

# 国际法委员会年鉴

## 2007年

第二卷

第一部分

第五十九届会议文件

---

联合国





# 国际法委员会年鉴

## 2007年

第二卷  
第一部分

第五十九届会议文件

---

联合国



## 说 明

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

提及《国际法委员会年鉴》时省略为前有年度和省略号的“年鉴”（如《2006年……年鉴》）。

国际法委员会每届会议的年鉴由两卷组成：

第一卷：该届会议各次会议的简要记录；

第二卷（第一部分）：特别报告员的报告和会议期间审议的其他文件；

第二卷（第二部分）：国际法委员会提交联合国大会的报告。

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

\*

\* \*

国际法委员会第五十九届会议期间审议的特别报告员的报告及其他文件最初以油印形式分发。本卷转载这些报告和文件，并包含了秘书处所作的更正及编制最后文本所必需的修改。

A/CN.4/SER.A/2007/Add.1 (Part 1)

联合国出版物

ISSN 1994-4705

## 目 录

	页次
简 称 .....	iv
关于引文的说明 .....	v
<b>共有的自然资源 [议程项目 2]</b>	
A/CN.4/580 号文件 特别报告员山田中正先生关于共有的自然资源的第四次报告： 跨界地下水 .....	1
<b>国际组织的责任 [议程项目 3]</b>	
A/CN.4/583 号文件 特别报告员乔治·加亚先生关于国际组织的责任的第五次报告 .....	5
A/CN.4/582 号文件 从国际组织收到的评论和意见 .....	17
<b>对条约的保留 [议程项目 4]</b>	
A/CN.4/584 号文件 特别报告员阿兰·佩莱先生关于对条约的保留的第十二次报告 .....	35
A/CN.4/586 号文件 特别报告员关于准则草案 2.1.9 (说明保留的理由) 的说明 .....	55
<b>武装冲突对条约的影响 [议程项目 5]</b>	
A/CN.4/578 号文件 特别报告员伊恩·布朗利先生关于武装冲突对条约的影响的 第三次报告 .....	59
<b>引渡或起诉义务 (或引渡或起诉) [议程项目 6]</b>	
A/CN.4/585 号文件 特别报告员兹齐斯拉夫·加利茨基先生关于引渡或起诉义务 (或引渡或起诉) 的第二次报告 .....	73
A/CN.4/579 和 Add.1-4 号文件 从各国政府收到的评论和意见 .....	89
<b>驱逐外国人 [议程项目 7]</b>	
A/CN.4/581 号文件 特别报告员莫里斯·卡姆托先生关于驱逐外国人的第三次报告 .....	121
<b>第五十九届会议文件一览表 .....</b>	<b>149</b>

## 简称

上诉法院 (AC)	上诉法院
欧洲人权法院 (ECHR)	欧洲人权法院
粮农组织 (FAO)	联合国粮食及农业组织
原子能机构 (IAEA)	国际原子能机构
民航组织 (ICAO)	国际民用航空组织
国际法院 (ICJ)	国际法院
红十字委员会 (ICRC)	红十字国际委员会
海事协商组织 (IMCO)	政府间海事协商组织 (现为海事组织)
基金组织 (IMF)	国际货币基金组织
海事组织 (IMO)	国际海事组织 (前身为海事协商组织)
国际刑警组织 (INTERPOL)	国际刑事警察组织
北约 (NATO)	北大西洋公约组织
美洲组织 (OAS)	美洲国家组织
禁化武组织 (OPCW)	禁止化学武器组织
常设国际法院 (PCIJ)	常设国际法院
教科文组织 (UNESCO)	联合国教育、科学及文化组织
难民署 (UNHCR)	联合国难民事务高级专员办事处
万国邮联 (UPU)	万国邮政联盟
世卫组织 (WHO)	世界卫生组织

\*

\* \*

<i>I.C.J. Reports</i>	<i>ICJ, Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders</i> [ 判决书、咨询意见和命令汇编 ]
ILM	<i>International Legal Materials</i> [ 国际法律资料 ] (Washington, D.C.)
OJ L	<i>Official Journal of the European Communities, L Series</i> [ 欧洲共同体公报 (L 辑) ]
<i>P.C.I.J., Series A</i>	<i>PCIJ, Collection of Judgments</i> [ 判决汇编 ] (Nos. 1-24: 截至 1930 年)
<i>P.C.I.J., Series B</i>	<i>PCIJ, Collection of Advisory Opinions</i> [ 咨询意见集 ] (Nos. 1-18: 截至 1930 年)
SLR	<i>Sri Lanka Law Reports</i> 《斯里兰卡法律报告》
UNRIAA	United Nations, <i>Report of International Arbitral Awards</i> [ 国际仲裁裁决汇编 ]
<i>U.S.C.</i>	<i>United States Code</i> [ 美国联邦法典 ]

\*

\* \*

## 关于引文的说明

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

\*

\* \*

国际法委员会的互联网地址是：[legal.un.org/ilc](http://legal.un.org/ilc)。





# 共有的自然资源

[议程项目2]

A/CN.4/580号文件

## 特别报告员山田中正先生关于共有的自然资源的第四次报告：跨界地下水

[原文：英文]

[2007年3月6日]

### 目 录

	段次	页次
导言 .....	1-5	1
章次		
一、石油和天然气 .....	6-12	2
二、有关地下水的工作与有关石油和天然气的工作两者之间的关系 .....	13-15	3

### 导 言

1. 国际法委员会在2002年第五十四届会议上，决定将“共有的自然资源”的专题列入其工作方案。<sup>1</sup> 委员会根据特别报告员提交的三次报告<sup>2</sup>，着手审查这一专题；而特别报告员提议对专题采取逐步处理的方法，先从跨界地下水开始。委员会在2006年第五十八届会议上一读通过了包含19条条款草案的关于跨界含水层法的条款草案及其评注。<sup>3</sup> 委员会还决定通过秘书长将这些条款草案转发各国政府，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。<sup>4</sup>

2. 2006年大会第六十一届会议期间，第六委员会就委员会第五十八届会议工作报告进行辩论。其

间，各代表团欢迎关于跨界含水层法条款草案的一读的完成，并根据委员会的要求对条款草案的各个方面及其评注以及条款草案的最后形式提出了评论和意见<sup>5</sup>。<sup>6</sup> 特别报告员希望将这些评论和意见的审查工作推迟到2008年1月，因为届时他将收到更多的来自政府的书面呈件。

3. 不过，有一个问题，委员会需要在2007年第五十九届会议上加以讨论。这个问题涉及“共有的自然资源”专题今后的工作问题，特别是有关地下水的工作与有关石油和天然气的工作之间的关系。委员会决定暂时先把重点放在跨界地下水的问题上，但有些委员不时提出石油和天然气的问题。为了答复这些委员的询问，特别报告员在总结2005年的讨论时，澄清了他的立场，表示在关于跨界含水层法的条款草案的二读审议完毕之前，应当对石油和天然气的问题给予应有的关注，因为有关含水层的拟议措施可能会影响委员会今后在石油和天然气方面的

<sup>1</sup> 《2002年……年鉴》，第二卷（第二部分），第518段(a)项。

<sup>2</sup> 《2003年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/533和Add.1号文件；《2004年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/539和Add.1号文件；以及《2005年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/551和Add.1号文件。

<sup>3</sup> 《2006年……年鉴》，第二卷（第二部分），第75至76段。

<sup>4</sup> 同上，第73段。另见大会2006年12月4日第61/34号决议，第2段(c)项和第5段。

<sup>5</sup> 《大会正式记录，第六十一届会议，第六委员会》，第13至16次会议、第18至19次会议；以及关于大会第六十一届会议期间第六委员会讨论的专题摘要(A/CN.4/577)。

<sup>6</sup> 《2006年……年鉴》，第二卷（第二部分），第26段。

工作；反之，目前国家在石油和天然气方面的做法和规范也可能影响委员会在含水层方面的工作。<sup>7</sup>为审议关于跨界含水层的条款草案的实质内容而成立的共有的自然资源工作组非正式地请特别报告员在委员会2007年第五十九届会议上向委员会提出关于石油和天然气的初步研究报告。

4. 在2006年第六委员会辩论期间，各代表团还对今后关于“共有的自然资源”专题的工作作了评论。<sup>8</sup>一些代表团认为，委员会一旦完成关于地下水的编纂工作，就应该把注意力转向其他的共有自然资源，如石油和天然气，<sup>9</sup>而另一些代表团则呼吁在完成关于跨界含水层条款草案之后再决定今后的工作，他们对处理石油和天然气问题的复杂性表示关

切，<sup>10</sup>或者怀疑是否需要就石油和天然气制定普遍规则。<sup>11</sup>还有一个代表团呼吁委员会在关于跨界含水层法条款草案的二读期间开始审议其他的跨界资源问题，并认为委员会否则就会失去为所有共有自然资源制定一套总规则的机会。<sup>12</sup>

5. 石油和天然气的问题要求不仅在科技方面，而且还要在政治和经济方面，进行广泛研究。然而，委员会目前的任务只限于确认委员会是否应该着手跨界含水层法条款草案的二读，不把它和石油、天然气方面的工作放在一起。为此而作的研究可以相当简短。本报告只打算帮助委员会就今后有关跨界含水层的工作作出必要的决定。

<sup>7</sup> 见《2005年……年鉴》，第一卷，第2836次会议。

<sup>8</sup> 见A/CN.4/577（上见脚注5），第24段。

<sup>9</sup> 希腊、印度尼西亚、墨西哥、波兰和葡萄牙。

<sup>10</sup> 俄罗斯联邦、大不列颠及北爱尔兰联合王国和美利坚合众国。

<sup>11</sup> 俄罗斯联邦。

<sup>12</sup> 荷兰。

## 第一章

### 石油和天然气

6. 如果发现的碳氢化合物聚集能够出产足够数量的石油和/或天然气用于商业目的，就开发成为油田或天然气田。人们对石油和天然气（石油）的起源已争论多年。存在着两种相互对立的理论。第一种理论假定源材料是无机的。第二种理论则认为石油是由早先的生物机体生成的。如今看来占上风的是第二种理论，特别是油母岩质生成理论。根据这种理论，累积在海底和湖底的生物机体（动物和植物）石化后，与沉积物一起形成称为“油母岩质”的物质。在细菌、地热和地压的作用下，“油母岩质”变成原油和残余水。由于地压的存在，原油和水通过岩层上移，直至抵达不易渗透的冠岩。这些原油和水储存在“储集岩”的孔隙中。储集岩是地质构造，通常由沙、沙岩或各种石灰石组成。原油和水在储集岩中按其密度垂直分布。在石油和天然气都存在的情况下，天然气在上层，石油在下层。水在底层。但气层与油层并不截然分离，在油层和水层之间或者在气层与水层之间（如果没有石油的话）有一个过渡层。储集岩通常在海中形成，其中储存的水被称为“卤水”，即咸水。

7. 上文第6段所述的碳氢化合物形成和聚集过程历经数亿年的时间。这一过程可能现在还在发生。不过，从实际角度看，如今对已有油田的任何补给都是微不足道的。因此，应该把石油和天然气看作不可再生的资源。

8. 覆盖储集岩的冠岩起到了密封的作用，使石油和天然气不能再上移。石油和天然气在压力下储存在储集岩中，这种压力通常高于大气压。当钻井工具穿透冠岩，石油和天然气便喷射而出。

9. 在人类历史上，人们曾在长达许多世纪的年代里，从表面的渗出获取少量石油。直到1859年，E. L. 德雷克在美国的宾夕法尼亚州钻成第一口油井，现代石油工业才从此诞生。这口油井在69英尺的深度每天只生产30桶石油。随着地震测量和深达几千米深的钻探技术等勘探和生产技术的发展，加上各种用途的需求迅速增长，石油生产几乎在每个大陆、而且也在大陆架上，突飞猛进地增长。如今，石油生产在70多个国家的管辖范围内进行，2005年的产量已达到每天7 180万桶。石油是最重要的能

源之一，也是各种石油化工产品的原材料。如今，石油及其副产品在全世界广泛而大量地交易着。石油生产和石油贸易对世界经济和国际政治有着重大的影响。

10. 一般来说，国家或国家的从属政治单位保留着出租辖区内油田的权利。私营石油公司或国家企业负责进行石油的勘探、生产和交易。根据现行国际法，国家企业的这种活动应视为商业性质的活动。<sup>13</sup>

<sup>13</sup> 《联合国国家及其财产管辖豁免公约》（见大会 2004 年 12 月 2 日第 59/38 号决议，附件）。

11. 全世界许多地方似乎都存在着跨界油田，尤其是在大陆架上。由于石油和天然气是流动的，因此一方开采这种油田可能影响共有这块油田的另一个辖区内的其他各方。但这方面的资料并非信手可得，需在日后开展广泛研究。

12. 开采存在储集岩中的石油和天然气似乎本身并无什么污染问题。但开采油田和运输石油则有严重损害海洋环境的危险。将石油用作能源正在排放出大量的温室效应气体，可能是使全球变暖的一个主要因素。石油化工产品的废物处理也会造成环境问题。

## 第二章

### 有关地下水的工作与有关石油和天然气的工作两者之间的关系

13. 由于石油和天然气经常同时存在同一个储集岩中，因此，为方便委员会的工作，应该把它们作为同类资源对待。储集岩以及储存在其中的石油和天然气的自然条件几乎等同于一个无补源的封闭的含水层。不过，地下水与石油和天然气之间的相似仅此而已。

14. 地下水是维持人类生命的资源，而且不存在别的替代资源。虽然石油和天然气是重要资源，但它们并非是生命所必需的，还有各种替代资源。这里并不涉及人类基本需求的问题。地下水的勘探和抽取是在陆地进行的。而石油和天然气的勘探和生产有相当部分是在大陆架外部界限以内的海上进行的。石油和天然气是商品，其价值多少是由市场

行情决定的。而除个别例外情况外，地下水不是国际性交易的，其价值是每个群体的社会因素决定的。在考虑石油和天然气的环境问题时，要有一个完全不同于地下水的方针。

15. 特别报告员认为，无补源跨界含水层法的一些条例或许对石油和天然气的问题有借鉴意义。无论如何，即将对石油和天然气制定的大部分条例不能直接适用于地下水。这就是说，石油和天然气需要另辟蹊径。如果我们试图将地下水方面的工作与石油和天然气方面的工作联系在一起，就会过分延误地下水工作的完成。因此，特别报告员认为，委员会应该着手并完成关于跨界含水层法的二读，而不涉及委员会今后在石油和天然气方面的工作。



# 国际组织的责任

[议程项目3]

A/CN.4/583号文件

## 特别报告员乔治·加亚先生关于国际组织的责任的第五次报告\*

[原文：英文]

[2007年5月2日]

### 目 录

	段次	页次
本报告所引用的多边文书 .....		5
本报告所引用的著作 .....		6
导言 .....	1-12	6
章次		
一、国际组织的国际责任的内容：一般原则 .....	13-38	8
条款草案第31条 国际不法行为的法律后果 .....	18	9
条款草案第32条 继续履行的责任 .....	18	9
条款草案第33条 停止和不重复 .....	18	9
条款草案第34条 赔偿 .....	31	11
条款草案第35条 与组织规则无关 .....	35	11
条款草案第36条 本部分所载国际义务的范围 .....	38	12
二、赔偿损害 .....	39-54	12
条款草案第37条 赔偿形式 .....	54	14
条款草案第38条 恢复原状 .....	54	14
条款草案第39条 补偿 .....	54	14
条款草案第40条 抵偿 .....	54	14
条款草案第41条 利息 .....	54	14
条款草案第42条 促成伤害 .....	54	14
三、严重违反依一般国际法强制性规范承担的义务 .....	55-65	14
条款草案第43条 本章的适用 .....	65	16
条款草案第44条 严重违背依本章承担的一项义务的特定后果 .....	65	16

### 本报告所引用的多边文书

	来源
《联合国特权和豁免公约》[英]（1946年2月13日，纽约）	联合国，《条约汇编》，第1卷，第4号，第15页和第90卷，第327页（对第1卷的更正）。
《维也纳条约法公约》（1969年5月23日，维也纳）	同上，第1155卷，第18232号，第331页。
《关于国家和国际组织间或国际组织相互间条约法的维也纳公约》（1986年3月21日，维也纳）	A/CONF.129/15。

\* 特别报告员感谢斯特凡诺·多里戈（比萨大学，博士）、保罗·帕尔凯蒂（马切拉塔大学，副教授）和郑光（纽约大学，法学硕士）对撰写本报告所提供的帮助。

## 本报告所引用的著作

ALVAREZ, J. E.

“International organizations: accountability or responsibility?”, *Canadian Council of International Law, 35th Annual Conference on Responsibility of Individuals, States and Organizations, Ottawa, 27 October 2006*. Ottawa, Ontario, 2007, pp. 121–134.

DOMINICÉ, C.

“The international responsibility of the United Nations for injuries resulting from non-military enforcement measures”, 载 Maurizio Ragazzi (编), *International responsibility today: essays in memory of Oscar Schachter*. Leiden, Martinus Nijhoff, 2005, pp. 363–370.

GINTER, Konrad

*Die Völkerrechtliche Verantwortlichkeit internationaler Organisationen gegenüber Drittstaaten*. Vienna, Springer, 1969. 204 p.

GUILLAUME, M.

“La réparation des dommages causés par les contingents français en ex-Yougoslavie et en Albanie”, *Annuaire français de droit international*, vol. 43, 1997, pp. 151–156.

HIRSCH, Moshe

*The Responsibility of International Organizations toward Third Parties: Some Basic Principles*. Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1995. 220 p. (Legal Aspects of International Organization, vol. 20)

KLEIN, Pierre

*La responsabilité des organisations internationales dans les ordres juridiques internes et en droit des gens*. Brussels, Bruylant, 1998. 673 p.

MENDELSON, Maurice

“The definition of ‘international organization’ in the International Law Commission’s current project on the responsibility of international organizations”, 载 Maurizio Ragazzi (编), *International responsibility today: essays in memory of Oscar Schachter*. Leiden, Martinus Nijhoff, 2005, pp. 371–389.

SALMON, J. J. A.

“Les accords Spaak-U Thant du 20 février 1965”, *Annuaire français de droit international*, vol. 11, 1965, pp. 468–497.

SCHERMERS, Henry G.

“Liability of international organizations”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 1, 1988, pp. 3–14.

SCHERMERS, Henry G. 和 Niels M. BLOKKER

*International Institutional Law*. 3rd ed. The Hague, Martinus Nijhoff, 1995. 1305 p.

SCHMALENBACH, Kirsten

*Die Haftung Internationaler Organisationen*. Frankfurt am Main, Peter Lang, 2004. 658 p.

## 导言

1. 迄今为止，国际法委员会暂时通过了关于“国际组织的责任”的三十条条款草案。<sup>1</sup> 这些条款构成第一部分，题为“国际组织的国际不法行为”。这一部分包括导言（第1至3条），审议了草案的范围、界定了用语并阐述了若干一般原则。导言之后是关于将行为归于一国际组织（第4至7条）、违背国际义务（第8至11条）、一国际组织对一国或另一国际组织行为的责任（第12至16条）、解除行为不法性的情况（第17至24条）和一国对一国际组织行为的责任（第25至30条）等章。

2. 虽然最后一章在关于国家对国际不法行为的责任条款<sup>2</sup>中没有对应条款，但本草案第1至24条仍

然仿照了关于国家责任的第1至27条的格局，这些条款构成了条款的第一部分，题为“一国的国际不法行为”，<sup>3</sup> 而且多仿照其用语：这并不是机械地照搬以前的案文，也不是基于有关适用于国家的办法一般都适用于国际组织这个推定，而是分析现有材料后得出的结果。

3. 关于国际组织的责任的条款草案第一部分存在若干尚未解决的问题。毫无疑问，关于用语的第2条应该扩大，至少应该包括暂时置于第4条第4款的“组织的规则”的定义。关于“反措施”的第19条仍然没有案文，待与国际组织的反措施相关的问题审议后再拟定：这一工作将结合对责任履行问题的研究而进行。关于一国对一国际组织行为的责任的一章应置于何处，仍需作出决定。必须增加一些关于一

<sup>1</sup> 条款草案案文转载于《2006年……年鉴》，第二卷（第二部分），第七章，C节，第90段。

<sup>2</sup> 这些条款案文及其相关评注转载于《2001年……年鉴》，第二卷（第二部分），第77段。

<sup>3</sup> 同上。

国际组织作为另一国际组织成员的责任的条款，因为第28至29条仅仅涉及国际组织成员国的情况；至于增加的条款置于何处，则仍待作出决定。

4. 虽然在即将举行的一届会议上可以就其中一些问题作出决定，但到委员会有机会根据各国和各国际组织的评论再次审议迄今暂时通过的条款草案所涉及的某些问题之时再作出所有这些决定似乎较为妥当。虽然可以在二读时重新审议这些问题，但出于现实考虑，最好能在一读结束前再次进行审议。<sup>4</sup>原因是，迄今为止，委员会在特别报告员提出关于该专题的各条款草案的同届会议上暂时通过了所有这些条款草案。因此，与其他多数专题的情形不同，迄今为止，委员会在关于国际组织的责任的工作中仅仅听到了对其年度报告第三章提出的问题的答复。它们涉及一些具体问题，委员会特别想听取对这些问题的评论。委员会尚未考虑在第六委员会和在书面意见中提出的评论。

5. 在这段时期里，各国和各国际组织的实践要素无疑会大大地有助于对某些问题的再次审议。此外，指出委员会可能忽略的任何可获取的材料<sup>5</sup>也会有帮助。显然，更广泛地了解实践就可以更好地理解与国际组织的国际责任有关的问题。而且，届时委员会在阐述条款草案时可以更加前后一致地列举实践中的例子。

6. 在对一读结束前暂时通过的条款进行审查时，特别报告员将作介绍性发言，全面分析各国和各国际组织的评论以及自最初通过条款草案后发生的或可了解到的实践情况。此外，还将审议在各种法律著述中表达的意见。

7. 在现阶段，或许可以发表两点初步评论意见。关于目前的草案，经常听到的一种意见是，草案未充分考虑到各国际组织的极大差异。<sup>6</sup>然而，委员会迄今通过的关于国家或是关于国际组织的国际责任的多数（即使不是全部）条款，都具有一定的普遍性，而不是仅仅适用于某类实体。对于许多国际组织而言，某些条款，例如关于自卫的条款，可能不太适用，但不能因此而要求条款不包括提及所有国际组织的一项普遍性规定。列入这种规定并不意味着一定会影响到所有国际组织。另一方面，如果由于某些国际组织的特点，需要适用某些特别规则，则可以在草案的最后条款中纳入与关于国家对国际不法行为的责任的第55条相似的案文；根据该条款，“在并且只在一国际不法行为的存在条件或一国国际责任的内容或履行应由国际法特别规则规定的情况下，不得适用”这些条款。<sup>7</sup>

8. 特别报告员的第二点评论涉及条款草案第2条给出的国际组织定义的一个方面。该条指出，本草案仅涵盖身为拥有“独立的国际法律人格”的实体的国际组织。<sup>8</sup>这一点容易理解，因为依据国际法不具有法律人格的国际组织不能承担国际责任。条款草案第2条的案文没有说法律人格是否取决于受害国的承认。仅评注指出，国际法院：

似乎赞成这样的观点，即当一组织的法律人格存在时，这是一种‘客观’的人格。因此，在根据本条款草案审议一组织是否对一受害国负有国际责任之前，不必调查该组织的法律人格是否已获得受害国的承认。<sup>9</sup>

9. 有些人发表评论认为，条款草案应该考虑将受害国对一国际组织的承认作为该国际组织具备法律人格、从而作为承担国际责任的前提条件。例如，欧洲联盟委员会法律事务处主任在2006年12月18日的一封信中作了这种暗示，他提出了以下批评：

<sup>4</sup> 这一建议在特别报告员的第二次报告（《2004年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/541号文件），第1段和第三次报告（《2005年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/553号文件），第1段中已经提出。

<sup>5</sup> 欧洲人权法院在博斯普鲁斯航空旅游和贸易股份公司诉爱尔兰案中的判决并非这种情况，2005年6月30日的判决，《判决和裁决汇编，2005-VI》，第107页。虽然奥地利坚称“该草案没有考虑到博斯普鲁斯案的裁决”（《大会正式记录第六十一届会议，第六委员会》，第13次会议，第40段），但第28条评注第（4）段全文引用并认同了该判决的主要段落（《2006年……年鉴》，第二卷（第二部分））。

<sup>6</sup> 例如，大不列颠及北爱尔兰联合王国代表团抱怨“没有考虑各类国际组织及其职责的多样性”（《大会正式记录，第六十一届会议，第六委员会》，第15次会议，第24段）。

<sup>7</sup> 《2001年……年鉴》（上见脚注2），第76段。

<sup>8</sup> 《2003年……年鉴》，第二卷（第二部分），第53段。

<sup>9</sup> 同上，第2条的评注第（9）段，第54段。

欧洲联盟委员会还认为，必须对国际组织成员国、承认该组织的第三国和明确拒绝承认该组织的第三国的法律立场加以明确区分。<sup>10</sup>

如果接受这种观点，那么结果将是：一国际组织仅对承认它的非成员国承担责任。对于不承认它的非成员国，则由其成员国承担责任，因此，将适用国家对国际不法行为的责任条款。关于国际组织的责任的条款草案内容将不受影响。

10. 引自欧洲联盟委员会的信函的这段文字还提到必须单独讨论一国际组织与其成员国的关

<sup>10</sup> A/CN.4/582, J 节(转载于本卷)。奥地利表达了类似意见(《大会正式记录,第六十一届会议,第六委员会》,第13次会议,第36段)。奇怪的是,欧洲联盟委员会认为未获得非成员国承认具有意义这种观点与苏联多年对欧洲共同体采取的做法相近。这一过时的实践最近被援引作为论据来主张承认是法律人格的前提条件,见 Mendelson, “The definition of ‘international organization’ in the International Law Commission’s current project on the responsibility of international organizations”, 第387页。

系。一国际组织如果违背根据国际法应对成员国承担的义务,就需承担国际责任;这一点应该没有争议。但是,关于国际责任的内容和国际责任的履行,则可能需要借助该组织的规则。本报告下文第一章将审议第一个问题,下一次报告将审议第二个问题。

11. 推迟审查暂时通过的条款所涉及的一些问题不太可能影响对草案以下部分的分析。根据国家国际不法行为的责任条款的总布局,仍需处理的问题是“国际责任的内容”、“国际责任的履行”和“一般规定”。

12. 本报告处理与国际责任的内容相关的问题。分析将对应国家对国际不法行为的责任条款第二部分的以下三章分为若干章:“一般原则”、“赔偿损害”和“严重违背依一般国际法强制性规范承担的义务”。

## 第一章

### 国际组织的国际责任的内容：一般原则

13. 国家对国际不法行为的责任的第二部分中列明的前三项一般原则可适用于国际组织,这一点似乎并无争议。第一项一般原则(第28条)<sup>11</sup>仅为第二部分的导言,称以下条款界定了国际不法行为的法律后果。本草案旨在沿用国家责任条款的基本形式,因此,不妨列入一项有关国际组织责任的类似规定。

14. 本草案第一部分设想了因一国际组织的责任而产生国家责任的某些情形。这样,一般性适用于国家的国际责任的规则就会涵盖涉及国家的内容。这似乎是不言自明的。因此,本草案没有必要重新阐述这些规则,也不必提及委员会2001年通过的条款。

15. 关于国家对国际不法行为的责任的第29条称,只要国际义务尚未停止,即使该义务被违背,同

时因国际不法行为而产生了新的一套法律关系,被违背的义务仍然继续存在,不受影响。第29条的评注概要指出:

尽管义务受到违背,该义务是否存在和在什么程度上存在,并不是由国家责任法加以规定的事项,而应该由相关首要义务有关的规则加以制约。<sup>12</sup>

比如,保护某标的的义务在该标的灭失后即不存在,然而不干预一国内政的义务并不因此义务是否被违背而停止。在这方面,该义务的承担者是国家还是国际组织这个事实并不重要。

16. 关于国家对国际不法行为的责任的第30条第一部分暗指了前条内容。如果所违背的国际义务继续存在,而违背行为亦继续存在,不法行为的行为者则须停止该行为。这显然既适用于国际组织,

<sup>11</sup> 《2001年……年鉴》(上见脚注2),第76段。

<sup>12</sup> 同上,第77段,第29条的评注第(4)段。



也适用于国家。它不是违背所致的法律后果，而是该义务继续存在而引起的法律后果。

17. 同一条款还规定了不重复的承诺和保证。这些承诺和保证本身并不是违背国际义务的法律后果，不过，只有发生违背行为时，才需要这些承诺和保证，以防止不法行为再次发生。相关的实践主要涉及国家，但没有理由在此方面对国家和国际组织加以区分，也无理由排除需要国际组织作出承诺和保证的可能性。

18. 由于此处所审议的三项原则也可适用于各国际组织，故提出尽量接近关于国家对国际不法行为的责任的相关条款的下列案文：

“条款草案第 31 条 国际不法行为的法律后果

“一国际组织依照第一部分的规定对一国际不法行为承担的国际责任，产生本部分所列的法律后果。

“条款草案第 32 条 继续履行的责任

“本部分所规定的一国际不法行为的法律后果不影响责任国际组织继续履行所违背的的义务的责任。

“条款草案第 33 条 停止和不重复

“对国际不法行为承担责任的国际组织有义务：

“(a) 在从事一项持续性的不法行为时，停止该行为；

“(b) 在必要的情况下，提供不重复该行为的适当承诺和保证。”

19. 关于国家对国际不法行为责任的第 31 条称：“责任国有义务对国际不法行为所造成的损害提供充分赔偿。”该条又具体规定，“损害包括一国国际不法行为造成的任何损害，无论是物质损害或精神损害”。<sup>13</sup>

<sup>13</sup> 同上，第 76 段。

20. 关于国家对国际不法行为的责任的条款所述原则体现了常设国际法院就霍茹夫工厂案表达的著名意见：

违反契约必然产生以适当形式作出赔偿的义务，这是一项国际法原则。<sup>14</sup>

在同一案件中，常设国际法院后来补充指出：

非法行为的实际概念有一项基本原则——一项似乎是经由国际惯例、尤其是仲裁法庭裁决建立的原则，它规定赔偿必须尽可能消除非法行为的所有后果，并恢复该行为如若未被实施则很可能存在的状况。<sup>15</sup>

21. 尽管常设国际法院审议的是国与国之间的关系，但要求赔偿的原则的措辞较为笼统，可适用于任何国际法主体违背国际义务的情形。法国最近在第六委员会中指出：

霍茹夫工厂案的判例应该既适用于国家，也同样适用于国际组织。<sup>16</sup>

22. 豁免国际组织对其国际不法行为的赔偿，这种做法是荒唐的。<sup>17</sup> 这等于说，国际组织将有权无视自己在国际法下应承担的义务。

23. 赔偿义务的存在，常常为国际组织所承认。在联合国秘书长关于联合国维持和平行动经费筹措的行政和预算问题的报告中，可以找到尤为明显的例证：

<sup>14</sup> 霍茹夫工厂案，管辖权，第 8 号判决，1927 年，《常设国际法院汇编》A 辑，第 9 号，第 21 页。

<sup>15</sup> 同上，案情，第 13 号判决，1928 年，《常设国际法院汇编》A 辑，第 17 号，第 47 页。

<sup>16</sup> 《大会正式记录，第六十一届会议，第六委员会》，第 14 次会议，第 63 段。

<sup>17</sup> 多米尼斯 (“The international responsibility of the United Nations for injuries resulting from non-military enforcement measures”，第 368 页) 认为，关于国家对国际不法行为的责任的第 28 条至第 39 条“表达了习惯国际法的规则。毫无疑问，上述条款亦应适用于国际组织(包括联合国)的国际责任”。不过，最近，阿瓦雷斯 (“International organizations: accountability or responsibility?”，第 18 页) 写道：“谈到国际组织，有些国际组织的成员故意让其组织长期处于破产的边缘；责任附带赔偿责任的概念似乎是法学教授(或杰瑟普模拟法庭辩论赛问题的编题者)会喜爱的问题。”

由于在联合国部队作为作战人员参与武装冲突时国际人道主义法适用于联合国部队，因此使联合国担负国际责任，而且有责任对联合国部队成员违反国际人道主义法律的行为进行赔偿。<sup>18</sup>

24. 国际法院在关于人权委员会特别报告员享有法律程序豁免的争议案的咨询意见中，审议了“对由于联合国或其代理人以公务身份采取行动造成的任何损害予以赔偿的问题”<sup>19</sup>，指出：

联合国或许需要对这些行为造成的损害承担责任。<sup>20</sup>

25. 国际组织在对不法行为作出赔偿方面有着广泛的实践，不过，即使根据国际法可能必须赔偿，赔偿也很少是出于惠给而提供的。还要考虑到，就国际组织及国家而言，受害方并不总是积极索赔，而可能是主要争取停止不法行为。下文第二章将提到有关国际组织赔偿的一些实例。

26. 赔偿可能也适用于国际组织造成的精神损害，这一点在实践中、尤其是行政法庭的判决（例如联合国行政法庭 2000 年 11 月 17 日对罗宾斯诉联合国秘书长案的判决<sup>21</sup>）或仲裁裁决（例如 2000 年 5 月 4 日对布卢瓦诉教科文组织案的仲裁裁决<sup>22</sup>）中得到了确认。

27. 本草案第一部分确认了国际组织成员国须对该组织的国际不法行为负责的一些情形。如果成员国不承担责任，则会出现下列问题：它们是否有向该组织提供必要的理赔手段的任何义务，尤其是当赔偿是指数额超出该组织的预算资源的某种经济补偿时？委员会在提交大会的 2006 年报告第三章中提出下列问题：

<sup>18</sup> A/51/389, 第 16 段。

<sup>19</sup> 关于人权委员会特别报告员享有法律程序豁免的争议案，咨询意见，《1999 年国际法院汇编》，第 88 页，第 66 段。

<sup>20</sup> 同上，第 89 页。

<sup>21</sup> 法庭认定，“申诉人积冤深重，精神大受损害，被告付给她的补偿是不够的”（AT/DEC/974，第 974 号判决，第十一节）。

<sup>22</sup> 未公布。法庭裁决支付两百万法郎的“精神损害赔偿”。

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？<sup>23</sup>

28. 除一两个国家外，所有答复国均坚称，“这种义务没有依据”。<sup>24</sup> 禁化武组织在一项声明中表达了同样的观点。<sup>25</sup> 这似乎与实践相符；实践中并没有明确表明根据国际法存在此种义务的任何情形。<sup>26</sup>

29. 另一个问题是，按照有关组织的规则，成员国有无提供财政支助的义务。比利时指出：

如果补充会费符合国际组织的法律规定，则成员国必须照章办事。这并不表示成员国对受害的第三方提供赔偿，也不表示后者可以对成员国采取直接或间接的行动。<sup>27</sup>

换句话说，成员国的义务存在与否将完全取决于该组织的规则；如存在此义务，那也只会间接地有助于

<sup>23</sup> 《2006 年……年鉴》，第二卷（第二部分），第 28 段 (a) 项。

<sup>24</sup> 荷兰认为这种义务没有依据（《大会正式记录，第六十一届会议，第六委员会》，第 14 次会议，第 23 段）。以下各国表达了类似的意见：白俄罗斯（同上，第 100 段）；比利时（同上，第 41 至 42 段）；古巴（同上，第 16 次会议，第 13 段）；丹麦，也代表芬兰、冰岛、挪威和瑞典（同上，第 13 次会议，第 32 段）；法国（同上，第 14 次会议，第 63 段）；意大利（同上，第 66 段）；罗马尼亚（同上，第 19 次会议，第 60 段）；西班牙（同上，第 14 次会议，第 52 至 53 段）；瑞士（同上，第 15 次会议，第 5 段）；以及美利坚合众国（同上，第 14 次会议，第 83 段）。不过，白俄罗斯提出，“作为特别规则可以制订一个赔偿附带责任计划，例如在该组织的工作涉及开发利用危险资源的情况下”（同上，第 100 段）。阿根廷（同上，第 13 次会议，第 49 段）同意普遍的意见，但请委员会“根据每个案例的具体情况，分析每个国际组织的特性和规则以及正义和平等考虑是否要求对基本规则进行例外处理”。

<sup>25</sup> 见 A/CN.4/582, U.1 节（转载于本卷）。

<sup>26</sup> Schermers 和 Blokker, *International Institutional Law: Unity within Diversity*, 第 992 页, 第 1586 段, 作者认为, “成员的义务并非直接补偿债权人, 而是让该组织有资金来履行赔偿责任。”另见 Schermers, “Liability of international organizations”, 第 12 至 13 页。赫希 (*The Responsibility of International Organizations toward Third Parties: Some Basic Principles*, 第 165 页) 补充指出, “该组织如不尽责, 不对顽固的成员采取它可利用的一切现有法律措施 (包括诉讼), 受害方即应有权行使该组织的权利, 对这些成员提出索赔要求。”克莱因 (*La responsabilité des organisations internationales dans les ordres juridiques internes et en droit des gens*, 第 599 至 600 页) 认为, 这一意见没有法律依据。

<sup>27</sup> 《大会正式记录，第六十一届会议，第六委员会》，第 14 次会议，第 42 段。

受害方。若干国家持同样的观点。<sup>28</sup> 俄罗斯联邦指出，各国若设立一国际组织，也就必须“给予其履行职能的手段，其中包括使其对第三方承担责任的手段”，<sup>29</sup> 但显然，这并不意味着形成对受害方的义务。<sup>30</sup>

30. 对委员会问题的答复中的观点清楚显示，虽然委员会应阐述国际组织须对其国际不法行为作出赔偿的原则，但不应提出成员国须承担任何其他义务。这对作为其他组织成员的国际组织同样适用。责任组织规则规定的成员国或成员组织的义务此处不需赘述。

31. 基于上述评论，提出如下案文：

“条款草案第 34 条 赔偿

“1. 责任国际组织有义务对国际不法行为所造成的伤害提供充分赔偿。

“2. 伤害包括一国际组织国际不法行为造成的任何损害，无论是物质损害还是精神损害。”

32. 关于国家对国际不法行为的责任的第 32 条规定，“责任国不得以其国内法的规定作为不能按照本部分的规定遵守其义务的理由。”<sup>31</sup> 国际法与一国内法之间的关系同国际法与国际组织内部规则间的关系并不类似。已有意见指出，相对于条款草案第 8 条而言，上述内部规则至少在相当程度上是国际法的一部分。<sup>32</sup> 因此不能认为上述规则与本部分规定的义务无关。

33. 然而，必须要对国际组织对其成员的义务和国际组织对非成员的义务加以区分。对于非成员而言，国际组织的规则，如同一国的内部规则，其本

身不能影响本部分所定义义务。相反，此类规则可能影响到国际组织同其成员的关系。本草案案文必须体现出此可能性。

34. 关于国家对国际不法行为的责任的第 32 条据说是“以 1969 年《维也纳[条约法]公约》第二十七条为范本，该条规定：一当事国不得援引其国内法规定为理由而不履行条约”。<sup>33</sup> 尽管《关于国家和国际组织间或国际组织相互间条约法的维也纳公约》的相应条款也有类似规定，即：“为一条约当事方的国际组织不得援引该组织的规则作为不履行条约的理由”，<sup>34</sup> 但是，对涉及非成员的关系和涉及成员的关系加以区分并就后者作出可能的例外规定，这似乎合乎逻辑。对此措辞要妥当，以免影响成员依照第三章对严重违背一般国际法强制性规范须承担的义务。

35. 在此提出以下案文：

“条款草案第 35 条 与组织规则无关

“责任组织不得以其相关规则的规定作为不能按照本部分的规定遵守义务的理由，但该组织的规则对国际组织与其成员国和成员组织间的关系另有规定者除外。”

36. 关于国家对国际不法行为的责任的条款在第二部分相应章节所审议的最后一个项目，也是此处需要审议的最后一个项目，就是本部分所列国际义务的范围。虽然关于国家责任的条款第一部分涵盖一国实施国际不法行为的所有情形，但第二部分限于责任国“对另一国、若干国家、或对整个国际社会”承担的义务：这“不妨碍任何人或国家以外的任何实体由于一国的国际责任可能直接取得的任何权利”。<sup>35</sup> 关于国际责任的履行的第三部分的范围也是同样受限制。

<sup>28</sup> 丹麦，也代表芬兰、冰岛、挪威和瑞典（同上，第 13 次会议，第 32 段）；法国（同上，第 14 次会议，第 63 段）；西班牙（同上，第 53 段）；以及瑞士（同上，第 15 次会议，第 5 段）。

<sup>29</sup> 同上，第 18 次会议，第 68 段。

<sup>30</sup> 荷兰的类似言论明确表达了这一点（同上，第 14 次会议，第 24 段）。

<sup>31</sup> 《2001 年……年鉴》（上见脚注 2），第 76 段。

<sup>32</sup> 《2005 年……年鉴》，第二卷（第二部分），第 8 条的评注第（5）段。

<sup>33</sup> 《2001 年……年鉴》（上见脚注 2），第 77 段，第 32 条的评注第（2）段。

<sup>34</sup> 第 27 条，第 2 款。

<sup>35</sup> 《2001 年……年鉴》（上见脚注 2），第 76 段，第 33 条。

37. 有充分的理由来对国际组织采取类似办法，从而将第二部分范围限于责任组织对一个或多个其他组织、一个或多个国家或对国际社会的义务。这样不仅可以沿袭关于国家对国际不法行为的责任的条款的一般模式，也可避免因有人把此处审议的义务扩大到包括对国家或国际组织以外的国际法主体的义务而无疑将导致出现的复杂情况。

38. 提出下列案文：

“条款草案第 36 条 本部分所载国际义务的范围

“1. 本部分规定的责任国际组织的义务可能是对一个或若干其他组织、一个或若干国家、或对整个国际社会承担的义务，具体取决于该国际义务的特性和内容及违反义务的情况。

“2. 本部分不妨碍国家或国际组织以外的任何人或任何实体因一国际组织的国际责任而可能直接取得的任何权利。”

## 第二章

### 赔偿损害

39. 关于国家对国际不法行为的责任的第 34 至 39 条阐明了各种形式的赔偿，与第 31 条规定的赔偿原则相一致。第 34 条具有导言性质，其他条款则涵盖恢复原状、补偿、抵偿、利息和促成伤害。

40. 如果承认责任国际组织有义务以与适用于国家的同样的方式进行赔偿，则难以理解为何当责任实体是国际组织而非国家时，应排除或以不同方式适用恢复原状、补偿或抵偿。利息和促成伤害也是如此。

41. 因此，在 1970 年 6 月 24 日题为“原子能机构在保障监督制度方面的国际责任”的说明中，原子能机构总干事写道：虽然可能在有些情况下，或许宜由原子能机构提供抵偿，但建议仅考虑名副其实的赔偿。一般而言，名副其实的赔偿可以是实物复原，抑或支付补偿金。<sup>36</sup>

42. 虽然国际组织的赔偿实践与有关责任国的赔偿实践相比确实较为有限，但仍不乏国际组织提供各种形式赔偿的例子。

43. 例如，联合国行政法庭曾在利克诉联合国秘书长案中阐明国际组织应尽可能予以恢复原状的原则，其表述如下：

被告目前也许不再可能恢复申诉人若未被立即开除情况下本应存在的状况——即重新聘用申诉人。

有鉴于此，裁定补偿是就此从撤销行为产生的义务中作出法律推论的唯一方式。<sup>37</sup>

44. 就国际组织补偿问题而言，联合国刚果行动产生的理赔是一个最著名的例子。经秘书长与相应国家的常驻代表团换文，向比利时、希腊、意大利、卢森堡和瑞士国民发放了补偿金。在每封信的案文中，联合国

声明，在已确定联合国人员事实上对无辜方造成了无理损害的情况下，联合国不回避责任。<sup>38</sup>

就该行动而言，联合国还对法国、联合王国、美利坚合众国和赞比亚<sup>39</sup>以及红十字委员会作出了理赔。<sup>40</sup>

<sup>36</sup> GOV/COM.22/27, 第 27 段(见《2004 年……年鉴》，第二卷(第一部分)，A/CN.4/545 号文件，附件，以及 H.2 节，第 2 至 3 段)。

<sup>37</sup> 1965 年 10 月 4 日第 97 号判决，《联合国行政法庭判决》[英](联合国出版物，出售品编号 E.68.X.1)，第 87 至 113 号(1963 年至 1967 年)，第 97 至 98 页，第八段。

<sup>38</sup> 联合国，《条约汇编》，第 535 卷，第 7780 号，第 199 页；第 565 卷，第 8230 号，第 5 页；第 588 卷，第 8525 号，第 198 页和第 585 卷，第 8487 号，第 198 页。

<sup>39</sup> 见 Schmalenbach, *Die Haftung Internationaler Organisationen*, 第页 314 至 321 页。

<sup>40</sup> 协定案文转载于 Ginther, *Die Völkerrechtliche Verantwortlichkeit internationaler Organisationen gegenüber Drittstaaten*, 第 166 至 167 页。

45. 为对违反国际法义务的行为进行赔偿而支付有关补偿金的情况，不仅可从部分索赔中收集，而且也可从1965年8月6日秘书长给苏维埃社会主义共和国联盟代理常驻代表的信中获得。秘书长在该信中指出：

联合国的一贯政策是，由秘书长代表联合国对遭受损害而本组织又对此损害负有法律责任的个人进行补偿。这项政策符合公认的法律原则和《联合国特权和豁免公约》。另外，就联合国在刚果的活动而言，关于敌对行动期间保护平民人口生命和财产问题的各项国际公约所提出的原则，以及联合国不能忽视的对公平和人道的考虑，也加强了上述政策。<sup>41</sup>

46. 秘书长1996年9月20日关于联合国维持和平行动经费筹措的行政和预算问题的报告忆及：

由于在联合国部队作为作战人员介入武装冲突时国际人道主义法适用于联合国部队，因此使联合担负国际责任，而且有责任对联合国部队成员违反国际人道主义法律的行为进行赔偿。然而，联合国承担的第三方责任的范围需根据所述行为是否违反任何具体的国际人道主义法规则或战争法而个别加以确定。<sup>42</sup>

大会在关于联合国实施维持和平行动造成或产生的第三方责任问题的第52/247号决议中批准了支付赔偿的标准和准则。<sup>43</sup>

47. 就1999年北约空袭期间发生的若干事件而言，科索沃监察员机构已要求北约给受害者提供“某种救济”，包括“补偿的可能性”。<sup>44</sup>

<sup>41</sup> 《1965年联合国法律年鉴》[英]（联合国出版物，出售品编号67.V.3），第41页。认为联合国已将其责任置于国际一级的观点见Salmon, “Les accords Spaak-U Thant du 20 février 1965”, 第483和487页。

<sup>42</sup> 上见脚注18。

<sup>43</sup> 大会1998年6月26日关于“第三方索赔：时间限制和财务限制”的第52/247号决议。

<sup>44</sup> “关于争取对1999年北约轰炸位于卢扎内的桥梁给受害者造成的损害予以正式承认的若干尝试”，《2003年至2004年第四次年度报告》（2004年7月12日），附件4，第69页。关于北约和执行部队对在波斯尼亚和黑塞哥维那境内造成的损害所作的安排的描述，见Guillaume, “La réparation des dommages causés par les contingents français en ex-Yougoslavie et en Albanie”, 第151和155页。

48. 国际法院在关于人权委员会特别报告员享有法律程序豁免的争议案的咨询意见中也提到联合国支付补偿金的义务。<sup>45</sup>

49. 实践中有一些抵偿例子，一般均以道歉或表示遗憾的形式出现。虽然下述例子没有明确提到存在违背国际法义务的行为，但至少意味着：国际组织道歉或表示遗憾可成为此类违背行为的适当法律后果之一。

50. 关于斯雷布雷尼察的沦陷问题，秘书长指出：

联合国在波斯尼亚的经验是我们历史上最艰难和最痛苦的经验之一。当我们审查面对斯雷布雷尼察遭受攻击所采取的行動和决定时，我们感到极为遗憾和悔恨不已。<sup>46</sup>

51. 1999年12月16日，秘书长在接受关于1994年卢旺达境内灭绝种族期间联合国行动的独立调查报告(S/1999/1257)时指出：

势必令我们大家痛感遗憾的是，我们没有采取更多的预防措施。当时该国境内有一支联合国部队，但该部队没有得到授权，也不具备采取预防或制止灭绝种族所需要的有力行动的能力。我代表联合国承认这种失败，并深表自责。<sup>47</sup>

52. 北约轰炸贝尔格莱德的中国大使馆不久后，北约发言人杰米·谢伊在一次新闻发布会上说：

我认为，我们已经做了任何人在这种情况下都会做的事情，首先，我们明确、毫不含糊和迅速地承认了责任；我们已经对中国当局表示了遗憾。<sup>48</sup>

1999年5月13日，德国总理格哈德·施罗德代表德国、北约和北约秘书长哈维尔·索拉纳进一步向外交部长唐家璇和总理朱镕基道歉。<sup>49</sup>

<sup>45</sup> 上见脚注19。

<sup>46</sup> 秘书长依照大会第53/35号决议提出的报告：斯雷布雷尼察的陷落(A/54/549)，第503段。

<sup>47</sup> 联合国新闻稿SG/SM/7263-AFR/196(1999年12月16日)。

<sup>48</sup> <http://www.nato.int/kosovo/press/p990509b.htm>。

<sup>49</sup> “Schroeder issues NATO apology to the Chinese”, *Irish Examiner*, 13 May 1999.

