



联合国

## 国际法委员会报告

第五十八届会议

(2006年5月1日至6月9日

和7月3日至8月11日)

大会

正式记录

第六十一届会议

补编第10号(A/61/10)

大 会

正式记录

第六十一届会议

补编第 10 号(A/61/10)

## 国际法委员会报告

第五十八届会议

(2006 年 5 月 1 日至 6 月 9 日

和 7 月 3 日至 8 月 11 日)



联合国·纽约，2006

## 说 明

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

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

委员会报告的排版本将载入《2006 年国际法委员会年鉴》第二卷第二部分。

## 目 录

<u>章 次</u>	<u>段 次</u>	<u>页 次</u>
一、导言 .....	1 - 12	1
A. 委员 .....	2 - 3	1
B. 主席团成员和扩大的主席团 .....	4 - 6	2
C. 起草委员会 .....	7 - 8	3
D. 工作组 .....	9 - 10	4
E. 秘书处 .....	11	4
F. 议程 .....	12	4
二、委员会第五十八届会议工作概况 .....	13 - 25	6
三、委员会特别想听取意见的具体问题 .....	26 - 33	8
A. 共有的自然资源 .....	26	8
B. 国际组织的责任 .....	27 - 28	8
C. 对条约的保留 .....	29	8
D. 引渡或起诉的义务( <i>aut dedere aut judicare</i> ).....	30 - 31	9
E. 委员会的其他决定和结论 .....	32 - 33	9
四、外交保护 .....	34 - 50	10
A. 导言 .....	34 - 40	10
B. 本届会议审议此专题的情况 .....	41 - 45	11
C. 委员会的建议 .....	46	12
D. 向特别报告员表示感谢 .....	47 - 48	12
E. 外交保护条款草案案文 .....	49 - 50	12
1. 条款草案案文 .....	49	12
2. 条款草案案文及其评注 .....	50	17
外交保护 .....		18
第一部分. 一般规定 .....		19
第 1 条. 定义和范围 .....		19
评注 .....		19
第 2 条. 行使外交保护的权力 .....		22
评注 .....		22
第二部分. 国籍 .....		23

## 目 录 (续)

<u>章 次</u>	<u>段 次</u>	<u>页 次</u>
第一章. 一般原则.....		23
第 3 条. 国籍国的保护.....		23
评注.....		24
第二章. 自然人.....		24
第 4 条. 自然人的国籍国.....		24
评注.....		24
第 5 条. 自然人的持续国籍.....		27
评注.....		27
第 6 条. 多重国籍和针对第三国的求偿.....		31
评注.....		31
第 7 条. 多重国籍和针对国籍国的求偿.....		33
评注.....		33
第 8 条. 无国籍人和难民.....		36
评注.....		36
第三章. 法人.....		39
第 9 条. 公司的国籍国.....		39
评注.....		39
第 10 条. 公司的持续国籍.....		41
评注.....		41
第 11 条. 股东的保护.....		43
评注.....		43
第 12 条. 对股东的直接损害.....		48
评注.....		48
第 13 条. 其他法人.....		49
评注.....		49
第三部分. 当地救济.....		51
第 14 条. 用尽当地救济.....		51
评注.....		52

## 目 录 (续)

<u>章 次</u>	<u>段 次</u>	<u>页 次</u>
第 15 条. 当地救济规则的例外 .....		56
评注 .....		56
第四部分. 杂项规定 .....		63
第 16 条. 外交保护以外的行动或程序 .....		63
评注 .....		63
第 17 条. 国际法的特别规则 .....		65
评注 .....		65
第 18 条. 船员的保护 .....		66
评注 .....		66
第 19 条. 建议的做法 .....		68
评注 .....		69
五、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) .....	51 - 67	73
A. 导言 .....	51 - 58	73
B. 本届会议审议此专题的情况 .....	59 - 62	75
C. 委员会的建议 .....	63	76
D. 向特别报告员表示感谢 .....	64 - 65	76
E. 关于危险活动造成的跨界损害案件中损失分配的原则 草案案文 .....	66 - 67	77
1. 原则草案案文 .....	66	77
2. 原则草案案文及其评注 .....	67	80
关于危险活动造成的跨界损害案件中损失分配的原则草案 .....		80
总评注 .....		80
序言 .....		83
评注 .....		83
原则 1. 适用范围 .....		84
评注 .....		84
原则 2. 用语 .....		88
评注 .....		99

## 目 录 (续)

<u>章 次</u>	<u>段 次</u>	<u>页 次</u>
原则 3. 目的.....		102
评注.....		102
原则 4. 及时和充分的赔偿.....		109
评注.....		110
原则 5. 反应措施.....		119
评注.....		120
原则 6. 国际和国内救济.....		123
评注.....		124
原则 7. 拟定专门的国际制度.....		130
评注.....		130
原则 8. 执行.....		130
评注.....		131
<b>六、共有的自然资源.....</b>	<b>68 - 76</b>	<b>132</b>
<b>A. 导言.....</b>	<b>68 - 69</b>	<b>132</b>
<b>B. 本届会议审议此专题的情况.....</b>	<b>70 - 74</b>	<b>132</b>
<b>C. 委员会一读通过的跨界含水层法条款草案案文.....</b>	<b>75 - 76</b>	<b>133</b>
1. 条款草案案文.....	75	133
2. 条款草案案文及其评注.....	76	140
跨界含水层法.....		141
总评注.....		141
<b>第一部分. 导言.....</b>		<b>143</b>
第 1 条. 范围.....		143
评注.....		143
第 2 条. 用语.....		144
评注.....		145
<b>第二部分. 一般原则.....</b>		<b>147</b>
第 3 条. 含水层国的主权.....		147
评注.....		148

## 目 录 (续)

<u>章 次</u>	<u>段 次</u>	<u>页 次</u>
第 4 条. 公平合理利用 .....		149
评注 .....		149
第 5 条. 与公平合理利用相关的因素 .....		151
评注 .....		151
第 6 条. 不对其他含水层国造成重大损害的义务 .....		153
评注 .....		153
第 7 条. 一般合作义务 .....		155
评注 .....		155
第 8 条. 数据和资料的定期交流 .....		156
评注 .....		157
<b>第三部分. 保护、保全和管理 .....</b>		<b>159</b>
第 9 条. 生态系统的保护和保全 .....		159
评注 .....		159
第 10 条. 补给区和排泄区 .....		160
评注 .....		161
第 11 条. 防止、减少和控制污染 .....		161
评注 .....		162
第 12 条. 监测 .....		163
评注 .....		164
第 13 条. 管理 .....		166
评注 .....		166
<b>第四部分. 影响其他国家的活动 .....</b>		<b>167</b>
第 14 条. 既定活动 .....		167
评注 .....		168
<b>第五部分. 杂项规定 .....</b>		<b>170</b>
第 15 条. 与发展中国家的科学技术合作 .....		170
评注 .....		170
第 16 条. 紧急情况 .....		172
评注 .....		173



## 目 录 (续)

<u>章 次</u>	<u>段 次</u>	<u>页 次</u>
第 17 条. 武装冲突期间的保护 .....		175
评注.....		176
第 18 条. 与国防或国家安全有关的数据和资料 .....		177
评注.....		177
第 19 条. 双边和区域协定和安排.....		178
评注.....		178
七、国际组织的责任.....	77 - 91	179
A. 导言.....	77 - 79	179
B. 本届会议审议此专题的情况.....	80 - 89	179
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	183
1. 条款草案案文 .....	90	183
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	192
第五章. 解除行为不法性的情况.....		193
总评注.....		193
第 17 条. 同意.....		193
评注.....		193
第 18 条. 自卫.....		194
评注.....		195
第 19 条. 反措施.....		196
第 20 条. 不可抗力.....		196
评注.....		196
第 21 条. 危难.....		198
评注.....		198
第 22 条. 危急情况.....		199
评注.....		199
第 23 条. 对强制性规范的遵守.....		201
评注.....		201
第 24 条. 援引解除行为不法性的情况的后果.....		202
评注.....		202

## 目 录 (续)

<u>章 次</u>	<u>段 次</u>	<u>页 次</u>
第(X)章. 一国对一国际组织行为的责任 .....		203
总评注 .....		203
第 25 条. 一国援助或协助一国际组织实施国际不法行为 .....		204
评注 .....		204
第 26 条. 一国指挥和控制一国际组织实施国际不法行为 .....		205
评注 .....		205
第 27 条. 一国胁迫一国际组织 .....		205
评注 .....		206
第 28 条. 向国际组织提供职权情况下的国际责任 .....		206
评注 .....		206
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 .....		208
评注 .....		208
第 30 条. 本章效力 .....		212
评注 .....		212
八、对条约的保留 .....	92 - 159	213
A. 导言 .....	92 - 100	213
B. 本届会议审议此专题的情况 .....	101 - 157	214
1. 特别报告员介绍其第十次报告第二部分 .....	108 - 118	215
2. 辩论摘要 .....	119 - 143	217
3. 特别报告员的总结 .....	144 - 157	220
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	221
1. 准则草案案文 .....	158	221
2. 委员会第五十八届会议通过的准则草案案文及其 评注 .....	159	238
3. 保留的效力和解释性声明 .....		238
总评注 .....		238
3.1 允许的保留 .....		240
评注 .....		241
3.1.1 条约明文禁止的保留 .....		245
评注 .....		245

## 目 录 (续)

<u>章 次</u>	<u>段 次</u>	<u>页 次</u>
3.1.2 特定保留的定义.....		250
评注.....		250
3.1.3 允许不受条约禁止的保留.....		257
评注.....		258
3.1.4 允许的特定保留.....		260
评注.....		260
1.6 定义的范围.....		262
评注.....		262
2.1.8 [2.1.7之二] 保留显然无效情况下的程序.....		264
评注.....		264
九、国家的单方面行为.....	160 - 177	266
A. 导言.....	160 - 166	266
B. 本届会议审议此专题的情况.....	167 - 170	267
C. 向特别报告员表示感谢.....	171 - 172	269
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	269
说明.....	173 - 175	269
1. 指导原则案文.....	176	270
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	271
适用于能够产生法律义务的国家单方面声明的指导原则.....		271
原则 1.....		272
评注.....		272
原则 2.....		273
评注.....		273
原则 3.....		273
评注.....		273
原则 4.....		274
评注.....		274
原则 5.....		275
评注.....		275

## 目 录 (续)

<u>章 次</u>	<u>段 次</u>	<u>页 次</u>
原则 6 .....		276
评注 .....		276
原则 7 .....		277
评注 .....		277
原则 8 .....		278
评注 .....		278
原则 9 .....		279
评注 .....		279
原则 10 .....		279
评注 .....		280
十、武装冲突对条约的影响 .....	178 - 211	281
A. 导言 .....	178 - 180	281
B. 本届会议审议此专题的情况 .....	181 - 211	281
1. 专题概述 .....	182 - 185	282
(a) 特别报告员的介绍 .....	182 - 183	282
(b) 辩论摘要 .....	184	282
(c) 特别报告员的总结 .....	185	282
2. 第 1 条. 范围 .....	186 - 188	282
(a) 特别报告员的介绍 .....	186	282
(b) 辩论摘要 .....	187	283
(c) 特别报告员的总结 .....	188	283
3. 第 2 条. 用语 .....	189 - 198	283
(a) 特别报告员的介绍 .....	189 - 190	283
(b) 辩论摘要 .....	191 - 196	284
(c) 特别报告员的总结 .....	197 - 198	284
4. 第 3 条. 当然终止或中止 .....	199 - 200	285
(a) 特别报告员的介绍 .....	199	285
(b) 辩论摘要 .....	200	286

## 目 录 (续)

<u>章 次</u>	<u>段 次</u>	<u>页 次</u>
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	286
(a) 特别报告员的介绍 .....	201 - 202	286
(b) 辩论摘要 .....	203	286
(c) 特别报告员的总结 .....	204	287
6. 第 5 条. 关于实施条约的明示规定.....	205 - 206	287
(a) 特别报告员的介绍 .....	205	287
(b) 辩论摘要 .....	206	287
7. 第 6 条. 导致诉诸武装冲突的有关条约.....	207 - 208	288
(a) 特别报告员的介绍 .....	207	288
(b) 辩论摘要 .....	208	288
8. 第 7 条. 根据条约目标和宗旨的必然含义实施条约.....	209 - 211	288
(a) 特别报告员的介绍 .....	209	288
(b) 辩论摘要 .....	210	289
(c) 特别报告员的总结 .....	211	289
十一、引渡或起诉的义务( <b>aut dedere aut judicare</b> ) .....	212 - 232	290
A. 导言 .....	212 - 213	290
B. 本届会议审议此专题的情况 .....	214 - 232	290
1. 特别报告员的介绍 .....	215 - 219	290
2. 辩论摘要 .....	220 - 229	291
3. 特别报告员的总结 .....	230 - 232	292
十二、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	294
A. 导言 .....	233 - 236	294
B. 本届会议审议此专题的情况 .....	237 - 239	295
C. 向研究组和研究组主席表示感谢 .....	240	296
D. 研究组的报告 .....	241 - 251	296
一、背景 .....	241 - 250	296
二、研究组工作的结论 .....	251	299
1. 概述 .....	299	299
2. 特别法优于普通法公理.....	300	300

## 目 录 (续)

<u>章 次</u>	<u>段 次</u>	<u>页 次</u>
3. 特别(自足)制度 .....		301
4. 《维也纳条约法公约》第三十一条第三款(丙)项.....		303
5. 先后规范之间的冲突 .....		305
6. 国际法的等级：绝对法、普遍义务和《联合国宪章》第一百 零三条 .....		307
十三、委员会的其他决定和结论 .....	252 - 291	311
A. 对外国人的驱逐 .....	252	311
B. 委员会的方案、程序、工作方法和文件.....	253 - 269	311
1. 长期工作方案 .....	256 - 261	311
2. 文件和出版物 .....	262 - 267	314
3. 与联合国人权专家一起举行会议.....	268	315
4. 酬金 .....	269	315
C. 委员会第五十九届会议的日期和地点 .....	270	315
D. 与其他机构的合作.....	271 - 274	315
E. 出席大会第六十一届会议的代表.....	275 - 276	316
F. 国际法讲习会.....	277 - 291	316
附 件		
附件 A. 国家官员的外国刑事管辖豁免.....		320
附件 B. 国际组织的管辖豁免.....		336
附件 C. 发生灾害时的人员保护问题 .....		345
附件 D. 信息跨界流动的个人数据保护问题.....		365
附件 E. 域外管辖权 .....		389

# 第一章

## 导言

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：

埃曼纽尔·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)

若昂·克莱门特·巴埃纳·苏亚雷斯先生(巴西)

伊恩·布朗利先生(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-齐文达先生(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)  
爱德华多·巴伦西亚-奥斯皮纳先生(哥伦比亚)<sup>1</sup>  
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-齐文达先生  
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<sup>2</sup>和特别报告员<sup>3</sup>组成。

---

<sup>1</sup> 见第 3 段。

<sup>2</sup> 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、山田中正先生。

<sup>3</sup> 伊恩·布朗利先生、克里斯托弗·约翰·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、山田中正先生。



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：加亚先生(主席)、阿多先生、坎迪奥蒂先生、科米萨里奥·阿丰索先生、达乌迪先生、埃斯卡拉梅亚女士、丰巴先生、加利茨基先生、卡巴齐先生、卡姆托先生、卡特卡先生、卡米沙先生、科洛德金先生、梅莱斯卡努先生、蒙塔兹先生、尼豪斯先生、佩莱先生、拉奥先生、巴伦西亚—奥斯皮纳先生、山田先生、薛女士(当然成员)。

### C. 起草委员会

7. 在 2006 年 5 月 5 日、11 日、23 日和 30 日分别举行的第 2871、2874、2880 和 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：科洛德金先生(主席)、杜加尔德先生(特别报告员)、布朗利先生、坎迪奥蒂先生、池先生、伊科诺米季斯先生、保拉·埃斯卡拉梅亚女士、加亚先生、卡米沙先生、曼斯菲尔德先生、马西森先生、蒙塔兹先生、山田先生、薛女士(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的损失的国际责任)：科洛德金先生(主席)、拉奥先生(特别报告员)、巴埃纳·苏亚雷斯先生、坎迪奥蒂先生、池先生、达乌迪先生、埃斯卡拉梅亚女士、加亚先生、科斯肯涅米先生、曼斯菲尔德先生、马西森先生、山田先生、薛女士(当然成员)。
- (c) 对条约的保留：科洛德金先生(主席)、佩莱先生(特别报告员)、埃斯卡拉梅亚女士、丰巴先生、加亚先生、加利茨基先生、马西森先生、山田先生、薛女士(当然成员)。
- (d) 国际组织的责任：科洛德金先生(主席)、加亚先生(特别报告员)、伊科诺米季斯先生、埃斯卡拉梅亚女士、曼斯菲尔德先生、马西森先生、蒙塔兹先生、巴伦西亚—奥斯皮纳先生、山田先生、薛女士(当然成员)。
- (e) 共有的自然资源：科洛德金先生(主席)、山田先生(特别报告员)、坎迪奥蒂先生、科米萨里奥·阿兰·佩莱先生阿丰索先生、达乌迪先生、埃斯卡拉梅亚女士、丰巴先生、加亚先生、加利茨基先生、曼斯菲尔德先生、马西森先生、庞布—齐文达先生、薛女士(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 2006 年 5 月 2 日、17 日和 7 月 5 日分别举行的第 2868、2877 和 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：坎迪奥蒂先生(主席)、山田先生(特别报告员)、巴埃纳·苏亚雷斯先生、科米萨里奥·阿丰索先生、达乌迪先生、埃斯卡拉梅亚女士、丰巴先生、加亚先生、加利茨基先生、卡巴齐先生、曼斯菲尔德先生、马西森先生、奥佩蒂-巴丹先生、拉奥先生、薛女士(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：科斯肯涅米先生
- (c) 国家的单方面行为工作组(不限名额)  
主席：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：佩莱先生(主席)，巴埃内·苏亚雷斯先生、加利茨基先生、卡姆托先生、科斯肯涅米先生、薛女士(当然成员)。

## E. 秘书处

11. 副秘书长兼法律顾问尼古拉·米歇尔先生担任秘书长的代表。法律事务厅编纂司司长瓦茨拉夫·米库尔卡先生担任委员会秘书，并在法律顾问缺席时代表秘书长。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、协理法律干事米凯来·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 2006 年 5 月 1 日的第 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的损失的国际责任)。
4. 国际组织的责任。
5. 共有的自然资源。
6. 国家的单方面行为。
7. 对条约的保留。
8. 对外国人的驱逐。
9. 武装冲突对条约的影响。
10. 引渡或起诉的义务(*aut dedere aut judicare*)。
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、工作方法和文件。
13. 与其他机构的合作。
14. 第五十九届会议的时间和地点。
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项公约(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(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问题工作组，以完成对特别报告员在第三次报告(A/CN.4/551 和 Corr.1 和 Add.1)中提交的条款草案的审议；将修订的 19 个条文草案提交给了起草委员会；然后一读通过了关于跨界含水层的一套条款草案及其评注(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 和 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行为所负责任的 14 个条文草案及其评注(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的第十次报告第二部分(A/CN.4/558 和 Add.1 和 2)，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。委员会还通过了涉及保留效力的五条准则草案及其评注。另外，委员会参照新的术语，重新审议了以前通过的涉及明显无效保留的定义范围与程序的两条准则草案(第八章)。

18. 关于“国家的单方面行为”专题，委员会审议了特别报告员的载有 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问题工作组，负责拟订本专题的结论和原则。委员会通过了一套共 10 条的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并提请大会注意该指导原则(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 和 Corr.1)(第十章)。

20. 关于“引渡或起诉的义务(*aut dedere aut judicare*)”专题，委员会审议了特别报告员的初步报告(A/CN.4/571)(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并注意到其所载的 42 条结论(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个成员所写的研究报告以及在研究组内部进行的讨论 (A/CN.4/L.682 和 Corr.1)。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(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”(第十三章 B.1 节)。

23. 委员会与下列组织继续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(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会(第十三章 F 节)。

25. 委员会决定下一届会议分两期于 2007 年 5 月 7 日至 6 月 8 日和 2007 年 7 月 9 日至 8 月 10 日在联合国日内瓦办事处举行(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. 鉴于已经完成了关于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第 17 至 30 条草案提出评论和意见，特别是针对向一国际组织提供职权时的责任问题(第 28 条草案)和国际组织成员国对该组织国际不法行为所负责任问题(第 29 条草案)。

28. 委员会也欢迎各国政府和国际组织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) 根据国家国际不法行为的责任条款第 41 条第 1 款，当一国严重违反一般国际法强制性规范下的一项义务时，其他国家有义务合作，以合法手段制止违反行为。如果一国际组织实施一项类似违反行为，各国以及其他国际组织有义务进行合作以制止该违反行为吗？

#### 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”<sup>4</sup> 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(*aut dedere aut judicare*)

30. 委员会欢迎各国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(*aut dedere aut judicare*)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 *aut dedere aut judicare* 义务之适用情况的本国司法惯例；
- (d) 在本国法律或实践中，*aut dedere aut judicare* 义务所适用的罪行或违法行为。

31. 委员会也欢迎各国提供它们可能认为与本专题有关的任何其他资料。

#### 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。<sup>5</sup> 鉴于当时的情况，大会没有就该草案采取行动，该草案如今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草案采取行动的基本政策分歧尚未得到解决，这些分歧应当首先在一个具有必要技术专长和负有讨论政策任务的国际论坛上处理。另一些委员认为，鉴于国际形势已经改变和最惠国条款在当代条约中，特别是在贸易法和国际投资方面依然重要，对该专题开展进一步工作并将其纳入委员会的长期工作方案的时机已经成熟。

---

<sup>4</sup> 《1997 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 57 页，第 157 段。

<sup>5</sup> 《1978 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 16 至 73 页，第 74 段。

## 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。<sup>6</sup> 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。<sup>7</sup> 大会1996年12月16日第51/160号决议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提出的任何书面评论,进一步审查这一专题并说明其范围和内容。<sup>8</sup>

35. 委员会在1997年7月11日第2501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。

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。<sup>9</sup>

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刑事法庭法官后,任命克里斯托弗·罗伯特·约翰·杜加尔德先生为此专题的特别报告员。

39. 从第五十二届会议(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。<sup>10</sup> 委员会第五十六届会议(2004年)一读通过了一套共19条的外交保

---

<sup>6</sup> 见《1995年……年鉴》,第二卷(第二部分),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。

<sup>7</sup> 见《1996年……年鉴》,第二卷(第二部分),第248段和附件二,增编1。

<sup>8</sup> 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(1997年)就此专题设立了工作组。在同届会议上,工作组提交了报告,委员会核准了该报告(《1997年……年鉴》,第二卷(第二部分),第171段)。工作组提出了关于此专题的审议提纲,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189-190段)。

<sup>9</sup> A/CN.4/484。委员会在该届会议上设立了不限成员名额工作组,审议根据对该专题研究方法的讨论情况可能得出的结论(《1998年……年鉴》,第二卷(第二部分),第108段)。

<sup>10</sup> 见A/CN.4/506和Corr.1和Add.1(第1至第9条草案),A/CN.4/514和Corr.1和2(仅更正西班牙语)(第10至第13条草案),A/CN.4/523和Add.1(第14至第16条草案),A/CN.4/530和Corr.1(仅更正西班牙语)和Add.1(第17至第22条草案),以及A/CN.4/538(第23至第27条草案)。在这一时期,委员会设立了三个非正式磋商小组,分别处理第1、3和6条草案(第五十二届会议(2000年)(《2000年……年鉴》,第二卷(第二部分),第495段)),第9条草案(第五十三届会议(2001年)),以及关于船员及公司和股东的外交保护问题(第五十四届会议(2002年))。委员会还在第五十五届会议(2003年)设立了一个工作组,审议第17条草案第(2)款(见《大会正式纪录,第五十八届会议,补编第10号》(A/58/10),第90-92段)。



护条款草案及其评注。<sup>11</sup> 在同次会议上，委员会根据其《章程》第 16 条和第 21 条作出决定，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。<sup>12</sup>

40. 委员会第五十七届会议(2005 年)收到特别报告员的第六次报告，该报告讨论了关于“干净之手”的理论。<sup>13</sup>

## B. 本届会议审议此专题的情况

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<sup>14</sup> 以及特别报告员的第七次报告，<sup>15</sup> 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第 1 至第 19 条草案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 日第 2867 至 2871 次会议上审议了特别报告员的报告。

42. 在 2006 年 5 月 5 日举行的第 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 和 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、7 和 9 日举行的第 2906 至 2909 次会议上，委员会通过了上述条款草案的评注。

45. 按照其《章程》，委员会将上述条款草案连同下面所列建议，一并提交大会。

---

<sup>11</sup> 《大会正式纪录，第五十九届会议，补编第 10 号》(A/59/10)，第 59-60 段。

<sup>12</sup> 同上，第 57 段。

<sup>13</sup> A/CN.4/546。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(《大会正式纪录，第六十届会议，补编第 10 号》(A/60/10)，第 237-241 段)。

<sup>14</sup> A/CN.4/561 和 Add.1 和 2。科威特于 2006 年 8 月 1 日也提交了一套评论和意见。由于是在委员会二读通过条款草案之后收到的，所以委员会没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。

<sup>15</sup> A/CN.4/567。

## C. 委员会的建议

46. 在 2006 年 8 月 8 日举行的第 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 2006 年 8 月 8 日举行的第 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 行使外交保护的权利

一国享有按照本条款草案行使外交保护的权利。

## 第 二 部 分 国 籍

### 第 一 章 一 般 原 则

#### 第 3 条 国籍国的保护

1. 有权行使外交保护的国家是国籍国。
2. 尽管有第 1 款的规定，一国可根据第 8 条草案为非本国国民的人行使外交保护。

### 第 二 章 自 然 人

#### 第 4 条 自然人的国籍国

为对自然人行使外交保护的目，国籍国指该人根据该国法律通过出生、血缘、归化、国家继承或以任何其他方式，在不违反国际法的情况下，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行使外交保护。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，可行使外交保护，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其所受到的损害行使外交保护。

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行使外交保护的权力。

## 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该人不属于其国民的国家，为该国民行使外交保护。

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行使外交保护。

## 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行使外交保护，除非在发生损害之日和正式提出求偿之日，该国的国籍均为该人的主要国籍。

## 第 8 条

### 无国籍人和难民

1. 一国可为无国籍人行使外交保护，但此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和惯常的居所。

2. 一国可为被该国根据国际公认的标准承认为难民的人行使外交保护，但此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和惯常的居所。

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

为对公司行使外交保护的目地，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，并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，那么该国应视为国籍国。

### 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该国或其被继承国国民的公司行使外交保护。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行使外交保护的权力。

3. 尽管有第 1 款的规定，一国继续有权为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行使外交保护。

### 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行使外交保护，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，该公司具有被指称对造成损害应负责的国家的国籍，并且在该国成立公司是该国要求在其境内经营的前提条件。

## **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行使外交保护。

## **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. 除非有第 15 条草案规定的情形，一国对于其国民或第 8 条草案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，不得提出国际求偿。
2. “当地救济”指受害人可以在所指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第 8 条草案所指的其他人所受的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) 不存在合理地可得到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，且这种不当拖延是由被指称应负责的国家造成的；
- (c) 受害人与被指称应负责国家之间在发生损害之日没有相关联系；
- (d) 受害人明显的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

#### 外交保护以外的其他行动或程序

国家、自然人、法人或其他实体为国际不法行为所致损害取得补救，根据国际法诉诸外交保护以外的其他行动或程序的权利，概不受本条款草案影响。

### 第 17 条

#### 国际法的特别规则

本条款草案在与诸如投资保护条约规定等国际法特别规则不符的情况下，则不适用。

### 第 18 条

#### 船员的保护

船舶船员国籍国行使外交保护的权利，不因船舶国籍国有权在国际不法行为对船舶造成损害致使船员受到伤害时，为任何国籍的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行使外交保护的国家应：

- (a) 充分考虑行使外交保护的可能性，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注载录如下。

## 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报告员加西亚·阿马多先生在 1956 至 1961 年提交的报告里收入了关于此问题的若干条款草案。<sup>16</sup> 后来进行的关于国家责任问题的编纂工作很少注意外交保护问题。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，即求偿的国籍问题与用尽当地救济问题，将由委员会单独开展工作，更深入地加以处理。<sup>17</sup> 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。这尤其是指那些关于国际不法行为的法律后果的规定。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支付充分的赔偿。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。<sup>18</sup>

(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初级规则，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。本条款草案仅限于次级规则，即关于必须满足何种条件才可提出外交保护诉求的规则。这大致上是指关于诉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另一国的责任：

“(a) 不是按照涉及国籍的任何可适用的规则提出要求；

“(b) 该项要求适用用尽当地救济办法规则，却未用尽可利用的有效当地救济办法。”

本条款草案通过拟订关于求偿的国籍和用尽当地救济的规则，从而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

---

<sup>16</sup> 《1956 年……年鉴》，第二卷，第 173-231 页；《1957 年……年鉴》，第二卷，第 104-130 页；《1958 年……年鉴》，第二卷，第 47-73 页；《1959 年……年鉴》，第二卷，第 1-36 页；《1960 年……年鉴》，第二卷，第 41-68 页；《1961 年……年鉴》，第二卷，第 1-54 页。

<sup>17</sup> 《大会正式记录，第五十六届会议，补编第 10 号》(A/56/10)，第 77 段，第 44 条的评注，脚注 722 和 726。

<sup>18</sup> 第 28、30、31、34-37 条。关于补偿(第 36 条)的评注用大部分篇幅讨论了适用于与外交保护有关的求偿的原则。



交保护历来是一种确保一国的国民在受到损害时能够获得赔偿的机制，其主要基于的原则是国民受到的损害即为国家本身受到的损害。而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行使外交保护的问题，国际法院在审理“损害赔偿案”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诉求。法院认为，有关方面没有理由不出于善意和常理来寻求解决办法。……”<sup>19</sup>

## 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) 第 1 条没有试图为外交保护下完整、全面的定义，而是从本条款所用该词语的含义描述外交保护的特征。

(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。外交保护是国籍国为保护受损害的人并使该人从受国际不法行为造成的损害得到赔偿所使用的程序。本条款草案只涉及可行使外交保护的情况和在行使外交保护以前必须符合的条件。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，如同国家对其国际不法行为的责任条款草案，<sup>20</sup> 维持对初级规则和次级规则的分，而只处理次级规则。

---

<sup>19</sup> 在执行联合国公务时所受损害的赔偿案，咨询意见，《1949 年国际法院案例汇编》，第 147 页起，见第 185-186 页。

<sup>20</sup> 见《大会正式记录，第五十六届会议，补编第 10 号》(A/56/10)，第 77 段，总评注，第(1)至第(3)段。

(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行使外交保护。这种思路的起源首先是瑞士法学家 Emmerich de Vattel 在 1758 年说过的一句话：“无论谁虐待一名公民，均间接损害须保护该公民的国家”<sup>21</sup>，其次是常设国际法院 1924 年在马夫罗马蒂斯在巴勒斯坦的特许权案中的意见：“事实上，一国为其某一国民出面，代表他诉诸外交行动或国际司法诉讼，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”<sup>22</sup>。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<sup>23</sup>。外交保护的许多规则都否定了这种虚拟的正确性，尤其是持续的国籍规则，该规则要求一国证明受损害的国民在损害本身发生之后直到提出求偿之日始终是其国民。套用马夫罗马蒂斯案意见中的话——“事实上”，一国并不仅仅是出面维护其本身的权利。“事实上”该国也是出面维护其国民的权利。

(4) 在国际法开始形成的早期，国际法律秩序中并没有个人的地位，即没有个人的权利。因此，如果要保护在国外受损害的国民，就只能通过虚拟——说成对国民的损害就是对国家本身的损害。然而，这种虚拟只不过是达到目的的一种手段，而目的是要保护受损害的国民的权利。如今，情况发生了巨变。个人是许多国际法初级规则的主体，这在习惯和条约之下都是如此，使之对内免受本国政府之害，对外免受外国政府之害。这在拉格兰德案<sup>24</sup>和阿韦纳案<sup>25</sup>中已得到国际法院的承认。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，但救济办法却不多。国家在国与国之间行使的外交保护仍是对人权在国外受侵害的个人给予保护的重要救济办法之一。

(5) 第 1 条草案的起草留出了有待讨论的问题：国家行使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。

---

<sup>21</sup> E. de Vattel, *The Law of Nations or the Principles of Natural Law Applied to the Conduct and to the Affairs of Nations and Sovereigns*, vol. III (1758, English translation by C. G. Fenwick, Carnegie Institution, Washington 1916), chap. VI, p. 136.

<sup>22</sup> 马夫罗马蒂斯在巴勒斯坦的特许权案(希腊诉联合王国)，《1924 年常设国际法院案例汇编》，A 辑，第 2 号，第 12 页。在帕聂韦日斯-萨尔杜提斯基铁路案(爱沙尼亚诉立陶宛)中，常设国际法院又重复了这句话，《1939 年常设国际法院案例汇编》，A/B 辑，第 76 号，第 16 页。

<sup>23</sup> J. L. Brierly *The Law Of Nations: An Introduction to the International Law of Peace*, 6<sup>th</sup> edition (Oxford: Clarendon Press, 1963), Sir H. Waldock (ed), pp. 276-7.

<sup>24</sup> 拉格兰德案(德国诉美利坚合众国)，《2001 年国际法院案例汇编》，第 466 页，第 76-77 段。

<sup>25</sup> 阿韦纳和其他墨西哥国民案(墨西哥诉美利坚合众国)，《2004 年国际法院案例汇编》，第 12 页，第 40 段。

(6) 第 1 条草案有目的地沿用了国家对国际不法行为的责任条款<sup>26</sup> 的措辞。该条将外交保护描述为一国对于另一国国际不法行为给属于本国国民的人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求偿，这是国家与国家之间的求偿，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) 由于第 1 条草案依其性质是下定义的，因此不涵盖例外。所以，其中不提第 8 条草案在这方面提及的无国籍人士和难民。不过，第 3 条草案明确规定可就这些人行使外交保护。

(8) 行使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“外交行动”与“法律诉讼”<sup>27</sup>。第 1 条草案保留了这种区别，但更进一步，将司法诉讼置于“其他和平解决手段”之下。“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”涵盖解决争端的一切形式合法办法，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》第二条第四款禁止的使用武力不属于实施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，诸如要求采取纠正行动的非正式请求等。

(9) 行使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则是由领事官员给予，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；而领事协助主要是预防性的，主要着眼于防止国民受害于某一国际不法行为。

(10) 虽然在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，因为这种救济是在国际不法行为发生之前。从逻辑上讲，由于外交保护是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，只有第 15 条草案规定的情况是例外。

(11) 鉴于情况如此，第 1 条草案没有试图区分外交保护与领事协助。条款草案规定了行使外交保护的条件，这些条件对于领事协助是不可接受的。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。

---

<sup>26</sup> 见第三部分第一章，题为“一国责任的援引”（第 42 至 48 条）。第三部分本身题为“一国国际责任的履行”。

<sup>27</sup> 马夫罗马蒂斯在巴勒斯坦的特许权案，前引文献；帕聂韦日斯-萨尔杜提斯基铁路案，前引文献，第 4 页起，见第 16 页；诺特博姆案（列支敦士登诉危地马拉），第二阶段判决，《1955 年国际法院案例汇编》，第 4 页起，见第 24 页。

(12) 第 1 条草案明确了在总评注<sup>28</sup>里已经提到的一点，即本条款草案只处理一国对外交保护的行使，而不涉及国际组织给予其代理人的保护<sup>29</sup>。

(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》<sup>30</sup>和《1963 年维也纳领事关系公约》<sup>31</sup>等其他国际法规则和文书的保护。然而，如果是外交官或领事在非公务活动方面受到损害，他们就在与外交保护有关的规则范围内，外交官在所派驻国拥有的私人财产被无偿征用的情况就是如此。

(14) 在大多数情况下，国家与受损害人之间的国籍联系是行使外交保护的根据，这是第 4 和第 9 条草案处理的问题。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。

## 第 2 条

### 行使外交保护的權利

一国享有按照本条款草案行使外交保护的權利。

### 评 注

(1) 外交保护是一国在国与国的层次上对于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，这个概念是第 2 条草案的基石。该条确认是由国家提起和行事外交保护；国家是拥有提出要求的权利的实体。这并不影响国家在这个进程中为谁维护权利的问题，即，是出于国家自身的权利，还是出于国家所代表的受损害国民的权利。如同第 1 条一样<sup>32</sup>，本条在这个问题上也是中性的。

(2) 一国有权为一国民行使外交保护。国家并非有任何责任或义务这样做。一国国内法可能规定为一国民行使外交保护，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行使外交保护，因为国家维护的是本身的權利。

---

<sup>28</sup> 见总评注，第(3)段。

<sup>29</sup> 损害赔偿案，《1949 年国际法院案例汇编》，第 174 页。

<sup>30</sup> 《联合国条约汇编》，第 500 卷，第 95 页。

<sup>31</sup> 《联合国条约汇编》，第 596 卷，第 261 页。

<sup>32</sup> 见第 1 条的评注第(3)至(5)段。

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，他们也只能诉诸国内法，以期继续争取其利益或得到补救……。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。”<sup>33</sup>

(3) 如今，国内立法<sup>34</sup>和司法裁决<sup>35</sup>中出现了対一种看法的支持，这种看法认为，无论是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，第19条草案宣告，有权行使外交保护的国家“……应充分考虑行使外交保护的可能性，特别是当发生了重大损害时”（着重号另加）。因此，应联系第19条草案看待一国行使外交保护的裁量权利，因为该条建议各国在适当情形下行使这项权利。

(4) 第2条草案处理的是国家行使外交保护的权力。本条并不试图描述被要求国考虑一国按照本条款提出的外交保护主张的对应义务，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. 有权行使外交保护的国家是国籍国。
2. 尽管有第1款的规定，一国可根据第8条草案为非本国国民的人行使外交保护。

---

<sup>33</sup> 巴塞罗那电车、电灯和电力有限公司案（比利时诉西班牙），第二阶段判决，《1970年国际法院案例汇编》，第4页起，见第44页。

<sup>34</sup> 见《特别报告员关于外交保护的第一次报告》，A/CN.4/506号文件，第80至87段。

<sup>35</sup> 鲁道尔夫·海斯案，ILR vol.90，第387页；阿巴斯诉外交和英联邦事务大臣[2003] EWCA Civ.1598；Kaunda诉南非共和国总统案，2005(4) South African Law Reports 235 (CC), ILM vol.44 (2005)，第173页。

## 评 注

(1) 第 2 条草案确认国家行使外交保护的裁量权利，第 3 条则确认受损害人的国籍国有权——但不是有义务——为该人行使外交保护的原则。这一条草案把重点放在国家和个人之间的国籍联系，它使得国家有权行使外交保护。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 款提及第 8 条草案所包含的例外。第 8 条草案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

为对自然人行使外交保护的目地，国籍国指该人根据该国法律通过出生、血缘、归化、国家继承或以任何其他方式，在不违反国际法的情况下，获得了其国籍的国家。

## 评 注

(1) 第 4 条草案为了对自然人进行外交保护的目地，规定了国籍国的定义。这项定义的前提是以下两项原则：一、由国籍国根据本国法律决定谁有资格取得其国籍；二、国际法对国籍的授予规定了限制。第 4 条草案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……原则上属被保留的领地之内的问题”。<sup>36</sup>

这一原则得到 1930 年《关于国籍法冲突的若干问题海牙公约》第 1 条的证实：

---

<sup>36</sup> 《常设国际法院案例汇编》，B 辑，第 4 号，1923 年，第 24 页。

“应由每个国家按照本国法律自行决定谁是其国民。”<sup>37</sup>

最近，1997年《欧洲国籍公约》认可了这个原则。<sup>38</sup>

(3) 第4条草案中所列给予国籍的关连因素是说明性的，而不是详尽无遗的。但是，它们包括了各国在给予国籍时用得最普遍的关连因素：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，一配偶自动取得另一配偶国籍的情况下，可能在这种取得国籍的方式是否符合国际法方面发生问题。<sup>39</sup> 国籍也可因国家继承而获得。<sup>40</sup>

(4) 第4条草案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。在没有明确出生记录的一些国家，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，不过光是住所不能形成国籍的基础。但是，一国可通过归化方式给予这种人国籍。

(5) 第4条草案不要求一国按照诺特博姆案<sup>41</sup>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，作为行使外交保护的另一个附加因素，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”<sup>42</sup>，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”。<sup>43</sup> 这意味着法院不拟阐明一

---

<sup>37</sup> 《国际联盟条约汇编》，第179卷，第89页。

<sup>38</sup> 《联合国条约汇编》，第2135卷，第213页，第3条。

<sup>39</sup> 例如见《消除对妇女一切形式歧视公约》第9条第1款，《联合国条约汇编》，第1249卷，第13页，以及《已婚妇女国籍公约》第1条，同上，第309卷，第65页，这些条款规定禁止在这种情况下取得国籍。见下文第(6)段。

<sup>40</sup> 见委员会关于国家继承中的自然人国籍条款草案，《1999年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第47段。

<sup>41</sup> 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，再加上相互的权利和义务的存在。它可以说构成司法上对以下事实的表达：直接通过法律或当局的行为而获得国籍的个人，事实上与给予国籍人口的联系远远超过与任何其他国家人口的联系。国籍由一个国家给予，它只授权该国针对另一国实行保护，如果这在司法上使该个人的联系成为其国民。”前引文献，第23页。

<sup>42</sup> 同上，第25页。

<sup>43</sup> 同上，第26页。

项适用于所有国家的一般性规则<sup>44</sup>，而只拟阐明一项有关规则，凡是持列支敦士登立场的某一国都必须根据这项规则表明该国和诺特博姆先生之间的联结，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。而且，委员会考虑到这样的事实：如果严格适用诺特博姆先生提议的真正联系规定，有成百上千万人将因之而无法得到外交保护的利益，因为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，有的通过出生或血缘从与他们的联结最薄弱的国家取得国籍。

(6) 第 4 条草案最后一个短语强调：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，这一权利并不是绝对的。1930 年《关于国籍法冲突的若干问题海牙公约》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。”<sup>45</sup> 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。<sup>46</sup> 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。缔约各国应特别保证，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。”<sup>47</sup>

(7) 第 4 条草案确认，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予以质疑。第 4 条草案规定，国籍应以“不违反国际法”的方式取得。双重否定的措词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损害人的国籍提出质疑的国家承担。举证责任应由对受损害人国籍提出质疑的国家承担来源于这样的认识：国籍给予国对于是否给予国籍

---

<sup>44</sup> 意大利-美国调解委员会在弗勒根海默案中对诺特博姆案作了这样的解释，ILR vol.25 (1958)，第 148 页。

<sup>45</sup> 另见 1997 年《欧洲国籍公约》第 3 条第 2 款。

<sup>46</sup> 美洲人权法院在其对哥斯达黎加政治宪法归化条款拟议修正事项的咨询意见（咨询意见 OC-4/84, 1984 年 1 月 19 日，A 辑，第 4 号）中强调了这一点，认为必须兼顾“国籍的给予属于一国的本国管辖范围”原则和“国际法对该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”，第 35 段。另见 ILR vol.79, 第 296 页。

<sup>47</sup> 另见《美洲人权公约》第 20 条，《联合国条约汇编》，第 1144 卷，第 123 页；《消除一切形式种族歧视国际公约》第 5 条(d)款(三)项，《联合国条约汇编》，第 660 卷，第 195 页；《已婚妇女国籍公约》第 1 条。



的决定必须有“鉴别的余地”<sup>48</sup> 并且预先认可一国给予国籍的效力。<sup>49</sup>

(8) 如果某人以不符合国际法的方式非自愿获得国籍，例如在妇女结婚时自动取得丈夫国籍的情况下，原则上应允许该人得到原国籍国的外交保护。<sup>50</sup> 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行使外交保护。这样就符合国际法院 1971 年在关于纳米比亚<sup>51</sup> 的意见中的裁定：个人的权利不得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行使外交保护。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，可行使外交保护，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行使外交保护。

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行使外交保护的权力。

## 评 注

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

---

<sup>48</sup> 见美洲人权法院对哥斯达黎加政治宪章归化条款拟议修正事项的咨询意见，第 62-63 段。

<sup>49</sup> R.Y.Jennings and A.Watts (eds.), *Oppenheim's International Law*, 9th ed. (London and New York: Longman, 1992), p.856.

<sup>50</sup> 见《已婚妇女国籍公约》第 2 条。

<sup>51</sup> 南非不顾安全理事会第 276(1970)号决议继续留驻纳米比亚(西南非洲)对各国的法律后果，咨询意见，《1971 国际法院案例汇编》，第 16 页起，见第 56 页，第 125 段。

<sup>52</sup> 例如见美国国际索赔委员会对克伦索赔案所作的决定，ILR vol.20, 第 233 页起，见 234 页。

<sup>53</sup> 见法官杰拉尔德·菲茨莫里斯爵士在巴塞罗那电车公司案中的评论，第 101-102 页。另见 E.Wyler, *La Règle Dite de la Continuité de la Nationalité dans le Contentieux International* (Paris: PUF, 1990)。

护而“选购国籍”。<sup>54</sup> 因此，第 5 条草案保留了持续国籍规则，但允许例外，以便顾及不如此便可能引起不公平结果的情况。

(2) 第 1 款表述传统的原则：一国有权对在受到损害之时为其国民、并在正式提出求偿之日为其国民的人，行使外交保护。国家实践和学说对该国民是否必须在这两个日期之间保持求偿国的国籍并不明确，主要是因为实际上这个问题很少发生。<sup>55</sup> 因此，1965 年国际法学会决定暂不处理是否必须在受害日和求偿日之间持续保有国籍的问题。<sup>56</sup> 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保持连续，这是自相矛盾的。所以，在国际法的逐渐发展工作中，已制订出规则，要求受损害人在受害日到正式提出求偿之日始终持续为国民。然而。辩驳时则推定两个日期都保持同一国籍。

(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。受损害日不必是一个确切的日期，如果伤害由一段时间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。<sup>57</sup> “提出求偿”一语是在条约、司法裁决和学说中最常使用的术语，用以表示行使外交保护所要求的截止日。在这一措词中增添“正式”一词是要表明：提出求偿的日期是行使外交保护的国家第一次正式提出要求的日期，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) 行使外交保护的截止日是正式提出求偿之日。然而，有人支持一种意见，这种意见认为，如果有关个人在这一日期至作出裁决期间改变了国籍，那么他就不再是就外交保护而言的国民了。<sup>58</sup> 2003 年，解决投资争端国际中心的一个仲裁庭在洛温集

---

<sup>54</sup> 见首席裁决人帕克法官在第五号行政裁决(美国诉德国)，《联合国国际仲裁裁决汇编》，第七卷，第 119 页起，见第 141 页 (1925 年)：“任何其他规则会敞开滥用之门，结果会使得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，或依法取得该国国籍，以使其权利主张获得支持。”

<sup>55</sup> H.Briggs “La Protection Diplomatique des Individus en Droit International:La Nationalité des Réclamations”, *Annuaire de l'Institut de Droit International* (1965 I), 第 72-73 页。

<sup>56</sup> 华沙会议，1965 年，*Annuaire de l'Institut de Droit International*, vol.51 (1965 II), 第 260-262 页。

<sup>57</sup> 参看裁决人帕克法官在第五号行政裁决(美国诉德国)中的意见，《联合国国际仲裁裁决汇编》，第七卷，第 119 页起，见第 143 页。

<sup>58</sup> R.Y.Jennings and A.Watts, *Oppenheim's International Law*, 前引文献，见第 512 页。埃斯豪齐尔索赔(联合王国诉墨西哥)，《联合国国际仲裁裁决汇编》，第五卷，第 207 页。

团公司诉美国案<sup>59</sup>中认定，“从引起求偿的事件发生日期，即所谓起算日期，直至争端解决之日，即所谓截止日期，必须存在连续的同一种国籍”。在事实方面，洛温公司案处理的是所要保护的人在提出要求后改为被要求国国籍的情况，在这种情况下显然不能支持外交保护要求，这在第5条第4款草案中是明确规定的。然而，委员会并不准备仿照洛温公司案仲裁庭采取全面规定国籍必须保持到求偿解决之日的规则。<sup>60</sup>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解决可能要经过多年时间，而在此期间如果个人由于婚姻或归化改变国籍而受到不利影响，则是不公正的。结果，所倾向的是以正式提出求偿的日期为截止日期。这个日期很重要，因为这是国籍国表明行使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的日期。

(6) 第1、2、4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。2001年国家对其国际不法行为的责任条款草案第43条及其评注比较详尽地处理了这一事项。

(7) 虽然委员会决定必须保留持续国籍规则，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，可行使外交保护，但必须符合三个条件：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；二、该人基于与提出诉求无关的原因已获得另一国的国籍；三、新国籍是以不违反国际法的方式取得的。

(8) 第2款涉及受损害的人自愿或非自愿丧失国籍的情况。在国家继承的情况下，也有可能是在收养以及因结婚而必须改变国籍的情况下，就会非自愿丧失国籍。在国籍发生其他类型的变化的情况下，意志的成分就不那么明确了。基于这种理由，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目的而言的国籍持续问题。该款并非试图规范国籍的继承，因为国籍的继承是委员会关于自然人在国家继承方面的国籍问题的条款的主题。

(10) 如上所述<sup>61</sup>，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行使外交保护的国籍国，这就是持续国籍规则的基础。第2款所载的第二个

---

<sup>59</sup> ICSID Reports, vol.7 (2005), 第442页, 第225段。

<sup>60</sup> 关于对洛温公司案的批评, 见 J.Paulsson *Denial of Justice in International Law* (New York: Cambridge University Press, 2005), 第183-4页。

<sup>61</sup> 见本条草案的评注第(1)段。

条件处理了这种担心，为此规定：作为行使外交保护对象的人，取得其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情况主要限定于强制性给予国籍的情况，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取得的。这一条件的含义必须结合第 4 条草案加以理解。

(12) 第 3 款还为防止滥用不适用持续国籍规则而附加了一项保障措施。一人受损害时为其原国籍国而不是现国籍国的国民，则现国籍国不得针对原国籍国就该人所受到的损害行使外交保护。

(13) 第 4 款规定，对于求偿所涉在提出求偿之日后成为被求偿国国民的人，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等于被要求向自己的国民支付赔偿。洛温集团公司诉美国案和另外一些案件<sup>62</sup>的情况就是如此，其中，提出求偿后改变国籍被认定为排除了国籍的延续。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虚拟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损害而蒙受的损害得到补偿<sup>63</sup>。同样，在受损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。如果受损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，就应要求终止求偿，但举证责任要由被求偿国承担。

(14) 第 5 条草案留出了有待讨论的问题：受损害国民因受损害而死亡或在受损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，可否得到受损害人国籍国的保护。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，但多支持一种立场，即，如果继承人具有第三国国籍，则受损害人国籍国不得提出求偿<sup>64</sup>。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<sup>65</sup>。有些人支持一种意见，这种意见认为，如果受损害国民在求偿正式提出之前死亡，求偿可以继

---

<sup>62</sup> Ebenezer Barston in G.H.Hackworth, Digest of International Law, vol.5 (1943), p.805; Executors of F.Lederer in Recueil des Décisions des Tribunaux Arbitraux Mixtes, vol.3, p.763; Hawaiian Claims in F.K.Nielson, America and British Claims Arbitration (1926), p.30; Chopin in French and American Claims Commission, 1880-1884; vol.60, Records of Claims; Gribble, Report of Robert S.Hale Esq.[1873, Part II, vol.III], U.S.Foreign Relations 14 (1874).

<sup>63</sup> 见第 1 条的评注第(3)段。

<sup>64</sup> 埃斯豪齐尔索赔，《联合国国际仲裁裁决汇编》，第四卷，第 207 页；克伦索赔，ILR vol.20 第 233 页；格利德尔索赔(英国诉墨西哥)，《联合国国际仲裁裁决汇编》，第五卷，第 44 页；*Sed contra*, Straub claim, ILR vol.20, 第 228 页。

<sup>65</sup> 史蒂文森索赔(英国诉委内瑞拉)，《联合国国际仲裁裁决汇编》，第九卷，第 494 页；伯格维奇索赔，ILR vol.21 第 156 页；莱德勒(亡故)遗产执行人诉德国政府。

续，因为它具有国民属性<sup>66</sup>。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<sup>67</sup>。由于权威意见尚无定论，因此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该人不属于其国民的国家，为该国民行使外交保护。
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行使外交保护。

## 评 注

(1) 双重或多重国籍是国际生活中的事实。一个人可能获得一个以上的国籍，这是出生地及血缘原则平行运作或通过归化或第 4 条草案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，这种国籍获得 1930 年《关于涉及国籍法冲突的若干问题的海牙公约》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其国民。”

因此，必须处理一国籍国为其有双重或多重国籍的国民行使外交保护的问题。第 6 条草案只适用于受损害人的一个或所有国籍国针对不是其国籍国的国家行使外交保护的情况。一国籍国对另一国籍国行使外交保护的规定载于第 7 条。

(2) 第 1 款甚至容许一国籍国对同时拥有一个或一个以上其他国籍的国民行使外交保护。同第 4 条草案一样，该款不要求该国民与行使外交保护的国家之间有真正或有效的联系。

---

<sup>66</sup> E.M.Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or the Law of International Claims* (New York: The Banks Law Publishing Co., 1915), p.628; Straub claim.

<sup>67</sup> 埃斯豪齐尔索赔(英国诉墨西哥)，第 209 页。

(3) 虽然有些仲裁裁决<sup>68</sup>和已编纂的条款<sup>69</sup>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损害人非其国民的国家行使外交保护,但判例倾向于不要求这种条件。在 *Salem* 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。”<sup>70</sup>

这项规则在其他案件<sup>71</sup>中得到沿用,较近期而言,也得到伊朗—美国索赔法庭的支持<sup>72</sup>。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行使保护时,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从属于每一国籍国的一项权利。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行使外交保护。责任国虽然不能反对两个或多个国家同时或一致提出这种求偿,但若两个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,该责任国可予以反对。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。

---

<sup>68</sup> 见1926年7月12日南斯拉夫—匈牙利混合仲裁法庭对德伯恩案的裁决, *Annual Digest of Public International Law Cases*, vol.3, 1925-1926, case No.205 of 12 July 1926.

<sup>69</sup> 见1930年《关于涉及国籍法冲突的若干问题的海牙公约》第5条;国际法学会1965年华沙会议通过的决议“Le Caractère national d'une réclamation internationale présentée par un Etat en raison d'un dommage subi par un individu”:Résolutions de l'Institut de Droit International, 1957-1991 (1992), p.56 (art.4 (b)); 1960 Harvard Draft Convention on the International Responsibility of States for Injuries to Aliens, article 23 (3), in L.B.Sohn and R.R.Baxter, “Responsibility of States for Injuries to the Economic Interests of Aliens”, *AJIL*, vol.55 (1961), p.548; 加西亚·阿马多,《关于国家责任的第三次报告,载于《1956年...年鉴》,第二卷,第61页, A/CN.4/111号文件(第21条第(3)款)。

<sup>70</sup> 1932年6月8日的裁决,《联合国国际仲裁裁决汇编》,第二卷,第1165页起,见第1188页。

<sup>71</sup> 见意大利—美国调解委员会对 *Mergé* 索赔案的裁决, *ILR* vol.22 (1955), 第443页起,见第456页; 维里阿诺索赔, 1957年5月7日第172号裁决, *ILR* vol.24 (1957), 第464-465页; 以及1963年7月26日斯坦科维奇索赔, *ILR* vol.40 (1963), 第155页。

<sup>72</sup> 见达勒尔诉伊朗案, *Iran-U.S.C.T.R.* vol.3 (1983), 第23页。

## 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行使外交保护，除非在发生损害之日和正式提出求偿之日，该国的国籍均为该人的主要国籍。

#### 评 注

(1) 第 7 条草案处理一国籍国针对另一国籍国行使外交保护的情况。第 6 条草案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，第 7 条草案则要求求偿国证明：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：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。1930 年《关于涉及国籍法冲突的若干问题的海牙公约》第 4 条宣示：

“双重国籍者的任一国籍国不得对另一国籍国行使外交保护。”<sup>73</sup>

后来的编纂提议采取了同样的方针<sup>74</sup>，有些仲裁裁决也支持这一立场。<sup>75</sup> 国际法院在 1949 年关于损害赔偿案的咨询意见中把不针对另一国籍国保护其国民的国家实践称为“通常做法”。<sup>76</sup>

(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：具有支

---

<sup>73</sup> 另见 article 16 (a) of the 1929 Harvard Draft Convention of Responsibility of States for Damage Done in Their Territory to the Person or Property of Foreigners, *AJIL*, vol.23, Special Supplement (1929), pp.133-139.

<sup>74</sup> 见 article 23 (5) of the 1960 Harvard Draft Convention reproduced in *AJIL*, vol.55 on the International Responsibility of States for Injuries to Aliens, reproduced in *AJIL*, vol.55 (1961), p.548; 国际法学会 1965 年华沙会议通过的题为“Le Caractère national d'une réclamation internationale présentée par un Etat en raison d'un dommage subi par un individu”的决议第 4 条(a)段。

<sup>75</sup> 见亚历山大案(1898) 3 Moore, *International Arbitrations*, 第 2529 页 (美国-英国索赔委员会); 欧登堡案, 1929 年 10 月 5 日至 1930 年 2 月 15 日委员的裁决和意见, 第 97 页; 霍内案, 1930 年 2 月 15 日以后委员的进一步裁决和意见, 第 13 页 (英国-墨西哥索赔委员会), 引述见 Z.R.Rode “Dual Nationals and the Doctrine of Dominant Nationality” *AJIL* vol.53 (1959) 第 139 页起, 见 140-141 页; 亚当斯和布莱克摩尔案, 1931 年 7 月 3 日第 64 号裁决, 《联合国国际仲裁裁决汇编》, 第五卷, 第 216-217 页 (英国-墨西哥索赔委员会)。

<sup>76</sup> 《1949 国际法院案例汇编》, 第 186 页。

配地位的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。<sup>77</sup> 国际法院在诺特博姆案<sup>78</sup>的另一情况中借鉴了这个判例，意大利—美国调解委员会在1955年Mergé索赔案中也明示同意这个立场。对此，该调解委员会指出：

“这项原则是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，如果原告人的国籍是求偿国国籍，该原则就必须让位于有效国籍原则。但在未能证明其国籍为主要国籍的情况下，就不能让位，因为这两项原则中的第一项是普遍公认的原则，可能是在实际事务中用于消除任何可能发生的确定情况的标准。”<sup>79</sup>

调解委员会的意见认为：有效国籍原则和支配地位的国籍概念只是一个硬币的两面。调解委员会在随后审理的涉及双重国籍者的五十多起案件中适用了根据这一概念制定的规则。<sup>80</sup> 伊朗—美国索赔法庭借鉴了上述情况，在若干案件中适用了支配性国籍和有效国籍的原则。<sup>81</sup> 编纂提议认可了这种着手方式。加西亚·阿马多在提交委员会的关于国家责任的第三次报告中提议：

---

<sup>77</sup> *James Louis Drummond case 2 Knapp*, P.C.Rep., p.295, 12 Eng.Rep., p.492; *Brignone, Milani, Stevenson and Mathinson cases* (British-Venezuelan Mixed Claim Commission) reported in Ralston, *Venezuelan Arbitrations of 1903*, pp.710, 754-761, 438-455 and 429-438 respectively; *Carnevaro case* (Permanent Court of Arbitration, 1912) reported in Scott, *The Hague Court Reports*, vol.1, at p. 284; *Hein case* of 26 April and 10 May 1922 (Anglo-German Mixed Arbitral Tribunal), *Annual Digest of Public International Law cases*, vol.1, 1919-1922, case No.148, p.216; *Blumenthal case* (French-German Mixed Tribunal), *Recueil des Décisions des Tribunaux Mixtes*, vol.3 (1924), p.616; *de Montfort case* of 10 July 1926 (French-German Mixed Tribunal), *Annual Digest of Public International Law Cases*, vol.3, 1925-1926, case No.206, p.279; *Pinson case* (French-Mexican Mixed Claims Commission), *Annual Digest of Public International Law Cases*, vol.4, 1927-1928, case Nos.194 and 195 of 19 October 1928, pp.297-301; 1928年5月25日Tellech案(美国、奥地利和匈牙利三方索赔委员会)，《联合国国际仲裁裁决汇编》，第六卷，第248页。

<sup>78</sup> 《1955年国际法院案例汇编》，第22-23页。诺特博姆其人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，即诺特博姆与列支敦士登并无有效的联系。见脚注65中提到的一些司法裁决。

<sup>79</sup> ILR vol.22(1955)，第443页起，见第455页(第V.5段)。另见de Leon案，1962年5月15日和1963年4月8日第218和第227号，《联合国国际仲裁裁决汇编》，第十六卷，第239页起，见第247页。

<sup>80</sup> 例如见 *Spaulding claim*, decision No.149, ILR, vol.24 (1957), p.452; *Zangrilli claim* of 21 December 1956, ILR, vol.24 (1957), p.454; *Cestra claim*, decision No.165 of 28 February 1957, ILR, vol.24 (1956), p.454; *Puccini claim*, decision No.173 of 17 May 1957, ILR, vol.24 (1957), p.454; *Salvoni Estate claim*, decision No.169 of 9 May 1957, ILR, vol.24 (1957), p.455; *Ruspoli claim*, decision No.170 of 15 May 1957, ILR, vol.24 (1957), p.457; *Ganapini claim*, decision No.196 of 30 April 1959, ILR, vol.30 (1959), p.366; *Turri claim*, decision No.209 of 14 June 1960, ILR, vol.30 (1960), p.371; *Graniero claim*, decision No.186 of 20 January 1959, ILR, vol.30 (1959), p.451; *Di Cicio claim*, decision No.226 of 9 November 1962, ILR, vol.40 (1962), p.148.

<sup>81</sup> 具体见 *Esphahanian v. Bank Tejarat, Iran-U.S.C.T.R.*, vol.2 (1983), p.166; case No.A/18, Iran-U.S.C.T.R., vol.5 (1984), p.251; *Ataollah Golpira v. Government of the Islamic Republic of Iran, Iran-U.S.C.T.R.*, vol.2 (1983), p.174 and ILR, vol.72, p.493.



“若外国人有双重或多重国籍，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。”<sup>82</sup>

奥雷戈·比库尼亚在 2000 年提交国际法协会的报告中也提出同样的看法。<sup>83</sup>

(4) 尽管两个概念不同，但权威著作对于一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“支配性”联系，来描述求偿国与其国民之间必须具有的联系。第 7 条草案不使用这两个词语来描述必要的联系，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：该个人与一国有比另一国较强的联系。法庭在审理这个问题时需要权衡相抵触的国籍的强度，以“主要国籍”一语表述这个运作的内容比“有效国籍”或“支配性国籍”更为贴切。意大利—美国调解委员会在 *Mergé* 案中也使用了“主要国籍”一语，可以把它视为目前习惯规则之发展的出发点。<sup>84</sup>

(5) 并不打算说明在确定主要国籍时必须考虑到哪些因素。判例显示：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，成为行使外交保护的国家国民的期间有多长)；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；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、银行帐户、社会保险；前往另一国籍国的情况；持有和使用另一国家护照的情况；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) 第 7 条草案采取负面表述方式：“一国籍国不得……行使外交保护……除非”其国籍为主要国籍。这是为了表明第 7 条草案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，证明其国籍为主要国籍。

(7) 反对一国籍国针对另一国籍国提出求偿的主要意见是：这可能容许该个人在一国籍国受到损害以后才到另一国设定主要国籍从而对前者提出求偿。求偿国的国籍在该人受害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第 5 条第 1 款草案申明的持续国籍原则，但在这个情况下并不证明主要国籍在两个日期之间的延续。第 5 条草案的评注解释了“受害之日”和“正式提出求偿之日”两个用语。第 5 条第 2 款草案中关于持续国籍规则的例外在这里不适用，因为第 7 条草案中所设想到的受损害人不致丧失另外的国籍。

---

<sup>82</sup> A/CN.4/111 号文件，载于《1958 年……年鉴》，第二卷，第 61 页，第 21 条第 4 款草案。

<sup>83</sup> “Interim Report on the ‘The Changing Law of Nationality of Claims’”，国际法协会第六十九届大会报告(2000)，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。

<sup>84</sup> ILR vol.L.22 (1955)，第 455 页。

## 第 8 条 无国籍人和难民

1. 一国可为无国籍人行使外交保护，但此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和惯常的居所。
2. 一国可为被该国根据国际公认的标准承认为难民的人行使外交保护，但此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和惯常的居所。
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。

### 评 注

(1) 过去，一般规则是，一国可仅为其国民行使外交保护。1931 年，美国—墨西哥索赔委员会在“迪克森车轮公司诉墨西哥合众国案”中认为，无国籍人不能享受外交保护。该委员会说：

“一国……在对无国籍的个人施加了损害时，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。”<sup>85</sup>

这一规则如今不再反映国际法在无国籍人和难民方面的立场。当代国际法反映出对这两类人地位的关注。这一点体现在诸如《减少无国籍状态公约》(1961)<sup>86</sup> 和《关于难民地位的公约》。<sup>87</sup>

(2) 第 8 条草案实乃法律的逐渐发展的体现<sup>88</sup>，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行使外交保护。虽然第 8 条草案要在关于无国籍状态和难民的规则框架内加以看待，但它并非试图就这些人的地位发表意见。该条仅关心为这些人行使外交保护的问题。

(3) 第 1 款处理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 1954 年的《关于无国籍人地位的公约》：<sup>89</sup> 无国籍人是指“任何国家根据它的法律不认为是它的国民的人。”<sup>90</sup> 这项定义无疑可认为已具有了习惯法性

---

<sup>85</sup> 《联合国国际仲裁裁决汇编》，第四卷，第 669 页起，见第 678 页。

<sup>86</sup> 《联合国条约汇编》第 989 卷，第 175 页。

<sup>87</sup> 《联合国条约汇编》第 189 卷，第 150 页。

<sup>88</sup> 在 Al Rawi 等人、R (适用问题) 诉外交大臣等人案[2006] EWHC (Admin) 中，英国法院认定第 8 条草案应视为拟议法，“尚不成其为国际法的一部分”（第 63 段）。

<sup>89</sup> 《联合国条约汇编》，第 360 卷，第 117 页。

<sup>90</sup> 第一条。

质。一国可为这样的人行使外交保护，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保护要求之日在该国具有合法的惯常居所。惯常居所在这方面是为了传达连续居住的含义。

(4) 合法的、惯常的居所这两点要求确立了很高的门槛<sup>91</sup>。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要求之日必须是提出保护的国家的合法的惯常居民。

(6) 第 2 款处理居住地国对难民的外交保护。居住地国的外交保护在下述情况下尤其重要：难民“不能或[自己]不愿受[国籍国的]保护”<sup>92</sup>或者如果想利用这种保护，则会冒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行使外交保护的前提条件，正如对待无国籍人一样<sup>93</sup>，尽管《关于难民地位的公约》第 28 条在涉及缔约国为难民发放旅行证件时规定了“合法居留”<sup>94</sup>这一较低的门槛。两项因素表明这个立场的合理性。首先，按照该公约的规定，发放旅行证件绝不可能使证件持有人有权得到外交保护。<sup>95</sup>其次，在根据拟议法而引入对传统规则的例外时，确立较高的门槛有其必要性。<sup>96</sup>

(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》<sup>97</sup>的“被承认的难民”一词，而这样会使这个概念也包含区域文书所承认的难民，例如下述区域文书：1969 年《非洲统一组织关于非洲难民问题某些特定方面的公约》，<sup>98</sup>该公约被普遍视为对难民进行国际保护的样板；<sup>99</sup>以及美洲国

---

<sup>91</sup> “合法的和惯常的”居所这一用语取自 1997 年《欧洲国籍公约》，第 6 条第 4 款(g)项，在涉及国籍的获得时使用了这一用语。也见 1960 年《关于国家对外侨造成的损害的国际责任哈佛公约草案》，在该草案中，受保护的人中包括“在该国具有惯常居所的无国籍人”，第 21 条第(3)款(c)项。

<sup>92</sup> 《关于难民地位的公约》第一条第(一)款(乙)项。

<sup>93</sup> 惯常居所在这方面表示连续居住的含义。

<sup>94</sup> 该公约的准备工作文件表明，“停留”是指时间长度次于长期居住。

<sup>95</sup> 见这一公约的附表第 16 段。

<sup>96</sup> 见本条草案的评注，第(4)段。

<sup>97</sup> 第 6 条第(4)款(g)项。

<sup>98</sup> 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的部分或全部领土的公共秩序的事件而被迫离开其惯常的居住地而到其原籍国或国籍国以外的地方避难者”。

<sup>99</sup> 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 号文件，第 17 页，第 35 段。

家组织大会于 1985 年核准的 1984 年拟订的《关于对中美洲难民进行国际保护的卡塔赫纳宣言》。<sup>100</sup> 然而，委员会倾向于不为此语规定限制，从而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。<sup>101</sup> 然而，这种承认必须基于与对难民的承认有关的“国际公认的标准”。这个词语强调应适用各种公约和其他国际文书中所阐述的标准，而不是 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。该难民在受到损害之时和正式提出求偿之日必须是提出保护的国家的合法的惯常居民。

(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行使国际保护。如果容许这样做，就会违背本条款草案的基本精神，即国籍是行使外交保护的主要基础。另外，该款也有政策方面的理由。大多数难民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国际保护，就会打开国际诉讼的闸门。而且，由于担心难民会要求采取这样的行动，各国会拒绝接受难民。

(11) 第 1 和第 2 款都规定，收留难民的国家“可行使外交保护”。这强调了这项权利的自由裁量的性质。按照国际法，对于是否为国民行使外交保护，一国拥有自由决定权。<sup>102</sup> 很显然对于是否向无国籍人或难民提供保护，一国更有理由拥有自由决定权。

(12) 第 8 条草案仅关注对无国籍人和难民的国际保护。它不关注是否给予这些人国籍的问题。为无国籍人或难民行使外交保护不能也不应该视为可引起对给予国籍的正当期待。1951 年《关于难民地位的公约》第 28 条连同其附表第 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。为难民或无国籍人行使外交保护更不应理解为会影响受保护者的国籍。

---

<sup>100</sup> 美洲国家组织大会，第十五届常会(1985 年)。

<sup>101</sup> 例如，一国或许可能为 1954 年《加拉加斯领土庇护公约》下得到政治庇护的人行使外交保护，《联合国条约汇编》，第 1438 卷，第 129 页。

<sup>102</sup> 见第 2 和第 19 条草案及其评注。

## 第三章

### 法人

#### 第 9 条 公司的国籍国

为对公司行使外交保护的目，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，并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，那么该国应视为国籍国。

#### 评 注

(1) 第 9 条草案承认外交保护可涵盖公司。本条第一部分沿用关于自然人的外交保护的第 4 条草案的词语。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规定一样。

(2) 国家实践基本上涉及对公司的外交保护，即涉及资本一般呈股份形式的营利性有限责任企业，而不是涉及其他类型法人。这说明了为何本条及以下各条涉及公司及公司的股东的外交保护。第 13 条草案专门规定了公司以外的法人的地位。

(3) 如同对自然人一样，给公司以国籍属于一国的“保留领域”，<sup>103</sup> 正如国际法院在巴塞罗那电车公司案的判决中所述：

“……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，则须救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。”<sup>104</sup>

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行使外交保护的情况。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。”<sup>105</sup> 为了外交保护的目，对于公司获得国籍一事，国际法院

---

<sup>103</sup> 突尼斯和摩洛哥国籍法令案。

<sup>104</sup> 巴塞罗那电车公司案，第 33-34 页，第 38 段。

<sup>105</sup> 同上，第 42 页，第 70 段。

在这里规定了两项条件：在该国成立，并且在该国设有注册的公司办事处。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的办事处，即便只是有名无实也可，因此，公司的成立对于外交保护的目的而言是最重要的标准。然而，国际法院在巴塞罗那电车公司案中并不满足于将公司的成立定为行使外交保护的唯一标准。虽然国际法院不同意要求类似于诺特博姆案中所主张的“真正联系”<sup>106</sup>，并承认“在公司实体外交保护的特定领域，尚无任何‘真正联系’的绝对检验标准得到普遍接受”<sup>107</sup>，但还是提出，除了成立和注册办事处以外，行使外交保护的国家与公司之间还需要某种“永久和密切的联系”<sup>108</sup>。在该案的事实方面，国际法院认定，这种联系就表现于该公司在加拿大设立已有 50 多年，保持着注册办事处、帐户和股份登记册，并且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<sup>109</sup>。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”<sup>110</sup>。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设立却与另一国有“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，第 9 条草案确实针对这种情况作了规定。

(4) 第 9 条草案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，该条规定了在特定情况下的一种例外，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。不宜将行使外交保护的唯一、排他权利赋予公司具有最薄弱联系的国家，因为这样的国家很少愿意保护这种公司。

(5) 第 9 条草案规定，在第一种情况下，公司成立地国是有权行使外交保护的国籍国。然而，如果情况表明公司与另一国具有较密切的联系，而公司的管理总部和财务控制权均处该另一国，则该国应视为有权行使外交保护的国籍国。然而，这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，公司必须在成立地国没有实质性商务活动。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。

---

<sup>106</sup> 同上，第 42 页，第 70 段。诺特博姆案。

<sup>107</sup> 《1970 年国际法院案例汇编》，第 42 页，第 70 段。

<sup>108</sup> 同上，第 42 页，第 71 段。

<sup>109</sup> 同上，第 42-43 页，第 71-76 段。

<sup>110</sup> 同上，第 42 页，第 71 段。

(6) 在巴塞罗那电车公司案中，国际法院警告说，为股东国籍国赋予外交保护权可能导致大量诉讼，从而“可能造成国际经济关系的混乱和无保障”。<sup>111</sup> 将外交保护权赋予一个公司具有联系的多个国家也可能造成类似混乱。第 9 条草案不允许这种多重诉讼。具有行使外交保护权利的国籍国要么是公司成立地国，要么，如果符合所需条件的话，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行使外交保护的国家。

## 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行使外交保护。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行使外交保护的权力。

3. 尽管有第 1 款的规定，一国继续有权为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行使外交保护。

## 评 注

(1) 第 5 条草案的评注讨论了关于必须保持持续国籍的一般原则。实际上，在涉及公司的案件上，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原因可以容易地改变国籍，但公司一般只能通过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。<sup>112</sup> 公司可以不改变法律人格而改变国籍的最常见例子是在发生国家继承时的情况。

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

---

<sup>111</sup> 同上，第 49 页，第 96 段。

<sup>112</sup> 见根据 1903 年 2 月 14 日议定书设立的美委-委内瑞拉混合索赔委员会，Orinoco 轮船公司案，《联合国国际仲裁裁决汇编》，第九卷，第 180 页。在此案中，在联合王国成立的公司 Orinoco 航运和贸易有限公司将其向委内瑞拉政府提出的求偿要求转给了在美国注册的继承公司。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要求，因此，此举获得准许。然而，裁决人巴尔吉清楚地表示，如果不是因为该条约，此举本不应允许；同上，第 192 页。另见洛温集团公司诉美国案，第 220 段。

偿之日的国籍延续性。第 5 条的评注分析了这些同样也适用于自然人的要求。采用正式提出求偿之日的提法而不采用裁定之日，其理由在第 5 条草案的评注中已有说明。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) 公司由于国家继承而改变国籍，这种情况就达到了国籍持续性的要求。事实上，这是国籍持续性规则的一个例外。<sup>113</sup> 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，以及如果不法行为仍在继续，则应该采取的赔偿形式。<sup>114</sup>

(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行使外交保护。此款是为了顾及洛温公司案中出现的那一类情况<sup>115</sup>，即一家公司在提请求偿的国家(加拿大)不复存在，并在被求偿国(美国)重组。第 5 条草案的评注进一步讨论了这个问题。<sup>116</sup>

(6) 一国对于在受到损害之时是其国民但由于所受损害而按照该国法律已不存在的公司行使外交保护一事存在着困难。如果采取一种的立场，即认为如果在提出求偿之时公司已经不存在，那么这样的公司的国籍国便不可提出求偿，问题便是，没有任何国家会就公司所受的损害行使外交保护了。一国不能利用股东的国籍来提出求偿，因为它不能证明在公司受到损害之时它对公司有必要的兴趣。这个问题曾使审理巴塞罗那电车公司案的几位法官感到困惑<sup>117</sup>，也使某些法院和仲裁庭<sup>118</sup>和学者们<sup>119</sup>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对于在受到损害之时是其

---

<sup>113</sup> 关于这个议题，详见帕聂韦日斯-萨尔杜提斯基铁路案，第 18 页。另见《与国家继承有关的国籍问题的第四次报告》，A/CN.4/489 号文件，其中突出说明了与国家继承有关的法人国籍方面的困难。

<sup>114</sup> 详见国家对其国际不法行为的责任条款草案第 43 条及其评注。

<sup>115</sup> 前引文献，第 220 段。

<sup>116</sup> 第(5)和第(13)段。

<sup>117</sup> 杰瑟普法官，《1970 年国际法院案例汇编》，第 193 页，Gros，同上，第 277 页，和菲茨莫里斯，同上，第 101-102 页，以及临时法官 Riphagen，同上，第 345 页。

<sup>118</sup> 见 Kunhardt 公司索赔案，1903 年美国--委内瑞拉委员会的意见，《联合国国际仲裁裁决汇编》，第十二卷，第 171 页，尤其见委内瑞拉委员 Paul 先生的不同意见，第 180 页；F.W.Flack 为已故 D.L.Flack 遗产(英国)诉墨西哥合众国，1929 年 12 月 6 日第 10 号裁决，《联合国国际仲裁裁决汇编》，第五卷，第 61 页起，见第 63 页。

<sup>119</sup> L.Caflisch, *La protection des sociétés commerciales et des intérêts indirects en droit international public* (The Hague:Martinus Nijhoff Publishers, 1969), pp.206-7; W.E.Beckett, "Diplomatic Claims in Respect of Injuries to Companies", *Transactions of the Grotus Society*, vol.17 (1932), p.158 at p.191; E.Wyler, *La Règle Dite de la Continuité de la Nationalité dans le Contentieux International* (Paris:PUF, 1990), pp.197-202.



国民但由于所受损害而已不复存在因而不再是其国民的公司行使外交保护。这了符合要求，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 款必须结合第 11 条草案(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行使外交保护。

## 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行使外交保护，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) 在受到损害之时，公司具有所指对其造成损害负有责任的国家的国籍，并且按照该国法律成立公司是在该国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(各)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，国际法院首先强调，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”的股东的外交保护问题。<sup>120</sup> 这种公司的特点是公司与股东之间存在着明显区别。<sup>121</sup> 一旦公司受到伤害而使股东利益受到损害，股东只得要求公司采取行动，因为“同一不法行为可能伤害两个单独实体的利益，但是只有一方的权利受到侵犯”。<sup>122</sup> 只有在被起诉的行为侵犯股东的直接权利时，股东才有独立的诉讼权。<sup>123</sup> 据国际法院的说法，指导公司与股东之间明确区别的原则派生于国内法，而非国际法。<sup>124</sup>

(2) 在巴塞罗那电车公司案中，国际法院在裁定公司注册国而非公司股东国籍国为公司受到伤害时行使外交保护的适当国家时，遵循了若干项政策考虑。首先，当股东对一家在外国开展业务的公司投资时，他们承担了风险，包括这家公司的国籍国可

---

<sup>120</sup> 《1970 年国际法院案例汇编》，第 34 页，第 40 段。

<sup>121</sup> 同上，第 34 页，第 41 段。

<sup>122</sup> 同上，第 35 页，第 44 段。

<sup>123</sup> 同上，第 36 页，第 47 段。

<sup>124</sup> 同上，第 37 页，第 50 段。

能行使酌情处理权、拒绝为其行使外交保护的风险。<sup>125</sup> 其次，如果允许股东国籍国行使外交保护，可能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。<sup>126</sup> 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，那就没有理由认为不应由每个个别股东都享有这种权利。<sup>127</sup> 第三，法院不愿以类推的方式适用有关公司和股东双重国籍的规则，也不愿允许两者的国籍国行使外交保护。<sup>128</sup>

(3) 在巴塞罗那电车公司案上，国际法院同意，在两种情况下股东国籍国可以代表股东行使外交保护：第一，公司在其注册地不复存在<sup>129</sup>——巴塞罗那电车公司不属于这种情况；第二，公司注册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是通过国籍国<sup>130</sup>——巴塞罗那电车公司也不属于这种情况。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，但这两项例外在第 11 条草案(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，多个国籍国可能借这些例外的规定行使外交保护。然而，在实践中，这些国家将会并且应当协调它们的要求，并确保国民拥有大部分股本的国家成为案中的求偿国。

(4) 第 11 条草案限于公司股东的利益，因为这方面包括巴塞罗那电车公司案在内的司法裁决主要处理的是股东问题。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问题上，没有明确的判例。然而，原则上似无恰当理由不让国籍国保护这些人。<sup>131</sup>

(5) 第 11 条草案(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，判例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。<sup>132</sup> 但在审理巴塞罗那电车公司案上，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。<sup>133</sup> “实际停业”的标准也同样不予采用，因为这“在法

---

<sup>125</sup> 同上，第 35 页，第 43 段；第 46 页，第 86-87 段；第 50 页，第 99 段。

<sup>126</sup> 同上，第 48-49 页，第 94-96 段。

<sup>127</sup> 同上，第 48 页，第 94-95 段。

<sup>128</sup> 同上，第 38 页，第 53 段；第 50 页，第 98 段。

<sup>129</sup> 同上，第 40-41 页，第 65-68 段。

<sup>130</sup> 同上，第 48 页，第 92 段。

<sup>131</sup> 这是联合王国采取的方针。见 A/CN.4/561/Add.1 号文件附件所载“大不列颠及北爱尔兰联合王国：《国际索赔适用规则》”。

<sup>132</sup> *Delagoa Bay Railway Co. case*, B.J. Moore, *Digest of International Law* vol. VI (1906), 第 648; *El Triunfo claim*; B.J. Moore, *Digest of International Law* vol. VI (1906), 第 649; *Baasch & Romer case*, 荷兰-委内瑞拉混合委员会, 1903 年 2 月 28 日, 《联合国国际仲裁裁决汇编》, 第十卷, 第 713 页起, 见第 723 页。

<sup>133</sup> 《1970 年国际法院案例汇编》, 第 40-41 页, 第 65 和 66 段。

律上不十分准确”。<sup>134</sup> 只有“法律意义上的公司地位”被认为才是重要的。国际法院说：“只有在公司在法律上已消亡时，股东才失去了通过公司获得补救的可能性；只有在股东失去了所有此种可能性后，才产生他们或其政府采取行动的独立权利。”<sup>135</sup> 欧洲人权法院后来对这一标准提供了支持。<sup>136</sup>

(6) 国际法院在巴塞罗那电车公司案中并没有明确地宣布，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，公司本应在其成立地国而不是在公司受损害的国家停止存在。国际法院承认公司在西班牙已倒闭<sup>137</sup>，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注册国接受破产管理。这绝不意味着这个实体或其权利的消亡，而是意味着，只要清理工作还在进行，这些权利就存在。在整个破产管理过程中，这个公司仍继续存在。”<sup>138</sup> 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、其所存在的国家关闭时即为“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，以及是否不再能够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”是要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。根据第 10 条，这依然是公司的国籍国的权利。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行使外交保护，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的国籍国针对公司所受的损害而代表股东进行干预的可能情形。

(8) 第 11 条草案(b)款规定了一种例外，即股东的国籍国有权在下述条件下为股东行使外交保护：即成立地国自己对公司所遭受的损害负有责任。但这项例外的措词用得十分谨慎，仅适用于下情况：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。

---

<sup>134</sup> 同上，第 41 页，第 66 段。

<sup>135</sup> 同上，另见两位法官的单独意见：Nervo 法官，同上，第 256 页，和 Ammoun 法官，同上，第 319-320 页。

<sup>136</sup> *Agrotexim case*, ECHR, Series A (1995), No.330-A, 第 25 页，第 68 段。

<sup>137</sup> 《1970 年国际法院案例汇编》，第 40 页，第 65 段。另见两位法官的单独意见：菲茨莫里斯法官，同上，第 75 页，和杰瑟普法官，同上，第 194 页。

<sup>138</sup> 同上，第 41 页，第 67 段。

(9) 对这种例外的支持见于国家实践、仲裁裁决<sup>139</sup>和学说。具有重要意义的是，迪拉果阿湾铁路<sup>140</sup>、Mexican Eagle<sup>141</sup>和El Triunfo<sup>142</sup>这三个索赔案对股东的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曾被迫在不法行为国家成立。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Mexican Eagle案中，墨西哥提出的论点是国家不应代表其墨西哥公司股东进行干预。对此，联合王国政府做出如下答复：

“如果承认这种理论，即政府能够首先使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”。<sup>143</sup>

(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，国际法院无需审理此处讨论的例外。但法院实际上还是顺带提到这一例外：

“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，这些国民是违反国际法行为受害公司的股东。因此，形成一种理论，即如果被追究负责的国家是公司国籍国，股东国籍国有权提供外交保护。无论这一理论是否有效，但肯定不适用该案，因为西班牙不是巴塞罗那电车公司的国籍国。”<sup>144</sup>

菲茨莫里斯法官、<sup>145</sup>田中法官<sup>146</sup>和杰瑟普法官<sup>147</sup>表示完全支持股东国籍国在成

---

<sup>139</sup> Delagoa Bay Railway Company; Mexican Eagle (El Aguila), M. Whiteman, *Digest of International Law*, vol. VIII, pp. 1272-1274; Romano-Americano, Hackworth, *Digest of International Law*, vol. V, p. 841; 1902年5月8日的El Triunfo案裁决，《联合国国际仲裁裁决汇编》，第十五卷，第467页；Deutsche Amerikanische Petroleum Gesellschaft Oil Tankers, 1926年8月5日的裁决，《联合国国际仲裁裁决汇编》，第二卷，第779页起，见第790页。关于判例的全面分析，见L. Caflisch, *La protection des sociétés commerciales ...op.cit.*; M. Jones, “Claims on Behalf of Nationals who are Shareholders in Foreign Companies”, *BYBIL*, vol. 26 (1949), p. 225. See, too, E. Jiménez de Aréchaga “International Responsibility”, in Max Sørensen (ed.), *Manual of International Law* (New York: St. Martin’s Press, 1968), p. 531 at pp. 580-581.

<sup>140</sup> 同上。

<sup>141</sup> 同上。

<sup>142</sup> 同上。

<sup>143</sup> M. Whiteman, *Digest of International Law*, vol. 8 (Washington D.C.: USA Department of State, 1967), pp. 1273-1274.

<sup>144</sup> 《1970年国际法院案例汇编》，第48页，第92段。

<sup>145</sup> 同上，第72-75页。

<sup>146</sup> 同上，第134页。

<sup>147</sup> 同上，第191-193页。

立公司的国家让该公司蒙受损失时进行干预的权利。<sup>148</sup> 菲茨莫里斯法官<sup>149</sup> 和杰瑟普法官<sup>150</sup> 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<sup>151</sup>、莫雷利法官<sup>152</sup> 和阿蒙法官<sup>153</sup> 极力反对这种例外。

(11) 巴塞罗那电车公司案之后的时期, 主要在投资条约框架内出现与拟议例外有关的动态。但这些动态都表明支持一种概念, 即当公司成立地国对公司蒙受损失应负责时, 公司股东可对公司成立地国采取措施。<sup>154</sup> 在 *Elettronica Sicula S. p. A. (ELSI)* 案<sup>155</sup> 中, 国际法院分庭允许美国就意大利公司蒙受的损失对意大利提出索赔, 因为两个美国公司拥有该公司全部股份。尽管意大利不承认据称其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, 但法院避免就该案裁定与巴塞罗那电车公司案裁定是否一致表态。<sup>156</sup> 可以这种理由解释这种沉默,<sup>157</sup> 即分庭不关心对习惯国际法的解释, 而关心对双边《友好、商业和航行条约》的解释, 该条约规定美国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。因此有可能推断出对这种例外规定的支持, 使公司股东的国籍国在成立地国对公司所受损害负有责任时而针对后者作出干预。<sup>158</sup>

(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关于允许股东索赔的专项协定, 因此未必能

---

<sup>148</sup> 顾维钧法官在巴塞罗那电车、电灯和电力有限公司案的初步反对意见中同样支持这一立场, 《1964年国际法院案例汇编》, 第58页, 第20段。

<sup>149</sup> 《1970年国际法院案例汇编》, 第73页, 第15和16段。

<sup>150</sup> 同上, 第191-192页。

<sup>151</sup> 同上, 第257-259页。

<sup>152</sup> 同上, 第240-241页。

<sup>153</sup> 同上, 第318页。

<sup>154</sup> 见 *SEDCO Inc.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, ILR vol.84, 第484页起, 见第496页(解释《阿尔及尔解决索赔宣言》第七条第2款); *利比里亚东部木材公司(LETCO)诉利比里亚共和国政府*, ICSID Reports vol.2 (1994), 第346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)。

<sup>155</sup> 《1989年国际法院案例汇编》, 第15页。

<sup>156</sup> 《1989年国际法院案例汇编》, 第64页, 第106段, 第79页, 第132段。

<sup>157</sup> 这一点从法官 Oda(同上, 第87-88)与法官 Schwebel(同上, 第94页)就此问题交换的意见中可清楚地看出来。

<sup>158</sup> Yoram Dinstein 表达了这样的意见, 见“Diplomatic Protection of Companies under International Law”, in K.Wellens (ed.), *International Law: Theory and Practice, Essays in Honour of Eric Suy* (The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 1998), 第505页起, 见第512页。

体现一项习惯国际法的一般规则。<sup>159</sup> 巴塞罗那电车公司案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例外的判例的份量。随后的发展，尽管在条约解释范围内，确认了这一趋势。<sup>160</sup> 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。但是第 11 条草案(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”，如卡尔沃条款所述，成立这种公司的目的旨在使公司不受国际法外交保护规则的保护。它将例外局限于下述情形：在受到损害之时(又一个限制性特征)，公司拥有据称对损害负有责任的国家的国籍，并且后一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。毫无疑问，会有这样的情况：对外国投资者施加压力，迫使他们在他们想做生意的国家里成立公司。但按照(b)款所含的例外规定，这是不够的：该国的法律必须规定按照其法律成立是在该国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行使外交保护。

### 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，国际法院在该案中指出：

“……某一只是针对和侵犯公司权利的行为并不包括对股东的责任，尽管股东的利益受到影响。……如果所控行为针对这类股东的直接权利，情况就不同了。众所周知，国内法给予的权利是将股东与公司截然分开的，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、股东分享公司清理结束处理剩余财产的权利。无论何时，股东的直接权利如受到侵犯，股东都有独立的行动权。<sup>161</sup>

---

<sup>159</sup> 见美国在 A/CN.4/561 号文件第 34-35 页中提交的大意如此的意见。

<sup>160</sup> 根据联合王国 1985 年《国际索赔规则》，“如果联合王国国民在另一国家成立的公司中作为股东或以其他身份拥有权益，而公司国籍国(即公司成立所在国)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”(第六条)，重印于 ICLQ vol.37 (1988)，第 1007 页，并载于 A/CN.4/561/Add.1 号文件附件。

<sup>161</sup> 《1970 年国际法院案例汇编》，第 36, 第 46-47 段。

然而，由于比利时清楚地表明其求偿主张并非基于股东的直接权利受到侵犯才提出的，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 ELSI 案中遇到了保护股东直接权利的问题。<sup>162</sup> 然而，就该案而言，股东的组织、控制和管理公司的权利等有关权利已见于《友好、商务和航运条约》，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。在 Agrotexim 案<sup>163</sup> 中，欧洲人权法院和国际法院审议巴塞罗那电车公司案时一样，承认股东在权利受到直接侵犯的时候，具有得到保护的權利，但主张此处是指应没有发生这种侵权情事。<sup>164</sup>

(3) 第 12 条草案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；出席股东大会并在在会上投票的权利以及分享公司清算后剩余财产的权利。然而，正如法院本身指出的，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“有别于公司本身的权利”这两个短语强调了对第 12 条草案须作狭义解释这一点。

(4) 第 12 条草案没有具体说明依据哪一种法律秩序来确定哪些权利属于股东而不属于公司。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的，那么可能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。<sup>165</sup>

## 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特别的一类法人，即公司。这样做有两个原因。第一，与其他法人不同的是，公司具有某些共同的一致特点：它们是营利

---

<sup>162</sup> 《1989 年国际法院案例汇编》，第 15 页。

<sup>163</sup> A 辑，第 330-A 号。

<sup>164</sup> 同上，第 23 页，第 62 段。

<sup>165</sup> 小田法官在就 ELSI 案表达的个别意见中，在股东权利方面，谈到“公司法的一般原则。”《1989 年国际法院案例汇编》，第 87-88 页。

性企业，其资本通常由股份来代表，在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，而且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是关于对外国投资的保护。这就是为何公司是占据外交保护领域核心的法人，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。法律制度可随意给予任何客体或团体以法人地位。各法律制度在赋予法人地位方面没有一致性或统一性。

(3) 法学界对于法人的法律性质、特别是法人的形成方式存在争论。拟制说认为，只有通过国家的正式批准才能形成法人。这意味着除自然人以外的机构可通过国家的行为获得法人特权。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。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人地位。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<sup>166</sup>和国际法院<sup>167</sup>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、国营企业、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，关于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——营利的商业企业。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<sup>168</sup>(市政当局)或大学<sup>169</sup>可视为法人，即一国国民。在这种法人是不属于保护国机构的独立实体的前提

---

<sup>166</sup> The Queen v. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust ECJ, Case 81/87 [1988] ECR 5483, 见第 19 段。

<sup>167</sup> 巴塞罗那电车公司案(判决)，第 34-35 页，第 38 段。

<sup>168</sup> 常设国际法院在波兰上西里西亚的德国利益案(案情实质)中裁定，拉蒂博尔镇属于《1922 年德国波兰关于上西里西亚的公约》所述的“德国国民”类别，《常设国际法院案例汇编》，A 辑，第 7 号，第 73-75 页。

<sup>169</sup> 常设国际法院在匈牙利-捷克斯洛伐克混合仲裁法庭裁决上诉案(彼得·帕兹马尼大学诉捷克斯洛伐克国)裁决中裁定，彼得·帕兹马尼大学是《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，《常设国际法院案例汇编》，A/B 辑，第 61 号，第 208 页起，见第 227-232 页。



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。<sup>170</sup> 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，它将很可能得到其成立地所在国的外交保护。在国外从事有益事业的非政府组织看来与基金会属于同一类别。<sup>171</sup>

(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，以决定对其适用本章的任何一项规定是否适当。公司以外的法人大多没有股东，所以只有第 9 和第 10 条草案可以酌情适用于它们。然而，如果这种法人确有股东，则第 11 条和第 12 条也可能对之适用。<sup>172</sup>

### 第三部分 当地救济

#### 第 14 条 用尽当地救济

1. 除非有第 15 条草案规定的情形，一国对于其国民或第 8 条草案所指的其他人所受的损害，在该受损害的个人用尽一切当地救济之前，不得提出国际求偿。

2. “当地救济”指受损害的个人可以在所指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。

---

<sup>170</sup> 由于外交保护程序是专门为了保护不属于国家的自然人或法人，因此在大多数情况下，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，虽然也可以在处理国家机关问题的其他规则下得到保护。但私立大学有资格获得外交保护，私立中小学也一样，只要它们享有国内法之下的法律人格。

<sup>171</sup> 另见 K.Doehring, “Diplomatic Protection of Non-Governmental Organizations”, in M.Rama-Montaldo (ed) *El derecho internacional en un mundo en transformación: liber amicorum: en homenaje al professor Eduardo Jiménez de Aréchaga* (Montevideo: fundación de cultura universitaria, 1994), pp.571-580.

<sup>172</sup> 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。

3. 在主要基于一国国民或第 8 条草案所指的其他人所受的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) 第 14 条草案是要编纂关于行使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 *Interhandel* 案中承认这一规则为“公认的习惯国际法规则”，<sup>173</sup> 国际法院分庭在 *Elettronica Sicula S. p. A. (ELSI)* 案中也称它为“习惯国际法的一项重要原则”。<sup>174</sup> 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”。<sup>175</sup> 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，认为这是得到司法判决、国家实践、条约和司法学家著作肯定的“一般国际法原则”。<sup>176</sup>

(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。行使保护的国家的非国民如有权在第 8 条草案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，必须按照第 15 条草案加以理解。第 15 条草案描述了不需要用尽当地救济的例外情况。

(4) 在行使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 款是要大致描述必须用尽的法律救济的主要类别。<sup>177</sup> 首先，外国国民显然必须用尽被告国国内法规定的可利用的一切司法救济。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

---

<sup>173</sup> *Interhandel* 案(瑞士诉美利坚合众国)，初步反对意见，《1959 年国际法院案例汇编》，第 6 页起，见第 27 页。

<sup>174</sup> 《1989 年国际法院案例汇编》，第 15 页起，见第 42 页，第 50 段。

<sup>175</sup> *Interhandel* 案，第 27 页。

<sup>176</sup> 一读第 22 条，见《大会正式记录，第五十一届会议，补编第 10 号》和更正(A/51/10 和 Corr.7)，第三章 D1 节；《1997 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 30-50 页；二读第 44 条的评注，《大会正式记录，第五十六届会议，补编第 10 号》(A/56/10)，第 243-245 页。

<sup>177</sup> 在 1956 年 3 月 6 日 *Ambatielos* 索赔案中，仲裁法院宣布，“国内法规定的整个法律保护制度都必须接受检验”，《联合国国际仲裁裁决汇编》，第十二卷，第 83 页起，见第 120 页。该议题的论述另见 C.F.Amerasinghe, *Local Remedies in International Law*, 2<sup>nd</sup> ed.(Cambridge: Cambridge University Press, 2004)，第 182-192 页。

可。<sup>178</sup> 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”。<sup>179</sup>

(5) 还必须用尽行政救济。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”的救济<sup>180</sup>，也不包括恩惠性的救济<sup>181</sup>，除非这种救济是随后开展诉讼程序的基本前提条件。要求宽待和求助于巡视官一般都属于这一类。<sup>182</sup>

(6) 为了以用尽当地救济为理由充分奠定国际要求的基础，外国的诉讼当事者必须在国内诉讼程序中提出他打算在国际诉讼程序中提出的基本论点。在 ELSI 案中，国际法院的审判庭指出：

“如果案件的实质已经提交有关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，这便构成充分的条件，使国际要求具有了可接受性。”<sup>183</sup>

在芬兰船舶仲裁案中，仲裁员说：

“要求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。”<sup>184</sup>

(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。<sup>185</sup> 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。<sup>186</sup>

(8) 第 14 条草案没有接受“卡尔沃条款<sup>187</sup>”，这种条款主要是拉丁美洲国家在 19 世纪末、20 世纪初用于将外国人限定为只能求助于当地救济，迫使他在与东

---

<sup>178</sup> 这包括在美国最高法院进行的 *certiorari* (调卷令) 程序。

<sup>179</sup> B.Schouw Nielsen v.Denmark, Application no.343/57 (European Commission of Human Rights)(1958-9), *Yearbook of the European Convention on Human Rights*, vol.2, 第 412 at 438 (提及国际法学会在 1954 年决议里的看法), (*Annuaire*, 1956, vol.46, 第 364 页)。另见 *Lawless case*, Application No.332/57, European Commission of Human Rights (1958-1959), *Yearbook of the European Convention on Human Rights*, vol.2, 第 308 页起, 见 318-322 页。

<sup>180</sup> *De Becker v.Belgium*, Application No.214/56,1958-1959, *Yearbook of the European Convention on Human Rights*, vol.2 第 214 页起, 见第 238 页。

<sup>181</sup> 芬兰船主针对英国在战时使用某些芬兰船舶而对英国提出的索赔(芬兰船舶仲裁案), 1934 年, 《联合国国际仲裁裁决汇编》, 第三卷, 第 1479 页。

<sup>182</sup> 见阿韦纳和其他墨西哥国民案(墨西哥诉美利坚合众国), 国际法院, 第 135-143 段。

<sup>183</sup> 《1989 年国际法院案例汇编》, 第 83 页, 第 59 段。

<sup>184</sup> 《联合国国际仲裁裁决汇编》, 第三卷, 第 1502 页。

<sup>185</sup> *Ambatielos* 索赔, 第 120 页。

<sup>186</sup> D.P.O'Connell, *International Law*, vol.2, (London: Stevens and Sons, 1970) 第 1059 页。

<sup>187</sup> 以阿根廷著名法学家卡洛斯·卡尔沃命名。

道国订立的合同所致纠纷方面放弃国际救济。资本输出国极力否定这种条款的有效性<sup>188</sup>，理由是，按照马夫罗马蒂斯案的规则，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直接关注问题的情况下，“卡尔沃条款”如果理解为完全放弃国际保护，就很难与国际法取得一致。<sup>189</sup> 如果一个人认为，在外交保护框架内所保护的权利是所保护的个人的权利而不是保护国的权利，那么反对“卡尔沃条款”对一般国际法所具有的有效性便不具有那么强的说服力。<sup>190</sup>

(9) 第3款规定，用尽当地救济规则仅适用于要求国因其国民而“间接”受到损害的情况。如果要求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。<sup>191</sup>

(10) 实际上，如果要求是“混合”的，即要求包括国家及其国民都遭受损害的要素，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表现出混合现象。在人质案<sup>192</sup>中，伊朗伊斯兰共和国直接违背了它对美利坚合众国承担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 *Interhandel* 案中，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。在人质案中，国际法院将要求作为直接违反国际法案处理；在 *Interhandel* 案中，国际法院认为要求主要是间接的，而 *Interhandel* 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。<sup>193</sup> 在阿韦纳案中，墨西哥借助《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，论据是，由于美国不允许这些墨西哥国民取得《公约》第三十六条第(一)款之

---

<sup>188</sup> 一般可参看 D.R.Shea *The Calvo Clause: A Problem of Inter-American and International Law and Diplomacy* (Minneapolis: University of Minnesota Press, 1955)。

<sup>189</sup> *North American Dredging Company* 案(美国诉墨西哥)，《联合国国际仲裁裁决汇编》，第四卷，第26页。

<sup>190</sup> 第1条草案的评注第(5)段。

<sup>191</sup> 关于这个议题，一般可参看 Amerasinghe, *Local Remedies in International Law*, 前引文献，第145-168页。

<sup>192</sup> 美国在德黑兰的外交和领事人员案(美利坚合众国诉伊朗)，判决，《1980年国际法院案例汇编》，第3页。

<sup>193</sup> 2000年4月11日逮捕证案(刚果民主共和国诉比利时)，判决，《2002年国际法院案例汇编》，第3页起，见第18页，第40段。

下的领事联络渠道，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据，因为存在“国家权利与国民权利的相互依存关系”。<sup>194</sup>

(11) 在混合要求的情况，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的。在 ELSI 案中，国际法院分庭驳回了美国关于其部分要求源自违反条约所以不必用尽当地救济的论点，指出：

“本分庭毫不怀疑，影响并贯穿美国整个要求的事项是据称 Raytheon 和 Machlett[美国公司]受到的损害。”<sup>195</sup>

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，这证明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) 为确定要求为直接或间接性质而采用的其他“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抑或间接要求，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<sup>196</sup> 外交官<sup>197</sup> 或国家财产<sup>198</sup> 的情况下，要求通常为直接要求。如果国家代表其国民提出金钱救济，要求则是间接的。

(13) 第 3 款明确规定，不仅在国际要求方面，而且在主要基于一国民受到的损害而请求作出宣告性裁决时，都必须用尽当地救济。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<sup>199</sup>，但在有些情况下，要求国寻求就据称被告国在非

---

<sup>194</sup> 《2004 年国际法院案例汇编》，第 12 页，第 40 段。

<sup>195</sup> 《1989 年国际法院案例汇编》，第 43 页，第 52 段；另见 Interhandel 案，《1959 年国际法院案例汇编》，第 28 页。

<sup>196</sup> 2000 年 8 月 11 日逮捕证案，《2002 年国际法院案例汇编》，第 3 页，第 40 段。

<sup>197</sup> 人质案，《1980 年国际法院案例汇编》，第 3 页。

<sup>198</sup> 科孚海峡案(联合王国诉阿尔巴尼亚)，案情实质，《1949 年国际法院案例汇编》，第 4 页。

<sup>199</sup> 1946 年 3 月 27 日美利坚合众国与法国航空服务协定案，1978 年 12 月 9 日的裁决，《联合国国际仲裁裁决汇编》，第十八卷，第 415 页；1947 年 6 月 26 日联合国总部协定第 21 条所规定的仲裁义务的适用性，咨询意见，《1988 年国际法院案例汇编》，第 11 页起，见第 29 页，第 41 段。

法对待要求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裁决时，需要用尽当地救济。<sup>200</sup>

(14) 第 14 条要求受损害的人自己必须用尽当地救济。这并不排除受损害人以外的另一人也可能通过用尽在被要求国法院审理的同一要求实际内容而达到用尽当地救济的要求。<sup>201</sup>

## 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) 不存在合理地可得到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，且这种不当拖延是由被指称应负责的国家造成的；
- (c) 受损害的个人与被指称应负责国家之间在发生损害之日没有相关联系；
- (d) 受损害的个人明显的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) 第 15 条草案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)款涉及导致要求受伤害的外国人进行国际诉讼必须以用尽当地救济为前提的规定成为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的情况。

#### (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。拟订描述由于司法无效而不必用尽当地救济情况的规则，有三个选择需要考虑：

- (一) 当地救济显属徒劳；

---

<sup>200</sup> 见 *Interhandel* 案，第 28-29 页；*ELSI* 案，第 43 页。

<sup>201</sup> *ELSI* 案，第 46 页，第 59 段。

- (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判例的一定支持。

(3) Bagge 仲裁员在芬兰船舶仲裁案中提出的“显属徒劳”标准所规定的门槛过高。另一方面，欧洲人权委员会在一些裁决<sup>202</sup>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。这一标准源于赫尔施·劳特派特爵士在挪威贷款案<sup>203</sup>中提出的个别意见，这一意见得到了法学家著作的支持<sup>204</sup>。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<sup>205</sup>中所赞同的当地救济的具备程度要素，这个要素有时被法庭<sup>206</sup>和论著<sup>207</sup>认为是这项规则的组成部分。由于这个原因，(a)款的标准扩大到要求“不存在合理地可得到的”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，这些裁决认为在当地法院对所涉争端没有管辖权的情况下不需要用尽国内救济；<sup>208</sup>当地法院不会审查外国人申诉的行为所依据的国家法律；<sup>209</sup>当地法

---

<sup>202</sup> Retimag S.A.v.Federal Republic of Germany,Application No.712/60,Yearbook of the European Convention on Human Rights, voL.4 第 385 页起, 见第 400 页; X,Y and Z v.UK, Application Nos.8022/77, 8027/77, European Commission of Human Rights, Decisions and Reports, voL.18, 第 66 页起, 见第 74 页。另见委员会一读通过的国家责任条款草案第 22 条的评注。《1977 年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第 48 段。

<sup>203</sup> 挪威借款案(法国诉挪威), 判决, 《1957 年国际法院案例汇编》, 第 39 页。

<sup>204</sup> G.Fitzmaurice“Hersch Lauterpacht-The Scholar a Judge”,BYBIL,voL.37(1961),p.1 at pp.60-61;M.Herdegen,“Diplomatischer Schutz und die Erschöpfung von Rechtsbehelfen” in G.Ress and T.Stein, *Der diplomatische Schutz im Völker-und Europarecht:Aktuelle Probleme und Entwicklungstendenzen* (1966), p.63 at P.70.

