表达了与欧洲人权法院类似的观点: Antonietta Di Blasé, “Sulla responsabilità internazionale per attività dell’ONU”; *Rivista di Diritto internazionale*, 第57卷(1974年), 第250页起, 详见第275-276页; Moshe Hirsch, *The Responsibility of International Organizations toward Third Parties*, Dordrecht/Boston/London, Martinus Nijhoff, 1995年, 第179页; Karl Zemanek, 《国际法学会年鉴》, 第66-I卷(1995年), 第329页; Philippe Sands, *Bowett’s Law of International Institutions*, P. Sands 和 P. Klein (编), London, Sweet and Maxwell, 2001年, 第524页; 和 Dan Sarooshi, *International Organizations and their Exercise of Sovereign Powers*, Oxford University Press, 2005年, 第64页。

⁶⁵³ 博斯普鲁斯海峡航空旅游和贸易股份公司诉爱尔兰案，第45036/98号申请，2005年6月30日的判决，欧洲人权法院大法庭，《第2005-VI号判决与裁定报告》，第154页。法院认为，由于相关的基本权利在欧共体内部“通过至少可被视为等同于《公约》规定的方式”(第155段)受到保护，所以被告国不负有责任。

此。另外，可建立一个国际组织来行使国家不可能有的职能。根据本条草案与引发国际责任之目的有关的情况是，国际义务涵盖了国际组织被授予职权的领域。义务可能具体涉及该领域，或者更具有—般性，如同保护人权条约所规定的义务的情况。

(6) 引发国际责任的第二个条件是国际组织实施了一项如果由国家实施将构成违反该义务的行为。国际组织不受该义务约束的事实并不足以引发国际责任。必须实施了一个构成违反该义务的行为。另一方面，不要求国家促使国际组织实施有关行为。

(7) 第2款说明，条款草案第28条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约束，则更可能发生规避现象。然而，单是该组织负有一项国际义务并不必然免除国家的国际责任。

(8) 如果国际组织的行为是不法行为，并且该行为是由成员国引起的，则条款草案第28条所涵盖的情况可能与前三条审议的情况重复。当其中一项条款所确立的条件得到满足时就可能出现这种情况。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。

第29条 国际组织的成员国对该组织的国际不法行为的责任

1. 在不妨碍条款草案第25至第28条的情况下，国际组织的成员国对该组织的国际不法行为负有责任，如果：

- (a) 该国已同意对该行为承担责任；或
- (b) 该国曾经致使受害方信赖它的责任。

2. 依照第1款所产生的一国的国际责任被认定为附属责任。

评注

(1) 本条草案第1款开头关于条款草案第25至第28条的但书旨在说明，国际组织的成员国也

可根据前几条草案而被追究责任。因此，条款草案第29条设想成员国有责任的两种新情况。成员国可能根据国家国际不法行为的责任条款而进一步承担责任，⁶⁵⁴但这既然超出了本条草案的范围，因此不需要作为但书的对象。

(2) 与本条款草案和国家对国际不法行为的责任条款通常采取的办法相同，本条草案也正面确认了引发一国责任的那些情况，但没有说明何时认为未引发责任。尽管一些委员不同意，但委员会认为，对于那些根据草案并不会使一国为国际组织的行为负责的情况，在草案中纳入一个条款来说明一项残留、消极的规则是不适当的。不过很明显蕴含着这样一个结论，而且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，它一直：

在欧洲人权委员会(M.& Co. 诉德意志联邦共和国案)、欧洲人权法院(德国胜利航运公司案)以及国际法院(使用武力的合法性案)主张分别责任原则，并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。⁶⁵⁵

(4) 尽管在涉及私人合同时偶然有争论，但联合王国法院在关于国际锡业理事会(锡业理事会)案的主要意见中采取了类似立场。克尔勋爵在上诉法庭上、还有坦普尔曼勋爵对此作了最清楚的阐述。克尔勋爵说，他不能：

“找到任何根据可断定已经显示有任何可约束国际锡业理事会成员国的国际法规则，据之可以在任何国家法院要求其作为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”。⁶⁵⁶

在上议院，关于强加于成员国的一项所谓国际法规则，即“除非建立国际组织的条约明确否认成员国应负有任何责任，否则如国际组织不偿付其债务，其成员国应承担此种债务的连带责任”，坦普尔曼勋爵认为：

未提出任何可信的证据表明在1982年的《第六项国际锡业协定》之时或之后存在这样一项国际法规则。⁶⁵⁷

(5) 尽管在国际组织实施国际不法行为时成员国的责任方面存在着不同学说，但值得注意的是国际法学会在1995年通过的一项决议中采取了下述立场：

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便应对其所属国际组织的义务承担共同的或附属的责任。⁶⁵⁸

(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在某些情况下为所在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接受国际责任。这类情况如(a)项所述。没有对接受作出限定。这旨在表明可以明示或暗示地表示接受，也可以在该组织的责任产生之前或之后做出表示。

(7) 拉尔夫·吉布森勋爵在上诉法院关于国际锡业理事会的判决意见中提到了在“组建文书”中

⁶⁵⁴ 这将适用于国际法学会在其决议“国际组织不履行对第三方义务而对成员国造成的法律后果”的第5条(c)款(二)项所设想的情况：也即“国际组织在法律上或事实上作为国家代理人采取行动”的情况(《国际法学会年鉴》，第66-II卷(1996年)，第449页)。

⁶⁵⁵ 收到的国际组织关于国际组织的责任的评论和意见，《2005年……年鉴》，第二卷(第一部分)，A/CN.4/556号文件(在“与国际组织的责任相关的实践。德国”的标题项下)。

⁶⁵⁶ 麦克莱恩·沃森有限公司诉贸易与工业部案；雷纳有限公司诉贸易与工业部和其他案，1988年4月27日的判决，《国际法律汇编》，第80卷，第109页。

⁶⁵⁷ 澳大利亚和新西兰银行集团有限公司等诉澳大利亚和23名其他人案；联合金属贸易有限公司和其他人诉贸易与工业部和其他案；麦克莱恩·沃森有限公司诉贸易与工业部案；麦克莱恩·沃森有限公司诉国际锡业理事会案，1989年10月26日的判决，《国际法律资料》，第29卷(1990年)，第675页。

⁶⁵⁸ 第6条(a)款。第5条规定如下：“(a)国际组织的成员对该组织各项义务的赔偿责任问题，根据该组织的规则而确定；(b)在特定情况下，按照有关的一般法律原则，例如默认或滥用权力，国际组织成员对该组织的各种义务可能负有赔偿责任；(c)此外，在下列情况下，一个成员国可能对第三方负有责任：(一)根据该国的承诺，或(二)如果国际组织在法律上或事实上代表该国行事”(《国际法学会年鉴》，第66-II卷(1996年)，第449页)。

接受责任。⁶⁵⁹ 人们肯定能够预见到这种产生于国际组织的组建文书或该组织其他规则的接受情况。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。⁶⁶⁰ 也可能是成员国仅对组织承担责任，或者仅同意视为内部事项提供必要的财政资源。⁶⁶¹

(8) 第1款设想成员国承担责任的第二种情况：成员国的行为使第三方有理由依赖于成员国的责任的情况：例如，如果应当负责的国际组织没有必要的资金作出赔偿，则将由成员国代偿。⁶⁶²

(9) 韦斯特兰直升机公司诉讼案的第二次仲裁裁决提供了一个因成员国的行为造成依赖而引发成员国责任的实例。仲裁庭认为，该案的特殊情况致使：“与该组织签约的第三方相信，该组织因为有成员国的一贯支持，有能力履行其承诺”。⁶⁶³

(10) 依赖未必根据默示的同意。它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。在提到的所有相关因素中有成员规模较小这一

⁶⁵⁹ 1988年4月27日的判决，*麦克莱恩·沃森有限公司诉贸易与工业部案*；*雷纳有限公司诉贸易与工业部和其他案*，《国际法律汇编》，第80卷，第172页。

⁶⁶⁰ 因此将适用1969年《维也纳公约》第三十六条规定的条件。

⁶⁶¹ 例如，《建立欧洲共同体条约》第300条第7款规定：“根据本章规定的条件缔结的协议将约束共同体的机构和成员国”。欧洲法院指出，这一规定并不意味着成员国受非成员国的约束，并且由此对其承担国际法上的责任。见*法兰西共和国诉欧洲共同体委员会案*，案件C-327/91，1994年8月9日的判决，《欧洲法院和初审法院案例汇编》，1994-8，第I-3641页起，详见第I-3674页，第25段。

⁶⁶² Amerasinghe认为，根据“政治上的原因”，“成员（部分或全体）或经成员批准的组织使债务人有理由推断成员（部分或全体）将接受共同的或附属的赔偿责任—即使在组建文书中没有这方面明示或暗示的意图—的证据，可取代无赔偿责任的推断”（C. F. Amerasinghe, “Liability to third parties of member States of international organizations: practice, principle and juridical precedent”, *AJIL*, 第85卷（1991年），第280页。Pierre Klein也认为成员国的行为可能暗示其为遵守组织所负的义务提供保证（见P. Klein, 在*La responsabilité des organisations internationales dans les ordres juridiques internes et en droit des gens*, Bruxelles, Bruylant/Éditions de l'Université, 1998年，第509至第510页）。

⁶⁶³ 韦斯特兰直升机有限公司诉阿拉伯工业化组织案，1991年7月21日的裁决，第56段，罗萨琳·希金斯在《国际组织不履行对第三方义务而对成员国造成的法律后果：临时报告》中援引，《国际法学会年鉴》，第66-I卷（1995年），第393至第394页。

因素，⁶⁶⁴ 尽管必须从整体上考虑这一因素和所有其他有关因素。显然不能事先假定第三方应当能够依赖于成员国的责任。

(11) (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草案的第一部分审议了违反国家可能承担的任何国际法义务的情形，且涉及国际责任的内容的第二部分仅处理了国家之间的关系，但这些条款草案的第33条中含有一个但书，涉及“任何人或国家以外的实体”可能拥有的权利。⁶⁶⁵ 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款审议了根据第1款所引发的责任性质。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断。同样，鉴于依据本条款草案引发责任的情况的性质有限，可以合理地推断，当成员国接受责任时，只是打算接受具有补充性质的附属责任。⁶⁶⁶

第30条 本章的效力

本章不妨碍实施有关行为的国际组织或任何其他国际组织根据这些条款草案的其他规定应该承担的国际责任。

⁶⁶⁴ 见白俄罗斯在这方面的意见，《大会正式记录，第六十届会议，第六委员会，第12次会议》(A/C.6/60/SR.12)和更正，第52段。

⁶⁶⁵ 《2001年……年鉴》，第二卷（第二部分），第108页。

⁶⁶⁶ 依上述意见，对于麦克莱恩·沃森有限公司诉贸易与工业部案；雷纳有限公司诉贸易与工业部和其他案（见上文脚注656）1988年4月27日的判决，拉尔夫·吉布森勋爵认为，在接受责任的情况下，“直接的附属赔偿责任由成员承担了”（第172页）。

评注

(1) 本条款草案类似于条款草案第16 [15] 条(见上文), 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) 条款草案第30条是关于整章的一项但书, 类似于国家对国际不法行为的责任条款草案第19条。⁶⁶⁷ 该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的国家的责任不影响行为的实施国可能负有的责任。另外, 如国家责任条款草案第19条的评注所解释的, 该条也旨在澄清: “[本章] 的规定不妨碍根据界定特定行为为非法的任何国际法规则确定协助、指挥或胁迫国责任的任何其他依据”,

并保留“根据本条款其他规定可能将国际不法行为归于它的”任何其他国家的责任。⁶⁶⁸

(3) 在关于国际组织责任的草案中, 似乎没有更大必要在涉及国家责任的一章中包含一个类似的“不妨碍”条款。几乎没有必要根据国家国际不法行为的责任条款而不是本草案而保留可能引发的国家责任。相反, 如果关系到国际组织, 类似于国家对国际不法行为的责任条款草案第19条的“不妨碍”条款将会有些用处。在本章中遗漏一个类似第19条的条款可能引起怀疑。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, 说明国家的责任不影响实施行为的国际组织的责任是有一些用处的。

(4) 在本条草案中, 国家对国际不法行为的责任条款草案第19条提及的“国家”一词已经被更换为“国际组织”一词。

⁶⁶⁷ 《2001年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第80页。

⁶⁶⁸ 同上, 第70至第71页, 第(2)至(3)段。

第八章

对条约的保留

A. 引言

92. 大会1993年12月9日第48/31号决议批准了国际法委员会关于在其议程中列入“与对条约的保留有关的法律与实践”专题的决定。

93. 委员会第四十六届会议（1994年）任命阿兰·佩莱先生为这个专题的特别报告员。⁶⁶⁹

94. 委员会第四十七届会议（1995年）收到并且讨论了特别报告员的第一次报告。⁶⁷⁰

95. 讨论以后，特别报告员总结了根据委员会对这个专题的审议情况得出的结论：这些结论与专题的标题有关，应读作“对条约的保留”；研究结果应采取保留方面的实践指南的形式；委员会应采取灵活方式开展该专题的相关工作；委员会的协商一致意见认为，不应对1969年《维也纳公约》、《关于国家在条约方面的继承的维也纳公约》（以下称“1978年《维也纳公约》”）和1986年《维也纳公约》的相关条款作出任何改动。⁶⁷¹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号决议中要求进行的初步研究所取得的成果。就《实践指南》而言，它将采取对国家和国际组织的实践有帮助作用的附带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。

96. 在第四十七届会议上，委员会按照以往的做法，⁶⁷²授权特别报告员编写一份关于对条约的保

留的详细问卷，以查明国家和国际组织、尤其是多边公约的交存人的实践和遇到的问题。⁶⁷³这份问卷由秘书处发给收件人。大会1995年12月11日的第50/45号决议注意到委员会的结论，请委员会按照其报告所述方针继续工作，并请各国对问卷作出答复。⁶⁷⁴

97. 委员会第四十八届会议（1996年）收到了特别报告员关于这个专题的第二次报告。⁶⁷⁵特别报告员在报告中附载了国际法委员会的一项决议草案，涉及对多边规范性条约包括人权条约的保留问题。该决议草案已提交大会，目的是提请注意并澄清该事项的法律方面。⁶⁷⁶

98. 委员会第四十九届会议（1997年）通过了关于对规范性多边条约包括人权条约的保留问题的初步结论。⁶⁷⁷

99. 大会在1997年12月15日的第52/156号决议中注意到委员会的初步结论，并注意到委员会请所有由规范性多边条约设立且愿意这样做的条约机构以书面方式提出关于这些结论的评论和意见，同时提请各国政府注意国际法委员会很需要得到它们关于初步结论的意见。

⁶⁶⁹ 见《1994年……年鉴》，第二卷（第二部分），第176页，第381段。

⁶⁷⁰ 《1995年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/470号文件。

⁶⁷¹ 同上，第二卷（第二部分），第108页，第487段。

⁶⁷² 见《1993年……年鉴》，第二卷（第二部分），第286段。

⁶⁷³ 见《1995年……年鉴》，第二卷（第二部分），第124页，第489段。发给成员国和国际组织的这份问卷转载于《1996年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/477和Add.1号文件，附件二和三。

⁶⁷⁴ 截至2003年7月31日，有33个国家和25个国际组织答复了问卷。

⁶⁷⁵ 《1996年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/477和Add.1和A/CN.4/478号文件。

⁶⁷⁶ 同上，第二卷（第二部分），第83页，第136段和脚注238。

⁶⁷⁷ 见上文脚注6。

100. 自第五十届会议(1998年)起至第五十七届会议(2005年),委员会又审议了特别报告员⁶⁷⁸提交的另外八次报告,并暂时通过了71条准则草案及其评注。

B. 本届会议审议这个专题的情况

101. 在本届会议上,委员会收到了特别报告员关于保留的效力和条约的目的与宗旨概念的第十次报告第二部分(A/CN.4/558和Add.1-2)。⁶⁷⁹在这方面,继第五十七届会议(2005年)上开展的辩论之后,特别报告员还编写了一份关于准则草案3.1.5(条约目的和宗旨的定义)的说明(A/CN.4/572),并提出了这一准则草案的新案文以及两项备选案文。⁶⁸⁰特别报告员还提交了第十一次报告(A/CN.4/574),委员会决定在第五十九届会议上(2007年)审议该报告。

102. 委员会于2006年7月5、6、7和11日举行的第2888至第2891次会议上审议了特别报告员的第十次报告的第二部分。

103. 在第2891次会议上,委员会决定将准则草案3.1.5至3.1.13、3.2、3.2.1至3.2.4、3.3和3.3.1转交给起草委员会。

104. 在2006年6月6日举行的第2883次会议上,委员会审议并暂时通过了提交给起草委员会的准则草案3.1(允许的保留)、3.1.1(条约明文禁止的保留)、3.1.2(特定保留的定义)、3.1.3(允许不受条约禁止的保留)、3.1.4(允许的特定

保留)。另外,委员会暂时通过了重新拟订的准则草案1.6(定义的范围)和2.1.8[2.1.7之二](保留显然无效情况下的程序)。

105. 这些准则草案已经在委员会第五十七届会议(2005年)上提交起草委员会。

106. 在2006年8月9和10日举行的第2911和第2912次会议上,委员会通过了上述准则草案的评注。

107. 准则草案的案文及其评注载录于下文C.2节。

1. 特别报告员介绍其第十次报告第二部分

108. 特别报告员回顾,由于时间不够,第十次报告的其中一部分未能在委员会前次会议上深入审议,而关于保留的效力的最后一部分根本未进行审议。鉴于在第五十七届会议辩论中有人对条约目的和宗旨的定义提出了批评,特别报告员针对条约目的和宗旨提出了新定义(A/CN.4/572)。⁶⁸¹对于新的定义,他提出了两个替代案文。尽管他倾向于第一个替代案文,但两者总的意思差别不大。在其第十次报告的增编二中,特别报告员曾试图对以下两个重要且棘手的问题给出务实的答案:谁有权评估保留的效力,以及无效保留的后果。

109. 关于准则草案3.2,⁶⁸²特别报告员说,该条沿袭了1969和1986年《维也纳公约》的第20、第

⁶⁷⁸ 第三次报告:《1998年……年鉴》,第二卷(第一部分),A/CN.4/491和Add.1-6号文件;第四次报告:《1999年……年鉴》,第二卷(第一部分),A/CN.4/499和A/CN.4/478/Rev.1号文件;第五次报告:《2000年……年鉴》,第二卷(第一部分),A/CN.4/508和Add.1-4号文件;第六次报告:《2001年……年鉴》,第二卷(第一部分),A/CN.4/518和Add.1-3号文件;第七次报告:《2002年……年鉴》,第二卷(第一部分),A/CN.4/526和Add.1-3号文件;第八次报告:《2003年……年鉴》,第二卷(第一部分),A/CN.4/535和Add.1号文件;第九次报告:《2004年……年鉴》,第二卷(第一部分),A/CN.4/544号文件;和第十次报告:《2005年……年鉴》,第二卷(第一部分),A/CN.4/558和Add.1-2号文件。对第三至第五次报告的历史介绍见《2004年……年鉴》,第二卷(第二部分),第112至第113页,第257至第269段。

⁶⁷⁹ 转载于《2005年……年鉴》,第二卷(第一部分)。

⁶⁸⁰ 转载于《2006年……年鉴》,第二卷(第一部分)。

⁶⁸¹ 替代案文1:

“3.1.5 条约目的和宗旨的定义

“为评估保留的效力的目的,条约的目的和宗旨系指条约整体结构必不可少的基本规则、权利和义务,它们构成条约的存在理由,对其更动或排除可能严重打破条约的平衡。”

替代案文2:

“3.1.5 与条约的目的和宗旨不符的保留

“一项保留如果严重影响条约整体结构必不可少的基本规则、权利和义务,从而否定了其存在理由,则与条约的目的和宗旨不符。”

⁶⁸² “3.2 对保留的效力的评估权

“下列国家、组织或机构有权断定一国或一国际组织对条约提具的保留的效力:

“(a) 其他缔约国 [适当时包括其国内法院] 或其他缔约组织;

“(b) 可能有权解释或适用条约的争端解决机构;

21条和23条，其中规定任何缔约国或国际组织均可评估对条约提具的保留的效力。在此，“国家”一词表示整个国家机构，在适当时包括国内法院。此种评估也可由作出保留的国家的法院作出，虽然特别报告员仅知道一例由国内法院宣布本国提具的保留无效的案件。⁶⁸³为将这一可能性考虑进来，应修改准则草案3.2中所列第一个要点的措辞，删除“缔约国”及“缔约组织”之前的“其他”一词。争端解决机构和条约实施情况监督机构也可裁断保留的效力问题，但应指出的是，条约监督机构这一分类相对较新，直到1969年《维也纳公约》通过以后才得到很好的发展。

110. 使委员会于1997年通过关于规范性多边条约包括人权条约的保留的初步结论⁶⁸⁴的有关考虑仍是中肯的。准则草案3.2第三个要点反映了实际做法，与初步结论第5段相对应。

111. 准则草案3.2.1⁶⁸⁵明确地表明了这一想法，并同时指出，在这样做时，监测机构不能超出对其的总授权。如果他们有决策权，他们也可以决定保留的效力，而且其就此作出的决定对缔约国有约束力；否则，他们只能提出建议。这也与初步结论的第8段一致。

112. 准则草案3.2.2⁶⁸⁶以建议的方式重复了初步结论第7段的内容，而且与准则草案3.2.3⁶⁸⁷一

样，也与《实践指南》的教育精神非常一致，其中提醒各国和各国际组织应执行条约监督机构的决定（如果他们有决策权）或真诚地考虑其的建议。

113. 准则草案3.2.4⁶⁸⁸与1997年通过的初步结论的第6段相对应，其中忆及当有多个机构可对保留的效力作出评估时，它们并非相互排斥而是互为补充。

114. 第十次报告最后一节处涉及保留无效的后果问题，这是在该专题方面与1969年和1986年《维也纳公约》出入最多的问题之一。无论是有意还是出于其他原因，这两项《公约》对该问题保持了沉默。

115. 尽管有些作者主张在《维也纳公约》第十九条（甲）和（乙）款与（丙）款之间作出区分，但特别报告员认为所有这三款都具有相同作用（准备工作、惯例和判例法均支持这种观点）。由《维也纳公约》第二十一条第一项确认的第十九条的一致性⁶⁸⁹在准则草案3.3中得到了表达。

116. 特别报告员随后试图答复该阶段能够回答的一些问题。准则草案3.3.1⁶⁹⁰解释称，提具无效保留会造成效力问题，但不会给提出者带来责任。因此，准则草案3.3.2⁶⁹¹表示，不符合《维也纳公约》第十九条所载有效条件的保留是无效的。

“(c) 条约可能设立的条约实施情况监测机构。”

⁶⁸³ 见1991年12月17日瑞士联邦法庭在*F.诉R.*及图尔高州国务委员会案中的裁决，*Journal des Tribunaux* 准则草案(1995)，第523页。

⁶⁸⁴ 见上文脚注6。

⁶⁸⁵ “3.2.1 条约所设监测机构的权力

“如果条约设立监测条约适用情况的机构，该机构为履行其职能的目的，应当有权评估国家或国际组织提具的保留的效力。

“这种机构在行使上述权力时作出的裁定，与该机构在履行其一般监测职能时所作出的裁定，具有同等法律效力。”

⁶⁸⁶ “3.2.2 明文规定监测机构在评估保留的效力方面的权力

“在设有机构监测条约适用情况的条约中，国家或国际组织应当明文规定这种机构在评估保留的效力方面的权力的性质，并酌情规定其权力的范围。现有条约可以为此目的通过议定书。”

⁶⁸⁷ “3.2.3 国家和国际组织与监测机构的合作

“国家和国际组织，对设有机构监测条约适用情况的条

约提具保留的，应当与该机构合作，并充分考虑该机构对本方提具的保留的效力所作出的评估。如果有关机构具有作出决定的权力，保留提具方有义务实施该机构的决定[但决定应当是该机构按其职权范围作出的]。”

⁶⁸⁸ “3.2.4 多个机构有权评估保留的效力

“如果条约设立监测条约适用情况的机构，该机构拥有的权力不排除，也不影响其他缔约国或其他缔约国际组织就一国或一国际组织对条约提具的保留的效力作出评估的权力，或有权解释或适用条约的争端解决机构的权力。”

⁶⁸⁹ “3.3 保留无效的后果

“在条约规定明示或默认禁止的情况下提具的保留，或与条约目的和宗旨不符的保留，均属无效，而且无须在这两种无效理由之间作出区别。”

⁶⁹⁰ “3.3.1 保留的无效与责任

“提具无效保留产生条约法范围内的效果。提具保留无效本身不应给提具保留的国家或国际组织造成任何责任。”

⁶⁹¹ “3.3.2 无效保留的无效性质

“不符合准则3.1规定的条件的保留没有任何效力。”

117. 准则草案3.3.3⁶⁹²表示,其他缔约方单方面的行动不能改变不符合第十九条所定标准的保留的无效性。否则,条约体系的一致性将被打破,这与诚信原则不符。

118. 特别报告员认为,如果采取明确的方式,则缔约方可集体实施其各自单方面不能实施的行为,这等同于对条约的修订。如所有各方都正式接受先前无效的一项保留,可视其一致同意修订条约,正如《维也纳公约》第三十九条所允许的那样。准则草案3.3.4⁶⁹³表达了这一观点。

2. 辩论摘要

119. 关于特别报告员提出的新版本的准则草案3.1.5,有人指出,“条约的平衡”的观点并不一定适用于所有条约,特别是那些与人权有关的条约。条约的目的和宗旨在于基本规则、权利和义务背后的目的,而不是这些规则、权利和义务本身所含的目的。

120. 另一种观点认为,在新版本中提及“基本规则、权利和义务”是描述条约存在理由的一种更好的方式。

121. 也有观点认为,准则草案修订本所使用的术语很难理解和解释,而且极其主观。以前附带评注的版本是澄清条约目的和宗旨的概念的更好方式。有人还指出,“严重影响”这一措辞似乎使准则草案的范围过于狭窄。有人指出,一项并不一定损害条约存在理由的保留却有可能损害条约的关键内容,从而与其目的和宗旨不符。

122. 还有观点认为,当某个条约禁止一切保留时,它并不一定意味着条约的所有条款都构成其

⁶⁹² “3.3.3 单方面接受无效保留的效果

“缔约国或缔约国际组织之一接受一项保留并不改变保留的无效性质。”

⁶⁹³ “3.3.4 集体接受无效保留的效果

“一国和一国际组织可以提具条约明示或默示禁止的保留,或与条约目的和宗旨不符的保留,条件是在经过保存人明确征询意见后,没有任何其他缔约方反对提具的保留。”

“在上述征询意见的过程中,保存人应当提请签署国和国际组织、缔约国和国际组织,以及适当的有关国际组织的主管机关注意保留引起的法律问题的性质。”

存在理由,而且正相反,当一个条约允许作出特定的保留时,它不一定意味着可能成为保留对象的那些特定条款不重要。签订条约的政治背景也应加以考虑。

123. 关于准则草案3.1.6,有人指出,提及“确定”条约“基本结构”的“条款”给人一种印象,即可从条约的某些条款中找到条约的目的和宗旨,但情况并不一定如此。可以删除提及“随后采取的做法”,因为缔约方缔结条约时的目的才是需要考虑的基本因素。还有观点认为,为了与委员会此前的决定保持一致并保持条约关系的稳定,应删除所提到的“缔约方随后采取的做法”。但另一种观点认为,应该保留提及“随后采取的做法”,它是根据1969年和1986年《维也纳公约》第31条作出解释的基本要素。

124. 关于准则草案3.1.7,有人注意到,由于它们只影响不太重要的问题,因此即使含糊、一般性的保留也不一定与条约的目的和宗旨不符。

125. 有几位委员表示支持准则草案3.1.8。

126. 关于准则草案3.1.9,有观点认为,有可能对提出强制性规则的条约规定的某些方面提出实际上并不与强制性规则本身相冲突的保留。

127. 关于准则草案3.1.10,有人注意到,有可能对关于不可克减的权利的规定提出保留,只要该保留不违背整个条约的目的和宗旨。

128. 几位委员表示支持准则草案3.1.11、3.1.12和3.1.13。

129. 有观点认为,另一种类别的保留值得注意,也即对有关通过国内立法来实施条约的规定作出的保留。

130. 关于准则草案3.2,有人强调,条约监督机构的职权不是自动产生的,除非条约对此作出规定。还有人还建议,案文中应提及“在条约框架内可能设立的监督机构”,而不是“条约可能设立的机构”,以便将随后建立的机构,如经济、社会与文化权利委员会等包括进来。有人质疑具

有准司法职能的监督机构能否裁定国家提具的保留的合法性，即使条约中并未明确地预见到这种权力。

131. 有观点认为，准则草案将裁定（而不仅仅是评估）保留效力的权力赋予监督机构偏离了实证条约法和各国的实践。另有人持相反的观点。

132. 有些委员认为，准则草案3.2.1和3.2.2应规定，监督机构的职权只限于条约规定的范围。有人还提出，监督机构不考虑缔约国采取的立场，这是此类机构评估保留效力的权力方面的核心问题所在。

133. 在争端解决机构中，司法机构值得特别提出来，原因是其裁决所产生的效果与其他机构的决定所产生的效果大不相同。

134. 有观点认为，国家当局而不是法院有时可能在其职权范围内审议其他国家提具的一些保留的效力。

135. 有人注意到，提及议定书可能造成鼓励利用这些议定书限制或批评监督机构权力的危险。

136. 还有人指出，准则草案3.2.4并未回答可能出现的一些问题，例如，如何处理不同主管机构对保留或其有效性的评估持不同意见的情况。

137. 有人指出，委员会曾决定不提及默示禁止，因此应从准则草案3.3中删除该术语。

138. 关于准则草案3.3.1，有观点认为，委员会应避免就是否会给提出无效保留的国家或国际组织带来国际责任表明立场。有人指出，这类主张似乎与国家责任法律不一致，甚至可能会产生鼓励各国提出无效保留的效果，因为国家认为不会给自己带来任何责任。

139. 关于准则草案3.3.2、3.3.3和3.3.4，有人注意到，它们提出了一些在目前阶段尚不能决定的问题。在提交起草委员会之前，应进一步对其进行讨论。

140. 有人注意到，无效保留可能不是无效的，原因是此类保留在一定情况下可以产生效果。

141. 几位委员对准则草案3.3.3和3.3.4提出疑问，提出其中有矛盾之处且含糊不清，而且对在保留问题上准则草案似乎对受托人赋予仲裁人的角色持有异议。

142. 有人甚至质疑委员会是否应该提出保留无效的后果问题。1969和1986年《维也纳公约》未处理这一问题，这可能是明智的。这一空白可能不应弥补；允许各国对保留的效力作出决定并承担后果的制度已经存在，没有理由去改变它。

143. 有人提及《维也纳公约》关于接受或反对保留的第二十条，指出《维也纳公约》没有表明该条款也有意适用于无效的保留。在实践中，各国在反对他们认为与条约目的和宗旨不符的保留时依据的是第二十条，但也继续维持他们与作出保留的国家之间的缔约关系。《实践指南》应考虑这一实践，并在该实践被认为与维也纳体制不符时向各国提供指导。

3. 特别报告员的结论意见

144. 特别报告员对讨论作了总结，他指出，内容丰富的辩论使他了解了对主要问题的不同看法，同时提出了一些对委员会的工作有建设性作用的有意义的评论。

145. 关于准则草案3.1.5和3.1.6，他指出，参与辩论的与会者认为两者在界定条约目的和宗旨的概念方面形成了一个整体。2005年⁶⁹⁴和2006年(A/CN.4/572，第7至第8段)提出的准则草案3.1.5的三个不同的版本可作为一个可能的定义的基础，当然需要铭记这一概念所固有的主观因素。

146. 由于缔约国可能对条约最基本的内容有不同看法，他确信应该努力找到平衡点，他在“总体结构”或“条约的平衡”等观点中表达了这一点。但他指出，这一观点尚未得到普遍支持，而且“规

⁶⁹⁴ 《关于对条约的保留的第十次报告》，《2005年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/4/558和Add.1-2号文件。

则、权利和义务”这一用语被认为要好于条约的“必要条件”这一用语。

147. 他注意到有人争论说，条约的“存在理由”可能难以确定，其原因是，如果一个条约有多个目的或缔约方有不同的期待，它可以有多个存在理由。另一方面，他不认为“严重”一词应从“可能严重打破”这一用语中删除。由于保留从定义上说就会影响条约的完整性，因此认为只有严重的影响才能威胁条约目的和宗旨是合乎逻辑的。

148. 关于准则草案3.1.6，他怀疑在案文中提及缔约方随后采取的做法是否明智，尽管多数委员都支持这一点。一个条约确实随着时间的推移不断发展，但应记住，保留一般都是在条约刚开始时提具的，而那时与实践没有什么关系。此外，他不能肯定条约的目的和宗旨会随着时间的推移而改变。

149. 特别报告员指出，准则草案3.1.7至3.1.13以及它们所代表的务实的办法得到了普遍支持。他不能肯定他理解了某位委员提出的另外一种类型的保留，也即对通过国内立法来实施条约的条款作出的保留如何区别于准则草案3.1.11所载各项保留。然而，他不反对请起草委员会考虑是否就这一点增加一条准则草案。他接受了几位委员提出的一个论点，即一个含糊的、一般性的保留可以导致其无效，但这不是因为与条约的目的和宗旨不符。

150. 关于准则草案3.1.9，几位委员附和了他在前一届会议上提出的疑问。他同意准则草案应以1969年《维也纳公约》第五十三条而不是第十九条(丙)项为基础。

151. 他注意到一些委员表达的关切，即对关于不可克减的权利的规定提具的保留应构成例外并严格加以限制；但这项关切可以通过修改准则草案3.1.10的措辞得到解决，而且不会产生对基本原则的疑问。

152. 特别报告员满意地注意到，没有委员对各国或各国际组织有权评估保留的效力这项原则提出争议。他饶有兴趣地听取了几位委员就这项原则与《维也纳公约》第二十条的关系发表的评论，但

他认为在委员会审议接受或反对保留的影响时提出这一点更为适当。

153. 关于争端解决机构或条约实施情况监督机构评估保留效力的权力，他回顾到，他仅仅注意到并未将权力“赋予”(或拒绝赋予)此类机构的有关实践。在他看来，这些机构在这一领域拥有的权力并不比在一般领域大。

154. 他指出，关于这一点的所有准则草案都与1997年委员会就对规范性多边条约包括人权条约的保留通过的初步结论相一致。他还希望再次建议删除在准则草案3.2的用语“其他缔约国……或其他缔约组织”中两处出现的“其他”一词，目的是将国内法院有时可能评估本国提具的保留的效力这一点包括进来。

155. 起草委员会可能会考虑对准则草案3.2.4补充另外一条规定的可能性，该条将明确监督机构应考虑缔约国对保留的效力作出的评估。

156. 关于准则草案3.3.1，他确信一个无效保留并不违背它所针对的条约，而且不会对提具者造成任何责任；如果保留没有效力，它只是无效而已。

157. 特别报告员总结道，最好留待委员会能够审议反对或接受保留的影响时再就准则草案3.3.2、3.3.3和3.3.4作出决定。

C. 委员会迄今为止暂时通过对条约的保留准则草案案文

1. 准则草案案文

158. 委员会迄今为止暂时通过的准则草案案文载录如下。⁶⁹⁵

⁶⁹⁵ 见准则1.1, 1.1.2, 1.1.3[1.18], 1.1.4[1.1.3]和1.1.7[1.1.1]的评注,《1998年……年鉴》,第二卷(第二部分),第99至第107页;准则1.1.1[1.1.4], 1.1.5[1.1.6], 1.1.6, 1.2, 1.2.1[1.2.4], 1.2.2[1.2.1], 1.3, 1.3.1, 1.3.2[1.2.2], 1.3.3[1.2.3], 1.4, 1.4.1[1.1.5], 1.4.2[1.1.6], 1.4.3[1.1.7], 1.4.4[1.2.5], 1.4.5[1.2.6], 1.5, 1.5.1[1.1.9], 1.5.2[1.2.7], 1.5.3[1.2.8]和1.6的评注,《1999年……年鉴》,第二卷(第二部分),第98至第136页;准则1.1.8, 1.4.6[1.4.6,

对条约的保留

实践指南

解释性说明

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

1. 定义

1.1 保留的定义

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

1.1.1[1.1.4]⁶⁹⁶ 保留的对象

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

1.1.2 可提出保留的情况

根据准则1.1可以提出保留的情况包括以《维也纳条约法公约》第十一条以及《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11条提及之所有方式表示同意受条约约束的情形。

1.4.7], 1.4.7[1.4.8], 1.7, 1.7.1[1.7.1, 1.7.2, 1.7.3, 1.7.4]和1.7.2[1.7.5]的评注,《2000年……年鉴》,第二卷(第二部分),第111至第127页;准则2.2.1, 2.2.2[2.2.3], 2.2.3[2.2.4], 2.3.1, 2.3.2, 2.3.3, 2.3.4, 2.4.3, 2.4.4[2.4.5], 2.4.5[2.4.6], 2.4.6[2.4.7]和2.4.7[2.4.8]的评注,《2001年……年鉴》,第二卷(第二部分),第202至第218页;准则2.1.1, 2.1.2, 2.1.3, 2.1.4[2.1.3之二, 2.1.4], 2.1.5, 2.1.6[2.1.6, 2.1.8], 2.1.7, 2.1.8[2.1.7之二], 2.4, 2.4.2, 2.4.2[2.4.1之二]和2.4.7[2.4.2, 2.4.9]的评注,《2002年……年鉴》,第二卷(第二部分),第27至第47页;对解释性说明和准则2.5, 2.5.1, 2.5.2, 2.5.3, 2.5.4[2.5.5], 2.5.5[2.5.4之二, 2.5.4之三], 2.5.6, 2.5.7[2.5.7, 2.5.8], 和2.5.8[2.5.9]的评注,对示范条款A, B和C以及对准则2.5.9[2.5.10], 2.5.10[2.5.11]和2.5.11[2.5.12]的评注,《2003年……年鉴》,第二卷(第二部分),第79至第103页;准则2.3.5, 2.4.9, 2.4.10, 2.5.12和2.5.13的评注,《2004年……年鉴》,第二卷(第二部分),第121至第126页;准则2.6, 2.6.1和2.6.2的评注,《2005年……年鉴》,第二卷(第二部分)。准则3, 3.1, 3.1.1, 3.1.2, 3.1.3和3.1.4的评注以及准则1.6和2.1.8[2.1.7之二]的新案文见下文第2节。

⁶⁹⁶ 方括号内的号数指本条准则草案在特别报告员报告中的序号,或指已经并入准则草案最后案文的某一准则草案在特别报告员报告中的原号数。

1.1.3[1.1.8] 有领土范围的保留

一国发布单方面声明,意图藉此排除某一条约或其中某些规定对某一领土的适用(如无该声明该条约应可在该领土适用),此项声明即构成保留。

1.1.4[1.1.3] 领土适用通知时提具的保留

一国在就某一条约作出领土适用通知时提出单方面声明,意图藉此排除或更改其中某些规定在该领土适用时的法律效力,此项声明即构成保留。

1.1.5[1.1.6] 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接受条约约束时提出单方面声明,意图藉此限制该条约施加于它的义务,此项声明即构成保留。

1.1.6 旨在以相当方式履行义务的声明

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

1.1.7[1.1.1] 联合提具的保留

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。

1.1.8 根据排除条款作出的保留

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

1.2 解释性声明的定义

“解释性声明”,不论其措辞或名称为何,都指一国或一国际组织意图指定或阐明声明方对条约或其中若干条款赋予的含义或范围而作出的单方面声明。

1.2.1[1.2.4] 有条件的解释性声明

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

1.2.2[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一项解释性声明,不影响该解释性声明的单方面性质。

1.3 保留和解释性声明之间的区别

作为保留或解释性声明的单方面声明，其性质由它意图产生的法律效力决定。

1.3.1 对保留和解释性声明加以区别的方法

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

1.3.2 [1.2.2] 措辞和名称

单方面声明的措辞或名称表示所要产生的法律效力。当一国或一国际组织就单一条约提出若干单方面声明并且指定其中一些为保留而另一些为解释性声明时，尤其如此。

1.3.3 [1.2.3] 在禁止保留时提出单方面声明

在条约禁止对其所有条款或其中某些条款作出保留的情况下，不应将一国或一国际组织就有关条款提出的单方面声明视为保留，除非此项声明确实旨在排除或更改条约的某些条款或整个条约的特定方面在对声明方适用时具有的法律效力。

1.4 有别于保留和解释性声明的单方面声明

就条约提出的既非保留也非解释性声明的单方面声明不属于本《实践指南》的范围。

1.4.1 [1.1.5] 旨在作出单方面承诺的声明

一国或一国际组织对条约提出的单方面声明，意图藉此承担条约未加诸声明方的义务，则此项声明构成单方面承诺，不属于本《实践指南》的范围。

1.4.2 [1.1.6] 旨在增添条约内容的单方面声明

一国或一国际组织提出单方面声明，意图藉此增添条约的内容，则此项声明构成更改条约内容的提议，不属于本《实践指南》的范围。

1.4.3 [1.1.7] 不承认的声明

一国作出单方面声明，表明该国对条约的参与并不意味着对该国不承认的某一实体予以承认，则此项声明构成不承认的声明并且不属于本《实践指南》的范围，即使该声明的目的是排除条约在声明国和声明国不予承认的实体之间的适用。

1.4.4 [1.2.5] 一般性政策声明

一国或一国际组织提出单方面声明以表达该国或该组织对条约或条约所涵盖的主题事项的意见，如该声明的目的不在于产生对条约的法律效力，则此项声明构成一般政策声明并且不属于本《实践指南》的范围。

1.4.5 [1.2.6] 关于在内部履行条约之方式的声明

一国或一国际组织提出单方面声明，说明该国或该组织意图在内部履行条约的方式，如该声明本身的目的不在于影响其对其他缔约方的权利和义务，则此项声明构成说明性声明并且不属于本《实践指南》的范围。

1.4.6 [1.4.6, 1.4.7] 根据任择条款作出的单方面声明

一国或一国际组织根据条约某一条款作出单方面声明，如该条款明确准许各缔约方接受并非该条约加诸缔约方的一项义务，则此项声明不属于本《实践指南》的范围。此项声明中载列的限制或条件不构成本《实践指南》所指的保留。

1.4.7 [1.4.8] 对条约规定作出选择的单方面声明

一国或一国际组织根据条约所载条款作出单方面声明，如该条款明确规定各缔约方须在条约的两项或几项条款之间作一选择，则此项声明不属于本《实践指南》的范围。

1.5 关于双边条约的单方面声明

1.5.1 [1.1.9] 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，作为它表示最后同意接受约束的条件，则此项声明无论措辞或名称为何，均不构成本《实践指南》所指的保留。

1.5.2 [1.2.7] 对双边条约的解释性声明

准则草案 1.2 和 1.2.1 均适用于对多边和双边条约的解释性声明。

1.5.3 [1.2.8] 对双边条约的解释性声明获得另一缔约方接受所产生的法律效力

作为双边条约缔约方的国家或国际组织对该条约作出的解释性声明产生的并获得另一缔约方接受的解释，构成该双边条约的权威解释。

1.6 定义的范围⁶⁹⁷

《实践指南》本章所载列的单方面声明的定义，不妨碍这些声明根据对其适用的规则所具有的有效性和效力。

1.7 替代保留和解释性声明的程序

1.7.1 [1.7.1, 1.7.2, 1.7.3, 1.7.4] 替代保留的程序

为了达到与保留类似的效果，国家或国际组织也可采取替代程序，例如：

(a) 在条约中增列旨在限定其范围或适用的限制条款；

(b) 根据一条约的明确规定缔结协定，使两个或两个以上国家或国际组织可根据协定免除或更改该条约中若干条款在它们之间的法律效力。

1.7.2 [1.7.5] 替代解释性声明的程序

为了确定或阐明一条约或其中若干规定的含义或范围，国家和国际组织也可采用替代解释性声明的程序，例如：

(a) 在条约中增列旨在解释该条约的规定；

(b) 为同一目的缔结补充协定。

2. 程序

2.1 保留的形式和告知

2.1.1 书面形式

保留必须以书面形式提具。

2.1.2 正式确认的形式

保留必须以书面形式正式确认。

2.1.3 在国际一级提具保留

1. 在符合作为条约保存人的国际组织惯例的情况下，以下人士有权代表一国或一国际组织提具保留，如果：

(a) 该人士出示适当全权证书，表明有权制定或确认涉及提出保留的条约案文、或有权表示该国或该组织同意接受该条约的约束；或

(b) 从惯例或其他情况看，有关国家或组织的意图是认为该人士拥有此类目的的权限，此人无须出示全权证书。

2. 以下人士因其职务无须出示全权证书，有权代表一国在国际一级提具保留：

(a) 国家元首、政府首脑和外交部长；

(b) 为针对一国际会议通过的条约提具保留而派驻该国际会议的国家代表；

(c) 为针对一国际组织或其机关制定的条约提具保留而派驻该国际组织或其机关的代表；

(d) 为针对派驻国与国际组织间的条约提具保留而常驻该国际组织的代表团团长。

2.1.4 [2.1.3之二, 2.1.4] 违反与提具保留有关的内部规则在国际一级不产生影响

1. 确定在本国提具保留的主管机构和所应遵循的程序，是每一国家国内法或每一国际组织的有关规则所处理的事项。

2. 一国或一国际组织不得援引某项保留的提具违反了该国国内法规定或该组织有关提具保留的权限和程序的规则事实，认定该项保留无效。

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，或是据以设立一有权接受保留之机关的条约，则对此条约的保留也必须告知该组织或机关。

2.1.6 [2.1.6, 2.1.8] 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外，对条约之保留的告知：

(a) 在没有保存人的情况下，应由提具保留者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；或者

(b) 在有保存人的情况下，应送交保存人，由他尽早告知所要送交的国家或组织。

2. 保留的告知只有在该通知所要递交的国家或组织、或保存人收到该通知的情况下，才应视为提出保留的国家已告知保留。

3. 可对保留提出反对意见的期间始于一国或一国际组织接到该项保留通知之日。

⁶⁹⁷ 委员会第五十八届会议（2006年）期间重新审议并修改了本条准则草案。新的评注见下文 C.2 节。

4. 如果对条约的保留是以电子邮件或传真告知，必须以外交照会或保存人的通知加以确认。在这种情况下，告知被认为在电子邮件或传真之日期作出。

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具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。

2.1.8 [2.1.7之二] 保留显然无效情况下的程序⁶⁹⁸

1. 如果保存人认为某项保留显然无效，则应提请提具保留者注意在保存人看来构成保留无效的理由。

2. 如果提具保留者坚持保留，保存人应将保留的案文告知各签署国和国际组织以及各缔约国和国际组织，并酌情告知有关国际组织的主管机关，说明该项保留所引起的法律问题的性质。

2.2.1 正式确认在签署条约时提具的保留

凡在签署须经批准、正式确认、接受、核准的条约时提具的保留，须由保留国或保留国际组织在表示同意接受条约约束时正式予以确认。遇此情形，该项保留应被认为在其确认之日提出。

2.2.2 [2.2.3] 在签署条约时提具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接受其约束，在签署该条约时提具的保留无须事后予以确认。

2.2.3 [2.2.4] 条约明文规定可在签署时提具的保留

如一条约明文规定一国或一国际组织可以选择在签署条约时提出保留，在当时提具的保留无须由提具保留国或国际组织在表示同意接受条约约束时正式予以确认。”

.....⁶⁹⁹

⁶⁹⁸ 同上。

⁶⁹⁹ 特别报告员提出的第2.3节论及过时提出的保留。

2.3.1 过时提具的保留

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

2.3.2 接受过时提出保留

除非条约另有规定，或保存机构采取不同惯例，如一缔约方在收到通知之日起12个月期限届满之后，仍未对一过时提具的保留提出反对，该保留应被认为已为该缔约方接受。

2.3.3 反对过时提出保留

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

2.3.4 事后采用保留以外的方式排除或更改条约的法律效力

条约缔约方不得通过下列办法排除或更改条约的各项规定的法律效力：

(a) 对先前作出的保留加以解释；或

(b) 事后根据任择条款作出单方面声明。

2.3.5 扩大保留范围

修改一项现有的保留，以扩大其范围，应遵守过时提出保留所适用的规则。但是如果对该项修改提出了反对，则最初的保留保持不变。

2.4 解释性声明的程序

2.4.1 提具解释性声明

就通过或认证一条约案文或表示一国或一国际组织同意接受一条约的约束而言，必须由代表一国或一国际组织的人士提具解释性声明。

[2.4.2 [2.4.1之二] 在内部一级提具解释性声明

1. 确定在内部一级提具解释性声明的主管机构和所应遵循的程序是每一国的国内法或每一国际组织的有关规则所处理的事项。

2. 一国或一国际组织不得援引某项解释性声明的提具违反了关于提出解释性声明之权限和程序的国内法规定或国际组织规则的事实，认定该项声明无效。]

2.4.3 可以提出解释性声明的时刻

在不妨碍准则1.2.1、2.4.6[2.4.7]和2.4.7[2.4.8]的规定的条件下，解释性声明可以随时提出。

2.4.4 [2.4.5] 无须确认在签署条约时提出的解释性声明

如一国或一国际组织表示同意受条约约束，在签署该条约时提出的解释性声明无须事后予以确认。

2.4.5 [2.4.4] 正式确认在签署条约时提出的有条件解释性声明

凡在签署须经批准、正式确认、接受、核准的条约时提出的有条件解释性声明，须由声明国或声明国际组织在表示同意接受条约约束时正式予以确认。遇此情形，该项解释性声明应被认为在其确认之日提出。

2.4.6 [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解释性声明，除非其他缔约方不反对该项过时提出解释性声明。

[2.4.7 [2.4.2, 2.4.9] 提具和告知有条件的解释性声明

1. 必须以书面方式提具有条件的解释性声明。
2. 也必须以书面方式正式确认有条件的解释性声明。
3. 有条件的解释性声明必须以书面方式告知缔约国、缔约组织以及有权成为该条约缔约方的其他国家和国际组织。
4. 有条件的解释性声明如果涉及建立国际组织的现行条约或据以建立一有权接受保留之机构的条约，也必须告知该组织或机构。]

2.4.8 过时提出有条件解释性声明⁷⁰⁰

在表示同意接受条约约束之后，一国或一国际组织不得提出有关该条约的有条件解释性声明，除非其他缔约方不反对该项过时提出有条件解释性声明。

2.4.9 修改解释性声明

除条约规定解释性声明仅可在特定时间作出或修改外，解释性声明可以随时修改。

2.4.10 限制和扩大有条件解释性声明的范围

限制和扩大有条件解释性声明的范围，应遵守部分撤回保留和扩大保留范围分别适用的规则。

2.5 撤回和更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 [2.5.5] 在国际上提出撤回保留

1. 在不违反作为条约保存人的国际组织的惯例的前提下，下列情况中的人士有权代表一国或一国际组织撤回所提出的保留：

(a) 就撤回保留而言，该人士出示了适当的全权证书；或

(b) 从惯例或其他情况看，有关国家和国际组织有意认为该人士有权，无须出示全权证书撤回保留。

2. 以下人士因其职务无须出示全权证书，有权代表一国在国际上撤回保留：

(a) 国家元首、政府首脑和外交部长；

(b) 就撤回对一国际组织或该组织一个机关所通过的条约的保留而言，各国派到该国际组织或其机关的代表；

(c) 就撤回对委派国与一国际组织间的某项条约的保留而言，常驻该组织的代表团团长。

2.5.5 [2.5.5之二, 2.5.5之三] 违反与撤回保留有关的内部规则在国际上不产生后果

1. 确定撤回保留的内部主管机构和应遵循的内部程序属于每个国家的国内法或每个国际组织的有关规则所处理的事项。

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或该组织内部规则为理由宣布撤回无效。

2.5.6 撤回保留的告知

撤回保留的告知程序遵循准则 2.1.5、2.1.6 [2.1.6, 2.1.8] 和 2.1.7 所载的适用于保留的告知的规则。

⁷⁰⁰ 本条准则草案（之前的 2.4.7 [2.4.8]）因委员会在 2002 年的第五十四届会议通过了新的准则草案而重新编号。

2.5.7[2.5.7, 2.5.8] 撤回保留的效力

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[2.5.9] 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。

示范条款

A. 撤回保留生效日期的推迟

对本条约提出保留的缔约方可向[保存人]发出通知撤回保留。撤回在[保存人]收到通知日之后 X[月][天]期满时开始生效。

B. 撤回保留生效日期提前

对本条约提出保留的缔约方可向[保存人]发出通知撤回保留。撤回自[保存人]收到通知之日起生效。

C. 自由确定撤回保留生效日期

提出保留的缔约方可向[保存人]发出通知撤回保留。撤回自该国发给[保存人]的通知中所确定的日期起生效。

2.5.9[2.5.10] 提出保留的国家或国际组织可单方面确定撤回保留生效日期的情况

撤回保留自撤回国家或国际组织确定的日期起生效, 条件是:

(a) 该日期须晚于其他缔约国或缔约国际组织收到撤回通知的日期; 或

(b) 撤回保留并不增加撤回国家或国际组织相对于其他缔约国或缔约国际组织而言所拥有的权利。

2.5.10[2.5.11] 部分撤回保留

1. 部分撤回保留限制了该保留的法律效力, 并使条约的规定或整个条约更完整地适用于撤回国家或国际组织。

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[2.5.12] 部分撤回保留的效力

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反对意见, 则继续有效, 但条件是该反对意见不是专针对被撤回的那部分保留提出的。

2. 对部分撤回之后所形成的保留不得提出反对意见, 除非部分撤回具有歧视效果。

2.5.12 撤回解释性声明

解释性声明可依照其提出时适用的同样程序, 由具有此项权力的当局随时撤回。

2.5.13 撤回有条件解释性声明

撤回有条件解释性声明, 应遵守撤回保留所适用的规则。

2.6.1 对保留的反对的定义

“反对”是指一国或一国际组织针对另一国或另一国际组织对条约提出的一项保留所作的单方面声明, 不论其措辞或名称为何, 提出反对的国家或国际组织意图在与提出保留的国家或组织的关系中据此排除或改变保留的法律效力, 或排除整个条约的适用。

2.6.2 对过时提出保留或扩大保留范围的反对的定义

“反对”一词也可以指一国或一国际组织据以反对过时提出保留或反对扩大保留范围的单方面声明。

3. 保留和解释性声明的效力

3.1 可允许的保留

一国或国际组织可在签署、批准、正式确认、接受、认可或加入一项条约时提出保留, 除非:

(a) 该项保留为条约所禁止;

(b) 条约规定只可提出不包括该项保留在内的特定保留; 或

(c) 在不属于(a)和(b)项的其他情形下, 该项保留与条约的目的和宗旨不符。

3.1.1 条约明文禁止的保留

如果条约含有一项特别条款, 该条款规定:

(a) 禁止一切保留;

(b) 禁止对特定条款提出保留, 而有关保留是针对特定条款之一提出的; 或

(c) 禁止某些类别的保留，而有关保留属于所述类别之一；

则保留即为条约明确禁止。

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条款的保留或对整个条约涉及某些特定方面的保留。

3.1.3 可允许的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 可允许的特定保留

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。

2. 委员会第五十八届会议暂时通过的 准则草案案文及其评注

159. 委员会第五十八届会议通过的准则草案案文及其评注载录如下。

3. 保留和解释性声明的效力

总评注

(1) 《实践指南》第三部分的目的是继第一部分专门论及定义、第二部分论及提出保留和解释性声明的程序之后，确定使对条约的保留发生效力的条件。

(2) 在进行广泛的辩论以后，尽管有些委员踌躇不已，委员会决定还是用“保留的效力”一语来描述用于确定以下事项的思维过程：一个国家或国际组织提具的⁷⁰¹、旨在摒除或更改有关条约中若干规定⁷⁰²在适用于该国或该国际组织时所具有的

⁷⁰¹ 由于仅提具保留不能产生其提具才所期望的效果，因此使用“提具”一词比较适当（见下文中准则草案3.1的评注第(6)和(7)段）；但《维也纳公约》使用“所作”一词，而作为一个原则问题，委员会不希望套用《公约》的案文。

⁷⁰² 或整个条约的特定方面（见准则草案1.1.1）。

法律效力的单方面声明，是否能够产生提具保留原则上所要产生的影响。

(3) 委员会遵循《实践指南》准则草案1.1原文照抄的1969和1986年《维也纳公约》第二条第一项(乙)款的有关定义，认为所有符合这一定义的单方面声明均属保留。但是，正如委员会在它关于准则草案1.6的评注中明确指出的，“下定义并不等于规范……一项保留只要符合既有定义，不论它是可允许的或不可允许的，仍旧是一项保留。”⁷⁰³ 委员会还认为：“准确地确定一项声明的性质是适用特定法律制度的先决条件，首先是为了评估它的可允许性。只有在某一项文书被界定为一项保留……时，才能决定它是否可允许，才能评估其法律范围以及确定其效力。”⁷⁰⁴。

(4) 这一用语产生了问题。委员会倾向于采用“permissibility（可允许性）”和“impermissibility（不可允许性）”而不使用“validity（效力）”和“invalidity（无效力）”或“non-validity（无效）”，以便回应委员会某些委员和某些国家表示的关切，这些委员和国家认为，“validity（效力）”一词使人对符合《维也纳公约》第二条第一项(乙)款给出的保留定义、但不符合第十九条所列各项条件之声明的性质感到怀疑。⁷⁰⁵ 实际上，委员会的委员们似乎多半认为，“validity（效力）”一词在这方面相当中立。它的优势在于不对“可允许性”的支持者之间、作为保留问题之关键的理论争议进行预断，⁷⁰⁶ 这些支持者认

⁷⁰³ 《1999年……年鉴》，第二卷，(第二部分)，第135页，评注第(2)段；另见对委员会五十八届会议修正的准则草案的评注。

⁷⁰⁴ 同上，评注第(3)段。另见准则草案1.1.1[1.1.4]的评注，《1998年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第103页，特别是评注第(3)段，以及特别报告员关于对条约的保留的第三次报告，同上，第二卷(第一部分)，(A/CN.4/491和Add.1-6号文件，第154段和第252页，第175段。

⁷⁰⁵ 见联合王国1993年11月2日在第六委员会的发言，《大会正式记录，第四十八届会议，第六委员会，第24次会议摘要记录》(A/C.6/48/SR.24)，第42段。

⁷⁰⁶ 关于这一理论争执，具体见J. K. Koh, “Reservations to multilateral treaties: how international legal doctrine reflects world vision”, *Harvard International Law Journal*, 第23卷(1982-1983), 第71至第116页起，多处，尤其是第75至第77页；另见C. Redgwell, “Universality or Integrity? Some reflections on reservations to general multilateral treaties”, 《英国国际法年鉴》，第64卷(1993年)，第245至第282页起，详见第263至第269页；以及I. Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 2nd ed., Manchester University Press, 1984, p. 81, footnote 78.

为，“‘可允许性’问题是初步问题，必须参照条约予以解决，而且基本上是对条约的解释问题；它与作为一个政策问题的其他各方是否认为可接受保留的问题无关”⁷⁰⁷，而“可施用性”的支持者则认为“保留的效力只取决于另一缔约国对保留的接受”，并因此将1969年《维也纳公约》第十九条（丙）款视为“只是一种学说主张，可以在有关保留的接受方面对各国提供指导的基础，但也仅此而已”。⁷⁰⁸

(5) 此外，有人认为，在任何情形下，用“impermissible（不可允许的）”（“illicite（被禁止的）”）一词来界定不符合《维也纳公约》所规定的形式或内容必要条件的保留的性质是不恰当的。委员们多半认为，“在国际法中，对国际上的不法行为，其行为者要负有责任，而如果提具违背了相关条约的规定或与其目的和宗旨不容，则明显不属于这种情况”⁷⁰⁹。因此，委员会2002年决定，在尚未审查这种保留的影响之前，不就这一事项作出决断，⁷¹⁰并认为最好解决术语问题，不再继续拖延。

(6) 在委员会看来：

首先，“permissible（可允许的）”（“licite（不被禁止的）”）一词意味着提出违反《维也纳公约》第十九条就会使提具国或国际组织负有责任，但情况当然不是这样；⁷¹¹而且

其次，迄今为止通过的准则草案的英文案文及其评注中使用的“可允许”一词意味着这完全是一个可允许性问题，而不是可施用性问题，它的缺点在于对上文讨论的学说争执作出无益的预判⁷¹²。

⁷⁰⁷ D. W. Bowett, “Reservations to non-restricted multilateral treaties”, 《英国国际法年鉴》，第48卷（1976-1977年），第88页。

⁷⁰⁸ J. M. Ruda, “Reservations to Treaties”, *Recueil des cours: Collected courses of the Hague Academy of International Law*, 1975-III, vol. 146(1977), p. 190.

⁷⁰⁹ 准则草案2.1.8[2.1.7之二]（显然[不允许]提具保留之情况下的程序）的评注，《2002年……年鉴》，第二卷（第二部分），第45页，评注第(7)段。少数观点认为，提具不允许的保留将使提具人承担责任。将在准则草案3.3.1的评注中更为详尽地讨论这个问题。

⁷¹⁰ 见准则草案2.1.8[2.1.7之二]的评注，《2002年……年鉴》，第二卷（第二部分），第44至第45页；另见准则草案2.1.7（保存人的职能）及其评注，同上，第42至第44页。

⁷¹¹ 见上文中本条准则草案的评注第(5)段。

⁷¹² 见上文中本条准则草案的评注第(4)段。

(7) 但是，“permissibility（可允许性）”一词保留下来是为了指明符合《维也纳公约》第十九条之规定的保留的实质效力，因为对于说英语的人来说，该词并不意味着对不履行上述条件的后果采取立场。这个词在法语中的措辞为“validité substantielle（实质效力）”。

(8) 《实践指南》第三部分成功处理了涉及以下方面的问题：

- 保留的可允许性；
- 评估保留效力的权力；和
- 保留无效力的影响。

将开辟专门的一节讨论涉及解释性声明的同样的问题。

3.1 可允许的保留

一国或国际组织可在签署、批准、正式确认、接受、认可或加入一项条约时提出保留，除非：

- (a) 该项保留为条约所禁止；
- (b) 条约规定只可提出不包括该项保留在内的特定保留；或
- (c) 在不属于(a)和(b)项的其他情形下，该项保留与条约的目的和宗旨不符。

评注

(1) 准则草案3.1忠实抄录1986年《维也纳公约》第十九条的措辞，仿效1969年《维也纳公约》的相应规定，只做出两处必要的增添，以便将国际组织签署的条约包括在内。

(2) 通过规定在签署、批准、正式确认、接受、认可或加入一项条约时，“一国或国际组织可（……）提出保留”，但须符合若干条件，本条准则草案规定了“准许提出保留的一般原则……”。⁷¹³这

⁷¹³ 委员会1962年一读通过的条约法条款草案第18条的评注，《1962年……年鉴》[英]，第二卷，第180页，第(15)段；

是源自1951年国际法院对《灭绝种族罪公约》的保留案的咨询意见“灵活制度”的主要内容⁷¹⁴，可以毫不夸张地说，该原则在这方面推翻了源于全体一致制度的传统假定，⁷¹⁵所述目标是促使条约获得尽可能广泛的参与，最终实现条约的普遍性。

(3) 在这方面，1969年最终通过的第十九条案文是沃尔多克各项建议的直接结果，其中所持观点与前任各位条约法特别报告员拟定的草案相反，那些草案都从相反的假定出发，以否定或限制性措辞表示，唯有满足某些条件才可提具（或“作出”）⁷¹⁶保留的原则⁷¹⁷。另一方面，沃尔多克⁷¹⁸则说，该

另见二读通过的第16条草案的评注，《1966年……年鉴》[英]，第二卷，第207页，第(17)段。关于1986年《维也纳公约》，见委员会1977年通过的第19条草案（对若干国际组织之间的条约提具保留）的评注，《1977年……年鉴》[英]，第二卷（第二部分），第106页，第(1)段，和第19条草案之二（国家和国际组织对国家与一个或一个以上国际组织之间的条约或国际组织与一个或一个以上国家之间的条约提具保留），同上，第108页，第(3)段。

⁷¹⁴ 对《防止及惩治灭绝种族罪公约》的保留案，咨询意见，《1951年国际法院汇编》，第15页。

⁷¹⁵ 无疑，这一概念已成为战争间隔期间的习惯规范（见对《灭绝种族罪公约》的保留案的咨询意见所附格雷罗法官、麦克纳尔法官、瑞德法官和徐谟法官的联合反对意见（上文脚注714），第34至第35页），它大大地限制了提出保留的自由：只有当其他所有当事方都接受保留时才有可能提出保留，否则提出保留人仍然不属于条约的范围。在其关于委员会1962年一读通过的条约法条款草案第18条的评论中（见上文脚注713），日本提议恢复相反的假定（见特别报告员汉弗莱·沃尔多克爵士关于条约法的第四次报告，《1965年……年鉴》[英]，第二卷，A/CN.4/177和Add.1-2号文件，第49页）。

⁷¹⁶ 关于这一点，见下文对本条准则草案的评注第(6)和(7)段。

⁷¹⁷ 例如见J. L. Brierly提议的条约法公约草案第10条草案第1款（《1950年……年鉴》[英]，第二卷，A/CN.4/23号文件，第238页）；特别报告员H. 劳特帕赫特在其初次报告（《1953年……年鉴》[英]，第二卷，A/CN.4/63号文件，第91至第92页）和第二次报告（《1954年……年鉴》[英]，第二卷，A/CN.4/87号文件，第131页）中提出的关于第9条的各种草案；或者特别报告员G. G. 菲茨杰拉德提议的第39条草案第1款（《1956年……年鉴》[英]，第二卷，A/CN.4/101号文件，第115页）。另见Pierre-Henri Imbert的评论，《Les réserves aux traités multilatéraux》，Paris, Pedone, 1978，第88至第89页。

⁷¹⁸ “一国在签署、批准、加入或接受某一条约时可以自由提具保留……除非：……”（关于条约法的第一次报告，《1962年……年鉴》[英]，第二卷，A/CN.4/144和Add.1号文件，第60页，第17条，第1款(a)项）。

原则是国家“依照国家主权”“提具，也即提出保留的权力”。⁷¹⁹

(4) 但这一权力并非不受限制：

首先，这一权力有时间限制，因为只有在“签署、批准、正式确认、接受、认可或加入条约”时才能提具保留；⁷²⁰

其次，提具保留可能与某些条约的目的不符，要么是因为这些条约仅限于一个小的国家集团，即1969年《维也纳公约》第二十条第二项所考虑的情形，其中在涉及这些文书时仍实行全体一致制度⁷²¹；要么是因为这些条约是全球性的法律文书，缔约方意图使条约的整体性优于其普遍性，或者无论如何也要限制国家提具保留的权力。在此问题上，如同在所有其他问题上，《维也纳公约》只是作为备用，绝不会阻碍谈判者在条约中纳入“保留条款”，限制或修改第十九条作为一项原则所规定的自由。⁷²²

(5) 即便1969年《维也纳公约》无疑是从假定认可保留效力的原则出发，“保留权”的说法也可能过度了。⁷²³有些委员对这一假定的是否存在提出异议。此外，这是1969和1986年《维也纳公约》第十九条（提具保留）的标题的含义，⁷²⁴这一点在该条的起首语中得到确认：“一国得（……）提具保留，但有下列情形之一者不在此限……”。当然，

⁷¹⁹ 同上，第17条评注第(9)段，第65页。

⁷²⁰ 在这方面，见下文中的本条准则的评注第(9)段。

⁷²¹ “如果从谈判国数目有限及条约的目的和宗旨看来，在所有缔约方中适用整个条约是每个缔约方受条约约束的重要条件，则保留需要得到所有缔约方的接受。”

⁷²² 关于维也纳制度的备用性质，特别是见A. Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, Cambridge University Press, 2000, pp. 124-126; J. K. Gamble, Jr., “Reservations to multilateral treaties: a macroscopic view of State practice”, *AJIL*, vol. 74 (1980), pp. 383-391; P.-H. Imbert, *Les réserves aux traités ...*, 前引书（上文脚注717），第162至第230页; A. McNair, *The Law of Treaties*, Oxford, Clarendon Press, 1961, pp. 169-173; J. Polakiewicz, *Treaty-Making in the Council of Europe*, Strasbourg, Council of Europe, 1999, pp. 85-90 and 101-104; R. Riquelme Cortado, *Las reservas a los tratados: Formulación y ambigüedades del regimen de Viena*, Universidad de Murcia, 2004, pp. 89-136.