53. 关于促成伤害，一位作者提到一份未发表的文件，该文件涉及刚果境内一辆民用车辆遭枪击的事件，其中因这辆汽车的司机存在共同过失，联合国减少了补偿金。<sup>50</sup>

54. 在此，以相应的国家对国际不法行为的责任条款为基础提出以下条款草案：

“条款草案第 37 条 赔偿形式

“对国际不法行为造成的伤害的充分赔偿，应按照本章的规定，单独或合并地采取恢复原状、补偿和抵偿的方式。

“条款草案第 38 条 恢复原状

“在且仅在下述情况下，一国际不法行为的责任国际组织有义务恢复原状，即恢复到实施不法行为以前所存在的状况：

“(a) 恢复原状并非实际上办不到；

“(b) 从恢复原状而非补偿中得到的利益不致与所引起的负担完全不成比例。

“条款草案第 39 条 补偿

“1. 一国际不法行为的责任国际组织有义务补偿该行为造成的损害，只要这种损害没有以恢复原状的方式得到弥补。

“2. 这种补偿应弥补在经济上可以评估的任何损害，包括可以确定的利润损失。

“条款草案第 40 条 抵偿

“1. 一国际不法行为的责任国际组织有义务抵偿该行为造成的伤害，只要这种伤害不能以恢复原状或补偿的方式得到弥补。

“2. 抵偿可采取承认违背行为、表示遗憾、正式道歉或另一种合适的方式。

“3. 抵偿不应与伤害不成比例，而且不得采取羞辱责任国际组织的方式。

“条款草案第 41 条 利息

“1. 为确保充分赔偿，必要时，应支付本章规定的任何应付本金金额的利息。应为取得这一结果规定利率和计算方法。

“2. 利息从应支付本金金额之日起算，至履行支付义务之日为止。

“条款草案第 42 条 促成伤害

“在确定赔偿时，应考虑到寻求索赔所涉及的受害国或受害国际组织或任何受害人或实体由于故意或疏忽以作为或不作为促成伤害的情况。”

<sup>50</sup> Klein, 同前, 第 606 至 607 页。

### 第三章

#### 严重违反依一般国际法强制性规范 承担的义务

55. 如同国家实施的国际不法行为一样，国际组织的侵害行为也可以构成严重违背依一般国际法强制性规范承担的义务的行为。这就产生了一个问题，国际组织是否也应承担与关于国家对国际不法行为的责任的第 41 条为国家规定的相同的其他后果。

这些后果包括除责任国以外的其他国家合作终止违背行为的义务。

56. 尽管难以找到与国际组织的这类侵害行为有关的任何具体做法，但是国际组织在这方面似乎

没有任何理由与一个国家的情形有什么不同。正如禁化武组织所指出的：

各国当然有义务进行合作以终止这种违背行为，因为当一国际组织的行为违反一般国际法强制性规范时，其情形与国家的情形并无太大的区别。<sup>51</sup>

57. 一些国家<sup>52</sup> 针对委员会在其提交大会的2006年报告中所提出的一个问题<sup>53</sup> 也持相同态度。例如，西班牙指出：

没有足够先验理由得出下列结论：在一个国际组织严重违反强制性规范所产生的义务的情况下，所适用的制度应该不同于为处理一个国家的同类行为案件所建立的制度。<sup>54</sup>

58. 一些国家在答复中强调国家作为有关国际组织的成员，在合作终止一国际组织的违背义务行为方面应当发挥作用。<sup>55</sup> 人们可能同意，在有关国家能够为实现预期结果作出重大贡献的情况下，提供合作的义务尤其重要，而且在许多情况下成员国确实有此能力。因此可以认为，在这种情况下成员国将有更严格的义务。不过不可一概而论，不能认为一组织的所有成员都总是有此能力。成员所能发挥的作用大小显然视情况不同而有所不同。而且，情况有可能是，各成员在这方面的能力并不相同。因此最好是不试图界定责任组织的成员所应承担的具体义务。

59. 委员会在提交大会的2006年报告中还提出一个问题，即国际组织是否有义务与国家合作，终止违反强制性规范所规定的义务的行为。<sup>56</sup> 这一问题就是就目前的草案提出的，但是答案可能会影响到违反义务行为是由一国实施的情况，因此有关法律后果由关于国家对国际不法行为的责任的第41条作出规定。<sup>57</sup>

60. 尽管关于国家对国际不法行为的责任的第41条案文和相关评注都没有明确设想国际组织提供合作，但是并没有排除这一可能性。评注认为，国家可以征求一国际组织的答复：

合作可在主管国际组织、特别是联合国的框架内安排。<sup>58</sup>

61. 事实上，国际组织的宗旨可能就包括终止违反强制性规范所规定的义务的行为，例如侵略行为。关于国家对国际不法行为的责任的第59条规定“本条款不妨碍《联合国宪章》的规定”，<sup>59</sup> 不论目前的草案是否将载入这样的规定，都没有必要列入提及联合国或其他组织的宗旨包括打击严重违背强制性规范所规定的义务的行为的条款。有可能引起争论的问题是，国际组织是否像国家一样具有合作终止这类违背义务行为的义务。

62. 对委员会的这一问题的绝大多数答复都赞成规定国际组织像国家一样，有义务合作终止另一个组织的严重违背义务的行为。<sup>60</sup> 正如俄罗斯联邦所述：

显而易见的是，各国家和各国际组织有义务开展合作，终止一个国际组织的非法行为，就像该国际组织是一个国家一样。<sup>61</sup>

<sup>51</sup> A/CN.4/582, U.2 节(转载于本卷)。

<sup>52</sup> 下列国家作了发言：阿根廷(《大会正式记录，第六十一届会议，第六委员会》，第13次会议，第50段)；白俄罗斯(同上，第14次会议)，第101段；比利时(同上，第43至46段)；丹麦，也代表芬兰、冰岛、挪威和瑞典(同上，第13次会议，第33段)；法国(同上，第14次会议，第64段)；约旦(同上，第16次会议，第5段)；荷兰(同上，第14次会议，第25段)；罗马尼亚(同上，第19次会议，第60段)；俄罗斯联邦(同上，第18次会议，第68段)；西班牙(同上，第14次会议，第54段)；以及瑞士(同上，第15次会议，第8段)。

<sup>53</sup> 《2006年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第28段。

<sup>54</sup> 《大会正式记录，第六十一届会议，第六委员会》，第14次会议，第54段。

<sup>55</sup> 同上，第13次会议，第33段，丹麦，代表芬兰、冰岛、挪威和瑞典的发言。瑞士提出了一个不同观点，指出“对一组织的成员来说，合作的义务可能超过仅仅防止违反绝对法的程度”(同上，第15次会议，第8段)。

<sup>56</sup> 《2006年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第28段(b)项。

<sup>57</sup> 《2001年……年鉴》(上见文脚注2)，第76段。

<sup>58</sup> 同上，第77段，第41条的评注第(2)段。

<sup>59</sup> 同上，第76段。

<sup>60</sup> 参见上文脚注52中所列发言。不过，约旦只提到了国家，而罗马尼亚没有具体提及国际组织的合作义务。

<sup>61</sup> 《大会正式记录，第六十一届会议，第六委员会》，第18次会议，第68段。

63. 国际组织在合作终止严重违背义务行为时，不需要违背其组织文书或其他有关规则行事。禁化武组织提请注意这一问题：

可以认为与国家不同的是，任何国际组织终止违反绝对法行为的义务范围也应受到同样的限制，亦即国际组织必须在其任务规定范围内并根据其规则行事。<sup>62</sup>

不过，如该组织有关规则与一强制性规范发生冲突，则当属例外。

64. 对于关于严重违背一项强制性规范所规定的义务所带来的法律后果问题的讨论，尽管其重点是合作终止违背义务行为，但是关于国家对国际不法行为的责任的第41条还提及其他后果，如禁止“承认……严重违背义务行为所造成的情况为合法”。<sup>63</sup>一些与国家严重违背义务行为有关的做法涉及国际组织不承认该违背义务行为所造成的情形为合法的义务。例如，对于伊拉克吞并科威特的行为，安全理事会第662（1990）号决议呼吁“所有国家、国际组织和专门机构不承认这一兼并，也不进行任何可能被视为间接承认这一兼并的行动或来往”。<sup>64</sup>另一个例子是欧洲共同体成员国1991年作出的关于《承认东欧和苏联新国家的指导方针》的声明。其案文载有以下几句：

<sup>62</sup> A/CN.4/582, U.2 节（转载于本卷）。

<sup>63</sup> 《2001年……年鉴》（上见脚注2），第76段。

<sup>64</sup> 安全理事会第662（1990）号决议，第2段。

“共同体及其成员国不承认由侵略形成的实体。”<sup>65</sup>

65. 提出以下条款草案：

“条款草案第43条 本章的适用

“1. 本章适用于一国际组织严重违背依一般国际法强制性规范承担的义务所产生的国际责任。

“2. 这种违背义务行为如果是责任国际组织严重或系统地不履行义务所引起的，则为严重行为。

“条款草案第44条 严重违背依本章承担的一项义务的特定后果

“1. 各国和各国际组织应进行合作，通过合法手段终止第43条含义范围内的任何严重违背义务行为。

“2. 任何国家或国际组织均不得承认第43条含义范围内的严重违背义务行为所造成的情势为合法，也不得协助或援助维持该情势。

“3. 本条不妨碍本部分所指的其他后果和本章适用的违背义务行为可能依国际法引起的进一步的此类后果。”

<sup>65</sup> 《欧洲共同体月报》，第24卷，第12号（1991年），第119页。另见《国际法律资料》，第31卷（1992年），第1487页。



# 国际组织的责任

[议程项目3]

A/CN.4/582文件

## 从国际组织收到的评论和意见

[原文：英文]

[2007年5月1日]

### 目 录

	段次	页次
本报告所引用的多边文书 .....		18
本报告所引用的著作 .....		19
导言 .....	1-2	19
从国际组织收到的评论和意见 .....		20
A. 一般性评论 .....		20
欧洲联盟委员会 .....		20
国际货币基金组织 .....		20
禁止化学武器组织 .....		20
B. 条款草案第3条：一般原则 .....		21
国际货币基金组织 .....		21
C. 条款草案第8条：违背国际义务行为的发生 .....		21
国际货币基金组织 .....		21
D. 条款草案第11条：综合行为违背义务 .....		22
国际货币基金组织 .....		22
E. 国际组织对国家或另一国际组织行为的责任：一般考虑因素 .....		22
国际货币基金组织 .....		22
F. 条款草案第12条：援助或协助实施国际不法行为 .....		23
国际货币基金组织 .....		23
G. 条款草案第13条：指挥和控制国际不法行为的实施 .....		23
国际货币基金组织 .....		23
H. 条款草案第14条：胁迫一国或另一国际组织 .....		23
国际货币基金组织 .....		23
I. 条款草案第15条：向成员国和成员国际组织作出的决定、建议和授权 .....		24
国际货币基金组织 .....		24
J. 解除行为不法性的情况：一般考虑因素 .....		25
欧洲联盟委员会 .....		25
K. 条款草案第17条：同意 .....		25
欧洲联盟委员会 .....		25
国际货币基金组织 .....		26
L. 条款草案第18条：自卫 .....		26

欧洲联盟委员会 .....	26
国际货币基金组织 .....	26
M. 条款草案第 19 条：反措施 .....	26
国际货币基金组织 .....	26
N. 条款草案第 21 条：危难 .....	27
欧洲联盟委员会 .....	27
禁止化学武器组织 .....	27
O. 条款草案第 22 条：危急 .....	27
欧洲联盟委员会 .....	27
国际货币基金组织 .....	27
P. 国家对国际组织行为的责任：一般考虑因素 .....	28
欧洲联盟委员会 .....	28
Q. 条款草案第 25 条至第 26 条 .....	28
国际货币基金组织 .....	28
R. 条款草案第 27 条：一国胁迫一国际组织 .....	28
国际货币基金组织 .....	28
S. 条款草案第 28 条：给予国际组织权能情况下的国际责任 .....	29
欧洲联盟委员会 .....	29
国际货币基金组织 .....	29
T. 条款草案第 29 条：国际组织的成员国对该组织的国际不法行为的责任 .....	30
欧洲联盟委员会 .....	30
禁止化学武器组织 .....	31
U. 委员会第五十八届会议工作报告第三章 B 节所提出的具体问题 .....	31
1. 国际组织成员向受害方提供补偿的义务 .....	31
国际货币基金组织 .....	31
禁止化学武器组织 .....	31
2. 在国际组织严重违背一般国际法强制性规范规定的义务的情况下合作的义务 .....	32
国际货币基金组织 .....	32
禁止化学武器组织 .....	33

## 本报告所引用的多边文书

### 来源

《国际货币基金组织协定》[英]（1945年12月27日，华盛顿）	联合国，《条约汇编》，第2卷，第20号，第39页。
《保护人权与基本自由公约》（《欧洲人权公约》）[英]（1950年11月4日，罗马）	同上，第213卷，第2889号，第221页。
《建立欧洲经济共同体条约》（《罗马条约》）[法]（1957年3月25日，罗马）	同上，第294卷，第4300号，第3页。
《经济、社会、文化权利国际公约》[旧译《经济社会文化权利国际盟约》]（1966年12月16日，纽约）	同上，第993卷，第14531号，第3页。
《联合国海洋法公约》（1982年12月10日，蒙特哥湾）	同上，第1833卷，第31363号，第3页。

## 本报告所引用的著作

ALSTON, Philip

“The International Monetary Fund and the right to food”, *Howard Law Journal*, vol. 30, No. 2, 1987, pp. 473–482. (Symposium: 1986 World Food Day and Law Conference).

GIANVITI, François

“Economic, social and cultural human rights and the International Monetary Fund”, 载 Philip Alston, (编), *Non-State Actors and Human Rights*. Oxford, Oxford University Press, 2005, pp. 113–138. (E/C.12/2001/WP.5)

GOLD, Joseph

*Financial Assistance by the International Monetary Fund: Law and Practice*. 2nd ed. Washington, D.C., International Monetary Fund, 1980. 57 p. (IMF Pamphlet Series, No. 27)

GOODRICH, Leland M., Edvard HAMBRO 和 Anne Patricia SIMONS

*Charter of the United Nations: Commentary and Documents*. 3rd rev. ed. New York, Columbia University Press, 1969. 732 p.

HOLDER, William E.

“The relationship between the International Monetary Fund and the United Nations”, 载 Robert C. Effros (编), *Current Legal Issues Affecting Central Banks*. Washington, D.C., IMF, 1994. Vol. 4, pp. 16–25.

SHIHATA, Ibrahim F. I.

*The World Bank in a Changing World: Selected Essays*. Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1991. 490 p.

“Human rights, development and international financial institutions”, *American University Journal of International Law and Policy*, vol. 8, 1992–1993, pp. 27–37.

## 导言

1. 国际法委员会在2003年第五十五届会议上, 请秘书处每年将其报告中与“国际组织的责任”专题相关的部分发送各国际组织并请它们作出评论。<sup>1</sup> 按照该项请求, 若干国际组织被选定对委员会2003年至2006年报告的相关部分提出评论意见。<sup>2</sup> 最近, 委员会征求关于其2006年报告<sup>3</sup> 第七章和关于该报告<sup>4</sup> 第27至28段中它特别感兴趣的问题的意见。

2. 截至2007年4月30日, 共收到下列三个国际组织的评论(括号内为提交日期): 欧洲联盟委员会(2006年12月18日)、国际货币基金组织(2007年3月12日)和禁止化学武器组织(2007年1月8日)。这些评论载于下文, 按题目分列。

<sup>1</sup> 《2003年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第52段。

<sup>2</sup> 2006年5月12日前从国际组织收到的书面评论载于《2004年……年鉴》, 第二卷(第一部分), A/CN.4/545号文件, 《2005年……年鉴》, 第二卷(第一部分), A/CN.4/556号文件, 以及《2006年……年鉴》, 第二卷(第一部分), 第二卷(第一部分), A/CN.4/568和Add.1号文件。

<sup>3</sup> 《2006年……年鉴》, 第二卷(第二部分)。

<sup>4</sup> 《2006年……年鉴》, 第二卷(第二部分)第27至28段内容如下:

“27. 委员会欢迎各国政府和国际组织就条款草案第17至30条的评论和意见, 特别是针对有关向一国际组织给予权能情况下的条款(条款草案第28条)和国际

组织成员国对该组织的国际不法行为所负责任的条款(条款草案第29条)。

“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, 那么对该组织的国际不法行为不负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第41条第1款, 当一国严重违背一般国际法强制性规范下的一项义务时, 其他国家有义务合作, 以合法手段终止违背行为。如果一国际组织实施一项类似违背行为, 各国以及其他国际组织有义务进行合作以终止该违背行为吗?”

## 从国际组织收到的评论和意见

### A. 一般性评论

#### 欧洲联盟委员会

欧洲联盟委员会基本支持关于解除行为不法性的情况的条款草案第17条至第24条，但是对一国对国际组织行为的责任一章中新的条款草案第28条至第29条的某些细节表示一定的关切。欧洲联盟委员会希望，国际法委员会能够充分地注意到这些关切。

#### 国际货币基金组织

在谈到具体条款之前，基金组织想重申其以前提出过的关于委员会对这个专题的处理方式的一些一般性意见。

首先，基金组织不认为在分析国际组织的国际责任时依靠适用于国家责任的规则是恰当的做法。正如国际法院已经确认的，国际组织与国家不同，国际组织没有一般性权能。国际组织是由其成员签订协定成立的，具体目的在其组成协定中有规定。除非该协定本身不符合国际法（在这种情况下，该协定的不法性应归咎于成员国，而不是该组织），否则该组织的责任应当根据其是否按照该协定的规定行事而定，也就是说，根据其是否越权行事而定。此外，与上述内容一致的是，国家在组织上和职能上都是相似的，而国际组织的权力和职能则视其宪章的规定而定。在评估不同组织的行为所产生的国际责任时必须考虑这些差异。

第二，当一个组织依照其组成宪章的条款行事时，则此种行为相对于国际法的另一项准则为不法的条件是，要么该项准则是一项“强制性规范”（绝对法），要么该项准则是该组织在其活动过程中引发的具体义务（例如，与另一个国际法主体另行签定了条约）。不过，相对于国际法所有其他准则来说，该组织的宪章及其内部规则就该组织的有关责任而言都属特别法，因此，不能被通用法（包括这些条款草案的规定）推翻。

最后，基金组织仍然不能确定正在拟订的建议准则的基础是什么。基金组织认识到《国际法委员会

章程》第1条规定：“国际法委员会以促进国际法的逐渐发展和编纂为宗旨”。<sup>1</sup> 委员会未曾表示审议中的条款草案是编纂现有原则，还是要逐渐发展国际法。如果前者是现行工作的基础，那么委员会最好每一次都说明正在编纂的做法。不过，如果采取的是后一种做法，那么基金组织认为研究必须详述所作建议的政策基础。

基金组织承认，该基金组织已在较早时提出过这些要点。不过，基金组织在检视了委员会对基金组织较早前所作的评论的回应后，觉得委员会还没有就这些一般性问题——也是根本的问题——作出回应。基金组织恳请它作出回应。

在对条款草案第17至30条发表评论意见之前，基金组织借机对以前通过的一些条款草案发表一下意见，希望委员未来审读这些条款草案时予以考虑。此外，基金组织对以前条款草案的评论意见也与已在征求意见的条款草案第25至30条有关。

<sup>1</sup> 大会1947年11月21日第174(二)号决议，附件，第1段。

#### 禁止化学武器组织

正在审议的条款草案基本上可以分为两类：*(a)* 对关于国家对国际不法行为的责任的条款的修改<sup>1</sup>（条款草案第17条至第27条和第30条）；以及*(b)* 本草案特有的条款（条款草案第28条至第29条）。以下评论意见依次提出。

大体上，条款草案第17条至第27条和第30条的案文与委员会关于国家对国际不法行为的责任的对应条款的不同之处仅仅是把“国家”都改成了“国际组织”（或“组织”），因为就上述条款而言，国际组织的立场与国家的立场并无很大差异。有些地方作出了其他的修改，但没有造成明显的困难，并为支持条款草案援引了大量的判例法。在没有或很少引述国家实践的地方，禁化武组织认为在给定的条款草案的主题方面似乎不存在任何争议。

<sup>1</sup> 《2001年……年鉴》，第二卷（第二部分），第76段。

如上所述，第28条至第29条是关于国际组织对国际不法行为的责任的条款草案中特有的，在很大程度上解释了这种用语含糊不清、甚至是隐晦难明的情况。当然，这种含糊不清很可能是故意的，但肯定不应导致无法理解。广泛包容不应以丧失明确性为代价。

## B. 条款草案第3条：一般原则<sup>\*</sup>

### 国际货币基金组织

特别报告员第三次报告第8至10段<sup>1</sup>表明合法实施一个组织的决策程序而授权的行为可能导致违背该组织的义务。<sup>2</sup>这一看法是基于特别报告员的观点，即“由于政治决策程序而产生的遵守困难，不仅是国际组织特有的问题”。<sup>3</sup>

对此，基金组织不能同意。国际组织的决策程序是其自身的权利在法律上所必需的，通常由其宪章建立。在作出特定决定前不论涉及何种政治，遵守决策程序都并非是一个政治选择。国际组织和国家不同，在这方面并没有主权；它仅是其宪章的一个工具。

特别报告员以联合国在卢旺达和斯雷布雷尼察的活动为例有失偏颇。例如，援引的有关卢旺达的报告似乎仅仅是在道义上处理联合国的“责任”问题。报告中没有任何地方表明联合国依照国际法负有法律责任。此外，这些例子强调了基金组织之前表达过的保留意见，即委员会不应试图采用来自维持和平或武力使用的做法来制定适用于国际组织其他活动（例如发展和财务活动）的原则。<sup>4</sup>

基金组织希望再次强调，必须在一个国际组织的组成协定中确立包含该组织所有义务在内的根本要素，因为该宪章中包含了该组织成员商定内容的外部界限。国际组织的能力受到限制，其义务也因此受到该组织宪章限定能力的限制。基金组织前总

<sup>\*</sup> 见《2003年……年鉴》，第二卷（第二部分），第53段。

<sup>1</sup> 《2005年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/553号文件，第一章。

<sup>2</sup> 例见《2004年……年鉴》（上文导言部分脚注2），A.2节，其中载有基金组织在这方面的一些关切。

<sup>3</sup> 《2005年……年鉴》（上见脚注1），第9段。

<sup>4</sup> 例见《2004年……年鉴》（上文导言部分脚注2），第6至8段，其中载有基金组织之前在这方面的评论。

法律顾问于2001年向联合国经济、社会和文化权利委员会提交的一份文件中也对该问题进行了讨论，基金组织提请委员会特别注意这份文件。<sup>5</sup>

<sup>5</sup> Gianviti, “Economic, social and cultural human rights and the International Monetary Fund”（讨论《经济、社会、文化权利国际公约》条款对基金组织的法律影响范围，基金组织为实现公约目标作出贡献的义务范围，以及基金组织按照其《协定》为这些目标作出贡献的范围）。

## C. 条款草案第8条：违背国际义务行为的发生<sup>\*</sup>

### 国际货币基金组织

基金组织对该条款草案有两点评论意见。

首先，(a) 条款草案对一国际组织违背国际义务的处理和 (b) 该组织规则对同一行为的处理这两者之间的关系存在严重问题。

该条款草案的评注认为，在这方面，一个组织的规则“不一定凌驾本草案中所载述的原则之上”。<sup>1</sup> 基金组织认为这一论断没有法律依据。这些条款草案中并无内容表示其中包含作为一般国际法或习惯国际法一部分的强制性规范甚至是原则。

即便说委员会试图为国际法的逐渐发展作出贡献，也难以看出引用的论断如何能够实现这一目标。报告本身显示了委员会成员在这一问题上的各种观点之间的巨大差异，这一论断只能在各组织之间就管辖其行为的规则的内容及适用性方面带来当前并不存在的不确定性。如上文所述，基金组织在2005年4月1日的评论意见中，<sup>2</sup> 表示同意一个更好的观点，即一个组织的规则不仅是国际法的一部分，而且也是国际法中确定国际组织义务方面的一个特别法。此外，一个组织的成员之间的国际协定和该组织的其他规则将处理管辖其关系的法律的排他性适用问题。那么很明显，条款草案（作为通用法并反映了约束所有国际组织的义务）中包含的一般性原则将不能凌驾于作为特别法的组织规则之上。

<sup>\*</sup> 《2005年……年鉴》，第二卷（第二部分），第205段。

<sup>1</sup> 同上，第206段，第8条的评注第(7)段。

<sup>2</sup> 同上，第二卷（第一部分），A/CN.4/556号文件，L.3节。

出于上述原因，基金组织重申其一般性评论意见，即一个国际组织是否违背一项国际义务的问题只能通过参照该组织的规则加以确定（涉及一般国际法强制性规范的情况除外）。

其次，在不妨碍上述各点的情况下，应明确条款草案第8条中为何需要第2款的内容。评注称第2款“试图指出：在组织规则引起的义务必须被视为一项国际法义务的情形下，本草案所表述的原则才适用”。<sup>3</sup>然而，条款草案第8条第1款的措辞已经足够，因为它适用于国际义务而不论其起源或特性为何。因此，就一个组织的规则产生的义务必须被视作一项国际法义务的情况而言，条款草案第8条第1款已经将其包含在内。如果这一点无误，条款草案第8条第2款因为没有增添新的内容而可以被删除。与对组织规则适用条款草案第8条有关的问题可在条款草案的评注中得以充分解决。

<sup>3</sup> 同上，第二卷（第二部分），第206段，第（6）段。

#### D. 条款草案第11条：综合行为违背义务\*

##### 国际货币基金组织

有关国家对国际不法行为的责任条款的条款草案第15条是第11条的基础，用于处理综合行为。这种行为“涉及某种行为聚合，而不涉及个别行为本身”且“导致不断的违背，其时间从构成不法行为的一系列行为的第一个行为或不行为开始”。<sup>1</sup>

鉴于国际组织的有限能力，关于所有国际组织都需遵守可能被综合行为违背的义的说法尚无明证。因此，委员会应提供具体的综合行为例证以及设想国际组织应承担的相关义务。

\* 《2005年……年鉴》，第二卷（第二部分），第205段。

<sup>1</sup> 《2001年……年鉴》，第二卷（第二部分），第77段，第15条的评注第（1）至（2）段。

#### E. 国际组织对国家或另一国际组织行为的责任：一般考虑因素

##### 国际货币基金组织

基金组织不能同意条款草案本章所基于的推定。下述条款草案评注中的说明，包含了上述推定：

就国际责任来说，没有任何理由需要对一国际组织援助或协助一国或另一国际组织的情况与一国援助或协助另一国的情况加以区分。<sup>1</sup>

首先，基金组织在2005年4月1日的评论中已概述其观点的理由，其观点为：一国际组织在一国或另一组织行为中的作用，本质上不同于一国在另一国行为中的作用。<sup>2</sup>如上文一般性评论所述，国家和国际组织在此方面有着根本的区别。基金组织再度提请委员会注意这些一般性意见以及其2005年4月1日评论第13至17段所述的意见。<sup>3</sup>

其次，正如基金组织在上述一般性评论中所述，国际组织在一成员国行为中的作用之影响和责任均受各国际组织规则的总体和专门约束。适用于各国际组织的有关规则的内容多种多样。就正在试图逐步发展此领域的一般性原则而言，这应当主要基于各国际组织的具体规则，然后才依赖于那些源自国与国之间关系、并旨在专门适用于国与国之间关系的规定。

第三，特别法优先于通用法的原则也适用于此类一般性原则。因此，一个组织有关与成员国关系的具体规则应优先于关于国际组织向各国一般提供援助或协助方面之责任的任何一般性原则。

最后，应当指出，关于“没有任何理由”区分此类情况的说法似乎同委员会后来在评注中所承认的观点相矛盾，即：国际组织通过不具约束力的行为影响国家行为的能力的后果是“与国家间关系不相同的”。<sup>4</sup>

<sup>1</sup> 《2005年……年鉴》，第二卷（第二部分），第206段，第四章的评注第（1）段。

<sup>2</sup> 同上，第二卷（第一部分），A/CN.4/556号文件，N.3节。

<sup>3</sup> 同上。除其他外，基金组织在这些评论意见中指出，国家和国际组织很少有相同、甚至是近似的义务。因此，条款草案第12条、第13条和第15条所预见的情形几乎不会出现，一旦出现，其概率也很低。举例而言，按照《联合国宪章》第七章，基金组织和联合国会员国对安全理事会的决定承担的相应义务迥然不同。会员国有义务执行这些决定，而联合国已承认并同意基金组织的意见，即：基金组织的唯一义务在于“适当注意”此类决定，如讨论所述（见下文U.2节）。

<sup>4</sup> 同上，第二卷（第二部分），第206段，第四章的评注第（3）段。

## F. 条款草案第12条：援助或协助实施 国际不法行为\*

### 国际货币基金组织

鉴于上述各段所述的理由，基金组织不能同意这样的观点，即：把关于国家对国际不法行为的责任的条款草案第16条适用于国际组织“不会引起问题”，<sup>1</sup> 基金组织不能同意把关于国家对国际不法行为的责任的条款草案第16条普遍适用于国际组织。

此外，应当强调，按照关于国家对国际不法行为的责任的条款草案第16条的评注，这些条款草案中所用的“援助或协助”<sup>2</sup> 必然导致在知情和故意的情况下提供对于有关不法行为而言是必不可少的、或大有助于此不法行为的便利或资助。鉴于财政援助的可替代性质，在财政援助情形下提到此类说法只能意味着指定用于不法行为的援助。这应当同援助和协助区分开来，因为这些词是口头用语，国际组织定期向其成员提供这种援助或协助。

例如，基金组织成立的目的，除其他外，是要向其成员提供财政援助，帮助处理它们的国际收支问题。基金组织按照其宪章，定期提供此种财政援助。

话说回来，从基金组织获得财政援助的成员仍然可能从事不法行为。基金组织本身，以及基金组织提供财政援助这一点，既不能防止、也不能大有助于此类行为的发生。首先，基金组织不能防止此类行为的发生，因为，正如下文中基金组织对条款草案第14条的评论所解释的那样，成员总是能够作出有效选择，从而不遵循基金组织提供援助所附的条件。其次，基金组织不能大有助于此类行为的发生，因为基金组织的资助不是针对具体行为的；提供此援助，是支助某成员解决其国际收支问题的经济方案的。该成员用于从事具体行为的财政资源可以、而且一般也总是取之于若干不同的来源——国内纳税人、国内和国际债权人和国际捐助者。财政资源的可替代性质也意味着，为条款草案第12条的目的，

\* 《2005年……年鉴》，第二卷（第二部分），第205段。

<sup>1</sup> 同上，第206段，第12条的评注。

<sup>2</sup> 《2001年……年鉴》，第二卷（第二部分），第66段，第16条的评注第（5）段。

基金组织的财政援助永远都不是某成员国特定不法行为所必不可少的，也不是大有助于此项行为的。<sup>3</sup>

<sup>3</sup> 特别报告员在其第三次报告（《2005年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/553号文件）中也承认这一观点，在脚注41中提到Shihata，“Human rights, development and international financial institutions”，第35页。

## G. 条款草案第13条：指挥和控制国际 不法行为的实施\*

### 国际货币基金组织

基金组织虽然认识到关于国家对国际不法行为的责任的条款草案第17条中的原则对于国际组织的重要性，但很难接受大幅度扩展条款草案第13条评注中所提及的原则。正如援引具有约束力的合同承诺一般不会对合同对应方产生指挥或控制作用一样，国际组织作出一项对其成员国具有法律约束力的决定，也不同于该组织的指挥或控制。国际组织的决定具有法律约束力，只是因为受约束国按照该组织的宪章事先同意此项法律机制。这一情形根本不能等同于一使役国对于附属国的指挥和控制。因此，此项指挥和控制的原则显然不适用于无力使用或威胁使用武力的组织，如国际金融机构。下文基金组织对条款草案第15条的评论进一步解释了这一问题，请委员会也注意这些评论。

\* 《2005年……年鉴》，第二卷（第二部分），第205段。

## H. 条款草案第14条：胁迫一国或另一国际组织\*

### 国际货币基金组织

国际货币基金组织在这里不得不再次反对扩展条款草案第14条评注中关于国家责任的一项原则。国际组织具约束力的决定不能构成胁迫，关于国家对国际不法行为的责任的第18条的评注将它定义为“只要有迫使[被胁迫国]意志屈服，除了顺从……之外别无选择的行为”。<sup>1</sup> 因为成员国同意并且参加决策过程，基金组织不明白委员会何以能够认定，国际组织具有约束力的决定可以等同于上述意义的胁迫。

\* 《2005年……年鉴》，第二卷（第二部分），第205段。

<sup>1</sup> 《2001年……年鉴》，第二卷（第二部分），第77段，第18条的评注第（2）段。

迫。基金组织对条款草案第15条的评论进一步解释了这一问题，请委员会注意这些评论。

此外，基金组织不同意特别报告员第三次报告第28段中的意思，<sup>2</sup>即：国际金融机构向成员国提供财政援助的条件能够构成胁迫。特别报告员提到罗马尼亚境内据称对基金组织提出的法律诉讼，他这样做是不合适的；这一诉讼基金组织的未遂行为在法律上没有任何意义，只能使人们记得原告律师永远具有创造力。基金组织欢迎委员会在其自身的报告中删去了这一讨论，尽管如此，基金组织借此机会要强调指出，成员国总是能在遵循基金组织资助的条件、利用其他外部资助以及不接受任何外部资助之间作出有效选择。

在此方面，有两点需要强调一下。第一，正如各种出版物（包括基金组织的规则）所解释的那样，基金组织提供资助，并不必然导致基金组织与获得财政援助的成员之间建立合同关系。<sup>3</sup>因此，某成员无力或不愿遵从提供此类资助的条件并不导致该成员违背义务。第二，基金组织虽然就制定并监测利用其资源的附加条件而言，对其成员负全面责任，但基金组织在回应成员们利用这些资源的请求以及在确定这些条件方面，“遵循的原则是成员对选择、设计和执行其经济和财政政策负主要责任”。<sup>4</sup>

<sup>2</sup> 《2005年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/553号文件。

<sup>3</sup> 例如见《国际货币基金组织贷款条件准则》，2002年9月25日第12864-(02/1020)号决定，经2006年11月15日第13814-(06/98)号决定修正，《国际货币基金组织决定和文件选编》，第31期（2006年12月31日，哥伦比亚特区华盛顿），第250页。另见Gold, *Financial Assistance by the International Monetary Fund: Law and Practice*, 第17至19页。

<sup>4</sup> 《国际货币基金组织贷款条件准则》（上见脚注3）。

## I. 条款草案第15条：向成员国和成员国际组织作出的决定、建议和授权\*

### 国际货币基金组织

基金组织要回应并赞同国际刑警组织和世卫组织对条款草案第15条所表达的、并转载于特别报告员的报告中的关注和保留意见。该条款草案声称，

\* 《2005年……年鉴》，第二卷（第二部分），第205段。

一国际组织的成员国或另一国际组织，仅仅是依靠前一组织的一项具有约束力或不具有约束力的决定、授权或建议而不是因为接受前一组织的援助或协助、指挥或控制，实施了某项行为；在此情形下，前一国际组织须对此项行为负责。<sup>1</sup>

此外，出于下文所述理由，基金组织认为该条款草案应当全部删除。

正如2005年4月1日的评论所述，<sup>2</sup>该条款草案的理念似乎存在矛盾，其中显示对国际组织不遵从其国际义务行为的能力有着根本的误解。

在按照国际组织的规则“经授权”开展行为时，该组织可以合法地“授权”此项行为的事实，就必然意味着该行为并不违反该组织的宪章。如果此项行为不违反该组织的宪章，那么，剩下的唯一的问题就是此项行为是否符合该组织的其他国际义务。一个国际组织是由其宪章设立的，因此主要受宪章的约束，该国际组织的其他义务必须符合此宪章。正如上文的一般性评论所述，可见这一情况只能在强制性规范或该组织和国际法另一主体间形成的某项具体双边义务产生其他义务时发生。

条款草案第15条存在的矛盾也体现于该条款草案的评注中。例如，评注指出，既然一国际组织具有约束力的决定预计能够得到遵守，那么似乎应该认定该组织甚至在实施旨在执行此种决定的行为之前就已负有责任。<sup>3</sup>这一意见暗示，作出具有约束力的决定这一行为本身就构成了不法行为，因为此项行为导致了违背义务的行为。作出一项具有约束力的决定的行为必定要符合该组织的宪章，因此，此行为本身并不能构成导致违背该国际组织义务的不法行为。这样，此项意见不符合以下的基本原则，即：必须要有构成违背国际义务的行为，才产生责任。<sup>4</sup>

<sup>1</sup> 《2006年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/568和Add.1号文件，I节。

<sup>2</sup> 《2005年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/556号文件，N.3节。

<sup>3</sup> 《大会正式记录，第六十届会议，补编第10号》（A/60/10），第206段，第15条草案评注，第（5）段。

<sup>4</sup> 见关于国家对国际不法行为的责任的条款草案第2条（《2001年……年鉴》，第二卷（第二部分），第76段），以及关于国际组织的责任的条款草案第3条（《2005年……年鉴》，第二卷（第二部分），第205段）。



基金组织也不能同意条款草案第15条评注中的说法，即：如果国际组织的一项决定允许“成员国或成员国际组织运用某些自由裁量权以决定采取不会导致规避责任的备选途径，只有当实际发生了规避义务的行为时，作出决定的国际组织才会产生国际责任”。<sup>5</sup>

国家是独立的行为体。国际组织仅仅建议或明确说明某项目标，而由一个国家（或其他国际组织）随后以自己确定的方式决定实现此项目标，这并不是能够形成授权、建议或明确说明此项目标的组织的国际责任。出于同样的原因，依赖此项授权或建议并不是把责任归于该国际组织的充分理由。

正如基金组织2005年4月1日的评论所述，一国国际组织不能够对其成员或非成员国家、或其他国际组织选择执行或不执行该组织的决定、授权或建议的方式负责。<sup>6</sup>同样，国际刑警组织以前曾解释过，在一国按照一个国际组织的授权或与该组织的合作而采取行动时，并不仅仅因为此种授权或合作，就引起该国际组织的责任。<sup>7</sup>

特别报告员在第三次报告中承认，实践上举不出明确的事例来证明国际组织对其成员国按照该组织具有约束力的决定或授权实施的若由该组织本身实施就会属于国际不法行为的行为负责。<sup>8</sup>

鉴于上述意见，条款草案第15条评注第（8）段所表述的，关于一个组织的授权和建议“能够影响其成员国”或其他方面的之断言，<sup>9</sup>不足以确定该国际组织的责任。仅仅是能够影响其他人的行为这一点，并不是公认的国际责任的检验标准。如果是的话，那么，关于国家对国际不法行为的责任的第16至18条，<sup>10</sup>以及本项目对应的条款草案第12至14条以及第

25至27条中，也就没有必要对援助或协助、指挥或控制或胁迫其他人的责任加以限定和限制了。条款草案第15条及类似的条款草案第28条（下文加以讨论）也可能取消所有这些限定和限制。基金组织认为委员会没有任何原因或理由建议：将此项规定包括在内的做法属于在此领域编纂或逐渐发展国际法。

## J. 解除行为不法性的情况：一般考虑因素

### 欧洲联盟委员会

条款草案第17条至第24条与关于国家对国际不法行为的责任的相关条款的模式极其相似。这在多数情况下可以接受，但在另外一些情况下则不能接受。

欧洲共同体指出，国际组织的结构、形式和职能多种多样，而适用于国家的一些概念与此并不相关。对欧洲联盟而言，这一点十分重要，因为本组织具有其特殊性，而且欧洲共同体法律对成员国直接适用并优于国家法律。

欧洲共同体还认为，必须对作为国际组织成员国的国家、承认该组织的第三国和明确拒绝承认该组织的第三国的法律地位加以明确区分。

## K. 条款草案第17条：同意<sup>\*</sup>

### 欧洲联盟委员会

条款草案第17条对欧洲共同体/欧洲联盟的多项对外关系活动极为重要。在讨论关于同意的条款草案第17条时，特别报告员提到了一些国家向联合国发出的对其选举进程进行核查的邀请。除联盟民事危机文书外，欧洲共同体在这方面也有大量实践。共同体1999年的两项条例规定，共同体为选举进程提供支助，特别是向独立选举委员会提供支助，为包括选民普查在内的选举筹备工作提供物质、技术和法律援助，同时采取措施促进包括妇女在内的各个群体参与选举进程，并培训观察员。应东道国政府邀请派遣的共同体选举观察团，通常由欧洲议会的一名议员率领。因此，第17条对联盟的对外关系

<sup>5</sup> 《2005年……年鉴》，第二卷（第二部分），第206段，第15条的评注第（7）段。

<sup>6</sup> 同上，第二卷（第一部分），A/CN.4/556号文件，N.3节。

<sup>7</sup> 同上，N.2节。

<sup>8</sup> 同上，A/CN.4/553号文件，第27至28段。

<sup>9</sup> 同上，第二卷（第二部分），第206段，第15条的评注第（8）段。

<sup>10</sup> 《2001年……年鉴》，第二卷（第二部分），第76段。

<sup>\*</sup> 《2006年……年鉴》，第二卷（第二部分），第90段。

活动极为重要，否则这种活动可能被视为对第三国内政的不当干涉。

### 国际货币基金组织

关于条款草案第17条讨论的同意问题，委员会应将一个重要的例子，即一国在加入一国际组织宪章时作出的同意，纳入该条款草案的评注之中。

国际组织的宪章是由其成员议定的。比如，基金组织《协定》开宗明义地表示：“以其名义签署本协议的各国政府兹议定\*如下。”<sup>1</sup>

因此，只要一组织的行为符合其宪章规定，这种行为就是该组织成员同意的行为。所以，一组织依照其组织宪章采取的行为，已经得到该组织成员的同意，可以初步解除这些成员对这种行为不法性的责任。<sup>2</sup>

除基于特别法的理由以及上文基金组织在答复委员会的一般性评论和前几年发表的评论意见中提出的理由外，这是说明国际组织规则授权的行为针对该组织成员不构成国际不法行为的又一理由。

上述意见不应被理解为同意仅仅产生于一组织与其成员国的交往之中。同意即解除一组织行为不法性的原则，还适用于组织与非成员之间的关系，但是这种同意必须是明示或是默示的。

<sup>1</sup> 《联合国宪章》序言部分载有相似的表述：“爰由我各本国政府，……议定\*本联合国宪章，并设立国际组织，定名联合国。”

<sup>2</sup> 也许还应指出，基金组织《协定》不允许对成员义务提出任何限制或保留。

### L. 条款草案第18条：自卫\*

#### 欧洲联盟委员会

关于自卫的条款草案第18条，有必要进一步讨论自卫应如何适用于国际组织。国际法委员会评注中的讨论，主要是基于在维持和平行动中使用权自卫，但在许多情况下，这一权利产生于赋予维持和平部

队的任务规定。从这种具体授权中，难以推断出可能存在于各种不同情况之中的更广泛权利。

### 国际货币基金组织

这一条款草案突出说明了基金组织在上文就国际组织之间的差异提出的一般性评论。正如委员会所提出的，条款草案第18条（自卫）述及的问题仅仅涉及少数组织，如管理领土或部署武装部队的组织。不清楚为何要建议把这种涉及范围有限的规定纳入意在具有更广泛适用性、即适用于所有国际组织而非仅仅是管理领土或部署武装部队的组织的条款草案中。相反，作为条款草案第18条所依据的关于国家对国际不法行为的责任的第21条<sup>1</sup>，则涉及并适用于所有国家。

<sup>1</sup> 《2001年……年鉴》，第二卷（第二部分），第76段。

### M. 条款草案第19条：反措施\*

#### 国际货币基金组织

基金组织注意到委员会声明有关反措施的规定将在稍后拟订，但是基金组织想结合国际组织就反措施问题发表以下看法。

基金组织认为，一国际组织行为的不法性还可以由反措施原则解除，亦即因为采取行为的目的是确保停止针对该组织的不法行为。这一看法的依据是，在实践中国际条约为国际组织提供了采取与反措施相似措施的权利。

比如，基金组织《协定》第五条第5节规定，如基金组织认为一成员使用基金组织一般资源的方式违背了本组织的宗旨，基金组织即可向该成员提出报告，阐述这种意见并规定其在适当时间内作出答复，以此限制该成员对基金组织一般资源的使用。如果没有收到答复或对收到的答复不满，基金组织可以进而宣布该成员无资格使用本组织的一般资源。虽然这种对组织成员使用本可获取的资源限制需

\* 该条款草案案文将在稍后阶段在审查与履行国际组织的责任有关的国际组织采取反措施问题时草拟。

\* 《2006年……年鉴》，第二卷（第二部分），第90段。

要基金组织行使条约规定的权利，但是这种限制实际上与另一组织为确保停止针对该组织的不法行为而采取的反措施相似。

#### N. 条款草案第21条：危难<sup>\*</sup>

##### 欧洲联盟委员会

欧洲共同体希望国际法委员会列举具体例子，说明危难何时对国际组织适用，以及是否会扩大至包括对受托照顾的人员履行正常人道主义职能的国际组织。

<sup>\*</sup> 《2006年……年鉴》，第二卷（第二部分），第90段。

##### 禁止化学武器组织

条款草案的评注引用了关于国家对国际不法行为的责任的第24条的评注，并特别提到了一艘英国军舰在狂风恶浪中进入冰岛领水寻求避难的例子。关于这一事件的描述如下：“有关行为人在危难中，别无其他合理方法来拯救自己的生命或受其照管的其他人员的生命。”<sup>1</sup> 这一描述暗示，如果不是因为危难，一艘英国军舰进入冰岛领海的行为本应视为国际不法行为。

有关事件发生于1975年12月，当时或许并非所有海洋强国都承认军舰无害通过沿海国领海的权利。这种情况目前已经改变，军舰的无害通过权已在《联合国海洋法公约》和国家实践中得到体现。<sup>2</sup> 因此，今天类似的行为将不再是国际不法行为，因为根据《公约》，<sup>3</sup> 由于不可抗力或危难原因产生的行为将不再被视为不法行为。由于国际海洋法的发展和目前国际已经承认军舰的无害通过权，关于国家对国际不法行为的责任的条款评注中列举的这个例子似乎有些

<sup>1</sup> 《2001年……年鉴》，第二卷（第二部分），第77段，第24条，第1款。

<sup>2</sup> 特别见美国/苏维埃社会主义共和国联盟附有关于无害通过权的国际法规则统一解释的联合声明（《国际法律资料》，第28卷（1989年），第1444页），以及联合国秘书长关于海洋法的各份年度报告。

<sup>3</sup> 《公约》关于通过的意义的第十八条第2款规定：“通过应继续不停和迅速进行。通过包括停船和下锚在内，但以通常航行所附带发生的或由于不可抗力或遇难所必要的或为救助遇险或遭难的人员、船舶或飞机的目的为限。”

过时。因此，为了避免混淆，不妨说明一般国际法关于这一专题的立场已经改变。

#### O. 条款草案第22条：危急<sup>\*</sup>

##### 欧洲联盟委员会

关于危急的条款草案第22条，特别报告员报告，在第六委员会所作的多数发言赞成把这样一项条款作为解除行为不法性的情况之一。<sup>1</sup> 但是，欧洲联盟部分成员国在这方面表示应谨慎处理，并认为缺乏相关实践，存在滥用风险，并必须规定比适用于国家的条件更为严格的条件。

欧洲联盟委员会建议进一步澄清“基本利益”的含义，以及国际组织何时对这一利益具有“保护职能”。

<sup>\*</sup> 《2006年……年鉴》，第二卷（第二部分），第90段。

<sup>1</sup> 《2006年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/564和Add.1-2号文件，第39段。

##### 国际货币基金组织

基金组织希望对早先有关危急的专题发表的意见加以补充。

基金组织在2005年4月1日致委员会的信中提及了危急，基金组织想了解国际组织是否能够主张与国家基本利益相似的“基本利益”。<sup>1</sup> 在世界银行的组织下，基金组织与特别报告员并随后与起草委员会主席就此问题进行了十分有益的讨论。基金组织在讨论后认为，这一观点很有价值：可能存在对一组织宗旨而言的基本利益，这种利益将使一国际组织能够援引危急原则。各组织的规则都载有类似的原则，即主要利益优先于其他宣称的目的。

比如，基金组织《协定》第七条第3节授权基金组织在情况明确显示这种稀缺使基金组织供应这种货币的能力受到了“严重威胁”时正式宣布一成员的货币为稀缺货币。<sup>2</sup> 这一宣布随即可作为授权，允许

<sup>1</sup> 《2005年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/556号文件，M.3节。

<sup>2</sup> 基金组织迄今尚未有机会援引第七条第3节。

基金组织各成员在与基金组织协商后，对稀缺货币自由兑换业务采取临时限制措施。第七条草案提及的“严重威胁”如不存在，这种宣布的结果则将有利于基金组织协助消除兑换限制的宗旨。

基于上述理由，基金组织敦促拟订一种比委员会在条款草案第22条评注中建议的更加广泛的“基本利益”的解释。

#### P. 国家对国际组织行为的责任：

##### 一般考虑因素<sup>\*</sup>

##### 欧洲联盟委员会

一方面，从特别报告员提出的理由来看，条款草案第25条至第27条和第30条（与关于国家对国际不法行为的责任的第16条至第18条相对应）似乎可以接受。但是，这种直接借用国家责任条款草案的做法需要特别小心。另一方面，新的条款草案第28条至第29条没有先例，因此需加以仔细审查。正是在这些条款上，欧洲共同体的特殊性产生了特殊的问题。

<sup>\*</sup> 本节位置尚待稍后阶段决定（见《2006年……年鉴》，第二卷（第二部分），脚注569）。

#### Q. 条款草案第25条至第26条<sup>\*</sup>

##### 国际货币基金组织

基金组织同意以下意见，即一成员国仅参与一国际组织的决策过程，并不能构成对该组织实施国际不法行为的协助或援助、或指挥或控制。<sup>1</sup>

但是，正如基金组织在对条款草案第12条的评论中指出的，应该根据关于国家对国际不法行为的责任的第16条评注强调指出，“协助或援助”是指故意和蓄意提供对有关不法行为具有根本作用或极大促进作用的便利或资金。<sup>2</sup> 鉴于财政援助具有可替代

性，在财政援助情况下提及的这种协助或援助，只能是指为不法行为提供的专门援助。这种对不法行为具有根本作用或极大促进作用的协助或援助的门槛，也应纳入条款草案第25条。

至于条款草案第25条和第26条评注中提出的，认为甚至国家在组织框架内采取的行动都会产生不法性的观点，基金组织再次提请委员会注意前述一般性评论和基金组织对条款草案第15条的评论意见。具体而言，如果行为得到一国际组织规则的“授权”，那么该组织就可以合法地“授权”采取这一行为，这就必然意味着该行为并不违反该组织的宪章。如果这一行为不违反该组织的宪章，那么留下的唯一的问题就是，这一行为是否符合该组织的其他义务。如上所述，只有在其他义务产生于强制性规范或该组织与另一国际法主体订立的特定双边义务的情况下，才能产生这种情形。

#### R. 条款草案第27条：一国胁迫一国际组织<sup>\*</sup>

##### 国际货币基金组织

基金组织同样赞成这样的意见，即一成员国仅参与一国际组织的决定，不能构成胁迫。<sup>1</sup> 按照委员会对这一术语的用法，胁迫意味着一种完全的强迫意志的行为，除遵守外别无其他有效的选择。<sup>2</sup> 不能因为一成员国参与了决策过程，包括行使了一成员国依照国际组织宪章所载规定可能拥有的各种特权（包括退出该组织的权利），而指称该国对一国际组织进行了胁迫。

并且，依照关于国家对国际不法行为的责任的条款草案的评注，基金组织指出，一成员国对一国际组织施加强大的财政压力，只有在因此致使该组织无法遵守被违反的义务时，才能构成胁迫行为。<sup>3</sup>

<sup>\*</sup> 《2006年……年鉴》，第二卷（第二部分），第90段。

<sup>1</sup> 《2006年……年鉴》，第二卷（第二部分），第27条的评注第（2）段。

<sup>2</sup> 《2001年……年鉴》，第二卷（第二部分），第77段，第18条的评注第（2）段。

<sup>3</sup> 同上，第（3）段。

<sup>\*</sup> 《2006年……年鉴》，第二卷（第二部分），第90段。

<sup>1</sup> 《2006年……年鉴》，第二卷（第二部分），第25条和第26条的评注。

<sup>2</sup> 《2001年……年鉴》，第二卷（第二部分），第77段，第16条的评注。

这并不意味着根本不存在成员国通过诸如非法使用武力或非法以武力相威胁等方式胁迫国际组织或国际组织以此类方式胁迫成员国的情况。但是，基金组织无法设想在一国际组织与其成员国的财政交往中可能产生胁迫的情况，因为这种交往是根据该组织的宪章和规则计划和进行的。

#### S. 条款草案第28条：给予国际组织权能情况下的国际责任<sup>\*</sup>

##### 欧洲联盟委员会

条款草案第28条提出了新的想法，即一国际组织中的一成员国可能需要对向该组织授予权能的行为承担责任。第1款要求，一国须“通过给予该组织与该项国际义务有关的权能而规避该项国际义务，并且该组织实施了一项若由该国实施即构成对该项义务的违背的行为”。第2款作出解释，国家责任即产生于这种情况，不论有关行为是否构成该国际组织的国际不法行为。换言之，一国可能仅仅因为向一国际组织移交了权能而承担责任，即使该组织合法行事，而只要该国由此“规避该国某一项国际义务”。

欧洲共同体/欧洲联盟认为，这一处理办法难以理解。成员国会因为（通过缔结《罗马条约》）授权欧洲共同体、特别是欧洲联盟委员会作出反托拉斯决定而负有责任，因为这些决定或有可能侵犯了对成员国具有约束力的人权法所保障的某些程序权，或者因为这些决定违反了关于司法管辖权限的习惯规则？特别报告员对此作出的解释不很明了。他列举的“一国身为禁止发展某些武器的条约的缔约方，却利用不受该条约约束的一个国际组织间接取得了对此类武器的控制权”<sup>1</sup>的例子似乎有些牵强。