<sup>205</sup> 第 44 条要求当地救济是“可获得的和有效的”。

<sup>206</sup> 在洛温集团公司诉美国案中, 法庭指出, 用尽当地救济规则要求受损害的人必需“用尽有效和充分”并且他“合理可得的救济”(第 168 段)。

<sup>207</sup> 参看 Amerasinghe *Local Remedies in International Law*,前引文献, 第 181-2 页, 第 203-4 页。

<sup>208</sup> 帕聂韦日斯-萨尔杜提斯基斯铁路案, 第 18 页; 《纳依条约》第 181 条下的仲裁, 报道见 AJIL voL.28 (1934), 第 760 页起, 见第 789 页; R.Gelbrunk 和“萨尔瓦多商业公司”等索赔, 《联合国国际仲裁裁决汇编》, 第十五卷, 第 467 页起, 见第 476-477 页; “The Lottie May”事件, 1899 年 4 月 18 日洪都拉斯与联合王国之间的仲裁案, 《联合国国际仲裁裁决汇编》, 第十五卷, 第 29 页起, 见第 31 页; 挪威借款案中 Lauterpacht 法官的单独意见, 《1957 年国际法院案例汇编》, 第 39-40 页; 芬兰船舶仲裁案, 《联合国国际仲裁裁决汇编》, 第三卷, 第 1535 页。

<sup>209</sup> 《纳依条约》第 181 条下的仲裁, AJIL voL.28 (1934), 第 789 页。另见 Affaire des Forêts du Rhodope Central (Fond) 1933, 《联合国国际仲裁裁决汇编》, 第三卷, 第 1405 页; Ambatielos 索赔, 《联合国国际仲裁裁决汇编》, 第十二卷, 第 119 页; Interhandel 案, 《1959 年国际法院案例汇编》, 第 28 页。

院极不独立；<sup>210</sup> 存在一贯对外国人不利的明确判例；<sup>211</sup> 当地国法院无权给予外国人适当、充分的救济；<sup>212</sup> 被告国没有适当的司法保护制度。<sup>213</sup>

(4) 要达到(a)款的要求，受损害的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合理地能够提供有效救济。这是一个由负责审查用尽当地救济任务的主管国际法庭决定的问题。就这一事项作出决定时，必须假定有关要求在法律上有价值。<sup>214</sup>

## (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<sup>215</sup>、人权文书和实践<sup>216</sup>、司法裁决<sup>217</sup>和学者意见确认了这一点。难以赋予“无理拖延”一语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。对每一案件都须依自身事实作出判断。英国-墨西哥索赔委员会在 El Oro 采矿案中说：

---

<sup>210</sup> 1923年11月23日 Robert E. Brown 索赔，《联合国国际仲裁裁决汇编》，第六卷，第120页；Vélasquez Rodríguez 案，美洲人权法院，C辑，第4号，第56-78段，第291页起，见第304-309页。

<sup>211</sup> 帕聂韦日斯-萨尔杜提斯基铁路案，第18页；S.S.“Lisman”案，第1769页起，见第1773页；S.S.“Seguranca”案，《联合国国际仲裁裁决汇编》，第三卷，第1861页起，见第1868页；芬兰船舶仲裁案，第1495页；X诉德意志联邦共和国，1956年，《欧洲人权公约年鉴》，第1卷，第138页；X诉德意志联邦共和国，《欧洲人权公约年鉴》，第2卷，第342页起，见第344页；X诉奥地利，《欧洲人权公约年鉴》，第3卷，第196页起，见第202页。

<sup>212</sup> 芬兰船舶仲裁案，第1496-1497页；Vélasquez Rodríguez 案；Yağci 和 Sargin 诉土耳其，欧洲人权法院1995年6月8日的裁决，报告和裁决，No.319，第3页起，见第17页，第42段；Hornsby 诉希腊，1997年3月19日的裁决，欧洲人权法院报告和裁决，1997-II No.33，第495页起，见第509页，第37段。

<sup>213</sup> *Mushikiwabo and others v. Barayagwiza*, 1996年4月9日，ILR vol.107，第457页起，见第460页。智利军政权期间，美洲人权委员会认为，因军事司法下法律诉讼的固定不正常情况，不必用尽当地救济；第1a/88号决议，第9755号案，*Ann. Rep. Int. Am. Com HR* 1987/88。

<sup>214</sup> 芬兰船舶仲裁案，第1504页；Ambatielos 索赔，第119-120页。

<sup>215</sup> 见 F.V.加西亚·阿马多在第一次报告所述关于以前编纂的努力，《1956年……年鉴》，第二卷，第137页起，见第223-226页；哈佛国际法研究起草的1960年《关于国家对外侨造成的损害的国际责任公约草案》，第19条第(2)款，转载于AJIL vol.55 (1961)，第545页起，见第577页。

<sup>216</sup> 《公民权利和政治权利国际公约》，《联合国条约汇编》，第999号，第171(第四十一条(1)款(c)项)；《美洲人权公约》(第46条(2)款(c)项)；Weinberger 诉乌拉圭，第28/1978号来文，人权事务委员会决定选编，第1卷，第57页起，见第59页；Las Palmeras，美洲人权法院，C辑，决定和裁决，第67号，第38段(2000年2月4日)；Erdoğan v. Turkey，第19807/92号申请，No.84 A，欧洲人权法院(1996)，裁决和报告，第5页起，见第15页。

<sup>217</sup> El Oro 采矿和铁路有限公司(英国)诉墨西哥合众国，1931年6月18日第55号裁决，《联合国国际仲裁裁决汇编》，第五卷，第191页起，见第198页。另见 *Administration of the Prince von Pless* 案，初步反对意见，《1933年常设国际法院案例汇编》，A/B辑，第52号，第14页。



“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，最主要的是彻底审查案件所涉及的工作量，即后者的规模。”<sup>218</sup>

(6) (b)款明确规定，救济过程拖延是据称对外国人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”，是为了说明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) 第 15 条(a)款所载的用尽当地救济规则的例外，说的是在并不合理具备当地救济或“当地救济不具有实现有效补救的合理可能性”时无需用尽当地救济，并不包括当地救济虽具有实现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损害的个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、放射性微粒沉降或人造空间物体坠落导致的环境损害；其所乘坐的飞行器因飞越另一国领空而被击落；被告国或某些其他机构对其利用当地救济设置严重障碍。在此类情况下，有人提出，因受损害的个人与被告国之间缺乏自愿联系或领土联系或因存在特别困难例外，当地救济无需用尽。

(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。<sup>219</sup> 这一看法的支持者认为，外交保护的性质和当地救济近来已有重大变化。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，因此可要求他根据“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”的理论，用尽当地救济。而在今天，个人可能受到一外国在其领土以外的行为的伤害或在其领土内的某种行为的伤害，而个人与该国外国领土并不存在联系。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那维亚造成放射性微粒沉降)和击落误入一国领空的飞机(如保加利亚击落误入其领空的以色列航空公司班机的“空中事件”案)。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。

---

<sup>218</sup> 同上，第 198 页。

<sup>219</sup> 见 Amerasinghe, *Local Remedies in International Law*, p.169; T.Meron, “The Incidence of the Rule of Exhaustion of Local Remedies”, *BYBIL*, vol.35, 1959, p.83 at p.94.

(9) 司法判例和国家惯例都没有就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 *Interhandel* 案<sup>220</sup> 和 *Salem* 案<sup>221</sup> 中，有一些支持此种例外存在的试探性论述，但在其他案件<sup>222</sup> 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可适用当地救济规则。在挪威借款案<sup>223</sup> 和空中事件(以色列诉保加利亚)案<sup>224</sup> 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尔冶炼厂案<sup>225</sup> 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放弃当地救济的案例<sup>226</sup>，被解释为支持把自愿服从司法管辖的要求作为适用当地救济规则的先决条件。这些案例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，或有关仲裁协定没有要求用尽当地救济等。

(10) (c)款没有用“自愿联系”一词来描述这一种例外，因为它强调受损害的个人主观意向，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”。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在行为上是否承担了在遭受损害时接受东道国审理的风险。“相关”一词最有助于使法庭考虑受损害的个人与东道国之间在损害中的关系的核心要素，以确定受损害的外国人是否承担了愿意接受东道国审判的风险。受损害的个人与被告国之间在损害发生之日不得存在“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不如此要求。本款代表逐渐发展，须作狭义理解，受损害的人须

---

<sup>220</sup> 国际法院说，“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。”《1959年国际法院案例汇编》，第27页。着重号另加。

<sup>221</sup> 在 *Salem* 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”，1932年，《联合国国际仲裁裁决汇编》，第二卷，第1202页。

<sup>222</sup> 芬兰船舶仲裁案，第1504页；*Ambatielos* 索赔，第99页。

<sup>223</sup> 某些挪威贷款案，法国的口头诉讼状，《1957年国际法院诉讼状书》，第一卷，第408页。

<sup>224</sup> 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)，以色列的口头诉讼状，《1959年国际法院诉讼状书》，第531-532页。

<sup>225</sup> 《联合国国际仲裁裁决汇编》，第三卷，第1905页。

<sup>226</sup> *Virginus* case, reported in J. B. Moore, *A Digest of International Law*, vol.2 (1906), p.895 at p.903; *Jessie* case, reported in *AJIL*, vol.16 (1922), pp.114-116.

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”被排除寻求这种救济的可能性。没有尝试列出允许这一例外的因素的全面清单。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损害的人进入该国领土、从而使之没有机会到当地法庭提起诉讼。或者，被要求国的犯罪集团阻碍受损害的人在当地法院提起诉讼；虽然受损害的人本应承担在被要求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。<sup>227</sup>

#### (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：

“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。”<sup>228</sup>

(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禁止反言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的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。放弃要求是一种常见的当代国家实践方式，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。”

---

<sup>227</sup> 关于费用对用尽当地救济的影响，见洛温集团公司诉美利坚合众国案，第 166 段。

<sup>228</sup> *Government of Costa Rica case (In the matter of Viviana Gallardo et al.)* of 13 November 1981, Inter-American Court of Human Rights, *ILR*, vol.67, p.578 at p.587, para.26. See also *ILM*, vol.20 (1981), p.1057. See also *ELSI case*, *ILR*, vol.67, at p.42, para.50; *De Wilde, Ooms and Versyp cases* (“Belgian Vagrancy Cases”), European Court of Human Rights, 1971, *ILR*, vol.56, p.337 at p.370, para.55.

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。<sup>229</sup>

(15) 放弃当地救济不得是随便默示的。国际法院分庭在 ELSI 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。”<sup>230</sup>

(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<sup>231</sup>与法学家的著作<sup>232</sup>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愿意，不可能为此制定一项通则。每个案例必须根据有关文书的措辞和制定的背景作出判断。在被告国同意把将来可能同请求国发生的争端交付仲裁的情况下，有人认为这种协定“不涉及放弃用尽所有当地救济的要求，如果有关案件涉及缔约一方为其国民提出要求。”<sup>233</sup>国际法院分庭在 ELSI 案中确认在这种情况下，基本上不推定默示或暗示放弃。<sup>234</sup>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，如果被告国与请求国在争端所涉的国民受到损害后才缔结涉及国民待遇的争端的仲裁协定，而且协定没有就保留当地救济规则作出规定，则可以称说默示放弃该规则。

(17) 虽然有人支持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，<sup>235</sup>但考虑到国际法中对禁止反言理论尚无定论，因此(e)款在关于放弃规则的措词中没有提及禁止反言。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。

---

<sup>229</sup> 哥斯达黎加政府案，第 587 页，第 26 段；“Belgian Vagrancy 案”，第 370 页，第 55 段。

<sup>230</sup> 《1989 年国际法院案例汇编》，第 42 页，第 50 段。

<sup>231</sup> 例如见 *Steiner and Gross v. Polish State 30 March 1928, 1927-1928, Annual Digest of Public International Law Cases, vol.4, p.472; American International Group Inc. v. Iran, Award No.93-2-3, Iran-U.S.-C.T.R., vol.IV (1983), p.96.*

<sup>232</sup> 例如见 S.Schwebel *International Arbitration: Three Salient Problems* (Cambridge:Grotius Publishers, 1987), pp.117-121.

<sup>233</sup> F.A.Mann, “State contracts and international arbitration”, *BYBIL vol.42, (1967)*,第 1 页起，见第 32 页。

<sup>234</sup> 《1989 年国际法院案例汇编》，第 15 页。在帕聂韦日斯-萨尔杜提斯基斯铁路案中，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：《1939 年常设国际法院案例汇编》，A/B 辑，第 76 号，第 19 (van Eysinga 法官在反对意见里所主张也是如此，同上，第 35-36 页)。

<sup>235</sup> 见 ELSI 案，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 日裁决(仲裁法庭)，*ILR vol.102*，第 216 页起，见第 285 页，第 6.33 段；Foti 等人案，1982 年 12 月 10 日判决(案情实质)，*ILR vol.71*，第 366 页起，见第 380 页，第 46 段。

## 第四部分 杂项规定

### 第 16 条

#### 外交保护以外的行动或程序

国家、自然人、法人或其他实体为国际不法行为所致损害取得补救，根据国际法诉诸外交保护以外的其他行动或程序的权利，概不受本条款草案影响。

#### 评 注

(1) 关于外交保护的惯常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受害人国籍国和国籍国以外的国家根据惯常国际法或者多边或双边人权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在国际法之下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。

(2) 一个国家可根据下列文书，在国家间的诉讼中针对受受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盟约》、<sup>236</sup> 《消除一切形式种族歧视国际公约》、<sup>237</sup> 《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》、<sup>238</sup> 《欧洲人权公约》、<sup>239</sup> 《美洲人权公约》<sup>240</sup> 和《非洲人权和人民权利宪章》。<sup>241</sup> 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，惯常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<sup>242</sup> 中表示的国家不能提起诉讼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加以修订。<sup>243</sup> 国家对国际不法行

---

<sup>236</sup> 《联合国条约汇编》，第 999 卷，第 171，第 41 条。

<sup>237</sup> 第 11 条。

<sup>238</sup> 《联合国条约汇编》，第 1465 卷，第 85，第 21 条。

<sup>239</sup> 第 24 条。

<sup>240</sup> 第 45 条。

<sup>241</sup> 《联合国条约汇编》，第 1520 卷，第 217，第 47 至 54 条。

<sup>242</sup> 第二阶段判决，《1966 年国际法院案例汇编》，第 6 页。

<sup>243</sup> 第 48 条的评注，脚注 766。

为的责任条款第 48 条第(1)款(b)项允许在所违反的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<sup>244</sup>，而不必达到行使外交保护的要求。<sup>245</sup>

(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，不论损害国是该个人的国籍国还是另一国。为达到这一目的最经常利用的是在国际人权监测机构的申诉权。<sup>246</sup>

(4) 国际法之下的个人权利也可源于人权框架以外。在拉格兰德案中，国际法院认为《维也纳领事关系公约》第三十六条“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；”<sup>247</sup> 在阿韦纳案中，法院进一步指出：“侵害个人依据第三十六条所享有的权利即可能构成对派出国的权利的侵害，而对后者权利的侵害有可能构成对个人权利的侵害。”<sup>248</sup> 已经在国家对国际不法行为的责任条款里增添了一项保留条款，即该条款的第 33 条，以顾及国际法的这一发展。<sup>249</sup>

(5) 第 16 条草案提及的行动或程序包括根据普遍的和区域的人权条约以及任何其他有关条约可以采取的行动或程序。但是第 16 条草案没有涉及国内救济。

(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补救办法的权利一般赋予国家、自然人或法人，其中，“法人”包括公司和第 13 条草案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”也具有就因国际不法行为遭受的损害而提出求偿的权利。组织结构松散的受害者协会就是这种“其他实体”的一例，这种协会有时被赋予在负责落实人权的国际机构提出主张的地位。政府间组织在有些情况下也可能属于这一类；民族解放运动也是如此。

---

<sup>244</sup> 详见辛马法官在刚果境内武装活动案(刚果民主共和国诉乌干达)中的个别意见，《2005 年国际法院案例汇编》，第 35-41 段。

<sup>245</sup> 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*, vol.35 (2005), p.85 at pp.103-108).

<sup>246</sup> 例如见《公民权利和政治权利国际公约任择议定书》，《联合国条约汇编》，第 999 卷，第 171 页；《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，《联合国条约汇编》，第 1465 卷，第 85；《消除对妇女一切形式歧视公约任择议定书》，《联合国条约汇编》，第 2131 卷，第 83 页。

<sup>247</sup> 拉格兰德案(德国诉美利坚合众国)，第 494 页，第 77 段。

<sup>248</sup> 阿韦纳和其他墨西哥国民案(墨西哥诉美利坚合众国)，第 26 页，第 40 段。

<sup>249</sup> 这一条的案文是：“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。”

(7) 第 16 条草案表明，本条款草案不影响国家、自然人和法人或其他实体有权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。然而，当一国诉诸此种程序时，它并不必然放弃为某人行使外交保护的权力，如果此人是其国民或第 8 条草案所指的人。

## 第 17 条 国际法的特别规则

本条款草案在与诸如投资保护条约规定等国际法特别规则不符的情况下，则不适用。

### 评 注

(1) 某些条约，特别是那些保护外国投资的条约，包含着解决争端的规则，这些规则排除或在很大程度上脱离关于外交保护的规则。这些条约放弃或放松行使外交保护所要求的条件，特别是那些涉及索赔的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》便是这些条约的基本实例。

(2) 外国投资目前基本上由双边投资条约加以规范和保护。<sup>250</sup> 双边投资协定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。双边投资协定的一个重要特点是其解决投资争端的程序。一些双边投资协定规定，通过诉诸临时法庭，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。另一些双边投资协定规定，围绕双边投资协定有关规定的解释或适用问题，通过对投资者(公司或股东)与所在国作出仲裁，来解决投资争端。双边投资协定和解决投资争端国际中心所提供的解决争端程序对于外国投资者来说提供了较大的便利，远优于关于外交保护的习惯国际法律制度，因为这些程序使投资者能够直接诉诸国际仲裁，避免了因外交保护的自行裁量性质而必然会有的政治不确定性，并且免掉了行使外交保护所需要的那些条件。<sup>251</sup>

---

<sup>250</sup> 国际法院在审理巴塞罗那电车公司案时承认了这一点，第 47 页，第 90 段。

<sup>251</sup> 《解决投资争端公约》第二十七条第(一)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。”

(3) 第 17 条草案表明，本条款草案不适用于双边或多边投资协定所规定的另外的特别的保护外国投资者制度，案文所用的措词是，本条款草案“在与”双边投资协定不符的“情况下”，则不适用。在本条款草案与有关双边投资协定一致的情况下，本条款草案仍然适用。

(4) 第 17 条草案提及“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可能规范对提资的保护，诸如《友好条约》、《通商条约》和《航行条约》。

## 第 18 条 船员的保护

船舶船员国籍国行使外交保护的权力，不因船舶国籍国有权在国际不法行为对船舶造成损害致使船员受到伤害时，为任何国籍的船员寻求补救而受到影响。

### 评 注

(1) 第 18 条草案的目的是确认船员的一个或多个国籍国有权为船员行使外交保护，同时也承认，船只的国籍国也有权当船员在国际不法行为给船只造成损害的过程中受到损害之后为他们寻求补救，而不论其国籍为何。有必要确认船员的国籍国有权为他们行使外交保护，从而排除一种暗示，似乎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。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<sup>252</sup>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了这种习惯。根据美国法律，外国海员在美国船舶上供职时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。<sup>253</sup>在美国船舶上供职的外国人所具有的这

---

<sup>252</sup> H.Myers, *The Nationality of Ships* (1967), pp.90-108; R.Dolzer, “Diplomatic Protection of Foreign Nationals” in *Encyclopaedia of Public International Law* (1992), vol.1, p.1068; I.Brownlie, *Principles of Public International Law*, 6th ed.Oxford:Oxford University Press (2003), p.460.

<sup>253</sup> *Ross v.McIntyre*, 140 U.S.453(1891).



一独特地位在美国的外交信件和领事规定中历来一直得到重申。<sup>254</sup> 但是，包括美国在内，<sup>255</sup>一些国家对这一做法是否能够证明存在着是一项习惯规则提出了疑问。<sup>256</sup>

(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 *McCready*(美国)诉墨西哥案中，公断人 Edward Thornton 爵士认为，“海员在悬挂非本国国旗的军舰或商船上服务，服务期间有权获得其所服务之国旗国的保护”。<sup>257</sup> “我孤立无援”案<sup>258</sup> 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“损害赔偿案”的咨询意见中，两名法官在其单独的意见中接受国家为外国船员行使外交保护的权力。<sup>259</sup>

(5) 1999 年，国际海洋法法庭对 *M/V “塞加号”* (第 2 号)案(圣文森特和格林纳丁斯诉几内亚)<sup>260</sup> 作出的裁定对船旗国为非国民船员寻求补救表示支持。该案件的争执是“塞加号”在向几内亚沿岸的渔船供应燃油时，遭到几内亚逮捕并扣押造成的。“塞加号”在圣文森特和格林纳丁斯(“圣文森特”)注册，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。在国际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，理由之一是受害人不是圣文森特国民。海洋法庭驳回了对这一求偿的可接受性提出的质疑，认为几内亚逮捕并扣押船只及其船员，从而侵犯了圣文森特权利。海洋法庭命令几内亚向圣文森特支付赔款，作为对“塞加号”造成的损失以及对船员的损害的赔偿。

(6) 尽管海洋法庭将这一争议主要视为关于对圣文森特的直接损害的争议，<sup>261</sup> 但法庭的推理表明，法庭还将该事项视为一个含有与外交保护相近但又有不同的保护船员案件。几内亚对船员求偿的可采性明确表示反对，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。<sup>262</sup> 圣文森特也明确坚持认为，该国有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”。<sup>263</sup> 海洋法庭驳回了几

---

<sup>254</sup> G.H.Hackworth, *Digest of International Law* (1942), vol.3, p.418, vol.4, pp.883-884.

<sup>255</sup> 2003 年 5 月 20 日发给国际法院的信函(现存于联合国法律事务厅编纂司档案中)。

<sup>256</sup> 见 Arthur Watts, “The Protection of Alien Seamen”, *ICLQ* vol.7 (1958), p.691.

<sup>257</sup> J.B.Moore, *International Arbitrations*, vol.3, 第 2536 页。

<sup>258</sup> *AJIL* vol.29 (1935), 第 326 页。

<sup>259</sup> 《1949 年国际法院案例汇编》，第 174 页起，见第 202-203 页，Hackworth 法官，和第 206-207 页，Badawi Pasha 法官。

<sup>260</sup> 判决，《1999 年国际海洋法法庭报告》，第 10 页。

<sup>261</sup> 同上，第 98 段。

<sup>262</sup> 同上，第 103 段。

<sup>263</sup> 同上，第 104 段。

内亚的反对意见，表示《联合国海洋法公约》<sup>264</sup> 的若干相关条款，其中包括第二九二条，没有将船旗国的国民与非国民加以区分。<sup>265</sup> 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”。<sup>266</sup>

(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“塞加号”案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。假如每个受伤者必须向其国籍所属国寻求保护，就会随之带来过度的困难”。<sup>267</sup> 与提出赔偿要求有关的实际考虑不应受到忽视。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则更容易，也更有效率。

(8) 对于船旗国为船员寻求补救的权利，存在着大量的和合理的支持。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。在委员会看来，国籍国的外交保护和船旗国为船员寻求补救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) 船旗国为船员寻求补救的权利并不限于对船舶受损害过程中蒙受的损害的补救，而是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行使外交保护的国家应：

- (a) 充分考虑行使外交保护的可能性，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。

---

<sup>264</sup> 《联合国条约汇编》，第 1833 卷，第 3 页。

<sup>265</sup> 判决，《1999 年国际海洋法法庭报告》，第 105 段。

<sup>266</sup> 同上，第 106 段。

<sup>267</sup> 同上，第 107 段。

## 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手段而为外交保护增添力量。第 19 条草案中建议各国在外交保护方面考虑这些做法，它建议各国“应(should)”遵循某些做法。使用这种建议式的而非规定式的措辞并非从未见于条约，尽管也不能称为条约的常见特点。<sup>268</sup>

(2) (a)款建议各国考虑为遭受重大损害的国民行使外交保护的可能性。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 10 月 24 日通过的 2005 年世界首脑会议成果决议重申了这一点。<sup>269</sup> 这种保护可以通过许多不同的途径得到实现，包括领事保护、求助于国际人权条约机制、刑事诉讼，或由安全理事会和其他国际机构采取行动，以及外交保护。哪一种程序或补救办法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，则外交保护就显然是有关国家应认真考虑补救办法之一。毕竟，外交保护是历史最长的补救办法，其有效性是有案可稽的。第 19 条草案(a)款是提醒各国考虑采取这种补救程序的可能性。

(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行使外交保护。国家行使外交保护的权利的酌处性质在本条款草案第 2 条草案中得到确认，国际法院<sup>270</sup> 和国家法庭<sup>271</sup> 也是如此主张的，这在第 2 条草案的评注中已经说明。尽管如此，但对另一种意见的支持也在增多，这种意见认为，国家或依国际法，或依国内法，有一定义务——无论多么不完善——对在外国面临人权受严重侵犯的国民提供保护。许多国家的宪法都确认个人有权就在外国遭受的损害取得外交保护，<sup>272</sup> 这项权利必然连带着国家行使外交保护的相应责任。此外，一些国

---

<sup>268</sup> 例如，《联合国宪章》第三十六条第三款规定，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”（着重号另加）。《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（《联合国条约汇编》，第 450 卷，第 11）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利自由进入海洋。”（着重号另加）。另见 1982 年《联合国海洋法公约》第二十七、二十八、四十三和一百二十三条。

<sup>269</sup> A/RES/60/1，第 119-120、138-140 段。

<sup>270</sup> 巴塞罗那电车公司案，第 44 页。

<sup>271</sup> 例如见 Abbasi v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs, [2002] EWCA Civ.1598; Kaunda v. President of the Republic of South Africa 2005 (4) South African Law Reports 235 (CC), ILM vol.44 (2005), p.173.

<sup>272</sup> 见《特别报告员关于外交保护的第一次报告》，A/CN.4/506 号文件，第 28 页。

家的法庭裁决表明，虽然一国可以酌定是否行使外交保护，但该国有义务在接受司法审查的前提下设法协助国民，其中包括充分考虑行使外交保护的可能性的义务。<sup>273</sup>在 Kaunda 等人诉南非共和国总统案中，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，采取行动保护一个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，将很难拒绝执行政府提供援助的要求，如果是极端情形，则可能无法解决。政府不大可能拒绝这种请求，但是，在拒绝请求的情况下，对这种决定可以诉诸司法，而法庭则可责令政府采取适当行动”。<sup>274</sup>

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行使外交保护的可能性。如果说习惯国际法还没有达到这样的发展阶段，则第 19 条草案(a)款必须视为逐渐发展的一步。

(4) 第 19 条(b)款规定，国家“应(should)”在行使外交保护方面“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”。同第 19 条(a)款一样，这项规定也是在编纂与逐渐发展之间的灰色区域内。在实践中，行使外交保护的国家在评估求偿所指损害时确实要顾及外国人所受损害的道义后果和物质后果。<sup>275</sup>为此，显然需要征求受害人的意见。对于是否要求通过赔偿而得到恢复原状、补偿或抵偿的决定也是如此。一些学者据此提出论点认为，第 19 条(b)款中所包含的建议本身已经是习惯国际法的一项规则<sup>276</sup>。如果并非如此，则第 19 条(b)款也必须视为逐渐发展的一步。

(5) 第 19 条(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，即认为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。按照马夫罗马蒂斯在巴勒斯坦的特许权案中的意见，国家在行使外交保护方面要维护自己的权利，成为“唯一的要

---

<sup>273</sup> *Rudolf Hess case* ILR vol.90 p.387 at pp.392, 396; *Abbasi v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs*, [2002] EWCA Civ.1598 and ILR vol.125 p.685, paras.69, 79, 80, 82-83, 107-8. See, generally, A.Vermeer-Künzli “Restricting Discretion: Judicial Review of Diplomatic Protection” *Nordic Journal of International Law* vol.75 (2006), p.93.

<sup>274</sup> 2005 (4) South African Law Reports 235 (CC); ILM vol.44 (2005), 第 173 页，第 69 段。

<sup>275</sup> 霍茹夫工厂案(案情实质)，《常设国际法院案例汇编》A 辑，第 17 号，第 28 页；Morelli 法官在巴塞罗那电车公司案中的单独意见，《1970 年国际法院案例汇编》，第 223 页。

<sup>276</sup> B.Bollecker-Stern *Le Préjudice dans la Théorie de la Responsabilité Internationale* (Paris: A.Pedone, 1973), p.98; L.Dubois “La distinction entre le droit de l’État réclamant et le droit au ressortissant dans la protection diplomatique” *Revue critique de Droit International Privé*, (1978) pp.615, 624.

求人”。<sup>277</sup> 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。国家在行使外交保护方面具有“完全的行动自由”，这一点在巴塞罗那电车公司案中得到确认。<sup>278</sup> 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<sup>279</sup> 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，<sup>280</sup> 但仍然有意见坚持认为国家在处置所受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裁决人帕克在第 V 号行政裁决中的意见：

“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，在确定索偿要求的提出、推动或撤回、妥协的时间和方式上必须不受限制地行使酌处权，而个人则将接受这种行动的约束。即使索偿国在裁决执行中得到赔偿，国家对得到和持有的赔偿金具有充分的控制权，并且为预防欺诈、纠正错误或保护国家声誉，可能选择将金额返还支付赔偿国或以其他方式处理。”<sup>281</sup>

英国的一些司法裁决也有类似意见<sup>282</sup>，有些人认为这是对国际法的准确表述。<sup>283</sup>

(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统一解决的办法，这在实践中导致个人索赔所得远远少于索赔额。<sup>284</sup> 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，有的国家将外交索赔中所得的资金支付给受损害的国民。在第 V 号行政裁决中，裁决人帕克说：

---

<sup>277</sup> 《1924 年常设国际法院案例汇编》，A 辑，第 2 号，第 2 页。

<sup>278</sup> 《1970 年国际法院案例汇编》，第 3 页，第 44 段。

<sup>279</sup> 霍茹夫工厂案(案情实质)，《1928 年常设国际法院案例汇编》A 辑，第 17 号，第 28 页。

<sup>280</sup> 见上文脚注 276 引述的作者。

<sup>281</sup> 《联合国国际仲裁裁决汇编》，第七卷，第 119 页起，见第 152 页，第 152 段(着重号是另加的)。

<sup>282</sup> *Civilian War Claimants Association v.R* [1932] AC p.14; *Lonrho Exports Ltd.v.Export Credits Guarantee Department* [1996] 4 A11 E.R., p.673; at p.687.

<sup>283</sup> American Law Institute, *Restatement of the Law*, Third, Foreign Law of the United States (1987) at §902, pp.348-9; *Distribution of the Aslop Award*, Opinion of J.Reuben Clark, Department of State, cited in Hackworth, *Digest of International Law*, vol.5, p.766; B.Bollecker-Stern *Le Préjudice dans la Théorie de la Responsabilité Internationale*, p.108.

<sup>284</sup> W.K.Geck “Diplomatic Protection” in *Encyclopaedia of Public International Law* (1992), vol.1 at p.1058; D.Bederman “Interim Report on ‘Lump Sum Agreements and Diplomatic Protection’” *International Law Association, Report of the Seventieth Conference, New Delhi* (2002), p.230; R.Lillich “The United States-Hungarian Claims Agreement of 1973”(1975), *AJIL* vol.69, p.534; R.Lillich & B.Weston *International Claims: Their Settlement by Lump-Sum Agreements* (Charlottesville: University Press of Virginia 1975).

……但是，如果是为指定的国民提出要求并就这一要求获得赔偿裁决和得到赔款，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享有资金的所有权，没有任何义务向个人索赔人作出说明，尽管是以该索赔人的名义提出索赔并以其名义得到支付，而且索赔人是该笔资金的真正的所有人。在一些案件中，可以发现容易受到这种解释、可能误导的概括性言论，这些案件对就大量索赔提出要求的国家作出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，也没有为任何指定的索偿要求分配具体数额。相信没有任何案例可证实：国际法庭对代表指定国民提出索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赔偿全额向这种国民或在其之下求偿的人充分交待所得赔偿金的处置。就美国而言，国会似将为补偿具体索赔而支付给国家的资金视为(国家)“受托为美国公民或他人”持有。<sup>285</sup>

学者意见证实了这确实是国家实践。<sup>286</sup> 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。<sup>287</sup> 此外，1994年欧洲人权法院在 *Beaumartin* 诉法国案<sup>288</sup> 中裁定，就赔偿作出规定安排的国际协定可引起受损害人能够要求依法落实的获得赔偿的权利。

(7) (c)款承认，国家从拟转给受害者的赔偿中扣除合理的费用并非不当。作这种扣除的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、司法裁决和理论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。国家对于限制自己对裁定赔偿金的处置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。第19条草案(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。

---

<sup>285</sup> 《联合国国际仲裁裁决汇编》，第七卷，第119页起，见第152页。

<sup>286</sup> W.K.Geck “Diplomatic Protection” in *Encyclopedia of Public International Law* (1992), vol.1 at p.1057; F.V.Garcia-Amador, Louis B.Sohn & R.R.Baxter, *Recent Codification of the Law of the State Responsibility for Injuries to Aliens* (Dobbs Ferry, N.Y.:Oceana Publishers, 1974), p.151.

<sup>287</sup> 见 B.Bollecker-Stern, *Le Préjudice dans la Théorie de la Responsabilité Internationale*, p.109.

<sup>288</sup> Case No.15287/89; [1994] ECHR 40.

## 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 所造成的损失的国际责任)

#### 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·昆廷-巴克斯特先生为特别报告员。<sup>289</sup>

52. 委员会从第三十二届会议(1980年)到第三十六届会议(1984年)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个条文的草案,但委员会没有作出决定,将这些条文草案提交起草委员会。<sup>290</sup>

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。委员会从第三十七届会议(1985年)到第四十八届会议(1996年)共收到并

---

<sup>289</sup> 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》,第二卷(第二部分),第150-152页。

<sup>290</sup> 关于特别报告员的五份报告,见《1980年...年鉴》,第二卷(第一部分),第247页,文件A/CN.4/334和Add.1和2(第一次报告);《1981年...年鉴》,第二卷(第一部分),第103页,文件A/CN.4/346和Add.1和2(第二次报告);《1982年...年鉴》,第二卷(第一部分),第51页,文件A/CN.4/360(第三次报告);《1983年...年鉴》,第二卷(第一部分),第201页,文件A/CN.4/373(第四次报告);《1984年...年鉴》,第二卷(第一部分),第155页,文件A/CN.4/383和Add.1(第五次报告)。这些报告试图为本专题拟订一个概念性依据和专题纲要,并载有五个条文草案建议。专题纲要载于特别报告员提交委员会第三十四届会议(1982年)的第三份报告。委员会在其第三十六届会议(1984年)上还收到对联合国法律顾问于1983年向16个选定的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应尽的义务是否足以履行或取代提纲中提到的某些程序,《1984年...年鉴》,第二卷(第一部分),第129页,文件A/CN.4/378。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》,第二卷(第一部分),增编,文件A/CN.4/384。也见“与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有关的责任制度概览”,《1995年...年鉴》,第二卷(第一部分),文件A/CN.4/471。

审议了特别报告员提交的十二份报告。<sup>291</sup> 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。<sup>292</sup> 另一个于 1996 年设立，以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预防原则和赔偿或其他救济责任原则有关的情况，并提交了一些条文及其评注。<sup>293</sup>

54. 委员会第四十九届会议(1997 年)根据专门设立的审议委员会应如何就本专题开展工作问题的工作组的建议，<sup>294</sup> 决定首先在“预防危险活动造成的跨界损害”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。<sup>295</sup> 委员会委员会从第五十届会议(1998 年)到第五十二届会议(2000 年)共收到并审议了特别报告员提交的三份报告。<sup>296</sup>

55. 委员会第五十届会议(1998 年)一读通过了一套共 17 条的关于预防危险活动的跨界损害的条款草案。<sup>297</sup> 委员会第五十三届会议(2001 年)通过了序言草案和一套共 19 条的关于预防危险活动跨界损害的条款草案的定本，<sup>298</sup> 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。

---

<sup>291</sup> 关于特别报告员的十二份报告，见《1985 年...年鉴》，第二卷(第一部分)，第 97 页，文件 A/CN.4/394(第一次报告)；《1986 年...年鉴》，第二卷(第一部分)，第 145 页，文件 A/CN.4/402(第二次报告)；《1987 年...年鉴》，第二卷(第一部分)，第 47 页，文件 A/CN.4/405(第三次报告)；《1988 年...年鉴》，第二卷(第一部分)，第 251 页，文件 A/CN.4/413(第四次报告)；《1989 年...年鉴》，第二卷(第一部分)，第 131 页，文件 A/CN.4/423(第五次报告)；《1990 年...年鉴》，第二卷(第一部分)，第 83 页，文件 A/CN.4/428(第六次报告)；《1991 年...年鉴》，第二卷(第一部分)，第 71 页，文件 A/CN.4/437(第七次报告)；《1992 年...年鉴》，第二卷(第一部分)，第 75 页，文件 A/CN.4/443(第八次报告)；《1993 年...年鉴》，第二卷(第一部分)，文件 A/CN.4/450(第九次报告)；《1994 年...年鉴》，第二卷(第一部分)，A/CN.4/459(第十次报告)；文件 A/CN.4/468(第十一次报告)；以及文件 A/CN.4/475 和 Add.1(第十二次报告)。

<sup>292</sup> 《1992 年...年鉴》，第二卷(第二部分)，第 281 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。首先完成关于防止跨界损害的工作，然后进行补救措施方面的工作。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《1995 年...年鉴》，第五章。

<sup>293</sup> 《大会正式记录，第四十八届会议，补编第 10 号》(A/51/10)，附件。

<sup>294</sup> 同上，《第五十二届会议，补编第 10 号》(A/52/10)，第 162 至 165 段。

<sup>295</sup> 同上，第 168 段。大会在其第 52/156 号决议第 7 段中注意到这个决定。

<sup>296</sup> A/CN.4/487 和 Add.1(第一次报告)；A/CN.4/501(第二次报告)和 A/CN.4/510(第三次报告)。委员会还收到各国政府提出的评论和意见，A/CN.4/509 和 A/CN.4/516，后者于 2001 年收到。

<sup>297</sup> 《大会正式记录，第五十三届会议，补编第 10 号》(A/53/10)，第 52 段。

<sup>298</sup> 同上，第五十六届会议，补编第 10 号(A/56/10)，第 97 段。



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的概念纲要的工作组的建议,<sup>299</sup> 任命彭马拉朱·斯里尼瓦萨·拉奥先生为“国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任”专题的特别报告员。<sup>300</sup>

57. 委员会从第五十五届会议(2003 年)到第五十六届会议(2004 年)收到并审议了特别报告员的两次报告。<sup>301</sup> 在这一时期, 委员会还设立了两个工作组, 一个于 2003 年设立, 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, 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条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)还一读通过了一套共八条的关于危险活动造成的跨界损害的损失分配的原则草案, 并按照其《章程》第 16 条和第 21 条将这些原则草案通过秘书长发送各国政府, 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. 本届会议审议此专题的情况

59. 委员会在本届会议上收到了特别报告员的第三次报告(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、10、11 和 12 日举行的第 2872 至 2875 次会议上审议了这份报告, 并在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意见和各国政府发来的评论和意见。

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), 并二读通过了关于危险活动造成的跨界损害案件中的损失分配的序言和一套共八条的原则草案。

---

<sup>299</sup> 大会第 56/82 号决议执行部分第 3 段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。

<sup>300</sup> 同上, 第五十七届会议, 补编第 10 号(A/57/10), 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)”专题的一些初步理解, 提供了对其范围和应采取的办法的意见。

<sup>301</sup> A/CN.4/531(第一次报告)和 A/CN.4/540(第二次报告)。

61. 委员会在 2006 年 8 月 8 日第 2909 和 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 次会议上回顾，委员会第四十九届会议(1997 年)决定分两部分审议该专题；委员会第五十三届会议(2001 年)完成了第一部分的工作<sup>302</sup>，并建议大会根据预防危险活动的跨界损害的条款草案拟订一项公约。<sup>303</sup> 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造成的跨界损害案件中的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造成的跨界损害案件中的损失分配的序言案文和原则草案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造成的跨界损害案件中的损失分配的序言草案和原则草案，

向特别报告员彭马拉朱·斯里尼瓦萨·拉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造成的跨界损害案件中的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·昆廷-巴克斯特先生和胡利奥·巴尔沃萨先生表示深挚感谢，感谢他们对本专题工作的杰出贡献。

---

<sup>302</sup> 《大会正式记录，第五十六届会议，补编第 10 号》(A/56/10)，第 91 段。

<sup>303</sup> 同上，第 94 和 97 段。

**E. 关于危险活动造成的跨界损害案件中  
损失分配的原则草案案文**

**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。

**关于危险活动造成的跨界损害案件中  
损失分配的原则草案**

大会，  
重申《关于环境和发展的里约宣言》原则 13 和 16，  
忆及《预防危险活动造成跨界损害的条款草案》，  
认识到尽管有关国家遵守关于预防危险活动造成跨界损害的义务，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未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：
  - (一) 人员死亡或人身伤害；
  - (二) 财产的损失或损害，包括构成文化遗产部分的财产；
  - (三) 环境受损而引起的损失或损害；
  - (四) 恢复财产或环境，包括自然资源的合理措施的费用；
  - (五) 合理反应措施的费用。
- (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”指在发生造成跨界损害事件时指挥或控制有关活动的人。

### 原则 3

#### 目的

本原则草案的目的是：

- (a) 确保遭受跨界损害的受害者得到及时和充分的赔偿；
- (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. 各国应当采取一切必要措施，确保其领土上或其管辖或控制下的危险活动所造成跨界损害的受害者获得及时和充分的赔偿。

2. 这些措施应当包括要求经营者或酌情要求其他人或实体承担赔偿责任。这种赔偿责任不应当要求证明过失。关于这种赔偿责任的条件、限制或例外均应符合原则草案 3。

3. 这些措施也应当包括要求经营者，或者酌情要求其他人或实体为偿付索赔建立并保持财务担保，例如保险、保证金或其他财务保证。

4. 在适当情况下，这些措施应当包括要求在国家一级设立工业基金。
5. 若以上各段中所列措施不足以提供充分的赔偿，起源国还应当确保有另外的财政资源可用。

## 原 则 5

### 反 应 措 施

一旦发生造成或可能造成跨界损害的涉及危险活动的事件时：

- (a) 起源国应立即将事件以及可能造成的跨国损害后果通知所有受影响或可能受影响的国家；
- (b) 在经营者的适当参与下，起源国应确保采取适当的反应措施，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其合作，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. 一旦其领土内的或受其管辖或控制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等的及时、充分和有效的救济。
3. 第 1 款和第 2 款不影响受害者有权在起源国可得到的救济之外，寻求其他的救济。
4. 各国可协助诉诸迅速而又最经济的国际求偿解决程序。
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、区域或双边协定能为赔偿、反应措施及国际和国内救济提供有效安排，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这样的安排，使工业基金和(或)国家基金在经营者财力，包括财务担保措施不足以偿付事故损害的情况下能提供补充赔偿。此类基金可设定用于补充或取代全国性的工业基金。

## 原 则 8

### 执 行

1. 每一国均应当采取必要的立法、规章和行政措施，以执行本原则草案。
2. 本原则草案和用于执行本原则草案的措施在实施时不得有任何基于诸如国籍、居所或住所的歧视。
3. 各国应当相互合作，以执行本原则草案。

## 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。

### 关于危险活动造成的跨界损害案件中 损失分配的原则草案

#### 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《关于环境和发展的里约宣言》有关规定的背景之下，接着具体提到《预防危险活动造成跨界损害的条款草案》。

(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那些条款草案所承担的预防义务，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) 正如序言所述的，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可用的办法。

(4) 序言指出，针对某些特殊种类的危险活动制订国际协定，便可获得必要的赔偿安排。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。<sup>304</sup> 其次，有一项谅解是，责任问题的范围应与《预防危险活动造成跨界损害的条款草案》的范围相同，委员会也于2001年通过了该条款草案。<sup>305</sup> 具体地说，为了启动关于跨界损害的制度，应采用《预防危险活动造成跨界损害的条款草案》中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与全球公共资源有关的问题这一事项。委员会注意到与那一专题相关的问题属于不同的问题，有其自己的特点，因而得出结论认为，那些问题需要另外处理。<sup>306</sup> 第三，应基于某些政策考虑制订这些原则草案：(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的规定；及(b) 除了关于预防的条款草案中所设想的那些措施以外，还应制订应急计划和反应措施。

(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，并且可能有限，或受条件、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或由协定或法律平等指定的其他实体来承担。重要的一点是，在职

---

<sup>304</sup> 国家对国际不法行为的责任条款的案文和评注，见《大会正式记录，第五十六届会议，补编第10号》(A/56/10)，第77段。

<sup>305</sup> 同上，第98段。

<sup>306</sup> 也见同上，第五十七届会议，补编第10号(A/57/10)，第447段。

能上处于指挥或控制或引导或实施全面监督地位的人或有关实体也可作为活动的受益人被认定负有责任。

(9) 第五，可以指出的是，人们普遍地赞同在任何损失分配方案中考虑到补充性资金；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，将损失在众多行为者之间分摊，包括国家在内。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，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。<sup>307</sup> 按照这些义务，各国只能在下列情况下允许进行具有重大跨界损害风险的危险活动：事先批准，利用环境和跨界影响评估，并适当的监测安排以监测这种跨界影响。换句话说，将主要责任与经营者联系在一起，丝毫不能免除国家的义务，国家仍必须履行其国际法规定的预防职责。

(10) 第六，对于危险活动造成损害时的损失分配方案涉及的制度应包含哪些基本内容，委员会存在着广泛的一致意见。大家都理解，在大多数情况下，用于解决赔偿要求的实质性的或适用的法律会涉及到民事赔偿责任或刑事赔偿责任，或涉及到两者，并且取决于若干变量。与选择法院以及适用的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，对可能产生的要求和适用的法律和程序不会有任何妨碍。

(11) 由于原则草案是一般性和剩余性的，因此是作为无约束力的原则草案宣拟订出来的。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法律制度实现统一，而实现这种统一充满困难。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，并且可通过迅速的反应措施减轻损害，并尽可能恢复环境的原状。

---

<sup>307</sup> Birnie 和 Boyle 在论及预防条款草案时说：“关于将委员会的公约草案规定视为对现有国际法的编纂……条约和案例法中以及国家实践中都存在着充足的先例同意这样做。这些规定是各国在处理跨界危险时须遵守的最低限度标准，并且是对《里约宣言》原则 2 的履行。” Patricia Birnie and Alan Boyle, *International Law and the Environment* (Oxford: Oxford University Press, 2002) (2nd ed.), p.113.



(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各国可用的可能选择，以便对各国拟订适当的国家执行措施和制订具体的国际制度具有帮助作用。委员会的着眼点是精心拟订原则草案的内容，使之成为一套前后呼应的行为和实践标准。委员会并不打算说明各项原则草案在习惯国际法中的全面的现状；各项原则草案的措词无意影响这一问题。

## 序 言

大会，

重申《关于环境和发展的里约宣言》原则 13 和 16，

忆及《预防危险活动造成跨界损害的条款草案》，<sup>308</sup>

认识到尽管有关国家遵守关于预防危险活动造成跨界损害的义务，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和减少未来无国籍状态两项公约草案时，在提交与国家继承有关的自然人的国籍问题条款草案以及在提交关于预防的条款草案时，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，故提供序言草案也十分恰当。

---

<sup>308</sup> 《大会正式记录，第五十六届会议，补编第 10 号》(A/56/10)，第 97 段。

(2) 正如在总评注里指出的，第一序言段先是提到《关于环境和发展的里约宣言》原则 13 和 16。<sup>309</sup> 该项宣言的原则 13 重申了《斯德哥尔摩人类环境宣言》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的赔偿问题制订法律。

《里约宣言》原则 16 考虑到污染者付费原则，论述了应推动环境成本内部化的问题。委员会认为污染者付费原则是本原则草案所包含的一项基本内容，这是为了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。它将本原则草案与关于预防的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；本段意在使实施那一制度所产生的求偿被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未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”的原则草案是为了提供本原则草案的背景，并反映委员会的下述理解，即本原则草案将具有与 2001 年《预防危险活动造成跨界损害的条款草案》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性。<sup>310</sup> 原则草案 1 表明，本原则草案所处理的核心问题是跨界损害。“跨界损害(transboundary damage)”的概念与“跨界损害(tranboundary harm)”概念一样，注重的是一国境内的活动在另一国管辖区域内造成的损害。

---

<sup>309</sup> 《联合国环境与发展会议报告》，里约热内卢，1992 年 6 月 3 日至 14 日(联合国出版物，出售品编号 E.93.I.8 和更正)，第一卷：会议通过的决议，决议一，附件一。

<sup>310</sup> 见委员会 2002 年工作组的建议，《大会正式记录，第五十七届会议，补编第 10 号和更正》(A/57/10 和 Corr.1)，第 447-448 段。

(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“可能以有形后果造成重大跨界损害的活动”。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在这些活动范围内。事故的发生概率和损害性影响的严重程度两者的合并后果应使这些活动有别于任何其他活动。<sup>311</sup>

(3) 与处理关于预防的条款草案时所采取的做法一样, 委员会决定不要活动清单。详细地列出活动清单并不是没有问题, 而且清单所起的作用据认为不是必不可少的。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的活动), 一项活动所产生的风险基本上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关于预防的条款草案中所列的必须事先批准的要求是相同的。另外, 各国总是可以通过多边、区域或双边安排, 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。<sup>312</sup>

(4) “国际法未加禁止的危险活动所造成的跨界损害”这一短语与关于预防的条款草案中“国际法未加禁止、但却可能以有形后果造成重大跨界损害的活动”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。<sup>313</sup>

(5) 与关于预防的条款草案一样, 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“国际法未加禁止的活动”。之所以采用这一特定短语, 主要是为了将本原则草

---

<sup>311</sup> 同上, 第五十六届会议, 补编第 10 号(A/56/10), 第 98 段, 关于预防的条款草案第 2 条(a)项的评注第(1)段。

<sup>312</sup> 例如, 各种责任制度都处理了在其范围内的各种类型活动: 1992 年《保护波罗的海区域海洋环境公约》[IMO 1] LDC.2/Circ.303 (也见联合国《海洋法公报》, 第 22 号(1993 年), 第 54 页); 1992 年《关于工业事故跨界影响的公约》(doc.ENVWA/R.54 和 Add.1), 重印见 ILM vol.31 (1992), 第 1333 页; 2003 年《因工业事故对跨界水道的跨界影响而造成的损害的民事责任和赔偿议定书》(2003 年基辅议定书)附件一, 欧洲经委会文件 MP/WAT/2003/1-CP.TEIA/2003/3, 2003 年 3 月 11 日; 《关于对环境危险活动造成损害的民事责任卢加诺公约》(卢加诺公约)附件二(《欧洲联盟条约汇编》, 第 150 号。也见 ILM vol.32 (1993), 第 128 页), 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个危险物品清单。另见欧洲议会 2004/35/CE 号指示和欧洲理事会 2004 年 4 月 21 日的指示, 均涉及在预防和补救环境损害方面的环境责任问题(OJ L 143/56.30.4.2004, vol.47)。

<sup>313</sup> 《大会正式记录, 第五十六届会议, 补编第 10 号》(A/56/10), 第 98 段, 第 1 条草案的评注。

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的义务的重要性，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，委员会决定对两个问题进行分别处理。<sup>314</sup> 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) 本原则草案与关于预防的条款草案一样，关注的是初级规则。因此，如果不履行关于预防的条款草案所规定的预防义务，便可能引起国家责任，而不一定同时引起这样的暗示：活动本身是受到禁止的。<sup>315</sup> 在这样的情况下，援引国家责任不仅是为了履行国家自己的义务，而且也是为了履行经营者的民事责任或职责。<sup>316</sup> 事实上，在关于预防的条款草案的整个起草过程中，大家都清楚这一点。<sup>317</sup>

(7) 人们承认，尽管履行了预防义务，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，但最终预防措施证明不够，或者在最初批准时，未能查明引起跨界损害的特定危

---

<sup>314</sup> 《1973年……年鉴》，第二卷，第38段。

<sup>315</sup> 《大会正式记录，第五十七届会议，补编第10号》(A/56/10)，第98段，第1条评注第(6)段，第382页。M. B.Akehurst “International Liability for Injurious Consequences Arising out of Acts not Prohibited by International Law”, *Netherlands Yearbook of International Law*, vol.L.16 (1985), pp.3-16; Alan E.Boyle, “State Responsibility and International Liability for Injurious Consequences of Acts not Prohibited by International Law: A necessary distinction?”, *ICLQ*, vol.L.39 (1990), pp.1-25; Karl Zemanek, “State Responsibility and Liability”, in W.Lang, H.Neuhold, K.Zemanek (edS.), *Environmental Protection and International Law* (London: Graham & Trotman, 1991), p.197; 彭·斯·拉奥，关于预防危险活动造成跨界损害的第二次报告，文件 A/CN.4/501，第35-37段。J.Barboza, “La responsabilité ‘causale’ à la Commission du droit international”, *AFDI*, 1988, pp.513-522; P.Cahier, “Le problème de la responsabilité pour risque en droit international”, in *IUHEI, les relations internationales dans un monde en mutation* (Leyden: Sijthoff, 1977), pp.409-434; C-G.Laubet, “Le droit internationale enquête d’une responsabilité pour les dommages résultant d’activités qu’il n’interdit pas”, *AFDI*, 1983, pp.99-120; D.Levy, “Responsabilité pour omission et responsabilité pour risque en droit international public”, *RGDIP*, 1961, pp.744-764; P.Strurma, “La responsabilité en dehors de l’illicite en droit international économique”, *PYBIL*, 1993, pp.91-112.

<sup>316</sup> 见 P.M.Dupuy, *La responsabilité internationale des États pour les dommages d’origine technologique et industrielle* (Paris:Pedone,1977), p.319; 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 Said Mahmoudi (edS.), *Current International Law Issues: Nordic Perspectives* (Essays in honour of Jerzy Sztucki) (Boston: M.Nijhoff, 1994); and Fouad Bitar “Les mouvements transfrontaliers de déchets dangereux selon la Convention de Bâle”, *Etude des régimes de responsabilité* (Paris:Pedone,1997),pp.79-137.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?” in *Revue générale de droit international public* (1997-4),pp.873-903;Teresa A.Berwick, “Responsibility and Liability for Environmental Damage: A Roadmap for International Environmental Regimes”, *Georgetown International Environmental Review* (1998), pp.257-267; and P.M.Dupuy, “A propos des mésaventures de la responsabilité internationale des États dans ses rapports avec la protection internationale de l’environnement”, in M.Prieur & C.Lambrechts, *Les Hommes et l’environnement: Études en hommage à Alexandre Kiss* (Paris:Frison-Roche,1998).

<sup>317</sup> 《大会正式记录，第五十八届会议，补编第10号》(A/58/10)，第443段。

险，因此也未能设想采取适当的预防措施。<sup>318</sup> 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。<sup>319</sup>

(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，本原则草案所涉及的活动是那些最初就具有引起重大跨界损害“风险”的活动。正如上文第(2)段指出的，风险这一要素把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都包括在内。<sup>320</sup>

(10) 第三项标准是，有关活动引起的损害必须是“跨界”损害。原则草案 2 界定了“跨界损害”。它将跨界损害与进行有关活动的国家以外的另一国的领土或其管辖或控制的其他地方联系起来。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。<sup>321</sup> 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)的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

---

<sup>318</sup> 同上，第 444 段。

<sup>319</sup> 见 Peter Wetterstein “A Proprietary or Possessory Interest: A Condition *sine qua non* for claiming damage for environmental impairment”, in Peter Wetterstein, *Harm to the Environment: the Right to Compensation and Assessment of Damage* (Oxford: Clarendon Press (1997)), p.30. 另见薛捍勤, *Transboundary Damage in International Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2003), pp.19-105 and 113-182.

<sup>320</sup> 另见《大会正式记录，第五十六届会议，补编第 10 号》(A/56/10)，第 98 段，第 2 条款草案评注第(1)段，第 387 页。

<sup>321</sup> 同上，第 98 段，第 1 条款草案评注第(7)-(12)段。

责任制度里通常使用这一术语。<sup>322</sup> “Damage”之前加上了“transboundary”一词，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草案范围之外。<sup>323</sup> 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：
- (一) 人员死亡或人身伤害；
  - (二) 财产的损失或损害，包括构成文化遗产部分的财产；
  - (三) 环境受损而引起的损失或损害；

---

<sup>322</sup> “损害”的定义见于下列文书：1999年《危险废物及其他废物越境转移及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(文件 UNEP-CHW.5/29)；2003年《基辅议定书》第2条第2款(d)项；1993年《卢加诺公约》第2条第7款；1996年《关于海运危险和有害物质造成损害的责任和赔偿公约》第1条第6款(国际海事组织文件 LEG/CONF.10/8/2。另见 ILM vol.35 (1996) 1415)；1989年《关于因公路、铁路和内河航行船舶运输危险货物造成损害的民事责任公约》第1条第10款(文件 ECE/TRANS/79, 公约案文也见 *Revue de droit uniforme (UNIDROIT)* 1989 (I), 第280页)。另见在预防和补救环境损害方面的环境责任的欧洲议会和欧洲理事会指示 2004/35/CE 的第2条第2款(OJ L 143/56.30.4.2004.Volume 47)；1972年《空间物体所造成损害的国际责任公约》第一条(a)款(《联合国条约汇编》，第961卷，第187页)。

“污染损害”的定义见于下列文书：1969年《国际油污损害民事责任公约》第1条第6款(《联合国条约汇编》，第973卷，第3页)；1992年《国际油污损害民事责任公约》第1条第6款(国际海事组织文件 LEG/CONF.9/15)。另见 Birnie 和 Boyle, *Basic Documents on International Law and the Environment* (Oxford: Clarendon Press, 1995), 第91-106页；2001年《舱载燃油污染损害民事责任国际公约》第1条第9款(国际海事组织文件 EG/CONF.12/DC/1)；1977年《关于因勘探和开采海床矿物资源而造成油污损害民事责任的公约》第1条第6款(ILM vol.16 (1977) 1451)。

“核损害”的定义见于下列文书：《维也纳核损害民事责任公约》第一条第1款 k 项(ILM vol.2 (1963) 727)；1997年《修正1963年维也纳公约的议定书》第一条第1款 k 项(ILM vol.36 (1997) 1462)；1997年《核损害补充赔偿公约》第1条(ILM vol.36 (1997) 1473)；2004年《修正1960年核能领域第三方责任巴黎公约的议定书》第一条(a)款第(七)项(www.nea.fr/html/law)。

另见1988年《管理南极矿物资源活动公约》第1条第(15)款(ILM vol.27 (1988) 859)，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1997年《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”(大会1997年5月21日第51/229号决议，公约案文见联合国文件 A/51/869。另见 ILM vol.36 (1997) 700)，所载第7条力图“防止造成重大损害”。《关于保护环境的南极条约议定书》附件六涉及突发事件的责任问题，其第2条(b)款给“环境突发事件”下的定义是“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……任何意外事件”。

<sup>323</sup> 《大会正式记录，第五十六届会议，补编第10号》(A/56/10)，第98段，第2条款草案，第16和17段，第386页。

- (四) 恢复财产或环境，包括自然资源的合理措施的费用；
- (五) 合理反应措施的费用。
- (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”指在发生造成跨界损害事件时指挥或控制有关活动的人。

## 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，特雷尔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。<sup>324</sup> 拉努湖案的裁决提及严重的损害。<sup>325</sup> 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临界线。<sup>326</sup> “重大”一词也用在其他法律文书和

---

<sup>324</sup> 特雷尔冶炼厂仲裁案 (美国/加拿大) (第二次裁决); 《联合国国际仲裁裁决汇编》，第三卷，第1905页起，见第1965页。

<sup>325</sup> 拉努湖仲裁案 (法国诉西班牙)，同上，第十二卷，第281-317页。

<sup>326</sup> 例如见《管理南极矿物资源活动公约》第4条第2款(ILM vol.27 (1988), 第868页); 《越界环境影响评估公约》第2条第1和第2款(ILM vol.30 (1991), 第802页); 1991年欧洲经委会《工业事故跨界影响公约》第1条(d)款; 以及《国际水道非航行使用法公约》第7条。另见 Phoebe N.Okowa, *State Responsibility for Transboundary Air Pollution in International Law* (Oxford: OUP, 2000), p.176; Rene Lefeber, *Transboundary Environmental Interference and the Origin of State Liability* (The Hague: Kluwer Law International, 1996), pp.86-89, 他指出有必要确立一个临界线, 并探讨了“重大损害”这一临界线的理由以及对其含义进行解释的可能方式。另见 J. G.Lammers, *Pollution of International Watercourses* (The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 1984), pp.346-347, and R.Wolfrum “Purposes and Principles of International Environmental Law”, *German Yearbook of International Law*, vol.33 (1991), pp.308-330 at p.311. 一般来说, 在审议环境问题时须注意到损害的临界线对于引起关于恢复和赔偿的要求的重要性, 人们还提到“后果越是远离被为是可持续的状态, 随后的损害越是不可预测和无限限制, 那么后果就越接近重大这一临界线。”这须根据一种“基准的条件”来确定, 而各国一般确定基准条件或者说应当确定基准条件: 见 Rudiger Wolfrum, Christine Langenfeld and Petra Minnerop, *Environmental Liability in International Law - Towards a Coherent Conception* (Berlin: Erich Schmidt Verlag, 2005, p.501.

国内法中。<sup>327</sup> 确定临界线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。<sup>328</sup> 这种损害必须导致对其他国家诸如人的健康、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，则被认为是可容忍的，不在本原则草案的范围之内。

(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，这种看法可能变化，同样的剥夺可能被认为是“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经历着变化。

(4) (a)款界定“损害”为对人、财产或环境造成的重大损害。(一)和(二)项涉及了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。因此，(一)项中对人的损害包括死亡或人身伤害。在国内法<sup>329</sup> 和条

---

<sup>327</sup> 例如见美洲司法委员会 1965 年起草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, *Rios y Lagos Internacionales*, 4th ed.1971), 第 132 页; 1990 年联合国欧洲经委会《关于跨界水污染的责任和赔偿责任的准则》; 《关于使用国际河川水道的赫尔辛基规则》第 10 条, 国际法协会第五十二届大会报告, (赫尔辛基, 1966), 第 496 页; 2004 年《柏林水规则》第 16 条, 见 <http://www.ila-hq.org/pdf/Water%20Resources/Fin%20Report%202004.pdf> >); 关于各国在环境领域进行合作的大会 1972 年 12 月 15 日第 2995 (XXVII)号决议第 1 和第 2 段; 1974 年经济合作与发展组织理事会关于跨界污染原则的建议, 第 6 段, OECD, *Non-Discrimination in Relation to Transfrontier Pollution: Leading OECD Documents*, p.35, reprinted in ILM vol.14 (1975), p.246; the 1980 Memorandum of Intent Concerning Transboundary Air Pollution between the United States and Canada, 32 U.S.T., p.2541, T.I. A. S.No.9856; and article 7 of the 1983 Mexico-United States Agreement to Cooperate in the Solution of Environmental Problems in the Border Area, in ILM vol.22 (1983), p.1025.美国还在其处理环境问题的国内法律中使用了“重大”一词: 见 *the American Law Institute, Restatement of the Law*, 第 601 节, 报告员注 3, 第 111-112 页。

<sup>328</sup> 《大会正式记录, 第五十六届会议, 补编第 10 号》(A/56/10), 第 98 段, 第 2 条款草案评注第(4)和第(5)段。

<sup>329</sup> 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。一般见 Peter Wetterstein, “Environmental Damage in the Legal Systems of the Nordic Countries and Germany”, in Michael Bowman and Alan Boyle, *Environmental Damage in International Law and Comparative Law: Problems of Definition and Evaluation* (Oxford: OUP, 2002), pp.222-242.



约实践<sup>330</sup>中都有这样的例子。即使那些把人身伤害排除在外的责任制度也承认其他规则同样会适用。<sup>331</sup>那些对此事不置一词的制度似乎也并不完全排除在这一损害类别之下提出求偿的可能性。<sup>332</sup>

(6) (二)项列出了对财产的损害,这包括财产的损失或损害。财产包括动产和不动产。国内法<sup>333</sup>和条约实践<sup>334</sup>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的损害排除在外,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。《巴塞尔议定书》第2条(2)(c)(二)项和《卢加诺公约》第2条(7)(b)项以及《基辅议定书》第2条(2)(d)(二)项都含有这样的规定。

(7) 在传统上,所有权更密切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,关于侵权行为的法律也往往涵盖可能与经济损失有关的损害。在这方面,往往区分后果性经济损失和纯粹经济损失。<sup>335</sup>

(8) 为了本原则草案的目的,后果性经济损失列于(一)和(二)项下。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在收入上的损失。对这

---

<sup>330</sup> 一些责任制度作了如下规定:1963年《维也纳核损害民事责任公约》第一条第1款k项规定核损害包括“(一)生命损失、任何人身伤害或任何财产损失或破坏……”;1997年《修正1963年维也纳核损害民事责任公约的议定书(1997年维也纳公约)》第一条第1款(k)项也提到“(一)生命损失或人身伤害;(二)财产损失或破坏;……”2004年《巴黎公约》第一条第(七)款规定核损害包括“1.生命损失或人身伤害;2.财产损失或破坏;……”《关于因公路、铁路和内河航行船舶运输危险货物造成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)生命损失或人身伤害……;(b)财产损失或破坏……;”《巴塞尔议定书》第2条第2款(c)项中将“损害”界定为:“(一)生命损失或人身伤害;(二)财产损失或破坏,但按照本议定书负有责任之人自己持有的财产除外;”《基辅议定书》第2条第2款(d)项将损害定义为:“(一)生命损失或人身伤害;(二)财产损失或破坏,但按照本议定书负有责任之人自己持有的财产除外;”《卢加诺公约》第2条第(7)款将损害定义为:“a.生命损失或人身伤害;b.财产损失或破坏,但设施本身或在危险活动场地由经营人控制之下的财产所受损失或破坏除外”。

<sup>331</sup> 欧盟关于环境责任的2004/34/CE号指示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。

<sup>332</sup> 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(《联合国条约汇编》,第973卷,第3页);1992年《国际油污损害民事责任公约》第1条第6款(海事组织文件LEG/CONF.9/15),第1条,第9款。

<sup>333</sup> 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。

<sup>334</sup> 见上文脚注330中所举的例子。

<sup>335</sup> Bjorn Sandvik and Satu Suikkari, “Harm and Reparation in International Treaty regimes: An Overview”, in Peter Wetterstein, *Harm to the Environment* ..., op.cit.p.57. See generally, Edward H. P. Brans, *Liability for Damage to Public Natural Resources: Standing, Damage and Damage Assessment* (The Hague/London/New York: Kluwer Law International, 2001), pp.9-63. 另见特别报告员胡利奥·巴尔沃萨的第十一次报告,文件A/CN.4/468 (1995)。

种损害给予赔偿在条约实践<sup>336</sup> 和在国内法中都是得到支持的，<sup>337</sup> 虽然各国的做法各不相同，包括就如何赔偿收入损失。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) (二)项还包含了成为文化遗产一部分的财产。国家财产可包括在国家的文化遗产之内。这涉及许多方面，包括古建筑和遗址，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。<sup>338</sup> 并非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，《卢加诺公约》在其“环境”的定义里加上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。<sup>339</sup>

---

<sup>336</sup> 例如见1997年《修正1963年核损害民事责任维也纳公约的议定书》第一条第1款k项，该款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(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，只要此类损失为主管法院一般民事责任法所认可……另见1997年《核损害补充赔偿公约》第1条，该条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，只要此类损失为主管法院一般民事责任法所认可。2004年《修正1960年核能领域第三方责任巴黎公约的议定书》第1条第(7)款定义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……(3)由第(1)或(2)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。

<sup>337</sup> 例如，按照《美国石油污染法》2702节(b)款，任何人对其动产和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。该款还规定，对于“因动产、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的损失”，均可要求赔偿。同样，《德国民法典》第252节规定，任何利润损失均应赔偿。

<sup>338</sup> ILM vol.11 (1972) 1294.第1条规定，为了该公约的目的，“文化遗产”是指：

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；

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；

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1954年《关于发生武装冲突时保护文化财产的海牙公约》第1条文化财产的定义，该定义基本上指的是对各国人民具有重要意义的动产和不动产。另见1972年《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》。

<sup>339</sup> 也见《保护和利用跨界水道和国际湖泊公约》第1条(2)款。

(10) 尊重和保护环境财产在和平时期与在武装冲突时期一样都是重要的考虑。《关于在武装冲突情况下保护文化财产的海牙公约》就重申了这一原则。<sup>340</sup> 另外，国际人道主义法禁止针对构成各国人民文化遗产的历史古迹和艺术作品采取敌对行动。<sup>341</sup>

(11) (三)至(五)项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的损害有关的问题。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(三)至(五)项里较宽泛地提及与环境有关的求偿，这不仅是基于已经成为最近制定的国际责任制度的突出内容的趋势，<sup>342</sup> 而且也为进一步发展保护环境法律开辟了可能性。<sup>343</sup>

(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

---

<sup>340</sup> 1954年5月14日在海牙制订。

<sup>341</sup> 《日内瓦公约》附加议定书，第一号议定书第53条和第二号议定书第16条。另见1907年《海牙公约》，尤其是第四公约及其陆战法规和习惯条例(条例第27和第56条)和第九公约即《关于战时海军轰击公约》(第5条)。

<sup>342</sup> 关于对这些发展情况的分析，见 Louise de la Fayette, “The Concept of Environmental Damage in International Liability Regimes”, in Michael Bowman and Alan Boyle, *Environmental Damage in International and Comparative Law ... op.cit.*, pp.149-189. 也见 Edward H.P.Brans, *Liability for Damage to Public Natural Resources ...* 前引文献，第7章，涉及自然人所受损害的国际民事赔偿责任。

<sup>343</sup> 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1993年《关于对环境危险活动造成损害的民事责任卢加诺公约》的签署国。对于 Patmos 案件，意大利向 Messina 法院提出 50 亿里拉的索赔，用于赔偿 1985 年 3 月 21 日希腊 Patmos 号油船与西班牙 Castillo de Monte Aragon 号油船相撞后，因 1000 吨石油倾入其领海而使其领海遭受的生态破坏。虽然低级法院驳回了其请求，但高等上诉法院支持了其在 Patmos II 案中的请求。该法院认为：

“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，特别是海洋生物资源(食物、健康、旅游、研究、生物研究等)”。

它指出这些利益是国家保护的對象，并认为国家作为社区的受托人可要求赔偿环境价值的损失。法院还指出，鉴于损失无法确定其市场价值，故只能根据公平的估价来提供赔偿。法院驳回了专家提出的损害数值估计报告，该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。法院采用了公平的估价方法，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，故没有上诉或提出异议。一般见 Andrea Bianchi, “Harm to the Environment in Italian Practice: The Interaction of International Law and Domestic Law”, in Peter Wetterstein, *Harm to the Environment ... op.cit.*, pp.103 at 113-129. See also Maria Clara Maffei “The Compensation for Ecological Damage in the ‘Patmos’ case”, in Francesco Francioni and Tullio Scovazzi, *International Responsibility for Environmental Harm* (London/Dordrecht/ Boston: Graham & Trotman 1991).

责任制度现在承认这类损害是可以赔偿的。<sup>344</sup> 《基辅议定书》第 2 条(d)(三)项和《巴塞尔议定书》第 2 条(d)(三)项都涵盖了出于经济利益而使用环境的过程中出现的收入损失,这种损失因环境受到损害而发生,这些规定都同时考虑到了节省和费用。<sup>345</sup> 在《基辅议定书》中,这种利益应当是“受到法定保护的利益”。国内一级也存在着一些例子。<sup>346</sup>

(13) (三)项论及环境损害会采取的形式。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。针对对环境的任何经济利用方面的收入损失的索赔,由于是因环境受损而发生的,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(*res communis omnium*),这与 *res nullius* 不同,那是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

---

<sup>344</sup> 见 Peter Wetterstein “A Proprietary or Possessory Interest: A Condition sine qua non for claiming damage for environmental Impairment?”, 前引文献,第 37 页。有必要限制“直接有关的”“纯粹经济损失”概念,以免打开鼓励不确定责任的“闸门”或进入“损害赔偿博采游戏”,这反过来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 Lucas Bergkamp, *Liability and Environment: Private and Public Law Aspects of Civil Liability for Environmental Harm in an International Context* (The Hague: Kluwer Law International, 2001), 第 346-350 页。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”。Rudiger Wolfrum, Christine Langenfeld and Petra Minnerop, 前引文献,第 503 页。欧盟 2004/35 号指示第 2 条也涉及环境损害问题。

<sup>345</sup> 见 1997 年《修正 1963 年核损害民事责任维也纳公约的议定书》第一条第 1 款 k 项,该款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,并且该损失未被第(ii)分款所包括;另见 1997 年《核损害补充赔偿公约》附件第 1 条,该条涵盖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,并且该损失未被第(ii)分款所包括;2004 年《修正 1960 年核能领域第三方责任巴黎公约的议定书》第 1 条第(7)款定义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,并且该损失未被上文第(2)分款所包括;例如另见《卢加诺公约》第 2 条(7) (d); 1991 年欧洲经委会《工业事故跨界影响公约》第 1 条(c)款; 1992 年欧洲经委会《跨界水道和国际湖泊的保护和使用公约》第 1 条第(2)款;《管理南极矿物资源活动公约》第 8 条第(2)款(a)、(b)和(d)项;《关于因公路、铁路和内河航行船舶运输危险货物造成损害的民事责任公约》第 9 条(c)和(d)项。

<sup>346</sup> 《美国石油污染法》第 2702 节(b)款规定,“任何人可要求获得与自然资源的损害、毁坏或丧失而造成的利润损失或收入能力损失等额的赔偿”。《芬兰环境损害赔偿法》也涵盖了纯粹经济损失,除非这种损失数额很小。《瑞典环境法典》第三十二章也规定了纯粹经济损失的赔偿事宜。不是由犯罪行为引起的纯粹经济损失只有在达到一定程度时才可以赔偿。《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。一般资料见 Peter Wetterstein, “Environmental Damage in the Legal Systems of the Nordic Countries and Germany,” in Michael Bowman and Alan Boyle, *Environmental Damage in International Law and Comparative Law...* 前引文献,第 222-242 页。

拥有个人权利，通常无法针对这种财产所受的损害提出求偿。<sup>347</sup> 而且，为了确立求偿，并不总是容易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。国家以信托的方式掌管这些财产，通常公共当局，以及更近些时候，公共利益团体，获得了提出求偿的地位。<sup>348</sup>

(15) 可以指出的是，(四)项提到“恢复……的合理措施的费用”，(五)项提到与“合理反应措施的费用”相关的合理“清理”费用，这些都是现代概念。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”。<sup>349</sup> (四)项给损害的定义加上了一种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<sup>350</sup> 和国内法<sup>351</sup> 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。这类措施被描述为任何下述合理措施：目的是评估或恢复受损害或毁坏的环境组成部分，或者在这样做不可能时，酌情将这些组成部分的等值物引入环境中。<sup>352</sup>

---

<sup>347</sup> 在审理 *Burgess v. M/V Tamano* 案(370 F.Supp (1973) 247 at 247)时，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……”。

<sup>348</sup> 按照美国 1980 年《全面的环境反应、赔偿和责任法》(CERCLA)(42 U.S.C.A, sections 9601 et seq)、1977 年《清洁水法》(33 U.S.C.A, section 1321)、1990 年《油污法》(33 U.S.C.A., sections 2701 et seq. )，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……公共信托的广泛定义包括属于联邦、州或地方政府或印第安部落或由其管理、受托持有或以其他方式控制的‘自然资源’”。

<sup>349</sup> Louise de la Fayette, “The Concept of Environmental Damage in International Law”, ...前引文献，第 149-190 页，见第 166-167 页。

<sup>350</sup> 例如见 1997 年《修正 1963 年维也纳公约的议定书》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)中”；2004 年《第三方责任巴黎公约》(第一条第(vii) (4)款)：“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”。1992 年《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，应限于实际进行恢复或即将进行的恢复的费用。另见《巴塞尔议定书》第 2 条(2) (c) (iv)和(d)，《卢加诺公约》第 2 条(7) (c)和(8)，以及《基辅议定书》第 2 条(2) (d) (iv)和(g)。

<sup>351</sup> 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。见《环境责任法》第 16 条和《基因工程法》第 32 条。这两条规定，如果一处自然环境受到破坏，则《民法典》第 251 条第(2)款将适用，且有一项但书规定，不能只是因恢复原状的费用超过了有关标的物的价值而认为其不合理。见 *Environmental Liability Law in Germany (Grote/Renke) in Rudiger Wolfrum, Christine Langenfeld and Petra Minnerop, Environmental Liability in International Law ...前引文献*，第 223-303 页，第 278 页。

<sup>352</sup> 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对三个项目作出赔偿：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。见专员小组报告 F4/5, S/AC.26/2005/10, 技术附件一至三。也见 Peter H.Sand, “Compensation for Environmental Damage from the 1991 Gulf War”, *Environmental Policy and Law*, vol.L.35/6 (2005), 第 244-249 页，见第 247 页。

(16) 提到“合理”一词是为了表明，这类措施的费用对于这类措施的用途而言不应该过高。在审理 *Commonwealth of Puerto Rico v. Zoe Colocotroni* 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要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、有害的副作用以及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变得多余或过于昂贵”。<sup>353</sup>

(17) (五)项包括了在针对跨界损害提出求偿时可以列出的合理反应措施费用。最近的条约实践往往确认这种措施的重要性，但对于谁有权可以采取这类措施这一问题，留给了国内法来处理。<sup>354</sup> 这类措施包括在发生跨界损害之后，公共当局中的任何人采取的任何合理措施，用于防止、缩小或减轻可能的损失或损害，或用以安排对环境的清理。反应措施必须合理。

(18) 在容许对环境的“非实用价值”损失进行赔偿的问题上，近来的趋势是趋向于鼓励。委员会在通过国家责任的条款草案时，对这种主张也出现一定的支持，尽管委员们也承认，这种损害是难以量化的。<sup>355</sup> 联合国赔偿委员会最近作出的决定倾向于对“环境损害”作出宽泛的解释，这预示着未来的发展方向。在审理环境和公共健康类索赔案件时，赔偿委员会 F-4 类索赔专员小组允许对不具有商业价值的自然资

---

<sup>353</sup> 628 F.2 d, p.652 (1st Cir.1980), cited in Colin de la Rue, “Environmental Damage Assessment” in Ralph P.Kroner (ed.) *Transnational Environmental Liability and Insurance* (Graham and Trotman and International Bar Association, 1993), p.71.

<sup>354</sup> 例如见 1997 年《修正 1963 年维也纳公约的议定书》第一条第 1 款(k) (vi): “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”；1997 年《核损害补充赔偿公约》附件第 1 条第(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”；2004 年《修正 1960 年核能领域第三方责任公约的议定书》第一条(vii) (6): “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所释放的电离辐射”。1992 年《国际油污损害民事责任公约》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《巴塞尔议定书》第 2 条(2) (c) (v)和(d); 《卢加诺公约》第 2 条(7) (d)和(9)以及《基辅议定书》第 2 条(2) (d) (v)和(h)。《南极条约环境保护议定书》关于紧急情况赔偿责任的附件六第 2 条(f)将“反应行动”界定为在环境紧急情况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紧急情况的影响，为此可包括在适当情况下的清理措施，并包括确定紧急情况的程度和影响。

<sup>355</sup> 见《大会正式记录，第五十六届会议，补编第 10 号》(A/56/10)，第 36 条的评注，第(15)段：“……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量化的程度。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害，不过可能很难定量。”

源(即所谓的“纯粹”环境损害)所受的损害和完全恢复之前资源使用暂时中断的损失提出索赔。<sup>356</sup>

(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就环境的损害而采取的救济行动的范围。<sup>357</sup>

(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。<sup>358</sup> 这包括由于自然美而享受自然以及其娱乐特征和这方面的机会。由于本原则草案的一般和剩余特性,采取这种宽泛的处理办法是有道理的。<sup>359</sup>

(21) 另外,委员会之所以采取这种整体性的办法,是因为,用国际法院在审理 *Gabcikovo-Nagymaros Project* 案时所说的话表达,<sup>360</sup> 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。<sup>361</sup>

(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并反映在关于(四)和(五)项的评注里的任何限制。

---

<sup>356</sup> 专员小组关于第五批“F4”类索赔的报告和建议,文件 A/AC.26/2005/10。也见 Peter H.Sand, “Compensation for Environmental Damage...”, 前引文献,第 247 页。F4 专员小组分五批报告了赔偿建议,建议的赔偿额得到理事会的完全批准,共计 52.6 亿美元,这是“国际环境法律历史上最大的赔偿数额”,同上,第 245 页。也见联合国赔偿委员会环境赔偿裁决后续方案指南, *Environmental Policy and Law*, vol.35/6 (2005), 第 276-281 页。

<sup>357</sup> 见欧洲共同体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。

<sup>358</sup> 对生物多样性损害赔偿制度的哲学分析,见 Michel Bowman, Biodiversity, Intrinsic Value and the Definition and valuation of Environmental Harm in Michael Bowman and Alan Boyle, *Environmental Damage ...* 前引文献,第 41-61 页。1972 年《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。”

<sup>359</sup> 对于环境损害的定义的不同处理办法的简要讨论,见 Philippe Sands, *Principles of Environmental Law* (Cambridge: CUP, 2003), 第二版,第 876-878 页。

<sup>360</sup> Case concerning the Gabcikovo-Nagymaros Project (匈牙利诉斯洛伐克),《1997 年国际法院案例汇编》,第 7 页。

<sup>361</sup> 同上,第 141-142 段。法院在这方面还暗示,有必要考虑到不同代人之间和同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。

(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”包含了人们熟悉的受保护的生态系统内的环境概念，<sup>362</sup> 但提到“地貌的特征部分”暗示着承认更广的环境概念。<sup>363</sup> 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。不言而喻的是，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进行危险活动的国家。对“领土”、“管辖”或“控制”的理解与预防条款草案中的理解相同。<sup>364</sup> 本原则草案还使用了其他术语。这些术语包括“可能受影响的国家”，其定义与预防条款草案的相同(在其领土内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案件而言，可能会有两个以上的“可能受影响国”。原则草案还使用了“有关国家”这一词语(起源国、任何受影响国以及任何可能受影响国)。“有关国家”这一词语在原则草案里并没有界定。为了本原则草案的目的，“有关国家”是指由于起源国境内的危险活动引起的事件而在其领土上或在其管辖或控制的地方发生损害的国家。可能两个以上国家受到这样的影响。为保持平衡并节省篇幅，这些用语在“用语”里都没有界定。

(26) (e)款界定了“跨界损害”。它指的是由于一国发生的涉及危险活动的事故或事件而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，它指的是在一国领土上或在其管辖或控制下所从事

---

<sup>362</sup> 按照《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《南极矿物资源活动管理公约》：

“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。”

另见《关于环境保护的南极条约议定书》第3条第1款。

<sup>363</sup> 《卢加诺公约》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”；《工业事故跨界影响公约》第1条(c)款提及工业事故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；物质财产和文化遗产，包括历史建筑”；《越境水道和国际湖泊的保护和使用公约》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的影响或这些因素的相互作用；还包括由于这些因素受到改变而对文化遗产或社会经济条件的影响”。

<sup>364</sup> 《大会正式记录，第五十六届会议，补编第10号》(A/56/10)，第1条草案的评注，第(7)至(10)段。



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。这一定义例如包括了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，也可能涉及到其他的可能性，这些可能性不容易都想象到。

(27) 这个定义是为了清楚地辨识区分出下列两者：一是在其管辖和控制下进行本原则草案所涵盖的活动的国家，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，一部分资金可能需要用于赔偿在起源国遭受的损害。1997 年《关于核损害补充赔偿的维也纳公约》第 11 条就设想了这样的制度。<sup>365</sup>

(29) (f) 款界定了“受害者”。定义包括了自然人和法人，也包括作为公约财产监管人的国家。<sup>366</sup> 这一定义与(a)款中损害的定义有关，并可从那里推导出来。损害包括对人、财产或环境造成的损害。<sup>367</sup> 对本原则草案而言，遭受人身伤害或财产损失或损失的人即为受害者。人群或社区也可能是受害人。在根据《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理的“Enewetak 人民事项”案中，法庭审议了针对下列几方面对 Enewetak 人民给予补偿的问题：过去和将来丧失了对 Enewetak 珊瑚礁的使用；恢复 Enewetak 社区的安全和生产状态；Enewetak 人民在核试验引起珊瑚礁用途灭失而搬迁以后遇到困难。<sup>368</sup> 在 Amoco Cadiz 诉讼案件中，Amoco Cadiz 号巨型油轮在 Brittany 岸外酿出灾祸以后，法国的 Cotes du Nord 和 Finistere 省和许多称为“社区”的市政当局，以及许多法国的个人、商行和协会控

---

<sup>365</sup> ILM vol.36 (1997) 1473.

<sup>366</sup> 关于 Edith Brown-Weiss 对发展管理或信托管理概念的贡献(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)，以及关于“某种形式的信托管理存在于大多数法律体系包括英国、印度的法律体系之中”的观点，Roda Mushkat, *International Environmental Law and Asian Values: Legal Norms and Cultural Influences* (UBC Press, 2004), 第 18 页。也见 Jona Razzaque, *Public Interest Environmental Litigation in India, Pakistan and Bangladesh* (The Hague: Kluwer Law International, 2004), 第 424 页，以了解印度、巴基斯坦和孟加拉国的公共信托理论的作用。

<sup>367</sup> 关于国际刑事法律，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。也见《国际刑事法院罗马规约》，第 79 条。

<sup>368</sup> ILM vol.39 (2000) 1214.1947 年 12 月，该族人民被从 Enewetak 珊瑚礁迁移到 Ujelang 珊瑚礁。迁移的时候，该珊瑚礁的面积是 1,919.49 英亩。1980 年 10 月 1 日回到原地的的时候，已经进行 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。

告 Amoco Cadiz 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。<sup>369</sup>

(30) 受害人的定义因而也与诉讼资格有关。《卢加诺公约》和《欧盟关于环境责任的 2004/35/CE 号指示》等责任制度给予一些非政府组织诉讼资格。<sup>370</sup> 1998 年《关于在环境事项中取得资料、公众参加决策和利用司法的 Aarhus 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。<sup>371</sup> 受害者也可以是根据国内法律被指定的负责维护那些资源的公共托管人，这些托管人因而也具有法定诉讼资格。在许多司法管辖区，公共信托概念使各种被指定的人具有了适当的诉讼资格，他们可针对任何跨界损害情形提出恢复环境和清理环境的要求。<sup>372</sup> 例如，《美国石油污染法》规定：这种权利可赋予美国政府、州、印地安部落、外国政府。《美国综合环境反应、赔偿和责任法》(CERCLA 1980)，1986 年经《Superfund 修正案》和《重新授权法》修订之后规定，已经取得诉讼资格的只有联邦政府、经核定的州代表、作为自然资源的托管人，或印地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，有些环境协会在涉及违反环境条例行为的刑事案件中被赋予了要求赔偿的权利。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。<sup>373</sup>

(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<sup>374</sup>和条约实践中都被使用。在条约实践上，核损害制度

---

<sup>369</sup> 关于 1978 年 3 月 16 日 Amoco Cadiz 号油轮在法国海岸的泄油事件，见美国第七巡回上诉法院，954 F.2d 1279。另见 Maria Clara Maffei “The Compensation for Ecological Damage in the ‘Patmos’ case”, ...前引文献，第 381 页。

<sup>370</sup> 参看《卢加诺公约》第 18 条和《欧盟第 2004/35/CE 号指示》第 12 条。

<sup>371</sup> 案文参看 ILM vol.38 (1999)，第 517 页。

<sup>372</sup> Peter Wetterstein, “A Proprietary or Possessory Interest: ...” 前引文献，第 50-51 页。

<sup>373</sup> 印度法律委员会，关于建议成立环境法院的第一百八十六次报告，2003 年 9 月，第 31 页，可在下述网址查到：<http://lawcommissionofindia.nic.in/reports>。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非常管辖权。法院还利用印度宪法第 21 条，将“生命”的含义加以扩大，把“享受有利于健康的环境的权利”也包括在内。也见 Jona Razzaque, *Public Interest Environmental...*前引文献，第 314-315 页，第 429 页，第 443 页。在这篇文章里，作者提到这样的论点，即印度、巴基斯坦和孟加拉国法院在允许提起环境案件诉讼方面所给予的宽松的诉讼资格导致行政瘫痪，效率低下，也导致法院里案件积压。为全面了解南亚次大陆在这方面的进步以及为促进保护环境而需要的改革，这篇文章值得一读。

<sup>374</sup> 关于国内法，例如见美国 1990 年《油污法》，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《全面的环境反应、赔偿和责任法》(CERCLA)(42 U.S.C.A.Section 9601 (2) (A))。

对经营者规定了责任。<sup>375</sup> 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,不论他是所有人还是经营人,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,这取决于相对于特定的危险活动而言所涉及的利益。例如,在导致通过了1969年《国际油污损害民事责任公约》的1969年会议上,当时存在着为船舶所有人或货物所有人规定责任或为两者都规定责任的可能性。<sup>376</sup> 然而按照达成的一项折衷方案,船舶所有人被规定负有严格责任。<sup>377</sup>

(32) 本原则草案给“经营者”下的定义是一个功能性定义,它基于对在有关的时刻由谁使用、控制或指示有关标的物的事实判定。这样的定义通常与民法中通行的概念一致。<sup>378</sup> 更笼统地说,虽然没有制定出“经营者”的基本定义,但“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、法律或经济控制权的人”。<sup>379</sup>

(33) “指挥”一词暗示着有能力使用或控制某种工具性。因此它可以包含在发生损害时使用飞机的人或飞机的所有者(如果他保留着航行权的话)。<sup>380</sup> 然而,应该很明确的一点是,“经营者”一词不包括在有关时刻工作或控制有关活动的雇员。<sup>381</sup>

---

<sup>375</sup> 例如见1960年《核能领域第三方责任巴黎公约》和2004年《修正1960年核能领域第三方责任巴黎公约的议定书》(核设施的经营人)。(共同第1条第2款)与核设施有关的经营人指由主管公共当局指定的设施经营人(第1条(vi)款);1963年《核损害民事责任维也纳公约》(经营人)(第四条);1997年《修正1963年核损害民事责任维也纳公约的议定书》(“经营人”)(第1条(c)款);1962年《核动力船舶经营人的责任公约》(核动力船舶经营人)(第二条)。

<sup>376</sup> 见LEG/CONF/C.2/SR.2-13,引述见于David W. Abecassis and Richard L. Jarashow, *Oil Pollution from Ships* (London: Steven and Sons: 1985) 2nd ed., 第253页。为船舶经营人规定责任的一些制度包括:1992年《油污损害民事责任公约》(第三条第1款);2001年《舱载燃油污染损害民事责任国际公约》(第三条);1996年《关于海上运输危险和有害物质的损害责任和赔偿问题的国际公约》(第7条第1款)。

<sup>377</sup> 《公路、铁路和内陆航行船只运输期间引起的损害民事责任公约》,该公约将内陆航行船舶的“承运人”定义为“在发生事故时控制着载运危险货物的运具的人”(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民事责任的公约》将大陆架设施的经营人定义为包括对设施所进行的活动拥有总体控制权的人,如果缔约方未予以具体指定的话(第1条第2款);按照欧盟关于环境责任的2004/35/CE号指示(该指示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。

<sup>378</sup> 见Elspeth Reid, “Liability for Dangerous Activities: A Comparative Analysis”, *ICLQ*, vol.48 (1999), pp.731-756, p.755.

<sup>379</sup> 见Marie-Louise Larsson, *The Law of Environmental Damage: Liability and Reparation* (The Hague: Kluwer Law International, 1999), p.401.

<sup>380</sup> 1952年《关于外国飞机对地面第三者造成损害的公约》,第12条。

<sup>381</sup> 见2005年6月达成的关于环境紧急情况产生的责任的附件六第2条(c)款,其中规定:“‘经营者’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和法人。经营者不包括在《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者名义行事的属于承包商或分包商的法人。”英文案文见[www.aad.gov.au](http://www.aad.gov.au).

“控制”一词暗指有权管理、指导、约束、经管或监督。<sup>382</sup> 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，或登记或通知这种活动的人。<sup>383</sup> 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。<sup>384</sup> 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) 采用短语“在发生事件时”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) 确保遭受跨界损害的受害者得到及时和充分的赔偿；
- (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遭受跨界损害的受害者得到保护并对作为社区资源的环境予以维护和保护。

(2) 自从委员会开始探讨这个专题以来，确保跨界损害的受害者通过获得赔偿而得到保护之主要目的，历来是一个不可或缺的要害。罗伯特·昆廷-巴克斯特在他的示意性提纲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

---

<sup>382</sup> 《舱载燃油公约》对船舶经营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 2 款)。

<sup>383</sup> 欧盟关于环境责任的指示，第 1 条第 6 款。

<sup>384</sup> 按照《管理南极矿物资源活动公约》(CRAMRA)第 8 条，基本的责任由经营人承担，经营人被定义为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第 1 条(11)项中任何组合构成的合资企业。按照国际海床管理局 2000 年 7 月 13 日通过的 Regulations on the Prospecting and Exploration for Polymetallic Nodules in the Area 附件中的标准勘探合同条款第 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的人所造成的损害。ISBA/6/A/18, 附件，第 16 条。

防措施，在无法避免的情形下则采取赔偿措施”，而且“……无辜的受害者不应该承担损失或伤害，……”<sup>385</sup> 关于预防的条款草案已经考虑了前项因素。

(3) (a)段中的及时和充分赔偿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当必须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，这一点基于特雷尔冶炼厂仲裁案<sup>386</sup> 和科孚海峡案所宣示的原则，<sup>387</sup> 并在《斯德哥尔摩宣言》原则 21 中得到了进一步阐述和强调，即：

根据《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，同时也负有责任，确保在它管辖和控制范围内的活动，不致对其他国家的的环境或其本国管辖范围以外地区的环境引起损害。

(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赔偿的概念。该原则表达了一个共同的观点：“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”。<sup>388</sup>

(5) 《里约宣言》原则 13 更广泛地阐述了这一论点：

“各国应制定相关国际法，规定污染和其他环境损害的责任以及对受害人的赔偿。各国还应该迅速并且更加坚决的进行合作，进一步制定相关国际法，规定在其管辖和控制范围内进行的活动对其管辖外的地区造成环境损害的不利影响时所应承担的责任和补偿。”

尽管这些宣言中的原则并非旨在施加具有法律约束性的新义务，但是体现了国际社会的愿望和趋势。<sup>389</sup>

(6) (b) 段显著强调了环境保护和维护，以及相关的减少损害与尽可能将环境恢复或复原为原状的义务。因此，它强调了国际社会最新的关注，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有价资源来维护的政策。鉴于其新颖性以及保

---

<sup>385</sup> 《1982年……年鉴》，第二卷(第一部分)，第51页，文件A/CN.4/360\*，第53段，第5节(第2和第3段)。

<sup>386</sup> 特雷尔冶炼厂仲裁案(《联合国国际仲裁裁决汇编》，第三卷，(第1905页起，见第1965页)指出：

“根据国际法原则，……在后果严重且有可信的证据而证实损害的情形下，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、它国财产或国民造成损害。”

<sup>387</sup> 科孚海峡案(案情实质)，《1949年国际法院案例汇编》，第4和第22页：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它国权利义务的行动”。

<sup>388</sup> 《联合国人类环境会议的报告》，斯德哥尔摩，1972年6月5日至16日(联合国出版物，出售品编号：E.73.II.A.14)。

<sup>389</sup> Birnie 和 Boyle, *International Law* …,前引文献，见第105页：“这些原则都体现了国际法和国家实践最近的发展情况，它们作为一般国际法原则的目前地位较有疑问，但是，《里约宣言》所提供的共识支持证据是这些原则正在出现的法律意义的重要迹象。”

护方面的共同利益，重要的是强调：对环境本身的损害就可能构成需要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，而是使其能够保持永久的功能。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，按理应该在环境中引进这些组成部分的相当物。<sup>390</sup>

(8) 一般来说，如关于(iii-v)小段“用语”的评注中所提到的，早年迟疑于对环境本身损害——与人身或财产损害无联系的这类损害——<sup>391</sup> 承担赔偿责任的现象正在逐渐消失。<sup>392</sup> 在对自然资源或环境造成损害的情况下，有权要求以采取合理预防、恢复或复原措施的方式对所引起之损失给予补偿或赔款。这在对实际采取措施作出某些约定的情形下，受到更多的限制，排除了因环境损害而导致的利益损失。<sup>393</sup>

---

<sup>390</sup> 对环境的定义和可赔偿的环境损害因素的分析，见巴尔沃萨，“关于国际赔偿责任问题的第十一份报告”，文件 A/CN.4/468，第 1 页至 17 页，载于第 12 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重要说明，见 M.A.Fitzmaurice, *International Protection of the Environment, Recueil des Cours ...*, vol.293 (2001)，第 225-233 页。

<sup>391</sup> 关于相反的结果，见 *Blue Circle Industries Plc v. Ministry of Defence*, [1998] 3 All ER and, *Merlin v. British Nuclear Fuels, Plc*, [1990] 3 All ER 711。

<sup>392</sup> 关于生态损害和问题的索赔所涉及的困难，见 the *Patmos* and the *Haven* cases, see generally, Andrea Bianchi, “Harm to the Environment in Italian Practice: The Interaction of International Law and Domestic Law, ...” op cit., p.103 at 113-129. See also Maria Clara Maffei “The Compensation for Ecological Damage in the ‘Patmos’ case”, ...op.cit., p.381 at 383-390; and David Ong, “The Relationship between Environmental Damage and Pollution: Marine Oil Pollution Laws in Malaysia and Singapore”, in Bowman and Boyle, *Environmental Damage ...op.cit.*, p.191 at 201-204. See also Sands, “Principles ...” op.cit.,... pp.918-922. See also the 1979 *Antonio Gramsci* incident and the 1987 *Antonio Gramsci* incident happened on 6 February 1987, see generally, Wu Chao, *Pollution from the Carriage of Oil by Sea: Liability and Compensation* (The Hague: Kluwer Law International, 1996), pp.365-366: 国际石油污染补偿基金 1980 年第 3 号决议不容许法院“按照理论模式算定的损害抽象量化”评估应该由该基金支付的赔偿数额。在 *Amoco Cadiz* 案中，伊科诺北区法院命令 Amoco 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费用，3,900 万美元用于支付利息。它驳回了对非经济损害的赔偿。于是，法院对失去景观和生态受到损害提出索赔的要求不予受理。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，历来交通稠密，无法维持正常的安宁、寂静和自由，这只是它的正常状况”，但是总结说：社区“关于丧失享受的求偿，根据法国的法律，是无法给予支持的”。Maria Clara Maffei “The Compensation for Ecological Damage in the ‘Patmos’ case”, Francioni and Scovazzi, *International Responsibility...*，前引文献，第 381 页起，见第 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时，原告人的求偿对于可以度量的损害来说，是可予赔偿的，例如本来会到访的旅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、露营场所和其他商业场所个别提出求偿的案由事项。关于生态损害，法院处理了估量“由于石油溢出在高潮线和低潮线之间被杀害的物种”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 394 页。也见 the *Matter of the People of Enewetak* 39 ILM (2000)，第 1219 页，在马绍尔群岛核赔偿法庭受理的案件中，法庭审议了关于对 Enewetak 珊瑚礁族人由于美国进行核试验而受到的损失来说，恢复是否是适当的救济措施。它裁决了清洁和复原费用如下：移动土壤费用 2,250 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；清除钚的费用 1,000 万美元；测量费用 4,510 万美元；自愿土壤和再种植费用 1,770 万美元。

<sup>393</sup> 一般见原则草案 2 的评注。

(9) 采取反应措施或恢复措施的国家可于稍后阶段从经营者的上述营运中收回费用。这就是 1980 年美国《综合环境反应、赔偿和责任法》(CERCLA 或“超级基金”)所规定的情况。该法设置了超级基金,从而在必要时,以从责任方收回的费用补充税款,支付清除费用。美国环境保护局管理超级基金,权利广泛,调查污染、选择适用的救济行动、命令责任方履行清除义务、或自行开展工作,然后收回费用。<sup>394</sup>

(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人民福利有重要意义之经济活动的作用;(d) 以可预见、平等、快速和有效的方式提供赔偿。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。<sup>395</sup>

(11) 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“污染者付费”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。它因此争取确保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) 从某一点上来说,它争取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“污染者付费”原则。《里约宣言》原则 16 很概括地载述了这项原则:

“国家当局应该致力于促进环境费用内部化和使用经济手段,同时考虑到这样的着手方式:污染者原则上应该承担污染费用,同时适当顾及公共利益,并且不得扭曲国际贸易和投资。”

(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。《卢加诺公约》的情况也是这样;它在序言部分中“注意到需要考虑中提到“污染者付费原则”是“国际环境法的一般原则”。1992 年《保护和使

---

<sup>394</sup> 关于《全面的环境反应、赔偿和责任法》的分析,见 Brighton and Askman, “The Role of the Government Trustees in Recovering Compensation for Injury to Natural Resources”, in Peter Wetterstein (ed.), *Harm to the Environment ...op.cit.*, pp.177-206, 183-184.