⁷²³ 但是，委员会的一些委员发言支持存在这种权力。

⁷²⁴ 关于根据《实践指南》修改这一标题的情况，见下文对本条准则草案的评注第(10)段。

通过使用动词“may(得)”,第十九条的导引条款确认各国享有权力,但仅限于“提具”保留的权力。⁷²⁵

(6) “提具”一词是精心选用的。意思是,虽然打算对同意接受约束的表示附加保留的国家有义务说明这对改变其条约参与程度的意义,⁷²⁶但这种提出行为的本身并不充分。保留并非“作出”的,它不会仅依此类声明就产生任何效果。因此,维也纳条约法会议起草委员会拒绝了中国的用“作出保留”取代“提具保留”的修正意见⁷²⁷。⁷²⁸正如沃尔多克指出的,“称(……)一个国家可‘作出’保留,其本身就含义模糊;因为涉及的问题是,在其他有关国家认可之前,是否能够认为一国提具的保留已经有效‘作出’。”⁷²⁹目前,如果满足某些程

⁷²⁵ 见 Imbert, *Les réserves aux traités...*, 同前(见上文脚注 717), 第 83 页; 另见 P. Reuter, *Introduction au droit des traités*, 3rd ed. revised and augmented by Ph. Cahier, Paris, Presses universitaires de France, 1995, p. 75; 或者 Riquelme Cortado, 前引书(上文脚注 722), 第 84 页。还有一点值得注意, Briggs 建议将沃尔多克草案(见上文脚注 718)中的“free”一词改为“legally entitled”(《1962 年……年鉴》[英], 第一卷, 第 651 次会议, 1962 年 5 月 25 日, 第 140 页, 第 22 段)的提议没有被接受, 苏维埃社会主义共和国联盟在维也纳会议上按照同样思路提议的一项修正案也没有被接受(A/CONF.39/C.1/L.115,《联合国条约法会议正式记录, 第一届和第二届会议, 1968 年 3 月 26 日至 5 月 24 日和 1969 年 4 月 9 日至 5 月 22 日, 维也纳, 会议文件》(A/CONF.39/11/Add.2 号文件, 联合国出版物, 出售品编号 E.70.V.5), 会议第一届会议上全体委员会关于这项工作的报告, A/CONF.39/14 号文件, 第 133 页, 第 175 段)。目前的措辞(“一国可…提具保留, 除非…”)获得起草委员会通过(《1962 年……年鉴》[英], 第一卷, 第 663 次会议, 1962 年 6 月 18 日, 第 221 页, 第 3 段), 随后于 1962 年由委员会全体会议通过(同上, 第二卷, 第 175 至第 176 页, 第 18 条, 第 1 款)。1966 年没有加以修正, 但在法文本中将“*Tout État*(各国)”一词改为“*Un État*(一国)”(见《1965 年……年鉴》[英], 第一卷, 第 813 次会议, 1965 年 6 月 29 日, 第 287 页, 第 1 段(起草委员会通过的案文), 和《1966 年……年鉴》[英], 第二卷, 第 202 页(二读通过的 16 条))。

⁷²⁶ 见 D. W. Greig, “Reservations: equity as a balancing factor?”, *Australian Year Book of International Law*, 第 16 卷 (1995), 第 21 页起, 详见第 22 页。

⁷²⁷ A/CONF.39/C.1/L.161,《联合国条约法会议正式记录, 第一和第二届会议……》(上文脚注 725), 第 134 页, 第 177 段。

⁷²⁸ 见《联合国条约法会议正式记录, 第一届会议, 1968 年 3 月 26 日至 5 月 24 日, 维也纳, 全体会议和全体委员会会议的简要记录》(A/CONF.39/11 号文件, 联合国出版物, 出售品编号 E.68.V.7), 全体委员会, 第 23 次会议, 1968 年 4 月 11 日, 第 121 页, 第 2 段(中国的解释), 和第 24 次会议, 1968 年 4 月 16 日, 第 126 页, 第 13 段(专家顾问汉弗莱·沃尔多克爵士的发言)。

⁷²⁹ 关于条约法的第一次报告,《1962 年……年鉴》[英], 第二卷, A/CN.4/144 和 Add.1 号文件, 第 62 页, 第 17、第 18 和第 19 条草案的评注第 (1) 段。

序条件, 一项保留仅仅是“成立”⁷³⁰而已, 而这些条件实际上并不十分严格⁷³¹, 它还必须符合《维也纳公约》在第十九条的三款中提出的实质性条件, 正如“除非”一词明确表示的那样。⁷³²

(7) 有一些作者认为, 在这方面, 该规定所用的术语不一致, 因为“如果条约允许某些保留(第十九条(甲)款), 这些保留就无需得到其他国家的接受……。因此, 保留一旦由保留国提具就已经‘作出’”⁷³³。因此, 如果(乙)款意味着“可能作出(may be made)”这些保留, 那么《维也纳公约》第十九条的起首语就会让人产生误解, 因为其中暗示这些保留也只是由提具方所“提具”的⁷³⁴。但这是徒劳无益的争论⁷³⁵: (甲)款所指的保留是条约不准许的保留, 而不是提具后即告成立(或作出)的保留。在(甲)款的情况中, 不能提具这些保留: (甲)款明示禁止, 而(乙)款则暗示禁止。

(8) 此外, 不应将自由提具保留原则与该原则的例外情况分开。基于这个理由, 虽然委员会通

⁷³⁰ 见 1969 和 1986 年《维也纳公约》第 21 条第 1 款: “依照第十九条、第二十条及第二十三条对另一当事国成立之保留……”。

⁷³¹ 见《维也纳公约》第二十条第三至五项, 第二十一条第一项和第二十三条, 以及准则草案 2.1 至 2.2.3。另见 M. Coccia, “Reservations to multilateral treaties on human rights”, *California Western International Law Journal*, 第 15 卷 (1985), 详见第 28 页。

⁷³² 这篇文章指出一般原则是可以允许提具保留, 但有三种情况例外(《1966 年……年鉴》[英], 第二卷, 第 207 页, 第 16 条的评注第 (17) 段); 在评注的法文案文中使用“Faire”一词招致了批评, 但这也许是一个翻译错误, 并非是出于刻意的选择一相反意见: Imbert, *Les réserves aux traités...*, 前引书(上文脚注 717), 第 90 页。此外, 该评注的英文案文是正确的。

⁷³³ Imbert, *Les réserves aux traités...*, 同前, (上文脚注 717), 第 83 至第 84 页。

⁷³⁴ 另见 Ruda, 前引文(上文脚注 708), 第 179 至第 180 页, 以及 Frank Horn 提出的克制得多的批评, 见 *Reservations and Interpretative Declarations to Multilateral Treaties*, 第 5 卷, The Hague, T.M.C. Asser Instituut, Swedish Institute of International Law, *Studies in International Law* (1988), pp. 111-112。

⁷³⁵ 但是, 人们可能对《维也纳公约》第二十三条第二项使用动词“formulate(提具)”和“make(作出)”提出质疑; 这种用法与该项的末尾不符, 后者规定如果签署条约时提具的保留在表示同意受约束时得到确认, 那么该项“保留应视为在确认日期作出”。在拟订关于保留的《实践指南》时, 委员会致力于在这方面采用一致的用语(Riquelme Cortado 对其提出的批评, 前引书(上文脚注 722), 第 85 页, 似乎是由西班牙文本中的翻译错误引起的)。

常避免更改《实践指南》中照抄《维也纳公约》条款的措辞，但仍决定不拟订仅涉及保留效力推定原则的单独的准则草案。

(9) 基于同样的理由，委员会选择不从准则草案3.1中略去提及“可以提具保留”的所有不同时刻（或“情况”或“情形”，以重复在准则草案1.1.2中多次使用的术语）⁷³⁶的内容。如上文所讨论的⁷³⁷，《维也纳公约》第十九条重复了《公约》第二条第一项（乙）款规定的保留定义所包含的时间限制，⁷³⁸而正如丹麦在审议1962年通过的条约法条款草案期间所强调的，⁷³⁹这一重复纯属多余。⁷⁴⁰但是，委员会在1966年通过最后草案时认为不必纠正这种异常，⁷⁴¹并认为这一重复无碍大局，无需重拟《维也纳公约》，因此允许这一缺陷继续存在。

(10) 这一重复也慎重提醒人们，保留的效力不只取决于《维也纳公约》第十九条中所载各项实质条件，也取决于与形式条件和时效性条件的一致。不过，《实践指南》第二部分已涉及这些形式条件，因此第三部分更加强调实质效力，也即保留的可允许性——因此，由于不可能沿用《维也纳公约》第十九条的标题（提具保留），委员会为准则草案3.1选择的标题“允许的保留”已被准则草案2.1.3（在国际一级提具保留）所采用。⁷⁴²无论如何，它势必不恰当地强调保留效力的形式条件。

3.1.1 条约明文禁止的保留

如果条约含有一项特别条款，该条款规定：

(a) 禁止一切保留；

(b) 禁止对特定条款提出保留，而有关保留是针对特定条款之一提出的；或

(c) 禁止某些类别的保留，而有关保留属于所述类别之一；

则保留即为条约明确禁止。

评注

(1) 保罗·路透认为，1969和1986年《维也纳公约》第19条(a)项和(b)项（抄录于准则草案3.1）设想的是非常简单的情况。⁷⁴³但情况看来并非如此。的确，这些规定涉及的是缔约国或缔约国际组织希望对之作出保留的条约中含有禁止或允许提具保留的特别条款的情况。可是，除了事实上并没有明确包括所有假设的情况之外，⁷⁴⁴对于禁止保留条款的确切范围和不顾此项禁止仍然提具保留所产生的后果，也可能会带来一些棘手的问题。

(2) 准则草案3.1.1意图澄清准则草案3.1(a)项的范围，后者并未指明“保留为条约所禁止”的含义，而准则草案3.1.2和准则草案3.1.4则是为了澄清(b)项所载“特定保留”的含义和范围。

(3) 在1962年他提交给委员会的条款草案第17条第1款(a)项中，沃尔多克区分了这三种情况：

— 条约明文禁止的或不符合条约性质或国际组织既定惯例”的保留；⁷⁴⁵

— 限制可提具的保留的条款未规定的保留；或

⁷³⁶ 本条准则草案的评注见《1998年……年鉴》，第二卷（第二部分），第105至第107页。

⁷³⁷ 见上文中本条准则草案的评注第(4)段。

⁷³⁸ 见准则草案1.1（保留的定义）和1.1.2（可提出保留的情况）及其评注，《1998年……年鉴》，第二卷（第二部分），第101至第103页，以及第105至第107页。

⁷³⁹ 见特别报告员汉弗莱·沃尔多克关于条约法的第四次报告，《1965年……年鉴》[英]，第二卷，A/CN.4/177和Add.1-2号文件，第46页。

⁷⁴⁰ 《1962年……年鉴》[英]，第二卷，第165至第186页。

⁷⁴¹ 《1966年……年鉴》[英]，第二卷，第177至第274页。

⁷⁴² 本条准则草案的案文及其评注见《2002年……年鉴》，第二卷（第二部分），第29至第31页。

⁷⁴³ P. Reuter, “Solidarité et divisibilité des engagements conventionnels”, 载于 Y. Dinstein (编), *International Law at a Time of Perplexity - Essays in Honour of Shabtai Rosenne*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1989, p.625; 亦转载于 P. Reuter, *Le développement de l'ordre juridique international - Écrits de droit international*, Paris, Economica, 1995, p.363.

⁷⁴⁴ 见下文脚注749和准则草案3.1.3的评注第(9)段。

⁷⁴⁵ 特别报告员汉弗莱·沃尔多克爵士关于条约法的第一次报告，《1962年……年鉴》[英]，第二卷，A/CN.4/144和Add.1号文件，第17条，第1(a)段，第60页。

一 批准某些保留的条款未规定的保留。

这三种情况的一个共同点是，与不符合条约目的和宗旨的保留不同的是，⁷⁴⁶ “如为条约不禁止提具的保留，其他国家必须表明是接受还是拒绝保留，但是，如为条约禁止的保留，则其他国家不必这样做，因为它们已经以条约本身表示反对保留”。⁷⁴⁷

(4) 虽然委员会采取略微不同的形式再次进行了讨论，⁷⁴⁸ 但没有必要使这一分类复杂化，而且1969年《维也纳公约》的作者意图相当笼统地进行运作，因此区分特别报告员提出的前两项假设没有意义。⁷⁴⁹ 在他1965年参照各国政府的意见拟议的条款草案第18条第2款中，⁷⁵⁰ 他将自己限于区分条约明文禁止的保留（或“一国际组织既定规则”明文禁止的保留）与因条约批准某些保留而默认禁止的保留。⁷⁵¹ 这种

⁷⁴⁶ 特别报告员汉弗莱·沃尔多克爵士关于条约法的第一次报告（同上）中包括了第17条草案第2款所设想的情况，但其措辞方式与目前的案文极为不同。

⁷⁴⁷ 同上，第65页，第17条评论第(9)段。

⁷⁴⁸ 第18条草案的第1款(b)、(c)和(d)项，《1962年……年鉴》[英]，第二卷，第175至第176页；另见对该条的评注第(15)段，同上，第180页。

⁷⁴⁹ 相反的是，在讨论草案期间，Briggs认为，“差别存在于禁止所有保留的(甲)款所列情况与仅明文禁止或默认排除某些保留的(乙)款和(丙)款所列情况之间”（《1962年……年鉴》[英]，第一卷，第663次会议，1962年6月18日，第222页，第12段）；另见沃尔多克的反对意见，同上，第223页，第32段。例如1958年的《大陆架界限公约》第12条的例子（见下文准则草案3.1.2的评注第(6)段）表明这一评论高度相关。

⁷⁵⁰ 特别报告员汉弗莱·沃尔多克爵士关于条约法的第四次报告，《1965年……年鉴》[英]，第二卷，A/CN.4/177和Add.1-2号文件，第50页。

⁷⁵¹ 同上，虽然1965年全体委员会讨论时没有就这项原则提出异议，但是Lachs在1962年对该原则提出了异议（见《1962年……年鉴》[英]，第一卷，1962年5月25日，第651次会议，第142页，第53段），第十七届会议第一期会议通过的案文中保留了该原则（见《1965年……年鉴》[英]，第二卷，第161至第162页），但在起草委员会1966年经过“最后整理”之后由委员会最终通过的16条草案中，这项原则消失了，并且对此没有作出任何解释。（见《1966年……年鉴》[英]，第一卷（第二部分），1966年7月11日，第887次会议，第295页，第91段）。这一句应视为是在涉及国际组织组成文书的一般保障条款和《公约》第五条所述一国际组织通过的条约的范围内删除的，其最终形式在同一天由委员会通过（同上，第295页，第91段）。在实践中，允许对一国际组织的组成文书提具保留是极为少见的（见M. H. Mendelson, “Reservations to the constitutions of international organizations”, 《英国国际法年鉴》，第45卷（1971年），第137至第171页）。关于在国际组织范围内缔结的条约，（意图）排除保留的最佳

区分以更精确的形式⁷⁵² 出现在1969年《维也纳公约》第十九条(甲)款和(乙)款中，未在受条约禁止的保留，或者全部或部分批准的保留之间做出任何区分。⁷⁵³

(5) Tomuschat认为，对于目前草拟的(a)项中规定的禁止，应该理解为包括明文禁止的保留和默示禁止的保留。⁷⁵⁴ 可以从这项规定的准备工作材料中找到这种解释的理由：

一 在沃尔多克1962年提出的最初措辞中，⁷⁵⁵ 明确指出该规定涉及“条约明文禁止的”保留，这项澄清于1965年被放弃，特别报告员没有对此作出解释，委员会也几乎没有开展这方面的讨论；⁷⁵⁶

例子是国际劳工组织的例子，劳工组织的一贯做法是不接受交存附带保留的国际劳工组织公约批准文书（见国际劳工局主任就一般公约保留的可接受性问题向国际联盟理事会呈交的备忘录，《国际联盟公报》，1927年7月，第882页；国际劳工组织1951年在对《灭绝种族罪公约》的保留案中呈交给国际法院的备忘录，《国际法院书状、口头辩论和文件》，第227至第228页；或者国际劳工局法律顾问Wilfred Jenks在该案口头辩护期间所作发言，《联合国条约法会议正式记录，第一届会议……》（上文脚注728），第七次会议，1968年4月1日，第37页，第11段）。关于此一立场的讨论和评论，见委员会第五十二届会议通过的《实践指南》准则草案1.1.8（根据排除条款作出的保留）的评注第(3)至(5)段，《2000年……年鉴》，第二卷（第二部分），第112至第114页。

⁷⁵² 关于委员会在文字上作出的改动，见关于条款草案第18条的辩论（《1965年……年鉴》[英]，第一卷，特别是1965年6月8日和9日，第797次和798次会议，第147至第163页）和起草委员会通过的案文（同上，1965年6月29日，第813次会议，第263至第264页，第1段）及相关辩论（同上，第263至第265页）。委员会二读通过的16条(a)项和(b)项最后案文如下：“一国可…提具保留，除非：(a)条约禁止保留；(b)条约核准的特定保留没有包括所涉保留”（《1966年……年鉴》[英]，第二卷，第202页）。另见下文准则草案3.1.2的评注，特别是第(2)段。

⁷⁵³ Hersch Lauterpacht在1953年呈交的第一次报告中根据现行法提出的“备选草案”都提到“不禁止或限制提出保留的权力”的条约（《1953年……年鉴》[英]，第二卷，A/CN.4/63号文件，第124页）。

⁷⁵⁴ 见C. Tomuschat, “Admissibility and legal effects of reservations to multilateral treaties—Comments on arts. 16 and 17 of the ILC’s 1966 draft articles on the law of treaties”, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 第27卷(1967), 第463页起，详见第469页。

⁷⁵⁵ 见上文中对本条准则草案的评注第(3)段。

⁷⁵⁶ 不过，见Yasseen在委员会第十七届会议讨论期间的发言：“‘the terms of’ (expressément) 等词可以删除，改为：‘[除非]保留的提具为条约所禁止…’ 因为条约不对这个问题保持沉默就足够了；它是否明示或默示提及保留并不重要”（《1965年……年鉴》[英]，第一卷，第797次会议，1965年6月8日，第149页，第19段，但他指的是1962年的案文。

— 在委员会1966年二读通过的第16条草案的评注中，委员会实际上似乎着眼于同一个立场，也即“条约规定明文禁止的保留和默认禁止的保留”。⁷⁵⁷

(6) 然而，这种解释有待商榷。委员会在1962年否决了按照沃尔多克的措辞提出的建议，因而已经废弃了关于某些条约能够依据其“性质”排除保留的概念。⁷⁵⁸ 因此，除非是对国际组织组成文书做出保留的情况——可由一个或具体准则草案所涵盖——否则难以看出什么可能是条约“默认”的禁止，但第十九条(甲)款和(乙)款⁷⁵⁹所涵盖的情况除外，⁷⁶⁰而且必须承认(甲)款只涉及条约明文禁止的保留。此外，这种解释似乎也符合遍布于1969年《维也纳公约》涉及保留问题的所有规定中的相对灵活性。

⁷⁵⁷ 此外，“明文或默认准许的保留”(《1966年……年鉴》[英]，第二卷，第205页，评注第(10)段，另见第207页，第(17)段)。同样，委员会1981年通过的国家与国际组织之间或者两个或两个以上国际组织之间缔结的条约法条款草案第19条第1款(a)项同等对待条约禁止的保留和“谈判国和谈判组织同意禁止保留的情形下另行确立的保留”(《1981年……年鉴》[英]，第二卷(第二部分)，第137页)。

⁷⁵⁸ 见上文本条准则草案的评注第(4)段。特别报告员指出，为了起草这一条款，“他考虑的是《联合国宪章》，《宪章》从本质上是不允许作出保留的”(《1962年……年鉴》[英]，第一卷，1962年5月25日，第651次会议，第143页，第60段)。1969年《维也纳公约》第五条的保障条款中包括了这项例外(见上文脚注751)。讨论期间很少留意“条约的性质”这一措辞(然而Castrén认为这种表述不准确，同上，1962年5月28日，第652次会议，第148页，第28段；另见Verdross的发言，同上，第149页，第35段)；起草委员会删除了这一措辞(同上，1962年6月18日，第663次会议，第221页，第3段)。

⁷⁵⁹ 西班牙的修正案(A/CONF.39/C.1/L.147，《联合国条约法会议正式记录，第一和第二届会议……》(上文脚注725)，第134页，第177段)以及美国与哥伦比亚的修正案(A/CONF.39/C.1/L.126和Add.1，同上)旨在(丙)款中重新提出条约“性质”概念，但这些修正案已由作者撤回或被起草委员会否决(见美国的反应，《联合国条约法会议正式记录，第二届会议，1969年4月9日至5月22日，维也纳，全体会议和全体委员会会议简要记录》(A/CONF.39/11/Add.1号文件，联合国出版物，出售品编号E.70.V.6)，第37页)。委员会讨论准则草案3.1.1期间，有些委员认为，《联合国宪章》等条约从根本上排除任何保留。但是，委员会仍然总结认为，这个概念符合《维也纳公约》第十九条(丙)款中宣示的原则，而且在涉及《宪章》的情形下，要求保留须经该组织主管机关接受(见《维也纳公约》第二十条第三项)，也为此提供了充分的保证。

⁷⁶⁰ 这也是C. Tomuschat得出的最后结论，前引文(上文脚注754)，第471页。

(7) 如禁止是明确且绝对的，特别是如果禁止是全面的，那么除了解有关声明是否构成保留之外，不会有其他问题，⁷⁶¹不过，此类实例相对较少，⁷⁶²尽管其中一些声名卓著，例如《国际联盟盟约》第1条就规定：“国际联盟的创始成员为无任何保留加入本《盟约》……的签署国”。⁷⁶³

同样，1998年的《国际刑事法院罗马规约》第一百二十条也规定：“不得对本《规约》作出保留”。⁷⁶⁴同样，1989年《控制危险废物越境转移及其处置巴塞尔公约》第26条第1款也规定：“不得对本《公约》作出任何保留或例外”。⁷⁶⁵

⁷⁶¹ 见委员会第五十一届会议通过的准则草案1.3.1(对保留和解释性声明加以区别的方法)及其评注，《1999年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第114至第117页。

⁷⁶² 即使在人权领域也是如此(见P.-H. Imbert, “Reservations and human rights conventions”, 《人权评论》，第六卷，第1号(1981年)，第28页及以下各页，详见第28页，或者W. A. Schabas, “Reservations to human rights treaties: time for innovation and reform”, 《1994年加拿大国际法年鉴》，第39页及以下各页，详见第46页；但是，例如见1956年《废止奴隶制、奴隶贩卖及类似奴隶制之制度与习俗补充公约》(第9条)，1960年《取缔教育歧视公约》(第9条)，《1950年11月4日保护人权与基本自由公约有关废除死刑的第6号议定书》(第4条)，或1987《欧洲防止酷刑和不人道或有辱人格待遇或处罚公约》(第21条)，这些公约都规定禁止对其条款做出任何保留。人权条约中的保留条款有时提到1969年《维也纳公约》中有关保留的条款(见《美洲人权公约》(《哥斯达黎加圣何塞公约》)第75条)——未含有保留条款的公约如此默认——或重述了该《公约》的规定(参见1979年《消除对妇女一切形式歧视公约》第28条第2款，或者1989年《儿童权利公约》第51条第2款)。

⁷⁶³ 可以认为，当国际联盟理事会承认瑞士的中立地位时，搁置了这项规则(在这方面，见Mendelson，同前(上文脚注751)，第140至第141页)。

⁷⁶⁴ 尽管表面看来直截了当，但这项禁止实际上并非完全明确无误：最令人遗憾的是《规约》第一百二十四条，其中准许在战争罪行方面“一国成为本规约缔约国时可以声明，在本规约对该国生效后七年内……，该国不接受本法院……的管辖权”，这构成对第120条所述规则的一项例外，因为这些声明与保留无异(见A. Pellet, “Entry into force and amendment of the Statute” in A. Cassese, P. Gaeta and J. R. W. Jones (编)，《国际刑事法院罗马规约：评注》，第一卷，牛津大学出版社，2002年，第145页及以下各页，详见第157页)；另见《关于向国外送达行政文书的欧洲公约》，其中第21条禁止保留，而另外几项规定核准某些保留。关于其他例子，见S. Spiliopoulou Åkermark, “Reservations clauses in treaties concluded within the Council of Europe”, 《国际法和比较法季刊》，第48卷(1999年7月)，第493和494页；P. Daillier and A. Pellet, *Droit international public* (Nguyen Quoc Dinh), 7th ed., Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2002, p. 181; Imbert, *Les réserves aux traités...*, 前引书(上文脚注717)，第165和166页；Horn, 前引书(上文脚注734)，第113页；Riquelme Cortado, 前引书(上文脚注722)，第105至第108页；and Schabas, 前引书(上文脚注762)，第46页。

⁷⁶⁵ 关于非常详细的评注，见A. Fodella, “The declara-

(8) 然而,禁止有时可能更为含糊。因此,根据通过了《欧洲国际商业仲裁公约》的《1961年日内瓦会议最后文件》的第14条“参与《欧洲国际商业仲裁公约》谈判的代表团……声明其各自国家没有对《公约》作出保留的意图”:⁷⁶⁶这不但不是一项明确的禁止,而且这项意图声明甚至是在一项独立于条约的法律文件中作出的。在这类情况下,人们可以假定严格来说不禁止保留,可是如果一国提具保留,其他缔约国应顺理成章地加以反对。

(9) 更加常见的是,禁止是局部的,而且涉及一项或更多的特定保留或者一类或多类保留。在列明禁止做出保留的公约规定的条款中设想的情况是最简单的情况(但相当少见)。⁷⁶⁷1951年《关于难民地位的公约》第42条⁷⁶⁸和1972年《国际集装箱安全公约》第26条就是这方面的实例。

(10) 条约不禁止对特定的规定做出保留,但排除某类保留,这是更为复杂的一种情况。《1977年国际糖协定》第78条第3款提供了这种条款的实例:“任何符合成为本《协定》缔约方所需条件的政府,

tions of States Parties to the Basel Convention”, in P. Ziccardi 等人(编), *Comunicazioni e Studi*, vol. 22, Milan, Giuffrè, 2002, pp. 111-148; 《公约》第26条第2款准许缔约国“做出宣言或声明,无论其措辞或名称为何,以使其法律和条例与《公约》的规定协调一致,但此种宣言或声明不能意图排除或改变《公约》各条款适用于该国时的法律效力”。第1款规定的保留与第2款规定的声明之间的差别可能显得艰难,但这属于定义问题,绝不会限制第1款所述的禁止:如果根据第2款做出的声明被证明是一项保留,该声明将被禁止。1982年《联合国海洋法公约》第309和第310条共同提出了相同的问题,因此需要做出相同的反应(具体见 A. Pellet, “Les réserves aux conventions sur le droit de la mer”, in *La mer et son droit - Mélanges offerts à Laurent Lucchini et Jean-Pierre Quéneudec*, Paris, Pedone, 2003, 第501页起,详见第505至第517页;另见下文准则草案3.1.2的评注,脚注787)。

⁷⁶⁶ 《关于谈判和签署欧洲国际商事仲裁公约的全权代表特别会议最终议定书》,联合国,《条约汇编》,第484卷,第349页。Imbert 提供的实例, *Les réserves aux traités...*, 前引书(上文脚注717),第166至第167页。

⁷⁶⁷ 这种情况极为接近条约具体指明可允许提出保留的条款的情形;见下文准则草案评注第(5)段和起草委员会在委员会第十四届会议上提交的 Briggs 关于条约法条款草案第17条的评论,《1962年……年鉴》[英],第一卷,1962年6月18日,第663次会议,第222页。

⁷⁶⁸ 关于这项规定, Imbert 提到两个月前通过的国际法院对《灭绝种族罪公约》的保留案的咨询意见(见上文脚注714)产生了十分明确的影响,因为这种条款有效地保护了不属于保留对象的规定(*Les réserves aux traités...* 前引书(上文脚注717),第167页);见提供的其他例子,同上,或见下文准则草案3.1.2的评注第(5)至(8)段。

在签署、批准、接受、核准或加入时,均可提具保留,但保留不得影响本《协定》经济条款的适用。”

(11) 1962年汉弗莱·沃尔多克爵士爵士的草案中对这种保留条款和排除特定保留的条款做出了区分。⁷⁶⁹但1969和1986年《维也纳公约》没有在这方面做出区分,而且尽管其准备工作文件充满不确定性,但毫无疑问应该假定,第十九条(甲)款包括了经过更为清晰的分析可以分辨出来的所有三种情形:

- 保留条款禁止任何保留;
- 保留条款禁止对特定条款做出保留;
- 最后,保留条款禁止某些类别的保留。

(12) 这种澄清似乎更有助益,因为第三种情形提出的(解释)问题⁷⁷⁰在性质上与是否符合条约目的和宗旨这项标准所引起的问题相同,某些条款实际上明确地复述了该情形。⁷⁷¹然而,虽然这些保留是在没有提到条约具体规定的情况下被禁止的,但通过指出这些保留其实仍属《维也纳公约》第十九条(甲)款项下,委员会力求从一开始就强调第十九条的三款中提及的可适用于保留的法律制度的一致性。

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条款的保留或对整个条约涉及某些特定方面的保留。

评注

(1) 粗略浏览一下1969和1986年《维也纳公约》第19条(b)项,就可能看出它是硬币的一面,而

⁷⁶⁹ 关于条约法的第一次报告,《1962年……年鉴》[英],第二卷, A/CN.4/144 和 Add.1 号文件,第60页,第十七条第一项(甲)款。

⁷⁷⁰ “一项保留是否属于例外情况(a)或(b)所允许的,取决于对条约的解释”(A. Aust, 前引书(上文脚注722),第110页)。

⁷⁷¹ 见上文脚注762中提供的例子。这是“禁止保留的种类”中的一个特定的例子——其表现方式确实特别模糊。

(a) 项则是另一面。但是, 这两款并非完全对应。要完全对应, 则必须规定: 除了条约明文规定的保留外, 不得有其他保留。但是情况并非如此: (b) 项有另外两个防止过于简单化的因素。从该条款产生的对某些保留的默认禁止比看起来更为复杂, 取决于满足以下三个条件, :

- (a) 条约中的保留条款必须允许提出保留;
- (b) 所允许的保留必须是“特定的”;
- (c) 必须规定“只有”这些保留“可以提出”。⁷⁷²

准则草案 3.1.2 的目的是澄清 1969 和 1986 年《维也纳公约》未定义的“特定保留”的含义。然而, 这一定义对适用的法律制度影响很大, 主要在于非“特定”的保留须接受是否符合条约目标和宗旨之标准的检验。⁷⁷³

(2) 《维也纳公约》第十九条(乙)款的渊源可追溯到菲茨莫里斯 1956 年提交委员会的第三十七条草案的第三项: “在条约本身允许作出某些具体保留或一类保留的情况下, 存在着不得提出和接受任何其他保留的假定”。⁷⁷⁴ 沃尔多克 1962 年在第十七条草案第一项(a)款中再次提到该概念,⁷⁷⁵ 委员会在第十九条草案第一项(丙)款中使用了该概念。该条款草案于同一年通过,⁷⁷⁶ 并在略经编辑修改之后, 被列入 1966 年草案的第十六条(乙)款,⁷⁷⁷ 然后又列入 1969 年《公约》第十九条。但是, 对此并非没有争议, 在维也纳条约会议期间, 提交了多项修正案试图删除该项规定,⁷⁷⁸ 理由是其“过于死

⁷⁷² 关于这一词, 见上文中的准则草案 3.1 的评注第(6)至(7)段。

⁷⁷³ 见下文准则草案 3.1.4。

⁷⁷⁴ 《1956 年……年鉴》[英], 第二卷, A/CN.4/101 号文件, 第 115 页; 另见第 127 页, 第 95 段。

⁷⁷⁵ 关于条约法的第一次报告, 《1962 年……年鉴》[英], 第二卷, A/CN.4/144 和 Add.1 号文件, 第 60 页。

⁷⁷⁶ 委员会提交大会的报告, A/5209 号文件, 第 175 至第 176 页。见上文准则草案 3.1.1 的评注第(3)至(4)段。

⁷⁷⁷ 见上文脚注 752。

⁷⁷⁸ 哥伦比亚与美国提交的修正案(A/CONF.39/C.1/L.126 和 Add.1) 以及德意志联邦共和国提交的修正案(A/CONF.39/C.1/L.128), 专门旨在删除(乙)款, 以及锡兰(A/CONF.39/C.1/L.139)、法国(A/CONF.39/C.1/L.169)、西班牙

板”,⁷⁷⁹ 或与(甲)款重复,⁷⁸⁰ 或者没有被实践确认;⁷⁸¹ 但所有的修正案都被撤回或否决。⁷⁸²

(3) 波兰的修正案在“允许”一词前增加了“仅”字, 这是对(乙)款的唯一改动, 得到了维也纳条约法会议起草委员会的认可, 以使其“更加明确”。⁷⁸³ 这一枯燥乏味的描述不应掩盖这一说明的重大实际影响, 因为这实际上推翻了委员会的假定, 并且为满足东方国家尽可能多提出保留的一贯愿望提供了可能性, 即使谈判者已经预先明文指出允许对哪些条款提出保留。⁷⁸⁴ 但是, 对于既非明文

牙(A/CONF.39/C.1/L.147)和苏维埃社会主义共和国联盟(A/CONF.39/C.1/L.115)提出的修正案, 这些修正案提出对第十六条(或第十六和第十七条)做出重大修改, 也将造成该条规定消失(这些修正案的案文见《联合国条约法会议正式记录, 第一和第二届会议……》(上文脚注 725), 第 133 至第 134 页, 第 174 至第 177 段)。在委员会讨论草案期间, 一些委员也认为, 该条款是不必要的(见《1965 年……年鉴》[英], 第一卷, 1965 年 6 月 8 日第 797 次会议, Yasseen, 第 149 页, 第 18 段; Tunkin, 同上, 第 150 页, 第 29 段; 更微妙的立场, 见同上, 第 151 页, 第 33 段; 或 Ruda, 第 154 页, 第 70 段)。

⁷⁷⁹ 根据美国和波兰代表在全体委员会第二十一和第二十二次会议上的发言(分别在 1968 年 4 月 10 日和 11 日举行), 《联合国条约法会议正式记录, 第一届会议……》(上文脚注 728), 第 108 页, 第 8 段和第 118 页, 第 42 段; 另见德意志联邦共和国代表的发言(同上, 第 109 页, 第 23 段)。

⁷⁸⁰ 见哥伦比亚代表的发言, 同上, 第 113 页, 第 68 段。

⁷⁸¹ 见瑞典代表的发言, 同上, 第 117 页, 第 29 段。

⁷⁸² 见《联合国条约法会议正式记录, 第一和第二届会议……》(上文脚注 725), 第 136 至第 138 页, 第 181 至第 188 段。还可见专家顾问汉弗莱·沃尔多克爵士的解释, 《联合国条约法会议正式记录, 第一和第二届会议……》(上文脚注 728), 第二十四次会议, 1968 年 4 月 16 日, 第 126 页, 第 6 段, 和关于这些修正案的投票情况, 同上, 第二十五次会议, 1968 年 4 月 16 日, 第 135 页, 第 23 至第 25 页。

⁷⁸³ A/CONF.39/C.1/L.136 号文件; 见《联合国条约法会议正式记录, 第一和第二届会议……》(上文脚注 725), 第 134 页, 第 177 段和第 137 页, 第 183 段; 另见《联合国条约法会议正式记录, 第一届会议……》(上文脚注 728), 1968 年 5 月 14 日委员会第 70 次全体会议, 第 415 页, 第 16 段。在委员会 1965 年讨论经起草委员会审查的第十八条(b)款草案期间, Castrèn 就已提出在(b)款中的“准许”一词之前增加“仅”字。(《1965 年……年鉴》[英], 第一卷, 1965 年 6 月 8 日, 第 797 次会议, 第 149 页, 第 14 段和 1965 年 6 月 29 日, 第 813 次会议, 第 264 页, 第 13 段; 另见 Yasseen 提出的类似提案, 同上, 第 11 段), 但起草委员会再次审查后, 最终未予采纳。(见同上, 第 816 次会议, 第 283 页, 第 41 段)。

⁷⁸⁴ 关于这方面, 见 Horn, 前引书(上文脚注 734), 第 114 页; L. Lijnzaad, *Reservations to UN Human Rights Treaties: Ratify and Ruin?*, T.M.C. Asser Instituut, Dordrecht, Martinus, Nijhoff, 1995, p. 39; J. Ruda, 前引文(上文脚注 708), 第 181 页; 或者 R. Szafarz, “Reservations to multilateral treaties”, *Polish Yearbook of International Law*, 第 3 卷(1970), pp. 299-

允许又非默认禁止的保留，这一修正并未免除要求其符合条约的目标和宗旨的标准。⁷⁸⁵ 这类保留也可能因其他理由遭受反对。正是由于此，在准则草案3.1.2的措辞中，委员会更喜欢用“提及的”而不是“准许的”来限定有关保留，这一点与《维也纳公约》第二十条第一项所用的表述“明示准许之保留”不同。

(4) 在实践中，允许保留的条款与禁止保留的条款类似，在决定不可提出哪些保留方面，会引起相同的难题：⁷⁸⁶

— 有些以肯定或否定方式准许对某些具体条款作出明文的限制性保留；

— 其他一些准许特定类别的保留；

— 最后，还有一些（数量有限）准许作出一般性保留。

(5) 1958年《日内瓦大陆架公约》第12条第1款似乎就是其中第一类条款的体现：“任何国家得于签署、批准或加入时对本公约第1条至第3条以外各条提出保留”。⁷⁸⁷ 正如伊恩·辛克莱爵士所指出的，“1958年《公约》第12条未就特定保留作出规

定，尽管它也许有可对其作出保留的特定条款”，⁷⁸⁸ 而且正如国际法院关于北海大陆架案的判决，⁷⁸⁹ 尤其是1977年对英吉利海峡案做出的仲裁裁决所示，这种准许的范围和效果并非是显而易见的。⁷⁹⁰

(6) 在该案中，仲裁庭强调指出：

[1958年《日内瓦大陆架公约》]第12条明文准许任何缔约国，特别是法兰西共和国，根据对《公约》第1至第3条以外各条作出的保留，来决定是否同意受《公约》约束。⁷⁹¹

然而

不能认为第12条是强迫各国事先接受对第1至第3条以外各条作出的任何保留……。如果这样理解第12条，就几乎等于许可缔约国起草自己的条约，这显然超出了该条的目的。只有在相关条款准许提出具体保留时，才能认为《公约》缔约方已事先接受某项特定保留。但第12条的情况并非如此，因为其非常笼统地准许对第1至第3条以外的其他各条提出保留”。⁷⁹²

(7) 如果保留条款界定了可以允许的保留种类，就是另一种情况。1928年《（和平解决国际争端）仲裁总议定书》第39条就是这方面的一个例子：

1. 除前条^[793]赋予的权力外，缔约国在加入《总议定书》时，可有条件地选择接受下款详列的保留。这些保留必须在加入时指明。

2. 这些保留可不适用本《议定书》所述程序：

(a) 提出保留的缔约国或任何可能与该缔约国有争端的其他缔约国加入之前存在的事实所引起的争端；

300. 这类限制性条款并不罕见，例如，见1961年《减少无国籍状态公约》第17条（“1.任何国家在签署、批准或加入时，都可以对第11、第14或15条作出保留；2.不得接受对本公约作出的其他任何保留”）和 Riquelme Cortado 提供的其他例子，前引书（上文脚注722），第128至第129页。关于推翻该假定的重要意义，另见 Patrick Lipton Robinson 在委员会第四十七届会议讨论与对条约的保留有关的法律和惯例时的发言，《1995年……年鉴》，第一卷，第2402次会议，第163页，第17段。

⁷⁸⁵ 见下文准则草案3.1.3及相关评注，特别是第(2)至(3)段。

⁷⁸⁶ 见上文准则草案3.1.1及相关评注。

⁷⁸⁷ 《联合国海洋法公约》第309条规定：“除非本《公约》其他条款明示许可，对本《公约》不得作出保留或例外”（关于这一规定，见佩莱，“*Les réserves aux conventions...*”前引文（上文脚注765）第505至第511页）。条约可对保留的数量或可对之提出保留的条款数量设定最大值。（例如，见1967年《欧洲领养儿童公约》第25条）。这些规定可能类似于那些准许缔约方接受某些义务或在条约条款中做选择的条款，但不是严格意义上的保留条款（见委员会第五十二届会议通过的准则草案1.4.6[1.4.6, 1.4.7]和1.4.7[1.4.8]及相关评注，《2000年……年鉴》，第二卷（第二部分），第116至第120页。

⁷⁸⁸ Sinclair, 前引书（上文脚注706），第73页。关于特定保留和非特定保留之间的不同，另见下文本条准则草案的评注第(11)至(13)段。

⁷⁸⁹ 北海大陆架案，判决，《1969年国际法院汇编》，第3页，详见第38至第41页。

⁷⁹⁰ 关于大不列颠及北爱尔兰联合王国和法兰西共和国大陆架划界案，1977年6月30日的裁决，《国际仲裁裁决汇编》，第十八卷，（出售品编号：E/F.80.V.7），第32至第35页，第39至第44段。

⁷⁹¹ 同上，第32页，第39段。

⁷⁹² 同上，第32至第33页。

⁷⁹³ 第38条规定缔约国只能加入《总议定书》的一部分。

(b) 依据国际法完全属于各国国内管辖范围问题所涉的争端；

(c) 特定情形或诸如领土地位等明确具体的主题所涉争端，或者属于类别明确界定的争端。

正如国际法院在1978年爱琴海大陆架案的判决中指出的：

如果一项多边条约因而事先规定只可作出特别指定类别的保留，那么显然存在一种很大的可能性——即使不是一个实际的假定——即：以条约所采用的用语提具的保留旨在适用于条约中的相应类别，

哪怕是在各国并未“一丝不苟”地遵守保留条款规定的“方式”时。⁷⁹⁴

(8) 另一个关于准许保留（属于上述第二类保留）⁷⁹⁵条款的广受评论的著名实例⁷⁹⁶是《欧洲人权

公约》第57条（在《1950年11月4日保护人权与基本自由公约关于公约所建管制机制结构改革问题的第11号议定书》生效之前为第64条：

1. 任何国家均可在签署本《公约》或交存其批准书时，对《公约》中与该国现行法律不符的具体规定作出保留。本条不准许普遍保留。

2. 根据本条规定所作出的任何保留，应对有关法律作简要说明。

在这一情况下，提出保留的权力受到形式和内容条件的限制；除通常的属时限制之外，⁷⁹⁷对《欧洲人权公约》的保留必须：

— 提到《公约》中的具体规定；

— 以[保留国]在提出保留时的国内立法情况为理由；

— 不得“采用过分含糊或空泛的措辞，让人无法判断其准确含义和适用范围”；⁷⁹⁸并

— 附有一份简要陈述，说明“该国意图通过保留避免适用《公约》的哪些规定”⁷⁹⁹

判断这些条件是否一一得到满足颇有难度。但必须考虑到，《欧洲人权公约》准许的是1969和1986年《维也纳公约》第19条(b)项意义上的“特定”保留，而且只有这样的保留才是有效的。

⁷⁹⁴ 爱琴海大陆架案，1978年12月19日的判决，《1978年国际法院汇编》，第3页起，详见第23页，第55段。

⁷⁹⁵ 见A. Bonifazi, “La disciplina delle riserve alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo”, in *Les clauses facultatives de la Convention européenne des droits de l’homme (Minutes of the round table organized in Bari on 17 and 18 December 1973 by the Faculty of Law of the University of Bari)*, Bari, Levante, 1974, pp. 301 - 319; G. Cohen-Jonathan, *La Convention européenne des droits de l’homme*, Paris, Economica, 1989, pp. 86 - 93; J. A. Frowein, “Reservations to the European Convention on Human Rights”, in F. Matscher and H. Petzold (编), *Protecting Human Rights: The European Dimension-Studies in Honour of Gerard J. Warda*, Cologne, C. Heymanns Verlag, 1988, pp. 193 - 200; P.-H. Imbert, “Reservations to the European Convention on Human Rights before the Strasbourg Commission: the *Temeltasch case*”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 33 (1984), pp. 558 - 595; Rolf Kühner, “Vorbehalte und auslegende Erklärungen zur Europäischen Menschenrechtskonvention: Die Problematik des Art. 64 MRK am Beispiel der schweizerischen ‘auslegenden Erklärung’ zu Art. 6 Abs. 3 lit.e MRK”, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 42 (1982), pp. 58 - 92 (summary in English); S. Marcus-Helmons, “L’article 64 de la Convention de Rome ou les réserves à la Convention européenne des droits de l’homme”, *Revue de droit international et de droit comparé*, forty-fifth year, No. 1 (1968), pp. 7 - 26; M. J. M. Pires, *As reservas a Convenção europeia dos direitos do homem*, Coimbra, Almedina, 1997; R. Sapienza, “Sull’ammissibilità di riserve all’accettazione della competenza della Commissione europea dei diritti dell’uomo”, *Rivista di Diritto internazionale*, vol. 70, Nos. 3 - 4 (1987), pp. 641 - 654; and W. A. Schabas, “Article 64” in L.-E. Pettiti, E. Decaux and P.-H. Imbert (编), *La Convention européenne des droits de l’homme: commentaire article par article*, Paris, Economica, 1995, pp. 923 - 942.

⁷⁹⁶ 见对本条准则草案的评注第(4)段。其他例子，见Aust, 前引书(上文脚注722)，第109至第110页；Spiliopoulou Åkermark, 前引文(上文脚注764)，第495至第

496页；W. W. Bishop, Jr., “Reservations to treaties”, *Recueil des Cours: Collected courses of the Hague Academy of International Law*, 第103卷, 1961-II, 第323至第324页，或者Daillier和Pellet, 前引书(上文脚注764)，第181页；另见欧洲委员会各公约一览表，其中指出了属于上文中对本条准则草案的评注第(4)段所提到的前两类可允许的保留之一的条款，见Riquelme Cortado, 前引书(上文脚注722)，第125页，以及该作者提供的其他部分准许的实例，第126至第129页。

⁷⁹⁷ 见准则草案3.1的评注，上文脚注715。

⁷⁹⁸ 贝利洛斯诉瑞士案，1988年4月29日的判决，诉请书编号：10328/83，欧洲人权法院，《判决和裁决》，A辑，第132卷，第25页，第55段。

⁷⁹⁹ 泰梅尔塔什诉瑞士案，诉请书编号：9116/80，欧洲委员会，欧洲人权委员会，《裁决和汇编》，第31卷，1983年，第150页，第90段。

(9) 有人指出,《欧洲人权公约》第57条的措辞与,例如,1957年《欧洲引渡公约》第26条第1款的措辞并无根本不同:⁸⁰⁰“任何缔约方均可在签署本《公约》或交存其批准文书或加入文书时,对《公约》的任何一项或多项规定提出保留”,即使后者可以被解释为一项普遍准许。不过,虽然可对《欧洲人权公约》提具的保留是“特定的”,但此处所述的准许仅限于排除“全面”保留。⁸⁰¹

(10) 事实上,普遍准许保留⁸⁰²本身并不一定能解决所有问题。诸如其他缔约方是否仍能对保留提出异议⁸⁰³和是否应检测这些被准许的保留⁸⁰⁴与条约目的和宗旨相符⁸⁰⁵等问题,并未得到解决。后一个问题将交由准则草案3.1.4处理,⁸⁰⁶该条准则草案区分了那些由保留条款确定了内容的特定保留与那些内容相对不确定的保留。

(11) 这一区分并不明显,在1977年英吉利海峡案仲裁裁决⁸⁰⁷之后尤其引发了争议,并在委员会造成了分歧,委员们各自支持不同的观点。有些提具保留国认为,如果条约确定了可提出保留的范围,保留就是“特定的”;那么这些标准就取代了目的和宗旨标准(但仅限于这种情况)。⁸⁰⁸其他人指出,这是极为特殊的情况,也许只在少见的“可

谈判的保留”情况下出现,⁸⁰⁹另外,委员会没有接受罗森先生的主张,即应当以“对具体条款的保留”取代他认为“过分狭窄”的“特定保留”这一表述;⁸¹⁰因此,要求条约确切地规定特定保留的内容是不现实的,否则(乙)款将毫无意义。⁸¹¹根据第三种意见,尽管《维也纳公约》第十九条(乙)款和第二十条第一项使用了不同的表述,但还是有可能折中以下两种观点:其一是要求保留条款确切指明拟议保留的内容(这无疑是一种过分的观点),其二是使特定保留等同于“条约明示允许的保留”⁸¹²。因此有人建议说,应当承认第十九条(乙)款(以及准则草案3.1(b))特别指明的保留必须一方面关系到具体条款,另一方面满足条约具体规定的某些条件,但又不至于要求事先确定其内容。⁸¹³

(12) 案例法在调和这些对立意见方面没有多大帮助。两种意见的拥护者都予以援引的1977年英吉利海峡案的仲裁裁决更多的是讲什么不是特定保留,而非什么是特定保留。⁸¹⁴的确,仅凭保留条款准许对条约的某些具体规定作出保留这一事实,

⁸⁰⁰ Imbert, *Les Réserves aux traités...*, 前引书(上文脚注717),第186页;另见 Riquelme Cortado, 前引书(上文脚注722),第122页。

⁸⁰¹ 关于这个概念,见委员会在其第五十一届会议上通过的准则草案1.1.1[1.1.4]及相关评注,《1999年……年鉴》,第二卷(第二部分),第98至第101页。

⁸⁰² 另一个更为明确的实例见1983年《欧洲暴力罪行受害者赔偿公约》第18第1款:“任何国家均可借签署本《公约》或交存本《公约》批准书、接受书、核准书或加入书之机提出一项或多项保留。”

⁸⁰³ 有时作出明文规定(例如,见1953年《妇女政治权利公约》第七条和 Riquelme Cortado 的相关评论,前引书(上文脚注722),第121页)。

⁸⁰⁴ 没有理由辩称(乙)款可能包括“默认准许”的保留,唯一可采用的理由是反向推论所有未被禁止的保留均为准许的保留,但须符合(丙)款的规定。

⁸⁰⁵ 见 Spiliopoulou Åkermark 提出的问题,前引书(上文脚注764),第496至第497页,或者 Riquelme Cortado, 前引书(上文脚注722),第124页。

⁸⁰⁶ 见下文关于这条准则草案的评注。

⁸⁰⁷ 见上文脚注790。

⁸⁰⁸ 见 Bowett, 前引文(上文脚注707),第71至第72页。

⁸⁰⁹ 关于这一概念,见委员会第五十二届会议通过的准则1.1.8(根据排除条款作出的保留)的评注第(11)段,《2000年……年鉴》,第二卷(第二部分),第114至第115页。另见 W. P. Gormley, “The modification of multilateral conventions by means of ‘negotiated reservations’ and other ‘alternatives’: a comparative study of the ILO and Council of Europe”, *Fordham Law Review*, 第39卷(1970-1971年),第59页起,第75至第76段。还可见《欧洲机动车辆所造成损害的民事责任公约》的附件,其中允许比利时享有用三年时间作出特定保留的特权;或者1989年《欧洲国境外电视广播公约》第32条第1(b)款,其中专门授予联合王国提交特定保留的能力(Spiliopoulou Åkermark 提供的实例,前引文(上文脚注764),第499页)。Bowett 列举的主要实例阐明了其恰好涉及“可谈判的保留”的理论,前引文(上文脚注707),第71页。

⁸¹⁰ 《1965年……年鉴》[英],第一卷,第813次会议,1965年6月29日,第264页,第7段。然而,Imbert 指出,即使如此 Rosenne 先生的建议也未被接受,汉弗莱·沃尔多克爵士自己也得出相同结论(同上,第265页,第27段);见 P.-H. Imbert, “La question des réserves dans la décision arbitrale du 30 juin 1977 relative à la délimitation du plateau continental entre la République française et le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d’Irlande du Nord”, *Annuaire français de droit international*, 第24卷(1978年),第29至第58页,第52段。

⁸¹¹ Imbert, “La question des réserves...” (上文脚注810),第50至第53页。

⁸¹² 这方面,见同上,第53页。

⁸¹³ 见关于对条约的保留的第十次报告,《2005年……年鉴》,第二卷(第一部分),A/CN.4/558和Add.1-2号文件,第49段。

⁸¹⁴ 见上文,本条准则草案的评注第(6)段和脚注790。

不足以使这些保留具有第十九条(乙)款所指的“特定”意义。⁸¹⁵但仲裁庭只限于要求保留必须是“具体的”，⁸¹⁶并未指明用什么检测具体性。此外，在维也纳条约法会议期间，起草委员会主席K. 亚辛将特定保留同化为那些条约明示准许的保留，⁸¹⁷且未作其他说明。

(13) 因此，委员会的大多数委员认为，如果一项保留条款指明了一项可作出保留的条款、或根据关于“全面保留”⁸¹⁸的准则草案1.1.1[1.1.4]指明可对整个条约的某些特定方面提出保留，则应将该保留视为是特定保留。然而，不应夸大不同立场之间的分歧。尽管“提及的”保留一词比“准许的”保留一词更受欢迎，无疑为委员会所赞成的粗线条处理办法增加了份量，但与此同时，委员会在准则草案3.1.4中对有确定内容的特定保留与没有确定内容的保留作了区别，后者须接受是否符合条约目标和宗旨之标准的检验。

3.1.3 可允许的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。

评注

(1) 准则草案3.1.3和3.1.4说明了《维也纳公约》第十九条(甲)款和(乙)款(准则草案3.1重述了其1986年的案文)的范围。这两项准则明确阐述了《公约》暗示的内容：除非条约有相反的规定，特别是如果条约准许准则草案3.1.2所界定的特定保留，则任何保留均须满足第十九条(丙)款所载的基本条件，即不得有违条约的目的和宗旨。

⁸¹⁵ 见上文，本条准则草案的评注第(6)至(7)段。

⁸¹⁶ 实际上，具体或特定保留必须获得准许——仲裁庭在英吉利海峡案中认为具体保留和特定保留这两个术语是同义词(见上文脚注790)。

⁸¹⁷ 见《联合国条约法会议正式记录，第一届会议……》(上文脚注728)，第70次会议，1968年5月14日，第23段。

⁸¹⁸ 见《1999年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第98至第101页，第470段。

(2) 这项原则是维也纳体制所建立的弹性制度的基本要素之一，它不但中和了泛美制度所产生的“极端相对主义”⁸¹⁹(其中将多边条约简化为双边关系网)，⁸²⁰同时也避开了一致性制度的僵化性。

(3) 条约的目标和宗旨概念⁸²¹最早出现在国际法院1951年关于保留的咨询意见中，⁸²²后来逐渐为人接受。现在这个概念已成为调和保全公约实质的必要性与方便尽可能多的国家加入多边公约的愿望这两者之间的关键。但是，在条约目的和宗旨相符标准的作用方面，1951年的咨询意见和1969年《维也纳公约》第十九条(丙)款存在很大差别。⁸²³咨询意见认为该标准同时适用于提具和反对保留：“[《防止及惩治危害种族罪公约》]的目的和宗旨由此限制了提出保留和反对保留的自由”。⁸²⁴而在1969年《维也纳公约》中，该标准仅针对保留：第二十条没有限制其他缔约国提出反对的能力。

(4) 虽然这项关于保留必须符合条约目的和宗旨的要求毫无疑问已经成为一项习惯法规则并且

⁸¹⁹ P. Reuter, *Introduction au droit des traités*, 前引书(上文脚注725)，第73页，第130段。该作者将该术语适用于国际法院在其1951年对《灭绝种族罪公约》的保留案的咨询意见(见上文脚注714)中通过的制度；但这一批评意见对泛美制度非常适用。

⁸²⁰ 关于泛美制度，见 Imbert 的参考书目，*Les réserves aux traités ...*，前引书(上文脚注717)，第485至第486页。另外，除 Imbert 本人的描述(同上，第33至第38页)之外，还可见 M. M. Whiteman, 《国际法文摘》，第14卷(1970年)，第141至第144页，或者 Ruda, 前引文(上文脚注708)，第115至第133页。

⁸²¹ 这一概念将在准则草案3.1.5中加以界定。

⁸²² 对《灭绝种族罪公约》的保留案(见上文脚注714)，第24和第26页。

⁸²³ 见 Coccia, 同前(上文脚注731)，第9页；Lijnzaad, 前引书(上文脚注784)，第40页；M. Rama-Montaldo, “Human rights conventions and reservations to treaties”, *Héctor Gros Espiell Amicorum Liber: Human Person and International Law*, vol. II, Brussels, Bruylant, 1997, pp. 1265-1266; 或者 Sinclair, 前引书(上文脚注706)，第61页。

⁸²⁴ 对《灭绝种族罪公约》的保留案(见上文脚注714)，第24页。

未受到质疑，⁸²⁵ 但其内容依旧模糊不清，⁸²⁶ 不相符的后果也存在一些不确定性。⁸²⁷ 此外，1969年《维也纳公约》第十九条并未廓清其适用范围。

(5) 根据《维也纳公约》第十九条(丙)款规定的原则，不得提具与条约目的和宗旨不符的保留，但这项原则是补充性的原则，只适用于《公约》第二十条第二和第三项未述及的情形⁸²⁸ 和条约本身未解决保留问题的情形。

(6) 如果条约的确对保留做出了规定，就必须区分那些对相关保留是否应接受条约目的和宗旨相符性检测的问题给出不同答案的情形。其中两种情形给出了明显为否的答案：

— 毫无疑问，不能以其符合条约的目的和宗旨为由将条约明文禁止的保留视为是有效的；⁸²⁹

— 条约明文准许的具有明确内容的“特定”保留也是如此：这种保留自动有效，无须经由其他

缔约国认可⁸³⁰，而且也无需接受条约目的和宗旨相符性检测。⁸³¹

委员会认为，这些明显的事实不值得在《实践指南》中做出单独规定；它们是《维也纳公约》第十九条(丙)款的直接和不可避免的结果，准则草案3.1复述了该条款的案文。

(7) 但另外两种情况却并非如此，这两种情况与第十九条(甲)款和(乙)款的规定相反：

— 因不属被禁止的保留类别而获得准许的情况((a)款)；

— 不属于准则草案3.1.2所述的(甲)款含义范围内的“特定”保留但获得准许的情况。

(8) 在这两种情形中，不能假定条约准许提具保留就是让一国或一国际组织任意提出所希望的任何保留，哪怕这样做会掏空条约的实质。

(9) 关于默许保留的问题，汉弗莱·沃尔多克爵士在其关于条约法的第四次报告中承认，“对于[条约准许的保留自动有效原则]，一种可能的例外或许是条约明文禁止某些特定保留从而默许其他保留的情形；因为把是否符合条约目的和宗旨视为对提出其他保留的一种默示限制或许并非是不合理的”。但他排除了这种偶然性，不是因为这是不真实的，而是因为“这样做或许会在界定缔约方意愿的规则方面走得太远，而且在保持第十八条[已成为《公约》第十九条]尽可能简单方面也值得商榷”。⁸³² 这些考虑对《实践指南》并不适用，因为《实践指南》的目的，确切地说，是为了口径一致地答复各国在保留方面可能提出的所有问题。

(10) 正由于此，准则草案3.1.3规定，因条约未正式禁止而被默许的保留必须符合条约的目的和宗旨。至少可以这样说，与对不含保留条款的条约提出保留的情形相比，如果容许更肆意地对含保留

⁸²⁵ 见 Riquelme Cortado 为此提出的诸多论据，前引书(上文脚注 722)，第 138 至第 143 页。还可见委员会 1997 年的初步结论，委员会在其中重申自己的观点：“1969 年《维也纳条约法公约》和 1986 年《关于国家和国际组织间或国际组织相互间条约法的维也纳公约》的第十九至二十三条规定了对条约的保留制度，并特别规定条约的目的和宗旨是确定可否接受保留的最重要标准。”(《1997 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 58 页，第一个结论)。

⁸²⁶ 见特别报告员在其关于对条约的保留的第十次报告里拟议的准则草案 3.1.5 至 3.1.13，《2005 年……年鉴》，第二卷(第一部分)，A/CN.4/558 和 Add.1-2 号文件。

⁸²⁷ 见特别报告员在其第十次报告里拟议的准则草案 3.3 至 3.3.4，同上。

⁸²⁸ 即参与度有限的条约和国际组织组成文书的情形。这些情形并不构成默认禁止提具保留；只是针对特殊类型的条约再次提出了一致性制度。

⁸²⁹ 在其关于委员会一读通过的条约法条款草案的评论意见中，加拿大建议“考虑将‘与条约目的和宗旨相符合’的原则扩大到依照条约明确条文提具的保留，以防止对条约未说明提具保留问题的情形和条约允许提具保留的情形适用不同的标准。”(特别报告员关于条约法的第四次报告，《1965 年……年鉴》[英]，第二卷，A/CN.4/177 和 Add.1-2 号文件，第 46 页)。这项建议不甚清晰，委员会未予采纳；参见 Briggs 按照同一方针提出的较为清晰的建议，《1962 年……年鉴》[英]，第一卷，1962 年 6 月 18 日，第 663 次会议，第 222 页，第 13 和第 14 段，以及《1965 年……年鉴》[英]，第一卷，1965 年 6 月 29 日，第 813 次会议，第 264 页，第 10 段；或者 Ago 的相反意见，同上，第 16 段。

⁸³⁰ 见 1969 年《维也纳公约》第二十条第一项。

⁸³¹ 见上文准则草案 3.1.2 及其评注。

⁸³² 《1965 年……年鉴》[英]，A/CN.4/177 和 Add.1-2 号文件，第 50 页，第 4 段。

条款的条约提出保留，那将是反常的。⁸³³ 因此适用条约目的和宗旨相符性标准。

3.1.4 可允许的特定保留

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。

评注

(1) 准则草案3.1.3规定，条约未加禁止的保留仍然应遵守符合条约目的和宗旨这一标准。准则草案3.1.4的规定与此类似，针对的是准则草案3.1.1所指的未由条约确定内容的特定保留：出现了同样的问题，因此为支持准则草案3.1.3而提出的考虑因素比照适用。

(2) 1968年维也纳条约法会议通过的波兰关于第十九条(乙)款的修正案限制了默认禁止对条约提出保留的可能性，该修正案规定仅可提出“不包括所涉保留的特定保留”。⁸³⁴ 但不能由此认为可随意作出这种获得准许的保留：适用于不受禁止的保留的论点⁸³⁵ 在此处也适用，且如果接受委员会多数委员赞成的宽泛的特定保留定义，⁸³⁶ 则必须区分以下两种保留：一是条约本身对其内容有所界定的保留，二是原则上准许但也没有理由认为其可以违反条约目的和宗旨的保留。后一种保留必须与对不含特定条款的条约提出的保留一样遵守相同的一般性条件。

(3) 继波兰修正案之后对1969年《维也纳公约》第十九条(丙)款的修改事实上也是朝着这个方向进行的。在委员会的案文中，(丙)款拟订如下：“(丙)条约对保留并无规定，而所提保留与条约目的宗旨相悖者。”⁸³⁷ 这种情形与(乙)款相

符，该款禁止提具除保留条款准许的保留以外的其他保留。相反，一旦准许不再意味着自动排除其他保留，就不应当再保留这种提法；⁸³⁸ 因此，维也纳会议起草委员会采用了现在的措辞。⁸³⁹ 与此相对立的结果是，如果保留不属(乙)款的范围(因为其内容不特定)，就应接受条约目的和宗旨相符性检测。

(4) 仲裁法庭遵循了这一推理，在处理英吉利海峡案时裁决仅凭《大陆架公约》第12条准许某些无需特定内容的保留⁸⁴⁰ 这一事实不能认定此类保留自动有效。⁸⁴¹

(5) 在这类情形中，保留的有效性“不能仅凭它是、或自称是对一项准许被保留的条款作出的保留”而推定。⁸⁴² 保留是否有效，应根据其是否符合条约目的和宗旨来判定。⁸⁴³

⁸³⁸ 但是，波兰并没有利用它成功提出的关于(乙)款的修正案推出对(丙)款的修正案，反而是越南提出的修正案有意删除“若条约不含关于保留的条款”这一用语(A/CONF.39/C.1/L.125,《联合国条约法会议正式记录，第一和第二届会议……》(上文脚注725)，第134页，第177段)，但全体会议予以拒绝(同上，第136页，第182段)。

⁸³⁹ 奇怪的是，起草委员会主席给出的理由并没有将对(乙)款和(丙)款做出的修改联系起来；Yasseen 仅表示，“委员会部分委员认为，一项条约可能令人信服地含有不属于(甲)款(乙)款规定的任何类别的保留条款(《联合国条约法会议正式记录，第一届会议……》(上文脚注728)，1968年5月14日，全体委员会第70次会议，第415页，第17段)。参见 Briggs 在1965年委员会第十七届会议讨论期间就此所作发言，《1965年……年鉴》[英]，第一卷，1965年6月4日，第796次会议，第146页，第37段。

⁸⁴⁰ 见上文准则草案3.1.2的评注第(5)段和脚注790。

⁸⁴¹ 见关于大不列颠及北爱尔兰联合王国和法兰西共和国大陆架划界案(上文脚注790)，第32页，第39段。还可见上文准则草案3.1.2的评注第(6)段。

⁸⁴² Bowett, 前引文(上文脚注707)，第72页。同样，见 Ruda, 前引文(上文脚注708)，第182页；或者 G. Teboul, “Remarques sur les réserves aux conventions de codification”, 《国际公法概览》，第86卷(1982年)，第691至第692页。相反意见：Imbert, “La question des réserves dans la décision arbitrale du 30 juin 1977...”, 前引文(上文脚注810)，第50至第53页；该意见论据充足，但没有充分考虑维也纳条约法会议修改1969年《维也纳公约》第十九条(丙)款的后果(见上文，对本条准则草案的评注第(3)段)。

⁸⁴³ C. Tomuschat 曾给出一个相关的例子：“例如，如果一项关于保护人权的公约在‘殖民条款’中禁止将附属领土排除在条约适用的领土范围之外，那么，认为准许对其作出任何形式的保留，包括涉及个人自由最基本保证的保留，都将是荒唐的，哪怕通过这些限制，条约将失去其根本实质”(前引文(上文脚注754)，第474页)。

⁸³³ 在这方面，见 Rosenne 在委员会第十七届会议讨论期间的发言，《1965年……年鉴》[英]，第一卷，第797次会议，1965年6月8日，第149页，第10段。

⁸³⁴ 见上文准则草案3.1.2的评注第(3)段和脚注783。

⁸³⁵ 见上文准则草案3.1.3的评注第(9)段。

⁸³⁶ 见上文准则草案3.1.2的评注第(13)段。

⁸³⁷ 《1966年……年鉴》[英]，第二卷，第202页(第16条)。

(6) 相反,不言而喻的是,如果特定保留的内容的确是在保留条款里所指明的,那么与该条款相符的保留则不受与条约目的和宗旨相符性检测。

1.6 定义的范围

《实践指南》本章所载列的单方面声明的定义,不妨碍这些声明根据对其适用的规则所具有的有效性和效力。

评注

(1) 委员会在1998年的第五十届会议上,以只提到保留的形式,暂时通过本准则草案。相关的草案评注指出,这项准则草案在《实践指南》中的标题和位置应在稍后阶段决定,委员会将考虑是否可在同一处中同时提及保留和解释性声明,一些委员认为保留和解释性声明提出的是相同的问题。⁸⁴⁴在第五十一届会议上,委员会全体会议采纳了这一做法,认为有必要澄清和详细说明与所提及的所有单方面声明的定义有关的一整套准则草案的范围,以明确其特定的目标。⁸⁴⁵

(2) 准则草案1.6最初拟订的案文是:《实践指南》本章内所载的单方声明的定义,不影响这些声明在对其适用的规则方面的可允许性和效力。”但在第五十七届会议上,一些委员表示,“可允许性”一词用得恰当:在国际法中,国际不法行为引起行为者的责任,⁸⁴⁶而提出不符合《维也纳公约》规定的形式或内容条件的保留,则显然属于不同情况。委员会第五十八届会议决定将“可允许性”改为“有效性”,多数委员认为这一词语更为中性。准则草案1.6的评注也作了相应修改。⁸⁴⁷

⁸⁴⁴ 《1998年……年鉴》,第二卷(第二部分),第110至第111页。

⁸⁴⁵ 见《1999年……年鉴》,第二卷(第二部分),第135至第136页(准则草案1.6的评注第(1)段)。

⁸⁴⁶ 参见国家对国际不法行为的责任条款草案第1条,《2001年……年鉴》,第二卷(第二部分),第36页,以及大会2001年12月12日第56/83号决议,附件。