此外，与欧洲人权法院判例更加相关的例子（韦特和肯尼迪案、波斯普鲁斯案以及胜利航运公司案）<sup>2</sup>，并不支持条款草案第28条的宽泛措辞。欧

洲法院强调，《保护人权与基本自由公约》（《欧洲人权公约》）缔约国不得通过向一国际组织移交权力来规避其义务，并强调如果该组织提供了成员国依照国际法（本案中为《欧洲公约》）应当提供的同等程度的保护，就不会产生国家对该组织行为的责任。条款草案第28条根本没有纳入这一同等程度标准。由于“规避”这一含糊不清的用词没有规定必须有逃避义务的意图，草案涵盖范围似乎过广。至少应该说明，如果一国将权力移交给一国际组织，该国际组织不受该国本身条约义务的约束，但该组织的司法制度可提供相应程度的保证，那么就不存在“规避”问题。否则，欧洲共同体将很难接受这一条款草案。

游和贸易股份公司诉爱尔兰案，2005年6月30日的判决，同上，2005-VI，第107页；胜利航运有限责任公司诉奥地利、比利时、丹麦、芬兰、法国、德国、希腊、爱尔兰、意大利、卢森堡、荷兰、葡萄牙、西班牙、瑞典和联合王国案，2004年3月10日，同上，2004-IV，第331页。

#### 国际货币基金组织

基金组织对该条款草案提出严重的关切和保留。委员会的评注指出，该规定与条款草案第15条相类似，基金组织在上文的评论中认为该条款草案同样令人困扰。基金组织再次提请委员会注意基金组织就条款草案第15条发表的评论。

基金组织敦促委员会从条款草案中删除这一规定，理由如下。

该规定设想了两种理论上会出现的情况：(a) 该行为构成国家的不法行为，而不构成国际组织的不法行为；(b) 该行为构成国家和国际组织两者的不法行为。

在前一种情况中，即当该行为构成国家的不法行为，而不构成国际组织的不法行为时，国家责任的问题应该完全通过参照关于国家责任的规则来确定。处理这样一种情况的规定与涉及国际组织责任的条款草案毫不相干。

后一种情况，即该行为构成国家和国际组织两者的不法行为，似乎根本站不住脚，并缺乏法律或实践上的支持。委员会写道，“如果国际组织不受该

<sup>\*</sup> 《2006年……年鉴》，第二卷（第二部分），第90段。

<sup>1</sup> 《2006年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/564和Add.1-2号文件，第66段。

<sup>2</sup> 韦特和肯尼迪诉德国案，1999年2月18日的判决，《判决和裁决汇编》，1999-I，第393页；波斯普鲁斯航空旅

国际义务约束，则更可能发生规避现象。”<sup>1</sup> 基金组织进一步指出，规避现象只能在国际组织不受该国际义务约束的情况下发生，这是因为该组织预见不会出现国家有效给予国际组织权能来违反其通常义务的情况。

委员会在欧洲人权法院的案例中无法为后一种情况找到支持；条款草案第28条评注引述了这些关于保护基本人权防止《欧洲人权公约》缔约国规避的案例。正如引述的两个案例所指出的，《公约》规定的义务是这些公约缔约方的义务。这些义务不能直接归于所有的国际法主体，更不能归于尚未加入这些公约的各国际组织。<sup>2</sup> 所引述的裁决并没有确立有关组织任何行为的不法性，因此并不对所谓一国通过一国际组织规避其通常义务的行为产生影响。

在后一种情况中，评注似乎还提出，一成员国可以向国际组织授予“权能”。基金组织不理解如何会发生这种情况。因为国际组织是由条约创立的，国际组织的权能只能以这种条约为基础，所以，向这种组织授予权能的行为必须要一个以上的国家的行动。如果有关义务仅对一个或一些国家具有约束力，而对其他国家不具约束力，委员会将通过这条规定宣称仅以身为该组织成员这个理由把这种义务扩大到一国际组织的全体成员。这将违背“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”<sup>3</sup> 的规则，委员会其后也承认这是一条“明确的”规则，并且有悖于委员会引述的关于这一问题的大量判决。因此，基金组织认为把这种义务扩大为全体成员国依国际法应承担的义务是没有依据的。

如果委员会认为应该继续提出条款草案第28条所载的规定，那么委员会还需考虑一个实质问题（除上文述及的两个问题外）。委员会引述的博斯普鲁斯案的案文载有一个重要的时间因素，但这一因素在评注中均未提及。<sup>4</sup> 法院在这一案件中指出，

“法院认为国家保留了在《公约》生效之后\* 根据条约承诺承担的《公约》责任。”<sup>5</sup>

因此，给予一国际组织权能的行为只有在此种给予权能行为是在所违背的义务生效“之后”发生，才会引起国家对该组织行为的责任。国家一项义务的生效，其本身并不对各国作为其成员的一国际组织以前确立的权能构成限制。

<sup>5</sup> 博斯普鲁斯航空旅游和贸易股份公司诉爱尔兰案，2005年6月30日的判决，《判决和裁决汇编》，2005-VI，第154段。

#### T. 条款草案第29条：国际组织的成员国 对该组织的国际不法行为的责任\*

##### 欧洲联盟委员会

在关于一国际组织的一成员国对该组织的国际不法行为的责任的条款草案第29条上，也产生了一些问题。虽然第1款中的条件支持韦斯特兰直升机有限公司案和国际锡业理事会案判例法推导出的原则，<sup>1</sup> 即如果确有这种责任，至多被推定为从属责任（第2款），但这种条件可能具有深远意义。第1款(a)项规定，一国同意对其作为成员所属的组织的国际不法行为承担责任，则该国对这一行为负有责任。在这方面，应该提及在欧洲共同体等一些国际组织中，这种对责任的明确接受受到了组织的“组成”法的严格限制，因此共同体成员国按照条款草案第29条第1款(a)项可能拥有的自由实际上是非常有限的。比如，如果共同体一成员国就共同体享有“专属权限”的事项承担责任，那么该成员国将面临侵权诉讼。

第1款(b)项规定，一国际组织的成员国如果致使该组织的国际非法行为的受害方信赖该成员国负有责任，那么需对该组织的非法行为承担责任。这对于欧洲共同体和其成员国与第三国订立的各种混合协定可能存在问题。这种安排是“作为一方的”共同体和其成员国与“作为另一方的”另一国订立的。这是否会导致其他国家认为依照国际法成员国对执行整项协定负有责任，即使协定的大部分属于共同体的专属权限？在这方面，也可以说，共同体法律必

<sup>1</sup> 《2006年……年鉴》，第二卷（第二部分），第91段，第28条的评注第(7)段。

<sup>2</sup> 泛见 Gianviti，同前。

<sup>3</sup> 《2006年……年鉴》，第二卷（第二部分），第91段，第29条的评注第(2)段。

<sup>4</sup> 同上，第29条的评注第(4)段。

\* 《2006年……年鉴》，第二卷（第二部分），第90段。

<sup>1</sup> 同上，第29条的评注第(4)段和第(9)段。

须自行为这种复杂问题寻找解决办法，但是共同体认为，条款草案第29条没有为此提供帮助。

欧洲联盟委员会认为，欧洲共同体很有必要为违反条约的行为分摊责任。否则，一第三国和一成员国可能自行决定共同体的国际责任，并因此自行决定对有关协定的解释和共同体的对外关系权力。

欧洲联盟委员会认为，正确的方法应该是让这项条款反映出这一假定，即：作为通则，一国际组织的成员国对该组织的行为并不负有国际责任。特别是，这种责任不能仅仅因为其成员身份而产生。这将更为符合现有的司法当局的做法。随后，可以根据这条经修改的通则仔细界定例外情况。

### 禁止化学武器组织

评注第(10)段最后一句指出：“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。”<sup>1</sup>如果这种责任是根据第29条第1款(a)项和(b)项的规定所确立的，那么为何第三国不能够依赖成员国的责任，这一点并不清楚。评注第(10)段中的这句话可能是基于条款草案第29条第2款，该款将国家责任描述为“从属”责任。如果出现这种情况，条款草案应该更加具体地说明“首要”和“从属”责任之间的区别。

此外，评注第(12)段似乎提出了许多问题，需要对“只能使某些成员国”<sup>2</sup>负责的可能性加以说明。

<sup>1</sup> 《2006年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第29条的评注第(10)段。

<sup>2</sup> 同上，第(12)段。

## U. 委员会第五十八届会议工作报告第三章 B 节所提出的具体问题

### 1. 国际组织成员向受害方提供补偿的义务

#### 国际货币基金组织

关于国际组织的责任的条款草案第29条评注承认国际组织的成员身份并不必然要求成员国为该组织的国际不法行为担负国际责任。基金组织指出，

这是根据委员会以前关于国家对国际不法行为的责任的评注，即“一般的规则是：在国际一级归于国家的唯一行为是国家政府机关，或在其指挥、指使或控制下的其他人(即国家的代理人)的行为。”<sup>1</sup>

不过，正如基金组织以前的评论中所指出的，在作为国际组织的国家成员这一具体情况下，此种一般性的原则还需要接受该组织的规则制约。因此，如果国际组织的成员国在该组织的规则中就成员对组织的行为的衍生责任作了规定，则组织的这些规则将成为确定某一成员国是否须为该组织某一行为负责的基础。

这样，假如组织无法向受害方提供补偿，则成员一般情况下也没有义务这样做，除非该组织的规则要求成员提供补偿。基金组织认为这是符合下列既定原则的唯一结论：(a) 国际组织有独立的法律人格；(b) “归属”是国家必须为不法行为负责的必要条件；和(c) 国家的补偿责任只能建立在国家责任或对国家有约束力的另一规则(在这里为该组织的规则)的基础上。

<sup>1</sup> 《2001年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第77段，第二章的评注第(2)段。

### 禁止化学武器组织

禁化武组织认为，这个问题本身似乎有些难以理解。需要说明一些成员国对一组织的行为负责而另一些成员国对此不负责的情况。禁化武组织认为，这是一个门槛问题。

除此之外，委员会第五十八届会议工作报告第28段(a)项中提出的问题<sup>1</sup>涉及条款草案第29条(国际组织的成员国对该组织的国际不法行为的责任)；该条规定，一成员国如果已接受对其所属国际组织的国际不法行为的责任，或致使所属国际组织的国际不法行为的受害方信赖该成员国负有责任，则该成员国应对其所属国际组织的国际不法行为承担责任。假定正是这一责任产生向受害方提供补偿的义务，那么可以推定如果一成员国不负有这种责任，则该国没有向受害方提供补偿的义务。

<sup>1</sup> 《2006年……年鉴》，第二卷(第二部分)。

然而，应该考虑到即使不负有责任也存在这种补偿责任的情况；即使是在无过失（严格责任）的情况下，也有可能产生补偿义务。因此，归根结底，答案将取决于所违背的实质义务，亦即所规定的行为标准。一些义务或许要求有过失，而另一些义务则没有这种要求。

## 2. 在国际组织严重违背一般国际法强制性规范规定的义务的情况下合作的义务

### 国际货币基金组织

由于国际组织受一般国际法强制性规范的约束，那么国家应当有同样的积极的义务进行合作以终止国际组织严重违反强制性规范的行为，就像它们终止国家的严重违反行为一样。

在国际组织方面，它们参与终止国际法主体的这种违反强制性规范的行为的方式是为此种国家合作提供架构，或是由于其成员要求而对此种国家合作提供援助或协助。

不过，国际组织与国家不同，国际组织没有一般性权能。这样，国际组织不可能有与国家一样的义务去终止严重违反强制性规范的行为。相反，国际组织的任何此种义务都将需要考虑到它们各自的宪章赋予的有限权能。

基金组织不知道有什么现有的实践能够证明国际组织负有以国家合作的方式进行合作的一般性义务。相反，实践表明，国际组织的任何合作义务都将受各自的宪章的管辖及限制。

举例来说，在另外一种情况下，有人错误地辩称：

有很强的法律论据来支持这样的立场，即基金组织根据国际法有义务考虑到人权因素。第一个因素是，基金组织是联合国一个机构，因此必须受《联合国宪章》所述原则的约束。联合国的原则和宗旨之一是促进尊重人权。因此，这不是个政治目标，而是个法定的任务。<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Alston, “The International Monetary Fund and the right to food”, 第 479 页。

此种论据是建立在几个错误的假设上的，这一点基金组织前任总法律顾问詹维蒂已经指出。<sup>2</sup> 特别是，基金组织不是所谓的“联合国机构”。相反，它是《联合国宪章》所指的专门机构，也就是说，它是个政府间机构，不是联合国的机构。<sup>3</sup> 根据《宪章》第五十七条，通过 1947 年的一项协定，基金组织与联合国建立了关系；联合国在该项协定中确认：“鉴于基金组织的国际责任的性质及其《协定》条款的规定，基金组织是个独立的国际组织，必须独立运作。”<sup>4</sup> 此外，基金组织的《协定》第十条在要求其与“任何一般性国际组织”[即联合国]合作的同时，规定“任何包含修改《协定》的任何条款的此种合作安排只有在修正了《协定》之后才能实施。”因此，《联合国与国际货币基金组织的协定》所建立的关系并非属于“机构”<sup>5</sup> 一类，而是“主权平等”<sup>6</sup> 一类。

此外，《联合国与国际货币基金组织的协定》第六条第 1 款规定：

基金组织注意到根据《联合国宪章》第四十八条第二项，同时也是联合国会员的成员承担了这样的义务，即通过它们在所属的适当的专门机构的行动执行安全理事会的决定，并在其工作中对安全理事会根据《联合国宪章》第四十一条和第四十二条所作的决定给予应有的尊重。<sup>7</sup>

<sup>2</sup> 见 Gianviti, 同前。

<sup>3</sup> 法文本的《联合国宪章》第五十七条、第六十三条和第六十四条中与“专门机构”对应的说法分别为“les diverses institutions spécialisées”、“toute institution visée à l’Article 57”以及“les institutions spécialisées”。“spécialisées”一词明显地是指这些组织的特殊职责，但从法文本可见，“机构”一词在英文本的《联合国宪章》中并没有委托方与代理方关系的意思，而是用来指组织。

<sup>4</sup> 《联合国与国际货币基金组织的协定》，1947 年 11 月 15 日于纽约签署（联合国，《条约汇编》，第 16 卷，第 108 号，第 328 页），第一条，第 2 款。

<sup>5</sup> 为了避免在这点上有任何含糊，谈判记录中加上了一项声明：“各理解……第一条第 2 款所说的，即该银行（基金组织）是成员国政府通过协定成立的专门机构，绝不表示联合国与其具有本人和代理人的关系”，与专门机构磋商委员会，“关于与国际复兴开发银行及国际货币基金组织的谈判的报告”，引述于 Holder, “The relationship between the International Monetary Fund and the United Nations”，第 18 页。

<sup>6</sup> Goodrich, Hambro 和 Simons, *Charter of the United Nations: Commentary and Documents*, 第 421 页。

<sup>7</sup> 经基金组织理事会于 1947 年 9 月 17 日核可及联合国大会于 1947 年 11 月 15 日核可的该《协定》于 1947 年 11 月 15 日生效。



正如基金组织前副总法律顾问霍尔德所指出的，这项条款所提出的平衡与联合国原先提出的相比很不同，联合国的条款会更直接地向该组织施加义务。<sup>8</sup>按照《联合国与国际货币基金组织的协定》的这项条款，安全理事会的决议对基金组织本身没有约束力：安全理事会决议产生的具有约束力的义务是针对联合国的“会员”而言。基金组织虽然是国际法的一个主体，但它不是联合国的会员。此外，根据这项《协定》，基金组织的义务是，对安全理事会根据《联合国宪章》第四十一条和第四十二条所作的决议“给予应有的尊重”。<sup>9</sup>

综上所述，基金组织与联合国之间的关系《协定》并不要求基金组织执行《联合国宪章》或联合国的决议。

可能与本讨论有关的组织宪章条款的影响的另一个例子见世界银行前总法律顾问希哈塔在讨论怎样对待大会在1960年代就葡萄牙和南非问题通过的决议（那些决议要求国际金融机构不要向这两个国家提供财政援助）时所表达的意见：

世界银行采取了坚定的立场，即根据[世界银行与联合国之间的]《关系协定》，它[即世界银行]没有义务执行联合国大会的决议，更不用说事先没有与世界银行协商过的那些决议。它提出进一步的理由说，让它去接受大会在这些个案中所作的建议是不妥当的，因为世界银行的《协定》第四条第10节有禁令：“世界银行及其工作人员不得干预任何成员的政治事务，所作决定也不得受有关成员的政治性影响。决定只能考虑有关的经济因素，并且要公正地考虑这些因素，以实现第一条所提出的目标。”<sup>10</sup>

希哈塔继续指出，有关葡萄牙和南非问题争议的“最后结果是世界银行坚持其立场，即其《协定》

不许它干涉成员的政治事务，但它将复核这两国的经济条件和前景，‘以考虑局势的发展’”。<sup>11</sup>

尽管存在以上种种理由，如果委员会依然认为将适用于国家的义务以同样方式施加于国际组织将有助于国际法的逐渐发展，那么，委员会在评估国际组织的此种义务的可能范围时应当适当关注根据现行国际法，适用于国际组织行动的有限能力和其他限制。

<sup>11</sup> 同上，第104页。

### 禁止化学武器组织

各国当然有义务进行合作以终止这种违背行为，因为当一国际组织的行为违反一般国际法强制性规范时，其情形与国家的情形并无太大的区别。

从原则上讲，国际组织是法人，应该受到法律的约束来终止违反强制性规范的行为，法律的所有主体都应如此。但是，有一些实际问题需要加以考虑。国家的法律人格原则上是没有限制的，而国际组织的法律人格则受到了其组织文书所载的任务规定、权力和规则的限制。因此，可以认为与国家不同的是，任何国际组织终止违反绝对法行为的义务范围也应受到同样的限制，亦即国际组织必须在其任务规定范围内并根据其规则行事。

最后，关于进行合作终止这种行为的义务，可以参照关于这种合作的模式的国家对国际不法行为的责任条款第41条第1款。<sup>1</sup>

<sup>1</sup> 第41条的评注第(2)段指出，“由于可能涉及的情况多种多样，因此这项规定没有详细规定合作应采取什么形式。合作可在主管国际组织、特别是联合国的框架内安排。然而，第1款也设想非机构性合作的可能性”。第(3)段补充指出，这种“合作必须通过合法手段，其选择取决于具体情况”。特别是，“合作的义务对各国都适用，不论它们作为具体国家是否受到严重违反行为的影响。”最重要的是，第(3)段规定，“事实上，对严重违反国际法的行为已经开展了这种合作，特别是在国际组织范围内\*，而且常常是提供有效救济的唯一办法\*”（《2001年……年鉴》，第二卷（第二部分），第77段）。<sup>2</sup> 一般见 Gianviti，同前。

<sup>8</sup> Holder，同前，第21页。

<sup>9</sup> 同上。

<sup>10</sup> Shihata, *The World Bank in a Changing World: Selected Essays*, 第103页。



# 对条约的保留

[议程项目4]

A/CN.4/584号文件

## 特别报告员阿兰·佩莱先生关于对条约的保留的第十二次报告\*

[原文：法文]

[2007年5月15日]

### 目 录

	段次	页次
本报告所引用的多边文书.....		35
本报告所引用的著作.....		36
接受保留的程序.....	1-95	37
1. 明示或默认接受保留.....	5-44	37
2. 明示接受保留的形式和程序.....	45-59	45
3. 接受对国际组织组成文书的保留.....	60-90	48
4. 接受保留的不可逆性.....	91-95	53

### 本报告所引用的多边文书

	来源
《统一支票法公约》[英](1931年3月19日,日内瓦)	国际联盟,《条约汇编》,第143卷,第3316号,第355页。
《国际民用航空公约》[英](1944年12月7日,芝加哥)	联合国,《条约汇编》,第15卷,第102号,第295页。
《联合国粮食及农业组织章程》[英](1945年10月16日,魁北克市)	粮农组织,《联合国粮食及农业组织基本文件》,第一卷(粮农组织,2001年,罗马)
《联合国教育、科学及文化组织组织法》[英](1945年11月16日,伦敦)	联合国,《条约汇编》,第4卷,第52号,第275页。另见教科文组织,《基本文件》(教科文组织,2004年,巴黎)
《世界卫生组织组织法》(1946年7月22日,纽约)	同上,第14卷,第221号,第185页。
《国际难民组织组织法》(1946年12月16日,纽约)	同上,第18卷,第283号,第3页。
《国际海事组织公约》[英](1948年3月6日,日内瓦)	同上,第289卷,第4214号,第3页和第1276卷,第468页。
《道路交通公约》[英](1949年9月19日,日内瓦)	同上,第125卷,第1671号,第3页。
《关于便利旅游海关公约》[英](1954年6月4日,纽约)	同上,第276卷,第3992号,第191页。
《国际原子能总署规约》(《国际原子能机构规约》)(1956年10月26日,纽约)	同上,第276卷,第3988号,第3页。
《已婚妇女国籍公约》(1957年2月20日,纽约)	同上,第309卷,第4468号,第65页。
《万国邮政联盟组织法》[法](1964年7月10日,维也纳)	同上,第611卷,第8844号,第7页。
《维也纳条约法公约》(1969年5月23日,维也纳)	同上,第1155卷,第18232号,第331页。
《世界旅游组织章程》[英](1970年9月27日,墨西哥城)	同上,第985卷,第14403号,第339页。
《建立亚太广播发展研究所的协定》[英](1977年8月12日,吉隆坡)	同上,第1216卷,第19609号,第81页。

\* 纳入了 A/CN.4/584/Corr.1。

- 《建立非洲开发银行协定》[英](1982年5月7日, 卢萨卡) 同上, 第1276卷, 第21052号, 第3页。
- 《联合国海洋法公约》(1982年12月10日, 蒙特哥湾) 同上, 第1833卷, 第31363号, 第3页。
- 《国际遗传工程和生物技术中心章程》(1983年9月13日, 马德里) 同上, 第1763卷, 第30673号, 第91页。
- 《关于国家和国际组织间或国际组织相互间条约法的维也纳公约》(1986年3月21日, 维也纳) 《联合国关于国家和国际组织间或国际组织相互间条约法的会议正式记录》, 第二卷(联合国出版物, 出售品编号E.94.V.5)。
- 《国际电信联盟组织法》(1992年12月22日, 日内瓦) 联合国, 《条约汇编》, 第1825卷, 第31251号, 第3页。

### 本报告所引用的著作

- AUST, Anthony  
*Modern Treaty Law and Practice*. Cambridge, Cambridge University Press, 2000. 443 p.
- BISHOP JR., William W.  
 “Reservations to treaties”, *Recueil des cours de l’Académie de droit international de La Haye*, 1961–II. Vol. 103, pp. 245–341.
- GAJA, Giorgio  
 “Unruly treaty reservations”, *International Law at the Time of its Codification: Essays in Honour of Roberto Ago*. Milan, Giuffrè, 1987. Vol. I, pp. 307–330.
- GREIG, D. W.  
 “Reservations: equity as a balancing factor?”, *Australian Year Book of International Law*, 1995, vol. 16, pp. 21–172.
- HORN, Frank  
*Reservations and Interpretative Declarations to Multilateral Treaties*. The Hague, T.M.C. Asser Institute, 1988. 514 p. (Thesis, University of Uppsala, Sweden)
- IMBERT, Pierre-Henri  
*Les réserves aux traités multilatéraux: évolution du droit et de la pratique depuis l’avis consultatif donné par la Cour internationale de Justice le 28 mai 1951*. Paris, Pedone, 1978. 503 p.
- “A l’occasion de l’entrée en vigueur de la Convention de Vienne sur le droit des traités: réflexions sur la pratique suivie par le Secrétaire Général des Nations Unies dans l’exercice de ses fonctions de dépositaire”, *Annuaire français de droit international* (Paris), vol. XXVI, 1980, pp. 524–541.
- KAPPELER, Dietrich  
*Les réserves dans les traités internationaux*. Basel, Verlag für Recht und Gesellschaft, 1958. 101 p.
- KOHONA, Palitha T. B.  
 “Reservations: discussion of recent developments in the practice of the Secretary-General of the United Nations as depositary of multilateral treaties”, *Georgia Journal of International and Comparative Law*, vol. 33, No. 2, 2005, pp. 415–450.
- “Some notable developments in the practice of the UN Secretary-General as depositary of multilateral treaties: reservations and declarations”, *American Journal of International Law* (Washington, D.C.), vol. 99, No. 2, April 2005, pp. 433–450.
- LIJNZAAD, Liesbeth  
*Reservations to UN-Human Rights Treaties: Ratify and Ruin?* Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1995. 468 p. (International Studies on Human Rights, vol. 38)
- MENDELSON, M. H.  
 “Reservations to the constitutions of international organizations”, *British Year Book of International Law*, 1971, vol. 45, p. 137–171.
- MÜLLER, Daniel  
 “Convention de Vienne de 1969: article 20” 和 “Convention de Vienne de 1969: article 21”, 载 Olivier Corten 和 Pierre Klein, (编), *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités: commentaire article par article*. Brussels, Bruylant, 2006, pp. 797–875 和 pp. 883–929.
- PELLET, Alain  
 “Les réserves aux conventions sur le droit de la mer”, *La mer et son droit: mélanges offerts à Laurent Lucchini et Jean-Pierre Quéneudec*. Paris, Pedone, 2003, pp. 501–520.
- PELLET, Alain 和 William SCHABAS  
 “Convention de Vienne de 1969: article 23”, *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités: commentaire article par article*. Brussels, Bruylant, 2006, pp. 971–1017.
- POLAKIEWICZ, Jörg  
*Treaty-making in the Council of Europe*. Strasbourg, Council of Europe, 1999. 219 p.
- RIQUELME CORTADO, Rosa  
*Las reservas a los tratados: lagunas y ambigüedades del régimen de Viena*. Murcia, University of Murcia, Spain, 2004. 434 p.
- RUDA, J. M.  
 “Reservations to treaties”, *Collected Courses of The Hague Academy of International Law, 1975–III*. Vol. 146. Leiden, Sijthoff, 1977, pp. 95–218.

## 接受保留的程序

1. 本研究报告的暂定大纲<sup>1</sup>规定,第三部分(提出和撤回保留、接受和反对)的第二节应论述提出对保留的接受问题,并以如下结构阐述:

### B. 提出对保留的接受

1. 提出接受的程序(1969年和1986年:第23条第1款和第3款)

2. 默示接受(1969年和1986年:第20条第1款和第5款)

3. 明示接受的义务(1969年和1986年:第20条第1至3款<sup>2</sup>)。<sup>3</sup>

2. 特别报告员在其关于对条约的保留的第八次报告<sup>4</sup>中已经对将B节(提出对保留的接受)和C节(提出和撤回对保留的反对)互换次序之事作了说明,此外,这个框架还有如下值得注意的问题:

(a) 首先,与保留和反对的情况不同,同时遵循1969年和1986年《维也纳公约》第22条和第23条第4款的做法,<sup>5</sup>这个框架没有提到撤回接受的问题,因为接受似乎被视为是不可改变的;<sup>6</sup>

(b) 其次,应当明确指出,目前只讨论与提出对保留的接受的形式和程序有关的问题;根据暂定大纲的规定,<sup>7</sup>与接受的效力有关的难题将在以后的章节研究。现阶段只需集中论述一国或国际组织如何以

及在何种程序条件下可明示接受一项保留的问题即可,而对是否以及在何种情形下须作出此类明示接受,从而使保留“成立”(依照1969年和1986年《维也纳公约》第21条第1款起首部分)的问题则不作任何讨论。

3. 同反对的情况一样,本节所考虑的每一个问题都将以如下方式阐述:

(a) 1969年和1986年《维也纳公约》有明确规定的,将结合准备工作材料对这些规定进行分析;

(b) 这些规定应当在《实践指南》中重述,随后在尽可能深入地对实践、判例和法理进行研究的基础上予以补充;

(c) 从而最终制订出充分明确的准则草案,使《指南》用户能够为实践中出现的问题找到答案。

4. 从1969年和1986年《维也纳公约》的规定中可以看出,除某些特殊情况外,接受保留并不总是保留得以成立的必要条件,<sup>8</sup>它可以采用明示、默认或默示的方式(第1节)。与明示接受时的情况(第2节)相反,默认(或默示)接受被推定认为是缔约国或国际组织在其应作出反对的某一期限内或某个时刻保持沉默的结果,那就不会有任何程序问题出现,包括在对国际组织之组成文书作出保留的特殊情况下(第3节)。在所有情况下,不论明示还是默认,接受保留之举都是不可改变的(第4节)。

### 1. 明示或默认接受保留

5. 根据1986年《维也纳公约》第20条第5款<sup>9</sup>:

<sup>8</sup> 见下文第8段。

<sup>9</sup> 该条标题为“对保留和接受和反对保”。与英文本不同,两项《维也纳公约》的法文本都使用了单数形式的“接受”,而使用了复数形式的“反对”。这一扭曲出现于1962年(见《1962年……年鉴》[法],第一卷,第663次会议,第248页,《1962年……年鉴》[英],同上,第223页(起草委员会通过的案文);《1962年……年鉴》[法],第二卷,A/5209号文件,第194页,以及《1962年……年鉴》[英],同上,第176页),一直没有作出更正或解释。

<sup>1</sup> 《1996年……年鉴》,第二卷(第一部分),A/CN.4/477和Add.1号文件,第37段。另见《2002年……年鉴》,第二卷(第一部分),A/CN.4/526和Add.1-3号文件,第18段。

<sup>2</sup> 显然,任何提及第20条第2款的内容都是错误的:这一条款绝对没有规定或表示,接受对一项有限参与条约的保留必须明示(见下文第41至44段)。

<sup>3</sup> 《1996年……年鉴》(上见脚注1)。括号中所指的是《维也纳条约法公约》(以下称为“1969年《维也纳公约》”)和《关于国家和国际组织间或国际组织相互间条约法的维也纳公约》(以下称为“1986年《维也纳公约》”)的相关条款。

<sup>4</sup> 《2003年……年鉴》,第二卷(第一部分),A/CN.4/535和Add.1号文件,第69段。

<sup>5</sup> “撤回保留或撤回对保留的反对,必须以书面提出。”

<sup>6</sup> 见下文第91至95段。

<sup>7</sup> 见《1996年……年鉴》(上见脚注1),第37段,第四部分(保留、接受和反对的效力)B至C节。

为第2和第4款<sup>10</sup>的目的，除该条约另有规定外，如一国或一国际组织直至其接到关于保留的通知后十二个月期间届满之日或直至其表示同意受条约拘束之日，并未对该保留提出反对，该保留就被认为已为其所接受，上述两个日期以较后的一个为准。

6. 因此，接受一项保留被定义为不作出反对，原则上是在该条款所述两个条件之任何一个，即：到接到保留通知之日或表示同意接受条约拘束之日不提出反对的结果。这两种情况在概念上有区别，但在实践中却产生相同结果；在这两种情况下，沉默就等于接受，无需作出单方面正式声明。然而，由此并不能得出，接受就必须是默认的：一国或一国际组织绝对可以明示提出接受，而且这类明示接受可以具有约束力，即“除该条约另有规定外”这一表述（即使这一表述是由于其他原因才被列入这项条款<sup>11</sup>以及第5款绝口不提要求某种特定<sup>12</sup>接受形式的第20条第3款这一做法所暗示的情况。

7. 不过，有人指出，这样将对保留的正式接受和默认接受进行区分处理，就忽视了对两种无需单方面声明的接受（可以是默认也可以是默示的接受）之间的差异。此外，有些作者认为，当条约准许保留时，应称之为“提前”接受：“根据《维也纳公约》，接受保留可以采用三种方式：事先、根据条约本身的条款、根据第20条第1款。”<sup>13</sup>特别报告员认为，这些提法对于《实践指南》而言都不可取。

8. 关于所谓“提前”接受，委员会对条款草案第17条（目前为第20条）的评注清晰写道：

本条第1款述及条约明示或默示准许保留的情况，即其他缔约国已在条约中表示同意的情况。因此，无需其他缔约国再一次接受保留。<sup>14</sup>

<sup>10</sup> 第2款是关于对有限参与条约作出的保留；第4款确立了除条约明确准许保留、有限参与条约和国际组织之组织文件的情况外，在所有其他情况下接受保留和反对的效力。

<sup>11</sup> 见下文第31段。

<sup>12</sup> 见下文第60至90段。

<sup>13</sup> Greig, “Reservations: equity as a balancing factor?”, 第118页这篇文章也许是最透彻研究接受保留可适用的规则的文章（尤其见第118至135页和第153页）。

<sup>14</sup> 《1966年……年鉴》[英]，第二卷，A/6309/Rev.1号文件，第207页，第(18)段。

事实上，其他缔约方的沉默并不构成默认接受：在条约没有相反规定的情况下，接受绝不是保留得以成立的一个条件；因为事实上，保留根据条约本身就已成立。然而，这并不是说不准各国明示接受这一类保留，而是说，此类明示接受是多余的，没有任何特别效力；不管怎样，就特别报告员所知，在这方面没有任何例子。因此，在《实践指南》的框架内探讨这一可能性，似乎没有必要。<sup>15</sup>

9. 同样没有必要的是，有些作者以1969年和1986年《维也纳公约》第20条第5款所述两种情况为基础，根据在其他有关方表示同意接受拘束时保留是否已经作出，对“默认”接受和“默示”接受作出区分的行为。前一种情况下是默示接受，后一种情况下是默认接受。<sup>16</sup>在第一种情况下，如果国家或国际组织在表示同意接受条约约束时没有作出反对，则被视为已接受保留。在第二种情况下，国家或国际组织有12个月期限作出反对，如果在此期限内没有作出反对，则被视为已接受保留。

10. 虽然两种情况的结果是相同的，即：如果一国或国际组织在某个特定时刻没有作出任何反对，则被视为已接受保留；但它们的依据却有所不同。对于在保留提出后成为条约缔约方的国家或国际组织，推定接受的理由不是该国或国际组织保持沉默，而是该国或国际组织在了解所提保留的情况下，<sup>17</sup>未对保留提出异议就加入条约。因此，接受已经隐含在条约批准书或加入书中，也就是说，在一份不对已提出的保留提出异议的实在文书中。<sup>18</sup>然而，对于在保留提出时已经是条约缔约方的国家或国际组织，情况则有所不同：如果保持长期沉默（通常为12个月），或者更加具体而言，如果没有提出任何反对，则被视同为已接受保留。因此，这种接受只根据有关国家或国际组织的沉默推断得出，这属于默认。

<sup>15</sup> 第20条第1款所述规则必须铭记，但在《指南》中论述接受保留之效力的部分复述，将更加合乎逻辑。

<sup>16</sup> Greig, 同前，第120页；Horn, *Reservations and Interpretative Declarations to Multilateral Treaties*, 第125至126页；Müller, “Convention de Vienne de 1969: article 20”, 第816页，第35段。

<sup>17</sup> 见下文第39段。

<sup>18</sup> 见 Müller, “Convention de Vienne de 1969: article 20”, 第816页，第36段。另见条款草案第10条第(5)款，《1950年……年鉴》[英]，第二卷，A/CN.4/23号文件，J.L.布赖尔利关于条约法的报告，第241页，第100段。

11. 实际上, 这种法理上的区别在实践中并不怎么受人关注, 或许也不应该在《实践指南》中有所体现。在实践中, 对有12个月期限作出反对的国家或国际组织和在保留提出时尚未成为条约缔约方、可以经过考虑再表示同意接受条约约束(而这并不妨碍它们在接受约束的日期之前提出反对)的国家或国际组织作出区分, 就已足够。<sup>19</sup> 不过, 这是一个期限问题, 不是定义问题。

12. 另一个问题涉及默认接受的定义本身。因为完全可以思考一下, 是否在某些情况中, 对保留的反对并不等于默认接受保留。

13. 这个自相矛盾的问题出自1986年《维也纳公约》第20条第4款(b)项。根据该条款:

保留如经一缔约国或一缔约组织反对, 并不妨碍该条约在反对国或国际组织和保留国或国际组织之间生效, 除非反对国或国际组织明确地表示了相反的意思。

由此似乎可以得出, 假定反对者不反对条约在其自身与保留国之间生效, 至少就条约生效(很可能还有保留本身的“成立”)而言, 反对会产生与接受保留相同的效力。

14. 这个问题远不止是纯粹假设的问题, 它无论如何主要牵涉到接受和反对保留各自的效力问题。这个问题更多地属于《实践指南》中论述这些效力的部分。在现阶段, 或许只需在准则草案2.8.1的评注中指出即可。<sup>20</sup>

15. 针对这些意见, 就接受的定义和分类而言, 或许只需在《实践指南》中论述提出反对的那一节开头部分予以指明即可:

#### “2.8 提出对保留的接受

“1. 接受保留是缔约国或缔约国际组织不对一国或国际组织提出的保留作出反对的结果。

“2. 不对保留作出反对可以是缔约国或缔约国际组织在准则2.6.13规定的期限内作出单方面声明[(明示接受)]或保持沉默[(默认接受)]的结果。”

方括号中的表述只可在准则草案2.8的评注中使用, 不过, 将这些表述放在圆括号中并归入案文本身, 或许也有利于突出这项准则的“定义”功能。

16. 准则草案2.8限定只有缔约国或缔约组织才有资格作出接受。原因很简单: 第20条第4款只考虑缔约国或缔约国际组织作出的接受; 并且, 第20条第5款只对作为条约缔约方的国家作出接受的推定。例如, 在保留的通知之日尚未成为条约缔约方的国家或国际组织, 只有在其明确表示同意接受约束之日, 也就是说, 在其最终成为缔约国或缔约国际组织之日, 才被视为已经接受了该保留。不过, 对于1969年和1986年《维也纳公约》第20条第2款所指的有限参与条约<sup>21</sup>和该条第3款所述的国际组织之组成文书<sup>22</sup>而言, 情况有所不同。

17. 然而, 根据《实践指南》第2节的用意, 导则2.8给出的接受保留的定义完全是描述性的, 无意确定在哪些情况下有可能或有必要使用两种可能的接受形式中的一种。从1969年和1986年《维也纳公约》的案文及其准备文件和实践中都可以看出, 默认接受是一般做法, 明示接受是例外情况。

18. 国际法院在其关于对《防止及惩治灭绝种族罪公约》的保留案的咨询意见中强调指出, “大量允许对保留的默认同意”<sup>23</sup>显示, 在对多边公约的保留方面, 今后的国际实践将更加灵活。虽然传统上只有明示接受才被视为表达了其他缔约国对保留的同意,<sup>24</sup>但国际法院指出, 由于有些多边公约“参与面很广”,<sup>25</sup>这个早在1951年已经过时的解决办法似乎不再可行。

<sup>21</sup> 见下文第41至44段。

<sup>22</sup> 见下文第60至90段。

<sup>23</sup> 对《防止及惩治灭绝种族罪公约》的保留案, 咨询意见, 《1951年国际法院汇编》, 第21页。

<sup>24</sup> Imbert, *Les réserves aux traités multilatéraux*, 第104页, 该作者提到了Kappeler, *Les réserves dans les traités internationaux*, 第40至41页。

<sup>25</sup> 见上见脚注23。

<sup>19</sup> 见《2006年……年鉴》, 第二卷(第一部分), A/CN.4/574号文件, 第76至84段。

<sup>20</sup> 见下文第25至26段。

19. 布赖尔利先生的草案第10条<sup>26</sup>有限度地主张<sup>27</sup>可通过默认表示对保留的同意;<sup>28</sup>尽管委员会委员在1950年讨论该条时表达了不同的看法,但H.劳特派特先生和吉拉尔德·菲茨莫里斯爵士还是在他们的草案中采用了默认接受的原则。<sup>29</sup>这其实一点也不奇怪。因为在委员会前三位关于条约法问题的特别报告员大力推崇的全体一致的传统制度中,为避免出现太长时间法律上的不稳定,默认接受的原则必然需要纳入其中:由于这方面缺乏推定,条约缔约国的长期沉默会阻碍保留的结果,并使保留国相对于条约的地位被无限期质疑。

20. 鉴此,虽然在委员会关于条约法问题的第四位特别报告员最终采纳的“灵活”制度中,默认同意原则并没有满足同样的要求,但这一原则还是有一定的优点和好处。汉弗莱·沃尔多克爵士在他的第一次报告中,就在提交给委员会的条款草案中采纳了这一原则。<sup>30</sup>他的解释如下:

确实……,在我们提议的“灵活”制度中,某个国家接受或拒绝另一个国家作出的保留,主要牵涉到这两个国家之间的关系,因此可能并不像在全体一致同意的制度中那样,要急于确定保留的地位。不过,一国由于没有表达对保留的意见,就有权几乎无限期地对本国与保留国的关系保持一种模棱两可的态度,似乎并非人之所愿。<sup>31</sup>

<sup>26</sup> 《1950年……年鉴》[英],第一卷,第53次会议,第92至95页,第41至84段。胡里先生甚至表示,一国单纯保持沉默并不意味着对保留的接受,而是对保留的拒绝(同上,第94页,第67段);不过,这个观点始终没有引起共鸣。

<sup>27</sup> 因为布赖尔利先生的条款草案第10条只考虑了默示接受的情况,也就是一国接受在其加入条约时所知道的对该条约提出的所有保留的情况。关于条款草案第10条的案文,见《1950年……年鉴》[英](上见脚注18),第238至242页。

<sup>28</sup> 实际上,这更是一个默示接受的问题(见上文第9段)。

<sup>29</sup> 见特别报告员和委员会的立场摘要,载于《1962年……年鉴》[英],第二卷, A/CN.4/144和Add.1号文件,汉弗莱·沃尔多克爵士关于条约法的第一次报告,第66至67页,第(14)段。

<sup>30</sup> 见他的第一次报告条款草案第18条第3款(同上,第61页和第66至68页,第(14)至(17)段);他的第四次报告条款草案第19条第5款对此作了重新表述(《1965年……年鉴》[英],第二卷, A/CN.4/177和Add.1及2号文件,第50页)。

<sup>31</sup> 《1962年……年鉴》[英](上见脚注29),第67页,第(15)段。

21. 委员会最终未经讨论就通过了后来成为第20条第5款的条款。<sup>32</sup>在联合国条约法会议期间,第20条第5款也没有引起任何问题,通过时只作了一处无关痛痒的修正,<sup>33</sup>即说明“除该条约另有规定外”。<sup>34</sup>

22. 委员会在国家与国际组织间或国际组织相互间条约法领域的工作没有对默认同意原则作出重大修改或质疑。不过,委员会曾决定,在默认接受的问题上,对国际组织和国家一视同仁。<sup>35</sup>在有些国家提出批评后,<sup>36</sup>委员会决定“在第20条第5款中不对国际组织长期不作出反对所产生的问题予以表态”,但也“不因此就排除即使在条约领域一个组织也有可能通过其行为产生承诺的原则”。<sup>37</sup>委员会通过的条款草案第20条第4款与1969年《维也纳公约》第二十条第五项完全对应。<sup>38</sup>不过,在联合国条约法会议期间,在多项相关修正案<sup>39</sup>

<sup>32</sup> 《1965年……年鉴》[英],第一卷,第816次会议,第283至284页,第43至53段;另见Imbert,同前,第105页。

<sup>33</sup> 关于条款中这一部分的含义,见下文第30至31段。

<sup>34</sup> 美国提出的修正案(A/CONF.39/C.1/L.127),《联合国条约法会议正式记录,第一届和第二届会议,1968年3月26日至5月24日和1969年4月9日至5月22日,维也纳,会议文件》(联合国出版物,出售品编号E.70.V.5),全体委员会在第一届会议上的工作报告(A/CONF.39/14),第136页,第179段第(六)项(a)。另外两项修正案中,一项主张删除提及第4款的案文(澳大利亚)(A/CONF.39/C.1/L.166,同上,第179段第(七)项),另一项主张重新表述第17条,以便将作出推定的期限定为六个月(苏维埃社会主义共和国联盟)(A/CONF.39/C.1/L.115,同上,第133页,第175段(a)项)未获通过或被撤回。

<sup>35</sup> 见一读通过的条款草案第20条和第20之二条,《1977年……年鉴》[英],第二卷(第二部分),第111至112页。

<sup>36</sup> 见《1981年……年鉴》[英],第二卷(第二部分),附件二,第182页,第A.2节(白俄罗斯苏维埃社会主义共和国),第190页,第A.12节(乌克兰苏维埃社会主义共和国),第A.13节(苏维埃社会主义共和国联盟)和第201页,第C.1节(经济互助委员会);另见特别报告员保罗·勒泰先生在其第十次报告中提出的摘要,《1981年……年鉴》[英],第二卷(第一部分),A/CN.4/341和Add.1号文件,第61页,第75段。

<sup>37</sup> 《1982年……年鉴》[英],第二卷(第二部分),第36页,条款草案第20条评注第(6)段。

<sup>38</sup> 同上,第(4)段。

<sup>39</sup> 奥地利(A/CONF.129/C.1/L.33)、佛得角(A/CONF.129/C.1/L.35)和中国(A/CONF.129/C.1/L.18,提议对国家和国际组织适用18个月的期限),《联合国关于国家和国际组织间或国际组织相互间条约法的会议正式记录,1986年2月18日至3月21日,维也纳》(联合国出版物,出售品编号E.94.V.5),第二卷,《会议文件》全体委员会的报告(A/CONF.129/13),第70至71页,第70段(a)、(c)和(d)项。另见澳大利亚最终撤回的修正案(A/CONF.129/C.1/L.32),但其中提出了一个更加细腻的解决办法(同上,第70段(b)项)。



和深入讨论<sup>40</sup>的基础上，对国家和国际组织一视同仁的问题被再次提出。

23. 按照委员会在通过准则草案1.1<sup>41</sup>（转载1986年《维也纳公约》第2条第1款(d)项的用语）时采取的做法，委员会似乎有必要在《实践指南》中列入一项反映该项《公约》第20条第5款的准则草案。不过，这一条款的用语不能原文照录，因为其中提到了该条的其他款次，而这些款次在《实践指南》关于提出保留、接受和反对的部分并没有相应被纳入。

24. 这个问题通过删除第5款中对第2款和第4款的引述，或许就可以轻松得到解决。这些条款讨论了保留是否必须经过全体一致接受才能成立的情况，这是一个有效性问题，而非程序问题；因此，这些条款与提出（在这个词的程序意义上）保留、接受和反对的问题并不直接相关，而这个问题是《实践指南》第三部分唯一涉及的问题。然而，为了忠实于1969年和1986年《维也纳公约》第20条的精神，或许有必要明确：保留必须明示接受的各种情况被排除在外。

25. 这一点在准则草案2.8.1之二的案文中用方括号作出说明，案文可表述如下：

#### “2.8.1 之二 默认接受保留

“除条约另有规定[或由于其他原因须明示接受]外，倘一国或国际组织在接获关于保留之通知后12个月期限届满时或至其表示同意接受条约约束之日，两者中以较后之日期为准，未对保留提出反对，则此项保留即视为业经该国或国际组织接受。”

26. 不过，如果委员会决定保留准则草案2.6.13（提出反对的期限），<sup>42</sup>通过上文的表述就会带来逐字重复准则草案2.6.13的缺点。因此，为了避免累赘，准则草案2.8.1可简单引述准则草案2.6.13并表述如下：

<sup>40</sup> 同上，第一卷，《全体会议和全体委员会会议简要记录》[英]（A/CONF.129/16），第12次至第14次会议，第104至114页。

<sup>41</sup> 《1998年……年鉴》，第二卷（第二部分），第540段。

<sup>42</sup> 见《2006年……年鉴》（上见脚注19），第128段。

#### “2.8.1 默认接受保留

“[除条约另有规定外]，倘一国或一国际组织没有根据准则草案2.6.1至2.6.14对保留提出反对，此项保留即视为业经该国或国际组织接受。”

27. 特别报告员认为，这种脱离1969年和1986年《维也纳公约》第20条第5款措辞的表述方法无可厚非，因为该条款已提及准则草案2.6.13，而该准则草案转载了（从反对的角度）第20条第5款。这一表述还有一定的好处。首先，它避免了在《实践指南》中列入两个实际上针对同一个问题（或同一个问题的两个方面）、而且用语大致相同的条款。其次，它更加清晰地强调了（默认）接受和反对之间的辩证关系——反对即不接受，反之亦然。<sup>43</sup>在联合国条约法会议期间，法国代表用以下措辞表达了这个观点：

接受和反对构成同一个概念的正反两面。国家在接受保留的同时，即放弃了作出反对的权利；而提出反对的国家，同时也表明了拒绝接受保留。<sup>44</sup>

28. 这个观点的确已被纳入1969年和1986年《维也纳公约》第20条第5款之中，准则草案2.8.1之二后来转载了其内容，但删除了其中多余（多数是有关时间）的内容，显然会使这个观点更加清晰。

29. 不过，是否需要在准则草案2.8.1中保留方括号中的表述（“除条约另有规定外”），可能存有疑问。

30. 这一说明是不言而喻的，因为1969年和1986年《维也纳公约》阐述的所有准则都具有剩余和自愿性，只有在条约条款未作相反规定的情况下才能适用。《实践指南》中的各项准则更是如此。<sup>45</sup>

<sup>43</sup> 见Müller, “Convention de Vienne: article 20”, 第822至823页, 第49段。

<sup>44</sup> 《联合国条约法会议正式记录，第一届会议，1968年3月26日至5月24日，全体会议和全体委员会会议简要记录》（联合国出版物，出售品编号E.68.V.7）（A/CONF.39/11），第22次会议，第116页，第14段。

<sup>45</sup> 对这个问题的类似评论，例如见《2002年……年鉴》（上见脚注1），第86段，关于准则草案2.5.1（撤回保留），它照搬了1986年《维也纳公约》第22条第1款的规定。

31. 鉴此, 1969年《维也纳公约》第二十条第五项的准备工作材料对列入这一表述的原因作了说明。事实上, 列入这一短语(“除条约另有规定外”)是因为美利坚合众国提出的修正案。<sup>46</sup> 参与联合国条约法会议的美国代表解释说, 提出这一修正案的理由是:

委员会的案文似乎不准参与谈判各国在条约中规定短于或长于十二个月的期限。<sup>47</sup>

所以, 美国的修正案针对的不是默认同意原则本身, 而是委员会确定的12个月期限。<sup>48</sup>

32. 因此, 在准则草案2.6.13(提出反对的期限)中保留“除条约另有规定外”的表述<sup>49</sup>似乎具有充足的理由, 即使唯一的理由就是要尽可能不偏离1986年《维也纳公约》的案文, 而逐字予以复述。此外, 准则草案2.6.13阐述的是有效提出反对的期限和时机问题, 而美国在联合国条约法会议期间提出对第20条第5款修正案的确切目的是提请注意修改其中所述12个月期限的可能性。<sup>50</sup> 所以, 在准则草案2.8.1中再次重复这一表述似乎没有必要, 该准则草案的目的在于强调在没有作出反对的情况下推定默认接受是一项一般性规则, 而引述准则草案2.6.13就足以指明这一推定并非绝对。无论如何, 作为条约缔约方的国家或国际组织都可以修改和调整《公约》的各项规定, 特别是其中有关保留的规定。

33. 第20条第5款所述的12个月期限来自汉弗莱·沃尔多克爵士的一项倡议而不是任意选择的。然而, 他在提议这一期限时, 确实没有采用当时十分不统一的国家实践。特别报告员指出, 条约实践中有90天和六个月的期限,<sup>51</sup> 但他更倾向于采用美洲法学家理事会的提议。<sup>52</sup> 他为此指出:

<sup>46</sup> 上见脚注34。

<sup>47</sup> A/CONF.39/11(上见脚注44), 第21次会议, 第108页, 第13段。

<sup>48</sup> 不过, 鲁达辩称, 美国的修正案强调了“第20条第5款的剩余性质”(“Reservations to treaties”, 第185页)。

<sup>49</sup> 见《2006年……年鉴》(上见脚注19), 第128段。

<sup>50</sup> 见上文第31段和上文脚注47。

<sup>51</sup> 《1962年……年鉴》[英](上见脚注29)。

<sup>52</sup> 同上, 第67页, 第(16)段。

我们认为, 完全有理由提议通过这个较长的期限。首先, 为一项知道内容的具体条约商定一个短的期限是一回事, 将这一期限变成在没有就此作出规定的任何条约都适用的一般性规则, 又是多少有些差别的另一回事。因此, 如果提议的期限更长一些, 各国或许就更容易接受这样一项有关提出保留的时间限制。<sup>53</sup>