<sup>395</sup> 也见 Lucas Bergkamp, *Liability and Environment*.....前引文献,第 70 页,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,证明或满意,以及阻止或预防。

用跨界水道和国际湖泊公约》和 1992 年《工业事故越境影响公约》的缔约国“也都接受了这项原则”。<sup>396</sup> 一些国家司法机构也依据这一原则考虑补偿和赔偿。<sup>397</sup>

(14) 这项原则有其限度。在这方面，据指出：

“民事责任要求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，而且既无法合理预期、也无法合理避免的损害将不予补偿，受害者或纳税人(而不是污染者)将承担损失。严格责任是‘污染者付费’原则的较佳近似物，但在涉及油轮或核设施的国际协定方案这类数额受到限的情况下就不是这样。此外，对损害的狭隘定义可能排除了不容易以今天数额定量的环境损失，例如野生动物，或影响环境质量而不造成实际有形损害的环境损失。”<sup>398</sup>

---

<sup>396</sup> 也可参考下列公约，例如：1990 年《关于石油污染的防备、应付和合作的国际公约》(ILM vol.30 (1990) 第 735 页)；1992 年《保护东北大西洋海洋环境公约》(“《奥巴委公约》”)；(ILM vol.32 (1993), 第 1069 页)；1992 年《保护波罗的海地区海洋环境公约》；《1992 年保护黑海海洋环境免受污染公约》(ILM vol.32 (1993), 第 1110 页)；1992 年《保护和利用跨界水道和国际湖泊公约》；《1992 年工业事故越境影响公约》和 1993 年《卢加诺公约》，以及《欧盟关于环境责任的第 2004/35/11 号指示》。

<sup>397</sup> 联合国在关于《21 世纪议程》执行情况的报告中指出：

“[在]关于环境与发展的《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，其中包括污染者付费原则。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”。

《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，不同国家的司法制度也确认了和正在确认污染者付费原则。印度最高法院在 *Vellore Citizens' Welfare Forum v. Union of India*, 1996 (5) SCC 647 案中提到，《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、污染者付费原则和新的举证原则已经成为“本国环境法的一部分”。《印度法律委员会的报告》，见印度法律委员会关于组建环境法庭建议的第 186 次报告(2003 年 9 月)。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。新西兰和澳大利亚已经有了环境法庭。见 <http://lawcommissionofindia.nic.in/reports>，第 36 页。加拿大许多省的关于环境损害责任及其补救措施的法律承认了这一原则。在西班牙，西班牙法院已经依据“享受利益的人，就有责任负担损失”原则，即从某项活动获益者必须为其造成的损害付费，对以采矿和废物造成的损害，水损失所导致的损害和有毒气体而向个人施加赔偿责任。在日本，如涉及采矿活动的污染和海事污染，污染者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污染者付费原则。在 *Epoux Vullion v. Societe Immobiliere Vernet-Chritophe* (JCP 1971.2.16781) 案中，法国最高法院认为“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”。瑞典的 1998 年环境法规于 1991 年 1 月 1 日生效，规定负有责任的当事人在合理的程度上为污染支付调查可能性污染、清理和减轻损害的费用。合理性标准取决于参照(a) 自污染发生以来所经过的时间，(b) 所涉及的环境风险，(c) 经营者的作用。爱尔兰在国内法中纳入国际条约对船舶所造成的油和危险废物排泄的严格责任。爱尔兰法院已经开始采纳污染者付费原则。在巴西，严格责任正成为危险活动或那些损害和有对环境造成损害风险的损害标准；不必证实意图。根据南非 1998 年《国家环境管理法》，对可能、已经或正在造成重大污染或环境损害的经营者施加严格责任。新加坡为刑事犯罪规定严格责任。它对污染者施加清理的责任，而不必存在任何意图或忽略行为。见秘书处《各种责任制度概览》，A/CN.4/53，第 272-286 段。

<sup>398</sup> Birnie and Boyle, *International Law ...* 前引文献，第 93-94 页。



(15) 另外据称, 该原则不能当作一项“普遍适用的严格的规则对待, 而其执行方法也并非在一切情况下都一样”。<sup>399</sup> 因此, “如果充分考虑到危险性质的不同与在工业中实现环境费用完全内部化的经济可行性(因各个工业承担费用的能力不同), 存在大量的灵活性则是必然的”。<sup>400</sup> 某些学者怀疑“它(污染者付费原则) 是否已经取得了习惯国际法普遍适用规则的地位——或许除了欧盟、联合国欧洲经委会和经合组织的国家”。<sup>401</sup>

(16) 及时和充分赔偿也与赔偿的评估问题有关。一般国际法并不特别指明“原则、标准或事先确定如何为不法作为或不作为所致伤害确定赔偿的方式”。<sup>402</sup> 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 条重申了关于充分赔偿的一般性义务。<sup>403</sup> 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, 特别是由仲裁法庭各项决定确立的原则)是, 赔偿必须尽量消除非法行为的一切

---

<sup>399</sup> 同上, 第 94-95 页。也见联合国秘书处《关于国际法不加禁止的行为所产生损害性后果之国际责任(危险性活动造成的越境损害带来损失的国际责任)专题的各种责任制度概览》A/CN.4/53, 第二章。

<sup>400</sup> Birnie and Boyle, *International law* ...前引文献, 第 95 页。作者们指出, 在《里约宣言》原则 16 中提到的“公共权益”为免责条款留下了广大的空间”, 在里约通过的这一原则“既不是绝对的, 也不是必须的”, 第 93 页。她们还指出, 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。

<sup>401</sup> Philippe Sands, *Principles*...前引文献, 第 282 页。关于这一原则在经合组织和欧盟适用中的灵活方式, 见第 281-285 页。Rudiger Wolfrum 注意到“尽管《关于石油污染的防备、应付和合作的国际公约》(1990)与《关于工业事故越界影响的公约》都在序言中提到污染者付费原则是“国家环境法的一般原则”, 但根据美国实践及其范围和后果的不确定性, 这一观点并未得到支持”。见 Rudiger Wolfrum “Transboundary Pollution” in Fred L.Morrison and Rudiger Wolfrum (edS.) *International, Regional, and National Environmental Law* ...前注 23。一般见 Nicolas de Sadeleer, *Environmental Principles: From Political Slogans to Legal Rules* (Oxford: OUP, 2002), 第 21-59 页。

在法国和荷兰之间关于适用 1976 年 12 月 3 日《保护莱茵河不受污染公约》和 1991 年 9 月 25 日《不受漏气污染的附加议定书》的仲裁案中, 仲裁法庭被要求在对《公约》的解释中审议“污染者付费”原则, 不过没有在其中明文提到这一点。法庭在 2004 年 3 月 12 日的裁决书中总结说, 尽管污染者付费原则在条约法中具有重要性, 但并不是一般国际法的一部分, 因此与它对该《公约》的解释不相干。Affaire concernant l'apurement des comptes entre le Royaume des Pays-Bas et la République Française en application du Protocole du 25 Septembre 1991 Additionnel à la Convention relative à la Protection du Rhin contre la pollution par les chlorures du 3 December 1976。法庭在有关的第 102 段至 103 段指出:

“102. ...法院指出, 荷兰为支持它的请求提到了‘污染者付费’原则。

103. 法院认为, 这项原则载于若干国际文书, 包括双边文书和多边文书, 并且有不同的效力等级。法院没有否定其在义务上的重要性, 但它不认为这项原则形成一般国际法的一部分。”

2004 年 3 月 12 日仲裁裁决见于 <http://www.pca-cpa.org>。

<sup>402</sup> Garcia-Amador, Sohn and Baxter (edS.), *Recent Codification of the Law of State Responsibility for Injury to Aliens* (Dobbs Ferry, NY), 1974, 第 89 页。也见 Alan Boyle, “Reparation for Environmental Damage in International Law: Some Preliminary Problems”, in Bowman and Boyle, *Environmental Damage* ...前引文献, 第 17-26 页。特别报告员胡利奥·巴尔沃萨, 第十一次报告, 文件 A/CN.4/468 (1995)。

<sup>403</sup> 《大会正式文件, 第五十六届会议, 补编第 10 号》(A/56/10), 第 31 条及其评注。

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。可实物恢复、在不可能实物恢复时，亦可赔款，赔款数额相当于实物补偿的数额；对实物恢复或赔款未覆盖的损失，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行为的补偿数额。”<sup>404</sup>

(17) 霍茹夫工厂案标准适用于本原则草案所不涵盖的国际非法行为。然而，就本原则草案所涵盖的行为来说，鉴别应划定的限度和比较物是有用的。就可以判给哪些赔偿来说，各种原则存在着问题：赔偿仅应判给受害者能够量化的实际损失吗？或者赔偿应当超过那一限度而反映经营者的支付能力吗？似乎有关的是两个指导原则。第一是判给的赔偿不应当具有惩罚性质。<sup>405</sup> 第二是受害者仅可获得所受损失的赔偿，而不能希望从所致伤害中取得经济收益。<sup>406</sup> 尽管有这两条基本原则，但仍可以指出，公平以及污染者付费原则要求：不应当允许经营者寻找避难所去进行冒有风险的危险活动而不想为所致损害付费，从而从根本上鼓励行使最大谨慎和应有注意，防止损害的发生。<sup>407</sup>

(18) 有些一般性的关于支付赔偿的原则已经逐渐发展起来，并得到国际法院和其他国际性法庭的认可。可以简述如下：<sup>408</sup> (a) 可经济衡量的损害，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——同时包括国民与在其领土上居住并遭受受害者——所遭受的损失；(c) 案件的特殊情况、所违反义务的内容、对各方损害所采取措施合理性的评估、以及——最后——公平和相互便利的因素。这些因素将决定所支付赔款确切总数的条件或种类。因此，可以提及下述国际法院和法庭判决赔偿中的准则：<sup>409</sup> 可支付的赔偿包括：个人伤害、包括收入损失和收入能力的直接有关物质损失，医疗费用——包括实现充分复原的费用。还可支付下述赔偿：所遭受的非物质损

---

<sup>404</sup> 霍茹夫工厂案，管辖问题，《1927年常设国际法院案例汇编》，A辑，第9号，第21页。

<sup>405</sup> 见 B.Graefrath, “Responsibility and Damage Caused: Relationship Between Responsibility and Damages”, *Recueil des Cours* .....1984-II, vol.L.185 (1985), 第9-150页, 第100-102页。《大会正式记录, 第五十六届会议, 补编第10号》(A/56/10), 委员会2001年通过的《国家对国际不法行为的责任条款》第36条及其评注。

<sup>406</sup> 就“Lusitania”案和霍茹夫工厂案所阐述的赔偿作用的原则, 见上一脚注, 第36条及其评注。

<sup>407</sup> 印度最高法院在 *M. C.Mehta* 诉瑞士联盟(油漆泄漏案)(1987 SC 1086)强调说“企业越大和越殷实, 在企业实施危险或潜在危险活动事故所导致伤害时所支付的赔偿额也就必须更大”。见印度法律委员会关于组建环境法院建议的第186次报告, 2003年9月, 第31页, 载于 <http://lawcommissionofindia.nic.in/reports>。

<sup>408</sup> 《大会正式记录, 第五十六届会议, 补编第10号》(A/56/10), 第36条, 及其评注及所列举的案例。

<sup>409</sup> 同上, 及所列举的案例。

害，例如，“丧失亲人、疼痛或痛苦以及因个人、家庭或私生活遭侵扰所蒙受的感情伤害”。<sup>410</sup>

(19) 关于财产损失，损失通常以资本价值、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“市场公允价值”、“纯账面价值”、“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。在有关赔偿评估的各种问题上，特别是对外国人及其财产因国有化其公司和财产所致损失，存在着大量的资料。<sup>411</sup>

(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。可能存在着关于求偿合法性的种种难题，例如，经济损失、疼痛和痛苦、终身残废、友情或配偶关系损失、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为基础而赔偿。除非根据武断的个案评估，对历史或文化物品造成的损失难以赔偿。另外，有关事件与据称受损财产之间的关系越松和越不具体，则越无法保证获得赔偿的权利。原则草案 2 的评注显示了一些问题被解决的程度。

#### 原 则 4

#### 及时和充分的赔偿

1. 各国应采取一切必要措施，确保其领土或其管辖或控制下的危险活动所造成跨界损害的受害者获得及时和充分的赔偿。

2. 这些措施应当包括要求经营者或酌情要求其他人或实体承担赔偿责任。这种赔偿责任不应当要求证明过失。关于这种赔偿责任的任何条件、限制或免责条款均应符合原则草案 3。

3. 这些措施也应包括要求经营者，或者酌情要求其他个人或实体为偿付索赔建立并保持财政担保，例如保险、保证金或其他财务保证。

4. 在适当情况下，这些措施应当包括要求在国家级设立工业基金。

5. 若以上各段中所列措施不足以提供充分的赔偿，起源国还应确保有另外的的财政资源可用。

---

<sup>410</sup> 同上，第(16)段。另见 Vinod Shankar Misra, “Emerging Right to Compensation in Indian Environmental Law”, *Delhi Law Review*, vol.23 (2001), pp.58-79.

<sup>411</sup> R.Doak Bishop, James Crawford, W.Michael Reisman, *Foreign Investment Disputes: Cases, Materials, and Commentary* (The Hague: Kluwer Law International, 2005), 关于损失评估方法的第七章，第 1331-1372 页。也见 C.F.Amerasinghe, “Issues of Compensation for the Taking of an Alien Property in the light of recent Cases and Practice”, *ICLQ*, vol.41 (1992), pp.22-65.

## 评 注

(1) 这项原则草案反映了起源国在建立可行的制度以落实“及时和充分的赔偿”原则方面可起的拟定重要作用。在本处提到的“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，并为此应当建立恰当的赔偿责任制度；(b) 任何此类赔偿责任制度可使经营者负首要赔偿责任，并且不应该要求证明过失；(c) 可能施加与这些赔偿责任的任何条件、限制或免责都不应该使及时和充分赔偿原则的目标落空；及(d) 各种形式的担保、保险和工业范围基金是为赔偿而提供充足财产保证的手段。原则 4 草案的五个段落表达了上述四项要素。

(2) 应当提到，本原则草案设想起源国应当已经完全履行了有关跨界活动的有关国际法上预防义务。因此，在不妨碍其他可根据国际法提出之求偿的情况下，没有考虑国家对本原则范围内损害的责任。

(3) 因此，第 1 段侧重于国家应确保支付充分和及时赔偿的原则。国家本身未必有义务支付这类赔偿。目前起草的原则是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，广泛期望国家将确保在发生任何灾害时对求偿申诉有可应用的适当机制。

(4) 第 1 段的重点是一切“必要措施”以及向各国赋予足够的灵活性以达到目标，即确保及时和充分的赔偿。强调这一点不妨碍各国或其他责任实体可能考虑向受害者提供的恩惠性付款或临时费用和救助措施。

(5) 如关于本原则草案“目标”的评注所提到的，在国际范围制定赔偿责任的重要性已经得到承认和阐述，例如 1972 年《斯德哥尔摩宣言》原则 22 和 1992 年《里约宣言》原则 13。<sup>412</sup>

(6) 国家对于危险活动应确保及时和充分赔偿的基本原则可以回溯到很早的特雷尔冶炼厂仲裁案。该案中有明确的证据表明一国的铁矿石冶炼在另一国造成了严重后果和财产损害。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。一些学者将其视为习

---

<sup>412</sup> 也见联合国环境规划署理事会第二十一届会议 21/23 号决定所批准和通过的 2000 年《马尔默宣言》和 2001 年《蒙德维的亚方案 3》以及《关于可持续发展世界峰会的执行方案》(A/CONF.199/20)，2002 年 9 月 2 日的第 2 号决议，附件。

惯法义务。<sup>413</sup>

(7) 第 1 段中及时和充分的标准也是特雷尔冶炼厂仲裁案所支持的标准。<sup>414</sup> “及时”的概念涉及管辖申张正义的程序，并影响特定案件中就赔偿作出决定的时间和期限的程序。鉴于在国内法庭的求偿诉讼可能费用高昂并持续数年——如 Amoco Cadiz 案花费 13 年的情况，这也是一个需要强调的必要标准。<sup>415</sup> 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。<sup>416</sup>

(8) 另一方面，“充分”赔偿的概念涉及到许多问题。<sup>417</sup> 例如，在合并受害者索赔案后，经营者或起源国与受害者或其他有关国家之间谈判而达成的一揽子赔偿额

---

<sup>413</sup> 为提及这一结论之基础的不同来源，见 Peter-Tobias Stoll, “Transboundary Pollution” in Fred L.Morrison and Rudiger Wolfrum (edS.) *International, Regional, and National Environmental Law ...* 前引文献，第 169-200 页，第 169-174 页。Peter-Tobias Stoll 指出：

“然而，必须提到禁止原则是依据于国家对其领土的主权权利。没有证据表明必须援引一项基于单一内容的具体权利而就跨界污染提出申诉。人们能够因此断定，禁止跨界污染是依据于国家在自己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领土或区域环境完整性的权利，而另一方面却是国家为其领土上所产生的污染而负责的基础”。

另外，还有人认为，滥用权利和良好邻里关系的原则也为禁止跨界损害提供了根据。见 Johan G.Lammers, “Transfrontier Pollution and International Law, The Present State of Research” in The Hague Academy of International Law, Center For Studies and Research in International Law and International Relations, *Transfrontier Pollution and International Law* (1986), p.100.

<sup>414</sup> 见《里约宣言》原则 10 和 1982 年《联合国海洋法公约》第二三五条第 2 款，国际法协会起草的 1996 年赫尔辛基国际水道条款第 2(1)条和人权法先例。也见 Alan E.Boyle, “Globalizing Environmental Liability: the Interplay of National and International Law”, *Journal of Environmental Law*, vol.17 (2005), pp.3-26, p.18.

<sup>415</sup> Emmanuel Fontaine, “The French Experience: ‘Tanio’ and ‘Amoco Cadiz’ incidents compared” in Colin M.De La Rue, *Liability for Damage to the Environment* (London: Lloyds of London Press, 1993), 第 101-108 页，第 105 页。同样，在博帕尔毒气灾难案中，在关于代表受害者而向联合碳化物公司申请的临时救援措施问题上，当案件初次抵达印度最高法院时，诉讼已经在印度持续了 5 年以上，而甚至未能开始审前证据调查。见以下的 Kenneth F.McCallion and H.Rajan Sharama, “International Resolution of Environmental Disputes and Bhopal Catastrophe” in The International Bureau of the Permanent Court of Arbitration (edS.) *International Investments and Protection of the Environment* (The Hague: Kluwer Law International, 2001), 第 239-270 页，第 249 页。据说特雷尔冶炼厂仲裁案花费了 14 年才对私人当事人的求偿作出判决。见 Philip McNamara, *The Availability of Civil Remedies to Protect Persons and Property from Transfrontier Pollution Injury* (Alfred Metzener Verlag, Frankfurt, 1981), p.70.

<sup>416</sup> A.Rest “Need for an International Court for Environment? Underdeveloped Legal Protection for the Individual in Transnational Litigation”, *Environmental Policy and Law*, vol.24, (1994), pp.173-187.关于认为设立国际环境法庭可能不是对“通过申张正义和反映社区利益而提高法治的需要”的适当答复，见 Ellen Hey, “Reflections in an International Environmental Court” in The International Bureau of the Permanent Court of Arbitration (edS.), *International Investments...* 前引文献，第 271-301 页，见第 299-300 页。在国家一级，印度法律委员会对于在印度设立国家环境法庭提供了一个非常有说服力的情况。见印度法律委员会，前引文献。新西兰和澳大利亚已经有了环境法庭。可见以下网址：<http://lawcommissionofindia.nic.in/reports>。

<sup>417</sup> 为详尽了解及时、充分和有效赔偿原则在实践中的执行，见 Rene Lefeber, *Transboundary Environmental Interference ...*, op.cit., ch.7, pp.229-312.

可被视为充分赔偿。法院对其管辖权内诉讼结果所判决的赔偿也是如此——但在必要情况下，从属于上一级法院的认可。只要满足法律正当程序的要求，就是事实上充分的。只要所付赔偿并非武断和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”的措词，具有关于预防的条款草案第 6 条 1 款(a)项所使用措词同样含义。<sup>418</sup>

(10) 第 2 段说明了每一国家应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和实体承担赔偿责任。该原则草案以执行性用语阐述了“经营者”的定义，根据事实而确定谁在有关时间使用、控制和指挥物体。应当强调，在重大损害案中，责任一般是指向设施的经营者。<sup>419</sup>然而，还存在着其他可能性。在船舶的情形下，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《关于石油污染损害的民事责任国际公约》(CLC)，却不需要承担赔偿责任。在其他情况下，不只一个实体必须承担赔偿责任。根据《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赔偿责任。真正的根本原则不在于“经营者”总是负有赔偿责任，而在于使事故发生时能够最有效控制危险或具有赔偿能力的当事方负有主要赔偿责任。

(11) 使经营者负赔偿责任具有几个理由；主要是认为，以制造高风险而谋求经济利益的人必须承担起控制活动任何有害后果的责任。<sup>420</sup>在国际条约体系、各国法律和实践中广泛采纳了向经营者施加主要赔偿责任。<sup>421</sup>

(12) 第 2 款的第 2 句规定，这类赔偿责任不应要求证明过失。施加严格责任的现代学说使用了各种名称，其中有：“无过失责任”(*responsabilité sans faute*)；“无过失疏忽”、“推断责任”、“当然过失”、“客观责任”(*responsabilité objective*)

---

<sup>418</sup> 《大会正式记录，第五十六届会议，补编第 10 号》(A/56/10)，第 1 条及其评注第(7)至(12)段。

<sup>419</sup> 根据 Goldie 的看法，核事故赔偿责任协定开始了使赔偿责任回归经营者的新趋势，而“无论因果关系的链条有多长，也无论干预因素(数目极为有限的免责因素除外)有多么新颖”。见 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* vol.XVI (1985), 第 174-248 页, 见第 196 页。还见 Goldie, “Liability for Damage and the Progressive Development of International Law”, *ICLQ* vol.14 (1965), 第 1189 页, 第 1215-8 页。

<sup>420</sup> 关于影响责任追究选择的有意义的经济、政治和战略因素讨论, 见 Gunther Doeker and Thomas Gehring “Private or International Liability for Transnational Environmental Damage - The Precedent of Conventional Liability Regimes”, *Journal of Environmental Law*, vol.2 (1990), pp.1-15, p.7.

<sup>421</sup> 见秘书处《各种责任制度概览》, A/CN.4/543, 第 340-386 段。

或风险责任(*responsabilité pour risqué crée*)。<sup>422</sup> “这类责任不应要求证明过失”一句谋求的是强调这类名称的广义范围。

(13) 危险和极端危险活动——本原则草案的对象——涉及复杂的操作，并带有某些造成重大损害的固有风险。在这类事项上，广泛承认的是：如果让求偿人承担沉重的过失和疏忽行为举证，则涉及高度复杂的技术活动——这些活动的风险和操作被有关工业恪守为秘密，因而是公平和不恰当的。许多司法体系在确定固有的风险和危险活动时承认严格责任制。<sup>423</sup> 极端危险或异常危险活动的严格责任制被视为共同法和民法最恰当的手段，以使危险和极端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而获得赔偿；<sup>424</sup> 否则将反过来要求受害者充分地理解复杂和繁琐的操作或活动。如果被告单方面引进风险，则加强严格责任的适用。<sup>425</sup>

(14) 在危险活动造成损害的情况下，在国际层面实施经营者承担绝对责任是公平的。<sup>426</sup> 严格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，规定于《基辅议定书》第4条、《巴塞尔议定书》第4条和《卢加诺公》第8条。

(15) 在活动并非危险但仍然伴有造成重大损害风险的情况下，将赔偿责任与过失或疏忽相联系也许更好一些。另外，既然与风险活动有关的利润刺激了工业部门采取这类活动，因此一般认为严格责任制鼓励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。既然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，国家可在适当时候开发环境上更合理、并同时较少危险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否则也许在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必然因果关系方面的难度。因果原则涉及可预见性、

---

<sup>422</sup> 见 Ferdinand F. Stone, “Liability for damage caused by things”, in Andree Tunc (ed.), *International Encyclopedia of Comparative Law*, Vol. XI, Torts, part I (The Hague, Nijhoff, 1983), chap. 5, p. 3, para. 1.

<sup>423</sup> 见秘书处《各种责任制度概览》，A/CN.4/543，第 29-260 段。印度最高法院在 M.C. Mehta 诉印度联盟案，AIR 1987 SC 1086 (氯气体排泄案) 中认为，在危险活动的案件中，不得适用可请求逃避绝对责任的例外，比如危险是不可预见的和所涉及的使用是自然的。见印度法律委员会报告，前引文献。

<sup>424</sup> 见 Elspeth Reid, “Liability for Dangerous activities ...”, 前引文献，第 756 页。也见秘书处《各种责任制度概览》，A/CN.4/543，第 23 段。

<sup>425</sup> 秘书处《各种责任制度概览》，同上。

<sup>426</sup> 1996 年，在确定原则草案所涵盖之一切活动所导致损害均隶属于严格责任制度时，委员会工作组有所犹豫。可以提到的是，委员会注意到，严格和绝对责任的概念“在许多国家的国内法以及在涉及某些活动(即极端危险的)的国际法上是熟知的，……但是就第 1 条所涵盖的这类大量活动，国际法尚未充分发展”。括号是后加的。《1996 年年鉴》，第二卷(第二部分)，附件一，第三章总评注第(1)段。工作组在得出这一结论时参考了秘书处所起草的《各种责任制度概览》，《1995 年年鉴》，第二卷(第一部分)，文件 A/CN.4/471。

近因或直接损失的问题。不同司法制度的法院适用了近因、恰当因果关系、可预见性和损害的间接性这些原则和概念。这是一个任意裁量度高而且不可预知的法律分枝。不同国家的适用有不同的结果。可以一提的是，在现代侵权法中，似乎已经逐步放宽了近因标准。发展趋势是从可预见性(“适当性”)标准的严格必要条件论转向只要求“合理归因”损害这一较松动的因果关系标准。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的进展，可预见性测验可能越来越不重要。由于这些原因，这类标准尚未被纳入一个关于损失分配的更全面分析模型中。<sup>427</sup>

(17) 应当铭记的是，在把严格责任的概念从国内和国家——久已确立，但是因不同司法制度中的援引和适用而存在各种差别——转移为国际标准时，应当确切界定其内容，维护其基本目标，即：使某人负有赔偿责任而不必证明其在从事危险活动而制造风险时具有过失。这类定义是必要的；这不仅仅是强调严格责任概念在不同司法体系中所获的最实际内容。这类方法也不仅使国际标准得到广泛接受，而且也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补偿。

(18) 可以不同方式着手这一任务。<sup>428</sup> 例如，如在“用语”方面所做的那样，可以通过一个恰当的伤害定义，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追究赔偿责任的标准，明确指出这旨在包括一切形式的、最普遍的可预见损害，而对潜在危险的了解程度并非赔偿责任的前提条件。另外，也可以将其解释为规则适用的一部分，即：如果有关使用对他人构成损害威胁，便已足够；因此经营者不得根据有关使用是自然方法而请求免除责任。

(19) 第 2 段第三句承认，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、限制或例外不从根本上改变提供及时和充分赔偿的目标。因此而强调了任何这类条件、限制或例外应当符合本原则草案的目标。

(20) 通常将严格责任的概念与有限责任的概念联系起来。有限责任具有某些政策目标。为了方便而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是正当的。严格责任也旨在获取合理的保险来涵盖活动。另外，如果赔偿责任必须是严格的，即：如果赔偿责任必须不经求偿者承担严格举证责任而确立，则有限责任可以被视为一个合理的补充。尽管这些观点都非不说自明的道理，但被广泛视为有关系的。<sup>429</sup>

---

<sup>427</sup> 见 Peter Wetterstein, “A Proprietary or Possessory Interest ...”前引文献, 第 29-53 页, 见第 40 页。

<sup>428</sup> 见 Elspeth Reid, “Liability for Dangerous activities ...” 前引文献, 第 741-743 页。

<sup>429</sup> 见 Robin R. Churchill, “Facilitating (Transnational) Civil Liability Litigation for Environmental Damage by Means of Treaties: Progress, Problems, and Prospects”, *Yearbook of International Environmental Law* vol.12 (2001), pp.3-41, at pp.35-37.



(21) 可以这样说，有限责任制并不令人满意，因为它不能足以鼓励经营者提供采取更严格预防措施。如果限度设的太低，它可能甚至成为一个让污染或伤害他人以及经营者真实费用外部化的许可证。其次，它也许不能够满足无辜受害者在受伤害情况下赔偿的所有要求和申诉。为此原因，重要的是考虑活动风险的程度以及保险涵盖有关风险重大部分的合理可能性，将金额责任限度设置的足够高。

(22) 《基辅议定书》第 9 条和《巴塞尔议定书》第 12 条规定了严格但有限的责任。相反的是，《卢加诺公约》第 6 条第 1 款和第 7 条第 1 款规定了严格责任，而没有任何规定来限制责任。在对经营者的在金额赔偿责任规定限额的情形下，这种限额不影响主管法院所判的任何利益或费用。而且，必须经常复核赔偿责任的限制。

(23) 在管辖海上石油污染和核事故制度的案件中，金额限制是众所周知的。例如，根据 1992 年《关于石油污染损害民事责任的国际公约》，船东责任的最大限额是 5970 万特别提款权；然后应由国际石油污染赔偿基金赔偿的金额总共是 1.35 亿特别提款权(包括从船东收到的金额)；在由自然现象造成灾害的情况下，则是 2 亿特别提款权。<sup>430</sup> 同样，1997 年《维也纳核损害民事责任公约》也为经营者的赔偿责任规定了适当限制。<sup>431</sup>

(24) 大多数赔偿责任制度在过失案中排除了有限赔偿责任。经营者为自己非法故意、轻率和疏忽作为或不作为所导致的或促成的损失负赔偿责任。有关具体规定见于《巴塞尔议定书》第 5 条和《基辅议定书》第 5 条。在经营者从事高度复杂化学或工业程序或技术的情况下，过失责任制度可能对受害者举证造成重大负担。但可用几种方式更好地保障他们的权利。例如，可以颠倒举证责任，要求经营者证明没有疏忽或故意的非法行为；可以从固有危险的活动中随意援引；可以向经营者施加成文法义务，要求其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，严格而有限的责任制度使有关个人不必举证疏忽行为，并将确切知道起诉谁。在多种活动导致伤害而无法合理追究任何一人或无法以足

---

<sup>430</sup> 《1992 年议定书》第 5 条第 1 款和《基金公约》第 4 条。Erida 号于 1999 年 12 月在法国海岸沉没以后，最高限额提高到 8,977 万特别提款权，从 2003 年 11 月 1 日起生效。根据 2003 年 11 月生效的《1992 年基金议定书》2000 年修订案文，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前一年在本国领土内收到的石油总量等于或超过 6 亿吨，最高限额将从 2 亿特别提款权提高到 3 亿零 74 万特别提款权。

<sup>431</sup> 有关案文见 ILM vol.36 (1997) 1473。设施国必须保证经营者为损失不少于 3 亿特别提款权的任何事故承担赔偿责任或在 10 年的过渡期内，除了设施国本身的保险数额以外，另外由经营者为 1.5 亿提款权的过渡金额购买保险。1997 年《补充赔偿公约》规定了更多的数额，可能超过 10 亿美元。见第 3 条和第 4 条。案文见 ILM vol 33(1994) 第 1518 页。

够的确定而进行区别的情况下，各法律制度倾向于规定连带责任。<sup>432</sup> 现行国际文书也规定了这类责任。<sup>433</sup>

(26) 然而，如果已经遭受损害的个人因其本身失误而导致损害或者促成损害，可根据全部情况，拒绝其赔偿要求或减少其赔偿数额。

(27) 通常，规定严格责任的各责任制度和国内法也对经营者的赔偿责任特别确定一套相当统一的有限免责。《卢加诺公约》第 8 条和第 9 条、《巴塞尔公约》第 3 条或《基辅议定书》第 4 条中能够找到关于赔偿责任免责的典型说明。如果，尽管采取一切适当措施，但损害产生于(a) 武装冲突行为、敌对行为、内战或起义，(b) 例外的、不可避免的、不可预见的和无法阻挡性的自然现象，(c) 完全是在受害国履行一个公共部门强制措施的结果，或(d) 完全是第三方不法故意行为的结果，则免除责任。<sup>434</sup>

(28) 第 3 段规定，第 1 段拟议的“措施”应包括向经营者或酌情向其他人或实体施加设立和保持财政保险金的要求，比如保险、保证金或其他财务保证，以支付索赔。这里的目标是：在发生事故和事件的情况下，确保经营者有足够可处置的资金以

---

<sup>432</sup> 关于连带责任，见 Lucas Bergkamp, *Liability and Environment*: ...前引文献，第 298-306 页。

<sup>433</sup> 关于条约实践的事例，例如见 1969 年《国际油污损害民事责任公约》第 4 条、1992 年《国际油污损害民事责任公约》第 4 条、1996 年《关于海上运输危险和有害物质的损害责任和赔偿问题的国际公约》第 8 条、《国际油舱油污损害的民事责任公约》第 5 条、《巴塞尔议定书》第 4 条、《基辅议定书》第 4 条、《卢加诺公约》第 11 条。也见 1962 年《核动力船舶经营者责任公约》第 7 条、1963 年《维也纳核损害民事责任公约》的《1997 年议定书》第 2 条、1963 年《维也纳核损害民事责任公约》第 2 条、1960 年《核能领域第三方责任公约》第 3 条、2004 年《修正 1960 年核能领域第三方责任公约的议定书》第 3 条。

<sup>434</sup> 《1992 年国际油污损害公约》第 3 条第 2 款和第 3 款规定：战争、敌对状态、内战、叛乱或具有例外、不可避免和不可抗逆性质的自然现象都是免除所有者赔偿责任的因素，与求偿人一方的疏忽行为无关。也见 1996 年《国际油污损害民事责任公约》第 3 条、2001 年《国际油舱油污损害民事责任公约》第 3 条、1996 年《关于海上运输危险和有害物质的损害责任和赔偿问题国际公约》第 7 条、1997 年《勘探和利用海底矿物资料引起油污损害民事责任公约》第 3 条(对设施经营者作了类似的规定)、1998 年《公路、铁路和内路航行船只运输期间引起的损害民事责任公约》第 3 条。

修订 1963 年《维也纳核损害民事责任公约》的《1997 年议定书》第 4 条第 3 款也有免责条款：如果经营者证明损害直接归因于武装冲突行为、内战、叛乱，则不负任何赔偿责任。也见 1963 年《维也纳核损害民事责任公约》第 4 条第 3 款、修正《1960 年核能领域第三方责任公约》的《2004 年议定书》第 9 条、1997 年《关于核损害公约补充赔偿的公约》附件第 3 条第 5 款、《欧盟关于环境赔偿的第 2004/35 号指示》第 4 条第 1 款。该指示也不适用于主要旨在为国防或国际安全服务的活动。根据第 4 条第 6 款，它也不适用于其唯一目的是预防自然灾害的活动。最新的赔偿责任文书纳入了恐怖主义活动：《南极公约马德里议定书》附件六第 8 条第 1 款——题为“环境紧急状态引起的责任”——规定：“如果经营者证明环境紧急状态由下列情况引起，则根据第 6 条而不负赔偿责任：(a) 保护人类生命或安全的必要作为或不作为；(b) 可以通常或特别地合理预见的、在南极构成例外性自然灾害的事件，但必须已经采取一切合理预防措施以减少环境紧急状态及其潜在有害影响的风险；(c) 恐怖主义行为；或(d) 针对经营者活动的战争行为”。关于国内法的规定，见秘书处的《各种责任制度概览》，A/CN.4/543，第 434-476 段。

满足索赔要求。据认为，危险活动的保险和其他财务保证的有效性取决于许多因素，而大部分取决于经营者尽可能地辨认所涉“风险”的能力。为此目标的“风险”评估不应当仅考虑导致损害之活动固有的风险，也应考虑这类损害可能引起的求偿类型和数量的统计可能性以及可能涉及的求偿人数量。

(29) 在具有造成重大跨界损害风险活动的情况下，保险涵盖面必须在“国内损害事件”之外规定“国外损害事件”。管辖因果关系法律的现代机制数倍增大了首先是经营者、最后是保险者必须在评估所需涵盖之“风险”时考虑的因素。在这方面，关键的问题是援引自由的标准来设立因果关系、扩大“近因”和“可预见性”标准的适用，甚至以更广泛的“一般性能力”来取代之。<sup>435</sup>

(30) 尽管有这些困难，令人鼓舞的是，保险正越来越多地用于泄油和其他危险活动对个人、财产或环境的损害。<sup>436</sup> 这主要是因为工业、消费者和政府方面日益承认应当为公共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，保险和财政机构是必要的。这些是具有风险管理专长的机构，而其营利依赖于收集财政资源和在风险活动中的明智投资。<sup>437</sup> 然而，涵盖危险活动的保险费不可避免地与其寻求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) 有关国家也可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财政机构取得资金的可能性。保险机制甚至也许要求经营者具有某些最低财政能力以提供保险。大部分赔偿责任制度规定，经营者有义务取得保险或这类其他适当的财务

---

<sup>435</sup> Hans-Dieter Sellschopp, “Multiple Tortfeasors/Combined Polluter Theories, Causality and Assumption of Proof/Statistical Proof, Technical Insurance Aspects” in Ralph P.Kroner (ed.), *Transnational Environmental Liability* ... op.cit., pp.51-57, pp.52-53.

<sup>436</sup> Charles S.Donovan and Elizabeth M.Miller, “Limited Insurability of Unlimited Liability: Serial Claims Aggregates and Alternatives: the American View” in Ralph Kroner (ed.), *Transnational Environmental Liability* *ibid.*, pp.129-158. Werner Pfennigstorf, “Limited Insurability of Unlimited Liability: Serial Claims Aggregates and Alternatives: The Continental View” in Ralph Kroner (ed.), *ibid.*, pp.159-165.

<sup>437</sup> Anthony J.Fitzsimmons, “Non-Marine Environmental Liability: The Use of Insurance Pools and the European Dimension”, in Ralph P.Kroner, *ibid.*, pp.166-179, at pp.166-167.

保证。<sup>438</sup> 如有条件，便利用这种有限的财政赔偿责任机制，可能特别有必要。但是，鉴于法系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。<sup>439</sup> 有效的保险制度可能也要求潜在感兴趣的国家普遍参加。<sup>440</sup>

(32) 不能忽视这类机制的重要性。有人提到：“财政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，如果它不是唯一的一种，也是最有效的一种途径，能够确保按照污染者付费原则而实际开展复原工作；对于工业经营人来说，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”。<sup>441</sup> 这类保险的范围也应包括清理费用。<sup>442</sup>

(33) 在美国和欧洲等某些国家可采用保险。由于保险工业在世界市场的日益增长，所以在这类市场中取得的经验可以很快应用于其他市场。《欧盟关于环境责任的第 2004/35/CE 号指示》涉及环境损害的预防和补救：例如，规定成员国应采取措施鼓励适当的保险、经济和财政经营者制定保险文书和发展市场，包括破产情况下的财政机制，以使经营者利用财务保证涵盖该指示所规定的责任。

(34) 提供保险和财政金融担保的后果之一是，根据国际法而直接针对任何提供财务担保者提出索赔要求，成为一项允许采用的备选办法。但是这类人可以有权要求经营者参与入诉讼。这类人还有权援引经营者根据法律本来有权援引的辩护。《基辅议定书》第 11 条第 3 款和《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一项声明。

(35) 第 4 和第 5 段提到各国应该集中注意的其他同样重要措施。这涉及到设置国家级的补充基金。当然这并不排除在联邦制国家中，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，以便在经营者经营的资金不足以赔偿受害者时用于解决索赔。涉及危险活动的赔偿责任制度多半规定设置更多的资金来

---

<sup>438</sup> 关于条约事例，例如见 1962 年《核船舶经营者的责任公约》第 3 条、1963 年《维也纳核损害民事责任公约》的《1997 年议定书》第 7 条、1963 年《维也纳核损害民事责任公约》第 7 条、1960 年《核能领域第三方责任公约》第 10 条、修正《1960 年核能领域第三方责任公约》的《2004 年议定书》第 10 条。也见 1992 年《关于污染损害民事责任的国际公约》第 5 条、1996 年《海上运输危险和有害物质方面损害责任和赔偿问题国际公约》第 12 条、《油舱油污损害民事责任国际公约》第 7 条、《巴塞尔议定书》第 14 条、《基辅议定书》第 11 条、《卢加诺公约》第 12 条。

<sup>439</sup> 例如见中国的发言，《大会正式记录，第五十八届会议，第六委员会简要记录》，A/C.6/58/SR.19，第 43 段。

<sup>440</sup> 例如见意大利的发言，同上，A/C.6/58/SR.17，第 28 段。

<sup>441</sup> 见欧洲议会和委员会关于预防和补救环境损害的环境责任方面的指示，布鲁塞尔，2002 年 1 月 23 日，COM (2002) 17 final，第 7-9 页。

<sup>442</sup> 同上。

源以便应付索赔，尤其是支付反应措施和恢复措施的费用。这些措施对于控制损害并且恢复受损自然资源和公共设施的价值是必要的。

(36) 可以从不同的帐户设置额外的基金资源。第一种可以作为国家预算的一部分由公共财政支出。换言之，国家可以在分担损害造成的损失中承担一个份额——如在核能源活动的情况下。另一个帐户可以是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。这是有关海上石油运输的风险管理情况。但是在非常特别的危险活动情况下，可能必须通过某种形式的对该工业所生产和支持之产品和服务的消费者征税而设立补充资金。如果在整体上经营者和直接受益消费者非常少、并且不关系到任何共同的经济或战略利益，这可能是特别必要的。

(37) 第 4 段涉及工业基金，并规定在适当情况下这些措施应该包括要求在国家级设立工业基金。“这些措施”的措词体现这样的事实：国家有权以不同方式根据具体情况而达到设立工业范围基金的目标。

(38) 第 5 段规定：若以上各段中所列措施不足以提供充分的赔偿，起源国还应确保拨给更多的财政支援。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下区域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 段起草为准则，这是为了鼓励各国采用最好的做法。本原则草案的中心思想是各国有自由以其特定环境和情况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，确保其规则符合本国内外技术和工业实践的发展。

## 原 则 5

### 反 应 措 施

一旦发生了造成或可能造成跨界损害的危險活动的事件时：

- (a) 起源国应立即将事件以及可能造成的跨国损害后果通知所有受影响或可能受影响的国家；
- (b) 在经营者的适当参与下，起源国应确保采取适当的反应措施，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其合作，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。一旦发生危险活动引起或可能引起跨界损害的事故，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，减轻损害后果并尽可能消除损害。这类反应措施不仅应包括起源国境内的清理和恢复措施，也应扩大到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。第三，起源国有责任通知一切受影响或可能受影响的国家。通知必须载有关于损害性质、对个人、财产及环境的可能影响以及所必须采取的保护其免于不利后果的可能审慎措施或者控制、减轻或消除损害的必要信息。

(2) 有关及时通知的(a)款是施加于起源国的尽责义务。<sup>443</sup> 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)款要求该国采取适当反应措施，并规定应依据于现有最佳手段和技术。起源国应在授权危险活动时<sup>444</sup> 和监测经授权活动中——延伸到可能实际出现灾难的阶段——都履行尽责义务，即使已经尽最大努力防止其发生。国际法院在加布奇科沃—大毛罗斯项目案中指出，因为人们“意识到环境的脆弱性，认识到必须不断评估环境风险”，<sup>445</sup> 因此有必要始终监视危险活动，

---

<sup>443</sup> Phoebe N.Okowa, “Procedural Obligations in International Environmental Agreements”, BYBIL vol.67 (1996), 第 275-336 页, 见第 330 页。他认为, 在紧急情况下警告处于危险各国的一般性国际法义务已经被“国际法院在科孚海峡案和尼加拉瓜案中认可”。这是 1986 年的国际原子能机构《及早期通报核事故公约》规定的一个义务, “确认了习惯法上所确立的主张”, 见第 332 页。

<sup>444</sup> 与事先授权责任密切相连的是进行环境影响评估(EIA)。见薛捍勤, *Transboundary...*, 前引文献, 第 166 页。Phoebe Okowa 指出, 与环境影响评估义务相关的附带义务至少有 5 类。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, 拟议该活动的国家是不利影响可能性或严重性的唯一裁定者。所查阅的条约都不允许第三国可提议进行新的或不同的评估, 即使对起源国的评估不满意。见 Phoebe N.Okowa, 同上, 第 282-285 页, 见第 285 页以及关于环境影响评估的内容, 同上, 脚注 25, 第 282 页, 第 286 页。

<sup>445</sup> 判决, 《1997 年国际法院案例汇编》, 第 7 页, 第 112 段。

(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以现有最佳技术减轻损害的影响。<sup>446</sup> 因此本原则所拟的国家作用是对预防条款草案第 16 条和第 17 条之国家作用的补充。该条款草案处理关于“紧急备灾”和“通知紧急情况”的规定。<sup>447</sup>

(5) 然而，本原则应有别于并超越于这些规定。国家应通过反应措施而制定必要的紧急备灾措施，并在紧急情况发生时根据当时对风险的了解和现行的控制这些风险的技术和财政手段而采用所拥有的最好措施。这关系到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——在起源国必须采取的 necessary 反应行动。在这一过程中，有关国家应于必要时争取(e)款所规定的主管国际组织和其他国家的援助。

(6) (b) 款的要求直接涉及审慎原则。<sup>448</sup> 如同在任何特别领域适用审慎原则一样，这允许某些灵活性，并且其实施应当考虑到所有社会和经济代价和利益。<sup>449</sup> 的确，无论如何强调国家应确保其管辖和控制下的活动不导致跨界损害的原则都不会过分。同样也不可能过分夸张在事故和事件已经发生并导致重大损害时采取反应行动的重要性。实际上，这类措施对于控制损害蔓延是必要的，并应立即采取；在大多数情况下，甚至不应花费任何时间去确认责任人或者事件的原因及过失而采取行动。(b) 款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。国家有权为合理反应措施费用而获得赔偿。

(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，因此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。

---

<sup>446</sup> 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质，并鉴于此类损害的赔偿机制本身固有的局限性，因此要求保持警惕和预防。

<sup>447</sup> 有关预防条款草案第 16 和第 17 条的案文及评注，见《大会正式记录，第五十三届会议，补编第 10 号》(A/56/10)，第 370 页至第 436 页，见第 429 页至第 433 页。关于必须将制定应急计划和针对紧急污染情况做出反应的条约义务视为国家控制已知环境损害来源的尽责义务这一观点，见 Birnie and Boyle, *International Law ...*, 前引文献，第 137 页。作者还在第 136 页指出，“将科孚海峡案视为对已知环境危险发出警告之习惯义务的判例是合理的”。

<sup>448</sup> 关于必须利用现行最佳技术这一要求，Rudiger Wolfrum 认为这与审慎原则密切相关。见 Rudiger Wolfrum “International Environmental Law: Purposes, Principles and Means of Ensuring Compliance”, in Fred L.Morrison and Rudiger Wolfrum, *International, Regional and National Environmental Law* (The Hague: Kluwer Law International, 2003), 第 15 页。还有人认为，“现行”一词意指“国家有责任采取已在市场上推出的新技术，而不是指污染控制领域的每一项新开发技术”，见 Peter-Tobias Stoll, “Transboundary Pollution”, in Fred L.Morrison and Rudiger Wolfrum, pp.169-200, p.182.

<sup>449</sup> Guidelines on Precautionary Principle in the context of biodiversity conservation and natural resource management, prepared under a joint initiative of Fauna and Flora International, IUCN-the World Conservation Union, *Environmental Policy and Law*, vol.L.35/6 (2005), pp.274-275, at p.275.

(8) 然而，国家在面临危险活动所致紧急情况时采取反应行动时的任何措施，并没有、也不应当使经营者的作用处于任何次要或补充地位。经营者负有首要责任处于紧急备灾状态、并在事故发生时尽快实施这类措施。经营者可以而且应当向国家提供其需要履行职责的所有协助。尤其是，经营者最能够说明事故详情、性质、发生时间、确切位置以及潜在受影响各方可能采取的减轻损害后果的措施。<sup>450</sup> 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反应措施的情况下，起源国应当做出必要安排以采取这类行动。<sup>451</sup> 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) 款规定起源国基于自己的利益并甚至“基本人道因素”的考虑，<sup>452</sup> 应当与受影响或可能受影响的国家协商，以决定可能最好的反应行动，防止或减轻跨界损害。<sup>453</sup> 通常根据请求而进行协商，据认为，“酌情”的用语提供了足够灵活性以适用于有关各国间的必要磋商，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)款要求受影响或可能受影响国家向起源国提供充分合作。一

---

<sup>450</sup> 在核事故发生时，国家必须通报这些详细情况。见国际原子能机构《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。Sands, *Principles*...前引文献，第 845-846 页。

<sup>451</sup> 根据《欧盟第 2004/35/CE 号指示》第 5 条和第 6 条，第 13 条指定的主管当局可以要求经营者采取必要的预防或恢复措施；如果经营者不采取这些措施或者找不到经营者，主管当局则可以自己采取这类措施。

<sup>452</sup> 见科孚海峡案，《1949 年国际法院案例汇编》，第 4 页，见第 22 页。关于作为有别于《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”这一特定概念，见 Bruno Simma, “From Bilateralism to Community Interest in International Law”, *Recueil des Cours*, ... vol.250 (1994-VI), pp.291-292.

<sup>453</sup> 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》原则 18、1992 年《关于工业事故跨界影响的公约》、1992 年《生物多样性公约》和 2000 年《生物安全议定书》、以及核事故方面的条约和 1986 年原子能机构《及早通报核事故公约》。见 Sands, *Principles* ... 前注 55，第 841-847 页。



一旦得到通报，受影响国家也有责任采取一切适当和合理措施减轻其所面临的损害。<sup>454</sup> 这些国家应根据其在管辖或控制区域内的权力而采取这类反应措施，以协助预防或减轻这类跨界损害。它们也应从(c)款所提到的主管国际组织和其他国家寻求这类可能的援助。这类反应行动不仅对于公共利益是重要的，而且能够使有关当局和法院将后续的关于赔偿和反应措施费用补偿的申诉视为合理的。<sup>455</sup>

(11) (e)款是不解自明的，并采用了 1977 年《国际水道非航行使用法公约》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将依据于相互商定的条件。这类安排可以取决于受援国的优先援助项目、主管国际组织的组建条款和任务、关于当地接纳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主义因素和向困境中的受害者提供人道主义援助的重要性。

## 原则 6

### 国际和国内救济

1. 一旦其领土内的或受其管辖或控制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等的及时、充分和有效的救济。
3. 第 1 款和第 2 款不影响受害者有权在起源国可得到的救济之外，寻求其他的救济。
4. 各国可协助，诉诸迅速而又最经济的国际求偿解决程序。
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。

---

<sup>454</sup> 在加布奇科沃-大毛罗斯项目案中，因匈牙利拒绝遵守捷克斯洛伐克与匈牙利在 1997 年所缔结条约的规定，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，“一方因另一方的不履行而受损害时，必须设法减轻所受损害，这是一般国际法的一项原则”。国际法院在论及该原则时指出，“根据这样一项原则可以认为，受害国如未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”。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”。法院认为开辟支流 C 是不法行为，这是不同问题；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的原则。见判决，《1997 年国际法院案例汇编》，第 7 页，第 80 段。在计算这些国家最终有权提出的损害方面，法院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。

<sup>455</sup> 关于计算可接受的恢复费用的合理性标准，一般见 Peter Wetterstein, “A Proprietary or Possessory Interest ...”, 前引文献，第 47-50 页。

## 评 注

(1) 原则草案 6 指出了为执行和落实原则草案 4 规定的目标所必须的某些广泛措施。从某一点上来说, 原则草案 4 和原则草案 6 一起构成了实质和程序性措施, 期望起源国和有关国家应提供这样的标准, 即: 没有这样的标准将难以或不可能履行提供有效补救措施和义务, 包括争取向跨界损害受害者支付及时和充分赔偿的可能性。<sup>456</sup> 实质性的最低要求, 比如追究赔偿责任、无须举证过失而确定赔偿责任、确定最低条件、这类赔偿责任的限制或例外、设立财政担保或保险安排以涵盖赔偿责任等等, 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 则处理最低程序性标准。这包括能够平等或不受歧视地申诉、有效法律补救措施的提供、以及外国司法和仲裁判决的承认和实施。它也涉及关于向快速和低费用国际索赔程序申诉的需要。

(2) 第 1 款、第 2 款和第 3 款侧重于国内程序以及制定和确认平等权利或不歧视获偿的原则。丹麦、芬兰、挪威和瑞典之间的 1974 年《斯德哥尔摩环境保护公约》, 是各国间有效的承认平等申诉权的最进步的合作形式。其可能性当然是由于北欧各国环境标准基本相同。《公约》第三条规定了受另一国环境有害活动影响或可能影响的个人可以享有求偿的平等权利。这种向该国法庭或行政机构求偿的平等权利是以“活动所实施国家的法律实体同等程度和同等条件提供的”允许跨界申请者提出关于活动的可允许性问题、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, 跨界受害者能以与起源国现行的同样赔偿优惠条件所造成的损害争取赔偿。<sup>457</sup>

(3) 平等求偿原则允许获得资料, 帮助各国有关法院和国家主管机构之间的恰当合作, 从而超出了要求国家满足最低有效标准而为跨界求偿人提供补救措施。《里

---

<sup>456</sup> Rene Lefebvre 敏感地指出, 制定一个处理跨界损害法律制度方面之最低标准的目标, 是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。这具有程序和实质的因素。Rene Lefebvre, *Transboundary Environmental ...*前引文献, 第 234-236 页。

<sup>457</sup> 关于《公约》的评论, 见 Stephen C. McCaffrey, *Private Remedies for Transfrontier Environmental Disturbances* (IUCN and Natural Resources, Morges, Switzerland, 1975), 第 85-87 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, 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。它也没有提到确定赔偿责任和计算赔偿的恰当适用法问题, 而尽管它设想这方面的适当法律是伤害发生地法。相反, 经合组织建议成员们更逐步地落实有关在程序上便于有关减轻跨界污染之诉讼的灵活双边或单边协定。见 Philip McNamara, *The Availability of Civil Remedies ...*前引文献, 第 146-147 页。

约宣言》原则 10 和《世界资源宪章》原则 23 也反映了这一原则。各国关于环境保护的宪法也越来越多地承认该原则。<sup>458</sup>

(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保证所提供补救措施的有效性。它强调排除障碍，确保参与行政审理和司法诉讼的重要性。一旦发生跨界损害，跨界受害者应当有向具有管辖权而处理求偿的行政、准司法和/或司法机构申诉的同等机会。如同原则草案 4 的评注中所说明的，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而来满足本规定。

(5) 第 2 款强调了在确定危险活动求偿方面不歧视原则的重要性。<sup>459</sup> 不歧视原则规定，起源国应确保对跨界损害的受害者提供的及时、充分和有效救济与在该领土上遭受同一事件损害的受害者相等。因此，这一原则可同时视为程序和实质性要求。就程序性方面而言，它意味着起源国应当向受影响国家的居民提供与自己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。<sup>460</sup>

(6) 另一方面，这一原则的实质性方面引起了难度更大的关于其确切内容的问题，缺乏类似的共识。<sup>461</sup> 表面看来，只要向国民提供的实质上同样的补救也提供给跨界受害者，似乎就满足了本原则的要求。然而，在没有向国民提供最低实质性标准的情况下将出现问题，在这类情况下，本原则不能规定向跨界损害的外国受害者提供的任何这类最低标准。一些国家正在制定最低的实质性标准作为其国内法和程序的一部分。

---

<sup>458</sup> K. W.Cuperus 和 A. E.Boyle, *Articles on Private Law Remedies for Transboundary Damage in International Watercourses*, 国际法协会第六十七届大会报告, 赫尔辛基 (1986), 见第 407 页。

<sup>459</sup> 也许可提到, 预防条款草案第 16 条规定各国在必须以一切应有的注意而控制风险的预防阶段负有相似责任。1997 年《国际水道非航行使用法公约》第三十二条以类似规定涵盖了实际发生伤害的阶段——即使已尽最大努力防止灾难。

<sup>460</sup> 见 Alexandre Kiss and Dinah Shelton, *International Environmental Law* (Ardsley, NY: Transnational Publishers, 2004), 第 201-203 页; Birnie 和 Boyle, *International Law ...*, 前引文献, 第 269-270 页。根据不歧视的程序规定, 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, “外国原告交纳保证金、拒绝法律协助和拒绝对涉及外国土地案件的管辖”。K. W.Cuperus 和 A. E.Boyle, “Articles on Private Law Remedies ...”, 前引文献, 见第 406-407 页。

<sup>461</sup> 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, 同上, 第 271-274 页。关于不歧视原则的局限性, 同上, 第 274-275 页。也见薛捍勤, *Transboundary...*, 前引文献, 第 106-107 页。也见 Alexander Kiss and Dinah Shelton, *International Environmental*, *ibid.*, pp.201-203. Birnie and Boyle, *International Law*, *op.cit.*, pp.269-270, P.M.Dupuy, “La contribution du principe de non discrimination a l’élaboration du droit international de l’environnement”, *Revue Québécoise de Droit International*, vol.7 (1991-1992), p.135.关于不歧视原则成为一般国际法原则的观点, 见 Henri Smets, “Le Principe de Non-discrimination En Matière de Protection de l’Environnement”, *Revue Européenne de Droit de l’Environnement*, 1/2000, at p.3.

(7) 第 3 款规定了一个不妨碍条款。应当注意到, 第 1 款和第 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缺乏任何共识, 这可能严重地妨碍向受害者提供及时、充分和有效司法救助和补救,<sup>462</sup> 特别是如果他们太穷并且在实地没有得到专家的协助。各国应当以促进法律协调和提供这类机会和补偿的协议而推动这一事项。

(8) 也许可提到, 就法庭选择——非经营者的居所法<sup>463</sup>——来说, 申诉人可以诉诸一个其视为最适当求偿的法庭。这可以伤害行为或不行为实施地或者灾害产生地国家的法庭。<sup>464</sup> 有人声称, 规定这类选择被视为依据于“目前已经在关于国际管辖权的《公约》和国内制度中确立的趋势”。<sup>465</sup> 根据 1968 年《民事和刑事案件管辖和判决实施的布鲁塞尔公约》, 只有在这样的缔约方管辖区域内可提供救济: (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。1993 年《卢加诺公约》第 19 条、《巴塞尔议定书》第 17 条和《基辅议定书》第 13 条规定了类似的法庭选择。

(9) 关于法律选择, 国家实践并不统一: 不同的法律制度采纳了或者对受害人最有利的法律、或者与事件和当事人有最重大关系的法律。<sup>466</sup>

(10) 第 10 款强调了确保向跨界损害受害者提供救济的程序中的不同问题。这旨在对可能涉及国内程序以外的程序性质作更确切的规定。它提到了“国际求偿解决程序”。可以拟定数种程序。例如, 各国可在跨界损害案中就可支付的赔偿额进行谈

---

<sup>462</sup> K. W.Cuperus 和 Alan E.Boyle, “Articles on Private Law Remedies for ...”, 前引文献, 第 403-411 页, 第 406 页。见 Lefeber, *Transboundary Environmental Interference...*前引文献, 第 264 至 266 页, 内容涉及在决定法庭选择和适用法方面国家实践的差别。

<sup>463</sup> 这是基于“原告应向被告的管辖法院起诉”的原则。该原则促进关于被告人最能够在其居住的国家法院为自己辩护的政策。其根据是: 判决的执行是直接针对被告的。然而, 尽管自然人的居所由各国的法律决定, 但并未解决法人或公司的国籍问题。《布鲁塞尔公约》和 1988 年 9 月 16 日在卢加诺签署的类似的《关于民事和刑事案件判决管辖和强制的卢加诺公约》“将确定居所的问题留给提起诉讼的国家法院操作的冲突法所决定的法律”。见 C.van Bar, “Environmental Damage in Private International law”, *Recueil des Cours ...*, vol.268 (1997), 第 295 - 411 页, 见第 336 页。

<sup>464</sup> 见 the International Law Association, Second Report (by Christophe Bernasconi and Gerrit Betlem) on Transnational Enforcement of Environmental Law, International Law Association, Berlin Conference (2004), Report of the Seventy-First Conference, Berlin, 2004, 第 896-938 页, 第 900 页。然而, 如果能够证明在该国——而非在起源国——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。

<sup>465</sup> 同上, 第 899 页。

<sup>466</sup> 欧洲数国、委内瑞拉和突尼斯, 采纳了“最有利法律原则”。然而, 美国法似乎赞成与事件和当事人有“最重大关系”之处的法律, 同上, 第 911-915 页。

判和商定。<sup>467</sup> 这也许包括混合赔偿委员会、谈判一揽子赔偿，等等。国际因素并不排除起源国可以对受影响国提供协助，通过受影响国所设立的国内赔偿程序而分发赔款。除非另有打算，这类谈判不必排除起源国和私人受害方以及这类有关方面与造成重大伤害之活动负责者之间的谈判。可以通过判决或在庭外解决来商定一揽子赔偿。<sup>468</sup> 可以在临时基础上立即向受害者提供合理的赔款，以等候关于赔偿申诉可否受理以及实际应付赔偿额的决定。国家法院、为此而成立的国家赔偿委员会或联合赔偿委员会可以审查赔偿申诉，并决定最终应支付的赔偿额。<sup>469</sup>

(11) 联合国赔偿委员会<sup>470</sup> 和伊朗—美国赔偿法庭<sup>471</sup> 可以为第 4 款所设想的某些程序提供有益的模式。

(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和其他机构求偿的民法补救措施可能“非常复杂、费用高并最终缺乏成功保障”：<sup>472</sup> 这一批评有合理的因素，适用于某些但并非所有案件。提到迅速和最经济的程序，是旨在回应这方面的问题并反映不以过长程序——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

---

<sup>467</sup> 就 1954 年美国在马绍尔群岛附近实施核试验对日本渔民所造成的损害，美国向日本支付了 200 万美元。Department of State Bulletin, Washington DC, vol.32, No. 812, 1955 年 1 月 17 日，第 90-91 页。1978 年 1 月宇宙号 954 卫星坠毁后，苏联向加拿大支付了 300 万加元。ILM vol.18, 1979, 第 907 页。Sands 提到，尽管一些欧洲国家向切诺贝尔核事故受害的国民支付了赔偿，但没有试图向苏联提出正式索赔，而尽管保留了这样做的权利，Philippe Sands, Principles, 前引文献，第 886-889 页。国家也可同意向受害者直接赔付，如美国政府同意向被 USS Vincennes 击落的伊朗空中客车 655 号的伊朗受害者赔偿。各国也可以缔结设立国际赔偿委员会的条约而像私人当事方之间那样来解决索赔。见 Lefeber, *Transboundary Environmental Interference*, 前引文献，第 238 页，脚注 21。还可以提到委员会工作组在 1996 年通过的第 21 条和第 22 条草案。第 21 条草案建议起源国和受影响国在任何一方的请求下就赔偿的性质和其他补救措施的性质和程度进行谈判。第 22 条草案提到了各国为达到最公平的赔偿额可望考虑的几个因素。关于委员会工作组的 1996 年报告，见《大会正式记录，第五十一届会议，补编 10 号》(A/51/10)，第 320-327 页。

<sup>468</sup> 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申诉。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》为合并求偿申诉提供了依据。印度最高法院在联合碳化物公司诉印度联邦和其他人案(*All India Reports* 1990 SC 273)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联邦一次性支付 4 亿 7 千万美元，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索赔申诉、权利和责任问题。印度政府最初提出的求偿额超过 10 亿美元。

<sup>469</sup> 2002 年 4 月，美国就 1946 年至 1958 年进行核项目给土地造成的损害，向 Enewatak 居民赔偿了 324,949,311 美元。见 ILM vol.39 (2000)，第 1214 页。

<sup>470</sup> 关于联合国赔偿委员会采用的程序，见 Mojtaba Kazazi, “Environmental Damage in the Practice of the United Nations Compensation Commission”, in Michael Bowman and Alan Boyle, *Environmental Damage ...* 前引文献，第 111-13 页。

<sup>471</sup> 伊朗—美国索赔法庭程序规则可查阅 [www.iusct.org](http://www.iusct.org)。

<sup>472</sup> 见 Lefeber, *Transboundary Environmental Interference ...* 前引文献，第 259 页，脚注 104。

解决。<sup>473</sup> 某些是庭外解决的。其他则是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、或者受害者必须拥有平等或不受歧视的获得民法补救的权利。<sup>474</sup>

(13) 第 5 款涉及到获取资料。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 款、第 2 款和第 3 款为跨界损害受害者规定的平等求偿原则。这也同样适用于第 4 款规定的国际程序。国家应当将收集和保存资料作为履行其尽责义务的部分内容，并使那些想查找这些资料的人能够得到。<sup>475</sup> 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、经营者必须取得的保险或财务保障规定、适用法及规则、以及指定处理索赔、包括处理关于未遵守必要安全标准与救助问题之申诉的机构。

---

<sup>473</sup> (一) 1979 年 6 月墨西哥海岸的 Campeche 湾的 Ixtoc I 爆炸案，第 239 页至 240 页(美国公司拥有采油设备，墨西哥国有公司控制，由墨西哥私营钻井公司操作，涉及 1,250 万美元的清理费用，大约 4 亿美元的渔业和旅游业损失；美国政府和美国公司之间在没有正式确定赔偿责任的情况下作出庭外解决。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而赔付了 214 万美元，ILM, voL.22(1983)，第 580 页。(二) Cherry Point 泄油案，第 249 页(Canada and Atlantic Richfield Oil Refinery(美国公司)，庭外解决，涉及一艘利比亚油轮在华盛顿州美国水域 Cherry Point 石油卸货时泄油而对加拿大西部海岸所造成的石油污染)《加拿大国际法年鉴》，voL.XI(1973) 第 333 页；Sandoz 案，Lefebber, *Transboundary, Environmental Interference...*, 前引文献，第 251-252 页 (1986 年 10 月 1 日 Sandoz 化学公司火灾的灭火用水污染莱茵河而造成下游法国、德国和荷兰的重大损失。必须赔偿经济损失。这涉及清理费用和其他反应措施、包括监测和恢复费用。也涉及到损害渔业淡水工业而产生的纯经济损失。私下解决了索赔。以 3,600 万德国马克解决了 1,000 起以上索赔。大多数赔偿支付给各国政府，但某些私人当事方也得到赔偿)；博帕尔煤气泄漏案，Lefebber 第 253-254 页(美国 Union Carbide 公司与印度政府以 4 亿 7 千万美元庭外解决，而最初索赔额大于这一数目)；Mines de Potasse d'Alsace 案，Lefebber, 第 254-258 页(某法国公司排放废盐而以氯化物污染莱茵河。这类排放被视为正常操作。但河水的高盐份对于下游饮用水公司、工业和传统商业用水者造成问题。有关政府、瑞士、法国、德国和荷兰于 1976 年在波恩谈判了一个减少氯化物污染的协议，但直到 1985 年才生效，并且未能维持多久。1991 年缔结了另一个议定书。但高盐份问题继续存在。由于荷兰政府不打算对法国政府提出申诉，某些受害者于 1974 年在荷兰法院提起私人诉讼。直到 1988 年，荷兰最高法院才作出了有利于原告的判决，诉讼以庭外解决方式了结。对于市场园工联合会的赔偿达 2 百万美元之多。饮用水工业在法国法院的索赔败诉，理由是在废盐排泄与求偿的水工业腐蚀损害之间没有足够的因果关系……。)也见秘书处《各种责任制度概览》，A/CN.4/543，第 339-433 页。

<sup>474</sup> Lefebber, *Transboundary Environmental Interference*, ...同上，第 260 页。

<sup>475</sup> 例如，印度 2005 年的《获取资料权利法》第四章要求所有公共机构在可能的情况下以电脑收集和保存一切正当分类和编目的记录，并使其方便于根据该法而获取资料的权利。关于 2005 年第 22 号法的案文，见 <http://indiacode.nic.in/fullact1.asp?tfnm=200522>。

(14) 获取资料权是一个逐渐演进的原则。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法律上可强制实施的权利，也还需要时间。<sup>476</sup> 数个文书载有这类获取资料权。<sup>477</sup>

(15) 第 5 款提到的“恰当”获取旨在表明，在某些情况下可以拒绝提供或公开资料。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、审查的程序和——假如存在的——适用的收费。在可行的情况下，这类资料应当免费提供或仅收取极少费用。

(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判决和裁决具有效力是必不可少的，因为受害者能够在被告人拥有这类财产的其他管辖区收到赔偿。大多数国家将承认和执行国外判决和仲裁附在其法律所规定的具体条件中，或根据其国际条约义务而予以执行。一般来说，欺诈、审判不公、公共政策、与早先判决或裁决不协调可被列为拒绝承认和执行外国判决或裁决的理由。其他条件也可能适用，或者存在着其他可能性。<sup>478</sup>

---

<sup>476</sup> 斯堪的纳维亚国家、欧洲联盟国家和美国在规定获取资料权方面已经取得了进展，但是即使在这些国家也仍有大量需要做的事，才得以实现，更不用说其他国家了。见 S.Coliver, P.Hoffman, J.Fitzpatrick and S.Bowen (edS.) *Secrecy and Liberty: National Security, Freedom of Expression and Access to Information* (The Hague: Kluwer Academic Publishers, 1999); U.Oberg, EU Citizens' Right to Know: The Improbable Adoption of a European Freedom of Information Act, *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, vol.2 (2000), pp.303.至少 25 个美国州和加拿大已经颁布了“知情权”法。关于这些以及其他的资料权方面举措和分析的资料，见 Peter H.Sand, “Information Disclosure as an Instrument of Environmental Governance”, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol.63 (2003), 第 487-502 页。关于在新西兰的环境案申诉方面资料权问题，见 Justice Peter Salmon, “Access to Environmental justice”, *N. Z. J.Environmental Law*, vol.2 (1998), 第 1-23 页，见第 9-11 页。世界银行也采取了措施，促进对公众开放其世界范围内所支持项目的执行情况。见 I. F.I.Shihata, *The World Bank Inspection Panel* (1994)。

<sup>477</sup> 见 1998 年《关于环境事项上资料获取、公众参与决策与求偿问题的公约》(2001 年 10 月 30 日生效)、《保护东北大西洋海洋环境公约》(第 9 条)、1993 年《关于环境责任的卢加诺公约》(第 15 条和第 16 条)、1995 年联合国欧洲经委会《关于资料获取和公众参与环境决策的索非亚准则》(第 4 条和第 5 条); 2003 年 1 月 28 日的《欧盟理事会/议会 2003/4/EC 指示》。也见秘书处《各种责任制度概览》，文件 A/CN.4/543, 第 287 至 336 段。

<sup>478</sup> 例如，美国地区法院驳回了博帕尔案件中的赔偿请求，理由是“法庭不便”，从而建议原告到印度法庭起诉。并推断印度所作的判决可以在美国执行，Lefebvre, *Transboundary Environmental Interference...*，前引文献，第 267-268 页。

## 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、区域或双边协定能为赔偿、反应措施及国际和国内救济提供有效安排，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这样的安排，使工业基金和(或)国家基金在经营者财力，包括财务担保措施不足以偿付事故损害的情况下能提供补充赔偿。此类基金可设定用于补充或取代全国性的工业基金。

### 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 的规定旨在国际上发挥作用。它依据的是《斯德哥尔摩宣言》原则 22 和《里约宣言》原则 13。第 1 款鼓励各国缔结具体的全球、区域或双边协议，如果这类做法可以在本原则涉及的(a) 赔偿、(b) 反应措施与(c) 救济和补救方面提供最有效的安排。

(2) 第 2 款鼓励各国酌情通过工业基金或国家基金而在这类安排中建立各种财政担保机制，以确保向跨界损害受害者提供补充基金。它指出，各国有必要作出更详细的安排，以应对各类危险活动的具体情况。它也确认，跨界损害赔偿责任制度中存在着若干变数；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。

(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——不诉诸禁止——管理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”。<sup>479</sup>

## 原则 8

### 执 行

1. 每一国均应当采取可能必要的立法、规章和行政措施，以执行本原则草案。

---

<sup>479</sup> 《1980 年……年鉴》，第二卷(第一部分)，第 27 页，初步报告，文件 A/CN.4/334，第 250 页，第 9 段。



2. 本原则草案及任何执行措施的适用不得有任何基于诸如国籍、居所或住所的歧视。

3. 各国应相互合作，根据其国际法义务以执行本原则草案。

## 评 注

(1) 第 1 款重申了其他原则草案中的含义，即每个国家都应制定执行本原则草案的法律、规章和行政措施。它有意强调国家通过国内法律来执行缔约国商定的国际安排和协定之国际标准或义务的重要意义。

(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这类理由的歧视都无效。提到国籍、居所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 款是一般建议性条款，规定各国应彼此合作执行本原则草案。这是根据《基辅议定书》第 8 条拟定的。执行机制的重要性无论如何强调都不过分。从一般和协定国际法的角度看，它在国际上、主要是在国家之间发挥作用，而且它要求在国家层次通过具体的国内宪法和其他立法手段予以执行。重要的是各国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赔偿。

## 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。<sup>480</sup>为协助特别报告员根据2000年起草的提纲<sup>481</sup>确定本专题的基本内容，另外设立了一个工作组。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，并提出了一个先从地下水开始的一步步处理的方法。<sup>482</sup>

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。<sup>483</sup>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，根据委员会的辩论情况而负责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工作。

#### B. 本届会议审议此专题的情况

70. 委员会本届会议在2006年5月2日举行的第2868次会议上决定恢复共有的自然资源工作组的活动，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19条款草案提交起草委员会。

---

<sup>480</sup> 《大会正式记录，第五十七届会议，补编第10号》(A/57/10和Corr.1)，第518-519段。大会在2002年11月19日第57/21号决议第2段中注意到委员会决定将“共有的自然资源”专题列入其工作方案。

<sup>481</sup> 《大会正式记录，第五十五届会议，补编第10号》(A/55/10)，附件第314页。

<sup>482</sup> 《大会正式记录，第五十七届会议，补编第10号》(A/57/10和Corr.1)，第529页。

<sup>483</sup> A/CN.4/533和Add.1(第一次报告)、A/CN.4/539和Add.1(第二次报告)、A/CN.4/551和Corr.1和Add.1(第三次报告)。

72. 委员会在 2006 年 6 月 9 日第 2885 次会议上一读通过了含有 19 条条款草案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、2905 和 2906 次会议上通过了有关条款草案的评注。

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)转发各国政府，征求评论和意见，同时请各国政府在 2008 年 1 月 1 日之前将此类评论和意见提交秘书长。

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而为本专题所做的出色工作；这使委员会能够顺利完成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·坎蒂奥奇先生领导下所做的不懈努力，以及联合国教育、科学及文化组织、粮食及农业组织、欧洲经济委员会以及国际水文地质学家协会的地下水专家在起草专题过程中所作的各种介绍。

## C. 委员会一读通过的跨界含水层法条款草案案文

### 1. 条款草案案文

75. 委员会一读通过的条款草案案文载录如下。

## 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。

#### 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质层之上的渗透性含水地质结构以及该地质结构饱和带所含之水；
- (b) “含水层系统”是指在水文上相连的两个或两个以上的含水层组成的结构；
- (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”是指在当代获取相当补给水量的含水层；
- (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。

## 第二部 分

### 一般原则

#### 第 3 条

#### 含水层国的主权

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

#### 第 4 条

#### 公平合理利用

含水层国应按照下述公平合理利用原则利用跨界含水层或含水层系统：

- (a) 含水层国应以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) 对于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 5 条 与公平合理利用相关的因素

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

- (a) 每个含水层国依赖含水层或含水层系统生活的人口；
- (b) 有关含水层国目前和未来的社会、经济及其他需要；
- (c) 含水层或含水层系统的自然特性；
- (d) 对含水层或含水层系统的形成和水补给所起的作用；
- (e) 含水层或含水层系统的现有和潜在用途；
- (f) 一个含水层国利用含水层或含水层系统对其他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。

## 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，其活动造成损害的含水层国应当注意到第 4 条和第 5 条草案的规定，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. 根据第 7 条草案，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可正常获取的数据和资料，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化学有关的数据和资料，以及有关的预报。
2. 在对某些跨界含水层或含水层系统的性质和范围不完全掌握的情况下，有关含水层国应根据现行的做法和标准，尽力收集和提供有关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现成的数据或资料，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必要时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處理这种数据和资料，以便于获取数据和资料的其他含水层国予以利用。

## 第三部分 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、或赖以生存的生态系统，包括采取措施以确保持含水层或含水层系统所保留的水以及排泄区所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，含水层国应单独地，并在适当情况下，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，并在适当时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的概念模式，确定须予监测的重要参数。这些参数应包括第 8 条第 1 款草案所列的含水层或含水层系统的状况参数，以及含水层或含水层系统的利用情况参数。

### 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 既定活动

1. 如果一国有合理理由认为，其境内某项既定活动可能对跨界含水层或含水层系统造成影响，并因而可能对另一国造成重大不利影响，该国应在切实可行的情况下，对此活动可能造成的影响进行评估。

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

3. 如果通知国和被通知国对既定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既定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) 便利上述人员参加相关国际项目；
- (c) 向其提供必要的设备和设施；
- (d) 提高其制造这种设备的能力；
- (e) 为研究、监测、教育和其他项目提供咨询意见并发展这方面的设施；
- (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；
- (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工程、设施和其他工事应享有适用于国际性和非国际性武装冲突的国际法原则和规则所给予的保护，并且不得以违反这些原则和规则的方式加以使用。

## 第 18 条

### 与国防或国家安全有关的数据和资料

一国不因本条款草案的规定承担提供对其国防或国家安全保密至关重要的数据或资料的义务。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载录如下。

## 跨界含水层法

### 总评注

(1) 国际法委员会在第五十四届会议(2002年)上决定将“共有的自然资源”专题列入工作方案。大家普遍认为,这一专题包括地下水、石油和天然气。有人还希望将候鸟和迁徙动物等资源也列入其内,而一些人则希望限制其范围,仅处理地下水。

(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,以接续委员会以前就编纂地面水法<sup>484</sup>所开展的工作;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,特别是无补给含水层内所含的不可再生的地下水与石油和天然气之间的一些共性。尽管他也了解这些资源的差别,但承认说,有关跨界地下水的工作可能影响委员会关于石油和天然气的将来编纂工作。另外,委员会在完成有关跨界地下水的工作之前,也许希望考虑有关石油和天然气的现行规定和国家实践的一些相关内容。因此,他提议在条款草案二读时审议这一问题。一位委员认为,当完成二读时,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形式提出。根据委员会的做法,“条款草案”一词不影响最后采取的形式,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对拟订条款草案案文直接有关,在适当时候应该加以讨论,而目前阶段的侧重一直是实质性问题。委员会认为,鉴于各国在六委所表达的意见各不相同,现在要就最后形式问题达成结论尚为时过早。因此,目前提出的条款草案不包括有关解决争端的条款、最后条款和可能影响最后形式问题的任何条款。如果决定制定公约,则可能有必要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分享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对含水层国的权利。委员会在达成这些结论时,强调了对跨界含水层或含水层系统的保护。

---

<sup>484</sup> 1997年《联合国国际水道非航行使用法公约》。

(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，《公约》是一个失败；它没有获得足够的国家批准，尚未生效。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，特别是在管理这些资源的方法上。诚然，《公约》尚未生效。<sup>485</sup> 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<sup>486</sup>中提到了该《公约》，便承认这一权威。2000 年《南部非洲发展共同体关于共有水道的订正议定书》的许多实质性条款几乎逐字重述了《公约》的条款，而且现在已在实施之中。<sup>487</sup> 因此，《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。这些文书由粮食及农业组织与教育科学及文化组织合编<sup>488</sup>；特别报告员的第三次报告增编<sup>489</sup>中引述了有关部分。现已确认，几乎全部有陆地边界的国家也与其邻国有跨界地下水。因此，大多数国家与这一议题有这样或那样的利害关系。大量国家实践也正在出现。除了各国提供的宝贵意见之外，教科文组织国际水文计划自 2003 年以来就水文地质的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，包括各地下水资源中心、水文地质学家协会、粮农组织、联合国环境规划署/全球环境基金、美洲国家组织、国际自然及自然资源保护联盟、国际地下水评估中心以及联合国欧洲经济委员会。特别报告员和委员会对此深为感激。

---

<sup>485</sup> 第 36 条案文如下：“本公约应自第 35 份批准书、接受书、核准书或加入书交存……之日后第 90 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。

<sup>486</sup> 《1997 年国际法院案例汇编》，加布奇科沃-大毛罗斯项目案(匈牙利诉斯洛伐克)，第 85 段。

<sup>487</sup> 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、赞比亚、津巴布韦。

<sup>488</sup> S.Burchi and K.Mechlem, *Groundwater in International Law: Compilation of Treaties and Other Legal Instruments* (FAO/UNESCO, 2005).

<sup>489</sup> 文件 A/CN.4/551/Add.1。

# 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) 第 1 条草案规定了本条款草案所适用的范围。委员会和联合国大会一直采用“地下水”一语。虽然此语通常用来表述一个构成整体的、并可以提取被人类用作“地下水”的地下之水完全恰当，但为本条款草案之目的，兹选用“含水层”这一技术用语。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) 委员会接受的任务是编纂“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》内所界定的国际水道相通，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，而不论其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(a)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。如果有冲突的话，便需要处理这一情况。然而，为了不预先规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) 第 1 条草案(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(一)资源的使用和(二)与使用这些资源有关的保护、保全和管理措施。本条草案(a)和(c)项基本上重述了这些内容。

(4) 因为“利用”还包括使用方式，所以在(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。因为第2条草案中对“含水层”的定义说明，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，删去了1997年《水道公约》中的“同……的使用有关的”等字，以扩大本条款草案的范围。“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它活动”。就含水层而言，必须规范除利用含水层以外的其它活动，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其它活动。例如，耕作与使用可能污染含水层水的化肥和农药。建造地铁可能破坏地质结构或损害补给或排泄过程。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在环境领域的不利或负面影响，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”一语在(b)项中用作负面意义，则此语被理解为有负面含义。因此，在(b)项的上下文中，“影响”是指一种有力、强大或在其它方面重大的不利影响，而这种影响的临界线在此并没有确定。关于临界线的确定将有待于以后的实质性条款草案，比如第6条和第10条草案。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。对于是否发生“影响”以及影响类型和影响范围的评估，必须建立在影响以前得出的测量数据基础上，然后与影响发生后的测量数据相比较。在影响之前得出的测量数据提供了一个基线或参考水平，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质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”是指在水文上相连的两个或两个以上的含水层组成的结构；
- (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”是指在当代获取相当补给水量的含水层；
- (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<sup>490</sup>，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。

---

<sup>490</sup> 2000年10月23日《欧洲联盟委员会确定水政策领域共同体行动框架的第2000/60号指令》第2条第11款：

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

联合国赔偿委员会《专员小组就第三批“F4”类索赔提出的报告和建议》(S/AC.26/2003/31)：

含水层：地表以下含有水的天然地质层。

1989年《关于使用跨界地下水的贝拉焦协议草案》第1条第1款：

“含水层”是指从中可以抽取大量水的、含水的次表层地质层。

2004年国际法协会关于水资源的《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。

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

“地下水”是指所有在饱和区内与地面或底土直接接触的地面下的水。

2004年国际法协会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) 石油和天然气也载于类似的地质结构。“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，它们充当含水器的底层。一些含水层上面还有透水性较弱的地层。储存在这种含水层内的水称为“承压”含水层，它们所承受的压力大于大气压力。

(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的水一样，位于空隙之中，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。有人提问，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”由在水文上相连的两个或两个以上的含水层组成。这些含水层不仅是属于同样地质结构的，而且也可以是属于不同地质结构的。含水层可以在水文上纵向或横向相连。“在水文上相连”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足够大，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有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，关于范围的第1条草案和其他许多条款草案中都用到这两个词语。本款的重点是在“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、补给接受补给水的含水层的水量、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“补给区”和“排泄区”的定义对适用第 10 条草案有用。“有补给含水层”有这两个区，位于含水层之外，但与含水层在水文上相连。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经流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、该国可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，必须将地下水视作为其所在的国家所拥有，就象石油和天然气一样。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。<sup>491</sup> 各国在此问题上基本上有两种实践模式。一种是肯定模式。有的对行使这一主权附加了限制条件。一个例子是，“按照《联合国宪章》和国际法原则，各国拥有根据其环境和发展政策利用其资源的主权，同时有责任确保其管辖或控制范围内的各项活动不对他国或超出其国家管辖范围的地区的环境造成损害”。<sup>492</sup> 另一种是保留或否认条款，如“本公约的任何内容均不得影响成员国利用、开发和管理其自然资源的主权”。<sup>493</sup>

(3) 第 3 条草案采用了肯定模式，是一个较为平衡的案文。为保持这种平衡，本条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

- 
- <sup>491</sup> (1) 在序言部分提及此概念的条约有：1985 年《保护臭氧层维也纳公约》；1991 年《空气质量协定》(加拿大与美国)；1992 年《联合国气候变化框架公约》；1992 年《生物多样性公约》；1994 年《联合国关于在发生严重干旱和/或荒漠化的国家、特别是在非洲防治荒漠化的公约》；2003 年《坦噶尼喀湖可持续发展公约》；
- (2) 有关规定中提及此概念的条约有：1978 年《关于国家在条约方面的继承的维也纳公约》；1981 年《非洲(班珠尔)人权和人民权利宪章》；1982 年《联合国海洋法公约》；1986 年《保护南太平洋区域自然资源和环境公约》；1995 年《执行 1982 年 12 月 10 日联合国海洋法公约有关养护和管理跨界鱼类种群和高度洄游鱼类种群的规定的协定》；1999 年《1992 年保护与使用越境水道和国际湖泊公约之水与健康问题议定书》，2003 年《保护自然和自然资源非洲公约》；
- (3) 提及此概念的无约束力的国际文书有：《预防危险活动造成的越界损害》条款草案(2001 年国际法委员会第五十三届会议通过)；《齐心协力共谋经济上较差国家的经济发展》，大会第 1515 (XV)号决议(1960 年)；《对自然资源的永久主权》，大会第 1803 (XVII)号决议(1962 年)；1972 年《联合国关于人类环境的斯德哥尔摩宣言》；《各国经济权利和义务宪章》，大会第 3281 (XXIX)号决议(1974 年)；《发展权利宣言》，大会第 41/128 号决议(1986 年)；1992 年《关于环境与发展的里约热内卢宣言》；
- (4) 其他有关条约有：1985 年《东盟保护自然和自然资源协定》(未生效)[条约提到人民对自然资源的权利的概念]；1966 年《经济、社会、文化权利国际公约》；1966 年《公民权利和政治权利国际公约》；1981 年《非洲(班珠尔)人权和人民权利宪章》。

<sup>492</sup> 2003 年《保护自然和自然资源非洲公约》。

<sup>493</sup> 1986 年《保护南太平洋区域自然资源和环境公约》。

层或含水层系统拥有主权。委员会也认识到，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) 对于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。含水层的作用在于，其处理水的成本要低于修建水处理设施的成本，而且它能够生产高质量的水。

(2) 对于共有的自然资源的利用所适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。<sup>494</sup> 第 4 条草案的导言规定了这一原则，随后各项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

---

<sup>494</sup> 例如见 1997 年《水道公约》，第 5 条第(1)款。

科学定义。它是指以现有的最佳科学依据为基础，采取措施将自然资源维持或恢复到生产最高持续产量的水平。<sup>495</sup> 简单地说，这要求采取措施使自然资源永远持续下去。就 1997 年《水道公约》而言，这所涉的是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，便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”一语是指在一个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、有规划的耗减用尽是可以考虑的。

(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。但这并不必把利用的水平限制在补给水平上。(d)项规定，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) 1997 年《水道公约》第 5 条第 2 款规定的另一条原则是水道国公平合理参与<sup>496</sup>，包括利用水道的权利以及合作保护和发展水道的义务。本条未包括此内容，原因在于它是有关国际合作的规定的规定的基础，而这种规定将在后面的条款草案中制定。<sup>497</sup>

---

<sup>495</sup> 见《联合国海洋法公约》，第 118 条。

<sup>496</sup> 见关于 1997 年《水道公约》第 5 条的评注第 (5) 和第 (6) 段，《1994 年...年鉴》，第二卷 (第二部分)，第 97 页。

<sup>497</sup> 第 7 至 18 条草案。

## 第 5 条 与公平合理利用相关的因素

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

- (a) 每个含水层国依赖含水层或含水层系统生活的人口；
- (b) 有关含水层国目前和未来的社会、经济及其他需要；
- (c) 含水层或含水层系统的自然特性；
- (d) 对含水层或含水层系统的形成和水补给所起的作用；
- (e) 含水层或含水层系统的现有和潜在用途；
- (f) 一个含水层国利用含水层或含水层系统对其他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) 第 5 条草案列举了在确定第 4 条草案所规定的公平合理利用时须考虑的因素。“因素”包括“环境”，应把它们放到围绕每一实例的大环境中加以考虑。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性和灵活的，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。其原因是应把自然性质因素作为含水层特性而不是单个因素而逐个加以考虑。自然特性是指用来界定和辨别某一特定含水层的物理特性。如采取系统的方法，它可在自然

性质分为三种类型：投入变量、产出变量和系统变量。投入变量与地下水从降水、河流和湖泊中获取的补给有关。产出变量与地下水向泉水、河流的排泄有关。系统变量与含水层的传导性(渗透性)以及说明系统状况的储水性有关。它们是地下水位分布和水的特性，如温度、硬度、酸碱度(酸性和碱性)、导电性能以及总溶解固体量等。这三类变量加在一起说明了含水层数量、质量和动态等特性。实际上，这些特性与关于数据和资料定期交流的第 8 条第 1 款草案确定的那些特性相同。

(3) (g)项涉及对于含水层的某一已规划或现有的用途是否存在替代办法。在实践中，替代办法所以是另一个供水来源的形式，其中最关键的因素是：与含水层已规划或现有的用途相比，它应具有同等的可行性、实用性和成本效益。对于每个替代办法，都应进行成本收益分析。除了可行性和可持续性之外，替代办法的服务期限在分析中的作用也很重要。例如，一个可持续的替代办法从含水层的补给排泄比率来说可能是更好的，但其利用期可能不如一个有控制的耗减替代办法那么长。

(4) (d)项至(i)项所列因素是 1997 年《水道公约》中未列的新增因素。(d)项所述的对含水层或含水层系统的形成和水补给所起的作用是指位于各含水层国的含水层的相对大小以及补给区所在的每一国家的水补给过程的相对重要性。第 1 款(i)项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”一词存在着不同的含义。“有关生态系统”必须与第 9 条草案的“生态系统”一并考虑。它是指依赖于含水层或含水层所储存的地下水的生态系统。该生态系统可能存在于含水层、如喀斯特含水层内部，而且其生存依靠含水层的正常运转。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有地下水流入。一些湖泊的整个湖底都向含水层渗漏。另外一些湖泊的部分湖底有地下水流入，其他部分的湖底则向含水层渗漏流失。抽取地下水导致湖泊水位下降可能影响湖泊所支撑的生态系统。地下水向湖泊的排水量减少会给溶解的化学成分的流入造成很大影响，即使此类排水量在湖水注入总量中只占很小一部分，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。特别是在含水层是唯一水源的干旱、半干旱地区，含水层水的不同用途可能很多。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：关于“人类的基本需要”这一措辞有一项谅解。这项谅解是，“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”。与其他定义相比，这一表述似乎更为确切，更为严密。<sup>498</sup>

## 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，其活动造成损害的含水层国应注意第 4 条和第 5 条草案的规定，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) 第 6 条草案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。它处理的问题是利用含水层造成的重大损害，第 1 条草案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) 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”。这是一项关于行动的义务，而不是一项关于结果的义务。只

---

<sup>498</sup> “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。2004 年国际法协会《关于水资源的柏林规则》第 3 条（20）款。

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，它隐含的意思是，对其他含水层国的损害是通过跨界含水层造成的。第 2 款明确表示，本条款草案只适用于“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”的临界线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，应采取比“重大”损害低的临界线。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“国际法未加以禁止的行为所造成的伤害的国际责任”这一主题框架内，对临界线问题进行了广泛的探讨，最后在临界线问题上确定了“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有一些谅解。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不是微不足道的，但它并不必然达到大量的水平。<sup>499</sup> “重大损害”的临界线是一个弹性的、相对的概念，它也可以作为含水层的适当临界线。即使当含水层被少量的污染物所污染，如果该污染造成长期影响，它所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。委员会认为，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，不太可能存在，但也不排除。

(6) 第 3 款处理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 款和第 2 款的“利用活动”和“其他活动”两者。这种情况有可能发生，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。本款规定的是造成损害后的防范措施。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，对于尽管为消除或减轻此类损害作出了努力但仍造成损害的

---

<sup>499</sup> 见 A/51/869。



补偿问题，本条款草案中不加以处理。包括关于责任的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。

## 第 7 条 一般合作义务

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

### 评 注

(1) 第 7 条草案确定了各含水层国相互合作的一般义务的原则以及开展此类合作的程序。含水层国之间的合作是履行各条款草案所规定义务的前提。1972 年《关于人类环境的斯德哥尔摩宣言》原则 24 说明了合作义务的重要性。1977 年联合国马尔普拉塔行动计划水事会议上以及在 1992 年联合国环境与发展大会《21 世纪议程》第 18 章“保护淡水资源质量和供应：对水资源的开发、管理和利用采取综合性办法”中确认了该义务对于本问题的重要性。关于地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。<sup>500</sup>

(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”的原则被作为一条一般原则载入。除 1997 年《水道公约》案文之外，该原则也应加以考虑。“可持续发展”一词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。<sup>501</sup>

(3) 第 2 款规定应建立“联合合作机制”，即各含水层国之间共同商定的决策办法。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

---

<sup>500</sup> 《东盟保护自然和自然资源协定》(1985 年)、《保护与使用越境水道和国际湖泊公约》(《1992 年赫尔辛基公约》)、《1992 年保护与使用越境水道和国际湖泊公约之水与健康问题议定书》(1999 年)、《可持续利用多瑙河合作公约》(1994 年)、《保护莱茵河公约》(1999 年)、《保护自然和自然资源非洲公约》(2003 年)、《喀尔巴阡山脉保护和可持续发展框架公约》(2003 年)、《坦噶尼喀湖可持续发展公约》(2003 年)、《维多利亚湖盆地可持续发展议定书》(2003 年)。

<sup>501</sup> 见第 4 条草案的评注第 4 段。

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) 长期以来，欧洲有建立各种国际河流委员会的传统，如保护莱茵河国际委员会、马斯河委员会、多瑙河委员会等。在这些委员会内部或与其密切合作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。《欧盟水道框架指令 2000/60/EC》<sup>502</sup> 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。<sup>503</sup> 在世界其他地方，委员会希望这类的区域组织也将为促进建立类似的联合机制发挥作用。<sup>504</sup> 委员会还指出，边界沿线的地方政府也建立了许多联合机制。<sup>505</sup>

## 第 8 条

### 数据和资料的定期交流

1. 根据第 7 条草案，含水层国应定期交流关于跨界含水层或含水层系统状况的可正常获取的数据和资料，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化学有关的数据和资料，以及有关的预报。

2. 在对某些跨界含水层或含水层系统的性质和范围不完全掌握的情况下，有关含水层国应根据现行的做法和标准，尽力收集和提供有关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现成的数据或资料，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必要时处理这种数据或资料的合理费用。

---

<sup>502</sup> 欧盟议会和理事会于 2000 年 10 月通过了《制定水道政策方面共同体行动框架指令 2000/60/EC》。

<sup>503</sup> 《欧盟水道框架指令》要求成员国制定管理规划。也见欧洲经委会《监测和评估地下水准则》(2000 年)第 2 条和第 8 条。

<sup>504</sup> 非洲联盟：《关于保护自然及自然资源的非洲公约》(2003 年 7 月 11 日，马普托)第 7 条(水)第 3 款；南部非洲发展共同体：《关于修正的南部非洲发展共同体共有水资源议定书执行的机构框架》(2000 年 8 月 7 日，温得和克)第 5 条。

<sup>505</sup> 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》附件(1996 年 4 月 12 日)。

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

## 评 注

(1) 数据和资料的定期交流是各含水层国进行合作的第一步。对 1997 年《水道公约》第 9 条的案文作了调整，以适应含水层的特性。特别是鉴于对一些含水层的科学发现还不够，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层次。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。它们不仅包括原始统计数据，还包括研究和分析成果。在后面的一些条款草案，包括第 12、13 和 14 条草案中，讨论监测、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等方面的数据和资料。

(2) 第 8 条草案规定了各含水层国为确保跨界含水层的公平合理利用而进行数据和资料交流的一般性最低要求。含水层国需要关于含水层状况的数据和资料，以落实第 5 条草案。该条草案呼吁各含水层国在履行第 4 条草案所规定的公平合理利用含水层的义务时，应考虑“所有相关因素和情况”。当然，第 8 条草案所载的规则是备用的，适用于对此问题没有特别商定规则的情况，而且并不妨碍有关各国就某一特定跨界含水层所达成有关安排确定的规则。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数据交流的要求旨在确保各含水层国掌握履行第 4、第 5 和第 6 条草案规定义务所需的事实。通过要求“定期”交流数据和资料，第 1 款规定了一个持续、系统的过程，以别于专门为诸如第 14 条草案所规定的各种既定行动提供资料。第 1 款要求各含水层国所交流的数据和资料必须是“可正常获取的”。这一表述旨在表明，作为一般法律责任，含水层国只有义务提供这类它能正常获取的数据和资料，如那些它为自己使用而已经收集的或很容易获得的数据或资料。在某一具体情况下，数据和资料是否可“正常”获取，取决于对获得这些数据和资料所需要付出的努力和成本等类因素的客观评估，同时应考虑被请求的含水层国的人力、技术、资金和其他有关资源。因此，第 1 款和第 3 款使用的“正常”一词是一个专门术语，其含义大体相当于“根据所有相关情况”或“可行的”，而不是“合理

地”或“必然的”。很多协议都提及数据和资料交流的重要性。<sup>506</sup>

(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含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。这里所规定的预报涉及天气模式及其对水位和水流、补给和排泄量、可预测的冰川状况、目前利用活动可能造成的长期影响以及生物资源的状况或迁移等可能造成的影响。即使在相对少见的含水层国未利用或没有计划利用跨界含水层的情况下，第 1 款的规定仍适用。

(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，对跨界含水层的科学了解仍不确定。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。联合国教科文组织—国际水文方案编纂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 款涉及要求被请求国提供非现成的数据或资料的情况。在此种情况下，被请求国应“尽力”满足请求。它应本着善意和合作的精神尽力提供提出请求的含水层国所要求提供的数据或资料。如没有与之相反的协议，含水层国可不必对所交流的数据或资料进行处理。但根据第 8 条第 3 款草案的规定，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必要时处理这些数据的合理费用。“必要时”一词旨在提供一定的灵活性，有必要这样做是出于几方面的原因。在一些情况下，为使这些数据或资料不必进行处理便能为它国所用。但在

---

<sup>506</sup> 《保护与使用越境水道和国际湖泊公约》(1992 年《赫尔辛基公约》)、《努比亚沙岩含水层系统利用问题区域战略拟订方案》(2000 年)、《喀尔巴阡山脉保护及其可持续发展框架公约》(2003 年)、《保护自然和自然资源非洲公约》(2003 年)、《保护和可持续利用多瑙河合作公约》(1994 年)、《莫桑比克共和国、南非共和国和斯威士兰王国关于合作保护和可持续利用因科马蒂和莫普托河水道水资源的三方临时议定书》(2002 年)、《萨瓦河盆地国际框架协定》(2002 年)、《坦噶尼喀湖可持续发展公约》(2003 年)、《维多利亚湖盆地可持续发展议定书》(2003 年)、《1978 年美利坚合众国与加拿大大湖地区水质协定》修订议定书(1983 年修订)、以及《保护和可持续利用西班牙—葡萄牙水文流域的水域合作协定》(1998 年)。

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“尽力收集和处理这种数据和资料，以便于”其他含水层国“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、或赖以生存的生态系统，包括采取措施以确保持含水层或含水层系统所保留的水以及排泄区所排出的水的质量和数量足以保护和保全这类生态系统。

#### 评 注

(1) 在第三部分一开始，第 9 条草案即规定一个一般性义务，即：必须确保所排出水达到足够质量和充足数量，从而保护和保全跨界含水层内的生态系统以及依赖于该含水层的外部生态系统。与《联合国海洋法公约》第一九二条和 1997 年《水道公约》第 20 条一样，第 9 条草案包含保护和保全两方面的义务。这些义务涉及含水层内部和外部的“生态系统”。

(2) 对第 5 条草案的评注第(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。“在一个生态系统内，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。”<sup>507</sup> 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。