⁸⁴⁷ 准则草案2.1.8的案文和评注也作了相同的修改。关于评注的原始案文,见《1999年……年鉴》,第二卷(第二部分),第135至第136页。

(3) 下定义并不等于管制。作为“对事物主要性质的准确陈述”⁸⁴⁸,定义的唯一作用是确定某项声明的大致类别。但是,这种分类绝不会预判所涉声明的有效性:无论是否是可允许的,只要符合既有定义,一项保留就仍旧是一项保留。反过来,如果不符合准则草案规定的标准,那么保留就不再是一项保留,但这并不一定意味着这种声明从国际法其他规则来看是有效(或无效)的。解释性声明的情况也是如此,由于将改变条约的性质,或者由于不是在规定的时间内提出的,它们可能会被认为是无效的⁸⁴⁹。⁸⁵⁰

(4) 此外,为评估其有效性,首先准确地确定一项声明的性质是适用某个法律制度的先决条件。只有在某项文书被界定为“保留”(或者单纯的或有条件的解释性声明)时,才能决定它是否是有效的,才能评估其法律范围并确定其效果。然而,这种有效性和这些效果并不因此受到定义的影响,定义只要求适用相关规则。

(5) 例如,准则草案1.1.2指出可在准则草案1.1和1969年和1986年《维也纳公约》第11条提及的所有情况下“提出”保留,但这一事实并不意味着此类保留必然是有效的;它的有效性取决于其是否符合法律针对条约保留作出的规定,特别是1969年和1986年《维也纳公约》第19条的相关规定。同样,委员会在准则草案1.1.1[1.1.4]中确认的“全面”保留既定做法也绝非是对此类保留在特定情况下的有效性的裁定,这取决于所作保留的内容和背景;草案的唯一目的是显示这种性质的单方声明实际是一项保留,因此应遵守与保留有关的法律制度。

(6) 准则草案1.6所提到的“适用的规则”首先是1969年、1978年和1986年《维也纳公约》中的有关规则,通常还包括本《实践指南》意图按照委员会的职权予以编纂和逐步发展的适用于保留和解释性声明的习惯规则,以及那些与国家国际组

⁸⁴⁸ 《牛津英语词典》,第2版,1989年,牛津,克拉伦登出版社。

⁸⁴⁹ 有条件解释性声明方面也很可能出现这个问题(见准则草案1.2.1[1.2.4])。

⁸⁵⁰ 第1.4节中提及的既非保留也非解释性声明的单方面声明明显也属于这种情况。

织能够就条约提出的其他单方声明有关的规则，但《实践指南》中并未涵盖这些规则。

(7) 一般说，迄今通过的所有准则草案都是相互关联的，不能分割开来单独理解和解读。

2.1.8 [2.1.7之二] 保留显然无效情况下的程序

1. 如果保存人认为某项保留显然无效，则应提请提具保留者注意在保存人看来构成保留无效的理由。

2. 如果提具保留者坚持保留，保存人应将保留的案文告知各签署国和国际组织以及各缔约国和国际组织，并酌情告知有关国际组织的主管机关，说明该项保留所引起的法律问题的性质。

评注

(1) 在讨论准则草案2.1.7时，委员会的一些委员认为，纯粹简单地适用委员会在保留明显“无效”的情况下确立的规则会产生某些困难。他们特别强调指出，没有理由如准则草案2.1.7第1款所做的那样，规定由保存人对保留的形式有效性作详细审查，而同时不允许保存人从实质性角度出发对明显不被允许的保留（特别是在不符合《维也纳公约》第十九条所载各项条件的情况下）做出反应。

(2) 但是，允许保存人在后一种情况下实行干预将构成对国际法的逐渐发展，必须承认这偏离了《维也纳公约》关于保存人职能的规定的精神。⁸⁵¹因此，委员会在其第五十三届会议上认为最好就下列问题向大会第六委员会进行咨询：保存人“是否有责任拒绝将显然不可接受的一项保留通知有关国家或国际组织，尤其是能否在条约禁止此种保留的情况下这样做”。⁸⁵²

(3) 出席第六委员会的代表团对此问题所做答复的细微差别为准则草案2.1.8的措辞提供了灵感。一般来说，各国赞成将《实践指南》与1969年

《维也纳公约》关于保存人作用的规定，特别是第七十七条的规定进行严格统一。一些代表团在发言中强调，保存人在履行其职能时必须公正，保持中立，因此应将其职能局限于将提具的保留告知缔约方。但第六委员会一位代表认为，当保留明显无效时，保存人有责任拒绝予以告知，或至少要将这种看法告知保留提具方，如果保留提具方坚持提出保留，应告知其他缔约方并提请他们注意该问题。

(4) 委员会的大多数委员支持这种折中的解决办法。他们认为，不能允许保存人做出任何形式的指责，但如果责成保存人将明显无效的保留的案文告知缔约国或签字国以及国际组织却不事先让保留提具国或国际组织注意到他所认为的使保留存在缺陷的地方，也是不恰当的。但要认识到，如果保留提具方坚持，则应当恢复正常程序并送交保留，同时指出相关法律问题的性质。事实上，这是将明显“无效”的保留情况下遵循的程序与引起形式问题的保留情况下遵循的程序等同起来：根据准则草案2.1.7，如果在此类问题上出现意见分歧，保存人“就应将此问题：(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主管机关注意。”

(5) 根据委员会一些委员的意见，只有在保存人基于1969年和1986年《维也纳公约》第19条(a)项和(b)项援引“无效性”时（条约所禁止的保留或准许某些特定保留的条约未予以规定的保留），才能遵循这一程序。其他委员则认为，是否符合条约的目的和宗旨（第十九条(c)款）才是唯一的真正问题。大多数委员认为，这一程序适用于所有各款，因此委员会认为，将第19条中列出的各种“无效”的情况加以区分是没有理由的。

(6) 同样，尽管有一些委员表示了相反的意见，但委员会还是认为，将准则草案2.1.7所述的保留提具者和保存人之间的意见交换限定在严格的时间范围内并没有什么用处。该准则草案并未克减准则草案2.1.6条的1(b)款，根据该款的规定，保存人必须“尽快”采取行动。而且在任何情况下，提具保留国或国际组织都必须说明其是否愿意与保存人讨论这个问题。如果提具保留国或国际组织不愿意，则应遵循原来程序将保留告知其他缔约方或签署方。

⁸⁵¹ 见准则草案2.1.7的评注第(9)至(10)段。

⁸⁵² 《2001年……年鉴》，第二卷（第二部分），第22页，第25段。

(7) 虽然委员会最初使用“不允许”这一措辞来说明《维也纳公约》第十九条所涵盖的保留的特征，⁸⁵³ 但一些委员指出，这一措辞并不适合那种情况：在国际法中，国际不法行为使行为者负有责任，⁸⁵⁴ 但对于不符合相关条约规定的保留，或者

⁸⁵³ 准则草案2.1.8[2.1.7之二]的原始案文及其评注，见《2002年……年鉴》，第二卷（第二部分），第44至第45页。

⁸⁵⁴ 参见国家对国际不法行为的责任条款草案第1条草案

不符合条约目的和宗旨的保留，或者不遵守《维也纳公约》规定的形式或内容条件的保留，则明显不属于这种情况。委员会第五十八届会议因而决定将“可允许的”、“不可允许的”、“可允许性”以及“不可允许性”等词改为“有效”、“无效”、“有效性”以及“无效性”，并相应修改了评注。⁸⁵⁵

(上文脚注846)。

⁸⁵⁵ 准则草案1.6的案文和评注也作了类似修改。

第九章

国家单方面行为

A. 引言

160. 委员会在提交大会的第四十八届会议（1996年）工作报告中建议大会应将国家单方面行为法作为一项适于编纂和逐渐发展国际法的专题列入。⁸⁵⁶

161. 大会在1996年12月16日的第51/160号决议第13段中特别请委员会进一步审查“国家单方面行为”专题并指出该专题的范围和内容。

162. 委员会第四十九届会议（1997年）就这一专题设立了一个不限名额的工作组，负责向委员会报告该专题研究的可取性和可行性、其可能的范围和内容以及该专题研究的大纲。委员会同届会议上审议并核可了工作组的报告。⁸⁵⁷

163. 委员会还在第四十九届会议上任命维克托·罗德里格斯·塞德尼奥先生为这一专题的特别报告员。⁸⁵⁸

164. 大会在第1997年12月15日的第52/156号决议第8段中核可了委员会关于将这一专题列入工作方案的决定。

165. 从第五十届会议（1998年）起至第五十七届会议（2005年），委员会收到并审议了特别报告员的八次报告。⁸⁵⁹

⁸⁵⁶ 《1996年……年鉴》，第二卷（第二部分），A/51/10号文件，第101页，第248段，以及附件二，第137页。

⁸⁵⁷ 《1997年……年鉴》，第二卷（第二部分），A/52/10号文件，第65至第66页，第194段和第196至第210段。

⁸⁵⁸ 同上，第212和第234段。

⁸⁵⁹ 第一次报告，《1998年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/486号文件；第二次报告，《1999年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/500和Add.1号文件；第三次报

166. 委员会还在第五十届会议（1998年）至第五十三届会议（2001年）和第五十五届会议（2003年）至第五十七届会议（2005年）上重新召集了国家单方面行为工作组。工作组在向第五十六届会议（2004年）提交的报告中确定了一个表格，从而使工作组有了统一的分析工具。⁸⁶⁰ 工作组的个别成员按照确立的表格开展了一些研究。这些研究被转交给特别报告员供其编写第八次报告。委员会在第五十七届会议（2005年）上请工作组审议那些已经基本上达成一致意见并有可能为拟订该专题的初步结论或建议提供基础的要点。

B. 本届会议审议这个专题的情况

167. 委员会在本届会议上收到了特别报告员的第九次报告（A/CN.4/569和Add.1），并在2006年7月3日、4日和5日先后举行的第2886、第2887和第2888次会议上进行了审议。

168. 特别报告员的第九次报告分由两部分组成。第一部分涉及无效的理由⁸⁶¹和单方面行为的终

告，《2000年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/505号文件；第四次报告，《2001年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/519号文件；第五次报告，《2002年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/525和Add.1-2号文件；第六次报告，《2003年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/534号文件；第七次报告，《2004年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/542号文件；和第八次报告，《2005年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/557号文件。

⁸⁶⁰ 这一表格包括下列要点：日期；行为者/机关；行为者/机关的权限；形式；内容；背景和情境；目的；对象；对象的反应；第三方的反应；根据；实施；修改；结束/取消；法定范围；法官或仲裁官的判决；评论；文献，《2004年……年鉴》，第二卷（第二部分），第110页，第247段和脚注516。

⁸⁶¹ “原则5

“无此资格的人作出的行为无效

“对未经授权或无此资格的人作出的单方面行为可以宣布无效，但这并不妨碍发生该行为的国家能够根据指导原则4确认该行为。”

“原则6

止⁸⁶²，第二部分涉及定义、⁸⁶³ 国家作出单方面行为的能力、⁸⁶⁴ 代表国家作出单方面行为的权限、⁸⁶⁵ 未

经授权的人所作行为的事后确认、⁸⁶⁶ 单方面行为具有约束力的根据⁸⁶⁷、以及单方面行为的解释。⁸⁶⁸

“违反行为国内法一项极其重要的规范的单方面行为无效

“作出单方面行为的国家不得以该行为违反国内法作为其无效的理由，除非这种行为违反国内法一项极其重要的规范并且违规情况明确无误。”

“原则 7

“单方面行为无效

“1.(a) 一国作出单方面行为后，不得以错误作为宣布该行为无效的理由，除非该国在单方面行为作出时以假定存在的一项错误事实或错误情况为基础，而该项事实或情况构成该国同意接受此行为约束的根本基础。

“(b) 如错误是由该国本身行为所促成，或如当时情况足以使该国知悉可能有错误，以上规定不适用。

“2. 如果行为国的一项单方面行为因受另一国的欺诈行为诱使而作出，能以欺诈行为作为宣布此行为无效的理由。

“3. 如果单方面行为因行为人为人腐败而作出，能以该国代表的腐败行为作为宣布此行为无效的理由。

“4. 如果行为人的单方面行为因他或她受到直接敌对行为或威胁的胁迫而作出，能以胁迫行为作为宣布此行为无效的理由。

“5. 如果任何单方面行为因受到违反《联合国宪章》所载国际法原则的武力威胁或使用武力的胁迫所作出，该单方面行为无效。

“6. 如果单方面行为作出时违反一般国际法的强制性规范（绝对法）（或与之冲突），该单方面行为无效。”

⁸⁶²

“原则 8

“单方面行为的终止

“行为国可以终止或撤销单方面行为：

“(a) 如果在行为作出时规定了终止行为的具体时间（或如果实施一项或多项行为后默示终止）；

“(b) 如果该行为作出时就规定了解除条件；

“(c) 如果单方面行为的主体停止存在；

“(d) 如果导致作出单方面行为的情势发生根本变化（情势变迁），从而不可能完成这项行为；

“(e) 如果在作出行为后出现与该行为相冲突的国际法强制性规范。”

⁸⁶³

“原则 1

“单方面行为的定义

“一国的单方面行为指一国意欲造成国际法上的一定法律效力而作出的单方面声明。”

国家单方面行为的对象

选择 A

单方面行为的对象可以是一国或多国、整个国际社会、一个或多个国际组织或受国际法管辖的任何其他实体。

选择 B

不论行为对象是谁，根据国际法作出的单方面行为都产生法律效力。

⁸⁶⁴

“原则 2

“国家作出单方面行为的能力

“每个国家都有根据国际法作出单方面行为的能力。”

⁸⁶⁵

“原则 3

169. 委员会于 2006 年 7 月 5 日决定重设该不限名额工作组，由阿兰·佩莱先生担任主席。要求工作组根据已表达的各种意见、特别报告员的指导原则草案以及委员会以往关于本专题的工作来起草委员会关于“国家单方面行为”专题的结论。

170. 委员会在 2006 年 8 月 4 日举行的第 2906 次会议上审议了工作组的报告。在审议工作组的报告之后，委员会通过了一套 10 项适用于能够产生法律义务的单方面国家声明的“指导原则”及评注（下文 D 节），⁸⁶⁹ 并提请大会注意该指导原则。

C. 向特别报告员表示感谢

171. 委员会在 2006 年 8 月 11 日的第 2913 次会议上，在通过指导原则的案文之后，以鼓掌方式通过了以下决议：

国际法委员会，

通过了适用于能够产生法律义务的国家单方面声明的指导原则及其评注，

“代表国家作出单方面行为的权限

“1. 按照其职责，国家元首、政府首脑和外交部长均被视为国家代表，有资格代表国家作出单方面行为。

“2. 除了上段提到的人员外，如果可以从行为国这方面实践和作出这种行为的情势中作出推断，其他人员也可视为有资格代表国家作出单方面行为。”

⁸⁶⁶

“原则 4

“未经授权（或无资格这样做）的人所作行为的事后确认

“根据前几项指导原则，未经授权（或无资格）代表国家的人作出的单方面行为，可以事后由国家公开确认，或经可明确推断这种确认的确凿行为确认。”

⁸⁶⁷

“原则 10

“单方面行为具有约束力的根据

“国家单方面行为具有约束力的根据是诚信原则和行为国愿受约束的意图。”

⁸⁶⁸

“原则 11

“单方面行为的解释

“在解释单方面行为时要着重考虑国家作出单方面行为的场合，还要明确和准确地说明该行为的各项条件。”

⁸⁶⁹

见核试验案（澳大利亚诉法国）和（新西兰诉法国），1974 年 12 月 20 日的判决，《1974 年国际法院汇编》，第 253 和第 457 页，详见第 267 页，第 43 段和第 472 页，第 46 段。

向维克托·罗德里格斯·塞德尼奥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编写适用于能够产生法律义务的国家单方面声明的指导原则作出了杰出贡献，并且在编写指导原则方面取得了成果。”

172. 委员会还向阿兰·佩莱先生领导下的国家单方面行为工作组表示深挚感谢，感谢该工作组的不懈努力和对本专题工作的贡献。

D. 适用于能够产生法律义务的国家单方面声明的指导原则案文

介绍性说明

173. 在审议了特别报告员提交的第九次报告并进行充分辩论之后，委员会认为有必要就本专题作出一些结论。本专题的难度和意义都已显露出来。显然，须使各国能够以合理的确定性来判断其单方面行为是否或在何种程度上在国际上对它们具有法律约束力。

174. 然而，委员会认识到单方面行为的概念并不统一。一方面，某些单方面行为是在国际法的框架内根据其明示授权作出的，⁸⁷⁰ 而另一些单方面行为则是国家在国际上行使行动自由时作出的；根据委员会以前的决定，委员会及其特别报告员一向仅审议后者。⁸⁷¹ 另一方面，在第二种情况下，“单方面行为”一词涵盖了范围广泛的行为，而法律文化之间的差异部分地造成了本专题所引起的误解，例如有的人认为，法律行为的概念必然意味着明确表示行为国愿受约束的意愿，而另一些人认为，任何在国际上产生法律效力的国家单方面行动都可被归类为单方面行为。

175. 正如在2004年第五十六届会议上所决定的那样，⁸⁷² 委员会及其特别报告员优先研究第一种

⁸⁷⁰ 见确立了领海的范围或对条约的保留的法律，这些都是受国际法具体规则严格限定的单方面行为。

⁸⁷¹ 见《1997年……年鉴》，第二卷（第二部分），第65至第66页，第198至第208段。

⁸⁷² 《2004年……年鉴》，第二卷（第二部分），第110页，第245至第247段。另见《2005年……年鉴》，第二卷（第二部分），第293段。

意义上的单方面行为，同时注意到一国也许受正式宣言以外的行为的约束。

1. 指导原则案文

176. 委员会通过的指导原则案文载录如下。

适用于能够产生法律义务的国家单方面声明的指导原则

国际法委员会，

注意到各国有可能在国际上受自己单方面行为的约束，

注意到能够对各国产生法律约束力的行为可采取正式声明的形式，或采取别国可合理地信赖的简单非正式行为的形式，某些情况下也包括沉默在内，

也注意到国家的单方面行为是否在特定情形中对其具有约束力取决于具体情况，

也注意到在实践中，通常难以确定由一国的单方面行为产生的法律效果是该国表达的意图的后果，还是取决于该行为使其他国际法主体产生的期望，

通过了下述指导原则，这些原则仅涉及严格意义上的单方面行为，即那些以国家出于创立国际法义务之意图所作的正式声明为形式的单方面行为，

1. 公开作出的并显示受约束意愿的声明可具有创立法律义务的效力。当与此相符的条件得到满足时，这类声明的约束性质便以善意为基础；有关国家然后可考虑到并信赖这类声明；这些国家有权要求这类义务得到尊重；

2. 任何国家都拥有通过单方面声明承担国际义务的能力；

3. 为确定这类声明的法律效力，有必要考虑其内容、其作出时的所有实际情况及其所引起的反应；

4. 单方面声明只有经有权这样做的主管当局作出，才在国际上对国家有约束力。凭借其职责，国家元首、政府首脑和外交部长有权作出这类声明。在特定领域代表国家的其他人士，可经授权作出声明，从而在其负责的领域内使国家承担义务；

5. 单方面声明可口头作出，也可书面作出；

6. 单方面声明可针对整个国际社会作出，也可针对一个或数个国家或其他实体作出；

7. 只有以明确、具体的措辞作出的单方面声明，才对声明国产生义务。如对这类声明所产生的义务范围有疑问，则必须以严格的方式解释这类义务。在解释这类义务的内容时，应优先重视声明的案文，同时应考虑声明作出的背景和当时的情况；

8. 与一般国际法强行规范冲突的单方面声明无效；

9. 一国的单方面声明不得对其他国家施加义务。然而，其他有关国家如果明确接受这类声明，则可就此类单方面声明承担义务。

10. 不能任意撤销一项已经对声明国创立了法律义务的单方面声明。在考虑一项撤销是否属于任意时，应考虑下述因素：

- (a) 声明中与撤销有关的任何具体条件；
- (b) 义务的对象对这类义务的信赖程度；
- (c) 情况发生根本变化的程度。

2. 委员会第五十八届会议通过的指导原则 案文及其评注

177. 委员会第五十八届会议通过的指导原则案文及其评注⁸⁷³ 载录如下。

适用于能够产生法律义务的国家单方面 声明的指导原则

国际法委员会，

注意到各国有可能在国际上受自己单方面行为的约束，

注意到能够对各国产生法律约束力的行为可采取正式声明的形式，或采取别国可合理地信赖的简单非正式行为的形式，某些情况下也包括沉默在内，

也注意到国家的单方面行为是否在特定情形中对其具有约束力取决于具体情况，

⁸⁷³ 这些评注为解释性说明，其中回顾了国际法院的判例以及工作组几位成员和特别报告员所分析的相关国家实践，特别报告员第八次报告概述了这些国家实践，《2005年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/557号文件。

也注意到在实践中，通常难以确定由一国的单方面行为产生的法律效果是该国表达的意图的后果，还是取决于该行为使其他国际法主体产生的期望，

通过了下述指导原则，这些原则仅涉及严格意义上的单方面行为，即那些以国家出于创立国际法义务之意图所作的正式声明为形式的单方面行为，

1. 公开作出的并显示受约束意愿的声明可具有创立法律义务的效力。当与此相符的条件得到满足时，这类声明的约束性质便以善意为基础；有关国家然后可考虑到并信赖这类声明；这些国家有权要求这类义务得到尊重。

评注

(1) 指导原则1的措辞力求在严格意义上界定单方面行为并指明其依据，该措辞直接源于国际法院1974年12月20日在核试验案判决中的声明。⁸⁷⁴ 在边界争端案（布基纳法索/马里共和国）中，法院谨慎地指出：“一切都取决于有关国家的意图”。⁸⁷⁵

(2) 大多数案例研究反映了这一原则。除了1974年法国关于暂停大气层核试验的声明⁸⁷⁶ 之外，1957年4月24日埃及关于苏伊士运河的声明⁸⁷⁷ 与约旦放弃西岸领土主权要求的声明⁸⁷⁸ 所具有的公开性也是其主管当局承诺受约束意图的重要表示。在丹麦外交部长和挪威驻哥本哈根大使之间的纯双边会议期间所作的《伊伦声明》，⁸⁷⁹ 以及哥伦比亚

⁸⁷⁴ 核试验案（澳大利亚诉法国）和（新西兰诉法国）（见上文脚注869），第267至第268页，第43段和第46段以及第472至第473页，第46段和第49段。

⁸⁷⁵ 边界争端案（布基纳法索诉马里共和国），判决，《1986年国际法院汇编》，第573页，第39段。

⁸⁷⁶ 见核试验案（澳大利亚诉法国）和（新西兰诉法国），（见上文脚注869），第265至第266页，第34段和第37段以及第469至第471页，第35段和第40段。

⁸⁷⁷ 联合国，《条约汇编》，第265卷，第3821号，第299页。特别报告员的第八次报告审查了该声明，《2005年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/557号文件，第55至第58段；另见第62至第63段。

⁸⁷⁸ 《国际法律资料》，第27卷（1988年），第1638页。另见特别报告员第八次报告（见上文脚注877），第44至第45段。

⁸⁷⁹ 见常设国际法院关于东格陵兰的法律地位案的裁决，1933年4月5日的判决，《常设国际法院汇编》，A/B辑，第

仅向委内瑞拉当局发出的外交照会⁸⁸⁰并不是反面实例：它们涉及的仅是两国之间的双边关系。⁸⁸¹

2. 任何国家都拥有通过单方面声明承担国际义务的能力。

评注

正如“每一国家皆有缔结条约之能力”，⁸⁸²每一国家都能够通过这些指导原则所述条件下单方面承担法律义务的行为而约束自己。国际法院已经认可了这一能力。⁸⁸³

3. 为确定这类声明的法律效力，有必要考虑其内容、其作出时的所有实际情况及所引起的反应。

评注

(1) 指导原则3的措辞同样源自国际法院在核试验案判决中的一段话：⁸⁸⁴对1986年12月22日的边界争端案（布基纳法索/马里共和国）⁸⁸⁵和2006年2月3日的刚果境内的武装活动案的判决都间接提到了该判例。⁸⁸⁶在尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动案与边界争端案（布基纳法索诉马里共和国）中，法院认为，所引用的声明的内

53号，第22页起，详见第70至第71页。另见特别报告员第八次报告，《2005年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/557号文件，第116至第126段。不过应当指出，关于该声明是否构成单方面行为存在争议。（同上，第122段）。

⁸⁸⁰ A. Vázquez Carrizosa, *Las relaciones de Colombia y Venezuela: La historia atormentada de dos naciones*, Bogotá, Ediciones Tercer Mundo, 1983, pp.337-339.

⁸⁸¹ 见下文指导原则6。

⁸⁸² 1969年《维也纳公约》第六条。

⁸⁸³ 见所援引的支持指导原则1和3的法理。

⁸⁸⁴ 核试验案（澳大利亚诉法国）和（新西兰诉法国）（见上文脚注869），第269至第270页，第51段以及第474至第475页，第53段。

⁸⁸⁵ 边界争端案（布基纳法索/马里共和国）（见上文脚注875），第573至第574页，第39至第40段。

⁸⁸⁶ 刚果境内的武装活动案（新申请：2002年）（见上文脚注637），第28页，第49段。

容或其作出的背景中没有任何内容“[可]被推导为意图创立任何法律义务”。⁸⁸⁷

(2) 总体来说，委员会研究的案例确认了这一原则的相关性。根据委员会的意见，特别重要的是考虑到下述情况下做出声明的背景和情况：瑞士关于联合国工作人员特权和豁免的声明、⁸⁸⁸埃及的1957年声明⁸⁸⁹和约旦放弃西岸领土主权要求的声明。⁸⁹⁰

(3) 其中若干实例反映了其他有关国家在判断所涉单方面行为之法律范围、那些国家是否认可所作的承诺⁸⁹¹（或在某种情况下，所伸张的权利⁸⁹²），或者正相反，是否反对⁸⁹³或质疑有关“承诺”的约束性时所作反应的重要性。⁸⁹⁴

⁸⁸⁷ 尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动案（尼加拉瓜诉美利坚合众国），案情，判决，《1986年国际法院汇编》，第14页，详见第132页，第261段；和边界争端案（布基纳法索/马里共和国）（见上文脚注875），第573至第574页，第39段。

⁸⁸⁸ 见特别报告员第八次报告，《2005年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/557号文件，第138至第156段。

⁸⁸⁹ 同上，第58至第60段或第66段。在单方面声明以外的行为方面，另外类比参见泰国和柬埔寨在柏威夏寺案中遵循的行为方针（特别报告员第八次报告，第160至第167段）以及1962年6月15日关于该案的判决（案情，判决，《1962年国际法院汇编》，第6页起，详见第32至第34页）。

⁸⁹⁰ 见上文脚注878。另见特别报告员第八次报告，《2005年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/557号文件，第47至第48段。

⁸⁹¹ 见国际社会对埃及关于苏伊士运河声明的反应（同上，第63至第64段）、以及对约旦关于西岸声明的反应（同上，第48段和第50至第51段）。

⁸⁹² 见 *United States Statutes at Large*, 1945, vol. 59, part 2 (Washington D.C., United States Government Printing Office, 1946), p.884。见某些国家对《杜鲁门宣言》的反应（特别报告员第八次报告，《2005年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/557号文件，第132至第134段）；另见1952年11月22日委内瑞拉政府关于蒙赫斯群岛的照会（Vázquez Carrizosa, 前引书（见上文脚注880，第340至第341页，引用于特别报告员第八次报告第17段）；不过，与《伊伦声明》一样（见上文脚注879），该照会明显是一项与哥伦比亚的双边谈判问题）。

⁸⁹³ 尤其见乌拉圭拒绝古巴捐助疫苗（特别报告员第八次报告，《2005年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/557号文件，第38至第39段）或俄罗斯抗议土库曼斯坦1993年通过关于里海内水河和领水划界的法律（同上，第84至第98段）。

⁸⁹⁴ 见无核武器国家对安理会常任理事国在1995年4月的裁军谈判会议上所作声明的反应（同上，第113至第115段）；这些国家的怀疑恰巧被这些声明的内容所证实（A/50/151-155; S/1995/261-265）。

4. 单方面声明只有经有权这样做的主管当局作出，才在国际上对国家有约束力。凭借其职责，国家元首、政府首脑和外交部长有权作出这类声明。在特定领域代表国家的其他人士，可经授权作出声明，从而在其负责的领域内使国家承担义务。

评注

(1) 指导原则4同样源自国际常设法院和国际法院关于单方面行为和国家主管当局在国际上代表并使国家承担义务的能力的一贯法理。在最近关于刚果境内的武装活动案的管辖权和可受理性问题的判决中，国际法院提到了条约法中的类似习惯规则，⁸⁹⁵ 并指出

根据其一贯的法理（核试验案（澳大利亚诉法国），判决，《1974年国际法院汇编》，第269至第270页，第49至51段；《防止及惩治灭绝种族罪公约》的适用案（波斯尼亚和黑塞哥维那诉南斯拉夫），初步反对意见，《1996年国际法院汇编（二）》，第622页，第44段；2000年4月11日逮捕证案（刚果民主共和国诉比利时），判决，《2002年国际法院汇编》，第21至第22页，第53段；另见东格陵兰的法律地位案（丹麦诉挪威），判决，《1933年常设国际法院汇编》，A/B辑，第53号，第71页），国际法的一个既定规则是，国家元首、政府首脑和外交部长，仅凭借其行使职责即被视为代表国家，代表该国履行具有国际承诺效力的单方面行为”。⁸⁹⁶

(2) 国际实践表明，为国家创立法律义务的单方面声明通常是由国家元首、政府首脑、⁸⁹⁷ 或外交部长所做出的，⁸⁹⁸ 其使国家承担义务的权力不受

⁸⁹⁵ 见1969年《维也纳公约》第七条。

⁸⁹⁶ 刚果境内的武装活动案（新申请：2002年）（见上文脚注637），第27页，第46段。

⁸⁹⁷ 见1988年7月31日约旦国王关于放弃约旦对西岸领土主权要求的声明（特别报告员第八次报告，《2005年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/557号文件，第44段），1957年4月24日埃及政府所作的关于苏伊士运河的声明（同上，第55段）、法兰西共和国总统1974年6月8日和7月25日的声明和1974年7月1日的信件（同上，第71段），或者美国总统杜鲁门1945年9月28日关于大陆架的声明（同上，第127段）。

⁸⁹⁸ 见1952年11月22日哥伦比亚外交部长就委内瑞拉对蒙赫斯群岛的主权发出的照会（同上，第13段），古巴外交部长关于向乌拉圭提供疫苗的声明（同上，第36段），法国外交部长于1974年9月25日对联合国大会所作的暂停大气层

质疑。被审查的涉及声明者权限的两个案例都关系到遵守有关国家国内法的问题。⁸⁹⁹ 约旦国王关于西岸的声明被某些人视为超出《王国宪法》的授权，但得到后来的国内立法确认。⁹⁰⁰ 在哥伦比亚外交部长关于委内瑞拉对蒙赫斯群岛主权的声明案中，因为声明人没有权力作出这类承诺，所以照会本身根据国内法是无效的，但哥伦比亚当局并没有在国际上否认承诺的有效性。⁹⁰¹

(3) 然而，国际法院在2006年2月3日的判决中⁹⁰² 的确提到，“在现代国际关系中越来越频繁出现的情况是，在特定领域代表国家的其他人员，也可由国家授权而就其权限所属事项作出声明，从而约束国家。这一点可能是真实的，例如，技术部委主管，甚至某些官员在对外关系上行使其权限内的权力。”⁹⁰³

5. 单方面声明可口头作出，也可书面作出。

评注

(1) 一般认为，单方面宣言的形式并不影响其有效性或法律效果。国际法院在关于柏威夏寺案的判决中提到单方面行为的形式⁹⁰⁴ 相对不重要。⁹⁰⁵ 在核试验案中，法院强调说

核武器试验的声明（同上，第71段），俄罗斯联邦外交部长和美国国务卿作为核武器国家代表对联合国安理会所作的声明（同上，第106段），以及挪威外交部长伊伦先生的声明（同上，第116段）。

⁸⁹⁹ 见哥伦比亚外交部长1952年11月22日的声明（同上，第24至第35段）和约旦国王关于西岸的声明（同上，第53至第54段）。

⁹⁰⁰ 同上，第54段。

⁹⁰¹ 同上，第35段。

⁹⁰² 关于刚果境内的武装活动案（新申请：2002年）（见上文脚注637）。

⁹⁰³ 同上，第27页，第47段。

⁹⁰⁴ 见马夫罗马蒂斯在巴勒斯坦的特许权案（上文脚注26），第34页；和《防止及惩治灭绝种族罪公约》的适用案（波斯尼亚和黑塞哥维那诉南斯拉夫），初步反对意见，判决，《1996年国际法院汇编》，第595页起，详见第612页，第24段，以及第613至第614页，第26段。

⁹⁰⁵ 见柏威夏寺案（柬埔寨诉泰国），初步反对意见，1961年5月26日的判决，《1961年国际法院汇编》，第17页起，详见第31页。

关于形式问题，应当指出，这不是一个国际法施加任何特殊或严格要求的领域。因为特定情况下作出的这种声明可能创立国际法并不要求其以书面形式表达的国际法义务，所以无论一项声明是口头作出或书面提出，均不会产生任何根本差别。因此，形式问题并非是决定性的。⁹⁰⁶

(2) 国家实践也表明国家可以采取不同形式的单方面声明。法国关于暂停大气层核试验的各种声明采取的形式包括共和国总统办公室通报、外交照会、共和国总统直接致声明所涉对象的信件、新闻发布会上的声明和在联大的发言。⁹⁰⁷ 其他实例也表明，尽管通行的是书面声明，⁹⁰⁸ 但国家仅以口头声明作出承诺的情况也并不少见。⁹⁰⁹

(3) 法国暂停大气层核试验的声明也表明，一国的单方面承诺可以通过一系列具有相同的一般宗旨的声明来作出，而其中任何一项声明都不能单独约束该国。国际法院在1974年核试验案判决中并没有侧重于法国当局做出的任何特定声明，而是认为所有这些声明构成一个整体“[法兰西共和国总统的]声明、法国政府成员根据总统授权所作的声明、乃至国防部长(1974年10月11日)所作的最后声明构成一个整体。因此，无论这些声明以何种形式作出，考虑到这些声明的意图及其作出的情况，必须将其视为构成国家的一项承诺。”⁹¹⁰

⁹⁰⁶ 核试验案(澳大利亚诉法国)和(新西兰诉法国)(见上文脚注869)，第267至第268页，第45段以及473页，第48段。

⁹⁰⁷ 特别报告员第八次报告，《2005年……年鉴》，第二卷(第一部分)，A/CN.4/557号文件，第71至第72段。

⁹⁰⁸ 考虑到以下照会的情况：哥伦比亚外交部长1952年11月22日的照会(外交照会，同上，第13段)，埃及1957年4月24日的声明(同上，第55段及以下)，俄罗斯联邦对土库曼斯坦和阿塞拜疆的抗议(同上，第85和第99段)，核武器国家的声明(对一个国际机构的声明，同上，第106至第107段)，1945年9月28日的《杜鲁门宣言》(同上，第127段)，以及瑞士关于联合国及其工作人员(免税和特权)的声明(同上，第140至第142段)。

⁹⁰⁹ 例如见约旦在公开谈话中所作的关于放弃西岸领土要求的声明(同上，第44段)，或《伊伦声明》(同上，第117段；见常设国际法院在东格陵兰的法律地位案中的判决(上文脚注879)，第71页)。

⁹¹⁰ 核试验案(澳大利亚诉法国)和(新西兰诉法国)(见上文脚注869)，第269页，第49段和第474页，第51段。另见瑞士关于联合国及其工作人员(免税和特权)的声明，特别报告员第八次报告，《2005年……年鉴》，第二卷(第一部分)，A/CN.4/557号文件，第138至第156段)。

6. 单方面声明可针对整个国际社会作出，也可针对一个或数个国家或其他实体作出。

评注

(1) 接受审查的若干案例仍然属于严格的两国双边关系的范围；因此这些由一国作出的单方面声明把另一国作为唯一对象。属于这种情况的有哥伦比亚对委内瑞拉的外交照会、⁹¹¹ 古巴关于向乌拉圭供应疫苗的声明、⁹¹² 俄罗斯联邦对土库曼斯坦和阿塞拜疆提出的抗议⁹¹³ 以及《伊伦声明》。⁹¹⁴

(2) 其他声明尽管最初涉及到有限的国家集团，却是向整个国际社会发出的，并含有普遍的义务。因此，埃及关于苏伊士运河的声明并非仅针对《奥匈帝国、法国、德国、大不列颠、意大利、荷兰、俄罗斯、西班牙和土耳其之间关于苏伊士运河自由航行的公约》(《君士坦丁堡公约》)的缔约国或者苏伊士运河用户协会的成员国，而是针对整个国际社会。⁹¹⁵ 同样，《杜鲁门宣言》⁹¹⁶ 与法国暂停大气层核试验的声明也是对所有国家作出的，因此是以整个国际社会为对象的，尽管后者更直接地针对澳大利亚和新西兰以及某些邻国⁹¹⁷。⁹¹⁸ 1988年7月31日约旦国王关于约旦放弃对西岸领土主权要求的声明也属于这种情况，该声明同时对国际社会、另一国家(以色列)和另一实体也即巴勒斯坦解放组织作出。⁹¹⁹

⁹¹¹ 特别报告员第八次报告(上文脚注910)，第15至第16段。

⁹¹² 同上，第36段。

⁹¹³ 同上，第85段和第99段。

⁹¹⁴ 同上，第117段。

⁹¹⁵ 同上，第62段。

⁹¹⁶ 同上，第127段。

⁹¹⁷ 斐济提出申请要求介入诉讼程序。阿根廷、斐济及秘鲁政府要求向它们提供书状和附件。见核试验案(澳大利亚诉法国)和(新西兰诉法国)，(上文脚注869)，第255至第256页，第7和第9段，以及第459页，第7段和第9段。

⁹¹⁸ 同上，第269至第270页，第50至第51段以及第474至第475页，第52至第53段。

⁹¹⁹ 见特别报告员第八次报告，《2005年……年鉴》，第二卷(第一部分)，A/CN.4/557号文件，第45段。针对一个或更多国际组织的其他单方面声明，比如瑞士关于联合国及其工作人员(免税和特权)的声明(同上，第138段及以下)。

7. 只有以明确、具体的措辞作出的单方面声明，才对声明国产生义务。如对这类声明所产生的义务范围有疑问，则必须以严格的方式解释这类义务。在解释这类义务的内容时，应优先重视声明的案文，同时应考虑声明作出的背景和当时的情况。

评注

(1) 国际法院在核试验案判决中强调，只有以明确和具体的术语提出的单方面声明才可能对声明国创立法律义务。⁹²⁰ 在刚果境内的武装活动案中，法院未加修改而采纳了这一谅解。⁹²¹

(2) 如果对单方面声明的法律范围持有怀疑的态度，则必须如法院在核试验案的判决中明确指出的那样，以限制性的方式加以解释。法院在判决中指出“在国家作出限制本身行动自由的声明的情况下，需要进行限制性解释”。⁹²² 因此，解释者在确定单方面声明法律的效力时必须极为谨慎，尤其当单方面声明没有具体对象时。⁹²³

(3) 尤其是在解释的方式方法方面，应当注意国际法院的意见

与解释根据《[国际法院⁹²⁴] 规约》第三十六条作出的宣言有关的制度与《维也纳条约法公约》建立的条约解释制度并不相同……。西班牙在其书状中建议：“这并不意味着解释声明（及保留意见）的法律规则和方法与如何解释条约的规则和方法没有一致之处”。法院认为，只有在符合单方面

⁹²⁰ 核试验案（澳大利亚诉法国）和（新西兰诉法国）（见上文脚注869），第267页，第43段；第269至第270页，第51段；第472页，第46段；以及第474至第475页，第53段。

⁹²¹ 刚果境内的武装活动案（新申请：2002年）（见上文脚注637），第28至第29页，第50段和第52段。

⁹²² 核试验案（澳大利亚诉法国）和（新西兰诉法国）（见上文脚注869），第267页，第44段，以及第472至第473页，第47段。

⁹²³ 见边界争端案（布基纳法索/马里共和国）（见上文脚注875），第573至第574页，第39段

⁹²⁴ 按照《国际法院规约》第36条所作的关于接受国际法院强制管辖的声明不在本研究的范围内（见上文脚注856）。尽管如此，法院的推理完全适用于严格意义的单方面行为和声明。

接受法院管辖权所具特性的范围内，才可类比适用《公约》的条款。⁹²⁵

如果适用法院的意见并类比1969年《维也纳公约》第三十一条第一项，则必须优先考虑单方面声明的案文，案文最能反映作出者的意图。另外，如法院在边界争端案的判决中所认可的，“为判断单方面行为作出者的意图，必须考虑行为发生的所有背景情况”，⁹²⁶ 这是类比适用1969年《维也纳公约》第三十一条第二项。

8. 与一般国际法强行规范冲突的单方面声明无效。

评注

违反国际法强制性规范单方面行为无效，这依据的是1969年《维也纳公约》第五十三条所载的类比规则。委员会的大多数委员都赞同，对单方面声明适用这一规则没有障碍。⁹²⁷ 在刚果境内的武装活动案的判决中，法院没有排除如果卢旺达的单方面声明⁹²⁸ 违反强行法规则无效的可能性，但已证明情况并非如此。⁹²⁹

9. 一国的单方面声明不得对其他国家施加义务。然而，其他有关国家如果明确接受这类声明，则可就这类单方面声明承担义务。

⁹²⁵ 渔业管辖权案（西班牙诉加拿大），法院的管辖权，1998年12月4日的判决，《1998年国际法院汇编》，第432页，详见第453页，第46段。另见喀麦隆与尼日利亚间陆地和海洋疆界案（喀麦隆诉尼日利亚），初步反对意见，1998年6月11日的判决，《1998年国际法院汇编》，第275页，详见第293页，第30段。

⁹²⁶ 边界争端案（布基纳法索/马里共和国）（见上文脚注875），第574页，第40段，另见刚果境内的武装活动案（新申请：2002年）（见上文脚注637），第29页，第53段，以及核试验案（澳大利亚诉法国）和（新西兰诉法国）（见上文脚注869），第269至第270页，第51段和第474至第475页，第53段。

⁹²⁷ 《1999年……年鉴》，第二卷（第二部分），A/54/10号文件，第146页，第557段；以及《2000年……年鉴》，第二卷（第二部分），A/55/10号文件，第101页，第597段。

⁹²⁸ 本案中的声明是一项保留，是不属于本指导原则范围的单方面行为（见上文第174段）。

⁹²⁹ 见刚果境内的武装活动案（新申请：2002年）（上文脚注637），第33页，第69段。

评注

(1) 一国不能未经另一国同意而向后者施加义务，这是国际法上久已确立的。对于条约法来说，该原则已被编纂进入1969年《维也纳公约》第三十四条。⁹³⁰ 没有理由说该原则不应适用于单方面声明；结果便是：一国对其他国家发表单方面声明的，除非后者毫不含糊地接受声明所产生的义务，⁹³¹ 否则不能对其施加这些义务。在这些情况中，有关国家实际上受自己表示接受的承诺的约束。

(2) 美国的1945年《杜鲁门宣言》旨在向其他国家施加义务或者至少限制它们对美洲大陆架的权利，该声明严格地说并没有得到别国的承认。尽管如此，如法院强调的，“这一[大陆架]制度提供了法律学说源自一个被普遍接受的特定渊源的例证”。⁹³² 事实上，其他国家以相似的主张和声明响应了《杜鲁门宣言》，⁹³³ 并且该《宣言》的内容不久以后被纳入1958年《日内瓦大陆架公约》第2条。因此，可以说该宣言已经得到普遍接受，并且脱离了习惯程序，在很短期间内形成国际法新规范的一个起点。国际法院在这种情况下指出：“但是，《杜鲁门宣言》不久即被视为关于这一问题的实在法开端，其阐述的主要理论……优越于所有其他理论，而且目前体现为1958年《日内瓦大陆架公约》第2条”。⁹³⁴

⁹³⁰ 该条规定：“条约非经第三国同意，不为该国创设义务或权利”。另见对《防止及惩治灭绝种族罪公约》的保留案（上文脚注714），第21页。

⁹³¹ 或者，如果有一般性规范授权国家采取这类行动；但是根据这类规范所作的单方面行为不属于本指导原则的范围（见上文第175页）。

⁹³² 北海大陆架案（见上文脚注789），第53页，第100段。

⁹³³ 见墨西哥的情况，《关于公海制度的法律规章》，第一卷（联合国出版物，出售品编号1951.V.2），第13页。另见特别报告员第八次报告，《2005年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/557号文件，第132段。

⁹³⁴ 北海大陆架案（见上文脚注789），第32至第33页，第47段。

10. 不能任意撤销一项已经对声明国创立了法律义务的单方面声明。在考虑一项撤销是否属于任意时，应考虑下述因素：

- (a) 声明中与撤销有关的任何具体条件；
- (b) 义务的对象对这类义务的信赖程度；
- (c) 情况发生根本变化的程度。

评注

(1) 国际法院在1974年核试验案的判决中指出，“[法国的]声明所产生的单方面承诺不能被解释为是在默示依赖于任意重新审议权的情况下作出的”。⁹³⁵ 然而，这并不排除任何终止单方面行为的权力，而仅排除任意撤销（或修正）。

(2) 毫无疑问，可以在某些具体情况下撤销或修正单方面行为。委员会已经制定了一个不限数目的标准清单，以在决定一项撤销是否属于任意时供考虑。

(3) 在宣言本身即规定了其作出者可终止该宣言的情况下，⁹³⁶ 或者在宣言的对象已经善意信赖该宣言并因此导致“有害地改变立场或遭受了某些损害”⁹³⁷ 的情况下，也会出现类似情形。当发生1969年《维也纳公约》第六十二条所载之习惯规则所指严格范围内的根本变化时，也可以撤销单方面声明。⁹³⁸

⁹³⁵ 核试验案（澳大利亚诉法国）和（新西兰诉法国）（见上文脚注869），第270页，第51段以及第475页，第53段。

⁹³⁶ 当时这些情形并不存在。

⁹³⁷ 尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动案（尼加拉瓜诉美利坚合众国），管辖权和受理，《1984年国际法院汇编》，第392页，详见415页，第51段。

⁹³⁸ 见渔业管辖权案（德意志联邦共和国诉冰岛），法院的管辖权，《1973年国际法院汇编》，第49页，详见第63页，第36段，以及加布奇科沃-大毛罗斯项目案（上文脚注363），第64页，第104段。

第十章

武装冲突对条约的影响

A. 引言

178. 委员会在2000年举行的第五十二届会议上确认将“武装冲突对条约的影响”专题列入其长期工作方案。⁹³⁹ 委员会提交大会的第五十二届会议工作报告附有一篇简短的纲要，其中说明了该专题可能的整体结构和方法。⁹⁴⁰ 大会2000年12月12日第55/152号决议第8段注意到列入该专题的情况。

179. 委员会在2004年举行的第五十六届会议期间决定于2004年8月6日的第2830次会议上将“武装冲突对条约的影响”专题列入其目前的工作方案，并任命伊恩·布朗利先生为该专题的特别报告员。⁹⁴¹ 大会2004年12月2日第59/41号决议第5段核准了委员会关于将这一专题列入其议程的决定。

180. 委员会在2005年举行的第五十七届会议上收到了特别报告员的第一次报告⁹⁴² 以及秘书处编写的题为“武装冲突对条约的影响：对理论和实践的审查”的备忘录。⁹⁴³ 委员会在2005年8月5日的第2866次会议上核准了特别报告员的建议，也即请秘书处向各国政府发出照会，请它们就其与本专题有关的实践，特别是较近的实践提供资料并提供任何其他有关资料。⁹⁴⁴

B. 本届会议审议这个专题的情况

181. 委员会在本届会议上收到了特别报告员的第二次报告(A/CN.4/570)。委员会在2006年7月18日至21日举行的第2895至第2898次会议上审议了特别报告员的报告。

1. 专题概述

(a) 特别报告员的介绍

182. 特别报告员指出，他的第二次报告须与其第一次报告⁹⁴⁵ 一起来读，第二次报告侧重于两个问题：*(a)* 审议委员会里的具体辩论要点以及大会第六十届会议上各国政府在第六委员会辩论中发表的实质性意见；和*(b)* 落实第一次报告，请委员会审议头七条草案，以期将这些草案提交起草委员会或工作组。

183. 特别报告员提到，他认为此专题一般属于条约法的一部分，而不是使用武力法律的一部分，大部分委员对此看法表示了支持。他还忆及在第六委员会表达的意见，也即此专题与国际法的其他领域，如国际人道主义法、自卫以及国家责任等密切相关。

(b) 辩论摘要

184. 下述意见得到重申：不可能将条约法严格区分于国际法的其他分支，例如关于在国际关系中禁止使用武力或武力威胁的规则、国际人道主义法以及国家对国际不法行为的责任法，这些分支也与本专题相关。

⁹³⁹ 《2000年……年鉴》，第二卷（第二部分），第136页，第729段。

⁹⁴⁰ 同上，附件。

⁹⁴¹ 《2004年……年鉴》，第二卷（第二部分），第137页，第364段。

⁹⁴² 《2005年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/552号文件。

⁹⁴³ A/CN.4/550和Corr.1-2号文件（油印件）。

⁹⁴⁴ 《2005年……年鉴》，第二卷（第二部分），第33页，第112段。

⁹⁴⁵ 见上文脚注942。

(c) 特别报告员的结论意见

185. 特别报告员认为, 鉴于委员会的辩论性质以及围绕此专题的重要方面存在实质性的意见分歧, 因此将此问题发送给工作组为时太早。另外, 在委员会新五年期的第一年也即2007年设立的工作组不一定熟悉本五年期期间关于此专题的辩论情况。因此, 他建议最好的前进方式是让特别报告员就此专题编写第三次报告, 该报告将与前两个报告一起成为工作组今后的审议基础。

2. 第1条 范围⁹⁴⁶

(a) 特别报告员的介绍

186. 特别报告员提到在第六委员会提出的下述建议: 既然1969年《维也纳公约》容许条约的暂时适用, 那么条款草案也涵盖暂时适用的条约似乎同样是适宜的。他还指出, 委员会一些委员建议应对1969年《维也纳公约》第二条第一项(戊)款所指的缔约国之间作出区分。

(b) 辩论摘要

187. 有人建议, 应考虑把所涉条约的第三方缔约国的权利所受的影响也列入本专题的范围内; 应考虑区分对条约各不同条款的影响与对整个条约的影响, 区分对条约本身的影响与对条约所产生的义务的影响; 并区分条约或条约条款的中止与终止。

(c) 特别报告员的结论意见

188. 特别报告员同意, 他需要更深入地探讨与此专题的范围有关的问题。但他提醒说, 区分对条约本身的影响与对条约所产生的义务的影响, 有可能打破本专题的平衡, 因为这涉及其通常范围之外的问题。他不赞成处理诸如不可抗力 and 意外不可能履行等问题, 这有可能重复1969年《维也纳公约》已经处理过的问题。

⁹⁴⁶ 条款草案第1条案文如下:

“范围

“本条款草案适用于武装冲突对国家间条约的影响。”

3. 第2条 用语⁹⁴⁷

(a) 特别报告员的介绍

189. 关于(a)项, 特别报告员指出, 有人支持把国际组织缔结的条约列入。

190. 他指出, 最大的问题是(b)项中的武装冲突的定义, 他在第一次报告里已经讨论过。他说, 国际武装冲突与非国际武装冲突的区别被认为是根本性的, 这一问题已经在第六委员会里引起了明显的意见分歧。他请委员会就是否列入非国际武装冲突的问题提供一般性指示。与此同时, 他提醒说, 委员会不宜试图为国际公法的所有部门拟订一个“武装冲突”定义。

(b) 辩论摘要

191. 关于(a)项, 虽然人们对“条约”的定义表示总体支持, 但也有人表示倾向于把国际组织缔结的条约也列在内。另一些人认为, 鉴于国际组织的专门特点, 最好不把它们列入。有人建议, 还应考虑尚未生效或武装冲突各方尚未批准的条约。另一种意见认为, 定义可以更灵活一些, 以便把占领方与被占领领土的行政当局, 例如基于《奥斯陆协定》⁹⁴⁸的政权之间签订的协议也包括在内。另一些人倾向于将此专题的范围内限定为在国际法框架内订立的协议。

192. (b)项中的“武装冲突”的定义受到了批评: 有人提到将此概念定义为“战争或冲突状态, 所涉武装行动”本身就是兜圈子。有人建议定义应明

⁹⁴⁷ 条款草案第2条案文如下:

“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。”

⁹⁴⁸ 以色列政府和巴勒斯坦解放组织1993年9月13日在哥伦比亚特区华盛顿签署的《关于临时自治安排的原则声明》(A/48/486号文件, 附件)。

确地包括国内武装冲突，这种冲突在当今世界更为普遍。还有人倾向于采用塔迪奇案⁹⁴⁹中所用的定义，那个定义包括了不涉及政府武装力量的国内冲突。

193. 还有一种意见认为，国内冲突不直接影响条约缔约国之间的关系，但可能导致出现间接影响条约适用的情况。这其中可能包括无法履行或情况改变，从而使卷入国内冲突的国家所参加的条约中止或终止，而条约的其他缔约国并没有介入。对于这类情况，最好在1969年《维也纳公约》的框架内予以分析。

194. 还有人表示赞同荷兰的意见，认为军事占领也应包括在内，正如1954年《关于发生武装冲突时保护文化财产的公约》第18条所设想的那样。另外还提到国际法院关于在被占巴勒斯坦领土上修建隔离墙的法律后果案的咨询意见。⁹⁵⁰另一些人反对这一建议，指出军事占领更应当视为武装冲突的后果，而不是武装冲突定义本身的一部分。按照另一种意见，也有必要处理国际管理之下的领土。另一些人认为，这种情况不应考虑，因为它们没有构成“武装冲突”。按照另一种意见，须考虑是否应处理“第三种”冲突，例如“反恐战争”，哪怕只是将这种冲突排除在此专题的范围之外。另一些人不同意把非国家行为者的活动包括在内，因为这样做会威胁到整个条约制度的稳定。

195. 有人重申，侵略国不能与根据《联合国宪章》行使自卫权——不论是单独自卫权还是集体自卫权——的国家置于同等地位。还提到作出过此类区分的国际法学会1985年的决议。⁹⁵¹委员会大多数委员持相同的意见。

196. 有人建议加上第三款以便对“影响”作出界定。

⁹⁴⁹ 检察官诉杜什科·塔迪奇又名“杜莱”案，关于管辖权中间上诉之抗辩动议的裁决，案件编号：IT-94-1-AR72，1995年10月2日，前南斯拉夫问题国际法庭，《1994-1995年司法汇编》，第一卷，克鲁威尔国际法出版社（海牙），1999年，第429页，第70段。另见《国际法律资料》，第35卷（1996年1月），第54至第55页，第70段。

⁹⁵⁰ 在被占巴勒斯坦领土上修建隔离墙的法律后果案，咨询意见，《2004年国际法院汇编》，第136页。

⁹⁵¹ 题为“武装冲突对条约的影响”的决议（第7条），《国际法学会年鉴》，第61-II卷（1986年）。

(c) 特别报告员的结论意见

197. 关于把国际组织包括在内的问题，特别报告员一方面不愿意比照移用其他草案的条文，另一方面也承认一个切合实际的观点，即作为一个单独专题研究对国际组织的条约的影响不大可行，因此本套条款草案中处理这类条约的情况是有道理的。

198. 针对“武装冲突”定义的评论，特别报告员确认他愿意提及国内武装冲突。他所关注的是一些评论意见所包含的意义，即现在需要的是一个全面的武装冲突定义，而(a)款的目的只是为本条款草案提供一个定义。他认为，把国内武装冲突包括在内的概念是由第4条草案中的缔约国的意图所决定的。所涉冲突的性质和范围是确定缔约国意图的标准之一。关于非法使用武力，他重申他从去年起持有的立场，即第10条草案将认真地重新拟订。

4. 第3条 当然终止或中止⁹⁵²

(a) 特别报告员的介绍

199. 特别报告员指出，条款草案第3条是一项基本条文，因为它基于爆发武装冲突不会当然地终止或中止条约的实施这一核心主张。他指出，这一条并不是必不可少的，也就是说，即使没有这一条，条款草案第4条也能站得住脚。但是仍然有必要反驳关于武装冲突实际上将废止条约的传统观点。他提到，“当然(*ipso facto*)”一词将改成“必然(*necessarily*)”。

(b) 辩论摘要

200. 人们一般表示支持保留条款草案第3条，认为它对于整个条款草案是不可少的。人们也对特别报告员关于将“当然”一词改成“必然”一词的建议表示支持，这样做意味着在有某些情况下，武装

⁹⁵² 条款草案第3条案文如下：

“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。”

冲突确实导致条约终止或中止，但在其他情况下不会产生这样的影响，也就是说，对不同的条约可能会产生不同的影响。另一些人反对这样修改，更愿意保留“当然”一词以指明武装冲突的爆发并不具备自动终止或中止条约的效力。

5. 第4条 在发生武装冲突时可能终止或中止条约的征象⁹⁵³

(a) 特别报告员的介绍

201. 特别报告员提及受到强烈质疑的依赖缔约国意图概念的问题。他虽然同样也有这种质疑，但认为这是现有的唯一可行的概念。他指出，决策者和法庭必须构建缔约国意图的情况并不少见。与此同时，他承认，有必要把其他因素也考虑进来，例如条约目的和宗旨、武装冲突的具体情况等等。

202. 还有一个问题与条款草案第4条和条款草案第7条之间的关系有关。他的用意是在协调的基础上适用这两项规定。此外，条款草案第4条提到1969年《维也纳公约》第三十一条和第三十二条，这样做是必须的，因为这样一来在目前的上下文中专门使用“设计者”解释原则就没什么问题了。

(b) 辩论摘要

203. 一种意见认为，考虑到在国际关系中禁止诉诸武力原则得到加强，除了一些特定的条约以外，意图标准在第二次世界大战之后却已经失去了其意义。此外，有人同意这样的意见，即很难想象缔约国在缔结条约时会考虑武装冲突对条约的影响。有一种意见倾向于考虑条约或其某一项条款在

⁹⁵³ 条款草案第4条案文如下：

“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条和第32条的规定；和

“(b) 有关武装冲突的性质和范围。”

武装冲突背景下继续生效的可行性，以及冲突每一当事方行为的合法性。几位委员提到条约的目的和宗旨标准、冲突的性质或冲突所产生的形势以及条约义务本身的性质。还有人指出，有必要考虑到1969年《维也纳公约》第三十一条和第三十二条所设想的条约嗣后的历史。

(c) 特别报告员的结论意见

204. 特别报告员确认他打算进一步探讨意图问题。与此同时，他不能接受认为意图不再是国际法一部分的观点。提及缔约国或立法者的意图的情况相当常见。实际上，委员会自己在处理对条约的保留问题时也在使用这一概念。如何查找说明意图的证据才是应当解决的问题。

6. 第5条 关于实施条约的明示规定⁹⁵⁴

(a) 特别报告员的介绍

205. 特别报告员说，严格地审视整个起草工作就会发现这一条草案是多余的。但是他觉得为了清楚起见，保留这一条也是有用的。他注意到委员们对这一条普遍表示支持。

(b) 辩论摘要

206. 有人建议，这两款规定可以分别在不同的条款草案里加以处理。还有人提议，第1款可以改用哈佛大学国际法研究部编撰的《条约法公约草案》第35条(a)款所提出的案文。⁹⁵⁵ 还有人提到国际法院关于在被占巴勒斯坦领土上修建隔离墙的法律后果案的咨询意见，⁹⁵⁶ 法院在其中确认人权条约不因特别法的实施而被排除在外。

⁹⁵⁴ 条款草案第5条案文如下：

“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。”

⁹⁵⁵ 《美国国际法学报补编》，第29卷（1935年），国际法的编撰，第三部分，“条约法”，第657页起，详见第1183页。

⁹⁵⁶ 见上文脚注950。

7. 第6条 导致诉诸武装冲突的有关条约⁹⁵⁷

(a) 特别报告员的介绍

207. 特别报告员确认他不再支持条款草案第6条, 鉴于已经有了条款草案第3条, 该条不再是必须的。该条试图处理一种特殊情况, 即一项协议成为冲突的目标, 随后便有某种和平解决程序接踵而至。

(b) 辩论摘要

208. 委员们普遍赞成特别报告员关于删除这一条的建议。

8. 第7条 根据条约目标和宗旨的必然含义实施条约⁹⁵⁸

(a) 特别报告员的介绍

209. 特别报告员指出, 这一条规定是对条款草案第4条的补充。这一条也是引起各国政府辩论

⁹⁵⁷ 条款草案第6条案文如下:

“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。”

⁹⁵⁸ 条款草案第7条案文如下:

“根据条约的目标和宗旨的必然含义实施条约

“1. 如果条约的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;

和评论的主要案文。有的国家例如美国, 提出了一些令人信服的意见, 认为寻求将条约分类的做法是错误的。他注意到另一些建议, 即在查明意图要素时需考虑到可能的指导原则或政策要素。但是必要承认的是, 一些习惯法, 或正在产生的习惯法是支持某些类别的, 即使不是支持所有的类别。因此须找到合适的方式来反映这种实践。一个可能的办法是列入一个附件, 其中载明对国家实践和案例法的分析, 这个附件可在特别报告员的协助下由秘书处编写。

(b) 辩论摘要

210. 委员们就条款草案第7条发表了各种不同的意见。一些委员认为这一条规定有用, 但需要澄清。有人提及秘书处拟订的题为“武装冲突对条约的影响: 对理论和实践的审查”的备忘录,⁹⁵⁹ 建议将清单扩大。另外, 有人建议, 必须更准确地列出某些类别的条约, 例如多边造法条约。有人对目前列入人权条约的做法(第2款(d)项)表示支持。另一些人支持关于删除此项规定的建议。有人指出, 任何列出条约类型实例的清单都会创造相反的假设, 即未被这些类别所涵盖的条约会自动被忽略, 这相当于可能扩大对条款草案第3条规定的一般规则的例外, 即使这样做是无意的。有人表示赞成特别报告员关于将清单改为载有国家实践和判例的附件的建议。另一些人认为列出那些可能导致得出结论认为一项条约或其中某些规定在发生武装冲突时应继续有效或应中止或终止的因素可能更有益处。

(c) 特别报告员的结论意见

211. 特别报告员忆及条款草案第7条中的类别清单仅意味着为发现条款草案第4条所述的意图提供指导, 并重申他准备再次审查该这一规定。

“(j) 外交关系条约;

“(k) 领事关系条约。”

⁹⁵⁹ 见上文脚注943。

第十一章

引渡或起诉的义务（或引渡或起诉）

A. 引言

212. 委员会在第五十六届会议（2004年）上确认将“引渡或起诉的义务（或引渡或起诉）”专题列入其长期工作方案。⁹⁶⁰委员会提交大会的第五十六届会议工作报告附有一篇简短的纲要，其中说明了该专题可能的整体结构和方法。⁹⁶¹大会在2004年12月2日的第59/41号决议中注意到了委员会关于其长期工作方案的报告。

213. 在第五十七届会议（2005年）期间，委员会在第2865次会议上决定将“引渡或起诉的义务（或引渡或起诉）”列入其当前的长期工作方案，并任命兹齐斯瓦夫·加利茨基先生为此专题的特别报告员。⁹⁶²大会在2005年11月23日第60/22号决议第5段中核准委员会关于将此专题纳入其工作方案的决定。

B. 本届会议审议这个专题的情况

214. 委员会在本届会议上收到了特别报告员的初次报告(A/CN.4/571)。委员会在2006年7月25日至8月2日的第2899至第2903次会议上审议了该报告。

1. 特别报告员的介绍

215. 特别报告员指出，他的报告载有关于此专题实质内容的一套初步意见，为进一步审议划出

⁹⁶⁰ 《2004年……年鉴》，第二卷（第二部分），第137页，第362至第363段。

⁹⁶¹ 同上，附件。

⁹⁶² 《2005年……年鉴》，第二卷（第二部分），第109页，第500段。

了要点，还包括了关于此专题未来工作的初步行动规划。尽管作出决定还为时尚早，但从委员会得到关于此专题研究的最后可能形式的指示还是有用的。

216. 需审议的一个关键问题是：至少就具体的国际罪行而言，该义务是否完全源自有关条约，或者是否也体现了习惯国际法上的一般义务。他提到，尽管越来越多的学者认为“或引渡或起诉”的国际法律义务概念作为一项一般义务不仅以具体国际条约的规定而且以一般的约束性习惯规范为依据——至少在涉及某些类别的罪行时是如此，但在学术上却并没有形成共识。另外，有人建议说，应当分析普遍刑事管辖权原则与或引渡或起诉原则之间的联系。

217. 关于引渡或起诉义务的范围，特别报告员提到，其结构是二选一形式的，让国家可以选择要履行该义务的哪一部分。假定国家履行了这项义务的其中一部分——引渡或者起诉——就没有必要履行另一部分。

218. 特别报告员忆及，尽管引渡或起诉义务在传统上是二择一的形式，但还是存在“三重选择”的可能性，其中考虑了存在由国际刑事法庭行使管辖权的情况。

219. 关于方法问题，特别报告员指出，他打算在今后的报告中继续拟订与引渡或起诉义务的概念、结构和实施有关的规则草案。有必要详细分析各国在这方面的实践，并汇编一份体现该义务的相关条约规定的完整清单。他建议委员会以书面形式请求各成员国提供有关其当前实践的资料。

2. 辩论摘要

220. 委员会对初次报告、包括拟议的初步行动规划表示欢迎。有人建议说，此专题的范围应以该义务的目的为限，也即减少对涉嫌实施国际罪行的人有罪不罚现象，剥夺其“避风港”。有人建议说，可将此专题进一步限制到特定类别的罪行，比如那些特别严重且威胁到整个国际社会的罪行。还有人建议说，应当区别国际法上的罪行（条约文书所界定的罪行）与习惯国际法所认定的罪行，比如战争罪、灭绝种族罪和危害人类罪。大家总体上赞成将仅为国内法所预见的罪行排除在犯罪研究的范围之外。

221. 另外，有人注意到，在条约规定的罪行方面，存在更有限的义务形式。例如，有人提到许多条约，包括制止国际恐怖主义的部门公约，都载有更谨慎的表述，也即把案件呈交主管机构是“为起诉之目的”，而不是有“起诉”义务。有人提到，因为检察机关的独立性是国内刑事程序的一项基本原则，所以各国政府通常拒绝接受“起诉”义务。

222. 有人建议，委员会应侧重于现行条约中的空白，比如实施惩罚和在遵守起诉义务方面缺乏监督制度的问题。关于存在引渡或起诉的习惯性义务问题，有人建议说，任何这类义务都必须以现有条约中的那种双重制度为依据，从而让某些国家拥有优先管辖权，而让其他国家在被指控的罪犯未被引渡到拥有优先管辖权的国家的情况下有义务行使管辖权。

223. 关于引渡义务，有人指出，这类义务是否存在，取决于当事方之间的现行条约和具体情况。另外，由于国内法通常极为准确地界定了各项罪行，因此问题必然在于是否有义务在精确界定的具体情况下引渡或起诉一项被准确界定的罪行。还有人提到，大多数复杂的引渡问题是以务实方式解决的。有些委员认为，至少就国际法规定的罪行来说，引渡或起诉的义务已获得习惯法的地位。此外，有些委员认为驱逐程序与此专题有关。

224. 有人建议，委员会可审议引渡过程中遇到的实际困难，包括：证据的充分性问题；过期的双边和多边条约与国内法允许以多种理由予以拒绝

的问题；以及对保护被引渡者权利的具体保障不予承认的问题，特别是在引渡可能导致此人遭受酷刑、死刑或甚至终身监禁的情况下。也有人提到，若干关于引渡的限制不适用于国际罪行。

225. 其他人反对审议引渡法的技术方面。本专题以及拉丁语“*aut dedere aut judicare*”的确切含义的特别之处在于，如果不引渡，就会引发起诉义务。因此，应当侧重于引发起诉义务的条件。这种观点认为，委员会不应当处理与本专题有关的所有附带规则，这些规则虽与本专题有关，但不一定是其组成部分。还有人提议，应将侧重点限制在解释次级规则的范围之内。

226. 大家普遍表示倾向于明确区分引渡或起诉义务的概念与普遍刑事管辖权的概念。有人提到，即使对于某些罪行而言这两种概念同时存在，但委员会已经决定侧重于前者而非后者。有人指出，本专题不必研究域外刑事管辖权。如果委员会还是着手审议普遍管辖权概念，有人建议审议普遍管辖权各个类别，尤其是其属于许可性还是强制性的。也有人认为，是否只有当某人在某特定国家出庭时才可行使这类管辖权，或者是否任何国家都可依据普遍管辖权请求从另一国引渡某人，这些都是值得考虑的。

227. 也有人建议说，既然现行国际法庭有自己的特别法规则，所以本专题不应包括涉及国际法庭并行管辖权的“三重”选择办法。另有人认为，有必要在尽可能的范围内支持这第三种途径。