34. 虽然1969年和1986年《维也纳公约》第20条第5款的规定似乎没有成为习惯国际法的一部分, 但至少就必须提出反对以推翻接受之推定的12个月期限而言,<sup>54</sup> 这一期限同样也是由这一条款作出规定, 而根据委员会在关于保留的工作中采取的做法, 偏离《公约》条文必须有一个重大的理由。当然, 在联合国条约法会议期间, 12个月期限并没有以一项既定习惯规则的形式出现, 或许至今也没有成为这样一项准则, 但它却是“最可以接受”<sup>55</sup> 的期限。霍恩为此指出:

期限太长可能无法接受, 因为会造成保留国与相对方的法律关系长期不确定。这一期限同样也不能太短, 因为会造成相对国没有充足的时间对保留可能给其带来的影响作必要的分析。<sup>56</sup>

35. 实际上, 这一期限在1969年《维也纳公约》通过时明显属于国际法的逐渐发展, 但却从未作为在缺少有关案文时适用的习惯规则而全面推行。长期以来, 秘书长作为多边条约保存人的做法一直难以与1969年和1986年《维也纳公约》第20条第5款的规定相互调和。<sup>57</sup> 这是因为, 在条约对保留问题保

<sup>53</sup> 同上。

<sup>54</sup> 见 Müller, “Convention de Vienne de 1969: article 20”, 第808页, 第16段。另见 Gaja, “Unruly treaty reservations”, 第324页; Greig, 同前, 第127页起; 以及 Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, 第127页。

<sup>55</sup> Imbert, 同前, 第107页。格雷格认为, 1986年《维也纳公约》第20条第5款规定的12个月期限至少“指明了什么是合理的时间”(同前, 第128页)。

<sup>56</sup> 同前, 第126页。

<sup>57</sup> Imbert, “A l’occasion de l’entrée en vigueur de la Convention de Vienne sur le droit des traités: réflexions sur la pratique suivie par le Secrétaire général des Nations Unies dans l’exercice de ses fonctions de dépositaire”, 第524至541页; Gaja, 同前, 第323至324页; Riquelme Cortado, *Las reservas a los tratados: Lagunas y ambigüedades del régimen de Viena*, 第245至250页; Müller, “Convention de Vienne de 1969: article 20”, 第821至822页, 第48段。

持沉默的情况下，秘书长传统上认为，如果在90天期限内没有接到任何关于对正式通知的保留的反对，保留国即成为缔约国。<sup>58</sup> 但是，在判定这一做法会延缓条约生效及条约登记时间之后，<sup>59</sup> 秘书长放弃了这一做法，并认为任何已提出保留的国家自批准书或加入书生效之日起即成为缔约国。<sup>60</sup> 为了解释采取这一立场的理由，秘书长指出，认为第20条第4款(b)项提出的条件能够得到满足是不现实的，因为为阻止条约对保留国生效，所有缔约方都必须反对保留。因此，秘书长的评论是针对第4款三项规定的非现实性而提出，与第5款的推定没有过多关系。秘书长最近还宣布赞同第5款规定的12个月期限，这一规定现在被适用于（必须是全体一致）接受过时提出的保留的情况。<sup>61</sup> 此外，国家实践也表明，各国即使在第20条第5款规定的12个月期限届满后仍会提出反对。<sup>62</sup> 不论这项规则对一般国际法的“实在性”有多大的不确定性质，两项《维也纳公约》还是采纳了这项规则；而为了《实践指南》而修改这项规则，无疑弊大于利。

36. 因此，第20条第5款具有双重作用：一方面，它确立了默认同意的原则以及接受与反对之间的关系，另一方面，它规定了对默认接受的推定时间框架。如果一国未在12个月期限内作出反对，即推定为已接受保留。同时，第20条第5款暗含有可作出反对的期限。<sup>63</sup> 一旦这一期限届满，国家或国际组织即视为已接受保留，不能再作出有效的反对。<sup>64</sup>

<sup>58</sup> 《秘书长作为多边条约保存人的实务提要》(ST/LEG/7/Reve.1) (联合国出版物，出售品编号E.94.V.15)，第55页，第185段。

<sup>59</sup> 不过，90天期限仍然适用于接受过时提出保留的情况，因为在这种情况下，通常需要缔约国全体一致接受(同上，第61至62页，第205至206段)。

<sup>60</sup> 同上，第54至55页，第184至187段。

<sup>61</sup> 法律顾问的普通照会(修改保留)，2000年，《条约手册》(联合国出版物，出售品编号E.02.V.2)，附件2，第45页。另见关于对条约的保留的第五次报告(《2000年……年鉴》，第二卷(第一部分，A/CN.4/508和Add.1-4号文件)，第322段。不过，欧洲委员会在接受过时提出的保留方面的做法是只给缔约国九十天时间提出反对(Polakiewicz, *Treaty-making in the Council of Europe*, 第102页)。

<sup>62</sup> 见《2006年……年鉴》(上见脚注19)，第136至143段。

<sup>63</sup> 同上，第125至129段。

<sup>64</sup> 秘书长作为多边条约保存人，接受在12个月期限或条约规定的期限届满后提出的反对，但只将其作为“来文”分发(见《……实务提要》(上见脚注58)，第63页，第213段；另

37. 鉴此，可以用两种互补多于对立的方式理解第20条第5款：

(a) 一方面，该条款确定了提出反对的期限。从这个角度看，这项规定确立的是一国不可能<sup>65</sup> 在12个月期限届满后提出反对的原则，<sup>66</sup> 在这方面，它似乎只不过是一项对提出保留适用的形式上的规定；<sup>67</sup>

(b) 另一方面，该条款将保持沉默的国家，也就是12个月期间未提出反对的国家，视同已经明确接受保留的国家。这一接受是默认接受，但如果其他条件都得到满足，就将产生1969年和1986年《维也纳公约》第20条第4款(a)项和第21条第1款所述的效力。

38. 汉弗莱·沃尔多克爵士提到在条约实践中存在这两种处理办法，但没有多加注意，只是认为这两种办法“殊途同归”。<sup>68</sup> 这是完全正确的：实际上，它们只是一个问题的两面，是用两种不同的方式，一方面确定反对即构成推翻默认同意的推定的行为，另一方面指明为达到这一结果，反对必须在规定期限内提出。这正是1969年《维也纳公约》第二十条第五项的精髓所在。<sup>69</sup>

见Kohona, “Some notable developments in the practice of the UN Secretary-General as depositary of multilateral treaties: reservations and declarations”, 第433页，以及“Reservations: discussion of recent developments in the practice of the Secretary-General of the United Nations as depositary of multilateral treaties”, 第444页。

<sup>65</sup> 但是见《2006年……年鉴》(上见脚注19)，第136至144段，以及准则草案2.6.15(过时的反对)，同上，第143段。

<sup>66</sup> 这似乎是Imbert, 同前，第151页中提供的解释。

<sup>67</sup> 《已婚妇女国籍公约》第八条第二款明确采用了这个解决办法，该条款规定：“本公约任何当事国或以后成为当事国之国家得通知秘书长该国对于提出保留国并不认为应受本公约之拘束。此项通知，已为当事国之国家必须于秘书长通告之日起九十日内提出之；以后成为当事国之国家必须于存放批准或加入文件之日起九十日内提出之。遇有此种通知提出时，本公约在提出通知国与提出保留国间应视为不发生效力。”

此外，澳大利亚在联合国条约法会议期间提出(A/CONF.39/C.1/166(上见脚注34)，第179段第(六)项(c)、后来最终撤回(上见脚注44)的一项修正案，第25次会议，第135页，第34段，也采用类似的解决办法，确定了六个月的期限。

<sup>68</sup> 《1962年……年鉴》[英](上见脚注29)，第67页，第(14)段。

<sup>69</sup> 见《2006年……年鉴》(上见脚注19)，第125至144段和下文第92至94段。

39. 在保留提出时还不是缔约方的国家或国际组织的情况，与已经是缔约方的国家或国际组织的情况是非常不同的，前一种情况属于1969年和1986年《维也纳公约》第20条第5款的第二种假定。这种差异源于：在表示同意接受条约约束之日前，国家或国际组织必须对一项保留提出反对，即使这一日期晚于12个月期限的届满日期。这项具体规则早在布赖尔利先生的提议中就已经列出，<sup>70</sup>但劳特派特和吉拉尔德·菲茨莫里斯爵士都没有接受，而且奇怪的是，委员会在1962年一读通过的条款中也没有予以采纳，<sup>71</sup>尽管汉弗莱·沃尔多克爵士已在其1962年报告提出的条款草案第18条中列出了这项准则。<sup>72</sup>在澳大利亚提出评论之后，这项规则才最终在二读时被重新列入。<sup>73</sup>

40. 虽然在相关保留提出时还不是条约缔约方的国家和国际组织表面上似乎与已经是条约缔约方的国家和国际组织不同，没有任何思考期限，但这些国家和国际组织绝没有处于不利地位。此外，最终被1969年和1986年《维也纳公约》第20条第5款采用的解决办法完全是出于法律稳定的需要。确实，如果给予这些国家自批准或加入条约之时起的一个新的期限，就条约而言，就会再一次将保留国置于中间和不确定的地位，而这一点从法律稳定的角度看，似乎是不可接受的。另外，“有权成为该条约当事方的”<sup>74</sup>国家和国际组织同已经是条约缔约方的国家和国际组织一样，都会收到有关其他国家提出的保留的通知。因此，这些国家和国际组织通常有超过12个月的期限来审议已经提出的保留，因此至少能够在表示同意接受条约约束之时（如果不是更早）作出反应。<sup>75</sup>不管怎样，“[12个月期限届满之日或表示

同意受条约约束之日]两者中以较后之日期为准”的表述可确保国家和国际组织至少有一年的思考期。

41. 不过，当必须全体一致接受才能使保留成立时，有资格成为条约缔约方的国家或国际组织默示接受一项保留的期限是受到额外限制的。首先，1969年和1986年《维也纳公约》第20条第5款在这种情况下似乎并不反对适用这项一般性规则。相反，这项规定明确引述了要求全体一致的“有限参与条约”（有限参与条约）。如果允许有资格成为条约缔约方但在保留提出时尚未表示同意接受条约约束的国家和国际组织在其成为缔约方之日提出反对（即使此日期晚于通知反对之日），就必然会对保留国产生极其不利的后果，更广泛而言，还会对条约关系的稳定产生极其不利的后果。理由在于：在这一情况中，不可能推定有限参与条约的非缔约签字国在12个月期限届满时同意该项保留，因为即使该国没有对保留作出正式反对，这样做也会阻碍作出全体一致接受。如果适用第20条第5款的推定，所产生的效果就恰恰与力求达到的效果相反，即迅速稳定条约关系和保留国相对于条约的地位。

42. 汉弗莱·沃尔多克爵士在其第一次报告的条款草案第18条中已经对这个问题作了令人信服的处理，对多边条约（按“灵活”制度）和诸边条约（按传统的全体一致制度）情况下的默认接受和默示接受作了清楚的区分。事实上，该条草案第3款(c)项规定：

任何在保留已经提出<sup>76</sup>之后有权成为条约缔约方的国家，应推定已同意此项保留：

（一）在诸边条约的情况中，若该国签署了可使其成为条约缔约方的一个或多个文件；

（二）在双边条约的情况中，若该国在未通知反对保留的情况下签署了使其有资格成为条约缔约方的一个或多个文件。<sup>77</sup>

<sup>70</sup> 见上文第19段和脚注27。

<sup>71</sup> 的确，委员会在向大会提交的报告中提出的条款草案第19条第3款只涉及严格意义上的默示接受（《1962年……年鉴》[英]，第二卷，A/5209号文件，第176页）。

<sup>72</sup> 《1962年……年鉴》[英]（上见脚注29），第61页。

<sup>73</sup> 关于条约法的第四次报告（《1965年……年鉴》[英]（上见脚注30），第45页和第53页，第17段）。

<sup>74</sup> 《维也纳公约》第23条第1款。另见准则草案2.1.5（保留的告知）第1款及其评注，《2002年……年鉴》，第二卷（第二部分），第103段。

<sup>75</sup> 见《2006年……年鉴》（上见脚注19），第76至84段。

<sup>76</sup> “作出”无疑更加适当，因为如果在保留提出之后可表示反对的期限没有届满，那就没有理由不让一个新的缔约国表示反对（见上文第37段）。

<sup>77</sup> 《1962年……年鉴》[英]（上见脚注29），第61页。

汉弗莱爵士还指出，在全体一致仍被作规则的第3款(c)项第(一)目的情况下，对于尚未成为条约缔约方的国家，减轻12个月期限的刻板性

在诸边条约的情况中是不可能的，因为一国延缓作出决定会使提出保留的国家相对于所有参加条约的国家的地位无法确定。<sup>78</sup>

43. 由此可知，在全体一致仍为规则的所有情况中，国家或国际组织一旦加入条约，就不能再对一项已经由作为条约缔约方的国家和国际组织全体一致接受的保留作出有效的反对。不过，这并不意味着该国或该国际组织已丧失反对保留的权利。该国或该国际组织只是不能在12个月期限之外提出反对而已。如果它在此之后加入条约，则该国或该国际组织就只能同意保留。

44. 对于全体一致接受仍为规则的保留的接受问题，以下导则可阐述这个特性：

#### “2.8.2 默认接受须由其他国家和国际组织全体一致接受的保留

“对于须由缔约方全体一致接受才能产生效力的保留，如果所有已是缔约方或有资格成为缔约方的国家或国际组织在接到保留通知之日起12个月内没有提出反对，该保留即视为已被所有这些国家或国际组织接受。”

## 2. 明示接受保留的形式和程序

45. 正如格雷格所陈述的，“对于多边条约，接受保留几乎都是默示或默认的”。<sup>79</sup>但接受保留也可以是明示的，一国实际上可以明确表示接受保留。

46. 1969年和1986年《维也纳公约》第20条第5款的推定的存在，毫不妨碍各国和国际组织公开明确表示同意提出的保留。但如保留不符合这两项《公约》第19条所述的有效性条件，可否明示接受保留

还有待商榷。而《实践指南》的程序部分，不需要说明保留的有效性与各国和国际组织默认或明示地接受保留的可能性之间有何关联。这属于下一次报告将研究的保留的效力、接受和反对保留的问题。目前仅提出准则草案2.8.3足矣：

#### “2.8.3 明示接受保留

“一国或一国际组织可随时明示接受另一国或国际组织提出的保留。”

47. 与保留本身和反对不同，明示接受实际上确实可以随时提出。它对保留国没有任何妨碍，因为一国或国际组织如不明确表示接受保留，仍然会在1969年和1986年《维也纳公约》第20条第5款所定的12个月限期届满时，被视为接受了保留，其法律后果见准则草案2.8.1。即使是事先反对保留的一国或国际组织，后来也可随时明示地（或以撤回反对的方式默示地）接受保留。<sup>80</sup>这实际属于完全撤回反对，产生的效力与接受保留相同。<sup>81</sup>

48. 虽然有如此种种可能，但各国几乎从未采取明示接受的做法。这方面只有寥寥几个实例，其中有些还存在问题。

49. 文献经常引用的一个事例<sup>82</sup>是，德意志联邦共和国接受1979年2月7日通知的法国对1931年《统一支票法公约》提出的保留。但应指出，法国的这项保留是过时提出的，是在法国加入该《公约》大约40年后提出的。该来文<sup>83</sup>明确指出德意志联邦共和国“对此不提出任何反对”，<sup>84</sup>因此明确构成接受保

<sup>80</sup> 见《2006年……年鉴》（上见脚注19），第152段，和准则草案2.7.1（同上，第155段）。

<sup>81</sup> 同上，第158至160段。

<sup>82</sup> Horn，同前，第124页；以及Riquelme Cortado，同前，第212页。

<sup>83</sup> 该来文发于1980年2月20日，即在《公约》保存人联合国秘书长通知保留的12个月之后。依照1969年和1986年《维也纳公约》第20条第5款的原则，法国的（新）保留其实在当时已“视为被（德意志联邦共和国）接受”。此外，秘书长也认为该保留从1979年5月11日（即保留交存三个月后）起已经被接受。

<sup>84</sup> 联合国，《交给秘书长保存的多边条约：截至2006年12月31日的状况》，第二卷（联合国出版物，出售品编号E.07.V.3），第二部分第11节，注5。

<sup>78</sup> 同上，第67页，第18条的评注第(16)段。

<sup>79</sup> Greig，同前，第120页。同样，另见Horn，同前，第124页；Lijnzaad, *Reservations to UN Human Rights Treaties: Ratify and Ruin?*, 第46页；Riquelme Cortado，同前，第211页起；以及Müller, “Convention de Vienne de 1969: article 20”, 第812至813页，第27段。

留。<sup>85</sup> 但联邦共和国的来文的内容没有指明, 该国接受的是过时提出的保留、<sup>86</sup> 保留的内容本身还是两者兼有。<sup>87</sup>

50. 但也有些实例比较清楚: 例如, 美国关于保加利亚、<sup>88</sup> 罗马尼亚和苏维埃社会主义共和国联盟对《关于便利旅游海关公约》第21条第2至3款所提保留的声明和来文, 确切说明不反对这些保留。美国还具体讲到, 将在对等条件下对每个保留国适用这条保留;<sup>89</sup> 依照1969年和1986年《维也纳公约》第21条第1款(b)项, 这是其权利。<sup>90</sup> 南斯拉夫对苏联的保留提出了类似声明,<sup>91</sup> 但其中还明确提及《关于便利旅游海关公约》中关于保留的对等适用的第20条第7款。<sup>92</sup> 尽管如此, 虽然美国和南斯拉夫声明的动机是为了强调保留的对等适用并提及《公约》第20条第7款, 但它们的确构成了不容置疑的明示接受。美国关于罗马尼亚和苏联对《道路交通公约》<sup>93</sup> 的保留的声明也是如此; 虽然《道路交通公约》没有与《关于便利旅游海关公约》第20条第7款相似的条

<sup>85</sup> 实际上, 国家只要不提出反对, 就视为接受保留。见1969年和1986年《维也纳公约》第20条第5款和上文第38段。

<sup>86</sup> 关于这个专题, 见准则草案2.3.1(过时提出的保留)及其评注, 《2001年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第185至189段。

<sup>87</sup> 准则草案2.6.2评注第(2)段和准则草案2.3.1评注都指出了对两个假设采用相同用语的不妥之处, 后者见《2001年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第157段, 评注第(23)段。另见关于对条约的保留的第八次和第九次报告, 《2003年……年鉴》(上见脚注4), 第101段, 和《2004年……年鉴》, 第二卷(第一部分), A/CN.4/544号文件, 第27段。

<sup>88</sup> 保加利亚后来撤回了这项保留(见《……多边条约》(上见脚注84), 第一卷, 第十一章A.6节, 注16)。

<sup>89</sup> 同上, 注16、19和20。

<sup>90</sup> 关于保留的对等问题, 见Müller, “Convention de Vienne de 1969: article 21”, 第901至907页, 第30至38段。

<sup>91</sup> 见《……多边条约》(上见脚注84), 第一卷, 第十一章A.6节, 注20。

<sup>92</sup> 《公约》第20条第7款实际上规定:

“缔约国不必给予保留国所提保留适用的条款所述的便利。享有此种权利的国家应相应通知秘书长。”

<sup>93</sup> 《……多边条约》(上见脚注84), 第一卷, 第十一章B.1节, 注17。希腊和荷兰关于苏联的保留的声明远没有这样清晰, 只讲到两国政府“对苏联而言, 不受其保留所针对条款的约束”(同上, 注18)。然而, 接受和简单反对均可产生此种效力。

款,<sup>94</sup> 但是美国的声明与其对《关于便利旅游海关公约》的声明几乎完全相同。

51. 由于没有成熟的明示接受的实践, 所以几乎只能参照1969年和1986年《维也纳公约》的条款及其准备工作材料来拟订提出明示接受及其适用程序的原则和规则。

52. 1986年《维也纳公约》第23条第1款规定:

保留、对保留的明示接受和反对保留, 均须以书面提出, 并通知各缔约国和缔约组织及有权成为该条约当事方的其他国家和国际组织。

该条款的准备工作材料结合准则草案2.1.1和2.1.5进行了分析;<sup>95</sup> 分析内容摘要见对两项草案的评注。<sup>96</sup> 在此不必再作一般性介绍, 仅提醒注意此前很少谈及接受保留的形式和程序问题。

53. 与反对相同,<sup>97</sup> 该条款规定明示接受和保留一样, 均须以书面提出, 并通知有关国家和国际组织。出于和反对问题相同的考虑, 《实践指南》框架中需注意到程序之间的协调一致; 为明确起见, 还需另以准则草案指出: 从定义出发,<sup>98</sup> 明示接受必须采用书面形式。

54. 下列准则草案似可满足上述目的:

#### “2.8.4 明示接受的书面形式

“保留的明示接受必须以书面形式提出。

<sup>94</sup> 《道路交通公约》第35条第1款只规定有关第32条(争端解决)的保留具有对等性, 但接受保留的国家不必作出此类声明。

<sup>95</sup> 关于对条约的保留的第六次报告, 《2001年……年鉴》, 第二卷(第一部分), A/CN.4/518和Add.1-3号文件, 第40至47段。

<sup>96</sup> 《2002年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 准则草案2.1.1评注第(2)至(7)段, 以及准则草案2.1.5评注第(5)至(11)段; 以及准则草案2.1.6评注第(3)至(4)段。另见《2006年……年鉴》(上见脚注19), 第87至91段。

<sup>97</sup> 见《2006年……年鉴》(上见脚注19), 第87至91段。

<sup>98</sup> 见上文第15段, 准则草案2.8, 第2款。

### “2.8.5 提出明示接受的程序

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

55. 某种意义上, 准则草案2.8.5与关于提出反对的程序的准则草案2.6.9基本对应, 理由也相同。<sup>99</sup>从委员会起草1969年《维也纳公约》第二十三条的工作——由此也产生了该条款的措辞——中明显可以看出, 保留、明示接受和反对均遵守相同的通知和通告规则。<sup>100</sup>

56. 准则草案2.8.4绝不是多余的。明示接受的事实本身, 并不一定意味着接受是以书面提出。准则草案2.8.4草案是参照1969年和1986年《维也纳公约》第23条第1款起草的, 而这一款规定明示接受须以书面形式提出; 另外, 鉴于接受相对于对条约的保留的法律制度、其有效性和效力的重要性, 采取书面形式也是必要的。虽然特别报告员们关于条约法的各种提议从未明确坚持明示接受必须采取书面形式, 但他们的处理方法一贯认为应采取较正式的形式。比如汉弗莱爵士的各项提案和草案要求当事国须于批准或核准条约时, 在文书中或以其他任何适当的正式程序作出明示接受, 其他情况下则须以正式通知提出;<sup>101</sup> 无论如何, 明示接受必须采取书面形式。关于保留、<sup>102</sup> 明示接受和反对的程序和形式的条款经过简化和修改之后, 委员会决定在条款草案第20条第1款(后来成为第23条第1款)中加入书面形式的问题。关于提出保留、<sup>103</sup> 反对和明示接受的书面

<sup>99</sup> 见《2006年……年鉴》(上见脚注19), 第87至94段。

<sup>100</sup> 特别见罗森先生的提议, 《1965年……年鉴》[英], 第二卷, A/CN.4/L.108号文件, 第73页, 以及同上, 第一卷, 第803次会议, 第197至199页, 第30至56段。另见《1966年……年鉴》[英](上见脚注14), 第270页, 条款草案第73条评注第(1)段。委员会的工作摘要, 见Pellet和Schabas, “Convention de Vienne de 1969: article 23”, 第974页, 第5段。

<sup>101</sup> 见《1962年……年鉴》[英](上见脚注29), 条款草案第18条第2款(a)项第(三)至(四)目, 第61页; 以及《1965年……年鉴》[英](上见脚注30), 条款草案第20条第3款, 第53页, 第13段。另见条款草案第19条第2款, 1962年委员会一读通过《1962年……年鉴》[英], 第二卷, A/5209号文件, 第176页)。

<sup>102</sup> 见Pellet和Schabas, 同前, 第974页, 第5段。

<sup>103</sup> 见上文第55段。

面形式和程序的适用条款的统一问题, 在委员会内部<sup>104</sup>或联合国条约法会议<sup>105</sup>上均未引起讨论。

57. 虽然据特别报告员所知, 确认在保留被确认前所表示的明示接受缺乏国家实践, 但1969年和1986年《维也纳公约》第23条第3款<sup>106</sup>明确规定:

在该项保留被确认前所提出的明示接受保留或反对保留无须予以确认。

58. 正如研究反对的确认问题时指出,<sup>107</sup> 常理指出, 在这方面, 明示接受和反对显然是相同的, 没有任何理由区别对待。《实践指南》只需要采用1969年和1986年《维也纳公约》的条款:

### “2.8.6 保留被正式确认前所提出的接受无须予以确认

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

59. 反过来讲, 在保留的明示接受方面, 《实践指南》没有必要加入与准则草案2.6.12(在表示同意接受条约约束之前作出的反对无须确认)相对应的准则草案:<sup>108</sup> 一方面, 根据第20条第5款的提法, 只有缔约国家或国际组织可提出接受, 因而排除了在表示同意接受约束前提出接受的假设;<sup>109</sup> 而且在实践中, 很难具体想象一国或国际组织提出这样的接受。总之, 务必避免鼓励这种做法(相当于引起保留), 因为它不符合“预防性反对”的目的, 即对打算提出反对国不可接受的保留的国家和国际组织提前发出“警告”。

<sup>104</sup> 见《1965年……年鉴》[英], 第一卷, 第813次会议, 第268至270页, 第72至93段, 以及第816次会议, 第284页, 第54至55段。

<sup>105</sup> 见A/CONF.39/14(上见脚注34), 第138至139页, 第190至196段。

<sup>106</sup> 关于该条款的准备工作材料, 见《2006年……年鉴》(上见脚注19), 第113段。

<sup>107</sup> 同上, 第114段。

<sup>108</sup> 同上, 第124段。

<sup>109</sup> 见上文第16段。

### 3. 接受对国际组织组成文书的保留

60. 1969年和1986年《维也纳公约》第20条第3款规定相同，内容如下：

条约是一国际组织的组成文书时，除另有规定外，保留需经该组织主管机关接受。

61. 该条款源于汉弗莱·沃尔多克爵士的第一次报告，他提出的条款草案第18条第4款(c)项如下：

诸边或多边条约如果是国际组织的组成文书，未经该文书明文许可的保留须经该组织主管机关的一项决定表示同意才可接受，而保留国才可获得文书缔约国的资格。<sup>110</sup>

特别报告员在第四次报告中采纳了相同意见，但条款草案第19条第3款起草得更为简洁：

除第3条(之二) [现第5条的来源] 的规定之外，在条约是一国际组织的组成文书时，应由该组织主管机关决定接受保留。<sup>111</sup>

62. 由国际组织主管机关裁决接受对其组成文书作出的保留的原则，在联合国条约法会议上受到严厉批评，特别是苏联认为：

还应删除委员会第17条第3款，因为国家提出保留的主权权利不应受制于国际组织的决定。<sup>112</sup>

63. 另一些代表团不太反对组织主管机关干预接受对其组成文书的保留这一原则，但认为1969年《维也纳公约》第五条的内容已涵盖这种特殊机制。该条款实际上使该《公约》适用于国际组织的组成文书，“但不妨碍该组织任何有关规则”，这就包括关

<sup>110</sup> 《1962年……年鉴》[英]（上见脚注29），第61页。另见委员会一读通过的条款草案第20条第4款，其中重申了有关组织主管机关干预的原则，但似仅限于对有关保留有效提出了反对的情况（同上，第二卷，A/5209号文件，第176和181页，第20条评注的第(25)段）。

<sup>111</sup> 《1965年……年鉴》[英]（上见脚注30），第54页。

<sup>112</sup> 《联合国条约法会议正式记录》（上见脚注44），第21次会议，第107页，第6段。

于接纳新成员或评价可能提出的保留的条款。<sup>113</sup> 但联合国条约法会议还是通过了前面的条款。

64. 1986年《维也纳公约》的准备工作材料也清楚显示，该《公约》第5条和第20条第3款不是相互排斥的，也没有重复。实际上，该《公约》加入第20条第3款，只是因为委员会经过再三犹豫，最后决定采纳一条与1969年《维也纳公约》第五条对应的条款。<sup>114</sup>

65. 按其自己的条件，由当事组织的机关接受对该组织组成文书提出的保留是完全合理的。对国际组织的组成文书的确不可采用灵活制度。<sup>115</sup> 因其主要目的在于成立新的法人；在此法人框架下，国家或成员组织之间的双边关系基本不可能是多样的。不得有多种“成员”地位，更不得有多种决策程序。这个原则的效用在下列情况中非常明显：某保留国被有些其他成员国视为组织“成员”，而同时另外一些国家则有条件地反对条约在其与保留国的双边关系中生效，将该国视为相对于组织及其组成文书的第三方。<sup>116</sup> 这样的解决办法造成组织成员地位的等级性或双边化，会阻碍有关国际组织的工作，所以是不可接受的。因此，委员会主要依照秘书长在这方面的做法，在一读通过的条款草案第20条第4款的评注中正确指出：

在文书构成国际组织的章程时，文书的完整性是压倒其他考虑因素的要素，应由组织成员通过主管机关确定可在何种程度上减损文书的完整性。<sup>117</sup>

<sup>113</sup> 见瑞士的修正案(A/CONF.39/C.1/L.97，同上(上见脚注34)，第135页，第179段第(四)项(b)和法国与突尼斯的共同修正案(A/CONF.39/C.1/L.113，同上，第179页第(四)项(c))。另参见下列国家的发言：法国(同上(上见脚注44)，第16段)、意大利的发言(同上，第120页，第77段)、瑞士的发言(同上，第21次会议，第111页，第40段)以及突尼斯的发言(同上，第45段)。同样，见Imbert，同前，第122页；和Mendelson, “Reservations to the constitutions of international organizations”, 第151页。

<sup>114</sup> 见《1982年……年鉴》[英]，第二卷(第二部分)，第36页，第20条的评注第(3)段。另见委员会内部的辩论，同上，第一卷，第1727次会议，第177至178页，第14至31段。

<sup>115</sup> 曼德尔森论证：

“国际组织的宪章与其他条约制度的形成不同，因为它是一个活的有机体，它的决定、决议、规章、划拨和其他都不断地对成员创设着新的权利义务。”

(同前，第148页)

<sup>116</sup> 见Müller, “Convention de Vienne de 1969: article 20”, 第854页，第106段；以及Mendelson，同前，第149至151页。

<sup>117</sup> 《1962年……年鉴》[英]，第二卷，A/5209号文件，第181页，第20条的评注第(25)段。



66. 此外，由国家或成员组织集体决定接受保留的合理性还在于：在接受任何新成员的程序中，成员们通过组织的主管机关参与，就须借此机会评价寻求组织成员地位的国家或组织的承诺内容和范围。因此，只有组织本身，具体而言就是主管机关，可以解释本组织的组成文书，并决定接受寻求加入者提出的保留。

67. 此外，在这方面采取的实践也肯定了这个原则。虽然除联合国秘书长以外的保存人的做法有些犹豫不决，<sup>118</sup> 但秘书长在印度对《政府间海事协商组织公约》的保留事件中清楚地阐明了立场。<sup>119</sup> 当时，他明确指出，“秘书长一贯认为应将这个问题交给有资格解释有关公约的机构”。<sup>120</sup> 可惜，《交给秘书长保存的多边条约》文集中当事组织主管机关表示接受的事例很少，主要是因为保存人一般不通知对保留的接受。我们还是可以看到，非洲开发银行明示接受了德意志联邦共和国和联合王国对1979年修正的《建立非洲开发银行协定》提出的保留。<sup>121</sup> 与此类似，亚太广播发展研究所理事会明示接受了法国对《建立亚太广播发展研究所的协定》的保留。<sup>122</sup> 另外，国际遗传工程和生物技术中心理事会接受了智利对《国际遗传工程和生物技术中心章程》提出的保留，并且该国的批准文书于同日生效。<sup>123</sup>

68. 毫无疑问，依照委员会采取的做法，准则草案2.8.7应采用1969年和1986年《维也纳公约》第20条第3款的规定，以强调对国际组织组成文书适用的接受保留规则的特殊性：

<sup>118</sup> 例如，美国在对国际组织组成文书提出的保留方面一贯采取一致同意原则（例见 Mendelson, 同前，第149页及第158至160页，以及 Imbert, 同前，第122至123页，脚注（186）），而联合王国则采取秘书长将问题交给当事组织主管机关的做法（同上，第121页）。

<sup>119</sup> 见 Mendelson, 同前，第162至169页，以及 Imbert, 同前，第123至125页。

<sup>120</sup> 见《大会正式记录，第十四届会议，附件》，议程项目65, A/4235号文件，第21段。另见《1965年……年鉴》[英]，第二卷，A/5687号文件，第102页，第22段，以及《……实务提要》（上见脚注58），第59页，第197至198段。

<sup>121</sup> 见《……多边条约》（上见脚注84），第一卷，第十章2(b)节，注7。

<sup>122</sup> 同上，第二卷，第二十五章3，注4）。

<sup>123</sup> 同上，第十四章7，注6。

#### “2.8.7 接受对一国际组织组成文书的保留

“若一条约为一国际组织的组成文书，除非另有规定，保留需经该组织的主管机关接受。”

69. 但该条款在1969年和1986年《维也纳公约》中不过是一个“保障条款”<sup>124</sup>，它将国际组织的组成文书（包括默认接受原则<sup>125</sup>）排除在灵活制度的适用范围之外，并明确指出：依照两项《维也纳公约》第21条第1款，保留经主管机构接受才能“成立”。特别报告员在有关对条约的保留的法律和实践的第一次报告中已经指出，在对组成文书的保留适用的法律制度方面，“第20条第3款远未解决可能出现以及实际出现的全部问题”<sup>126</sup>。多项问题仍悬而未决，如：什么是组织的组成文书？哪个机关有权决定接受保留？主管机关接受保留对各个成员国家和国际组织的反应有何效力？

70. 这些问题在1969年和1986年《维也纳公约》中找不到答案；在尝试解答这些问题之前，应明确指出：不可推定国际组织的主管机关表示接受对其组成文书的保留。依照两项《公约》第20条第5款，在12个月期限届满之时即可认为保留被接受的推定，只适用于该条第2款和第4款的情况。这个规定排除了第20条第3款的情况，即：除条约（此处为组织的组成文书）另有规定外，接受须为明示接受。

71. 在实践中，有些组织负责开会决定接纳新成员的主管机关的休会间隔超过12个月，<sup>127</sup> 很难甚至根本不可能遵守1969年和1986年《维也纳公约》第20条第5款规定的12个月期限；即使抛开这个问题，不经过当事组织主管机关表态的做法几乎是不可想象的。无论如何，组织机关早晚要对接纳新成员问题表态；没有这个决定，国家就不能被视为组织成员。即使当事国不必经组织正式发文而只要加入组

<sup>124</sup> Müller, “Convention de Vienne de 1969: article 20”, 第858页，第114段。

<sup>125</sup> 两项《公约》第20条第5款将对国际组织组成文书的保留排除在其范围之外，并明确指出它只适用于第20条第2至4款所述的情况。

<sup>126</sup> 《1995年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/470号文件，第154页，第137段。

<sup>127</sup> 一个例子是，《世界旅游组织章程》第10条规定，该组织大会每两年举行一次会议。

成文书即可被接纳为成员，两项《公约》第20条第3款也要求主管机关对此问题作出裁定。然而，可以想象，会有机关默示接受保留的情况，即机关在未对保留正式作出决定的情况下，接纳候选国参加组织的工作。<sup>128</sup>

72. 因此，至少在组织主管机关表示接受保留的问题上，单列一条准则重申推定接受保留的做法不适用于国际组织组成文书，不无裨益。

#### “2.8.8 不得推定接受对组成文书的保留”

“为适用准则2.8.7的目的，不得推定组织主管机关接受保留。准则2.8.1不适用。”

73. 1969年和1986年《维也纳公约》和准备工作材料<sup>129</sup>都没有对“国际组织的组成文书”这一用语的含义作出解释。

74. 仅以成立新的国际组织为目的、纯粹在于明确规定这个新法律主体的组成问题及组织结构的国际条约，无疑在1969年和1986年《维也纳公约》第21条第3款的适用范围内。此类条约构成严格意义上的国际组织“组成文书”，但实际很少见，<sup>130</sup>是一般规则的例外。

75. 绝大多数成立国际组织的条约实际都是由两部分组成的，一是有关组织的组织结构和运作的规则，二是设定组织和/或其成员国的具体义务的实质性规则。例如，在《联合国宪章》中，既有关于联合国的运作、结构和程序的条款，又有适用于联合国全体会员国的实质性规则，比如，第一条和第二条

条。在《联合国海洋法公约》<sup>131</sup>和《国际民用航空公约》（建立国际民航组织）中这两类规定并存的情形更加明显；这两项公约除成立国际组织之外，还有大量实质性条款。规定缔约国的实质性义务并成立监测和执行机关的条约，特别是关于商品的公约，也存在同样问题。<sup>132</sup>

76. 1969年和1986年《维也纳公约》第20条第3款避免妨碍国际组织运作的立法理由不适用于此类混合条约的所有条款。因此，曼德尔森建议将“‘组织性’条款[有关“组织的结构和运作”]和‘实质性’条款”区分开来。<sup>133</sup>前者单纯涉及组织结构，因此应遵守两项《公约》第20条第3款，而后者是独立于组成文书或可以独立于组成文书而存在的，“即使组织不存在仍具有法律内容”<sup>134</sup>；因此这位作者认为，这些实质性条款不应遵守两项《公约》第20条第3款规定的限制性更强的制度，除非有关条约另有规定。

77. 但实际上，纯粹涉及组织构成的条款和实质性的条款之间不易分别；在没有实践的情况下，采取某一标准将两者区分开来无疑是很不稳妥的。而且，第20条第3款只谈及条约本身，因此对组成文书的不同条款进行区分是值得商榷的。所以特别报告员认为，不必添加一项准则来试图界定国际组织“组成文书”的概念，而在准则草案2.8.7或2.8.8的评注中提出概念定义的困难问题则更为明智。

78. 关于由哪个主管机关决定接受保留的问题，在准备工作材料或1969年和1986年《维也纳公约》中也没有任何解答。这里的原因比较容易解释：因为无法凭空地普遍确定应由国际组织哪个主管机关决定接受保留。这个问题属于两项《公约》第5条的范围；该条规定，《公约》条款对国际组织组成文书的适用“不妨碍该组织的任何有关规则”。也就是说，

<sup>128</sup> 见土耳其对《国际海事组织公约》所提保留的事例（《……多边条约》（上见脚注84），第十二章第1节）。大会没有正式接受该保留。但大会接受土耳其参加其工作。这意味着接受批准文书和保留（Bishop Jr., “Reservations to treaties”, 第297至298页；Mendelson, 同前，第163页）。但曼德尔森似认为（同上），在技术意义上，这不是“默认”接受，而是“默示”接受（两者区别见上文第9段）。

<sup>129</sup> 委员会第4条的评注（《1966年……年鉴》[英]（上见脚注14），第191页）和第17条第3款的评注（同上，第（20）段）也都没有对“国际组织的组成文书”概念作出定义。

<sup>130</sup> 见教科文组织、粮农组织组成文书，以及万国邮联和国际电联的组成文书。

<sup>131</sup> 但由于该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”，因此不存在保留的问题。另见Pellet, “Les réserves aux conventions sur le droit de la mer”。

<sup>132</sup> 在讨论条款草案第19条第3款（现在的第20条第3款产生于此）时，罗森先生列举了这些类别的组成文书（《1965年……年鉴》[英]，第一卷，第798次会议，第159页，第44段）。

<sup>133</sup> 同前，第146页。

<sup>134</sup> 同上。

应由组织的规则确定接受保留的主管机关以及适用的表决程序和所需的法定多数。一般来讲，鉴于提出保留的背景情况，可以认为：所谓“主管机关”，是指决定接受保留国的加入请求的机关；如没有正式加入程序，则为有权解释组织的组成文书的机关。例如，印度对《政府间海事协商组织章程》的保留，在经过应遵守何种程序的争议之后，<sup>135</sup> 由海事协商组织理事会依照《公约》第27条接受；<sup>136</sup> 而土耳其对上述《公约》的保留则由大会（默示）接受。<sup>137</sup> 关于美国对《世界卫生组织组织法》的保留，由于《组织法》第七十五条规定，该组织大会有权裁决有关该项文书的解释的争议，因此秘书长征求大会的意见。最后，大会一致接受了美国的保留。<sup>138</sup>

79. 在《实践指南》中说明在适用1969年和1986年《维也纳公约》第20条第3款方面，组织的“主管机关”的含义显然不无裨益，其案文应写入准则草案2.8.7:

#### “2.8.9 接受对组成文书的保留的主管机关

“接受对国际组织组成文书的保留的主管机关，是有权决定接受提出保留者加入该组织或在不予接受的情况下，有权解释组成文书的机关。”

80. 还可能出现一个非常特别的问题，就是假设条约尚未生效或组织尚未建立，因而不存在组织的主管机关。在这种情况下，应由谁来决定保留可否接受？

81. 建立国际海事组织（时为海事协商组织）的《公约》甚至是《国际难民组织组织法》都发生过这种情况：若干国家在批准文书中对国际海事组织《公约》提出了保留或声明，<sup>139</sup> 而法国、危地马拉和美国

则打算在批准难民组织《组织法》时提出保留，<sup>140</sup> 虽然这两个组织的组成文书尚未生效。秘书长在行使这些公约保存人职能时，无法向该组织提交声明和/或保留的问题（因为组织还不存在），遂决定征求最直接相关国家（即已经成为《公约》缔约方的国家）的意见，并在没有异议的情况下将保留国视为组织的成员。<sup>141</sup>

82. 还应指出，虽然1969年和1986年《维也纳公约》第20条第3款不允许将“灵活”制度适用于对国际组织组成文书的保留，但也未禁止采取传统的一致同意制度作出决定。但秘书长的做法有这种倾向，因为他征求组成文书的所有缔约国家的意见。如果采纳奥地利在联合国条约法会议上提交的对此项条款的修正，可得到另一个解决办法：

如保留在条约尚未生效时提出，只有在该主管机关正式建立并接受保留时，保留提出国表示的同意才能产生效力。<sup>142</sup>

起草委员会在会议上没有采取这个办法，<sup>143</sup> 但曼德尔森对此表示支持，他还认为，“条约的生效不应考虑含有保留的文书，是为确保组织对保留的控制而付出的小小代价”。<sup>144</sup>

83. 组织控制保留问题确实是奥地利修正案所提解决办法的一个长处。但这个提案有一个不可否

<sup>140</sup> 这些声明引述于 Impert, 同前, 第40页, 脚注(6)。

<sup>141</sup> 见 Mendelson, 同前, 第162至163段。按照这种想法, 美国在联合国条约法会议上提出将第20条第3款改为如下案文:

“当条约是国际组织的组成文书时, 除该条约另有规定外, 应假定该条约具有如下性质: 在条约生效或组织开始运作之前, 并且在没有任何签署国提出反对的情况下, 可以成立保留。”(A/CONF.39/11 (上见脚注44), 第24次会议, 第130至131页, 第54段)

这项修正未获通过, 否则将大大扩大可表态国家的范围。

<sup>142</sup> A/CONF.39/C.1/L.3, 《联合国条约法会议正式记录》(上见脚注34), 第135页, 第179段第(四)项(a)。中国的修正案与此十分相似, 但似乎意味着保留国仍可成为文书缔约方。其表述为: “如保留在条约生效之前提出, 在主管机关正式建立后, 保留须经该主管机关随后接受。”(A/CONF.39/C.1/L.162, 同上, 第179段第(四)项(e))

<sup>143</sup> Mendelson, 同前, 第152至153页。另见《联合国条约法会议正式记录》(上见脚注34), 第137至138页和第239至240页。

<sup>144</sup> Mendelson, 同前, 第153页。

<sup>135</sup> 上见脚注119。

<sup>136</sup> 该条款规定, 在大会休会期间, 由理事会承担组织的职能。

<sup>137</sup> 见上文第71段和上文脚注128。

<sup>138</sup> 此案例特别见 Mendelson, 同前, 第161至162页。其他事例见上文第67段。

<sup>139</sup> 特别见厄瓜多尔、墨西哥、瑞士和美国的声明(《……多边条约》(上见脚注84), 第十二章第1节)。

认的缺点，就是让保留国在条约生效之前与组织的关系一直处于不确定状况，而且可能会持续很长时间。所以，人们自然想知道，秘书长采取的做法是否为一个更合理的解决办法。实际上，将保留交给已经成为组成文书缔约方的国家进行评价以获得他们的一致接受（无抗议或反对），会使保留国的处境更为妥当。该国与组织的组成文书和组织本身的关系可以更快确定。<sup>145</sup> 还应铭记，组织的同意其实就是组织成员国接受的总和。当然，在建立主管机关之前要求采用一致同意原则可能不利于保留国，因为大多数情况下（至少是对于全球性的国际组织而言），主管机关是通过过半数表决作出决定的。但即使缔约国或国际组织无法达成一致意见，提出保留国仍可在想要加入的组织的主管机关成立之后，再向其重新提交批准文书和附带的保留。

84. 从结果来看，两个解决办法似乎完全一样。但一个很大的区别在于，保留国在建立组织和主管机关审议其保留之前不会一直处于不确定的中间状态。这在法律稳定性上是一个很大的长处。绝对地说，似乎最好在谈判期间，各国或国际组织能达成协议，为组成文书签署到生效的这段不确定时期找到一个临时办法，例如将接受或拒绝保留的必要权交给负责成立新国际组织的临时委员会。<sup>146</sup>

85. 因此，在准则草案2.8.10中对1969年和1986年《维也纳公约》第20条第3款中的这一点作出明确说明似乎有必要，案文如下：

“2.8.10 在主管机关尚未成立时接受对国际组织的组成文书的保留

<sup>145</sup> 阿根廷对原子能机构组成文书的保留的事例显示，保留国的地位可以很快确定下来，而且基本取决于保存人。阿根廷的批准文书仅在三个月后即被接受（Mendelson，同前，第160页）。

<sup>146</sup> 联合国秘书长在为第三次联合国海洋法会议编写的文件中提出这个解决办法。在这份报告中，秘书长认为：“在海洋法公约生效之前，当然可以征求联合国系统某筹备委员会或其他某机关的意见”（《第三次联合国海洋法会议正式记录》，第六卷，A/CONF.62/L.13号文件，第128页，注26）。对在有些情况下难以确定何为“有资格接受保留的机关”的简短讨论，见准则草案2.1.5（保留的通知）第2款，《2002年……年鉴》，第二卷（第二部分），第103段，及评注（同上，第103段，评注第（28）至（29）段）。

“在准则2.8.7所述情形下，如组成文书尚未生效，保留须获得所有有关国家和国际组织的接受。准则2.8.1仍适用。”

86. 最后还应审议1969年和1986年《维也纳公约》第20条第3款对其他国家对国际组织的组成文书作出个别保留、对此类保留作出接受或反对的权利或权力的影响。也就是说，组织机关决定是否接受此类保留的权能是否排除组织其他成员个别作出反应的可能？这个问题看来可能有点奇怪。既然已经假定各国在组织主管机关框架下集体决定接受保留，为什么还要让它们个别发表意见呢？特别是对于在主管机关内未能使自己意见“得势”的国家而言，是否也不能开绿灯，重新启动对保留的争论，并且由此设想一种接受此类保留的双重或平行制度，从而在两种程序得出不同的结果时导致僵局呢？

87. 在联合国条约法会议上，美国对第17条第3款（后来成为第20条第3款）提出的修正案明确指出：“这种接受不妨碍任何缔约国提出对保留的反对”。<sup>147</sup> 全体委员会在第25次会议上以微弱多数通过了这一款，<sup>148</sup> 起草委员会将其纳入第17条的临时案文中，但这一款最终被委员会从《公约》的最后案文中删除，“因为对国际组织的组成文书的保留的反对问题是国际法委员会已经审议的一个专题[国际组织和国家之间的关系问题]的组成部分，在此期间这个问题将继续受一般国际法规范”。<sup>149</sup> 起草委员会的工作清楚显示，美国修正案的提法不够清楚，没有明确规定这种反对的法律效力问题。<sup>150</sup>

88. 实在讲，很难理解为什么成员国家或国际组织不能在国际组织框架之外个别表明对保留问题的态度并通知当事各方（包括该组织）自己的观点。这种表态可能不会产生任何具体法律效力，但不是一种孤立情况，而且没有严格意义上的法律效力不

<sup>147</sup> A/CONF.39/C.1/L.127（上见脚注34），第135页，第179段第（四）项（d）。

<sup>148</sup> 33票赞成、22票反对、29票弃权（A/CONF.39/11（上见脚注44），第25次会议，第135页，第32段）。

<sup>149</sup> A/CONF.39/14（上见脚注34），第137至138页，第186段。

<sup>150</sup> A/CONF.39/11（上见脚注44），第72次会议，第425至426页，第4至14段。

能说明此类声明没有意义：<sup>151</sup> 首先是保留国，其次是其他当事国，都可通过此类声明了解并评价单方面提出接受或反对的国家的立场，这无疑将有助于在组织主管机关内开展讨论。它们可以作为重要主体之间发起“保留对话”的基础，必要时还可供第三方参考以便对保留的有效性或范围作出判断。

89. 鉴于上述考虑，特别报告员认为，《实践指南》应增加一条准则草案明确指出：成员国家或国际组织有权就对组成文书所提的保留个别发表意见，不受国际组织机关决定接受保留的权能的影响。这一项准则完全不违反1969年和1986年《维也纳公约》，因为两项《公约》没有对此问题作出规定。

90. 按这种思路，准则草案2.8.11可重写如下：

“2.8.11 国际组织成员接受对组成文书的保留的权利

“准则2.8.7不排除作为国际组织成员的国家或国际组织就对所属组织的组成文书的保留的有效和适宜性表明立场的权利。这种意见本身没有法律效力。”

#### 4. 接受保留的不可逆性

91. 1969年和1986年《维也纳公约》都只有关于撤回反对的条款，<sup>152</sup> 而没有关于撤回接受保留的条款。这两项公约既未许可、也未禁止撤回保留。

92. 但从逻辑上说，1969年和1986年《维也纳公约》第20条第5款及其立法理由排除了在该条款规定中的12个月期限（或有关条约规定的其他任何期限）届满之后提出反对以质疑默认（或默示）接受的做法：一缔约国或国际组织如果在某个“临界日期”保持沉默因而被视为接受了保留，若干年之后还可以“反悔”，从而质疑当事国家或国际组织之间的条约关系，那么法律的稳定性将受到严重威胁。<sup>153</sup> 虽然缔约国完全可以在12个月期限（或有关条约规定的其他任

何期限）届满之后表示不赞同具体某项保留，但其过时的“反对”不再能够产生两项《公约》第20条第4款(b)项和第21条第3款所述的反对的正常效力。<sup>154</sup> 类似结论在扩大对保留的反对问题上同样成立。<sup>155</sup>

93. 对明示接受没有任何理由采取不同的办法。明示接受与默认接受产生的效力没有不同，<sup>156</sup> 不必进行深入研究；需指出的是，明示接受和默认接受原则上一样，效力是条约在提出保留的国家或国际组织与接受该保留的国家或国际组织之间，甚至有些情况下是在所有缔约国或国际组织之间生效。显然，由果溯因地质疑这些法律后果会严重危害法律的稳定性和条约在提出保留者与接受保留者之间双边关系中的地位。这个结论在明示接受的情况下也是成立的：即使依照善意原则（此处为1969年和1986年《维也纳公约》的明文规定），一国在应当表态时保持沉默的做法也会产生法律效力这一点毫无疑问，但这在国家以单方面声明方式表明立场的情况下更为明显；保留国和其他缔约国可以信赖提出明示接受的国家所表达的意愿。<sup>157</sup>