---

<sup>507</sup> 《水管理的生态系统方法》(ENVWA/WP.3/R.7/Rev.1)，第 3 页，第 9 段。

这一问题在世界一些地区已十分突出，在另外一些地方也会变得突出起来。保护和保全跨界含水层内部及外部生态系统的义务所要解决的就是这一问题。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。所排出水的质和量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”生态系统的义务则主要适用于原始的或未遭破坏的淡水生态系统。它要求必须以适当的方式对待这些生态系统，使其尽可能保持自然状态。保护和保全水生态系统这两种措施一并使用，有助于确保其作为生命支持系统持续存在。

(4) 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当的改变，包括按照条款草案的规定而计划使用含水层等。

(5) 关于第 9 条草案所包含的义务，在成员国实践和国际组织工作中可以找到大量的先例。1985 年《东盟保护自然和自然资源协定》对保护物种和生态系统以及保护生态过程的义务作出了规定。<sup>508</sup> 《保护与使用越境水道和国际湖泊公约》(1992 年《赫尔辛基公约》)规定成员国有义务“确保养护并在必要时恢复生态系统”。

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

## 第 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。

---

<sup>508</sup> 《东盟保护自然和自然资源协定》(1985 年)。

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。

## 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。根据第 2 条草案(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。可分为两个层次履行这些义务。第一个层次是含水层国有义务查明其跨界含水层的补给区和排泄区，第二个层次是采取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相连。补给区和排泄区一经查明，且如其位于有关含水层国境内，该国便有义务采取特别措施，最大限度减少对补给和排泄过程的有害影响。这些措施对保护和保全含水层起着关键的作用。人们注意到，在补给区内采取一切措施防止污染物进入含水层至关重要。但是，将保护补给区、防止污染含水层的义务纳入第 11 条草案处理更为合适；该条款专门处理污染问题。

(3) 第 2 款处理的是这样的情况，即某一特定跨界含水层的补给区和排泄区所在国可能不是共同拥有该跨界含水层的国家。考虑到补给和排泄机制对于含水层正常运行的重要性，委员会决定，补给区或排泄区所在的所有国家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，第 7 条草案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，含水层国应单独地，并在适当情况下，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) 第 11 条草案规定了含水层国在防止、减少和控制可能对其他含水层国造成重大损害的跨界含水层污染方面所承担的一般性义务。这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。本条款是第 4 条及第 6 条草案所包含的一般原则的具体应用。

(2) 有的跨界含水层仍未被污染，有的已遭到不同程度的污染。鉴于这种情况，第 11 条草案针对不同的污染状况使用了“防止、减少和控制”的表述。1982 年《联合国海洋法公约》有关海洋污染的部分以及 1997 年《水道公约》均使用了该表述。海洋环境和国际水道这两者情况类似。“防止”义务针对的是新污染，“减少”和“控制”义务针对的则是现存污染。与第 9 条草案有关“保护”生态系统的义务一样，“防止……可能造成重大损害的……污染”的义务包括应对防止此类损害的威胁作出应有的努力。本条使用“可能造成”的措词来表示这一义务。要求含水层国“减少和控制”已有的污染，反映了含水层国的实践。在一些情况下，要求立即消除造成损害的现有污染可能非常困难，特别是当制造污染的含水层国遭受的损失与受到损害的含水层国可能得到的好处相差悬殊时更是如此。另一方面，如制造污染的含水层国未能作出应有的努力将污染减少到可以接受的水平，则受害国有权宣布污染国违反了其应尽的义务。正如对第 10 条草案的评注第(2)段所述，本条草案增添了关于补给过程的内容。

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

(4) 防止、减少和控制的义务均适用于“可能对其他含水层国造成重大损害”的污染。未达到这一标准的污染不属于本条款范围，但在一些情况下可受第 9 条草案约束。

(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”。<sup>509</sup> 但全球性的条约或公约使用了“审慎态度”或“审慎措施”等不同的表述。<sup>510</sup> 委员会大多数委员认为, 避免就“审慎原则”这一表述进行概念上的艰难讨论, 这样更好。“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, 它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不会造成损害。

## 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, 并在适当时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的概念模式, 确定须予监测的重要参数。这些参数应包括第 8 条第 1 款草案所列的含水层或含水层系统的状况参数, 以及含水层或含水层系统的利用情况参数。

---

<sup>509</sup> 《保护东北大西洋海洋环境公约》(1992 年《奥巴委公约》), ILM vol.32(1993), 第 1032 页; 《保护波罗的海地区海洋环境公约》(1992 年), 《联合国海洋法简报》第 22 号(1993 年), 第 54 页; 1995 年修订的《保护地中海海洋环境和沿海区域公约》, 联合国环境署《……多边条约选》, 第 448 页; 《保护与使用越境水道和国际湖泊公约》(1992 年《赫尔辛基公约》), ILM vol.32 (1993), 第 1312 页; 《建立欧洲共同体条约》和《关于禁止向非洲进口和在非洲内部管制危险废物的越境移动和管理的公约》(1991 年《巴马科公约》), ILM vol.30 (1991), 第 773 页; 《1992 年保护与使用越境水道和国际湖泊公约之水与健康问题议定书》(1999 年《伦敦议定书》), 联合国文件 MP.WAT/2000/1; 《保护喀尔巴阡山脉及其可持续发展框架公约》(2003 年), 联合国文件 ECE/CEP 104; 《保护和可持续利用多瑙河合作公约》(1994 年), O. J.L.342, 1997 年 12 月 12 日, 第 31 页; 《保护莱茵河公约》(1999 年), O. J.L.289, 2000 年 11 月 16 日, 第 31 页; 《坦噶尼喀湖盆地可持续发展公约》(2003 年), FAOLEX (粮农组织网上法律信息库); 《维多利亚湖盆地可持续发展公约》(2003 年), FAOLEX (粮农组织网上法律信息库)。

<sup>510</sup> 例如, 《防止倾倒废物及其他物质污染海洋的公约》的 1996 年议定书(1996 年《伦敦议定书》)(ILM vol.36(1997), 第 7 页)以及《执行 1982 年 12 月 10 日联合国海洋法公约有关养护和管理跨界鱼类种群和高度洄游鱼类种群的规定协定》(1995 年)(《联合国条约汇编》第 2167 集, 第 3 页)均使用了“审慎态度”的表述。《联合国气候变化框架公约》(1992 年)(ILM vol.31 (1992), 第 851 页)规定了采取“审慎措施”的义务。

## 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第 7 条草案作出了规定。履行国际合作的义务可分为几个层次:如定期交流数据和资料、监测、管理、有计划地开展活动等。第 12 条草案对国际合作的一个层次进行了阐述。

(3) 监测的重要性在很多国际文书中得到了广泛的承认。这方面的例子包括欧洲经济委员会制订的 1989 年《地下水管理章程》<sup>511</sup>、2000 年《地下水监测和评估准则》<sup>512</sup>、《保护与使用越境水道和国际湖泊公约》(1992 年《赫尔辛基公约》)以及《保护自然和自然资源非洲公约》(2003 年《马普托公约》)。

(4) 第 12 条草案还与关于数据和资料定期交流的第 8 条草案有关。要履行定期交流数据和资料的义务,就必须进行有效的监测。但第 8 条草案所要求的数据和资料仅限于有关含水层状况的那些数据和资料。如第 2 款所规定的,不仅需要监测含水层的状况,还需要对含水层的利用情况、如地下水的抽取和人工补给情况进行监测。

(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;(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,还有利于进一步掌握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《努比亚沙岩含水层系统利用问题区域战略拟订方案》。为执行该方案而达成的一项协定是《监测和数据分享的职责范围》。2003 年《保护喀尔巴阡山脉及其可持续发展框架公约》规定成员国有义务执行旨在开展联合或互补性监测项目的政策,如对环境状况进行系统监测等。1994 年《保护和可持

---

<sup>511</sup> 欧洲经委会于 1989 年通过。见 E/ECE/1197, ECE/ENVWA/12。

<sup>512</sup> 这些是联合国欧洲经委会监测与评估工作组根据《保护和利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。

续利用多瑙河合作公约》规定，缔约国不仅有义务协调单独进行的监测活动，还有义务就多瑙河集水区域的河流状况，包括水质水量、沉积、河流生态系统等，制订并执行联合监测方案。《欧盟指令 2000/60/EC》规定，“成员国应确保建立水文状况监测方案，以对每条河流流域的水文状况进行连贯和全面的评估。”

(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《保护自然和自然资源非洲公约》规定，各缔约方有义务监测其自然资源状况、以及开发活动和项目对自然资源造成的影响。2002 年《莫桑比克共和国、南非共和国和斯威士兰王国关于合作保护和可持续利用因科马蒂和马普托河水道水资源的临时议定书》规定：各缔约方有义务建立类似的监测体系、方法和程序，并执行一项定期监测方案；监测范围包括因科马蒂和马普托河水道的生物和化学特征。各缔约方还应按照向“三方常设技术委员会”规定的期限，定期就与上述水道水质有关的水文、海洋和河岸生态系统的状况和趋势提交报告。2002 年《萨瓦河盆地国际框架协议》规定，各缔约方应共同商定，就协定的执行情况及根据协定开展的活动而确立一项长期监测的方法。2003 年《坦噶尼喀湖盆地可持续发展公约》关于防止和控制污染的条款含有监测的义务。2003 年《维多利亚湖盆地可持续发展议定书》规定，各成员国有义务以标准化的统一方式开展监测活动。

(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地、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”(数据的数据)，一国即可以独立地评估这些数据的质量。如果这些数据达到了最低标准，该国便可以进而调整这些现有数据并对被整理过的数据库作出解释。以法国—瑞士日内瓦含水层委员会为例，双方从各自的数据标准开始，经过一段时期的实践，达到了相类似、一致的数据的程度。为了选定监测的关键参数，含水层国还应就特定含水层的概念模式达成一致。这里有两类概念模式：一种是物理矩阵，另一种是水力模型。含水层国可以在开始时商定采用一种模式。随着它们通过监测对含水层有了更好的了解，再对模式进行调整。进行监测的关键参数包括含水层的状况以及本评注上述第(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，与第 8 条第 1 款草案列举的领域相同。

(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，对其履行方式仍采取建议的形式。还须指出的是，需要进行监测的是那些正在被利用的含水层。

### 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) 第 13 条草案规定含水层国有义务制订和执行各种妥善管理其跨界含水层的规划。鉴于国家对境内含水层的主权以及含水层国之间开展合作的需要，本条款草案包含了两类义务。首先，各含水层国均有义务制订并执行自己的含水层管理规划。其次，在其他任何含水层国提出要求时，它还有义务与其他含水层国进行磋商。

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

(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，鉴于地下水专家高度重视跨界含水层的联合管理，加强这方面的义务尤其重要。委员会还认识到，在实践中，并非在所有情况下均能建立上述机制。磋商的结果由有关国家决定。各国已建立了许多联合委员会，其中很多委员会被赋予了管理的职责。特别是针对特定跨界含水层的合作模式采用了相对非正式的形

式，如有关国家的主管机构或代表定期举行会议等。欧洲大多数跨界含水层规模很小，通常由跨境地区或当地政府进行管理。应鼓励地方政府之间的此类合作。为了给这类较为不正式的联合管理模式提供依据，本条草案提及的是联合管理“机制”而非“机构”。

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

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

## 第四部分 影响其他国家的活动

### 第 14 条 既定活动

1. 如果一国有合理理由认为，其境内某项既定活动可能对跨界含水层或含水层系统造成影响，并因而可能对另一国造成重大不利影响，该国应在切实可行的情况下，对此活动可能造成的影响进行评估。

2. 一国在实施或允许实施可能影响跨界含水层或含水层系统，并因而可能对另一国造成重大不利影响的既定活动之前，应将此事及时通知该国。在发出此

种通知时应附上现有的技术数据和资料，包括任何环境影响评估，使被通知国能够评价既定活动可能造成的影响。

3. 如果通知国和被通知国对既定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既定活动的影响作出公正评估。

## 评 注

(1) 1997 年《水道公约》共有九项条款与可能对其他水道共有国造成重大不利影响的既定措施有关。它们详尽地规定了有关国家处理此问题应当遵循的程序。关于国际水道，有关国家开展了一些大型开发项目并引发了一些相关的争端，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，目前尚未制订处理既定活动的详细程序，大家似乎总体倾向于仅以一项条款草案来规定较为简单的程序性要求。在这方面扩大了第 14 条草案的范围，使其适用于那些有合理理由认为其境内某项既定活动可能对跨界含水层或含水层系统造成影响、并因而可能对另一国造成重大不利影响的任何国家，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。为履行第四部分中关于影响其他国家的活动的本条草案所规定的义务，各国必须事先了解此类活动的整个规划过程，并因此必须制订国内法律制度，要求此类活动必须得到国家的批准。

(3) 第 1 款规定了一国应事先对既定活动可能造成的影响进行评估的最低义务。既定活动不仅包括跨界含水层的利用，而且还包括影响或可能影响跨界含水层的其他活动。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。除第三部分规定的措施外，含水层国还有义务评估对跨界含水层既定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不利影响有很大可能性时，才被要求对既定活动的潜在影响进行评估。第二，如果评估不切实可行，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，缔约方有义务“在采取某项可能对另一缔约方的环境或自然资源或不在其管辖范围之内的环境或自然资源造成重大影响的活动前，努力作出环境影响评估”。2003 年《保护自然和自然资源非洲公约》规定，成员国有义务“确保在尽可能早的阶段对可能影响自然资源、生态系统和

环境的政策、规划、方案、战略、项目和活动作出充分的影响评估”。1998年《保护和可持续利用西班牙—葡萄牙水文流域的水域合作协定》规定，“缔约方应制订必要的规定，确保对本协定所涵盖的、由于其性质、规模和地理位置而必须进行跨界影响评估的项目和活动，在批准前按照有关规定进行评估。”

(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，联合国欧洲经济委员会编写的《地下水管理章程》(1989年)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”。《21世纪议程》第18章《保护淡水资源的质量和供应：对水资源的开发、管理和利用采用综合性办法》(1992年)建议，各国可“对所有损害水质和水生态系统的重大水资源开发项目执行强制性环境影响评估”。

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

(7) 如被通知国对通知国提供的资料和评估结果感到满意，双方就有了处理既定活动问题的共同基础。反之，如果双方对既定活动所造成影响的评估结果有异议，就有义务按照第3款的规定争取达成公平的解决办法。找到上述解决办法的前提条件是有关国家必须对可能造成的影响有相同看法。为达到上述目的，一个独立的实况调查机制可在对既定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，既定活动可能对别国造成“重大不利影响”。这一临界线低于第6条草案所使用的“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) 便利上述人员参加相关国际项目；
- (c) 向其提供必要的设备和设施；
- (d) 提高其制造这种设备的能力；
- (e) 为研究、监测、教育和其他项目提供咨询意见并发展这方面的设施；
- (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。

#### 评 注

(1) 第 15 条草案处理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”一词更好地体现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方式反映了各国为履行第一句所载义务而可以选择各种办法。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。联合国教科文组织——国际水文方案在这一领域发挥着核心作用，是联合国系统的全球性政府间科学项目。它能响应国别和地区需要和需求。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，来自于 1982 年《联合国海洋法公约》第二 0 二条(对发展中国家的科学技术援助)。1972 年《联合国人类



环境会议斯德哥尔摩宣言》指出：必须提供技术援助，辅助发展中国家的国内发展努力，并对发展中国家给予特别关注，以促进发展和保护环境(原则 9 和原则 12)。《里约环境与发展宣言》原则 7 建议采用共同而有差别的责任。该《宣言》原则 9 提到，“各国应当合作加强内部能力建设，以实现可持续发展，做法是通过交流科技知识来提高认识，并增强各种技术包括新技术和革新性技术的开发、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》第二〇二条。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》（1992 年《赫尔辛基公约》）规定了互助的义务。《1992 年保护与使用越境水道和国际湖泊公约之水与健康问题议定书》（1999 年《伦敦议定书》）强调，必须“教育和培训管理水资源和经营供水和环境卫生系统所需要的专业技术人员”“更新和提高其知识技能”。该议定书将需要对国家行动提供国际援助的领域列举如下：(a) 编制跨界、国家及(或)地方一级水资源管理规划以及改善供水及环境卫生系统的方案；(b) 在执行此类规划和方案时，改善各种项目、特别是基础设施项目的设计，以利于获得资金来源；(c) 有效执行这些项目；(d) 建立监测系统和预警系统、应急计划和应付与水有关的疾病的能力；(e) 制订支持《议定书》执行所需的法律；(f) 教育和培训专业和技术骨干；(g) 研究和发展预防、控制和减少与水有关的疾病的成本效益高的手段和技术；(h) 运营有效的网络，监测、评估与水有关的服务的提供情况和质量；(i) 保证监测活动的质量，包括化验室之间的可比性。还有人指出，1994 年《联合国防治荒漠化公约》就第 6 条提及的发达国家缔约国所应承担的义务制订了专门条款。该条款列举了此类义务，其中一条是“促进和便利受影响的缔约国、特别是受影响的发展中缔约国获得适当技术知识和专门知识”。

(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《保护和自然资源非洲公约》，规定缔约国有义务“按照共同商定的条件，在开发、利用、获得及转让有利于环保的技术方面确保并加强合作”，并为此“采取立法和管制

措施，除其他外，对私营及公共部门开发、进口、转让和利用有利于环保的技术提供经济等方面的奖励措施”。

(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《马德普拉塔行动计划》指出，在水资源方面仍缺乏足够的科学知识。关于地下水，它建议各国应“(一) 为建立、加强记载地下水资源数量和质量特征的观测网提供援助；(二) 为建立地下水数据库、评估研究工作、确定存在的差距以及制定未来调查和勘查方案提供援助；(三) 为获得先进技术，如地球物理方法、核技术、数学模型等，提供包括人员和设备在内的援助”。<sup>513</sup>

(8) 1992 年联合国环境与发展会议通过的《21 世纪议程》第 18 章指出，所追求的四个主要目的之一是“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”。<sup>514</sup> 它还建议“所有国家可按其能力和现有资源，通过双边或多边合作，包括斟酌情况通过联合国和其他有关组织实施下列活动，以改善其水资源的综合管理：……斟酌情况发展和加强有关各级的合作，包括适当时发展和加强各种机制，即：……(四)在全球一级，进一步明确各国际组织和计划署的责任、分工和协调，包括促进有关水资源管理方面的讨论和经验分享”。<sup>515</sup> 它还指出，目前所追求的将水质的各个因素纳入水资源管理的三个目标之一是“人力资源开发：这是能力建设的关键和实施水质管理的先决条件”。<sup>516</sup> 2002 年《可持续发展问题世界首脑会议执行计划》也提到了技术援助。<sup>517</sup>

## 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：

---

<sup>513</sup> 《马德普拉塔行动计划》，第 4 条 (b) 款。

<sup>514</sup> 《21 世纪议程》第 18 章第 9 段 (d) 节。

<sup>515</sup> 《21 世纪议程》第 18 章第 12 段。

<sup>516</sup> 《21 世纪议程》第 18 章 38 段 (c) 节。

<sup>517</sup> 2002 年《可持续发展问题世界首脑会议执行计划》，第四部分，第 25 段。

- (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切实可行的措施，预防、减轻和消除紧急情况的任何有害影响；
- (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。

## 评 注

(1) 第 16 条草案处理各国应对跨界含水层实际紧急情况的义务问题。这与预防和减轻可能对含水层国造成损害的情况的第 11 条草案不同。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、由印度尼西亚亚齐海岸外强烈地震所引发的破坏性极大的海啸灾难，故有必要制订这一条款。虽然尚未有明确的研究报告，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。它还举例对此加以说明。根据定义，一个“紧急情况”必须给其他国家造成“严重损害”，或构成此类急迫威胁。鉴于所造成损害的严重程度以及紧急情况发生的突然性，有必要采取本条款草案要求采取的措施。“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(1)目有关规定“毫不迟延地并以现有的最快方式”，将此紧急情况通知其他可能受影响的国家及主管国际组织。例如，1986 年《及早通报核事故公约》、1982 年《联合国海洋法公约》以及很多涉及跨界含水层的协定都规定了一个类似的义务。“毫不迟延”表示了解紧急情况后立即行动，“以现有的最快方

式”表示使用可以利用的最快通讯方式。由于非含水层国也可能受紧急情况的影响，须通知的国家不仅仅限于含水层国。该项还要求通知“主管国际组织”。此类国际组织必须是那些根据其组建文书能够对紧急情况作出反应的机构。通常情况下，此类国际组织是由含水层国建立的用来处理包括紧急情况在内有关事项的机构。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(2)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”。应对绝大多数由人类行为造成的紧急情况的有效行动，是指发生工业事故、沉船或其他事故时采取的行动。但本款仅要求采取一切“实际可行”的措施，即那些可行、管用和合理的措施。此外，只需要“视情况需要”采取措施，即视紧急情况的实际事态及其对他国可能造成影响的需要而采取措施。与第 2 款(a)项第(1)目一样，第 2 款(a)项第(2)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) 1992 年《里约环境与发展宣言》原则 18 建议，有关国家有义务将可能对其他国家的环境造成突然有害影响的自然灾害或其他紧急情况立即通知其他国家。一些区域性公约也规定了毫不迟延地通知有可能受影响的国家、区域委员会或机构及其他主管组织的义务。这方面的例子包括 2000 年《南部非洲发展共同体(南共体)关于共有水道的订正议定书》，2002 年《莫桑比克共和国、南非共和国和斯威士兰王国关于合作保护和可持续利用因科马蒂和马普托河水道水资源的三方临时议定书》、2003 年《坦噶尼喀湖盆地可持续发展公约》、2003 年《维多利亚湖盆地可持续发展议定书》。2003 年《保护自然和自然资源非洲公约》规定，缔约国有权要求另一缔约国就其境内发生的可能对本国自然资源造成影响的环境方面的紧急情况或自然灾害向其提供所有有关数据。

(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》(1992 年《赫尔辛基公约》)规定，“沿岸国应毫不迟延地彼此通报任何可能造成跨界影响的重要情况”，并规定缔约国有义务酌情建立并运营协调或联合通讯、预警和警报系统。1994 年《保护和可持续利用多瑙河合作公约》建立了“协调或联合的通讯、预警或警报系统”，并规定缔约国有义务就协调国内通

讯、预警和警报系统以及应急计划的方式、方法提供咨询。1998年《保护和可持续利用西班牙—葡萄牙水文流域的水域合作协定》规定，缔约国有义务建立或改善传输早期预警或紧急情况信息的联合或协调通讯系统。

(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而有效应对紧急情况。必要的援助包括：协调应急行动及通讯，提供训练有素的应急人员、应急设备和物资，以及提供科技专业知识和人道主义援助。

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

(9) 第3款规定了紧急情况下不适用第4条和第6条草案所规定义务的例外情况。在水对居民缓解某一紧急情况至关重要的情况下，含水层国可暂时背离这些条款草案所规定的义务。尽管1997年《水道公约》不包括类似条款，但如含水层发生威胁人类基本需要的紧急情况，也必须对这些基本需要给予特殊考虑。例如，在发生诸如地震或洪水等自然灾害的情况下，含水层国必须立即满足其居民的饮用水需要。就水道而言，各国应可以在不背离有关义务的同时满足此类需要，原因是只要向水道补给水就足够了。但就含水层而言，因为没有或几乎没有补给水，所以有关各国无法做到这一点。因此，各国须有权暂时利用含水层而不履行第4条和第6条草案所规定的义务。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工程、设施和其他工事应享有适用于国际性和非国际性武装冲突的国际法原则和规则所给予的保护，并且不得以违反这些原则和规则的方式加以使用。

## 评 注

(1) 第 17 条草案涉及在武装冲突中对跨界含水层及有关工程给予的保护。1997 年《水道公约》有一个条款涉及同一问题，本条的基本思想与其一致。在不妨碍现有法律的情况下，本条款草案并没有制订新的规则。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程的保护，另一类处理水资源及有关工程的利用。由于就此问题制订详尽的管理办法超出了框架文件的范围，第 17 条草案仅分别提到了这两类原则和规则。

(2) 鉴于非含水层国在武装冲突中也可能利用或攻击跨界含水层及有关工程，第 17 条草案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，因此，必须将非含水层国也包括进来。

(3) 在武装冲突期间，含水层国按照本条款草案规定而保护和利用跨界含水层国及有关工程的义务仍然有效。但战争不仅会影响跨界含水层，而且也会影响含水层国对其保护和利用。这此情况下，第 17 条草案明确规定了适用关于武装冲突的规则和原则，包括对有关国家有约束力的国际人道主义法公约的各种规定。例如，关于陆战法规和惯例的 1907 年《海牙公约》和 1949 年 8 月 12 日《日内瓦四公约》的 1977 年第一附加议定书第 54 条禁止在供水中投毒。该议定书第 56 条还保护堤坝及其他工事免受攻击：“如果这种攻击可能引起危险力量的释放，从而在平民居民中造成严重的损失”。根据 1949 年《日内瓦四公约》第二附加议定书第 14 条和第 15 条的规定，类似的保护措施也适用于非国际性武装冲突。第一议定书关于“在作战中，应注意保护自然环境不受广泛、长期和严重的损害”的规定也适用于武装冲突期间对水资源的保护。在没有具体规定的情况下，可按照“马斯顿条款”给予某些基本的保护。该条款最初被写入 1899 年和 1907 年《海牙公约》序言，随后被写入许多公约和议定书，目前具有一般国际法的地位。它实质上规定，即使在没有具体国际协定的情况下，衍生于既定惯例、人道主义原则以及公众良心的国际法原则也保护和管辖平民和战斗人员。本条款草案第 5 条第 2 款规定，在解决关于利用跨界含水层的矛盾时，应特别注意人类的基本需要。

## 第 18 条 与国防或国家安全有关的数据和资料

一国不因本条款草案的规定承担提供对其国防或国家安全保密至关重要的数据或资料的义务。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) 第 18 条草案对要求提供资料的各条款规定了范围十分有限的例外情况。1997 年《水道公约》也有同样的规定。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，又不能使可能遭受既定措施造成的不利影响的含水层国对其可能受到的影响毫不知情。因此，第 18 条草案要求不公布资料的国家“与其他含水层国善意合作，以视情尽量提供资料”。“视情”所指的情况是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来，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，与获得有关既定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，第 18 条草案不妨碍规划国根据第 4 条和第 6 条草案承担的义务。

(2) 在委员会讨论的问题中，写入本条款草案是争议最大的一个问题。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优于本条款草案其他规定的情况。有人认为不应纳入这样一个条款。他们认为，不应列入此条。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，第六委员会会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所严格需要的水平。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“预防危险活动造成的越界损害条款草案”第 14 条规定，将保护工业秘密和知识产权写入本条款草案。但一些委员认为，尚不清楚此类保护措施对跨界含水层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，在确定可根据第 8 条草案而正常获取何种数据时，知识产权是可考虑的因素之一。

## 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，适当顾及区域历史、政治、社会和经济特点以及跨界含水层具体情况的双边或区域协定和安排十分重要。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》<sup>518</sup> 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，它们不得在未经受影响的国家明示同意的情况下，达成可能对被排除在外的含水层国之地位造成不利影响的协定或安排。这并不意味着向那些其他国家授予否决权。

---

<sup>518</sup> 《联合国海洋法公约》第一一八条（各国在养护和管理公海生物资源方面的合作）和第一九七条（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。<sup>519</sup> 大会的2000年12月12日第55/152号决议第8段表示注意到委员会关于长期工作方案的这项决定，还注意到委员会2000年报告所附的这一新专题的提纲。大会2001年12月12日第56/82号决议第8段请委员会开始进行“国际组织的责任”专题的工作。

78. 委员会第五十四届会议在2002年5月8日举行的第2717次会议上，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特别报告员。<sup>520</sup> 在同届会议上，委员会设立了一个专题工作组。该工作组在其报告<sup>521</sup>里简要讨论了这一专题的范围、这一新项目与“国家对国际不法行为的责任”条款草案的关系、行为归属问题、与成员国对归于国际组织的行为的责任有关的问题以及与国际责任的内容、责任的履行和争端解决有关的问题。在第五十四届会议结束时，委员会通过了工作组的报告。<sup>522</sup>

79. 委员会从第五十五届(2003年)到第五十七届(2005年)会议，收到并审议了特别报告员的三次报告，<sup>523</sup>并暂时通过了第1至第16[15]条草案。<sup>524</sup>

#### B. 本届会议审议此专题的情况

80. 委员会本届会议收到了特别报告员的第四次报告(A/CN.4/564及其Add.1和2)，

---

<sup>519</sup> 《大会正式记录，第五十五届会议，补编第10号》(A/55/10)，第729段。

<sup>520</sup> 同上，《第五十七届会议，补编第10号》(A/57/10和Corr.1)，第461-463段。

<sup>521</sup> 同上，第465-488段。

<sup>522</sup> 同上，第464段。

<sup>523</sup> A/CN.4/532(第一次报告)、A/CN.4/541(第二次报告)和A/CN.4/553(第三次报告)。

<sup>524</sup> 第1至第3条草案由第五十五届(2003年)会议通过，第4至第7条草案由第五十六届(2004年)会议通过，第8至第16[15]条草案由第五十七届(2005年)会议通过。

以及迄今为止各国际组织和各国政府发来的书面意见。<sup>525</sup>

81. 特别报告员的第四次报告同以往的三次报告一样，沿用了国家对国际不法行为的责任条款的一般写法。

82. 第四次报告载有 13 个条文草案。其中 8 个条文草案在“解除行为不法性的情况”标题下，与国家对国际不法行为的责任条款第五章相对应。五个条文草案处理了一国对国际组织不法行为的责任问题。

83. 特别报告员介绍了与解除行为不法性的情况有关的 8 个条文草案，即第 17 至第 24 条草案：第 17 条“同意”<sup>526</sup>、第 18 条“自卫”、<sup>527</sup> 第 19 条“反措施”<sup>528</sup>、第 20 条“不可抗力”、<sup>529</sup> 第 21 条“危难”、<sup>530</sup> 第 22 条“危急情

---

<sup>525</sup> 按照委员会的建议(《大会正式记录，第五十七届会议，补编第 10 号》(A/57/10)，第 464 和第 488 段；以及同上，《第五十八届会议，补编第 10 号》(A/58/10)，第 52 段)，秘书处每年都将委员会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它们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 A/CN.4/545、A/CN.4/547、A/CN.4/556 和 A/CN.4/568 及其 Add.1。

<sup>526</sup> 第 17 条草案案文如下：

#### 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。

<sup>527</sup> 第 18 条草案案文如下：

#### 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。

<sup>528</sup> 第 19 条草案案文如下：

#### 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。

<sup>529</sup> 第 20 条草案案文如下：

#### 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。

<sup>530</sup> 第 21 条草案案文如下：

#### 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。

况”、<sup>531</sup> 第 23 条“对强制性规范的遵守”<sup>532</sup> 以及第 24 条“援引解除行为不法性的情况的后果”。<sup>533</sup>

84. 第 17 条至第 24 条草案与国家在国际不法行为的责任条款中的相应部分，即第 20 至第 27 条密切对应。特别报告员认为，关于“解除行为不法性的情况”那一章所载的原则同样适用于国际组织，虽然在某些情况下需要略作调整，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”、<sup>534</sup> 第 26 条“一国指挥和控制一国际组织实施国际不法行为”、<sup>535</sup> 第 27 条“一国胁迫一

---

<sup>531</sup> 第 22 条草案案文如下：

#### 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。

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。

<sup>532</sup> 第 23 条草案案文如下：

#### 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。

<sup>533</sup> 第 24 条草案案文如下：

#### 援引解除行为不法性的情况的后果

根据本章援引解除行为不法性的情况不妨碍：

- (a) 在解除行为不法性的情况不再存在时遵守该项义务；
- (b) 对该行为所造成的任何物质损失的赔偿问题。

<sup>534</sup> 第 25 条草案案文如下：

#### 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。

<sup>535</sup> 第 26 条草案案文如下：

#### 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：

- (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。

国际组织”、<sup>536</sup> 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”、<sup>537</sup> 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”。<sup>538</sup>

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一国际组织之间的此种关系。第 25 至第 27 条弥补了这一缺陷，并基本上对应着国家对国际不法行为的责任条款第 16 至第 18 条。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 2879 次会议和 7 月 11 至 14 日和 18 日举行的第 2891 至 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 次会议上将第 17 至 24 条草案和第 25 至 29 条草案提交起草委员会。

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第 17 至 24 条草案的报告，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第 25 至 30 条草案的报告(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)。

---

<sup>536</sup> 第 27 条草案案文如下：

**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。

<sup>537</sup> 第 28 条草案案文如下：

**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。

<sup>538</sup> 第 29 条草案案文如下：

**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。

## 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<sup>539</sup>

#### 本条款草案的范围

1. 本条款草案适用于一国际组织对国际法所指的不法行为负有的国际责任。
2. 本条款草案也适用于一国对一国际组织的国际不法行为负有的国际责任。

#### 第 2 条<sup>540</sup>

#### 用语

为本条款草案的目的，“国际组织”一词是指根据条约或受国际法制约的其他文书建立的拥有自己国际法律人格的组织。国际组织的成员除国家以外，还可包括其他实体。

---

<sup>539</sup> 本条的评注见《大会正式记录，第五十八届会议，补编第 10 号》(A/58/10)，第 34-37 页。

<sup>540</sup> 评注见同上，第 38-45 页。

### 第 3 条<sup>541</sup>

#### 一般原则

1. 一国际组织的每一国际不法行为均引起该国际组织的国际责任。
2. 在下述情况下，一国际组织有国际不法行为：
  - (a) 依国际法，由作为或不作为构成的行为可归于该国际组织；并且
  - (b) 该行为构成对该国际组织国际义务的违反。

## 第 二 章<sup>542</sup>

### 将行为归于一国际组织

#### 第 4 条<sup>543</sup>

##### 将行为归于一国际组织的一般规则

1. 一国际组织的一个机关或代理人履行该机关或代理人的职务的行为，依国际法应视为该国际组织的行为，不管该机关或代理人相对于该组织而言具有何种地位。

2. 为第 1 款的目的，“代理人”一词包括该组织行事时所借助的官员和其他人或实体。<sup>544</sup>

3. 为确定该组织的机关和代理人的职能，应适用该组织的规则。

4. 为本条草案的目的，“该组织的规则”具体是指：组成文书，该组织按照这些组成文书通过的决定、决议和其他文件，该组织已确立的惯例。<sup>545</sup>

---

<sup>541</sup> 评注见同上，第 45-49 页。

<sup>542</sup> 这一章的评注见同上，《第五十九届会议，补编第 10 号》(A/59/10)，第 100-103 页。

<sup>543</sup> 这一条的评注见同上，第 104-109 页。

<sup>544</sup> 第 2 款的位置可在稍后阶段重新考虑，以期最终将所有术语的定义置于第 2 条内。

<sup>545</sup> 第 4 款的位置可在稍后阶段重新考虑，以期最终将所有术语的定义置于第 2 条内。

## 第 5 条 <sup>546</sup>

### 一国或一国际组织交由另一国际组织 支配的机关或代理人的行为

一国的机关或一国际组织的机关或代理人在交由另一国际组织支配之后，其行为依国际法应视为后一国际组织的行为，只要该组织对该行为行使有效控制。

## 第 6 条 <sup>547</sup>

### 逾越权限或违背指示

一国际组织的机关或代理人若以此种资格行事，其行为依国际法应视为该国际组织的行为，即使该行为逾越了该机关或代理人的权限或违背了指示。

## 第 7 条 <sup>548</sup>

### 被一国际组织承认并当作自身行为的行为

按照前述各条草案不能归于一国际组织的行为，在并且只在该国际组织承认此行为并当作自身行为的情况下，依国际法应视为该国际组织的行为。

## 第三章 <sup>549</sup>

### 违背国际义务

## 第 8 条 <sup>550</sup>

### 违背国际义务行为的发生

1. 如果一国际组织的行为不符合一项国际义务对它的要求，该国际组织即违背了该项国际义务，而不论该项义务的起源或特性为何。
2. 第 1 款也适用于违背该国际组织的规则所确立的国际法义务的情况。

---

<sup>546</sup> 这一条的评注见《大会正式记录，第五十九届会议，补编第 10 号》(A/59/10)，第 110-115 页。

<sup>547</sup> 评注见同上，第 116-120 页。

<sup>548</sup> 评注见同上，第 120-122 页。

<sup>549</sup> 这一章的评注见《大会正式记录，第六十届会议，补编第 10 号》(A/60/10)，第 86-87 页。

<sup>550</sup> 这一条的评注见同上，第 87-90 页。

## 第 9 条 <sup>551</sup>

### 对一国际组织为有效的国际义务

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

## 第 10 条 <sup>552</sup>

### 违背国际义务行为在时间上的延续

1. 一国际组织的非持续性行为违背一项国际义务时，该行为发生的时刻即为违背义务行为发生的时刻，即使该行为的影响继续存在。

2. 一国际组织的持续性行为违背一项国际义务时，该行为持续进行并一直不符合该项国际义务的整个期间即为违背义务行为延续的时间。

3. 如果一项国际义务要求一国际组织防止一特定事件的发生，则该事件发生的时刻即为违背义务行为发生的时刻，而该事件持续进行并一直不符合该项国际义务的整个期间即为违背义务行为延续的时间。

## 第 11 条 <sup>553</sup>

### 一复合行为违背义务

1. 如果一国际组织是通过总体上被界定为不法的一系列作为和不作为违背一项国际义务的，则与其他作为或不作为联系在一起足以构成不法行为的那一作为或不作为发生的时刻即为违背义务行为发生的时刻。

2. 在此种情况下，自该系列作为和不作为中的第一个作为或不作为开始的、这些作为或不作为反复发生并一直不符合该项国际义务的整个期间，即为违背义务行为延续的时间。

---

<sup>551</sup> 评注见同上，第 91 页。

<sup>552</sup> 评注见同上，第 92 页。

<sup>553</sup> 评注见同上。



## 第四章<sup>554</sup>

### 一国际组织对一国或另一国际组织行为的责任

#### 第 12 条<sup>555</sup>

##### 援助或协助实施一国际不法行为

援助或协助一国或另一国际组织实施国际不法行为的国际组织应对其援助或协助行为负国际责任，如果：

- (a) 提供援助或协助的组织在知道该国际不法行为的情况下这样做，而且
- (b) 该行为若由提供援助或协助的组织实施会构成国际不法行为。

#### 第 13 条<sup>556</sup>

##### 指挥和控制一国际不法行为的实施

指挥和控制一国或另一国际组织实施一国际不法行为的国际组织应对该行为负国际责任，如果：

- (a) 发出指示和进行控制的组织在知道该国际不法行为的情况下这样做；而且
- (b) 该行为若由发出指示和进行控制的组织实施会构成国际不法行为。

#### 第 14 条<sup>557</sup>

##### 胁迫一国或另一国际组织

胁迫一国或另一国际组织实施一行为的国际组织应对该行为负国际责任，如果：

- (a) 在没有胁迫的情况下，该行为会是被胁迫国或国际组织的国际不法行为；而且
- (b) 进行胁迫的国际组织在知道该行为的情况下这样做。

---

<sup>554</sup> 关于这一章的评注，见同上第 92-96 页。

<sup>555</sup> 关于这一条的评注见同上，第 96-97 页。

<sup>556</sup> 评注见同上，第 97-99 页。

<sup>557</sup> 评注见同上，第 99-100 页。

## 第 15 [16] 条 <sup>558</sup>

### 向成员国和为其成员的国际组织做出的决定、建议和授权

1. 如果一国际组织通过一项具有约束力的决定，使一成员国或为其成员的国际组织实施若由该组织自己实施即会构成国际不法行为并使该组织避免承担国际义务的行为，则该国际组织负有国际责任。
2. 一国际组织负有国际责任，如果：
  - (a) 该组织授权一成员国或为其成员的国际组织实施若由该组织自己实施即会构成国际不法行为并使该组织避免承担国际义务的行为，或建议一成员国或为其成员的国际组织实施此种行为；而且
  - (b) 该国或为其成员的国际组织根据该项授权或建议实施有关行为。
3. 无论有关行为对于上述决定、授权或建议所针对的成员国或为其成员的国际组织是否构成国际不法行为，第 1 款和第 2 款均适用。

## 第 16 [15] 条 <sup>559</sup>

### 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

### 解除行为不法性的情况

## 第 17 条 <sup>560</sup>

### 同意

一国或一国际组织以有效方式表示同意另一国际组织实施某项特定行为时，则对于该国或前一国际组织而言，该特定行为的不法性即告解除，但以该行为不逾越该项同意的范围有限。

---

<sup>558</sup> 评注见同上，第 101-105 页。方括号内的数字指特别报告员第三次报告(A/CN.4/553)中对应条款的编号。

<sup>559</sup> 评注见同上，第 105 页。

<sup>560</sup> 评注见下文 C.2 节。

## 第 18 条 <sup>561</sup>

### 自 卫

一国际组织的行为如构成按照《联合国宪章》所体现的国际法原则采取的合法自卫措施，该行为的不法性即告解除。

## 第 19 条 <sup>562</sup>

### 反 措 施

.....\* <sup>563</sup>

## 第 20 条 <sup>564</sup>

### 不可抗力

1. 一国际组织与其国际义务不符的行为如起因于不可抗力，即有不可抗拒的力量或该组织无法控制、无法预料的事件发生，以致该组织在这种情况下实际上不可能履行义务，该行为的不法性即告解除。

2. 在以下情况中第 1 款不适用：

- (a) 不可抗力情况是由援引该情况的组织的行为单独导致或与其他因素一并导致；或
- (b) 该组织已承担发生这种情况的风险。

## 第 21 条 <sup>565</sup>

### 危 难

1. 对于一国际组织与其国际义务不符的行为，如果有关行为人在遭遇危难的情况下，除此行为之外，别无其他合理方法来挽救其生命或受其监护的其他人的生命，则该行为的不法性即告解除。

---

<sup>561</sup> 评注见下文 C.2 节。

<sup>562</sup> 评注见下文 C.2 节。

<sup>563</sup> 第 19 条涉及解除非法性的另一种情况，即一国际组织就另一国际组织或一国的国际不法行为而采取反措施的情况。以后在结合国际组织的责任履行问题而处理与国际组织反措施有关的问题时，再拟定此条草案的案文。

<sup>564</sup> 评注见下文 C.2 节。

<sup>565</sup> 评注见下文 C.2 节。

2. 在以下情况中第 1 款不适用：
  - (a) 危难情况是由援引该情况的组织的行为单独导致或与其他因素一并导致；或
  - (b) 所涉行为很可能导致程度相当或更大的危险。

## 第 22 条 <sup>566</sup> 危急情况

1. 国际组织不得援引危急情况作为理由来解除该组织与其国际义务不符的行为的不法性，除非该行为：
  - (a) 是该组织针对整个国际社会基本利益面临的严重迫切危险，按照国际法，它有责任保护该基本利益的唯一办法；并且
  - (b) 没有严重损害对其承担义务的一国或多国的基本利益，或者整个国际社会的基本利益。
2. 在下列情形中，国际组织无论如何不得援引危急情况作为解除不法性的理由：
  - (a) 有关的国际义务排除了援引危急情况的可能性；或
  - (b) 该组织促成了危急情况。

## 第 23 条 <sup>567</sup> 对强制性规范的遵守

对于一国际组织违反一般国际法强制性规范所产生的义务的任何行为，不得以本章中的任何规定作为理由来解除其不法性。

## 第 24 条 <sup>568</sup> 援引解除行为不法性的情况的后果

根据本章援引解除行为不法性的情况不妨碍：

- (a) 在解除行为不法性的情况不再存在时遵守该项义务；
- (b) 对该行为所造成的任何物质损失的赔偿问题。

---

<sup>566</sup> 评注见下文 C.2 节。

<sup>567</sup> 评注见下文 C.2 节。

<sup>568</sup> 评注见下文 C.2 节。

## 第 (x) 章 <sup>569</sup>

### 一国对一国际组织行为的责任

#### 第 25 条 <sup>570</sup>

##### 一国援助或协助一国际组织实施国际不法行为

援助或协助一国际组织实施国际不法行为的国家应对其援助或协助行为负国际责任，如果：

- (a) 提供援助或协助的国家在知道该国际不法行为的情况下这样做；而且
- (b) 该行为若由提供援助或协助的国家实施会构成国际不法行为。

#### 第 26 条 <sup>571</sup>

##### 一国指挥和控制一国际组织实施国际不法行为

指挥和控制一国际组织实施一国际不法行为的国家应对该行为负国际责任，如果：

- (a) 发出指示和进行控制的国家在知道该国际不法行为的情况下这样做；而且
- (b) 该行为若由发出指示和进行控制的国家实施会构成国际不法行为。

#### 第 27 条 <sup>572</sup>

##### 一国胁迫一国际组织

胁迫一国际组织实施一行为的国家应对该行为负国际责任，如果：

- (a) 在没有胁迫的情况下，该行为会是该国际组织的国际不法行为；而且
- (b) 进行胁迫的国家在知道该行为的情况下这样做。

---

<sup>569</sup> 将以后确定本章的位置。

<sup>570</sup> 评注见下文 C.2 节。

<sup>571</sup> 评注见下文 C.2 节。

<sup>572</sup> 评注见下文 C.2 节。

## 第 28 条 <sup>573</sup>

### 向国际组织提供职权情况下的国际责任

1. 如果国际组织的一成员国通过向该组织提供与该国某一项国际义务有关的职权而规避该项国际义务，并且该组织实施一项若由该国实施即构成对该项义务的违反的行为，则该成员国负有国际责任。
2. 不论有关行为是否构成该国际组织的国际不法行为，第 1 款均适用。

## 第 29 条 <sup>574</sup>

### 国际组织的成员国对该组织的国际不法行为的责任

1. 在不妨碍第 25 至第 28 条草案的情况下，国际组织的成员国对该组织的国际不法行为负有责任，如果：
  - (a) 该国已同意对该行为承担责任；或
  - (b) 该国曾经致使受害方信赖它的责任。
2. 依照第 1 款所产生的一国的国际责任被认定为附属责任。

## 第 30 条 <sup>575</sup>

### 本章的效力

本章不妨碍实施有关行为的国际组织或任何其他国际组织根据这些条款草案的其他规定应该承担的国际责任。

### 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通过的条款草案案文及其评注载录如下。

---

<sup>573</sup> 评注见下文 C.2 节。

<sup>574</sup> 评注见下文 C.2 节。

<sup>575</sup> 评注见下文 C.2 节。

## 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 条述及了性质不同但造成的后果相同的一系列情况。<sup>576</sup> 其后果是解除那些否则将违反国际义务的行为的非法性。正如有关章的导言的评注所解释的，<sup>577</sup> 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，关于解除非法性的情况，涉及国际组织的例子很有限。此外，某些情况对某些、甚至绝大多数国际组织而言不可能发生。然而，没有理由认为，解除国家行为不法性的情况与国际组织毫不相关，比如认为只有国家才能援引不可抗力。这并不意味着可以认定国际组织可以援引某一特定的解除不法性的情况的条件与国家援用的条件完全相同。

### 第 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，则对于该国或前一国际组织而言，该特定行为的不法性即告解除，但以该行为不逾越该项同意的范围为止。

### 评注

(1) 本条与国家国际不法行为的责任条款第 20 条相对应。<sup>578</sup> 正如其评注所解释的<sup>579</sup> 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”。<sup>580</sup>

---

<sup>576</sup> 《大会正式记录，第五十六届会议，补编第 10 号》(A/56/10)，第 169-211 页。

<sup>577</sup> 同上，第 169 页，第 2 段。

<sup>578</sup> 同上，第 173 页，相关评注见第 173-177 页。

<sup>579</sup> 同上，第 173 页，第 1 段。

<sup>580</sup> 同上，第 174 页，第 2 段。

(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作为国际组织的行为发生地之国家的同意。同样对国际组织而言，它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) 对于使国际组织某一具体行为具有合法性的同意，可以举出的一个例子是某国允许联合国安全理事会设立的调查委员会在其领土内展开调查。<sup>581</sup> 另一个例子是一国同意某一国际组织核查选举过程。<sup>582</sup> 再一个具体例子是，印度尼西亚政府于2005年7月向欧盟和七个派遣国发出邀请，同意其向印尼派遣亚齐监测团。<sup>583</sup>

(4) 在特定情况下免除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，<sup>584</sup>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第23条草案。这是一项涵盖解除不法性的所有情况的一般规定。

(5) 第17条草案以国家对国际不法行为的责任条款第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”并对取得同意的实体用“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。

---

<sup>581</sup> 关于取得同意的要求，见联合国大会第46/59号决议所附宣言第6段。

<sup>582</sup> 关于同意在核查选举进程职能方面所起的作用，见联合国秘书长关于提高定期真正选举原则的效率的报告(A/49/675)，第16段。

<sup>583</sup> 印度尼西亚政府发出的邀请可见2005年9月9日欧洲联盟理事会联合行动2005/643/CFSP序言部分，《欧洲联盟公报》，2005年9月10日，第234行，第13页。

<sup>584</sup> 《大会正式记录，第五十六届会议，补编第10号》(A/56/10)，第174页，第4段。



## 评 注

(1) 根据关于国家对国际不法行为的责任的相关条款(第 21 条)的评注, 该条款认为“自卫是作为禁止使用武力的例外情况”。<sup>585</sup> 该条款提及自卫措施的“合法性”时解释到:

“[……] ‘合法’一词暗指采取的行动遵守了在武装冲突中适用的完全克制的义务, 也遵守了自卫概念中固有的相称和危急情况的要求。就第五章的目的而言, 第 21 条只是反映了基本原则, 而将自卫的范围和使用问题留给《宪章》中提到的适用的初级规则去处理”。<sup>586</sup>

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

(3) 在与联合国部队有关的实践中, 对于《联合国宪章》第五十一条所未述及的情况, 常常在更广泛的意义上使用“自卫”一词。关于“特派团的防卫”, “自卫”一词也曾被提到。<sup>587</sup> 例如, 关于联合国保护部队, 加拿大外交和国际贸易部法律司的一份备忘录认为:

“‘自卫’完全可以包括保卫安全地区及其中的平民。”<sup>588</sup>

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, 联合国部队有权使用武力的限度这一问题取决于关于使命范围的初级规则, 不需要在这里进行讨论。

(4) 此外, 国际组织对一国的武装攻击作出反应时可以使用武力的前提属于初级规则, 不需要在本章加以讨论。其中一个问题涉及一国际组织在其一成员受到武力攻击且该国际组织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。<sup>589</sup>

---

<sup>585</sup> 同上, 第 177 页, 第 1 段。

<sup>586</sup> 同上, 第 180 页, 第 6 段。

<sup>587</sup> 如“威胁、挑战和改革问题”高级别小组所指出的, “在自卫中使用武力的权力[...]被普遍公认包括‘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), 第 213 段。

<sup>588</sup> 《加拿大国际法年鉴》, 第 34 卷(1996 年), 第 388 页起, 见第 389 页。

<sup>589</sup> 西非经济共同体(ECOWAS)成员国 1999 年 12 月 10 日通过的《关于冲突预防、管理、解决、维和及安全机制的议定书》第 25 条(a)项对此问题暗示了肯定的回答。它规定, “在任何成员国被入侵或卷入冲突或遭到此类威胁的情况下”, 可使用该“机制”。A.Ayissi 编辑的《西非和平合作: 21 世纪议程》(联合国裁军研究所, 2001 年, 日内瓦)第 127 页援引了该规则案文。

(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》<sup>590</sup> 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》<sup>591</sup> 的相应条款都使用了该措词。对国家对国际不法行为的责任条款第 21 条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

..... \*

## 第 20 条 不可抗力

1. 一国际组织与其国际义务不符的行为如起因于不可抗力，即有不可抗拒的力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。

## 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“不可抗力或[.....]该国无法控制、无法预料的事件，以致该国在这种情况下实际

---

<sup>590</sup> 《联合国条约汇编》，第 1155 卷，第 331 页。

<sup>591</sup> 《联合国关于国家和国际组织间或国际组织相互间条约法会议正式记录》，第二卷。

\* 第 19 条草案涉及解除非法性的另一种情况，即一国际组织就另一国际组织或一国的国际不法行为而采取反措施的情况。以后在结合国际组织的责任履行问题而处理与国际组织反措施有关的问题时，再拟定此条草案的案文。

上不可能履行义务”。<sup>592</sup> 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，解除不法性的这一情况不再适用。

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

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

“如果出现不可抗力或其他类似情况或事件，使执行机构无法成功执行某个项目，执行机构应立即把所发生之事通知开发计划署，并可以经过与开发计划署协商，撤出项目的执行工作。如果撤出，除非各缔约方另有商定，应向执行机构补偿在撤出生效之日以前引起的实际费用。”<sup>593</sup>

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

(4) 曾有国际组织在国际行政法庭诉讼上援引不可抗力作为解除行为的不法性的理由。<sup>594</sup> 在关于“Fernando Hernández de Agüero 及他人诉美洲国家组织秘书长”案的第 24 号判决中，美洲国家组织行政法庭驳回了以不可抗力为依而为终止一个官员的合同提出的辩解：

“鉴于业已经过很多探讨的法律规定，不可抗力指的是某一不可抗拒的自然事件，本庭认为，在本案中不存在任何使得秘书长无法履行所涉定期任用合同的不可抗力。”<sup>595</sup>

法庭虽然驳回了该项辩解，但它显然承认，可以援引不可抗力作为理由。

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

---

<sup>592</sup> 《大会正式记录，第五十六届会议，补编第 10 号》(A/56/10)，第 183 页。有关评注见第 183-188 页。

<sup>593</sup> 《联合国条约汇编》，第 1691 卷，从第 325 页开始，引文见第 331 页。

<sup>594</sup> 这些案件涉及有关国际组织的规则的适用。在第 8 条草案的评注里讨论了关于这些规则是否与国际法有关的问题。见《大会正式记录，第六十届会议，补编第 10 号》(A/60/10)，第 86-87 页。

<sup>595</sup> 见 1976 年 11 月 16 日判决书第 3 段。判决文本载于：[http://www.oas.org/tribadm/decisiones\\_decisions/judgements](http://www.oas.org/tribadm/decisiones_decisions/judgements)。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》所赋予的权力而颁布的规则、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。”(见 A/CN.4/545，第二. 一节)

“不可抗力是当事双方所无法控制，不以其意志为转移的不可预见事件的发生，不可避免地使其共同意愿落空。”<sup>596</sup>

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

(6) 第 20 条草案与关于国家对国际不法行为的责任的第 23 条在案文上的不同之处仅在于第 20 条在一处地方用“国际组织”一词代替了“国家”，且在另外四处地方使用了“组织”一词。

## 第 21 条 危 难

1. 对于一国际组织与其国际义务不符的行为，如果有关行为人在遭遇危难的情况下，除此行为之外，别无其他合理方法来挽救其生命或受其监护的其他人的生命，则该行为的不法性即告解除。

2. 在以下情况中第 1 款不适用：

- (a) 危难情况是由援引该情况的组织的行为单独导致或与其他因素一并导致；或
- (b) 所涉行为很可能导致程度相当或更大的危险。

## 评 注

(1) 关于国家对国际不法行动的责任的第 24 条将危难作为解除行为不法性的一种情况，并将危难情况描述为“有关行为人除此行为之外，别无其他合理方法来挽救其生命或受其监护的其他人的生命”<sup>597</sup>的情况。其评注举了一个关于英国军舰在一场大风暴中进入冰岛领水要求避难的实例，<sup>598</sup> 并指出：“虽然历来的实践着重于船只和飞机，但第 24 条并不限于此种情况。”<sup>599</sup>

---

<sup>596</sup> 1985 年 6 月 19 日判决书第 3 段。书记官对法文原文的译文载于：<http://www.ilo.org/public/english/tribunal>。

<sup>597</sup> 《大会正式记录，第五十六届会议，补编第 10 号》(A/56/10)，第 189 页，相关评注见第 189-194 页。

<sup>598</sup> 同上，第 190 页，第 3 段。

<sup>599</sup> 同上，第 191 页，第 4 段。

(2) 对于一个机构或国际组织的代理人而言，发生类似情况也是可能的，虽然此类情况很少。尽管没有关于某一国际组织援引危难情况的实例，亦应对国家和国际组织适用同样的原则。

(3) 对于国家而言，危难情况和那些可能被视为属于危急情况<sup>600</sup>之间的界线并不总是十分清楚。第 24 条的评注指出，“一般的紧急情况[……]在更多意义上属于危急情况，而不是危难情况。”<sup>601</sup>

(4) 只有当危难情况不是由援引该情况的国家所引致以及有关行为不可能造成更大危险时，才能适用关于国家对国际不法行为的责任的第 24 条。这些条件同样适用于国际组织。

(5) 第 21 条草案在案文上与关于国家责任的相应条款相同，仅有的改动是在一处使用“国际组织”代替了“国家”，另两处则使用了“组织”一词。

## 第 22 条 危急情况

1. 国际组织不得援引危急情况作为理由来解除该组织与其国际义务不符的行为的不法性，除非该行为：

- (a) 是该组织针对整个国际社会基本利益面临的严重迫切危险，按照国际法，它有责任保护该基本利益的唯一办法；并且
- (b) 没有严重损害对其承担义务的一国或多国的基本利益，或者整个国际社会的基本利益。

2. 在下列情形中，国际组织无论如何不得援引危急情况作为解除不法性的理由：

- (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第 25 条列出了国家援引危急情况的条件。<sup>602</sup> 简言之，有关条件是：国家行为应是保护一项基本利益免遭严重迫切危险的唯一办法；有关行为不应损害其对一国或多国的基本利益所承担义务、或者整个国际

---

<sup>600</sup> 将在下面的条款草案中述及紧急情况。

<sup>601</sup> 《大会正式记录，第五十六届会议，补编第 10 号》(A/56/10)，第 193 页，第 7 段。

<sup>602</sup> 同上，第 194 页，有关评注见第 194-206 页。

社会的基本利益，有关国际义务不排除援引危急情况的可能性，援引危急情况的国家没有促成该危急情况。

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

“[……]由于情况紧急或电子邮件所有者休假时间长而必须查看该账户，则组织必须能够以恰当的技术保障措施打开账户。必须极为慎重地评估作为查看保密资料的理由的危急情况。”<sup>603</sup>

(3) 即使此类实践很少，但如国际刑事警察组织所指出：

“[……]危急情况关系不到那些本质上明显不适用于国际组织的国际法领域的问题。”<sup>604</sup>

欧洲联盟委员会、<sup>605</sup> 国际货币基金组织、<sup>606</sup> 世界知识产权组织<sup>607</sup> 和世界银行<sup>608</sup> 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有责任保护这些利益的限度内援引危急情况来做到这一点。这种解决办法可能会被视为试图折衷第六委员会<sup>609</sup> 与本委员会辩论中出现的关于危急情况的两种截然相反立场。其中一种立场赞成对国际组织给予与国家相同的地位，反对的观点则完全排除了国际组织援引危急情况的可能性。按照委员会一些委员

---

<sup>603</sup> 2003 年 2 月 3 日的判决第 9 段。书记官处根据法文原文所作的译文见 <http://www.ilo.org/public/english/tribunal>。

<sup>604</sup> 2005 年 2 月 9 日国际刑事警察组织法律顾问给国际法委员会秘书的信(见 A/CN.4/556, 第 40-41 页)。

<sup>605</sup> 2005 年 3 月 18 日欧洲委员会给联合国法律顾问的信(见 A/CN.4/556, 第 40 页)。

<sup>606</sup> 2005 年 4 月 1 日国际货币基金组织给联合国法律顾问的信(见 A/CN.4/556, 第 42 页)。

<sup>607</sup> 2005 年 1 月 19 日世界知识产权组织法律顾问致联合国法律顾问的信(见 A/CN.4/556, 第 42-43 页)。

<sup>608</sup> 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(尚未公布, 第 8-9 页)。

<sup>609</sup> 在声明中明确赞成国际组织援引危急情况的国家是法国 (A/C.6/59/SR.22, 第 12 段)、奥地利 (A/C.6/59/SR.22, 第 23 段)、丹麦 (同时代表芬兰、冰岛、挪威和瑞典, A/C.6/59/SR.22, 第 65 段)、比利时 (A/C.6/59/SR.22, 第 76 段)、俄罗斯联邦 (A/C.6/59/SR.23, 第 23 段)和古巴(A/C.6/59/SR.23, 第 25 段)。西班牙持勉强支持的立场(A/C.6/59/SR.23, 第 49 段)。在声明中表示反对的国家是德国 (A/C.6/59/SR.21, 第 22 段)、中国(A/C.6/59/SR.21, 第 42 段)、波兰(A/C.6/59/SR.22, 第 2 段)、白俄罗斯(A/C.6/59/SR.22, 第 45 段)和希腊(A/C.6/59/SR.23, 第 43 段)。持勉强反对立场的有新加坡 (A/C.6/59/SR.22, 第 57 段)和新西兰 (A/C.6/59/SR.23, 第 10 段)。

的看法，尽管(1)款(a)项只提及整个国际社会的利益，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) (1)款(a)项提及保护整个国际社会的基本利益与(1)款(b)项提到的有关行为不应损害国际社会的基本利益的条件并不矛盾。所涉的利益不必是相同的。

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

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

## 第 23 条 对强制性规范的遵守

对于一国际组织违反一般国际法强制性规范所产生的义务的任何行为，不得以本章中的任何规定作为理由来解除其不法性。

### 评 注

(1) 关于国家对国际不法行为的责任条款第一部分第五章载有“不影响”条款，适用于该章所述及的解除不法性的所有情况。该规定——第 26 条——之目的在于指出，“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。”<sup>610</sup>

(2) 关于国家对国际不法行为的责任第 26 条评注写道，“已经被明确接受和承认的强制性规范包括禁止实行侵略、灭绝种族、奴役、种族歧视、危害人类罪行和酷刑、以及自决权”。<sup>611</sup> 在关于刚果境内的武装活动案(新申诉：2002 年)(刚果民主共和国诉卢旺达)的判决中，国际法院认为，禁止种族灭绝“无疑”是一个强制性规范。<sup>612</sup>

(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“不影响”规定，与适用于国家的有关规定相对应。

---

<sup>610</sup> 《大会正式记录，第五十六届会议，补编第 10 号》(A/56/10)，第 206 页，有关评注见第 206-209 页。

<sup>611</sup> 同上，第 208 页，第 5 段。

<sup>612</sup> 判决第 64 段，载于<http://www.icj-cij.org>。

(4) 本条沿用了关于国家对国际不法行为的责任第 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第 27 条提出了两点。<sup>613</sup> 第一点是，只有当某一情况存在时，并且仅在此限度内，这一情况才能够解除不法性。虽然有关措词似乎强调时间因素，<sup>614</sup> 显然，只有当有关情况涵盖了某一特定事态时，该情况才能解除不法性。在该情况所及的范围之外，行为的不法性不受影响。

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

(3) 由于在关于国家对国际不法行为的责任第 27 条所涵盖的两个问题上国际组织和国家均无区别，而且本条并不需要修改措词，第 24 条草案与关于国家对国际不法行为的责任相应条款完全一样。

---

<sup>613</sup> 《大会正式记录，第五十六届会议，补编第 10 号》(A/56/10)，第 209 页，有关评注见第 209-211 页。

<sup>614</sup> 这一时间因素得到强调，其原因可能是国际法院在关于加布奇科沃-大毛罗斯项目案(匈牙利诉斯洛伐克)的判决中指出，“一旦危急情况不再存在，遵守条约义务的义务即告恢复”。《1997 年国际法院案例汇编》，第 63 页，第 101 段。



## 第 (X) 章<sup>615</sup>

### 一国对一国际组织行为的责任

#### 总评注

(1) 根据第 1 条第 2 款草案，<sup>616</sup> 本章旨在填补国家对国际不法行为的责任条款有意留下的空白。如国家对国际不法行为的责任条款第 57 条所申明的，那些条款“不影响[……]任何国家对一国际组织的行为的责任的任何问题”。<sup>617</sup>

(2) 本条款草案没有审议所有可能影响一国对一国际组织行为的责任问题。例如，将行为归于国家的问题只在国家对国际不法行为的责任条款中被涉及。因此，如果出现某特定行为应否归于一国或一国际组织或同时两者的问题，本条款草案为确定是否该行为归于国际组织而提供标准，而国家对国际不法行为的责任条款将处理将行为归于国家一事。

(3) 本章推断存在着归于国际组织的行为。在大多数情况下，它也推断该行为是国际非法性的。然而，在第 27 条和第 28 条考虑的情况中作了例外规定。这两条分别涉及一国胁迫一国际组织和向国际组织提供职权情况下的国际责任。

(4) 根据第 28 条和第 29 条草案，为国际组织行为承担责任的<sup>616</sup> 国家必须是该组织的成员。在第 25、26 和 27 条草案设想的情况下，负有责任的国家也许是、也许不是成员。

(5) 本章没有处理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之国际组织的胁迫问题。第 28 条和第 29 条草案审议了国家作为国际组织成员的责任的另外情况。根据这两条，第四章中还须纳入新的条款，以处理国际组织作为其他国际组织成员的类似情况。也是国际组织成员，但非国家或国际组织的实体的责任问题，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，第一章必须有一个更恰当的标题。

---

<sup>615</sup> 将以后确定本章的位置。

<sup>616</sup> 《大会正式记录，第五十八届会议，补编第 10 号》(A/58/10)，第 34-37 页。

<sup>617</sup> 同上，《第五十六届会议，补编第 10 号》(A/56/10)，第 76 段。

## 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其援助和协助行为负国际责任，如果：

- (a) 提供援助或协助的国家在知道该国际不法行为的情况下这样做；而且
- (b) 该行为若由提供援助或协助的国家实施会构成国际不法行为。

### 评 注

(1) 第 25 条草案处理一个类似于第 12 条草案所涵盖的情况，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。<sup>618</sup> 两个条款都密切沿循了国家对国际不法行为的责任第 16 条案文。<sup>619</sup>

(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，不能简单地是根据该组织有关规则而参与组织的决策。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所实施的行为。在模棱两可的案件中，这可能对于确定援助或协助是否已经发生而造成某些困难。成员的规模与参与的性质这类实际情况将很可能是决定性的。

(3) 一国的援助或协助可能构成该国违犯在首要规范下所承担的义务。例如，《不扩散核武器条约》的一个核缔约国<sup>620</sup> 必须避免协助非核国家获得核武器。这似乎同样适用于向一个拥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) 第 25 条草案在(a)项和(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国家对国际不法行为的责任第 16 条的同样措词。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) 稍微改动了国家对国际不法行为的责任条款第 16 条的标题，加上了“一国”一词，以区分本条草案的标题与第 12 条草案的标题。

---

<sup>618</sup> 同上，《第六十届会议，补编第 10 号》(A/60/10)，第 96-97 页。

<sup>619</sup> 同上，《第五十六届会议，补编第 10 号》(A/56/10)，第 76 段。

<sup>620</sup> 《联合国条约汇编》，第 729 卷，第 161 页。

## 第 26 条

### 一国指挥和控制—国际组织实施国际不法行为

指挥和控制—国际组织实施—国际不法行为的国家应对该行为负国际责任，如果：

- (a) 发出指示和进行控制的国家在知道该国际不法行为的情况下这样做；而且
- (b) 该行为若由发出指示和进行控制的国家实施会构成国际不法行为。

## 评 注

(1) 尽管第 13 条草案处理—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，<sup>621</sup> 第 26 条草案处理国家指挥和控制的情况。两条草案都密切沿循了国家对国际不法行为的责任第 17 条的案文。<sup>622</sup>

(2) 指挥和控制—国际组织实施国际不法行为的国家可能是、也可能不是该组织的成员。如第 25 条草案及相关评注所审议的援助或协助的情况，必须区分成员国根据有关规则参与该组织决策的情况与引起适用本条草案的指挥和控制的情况。由于后一行为可能发生在组织的框架之内，在模棱两可的案件中，可能会出现上一条草案评注中所提到的同样问题。

(3) 第 26 条草案在(a)项和(b)项中以国家对国际不法行为的责任第 17 条所用的同样措词规定了引发国家责任的条件。没有理由区分一国指挥和控制另一国实施国际不法行为的情况与一国类似地指挥和控制—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，以区别于第 13 条草案的标题。

## 第 27 条

### 一国胁迫—国际组织

胁迫—国际组织实施—行为的国家应对该行为负国际责任，如果：

- (a) 在没有胁迫的情况下，该行为会是该国际组织的国际不法行为；而且
- (b) 进行胁迫的国家在知道该行为的情况下这样做。

<sup>621</sup> 《大会正式记录，第六十届会议，补编第 10 号》(A/60/10)，第 97-99 页。

<sup>622</sup> 同上，《第五十六届会议，补编第 10 号》(A/56/10)，第 76 段。

## 评 注

(1) 第 14 条草案处理一国际组织胁迫另一国际组织实施—倘非胁迫，则也是一不法行为。<sup>623</sup> 本条草案处理类似的国家的胁迫。两条草案都密切沿循了国家对国际不法行为的责任第 18 条草案。<sup>624</sup>

(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强制行为之间作出区别。

(3) 第 27 条草案规定了与国家对国际不法行为的责任第 18 条同样的引发国际责任的条件。没有理由规定一个与适用于国家间关系不同的关于胁迫的规则。

(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第 18 条的标题，加上了“一国”一词：这是为了使其有别于第 14 条草案。

## 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，第 28 条草案处理类似于第 15 条草案所处理的情况。<sup>625</sup> 根据后一条草案，当一国际组织通过决定而要求一国家成员和国际组织成员实施一项若该组织实施则是国际非法的行为以规避其某项国际义务，则承担国际责任。第 15 条草案也处理以向国家成员或国际组织成员授权或提建议而规避的情况。本条草案涉及到具有独立于其所加入国际组织之法人资格的国家规避其某一项国际义务。

(2) 如同第 15 条草案评注所说明的，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。<sup>626</sup> 使用“规避”一词，旨在排除如果国

---

<sup>623</sup> 同上，《第六十届会议，补编第 10 号》(A/60/10)，第 99-100 页。

<sup>624</sup> 同上，《第五十六届会议，补编第 10 号》(A/56/10)，第 76 段。

<sup>625</sup> 同上，《第六十届会议，补编第 10 号》(A/60/10)，第 100-105 页。

<sup>626</sup> 同上，第 102 页，第 4 段。

际组织行为——如国家实施则构成违反国际义务——必须被视为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。<sup>627</sup>

(3) 欧洲人权法院有少数案例涉及到国家向一国际组织提供职权但没有确保遵守《欧洲人权公约》义务而被追究责任。在 *Waite and Kennedy* 诉德国案中，法院审议了一国向其作为成员的欧洲外空局授予豁免权是否不当地损害了诉讼权——就关于雇用的申诉来说——的问题。法院称：

“如果各国建立国际组织以谋求或加强在某些活动领域的合作，而且将若干权限归属于这些组织并给予豁免权，可能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以本公约对此归属权限所包括的活动的责任，则与本公约的宗旨和目标不符。”<sup>628</sup>

(4) 在 *Bosphorus Hava Yollary Turizm ve Ticaret Anonim Sirketi* 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同样的立场。法院说，一国不能以向一国际组织转移职权而免除其《欧洲人权公约》的责任；这因为：

“完全免除各缔约国在此种转移所涵盖的领域内所负的《公约》义务，不符合《公约》的宗旨和目标；公约规定的各项保证可被任意限制或排除，从而剥夺《公约》的强制性，并减损其保障措施的可适用性和有效性[……]。在《公约》生效之后，国家对《公约》的各项条约性承诺继续负有责任[……]。”<sup>629</sup>

---

<sup>627</sup> 国际法学会于 1995 年在里斯本通过了一项决议，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”。决议第 5 条(b)款称：“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，比如根据关于滥用权利的[……]”。*Annuaire de l'Institut de Droit international*, vol.66-II (1996), 第 445 页。

<sup>628</sup> 1999 年 2 月 18 日的判决, *Reports of Judgments and Decisions*, 1999-I, 第 392 页, 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 *Waite and Kennedy* 诉德国案中的意见后, I.Brownlie 在“The Responsibility of States for the Acts of International Organizations”, in M.Ragazzi (ed.), *International Responsibility Today. Essays in memory of Oscar Schachter* (Leiden/Boston: Nijhoff, 2005), p.355 at p.361 中指出, “尽管是人权案, 但援引的原则似乎是普遍适用的”。下述学者表达了类似于欧洲人权法院的观点: A.Di Blase, “Sulla responsabilità internazionale per attività dell'ONU”, *Rivista di Diritto internazionale*, vol.57 (1974), p.270 at pp.275-276; M.Hirsch, *The Responsibility of International Organizations toward Third Parties* (Dordrecht/Boston/London: Nijhoff, 1995), p.179; K.Zemanek, in *Annuaire ...*, vol.66-I (1995), p.329; P.Sands, in P.Sands and P.Klein (edS.), *Bowett's Law of International Institutions* (London: Sweet & Maxwell, 2001), p.524; D.Sarooshi, *International Organizations and their Exercise of Sovereign Powers* (Oxford: Oxford University Press, 2005), p.64.

<sup>629</sup> 2005 年 6 月 30 日判决(尚未编入报告)第 154 段。法院认为, 由于欧共体“通过可至少被视为相等于《公约》规定的同样方式”(第 155 段)而保护有关的基本权利, 所以被告国不负有责任。

(5) 根据本条草案，需要两个基本因素引发国际责任。第一是国家就其规避的国际责任向国际组织提供职权。这可通过向某一体化组织转移国家职能而实现。然而，所涵盖的情况并非仅限于此。另外，可建立一个国际组织来行使国家不可能有的职能。根据本条草案，与引发国际责任之目的有关的是国际义务发生在国际组织被授予职权的领域。义务可能具体涉及该领域，或者—如同在保护人权条约下的义务—可能更一般性。

(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，第 28 条草案并不要求该行为对于有关国际组织来说是国际非法的。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，为组织蒙上国际义务的薄纱并不必然免除国家的国际责任。

(8) 如果国际组织的行为非法，并且该行为是由成员国促使的，则第 28 条草案所涵盖的情况与前三条所审议的情况之间可能有重复。当这些条款之一所确立的条件被满足时就会出现。然而，这类重复不会造成问题；这仅表明存在着多种追究国家责任的理由。

## 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 款开头关于第 25 至第 28 条草案的但书旨在说明，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，第 25 条草案设想了成员国负

有责任的两个新情况。成员国可能根据国家在国际不法行为的责任条款而进一步承担责任，<sup>630</sup> 但这既然超出了本条草案的范围，因此不需要作为一个但书的目标。

(2) 与本条款草案和国家对国际不法行为的责任条款一般采取的方针相一致，本条草案正面确认了引发一国责任的这些情况，但没有说何时认为未引发责任。尽管一些委员不同意，但委员会认为，对于那些根据草案一国并不为国际组织行为负责的情况，草案不应当纳入一个条款，来指出一项剩余性的、消极的规则。然而很清楚，暗示了这样的一个结论，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，它已经：

“在欧洲人权委员会(*M. & Co.* 案)、欧洲人权法院(*Senator Lines* 案)以及国际法院(使用武力的合法性案)中都一直主张分别责任原则，拒绝因自己的成员身份而为欧洲共同体、北约及联合国的措施负责)。<sup>631</sup>

(4) 尽管偶然在涉及私人合同的案件中有争论，联合王国法院在关于国际锡业理事会(ITC)诉讼案的主要意见中采取了类似立场。克尔勋爵在上诉法庭上、还有坦普尔曼勋爵都作了最清楚的阐述。克尔爵士说，他不能：

“找到任何根据可以断定：已经显示国际法有任何约束国际锡业理事会成员国的规则，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”。<sup>632</sup>

关于对成员国所强加的一个所谓国际法规则，即“除非建立该国际组织的条约明确否认成员国应负有任何责任，一国际组织如不偿付其债务，其成员国应承担此种债务的连带责任，”，坦普尔曼勋爵在上院认为：

---

<sup>630</sup> 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”第5(c)(ii)条所设想的情况，即“国际组织在法律上或事实上作为国家代理人而行动的”的情况。*Annuaire ...*, vol.66-II (1996), 第445页。

<sup>631</sup> A/CN.4/556, 第65页。

<sup>632</sup> 1988年4月27日的判决, *Maclaine Watson & Co.Ltd.v.Department of Trade and Industry; J. H.Rayner (Mincing Lane) Ltd.v.Department of Trade and Industry and Others*, in ILR, vol.80, p.109.

“未提出任何可信的证据表明在 1982 年签订《第六项国际锡业协定》之时或前后存在这样一项国际法规则”。<sup>633</sup>

(5) 尽管在国际组织实施国际不法行为时成员国的责任问题上存在着不同学说，值得注意的是国际法学会在 1995 年通过的决议中采取了下述立场：

“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”。<sup>634</sup>

(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组织的国际不法行为承担责任。争议最少的情况是有关国家同意国际责任。(a)项指出了这类情况。没有对同意作出限定。这旨在表明可以明示或暗示地表示同意，可以在该组织的责任产生之前或之后表示。

(7) 拉尔夫·吉布森勋爵在上诉法院关于国际锡业理事会判决的意见中提到了在“组建文件”中接受责任。<sup>635</sup> 人们肯定能够预见到接受产生于国际组织的组建文书或组织其他规则的情况。然而，只有成员国的接受在其与第三方的关系上产生法律效果时，成员国才对第三方负有国际责任。<sup>636</sup> 也可能是成员国仅对组织承担责任，或者作为内部事项而同意提供必要的财政资源。<sup>637</sup>

---

<sup>633</sup> 1989 年 10 月 26 日的判决, *Australia & New Zealand Banking Group Ltd. and Others v. Commonwealth of Australia and 23 Others; Amalgamated Metal Trading Ltd. and Others v. Department of Trade and Industry and Others; Maclaine Watson & Co. Ltd. v. Department of Trade and Industry; Maclaine Watson & Co. Ltd. v. International Tin Council*, in ILM, vol. 29 (1990), p. 675.

<sup>634</sup> 第 6 条(a)款。 *Annuaire ...*, vol. 66-II (1996), 第 445 页。第 5 条全文如下：“(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：(i) 根据该国的承诺，或(ii) 如果国际组织在法律上或事实上代表该国行事”。

<sup>635</sup> 1988 年 4 月 27 日的判决, *Maclaine Watson & Co. Ltd. v. Department of Trade and Industry; J. H. Rayner (Mincing Lane) Ltd. v. Department of Trade and Industry and Others*, in ILR, vol. 80, p. 172.

<sup>636</sup> 将适用《维也纳条约法公约》第三十六条所规定的条件。《联合国条约汇编》，第 1155 卷，第 331 页。

<sup>637</sup> 例如，《成立欧洲共同体的条约》第 300 条第 7 款规定：“本章所涉条件下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对非成员国受约束，并且由此对其承担国际法上的责任。见 1994 年 8 月 9 日的判决, *France v. Commission, Case C-327/91, European Court of Justice Reports, 1994, p. I-3641 at p. I-3674, para. 25.*



(8) 第 1 款设想了成员国责任的第二种情况：当成员国的行为使第三方有理由依赖于成员国的责任：例如，如果有责任的国际组织没有必要基金作出赔偿，成员国则将替代之。<sup>638</sup>

(9) 成员国行为导致依赖而引发成员国责任的一个案例，是关于 Western 直升飞机公司争端的第二次仲裁裁决。仲裁庭认为，本案的特殊情况致使：

“与该组织签约的第三方相信，该组织因为有成员国的一贯支持，有能力履行其承诺”。<sup>639</sup>

(10) 依赖不必根据默示的同意。这也可以合理地产生于不能认为成员国表示了受约束意图的情况。在提到的所有相关因素中有成员较少这一因素，<sup>640</sup> 尽管必须从整体上考虑这一因素和所有其他有关因素。显然不能事先假定说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第一部分审议了违反一国可能承担的任何国际法义务，而涉及国际责任内容的第二部分仅处理国家之间的关系，但第 33 条含有一个但书，涉及“任何人或国家以外的任何实体”可能拥有的权利。<sup>641</sup> 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

---

<sup>638</sup> 参照 Amerasinghe, “Liability to third parties of member States of international organizations: practice, principle and juridical precedent”, *ICLQ*, vol.40 (1991), 第 259 页起, 见 280 页。作者认为, 根据“政策上的原因”, 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”。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), 第 509-510 页中也认为成员国的行为可以暗示其为组织所负义务而提供保证。

<sup>639</sup> 1991 年 7 月 21 日裁决的第 56 段, 希金斯引用于 “The legal consequences for Member States of non-fulfilment by international organizations of their obligations towards third parties: provisional report”, *Annuaire...*, vol.66-I (1995), 第 373 页起, 见第 393 页。

<sup>640</sup> 见白俄罗斯的意见, A/C.6/60/SR.12, 第 52 段。

<sup>641</sup> 《大会正式记录, 第五十六届会议, 补编第 10 号》(A/56/10), 第 76 段。

一个可反驳的推断。同样，根据本原则草案所引发责任情况的有限性质，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。<sup>642</sup>

## 第 30 条 本章效力

本章不影响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的其他规定应该承担的国际责任。

### 评 注

(1) 本条款草案类似于第 16 条草案；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) 第 30 条草案是关于整章的一个但书，类似于国家对国际不法行为的责任第 19 条。<sup>643</sup> 后一规定的目的仅涉及国家之间的关系，首先是澄清：援助或协助、或指挥和控制另一国实施国际不法行为之国家的责任不影响实施行为国可能负有的责任。另外，如第 19 条评注所解释的，该条也旨在澄清：“本章的规定不影响据以确定援助、指挥或胁迫国根据规定特定行为为非法的任何国际法规则必须承担的责任”，并保留任何“根据本条款其他规定可能将国际不法行为归咎于它的”任何其他国家的责任。<sup>644</sup>

(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“不影响”规定。几乎没有必要根据国家国际不法行为的责任条款、但不根据本草案而免除可能引发的国家责任。相反，一个类比于关于国家对国际不法行为的责任第 19 条的“不影响”条款如果关系到国际组织，将有某些用处。在本章中忽略一个类似第 19 条的条款可能引起某些怀疑。另外，至少在国家援助或协助、或指挥和控制国际组织实施国际不法行为的情况下，有某种需要来说国家的责任不影响实施行为之国际组织的责任。

(4) 在本条草案中，提到国家对国际不法行为的责任第 19 条中的“国家”一词，已经被更换为“国际组织”一词。

---

<sup>642</sup> 依上述意见，1988 年 4 月 27 日的判决，*Maclaine Watson & Co.Ltd.v.Department of Trade and Industry; J. H.Rayner (Mincing Lane) Ltd.v.Department of Trade and Industry and Others*, in *ILR*, vol.80, p.172, 拉尔夫·吉布森勋爵认为，在接受责任的情况下，“成员承担了直接的附属赔偿责任”。

<sup>643</sup> 《大会正式记录，第五十六届会议，补编第 10 号》(A/56/10)，第 168 页。

<sup>644</sup> 同上，第 168-169 页。

## 第八章

### 对条约的保留

#### A. 导言

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。<sup>645</sup>

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。<sup>646</sup>

95. 讨论以后，特别报告员根据委员会对这个专题的审议情况归纳出下列结论：专题的标题应为“对条约的保留”；研究结果应该采取保留方面的实践指南的形式；委员会对于这个专题的工作应该采取灵活的方式；委员会的协商一致意见认为，不应 1969 年、1978 年和 1986 年《维也纳公约》的相关条款作出任何改动。<sup>647</sup> 委员会认为，上述结论是大会 1993 年 12 月 9 日第 48/31 号决议和 1994 年 12 月 9 日第 49/51 号决议要求进行的初步研究取得的成果。就《实践指南》来说，它将采取对国家和国际组织的实践有帮助的附有评注的准则草案的形式，在必要情况下，这些准则将附有示范条款。

96. 委员会于 1995 年按照以往的做法，<sup>648</sup> 授权特别报告员编写一份关于对条约的保留的详细问题单，以查明国家和国际组织、尤其是多边公约的保存者的实践和遇到的问题。这份问题单由秘书处寄给了收件人。大会 1995 年 12 月 11 日第 50/45 号决议注意到委员会的结论，请它按照其报告中所载述的方针继续工作，并请各国对问题单作出答复。<sup>649</sup>

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。<sup>650</sup> 特别报告员在报告中附载了国际法委员会关于对多边规范性条约一包括人

---

<sup>645</sup> 《大会正式纪录，第四十九届会议，补编第 10 号》(A/49/10)，第 382 段。

<sup>646</sup> A/CN.4/470 和 Corr.1。

<sup>647</sup> 《大会正式纪录，第五十届会议，补编第 10 号》(A/50/10)，第 491 段。

<sup>648</sup> 见《1993 年...年鉴》，第二卷(第二部分)，第 286 段。

<sup>649</sup> 到 2003 年 7 月 31 日为止，有 33 个国家和 25 个国际组织答复了问题单。

<sup>650</sup> A/CN.4/477 和 Add.1。

权条约一的保留问题的一份决议草案。该决议草案是面向大会提出的，目的是提请注意并澄清这个事项所涉及的法律问题。<sup>651</sup>

98. 委员会在第四十九届会议(1997年)上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。<sup>652</sup>

99. 大会1997年12月15日第52/156号决议注意到委员会的初步结论，并注意委员会请所有愿意这样做的由规范性多边条约设立的条约机构以书面方式就这些结论提出评论和意见，同时提请各国政府注意国际法委员会很需要得到它们对初步结论的意见。

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<sup>653</sup>提出的另外八次报告，<sup>654</sup>并暂时通过了71条准则草案及其评注。

## B. 本届会议审议此专题的情况

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/Add.1和Corr.1和Corr.2和Add.2)。在这方面，特别报告员继第五十七届会议(2005年)的辩论之后，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和Corr.1)，并提出了这一准则草案的新案文以及两项备选案文。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(2007年)对该报告进行审议。

102. 委员会于2006年7月5、6和7日举行的第2888至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2006年7月11日举行的第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提交起草委员会。

104. 在2006年6月6日举行的第2883次会议上，委员会决定将准则草案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

---

<sup>651</sup> 《大会正式纪录，第五十一届会议，补编第10号》(A/51/10)，第137段。

<sup>652</sup> 同上，《第五十二届会议，补编第10号》(A/52/10)，第157段。

<sup>653</sup> 第三次报告(A/CN.4/491和Corr.1(仅更正英文)、Add.1、Add.2和Corr.1、Add.3和Corr.1(仅更正阿拉伯文/法文/俄文)、Add.4和Corr.1、Add.5以及Add.6和Corr.1)；第四次报告(A/CN.4/499)；第五次报告(A/CN.4/508，Add.1、Add.2、Add.3和Add.4)；第六次报告(A/CN.4/518和Add.1-3)；第七次报告(A/CN.4/526和Add.1-3)；第八次报告(A/CN.4/535和Add.1)；第九次报告(A/CN.4/544)和第十次报告(A/CN.4/558和Corr.1、Add.1和Corr.1和Add.2)。

<sup>654</sup> 关于详细的历史介绍，见《大会正式纪录，第五十九届会议，补编第10号》(A/59/10)，第257-269段。

受条约禁止的保留)、3.1.4 (允许的特定保留)提交起草委员会。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 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,他的第十次报告其中一部分未能在前次委员会会议上深入审议,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,特别报告员对条约目的和宗旨提出了新的定义(A/CN.4/572 和 Corr.1)。<sup>655</sup> 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。在其第十次报告增编二(A/CN.4/588/Add. 2)中,特别报告员曾试图对以下两个重要而困难的问题给出务实的答案,即谁有权评估保留的效力,以及一个无效保留的后果是什么。

109. 关于准则草案 3.2<sup>656</sup>,特别报告员说,按照《维也纳公约》第 20 条、第 21 条和第 23 条,任何缔约国或国际组织均可评估对条约提出的保留的效力。在此,“国家”一词表示整个国家机器,适当时包括其国内法院。此种评估也可由作出保留的国家的法院作出,虽然特别报告员只掌握曾有国内法院宣布本国提出的保留无效的

---

<sup>655</sup> 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、权利或义务,从而否定了其存在理由,则与条约的目的和宗旨不符。

<sup>656</sup> 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:

- 其他缔约国(适当时包括其国内法院)或其他缔约组织;
- 可能有权解释或适用条约的争端解决机构;
- 条约可能设立的条约实施情况监测机构。

一个例子。<sup>657</sup> 为将这一可能性考虑进来，应修改准则草案 3.2 中所列第一点的措词，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测机构也可断定保留的效力。但应指出，条约监测机构这一分类相对较新，只到 1969 年《维也纳公约》被通过以后才得到很好的发展。

110. 委员会于 1997 年通过对规范性多边条约的保留的初步结论的有关考虑仍是中肯的。准则草案 3.2 第三点反映了实际做法，与初步结论第 5 段相对应。

111. 准则草案 3.2.1<sup>658</sup> 明确地表明了这一想法，同时指出，在这样做时，监测机构不能超出其总的授权。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。这也与初步结论第 8 段一致。

112. 准则草案 3.2.2<sup>659</sup> 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 3.2.3<sup>660</sup> 一样，与《实践指南》的教育精神非常一致。3.2.3 提醒各国和各国际组织，他们应实行条约监测机构的决定(如果他们有决策权)或诚实地考虑到他们的建议。

113. 准则草案 3.2.4<sup>661</sup> 与 1997 年通过的初步结论第 6 段相对应。它回顾到，当多个机构可对保留的效力作出评估时，它们不相互排斥而是相互补充。

---

<sup>657</sup> 见 1991 年 12 月 17 日瑞士联邦法庭在伊丽莎白 B.诉图尔高州国务委员会案中的裁定(*Journal des Tribunaux, I.Droit fédéral*, 1995, 第 523-537)。

<sup>658</sup> 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。

<sup>659</sup> 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。

<sup>660</sup> 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]。

<sup>661</sup> 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。

114. 第十次报告最后一节处理保留无效的后果问题，这是在此专题上与《维也纳公约》出入最多的一个问题。《公约》在此问题上保持沉默，无论是有意还是有其他原因。

115. 尽管有些作者主张将第 19 条(a)项和(b)项与(c)项区分开来，特别报告员认为所有三项的作用相同(准备工作、惯例和判例法均支持这种观点)。得到《维也纳公约》第 21 条第 1 款确认的第 19 条的一致性<sup>662</sup> 在准则草案 3.3 中也得到表达。

116. 特别报告员随后试图对当时那个阶段能够回答的一些问题作出回答。准则草案 3.3.1<sup>663</sup> 解释道，提出无效保留会造成效力问题，但不提出者造成责任问题。因此，准则草案 3.3.2<sup>664</sup> 表示，不符合《维也纳公约》第 19 条所载有效条件的保留是无效的。

117. 准则草案 3.3.3<sup>665</sup> 表示，其他缔约方单方面的行动不能改变不满足第 19 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，缔约方单方面不能做的，他们可以集体这样做，只要他们明确地这样做，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，他们可以被认为是在一致同意修订条约，正如《维也纳公约》第 39 条所允许的那样。准则草案 3.3.4<sup>666</sup> 表达了这一观点。

## 2. 辩论摘要

119. 关于特别报告员提出的新的准则草案的第 3.1.5 条，有人指出，有关“条约的平衡”的观点并不一定对所有条约，特别是那些关于人权的条约适用。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

---

### <sup>662</sup> 3.3.保留无效的后果

在条约规定明示或默示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。

### <sup>663</sup> 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对提具保留的国家或国际组织造成任何责任。

### <sup>664</sup> 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。

### <sup>665</sup> 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。

### <sup>666</sup> 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。

所含的目的。

120. 另一种观点认为，在修订本中提及“基本规则、权利和义务”是描述条约的存在理由的一种更好的方式。

121. 也有观点认为，准则草案修订本里的术语很难理解、解释而且主观性太强。以前的版本，加上其评注，是澄清条约目的和宗旨的更好的办法。有人还指出，“有重大影响”这一措词似乎使准则草案的范围过窄。有人指出，一项并不一定损害条约的存在理由的保留可能会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，它并不一定表示条约的所有条款都构成了它的存在理由。相反，当一个条约允许作出特定的保留时，它不一定表示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，即条约的目的和宗旨可从条约的某些条款中找到，但情况并不一定如此。提到的“随后的实践”可以删除，原因是缔约方缔结条约时的目的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“缔约方随后的实践”。但另一种观点认为，提到随后的实践这一点应该保留，因为这一点是根据《维也纳公约》第三十一条进行解释的基本要素。

124. 关于准则草案 3.1.7，有人注意到，由于它们只影响一些不太重要的问题，即使含糊的、一般性的保留也不一定与条约的目的和宗旨不符。

125. 有几名委员对准则草案 3.1.8 表示支持。

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保留，只要不与强制性规则本身相冲突。

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，只要该保留不违背条约的总体目的和宗旨。

128. 几名委员对准则草案 3.1.11、3.1.12 和 3.1.13 表示支持。

129. 有观点认为，另一种保留，即对关于通过国内立法实施条约的规定作出的保留值得提出来。

130. 关于准则草案 3.2，有人强调，条约监测机构的职权不是自动产生的，除非条约对此作出规定。有人还建议，草案案文应提及“在条约框架内可能设立的监测机构”，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。有人提出疑问，甚至在条约没有预先明确规定这一权力的情况下，具有准司法职能的监测机构是否可以裁定各国提出保留的合法性。



131. 有观点认为，准则草案对监测机构赋予断定(而不是仅仅评估)保留效力的权力，偏离了实在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，监测机构的权利只限于条约规定的范围。有人还提出，监测机构不考虑缔约国采取的立场，这一问题在此类机构评估保留效力的权力问题中处于核心地位。

133. 在争端解决机构中，司法机构值得特别提出来，原因是他们的决定产生的效果与其他机构的决定产生的效果十分不同。

134. 有观点认为，在一些情况下，国家当局而不是法院可能在其职权范围内审议其他国家提出的一些保留的效力。

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测机构的权力的危险。

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，如：如果不同的主管机构对保留的评估或其有效性持不同意见，那会怎样？

137. 有人指出，委员会曾决定不提及默示禁止，因此该措词应从准则草案 3.3 中删除。

138. 关于准则草案 3.3.1，有观点认为，委员会应避免就是否对提出无效保留的国家或国际组织造成国际责任表明立场。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，因为它们认为不会对其带来任何责任。

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。在被提交起草委员会之前，应进一步对它们进行讨论。

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. 几名委员对准则草案 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。他们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。《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》关于接受保留或反对保留的第 20 条，并指出，《维也纳公约》根本没有表明该条款也是有意适用于无效保留的。在实践中，各国反对他们认为与条约目的和宗旨不符的保留时，他们依据第 20 条，然而继续维持他们

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. 特别报告员的总结

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工作有建设性作用的有趣的评论。

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<sup>667</sup> 和 2006 年<sup>668</sup> 提出的准则草案 3.1.5 的三个不同的版本可以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，“规则、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，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的实践是否明智，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，而那时实践还没有关系。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。他不能肯定他是否理解某一委员所提出的另外一种类型的保留，即通过国内立法对关于条约实施的条款作出的保留，与准则草案 3.1.11 所载明的那些保留有何区别。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。他接受了几名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。

---

<sup>667</sup> A/CN.4/4/558/Add.2, 附件。

<sup>668</sup> A/CN.4/572, 第 7 和第 8 段。

150. 关于准则草案 3.1.9, 几名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《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出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 的措词加以处理, 而不能对基本原则提出质疑。

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。他有趣地听到了几名委员对这项原则与《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测机构评估保留效力的权力, 他回顾到, 他仅仅如实记载了有关实践, 并没有对此类机构“赋予”(或拒绝赋予)权力。在他看来, 这些机构在这一领域拥有的权力并不比一般领域大。

154. 他指出, 准则草案关于这一点的所有条款与 1997 年委员会对包括人权条约在内的规范性多边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准则草案 3.2 “其他缔约国……或其他缔约组织”两处的“其他”一词, 目的是将国内法院有时可能对本国提具的保留的效力进行评估这一点包括进来。

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, 该条将明确监测机构应考虑缔约国对保留效力作出的评估。

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, 并且不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对反对或接受保留的影响进行审议时再对准则草案 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。

# 对条约的保留

## 实践指南

### 解释性说明 <sup>669</sup>

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 <sup>670</sup>

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

#### 1.1.1[1.1.4] <sup>671</sup> 保留的目的 <sup>672</sup>

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

#### 1.1.2 可提出保留的情况 <sup>673</sup>

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

#### 1.1.3 [1.1.8] 有领土范围的保留 <sup>674</sup>

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

---

<sup>669</sup> 评注见《大会正式记录，第五十八届会议，补编第 10 号》(A/58/10)，第 189 页。

<sup>670</sup> 本条准则草案的评注见同上，《第五十三届会议，补编第 10 号》(A/53/10)，第 196-199 页。

<sup>671</sup> 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。

<sup>672</sup> 本条准则草案的评注见《大会正式记录，第五十四届会议，补编第 10 号》(A/54/10)，第 210-217 页。

<sup>673</sup> 本条准则草案的评注见同上，《第五十三届会议，补编第 10 号》(A/53/10)，第 203-206 页。

<sup>674</sup> 本条准则草案的评注见同上，第 206-209 页。

#### 1.1.4 [1.1.3] 在通知领土内适用时提出的保留<sup>675</sup>

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

#### 1.1.5 [1.1.6] 旨在限制声明方义务的声明<sup>676</sup>

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

#### 1.1.6 旨在以相当方式履行义务的声明<sup>677</sup>

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

#### 1.1.7 [1.1.1] 联合提出的保留<sup>678</sup>

若干国家或若干国际组织联合提出一项保留，不影响该保留的单方面性质。

#### 1.1.8 根据排除条款作出的保留<sup>679</sup>

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

### 1.2 解释性声明的定义<sup>680</sup>

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

---

<sup>675</sup> 本条准则草案的评注见同上，第 209-210 页。

<sup>676</sup> 本条准则草案的评注见同上，《第五十四届会议，补编第 10 号》(A/54/10)，第 217-221 页。

<sup>677</sup> 本条准则草案的评注见同上，第 222-223 页。

<sup>678</sup> 本条准则草案的评注见同上，《第五十三届会议，补编第 10 号》(A/53/10)，第 210-213 页。

<sup>679</sup> 本条准则草案的评注见同上，《第五十五届会议，补编第 10 号》(A/55/10)，第 230-241 页。

<sup>680</sup> 本条准则草案的评注见同上，《第五十四届会议，补编第 10 号》(A/54/10)，第 223-240 页。

### 1.2.1[1.2.4] 有条件的解释性声明 <sup>681</sup>

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

### 1.2.2 [1.2.1] 联合提出的解释性声明 <sup>682</sup>

若干国家或国际组织联合提出的解释性声明，不影响该解释性声明的单方面性质。

## 1.3 保留和解释性声明之间的区别 <sup>683</sup>

作为保留或解释性声明的单方面声明，其性质由它意图产生的法律效力决定。

### 1.3.1 对保留和解释性声明加以区别的方法 <sup>684</sup>

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

### 1.3.2 [1.2.2] 措词和名称 <sup>685</sup>

可从单方面声明措词和名称看出意图产生的法律效力。当一国或一国际组织就单一条约提出若干单方面声明并且指定其中一些为保留，另一些为解释性声明时，尤其是如此。

### 1.3.3 [1.2.3] 在禁止保留时提出单方面声明 <sup>686</sup>

在条约禁止对其所有条款或其中某些条款作出保留的情况下，不应将一国或一国际组织就有关条款提出的单方面声明视为保留，除非此项声明确实旨在排除或更改条约的某些条款或整个条约的特定方面在对声明方适用时具有的法律效力。

---

<sup>681</sup> 本条准则草案的评注见同上，第 240-249 页。

<sup>682</sup> 本条准则草案的评注见同上，第 249-252 页。

<sup>683</sup> 本条准则草案的评注见同上，第 252-253 页。

<sup>684</sup> 本条准则草案的评注见同上，第 254-260 页。

<sup>685</sup> 本条准则草案的评注见同上，第 260-266 页。

<sup>686</sup> 本条准则草案的评注见同上，第 266-268 页。

## 1.4 有别于保留和解释性声明的单方面声明<sup>687</sup>

就条约提出的既非保留也非解释性声明的单方面声明不属于本实践指南的范围。

### 1.4.1[1.1.5] 旨在作出单方面承诺的声明<sup>688</sup>

一国或一国际组织对条约提出的单方面声明，意图藉此承担条约未加诸声明方的义务，则此项声明构成单方面承诺，不属于本实践指南的范围。

### 1.4.2[1.1.6] 旨在增添条约内容的单方面声明<sup>689</sup>

一国或一国际组织提出单方面声明，意图藉此增添条约的内容，则此项声明构成更改条约内容的提议，不属于本实践指南的范围。

### 1.4.3 [1.1.7] 不予承认的声明<sup>690</sup>

一国提出单方面声明，表明该国对条约的参与并不意味着对该国不承认的某一实体予以承认，则此项声明构成不承认的声明并且不属于本实践指南的范围，即使该声明的目的是排除条约在声明国和声明国不予承认的实体之间的适用。

### 1.4.4 [1.2.5] 一般性政策声明<sup>691</sup>

一国或一国际组织提出单方面声明以表达该国或该组织对条约或条约所涵盖的主题事项的意见，如该声明的目的不在于产生对条约的法律效力，则此项声明构成一般政策声明并且不属于本实践指南的范围。

### 1.4.5 [1.2.6] 关于在内部履行条约的方式的声明<sup>692</sup>

一国或一国际组织提出单方面声明以说明该国或该组织意图在内部履行条约的方式，如该声明的目的不在于影响其他缔约国的权利和义务，则此项声明构成解释性说明并且不属于本实践指南的范围。

---

<sup>687</sup> 本条准则草案的评注见同上，第 268-270 页。

<sup>688</sup> 本条准则草案的评注见同上，第 270-273 页。

<sup>689</sup> 本条准则草案的评注见同上，第 273-274 页。

<sup>690</sup> 本条准则草案的评注见同上，第 275-280 页。

<sup>691</sup> 本条准则草案的评注见同上，第 280-284 页。

<sup>692</sup> 本条准则草案的评注见同上，第 284-289 页。

#### 1.4.6 [1.4.6, 1.4.7] 根据任择条款作出的单方面声明<sup>693</sup>

一国或一国际组织根据条约某一条款作出单方面声明，如该条款明确准许各缔约方接受并非该条约加诸缔约方的一项义务，则此项声明不属于本实践指南的范围。

此项声明中载列的限制或条件不构成本实践指南所指的保留。

#### 1.4.7 [1.4.8] 对条约规定作出选择的单方面声明<sup>694</sup>

一国或一国际组织根据条约所载条款作出单方面声明，如该条款明确规定各缔约方须在条约的两项或几项条款之间作一选择，则此项声明不属于本实践指南的范围。

### 1.5 对双边条约的单方面声明<sup>695</sup>

#### 1.5.1 [1.1.9] 对双边条约的“保留”<sup>696</sup>

一国或一国际组织草签或签署了一项双边条约但在该条约生效前提出了单方面声明，意图藉此促使另一缔约方更改条约的规定，作为它表示最后同意接受约束的条件，则此项声明无论措词或名称为何，均不构成本实践指南所指的保留。