228. 有人建议特别报告员系统性地研究国家实践，并以当代实践为重点，包括各国判例在内。

229. 关于最终形式问题，虽然承认考虑该问题为时尚早，但还是有人表示倾向于最终制定一套条款草案，尽管有人提到如果委员会得出结论认为该义务仅存在于国际条约之中，那么通过一份建议性的草案更为适宜。

3. 特别报告员的结论意见

230. 特别报告员注意到讨论期间表达了一系列观点。他特别提到了委员会的一般共识，即

应当尽可能限制专题的范围，以集中精力处理与引渡或起诉义务直接相关的问题，同时分析该义务的基本要素，也即“引渡”与“审判”。他赞成这种处理办法，特别是在明确区分引渡或起诉义务与普遍管辖原则方面；并采取谨慎的办法处理国际刑事法庭管辖权情形下存在的“三重选择”问题。

231. 关于仅以条约作为该义务的渊源、还是将其渊源扩大到包括习惯规则或一般法律原则的问题，特别报告员提到委员会选择了谨慎的办法：承认该义务以条约为基础；但对于是否存在适用于刑法上所有罪行的关于引渡或起诉的一般习惯义务问题，则表示某种保留。然而，就某些类型罪行而言，还是有人支持承认这类习惯依据，对于这些罪

行，各国普遍承认普遍管辖权概念和或引渡或起诉原则。特别报告员表示支持这种办法，但这并不妨碍制定适用于所有罪行的一般原则的可能性。他还提到有人建议应特别注意国际人权法的适用问题。此外，他赞成关于整个实践都应侧重于解释次级规则的建议。特别报告员也同意关于国际和国内司法判决均应得到审议的建议。

232. 关于此专题的标题，他忆及讨论中对或引渡或起诉原则的提法，但表示倾向于保留现在的“义务”提法。关于委员会关于此专题的工作的最后形式，特别报告员注意到了对拟订条款草案的初步支持。因此，他宣布他打算在今后的报告中拟订关于引渡或起诉义务之概念、结构和实施的规则草案。

第十二章

国际法不成体系问题：国际法多样化和扩展引起的困难

A. 导言

233. 委员会在第五十四届会议（2002年）上决定将“国际法不成体系引起的危险”专题列入其工作方案；⁹⁶³ 委员会建立了一个研究组，并随后决定将该专题的标题改为“国际法不成体系问题：国际法多样化和扩展引起的困难”。⁹⁶⁴ 此外，委员会还商定了一些建议，其中包括开展五项研究的建议，⁹⁶⁵ 首先由研究组的主席研究“特别法规则的职能和范围与‘自足制度’问题”。

234. 从委员会第五十五届会议（2003年）至第五十七届会议（2005年），研究组在马尔蒂·科斯肯涅米先生的主持下接连重新组建，执行了若干任务。2003年，研究组制定了本五年期（2003-2006年）余下期间的暂定工作时间表，就2002年商定的其他研究工作给工作组成员做了分工，并且决定了这些工作所采用的方法，⁹⁶⁶ 2004年，研究组讨论了

⁹⁶³ 2000年举行的委员会第五十二届会议将本专题列入了委员会的工作方案（见《2000年……年鉴》，第二卷（第二部分），第136页，第729段），会议在之前审议了G. Hafner的一份可行性研究报告（“国际法不成体系引起的危险”，同上，附件第143页）。

⁹⁶⁴ 《2000年……年鉴》，第二卷（第二部分），第96页，第492至第494段。

⁹⁶⁵ 2002年商定的进一步研究的专题为：

“(a) 特别法规则的职能与范围和‘自足制度’问题；

“(b) 关于在国际法一般发展和国际社会关注背景下参照“适用于当事国间关系之任何有关国际法规则”（1969年《维也纳公约》第三十一条第三项（丙）款）解释条约；

“(c) 关于同一事项先后所订条约之适用（《维也纳公约》第三十条）；

“(d) 仅在若干当事国间修改多边条约之协定（《维也纳公约》第四十一条）；

和“(e) 国际法的等级：绝对法、普遍义务、作为解决冲突之规则的《联合国宪章》第一百零三条。”

⁹⁶⁶ 《2003年……年鉴》，第二卷（第二部分），第107至第110页，第415至第435段。

其主席关于“特别法规则的职能和范围与‘自足制度’问题”的研究，也讨论了就余下的其他研究项目起草的提纲。⁹⁶⁷ 2005年，研究组讨论了(a) 结合关于“特别法规则的职能和范围与‘自足制度’问题”的研究讨论关于区域主义的备忘录”；(b) 关于在国际法一般发展和国际社会关注背景下参照“适用于当事国间关系之任何有关国际法规则”（1969年《维也纳公约》第三十一条第三项（丙）款）解释条约的研究；(c) 关于同一事项先后所订条约之适用（《维也纳公约》第三十条）的研究；(d) 仅在若干当事国间修改多边条约之协定（《维也纳公约》第四十一条）的研究；以及(e) 关于国际法的等级：绝对法、普遍义务、作为解决冲突之规则的《联合国宪章》第一百零三条的研究。研究组也讨论了关于“分离条款”的非正式文件。⁹⁶⁸

235. 研究组决定参照1969年《维也纳公约》处理各项研究，把重点放在不成体系问题的实质方面，同时暂时搁置与国际法不成体系问题有关的体制方面的考虑因素。研究组寻求获得对各国外交部和国际组织的法律专家特别具有实际价值的的结果。因此，研究组决定编写以下文件作为其实质性工作结果：(a) 以研究组成员在2003-2005年期间提交并在研究组中讨论过的各个提纲和研究报告为依据，就国际法不成体系问题拟订一份篇幅较大的分析性研究报告；以及(b) 拟订一份单一的集体文件，其中载有从各项研究和研究组的讨论中产生的一套结论意见。后者必须是一套具体的面对实际的简要说明，它一方面是研究组工作的摘要和结论，另一

⁹⁶⁷ 《2004年……年鉴》，第二卷（第二部分），第128至第136页，第303至第358段。

⁹⁶⁸ 《2005年……年鉴》，第二卷（第二部分），第100至第107页，第449至第493段。

方面是一套有助于在法律实践中思考和处理国际法不成体系问题的切实准则。⁹⁶⁹

236. 在2005年7月28日和29日以及8月3日举行的第2859次、第2860次和第2864次会议上，委员会根据研究组主席关于研究组工作现况的简报针对这个专题交流了意见。

B. 本届会议审议这个专题的情况

237. 研究组在本届会议上得到重新组建，并于2006年5月17日和26日、6月6日以及7月4日、11日、12日、13日和17日举行了10次会议。研究组收到了研究组主席马尔蒂·科斯肯涅米先生定稿的一份研究报告和根据该研究报告得出的一套结论草案(A/CN.4/L.682和Corr.1和Add.1)。该文件根据研究组各位成员编写的研究报告摘要叙述并分析了国际法不成体系现象，同时考虑到研究组成员提出的评论意见。该文件的增编部分合并了研究组在2002至2005年期间的结论草案，以及附加结论草案和关于背景的一节。研究组在本届会议期间的实质性工作侧重于对上述结论定稿。在2006年7月17日举行的会议上，研究组完成了工作，并通过了载有42项结论的报告(见下文D.2节)。研究组强调其结论的集体性十分重要。它也着重指出，上述结论是根据主席定稿的分析研究报告撰写的，必须联系该分析报告一并研读。

238. 研究组主席于2006年7月27日和28日举行的委员会第2901次和第2902次会议上介绍了研究组的报告。

239. 委员会于2006年7月28日以及8月9日和10日的第2902、第2911和第2912次会议上审议了研究组的报告(见下文D节)。有一位委员提议区分消极和积极的不成体系问题，委员会未予以批准。在进行了意见交流以后，委员会在第2902次会议上决定注意到研究组的结论(下文D.2节)，并在第2912次会议上提请大会注意这些结论。委员会第2911次会议按照惯例要求将研究组主席完成

⁹⁶⁹ 同上，第447至第448段。另见《2000年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第九章；《2003年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第108页，第416至第418段；以及《2004年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第128页第301至第302段。

的分析研究报告放入委员会网站供查阅，并在委员会的《年鉴》中出版。

C. 向研究组和研究组主席表示感谢

240. 委员会在2006年8月9日第2911次会议上以鼓掌方式通过了以下决议：

国际法委员会，

注意到研究组关于国际法不成体系问题：国际法多样化和扩展化引起的困难的报告和结论，

向研究组和研究组主席马尔蒂·科斯肯涅米先生表示诚挚感谢和热烈祝贺，感谢并祝贺其为编写国际不成体系问题的报告作出的杰出贡献，在起草结论方面取得的成果，以及由主席定稿完成的关于“国际法不成体系问题：国际法多样化和扩展引起的困难”的报告。

D. 研究组的报告

一、背景

241. 半个世纪以来，国际法的范围急剧扩大，最初只是专门调节正式外交的工具，现在则扩展到处理从贸易到环境保护，从人权到科技合作的最多样的国际活动。商业、文化、安全、发展等领域建立了新的区域性和全球性多边机构。今天已很难想象哪一个社会活动领域不受某一类别的国际法律规章的制约。

242. 但是，这种扩展是以一种不协调的方式在特定的区域国家集团或职能国家集团产生的。其重点历来是解决特定的问题，而不是实现全面的、如同法律一般的管理。这种情况体现了社会学家们所说的“职能差异”，一种社会各部分日益专门化和与这些部分有关的自主化的现象。这是人尽皆知的全球化悖论，在导致全世界的社会生活日益一致化的同时，也带来日益不成体系的情形——也就是说，在社会活动和结构中出现专门化和相对自主的领域。

243. 国际社会界的不成体系具有法律意义，因为伴随着这一现象出现了专门的和(相对)自主

的规则或规则复合体、法律机构以及法律实践领域。曾经看似受“一般国际法”管辖的问题现已成为“贸易法”、“人权法”、“环境法”、“海洋法”、“欧洲法”等特别法律制度甚至是“投资法”或“国际难民法”等高度专业化知识形式的实践领域，其中每一种都有自己的原则和机构。

244. 尽管不成体系问题的现实和重要性都是无可质疑的，但对这种现象的评估各异。一些评论人士对其认为削弱了一般国际法、导致出现相互冲突的判例、“选择法院”和失去法律保障的问题，提出了严厉批评。而另外一些评论人士则只把这个问题看作是随着国际法律活动的增多而自然出现的一个主要的技术性问题，可以通过技术合理化和协调加以控制。⁹⁷⁰ 为了评估不成体系问题的意义，并在可能的情况下提出解决方法，委员会在2002年成立了本研究组，以期解决这个问题。

245. 委员会一开始就认识到不成体系问题产生了机构问题和实质性问题。前一个问题涉及到适用国际法律规则的各种机构的管辖权和权限及其彼

此之间的等级关系。委员会决定将这个问题搁在一边。机构的权限问题最好由机构本身来解决。委员会希望把重点放在实质性问题上一——法律被分裂成高度专业化的“方格”，彼此之间以及与一般法之间都相对自治。这种专业化的实际影响是什么？应该怎样看待这些“方格”之间的关系？更具体而言，如果两个或多个制度中的法律发生冲突，应该如何处理这种冲突？

246. 与学术界大多数评论人士一样，委员会也认为该问题同时具有积极和消极方面，正如其将该专题的标题改为：“国际法不成体系：国际法的多样化和扩展引起的困难”所表明的那样。一方面，国际法不成体系确实有产生相互冲突和不相容的规则、原则、规则体系及机构实践的危险，另一方面，它反映出国际法律活动扩展到新领域以及随之而来的目标和技术的多样化。不成体系和多样化导致国际法为应对多元化世界的需求而发展和扩大。同时，也可能偶尔以或许会削弱其有效实施的方式在规则和制度之间引发冲突。尽管不成体系可能会带来问题，但这些问题并不全是新问题，而且从性质上说，也并非不能通过国际律师以往在处理可能出现的规范性冲突时惯用的技术加以解决。

247. 委员会处理国际法不成体系问题的基本理由是，随着新的特殊类型的法律、“自足制度”和受地理区域或功能限制的条约系统的出现，产生了国际法的一致性问题。出现新类别的专业法律绝非偶然，是为了应对新的技术和功能要求。例如，“环境法”的问世是为了回应日益增长的对国际环境状况的关切。“贸易法”是为了回应国际经济关系中的比较优势所创造的机遇而发展的一个工具。“人权法”旨在保护个人的权益，而“国际刑法”则是对“打击有罪不罚现象”的法律表述。每一种规则复合体或“制度”的产生都伴随着其自身的原则、专长形式及和“精神特质”，这种精神特质未必与相邻专业领域的精神特质相同。例如，“贸易法”和“环境法”都有非常具体的目标，并且依赖于往往可能指向不同方向的原则。为了使新法律生效，其中往往载有一些可能与旧的一般法或其他一些专业部门法不相容的新型条约条款或惯例。新规则或制度的制定往往是很明确的，以便与一般法先前的规定拉开距离。当这种偏离成为经常发生的普遍情况时，法律的统一性就会受到损害。

⁹⁷⁰ “不成体系问题”是当前学术著作和会议中经常涉及的一个专题。出现在讨论国际规章来源多样化问题的各种文集中，例如见：E. Loquin and C. Kessedjian (编), *La mondialisation du droit*, Paris, Litec, 2000; 和 P. S. Berman (编), *The Globalization of International Law*, Aldershot, Ashgate, 2005. J. E. Alvarez 审查了国际组织的活动, *International Organizations as Law-Makers*, Oxford, Oxford University Press, 2005. 以下为关于当前的非条约造法问题的不同观点: R. Wolfrum and V. Röben (编), *Developments of International Law in Treaty-making*, Berlin, Springer, 2005, pp. 417 - 586 and R. D. Lipschutz and C. Vogel, “Regulation for the Rest of Us?” *Global Civil Society and the Privatization of Transnational Regulation*, 载于 R. B. Hall and T. J. Bierstaker (编), *The Emergence of Private Authority in Global Governance*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, pp. 115 - 140. 另见 “Symposium: The Proliferation of International Tribunals: Piecing together the Puzzle”, *New York Journal of International Law and Politics*, 第 31 卷 (1999), pp. 679 - 933; A. Zimmermann and R. Hoffmann (编), *Unity and Diversity of International Law-Proceedings of an International Symposium of the Kiel Walther Schücking Institute of International Law*, November 4 - 7, 2004, Berlin, Duncker & Humblot, 2006; 和 K. Wellens and R. Huesa Vinaixa (编), *L'influence des sources sur l'unité et la fragmentation du droit international*, Brussels, Bruylant, 2006. P.-M. Dupuy 强烈呼吁统一, 见 “L'unité de l'ordre juridique internationale. Cours général de droit international public”, *Recueil des Cours: Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 297 (2002). 更多参考, 见 M. Koskeniemi 和 P. Leino, “Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties.”, *Leiden Journal of International Law*, 第 15 卷, No. 3 (2002), pp. 553 - 579.

248. 特别需要指出的是，这类偏离不是作为法律—技术性“错误”而出现的。它们反映出行为主体在多元化（全球）社会中的不同追求和偏好。在十分复杂的社会条件下，坚持表面上的统一毫无意义。一项法律如不能阐明事实情况之间或特定问题领域中似乎相关的利益或价值之间曾经出现过的差异，似乎就将是完全无法令人接受的。如果不成体系是一种“自然的”发展（确实，由于参与国的法律制度的多样性，国际法总是比较的“不成体系”），同样也出现了指向相反方向的与之制衡的自然进程。例如，一般国际法通过适用1969年《维也纳公约》、习惯法和“文明国家承认的一般法律原则”继续发展。若干条约体现了一般国际法规则而条约的若干条款又进入一般国际法文集，这一事实反映出该制度的效力和协同作用以及促使法律本身保持一致性的拉动力。

249. 委员会开展不成体系问题相关工作是基于一个事实，那就是尽管不成体系是不可避免的，但最好是有一个可运用法律专业方式对其进行评估和管理的框架。1969年《维也纳公约》提供了该框架。有一个特征将所有这些新制度都联合起来，那就是这些新制度都主张从条约法所涵盖的相关行为者那里获得约束力，而且得到了这些行为者的理解。这意味着1969年《维也纳公约》已经为这些发展提供了统一的框架。作为曾经制定《维也纳公约》的机构，委员会非常适合从这一角度分析国际法不成体系的问题。

250. 为了开展这项工作，委员会研究组认为应该重视传统法律处理法律规则与原则之间的紧张关系或冲突的手段。这些手段的共同之处在于都寻求在这类规则和原则之间建立有意义的关系，从而确定在任何特定争端或冲突中应当如何使用这些手段。下列结论列出了在处理法律规则和原则之间的实际或潜在冲突时应当考虑的一些原则。

二、研究组工作的结论

251. 研究组的工作得出了下列结论：

(a) 一般结论

(1) 作为法律体系的国际法 国际法是一个法律体系。它的规则和原则（也即它的规范）的运作同

其他规则和原则有关，并且应该在其他规则和原则的背景之下予以解释。作为一种法律体系，国际法并非任意收集这些规范。这些规范之间存在有意义的关系。因此，规范可能存在于较高和较低的等级，它们的表述可能涉及较大或较小的一般性和特殊性，它们的效力可能追溯到较早的或较晚的时刻。

(2) 在适用国际法的时候，往往必需确定对某一情况都有效且适用的两项或多项规则和原则之间的精确关系。⁹⁷¹ 相关的关系为此分为两种一般类别：

— 解释关系 一项规范有助于解释另一项规范的情况。一项规范可能有助于解释另一项规范，例如适用、澄清、校正、或修改后者。在这种情况下，两个规范可结合适用。

— 冲突关系 两项都有效且适用的规则指向相互矛盾的决定因此必须在两者之间作出选择的情况。与解决规范性冲突有关的基本规则载于1969年《维也纳公约》。

(3) 《维也纳条约法公约》 在寻求确定两个或多个规范彼此之间关系的时候，这些规范必须按照或者比照《维也纳公约》予以解释，特别是涉及条约解释的第三十一条至第三十三条的规定。

(4) 一致性原则 公认的原则是，当若干规范涉及单个问题时，应尽可能作出能产生一套单一的相容义务的解释。

(b) 特别法优于普通法公理

(5) 一般原则 特别法优于普通法公理是国际法中公认的解释和解决冲突的方法。它意味着，每当两个或多个规范涉及同一对象时，应把优先地位给予更为具体的规范。这个原则可以适用于若干情况：单一条约的各个条款之间、两个或多个条约的条款之间、一项条约和一项非条约标准之间、以及两个非条约标准之间。⁹⁷² 该规范的来源（无论是条约、

⁹⁷¹ 两项规范同时对某一情况有效意味着它们都适用于该情况所包含的事实。两项规范适用于某一情况意味着它们对发现自身处于该相关情况中的法律主体有约束力。

⁹⁷² 与单一条约中的条款有关的适用，见阿根廷和智利关于比格尔海峡的争端案，《国际仲裁裁决汇编》，第二十一

习惯或一般法律原则)对于确定更为具体的标准来说,并不是决定性的。但在实践中,条约往往通过提到相关习惯法和一般原则发挥特别法的作用。⁹⁷³

(6) 具体境况评估 不能按照一般方式确定特别法公理与其他解释规范或冲突解决规范之间的关系。应根据具体境况决定哪一考虑因素——也即该规范的特殊性或出现时间——居于优先地位。

(7) 原则的基本理由 特别法优先于一般法的正当理由是这些特别法比较具体,通常比任何可适用的一般法都更好地考虑到其适用的具体情况特征。它的适用通常也可以产生比较公平的结果,并且通常更好地反映法律主体的意图。

(8) 特别法的功能 大多数国际法是决定性的。这意味着,特别法可用于适用、澄清、校正或修改以及搁置一般法。

(9) 特别法对一般法的影响 特别法的适用通常不会消除相关的一般法。⁹⁷⁴ 该一般法仍然有效,并根据上述结论(4)所述一致性原则继续为解释和适用相关特别法提供指导,完全适用于特别法未作出规定的情形。⁹⁷⁵

(10) 特定类别的一般法 但是,特别法不得减损一些类别的一般法⁹⁷⁶。下述结论(32)、(33)、(40)和(41)均明确规定强制法不可减损。⁹⁷⁷ 此外,还有其他考虑因素可为认定一般法享有优先地位提供依据,在这种情况下,不能适用特别法假说。这其中包括以下情况:

— 在可以适用的情形下,这种优先性是否可从一般法的形式或性质或者从当事方的意图中推断得出;

— 特别法的适用是否会阻挠一般法的宗旨;

— 第三方受益人是否受到特别法的不利影响;以及

— 一般法所建立的权利和义务平衡是否会受到特别法的不利影响。

卷(出售品编号E/F.95/V.2),第53页及以下各页,第99至第100页(或者《国际法律汇编》,第52卷(1979年),第97页及以下各页,详见第14页);鲁道夫·加布瑞尔案,第C-96/00号案,2002年7月11日的判决,《欧洲法院和初审法院案例汇编》,第一节,欧洲法院,(2002-2007年),第6367页及以下各页,详见第6389至第6399页,第35至第36段以及第6404页,第59段;布兰尼根和麦克布莱德诉联合王国案,1993年5月26日的判决,欧洲人权法院,《判决和裁决》,A辑,第258卷(1993年),第34页及以下各页,详见第57页,第76段;德容,巴尔杰特和范·登·布瑞克诉荷兰案,1984年5月22日的判决,同上,第77卷(1984年),第6页起,详见第27页,第60段;莫里诉联合王国案,1994年10月28日的判决,同上,第300卷(1995年),第34页起,详见第37页,第98段;以及尼克罗瓦诉比利时案,第31195/96号申请,1999年3月25日的判决,大法庭,同上,《判决和裁决汇编》,1999-II,第203页及以下各页,详见第225页,第69段。不同法律文书之间的适用见马夫罗马蒂斯在巴勒斯坦的特许权案(上文脚注26),第31页。条约和非条约标准之间的适用,见INA公司诉伊朗伊斯兰共和国政府案,案件编号:161,1985年8月12日,伊朗-美国索赔法庭,《伊朗-美国索赔法庭汇编》,第8卷,第373页,详见第378页。具体和一般习惯之间的适用见印度领土通行权案,案情,1960年4月12日的判决,《1960年国际法院汇编》,第6页起,详见第44页。法院在该案中指出:“若法院因此认定两国之间有为当事方所接受、可据以制约彼此关系的明确规定的做法,为了确定当事方特定权利和义务之目的,法院必须将决定性的效力赋予该做法。此类具体做法应优先于任何一般规则。”

⁹⁷³ 在尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动案(见上文脚注887)中,国际法院指出:“通常,条约规则是特别法,若条约已经提供求偿解决手段,一国不宜再根据习惯法规则提出求偿”(第137页,第274段)。

⁹⁷⁴ 因此,法院在尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动案(见上文脚注887)中指出:“……显然,习惯国际法继续存在并与国际条约法分离适用,即使这两类法律的内容相同”(第96页,第179段)。

⁹⁷⁵ 在以核武器进行威胁或使用核武器的合法性案,咨询意见,《1996年国际法院汇编》,第226页中,国际法院采用以下方式描述了人权法与武装冲突法之间的关系:“……《公民及政治权利国际公约》的保护在战时并不停止,除非实施该《公约》第4条……不过,检验哪种行为属于任意剥夺生命取决于可适用的特别法,也即专门用于调整敌对行为的可适用于武装冲突的法律。因此,通过在战争中使用某种武器使特定人命丧失是否可被视为是违反《公约》第6条的任意剥夺生命行为,只能按照适用于武装冲突的法律来决定,而不能从《公约》本身的条款予以推论”(第240页,第25段)。

⁹⁷⁶ “一般国际法”没有公认的定义。但是,为上述结论之目的,只需提到其合理的相对面就足以界定何谓“一般”。在实践中,律师们通常都能通过提及出现“一般国家法”的具体背景就能做出这种区分。

⁹⁷⁷ 见爱尔兰与大不列颠及北爱尔兰联合王国间关于《奥斯巴公约》第九条的信息使用权的争端案,最终裁决,2003年7月2日的裁决,《国际仲裁裁决汇编》,第二十三卷(出售品编号:E/F.04/V.15)第59页,法庭指出:“即使从那时以后,[《保护东北大西洋海洋环境公约》]也必须遵守可能与当事国的特别法不一致的的相关绝对法”(第87页,第84段);该案的情况另见《国际法律汇编》,第126卷(2005年),第364页。

(c) 特别(“自足”)制度

(11) 作为特别法的特别(“自足”)制度 一组涉及特定对象的规则和原则可以形成一个特别制度(“自足制度”)并可作为特别法适用。这些特别制度通常由它自己的机构执行相关规则。

(12) 可以区分出三类特别制度:

— 有时候,违反特定类别(初级)规则的情形也伴随着一套关于违反情事和对付违反情事的特别的(次级)规则。这是国家对国际不法行为的责任条款草案第55条规定的主要情况。⁹⁷⁸

— 不过,有时候,特别制度是由涉及特别对象的包括权利和义务在内的一套特别规则所形成的。这些规则可能涉及一个地理区域(例如关于保护特定河流的条约)或一些实质事项(例如关于管制特定武器之使用的条约)。这样一个特别制度可能以单一条约、若干条约、或者某项条约和若干条约外加非条约发展(随后的实践或习惯法)为基础出现。⁹⁷⁹

— 最后,所有对某一问题领域予以调整的规范和原则都被集中起来以表示一个“特别制度”。“海洋法”、“人道主义法”、“人权法”、“环境法”和“贸易法”等用语描述了若干此类制度。为便于解释,这些制度通常被作为一个整体来考虑。

(13) 制度“特殊性”的效果 特别制度的意义往往在于其各项规范表述一个统一目的和宗旨的

⁹⁷⁸ 《2001年……年鉴》,第二卷(第二部分),第160至第161页。在美国驻德黑兰外交和领事人员案(见上文脚注190)中,国际法院指出:“总之,外交法规则构成自足制度,一方面规定接受国给予外交使团便利、特权和豁免的义务,另一方面,又预见到这些权利可能被使团成员滥用,并详细说明了接受国拥有的反制此类滥用情形的手段。”(第40页,第86段)。

⁹⁷⁹ 见“温布尔登”号轮船案,判决,1923年《常设国际法院汇编》,A辑,第1号,其中提到1919年《协约及参战各国对德和约》(《凡尔赛条约》)中关于基尔运河的规定:“…与[德意志]帝国其他国内航道需遵守的规定有多处不同…基尔运河向与德国保持和平的所有国家的军舰和过境交通开放,但只有协约及参战各国…才能够自由进出德国的其他航道。因此《凡尔赛条约》中与基尔运河有关的规定是自足的”(第23至第24页)。

方式。因此,这些规范的解释和适用应当尽可能地反映目的和宗旨。

(14) 特别制度与一般国际法之间的关系 在与特别法相同的条件下(见上述结论(8)和(10)),特别制度通常也优先于一般法。

(15) 一般法在特别制度中的作用:填补空白 依其定义,特别法的范围狭于一般法。因此经常出现不受特别法管辖的事项被提交给特别法管理机构的情况。在这类情况下将适用相关的一般法。⁹⁸⁰

(16) 一般法在特别制度中的作用:特别制度失效 特别制度或特别制度所设立的机构可能失效。当特别法不能合理预期适当解决其原定目标时,可以推断其失效。这一点可以表现为,例如,该制度所设立的机构未能实现其原定宗旨、一个或多个成员长期不履约、废除、该制度的重要成员退出以及其他原因。然而,一个制度是否在这种意义上“失效”,首先取决于对其组成文书的解释。如果失效,即可适用相关的一般法。

(d) 《维也纳条约法公约》第三十一条第三项(丙)款

(17) 制度整合 《维也纳条约法公约》第三十一条第三项(丙)款提供了一个《公约》框架范围内的方法,可通过该方法适用(上述结论(2)提到的)解释关系。它要求条约的解释者考虑“适用

⁹⁸⁰ 因此,在班科维奇等诉比利时等国案,申请书编号:52207/99,大法庭,欧洲人权法院,《判决和裁决汇编》,(2001-XII)中,法院详细讨论了《欧洲人权公约》与一般国际法之间的关系如下:“法院重申,《公约》的基本原则不能凭空解释和适用。法院在审查与其管辖权有关的问题时,尽管必须谨记《公约》作为人权条约的特殊性质,但也应考虑到国际法的相关规则,然后再按照国际法指导原则确定国家责任。应尽量采取与国际法(《公约》是其中的组成部分)的其他原则一致的方式解释《公约》”(第351页,第57段)。

同样,在韩国-影响政府采购的措施案,2000年5月1日的陪审团报告(WT/DS 163/R)中,世贸组织的上诉机构指出世贸组织涵盖各协定与一般国际法之间的关系如下:“我们注意到,《解决争端的谅解书》第3.2条要求我们根据国际公法的习惯解释规则设法在特定争端中阐明世贸组织各项协定的现有规定。但世贸组织协定与习惯国际法的关系更为广泛。习惯国际法通常适用于世贸组织成员之间的经济关系。只要世贸组织的条约协定未‘退出’习惯国际法,习惯国际法就适用。换言之,只要没有冲突或前后不一的情况或在某个世贸组织所涵盖的协定中表示适用情况不同,我们就认为国际法习惯规则适用于世贸组织条约和世贸组织条约谈判进程”(第7.96段)。

于当事国间关系之任何有关国际法规则”。该条表述了“制度整合”的目的，按照该目的，无论其对象如何，条约都是国际法律制度的产物，其实施可依据该事实来预测。

(18) 解释作为制度中的整合方式 制度整合涉及所有的条约解释，它的其他相关方面见载于《维也纳公约》第三十一至第三十二条的其他段落。这些段落阐述了一个法律推理过程，在这一过程中，按照被解释的条约条款的性质，特定因素将具备更大或更小的相关性。在许多情况下，解释问题能够在条约本身的框架内解决。第三十一条第三项(丙)款处理的是条约范围以外的重要渊源与解释条约有关的情况。这些重要渊源可包括其他条约、习惯规则或一般法律原则。⁹⁸¹

(19) 制度整合的适用 一项条约在其他协议的范围内发挥作用时，制度整合的目的将作为同时具有积极和消极方面的假设而适用：

(a) 使缔约方依据习惯国际法和一般法律原则来处理条约本身未明文解决的一切问题；⁹⁸²

(b) 缔约方在承担条约义务时不打算以有悖于公认国际法原则的方式采取行动。⁹⁸³

(c) 当然，如果通常的条约解释方式显示了任何其他结果，那么除非有关原则构成绝对法，否则应当承认该结果的效力。

⁹⁸¹ 在石油平台案(伊朗诉美利坚合众国)判决《2003年国际法院汇编》，第161页中，法院援引第三十一条第三项(丙)款谈到双边条约和一般国际法之间的关系如下：“此外，根据1969年《维也纳条约法公约》所反映的条约解释的一般规则，解释必须考虑到‘用于当事国间关系之任何有关国际法规则’(第三十一条第三项(丙)款)。法院不认为1955年《条约》第二十条第一项(丁)款旨在完全独立于国际法相关规则实施……。因此，与这个问题有关的相关国际法规则的适用是1955年《条约》……授权给国际法院的解释任务的内在组成部分”(第182页，第41段)。

⁹⁸² 乔治·潘松案，法国-墨西哥索赔委员会，《国际仲裁裁决汇编》，第五卷(出售品编号：1952.V.3)，第327页，详见第422页。有人指出，各方都采取了参照一般国际法原则来对待条约本身未明文规定或以不同方式解决的问题。

⁹⁸³ 在印度领土通行权案，初步反对意见，1957年11月26日的判决，《1957年国际法院汇编》，第125页中，法院指出：“解释的规则是，政府发布的文件原则上必须被解释为根据现行法律而产生和意图产生效力而不是违反现行法律”(第142页)。

(20) 习惯和一般法律原则的适用 习惯国际法和一般法律原则与第三十一条第三项(丙)款规定的条约解释尤其相关，特别是在出现下述情况时：

(a) 条约规则不清楚或未确定；

(b) 条约用语在习惯国际法或一般法律原则中有公认的含义；

(c) 条约没有就适用的法律作出规定，而且解释者必须采用上述结论(19)(a)中的假设，寻找国际法另外领域所产生的规则来解决问题。

(21) 其他条约规则的适用 第三十一条第三项(丙)款也要求解释者考虑其他基于条约的规则，从而得出一致的含义。当被解释条约的缔约方也是其他条约的缔约方、当条约规则已经形成或反映习惯国际法、或者当条约规则表明了缔约方对于被解释条约的宗旨和目的或特定用语含义的共同理解时，这类其他规则尤其重要。

(22) 跨时间性 国际法是动态的法律制度。一项条约可传达以下含义：在适用第三十一条第三项(丙)款时，解释者究竟应仅援用缔约时有效的国际法规则，还是也可兼顾该国际法后来的演变。此外，条约某项规定的含义也可受后续发展的影响，特别是当习惯法和一般法律原则中已经出现后续发展的情形时。⁹⁸⁴

(23) 未定或演变的概念 可以考虑在被解释的条约产生之后出现的国际法规则，特别是当条约中使用了未定或演变的概念时。在下述情况中尤其如此：(a) 该概念暗示须考虑后来的技术、经济或法律发展情况；⁹⁸⁵ (b) 该概念为缔约方规定了进一步逐

⁹⁸⁴ 在领土要求的背景下，胡贝尔法官在帕尔马斯岛案(荷兰/美利坚合众国)中阐述了这条传统规则，《国际仲裁裁决汇编》，第二卷(出售品编号：1949.V.1)，第829页：“…评价法案事实必须依照同一时期的法律、而不是在所涉争端产生或未能解决时有效的法律…使产生权利的行为服从于权利产生时有效的法律的同一原则要求该权利的存在，也即该权利的不断体现应遵循法律演变所需的条件”(第845页)。

⁹⁸⁵ 在加布奇科沃-大毛罗斯项目案(见上文脚注363)中，法院认为：“通过将这些正在变化的规定插入条约，缔约方承认可能有必要调整该项目。所以，条约不是静止的，可随时修订，以适应新出现的国际法规范。依据第15条和第19条，新的环境规范可被纳入《联合合同计划》”(第67至第68

渐发展的义务；或者(c)该概念在性质上极为普遍、或者是以必须考虑情况变化的那类一般性用语表述的。⁹⁸⁶

(e) 前后规范之间的冲突

(24) 后法废止前法 根据1969年《维也纳公约》第三十条，当条约的所有缔约方同时也是同一主题的前一条约的缔约方，且前一条约并未中止或终止时，则前一条约仅在其规定符合后一项条约规定的范围内适用。这是对“后法废止前法”原则作出的表述。

(25) 对后法原则的限制 然而，适用后法原则是有限制的。例如，当后续条约的缔约方与先前条约的缔约方并非完全一致时，该后续条约不能自动适用。在这类情况下，按照1969年《维也纳公约》第三十条第四项的规定，一国若同时为两个不一致条约的缔约国，则分别受这两项条约的约束，如果该国无法履行这两个条约规定的义务，除非非

页，第112段)。

在2005年5月24日的莱茵铁路公司仲裁案(比利时诉荷兰)，仲裁裁决(《国际仲裁裁决汇编》，第二十七卷(出售品编号：E/F.06.V.8)，第35页)中，引起争执的不是概念或普通术语，而是关于铁路的营运和容量方面的新技术发展。演变式的解释用以确保根据条约的目的和宗旨有效适用条约。法庭认为：“1839年《分离条约》的目的和宗旨是解决使得比利时和荷兰的稳定分开复杂化的许多困难问题：第十二条的目的和宗旨是规定一条跨越1842年《边界条约》指定路线的从比利时到德国的运输联系线。这个目标没有固定期限，它的宗旨是‘商务交通’。即使缺乏明确的措辞，也必然可推断出这些不限于恢复以往功能的工程因可能时常符合当代商务的需要而仍然是比利时所能要求的运输权的伴随权。因此，由于谨慎地平衡了缔约方之间的权利和义务，整个第十二条的在原则上仍然适用于比利时所要求的修改和现代化”(第38页，第83段)。

⁹⁸⁶ 见南非不顾安全理事会第276(1970)号决议继续留驻纳米比亚(西南非洲)对各国法律后果案(上文脚注51)。法院指出“神圣托管”概念顾名思义是在演变性的。“因此，就此而论，《公约》缔约方必须被视为已经照此予以接受。这就是为什么在检视1919年的制度时，法院必须考虑到其后半世纪中所发生的变化，而其其解释不能不通过《联合国宪章》和习惯国际法而受到后续法律发展的影响。而且，国际文书必须按照在解释时占优势的整个法律制度予以解释和适用”。

在加布奇科沃-大毛罗斯项目案(见上文脚注363)中，国际法院提到：“国际法院希望指出，最新制定的环境法规范对条约的执行有关联性，缔约方可通过协议将它们…纳入…条约中。这些条款不包含具体的履约义务，但要求缔约方在履行它们的义务时确保多瑙河的水质不受损害，自然环境得到保护，并在商定需在《联合合同计划》具体规定的手时段时考虑新的环境规”(第67页，第112段)。

关缔约国另有商定，否则该国只对违反其中一项条约负有责任。在这类情况下，也可适用《公约》第六十条。一般规则无法回答应当履行彼此不一致的条约中的哪一项条约、以及违反哪项条约应产生国家责任的问题。⁹⁸⁷下文结论(26)至(27)阐述了到那时可能会考虑的一些因素。

(26) 属于同一“制度”的条约规定与不同“制度”中的规定之间的区分 对于在机构上存在联系或者旨在促进类似目标的条约(也即成为同一制度的组成部分的条约)，其中相互冲突或重叠的规定最能体现后来法原则的作用。当不同制度的条约之间出现冲突或重迭时，出现时间的早晚不一定能体现出它们之间的优先顺序。反之，受条约义务约束的国家应该尽量着眼于相互适应、并按照一致性原则履行义务。但是，条约缔约方或第三方受益人的实质权利不应受到破坏。

(27) 特殊类别的条约或条约规定 如果从条款或相关文书的性质，或从其目的和宗旨推断缔约方另有意图时，就不得适用后法假说。对结论(10)中的特别法假说适用的限制也可能适用于后法。

(28) 制度内部和制度间争端的解决 国家之间涉及条约规定冲突的争端通常应在相关条约的缔约方之间通过谈判解决。然而，如果无法谈判解决时，应当酌情诉诸其他现有的争端解决手段。当冲突涉及个别制度(如上述结论(26)所述)范围内的规定时，可在针对该制度的机制中得到适当解决。但是，当冲突涉及不属于同一制度的多项条约的规定时，则应特别注意所选择的解决手段的独立性。

⁹⁸⁷ 关于前后规范之间冲突的案例不多。不过，斯里文科和其他人诉拉脱维亚案，诉请书编号：48321/99，2002年1月23日关于可受理性的裁决，大法庭，欧洲人权法院，《判决和裁决汇编》(2002-II)，第467页描述了条约冲突的情形，法院在该案中认定不能援引拉脱维亚与俄罗斯之间先前的一项双边条约来限制适用《欧洲人权公约》：“联系[《欧洲人权公约》]第57条第1款的案文与第1条可推断出，一国批准《公约》意味着其境内当时实行的任何法律都应当符合《公约》……。法院认为，同样的原则也必须适用于一缔约国在批准《公约》之前签署的且可能与《公约》的某些规定相左的任何国际条约条款”(第482至第483页，第60至第61段)。

(29) 相互间协议 1969年《维也纳公约》第四十一条涉及仅由某些缔约方以协议（相互间协议）修正多边条约的情况。这类协议通常作为数量有限且愿意采取更有效或更深远的措施来实现初始条约的目的和宗旨的缔约方之间更有效履行初始条约的手段。可以缔结相互间协议的情况包括：初始条约作出了相关规定，或者并未特别禁止缔结相互间协议而且协议“（一）不影响其他当事国享有条约上之权利或履行其义务者；（二）不关涉任何如予损抑即与有效实行整个条约之目的及宗旨不合之规定者”（1969年《维也纳公约》第四十一条第一项（乙）款）。

(30) 冲突条款 当各国缔结可能与其他条约冲突的条约时，应当以通过适当的冲突条款的方式来解决这些条约之间的关系。当通过这类条款时，应当铭记：

(a) 这些条款不得影响第三方的权利；

(b) 这些条款应当尽可能明确和具体。尤其是，应当指明条约的具体规定，并且不得削弱条约的目的和宗旨；

(c) 这些条款应酌情与争端解决手段建立联系。

(f) 国际法的等级：强行法、普遍义务和《联合国宪章》第一百零三条

(31) 国际法规范之间的等级关系 国际法的主要渊源（《国际法院章程》第三十八条载列的条约、习惯和一般法律原则）相互之间并不存在等级关系。⁹⁸⁸ 由于国内法和国际法这两个制度之间存在差异，因此类比国内法律制度的等级性总的来说是不恰当的。然而，某些国际法规则比另一些规则更重要，并因此在国际法制度中享有更高的地位或特别地位。这有时表现为指定某些规范是“基本的”或者“基本的人道考虑”⁹⁸⁹ 或者“不可违犯的国际

习惯法原则”。⁹⁹⁰ 这类指定所具有的效力通常取决于相关具体情况或者作出这一指定的法律文书。

(32) 因规则的实质内容而得到公认的等级关系：强行法 一项国际法规则是否优于另一个规则取决于其内容的重要性以及其优先性是否得到普遍接受。这是国际法强制规范的情况（强行法，1969年《维也纳公约》第五十三条）。也就是说，“国际社会全体接受并公认为不许损抑”的规范。⁹⁹¹

(33) 强行法的内容 最经常被引述的绝对法规范实例包括禁止侵略、奴役和贩卖奴隶、灭绝种族、种族歧视、种族隔离和酷刑的规则，以及适用于武装冲突的国际人道主义法基本规则和自决权。⁹⁹² 被“国家组成的作为整体之国际社会接受并公认为不受损抑的”其他规则也可具有绝对法的性质。

(34) 因条约的规定而得到公认的等级关系：《联合国宪章》第一百零三条 一项国际法规则也可由于某一条约的规定而高于其他规则。《联合国宪章》第一百零三条就属于这种情况，依据该条的规定，“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冲突时，其在本《宪章》下之义务应居优先。”

(35) 《联合国宪章》第一百零三条的范围 第一百零三条的范围不仅涵盖《宪章》各条款，也涵盖安全理事会等联合国机构作出的约束性决定。⁹⁹³

⁹⁹⁰ 以核武器进行威胁或使用核武器的合法性案（见上文脚注975），第257页，第79段。

⁹⁹¹ 1969年《维也纳公约》第五十三条：“条约在缔结时与一般国际法强制规律抵触者无效。就适用本公约而言，一般国际法强制规律指国家之国际社会全体接受并公认为不许损抑且仅有以后具有同等性质之一般国际法规律始得更改之规律。”

⁹⁹² 《2001年……年鉴》，第二卷（第二部分），第128至第129页（国家责任条款草案第40条评注，第（4）至（6）段。另见同上，第85页（第26条评注，第（5）段。另见刚果境内的武装活动案（新申请：2002年）（上文脚注637），第31至第32页，第64段。

⁹⁹³ 见洛克比空中事件引起的1971年《蒙特利尔公约》的解释和适用问题案（阿拉伯利比亚民众国诉美国），临时措施，1992年4月14日的裁决，《1992年国际法院汇编》，第114页起，详见第126页，第42段；以及洛克比空中事件引起的1971年《蒙特利尔公约》的解释和适用问题案（阿拉伯利比亚民众国诉联合王国），临时措施，1992年4月14日的裁决，同上，第3页起，详见第15页，第39至第40段。

⁹⁸⁸ 此外，第38条第（1）款（d）项提到“司法判决和各国最优秀法学家的教学作为确定法律规则的辅助手段”。

⁹⁸⁹ 科孚海峡案（见上文脚注197）。

鉴于《宪章》中一些规定的性质、《宪章》的宪法性质以及各国和联合国的既定惯例，《宪章》的义务也可能优先于前后矛盾的习惯国际法。

(36) 《联合国宪章》的地位 此外，公认为《联合国宪章》本身由于其中某些规范的基本性质，尤其是其原则和宗旨以及其被普遍接受的事实，具有特殊性。⁹⁹⁴

(37) 详述对整个国际社会所负义务的规则：普遍义务 某些义务由于可普遍适用而享有特殊地位。普遍义务就属于这种情况，它是一国对整个国际社会承担的义务。这些规则涉及所有国家，并认定所有国家在保护所涉权利方面都有合法利益。⁹⁹⁵ 每一国家都可追究违反这类义务的国家的责任。⁹⁹⁶

(38) 强行法规范与普遍义务之间的关系 公认为尽管上述结论(33)提到的绝对法规范所确立的所有义务也具有普遍义务的性质，但反过来却不一定正确。⁹⁹⁷ 并非所有普遍义务都是一般国际法的强

制性规范所确立的。例如，“基本人权相关原则和规则”规定的一些义务⁹⁹⁸ 以及一些涉及全球公地的义务就属于这样的情况。⁹⁹⁹

(39) 对普遍义务概念的不同处理方式 普遍义务概念也用于指一国对所有其他缔约国的条约义务（对每一缔约国的义务）¹⁰⁰⁰ 或对作为第三方受益人的非缔约国的条约义务。此外，领土地位问题经常在普遍性条款中处理，系指其对所有国家的对抗性。¹⁰⁰¹ 因此，边界和领土条约被表述为“体现了[……]因其普遍效力而必须侵犯第三国的法律现实”。¹⁰⁰²

(40) 绝对法和《联合国宪章》义务之间的关系 《联合国宪章》得到各国普遍接受，因此难以想象绝对法规范与《宪章》义务之间会出现冲突。无论如何，根据《宪章》第二十四条第二项，安全理事会应该根据包括后来被视为强行法的规则在内的联合国的宗旨和原则行事。

⁹⁹⁴ 见《联合国宪章》第二条第六项。

⁹⁹⁵ 国际法院的措辞为：“……应当从基本上区分一国对整个国际社会的义务与在外交保护领域面对另一国产生的义务。依据其性质，前者是所有国家关注的义务。鉴于所涉权利的重要性，可以认为所有国家在保护这些权利方面都具有合法利益；这些义务是普遍义务”（巴塞罗那电车公司案（第二阶段）（见上文脚注35），第32页，第33段）。因此，根据国际法学会所下的定义，普遍义务是“一国在任何既定讼案中对国际社会承担的一般国际法义务，鉴于其普世价值和对于履约的关注，所有国家都可以对违反此类义务的行为采取行动”（《国际法学会年鉴》，2005年克拉科夫会议，第二部分，第71-II卷（2006年），第297页，决议一（“国际法中的普遍义务”），第1条（甲）款）。

⁹⁹⁶ 见《2001年……年鉴》，第二卷（第二部分），第144页（国家对国际不法行为的责任条款草案第48条第(1)(b)款）。这其中包括1949年8月12日通过的《改善战地武装部队伤者病者境遇之日内瓦公约》（《日内瓦第一公约》）、《改善海上武装部队伤者病者及遇船难者境遇之日内瓦公约》（《日内瓦第二公约》）、《关于战俘待遇之日内瓦公约》（《日内瓦第三公约》）以及《关于战时保护平民之日内瓦公约》（《日内瓦第四公约》）共同的第1条。

⁹⁹⁷ 国际法院指出：“例如在当代国际法中，这些义务源自宣布侵略行为和灭绝种族行为为非法，也源自有关人类基本权利的原则和规则，包括保护不受奴役和种族歧视。一些对应的保护权利已经列入一般国际法体系……；具有普遍性质或准普遍性质的国际文书则赋予了其他一些权利”（巴塞罗那电车公司案（第二阶段），判决（上文脚注35），第32页，第34段）。另见东帝汶案（葡萄牙诉澳大利亚），判决，《1995年国际法院汇编》，第90页起，详见第102页，第29段。另见在被占巴勒斯坦领土上修建隔离墙的法律后果案（上文脚注950），第199和第200页，第155和第159段（包括作为普

遍义务的“某些……国际人道主义法规定的义务”以及自决权）。关于禁止灭绝种族的普遍义务，见《防止及惩治灭绝种族罪公约》的适用案（波斯尼亚和黑塞哥维那诉南斯拉夫）（上文脚注904），第615至第616页，第31段，以及刚果境内的武装活动案（新申请：2002年）（上文脚注637），第31至第32页，第64段。在夫隆季伊亚案中，酷刑被同时界定为强制性规范和普遍义务，见检察官诉夫隆季伊亚案，案件编号：IT-95-17/1-T，第二审判分庭，1998年12月10日的判决，《国际法律汇编》，第121卷（2002年），第260页，第151段。

⁹⁹⁸ 巴塞罗那电车公司案（第二阶段），判决（上文脚注35），第32页，第34段。

⁹⁹⁹ 这些义务载于《关于各国探测及使用外空包括月球与其他天体之活动所应遵守原则之条约》第1条以及《联合国海洋法公约》第136条。

¹⁰⁰⁰ 见《国际法学会年鉴》（上文脚注995），决议一，第1条(b)款。

¹⁰⁰¹ “我认为，如果对一海洋管辖范围—无论是对大陆架或是（正在进行辩论）对渔业区享有权利，则该权利是普遍权利，也即依据国际法对抗所有国家”（副庭长小田的个别意见，格陵兰和杨马延间区域海洋划界案，判决，《1993年国际法院汇编》，第38页起，详见第100页，第40段）。另见德卡斯特罗法官在南非不顾安全理事会第276(1970)号决议继续留驻纳米比亚（西南非洲）对各国的法律后果案中的个别意见（上文脚注51）：“一种法律地位—类似于有时与其相混淆的物权——具有彼此之间和普遍的效力”（第177页）。另见斯库比谢夫斯基法官在东帝汶案（上文脚注997）中的不同意见，详见第248页，第78至第79段。

¹⁰⁰² 厄立特里亚国政府诉也门共和国政府案（第一阶段：领土主权和争端的范围），仲裁法庭，1998年10月9日，《国际法律汇编》，第114卷（1999年），第1页，详见第48页，第153段。

(41) 绝对法规范和《宪章》第一百零三条的作用和效果：

(a) 与强行法规范冲突的规则因此而实际上无效；

(b) 与《联合国宪章》第一百零三条冲突的规则因这一冲突且在这一冲突的范围内不可适用。

(42) 等级制和一致化原则 国际法规则之间的冲突应该依据上述结论(4)所述的一致化原则解决。如果本节提到的一项等级较高的规范与另一项国际法规范相冲突，应尽量以与前者相符的方式解释后者。如不能做到这一点，等级较高的规范应优先。

第十三章

委员会的其他决定和结论

A. 驱逐外国人

252. 委员会收到了特别报告员莫里斯·卡姆托先生关于该专题的第二次报告(A/CN.4/573)和秘书处编写的一份备忘录(A/CN.4/565和Corr.1)。委员会决定在2007年的下届会议上审议该报告。

B. 委员会的方案、程序、工作方法及其文件

253. 在2006年7月25日举行的第2899次会议上,委员会为本届会议设立了一个规划小组。¹⁰⁰³

254. 规划小组举行了三次会议。它收到了秘书处编写的大会第六委员会在大会第六十届会议期间讨论情况专题摘要的第一节“委员会的其他决定和结论”(A/CN.4/560),以及大会第60/22号决议,特别是其中关于国际法委员会第五十七届会议工作报告的第6、第7、第8、第13和第16段。规划小组还收到并注意到拟议的2008-2009年期间战略框架,其中涉及方案6:法律事务,次级方案3(国际法的逐渐发展和编纂)。

255. 在2006年8月7日举行的第2907次会议上,委员会注意到规划小组的报告。

1. 长期工作方案

256. 在本届会议上恢复了规划小组在委员会第五十四届会议(2002年)设立的以佩莱先生为主席的长期工作方案工作组。¹⁰⁰⁴工作组在2006年7月

27日向规划小组提交了报告。按照既定惯例,工作组被要求在该五年期届满时在委员会第五十八届会议(2006年)上提交报告。在该五年期间,工作组审议了一些专题,并邀请工作组成员、委员会其他委员以及秘书处就这些专题拟订草案。在挑选专题的标准方面,工作组遵循了委员会第四十九届会议(1997年)提出的下述建议:

(a) 该专题应反映成员国在逐渐发展和编纂国际法方面的需要;

(b) 该专题在国家实践方面应足够成熟,从而有可能逐渐发展和编纂;

(c) 该专题应具体,而且在逐渐发展方面具有可行性; [而且]

……委员会不应将其自己局限于传统的专题,还应考虑那些反映国际法的新发展以及国际社会的紧迫关切的专题。¹⁰⁰⁵

257. 铭记上述标准,规划小组在该五年期期间曾建议将以下专题纳入委员会长期工作方案,并得到委员会的核准:

(a) 引渡或起诉的义务(或引渡或起诉);

(b) 国家官员的外国刑事管辖豁免;

(c) 国际组织的管辖豁免;

(d) 发生灾害时的人员保护;和

¹⁰⁰³ 规划小组的成员见上文第6段。

¹⁰⁰⁴ 《2002年……年鉴》,第二卷(第二部分),第101页,第521段。工作组的成员见上文第10段。

¹⁰⁰⁵ 《1997年……年鉴》,第二卷(第二部分),第72页,第238段。

(e) 信息跨界流动的个人数据保护；和

(f) 域外管辖权。

258. 除“引渡或起诉的义务（或引渡或起诉）”之外，建议纳入长期工作方案的各专题提纲均作为附件列入本报告。值得一提的是，关于“引渡或起诉的义务（或引渡或起诉）”的专题，在委员会第五十六届会议（2004年）期间提交了一份临时报告和提纲，并建议将其纳入长期工作方案。¹⁰⁰⁶在同届会议上，委员会同意将此专题纳入长期工作方案。¹⁰⁰⁷

259. 关于“最惠国条款”这一专题，规划小组未提出最后建议。委员会决定征求各国政府的意见，以了解委员会就此专题进一步开展工作是否有用（见上文第三章，第33段）。¹⁰⁰⁸

260. 委员会第四十四届会议（1992年）以来列入长期工作方案的合并清单如下：¹⁰⁰⁹

(a) 关于对条约的保留的法律和惯例¹⁰¹⁰；

(b) 国家继承及其对自然人和法人国籍的影响¹⁰¹¹；

(c) 外交保护¹⁰¹²；

(d) 国家海事管辖范围以外的沉船的所有权和保护¹⁰¹³；

(e) 国家单方面行为¹⁰¹⁴；

(f) 国际组织的责任¹⁰¹⁵；

(g) 国家共有的自然资源¹⁰¹⁶；

(h) 国际法不成体系所产生的风险¹⁰¹⁷；

(i) 武装冲突对条约的影响¹⁰¹⁸；

(j) 驱逐外国人¹⁰¹⁹；

¹⁰⁰⁶ 《2004年……年鉴》，第二卷（第二部分），第137页，第362段和附件。

¹⁰⁰⁷ 同上，第363段。

¹⁰⁰⁸ 委员会在其1967年的第二十届会议上将“最惠国条款”纳入工作方案（《1967年……年鉴》[英]，第二卷，第369页，第48段），并相继任命恩德雷·乌斯托尔（同上）以及尼古拉·乌沙科夫（《1977年……年鉴》[英]，第二卷，第124页，第77段）担任特别报告员。委员会在1978年的第三十届会议上完成了该专题的二读（《1978年……年鉴》[英]，第二卷（第二部分），第16至第73页，第74段）。大会在其第三十五届、三十六届、三十八届、四十届以及四十三届会议（1980年、1981年、1983年、1985年和1988年）上邀请各国政府和政府间组织就委员会提出的条款草案发表评论。在其第四十六届会议（1991年）上，大会在其1991年12月9日的第46/416号决定中赞赏地注意到委员会的工作以及各国政府和政府间组织提出的意见和评论，并决定提请成员国政府和政府间组织注意该条款草案，供其酌情在此类情况中审议。

¹⁰⁰⁹ 为了就国际公法的主要领域确立全球观点，委员会在其第四十八届会议（1996年）上建立了按照13个主要领域划分的总的专题清单。该清单并不打算详尽无遗，仅作为一般参考。该清单的情况见《1996年……年鉴》，第二卷（第二部分），附件二。

¹⁰¹⁰ 《1993年……年鉴》，第二卷（第二部分），第427段。委员会在第四十五届会议（1993年）上将此专题纳入其议程，同上，第440段。该专题的标题随后被改为“对条约的保留”，《1995年……年鉴》，第二卷（第二部分），第487(a)段。

¹⁰¹¹ 《1993年……年鉴》，第二卷（第二部分），第427段。委员会在第四十五届会议（1993年）上将此专题纳入其议程，同上，第440段。另见大会第48/31号决议。该专题的标题随后被改为“与国家继承有关的国籍问题”，《1996年……年鉴》，第二卷（第二部分），第83段。另见1996年12月11日的大会第51/160号决议。

¹⁰¹² 《1995年……年鉴》，第二卷（第二部分），第501段。根据大会第51/160号决议，委员会在第四十九届会议（1997年）上将此专题纳入其议程，《1997年……年鉴》，第二卷（第二部分），第169至第171段。

¹⁰¹³ 《1996年……年鉴》，第二卷（第二部分），第248段。

¹⁰¹⁴ 同上。根据大会第51/160号决议，委员会在第四十九届会议（1997年）上将此专题纳入其议程，《1997年……年鉴》，第二卷（第二部分），第191至第194段。

¹⁰¹⁵ 《2000年……年鉴》，第二卷（第二部分），第729段。委员会在第五十四届会议（2002年）上将此专题纳入其议程，《2002年……年鉴》，第二卷（第二部分），第517(b)段。

¹⁰¹⁶ 《2000年……年鉴》，第二卷（第二部分），第729段。委员会在第五十四届会议（2002年）上将此专题纳入其议程，《2000年……年鉴》，第二卷（第二部分），第518(a)段。

¹⁰¹⁷ 《2000年……年鉴》，第二卷（第二部分），第729段。委员会在第五十四届会议（2002年）上将此专题纳入其议程，《2002年……年鉴》，第二卷（第二部分），第518(b)段。该专题的标题随后被改为“国际法不成体系的问题：国际法多样化和扩展引起的困难”，见同上，第494段。

¹⁰¹⁸ 《2000年……年鉴》，第二卷（第二部分），第729段。委员会在第五十六届会议（2004年）上将此专题纳入其议程，《2004年……年鉴》，第二卷（第二部分），第137页，第364段。

¹⁰¹⁹ 《2000年……年鉴》，第二卷（第二部分），第729段。委员会在第五十六届会议（2004年）上将此专题纳入其议程，《2004年……年鉴》，第二卷（第二部分），第364段。

(k) 引渡或起诉的义务（或引渡或起诉）¹⁰²⁰；

(l) 国家官员的外国刑事管辖豁免¹⁰²¹；

(m) 国际组织的管辖豁免¹⁰²²；

(n) 发生灾害时的人员保护¹⁰²³；

(o) 信息跨界流动的个人数据保护¹⁰²⁴；和

(p) 域外管辖权¹⁰²⁵。

261. 委员会感谢编纂司应请求在起草关于“发生灾害时的人员保护”、“信息跨界流动中的个人数据保护”、“域外管辖权”与“默认及其对国家法定权利和义务的影响”等问题的建议方面提供宝贵协助，并感谢工作组审议长期工作方案。

2. 文件和出版物

262. 委员会审议了特别报告员及时提交报告的问题。鉴于联合国关于文件提交的细则和条例以及联合国有关部门的繁重工作量，委员会再一次强调，为了有充裕时间提前处理和分发报告让委员们进行研究，特别报告员必须及时提交报告。

263. 委员会重申提交和开放一切与委员会的逐渐发展和编纂国际法职能有关的国家实践证据及其他国际法渊源的重要性。尽管委员会了解尽可能简明的益处，但坚定地认为不能事先限制其文件和研究报告的篇幅，特别是特别报告员的报告。

264. 委员会感谢编纂司通过提供法律资料和分析为委员会的实质性职能以及研究项目的筹备活动做出的宝贵协助。委员会特别感谢秘书处编写的对外国人的驱逐问题备忘录所体现的深入研究。

265. 委员会请秘书处向其提供有关委员会工作的出版物信息。

266. 鉴于《国际法委员会的工作》一书的用处及其第六版于2004年出版的情况，委员会请编纂司编写该书的第七版。

267. 委员会感谢秘书处在开设委员会新网站方面所取得的成果。¹⁰²⁶新网站是委员会开展工作时的宝贵资源，是研究委员会工作的资料工具，有助于全面加强国际法的教学、研究、传播和更广泛了解。委员会鼓励秘书处继续发展关于委员会工作的电子数据库（包括委员会的新网站），并进一步开发新的电子传播手段。

3. 与联合国人权专家举行会议

268. 根据其《章程》第25条第1款，¹⁰²⁷委员会建议秘书处在与关于对条约的保留问题特别报告员协商之后，在委员会第五十九届会议期间与包括人权条约机构代表在内的联合国人权领域专家举行一次会议，以便讨论与对人权条约的保留有关的问题。

4. 酬金

269. 委员会再次重申其关于大会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。¹⁰²⁸委员会再次强调，上述决议尤其影响到特别报告员、特别是来自发展中国家的特别报告员，因为该决议缩减了对其研究工作的资助。委员会促请大会重新审议这一事项，以期在现阶段恢复特别报告员的酬金。

¹⁰²⁰ 同上。第362至第363段及附件。

¹⁰²¹ 见上文第257段，及下文附件一。

¹⁰²² 同上，及下文附件二。

¹⁰²³ 同上，及下文附件三。需要一提的是，卡姆托先生编写过一项题为“紧急情况中对人员的国际保护”的建议（2004年）供长期工作方案工作组审议。该建议的副本存于编纂司。

¹⁰²⁴ 见上文257段，及下文附件四。

¹⁰²⁵ 同上，及下文附件五。需要一提的是，彭马拉朱·斯里尼瓦萨·拉奥先生编写过一项题为“国家立法的域外适用”的建议（1993年）供长期工作方案工作组审议。该建议的副本存于编纂司。

¹⁰²⁶ 网址是 <http://legal.un.org/ilc>。

¹⁰²⁷ 《章程》第25条第1款规定：“委员会认为必要时可就任何问题向主管该问题的联合国机构进行协商。”

¹⁰²⁸ 《2002年……年鉴》，第二卷（第二部分），第101至第102页，第525至第531段；《2003年……年鉴》，第二卷（第二部分），第112页，第447段；《2004年……年鉴》，第二卷（第二部分），第138页，第369段；及《2005年……年鉴》，第109页，第501段。

C. 委员会第五十九届会议的日期和地点

270. 委员会决定于2007年5月7日至6月8日以及7月9日至8月10日在日内瓦举行第五十九届会议。

D. 与其他机构的合作

271. 国际法院院长罗莎琳·希金斯法官在委员会2006年7月25日的第2899次会议上作了发言，并向委员会通报了国际法院最近的活动和法院正在审理的案件。¹⁰²⁹ 随后开展了意见交流。

272. 亚非法律协商组织的秘书长瓦菲克·Z·卡米勒先生代表该机构出席了委员会本会议，他在委员会2006年7月21日的第2898次会议上作了发言。¹⁰³⁰ 随后进行了意见交流。

273. 美洲法律委员会副主席让-保罗·休伯特先生代表该委员会出席了委员会本会议，他在委员会2006年8月3日的第2904次会议上作了发言。¹⁰³¹ 随后进行了意见交流。委员会还决定在该委员会成立百年举行庆祝活动之际对其表示祝贺，并决定派若昂·巴埃纳·苏亚雷斯先生出席纪念仪式。

274. 欧洲理事会法律事务总干事吉·德维尔先生代表欧洲法律合作委员会和国际公法法律顾问委员会出席了委员会本会议，他在委员会2006年8月3日的第2904次会议上作了发言。¹⁰³² 随后进行了意见交流。

E. 出席大会第六十一届会议的代表

275. 委员会决定，由委员会主席纪尧姆·庞布-奇文达先生作为代表出席大会第六十一届会议。

276. 委员会对由于预算紧缩导致特别报告员无法出席大会第六十一届会议表示遗憾。

¹⁰²⁹ 这次发言载于该次会议的简要记录，《2006年……年鉴》，第一卷。

¹⁰³⁰ 同上。

¹⁰³¹ 同上。

¹⁰³² 同上。

F. 国际法讲习班

277. 依照大会第60/22号决议，第四十二届国际法讲习班2006年7月3日至22日于国际法委员会本届会议期间在万国宫举行。讲习班的对象包括攻读国际法专业高等学位的学生和打算从事学术或外交生涯或在其本国公务员系统任职的青年学者或政府官员。

278. 主要来自发展中国家的不同国籍的25名与会者参加了这届讲习班。¹⁰³³ 与会者观察了委员会的全体会议，并出席了特别安排的专题演讲，参加了关于特定专题的工作组。

279. 讲习班由委员会主席纪尧姆·庞布-奇文达先生主持开幕。联合国日内瓦办事处高级法律顾问乌尔里希·冯·布卢门塔尔先生负责讲习班的行政管理、组织事宜和会议活动，由联合国日内瓦办事处法律顾问维托里奥·马伊内蒂先生提供协助。

280. 委员会委员作了以下演讲：乔治·加亚先生：“国际组织的责任”、彭马拉朱·斯里尼瓦萨·拉奥先生：“国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任”；山田中正先生：“共有的自然资源：跨界含水层法”；兹齐斯拉夫·加利茨基先生：“或引渡或起诉”；伊恩·布朗利先生：“国际法院的工作”；约翰·杜加尔德先生：“外交保护”；贾姆契德·蒙塔兹先生：“国际法院审理的达

¹⁰³³ 下列人员参加了第四十二届国际法讲习班：Andy Aron 先生（印度尼西亚）、Shakira Maria Bedoya-Sanchez 女士（秘鲁）、Kemoko Diakité 先生（塞内加尔）、Sasha Franklin 女士（特立尼达和多巴哥）、Sandra García-Loredo 女士（墨西哥）、Syuzanna Gevorgyan 女士（亚美尼亚）、Henok Teferra 先生（埃塞俄比亚）、Tamás Hoffmann 先生（匈牙利）、Dan Oduor Juma 先生（肯尼亚）、Tomdwsam Kadjika 女士（多哥）、Andrey Kalinin 先生（俄罗斯）、Chie Kojima 女士（日本）、Sanaa Kourkmedi 女士（摩洛哥）、Emad Masalmeh 先生（约旦）、Godelive Mbomakonga 女士（刚果）、Malefetsane Seth Moseme 先生（莱索托）、Ilona Nieminen 女士（芬兰）、Vasileios Pergantis 先生（希腊）、齐大海先生（中国）、Yannick Radi 先生（法国）、Emanuele Rebasti 先生（意大利）、Gustavo Ribeiro 先生（巴西）、Myrtelle Rochette 女士（海地）、Visal Som 先生（柬埔寨）、Cassandra Steer 女士（澳大利亚）、Jean-Marie Dufour 先生（日内瓦国际学术网络主席）担任主席的遴选委员会于2006年5月9日开会，从150名申请人中选出26人参加讲习班。入选的第26名申请人在最后一刻未能出席讲习班。

尔富尔案”；马尔蒂·科斯肯涅米先生：“国际法不成体系问题”。

281. 以下人士也做了演讲：国际法讲习班主任助理维托里奥·马伊内蒂先生：“国际法委员会工作介绍”；马拉加大学国际法教授马利亚·伊莎贝尔·托雷斯-卡佐尔拉女士：“国家的单方面行为”；前人权事务副高级专员和代理高级专员贝特兰德·兰恰兰先生：“人权事务高级专员办事处与新的人权理事会”；红十字国际委员会法律顾问杰列娜·佩吉茨女士：“国际人道主义法目前受到的挑战”；联合国行政法庭法官布里吉特·斯特恩女士：“联合国行政法庭的工作”。还安排了一次与联合国法律顾问尼古拉·米歇尔先生的会见，他向讲习班与会者致辞，并介绍了法律事务厅的活动。

282. 讲习班与会者应邀访问了欧洲核研究组织。侧重讨论了与该组织有关的法律问题。此外，应世界贸易组织上诉机构主席乔治·阿比-萨布先生和世界贸易组织上诉机构秘书处主任沃纳·兹多乌茨先生的邀请，与会者用一个早上的时间专门访问了世界贸易组织。与会者的讨论侧重于世界贸易组织的争端解决制度和上诉机构的案例法。

283. 此外，在联合国难民事务高级专员办事处的馆舍举办了会议-辩论，法律事务科科长赫尔穆特·布斯先生和保护行动及法律咨询科高级法律干事史蒂文森·沃尔夫森先生出席。讨论侧重于难民署的组织结构及其关于难民法的任务授权。

284. 讲习班与会者也访问了威尔逊宫的人权事务高级专员办事处。在听取了马尔库斯·施密特先生（人权高专办）对人权事务委员会工作的情况通报之后，与会者出席了联合国科索沃临时行政当局特派团（科索沃特派团）向人权事务委员会所作报告介绍会。

285. 讲习班的与会者被分配到下列三个工作组之一：“国际法不成体系问题工作组”、“国家的单方面行为工作组”和“外交保护工作组”。研究组的主席以及国际法委员会关于这三个专题的特别报告员马尔蒂·科斯肯涅米先生、维克托·罗德里格斯·塞德尼奥先生和约翰·杜加尔德先生

为这三个工作组提供指导。此外，讲习班两位从前的与会者，来自马拉加大学的马丽亚·伊莎贝尔·托雷斯-卡佐尔拉女士和来自莱登大学的安妮马丽柯·孔茨利女士帮助进行工作组的组织和协调工作。工作组向讲习班提交了各自的结论。每位与会者都被指派提交关于其中一次演讲的简要书面报告。这些报告已编辑成册并分发给所有与会者。

286. 日内瓦共和国和日内瓦州向与会者们提供了传统的盛情接待，派导游带领与会者参观了市政厅的阿拉巴马室，随后又举行了招待会。

287. 在讲习班闭幕式上，国际法委员会主席纪尧姆·庞布-奇文达先生、国际法讲习班主任乌里希·冯·布卢门撒尔先生以及与会者代表卡桑德拉·斯蒂尔女士向委员会和与会者们致词。每位与会者都收到一份证书，证明其参加了第四十二届讲习班。

288. 委员会特别感谢地指出，奥地利、中国、塞浦路斯、捷克共和国、芬兰、德国、爱尔兰、挪威、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或承诺提供自愿捐款。基金的财务状况使它可以为来自发展中国家的优秀与会者颁发足够份数的研究金，从而保证与会者的适当地域分布。今年向18名申请者颁发了全额研究金（旅费和生活津贴），向1名申请者颁发了部分研究金（仅支付生活津贴）。

289. 1965年开始举行讲习班以来，在分别属于157个不同国籍的952名与会者当中，有576人获得了研究金。

290. 委员会强调，它十分重视讲习班，讲习班使青年律师，特别是来自发展中国家的青年律师能够熟悉委员会的工作和总部设在日内瓦的许多国际组织的活动。委员会建议大会再度向各国发出呼吁，请它们提供自愿捐款，以保证能在2007年举行讲习班，并有尽可能多的与会者参加。

291. 委员会满意地注意到为2006年的讲习班提供了全面的口译服务。委员会希望能在现有的资源范围内为下届讲习班提供同样的服务。

附件一

国家官员的外国刑事管辖豁免

(罗曼·科洛德金先生)

A. 一个热门话题

1. 近年来，国家官员的外国刑事管辖豁免问题开始引起人们更多的关注。这在很大程度上与人权保护观念的增强、容忍严重侵犯人权行为的意愿降低、以及在打击恐怖主义、跨国犯罪、腐败和洗钱方面的努力有关。社会不再愿意容忍这类犯罪者有罪不受惩罚的情况，无论其在国家中的官方地位如何。同时，国家官员的豁免对于保持国家间关系的稳定必不可少这一点几乎无可置疑。

2. 在联合王国审理智利前独裁者奥古斯托·皮诺切将军案之后，这一领域的学术讨论和公众讨论以及国家实践、包括国内案例法都得到极大发展。¹ 在1998年至2001年期间，出现了20多次试图对外国高级官员和卸任官员提起刑事诉讼的情况。² 具体地说，1998年在比利时和法国曾试图起诉刚果民主共和国总统洛朗·德西雷·卡比拉；2001年至2002年试图在比利时起诉以色列总理阿列尔·沙龙；2000年至2001年试图在法国起诉利比亚总统穆阿迈尔·卡扎菲、刚果共和国总统德尼·萨苏-恩格索以及古巴领导人弗雷德·卡斯特罗；

¹ 联合王国高级法院，王座庭（分庭）：奥古斯托·皮诺切特·乌加特案，《国际法律资料》，第38卷（1999年），第68页及以下各页，详见第68页至第90页；联合王国上议院：女王诉巴特和大都会警务处处长及其他人—皮诺切特案单方审查程序，同上，第37卷（1998年），第1302页及以下各页，详见第1302页至第1339页；联合王国上议院：女王诉巴特和大都会警务处处长及其他人—皮诺切特案单方审查程序，同上，第38卷（1999年），第581页及以下各页，详见第581页至第663页。

² 例如，见A. Borghi., *L'immunité des dirigeants politiques en droit international*, Basel, Helbing & Lichtenhahn, 2003, pp. 361-369.