94. 1969年和1986年《维也纳公约》第20条第5款建立并确认的反对和接受之间的辩证关系，<sup>158</sup> 以及为稳定被保留以某种方式扰乱条约关系而确立的反对机制框架，必然意味着接受保留（无论是默认还是明示）是决定性的。

95. 因此，《实践指南》应增加一条准则草案，强调接受的终局性和不可逆性：

“2.8.12 接受保留的终局性和不可逆性

“明示和默认接受保留是终局性和不可逆的，不得事后撤回或修正。”

<sup>151</sup> 见《2006年……年鉴》（上见脚注19），第138段关于“预防性反对”的内容。

<sup>152</sup> 同上，第145至180段，关于撤回和修改对保留的反对的问题。

<sup>153</sup> 同上，第139至141段。

<sup>154</sup> 见准则草案2.6.15（过时的反对），第143段。

<sup>155</sup> 同上，第179段，以及准则草案2.7.9（禁止扩大对保留的反对）。

<sup>156</sup> 接受保留产生的效力问题将在特别报告员下一次报告中作进一步研究。

<sup>157</sup> 见，加以必要之变动，适用于能够产生法律义务的国家单方面声明的指导原则第一条（《2006年……年鉴》，第二卷（第二部分），第176段）。

<sup>158</sup> 见Müller, “Convention de Vienne de 1969: article 20”, 第822至823页，第49段；另见上文第27段。



# 对条约的保留

[议程项目4]

A/CN.4/586号文件

## 特别报告员关于准则草案2.1.9（说明保留的理由）的说明

[原文：法文]

[2007年7月26日]

### 目 录

	段次	页次
本报告所引用的多边文书.....		55
关于准则草案2.1.9的说明.....	1-13	55

### 本报告所引用的多边文书

	来源
《保护人权与基本自由公约》（《欧洲人权公约》）[英]（1950年11月4日，罗马）	联合国，《条约汇编》，第213卷，第2889号，第221页。
《保护人权与基本自由公约关于公约所建管制机制结构改革问题的第11号议定书》[英]（1994年5月11日，斯特拉斯堡）	同上，第2061卷，第A-2889号，第7页。
《关于难民地位的公约》[英]（1951年7月28日，日内瓦）	同上，第189卷，第2545号，第137页。
《公民及政治权利国际公约》（1966年12月16日，纽约）	同上，第999卷，第14668号，第171页。
《维也纳条约法公约》（1969年5月23日，维也纳）	同上，第1155卷，第18232号，第331页。
《欧洲补充路标和信号公约协定》[英]（1971年5月1日，日内瓦）	同上，第1142卷，第17935号，第225页。
《消除对妇女一切形式歧视公约》（1979年12月18日，纽约）	同上，第1249卷，第20378号，第13页。
《关于国家和国际组织间或国际组织相互间条约法的维也纳公约》（1986年3月21日，维也纳）	《联合国关于国家和国际组织间或国际组织相互间条约法的会议正式记录》，第二卷（联合国出版物，出售品编号E.94.V.5）。
《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》（1988年12月20日，维也纳）	联合国，《条约汇编》，第1582卷，第27627号，第95页。

### 关于准则草案 2.1.9（说明保留的理由）的说明

1. 特别报告员在关于对条约的保留的第十一次报告中阐述了提出反对这个问题，报告提出的准则草案2.6.10（说明理由）措辞如下：

反对应当尽可能说明作出反对的理由。<sup>1</sup>

2. 在2007年审议这条准则草案时，特别报告员遗憾地看到，此前未就保留的理由问题提出一项类似草案；其他若干委员也赞同这个意见。2007年5月15日至16日委员会委员<sup>2</sup>与人权机构的代表进行会谈时，也感到需要这样一项准则。<sup>3</sup>

<sup>1</sup> 《2006年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/574号文件，第111段。

<sup>2</sup> 见《2007年……年鉴》，第一卷，第2919次至第2920次会议。

<sup>3</sup> 同上，第二卷（第二部分），第398段，脚注572。

3. 委员会关于条约法的工作、《维也纳条约法公约》(以下称为“1969年《维也纳公约》”)和《关于国家和国际组织间或国际组织相互间条约法的维也纳公约》(以下称为“1986年《维也纳公约》”)均未以任何方式要求提出保留的国家或国际组织说明保留的理由和指出为什么该国或国际组织认为需要排除或修改条约某些条款或整个条约某些特定方面的法律效力。所以在维也纳制度下,给出保留理由不构成有效性的附加条件,也无人提议将之定为必要之举。

4. 但在有些公约文书中,国家必须说明保留的理由,解释提出保留的原因。《保护人权与基本自由公约》(《欧洲人权公约》)第57条是一个特别明显的例子,它规定:

(1) 任何国家在签署本公约或交存批准书时,在其国内现行任何法律与该条款不符的范围内,可就公约某一特定条款作出保留。对本条规定不得作出一般性保留。

(2) 依照本条作出的保留应扼要说明所涉法律。

相对于一般国际法,这项制度显然属于特别法;在这一制度下,阐述因哪项法律提出保留,构成对《公约》提出的任何保留有效的真实条件。欧洲人权法院在著名的贝利洛斯案中裁决,第57条(原第64条)第2款“不是简单的形式要求,而是一项实质性条件”。<sup>4</sup>法院认为,对理由或解释的要求

尤其是为其他缔约方和公约机关确保某项保留不超过当事国明文排除的条款的范围。<sup>5</sup>

不遵守给出理由(或解释)的要求,则保留无效。<sup>6</sup>

5. 虽然在一般国际法中,不说明理由不会自然而然带来如此极端的后果,但是欧洲人权法院1988年强调,一般而言,说明保留理由的原因和用处可推及所有的条约和保留。说明保留的理由不是进一

<sup>4</sup> 贝利洛斯诉瑞士案(欧洲人权法院,《A辑:判决和裁决》,第132卷,1988年4月29日的判决,第59段。

<sup>5</sup> 同上。

<sup>6</sup> 同上,第60段。

步限制国家和国际组织提出保留的附加条件。它不是一项鼓励指明提出保留原因的条款的客体或目的。说明理由让保留提出者不仅可以解释和澄清促使其提出保留的原因(可以包括(但不限于)国内法方面的、可能使得保留所针对的规定难以或无法执行的障碍),而且可以提供有用信息以供评价保留的有效性。在这方面,应铭记,评价一项保留是否有效也是保留提出者的责任。

6. 此外,保留提出者给出的理由和解释,也可方便有权评价保留有效性的实体的工作,这些实体包括其他缔约国家或组织、负责解释或执行条约的争端解决机构以及监测条约执行情况的机关。<sup>7</sup>因此,说明保留的理由也是国家和国际组织同其他缔约方和监测机构合作以便评价保留有效性的一种途径。<sup>8</sup>

7. 给出并解释提出保留者认为需要提出保留的理由,还有助于保留提出者与缔约国家和国际组织及监测机构(如有)之间展开富有成果的保留对话。这不仅有助于有关国家或国际组织依照1969年和1986年《维也纳公约》第20条表明接受或反对保留的意见,也有助于保留提出者本身尽可能消除其伙伴对其保留有效性的疑问,并使保留对话更有利于加深相互理解。

8. 说明理由(肯定是非强制性的)不是增加提出保留难度的一种附加要求,而是保留提出者和其他当事国家、国际组织或监测机构有效履行职能的有用方法。

9. 在实践中,说明理由的保留比说明理由的反对要少得多。各国提出保留时往往没有说明任何理

<sup>7</sup> 见关于对条约的保留的第十次报告(《2005年……年鉴》,第二卷(第一部分),A/CN.4/558和Add.1-2号文件,第151至180段),尤其是准则草案3.2(评估保留的有效性的权能),第176段。

<sup>8</sup> 委员会在关于对规范性多边条约(包括人权条约)的保留的初步结论中强调了这项同监测机构合作的义务:结论第9段说:“委员会呼吁各国同监测机构合作”(《1997年……年鉴》,第二卷(第二部分),第157段)。特别报告员的第十次报告进一步探究了这项合作义务(上见脚注7),第178至179段,并也是准则草案3.2.3(国家和国际组织与监测机构的合作)的规范对象。人权国际条约机构在2007年第六次委员会间会议上也强调了这项义务(见保留问题工作组会议的报告(HRI/MC/2007/5和Add.1,第19段,建议9的(a)项))。



由。例如，博茨瓦纳对《关于难民地位的公约》的批准书只提出如下保留，而没有作出任何解释：

对该公约第7、17、26、31、32和34条及第12条第1款提出保留。<sup>9</sup>

同样情况还有巴林对《消除对妇女一切形式歧视公约》的保留：

……巴林王国对公约下列条款提出保留：

—第2条，以确保公约在伊斯兰教法范围内执行；

—第9条第2款；

—第15条第4款；

—第16条，针对公约与伊斯兰教法规定相矛盾之处；

—第29条第1款。<sup>10</sup>

10. 但这种“描述式”的保留提法比所想象的要少得多。国家和国际组织往往有意识地指出提出某项保留的原因。在某些情况下，它们这样做纯粹出于方便性考虑，对评价保留的有效性没有特别帮助，而只能确证说明理由是出于这种方便性考虑。<sup>11</sup>但提出保留时所作的解释往往非常有助于澄清保留的理由。例如，巴巴多斯说明其对《公民及政治权利国际公约》第十四条的保留是因为执行有实际困难：

巴巴多斯政府声明保留不彻底执行公约第14条第3款(d)项所述无偿法律援助保障的权利；因为虽然巴巴多斯赞同该款所述原则，但由于执行上存在巨大困难，目前无法保障彻底执行该项规定。<sup>12</sup>

另一个例子(这种先例数不胜数)是刚果在对该《公约》第十一条提出保留时所作长篇解释：

<sup>9</sup> 联合国，《交给秘书长保存的多边条约：截至2006年12月31日的状况》(联合国出版物，出售品编号E.07.V.3)，第一卷，第五章，第2节。另见波兰对该《公约》的保留：“波兰共和国不接受第24条第2款规定的约束”(同上)。

<sup>10</sup> 同上，第四章，第8节。

<sup>11</sup> 法国对《欧洲补充路标和信号公约协定》的保留就是这种情况：“对于《路标和信号协定》第23条第3款之二(b)项，法国打算保留使用与行车方向相反一侧信号灯的可能，以便能够给出与行车方向同侧信号灯不同的指示。”

(同上，第十一章，B.24节)。

<sup>12</sup> 同上，第四章，第4节。另见冈比亚的保留(同上)。

刚果人民共和国政府声明认为自己不受第十一条规定的约束[……]

《公民及政治权利国际公约》第十一条与1983年4月21日第51/83号法案形成的刚果民事、商业、行政和金融诉讼法第386及其后各条存在矛盾、无法并存。根据后者的规定，在私法事项上，调解程序产生的裁决或命令，如其他执行方式无效，而应付金额超过20 000非洲法郎，同时18岁以上60岁以下的债务人恶意地使自己失去支付能力的，可通过债务拘禁予以执行。<sup>13</sup>

11. 一般来讲，说明理由不是确立保留有效性的正式义务。然而，在实践中，各国经常尽量解释保留的原因。鉴于上述理由，这种做法值得鼓励。

12. 另一方面，虽然鼓励说明保留的理由看起来是明智之举，但这种实践不应成为“合理”提出一般性和空泛的保留的方便烟幕。2007年会议第一部分通过的准则草案3.1.7(含糊、笼统的保留)规定：

保留的措辞，应能确定其范围，尤其应能评估其是否与条约的目的和宗旨相符。<sup>14</sup>

说明理由不能排除提出保留的措辞须使人能够评价其有效性这一要求。即便没有说明理由，保留本身应足以使人能够评价其有效性；说明理由只是对评价有效性起到便利作用。<sup>15</sup>

<sup>13</sup> 同上。

<sup>14</sup> 《2007年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第24页，第153段。

<sup>15</sup> 但在某些情况下，说明保留的理由所作的澄清，可有助于“受质疑的”保留被视为有效。例如，伯利兹对《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》的保留附上了如下解释：

“公约第8条要求缔约方考虑对某些犯罪移交其他刑事诉讼的可能性，如果此种移交被认为有利于适当的司法行政。”

“伯利兹法庭没有任何域外管辖权，因此完全不能受理在国外实施的罪行，除非罪行是其管辖范围内的人所实施、部分属于所辖地域之内部分属于所辖地域之外的罪行。此外，伯利兹《宪法》规定，负责提起公诉的检察长是不受政府控制的独立官员。”

“因此，伯利兹只能在本国《宪法》和法律允许的范围内执行公约第8条。”

(《……多边条约》(上见脚注9)，第六章，第19节)

13. 参照上述评论，委员会必然想要通过一项建议说明保留理由的准则草案。逻辑上讲，这项草

案应插入《实践指南》第二部分第一节（关于保留的形式和提出）中，其措辞可以如下：

---

如果没有这项解释，伯利兹的保留可能会被认为是“空泛或一般性的”，属于准则草案 3.1.7 所述情况。但说明理由之后，保留就显得更有理由。

“2.1.9 说明理由

“保留应当尽可能说明作出保留的理由。”

# 武装冲突对条约的影响

[议程项目5]

A/CN.4/578号文件\*

## 特别报告员伊恩·布朗利先生关于武装冲突对条约的影响的第三次报告

[原文：英文]

[2007年3月1日]

### 目 录

	段次	页次
本报告所引用的多边文书 .....		60
本报告所引用的著作 .....		60
导言 .....	1-5	61
条款草案 .....	6-67	61
条款草案第1条 范围 .....		61
评论 .....	6-10	61
条款草案第2条 用语 .....		61
评论 .....	11-15	62
(a) 条约 .....	11	62
(b) 武装冲突 .....	12-15	62
条款草案第3条 非自动终止或中止 .....		63
评论 .....	16-19	63
条款草案第4条 在发生武装冲突时可能终止或中止条约的征象 .....		63
评论 .....	20-25	63
条款草案第5条 关于实施条约的明示规定 .....		64
评论 .....	26-27	65
条款草案第5条之二 条武装冲突期间缔结条约 .....		65
评论 .....	28	65
条款草案第6条[撤回] .....	29	65
条款草案第6条之二 武装冲突中适用的法律 .....		65
评论 .....	30-31	65
条款草案第7条 根据条约目的和宗旨的必然含义实施条约 .....		65
评论 .....	32-56	66
(a) 条款草案第7条是否必要? .....	34	66
(b) 在第2款中列入提及编纂绝对法规则的条约的内容 .....	35	66
(c) 条约类别提示性清单的作用 .....	36	66
(d) 反对使用提示性清单 .....	37	66
(e) 列举有关确定发生武装冲突时某项条约应继续实施的因素 .....	38	66
(f) 条款草案第7条的拟定 .....	39-43	66

\* 纳入了 A/CN.4/578/Corr.1。

(g) 保留条款草案第7条所列类别 .....	44-45	67
(h) 国家实践的意义 .....	46-48	67
(i) 特别法的作用 .....	49-50	68
(j) 将列入条款草案第7条的条约类别 .....	51-55	68
(k) 各种备选办法 .....	56	69
条款草案第8条 中止或终止的方式 .....		69
评论 .....	57	69
条款草案第9条 中止条约的恢复 .....		69
评论 .....	58	69
条款草案第10条 行使单独或集体自卫权对条约的影响 .....		69
评论 .....	59-62	69
条款草案第11条 安全理事会的决定 .....		70
评论 .....	63-64	70
条款草案第12条 第三国作为中立国的地位 .....		70
评论 .....	65	70
条款草案第13条 终止或中止的情况 .....		70
评论 .....	66	70
条款草案第14条 终止或中止条约的重新生效 .....		70
评论 .....	67	70
附件 条款草案案文(本次报告提议的案文) .....		71

### 本报告所引用的多边文书

#### 来源

- 《维也纳条约法公约》(1969年5月23日, 维也纳) 联合国,《条约汇编》,第1155卷,第18232号,第331页。
- 《关于国家在条约方面的继承的维也纳公约》(1978年8月23日, 维也纳) 同上,第1946卷,第33356号,第3页。

### 本报告所引用的著作

McNAIR, Lord

*The Law of Treaties*. Oxford, Clarendon Press, 1961. 789 p.

REUTER, Paul

*Introduction to the Law of Treaties*. 2nd rev. ed. London, Kegan Paul, 1995. 296 p. José Mico 和 Peter Haggemacher 译(高级国际研究院出版物,日内瓦)

## 导言

1. 由于在五年期最后一届会议期间，国际法委员会忙于完成各议程项目或完成一读等紧迫事项，关于本专题的第一次报告和第二次报告<sup>1</sup>未在其结果中包括着手一读。而且，第二次报告仅摘要介绍了委员会和第六委员会分别就第一次报告进行的辩论。委员会在2006年第五十八届会议上循例讨论了第二次报告。

2. 在这种情况下，第一次报告仍是限定性的研究报告，第二次报告是对该研究报告的补充。第二次报告没有新起草的条款。

3. 在编写本报告时，一份很有用的秘书处备忘录被纳入了考虑，标题为：“武装冲突对条约的影响：对实践和理论的审查”。<sup>2</sup>

4. 阅读本报告的评论时请参考第一次报告所载评论。

5. 前两次报告所载条款草案第6条被撤回。

### 条款草案

#### 条款草案第1条 范围

本条款草案适用于武装冲突对国家间条约的影响。

#### 评论

6. 本条采用了《维也纳条约法公约》（以下称为“1969年《维也纳公约》”）第一条的规定（另见《关于国家在条约方面的继承的维也纳公约》第一条）。“条约”一词的定义见下文条款草案第2条。

7. 若干代表团在第六委员会认为，条款草案应适用于暂时适用的条款。<sup>3</sup>可以通过参照1969年《维也

纳公约》第二十五条的规定解决这个问题。还存在一些其他复杂问题，不过不宜在此阐述《公约》的规定。

8. 在2005年委员会第五十七届会议的辩论中，有人认为，应该扩大专题的范围，使其包括国际组织签订的条约。<sup>4</sup>也有代表在第六委员会中表示了类似的意见。<sup>5</sup>

9. 特别报告员认为，扩大专题范围的提议不太成熟，对“增加”本质上不同的主题事项的困难认识不足。2006年，大不列颠及北爱尔兰联合王国在第六委员会表示了以下保留意见：

联合国认为，最好不把涉及国际组织的条约纳入该专题范围，因为正如我国在讨论国际组织责任专题时指出的，国际组织种类繁多，职能各异。我国对研究是否能够处理好国际组织的专门性及其条约安排感到怀疑。另外，涉及国际组织和武装冲突的问题可能与国家和武装冲突产生的问题大相径庭。<sup>6</sup>

10. 特别报告员认为，不应轻易拒绝考虑这些因素。

#### 条款草案第2条 用语

#### 为本条款草案的目的：

<sup>4</sup> 见《2005年……年鉴》，第二卷（第二部分），第129段。

<sup>5</sup> 见下列国家的评论：奥地利（《大会正式记录，第六十一届会议，第六委员会》，第18次会议，第25段）；保加利亚（同行，第20段）；中国（同上，《第六十届会议，第六委员会》，第18次会议，第8段以及同上，《第六十一届会议，第六委员会》，第18次会议，第44段）；印度尼西亚（同上，《第六十届会议，第六委员会》，第20次会议，第9段）；约旦（同上，第19次会议，第32段以及同上，《第六十一届会议，第六委员会》，第18次会议，第85段）；摩洛哥（同上，《第六十届会议，第六委员会》，第11次会议，第41段）；尼日利亚（同上，第20次会议，第47段）；以及罗马尼亚（同上，《第六十一届会议，第六委员会》，第19次会议，第63段）。下述国家反对扩大专题：大韩民国（同上，《第六十届会议，第六委员会》，第18次会议，第31段）；印度（同上，《第六十一届会议，第六委员会》，第19次会议，第28段）；马来西亚（同上，第48段）；以及联合王国（同上，第44段）。

<sup>6</sup> 摘要见《大会正式记录，第六十一届会议，第六委员会》第19次会议，第44段。

<sup>1</sup> 分别见《2005年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/552号文件，和《2006年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/570号文件。

<sup>2</sup> A/CN.4/550和Corr.1-2（公布于委员会网站）。

<sup>3</sup> 见荷兰的评论（《大会正式记录，第六十届会议，第六委员会》，第18次会议，第40段）和马来西亚的评论（同上，《第六十一届会议，第六委员会》，第19次会议，第48段）。

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

(b) “武装冲突”是指战争或冲突状态，所涉武装行动由于其性质或范围可能影响武装冲突当事国之间或武装冲突当事国与第三国之间条约的实施，不论武装冲突任何当事方或所有当事方是否正式宣战或作出其他声明。

#### 评论

##### (a) 条约

11. 该定义来自1969年《维也纳公约》。委员会在1966年向大会提交的报告的委员会评注中解释了该定义的含义和适用。<sup>7</sup> 该定义适合条款草案的目的，而且，无论如何，委员会不宜试图修订《公约》。

##### (b) 武装冲突

12. 读者请参看第一次报告<sup>8</sup>和第二次报告<sup>9</sup>所載实质性评注。该材料现在在某些方面已经获得了补充。首先，2006年，关于是否纳入国内武装冲突的问题，第六委员会仍然存在意见分歧。完整的普查结果如下：

(a) 以下国家反对纳入：阿尔及利亚、<sup>10</sup> 奥地利、<sup>11</sup> 中国、<sup>12</sup> 哥伦比亚、<sup>13</sup> 印度、<sup>14</sup> 印度尼西亚、<sup>15</sup> 伊朗

<sup>7</sup> 《1966年……年鉴》[英]，第二卷，A/6309/Rev.1号文件，第187至189页，第(1)至(8)段。

<sup>8</sup> 《2005年……年鉴》(见上文脚注1)，第16至24段。

<sup>9</sup> 《2006年……年鉴》(见上文脚注1)，第8至13段。

<sup>10</sup> 《大会正式记录，第六十届会议，第六委员会》，第20次会议，第64段。

<sup>11</sup> 同上，第18次会议，第26段，以及同上，《第六十一届会议，第六委员会》，第18次会议，第25段。

<sup>12</sup> 同上，《第六十届会议，第六委员会》，第18次会议，第8段，以及同上，《第六十一届会议，第六委员会》，第18次会议，第45至46段。

<sup>13</sup> 同上，《第六十一届会议，第六委员会》，第18次会议，第64段。

<sup>14</sup> 同上，第19次会议，第28段。

<sup>15</sup> 同上，第19段。

伊斯兰共和国、<sup>16</sup> 葡萄牙、<sup>17</sup> 俄罗斯联邦<sup>18</sup>和联合国(初步意见)；<sup>19</sup>

(b) 以下国家赞成纳入：希腊、<sup>20</sup> 日本、<sup>21</sup> 马来西亚、<sup>22</sup> 摩洛哥、<sup>23</sup> 尼日利亚、<sup>24</sup> 荷兰、<sup>25</sup> 波兰、<sup>26</sup> 罗马尼亚、<sup>27</sup> 塞拉利昂<sup>28</sup>以及斯洛伐克。<sup>29</sup>

13. 统计的结果是，10国代表团反对，10国代表团赞成。委员会的辩论反映了这种意见分歧。<sup>30</sup>

14. 最后，可以着重指出以下几点。第一，政策方向的考量各不相同。第二，在实践中，而且事实上，国际武装冲突与非国际武装冲突有时没有区别。第三，条款草案第2条(b)项的拟订方式避免了对非国际武装冲突赋予任何自动效力。在这方面，必须注意下文条款草案第3条。

15. 无论如何，同事们普遍忽视“武装冲突”定义所附的限制性条件。定义是“为本条款草案的目

<sup>16</sup> 同上，《第六十届会议，第六委员会》，第18次会议，第2段，以及同上，《第六十一届会议，第六委员会》，第19次会议，第32段。

<sup>17</sup> 同上，《第六十一届会议，第六委员会》，第18次会议，第76段。

<sup>18</sup> 同上，第74段。

<sup>19</sup> 同上，第19次会议，第44段。

<sup>20</sup> 同上，《第六十届会议，第六委员会》，第19次会议，第36段。

<sup>21</sup> 同上，《第六十一届会议，第六委员会》，第18次会议，第28段。

<sup>22</sup> 同上，第19次会议，第50段。

<sup>23</sup> 同上，《第六十届会议，第六委员会》，第11次会议，第41段。

<sup>24</sup> 同上，第20次会议，第47段。

<sup>25</sup> 同上，《第六十一届会议，第六委员会》，第18次会议，第33段。

<sup>26</sup> 同上，《第六十届会议，第六委员会》，第19次会议，第18段。

<sup>27</sup> 同上，《第六十一届会议，第六委员会》，第19次会议，第63段。

<sup>28</sup> 同上，第70段。

<sup>29</sup> 同上，《第六十届会议，第六委员会》，第19次会议，第45段。

<sup>30</sup> 见《2005年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第139至140段；以及《2006年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第192至193段。

的”而提出的。委员会无意确定适用于一切情形的“武装冲突”定义。

条款草案第3条 非自动终止或中止

以下当事方之间的条约实施不因武装冲突的爆发而必然终止或中止：

(a) 武装冲突当事方之间；

(b) 一个或多个武装冲突当事方与第三国之间。

评论

16. 读者请参看第一次报告<sup>31</sup>和第二次报告<sup>32</sup>所載评注。案文有两处改动。标题被改动，“当然”一语被删除。在案文中，“当然”一语被删除，改为“必然”。

17. 正如在第一次报告所说明的，条款草案第3条是国际法学会1985年通过的决议的最重要成果。<sup>33</sup>在第六委员会中，多数代表团都认为条款草案第3条没有问题。奥地利认为，“条款草案第3条的基本概念是整套条款草案的出发点”。<sup>34</sup>若干代表团已经承认，条款草案第3条体现了一项基本政策，只是一个出发点。条款草案第3条的规定不妨碍其后的条款草案第4条至第7条的实施。应该依照顺序一并解读这一系列条款草案。

18. 某些代表团反对将“当然”改为“必然”，理由是，“必然”不够清晰精确。<sup>35</sup>特别报告员认为，两个用语的含义没有明显区别。

19. 在2005年委员会第五十七届和2006年第五十八届会议期间，第六委员会的普遍意见是，条款草案第3条具有积极作用，应该保留。

<sup>31</sup> 《2005年……年鉴》（见上文脚注1），第25至28段。

<sup>32</sup> 《2006年……年鉴》（见上文脚注1），第14至17段。

<sup>33</sup> Institute of International Law, *Yearbook*, vol. 61, part II, session of Helsinki 1985 (Paris, Pedone, 1986), 第278至283页。

<sup>34</sup> 《大会正式记录，第六十届会议，第六委员会》，第18次会议，第27段。

<sup>35</sup> 见下列国家的评论：奥地利，同上，第27段；哥伦比亚，同上，《第六十一届会议，第六委员会》，第18次会议，第65段；约旦，同上，第87段；以及马来西亚，同上，第19次会议，第51段。另见中国的评论，同上，第18次会议，第48段。

条款草案第4条 在发生武装冲突时可能终止或中止条约的征象

1. 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》第三十一条和第三十二条的规定；和

(b) 有关武装冲突的性质和范围。

评论

20. 读者请参看第一次报告<sup>36</sup>和第二次报告<sup>37</sup>所載评注。

21. 提及意图的文字在第六委员会引起了相当大的重视，出现了以下意见分歧：

(a) 以下国家赞成意图标准：阿尔及利亚、<sup>38</sup> 中国、<sup>39</sup> 希腊、<sup>40</sup> 印度、<sup>41</sup> 伊朗伊斯兰共和国、<sup>42</sup> 约旦、<sup>43</sup> 马来西亚、<sup>44</sup> 罗马尼亚、<sup>45</sup> 以及联合王国。<sup>46</sup>

<sup>36</sup> 《2005年……年鉴》（见上文脚注1），第29至54段。

<sup>37</sup> 《2006年……年鉴》（见上文脚注1），第18至28段。

<sup>38</sup> 见《大会正式记录，第六十一届会议，第六委员会》，第19次会议，第39段。

<sup>39</sup> 同上，《第六十届会议，第六委员会》，第18次会议，第9段，以及同上，《第六十一届会议，第六委员会》，第18次会议，第47段。

<sup>40</sup> 同上，《第六十届会议，第六委员会》，第19次会议，第37段。

<sup>41</sup> 同上，《第六十一届会议，第六委员会》，第19次会议，第28段。

<sup>42</sup> 同上，第32段。

<sup>43</sup> 同上，《第六十届会议，第六委员会》，第19次会议，第30段，以及同上，《第六十一届会议，第六委员会》，第18次会议，第88段。

<sup>44</sup> 同上，《第六十一届会议，第六委员会》，第19次会议，第52段。

<sup>45</sup> 同上，《第六十届会议，第六委员会》，第19次会议，第41段。

<sup>46</sup> 同上，第20次会议，第1段，以及同上，《第六十一届会议，第六委员会》，第19次会议，第44段。

(b) 以下国家认为意图标准存在问题：奥地利、<sup>47</sup> 保加利亚、<sup>48</sup> 哥伦比亚、<sup>49</sup> 法国、<sup>50</sup> 日本、<sup>51</sup> 葡萄牙、<sup>52</sup> 大韩民国、<sup>53</sup> 美利坚合众国。<sup>54</sup>

22. 在委员会的辩论中，也出现了类似的意见分歧。<sup>55</sup> 有人误认为条款草案第4条有遗漏之处，部分同事不愿意整体解读以及与后面的条款一起解读条款草案第4条的案文，这无助于提高辩论质量。条款草案第4条提及了1969年《维也纳公约》第三十一条至第三十二条的规定，但有些国家以及有些同事表示，应该提及该条约的案文或其目的和宗旨。第三十一条的案文如下：

#### 解释之通则

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

二. 就解释条约而言，上下文除指连同弁言及附件在内之约文外，并应包括：

(甲) 全体当事国间因缔结条约所订与条约有关之任何协定；

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

三. 应与上下文一并考虑者尚有：

<sup>47</sup> 同上，《第六十届会议，第六委员会》，第18次会议，第27段。

<sup>48</sup> 同上，《第六十一届会议，第六委员会》，第18次会议，第23段。

<sup>49</sup> 同上，第65段。

<sup>50</sup> 同上，《第六十届会议，第六委员会》，第11次会议，第75段。

<sup>51</sup> 同上，第20次会议，第22段。

<sup>52</sup> 同上，《第六十一届会议，第六委员会》，第18次会议，第77段。

<sup>53</sup> 同上，《第六十届会议，第六委员会》，第18次会议，第34段。

<sup>54</sup> 同上，第20次会议，第32段。

<sup>55</sup> 见《2005年……年鉴》，第二卷（第二部分），第151至154段，以及《2006年……年鉴》，第二卷（第二部分），第203段。

(甲) 当事国嗣后所订关于条约之解释或其规定之适用之任何协定；

(乙) 嗣后在条约适用方面确定各当事国对条约解释之协定之任何惯例；

(丙) 适用于当事国间关系之任何有关国际法规则。

四. 倘经确定当事国有此原意，条约用语应使其具有特殊意义。

23. 因此，这些规定既提到案文，也提到了目的和宗旨。与此相关的是，特别报告员不宜另起炉灶，而且，无论如何，委员会没有修订和修正1969年《维也纳公约》的授权。

24. 反对依赖意图的原因通常是，各缔约方的意图难以确定，但是，许多法律规则、包括立法和宪法规定都存在这个问题。委员会章程不是后现代主义邪说的正当理由。总的来看，在第六委员会里表达的两种意见之间的分歧或许实际上不是实质性分歧。1969年《维也纳公约》第三十一条已表明，可以通过各种途径确定条约的含义。无论如何，条约的存在和解释并不是抽象的意图的问题，而是缔约各方“通过使用的词语表达和根据周围情形确定的”<sup>56</sup> 意图的问题。最重要的是，解释的目的是什么？当然，解释的目的不是别的，就是要找出缔约方的意图。<sup>57</sup>

25. 有人建议，应该界定中止或终止的法律后果。<sup>58</sup> 但是，如果这样，就需要阐述1969年《维也纳公约》的规定，这不是一项适宜的工作。

#### 条款草案第5条 关于实施条约的明示规定

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。

<sup>56</sup> McNair, *The Law of Treaties*, 第365页。

<sup>57</sup> 见 Reuter, *Introduction to the Law of Treaties*, 第96页，第141至142段。

<sup>58</sup> 见奥地利的发言，《大会正式记录，第六十届会议，第六委员会》，第18次会议，第27段。



## 评论

26. 读者请参看第一次报告<sup>59</sup>和第二次报告<sup>60</sup>所载评注。在委员会和第六委员会，条款草案第5条的规定得到了普遍支持，但有人提出了若干建议，其大意是，必须将这两款分列为两条。特别报告员认识到这些建议的分量，提议将先前条款草案第5条第2款列为新的条款草案第5条之二。

27. 严格地说，该条草案是多余的，但大家普遍认为，为清楚起见，应该列入该项规定。

## 条款草案第5条之二 武装冲突期间缔结条约

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》规定缔结条约的能力。

## 评论

28. 项规定以前被列为条款草案第5条第2款，现在单列为独立的条款草案。“权能”一词被删除，改为“能力”。制订该条草案是为了反映武装冲突交战方之间在冲突期间缔结协定的经验。<sup>61</sup>

## 条款草案第6条

29. 特别报告员撤回了条款草案第6条。

## 条款草案第6条之二 武装冲突中适用的法律

武装冲突期间，设定标准的条约包括人权和环保条约仍予适用，但应根据适用的特别法，即武装冲突中适用的法律，确定这些条约的适用方式。

## 评论

30. 新规定草案源于对以前的条款草案第5条提出的某些答复。若干代表团在第六委员会中提议，

根据国际法院在核武器案的咨询意见中阐述的原则<sup>62</sup>列入一项规定，说明人权和适用的特别法，即在武装冲突中适用的旨在规范敌对行为的法律之间的关系。<sup>63</sup>有人也在委员会里表达了类似意见。<sup>64</sup>

31. 虽然严格地说，条款草案第6条之二体现的原则可能是多余的，但在本说明草案中，这项规定可以起到有用的澄清作用。

## 条款草案第7条 根据条约目的和宗旨的必然含义实施条约

1. 如果条约目的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；

<sup>62</sup> 以核武器进行威胁或使用核武器的合法性案，咨询意见，《1996年国际法院汇编》，第240页，第25段。

<sup>63</sup> 见美国的观点，《大会正式记录，第六十届会议，第六委员会》，第20次会议，第33段。

<sup>64</sup> 见《2005年……年鉴》，第二卷（第二部分），第159段；以及《2006年……年鉴》，第二卷（第二部分），第206段。

<sup>59</sup> 《2005年……年鉴》（见上文脚注1），第55至58段。

<sup>60</sup> 《2006年……年鉴》（见上文脚注1），第29至31段。

<sup>61</sup> 《2005年……年鉴》（见上文脚注1），第56至57段。

(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。

#### 评论

32. 读者请参看第一次报告<sup>65</sup>和第二次报告<sup>66</sup>所载评注。<sup>67</sup>

33. 条款草案第7条引起了相当多内容迥异的评论。发表的意见可以分类如下：

(a) 条款草案第7条是否必要？

34. 在第六委员会，若干代表团的立场是，鉴于条款草案第3条至第4条所起的作用，本条草案所有内容都是多余的。特别报告员比较倾向于这个立场，因此提出了以下建议：

说到底，解决办法也许就在提出条款草案的范围内。以此为依据，条款草案第7条将予以删除；正如已经强调的那样，其目的是进行提示和解释。接下来的问题是条款草案第7条所依据的材料找到一个适当的储存器。答复是明显的，就是准备一份由秘书处在特别报告员协助下编写的附件，其中载入对国家实践和判例法的分析。<sup>68</sup>

(b) 在第2款中列入提及编纂绝对法规则的条约的内容

35. 特别报告员认为，不可以列入编纂绝对法规则的条约或条约条款。<sup>69</sup>列入这些条约的可能性引

<sup>65</sup> 《2005年……年鉴》(见上文脚注1)，第62至118段。

<sup>66</sup> 《2006年……年鉴》(见上文脚注1)，第34至42段。

<sup>67</sup> 见《2005年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第167至175段；以及《2006年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第209至211段。

<sup>68</sup> 《2006年……年鉴》(见上文脚注1)，第37段。

<sup>69</sup> 见秘书处编制的备忘录(A/CN.4/550和Corr.1-2，第31段)，公布于委员会网站。

起了一个重大的一般国际法问题，这是一个非常困难的问题。而且，这个类别在性质上与提议的其他类别并不相似。

(c) 条约类别提示性清单的作用

36. 在第六委员会，至少五国代表团承认条约类别提示性清单的作用，但对提议类别的实质内容持有保留意见。<sup>70</sup>

(d) 反对使用提示性清单

37. 若干代表团反对使用条约类别提示性清单，或对其可行性表示怀疑。<sup>71</sup>

(e) 列举有关确定发生武装冲突时某项条约应继续实施的因素

38. 在第六委员会，六国代表团表示支持确认适用于确定发生武装冲突时某项条约应继续实施的相关因素。<sup>72</sup>值得指出的是，这一派的意见支持以某种形式保留条款草案第7条。

(f) 条款草案第7条的拟定

39. 在委员会2005年会议的辩论中，特别报告员对条款草案第7条的规定的政策作了以下解释：

特别报告员评论说，条款草案第7条涉及目的和宗旨包含有在武装冲突期间继续实施条约这一必然含义

<sup>70</sup> 见下列国家的发言：保加利亚，《大会正式记录，第六十一届会议，第六委员会》，第18次会议，第23段；约旦，同上，第89段；葡萄牙，同上，第78段；大韩民国，同上，《第六十届会议，第六委员会》，第18次会议，第36段；以及罗马尼亚，同上，第19次会议，第43段。

<sup>71</sup> 见下列国家的立场：印度，同上，《第六十届会议，第六委员会》，第18次会议，第64段；波兰，同上，第19次会议，第19段；联合王国，同上，第20次会议，第1段；以及美国，同上，第34段和同上，《第六十一届会议，第六委员会》，第19次会议，第41段。

<sup>72</sup> 见下列国家的意见：中国，同上，《第六十一届会议，第六委员会》，第18次会议，第49段；哥伦比亚，同上，第67段；印度，同上，第19次会议，第29段；马来西亚，同上，第54段；联合王国，同上，第44段；以及美国，同上，《第六十届会议，第六委员会》，第20次会议，第32段和同上，《第六十一届会议，第六委员会》，第19次会议，第41段。

的各种条约。第1款规定了武装冲突事件本身不会阻止这些条约实施的基本原则。第2款开列了清单，指出了部分此类条约。有人评论说，这样分类的作用是要就那些类型的条约的目的和宗旨建立一套可予辩驳的不充分假定，作为条约的目的和宗旨的证明，证明条约将在战争期间继续存在。他澄清说，虽然他并不是同意清单上所列全部类型的条约，但是，他却把它们列为供委员会考虑选定的可能对象。这一清单反映了几个世代的作者的看法，在很大程度上反映在可用的国家实践中，尤其是美国始于1940年代的实践中。这一条款草案虽然与第3条和第4条密切相关，但基本上是阐释性的，因此，可以排除在外。<sup>73</sup>

40. 事实上，条款草案第7条的规定非常灵活。而且，该条并不仅仅适用于提出的类别，而是普遍适用。因此，第二款规定：“有此特点的条约包括……”。

41. 在2005年大会第六十届会议上，美国在第六委员会中非常谨慎地阐述了使用类别的问题，这里必须再次引用美国的评论：

第7条依照条约目的和宗旨的含义处理条约实施问题。这是条款草案中最为复杂的一条。该条列出了12类条约，由于其目的和宗旨而含有在武装冲突期间应继续实施这些条约的含义。这种做法是有问题的，因为对条约进行这种粗略分类的尝试似乎总是失败。条约不会自动归为几类中的一类。此外，即便是对特定规定进行分类，不同缔约方之间的条约中的类似规定使用的语言和缔约方的意图也可能各不相同。比较有用的方法是，委员会可以列举出一些应予考虑的因素，供断定一个条约或其中的一些规定在武装冲突期间应当继续执行（或中止或终止）。在许多情形中，确定这些因素可以提供有用信息，指导各国的行动。<sup>74</sup>

42. 正如第二次报告所指出，<sup>75</sup> 条款草案第7条使用的类别或许有待改进，但事实上，多数类别直接来自领导当局的政策指示和法律评估以及相当丰

富的判例和实践。如果仔细研读第一次报告<sup>76</sup> 就会发现，使用的类别并不抽象，它们都有很深的法律渊源。

43. 在这种背景下，可以说，这些类别正好反映了美国在上述发言中提及的各因素。

#### (g) 保留条款草案第7条所列类别

44. 特别报告员在第二次报告中提出了一项试验性的提议，即删除条款草案第7条，但由秘书处编写一份附件，分析国家实践和判例法。<sup>77</sup> 特别报告员经过进一步思考，放弃了该提议，并决定保留条款草案第7条原来采取的做法。

45. 作出这项决定的原因如下（排列不分先后）：

(a) 条款草案第7条现有形式和秘书处备忘录有关部分仍然是一个良好的基础，可以在此基础上进行富有成果的讨论；<sup>78</sup>

(b) 列举有关因素的替代做法的提议没有充足的法律理由，而且很可能加重公认的现有类别存在的弊端；

(c) 特别报告员提出的类别是以相当丰富的法律经验和学理为基础的；

(d) 条款草案之间的顺序关系具有法律意义，应予以保留。

#### (h) 国家实践的意义

46. 若干代表团指出，在国家实践中，备选列入条款草案第7条的若干条约类别没有获得多少支持。<sup>79</sup> 在研究现有法律渊源后可以发现，存在着两种

<sup>73</sup> 《2005年……年鉴》，第二卷（第二部分），第167段。

<sup>74</sup> 摘要见《大会正式记录，第六十届会议，第六委员会》，第20次会议，第34段。

<sup>75</sup> 《2006年……年鉴》（见上文脚注1），第34段。

<sup>76</sup> 《2005年……年鉴》（见上文脚注1），第65段起。

<sup>77</sup> 《2006年……年鉴》（见上文脚注1），第37段。

<sup>78</sup> 见上文脚注2。

<sup>79</sup> 见下列国家的意见：智利，《大会正式记录，第六十一届会议，第六委员会》，第19次会议，第7段；约旦，同上，第18次会议，第89段；马来西亚，同上，第19次会议，第54

不同的情形。第一种情形涉及诸如条约设立永久制度等情况，这些情况在国家实践中有坚实的基础。第二种情形涉及的情况在国内法院判例和向法院提出的一些执行建议中有坚实的基础，但从传统意义上说，没有国家实践的支持。

47. 这些因素引起了下述重要问题：委员会是否应该排除得到可靠法律渊源实质承认但未获国家实践本身支持的条约类别？鉴于委员会的任务是促进“国际法的逐渐发展和\*编纂”，<sup>80</sup> 坚持认为纳入本条草案第二款的条约类别应该全部是现有一般国际法的组成部分这种想法似乎是不恰当的。这不是应适用的采纳标准。

48. 关于国家实践的证据，应该指出另外两个问题。第一，来自国家的实质性信息可能不多。第二，在这方面，确认有关国家实践极其困难。常常见到这样的情形，看上去很明显的国家实践例子涉及的法律原则却与武装冲突对条约的影响这个确切法律问题没有关系。例如，引用的一些现代国家实践<sup>81</sup> 多数都涉及情势根本变迁造成的影响<sup>82</sup> 或事后履行不能的情形，因此，这些实践与本事项无关。

#### (i) 特别法的作用

49. 若干代表团在第六委员会表示，条款草案第7条须澄清特别法的作用。因此，应该明确指出，继续实施的含义不影响武装冲突法作为武装冲突时期适用的特别法的实施。<sup>83</sup>

50. 特别报告员也认为应该作出这种澄清，因此，提议增列条款草案第6条之二。

#### (j) 将列入条款草案第7条的条约类别

51. 已经指出，特别报告员决定保留条款草案第7条目前的形式。虽然人们在有些方面对此提出了批评，但目前的格式仍然不失为进行进一步辩论的有用起点。还必须指出，有一定比例的所列类别有法律渊源的支持，包括一些国家实践的支持。或许可以说，如果保留使用条约类别的做法，那么，应该对现有的11个类别的选择作些变动。

52. 在审查现有资料时，秘书处在其备忘录（第17至78段）中提议的16个类别曾被予以仔细考虑。<sup>84</sup> 备忘录中提议的选择与第一次报告和第二次报告中条款草案第7条提出的选择有相当大的重叠。毫无疑问，今后，在第六委员会或委员会中，可能会有人提议列入在备忘录中提出但未在特别报告员的工作中呈交的一些类别。与此同时，特别报告员提议的选择被保留下来。

53. 应该指出，几乎没有提出删除特别报告员采用的类别的提议。但是，联合王国对列入环保条约表示了怀疑。<sup>85</sup>

54. 应该强调指出，这些类别是提示性的，而不是排他性清单。因此，条款草案第7条第1款明确规定，“发生武装冲突本身\*不妨碍这些条约的实施”。其次，该规定不妨碍可适用的法律（特别法或其他法律）的问题。符合逻辑的延伸是，如果条约的实施受到妨碍，那么，该条约必然不是可适用的法律的组成部分。

55. 最后指出，条款草案第7条属于提示性草案，起决定作用的是第1款。因此，“目的和宗旨”标准是通用标准。条款草案第7条从属于条款草案第3条至第4条。

段；以及大韩民国，同上，《第六十届会议，第六委员会》，第18次会议，第36段。

<sup>80</sup> 委员会章程第1条。

<sup>81</sup> 见 A/CN.4/550 和 Corr.1-2（上文脚注2），第82至91段。

<sup>82</sup> 见关于前南斯拉夫冲突的分析，同上，第111至113段。

<sup>83</sup> 见下列国家的意见：大韩民国，《大会正式记录，第六十届会议，第六委员会》，第18次会议，第36段；以及联合王国，同上，第20次会议，第1段。美国在讨论条款草案第5条时发表了类似的意见，同上，第33段。

<sup>84</sup> 见上文脚注2。

<sup>85</sup> 《大会正式记录，第六十届会议，第六委员会》，第20次会议，第1段。

## (k) 各种备选办法

56. 在进行冗长评述后, 应该根据关于条款草案第7条的各次讨论, 提出一个备选办法清单。似乎存在四种备选办法:

(a) 删除本条草案, 理由是, 已有条款草案第3条和第4条, 不需要本条草案;

(b) 保留本条草案目前的形式, 但对确认的适当条约类别作些改动;

(c) 提出一个新的第2款, 不依据条约类别, 而依据有关因素或标准;

(d) 删除条款草案第7条, 同时编写一份附件, 分析国家实践和判例法。

## 条款草案第8条 中止或终止的方式

发生武装冲突时, 中止或终止的方式应与《维也纳条约法公约》第四十二至四十五条规定的中止或终止形式相同。

## 评论

57. 第一次报告指出, 这一问题的要点源于考虑到中止或终止并不会根据事实本身发生, 也不会因法律的实施而发生。<sup>86</sup>

## 条款草案第9条 中止条约的恢复

1. 因武装冲突而中止的条约应恢复实施, 但须根据缔约方缔约时的意图确定。

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

(a) 《维也纳条约法公约》第三十一条和第三十二条的规定; 和

<sup>86</sup> 《2005年……年鉴》(见上文脚注1), 第119段。

## (b) 有关武装冲突的性质和范围。

## 评论

58. 条款草案第9条是条款草案第4条的进一步发展, 条款草案第4条制订了通用的意图标准。

## 条款草案第10条 行使单独或集体自卫权对条约的影响

依照《联合国宪章》规定行使单独或集体自卫权的国家, 有权全部或部分中止与行使这项权利行为不符的条约的实施, 但须承受因安全理事会日后确定该国为侵略者而引起的后果。

## 评论

59. 本条草案取代先前的条款草案第10条, 摘自国际法学会1985年通过的决议第7条。<sup>87</sup> 应该指出, 第一次报告阐述了该决议的有关规定(作为一种备选做法)。<sup>88</sup> 本条新草案的宗旨是反映人们在委员会和第六委员会中表达的担忧, 即本条草案前版本可能产生以下结果: 在涉及条约关系的法律效力方面, 侵略国与自卫国没有区别。以下国家在第六委员会发表了这样的意见: 阿尔及利亚、<sup>89</sup> 中国、<sup>90</sup> 法国、<sup>91</sup> 希腊、<sup>92</sup> 伊朗伊斯兰共和国、<sup>93</sup> 日本、<sup>94</sup> 马来西亚、<sup>95</sup> 和摩洛哥。<sup>96</sup>

60. 本条草案前版本如下:

根据一般国际法原则或《联合国宪章》的规定, 条约的终止或中止情事, 不受武装冲突当事方行为合法性的影响。<sup>97</sup>

<sup>87</sup> 见上文脚注33。

<sup>88</sup> 《2005年……年鉴》(见上文脚注1), 第123段。

<sup>89</sup> 《大会正式记录, 第六十届会议, 第六委员会》, 第20次会议, 第64段。

<sup>90</sup> 同上, 第18次会议, 第10段。

<sup>91</sup> 同上, 第11次会议, 第75段。

<sup>92</sup> 同上, 第19次会议, 第37段。

<sup>93</sup> 同上, 第18次会议, 第6至7段。

<sup>94</sup> 同上, 第20次会议, 第22段。

<sup>95</sup> 同上, 《第六十一届会议, 第六委员会》, 第19次会议, 第55段。

<sup>96</sup> 同上, 《第六十届会议, 第六委员会》, 第11次会议, 第42段。

<sup>97</sup> 《2005年……年鉴》(见上文脚注1)。

61. 替换前版本是出于务实的目的，以此作为一种澄清。但是，之所以需要澄清，实际上是因为对前版本存在误解。先前的草案是条款草案第3条的必然结果。爆发武装冲突并不自动导致终止或中止条约。无论如何，这项继续原则显然不妨碍适用于有关国家间关系的法律，包括关于国家使用或威胁使用武力问题的法律，也不妨碍《联合国宪章》第七章授予安全理事会的权力。这涉及一项法律安全方面的重要因素。<sup>98</sup> 联合王国在第六委员会中谈到了这一点：

我国认为，这条草案总体上是正确的。我国认为，本专题实质上涉及条约法的实施，因此不是审查使用武力法的合适场所。当然，我国同意普遍的意见，即侵略国不应从侵略行为中得利。但是，我国也同意特别报告员的意见，即允许仅仅以单方面断言存在非法使用武力为由终止或中止一项条约，可能有害于条约关系的稳定性。<sup>99</sup>

62. 意见分歧的根源是技术性和法律性的。继续原则（反映在条款草案第3条和第4条中）是依次或者说按顺序实施的，是全面适用的。因此，该原则丝毫不妨碍可适用法律的实施，这不是一项认证原则。

#### 条款草案第11条 安全理事会的决定

本条款不妨害安全理事会根据《联合国宪章》第七章规定所作决定的法律效力。

评论

63. 严格地说，这项但书是不必要的，但在一项说明性草案中仍然有其作用。应该指出，1969年《维也纳公约》第七十五条规定：

#### 侵略国问题

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

<sup>98</sup> 同上，第122段。

<sup>99</sup> 摘要见《大会正式记录，第六十届会议，第六委员会》，第20次会议，第1段。

64. 本条草案在委员会和第六委员会得到普遍支持。

#### 条款草案第12条 第三国作为中立国的地位

本条款草案不妨害第三国作为武装冲突中立国的地位。

评论

65. 严格地说，这项但书是不必要的，但仍然具有现实意义。本条草案在委员会和第六委员会得到普遍支持。

#### 条款草案第13条 终止或中止的情况

本条款草案不妨害基于下述原因而终止或中止条约：

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

评论

66. 可以说，这项保留也是不言而喻。但相信作此澄清具有一定的意义。

#### 条款草案第14条 终止或中止条约的重新生效

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

评论

67. 制订这项保留规定的具体目的是处理下述情形：“战前”协定地位不明，需要全面评估条约。在实践中，这种评估可能使地位不明的条约或被缔约一方或双方认为等于已被终止的条约重新生效。本条草案在委员会和第六委员会得到普遍支持。

## 附件

## 条款草案案文（本次报告提议的案文）

## 条款草案第 1 条 范围

本条款草案适用于武装冲突对国家间条约的影响。

## 条款草案第 2 条 用语

为本条款草案的目的：

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

(b) “武装冲突”是指战争或冲突状态，所涉武装行动由于其性质或范围可能影响武装冲突当事国之间或武装冲突当事国与第三国之间条约的实施，不论武装冲突任何当事方或所有当事方是否正式宣战或作出其他声明。

## 条款草案第 3 条 非自动终止或中止

以下当事方之间的条约实施不因武装冲突的爆发而必然终止或中止：

(a) 武装冲突当事方之间；

(b) 一个或多个武装冲突当事方与第三国之间。

## 条款草案第 4 条 在发生武装冲突时可能终止或中止条约的征象

1. 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》第三十一条和第三十二条的规定；和

(b) 有关武装冲突的性质和范围。

## 条款草案第 5 条 关于实施条约的明示规定

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。

## 条款草案第 5 条之二 武装冲突期间缔结条约

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》规定缔结条约的能力。

条款草案第 6 条<sup>a</sup>

.....