#### 1.5.2 [1.2.7] 对双边条约的解释性声明<sup>697</sup>

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<sup>698</sup>

作为双边条约缔约方的国家或国际组织，对该条约作出的解释性声明产生并获得另一缔约方接受的解释，构成对条约的权威解释。

### 1.6 定义的范围<sup>699</sup>

实践指南本章所载列的单方面声明的定义，不妨碍这些声明根据对其适用的规则所具有的有效性和效力。

---

<sup>693</sup> 本条准则草案的评注见同上，《第五十五届会议，补编第 10 号》(A/55/10)，第 241-247 页。

<sup>694</sup> 本条准则草案的评注见同上，第 247-252 页。

<sup>695</sup> 本条准则草案的评注见同上，《第五十四届会议，补编第 10 号》(A/54/10)，第 289-290 页。

<sup>696</sup> 本条准则草案的评注见同上，第 290-302 页。

<sup>697</sup> 本条准则草案的评注见同上，第 302-306 页。

<sup>698</sup> 本条准则草案的评注见同上，第 306-307 页。

<sup>699</sup> 在第五十八届会议(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。



## 1.7 替代保留和解释性声明的程序 <sup>700</sup>

### 1.7.1 [1.7.1, 1.7.2, 1.7.3, 1.7.4] 替代保留的程序 <sup>701</sup>

为了达到与保留类似的效果，国家和国际组织也可采取替代程序，例如：

- 在条约中增列旨在限定其范围或适用的限制条款；
- 根据一条约的明确规定缔结协定，使两个或两个以上国家或国际组织可根据协定免除或更改该条约中的若干条款在它们之间的法律效力。

### 1.7.2 [1.7.5] 替代解释性声明的程序 <sup>702</sup>

为了确定或阐明一条约或其中若干规定的含义或范围，国家和国际组织也可采用替代解释性声明的程序，例如：

- 在条约中增列旨在解释该条约的规定；
- 为同一目的缔结补充协定。

## 2. 程 序

### 2.1 保留的形式和告知

#### 2.1.1 书面形式 <sup>703</sup>

保留必须以书面形式提出。

#### 2.1.2 正式确认的形式 <sup>704</sup>

保留必须以书面形式正式确认。

#### 2.1.3 在国际一级提出保留 <sup>705</sup>

1.在不违反作为条约保存人的国际组织的惯例的情况下，以下人士有权代表一国或一国际组织提出保留，如果：

---

<sup>700</sup> 评注见同上，《第五十五届会议，补编第 10 号》(A/55/10)，第 252-253 页。

<sup>701</sup> 本条准则草案的评注见同上，第 253-269 页。

<sup>702</sup> 本条准则草案的评注见同上，第 270-272 页。

<sup>703</sup> 本条准则草案的评注见同上，《第五十七届会议，补编第 10 号》(A/57/10)，第 63-67 页。

<sup>704</sup> 本条准则草案的评注见同上，第 67-69 页。

<sup>705</sup> 本条准则草案的评注见同上，第 69-75 页。

- (a) 该人士出示适当全权证书，表明有权制定或确认涉及提出保留的条约案文、或有权表示该国或该组织同意接受该条约的约束；或
- (b) 从惯例或其他情况看，有关国家或组织的意图是认为该人士拥有此类目的的权限，无须出示全权证书。

2.以下人士因其职务无须出示全权证书，有权代表一国在国际一级提出保留：

- (a) 国家元首、政府首脑和外交部长；
- (b) 就对一国际会议通过的条约提出保留而言，各国派驻该国际会议的代表；
- (c) 就对一国际组织或其机关通过的条约提出保留而言，各国派驻该国际组织或其机关的代表；
- (d) 就对派驻国与国际组织间的条约提出保留而言，常驻该国际组织的代表团团长。

#### 2.1.4 [2.1.3 之二, 2.1.4] 违反与提出保留有关的内部规则在国际一级不产生影响 <sup>706</sup>

确定在本国提出保留的主管机构和所应遵循的程序，是每一国家国内法或每一国际组织的有关规则所处理的事项。

一国或一国际组织不得援引某项保留的提出违反了该国国内法规定或该组织有关提出保留的权限和程序的规则这一事实，认定该项保留无效。

#### 2.1.5 保留的告知 <sup>707</sup>

保留必须以书面形式告知缔约国、缔约组织以及有权成为条约缔约方的其他国家和国际组织。

如果一现行条约是一国际组织的组成文书，或是据以设立一有权接受保留之机关的条约，则对此条约的保留也必须告知该组织或机关。

#### 2.1.6 [2.1.6, 2.1.8] 告知保留的程序 <sup>708</sup>

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：

---

<sup>706</sup> 本条准则草案的评注见同上，第 75-79 页。

<sup>707</sup> 本条准则草案的评注见同上，第 80-93 页。

<sup>708</sup> 本条准则草案的评注见同上，第 94-104 页。

- (一) 在没有保存人的情况下，应由提出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
- (二) 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 and 组织。

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。

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。

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 <sup>709</sup>

保存人应审查由一国或一国际组织提出的对某一条约的保留是否具有应有的适当形式，并在必要时将问题提请有关国家或国际组织注意。

如果一国或一国际组织同保存人之间对保存人履行职能有分歧，保存人应将此问题：

- (a) 提请各签署国和签署组织以及缔约国和缔约组织注意，或
- (b) 在适当情况下提请有关国际组织的主管机关注意。

### 2.1.8 [2.1.7 之二] 保留显然无效情况下的程序 <sup>710</sup>

保存人如果认为某项保留显然无效，则应提请保留者注意在保存人看来构成保留无效的理由。

如果保留者坚持该项保留，保存人应将该项保留的案文告知各签署国和国际组织以及各缔约国和国际组织，并酌情告知有关国际组织的主管机关，说明该项保留所引起的法律问题的性质。

---

<sup>709</sup> 本条准则草案的评注见同上，第 105-112 页。

<sup>710</sup> 在第五十八届会议(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。

### 2.2.1 正式确认在签署条约时提出的保留 <sup>711</sup>

凡在签署须经批准、正式确认、接受、核准的条约时提出的保留，须由保留国或保留国际组织在表示同意接受条约约束时正式予以确认。遇此情形，该项保留应被认为在其确认之日提出。

### 2.2.2 [2.2.3] 在签署条约时提出的保留无须予以确认的情况 <sup>712</sup>

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

### 2.2.3 [2.2.4] 条约明文规定可在签署时提出的保留 <sup>713</sup>

如一条约明文规定一国或一国际组织可以选择在签署条约时提出保留，在当时提出的保留无须由保留国或保留国际组织在表示同意接受条约约束时正式予以确认。” <sup>714</sup>

### 2.3.1 过时提出的保留 <sup>715</sup>

除非条约另有规定，一国或一国际组织不得在表示同意受条约约束后提出保留，但其他缔约方不反对过时提出保留者除外。

### 2.3.2 同意过时提出保留 <sup>716</sup>

除非条约另有规定，或保存机构采取不同惯例，如一缔约方在收到通知之日起十二个月期限届满之后，仍未对一过时提出的保留提出反对，该保留应被认为已为该缔约方接受。

### 2.3.3 反对过时提出保留 <sup>717</sup>

如一条约缔约方反对过时提出保留，则条约应在该项保留不成立的情况下对保留国或保留国际组织生效或继续有效。

---

<sup>711</sup> 本条准则草案的评注见同上，《第五十六届会议，补编第10号》(A/56/10)，第465-472页。

<sup>712</sup> 本条准则草案的评注见同上，第472-474页。

<sup>713</sup> 本条准则草案的评注见同上，第474-477页。

<sup>714</sup> 特别报告员提出的第2.3节论及过时提出的保留。

<sup>715</sup> 本条准则草案的评注见同上，第477-489页。

<sup>716</sup> 本条准则草案的评注见同上，第490-493页。

<sup>717</sup> 本条准则草案的评注见同上，第493-495页。

#### 2.3.4 事后采用保留以外的方式排除或限制条约的法律效力 <sup>718</sup>

条约缔约方不得通过下列办法排除或更改条约的各项规定的法律效力：

- (a) 对先前作出的保留加以解释；或
- (b) 事后根据任择条款作出单方面声明。

#### 2.3.5 扩大保留范围 <sup>719</sup>

修改一项现有的保留，以扩大其范围，应遵守过时提出保留所适用的规则。但是如果对该项修改提出了反对，则最初的保留保持不变。

### 2.4 解释性声明的程序 <sup>720</sup>

#### 2.4.1 提出解释性声明 <sup>721</sup>

解释性声明必须由被认为代表一国或一国际组织通过或认证条约案文或表示该国或该国际组织同意接受条约约束的人士提出。

#### [2.4.2 [2.4.1 之二] 在内部一级提出解释性声明 <sup>722</sup>

确定在内部一级提出解释性声明的主管机构和所应遵循的程序是每一国的国内法或每一国际组织的有关规则所处理的事项。

一国或一国际组织不得援引某项解释性声明的提出违反了关于提出解释性声明之权限和程序的国内法规定或国际组织规则的事实，认定该项声明无效。]

#### 2.4.3 可以提出解释性声明的时刻 <sup>723</sup>

在不妨碍准则 1.2.1、2.4.6[2.4.7]和 2.4.7[2.4.8]的规定的条件下，解释性声明可以随时提出。

---

<sup>718</sup> 本条准则草案的评注见同上，第 495-499 页。

<sup>719</sup> 本条准则草案的评注见同上，《第五十九届会议，补编第 10 号》(A/59/10)，第 269-274 页。

<sup>720</sup> 本条准则草案的评注见同上，《第五十七届会议，补编第 10 号》(A/57/10)，第 115 页。

<sup>721</sup> 本条准则草案的评注见同上，第 115-116 页。

<sup>722</sup> 本条准则草案的评注见同上，第 117-118 页。

<sup>723</sup> 本条准则草案的评注见同上，《第五十六届会议，补编第 10 号》(A/56/10)，第 499-501 页。

#### 2.4.4 [2.4.5] 无须确认在签署条约时提出的解释性声明 <sup>724</sup>

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

#### 2.4.5 [2.4.4] 正式确认在签署条约时提出的有条件解释性声明 <sup>725</sup>

凡在签署须经批准、正式确认、接受、核准的条约时提出的有条件解释性声明，须由声明国或声明国际组织在表示同意接受条约约束时正式予以确认。遇此情形，该项解释性声明应被认为在其确认之日提出。

#### 2.4.6 [2.4.7] 过时提出解释性声明 <sup>726</sup>

当条约规定只能在特定时间内提出解释性声明时，一国或一国际组织不得在其后提出有关该条约的解释性声明，除非其他缔约方不反对该项过时提出的解释性声明。

#### [2.4.7 [2.4.2, 2.4.9] 提出和告知有条件的解释性声明 <sup>727</sup>

必须以书面方式提出有条件的解释性声明。

有条件的解释性声明也必须以书面方式正式确认。

有条件的解释性声明必须以书面方式告知缔约国、缔约组织以及有权成为该条约缔约方的其他国家和国际组织。

有条件的解释性声明涉及的现行条约如果是一国际组织的组织法或是建立一有权接受保留之机构的条约，也必须告知该组织或机构。]

#### 2.4.8 过时提出有条件解释性声明 <sup>728</sup>

在表示同意接受条约约束之后，一国或一国际组织不得提出有关该条约的有条件解释性声明，除非其他缔约方不反对该项过时提出的有条件解释性声明。

---

<sup>724</sup> 本条准则草案的评注见同上，第 501-502 页。

<sup>725</sup> 本条准则草案的评注见同上，第 502-503 页。

<sup>726</sup> 本条准则草案的评注见同上，第 503-505 页。

<sup>727</sup> 本条准则草案的评注见同上，《第五十七届会议，补编第 10 号》(A/57/10)，第 118-119 页。

<sup>728</sup> 本条准则草案的评注见同上，《第五十六届会议，补编第 10 号》(A/56/10)，第 505-506 页。本条准则(原 2.4.7 [2.4.8])因第五十四届会议通过了新的准则草案而重新编号。

#### 2.4.9 修改解释性声明 <sup>729</sup>

除条约规定解释性声明仅可在特定时间作出或修改外，解释性声明可以随时修改。

#### 2.4.10 限制和扩大有条件解释性声明的范围 <sup>730</sup>

限制和扩大有条件解释性声明的范围，应遵守部分撤回保留和扩大保留范围分别适用的规则。

### 2.5 撤回和修改保留和解释性声明

#### 2.5.1 撤回保留 <sup>731</sup>

除条约另有规定外，保留可随时撤回，无须经业已接受保留的国家或国际组织同意。

#### 2.5.2 撤回的形式 <sup>732</sup>

撤回保留必须以书面提出。

#### 2.5.3 定期审查保留的功用 <sup>733</sup>

对条约提出一项或多项保留的国家或国际组织应定期审查各项保留，并考虑撤回已不适用的保留。

在进行这样的审查时，国家和国际组织应对维护多边条约的完整性这一目标给予特别注意，并在必要时，尤其是根据其国内法自从提出保留以来的演变情况，考虑各项保留是否仍然有用。

---

<sup>729</sup> 评注见同上，《第五十九届会议，补编第 10 号》(A/59/10)，第 275-277 页。

<sup>730</sup> 评注见同上，第 277-278 页。

<sup>731</sup> 本条准则草案的评注见同上，《第五十八届会议，补编第 10 号》(A/58/10)，第 190-201 页。

<sup>732</sup> 本条准则草案的评注见同上，第 201-207 页。

<sup>733</sup> 本条准则草案的评注见同上，第 207-209 页。

#### 2.5.4 [2.5.5] 在国际上提出撤回保留<sup>734</sup>

1.在不违反作为条约保存人的国际组织的惯例的前提下，下列情况中的人士有权代表一国或一国际组织撤回所提出的保留：

- (a) 就撤回保留而言，该人士出示了适当的全权证书；或
- (b) 从惯例或其他情况看，有关国家和国际组织有意认为该人士有权，无须出示全权证书撤回保留。

2.以下人士因其职务无须出示全权证书，有权代表一国在国际上撤回保留：

- (a) 国家元首、政府首脑和外交部长；
- (b) 就撤回对一国际组织或该组织一个机关所通过的条约的保留而言，各国派到该国际组织或其机关的代表；
- (c) 就撤回对委派国与一国际组织间的某项条约的保留而言，常驻该组织的代表团团长。

#### 2.5.5 [2.5.5 之二， 2.5.5 之三] 违反与撤回保留有关的内部规则在国际上不产生后果<sup>735</sup>

确定撤回保留的内部主管机构和应遵循的内部程序属于每个国家的国内法或每个国际组织的有关规则所处理的事项。

一国或一国际组织不得以保留的撤回违反了关于撤回保留的权限和程序的该国国内法或该组织内部规则为理由宣布撤回无效。

#### 2.5.6 撤回保留的告知<sup>736</sup>

撤回保留的告知程序遵循准则 2.1.5、2.1.6[2.1.6, 2.1.8]和 2.1.7 所载的适用于保留的告知的规则。

#### 2.5.7 [2.5.7, 2.5.8] 撤回保留的后果<sup>737</sup>

在撤回一项保留的国家或国际组织与所有其他缔约方的关系中，撤回该项保留即引起该项保留所涉及的各项规定全部适用，不论其他缔约方曾接受还是反对该项保留。

---

<sup>734</sup> 本条准则草案的评注见同上，第 210-218 页。

<sup>735</sup> 本条准则草案的评注见同上，第 219-221 页。

<sup>736</sup> 本条准则草案的评注见同上，第 221-226 页。

<sup>737</sup> 本条准则草案的评注见同上，第 227-231 页。



在撤回一项保留的国家或国际组织与反对该项保留并由于该项保留而反对条约在它自己和提出保留者之间生效的国家或国际组织的关系中，撤回该项保留即引起条约生效。

#### **2.5.8 [2.5.9] 撤回保留的生效日期** <sup>738</sup>

除条约另有规定或另经协议外，撤回保留只有在缔约国或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** <sup>739</sup>

#### **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. 撤回保留早日生效** <sup>740</sup>

对本条约提出保留的缔约方可向[保存人]发出通知撤回保留。撤回自[保存人]收到通知之日起生效。

#### **C. 自由确定撤回保留生效日期** <sup>741</sup>

提出保留的缔约方可向[保存人]发出通知撤回保留。撤回自该国发给[保存人]的通知中所确定的日期起生效。

#### **2.5.9 [2.5.10] 提出保留的国家或国际组织可单方面确定撤回保留生效日期的情况** <sup>742</sup>

撤回保留自撤回国家或国际组织确定的日期起生效，条件是：

- (a) 该日期须晚于其他缔约国或缔约国际组织收到撤回通知的日期；或

---

<sup>738</sup> 本条准则草案的评注见同上，第 231-239 页。

<sup>739</sup> 本条准则草案的评注见同上，第 240 页。

<sup>740</sup> 本条准则草案的评注见同上，第 240-241 页。

<sup>741</sup> 本条准则草案的评注见同上，第 241-242 页。

<sup>742</sup> 本条准则草案的评注见同上，第 242-244 页。

- (b) 撤回保留并不增加撤回国家或国际组织相对于其他缔约国或缔约国际组织而言所拥有的权利。

#### 2.5.10[2.5.11] 部分撤回保留 <sup>743</sup>

部分撤回保留限制了该保留的法律效力，并使条约的规定或整个条约更完整地适用于撤回国家或国际组织。

部分撤回保留须遵守与全部撤回相同的形式和程序规则并在相同条件下生效。

#### 2.5.11[2.5.12] 部分撤回保留的后果 <sup>744</sup>

部分撤回一项保留使该保留的法律效力改变到与新表述的该保留相符的程度。对该保留提出的任何反对意见，只要其提出者不撤回反对意见，则继续有效，但条件是该反对意见不是专针对被撤回的那部分保留提出的。

对部分撤回之后所形成的保留不得提出反对意见，除非部分撤回具有歧视效果。

#### 2.5.12 撤回解释性声明 <sup>745</sup>

解释性声明可依照其提出时适用的同样程序，由具有此项权力的当局随时撤回。

#### 2.5.13 撤回有条件解释性声明 <sup>746</sup>

撤回有条件解释性声明，应遵守撤回保留所适用的规则。

#### 2.6.1 对保留的反对的定义 <sup>747</sup>

“反对”是指一国或一国际组织针对另一国或另一国际组织对条约提出的一项保留所作的单方面声明，不论其措辞或名称为何，提出反对的国家或国际组织意图在与提出保留的国家或组织的关系中据此排除或改变保留的法律效力，或排除整个条约的适用。

---

<sup>743</sup> 对本条准则草案的评注见同上，第 244-256 页。

<sup>744</sup> 对本条准则草案的评注见同上，第 256-259 页。

<sup>745</sup> 本条准则草案的评注见同上，《第五十九届会议，补编第 10 号》(A/59/10)，第 279-280 页。

<sup>746</sup> 同上，第 280 页。

<sup>747</sup> 评注见同上，《第六十届会议，补编第 10 号》(A/60/10)，第 186-202 页。

## 2.6.2 反对过时提出保留或扩大保留的范围 <sup>748</sup>

“反对”一词也可以指一国或一国际组织据以反对过时提出保留或反对扩大保留的范围的单方面声明。

## 3. 保留的效力和解释性声明

### 3.1 允许的保留 <sup>749</sup>

一国或国际组织可在签署、批准、正式确认、接受、认可或加入一项条约时提出保留，除非：

- (a) 该项保留为条约所禁止；
- (b) 条约规定只可提出不包括该项保留在内的特定保留；或
- (c) 在不属于(a)和(b)项的其他情形下，该项保留与条约的目的和宗旨不符。

#### 3.1.1 条约明文禁止的保留 <sup>750</sup>

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 <sup>751</sup>

为了准则 3.1 的目的，“特定保留”一语指条约明文提及的对条约某些条款的保留或对整个条约的涉及某些特定方面的保留。

---

<sup>748</sup> 评注见同上，第 202-203 页。

<sup>749</sup> 评注见下文 C.2 节。

<sup>750</sup> 评注见下文 C.2 节。

<sup>751</sup> 评注见下文 C.2 节。

### 3.1.3 允许不受条约禁止的保留 <sup>752</sup>

在条约禁止提出某些保留的情形下，一国或国际组织可提出的不受条约禁止的保留以不违反条约的目的和宗旨为限。

### 3.1.4 允许的特定保留 <sup>753</sup>

在条约允许提出某些特定保留但未说明其内容的情形下，一国或国际组织只可提出不违反条约目的和宗旨的保留。

## 2. 委员会第五十八届会议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. 保留的效力和解释性声明

#### 总 评 注

(1) 《准则草案》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) 在进行了广泛的辩论以后，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单方面提具的<sup>754</sup>、旨在摒除或更改有关条约中若干规定<sup>755</sup>在适用于该国或该国际组织时所具有的法律效力的声明，是否能够产生提具保留原则上所要产生的影响。

(3) 委员会信守《维也纳条约法公约》第二条第一款(丁)项中的《实践指南》准则草案 1.1 原文照抄的有关定义，认为所有符合这一定义的单方面声明均属保留。但是，正如委员会在它对准则草案 1.6.发表的评注中明确指出的，“下定义并不等于管制。[……一项]保留，如果它符合既有定义，不论它是可允许的，还是不可允许的，

---

<sup>752</sup> 评注见下文 C.2 节。

<sup>753</sup> 评注见下文 C.2 节。

<sup>754</sup> 由于光是保留的案文不允许它产生其行为者所要产生的效果，使用“提具”一词比较适当(见以下准则草案 3.1 的评注，第(6)和第(7)段)；但是《维也纳条约法公约》使用“所作”一词，而作为一项原则，委员会不希望套用《维也纳条约法公约》的案文。

<sup>755</sup> 或整个条约的特定方面(参看准则草案 1.1.1.)。

仍旧是一项保留。”<sup>756</sup>。“此外，准确地确定声明的性质，是适用某一个法律制度，首先是评估其可允许性的先决条件，只有在某一项文书被界定为‘保留’(……)时，才能决定它是否可以允许的，才能评估其法律范围和确定其影响。”<sup>757</sup>。

(4) 这一用语产生了问题。委员会最初采用“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，他们认为，“validity(效力)”一词使人对符合《维也纳条约法公约》第二条第一款(丁)项中所载的保留定义、但没有履行第十九条中所列条件之声明的性质感到怀疑<sup>758</sup>。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。它的优点是不对“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<sup>759</sup>，他们认为，“‘可允许性’问题是初步问题，必须参照条约予以解决，基本上是对条约的解释问题，它与作为一个政策问题看待时其他当事方是否认为保留可以接受无关”<sup>760</sup>，而“可反对性”的支持者则认为“一项保留的效力只取决于另一缔约国对保留的接受”，因此将《1969年维也纳条约法公约》第十九条(丙)项视为“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”。<sup>761</sup>

(5) 此外，有人认为，在任何情形下，以“impermissible(不可允许的)”(“illicite”)一词为不曾履行《维也纳公约》中有关形式或内容的必要条件的保留界定性质是不恰当的。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符，则明显不

---

<sup>756</sup> 《1999年国际法委员会年鉴》，第二卷，(第二部分)，第126页，评注第(2)段；也参看以下准则草案在委员会第五十八届会议上的修正案文的评注。

<sup>757</sup> 同上，第126页，评注第(3)段。还参看准则草案1.1.1评注，《1998年...年鉴》，第二卷(第二部分)，第101页，评注第(3)段，和特别报告员的第三次报告(A/CN.4/491/Add.3)，第158和第179段。

<sup>758</sup> 参看联合王国代表1993年11月2日在第六委员会的发言，A/C.6/48/SR.24，第42段。

<sup>759</sup> 关于这一理论争执，具体见Jean Kyongun Koh, “Reservations to multilateral treaties: how international legal doctrine reflects world vision”, *Harvard International Law Journal*, vol.23 (1982), pp.71-116, *passim*, in particular pp.75-77; see also Catherine Redgwell, “Universality or Integrity? Some reflections on reservations to general multilateral treaties”, *BYBIL*, vol.64 (1993), pp.243-282, in particular pp.263-269; and Ian Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 2nd ed.(Manchester: Manchester University Press, 1984), p.81, footnote 78.

<sup>760</sup> Derek W.Bowett, “Reservations to non-restricted multilateral treaties”, *BYBIL*, vol.48 (1976-1977), p.88.

<sup>761</sup> José Maria Ruda, “Reservations to Treaties”, *Recueil des cours ...*, vol.146 (1975-III), p.190.

属于这种情况”<sup>762</sup>。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，<sup>763</sup> 认为应该毫不延迟地解决术语问题。

(6) 委员会认为：

- 首先，“permissible(可允许的)” (“*licite*”) 一词含有提出违反《维也纳条约法公约》第十九条就会使提出保留的国家或国际组织承担责任，情况当然不是这样<sup>764</sup>。
- 其次，迄今为止通过的准则草案英文本所用的“可允许”一词及其评注间接表明，这完全是一个可允许性问题，而不是可反对性问题，它的缺点是无谓地预先对上面所讨论的学说争执作出论断<sup>765</sup>。

(7) 但是，“permissibility(可允许性)”一词保留下来是为了指明符合《维也纳条约法公约》第十九条之规定的保留的实质效力，因为对于以英语为母语的人来说，这个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词为“*validité substantielle*(实质效力)”。

(8) 《实践指南》第三部分成功地处理了下列有关问题：

- 保留的可允许性；
- 评估保留效力的能力；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问题。

### 3.1 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。

---

<sup>762</sup> 准则草案 2.1.8 (保留显然[不可允许]情况下的程序)的评注，《大会正式记录，第五十七届会议，补编第 10 号》(A/57/10)，第 114 页，第(7)段。少数人认为，提具不可允许的保留使其行为人负有责任。这个问题将在准则草案 3.3.1. 的评注中更加详细地讨论。

<sup>763</sup> 参看准则草案 2.1.8 的评注，同上；也参看准则草案 2. 1. 7 (保存人的职能)及其评注(《大会正式记录，第五十七届会议，补编第 10 号》(A/57/10)，第 105-112 页)。

<sup>764</sup> 参看以上第(5)段。

<sup>765</sup> 第(4)段。

## 评 注

(1) 准则草案 3.1 忠实地抄录了 1986 年 3 月 21 日《维也纳国家和国际组织间或国际组织彼此之间条约法公约》第十九条的措词方式，其格局仿效 1969 年《公约》文本的对应规定，只是在两个地方添加了必要的文字，以便将国际组织所缔结的条约包括在内。

(2) 通过规定在签署、批准、正式确认、接受、核准、或加入一项条约时，“一国或一国际组织可(……)提具保留”，但须符合若干条件，该公约也提出了“准许提具保留的一般原则……”<sup>766</sup>。这项原则是根据 1951 年国际法院咨询意见形成的“灵活制度”的主要内容<sup>767</sup>，可以毫不夸张地说，该原则在这方面推翻了基于全体一致制度的传统假定<sup>768</sup>，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，终于在 1969 年通过的第十九条案文是沃尔多克建议的直接结果，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，以否定或限制性措词表示，唯有满足某些条件才可提具(或“作出”<sup>769</sup>)

---

<sup>766</sup> 1962 年一读通过的第 18 条草案的评注，《1962 年...年鉴》，第二卷，第 180 页，第(15)段；也参看一读通过的第 16 条草案的评注，《1966 年...年鉴》，第二卷，第 207 页，第(17)段。关于 1986 年的《公约》，参看 1977 年通过的第 19 条草案(国际组织间条约的情况)的评注，《1977 年...年鉴》，第二卷(第二部分)，第 106 页，第(1)段，和第 19 条之二(国家间和一个或一个以上国际组织或国际组织彼此间条约的情况)，《1977 年...年鉴》，第二卷(第二部分)，第 106 页，第(3)段。

<sup>767</sup> 对《防止及惩治灭绝种族罪公约》的保留，1951 年 5 月 28 日，1951 年国际法院判例汇编，第 15 页。

<sup>768</sup> 无疑，这一概念已成为二次战争间隔期间的习惯规范(见上述咨询意见所附的 Guerrero 法官、McNair 法官、Read 法官和徐谟法官的联合反对意见，《1951 年国际法院判例汇编》，第 34-35 页)，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办到，否则行为人仍然在条约的范围之外。在对委员会 1962 年通过的第 18 条草案提出的评论中，日本提议恢复相反的假定(参看汉弗莱·沃尔多克爵士关于条约法的第四次报告(A/CN.4/177 和 AddS.1 和 2)，《1965 年...年鉴》，第二卷，第 49 页)。

<sup>769</sup> 关于这一点，参看以下第(6)和第(7)段。

保留的原则<sup>770</sup>。另一方面，沃尔多克<sup>771</sup>则说，该原则是国家“依照国家主权”“提具，即提出保留的权力”。<sup>772</sup>

(4) 但这一权力并非无限制：

- 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、核准或加入条约”时才能提具保留；<sup>773</sup>
- 其次，提具保留可能不符合某些条约的目的，原因有二：这些条约限于一小组国家，即《公约》第二十条第二款考虑到的情形，在涉及这些文书时仍实行全体一致制度<sup>774</sup>——至于全球范围内的文书，因为缔约方对条约整体性的要求优于其普遍性，或无论如何，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，《维也纳条约法公约》只是作为备用，绝不会阻碍谈判者在条约中嵌入“保留条款”，限制或修改第十九条作为一项原则提出的权力。<sup>775</sup>

(5) 即使《公约》无疑是从假定认可保留效力的原则出发，“保留权”的说法也可能过分<sup>776</sup>。有些委员对这一假定的存在提出异议。此外，这是《维也纳条约法公约》第十九条标题(“提具保留”)<sup>777</sup>的含义，这一点在其起首语中得到确认：“一国得(……)提具保留，但有下列情形之一者不在此限……”。当然，通过

---

<sup>770</sup> 例如见 J. L. Brierly 提议的第 10 条草案第 1 款(A/CN.4/23)，《1950 年...年鉴》，第二卷，第 238 页)，Hersch Lauterpacht 提议的第 9 条草案(第一次报告(A/CN.4/63)，《1953 年...年鉴》，第二卷，第 91-92 页；和第二次报告(A/CN.4/87)，《1954 年...年鉴》，第二卷，第 131 页)；或菲茨莫里斯提议的第 39 条草案第 1 款(《1956 年...年鉴》，第二卷，第 115 页)。参看 Pierre-Henri Imbert 的评论，《对多边条约的保留》(Paris, Pedone, 1979)，第 88-89 页。

<sup>771</sup> “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：...”(第一次报告(A/CN.4/144)，《1962 年...年鉴》，第二卷，第 60 页，第 17 条，第 1 款(a)项)。

<sup>772</sup> 第 17 条的评注，同上，第 65 页，第(9)段。着重号原文就有。

<sup>773</sup> 见下文第(9)段。

<sup>774</sup> “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。”

<sup>775</sup> 关于维也纳制度的备用性质，见 Anthony Aust, *Modern Treaty Law and Practice* (Cambridge: Cambridge University Press, 2000), pp.124-126; John King 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 ...*, *op.cit.*, pp.162-230; Lord McNair, *The Law of Treaties* (Oxford: Clarendon Press, 1961), pp.169-173; Jörg Polakiewicz, *Treaty-Making in the Council of Europe* (Strasbourg: Council of Europe, 1999), pp.85-90 and 101-104; Rosa Riquelme Cortado, *Las reservas a los tratados - Formulación y ambigüedades del regimen de Viena* (Universidad de Murcia, 2004), pp.89-136.

<sup>776</sup> 但是，委员会的一些委员发言支持这种权力的存在。

<sup>777</sup> 关于更改《实践指南》中的这一标题，见以下第(10)段。



使用动词“may(得)”，第十九条的引进条款确认各国国有权，但那只是“提具”保留的权力。<sup>778</sup>

(6) “提具”一词是精心选用的。意思是虽然打算对表示同意接受约束附加保留的国家有义务说明如何修改参加条约的方式<sup>779</sup>，但是，提具保留本身并不够。保留并非“作出”的，不仅依照此类声明而生效。因此，中国提议用“作出保留”取代“提具保留”的修正意见<sup>780</sup>被维也纳公约起草委员会拒绝。<sup>781</sup>正如沃尔多克指出，“称(……)一个国家可‘作出’保留本身含义模糊，因为涉及的问题是，在其他有关国家认可以前，是否能够认为一国提具的保留已经有效‘作用’。”<sup>782</sup>如果保留满足某些程序条件，保留也只是“成立”<sup>783</sup>——实际上并不十分严格的条件<sup>784</sup>，保留还必须符合在第十九条三个项中提出的实质性条件，“但有下列情形之一者不在此限”一语显然表明这个意思。<sup>785</sup>

---

<sup>778</sup> P.-H.Imbert, *Les réserves aux traités ...*, *op.cit.*, p.83; see also Paul Reuter, *Introduction au droit des traités*, 3rd ed., Philippe Cahier, ed.(Paris: PUF, 1995), p.75; or R.Riquelme Cortado, *Las reservas a los tratados ...*, *op.cit.*, p.84.还可以指出，Briggs提议将沃尔多克案文(见上文脚注18)中的“free”一词改为“依法有权”(《1962年...年鉴》，第一卷，1962年5月25日第651次会议，第140页，第22段)，这项提议没有被接受，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文也没有被接受(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，维也纳，1968年3月26日至5月24日和1969年4月9日至5月22日，会议文件》(A/CONF.39/11/Add.2)，第133页，第175段)。目前的措词方式(“一国可...提具保留，除非...”)在起草委员会上获得通过(《1962年...年鉴》，第一卷，1962年6月18日第663次会议，第221页，第3段)，后来又在1962年获得委员会全体会议通过(同上，第二卷，第175-176，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》，第一卷，1965年6月29日第813次会议，第287页，第1段(起草委员会通过的案文)，和《1966年...年鉴》，第二卷，第202页(二读通过的16条))。

<sup>779</sup> 参照D.W.Greig, “Reservations: equity as a balancing factor?”, 《奥地利国际法年鉴》，第16卷(1995)，第22页。

<sup>780</sup> A/CONF.39/C.1/L.161(见会议文件(A/CONF.39/11/Add.2))，前引文献，第145页，第177段。

<sup>781</sup> 参看《联合国条约法会议正式记录，第一届会议，维也纳，1968年3月26日至5月24日，全体会议和全体委员会会议的简要记录》(A/CONF.39/11)，全体会议，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)。

<sup>782</sup> 第一次报告(A/CN.4/144)，《1962年...年鉴》，第二卷，第71页，第17条至第19条草案的评注第(1)段。

<sup>783</sup> 参看第21条起首语：“根据第19条、第20条和第23条对另一方提出的保留……”。

<sup>784</sup> 参看第20条第3-5款，第21条第1款和第23条以及准则草案2. 1 - 2. 2. 3。另参看Massimo Coccia, “对关于人权的多边条约的保留”，《加利福尼亚西部国际法学报》，第15卷(1985)，第28页。

<sup>785</sup> “本条载述这样的一般原则：除了三种情形以外允许提具保留”(着重号是后加的)(《1966年...年鉴》，第二卷，第207页，第16条评注第(17)段；评注法文本中使用“*faire*(作出)”一词受到批评(同上，第225页)，但这可能是翻译的错误，而不是故意作出的选择——反对的意见：P.-H.Imbert, *Les réserves aux traités...*，前引文献，第90页。此外，评注的英文本是正确无误的。

(7) 有一些作者认为,在这方面,该规定所用术语不一致,因为“如果条约允许某些保留(第十九条(乙)项),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’”<sup>786</sup>。因此,如果(乙)项正确指出“可能作出”这些保留,则第十九条起首语会让人产生误解,因为其中暗示这些保留也只由行为人“提具”<sup>787</sup>。但这是徒劳无益的争论<sup>788</sup>:(乙)项所指的保留是条约不准许的保留,而不是提具后即有成立(或作出)的效力的保留。在(甲)项的情况中,不能提具这些保留。因此,(甲)项明示禁止,而(乙)项则暗示禁止。

(8) 此外,提具保留权原则与这一原则的例外情况应不予分开。基于这个理由,委员会在将《维也纳公约》的条款遗留到《实践指南》以后,通常避免更改《维也纳公约》条款的措词方式,却决定不另行拟订只处理保留效力推定原则的个别准则草案。

(9) 基于同样的理由,委员会决定不考虑在准则草案 3.1 中提到“可以提具保留的”各个时候(或“情况”——重复准则草案 1.1.2 中数度使用的术语)。<sup>789</sup> 如上文所讨论<sup>790</sup>,第十九条重复了《维也纳公约》第二条第一款(丁)项中保留定义所载的时间限制,<sup>791</sup> 而正如丹麦在审议 1962 年通过的条约法条款草案期间强调的,这一重复纯属多余<sup>792</sup>。但是,委员会在 1966 年通过最后草案时认为,不必纠正这种异常现象,这一重复无碍大局,无需重拟《维也纳公约》。

(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》第十九条中所载列的实质条件,也取决于与形式和及时性的一致性。但是,《实践指南》第二部分中处理了这些形式条件,以便在第三部分中更加强调实质效力,即保留的可允许性——因此,委员会为不可能沿用《维也纳公约》第十九条的标题的准则草案 3.1 选

---

<sup>786</sup> P.-H.Imbert, 前引文献,脚注 770,第 84-85 页。

<sup>787</sup> 另见 J. M.Ruda, “Reservations to Treaties”, ... *op.cit.*, pp.179-180, and the far more restrained criticism by Frank Horn, *Reservations and Interpretative Declarations to Multilateral Treaties*, T.M. C.Asser Instituut, Swedish Institute of International Law, Studies in International Law, (The Hague, 1988), vol.L.5, pp.111-112.

<sup>788</sup> 但是,人们可能质疑第 23 条第 2 款中的动词“formulate(提具)”和“make(作出)”的用法,在这项规定的末尾说,如果在签署(一项条约)时提具的一项保留在表示同意受拘束时得到确认,“保留应视为在确认日期作出的”,那就不一致了。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(R.Riquelme Cortado 对它提出的批评——前引文献,脚注 22,第 85——似乎是西班牙文本中的翻译错误引起的)。

<sup>789</sup> 参看《1998 年...年鉴》,第二卷(第二部分),第 99 页。

<sup>790</sup> 第(4)段。

<sup>791</sup> 参看准则草案 1. 1 (保留的定义)和 1. 1. 2 (可提具保留的情况)及其相关的评注,《大会正式记录,第五十三届会议,补编第 10 号》(A/53/10),第 196-199 和 203-206 页。

<sup>792</sup> 参看汉弗莱·沃尔多克爵士的第四次报告 (A/CN.4/177),见以上脚注 15 中所引述的内容,第 47 页。

择的标题“允许的保留”已经用于准则草案 2.1.3。<sup>793</sup> 无论如何，它势必不恰当地强调了保留的形式条件。

### 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) Paul Reuter 认为，第十九条(甲)款和(乙)款(抄录于准则草案 3.1)所作的假设是非常简单的案例。<sup>794</sup> 但情况看来并非如此。的确，这些规定所指的情况是，缔约国或缔约国际组织希望对之作出保留的条约含有一项特别条款，禁止或允许提具保留。可是，除了没有明确包括所有假设的情况外，<sup>795</sup> 对于禁止保留条款的确切范围和不顾此项禁止仍提具保留所产生的后果，可能产生一些棘手的问题。

(2) 准则草案 3.1.1 意图澄清准则草案 3.1(a)款的范围，其中并未指明“条约禁止的保留”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)款中所载“特定的保留”的含义和范围。

(3) 在 1962 年他提交给委员会的第 17 条草案第 1 款(a)项中，沃尔多克将假设分成三类：

- “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；
- 不属于限制提具保留权力的条款类别的保留；或
- 核准某些保留的保留。<sup>796</sup>

---

<sup>793</sup> “在国际一级上提具保留”(《大会正式记录，第五十七届会议，补编第 10 号》(A/57/10)，第 68-75 页。

<sup>794</sup> Paul Reuter, “Solidarité et divisibilité des engagements conventionnels”, *International Law at a Time of Perplexity - Essays in Honour of Shabtai Rosenne* (Dordrecht: Nijhoff, 1999), p.625 (also reproduced in P.Reuter, *Le développement de l'ordre juridique international - Écrits de droit international* (Paris: Economica, 1999), p.363).

<sup>795</sup> 参看以下脚注 800 和准则草案 3.1.3 的评注，第(9)段。

<sup>796</sup> 第一次报告(A/CN.4/144)，《1962 年...年鉴》，第二卷，第 60 页。

这三种情况的一个共同点是，与不符合条约的目的和宗旨的保留不同的是，<sup>797</sup> “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，可是，如为条约禁止的保留，其他国家不必这样做，因为这些国家在条约本身已表示其对保留的反对”。<sup>798</sup>

(4) 虽然委员会再次讨论了形式上略微不同的类型问题，<sup>799</sup> 可是，由于不必要地使这种问题复杂化，而且《公约》的编纂计划相当笼统地进行运作，因此，要区分特别报告员提出的头两项假设是没有用的。<sup>800</sup> 在他参照各国政府的意见于1965年提出的条约草案第18条第2款中，他把区分的范围限于：条约(或“某一国际组织既定规则”) <sup>801</sup> 明文禁止的保留和因条约核准某些保留而不言明禁止的保留。<sup>802</sup> 这种二分

---

<sup>797</sup> 第17条第2款中设想到的情况，措词方式与目前的案文极为不同。

<sup>798</sup> 第一次报告(A/CN.4/144)，《1962年...年鉴》，第二卷，第74页，评注第(9)段。

<sup>799</sup> 条款草案第18条第1款(b)、(c)和(d)项，《大会正式记录，第十七届会议，补编第9号》(A/5209)，《1962年...年鉴》，第二卷，第176(参看本段评注，第180页，第(15)段)。

<sup>800</sup> 相反的是，在讨论草案期间，Briggs认为，“差别在于禁止所有保留的(甲)款列出的案例与只明文禁止或不言明排除某些保留的(乙)款和(丙)款列出的案例”(《1962年...年鉴》，第一卷，第663次会议，1962年6月18日，第222页，第12段)；反对意见：沃尔多克，同上，第247页，第32段；例如1958年的《大陆架界限公约》第12条的例子(见以上准则草案3.1.2评注第(6)段)证明，这是高度相关的例子。

<sup>801</sup> 虽然在1965年举行的国际法委员会全体会议的讨论上没有对这项原则提出异议(但是Lachs在1962年提出了异议(见《1962年...年鉴》，第一卷，第651次会议，1962年5月25日，第142页，第53段)，并保留在第十七届会议第一期会议通过的文本内(见《1965年...年鉴》，第二卷，第174页)，可是，这项规定在起草委员会1966年经过“最后整理”之后最后通过的第16条草案中消失，没有作出任何解释。(见《1966年...年鉴》，第一卷(第二部分)，第887次会议，1966年7月11日，第195页，第91段)。删除这一句是为了使关于“国际组织组成条约的一般保障条款更接近国际组织内部通过的条约”，有关条款见《公约》第五条，委员会在同一天通过了最后文本(同上，第294页，第79段)。在实践中，能够在一个国际组织的章程中提具保留是很特殊的情况(见Maurice H.Mendelson，“对国际组织组织法的保留”，《英国国际法年鉴》，第45卷(1971)，第137-171)。关于在国际组织范围内缔结的条约，(假定的)保留除外责任条款的最佳例子是国际劳工组织的例子，因为劳工组织的一贯惯例是，如国际劳工公约的批准书附有保留，则不接受这些批准书的交存(参看国际劳工局局长关于一般公约保留的可接受性向国际联盟理事会的备忘录，《国际联盟公报》，1927，第882页，或国际劳工组织1951年在关于“《灭绝种族公约》的保留”案件中提出的备忘录，《1951年国际法院案例汇编、诉状、辩护词和文件》，第227-228页，或国际劳工组织法律顾问Wilfred Jenks在同一案件中进行口头辩护时所作的发言，同上，第234页)；关于此一立场的讨论和评论，参看准则草案1.1.8(根据《实践指南》除外责任条款作出的保留)，《大会正式记录，第五十五届会议，补编第10号》(A/55/10)，第230-241页，第(3)-(5)段。

<sup>802</sup> 第四次报告(A/CN.4/177)，《1965年...年鉴》，第二卷，第53页。

法的净化方式<sup>803</sup> 表现在《公约》第十九条(甲)款和(乙)款上, 对于条约究竟是全部或局部保留没有作出任何区分。<sup>804</sup>

(5) Tomuschat 教授认为, 对于目前草拟的(a)项的禁止, 应该理解为包括明文禁止的保留和不言明禁止的保留。<sup>805</sup> 从有关这项规定的起草过程中可以找出这种解释的理由:

- 在 1962 年沃尔多克提出的最初案文中,<sup>806</sup> 明确规定案文涉及“条约明文禁止的”的保留, 1965 年放弃了这项明确规定, 特别报告员没有作出任何解释, 而委员会在这方面的讨论也不是十分明确;<sup>807</sup>
- 在 1965 年二读通过的第 16 条草案的评注中, 实际上委员会似乎把“条约规定明文禁止的保留和不言明禁止的保留放在同等的地位”。<sup>808</sup>

(6) 然而, 这种解释有待商榷。委员会在 1962 年已经排除了某些条约能够“本质上”排除保留这个概念, 因此否决了沃尔多克在这方面作出的建议。<sup>809</sup> 因此, 除

---

<sup>803</sup> 关于委员会在文字上作出的改动, 参看关于第 18 条草案的辩论(《1965 年...年鉴》, 第一卷, 尤其是第 797 次和第 798 次会议, 1965 年 6 月 7 日和 9 日, 第 163-173 页)和起草委员会通过的案文(同上, 第 813 次会议, 1965 年 6 月 29 日, 第 287, 第 1 段)及其辩论情况(同上, 第 287-289)。委员会二读通过的第 16 条 (a)款和(b)款最后文本内容如下: “一国可...提具保留, 除非: (a) 条约加以禁止; (b) 条约核准的特定保留没有将有关的保留包括在内”(《1966 年...年鉴》, 第二卷, 第 202 页), 另见准则草案 3. 1. 2 的评注, 下文脚注 838。

<sup>804</sup> Hersch Lauterpacht 于 1953 年在第一次报告中提交依拟议法提议的“备选草案”都提到“不禁止或限制提出保留权力的条约”(第一次报告(A/CN.4/63), 《1953 年...年鉴》, 第 115-116 页, 同上, 第二卷, 第 91-92 页)。

<sup>805</sup> Christian Tomuschat, “对多边条约的保留的可允许性和法律后果。对国际法委员会拟议的《条约法草案》第 16 条和第 17 条的评论”, *ZaöRV*, 第 27 卷(1967), 第 469 页。

<sup>806</sup> 见上文第(3)段。

<sup>807</sup> 但参看 Yasseen 的发言, 《1965 年...年鉴》, 第一卷, 第 797 次会议, 1965 年 6 月 8 日, 第 149 页, 第 19 段“‘the terms of’ (*expressément*)等词可以删除, 内容不妨理解为: ‘[除非]保留的提具为条约所禁止 ...’ 因为不妨这样说: 条约并没有对这个问题保持沉默, 它是否提到不明言的或明示的保留并不重要”——但他指的是 1962 年的案文。

<sup>808</sup> 此外, “明示或暗示核准的保留”, 《1966 年...年鉴》, 第二卷, 第 205 页, 评注第(10)段, 另见第 207 页, 第(17)段。同样, 委员会于 1981 年通过的《国家间和两个或两个以上国际组织彼此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制定的保留”(《1981 年...年鉴》, 第二卷(第二部分), 第 137 页)。

<sup>809</sup> 见上文第(4)段。特别报告员表示, 为了起草这一条款, “他考虑到《联合国宪章》, 因为《宪章》本质上不能成为作出保留的对象”(《1962 年...年鉴》, 第一卷, 第 651 次会议, 1962 年 5 月 25 日, 第 143 页, 第 60 段)。《公约》第五条的保障条款包括了这项例外(见上文脚注 801)。讨论期间很少留意“条约的性质”这种说法(然而 Castrén 认为这种说法不准确, 同上, 第 652 次会议, 1962 年 5 月 28 日, 第 166 页, 第 28 段; 另见 Verdross, 同上, 第 35 段); 起草委员会删除了这种说法(同上, 第 663 次会议, 1962 年 6 月 18 日, 第 221 页, 第 3 段)。

非是第十九条(甲)款和(乙)款<sup>810</sup>所包括的禁止情况,即对国际组织组成文书的保留—将由一个或更多特定准则草案予以包括—以外,不然很难理解什么可能是条约“不言明”的禁止,<sup>811</sup>因此,不得不承认(甲)款只涉及条约明文禁止的保留。此外,《公约》处理整个问题的条款充满了极大的自由主义精神,而这种解释也符合这种精神的唯一解释。

(7) 如禁止是明确绝对的,特别是如禁止是全面的,除了了解有关的声明是否构成保留以外,<sup>812</sup>就不会出现任何问题,但同时又了解到,尽管《国际联盟盟约》第一条等一些著名的例子,现成的例子比较少:<sup>813</sup>

“国际联盟的创始成员为无任何保留加入本《盟约》……的签署国(……)”。<sup>814</sup>

---

<sup>810</sup> 西班牙的修正案(A/CONF.39/C.1/L.147)和美国及哥伦比亚的修正案(A/CONF.39/ C.1/L.126 和 Add.1)意图在(c)项中重新提出条约“性质”概念,但这些修正案由作者撤回或为起草委员会否决(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的简要记录(A/CONF.39/ 11/Add.1,第37页)。委员会讨论准则草案3.1.1期间,有些委员认为,诸如《联合国宪章》的一些条约从它们的根本性质看来,排除了任何保留。但是,委员会总结认为,这个概念符合《维也纳条约法公约》第十九条(丙)款中所宣示的原则,在涉及《宪章》的情形下,保留需经该组织主管机关接受的规定(见《维也纳公约》第二十条第三款)提供了充分的保证。

<sup>811</sup> 这也是 C.Tomuschat 教授所得出的最后结论“可接受性与保留的法律效力”(前引文献,第471页)。

<sup>812</sup> 参看准则草案1.3.1(实施保留与解释性声明之间区分的方法)及其评注,《1999年……年鉴》,第二卷(第二部分),第107-109页。

<sup>813</sup> 即使在人权问题上也如此(参看 P.H.Imbert,“保留与人权公约”,《人权评论》,1981,第28页,或 W.A.Schabas,“对人权条约的保留:革新和改革的时候”,《加拿大国际法年鉴》,(1955),第46页;但应参看1956年9月7日《废止奴隶制、奴隶贩卖及类似奴隶制的制度与习俗补充公约》(第9条),1960年12月14日《取缔教育歧视公约》(第9条第7款),1983年4月28日《欧洲人权公约》关于废除死刑的第6号议定书(第4条)或1987年11月26日的《欧洲防止酷刑公约》(第21条)等公约的规定,统统禁止任何保留。有时人权条约中的保留条款提到《维也纳公约》中有关保留的条款(参照《美洲人权公约》第75条)——这是没有包括任何保留条款的公约不言明的保留规定——或重述其规定(参照1979年《消除对妇女一切形式歧视公约》第28条第2款或1989年《儿童权利公约》第51条第2款)。

<sup>814</sup> 可以认为,当国际联盟承认瑞士的中立地位时,放弃了这项规则(在这方面,参看 M.Mendelson,“对国际组织章程的保留”,前引文献,脚注48,第140和141页)。

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”。<sup>815</sup>

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款规定：

“不得对本公约作出任何保留或例外”。<sup>816</sup>

(8) 然而，有关禁止有时可能更为含糊。因此，根据1961年日内瓦会议通过的《欧洲国际商业仲裁公约》的最后文件第14条的规定，“参与公约谈判的代表团……声明其各自国家没有对公约作出保留的意图”。<sup>817</sup> 这项声明不但不是一项绝对的禁止，而且这项意图声明是在一项与条约分开的文件中作出。在这类情况下，人们可以假定严格来说不禁止保留，可是如一国提具保留，其他缔约国必须理所当然地加以反对。

(9) 更加常见的是，有关禁止属局部禁止，而且涉及一项或更多的特定保留或一类或多类的保留。最简单(但相当少见)的假设是列出公约禁止保留的规定的条款中的假设。<sup>818</sup> 1951年7月28日的《关于难民地位的公约》第42条<sup>819</sup>和1972年国际

---

<sup>815</sup> 尽管这项禁止表面看来直截了当，但到头来并非完全明确无误：因为非常遗憾的是，《规约》第一百二十四条在战争罪行问题上，授权“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”，构成了第一百零九条规定的规则的一项例外条款，因为这些声明与保留无异(见 A.Pellet, “规约的生效与修改”，见 Antonio Cassese, Paola Gaeta 和 John R.W.Jones, 合编的，《国际刑事法院罗马规约：评注》，(牛津大学出版社，2002)，第一卷，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 Sia Spiliopoulou Åkermark, “Reservations clauses in treaties concluded within the Council of Europe”, *ICLQ*, vol.48 (1999), pp.493 and 494; P.Daillier and A.Pellet, *Droit international public (Nguyen Quoc Dinh)*, L.G. D.J., 7th edition (Paris, 2002), p.181; P.-H.Imbert, *Les réserves aux traités ...*, *op.cit.*, pp.165 and 166; F.Horn, *Reservations and Interpretative Declarations ...*, *op.cit.*, p.113; R.Riquelme Cortado, *Las reservas a los tratados ...*, *op.cit.*, pp.105-108; W.A.Schabas, “Reservations to human rights treaties ...”, *op.cit.*, p.46.

<sup>816</sup> 关于非常详细的评注，见 Alessandro Fodella, “The Declarations of States Parties to the Basel Convention” in Tullio Treves (ed.), *Six Studies on Reservations, Comunicazioni e Studi*, vol.XXII, 2002, pp.111-148; 第26条第2款，核准缔约国为使其法律和条例与本公约的规定协调一致而做出无论其措词或名称为何的“宣言或声明，只要此种宣言或声明的意旨不是排除或改变本公约条款适用于该国时的法律效力”：第1款的保留与第2款的声明之间的差别可能显得生硬，可是这里涉及定义问题，完全没有限制第1款做出的禁止：如果根据第2款做出的一项声明证明是一项保留，这项保留则受到禁止。1982年《海洋法公约》第三百零九条和第三百十条的合并条文引起了相同的问题，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”, *La mer et son droit - Melanges offerts a Laurent Lucchini et Jean-Pierre Quéneudec* (Paris: Pedone, 2003), pp.505-517; 另见准则草案3.1.2的评注，下文脚注840)。

<sup>817</sup> P.H.Imbert 提供的例子，*Les réserves aux traités*……前引文献，第166和167页。

<sup>818</sup> 这种情况极为接近规定了允许保留的条款的条约中的假设——见下文准则草案评注第(5)段和 Briggs 的评论(《1962年…年鉴》，第一卷，1962年6月18日第663次会议)。

<sup>819</sup> 关于这项规定，P.-H.Imbert 指出“国际法院对两个月前通过的《防止及惩治灭绝种族罪公约》做出的保留的意见的影响非常明确，因为这种条款无异保留那些不能成为保留对象的规定”(Les réserves aux traités……前引文献，第167页)；见下文提供的其他例子，同上，或准则草案3.1.2的评注第(5)-(8)段。

海事组织的《国际安全运输集装箱公约》第 26 条就属于这类情况。

(10) 更为复杂的假设是，在条约中不禁止对特定的规定做出保留，但排除某类保留。1977 年的《国际糖协定》第 78 条第 3 款提供了这种条款的例子：

“任何符合成为本协定缔约方所需条件的政府，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·沃尔多克爵士的草案中对这种保留条款和排除“特定的保留”的条款做出了区分。<sup>820</sup> 可是，《维也纳公约》没有做出这种区分，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)款同时包括了所有三种情形，经过仔细分析，可以分辨出这些情形：

- 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) 这种明确的规定似乎更有助益，因为第三项假设引起的(解释<sup>821</sup>)问题，在性质上与是否符合条约的目的和宗旨这个标准引起的问题相同，<sup>822</sup> 而且某些条款明确地复述。然而，虽然没有提到条约的特别条款，指出的这些禁止的保留其实是来自《维也纳公约》第十九条(甲)款，委员会从开头起就可以有益地强调法律制度的统一性，因为有关法律制度适用于第十九条的三个款文中提到的保留。

### 3.1.2 特定保留的定义

为准则 3.1 的目的，“特定保留”一语是指条约明文提及的对条约某些条款的保留或对整个条约的涉及某些特定方面的保留。

## 评 注

(1) 粗略浏览一下《维也纳公约》第十九条(乙)项，就可能看出它是硬币的一面，而(甲)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：

---

<sup>820</sup> 见上文脚注 43。

<sup>821</sup> “在(a)和(b)的例外情况下，一项保留是否可被允许取决于对条约的解释”(A.Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, op.cit., p.110).



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：(乙)项有另外两个防止过于简单化的细节；产生于该款的默示禁止的某些保留实际上要复杂得多，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”。<sup>823</sup>

准则草案 3.1.2 的目的是澄清《维也纳公约》所未定义的“特定保留”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”的保留必须经过是否符合条约目标和宗旨之标准的检验。<sup>824</sup>

(2) 《维也纳公约》第十九条(乙)项可追溯到菲茨莫里斯在 1956 年提交给国际法委员会的第三十七条草案第 3 款：

“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”。<sup>825</sup>

沃尔多克在第十七条第一条(甲)款草案中再次提到他于 1962 年提出的，并被委员会用于第十八条第一条(丙)项草案的概念。该条款于当年被通过<sup>826</sup>并在略经编辑修改后，列入了 1966 年草案的第十六条(乙)项，<sup>827</sup>然后又列入《公约》第十九条。但是，对此并非没有争议。在维也纳会议期间，有若干修正案企图要删除该条款，<sup>828</sup>

---

<sup>822</sup> 参看上文脚注 813 中提供的例子。这是“禁止保留的种类”中一个特定的例子 — 其表现方式确实特别模糊。

<sup>823</sup> 关于这一词，见准则草案 3.1 的评注，上文第(6)-(7)段。

<sup>824</sup> 见下文准则草案 3.1.4。

<sup>825</sup> 第一次报告(A/CN.4/101)，《1956 年...年鉴》，第二卷，第 115 页；也见第 127 页，第 95 段。

<sup>826</sup> 见上文准则草案 3.1.1 评注第(3)-(4)段。

<sup>827</sup> 见前注 803。

<sup>828</sup> 提交的修正案有：美利坚合众国(A/CONF.39/C.1/L.126 和 Add.1)和德意志联邦共和国(A/CONF.39/C.1/L.128)(这些修正案旨在删除(乙)项)；以及苏维埃社会主义共和国联盟(A/CONF.39/C.1/L.115)、法国(A/CONF.39/C.1/L.169)、锡兰(A/CONF.39/C.1/L.139)和西班牙(A/CONF.39/C.1/L.147)(这些修正案提出对第十六条(或第十六和第十七条)作重大修改，并可导致其消失)(这些修正案的案文见《联合国条约法会议正式纪录，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)，第 144 和 145 页，第 174 至 177 段)。在委员会讨论草案期间，一些委员也认为，该条款是多余的(《1965 年...年鉴》，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；但是关于与其略有不同的立场，见同上，第 151 页，第 33 段；或 Ruda, 第 154 页，第 70 段)。

借口是它“过于死板”，<sup>829</sup>与(甲)项重复，<sup>830</sup>或者没有被实践确认；<sup>831</sup>但所有的修正案都被撤回或否决了。<sup>832</sup>

(3) 波兰的修正案在“允许”一词前增加了“仅”字，这是对(乙)项的唯一改动，得到了维也纳会议起草委员会认可，以使其“更加明确”。<sup>833</sup>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而提供了可能性—即使在谈判者已经预先明文指出了允许对哪些条款提出保留。<sup>834</sup>但是，这一修正并没有让一项既非明文允许又非默示禁止的保留可以不遵守必须相符条约目标和宗旨的标准。<sup>835</sup>这类保留也许会因其他理由遭受反对。正是由于此，在准则草案 3.1.2 的措词中，委员会更喜欢用“明文提及”而不是“准许”来限定有关保留，不同于《维也纳公约》第 20 条第 1 款所用的词语“明示准许之保留”。

(4) 在实践中，可允许保留的条款与禁止保留的条款性质相同，对于决定不可提出哪些保留而言，它们引起的难题是相同的：<sup>836</sup>

- 有些准许以肯定或否定方式，对某些具体条款作出明文的限制性保留；

---

<sup>829</sup> 根据美利坚合众国和波兰代表在委员会第 21 次会议上的发言(1968 年 4 月 10 日，《联合国条约法会议正式纪录，第二届会议》维也纳，1969 年 4 月 9 日至 5 月 22 日，《全体会议和全体委员会会议简要纪录》(A/CONF.39/11)，第 117 页，第 8 段和第 128 页，第 42 段)；另见德意志联邦共和国代表的发言(同上，第 119 页，第 23 段)。

<sup>830</sup> 哥伦比亚，同上，第 123 页，第 68 段。

<sup>831</sup> 瑞典，同上，第 127 页，第 29 段。

<sup>832</sup> 见同上，第 148 和 149 页，第 181 至 188 段与特别报告员汉弗莱·沃尔多克爵士的解释说明，《简要纪录》(A/CONF.39/11)，1968 年 4 月 16 日第 24 次会议，第 137 页，第 6 段以及这些修正案的表决结果，同上，1968 年 4 月 16 日第 25 次会议，第 146 页，第 23 至 25 段。

<sup>833</sup> A/CONF.39/C.1/L.136；见《简要记录》(A/CONF.39/11)，1968 年 5 月 14 日委员会第 70 次全体会议，第 453 页，第 16 段。在 1965 年委员会讨论经起草委员会审查的第十八条(乙)项草案期间，Castrèn 就提出在(乙)项“准许”一词前增加“仅”字。(《1965 年……年鉴》，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，未予采纳。(见同上，第 816 次会议，第 308 页，第 41 段)。

<sup>834</sup> 见 F.Horn, *Reservations and Interpretative Declarations ...*, *op.cit.*, p.114; Liesbeth Lijnzaad, *Reservations to UN Human Rights Treaties: Ratify and Ruin?*, T.M. C.Asser Instituut (Dordrecht: Nijhoff, 1994), p.39; Jean-Marie Ruda, “Reservations to Treaties”, ... *op.cit.*, p.181; or Renata Szafarz, “Reservations to multilateral treaties”, *Polish Yearbook of International Law* (1970), pp.299-300.这类限制性条款并不罕见，例如，见 1954 年《减少无国籍状态公约》第 17 条第 1 款(“1.任何国家在签署、批准或加入时，都可以对第 11、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 R.Riquelme Cortado 提供的其他例子，*Las reservas a los tratados...*前引文献，第 128 至 129 页。关于推翻有关假定的重要性，另见 M.鲁宾逊《1995 年……年鉴》，第一卷，第 2402 次会议，第 169 页，第 17 段。

<sup>835</sup> 见下文准则草案 3.1.3 及其评注，特别是第(2)-(3)段。

<sup>836</sup> 见上文准则草案 3.1.1 及其评注。

- 其他一些允许特定类别的保留；
- 最后，还有一些(数目有限的)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：

“任何国家在签署、批准或加入时，除第1至3条外，可对公约的其他各项条款作出保留”。<sup>837</sup>

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”，<sup>838</sup>而且正如国际法院关于北海大陆架各案的判决，<sup>839</sup>尤其是1977年Mer d'Iroise案中的仲裁裁决<sup>840</sup>所示，这种允许的范围和效果并非一目了然。

(6) 在该案中，仲裁庭强调指出：

“[1958年《日内瓦大陆架公约》]第12条明文准许缔约国，尤其是法兰西共和国，根据对《公约》第1至3条以外的条款作出的保留，来决定是否同意接受公约的约束。<sup>841</sup>

然而

“不能认为第12条是强迫各国事先接受对第1至3条以外其他条款作出的任何保留。如果这样理解第12条，就几乎等于让缔约国有自由起草自己的条约，这显然超出了该条的目的。只有在有关条款允许提出具体保留时，方可认为《公约》缔约方事先同意接受某项特定保留。但此处的情况并非如此，因为第12条非常笼统地谈到了允许对第1至3条以外的其他条款提出保留”。<sup>842</sup>

(7) 在保留条款界定了可以允许的保留种类时，情况就不同了。1928年《仲裁总议定书》第39条就是一个例子：

---

<sup>837</sup> 《联合国海洋法公约》第三〇九条规定：“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A.佩莱，前引文献，注66，第505至511页）。条约可以规定保留或可对之作出保留之条款的最多数量。（例如，见1967年《欧洲领养儿童公约》第25条）。这些规定与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——不是严格意义上的保留条款——可能相似，（见委员会准则草案1.4.6和1.4.7和有关评注，《大会正式记录，第五十五届会议，补编第10号》（A/55/10），在前注51中引述，第241至252页）。

<sup>838</sup> 伊恩·辛克莱爵士，《维也纳公约》，前引文献，第73页。关于特定保留和非特定保留的不同，另见下文第(11)-(13)段。

<sup>839</sup> 见1969年2月20日的判决，《1969年国际法委员会报告书》，第38至41页。

<sup>840</sup> 1977年6月30日的裁决，《国际仲裁裁决报告》，第十八卷，第161至165页，第39至44段。

<sup>841</sup> 同上，第161页，第39段。

<sup>842</sup> 同上。

“1. 除了前面条款<sup>843</sup>赋予的权力外，缔约国在加入本议定书时，可按下文段中无一遗漏地列出的各项保留，来决定是否同意加入。必须在加入时表明这些保留。

“2. 可以提出这些保留，以便把本议定书所列程序排除在外：

“(a) 在提出保留的有关缔约国加入之前，或在可能与该国有争端的其他任何缔约国加入之前，所发生的事件引起的争端；

“(b) 围绕按国际法规定完全属于各国国内管辖范围的事项而产生的争端；

“(c) 围绕特定案例或诸如领土地位一类的明确阐明的主题产生的争端，或属于类别已明确界定的争端。”

正如国际法院在 1978 年有关爱琴海大陆架案的判决中指出的：

“如果一项多边条约事先规定只可作出特别的、指定类别的保留，那么显然有一种很大的可能性——即使不是一个实际的假定，即：以条约的用语提出的保留是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。<sup>844</sup>

(8) 另一个非常著名并广受评论<sup>845</sup> 的允许保留的条款的例子(属上述第二

---

<sup>843</sup> 第 38 条规定缔约国可加入《总议定书》的一部分。

<sup>844</sup> 1978 年 12 月 19 日的判决，《1978 年国际法委员会报告书》，第 28 页，第 55 段。

<sup>845</sup> 见 Angela 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; Gérard 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”, *Protecting Human Rights: The European Dimension. Studies in Honour of Gerard J.Warda* (Cologne: C.Heymanns Verlag, 1988), pp.193-200; Pierre-Henri Imbert, “Reservations to the European Convention on Human Rights before the Strasbourg Commission: the *Temeltasch* case”, *ICLQ*, 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”, *ZaöRV*, 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*, 1968, pp.7-26; Maria Jose Morais Pires, *As reservas a Convenção europeia dos direitos do homem* (Coimbra, Portugal, Livraria Almedina, 1997), p.493; Rosario Sapienza, “Sull’ammissibilità di riserve all’accettazione della competenza della Commissione europea dei diritti dell’uomo”, *Rivista di Diritto internazionale*, 1987, pp.641-653 and William A.Schabas, “Article 64” in E.Decaux, P.-H.Imbert and L.Pettiti dirS., *La Convention européenne des droits de l’homme: commentaire article par article* (Paris: Economica, 1995), pp.923-942.

类)<sup>846</sup> 是《欧洲人权公约》第 57 条(原第 64 条):

“1. 任何国家均可在签署本公约或交存本公约批准书时, 对公约中与该国现行法律不符的具体规定提出保留。本条不准许普遍保留。

“2. 依本条作出的任何保留应对有关法律作简要叙述。”

在这一情况下, 提出保留的权力受形式和内容条件的限制; 除通常的属时限制之外,<sup>847</sup> 对《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, 让人无法准确判断含义和适用范围”;<sup>848</sup> 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”<sup>849</sup>

判断这些条件是否一一得到满足颇有难度。但必须考虑到, 本《公约》准许的是《维也纳公约》第十九条(乙)项意义上的“特定”保留, 而且只有这样的保留才是有效的。

(9) 有人指出, 《欧洲人权公约》第 57 条的措辞与——比如说——1957 年《欧洲引渡公约》第 26 条第 1 款的措辞并无根本不同:<sup>850</sup>

“任何缔约方均可在签署本公约或交存本公约批准书或加入书时, 对公约的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, 如果可以对《欧洲人权公约》提出的保留是“特定的”, 此处准许所受的唯一限制是不能提出通盘保留。<sup>851</sup>

---

<sup>846</sup> 第(4)段。关于其他例子, 见 A.Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, *op.cit.*, pp.109-110; S.Spiliopoulou Åkermark, “Reservations clauses in treaties concluded within the Council of Europe”, *op.cit.*, pp.495-496; William Bishop, Jr., “Reservations to treaties”, *Recueil des Cours ...*, vol.103, 1996-II, pp.323 and 324 or P.Daillier and A.Pellet, *Droit international public*, *op.cit.*, p.181; 另见上文第(4)段提到的含有允许保留条款前两类之其中一类条款的欧洲委员会各公约一览表, 载于 C.R.Riquelme Cortado, *Las reservas a los tratados*, 前引文献, 第 125 页, 以及该作者提供的部分允许的其他例子, 第 126-129 页。

<sup>847</sup> 见准则草案 3.1 的评注, 前注 768。

<sup>848</sup> *Belilos* 案, 1988 年 4 月 29 日的判决, E. C.H. R Series A, 第一三二卷, 第 25 页, 第 55 段。

<sup>849</sup> 欧洲人权委员会 1982 年 5 月 5 日报告, *Temeltasch*, 第 9116/80 号诉状。《欧洲人权委员会年鉴》, 第二十五卷, 第 90 段。

<sup>850</sup> P.-H.Imbert, *Les Réserves aux traités...*, 前引文献, 第 186 页; 另见 R.Riquelme Cortado, *Las reservas a los tratados*, 前引文献, 第 122 页。

<sup>851</sup> 关于这个概念, 见《1999 年...年鉴》, 第二卷(第二部分), 第 93-95 页的委员会《实践指南》准则草案 1.1.1 及其评注。

(10) 事实上，对保留的普遍允许<sup>852</sup> 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<sup>853</sup> 和是否应检测这些明示准许的保留<sup>854</sup> 与条约目的和宗旨相符<sup>855</sup> 等问题，完全没有得到解决。后一个问题将由准则草案 3.1.4 处理，<sup>856</sup> 区别了那些保留条款确定了内容的特定保留与那些内容不定的保留。

(11) 这一定义并非简单易明，在 *Mer d'Iroise* 案仲裁后尤其引发了争议，并在委员会造成了分歧——委员们支持不同的观点。有些保留国认为，如果条约确定了可提出保留的范围，保留就是“特定的”；这些标准因而取代了目的和宗旨的标准——但只适用于这一种情况。<sup>857</sup> 其他人指出，这是很例外的情况，也许只在少见的“可谈判的保留”情况下发生。<sup>858</sup> 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”的表述；<sup>859</sup> 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)项将变得毫无意义。<sup>860</sup>

---

<sup>852</sup> 另一个更加清晰的例子是 1983 年《欧洲暴力罪行受害者赔偿公约》第 18 第 1 款：“任何国家均可在签署本公约或交存本公约批准书、接受书、核准书或加入书时，宣布使用一项或多项保留。”

<sup>853</sup> 有时作出明文规定(例如见 1952 年《妇女政治权利公约》第七条及 R.Riquelme Cortado 的有关评论，*Las reservas a los tratados*, 前引文献，第 121 页)。

<sup>854</sup> 没有理由辩称(乙)项可能包括“默示准许”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成为准许的保留，但须符合(丙)项的规定。

<sup>855</sup> 见下列学者提出的问题：S.Spiliopoulou Åkermark, “Reservations clauses in treaties concluded within the Council of Europe”, ... op.cit., pp.496-497, or R.Riquelme Cortado, *Las reservas a los tratados* ..., op.cit., p.124.

<sup>856</sup> 关于准则草案 3.1.4 的评注，见第 C.2 部分。

<sup>857</sup> Derek W.Bowett, “Reservations to non-restricted multilateral treaties” ..., 前引文献，第 71-72 页。

<sup>858</sup> 关于这一概念，见准则 1.1.8(根据排除条款作出的保留)的评注，《大会正式纪录，第五十五届会议，补编第 10 号》(A/55/10)，第 201 页，第(11)段。另见 W.Paul Gormley, “The modification of multilateral conventions by means of ‘negotiated reservations’ and other ‘alternatives’: a comparative study of the ILO and Council of Europe”, Part I, *Fordham Law Review*, 第 39 卷(1970-1971)第 59 页，第 75 和 76 段。比较《关于机动车所造成损害的欧洲民事责任公约》允许比利时有三年时间作出特定保留，或者 1989 年《欧洲跨界电视节目传送公约》第 32 条第 1 (b)款授予联合王国提交特定保留的绝对权力；事例来自于 Sia Spiliopoulou Åkermark 的“Reservations clauses in treaties concluded within the council of Europe” ..., 第 499 页。D.Bowett 列举解释其理论的主要事例正好涉及“可谈判的保留”(“Reservations to non-restricted multilateral treaties”, ... 前引文献，第 71 页)。

<sup>859</sup> 《1965 年...年鉴》，第一卷，1965 年 6 月 29 日第 813 次会议，第 264 页，第 7 段。然而，P.-H.Imbert, 在“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*, 1978, 第 52 页中指出，即使不接受罗森的建议，汉弗莱·沃尔多克爵士自己也是这个结论(同上，第 265 页，第 27 段)。

<sup>860</sup> P.-H.Imbert, 前引文献，第 50-53 页。

根据第三种意见，在无疑过分的立场——要求在保留条款中确切指明拟保留的内容——与使特定保留相当于一个“条约明示允许的保留”<sup>861</sup>的立场之间，有协调的可能性，而尽管第十九条(乙)项和第二十条第一款使用了不同的表述。因此有建议说，应当承认：根据第十九条(乙)项[以及准则草案 3.1(b)]而特别指明的保留必须一方面关系到具体保留，而另一方面满足条约具体规定的某些条件，但不至于要求事先决定其内容。<sup>862</sup>

(12) 案例法在调和这些不同意见方面没有多大帮助。两种意见的拥护者所援引的 1977 年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。<sup>863</sup>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，不足以使这些保留具有第十九条(乙)项所指的“特定”意义，<sup>864</sup>但仲裁庭只限于要求保留必须是“具体的”，<sup>865</sup>并未指明用什么办法检测具体性。此外，在维也纳会议期间，起草委员会主席 K.Yasseen 将特定保留同化为那些“条约明示准许的保留”，<sup>866</sup>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“通盘保留”<sup>867</sup>的准则草案 1.1.1 而指明可对整个条约的涉及某些特定方面的保留，则是特定的。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“允许的”保留更受欢迎，这无疑为委员会所赞成的粗线条处理办法增加了份量，但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：后者须受是否符合条约目标和宗旨之标准的检验。

### 3.1.3 允许不受条约禁止的保留

在条约禁止提出某些保留的情形下，一国或国际组织可提出的不受条约禁止的保留以不违反条约的目的和宗旨为限。

---

<sup>861</sup> 就此见 P.-H.Imbert, 前引文献, 第 53 页。

<sup>862</sup> 见关于对条约的保留的第十次报告(A/CN.4/558), 第 49 段。

<sup>863</sup> 见上文第(6)段。

<sup>864</sup> 见上文第(6)-(7)段。

<sup>865</sup> 实际上, 必须适用于具体或特定保留的正是准许这一点。在 Mer d'Iriose 案中, 仲裁庭认为具体和特定两个词是同义词。

<sup>866</sup> A/CONF.39/C.1/SR.70, 第 23 段。

<sup>867</sup> 见《大会正式记录, 第五十四届会议, 补编第 10 号》(A/54/10), 第 210-217 页。

## 评 注

(1) 准则草案 3.1.3 和 3.1.4 说明了《维也纳公约》第 19 条(a)项和(b)项的范围(1986 年通过的案文在准则草案 3.1 里得到重述)。这两项准则使公约暗示的内容明确化,即除非条约有相反的规定,并且尤其是如果条约准许作出准则草案 3.1.2 所界定的特定的保留,则任何保留须满足第 19 条(c)项所载的要求,即不得有违条约的目的和宗旨。

(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,它中和了泛美制度所产生的“极端相对主义<sup>868</sup>”——泛美制度将多边条约简化为双边关系网,<sup>869</sup>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<sup>870</sup>最早出现在国际法院 1951 年咨询意见的保留部分,<sup>871</sup>后逐渐为人接受,现已成为调和必须保全公约实质和希望方便尽可能多的国家加入多边公约这两个方面的关键。但是,依照 1951 年咨询意见和《公约》第 19 条(c)项,与条约目的和宗旨的相符合性原则在作用上存在很大差别。<sup>872</sup>在咨询意见中,它既适用于提具保留,也适用于反对:

“《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。”<sup>873</sup>而在《公约》中,它只针对保留:第 20 条没有限制其他缔约国提具反对的能力。

---

<sup>868</sup> 见 P. Reuter, *Introduction au droit des traités* 前引文献,第 73 页,第 130 段。该作者采用国际法院在 1951 年关于《对灭绝种族罪公约》的保留的咨询意见(《1951 年国际法院案例汇编》,第 15 页)中所采用的制度;批评之声不绝于耳(见下文第 88-90 段;另见第 93 及其后各段);但对泛美制度却非常适用。

<sup>869</sup> 关于泛美制度,见 P.-H. Imbert, *Les réserves aux traités ...*, *op.cit.*, pp.485-486 列出的参考书目。另外,除 P.-H. Imbert 本人的描述(同上,第 33-38 页)外,还可见 M.M. Whiteman, *Digest of International Law*, Department of State, Washington, D.C., 1970, vol.14, pp.141-144 or J.M. Ruda, “Reservations to Treaties”, ... *op.cit.*, pp.115-133.

<sup>870</sup> 这一概念将在准则草案 3.1.5 中加以界定。

<sup>871</sup> 《1951 年国际法院案例汇编》,第 24 和 26 页。

<sup>872</sup> V.M. Coccia, “Reservations to multilateral treaties on human rights”, ... *op.cit.*, p.9; L. Lijnzaad, *Reservations to UN Human Rights Treaties ...*, *op.cit.*, p.40; Manuel Rama-Montaldo, “Human rights conventions and reservations to treaties”, *Héctor Gros Espiell Amicorum Liber*, vol.II (Brussels, Bruylant, 1997), pp.1265-1266; or I. Sinclair, *The Vienna Convention ...*, *op.cit.*, p.61.

<sup>873</sup> 《1951 年国际法院案例汇编》,第 24 页。



(4) 虽然这项关于保留必须符合条约的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未受到质疑，<sup>874</sup> 但其内容依旧模糊不清，<sup>875</sup> 与条约目的和宗旨不相符合的保留会带来何种后果也仍然不太确定。<sup>876</sup>

(5) 根据《维也纳公约》第 19 条(c)项阐述的原则，与条约目的和宗旨不相符合的保留不得提具。这项原则只适用于《公约》第 20 条第 2 和第 3 款未述及的情形<sup>877</sup> 和条约本身没有解决保留问题的情形，所以具有补充性质。

(6) 如果确系如此，就必须认清是哪些情形导致对有关保留是否应接受与条约目的和宗旨的相符合性检测这个问题出现不同的回答。其中有两种情形，回答明显是否定的：

- 毫无疑问，条约明文禁止的保留不可能以它与条约目的和宗旨相符合为借口而被视为有效；<sup>878</sup>
- “特定”保留也是如此。条约明文准许且符合特定条件的保留是自然有效的，无须其他缔约国认可，<sup>879</sup> 也不应接受与条约目的和宗旨的相符合性检测。<sup>880</sup>

委员会认为，这些事实显而易见，或许不值得在《实践指南》中单独提及；它们是《维也纳公约》第 19 条(c)项的直接和不可避免的结果，其案文在准则草案 3.1 中得到复述。

(7) 相反，由第 19 条(a)和(b)项引出的其他两种情形则并非如此：

- 由于不属被禁止的保留而默许的保留((a)项)；
- 明文准许，但不属于准则草案 3.1.2 中陈述的(b)项意义下的“特定保留”。

---

<sup>874</sup> 见 C.Riquelme Cortado 在 *Las reservas a los tratados*, 前引文献, 第 138-143 页为此提出的诸多论据。另见委员会 1997 年的初步结论, 委员会在其中重申: “1969 年和 1986 年《维也纳条约法公约》第 19 至 23 条确立了对条约的保留制度, 是否符合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 57 页, 第(1)段)。

<sup>875</sup> 见特别报告员在其第十次报告(A/CN.4/558/Add.1)里提出的准则草案 3.1.5 至 3.1.13。

<sup>876</sup> 见特别报告员在其第十次报告(A/CN.4/558/Add.1)里提出的准则草案 3.3 至 3.3.4。

<sup>877</sup> 即有限参与条约和国际组织组成文书的情形。这些情形并不意味着禁止提具保留, 只是为特殊类型的条约重新引入全体一致的制度。

<sup>878</sup> 加拿大就委员会一读通过的草案发表评论意见, 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出的保留, 以防止对条约未说明提具保留问题的情形或允许提具保留的情形适用不同的标准。”(汉弗莱·沃尔多克爵士的第四次报告, A/CN.4/177, 《1965 年...年鉴》, 第二卷, 第 48 页)。这项建议不甚清晰, 委员会未予采纳; 见 Briggs 就同一意思提出的较为清晰的建议, 《1962 年...年鉴》, 第一卷, 1962 年 6 月 18 日, 第 246 页, 第 13 和 14 段, 和同上, 1965 年, 第一卷, 第 663 次会议, 1965 年 6 月 29 日第 813 次会议, 第 288 页, 第 10 段; 相反意见: Ago, 同上, 第 16 段。

<sup>879</sup> 参照第 20 条第 1 款。

<sup>880</sup> 见上文准则草案 3.1.2 及其评注。

(8) 在这两种情形中，不可假定条约准许提具保留就等于授权一国或一国际组织提具它们想要提具的任何保留，哪怕这样做会淘空条约的实质。

(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，“对条约明文禁止某些特定保留从而默许其他保留的情形，可理解为是[条约准许的保留自然有效原则的]一个例外，因为可以将与条约目的和宗旨是否相符合视为是否可接受其他保留的一个隐含条件。”但他不考虑这一可能性，不是因为这一可能性不正确，而是因为“这样做或许会在细化有关缔约方意愿的规则方面走得太远，而尽可能地简化第 18 条[《公约》第 19 条]是有好处的”。<sup>881</sup> 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，条约未正式禁止因而是“默许的”保留必须与条约的目的和宗旨相符。与不含有保留事宜条款的条约相比，如果更随意地容许对含有保留事宜条款的条约作出保留，这样做会显得矛盾，如果不是更严重的话。<sup>882</sup> 因此，适用与条约的目的和宗旨相符这一标准。

### 3.1.4 允许的特定保留

在条约允许提出某些特定保留但未说明其内容的情形下，一国或国际组织只可提出不违反条约目的和宗旨的保留。

## 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的目的和宗旨这一标准。准则草案 3.1.4 做的是同样的事情，但针对的是准则草案 3.1.1 所指的而条约对其内容未作规定的特定保留：出现的是同样的问题，因此为支持准则草案 3.1.3 而提出的考虑经适当变动后继续适用。

(2) 1968 年维也纳会议所通过的波兰对(b)项的修正案限制了默示禁止对条约提出保留的可能性，该修正案规定，条约如“仅准许提具特定之保留，而有关之保留不在其内”。<sup>883</sup> 但不能由此得出结论说，可以随意提出准许的保留：适用于未禁止的

---

<sup>881</sup> 报告(A/CN.4/177)，《1965 年...年鉴》，第三卷，第 53 页，第(4)段。

<sup>882</sup> 在这方面，见 Rosenne，《1965 年...年鉴》，第一卷，第 164 页，1965 年 6 月 8 日第 797 次会议，第 10 段。

<sup>883</sup> 见准则草案 3.1.2 的评注第(3)段。

保留的论点<sup>884</sup> 也在这里适用。如果接受委员会多数委员赞成的特定保留的宽泛定义，<sup>885</sup> 则必须区分两种保留：一是条约本身对其内容作了界定的保留，二是原则上容许作出但也没有理由认定它可以取消条约的目的和宗旨的保留。与对不含特定条款的条约提出的保留一样，后一种保留必须遵守相同的一般性条件。

(3) 事实上，继波兰修正案之后，对《维也纳公约》第 19 条(c)项的修改也是朝着这个方向进行的。在委员会的条文中，(c)项草案如下：

“(c) 若条约不含关于保留的条款，该项保留与条约的目的和宗旨不符合者。”<sup>886</sup>

这与(b)项禁止提具除保留条款准许的保留以外的其他保留是一致的。相反，如果准许不再意味着自动禁止其他保留，那就应当取消这种提法；<sup>887</sup> 因此，维也纳会议起草委员会采用了现在的措词。<sup>888</sup> 其结果恰恰相反，如果保留不属(b)项的适用范围(因为不特定)，就应接受与条约目的和宗旨是否相符合的检测。

(4) 解决伊鲁瓦斯海争端的仲裁法庭就是使用这个论据，裁定仅凭《1958 年日内瓦大陆架公约》第 12 条准许某些非特定保留这一事实，<sup>889</sup> 不一定就意味着这类保留自然有效。<sup>890</sup>

---

<sup>884</sup> 见准则草案 3.1.3 的评注第(9)段。

<sup>885</sup> 见准则草案 3.1.2 的评注第(13)段。

<sup>886</sup> 《1966 年...年鉴》，第二卷，第 202 页。

<sup>887</sup> 但是，波兰并没有利用它成功提出的(b)项修正案推出对(c)项的修正案，反而是越南有意删除“若条约不含关于保留的条款”这一句(A/CONF.39/C.1/L.12)，(《联合国条约法会议正式记录，第一和第二次会议，维也纳，1968 年 3 月 26 日至 5 月 24 日和 1969 年 4 月 9 日至 5 月 22 日，会议文件》(A/CONF.39/11/Add.2))，第 145 页，第 177 段)，但被全体会议拒绝(同上，第 148 页，第 181 段)。

<sup>888</sup> 奇怪的是，起草委员会主席给出的理由并没有将对(b)项和(c)项的修改联系在一起。K.Yasseen 仅表示，“委员会部分委员认为，一项条约含有关于不属(a)、(b)两项的保留的条款，是可以理解的(会议简要记录，1968 年 5 月 14 日全体委员会第 70 次会议(A/CONF.39/11)，第 452 页，第 17 段)。参照 Briggs 在 1965 年委员会讨论时就此作出的发言(《1965 年...年鉴》，第一卷，1965 年 6 月 4 日第 796 次会议，第 161 页，第 37 段)。

<sup>889</sup> 见准则草案 3.1.2 的评注第(5)段。

<sup>890</sup> 《国际仲裁裁决报告》，第八卷，第 161 页，第 39 段。见准则草案 3.1.2 的评注第(6)段。

(5) 在这类情形中，保留的有效性“不能仅凭它是、或自称是对一个准许保留的条款作出的保留”而推定。<sup>891</sup> 保留是否有效，应根据该保留与条约目的和宗旨是否相符合来判定。<sup>892</sup>

(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是否相符合这一标准的检测。

## 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) 委员会于 1998 年第五十届会议上，以只提到保留的形式，暂时通过上述准则草案。有关的草案评注指出，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个防止误解的说明中提到保留和解释性声明的问题。一些委员认为，保留和解释性声明提出了相同的问题。<sup>893</sup> 在其第五十一届会议上，委员会全体会议采纳了这一做法，认为有必要澄清和规定整套准则草案为所设想的整套单方声明所下定义方面的范围，以便使准则草案所针对的具体目标明显。

(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容许性和效力。”

然而在第五十七届会议上，一些委员表示，“容许性”一词用得不当：在国际法中，

---

<sup>891</sup> D.Bowett, “Reservations to non-restricted multilateral treaties...”,前引文献, 第 72 页。J.M.Ruda Reservations to treaties...”,前引文献, 第 182 页或 Gérard Teboul 在其文章 “Remarques sur les réserves aux conventions de codification” (1982 年 R.G.D.I.P.第 691-692 页)中也作过同样表述。相反意见, 见 P.-H.Imbert, La question des réserves dans la décision arbitrale du 30 juin 1977...”,前引文献, 第 50-53 页; 该意见论据充足, 但没有充分考虑维也纳会议修改(c)项的后果(参照上文第(3)段)。

<sup>892</sup> 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”(“Admissibility and legal effects of reservations to multilateral treaties...”前引文献, 第 474 页)。

<sup>893</sup> 《大会正式记录, 第五十三届会议, 补编第 10 号》(A/53/10), 第 213-214 页。

国际不法行为引起行为者的责任，<sup>894</sup> 而提出不符合《维也纳公约》为保留的形式或内容所规定的条件的保留，显然属于不同情况。委员会第五十八届会议决定将“容许性”改为“有效性”，多数委员认为这一词语较为中性。准则草案 1.6 的评注也作了相应的修改。<sup>895</sup>

(3) 下定义并不等于管制。作为“对一事物主要性质的明确说明”<sup>896</sup>，定义的唯一作用是决定应将某一项声明归于那一类下。但是，这种分类丝毫不妨碍有关声明的有效性：一项保留，如果它符合既有定义，不论它是可允许的或不可允许的，仍旧是一项保留。反过来，如果它不符合这些条款草案(以及委员会意图在明年通过的那些条款草案)中规定的标准，它就不是一项保留；但这并不一定意味从其他国际法规则的立场来说这一类声明是可允许的(或不可允许的)。解释性声明也是一样，它们可能被认为不可允许的，因为它们会更改条约的性质，或因为它们未在规定的时间内提出；<sup>897</sup> 等等。<sup>898</sup>

(4) 此外，准确地决定一项声明的性质是适用某一个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“保留”(或单纯的或有条件的解释性声明)时，才能决定它是否可被允许的，才能评估其法律范围和决定其效力。然而，这种可允许性和这些效力并不因此受到定义的影响，定义只要求适用有关的规则。

(5) 举例说，准则草案 1.1.2 指出可在准则草案 1.1 和 1969 年及 1986 年维也纳公约第 11 条所提到的所有情况下“提出”一项保留这一事实，并不是说这一保留必然是可允许的；它的可允许性取决于它是否符合有关条约保留的法律的规定，特别是上述公约第 19 条的规定。同样地，委员会在准则草案 1.1.1[1.1.4]中证实，固有的“全面”保留的做法，也绝不意味对在某一情况下的这种保留的可允许性作出决定，这是取决于其内容和上下文；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，因而受到有关保留的法律制度的管制。

(6) 准则草案 1.6 所提到的“可适用规则”首先是 1969 年、1978 年和 1986 年《维也纳公约》中的有关规则，和一般的适用于保留和解释性声明的习惯规则(本实

---

<sup>894</sup> 参照大会 2001 年 12 月 12 日第 56/83 号决议附件中的国家对国际不法行为的责任条款草案第 1 条。

<sup>895</sup> 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《大会正式记录，第五十四届会议，补编第 10 号》(A/54/10)，第 308-310 页。

<sup>896</sup> *The Oxford English Dictionary*, 2nd ed.(Oxford: The Clarendon Press, 1989).