2001年试图在塞内加尔起诉乍得前总统侯赛因·哈布雷。³

3. 2002年，国际法院作出对2004年4月11日逮捕证案的判决。⁴ 判决中包含对该领域国际法现状的宝贵评估。

4. 目前国际法院正在审理法国国内的若干刑事诉讼程序案（刚果共和国诉法国）。该案的焦点也是国家高级官员的外国刑事管辖豁免问题。国际法院在2003年发布了一项有关临时措施问题的命令，这项命令对于正在讨论的本问题也具有意义。⁵

5. 在国际法院的上述判决之后，各国法院也作出了一些裁决，对审议本问题也有重要意义。例如，美国的上诉法院在2004年对涉及津巴布韦总统罗伯特·加布里埃尔·穆加贝和中国前领导人江泽民的案件作出最后判决。⁶ 尽管这些判决仅涉及

³ “1990年代后期有几个成为头条新闻的案件提出了对国家现任或前任元首的豁免限制问题”（P. Daillier and A. Pellet, *Droit international public (Nguyen Quoc Dinh)*, 7th ed., Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2002, p. 453)。

⁴ 2000年4月11日逮捕证案（刚果民主共和国诉比利时），判决，《2002年国际法院汇编》，第3页。判决的案文另见：www.icj-cij.org。

⁵ 法国国内的若干刑事诉讼程序案（刚果共和国诉法国），2003年6月17日的裁决，《2003年国际法院汇编》，第102页。裁决的案文另见：www.icj-cij.org。

⁶ *Tachiona v. United States*, 386 F.3d 205, 2004 U.S. A LEXIS 20879（第二巡回法院，2004年10月6日）（*Tachiona II*）；*Wei Ye v. Jiang Zemin*, 383 F.3d 620, 2004 U.S. A LEXIS 18944（第七巡回法院，2004年9月8日）。关于这些案件的评述，例如见S. Andrews, “U.S. Courts Rule on Absolute Immunity and Inviolability of Foreign Heads of State: The Cases against Robert Mugabe and Jiang Zemin”, *ASIL Insights (November 2004)*, www.asil.org/insights_2004.cfm。

民事管辖豁免，但对于审议刑事管辖豁免问题也有意义。

6. 应当指出，在上述法院审理案件的过程中以及在司法程序之外，包括代表行政当局的机关在内的各种国家机关都从国际法的角度多次表达了对本议题的立场。⁷

7. 当试图以严重违反人权（比如酷刑或灭绝种族）和国际人道主义法而起诉国家官员时，这类人的外国刑事管辖豁免问题往往引起公众的重大反应。某些国家最近试图对这类犯罪行使普遍管辖权。然而，无论是针对国际犯罪（或国际法规定的犯罪）行使普遍刑事管辖权，还是行使其他形式的管辖权，都会出现这个问题。例如，一国试图根据本国刑法起诉另一国的官员或前官员时，便会出现这个问题，这些人涉嫌实施虽然与大规模和严重侵犯人权无关但却针对行使管辖权的国家或其公民的罪行。

8. 最初，在人权问题引起注意很久以前，一国、一国代表或一国财产的豁免问题源自下述两方面之间的冲突：一方面，国家的权利源自国家主权平等原则，另一方面，国家对位于其领土范围内的代表或财产所享有的权利源自国家的完全领土管辖权原则。这一权利和原则冲突在今天似乎依然重要。的确，很明显可以认为它现在体现了与制定普遍的其他类型的国内刑事管辖权有关的新内容，包括在全球化背景下打击严重侵犯人权、恐怖主义、跨国犯罪、洗钱等方面所需要的域外管辖权。

9. 然而，尽管有这些相互关系，豁免和管辖问题却在性质上彼此独立，遵守不同的法律规范。如国际法院在上述判决中所指出的必须仔细区分关于国内法院管辖权的规则与关于司法豁免的规则：

⁷ 例如，2005年，关于乌克兰总理尤利娅·季莫申科计划访问俄罗斯联邦一事，由于俄罗斯联邦在她就任总理之前很久即就对其提起了刑事诉讼，因此俄罗斯联邦总检察长公开宣布了对她的俄罗斯联邦刑事豁免问题的官方立场。他特别指出，既然包括政府首脑在内的国家高级领导人享有豁免，因此如果乌克兰总理尤利娅·季莫申科希望访问俄罗斯，是不成问题的。他同时补充说，对季莫申科女士的刑事诉讼将被延期。直到2006年12月26日，因为诉讼时效已过，俄罗斯联邦军事总检察院才宣布撤销对这位乌克兰前总理的刑事诉讼 (<http://genproc.gov.ru>)。

有管辖权并不意味着不存在豁免，而不存在豁免也并不意味着有管辖权。因此，尽管各种防止和惩治某些严重犯罪的国际公约向各国施加了起诉或引渡的义务，因而要求各国扩张刑事管辖权，但管辖权方面的这种扩张绝不影响习惯国际法中的豁免。⁸ 最近关于本专题的一份出版物也指出，“处理违反国际法行为的法院必须首先区分管辖豁免与关于国内法院刑事管辖权的规则”。⁹ 豁免是对管辖权的阻碍，¹⁰ 因此需要单独分析。

10. 国际法学会在上个世纪末审议了国家高级官员的外国刑事管辖豁免问题，并通过了一项载有16项条款的决议。¹¹ 该决议与有关准备工作文件共同构成制定这一领域国际法的重要学说渊源。

11. 2004年12月2日，联合国大会以第59/38号决议通过了《联合国国家及其财产管辖豁免公约》。根据《公约》第2条第1款(b)项(一)目和(四)目，“国家”一词包括“国家政府的各种机关”和“以国家代表身份行事的国家代表”。同时，《公约》第3条第2款规定其“不妨碍根据国际法给予国家元首个人的特权和豁免”。但不完全清楚的是，这对其他官员的属人管辖豁免有何含义，特别是对政府首脑和外交部长这类高级官员。¹² 然而无论如何，上述决议第2段宣称，大会同意国家及其财产

⁸ 2000年4月逮捕证案(见上文脚注4)，第24页至第25页，第59段。

⁹ E. K. Bankas, *The State Immunity Controversy in International Law: Private Suits Against Sovereign States in Domestic Courts*, Berlin, Springer, 2005, p. 296.

¹⁰ 国家权利义务宣言草案第2条称：“各国有权对本国领土以及领土上的所有人和物行使管辖权，但以国际法所承认的豁免为限”(《1949年……年鉴》[英]，第287页，和大会1949年12月6日第375(IV)号决议的附件；另见《国际法委员会的工作》，第6版，第一卷(联合国出版物，出售品编号：E.O4.V.6)，附件四，第262页)。

¹¹ 《国际法学会年鉴》，温哥华会议，2000-2001年，第69卷(2001)，Paris: Pedone, 2001, 442-709。

¹² 委员会对委员会1991年通过的条款草案第3条的评注如下：“第2款旨在明确提及根据现行国际法给予外国君主或其他国家元首个人以私人身份所享有的豁免。作为国家机关或国家代表行为的君主或其他国家元首的国家管辖豁免则在第2条处理。第2条第1款(b)项和(b)项(五)项[《公约》中第(四)项]适用国家政府各种机关和国家代表，包括国家元首……。因此，第3条第2款的保留专指私人行为或国家实践所承认和给予的个人豁免和特权，但这并不意味着其地位受到本条款的任何影响。现行习惯法仍未被触及”(《1991年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第26页)。

管辖豁免特设委员会的一般性谅解，即《联合国国家及其财产管辖豁免公约》不涉及刑事诉讼。¹³ 特设委员会主席在向大会第五十九届会议提交报告时指出，《公约》不适用于存在特别豁免制度的情况，包括个人管辖豁免（特别法）。¹⁴

12. 特设国际刑事法庭的章程和规约（纽伦堡、东京、前南斯拉夫、卢旺达）和《国际刑事法院规约》中都载有剥夺国家官员、包括高级国家官员对这些国际机构管辖权的豁免条款。¹⁵ 然而，这里涉及的是国际刑事管辖权问题。¹⁶

13. 关于国家官员的外国国家刑事管辖豁免，下述公约的有关条款众所周知：1961年《维也纳外交关系公约》、1963年《维也纳领事关系公约》、1969年《特别使团公约》、1973年《关于防止和惩处侵害应受国际保护人员包括外交代表的罪行的公约》以及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》。然而，这些文书仅涉及本问题的某些具体方面。国家官员的外国刑事管辖豁免的主要国际法渊源是国际习惯。

B. 国际法委员会工作中的国家官员豁免问题

14. 委员会已经多次以不同形式处理过本专题。这体现在下述工作中：国家权利义务宣言草案；¹⁷ 《纽伦堡法庭章程》中承认的国际法原则草案；¹⁸

¹³ 关于这一问题的建议见于特设委员会报告的第14段，《大会正式记录，第五十九届会议，补编第22号》(A/59/22)。

¹⁴ 同上，第六委员会，第13次会议(A/C.6/59/SR.13)，第37段。

¹⁵ 《国际军事法庭宪章》第7条（见联合国，《条约汇编》，第82卷，第251号，第288页）；《远东国际军事法庭宪章》第6条（见 *Documents on American Foreign Relations*, vol.VIII, Princeton University Press, 1948, p.354）；《前南斯拉夫问题国际法庭规约》第7条第2款（见 S/25704，附件）；《卢旺达问题国际法庭规约》第6条第2款（见1994年11月8日安全理事会第955(1994)号决议，附件）；以及《罗马刑事法院规约》第27条。

¹⁶ 在逮捕证案中，国际法院似乎明确区别了国家高级官员的国际刑事管辖豁免与国内刑事管辖豁免两种情况（2000年4月11日逮捕证案（上文脚注4），第56段至第58段）。

¹⁷ 具体见第2条草案及其评注。（上文脚注10）。

¹⁸ 具体见第三条原则草案及其评注。《1950年……年鉴》[英]，第二卷，第192页。

1954年危害人类和平及安全治罪法草案；¹⁹ 1996年危害人类和平及安全治罪法草案；²⁰ 外交关系条款草案²¹ 和领事关系条款²² 以及豁免条款草案；特别使团条款草案；²³ 国家在其与国际组织关系中的代表权的条款草案；²⁴ 关于防止和惩治侵害外交官和其他国际保护人员的条款草案；²⁵ 以及上文所述国家及其财产管辖豁免条款草案。²⁶

15. 然而，委员会从来没有单独重点审议国家官员的外国刑事管辖豁免问题。²⁷

C. 国际法委员会应当审议国家官员的外国刑事管辖豁免问题吗？

16. 国家实践和各国法院判决、上述各项公约、国际法院在2000年4月11日逮捕证案中的判决、以及委员会迄今为止的工作似乎都证明：在这一领域存在着习惯国际法。尽管对本专题看法不同，我们认为这一结论也得到了国际法律学说的确认。²⁸

17. 国家官员，首先是国家高级官员实施犯罪，特别是实施大规模和严重违反人权或国际人道主义法的罪行，理应承担包括刑事责任在内的责任、这一点无疑是重要的。当国民权利受到犯罪行为侵害时，一国应当能够对犯罪嫌疑人行使刑事管辖权，这一点很重要。然而，基于普遍承认的国际

¹⁹ 具体见第3条草案及其评注。《1954年……年鉴》[英]，第二卷，第119页至第120页。

²⁰ 具体见第7条草案及其评注。《1996年……年鉴》，第二卷（第二部分），第28页至第29页。

²¹ 《1958年……年鉴》[英]，第二卷，第89页至第105页。

²² 《1961年……年鉴》[英]，第二卷，第89页至第128页。

²³ 具体见第21条原则草案及其评注。《1967年……年鉴》[英]，第二卷，第359页。

²⁴ 《1971年……年鉴》[英]，第一卷，第287页及之后各页；《1971年……年鉴》[英]，第二卷（第二部分），第101至第110页。

²⁵ 《1972年……年鉴》[英]，第二卷，第309页至第323页。

²⁶ 见上文脚注12。

²⁷ 在某个阶段曾经有人建议在国家及其财产管辖豁免条款草案中纳入一个关于君主或国家元首的外国刑事管辖豁免的规定。具体见特别报告员颂蓬·素差伊库关于这一专题的第七次报告中的条款草案第25条。《1985年……年鉴》[英]，第二卷（第一部分），第44页至第45页。

²⁸ 关于本专题的出版物简短目录附后。

法原则特别是国家主权平等原则的国家间关系应当稳定并且可预测，这也非常重要，因此代表本国行事的官员应对于其他国家独立。

18. 如果国际法委员会审议国家官员的外国刑事管辖豁免问题并提出对这一领域国际法内容的意见，则可以通过编纂和逐渐发展国际法为确保这些概念之间的适当平衡做出贡献。

D. 拟议专题的可能审议范围

19. 当委员会分析本专题时可特别审议下述问题：

(1) 讨论应仅限于国内司法豁免。如上所述，这一制度的法律体制不同于国际司法豁免的法律体制。

建议应将分析仅限于刑事管辖豁免。(同时，也可考虑在外国刑事管辖豁免问题上加上外国民事和行政的属人管辖豁免问题，比如上述国际法学会的条款草案中。²⁹)

当然，应当侧重于外国管辖豁免(众所周知，国内法律制度为国家某些官员规定了本国司法豁免)和国际法而不是国内法规定的豁免。

(2) 也许有必要为本专题之目的首先审议豁免(包括属事管辖豁免和属人管辖豁免)的概念和刑事管辖权(包括其基本原则的问题)的概念以及两者之间的关系。有人认为，在审议豁免问题之前必须审议管辖权问题；这特别是因为只有当国家拥有必要的管辖权时，才会产生管辖豁免问题。³⁰

应当界定委员会关于豁免性质的立场，无论是程序性的还是实质性的；也许还应界定委员会关于豁免是否具有强制性的立场。对后者的研究也许有益于审议国家官员的外国刑事管

辖豁免与具有绝对法地位的禁止酷刑、灭绝种族等行为的规则之间的关系。³¹

应当审议管辖豁免与其他具有类似成果的法律学说之间的关系，比如“国家行为”学说和“不可管辖”学说。³²

也可考察国家官员豁免与国家豁免及外交豁免之间的关系。

还必须分析“管辖豁免”、“不可侵犯”、“程序性强制实施措施豁免”和“执行豁免”等概念之间的关系。

委员会关于本专题工作的最后成果文件(无论其形式如何)中应当包括有关官员管辖豁免制度与刑事责任制度之间区别的规定。豁免并不意味着有罪不罚。³³

(3) 在本研究开始之初，必须审议国家官员外国刑事管辖豁免的原理这一基本问题。例如，豁免是否仅出于职能上的必要，即完全与国家官员所行使的职能相关？或者，重要的不仅是职能方面因素，而且以下事实也重要，例如，官员正代表一个主权国家与其他国家平等地参与国际关系以确保对所有国家都重要的稳定性？国家官员的豁免是否反映了该国源自主权的权利？或者，国家官员的外国刑事管辖豁免是否是拥有这类管辖权的国家由于承认在实践上有必要尊重国际礼节而同意不行使管辖权的结果？³⁴

³¹ 关于这些关系的问题，例如见大法庭就案情做出的判决，哈立德·阿德萨尼诉联合王国案，第35763/97号申请，2001年11月21日的判决，大法庭，欧洲人权法院，《判决和裁决汇编》，2001-XI，第56至第67段；特别是法官罗扎克斯和卡弗里斯的联合反对意见，法官威尔德哈勃、科斯塔、卡布拉尔·巴雷托和瓦吉克也加入了该意见。

³² 然而，重要的是铭记国家豁免也许作为不可受理主义或不可管辖主义、而非严格意义上的豁免而出现”(I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, 5th ed., Oxford University Press, 1998, p. 326)。例如另见 A. Bianchi, “豁免与人权：皮诺切特案”，《欧洲国际法学报》，第10卷，第2号(1999年)，第266至第270页。

³³ 关于这一问题，见2000年4月11日逮捕证案(上文脚注4)，第60段。

³⁴ 例如，Caplan认为国家豁免的基础是拥有领土管辖权的国家“实际礼让”的体现(见 L. M. Caplan, “State Immunity, Human Rights and jus cogens: a critique of the normative hierarchy theory”, *AJIL*, vol. 97, No. 4 (2003), pp. 741 et seq., at 745-757)。

²⁹ 见上文脚注11。

³⁰ 具体见2000年4月11日逮捕证案(上文脚注4)，法官希金斯、科尔曼斯和比尔根塔尔的联合单独意见，第3段至第5段。

国家官员豁免的依据能否等同于国家本身豁免的依据？³⁵ 本专题的审议逻辑将在很大程度上取决于国家官员的外国刑事管辖豁免背后的概念。

(4) 必须确定哪些国家官员享有这类豁免。国际法院在2000年4月11日逮捕证案中的判决提到外交部长与国家元首和政府首脑的豁免，这些人被引述为享有外国管辖豁免的国家高级官员。³⁶ 国际法学会的条款草案则仅提到国家元首和政府首脑。

委员会也可应尝试审议国家高级官员的豁免问题，包括国家元首和政府首脑以及外交部长（不过在这类情况下必须铭记：在准确界定哪些官员属于国家高级官员时明显将出现困难）。另一做法是不仅审议高级官员而且审查国家任何其他官员的豁免问题。

不过，委员会似乎最好首先侧重于国家元首和政府首脑以及外交部长。至少目前关于这一官员群体存在着足够的国家实践和学说（包括司法实践）。

必须同时审议现任官员和卸任官员的豁免问题。

此外，也可审议这些官员家庭成员的豁免问题，这也将是委员会审议的问题。

(5) 似乎可参照承认外国国家和政府及其首脑的专题来分析这种相关性。例如在曼努埃尔·诺列加案中，上诉法院指出，“地区法院驳回了诺列加关于国家元首豁免的申诉，认为美国政府从未承认诺列加为巴拿马合法的民选统治者。”³⁷

³⁵ 关于国际法院实践中的豁免的基础，包括官员豁免的基础，例如见 V. S. Vereschetin and C. J. Le Mon, “Immunities of Individuals under International Law in the jurisprudence of the International Court of Justice”, *The Global Community. Yearbook of International Law and Jurisprudence*, 2004, vol. I, pp. 77-89.

³⁶ 国际法上已经牢固确立的一点是：外交和领事官员、国家某些高级官员，比如国家元首、政府首脑和外交部长，享有民事和刑事两方面的外国管辖豁免”（2000年4月11日逮捕证案（上文脚注4），第51段）。

³⁷ 美国诉诺列加案（117 F.3d 1206; 47 Fed. R. Evid. Serv. (Callaghan) 786; 11 Fla. L. Weekly Fed. C 103).

(6) 本专题的核心问题是国家官员的外国刑事管辖豁免的范围和限度。在这方面可以列出一系列问题：

首先，个人享有豁免的期限（他或她任职的期限；他或她离职后的期限）。

其次，外国刑事管辖豁免所涵盖的国家官员的行为。公务行为，私人行为。区别这两类行为的标准。任职以前、任职期间和卸任之后所实施的行为。也可审议应受刑事处罚的行为，特别是国际犯罪能否被视为是公务行为的问题。³⁸

第三，解决国家官员的外国刑事管辖豁免问题是否取决于他或她在行使管辖权之国的境内还是境外实施犯罪？这是否取决于当行使外国刑事管辖权时，他或她处于刑事管辖权国家的境内或境外？

第四，豁免是否取决于官员在行使管辖权的该外国的领土范围内的身份性质（官方访问、私人访问、流放等等）。

第五，国家官员的外国刑事管辖豁免意味着外国不得对该人提起任何相关刑事诉讼，还是仅排除一些特定的刑事诉讼（具体而言，仅排除那些直接影响享有豁免者并限制他或她履行公务的能力的诉讼行为）？例如，从法国国内的若干刑事诉讼程序案（刚果共和国诉法国）中关于临时措施的裁决来看，国际法院并不认为国家元首的外国刑事管辖豁免构成能阻碍外国提起任何刑事诉讼。³⁹

第六，豁免是否取决于涉嫌官员所犯罪行的严重性？这一问题显然很关键，也可被视为豁免是否存在例外的问题。

³⁸ 例如，见2000年4月11日逮捕证案（上文脚注4），法官希金斯、科艾曼斯和比尔根塔尔的联合单独意见，第85段。

³⁹ 在任何情况下，法院都不认为在法国适用且被刚果共和国要求终止的关于刚果共和国官员的这些刑事诉讼侵犯了刚果因这些人拥有豁免而产生的权利。因此，法院并不认为有必要终止这些诉讼（见法国国内的若干刑事诉讼程序案（刚果共和国诉法国），临时措施，2003年6月17日的裁决，《2003年国际法院汇编》，第102页起，详见第109页至第110页，第30段至第35段）。

有一种观点认为，在最严重的违反国际法犯罪的情况中不存在豁免，包括对现任国家官员的豁免，例如，联合王国上议院在审议皮诺切特案期间就出现过这种观点，比利时在2000年4月11日逮捕证案中呈交国际法院的备忘录中也详细阐述了这种观点。⁴⁰ 甚至有人认为，对于国际犯罪，存在外国刑事管辖“无豁免”原则。⁴¹

不过，在国际法院看来，豁免阻碍了对现任高级官员行使外国刑事管辖，无论他或她涉嫌实施的罪行严重程度如何。⁴² 国际法学会编写的条款草案在涉及现任国家和政府首脑时也反映了这一观点。⁴³

应当注意的是，必须分开讨论与现任官员和卸任官员豁免的范围或限制有关的问题。

⁴⁰ 联合王国上议院：女王诉巴特利和大都会警务处处长及其他人—皮诺切特案单方审查程序（见上文脚注1），第581至第663页，详见第651页（米利特勋爵）和第661页（菲利普斯勋爵和沃思·马塔沃斯）；2000年4月11日逮捕证案（刚果民主共和国诉比利时），比利时王国的反诉状，2001年9月28日，www.icj-cij.org.，第3.5.10至3.5.150段。另见，例如，A. Watts, “The Legal Position in International Law of Heads of States, Heads of Governments and Foreign Ministers”，《海牙国际法学院教程汇编》，1994-III，第247卷，第82至第84页（然而必须牢记的是，阿瑟·沃特爵士演讲中的这一部分是专门论述国家元首的责任的）。另见2000年4月11日逮捕证案，判决（上文脚注4），哈苏奈法官的反对意见，第5至第7段。

⁴¹ Borghi, 前引书（上文脚注2），第287段至第331段。

⁴² 2000年4月11日逮捕证案，判决（上文脚注4），第56段至第61段。

⁴³ 见上文脚注11。具体见国际法学会通过的决议的第2条。

(7) 如果确定国家官员的外国刑事管辖豁免不包括该官员的不可侵犯性、强制措施豁免和执行豁免，那么问题在于是否应当在本专题的框架内审议这些问题。现在有可能审议位于行使刑事管辖权的外国领土上的官员之财产的强制措施与执行豁免问题。

(8) 有必要审议放弃豁免问题。显然，是国家而不是官员本身拥有放弃其豁免的权利。这一问题涉及哪个国家机构（在确定该机构时应适用哪种法律，是国内法，还是国际法？）以及国家有权以何种方式放弃其官员的豁免（明示放弃、暗示放弃、临时放弃、还是一般性放弃，例如通过缔结国际条约，等等）。

(9) 有必要审议委员会关于拟议专题的最后成果报告所应采取的形式问题。

如果委员会决定拟订条款草案，可考虑是否在其条款中纳入与以下两个问题有关的规定：

(10) 特别法。似乎任何条款草案都应载有一项规定，对条款草案与那些规定以不同方式管辖同一专题的特别条约制度之间的关系作出界定。

(11) 争端的解决。委员会也许认为有必要制定一项特别制度，以解决涉及国家官员的外国刑事管辖豁免的国际争端。

参考书目选编

- AKANDE, D. "International law immunities and the International Criminal Court", *AJIL*, vol. 98 (2004), 407-433.
- ALEBEEK, R. VAN: "The Pinochet case: international human rights law on trial", *BYBIL*, vol. 71 (2000), 29-70.
- AMBOS, K. "Impunity and international criminal law: a case study on Colombia, Peru, Bolivia and Argentina", *Human Rights Law Journal*, vol. 18, No. 1-4 (1997), 1-15.
- ASCENSIO, H., E. Decaux and A. Pellet (eds.). *Droit international pénal*, Paris, Pedone, 2000, 26-27, 84-87, 183-237.
- AVELLÁN HONRUBIA, V. "La responsabilité internationale de l'individu et les principes généraux du droit international", *Collected Courses of the Hague Academy of International Law, 1999*, vol. 280 (2000), 219-230.
- BAKER, B. "Twilight of impunity for Africa's presidential criminals", *Third World Quarterly*, vol. 25, No. 8 (2004), 1487-1499.
- BANKAS, E. K. *The State Immunity Controversy in International Law: Private Suits Against Sovereign States in Domestic Courts*, Heidelberg/Berlin, Springer, 2005.
- BARKER, J. C. "State immunity, diplomatic immunity and act of State: a triple protection against legal action?", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 47 (1998), 950-958.
- BASS, P. E. "Ex-Head of State immunity: a proposed statutory tool of foreign policy", *Yale Law Journal*, vol. 97, No. 2 (1987), 299-319.
- BASSIOUNI, Ch. *Introduction to International Criminal Law*, Ardsley (New York). Transnational Publishers, 2003, 64-89, 712-715.
- BIANCHI, A., "Immunity versus human rights: the Pinochet case", *European Journal of International Law*, vol. 10, No. 2 (1999), 237-277.
- . "Serious violations of human rights and foreign States' accountability before municipal courts", in L. Ch. Vohrah *et al.*(eds.), *Man's Inhumanity to Man: Essays on International Law in Honour of Antonio Cassese*, The Hague/London/New York, Kluwer Law International, 2003, 149-181.
- BOISTER, N. and R. Burchill. "The implications of the Pinochet decisions for the extradition or prosecution of former South African Heads of State for crimes committed under apartheid", *African Journal of International and Comparative Law/Revue Africaine de droit international et comparé*, vol. 11 (1999), 619-637.
- BOJIC, M. "Immunity of High State Representatives with regard to international crimes: are Heads of State, Heads of Government and Foreign Ministers still untouchable?", Master thesis, Faculty of Law, University of Lund, 2005.
- BORGHI, A. *L'immunité des dirigeants politiques en droit international*, Geneva, Helbing & Lichtenhahn, 2003.
- BOUTRUCHE, T. "L'affaire Pinochet ou l'internationalisation balbutiante de la justice", *L'Observateur des Nations Unies*, vol. 6 (1999), 77-103.
- BRÖHMER, J. *State Immunity and the Violation of Human Rights*, The Hague/Boston/London, Martinus Nijhoff, 1997, 29-32.

- BULLIER, A. J. “Y a-t-il encore une immunité pour chefs d’État et chefs de guerre en Afrique?”, *Afrique contemporaine*, vol. 194 (2000), 47–51.
- CAFLISCH, L. “Immunité de juridiction et respect des droits de l’homme”, in L. Boisson de Chazournes and V. Gowlland-Debbas (eds.), *The International Legal System in Quest of Equity and Universality: Liber Amicorum Georges Abi-Saab*, The Hague/London/Boston, Martinus Nijhoff, 2001, 651–676.
- CALLAN, E. M. “In re Mr. and Mrs. Doe: witnesses before the Grand Jury and the Head of State immunity doctrine”, *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 22 (1989), 117–139.
- CAPLAN, L. M. “State immunity, human rights, and *jus cogens*: a critique of the normative hierarchy theory”, *AJIL*, vol. 97 (2003), 741–781.
- CARA, J.-Y. “L’affaire Pinochet devant la Chambre des Lords”, *Annuaire français de droit international*, vol. 45 (1999), 72–100.
- CASEY, L. A. and D. B. Rivkin, JR. “The limits of legitimacy: the Rome Statute’s unlawful application to non-State parties”, *Virginia Journal of International Law*, vol. 44 (2003–2004), 63–89.
- CASSESE, A. *International Criminal Law*, New York, Oxford University Press, 2003, 264–274.
- . “Peut-on poursuivre des hauts dirigeants des États pour des crimes internationaux? À propos de l’affaire *Congo c/ Belgique* (C.I.J.)”, *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, vol. 3 (2002), 479–499.
- . and M. Delmas-Marty, *Juridictions nationales et crimes internationaux*, Paris, Presses Universitaires de France, 2002.
- CHINKIN, C. M., et al. “In re Pinochet”, *AJIL*, vol. 93 (1999), 690–711.
- 国际公法顾问委员会《会议报告》，第23次会议（斯特拉斯堡，2002年3月4日至5日）。
- COSNARD, M. “Les immunités du chef d’Etat”, in Société française pour le droit international, *Colloque de Clermont-Ferrand: le chef d’État et le droit international*, Paris, Pedone, 2002, 189–268.
- . “Quelques observations sur les décisions de la Chambre des Lords du 25 novembre 1998 et du 24 mars 1999 dans l’affaire Pinochet”, *Revue générale de droit international public* (1999–2), 309–328.
- COT, J.-P. “Éloge de l’indécision. La Cour et la compétence universelle”, *Revue belge de droit international*, vol. 35 (2002), 546–553.
- DANILENKO, G. M. “The Statute of the International Criminal Court and third States”, *Michigan Journal of International Law*, vol. 21, No. 3 (2000), 445–494.
- DAY, A. “Crimes against humanity as a nexus of individual and State responsibility: why the ICJ got *Belgium v. Congo wrong*”, *Berkeley Journal of International Law*, vol. 22 (2004), 489–512.
- DE SENA, P. “Immunity of State organs and defence of superior orders as an obstacle to the domestic enforcement of international human rights”, in B. Conforti and F. Francioni (eds), *Enforcing International Human Rights in Domestic Courts*, The Hague, Martinus Nijhoff, 1997, 367–403.
- . et al.(eds.) “Italian practice relating to international law: judicial decisions”, *Italian Yearbook of International Law*, vol. 8 (1988–1992), 43–57.
- DE SMET, L. and F. Naert. “Making or breaking international law? An international law analysis of Belgium’s Act concerning the punishment of grave breaches of international humanitarian law”, *Revue belge de droit international*, vol. 35 (2002), 471–511.

- DE SMET, S. "The immunity of Heads of States in US courts after the decision of the International Court of Justice", *Nordic Journal of International Law*, vol. 72, No. 3 (2003), 313–339.
- DELLAPENNA, J. W. "Head-of-state immunity – Foreign Sovereign Immunities Act – suggestion by the Department of State", *AJIL*, vol. 88 (1994), 528–532.
- DOMINICÉ, Ch. "Quelques observations sur l'immunité de juridiction pénale de l'ancien chef d'Etat", *Revue générale de droit international public* (1999–2), 297–308.
- DU PLESSIS, M. and S. Bosch "Immunities and universal jurisdiction – the World Court steps in (or on?)", *South African Yearbook of International Law*, vol. 28 (2003), 246–262.
- DUPUY, P.-M. "Crimes et immunités, ou dans quelle mesure la nature des premiers empêche l'exercice des secondes", *Revue générale de droit international public* (1999-2), 289–296.
- FASSBENDER, B. "*S. v. Berlin Court of Appeal and District Court of Berlin-Tiergarten*", *AJIL*, vol. 92, No. 1 (1998), 74–78.
- FENET, A. "La responsabilité pénale internationale du chef d'État", *Revue générale de droit*, vol. 32 (2002), 585–615.
- FITZGERALD, A. "The Pinochet case: Head of State immunity within the United States", *Whittier Law Review*, vol. 22, No. 4 (2001), 987–1028.
- FLAUSS, J.-F. "Droit des immunités et protection internationale des droits de l'homme", *Revue suisse de droit international et de droit européen*, vol. 10 (2000), 299–324.
- FOX, H. "The first Pinochet case: immunity of a former Head of State", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 48 (1999), 207–216.
- . "The resolution of the Institute of International Law on the immunities of Heads of State and Government", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 51 (2002), 119–125.
- . "Some aspects of immunity from criminal jurisdiction of the State and its officials: the *Blaškić* case", in L. Ch. Vohrah *et al.*(eds.), *Man's Inhumanity to Man: Essays on International Law in Honour of Antonio Cassese*, The Hague/London/New York, Kluwer Law International, 2003, 297–307.
- . *The Law of State Immunity*, Oxford/New York, Oxford University Press, 2002.
- GAETA, P. "Official capacity and immunities", in A. Cassese *et al.*(eds.) *The Rome Statute of the International Criminal Court: a Commentary*, vol. I, New York, Oxford University Press, 2002, 975–1002.
- GARNETT, R. "State immunity triumphs in the European Court of Human Rights", *The Law Quarterly Review*, vol. 118 (2002), 367–373.
- GEORGE, S. V. "Head-of-State immunity in the United States courts: still confused after all these years", *Fordham Law Review*, vol. 64, No. 3 (1995), 1051–1088.
- GROSSCUP, S. "The trial of Slobodan Milosevic: the demise of Head of State immunity and the specter of victor's justice", *Denver Journal of International Law and Policy*, vol. 32, No. 2 (2004), 355–381.
- HENZELIN, M. "L'immunité pénale des chefs d'État en matière financière. Vers une exception pour les actes de pillage de ressources et de corruption?", *Revue suisse de droit international et de droit européen*, vol. 12 (2002), 179–212.
- HICKEY, Ch. E. "The dictator, drugs and diplomacy by indictment: Head-of-State immunity in *United States v. Noriega*", *Connecticut Journal of International Law*, vol. 4, No. 3 (1989), 729–765.

- HOPKINS, J. "Immunity—Head of foreign State", *The Cambridge Law Journal*, vol. 57 (1998), 4–6.
- . "Former Head of foreign State—Extradition—Immunity", *The Cambridge Law Journal*, vol. 58, No. 3 (1999), 461–465.
- HOPKINS, K. "The International Court of Justice and the question of sovereign immunity: why the *Yerodia* case is an unfortunate ruling for the development of public international law", *South African Yearbook of International Law*, vol. 27 (2002), 256–263.
- INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL. "L'immunité de juridiction et d'exécution forcée des États étrangers", in H. Wehberg (ed.), *Tableau général des résolutions (1873–1956)*, Basel, Editions juridiques et sociologiques, 1957, 14–18.
- . *Annuaire*, vol. 69 (2000–2001), *Session of Vancouver*, 2001, Paris, Pedone, 441–709.
- 国际法协会 "关于对严重侵犯人权行为行使普遍管辖权的最后报告", 2000年7月25日至29日在伦敦举行的第六十九届会议报告, 2000年, 伦敦, 第403至第431页。
- JACKSON, V. C. "Suing the Federal Government: sovereignty, immunity, and judicial independence", *George Washington International Law Review*, vol. 35 (2003), 521–609.
- KAMTO, M. "Une troublante 'Immunité totale' du ministre des Affaires étrangères (Sur un aspect de l'arrêt du 14 février 2002 dans l'affaire relative au *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*)", *Revue belge de droit international*, vol. 35 (2002), 518–530.
- KITTICHAISAREE, K. *International Criminal Law*, New York, Oxford University Press, 2001, 43–63.
- KLINGBERG, V. "(Former) Heads of State before international(ized) criminal courts: the case of Charles Taylor before the Special Court for Sierra Leone", *German Yearbook of International Law*, vol. 46 (2003), 537–564.
- KNOOPS, G.-J. *Defenses in Contemporary International Criminal Law*, New York, Transnational Publishers, 2001, 70–72.
- KOFELE-KALE, N. *International Law of Responsibility for Economic Crimes: Holding Heads of State and Other High Ranking State Officials Individually Liable for Acts of Fraudulent Enrichment*, The Hague/London/Boston, Kluwer Law International, 1995.
- KOIVU, V. "Head-of-State immunity v. individual criminal responsibility under international law", *Finnish Yearbook of International Law*, vol. 12 (2001), 305–330.
- KOLLER, D. S. "Immunities of Foreign Ministers: paragraph 61 of the *Yerodia* judgment as it pertains to the Security Council and the International Criminal Court", *American University International Law Review*, vol. 20, No. 1 (2004–2005), 7–42.
- LABUSCHAGNE, J. M. T. "Diplomatic immunity: a jurisdictional or substantive-law defence?", *South African Yearbook of International Law*, vol. 27 (2002), 291–295.
- LANSING, P. and J. King Perry: "Should former government leaders be subject to prosecution after their term in office? The case of South African President P. W. Botha", *California Western International Law Journal*, vol. 30, No. 1 (1999), 91–115.
- LLOYD JONES, D. "Article 6 ECHR and immunities arising in public international law", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 52 (2003), 463–472.
- MALLORY, J. L. "Resolving the confusion over Head of State immunity: the defined rights of kings", *Columbia Law Review*, vol. 86 (1986), 169–197.
- MANGU, A. "Immunities of Heads of State and Government: a comment on the indictment of Liberia's president Charles Taylor by the Special Court for Sierra

- Leone and the reaction of the Ghanaian Government”, *South African Yearbook of International Law*, vol. 28 (2003), 238–245.
- MCLACHLAN, C. “The influence of international law on civil jurisdiction”, *Hague Yearbook of International Law/Annuaire de La Haye de droit international*, vol. 6 (1993), 125–144.
- . “Pinochet revisited”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 51 (2002), 959–966.
- MITCHELL, A. D. “Leave your hat on? Head of State immunity and Pinochet”, *Monash University Law Review*, vol. 25 (1999), 225–256.
- MOREAU DEFARGES, Ph. “Punir les tyrans”, *Défense nationale*, vol. 55 (1999), 46–54.
- MURPHY, S. D.(ed.), “Contemporary practice of the United States relating to international law”, *AJIL*, vol. 95 (2001), 873–903.
- . “Head-of-State immunity for former Chinese President Jiang Zemin”, *AJIL*, vol. 97 (2003), 974–977.
- NEIER, A. “Accountability for State crimes: the past twenty years and the next twenty years”, *Case Western Reserve Journal of International Law*, vol. 35 (2003), 351–362.
- NICHOLLS, C. “Reflections on Pinochet”, *Virginia Journal of International Law*, vol. 41, No. 1 (2000), 140–151.
- O’NEILL, K. C. “A new customary law of Head of State immunity?: Hirohito and Pinochet”, *Stanford Journal of International Law*, vol. 38, No. 2 (2002), 289–317.
- ORREGO VICUÑA, F. “Diplomatic and consular immunities and human rights”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 40 (1991), 34–48.
- PANHUYS, H. F. VAN “In the borderland between the act of State doctrine and questions of jurisdictional immunities”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 13 (1964), 1193–1213.
- PENROSE, M. M. “It’s good to be the king!: Prosecuting Heads of State and former Heads of State under international law”, *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 39, No. 1 (2000), 193–220.
- PIERSON, Ch. “Pinochet and the end of immunity: England’s House of Lords holds that a former Head of State is not immune for torture”, *Temple International and Comparative Law Journal*, vol. 14 (2000), 263–326.
- PROUVÈZE, R. “Les tribunaux pénaux internationaux à l’aube du XXIème siècle: l’affaire *milosevic* ou la difficile recherche d’un véritable rôle de juridiction pénale internationale”, *L’Observateur des Nations Unies*, No. 11 (2001), 201–221.
- . “L’affaire relative au Mandat d’arrêt du 11 avril 2000 (RDC c. Belgique): Quelle contribution de la Cour internationale de justice au droit international pénal?”, *L’Observateur des Nations Unies*, No. 12 (2002), 285–309.
- PRZETACZNIK, F. “Protection of foreign officials”, *Revue égyptienne de droit international*, vol. 33 (1977), 113–151.
- . “Basic principles of international law concerning the protection of officials of foreign States”, *Revue de droit international, de sciences diplomatiques et politiques*, vol. 69 (1991), 51–81.
- RANDALL, K. C. “Book Review: *Universal Jurisdiction: National Courts and the Prosecution of Serious Crimes Under International Law*”, *AJIL*, vol. 99 (2005), 293–298.
- RAU, M. “After *Pinochet*: foreign sovereign immunity in respect of serious human rights violations – the decision of the European Court of Human Rights in

- Al-Adsani case”, *German Law Journal*, vol. 3, No. 6 (2002).
- ROBERTSON, G. *Crimes against Humanity: the Struggle for Global Justice*, London, Allen Lane the Penguin Press, 1999, 190–224, 342–407.
- RODLEY, N. S. “Breaking the cycle of impunity for gross violations of human rights: the Pinochet case in perspective”, *Nordic Journal of International Law*, vol. 69 (2000), 11–26.
- ROUSSEAU, Ch. *Droit international public. Tome IV: Les relations internationales*, Paris, Sirey, 1980, 8–19, 123–126, 171–210, 247–263.
- SALMON, J. “Libres propos sur l’arrêt de la C.I.J. du 14 février 2002 dans l’affaire relative au Mandat d’arrêt du 11 avril 2000 (R.D.C. c. Belgique)”, *Revue belge de droit international*, vol. 35 (2002), 512–517.
- . and E. David. “Chef d’Etat, Chef de Gouvernement, ministre des Affaires étrangères”, in N. Angelet (ed.), “La pratique du pouvoir exécutif et le contrôle des chambres législatives en matière de droit international (1995–1999)”, *Revue belge de droit international*, vol. 35 (2002), 122–125.
- SANDS, Ph. “What is the ICJ for?”, *Revue belge de droit international*, vol. 35 (2002), 537–545.
- . “After Pinochet: the role of national courts”, in Ph. Sands (ed.), *From Nuremberg to The Hague: the Future of International Criminal Justice*, Cambridge University Press, 2003, 68–108.
- . “International law transformed? From Pinochet to Congo...?”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 16 (2003), 37–53.
- SASSOLI, M. “L’arrêt Yerodia: quelques remarques sur une affaire au point de collision entre les deux couches du droit international”, *Revue générale de droit international public*, vol. 106 (2002), 797–817.
- SEARS, J. M. “Confronting the ‘culture of impunity’: immunity of Heads of State from Nuremberg to *ex parte Pinochet*”, *German Yearbook of International Law*, vol. 42 (1999), 125–146.
- SHAW, M. N. “The Yerodia case: remedies and judicial function”, *Revue belge de droit international*, vol. 35 (2002), 554–559.
- . *International Law*, 5th ed., Cambridge University Press, 2003, 655–667.
- SHELTON, D. *Remedies in International Human Rights Law*, New York, Oxford University Press, 1999, 64–92.
- SIMBEYE, Y. *Immunity and International Criminal Law*, Aldershot/Burlington, Ashgate, 2004.
- SISON, G. “A king no more: the impact of the Pinochet decision on the doctrine of Head of State immunity”, *Washington University Law Quarterly*, vol. 78 (2000), 1583–1602.
- SOCIÉTÉ FRANÇAISE POUR LE DROIT INTERNATIONAL *Colloque de Clermont-Ferrand: le Chef d’État et le droit international*, Paris, Pedone, 2002.
- STONE, C. R. “Head of State immunity—new standard on a narrow issue—waiver of Head of State immunity: *In re: Grand Jury Proceedings, John Doe #700*”, *Suffolk Transnational Law Journal*, vol. 12 (1988–1989), 491–502.
- SUMMERS, M. A. “The International Court of Justice’s decision in *Congo v. Belgium*: how has it affected the development of a principle of universal jurisdiction that would obligate all States to prosecute war criminals?”, *Boston University International Law Journal*, vol. 21, No. 1 (2003), 63–100.
- THOMAS, K. R. and J. Small “Human rights and State immunity: is there immunity from civil liability for tor-

- ture?", *Netherlands International Law Review*, vol. 50 (2003), 1–30.
- TOMONORI, M. "The individual as beneficiary of State immunity: problems of the attribution of *ultra vires* conduct", *Denver Journal of International Law and Policy*, vol. 29, No. 3/4 (2001), 261–287.
- TOMUSCHAT, C. "General course on public international law", *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 1999, vol. 281 (2001), 176–183.
- TONER, P. J. "Competing concepts of immunity: the (r) evolution of the Head of State immunity defense", *Penn State Law Review*, vol. 108, No. 3 (2004), 899–927.
- TRIFFTERER, O.(ed.). *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers' Notes, Article by Article*, Baden-Baden, Nomos, 1999, 501–514.
- TUNKS, M. A. "Diplomats or defendants? Defining the future of Head of State immunity", *Duke Law Journal*, vol. 52, No. 3 (2002), 651–682.
- VERHOEVEN, J. "Quelques réflexions sur l'affaire relative au Mandat d'arrêt du 11 avril 2000", *Revue belge de droit international*, vol. 35 (2002), 531–536.
- VILLALPANDO, S. "L'affaire Pinochet: beaucoup de bruit pour rien? L'apport au droit international de la décision de la Chambre des Lords du 24 mars 1999", *Revue Générale de droit international public*, vol. 104 (2000), 393–427.
- WALSH, N. M. "The President and Foreign Minister of Zimbabwe are entitled to Head-of-State immunity under United States and international law, but their political party is not immune and was properly served by notice of process on it in New York", *New York International Law Review*, vol. 15, No. 2 (2002), 91–99.
- WARBRICK, C. "Immunity and international crimes in English law", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 53 (2004), 769–774.
- WATTS, A. "The legal position in international law of Heads of States, Heads of Governments and Foreign Ministers", *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 1994-III, vol. 247 (1995), 52–63.
- WELLER, M. "On the hazards of foreign travel for dictators and other international criminals", *International Affairs*, vol. 75, No. 3 (1999), 599–617.
- WEYEMBERGH, A. "Sur l'ordonnance du juge d'instruction Vandermeersch rendue dans l'affaire Pinochet le 6 novembre 1998", *Revue belge de droit international*, vol. 32 (1999), 178–204.
- WHITE, M. "Pinochet, universal jurisdiction, and impunity", *Southwestern Journal of Law and Trade in the Americas*, vol. 7 (2000), 209–226.
- WHOMERSLEY, C. A. "Some reflections on the immunity of individuals for official acts", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 41 (1992), 848–858.
- WICKREMASINGHE, C. "Difference relating to immunity from legal process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 49 (2000), 724–730.
- WILSON, R. A. "Diplomatic immunity from criminal jurisdiction: essential to effective international relations", *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Journal*, vol. 7, No. 1 (1984), 113–138.
- WILSON, R. J. "Prosecuting Pinochet: international crimes in Spanish domestic law", *Human Rights Quarterly*, vol. 21, No. 4 (1999), 927–979.
- WOUTERS, J. "The judgement of the International Court of Justice in the *Arrest Warrant* case: some critical

- remarks”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 16 (2003), 253–267.
- YANG, X. “Immunity for international crimes: a reaffirmation of traditional doctrine”, *The Cambridge Law Journal*, vol. 61 (2002), 242–246.
- . “State immunity in the European Court of Human Rights: reaffirmations and misconceptions”, *BYBIL*, vol. 74 (2003), 333–408.
- ZAPPALÀ, S. “Do Heads of State in office enjoy immunity from jurisdiction for international crimes? The *Ghaddafi* case before the French *Cour de Cassation*”, *European Journal of International Law*, vol. 12, No. 3 (2001), 595–612.
- ZIMAN, G. M. “Holding foreign Governments accountable for their human rights abuses: a proposed amendment to the Foreign Sovereign Immunities Act of 1976”, *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Journal*, vol. 21, No. 1 (1999), 185–213.
- ZUPPI, A. L. “Immunity v. universal jurisdiction: the *Yerodia Ndombasi* decision of the International Court of Justice”, *Louisiana Law Review*, vol. 63, No. 2 (2003), 309–339.

附件二

国际组织的管辖豁免

(乔治·加亚)

1. 1969年《维也纳条约法公约》的通过以及2001年通过国家对国际不法行为的责任条款草案都促使委员会对国际组织问题开展类似的研究。大会2004年12月2日第59/38号决议最近通过了《联合国国家及其财产管辖豁免公约》，使委员会有机会重新考虑是否应研究国际组织的管辖豁免问题。

2. 作为“国家与国际组织之间关系”研究的一部分，本专题载列于委员会议程长达三十年之久。该专题的第二部分题为“国际组织及其代表的地位、特权和豁免”，由阿卜杜拉·埃里安先生和列奥纳多·迪亚斯·冈萨雷斯先生先后担任其特别报告员。条款草案已提交起草委员会，但是没有退转回全体会议。委员会于1992年决定“暂时搁置国家或国际组织似乎不认为迫切需要审议的专题”。¹

3. 的确，许多国际组织的组成文书、特权和豁免议定书或总部协定都规定了豁免。但是，这些规定通常很笼统。另外，各国法庭经常面临豁免问题，而且这些法庭在这方面不受任何条约拘束。本专题的意义也在于许多国际组织的活动日益增多。例如，在与之订立有效总部协定的国家的领土之外安排会议的做法也引起了一些问题。

4. 一些法庭已经宣称存在豁免国际组织的一般国际法义务。日内瓦劳工法庭在 *ZM* 诉阿拉伯国家联盟常驻联合国代表团案中指出，² “无论全球性的还是区域性的国际组织都享有绝对的管辖豁免”。荷兰最高法院在 *伊朗 - 美国索赔法庭诉 AS* 案中称：

¹ 《1992年……年鉴》，第二卷（第二部分），第57页，第362段。

² *ZM* 诉阿拉伯国家联盟常驻联合国代表团案，1993年11月17日的判决，《1993年国际法院汇编》，第116卷，第643页及以下各页，详见第647页。

“即使不存在条约[……]，根据非书面国际法，经东道国同意，任何情况下国际组织在其所在地国都有权依据上述条约中一般规定的相同理由享有管辖豁免特权”。³ 在 *T.M.* 诉阿拉伯国家联盟案中，比利时宪法法院援引了一般国际法原则或具体协定赋予国际组织的豁免。⁴

5. 哥伦比亚地区上诉法院在 *韦德纳诉国际通信卫星组织案*⁵ 和菲律宾最高法院在一系列判决中都做出了类似裁决。例如，在 *东南亚渔业发展中心诉阿科斯塔案* 中，菲律宾最高法院指出“国际组织的基本豁免之一是当地管辖豁免，也即不受其所在国法庭发出的法律令状和诉讼的约束”。⁶

6. 上面提到的这类先例说明，无论是基于编纂还是逐渐发展，都有必要对国家实践做一个彻底研究，以得出适当结论。

7. 研究国际组织的管辖豁免不是简单地确认管辖国家豁免的规则在何种程度上也可适用于国际组织。必须从可用于根据组织的规则或仲裁协定而对组织提起求偿的补救措施这一角度研究国际组织的豁免问题。必须避免出现司法不公的风险。因此，例如，在上述的日内瓦劳工法庭的判决中，法庭考虑了是否存在“诉诸被告组织行政庭的真实可

³ *伊朗 - 美国索赔法庭诉 AS* 案，1985年12月20日的判决，同上，第94卷，第327页及以下各页，详见第329页。

⁴ *T.M.* 诉阿拉伯国家联盟案，2001年12月3日的判决，见 www.cassonline.be。

⁵ *韦德纳诉国际通信卫星组织案*，1978年9月21日的判决，《国际法律汇编》，第63卷，第191页及以下各页。

⁶ *东南亚渔业发展中心诉阿科斯塔案*，1993年9月2日的判决，见 www.lawphil.net。

能性”。⁷ 最近，在皮斯特里诉欧洲大学学院案中，意大利最高法院判定，如果国际组织的规则保证“在独立和公正法庭上对同样的权利和利益给予司法保护”，就可以接受对国际组织的管辖豁免。⁸

8. 本专题提出的主要问题

— 本项研究旨在审议的国际组织定义。

— 诉讼管辖豁免。特别是：豁免生效的模式、同意行使管辖权、参与法院诉讼的效果、反诉；有关商业交易、雇佣协议、财产案件、参与公司或其他集体的问题；仲裁协定的效力。

— 涉及法院诉讼的限制措施的豁免。

— 与国际组织豁免有关的对自然人和法人权利的保护。特别是替代争端解决方法的作用。

9. 适用的条约、一般原则、相关立法或司法判决

上文有少数内容提及条约、国家立法和司法判决中的趋势。尽管条约和立法仅涉及数量有限的组织，但一些司法判决也审查一般意义上的国际组织管辖豁免问题。

10. 现行学说

对于是否存在关于国际组织豁免的一般国际法规则，目前存在意见分歧。尽管一些研究依然否认任何这类规则的存在，⁹ 但最近著作中的主流趋势

倾向于承认某种形式的豁免¹⁰——有时甚至是绝对豁免——是国际法的一部分。执行管辖豁免得到了更广泛的承认。¹¹ 见后附的参考书目选编。

11. 制定公约草案的益处

考虑到在许多情况下不能适用与国际组织豁免有关的条约而且大多数条约的规定具有笼统性，让涉及国际组织豁免的国际法规则更易于确认将符合所有关切方的利益。应酌情适当考虑逐渐发展的需要。国际组织的经济活动日益重要，经常与私营部门直接竞争，使该问题变得更为迫切。

一旦保留这一专题，则应制定一项公约草案。该公约草案将与《联合国国家及其财产管辖豁免公约》共同适用。

Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1990, p. 122; De Bellis, *L'immunità delle organizzazioni internazionali dalla giurisdizione*, Bari, Cacucci Editore, 1992, p. 18; P. Klein, *La responsabilité des organisations internationales dans les ordres juridiques internes et en droit des gens*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 230; 和 H. Fox, *The Law of State Immunity*, Oxford University Press, 2002, p. 469.

¹⁰ 见 J.-F. Lalive, “国家和国际组织的管辖豁免”, 《海牙国际法学院教程汇编》, 1953-III, 第 84 卷 (1955 年), 第 209 页起, 详见第 304 页; E. H. Fedder, “The functional Basis of International Privileges and Immunities: A New Concept in International Law and Organization”, *American University Law Review*, vol. 9 (1960), pp. 60-69; 和 B. Conforti, *Diritto Internazionale*, Naples, Editoriale Scientifica, 2002, p. 259. Dominicé 认为习惯法规则仅对联合国和特殊机构存在 (见 Ch. Dominicé, “国际组织的管辖和执行豁免”, 《海牙国际法学院教程汇编》, 1984-IV, 第 187 卷 (1985 年), 第 145 页及以下各页, 详见第 220 页)。

¹¹ 见 F. Schröder, “Sull'applicazione alle organizzazioni internazionali dell'immunità statale dalle misure esecutive”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, vol. 13 (1977), pp. 575 *et seq.*, at p. 584; Dominicé, 前引文 (见上文脚注 10), 第 225 页; J. Moussé, *Le contentieux des organisations internationales et de l'Union européenne*, Brussels, Établissements Émile Bruylant, 1997, pp. 376-377; 和 C. Zanghi, *Diritto delle Organizzazioni internazionali*, Turin, G. Giappichelli Editore, 2001, p. 330.

⁷ ZM 诉阿拉伯国家联盟常驻联合国代表团案 (上文脚注 2), 第 649 页。

⁸ 皮斯特里诉欧洲大学学院案, 2005 年 10 月 28 日的判决, 《国际法杂志》, 第 89 卷 (2006 年), 第 248 页及以下各页, 详见第 254 页。

⁹ 见 P. Glavinis, *Les litiges relatifs aux contrats passés entre organisations internationales et personnes privées*, Paris,

参考书目选编*

- ABRAHAMSON, N. G. "Waiver of immunity for World Bank denied: *Mendaro v. The World Bank*", *Suffolk Transnational Law Journal*, vol. 8 (1984), 413-422.
- AHLUWALIA, K. *The Legal Status, Privileges and Immunities of the Specialized Agencies of the United Nations and Certain Other International Organizations*, The Hague, Martinus Nijhoff, 1964, 230 p.
- AKEHURST, M. "Settlement of claims by individuals and companies against international organisations", *Yearbook of Association of Attenders and Alumni of the Hague Academy of International Law* (1967-1968), vol. 37/38 (1969), 69-98.
- AMERASINGHE, C. F. *The Law of the International Civil Service as Applied by International Administrative Tribunals*, Oxford University Press, 1994.
- . *Principles of the Institutional Law of the International Organizations*, Cambridge University Press, 1996, 519 p.
- ARCHER, C. *International Organizations*, London/New York, Routledge, 1992, 205 p.
- ARISTODEMOU, M. "Applicability of article VI, section 22, of the Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 41 (1992), 695-701.
- ARSANJANI, M. H. "Claims against international organizations: quis custodiet ipsos custodes", *The Yale Journal of World Public Order*, vol. 7, No. 2 (1981), 131-176.
- AUFRICHT, H. "The expansion of the concept of sovereign immunity: with special reference to international organizations", *Proceedings of the American Society of International Law at its Forty-sixth Annual Meeting held at Washington, D. C. (April 24-26, 1952)*, Washington D.C., American Society of International Law, 1952, 85-100.
- BARDOS, R. "Judicial abstention through the act of State doctrine. *International Association of Machinists v. Organization of Petroleum Exporting Countries*", *The International Trade Law Journal*, vol. 7, No. 1 (1981-1982), 177-192.
- BATTAGLIA, R. M. "Jurisdiction over NATO employees", *The Italian Yearbook of International Law*, vol. 4 (1978-1979), 166-184.
- BAXTER, R. R. "Jurisdiction over visiting forces and the development of international law", *Proceedings of the American Society of International Law at its Fifty-second Annual Meeting held at Washington, D. C. (April 24-26, 1958)*, Washington D.C., American Society of International Law, 1958, 174-180.
- BEDERMAN, D. J. "The souls of international organizations: legal personality and the lighthouse at Cape Spartel", *Virginia Journal of International Law*, vol. 36 (1995), 275-377.
- BEKKER, P. *The Legal Position of Intergovernmental Organization: a Functional Necessity Analysis of their Legal Status and Immunities*, Dordrecht/Boston, Martinus Nijhoff, 1994, 265 p.
- BENTIL, J. K. "Involvement of an international organization in litigation in England", *Litigation*, vol. 8, No. 3 (1989), 90-97.
- . "Suing an international organisation for debt payment", *The Solicitor's Journal*, vol. 134 (1990), 475-479.

* 由意大利比萨大学博士生 Stefano Dorigo 编写。

- BERTRAND, C. “La nature juridique de l’Organisation pour la Sécurité et la Coopération en Europe (OSCE)”, *Revue générale de droit international public*, vol. 102, No. 2 (1998), 365–406.
- BISCOTTINI, G. *Il diritto delle organizzazioni internazionali*, vol. I, Padova, CEDAM, 1971, 185 p.
- BOWETT, D. *The Law of International Institutions*, 4th ed., London, Stevens, 1982, 431 p.
- BRADLOW, D. D. “International organizations and private complaints: the case of the World Bank Inspection Panel”, *Virginia Journal of International Law*, vol. 34 (1994), 553–613.
- BROWER, C. H., II “International immunities: some dissident views on the role of municipal courts”, *Virginia Journal of International Law*, vol. 41 (2000), 1–92.
- BYK, C. “Case note to *Hintermann v. UEO*”, *Journal du droit international*, vol. 124 (1997), 141–151.
- CAHIER, Ph. *Étude des accords de siège conclus entre les organisations internationales et les Etats où elles résident*, Milan, A Giuffrè, 1959, 449 p.
- CANE, P. “Prerogative acts, acts of State and justiciability”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 29 (1980), 680–700.
- CASSESE, A. “L’immunité de juridiction des organisations internationales dans la jurisprudence italienne”, *Annuaire français de droit international*, vol. 30 (1984), 556–566.
- CHANDRASEKHAR, S. “Cartel in a can: the financial collapse of the International Tin Council”, *Northwestern Journal of International Law and Business*, vol. 10, No. 2 (1989), 309–332.
- CHEN, K. “The legal status, privileges and immunities of the specialized agencies”, *AJIL*, vol. 42 (1948), 900–906.
- CHEYNE, I. “Status of international organisations in English law”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 40 (1991), 981–983.
- CULLY, K. “Jurisdictional immunities of intergovernmental organizations”, *The Yale Law Journal*, vol. 91, No. 6 (1982), 1167–1195.
- D’ ARGENT, P. “Jurisprudence belge relative au droit international public (1993–2003)”, *Revue belge de droit international*, vol. 36, No. 2 (2003).
- DAVID, E. “Ligue des Etats arabes c. T... M...(Observations)”, *Journal des tribunaux*, No. 6020 (2001), 610–613.
- . “Bruxelles (9^e ch.) 4 mars 2003 (Observations: Une décision historique?)”, *Journal des tribunaux*, No. 6110 (2003), 686–687.
- DE BELLIS, S. *L’immunità delle organizzazioni internazionali dalla giurisdizione*, Bari, Cacucci Editore, 1992.
- DE VISSCHER, P. “De l’immunité de juridiction de l’Organisation des Nations Unies et du caractère discrétionnaire de la compétence de protection diplomatique”, *Revue critique de jurisprudence belge* (1971), 456–462.
- DISTEFANO, G. “La CICR et l’immunité de juridiction en droit international contemporain: fragments d’investigation autour d’une notion centrale de l’organisation internationale”, *Revue Suisse de droit international et de droit européen*, vol. 3 (2002), 355–370.
- DOMINICÉ, C. “L’immunité de juridiction et d’exécution des organisations internationales”, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 187 (1984), 145–238.
- . “L’arbitrage et les immunités des organisations internationales”, in C. Dominicé, R. Patry, C. Reymond

- (eds.), *Études de droit international en l'honneur de Pierre Lalive*, Basel, Helbing and Lichtenhahn, 1993, 483–497.
- . “Problèmes actuels des immunités juridictionnelles internationales”, in J. Cardona Llorens (ed.), *Cours Euro-Méditerranéens Bancaja de Droit international*, vol. II (1998), Castellón de la Plana, Aranzadi, 1999, 305–348.
- . “Observations sur le contentieux des organisations internationales avec des personnes privées”, *Annuaire français de droit international*, vol. 45 (1999), 623–648.
- DROUILLAT, R. “L’actualité judiciaire. L’immunité de juridiction des organismes internationaux”, *Recueil Sirey. Jurisprudence* (1954), 97.
- DUFFAR, J. *Contribution à l’étude des privilèges et immunités des organisations internationales*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1982, 392 p.
- DURANTE, F. and E. Spatafora: *Gli Accordi di Sede. Immunità et privilegi degli enti e dei funzionari internazionali in Italia*, Milan, Giuffrè, 1993, 512 p.
- EBENROTH, C. T. “Shareholders’ liability in international organizations – the settlement of the International Tin Council case”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 4 (1991), 171–183.
- EHRENFELD, A. “United Nations immunity distinguished from sovereign immunity”, *Proceedings of the American Society of International Law at its Fifty-second Annual Meeting held at Washington, D.C. (April 24–26, 1958)*, Washington D.C., American Society of International Law, 1958, 88–94.
- EISEMANN, P. M. “Crise du Conseil international de l’étain et insolvabilité d’une organisation intergouvernementale”, *Annuaire français de droit international*, vol. 31 (1985), 730–746.
- FARRUGIA, A. “Boiman v. United Nations General Assembly: international organizations immunity is absolutely not restrictive”, *Brooklyn Journal of International Law*, vol. 15, No. 2 (1989), 497–525.
- FEDDER, E. H. “The functional basis of international privileges and immunities: a new concept in international law and organization”, *American University Law Review*, vol. 9, No. 1 (1960), 60–69.
- FISCHER, G. “Organisation internationale du travail. Privilèges et immunités”, *Annuaire français de droit international* (1955), 385–392.
- FLAUSS, J.-F. “Contentieux de la fonction publique européenne et Convention européenne des droits de l’homme”, in J.-F. Flauss and P. Wachsmann (eds.), *Le droit des organisations internationales. Recueil d’études à la mémoire de Jacques Schwob*, Brussels, Bruylant, 1997, 157–173.
- . “Droit des immunités et protection internationale des droits de l’homme”, *Revue suisse de droit international et de droit européen* (2000), 299–324.
- FOX, H. *The Law of State Immunity*, Oxford University Press, 2002, 572 p.
- FREYMOND, P. “Remarques sur l’immunité de juridiction des organisations internationales en matière immobilière”, *Die Friedens-Warte. Blätter für internationale Verständigung und zwischenstaatliche Organisation*, vol. 53, No. 4 (1956), 365–379.
- GAILLARD, E. “Convention d’arbitrage et immunités de juridiction et d’exécution des Etats et des organisations internationales”, *Bulletin de l’Association Suisse d’Arbitrage*, vol. 18, No. 3 (2000), 471–481.
- GAJA, G. “L’esecuzione su beni di Stati esteri: l’Italia paga per tutti?”, *Rivista di diritto internazionale*, vol. 68, No. 2 (1985), 345–347.