## 条款草案第 6 条之二 武装冲突中适用的法律

武装冲突期间，设定标准的条约包括人权和环保条约仍予适用，但应根据适用的特别法，即武装冲突中适用的法律，确定这些条约的适用方式。

## 条款草案第 7 条 根据条约目的和宗旨的必然含义实施条约

1. 如果条约目的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；

<sup>a</sup> 特别报告员撤回了条款草案第 6 条。

(e) 保护环境条约；

(f) 关于国际水道和有关装置和设施的条约；

(g) 多边造法条约；

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

(i) 与商业仲裁和执行裁决有关的多边公约引起的义务；

(j) 外交关系条约；

(k) 领事关系条约。

#### 条款草案第 8 条 中止或终止的方式

发生武装冲突时，中止或终止的方式应与《维也纳条约法公约》第四十二至四十五条规定的中止或终止形式相同。

#### 条款草案第 9 条 中止条约的恢复

1. 因武装冲突而中止的条约应恢复实施，但须根据缔约方缔约时的意图确定。

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

(a) 《维也纳条约法公约》第三十一条和第三十二条的规定；和

(b) 有关武装冲突的性质和范围。

#### 条款草案第 10 条 行使单独或集体自卫权对条约的影响

依照《联合国宪章》规定行使单独或集体自卫权利的国家，有权全部或部分中止与行使这项权利行为不符的条约的实施，但须承受因安全理事会日后确定该国为侵略者而引起的后果。

#### 条款草案第 11 条 安全理事会的决定

本条款不妨害安全理事会根据《联合国宪章》第七章规定所作决定的法律效力。

#### 条款草案第 12 条 第三国作为中立国的地位

本条款草案不妨害第三国作为武装冲突中立国的地位。

#### 条款草案第 13 条 终止或中止的情况

本条款草案不妨害基于下述原因而终止或中止条约：

(a) 当事方达成协定；或

(b) 发生重大违约情事；或

(c) 事后履行不能；或

(d) 情况发生根本变化。

#### 条款草案第 14 条 终止或中止条约的重新生效

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



# 引渡或起诉义务（或引渡或起诉）

[议程项目6]

A/CN.4/585号文件\*

## 特别报告员兹齐斯拉夫·加利茨基先生关于引渡或起诉义务 （或引渡或起诉）的第二次报告

[原文：英文]

[2007年6月11日]

### 目 录

	段次	页次
本报告所引用的多边文书 .....		74
本报告所引用的著作 .....		74
序言 .....	1-4	74
导言 .....	5-8	75
章次		
一. 初步报告回顾：委员会新当选委员面临的老问题和新问题 .....	9-72	75
A. 委员会第五十八届会议上的专题审议情况 .....	9-19	75
B. 委员会特别有兴趣听取各国评论的具体问题 .....	20	77
C. 大会第六十一届会议期间第六委员会关于引渡或起诉义务的讨论 .....	21-39	77
1. 一般性评论 .....	22	77
2. 专题范围 .....	23-24	77
3. 义务的习惯法性质 .....	25-28	77
4. 义务的范围和内容 .....	29-30	78
5. 义务所涵盖的罪行 .....	31-33	78
6. 其他事项 .....	34-39	78
(a) 与普遍管辖权的联系 .....	34	78
(b) 向国际刑事法庭交出嫌疑人 .....	35	78
(c) 国内立法和实践 .....	36-38	78
(d) 委员会工作的最终结果 .....	39	79
D. 特别报告员关于国际法委员会和第六委员会对初步报告的辩论的结论意见 .....	40-60	79
E. 从各国政府收到的评论和资料 .....	61-72	81
1. 载有“或引渡或起诉”义务的国际条约 .....	64-65	81
2. 国内法律规范 .....	66-68	81
3. 司法实践 .....	69-71	82
4. 罪行或犯法行为 .....	72	82
二. 关于引渡或起诉义务的规则草案：起点 .....	73-116	83
A. 条款草案的适用范围 .....	73-104	83

\* 纳入了 A/CN.4/585/Corr.1。

1. 时间要件 .....	79-81	83
2. 实质要件 .....	82-93	83
3. 属人要件 .....	94-104	84
B. 今后的工作计划 .....	105-116	86

### 本报告所引用的多边文书

#### 来源

《欧洲引渡公约》[英]（1957年12月13日，巴黎）	联合国，《条约汇编》，第359卷，第5146号，第273页。
《关于制止非法劫持航空器的公约》[英]（1970年12月16日，海牙）	同上，第860卷，第12325号，第105页。
《国际刑事法院罗马规约》（1998年7月17日，罗马）	同上，第2187卷，第38544号，第3页。

### 本报告所引用的著作

#### AMNESTY INTERNATIONAL

*Universal Jurisdiction: The Duty of States to Enact and Implementation Legislation*. London, International Secretariat, September 2001.

#### ENACHE-BROWN, Colleen 和 Ari FRIED

“Universal crime, jurisdiction and duty: the obligation of *aut dedere aut judicare* in international law”, *McGill Law Journal*, vol. 43, issue 3, October 1998, pp. 613-633.

#### PLACHTA, Michael

“*Aut dedere aut judicare*: an overview of modes of implementation and approaches”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 6, 1999, pp. 331-365.

#### PRINCETON PROJECT ON UNIVERSAL JURISDICTION

*The Princeton Principles on Universal Jurisdiction*. Princeton, New Jersey, Program in Law and Public Affairs, 2001. 67 p.

### 序言

1. 本报告阐述引渡或起诉义务（或引渡或起诉），是这个专题的特别报告员编写的第二次报告。国际法委员会委员在委员会第五十八届会议期间讨论了2006年提交的初步报告<sup>1</sup>。

2. 然而，自那时以来，虽然该专题在形式上得到延续，但委员会大约一半委员都因大会2006年11月举行的选举而被替换。因此，特别报告员认为，本报告摘要叙述初步报告阐明的主要思想并概述委员会和第六委员会2006年的讨论情况，乃是明智之举，甚至是必要的。古老的拉丁格言“重复是学习之母”似乎适用于目前的情况。

3. 此外，鉴于委员会委员在2006年全会辩论期间表达了不同的观点，因此似乎有必要在着手切实

制定关于引渡或起诉义务的可能规则或条款草案前，征求新委员对初步报告所述最具争议性的事项的看法。因此，特别报告员将在本报告中，力求主要为委员会新委员阐述或重申若干基本问题，以避免今后可能出现任何混淆。

4. 应争取各国对委员会在去年的报告第三章所列述的问题作出更广泛的回应，这似乎也对进一步开展本专题的工作至关重要。<sup>2</sup> 迄今为止，只有20个国家送发了有关这些问题的评论意见和资料。<sup>3</sup> 这似乎不足以构成一个充分基础来据以得出确切结论，从而确定最终如何编纂有关引渡或起诉义务的适当规则。在这种情况下，似乎有必要重申一下去年向各国提出的请求。

<sup>1</sup> 《2006年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/571号文件。

<sup>2</sup> 同上，第二卷（第二部分），第30段。

<sup>3</sup> 详情见 A/CN.4/579 和 Add.1-4（转载于本卷），以及下文第61至72段。

## 导言

5. 委员会在其2004年第五十六届会议上，根据长期工作方案工作组的建议，指定将“引渡或起诉义务（或引渡或起诉）”这个专题列入其长期工作方案。一份阐述该专题可采用的整体结构和审议办法的研究大纲附于当年的委员会报告之后。<sup>4</sup>大会在2004年12月2日第59/41号决议中注意到委员会关于其长期工作方案的报告。

6. 委员会在2005年8月4日举行的第2865次会议上考虑选择一个新的专题，供列入委员会目前的工作方案，并且决定将“引渡或起诉义务（或引渡或起诉）”这个专题列入其议程，还任命兹齐斯拉夫·加利茨基先生为这个专题的特别报告员。<sup>5</sup>大会在2005年11月23日第60/22号决议第5段中赞同委员会将这个专题列入其工作方案的决定。

7. 应当回顾，这个专题曾出现在委员会1949年第一届会议的计划专题清单上，<sup>6</sup>但是几乎被遗忘了半个多世纪，直至1996年才在《危害人类和平及安全治罪法》草案第8条至第9条中被简短提及。<sup>7</sup>这两个条款简单勾画出“或引渡或起诉”原则及与其相关的普遍管辖权原则的轮廓。必须记住，该《治罪法》草案

<sup>4</sup> 见《2004年……年鉴》，第二卷（第二部分），附件，第21至24段，关于这个专题的研究提纲，以及第362段。

<sup>5</sup> 《2005年……年鉴》，第二卷（第二部分），第500段。

<sup>6</sup> 《1949年……年鉴》[英]，A/925号文件，第283页，第16段第（4）项。

<sup>7</sup> 委员会在1996年第四十八届会议上通过并作为委员会该届会议工作报告的一部分提交大会的上述条款案文如下：

大体上是对1996年存在的习惯国际法进行的一次编纂工作，而不是国际法的逐渐发展，两年后随着《国际刑事法院罗马规约》的通过，这一点已得到证实。

8. 实际上，委员会先前曾在其1994年第四十六届会议通过的《国际刑事法院规约》草案第54条中，对“引渡或起诉义务”加以阐述，<sup>8</sup>并将之作为委员会该届会议工作报告的一部分提交大会。然而，1996年《危害人类和平及安全治罪法》草案<sup>9</sup>所规定的“义务”似乎比先前1994年《规约》草案中载有的更具有一般性，范围也更加广泛。

### “第8条 管辖权的确定

“在不妨害国际刑事法院管辖权的情形下，每一缔约国应采取必要措施确定其对第17、第18、第19和第20条所载罪行的管辖权而不论这些罪行的实施地点或实施者为何。对第16条所载罪行的管辖权应归于国际刑事法院。但不排除由第16条中所指的一国就该条所载罪行审判其国民。”

（《1996年……年鉴》，第二卷（第二部分），第29页）

### “第9条 引渡或起诉的义务

“在不妨碍国际刑事法院的管辖权的情形下，在其领土上发现据指控有第17、第18、第19或第20条所述罪行之个人的缔约国应引渡或起诉该个人。”

（同上，第32页）

### <sup>8</sup> “第54条 引渡或起诉的义务

“对于涉及第20条(e)项所述罪行的案件，作为本规约缔约国和有关条约缔约国但尚未按第21条第1款(b)项第(一)目的目的接受本法院对罪行的管辖权的拘留国，应采取一切必要步骤将涉嫌者引渡给请求国予以起诉或将此案提请其主管当局予以起诉。”

（《1994年……年鉴》，第二卷（第二部分），第65页）

<sup>9</sup> 《1996年……年鉴》，第二卷（第二部分），第19页。

## 第一章

### 初步报告回顾：委员会新当选委员面临的老问题和新问题

#### A. 委员会第五十八届会议上的专题审议情况

9. 关于引渡或起诉义务（或引渡或起诉）的初步报告<sup>10</sup>是特别报告员2006年提交委员会第五十八

届会议的。这份报告由特别报告员编写，初步提出一些与本专题实质有关的刍议，指出了供进一步审议的最重要问题，并载有一个关于在这个领域委员会今后工作的路线草图。

10. 委员会在2006年第五十八届会议上审议了特别报告员的初步报告，包括拟议的初步行动

<sup>10</sup> 见上文脚注1。

计划。<sup>11</sup>有人在辩论中建议，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“庇护所”。有人提议可将专题进一步限制在特定类型的罪行范围内，例如，那些特别严重并威胁整个国际社会的罪行。还有人建议应把国际法规定的（条约文书界定的）罪行同国际习惯法所认定的罪行（比如战争罪、灭绝种族罪和危害人类罪）区分开来。大家普遍支持将仅为国内法规定的罪行排除于研究范围之外。

11. 另外，有人注意到，在条约规定的罪行方面，现存义务形式更为有限。例如，人们注意到，包括所谓制止国际恐怖主义的部门性公约在内的许多条约都含有一个更谨慎的表述，即有义务“为起诉目的”将案件提交给主管当局，而非有义务“起诉”。有人回顾，各国政府通常不接受“起诉”的义务，因为诉权独立是国内刑事程序中的一个主要原则。

12. 有人建议，委员会应侧重于现行条约中的空白，比如刑罚的执行和在遵守起诉义务方面缺乏监督制度。关于是否存在引渡或起诉的习惯性义务问题，有人建议说，任何这类义务都必须以现行条约采用的两级制度为基础，其中规定某些国家拥有优先管辖权，而其他国家则在被控罪犯没有被引渡到具有优先管辖权的国家时才有义务行使管辖权。

13. 关于引渡的义务，有人指出，这类义务是否存在取决于当事方之间的条约和当时的情况。另外，由于国内法给各种罪行的定义通常非常明确，问题必然在于是否有义务在明确界定的情形下对一个有明确定义的罪行予以引渡或起诉。还有人提到，大多数复杂的引渡问题都是以务实方式解决的。有些委员认为，至少就国际法规定的罪行来说，引渡或起诉的义务已获得习惯法地位。如果看得更远些，递解出境程序也与本专题相关。

14. 有人还建议，委员会可以审议在引渡过程中所遇到的实际困难，包括：证据充分性的问题；存在过时的双边和多边条约以及国内法，允许以多种

理由拒绝和限制引渡国民的问题；以及保障被引渡个人权利的具体措施，特别是在引渡可能导致该人遭受酷刑、死刑或甚至无期徒刑的情况下保障被引渡人权利的具体措施未获承认的问题。也有人指出，在发生国际罪行的情况下，对引渡的有些限制不予适用。

15. 有些委员告诫说，不要审议引渡法的技术问题。本专题和拉丁法谚“或引渡或起诉”的确切含义具体涉及的是：如不引渡，即产生起诉的义务。因此，应当侧重于触发起诉义务的条件。有人认为，委员会不应处理这个问题的所有附带规则，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，应将侧重点限制在拟订次要规则的范围内。

16. 人们普遍表示应当明确区分引渡或起诉义务的概念和普遍刑事管辖权的概念。有人回顾说委员会已经决定侧重于前者而非后者，即使这两个概念对于某些罪行而言同时存在。有人指出，本专题不必研究域外刑事管辖权问题。尽管如此，如果委员会打算着手审议普遍管辖权的概念，有人建议审议不同种类的普遍管辖权，尤其是审议此种管辖权是具有任意性还是具有强制性的问题。还有人认为，应当审议是否只有当某人身处某一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普遍管辖权为由要求从另一国家引渡某人。

17. 有人建议说，既然各现有法庭有自己的特别法规则，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”。按照另一种观点，有必要在尽可能的范围内支持这第三种途径。有人建议说，特别报告员应对国家实践展开系统研究，侧重于当代实践，包括国内判例。

18. 关于最后形式的问题，人们虽然承认审议该问题的时机尚不成熟，但表示应当最后制定一套条款草案，然而有人指出，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。

19. 然而，特别报告员决定在其提出的本次报告中，建议——至少是暂时地建议开始拟订涉及今后条款草案适用范围的第一条规定。

<sup>11</sup> 见《2006年……年鉴》，第二卷（第二部分），第214至232段。关于辩论情况摘要，特别见第220至229段，本报告的这个部分大都以这几段为依据。

## B. 委员会特别有兴趣听取各国评论的具体问题

20. 同往常一样，委员会在第五十八届会议报告的第三章中纳入了委员会特别想听取各国评论的具体问题一览表。除其他外，该表确定了一些关于引渡或起诉义务（或引渡或起诉）的问题。委员会宣布，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，这类资料应涉及：

(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（或引渡或起诉）的国内法规，包括宪法条款、刑法或刑事诉讼法典；

(c) 反映“或引渡或起诉”义务之适用情况的本国司法实践；

(d) 在本国法律或实践中，适用“或引渡或起诉”义务原则的罪行或犯法行为。<sup>12</sup>

委员会还表示，也欢迎各国政府提供它们认为可能与本专题相关的任何其他资料。<sup>13</sup>

## C. 大会第六十一届会议期间第六委员会关于引渡或起诉义务的讨论

21. 本次报告本节主要取材自题为“秘书处编制的关于大会第六十一届会议期间第六委员会讨论的专题摘要”<sup>14</sup>的文件。特别报告员决定保留秘书处就专题摘要这一部分采用的体例以及副标题，这样可以更清楚明了、更透明地反映第六委员会中各代表团的看法和意见。由于各国根据去年委员会报告第三章所载要求提交的书面意见数量很少，因此第六委员会中各代表团所表达的意见作为陈述各国有关本专题的意见和实践特别重要。

<sup>12</sup> 《2006年……年鉴》，第二卷（第二部分），第30段。

<sup>13</sup> 同上，第31段。

<sup>14</sup> A/CN.4/577 和 Add.1-2。特别报告员谨此感谢秘书处提供了十分积极的协助，为本报告的编写收集材料并加以系统化。

## 1. 一般性评论

22. 在大会2006年第六十一届会议期间，第六委员会各代表团欢迎特别报告员的第一次报告，一些代表团赞同报告所采用的总体做法。一些代表团认为，委员会应首先分析相关条约、国内立法和实践，并建议秘书处协助特别报告员进行这项工作。

## 2. 专题范围

23. 有人表示支持在委员会中提出的对专题范围问题采取慎重态度的看法。但另一种看法是，这一专题实应作为更为广泛的管辖权研究的一部分。有人提议，委员会也应审议引渡程序，但有人认为，委员会不应该审查引渡法和递解出境问题。一些代表团请委员会审查相关的普遍管辖权原则，或至少审查本专题和这项原则之间的关系。

24. 其他一些代表团虽然承认普遍管辖权与引渡或起诉义务之间的联系，但认为委员会应着重于后者。有人建议，应将普遍管辖权和国际罪行的定义作为单独的专题分开审议。还有人提议，委员会应审查引渡或起诉义务与国家主权和人权保护两项原则之间的关系。

## 3. 义务的习惯法性质

25. 一些代表团建议委员会确定引渡或起诉义务是否已成为习惯国际法的一部分。倘若如此，委员会则需具体列出适用这一义务的各项犯法行为。还有人指出，这一义务具有习惯法性质，不一定是因为存在规定这一义务的多边条约。

26. 有人认为，“或引渡或起诉”原则并非习惯国际法的一部分，而且肯定不属于绝对法。无论如何，人们认为即使这一义务已成为习惯国际法的一部分，那也只是相对于有限的一些罪行而言。

27. 另一种观点则认为，“或引渡或起诉”原则已开始影响国家行为，范围已超越国际条约就最令人发指的国际罪行所规定的义务。还有人认为，在诸如反恐怖主义等领域，引渡或起诉义务得到了整个国际社会的接受。

28. 还有人还建议, 委员会应更多地将精力集中于国际法的逐渐发展, 因为假如编纂工作不能在可适用的习惯法规则中找到足够的实质背景资料, 可以将此作为备选解决办法。

#### 4. 义务的范围和内容

29. 一些代表团表示支持特别报告员采取的方法, 根据该方法, 引渡或起诉的义务给予国家选择权, 决定它们愿意履行这一义务的哪一部分。但也有人指出, 引渡或起诉的义务预先假定了一种选择, 而在实践中并非总有这样的选择。因此建议委员会考虑一国不能或不予引渡罪犯的情况。有人认为, 引渡或起诉的义务预先假定嫌疑人身在某国境内。还有人表示, 委员会应就是否应引渡或起诉向各国提供指导。

30. 有人认为, 委员会应确定哪些国家应可优先行使管辖权。在这方面, 有人建议, 犯罪地国应优先; 优先管辖权意味着行使这一管辖权并为此目的要求引渡的义务。

#### 5. 义务所涵盖的罪行

31. 有人建议, 引渡或起诉的义务应局限于影响整个国际社会的罪行。尤其是有人认为, 这一原则应适用于习惯国际法所认定的罪行以及诸如与劫机、毒品和恐怖主义有关的多边条约所涵盖的严重罪行。有人还指出, 这一义务也应适用于严重的国际和跨国犯罪, 包括战争罪、危害人类罪、灭绝种族罪、酷刑和恐怖主义行为。另有一些代表团提出疑问: 在这方面区分习惯国际法所认定的罪行和条约法所界定的罪行是否适当。

32. 有人对引渡或起诉义务是否仅适用于普遍管辖权原则涵盖的罪行表达了不同意见, 一些代表团赞成采取狭义看法, 而另一些代表团则对这种限制提出质疑。在这方面, 有人认为引渡或起诉义务应首先涉及业已存在普遍管辖权的罪行。

33. 还有人认为, 引渡或起诉义务也应适用于国内法规定的对国家和本国人民的公共利益造成重

大伤害的严重罪行。另一种观点认为, 仅由国内立法界定的罪行应排除于本专题之外。

#### 6. 其他事项

##### (a) 与普遍管辖权的联系

34. 有人指出, 普遍管辖权原则对于全面履行引渡或起诉义务很有帮助。还有人表示, 一国可能因请求引渡国和被请求引渡国之间未订立任何条约或未满足双重罪行要求而不能进行引渡, 同时又因缺乏管辖权而不能起诉。

##### (b) 向国际刑事法庭交出嫌疑人

35. 一些代表团提及将嫌疑人交给国际刑事法庭, 作为在“或引渡或起诉”原则所提供的选择之外的可能备选方案。一些代表团强调国际刑事法庭在这方面的作用, 而其他代表团则认为委员会不应审议将嫌疑人交给此类法庭的问题, 因为这一问题由截然不同的法律规则予以规范。

##### (c) 国内立法和实践

36. 一些代表团详细介绍了国内立法并指出了为了履行引渡或起诉义务, 正在着手通过或已经通过有关法律, 特别是针对灭绝种族罪、战争罪、危害人类罪和酷刑等国际罪行方面的法律。不过, 有人指出, 一些关于引渡的国内法没有就引渡或起诉义务作出规定。另一些国内法则可能不允许在无双边引渡条约的情况下进行引渡, 或限制对国民和已获政治庇护者的引渡。引渡国民受到犯罪类型、条约是否规定对等措施以及请求引渡国的法律须保障公正审判等方面的一些限制。

37. 还有人提请注意, 有的双边引渡协定未对引渡或起诉义务作出规定, 以及有的关于恐怖主义的部门性公约对引渡的限制可能不符合引渡或起诉义务。

38. 还有人指出, 对载有引渡或起诉义务的多边条约作出保留, 是因为国内立法禁止基于政治理

由的引渡，或请求引渡国可能会过分严厉惩罚某些罪行，但灭绝种族罪、危害人类罪和战争罪等习惯国际法所确认的罪行除外。

#### (d) 委员会工作的最终结果

39. 一些代表团表示，应在较后阶段才确定委员会关于这一专题的工作的最终成果。在不妨害对这一问题作出最终决定的情况下，另一些代表团支持制定一套规则草案的想法。

#### D. 特别报告员关于国际法委员会和第六委员会对初步报告的辩论的结论意见

40. 特别报告员在介绍初步报告<sup>15</sup>时强调，他的案文实际上是就该专题实质内容初步提出的一些刍议，指出了供进一步审议的一些最重要问题，并列有委员会在该领域今后工作的一个路线草图。特别报告员的意图是在初步报告中列入尽可能多的难点和问题，以便先从委员会各委员再从第六委员会中的各代表团处获得回答和建议。

41. 委员会委员和第六委员会中的代表团考虑到了初步报告的这一具体性质，他们的评论是针对委员会和特别报告员在今后有关该专题的工作中所要考虑的主要问题。就特别报告员而言，这些意见将对他编写其后的报告有很大的价值和帮助；关于“或引渡或起诉”义务的概念、结构和运作的规则草案将在这些报告中逐步拟定。

42. 不过，委员会委员和第六委员会中的代表团在关于该专题的辩论期间提出了各种意见、评论和建议，涉及本项工作的实质和形式两个方面，从专题的标题直至委员会在这个领域的工作成果最后应选用的形式等问题。

43. 关于专题的标题，尽管有意见认为，该标题应予修改，例如应提及引渡或起诉的“原则”，而不是“义务”，但特别报告员认为，至少在现阶段，

目前的标题应予保留。与“或引渡或起诉”的“原则”概念相比，“或引渡或起诉”的“义务”概念似乎为进一步的分析提供了更稳妥的基础。当然，它不排除有可能甚或需要（正如一些委员所建议的）审议各国的引渡或起诉的权利这一并行问题，作为该义务的补充。

44. 辩论的参加者达成了相当普遍的共识，即关于该专题的工作范围应尽可能限制并集中于同引渡或起诉义务直接相关的主要问题以及该义务的主要要素，即“引渡”和“起诉”。

45. 特别报告员同意这些建议，特别是关于十分小心地处理引渡或起诉义务与普遍管辖权原则的相互关系的呼吁。看来应在普遍管辖权与“或引渡或起诉”义务之间做出明确区分。在这方面，特别报告员希望补充的是，初步报告中引用的“普遍管辖权”和“或引渡或起诉规则”的定义应仅视为一种可能办法的例子，对特别报告员的倾向不构成任何妨碍。

46. 看来有必要更详细地分析该义务的上述要素，特别是“起诉”的要素，因为即便根据现有条约，关于对各有约束力的起诉义务的范围也可能有不同的疑问和理解。在分析起诉义务时，有必要确定国际法、国内法和实践在何种程度上实际规定必须履行该义务。

47. 此外，“引渡”义务也可能造成一些困难，例如特别报告员提出的可能性（但委员会一名委员对此提出质疑），即：引渡的实质范围应扩展到执行一项判决。不过，某些国内立法规定了这种可能性和程序。<sup>16</sup>特别报告员同意这样一种意见，即对于“或引渡或起诉”义务所涵盖的罪行，适用传统上对引渡设置的一些限制可能引起问题，甚至是不可能的。因此，该问题将需特别报告员和委员会仔细审议。不过，特别报告员同意这样一种意见，即委员会不应

<sup>15</sup> 见上文脚注1。

<sup>16</sup> 例如见1997年6月6日法案，《波兰刑事诉讼法》，其中第593条第1款考虑到“外国请求引渡已对之提起刑事诉讼的人员，以进行司法诉讼或执行剥夺自由的处罚”的可能性。与此类似，该法第602条也设想外国国家当局请求“引渡被起诉者，以便进行针对该人的刑事诉讼，或者执行一项以前施加的处罚或预防措施”的情况。

审议引渡法的技术方面，而应集中于审议触发该义务的条件。

48. 此外，正如委员会委员正确指出的，特别报告员在国际刑事法庭的管辖权方面提出的所谓“三重选择”的问题，应以十分小心和十分有限的方式加以处理。例如，正如一些委员所强调的，应明确引渡和移交国际刑事法院之间的区分。

49. 有关委员会应就专题的最终工作成果采用何种形式的问题，大多数参加辩论的人认为，最合适的方式可能是“条款草案”，但是他们承认就此事作出任何明确的决定可能仍为时过早。然而，根据该意见，特别报告员已决定在他将随后编写的报告中着手逐步拟订关于“或引渡或起诉”义务的概念、结构和运作的规则草案。

50. 几乎所有发言者均提出了另一个重要问题，看来对委员会工作的最终成果具有至关重要的意义；该问题即所讨论的义务的法律背景。至于初步报告中提出的提议，即“给下列问题找到一个可以得到普遍接受的答案：引渡或起诉义务的法律来源究竟应该限于对有关国家有约束力的条约，还是应该扩大到适当的习惯法准则和一般法律原则”，<sup>17</sup>委员会委员和第六委员会中各代表团给出的答复相当谨慎，他们普遍确认条约可以构成此种义务的依据，但对该义务在习惯法规范中的依据表示某些怀疑。

51. 在引渡或起诉义务的渊源方面，一个委员批评初步报告将专门论述国际习惯和一般法律原则的一节与有关国内立法和国家实践的另一节相分离。特别报告员希望解释的是，在报告中关于引渡或起诉义务的渊源的部分中将后一个问题单独列出，意图是强调国内立法、行政和司法实践在拟订该义务的过程中的重要性。此外，正如另一个参加辩论者所强调指出的，国家法律和实践填补了国际法规方面的一些空白。还有意见认为，特别报告员不应忘记所研究的专题与国内刑法制度有直接联系。特别报告员完全同意后两种意见。

52. 不过，上述情况未以任何方式抵触《国际法院规约》第三十八条所述需存在此种国家实践，国际法习惯规则才得以存在。在该阶段，不可能在初步报告中全面反映此种国家实践的各种例子，这是特别报告员今后无疑将必须开展的工作。

53. 特别报告员完全同意委员会许多委员和第六委员会中各代表团表达的建议，即对该专题的彻底分析应在比初步报告更广泛的程度上考虑到国际和国内的司法裁决。特别报告员再次向委员会各委员保证，他在2006年报告中所述的司法裁决的例子数量有限，只是由于该报告的初步性质，而绝不是因为他贬低这些裁决的重要性。

54. 对于确认存在具有普遍约束力、适用于刑法涵盖的所有罪行的引渡或起诉的习惯法义务的问题，委员会委员和第六委员会中的代表团至少在目前阶段绝大多数采取了相当有保留的立场。不过，他们似乎支持采取更有选择性的做法，即确定各国已普遍确认适用普遍管辖权和“或引渡或起诉”原则的某些类型的罪行。国际实践中使用多种术语来指称这些罪行，包括“国际罪行”、“严重国际罪行”、“国际法下的罪行”、“涉及国际的罪行”和“危害人类罪”。

55. 考虑到这些罪行或犯法行为的多样性，特别报告员同意人们提出的许多提议，即必须确定这些类别的具体罪行，因为这些类别具有协定法或习惯法性质，因而可以视为引渡或起诉义务的可能适用的基础。

56. 以国际法的编纂或逐渐发展的形式为如此选定的罪行拟订一些法律规则看来比对所有罪行和犯法行为拟订一般规则更为容易和更加有效。当然，这不排除在其后的阶段根据委员会的决定制订更具一般性的规则或原则的可能性。

57. 大多数参加辩论的委员同意特别报告员在初步行动计划最后一点中提出的建议，<sup>18</sup>即在开展这项工作时，还应分析引渡或起诉的义务与其他国际法原则之间的关系。特别报告员在初步报告中列举了一些这样的原则，以供对比审议。

<sup>17</sup> 《2006年……年鉴》（见上文脚注1），第40段。

<sup>18</sup> 《2006年……年鉴》（见上文脚注1），第61段，要点10。



58. 但是，关于应考虑的原则的实质范围，存在重大的意见分歧。看来，一般的共识是，应在关于专题的所有工作中遵循保护人权的原则，并且在这些工作中应特别重视人权法。

59. 特别报告员同意这些建议以及一项更一般性的提议，即拟订这个领域的可能规则的工作应限于拟订次要规则，而不是试图拟订主要原则。特别报告员非常感谢参加辩论的委员提出的、关于如何避免在他今后工作中等待他的无数陷阱的许多友好提示。他希望，借助委员会其他委员的积极和友好协助与合作，他将能设法避免这些陷阱。

60. 特别报告员还感谢在辩论期间人们对他的提议的普遍支持，支持以书面方式提请各国政府提供关于其在“或引渡或起诉”义务方面的实践的的资料，特别是最新资料。特别报告员在其初步报告第59段提出并列入委员会关于其第五十八届会议工作的报告第三章<sup>19</sup>（该章通常涉及委员会特别想听取评论的具体问题）相关部分的问题，看来将最终获得各国更完整的答复。

#### E. 从各国政府收到的评论和资料

61. 委员会在去年的报告第三章列述了委员会特别有兴趣听取各国评论的具体问题，<sup>20</sup>有些国家已就这些问题送交书面答复，由秘书处汇编成一份题为“引渡或起诉义务（或引渡或起诉）：从各国政府收到的评论和资料”的特别文件。<sup>21</sup>一如上文述及的“专题摘要”，<sup>22</sup>秘书处从事了非常有利的分析工作，按实质类别收集了从各国收到的资料。

62. 秘书处将从各国政府收到的回复分成四组资料编列，分别涉及：

(a) 对国家有约束力的、载有引渡或起诉义务（或引渡或起诉）的国际条约，以及该国为限制该义务的适用而作出的保留；

(b) 一国通过并实施的、涉及引渡或起诉义务的国内法律规范，包括宪法规定和刑事诉讼法典；

(c) 反映“或引渡或起诉”义务适用情况的一国的司法实践；

(d) 一国法律或实践中适用“或引渡或起诉”义务的原则的罪行或犯法行为。

63. 如前文所述，从各国收到的回复数量十分有限：截至2007年3月1日，从以下七个国家收到了载有相关评论和资料的书面意见：奥地利、克罗地亚、日本、摩纳哥、卡塔尔、泰国和大不列颠及北爱尔兰联合王国。<sup>23</sup>虽然收到的资料数量相当少，但仍可对上述四组资料提出若干意见和稍作比较。

#### 1. 载有“或引渡或起诉”义务的国际条约

64. 所有回复国都表示愿意和承诺参加确立“或引渡或起诉”义务的双边和多边条约。除奥地利外，所有回复国都用相当篇幅列举了本国加入的、规定了“或引渡或起诉”义务的多边条约。<sup>24</sup>在这些条约中，多项涉及禁止和防止各种形式恐怖主义问题的全球和区域公约似乎发挥了主导作用。奥地利和日本等国强调，它们没有对相关多边条约作出任何保留以限制“或引渡或起诉”义务的适用。

65. 在双边条约方面，引渡条约的形式甚为普遍。一些回复国特别强调了载有“或引渡或起诉”义务的双边条约（奥地利、摩纳哥）。

#### 2. 国内法律规范

66. 特别报告员已在其初步报告中对上述七个国家中的有些国家规定了引渡或起诉义务的相关国内法规进行了概述。例如，奥地利的国内法规依照

<sup>19</sup> 见上文脚注12。

<sup>20</sup> 见上文第20段。

<sup>21</sup> A/CN.4/579和Add.1-4（转载于本卷）。

<sup>22</sup> 见上文第21至39段。

<sup>23</sup> 迄今又有十三个国家作出了答复：智利、爱尔兰、科威特、拉脱维亚、黎巴嫩、墨西哥、波兰、塞尔维亚、斯洛文尼亚、斯里兰卡、瑞典、突尼斯和美利坚合众国（见A/CN.4/479和Add.1-4号文件，转载于本卷）。

<sup>24</sup> 这些文书大都为特别报告员的初步报告（按大赦国际备忘录）开列的条约和公约（见《2006年……年鉴》（上文脚注1），第37段）。

1803年立法的规定，载入多项反映与普遍管辖权有关的“或引渡或起诉”原则的规定。<sup>25</sup>

67. 对有关引渡或起诉义务的国内立法发表意见的其他一些国家特别强调了可能适用这项义务的情况和条件。例如，如摩纳哥所述，根据该国立法：

(a) “或引渡或起诉”原则的适用与被请求国可以依据的各种拒绝引渡的理由密切相关；

(b) 如引渡因被指控犯罪人的国籍问题而遭拒绝，则实施“或引渡或起诉”原则；

(c) “或引渡或起诉”原则只有在摩纳哥法院对在境外实施犯罪行为的外国人拥有管辖权的情况下方可适用。

68. 最后，联合王国等有些国家声称，它们没有与引渡或起诉义务有关的具体法律规范。但另一方面，联合王国有若干确立对特定罪行的管辖权的法律规定，从而使有关国内当局能够在已立法施行对联合王国具有约束力的国际条约的情况下起诉违法行为。另外，国内立法还规定，联合王国在接到一项国际公约另一缔约方的请求、且有关行为受该项公约规定管辖时，可以为审判目的进行引渡。<sup>26</sup>

### 3. 司法实践

69. 对反映适用“或引渡或起诉”义务的国家司法实践的答复大相径庭。一方面，正如奥地利当局所言，“或引渡或起诉”原则在奥地利的实践中具有重要作用。另一方面，泰国在回答有关司法实践的问题时表示“没有”。与此类似，摩纳哥也表示没有任何有关直接适用“或引渡或起诉”原则的具体判决。

70. 在奥地利，根据《奥地利刑法典》的有关规定，<sup>27</sup> 如出于犯罪性质或特征以外的其他原因不允

许引渡嫌疑人，则检察官必须考虑在国内提起诉讼。不过，在奥地利拒绝引渡后随即提起诉讼的法院裁决均未明确提及上述规定。因此，缺乏法院裁决这一情况似乎削弱了“或引渡或起诉”原则在奥地利司法实践中的重要性。

71. 另外，在联合王国的司法实践中，引渡或起诉义务的性质仅在围绕引渡前总统皮诺切特而进行的诉讼中讨论，<sup>28</sup> 但在具体判决中没有直接提到这项义务。

### 4. 罪行或犯法行为

72. 上述国家指出在立法或实践中适用“或引渡或起诉”义务的原则的罪行或犯法行为，但没有对特定类别的犯法行为进行具体区分。因此：

(a) 在奥地利，《奥地利刑法典》规定应予惩罚的所有罪行和犯法行为都受此义务约束；

(b) 在克罗地亚，“或引渡或起诉”的义务适用于所有刑事犯罪行为；

(c) 在日本司法制度中，日本缔结的有关条约所规定的引渡或起诉义务均依据《引渡法》、《刑法典》和其他相关法律法规履行；

(d) 在摩纳哥，根据《刑事诉讼法典》第7至10条，“或引渡或起诉”的原则可以在各类案件中实行，包括危害国家安全罪、伪造罪以及危害外交、领事或国家馆舍罪和酷刑罪等；

(e) 联合王国对下列罪行适用引渡或起诉原则：酷刑罪、劫持人质罪、危害民用航空安全和海事安全的某些罪行以及特定的恐怖主义罪行。

<sup>25</sup> 同上，第44段。

<sup>26</sup> 见2003年《引渡法》第193节。

<sup>27</sup> 见第65条第1款第2项，反映与普遍管辖权有关的“或引渡或起诉”原则。

<sup>28</sup> 见女王诉博街都市受薪裁判官，皮诺切特·乌加特一方诉讼案，*Law Reports 2000, Appeal Cases*, vol. 1, 第61页；女王诉博街都市受薪裁判官，皮诺切特·乌加特一方诉讼案（第3号），同上，第147页；以及T诉内政大臣案，*Law Reports 1996, Appeal Cases*, 第742页。

## 第二章

### 关于引渡或起诉义务的规则草案：起点

#### A. 条款草案的适用范围

73. 特别报告员认为，本次报告的目的之一与初步报告一样，是鼓励和继续进行委员会关于方法和实质性问题的讨论，特别是有关专题范围的讨论。

74. 就本专题的范围而言，似乎还需要决定是否应特别注意普遍管辖权原则和引渡或起诉义务之间的联系。尤其是在第六委员会，多国以不同方式讨论了这个问题——有的要求合并处理这两个法律概念，有的要求作为两个专题分别审议。<sup>29</sup>

75. 虽然各国提供的评论和资料仍很不完整，没有给建设性结论提供坚实和确切的依据，但目前阶段似乎已有可能暂时拟订有关今后的引渡或起诉义务条款草案适用范围的条款草案。这项工作可在不妨害就现行工作的实质范围（例如，就是否将普遍管辖权等内容列入条款草案问题）作出最后决定的情况下完成。

76. 考虑到初步报告和本报告提出的各项因素，报告员谨建议第一条采用下述提法：

#### “第1条 适用范围

“本条款草案适用于国家引渡或起诉在其管辖之下的人的待择义务的确立、内容、运作和效力。”

77. 可在拟订该条款最终文本时，对条款草案第1条提出的三个要件进行更仔细的分析。这三个要件内容如下：

(a) 时间要件，即未来条款草案的适用期限涵盖有关义务的确立、运作和产生效力各个时期；

(b) 实质要件，即国家引渡或起诉的具体待择义务；

(c) 属人要件，即国家行使上述义务所针对的人。

78. 特别报告员希望对这三个要件进行简短回顾，指出与之有关的主要问题，这些问题有可能成为供委员会委员讨论的议题。

#### 1. 时间要件

79. 如果不考虑引渡或起诉义务的确立、运作和产生效力各个时期，就不可能确定该义务条款草案的适用范围。条款草案不能仅限于以“僵硬”形式、脱离义务起源和随后的运作结果来阐述这项义务。

80. 因此，至少有三个具有特殊性的具体时期，分别与“或引渡或起诉”义务的确立、运作和效力相关联，应在条款草案中得到反映。

81. 就确立引渡或起诉义务的时期而言，首要问题似乎是这项义务的渊源问题。与其他时期有关的问题应稍后根据初步报告所载的初步行动计划加以确定。<sup>30</sup>

#### 2. 实质要件

82. 条款草案第1条的这个部分显示了“或引渡或起诉”义务的待择性质——这个特点要在以后的条款中作进一步阐述。这项义务的特定构成对其实质内容十分重要。似乎需要在以后的条款草案中对引渡或起诉义务的形式和实质的相互影响进行更详细的分析。

<sup>29</sup> 见 A/CN.4/577 和 Add.1-2, 第 104 段。

<sup>30</sup> 见上文脚注 1。

83. 为本项工作的目的,“义务”一词从法律角度看似乎比委员会某些委员和第六委员会的一些代表团提出的较为被动的“原则”一词更加适宜。

84. 与此类似,有些委员对义务概念提出质疑,主张引渡或起诉是国家的权利。有人提出了有关国家是有义务引渡或起诉,还是仅仅是有权引渡或起诉的问题。有些委员即使接受“义务”的提法,也对义务是绝对义务还是相对义务的问题存在疑问。

85. 正如初步报告已经指出的那样,特别报告员主张使用更有助于编纂工作的“义务”概念,而非另外提出的“原则”结构。鉴于人们相当普遍地认为“或引渡或起诉”具有次要规则的性质而非主要规则的性质,义务概念也似乎更为适宜。

86. 另外,正如以前所提及的那样,委员会在拟定1994年通过的国际刑事法院规约草案时,并在制定1996年通过的《危害人类和平及安全治罪法》草案过程中,一直使用“引渡或起诉的义务”的表述。<sup>31</sup>

87. 然而,必须强调指出,特别报告员虽然赞同义务概念,但同意应对这项义务及其内容——“引渡”和“起诉”——进行非常认真的分析这一建议,同时考虑到委员会某些委员也指出的、该义务为一项有条件的义务的特殊性质等。就这项待择义务的第一部分,即引渡而言,这种附带条件的性质似乎特别值得注意。

88. 与此类似,特别报告员虽然更希望首先在国家义务范畴内处理“或引渡或起诉”的规则,但同意有些委员提出的意见,即在某些情况下,上述义务可能与国家的适当权利密切相关,尤其是在确立国家对某些人的管辖权方面。

89. 虽然在委员会辩论期间,有人认为“或引渡或起诉”是一个有条件的义务而不是待择义务,但直接产生于传统表述“或引渡或起诉”的这种待择结构表明,可在“引渡”和“起诉”之间进行选择。委员会必须决定引渡或起诉的义务是否和在何种程度上存

在,以及它是绝对义务还是相对义务。这种待择性可能涉及许多问题。

90. 第一个问题是:在国家履行这项义务的实践中,该选择的哪个部分应优先,或者说国家是否可在引渡和起诉有关人员之间自由选择?此外,以前曾说过,有的立法可能规定引渡不仅仅可以为起诉的目的,而且还可以为实际执行判决的目的,因此某一国家可能有机会在同一案件中对同一人行使“或引渡或起诉”义务的两个部分(尽管次序颠倒:先“起诉”,后“引渡”)。

91. 第二个问题是:被请求引渡的拘留国在准备以本国手段对该案进行起诉时,或在引渡请求所依据的理由似乎不当且有悖于拘留国的法律制度时,是否有足够的自由裁量余地拒绝引渡。

92. 第三个问题如下:“或引渡或起诉”的义务是包括,还是排除,任何第三种选择的可能性?特别鉴于根据《国际刑事法院罗马规约》建立的国际刑事法院的选择管辖权,这个问题特别重要。特别报告员已在初步报告中提出“三重选择”概念,其中考虑到不仅有关国家,还有国际刑事法院,平行行使司法管辖权的可能性。<sup>32</sup>

93. 然而,委员会和第六委员会中有人认为,应该在非常有限的范围内非常谨慎地处理“三重选择”概念。例如,委员会有些委员强调,应考虑到引渡和移交国际刑事法院之间的区别。

### 3. 属人要件

94. 国家引渡或起诉的义务并不是抽象的,而总是与国家针对某一自然人开展的必要活动有关。在某个具体案件中,无论是引渡还是起诉,都必然是针对特定的人进行。

95. 虽然对自然人和法人都可确立和行使管辖权,但引渡仅能针对自然人进行。因此,看来只能结合自然人来审议“或引渡或起诉”的义务。

<sup>31</sup> 见上文脚注7至8。

<sup>32</sup> 见《2006年……年鉴》(上文脚注1),第52至54段。

96. 在“或引渡或起诉”的义务之下还应考虑到有关自然人的另一个条件，这就是，自然人须是在受该义务约束的国家的管辖之下。当然，这并不意味着这些自然人应该置身于某个国家的境内，或以其他方式在该国的“掌握之中”（例如，在某架在该国注册的飞机上）。

97. 条款草案第1条提出的“在其管辖之下”一语既意味着实际行使的管辖权，也意味着一个国家有权对实施特定犯罪行为的人确立的潜在管辖权。这一用语包括根据各种理由已经确立或将要确立的管辖权，而且正如一个非政府组织编写的报告所述，在这方面须考虑到实际存在着：

不同类型的管辖权，包括属地管辖权五项原则。这些管辖权包括领土管辖权（以犯罪行为发生地为准）和四种类型的域外管辖权：主动属人管辖权（以嫌疑人的国籍为准）、被动属人管辖权（以受害人的国籍为准）、保护管辖权（以法院地国的本国利益所受损害为准）和普遍管辖权（与嫌疑人国籍、受害人国籍或法院地国的本国利益所受损害均无关联）。<sup>33</sup>

98. 此外，关于这里使用的管辖权概念，应该回顾指出：

应该区分以下三类域外管辖权：（1）立法、规范或实质性管辖权（一国对某个具有外国因素的案件适用本国法律的权力）；（2）行政性管辖权（一国在另一国境内采取行动的权力）；和（3）司法或裁判管辖权（一国法院对有外国因素的案件进行审判的权力）。<sup>34</sup>

99. 为了对引渡或起诉的义务的确立、内容、运作和效力确定规则，看来应该适用更广义的管辖权概念，把可能存在的所有管辖权类型，无论是领土管辖权还是域外管辖权，都包括在内。在这方面，委员会将需要确切地决定，为了最后界定“或引渡或起诉”的义务的范围，应在何种程度上适用普遍管辖权的概念。通过注意所有这些特殊性，就可以更清楚地了解本报告应该讨论的管辖权概念。

<sup>33</sup> Amnesty International, *Universal Jurisdiction: The Duty of States to Enact and Implement Legislation*, 导论, 第7页。

<sup>34</sup> 同上, 第一章, 第1页。

100. 如果谈论为引渡或起诉义务所约束的国家（实际或可能）管辖之下的人，就不能忘记这些人实施的、将包括在该项义务范围内的罪行或犯法行为（或至少是这些人被涉嫌或被指控实施的罪行或犯法行为）。然而，特别报告员认为，为详细制定规定以确定有关“或引渡或起诉”义务的条款草案的适用范围，条款草案第1条的实际案文中不一定要直接提到这些罪行或犯法行为。

101. 当然，无法避免随后的条款草案就这些罪行或犯法行为的问题作进一步阐述，因为无论是委员会还是第六委员会内部有关辩论的参加者，都认为必须或可以对之适用有关义务的罪行或犯法行为的问题是本专题最重要的议题之一。因此，在随后的条款草案中，将专门把一些篇幅用来更准确地指明引渡或起诉的义务所覆盖的罪行或犯法行为，无论其依据是有约束力的国际条约，还是国内立法和实践。

102. 与此同时，看来有必要考虑把国际习惯法规则作为一个可能的依据，用以把某些行为定为犯罪行为，因此，看来也有必要扩大“或引渡或起诉”的义务的适用范围，以把这些国际公认的犯罪行为包括在内。然而，关于是否可以把任何行为视为有关义务所覆盖的罪行或犯法行为，以及如果可以，究竟是何种行为的问题，人们存在意见分歧。<sup>35</sup>

103. 特别报告员已在初步报告中着重指出了这个问题，同时，各国和法律文献就有关义务可以或应该覆盖的罪行或犯法行为提出了各种提议。值得指出的是，这些罪行或犯法行为在某种程度上可以适用普遍管辖权。各国和法律文献在很多提议中继续为确定这些犯罪行为进行努力。<sup>36</sup>

104. 除了初步报告所载各项提议外，此处可以回顾另一个提议；这个提议与所谓“国际法规定的严重罪行”概念有关，《普林斯顿普遍管辖权原则》提到了这个概念。<sup>37</sup> 根据该提议，将有可能对其中所谓

<sup>35</sup> 见上文第31至33段。

<sup>36</sup> 见《2006年……年鉴》（上文脚注1），第20至22段。

<sup>37</sup> Princeton Project on Universal Jurisdiction, *The Princeton Principles on Universal Jurisdiction*.