<sup>897</sup> 这个问题也很可能在有条件的解释性声明方面出现(准则草案 1.2.1)。

<sup>898</sup> 对单方声明显然也可以这样说，这些声明既不是保留，也不是第 1.4 节中提到的解释性声明。

践指南企图按照委员会的职权将其逐渐地编纂和拟订); 以及那些关于国家和国际组织能够就条约提出的其他单方声明的规则, 这些规则不在实践指南内。

(7) 一般说, 迄今通过的所有准则草案都是相互有关的, 不能单独地阅读和理解。

### 2.1.8 [2.1.7 之二] 保留显然无效情况下的程序

保存人如果认为某项保留显然无效, 则应提请保留者注意在保存人看来构成保留无效的理由。

如果保留者坚持该项保留, 保存人应将该项保留的案文告知各签署国和国际组织以及各缔约国和国际组织, 并酌情告知有关国际组织的主管机关, 说明该项保留所引起的法律问题的性质。

## 评 注

(1) 对准则草案 2.1.7 的讨论过程中, 委员会的一些委员认为, 完全适用显示“不允许”保留情况下建立的规则会产生某些困难。他们特别强调指出, 没有理由像准则草案 2.1.7 第 1 款那样, 规定由保存人对保留的正式有效性作详细审查, 而同时不允许他对从实质角度看(尤其是《维也纳公约》第 19 条所规定的条件没有满足时)明显为不允许的保留作出反应。

(2) 但是, 允许他在后一种情况下进行干预就使国际法出现逐渐发展变化, 而必须承认, 这种发展变化是脱离了《维也纳公约》关于保存人职能的规定的精神的。<sup>899</sup> 因此, 委员会在其第五十三届会议上认为就下列问题向大会第六委员会进行咨询是有益的, 即保存人是否能够或应该“拒绝将明显不允许提具的保留, 特别是被一项条约的规定所禁止的保留, 告知有关国家和国际组织。”<sup>900</sup>

(3) 出席第六委员会各国代表团对此问题答复的细微差别促成了准则草案 2.1.8 的措词。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 77 条的规定严格结合起来。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, 而且保持中立, 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, 当保留明显不允许时, 保存人有责任拒绝将其告知, 或至少要告诉保留提具者这种看法, 而且在保留提具者坚持时, 则要将这一问题告知其他缔约方以引起它们的注意。

<sup>899</sup> 见准则草案 2.1.7 的评注第(9)和第(10)段。

<sup>900</sup> 《大会正式记录, 第五十六届会议, 补编第 10 号》(A/56/10), 第 27-28 页, 第 25 段。

(4) 委员会的大多数委员支持这种折衷的解决办法。他们认为，不能允许保存人进行任何形式的责难，但如责成保存人将明显不允许的保留的案文告知缔约或签署条约的国家和国际组织而不事先使它们注意他认为是影响保留的缺陷也是不恰当的。但是应说明的是，如果保留提具者坚持的话，则正常程序应当恢复，保留应当送交，同时指出有关法律问题的性质。事实上，这就等于将明显“不允许”保留情况下遵循的程序与引起形式问题的保留的情况下遵循的程序一致起来：根据准则草案 2.1.7，如果在此类问题上存在不同意见，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的注意，或(b)在适当情况下提请有关国际组织主管机关的注意。”

(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 条第(a)项和(b)项时(由条约所禁止的保留或只允许某些特定保留的条约未规定的保留)而援引“无效”时，才能采取这一程序。其他委员则认为，真正的问题在于保留是否与条约的目的相容(第 19 条(c)项)。大多数人认为，这一程序适用于所有分项，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，委员会还是认为，将保留提具者和保存人交换意见的时间限定在严格时间范围内，如准则草案 2.1.7 所暗示，也并没有什么用处。该准则草案并未克减准则草案 2.1.6(二)，根据后者的规定，保存人必须“尽快”采取行动。而且，无论如何，应该是由提具保留的国家或国际组织说明其是否愿意与保存人讨论这一事项。如果提具保留的国家或国际组织不愿意，则应遵循原来程序将保留告知其他缔约方或签署方。

(7) 虽然到目前为止，委员会已经使用“不允许”这一措辞来说明《维也纳公约》第 19 条规定中包括的保留，<sup>901</sup> 但一些委员指出，这一措辞在这种情况下并不合适：在国际法中，对国际上的不法行为，其行为者要负有责任，<sup>902</sup> 而如果提具保留违背了相关条约的规定，或与其宗旨不容，或不遵守《维也纳公约》关于形式或时限的规定，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“允许的”、“不允许的”、“允许性”以及“不允许性”等词改为“有效”、“无效”、“有效性”以及“无效性”，并对评注作相应修改。<sup>903</sup>

---

<sup>901</sup> 准则草案 2.1.8 和评注的原始案文，见《大会正式记录，第五十七届会议，补编第 10 号》(A/57/10)，第 112-114 页。

<sup>902</sup> 参较关于国家对国际不法行为的责任条款草案第 1 条，2001 年 12 月 12 日大会第 56/83 号决议附件。

<sup>903</sup> 准则草案 1.6 [ 1.4 ] 的案文和评注也作了相同的修改。

## 第九章

### 国家的单方面行为

#### A. 导言

160. 委员会在第四十八届会议(1996年)工作报告中,建议大会将“国家的单方面行为”作为一项适于编纂和逐渐发展国际法的专题列入议程。<sup>904</sup>

161. 大会在第51/160号决议第13段中除其他外,请委员会进一步审查“国家的单方面行为”这一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)就这个专题设立了一个不限名额的工作组,工作组就该专题进行研究的可取性和可行性、专题的可能范围和内容以及该专题的研究大纲,向委员会作了报告。委员会同届会议审议并核可了工作组的报告。<sup>905</sup>

163. 委员会第四十九届会议还任命维克托·罗德里格斯-塞德尼奥先生为这一专题的特别报告员。<sup>906</sup>

164. 大会第52/156号决议第8段赞同委员会决定将这一专题列入工作方案。

165. 委员会从第五十届会议(1998年)起至第五十七届会议(2005年),收到并审议了特别报告员的八次报告。<sup>907</sup>

166. 委员会还于第五十届会议(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),重新召集国家的单方面行为工作组开会。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清单,从而有可能采用统一的分析工具来分析。<sup>908</sup>工作组的个别成员按照确立的清单做了一些研究。这些研究后送交特别报告员,供他编写第八次报告用。委员会第五十七届会议(2005年)请工作组审议那些已经基本上达成一致意见并可能为拟订该专题的初步结论或建议提供基础的要点。

---

<sup>904</sup> 《大会正式记录,第五十一届会议,补编第10号》(A/51/10),249段,第262-263页。

<sup>905</sup> 同上,《第五十二届会议,补编第10号》(A/52/10),第194段和第196-210段。

<sup>906</sup> 同上,第212和234段。

<sup>907</sup> 《1998年...年鉴》,第二卷(第二部分),文件A/CN.4/486(第一次报告);同上,1999年,第二卷(第二部分),文件A/CN.4/500和Add.1(第二次报告);同上,2000年,第二卷(第二部分),文件A/CN.4/505(第三次报告);A/CN.4/519(第四次报告);A/CN.4/525和Add.1和Corr.1和Corr.2和Add.2(第五次报告);A/CN.4/534(第六次报告);A/CN.4/542和Corr.1(仅更正法文本)和Corr.2和Corr.3(第七次报告);A/CN.4/557(第八次报告)。

<sup>908</sup> 这一清单包括下列要点:(a)日期;(b)行为者/机关;(c)行为者/机关的权限;(d)形式;(e)内容;(f)背景和情境;(g)目的;(h)对象;(i)对象的反应;(j)第三方的反应;(k)根据;(l)实施;(m)修改;(n)结束/取消;(o)法律范围;(p)法官或仲裁官的判决;(q)评论;(r)文献。



## B. 本届会议审议此专题的情况

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), 并于 2006 年 7 月 3 日、4 日和 5 日先后举行的第 2886、2887 和 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原因<sup>909</sup>

---

### <sup>909</sup> 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

#### 违反行为国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腐败而作出, 能以该国家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(强行法)(或与之冲突), 该单方面行为无效。

和单方面行为的终止<sup>910</sup>，第二部分涉及定义、<sup>911</sup> 国家作出单方面行为的能力、<sup>912</sup> 代表国家作出单方面行为的权限、<sup>913</sup> 未经授权的人所作行为的事后确认、<sup>914</sup> 单方面行为具有约束力的根据<sup>915</sup>、以及单方面行为的解释。<sup>916</sup>

169. 委员会于 2006 年 7 月 5 日决定重设不限名额的工作组，由阿兰·佩莱先生任主席。委员会请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

---

#### **910 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。

#### **911 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。

#### **912 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。

#### **913 原则 3**

##### **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。

#### **914 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。

#### **915 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。

#### **916 原则 11**

##### **单方面行为的解释**

在解释单方面行为时应考虑国家作出单方面行为的场合以及单方面行为各项条件的明确程度和准确程度。

委员会以往就本专题所做的工作而起草本委员会关于“国家的单方面行为”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)，<sup>917</sup> 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 日举行的第 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，

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·佩莱先生领导下的单方面行为工作组表示深挚感谢，感谢他们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

#### 说 明

173. 在审议特别报告员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经显示出来。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根据国际法作出的明示授权的框架内并根据此种授权而作出的，<sup>918</sup> 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

---

<sup>917</sup> 核试验案,1974 年 12 月 20 日的判决,《1974 年国际法院案例汇编》,第 267 页,第 43 段,和第 472 页,第 46 段。

<sup>918</sup> 参照关于规定领海范围或对条约作出保留的法律,这些行为是受国际法具体规则严格限定的单方面行为。

会及其特别报告员一向审议的只是后者。<sup>919</sup> 另一方面，在后一种情况下，“单方面行为”一词涵盖的行为范围很广，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. 正如在第五十六届会议上(2004年)所决定的那样，<sup>920</sup> 委员会及其特别报告员优先研究第一种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，某些情况下的沉默也包括在内，

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而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；这些国家有权要求尊重这类义务。

2. 任何国家都拥有通过单方面声明承担国际义务的能力。

---

<sup>919</sup> 参照《1997年...年鉴》，第二卷(第二部分)，第64-65页，第198-208段。

<sup>920</sup> 《大会正式记录，第五十九届会议，补编第10号》(A/59/10)，第245-247段。同上，《第六十届会议，补编第10号》(A/60/10)，第293段。

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、具体的措词作出的单方面声明，才对声明国产生义务。如对该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：

- (一) 声明中与撤销有关的任何具体规定；
- (二) 义务的对象对这类义务的信赖程度；
- (三) 情况在多大程度上发生了根本变化。

## 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<sup>921</sup> 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，

---

<sup>921</sup> 这些评注系一些解释性说明，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，这些国家实践的概述载于特别报告员第八次报告(A/CN.4/557)。

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，某些情况下的沉默也包括在内，

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而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；这些国家有权要求尊重这类义务。

## 评 注

(1) 指导原则 1 力求界争取确定严格意义上的单方面行为并指明其依据是什么。其措辞很直接地源于国际法院 1974 年 12 月 20 日在核试验案判决中的意见。<sup>922</sup> 在边界争端案(布基纳法索诉马里共和国案)中，法院小心地指出，“一切都取决于有关国家的意图”。<sup>923</sup>

(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之外，1957 年 4 月 24 日埃及关于苏伊士运河的声明<sup>924</sup> 与约旦放弃西岸领土主权要求的声明<sup>925</sup> 所具有的公开性也可视为其主管当局承诺意图的重要表示。丹麦外交部长和挪威驻哥本哈根大使的纯双边会议期间所作的《伊伦声明》，<sup>926</sup> 以及哥伦比亚仅向委内瑞拉当局发出的外交照会并不是反面事例：它们仅涉及到有关国家的双边关系。<sup>927</sup>

---

<sup>922</sup> 关于核试验案(澳大利亚诉法国；新西兰诉法国)，1974 年 12 月 20 日的判决，《1974 年国际法院案例汇编》第 267 至 268 页，第 43 和第 46 段以及第 472 至 473 页，第 46 和第 49 段。

<sup>923</sup> 边界争端案(布基纳法索诉马里共和国)1986 年 12 月 22 日的判决，《1986 年国际法院案例汇编》，第 573 页，第 39 段。

<sup>924</sup> 文件 A/CN.4/557，第 55 至 58 段；也见第 62 和第 63 段。

<sup>925</sup> 同上，第 44 至 45 段。

<sup>926</sup> 同上，第 116 至 126 段；1933 年 10 月 5 日常设国际法院关于东格陵兰法律地位案的判决，《常设国际法院案例汇编》，A/B 辑，第 53 号，第 71 页。然而应当指出，关于该声明是否构成单方面行为存在着争议。(见 A/CN.4/557，第 122 段)。

<sup>927</sup> 见下文指导原则 6。

## 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

如同“每一国家皆有缔结条约之能力”，<sup>928</sup> 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。<sup>929</sup>

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以及所引起的反应。

### 评 注

(1) 指导原则 3 的措辞也是依据于国际法院在核试验案判决中的一段话：<sup>930</sup> 1986 年 12 月 22 日的边界争端案(布基纳法索诉马里共和国)<sup>931</sup> 和 2006 年 2 月 3 日的刚果境内的武装活动案的两个判决都提到了这一案例。<sup>932</sup> 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中，法院认为，所引用的声明内容或其作出的背景中没有任何东西“[可]被推导为意图创立任何法律义务”。<sup>933</sup>

(2) 总体来说，委员会研究的事例确认了这一原则的重要性。根据委员会的意见，尤其重要的是考虑下述声明的背景和情况：瑞士关于联合国工作人员特权和豁免的声明、<sup>934</sup> 埃及的 1957 年声明<sup>935</sup> 和约旦放弃西岸领土主权要求的声明。<sup>936</sup>

---

<sup>928</sup> 1969 年 5 月 23 日《维也纳条约法公约》第六条。

<sup>929</sup> 见为支持指导原则 1 和 3 而援引的案例。

<sup>930</sup> 1974 年 12 月 20 日国际法院关于核试验案(澳大利亚诉法国；新西兰诉法国)的判决，《1974 年国际法院案例汇编》，第 269 至 270 页，第 51 段和第 474 至 475 页，第 53 段。

<sup>931</sup> 1986 年 12 月 22 日国际法院分庭关于边界争端案(布基纳法索/马里共和国)的判决，《1986 年国际法院案例汇编》，第 573 至 574 页，第 39 至 40 段。

<sup>932</sup> 刚果境内的武装活动案(新申诉书：2002 年)(刚果民主共和国诉卢旺达)(法院的管辖权和申诉的可受理性问题)，第 49 段。

<sup>933</sup> 关于在尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动案(尼加拉瓜诉美国)，1986 年 6 月 27 日的判决，《1986 年国际法院案例汇编》，第 132 页，第 261 段；国际法院分庭的边界争端案(布基纳法索/马里共和国)，《1986 年国际法院案例汇编》，第 573 页，第 39 段。

<sup>934</sup> A/CN.4/557，第 157 段。

<sup>935</sup> 同上，第 58 至 60 段或第 66 段。在单方面声明以外的行为方面，另参照泰国和柬埔寨在隆瑞古寺案中的行为(同上，第 160 至 167 段以及关于隆瑞古寺案(哥伦比亚诉泰国)，1962 年 6 月 15 日的判决，《1962 年国际法院案例汇编》，第 32 至 34 页)。

<sup>936</sup> 同上，第 47 至 48 段。

(3) 某些事例反映了其他有关国家在判断有关单方面行为之法律范围时所作反应的重要性，是否那些国家认可所作的承诺<sup>937</sup> (或在某种情况下所伸张的权利<sup>938</sup>)，或者相反，是否反对<sup>939</sup> 或质疑有关“承诺”的约束性质。<sup>940</sup>

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 也是依据于国际常设法院和国际法院关于单方面行为的一贯案例以及国家主管当局在国际上代表并使国家承担义务的能力。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判决中，国际法院提到了条约法中的类似习惯规则，<sup>941</sup> 并指出，“根据其一贯的案例(核试验案(澳大利亚诉法国)的判决，《1974 年国际法院案例汇编》，第 269 至 270 页，第 49 至 51 段；《防止和惩治种族灭绝罪公约》适用案(波斯尼亚和黑塞哥维那诉南斯拉夫)初步反对意见问题的判决，《1996 年国际法院案例汇编》(II)，第 62 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)的判决，《2002 年国际法院案例汇编》第 21 至 22 页，第 53 段；也参见常设国际法院关于东格陵兰法律地位案(丹麦诉挪威)的判决，《1933 年常设国际法院案例汇编》，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，仅凭借其行使职责而被视为代表国家；行使职责包括代表该国履行具有国际承诺效力的单方面行为”。<sup>942</sup>

---

<sup>937</sup> 比较国际社会对埃及关于苏伊士运河声明的反应(同上，第 63 至 64 段)、以及对约旦关于西岸声明的反应(同上，第 18 段和第 50 至 51 段)。

<sup>938</sup> 比较某些国家对《杜鲁门宣言》的反应(同上，第 132 至 134 段)；还有委内瑞拉政府关于蒙赫斯群岛的照会(同上，第 17 段一如《伊伦声明》(见上文脚注 926)，该照会明显是一项与哥伦比亚双边谈判的事项)。

<sup>939</sup> 尤其见乌拉圭拒绝古巴供应疫苗(同上，第 38 至 39 段)或俄罗斯联邦抗议土库曼斯坦 1993 年通过关于里海内水河和领水划界的法律(同上，第 84 至 98 段)。

<sup>940</sup> 比较无核国家对安理会常任理事国于 1995 年 4 月对裁军谈判会议所作声明的反应(同上，第 113 至 115 段)；它们的怀疑恰巧被这些声明的内容所证实。

<sup>941</sup> 比较 1969 年《维也纳条约法公约》第七条。

<sup>942</sup> 关于刚果境内的武装活动案(新申诉书：2002 年)(刚果民主共和国诉卢旺达) 2006 年 2 月 3 日的判决(法院的管辖权和申诉的可受理性问题)，第 16 段。



(2) 国际实践表明，为国家创立法律义务的单方面声明很通常的是国家元首、政府首脑、<sup>943</sup> 或外交部长所做出的，<sup>944</sup> 而他们使国家承担义务的权力不受质疑。所分析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。<sup>945</sup> 约旦国王关于西岸的声明被某些人视为超出王国宪法授权，但后来得到国内立法确认。<sup>946</sup> 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。<sup>947</sup>

(3) 然而，国际法院在 2006 年 2 月 3 日的判决中<sup>948</sup> 的确提到，“在现代国际关系中越来越多的情况是，在特定领域代表国家的其他人员，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。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，这可能是真的。”<sup>949</sup>

## 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。国际法院在关于隆瑞古寺案的判决中提到了形式的相对次要性。<sup>950</sup> 该案涉及单方面行为。<sup>951</sup> 在核

---

<sup>943</sup> 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(A/CN.4/557, 第 44 段)、1957 年 10 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)、法国总统的 1974 年 6 月 8 日和 7 月 25 日声明及 1974 年 7 月 1 日信件(同上, 第 71 段)或美国总统杜鲁门的 1945 年 9 月 28 日大陆架公告(同上, 第 127 段)。

<sup>944</sup> 见哥伦比亚外交部长就委内瑞拉对蒙赫斯群岛主权所发出的 1952 年 10 月 22 日照会(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核武器试验声明(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)、挪威外交部长伊伦先生的声明(同上, 第 116 段)。

<sup>945</sup> 见哥伦比亚外交部长的 1952 年 10 月 22 日声明和约旦国王关于西岸的声明(同上, 第 53 至 54 段)。

<sup>946</sup> 同上, 第 54 段。

<sup>947</sup> 同上, 第 35 段。

<sup>948</sup> 2006 年 2 月 3 日国际法院关于刚果境内的武装活动案(新申诉书: 2002 年)(刚果民主共和国诉卢旺达)的判决(法院的管辖权和申诉的可受理性问题), 第 46 段。

<sup>949</sup> 同上, 第 47 段。

<sup>950</sup> 见关于马夫罗马蒂斯在巴勒斯坦的特许权案, 1924 年 8 月 30 日判决, 《常设国际法院案例汇编》, A 辑, 第 2 号, 第 34 页; 关于《防止惩治种族灭绝罪公约》适用案(波斯尼亚和黑塞哥维那诉南斯拉夫)1996 年 7 月 11 日的判决, 《1996 年国际法院案例汇编》, 第 612 页, 第 24 段和第 613 页, 第 26 段。

<sup>951</sup> 关于隆瑞古寺案(柬埔寨诉泰国), 1961 年 5 月 26 日的判决, 初步反对意见, 《1961 年国际法院案例汇编》, 第 31 页。

试验案中，法院强调说“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”。<sup>952</sup>

(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有总统办公室通报、外交照会、共和国总统直接致那些声明对象的信、新闻发布会上的讲话和在联大的发言。<sup>953</sup> 其他事例也表明，尽管通行的是书面声明，<sup>954</sup> 国家仅以口头声明作承诺并非异常。<sup>955</sup>

(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共同总宗旨的声明——可能单独每一个都不能约束国家——而作出。国际法院在 1974 年核试验案判决中并没有侧重于法国当局的任何特定声明，而是把它们合到一起认为“(法国总统)的声明、法国政府成员在其授权下所作的声明、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，必须视为构成国家的一个承诺。”<sup>956</sup>

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) 当前考虑的一些案例处于严格的两国双边关系范围内；因此这些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、<sup>957</sup> 古

---

<sup>952</sup> 核试验案(澳大利亚诉法国，新西兰诉法国)的判决，《1974 年国际法院案例汇编》，第 267 至 268 页，第 45 段和第 473 页，第 48 段。

<sup>953</sup> 比较第八次报告，A/CN.4/557，第 71 和 72 段。

<sup>954</sup> 考虑下述事例：哥伦比亚外交部长的 1952 年 11 月 22 日照会(同上，第 13 段)、埃及的 1957 年 4 月 24 日声明(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 100 至 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 142 段)。

<sup>955</sup> 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 页)，或《伊伦声明》(同上，第 117 页 - 见关于东格陵兰法律地位案，1933 年 10 月 5 日的判决，《常设国际法院案例汇编》，A/B 辑，第 53 号，第 71 页)。

<sup>956</sup> 核试验案(澳大利亚诉法国；新西兰诉法国)，《1974 年国际法院案例汇编》，第 269 页，第 49 段和第 474 页，第 51 段。也见瑞士关于联合国及其工作人员(免税和特权)的声明(A/CN.4/557，第 138-156 段)。

<sup>957</sup> 文件 A/CN.4/557，第 15 和第 16 段。

巴关于向乌拉圭供应疫苗的声明、<sup>958</sup> 俄罗斯联邦对土库曼斯坦和阿塞拜疆的抗议<sup>959</sup> 以及《伊伦声明》。<sup>960</sup>

(2) 其他声明尽管主要涉及到有限的一群国家，却是向整个国际社会发出的，并含有普遍的义务。因此，埃及的苏伊士运河声明并非仅是对《康斯坦丁堡公约》缔约国或苏伊士运河用户协会的成员国，而是对整个国际社会。<sup>961</sup> 同样，《杜鲁门宣言》<sup>962</sup> 与法国暂停大气层核试验的声明——尽管后者更直接地涉及澳大利亚和新西兰以及某些邻国<sup>963</sup>——也是对所有国家作出的，因此是以整个国际社会为对象的。<sup>964</sup> 同样的是 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。这是同时对国际社会、另一国家(以色列)和另一实体巴勒斯坦解放组织作出的。<sup>965</sup>

7. 只有以明确、具体的措词作出的单方面声明，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。<sup>966</sup> 在刚果境内的武装活动案中，法院未加修改而采纳了这一协议。<sup>967</sup>

(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中明确指出的那样，以限制性的方式加以解释。法院在该案中确认，“当国家作出限

---

<sup>958</sup> 同上，第 36 段。

<sup>959</sup> 同上，第 85 和第 99 段。

<sup>960</sup> 同上，第 117 段。

<sup>961</sup> 同上，第 62 段。

<sup>962</sup> 同上，第 127 段。

<sup>963</sup> 斐济提出请求要求介入诉讼程序。阿根廷、斐济及秘鲁政府要求向它们提供诉辨状和附件。见核试验案(澳大利亚诉法国；新西兰诉法国)，《1974 年国际法院案例汇编》，第 6 页，第 7 和第 9 段。

<sup>964</sup> 同上，第 269 页，第 50 和 51 段及第 474 页，第 52 和 53 段。

<sup>965</sup> 文件 A/CN.4/557，第 45 段。还有其他的针对一个或更多国际组织的单方面声明，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 段及以下段落)。

<sup>966</sup> 核试验案(澳大利亚诉法国；新西兰诉法国)，《1974 年国际法院案例汇编》，第 267 页，第 43 段，第 269 页，第 51 段，第 472 页，第 46 段，第 474 页，第 53 段。

<sup>967</sup> 刚果境内的武装活动案(新申诉书：2002 年)(刚果民主共和国诉卢旺达)管辖权和可受理性问题，第 50 和第 52 段。

制本身行动自由的声明时，需要限制性的予以解释”。<sup>968</sup> 因此，解释者在确定单方面声明法律效力时必须极为谨慎，尤其当单方面声明没有具体对象时。<sup>969</sup>

(3) 尤其是关于解释的方法，应当注意国际法院的意见：“关于《规约》第三十六条声明<sup>970</sup>的解释制度与《维也纳条约法公约》所制定的条约解释制度并不雷同(……)。西班牙在抗辩中指出：‘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。”<sup>971</sup> 如果适用法院的意见并类比《1969年维也纳条约法公约》第三十一条第一款，则必须优先考虑最好地反映了单方面声明作者意图的案文。另外，如法院在边界争端案的判决中所认可的，“为判断单方面行为者的意图，必须考虑行为发生的所有背景情况”，<sup>972</sup> 这相当于类比适用《1969年维也纳公约》第三十一条第二款。

## 8. 与一般国际法强行规范冲突的单方面声明无效。

### 评 注

违反国际法强制规范的单方面行为无效；这依据的是1969年《维也纳条约法公约》第五十三条的类比规则。委员会的大多数委员同意说，对单方面声明适用这一规则没有障碍。<sup>973</sup> 在刚果境内的武装活动案中，法院没有排除如果卢旺达的单方面声明<sup>974</sup>违反强制法规范则失去其有效性的可能——然而，这并非实际发生的情况。<sup>975</sup>

---

<sup>968</sup> 核试验案(澳大利亚诉法国；新西兰诉法国)，《1974年国际法院案例汇编》，第267页，第44段与第472和473页，第47段。

<sup>969</sup> 边界争端案(布基纳法索诉马里共和国)，《1986年国际法院案例汇编》，第574页，第39段。

<sup>970</sup> 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(见上文第174段)。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。

<sup>971</sup> 渔业管辖权案(西班牙诉加拿大)，案情实质，1998年12月4日的判决，《1998年国际法院案例汇编》，第453页，第46段。也见喀麦隆与尼日利亚之间陆地和海洋边界案(喀麦隆诉尼日利亚)，初步反对意见，1998年6月11日的判决，《1998年国际法院案例汇编》，第293页，第30段。

<sup>972</sup> 边界争端案(布基纳法索诉马里共和国)，《1986年国际法院案例汇编》，第574页，第40段；也见在刚果领土上的武装活动案(新申诉书：2002年)(刚果民主共和国诉卢旺达)，管辖权与可受理性问题，第53段；以及核试验案(澳大利亚诉法国；新西兰诉法国)，《1974年国际法院案例汇编》，第269页，第51段和第474页，第53段。

<sup>973</sup> 《大会正式记录，第五十四届会议，补编第10号》(A/54/10)，第332页，第557段；同上，《第五十五届会议，补编第10号》(A/55/10)，第203页，第597段。

<sup>974</sup> 本案中的声明是一个保留——一个不在本指导原则范围之内的单方面行为(见上文第174段)。

<sup>975</sup> 刚果境内的武装活动案(新申诉：2002年)(刚果民主共和国诉卢旺达)，管辖权与可受理性问题，第69段。

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。

### 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，该原则已被编纂为 1969 年《维也纳公约》第三十四条。<sup>976</sup> 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，除非后者毫不含糊地接受声明所产生的义务，<sup>977</sup> 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) 美国以《1945 年杜鲁门宣言》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。严格地说，该声明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]制度提供了一个例证：一个法律学说来自于一个被普遍接受的特殊渊源”。<sup>978</sup> 事实上，其他国家以相似的主张和声明响应了 1945 年公告，<sup>979</sup> 并且不久以后将其纳入 1958 年《日内瓦大陆架公约》第二条。因此，可以说它已经得到普遍接受，并且是脱离习惯程序而在很短期间内形成国际法新规范的一个起点。国际法院就此说，“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，现反映于 1958 年《日内瓦大陆架公约》第二条”。<sup>980</sup>

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：

- (一) 声明中与撤销有关的任何具体规定；
- (二) 义务的对象对这类义务的信赖程度；
- (三) 情况在多大程度上发生了根本变化。

---

<sup>976</sup> 该条规定：“条约非经第三国同意，不为该国创设义务或权利”。也见《防止和惩治种族灭绝罪公约》适用案，《1951 年国际法院案例汇编》，第 21 页。

<sup>977</sup> 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在本指导原则范围之内(见上文第 174 页)。

<sup>978</sup> 北海大陆架案(德意志联邦共和国诉丹麦，德意志联邦共和国诉荷兰)，《1969 年国际法院案例汇编》，第 53 页，第 100 段。

<sup>979</sup> 见墨西哥的情况，A/CN.4/557，第 132 段。

<sup>980</sup> 北海大陆架案(德意志联邦共和国诉丹麦，德意志联邦共和国诉荷兰)，《1969 年国际法院案例汇编》，第 47 段。

## 评 注

(1) 国际法院在 1974 年核试验案中指出,“这些[法国]声明产生的单方面承诺不能被解释为是在默示一种任意的重新审议权的情况下作出的”。<sup>981</sup> 然而,这并不排除终止一项单方面行为的任何权力,而只是排除任意撤销(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详尽的标准清单,以在决定一项撤销是否属于任意时供考虑。

(3) 一种相似的情况也得到普遍承认,在这种情况下,声明本身规定作者可在何种情形下可以终止单方面声明,<sup>982</sup> 或者其对象已经善意信赖该声明并因此而“有害地改变立场或遭受了某些损害”。<sup>983</sup> 当情况发生 1969 年《维也纳条约法公约》第六十二条所载之习惯规则所指的那种根本变化时,并在其严格限度内,也可以撤销一个单方面声明。<sup>984</sup>

---

<sup>981</sup> 核试验案(澳大利亚诉法国; 新西兰诉法国),《1974 年国际法院案例汇编》,第 270 页,第 51 段与第 475 页,第 53 段。

<sup>982</sup> 当作为条件的这些情形不存在时。

<sup>983</sup> 尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动案(尼加拉瓜诉美国),法院的管辖权和申诉的可受理性问题,《1984 年国际法院案例汇编》,第 415 页,第 51 段。

<sup>984</sup> 渔业管辖权案(德国诉冰岛),法院管辖权问题,《1973 年国际法院案例汇编》,第 63 页,第 36 段,以及加布奇科沃-大毛罗斯项目案(匈牙利诉斯洛伐克),《1997 年国际法院案例汇编》,第 64 页,第 104 段。

## 第十章

### 武装冲突对条约的影响

#### A. 导言

178. 委员会第五十二届会议(2000年)将“武装冲突对条约的影响”专题列入其长期工作方案。<sup>985</sup> 委员会该年的报告附有一篇简短的纲要,说明这一专题可能的通盘结构和处理方法。<sup>986</sup> 大会2000年12月12日第55/152号决议第8段注意到列入这一专题。

179. 委员会第五十六届会议于2004年8月6日第2830次会议上决定将“武装冲突对条约的影响”专题列入其目前的工作方案,并任命伊恩·布朗利先生为这个专题的特别报告员。<sup>987</sup> 大会2004年12月2日第59/41号决议第5段赞同委员会将这一专题列入议程的决定。

180. 委员会第五十七届会议收到了特别报告员的第一次报告“武装冲突对条约的影响:对理论和实践的审查”(A/CN.4/552)以及秘书处编写的备忘录(A/CN.4/550和Corr.1)。委员会于2005年8月5日第2866次会议上批准了特别报告员的一项建议,即请秘书处向各国政府发出照会,请它们就其与本专题有关的实践,特别是较近的实践提供资料以及提供任何其他有关资料。<sup>988</sup>

#### B. 本届会议审议此专题的情况

181. 委员会本届会议收到了特别报告员的第二次报告(A/CN.4/570和Corr.1)。委员会在2006年7月18日至21日举行的第2895次至第2898次会议上审议了特别报告员的报告。

---

<sup>985</sup> 见《大会正式记录,第五十五届会议,补编第10号》(A/55/10),第729段。

<sup>986</sup> 同上,附件。

<sup>987</sup> 同上,《第五十九届会议,补编第10号》(A/59/10),第364段。

<sup>988</sup> 同上,《第六十届会议,补编第10号》(A/60/10),第112段。

## 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(A/CN.4/L.552)一起来读。第二次报告主要做了两件事：(a) 审议委员会里的具体辩论要点和各国政府在第六十届大会期间在第六委员会辩论中发表的各种实质性意见；(b) 实施第一次报告的建议，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一工作组。

183. 特别报告员指出，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。他还提到在第六委员会里表达的下述意见，即此专题与国际法的其他领域，如国际人道主义法律、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：将条约法与国际法的其他分支，如有关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、国家对国际不法行为的责任法进行严格的区分是不可能的，这些分支对本专题也具有意义。

### (c) 特别报告员的总结

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着意见分歧，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即2007年设立的工作组不一定熟悉本五年期期间对此专题的辩论情况。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，第三次连同前两个报告，将成为未来工作组进行审议的基础。

## 2. 第1条. 范围<sup>989</sup>

### (a) 特别报告员的介绍

186. 特别报告员提到第六委员会提出的下述建议：既然《维也纳条约法公

---

<sup>989</sup> 第1条草案案文如下：

#### 范 围

本条款草案适用于武装冲突对国家间条约的影响。



约》<sup>990</sup> (“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,似乎也是适宜的。他还指出,委员会一些委员建议应对1969年《维也纳公约》第2条第(1)款(f)项所指的缔约国与非缔约国作出区分。

#### (b) 辩论摘要

187. 有委员建议,应考虑把条约的第三方缔约国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;区分条约的暂停实施和终止与其条款的暂停实施和终止。

#### (c) 特别报告员的总结

188. 特别报告员同意认为,他需要更深入地探讨与专题范围有关的问题。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,涉及其通常的范围之外的问题。他不赞成处理诸如不可抗力和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。

### 3. 第2条. 用语<sup>991</sup>

#### (a) 特别报告员的介绍

189. 关于(a)款,特别报告员指出,有人支持把国际组织缔结的条约列进来

190. 他指出,最成问题的是(b)款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

---

<sup>990</sup> 《维也纳条约法公约》,1969年5月23日在维也纳制订。《联合国条约汇编》,第1155卷,第331页。

<sup>991</sup> 第2条草案案文如下:

#### 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。

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分支拟订一个“武装冲突”定义。

## (b) 辩论摘要

191. 关于(a)款，虽然人们对“条约”的定义一般表示支持，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，最好不把它们列在内。有人建议，还应考虑尚未生效或武装冲突当事方尚未批准的条约。另一种意见认为，定义可以更灵活一些，把占领方与被占领领土的行政当局之间签订的协议，例如基于政权的《奥斯陆协议》也包括在内。另一些人倾向于将专题的范围限定为在国际法框架内订立的协议。

192. (b)款中的“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……”不可避免地具有了“兜圈子”的特点。有人建议定义应明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 Tadić 案<sup>992</sup>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，而是可能导致这样的情况，能间接地影响条约的适用。这种情况可能包括无法履行，或情况改变从而使卷入国内冲突的国家所参加的条约暂停实施或终止，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《关于在武装冲突情况下保护文化财产的海牙公约》<sup>993</sup> 第 18 条所设想的那样。另外还提到国际法院就隔离墙案提出的咨询意见。<sup>994</sup> 另一些反对这一建议，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，诸如“反恐战争”，哪怕只是将这种冲突排除在专题范围之外。另一些人不赞成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。

---

<sup>992</sup> The Prosecutor v. Duško Tadić a/k/a “DULE”，裁决，IT-94-1 号案件，上诉庭，1995 年 10 月 2 日，第 70 段。

<sup>993</sup> 《关于在武装冲突情况下保护文化财产的海牙公约》，1954 年 5 月 14 日在海牙制订。《联合国条约汇编》，第 249 卷，第 240 页。

<sup>994</sup> 在被占领的巴勒斯坦领土上修建隔离墙所产生的法律后果，咨询意见，《2004 年国际法院案例汇编》，第 3 页。

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 1985 年国际法学会通过的决议，该决议作出过这样的区分。委员会大多数委员持相同的意见。

196. 有人建议用语里加上第三项，对“影响”作出界定。

### (c) 特别报告员的总结

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对照移用其他草案的条文，另一方面也承认下述实际问题，即作为一个单独话题研究国际组织的条约不大可行，因此在本条款草案里处理这类条约还是有道理的。

198. 针对人们对“武装冲突”定义的评论，特别报告员证实，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完整的武装冲突定义，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。确定缔约国意图的标准之一是有关冲突的性质和范围。关于非法使用武力的问题，他重申去年就有的立场，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 <sup>995</sup>

### (a) 特别报告员的介绍

199. 特别报告员指出，第 3 条草案是一项基本的条文，因为它基于下述核心的主张，即爆发武装冲突不会自动地终止或中止条约的实施。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，第 4 条草案也能站得住。但是仍然有必要反驳传统的观点，即武装冲突会实际上将条约废止。他提到，“当然”一词应改成“必然”。

---

<sup>995</sup> 第 3 条草案案文如下：

#### 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。

## (b) 辩论摘要

200. 人们一般千万保留第 3 条草案, 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, 这样等于表示, 有某些情况下, 武装冲突不会导致条约的终止或中止, 但在有些情况下会, 也就是说, 对于不同的条约会产生不同的影响。另一些人对于这样的修改建议表示反对, 并更愿意保留“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<sup>996</sup>

#### (a) 特别报告员的介绍

201. 特别报告员指出了对缔约国意图概念的依赖问题, 而这种概念是受到强烈怀疑的。他虽然也持有这种怀疑, 但认为这是现在能得到的唯一可行的概念。他指出, 决策者和法庭有时不得不判定缔约国的意图, 这种情况并不少见。与此同时, 他承认, 有必要把其他因素也考虑进来, 例如条约的目标和宗旨、武装冲突的具体情况等等。

202. 剩下的一个问题是第 4 条草案与第 7 条草案的关系问题。他的用意是, 这两项规定应是在协调的基础上适用。此外, 第 4 条草案提到 1969 年《维也纳公约》第 31 和第 32 条, 这样做是有必要的, 因为不可能创立一个完全在目前背景下使用的“设计者”解释原则。

#### (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的这一原则得到加强, 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

---

<sup>996</sup> 第 4 条草案案文如下:

#### 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。

影响。有一种意见倾向于考虑条约或其某一项条款在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问题。还有人提到条约的目标和宗旨、冲突或由之产生的形势的性质以及条约义务本身的性质等项标准。还有人指出，有必要考虑到 1969 年《维也纳公约》第 31 和第 32 条所考虑的条约后来的历史。

### (c) 特别报告员的总结

204. 特别报告员证实，他打算进一步探讨意图问题。与此同时，他不能接受的观点是，意图已不再是国际法的一部分。提及缔约国的意图或立法者的意图，这种情况相当常见。实际上，委员会自己在处理对条约的保留这一专题时也在使用这一概念。应当解决的问题是如何查找说明意图的证据。

## 6. 第 5 条. 关于实施条约的明示规定 <sup>997</sup>

### (a) 特别报告员的介绍

205. 特别报告员说，如果严格地审视整个起草工作，可以说这一条草案是多余的。但是他觉得为了清楚起见，保留这一条也是有益的。他注意到委员们对这一条是普遍予以支持的。

### (b) 辩论摘要

206. 有人建议，这两款规定可以分别在不同的条文草案里加以处理。还有人提议，第 1 款可以改用“哈佛研究草案”第 35 条(a)款中的案文。<sup>998</sup> 还有人提到国际法院关于隔离墙案的咨询意见，法院申明，人权条约不因特别法的实施而被排除在外。

---

<sup>997</sup> 第 5 条草案案文如下：

#### 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。

<sup>998</sup> 载录于 A/CN.4/552，第 55 段。

## 7. 第 6 条. 导致诉诸武装冲突的有关条约<sup>999</sup>

### (a) 特别报告员的介绍

207. 特别报告员证实，他不再支持第 6 条草案，因为有鉴于第 3 条草案，这一条已经不完全有必要。这一条试图处理一种特别情况，即一项协议成为冲突的目标，然后便有某种的和平解决程序。

### (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<sup>1000</sup>

### (a) 特别报告员的介绍

209. 特别报告员指出，这一条规定是对第 4 条草案的补充。这一条也是引起各国政府辩论和评论的主要案文。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

---

<sup>999</sup> 第 6 条草案案文如下：

#### 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。

<sup>1000</sup> 第 7 条草案案文如下：

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；
- (j) 外交关系条约；
- (k) 领事关系条约。

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。一个可能的做法是在条款草案之后列一个附件，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协助下由秘书处来编写。

#### **(b) 辩论摘要**

210. 委员们就第 7 条草案发表了各种不同的意见。一些委员认为这一条规定有用，但内容需要澄清。有人建议将清单扩大，以此方式提及秘书处拟订的备忘录(A/CN.4/550)。另外，有人建议，某些类别的条约须更准确地列出，例如多边造法条约。有人对目前把人权条约列在内的做法(第 2 款(d)项)表示支持。另一些人支持删除此项规定的建议。有人指出，任何列出具体条约类型实例的清单都会造成相反的假设，即这些类别未涵盖的条约都自动归入另类，这相当于对第 3 条草案中的一般规则构成有可能大范围的例外，即使是未曾有意这样做。有人表示赞成特别报告员的建议，将清单改成附件，说明国家实践和判例情况。另一些人认为更为有用的做法可能是这样：列出一些因素，由这些因素有可能得出这样的结论，即一项条约或其某些规定在发生武装冲突时应当继续有效或应当暂停实施或终止。

#### **(c) 特别报告员的总结**

211. 特别报告员提到，第 7 条草案中的类别清单其用意只是在于为第 4 条草案中发现意图提供指导。他重申他准备再次审视这项规定。

## 第十一章

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

#### A. 导言

212. 委员会在第五十六届会议(2004年)上为长期工作方案的内容确定了“引渡或起诉的义务(*aut dedere aut judicare*)”。<sup>1001</sup> 当年的委员会工作报告附有一个介绍该专题可能的全面结构和方针的简录。<sup>1002</sup> 大会在2004年12月的第59/41号决议中注意到了委员会关于长期工作方案的报告。

213. 在2005年8月4日第五十七届会议的第2865次会议上,委员会决定将“引渡或起诉的义务(*aut dedere aut judicare*)”纳入当前长期工作方案,并任命了兹齐斯拉夫·加利茨基先生为专题报告员。<sup>1003</sup> 大会在2005年11月3日的第60/22号决议第5段中批准委员会将该专题纳入工作方案的决定。

#### B. 本届会议审议此专题的情况

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2903次会议上审议了报告。

##### 1. 特别报告员的介绍

215. 特别报告员指出,他的报告含有关于本专题实质内容的一套初步意见,为进一步审议而指出了最重要的各个方面,并包括了一个本专题未来工作的初步行动计划。尽管采取行动为时尚早,但从委员会得到一个关于本专题研究最后可能形式的指示是有用的。

216. 需审议的一个关键问题是:至少就具体国际罪行来说,该义务完全来自于有关条约,还是也反映习惯国际法上的某项一般义务。他提到,尽管越来越多的学者认为“*aut dedere aut judicare*”的国际法律义务概念——至少当其涉及某类罪行时——不仅依据于具体国际条约的规定,而且也依据于一般的约束性国际习惯规范,但是在

---

<sup>1001</sup> 见《大会正式记录,五十九届会议,补编第10号》(A/59/10),第362至363段。

<sup>1002</sup> 同上,附件。

<sup>1003</sup> 同上,《第六十届会议,补编第10号》,第500段。



学术上却没有共识。另外，有建议说，应当分析普遍刑事管辖权原则与 *aut dedere aut judicare* 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，它的框架是赋予国家选择权来决定要履行该义务的哪一部分。假定国家履行了这个义务的一部分，即或者引渡，或者起诉，则无必要履行另一部分。

218. 特别报告员提到，尽管引渡或起诉义务在传统上是二择一的形式，但是还存在着“三重选择”的可能性，即：国际刑事法庭行使管辖权。

219. 关于方法问题，特别报告员指出，他打算在今后报告中编写关于引渡或起诉义务之概念、结构和履行的规则草案。有必要彻底分析各国在这方面的实践，并汇编一个反映该义务之有关条约规定的完整列单。他建议委员会发函请求各成员国提供有关当前实践的资料。

## 2. 辩论摘要

220. 委员会对初次报告、包括拟议的行动计划表示欢迎。有建议说，专题范围应限于该义务之目的，即减少对国际犯罪嫌疑人的有罪不罚现象，剥夺其“避风港”。有建议说，可将专题进一步限制到特定类型的罪行，比如那些特别严重并威胁整个国际社会的。还有建议说，应区别国际法上的罪行(规定于常规的条约文书之中)与习惯国际法所认定的罪行，比如战争罪、种族灭绝和反人道罪。大家总体上赞成将只有国内法预见的罪行排除于专题范围之外。

221. 另外，有人注意到，在条约规定罪行方面存在着更有限的义务形式。例如，据说许多条约，包括制止国际恐怖主义的部门公约含有一个更谨慎的规定，即“为起诉”而将案件提交给主管机构，而非有义务“起诉”。有人提到，因为起诉独立是国内刑法程序中的一个主要原则，所以各国政府通常不接受“起诉”的义务。

222. 有人建议，委员会应侧重于现行条约中的空白，比如惩罚的执行和在遵守起诉义务方面缺乏监督制度。关于存在引渡或起诉的习惯性义务问题，有建议说，任何这类义务都必须依据一个现行条约中那样的两级制度，从而使某些国家可拥有优先管辖权，而其他国家则在被控罪犯没有引渡到拥有优先管辖权的国家时才有义务行使管辖权。

223. 关于引渡的义务，有人指出，这类义务是否存在，取决于当事国之间的现行条约和情况。另外，由于罪行通常确定于国内法中，问题必然在于是否有义务引渡或起诉一个确定情况下的确定罪行。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，至少就国际法所定的罪行来说，引渡或起诉的义务已获得习惯法法律地位。对于将来的审议工作来说，驱逐的程序与本专题有关。

224. 有人建议，委员会可以审议在引渡过程中所遇到的实际问题：包括证据是否充分问题、过期的双边和多边条约与国内法允许以多种理由拒绝和限制引渡国民、以及不承认具体保障被引渡者的权利——特别是当引渡可能导致该人遭受酷刑、死刑或甚至无期徒刑。也有人提到，在国际罪行的情况下，无法适用关于引渡的若干限制。

225. 其他人告诫说不要审议引渡的技术内容。本专题以及拉丁语“*aut dedere aut judicare*”确切含义具体涉及的是，如不引渡，则引发起诉的义务。因此，应当侧重于引发该义务的条件。他们认为，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内。

226. 大家普遍主张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，即使这两种概念对于某些罪行而言同时存在，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。如果委员会打算着手审议普遍管辖权的概念，有人建议审议各种的普遍管辖权，尤其是它属于允许性还是强制性的。也有人认为，应当审议是否只有当某人处于某特定国家时才可行使这类管辖权，或者是否任何国家都可以根据普遍管辖权而请求从另一特定国家引渡某人。

227. 也有建议说，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. 有建议说，特别报告员应开展一个国家实践的系统研究，侧重于当代实践，包括各国案例。

229. 关于最后形式问题，尽管大家承认考虑该问题为时过早，但主张最后制定一套条款草案；而有人提到，如果委员会最后认为该义务仅存在于国际条约之中，则更适合通过一个建议性的草案。

### 3. 特别报告员的总结

230. 特别报告员注意到讨论中已经表达了一系列观点。他特别提到了委员会的一般性共识，即应当尽可能限制专题的范围，侧重于直接关系到引渡或起诉义务的问题，以及分析该义务的基本内容，即“引渡”与“审判”。他赞成这一方针，特别是

关于明确区分引渡或起诉义务与普遍管辖原则；对于存在着国际刑事法庭管辖权的“三重选择”，采取谨慎的方针。

231. 关于将义务渊源仅限于条约、还是扩展到习惯规则或一般法律原则的问题，特别报告员提到委员会已经采取了一个谨慎方针：承认义务的条约基础；但对于是否存在着适用于刑法上所有罪行之引渡或起诉的一般习惯义务，则表示某种保留。然而，就某些类型罪行而言，存在着对承认这类习惯依据的支持。在涉及这些罪行时，各国一般接受了普遍管辖权概念与 *aut dedere aut judicare* 原则。特别报告员表示支持这类方针，但不妨碍有可能制定适用于所有罪行的一般原则。他还提到了应特别注意国际人权法的适用问题。他还赞成在整个履行义务当中应侧重于解释次级规则的建议。特别报告员也同意关于应当同时审议国际和国内司法判决的建议。

232. 关于专题的标题，他提到了讨论中出现的 *aut dedere aut judicare* “原则”的提法，但是倾向于保留现在的“义务”提法。关于委员会本专题研究的最后形式，特别报告员注意到了对制定条款草案的初步支持。因此，他宣布他打算在未来报告中编写关于引渡或审判义务之概念、结构和履行的规则草案。

## 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”专题列入工作方案；<sup>1004</sup> 并建立了一个研究组，随后并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”。<sup>1005</sup> 此外，委员会还商定了一些建议，包括进行一系列研究，<sup>1006</sup> 首先由研究组主席主持研究“特别法规则的职能与范围和‘自足制度’问题”。

234. 研究组从委员会第五十五届会议(2003年)至第五十七届会议(2005年)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年期间商定的其他研究题目的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，<sup>1007</sup> 2004年，研究组讨论了研究组主席关于“特别法规则的职能与范围和‘自足制度’问题”的研究报告，也讨论了就余下的其他研究项目起草的提纲。<sup>1008</sup> 2005年，研究组讨论了(a)关于“特别法规则的职能与范围和‘自足制度’问题”研究中区域主义的备忘录；(b)在国际法一般发展和国际社会关注中参照“适用于当事国间关系之任何有关国际法规则”(《维也纳条约法公约》第三十一条第三款(丙)项)解释条约的研究；(c)同一事项先后所订条约之适用(《维也纳条约法公约》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(《维也纳条约法公约》第四十一条)的研

---

<sup>1004</sup> 委员会第五十二届会议(2000年)审议了一份可行性研究报告以后将本专题列入其工作方案，G.哈夫纳，“国际法不成体系引起的危险”，同上，《第五十五届会议，补编第10号》(A/55/10)，附件和第729段。

<sup>1005</sup> 同上，《第五十七届会议，补编第10号》(A/57/10)，第492-494段。

<sup>1006</sup> (a)“特别法规则的职能与范围和‘自足制度’问题”；(b)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的任何有关规则”(《维也纳条约法公约》第三十一条第三款(丙)项)解释条约；(c)同一事项先后所订条约之适用(《维也纳条约法公约》第三十条)；(d)仅在若干当事国间修改多边条约之协定(《维也纳条约法公约》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。

<sup>1007</sup> 《大会正式记录，第五十八届会议，补编第10号》(A/58/10)，第415-435段。

<sup>1008</sup> 同上，《第五十九届会议，补编第10号》(A/59/10)，第303-358段。

究；以及(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的研究。研究组也讨论了关于“分离条款”的非正式文件。<sup>1009</sup>

235. 研究组决定参照《维也纳条约法公约》处理各项研究，把重点放在不成体系问题的实质方面，而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。研究组寻求达成对各国外交部和国际组织的法律专家特别有实际价值的具体结果。因此，研究组决定在其工作中达成下列实质性结果：(a) 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，根据个别提纲和研究组成员在 2003—2005 年期间提交并在研究组中讨论过的研究报告着手编写；(b) 撰写一份集体文件，刊载来源于各项研究报告的一系列结论和在研究组中予以讨论的情况。后者必须是具体而且面对实际的一套简要说明，它一方面是研究组工作的摘要和结论，另一方面则是有助于在法律实务中思考和处理国际法不成体系问题的一套实际准则。<sup>1010</sup>

236. 在 2005 年 7 月 28 日和 29 日和 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所做的简报针对这个专题交流了意见。

## B. 本届会议审议此专题的情况

237. 研究组在本届会议上重新组建，于 2006 年 5 月 17 日和 26 日、6 月 6 日和 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这份研究报告得出的一套结论草案。前一份文件根据研究组各位成员编写的研究报告摘要叙述并且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(A/CN.4/L.682 和 Corr.1)。后一份文件合并了研究组在 2002 至 2005 年期间的结论草案，以及另外一些结论草案(A/CN.4/L.682/Add.1) 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对上述结论的定稿。在 2006 年 7 月 17 日举行的会议上，研究组完成其工作，制定了载有 42 项结论的报告(参看下文 D.二节)。研究组强调其结论之集体性质的重要性。它也着重指出，上述结论是根据主席定稿的分析性研究报告撰写的，必须联系分析性报告一并研读。

---

<sup>1009</sup> 同上，《第六十届会议，补编第 10 号》(A/60/10)，第 449-493 段。

<sup>1010</sup> 同上，第 447-448 段。参看同上，《第五十七届会议，补编第 10 号》(A/57/10)，第九章，同上，《第五十八届会议，补编第 10 号》(A/58/10)，第 416-418 段；同上，《第五十九届会议，补编第 10 号》(A/59/10)，第 301-302 段。

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 日和 8 月 9 日和 10 日第 2902、2911 和 2912 次会议上审议了研究组的报告(见下文 D 节)。有一位委员提议将不成体系分成消极的和积极的, 委员会不认可这种区分。委员会在进行了意见交流以后, 在第 2902 次会议上决定注意到研究组的结论(下文 D.二节), 并在第 2912 次会议上提请大会注意这些结论。委员会第 2911 次会议要求, 按惯例, 将研究组主席完成的分析性研究报告放入委员会网站, 供查阅, 并在委员会年鉴中出版。

### 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研究组的报告和结论,

向研究组和研究组主席马尔蒂·科斯肯涅米先生表示深挚感谢和热烈祝贺, 感谢并祝贺他们为国际不成体系问题报告的编写作出了杰出贡献, 在起草结论方面取得了成果, 同时经过主席定稿完成了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了。它从用于调节正式外交的工具, 扩大到处理最多样的国际活动, 从贸易到环境保护, 从人权到科技合作。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。今天很难想象哪一个社会活动领域不必受到某种形式的国际法律规章的制约。

242. 但是, 这种扩展是在各国特定的区域或职能团体范围内以不协调的方式产生的。它的重点历来放在解决特定的问题, 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”, 这是社会各部分的日益专门化和与这些部分相关的自主作用。这是人尽皆知的全球化的自相矛盾现象, 它在全世

界导致社会生活日益一致化的同时，也造成日益不成体系的现象——也就是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一定的法律意义，特别是因为伴随着这一现象出现了各种专门的和(相对)自治的规则或规则复合体、法律机构以及法律实践领域。曾经似乎受“一般国际法”管辖的事项现在已经成为“贸易法”、“人权法”、“环境法”、“海洋法”、“欧洲法”等专门法律以及甚至“投资法”或“国际难民法”等具有外来特征和高度专业知识的法律所管辖的领域，每一种法律都有其自己的原则和机构。

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看法不一。一些评论人士对此提出严厉批评，认为这种现象削弱了一般国际法、导致出现相互冲突的法理学、选择法院和失去法律保障等问题。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技术性问题，这个问题是可以通过技术合理化和协调加以控制的。<sup>1011</sup> 为了评估不成体系问题的意义，并在可能范围内设法处理，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提出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及其彼此之间的等级关系问题。委员会决定将这个问题搁在一边。机构管辖权的问题最好由机构本身来解决。委员会希望把重点放在实质问题上——法律被分裂成高度专业化的、彼此之间以及与一般法之间相对自治的“盒子”。这种专业化的实际作用是什么？应该怎样看待这些“盒子”之间的关系？就上述例子而言，《海洋法公约》作为一项环境条约，它与一个区域一体化文书之间是什么样的关系？

---

<sup>1011</sup> “不成体系问题”是当前学术著作和会议中经常处理的专题。在讨论国际规章来源多样化问题的各种著作中，例如可参阅：Eric Loquin & Catherine Kessedjian (edS.), *La mondialisation du droit* (Paris: Litec, 2000); and Paul Schiff Berman, *The Globalization of International Law* (Aldershot: Ashgate, 2005). The activity of traditional organizations is examined in José Alvarez, *International Organizations as Law-Makers* (Oxford: Oxford University Press, 2005). Different perspectives of non-treaty law-making today are also presented in Rüdiger Wolfrum & Volker Röben (edS.), *Developments of International Law in Treaty-making* (Berlin: Springer, 2005) pp.417-586 and Ronnie Lipschutz & Cathleen Vogel, “Regulation for the Rest of Us? Global Civil Society and the Privatization of Transnational Regulation”, in R.R.Hall & T.J.Bierstaker, *The Emergence of Private Authority in Global Governance* (Cambridge: Cambridge University Press, 2002) pp.115-140. See also “Symposium: The Proliferation of International Tribunals: Piecing together the Puzzle”, *New York Journal of International Law and Politics*, vol.31 (1999) pp.679-993; Andreas Zimmermann & Reiner Hoffmann, with assisting editor Hanna Goeters, *Unity and Diversity of International Law* (Berlin: Duncker & Humblot, 2006); Karel Wellens & Rosario Huesa Vinaixa (edS.), *L'influence des sources sur l'unité et la fragmentation du droit international* (Brussels: Bruylant, 2006 forthcoming). A strong plea for unity is contained in Pierre Marie Dupuy, “L'unité de l'ordre juridique internationale. Cours général de droit international public”, *Recueil des Cours ...*, vol.297 (2002). For more references, see Martti Koskeniemi & Päivi Leino, “Fragmentation of International Law. Postmodern Anxieties?”, *Leiden Journal of International Law*, vol.15 (2002) pp.553-579.

246. 委员会与学术界大多数评论人士一样认为，正如其改拟的专题题目：“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，这个问题既有积极的一面，也有消极的一面。一方面，国际法不成体系确实有产生各种相互冲突和不相容的规则、原则、规则体系及体制惯例的危险，另一方面，它反映出国际法律活动迅速扩展到各种新的领域及其目标和手段的多样化。这个题目似乎表明，尽管存在“问题”，但它们并不都是新问题，并且这类性质的问题也并非国际律师们通过以往经常采用的解决过去产生的规范性冲突的手段所无法加以解决的。

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、“自足的制度”和受地理区域或功能限制的条约系统的出现，产生了国际法能否保持一致性的问题。各类新型专业法律的出现绝非偶然，而是为了应对各种新技术和功能要求。“环境法”的问世是回应人们对国际环境状况的日益关切。“贸易法”是作为调整国际经济关系的一个工具而制定的。“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”的一种法律体现。每一种规则复合体或“制度”的产生都伴随着其自身的原则、专长形式及其“精神特质”，这种精神特质未必与邻近专业的精神特质相同。例如，“贸易法”和“环境法”具有非常具体的目标，并且依赖于各种可能往往指向不同方向的原则。为了使新法律产生效力，新法中往往会载有一些可能与旧的一般法或其他一些专业部门法律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，以便偏离先前一般法的规定。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。

248. 特别需要指出的是，这类偏离不是作为为法律—技术性“错误”而出现的。它们反映出在多元化(全球)社会中行为主体的不同追求和偏好。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出现过的差异，它将是完全无法令人接受、不切实际且十分武断的。但如果不成体系在这方面是一种“自然的”发展结果的话(确实，由于参与国法律制度的多样性，国际法总是比较“不成体系”)，那人们就不清楚委员会为何应处理这一专题。它们也往往会互相抵消，导往相反方向的自然程序也会这样。例如，一般国际法通过适用 1969 年《维也纳条约公约》、习惯法和“文明国家承认的一般法律原则”而继续发展。若干条约反映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的事实，是制度的效力和协同作用以及促使法律本身保持一致性的体现。

249. 委员会之所以进行有关不成体系问题的工作是希望提供一个概念框架，在此框架内能够以法律专业方式评估和处理各种或许是无可避免的情形。这一框架是由



1969年的《维也纳条约法公约》提供的。看来将大多数最重要的新制度联合起来的一个做法是主张条约法对这些新制度具有约束力，并且其从业人员了解这些新制度都被该条约法所涵盖。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的所谓不成体系问题。

250. 为了进行这项工作，委员会研究组认为应该重视传统法律处理各种法律规则与原则之间紧张关系或冲突的各种手段。这些手段的共同之处就是它们寻求在这类规则和原则之间建立具有实际意义的关系，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。下列结论载列了在处理法律规则和原则之间实际的或潜在的冲突时应该考虑到的一些原则。

## 二、研究组工作的结论

251. 研究的工作得出了下列结论：

### 1. 概 述

(1) 作为一个法律体系的国际法。国际法是一个法律体系。它的规则和原则（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，国际法不是这些规范的随机收集。它们之间具有切实的关系。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，往往必需确定都对某一情况有效和适用的两项或多项规则和原则之间的精确关系。<sup>1012</sup> 为此目的，有关的关系属于两个一般类型：

- 解释的关系。这是一个规范有助于解释另一个规范的情况。一个规范有助于解释另一个规范的情况有适用、澄清、刷新、或修正后者等。在这种情况下，两个规范同时适用。
- 冲突的关系。这是两个都有效和适用的规则指向不一致的决定因此必须在两者之间作一选择的情况。关于解决标准化冲突的基本规则载于《维也纳条约法公约》。

---

<sup>1012</sup> 两项规范对某一情况有效的含义是，两者分别适用于该情况所包含的事实。两项规范适用于某一情况的含义是，它们对处于该相关情况中的法律主体具有约束力。

(3) 《维也纳条约法公约》。在寻求确定两个或多个规范相互间关系的时候，这些规范必须按照或者比照《维也纳条约法公约》，尤其是涉及条约解释的第三十一条至第三十三条的规定予以解释。

(4) 一致的原则。公认的原则是，当若干规范涉及单一的问题时，应该尽可能作出能够产生单一的一致性义务的解释。

## 2. 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个案由事项的时候，应该把优先地位给予较具特殊性的那个规范。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、一个条约和一个非条约标准之间、以及两个非条约标准之间。<sup>1013</sup> 该规范的来源(无论是条约、习惯或一般法律原则)对于确定比较特殊的标准来说，不是决定性的。但是，实际上，条约往往提到相关习惯法和一般原则作为特别法实施。<sup>1014</sup>

(6) 境况鉴别。特别法公理和其他解释规范或冲突解决办法不能按照一般方式确定。特殊性或出现时刻，应该根据境况决定哪一考虑因素居于优先地位。

(7) 原则的基本理由。特别法比一般法优先的正当理由是这些特别法比较具体，通常比任何适用的一般法更好地考虑到境况的特征。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。

---

<sup>1013</sup> 与单一条约内条款有关的适用，*Beagle Channel Arbitration (Argentina v.Chile)* ILR voL.52 (1979) p.141, paras.36, 38 and 39; Case C-96/00, *Rudolf Gabriel*, Judgment of 11 July 2002, ECR (2002) I-06367, pp.6398-6399, paras.35-36 and p.6404, para.59; *Brannigan and McBride v.the United Kingdom*, Judgment of 28 May 1993, ECHR Series A (1993) No.258, p.57, para.76; *De Jong, Baljet and van den Brink v.the Netherlands*, Judgment of 22 May 1984, ECHR Series A (1984) No.77, p.27, para.60; *Murray v.the United Kingdom*, Judgment of 28 October 1994, ECHR Series A (1994) No.300, p.37, para.98 and *Nikolova v.Bulgaria*, Judgment of 25 March 1999, ECHR 1999-II, p.25, para.69.不同文书之间的适用参看马夫罗马蒂斯在巴勒斯坦的特许权案，《常设国际法院案例汇编》，A辑，第2号(1924)，第31页。一条约和非条约标准之间的适用，INA公司诉伊朗伊斯兰共和国政府，*Iran-US C.T.R.vol.8*, 1985-I, p.378.特殊和一般习惯之间的适用参看关于通过印度领土之权利的案件(葡萄牙诉印度)(案情实质)，《1960年国际法院案例汇编》，第6页起，见第44页。法院说：“因此，若法院认定，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，为了确定特定权利和义务的目的，法院必须对该做法赋予决定性的效力。这一特定习惯必须比任何一般性规则优先”。

<sup>1014</sup> 见尼加拉瓜境内和外来的军事及准军事活动案(尼加拉瓜诉美利坚合众国)(案情实质)，《1986年国际法院案例汇编》，第14页起，见第137页，第274段，法院说：“通常，条约规则由于是特别法，若一国已经根据条约提供解决这种求偿的手段，就不应当根据习惯法规则提出求偿”。

(8) 特别法的功能。大多数国际法是决定性的。这意味着，特别法可以适用、澄清、刷新或修正以及搁置一般法。

(9) 特别法对一般法的影响。特别法的适用通常不会压制相关的一般法。<sup>1015</sup> 该一般法仍然有效而且可以适用，仍然根据上述结论(4)为相关特别法的解释和适用指示方向，在一般法没有规定的情形下可以完全适用。<sup>1016</sup>

(10) 一般法的特定类型。但是，一般法的若干类型<sup>1017</sup> 不得以特别法予以贬损。以下结论(32)、(33)、(40)和(41)明确表明强制法不可贬损。<sup>1018</sup> 此外，还有其他考虑因素，说明为何认定，在特别法的假设不适用的情况下，一般法应该居于优先地位。这包括下列情况：

- 在可以适用的情形下，应该确定这种优先是否可从一般法的形式或性质推断、或属于当事方的意图；
- 特别法的适用是否可能挫折一般法的宗旨；
- 第三方受益人是否会受到特别法的不利影响；并且
- 一般法中建立的权利和义务均衡是否会受到特别法的不利影响。

### 3. 特别(自足)制度

(11) 特别(“自足”)制度是特别法。有一组涉及特定案由事项的规则和原则可以形成一个特别制度(“自足制度”)并且可以作为特别法适用。这些特别制度通常由它自己的机构执行相关规则。

(12) 可以区别三类特别制度：

---

<sup>1015</sup> 因此参看尼加拉瓜案，同上，第 14 页起，见第 95 页，第 179 段，法院指出：“……显然，习惯国际法继续存在、并且与国际条约法分离适用，即使这两类法律具有相同的内容”。

<sup>1016</sup> 进行核武器威胁或使用核武器的合法性，《1996 年国际法院案例汇编》，第 240 页，第 25 段，法院描述人权法和武装冲突法之间的关系如下：“……《公民权利和政治权利国际公约》的保护在战时并不停止，除非实施该《公约》第 4 条……但是，对于是否任意剥夺生命的检验随即属于由适用的特别法——即旨在管理敌对行为的适用于武装冲突中的法律予以确定的范围。因此，在战争中使用某种武器使得特定人命丧失是否可视为违反《公约》第 6 条的任意剥夺人命行为，只能按照适用于武装冲突的法律决定，而不能从《公约》本身的条款予以推论”。

<sup>1017</sup> “一般国际法”没有公认的定义。但是，为了上述结论的目的，只需提到其合理的对应部分来界定何谓“一般”，即：何谓“特别”，也就足够了。实际上，律师们通常能够提到它所在的境况来实行这种区别。

<sup>1018</sup> 根据《保护大西洋东北部海洋环境公约》第 9 条获得资料的争端案(爱尔兰诉联合王国)，(最后裁决，2003 年 7 月 2 日)，ILR vol.126(2005)，第 364 页，第 84 段，法庭认为：“即使从那时以后，[保护大西洋东北部海洋环境公约]也必须遵守当时与当事国的特别法可能不一致的的相关强制法。”

- 有时候，违反特定类别(初级)规则时，也伴随着出现关于违反情事和对付违反情事的一套特别的(次级)规则。这是关于《国家对国际不法行为和责任》的第 55 条所规定的主要情况。<sup>1019</sup>
- 但是，有时候，特别制度是由涉及特别案由事项的包括权利和义务在内的一套特别规则形成的。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在单一条约、若干条约、或条约和条约加上非条约发展(随后的实践或习惯法)的基础上出现的。<sup>1020</sup>
- 最后，有时候，收集了管制若干问题领域的所有规则和原则，以便表示“特别制度”。诸如“海洋法”、“人道主义法”、“人权法”、“环境法”和“贸易法”一类的用语描述了若干此类制度。为了解释的目的，这些制度通常可能被视为一个整体。

(13) 一个制度“特殊性”的效果。一个特别制度的意义在于其规范表述一个统一目的和宗旨的方式。因此，这些规范的解释和适用应当尽可能地反映该目的和宗旨。

(14) 特别制度与一般国际法的关系。一个特别制度通常可在与特别法遇到的相同的条件下减损一般法(参看上文结论(8)和(10))。

---

<sup>1019</sup> 《大会正式记录，第五十六届会议，补编第 10 号》(A/56/10)，第 76 段。见关于美国驻德黑兰的外交和领事工作人员(美利坚合众国诉伊朗)案，《1980 年国际法院案例汇编》，第 40 页，第 86 段，法院说：“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，又预见到他们可能受到使团成员的虐待，详细说明了接受国可用于对付任何此类虐待的手段”。

<sup>1020</sup> 参看 S.S.“温布尔登”案，《常设国际法院案例汇编》，A 辑，第 1 号 (1923)，第 23-4 页指出，1919 年《凡尔赛条约》中关于基尔运河的规定：“...同[德意志]帝国国内航道需要遵守的不同规定不只是一个...基尔运河向与德国维持和平的所有国家的军舰和过境交通开放，但只有同盟国和联系国...才能够自由进出德国的其他航道。因此，基尔运河的规定是自足的”。

(15) 一般法在特别制度中的第一个作用：填补空白。依其定义，特别法的范围狭于一般法。因此经常出现这样的情况：一个不受特别法管辖的事项出现在负责管理特别法的机构面前。在这类情况下，适用有关的一般法。<sup>1021</sup>

(16) 一般法在特别制度中的第二个作用：特别制度失效。特别制度或特别制度所设立的机构可能未按意图发挥作用。在这类情况下，适用有关的一般法。当无法实现原定的宗旨、一个或数个成员长期不遵守、废除、重要成员的退出以及其他原因，都可能是失效的体现。然而，一个制度是否就此“失效”，则首先需要取决于其章程性文书的解释。如果失效，相关一般法即告适用。

#### 4. 《维也纳条约法公约》第三十一条第三款(丙)项

(17) 体系整合。《维也纳条约法公约》第三十一条第三款(丙)项规定了一个《维也纳条约法公约》框架内的方法，据之可适用(上文结论(2)所提到的)解释的关系。它要求条约的解释者考虑“适用于当事国间关系之任何有关国际法规则”。该条款表述了“体系整合”的目的：无论事项为何，条约是国际法律制度的产物，而其作用如何则依这一事实预测。

(18) 解释是体系整合的方式。体系整合管辖所有条约的解释，《维也纳条约法公约》第三十一条和第三十二条则规定了其另外方面的有关内容。这些条款阐述了一个法律推理过程，即：根据被解释条约之规定的性质，特定因素的相关性有大有小。在许多

---

<sup>1021</sup> 因此，班科维奇诉比利时等，2001年12月12日的决定，可否受理的问题，ECHR 2001-XII, 第351页，第57段，欧洲人权法院彻底审查了《欧洲人权和基本自由公约》和一般国际法之间的关系如下：“法院记得：《公约》的基本原则不能凭空解释，也不能在真空中适用。法院在审查同其权限有关的问题和随后按照国际法指导原则确定国家责任时，虽然它必须铭记《公约》作为一项人权条约的特征，也必须考虑到国际法的任何有关规则。《公约》应该尽量按照与形成其一部分的其他国际法规则一致的方式予以解释”。

同样，关于 *Korea - Measures Affecting Government Procurement* (19 January 2000) WT/DS163/R, para.7.96, 世贸组织的上诉机关指出世贸组织涵盖各协定和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条第(2)款要求我们根据解释国际公法的习惯国际法规则，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加宽广。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的拟订工作。”

情况下，解释的问题能够在条约本身的框架内解决。第三十一条第三款(丙)项处理条约外的重要渊源涉及条约解释的情况。这可包括其他条约、习惯规则或一般法律原则。<sup>1022</sup>

(19) 体系整合的适用。当一个条约的作用涉及到其他协议时，将同时以积极和消极两方面的推定而适用体系整合之目的：

- (a) 缔约方同意根据习惯国际法和一般法律原则处理条约本身未明文解决的一切问题；<sup>1023</sup>
- (b) 缔约方承担条约义务时不企图以有悖于公认国际法原则的方式采取行动。<sup>1024</sup>

当然，如果以普通方式解释条约显示了任何其他结果，除非有关原则构成绝对法，否则应当承认该结果。

(20) 适用习惯和一般法律原则。习惯国际法和一般法律原则对于根据第三十一条第三款(丙)项而解释条约尤其相关，特别是有下述情况时：

- (a) 条约规则不清或未确定；
- (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，而解释者有必要采用上述第 19 段(a)项结论中的假定，寻找国际法另外领域所产生的规则来解决问题。

(21) 适用其他条约的规则。第三十一条第三款(丙)项也要求解释者考虑其他条约的规则，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、或者当其表明了缔约方对于被解释条约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) 相对暂时性。国际法是一个动态的法律制度。解释者在适用第三十一条第三款(丙)项时，究竟应援用缔约时有效的国际法规则，还是也可兼顾法律的后来演

---

<sup>1022</sup> 在石油平台案中(伊朗诉美利坚合众国)(案情实质)，《2003年国际法院案例汇编》，第41段，国际法院引述《维也纳条约法公约》第三十一条第三款(丙)项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》中所反映的条约解释的一般规则，解释必须考虑到‘适用于当事方间关系的任何有关的国际法规则’(第三十一条第三款(丙)项)。法院不能接受这样的论点：1955年《条约》第二十条第一款(丁)项的实行完全不以国际法相关规则为转移...因此，与这个问题有关的国际法有关规则的适用形成1955年《条约》委托国际法院的解释任务的一个整体部分...”。

<sup>1023</sup> 乔治·潘松案(法国诉墨西哥合众国)1928年4月13日的裁决，《联合国国际仲裁裁决汇编》，第五卷，第422页。据指出，就条约本身没有以明文规定或以不同方式予以解决的问题向当事方引述了一般国际法原则。

<sup>1024</sup> 关于印度领土的通过权的案件(葡萄牙诉印度)(初步反对意见)，《1957年国际法院案例汇编》，第125页起，见第142页，法院说：“解释的规则是，政府发布的文件必须从原则上解释为根据现行法律(而不是以违反它的方式)生效或有意生效”。

变，一般取决于条约的含义。此外，条约某一项之规定的含义也可受后来发展情况的影响，特别是当后来发展情况已反映在习惯法和一般法律原则之中时。<sup>1025</sup>

(23) 未定或演变的概念。特别是条约所用概念是未定或演变的，则可考虑被解释的条约自其产生以后出现的国际法规则。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；<sup>1026</sup> (b) 该概念为缔约方规定了进一步逐渐发展的义务；或者(c) 该概念具有非常一般的性质、或者是以必须考虑情况变化的那类一般性用语表述的。<sup>1027</sup>

## 5. 先后规范之间的冲突

(24) 后法废止前法。根据《维也纳条约法公约》第三十条第三款，当后来的所有缔约方也是先前条约的缔约方时，而先前条约并未中止或终止，则仅在其规定符合

---

<sup>1025</sup> 这条传统规则是胡贝尔法官在帕尔马斯群岛案(荷兰诉美利坚合众国)的领土要求情况中陈述的，1928年4月4日的裁决，《联合国国际仲裁裁决汇编》，第二卷，第829页起，见第845页：“...法案事实必须依照与其同一时期的法律、而不是在争端产生或未能解决时有有效的法律进行评价...使产生权利的行为服从于权利产生时有有效的法律的同一原则，要求权利的存在，换言之，它的不断显现，应遵循法律演变所需的条件”。

<sup>1026</sup> 关于加布奇科沃-大毛罗斯项目案(匈牙利诉斯洛伐克)，《1977年国际法院案例汇编》，第7页起，见第67-68页，第112段，法院认为：“缔约方将这些变化的规定插入了条约，从而承认了调整项目使之适应新的情况的潜在必要性。所以，条约不是静止的，应可随时修订，以适应新出现的国际法规范。通过第15条和第19条，新的环境规范可以纳入《联合合同计划》”。

在2005年5月24日的莱茵铁路公司仲裁案(比利时诉荷兰)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生产设备方面的新技术发展。从发展的观进行解释以确保根据条约的目标和宗旨来予以有效适用。法庭在第82和第83段中认为：“1939年《分离条约》的目标和宗旨是要解决会使得比利时和荷兰的稳定分开复杂化的许多困难问题：第十二条的目标和宗旨是要根据1842年边界条约指定的路线提供从比利时到德国的运输联系。这个目标不是固定期限内的目标，它的宗旨是“商务交通。”因而断定，即使在没有明确措词，这些工程，由于可能经常符合当代商务的需要，除了恢复以往的功能以外，仍然是比利时应该能够要求的运输权利的伴随物。因此，第十二条的全部，基于权利和义务的审慎均衡，在原则上仍然适用于比利时要求进行的修改和现代化”，仲裁案文载于 <http://www.pca-cpa.org>。(上次访问网站日期为2006年7月14日)。

<sup>1027</sup> 参看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，咨询意见，《1971年国际法院案例汇编》，第16页起，见第31页，第53段。法院说，“神圣托管”概念顾名思义是在演变的。“因此，就此而论，《公约》缔约方必须被视为已经予以接受。因此，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，而其解释不能不通过《联合国宪章》和习惯国际法而受到其后法律情况的影响。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”。

关于加布奇科沃-大毛罗斯项目案(匈牙利诉斯洛伐克)，《1997年国际法院案例汇编》，第76-80页，第132-147段，国际法院说：“国际法院希望指出，最新制定的环境法规范对条约的执行具有举足轻重的作用，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，并在就需要在联合合同计划中加以规定的手段达成一致时考虑新的环境规范。...”

于后来条约规定的范围内适用。这是一个根据“后法废止前法”的原则所做的表述。同一原则也表示条约一般来说优先于先前的习惯法。

(25) “后法”原则的限度。然而，适用后法原则是有限度的。例如，当后来条约的缔约方与先前条约的缔约方并非完全一致时，则不能当然适用。在这类情况下，如《维也纳条约法公约》第三十条第四款所规定的，两个不一致条约的缔约国在与其他缔约国的关系上分别受两个条约的约束。如果它无法同时履行两个条约的义务，则对违反其中之一而负有责任。在这类情况下，也可适用《维也纳条约法公约》第六十条。一般规则无法回答应当履行哪一个不一致条约、以及对哪一条约的违反应当依据国家责任而处罚问题。<sup>1028</sup> 下文结论(26)-(27)载述那时可能考虑到的一些因素。

(26) 属于同一“制度”条约之规定与属于不同“制度”之规定之间的区分。在涉及那些属于有机构性联系或试图促进同样目标的条约之冲突重迭规定方面，后来法原则的作用最大(即形成同一制度的一部分)。当不同制度的条约之间出现冲突或重迭时，哪一个在时间上靠后的问题不能用以表明它们之间固有的优先顺序。反之，受到条约义务约束的国家应该尽量着眼于相互适应、试图按照融洽原则加以履行。但是，条约缔约方或第三方受益人的实质权利不应该受到破坏。

(27) 条约或条约规定的特殊类型。当从条款的性质或相关文书，或从其目标和宗旨推断缔约方另有意图时，后法假设不得适用。对结论(10)中的特别法假设适用的限制，对于后法来说，也可能是适切的。

(28) 制度内和制度间争端的解决。国家间涉及条约规定冲突的争端，通常应该由相关条约的缔约方通过谈判解决。然而，当无法谈判解决时，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)中所界定的)内的规定时，可恰当地在具体制度机制内解决。但是，当冲突涉及并非同一制度的条约之规定时，则应特别注意所选择的解决手段的独立性。

(29) 相互间协议。《维也纳条约法公约》第四十一条处理仅由某些缔约方以协议(相互间协议)修正多边条约的情况。这类协议通常是一种在有限的缔约方之间采取更有效履行原始条约的手段：它们愿意采取更有效或更深远的措施来实现原始条约的目的和宗旨。如果原始条约有此规定，或者并未具体禁止，并且“(一) 不影响其他

---

<sup>1028</sup> 关于先后规范之间冲突的案例法不多。但是，一项条约冲突的情况出现于 Slivenko 等诉拉脱维亚案(2002年1月23日关于可否受理的决定)欧洲人权法院 2002-II, 第 482-483 页, 第 60-61 段, 欧洲人权法院在该案中认为, 不能援引拉脱维亚和俄罗斯之间先前的一项条约以限制《欧洲人权和基本自由公约》的适用: “把《欧洲人权公约》第 57 条第 1 款与第 1 条合看可以预示, 一个国家批准该公约, 就要求当时在其境内实行的一切法律应当符合该公约。法院认为, 同样的原则必须适用于在批准公约之前已经缔结而且有可能与该公约某些规定相左的国际条约的任何条款。”。



当事国享有条约上之权利或履行其义务；(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”(《维也纳条约法公约》第四十一条第一款(乙)项)。

(30) 冲突条款。当各国缔结可能与其他条约冲突的条约时，它们应当通过在这些条约中制定适当条款来确定这类条约之间的关系。当制定这类条款时，应当铭记：

- (a) 不得影响第三方的权利；
- (b) 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) 它们应该在适当时同争端解决手段相联系。

## 6. 国际法的等级：绝对法、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》第三十八条中所载列的条约、习惯、一般法律原则)彼此之间并不存在等级关系。<sup>1029</sup> 由于两个制度之间的差异，类比国内法律制度的等级性质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，从而在国际法制度中享有更高的地位或特别的地位。有时，表现为指定某些规范是“基本的”或者“人性的基本考虑因素”<sup>1030</sup> 或者“不可违犯的国际法原则”来体现。<sup>1031</sup> 通常是由出现这类指定的有关情况或文书来决定为类指定的可能效果。

(32) 因规则的实质内容而受公认的等级关系：绝对法。可依据其内容来决定一个国际法规则优于另一个规则。这是国际法强制规范(绝对法，《维也纳条约法公约》第五十三条)的情况。也就是说，“国际社会全体接受并公认为不许损抑”的规范。<sup>1032</sup>

(33) 绝对法的内容。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、种族灭绝、种族歧视、种族隔离和酷刑的规则以及适用于武装冲突中的国际

---

<sup>1029</sup> 此外，第 38 条(d)款提到“司法判决和各国最优秀国际法专家的教导，作为确定法律规则的辅助手段。

<sup>1030</sup> 科孚海峡案(联合王国诉阿尔巴尼亚)，《1949 年国际法院案例汇编》，第 22 页。

<sup>1031</sup> 进行核武器威胁或使用核武器的合法性案，咨询意见，《1996 年国际法院案例汇编》，第 79 段。

<sup>1032</sup> 《维也纳条约法公约》第五十三条：一项条约如在缔结时与一般国际法强制性规范抵触则无效。为本公约的目的，一般国际法强制性规范指各国组成的国际社会作为整体所接受，并承认为不许减损，且只能由嗣后具有同样性质的一般国际法规范方可加以更改的规范。

人道主义法的基本规则和自决权。<sup>1033</sup> 只要是国际社会全体接受并公认为不许损抑的，其他规则也可具有绝对法的性质。

(34) 由于条约规定而受公认的等级关系：《联合国宪章》第一百零三条。国际法规则也可由于某一条约规定而高于其他规则。这是《联合国宪章》第一百零三条的情况：“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) 《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关所做的约束性决定。<sup>1034</sup> 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不一致的习惯国际法。

(36) 《联合国宪章》的地位。另外，据公认，《联合国宪章》本身由于其中某些规范的基本性质，尤其是其原则与宗旨以及被普遍接受的事实，享有特殊的性质。<sup>1035</sup>

(37) 规定对整个国际社会的义务的规则：普遍义务。某些义务由于其适用性遍及全球而具有特殊地位。这就是普遍义务的情况，也就是一国对整个国际社会的义务。这些规则涉及所有国家，因而认定，所有国家对于保护所涉及的权利具有合法利益。<sup>1036</sup> 每一国家都可追究违反这类义务的国家的责任。<sup>1037</sup>

---

<sup>1033</sup> 《大会正式记录，第五十六届会议，补编第 10 号》(A/56/10)，《国家责任条款草案》第 40 条评注，第 (4)-(6) 段。并参看第 26 条评注，第 (5) 段。也参看刚果境内武装活动案(刚果民主共和国诉卢旺达)，《2006 年国际法院案例汇编》，第 64 段。

<sup>1034</sup> 洛克比空难事件引起的 1971 年《蒙特利尔公约》的解释和适用问题(阿拉伯利比亚民众国诉美利坚合众国)(临时措施)，《1998 年国际法院案例汇编》，第 42 段和关于洛克比空难事件引起的 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 年国际法院案例汇编》，第 39-40 段。

<sup>1035</sup> 见《联合国宪章》第二条第六项。

<sup>1036</sup> 国际法院认为：“……应当从基本上区分一国对整个国际社会的义务和在外交保护领域面对另一国而起的义务。依据其性质，前者是所有国家关注的事项。鉴于所涉权利的重要性，可以认为所有国家在这些权利保护中都有合法利益，它们就是普遍义务。巴塞罗那电车、电灯及电力有限公司案(比利时诉西班牙)(第二阶段)《1970 年国际法院案例汇编》，第 3 页起，见第 32 页，第 33 段。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根据一般国际法对国际社会承担的义务，鉴于国际社会的共同价值和它对于遵守的关注，如果这项义务被违反了，所有国家都可以采取行动”。国际法学会，“国际法中的普遍义务和权利”，克拉科夫会议，《2005 年国际法年鉴》，第 1 条。

<sup>1037</sup> 《大会正式记录，第五十六届会议，补编第 10 号》(A/56/10)，《国家对国际不法行为的责任条款草案》第 48 条第 1 款(b)项。这方面包括《改善野外武装部队伤者病者境遇的日内瓦公约》、《改善海上武装部队伤者病者及遇船难者境遇的日内瓦公约》、《关于战俘待遇的日内瓦公约》和《关于战时保护平民的日内瓦公约》共同的第一条。这四项公约都是在 1949 年 8 月 12 日通过的。

(38) 绝对法规范和普遍义务之间的关系。据公认，尽管上文所述结论(33)提到的绝对法规范所确立的一切义务也具有普遍义务的性质，但反过来却不一定对。<sup>1038</sup>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，“关于基本人权的原则和规则”所确立的一些义务<sup>1039</sup>以及同全球公域有关的一些义务<sup>1040</sup>就属于这样的情况。

(39) 对普遍义务概念的不同处理方式。普遍义务概念也被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)<sup>1041</sup>或对作为第三方受益人的非缔约国的条约义务。而且，领土地位问题经常在普遍义务中处理，指对于所有国家的可反对性。<sup>1042</sup>因此，据认为，边界和领土条约“是[]一个必然会撞击到第三国的法律现实，因为它们具有普遍性的影响。”<sup>1043</sup>

---

<sup>1038</sup> 国际法院指出，“例如在当代国际法中，这些义务来自宣布侵略行为和灭绝种族行为为非法，也来源于有关人身基本权利的原则和规则，包括不受奴役和种族歧视的保护。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授予另外的一些权利。”巴塞罗那电车、电灯及电力有限公司案(比利时诉西班牙)(第二阶段)《1970年国际法院案例汇编》，第3页起，见第32页，第34段。也参看关于东帝汶案(葡萄牙诉澳大利亚)，《1995年国际法院案例汇编》，第90页起，见第102页，第29段。也参看在巴勒斯坦领土上修建隔离墙的法律后果案，咨询意见，《2004年国际法院案例汇编》，第155和第159段(包括“国际人道主义法”作为普遍义务规定的“……一些义务”以及自决权利)。关于将禁止灭绝种族行为作为一项普遍义务，参看关于适用《防止和惩治灭绝种族罪公约》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年国际法院案例汇编》，第595页，载于第31段和刚果境内武装活动案(刚果民主共和国诉卢旺达)，《2006年国际法院案例汇编》，第64段。在Furundzija案中，禁止酷刑既被界定为是一项强制性规范，亦被作为一项普遍义务，参看检察官诉Anto Furundzija案，1998年12月10日的判决，案件编号：IT-95-17/1，第二审判分庭，ILR, vol.L121 (2002), p.260, para.151.

<sup>1039</sup> 巴塞罗那电车公司案，同上。

<sup>1040</sup> 这些义务载于《各国探索和利用包括月球和其他天体的外层空间指导原则条约》第1条，《联合国条约汇编》，第610卷，第205页和《联合国海洋法公约》第一百三十六条，《联合国条约汇编》，第1834卷，第396页。

<sup>1041</sup> 国际法学会，“国际法中的普遍义务”，克拉科夫届会，《2005年……年鉴》，第1条(b)款。

<sup>1042</sup> “我认为，在海洋管辖区存在所有权的情形下，无论划归大陆架或(辩论中)划归渔业区，都有普遍义务，即：根据国际法，所有国家都可以提出反对”，奥达法官的个别意见，格陵兰和Jan Mayen间区域的海洋定界案(丹麦诉挪威)，判决，《1993年国际法院案例汇编》，第38页起，见第100页，第40段。也参看德卡斯特罗法官的个别意见，载于南非不顾安全理事会第276(1970)号决议继续留驻纳米比亚(西南非洲)的法律后果，咨询意见，《1971年国际法院案例汇编》，第16页起，见第165页：“……一种类似于法律地位有时与之产生混淆的物权限制在各国相互间和针对所有国家实施”。也参看Skubiszewski法官在东帝汶案中的不同意见(葡萄牙诉澳大利亚)，《1995年国际法院案例汇编》，第90页起，见第248页，第78-79段。

<sup>1043</sup> 厄立特里亚政府诉也门共和国政府(第一阶段：领土主权和争端的范围)，仲裁法庭，1998年10月9日，ILR, vol.L114(1999)第1页起，见第48页，第153段。

(40) 强制法和《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，因此强制法规范和《宪章》义务之间的冲突是难以想象的。无论如何，根据《宪章》第二十四条第二款，安全理事会应该根据联合国的宗旨和原则——其中包括后来被当做强制法处理的规范，采取行动。

(41) 绝对法规范和《宪章》第一百零三条的作用和效果

- (a) 一个与绝对法规范相冲突的规则因此而实际上无效；
- (b) 一个与《联合国宪章》第一百零三条相冲突的规则因这一冲突而不可适用。

(42) 等级和一致化原则。国际法规则之间的冲突应该根据上文结论(4)中载述的一致化原则来解决。如果在本节提到的一个等级较高的规范和另一个国际法规范之间出现冲突，应该尽量以同前者一致的方式解释后者。如果这一点办不到，等级较高的规范应居于优先地位。

## 第十三章

### 委员会的其他决定和结论

#### A. 对外国人的驱逐

252. 委员会收到了该专题特别报告员莫里斯·卡姆托先生的第一次报告(A/CN.4/573)和秘书处编写的一份备忘录(A/CN.4/565)。委员会决定在 2007 年其下届会议上审议该报告。

#### B. 委员会的方案、程序、工作方法和文件

253. 在 2006 年 7 月 25 日举行的第 2899 次会议上，委员会设立了本届会议规划组。<sup>1044</sup>

254. 规划组举行了三次会议。它收到了题为“委员会的其他决定和结论”的大会第六委员会在大会第六十届会议期间讨论情况的专题摘要 I 节以及大会关于国际法委员会第五十七届会议工作报告的第 60/22 号决议，特别是第 6、7、8、13 和 16 段。它还收到并注意到关于“方案 6—法律事务，次级方案 3—国际法的逐渐发展和编纂”的拟议的 2008-2009 年计划大纲。

255. 在 2006 年 8 月 7 日举行的第 2907 次会议上，委员会注意到规划组的报告。

##### 1. 长期工作方案

256. 在本届会议上恢复了规划组在委员会第五十四届会议(2002 年)上设立的以佩莱先生为主席的长期工作方案工作组。<sup>1045</sup> 工作组在 2006 年 7 月 27 日向规划组提交了报告。按照既定的惯例，工作组被要求在五年期届满时即在委员会第五十八届会议(2006 年)上提交报告。在本五年期间，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在其第四十九届会议(1997 年)上提出的下述建议：

---

<sup>1044</sup> 规划组成员名单见上文第 6 段。

<sup>1045</sup> 《大会正式记录，第五十七届会议，补编第 16 号》(A/57/10)，第 521 段。关于工作组成员名单，见上文第 10 段。

- (a) 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) 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) 专题应具体，而且在逐渐发展方面是可行的。

[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最新发展以及国际社会的紧迫关切的专题。<sup>1046</sup>

257. 铭记上述标准，规划组在本五年期内曾建议将以下专题纳入委员会长期工作方案，并且得到委员会的核准：

- (a) 引渡或起诉的义务(*aut dedere aut judicare*)；
- (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；
- (e) 信息跨界流动的个人数据保护；
- (f) 域外管辖权。

258. 除“引渡或起诉的义务(*aut dedere aut judicare*)”之外，建议纳入长期工作方案的各专题的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(*aut dedere aut judicare*)”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。<sup>1047</sup>在同届会议上，委员会同意将此专题纳入长期工作方案。<sup>1048</sup>

259. 关于“最惠国条款”这一专题，规划组未提出最后建议。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(第三章，第33段)。<sup>1049</sup>

260. 委员会第四十四届会议(1992年)以来的长期工作方案所包含的汇总清单如下<sup>1050</sup>：

<sup>1046</sup> 《1997年...年鉴》，第二卷(第二部分)，第71-72页，第238段。

<sup>1047</sup> 《大会正式记录，第五十九届会议，补编第10号》(A/59/10)，第362段及附件。

<sup>1048</sup> 同上，第363段。

<sup>1049</sup> 委员会在其第二十届会议(1967年)上将“最惠国条款”纳入了工作方案，并相继任命 Endre Ustor 以及 Nikolai A.Ushakov 担任特别报告员。委员会在其第三十届会议(1978年)上完成了该专题的二读。联大在其第三十五届、第三十六届、第三十八届、第四十届以及第四十三届会议(1980年、1981年、1983年、1985年和1988年)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。联大第四十六届会议(1991年)第46/416号决定感谢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此条款草案，供其处理类似情况并在其认为适当的限度内酌情考虑。

<sup>1050</sup> 为了就国际公法的主要领域确立全球统一的看法，委员会在其第四十八届会议(1996年)上确立了按照13个主要领域分类的总的专题规划。该清单并未囊括一切，而是作为一般参考。该清单见《1996年...年鉴》，第二卷(第二部分)，附件二。

- (a) 关于对条约的保留的法律和惯例 <sup>1051</sup> ；
- (b) 国家继承及其对自然人和法人国籍的影响 <sup>1052</sup> ；
- (c) 外交保护 <sup>1053</sup> ；
- (d) 国家海事管辖范围以外的沉船的所有权及保护 <sup>1054</sup> ；
- (e) 国家的单方面行为 <sup>1055</sup> ；
- (f) 国际组织的责任 <sup>1056</sup> ；
- (g) 国家共有的自然资源 <sup>1057</sup> ；
- (h) 国际法不成体系所产生的风险 <sup>1058</sup> ；
- (i) 武装冲突对条约的影响 <sup>1059</sup> ；
- (j) 对外国人的驱逐 <sup>1060</sup> ；
- (k) 引渡或起诉的义务(*aut dedere aut judicare*) <sup>1061</sup> ；
- (l) 国家官员的外国刑事管辖豁免 <sup>1062</sup> ；
- (m) 国际组织的管辖豁免 <sup>1063</sup> ；

<sup>1051</sup> 《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。同时见1993年12月9日联大第48/31号决议。该专题的名称随后被改为“对条约的保留”，《1995年...年鉴》，第二卷(第二部分)，第487(a)段。

<sup>1052</sup> 同上，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。同时见1993年12月9日联大第48/31号决议。该专题的名称随后被改为“与国家继承有关的国籍问题”，《1996年...年鉴》，第二卷(第二部分)，第88段。同时见1996年12月11日联大第51/160号决议。

<sup>1053</sup> 《1995年...年鉴》，第二卷(第二部分)，第501段。根据1996年12月11日联大委员会第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，《大会正式记录，第五十二届会议，补编第10号》(A/52/10)，第169至171段。

<sup>1054</sup> 《1996年...年鉴》，第二卷(第二部分)，第248段。

<sup>1055</sup> 同上。根据1996年12月11日联大委员会第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，《大会正式记录，第五十二届会议，补编第10号》(A/52/10)，第191至194段。

<sup>1056</sup> 《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，《大会正式记录，第五十七届会议，补编第10号》(A/57/10和Corr.1)，第517段。

<sup>1057</sup> 同上。委员会在第五十四届会议(2002年)上将此专题纳入其议程，《大会正式记录，第五十七届会议，补编第10号》(A/57/10和Corr.1)，第518段。

<sup>1058</sup> 同上。委员会在第五十四届会议(2002年)上将此专题纳入其议程，《大会正式记录，第五十七届会议，补编第10号》(A/57/10和Corr.1)，第518段。该专题的名称随后被改为“国际法不成体系的问题：国际法多样化和扩展引起的困难”，同上，第492至494页。

<sup>1059</sup> 同上。委员会在第五十六届会议(2004年)上将此专题纳入其议程，《大会正式记录，第五十九届会议，补编第10号》(A/59/10)，第364段。

<sup>1060</sup> 同上。委员会在第五十六届会议(2004年)上将此专题纳入其议程，《大会正式记录，第五十九届会议，补编第10号》(A/59/10)，第364段。

<sup>1061</sup> 《大会正式记录，第五十九届会议，补编第10号》(A/59/10)，第362和第363段及附件。

<sup>1062</sup> 见上文第257段，及下文附件A。

<sup>1063</sup> 同上，及下文附件B。

- (n) 发生灾害时的人员保护 <sup>1064</sup> ；
- (o) 信息跨界流动的个人数据保护 <sup>1065</sup> ；
- (p) 域外管辖权 <sup>1066</sup> 。

261. 委员会感谢编纂司在起草关于“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的宝贵协助。这些建议是应长期工作方案工作组的请求而编写，并供工作组审议。

## 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规定和细则及其有关部门的繁重工作量，委员会再一次强调，为了提前处理和分发报告以让委员们进行研究，特别报告员及时提交报告很重要。

263. 委员会重申其对提交和开放一切与委员会逐渐发展和编纂国际法任务有关的国家实践和其他国际法渊源之资料的重视。尽管委员会了解尽可能简明的益处，但它强烈认为不能事先限制文件和研究报告的长度，特别是特别报告员的报告。

264. 委员会感谢编纂司在为委员会提供的实质性服务和在提供法律资料及其分析而协助起草研究报告方面所做的宝贵协助。委员会特别对秘书处关于“对外国人的驱逐”问题的备忘录所体现的深入研究工作表示感谢。

265. 委员会请秘书处向委员会提供有关委员会工作的出版物情况。

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第七版。

267. 委员会感谢秘书处在开设委员会新网站 <sup>1067</sup> 工作方面所取得的成果。新网站构成委员会所承担工作的一个无价资源，成为研究委员会工作的一个资料工具，从而有助于全面加强国际法的教学、研究、传播和广泛了解。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)，并开发新的电子传播手段。

---

<sup>1064</sup> 同上，及下文附件 C。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。该建议的文本存于编纂司。

<sup>1065</sup> 同上，及下文附件 D。

<sup>1066</sup> 同上，及下文附件 E。需要一提的是，拉奥先生编写过一项题为“国家立法的域外实施”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。

<sup>1067</sup> 网址是 <http://www.un.org/law/ilc>。



### 3. 与联合国人权专家一起举行会议

268. 根据其《章程》第 25 条第(1)款，<sup>1068</sup> 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一起举行一次会议，以便讨论对人权条约的保留所涉及的问题。

### 4. 酬 金

269. 委员会再次重申对大会于 2002 年 3 月 27 日通过的第 56/272 号决议所引起的酬金问题的意见，委员会以前的报告表明了这一意见。<sup>1069</sup> 委员会再次强调，上述决议尤其影响到特别报告员、尤其是来自发展中国家的特别报告员，因为该决议缩减了对他们研究工作的资助。委员会促请大会重新审议这一事项，以期在现阶段恢复特别报告员的酬金。

### 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 日和 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 日第 2899 次会议上作了发言，她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。<sup>1070</sup> 发言后进行了意见交换。

272. 亚非法律协商组织秘书长瓦菲克·卡米勒先生代表该机构出席了委员会本届会议，他在委员会 2006 年 7 月 21 日第 2898 次会议上作了发言。<sup>1071</sup> 发言之后进行了意见交换。

---

<sup>1068</sup> 《章程》第 25 条第(1)款规定：“委员会在它认为必要时，可与联合国的任何机关就其职权范围内的任何事项进行磋商。”

<sup>1069</sup> 《大会正式记录，第五十七届会议，补编第 10 号》(A/57/10)，第 525-531 段；同上，《第五十八届会议，补编第 10 号》(A/58/10)，第 447 段；同上，《第五十九届会议，补编第 10 号》(A/59/10)，第 364 段；及同上，《第六十届会议，补编第 10 号》(A/60/10)，第 501 段。

<sup>1070</sup> 这次发言载于该次会议的简要记录。

<sup>1071</sup> 同上。

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届会议，他在委员会 2006 年 8 月 3 日第 2904 次会议上作了发言。<sup>1072</sup> 发言之后进行了意见交换。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届会议，他在委员会 2006 年 8 月 3 日第 2904 次会议上作了发言。<sup>1073</sup> 发言之后进行了意见交换。

### 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-齐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，特别报告员无法出席大会第六十一届会议表示遗憾。

### F. 国际法讲习会

277. 依照大会第 60/22 号决议，第四十二届国际法讲习会于 2006 年 7 月 3 日至 22 日国际法委员会第五十八届会议期间在万国宫举行。讲习会的对象是攻读国际法专业高等学位的学生和打算从事学术或外交生涯或在其本国公务员系统任职的年轻教师或政府官员。

278. 主要来自发展中国家而分属不同国籍的 25 名学员参加了这届讲习会<sup>1074</sup>。讲习会学员观察了委员会的全体会议，参加了特别安排的专题演讲和关于特定专题的工作组。

---

<sup>1072</sup> 同上。

<sup>1073</sup> 同上。

<sup>1074</sup> 下列人员参加了第四十二届国际法讲习会：Andy Aron 先生(印度尼西亚)、Shakira Maria Bedoya-Sanchez 女士(秘鲁)、Kemoko Diakit 先生(塞内加尔)、Sasha Franklin 女士(特立尼达和多巴哥)、Sandra Garc a-Loredo 女士(墨西哥)、Syuzanna Gevorgyan 女士(亚美尼亚)、Henok Teferra 先生(埃塞俄比亚)、Tam s 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)、Myrtille 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 人参加讲习会。入选的第 26 名申请人在最后一刻未能参加讲习会。

279. 讲习会由委员会主席纪尧姆·庞布—齐文达先生主持开幕。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会的行政管理、组织事宜和会议的进行，由联合国日内瓦办事处法律顾问维托里奥·马伊内蒂先生予以协助。

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：“*aut dedere aut judicare*”、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：“国际法院审理的达富尔案”、马尔蒂·科斯肯涅米先生：“国际法不成体系问题”。

281. 下列人士也作了演讲：国际法讲习会主任助理维托里奥·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玛丽亚·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：“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”。还安排了一次同联合国法律顾问尼古拉·米歇尔先生的会见，他向讲习会学员讲了话，并介绍了法律事务厅的活动。

282. 讲习会学员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。也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，用一个早上的时间专门访问了世界贸易组织。侧重讨论了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厅舍举办了会议—辩论，有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。侧重讨论了难民高专的组织结构与任务授权和难民法。

284. 讲习会学员也访问了威尔逊宫的人权事务高级专员办事处。他们在听取马尔库斯·施密特先生(人权高专办)对人权事务委员会工作的简报以后，参加了科索沃特派团提交人权事务委员会的报告介绍会。

285. 每一个参加讲习会的学员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”。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·杜加尔德先生为工作组提供了指导。此外，讲习会两位从前的学员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·孔茨利女士曾帮助进行工作组的组织和协调工作。工作组向讲习会提交了各自的结论。每一位学员也被指派提交关于一次演讲的简要书面报告。已将报告编辑成册，分发给所有学员。

286. 日内瓦共和国和州向学员们提供了传统的盛情接待，由导游带领参观了市政厅的阿拉巴马室，随后又举行了招待会。

287. 在讲习会闭幕式上，国际法委员会主席纪尧姆·庞布-齐文达先生、国际法讲习会主任乌里希·冯·布卢门撒尔先生和学员代表卡桑德拉·斯蒂尔女士向委员会和学员们致词。每一名学员都收到一份证书，证明参加了第四十二届讲习会。

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会信托基金提供了或承诺提供自愿捐款。基金的财务状况使它可以提供足够份数的研究金，使发展中国家的优秀学员得以参加，从而保证了学员的适当地域分布。今年，向 18 名学员颁发了全额研究金(旅费和生活津贴)，向 1 名学员颁发了部分研究金(只给生活津贴)。

289. 1965 年开始举行讲习会以来，在分别属于 157 个不同国籍的 927 名学员当中，有 576 人获得了研究金。

290. 委员会强调，它十分重视各届讲习会，这些讲习会使(特别是)来自发展中国家的年轻法律工作者能够熟悉委员会的工作和总部设在日内瓦的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 年举行讲习会，并有尽可能多的学员参加。

291. 委员会满意地注意到 2006 年讲习会获得了全面的口译服务。委员会希望下届讲习会在现有资源范围内也能获得同样的服务。

## 附 件

附件 A.	国家官员的外国刑事管辖豁免.....	320
附件 B.	国际组织的管辖豁免.....	336
附件 C.	发生灾害时的人员保护问题.....	345
附件 D.	信息跨界流动的个人数据保护问题.....	365
附件 E.	域外管辖权.....	389

## 附件 A

### 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，无论其在本国的官方地位如何。同时，几乎无可置疑的是，国家官员的豁免对于保持国家间关系的稳定是必不可少的。

2. 在联合王国审理智利前独裁者皮诺切特将军案后，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。<sup>1</sup> 在 1998 年至 2001 年期间，各国共有 20 多家国内法院试图对外国高级官员和卸任官员提起刑事诉讼。<sup>2</sup> 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 L.-D. 卡比拉；2001 年至 2002 年在比利时试图起诉以色列总理 A. 沙龙；2000 年至 2001 年在法国试图起诉利比亚总统 M. 卡扎菲、刚果共和国总统德·萨苏·恩格索以及古巴领导人 F. 卡斯特罗；2001 年在塞内加尔试图起诉乍得前总统 H. 哈布雷。<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> United Kingdom High Court of Justice, Queen's Bench Division (Divisional Court): *In Re Augusto Pinochet Ugarte*, ILM, vol. 38 (1999), p. 68, at pp. 68-90; United Kingdom House of Lords: *Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis, Ex parte Pinochet*, ILM, vol. 37 (1998), p. 1302, at pp. 1302-1339; United Kingdom House of Lords: *Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others, Ex parte Pinochet*, ILM, vol. 38 (1999), p. 581, at pp. 581-663.

<sup>2</sup> 例如见 Borghi A., *L'immunité des dirigeants politiques en droit international* (Genève: Helbing & Lichtenhahn, Genève, 2003), pp. 361-369.

<sup>3</sup> “Plusieurs affaires qui ont défrayé la chronique à la fin des années 1990 ont posé la question des limites de l'immunité de juridiction dont disposaient les chefs d'Etats ou anciens chefs d'Etats.” P. Daillier et A. Pellet, *Droit international public*, Nguyen Quoc Dinh (7e édition, Paris, 2002), p. 453.

3. 2002 年，国际法院作出了对“2004 年 4 月 11 日逮捕证”案(刚果民主共和国诉比利时)的判决。<sup>4</sup> 这一判决对这一领域的国际法现状作出了有价值的评估。

4. 目前国际法院正在审理一项事关在法国的某些刑事诉讼程序的案件(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，这项命令对于本议题的讨论也具有意义。<sup>5</sup>

5. 在国际法院的上述判决之后，各国法院也作出了一些判决，对审议本议题有重要意义。例如，美国的上诉法院在 2004 年对涉及津巴布韦总统 R. 穆加贝和中国前领导人江泽民的案件作出最后判决。<sup>6</sup> 尽管这些判决仅涉及民事管辖豁免，但对于审议刑事管辖豁免问题也有意义。

6. 应当指出，在最近法院审理上述案件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。<sup>7</sup>

7. 当试图以严重违反人权(比如酷刑或种族灭绝)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最经常引起公众的重大反应。某些国家最近争取对这类犯罪行使普遍管辖权。然而，不仅在对国际犯罪(或国际法规定的犯罪)行使普遍刑事管辖权时，而且在行使其他形式的管辖权时，这个问题均会出现。例如，一国试图根据本国刑法而起诉另一国的官员或前官员时，便会出现这个问题。这些人被怀疑犯有虽然与大规模和严重侵犯人权无关但是针对行使管辖权之国家或其公民的罪行。

---

<sup>4</sup> 2000 年 4 月 11 日逮捕证案(刚果民主共和国诉比利时)，2002 年 2 月 14 日的判决，[www.icj-cij.org](http://www.icj-cij.org)。

<sup>5</sup> 在法国的若干刑事诉讼程序案(刚果共和国诉法国)，2003 年 6 月 17 日的命令——请求指示临时措施，[www.icj-cij.org](http://www.icj-cij.org)。

<sup>6</sup> *Tachiona v. United States*, 386 F.3d 205, 2004 U.S. App. 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. App. 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 Andrews S., “U.S. Courts Rule on Absolute Immunity and Inviolability of Foreign Heads of State: The Cases against Robert Mugabe and Jiang Zemin,” *ASIL Insight*, [www.asil.org/insights/2004/11/insight041122.html](http://www.asil.org/insights/2004/11/insight041122.html)。

<sup>7</sup> 例如：在乌克兰总理 Y. 季莫申科就任前很久，俄罗斯联邦就对其提起了刑事诉讼。当 2005 年季莫申科计划访问俄国时，关于她在俄罗斯联邦刑事豁免问题的官方立场是由俄罗斯联邦总检察长公开宣布的。他特别指出，既然国家高级领导人包括政府首脑享有豁免，因此如果乌克兰总理 Y. 季莫申科希望访问俄罗斯，是不成问题的。他同时补充说，对 Y. 季莫申科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，俄罗斯军事总检察院才宣布撤销对乌克兰前总理的刑事诉讼 ([http://genproc.gov.ru/ru/news/news\\_current\\_print.shtml?\\_2005/12/2962\\_print.html](http://genproc.gov.ru/ru/news/news_current_print.shtml?_2005/12/2962_print.html))。

8. 原先，在人权问题引起注意很久以前，一个国家及其代表或财产的豁免问题产生于下述两者之间的冲突：一方面是这一国家根据各国主权平等原则所拥有的权利，另一方面是这些代表或财产所在国家根据完全领土管辖权原则所拥有的权利。权利和原则的这一冲突在今天似乎依然重要。的确，显然有可能说，它体现了与制定普遍的和与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，豁免和管辖问题却性质独立，从属于不同的法律规范。如国际法院在上述判决中指出的，“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：有管辖权并非意味着不存在豁免，而不存在豁免也并非意味着有管辖权。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，从而要求其扩张刑事管辖权，但这类管辖权的扩张绝不影响习惯国际法中的豁免……”。<sup>8</sup> 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”。<sup>9</sup> 豁免是管辖权的路障，<sup>10</sup> 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，通过了一项载有 16 个条款的决议<sup>11</sup>。该决议与有关准备工作文件一起构成制定这一领域国际法的重要学说渊源。

11. 2004 年，联合国大会以第 59/38 号决议通过了《联合国关于国家及其财产的管辖豁免公约》。<sup>12</sup> 根据《公约》第 2 条第 1 款(b)项(一)目和(四)目，“国家”一词包括政府的各种机关和以该国家代表身份而行使的国家代表。同时，《公约》第 3 条第 2 款规定其不妨碍国家元首根据国际法所享有的属人管辖方面的特权和豁免。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

---

<sup>8</sup> 2000 年 4 月逮捕证案(刚果民主共和国诉比利时)，2002 年 2 月 14 日的判决，第 59 段。

<sup>9</sup> Bankas E.K., *The State Immunity Controversy in International Law* (Berlin/Heidelberg: Springer, 2005), p. 296.

<sup>10</sup> 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” *The Work of the International Law Commission* (Sixth ed., vol. I, UN, New York, 2004), p. 262.

<sup>11</sup> *Institute of International Law, Yearbook*, vol. 69, 2000-2001 session of Vancouver (Paris: Pedone, 2001), pp. 442-709.