- GLAVINIS, P. *Les litiges relatifs aux contrats passés entre organisations internationales et personnes privées*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1990, 271 p.
- GLAZER, J. H. "A functional approach to the international finance corporation", *Columbia Law Review*, vol. 57, No. 8 (1957), 1089–1112.
- GLENN, G. H., M. M. Kearney and D. J. Padilla, "Immunities of international organizations", *Virginia Journal of International Law*, vol. 22, No. 2 (1982), 247–290.
- GOETTEL, J. G. "Is the International Olympic Committee amenable to suit in a United States Court?", *Fordham International Law Journal*, vol. 7, No. 1 (1983–1984), 61–82.
- GORDON, M. "International organizations: immunity – *Broadbent v. Organization of American States*", *Harvard International Law Journal*, vol. 21, No. 2 (1980), 552–561.
- GREGORIDES, F. *Die Privilegien und Immunitäten der internationalen Beamten, mit besonderer Berücksichtigung der Rechtslage in Österreich*, Vienna, [s.n.], 1972, 214 p.
- GRIFFITH, J. C., Jr. "Restricting the immunity of international organizations in labor disputes: reforming an obsolete shibboleth", *Virginia Journal of International Law*, vol. 25, No. 4 (1985), 1007–1033.
- HABSCHEID, W. J. "Die Immunität internationaler Organisationen im Zivilprozess", *Zeitschrift für Zivilprozess* (1997), 269–286.
- HAILBRONNER, K. "Immunity of international organizations from German national jurisdiction", *Archiv des Völkerrechts* (2004), 329–342.
- HAMMERSCHLAG, D. "*Morgan v. International Bank for Reconstruction and Development*", *Maryland Journal of International Law and Trade*, vol. 16, No. 2 (1992), 279–303.
- HENDERSON, F. W. "How much immunity for international organizations? *Mendaro v. World Bank*", *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, vol. 10 (1985), 487–497.
- JENKS, C. W. *International Immunities*, London, Stevens and Sons, 1961.
- KING, J. K. *The Privileges and Immunities of the Personnel of International Organizations*, Odense, Strandberg Bogtryk, 1949.
- KLABBERS, J. *An Introduction to International Institutional Law*, Cambridge University Press, 2002.
- KLEIN, P. *La responsabilité des organisations internationales dans les ordres juridiques internes et en droit des gens*, Brussels, Bruylant, 1998.
- KNAPP, B. "Les privilèges et immunités des organisations internationales et de leurs agents devant les tribunaux internationaux", *Revue générale de droit international public* (1965), 615–681.
- KUNZ, J. L. "Privileges and immunities of international organizations", *AJIL*, vol. 41 (1947), 828–862.
- LALIVE, J. F. "L'immunité de juridiction des États et des organisations internationales", *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 1953–III, vol. 84 (1955), 209–396.
- LA ROSA, R. "Immunità delle organizzazioni internazionali dall'esecuzione e principi costituzionali", *Rivista di diritto internazionale privato e processuale* (1987), 453–474.
- LEE, K. R. "International organizations. Immunity. Personnel decision of international organizations are not 'commercial activities' and thus may not form the basis for an action against the organization", *Virginia*

- Journal of International Law*, vol. 20, No. 4 (1980), 913–923.
- LEWIS, R. P.: “Sovereign immunity and international organizations: *Broadbent v. OAS*”, *Journal of International Law and Economics*, vol. 13, No. 3693 (1978–1979), 675–693.
- LIANG, YUEN-LI. “The legal status of the United Nations in the United States”, *The International Law Quarterly*, vol. 2, No. 4 (1948–1949), 577–602.
- MACGLASHAN, M. E. “The International Tin Council: should a trading organisation enjoy immunity?”, *The Cambridge Law Journal*, vol. 46 (1987), 193–195.
- MERKATZ, H. J. VON “Les privilèges et immunités des organisations internationales et de leurs agents”, *Revue de droit international et de sciences diplomatiques et politiques*, vol. 46, No. 2 (1968), 147–164.
- MICHAELS, D. B. *International Privileges and Immunities. A Case for a Universal Statute*, The Hague, Martinus Nijhoff, 1971, 249 p.
- MITRANY, D. *A Working Peace System: An Argument for the Functional Development of International Organization (and other essays)*, London, Oxford University Press for the Royal Institute of International Affairs, 1943, 56 p.
- MORGENSTERN, F. *Legal Problems of International Organizations*, Cambridge, Grotius, 1986, 147 p.
- MOUSSÉ, J. *Le contentieux des organisations internationales et de l’Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 1997, 828 p.
- MULLER, A. S. *International Organizations and their Host States: Aspects of their Legal Relationship*, The Hague, Kluwer Law International, 1995, 317 p.
- NAKAMURA, O. “The status, privileges and immunities of international organizations in Japan”, *Japanese Annual of International Law*, vol. 35 (1992), 116–129.
- NGUYEN, Q. D. “Les privilèges et immunités des organismes internationaux d’après les jurisprudences nationales depuis 1945”, *Annuaire français de droit international*, vol. 3, No. 3 (1957), 262–304.
- OPARIL, R. J. “Immunity of international organizations in United States Courts: absolute or restrictive?”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 24, No. 4 (1991), 689–710.
- O’TOOLE, T. J. “Sovereign immunity redivivus: suits against international organizations”, *Suffolk Transnational Law Journal*, vol. 4 (1979–1980), 1–16.
- PATEL, B. N. “The accountability of international organisations: a case study of the Organisation for the Prohibition of Chemical Weapons”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 13 (2000), 571–597.
- PERRENOUD, G. *Régime des privilèges et immunités des missions diplomatiques étrangères et des organisations internationales en Suisse*, Lausanne, F. Rouge, 1949, 253 p.
- PESCATORE, P. “Les relations extérieures des communautés européennes: contribution à la doctrine de la personnalité des organisations internationales”, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 1961–II, vol. 103 (1962), 1–244.
- PINGEL-LENUZZA, I. “Autonomie juridictionnelle et employeur privilégié: concilier les contraires”, *Revue générale de droit international public* (2000), 445–464.
- , and E. Gaillard, “International organisations and immunity from jurisdiction: to restrict or to bypass”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 51 (2002), 1–15.

- PINGEL-LENUZZA, I.(ed.), *Droit des immunités et exigences du procès équitable: actes du colloque du 30 avril 2004*, Paris, Pedone, 2004, 162 p.
- PISILLO MAZZESCHI, R. “Immunità giurisdizionale delle organizzazioni internazionali e Costituzione italiana”, *Rivista di diritto internazionale*, vol. 59, No. 3 (1976), 489–521.
- PREUSS, L. “The International Organizations Immunities Act”, *AJIL*, vol. 40 (1946), 332–345.
- PUSTORINO, P. “Immunità giurisdizionale delle organizzazioni internazionali e tutela dei diritti fondamentali: le sentenze della Corte europea nei casi *Waite et Kennedy e Beer et Regan*”, *Rivista di diritto internazionale*, vol. 83, No. 1 (2000), 132–150.
- REINISCH, A. *International Organizations before National Courts*, Cambridge University Press, 2000, 449 p.
- . and U. A. Weber. “In the shadow of Waite and Kennedy – the jurisdictional immunity of international organizations, the individual’s right of access to the courts and administrative tribunals as alternative means of dispute settlement”, *International Organizations Law Review*, vol. 1, No. 1 (2004), 59–110.
- SALMON, J. “Immunités et actes de la fonction”, *Annuaire français de droit international*, vol. 38 (1992), 314–357.
- SCHNEIDER, M. E. “International organizations and private persons: the case for a direct application of international law”, in C. Dominicé, R. Patry and C. Reymond (eds.), *Études de droit international en l’honneur de Pierre Lalive*, Basel, Helbing and Lichtenhahn, 1993, 345–358.
- SCHREUER, C. H. “Concurrent jurisdiction of national and international tribunals”, *Houston Law Review*, vol. 13, No. 3 (1976), 508–526.
- SCHRÖER, F. “De l’application de l’immunité juridictionnelle des Etats étrangers aux organisations internationales”, *Revue générale de droit international public* (1971), 712–741.
- . “Sull’applicazione alle organizzazioni internazionali dell’immunità statale dalle misure esecutive”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, vol. 13 (1977), 575.
- SCOBIE, I. “International organizations and internal relations”, in R. J. Dupuy (ed.), *A Handbook on International Organizations*, 2nd ed., Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1998, 831–896.
- SEIDL-HOHENVELDERN, I. “L’immunité de juridiction et d’exécution des Etats et des organisations internationales”, in P. Weil (ed.), *Cours et travaux de l’Institut des hautes études internationales de Paris. Droit International 1*, Paris, Pedone, 1981, 109–167.
- . “L’immunité de juridiction des Communautés européennes”, *Revue du Marché commun et de l’Union européenne*, vol. 388 (1990), 475–479.
- . “Functional immunity of international organizations and human rights”, in W. Benedek, et al.(eds.), *Development and Developing International and European law: Essays in Honour of Konrad Ginther on the Occasion of his 65th Birthday*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 1999, 137–149.
- . and G. Loibl. *Das Recht der Internationalen Organisationen einschließlich der Supranationalen Gemeinschaften*, Cologne, C. Heymanns, 1996, 414 p.
- SEYERSTED, F. “Jurisdiction over organs and officials of States, the Holy See and intergovernmental organisations”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 14 (1965), 31–82.
- SINCLAIR, I. M. “The law of sovereign immunity: recent developments”, *Collected Courses of the Hague*

- Academy of International Law, 1980-II*, vol. 167 (1980), 113–284.
- SINGER, M. “Jurisdictional immunity of international organizations: human rights and functional necessity concerns”, *Virginia Journal of International Law*, vol. 36, No. 1 (1995), 53–165.
- TIGROUDJA, H. “L’immunité de juridiction des organisations internationales et le droit d’accès à un tribunal”, *Revue trimestrielle des droits de l’homme*, vol. 41 (2000), 83–106.
- VERHOEVEN, J.(ed.). *Le droit international des immunités: contestation ou consolidation?*, Brussels/Paris, Larcier/Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2004, 283 p.
- WENCKSTERN, M. *Die Immunität internationaler Organisationen*, Tübingen, Mohr, 1994, 399 p.
- WHITE, N. D. *The Law of International Organisations*, Manchester/New York, Manchester University Press, 1996, 285 p.
- ZACKLIN, R. “Diplomatic relations: status, privileges and immunities”, in R. J. Dupuy (ed.), *A Handbook on International Organizations*, 2nd ed., Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1998, 179–198.
- ZANGHÌ, C. *Diritto delle organizzazioni internazionali*, Turin, G. Giappichelli Editore, 2001.
- Note: “The status of international organizations under the law of the United States”, *Harvard Law Review*, vol. 71 (1957–1958), 1300–1324.

附件三

发生灾害时的人员保护

(秘书处)

A. 导言

1. “发生灾害时的人员保护”属于委员会在其第四十九届会议上，在就长期工作方案增列专题一事制定了准则之后所考虑的“国际法的新发展和整个国际社会的紧迫关切事项”的范畴。¹ 这一专题在开始阶段的侧重点将是：在发生自然灾害，或针对更大紧急情况中的自然灾害部分，通过开展各种活动，预防自然灾害并减轻其影响，并通过在发生自然灾害之后提供紧急人道主义援助，达到保护人员的目的。鉴于与救灾有关的现行国际法的发展现状，特别是鉴于联合国内外救灾团体意识到使这类法律系统化有其必要性，委员会应该审议这一专题。

2. 然而，自然灾害是范围更广的包括人为或技术灾难在内的多种灾害的一部分。还可以进一步进行区分，将其分为由单独灾难（自然的或非自然的）引发的紧急情况，和可能涉及包括自然灾害和人为灾害（比如武装冲突）的多种灾难的“复杂紧急情况”。² 此外，人们认识到，这种对自然和非自然（例如技术上的）灾害的区分并非总能体现在处理灾害问题的现有法律文本和其他文本中，而且也并非总能维持清楚的界定。因此，虽然有人提出审议发生自然灾害时开展的活动可能更具紧迫的必要性，但这不妨碍把涉及发生其他类型灾害时所采取行动的国际原则和规则纳入审议范围的可能性。

¹ 《1997年……年鉴》，第二卷（第二部分），第72页，第238段。

² 复杂紧急情况的定义是：“在一国、一区域或一社会由内外冲突而导致权力机构完全或相当严重地瓦解，需要超出任何单独机构和/或联合国现行方案之任务或能力的国际反应的人道主义危机”（机构间常设委员会关于复杂紧急情况定义的工作文件，1994年12月）。

B. 背景

自然灾害

3. 如果不考虑人类活动对环境的影响及其与自然灾害频率和严重程度之间的潜在因果关系，自然灾害最突出的特点在于，它们属于地球的地质史或有时是水文气象史上自然发生的事件。“自然灾害”包括地震、洪水、火山爆发、滑坡、飓风（台风和旋风）、龙卷风、海啸（海潮）、干旱和瘟疫。它们通常造成巨大的生命损失和财产破坏。³ 地震经常在没有预兆的情况下发生，随之因建筑倒塌、滑坡或海啸而造成大面积破坏和人员伤亡。⁴ 尽管有可能预告飓风（台风和旋风）、龙卷风、甚至火山爆发，但其发作可能是突然和猛烈的，并且对很大的地理区域造成破坏，导致大范围的混乱、食物和净水供应中断以及传染病爆发。相比之下，干旱、饥荒或欠收发生过程较缓慢，但是具有同样的灾难性后果。这类灾害能够在短期内削弱发展的效益，因此也对可持续发展和减贫构成严重阻碍。⁵

4. 这类事件成为“灾害”事实上更多地反映了人类在自然危害不利后果面前的脆弱性。⁶ 的确，随着人类居住点在历史上自然灾害易发地区——比如

³ 据估计，仅在2004年就发生了“360次灾难，受灾人数超过1.45亿人，造成的物质损失超过1 030亿美元”（《联合国秘书长关于“加强联合国紧急人道主义援助的协调”的报告》，2005年，A/60/87-E/2005/78号文件，第4段）。

⁴ 同上。据估计，2004年12月26日印度尼西亚苏门答腊沿海发生的严重地震和引发的海啸影响了整个印度洋的12个国家，造成超过24万人死亡，100多万人流离失所。

⁵ 2005年1月22日世界减灾会议通过的《兵库宣言》（A/CONF.206/6和Corr.1，第1号决议）。

⁶ 见下文脚注45中关于“危害(hazard)”及其与“灾害(disasters)”之联系的论述。

冲积平原、海岸地区和地质断层上（所谓地震“热点”）——迅速增多，损失和破坏的风险也相应增加。另外，大自然中没有政治疆界之分。许多自然灾害同时影响数国或者甚至整个区域；2004年的海啸证实了这一点。在这类情况下，救灾工作便具有了国际性质和特点。

当代的抗灾救济活动

5. 尽管受灾国有责任应对和协调灾害，但也可以请求国际援助。的确，国际社会的参与并不限于多国性灾害，单个国家也可以提出具体请求，以应付完全发生在其境内的灾难的后果。今天，各种各样的团体，包括联合国及其专门机构、主要捐助界和非政府组织都贡献了大量资源帮助受到灾害严重影响的国家及其人民。⁷

6. 大会1991年12月19日第46/182号决议承认这方面的主要活动包括：防止和减轻灾害；通过加强预警能力做好准备；改善诸如应急财政安排这类援助能力；发出联合援助呼吁；在灾害援助供应方面提供协调、合作和领导。⁸即使所开展的活动类型自1991年以来已经有了相当大的演变，对这些活动的分类今天仍然具有很大的相关性。

7. 在实施方面，当灾害发生时，时间是关键，救灾物资的实时现场协调尤其重要。⁹然而，人道主义救济人员在执行任务时经常面临一些挑战。这包括：部门内部和部门之间的协调困难重重；在必要时间内调动技术专长的能力有限；在水与卫生、庇护所和营地管理及保护方面存在能力差距；在充分和及时提供资金方面存在限制；国家和地方的准备与应对能力不足；以及蓄意攻击和杀害人道主义工作人员。

8. 尽管有些障碍是技术性的，但其他障碍则是法律性的，因此制定规范框架将极大地促进技术性

安排。比如，现行规范框架通常是针对平时情况设计的，存在不足之处，在紧急状况下不适于或不足以用于促进应对措施。人道主义救济人员抵达灾害现场的速度可能受到签证、移民和海关程序以及飞越权、落地权程序和检查的限制。施加进出口控制以及提供文件和支付海关关税可能会在转运点引起后勤瓶颈问题和延误。在豁免和特权以及赔偿责任方面也可能出现问题。另外，人道主义救济人员、特别是联合国及其有关人员的安全，最近已经成为国际法律界关注的问题。¹⁰在复杂紧急情况下，遭受自然灾害国家的普遍政治局势可能使这些问题更为严重。

保护受害者

9. 在广义的保护灾害受害者（包括自然灾害受害者）的政策框架内实施的人道主义援助，包括救灾在内，仍然是救灾界的一个内部讨论专题。¹¹本建议也应视为属于当代对新出现的产生保护责任的原则的反思范畴，¹²保护责任虽然首先属于冲突的范畴，但是也与灾害有关。

10. 在威胁、挑战和改革问题高级别小组2004年确认的体现整体保护责任的三种具体责任中，国际社会的预防责任被视为与本专题最为相关。¹³包括减少风险在内的预防原则在救灾领域久已确立，2005年1月举行的世界减灾会议上通过的《兵库宣言》¹⁴重申了这一原则。在承认吸收所有利益攸关方（包括区域和国际组织、金融机构、包括非政府组织和志愿人员在内的民间团体、私营部门和科学

¹⁰ 见1994年通过的《联合国人员和有关人员安全公约》以及大会2005年12月8日第60/42号决议通过的《联合国人员和有关人员安全公约任择议定书》（《议定书》将1994年《公约》的范围扩大到涵盖联合国的行动，特别是为发放紧急人道主义援助而开展的联合国行动，不过如果提供人道主义援助仅是为了应对自然灾害，东道国可能宣布“退出”这一机制）。

¹¹ 见“人道主义应对措施回顾：联合国紧急救济协调员暨主管人道主义事务的副秘书长委托编撰的独立报告”（2005年8月），第4.2段，第30至第31页。

¹² 见威胁、挑战和改革问题高级别小组的报告，《一个更安全的世界：我们的共同责任》，2004年，A/59/565和Corr.1号文件。

¹³ 有人建议说，国际法委员会根据其侧重于国家间和平交往问题的传统方针，不应考虑采取应对措施，包括采取强制措施和在极端情况下实行军事干涉的责任问题。

¹⁴ 上文脚注5，第1号决议。

⁷ 在联合国内部，协调国际救灾的责任属于联合国救灾协调员，该协调员同时也是负责人道主义事务协调厅的主管人道主义事务的副秘书长。

⁸ 该决议进一步认可了救济、安置与发展之间的关系。

⁹ 见A. Katoch, “国际自然灾害应对措施与联合国”, V. Bannon (编), 《国际救灾法、原则和实践：反思、前景和挑战》，日内瓦，红十字会与红新月会国际联合会，2003年，第48页。

界)的重要性的同时,该《宣言》重申国家负有保护其境内人民和财产免遭各种自然灾害或人类活动所致危害之影响的首要责任。¹⁵

C. 现行规范和规则概览

11. 国际一级为应对灾害事故而采取的各种活动受一系列法律规范的约束。这些法律规范合称为“国际救灾法”。¹⁶ 国际救灾法并不是一个全新的国际法领域。¹⁷ 它的起源至少可追溯到十八世纪中叶。埃谟·德·瓦特尔在当时写道:

当情况发生时,只要不必冒太大风险,每一国家都应当施以援手,推动其他国家,使其免于灾害和毁灭。¹⁸

如果一国遭受饥荒,一切有剩余物质的国家都应在不使自身陷于匮乏的限度内根据其需求提供援助……在这类悲惨困境中提供援助是非常明显的人道主义行为,几乎不会有任何文明国家会绝对拒绝这样做……每当一个国家受到灾害的影响,都应得到这类援助。¹⁹

12. 就其现代形式来说,国际救灾法是指适用于和平时期的自然或技术灾害的国际人道主义援助原则和规则。²⁰ 更具体地说,国际救灾法的“核心”被描述为:“适用于冲突之外的灾害期间关于国际应灾活动(其中包括针对急迫灾害的准备措施、援

救行动和人道主义援助活动)的获取、促进、协调、质量和问责的法律、规则和原则”。²¹

13. 灾害本身未被视为是国际权利和义务的直接渊源。然而,它们有时促成缔结国际协定。²² 今天,国际救灾法的大部分组成内容是协约法,包括一些多边协议(全球和区域协议)²³ 以及欧洲和其他地方出现的重要双边条约体系。²⁴ 其中许多协议涉及以下方面的规定:提供相互援助、对发出援助请求和提供援助进行规范、为进入主权领土提供便利、技术合作、信息共享以及培训。其他共同的规定涉及:人员和器材的进入及其境内活动、救济物品的入境与海关、人员的地位、豁免和保护以及救灾活动相关费用。²⁵

14. 可以从大量的谅解备忘录和总部协定,特别是政府间组织或非政府组织与各国缔结的此类文件中找到进一步的规则渊源。虽然许多这类文书倾向于针对具体情况,但仍有可能发现许多被视为体现了公认的国际法观点的一般性规定或共同规定。

²¹ 红十字会和红新月会国际联合会:“国际救灾法:2002-2003年项目报告”,2003年,第14页。

²² 见 J. H. W. Verzijl, *International Law in Historical Perspective*, Leiden, A. W. Sijthoff, 1973, p. 47.

²³ 虽然战后只通过了两个主要的多边协议具体处理救灾问题,也即1986年《核事故或辐射紧急状况援助公约》和1998年《为减灾救灾行动提供电信资源的坦佩雷公约》(1998年6月16日至18日在芬兰坦佩雷举行的紧急电信问题政府间会议上通过),但其他几个多边条约也许也具有相关性,这些多边条约涉及陆地、空中和海洋运输以及海关程序方面的一些救灾问题。例如,1946年《联合国特权和豁免公约》;1980年《国际铁路运输公约》;1944年《国际民用航空公约》;1965年《便利国际海上运输公约》;1990年《临时入境公约》;《关于简化和协调海关业务制度的国际公约》(1973年在海关合作理事会的主持下在京都通过)以及修正的1999年《关于简化和协调海关业务制度的国际公约》(1999年在世界海关组织的主持下在京都通过),其中包括旨在便利救济物质离岸、入境或转口、以及放宽海关程序的规定。1994年《联合国人员和有关人员安全公约》及其2005年议定书(上文脚注10)也有一定的相关性,后者特别规定各国有责任防止和惩治那些针对受特殊保护人员的犯罪。

²⁴ 区域协定包括1987年欧洲委员会《关于重大自然和技术灾害的预防、防护及救济安排的开放部分协定》,第(87)2号决议(1987年3月20日由部长理事会通过)以及1960年《关于为医疗诊断而在医院和其他医疗机构免费借用医疗手术和实验设备的临时进口和免除关税的协定》;1991年《美洲便利灾难援助公约》(1991年7月6日在圣地亚哥召开的美洲国家组织大会第二十一常会上通过);2005年《东南亚国家联盟(东盟)灾害管理与应急响应协议》(2005年7月26日在万象通过)。

²⁵ 见“国际救灾法:2002-2003年项目报告”(上文脚注21),第16页。

¹⁵ 同上,分别见执行部分第2段和第4段。

¹⁶ 本建议的标题提及灾害“救济”,阐明了本专题更广泛的范围,也即不限于“应对”阶段。然而,提及“应对”可能包括其他相关行动,例如灾前减轻风险活动,因此这两个用语可相互替换使用。

¹⁷ 见 M. H. Hoffman,“什么是国际救灾法的范畴?”,V. Bannon (编),《国际救灾法、原则和实践:反思、前景和挑战》,日内瓦,红十字会与红新月会国际联合会,2003年,第13页。

¹⁸ E. de Vattel, *The Law of Nations or the Principles of Natural Law Applied to the Conduct and to the Affairs of Nations and of Sovereigns*, Text of 1758, volumes I, II, III, IV, translation by Charles G. Fenwick with an introduction by Albert de Lapradelle, Carnegie Institution of Washington, 1916, vol. III, p. 114.

¹⁹ 同上,第115页。他同时注意到如果该国可以付款购买为其提供的援助,就可以用公平的价格出售这些援助;他指出“没有责任为该国提供其自身可获得之物,因而也没有义务赠与可购买之物”。

²⁰ 见 Hoffman, 前引文(上文脚注17),第13页。

15. 另外, 很大一部分国际救灾法的发展出现在“软性法律”领域, 特别是: 联合国大会、经济及社会理事会以及红十字和红新月国际大会等其他组织的决议; 政治宣言; 行为准则、业务准则、以及联合国内部细则和条例。这些“软性法律”为发生灾害时准备、动员、协调、促进和发放人道主义援助提供了解释工具。²⁶ 当前的“基础”决议是大会1991年12月19日第46/182号决议, 它与红十字会国际会议关于加快国际救济措施的决议等其他法律文书²⁷ 共同构成一个日益扩大的规范框架的核心, 大会的一系列决议²⁸ 以及其他文书, 包括最近的《兵库行动框架》²⁹ 为该规范框架提供了基础和补充。

国际人道主义法与其他国际法救灾规则的可适用性

16. 评论家们通常将国际人道主义法视为拟订国际减灾应对法时的参考和比照。³⁰ 这两个领域之间的联系反映了共同的人道主义动机, 并涉及红十字国际委员会和红十字会与红新月会国际联合会的

²⁶ 例如, 见第23次红十字会国际大会通过的“加快国际救济的措施”, 第6号决议, 红十字国际委员会/红十字会与红新月会国际联合会, 《国际红十字和红新月运动手册》, 第13版, 日内瓦, 1994年, 第811至第815页; 经济及社会理事会第2102(LXIII)号决议, 1977年8月3日; 第21次红十字会国际会议通过的1969年《关于向受灾平民提供国际人道主义救济的原则宣言》, 第26号决议, 《国际红十字和红新月运动手册》, 第808页; 1970年6月8日的《海关合作理事会关于加快救济物资转送的建议》, T2-423号文件(载于www.wcoomd.org); 《环球项目: 人道主义宪章和应灾最低标准》, 日内瓦, 环球项目, 2004年; 《国际红十字和红新月运动及非政府组织在救灾中的行为守则》, 第26次红十字会与红新月会国际大会各项决议的附件六, 《红十字国际评论》, 第310期(1996年1月至2月), 第119页及以后各页。

²⁷ 见上文脚注26。

²⁸ 见大会的以下决议: 1971年12月14日第2816(XXVI)号决议; 1981年12月17日第36/225号决议; 1982年12月17日第37/144号决议; 1984年12月17日第39/207号决议; 1986年12月8日第41/201号决议; 1990年12月21日第45/221号决议; 1993年12月14日第48/57号决议; 1994年12月20日第49/139号决议; 1996年12月17日第51/194号决议; 1997年11月12日第52/12号决议; 1997年12月16日第52/172号决议; 1999年12月22日第54/233号决议; 2000年12月14日第55/163号决议; 2001年12月14日第56/103号决议; 2001年12月19日第56/164号决议; 2001年12月21日第56/195号决议; 2002年12月16日第57/150号决议; 2002年12月16日第57/153号决议; 2003年12月22日第58/177号决议; 2004年12月22日第59/231号决议。

²⁹ 《2005-2015年兵库行动框架: 建立国家和社区的抗灾能力》, 世界减灾会议2005年1月22日通过(A/CONF.206/6和Corr.1号文件, 第2号决议)。

³⁰ 见Hoffman, 前引文(上文脚注17), 第14-15页。

独特使命。尽管无法确定国际救灾法是否将沿着国际人道主义法的道路发展,³¹ 但是存在着即使仅以类比方法仍可适用于救灾的国际人道主义法规则的实例。

17. 同样, 其他国际法规则的某些原则和内容, 比如涉及环境、人权、难民和境内流离失所者的那些原则和内容, 可能与更大范围的国际应灾法律框架有关。

通过编纂和逐渐发展实现系统化

18. 尽管越来越多的人承认存在国际救灾法, 但也有人认为该领域在很大程度上缺乏一致性, 没有一套构成单一法律体系的规则。³² 有关编纂的建议可以追溯到十九世纪晚期未取得成功的关于扩大“日内瓦法”的建议, 它旨在使国际人道主义法也涵盖灾害的受害者。1927年在国际联盟的主持下设立国际救济联合会,³³ 体现了二十世纪为国际救灾而制定法律和机构性框架的第一次重大努力。《公约》的前言规定, 国际救济联合会特别将“促进该领域国际法的发展”作为其宗旨之一。

19. 尽管国际救济联合会基本上没有发挥作用, 并已被联合国及其专门机构所取代, 但在之后几年仍然有人继续提出几次关于编纂国际救灾法某些内容的建议。³⁴ 在联合国, 早在1971年, 大会第2816(XXVI)决议就邀请可能的受援国考虑制定适当的立法和其他措施, 以便于接受援助, 包括越境和降落权以及赈济队的必要特权和豁免。1980年代早期, 在联合国救灾协调员的倡议下发起了关于谈判制定救灾活动相关法律文书的可能性研究。在当

³¹ 同上, 第15页。

³² 见红十字会和红新月会国际联合会, “国际救灾法: 现行条约法初步审议和分析。德国波鸿大学霍斯特·费舍尔编写的现行条约法研究摘要”(2003年1月), 第2页。

³³ 根据1932年生效且拥有30个缔约国的《建立国际救济联合会公约和规约》成立, 见B. Morse, “国际救援活动的实践、规范和改革”, 《海牙国际法学院教程汇编》, (1997-IV), 第157卷(1980年), 第121至第194页, 详见第132至第133页。

³⁴ 例如, 在1980年在贝尔格莱德召开的国际法协会第五十九次会议上通过了载有救灾合作协议草案的报告。见国际法协会, 《第五十九次会议报告》(贝尔格莱德, 1980年8月17日至23日), 1982年, 伦敦, 第5页。

时的国际法委员会主席的主持下，一批国际法专家随后在1983年审查了该研究，并导致秘书长提出关于加快提供紧急救济国际公约草案的建议。³⁵ 该建议在1984年首次提交给经社理事会后，由于遭到几个主要非政府组织的反对，导致未能得到进一步审议，后来在1980年代晚期提出的关于人道主义援助义务公约的后续建议也未得到批准。³⁶ 1989年在开罗举行的世界粮食理事会（世界粮食规划署所属）第十五届会议上又提出一个类似倡议，在其之前曾提出关于向受到内乱、战争和自然灾害影响的人提供紧急粮食援助安全通道的建议。³⁷

20. 总结1990年的情况，秘书长在其关于向自然灾害和类似紧急情况受害者提供人道主义援助的报告中再次承认有必要制定新的法律文书，以克服在人道主义援助方式上存在的障碍，但将其建议限制在“新的法律文书，比如关于灾民的救济权的宣言、捐助国与受援国之间的双边协定以及受援国之间的双边协定”的范围内。³⁸

21. 近年来，关于制定国际援助法律框架应对自然灾害和环境紧急状况的思想重新活跃起来。秘书长在其2000年关于“加强联合国紧急人道主义援助协调”的报告中³⁹提到，这种框架可阐明受援国和援助国的责任。因此他建议各成员国考虑起草关于部署和使用国际城市搜救队的公约，并指出：

这种公约将为空域の利用、设备进口海关章程、援助国和受援国各自的责任等复杂问题提供一个工作框架，在对突发自然灾害作出国际反应之前必须解决这些问题。⁴⁰

³⁵ 见 A/39/267/Add.1-E/1984/96/Add.2 号文件。

³⁶ 见 A/45/587 号文件，第43至第44段。早些时候也有人反对关于审议“国际人道主义新秩序”的建议。该建议特别要求制定一个在战时与和平时期对人民之间和各国之间的关系进行调整的国际公认的全面法律原则框架；见 A/40/348 号文件。

³⁷ 见《大会正式记录，第四十四届会议，补编第19号》(A/44/19) 第一部分。在1990年曼谷举行的第十六届会议上，理事会的部长们要求理事会执行主任“就制订方针，采取更有效的措施和保证安全运送紧急粮食援助方面与所有有关机构进一步磋商”（同上，《第四十五届会议，补编第19号》(A/45/19)，第31段）。还建议秘书长考虑由大会核可一份国际协议草案（同上）。

³⁸ A/45/587 号文件，第41和第45段。

³⁹ A/55/82-E/2000/61 号文件。

⁴⁰ 同上，第135(m)段。

22. 同样，红十字会和红新月会国际联合会发布的《2000年世界灾害报告》也对有限的法律进展表示普遍失望。在提到某些条约中存在有助于人道主义救济工作的法律因素之后，该报告将情况描述为：

其核心所在是一个无聊的漏洞。目前没有得到广泛接受的确定的国际法渊源详细规定与应灾和援助有关的法律标准、程序、权利和义务。没有为把彼此不同的现行法律线索归纳成为习惯法或者采用新方式扩张和发展这些法律付出系统化的努力。⁴¹

23. 另外，在通过《兵库宣言》和《2005-2015年兵库行动框架》之后，本专题中的减低风险和预防方面得到越来越多的重视，这两份文件特别呼吁重视加强与减少灾害风险有关的国际法律文书。⁴²

D. 关于委员会审议本专题的建议

24. 建议的目的是制定一套条款作为开展国际救灾活动的法律框架，澄清主要的法律原则和概念，从而创造能够为开展此类救灾工作提供保障的法律“空间”。一个可能的模式是1946年《联合国特权和豁免公约》。该公约关于特权和豁免的狭义内容成为普遍的法律立场的基本参考，并经常被联

⁴¹ P. Walker 和 J. Walker (编)，《2000年世界灾害报告》，日内瓦，红十字会和红新月会国际联合会，2000年，第145页。2001年，红十字会和红新月会国际联合会发起一项关于现行法律和其他机制在促进人道主义活动应对自然和技术性灾害方面的适当性的研究。该研究谋求确认在国际应灾中最普遍的法律问题，分析现行国际规范的范围和落实情况、并为空白领域提出解决办法。见红十字会和红新月会国际联合会，《国际救灾法，简介文件》，2003年4月，第2页，以及《2005-2007年国际救灾法修订战略计划》，见 www.ifrc.org/idrl。大会在2002年12月16日第57/150号决议的序言中提到这一发展，并强调政府间监督的必要性，特别是在原则、范围和目标方面。2003年，第28次红十字会和红新月会国际大会（由红十字会/红新月运动的所有各方以及1949年《关于保护战争受难者的日内瓦四公约》的缔约国组成）授权红十字会和红新月会国际联合会以及各国分会在该领域“牵头开展有各国、联合国和其他有关机构参与的共同努力，开展研究和推广活动”，并向2007年的国际大会提交报告（红十字会和红新月会国际联合会，《第28届红十字会和红新月会国际大会，日内瓦，2003年12月2日至6日，宣言，人道主义行动议程，决议，第25页（最后目标3.2.6）》）。关于在这一领域诉诸国际法的效力的不同看法，见 D. P. Fidler, “Disaster relief and governance after the Indian Ocean tsunami: what role for international law?”, *Melbourne Journal of International Law*, 第6卷, No.2 (2005), 第458页起，详见第471至第473页。

⁴² 《2005-2015年兵库行动框架》（见上文脚注29），第22段。

联合国与各国及其他实体之间的协议所援引。同样，所设想的对救灾进行规范的案文可以为该领域包括但不限于联合国在内的各种行为者之间的一系列具体协议提供基本的参考框架。

25. 鉴于这一领域迅速发展的情况，预计本专题的工作将主要限于编纂现行规范和规则，并酌情侧重于逐渐发展。因此，重点将是将现行规则具体化，以便利于实地开展的活动，而不是毫无必要地制定那些可能以无法预见的方式无意中限制这类活动的新规范。

简要的实质性概述

(a) 范围

26. 如上所述（上文第1-2段），建议委员会在开始时，将本专题的属事范围仅限于自然灾害（与自然危害相关的灾害）、或者范围更大的紧急情况中的自然灾害因素。同时，也许应当体现在自然灾害和其他灾害之间作出区分的后果，即使是通过加上一个“不妨碍”条款。此外，不同的自然灾害有不同的自身特点：在界定属事范围的过程中也许必须分析这类特点。

27. 关于属地管辖权范围，本专题将主要涵盖那些涉及灾害现场的规则，但也要扩展到出现规划、协调和监测工作的情形。本专题的属时管辖权范围将不仅包括灾害的“应对”阶段，也包括灾前和灾后阶段。⁴³

28. 关于属人管辖权的范围，就本专题的性质来说，尽管存在着国家实践，但主要是通过联合国等政府间组织的机构以及非政府组织的活动和红十字会和红新月会国际联合会等其他非国家实体才产生了大量活动，因此很大一部分的法律规范制定工作也是在这些实体中完成的。尽管早期的法律文书倾向于将非政府组织排除在适用范围之外（无论是明示还是默认），但建议委员会采取更广泛的方法将这类实体的工作人员也涵盖在内。这将符合当前的趋势，如同《为减灾救灾行动提供电信资源的坦佩雷公约》所采取的方针所证明的那样，比如说按

⁴³ 见上文脚注16。

照《公约》的设想，将特权和豁免条款扩大到涵盖那些参与提供《公约》规定的电信援助的非政府组织工作人员。⁴⁴ 这也将符合当前的实践，即很大一部分的救灾工作是由非政府组织实施的。

29. 现有的国际人权义务在可适用的国际法允许范围内的紧急状况中可能会被减损，由于其适用于自然灾害情形，因此也许有必要考虑这类灾害受害者的困境对人权的影响，特别是与受到保护、获得灾害救济和满足基本需求有关的权利。这可能仅限于确认受灾国尊重和保证其领土上所有个人人权的义务。这种重新确认也可能是确定本专题的属人管辖权范围重点的一个因素。

(b) 定义

30. 界定未来的案文将要涵盖的主要概念将是即将开展的工作的一个重要组成部分。界定“自然灾害 (natural disaster)”和“自然危害 (natural hazards)”⁴⁵ 这两个用语将有助于区分其他类型的灾害，比如“技术性危害”。

31. 涉及救灾的各种案文所界定的用语包括：“救灾人员”、“具备救灾人员”、“救济物资”、“联合国救济行动”、“国际救灾援助”、“援助国或组织”、“受援国”、“中转国”、“军事和民用防卫资产”、“救济供应”、“救济服务”、“减灾行动”、“灾害风险”、“健康危害”、“非政府组织”、“非国家实体”、以及“电信”。

32. 另外，也可以考虑纳入与救灾的特别业务方面有关的具体技术用语，但以决定处理这类事项为前提。

⁴⁴ 同样，在《联合国人员和有关人员安全公约》确立的保护体系中，大会2003年12月9日第58/82号决议注意到秘书长制定了关于将联合国与人道主义非政府组织或机构之间签署的协议合并的标准条款，其目的是澄清《公约》对这些组织或机构所部署人员的适用；见A/58/187。

⁴⁵ 《2005-2015年兵库行动框架》（上文脚注29）强调减少对“危害”脆弱性和风险，并将“危害”界定为“可导致个人伤亡、财产损害、社会和经济混乱或环境退化的具有潜在破坏力的物理事件、现象或者人类活动。危害可包括将来可能产生威胁且来源各异的各种隐患：自然隐患（地质、水文气象和生物）或者人类活动引起的隐患（环境退化和技术危害）”（脚注2，第1段）。

(c) 核心原则

33. 在发生灾害时的人员保护领域，有多项核心原则为同一时期的活动提供支持。其中许多原则体现了现行的人道主义援助原则，也即不仅仅适用于因自然灾害引起的紧急状况救灾，但不是同等适用。另一些原则来自国际人权法等其他领域。尽管大会1991年12月19日第46/182号决议特别通过的一套《紧急人道主义援助准则》被广泛视为是主要文件，但还有其他的类似原则。⁴⁶ 所有这些原则都赞同为自然灾害和其他紧急状况的受害者提供人道主义援助的重要意义。

34. 这些原则包括：⁴⁷

— 人道原则 随时处理出现的人类苦难，并应当尊重和所有受害者的尊严和权利；

— 中立原则 提供人道主义援助不涉及政治、宗教、种族或意识形态因素；

— 公正原则 根据以国际公认标准进行的需求评估提供人道主义援助，优先考虑最紧急的灾难，并遵守不歧视原则；

— 根据《联合国宪章》充分尊重国家主权和领土完整的原则 在受灾国的同意下提供人道主义援助；

— 便利原则 其人口需要人道主义援助的国家应当为政府间组织和非政府组织的人道主义援助工作提供便利，特别是在提供食物、药品、住处和医疗方面，在这方面不加限制地允许其进入受影响地区和接触受害者至关重要；

—— 不歧视原则 提供援助时不得因种族、肤色、性别、语言、宗教、政治或其他见解、国籍

⁴⁶ 例如，见《国际红十字和红新月运动及非政府组织在救灾中的行为守则》（上文脚注26）。

⁴⁷ 不妨碍在更广泛的层面上适用某些原则。

或社会出身、财产、出生、年龄、残疾或其他状况实行歧视；

— 问责制原则 人道主义援助机构和提供人道主义援助的其他实体对接受其援助的人和其资源提供者负有责任；

— 合作原则 开展国际合作⁴⁸时应依据国际法并尊重国内法；

— 保护原则 照顾其领土上所发生的自然灾害和其他紧急情况的受害者主要是国家的责任；

— 安全原则 人道主义工作者及其货物和财产的平安和安全是提供这类援助的基础；

— 预防原则 各国应审议现行立法和政策，以便将减灾战略并入国家和国际一级的所有相关的法律、政策和规划文书，以解决易受灾害的问题；

— 减轻原则 国家应采取具体措施，在地方和国家一级减少灾害风险，以期最大限度地减轻本国境内外灾害的影响。

35. 也必须审议这些原则体现各国现行具体法律义务与个人权利的程度，或者这些原则在更普遍的层次上是否适用。

(d) 具体规定

36. 建议委员会也审议与提供灾害救济的行动方面有关的一些具体法律问题。这不限于当前法律框架中的漏洞。相反，将采用更加统一的方法，以期涵盖正在该领域开展的活动的绝大部分法律问题——即使仅在广义的层面上。

37. 以下附录列出了本领域的任何法律文书中都需要考虑的问题纲要。

⁴⁸ 在各国之间以及受灾国与参与国际人道主义救济行动的实体之间。

附录

拟议纲要

1. 一般规定
 - (a) 适用范围
 - (b) 定义
2. 适用原则
 - (a) 人道
 - (b) 中立
 - (c) 公正
 - (d) 国家主权和领土完整，符合《联合国宪章》
 - (e) 便利
 - (f) 不歧视
 - (g) 问责制
 - (h) 合作
 - (i) 保护
 - (j) 安全
 - (k) 预防
 - (l) 减轻
3. 救灾和保护
 - (a) 受害者得到保护、平安和安全的权利
 - (b) 受害者获得灾害救济和基本需求的权利
 - (c) 受援国保护救灾工作人员及其财产、住处、交通设备、救济物资和援助设备的义务
4. 提供救灾援助
 - (a) 提供援助的条件
 - (b) 主动支援和请求援助
 - (c) 协调
- (d) 通信和信息交流
- (e) 救济援助品的分发和使用
- (f) 救灾活动相关费用
- (g) 遵守国家法律、标准和规章
- (h) 赔偿责任
- (i) 保险
5. 便利
 - (a) 工作人员
 - (一) 签证、入境和工作许可
 - (二) 承认专业资格
 - (三) 行动自由
 - (四) 地位
 - (五) 身份证明
 - (六) 特权和豁免
 - (七) 通知的要求
 - (b) 救济物资
 - (一) 海关、关税和检疫
 - (二) 地位
 - (三) 货物运输和过境
 - (四) 通知的要求
 - (五) 身份证明
6. 预防灾害和减少风险
 - (a) 预警
 - (b) 协调活动
 - (c) 培训和信息交换

参考书目选编

1. 书籍

- ALEXANDER, D. *Natural Disasters*, London: UCL Press, 1993, 632 p.
- . *Confronting Catastrophe: New perspectives on Natural Disasters*, New York, Oxford University Press, 2000, 282p.
- BEIGBEDER, Y. *The Role and Status of International Humanitarian Volunteers and Organizations: The Right and Duty to Humanitarian Assistance*, Dordrech, Martinus Nijhoff, 1991.
- BROWN, B. J. *Disaster Preparedness and the United Nations: Advance Planning for Disaster Relief*, New York, Pergamon Press, 1979, 147p.
- DYNES, R. R. *Organized Behavior in Disaster*, Lexington (Massachusetts), Heath Lexington Books, 1974.
- EL BARADEI, M. *Model Rules for Disaster Relief Operations*, New York, United Nations Institute for Training and Research, 1982, 68p.
- FIDLER, D. P. *International Law and Infectious Diseases*, New York, Oxford University Press, 1999.
- GREEN, S. *International Disaster Relief: Toward A Responsive System*, New York, McGraw-Hill, 1977.
- HOLBORN, L. W. *The International Refugee Organization: a Specialized Agency of the United Nations: Its History and Work, 1946-1952*, London/New York, Oxford University Press, 1956.
- KALIN, W. *Guiding Principles on Internal Displacement: Annotations*, Studies in Transnational Legal Policy, Washington D.C., The American Society of International Law and the Brookings Institution, vol. 32, 2000.
- MMACALISTER-SMITH, P. *International Humanitarian Assistance: Disaster Relief Actions in International Law and Organization*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1985.
- PAN AMERICAN HEALTH ORGANIZATION. *Humanitarian Assistance in Disaster Situations: A Guide for Effective Aid*, PAHO/WHO Emergency Preparedness and Disaster Relief Coordination Program, Washington D.C., 1999.
- POSNER, R. A. *Catastrophe: Risk and Response*, New York, Oxford University Press, 2004.
- RAMCHARAN, B. G. *The International Law and Practice of Early-Warning and Preventive Diplomacy: The Emerging Global Watch*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1991, 185p.
- 联合国。国际减少灾害战略（减灾战略）：《与灾害共生：全球减灾举措概览》，第一和第二卷（2004年）。

2. 文章和其他文件

- ALEXANDER, D. "The study of natural disasters, 1977-1997: some reflections on a changing field of knowledge", *Disasters*, vol. 21, No. 4 (1997), 284-304.
- AWOONOR, K. N. "The concerns of recipient nations", in K. M. Cahill, (ed.), *A Framework for Survival: Health, Human Rights and Humanitarian Assistance in Con-*

- flicts and Disasters*, 2nd rev. ed., London/New York, Routledge, 1999, 63-81.
- BANNON, V. and D. Fisher: "Legal lessons in disaster relief from the tsunami, the Pakistan earthquake and Hurricane Katrina", *The American Society of International Law, ASIL Insight*, vol.10, No.6 (March 2006), www.asil.org/insights.cfm.
- BAUDOT-QUEGUINER, E. "The laws and principles governing preparedness, relief and rehabilitation operations: the unique case of the International Federation of Red Cross and Red Crescent Societies", in V. Bannon (ed.), *International Disaster Response Laws, Principles and Practice: Reflections, Prospects, and Challenges*, Geneva, IFRC, 2003, 128-137.
- BERRAMADANE, A. "L'obligation de prévention des catastrophes et risques naturels", *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, vol.113 (1997), 1717-1751.
- BETTATI, M. "Un droit d'ingérence?", *Revue générale de droit international public*, vol. 95 (1991), 639-670.
- BOTHE, M. "Rapport spécial sur un projet d'accord-type relative aux actions de secours humanitaires", *International Law Association, Report on the 58th Conference, Manila, 27 August-2 September 1978*, London, 1980, 461-466.
- . "Rapport spécial sur un projet d'accord-type relative aux actions de secours humanitaires", *International Law Association, Report on the 59th Conference, Belgrade, 17-23 August 1980*, London, 1982, 520-527.
- . "Relief Actions: The Position of the Recipient State", in F. Kalshoven (ed.), *Assisting the Victims of Armed Conflicts and Other Disasters: Papers Delivered at the International Conference on Humanitarian Assistance in Armed Conflict, The Hague, 22-24 June 1988*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1989, 91-97.
- . "Relief actions", in R. Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol.4, Amsterdam, Elsevier, 2000, 168-173.
- BROWN, B. J. "An overview of the structure of the current system", in L. H. Stephens and S. J. Green (eds.), *Disaster Assistance: Appraisal, Reform and New Approaches*, New York, New York University Press, 1979, 3-27.
- BURLEY, L. A. "Disaster relief administration in the Third World", *International Development Review*, vol. 15, No.1 (1973), 8-12.
- CALLAMARD, A. "Accountability to disaster-affected populations", in V. Bannon (ed.), *International Disaster Response Laws, Principles and Practice: Reflections, Prospects, and Challenges*, Geneva, IFRC, 2003, 153-164.
- CARON, D. D. "Addressing catastrophes: conflicting images of solidarity and separateness", in D. D. Caron and C. Leben (eds), *The International Aspects of Natural and Industrial Catastrophes*, The Hague/Boston/London, Martinus Nijhoff, 2001, 3-29.
- COURSEN-NEFF, Z. "Preventive measures pertaining to unconventional threats to the peace such as natural and humanitarian disasters", *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 30 (1998), 645-707.
- EBERSOLE, J. M. "The Mohonk criteria for humanitarian assistance in complex emergencies: Task Force on Ethical and Legal Issues in Humanitarian Assistance", *Human Rights Quarterly*, vol. 17, No.1 (1995), 192-208.
- EL-KHAWAS, M. "A reassessment of international relief programs", in M. H. Glantz (ed.), *The Politics of Natural Disaster: the Case of the Sahel Drought*, New York, Praeger, 1976, 77-100.

- FARAH, A. A. "Responding to emergencies: a view from within", in K. M. Cahill (ed.), *A Framework for Survival: Health, Human Rights and Humanitarian Assistance in Conflicts and Disasters*, 2nd rev. ed., London/New York, Routledge, 1999, 259-274.
- FIDLER, D. P. "The Indian Ocean tsunami and international law", *The American Society of International Law, ASIL Insight* (January 2005), www.asil.org/insights.cfm.
- . "Disaster relief and governance after the Indian Ocean tsunami: what role for international law?", *Melbourne Journal of International Law*, vol. 6 (May 2005), 458-473.
- FINUCANE A. "The changing roles of voluntary organizations", in K. M. Cahill (ed.), *A Framework for Survival: Health, Human Rights and Humanitarian Assistance in Conflicts and Disasters*, 2nd rev. ed., London/New York, Routledge, 1999, 175-190.
- FISCHER, H. "International disaster response law treaties: trends, patterns, and lacunae", in V. Bannion (ed.), *International Disaster Response Laws, Principles and Practice: Reflections, Prospects, and Challenges*, Geneva, IFRC, 2003, 24-44.
- FONROUGE, J. M. "Droit international: approche des problèmes liés à la survenue des catastrophes technologiques ou naturelles", *Médecine de catastrophe - urgences collectives*, vol.1, Nos. 4/5 (December 1998), 113-123.
- GOLD, J. "Natural disasters and other emergencies beyond control: assistance by the IMF", *The International Lawyer*, vol. 24 (1990), 621-641.
- GOLDSTEIN, R. J. "Proposal for institutionalization of emergency response to global environmental disasters", *Pace Yearbook of International Law*, vol. 4 (1992), 219-240.
- GOSTELOW, L. "The Sphere Project: The implications of making humanitarian principles and codes work", *Disasters: The Journal of Disaster Studies, Policy and Management*, vol. 23, No. 4 (1999), 316-325.
- GREEN, S. J. "Expanding assistance for national preparedness and prevention programs", in L. H. Stephens and S. J. Green (eds.), *Disaster Assistance: Appraisal, Reform and New Approaches*, New York, New York University Press, 1979, 83-103.
- GUNN, S. W. A. "The language of disasters: a brief terminology of disaster management and humanitarian action", in K. M. Cahill (ed.), *Basics of International Humanitarian Missions*, New York, Fordham University Press and The Center for International Health and Cooperation, 2003, 35-46.
- HARDCASTLE, R. J. and A. T. L. Chua: "Humanitarian assistance: towards a right of access to victims of natural disasters", *International Review of the Red Cross*, No. 325 (December 1998), 589-609.
- . and A. T. L. Chua: "Victims of natural disaster: the right to receive humanitarian assistance", *The International Journal of Human Rights*, vol. 1, No. 4 (1997), 35-49.
- HELTON, A. C. "The legality of providing humanitarian assistance without the consent of the sovereign", *International Journal of Refugee Law*, vol. 4, No.3 (1992), 373-375.
- . "Legal dimensions of responses to complex humanitarian emergencies", *International Journal of Refugee Law*, vol.10, No.3 (1998), 533-546.
- HOFFMAN, M. "Towards an international disaster response law", in P. Walker and J. Walker (eds.), *World Disasters Report 2000*, Geneva, IFRC, 2000, 144-157.
- . "What is the scope of international disaster response law?", in V. Bannion (ed.), *International Disaster Response Laws, Principles and Practice: Reflections, Prospects and Challenges*, Geneva, IFRC, 2003, 13-20.

- HOLLAND, G. L. "Observations on the International Decade for Natural Disaster Reduction", *Natural Hazards*, vol. 2, No.1 (1989), 77-82.
- 红十字会与红新月会国际联合会: "国际救灾法: 现行条约法初步概览与反洗——德国波鸿大学霍斯特·费舍尔教授编写的现行条约法研究摘要" (2003年1月)。
- JAKOVLJEVIC, B. "The right to humanitarian assistance: legal aspects", *International Review of the Red Cross*, vol 27, No. 260 (September-October 1987), 469-484.
- J——. "international disaster relief law", *Israel Yearbook on Human Rights*, vol. 34 (2004), 251-286.
- . and J. Patrnoic: "Protection of human beings in disaster situations - a proposal for guiding principles", in *Collection of Publications*, No. 8, Sanremo, International Institute of Humanitarian Law, 1989.
- KALSHOVEN, F. "Assistance to the victims of armed conflicts and other disasters", in *Assisting the Victims of Armed Conflicts and Other Disasters: Papers delivered at the International Conference on Humanitarian Assistance in Armed Conflict, The Hague, 22-24 June 1988*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1989, 13-26.
- KATOCH, A. "International disaster response and the United Nations", in V. Bannon (ed.), *International Disaster Response Laws, Principles and Practice: Reflections, Prospects and Challenges*, Geneva, IFRC, 2003, 47-56.
- LA PRADELLE, P. de: "L'organisation des secours en cas de desastre naturel", *International Law Association, Report of the Fifty-fifth Conference, New York*, 21-26 August 1972, London, 1974, 317-327.
- . "L'organisation des secours en cas de désastre naturel", *International Law Association Report on the Fifty-seventh Conference, Madrid, 30 August-4 September 1976*, London, 1978, 309-320.
- LEBEN, C. "Vers un droit international des catastrophes?", in D. D. Caron and C. Leben (eds), *The International Aspects of Natural and Industrial Catastrophes*, The Hague/Boston/London: Martinus Nijhoff, 2001, 31-91.
- LIENHARD, C. "Pour un droit des catastrophes", *Recueil Dalloz Sirey de doctrine, de jurisprudence et de législation*, No. 13 (1995), 91-98.
- MACALISTER-SMITH, P. "Disaster relief: reflections on the role of international law", *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 45 (1985), 25-43.
- . "The International Relief Union: reflections on the Convention Establishing an International Relief Union of July 12, 1927", *The Legal History Review*, vol. 54 (1986), 363-374.
- . "Les organisations non gouvernementales et la coordination de l'assistance humanitaire", *Revue internationale de la croix-rouge*, No. 767 (September-October 1987), 524-531.
- . "The right to humanitarian assistance in international law", *Revue de droit international, de sciences diplomatiques et politiques (The International Law Review)*, vol. 66, No. 3 (July-September 1988), 211-233.
- . *International Guidelines for Humanitarian Assistance Operations*, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law (1991).
- OKERE, B. and E. M. MAKAWA: "Global solidarity and the international response to disasters", in D. D. Caron and C. Leben (eds.), *The International Aspects of Natural and Industrial Catastrophes*, The Hague/Boston/London, Martinus Nijhoff, 2001, 429-456.
- OWEN, D., "Obligations and responsibilities of donor nations", in K. M. Cahill (ed.), *A Framework for Survival: Health, Human Rights and Humanitarian Assistance in Conflicts and Disasters*, 2nd rev. ed., London/New York, Routledge, 1999, 52-62.

- PATRNOGIC, J., "Some reflections on humanitarian principles applicable in relief actions", in C. Swinarski (ed.), *Studies and Essays on International Humanitarian Law and Red Cross Principles in Honour of Jean Pictet*, Geneva/The Hague, Martinus Nijhoff, 1984, 925-936.
- PETTIT, E. W. "Les actions d'urgence dans les catastrophes: évolution des activités des organisations interétatiques et des organisations non gouvernementales", in D. D. Caron and C. Leben (eds), *The International Aspects of Natural and Industrial Catastrophes*, The Hague/Boston/London, Martinus Nijhoff, 2001, 537-589.
- RABIN, R. L. "Dealing with disasters: some thoughts on the adequacy of the legal system", *Stanford Law Review*, vol. 30 (1977-1978), 281-298.
- ROMANO, C. P. R. "L'obligation de prévention des catastrophes industrielles et naturelles", in D. D. Caron and C. Leben (eds), *The International Aspects of Natural and Industrial Catastrophes*, The Hague/Boston/London, Martinus Nijhoff, 2001, 379-428.
- SAMUELS, J. W. "Organized responses to natural disasters", in R. S. J. Macdonald, D. M. Johnson, and G. L. Morris (eds.), *The International Law and Policy of Human Welfare*, Alphen aan den Rijn, Sijthoff and Noordhoff, 1978, 675-690.
- . "The relevance of international law in the prevention and mitigation of natural disasters", in L. H. Stephens and S. J. Green (eds.), *Disaster Assistance: Appraisal, Reform and New Approaches*, New York, New York University Press, 1979, 245-266.
- SEGUR, Ph. "La catastrophe et le risque naturels: essai de définition juridique", *Revue du droit public et de la science politique en France et a l'étranger*, vol.113 (1997), 1693-1716.
- SHIBATA, A. "Creating an international urgent assistance mechanism in case of natural and industrial catastrophes", in D. D. Caron and C. Leben (eds), *The International Aspects of Natural and Industrial Catastrophes*, The Hague/Boston/London, Martinus Nijhoff, 2001, 457-535.
- SLIM, H. "By what authority? The legitimacy and accountability of non-governmental organisations", *The Journal of Humanitarian Assistance*, vol.10, No.1 (2002), www.jha.ac.
- THOUVENIN, J.-M. "L'internationalisation des secours en cas de catastrophe naturelle", *Revue générale de droit international public*, vol.102 (1998), 327-363.
- TOMAN, J. "Towards disaster relief law: legal aspects of disasterrelief operations", in F. Kalshoven (ed.), *Assisting the Victims of Armed Conflicts and Other Disasters: Papers delivered at the International Conference on Humanitarian Assistance in Armed Conflict, The Hague, 22-24 June 1988*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1989, 181-199.
- TSUI, E. "Initial response to complex emergencies and natural disasters", in K. M. Cahill (ed), *Emergency Relief Operations*, New York, Fordham University Press and the Center for International Health and Cooperation, 2003, 32-54.
- WALKER, P. "Victims of natural disaster and the right to humanitarian assistance: a practitioner's view", *International Review of the Red Cross*, vol. 325 (December 1998), 611-617.
- WALTER, J.(ed.): "Risk reduction: challenges and opportunities", in *World Disasters Report 2002*, Geneva, IFRC, 2002, 9-39.
- . "Accountability: a question of rights and duties", in *World Disasters Report 2002*, Geneva, IFRC, 2002, 149-169.
- WESTGATE, K. N. and P. O'Keefe: *Some Definitions of Disaster*, University of Bradford Disaster Research Unit, Occasional Paper No. 4 (June 1976).

3. 联合国文件选编

大会 秘书长关于自然灾害情况下的援助的报告，1965年1月5日(A/5845)。

经济及社会理事会 秘书长关于自然灾害情况下的援助的综合报告，1971年5月13日(E/4994)。

大会 联合国救灾协调员办事处，秘书长的报告，1977年5月12日(A/32/64)。

大会 国际人道主义新秩序。秘书长的报告，1985年6月3日和10月9日(A/40/348和Add.)。

大会 新的国际人道主义秩序。向自然灾害和类似紧急情况的灾民提供援助，秘书长的报告，1990年10月24日(A/45/587)。

大会、经济及社会理事会 加强联合国人道主义紧急援助的协调，秘书长的报告，增编，1994年11月1日(A/49/177/Add.1 - E/1994/80/Add.1)。

大会、经济及社会理事会 加强联合国人道主义紧急援助的协调，秘书长的报告，1999年6月15日(A/54/154 - E/1999/94)。

大会、经济及社会理事会 加强联合国人道主义紧急援助的协调，秘书长的报告，2000年5月30日(A/55/82 - E/2000/61)。

大会、经济及社会理事会 国际减少灾害战略的执行情况，秘书长的报告，2001年5月8日(A/56/68 - E/2001/63)。

大会 加强联合国人道主义紧急援助的协调，秘书长的报告，2001年6月18日(A/56/95 - E/2001/85)。

大会 自然灾害领域人道主义援助从救济向发展过渡的国际合作，秘书长的报告，2001年8月20日(A/56/307)。

大会、经济及社会理事会 加强联合国紧急人道主义援助的协调，秘书长的报告，2002年5月14日(A/57/77 - E/2002/63)。

大会 紧急应灾，秘书长的报告，2002年8月16日(A/57/320)。

大会 自然灾害领域人道主义援助从救济向发展过渡的国际合作，秘书长的报告，2002年10月29日(A/57/578)。

大会 自然灾害领域人道主义援助从救济向发展过渡的国际合作，秘书长的报告，2003年10月14日(A/58/434)。

大会、经济及社会理事会 加强联合国紧急人道主义援助的协调，秘书长的报告，2004年6月11日(A/59/93 - E/2004/74)。

大会 国际减少灾害战略的执行情况，秘书长的报告，2004年8月11日(A/59/228)。

大会 自然灾害领域人道主义援助从救济向发展过渡的国际合作，秘书长的报告，2004年9月21日(A/59/374)。

大会、经济及社会理事会 加强联合国紧急人道主义援助的协调，秘书长的报告，2005年6月23日(A/60/87 - E/2005/78)。

大会 国际减少灾害战略的执行情况，秘书长的报告，2005年8月1日(A/60/180)。

秘书长关于联合国工作的报告，《大会正式记录，第六十届会议，补编第1号》(A/60/1)，2005年8月8日。

大会 自然灾害领域人道主义援助从救济向发展过渡的国际合作，秘书长的报告，2005年8月12日(A/60/227)。

大会 人权和人口大规模流亡,秘书长的报告,2005年9月1日(A/60/325)。

大会 2006年1月31日秘书长给大会主席的信,2006年2月2日(A/60/664)。

大会、经济及社会理事会 加强联合国紧急人道主义援助的协调,秘书长的报告,2006年6月2日(A/61/85 - E/2006/81)。

附件四

信息跨界流动的个人数据保护问题

(秘书处)

1. 建议国际法委员会考虑将“信息跨界流动的个人数据保护问题”纳入长期工作方案。

A. 问题的性质

2. 数据的收集或储存并不是一种新的现象。长久以来，公共机关和私营实体，包括自然人和法人实体，都收集、保存数据和记录。¹但是，第二次世界大战²以来的科技进步和尤其是1960年代以来信息和通信技术（信通技术）³的发展带来的迅猛和难以想象的变革，改变了信息和个人数据生成、收集、储存、存档、传播、发送的方式。尤其是，互联网已经证明是一种跨越传统有形边界的全球信息基础设施，因而构成对传统国家主权概念的挑战。⁴国家之间的数据电子流动变得更为简便、廉价，几乎是即时和无所不在的。时间和空间大为缩减。生成的数据详尽、可处理、以个人为索引、并且有永久性。⁵各种行为者——政府、行业、其他企业和组织以及个人用户——日趋依靠信通技术提供基本的货物和服务、开展企业活动和在一系列人为活动中交换信息。⁶各式各样的行为者每日每时都出于多种

原因和采用多种手段收集有关个人的数据，并将此类数据保存在公共和私营部门。⁷在不同的行为者分享或传递此类数据时，也产生了关于个人隐私权的严肃问题，尽管这并不是什么新的关切。⁸

3. 由于新技术使得查找和追踪来源更加容易，关于隐私受侵犯问题的公共政策关切带动了辩论。⁹改进的数据监测技术、数字式音频技术、综合业务数字网、数字式电话，包括移动电话位置数据、DNA和生物测定技术、黑匣子、无线电频率识别芯片和植入式全球定位系统芯片的问世及其方便可得，使得评论员和民权自由主张者都引用奥威尔的比喻，¹⁰警告说现在的世界有可能变成一个监视社会。¹¹

决议，以及经济及社会理事会主席提交的[经社理事会2000年实质性会议]高级别部分部长宣言，《大会正式记录，第五十五届会议，补编第3号》(A/55/3/Rev.1)，第三章。

⁷ 例如，在计算机化的数据档案中储存的信息涉及到银行活动、工资收入、旅行记录、社会保障、保险以及加入各种会员制俱乐部、订报和参加所有其他世俗社会活动的资料，现在很容易归档和处理。

⁸ 隐私问题可能会在自然人或作为法人的自然人之间的横向关系中发生，这种可能性似乎把当代的关切与以前几十年的关切区分开了，过去国家与私人个人之间的关系涉及的主要是纵向关系，一般而言，见1974年秘书长关于可能会影响个人权利的电子应用和民主社会应当对此种应用规定的限制的报告，(E/CN.4/1142[和 Corr.1]以及 Add.1-2)。另见1973年秘书长关于记录和其他技术方法的进步与尊重隐私和各国的完整及主权的报告，(E/CN.4/1116和 [Corr.1]以及 Add.1-3 [和 Add.3/Corr.1]和 Add.4)。

⁹ 略见 S. Hetcher, “Changing the social meaning of privacy in cyberspace”, *Harvard Journal of Law and Technology*, vol. 15 (2001-2002), pp. 149-209. 另见亚太经济合作组织，《亚太经合组织隐私框架》，新加坡，亚太经合组织，2005年，序言，第1段。不妨指出，互联性的提高也使信息系统和网络面临着越来越多种多样的威胁和弱点，要求加强电脑安全。电脑黑客给网络的完整性带来挑战。互联网被用来发表仇恨言论和从事多种犯罪活动，包括儿童色情和窃取身份信息。

¹⁰ 乔治·奥威尔在《1984年》(1949年)中使用了“老大哥”这一比喻。

¹¹ 见 the report of the American Civil Liberties Union, by Jay Stanley 和 Barry Steinhardt, “Bigger Monster, Weaker Chains: The Growth of an American Surveillance Society”(2003) available at <http://www.aclu.org>.

¹ Daniel J. Solove, “Privacy and power: computer databases and the metaphors for information privacy”, *Stanford Law Review*, vol. 53 (2000-2001), pp. 1393-1462, 在第1400页中指出，早在11世纪，征服者威廉就为征税目的收集了臣民的信息。即使不是所有国家，但现在很多国家都定期开展人口普查，提出有关个人详情的各种问题。

² 同上，第1402页。1949年大型计算机的诞生使信息收集发生了一场革命。

³ 其中包括计算机、照相机、感测器、无线通信、全球定位系统、生物测定学、遥感和其他技术。

⁴ Joshua S. Baugher, “State sovereignty and the globalizing effects of the Internet: a case study of the privacy debate”, *Brooklyn Journal of International Law*, vol. 26 (2000-2001), p. 689-722.

⁵ Jerry Kang, “Information privacy in cyberspace transactions”, *Stanford Law Review*, vol. 53 (1997-1998), pp. 1193-1294, at p. 1999.

⁶ 见关于创造全球网络安全文化的大会2002年12月20日第57/239号决议。另见大会2004年12月22日第59/220号

4. 国际社会对使用信通技术的信任和安全表示关注，最近一次是在信息社会世界首脑会议上，并且力图找到方法加强“信任框架”，包括增强对个人信息、隐私和数据的保护，¹² 这一点并不令人意外。另外，人们呼吁联合国起草一项有法律约束力的文书，详细规定数据受保护权和隐私权是可强制执行的人权。¹³

5. 持怀疑态度的人质疑“网络世界”法是否就像“马匹法”一样虚无空泛。¹⁴ 这场关于网际空间能否或应否加以规范的辩论基本已经远去，在很大程度上已成为历史的里程碑。¹⁵ 尽管如此，还是出现了一些课题，其中之一是，电子和数字空间的用户由于加入网际空间并且日渐依赖信通技术而得到了哪些权利，有什么期待？¹⁶ 在处理与电脑相关的问

¹² 信息社会世界首脑会议，成果文件，2003年日内瓦—2005年突尼斯。会议分两个阶段分别于2003年12月10至12日在日内瓦和2005年11月16至18日在突尼斯举行。成果文件由《日内瓦原则宣言》、《日内瓦行动计划》、《突尼斯承诺》和《信息社会突尼斯议程》构成，详见：<http://www.itu.int/wsis>。

¹³ 关于“在全球化世界中保护个人数据和隐私：尊重多样性的普遍权利”的《蒙特勒宣言》，由2005年9月14至16日在瑞士蒙特勒举行的第二十七届数据保护和隐私权专员国际大会通过，详见 www.privacyconference2005.org。另见2004年11月在瓦加杜杜举行的法语国家政府首脑和国家元首会议宣言第51段中体现出的对该主题的关注：

“Nous sommes convenus d'attacher une importance particulière à la protection des libertés et des droits fondamentaux des personnes, notamment de leur vie privée, dans l'utilisation des fichiers et traitements des données à caractère personnel. Nous appelons à créer ou consolider les règles assurant cette protection. Nous encourageons la coopération internationale entre les autorités indépendantes chargées dans chaque pays de contrôler le respect de ces règles.” [我们同意特别关注保护个人在使用文件和处理个人数据方面的自由和基本权利，包括个人的私生活在内。我们呼吁建立或加强确保这一保护的规则。我们鼓励各国负责监督实施这些规则的独立机构彼此开展国际合作。]

因特网治理论坛也将数据保护列为需要讨论的问题之一，略见 www.intgovforum.org。

¹⁴ F. H. Easterbrook, “Cyberspace and the law of the horse”, *University of Chicago Legal Forum* (1996), pp. 207-216.