“国际法规定的严重罪行”适用普遍管辖权（原则2第1款），<sup>38</sup> 并有可能把该管辖权的适用范围扩大到其他犯罪行为（同上，第2款），<sup>39</sup> 同时适用“或引渡或起诉”义务（原则10第2款）。<sup>40</sup>

## B. 今后的工作计划

105. 本报告第76段拟议的条款草案第1条，关于“条款草案的适用范围”，必须有在内容和形式上与其有直接联系的其他条款。通常，按照委员会拟订其他草案的做法，第1条之后的规定将界定或说明为条款草案的目的而使用的术语。虽然在目前阶段难以列出所有这些术语，但其中有些术语应简单地从句草案第1条的拟议案文中抽选出来。

106. 因此，题为“用语”的未来条款草案第2条，将“为本条款草案的目的”，至少为引渡、起诉和管辖权等术语规定定义。或许可以联系所实施的罪行或犯罪行为，更为详细地说明“人”这一术语。看来在拟订工作结束之前，应该始终让条款草案第2条保持待定，以便于必要时补充其他定义和说明。

107. 目前阶段可能已预料到的另一条款草案（甚至一系列条款）涉及的是对主要义务“或引渡或

起诉”作出更为详细的说明。虽然对这一义务是否有习惯法的渊源仍有某些分歧，但比较普遍的共识是，国际条约是更得到普遍公认的引渡或起诉义务的渊源。<sup>41</sup>

108. 目前有越来越多的多边和双边国际条约似乎证明这种认可越来越普遍；或许可以以此为理由，至少临时起草条款草案第X条，说明：“如果一项条约对引渡或起诉义务作了规定，则该条约的每个缔约国都有义务引渡或起诉被指控的犯罪人。”

109. 这一规定本身并不能作为编纂有普遍约束力的习惯法规则的充分依据，但有越来越多的条约规定和确认这种义务，在此基础上发展国际实践至少可以启动拟订一项适当的习惯法规范的工作。<sup>42</sup> 根据各国迄今已提交的资料和秘书处收集的文件，特别报告员将在下一次报告中努力全面考察相关的国际条约，并且分类归纳条约中规定的义务范围。分类时将确定和采用各种标准。

110. 根据最有名也最常采用的海牙示范条约，在参考《关于制止非法劫持航空器的公约》<sup>43</sup> 第7条采用的提法的基础上，如今已形成一些大同小异的适用方式，法学文献中亦予提及。<sup>44</sup>

111. 此外，一些规定“或引渡或起诉”义务的条约采用的不是所谓的“针对罪行的办法”（例如上述《关于制止非法劫持航空器的公约》第7条），而是

<sup>38</sup> “原则2——国际法规定的严重罪行

“1. 为本套原则之目的，国际法规定的严重罪行包括：(1) 海盗行为；(2) 奴役行为；(3) 战争罪；(4) 危害和平罪；(5) 危害人类罪；(6) 灭绝种族罪；和(7) 酷刑罪。”

（同上，第29页）

<sup>39</sup> “原则2——国际法规定的严重罪行

“……

“2. 把普遍管辖权适用于第1款所列犯罪行为，不妨碍将普遍管辖权适用于国际法规定的其他犯罪行为。”

（同上）

<sup>40</sup> “原则10——拒绝引渡的理由

“……

“2. 一个国家如以本原则为依据拒绝引渡，应在国际法允许的情况下起诉被控实施了原则2(1)所述国际法规定的严重罪行的个人，或将该人引渡至可以提起此种诉讼的另一国家，而同时不使其受到第1款所述的风险。”

（同上，第34页）

<sup>41</sup> 见《2006年……年鉴》（见上文脚注1），第35至39段。

<sup>42</sup> “如果一国加入许多国际条约，而所有这些条约之中都有一项大同小异的‘或引渡或起诉’原则，那么这就是有力的证据证明它愿意受这项可以普遍实施的规定约束，也证明此种实践应导致这项原则确立于习惯法之中。”

（Enache-Brown 和 Fried, “Universal crime, jurisdiction and duty: the obligation of *aut dedere aut judicare* in international law”, 第629页）

<sup>43</sup> 根据该《公约》第7条：“在本国境内发现被指称的罪犯的缔约国，如不将此人引渡，则不论罪行是否在其境内发生，应无例外地将此案件提交其主管当局以便起诉。”

<sup>44</sup> 其他例子见 Plachta, “*Aut dedere aut judicare*: an overview of modes of implementation and approaches”, 第360页。

“针对犯罪人的办法”，如《欧洲引渡公约》第6条第2款<sup>45</sup>和《联合国引渡示范条约》。<sup>46</sup>

112. 不管怎样，如果有越来越多的条约包含以某种形式规定引渡或起诉义务的条款，并且对越来越多的国家有约束力，则可以为进一步审议奠定更为坚实的基础。因此，也可以考虑这样一个问题，即是否可认为，由于有越来越多的国家接受这种义务，因此有理由改变这种义务的性质——从纯粹的条约义务变成有普遍约束力的习惯法规则。

113. 除了“或引渡或起诉”这一义务的条约背景问题外，还有一个涉及拟订以后其他条款草案的值得人注意的建议来源：即初步报告所提到的委员会以前提出的看法；<sup>47</sup>委员会把“或引渡或起诉”的规则纳入1996年《危害人类和平及安全治罪法》草案，同时还解释了这一义务及其理由。

114. 这些解释中包括若干提法，如今可作为特殊指示，供考虑进一步拟定关于引渡或起诉义务的条款草案。例如，解释中包括以下准规则：

<sup>45</sup> 根据该《公约》第6条第2款：“如果被请求方不引渡其国民，则须应请求方的请求，将案件提交其主管当局，以能够根据认为适当的程序进行审理。为此，应按照国家第12条第1款规定的方式，无偿移送有关罪行的卷宗、资料和物证。应将请求结果通知请求国。”

<sup>46</sup> 大会1990年12月14日第45/116号决议附件。根据该《示范条约》第4条（拒绝引渡之任择理由）：

“遇下述任一情况，可拒绝引渡：

“(a) 被要求引渡者为被请求国国民。如被请求国据此拒绝引渡，则应在对方提出请求的情况下将此案交由其本国主管当局审理，以便就作为请求引渡原因的罪行对该人采取适当行动。”

<sup>47</sup> 《2006年……年鉴》（见上文脚注1），第10段。另见上文脚注7中摘录的《危害人类和平及安全治罪法》草案相关条款。

(a) 被指控犯罪人身处其境内的拘留国负有起诉或引渡的义务；

(b) 拘留国有义务采取行动确保有关个人由本国国家当局进行起诉，或由请求引渡表示愿意起诉该案的另一国家进行起诉；

(c) 拘留国有义务采取必要和合理步骤逮捕被指控犯罪人并确保由主管司法机关起诉并审判该人；

(d) 引渡或起诉的义务适用于拘留“被指控实施犯罪行为的个人”的国家。<sup>48</sup>

115. 特别报告员想强调指出，他并非在正式提出这些准规则作为条款草案的拟议案文。这仅仅是对这些条款草案今后内容和形式的十分初步的想法。委员会曾经提出过这些想法，尽管场合不同，因此特别报告员认为不妨将此提请委员会委员注意，供其评论。

116. 在目前阶段，特别报告员想确认，初步报告第六章中有10个要点的初步行动计划<sup>49</sup>依然是其今后工作的主要路线图，包括在秘书处的热心帮助下，继续收集有关立法（国际和国内）、司法裁决、国家实践和理论学说等富有参考价值的材料，并对此进行分析。这些材料将为有效拟订以后的条款草案提供充分的背景资料。

<sup>48</sup> 《1996年……年鉴》，第二卷（第二部分），第32页，《危害人类和平及安全治罪法》草案第9条的评注第(3)段。

<sup>49</sup> 《2006年……年鉴》（见上文脚注1），第61段。





# 引渡或起诉义务（或引渡或起诉）

[议程项目6]

A/CN.4/579 和 Add.1-4 号文件

从各国政府收到的评论和意见

[原文：英文/法文]

[2007年3月5日、4月30日、6月5日、7月2日和11日]

## 目 录

	页次
本报告所引用的多边文书 .....	91
导言.....	93
从各国政府收到的评论和意见.....	94
A. 一般性评论 .....	94
美利坚合众国 .....	94
B. 对本国有约束力的、载有引渡或起诉义务（或引渡或起诉）的国际条约，以及本国为限制 该义务的适用而作出的保留 .....	94
奥地利 .....	94
智利 .....	95
克罗地亚 .....	96
爱尔兰 .....	96
日本 .....	96
科威特 .....	96
拉脱维亚 .....	97
黎巴嫩 .....	97
墨西哥 .....	97
摩纳哥 .....	99
波兰 .....	99
卡塔尔 .....	100
塞尔维亚 .....	101
斯洛文尼亚 .....	101
斯里兰卡 .....	101
瑞典 .....	102
泰国 .....	102
突尼斯 .....	102
大不列颠及北爱尔兰联合王国 .....	103
美利坚合众国 .....	104
C. 本国通过并实施的涉及引渡或起诉义务的国内法律规范，包括宪法条款和刑事诉讼法典 .....	104
奥地利 .....	104
智利 .....	104
克罗地亚 .....	104

爱尔兰 .....	104
科威特 .....	105
拉脱维亚 .....	105
黎巴嫩 .....	106
墨西哥 .....	107
摩纳哥 .....	108
波兰 .....	108
卡塔尔 .....	109
塞尔维亚 .....	110
斯洛文尼亚 .....	112
斯里兰卡 .....	113
瑞典 .....	113
泰国 .....	114
突尼斯 .....	114
大不列颠及北爱尔兰联合王国 .....	115
美利坚合众国 .....	115
D. 反映“或引渡或起诉”义务适用情况的国家司法实践 .....	115
奥地利 .....	115
智利 .....	115
克罗地亚 .....	115
爱尔兰 .....	116
拉脱维亚 .....	116
黎巴嫩 .....	116
墨西哥 .....	116
摩纳哥 .....	116
波兰 .....	116
塞尔维亚 .....	117
斯洛文尼亚 .....	117
斯里兰卡 .....	117
泰国 .....	117
大不列颠及北爱尔兰联合王国 .....	117
美利坚合众国 .....	117
E. 在本国立法或实践中，“或引渡或起诉”义务的原则所适用的罪行或犯法行为 .....	118
奥地利 .....	118
智利 .....	118
克罗地亚 .....	118
爱尔兰 .....	118
日本 .....	118
墨西哥 .....	118
摩纳哥 .....	119
波兰 .....	119
斯洛文尼亚 .....	119
大不列颠及北爱尔兰联合王国 .....	119

## 本报告所引用的多边文书

## 来源

- 《禁止贩卖妇女和儿童国际公约》[英](1921年9月30日,日内瓦) 国际联盟,《条约汇编》,第9卷,第269号,第415页。
- 《取缔猥亵出版物行销国际公约》[英](1923年9月12日,日内瓦) 同上,第27卷,第685号,第213页。
- 《国际私法法典》(《布斯塔曼特法典》)(《国际私法公约》)[英](1928年2月20日,哈瓦那) 同上,第86卷,第254页。
- 《取缔伪造货币国际公约》[英](1929年4月20日,日内瓦) 同上,第112卷,第2623号,第371页。
- 《取缔伪造货币任择议定书》[英](1929年4月20日,日内瓦) 同上,第112卷,第2624号,第395页。
- 《引渡公约》[英](1933年12月26日,蒙得维的亚) 同上,第165卷,第3803号,第45页。
- 《1936年取缔非法贩卖危险药品公约》[英](1936年6月26日,日内瓦) 同上,第198卷,第4648号,第299页。
- 《防止及惩治灭绝种族罪公约》(1948年12月9日,纽约) 联合国,《条约汇编》,第78卷,第1021号,第277页。
- 《1904年5月18日在巴黎签订、并经议定书修正的禁止贩卖白奴国际协定》[法](1949年5月4日,纽约成功湖) 同上,第92卷,第1257号,第19页。
- 《1910年5月4日在巴黎签订、并经议定书修正的禁止贩卖白奴国际公约》[法](1949年5月4日,纽约成功湖) 同上,第98卷,第1358号,第101页。
- 关于保护战争受难者的日内瓦四公约[英](1949年8月12日,日内瓦) 同上,第75卷,第970至973号,第31页、第85页、第135页和第287页。
- 《改善战地武装部队伤者病者境遇之日内瓦公约》[英]
- 《改善海上武装部队伤者病者及遇船难者境遇之日内瓦公约》[英]
- 《关于战俘待遇之日内瓦公约》[英]
- 《关于战时保护平民之日内瓦公约》[英]
- 《一九四九年八月十二日日内瓦四公约关于保护国际性武装冲突受难者的附加议定书》(《第一议定书》)(1977年6月8日,日内瓦) 同上,第1125卷,第17512号,第3页。
- 《禁止贩卖人口及意图营利使人卖淫公约》(《禁止贩卖人口及取缔意图营利使人卖淫的公约》)(1949年12月2日,纽约) 同上,第96卷,第1342号,第271页。
- 《保护人权与基本自由公约》[英](1950年11月4日,罗马) 同上,第213卷,第2889号,第221页。
- 《1926年9月25日在日内瓦签订、并经议定书修正的禁奴公约》[英](1953年12月7日,纽约) 同上,第212卷,第2861号,第17页。
- 《欧洲引渡公约》[英](1957年12月13日,巴黎) 同上,第359卷,第5146号,第273页。
- 《欧洲引渡公约附加议定书》[英](1975年10月15日,斯特拉斯堡) 同上,第1161卷,第A-5146号,第450页。
- 《欧洲引渡公约第二附加议定书》[英](1978年3月17日,斯特拉斯堡) 同上,第1496卷,第A-5146号,第328页。
- 《公海公约》(1958年4月29日,日内瓦) 同上,第450卷,第6465号,第11页。
- 《一九六一年麻醉品单一公约》(《1961年麻醉品单一公约》)(1961年3月30日,纽约) 同上,第520卷,第7515号,第151页。
- 《经修正一九六一年麻醉品单一公约的议定书修正的一九六一年麻醉品单一公约》(1975年8月8日,纽约) 同上,第976卷,第14151号,第105页。
- 《关于在航空器内的犯罪和犯有某些其他行为的公约》[英](1963年9月14日,东京) 同上,第704卷,第10106号,第219页。
- 《公民及政治权利国际公约》(1966年12月16日,纽约) 同上,第999卷,第14668号,第171页。
- 《关于制止非法劫持航空器的公约》[英](1970年12月16日,海牙) 同上,第860卷,第12325号,第105页。

- 《防止和惩治以侵害个人罪行和相关勒索罪行形式进行的具有国际影响的恐怖主义行为公约》[英](1971年2月2日, 华盛顿) 同上, 第1438卷, 第24381号, 第191页。
- 《心理旋转物质公约》(《精神药物公约》)(1971年2月21日, 维也纳) 同上, 第1019卷, 第14956号, 第175页。
- 《关于制止危害民用航空安全的非法行为的公约》[英](1971年9月23日, 蒙特利尔) 同上, 第974卷, 第14118号, 第177页。
- 《补充关于制止危害民用航空安全的非法行为的公约的制止在为国际民用航空服务的机场上的非法暴力行为的议定书》[英](1988年2月24日, 蒙特利尔) 同上, 第1589卷, 第14118号, 第474页。
- 经《1978年议定书》[英](1978年2月17日, 伦敦)修正的《1973年国际防止船舶造成污染公约》[英](1973年11月2日, 伦敦) 同上, 第1340卷, 第22484号, 第62页和第184页。
- 《禁止并惩治种族隔离罪行国际公约》(1973年11月30日, 纽约) 同上, 第1015卷, 第14861号, 第243页。
- 《关于防止和惩处侵害应受国际保护人员包括外交代表的罪行的公约》(1973年12月14日, 纽约) 同上, 第1035卷, 第15410号, 第167页。
- 《欧洲制止恐怖主义公约》[英](1977年1月27日, 斯特拉斯堡) 同上, 第1137卷, 第17828号, 第93页。
- 《修正欧洲制止恐怖主义公约的议定书》[英](2003年5月15日, 斯特拉斯堡) 《欧洲条约汇编》, 第190号。
- 《关于核材料的实质保护公约》(《核材料实物保护公约》)(1979年10月26日, 维也纳) 同上, 第1456卷, 第24631号, 第101页。
- 《反对劫持人质国际公约》(1979年12月17日, 纽约) 联合国,《条约汇编》, 第1316卷, 第21931号, 第205页。
- 《联合国海洋法公约》(1982年12月10日, 蒙特哥湾) 同上, 第1833卷, 第31363号, 第3页。
- 《关于阿拉伯司法合作的利雅得协定》[英](1983年4月6日, 利雅得) 《理事会文件汇编》(阿拉伯国家司法部长理事会, 拉巴特), 第2卷(1988年), 第96页。
- 《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》(1984年12月10日, 纽约) 联合国,《条约汇编》, 第1465卷, 第24841号, 第85页。
- 《美洲防止和惩处酷刑公约》[英](1985年12月9日, 卡塔赫纳德印第亚斯) 美洲组织,《条约汇编》, 第67号。
- 《南盟制止恐怖主义活动区域公约》(1987年11月4日, 加德满都) 《关于预防和制止国际恐怖主义的国际文书》(联合国出版物, 出售品编号C.03.V.9), 第147页。
- 《南盟制止恐怖主义活动区域公约附加议定书》[英] 南亚区域合作联盟网站(<http://www.saarc-sec.org>)
- 《制止危及海上航行安全非法行为公约》(1988年3月10日, 罗马) 联合国,《条约汇编》, 第1678卷, 第29004号, 第201页。
- 《制止危及大陆架固定平台安全非法行为议定书》(1988年3月10日, 罗马) 同上。
- 《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》(1988年12月20日, 维也纳) 同上, 第1582卷, 第27627号, 第95页。
- 《反对招募、使用、资助和训练雇佣军国际公约》(1989年12月4日, 纽约) 同上, 第2163卷, 第37789号, 第75页。
- 《南盟麻醉药品和精神药物公约》[英](1990年11月23日, 马累) *Mutual Assistance in Criminal and Business Regulatory Matters*, W. C. Gilmore (编). Cambridge University Press, 1995, 第185页。
- 《关于在可塑炸药中添加识别剂以便侦测的公约》[英](1991年3月1日, 蒙特利尔) 联合国,《条约汇编》, 第2122卷, 第36984号, 第359页。
- 《禁止发展、生产、储存和使用化学武器及销毁此种武器的公约》(1992年9月3日, 日内瓦) 同上, 第1974卷, 第33757号, 第45页。
- 《联合国人员和有关人员安全公约》(1994年12月9日, 纽约) 同上, 第2051卷, 第35457号, 第363页。
- 《制止恐怖主义爆炸事件的国际公约》(《制止恐怖主义爆炸的国际公约》)(1997年12月15日, 纽约) 同上, 第2149卷, 第37517号, 第256页。

《禁止在国际商业交易中贿赂外国公职人员公约》[英]（1997年12月17日，巴黎）	同上，第2802卷，第49274号，第225页。
《国际刑事法院罗马规约》（1998年7月17日，罗马）	同上，第2187卷，第38544号，第3页。
《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》（1999年12月9日，纽约）	同上，第2178卷，第38349号，第197页。
《反腐败刑法公约》[英]（1999年1月27日，斯特拉斯堡）	同上，第2216卷，第39391号，第225页。
《联合国打击跨国有组织犯罪公约》（2000年11月15日，纽约）	同上，第2225卷，第39574号，第209页。
《联合国打击跨国有组织犯罪公约关于预防、禁止和惩治贩运人口特别是妇女和儿童行为的补充议定书》（《联合国打击跨国有组织犯罪公约关于防止、禁止和惩治贩运人口特别是妇女和儿童行为的补充议定书》）（2000年11月15日，纽约）	同上，第2237卷，第A-39574号，第319页。
《联合国打击跨国有组织犯罪公约关于打击陆、海、空偷运移民的补充议定书》（2000年11月15日，纽约）	同上，第2241卷，第A-39574号，第480页。
《网络犯罪公约》[英]（2001年11月23日，布达佩斯）	同上，第2296卷，第40916号，第167页。
《联合国反腐败公约》（2003年10月31日，纽约）	同上，第2349卷，第42146号，第41页。
《制止核恐怖主义行为国际公约》（2005年4月13日，纽约）	同上，第2445卷，第44004号，第89页。
《欧洲委员会防止恐怖主义公约》[英]（2005年5月16日，华沙）	同上，第2488卷，第44655号，第129页。

## 导言

1. 本报告是根据大会2006年12月4日第61/34号决议编写的，大会在决议中除其他外，邀请各国政府就“引渡或起诉义务（或引渡或起诉）”专题向国际法委员会提供立法和实践方面的资料。

2. 委员会在其2006年第五十八届会议上，根据其章程第19条第2款<sup>1</sup>决定，通过秘书长请各国政府提供关于“引渡或起诉义务（或引渡或起诉）”专题的本国立法和实践方面的资料，特别是近期的资料。具体而言，请各国政府提供下列方面的资料：

(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（或引渡或起诉）的国内法律条例，包括宪法条款以及刑事诉讼法典；

(c) 反映“或引渡或起诉”义务的适用情况的本国司法惯例；

(d) 在本国立法或实践中，“或引渡或起诉”义务的原则所适用的罪行或犯罪行为。<sup>2</sup>

3. 截至2007年3月1日，从以下七个国家收到了书面意见：奥地利、克罗地亚、日本、摩纳哥、卡塔尔、泰国和大不列颠及北爱尔兰联合王国。此后收到的其他资料来自：智利、爱尔兰、科威特、拉脱维亚、黎巴嫩、墨西哥、波兰、塞尔维亚、斯洛文尼亚、斯里兰卡、瑞典、突尼斯和美利坚合众国。

4. 各国政府的答复围绕上文第2段所述四组资料编列。

<sup>1</sup> 大会1947年11月21日第一七四（二）号决议。

<sup>2</sup> 《2006年……年鉴》，第二卷（第二部分），第30段。

## 从各国政府收到的评论和资料

### A. 一般性评论

#### 美利坚合众国

美国认为，美国和其他国家的实践支持了以下观点，即：习惯国际法或国家实践中都没有足够依据用以起草将引渡或起诉义务延伸到载有这种义务、具有约束力的国际法律文书以外的条款草案。

美国认为，对于载有引渡或起诉义务的国际协定未涵盖的罪行，习惯国际法并没有规定引渡或起诉个人的一般性义务。相反，美国认为，国家只有在加入载有引渡或起诉规定的具有约束力的国际法律文书后，才承担这种义务，而且这些义务只及于这些文书的其他缔约国。若干重要政策因素支持这种结论和实践。

第一，就一个国家已经成为缔约国的创设罪行的公约而言，毫无疑问，罪犯所在国家对所涉罪行具有定罪和既定管辖权。但是，如果引渡或起诉义务不依附任何条件，那么，这种情况就不是理所当然的了。一国可能请求从另一国引渡一个人，而这个人有关行为在该另一国不构成犯罪（因此，由于引渡一般需要具备两国共认罪行这一条件，所以通常不会允许引渡），而且，没有将该行为定为犯罪行为的国家可能仍然被要求起诉该人。这种结果让被请求国家难以为其立场辩护，因为其国内法排除了起诉和引渡的可能性。

第二，与上述情形相似的是，不依附任何条件的引渡或起诉义务可能被视为暗示以下义务，即：即使一国国内法规定必须具有条约或其他法律规定，才能授权引渡，该国仍然必须引渡。例如，在美国，只有在存在条约关系的情形下（很少例外）才能将罪犯引渡到提出请求的国家。因此，如果一国发现它不具备对某罪犯的某项罪行进行起诉的管辖权，而一个与其没有条约关系的国家就该罪行而请求引渡该罪犯，那么，如果委员会制定了确立引渡或起诉义务的条款，则等于要求这个国家引渡该罪犯，即便根据该国的国内法，该国并没有引渡的法律权力。

第三，如果在国家实践中，各国确实广泛适用引渡或起诉制度，那么就应该预期多数国家已制定法律，仅仅以罪犯身在其境内为理由，笼统地对多数罪行授予域外管辖权。但美国没有这样的法律，而且根据美国的经验，许多其他国家也没有这样的法律。恰恰相反，这种“身在其境”管辖权非常少见，主要来自具体条约规定的义务。因此，如果建立一个引渡或起诉制度，则表示许多国家必须大幅度扩大对在世界其他地方所犯罪行的域外管辖权。

第四，世界各国每年提出和收到数千项引渡请求。毫无疑问，在其中许多案件中，如果不能引渡，提出请求的国家并不要求被请求国家进行起诉。引渡使受害者和罪行发生地国家能够维护自己的权利和利益，而在外国起诉并不总能做到这一点。此外，在一些案件中，由于对案件的调查不符合被请求国法律规定的程序，被请求国可能无法进行起诉。

最后，一国在作出与另一国建立引渡关系的决定时会考虑有关另一国遵守法律规则、适当程序、人权和其他准则等的重要因素。如果一般性地规定引渡或起诉义务，则将侵犯国家的主权，因为这种义务或将一国不希望建立的引渡关系强加给该国，或要求该国采取其因法律、政策或其他原因而不愿意采取的主权行动——起诉。

因此，美国认为，委员会不应该制定关于这一专题的条款草案。相反，委员会应该指出，在国际条约的规定之外，不存在这种义务。

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

#### 奥地利

奥地利缔结的下列双边条约载有“或引渡或起诉”义务：

(a) 1998年10月5日在渥太华签署的《奥地利共和国政府与加拿大政府之间的引渡条约》(《加拿大公

报》，第一部分，第134卷，第45号，第3388页）。有关的第3条第2款内容如下：

遇有下列情形，可拒绝引渡：

(a) 请求引渡的人为被请求国国民。如被请求国拒绝引渡本国国民，则在对方国家提出请求的情况下，被请求国应将案件提交主管当局，以便可以就引渡请求所涉及的所有罪行或任何一项罪行对该人提起诉讼；

(b) 引渡请求所涉及的罪行属被请求国管辖，并且该国将对该罪行提起诉讼；

(b) 1998年1月8日在哥伦比亚特区华盛顿签署的《奥地利共和国政府与美利坚合众国政府之间的引渡条约》（《联邦法律公报》（三），第216/1999号）。有关的第3条第（2）款内容如下：

被请求国如仅仅以请求引渡的人的国籍为拒绝引渡，则应当根据请求国的请求，将案件提交有关当局提起诉讼。

奥地利没有对有关多边条约作出限制“或引渡或起诉”义务的适用的保留。

### 智利

智利提交了一份其所参加的多边条约的清单：  
(a) 《引渡公约》，外交部1935年8月6日第942号最高法令颁布，《政府公报》（1935年8月19日），该公约缔约国包括：阿根廷、智利、哥伦比亚、多米尼加共和国、厄瓜多尔、萨尔瓦多、危地马拉、洪都拉斯、墨西哥、尼加拉瓜、巴拿马、美国（第二条）；以及  
(b) 《国际私法法典》（第四卷，第三章），该法典缔约国包括：玻利维亚、巴西、智利、哥斯达黎加、古巴、多米尼加共和国、厄瓜多尔、萨尔瓦多、危地马拉、海地、洪都拉斯、尼加拉瓜、巴拿马、秘鲁和委内瑞拉玻利瓦尔共和国（第345条）。

考虑到其特殊相关性，智利还提及智利所参加的关于一些特定罪行的两项多边条约，这两项条约中有关引渡的规定涉及本报告所讨论的原则：  
(a) 《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》，外交

部1990年第543号最高法令颁布，《政府公报》（1990年8月20日）；以及  
(b) 《联合国打击跨国有组织犯罪公约》及其《议定书》，外交部2004年12月20日第342号最高法令颁布，《政府公报》（2005年2月16日）。

智利还提交了一份双边条约清单：  
(a) 与澳大利亚的《引渡条约》，1993年10月6日在堪培拉签署，外交部1995年12月27日第1844号最高法令颁布，《政府公报》（1996年2月20日）（第5条，第1款）；  
(b) 与玻利维亚的《引渡条约》，1910年12月15日在圣地亚哥签署，1931年5月8日第500号法令颁布，《政府公报》（1931年5月26日）（第四条）；  
(c) 与巴西的《引渡条约》，1935年11月8日在里约热内卢签署，1937年8月18日第1180号法令颁布，《政府公报》（1937年8月30日）（第一条，第1款）；  
(d) 与哥伦比亚的《引渡条约》，1914年11月16日在波哥大签署，1928年12月18日第1472号法令颁布，《政府公报》（1929年1月7日）（第四条）；  
(e) 与厄瓜多尔的《引渡公约》，1897年11月10日在基多签署，1899年9月27日颁布，《政府公报》（1899年10月9日）（第七条，第2款）；  
(f) 与大韩民国的《引渡条约》，1994年11月21日在首尔签署，1997年9月1日第1417号法令颁布，《政府公报》（1997年10月23日）（第6条，第2款）；  
(g) 与墨西哥的《引渡和刑事案件法律互助条约》，1990年10月2日在墨西哥城签署，外交部1993年8月30日第1011号最高法令颁布，《政府公报》（1993年11月30日）（第6条，第2款）；  
(h) 与尼加拉瓜的《引渡和刑事案件司法协助条约》，1993年12月28日在圣地亚哥签署，外交部2001年6月8日第411号最高法令颁布，《政府公报》（2001年8月20日）（第7条，第2款）；  
(i) 与巴拉圭的《引渡条约》，1897年5月22日在蒙得维的亚签署，《政府公报》（1928年11月13日）（第七条，第2款）；  
(j) 与秘鲁的《引渡条约》，1932年11月5日在利马签署，1936年8月11日第1152号法令颁布，《政府公报》（1936年8月27日）（第四条）；  
(k) 与西班牙的《引渡和刑事案件司法协助条约》，1992年4月14日签署，外交部1995年1月10日第31号最高法令颁布，《政府公报》（1995年4月11日）（第7条，第2款）；  
(l) 与乌拉圭的《引渡条约》，1897年5月10日在蒙得维的亚签署，《政府公报》（1909年11月30日）（第7条）；和  
(m) 与委内瑞拉的《引渡条约》，1962年6月2日在圣

地亚哥签署，外交部1965年5月10日第355号最高法令颁布，《政府公报》（1965年6月1日）（第3条，第2款）。

### 克罗地亚

使克罗地亚共和国负有引渡或起诉义务的国际条约包括：《取缔伪造货币国际公约》、《禁止贩卖人口及取缔意图营利使人卖淫的公约》、《欧洲引渡公约》、《1961年麻醉品单一公约》、《关于制止非法劫持航空器的公约》、《精神药物公约》、《关于制止危害民用航空安全的非法行为的公约》、《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》、《欧洲制止恐怖主义公约》、《反对劫持人质国际公约》、《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》、《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》、《联合国人员和有关人员安全公约》、《反对招募、使用、资助和训练雇佣军国际公约》、《制止恐怖主义爆炸的国际公约》、《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》、《反腐败刑法公约》、《联合国打击跨国有组织犯罪公约》、《网络犯罪公约》、《联合国反腐败公约》。

### 爱尔兰

爱尔兰在提交规定了引渡或起诉义务的、对其有约束力的国际条约清单时指出，尽管已经尽力确保准确性，但是所提交的资料不一定确切反映了爱尔兰法律。该清单如下：《改善战地武装部队伤者病者境遇之日内瓦公约》、《改善海上武装部队伤者病者及遇船难者境遇之日内瓦公约》、《关于战俘待遇之日内瓦公约》、《关于战时保护平民之日内瓦公约》、《欧洲引渡公约》、《关于制止非法劫持航空器的公约》、《关于制止危害民用航空安全的非法行为的公约》、《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》、《反对劫持人质国际公约》、《核材料实物保护公约》、《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》、《补充关于制止危害民用航空安全的非法行为的公约的制止在为国际民用航空服务的机场上的非法暴力行为的议定书》、《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》、《制止危及海上航行安全非法行为公约》、《制止危及大陆架固定平台安全非法行为议定书》、《联合国人员和有关人员安全公约》、《禁止在国际商业交易

中贿赂外国公职人员公约》、《制止恐怖主义爆炸的国际公约》、《国际刑事法院罗马规约》、《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》、《反腐败刑法公约》、《欧洲委员会防止恐怖主义公约》。

### 日本

日本缔结了下列载有引渡或起诉义务的多边条约，并且没有对这些条约作出任何限制该义务的适用的保留：《取缔非法贩卖危险药品公约》、1949年8月12日关于保护战争受难者的日内瓦四公约（《改善战地武装部队伤者病者境遇之日内瓦公约》、《改善海上武装部队伤者病者及遇船难者境遇之日内瓦公约》、《关于战俘待遇之日内瓦公约》、《关于战时保护平民之日内瓦公约》）、《禁止贩卖人口及取缔意图营利使人卖淫的公约》、《公海公约》、《1961年麻醉品单一公约》、《关于制止非法劫持航空器的公约》、《精神药物公约》、《关于制止危害民用航空安全的非法行为的公约》、《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》、《一九四九年八月十二日日内瓦四公约关于保护国际性武装冲突受难者的附加议定书》、《反对劫持人质国际公约》、《核材料实物保护公约》、《联合国海洋法公约》、《制止危及海上航行安全非法行为公约》、《制止危及大陆架固定平台安全非法行为议定书》、《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》、《联合国人员和有关人员安全公约》、《制止恐怖主义爆炸的国际公约》、《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》。

日本还与大韩民国和美国缔结了双边引渡条约。不过，这两项条约均只规定了在特定条件下的引渡义务，<sup>1</sup>而没有规定“引渡或起诉义务”。

<sup>1</sup> 日本提供的条约全文可在联合国法律事务厅编纂司查阅。

### 科威特

科威特根据引渡制度的目的，即国家合作打击犯罪和伸张正义，与其他国家签订法律和司法合作协定，并据以履行引渡或起诉义务（或引渡或起诉）。

这些国际协定一旦通过批准、加入或核准而具有充分约束力，根据科威特法律制度，就发生效力，成



为可执行的法律。这些协定包括：《科威特与黎巴嫩关于相互引渡的协定》（1963年7月20日）；<sup>1</sup>《科威特与埃及关于民事、商事和刑事及个人身份事项的法律和司法合作协定》（1977年4月6日）；<sup>2</sup>《科威特与突尼斯关于民事和刑事及个人身份事项的法律和司法合作协定》（1977年6月13日）；<sup>3</sup>《科威特与保加利亚关于民事、商事和刑事事项的法律和司法合作协定》（1988年12月26日）；<sup>4</sup>《科威特与土耳其关于民事、商事和刑事事项的法律和司法合作协定》（1997年3月24日）；<sup>5</sup>以及《科威特与阿拉伯叙利亚共和国关于民事和商事事项、个人身份事项、移交已被定罪人和清算遗产的法律和司法合作协定》（1999年6月28日）。<sup>6</sup>

<sup>1</sup> 根据 1962 年《第 6 号法案》核准。

<sup>2</sup> 根据 1977 年《第 96 号法令》批准。

<sup>3</sup> 根据 1977 年《第 123 号法令》批准。

<sup>4</sup> 根据 1989 年《第 19 号法令》批准。

<sup>5</sup> 根据 1998 年《第 46 号法令》批准。

<sup>6</sup> 根据 2004 年《第 3 号法令》批准。

### 拉脱维亚

拉脱维亚是若干载有引渡或起诉义务的国际条约的缔约国，这些条约是：《欧洲引渡公约》、《关于制止非法劫持航空器的公约》、《关于制止危害民用航空安全的非法行为的公约》、《欧洲引渡公约附加议定书》、《欧洲制止恐怖主义公约》、《欧洲引渡公约第二附加议定书》、《反对劫持人质国际公约》、《核材料实物保护公约》、《制止危及海上航行安全非法行为公约》及其《制止危及大陆架固定平台安全非法行为议定书》、《补充关于制止危害民用航空安全的非法行为的公约的制止在为国际民用航空服务的机场上的非法暴力行为的议定书》、《反腐败刑法公约》、《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》、《联合国打击跨国组织犯罪公约》、《修正欧洲制止恐怖主义公约的议定书》以及《联合国反腐败公约》。

拉脱维亚还受载有该义务的以下各双边条约约束：与爱沙尼亚和立陶宛《关于法律协助和法律关系的协定》（1992年11月11日）、与俄罗斯联邦《关于民事、家庭和刑事事项中的法律协助和法律关系的协定》（1993年2月3日）、与俄罗斯联邦《关于移交被判刑的人的协定》（1993年3月4日）、与摩尔多瓦

共和国《关于民事、家庭和刑事事项中的法律协助和法律关系的协定》（1993年4月14日）、与白俄罗斯《关于民事、家庭和刑事事项中的法律协助和法律关系的协定》（1994年2月21日）、与波兰《关于民事、家庭、劳工和刑事事项中的法律协助和法律关系的协定》（1994年2月23日）、与乌克兰《关于民事、家庭和刑事事项中的法律协助和法律关系的协定》（1995年5月23日）、与吉尔吉斯斯坦《关于民事、家庭和刑事事项中的法律协助和法律关系的协定》（1997年4月10日）、与乌兹别克斯坦《关于民事、家庭、劳工和刑事事项中的法律协助和法律关系的协定》（1997年5月23日）、与澳大利亚的《引渡条约》（2000年7月14日）。

### 黎巴嫩

黎巴嫩提交了一份相关条约以及实施特定条约的立法清单，这些条约和立法包括：黎巴嫩和也门的引渡协定；黎巴嫩和土耳其关于引渡和交换司法文件的协定；1964年3月13日关于黎巴嫩和科威特之间相互引渡的法律；1964年11月17日关于黎巴嫩和比利时之间引渡问题的法律；1968年12月30日关于黎巴嫩和突尼斯之间执行判决和引渡罪犯的协定的第38/68号法律；1972年5月17日第3257号法令实施的关于黎巴嫩和意大利之间的司法协定的法律；1997年4月23日关于黎巴嫩和阿拉伯叙利亚共和国的司法协定的第630号法律；1998年11月5日关于与埃及的司法协定的第693号法律；2002年12月12日关于黎巴嫩和保加利亚之间移交已被定罪人的协定的第467号法律；2002年12月12日关于黎巴嫩和保加利亚引渡协定的第468号法律；2002年12月12日关于黎巴嫩和保加利亚之间刑事事项司法合作协定的第469号法律；2002年12月12日关于黎巴嫩和保加利亚之间民事事项司法合作协定的第470号法律。

### 墨西哥

墨西哥提交了以下关于实质性问题的多边条约清单：(a) 战争罪和危害人类罪，即《改善战地武装部队伤者病者境遇之日内瓦公约》、《改善海上武装部队伤者病者及遇船难者境遇之日内瓦公约》、《关于战俘待遇之日内瓦公约》、《关于战时保护平民之日内瓦公约》以及《一九四九年八月十二日日内瓦四公约关于保护国际性武装冲突受难者的附加议定书》；(b) 禁

止灭绝种族，即《防止及惩治灭绝种族罪公约》；(c) 非法使用武器，即《禁止发展、生产、储存和使用化学武器及销毁此种武器的公约》；(d) 种族隔离，即《禁止并惩治种族隔离罪行国际公约》；(e) 奴隶制和类奴隶制罪行，即《禁止贩卖人口及取缔意图营利使人卖淫的公约》、《禁止贩卖妇女和儿童国际公约》、《1910年5月4日在巴黎签订、并经议定书修正的禁止贩卖白奴国际公约》、《1904年5月18日在巴黎签订、并经议定书修正的禁止贩卖白奴国际协定》以及《1926年9月25日在日内瓦签订、并经议定书修正的禁奴公约》（1953年12月7日，纽约）；(f) 禁止酷刑，即《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》和《美洲防止和惩处酷刑公约》；(g) 海盗行为，即《公海公约》和《联合国海洋法公约》；(h) 劫持及相关罪行，即《关于在航空器内的犯罪和犯有某些其他行为的公约》、《关于制止非法劫持航空器的公约》、《关于制止危害民用航空安全的非法行为的公约》；(i) 危害国际海上航行安全，即《制止危及海上航行安全非法行为公约》；(j) 使用武力侵犯受国际保护人员，即《关于防止和惩处侵害受国际保护人员包括外交代表的罪行的公约》以及《防止和惩治以侵害个人罪行和相关勒索罪行形式进行的具有国际影响的恐怖主义行为公约》；(k) 扣留平民人质，即《反对劫持人质国际公约》；(l) 危害健康罪（麻醉药品、药物和精神药物），即《1936年取缔非法贩卖危险药品公约》、《1961年麻醉品单一公约》以及《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》；(m) 国际贩运淫秽出版物，即《取缔猥亵出版物行销国际公约》；(n) 保护环境，即《1973年国际防止船舶造成污染公约》；(o) 盗窃核材料，即《核材料实物保护公约》；以及(p) 禁止伪造，即《取缔伪造货币国际公约》。

关于审判程序，墨西哥指出，它是《引渡公约》的缔约国。

在签署《引渡公约》时，墨西哥提出了以下保留：

墨西哥签署《引渡公约》，但就第3条(f)项声明：墨西哥国内立法不承认危害宗教罪。它不会签署本公约的任择条款。<sup>1</sup>

在加入《制止危及海上航行安全非法行为公约》时，墨西哥提出了以下保留：

墨西哥加入1988年《制止危及海上航行安全非法行为公约》及其1988年《制止危及大陆架固定平台安全非法行为议定书》，是基于以下的了解，即：在引渡事项方面，公约第十一条及其议定书第三条在墨西哥共和国的适用须按国内法适用规定所定方式和程序进行。<sup>2</sup>

墨西哥的保留并不影响该国所加入的多边条约规定的起诉或引渡的义务。

墨西哥还与下列国家签订了双边引渡条约：澳大利亚，1990年6月22日签署，1991年3月27日生效；巴哈马，1886年9月7日签署，1889年2月15日生效；比利时，1938年9月22日签署，1939年11月13日生效；伯利兹，1988年8月29日签署，1989年7月5日生效；巴西，1933年12月28日签署，1938年3月23日生效，以及一项《附加议定书》，1935年9月18日签署，1938年3月23日生效；加拿大，1990年3月16日签署，1990年10月21日生效；智利，1990年10月2日签署，1991年10月30日生效；哥伦比亚，1928年6月12日签署，1937年7月1日生效；哥斯达黎加，1989年10月13日签署，1995年3月24日生效；古巴，1925年5月25日签署，1930年5月17日生效；萨尔瓦多，1997年5月21日签署，1998年1月21日生效；法国，1994年1月27日签署，1995年3月1日生效；希腊，1999年10月25日签署，2004年12月29日生效；危地马拉，1997年3月17日签署，2005年4月29日生效；意大利，1899年5月22日签署，1899年10月12日生效；尼加拉瓜，1993年2月13日签署，1998年6月18日生效；荷兰，1907年12月16日签署，1909年7月2日生效；巴拿马，1928年10月23日签署，1938年5月4日生效；秘鲁，2000年5月2日签署，2001年4月10日生效；葡萄牙，1998年10月20日签署，2000年1月1日生效；大韩民国，1996年11月29日签署，1997年12月27日生效；西班牙，1978年11月21日签署，1980年6月1日生效，及一项《附加议定书》，1995年6月23日签署，1996年9月1日生效，以及《第二议定书》，1999年12月6日签署，2001年4月1日生效；联合王国，1886年9月7日签署，1889

<sup>1</sup> 国际联盟，《条约汇编》，第165卷，第3803号，第59页。

<sup>2</sup> 联合国，《条约汇编》，第1823卷，第29004号，第389页。

年2月15日生效；美国，1978年5月4日换文，1980年1月25日生效，以及一项《议定书》，1997年11月13日签署，2001年5月21日生效；乌拉圭，1996年10月30日签订，2005年3月24日生效；委内瑞拉玻利瓦尔共和国，1998年4月15日签署，2005年11月24日生效。

### 摩纳哥

摩纳哥加入了下列规定了引渡或起诉义务的国际条约，这些条约已通过最高法令在国内立法中生效：《关于制止非法劫持航空器的公约》；<sup>1</sup>《关于制止危害民用航空安全的非法行为的公约》；<sup>2</sup>《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》；<sup>3</sup>《反对劫持人质国际公约》；<sup>4</sup>《核材料实物保护公约》；<sup>5</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>6</sup>《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》；<sup>7</sup>《制止危及海上航行安全非法行为公约》；<sup>8</sup>《补充关于制止危害民用航空安全的非法行为的公约的制止在为国际民用航空服务的机场上的非法暴力行为的议定书》；<sup>9</sup>《制止危及大陆架固定平台安全非法行为议定书》；<sup>10</sup>《制止恐怖主义爆炸的国际公约》；<sup>11</sup>《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》；<sup>12</sup>《联合国打击跨国有组织犯罪公约》；<sup>13</sup>《联合国打击跨国有组织犯罪公约关于防

止、禁止和惩治贩运人口特别是妇女和儿童行为的补充议定书》；<sup>14</sup>《联合国打击跨国有组织犯罪公约关于打击陆、海、空偷运移民的补充议定书》。<sup>15</sup>

此外，摩纳哥还与下列国家缔结了17项双边引渡条约：澳大利亚、奥地利、比利时、捷克共和国、丹麦、法国、德国、意大利、利比里亚、荷兰、俄罗斯联邦、西班牙、瑞士、联合王国和美国。这些条约大多是在19世纪末或20世纪初缔结的。因此，这些条约按照现代条约的做法，规定了一份详尽的无需说明可能处以的最低刑罚即可引渡有关人员的罪行清单。

这些双边条约中有一些规定了在以被请求引渡的人的国籍为由拒绝引渡的情况下起诉该人的可能性，例如：经1896年12月23日修正的意大利与摩纳哥之间1866年3月26日的公约第5条；澳大利亚与摩纳哥1988年10月19日的引渡条约第5条；<sup>16</sup>法国与摩纳哥1992年5月11日的引渡条约第6条；<sup>17</sup>以及比利时与摩纳哥1874年6月29日的公约第5条。

<sup>14</sup> 同上。

<sup>15</sup> 同上。

<sup>16</sup> 联合国，《条约汇编》，第1598卷，第27970号，第139页。

<sup>17</sup> 同上，第1761卷，第30627号，第181页。

### 波兰

波兰是关于引渡或载有关于引渡或起诉的义务的条款的下列各项国际文书的缔约国：《取缔伪造货币国际公约》及《任择议定书》；1949年8月12日日内瓦四公约（《改善战地武装部队伤者病者境遇之日内瓦公约》、《改善海上武装部队伤者病者及遇船难者境遇之日内瓦公约》、《关于战俘待遇之日内瓦公约》、《关于战时保护平民之日内瓦公约》）；《禁止贩卖人口及取缔意图营利使人卖淫的公约》；《欧洲引渡公约》、其《附加议定书》和《第二附加议定书》；<sup>1</sup>

<sup>1</sup> 1984年4月24日第7.962号最高法令和2003年2月7日第15.655号最高法令。

<sup>2</sup> 1984年4月24日第7.964号最高法令和2003年2月7日第15.655号最高法令。

<sup>3</sup> 2003年1月24日第15.638号最高法令和2003年2月7日第15.655号最高法令。

<sup>4</sup> 2001年12月20日第15.157号最高法令和2003年2月7日第15.655号最高法令。

<sup>5</sup> 1996年11月28日第12.093号最高法令和2003年2月7日第15.655号最高法令。

<sup>6</sup> 1992年5月14日第10.542号最高法令。

<sup>7</sup> 1991年7月3日最高法令。

<sup>8</sup> 2002年4月8日第15.322号最高法令。

<sup>9</sup> 1994年2月10日第11.177号最高法令和2003年2月7日第15.655号最高法令。

<sup>10</sup> 2002年4月8日第15.323号最高法令。

<sup>11</sup> 2001年10月30日第15.083号和第15.088号最高法令及其附件。

<sup>12</sup> 2002年4月8日第15.319号最高法令。

<sup>13</sup> 2006年8月1日第605号最高法令。

<sup>1</sup> 波兰就这些文书作出声明，载于1993年6月15日交存的批准书；波兰在其中根据第6条第1款(a)项声明，波兰在任何情况下都不会引渡本国国民，并且为该公约的目的根据第6条第1款(b)项声明，凡获波兰给予庇护者将被视为波兰国民（见联合国，《条约汇编》，第1862卷，第469页）。后来，波兰作出另一项声明，载于波兰常驻代表2005年2月24日的信并于2005年2月24日在欧洲委员会秘书处登记，其案文如下：

《1961年麻醉品单一公约》；《关于制止非法劫持航空器的公约》；《精神药物公约》；《关于制止危害民用航空安全的非法行为的公约》；《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》；《欧洲制止恐怖主义公约》；《反对劫持人质国际公约》；《核材料实物保护公约》；《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》；《制止危及海上航行安全非法行为公约》；《制止危及大陆架固定平台安全非法行为议定书》；《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》；《联合国人员和有关人员安全公约》；《制止恐怖主义爆炸的国际公约》；《禁止在国际商业交易中贿赂外国公职人员公约》；《反腐败刑法公约》；《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》；《联合国打击跨国有组织犯罪公约》；《联合国打击跨国有组织犯罪公约关于防止、禁止和惩治贩运人口特别是妇女和儿童行为的补充议定书》；《联合国打击跨国有组织犯罪公约关于打击陆、海、空偷运移民的补充议定书》；《联合国反腐败公约》。

波兰还签署了若干关于引渡和法律协助的双边条约：与联合王国签订的关于移交逃犯条约（1932年1月11日，华沙）；与阿尔及利亚签订的关于民事和刑事方面法律关系的协定（1976年11月9日，阿尔及尔）；与摩洛哥签订的关于民事和刑事事项法律协助的协定（1979年5月21日，华沙）；与古巴签订的关于民事、家庭和刑事事项法律协助的协定（1982年11月18日，哈瓦那）；与阿拉伯叙利亚共和国签订的关于民事和刑事事项相互协助的协定（1985年2月16日，大马士革）；与突尼斯签订的关于民事和刑事事项法律协助的协定（1985年3月22日，华沙）；与阿拉伯利比亚民众国签订的关于民事、商事、家庭和刑事事项法律协助的协定（1985年12月2日，的黎波里）；与朝鲜民主主义人民共和国签订的关于民事、家庭和刑事事项法律协助的协定（1986年9月28

日，平壤）；与伊拉克签订的关于民事和刑事事项法律协助和司法协助的协定（1988年10月29日，巴格达）；与埃及签订的关于刑事事项、被判刑人移交和引渡方面法律协助的协定（1992年5月17日，开罗）；与越南签订的关于民事、家庭和刑事事项法律协助和法律关系的协定（1993年3月22日，华沙）；与白俄罗斯签订的关于民事、家庭、劳工和刑事事项法律协助和法律关系的协定（1994年10月26日，明斯克）；与美国签订的引渡条约（1996年7月10日，哥伦比亚特区华盛顿）；与斯洛伐克签订的关于补充和促进执行《欧洲引渡公约》的协定（1996年8月23日，亚沃日纳山塔特桑斯卡）；与澳大利亚签订的引渡条约（1998年6月3日，堪培拉）；与蒙古签订的关于民事、家庭、劳工和刑事事项法律协助和法律关系的协定（1998年10月19日，华沙）；与印度签订的引渡条约（2003年2月17日，新德里）；以及与德国签订的关于补充和促进执行《欧洲引渡公约》的协定（2003年7月17日，柏林）。

#### 卡塔尔

卡塔尔批准的一些多边和双边公约与法律和司法合作、引渡罪犯以及交换有关资料有关。卡塔尔还签署了其他一些条约，还有一些条约正在研究之中。

卡塔尔加入了下列多边协定：《反对劫持人质国际公约》、《精神药物公约》、《禁止并惩治种族隔离罪行国际公约》、《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》、《核材料实物保护公约》、《关于阿拉伯司法合作的利雅得协定》、《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》、《补充关于制止危害民用航空安全的非法行为的公约的制止在为国际民用航空服务的机场上的非法暴力行为的议定书》、《制止危及海上航行安全非法行为公约》、《制止危及大陆架固定平台安全非法行为议定书》、《反对招募、使用、资助和训练雇佣军国际公约》。

卡塔尔还批准了下列双边协定：1982年与沙特阿拉伯缔结的《安全合作与引渡罪犯协定》；1996年与法国缔结的《安全合作谅解备忘录》；2000年与也门缔结的《安全合作协定》。

“根据该公约第28条第3款，波兰共和国特此宣布，自2004年5月1日起，在与欧洲联盟各成员国的关系中，波兰将在关于欧洲逮捕证和成员国间移交程序的2002年6月13日理事会框架决定（2002/584/JHA）适用于波兰与这些国家间关系的范围内，适用执行该决定各项规定的内部立法规定。”

（同上，第2310卷，第24页）

在波兰法律中，上述框架决定的规定通过《刑法典》、《刑事诉讼法典》和《轻罪法典》的2004年3月18日修正法得到执行。

最后，卡塔尔还签署了下列双边协定：1999年《卡塔尔国内政部与伊朗伊斯兰共和国内政部关于禁止麻醉药品和精神药剂的谅解备忘录》；《卡塔尔国内政部与阿拉伯联合酋长国内政部关于安全合作与协作的谅解备忘录》。

### 塞尔维亚

塞尔维亚根据在它与其他国家之间有效的若干国际公约履行引渡或起诉被指控的罪犯的义务。其中一些公约规定必须适用国内法（在拒绝引渡请求的国家进行审判），而另一些公约则规定可以适用国内法。