<sup>12</sup> 2004 年 12 月 16 日第 59/38 号决议。



别是政府首脑和外交部长这类高级官员。<sup>13</sup> 然而无论如何，上述决议第 2 段宣称，大会同意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。<sup>14</sup> 特设委员会主席在向第五十九届大会提交报告时指出，《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)。<sup>15</sup>

12. 临时国际法庭的规章(纽伦堡、东京、南斯拉夫、卢旺达)和国际刑事法院的规约都载有条款，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。<sup>16</sup> 然而，这里涉及的是国际刑事管辖权问题。<sup>17</sup>

13. 关于国家官员的外国国内刑事管辖豁免，下述公约的有关条款是众所周知的：1991 年《维也纳外交关系公约》、1993 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《关于国家在其对普遍性国际组织关系上的代表权的维也纳公约》。然而，这些文书仅涉及本专题的某些具体方面。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. 国际法委员会对国家官员豁免问题的处理

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，<sup>18</sup> 纽伦堡法庭章程承认的国际法原则草案，<sup>19</sup> 危害人类和平

---

<sup>13</sup> 国际法委员会关于此问题的评注如下：“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)(一)项和(b)(五)项[《公约》中第(四)项 - R.K.]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”。《大会正式记录》，第四十六届会议，补编《第 10 号》(A/46/10)，第 35-36 页。

<sup>14</sup> 关于这一问题的建议见于特设委员会报告的第 14 段。《大会正式纪录，第五十九届会议，补编第 22 号》(A/59/22)。

<sup>15</sup> 同上，第五十九届会议，第六委员会，第 13 次会议(A/C.6/59/SR.13)。

<sup>16</sup> 《国际军事法庭宪章》第 7 条；《远东国际军事法庭宪章》第 6 条；《前南斯拉夫问题国际法庭规约》第 7 条第 2 款；《卢旺达问题国际法庭规约》第 6 条第 2 款；《罗马规约》第 27 条。

<sup>17</sup> 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。见国际法院，2000 年 4 月 11 日逮捕证案(刚果民主共和国诉比利时)，2002 年 4 月 14 日的判决，第 56-58 段。

<sup>18</sup> 具体见第 2 条草案及其评注。《1949 年……年鉴》，第 287 页。

<sup>19</sup> 具体见第 3 条原则草案及其评注。《1950 年……年鉴》，第二卷，第 192 页。

及安全治罪法草案(1954 年),<sup>20</sup> 危害人类和平及安全治罪法草案(1996 年),<sup>21</sup> 外交<sup>22</sup> 和领事<sup>23</sup> 关系与豁免条款草案, 特别使团条款草案,<sup>24</sup> 国家在其对国际组织关系上的代表权的条款草案,<sup>25</sup> 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,<sup>26</sup> 以及上述的国家及其财产管辖权豁免的条款草案。<sup>27</sup>

15. 然而, 国际法委员会从来没有单独和重点审议国家官员的外国刑事管辖豁免问题。<sup>28</sup>

### 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、上述公约、国际法院在“逮捕证”案中的判决、以及委员会的工作似乎都证明: 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。<sup>29</sup>

17. 国家官员, 首先是国家高级官员犯罪—特别是大规模和严重违反人权或国际人道主义法—应当承担责任、包括刑事责任, 无疑是重要的。当国民权利受到犯罪行为侵犯时, 一国应当能够对犯罪嫌疑人行使刑事管辖权, 这是重要的。然而, 基于普遍承认的国际法原则特别是国家主权平等原则的国家间关系应当是稳定的, 可预测的, 这也是非常重要的。因此, 代表本国行事的官员与其他国家之间应当彼此独立。

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而有助于保证这些概念之间的适当平衡。

---

<sup>20</sup> 具体见第 3 条草案及其评注。《1954 年……年鉴》, 第二卷, 第 119-120 页。

<sup>21</sup> 具体见第 7 条草案及其评注。《1996 年……年鉴》, 第二部分, 第 26-27 页。

<sup>22</sup> 《1958 年……年鉴》, 第二卷, 第 89-105 页。

<sup>23</sup> 《1996 年……年鉴》, 第二卷, 第 89-128 页。

<sup>24</sup> 具体见第 21 条原则草案及其评注。《1997 年……年鉴》, 第二卷, 第 359 页。

<sup>25</sup> 《1971 年……年鉴》, 第一卷, 第 287 页及其后各页; 《1971 年……年鉴》, 第二卷, 第 101-110 页。

<sup>26</sup> 《1972 年……年鉴》, 第二卷, 第 309-323 页。

<sup>27</sup> 见前注 10。

<sup>28</sup> 有人曾建议在国家及其财产的管辖豁免的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 Sompong Sucharitkul 关于本专题的第七次报告第 25 条草案。《1985 年……年鉴》, 第二卷, 第一部分, 第 44 至 45 页。

<sup>29</sup> 关于本专题的出版物简短目录附后。

#### D. 拟议专题的可能审议范围

19. 当委员会分析本专题时，应当特别审议下述问题。

(1) 审议应仅涵盖国内司法豁免。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。

我们建议将分析限于刑事管辖豁免。(同时，也许应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权豁免问题，比如上述国际法学会的条款草案)。

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——而非国内法——所规定的豁免。

(2) 也许有必要首先审议本专题的豁免(包括属事管辖权豁免和属人管辖权豁免)概念与刑事管辖权(包括其基本原则的问题)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，才产生管辖豁免问题。<sup>30</sup>

应当界定委员会关于豁免性质的立场，无论豁免是程序性的还是实质性的；也许还应界定豁免在性质上是否具有强制性这一问题上的立场。后一问题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强制法地位的禁止酷刑、种族灭绝等行为的规则之间的关系。<sup>31</sup>

应当审议管辖豁免与其他具有类似效果的法律学说之间的关系，比如“国家行为”主义和“不可管辖”主义。<sup>32</sup>

也应当审议国家官员豁免与国家豁免和外交豁免之间的关系。

也有必要分析“管辖豁免”、“不可侵犯”、“程序性强制实施措施豁免”和“执行豁免”概念之间的关系。

---

<sup>30</sup> 具体见 2000 年 4 月 11 日逮捕证案(刚果民主共和国诉比利时)，2002 年 2 月 14 日的判决，法官希金斯、科尔曼斯和比尔根塔尔联合发表的单独意见，第 3-5 段。

<sup>31</sup> 关于这些关系的问题，例如见 Judgment on the merits delivered by the Grand Chamber, *Al-Adsani v. The United Kingdom* [GC], No. 35763/97, ECHR 2001-XI, paras. 57-67; *Ibid.*, Joint Dissenting Opinion of Judges Rosakis and Caflish joined by Judges Wildhaber, Costa, Cabral Barreto and Vajic.

<sup>32</sup> “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”。Brownlie I., *Principles of Public International Law*, Fifth ed., (Oxford Univ. Press, N.Y., 1998), 第 326 页；另例如见 Bianchi A., “Immunity versus Human Rights: The Pinochet Case,” *EJIL*, Vol. 10 (1999), 第 266-270 页。

无论可能采取何种形式，委员会关于本专题的最后文件也应当纳入关于官员管辖豁免制度与刑事责任制度之间的区别。豁免并不意味着有罪不罚！<sup>33</sup>

(3) 本研究开始时，重要的是审议基本问题：国家官员外国刑事管辖豁免的原理。例如，豁免是否仅出于职能的必要，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，即：比如说，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，从而保证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主权上的权利？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之国家由于承认在实践上有必要尊重国际礼让而同意不行使管辖权的结果？<sup>34</sup> 国家官员豁免的依据能否等同于国家本身豁免的依据？<sup>35</sup> 本专题审议的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) 有必要确定哪些国家官员享有这类豁免。国际法院在“逮捕证”案中的判决提到外交部长与国家和政府首脑的豁免；这些人被列举为享有外国管辖豁免的国家高级官员。<sup>36</sup> 国际法学会的条款草案则仅提到国家和政府首脑。

委员会也许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(然而，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将出现明显困难)。另一做法是审议不仅高级的、而且国家任何其他官员的豁免问题。

然而，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。至少就这一组官员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，也值得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。

---

<sup>33</sup> 关于这一问题，见 2000 年 4 月 11 日逮捕证案(刚果民主共和国诉比利时)，2002 年 2 月 14 日的判决，第 60 段。

<sup>34</sup> 例如 L. Caplan 认为国家豁免的基础源自拥有领土管辖权的国家的“实际礼让”。Caplan L.M., “State Immunity, Human Rights and Jus cogens: A Critique of the Normative Hierarchy Theory”, *AJIL*, vol. 97 (2003), pp. 745-757.

<sup>35</sup> 关于国际法院实践中的豁免基础，包括官员豁免的基础，例如见 Vereschetin, V.S. & Le Mon, C.J., “Immunities of Individuals under International Law in the Jurisprudence of the International Court of Justice”, in: *The Global Community. Yearbook of International Law and Jurisprudence* (2004, vol. I, pp. 77-89, publ. by Oceana Publ., N.Y.).

<sup>36</sup> “... 国际法上已经牢固确立下述一点：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(刚果民主共和国诉比利时)，2002 年 2 月 14 日的判决，第 51 段。

(5) 在审议此问题时，似乎也应审议外国国家和政府及其首脑的承认问题。例如在 M.A. 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。”<sup>37</sup>

(6) 本专题的中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；他或她离职的期限)。

其次，外国刑事管辖豁免所涵盖的国家官员行为。公务行为，私人行为。区别这两类行为的标准。任职以前、期间和以后所实施的行为。也应当审议这一问题，即：受刑事处罚的行为，特别是国际犯罪，能否被视为公务行为？<sup>38</sup>

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内还是境外犯罪？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，豁免是否取决于该官员在行使管辖权之外国领土上的身分性质(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是表示一个外国不得对该人提起任何刑事诉讼，还是仅排除一些具体的刑事诉讼(即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，在关于某些刑事诉讼的案件(刚果诉法国)中，依关于对临时措施的命令来看，国际法院认为国家元首的外国刑事管辖豁免并不构成一个外国提起任何刑事诉讼的障碍。<sup>39</sup>

第六，豁免是否取决于作为嫌疑人的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有例外的问题。

在最严重的侵犯国际法犯罪案中，包括涉及现任国家官员时，均不存在豁免，这样的观点例如出现于联合王国上院对皮诺切案的审议中，还相当详细地出现于

---

<sup>37</sup> United States v. Noriega, 117 F.3d 1206; 1997 U.S. App. LEXIS16493; 47 Fed. R. Evid. Serv. (Callaghan) 786; 11 Fla. L. Weekly Fed. C 103.

<sup>38</sup> 例如见 2000 年 4 月 11 日逮捕证案 (刚果民主共和国诉比利时)，2002 年 2 月 14 日的判决，法官法官希金斯·科尔曼斯和比尔根塔尔联合发表的单独意见，第 85 段。

<sup>39</sup> 无论如何，法院不认为在法国进行而刚果要求终止的关于刚果官员的这些刑事诉讼侵犯了刚果的产生于这些人豁免权的权利。因此，法院并不认为有必要终止这些诉讼。国际法院：关于在法国的某些刑事诉讼的案件(刚果民主共和国诉法国)，2003 年 6 月 17 日的命令，关于说明一项临时措施的请求，第 30-35 段。

比利时关于国际法院审理的逮捕证案的备忘录中。<sup>40</sup> 甚至有人认为，对于国际犯罪，存在着一个外国刑事管辖“无豁免”原则。<sup>41</sup>

然而，根据国际法院的意见，豁免是对现任国家高级官员犯罪的严重性行使外国刑事管辖权的一个障碍，无论他或她涉嫌。<sup>42</sup> 国际法学会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。<sup>43</sup>

应当注意的是，必须分开讨论现任官员和卸任官员豁免的范围或限制问题。

(7) 如果确定了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，则产生的问题是在本专题的框架内应否也审议这些问题。现在，有可能审议处于有刑事管辖权的外国领土上一个官员之财产的强制措施和执行的豁免问题。

(8) 有必要审议放弃豁免问题。显然，不是官员而是国家拥有放弃他或她之豁免的权利。这一问题涉及哪一国家机构(在确定该机构时应适用哪一法律，是国内法，还是国际法?)以及国家以何种方式有权放弃其官员的豁免(明示放弃、暗示放弃、临时放弃、一般性放弃——例如，通过缔结国际条约，等等)。

(9) 有必要审议委员会拟议专题最后产物所应采取形式的问题。

如果委员会决定制定条款草案，则应当考虑是否在条款中包括以下两个问题：

(10) 特别法。似乎任何条款草案都应含有一个规定，界定条款草案与那些规定以不同方式管辖本专题的特别条约制度之间的关系。

(11) 争端的解决。委员会也许认为有必要制定一个特别制度，解决涉及国家官员的外国刑事管辖豁免的国际争端。

---

<sup>40</sup> UK House of Lords: *Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis, Ex parte Pinochet*, ILM vol. 37 (1998), see for ex. Lord Millet, at p. 651, Lord Phillips of Worth Matravers, at p. 661; Arrest warrant of 11 April 2000 (*Democratic Republic of Congo v. Belgium*), Counter-Memorial of the Kingdom of Belgium, 28 September 2001, [www.icj-cij.org](http://www.icj-cij.org), paras. 3.5.10-3.5.150. See also, for example: Watts A., “The Legal Position in International Law of Heads of States, Heads of Governments and Foreign Ministers”, *Recueil des cours ...* vol. 247 (1994-III), pp. 82-84 (然而必须牢记的是，Arthur Watts 爵士演讲的这一部分是专门论述国家元首的责任的); 2000年4月11日逮捕证案(刚果民主共和国诉比利时)，2002年2月14日的判决，Al-Khasawneh 法官的不同意见，第5-7段。

<sup>41</sup> Borghi A. *L’immunité des dirigeants politiques ...*, supra note 2, pp. 287-333.

<sup>42</sup> 2000年4月11日逮捕证案(刚果民主共和国诉比利时)，2002年2月14日的判决，第56至61段。

<sup>43</sup> 国际法学会，前注11，具体见国际法学会通过的决议的第2条。

## 参考书目选编

- Akande, D., "International law immunities and the International Criminal Court", *AJIL*, vol. 98 (2004), pp. 407-433.
- Ambos, K., "Impunity and International Criminal Law", *HRLJ*, vol. 18 (1997), pp. 1-15.
- Ascensio, H., E. Decaux and A. Pellet (sous la direction de), *Droit international public* (Paris: Pedone, 2000), pp. 26-27, 84-87, 183-237.
- Barker, J. C., "State immunity, Diplomatic Immunity and Act of State: A Triple Protection Against Legal Action?", *ICLQ*, vol. 47 (1998), pp. 950-958.
- Baker, B., "Twilight of Impunity for Africa's Presidential Criminals", *Third World Quarterly*, vol. 25 (2004), pp. 1487-1499.
- Bankas K. E., *The State Immunity Controversy in International Law: Private Suits Against Sovereign States in Domestic Courts* (Heidelberg/Berlin: Springer, 2005).
- Bass, P.E., "Note: Ex-Head of State Immunity: A Proposed Statutory Tool of Foreign Policy", *Yale Law Journal*, vol. 97 (1987), pp. 299-319.
- Bassiouni, Ch., *Introduction to International Criminal Law* (Ardsley, New York: Transnational Publ. Inc, 2003), pp. 64-89, 712-715.
- Bianchi, A., "Immunity versus Human Rights: The Pinochet Case", *EJIL*, vol. 10 (1999), pp. 237-277.
- Bianchi, A., "Serious Violations of Human rights and Foreign' States Accountability Before Municipal Courts", in *Man's Inhumanity to Man. Essays on International Law in Honour of Antonio Cassese* (The Hague/London/New York: Kluwer Law International, 2003), pp. 149-181.
- Boister, N. & Burchill R., "The Implications of the Pinochet Decisions for the Extradition or Prosecution of Former South African Heads of State for Crimes Committed Under Apartheid", *Revue Africaine de droit international et compare / African Journal of International and Comparative Law*, vol. 11 (1999), pp. 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.
- Borghesi, 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), pp. 77-103.
- Brohmer, J., *State Immunity and the Violation of Human Rights* (The Hague: Kluwer Law International, 1997), pp. 29-32.
- Bullier A.J., « Y a-t-il encore une immunité pour les chefs d'Etat et chefs de guerre en Afrique? », *Afrique contemporaine*, vol. 194 (2000), pp. 47-51.
- Caflich, L., « Immunité de juridiction et respect des droits de l'homme », in Boisson de Chazournes L. & Gowlland-Debbas V. (eds.), *The International Legal System in Quest of Equity and Universality, Liber Amicorum Georges Abi-Saab* (La Haye/Londres/Boston : Kluwer, 2001), pp. 651-676.
- CAHDI, *Immunities of Heads of State and Government and Certain Categories of Senior Officials vis-à-vis the States' Obligations to Prosecute Perpetrators of International Crimes*, Report, 23rd meeting, 4-5 March 2002.
- Callan, E., "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), pp. 117-139.
- Caplan, L. M., "State Immunity, Human Rights, and *Jus cogens*: A Critique of the Normative Hierarchy Theory", *AJIL* vol. 97 (2003), pp. 741-781.

- Cara, Jean-Yves de, « L'affaire Pinochet devant la Chambre des Lords », *Annuaire français de droit international*, vol. 45 (1999), pp. 72-100.
- Casey, L.A. and Rivkin, D.B., "The New York University - University of Virginia Conference on Exploring the Limits of International Law: The Limits of Legitimacy: The Rome Statute's Unlawful Application to Non-State Parties", *Virginia Journal of International Law*, vol. 44 (2003-2004), pp. 63-89.
- Cassese, A., "Immunities", in: *International Criminal Law* (Oxford University Press, 2003), pp. 264-274.
- Cassese, A. and M. Delmas-Marty, *Juridictions nationales et crimes internationaux* (Paris: Presses Universitaires de France, 2002).
- Cassese, A., « Peut-on poursuivre des hauts dirigeants des Etats pour des crimes internationaux? A propos de l'affaire Congo c/Belgique (C.I.J.) », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, vol. 3 (2002), pp. 479-500.
- Chinkin, C.M. (ed.), "In Re Pinochet", *AJIL*, vol. 93 (1999), pp. 690-711.
- Cosnard, M., « Les immunités du chef d'Etat » in *Le chef d'Etat et le droit international, Colloque de Clermon-Ferrand* (Paris : Pedone, 2002), pp. 189-268.
- Cosnard, M., « Quelques observations sur les décisions de la Chambre des Lordes du 25 novembre 1998 et du 24 mars 1999 dans l'affaire Pinochet », *RGDIP*, 1999-2, pp. 309-328.
- Cot, J.-P., « Éloge de l'indécision, la Cour et la compétence universelle », *RBDI*, vol. XXXVII (2002), pp. 546-553.
- Danilenko, G. M., "The Statute of the International Criminal Court and Third States", *Michigan Journal of International Law*, vol. 21 (2000), pp. 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), pp. 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: Conforti B. & Francioni F. (eds), *Enforcing International Human Rights in Domestic Courts* (The Hague: Martinus Nijhoff Publ., 1997), pp. 367-381.
- De Smet, L. and Naert, F., "Making or breaking international law? An international law analysis of Belgium's act concerning the punishment of grave breaches of international humanitarian law", *RBDI*, vol. XXXVII (2002), pp. 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 (2003), pp. 313-339.
- Defarges, Ph.M., « Punir les tyrans », *Défense nationale*, vol. 55 (1999), pp. 46-54.
- Dellapenna, J.W., "Head-of-state immunity - Foreign Sovereign Immunities Act- suggestion by the Department of State", *AJIL*, vol. 88 (1994), pp. 528-532.
- De Sena, Pasquale, "Italian practice relating to International Law. Judicial decisions", *Italian Yearbook of International Law*, vol. VIII (1988-1992), pp. 43-57.
- Dominice, Ch., « Quelques observations sur l'immunité de juridiction pénale de l'ancien chef d'Etat », *RGDIP*, 1999-2, pp. 297-302.
- Du Plessis, M., "Immunities and Universal Jurisdiction - The World Court Steps In (or On?)", *South African Yearbook of International Law*, vol. 28 (2003), pp. 246-262.
- Dupuy, P.-M., « Crimes et immunités, ou dans quelle mesure la nature des premiers empêche l'exercice des secondes », *RGDIP* (1999-2), pp. 289-295.
- Fenet, A., « La responsabilité pénale internationale du chef d'Etat », *Revue Générale de Droit*, vol. 32 (2002), pp. 585-615.



- Fitzgerald, A., "The Pinochet case: Head of State Immunity Within the United States", *Whittier Law Review*, vol. 22 (2001), pp. 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*, 2000, pp. 299-324.
- Fox, H., "The First Pinochet Case: Immunity of a Former Head of State", *ICLQ*, vol. 48 (1999), pp. 207-216.
- Fox, H., "Shorter Articles, Comments and Notes - The Resolution of the Institute of International Law on the Immunities of Heads of State and Government", *ICLQ*, vol. 51 (2002), pp. 119-125.
- Fox, H., "Some Aspects of Immunity from Criminal Jurisdiction of the State and its Officials: The Blaskic case", in: *Man's Inhumanity to Man: Essays in International Law in Honour of Antonio Cassese*, pp. 297-307.
- Fox, H., *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. 1 (Oxford University Press, New York, 2002), pp. 975-1002.
- Garnett, R. L., "State Immunity Triumphs in the European Court of Human Rights", *Law Quarterly Review*, vol. 118 (2002), pp. 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 (1995), pp. 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 (2004), pp. 355-381.
- Henzelin, M., « L'immunité pénale des chefs d'Etat 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*, 2002, pp. 179-212.
- Hickey, C., "The dictator, drugs and diplomacy by indictment: head of state immunity in US v. Noriega", *Connecticut Journal of International Law*, vol. 4 (1989), pp. 729-765.
- Honrubia, V.A., « La responsabilité internationale de l'individu », *Recueil des cours...*, vol. 280 (1999), pp. 220-230.
- Hopkins, J., "Former Head of Foreign State - Extradition – Immunity", *CLJ*, vol. 58 (1999), pp. 461-465.
- Hopkins, J., "Immunity - Head of Foreign State", *CLJ*, vol. 57 (1998), pp. 4-6.
- 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), pp. 256-263.
- Institut de Droit international, *Annuaire*, vol. 69, 2000-2001, Session de Vancouver (Paris: Pedone), pp. 442-709.
- Institut de droit international, "L'immunité de juridiction et d'exécution forcée des Etats étrangers", in: *Institut de droit international. Tableau général des résolutions (1873-1956)* (Bâle, 1957), pp. 14-18.
- International Law Association, "Final Report on the Exercise of Universal Jurisdiction in Respect of Gross Human Rights Offences", *Report of the 69<sup>th</sup> Conference held in London 25-29<sup>th</sup> July 2000* (London, 2000), pp. 403-431.
- Jackson, V.C., "Suing the Federal Government: sovereignty, immunity, and judicial independence", *George Washington International Law Review*, vol. 35 (2003), pp. 521-609.
- Kamto, M., « Une troublante 'Immunité totale' du Ministre des affaires étrangères », *RBDI* (2002), pp. 518-530.
- Kenneth C. Randall, "Book Review: 'Universal Jurisdiction: National Courts and the Prosecution of Serious Crimes Under International Law'", *AJIL*, vol. 99 (2005) p. 293.
- Kittichaisaree, K., *International Criminal Law* (Oxford University Press, New York, 2001), pp. 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", *GYBIL*, vol. 46 (2003), pp. 537-564.
- Knoops, Geert-Jan G.I., *Defences in Contemporary International Criminal Law* (Transnational Publ. Inc, 2001), pp. 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/Boston, Mass.: Kluwer Law International, 1995).
- Koivu, V., "Head-of-State Immunity v. Individual Criminal Responsibility under International Law", *Finnish Yearbook of International Law*, vol. XII (2001), pp. 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 (2004), pp. 7-42.
- Labuschagne, J. M. T., "Diplomatic Immunity: A Jurisdictional or Substantive-law Defence?", *South African Yearbook of International Law*, vol. 27 (2002), pp. 291-295.
- Lansing, P. and Perry, J.K., "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 (1999), pp. 91-115.
- Lloyd Jones, D., "Article 6 ECHR and Immunities Arising in Public International Law", *ICLQ*, vol. 52 (2003), pp. 463-472.
- Mallory, J. L., "Resolving the Confusion Over Head of State immunity: The Defined Rights of Kings", *Columbia Law Review*, vol. 86 (1986), pp. 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), pp. 238-245.
- McLachlan, C., "The Influence of International Law on Civil Jurisdiction", *Hague Yearbook of International Law*, vol. 6 (1993), pp. 125-144.
- McLachlan, C., "Pinochet Revisited", *ICLQ*, vol. 51 (2002), pp. 959-966.
- Mitchell, A. D., "Leave Your Hat On? Head of State Immunity and Pinochet", *Monash University Law Review*, vol. 25 (1999), pp. 225-256.
- Murphy, S.D., "Head-of-State Immunity for Former Chinese President Jiang Zemin", *AJIL*, vol. 97 (2003), pp. 974-977.
- Murphy, S.D. (ed.), "Contemporary Practice of the United States Relating to International Law", *AJIL*, vol. 95 (2001), pp. 873-877.
- 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), pp. 351-362.
- Nicholls, C., "Reflections on Pinochet", *Virginia Journal of International Law*, vol. 41(2000), pp. 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 (2002), pp. 289-317.
- Panhuys, H.F. van, "In The Borderland Between The Act of State Doctrine and Questions of Jurisdictional Immunities", *ICLQ*, vol. 13 (1964), pp. 1193-1213.
- Penrose, M.M., "It's Good to Be King!: Prosecuting Heads of State and Former Heads of State Under International Law", *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 39 (2000), pp. 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), pp. 263-326.
- Prouvèze, R., « Les tribunaux pénaux internationaux à l'aube du XXI<sup>ème</sup> siècle : l'affaire Milosevic ou la difficile recherche d'un véritable rôle de juridiction pénale internationale », *Observateur des Nations Unies*, No 11 (2001), pp. 201-221.
- Prouvèze, R., « L'affaire relative au mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique): quelle contribution de la Cour internationale de justice au droit international pénal? », *Observateur des Nations Unies*, No 12 (2002), pp. 285-309.
- Przetacznik, F., « Protection of foreign officials », *Revue égyptienne de droit international*, vol. 33 (1977), pp. 113-151.
- Przetacznik, F., « 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), pp. 51-81.
- Rau, M., "After *Pinochet*: Foreign Sovereign Immunity in Respect of Serious Human Rights Violations - The Decisions of the European Court of Human Rights in *Al-Adsani* Case", *German Law Journal*, vol. 3 (2002).
- Robertson, G., *Crimes against Humanity. The Struggle for Global Justice* (Allen Lane, Penguin Press, 1999), pp. 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), pp. 11-26.
- Rousseau, Ch., *Droit international public*. Tome IV: Les relations internationales (Paris, Sirey, 1980), pp. 8-19, 122-126, 170-210, 248-263.
- S. v. Berlin Court of Appeal and District Court of Berlin-Tiergarten*. 24 *Europische Grundrechte-Zeitschrift* 436. German Federal Constitutional Court, June 10, 1997, *AJIL*, vol. 92 (1998), pp. 74-78.
- 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) », *RBDI* (2002), pp. 512-517.
- Salmon, J. and David, E., « Chef d'Etat, Chef de Gouvernement, ministre des Affaires étrangères. Pratique du pouvoir exécutif et contrôle des chambres législatives », *RBDI*, vol. XXXV (2000), pp. 122-125.
- Sands, Ph., "After Pinochet: The Role of National Courts", in: *From Nuremberg to The Hague. The Future of International Criminal Justice*, ed. by Ph. Sands. (Cambridge University Press, 2003) pp. 68-108.
- Sands, Ph., "International Law Transformed? From Pinochet to Congo...?", *Leiden Journal of International Law*, vol. 16 (2003), pp. 37-53.
- Sands, Ph., "What is the ICJ for?", *RBDI* (2002), pp. 537-545.
- Sassòli M., « Les immunités internationales », in: *L'arrêt Yerodia: quelques remarques sur une affaire au point de collision entre les deux couches du droit international*, *RGDIP* (2002), pp. 797-817.
- Sears, J.M., "Confronting the 'Culture of Impunity': Immunity of Heads of State from Nuremberg to *ex parte Pinochet*", *GYBIL*, vol. 42 (1999), pp. 125-146.
- Shaw, M.N., "The Personality Issue - Immunity for Government Figures", in: *International Law*, 5th ed. (Cambridge University Press, 2003), pp. 655-667.
- Shaw, M.N., "The *Yerodia* case: Remedies and Judicial Functions", *RBDI* (2002), pp. 554-559.
- Shelton, D., *Remedies in International Human Rights Law* (Oxford University Press, New York, 1999), pp. 64-92.
- Simbeye, Y., *Immunity and International Criminal Law* (Aldershot, England; Burlington, Vt.: 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), pp. 1583-1602.

Société française pour le droit international, *Colloque de Clermont-Ferrand: le Chef d'Etat et le droit international* (Paris: Pedone, 2002).

Stone, C., "Head of State Immunity. New Standard on a Narrow Issue", *Suffolk Transnational Law Journal*, vol. 12 (1989), pp. 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 (2003), pp. 63-100.

Thomas, K.R. and Small, J., "Human Rights and State Immunity: Is There Immunity From Civil Liability For Torture?", *Netherlands International Law Review*, vol. 50, pp. 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 (2001), pp. 261-287.

Tomuschat, C., "Jurisdictional Immunity", in: *General Course on Public International Law, Recueil des cours...*, vol. 281 (1999), pp. 176-183.

Toner, P.J., "Competing Concepts of Immunity: The Revolution of the Head of State Immunity Defense", *Penn State Law Review*, vol. 108 (2004), pp. 899-927.

Triffterer, O. (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observer's Notes, Article by Article* (Baden-Baden: Nomos, 1999), "Commentary to Article 27", pp. 501-514.

Tunks, M.A., "Diplomats or Defendants? Defining the Future of Head of State Immunity", *Duke Law Journal*, vol. 52 (2002), pp. 651-682.

Van Alebeek, R., "The Pinochet case: International Human Rights Law on Trial", *BYBIL*, vol. LXXI (2000), pp. 47-70.

Vernoeven, J., « Quelques réflexions sur l'affaire relative au mandat d'arrêt du 11 avril 2000 », *RBDI* (2002), pp. 531-536.

Vicuña, F. O., "Diplomatic and Consular Immunities and Human Rights", *ICLQ*, vol. 40 (1991), pp. 34-48.

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), pp. 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 (2002), pp. 91-99.

Warbrick, C., "Immunity and international crimes in English law", *ICLQ*, vol. 53 (2004), pp. 769-764.

Watts, A., "The Legal Position in International Law of Heads of States, Heads of Governments and Foreign Ministers", *Recueil des cours ...*, vol. 247 (1994-III), pp. 52-63.

Weyembergh, A., « Sur l'ordonnance du juge d'instruction Vandermeersch rendue dans l'affaire Pinochet le 6 novembre 1998 », *RBDI*, vol. 32 (1999), pp. 178-204.

Weller, M., "On the hazards of foreign travel for dictators and other international criminals", *International Affairs*, vol. 75 (1999), pp. 599-617.

White, M., "Pinochet, Universal Jurisdiction, and Impunity", *Southwestern Journal of Law and Trade in the Americas*, vol. 7 (2000), pp. 209-226.

Whomersley, C.A., "Some Reflections on the Immunity of Individuals for Official Acts", *ICLQ*, vol. 41 (1992), pp. 848-858.

Wickremasinghe, C., "Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights", *ICLQ*, vol. 49 (2000), pp. 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 (1984), pp. 113-138.

Wilson, R.J., "Prosecuting Pinochet: International Crimes in Spanish Domestic Law", *Human Rights Quarterly*, vol. 21 (1999), pp. 927-979.

Wouters, J., "The Judgment of the International Court of Justice in the Arrest Warrant Case: Some Critical Remarks", *Leiden Journal of International Law*, vol. 16 (2003), pp. 253-267.

Yang, X., "Immunity for International Crimes: Reaffirmation of Traditional doctrine", *Cambridge Law Journal*, vol. 61 (2002), pp. 242-246.

Yang, X., "State Immunity in the European Court of Human Rights: Reaffirmations and Misconceptions", *BYBIL*, vol. 74 (2003), pp. 333-408.

Zappala, S., "Do Heads of State in Office Enjoy Immunity from Jurisdiction for International Crimes? The Ghaddafi Case Before the French Cour de Cassation", *EJIL*, vol. 12 (2001), pp. 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 (1999), pp. 185-213.

Zuppi, A.-L., "Immunity v. Universal Jurisdiction: the Yerodia Ndongbasi Decision of the International Court of Justice", *Louisiana Law Review*, vol. 63 (2003), pp. 309-339.

## 附件 B

### 国际组织的管辖豁免

(乔治·加亚先生)

1. 1969 年《维也纳条约法公约》和国家责任条款的通过促使委员会对国际组织问题开展了类似的研究。最近联大以第 59/38 号决议通过了联合国《国家及其财产管辖豁免公约》，使委员会有机会重新考虑应否研究国际组织的管辖豁免问题。

2. 作为“国家与国际组织关系”问题研究的一部分，本专题已经列于委员会议程上达三十年之久。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专题第二部分“国际组织及其代表的地位、特权和豁免”问题特别报告员。条款草案提交到起草委员会，但是没有退转回全体会议。委员会于 1992 年决定“暂时搁置审议一个似乎并非国家或国际组织所迫切需要的专题”。<sup>1</sup>

3. 的确，许多国际组织的组建文书、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，各国法庭面临豁免问题并非罕见，而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，在与之订有有效总部协定的国家境外安排会议的实践也引起了一些问题。

4. 一些法庭已经宣称存在着对国际组织赋予豁免的国际法义务。根据日内瓦劳工法庭在审理 ZM 诉阿拉伯国家常驻代表团案时的意见，<sup>2</sup>“无论普遍还是区域的国际组织”都享有“绝对的管辖豁免”。荷兰最高法院在伊朗—美国赔偿法庭诉 AS 案<sup>3</sup>中称：“无论如何，即使不存在条约[.....]，经东道国同意，国际组织在其机构所在国都享有与上述条约规定同样的管辖豁免特权”。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一些具体协定赋予国际组织的豁免。<sup>4</sup>

5. 哥伦比亚特区上诉法院在 Weidner 诉国际电信卫星组织案<sup>5</sup>中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 Acosta 案<sup>6</sup>

---

<sup>1</sup> 《1992 年.....年鉴》，第二卷(第二部分)，第 53 页，第 362 段。

<sup>2</sup> 1993 年 11 月 17 日的判决，ILR，第 116 卷，第 643 页起，见第 646 页。

<sup>3</sup> 1985 年 12 月 20 日的判决，ILR，第 94 卷，第 327 页起，见第 329 页。

<sup>4</sup> 2001 年 12 月 3 日的判决，见 [www.cass.be](http://www.cass.be)。

<sup>5</sup> 1978 年 9 月 21 日的判决，ILR，第 63 卷，第 191 页及以下。

<sup>6</sup> 1993 年 9 月 2 日的判决，见 [www.lawphil.net](http://www.lawphil.net)。

中，后一法院指出，“国际组织的基本豁免之一是当地管辖豁免，即豁免于其所在国各法庭发出的拘票和传票”。

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后者的豁免问题。必须避免冒有拒绝司法审理的风险。因此，例如，在上述的日内瓦劳工法庭判决中，法庭考虑了是否存在“诉诸被告组织行政庭的真实可能性”。<sup>7</sup> 最近，在 *Pistelli v. Istituto Universitario Europeo* 案中，意大利宪法法院判定，如果组织的规则保证“同样权利和利益在一个独立和公正法庭前的司法保护”，则可以接受一个国际组织的管辖豁免。<sup>8</sup>

#### 8. 本专题的主要问题

- 本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、参与法院诉讼的效果、反诉；有关商业交易、雇佣协议、财产案、参与公司或其他集体等问题；仲裁协定的效果。
- 涉及法院诉讼的限制措施的豁免。
- 与国际组织豁免有关的自然人和法人权利的保护。特别是争端解决的替代方法。

#### 9. 适用的条约、一般原则、相关立法或司法判决

上述少数条约、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，某些司法判决也考虑一般意义上国际组织的管辖豁免问题。

#### 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，目前存在着意见分歧。尽管某些研究依然否认任何这类规则的存在，<sup>9</sup> 最近著作中的流行趋势是更赞成承认某种

---

<sup>7</sup> 前注 2，见第 649 页。

<sup>8</sup> 2005 年 10 月 28 日的判决，RDI (2006)，第 248 页及以下，见第 254 页(作者译文)。

<sup>9</sup> 见 Glavinis, *Les litiges relatifs aux contrats passés entre organisations internationales et personnes privées* (Paris, 1990), at p. 122; De Bellis, *L'immunità delle organizzazioni internazionali dalla giurisdizione* (Bari, 1992), at p. 18; Klein, *La responsabilité des organisations internationales dans les ordres juridiques internes et en droit des gens* (Bruxelles, 1998), at p. 230; Fox, *The Law of State Immunity* (Oxford, 2004), at p. 469.

形式的豁免——有时甚至是绝对的豁免<sup>10</sup>——是国际法的一部分。执行的管辖豁免得到了更广泛的承认。<sup>11</sup> 附文献说明。

#### 11. 制定一项公约草案的益处

考虑到有关国际组织豁免条约不适用情况的数量以及大多数条约规定的笼统性，使关于国际组织豁免的国际法规则更易于确认，是符合一切有关方面利益的。应酌情而适当考虑逐渐发展的需要。国际组织经济活动的重要性日益增大，经常与私营部门直接竞争，使这一事项变得迫切。

这一专题一旦确立，则适合制定一项公约草案。这将与《国家及其财产管辖豁免公约》一起适用。

---

<sup>10</sup> 见 Lalive, “L’immunité de juridiction des Etats et des organisations internationales”, in *Recueil des cours...* (1953-III), p. 209 ff., at p. 304; Fedder, “The functional Basis of International Privileges and Immunities: A New Concept in International Law and Organization”, *American University Law Review*, vol. 9 (1960), p. 60 ff.; Conforti, *Diritto Internazionale*, Napoli, 2002, at p. 259. Dominicé, “L’immunité de juridiction et d’exécution des organisations internationales”, *Recueil des cours ...*, vol. 187 (1984-IV), p. 145 ff., at p. 220, 认为出现了仅与联合国和专门机构有关的习惯规则。

<sup>11</sup> 见 Schröer, “Sull’applicazione alle organizzazioni internazionali dell’immunità statale dalle misure esecutive”, *Rivista di diritto int. privato e processuale* (1977), p. 575 ff., at p. 584; Dominicé, “L’immunité de juridiction et d’exécution des organisations...”, *supra* note 10, at p. 225; Mousse, *Le contentieux des organisations internationales et de l’Union européenne* (Bruxelles 1997), at pp. 376-377; Zanghi, *Diritto delle Organizzazioni internazionali* (Torino, 2001), at p. 330.



## 参考书目选编 \*

- N.G. Abrahamson, "Waiver of Immunity for World Bank Denied: Mendaro v. The World Bank", *Suffolk Transnational Law Journal*, vol. 8 (1984), p. 413 ff.
- K. Ahluwalia, *The Legal Status, Privileges and Immunities of the Specialized Agencies of the United Nations and Certain Other International Organizations* (The Hague, 1964).
- M. Akehurst, "Settlement of Claims by Individuals and Companies Against International Organizations", *Annuaire de l'Association des auditeurs et anciens auditeurs de l'Académie de droit international de la Haye* (1967-68) p. 69 ff.
- C. F. Amerasinghe, *The Law of the International Civil Service as Applied by International Administrative Tribunals* (Oxford, 1994).
- C. F. Amerasinghe, *Principles of the Institutional Law of the International Organizations* (Cambridge, 1996).
- C. Archer, *International Organizations* (New York/London, 1993).
- M. Aristodemou, "Applicability of article VI, section 22, of the Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations", *ICLQ*, vol. 42 (1992), p. 695 ff.
- M.H. Arsanjani, "Claims against international organizations: Quis Custodiet Ipsos Custodes?", *Yale Journal of World Public Order*, vol. 7 (1980-81), p. 131 ff.
- H. Aufrich, "The Expansion of the Concept of Sovereign Immunity, with Special reference to International Organizations", *ASIL Proceedings ...* vol. 46 (1952), p. 85 ff.
- R. Bardos, "Judicial Abstention through the Act of State Doctrine", *International Trade Law Journal* (1981-83), p. 177 ff.
- R. R. Baxter, "Jurisdiction Over Visiting Forces and the Development of International Law"..., *ASIL Proceedings ...* vol. 52 (1958), p. 174 ff.
- R.M. Battaglia, "Jurisdiction over NATO Employees", *Italian Yearbook of International Law* (1978-79), p. 166 ff.
- D.J. Bederman, "The Souls of International Organizations: Legal Personality and the Lighthouse at Cape Sparte", *Virginia Journal of International Law*, vol. 36 (1995-1996), p. 275 ff.
- P. Bekker, *The Legal Position of Intergovernmental Organizations, A Functional Necessity Analysis of their Legal Status and Immunities* (Dordrecht/Boston/London, 1994).
- J.K. Benti, "Involvement of an International Organization in Litigation in England", *Litigation* (1989), p. 90 ff.
- J.K. Benti, "Suing an International Organization for Debt Payment", *Solicitor's Journal* (1990), p. 475 ff.
- C. Bertrand, "La nature juridique de l'Organisation pour la Sécurité et la Coopération en Europe (OSCE)", *Revue générale de droit international public* (1998), p. 365 ss.
- G. Biscottini, *Il diritto delle organizzazioni internazionali*, I (Padova, 1971).
- D. Bowett, *The Law of International Institutions* (London, 1982).
- D. Bradlow "International Organizations and Private Complaints: The case of the World Bank Inspection Panel", *Virginia Journal of International Law*, vol. 34 (1993-1994), p. 553 ff.

---

\* 由博士生 Stefano Dorigo (比萨大学) 整理。

- C.H. Brower, "International Immunities: Some Dissident Views on the Role of Municipal Courts", *Virginia Journal of International Law*, vol. 41 (2000), p. 1 ff.
- C. Byk, "Case note to *Hintermann v. UEO*", *Journal du droit international* (1997), p. 142 ff.
- P. Cahier, *Etude des accords de siège conclus entre les organisations internationales et les Etats ou elles résident* (Milano, 1959).
- P. Cane, "Prerogative Acts, Acts of State and Justiciability", *ICLQ*, vol. 29 (1980), p. 680 ff.
- A. Cassese, "L'immunité de juridiction des organisations internationales dans la jurisprudence italienne", *Annuaire français de droit international* (1984), p. 556 ff.
- S. Chandrasekhar, "Cartel in a can: the financial collapse of the International Tin Council", *Northwestern Journal of International Law and Business*, vol. 10 (1989-1990), p. 309 ff.
- K. Chen, "The Legal Status, Privileges and Immunities of the Specialized Agencies", *AJIL*, vol. 42 (1948), p. 900 ff.
- I. Cheyne, "Status of International Organizations in English Law", *ICLQ*, vol. 40 (1991), p. 981 ff.
- K. Cully, "Jurisdictional Immunities of Intergovernmental Organizations", *Yale Law Journal*, vol. 91 (1981-1982), p. 1167 ff.
- PH. D' Argent, "Jurisprudence belge relative au droit international public", *Revue belge de droit international* (2003), p. 612 ff.
- E. David, "Observations sur *Ligue des Etats arabes c. T.M.*", *Journal des tribunaux* (2001), p. 610 ff.
- E. David, "Une décision historique?", *Journal des tribunaux* (2003), p. 686 ff.
- S. De Bellis, *L'immunità delle organizzazioni internazionali dalla giurisdizione* (Bari, 1992).
- P. De Visscher, "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), p. 456 ff.
- N.Q. Dinh, "Les privilèges et immunités des organismes internationaux d'après les jurisprudences nationales depuis 1945", *Annuaire français de droit international* (1957), p. 262 ff.
- G. Di Stefano, "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 européen* (2002), p. 355 ff.
- C. Dominicé, "Observations sur le contentieux des organisations internationales avec des personnes privées", *Annuaire français de droit international* (1999), p. 623 ff.
- C. Dominicé "Problèmes actuels des immunités juridictionnelles internationales", *Cours Euro-Méditerranéens Bancaja de droit international*, vol. II (Castellón, 1998) p. 305 ff.
- C. Dominicé, "L'arbitrage et les immunités des organisations internationales", Dominicé, Patry, Reymond (eds.), *Etudes de droit international en l'honneur de Pierre Lalive* (Bâle/Francfort-sur-le-Main, 1993), p. 483 ff.
- C. Dominicé, "L'immunité de juridiction et d'exécution des organisations internationales", *Recueil des cours ...*, vol. 187 (1984- IV), p. 145 ff.
- Dronillat, *L'immunité de juridiction des organismes internationaux* (1954).
- J. Duffar, *Contribution à l'étude des privilèges et immunités des organisations internationales* (Paris, 1982).
- F. Durante and E. Spatafora, *Gli Accordi di Sede* (Milano, 1993).
- C.T. Ebenroth, "Shareholders' Liability in International Organizations. The Settlement of the International Tin Council Case", *Leiden Journal of International Law*, vol. 4 (1991), p. 171 ff.

- A. Ehrenfeld, "United Nations Immunity Distinguished from Sovereign Immunity", *ASIL Proceedings...*, vol. 52 (1958), p. 88 ff.
- P.M. Eisemann, "Crise du Conseil international de l'étain et insolvibilité d'une organisation intergouvernemental", *Annuaire français de droit international* (1985), p. 730 ff.
- A. Farrugia, "Boiman v. United Nations General Assembly: International Organizations Immunity is Absolutely not Restrictive", *Brooklyn Journal of International Law*, vol. 15 (1989), p. 497 ff.
- Fedder, "The Functional Basis of International Privileges and Immunities: A New Concept in International Law and Organization", *American University Law Review*, vol. 9 (1960), p. 60 ff.
- G. Fischer, "Organisation international du travail. Privilèges et immunités", *Annuaire français de droit international* (1955), p. 385 ff.
- J.F. Flauss, "Droit des immunités et protection internationale des droits de l'homme", *Revue Suisse de droit international et européen*, 2000, p. 299 ff.
- J.F. Flauss, "Contentieux de la fonction publique européenne et Convention européenne des droits de l'homme", *Le droit des organisations internationales. Recueil d'études à la mémoire de Jacques Schwob*, 1997, p. 157 ff.
- H. Fox, *The Law of State Immunity* (Oxford, 2004).
- P. Freymond, "Remarques sur l'immunité de juridiction des organisations internationales en matière immobilière", *Friedens-Warte* (1955-56), p. 365 ff.
- E. Gaillard, "Convention d'arbitrage et immunités de juridiction et d'exécution des Etats et des organisations internationales", *Bulletin A.S.A.* (2000), p. 471 ff.
- G. Gaja, "L'esecuzione sui beni di Stati stranieri: l'Italia paga per tutti?", *Rivista di diritto internazionali* (1985), p. 345 ff.
- P. Glavinis, *Les litiges relatifs au contrats passés entre organisations internationales et personnes privées* (Paris, 1990).
- J. H. Glazer, "A Functional Approach to the International Finance Corporation", *Columbia Law Review*, vol. 57 (1957), p. 1089 ff.
- G.H. Glenn, "Immunities of International Organizations", *Virginia Journal of International Law*, vol. 21 (1981-1982), p. 247 ff.
- M. Gordon, "Recent Developments, International Organizations: Immunity", *Harvard International Law Journal*, vol. 21 (1980), p. 552 ff.
- F. Gregorides, *Die Privilegien und Immunitäten der internationalen Beamten mit besonderer Berücksichtigung der Rechtslage in Österreich* (Vienna, 1972).
- J.C. Griffith, "Restricting the Immunity of International Organizations in Labor Disputes: Reforming an Obsolete Shibboleth", *Virginia Journal of International Law*, vol. 25 (1984-1985), p. 1007 ff.
- J.G. Guttel, "Is the International Olympic Committee Amenable to Suit in a US Court?", *Fordham International Law Journal*, vol. 7 (1983-1984), p. 61 ff.
- W.J. Habscheid, "Die Immunität internationaler Organisationen im Zivilprozess", *Zeitschrift für Zivilprozess* (1997), p. 269 ff.
- K. Hailbronner, "Immunity of International Organizations from German National Jurisdiction", *Archiv des Völkerrechts* (2004), p. 329 ff.
- D. Hammerschlag, "Morgan v. International Bank for Reconstruction and Development", *Maryland Journal of International Law and Trade*, vol. 16 (1992), p. 279 ff.

- F.W. Henderson, "How Much Immunity for International Organizations? *Mendara v. World Bank*", *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, vol. 10 (1985), p. 487 ff.
- F.W. Henderson, "Jurisdictional Immunities of Intergovernmental Organizations", *Yale Law Journal*, vol. 91 (1982), p. 1167 ff.
- W. Jenks, *International Immunities* (London, 1961).
- J. Kerry King, *The Privileges and Immunities of the Personnel of International Organizations* (Odense, 1949).
- J. Klabbers, *An Introduction to International Institutional Law* (Cambridge, 2002).
- P. Klein, *La responsabilité des organisations internationales dans les ordres juridiques internes et en droit des gens* (Bruxelles, 1998).
- B. Knapp, "Les privilèges et immunités des organisations internationales et de leurs agents devant les tribunaux internationaux", *Revue générale de droit international public* (1965), p. 621 ff.
- J.L. Kunz, "Privileges and Immunities of International Organizations", *AJIL*, vol. 41 (1947), p. 828 ff.
- J.F. Lalive, "L'immunité de juridiction des Etats et des organisations internationales", *Recueil des cours...* (1953-III), p. 209 ff.
- R. La Rosa, "Immunità delle organizzazioni internazionali dalla esecuzione e principi costituzionali", *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1987, p. 453 ff.
- K.R. Lee, "Recent developments", *Virginia Journal of International Law*, vol. 20 (1979-1980), p. 913 ff.
- R.P. Lewis, "Sovereign Immunity and International Organizations: *Broadbent v. OAS*", *Journal of International Law and Economics*, vol. 13(1978-1979), p. 675 ff.
- R.P. Lewis "The Status of International Organizations under the Law of the United States", *Harvard Law Review*, vol. 71 (1957-1958), p. 1300 ff.
- M.E. MacGlashan, "The International Tin Council: Should a Trading Organisation Enjoy Immunity?", *Cambridge Law Journal*, vol. 46 (1987), p. 193 ff.
- H.J. von Merkatz, "Les privilèges et immunités des organisations internationales et de leurs agents", *Revue de droit international et de Sciences Diplomatiques et Politiques* (1968), p. 146 ff.
- D.B. Michaels, *International Privileges and Immunities. A Case for a Universal Statute* (The Hague, 1971).
- D. Mitrany, *A Working Peace System : An Argument for the Functional Development of International Organization (and other essays)* (Oxford, 1943).
- F. Morgernstern, *Legal Problems of International Organizations* (Cambridge, 1986).
- J. Mousse, *Le contentieux des organisations internationales et de l'Union européenne* (Bruxelles, 1997).
- A.S. Muller, *International Organizations and their Host States* (The Hague, 1995).
- O. Nakamura, "The Status, Privileges and Immunities of International Organizations in Japan", *Japanese Annual of International Law* (1992), p. 116 ff.
- R.J. Oparil, "Immunity of international organizations in United States Courts: absolute or restrictive?", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 24 (1991), p. 689 ff.
- T. O'Toole, "Sovereign Immunity redivivus: Suits against International Organizations", *Suffolk Transnational Law Journal*, vol. 4 (1980), p. 1 ff.
- B.N. Patel, "The Accountability of International Organizations: A Case Study of the Organization for the Prohibition of Chemical Weapons", *Leiden Journal of International Law*, vol. 13 (2000), p. 571 ff.

- G. Perrenoud, *Régime des Privilèges et Immunités des Missions Diplomatiques Etrangères et des Organisations Internationales en Suisse* (Lausanne, 1949).
- P. Pescatore, "Les relations extérieures des Communautés européennes: contribution à la doctrine de la personnalité des Organisations internationales", *Recueil des cours...*(1968-II), p. 1 ff.
- I. Pingel (ed.), *Droit des immunités et exigences du procès équitable* (Paris, 2004).
- I. Pingel-Lenuzza and E. Gaillard, "International Organizations and Immunity from Jurisdiction: To Restrict or To Bypass", *ICLQ*, vol. 51 (2002), p. 1 ff.
- I. Pingel-Lenuzza, "Autonomie juridictionnelle et employeur privilégié: concilier les contraires", *Revue générale de droit international public* (2000), p. 445 ff.
- R. Pisillo Mazzeschi, "Immunità giurisdizionale delle organizzazioni internazionali e Costituzione italiana", *Rivista di diritto internazionali*, 1976, p. 499 ff.
- L. Preuss, "The International Organizations Immunities Act", *AJIL*, vol. 49 (1946), p. 332 ff.
- P. Pustorino, "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 internazionali*, 2000, p. 132 ff.
- A. Reinisch, *International Organizations Before National Courts* (Cambridge, 2000).
- A. Reinisch and Weber, "In the Shadow of *Waite et 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* (2004), p. 59 ff.
- J. Salmon, "Immunités et actes de fonction", *Annuaire français de droit international*, 1992, p. 314 ff.
- M. Schneider, "International Organizations and Private Persons: The Case for a Direct Application of International Law", Dominicé, Patry, Raymond (eds.), *Etudes de droit international en l'honneur de Pierre Lalive* (Basel/Frankfurt am Main, 1993), p. 345-358.
- C.H. Schreuer, "Concurrent Jurisdiction of National and International Tribunals", *Houston Law Review*, vol. 13 (1975-1976), p. 508 ff.
- F. Schröer, "De l'application de l'immunité juridictionnelle des états étrangers aux organisations internationales", *Revue générale de droit international public* (1971), p. 712 ff.
- F. Schröer, "Sull'applicazione alle organizzazioni internazionali dell'immunità statale dalle misure esecutive", *Rivista di diritto internazionali privato e processuale* (1977), p. 575 ff.
- I. Scobbie, "International Organizations and Internal Relations", Dupuy (ed.), *A Handbook of International Organizations* (Dordrecht/Boston/London, 1998), p. 831 ff.
- I. Seidl-Hohenveldern, "Functional Immunity of International Organizations and Human Rights", Benedek (ed.), *Development and Developing International and European law* (Frankfurt am Main, 1999), p. 137 ff.
- I. Seidl-Hohenveldern, "L'immunité de juridiction des Communautés européennes", *Revue du Marché commun* (1990), p. 475 ff.
- I. Seidl-Hohenveldern, "L'immunité de juridiction et d'exécution des Etats et des organisations internationales", Weil (ed.), *Cours et Travaux de l'Institut des hautes Etudes Internationales de Paris, Droit International 1* (Paris, 1981), pp. 109-167.
- I. Seidl-Hohenveldern and G. Loibl, *Das Recht der Internationalen Organisationen einschließlich der Supranationalen Gemeinschaften* (Cologne/Berlin/Bonn/Munich, 1996).
- F. Seyersted, "Jurisdiction over Organs and Officials of States, the Holy See and Intergovernmental Organizations", *ICLQ*, vol. 14 (1965), p. 31 ff.

- I. Sinclair, "The Law of Sovereign Immunity: Recent Developments", *Recueil des Cours...* vol. 167 (1980- II), p. 113 ff.
- M. Singer, "Jurisdictional Immunity of International Organizations: Human Rights and Functional Necessity Concerns", *Virginia Journal of International Law*, vol. 36 (1995-1996), p. 53 ff.
- H. Tigroudja, "L'immunité de juridiction des organisations internationales et le droit d'accès à un tribunal", *Revue trimestrielle des droits de l'homme* (2000), p. 83 ff.
- J. Verhoeven (ed.), *Le droit international des immunités: contestation ou consolidation?* (Bruxelles/Paris, 2004).
- M. Wenckestern, *Die Immunität internationaler Organisationen* (Tübingen, 1994).
- N.D. White, *The Law of International Organisations* (Manchester/New York, 1996).
- Yuen-Li Liang, "The Legal Status of the United Nations in the United States", *ILQ*, vol. 2 (1948-49), p. 577 ff.
- R. Zacklin, "Diplomatic Relations: Status, Privileges and Immunities", in Dupuy (ed.) *A Handbook of International Organizations* (Dordrecht/Boston/London, 1998), pp. 179-198.
- C. Zanghì, *Diritto delle Organizzazioni internazionali* (Torino, 2001).

## 附件 C

### 发生灾害时的人员保护问题

(秘书处)

#### 1. 导 言

1. “发生灾害时的人员保护问题”属于委员会在第四十九届会议上，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。<sup>1</sup> 这一专题在开始阶段的侧重点将是：在发生自然灾害时，或针对更大的紧急情况中的自然灾害部分，通过开展各种活动，以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，从而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多种人为的或技术的灾难的一部分。还可以进一步作出区分，即那些由单独的(自然的或非自然的)灾难引发的紧急情况，和那些可能涉及多种——包括自然的和人为的(比如武装冲突)——灾难的“复杂紧急情况”。<sup>2</sup> 此外，人们认识到，这种对自然的和非自然的(例如技术的)灾难的区分并非总是体现在处理灾难问题的现有法律文本和其他文本中，而且也并非总能够维持清楚的界定。因此，虽然这里提出，审议发生自然灾害时所进行的活动可能是更为紧迫的需要，但这不妨碍以后也审议关于其他灾害时应采取的行动的國際原则和规则。

#### 2. 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，自然灾害突出的一点是，它们属于地球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

---

<sup>1</sup> 《1997年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第238段。

<sup>2</sup> 复杂紧急情况的定义是：“在某国、某地区或某社会由内外冲突而导致权力机构完全或相当严重地瓦解，需要以超出任何单独机构和/或联合国现行方案之能力而做出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(编纂司存档)。

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。<sup>3</sup> 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。<sup>4</sup> 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,并且破坏一个很大的地理区域,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,从而也对可持续发展和减贫工作构成严重的阻碍。<sup>5</sup>

4. 这类事件成为“灾害”更多地反映了人类在自然危害不利后果面前的脆弱性。<sup>6</sup> 的确,随着人类居住点在历史上自然灾害易发地区——比如冲积平原、海岸地区和地质断层上(所谓地震“热点”)——的迅速增多,损失和破坏的风险也相应增加。另外,大自然不理睬政治疆界。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。

#### 提供抗灾救济的当代活动

5. 尽管受灾国有责任对灾害作出应对和协调,但这些国家可以请求国际援助。的确,国际社会的参与并不限于多国性灾害,一个单独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、主要的捐款团体与非政府组织贡献了大量资源来帮助那些受到灾害影响的国家及其人民。<sup>7</sup>

6. 1991年12月19日大会第46/182号决议所承认的这方面主要活动包括:防止和减轻灾害,通过加强早期预报能力等做好准备,改善诸如应急财政安排这类援助能力,发出联合的援助呼吁,在灾害援助供应方面提供协调、合作和领导。<sup>8</sup> 即使所

---

<sup>3</sup> 根据一种估计,仅2004年,就发生360次灾难,受灾人数超过1.45亿人,造成的物质损害超过1030亿美元。《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),文件A/60/87-E/2005/78,第4段。

<sup>4</sup> 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由之引发的海啸影响了整个印度洋的12个国家,造成超过24万人的死亡,100多万人流离失所。

<sup>5</sup> 2005年1月22日“减少灾害问题世界会议”通过的《兵库宣言》,文件A/CONF.206/6,决议1。

<sup>6</sup> 见下文注46关于“危险”及其与“灾害”之联系的论述。

<sup>7</sup> 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;他也是负责人道主义事务协调办公室的人道主义事务副秘书长。

<sup>8</sup> 该决议进一步肯定了救济、安置与发展之间的关系。



采取的活动类型自 1991 年以来已经有了相当大的演变，这些活动分类今天依然基本相关。

7. 在实施方面，时间在刚发生灾害时具有基本的重要性，救灾物资的现场协调在当时尤其重要。<sup>9</sup> 然而，人道主义救济工作人员在执行任务时经常面临一些挑战。这包括：部门协调的难度(部门内部和部门之间)，在必要时间内启动技术专长能力上的限制，在水与卫生、住处和营地管理及保护上的能力差距，在充分和及时提供资金方面的限制，国家、地方的准备和应对能力不足所带来的困难，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，其他则是法律性的，从而制定规范能够极大地促进技术性安排。比如，不适当的现行规范通常是平时情况所设计的，但是在紧急状况下不适于或不足以用于应对措施。人道主义人员抵达灾害现场的速度可能受到签证、移民和海关程序的限制，再加上航班紧张、落地权程序和检查。施加进出口控制以及提供文件和支付海关税可能引起后勤瓶颈问题与转运点的耽搁。关于豁免与特权以及赔偿责任的确定，也可能引起问题。另外，人道主义救济工作人员、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团体关注的问题。<sup>10</sup> 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引起这些问题。

## 保护受害者

9. 主要是在保护灾害——包括自然灾害——受害者这样一个更大范围的政策框架内采取人道主义援助，包括救灾。这依然是救灾社团内部讨论的一个专题。<sup>11</sup> 现在人们正在思考关于保护责任的新原则的问题，本建议也应视为这类思考的一部分。<sup>12</sup> 保护责任虽然首先属于冲突的范畴，但是也与灾害有关。

---

<sup>9</sup> Arjun Katoch, “International natural disaster response laws, principles and practice, reflections, prospects and challenges”, in International Federation of Red Cross and Red Crescent Societies, IDRL International Disaster Response Laws, Principles and Practice: Reflections, Prospects and Challenges (2003), p. 48.

<sup>10</sup> 见 1994 年通过的《联合国人员和有关人员的安全公约》(《联合国条约汇编》第 2051 卷第 363 页)与大会在 2005 年 12 月 8 日通过的 60/42 号决议中的《联合国人员和有关人员安全公约任择议定书》(将 1994 年公约的范围扩大到——例如——为提供紧急人道主义援助采取的联合国行动；但是当提供人道主义援助仅是为了应对自然灾害时，东道国可宣布“不参加”这一机制)。

<sup>11</sup> 见“人道主义应对措施的回顾：联合国紧急救济协调员办公室暨人道主义事务副秘书长请人编撰”(2005 年 8 月)第 4.2 节，第 30 至 31 页。

<sup>12</sup> 见关于威胁、挑战和改革问题的高级别小组：“一个更安全的世界：我们的共同责任”，2004 年，文件 A/59/562 和 Corr.1。

10. 在 2004 年威胁、挑战和改革问题高级别小组所确认的具体责任中，如同整个保护责任所显示的，被视为与本专题关系最大的是国际社会的预防责任。<sup>13</sup> 包括减少风险内容在内的预防原则在救灾领域久以确立，并且最近在 2005 年 1 月举行的减少灾害问题世界会议上通过的《兵庫宣言》<sup>14</sup> 中得到确认。该宣言尽管承认了吸收一切利害关系方——包括区域和国际组织以及金融机构、含有非政府组织和志愿人员的民间团体、私营部门和科学界——参与的重要意义，但确认国家负有保护境内人民和财产免遭各种自然的或人类活动所导致之危害影响的首要责任。<sup>15</sup>

### 3. 现行规范和规则的简要回顾

11. 作为灾害事故应对措施的各种国际级活动受到一系列规范的约束。这些规范合起来称为“国际灾害应对法”（救灾法）。<sup>16</sup> 救灾法并不是国际法的一个全新领域。<sup>17</sup> 它的起源至少可追溯到十八世纪中叶。当时 Emer de Vattel 写道：

“……当事件发生时，只要做起来能够不冒太大风险，每一国家都应当援助其他国家，使其免于灾害和毁灭。<sup>18</sup> ……如果一国遭受饥荒，一切有剩余物质的国家都应根据其需求而提供援助，但不使自己冒有陷于贫乏的风险……在这类悲惨困境中提供援助是这样的一个人道主义行为，以至于找不到任何文明国家绝对会拒绝这样做……每当灾害影响一个国家，都应得到这类援助。”<sup>19</sup>

---

<sup>13</sup> 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实践，不应考虑采取应对措施，包括强制措施和极端情况下军事干涉的责任问题。

<sup>14</sup> 前注 5，决议 1。

<sup>15</sup> 同上，分别见执行部分第 2 和第 4 段。

<sup>16</sup> 本建议题目使用灾害“救济”，以表明本专题的范围更广；比如，不限于“应对”工作。然而，就“应对”可能包括其他相关行动——比如灾前减轻风险活动——来说，这两个词可以不加区别地使用。

<sup>17</sup> Michael H. Hoffman, “What is the scope of international disasters response law?”, IDRL, *International Disaster Response Laws, Principles and Practice: Reflections, Prospects and Challenges* (2003), 第 13 页 (红十字会和红新月会国际联合会)。

<sup>18</sup> 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, Books I, II, III, IV, Translation by Charles G. Fenwick with and introduction by Albert de Lapradelle (Carnegie Institution of Washington, 1916), vol. III, p. 114.

<sup>19</sup> 同上，第 115 页。他同时注意到：如果该国可为提供的援助付款，则可以公平的价格出售它们；他说，没有责任给予“它可为自己得到之物，从而没有义务使一个它能买的东西成为礼物”。

12. 就其现代形式来说, 救灾法是指适用于平时的自然或工业技术灾害的国际人道援助的原则和规则。<sup>20</sup> 更具体地说, 救灾法已经被称为“非冲突性灾害时关于国际灾害应对之获得、便利、协调、质量和责任所适用的法律、规则和原则, 包括对急迫灾害的准备措施、援救行动和人道主义援助活动”。<sup>21</sup>

13. 灾害本身尚没有被视为国际权利和义务的一个直接渊源。然而, 它们有时促成国际协定的缔结。<sup>22</sup> 今天, 救灾法的大部分组成内容是协定法, 包括一些多边协议(全球的和区域的)<sup>23</sup> 以及在欧洲和其他地方出现的重要双边条约体系。<sup>24</sup> 其他相同条款的规定涉及到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, 以及救灾工作的费用。<sup>25</sup>

14. 特别是在政府间或非政府组织与各国之间缔结的大量备忘录和总部协定, 可找到另外的规则来源。尽管许多这类文书侧重于具体内容, 但仍有可能发现一些一般或共同的、已经被视为反映公认观点的国际法规定。

---

<sup>20</sup> Hoffman, 前注 17, 第 13 页。

<sup>21</sup> 红十字会和红新月会国际联合会: “国际灾害应对法: 2002-2003 年项目报告”, 2003 年, 第 15 页。

<sup>22</sup> J.H.W. Verzijl, *International Law in Historical Perspective* (A.J. Sijthoff-Leiden, 1973), p. 47.

<sup>23</sup> 战后只通过了两个主要的多边协议具体处理救灾, 即 1986 年《核事故和辐射紧急情况援助公约》, 《联合国条约汇编》第 1457 卷第 133 页和 1998 年《关于向减灾和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, 文件 ICET-98)。但是其他几个多边条约也许同样有关。这些条约处理的灾害救济涉及陆地、空中和海洋运输以及海关程序的某些方面问题。比如: 1946 年《联合国特权和豁免公约》, 《联合国条约汇编》第 1 卷第 15 页和第 90 卷第 327 页; 1980 年《国际铁路运输公约》, 《联合国条约汇编》第 1397 卷第 2 页; 1944 年《国际民用航空公约》, 《联合国条约汇编》第 15 卷第 295 页; 1965 年《便利国际海上运输公约》, 《联合国条约汇编》第 591 卷第 265 页; 1990 年《临时入境公约》, 《联合国条约汇编》第 1762 卷第 121 页; 1973 年《关于海关手续简化和统一的公约》(由海关合作理事会主持制定)和修正的 1999 年《关于海关手续简化和统一的国际公约》(在世界海关组织主持下于京都制定)包括了旨在便利救济物质离岸、登陆和转口、以及放宽海关程序的规定)。还有点关系的是 1994 年《联合国人员和有关人员的安全公约》及其 2005 年议定书(前注 10)规定各国负有责任防止和惩治那些针对受特殊保护人员的犯罪。

<sup>24</sup> 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》, 决议(87) 2 (部长委员会于 1987 年 3 月 20 日通过); 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》, *Official Journal*, vol. L 131, 第 48-49 页; 美洲国家组织 1991 年《便利灾害援助美洲公约》(1991 年 7 月 6 日在智利圣地亚哥召开的美洲国家组织第二十一届常规大会上通过); 东盟 2005 年《灾害管理和应急响应协定》(2005 年 7 月 26 日在万象通过)。

<sup>25</sup> “国际灾害应对法: 2002-2003 年项目报告”, 前注 21, 第 16 页。

15. 另外，很大一部分救灾法的发展出现在“软法”领域中，包括联合国大会和经社理事会以及红十字会国际联合会这类其他组织中的决议，以及政治宣言、行为准则、执行准则、以及联合国内部规则条例。这些为灾害发生时准备、动员、协调、便利和提供人道主义援助等提供了解释工具。<sup>26</sup> 当前的“基础”决议是大会第 46/182 号决议。它与诸如红十字国际会议关于“加快国际救济的措施”的决议<sup>27</sup> 等其他文书共同构成了一个日益增大的规范框架的核心部分。一系列大会决议<sup>28</sup> 以及其他文书——最近的是《兵库行动框架》<sup>29</sup> ——为这一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相关规则的适用

16. 评论家们通常将国际人道主义法称为任何制定救灾法工作的参考和比照。<sup>30</sup> 这两个领域之间的联系反映了人道主义工作的一个共同传统，并涉及到红十字国际委员会与红十字会和红新月会国际联合会独特的使命。尽管无法确定救灾法是否将沿着国际人道主义法的足迹发展，<sup>31</sup> 但是存在着即使仅以类比方法而可适用于救灾的国际人道主义法规则的事例。

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、难民和国内流离失所者的，可能与更大范围的救灾法律框架有关。

---

<sup>26</sup> 例如见第二十三届红十字国际会议第 6 号决议通过的“关于加快国际救济的措施”，《国际红十字和红新月运动手册》第 811-15 页(1994 年第 3 版)。见经社理事会第 2102 (LXIII)号决议(1977 年 8 月 3 日)；“关于向遇灾平民提供国际救济的国际会议原则宣言”(1969 年)，同上，第 808 页；海关合作理事会 1970 年 6 月 8 日“关于加快救济物品转送的建议”，T2-423 号文件；The Sphere Project, *Humanitarian Charter and Minimum Standards in Disaster Response*, 2004；“国际红十字和红新月运动以及非政府组织的救灾行为准则”，第二十六届红十字和红新月国际会议决议附件 VI，1995 年，日内瓦。

<sup>27</sup> 同上。

<sup>28</sup> 见以下大会决议：第 2816 (XXVI) 号，1971 年 12 月 14 日；第 36/225 号，1981 年 12 月 17 日；第 37/144 号，1982 年 12 月 17 日；第 39/207 号，1984 年 12 月 17 日；第 41/201 号，1986 年 12 月 8 日；第 45/221 号，1990 年 12 月 21 日；第 48/57 号，1993 年 12 月 14 日；第 49/139 号，1994 年 12 月 20 日；第 51/194 号，1996 年 12 月 17 日；第 52/12 号，1997 年 11 月 12 日；第 52/172 号，1997 年 12 月 16 日；第 54/233 号，1999 年 12 月 22 日；第 55/163 号，2000 年 12 月 14 日；第 56/103 号，2001 年 12 月 14 日；第 56/164 号，2001 年 12 月 19 日；第 56/195 号，2001 年 12 月 21 日；第 57/150 号，2002 年 12 月 16 日；第 57/153 号，2002 年 12 月 16 日；第 58/177 号，2003 年 12 月 22 日；第 59/231 号，2004 年 12 月 22 日。

<sup>29</sup> 《2005-2015 年兵库行动框架：加强国家和社区的抗灾能力》，减少灾害问题世界会议于 2005 年 1 月 22 日通过，文件 A/CONF.206/6，决议 2。

<sup>30</sup> Hoffman, 前注 17，第 14-15 页。

<sup>31</sup> 同上，第 15 页。

## 通过编纂和逐渐发展而系统化

18. 尽管对救灾法存在的承认日益增多，但也有人认为该领域基本上缺乏一套构成单独法律体系的规则。<sup>32</sup> 编纂的主张可以追溯到十九世纪晚期关于扩大“日内瓦法”的流产建议，该建议力图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”，<sup>33</sup> 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。公约前言规定，国际救济联合会特别将“促进该领域的国际法发展”作为其宗旨之一。

19. 尽管联合会基本上没有发挥作用，并且被联合国及其专门机构所取代，但在后来几年中仍然出现了关于编纂救灾法某些内容的建议。<sup>34</sup> 在联合国，早在1971年，大会在第2816 (XXVI)决议中邀请可能的受援国政府考虑适当的立法和其他措施，以便于接受援助，包括飞机越境权和降落权以及赈济队的必要特权和豁免。二十世纪八十年代早期，联合国救灾协调员发起了一个关于谈判救灾活动文书的可能性研究。以国际法委员会主席为首的一批国际法专家接着在1983年审议了该研究，从而产生了秘书长关于“加快提供紧急救济国际公约”草案的建议。<sup>35</sup> 该建议在1984年首次提交给经社理事会后没有得到进一步审议。基本上由于几个主要非政府组织的反对，20世纪80年代晚期关于人道主义援助责任公约的一个后续建议也未得到批准。<sup>36</sup> 1989年在开罗举行的世界粮食理事会(世界粮食规划署所属)第十五届会议上又出现了

---

<sup>32</sup> 红十字会和红新月会国际联合会：“国际灾害应对法：对现行条约法的初步审议和分析”，2003年1月，第2页。

<sup>33</sup> 根据《建立国际救济联合会国际公约》而成立(《国际联盟条约汇编》第135卷第247页)，1932年在30个缔约国之间生效。见Bradford Morse, “Practice, Norms and Reform of International Rescue Operations”, *Recueil des Cours...*, vol. 154 (1977-IV), pp. 125-193 at 132-3.

<sup>34</sup> 例如在1980年在贝尔格莱德召开的国际法协会第五十九届大会上通过了一个载有救灾合作协定草案的报告。见International Law Association, *Report of the Fifty-ninth Conference, held at Belgrade (1982)*, 第5页。

<sup>35</sup> 见文件A/39/267/Add.1-E/1984/96/Add.2。

<sup>36</sup> 见文件A/45/587第43-44段。早些时候也有人反对关于考虑“国际人道主义新秩序”的建议。该建议主要要求制定一个在战时和平时管辖人民之间和各国之间关系的全面法律原则的国际公认的框架。见文件A/40/348。

一个类似倡议，而在其之前有一个关于在平民动乱、战争和自然灾害时向受难人民所提供之紧急粮食援助安全通过的国际协定的建议。<sup>37</sup>

20. 根据 1990 年的情况，秘书长在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确认有必要制定新的法律文书，以克服人道主义援助方面的障碍；但他将建议限制在“新的法律文书，比如灾民得到救济的权利宣言、援助国与受援国之间以及受援国之间的双边协定。”<sup>38</sup>

21. 近年来，关于制定一个在自然灾害和环境紧急状况发生时提供国际援助的法律规范的想法又重新活跃起来。秘书长在 2000 年关于加强联合国紧急人道主义援助协调的报告中<sup>39</sup> 提到，这样一个规范可说明受援国和援助国的责任。因此他建议各成员国考虑起草一个关于部署和使用国际城市搜索和援救队的公约。他说：

“该公约将为复杂问题提供一个工作框架，比如空域的利用、设备进口的海关规则、援助国和受援国各自的责任；这必须在对一个突发自然灾害作出国际反应之前解决。”<sup>40</sup>

22. 同样，红十字会和红新月会国际联合会发表的“2000 年世界灾害报告”也对有限的法律进展表示了普遍的失望。在提到某些条约中存在的有助于人道主义救济工作的法律因素时，该报告将情况描述为：

---

<sup>37</sup> 《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 年于曼谷举行的第十六届会议上，理事会部长们要求理事会执行主任“与一切有关机构进一步磋商关于更有效地确保紧急粮食援助安全通过的措施准则问题”。它还建议秘书长考虑由大会确认一个国际协定草案。同上，《第四十五届会议，补编第 19 号》(A/45/19)。同时见“世界粮食理事会的泰国曼谷部长会议结论”，第 31 段。

<sup>38</sup> 文件 A/45/587，第 41 和第 45 段。

<sup>39</sup> 文件 A/55/82-E/2000/61。

<sup>40</sup> 同上，第 135 段(m)。

“处于核心的是一个明显的漏洞。没有广泛接受的确定的国际法渊源来指出关于灾害应对和援助的法律标准、程序、权利和义务。没有系统的努力而将彼此不同的现行法律线索归纳到一起，构成习惯法或以新的方式扩张和发展这些法律。”<sup>41</sup>

23. 另外，在通过《兵库宣言》和《2005-2015 年兵库行动框架》之后，越来越重视风险减低和预防措施。这两份文件特别呼吁考虑加强关于减少灾害风险的国际法律文书。<sup>42</sup>

#### 4. 关于委员会审议本专题的建议

24. 本建议之目的是制定一套条款，以作为开展国际救灾活动的法律规范，澄清主要法律原则和概念并从而创造一个这类救灾工作可以站稳脚跟的法律“空间”。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隘内容成为普遍的法律立场的基本参考，并经常被联合国与各国和其他实体之间的协议所援引。同样，拟议的管辖救灾的案文可以为这一领域各种行为者——包括但不限于联合国——之间的一系列具体协议提供基本的参考规范。

25. 鉴于这一领域迅速发展情况，预计本专题的工作将首先限于编纂现行规范和规则，并侧重于适当的逐渐发展。因此，重点将是将现行规则具体化，以便利实地开展的活动，而非无必要地制定那些可能无法预料地无意中限制这类活动的新规范。

---

<sup>41</sup> 红十字会和红新月会国际联合会：“世界灾害报告，重视公共健康”（2000 年），第 145 页。2001 年，红十字会和红新月会国际联合会发起研究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。该研究谋求确认在国际救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：国际灾害应对法，简介文件”（2003 年 4 月），第 2 页；以及红十字会和红新月会国际联合会“经修订的救灾法战略规划：2005-2007 年”，见 [www.ifrc.org/idrl](http://www.ifrc.org/idrl)。大会在 2002 年 12 月 16 日的第 57/150 号决议中提到这一发展，并强调尤其是对原则、范围和目标必须进行政府间监督。在 2003 年，红十字会和红新月会国际联合会第二十八届国际会议（由所有红十字会/红新月运动和各 1949 年日内瓦公约缔约国组成）要求红十字会和红新月会国际联合会以及各国分会“在各国、联合国和其他有关机构参与下共同努力，在这一领域开展研究和推广活动”，并在 2007 年向国际联合会作出报告。见第二十八届红十字和红新月国际会议“最后目标 3.2.6”（2003 年 12 月）。关于在这一领域诉诸国际法的效力的不同看法，见 David P. Fidler, “Disaster Relief and Governance after the Indian Ocean Tsunami: what role for international law?”, *Melbourne Journal of International Law*, vol. 6 (2005), 第 458 页起，见第 471-3 页。

<sup>42</sup> 第四部分 A 节，第 22 段。

## 简要的实质性概述

### (a) 范 围

26. 正如上文已提到的，<sup>43</sup> 建议委员会在开始时，将本专题的属事范围限于自然灾害(与自然危害相关的灾害)、或者范围更大的紧急状况的自然灾害因素。同时，也许应当考虑在自然灾害和其他灾害之间作出区分的后果——即使加上一个“不妨碍”条款。另外，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. 关于属地范围，本专题将主要涵盖那些管辖灾害现场的规则，但也要扩展到进行规划、协调和监测工作之处。本专题的属时范围将不仅包括灾害的“应对”阶段，也包括灾前和灾后阶段。<sup>44</sup>

28. 关于属人范围，就本专题的性质来说，尽管存在着国家实践，但首先是通过政府间组织的机构——比如联合国——以及非政府组织的活动和其他非国家实体——比如红十字会和红新月会国际联合会——才产生了大量活动，并从而制定了大量的法律规范。尽管早期文书倾向于将非政府组织排除在适用范围之外，但我们建议委员会采取一个更大范围的方针以涵盖这类实体的工作人员。这将符合现在的趋势，如同《关于向减灾和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，将特权和豁免条款扩大到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。<sup>45</sup> 这也符合当前的实践，即很大部分救灾工作是由非政府组织实施的。

29. 既然现行国际人权义务——在所适用国际法允许的范围内可能在紧急状况下被减损——适用于自然灾害的情况，也许有必要考虑这类灾害受害者之困境对人权的影响，特别是关于得到保护的权利、获得灾害救济和基本需要的权利。也许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。这样的重新确认也可能是确定属人范围重点的一个因素。

---

<sup>43</sup> 见上文，本建议第 1 和第 2 段。

<sup>44</sup> 见前注 16。

<sup>45</sup> 在联合国《联合国人员和有关人员的安全公约》所规定的保护体系内同样如此，前注 10；大会在 2003 年 12 月 9 日的第 58/82 号决议中注意到，秘书长已经拟订一项供纳入联合国同各人道主义非政府组织或机构缔结协定的标准条款，澄清《公约》对这些组织和机构所部署人员的适用。见文件 A/58/187。



## (b) 定义

30. 界定未来案文所涵盖的主要概念，将是所开展工作的一个重要组成部分。界定“自然灾害”和“自然危害”<sup>46</sup>将有助于区分其他类型的灾害，比如“技术危害”。

31. 关于救灾规定的各种案文所界定的用语包括：“救灾人员”、“具备救灾人员”、“救济货物”、“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，也可以考虑纳入救灾特别操作方面的具体技术用语，但以决定处理这类事项为前提。

## (c) 核心原则

33. 在发生灾害时的人员保护领域，有一系列核心原则为当代活动提供了基础。许多反映了现行的人道主义援助原则，即不仅仅适用于因自然灾害所引起的紧急救灾，但却同等适用。另一些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 号决议采纳的一套紧急人道主义援助准则被广泛视为主要文件，还有其他类似的原则。<sup>47</sup>所有这些都同样重视向自然灾害和其他紧急情况受害者提供人道主义援助的重要性。

34. 这些原则包括：<sup>48</sup>

- 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；

---

<sup>46</sup> 《2005-2015 年兵库行动框架》(前注 29)强调减少“危害”易受性和风险。“危害”的定义是“具有潜在破坏力、有可能造成个人伤亡、财产损害、社会经济混乱或环境退化的实质性事件、现象或人类活动。危害可包括将来可能产生威胁的各种隐患，其原因各种各样：有自然的(地质、水文气象和生物)，也有人类活动引起的(环境退化和技术危害)”。注 2。

<sup>47</sup> 例如见国际红十字和红新月活动以及非政府组织在灾难救济中的行为准则，前注 26。

<sup>48</sup> 不妨碍在较一般的层次上适用某些原则。

- 公正原则——根据以国际公认标准所进行的需求评估而提供人道主义援助，优先考虑最紧急的灾难，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——居民需要人道主义援助的国家为政府间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、医药、住处和健康关照方面；为此，不加限制地允许进入受影响地区和接触受害者，具有基本的重要性；
- 不歧视原则——提供援助不得涉及任何以下歧视：种族、肤色、性别、语言、宗教、政治或其他见解、国籍或社会出身、财产、出生、年龄、残疾或其他状况。
- 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其所援助的人民以及向其提供资源者都负有责任；
- 合作原则——应当根据国际法和对各国法的尊重而进行国际合作；<sup>49</sup>
- 保护原则——关照其领土上所发生自然灾害和其他紧急情况的受害者，这是每一国家的首要责任；
- 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，以同时在国家和国际层面上将灾害风险减少战略纳入所有相关法律、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反映各国现行具体法律义务与个人权利的程度，或者是否在更普遍的层次上适用它们的问题。

---

<sup>49</sup> 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。

(d) 具体规定

36. 建议委员会也审议关于提供灾害救济的行动方面的一些具体法律问题。这不限于现行法律规范的漏洞。相反，将采用更整体性的方法，旨在涵盖这方面所采取之活动的大部分法律问题——即使仅仅是在一般的层次上。

37. 以下附录列出了在本领域中需要考虑的任何法律文书的问题大纲。

## 附 录

### 拟议的大纲

1. 一般规定
  - a. 适用范围
  - b. 定义
2. 适用的原则
  - a. 人道
  - b. 中立
  - c. 公正
  - d. 依据于《联合国宪章》的国家主权和领土完整
  - 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. 受害者享有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、救济货物和援助设备的义务

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. 救灾活动的费用
  - g. 遵守国家法律、标准和规定
  - 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. 救济货品
    - (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. 早期警告
  - b. 协调活动
  - c. 培训和信息交换

## 参考书目选编

### 1. 书

- Alexander, D., *Natural Disasters* (London: UCL Press, 1993).
- Alexander, D., *Confronting Catastrophe: New perspectives on Natural Disasters* (New York: Oxford University Press, 2000).
- Beigbeder, Y., *The Role and Status of International Humanitarian Volunteers and Organizations: The Right and Duty to Humanitarian Assistance* (Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1991).
- Brown, B.J., *Disaster Preparedness and the United Nations: Advance Planning for Disaster Relief* (New York: Pergamon Press, 1979).
- Dynes, R.R., *Organized Behavior in Disaster* (Lexington, Massachusetts: Heath Lexington Books, 1970).
- El Baradei, M., *Model Rules for Disaster Relief Operations* (New York: United Nations Institute for Training and Research, 1982).
- 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, 1946-195* (London/New York: Oxford University Press, 1956).
- International Strategy for Disaster Reduction (ISDR), *Living with Risk: A Global Review of Disaster Reduction Initiatives*, vols. I and II (2004).
- Kälin, 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).
- Macalister-Smith, P., *International Humanitarian Assistance: Disaster Relief Actions in International Law and Organization* (Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 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., *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).

### 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), pp. 284-304.
- Awoonor, K.N., "The Concerns of Recipient Nations", in Cahill, K.M. (ed.), *A Framework for Survival: Health, Human Rights and Humanitarian Assistance in Conflicts and Disasters* (London/New York, Routledge, 1999), pp. 63-81.
- Bannon, V. and Fisher, D., "Legal Lessons in Disaster Relief from the Tsunami, the Pakistan Earthquake and Hurricane Katrina", *ASIL Insight*, 15 March 2006, The American Society of International Law, accessed at <<http://www.asil.org/insights/2006/03/insights060315.html>> on 23 March 2006.

Baudot-Quéguiner, 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”, International Federation of the Red Cross and Red Crescent Societies, *International Disaster Response Laws, Principles and Practice: Reflections, Prospects, and Challenges* (2003), pp. 128-137.

Berramdane, 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*, Tome 113, (1997), pp. 1717-1751.

Bettati, M., « Un droit d’ingérence? », *Revue Générale de Droit International Public*, Tome 95 (1991), pp. 639-670.

Bothe, M., “Relief Actions”, in Rudolph Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of Public International Law* (Amsterdam: Elsevier Science Publishers), vol. 4, 2000, p. 168.

Bothe, M. “Relief Actions: The Position of the Recipient State”, in Frits 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 Publishers, 1989).

Bothe, M. « Rapport spécial sur un projet d’accord-type relative aux actions de secours humanitaires », Committee on International Medical and Humanitarian Law, *International Law Association, Report on the 58th Conference, Belgrade*, 1978, pp. 461-466.

Bothe, M. « Rapport spécial sur un projet d’accord-type relative aux actions de secours humanitaires », Committee on International Medical and Humanitarian Law, *International Law Association, Report on the 59th Conference, Belgrade*, 1980, pp. 520-527.

Brown, B.J., “An Overview of the Structure of the Current System”, in Stephens, L.H. and Green, S.J. (eds.), *Disaster Assistance: Appraisal, Reform and New Approaches*, (New York: New York University Press, 1979), pp. 3-25.

Burley, L.A., “Disaster Relief Administration in the Third World”, *International Development Review*, vol. 1 (1973), pp. 8-12.

Callamard, A., “Accountability to disaster-affected populations”, *International Disaster Response Laws, Principles and Practice: Reflections, Prospects, and Challenges*, International Federation of the Red Cross and Red Crescent Societies, 2003, pp. 153-164.

Caron, D., “Addressing Catastrophes: Conflicting Images of Solidarity and Separateness”, in Caron, D. and Leben, C. (eds), *The International Aspects of Natural and Industrial Catastrophes* (The Hague/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers, 2001), pp. 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), pp. 645-707.

de La Pradelle, « L’organisation des secours en cas de désastre naturel », Committee on International Medical Law, *International Law Association, Report on the 55th Conference, New York*, 1972, pp. 317-327.

de La Pradelle, « L’organisation des secours en cas de désastre naturel », Committee on International Medical and Humanitarian Law, *International Law Association, Report on the 57th Conference, Madrid*, 1976, pp. 309-320.

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. 1 (1995), pp. 192-208.

El-Khawas, M., “A reassessment of international relief programs”, in Glantz, M.H. (ed.), *The Politics of Natural Disaster: The Case of the Sahel Drought* (New York: Praeger, 1976).

Farah, A.A., “Responding to Emergencies: A View from Within”, in Cahill, K.M. (ed.), *A Framework for Survival: Health, Human Rights and Humanitarian Assistance in Conflicts and Disasters* (London/New York: Routledge, 1999), pp. 259-274.

- Fidler, D.P., "The Indian Ocean Tsunami and International Law", *ASIL Insight*, January 2005, The American Society of International Law, accessed at <<http://www.asil.org/insights/2005/01/insight050118.htm>>, on 31 October 2005.
- Fidler, D.P., "Disaster Relief and Governance after the Indian Ocean Tsunami: What Role for International Law?", *Melbourne Journal of International Law*, vol. 6 (2005), pp. 458-473.
- Finucane, A., "The Changing Roles of Voluntary Organizations", in Cahill, K.M. (ed.), *A Framework for Survival: Health, Human Rights and Humanitarian Assistance in Conflicts and Disasters* (London/New York: Routledge, 1999), pp. 175-190.
- Fischer, H., "International Disaster Response Law Treaties: Trends, Patterns, and Lacunae", in International Federation of the Red Cross and Red Crescent Societies, *International Disaster Response Laws, Principles and Practice: Reflections, Prospects, and Challenges* (2003), pp. 24-44.
- Fischer, H., "International Disaster Response Law: A Preliminary Overview and Analysis of Existing Treaty Law", in International Federation of Red Cross and Red Crescent Societies, *International Disaster Response Laws, Principles and Practice: Reflections, Prospects, and Challenges* (2003).
- Fonrouge, J.M., « Droit international: approche des problèmes liés à la survenue des catastrophes technologiques ou naturelles », *Médecine de catastrophe - urgences collectives*, Tome 1, nr. 4/5 (1998), pp. 113-123.
- Gold, J., "Natural disasters and Other Emergencies Beyond Control: Assistance by the IMF", *The International Lawyer*, vol. 24 (1990), pp. 621-641.
- Goldstein, R.J., "Proposal for Institutionalization of Emergency Response to Global Environmental Disasters", *Pace Yearbook of International Law*, vol. 4 (1992), pp. 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), pp. 316-325.
- Green, S.J., "Expanding Assistance for National Preparedness and Prevention Programs", in Stephens, L.H. and Green, S.J. (eds.), *Disaster Assistance: Appraisal, Reform and New Approaches* (New York: New York University Press, 1979), pp. 83-103.
- Gunn, S.W.A., "The Language of Disasters: A Brief Terminology of Disaster Management and Humanitarian Action", in Cahill, K.M., *Basics of International Humanitarian Missions* (New York: Fordham University Press and The Center for International Health and Cooperation, 2003), pp. 35-46.
- Hardcastle, R.J. and Chua, A.T.L., "Humanitarian Assistance: Towards a Right of Access to Victims of Natural Disasters", *International Review of the Red Cross*, No. 325 (1998), pp. 589-609.
- Hardcastle, R. and Chua, A., "Victims of Natural Disaster: The Right to Receive Humanitarian Assistance", *The International Journal of Human Rights*, vol. 1, No. 4, (1997), pp. 35-49.
- Helton, A.C., "The Legality of Providing Humanitarian Assistance Without the Consent of the Sovereign", *International Journal of Refugee Law*, vol. 4 (1992), pp. 373-375.
- Helton, A.C., "Legal Dimensions of Responses to Complex Humanitarian Emergencies", *International Journal of Refugee Law*, vol. 10 (1998), pp. 533-546.
- Hoffman, M., "Towards an international disaster response law", in International Federation of the Red Cross and Red Crescent Societies, *World Disasters Report 2000*, (2000), pp. 144-157.
- Hoffman, M., "What is the scope of international disaster response law?", in International Federation of the Red Cross and Red Crescent Societies, *International Disaster Response Laws, Principles and Practice: Reflections, Prospects, and Challenges* (2003), pp. 13-20.
- Holland, G.L., "Observations on the International Decade for Natural Disaster Reduction", *Natural Hazards*, vol. 2 (1989), pp. 77-82.

- Jakovljević, B., “The Right to Humanitarian Assistance: Legal Aspects”, *International Review of the Red Cross*, vol. 27, No. 260 (1987), pp. 469-484.
- Jakovljević, B., “International Disaster Relief Law”, *Israel Yearbook on Human Rights*, vol. 34 (2004), pp. 251-286.
- Jakovljević, B. and Patnogić, J., “Protection of Human Beings in Disaster Situations - A Proposal for Guiding Principles”, in International Institute of Humanitarian Law *Collection of Publications*, No. 8, San Remo, 1989.
- Kalshoven, F., “Assistance to the Victims of Armed Conflicts and Other Disasters”, in Kalshoven, F. (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 Publishers, 1989), pp. 13-26.
- Katoch, A., “International Disaster Response and the United Nations”, in International Federation of the Red Cross and Red Crescent Societies, *International Disaster Response Laws, Principles and Practice: Reflections, Prospects, and Challenges* (2003), pp. 47-56.
- Leben, C., « Vers un droit international des catastrophes », in Caron, D. and Leben, C. (eds), *The International Aspects of Natural and Industrial Catastrophes* (The Hague/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers, 2001), pp. 31-91.
- Lienhard, C., « Pour un droit des catastrophes », *Recueil Dalloz Sirey de doctrine, de jurisprudence et de législation*, No. 13 (1995), pp. 91-98.
- Macalister-Smith, P., “Disaster Relief: Role of International Law”, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 45 (1985), pp. 25-43.
- Macalister-Smith, P., “The International Relief Union: Reflections on the Convention Establishing an International Relief Union of July 12, 1927”, *Legal History Review - Revue d'Histoire du Droit*, vol. 54 (1986), pp. 363-374.
- Macalister-Smith, P., « Les organisations non gouvernementales et la coordination de l'assistance humanitaire », *Revue internationale de la croix-rouge*, Tome 27, No. 767 (1987), pp. 524-531.
- Macalister-Smith, P., “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 (1988), pp. 211-233.
- Macalister-Smith, P., *International Guidelines for Humanitarian Assistance Operations*, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law (1991).
- Okere, B. and Makawa, E.M., “Global Solidarity and the International Response to Disasters”, in Caron, D. and Leben, C. (eds), *The International Aspects of Natural and Industrial Catastrophes* (The Hague/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers, 2001), pp. 429-456.
- Owen, D., “Obligations and Responsibilities of Donor Nations”, in Cahill, K.M. (ed.), *A Framework for Survival: Health, Human Rights and Humanitarian Assistance in Conflicts and Disasters* (London/New York: Routledge, 1999), pp. 52-62.
- Patnogić, J., “Some Reflections on Humanitarian Principles Applicable in Relief Actions”, in Swinarski, C. (ed.), *Studies and Essays on International Humanitarian Law and Red Cross Principles in Honour of Jean Pictet* (Geneva/The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 1984), pp. 925-936.
- Petit, E.W., « Les actions d'urgence dans les catastrophes: evolution des activités des organisations interétatiques et des organisations non gouvernementales », in Caron, D. and Leben, C. (eds), *The International Aspects of Natural and Industrial Catastrophes*, (The Hague/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers, 2001), pp. 537-589.
- Rabin, R., “Dealing with Disasters: Some Thoughts on the Adequacy of the Legal System”, *Stanford Law Review*, vol. 30 (1978), pp. 281-298.
- Romano, C.P.R., « L'obligation de prevention des catastrophes industrielles et naturelles », in Caron, D. and Leben, C. (eds), *The International Aspects of Natural and Industrial Catastrophes* (The Hague/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers, 2001), pp. 379-428.



Samuels, J.W., “Organized Responses to Natural Disasters”, in Macdonald, R.S.J., Johnson, D.M., and Morris, G.L. (eds.), *The International Law and Policy of Human Welfare* (Sijthoff & Noordhoff - Alphen aan den Rijn, 1978), pp. 675-690.

Samuels, J.W., “The Relevance of International Law in the Prevention and Mitigation of Natural Disasters”, in Stephens, L.H. and Green, S.J. (eds.), *Disaster Assistance: Appraisal, Reform and New Approaches* (New York: New York University Press, 1979), pp. 245-266.

Séguir, P., « La catastrophe et le risque naturels: essai de définition juridique », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, Tome 113 (1997), pp. 1693-1716.

Shibata, A., “Creating an International Urgent Assistance Mechanism in Case of Natural and Industrial Catastrophes”, in Caron, D. and Leben, C. (eds.), *The International Aspects of Natural and Industrial Catastrophes* (2001), pp. 457-535.

Slim, H., “By What Authority? The Legitimacy and Accountability of Non-governmental Organisations”, *The Journal of Humanitarian Assistance* (2002), accessed at <<http://www.jha.ac/articles/a082.htm>> on 13 July 2006.

Thouvenin, J.-M., « L'internationalisation des secours en cas de catastrophe naturelle », *Revue Générale de Droit International Public*, Tome 102 (1998-2), pp. 327-363.

Toman, J. “Towards Disaster Relief Law: Legal Aspects of Disaster Relief Operations”, in Kalshoven, F. (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 Publishers, 1989), pp. 181-199.

Tsui, E., “Initial Response to Complex Emergencies and Natural Disasters”, in Cahill, K.M., *Emergency Relief Operations* (New York: Fordham University Press and the Center for International Health and Cooperation, 2003).

Walker, P., “Victims of natural disaster and the right to humanitarian assistance: a practitioner’s view”, *International Review of the Red Cross*, vol. 325 (1998), p. 611.

Walter, J. (ed.), “Risk Reduction: Challenges and Opportunities”, in International Federation of the Red Cross and Red Crescent Societies, *World Disasters Report 2002*, (2002), pp. 9-39.

Walter, J. (ed.), “Accountability: a question of rights and duties”, in International Federation of the Red Cross and Red Crescent Societies, *World Disasters Report 2002*, (2002), pp. 149-169.

Westgate, K.N. and O’Keefe, P., *Some Definitions of Disaster*, University of Bradford Disaster Research Unit, Occasional Paper No. 4 (June 1976).

### 3. 联合国文件选编

Assistance in Cases of Natural Disaster, Report of the Secretary-General, document A/5845, 5 January 1965.

Assistance in Cases of Natural Disaster, Comprehensive report of the Secretary-General, document E/4994, 13 May 1971.

Office of the United Nations Disaster Relief Coordinator, Report of the Secretary-General, document A/32/64, 12 May 1977.

New International Humanitarian Order, Report of the Secretary-General, document A/40/348 and Add.1, 9 October 1985.

Humanitarian assistance to victims of natural disasters and similar emergency situations, Report of the Secretary-General, document A/45/587, 24 October 1990.

Strengthening of the coordination of emergency humanitarian assistance of the United Nations, Report of the Secretary-General, Addendum, document A/49/177/Add.1 - E/1994/80/Add.1, 1 November 1994.

Strengthening of the coordination of emergency humanitarian assistance of the United Nations, Report of the Secretary-General, document A/54/154 - E/1999/94, 15 June 1999.

Strengthening of the coordination of emergency humanitarian assistance of the United Nations, Report of the Secretary-General, document A/55/82 - E/2000/61, 30 May 2000.

Implementation of the International Strategy for Disaster Reduction, Report of the Secretary-General, document A/56/68 - E/2001/63 (and Corr.1, 2 (Arabic only) and 3 (Arabic only)), 8 May 2001.

Strengthening of the coordination of emergency humanitarian assistance of the United Nations, Report of the Secretary-General, document A/56/95 - E/2001/85, 16 June 2001.

International cooperation on humanitarian assistance in the field of natural disasters, from relief to development, Report of the Secretary-General, document A/56/307, 20 August 2001.

Strengthening of the coordination of emergency humanitarian assistance of the United Nations, Report of the Secretary-General, document A/57/77 - E/2002/63, 14 May 2002.

Emergency response to disasters, Report of the Secretary-General, document A/57/320, 16 August 2002.

International cooperation on humanitarian assistance in the field of natural disasters, from relief to development, Report of the Secretary-General, document A/57/578, 29 October 2002.

International cooperation on humanitarian assistance in the field of natural disasters, from relief to development, Report of the Secretary-General, document A/58/434, 14 October 2003.

Strengthening of the coordination of emergency humanitarian assistance of the United Nations, Report of the Secretary-General, document A/59/93 - E/2004/74, 11 June 2004.

Implementation of the International Strategy for Disaster Reduction, Report of the Secretary-General, document A/59/228, 11 August 2004.

International cooperation on humanitarian assistance in the field of natural disasters, from relief to development, Report of the Secretary-General, document A/59/374, 21 September 2004.

Strengthening of the coordination of emergency humanitarian assistance of the United Nations, Report of the Secretary-General, document A/60/87 - E/2005/78, 23 June 2005.

Implementation of the International Strategy for Disaster Reduction, Report of the Secretary-General, document A/60/180, 1 August 2005.

Report of the Secretary-General on the work of the Organization, *Official Records of the General Assembly, Sixtieth Session, Supplement No.1* (A/60/1), 8 August 2005.

International cooperation on humanitarian assistance in the field of natural disasters, from relief to development, Report of the Secretary-General, document A/60/227, 12 August 2005.

Human rights and mass exoduses, Report of the Secretary-General, document A/60/325, 1 September 2005.

Letter dated 31 January 2006 from the Secretary-General addressed to the President of the General Assembly, document A/60/664, 2 February 2006.

Strengthening of the coordination of emergency, humanitarian assistance of the United Nations, Report of the Secretary-General, document A/61/85 - E/2006/81, 2 June 2006.

## 附件 D

### 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。<sup>1</sup> 但是，第二次世界大战<sup>2</sup> 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)<sup>3</sup> 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。互联网已经证明尤其是一种跨越传统有形边界的全球信息基础设施，形成了对于传统国家主权概念的挑战。<sup>4</sup> 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。<sup>5</sup> 各种行为者——政府、产业、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。<sup>6</sup> 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

---

<sup>1</sup> Daniel J. Solove, “Privacy and Power: Computer Databases and the Metaphors for Information Privacy”, *Stanford Law Review*, vol.53 (2000-2001), 第 1393-1462 页, 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。现在, 很多国家, 即使不是所有国家, 都定期开展人口普查, 提出有关个人详情的各种问题。

<sup>2</sup> 同上, 第 1402 页。大型计算机在 1949 年的诞生使信息收集发生了一场革命。

<sup>3</sup> 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。

<sup>4</sup> Joshua S. Bauchner, “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. 1.

<sup>5</sup> Jerry Kang, “Information Privacy in Cyberspace Transactions”, *Stanford Law Review*, vol. 53 (1997-1998), at p. 1999.

<sup>6</sup> 关于创造全球网络安全文化的联大 2002 年 12 月 20 日第 57/239 号决议。又见联大 2005 年 2 月 15 日第 59/220 号决议。经社理事会主席提交的 2000 年高官会部长宣言, 大会第五十五届会议正式记录, 补编第 3 号(A/55/3/Rev.1), 第三章第六段。

个人的数据，并将此类数据保存在公共和私营部门。<sup>7</sup> 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注。<sup>8</sup>

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注带动了辩论。<sup>9</sup> 改进的数据监测技术、数字式音频技术、综合服务数字网络、数字式电话，包括蜂窝电话位置数据、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用乔治·欧文<sup>10</sup> 的话警告说，现在的世界有可能变成一个监视社会。<sup>11</sup>

4. 国际社会对于使用信通技术的信任和安全表示了关注，最近一次是在信息社会世界峰会上，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，<sup>12</sup> 这是并不奇怪的。另外，还呼吁联合国起草一项有法律约束力的

---

<sup>7</sup> 例如，在计算机化的数据档案中储存的个人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。

<sup>8</sup> 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注与以前几十年的关注区分开了，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，见秘书长关于“可能会影响个人权利的电器应用和在民主环境中应当对此种应用规定的限制”的报告，文件 E/CN.4/1142 和 Add.1-2(1973 年)。又见秘书长关于“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，文件 E/CN.4/1116 和 Corr.1 及 Add.1-3 (1974 年)。

<sup>9</sup> 一般见 Steven Hetcher, “Changing the Social meaning of privacy in Cyberspace”, Harvard Journal of Law and Technology, vol.15 (2001-2002), 第 149-209 页。另见 Asian-Pacific Economic Cooperation (APEC) Privacy Framework, 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。电脑黑客对于网络的完整性开展挑战。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。

<sup>10</sup> 乔治·欧文在《1984 年》中使用的比喻是“老大哥”。

<sup>11</sup> ACLU report by Jay Stanley and Barry Steinhardt, “Bigger Monster, Weaker Chains: The Growth of an American Surveillance Society” (2003) available at <http://www.aclu.org/Privacy/Privacylist.cfm?c=39>. (visited on 16 March 2006).

<sup>12</sup> 信息社会世界峰会，成果文件，日内瓦 2003-突尼斯 2005。世界峰会分两个阶段于 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。《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》构成成果文件，见于下述网址：<http://www.itu.int/wsis> (2006 年 3 月 16 日访问该网址)。

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。<sup>13</sup>

5. 持怀疑态度的人提出的问题是，“网际空间”法是否就像“马匹法”一样虚无空泛。<sup>14</sup> 这场辩论——网际空间能否或应否加以规范——基本已经远去，大体上成了一种历史的里程碑。<sup>15</sup> 然而，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？<sup>16</sup>

---

<sup>13</sup> 关于在全球化世界中保护个人数据即保护一项尊重多样性的普遍权利的《蒙特勒宣言》，由2005年9月14至16日在蒙特勒举行的第27届数据保护和隐私权专员大会通过，宣言案文见于<http://www.privacyconference2005.org>。另见引起人们注意的2004年11月在瓦加杜杜举行的法语国家首脑会议通过的宣言第51段：

«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.»