¹⁵ 见 R. S. R. Ku, M. A. Faber, and A. J. Cockfield, *Cyberspace Law: Cases and Materials*, New York, Aspen Law and Business, 2002, p. 37, quoted by V. N. Nguy in “Using architectural constraints and the game theory to regulate international cyberspace behaviour”, *San Diego International Law Journal*, vol. 5, (2004), pp. 431-463, at 432.

¹⁶ 其他的命题涉及到治理：因信通技术得到改善而产生的电子和数字空间由谁治理和规范，怎样规范，可以采用哪些工具加以规范？一般而言，各种行为者对于治理电子和数字空间做出的反应分属于下列三种立场中的一种：(a) 较为传

题过程中可以看到三种法律对策。¹⁷ 显然，这些对策并不那么容易区分，它们是相互重叠的。首先，已有的法律经常被适用于新的情况；第二，已有的法律可能不足以应对新的情况，但在经过修订后还是加以适用；第三，新的问题要求创建新的法律。¹⁸ 在这种网际空间法当中，为了处理信通技术带来的问题，适用或经过调整后适用了多个领域的法律。¹⁹ 一方面，合同法、侵权法、证据法、知识产权法或法律冲突法与解决信通技术的应用和利用所产生的问题密切相关；另一方面，数据保护已经成为第三

统式的集权式办法，由政府作为互联网和信通技术活动的主要管理人；(b) 放任式办法，认为互联网和信通技术活动是新的社会前沿，不适用也不宜适用传统的规则；其根本的运行宗旨是自治和自律；最后一种是(c) 国际主义的姿态。认为互联网的全球和互联性质和信息社会的出现更适合通过国际法加以规范。这些应对措施相互交错、相互关联和相辅相成。略见 V. Mayer-Schönberger, “The Shape of governance: analysing the world internet regulation”, *Virginia Journal of International Law*, vol. 43 (2002-2003), pp. 605-673, 他提出了这三种网络法的论述并且将之称为 (a) 基于国家的传统主义论；(b) 网络分离主义论；(c) 网络国际主义论，并各个进行了评判（第612页）。另一个命题是，应当如何规范这个电子和数字空间，可以采用何种工具加以规范？

¹⁷ F. W. Hondius, “Data law in Europe”, *Stanford Journal of International Law*, vol. 16 (1980), pp. 87-111, at p. 88. 在分析理解“网络空间”法时，采用了四种制约人在日常生活—“现实空间”中的行为的因素，也即法律、社会规范、市场和“体系架构”，并在彼此之间进行了相互作用和互动。通常，参与数据跨界流动的各种行为者利用这些工具在不同层次进行规范。例如，政府可能会通过关于隐私权的法律，而传输线路和设施的提供者可能会商定相关的技术兼容标准、费率和协议；服务供应商可能会制订自己的隐私权守则；用户可能会按照某些互联网的行为惯例行事；制造商可能会商定某些守则以保证兼容性和联网。略见 L. Lessig, “The law of the horse: what cyberlaw might teach”, *Harvard Law Review*, Vol. 113 (1999-2000), pp. 501-549, 他将体系架构定义为“‘我们发现的’有形世界或‘这个有形世界的构建方式’”（第507页）。网络空间的体系架构是其代码：“这个空间得以构建的软件和硬件”（第509页）。

¹⁸ Hondius, 前引文（上文脚注17），第88页。

¹⁹ 国际电信联盟侧重于数据跨界流动的体制基础设施和技术运作，其他一些组织则参与制订数据处理、数据传输和数据安全标准。见 M. Bothe “Data, transborder flow and protection”, in R. Bernhardt (编), *Encyclopedia of Public International Law*, Vol. 1, Amsterdam, Elsevier, 1992, pp. 950-961, at p. 954. 联合国国际贸易法委员会1985年通过了关于计算机记录的法律价值的建议（《大会正式记录，第四十届会议，补编第17号》(A/40/17)，第六章，第360段）。大会1985年12月11日第40/71号决议的批准。又见《联合国关于国际合同使用电子通信手段的公约》，大会2005年11月23日第60/21号决议赞扬了联合国国际贸易法委员会的这项建议。另见《(联合国)国际合同使用电子通信公约》。例如，另见2001年5月22日欧洲议会和理事会关于统一信息社会中的版权的某些方面和有关权利的第2001/29/EC号指令（《欧洲共同体公报》，第L167号，2001年6月22日，第10页）以及美国1998年《数字千年版权法》。

类法律对策的一个实例：对新情况适用新法律。²⁰ 本建议的重点就在这方面。数据保护被界定为在处理个人信息的过程中，尤其是在利用通信技术辅助处理程序的情况下，保护个人的权利和自由及基本利益。²¹ 数据保护旨在确保数据不被滥用，数据主体拥有并保留纠正误差的能力。²²

B. 现行规范和规则概览

6. 自1960年代后期以来，数据保护就一直国际社会关注的问题。²³ 在这个问题上，总的方向是确保信息的自由流动。²⁴ 这种总体倾向对于国际贸易流动、保护知识产权和保护人权特别是隐私权产生了影响。国家或业界采用的各种方针倾向于强调对不同价值观重视程度上的差异。有多种约束性和非约束性文书、国家法规和司法裁决对这个领域加以规范。联合国、欧洲委员会和经合组织内部的早期

²⁰ Hondius, 前引文(上文脚注17), 第88页。

²¹ 同上, 第89页。

²² 见B. P. Smith, *review of Policing Across Natural Boundaries*, *Yale Journal of International Law*, vol. 20 (1995), pp. 215-217, at pp. 216-217.

²³ 国际人权会议1968年5月12日通过的《德黑兰宣言》第18段和关于人权与科技发展的第十一号决议(分别见1968年4月22日至5月13日在德黑兰举行的国际人权会议的最后文件(联合国出版物, 出售品编号: E.68.XIV.2), A/CONF.32/41号文件, 第5和第12页,)表示的关注是, 近期的科学发现和技术进步虽然为经济、社会和文化进步开辟了广阔的前景, 但同时也可能危害个人和各国人民的权利和自由。大会1968年12月19日第2450 (XXIII)号决议请秘书长研究科技发展引起的人权相关问题。见上文脚注8中提到的报告。这个问题最终被提交给人权委员会; 例如, 见人权委员会1971年3月18日第10 (XXVII)号决议。欧洲委员会1968年设立了关于统一计算机合法数据输入手段的专家委员会, 另外, 经合组织1969年成立了第一个专家组也即数据库专门组。后来又于1978年成立了后续的跨界数据障碍和隐私权保护问题专家组。

²⁴ 《世界人权宣言》(第19条)、《公民及政治权利国际公约》(第19条)以及一些区域性人权文书确认了跨界索取、接受和发送信息和思想的权利。另见1950年《欧洲人权公约》第10条; 1969年《美洲人权公约》《哥斯达黎加圣何塞公约》第13条; 1981年《非洲人权和人民权利宪章》第9条; 1986年欧洲安全与合作会议与会国代表通过的《维也纳会议最后文件》(《国际法材料》, 第28卷, 第2号(1989年), 第531页及以下各页, 详见第540至第541页, 第34至第46段); 1990年6月29日欧洲安全与合作会议关于人的方面的大会的哥本哈根会议文件(同上, 第29卷, 第5号(1990年), 第1305页及以下各页, 详见第1311页, 第9段); 1991年10月3日欧洲安全与合作会议关于人的方面的大会的莫斯科会议文件(同上, 第30卷, 第6号(1991年), 第1671页及以下各页, 详见第26段); 以及1990年7月31日至8月5日在开罗举行的伊斯兰外交部长会议通过的《开罗伊斯兰人权宣言》第23条。

努力以通过“第一代”法律文书告终, 并为1970年代开始的在国家层次颁布“第一代”立法发挥了协同作用。²⁵ 这些法律文书承认理想的数据保护与理想的国家间信息自由流动之间存在冲突这个基本问题。²⁶ 德国的黑森州首先在1970年颁布了一般性的数据保护立法,²⁷ 瑞典则是第一个这样做的国家。²⁸ 其他一些国家选择采用部门性较强的专项立法。²⁹

7. “第一代”立法在贯彻执行的过程中存在着差异, 因而在欧盟内部和其他地方推动了行动和

²⁵ 1973年欧洲委员会首先通过了一项关于在私营部门的电子数据库保护个人隐私的决议(1973年9月26日的第(73)22E号决议, 后来又通过了关于在公共部门的电子数据库保护个人隐私的另一项决议(1974年9月20日的第(74)29E号决议。经合组织在1980年通过了《关于保护隐私和个人数据跨界流动的准则》, 欧洲委员会在1981年通过了《关于在自动处理个人数据方面保护个人的公约》。联合国内部的努力用了较长的时间才成熟起来。人权委员会在1977年3月11日的第10B (XXXIII)号决议中请防止歧视和保护少数小组委员会开展关于计算机化个人档案领域内的相关准则的第二次研究。路易·茹瓦内先生担任了小组委员会的特别报告员。其报告中提出了一些可能的选择供审议, 涉及由国家和国际立法来确立的最低标准(见E/CN.4/Sub.2/1983/19)。大会1990年12月14日第45/95号决议通过了经济及社会理事会1990年5月25日第1990/38号决议所载联合国关于计算机化个人电脑档案的准则。该准则执行情况的后续动态, 见按照人权委员会1993年3月10日第1993/113号决定编写的E/CN.4/1995/75号文件; 按照1995年3月8日第1995/114号决定编写的E/CN.4/1997/67号文件; 以及按照1997年4月16日第1997/122号决定编写的E/CN.4/1999/88号文件。人权委员会在1999年4月28日第1999/109号决定中不经表决决定(a)鉴于各国正在逐步考虑到适用的准则, 因此从议程中删去这个问题; 并(b)请秘书长委托主管的检查机关确保联合国系统内的有关组织贯彻落实各项准则。

²⁶ 见J. Bing, “The Council of Europe Convention and the OECD guidelines on data protection”, *Michigan Yearbook of International Legal Studies*, vol. 5 (1984), pp. 271 - 303, at p. 273.

²⁷ 数据保护这一说法源于德文“Datenschutz”。瑞典: 1973年《数据法》(Datalagen, 1973: 289), 1974年7月1日生效。其他实例见, 挪威: 1978年的《个人数据注册法》(lov om personregistre mm av 9 juni 1978 nr 48), 1980年1月1日生效; 丹麦: 1978年《私人注册法》(lov nr 293 af 8 juni 1978 om private registre mv)和1978年《公共机关注册法》(lov nr 294 af 8 juni 1978 om offentlige myndigheders registre), 两部法律均在1979年1月1日生效; 加拿大: 1977年《人权法》和1982年《联邦隐私法》; 德国: 1977年《联邦数据保护法》(Bundesdatenschutzgesetz (BDSG)); 法国: 1978年1月6日关于数据处理、档案和个人自由的第78-17号法令; 联合王国: 1984年《数据保护法》。

²⁸ Bing, 前引文(上文脚注26), 第271页。

²⁹ 例如, 美国通过了下列法律: 1974年《隐私法》, Pub. L. No. 93-579 (1974); 《公平信用报告法》, Pub. L. No. 91-508 (1970); 《财务隐私法》, Pub. L. No. 95-630 (1978); 1984年《有线通信政策法》, Pub. L. No. 98-549 (1984); 以及《家庭教育权与隐私法》, Pub. L. 93-380, 1974。

进一步发展。随之而来的是通过了“第二代”法律文书³⁰（其中一些，例如欧盟的指令，涉及到第三国）³¹，和“第二代”法规³²，另外还出做出了一些

³⁰ 1994年世贸组织《服务贸易总协定》（《马拉喀什建立世界贸易组织协定》附件）中关于一般例外的第十四条特别提到了采用或实施以下措施“为确保服从与本协定规定不相抵触的包括与下述有关的法律和规定所必需的：……（二）保护与个人资料的处理和散播有关的个人隐私以及保护个人记录和账户秘密的”。另见欧洲议会和理事会关于在个人数据处理和自由流动方面保护个人的1995年第95/46/EC号指令，其中详细制定了隐私权规范结构供欧盟成员国在国内采用，《欧洲共同体公报》，第L 281号，1995年11月23日，第31页。另见2001年《关于在个人数据自动处理方面保护个人的公约的有关监管机构和跨界数据流动的附加议定书》；欧洲议会和理事会关于电子通信部门处理个人数据和保护隐私的2002年7月12日第2002/58/EC号指令，《欧洲共同体公报》，第L 201号，2002年7月31日，第37页，其中撤销了早先关于同一内容的欧洲议会和理事会1997年12月15日第97/66/EC号指令，同上，第L 24号，1998年1月30日，第1页。另见欧洲议会和理事会2006年3月15日关于保留在提供公开可得电子通信服务或公共通信网络时产生或处理的相关数据并修正第2002/58/EC号指令的2006/24/EC号指令，同上，第L 105号，2006年4月13日，第54页。2000年12月7日颁布但尚未生效的《欧洲联盟基本权利宪章》第8条载有关于保护个人数据的具体规定：

“1. 人人有权保护涉及自身的个人数据。

“2. 必须公平地按照特定目的处理此类数据，并取得当事人的同意，或者符合法律规定的其他合法依据。人人有权检索已收集的涉及其本人的数据并有权加以纠正。

“3. 由独立的机关负责检查上述规则的遵守情况。”（同上，第C 364号，2000年12月18日，第1页。）

亚太经合组织也在2004年通过了《亚太经济合作隐私权框架》，以促进采用一致的方法处理信息隐私，以此确保亚太地区的信息自由流动（见上文脚注9）。

³¹ 欧洲议会和理事会第95/46/EC号指令第25条（见上文脚注30）涉及在充分保护的基础上将个人数据转向第三国的问题，第26条规定了允许克减的具体情况。为回应欧盟的这一指令，美国商业部通过了《安全港隐私原则》，鼓励公司予以合作。美国商业部2000年7月21日颁布了《安全港隐私原则》（见《联邦纪事》，第65卷，第142和第182号（2000年）；另见www.ita.doc.gov）。欧洲联盟委员会2000年7月26日第2000/520/EC号决定承认这些原则提供了充分的保护，《欧洲共同体公报》，第L 215号，2000年8月25日，第7页。2006年5月30日，在并案审理案件C-317/04和C-318/04时，欧洲共同体法院就与向美国传输数据有关的适足保护程度问题做出了判决（见同上，第C 178号，2006年7月29日，第1页）。欧洲议会特别要求撤销欧共体委员会关于批准向美国海关和边境保护局发送航班乘客名单记录数据的2004年5月14日第2004/535/EC号决定，同上，第L 235号，2004年7月6日，第11页。法院以此事超出欧共体管辖范围作为技术性理由撤销了理事会的这项决定。

³² 阿根廷：2000年10月4日《个人数据保护法》（第25.326号法律）；澳大利亚：1988年《隐私法》和2000年《（私营部门）修正隐私法》；奥地利：《1999年8月17日个人数据保护法》和各州执行欧洲联盟指令的立法；比利时：1992年12月8日《关于个人数据处理的隐私保护法》，并由1998年12月11日的执行法和2001年2月13日的二级立法修订；巴西：第61/1996和第151号草案；加拿大：2001年《个人信息保护与电子文件法》；智利：1999年8月28日《私生活

努力，推动以在多边框架内制订的法规范本为基础颁布立法。³³ 其他一些国家仍然倾向于颁布部门性的专项法规。³⁴ 各国倾向于采用的办法深刻地植根

保护法》；塞浦路斯：2003年修正的2001年《个人数据处理（保护个人）法》，以及2004年《电子通信条例和邮递服务法》；捷克共和国：2000年4月4日《个人数据保护法》；丹麦：2000年5月31日《个人数据处理法》（第429号法律）；德国：2001年5月18日《联邦数据保护法》，以及各州为执行欧洲联盟指令而通过的数据保护法；爱沙尼亚：2003年2月12日《数据保护法》；芬兰：2000年12月1日修正的1999年4月22日《芬兰个人数据法》（第523/1999号），以及2004年《芬兰工作场所数据保护法》；法国：修正1978年1月6日第78-17号法律的2004-801号法律；希腊：1997年4月10日生效的关于在处理个人数据使保护个人的第2472号执行法；匈牙利：1992年《关于保护个人数据和公众获取符合公共利益的数据的第LXIII号法律》，1978年《关于滥用个人数据和个人信息的第IV号刑事法律》，和2002年第XXXI号法律修正的2001年12月14日《第XXVI号数据保护法》；爱尔兰：经2003年4月10日的2003年《数据保护法》修正的1998年《数据保护法》；以色列：1981年颁布并于1996年修正的数据保护法；意大利：1996年12月31日关于在处理个人数据时保护个人和其他主体的第675号法律，以及2004年1月1日生效的《新数据保护法》；日本：《保护个人信息法》，2003年第57号法律；拉脱维亚：经2004年10月24日的法律修正的《个人数据保护法》；立陶宛：2003年1月21日《关于个人数据法律保护的第IX-1296号法律》，2004年4月13日多次修正；卢森堡：2002年8月2日《数据保护法》；荷兰：2000年7月6日《个人数据保护法》（之前的部门行为准则正接受立法审查）；新西兰：1993年7月1日《隐私法》；巴拉圭：《巴拉圭数据保护法》，管理隐私信息的第1682号法律；波兰：1997年8月29日《个人数据保护法》，2004年1月1日修正；葡萄牙：1998年10月26日第67/98号个人数据保护法；大韩民国：1994年《公共机构保留的个人数据保护法》（第4734号法律），1999年《促进和保护信息基础设施法》（第5835号法律）；俄罗斯联邦：1995年1月25日《联邦信息、信息化和信息保护法》；斯洛伐克：经第602/2003 Coll、第576/2004 Coll和第90/2005 Coll号法律修正的关于保护个人信息的第428/2002 Coll号法律；斯洛文尼亚：1999年《（基于欧洲理事会公约）的个人数据保护法》和2001年7月的《个人数据保护法修正法》；西班牙：1999年12月13日关于保护个人数据的第15/1999号组织法；瑞典：1998年4月29日《第1998：204号个人数据法》，和1998年9月3日《第1998：1191号条例》；瑞士：1992年6月19日《第235.1号联邦数据保护法》；突尼斯：2004年7月27日《第2004-63号个人数据保护法》；联合王国：1998年7月16日《数据保护法》，由2000年2月17日的立法补充完整。

³³ 2002年在圣文森特和格林纳丁斯的金斯敦举行的英联邦法律部长会议提出了两项关于（私营部门和公共部门）隐私权的示范法案草案。该示范法受到了加拿大个人数据保护制度、联合王国1998年《执行欧洲联盟指令的数据保护法》以及经合组织《准则》的影响。

³⁴ 美国通过了以下立法：《隐私法》，5 U.S.C. § 552a (2001)；《公平信用报告法》，15 U.S.C. § 1681 (2001)；《视频隐私保护法》，18 U.S.C. § 2710-2711 (2000)；1984年《有线通信政策法》，47 U.S.C. § 551 (2000)；《司机隐私保护法》，18 U.S.C. § 2721-2725 (2000)；《电话用户保护法》，47 U.S.C. § 227 (2000)；《家庭教育权和隐私法》，20 U.S.C. § 1232 (2000)；1996年《健康保险流动性和问责法》，Pub. L. No. 104-191 (1996)；以及《儿童在线隐私保护法》，15 U.S.C. § 6501-6506 (2000)。

于历史、法律和政治传统。³⁵ 一般而言，欧洲通过的法律对数据的收集加以限制。³⁶ 这些法律要求事先通知索取数据的目的。此外，除非经数据主体同意或由法律作出规定，对数据的任何后续使用必须合乎具体的目的。第二，立法要求实行事后控制，目的是确保数据的持续可靠性。关于此类数据记录存在的通知、数据检索权以及纠正数据误差的机会都是此种可靠性的要素。³⁷ 第三，此类立法对数据的储存和使用作了规定，包括防止损失、破坏和未经授权予以披露的程序在内，从而规范了此类数据的安全和保护方面的问题。任何使用或披露都必须加以记录，如果发生未经授权加以使用或披露的情况即应通知数据主体。³⁸ 建立了处理这些问题的框架。第四，另外还考虑了控告和纠正制度。

8. 另一方面，这种办法——特别是美国采取的这种办法——是部门性的，依赖于立法、规章和自律的结合，³⁹ 这种办法更多的以市场为驱动。立法主要覆盖公共部门或其中的专门领域，得到保护的数据主体是公民和常驻外籍人员。此外没有负责执法的单一机构。

9. 还有一点要注意的是，业界在采用自律守则保护个人数据方面发挥了积极作用。⁴⁰

³⁵ 见Hondius, 前引文(上文脚注17), 第87至第111页。各国或者通过了平等覆盖公共部门和私有部门的单一法令(例如, 欧洲联盟成员国、阿根廷、智利、以色列、俄罗斯联邦和瑞士), 或者通过了以单章应对公共部门和私营部门的法律, 或者分别涉及公共和私营部门的两部单独法律(例如, 澳大利亚、加拿大、巴拉圭和突尼斯); 或者通过了涵盖了公共部门的法律和涉及私营部门活动的各个方面的单独立法(例如日本和大韩民国), 在有些情况下, 一般性立法还有替代性的各部门行为准则作为补充(例如, 新西兰)。

³⁶ G. Michael Epperson, "Contracts for Transnational Information Services: Securing Equivalency of data Protection," *Harvard International Law Journal*, vol. 22 (1981), p. 157, at p. 162.

³⁷ 同上。

³⁸ 同上。

³⁹ 经济和工商事务局2005年8月15日公布的《美利坚合众国关于互联网治理的评论》指出:“数据保护和隐私 任何确保保护个人信息的有效方法都包括: 在金融、医药和儿童隐私等高度敏感领域保护消费者隐私的适当法律; 政府执行此类法律; 鼓励私营部门努力保护消费者隐私”(WSIS-II/PC-3/DT/7E, P.24); 可在国际电信联盟的网站 www.itu.int 上了解这些评论,“已收到的关于因特网治理工作组报告的评论汇编”, 2005年8月30日。

⁴⁰ 国际商会在这方面发挥了带头作用。例如, 见国际商会的《决策者资料汇编》, 见网站 www.rfid-in-action.eu/rfid-

10. 判例法也承认数据保护的重要性。欧洲法院在渔业案中确认, 数据保护原则是共同体法的一般性原则。法院称, 欧洲议会和理事会第95/46/EC号指令在共同体一级通过的一般原则已经构成成员国在所涉领域内的法律的一部分。⁴¹ 在公开审计署案中, 法院指出, 由于该指令的规定针对的是处理有可能受到侵犯的个人数据问题, 特别是隐私权问题, 因此就必须参照基本权利解释, 而基本权利是共同体法律一般原则的内在组成部分。法院还认为:“第95/46号指令第6条第1款(c)项以及第7条(c)项和(e)项可直接适用, 可由个人在本国法院援引以求排除适用与这些规定相抵触的本国法律规则”。⁴² 欧洲人权法院明确承认把个人数据作为《欧洲公约》第8条规定的隐私权范围内的一项基本权利加以保护。⁴³

11. 约束性和非约束性的国际文书以及各国通过的国家立法和司法裁决揭示了一些核心原则, 其中包括: (a) 合法和公正地收集和处理数据; (b) 准确性; (c) 对目的的规范和限制; (d) 相称性; (e) 透明性; (f) 个人的参与特别是检索权; (g) 非歧视; (h) 责任; (i) 监督和法律制裁; (j) 个人数据跨界流动的数据等同性; (k) 克减原则。

knowledge-platform/all-rfid-documents/guidelines-on-privacy/iccwbo_privacy-toolkit. 2012年11月27日检索。

⁴¹ 女王诉农业、渔业和粮食部, 渔业部一方诉讼案(案件编号: C-369/98), 欧洲法院2000年9月14日的判决,《欧洲共同体公报》, 第C355号, 2000年11月25日, 第4页。第95/46/CE号指令, 见上文脚注30。

⁴² C-465/00、C-138/01和C-139/01合并案(宪法法院和最高法院的初步裁决的参考): *Rechnungshof (C-465/00) v. Österreichischer Rundfunk and Others and between Christa Neukomm (C-138/01), Joseph Lauermann (C-139/01) and Österreichischer Rundfunk* (“个人数据处理方面的个人保护—第95/46/EC号指令—保护私生活—公开审计署管理下各机构的雇员收入数据”), 2003年5月20日欧洲法院的判决,《欧洲共同体公报》, 第C171号, 2003年7月19日, 第3页, 第2段。

⁴³ 另见亚曼诉瑞士案, 第27798/95号申请, 2000年2月16日的判决, 大法庭, 欧洲人权法院,《判决和裁决汇编》, 2000-II, 第245页及以下各页; 利安德案, 1987年3月26日的判决, 欧洲人权法院,《判决和裁决汇编》, A辑, 第116卷, 第6页及以下各页; 罗塔鲁诉罗马尼亚案, 第28341/95号申请, 2000年5月4日的判决, 大法庭, 欧洲人权法院,《判决和裁决汇编》, 2000-V, 第109页及以下各页; 塔瑞克诉斯洛伐克, 第57986/00号申请, 2006年2月14日的判决, 欧洲人权法院,《判决和裁决汇编》, 2006-II, 第41页及以下各页。

C. 拟订供委员会审议的建议

12. 本提案的目标是, 拟订与保护个人数据有关的一般性原则。综观现有规范和规则可以看出, 虽然存在着方法上的差异, 但一些核心原则有着共同之处。先例以及其他有关材料, 包括条约、国家立法、司法裁决及非约束性文书都表明有可能拟订一套规定, 参照当代惯例充实与数据保护相关的问题。这项工作会有利于制订一套国际公认的最佳做法指导方针, 有助于各国政府拟订国家法规。这还有利于业界设计自律范本。现在要求就这个问题作出国际反应的呼声日强, 因此, 商拟“第三代”隐私权原则会是一个良好的开端。虽然这是一个技术性和专门化的领域, 但它也是国家行为尚不广泛或者尚未充分成熟的一个领域。尽管如此, 通过采用自己的工作办法, 委员会有可能弄清法律意见和实践的新趋势, 而这些新趋势很可能塑造任何最终会形成的全球法律制度。

界定本专题的范围

13. 隐私与数据保护之间存在着联系。隐私权已经具有数百年的历史, 在许多国家的宪法⁴⁴以及约束性和非约束性国际文书⁴⁵中获得了地位和承认。但是, 隐私权并不是绝对的, 隐私权的范围和界限也并不总是易于衡量和划定。从哲学和分析的

⁴⁴ 例如在1361年, 英格兰的《和平司法法》(34 Edw. 3 c.1) 规定逮捕偷窃者和偷窥者; 1776年瑞典的《公共记录法》规定将政府掌握的所有信息用于合法目的; 1890年, 美国的Samuel D. Warren和Louis D. Brandeis在“隐私权”(《哈佛法律概览》, 第4卷, 第5号(1890年), 第193至第220页)一文中写道隐私权是“‘不受打扰’的权利”(第195页)。在格里斯沃德诉康涅狄格州案中, 美国最高法院对《权利法案》做出扩大解释, 并确认个人拥有宪法上的隐私权, 《美国汇编》, 第381卷(1965年), 第479页。

⁴⁵ 《世界人权宣言》第12条和《公民及政治权利国际公约》第17条。另见1948年在波哥大举行的第九次美洲国家国际会议通过的《美洲关于人的权利和义务宣言》第五、第九和第十条; 《欧洲人权和基本自由公约》第8条; 1969年《美洲人权公约》; “哥斯达黎加圣何塞公约”第11条; 1990年《非洲儿童权利与福利宪章》; 1990年《伊斯兰人权开罗宣言》第18条。另见1981年《非洲人权和人民权利宪章》第18条。在医学伦理领域, 例如《纽伦堡法典关于人体实验的指示》(《纽伦堡军事法庭依据监督委员会第10号法律审判战争罪犯(纽伦堡, 1946年10月至1949年4月)》, 第15卷系列, 第二卷, 哥伦比亚特区华盛顿, 美国政府出版处, 1949-1953年, 第180页), 1948年《日内瓦宣言》(世界医学协会, 《宣言手册》(1996年10月), 17.A)和1964年《赫尔辛基宣言》(同上, 17.C, 或者“世界医学协会赫尔辛基宣言。涉及人类受试者的医学研究道德准则”, 《世界卫生组织月报》, 2001年, 79(4), 第373页)。

角度看, 隐私涉及到多种可能性和思想, 这些可能性和思想可划入下列类别之一, 或横跨所有这些类别: (a) 空间性的、(b) 决策性的、(c) 信息方面的⁴⁶以及(d) 通信隐私。

14. 虽然这四个类别相互牵涉和影响, 但本建议的范围并不涉及一般性的隐私问题, 较为狭义, 倾向于限制在四个方面。

15. 第一, 本建议主要侧重于第三类: 即隐私的信息方面, 涉及的是个人对于处理个人信息的控制, 包括个人信息的获取、披露和使用,⁴⁷ 这个概念通常被称为“公正的记录管理”。⁴⁸ 有必要考虑数据主体和使用者拥有的权益。

16. 第二, 本专题将处理为通信手段提供保护的问题, 即第四类当中由于与保障信息隐私有关而涉及到的通信隐私的各个方面: 邮件、电话、电子邮件和信通技术的其他形式的安全和隐私。随着技术的改进, 信息的公开可得对于个人“保护自己的隐秘世界”这种传统隐私范式提出了挑战。⁴⁹ 数据安全、位置数据和流通数据都已经成为保护范围的要件。数据安全涉及到数据的物理安全, 为此要努力确保数据的所在位置不会被破坏或篡改。数据还始终处于流通和运动状态, 很容易落入第三方的控制范围。个人所处的位置(位置数据)⁵⁰ 和向另一方发送的内容(流量数据)⁵¹ 不再能够保证匿名。为静态或流动数据提供的保护的类型和性质将是本专

⁴⁶ 见Kang, 前引文(上文脚注5), 详见第1202至第1203页。在瓦勒诉罗案(429 U.S. 589 (1977)), 美国最高法院将实质性的正当程序隐私保护扩展到涵盖私人信息。

⁴⁷ Kang, 前引文(上文脚注5), 详见第1203页。

⁴⁸ G. Epperson, (上文脚注36): “不过, 数据保护并不意味着所有此类隐私权益都将得到全面的保护。这一用语并非指绝对禁止数据的积累和使用, 而是指建立程序, 保证数据主体有机会知道存在与其相关的数据以及这些数据的用途”(第160页至第161页)。

⁴⁹ D. J. Solove, “隐私与权力……”, 前引文(上文脚注1), 详见第1437页。

⁵⁰ 用户终端设备的长宽高, 位置信息的流向、等级和精度, 网络单元的名称和位置信息的时间都已经变得易于记录。

⁵¹ 通信的路线、持续时间、时刻或数量, 使用的协议, 发送者或接收者终端设备的位置, 通信发源或终止的网络, 某次通信的开始、停止或持续时间以及通信传输的格式都是数据流过程中容易辨认的部分。

题的范围。但是，所提供的保护，必须按照社会对于确保有效执法，包括对于打击国际恐怖主义和有组织犯罪的工具的需求加以权衡。

17. 第三，本专题将限于处理个人数据流动。⁵² 跨界数据流动可能会涉及到不同种类的数据，如 (a) 业务数据；⁵³ (b) 实际金融交易数据；⁵⁴ (c) 科学或技术信息数据；⁵⁵ (d) 可识别个人身份的信息数据，如涉及信用、病历、刑事记录、旅行预订，或可能是一个简单的姓名或识别号码。其中只有可识别个人身份的数据才是意图列入本提案范围之内数据，尽管此类数据也可能采取业务或金融交易信息的形式⁵⁶ 或者作为包括人口调查在内的科学和技术调查的一部分出现。

18. 可识别个人的身份信息可涉及 (a) 个人身份；(b) 与个人有关的描述；(c) 与个人有关的辅助性描述。⁵⁷ 这些方面是可能需要防止披露的。自然人一般都与可识别个人身份的信息相联。在有些国家，法人和其他实体可能会受到影响。⁵⁸ 本专题的属人范围在于决定如何对待除自然人以外的其他实体。

⁵² 见 E. J. Novotny, “Transborder data flows and international law: A framework for Policy-Oriented Inquiry”, *Stanford Journal of International Law*, 第 16 卷 (1980), 第 141 页起。“数据”和“信息”有时作为同义词使用。但是，从技术角度看：

“‘数据’是指可通过机器处理的一组编排符号。‘信息’是指人可以理解的较高级的数据。跨界数据流通的目的是创造、储存、检索和使用信息，有时，为了中转目的而将信息压缩为数据” (第 144 页，脚注 7)。

⁵³ 同上，第 156 页。用于支持组织决定或维持某些行政职能的数据。

⁵⁴ 同上，第 157 页。涉及借贷双方和转账的数据。

⁵⁵ 同上，第 158 页。反映试验、调查、环境或气象测量或经济统计结果的数据。

⁵⁶ 同上，第 157 页。另见未决案件 (瑟格斯德茨 - 韦伯格和其他人诉瑞典案，第 62332/00 号申请)，2005 年 9 月 20 日宣布该案可受理。欧洲人权法院必须裁定，收集和储存有关个人的、“与其公共活动有关的”、“已经公开的”、准确的和出于国家安全而收集的信息是否构成对于隐私权的侵犯。另外这还涉及到拒绝向所涉个人通知所收集信息的全部内容的权利。在这方面，见法院 2006 年 6 月 6 日的判决，《判决和裁决汇编》，2006-III，第 131 页及以下各页。冰岛最高法院在 2003 年 11 月 27 日关于古孟德斯多提尔诉冰岛案的第 151/2003 号判决中就死者的 DNA 数据和相关的身份查验问题讨论了“个人数据”的定义问题。见 R. Gertz, “An Analysis of the Icelandic Supreme Court judgment on the Health Sector Database Act”, *SCRIPTED-A Journal of Law and Technology*, vol. 1, No. 2 (June 2004), 241-258。

⁵⁷ Kang, 前引文 (上文脚注 5)，详见第 1207 页至第 1208 页。

⁵⁸ Novotny, 前引文 (上文脚注 52)，详见第 157 页。

19. 数据流包括各种行为者之间的流动，这些行为者可以是政府、政府间组织、非政府组织，也可以是私营部门，如跨国公司和企业，其中有些提供数据处理服务。在处理这个专题时必须考虑到可能涉及到的公有或私营部门活动范围。

20. 第四，在保护信息数据方面，存在一些公认的限制和例外以及相互冲突的利益。实际上，国家宪法和司法裁决以及国际人权文书所提供的隐私保护都以克减或限制的形式承认了可能的限制和例外。

定义

21. 数据跨界流动被界定为“为处理和 / 或储存 [信通技术] 档案而跨越政治疆界以电子方式传输数据”。⁵⁹ 本专题的属物范围是一个需要认真考虑的问题，特别是，是否仅应包括自动生成的计算机数据，还是应当包括任何类型的数据，包括人工生成和处理的数据；以及是否应当按照所采用的技术或按照所涉数据的类型而不是技术来界定范围。

22. 必须对以下用语加以界定：数据；数据主体；数据使用者；数据档案；数据保留；数据保存；可识别个人身份的数据；敏感数据；流通数据；位置数据；个人数据跨界流动；个人数据的处理；通信；第三方使用者；注册和交易数据；点击流数据。这些定义只是说明性的，需要考虑到网络环境中不断发生的技术进步。

核心原则

23. 从这个领域将近四十年的发展中可以找到一些核心原则，这些原则包括：⁶⁰

⁵⁹ International Barriers to Data flows, Background Report, Committee on Interstate and Foreign Commerce, House of Representatives, Ninety-sixth Congress, First session, April, 1979, quoted in the Panel on Legal Issues of Transborder Data Transmission, ASIL *Proceedings*, vol. 74 (1980), p. 175.

⁶⁰ 略见 M. D. Kirby, “Transborder data flows and the ‘basic rules’ of data privacy”, *Stanford Journal of International Law*, vol. 16 (1980), pp. 27-66。另见 J. M. Eger, “The global phenomenon of teleinformatics: an introduction”, *Cornell International Law Journal*, vol. 14 (1981) pp. 203-236。另见 Secretary’s Advisory Committee on Automated Personal Data Systems, United States Department of Health, Education and Welfare, Records, *Computers and the Rights of Citizens* (1973), Appendix A, p. 147。

— 合法和公正地数据收集和处理 这些原则设想个人数据的收集仅限于必要的最低程度。尤其是不应非法或通过不正当手段获得此类数据。

— 准确性 信息质量原则是一种定性规定，由此产生的责任是，数据对于其使用目的而言必须准确、具备必要的完整性并且必须是最新数据；

— 对目的规范和限制 这些原则要求向数据主体阐明收集数据的目的。除用于已阐明的目的之外，不应出于其他目的披露、提供或以其他方式使用数据。数据的披露、提供或使用必须获得数据主体的同意或知情，或按法律行事。后续的任何使用也仅限于此种目的，或与此目的并不矛盾的另一目的。各国采取的方针存在着差异。有些国家认为取得同意的义务属于事前义务。

— 相称性 相称性要求采取的必要措施与所坚持的合法主张相称。

— 透明性 透明性意味着对保护个人数据方面的动态、做法和政策采取开放的总体政策。

— 个人的参与特别是检索权 这项原则对于数据保护而言可能是最重要的。对于判断数据档案的保管人是否掌握了与其本人相关的数据，本人是否有可能以某种合理的格式、方式和费用获得此种信息或将此种信息传输给自己，个人应当可以进行检索。这一原则使个人有权了解任何数据档案的存在情况及其内容，对数据提出质疑并要求数据得到纠正、修改或删除。

— 非歧视 这项原则是指不应当汇编有可能引起非法或任意歧视的数据。其中包括按照种族或族裔起源、肤色、性生活、政治见解、宗教、哲学、和其他信仰以及协会或工会成员身份整理得来的信息。

— 责任 这项原则涉及数据安全；应当采取负责和妥当的措施保护数据，防止损失和破坏数据，防止未经授权的检索、使用、修改或披露，数据档案的保存人应当对数据负责。

— 独立监督和法律制裁 监督和制裁要求建立机制确保正当程序和问责。应当有合法的主管当局负责实施数据保护。

— 个人数据跨界流动的数据等同性 这是一项一致性原则；目的是在数据流动符合标准或被认为就目的而言并无不妥的情况下，避免对数据的自由流动带来无正当理由的障碍和限制。

— 克减原则 该原则产生了为保护国家安全、公共秩序、公共健康或道德，或者为了保护他人的权利而规定例外情况和实行限制的权力。

克减

24. 虽然对隐私的关切极其重要，但这种关切也必须与其他价值 - 权益取得平衡。与保护个人联系在一起的避免困窘、建立亲密关系和防止滥用的隐私价值观，必须权衡兼顾反对个人控制个人信息的其他相反的价值观，诸如不干扰破坏国际贸易和商务流动以及信息流动的必要性、保护真相的必要性以及在安全环境中生活的必要性。⁶¹ 有些限制和例外是允许的，例如，在国家安全、公共秩序、⁶² 公共健康或道德⁶³ 方面，或者为了保护其他人的权利和自由，以及出于有效执法和在国际上开展打击犯罪的司法合作的必要性，包括打击国际恐怖主义和有组织犯罪构成的威胁。

25. 个人数据的处理必须按照人权原则加以解释。⁶⁴ 因此，符合公共利益的任何目标如果属于以下情况，就有理由干预私人生活：(a) 符合法律，(b) 为民主社会内追求合法目标所必需，以及 (c) 并非

⁶¹ 略见 C. Crump, "Data retention: privacy, anonymity and accountability online, *Stanford Law Review*, vol. 56 (2003-2004), pp. 191-229.

⁶² 例如，见欧洲委员会 2001 年 11 月 23 日在布达佩斯通过的《网络犯罪公约》。

⁶³ 例如，教科文组织 1997 年 11 月 11 日通过了《世界人类基因组与人权宣言》（教科文组织，《大会记录，第二十九届会议》，第一卷，《决议》，第 16 号决议），并得到大会 1998 年 12 月 9 日第 53/152 号决议的核可。另见 1997 年《在生物学和医学应用中保护人权和人类尊严的公约》，以及 1998 年《在生物学和医学应用中保护人权和人类尊严公约禁止克隆人的附加议定书》。

⁶⁴ C-465/00, C-138/01 和 C-139/01 合并案（见上文脚注 42）。

与所追求的目标不相称。⁶⁵“符合法律”一语超出了要求国内法具备法律依据的形式主义；它要求法律依据可“易懂”和“可预见”。⁶⁶可预见性要求在制定规则时具备充分的准确性，足以让任何个人都能规范自身行为。⁶⁷

26. 在国家实践方面也出现了一些问题。第一个问题涉及数据保留和数据保存。在网际世界中两种收集个人信息的基本方法：*(a)*从使用者那里直接索取（注册和交易数据）⁶⁸；以及*(b)*暗中追踪人们浏览互联网的方式（点击流数据）。⁶⁹各国出于执法目的利用法律监测网际空间活动的方式之一是颁布数据保留立法。⁷⁰互联网服务供应商基本上都被要求就其客户在网际空间的活动记录点击流并收集和储存数据。这引起了一些特别的关注，因为这种要求

“重新构筑”了互联网，使之从相对模糊的状态进入了较为透明的状态。这种对环境的操纵影响了互联网上盛行的价值观。具体而言，由于数据保留使得把行为与行为者联系起来较为容易，因而也就在削弱隐私和匿名的价值的同时提高了问责的价值。⁷¹

27. 数据保存不同于数据保留，它的权限范围相对有限，是针对接受调查、等待法院判决的某个

⁶⁵ 见弗兰索兹和鲁瓦尔诉法国案，第29183/95号申请，1999年1月21日的判决，大法庭，欧洲人权法院，《判决和裁决汇编》，1999-I，第1页及以下各页。例如，在审查相称性时，应考虑到数据影响私人生活的程度。对于关系到私人亲密关系、健康、家庭生活或性生活的数据，其保护力度必须大于关系到收入和税务的数据，后一类数据虽然也是个人数据，但对身份的涉及程度较低，因此敏感程度也就较低。

⁶⁶ 亚曼诉瑞士案（见上文脚注43），第55至第62段。

⁶⁷ 马龙诉联合王国案，第8691/79号申请，1984年8月2日的判决，欧洲人权法院，《判决和裁决》，A辑，第82卷，第31至第32页，第66段。

⁶⁸ D. J. Solove, “隐私与权力”，前引文（上文脚注1），详见第1408页。

⁶⁹ 同上，第1411页。

⁷⁰ 例如，欧盟委员会2004年5月14日第2004/535/EC号决定（见上文脚注31）。瑞士的互联网服务供应商须按照法律规定记录所有电子邮件的时间、日期、发件人身份和收件人身份。西班牙也规定互联网服务供应商将用户的某些类型的数据保留一年。另见2006年3月15日欧洲议会和理事会关于在提供公开可得电子通信服务或公共通信网络方面保留所生成或处理的数据并修订第2002/58/EC号指令的第2006/24/EC号指令。

⁷¹ C. Crump, 前引文（上文脚注61），第194页。

客户而保存记录和其他证据的一种执法工具。⁷²以允许识别数据主体的方式保护个人数据在有些情况下可能要求在目的到期的情况下对数据进行销毁、适当归档或重新识别。数据保留的时间越长，或关于保留的法令越一般化，按照人权原则对隐私的关切程度就越高。

28. 第二个相关问题涉及政府进入个人和公共数据库的检索权，也即政府从私营数据库购买个人信息用于执法的能力。此类数据库的数据往往是自愿汇编的，并是与政府当局自愿共享的。⁷³

29. 可能需要找到保障方法，确保数据保留或数据保存以及数据库检索权不会导致隐私权的实质内容不可实行。

30. 在为了统计或科学研究用途，或者为新闻报道或者文学艺术表达而使用档案方面，也存在承认限制的问题。保护真相和信息自由流动的重要性必然要求某些数据档案即使可能涉及到可识别个人身份的数据，也必须区别对待。使用档案用于统计、技术或科学研究，或者用于新闻报道或文学艺术表达就属于这个类别。知情权可能会受到限制，前提是此类限制以法律为依据，并且是尊重他人权利和名誉，保护国家安全或公共秩序或公共健康和道德所必需的。

⁷² 2001年《提供用于截获和阻止恐怖主义适当手段以团结和巩固美国法》（《美国爱国法》）对立法作了多处修正，以加强美国执法机关的调查和监测能力。《美国爱国法》修正的法规包括：《监听法》、1986年《电子通信隐私法》、1986年《计算机欺诈和滥用法》、1978年《外国情报监测法》、《家庭教育权与隐私法》、《笔名注册和诱捕及追踪装置法》、1986年《洗钱管制法》、《移民和国籍法》、1970年《银行保密法》、1978年《金融隐私法》以及《公正信用报告法》。

⁷³ 略见D. J. Solove, “Digital dossiers and the dissipation of Fourth Amendment privacy”, *Southern California Law Review*, vol. 75 (2002), pp. 1083 - 1167. The *New York Times* in its edition of 21 March 2006, B. 6 (A. L. Cowan, “Librarian is still John Doe, despite Patriot Act Revision”), notes that 30,000 national security letters are issued in a year demanding patron records. 另见 *John Doe, American Civil Liberties Union and American Civil Liberties Union Foundation v. Attorney-General, et al.*, United States Southern District Court of New York, opinion, decision and order of Judge Victor Marrero.

数据的适足性 / 等值性

31. 数据从一个国家传输到另一个国家带来了安全和保护问题，例如，当另一国家无法确保适当的保护水平时，是否以及在何种情况下应当实施传输，应适用的法律是什么，以及应当如何解决由此产生的问题。因此，可能需要在本专题的范围内对数据的适足性或等值性问题作某些处理。

32. 下文中的附录是关于可能需要解决的问题的指示性概述：

附录

范围：保护个人数据和通信隐私

属人范围：个人数据

属物范围：私营和公共部门；问题在于是否应当将国际组织包括在内

可能的排除：纯粹的个人和家庭活动

定义：数据；数据主体；数据使用者；数据档案；数据保留；数据保存；可识别个人身份的数据；敏感数据；流动数据；位置数据；个人数据跨界流动；个人数据的处理；通信；第三方使用者；注册和交易数据；点击流数据

核心原则：合法和公正地数据收集和处理；准确性；对目的规范和限制；相称性；透明性；个

人的参与特别是检索权；非歧视；责任；独立监督和法律制裁；个人数据跨界流动的数据等同性；克减

检索权限制：维护公共秩序；国家防务和安全；公共健康等等

保密和安全：通信保密；敏感数据的安全

对于数据主体的权利：知情；收回同意；检索；修正；出于合法理由反对处理数据；补救措施

数据处理：公正性和合法性；问责

合法的数据处理标准：同意；合同义务；其他法律义务；为保护数据主体的重大利益所必需；公共利益方面的必要性；出于合法权益之必需

例外和限制：国家安全；国防；公共安全；刑事执法；财税问题和经济利益；保护数据主体和他人

决策（人口普查、人口注册、普查）：科学、研究和统计；新闻和艺术活动

制裁和补救：行政；司法

跨界保护的适足水平：适足度原则；适足度的判定；克减

落实：立法；规章；自律

参考书目选编

- ALL EUROPEAN ACADEMIES: *Privacy Protection in the Information Society*, Amsterdam, Altea, 2002.
- BAUCHNER, J. S. "State sovereignty and the globalizing effects of the Internet: a case study of the privacy debate", *Brooklyn Journal of International Law*, vol. 26 (2000–2001), 689–722.
- . and R. Ramani: *International Regulatory Devices: Legal Research Guides to the EU Data Protection Directive and the Convention on Biological Diversity*, Buffalo (New York), Hein, 2001.
- BEARDWOOD, J. and D. Fabiano: "Approaches to 'extra-jurisdictional' data transfers in Canadian and European outsourcing: a comparative approach", *Computer Law Review International*, vol. 6 (2005), 166–177.
- BECKER, R. K. A. "Transborder data flows: personal data—recommendations of the Organisation for Economic Co-operation and Development concerning guidelines governing the protection of privacy and transborder flows of personal data, O.E.C.D. Doc. C(80)58 (Oct. 1, 1980)", *Harvard International Law Journal*, vol. 22 (1981)241–247.
- BELLEIL, A: *e-Privacy – Le marché des données personnelles: protection de la vie privée à l'âge d'Internet*, Paris, Dunod, 2001.
- BERGKAMP, L. *European Community Law for the New Economy*, Antwerp/Oxford/New York, Intersentia, 2003.
- BEYLEVELD, D., et al.(eds.): *The Data Protection Directive and Medical Research across Europe*, Ashgate, Aldershot, 2004.
- BIGNAMI, F. "Transgovernmental networks vs. democracy: the case of the European information privacy network", *Michigan Journal of International Law*, vol. 26 (2004–2005), 807–868.
- BING, J. "The Council of Europe Convention and the OECD guidelines on data protection", *Michigan Yearbook of International Legal Studies*, vol. 5 (1984), 271–303.
- BOTHE, M. "Transborder data flows: do we mean freedom or business?", *Michigan Journal of International Law*, vol. 10 (1989), 333–344.
- . "Data, transborder flow and protection", in R. Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 1, Amsterdam, Elsevier, 1992, 950–961.
- BOURGEOIS, C. "L'anonymat et les nouvelles technologies de l'information", Paris, Université René Descartes, 2003 (unpublished doctoral thesis; J. Huet, advisor).
- BOYLE, D. C. "Proposal to amend the United States Privacy Act to extend its protections to foreign nationals and non-resident aliens", *Cornell International Law Journal*, vol. 22 (1989), 285–305.
- BRULIN, H. "La protection des données: quête et errements dans le troisième pilier", *Actualités de droit pénal européen*, Brussels, La Charte, 2003, 133–152.
- BURKE, M. E., et al. "Information services, technology, and data protection", *International Lawyer (ABA)*, vol. 39 (2005), 403–416.
- CARR, J. G. "Wiretapping in West Germany", *The American Journal of Comparative Law*, vol. 29 (1981), 607–645.
- CHASSIGNEUX, C. "L'encadrement juridique du traitement des données personnelles sur les sites de commerce en ligne", Ann Arbor (Michigan), UMI Dissertation

- Services, 2004 (doctoral thesis of the Université Panthéon-Assas (Paris II) and the Université de Montréal).
- CHATILLON, G.(ed.): *Le droit international de l'internet: Actes du colloque organisé à Paris, les 19 et 20 novembre 2001 par le Ministère de la Justice, l'Université Paris-I Panthéon-Sorbonne et l'Association Arpeje*, Brussels, Bruylant, 2002.
- CHENE, T. "La protection des données personnelles face aux fichiers des renseignements généraux", Paris, Université Panthéon-Assas (Paris II), 2005 (mémoire de DESS, Droit du multimédia et de l'informatique de Paris II; G. Kostic, advisor).
- CHUNG, Ch.-M. and I. Shin: "On-line data protection and cyberlaws in Korea", *Korean Journal of International and Comparative Law*, vol. 27 (December 1999), 21–43.
- COMMISSION NATIONALE DE L'INFORMATIQUE ET DES LIBERTÉS: *Voix, image, protection des données personnelles*, Paris, La documentation française, 1996.
- CRUMP, C. "Data retention: privacy, anonymity, and accountability online", *Stanford Law Review*, vol. 56 (2003–2004), 191–229.
- DAMON, L. J. "Freedom of information versus national sovereignty: the need for a new global forum for the resolution of transborder data flow problems", *Fordham International Law Journal*, vol. 10 (1986–1987), 262–287.
- DANIEL-PACZOSA, A. "Data protection and the right to privacy in the United States and West Germany", *Arizona Journal of International and Comparative Law* (1987), 154–163.
- DE GRAAF, F. "The protection of privacy in Dutch law", *Human Rights*, vol. 5 (1975–1976), 177–192.
- DE SCHUTTER, B. "Data protection in the area of freedom, security and justice", *Collegium*, No. 22 (December 2001), *Proceedings of the Conference Integrated Security in Europe: a Democratic Perspective*, Bruges, 14–17 November 2001, Bruges, College of Europe, 2001, 51–55.
- DE SCHUTTER, O. "Article II–68: Protection des données à caractère personnel", *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, vol. 2, Brussels, Bruylant, 2005, 122–152.
- DEMPSEY, J. X. and L. M. Flint: "Commercial data and national security", *George Washington Law Review*, vol. 72 (2003–2004), 1459–1502.
- DHONT, J. and M. V. Pérez Asinari: "New physics and the law. A comparative approach to the EU and US privacy and data protection regulation", in F. R. van der Mensbrugge (ed.), *L'utilisation de la méthode comparative en droit européen*, Namur, Presses universitaires de Namur, 2003, 67–97.
- DILASCIO, T. "How safe is the safe harbor? U.S. and E.U. data privacy law and the enforcement of the FTC's Safe Harbor program", *Boston University International Law Journal*, vol. 22 (2004), 399–424.
- EASTERBROOK, F. H. "Cyberspace and the law of the horse", *University of Chicago Legal Forum* (1996), 207–216.
- EGER, J. M. "The global phenomenon of teleinformatics: an introduction", *Cornell International Law Journal*, vol. 14 (1981), 203–236.
- EGUIGUREN PRAELI, F. J. "El Hábeas Data y su desarrollo en el Perú," in *Liber Amicorum Héctor Fix-Zamudio*, vol. 1, San José, Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1998, 611–625.
- ELMAJZOUB, M. "*La gestion des données personnelles dans le secteur de la police en Europe*", Montpellier,

- Université de Montpellier I, UFR Droit, 2004 (unpublished doctoral thesis; J. Frayssinet, advisor).
- EPPELSON, G. M. "Contracts for transnational information services: securing equivalency of data protection", *Harvard International Law Journal*, vol. 22 (1981), 157–175.
- ESTADELLA-YUSTE, O. "The draft directive of the European Community regarding the protection of personal data", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 41 (1992), 170–179.
- EVANS, A. C. "European data protection law", *The American Journal of Comparative Law*, vol. 29 (1981), 571–605.
- FENOLL-TROUSSEAU, M.-P. and G. Haas (eds.): *Internet et protection des données personnelles*, Paris, Litec, 2000.
- FISHMAN, W. L. "Introduction to transborder data flows", *Stanford Journal of International Law*, vol. 16 (1980), 1–26.
- . "Some policy and legal issues in transborder data flow", *American Society of International Law Proceedings*, vol. 74 (1980), 179–188.
- FRAZIER, L. E. "Extraterritorial enforcement of PIPEDA: a multi-tiered analysis", *George Washington International Law Review*, vol. 36 (2004), 203–225.
- GAO, F. "The e-commerce legal environment in China: status quo and issues", *Temple International and Comparative Law Journal*, vol. 18 (2004), 51–75.
- GARCÍA BELAUNDE, D. "El Habeas Data y su configuración normativa (con algunas referencias a la Constitución peruana de 1993)," in *Liber Amicorum Héctor Fix-Zamudio*, vol. 1, San José, Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1998, 715–722.
- GERARDS, J. H., A. W. Heringa and H. L. Janssen: *Genetic Discrimination and Genetic Privacy in a Comparative Perspective*, Antwerp, Intersentia, 2005.
- GEVERS, S. "Human tissue research, with particular reference to DNA banking", in J. K. M. Gevers, E. H. Hondius and J. H. Hubben (eds.), *Health Law, Human Rights and the Biomedicine Convention: Essays in Honour of Henriette Roscam Abbing*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2005, 231–243.
- GILBERT, F. "Emerging issues in global AIDS policy: preserving privacy", *Whittier Law Review*, vol. 25 (2003–2004), 273–306.
- GOEMANS, C. and J. Dumortier: "Enforcement issues – mandatory retention of traffic data in the EU: possible impact on privacy and on-line anonymity", in C. Nicoll, J. E. J. Prins and M. J. M. van Dellen (eds.), *Digital Anonymity and the Law: Tensions and Dimensions*, The Hague, T.M.C. Asser Press, 2003, 161–183.
- GOURAS, E. K. "The reform of West German data protection law as a necessary correlate to improving domestic security", *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 24 (1985–1986), 597–621.
- GROETKER, R. "Looking for Mohammed: data screening in search of terrorists", in G. Meggle, et al. (eds.), *Ethics of Terrorism and Counter-terrorism*, Frankfurt, Ontos, 2005, 301–318.
- GUBITZ, A. S. "The U.S. Aviation and Transportation Security Act of 2001 in conflict with the E.U. data protection laws: how much access to airline passenger data does the United States need to combat terrorism?", *New England Law Review*, vol. 39 (2004–2005), 431–475.
- HEISENBERG, D. *Negotiating Privacy: the European Union, the United States, and Personal Data Protection*, Boulder, Lynne Rienner, 2005.

- HERRÁN ORTIZ, A. I. *El derecho a la protección de datos personales en la sociedad de la información*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2003.
- HETCHER, S. “Changing the social meaning of privacy in cyberspace”, *Harvard Journal of Law & Technology*, vol. 15 (2001–2002), 149–209.
- HONDIUS, F. W. *Emerging Data Protection in Europe*, Amsterdam/New York, North Holland/Elsevier, 1975.
- . “Data law in Europe”, *Stanford Journal of International Law*, vol. 16 (1980), 87–111.
- HOOFNAGLE, C. J. “Big Brother’s little helpers: how ChoicePoint and other commercial data brokers collect and package your data for law enforcement”, *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, vol. 29 (2003–2004), 595–637.
- INSTITUT INTERNATIONAL D’ADMINISTRATION PUBLIQUE: *La protection des données personnelles*, Paris, Institut international d’administration publique, 1999.
- 国际劳工组织:《保护劳动者的个人资料》,日内瓦,国际劳工组织,1997年(《劳工组织实践守则》)。
- IVASCANU, D. “Legal issues in electronic commerce in the Western hemisphere”, *Arizona Journal of International and Comparative Law*, vol. 17 (2000), 219–255.
- KANG, J. “Information privacy in cyberspace transactions”, *Stanford Law Review*, vol. 50 (1997–1998), 1193–1294.
- KIRBY, M. D. “Transborder data flows and the ‘basic rules’ of data privacy”, *Stanford Journal of International Law*, vol. 16 (1980), 27–66.
- KOSSICK, R. “The Internet in Latin America: new opportunities, developments, & challenges”, *American University International Law Review*, vol. 16 (2000–2001), 1309–1341.
- LEHDONVIRTA, V. “European Union data protection Directive: adequacy of data protection in Singapore”, *Singapore Journal of Legal Studies* (2004), 511–546.
- LEMAY, V. “La protection des données personnelles face aux nouvelles conditions d’entrée aux Etats-Unis”, Paris, Université Panthéon-Assas (Paris II), 2004 (mémoire de DESS, Droit du multimédia et de l’informatique de Paris II; G. Kostic, advisor).
- LESSIG, L. “The law of the horse: what cyberlaw might teach”, *Harvard Law Review*, vol. 113 (1999–2000), 501–549.
- LIPOWICZ, I. “Right to information versus data protection: a challenge for modern constitution and modern society”, in G. Amato, G. Braibant and E. Venizelos (eds.), *The Constitutional Revision in Today’s Europe*, London, Esperia, 2002, 479–482.
- LOBATO DE FARIA, M. P. M. G. *Données génétiques informatisées: un nouveau défi à la protection du droit à la confidentialité des données personnelles de santé*, Villeneuve d’Ascq, Presses universitaires du Septentrion, 1999.
- LOWTHER, R. “U.S. privacy regulations dictated by EU law: how the healthcare profession may be regulated”, *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 41 (2002–2003), 435–454.
- LUJÁN FAPPIANO, O. “Habeas Data: una aproximación a su problemática y a su posible solución normativa”, in Liber Amicorum Héctor Fix-Zamudio, vol. 1, San José, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1998, 643–666.
- MANLEY, T. J. and S. M. Hobby: “Globalization of work: offshore outsourcing in the IT age”, *Emory International Law Review*, vol. 18 (2004), 401–419.

- MARCELIN, F. “*La protection des données personnelles et la régulation*”, Avignon, Université d’Avignon et des Pays de Vaucluse, 2002 (unpublished doctoral thesis; J.-M. Bruguière, advisor).
- MARKS, S. P. “Tying Prometheus down: the international law of human genetic manipulation”, *Chicago Journal of International Law*, vol. 3 (2002), 115–136.
- MARLIAC-NEGRIER, C. *La protection des données nominatives informatiques en matière de recherche médicale*, Aix-Marseille, Presses universitaires d’Aix-Marseille, 2001.
- MAYER-SCHÖNBERGER, V. “The shape of governance: analyzing the world of Internet regulation”, *Virginia Journal of International Law*, vol. 43 (2002–2003), 605–673.
- MERL, S. R. “Internet communication standards for the 21st century: international terrorism must force the U.S. to adopt ‘carnivore’ and new electronic surveillance standards”, *Brooklyn Journal of International Law*, vol. 27 (2001–2002), 245–284.
- MINISTÈRE DE LA FONCTION PUBLIQUE ET DE LA RÉFORME DE L’ÉTAT (P. Truche, J.-P. Faugère and P. Flichy; rapporteur général M. Ronai; conseiller juridique J.-Ph. Mochon): *Administration électronique et protection des données personnelles: livre blanc. Rapport au Ministre de la fonction publique et de la réforme de l’Etat*, Paris, La documentation française, 2002.
- MONCAYO VON HASE, A. “El comercio electrónico: problemas y tendencias en materia de protección de la propiedad intelectual y de los datos personales desde una perspectiva argentina e internacional”, in C. M. Correa (ed.), *Temas de derecho industrial y de la competencia. Derecho del comercio internacional: acuerdos regionales y OMC*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 2004, 275–342.
- MONNIER, G. *Le droit d’accès aux données personnelles traitées par un média: droit suisse de la personnalité; aspects de droit constitutionnel, de droit pénal et de droit de procédure*, Berne, Stämpfli, 1999.
- MUÑOZ, R. “La protection des données des passagers”, *Revue du droit de l’Union européenne* (2004), 771–795.
- NGUY, V. N. “Using architectural constraints and game theory to regulate international cyberspace behavior”, *San Diego International Law Journal*, vol. 5 (2004), 431–463.
- NOVOTNY, E. J. “Transborder data flows and international law: a framework for policy-oriented inquiry”, *Stanford Journal of International Law*, vol. 16 (1980), 141–180.
- OBLE-LAFFAIRE, M.-L. *Protection des données à caractère personnel*, Paris, Editions d’Organisation, 2005.
- ORENGO, E. “*La protection des personnes dans le cadre des flux transfrontières de données personnelles*”, Paris, Université Panthéon-Assas, 2002 (unpublished doctoral thesis; J. Huet and G. Kostic, advisors).
- PAGE, G. *Le droit d’accès et de contestation dans le traitement des données personnelles: étude de base en droit privé suisse et américain*, Zurich, Schulthess, 1983.
- PALAZZI, P. A. *La transmisión internacional de datos personales y la protección de la privacidad, Argentina, América Latina, Estados Unidos y la Unión Europea*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2002.
- PANEL ON TRADE IN SERVICES: “The case of transborder data flows”, *American Society of International Law Proceedings*, vol. 79 (1985), 246–260.
- PANEL ON LEGAL ISSUES OF TRANSBORDER DATA TRANSMISSION: *American Society of International Law Proceedings*, vol. 74 (1980), 175–178.

- PÉREZ ASINARI, M. V. “Legal constraints for the protection of privacy and personal data in electronic evidence handling”, *International Review of Law, Computers and Technology*, vol. 18 (2004), 231–250.
- PERRIN, J.-F. “La notion d’‘effectivité’ en droit européen, international et comparé de la protection des données personnelles”, in Faculté de droit de l’Université de Lausanne (ed.), *Mélanges en l’honneur de Bernard Dutoit*, Geneva, Librairie Droz, 2002, 197–208.
- PIERRE-BEAUSSE, C. *La protection des données personnelles*, Luxemburg, Promoculture, 2005.
- PLOEM, C. “Freedom of research and its relation to the right to privacy”, in J. K. M. Gevers, E. H. Hondius and J. H. Hubben (eds.), *Health Law, Human Rights and the Biomedicine Convention: Essays in Honour of Henriette Roscam Abbing*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2005, 161–173.
- POOL, I. de S. and R. J. Solomon: “Intellectual property and transborder data flows”, *Stanford Journal of International Law*, vol. 16 (1980), 113–139.
- POULLET, Y. and M. V. Péres Asinan: “Données des voyageurs aériens: le débat Europe–Etats-Unis”, in *Journal des tribunaux: Droit européen*, vol. 12, No. 105 (January 2004), 266–274.
- QUILLERÉ-MAJZOUB, F. “Les individus face aux systèmes d’information de l’Union européenne: l’impossible équation du contrôle juridictionnel et de la protection des données personnelles au niveau européen?,” in *Journal du droit international*, vol. 132 (2005), 609–635.
- REHDER, J. and E. C. Collins: “The legal transfer of employment-related data to outside the European Union: is it even still possible?,” *International Lawyer*, vol. 39 (2005), 129–160.
- RENARD, A. “Les enjeux mondiaux de la protection des données personnelles dans le cadre de la communication en ligne”, Paris, Université Panthéon-Sorbonne, 2002 (mémoire de DESS, Gestion européenne et internationale).
- RIBS, J. “20 ans de protection des données, ou les droits de l’homme de la troisième génération”, in M. Balado and J. A. García Regueiro (eds.), *La Declaración Universal de los Derechos Humanos en su 50 aniversario*, Barcelona, Bosch, 1998, 597–611.
- SALBU, S. R. “Regulation of borderless high-technology economies: managing spillover effects”, *Chicago Journal of International Law*, vol. 3 (2002), 137–153.
- SEITZ, N. “Transborder search: a new perspective in law enforcement?,” *Yale Journal of Law and Technology*, vol. 7 (2004–2005), 23–50.
- SENAT, SERVICE DES AFFAIRES EUROPÉENNES: *Etude de législation comparée No. 62: La protection des données personnelles*, Paris, Le Sénat, 1999.
- SHAFFER, G. “Globalization and social protection: the impact of EU and international rules in the ratcheting up of U.S. privacy standards”, *Yale Journal of International Law*, vol. 25 (2000), 1–88.
- . “The power of EU collective action: the impact of EU data privacy regulation on US business practice”, in P. S. Berman (ed.), *The Globalization of International Law*, Aldershot, Ashgate, 2005, 497–515.
- SIEGENTHALER, J. “La protection des données à caractère personnel en Europe: spécificité de l’Union européenne et régime suisse”, in T. Balmelli (ed.), *La Suisse saisie par l’Union européenne. Thèmes choisis sur le droit et les politiques de l’UE*, Fribourg, Edis, 2003, 213–249.
- SIEMEN, B. “The EU–US agreement on passenger name records and EC-law: data protection, competences and human rights issues in international agreements of the Community”, *German Yearbook of International Law*, vol. 47 (2004), 629–665.