互联网治理论坛也将数据保护列为需要讨论的问题之一，一般见<http://www.intgovforum.org>。(2006年4月7日访问该网站)。

<sup>14</sup> Frank H. Easterbrook, “Cyberspace and the Law of the Horse”, *University of Chicago Legal Forum*, (1996), pp. 207-216.

<sup>15</sup> Raymond S.R. Ku, Michele A. Faber, Arthur J. Cockfield, *Cyberspace Law: Cases and Materials* (New York: Aspen Law and Business, 2002), p. 37 quoted by Van N. Nguy, “Using Architectural Constraints and the Game Theory to Regulate International Cyberspace Behaviour”, *San Diego International Law Journal*, vol. 5, (2001), 431 at 432.

<sup>16</sup> 其他的命题涉及到治理：信通技术得到改善而带来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所作出的推理回答都包括下列三种立场当中的一项：(a) 较为传统式的中央管理办法，由政府作为互联网和信通技术活动的管理人；(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，传统的规则不再使用也不再适宜，根本的运行宗旨是自治和自律；最后一种是(c) 国际性较强的立场。这种立场认为，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。这些答案是相互交错、相互关联和互为增强的。一般见 Viktor Mayer-Schönberger, “The Shape of Governance: Analysing the World Internet Regulation”, *Virginia Journal of International Law*, vol.43 (2002-2003), 他提出了这三种网际空间法的论述并且将之称为(a) 基于国家的传统主义论；(b) 网际分离主义论；(c) 网际国际主义论，并且对其中每种立场都作了评判。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？

在处理与电脑相关的问题过程中可以看到三种法律对策。<sup>17</sup> 显然，这些对策并不容易区分，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，但还是经修订加以适用；第三，新的问题要求创建新的法律。<sup>18</sup> 在这种网际空间法当中，为了处理信通技术带来的问题，适用或调整后适用了多个领域的法律。<sup>19</sup> 一方面，合同法、侵权行为、证据、知识产权或不同法律之间的抵触与解决应用和利用信通技术带来的问题密切相关；另一方面，数据保护已经成为第三类法律对策的一个例子：对新的情况适用新的法律。<sup>20</sup> 本提案的重点就在这方面。数据保护的定义是，在处理个人信息的过程中，尤其是在利用信通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。<sup>21</sup> 数据保护的愿望是，确保数据不被滥用，数据主体具有和保留纠正误差的能力。<sup>22</sup>

---

<sup>17</sup> Frits W. Hondius, “Data Law in Europe”, *Stanford Journal of International Law*, vol.16(1980), 第 87 页起, 见第 88 页。在日常生活—实际空间中, 人的行为受到四种制约, 即法律、社会规范、市场和“体系架构”, 为了帮助分析理解“网际空间”法, 所有这些都采用, 相互影响和互动。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实行规范。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行为惯例行事; 制造商可能会商定某些守则以便保证兼容性和联网。一般见 Lawrence Lessig, “The Law of the Horse: What Cyberlaw might teach”, *Harvard Law Review*, Vol. 113 (1999-2000), 第 501-549 页, 见第 509 页, 他关于体系架构的定义是, “‘我们看到的’有形世界或‘这个有形世界是如何构建的’。网际空间的体系架构是这个空间的守则—构成网际空间的软件和硬件”。

<sup>18</sup> 同上。

<sup>19</sup> 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, 其他一些组织参与制订数据处理、数据传输和数据安全标准。见 Michael Bothe “Data, Transborder flow and Protection,” *Encyclopedia of Public International Law*, Vol. One (North-Holland, Amsterdam, London, New York, Tokyo: 1992), pp. 950-961 at p. 954. 联合国贸易法委员会 1985 年通过了关于计算机记录法律价值的一项建议, 得到联大 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》, 联大 2005 年 11 月 23 日第 60/21 号决议。例如, 又见欧洲议会和欧洲委员会关于统一信息社会版权的某些方面和有关权利的 2001 年 5 月 22 日第 2001/29/EC 号指令以及美国 1998 年的数字千年版权法。

<sup>20</sup> Frits W. Hondius, “Data Law in Europe”, 前注 17, 第 88 页。

<sup>21</sup> 同上, 第 89 页。

<sup>22</sup> Bradley P. Smith, Book review “Policing across Natural Boundaries”, *Yale Journal of International Law*, vol.20 (1995), 第 215 页起, 见第 216-217 页。

## B. 现有规范和规则的简述

6. 自 1960 年代后期以来, 数据保护就一直是国际社会关注的问题。<sup>23</sup> 在这个问题上, 总的方向是确保信息的自由流动。<sup>24</sup> 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有着影响。国家或业界采用的各种方针倾向于强调对各种价值观重视程度上的不同之处。对这个领域加以规范的有多种约束性和非约束性文书、国家法规和司法裁决。经过联合国、欧洲委员会和经合组织范围之内所作的早期努力, 通过了“第一代”文书, 为 1970 年代开始在国家层次颁布“第一代”法规发挥了协同作用。<sup>25</sup> 这些文书承认, 数据保护的愿望和国家之间信息自由流动的愿望之间存在着冲突, 这是基本问题。<sup>26</sup> 德国的黑森州首先在 1970 年颁布了一般

---

<sup>23</sup> 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个决议表示的关注是, 近期的科学发现和技术进步为经济、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。联大 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问题。见上文脚注 8 提到的报告。这个问题最终被提到了人权委员会。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输入数据合法手段的专家委员会, 另外, 经合组织 1969 年成立了第一个专家组即数据库专门组。后来, 又于 1978 年成立了跨界数据障碍和隐私权保护问题专家组。

<sup>24</sup> 《世界人权宣言》, 《公民权利和政治权利国际公约》确认了跨界索取、接受和发送信息和思想的权利, 又见一些区域性人权文书: 《世界人权宣言》第 19 条, 《公民权利和政治权利国际公约》第 19 条。另见 1950 年罗马《保护人权和基本自由公约》第 10 条; 1969 年圣何塞《美洲人权公约》第 13 条; 《非洲人权和民族权利宪章》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》, 第(34)-(46)段; 欧洲安全与合作会议关于人权问题的哥本哈根会议(1990 年)通过的文件, 第二部分第 9 段; 欧洲安全与合作会议关于人权问题的莫斯科会议(1991 年)通过的文件, 第二部分第 26 段; 在开罗通过的《伊斯兰世界人权宣言》第 23 条。

<sup>25</sup> 欧洲委员会首先在 1973 年通过了关于私营部门电子数据库保护个人隐私的一项决议, 即欧洲委员会第 73 (22)(1973)号决议, 后来又通过了关于公共部门电子数据库保护个人隐私的另一项决议, 即欧洲委员会第 74 (29) (1974)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。联合国内的努力用了较长的时间才成熟起来。人权委员会在 1977 年第 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相关准则的第二次研究。路易·儒瓦内先生(法国)担任了小组委员会有关这个问题的特别报告员。他提出的报告建议考虑采用可能的办法制定由国家和国际立法确定的最低标准。联大 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。关于准则执行情况的后续动态, 见按照 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; 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。人权委员会未经表决予以通过的 1999 年 4 月 28 日第 1999/109 号决定(a) 由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; 请秘书长委托主管的检查机关确保联合国系统内有关组织贯彻落实相关准则。

<sup>26</sup> Jon Bing, “The Council of Europe Convention and the OECD Guidelines on Data Protection”, *Michigan Yearbook of International Legal Studies*, vol.5 (1984), 第 271 at 273.

性的数据保护法规，<sup>27</sup> 瑞典 1973 年颁布了相关法规，是这样做的第一个国家。<sup>28</sup> 其他一些国家采取的办法是采用部门性较强的专项法规。<sup>29</sup>

7. “第一代”法规在贯彻执行的过程中存在着差异，因而在欧盟和其他地方推动了行动和进一步的动态。随之而来的是通过了“第二代”文书，<sup>30</sup> 其中有些，

---

<sup>27</sup> 数据保护这一说法源于德文“Datenschutz”。瑞典：1973 年颁布的《数据法》(Datalagen, 1973: 289)，1974 年 7 月 1 日生效。另见：例如挪威：1973 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)，两项法律均在 1979 年 1 月 1 日生效；加拿大：1977 年《人权法》；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、档案和自由的第 78-17 号法律；联合王国：1984 年《数据保护法》。

<sup>28</sup> Jon Bing, “The Council of Europe Convention and the OECD Guidelines ...”，前注 26，第 271 页。

<sup>29</sup> 在美国，例如通过了下列法律：Privacy Act, Pub. L. No.93-579 (1974)；Fair Credit Reporting Act, Pub. L. No. 91-508 (1970)；the Right to Financial Privacy Act, Pub. L. No. 95-630 (1978)；Cable Communication Policy Act, Pub. L. No. 98-549 (1984)；Family Educational Rights and Privacy Act, Pub.L.93-380, 1974.

<sup>30</sup> 1994 年的世贸组织《服务贸易总协定》中关于一般例外的第十四条除其他外提到了采用或实施以下措施：(c) 为服从与本协议规定不相抵触的法律和规定的需要，包括与下属有关的：... (ii) 保护个人隐私和有关个人资料的处理与扩散，以及保护个人记录和账户的秘密。又见关于处理个人数据和此类数据自由流动方面保护个人的 1995 年欧洲议会和理事会第 95/46/EC 号指令，其中详细制定了隐私权规范结构以供欧盟成员国在国内采用，*Official Journal* L.281, 1995 年 11 月 23 日；欧洲委员会 2001 年通过的 1981 年公约的附加议定书；关于电信业处理个人数据和保护隐私权的 2002 年欧盟议会和委员会第 2002/58/EC 号指令取消了早先关于同一内容的 1997 年欧洲议会和委员会第 97/66/EC 号指令。又见关于提供公开可得电子通信服务或公共通信网络方面保留生成或处理的数据的 2006 年欧盟议会和委员会指令，其中修订了第 2002/58/EC 号指令。欧洲联盟 2000 年 12 月 7 日颁布的《基本权利宪章》(尚未生效)载有关于保护个人数据的一条具体规定：

1. 每个人有权保护关于基本的个人数据。
2. 此类数据的处理必须处于有关者说明的目的并得到本人同意，或按照法律规定的合法依据进行。每个人有权检索所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遵守上述规则的情况。

亚太经合组织也在 2004 年通过了亚太经济合作隐私权框架，促进采用一致的方法处理信息隐私权，以此确保亚太地区的信息自由流动。



如欧盟的指令，涉及到第三国<sup>31</sup>和“第二代”法规<sup>32</sup>，另外还出现了一些努力，推

---

<sup>31</sup> 第 25 条处理了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。回应这一欧盟指令，美国商业部通过了安全港口隐私原则鼓励公司予以合作，美国商业部 2000 年 7 月 21 日颁发的这一原则可在下列网页查阅：[http:// www.export.gov/safeharbor/SHPRINCIPLESFINAL.htm](http://www.export.gov/safeharbor/SHPRINCIPLESFINAL.htm) (visited on 24 March 2006)。欧共体委员会第 2000/520/EC 号决定确认这些原则提供了充分的保护。关于向美国传输数据的适足保护程度问题，欧共体法院于 2006 年 5 月 30 日就第 C-317/04 和 C-318/04 号案件并案通过了一项裁决。欧洲议会除其他外要求取消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欧共体委员会决定 (2004 年 5 月 14 日第 2004/535/EC 号)，第 C-317/04 和 C-318/04 号案件。法院以此事超出共同体主管范围作为技术性理由取消了委员会的这项决定。

<sup>32</sup> Argentina: Personal Data Protection Act “Ley de Proteccion de los Personales (Act 25.326) of 4 October 2000; Australia: 1988 Privacy Act and the 2000 Privacy Amendment Act (private sector); Austria: Personal Data Protection Act 17 August 1999 and Landers’ legislations to implement the EC Directive; Brazil: Anteprojeto de Lei No. 61/1996; Anteprojeto de Lei No. 151; Belgium: Law on Privacy Protection in relation to the Processing of Personal Data, 8 December 1992, modified by the implementation law of 11 December 1998 and Secondary Legislation of 13 February 2001; Canada: the 2001 Personal Information Protection and Electronic Document Acts (PIPEDA); Chile: Ley No. 19.628, Sobre la Proteccion de la Vida Privada, 28 August 1999; Cyprus: The Processing of Personal Data (Protection of the Individual) Law of 2001, as amended in 2003 and the Regulation of Electronic Communications and Postal Services Law of 2004; Czech Republic: Personal Data Protection Act, 4 April 2000; Denmark: Act on Processing of Personal Data (Act No. 429), 31 May 2000, Germany: Federal Data Protection Act (Bundesdatenschutzgesetz), 18 May 2001 and Landers’ Data Protection laws adopted to implement the European Directive; Estonia: Data Protection Act, 12 February 2003; Finland: Finnish Personal Data Act (523/1999), 22 April 1999, as Amended on 1 December 2000 and Finnish Data Protection Act in Working Places of 2004; France: Law 2004-801 modifying law 78-17 of 6 January 1978; Greece: Implementation Law 2472 on the Protection of individuals with regard to the processing of personal data entered into force 10 April 1997; Ireland: Data Protection Act 1998, amended by Data Protection Act 2003, 10 April 2003; Hungary: Act LXIII on the Protection of Personal Data and Public Access to Data of Public Interest of 1992, Act IV of 1978 on the Criminal Code on Misuse of personal data and misuse of personal information and Data Protection Act, 14 December 2001 (Act XXVI) as amended by Act XXXI of 2002; Italy: Protection of individuals and other subjects with regard to the processing of personal data Act No. 675, 31 December 1996 and New Data Protection Code entered into force 1 January 2004; Israel: Data protection Law enacted in 1981 and amended in 1996; Japan: the Act of the Protection of Personal Information, Law No. 57 of 2003; Latvia: Personal Data Protection Law Amended by Law of 24 October 2004; Lithuania: Law on Legal Protection of Personal Data, 21 January 2003, No IX-1296, with Amendments of 13 April 2004; Luxembourg: Data Protection Law, 2 August 2001; The Netherlands: Personal Data Protection Act, 6 July 2000 (the former sectoral Codes of conduct are under review to become legislations); New Zealand: Privacy Act, 1 July 1993; Poland: Act on the Protection of Personal Data, 29 August 1997 amended on 1 January 2004; Paraguay: Data protection law in Paraguay, Act No. 1682 Regulating Private Information; Portugal: Personal Data Protection Law 67/98 of 26 October 1998; Republic of Korea: Act on the Protection of Personal Data maintained by Public Agencies Act (Act No. 4734) of 1994, the Act on the Promotion and Protection of Information Infrastructure, (Act No. 5835) of 1999; Russian Federation: Law of the Russian Federation on Information, computerization, and Information Protection of 25 January 1995; Slovenia: 1999 Personal Data Protection Act (based on Council of Europe Convention) and Act Amending the Personal Data Protection Act in July 2001; Slovakia: Act No. 428/2002 coll. on Protection of Personal Data, as Amended by the Act No. 602/2003 Coll., Act No. 576/2004 Coll. and the Act No. 90/2005 Coll.; Spain: Ley Organic 15/1999 de Proteccion de Dades de Caracter Personal, 13 December 1999; Sweden: Personal Data Act 1998: 204 of 29 April 1998 and Regulation 1998:1191 of 3 September 1998; Switzerland: Swiss Federal Act on Data Protection 235.1 (DPA) of 19th June 1992; Tunisia: Personal Data Protection Law No 2004-63, 27 July 2004; United Kingdom: Data Protection Act of 16 July 1998 completed by legislation of 17 February 2000.

动以在多边框架内制订的法规范本为基础颁布立法。<sup>33</sup> 其他一些国家仍然倾向于颁布部门性的专项法规。<sup>34</sup> 各国倾向于采用的办法深刻地植根于历史、法律和政治传统。<sup>35</sup> 较一般而言，欧洲通过的法律对收集数据加以限制。<sup>36</sup> 这些法律要求事先通知索取数据的目的。另外，除非经数据主体同意或通过法律运作，此后以任何方式使用数据必须合乎具体的目的。第二，法规规定了事后的控制检查，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件。<sup>37</sup> 第三，此类法规规范了此类数据的安全和保护方面的问题，对于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。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。<sup>38</sup> 建立了处理这些问题的一种监察机制。第三，另外还考虑了控告和纠正制度。

8. 另一方面，美国具体采用的办法是部门性的，依靠立法、规章和自律的结合，<sup>39</sup> 对策倾向于以市场为驱动。立法基本上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。而且，没有负责执法的单一机构。

---

<sup>33</sup> 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关于隐私权的两项法案范本草案(私营部门和公共部门)。对法律范本产生了影响的是加拿大个人数据保护制度、用以执行欧盟指令的 1998 年联合王国数据保护法以及经合组织准则。

<sup>34</sup> 美国通过了下列法律: Privacy Act, 5 U.S.C. §552a (2001); Fair Credit Reporting Act, 15 U.S.C. §1681 (2001); Video Privacy Protection Act, 18 U.S.C. §2710-11 (2000); Cable Communications Policy Act, 20 U.S.C. § 551 (2000); Drivers Privacy Protection Act, 18 U.S.C. § 2721-2725 (2000); Telephone Consumer Protection Act, 47 U.S.C. §227 (2000); Family Educational Rights and Privacy Act, 20 U.S.C. §1232 (2000); Health Insurance Portability and Accountability Act, Pub. L. no. 104-191 (1996); Children On-line Privacy Protection Act, 5 U.S.C. §6501-06 (2000).

<sup>35</sup> Frits W. Hondius, "Data Law in Europe", 前注 17, 第 87-110 页。各国或者通过平等覆盖公共部门和私有部门的单一法令(如欧洲联盟成员国、阿根廷、智利、以色列、瑞士、俄罗斯联邦), 或者通过在不同章节内分别处理公共部门和私有部门的单一法令, 或分别处理公共部门和私有部门的两项法令(如澳大利亚、加拿大、巴拉圭、突尼斯); 或者通过一项覆盖公共部门的法令, 另外用单项法规处理私营部门活动的不同方面(如日本、大韩民国); 在有些情况下, 颁布一般性立法的同时对于不同的部门实行替代性法则(例如新西兰)。

<sup>36</sup> 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.

<sup>37</sup> 同上。

<sup>38</sup> 同上。

<sup>39</sup> 美利坚合众国关于互联网治理的评论, 经济和工商事务局 2005 年 8 月 15 日公布: 数据保护和隐私: ..... 确保保护个人信息的任何有效方法包括: 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, 见网页 <http://www.state.gov/e/eb/rls/othr/2005/51063.htm>。 (2006 年 3 月 21 日访问)。

9. 还可指出，业界在采用自律守则保护个人数据方面发挥了积极作用。<sup>40</sup>

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。该法院称，第 95/46/EC 号欧共体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。<sup>41</sup> 在 Rechnungshof 案中，欧洲法院指出，由于该项法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的一般性原则。该法院还认为：

第 95/46 号指令第 6 条第 1 款(c)项和第 7 条(c)和(e)项可由个人在国家法院援引以求排除适用与这些规定相抵触的国家法律规则，因此可直接适用。<sup>42</sup> 欧洲人权法院明确，承认保护个人数据包含在《欧洲公约》第 8 条规定的隐私权之内，因此是一项基本权利。<sup>43</sup>

11. 约束性和非约束性的国际文书、各国通过的国家法规以及司法裁决揭示了若干核心原则，其中包括：(a) 合法和公正的数据收集和处理；(b) 准确性；(c) 目的规定和限制；(d) 相称性；(e) 透明度；(f) 个人参与和特别是检索权；(g) 无歧视；(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。

### C. 拟订供委员会审议的提案

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权益共性。此前的先例以及其他有关材料，包括条约、国家法规、司法裁决及非约束性文书都表明，可以拟订一套规定，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

---

<sup>40</sup> The International Chamber of Commerce is playing a lead role in this regard. See for example its Toolkit for Policy makers, at [http://www.iccwbo.org/home/e\\_business/word\\_documents/TOOLKIT-rev.pdf](http://www.iccwbo.org/home/e_business/word_documents/TOOLKIT-rev.pdf).

<sup>41</sup> Case No C-369/98 R .v. Minister of Agriculture, Fisheries and Food ex parte Fisher, ECJ Judgment of 14 September 2000.

<sup>42</sup> In Rechnungshof...in joined cases C-465/00, C-138/01 and C-139/01, ECJ Judgment of 20 May (Reference for a preliminary ruling from the Verfassungsgerichtshof and Oberster Gerichtshof): Rechnungshof (C-465/00) v Österreichischer Rundfunk and Others and between Christa Neukomm (C-138/01), Joseph Lauer mann (C-139/01) and Österreichischer Rundfunk (2003/C 171/03), para.101.

<sup>43</sup> 另见 Amann v. Switzerland, 27798/95 [2000] ECHR 88 (16 February 2000); Leander v. Sweden - 9248/81 [1987] ECHR 4 (26 March 1987); Rotaru v. Romania - 28341/95 [2000] ECHR 192 (4 May 2000); Turek v. Slovakia, 57986/00 [2006] ECHR 138 (14 February 2006).

设计用以自律的模式。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。然而，委员会如果采用自己的工作办法，就有可能弄清法律见解和实践的新趋势，而这些见解和实践很可能决定着最终会形成的任何全球法律制度的形态。

## 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<sup>44</sup>以及约束性和非约束性国际文书<sup>45</sup>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。从哲学和分析的角度看，隐私涉及到多种可能和思想，这些可能和思想可划入下列类别之一，或横跨所有这些类别：(a) 空间、(b) 抉择、(c) 信息<sup>46</sup>以及(d) 通信隐私。

14. 虽然这四个类别相互牵涉和影响，但本提案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，本提案主要侧重于第三类：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，<sup>47</sup>这个概念通常被称为“记录的公正管理”。<sup>48</sup>有必要考虑数据主体和使用者拥有的权益。

---

<sup>44</sup> 例如在 1361 年，苏格兰的“Justices of the Peace Act”(34 Edw.3.c.1)规定对偷窃者和窃听者予以逮捕；1776 年瑞典的“Public Records Act”规定政府掌握的所有信息都应用于合法目的；1890 年，美国的 Warren 和 Brandeis 在“Law of Privacy”，Harvard Law Review, vol.4(1890-91)，第 195 中写道：隐私权是“不受打扰的权利”。在 Griswold V. Connecticut 案中，381 U.S. 479(1965)，最高法院对《权利宪章》给予了广泛的解释，并确认个人拥有宪法保护的隐私权。

<sup>45</sup> 《世界人权宣言》第 12 条，《公民权利和政治权利国际公约》第 17 条。另见《美洲人的权利和义务宣言》第五、六和十条，波哥大，1948 年；《保护人权和基本自由公约》第 8 条，罗马，1950 年；《美洲人权公约》第 11 条，圣何塞，1969 年；《非洲儿童权利和福利宪章》，亚的斯亚贝巴，1990 年；在开罗通过的《伊斯兰世界人权宣言》第 18 条。另参照《非洲人权和民族权利宪章》第 18 条。就医学伦理而言，例如见关于人体实验原则的《纽伦堡法典》，1948 年《日内瓦宣言》和 1964 年《赫尔辛基宣言》。

<sup>46</sup> Jerry Kang, “Information Privacy ...”, supra note 5, p. 1193 at 1202-1203. In Whalen v. Roe, 429 U.S.589 (1977)，美国最高法院将隐私的实质性程序保护扩展到信息隐私。

<sup>47</sup> 同上，第 1203 页。

<sup>48</sup> G. Michael Epperson, “Contracts for Transnational Information Services...”，前注 36，见第 160-161 页。“数据保护并不意味着所有隐私权益应得到完全保护。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与他们有关的数据的存在以及这些数据将用于何处……”。

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。<sup>49</sup> 数据安全、位置数据和流通数据都已经成为保护范围之内要件。数据安全涉及到数据的物理安全，为此要努力确保数据在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)<sup>50</sup> 和向另一方发送的内容(流通数据)<sup>51</sup> 不再能够保证匿名。为静态或流动数据提供的保护类型和性质将是这一专题范围内的事物。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需要加以权衡。

17. 第三，本专题将限于处理个人数据流动。<sup>52</sup> 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；<sup>53</sup> (b) 实际金融交易；<sup>54</sup> (c) 科学或技术信息；<sup>55</sup> (d) 可识别个人身份的信息，如涉及信用、病历、刑事记录、与旅行有关的各种预订，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是意图列入本提案范

---

<sup>49</sup> Daniel J. Solove, “Privacy and Power...”, 前注 1, 见第 1437 页。

<sup>50</sup> 使用者终端设备的经度、纬度和高度，位置信息的流向、水平和精度，网络单元的名称和位置信息的时间都已经变得可以容易地加以记录。

<sup>51</sup> 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，通信传输的格式，是数据流通过程中容易辨认的部分。

<sup>52</sup> Eric J. Novotny, “Transborder Data flows and International Law: A framework for Policy-Oriented Inquiry”, *Stanford Journal of International Law*, vol. 16 (1980), 第 141 页起, 见第 144 页, 脚注 7。“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。

<sup>53</sup> 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。

<sup>54</sup> 同上，第 157 页。涉及款项的进出和转账的数据。

<sup>55</sup> 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。

围之内的数据，尽管此类数据也可能以业务或金融交易信息的形式出现，<sup>56</sup> 或者成为科学和技术调查包括人口调查的部分内容。

18. 可识别个人的身份信息可涉及到 (a) 与个人有关的根源；(b) 与个人有关的描述；(c) 与个人有关的工具性测绘。<sup>57</sup> 可能需要防止披露的是这些方面。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。<sup>58</sup> 这一基于属人理由的专题范围将必须决定如何处理除自然人以外的其他实体。

19. 数据流包括在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。在处理这个专题的过程中，将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，存在着一些得到承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以克减或限制为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“为了处理和/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”。<sup>59</sup> 这一基于属物理由的专题范围是需要认真考虑的问题，尤其需要研究的是，涉及的是否仅为自动化生成的计算机数据，还是任何类型的数据，包括人工生成和处理的数据；范围的界定是应当看使用的技术，还是应当看涉及到的任何类型数据而无论技术如何。

22. 需要加以界定的术语包括数据、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

---

<sup>56</sup> 前引文献，第 157 页。又见 2005 年 9 月 20 日被宣布为可予受理的一起未决案件(Segerstedt - Wiberg and others v. Sweden, Application No. 62332/00)。欧洲人权法院将必须断定，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。冰岛最高法院在关于 Guomundsdottir v. Iceland 案的 2003 年 11 月 27 日第 151/2003 号裁决中就 DNA 数据和死者身份的查验处理了“个人数据”问题。见 Dr. Renate Gertz, “An Analysis of the Icelandic Supreme Court judgment on the Health Sector Database Act,” *Journal of Law and Technology*, vol. 1, issue 2, June 2004, pp. 290-306.

<sup>57</sup> Jerry Kang, “Information Privacy...”, 前注 5, 见第 1207-08 页。

<sup>58</sup> Eric J. Novotny, “Transborder Data flows and International Law...” 前注 52, 见第 157 页。

<sup>59</sup> 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.

据跨界流动、个人数据的处理、通信、第三方使用者、登记和交易数据、点击流数据。这些定义只是示意性的，需要考虑到网络环境中不断发生的技术进步。

## 核心原则

23. 在这个领域几乎四十年来的发展中，可以找到一些核心原则，这些原则包括下列各项：<sup>60</sup>

- 合法和公正的数据收集和处理：这些原则设想，个人数据的收集仅限于必要的最低程度。尤其是此类数据不应非法或通过不正当手段获得；
- 准确性：信息质量原则是一种定性规定，由此而来的一种责任是，数据对于使用的目的来说应当准确，达到必要的完备程度，是最新数据；
- 目的规定和限制：这些原则规定的要求是，应当向数据主体说明收集数据的目的。除了说明的目的之外，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、提供或使用必须有数据主体的同意或知情，或按法律行事。此后的任何使用也仅限于此种目的，或与此种目的并不矛盾的另一种目的。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：相称性提出的要求是，采取的必要措施应当相称于所坚持的合法主张。
- 透明度：指在保护个人数据方面，对于动态、做法和政策采取一种开放的总体政策。
- 个人参与以及尤其是检索权：对于数据保护的目的而言，这项政策可能是最为重要的。个人应当可以检索此类数据，并且能够判定档案保管人是否具有与其相关的数据，获得此种信息或使此种信息以某种合理的格式、方式和费用传输给本人。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。

---

<sup>60</sup> 一般见 Justice Michael D. Kirby, “Transborder Data flows and the ‘Basic Rules’ of data privacy”, *Stanford Journal of International Law*, vol. 16 (1980), pp. 27-66. See also John M. Eger, “The Global Phenomenon of Teleinformatics: An Introduction”, *Cornell International Law Journal*, vol. 14 (1981) pp. 203-236. 另见自动化个人数据系统部长咨询委员会，美国卫生、教育、福利、档案、计算机和公民权利部(1973年)。

- 无歧视：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。其中包括基于种族或族裔起源、肤色、性生活、政治见解、宗教、哲学、和其他信仰以及某个社团或工会的成员身份整理的信息。
- 责任：这项原则涉及的是数据安全，应当采取负责和妥当的措施保护数据，防止数据的损失和破坏，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。
- 独立监察和法律制裁：监察和制裁要求，应有一种机制确保正当程序和原则。应当建立起法律上负责的一个机关实施数据保护规定。
- 个人数据跨界流动的数据等同性：这是一个一致性原则，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造成无理障碍和限制。
- 克减原则：这是指，为了保护国家安全、公共秩序、公共健康或道德，或者为了保护他人的权利，规定例外和实行限制的权力。

## 克 减

24. 隐私关注极其重要，但必须与其他价值一权益取得平衡。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，必须权衡兼顾防止个人对于个人信息加以控制的其他反价值观，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。<sup>61</sup> 有些限制和例外是允许的，例如，在国家安全、公共秩序、<sup>62</sup> 公共健康或道德<sup>63</sup> 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威胁。

---

<sup>61</sup> 一般见 Catherine Crump, “Data Retention: Privacy, Anonymity and Accountability Online, Stanford Law Review, vol.56 (2003-2004), 第 191-229 页。

<sup>62</sup> 例如见欧洲委员会 2001 年 11 月 23 日在布达佩斯通过的《关于网络犯罪的公约》，《欧洲条约汇编》，第 185 号。

<sup>63</sup> 例如，教科文组织 1997 年 11 月 11 日通过了《世界人类基因组和人权宣言》，得到了联合国大会 1998 年 12 月 9 日第 53/152 号决议的赞同。又见 1997 年 3 月 4 日在奥维埃多通过的 1997 年欧洲委员会关于在生物技术和医学应用方面保护人权和人的尊严公约，ETS no.164; 1998 年 1 月 12 日的欧洲委员会关于在生物技术和医学应用方面保护人权和人的尊严公约 1998 年附加议定书，《欧洲条约汇编》，第 168 号。



25. 个人数据的处理必须按照人权原则加以解释。<sup>64</sup> 因此，符合公共利益的任何目标如果符合以下条件，就有理由干预私人生活：(a) 符合法律，(b) 为在民主社会内追求合法目标所必需，(c) 并非与追求的目标不相称。<sup>65</sup> “符合法律”一语超出了要求国内法具备某种法律依据的形式上的规定，它要求的是，法律依据可予“评估”和“预见”。<sup>66</sup> 可预见性的必要条件是，规则的制订有充分的确切性，以便任何个人能够规范自己的行为。<sup>67</sup>

26. 在国家行为方面也出现了一些问题。第一个问题涉及到数据保留和数据保存。在网际世界中，有两种收集个人信息的基本方法：(一) 来自使用者的直接索取(登记和交易数据)<sup>68</sup>；(二) 暗中追踪互联网漫游途径(点击流数据)。<sup>69</sup> 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法规。<sup>70</sup> 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、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。这种对于环境的操纵影响了互联网上盛行的价值观。具体而言，由于数据保留使得较为容易把行为与行为者联系起来，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。<sup>71</sup>

---

<sup>64</sup> Rechnungshof...in joined cases C-465/00, C-138/01 and C-139/01, 2003年5月20日欧洲法院的判决。

<sup>65</sup> Fressoz and Roire v. France -29183/95 [1999] ECHR 1,1999年1月21日。例如，在审查对称性时，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，加以保护的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。

<sup>66</sup> Amann v. Switzerland, 前注 41, 第 55-62 段。

<sup>67</sup> Malone v. United Kingdom, 1984年8月2日的判决, ECHR Series A, no. 82, 第 31-32 页, 第 66 段。

<sup>68</sup> Daniel J. Solove, “Privacy and Power: ...”, 前注 1, 见第 1408 页。

<sup>69</sup> 同上, 第 1411 页。

<sup>70</sup> 例如, 欧共体委员会 2004 年 5 月 14 日的第 2004/535/EC 号决定。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数据保留一年。又见 2006 年欧洲联盟议会和委员会关于在提供公开可得的电子通信服务或公共通信网络方面保留所生成的或处理的数据、修订了第 2002/58/EC 号指令的指令。

<sup>71</sup> Catherine Crump, “Data Retention: Privacy, ...”, 前注 61, 第 194 页。

27. 数据保存不同于数据保留，是针对面临调查、但法院尚未签发相关命令的某个客户保存记录和其他证据的一种执法工具，权限范围相对有限。<sup>72</sup> 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，一旦目的失去时效，数据即应销毁、妥为存档或改变标识。数据保留的时间越长，或加以保留的法令越一般化，从隐私角度按照人权原则提出的关注就越强烈。

28. 第二个相关问题是政府进入个人和公共数据库的检索权，政府购买私营数据库的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，自愿与政府机关分享。<sup>73</sup>

29. 可能需要找到保证数据保留或数据保存以及检索权不会使隐私的实质内容受到根本损害的保障方法。

30. 关于为统计用途或科学研究、新闻目的、艺术或文学表现而使用档案，也还有一个承认限制的问题。保护真相的重要性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。使用关于统计、技术或科学研究的档案，或关于新闻报道或文学艺术表现的档案就属于这个类别。知情权可能会受到限制，只要是此类限制以法律为依据，并且必须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。

#### 数据的适足性/等值性

31. 数据从一个国家向另一个国家传输带来了安全和保护问题，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，适用的法律是什么，应当如何解决由此产生的问题。因此，可能需要在本专题范围内对数据适足性或数据等值性问题作某些处理。

---

<sup>72</sup> 2001 年提供必要的适当工具截获和阻断恐怖主义以团结和加强美国法(《美国爱国法》)对于法规作了多处修正，以便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、电子通信隐私法、计算机欺诈和滥用法、外国情报监测法、家庭教育权利和隐私法、笔名登记和诱捕及追踪法、洗钱法、移民和国籍法、洗钱控制法、银行保密法、金融隐私权法、公正信用报告法。

<sup>73</sup> 一般见 Daniel J. Solove, “Digital Dossiers and the Dissipation of Fourth Amendment Privacy”, *Southern California Law Review*, vol. 75 (2002), p. 1083. The *New York Times* on Tuesday 21 March 2006, B.6, “Librarian Is Still John Doe, Despite Patriot Act Revision”, notes that 30,000 national security letters are issued in a year demanding patron records. See also *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.

32. 下列附录仅属示意性的，简要列出了可能需要加以解决的问题：

## 附 录

- **范围：**保护个人数据和通信隐私
  - 基于属人理由的范围：个人数据
  - 基于属物理由的范围：私营和公共部门：是否应当将国际组织包括在内的问题
  - 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、登记和交易数据、点击流数据
- **核心原则：**合法和公正的数据收集和处理、准确性、目的规定和限制、相称性、透明度、个人参与及尤其是检索权、无歧视、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
- **数据主体的权利：**被通知、不同意、检索、修正、出于合法理由反对处理数据、救济
- **数据处理：**公正性和合法性、问责
- **合法数据处理的标准：**同意、合同义务、其他法律义务、保护数据主体重大利益的必要性、为公共利益所必要、为合法权益所必要
- **例外和限制：**国家安全、国防、公共安全、刑事执法、财税问题 and 经济利益、保护数据主体和他人
  - 制订政策(人口普查、人口登记、普查)、科学、研究和统计、新闻和艺术活动
- **制裁和救济：**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
- **实施：**立法、规章、自律

## 参考书目选编

- All European Academies, *Privacy protection in the information society* (Amsterdam: Allea, 2002).
- Bauchner, Joshua 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), pp. 689-722.
- Bauchner, Joshua S. and Ramani, Rekha, *International Regulatory Devices: Legal Research Guides to the EU Data Protection Directive and the Convention on Biological Diversity*, (Buffalo, NY: Hein, 2001).
- Beardwood, John and Fabiano, Daniel, "Approaches to 'Extra-jurisdictional' Data Transfers in Canadian and European Outsourcing: a Comparative Approach", *Computer Review International* vol. 6 (2005), pp. 166-177.
- Becker, Richard K.A., "Transborder Data flows: Personal Data - Recommendations of the Organization 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) pp. 241-247.
- Belleil Arnaud, E-privacy: le marché des données personnelles: protection de la vie privée à l'âge d'Internet, (Paris: Dunod, 2001).
- Bergkamp, Lucas, *European Community law for the new economy* (Intersentia, Antwerp - Oxford - New York, 2003).
- Beyleveld, D et el (eds.), *The Data Protection Directive and medical research across Europe* (Aldershot: Ashgate, 2004).
- Bignami, Francesca, "Transgovernmental Networks vs. Democracy: the Case of the European Information Privacy Networks", *Michigan Journal of International Law*, vol. 26 (2005) pp. 807-886.
- Bing, Jon, "The Council of Europe Convention and the OECD Guidelines on Data Protection", *Michigan Yearbook of International Legal Studies*, vol. 5 (1984), pp. 271-303.
- Bureau international du travail, Protection des données personnelles des travailleurs [Texte imprimé]: recueil de directives pratiques du BIT (Genève: Bureau international du Travail, 1997).
- Bothe, Michael, "Transborder Data Flows: Do we mean Freedom or Business?", *Michigan Journal of International Law*, vol. 10 (1989), pp. 333-344.
- Bothe, Michael, "Data, Transborder flow and Protection", *Encyclopedia of Public International Law*, Vol. One (North - Holland, Amsterdam, London, New York, Tokyo, 1992), pp. 950-961.
- Bourgeois, Claude (sous la direction de Jérôme Huet), L'anonymat et les nouvelles technologies de l'information, Thèse de l'Université René Descartes (Paris, 2003).
- Boyle, David 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), pp. 285-305.
- Brulin, Hughes, La protection des données: quête et errements dans le Troisième Pilier, *Actualités de droit pénal européen*, (Bruxelles: La Charte, 2003), pp. 133-152.
- Burke Michael E. et al, "Information Services, Technology, and Data Protection", *International Lawyer*, vol. 39 (2005) pp. 403-416.
- Carr, James G., "Wiretapping in West Germany", *American Journal of Comparative Law*, vol. 29 (1981), pp. 607-645.
- Chassigneux, Cynthia, L'encadrement juridique du traitement des données personnelles sur les sites de commerce en ligne, (Ann Arbor. Michigan: UMI Dissertation Services, 2004).

- Chatillon, Georges (Dir.), *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* (Bruxelles, Bruylant, 2002).
- Chene, Thibault (sous la direction de Monsieur Gaël Kostic), *La protection des données personnelles face aux fichiers des renseignements généraux*, Mémoire de DESS Droit du multimédia et de l'informatique de Paris II (2005).
- Chung, Chan-Mo and Shin, Ilsoon, "On-Line Data Protection and Cyberlaws in Korea", *Korean Journal of International & Comparative Law*, vol. 27 (1999) pp. 21-43.
- Commission nationale de l'informatique et des libertés; [réd. par Louise Cadoux], *Voix, image et protection des données personnelles* (Paris: la Documentation française, 1996).
- Crump, Catherine, "Data Retention: Privacy, Anonymity, and Accountability Online", *Stanford Law Review*, vol. 56 (2003-2004), pp. 191-229.
- Damon, Lisa 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), pp. 262-287.
- Daniel-Paczosa, Angela, "Data Protection and the Right to Privacy in the United States and West Germany: Comments and Notes", *Arizona Journal of International and Comparative Law* (1987), pp. 154-163.
- de Graaf, Frits, "The Protection of Privacy in Dutch Law", *Human Rights*, vol. 5 (1975-1976), pp. 177-192.
- De Schutter, B., "Data Protection in the Area of Freedom, Security and Justice", *Integrated Security in Europe: A Democratic Perspective, Bruges, 14-17 November 2001*, (Bruges: College of Europe, 2001), pp. 51-55.
- De Schutter, Olivier, « Article II-68: Protection des données à caractère personnel », *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, vol. 2, (Bruxelles: Bruylant, 2005), pp. 122-152.
- Dempsey, James X. and Flint, Lara M., "Commercial Data and National Security", *George Washington Law Review*, vol. 72 (2004), pp. 1459-1502.
- Dhont, Jan and Perez Asinari, María Verónica, « New Physics and the Law: A Comparative Approach to the EU and US Privacy and Data Protection Regulation, in *L'utilisation de la méthode comparative en droit européen*, (Namur: Presses Universitaires de Namur, 2003), pp. 67-97.
- Dilascio, Tracey, "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), pp. 399-424.
- Easterbrook, Frank H., "Cyberspace and the Law of the Horse", *University of Chicago Legal Forum* (1996) pp. 207-216.
- Eger, John M., "The Global Phenomenon of Teleinformatics: An Introduction", *Cornell International Law Journal*, vol. 14 (1981), 203-236.
- Elmajzoub, Mira (sous la dir. de Jean Frayssinet), *La gestion des données personnelles dans le secteur de la police en Europe*, Thèse de l'Université Montpellier I. (UFR Droit, 2004).
- Epperson, G. Michael, "Contracts for Transnational Information Services: Securing Equivalency of Data Protection", *Harvard International Law Journal*, vol. 22 (1981), pp. 157-175.
- Estadella-Yuste, Olga, "The Draft Directive of the European Community Regarding the Protection of Personal Data", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 41 (1992), pp. 170-179.
- Evans, A.C., "European Data Protection Law", *American Journal of Comparative Law*, vol. 29 (1981), pp. 571-605.
- Fenoll-Trousseau, Marie-Pierre (dir.), *Internet et protection des données personnelles* (Paris: Litec, 2000).

- Fishman, William L., "Introduction to Transborder Data Flows", *Stanford Journal of International Law*, vol. 16 (1980), pp. 1-26.
- Fishman, William L., "Some Policy and Legal Issues in Transborder Data Flow", *American Society of International Law Proceedings*, vol. 74 (1980), pp. 179-188.
- Frazier, Leah E., "Extraterritorial enforcement of Pipeda: A Multi-tiered analysis", *George Washington International Law Review*, vol. 36 (2004), pp. 203-225.
- Gao, Fuping, "The E-Commerce Legal Environment in China: Status Quo and Issues", *Temple International and Comparative Law Journal*, vol. 18 (2004), pp. 51-75.
- Garcia Belaude, Domingo, "El Habeas data y su configuración normativa (con algunos referencias a la Constitución peruana 1993)," in *Liber amicorum Héctor Fix-Zamudio*, vol. 1 (1998), pp. 715-722.
- Gerards, Janneke Hilligle, Heringa, Aalt Willem and Janssen, Heleen Louise, *Genetic discrimination and genetic privacy in a comparative perspective: General issues concerning genetic information, Genetic information in European states, International and national legal instruments, Regulation of genetic information in the United States* (Antwerp, Intersentia, 2005).
- Gevers, Sjef, "Human Tissue Research with Particular Reference to DNA Banking", *Health Law, Human Rights and the Biomedicine Convention: Essays in honour of Henriette Roscam Abbing*, (Leiden: Nijhoff, 2005), pp. 231-244.
- Gilbert, Françoise, "Emerging issues in Global AIDS policy: Preserving privacy", *Whittier Law Review*, vol. 25 (2003), pp. 273-306.
- Goemans, Caroline and Dumortier, Jos, "Enforcement Issues - Mandatory Retention of Traffic Data in the EU: Possible Impact on Privacy and On-line Anonymity, in *Digital Anonymity and the Law: Tensions and Dimensions* (The Hague: T.M.C. Asser Press, 2003), pp. 161-183.
- Gouras, Eckhart 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), pp. 597-621.
- Groetker, Ralf, "Looking for Mohammed: Data Screening in Search of Terrorists, in *Ethics of Terrorism & Counter-terrorism* (Frankfurt: Ontos Verl, 2005), pp. 301-318.
- Gubitz, Arnulf 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 (2005), pp. 431-475.
- Heisenberg, Dorothee, *Negotiating privacy: The European Union, the United States, and Personal Data Protection* (Boulder, Lynne Rienner, 2005).
- Herran Ortiz, Ana Isabel, *El derecho a la protección de datos personales en la sociedad de la información* (Bilbao, Universidad de Deusto, 2003).
- Hetcher, Steven, "Changing the Social Meaning of Privacy in Cyberspace", *Harvard Journal of Law & Technology*, vol. 15 (2001-2002), pp. 149-209.
- Hondius, Frits W., "Data Law in Europe", *Stanford Journal of International Law*, vol. 16 (1980), pp. 87-111.
- Hondius, Frits W., *Emerging Data Protection in Europe* (Amsterdam: North Holland Publishing Co., American Elsevier Publishing: New York 1975).
- Hoofnagle, Chris Jay, "Big Brothers Little Helpers: How Choice Point and Other commercial Data Brokers Collect and Package Your Data for Law Enforcement, *North Carolina Journal of international Law and Commercial Regulation*, vol. 29 (2004), pp. 595-637.
- Institut international d'administration publique (Editeur scientifique), *La protection des données personnelles* (Paris: Institut international d'administration publique, 1999).

- Ivascanu, Daniela, "Legal Issues in Electronic Commerce in the Western Hemisphere", *Arizona Journal of International and Comparative Law*, vol. 17 (2000), pp. 219-255.
- Kang, Jerry, "Information Privacy in Cyberspace Transactions", *Stanford Law Review*, vol. 50 (1997-1998) pp. 1193-1220.
- Kirby, Justice Michael D., "Transborder Data Flows and the "Basic Rules" of Data Privacy", *Stanford Journal of International Law*, vol. 16 (1980), pp. 27-66.
- Kossick, Robert, "The Internet in Latin America: New Opportunities, Developments, & Challenges", *American University International Law Review*, vol. 16 (2002-2001), pp. 1309-1341.
- Lehdonvirta, Vili, "European Union Data Protection Directive: Adequacy of Data Protection in Singapore", *Singapore Journal of Legal Studies* (2004), pp. 511-546.
- Lemay, Virginie (sous la dir. de Monsieur KOSTIC), La protection des données personnelles face aux nouvelles conditions d'entrée aux Etats-Unis, Mémoire de DESS Droit du multimédia et de l'informatique de Paris II, 2004.
- Lessig, Lawrence, "The Law of the Horse: What Cyberlaw might teach", *Harvard Law Review*, vol. 113, (1999-2000), pp. 501-549.
- Lipowicz, Irena, Right to Information versus Data Protection: a Challenge for Modern Constitution and Modern Society, in *The Constitutional Revision in Today's Europe*, (London: Esperia, 2002), pp. 479-482.
- Lowther, Ryan, "U.S. Privacy Regulations Dictated by EU Law: How the Healthcare Profession May Be Regulated", *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 41 (2002-2003), pp. 435-454.
- Lujan Fappiano, Oscar, Habeas data: na aproximación a su problemática y a su posible solución normativa, in *Liber amicorum Héctor Fix-Zamudio*, vol. 1 (1998), pp. 643-666.
- Manley, Thomas J. and Hobby, Scott M., "Globalization of Work: Offshore Outsourcing in the IT Age", *Emory International Law Review*, vol. 18 (2004), pp. 401-419.
- Marcal Grilo Lobato de Faria, Maria Paula, *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).
- Marcelin, Franck (sous la direction de J-M Bruguiere), *La protection des données personnelles et la régulation*, Thèse, 2002.
- Marks, Stephen P., "Tying Prometheus Down: The International Law of Human Genetic Manipulation", *Chicago Journal of International Law*, vol. 3 (2002), pp. 115-136.
- Marliac-Negrier, Claire, La protection des données nominatives informatiques en matière de recherche médicale, (Aix-Marseille: Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2 vol. 1, 2001).
- Mayer-Schönberger, Viktor, "The Shape of Governance: Analyzing the World of Internet Regulation", *Virginia Journal of International Law*, vol. 43 (2002-2003), pp. 605-673.
- Merl, Seth R., "Internet Communication Standards for the 21<sup>st</sup> 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), pp. 245-284.
- Ministère de la fonction publique et de la réforme de l'Etat (Pierre Truche, Jean-Paul Faugere et Patrice Flichy; rapporteur général Maurice Ronai; conseiller juridique Jean-Philippe 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, Andrés, 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 *Derecho del comercio internacional: acuerdos regionales y OMC*, (Buenos Aires, Ciudad Argentina, 2004) pp. 275-342.

Monnier, Gilles, *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).

Munoz, Rodolphe, La protection des données des passagers, *Revue du droit de l'Union européenne: revue trimestrielle de droit européen* (2004) pp. 771-795.

Nguy, Van N., "Using Architectural Constraints and Game Theory to Regulate International Cyberspace Behavior", *San Diego International Law Journal*, vol. 5(2004), pp. 431-463.

Novotny, Eric J., "Transborder Data Flows and International Law: A Framework for Policy-Oriented Inquiry", *Stanford Journal of International Law*, vol. 16 (1980), pp. 141-180.

Oble-Laffaire, Marie-Laure, *Protection des données à caractère personnel* (Paris, Ed. d'Organisation, 2005).

Orengo, Erika (sous la dir. de Monsieur le Professeur J. Huet et Monsieur G. Kostic), *La protection des personnes dans le cadre des flux transfrontières de données personnelles*, Thèse de l'Université Panthéon-Assas (Paris, 2002).

Page, Gérald, *Le droit d'accès et de contestation dans le traitement des données personnelles: étude de base en droit privé suisse et américain* (Zürich, Schulthess, 1983).

Palazzi, Pablo 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 in Trade in Services: The case of transborder data flows, *American Society of International Law Proceedings*, vol. 79 (1985), pp. 246-260.

Panel on Legal issues of Transborder Data Transmission, *American Society of International Law Proceedings*, vol. 74 (1980), pp. 175-178.

Perez Asinari, María Verónica, "Legal Constraints for the Protection of Privacy and personal Data in electronic Evidence", *International Review of Law, Computers and Technology*, vol. 18 (2004), pp. 231-250.

Perrin, Jean-François, « La notion d'"effectivité" en droit européen, international et comparé de la protection des données personnelles », in *Mélanges en l'honneur de Bernard Dutoit*, (Genève, Librairie Droz, 2002), pp. 197-208.

Pierre-Beausse, Cyril, La protection des données personnelles, (Luxembourg: Ed. Promoculture, 2005).

Ploem, Corrette, "Freedom of Research and its Relation to the Right to Privacy", in *Health Law, Human Rights and the Biomedicine Convention: Essays in honour of Henriette Roscam Abbing*, (Leiden: Nijhoff, 2005), pp. 161-173.

Pool, Ithiel de Sola and Solomon, Richard Jay, "Intellectual Property and Transborder Data Flows", *Stanford Journal of International Law*, vol. 16 (1980), pp. 113-139.

Pouillet, Yves, Perez Asinan, María Verónica, « Données des voyageurs aériens : le débat Europe - Etats-Unis », in *Journal des tribunaux: Droit européen*, vol. 12 (2004), pp. 266-274.

Praeli, Francisco J. Eguiguren, "El hábeas data y su desarrollo en el Perú," in *Liber amicorum Héctor Fix-Zamudio*, vol. 1 (1998), pp. 611-625.

Quillere-Majzoub, Fabienne, « 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), pp. 609-635.

Rehder, Jörg, Collins, Erika C., "The Legal Transfer of Employment-related Data to outside the European Union: Is it even still possible?" *International lawyer*, vol. 39 (2005), pp. 129-160.

Renard, Aliénor, Les enjeux mondiaux de la protection des données personnelles dans le cadre de la communication en ligne, Mémoire de DESS Gestion européenne et internationale de l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris, 2002).

Ribs, Jacques, "20 ans de protection des données", ou Les droits de l'homme de la troisième génération, in *La Declaración Universal de los Derechos Humanos en su 50 aniversario* (Barcelona, Bosch, 1998), pp. 597-611.



- Salbu, Steven R., "Regulation of Borderless High-Technology Economies: Managing Spillover Effects", *Chicago Journal of International Law*, (2002), pp. 137-153.
- Seitz, Nicolai, "Transborder Search: A New Perspective in Law Enforcement", *Yale Journal of Law & Technology*, vol. 7 (2004-2005), pp. 23-50.
- Senat, Service des affaires européennes, Division des études de législation comparée, *La protection des données personnelles* (Paris: le Sénat, 1999).
- Shaffer, Gregory, "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), pp. 1-87.
- Shaffer, Gregory, "The Power of EU Collective Action: the Impact of EU Data Privacy Regulation on US Business Practice", in *The Globalization of International Law* (Aldershot, Ashgate, 2005), pp. 497-515.
- Siegenthaler, Joanne, La protection des données à caractère personnel en Europe: spécificité de l'Union européenne et régime suisse, in *La Suisse saisie par l'Union européenne: thèmes choisis sur le droit et les politiques de L'UE*, (Fribourg, Edis, 2003), pp. 213-249.
- Siemen, Birte, "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), pp. 629-665.
- Sihanya, Bernard, "Infotainment and Cyberlaw in Africa: Regulatory Benchmarks for the Third Millennium", *Transnational Law & Contemporary Problems*, vol. 10 (2000), pp. 583-639.
- Société de législation comparée, *La Protection des données personnelles / 3èmes Journées franco-suissees*, Dijon, 13-15 octobre 1986, Paris, Société de législation compare, 1987.
- Solove, Daniel J., "Privacy and Power: Computer Databases and Metaphors for Information Privacy", *Stanford Law Review*, vol. 53 (2000-2001), pp. 1393-1462.
- Soma, John T., Rynerson, Stephen D. and Beall-Eder, Britney D., 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), pp. 171-214.
- Sussmann, Michael 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), pp. 451-489.
- Swire, Peter P. and Litan, Robert E., *None of Your Business: World Data Flows, Electronic Commerce, and the European Privacy Directive* (Washington DC: Brookings Institute Press 1998).
- Tabatoni, Pierre, *La protection de la vie privée dans la société d'information* (Paris, Presses universitaires de France, 2002).
- Taussig, Eric A., European Union Data Protection Directive, in *Cross-border Human Resources, Labour and Employment Issues: Proceedings of the New York University 54th Annual Conference on Labour*, (The Hague: Kluwer Law International, 2005), pp. 327-337.
- Turn, Rein, "Privacy Protection and Security in Transnational Data Processing Systems", *Stanford Journal of International Law*, vol. 16 (1980), pp. 67-86.
- Wakana, Joann M., "The Future of Online Privacy: A Proposal for International Legislation", *Loyola of Los Angeles International & Comparative Law Review*, vol. 20 (2003-2004), pp. 151-179.
- Walden, Ian, "Anonymising Personal Data under European Law", in *Digital Anonymity and the Law: Tensions and Dimensions* (The Hague: T.M.C. Asser Press, 2003), pp. 147-159.
- Yarn, Douglas, "The Development of Canadian Law on Transborder Data Flow", *Georgia Journal of International and Comparative Law*, vol. 13 (1983), pp. 825-855.

Zgajewski, Tania, « 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 (2004), pp. 117-158.

## 附件 E

### 域外管辖权

(秘书处)

#### A. 背景情况

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) 跨越国境者之活动的增长；<sup>1</sup> (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的全球化；<sup>2</sup> (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的增长；(e) 非法移民的增长；<sup>3</sup> 以及 (f) 为合法或非法目的而跨界使用因特网的增长，比如电子合同、电子商业和网络犯罪。

2. 当国家主张域外管辖权时，是在没有国际法有关规则的情况下试图以本国立法、司法或执行措施而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内，主要是刑法和商法，由于境外的人、财产或行为更可能影响其利益，所以一国行使域外管辖权具有更普遍的倾向。

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。尽管似乎强烈需要这方面的编纂，但有人也许质问实践是否足以统一或广泛地支持目前编纂。然而，这方面的最新发展情况表明，实践可能正在朝着一个更一致的法律观念汇拢。另外，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。

---

<sup>1</sup> “自 1965 年以来，国际移民的数量已经增加了一倍。到 2000 年，全世界有大约 1.75 亿移民”。Jean-Daniel Gerber, “Foreword”, in Alexander T. Aleinikoff and V. Chetail (eds.), *Migration and International Legal Norms* (The Hague: T.M.C. Asser Press, 2003), at p. vii.

<sup>2</sup> “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国和大陆”。*Migration in an Interconnected World: New Directions for Action*, 国际移徙问题全球委员会报告(2005 年 10 月), 提要, 第 1 页, 第 1 和第 2 段。

<sup>3</sup> “每年有大约 250 到 400 万移民未经许可而穿越各国边界”。同上, 第 85 页。

## B. 现行规范和规则的简要概览

### 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。这一概念可能有两个需要考虑的方面，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。<sup>4</sup> 更具体地说，一国的管辖权可被分为三类，即：立法管辖权、裁断管辖权和执行管辖权。<sup>5</sup> 立法管辖权是指一国通过立法而规定的管理人、财产或行为之行为规范的权威。裁断管辖权是指一国根据其法律而确定当事人在特定案件中权利的权威。执行管辖权是指一国主管当局确保其法律得到遵守的权威。审议不同形式的管辖权可能有两个重要原因。首先，在立法时国际合法地行使立法管辖权，是合法行使有关该法的裁断或执行管辖权的前提。<sup>6</sup> 其

---

<sup>4</sup> 例如见 Bernard H. Oxman, “Jurisdiction of States”, in Rudolf Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 3 (Amsterdam: Elsevier Science Publishers, 1997), pp. 55-60, at p. 55.

<sup>5</sup> “‘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)，以及强制性施加后果——比如因违犯行为而失去自由或财产、或者听候裁决、指控规则违犯(有时称为执行管辖权或职权)”。Bernard H. Oxman, *supra* note 4, at p. 55. See also, Roger O’Keefe, “Universal Jurisdiction”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 2 (2004), pp. 735-760, at pp. 736-740; Frederick A. Mann, “The Doctrine of Jurisdiction in International Law”, *Recueil des cours ...* vol. 111 (1964-I), pp. 1-162, at p. 1; Derek W. Bowett, “Jurisdiction: Changing Patterns of Authority over Activities and Resources”, *BYBIL*, vol. 53 (1982), pp. 1-26, at pp. 1 ff; Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 6th ed. (Oxford: Oxford University Press, 2003), at p. 297; Malcolm N. Shaw, *International Law*, 4th ed. (Cambridge: Cambridge University Press, 1997), at p. 452; see, with respect to French-speaking literature, Patrick Daillier and Alain Pellet, *Droit international public*, 6th ed. (Paris: L.G.D.J., 1999), pp. 501 and 504, paras. 334 and 336; Pierre-Marie Dupuy, *Droit international public*, 7th ed. (Paris: Dalloz, 2004), at pp. 78 ff; Jean Combacau and Serge Sur, *Droit international public*, 6th ed. (Paris: Montchrestien, 2004) at pp. 343 ff.

<sup>6</sup> “如果实质的管辖权超越合法限制，则后续的执行管辖权是非法的。” Brownlie, 前注 5, 第 308 页; “普遍的意见是，除非一国有制定规则的管辖权，否则不得执行这些规则，”。Bernard H. Oxman, 前注 4, 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 (Third) of the Foreign Relations Law of the United States (American Law Institute (ed.), 1987, 第 431(1)段, 见第 321 页。关于刑法: “一个法院不能对(美国或美国一个州)不按宪法确立的一项罪行而行使管辖权” Restatement, 同上文, 第 422 段, 评论 c, 见第 314 页。考虑到两者之间的密切关系, 对第 2 类和第 3 类管辖权的区别存在着不同看法。关于裁决管辖权区别的文献, 例如见 Robert Y. Jennings and A. Watts, *Oppenheim’s International Law*, 9th ed., vol. I - Peace, (1992), at p. 456; Michael Akehurst, “Jurisdiction in International Law”, *BYBIL*, vol. 46 (1972-1973), pp. 145-257, at pp. 145 ff; Bernard H. Oxman, *supra* note 4, at p. 55.

次，合法行使不同类型管辖权的要求可能有区别。<sup>7</sup> 域外行使立法管辖权导致的潜在干涉，可能少于裁断或执行管辖权。

6. 可将治外法权的概念视为关于一国超越其领土，包括土地、内水、领海以及毗邻空间的区域。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属地管辖权之外，即公海和毗邻空间<sup>8</sup> 以及外空。<sup>9</sup> 从实践以及法律的角度来说，一国各机关一般仅在自己领土范围内行使立法、司法或执行职能。<sup>10</sup> 国际法关于国家领土完整和独立的原则禁止一国机关不经别国同意而设于该国或行使职能。<sup>11</sup> 另外，一国试图通过向别国派遣官员、不经别国同意而在其领土上行使管辖权的企图，一般被视为侵犯后者的领土完整和独立。<sup>12</sup> 国际法的特别规则，<sup>13</sup> 而非关于域外管辖权的国际法，处理关于一国机关在别国领土设置和行使管辖权的某些特殊情况，例如，处于别国的外交房舍、领事房舍和军事基地的情况。

---

<sup>7</sup> “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可能而有所不同”。Bernard H. Oxman, 前注4, 第55页。

<sup>8</sup> 这一事项大部分由条约管辖，例如：1940年3月19日《蒙特维的亚国际刑法条约》第八条；《美洲国家组织条约汇编》第34卷，第7页。1952年5月10日《布鲁塞尔统一船舶碰撞或其他航行事故中刑事管辖权方面若干规定的国际公约》第一条、第三条和第四条；《公海公约》第五条、第六条和第十一条，日内瓦，1958年4月29日；《联合国条约汇编》第450卷，第6465号，第82页。1958年4月29日《日内瓦领海及毗邻区公约》第十九条和第二十一条；《联合国条约汇编》第516卷，第7477号，第205页。

<sup>9</sup> 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。

<sup>10</sup> 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内。见洛克比案，安理会第1192号决议(1998年)，1998年8月27日，第4段；苏格兰法院2001年1月31日和2002年3月14日的裁决和上诉可分别见于：<http://www.scotcourts.gov.uk/library/lockerbie/index.asp>。

<sup>11</sup> 国家领土完整和政治独立的原则是《联合国宪章》第二条第4项所确认原则的一部分。在帕尔马斯岛案中，独任仲裁员马克斯·修格尔说，“国家关系中的主权意味着独立。对于地球的一部分而言，独立是一国在其中排除别国而行使功能的权利。过去几个世纪中各国国家机构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限这一原则，从而使其成为解决国际关系大多数问题的出发点”。帕尔马案(荷兰诉美国)，1928年4月4日的裁决，《联合国国际仲裁裁决汇编》第二卷，(1928年)，第829-871页，见第838页。“首要的原则是一国不能未经别国同意、以执行本国法律而在后者领土上采取措施”。Ian Brownlie, 前注5, 第306页。

<sup>12</sup> “有许多关于各国声称有权在国外执行本国法律的案件。<sup>5</sup> 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Alvarez-Machain案中的绑架，或法国特工在新西兰港口弄沉彩虹战士号，一般构成违反领土主权和不干涉原则”。Peter Malanczuk, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, 7th rev. ed. (London: Routledge, 1997), at p. 110.

<sup>13</sup> 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 Helmut Rumpf, “Military Bases on Foreign territory”, in Rudolf Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 3 (Amsterdam: Elsevier Science Publishers, 1997), pp. 381-388, at pp. 381-382.

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身利益——并非适用外国法或国际法——而行使管辖权。因此，一国适用外国法和国际法——而非本国法——的情况将被排除于本专题之外，这种情况不构成一国根据本国法和本国利益而行使域外管辖权。

## 2. 域外管辖权的各种原则

8. 一国行使管辖权或主权权威，通常规定于一国的国内法之中。然而，行使这一管辖权或权威——包括域外管辖权——的合法性是由国际法决定的。<sup>14</sup>

9. 常设国际法院在荷花号案中的判决可被视为审议那些处理一国行使域外管辖权之国际法规则的起点。<sup>15</sup> 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，法院在一国行使境外管辖权与一国就境外的人、财产或行为而在境内行使管辖权作了区别。法院指出，就后一种情况来说，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外行使，除非从国际惯例或公约衍生一个许可的规则。

“然而，这并不是说国际法禁止一国在其领土上就涉及任何国外发生的行为、并且它不能够依赖于某些国际法的许可规则的案件而行使管辖权”。

.....

“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”。

10. 自从常设国际法院在 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) “效果主义”；(c) 保护原则；(d) 国籍原则和(e) 被动人格原则。一国根据国际法行使域外管辖权之各种原

---

<sup>14</sup> 荷花号案(法国诉土耳其)，1927 年 9 月 7 日的第 9 号判决，《1928 年常设国际法院案例汇编》，A 辑，第 10 号，第 18-19 页。

<sup>15</sup> 同上。荷花号案：一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致死所负刑事责任而行使裁决管辖权。

则的共同基本因素，是根据与有关的人、财产或行为的充分联系主张管辖权的国家在这类案件中的正当利益。

11. 客观属地原则可理解为，当试图管辖之行为的一个组成因素发生在领土国境内时，一国可对其领土外的人、财产或行为行使管辖权。

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效果而主张管辖权。这一依据尽管密切关系到客观属地原则，但不要求行为的因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主义的具体适用。

14. 国籍原则可理解为国家可以就本国国民，包括自然人、公司、飞机和船舶在境外的活动而行使管辖权。<sup>16</sup> 这个久已确立的管辖权原则是基于一国对其国民所拥有的主权权力。

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承认。<sup>17</sup>

16. 普遍原则可理解为任何国家可以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。一国甚至可以在与犯罪人、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在本专题的范围之外。

17. 下面将简要地就同这方面特别有关系的国内法，即刑法和商法而审议涉及国家域外管辖权的各种原则。<sup>18</sup>

---

<sup>16</sup> 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。

<sup>17</sup> 在刑法方面，见希金斯、库吉曼和比尔根塔尔法官关于 2000 年 4 月 11 日逮捕证案的联合独立意见(后注 23)。也见 1963 年 9 月 14 日东京《关于在航空器内的犯罪和某些其他行为的公约》第四条，《联合国条约汇编》，第 704 卷，第 10106 号，第 219 页；1979 年 12 月 17 日纽约《反对劫持人质国际公约》第五条，《联合国条约汇编》，第 1316 卷，第 21931 号，第 205 页。

<sup>18</sup> 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与有恐怖主义活动嫌疑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或在全球范围——发生在公海或另一国领土内——的有害环境影响的行为和情况。见 Austen L. Parrish, “特雷尔冶炼厂案回顾：治外法权、国际环境法和为加拿大—美国跨界水污染争端寻求解决办法”载于《波士顿大学法律评论》，vol. 85, (2005)，第 363-430 页。

### 3. 关于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，传统上依据于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，<sup>19</sup>“客观属地原则”和“国籍原则”也久已确立。<sup>20</sup>相反，对被动人格原则、保护原则和效果主义等其他原则的依据，已经变得争议更多。然而，最近各国的实践表现出一种对某些具体类型的境外犯罪扩大其刑事管辖权之传统基础的一般趋势。这些犯罪具有特别的国际性范围和影响，比如恐怖主义、网络犯罪和毒品犯罪。<sup>21</sup>

19. 被动人格原则是国家对境外实施的侵犯本国国民的犯罪拥有管辖权。尽管在过去有争议，<sup>22</sup>但“现在反映在……不同国家的立法之中……并且至少就有关的特别类型犯罪来说，在今天遭遇相对很少的反对”。<sup>23</sup>特别是在恐怖主义方面，原来

---

<sup>19</sup> 见荷花号(法国诉土耳其)案，前注 14，第 20 页。

<sup>20</sup> 共同法的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)。但是它们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个法案，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 Mark J. Yost and Douglas S. Anderson, “2000 年军事域外管辖权法：弥合差距”，《美国国际法学报》，2001，第 446-454 页)。关于共同法国家的案例，也见 *United States v. Bowman* (260 U.S. 94 (1922))，*Blackmer v. United States* (284 U.S. 421 (1932)) or *United States v. Boshell* (952 F.2d 1101 (第九巡回法院，1991))。

<sup>21</sup> 关于洗钱犯罪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))。

<sup>22</sup> 特别是在美国和联合王国：例如见 *United States v. Columba-Colella* (604 F.2d 356 (5<sup>th</sup> Cir. 1979)) and *United States v. Vasquez-Velasco* (15 F.3d 833 (9<sup>th</sup> Cir. 1994))；也见 the Cutting case (in John B. Moore, *Digest of International Law*, Washington, vol. 2 (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而行使管辖权。然而，见 1974 年法国拒绝以色列引渡巴勒斯坦恐怖主义分子的请求；原因在于这一请求依据的是被动人格原则(参照 Eric Cafritz and Omer Tene, “Article 113-7 of the French Penal Code: The Passive Personality Principle”, *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 41 (2002-2003), pp. 585-599, at p. 594)。

<sup>23</sup> 见希金斯、库吉曼和比尔根塔尔法官关于 2000 年 4 月 11 日逮捕证案(刚果共和国诉比利时)的联合独立意见，《2002 年国际法院案例汇编》，第 77 页，第 47 段。的确，国际实践表明大多数国家包括美国承认这一原则，但将其适用限于具体犯罪。(关于恐怖主义，见下一脚注)。关于美国，例如见“美国对外关系法的(第三次)重新表述”，前注 6，第 402 段，见第 240 页)，称：被动人格原则尚未在普通侵权或犯罪方面得到普遍承认；中国、意大利和丹麦将行使被动人格管辖权限于某些类型的案件，施以某些最低程度的惩罚；双重犯罪标准是希腊、芬兰、挪威和瑞典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、意大利和瑞典适用该原则也要求行政当局同意(Eric Cafritz and Omer Tene, 前注 22，见第 594 页)。的确，在这方面参看《法国刑法典》新的第 113-7 条：规定对任何类型犯罪适用都被动人格原则。



不愿适用被动人格原则的某些国家，现在承认其作为管辖权的一个恰当基础。最近关于恐怖主义的美国立法<sup>24</sup>和司法案例<sup>25</sup>构成了这方面的事例。

20. 保护原则允许各国对在境外实施一项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，<sup>26</sup>但可视为对新型的网络犯罪和恐怖主义犯罪具有特殊意义。在这方面，某些国家已经扩大了对“重大利益”概念的解释，以处理恐怖主义安全问题，并在立法中引进保护原则<sup>27</sup>将其适用于某些法庭案件。<sup>28</sup>

21. “效果主义”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。这一原则最近也被适用于刑事案件。<sup>29</sup>某些国家的立法允许这类立法适用

---

<sup>24</sup> 例如见关于在恐怖主义方面使用大规模杀伤武器的 18 U.S.C.A.2332a (a)(1)(2004); 关于与恐怖主义有关的爆炸公共设施、政府设施、公共交通制度和基础设施的 18 U.S.C.A.2332f (b)(2)(B)(2002)。关于法国立法，例如见 1975 年通过的一个法令，即 1975 年 7 月 11 日第 75-624 号法律，J.O., 1975 年 7 月 13 日，见第 7219 页。

<sup>25</sup> 例如见 *United States v. Yunis* (681 F.Supp. 896 (1988)); *United States v. Vasquez-Velasco* (15 F.3d 833 (9th Cir. (1994))).

<sup>26</sup> 见哈佛大学对国际法、犯罪管辖权公约草案的研究(美国国际法学报(补编)，第 435-652 页，见第 543 和第 561 页); 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比如货币、移民或经济犯罪这类罪行(Ian Brownlie, 前注 5, 见第 302 页)。关于各国适用保护原则，分别见美国和联合王国法院的判决，例如 *United States v. Pizzarusso*, 388 F.2d 8 (2th Cir. 1968), *United States v. Egan*, 501 F. Supp. 1252 (S.D.N.Y. 1980) and *Naim Molvan v. A.G. for Palestine* ((1948) AC 531, *Ann. Digest*, 15 (1948), 115), *Joyce v. D.P.P.* ((1946) AC 347, *Ann. Digest*, 15 (1948), 91).

<sup>27</sup> 关于与恐怖主义有关的爆炸公共设施、政府设施、公共交通制度和基础设施，见 18 U.S.C.A. 2332f (b)(2)(E)(2002); 关于与恐怖主义有关的用于爆破飞机的导弹制度，见 18 U.S.C.A. 2332g (b)(4)(2004)。

<sup>28</sup> 关于最近的案件，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。(参照 James T. Gathii, “Torture, Extraterritoriality, Terrorism, and International Law”, *Albany Law Review*, vol. 67 (2003-2004), pp. 335-370, at p. 343); 关于较早的“恐怖主义”案件，见 Wechsler (*Conseil de Guerre de Paris*, July 20, 1947, J.D.I., vol. 44, at p. 1745), *In re Urios* ([1919-1922] *Ann. Dig.* 107 (No. 70 (Cour de Cassation, France, 1920))), *In re Bayot* ([1923-1924] *Ann. Dig.* 109 (No. 54) (Cour de Cassation, France, 1923)), *Nusselein v. Belgian State* ([1950] *Ann. Dig.* 136 (No. 35) (Cour de Cassation, Belgique, 1950))。

<sup>29</sup> 尽管根据某些国家的案例(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管辖权的主要基础，但它在广义上被解释为相当于适用效果主义或保护原则。关于明确适用属地原则，见某英国法庭关于因特网色情内容的判决(*Southwark Crown Court, R. v. Graham Waddon*, 30 June 1999, [2002] All ER 502)以及澳大利亚高等法院的判决，*Dow Jones & Company Inc. v Gutnick* ((2002) HCA 56 (10 December 2002))。但是关于将属地原则广义地解释为相当于适用效果学说或被动原则的情况，也见德国联邦法庭在 *Toben* 案中的判决(BGH 46, 212, *Urteil vom 12.12.2000*)——关于在因特网上否认大屠杀——以及法国某法院的判决、雅虎案(*Yahoo! Inc. v. La Ligue Contre le Racisme et l'Antisémitisme*, 169 F. Supp. 2d 1181 (N.D. Cal. 2001))。见 Yulia A. Timofeeva, “World Wide Prescriptive Jurisdiction in Internet Content Controversies: A Comparative Analysis”, *Connecticut Journal of International Law*, vol. 20 (2005), pp. 199-225, at pp. 202 ff.

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，从而规定其域外效果。<sup>30</sup>

22. 关于执行管辖权，一国未经另一国同意不得在其境内执行其刑法，即调查犯罪或逮捕嫌疑人。<sup>31</sup> 然而在某些情况下，各国派代表到另一国境内执行其刑法，比如在别国境内调查<sup>32</sup> 或者逮捕嫌疑人，<sup>33</sup> 这些人涉及恐怖主义、网络犯罪和贩毒行为。<sup>34</sup>

## (b) 商 法

23. 世界经济全球化的增长，导致各国日益依赖域外管辖权的行使来对抗跨国公司和其他全球行为者以保护其经济利益。尽管在商业领域通过国内法行使域外管辖

---

<sup>30</sup> 见美国法院在诺列加案中适用的法规(美国诉诺列加，117F.3d1206, 1515-19 (第十一巡回法院，1997)); 也见美国《旅行法》，18 U.S.C. 1552 (a) (3) (2002)。

<sup>31</sup> 然而应当提到，某些国家的法院认为，一国不能行使执行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在 Toben 案中的判决(前注 29)以及雅虎案(前注 29)。

<sup>32</sup> 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(关于详情，见 Patricia L. Bellia, “Chasing Bits across Borders”, University of Chicago Legal Forum, (2001), pp. 35-101, at p. 40)。

<sup>33</sup> 这些绑架行为所引起的重要问题是，法院或法庭是否有管辖权审判被非法带至庭前受审的人。案例法在这一问题上分歧很大。关于美国法，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)) and United States v. Alvarez-Machain (504 U.S. 655 (1992)); 但是关于美国法的另一解决方式，见 United States v. Toscanino (500 F.2d 267 (2th Cir. 1974)); 关于其他国家：以色列的 Eichmann case (District Court of Jerusalem, Attorney General of Israel v. Eichmann (1968) 36 ILR 5, case No. 40/61); 英国的 Ex parte Susannah Scott, 109 Eng. Rep 166 (K.B. 1829); 但是，关于英国法院提供的另一种解决方式，见 R. v. Horseferry Road Magistrates' Court (Ex parte Bennett) (1993, 3 P, 138 (H.L.)); 关于加拿大，见 In re Harnett (1973, 1 O.R.2d 206, 207 (Can)); 关于德国，见联邦宪法法院的判决：法院认为如果被害人反对绑架，则仅需要遣返被绑架者 (39 Neue Juristische Wochenschrift 1427 (1986) (Ger. Fed. Const. Ct. 1985)); 关于南非，见 State (South Africa) v. Ebrahim (1991, (2) SALR 553 (A)); 这方面见 Yulia A. Timofeeva, supra note 29, at pp. 202 ff.

<sup>34</sup> 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，并就绑架来说，违反了欧洲各国加入的《欧洲人权法公约》第五条(关于后者案件，见 Stocke v. Germany - 11755/85 [1991]欧洲人权法院 25(19 March 1991)和 Ocalan v. Turkey - 46221/99 [2005]欧洲人权法院 282 (2005年5月12日)。

权的行动已经在某些方面，比如竞争法/反托拉斯法引起严重抵制，但有一些迹象表明，这类措施正在逐渐取得承认。尽管美国<sup>35</sup>在这一领域依然是最积极的域外措施的立法者，其他国家和区域组织，比如欧洲联盟、<sup>36</sup> 法国、<sup>37</sup> 德国<sup>38</sup> 以及最近的大韩民国<sup>39</sup> 也制定了可在域外适用的法律。

24. 在商法方面，各国对域外管辖权的行使首先是依据国籍原则和“效果主义”作出有关规定。例如，欧洲联盟对有当地子公司的跨国公司采取了扩大的国籍主义，以便对其活动行使管辖权。<sup>40</sup> 另一方面，美国日益依据“效果主义”而针对境

---

<sup>35</sup> 在这方面，可以提到两个美国商法：1890年的《谢尔曼法》和2002年的《萨班斯-奥克斯利法》。第一个是美国主要的反托拉斯法，禁止任何以限制州际或对外贸易的合同、信托和阴谋以及对这类商业任何部分的垄断企图和实际垄断。它也规定对参与任何这些行为的经济处罚。2002年的《萨班斯-奥克斯利法》管辖列于美国证券交易所的企业管理并“要求适用于所有股票在美国上市的公司，外国公司不例外”。见 Corinne A. Falencki, “Sarbanes-Oxley: Ignoring the Presumption against Extraterritoriality”, *George Washington International Law Review*, vol. 36 (2004), pp. 1211-1236, at p. 1216.

<sup>36</sup> 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的管辖权，并对它们适用《成立欧洲共同体的公约》第八十一条和第八十二条的竞争条款(以前的第八十五条和第八十六条)、以及理事会关于控制企业集中的第 4064/89 号条例，经过理事会第 1310/97 号条例修正过的案文。见 David J. Feeney, “The European Commission’s Extraterritorial Jurisdiction over Corporate Mergers”, *Georgia State University Law Review*, vol. 19 (2002), pp. 425-491, at p. 427.

<sup>37</sup> 最著名的事例是《法国民法典》关于法国法院裁断法国人与外国人境外签署合同的规定备受批评。见 Jean Combacau and Serge Sur, 前注 5, 见第 354 页。

<sup>38</sup> 德国《反竞争限制法》一开始颁布于 1957 年，已经有数起重大修订，最后一次是 1998 年，并于 1999 年又做了最后更改：第 130(2)条规定，“本法案应适用于所有在本法适用领域有影响的限制竞争行为，即使它们产生于这类领域之外的行为”。因此，一切的禁止和通知要求适用于有直接、合理意见和重大效果的行为(不必实质性的)。该法也经常适用于外国企业(见 2006 年 6 月 21 日访问的网站 <http://www.antitrust.de/>)。也见 A.V. Lowe, “The problems of extraterritorial Jurisdiction: Economic Sovereignty and the Search for a Solution”, *ICLQ*, vol. 34 (1985), pp. 724-746, at p. 736, citing also David J. Gerber, “The Extraterritorial Application of the German Antitrust Laws”, *AJIL*, vol. 77 (1983), pp. 756-783.

<sup>39</sup> 大韩民国最近也赋予其本国反托拉斯法以域外管辖权。2005 年 10 月 1 日，修订的垄断规则和公平贸易法规定该法的域外适用生效。这一法律修订旨在使该法符合韩国法院最近自 2002 年以来的实践，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 02-77)；由首尔高级法院在 2003 年 8 月 26 日的判决中确认(2002nu 14647)；以及韩国公平贸易委员会 2003 年 4 月 29 日的决定(case 03-98)；也见 Youngjin Jung, “Korean Competition Law: First Step towards Globalization”, *Journal of Korean Law*, vol. 4 (2005), pp. 177-200 and Won-Ki 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.

<sup>40</sup> CJEC, *Imperial Chemical Industries v. Commission of the European Community*, case 48/69, 14 July 1972; *Europemballage Corp. and Continental Can Co. v. Commission of the European Community*, case 6/72, 21 February 1973; *Istituto Chemioterapico Italiano SpA and Commercial Solvents Corporation v. Commission of the European Community*, joined cases 6 et 7/73, 6 March 1974. See also David J. Feeney, *supra* note 36, at p. 426 and Joseph 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.

外的外国行为者的行为行使管辖权——只要这些行为旨在并且实际上在美国国内市场上产生影响，<sup>41</sup> 但在国际上引起一些反对。<sup>42</sup>

25. 扩大一国的域外管辖权和“效果主义”以涵盖违反其外交政策利益的行动，已被证明特别有争议。这方面的一个事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》和《达马托—肯尼迪法》。这类措施引起了潜在受影响国的外交抗议，通过“封杀法”和在世界贸易组织发起争端解决程序。<sup>43</sup> 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》某条规定允许法国法庭裁断法国国民和外国人之间合同引起的任何争端。<sup>44</sup>

27. 关于执行管辖权，尽管国际法一般来说禁止不经领土国同意而在域外实施执行管辖权，各国在某些情况下缔结协议，允许在域外执行其商业和竞争法。<sup>45</sup>

### C. 无效行使域外管辖权的后果

28. 一国只有在符合国际法的程度内伸张域外管辖权，才有权获得其他国家承认。当一国行使域外管辖权而其他国家认为过分时，其他国家可以通过一系列不同方

---

<sup>41</sup> 例如见 *F. Hoffman-LaRoche, Ltd. v. Empagran*, 542 U.S. 155, 124 S. Ct. 2359 (2004).

<sup>42</sup> “无论其确切内容和标准如何，所谓属地管辖权的‘效果’主义，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”。Joseph J. Norton, 前注 40, 第 385 页。

<sup>43</sup> 见下文第四节。

<sup>44</sup> 见 *Jean Combacau and Serge Sur*, 前注 5, 第 354 页。

<sup>45</sup> 见修订的《关于民商事司法管辖和判决执行的布鲁塞尔公约》(欧盟成员国之间), ILM vol.29 (1990), 第 1413 页; 《关于民商事司法管辖和判决执行的卢加诺公约》(欧盟和欧洲自由贸易联盟成员国之间), ILM vol.28 (1989), 第 620 页; 《关于外国判决和仲裁裁决的域外合法性的拉美公约》(美洲国家组织成员之间), ILM vol.18 (1979) 第 1224 页; 《关于外国判决域外合法性国际范围管辖权的拉丁美公约》, ILM, vol.24(1985), 第 468 页; 以及 2000 年 12 月 22 日关于在民商事管辖权和承认和强制执行判决的第 44/2001 号欧盟理事会规则, Official Journal L. 012, 2001 年 1 月 16 日, 第 0001-0023 页。也见《国际货币基金组织协议》, 第 8.2 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”。见 A. V. Lowe, 前注 38, 见第 732 页。

式反对这类管辖权的行使。这类反对的事例包括外交抗议；<sup>46</sup> 拒绝承认法律、命令和判决；<sup>47</sup> 比如“封杀法”<sup>48</sup> 和“反报法”这类立法措施；<sup>49</sup> 比如禁止令这类司法措施；<sup>50</sup> 以及提起国际诉讼。<sup>51</sup> 在草案中可以处理对承认域外管辖权的限制以及对不合理伸张这类管辖权的可能回应。

---

<sup>46</sup> 例如，当美国修订出口行政规则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。欧洲共同体的意见列出了所争议措施的规定并声明：“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。它们谋求管辖非美国国籍的公司在美国境外的行为，特别是这些公司不在美国的财产和技术数据的处理”。见欧洲共同体于 1982 年 8 月 12 日向美国国务院提交的关于《出口行政法》1982 年 6 月 22 日修正案的照会和评论；联合王国政府于 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，载于 A.V. Lowe, *域外管辖权：附加说明的法律资料汇编*，(Cambridge: Grotius Publications Limited, 1983)，第 197 页，见第 201 页。对外行域使管辖权提出的其他外交抗议包括：日本于 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，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，见第 144 页。

<sup>47</sup> “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(但非被迫)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一个超越国际法允许之管辖权限度的外国法和决定不在国外承认或执行”。Robert Y. Jennings and A. Watts, 前注 6，见第 485 页。特别是，某些国家一般拒绝让别国公法生效，比如税收、刑法和充公法。一般见同上，第 488-498 页。

<sup>48</sup> “禁止法”通常是对行使管辖权合法性有异议的国家以制定一个直接的冲突法而禁止有争议条款执行的法律。这类规定可能，比如说，禁止与外国法庭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和允许为这类措施所遭受损害获偿。作为下面讨论的外国强制主义的结果，禁止法可能有限制域外措施可执行性的附加效果，甚至在颁布这类措施的国家。在适用这类主义的国家，既然履行涉及到违反领土国的法律，本国法院将不要求履行有关的域外措施。例如，一些国家通过保护措施以回应美国通过的 1996 年《古巴自由和民主团结(自由)法》(也称为“赫尔姆斯-伯顿法”——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, § 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》(见 <<http://www.cddhcu.gob.mx/leyinfo/doc/63.doc>>); 欧洲联盟通过了第 2271/96 号规则(Council Regulation (EC) 2271/96, 1996 O.J. (L 309) 1-6)。见 John 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 (1999), pp. 439-499, at pp. 441-2, 471-474 (describing Canada’s Foreign Extraterritorial Measures Act); Alexander Layton and Anharad M. Parry, “Extraterritorial Jurisdiction - European Responses”, *Houston Journal of International Law*, vol. 26 (2004), pp. 309-325, at pp. 311-12 (describing the United Kingdom’s Protection of Trading Interests Act of 1980, c. 11 § 1(1)(b)(Eng.)); Harry 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. See also A.V. Lowe, *supra* note 46, at pp. 79-219 (containing texts of blocking statutes from various States).

<sup>49</sup> 例如见 EU Council Regulation 2271/96, Art. 6, 1996 O.J. (L 309) 1; Foreign Extraterritorial Measures Act, Canada, *supra* note 47, §9(1)(a).

<sup>50</sup> 例如在 *U.S. v. Imperial Chemical Industries* 案中，一个英国公司可以从英国法庭获得一个禁止令，限制本案一方防强制执行美国法庭的域外命令。见 Robert Y. Jennings and A. Watts, 前注 6，见第 477 页，注 50 (引自 *U.S. v. Imperial Chemical Industries* (1952) F.Supp 215)。

<sup>51</sup> “原则上，超越管辖权引发国家责任，甚至在无伤害另一国意图的情况下”。Ian Brownlie, 前注 5，见第 312 页。因此，各国能够在国际法庭为不正当行使管辖权而求偿。这类措施的最有关事例是荷花号案，法国对土耳其据称过分行使管辖权而寻求赔偿。在艾克曼案中，阿根廷关于以色列主张执行管辖权的争端被提交到安全理事会，两国达成了—个解决办法。

#### D. 出现并行合法管辖权时的优先考虑

29. 也许会有这样的情况，伸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。更经常发生的是，一国域外管辖权与一个或更多的其他国家——最明显的是领土国——的管辖权重迭。各国的并行管辖权可能导致关于优先管辖权的争端。就优先性来说，这个问题涉及到域外管辖权和领土管辖权之间的关系。<sup>52</sup> 在这方面，有必要区分立法或裁断管辖权与执行管辖权。

30. 数国有并行管辖权时，伸张域外管辖权所导致的优先性问题，最经常地涉及立法或裁断管辖权。某些国家制定了解决这类问题的一般性原则或规则。例如，一国法院可被要求域外适用另一国立法。为缩小冲突的可能性和尊重外国，某些国家的法院已经采纳了禁止本国法域外适用的推定。<sup>53</sup> 因此，除非有特别表明一个专门法律和规范旨在适用于外国国民在境外实施的行动，法院将认为立法并没有这类意图。这类规则部分依据于礼让和不干涉他国内部事务的原则以及实践上的考虑。

31. 法院为处理域外措施导致对管辖权的竞争性主张而制定的另一规则是外国强制主义。外国强制主义规定，一方不得因另一国法律所要求采取的行动而在该国承担刑事或民事责任。<sup>54</sup> 因此，一个主管法院不能适用与领土国刑法直接冲突的一个域外措施，即使它确定对管辖权的主张是合理的。

32. 在执行管辖权方面通常并不出现并行管辖权的问题。作为一般规则，各国不允许在无领土国同意的情况下在另一国的领土执行其法律。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内行使权利”。<sup>55</sup> 因此，由

---

<sup>52</sup> 见 Robert Y. Jennings 和 A. Watts, 前注 6, 第 458 页(“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, 其权利行使限于不得与拥有领土管辖权国家权利发生冲突”); Patrick Dailler 和 Alain Pellet, 前注 5, 第 498-9 页, 第 502 页(“由于权力等级, 尤其是领土主权对个人权力的优先地位, 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(至少排除了强迫性的)适用”)。

<sup>53</sup> 见 Frederick A. Mann, *supra* note 5, at pp. 63-64; *F. Hoffman-LaRoche v. Empagran*, 542 U.S. 155, 124 S. Ct. 2359, U.S. Supreme Court, 14 June 2004 (“First, this Court ordinarily construes ambiguous statutes to avoid unreasonable interference with the sovereign authority of other nations.”)

<sup>54</sup> 见 Harry L. Clark, *supra* note 48, at pp. 92-93; Ian Brownlie, *supra* note 5, at p. 308 (citing Judge Robert Y. Jennings, *BYBIL*, vol. 33, 1957, pp. 146-176, at p. 151); Richard K. Gardiner, *International Law* (London: Pearson Education Ltd., 2003), at p. 325; Robert Y. Jennings and A. Watts, *supra* note 6, at pp. 464-5.

<sup>55</sup> 荷花号案(法国诉土耳其), 前注 14。

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。<sup>56</sup>

## E. 拟订一项文书

33. 关于本专题的文书可以着眼于规定管辖国际公法上行使域外管辖权的一般原则和更具体的规则。对现行规范和规则的全面审议表明，委员会可以在制定这样一个文书时参照大量的关于行使域外管辖权的国家实践。

34. 世界经济技术和全球化方面的最近发展，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，导致了域外管辖权有关法律在某些方面的分歧和不稳定程度升级。因此，制定关于本专题的文书草案除了编纂法律之外可能需要进行大量的逐渐发展工作。尽管国家实践表明了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，从而实际重要性日益增加的国际法领域中提供更大的清晰度和稳定性，为了制定本专题文书草案，的确需要在法律的逐渐发展方面开展一些工作。

### 专题范围

35. 鉴于管辖权专题在总体上的包罗广泛，界定本专题的范围很重要。尽管某些编纂的努力已经大体上从更广义的管辖权角度审议了域外管辖权问题，<sup>57</sup> 但可以将专题仅限于主张域外管辖权。另外，可将本专题仅限于适用于域外的国内法。

36. 某些可能产生域外管辖权问题的某些法律领域在某种程度上受特别制度的约束。其中首要的是海洋法、外空法、国际人道主义法和税法。另外，在司法和警察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，大部分受现行国际、区域和双边协议的约束。尽管这些特别规则可能对于制定域外管辖权方面的一般性原则的规则提供某些指导，但文书草案将不影响现行法律制度。

37. 虽然各国伸张域外管辖权能够经常导致并行或冲突性的行使管辖权的企图，但没有必要重新审议各国为解决这类冲突而制定的国际私法规则。然而，也许应当纳入一般性的礼让原则。它们对于主张域外管辖权导致的冲突具有特殊意义。

---

<sup>56</sup> 安理会第 138(1960)号决议。但也参照 *Attorney General of the Government of Israel v. Adolf Eichmann*, ILR, vol. 36, p. 5; *U.S. v. Alvarez-Machain*, 504 U.S. 655, United States Supreme Court (1992).

<sup>57</sup> 哈佛大学对国际法、犯罪管辖权公约草案的研究，前注 26，第 439 页；美国对外关系法的(第三次)重新表述，前注 6。应当注意到，“重新表述”主要侧重于美国的实践，尤其与本专题的关系有限。

38. 在以往编纂工作中尚未充分讨论的本专题一个方面，是无效主张域外管辖权的后果。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，但在这方面仍然有大量的国家实践可以利用，从而为解决有关无效主张域外管辖权的争端可引起的特别问题而制定规则和程序。

## 定 义

39. 界定文书所涵盖的主要概念将是本研究的基本内容之一。界定“管辖权”和“域外”对于确定案文草案范围十分关键。进一步审议本专题，可能表明有必要在草案中明确界定其他用语。

40. 可将一国管辖权的概念视为一般意义上的一国的主权权力或权威。在这方面，可以区别三类管辖权，即立法、裁断和执行管辖权。

41. 可将治外法权的概念视为超出一国领土的区域，包括其土地、内水、领海以及毗邻空间。这类区域可能属于别国领土或在任何国家属地管辖权的范围之外。

## 域外管辖权的核心原则

42. 人们通常认为，国家为了对一个自然人或法人、财产或情况有效地主张管辖权，则必须与该人、财产或情况有某种联系。可能构成行使域外管辖权充分基础的联系类别，反映在约束一国行使这类管辖权的一般国际法原则中。这些原则如下：

- 涉及域外管辖权的属地原则
  - o 客观属地原则
  - o 效果主义
- 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依据上述原则之一，才能够在国际法上有效。一个以上的上述原则也许都关系到一个特殊案件中取决于具体情况的域外管辖权的有效性。

## 关于主张域外管辖权的规则

44. 根据一国企图行使的管辖权类别，该国为有效行使域外管辖权而与某人、财产或情况必有的联系程度可能不同。因此，有必要说明各种管辖权原则可能为主张域外立法、裁断或执行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，比如那些涉及刑法中网络犯罪或商法中电子商务的领域。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。

#### 对国家主张域外管辖权之权利的限制

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》所规定的国家主权平等、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方面也应当考虑礼让的因素。

#### 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，各国具有普遍义务合作解决争端。这方面的一个法律文书也应当拟订解决有关这类争端的程序：发出关于认为该管辖权主张无效的通知，根据核心原则而审议立法国主张的有效性并兼顾受影响国家的反对。

#### 拟议的关于域外管辖权文书大纲

##### 一、一般性条款

1. 适用范围
2. 与其他法律制度的关系
  - (a) 特别法
  - (b) 现行条约制度
3. 用语

##### 二、管辖权原则

1. 属地原则
  - (a) 客观属地原则
  - (b) 效果主义
2. 国籍原则
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. 执行管辖权
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
  - (c) 合理性原则

### 五、争端解决

1. 一般合作义务
2. 提供通知的义务
3. 审议域外措施的义务
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 14 February 2002, Joint separate opinion of Judges Higgins, Koojimens and Buergenthal, *I.C.J. Reports 2002*, p. 3.

##### (c) 欧洲人权法院

*Stocke v. Germany*, Judgment, 19 March 1991, Application No. 11755/85, *European human rights reports*, 1991, vol. 13, No. 6, pp. 839-852.

*Loizidou v. Turkey*, Judgment (Merits and Just Satisfaction), 18 December 1996, Application No. 15318/89, *ECHR Reports of Judgments and Decisions*, 1996-VI, p. 2236.

*Öcalan v. Turkey*, Judgment, 12 May 2005, Application No. 46221/99.

##### (d) 欧洲共同体法院

*Imperial Chemical Industries v. Commission of the European Community*, case 48/69, 14 July 1972.

*Europemballage Corp. and Continental Can Co. v. Commission of the European Community*, case 6/72, 21 February 1973.

*Istituto Chemioterapico Italiano SpA and Commercial Solvents Corporation v. Commission of the European Community*, joined cases 6 and 7/73, 6 March 1974.

#### 2. 仲裁庭

*Fur Seal Arbitration in John Bassett Moore, History and Digest of the International Arbitrations to which the U.S. has been a Party*, (Washington, vol. 1, 1898), pp. 755-961.

*Cutting case in John B. Moore, Digest of International Law*, (Washington, vol. 2, 1906), pp. 228-242.

## B. 国家判例

- Ex parte Susannah Scott*, 109 Eng. Rep 166 (K.B. 1829).
- Ker v. Illinois* (119 U.S. 436 (1866)).
- In re Urios* ([1919-1922] Ann. Dig. 107 (No. 70 (Cour de Cassation Criminel, France, 1920))).
- U.S. v. Bowman* (260 U.S. 94 (1922)).
- In re Bayot* ([1923-1924] Ann. Dig. 109 (No. 54) (Cour de Cassation, France, 1923)).
- Joyce v. D.P.P.* ((1946) AC 347, *Ann. Digest*, 15 (1948), 91).
- Wechsler*, Conseil de Guerre de Paris, July 20, 1947, *Journal de droit international*, vol. 44, p. 1745.
- Naim Molvan v. A.G. for Palestine* ((1948) AC 531, *Ann. Digest*, 15 (1948), 115).
- Nusselein v. Belgian State* ([1950] Ann. Dig. 136 (No. 35) (Cour de Cassation, Belgique, 1950)).
- Attorney General of the Government of Israel v. Adolf Eichmann*, District Court of Jerusalem, 12-15 December 1961, *International Legal Reports*, vol. 36, p. 5.
- In re Harnett*, 1973, 1 O.R.2d 206 (Can)).
- United States v. Columba-Colella* (604 F.2d 356 (5<sup>th</sup> 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* (1991, (2) SALR 553 (A)).
- United States v. Yunis* (924 F.2d 1086 (D.C. Cir. 1991)).
- United States v. Alvarez-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, 838-39 (9<sup>th</sup> Cir. 1994).
- Noriega case* (*United States v. Noriega*, 117 F.3d 1206, at. 1515-19 (11<sup>th</sup> Cir. 1997)).
- Bangoura v. Washington Post* ([2004] 235 D.L.R. (4<sup>th</sup>) 564) and the Italian Court of Cassation (Corte de Cassazione, closed session, sect. V, 27 December 2000, Judgment No. 4741).
- Toben case* (BGH 46, 212, Urteil vom 12.12.2000).
- United States v. Ben 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 (5<sup>th</sup> 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 (2d Cir. 2002).
- Korea Fair Trade Commission decision of 4 April 2002 (case 02-77), confirmed by the Seoul High Court Decision of 26 August 2003 (2002nu 14647) and KFTC decision of 29 April 2003 (case 03-98).
- Sinaltrainal v. Coca-Cola Co.*, 256 F. Supp. 2d 1345 (S.D.Fla. 2003).
- F. Hoffman-LaRoche v. Empagran*, 542 U.S. 155, 124 S. Ct. 2359 (14 June 2004).

## C. 国际组织

### 1. 联合国

Security Council, resolution 1192, 27 August 1998.

### 2. 欧洲委员会

Council of Europe, Recommendation No. R (97) 11 of the Committee of Ministers to Member States on the amended model plan for the classification of documents concerning State practice in the field of public international law, 12 June 1997, Appendix, Part Eight (II).

## D. 文献

Whitman, Christina Brooks (ed.), “Extraterritorial Jurisdiction and Jurisdiction Following Forcible Abductions: A New Israeli Precedent in International Law. Notes”, *Michigan Law Review*, vol. 72 (1973-1974), pp. 1087-1113.

Akehurst, Michael, “Jurisdiction in International Law”, *British Yearbook of International Law*, vol. 46 (1972-1973), pp. 145-257.

Bellia, Patricia L., “Chasing Bits across Borders”, *University of Chicago Legal Forum*. (2001), pp. 35-101.

Boscariol, John, “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 (1999), pp. 439-499.

Bowett, Derek W., “Jurisdiction: Changing Patterns of Authority over Activities and Resources”, *British Yearbook of International Law*, vol. 53 (1982), pp. 1-26.

Cafritz, Eric and Omer Tene, “Article 113-7 of the French Penal Code: The Passive Personality Principle”, *Columbia Journal Transnational Law*, vol. 41 (2002-2003), pp. 585-599.

Clark, Harry L., “Dealing with U.S. Extraterritorial Sanctions and Foreign Countermeasures”, *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, vol. 20 (1999), pp. 61-96.

Dunning, Timothy 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), p. 169, at p. 177.

Falencki, Corinne A., “Sarbanes-Oxley: Ignoring the Presumption against Extraterritoriality”, *George Washington International Law Review*, vol. 36 (2004), pp. 1211-1238.

Feeney, David J., “The European Commission’s Extraterritorial Jurisdiction over Corporate Mergers”, *Georgia State University Law Review*, vol. 19 (2002-2003), pp. 425-491.

Gathii, James T., “Torture, Extraterritoriality, Terrorism, and International Law”, *Albany Law Review*, vol. 67, pp. 335-370.

Gerber, David J., “The Extraterritorial Application of the German Antitrust Laws”, *American Journal of International Law*, vol. 77 (1983), pp. 756-783.

Jung, Youngjin, “Korean Competition Law: First Step towards Globalization”, *Journal of Korean Law*, vol. 4 (2005), pp. 177-200.

Kim, Won-Ki, “The Extraterritorial Application of U.S. Antitrust Law and its Adoption in Korea”, *Singapore Journal of International and Comparative Law*, vol. 7 (2003), pp. 386-411.

Layton, Alexander and Parry, Anharad M., “Extraterritorial Jurisdiction - European Responses”, *Houston Journal of International Law*, vol. 26 (2004), pp. 309-325.

Meng, Werner, “Extraterritorial Effects of Administrative, Judicial and Legislative Acts”, in Rudolf Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 2 (Amsterdam: Elsevier Science Publishers, 1995), pp. 337-343.

Norton, Joseph Jude, “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.

O’Keefe, Roger, “Universal Jurisdiction”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 2 (2004), pp. 735-760.

Siddarth Fernandes, “F. Hoffman-Laroche, Ltd. v. Empagran and the Extraterritoriality Limits of United States Antitrust Jurisdiction: Where Comity and Deterrence Collide”, *Connecticut Journal of International Law*, vol. 20 (2005), pp. 267-318.

Timofeeva, Yulia A., “World Wide Prescriptive Jurisdiction in Internet Content Controversies: A Comparative Analysis”, *Connecticut Journal of International Law*, vol. 20 (2005), pp. 199-225.

Yost, Mark J. and Douglas S. Anderson, “The Military Extraterritorial Jurisdiction Act of 2000: Closing the Gap”, *American Journal of International Law*, vol. 95 (2001), pp. 446-454.

#### E. 其他文件

*Draft Convention on Jurisdiction with Respect to Crime*, Harvard Research in International Law, *American Journal of International Law*, vol. 29 (supplement), pp. 435-652.

-- -- -- -- --