- SIHANYA, B. "Infotainment and cyberlaw in Africa: regulatory benchmarks for the Third Millennium", *Transnational Law & Contemporary Problems*, vol. 10 (2000), 583–640.
- SOCIÉTÉ DE LÉGISLATION COMPARÉE. "La protection des données personnelles. Etat de la législation et tendances de la jurisprudence/3èmes Journées franco-suisses, Dijon, 13–15 octobre 1986", *Revue internationale de droit comparé*, vol. 39, No. 3 (July–September 1987).
- SOLOVE, D. J. "Privacy and power: computer databases and metaphors for information privacy", *Stanford Law Review*, vol. 53 (2000–2001), 1393–1462.
- SOMA, J. T., S. D. Rynerson and B. D. Beall-Eder: "An analysis of the use of bilateral agreements between transnational trading groups: the U.S./EU e-commerce privacy safe harbor", *Texas International Law Journal*, vol. 39 (2004), 171–214.
- SUSSMANN, M. A. "The critical challenges from international high-tech and computer-related crime at the Millennium", *Duke Journal of Comparative & International Law*, vol. 9 (1998–1999), 451–489.
- SWIRE, P. P. and R. E. Litan: *None of Your Business: World Data Flows, Electronic Commerce, and the European Privacy Directive*, Washington D.C., Brookings Institution Press, 1998.
- TABATONI, P. *La protection de la vie privée dans la société d'information*, Paris, Presses universitaires de France, 2002.
- TAUSSIG, E. A. "European Union data protection Directive", in A. P. Morriss and S. Estreicher (eds.), *Cross-Border Human Resources, Labor and Employment Issues: Proceedings of the New York University 54th Annual Conference on Labor Law*, The Hague, Kluwer Law International, 2005, 327–337.
- TURN, R. "Privacy protection and security in transnational data processing systems", *Stanford Journal of International Law*, vol. 16 (1980), 67–86.
- WAKANA, J. M. "The future of online privacy: a proposal for international legislation", *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, vol. 26 (2003–2004), 151–179.
- WALDEN, I. "Anonymising personal data under European law", in C. Nicoll, J. E. J. Prins and M. J. M. van Dellen (eds.), *Digital Anonymity and the Law: Tensions and Dimensions*, The Hague, T.M.C. Asser Press, 2003, 147–159.
- YARN, D. "The development of Canadian law on trans-border data flow", *Georgia Journal of International and Comparative Law*, vol. 13 (1983), 825–855.
- ZGAJEWSKI, T. "L'échange des données personnelles des passagers aériens entre l'Union européenne et les États-Unis: une mise en lumière des faiblesses de l'Union européenne dans la lutte contre le terrorisme", in *Studia diplomatica*, vol. 57, Nos. 4–5 (2004), 117–158.

附件五

域外管辖权

(秘书处)

A. 背景

1. 传统上, 国家行使管辖权主要限于其领土上的人、财产和行为, 以及相对例外的国民境外旅行的情况。今天, 国家对境外的人、财产或行为而行使域外管辖权, 已经成为一个日益普遍的现象, 这主要是在于: (a) 人员的跨境活动增多;¹ (b) 跨国公司数量的日益增长; (c) 包括国际银行和国际股票交易在内的世界经济全球化;² (d) 包括贩毒、洗钱、股票欺诈和国际恐怖主义等跨国犯罪活动增长; (e) 非法移民增长;³ 以及 (f) 越来越多地为合法或非法目的跨境使用因特网, 比如电子合同、电子商业和网络犯罪。

2. 国家主张域外管辖权是在没有国际法有关规则的情况下试图以本国的立法、司法或执行措施管辖在境外影响其利益的人、财产或行为。在国内法的专门领域, 主要是刑法和商法的领域内, 由于境外的人、财产或行为更可能影响其利益, 所以国家更普遍地倾向于行使域外管辖权。

3. “域外管辖权”专题就国家实践而言已处于高级阶段, 并且是具体的。尽管该领域似乎强烈需要进行编纂, 但也许会有人质问实践是否足够统一或广泛, 能够支持目前编纂。不过, 这方面的最新

¹ “自1965年以来, 国际移民的数量已经增加了一倍。截至2000年, 全世界有大约1.75亿移民”(J.-D. Gerber, “Foreword”, in Alexander T. Aleinikoet and V. Chetail (编), *Migration and International Legal Norms*, The Hague: T.M.C. Asser Press, 2003, p. vii)。

² “世界已经被全球化过程所改变。世界不同地区的国家、社会、经济和文化正日益一体化和相互依存。新技术使得资本、商品、服务、信息和思想能够从一国和大陆迅速转向另一个国家和大陆”(《相互关联的世界中的迁徙: 新的行动方向》, 国际移徙问题全球委员会的报告, 2005年10月, 第1页, 第1段)。

³ “每年大约有250到400万移民未经许可穿越各国边界”(同上, 第85页)。

发展情况表明, 实践可能正在朝着一个更一致的法律观念汇拢。此外, 通讯和交通方面的创新, 使得国家域外管辖权限制的编纂和逐渐发展成为一个及时和重要的工作。

B. 现行规范和规则概览

1. 域外管辖权的概念

4. 可将域外管辖权的概念理解为一国在其境外行使主权权力或权威。这一概念可能有三个需要考虑的方面, 即管辖权、治外法权和适用法。

5. 可将一国的管辖权视为一国的主权权力或权威。⁴ 更具体地说, 一国的管辖权可被分为三类, 即: 立法管辖权、裁断管辖权和执法管辖权。⁵ 立法

⁴ 例如, 见B. H. Oxman, “Jurisdiction of States”, in Rudolf Bernhardt (编), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 3, Amsterdam, Elsevier, 1997, pp. 55-60, at p. 55.

⁵ “管辖权”一词最经常地用于说明一国界定和履行权力及责任以及控制自然人和法人行为的合法权力。一国以下列方式行使管辖权: 制定规则(有时称为行使立法管辖权或定规权); 制定那些确认规则被违犯的程序和确切后果(有时称为司法管辖权或裁决权); 以及强制施加后果——比如因违犯行为而失去自由或财产、或者听候裁决、指控违犯规则(有时称为执法管辖权或职权)”(Oxman, 同前, (上文脚注4), 详见第55页)。另见R. O’Keefe, “Universal Jurisdiction: clarifying the basic concept”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 2, No. 1 (March 2004), pp. 735-760, at pp. 736-740; F. A. Mann, “The doctrine of jurisdiction in international law”, *Recueil des cours...* vol. 111 (1964-I), pp. 1-162, at p. 1; D. W. Bowett, “Jurisdiction: changing patterns of authority over activities and resources”, *BYBIL*, vol. 53 (1982), 第1至第26页, 详见第1页; I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, 6th ed. Oxford: Oxford University Press, 2003, at p. 297; M. N. Shaw, *International Law*, 4th ed., Cambridge University Press, 1997, at p. 452; 法语文献见, P. Daillier and Alain Pellet, *Droit international public* (Nguyen Quoc Dinh), 6th ed., Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1999, 第501和第504页, 第334和第336段; P.-M. Dupuy, *Droit international public*, 7th ed., Paris: Dalloz, 2004, 详见第78页; and J. Combacau and S. Sur, *Droit international public*, 6th ed., Paris, Montchrestien, 2004, 详见第343页。

管辖权是指一国通过立法来确立人、财产或行为所需遵守的行为规则的权威。裁断管辖权是指一国根据其法律确定当事人在特定案件中权利的权威。执法管辖权是指一国主管当局确保其法律得到遵守的权威。审议不同类别的管辖权可能出于两个重要原因。首先，在通过一项法律时在国际上合法地行使立法管辖权是有效行使该法律的裁断管辖权或执法管辖权的前提。⁶其次，合法行使不同类型的管辖权可能有不同的要求。⁷与裁断管辖权或执法管辖权相比，域外行使立法管辖权造成干扰的可能性较少。

6. 可将治外法权的概念视为与一国超越其领土，包括土地、内水、领海以及毗邻空间的区域有关。超出一国领土的区域可能属于别国领土，或者也许在任何国家的属地管辖权之外，即公海和毗邻空间⁸以及外空。⁹从实践以及法律的角度来说，一国各机关一般仅在本国领土范围内行使立法、司法或执法职能。¹⁰国际法关于国家领土完整和独立的

⁶ 如果实质的管辖权超越合法限制，则后续的执法管辖权是非法的”（Brownlie，前引书（上文脚注5），第308页）；“普遍的意见是，除非一国制定规则的管辖权，否则不得执行这些规则”（Oxman，前引文（上文脚注4），详见第55页）；“一国可利用司法和非司法措施而促使、强迫遵守（或惩罚不遵守）其法律和规则，但其必须具有作规定的管辖权……”（*Restatement of the Law Third, Restatement of the Law: The Foreign Relations Law of the United States*, vol. 1, St. Paul (Minnesota), American Law Institute Publishers, 1987, para 431. (1), p. 321）。在刑法方面：“法院不能对美国（或美国的一个州）违反宪法确立的一项罪行行使管辖权”（同上，para. 422, comment c, p. 314）。考虑到两者之间的密切关系，对第2和第3类管辖权之间的区别存在不同看法。关于区分裁断管辖权的文献，例如见 *Oppenheim's International Law*, 9th ed., vol. I, Peace, R. Y. Jennings and A. Watts (编), Harlow, Longman, 1992, p. 456; M. Akehurst, “Jurisdiction in International Law”, *BYBIL*, vol. 46 (1972-1973), pp. 145-257, at p. 145; 以及 Oxman, 前引文（上文脚注4），at p. 55。

⁷ 这些区别对于确定管辖权的限度可能是重要的。根据所行使管辖权的性质，支持行使管辖权所要求的与一国的必然联系各有不同”（Oxman，前引文（上文脚注4），详见第55页）。

⁸ 这一事项大部分由条约管辖，例如：1940年《国际刑法条约》第8条；1952年《统一船舶碰撞或其他航行事故中刑事管辖权方面若干规则的国际公约》第1、第3和第4条；《公海公约》第5条、第6条和第11条；1958年《领海及毗连区公约》第19条和第21条。

⁹ 然而，应当指出，外空法构成国际法的一个单独领域，不适合在本专题下审议。

¹⁰ 在例外情况下，一国法院可以依据有关两国间的协议而设在另一国领土上。见洛克比案，安全理事会1998年8月27日第1192（1998）号决议，第4段；苏格兰法院2001年1月31日和2002年3月14日的裁决和上诉分别见于：www.scotcourts.gov.uk/search-judgments/lockerbie-trial。2012年11月27日检索。

原则禁止一国机关不经别国同意在其领土上实际存在或履行职能。¹¹另外，一国试图不经别国同意通过向别国派遣官员而在别国领土上行使管辖权的，一般被视为侵犯后者的领土完整和独立。¹²对于一国机关在别国领土上实际存在和行使管辖权的某些特殊情况，例如位于别国领土上的外交房舍、领事房舍和军事基地，应当遵守国际法的特别规则¹³，而非关于域外管辖权的国际法。

7. 关于适用法，可将域外管辖权的概念视为一国根据本国法和本国利益而不是适用外国法或国际法来行使管辖权。因此，一国适用外国法和国际法——而非本国法的情况不属于本专题的范围，因为这不构成一国根据本国法和本国利益行使域外管辖权的情况。

2. 域外管辖权的原则

8. 一国行使管辖权或主权威威，通常由其国内法做出规定。然而，行使这一管辖权或权威——包括域外管辖权在内——的合法性是由国际法决定的。¹⁴

¹¹ 国家领土完整和政治独立原则是《联合国宪章》第二条第四项确认的原则之一。在帕尔马斯岛案中，独任仲裁员马克斯·于贝尔指出：“主权在国家关系中意味着独立。对于地球的一部分而言，独立系指一国在其上排除别国而行使国家职能的权利。各国国家机构在过去几个世纪中的发展以及相伴随的国际法的发展，形成了国家对其本身领土的专属权这一原则，使其成为解决国际关系大多数问题的出发点”（《帕尔马斯岛案（荷兰诉美国），1928年4月4日的裁决》，《国际仲裁裁决汇编》，第二卷（出售品编号：1949.VI），1928年），第829页至第871页，详见第838页）。“首要的原则是一国不能未经别国同意而通过执行本国法律的方式在后者领土上采取措施”（Brownlie，前引书（上文脚注5），详见第306页）。

¹² 有许多关于国家声称有权在国外执行本国法律的案件。尽管存在一些争议，但是一国在别国领土上不经其同意而（公开或秘密）实施国家行为，比如1960年以色列在阿根廷绑架纳粹战犯埃克曼和美国特工在阿尔瓦雷斯·马翁案中的绑架行为，或法国特工在新西兰港口沉没彩虹战士号，一般都构成违反领土主权和不干涉原则”（P. Malanczuk, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, 7th rev. ed., London, Routledge, 1997, at p. 110）。

¹³ 关于派遣国或东道国对军事基地上军事和文职外国人行使管辖权的特别协议；见 H. Rumpf, “Military bases on foreign territory”, in R. Bernhardt (编), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 3, Amsterdam, Elsevier, 1997, pp. 381-388, at pp. 381-382。

¹⁴ 见荷花号案（法国诉土耳其），1927年9月7日的第9号判决，《1928年常设国际法院汇编》，A辑，第10号，详见第18至第19页。

9. 常设国际法院在荷花号案中的裁决可被视为是审议那些处理一国行使域外管辖权之国际法规则的起点。¹⁵ 法院指出, 一国的管辖权是领土性的; 一国不能在没有国际法许可规则的情况下, 在领土外行使管辖权。然而, 法院区分了一国行使境外管辖权的情况与一国就境外的人、财产或行为而在境内行使管辖权的情况。法院指出, 就后一种行使管辖权的情况来说, 各国有广泛的任意裁量权:

现在, 国际法施加于一国的首要限制是——若不存在相反的许可规则——不得以任何形式在别国领土上行使权力。就此来说, 管辖权肯定是领土性的; 它不能由一国在其领土之外行使, 除非从国际惯例或公约衍生出许可规则。

然而, 这并不是说国际法禁止一国在其领土上就任何涉及在国外发生的行为、并非该国能依赖某些国际法许可规则的案件行使管辖权。

.....

在这些情况下, 对一国所能要求的一切是, 它不应当超越国际法对其管辖权的限制; 在这些限制内, 它有权依据主权而行使管辖权。¹⁶

10. 自从常设国际法院1927年判决荷花号案以来, 在国家域外管辖权方面出现了一系列的重大发展。特别是, 可以根据当代国际法而主张某些管辖权原则作为一国域外管辖权的根据, 这包括: (a) “客观”属地原则; (b) “效果学说”; (c) 保护原则; (d) 国籍原则; 以及 (e) 被动人格原则。关于一国根据国际法在域外行使管辖权的各种原则都具备一项共同的基本要素, 那就是以与所涉人员、财产或行为充分相关为依据主张拥有管辖权的国家对此享有合法利益。

11. 客观属地原则可理解为, 当试图管辖之行为的构成因素出现在领土国境内时, 一国可对其领土外的人、财产或行为行使管辖权。

¹⁵ 同上。荷花号案涉及一艘法国船抵达伊斯坦布尔时与一土耳其船在公海上相撞, 导致土耳其船上土耳其国民数人死亡; 案情涉及土耳其对法国船上一法国国民为土耳其国民的死亡所负刑事责任而行使裁断管辖权。

¹⁶ 同上, 第18至第19页。

12. 效果原则可理解为根据外国国民于一国领土外发生的行为在该领土上产生重大影响而主张管辖权。这一依据尽管密切关系到客观属地原则, 但不要求行为要素之一发生在管制国的领土上。

13. 保护原则可理解为一国可由于境外的人、财产或行为可能对该国的基本国家利益构成威胁而对其行使管辖权, 比如对一国国家安全的国外威胁。这一管辖权原则可被视为客观属地原则或效果学说的具体适用。

14. 国籍原则可理解为国家可就本国国民, 包括自然人、公司、飞机和船舶在境外的活动行使管辖权。¹⁷ 这个久已确立的管辖权原则以一国对其国民所拥有的主权权力为基础。

15. 被动人格原则可理解为一国可就对其国民造成伤害的境外行为行使管辖权。这一管辖权原则在过去受到某些国家的质疑, 但近年来已经获得更多的认可。¹⁸

16. 普遍原则可理解为任何国家都可基于国际社会的利益对国际法上规定的某些犯罪行使管辖权。一国甚至可在与犯罪人、受害人或犯罪地没有特别联系的情况下行使这类管辖权。因此, 一国可以就其境外的某一外国国民对另一外国国民所犯罪行而行使这类管辖权。然而, 一国是为国际社会的利益, 而非完全为自己国家的利益而行使这类管辖权, 因此这一管辖权原则不属于本专题的范围。

17. 下面将简要地就与这方面特别相关的国内法领域, 也即刑法和商事法来审议涉及国家域外管辖权的各项原则。¹⁹

¹⁷ 人员、公司、飞机或船舶的国籍取决于国内法和国际法的有关规则, 国际法委员会在审议其他专题时已经处理了这些规则。

¹⁸ 在刑法方面, 见法官希金斯、库吉曼和比尔根塔尔的联合独立意见, 2000年4月11日逮捕证案(刚果民主共和国诉比利时), 判决, 《2002年国际法院汇编》, 第3页, 详见第76页至第77页, 第47段。另见1963年《关于在航空器内的犯罪和某些其他行为的公约》第4条, 以及1979年《反对劫持人质国际公约》第5条。

¹⁹ 域外管辖权在移民法和环境法方面也许同样日益重要。近年来在禁止企图从海上登陆的非法移民以及涉嫌从事恐怖主义活动的外国人方面已经日益频繁地出现移民法的域外适用。关于环境法, 一国可以谋求管辖那些有可能在其领土上

3. 特别法律领域的域外管辖权

(a) 刑法

18. 各国在刑法事项上主张立法或裁断管辖权，这在传统上依据一系列久已确立的管辖权原则。尽管“属地原则”被视为刑法事项管辖权的首要依据，²⁰但“客观属地原则”和“国籍原则”也久已确立。²¹与此相对的是，以被动人格原则、保护原则和效果学说等其他原则为依据的做法变得更具争议。不过，最近各国的实践表现出扩大刑事管辖权的传统基础使其涵盖某些特定类型境外犯罪的一般趋势，这些犯罪具有特别的国际范围和影响，比如恐怖主义、网络犯罪和毒品犯罪。²²

19. 被动人格原则让国家对境外实施的侵犯本国国民的犯罪拥有管辖权，该原则尽管在过去有争议，²³但“目前反映在……不同国家的立法之

或在全球范围——在公海或另一国领土内——产生有害环境影响的行为和情况。例如，见 A. L. Parrish, “Trail Smelter déjà vu: extraterritoriality, international environmental law, and the search for solutions to Canadian—U.S. transboundary water pollution disputes”, *Boston University Law Review*, vol. 85 (2005), pp. 363-429.

²⁰ 见荷花号案（上文脚注14），详见第20页。

²¹ 普通法国家倾向于将其对海外国民行使管辖权的犯罪限于非常重大的案件（比如叛国、谋杀或重婚），但从未反对过分使用国籍原则作为行使管辖权的基础。在这方面值得注意的是，美国国会最近通过一项法案，规定对协助美国境外武装力量的公民所犯罪行以及擅自脱逃并未受军法审判的前军人的犯罪行使联邦管辖权。这一法律，即2000年《军事域外管辖权法》（Publ. L. No. 106-523, 114 Stat. 2488 (2000)（编纂于18 U.S.C. 3261-67 (2002)）旨在填补强奸、纵火、抢劫、盗窃和欺诈等罪行方面的管辖权漏洞（见 M. J. Yost and D. S. Anderson, “The Military Extraterritorial Jurisdiction Act of 2000: closing the gap”, *AJIL*, vol. 95 (2001), pp. 446-454）。关于普通法国家的案例，见 *United States v. Bowman* (260 U.S. 94 (1922)), *Blackmer v. United States* (284 U.S. 421 (1932)) 或 *United States v. Boshell* (952 F.2d 1101 (9th Cir., 1991))。

²² 关于洗钱犯罪方面的这类大体上的延伸，见2001年《消除国际洗钱行为和反恐资金筹措法》（Pub. L. No. 107-56, 115 Stat. 272 (2001)）。

²³ 特别是在美国和联合王国：例如见 *United States v. Columba-Colella* (604 F.2d 356 (5th Cir. 1979)) 和 *United States v. Vasquez-Velasco* (15 F.3d 833 (9th Cir. 1994))；另见 *Cutting case* (in J. B. Moore, *A Digest of International Law*, 第2卷，Washington D.C., United States Government Printing Office, 1906, pp. 228-242)，美国在该案中强烈抗议墨西哥要求就一美国公民对在美国的一个墨西哥国民所犯罪行行使管辖权。不过，见1974年法国拒绝以色列关于引渡巴勒斯坦恐怖主义分子的请求，其理由是请求依据的是被动人格原则（见 E. Cafritz and O. Tene, “Article 113-7 of the French

中……并且至少就所涉特定类型的犯罪而言，现在遭到的反对相对较少”。²⁴特别是在恐怖主义方面，原来不愿适用被动人格原则的某些国家，现在也承认其是一个恰当的行使管辖权的基础。美国最近关于恐怖主义的立法²⁵和司法案例²⁶是这方面的典型实例。

20. 保护原则允许各国对在境外实施被视为对该国某些基本国家利益构成威胁之行为的外国人行使管辖权，尽管这一原则通常限于很具体的犯罪和政治行为，²⁷但对新型的网络犯罪和恐怖主义犯罪也有特殊的相关性。在这方面，一些国家已经扩大了对“重大利益”概念的解释，以解决恐怖主义安

Penal Code: the passive personality principle”, *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 41 (2002-2003), pp. 585-599, at p. 594)。

²⁴ 见法官希金斯、库吉曼和比尔根塔尔法在2000年4月11日逮捕证案中的联合单独意见（见上文脚注18），详见第76至第77页，第47段。的确，国际实践表明包括美国在内的大多数国家承认这一原则，但将其适用于具体犯罪。（关于恐怖主义，见下文）。关于美国，例如见《第三次法律重述……》（上文脚注6），第402段，详见第240页），其中指出被动人格原则尚未在普通侵权法或刑法方面获得普遍承认；中国、意大利和丹麦将行使被动人格管辖权仅限于某些类型的罪行或被处于某些最低程度惩罚的罪行；芬兰、希腊、挪威和瑞典以双重犯罪标准作为行使被动人格管辖权的法定前提；《挪威刑法典》规定，只有国王可根据被动人格管辖权提起法律诉讼；芬兰、意大利和瑞典也要求取得行政当局同意（见 Cafritz and Tene（上文脚注23），详见第596页至第598页）。的确，在这方面参看《法国刑法典》新的第113-7条，其中规定对任何类型的犯罪都适用都被动人格原则。

²⁵ 例如，见18 U.S.C.A. 2332A (a)(1)(2004)，涉及与恐怖主义有关的使用大规模杀伤武器的情况；18 U.S.C.A. 2332f (b)(2)(B)(2002)，涉及与恐怖主义有关的炸毁公共设施、政府设施、公共交通制度和基础设施的情况。法国的情况，例如见1975年7月11日通过的1975年第75-624号法律，《法兰西共和国公报》，1975年7月13日，详见第7219页。

²⁶ 例如，见 *United States v. Yunis* (681 F. Supp. 896 (1988))； and *United States v. Vasquez-Velasco*（上文脚注23）。

²⁷ 见 Harvard Law School, *Harvard Research in International Law*, Supplement to the *AJIL*, vol. 29 (1935), Codification of International Law, Part. II, “Jurisdiction with Respect to Crime”(draft convention on jurisdiction with respect to crime), pp. 435-651, at p. 543 and 561；这一公约草案将“保护”的概念与“国家安全”和“伪造”的概念联系起来。保护原则也通常适用于货币、移民或经济犯罪等罪行（见 Brownlie, 前引书（上文脚注5），详见第302页）。例如，关于各国适用保护原则的情况，分别见美国和联合王国法院的判决，*United States v. Pizzarusso*, 388 F.2d 8 (2th Cir. 1968)； *United States v. Egan*, 501 F. Supp. 1252 (S.D.N.Y. 1980)； *Naim Molvan v. A.G. for Palestine* ((1948) AC 531, *Annual. Diges/ILRt*, vol. 15 (1948), p. 115)； and *Joyce v. D.P.P.* ((1946) AC 347, 同上, p. 91)。

全问题，并在立法中引进了保护原则²⁸，在某些法庭审理案件时予以适用。²⁹

21. “效果学说”允许一国在某一境外活动在该国境内产生实质性影响时行使管辖权，这一学说最近也被适用于刑事事项。³⁰一些国家的立法规定了域外效果，允许将国家立法适用于仅仅在境外谋划或企图进口毒品但在主张管辖权的国家境内未付诸实施的人。³¹

22. 关于执法管辖权，一国未经另一国同意不得在其境内执行其刑法，也即调查犯罪或逮捕嫌疑

人。³²然而在某些情况下，国家派出代表到另一国境内执行其刑法，特别是在别国境内开展调查³³或者逮捕涉嫌实施恐怖主义、网络犯罪和贩毒的嫌疑人³⁴。³⁵

(b) 商事法

23. 世界经济日益全球化，导致各国越来越依赖行使域外管辖权来保护其经济利益，对抗跨国公司和其他全球行为者。尽管在商业领域通过国内法行使域外管辖权的行动已经在竞争法/反托拉斯法等方面引起严重抵制，但有迹象表明，这类措施正在逐渐获得承认。美国³⁶依然是在该领域最积极的

²⁸ 例如，见 18 U.S.C. 2332F (b)(2)(E)(2002)，涉及与恐怖主义有关的炸毁公共设施、政府设施、公共交通制度和基础设施的情况；以及 18 U.S.C.A. 2332G(b)(4)(2004)，涉及与与恐怖主义有关的用于摧毁飞机的导弹系统。

²⁹ 最新的案件，见 *United States v. Ben Laden* (92 F. Supp. 2d 189 (S.D.N.Y. 2000))，美国法院在该案中认为，根据国际法的保护原则，反恐怖主义法规定的域外管辖权是合理的。（见 J. T. Gathii, “Torture, Extraterritoriality, Terrorism, and International Law”, *Albany Law Review*, vol. 67 (2003 - 2004), pp. 335-370, at p. 343)；与“恐怖主义”有关的较早的案件，见 *Wechsler* (Conseil de Guerre de Paris, 20 July 1947, *Journal du droit international*, vol. 44, at p. 1745)；*In re Urios* ([1919-1922] *Annual Digest/ILR*, vol. 1, p. 107 (No. 70 (Cour de Cassation, France, 1920))), or *Journal de droit international*, vol. 47 (1920), p. 195)；*In re Bayot* ([1923-1924] *Annual Digest/ILR*, vol. 2, p. 109 (No. 54) (Cour de Cassation, France, 1923)), or *Recueil périodique et critique de jurisprudence, de législation et de doctrine en matière civile, commerciale, criminelle, administrative et de droit public*, 1924, p. 136)；*Nusselein v. Belgian State* ([1950] *Annual Digest/ILR*, vol. 17, p. 136 (No. 35) (Cour de Cassation, Belgique, 1950)), or *Pasicrisie Belge. Recueil général de la jurisprudence des cours et tribunaux et du Conseil d'Etat de Belgique*, 1950, p. 450)。

³⁰ 尽管根据一些国家的判例主要来自于西欧国家，属地原则似乎是用以打击网络犯罪的主要的管辖权依据，但它在广义上被解释为相当于适用效果学说或保护原则。关于属地原则的明确适用，见某英国法庭关于网站色情内容的判决 (*Southwark Crown Court, R. v. Graham Waddon* [2000], 30 June 1999, [2002] All ER(D), 502, 30 June 1999) 以及澳大利亚高等法院的判决，*Dow Jones & Company Inc. v Gutnick*, HCA 56, 10 December 2002。关于将属地原则广义解释为相当于适用效果学说或被动原则的情况，见德国联邦法院对托宾案的判决 (BGH 46, 212, decision of 12 December 2000)，该案与在因特网上否认存在大屠杀有关，以及法国某法院对雅虎案的判决 (*Yahoo! Inc. v. La Ligue Contre le Racisme et l'Antisémitisme*, 169 F. Supp. 2d 1181 (N.D. Cal. 2001))。见 Y. A. Timofeeva, “World wide prescriptive jurisdiction in internet content controversies: a comparative analysis”, *Connecticut Journal of International Law*, 第20卷 (2005)，第199至第225页，详见第202页起。

³¹ 见美国法院在诺列加案中适用的法规 (美国诉诺列加案, 117F.3d 1206, 详见第1515至第1519页 (11th Cir. 1997))；也见《美国旅行法》，18 U.S.C. 1952 (a)(3)(2002)。

³² 不过应当提到的是，某些国家的法院认为一国不能行使执法管辖权并不影响其对有关事项进行立法和裁断。例如，见德国联邦法院对托宾案的判决 (上文脚注30) 以及雅虎案 (同上)。

³³ 例如，美国承认最近在俄国境内进行了某些调查以搜索某些数据，理由是这些数据否则将会丢失 (更多详情，见 P. L. Bellia, “Chasing Bits across Borders”, *University of Chicago Legal Forum*, (2001), pp. 35-101, at p. 40)。

³⁴ 这些绑架行为引发的一个重要问题是，法院或法庭是否有管辖权审判被非法带至庭前受审的人。案例法在这个问题上的分歧很大：关于美国法院的情况，见 *Ker v. Illinois* (119 U.S. 436 (1866))，*Frisbie v. Collins* (342 U.S. 519 (1952))，*United States v. Yunis* (924 F.2d 1086 (D.C. Cir. 1991)) 和 *United States v. Alvarez-Machain* (504 U.S. 655 (1992))；美国法院提供的另一解决办法见 *United States v. Toscanino* (500 F.2d 267 (2th Cir. 1974))；其他国家的情况：以色列，*Eichmann case* (*Attorney General of Israel v. Eichmann* (1961), District Court of Jerusalem, 12-15 December 1961, ILR, 第36卷 (1968), p. 5)；英国，*Ex parte Susannah Scott* (1829) (*The English Reports*, vol. 109 (1910), p. 166)；英国法院提供的另一种解决办法见 *R. v. Horseferry Road Magistrates' Court* (*Ex parte Bennett*) (1993, 3 P, 138 (H.L.))；加拿大，见 *In re Harnett* (1973, 1 O.R.2d 206, 207 (Can.))；德国，见联邦宪法法院的判决，法院在判决中指出如果被害国反对绑架，则仅需要遣返被绑架者 (39 *Neue Juristische Wochenschrift* 1427 (1986) (German Federal Constitutional Court 1985))；南非，见 *State (South Africa) v. Ebrahim* (ILR, vol. 1995, p. 417)；这方面的情况见 Timofeeva, 前引文 (上文脚注30)，详见第202页起。

³⁵ 一般通常认为这类行为构成侵犯《联合国宪章》第二条第四项所保护的国家主权，就绑架行为而言，也违反了欧洲各国加入的《欧洲人权法公约》第5条 (关于后一种情况，见司多克诉德国，第11755/85号申请，1991年3月19日的判决，欧洲人权法院，《判决和裁决》，A辑，第199卷 (1991年)，第5页，以及约克兰诉土耳其，第46221/99号申请，2005年5月12日的判决，大法庭，欧洲人权法院，《判决和裁决汇编》，2005-IV)。

³⁶ 在这方面，美国的两部商事法律值得一提：1890年《谢尔曼反托拉斯法》和2002年《萨班斯-奥克斯利法》。第一部法律是美国主要的反托拉斯法，禁止任何旨在限制州际贸易或对外贸易的合同、信托和阴谋以及企图垄断或实际垄断对这类商业的任何部分行为。该法还规定了对参与

域外措施立法者，其他国家和地区组织，比如欧洲联盟、³⁷ 法国、³⁸ 德国³⁹ 以及最近的大韩民国⁴⁰ 也制定了可在域外适用的法律。

24. 在商事法方面，各国主要依据国籍原则和“效果学说”来描述其域外管辖权。例如，欧洲联盟对在当地设立子公司的跨国公司采取了扩大的国籍主义，以便确立对其各项活动的管辖权。⁴¹ 另一方

任何这些行为的经济处罚。2002年《萨班斯-奥克斯利法》涉及美国证券交易所上市公司的法人治理问题，并“要求适用于所有股票在美国上市的公司”，外国公司也不例外。见 C. A. Falencki, “Sarbanes-Oxley: ignoring the presumption against extraterritoriality”, *George Washington International Law Review*, vol. 36(2004), pp. 1211-1238, at p. 1216.

³⁷ 在这方面，欧洲联盟尽管原来反对域外管辖权并强烈批评美国的实践，但实际上也对其成员国境外的控制性兼并、收购和合资行使管辖权。的确，欧洲共同体法院承认其对某些外国公司及其境外活动拥有管辖权，并对它们适用《《建立欧洲经济共同体条约》》第81和第82条中的竞争条款（原第85和第86条）以及经1997年6月30日的理事会（EC）1310/97号条例修正的理事会关于控制企业集中的（EEC）4064/89号条例。见 D. J. Feeney, “The European Commission’s extraterritorial jurisdiction over corporate mergers”, *Georgia State University Law Review*, vol. 19(2002-2003), pp. 425-491, at p. 427.

³⁸ 最著名的实例是备受批评的《法国民法典》中关于法国法院裁断法国人与外国人境外签署的合同的规定。见 Combacau and Serge Sur, 前引书（上文脚注5），详见第354页。

³⁹ 《德国反限制竞争法》一开始颁布于1957年，已经有数次重大修订，最后一次修改是1998年，并于1999年做最后修正：第130(2)条规定，“本法应适用于所有在本法适用领域有影响的限制竞争行为，即使这些行为源自该领域之外的行为”。因此，所有的禁止和通知要求都适用于有直接、合理可预见和重大效果（不必是实质性效果）的行为。该法也经常适用于外国企业（见 www.antitrust.de）。另见 A. V. Lowe, “The problems of extraterritorial Jurisdiction: economic sovereignty and the search for a solution”, 《国际法和比较法季刊》，vol. 34(1985), pp. 724-746, at p. 736, 还可援引 D. J. Gerber, “The extraterritorial application of the German antitrust laws”, *AJIL*, vol. 77(1983), pp. 756-783.

⁴⁰ 大韩民国最近也将域外管辖权赋予其本国反托拉斯法。修订后的《垄断规则和公平贸易法》于2005年4月1日生效，其中规定该法可域外适用。这一法律修订旨在使该法符合韩国法院自2002年以来的最新实践，向某些外国制造商适用本国反倾销法。见韩国公平贸易委员会2002年4月4日的决定（case 2-77）；该决定得到首尔高级法院在2003年8月26日的判决（2002 nu 14647）和韩国公平贸易委员会2003年4月29日的决定（case 3-98）的确认；另见 Y. Jung, “Korean competition law: first step towards globalization”, *Journal of Korean Law*, vol. 4, No. 2(2005), pp. 177-199, and W. Kim, “The extraterritorial application of U.S. antitrust law and its adoption in Korea”, *Singapore Journal of International and Comparative Law*, vol. 7(2003), pp. 368-411.

⁴¹ *Imperial Chemical Industries v. Commission of the European Community*, case 48-69, *Judgement of 14 July 1972*, *European Court Reports 1972*, p. 619; *Europemballage Corp. and Continental Can Co. v. Commission of the European Community*, case 6-72, *Judgement of 21 February 1973*, *European Court*

面，尽管在国际上有一些反对意见，但美国日益依据“效果学说”确立对境外外国行为者的行为的管辖权，只要这些行为旨在并且实际上在美国国内市场⁴²上产生了影响。⁴³

25. 扩大一国的域外管辖权和“效果学说”以涵盖与其外交政策利益相冲突的活动，这种做法已被证明特别有争议。这方面的一个实例是美国企图通过域外措施对古巴和利比亚实施经济制裁，比如1996年《赫尔姆斯-伯顿法》⁴⁴和《达马托-肯尼迪法》⁴⁵。这类措施引起潜在的受影响国提出外交抗议，通过阻却法并在世贸组织提起争端解决程序（见下文，拟议的域外管辖文书概要，第E.7节）。最后，大家商定无限期中止实施这些措施的域外规定。

26. 一国根据被动人格原则在商事法方面行使裁断管辖权也引起了争议，这涉及到《法国民法典》中关于允许法国法庭裁断法国国民和外国人之间的任何合同争端的规定。⁴⁶

27. 关于执法管辖权，尽管国际法通常禁止不经领土国同意而在域外主张执法管辖权，但国家在某些情况下缔结协议，允许在域外执行其商事法和竞争法。⁴⁷

Reports 1973, p. 215; *Istituto Chemioterapico Italiano S.p.A and Commercial Solvents Corporation v. Commission of the European Community*, *Joined Cases 6 and 7-73*, *Judgement of 6 March 1974*, *European Court Reports 1974*, p. 223. See also Feeney, 前引文（上文脚注37），详见第426页，and J. J. Norton, “The European Court of Justice Judgment in *United Brands*: Extraterritorial Jurisdiction and Abuse of Dominant Position”, *Denver Journal of International Law and Policy*, vol. 8(1979), pp. 379-414.

⁴² 例如，见 *F. Hoffman-LaRoche, Ltd. v. Empagran* (542 U.S. 155, 124 S. Ct. 2359 (2004)).

⁴³ “[无论其确切内容和标准如何]，所谓属地管辖权的‘效果’学说，已经在国际法律界引起很大争议并且成为法律界热烈讨论的课题”（Norton, 前引文（上文脚注41），详见第385页）。

⁴⁴ Cuban Liberty and Democratic Solidarity (LIBERTAD) Act of 1996, Pub. L. No. 104-114 (1996).

⁴⁵ 1996年《伊朗和利比亚制裁法》(H. R. 3107)。

⁴⁶ 见 Combacau and Sur, 前引书（上文脚注5），详见第354页。

⁴⁷ 见经修正的《关于民商事司法管辖和判决执行的公约》（欧盟成员国之间）；《关于民商事司法管辖和判决执行的公约》（欧盟和欧洲自由贸易联盟成员国之间）；《美洲外国判决和仲裁裁决的治外效力公约》（美洲国家组织成员之间）；《关于对外国判决的域外效力实施国际管辖权的美洲公约》；

C. 无效行使域外管辖权的后果

28. 一国只有在国际法允许的范围内主张域外管辖权时才有权获得其他国家的承认。当一国行使域外管辖权而其他国家认为过度时，其他国家可以通过一系列不同方式反对行使这类管辖权。这类反对的实例包括外交抗议；⁴⁸ 拒绝承认法律、命令和判决；⁴⁹ “阻却法”⁵⁰ 和“反报法”等立法措

以及[欧洲联盟]理事会2000年12月22日关于管辖权以及承认和执行民事判决的第44/2001号条例，《欧洲共同体公报》，第L12号，2001年1月16日，第1页。另见《国际货币基金组织协定条款》，其中第8.2(b)条规定“不得在任何成员的领土上执行涉及任何成员的货币并且有违于该成员根据本协议而保持或施加的换汇控制规则的换汇合同”。另见Lowe, “The problems of extraterritorial jurisdiction...”, 前引文(上文脚注39)，详见第732页。

⁴⁸ 例如，当美国修订其《出口管理条例》以禁止向苏联出口石油或天然气开发设备时，欧洲共同体和联合王国提出了抗议。欧洲共同体的评论意见阐述了对有争议措施的规定，并特别指出：“在本案中适用的美国措施因为其域外特点而在国际法上不能接受。这些措施谋求管辖非美国国籍的公司在美国境外的行为，特别是处理这些公司不在美国的财产和技术数据的行为”；见1982年8月12日欧洲共同体提交美国国务院的对1982年6月22日《出口管理条例》修正案的照会和评论；联合王国政府1982年10月18日就同一事项提交的照会；以及欧洲共同体1983年3月14日再次提交的备忘录，见A. V. Lowe, *Extraterritorial Jurisdiction: an Annotated Collection of Legal Materials*, Cambridge, Grotius, 1983, p. 197, at p. 201)。针对域外行使管辖权提出的其他外交抗议的实例包括：日本1960年8月23日和1961年3月20日向美国国务院提交的备忘录，同上，详见第121页(摘要)；联合王国于1969年10月20日向欧洲共同体委员会提交的备忘录，同上，详见第144页)。

⁴⁹ 当一国或其法院的行为违反国际法，包括有关行使管辖权的规则，其他国家在国际法上有权(而不是有义务)拒绝让任何法律行为生效……在实践中，大多数国家在国际私法规则中确保超越国际法允许的管辖权限度的外国法和决定不会在国外得到承认或执行”(Oppenheim's *International Law* (见上文脚注6)，详见第485页)。特别是，一些国家一般拒绝让别国的公法生效，如税法、刑法和充公法。略见，同上，第488页至第498页。

⁵⁰ “阻却法”通常是对行使管辖权的合法性持有异议的国家通过的法律，旨在采取制定直接的冲突法的方式禁止执行有争议的法律规定。特别是，这类规定可能禁止与外国提起诉讼或调查程序合作，禁止遵守其他国家的域外法律，宣布基于这类措施的判决无效，以及允许因这类措施遭受损害而获得赔偿。作为下文讨论的外国强制学说的结果，阻却法可能会产生限制域外措施的可执行性的副作用，即使在颁布这类措施的国家也不例外。在适用这类学说的国家，由于履行将涉及违反领土国的法律，因此本国法院不要求履行有关的域外措施。例如，一些国家通过了保护措施以回应美国通过1996年《古巴自由和民主团结(自由)法》(也称为《赫尔姆斯-伯顿法》(见上文脚注44)，谋求惩罚与古巴做生意的非美国公司)。加拿大修正了其《外国域外措施法》(R.S.C., ch. F-29, para. 3 (1985), amended by ch. 28, 1996 S.C. (Can.))；墨西哥通过了《保护商务和投资反对违反国际法的外国政策法》(www.disputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/63.pdf)；欧洲联盟通过了关于提供保护避免受到第三国通过的立法的域外适

施；⁵¹ 禁止令等司法措施；⁵² 以及提起国际诉讼。⁵³ 对承认域外管辖权的限制以及对无效主张这类管辖权的可能回应都可在草案中得到讨论。

D. 出现并行合法管辖权时的优先顺序

29. 也许会出现这样的情况，也即主张域外管辖权的国家是唯一与任何国家境外的有关人员、财产或情况有联系的国家。在这种情况下，该国有专属管辖权。更经常出现的情况是，一国域外管辖权与一个或更多其他国家——主要是领土国——的管辖权重迭。各国的并行管辖权可能产生管辖权优先顺序方面的争端。这个问题涉及域外管辖权和领土管辖权之间在优先顺序方面的关系。⁵⁴ 在这方面，有必要区分立法或裁断管辖权与执法管辖权。

用以及相关行为的影响的1996年11月22日(EC)2271/96号理事会条例，《欧洲共同体公报》，第L309号，1996年11月29日，第1页。见J. W. Boscariol, “An anatomy of a Cuban pyjama crisis: reconsidering blocking legislation in response to extraterritorial trade measures of the United States”, *Law and Policy in International Business*, vol. 30, No.3 (1999), pp. 439-499, at pp. 441-442, and 471-474 (describing Canada's Foreign Extraterritorial Measures Act)；A. Layton and A. M. Parry, “Extraterritorial Jurisdiction - European Responses”, *Houston Journal of International Law*, vol. 26, No.2 (2004), pp. 309-325, at pp. 311-312 (describing the United Kingdom's Protection of Trading Interests Act of 1980, c. 11 § 1(1)(b)(Eng.))；H. L. Clark, “Dealing with U.S. extraterritorial sanctions and foreign countermeasures”, *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, vol. 20 (1999), pp. 61-96, at pp. 81-92。另见Lowe, *Extraterritorial Jurisdiction...*, 前引书(上文脚注48)，详见第79至第219页(containing texts of blocking statutes from various States)。

⁵¹ 例如，见(EC)2271/96号理事会条例，第6条(上文脚注50)；以及《加拿大外国域外措施法》，第9(1)(a)条(同上)。

⁵² 例如，在美国诉帝国化学工业公司案中，一家英国公司可以从英国法庭获得一个禁止令，限制案件中的一方当事人强制执行美国法庭的域外裁决。见Oppenheim's *International Law* (上文脚注6)，详见第477页，脚注50(特别援引美国诉帝国化学工业公司案(1952)，105 F.Supp 215)。

⁵³ 原则上，超越管辖权会引发国家责任，甚至是在未伤害另一国意图的情况下”(Brownlie, 前引书(上文脚注5)，详见第312页)。因此，国家能够在国际法庭为不正当行使管辖权寻求赔偿。荷花号案是与这类措施最为相关的实例，在该案中，法国针对土耳其据称过分行使管辖权的行为寻求赔偿。在艾希曼案(见上文脚注34)中，有关以色列在阿根廷主张执法管辖权的争端被提交给安全理事会，两国就此达成了解决办法。

⁵⁴ 见Oppenheim's *International Law* (上文脚注6)，详见p. 458 (“领土性是管辖权的首要基础；即使另一国有并行管辖权的理由，其权利行使也仅限于不得与拥有领土管辖权国家权利发生冲突”)。另见Daillier and Alain Pellet, 前引书(上文脚注5)，详见第502页(“依据权力等级制特别是领土主权对属人管辖权的优先地位而产生的理论上的解决办法缺乏灵活性，原则上排除了国内法在国外的任何适用(至少排除了强迫性适用)”)。

30. 因主张域外管辖权而导致出现并行管辖权的优先顺序问题, 这种情况往往涉及立法管辖权或裁断管辖权。一些国家制定了解决这类问题的一般性原则或规则。例如, 可要求一国法院域外适用另一国立法。为最大限度地减少发生冲突的可能性并威慑外国, 一些国家的法院采纳了禁止其本国法域外适用的推定。⁵⁵ 因此, 除非有特别表明存在专门的法律或规范旨在适用于外国国民在境外实施的行动, 法院将认为立法机关并没有这类意图。这类规则的一部分依据是礼让原则和不干涉他国内部事务原则以及现实的考虑。

31. 外国强制主义是法院为处理域外措施造成的并行主张管辖权问题而制定的另一项规则。外国强制主义规定, 一方不得因另一国法律要求采取的行动而在该国承担刑事或民事责任。⁵⁶ 因此, 即使主管法院裁定管辖权主张是合理的, 它也不能适用与领土国的刑法直接冲突的域外措施。

32. 在执法管辖权方面通常不会出现并行管辖权问题。作为一般规则, 国家不得允许在未取得领土国同意的情况下在另一国的领土上执行其法律。常设国际法庭曾在荷花号案中指出, “一国……不得以任何形式在另一国领土行使权力”。⁵⁷ 因此, 由于以色列在阿根廷领土上抓获阿道夫·艾克曼并随即将其转移到以色列审判, 安全理事会要求以色列政府对阿根廷做出适当赔偿。⁵⁸

E. 拟订法律文书

33. 关于本专题的法律文书可着眼于制定一般原则和更为具体的涵盖依据国际公法主张域外管辖

权事宜的规则。对现行规范和规则的概览表明, 有大量与主张域外管辖权有关的国家实践可供委员会在制定此类法律文书时参考。

34. 最新的技术发展和世界经济全球化限制了国家完全依靠传统管辖权原则保护本国利益的能力, 促使域外管辖权有关法律在某些方面的分歧和不稳定程度上升。因此, 制定关于本专题的法律文书草案除了编纂之外可能还需要进行大量的法律逐渐发展工作。尽管国家实践体现出新规则出现或传统规则扩大的强烈趋势, 可能引导委员会解决分歧领域, 从而使实际重要性日益增加的某个国际法领域更为清晰和确定, 但为了制定本专题的法律文书草案, 的确需要开展一些法律的逐渐发展工作。

1. 本专题的范围

35. 鉴于管辖权专题总体上范围广泛, 界定本专题的范围很重要。某些编纂的努力已经从更广义的普遍管辖权的角度审议了域外管辖权问题,⁵⁹ 因此不妨将本专题仅限于主张域外管辖权方面。另外, 不妨将本专题仅限于国内法的域外适用方面。

36. 一些有可能产生域外管辖权问题的法律领域在一定程度上受特别法制度的调整。其中主要是海洋法、外空法、国际人道主义法和税法。另外, 如果在司法和警方协助与合作方面以及外国判决的承认和执行方面主张域外管辖权, 大部分要受现行国际、区域和双边协议的约束。尽管这些特别规则可为制定域外管辖权方面的一般原则和规则提供一些指导, 但本法律文书草案不会影响现行法律制度。

37. 尽管国家主张域外管辖权往往会导导致试图并行行使管辖权或管辖权冲突, 但没有必要重新审议国家为解决这类冲突而制定的国际私法规则。不过, 也许应当纳入一般性的礼让原则。这些原则对于解决因主张域外管辖权而产生的冲突具有特殊意义。

⁵⁵ 见 Mann, 前引文(上文脚注 5), 详见第 63 至第 64 页; 以及 *F. Hoffman-LaRoche v. Empagran* (上文脚注 42): “首先, 法院通常会分析模棱两可的法律, 以避免不合理地干扰其他国家的主权权力”(第 4 页)。

⁵⁶ 见 Clark, 前引文(上文脚注 50), 详见第 92 至第 93 页; Brownlie, 前引书(上文脚注 5), 详见第 308 页(援引 Judge R. Y. Jennings, “Extraterritorial jurisdiction and the United States antitrust laws”, *BYBIL*, vol. 33, (1957), pp. 146-175, at p. 151); R. K. Gardiner, *International Law*, London, Pearson, 2003, at p. 325; and *Oppenheim's International Law* (上文脚注 6), at p. 464-465。

⁵⁷ 荷花号案(上文脚注 14), 第 18 页。

⁵⁸ 安全理事会 1960 年 6 月 23 日第 138 (1960) 号决议。不过, 见艾希曼案(上文脚注 34), 以及阿尔瓦雷斯-麦凯恩案(同上)。

⁵⁹ 见 Harvard Law School, *Harvard Research in International Law, Codification of International Law...* (上文脚注 27), 第 439 页; and American Law Institute, *Restatement of the Law (Third)...* (上文脚注 6)。值得一提的是, 该 *Restatement* 主要侧重于美国的实践, 因此与本专题的关系有限。

38. 无效主张域外管辖权的后果是以往的编纂工作中没有充分讨论的本专题一个方面。尽管国家对国际不法行为的责任条款在某种程度上处理了这一问题，但在努力制定规则和程序解决无效主张域外管辖权相关争端引起的特别问题时，但在这方面仍然有大量的国家实践可供利用。

2. 定义

39. 本研究的基本内容之一是界定法律文书将要涵盖的主要概念。界定“管辖权”和“域外”这两个用语是确定案文草案范围的关键。进一步审议本专题可能会发现有必要在草案中明确界定的其他用语。

40. 可将一国的管辖权概念视为一般意义上的一国主权权力或权威。在这方面，可以区别三类管辖权，即立法、裁断和执法管辖权。

41. 可将治外法权概念视为超出一国领土包括其土地、内水、领海以及毗邻空间的区域。这类区域可能在别国的领土范围内或者不在任何国家的属地管辖权范围内。

3. 域外管辖权的核心原则

42. 通常认为，为了让国家对一自然人或法人、财产或情况有效地主张管辖权，必须与该人、财产或情况存在某种联系。约束一国行使域外管辖权的一般国际法原则体现了构成行使域外管辖权充分依据的各类联系。这些原则如下：

- 涉及域外管辖权的属地原则
- 客观属地原则
- 效果学说
- 国籍原则
- 被动人格原则
- 保护原则

43. 主张任何域外管辖权必须至少以上述原则之一为依据才能够在国际法上有效。视具体情况不同，在确定域外管辖权在具体案件中的有效性时，可能涉及上述多项原则。

4. 关于主张域外管辖权的规则

44. 按照一国企图行使的管辖权的类别，该国为有效行使域外管辖权而与某人、财产或情况必有联系的程度可能不同。因此，有必要说明各种管辖权原则可能为主张域外立法、裁断或执法管辖权而提供根据的程度。行使域外管辖权也可能在某些特殊法律领域引起特别问题，比如那些与刑法领域中的网络犯罪或商事法领域中的电子商务有关的问题。因此，也许应当纳入具体规定以处理这类特别问题。制定一般性原则和规则也许无法恰当地处理它们。

5. 对国家主张域外管辖权的权利的限制

45. 主张域外管辖权应受到某些国际法基本原则的限制，比如《联合国宪章》所载的国家主权平等、国家领土完整原则以及不干涉别国内政原则。在主张域外管辖权的适用时也应考虑礼让的因素。

6. 无效主张域外管辖权的后果

46. 当一国主张域外管辖权而另一国认为在国际法上无效时，国家有合作解决争端一般义务。有关这一主题的法律文书也应拟订解决这类争端的程序：发出关于认为该管辖权主张无效的通知，根据核心原则审议制定法律的国家所提主张的有效性；同时兼顾受影响国家的反对意见。

7. 拟议的域外管辖权法律文书大纲

一、一般规定

1. 适用范围

2. 与其他法律制度的关系

(a) 特别法

- (b) 已有条约制度
- 3. 用语
- 二、管辖权原则
 - 1. 属地原则
 - (a) 客观属地原则
 - (b) 效果学说
 - 2. 国籍原则
 - (c) 合理性原则
 - 3. 被动人格原则
 - 4. 保护原则
- 三、主张域外管辖权
 - 1. 立法管辖权
 - 2. 裁断管辖权
 - 3. 执法管辖权
- 4. 具体法律领域
- 四、对主张域外管辖权的限制
 - 1. 主权、领土完整和不干涉
 - 2. 礼让
 - (a) 反对治外法权的推定
 - (b) 外国强制理论
- 五、争端解决
 - 1. 一般合作义务
 - 2. 通知义务
 - 3. 域外措施审查义务
 - 4. 采取反措施的一般权利
 - 5. 争端解决机制

参考书目选编

A. 国际判例

1. 司法机关

(a) 常设国际法院

Case of the S.S. "Lotus" France v. Turkey, Judgment No. 9 of 7 September 1927, P.C.I.J. Reports 1928, Series A. No. 10.

(b) 国际法院

Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Judgment, I.C.J. Reports 2002, p. 3 (Joint Separate Opinion of Judges Higgins, Kooijmans and Buergenthal).

(c) 欧洲人权法院

Stoche v. Germany, Application no. 11755/85, Judgment of 19 March 1991, European Court of Human Rights, Series A: Judgments and Decisions, vol. 199.

Loizidou v. Turkey, Application no. 15318/89, Judgment of 18 December 1996 Merits), European Court of Human Rights, Reports of Judgments and Decisions, 1996-VI, p. 2216.

Ocalan v. Turkey, Application no. 46221/99, Judgment of 12 May 2005, Grand Chamber, European Court of Human Rights, Reports of Judgments and Decisions 2005-IV.

(d) 欧洲共同体法院

Imperial Chemical Industries Ltd. v. Commission of the European Communities, Case 48-69, Judgment of 14 July 1972, European Court Reports 1972, p. 619.

Europemballage Corp. and Continental Can Co. v. Commission of the European Communities, Case 6-72, Judgment of 21 February 1973, European Court Reports 1973, p. 215.

Istituto Chemioterapico Italiano S.p.A. and Commercial Solvents Corporation v. Commission of the European Communities, Joined Cases 6 and 7-73, Judgment of 6 March 1974, European Court Reports 1974, p. 223.

2. 仲裁庭

Fur Seal Arbitration, J. B. Moore, *History and Digest of the International Arbitrations to which the United States has been a Party*, vol. I, Washington D.C., United States Government Printing Office, 1898, pp. 755-961.

Cutting, J. B. Moore, *A Digest of International Law*, vol. II, Washington D.C., United States Government Printing Office, 1906, pp. 228-242.

B. 国家判例

Ex parte Susannah Scott, *The English Reports*, vol. 109 (1910), p. 166.

Ker v. Illinois (119 U.S. 436 (1886)).

In re Urios ([1919-1922] *Annual Digest/ILR*, vol. 1, p. 107 (No. 70 (Cour de Cassation, France, 1920))); *Journal de droit international*, vol. 47 (1920), p. 195.

United States v. Bowman (260 U.S. 94 (1922)).

In re Bayot ([1923-1924] *Annual Digest/ILR*, vol. 2, p. 109 (No. 54) (Cour de Cassation, France, 1923)); *Recueil périodique et critique de jurisprudence, de législation et*

- de doctrine en matière civile, commerciale, criminelle, administrative et de droit public*, 1924, p. 136.
- Joyce v. D.P.P.* ((1946)AC 347, *Annual Digest/ILR*, vol. 15, p. 91).
- Wechsler* (Conseil de Guerre de Paris, 20 July 1947, *Journal de droit international*, vol. 44, p. 1745).
- Naim Molvan v. A.G. for Palestine* ((1948)AC 531, *Annual Digest/ILR*, vol. 15 (1948), p. 115).
- Nusselein v. Belgian State* ([1950] *Annual Digest/ILR*, vol. 17, p. 136 (No. 35) (Cour de Cassation, Belgium, 1950)); *Pasicrisie Belge. Recueil général de la jurisprudence des cours et tribunaux et du Conseil d'Etat de Belgique*, 1950, p. 450.
- Attorney General of the Government of Israel v. Adolf Eichmann*, District Court of Jerusalem, 12–15 December 1961, *ILR*, vol. 36 (1968), p. 5.
- In re Harnett* (1973, 1 O.R.(2d)206, 207 (Can)).
- United States v. Columba-Colella* (604 F.2d 356 (5th Cir. 1979)).
- Tel-Oren v. Libyan Arab Republic* (726 F.2d 774 (D.C. Cir. 1984)).
- Federal Constitutional Court (39 Neue Juristische Wochenschrift 1427 (1986) (Ger. Fed. Const. Ct. 1985).
- United States v. Yunis* (681 F.Supp. 896 (1988)).
- State (South Africa) v. Ebrahim*, *ILR*, vol. 95, p. 417.
- United States v. Yunis* (924 F.2d 1086 (D.C. Cir. 1991)).
- United States v. Álvarez-Machain* (504 U.S. 655 (1992)).
- R. v. Horseferry Road Magistrates' Court (Ex parte Bennett)* (1993, 3 P, 138 (H.L)).
- United States v. Vasquez-Velasco* (15 F.3d 833, 838–839 (9th Cir. 1994)).
- United States v. Noriega* (117 F.3d 1206, 1515–1519 (11th Cir. 1997)).
- Bangoura v. Washington Post* ([2004] 235 D.L.R.(4th) 564) and the Italian Court of Cassation (Corte de Cassazione, closed session, sect. V, 27 December 2000, Judgment No. 4741).
- Töben case* (BGH 46, 212, decision of 12 December 2000).
- United States v. Bin Laden* (92 F. Supp. 2d 189 (S.D.N.Y. 2000)).
- Estate of Cabello v. Fernandez-Larios* (157 F. Supp. 2d 1345 (S.D. Fla. 2001)).
- United States v. Bustos-Useche* (273 F.3d 622 (5th Cir. 2001), cert. denied, 535 U.S. 1071 (2002)).
- Yahoo! Inc. v. La Ligue contre le Racisme et l'Antisémitisme* (169 F. Supp. 2d 1181 (N.D. Cal. 2001)).
- Aguinda v. Texaco, Inc.* (303 F.3d 470 (2nd Cir. 2002)).
- Korea Fair Trade Commission decision of 4 April 2002 (case 2-77), confirmed by the Seoul High Court Decision of 26 August 2003 (2002nu 14647) and KFTC decision of 29 April 2003 (case 3-98).
- Sinaltrainal v. Coca-Cola Co.* (256 F. Supp. 2d 1345 (S.D. Fla. 2003)).
- F. Hoffman-LaRoche, Ltd. v. Empagran* (542 U.S. 155, 124 S. Ct. 2359 (14 June 2004)).

C. 国际组织

1. 联合国

安全理事会 1998 年 8 月 27 日第 1192 (1998) 号决议。

2. 欧洲委员会

部长委员会向成员国提出的关于国际公法领域国家实践相关文书分类修正示范计划的第 R(97)11 号建议, 1997 年 6 月 12 日, 附录, 第八(二)部分。

D. 文献

- AKEHURST, M. "Jurisdiction in international law", *The British Yearbook of International Law*, vol. 46 (1972-1973), 145-257.
- BELLIA, P. L. "Chasing bits across borders", *University of Chicago Legal Forum*, vol. 2001 (2001), 35-101.
- BOSCARIOL, J. W. "An anatomy of a Cuban pyjama crisis: reconsidering blocking legislation in response to extraterritorial trade measures of the United States", *Law and Policy in International Business*, vol. 30, No. 3 (1999), 439-499.
- BOWETT, D. W. "Jurisdiction: changing patterns of authority over activities and resources", *The British Yearbook of International Law*, vol. 53 (1982), 1-26.
- CAFRTIZ, E. and O. Tene. "Article 113-7 of the French Penal Code: the passive personality principle", *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 41 (2002-2003), 585-599.
- CLARK, H. L. "Dealing with U.S. extraterritorial sanctions and foreign countermeasures", *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, vol. 20 (1999), 61-96.
- DUNNING, T. S. "D'Amato in a china shop: problems of extraterritoriality with the Iran and Libya Sanctions Act of 1996", *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, vol. 19 (1998), 169-199.
- FALENCKI, C. A. "Sarbanes-Oxley: ignoring the presumption against extraterritoriality", *George Washington International Law Review*, vol. 36 (2004), 1211-1238.
- FEENEY, D. J. "The European Commission's extraterritorial jurisdiction over corporate mergers", *Georgia State University Law Review*, vol. 19 (2002-2003), 425-491.
- FERNANDES, S. "*F. Hoffman-Laroche, Ltd. v. Empagran* and the extraterritorial limits of United States antitrust jurisdiction: where comity and deterrence collide", *Connecticut Journal of International Law*, vol. 20 (2005), 267-317.
- GATHII, J. T. "Torture, extraterritoriality, terrorism, and international law", *Albany Law Review*, vol. 67 (2003-2004), 335-370.
- GERBER, D. J. "The extraterritorial application of the German antitrust laws", *American Journal of International Law*, vol. 77 (1983), 756-783.
- JUNG, Y. "Korean competition law: first step towards globalization", *Journal of Korean Law*, vol. 4, No. 2 (2005), 177-199.
- KIM, W. "The extraterritorial application of U.S. antitrust law and its adoption in Korea", *Singapore Journal of International and Comparative Law*, vol. 7 (2003), 386-411.
- LAYTON, A. and A. M. Parry: "Extraterritorial jurisdiction - European responses", *Houston Journal of International Law*, vol. 26, No. 2 (2004), 309-325.
- MENG, W. "Extraterritorial effects of administrative, judicial and legislative acts", in R. Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 2, Amsterdam, Elsevier, 1995, 337-343.
- NORTON, J. J. "The European Court of Justice judgment in United Brands: extraterritorial jurisdiction and abuse of dominant position", *Denver Journal*

- of International Law and Policy*, vol. 8 (1979), 379–414.
- O'KEEFE, R. "Universal jurisdiction: clarifying the basic concept", *Journal of International Criminal Justice*, vol. 2, No. 3 (September 2004), 735–760.
- TIMOFEEVA, Y. A. "Worldwide prescriptive jurisdiction in Internet content controversies: a comparative analysis", *Connecticut Journal of International Law*, vol. 20 (2005), 199–225.
- WHITMAN, C. B.(ed.). "Extraterritorial jurisdiction and jurisdiction following forcible abductions: a new Israeli precedent in international law", *Michigan Law Review*, vol. 72 (1973–1974) , 1087–1113.
- YOST, M. J. and D. S. Anderson: "The Military Extraterritorial Jurisdiction Act of 2000: closing the gap", *American Journal of International Law*, vol. 95 (2001), 446–454.

E. 其他文件

HARVARD LAW SCHOOL, *Harvard Research in International Law, Supplement to the American Journal of International Law*, vol. 29 (1935), Codification of International Law, Part II, "Jurisdiction with Respect to Crime", 435–651.

第五十八届会议文件一览表

文 件	标 题	备注和参考资料
A/CN.4/559	临时议程	油印件。通过的议程，见第23页。
A/CN.4/560	秘书处编制的关于大会第六十届会议期间第六委员会讨论的专题摘要	油印件。
A/CN.4/561和 Add.1-2	外交保护：从各国政府收到的评论和意见	转载于《2006年……年鉴》，第二卷（第一部分）。
A/CN.4/562和 Add.1	国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任（危险活动引起跨界损害所造成损失的国际责任）：从各国政府收到的评论和意见	同前。
A/CN.4/563和 Add.1	填补委员会的临时空缺（章程第11条）：秘书处的说明	A/CN.4/563转载于《2006年……年鉴》，第二卷（第一部分）。A/CN.4/563/Add.1为油印件。
A/CN.4/564和 Add.1-2	特别报告员乔治·加亚先生关于国际组织的责任的第四次报告	转载于《2006年……年鉴》，第二卷（第一部分）。
A/CN.4/565 [和 Corr.1]	驱逐外国人：秘书处的备忘录	油印件。可登录委员会网站查阅。
A/CN.4/566	特别报告员彭马拉朱·斯里尼瓦萨·拉奥先生关于危险活动所致跨界损害的损失分配法律制度的第三次报告	转载于《2006年……年鉴》，第二卷（第一部分）。
A/CN.4/567	特别报告员约翰·杜加尔德先生关于外交保护的第七次报告	同前。
A/CN.4/568和 Add.1	国际组织的责任：从国际组织收到的评论和意见	同前。
A/CN.4/569和 Add.1	特别报告员维克托·罗德里格斯·塞德尼奥先生关于国家单方面行为的第九次报告	同前。
A/CN.4/570 [和 Corr.1]	特别报告员伊恩·布朗利先生关于武装冲突对条约的影响的第二次报告	同前。
A/CN.4/571	特别报告员兹齐斯拉夫·加利茨基先生关于引渡或起诉的义务（或引渡或起诉）的初步报告	同前。
A/CN.4/572 [和 Corr.1]	对条约的保留：特别报告员阿兰·佩莱先生关于准则草案3.1.5（条约目的和宗旨的定义）的说明	同前。
A/CN.4/573 [和 Corr.1]	特别报告员莫里斯·卡姆托先生关于驱逐外国人问题的第二次报告	同前。
A/CN.4/574	特别报告员阿兰·佩莱先生关于对条约的保留的第十一次报告	同前。
A/CN.4/575	外交保护：从各国政府收到的评论和意见	同前。
A/CN.4/L.682 [和 Corr.1]和 Add.1	国际法不成体系问题：国际法多样化和扩展引起的困难：国际法委员会研究组的报告，定稿人：马尔蒂·科斯肯涅米	油印件。可登录委员会网站查阅。最后案文作为一份增编载于《2006年……年鉴》，第二卷（第一部分）。
A/CN.4/L.683	共有的自然资源工作组（地下水）：工作组的报告	油印件。

文 件	标 题	备注和参考资料
A/CN.4/L.684 [和 Corr.1-2]	外交保护：起草委员会二读通过的外交保护条款草案的标题和案文	见《2006年……年鉴》，第一卷，第2881次会议简要记录（第1段）。
A/CN.4/L.685 [和 Corr.1]	对条约的保留：起草委员会通过的准则草案的标题和案文	油印件。
A/CN.4/L.686 [和 Corr.1]	国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任：起草委员会二读通过的关于危险活动情况下的损失分配的序言和原则草案的标题的案文	同前。
A/CN.4/L.687和 Add.1 [和 Corr.1]	国际组织的责任：起草委员会通过的条款草案的标题和案文	同前。
A/CN.4/L.688	共有的自然资源：起草委员会一读通过的条款草案的标题和案文	同前。
A/CN.4/L.689	国际法委员会第五十八届会议工作报告草稿：第一章（导言）	同前。通过的案文，见《大会正式记录，第六十一届会议，补编第10号》（A/61/10）。最后案文见上文第21页。
A/CN.4/L.690	同前：第二章（委员会第五十八届会议工作概况）	同前，第25页。
A/CN.4/L.691	同前：第三章（委员会特别想听取意见的具体问题）	同前，第27页。
A/CN.4/L.692和 Add.1	同前：第四章（外交保护）	同前，第29页。
A/CN.4/L.693和 Add.1	同前：第五章（国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任（危险活动引起跨界损害所造成损失的国际责任））	同前，第67页。
A/CN.4/L.694和 Add.1 [和 Corr.1]	同前：第六章（共有的自然资源）	同前，第105页。
A/CN.4/L.695 [和 Corr.1]和 Add.1 [和 Corr.1]和 Add.2	同前：第七章（国际组织的责任）	同前，第133页。
A/CN.4/L.696 [和 Corr.1]和 Add.1 [和 Corr.1]和 Add.2-3	同前：第八章（对条约的保留）	同前，第153页。
A/CN.4/L.697和 Add.1 [和 Corr.1]和 Add.2	同前：第九章（国家单方面行为）	同前，第183页。
A/CN.4/L.698	同前：第十章（武装冲突对条约的影响）	同前，第193页。
A/CN.4/L.699	同前：第十一章（引渡或起诉的义务（或引渡或起诉））	同前，第199页。
A/CN.4/L.700	同前：第十二章（国际法不成体系问题：国际法多样化和扩展引起的困难）	同前，第203页。
A/CN.4/L.701和 Add.1	同前：第十三章（委员会的其他决定和结论）	同前，第215页。
A/CN.4/L.702	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	同前。
A/CN.4/L.703	国家单方面行为——工作组的报告：国际法委员会的结论	油印件。
A/CN.4/L.704	委员会的方案、程序、工作方法及其文件：规划小组的报告	同前。
A/CN.4/SR.2867-A/CN.4/SR.2913	第2867至第2913次会议临时简要记录	同前。最后案文见《2006年……年鉴》，第一卷。

Yearbook of the International Law Commission 2006
Volume II (Part Two)