塞尔维亚签署或加入了若干国际文书，主要是签署或加入了：《欧洲引渡公约》、《关于制止非法劫持航空器的公约》、《关于制止危害民用航空安全的非法行为的公约》、《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》、《欧洲制止恐怖主义公约》、《反对劫持人质国际公约》、《核材料实物保护公约》、《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》、《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》、《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》、《制止危及海上航行安全非法行为公约》、《制止恐怖主义爆炸的国际公约》、《反腐败刑法公约》以及《联合国打击跨国有组织犯罪公约》。

塞尔维亚还与下列国家签订了双边引渡条约：阿尔及利亚、奥地利、比利时、保加利亚、捷克共和国、法国、德国、希腊、匈牙利、伊拉克、意大利、蒙古、荷兰、波兰、罗马尼亚、俄罗斯联邦、斯洛伐克、西班牙、瑞士、前南斯拉夫的马其顿共和国、土耳其、联合王国和美国。

上述双边条约并不具体管理引渡或起诉事项。但是，其中若干条约指出，拒绝引渡的理由包括被请求国提起诉讼的司法管辖权，也就是说，如果拒绝引渡，那么，可在被请求国对被拒绝引渡的人提起刑事诉讼。另一方面，若干此类双边条约规定，如果已经开始对同一罪行提起刑事起诉，则将拒绝引渡请求。

鉴于上述原因，如果外国人在国外犯罪，该外国人可能被从塞尔维亚引渡到请求国（通常都是这

个结果）。但是，如果拒绝引渡请求，那么，塞尔维亚有义务根据国内法或优先于国内法的国际条约的规定，在其境内就同一罪行起诉被指控的罪犯。

与此类似，塞尔维亚国民不能被引渡到另一国，在这种情况下，塞尔维亚可以根据国内法或有关国际条约的规定，就其在国外的罪行对其提起诉讼。

### 斯洛文尼亚

斯洛文尼亚提交了斯洛文尼亚接受其约束的载有引渡或起诉义务的国际条约清单，这些条约是：

《改善战地武装部队伤者病者境遇之日内瓦公约》、《改善海上武装部队伤者病者及遇船难者境遇之日内瓦公约》、《关于战俘待遇之日内瓦公约》、《关于战时保护平民之日内瓦公约》、《欧洲引渡公约》、《1961年麻醉品单一公约》、《关于制止非法劫持航空器的公约》、《关于制止危害民用航空安全的非法行为的公约》、《精神药物公约》、《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》、《禁止并惩治种族隔离罪行国际公约》、《一九四九年八月十二日日内瓦四公约关于保护国际性武装冲突受难者的附加议定书》、《欧洲制止恐怖主义公约》、《反对劫持人质国际公约》、《核材料实物保护公约》、《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》、《制止危及海上航行安全非法行为公约》、《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》。

斯洛文尼亚没有对上述公约提出限制其适用的保留，包括没有对“或引渡或起诉”原则提出任何保留。

除上述多边公约外，斯洛文尼亚还与不同国家签订了包含“或引渡或起诉”原则的若干双边引渡协定。

### 斯里兰卡

斯里兰卡是下列载有引渡或起诉义务条约的缔约方，斯里兰卡在加入这些条约时没有就限制该义务的适用提出任何保留：《改善战地武装部队伤者病者境遇之日内瓦公约》、《改善海上武装部队伤者病者及遇船难者境遇之日内瓦公约》、《关于战俘待遇之日内瓦公约》、《关于战时保护平民之日内瓦公约》、

《禁止贩卖人口及取缔意图营利使人卖淫的公约》、《关于制止非法劫持航空器的公约》、《关于制止危害民用航空安全的非法行为的公约》、《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》、《反对劫持人质国际公约》、《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》、《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》、《补充关于制止危害民用航空安全的非法行为的公约的制止在为国际民用航空服务的机场上的非法暴力行为的议定书》、《制止危及海上航行安全非法行为公约》、《关于在可塑炸药中添加识别剂以便侦测的公约》、《制止恐怖主义爆炸的国际公约》、《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》、《联合国打击跨国有组织犯罪公约》。此外，斯里兰卡已签署《制止核恐怖主义行为国际公约》。它将在制定必要立法之后不久批准该公约。

在区域一级，斯里兰卡签署了规定引渡或起诉义务的一些区域公约。例如，在南亚区域合作联盟（南盟）内，斯里兰卡签署了《南盟制止恐怖主义活动区域公约》及其《附加议定书》和《南盟麻醉药品和精神药物公约》。

最后，斯里兰卡与中国的香港特别行政区、马尔代夫和美国签订了双边引渡条约。此外，根据1977年第8号《引渡法》的规定，可以逐案决定执行独立前签订的若干引渡条约。

### 瑞典

许多国际条约都已确定“或引渡或起诉”原则。瑞典批准了其中若干条约，因此，对有关条约的缔约国而言，瑞典受该原则的约束。该原则不受瑞典关于（执行欧洲逮捕证的）引渡或移交的立法或任何其他立法的任何规定的约束。不过，瑞典是通过关于下述问题的立法体现该原则的：（域外）管辖权、引渡总则和在瑞典刑法认定已发生犯罪行为时执法机构开始进行初步调查以及检察官提出起诉的条件。

瑞典受许多载有该原则的条约约束。其中许多条约源于联合国，例如，《制止恐怖主义爆炸的国际公约》和《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》。

瑞典《刑法典》第2章第2节载有关于满足这项原则各项要求的基本规定。<sup>1</sup> 根据有关规定，瑞典法院在以下情形下一定拥有管辖权：瑞典公民或住所不在瑞典的外国人犯罪（第1款）；住所不在瑞典、但在犯罪后成为瑞典公民或在瑞典获得住所的外国人，或属于丹麦、芬兰、冰岛或挪威公民而且本人在瑞典境内的外国人犯罪（第2款），或本人在瑞典境内而且根据瑞典法律可对所犯罪行为判处六个月以上监禁的任何其他外国人犯罪（第3款）。但是，只有在需根据行为发生地法律需要承担刑事责任时才适用这些规定。因此，在实践中，瑞典可以在任何时候起诉除其他外，属于瑞典公民或居民或至少本人在瑞典境内的被指控犯罪行为人。

鉴于瑞典《刑法典》通用规则适用于瑞典受其约束的任何国际义务，瑞典认为没有必要在其呈件中一一列出载有“或引渡或起诉”原则的每项国际条约。

<sup>1</sup> 可在联合国法律事务厅编纂司查阅《刑事犯罪的引渡》、《执行欧洲逮捕证从瑞典移交法》和《瑞典刑法典》摘要。

### 泰国

对泰国具有约束力、并且泰国未对其作出任何限制适用引渡或起诉义务（或引渡或起诉）的国际条约可以分为两组，即：(a) 涉及与劫持有关的犯罪：《关于在航空器内的犯罪和犯有某些其他行为的公约》、《关于制止非法劫持航空器的公约》、《关于制止危害民用航空安全的非法行为的公约》；以及(b) 涉及麻醉药品犯罪：《经修正一九六一年麻醉品单一公约的议定书修正的一九六一年麻醉品单一公约》、《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》。

### 突尼斯

突尼斯《宪法》第32条承认国际条约优先于法律的原则。按照宪政程序批准的国际协定被认为优先于法律，并且除根据适用的罪刑法定原则而规定的某些例外情形外，这些国际协定自动生效。这既包括双边协定，也包括多边协定。

突尼斯签订了多项关于司法合作的双边协定，其中多数都明确规定了“引渡或起诉”的义务。这些协定或专门针对引渡，或作一般性规定但其中一些条款涉及引渡。这些协定包括：与阿拉伯利比亚民众国签订的关于司法通知、调查委托书、执行判决和引渡的协定（第20条第2款）；与阿尔及利亚签订的关于互助和司法合作的协定（第27条第2款）；与黎巴嫩签订的关于司法合作、执行判决和引渡的协定（第22条第2款）；与摩洛哥签订的关于司法合作、执行判决和引渡的协定（第35条第2款）；与约旦签订的关于司法合作、执行判决和引渡的协定（第20条第1款）；与毛里塔尼亚签订的关于司法合作的协定（第29条第2款）；与阿拉伯联合酋长国签订的关于民事和刑事司法合作的协定（第27条第2款）；与埃及签订的关于民事、商事和个人地位及刑事事项法律和司法合作的协定（第37条第2款）；与科威特签订的关于民事、刑事和个人地位事项法律和司法合作的协定（第38条第2款）；与科威特签订的关于民事、刑事和个人地位事项法律和司法合作的协定的第一附加协定（第39条之二）；与阿拉伯叙利亚共和国签订的关于司法通知、调查委托书和执行判决的协定（第26条第2款）；与卡塔尔签订的关于法律和司法合作的协定（第41条第2款）；与也门签订的关于民事、商事、刑事和个人地位事项司法合作的协定（第38条第2款）；与德国签订的关于引渡和刑事司法合作的协定（第6条，第2款）；与意大利签订的关于民事、商事和刑事事项司法合作、承认和执行判决及仲裁裁决和引渡的协定（第15条第2款）；与法国签订的关于刑事司法合作和引渡的协定（第23条第2款，其中载有“必要时”一词）；与保加利亚签订的关于民事和刑事司法合作的协定（第32条）；与捷克斯洛伐克签订的关于民事和刑事司法合作、承认和执行司法裁判和引渡的协定（第48条）；与土耳其签订的关于刑事司法合作和引渡的协定（第23条第2款，其中载有“必要时”一词）；与匈牙利签订的关于民事和刑事司法合作、承认和执行司法裁判和引渡的协定（第47条）；与波兰签订的关于民事和刑事司法合作的协定（第32至33条）；与比利时签订的关于刑事司法合作和引渡的协定（第4条第2款）；与希腊签订的关于引渡和刑事司法合作的协定（第23条第2款）；与葡萄牙签订的关于引渡的协定（第4条）；与塞内加尔签订的关于司法合作、执行判决和引渡的协定（第42条第2款）；与马里签订的关于司法合作的协定（第38条第2款）；与科特迪瓦签订的关于司法合作的协

定（第25条第2款）；与中国签订的关于引渡事项司法合作的协定（第5条）；以及与印度签订的关于引渡事项司法合作的协定（第5条）。

突尼斯还指出，所有国际和联合国反恐怖主义公约都明确规定了“引渡或起诉”原则，只有在航空器内的犯罪和犯有某些其他行为的公约和《关于在可塑炸药中添加识别剂以便侦测的公约》除外。除仍然在考虑中的《制止核恐怖主义行为公约》之外，突尼斯批准了所有这些公约。1988年，突尼斯还批准了《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》。

### 大不列颠及北爱尔兰联合王国<sup>1</sup>

联合王国加入了下列载有引渡或起诉义务的条约：1949年8月12日关于保护战争受难者的日内瓦四公约、《关于制止非法劫持航空器的公约》、《关于制止危害民用航空安全的非法行为的公约》、《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》、《欧洲制止恐怖主义公约》、《反对劫持人质国际公约》、《核材料实物保护公约》、《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》、《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》、《补充关于制止危害民用航空安全的非法行为的公约的制止在为国际民用航空服务的机场上的非法暴力行为的议定书》、《制止危及海上航行安全非法行为公约》、《制止危及大陆架固定平台安全非法行为议定书》、《联合国人员和有关人员安全公约》、《制止恐怖主义爆炸的国际公约》、《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》、《联合国打击跨国有组织犯罪公约》、《联合国打击跨国有组织犯罪公约关于防止、禁止和惩治贩运人口特别是妇女和儿童行为的补充议定书》、《联合国打击跨国有组织犯罪公约关于打击陆、海、空偷运移民的补充议定书》、《联合国反腐败公约》。

联合王国还指出，该国加入了《防止及惩治灭绝种族罪公约》和《关于在航空器内的犯罪和犯有某些其他行为的公约》。这两项公约都没有规定引渡或起诉义务，但是要求各国对其他一些罪行确立管辖权。

<sup>1</sup> 联合王国指出，其答复未涉及关于在引渡方面对参加国具有影响的欧洲逮捕证的问题和/或案件。

联合国还签署了《修正欧洲制止恐怖主义公约的议定书》和《制止核恐怖主义行为国际公约》，但尚未批准这两项文书。

### 美利坚合众国

美国是若干载有引渡或起诉义务国际公约的缔约国。这些公约包括：《关于制止非法劫持航空器的公约》、《关于制止危害民用航空安全的非法行为的公约》、《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》、《反对劫持人质国际公约》、《核材料实物保护公约》、《补充关于制止危害民用航空安全的非法行为的公约的制止在为国际民用航空服务的机场上的非法暴力行为的议定书》、《制止危及海上航行安全非法行为公约》、《制止危及大陆架固定平台安全非法行为议定书》、《制止恐怖主义爆炸的国际公约》以及《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》。

美国认为，这些公约所载引渡或起诉承诺是剥夺恐怖分子和其他罪犯庇护所的重要组成集体努力的重要组成部分。美国坚决支持执行各国际文书的这些规定。

但美国指出，近年订立的多边刑事法律公约并没有统一规定引渡或起诉制度。相反，《联合国打击跨国有组织犯罪公约》、《网络犯罪公约》和《联合国反腐败公约》等近年订立的、广泛实施的重要公约规定，罪犯所处国家仅仅在下述情况下才有起诉罪犯的义务：(a) 因罪犯国籍而拒绝引渡；而且(b) 请求国要求起诉。因此，国际社会的共识表明，只应针对有限类别且最严重的罪行履行严格的引渡或起诉义务，而且只能对通过加入涵盖这种罪行、具有法律约束力的国际文书而承担了这种义务（并对其刑法和管辖权法作必要改动）的国家适用这种义务。

美国没有提出保留，以限制引渡或起诉义务本身的适用。但美国在加入这些公约时一贯坚持的立场是，公约规定的引渡义务仅能用来增加美国与其签订了双边引渡条约的国家之间的引渡依据。如果没有双边条约，美国不会将多边公约作为引渡依据。这是因为，对美国而言，引渡是由条约关系决定的；没有双边条约，就没有引渡义务。引渡或起诉义务也存在同样的限制。

C. 本国通过并实施的涉及引渡或起诉义务的国内法律规范，包括宪法条款和刑事诉讼法典

### 奥地利

奥地利指出，特别报告员兹齐斯拉夫·加利茨基先生在其初步报告第44段中已经概述了奥地利有关立法。<sup>1</sup>

<sup>1</sup> 《2006年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/571号文件。

### 智利

为遵守引渡或起诉义务而施行的规范直接来自智利签署的条约。国家法律或宪法规范没有涉及这一问题。

### 克罗地亚

《刑事事项法律互助法》<sup>1</sup> 规定，在不允许克罗地亚进行有关引渡的情况下，本国司法机构可以应一外国司法机构请求，接管对在国外实施的罪行的刑事诉讼。<sup>2</sup> 该法没有规定引渡的前提条件是请求国之间订有引渡协定，因此不要求实施“或引渡或起诉”原则，但是在这种情况下需要互惠性，即同意请求的条件是请求国作出保证，该国将同意克罗地亚司法机构所提出的同类请求。

<sup>1</sup> *Official Gazette*, No. 178 (2004), 2005年7月1日生效。

<sup>2</sup> 第四章（起诉的接管和转移），第62条。

### 爱尔兰

爱尔兰履行引渡或起诉的国际条约义务的机制，在国内法中通过主要立法和辅助立法予以规定。通常情况是，爱尔兰议会的立法提供管辖权的必要依据，可据此对在国外实施的行为进行起诉。

关于引渡，1965年《引渡法》第8节允许爱尔兰政府以命令的形式将条约义务转成国内法律。2006年《国际刑事法院法》第三部分规定了将有关个人移交国际刑事法院，以供该法院就管辖范围内的罪行进行起诉。1998年《国际战争罪法庭法》第二部分规定，如经“国际法庭”（即：联合国为起诉应对本国



境外所实施的严重违反国际人道主义法行为负责人所设的法庭或法院，为本法规定的国际法庭；司法、平等与法律改革部长以条例的形式宣布其为本法规定下的国际法庭）要求，可移交有关个人。

经修正的1965年《引渡法》涉及与欧洲联盟成员国以外的国家之间的引渡。引渡的义务被认为是至为重要的，在爱尔兰起诉的做法只有在因缺乏对等安排而不允许引渡爱尔兰公民的情况下才加以考虑。就所犯罪行在爱尔兰起诉某人的决定由总检察长负责作出。迄今尚未以爱尔兰国籍为由拒绝任何引渡请求。

爱尔兰还递交了实施对其具有约束力的条约的下列有关立法的摘录：1962年《日内瓦四公约法》；1973年《空中航行和运输法》；1975年《空中航行和运输（第2号）法》；1987年《引渡（欧洲制止恐怖主义公约）法》；1991年《放射防护法》；1994年《刑事司法法》；2000年《刑事司法（联合国禁止酷刑公约）法》；2000年《刑事司法（联合国工作人员安全）法》；2001年《防止腐败（修正）法》；2004年《海事安全法》；2005年《刑事司法（恐怖主义罪行）法》；以及2006年《国际刑事法院法》。<sup>1</sup>

<sup>1</sup> 这些摘录内容可在联合国法律事务厅编纂司查阅。

### 科威特

上文B节提到科威特接受其约束的国际协定，这些协定已成为可适用立法，各法院根据这些协定作出裁决，协定条款适用于与引渡相关的所有事项。这些协定涵盖的范围包括：须强制引渡的情况、不允许引渡的情况、成为可引渡罪的条件、协定规定的对口部门（包括送交引渡请求的对口部门）、提出引渡请求的方式、对同一罪行的多项引渡请求的引渡先后次序、对被请求引渡的人的审判和起诉、善意第三方的权利、已决定对其实施引渡的人从其他国家通过缔约国的过境事项、引渡费用和与引渡相关的其他问题。

### 拉脱维亚

《拉脱维亚共和国宪法》、《公民法》和《刑事诉讼法》<sup>1</sup>规定了拉脱维亚履行引渡或起诉义务（或

<sup>1</sup> 可在秘书处法律事务厅编纂司查阅拉脱维亚提供的国内法节录。

引渡或起诉）。根据《宪法》第98条，每个人都有权自由离开拉脱维亚。每个持有拉脱维亚护照的人在外国时应得到国家保护，并有权自由返回拉脱维亚。拉脱维亚公民不得被引渡到外国，但议会批准的国际协定规定的情形除外，而且还有一个条件，即：《宪法》规定的基本人权不得因引渡而受到侵犯。

《刑事诉讼法》中题为“刑法领域的国际合作”的C部分对上述问题作了规定。C部分第64章（合作的一般规定）确定了不同类型的国际合作。第65章（将一个人引渡到拉脱维亚）各条款涉及：提出引渡一个人的请求的各种规定和程序；宣布对一个人进行国际搜寻所需要的依据和应遵循的程序；临时羁押请求；接管外国引渡入境的人；从外国暂时引渡一个人；外国引渡入境的人的刑事责任框架和执行对其判决的框架；在外国的羁押期限的计入；从欧洲联盟成员国将一个人引渡到拉脱维亚；接受欧洲的羁押裁决所应遵守的程序；执行一项欧洲的羁押裁决；与从欧洲联盟成员国接管一个人的行动相关的条件。

题为“将一个人引渡到外国”的第66章制定了引渡一个人的各项原则。第一，如果某外国请求引渡身处拉脱维亚的某人，所针对的罪行根据拉脱维亚法律和该外国的法律均属于刑事罪行，则可以予以引渡，以便进行刑事起诉、诉讼或执行判决。第二，如果一个人所犯罪行的惩罚上限是剥夺自由一年或一年以上，或者是更严厉的刑罚，那么，可以引渡罪行实施者，以便进行刑事起诉或诉讼。第三，有国家已对某人作出判决和定罪处以剥夺自由相关刑罚四个月或四个月以上者，可以引渡该人以便该国执行判决。第四，在因若干刑事罪行请求引渡的情况下，如果其中一项罪行不符合可能判处或已经判处的刑罚的条件，因而不应就此实施引渡，那么，仍然可以就该刑事罪行进行引渡。

如果由于某种原因，拉脱维亚不能引渡一个人，那么，仍然可能接手刑事诉讼或者接收判决，以便承认和执行判决。根据《刑事诉讼法》第67章（拉脱维亚接手在外国开始的刑事诉讼）和第68章（移交在拉脱维亚开始的刑事诉讼），如果在拉脱维亚继续进行在外国开始的刑事诉讼是出于程序需要，而且根据拉脱维亚刑法，所涉罪行可以受到惩罚，那么，拉

脱维亚根据外国请求或在其同意下接手刑事诉讼就是在该外国开始的刑事诉讼在拉脱维亚的继续。移交刑事诉讼就是在拉脱维亚中止并在一个外国继续进行刑事诉讼，条件是，有依据认定某人为某项罪行的嫌犯或对其提起诉讼，但不可能在拉脱维亚顺利和及时地进行刑事诉讼，或者这种诉讼受到阻碍，而且移交该外国后可以消除这种不可能性或阻碍。如果对某项罪行已经定罪并作出判决，那么，只有在下述情形下才允许移交刑事诉讼：不能在拉脱维亚执行判决，而且被定罪者居住所在的外国不接受因而不执行他国的判决。

《刑事诉讼法》第71章（在拉脱维亚执行外国的判决）规定了执行外国判决的内容和条件。根据《刑事诉讼法》，在拉脱维亚执行外国判决就是无争议地承认该判决的正当性和合法性，并且按照同一程序执行该判决，如同该判决是在拉脱维亚进行的刑事诉讼中作出的。而且，承认外国判决的正当性和合法性不妨碍以拉脱维亚刑法对同一罪行规定的制裁来协调该外国判决。《刑事诉讼法》第777条规定，在下列情况下应可执行外国判决：(a) 拉脱维亚与该外国签订了执行该外国的判决的条约；(b) 外国提出了关于执行其判决的请求；(c) 该外国在完成刑事诉讼后以一项有效裁定作出了判决；(d) 根据拉脱维亚刑法，被定罪者会因同一罪行受到刑罚；(e) 无论是在该外国或是在拉脱维亚，执行判决的时效期限都没有过；(f) 根据拉脱维亚刑法，在作出判决时，刑事责任的时效期限没有过；(g) 《刑事诉讼法》第804节提到提出执行判决请求的各种理由中，该外国至少有其中一种。

《刑事诉讼法》第72章（在外国执行拉脱维亚的判决）的规定，在外国执行拉脱维亚判决就是，承认这一判决的正当性和合法性，并且按照同一程序执行该判决，如同该判决是在该外国进行的刑事诉讼程序中作出的。

### 黎巴嫩

黎巴嫩递交了一份载有关于引渡问题的黎巴嫩现行法律文本清单。《黎巴嫩刑法典》第30至36条和《黎巴嫩刑事诉讼法典》第17条载有关于引渡的规定。《刑法典》中的上述条款载列的内容可满足关于界定允许或拒绝加以引渡的罪行性质的要求。根据

《刑事诉讼法典》第17条，最高法院检察官负责提供信息，说明引渡原则在司法上的适用。<sup>1</sup>

对请求予以引渡的人为黎巴嫩国民的案件与其为外国国民的案件之间有所区分。就黎巴嫩国民而言，根据“国家不引渡本国公民”原则，对请求予以引渡的人不予引渡，而是根据《刑法典》第20条规定的属人管辖权，由黎巴嫩法院予以审理。该条规定：

对在黎巴嫩境外实施根据黎巴嫩法律可予以惩处的重罪或轻罪的黎巴嫩人应适用黎巴嫩法律，无论该人是主犯、教唆犯还是共犯。

因此，黎巴嫩在这方面受“或引渡或起诉”原则的约束。不过，应当铭记的是，就程序而言，对引渡黎巴嫩国民的请求所适用的规则与下文所列的对引渡外国人的请求所适用的规则相同。

关于外国国民，将其引渡到请求国的问题根据下列机制加以处理：

(a) 根据国际刑警组织总秘书处和阿拉伯刑警局发布的国际“通缉”通知，在黎巴嫩境内发布关于在国际上被通缉者的公告；

(b) 根据上述公告，被通缉者一经发现，主管的司法警察即根据最高法院检察官办公室的指示予以逮捕；

(c) 将逮捕令情况通知请求就有关人员发布公告的国家，并酌情通知该国需要递送经核证的引渡案卷；

(d) 将被请求引渡的个人拘留，或在交出居留证时将其释放，同时采取充分的保障措施，以保证其不会逃跑，比如下达旅行禁令，这取决于最高法院检察官在这方面就拘留时间或释放作出何种决定。如果有现行协定，会依据现行协定，如果没有，则将依据个案的实际情况，同时尤其考虑对等原则进行这一工作；

<sup>1</sup> 黎巴嫩提供的上述条款可在联合国法律事务厅编纂司查阅。

(e) 在收到引渡案卷后，最高法院检察官或为此目的得到授权的人和最高法院公设辩护人将对有关的个人进行讯问。根据《刑法典》第35条，检察官在讯问后，可对被请求引渡的人发出逮捕令。检察官就引渡请求编写一份报告，但之前须查明指控罪名的有效性，以及是否满足了接受请求的法定条件；无论这些条件是司法协定或条约中现有的，还是在没有司法协定或条约的情况下，基于国内法所列规则和对等原则的。随后将整个案卷和检察官的报告递交司法部长。届时，将根据依照司法部长的提议发布的法令就引渡请求作出决定；

(f) 在下达接受或拒绝引渡请求的法令后，将此事通知请求引渡的国家。

如果接受请求，就要求请求引渡国有关当局派遣安全特派团来监管有关个人，除非此人是由于其他原因被逮捕的，在这种情况下，则只能在黎巴嫩法院审理结束后才能引渡。

如果拒绝请求，而且拒绝不是因罪行已由于某种原因而消灭，或起诉由于法律理由不可受理，因此仍存在对罪行进行起诉的可能，则根据《黎巴嫩刑法典》第23条：

居住在黎巴嫩境内的外国人在国外实施第19、20和21条没有指明的重罪或轻罪的，无论该人是主犯、教唆犯还是共犯，在没有请求予以引渡或接受引渡请求的情况下，对其适用黎巴嫩法律。

因此，在以缺乏协定规定的法律要求为由，或在没有这些协定的情况下，以缺乏国内法规定的法律要求为由，拒绝引渡某一外国人的请求后，有关的外国人必须接受黎巴嫩法院的传讯。

根据以上所述，对于在国外有犯罪行为的黎巴嫩国民以及在黎巴嫩境内的外国人或无国籍人，黎巴嫩均受“引渡或起诉”（或引渡或起诉）原则的约束。

## 墨西哥

《墨西哥政治宪法》第133条规定了墨西哥现行法律的层级。为此，《宪法》指出：本宪法、由本宪法

派生出来的各项国会法律以及共和国总统已经缔结或将予缔结并经参议院批准的所有符合本宪法规定的条约，为整个合众国的最高法律。因此，墨西哥通过批准包含有“或引渡或起诉”原则的国际条约，已经将这一原则纳入其法律体系。

基于这一国际法原则的义务是通过下列两个机制来履行的：

(a) 《联邦刑法典》第4条规定了墨西哥为确保在国外实施的联邦犯罪行为不逍遥法外，墨西哥可以行使管辖权的情形：

墨西哥国民在国外对墨西哥国民或外国国民实施的犯罪行为，或者外国国民对墨西哥国民实施的犯罪行为，应按照联邦法律在共和国予以惩处，但须满足下列条件：

(一) 被告人身处共和国境内；

(二) 犯罪发生地国尚未作出最终判决；以及

(三) 被告人被控罪行在犯罪发生地国和共和国都被视为犯罪行为；

(b) 此外，《政治宪法》第119条第三款规定了墨西哥可以实行引渡程序的情形：

由另一国提出的引渡请求应按照本宪法、墨西哥签署的国际条约和规范性法律由联邦行政部门予以处理，并由司法部门参与。

因此，从程序角度来讲，在引渡程序中，墨西哥首先可以适用墨西哥参加的引渡条约，其次可以适用1975年12月29日生效、作为《政治宪法》第119条的执行法的《国际引渡法》<sup>1</sup>。

墨西哥根据双边条约或《国际引渡法》实行各项引渡程序。迄今为止，墨西哥尚未收到任何根据多边条约提出的引渡请求。如果墨西哥收到了此类请求，则会按照上述文书规定的程序规则实行引渡程序。宗旨是确保尊重程序措施和被告人的人权。

<sup>1</sup> 墨西哥提供的《国际引渡法》可在联合国法律事务厅编纂司查询。

在这一方面，为保障个人，《政治宪法》第15条为引渡程序设置了下列限制：

#### 第15条

不得缔结允许引渡被控实施政治犯罪的人或在犯罪发生地国受奴役的普通罪犯的条约；也不得缔结限制或改变本宪法为个人和公民设置的保障和权利的协定或条约。

### 摩纳哥

摩纳哥提供了关于引渡问题的1999年12月28日第1.222号国家立法。<sup>1</sup> 这部法律规定了引渡程序的一般法律框架，并在没有这方面的条约或具体规定的情况下适用。“或引渡或起诉”原则的适用与被请求国可以依据的若干拒绝引渡理由密切相关。第1.222号法律第6条在这方面至关重要，因为该条规定，如引渡请求所涉及的罪行是在摩纳哥境内实施，或正在摩纳哥提起诉讼，或已由第三国作出判决，则可拒绝引渡。第6条还规定，在引渡请求所涉及的罪行根据请求国法律可处死刑，或被控罪犯可能受到身体伤害的情况下，也可拒绝引渡。

这些限制符合确立摩纳哥法院刑事管辖权的国内立法的规定（《刑事诉讼法典》第7至10条）。

如因被控罪犯的国籍问题而拒绝引渡，则将执行“或引渡或起诉”原则。第1.222号法律第7条规定，摩纳哥不引渡本国国民。不过，在以被请求引渡的人的国籍为由拒绝引渡的情况下，可应请求国请求，将案件转交总检察长，以便在必要时对该人提起诉讼。该原则的适用条件是，请求国必须要求对该人进行审判，并且转交所有与犯罪有关的文件、资料和有关证据。之后，被请求国有义务向请求国通报有关要求的后续进展情况。

第1222号法第7条并不是要限制摩纳哥检察长就起诉时机作出决定的权力，除非这一义务是从国际条约（例如：摩纳哥与瑞士之间的协定）或其他多边条约直接产生的。

如果拒绝引渡是基于其他理由，例如有关罪行具有军事、政治或财政性质，或有关罪行已在摩纳哥最终作出了起诉和判决，或者有关罪行或对其进行的起诉根据摩纳哥或请求国立法受到法律限制，则“或引渡或起诉”原则只有在摩纳哥法院根据《刑事诉讼法典》第7至10条的规定对在境外实施罪行的外国人拥有管辖权的情况下才适用。<sup>2</sup>

最后，《刑法典》第265条第（4）款扩展了摩纳哥法院对在摩纳哥境内外的组织或便利对未成年人（18岁以下）实施性剥削的行为的管辖权。

<sup>2</sup> 《法典》第7条：“下列各方可由公国起诉和审判：

“（1）在公国境外实施危害公国国家安全的罪行，伪造国家法定货币、国民身份证件或通货（进入国库的纸币或其他形式的通货），或对摩纳哥外交或领事房舍或财产的代理人犯下罪行或犯法行为的外国人。

“（2）作为摩纳哥人在摩纳哥公国境外所犯任何罪行的共犯或从犯的外国人，该摩纳哥人正在因上述罪行在摩纳哥公国被起诉或已经被判刑。”

第8条：“下列各方可由公国起诉和审判：

“（1）在公国境内协同在境外犯下的罪行或犯法行为的任何人，对此同谋行为外国和摩纳哥法律皆有规定，且主要行为已由外国管辖机关的最终裁决作出认定。

“（2）在公国境外实施根据1984年12月10日在纽约通过的《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1条构成酷刑的罪行或犯法行为，且身在公国境内的任何人。”

第9条：“在境外犯下以下行为之一的外国人，可由公国起诉和审判：

“（1）危害摩纳哥人的罪行或犯法行为。

“（2）危害另一外国人的罪行或犯法行为，如果该外国人在公国境内持有通过违犯行为获取的物件。”

### 波兰

《波兰共和国宪法》于1997年4月2日由国民大会通过。《宪法》第55条案文如下：

1. 除第2款和第3款规定的情况外，禁止引渡波兰公民。

2. 如果引渡公民的可能性源于波兰批准的国际条约或执行波兰共和国加入的国际组织颁布的法律文书的成文法，则可在外国或国际司法机构提出请求时准予引渡波兰公民，条件是引渡请求所涉的行为：

（1）在波兰共和国领土外实施；并且

<sup>1</sup> 该法律的法文原本全文可在联合国法律事务厅编纂司查阅。另见 *Journal de Monaco*, No. 7423 (31 December 1999)。

(2) 在实施时和提出请求时构成波兰共和国实行的法律所规定的犯法行为，或者如果是在波兰共和国领土内实施则将构成波兰共和国实行的法律所规定的犯法行为。

3. 如果波兰批准的国际条约所设的国际司法机构就该机构管辖权范围内的灭绝种族罪、危害人类罪、战争罪或侵略罪提出引渡请求，则无需满足第2款第(1)项和第(2)项规定的条件。

4. 禁止引渡涉嫌出于政治原因实施犯罪但未使用暴力的人，禁止施行将使人和公民的权利和自由受到侵犯的引渡。

5. 法院将就引渡的可受理性作出裁定。

此外，《刑事诉讼法典》第604条规定：

1. 在下列情况下，引渡不可受理：

(1) 此类请求所指人为波兰公民或已获得波兰共和国给予的庇护权；

(2) 该行为不具被禁止行为的特点，或者法律规定该行为不构成犯法行为，或者该行为人未实施犯法行为或无须受惩罚；

(3) 诉讼时效已过；

(4) 关于同一人实施的同一行为的刑事诉讼程序已经有效完结；

(5) 引渡将违反波兰法律；

(6) 有理由担心被起诉人可能被判处死刑或者请求引渡的国家可能执行死刑；

(7) 有理由担心被起诉人的权利和自由可能在请求引渡的国家受到侵犯；

(8) 引渡涉及出于政治原因以非暴力方式实施犯法行为而被起诉的人。

2. 特别是，在下列情况下可以拒绝引渡：

(1) 此类请求所指的人在波兰共和国有永久居留权；

(2) 刑事犯法行为在波兰共和国领土内或在波兰船舶或飞机上实施；

(3) 关于同一人实施的同一行为的刑事诉讼程序待决；

(4) 犯法行为须进行自诉；

(5) 根据提出引渡请求的国家的法律，所实施的犯法行为将受到期限不超过一年的剥夺自由的处罚或更轻的处罚，或者此类处罚已实际实施；

(6) 除第1款第(8)项所述外，引渡请求所涉的犯法行为属于军事、财政或政治性质；或

(7) 提出引渡请求的国家不保证在此事项上的对等性。

3. 在第1款第(4)项和第2款第(3)项所述的情况下，可暂不就引渡请求做出决定，直至波兰共和国境内对同一人提出的刑事诉讼完结，或者该人已服完刑或被免于处罚。

## 卡塔尔

2004年第23号法律颁布的《卡塔尔刑事诉讼法典》载有含第408至424条的一章，该章专门论述了被告和被定罪者的问题。其中最重要的规定如下：

第409条：引渡的前提条件如下：

— 引渡请求所涉及的罪行已经在请求引渡的国家境内实施，或在卡塔尔国和请求引渡国境外实施，条件是虽然该行为在请求国境外实施，但是根据该国法律应予以处罚；

— 该罪行是根据卡塔尔法律和请求引渡国法律均应处至少两年徒刑或更严重刑罚的重罪或轻罪，或因这类罪行而被请求引渡的人已被判处至少六年徒刑；

— 如果卡塔尔国法律不处罚该行为，或请求引渡国对该罪行规定的刑罚在卡塔尔国没有对等规定，则引渡不是必须的，除非被请求引渡的人是请求引渡国的国民或规定有相同刑罚的另一国的国民；

一如果引渡请求涉及的是一个以上的罪行，则只可就那些满足上述条件的罪行提供引渡。

第410条：下列情况下不得引渡：

(1) 请求予以引渡的人是卡塔尔国民；

(2) 引渡请求所涉及的罪行为政治罪行或与政治罪行有关，或请求予以引渡的人在引渡请求提交时受到政治庇护；

(3) 引渡请求所涉及的罪行只限于违背军事义务；

(4) 有重大理由相信，提出引渡请求是为了基于与种族、宗教、国籍或政治观点有关的原因而对有关的人进行审判或处罚，或存在可能损害请求予以引渡的人的处境的任何这类考虑；

(5) 请求予以引渡的人已因同一罪行受到审判，已作出判决且该人已服刑，或者根据卡塔尔法律或请求引渡国的法律，刑事犯罪行为或刑罚已因时间的流逝或赦免而超过时效期限或失效；

(6) 卡塔尔法律允许由卡塔尔司法机构就引渡请求所涉及的罪行对请求予以引渡的人进行审判。

此外，2004年《卡塔尔刑法典》的一些规定也适用于国际恐怖主义罪行。第(17)条规定如下：

本法典的规定适用于现在本国境内、但曾在国外作为主犯或从犯实施任何贩运毒品或人口或任何国际海盗罪或国际恐怖主义罪行的任何人。

《刑法典》第(18)条规定：

任何在卡塔尔境外实施了本法典视为重罪或轻罪的行为的卡塔尔人，如返回卡塔尔且该行为根据实施地国法律应予处罚，则应根据本法典的规定受到处罚。

根据上述规定，《刑法典》针对在卡塔尔境内外实施的包括国际恐怖主义在内的特定罪行，将该国境内的所有人（卡塔尔人、居民和外国人）均置于卡塔尔法院管辖之下。

此外，还有关于反洗钱的2002年第28号法律，其中第17条规定：

根据我国缔结或加入的协定的规定，洗钱罪是可以提供司法协助、协作、相互合作和罪犯引渡的罪行的一种。

最后，《卡塔尔永久宪法》第58条规定如下：

禁止引渡政治难民，法律规定给予政治庇护的条件。

### 塞尔维亚

引渡或起诉的问题在塞尔维亚也是由国内法规定的。

应该特别强调的是，《刑事诉讼法典》一些具体章节所规范的事项中，包括了引渡被告或被定罪者有关的事项以及其他形式的国际法律协助（常见形式的国际法律协助、移交和承继诉讼、执行外国司法裁决）。

关于引渡以及关于刑事事项的其他形式国际法律协助，《刑事诉讼法典》优先考虑了国际条约。事实上，只有在不存在国际条约的情形下才适用《刑事诉讼法典》的规定，而在应适用其规定的情形下，《法典》仍然不能处理某些事项。

这种规定符合塞尔维亚《宪法》，因为《宪法》规定，公认国际法规则和批准的国际条约是塞尔维亚法律制度的组成部分，应直接执行。而且，国际条约不得违背《宪法》，而塞尔维亚制定的法律和其他通用法案则不能违背批准的国际文书和公认国际法规则。

塞尔维亚《宪法》没有任何关于引渡被告或被判刑者的规定。

存在国际条约并不是引渡被告或被判刑者或在塞尔维亚起诉他们的条件。因此，如果不存在国际条约，那么，在处理国际法律关系中的引渡或起诉事项时，将适用国内法的规定。

《刑事诉讼法典》规定了引渡被告或被判刑者的条件以及作出拒绝引渡这种人的决定时应考虑的因

素，规定了确定这些因素的程序，但没有具体规定引渡或起诉义务或责任（或引渡或起诉）。

但是，关于引渡或起诉问题，《刑事诉讼法典》不允许将塞尔维亚国民引渡到外国。它也不允许就外国人在塞尔维亚境内或境外伤害塞尔维亚或其国民的罪行引渡该外国人。因此，《法典》规定，塞尔维亚有进行起诉的司法管辖权，也就是说，应在塞尔维亚起诉。

根据《刑事诉讼法典》规定，如果塞尔维亚尚未就外国人伤害塞尔维亚或其国民利益的罪行对其提出刑事起诉，或者如果已经提出刑事起诉但已经获得保证金以确保受害方的索赔权益，则应引渡该外国人。

在国内立法中，塞尔维亚《刑法典》条款关于塞尔维亚刑事立法适用地理范围的各种方案（刑事立法在不同罪行发生地的适用性）与引渡或起诉义务特别相关。这些条款规定了塞尔维亚刑事立法对发生在塞尔维亚的罪行的执行。不过，如果罪行发生在塞尔维亚境外，可能仍然适用这些条款。在下述情形中尤其适用这些条款：作为罪行发生地的外国没有请求引渡指控的罪犯，或者提出了引渡请求，但其请求因某种原因被拒绝。

如果罪行发生在塞尔维亚境内，那么，根据《刑法典》的规定，适用的主要原则是领土原则，即：无论被指控的罪犯具有哪国国籍，塞尔维亚刑事立法适用于发生在其境内的所有罪行。这项原则被延伸到包括船只或航空器的国籍。《法典》规定，可以将起诉移交另一国家，特别是在下述情况下可将起诉移交另一国家：对所涉罪行最多可判处十年徒刑，或者所涉罪行危害公共运输安全，无需考虑对罪行的量刑。如果一个外国已经开始或完成了对发生在塞尔维亚境内的罪行的诉讼，那么，只有经过检察官批准，才能在塞尔维亚就同一罪行进行起诉。免受领土原则制约的情形与国际公法设想的豁免情形相同（例如，享有完全外交豁免权的人），在这种情形下适用本国立法。

塞尔维亚刑事立法也适用于在国外犯下侵害塞尔维亚利益的罪行的任何人（国民或外国人）。这些

罪行包括危害塞尔维亚宪政制度和安全的罪行，不包括煽动民族、种族或宗教仇恨、分裂或不容异己的犯罪行为，以及涉及伪造国内货币的洗钱行为。在所有上述情形中，应适用绝对适用塞尔维亚法律的原则。

塞尔维亚刑事立法还适用于在国外犯下任何其他罪行、或在塞尔维亚境内发现或被引渡回塞尔维亚的塞尔维亚国民。之所以适用这项主动属人管辖权原则，是因为不能让塞尔维亚国民因为不能被移交他国而在返回祖国后逃脱其在国外罪行的刑事责任。根据这项原则，塞尔维亚刑事立法甚至可以对犯下所涉罪行后成为塞尔维亚国民的罪犯一样适用。作出这项规定是必要的，可以保证起诉因犯罪时身份为外国人而不能引渡到另一国的罪犯。只有在下述情况下才能在塞尔维亚进行这种起诉：未适用外国刑法，或罪行发生地国家的法律也认定应该惩罚这项罪行。如果未满足上述条件，则必须征得检察官批准，才能在塞尔维亚进行起诉。

塞尔维亚刑事立法还适用于在境外犯下危害塞尔维亚或其国民利益的罪行、但在境内被发现或被移交塞尔维亚的外国人。只有在下述情况下才能对这种人提出起诉：根据所涉罪行发生地国家法律，该罪行应该受到惩罚。如果未满足上述条件，则必须征得检察官同意，才能在塞尔维亚进行起诉。

与此类似，如果一个外国人在国外犯下危害某外国或另一外国人利益的罪行、而且根据罪行发生地国家的刑事法律应处以五年或五年以上徒刑或更严厉的刑罚（普遍原则），则应对其适用塞尔维亚刑事立法。此外，适用这项原则的条件包括，该外国人在塞尔维亚境内被发现但未引渡，而且根据罪行发生地国家法律，该罪行应该受到惩罚。关于所涉罪行也应被外国法律认定为罪行的条件，存在一项例外，即：国际社会公认的法律原则将其认定为犯罪行为。因此，一旦检察官批准，就应根据塞尔维亚《刑法典》提出起诉。在适用国内立法时，对被告的判刑不得重于罪行发生地国家刑事立法规定的刑罚。

鉴于上述内容，只有在没有任何外国请求引渡外国人或引渡请求被拒绝的情况下才能适用塞尔维亚刑事立法和普遍原则。

在引渡请求被拒绝的情况下，适用塞尔维亚刑事立法，也就是在塞尔维亚进行起诉，追究所涉外国人的刑事责任，或令其受到惩罚，这既是必要的，也是合理的。在这种情况下，也可将适用国内法（即进行审判）的行为视为拒绝引渡国家的义务。因此，这种情况充分反映了引渡或起诉原则的适用。

通常，塞尔维亚在司法实践中允许在符合所有引渡条件的情况下引渡外国人。因此，适用普遍原则的情形非常少见。但是，这并不减损这项原则的重要性，因为该原则保证在任何情况下都可以起诉指控的罪犯，使其无法逃避刑事责任。

此外，关于实际国籍原则和普遍原则，在下述情况下将不在塞尔维亚进行起诉：*(a)* 罪犯已经服满外国判处的刑罚；*(b)* 具有法律效力的司法裁决认定行为者无罪，或因时效已过不得对行为者判刑，或行为者已获得赦免；*(c)* 已在外国对患有精神病的罪犯采取适当的安全措施；或者*(d)* 如果根据外国法律，只有在受害方提出请求后才能起诉，而受害方未提出这种请求。

### 斯洛文尼亚

《斯洛文尼亚宪法》第8条规定，法律和其他法规必须符合公认的国际法原则和对斯洛文尼亚具有约束力的条约的规定。已经批准和发布的条约将直接加以适用。

《斯洛文尼亚宪法》第47条规定，任何斯洛文尼亚公民都不能被引渡或移交，除非此种引渡或移交义务源自某项条约，而根据该条约，按照《宪法》第3条a项的规定，斯洛文尼亚已经将其部分主权权利的行使权移交给某个国际组织。

《斯洛文尼亚刑法典》第122条规定，《刑法典》适用于在国外实施刑事犯罪行为和在斯洛文尼亚被捕或引渡到斯洛文尼亚的斯洛文尼亚公民。

《斯洛文尼亚刑法》第123条规定，《刑法典》还适用于在外国针对斯洛文尼亚或其公民实施刑事犯罪行为，在斯洛文尼亚被捕但未被引渡到外国的外国公民。在这些情况下，法院对犯罪行为人判处的刑罚不应重于犯罪发生地国法律所规定的刑罚。

引渡请求须通过在有关多边或双边条约中商定的渠道向斯洛文尼亚当局提出。引渡请求应送交当事人居住地或审判前羁押地所在的地区法院调查法官。调查法官必须对当事人进行审讯，还要听取辩护律师和检察官所表述的意见。他还可以针对案件了解其他情况。此后，案宗送交三名法官组成的合议庭，由该合议庭按照《刑事诉讼法》就引渡的法律条件是否具备的问题作出裁定。

如果引渡的法律条件具备，合议庭将发出裁定书，但当事人有权就此提出上诉。法院对引渡的法律依据作出的最终裁定以及法院案宗将发送司法部，由司法部长作出准许、拒绝或推迟引渡的裁断（《刑事诉讼法》第521至537条）。

如果引渡的法律条件不具备，合议庭将作出拒绝引渡的裁定。此项裁定须由上诉法院予以复核（否决或修改）。

《刑事诉讼法》第522条规定，进行引渡的前提条件是：*(a)* 引渡请求所针对的人不是斯洛文尼亚公民；*(b)* 引渡请求所涉及的行为发生在斯洛文尼亚境外，不涉及斯洛文尼亚或斯洛文尼亚公民；*(c)* 引渡请求所涉及的行为无论根据国内法还是国外法都属于犯罪行为；*(d)* 根据国内法，在外国人被拘留或作为被告人讯问前，提出刑事起诉或予以惩处的行动都不为法律所禁止；*(e)* 引渡请求所针对的人尚未被国内法院以同一罪名定罪或按照国内法院的最终裁决而无罪释放，或者对他提起的刑事诉讼程序被最终裁决所中止，或者对他提起的控告被最终裁决所驳回，或者尚未在斯洛文尼亚针对以斯洛文尼亚为对象实施的同一罪行对有关外国人提起刑事诉讼，如果针对以斯洛文尼亚公民为对象实施的犯罪已经提起刑事诉讼，受害方的赔偿要求已经得到保证；*(f)* 引渡请求所针对的人的身份已经确定；*(g)* 有充足的证据可以怀疑引渡要求所针对的外国人实施了刑事犯罪，或者已经就此作出具有终局约束力的判决。

《刑事诉讼法》第530条第二款规定，如果被请求引渡的外国人在斯洛文尼亚享有庇护权，如果涉及政治罪行或军事罪行或者未与引渡请求国签定国际条约，则司法部长将拒绝引渡请求。如果所涉刑事犯罪行为最高刑罚为三年监禁，或者某一外国法



院已经判处一年以下的监禁刑罚，司法部长可以拒绝引渡请求。

《刑事诉讼法》第521条第二款规定，只有在符合对斯洛文尼亚具有约束力的国际协定规定的情况下才能对外国人进行引渡。

### 斯里兰卡

1977年第8号《引渡法》规定了处理指定英联邦国家或条约国家提出的引渡在逃罪犯请求的基本法律制度。

此外，为执行载有引渡或起诉义务的制止严重国际罪行的国际条约而制定的授权立法作出了必要规定，以修正《引渡法》；除其他方面外，这些立法规定，该公约所述罪行应视为可引渡罪行，在没有与外国签订引渡条约的情况下，应将该公约作为引渡的依据。这些授权立法是：1982年第24号《危害航空器罪刑法》；1988年第70号《南盟制止恐怖主义活动区域公约法》；1996年第31号《制止在为国际民用航空服务的机场上的非法暴力行为法》；1999年第11号《制止恐怖主义爆炸法》；2000年第41号《防止劫持人质法》；2000年第42号《制止危及海上航行安全非法行为法》；2005年第25号《制止向恐怖主义提供资助的公约法》。

### 瑞典

瑞典对不同的被引渡（或移交）前往的国家制定了不同的引渡制度：《丹麦、芬兰、冰岛和挪威刑事罪行引渡法》处理北欧国家之间的引渡；《执行欧洲逮捕证从瑞典移交法》规定了欧洲联盟成员国之间的移交条件；《刑事罪行引渡法》则处理涉及其他各国的引渡。

所有引渡（或移交）请求由瑞典检察机关负责处理。由一名检察官对请求进行处理，并调查是否有理由对所涉人员进行引渡（或移交）。如请求由北欧国家提出，检察官将决定所涉人员是否应该引渡（个别情况除外）。人员移交欧洲联盟成员国的，须由法院作出最后裁决。在所有其他情况下，在最高法院对案件进行审查并就是否可以合法地准予引渡的问题提出书面意见后，由瑞典政府作出是否引渡的决定。如果最高法院认为不应准予引渡，政府必须接

受这项意见。瑞典针对不同的被引渡（或移交）前往的国家，适用不同的条件或拒绝理由。涉及北欧国家的引渡仅可适用少数几项拒绝理由。对于非欧洲联盟国家提出的引渡请求，情况正好相反。比如，瑞典国民可被引渡（或移交）至北欧国家或欧洲联盟境内，但不得引渡（或移交）至其他国家。如果请求国为非北欧国家和非欧盟国家，则所有案件都必须适用双重犯罪规定。如所涉人员为欧洲逮捕证缉拿的人，这项要求将受到限制，并且这项要求不适用于北欧国家提出的请求（瑞典国民除外）。

关于刑事管辖权方面的规定，主要载于《瑞典刑法典》第2章。

在瑞典境外实施的犯罪，如犯罪由下列人员实施，则应根据瑞典法律并由瑞典法院进行审判（第2章，第2节）：

(a) 瑞典公民或住所在瑞典的外国人；

(b) 住所不在瑞典，但在犯罪后成为瑞典公民或在瑞典设有住所的外国人；或属于丹麦、芬兰、冰岛或挪威公民而且本人在瑞典境内的外国人；

(c) 本人在瑞典境内而且根据瑞典法律可对其所犯罪行判处六个月以上监禁的任何其他外国人。

规定的另一项条件是，所涉行为在犯罪地为刑事罪（双重犯罪），或者对于在不属于任何国家的地区发生的罪行，根据瑞典法律可判处有期徒刑以上的更严重刑罚。

在上述各项情况中，作出的制裁不得超过另一国的最重制裁。

因此，如被指控的行为人在瑞典境内，瑞典法院具有十分广泛的管辖权。为满足《刑法典》所规定的“身处”瑞典境内的要求，所涉人员必须是自愿进入瑞典的。

在其他一些情况下，在瑞典境外实施的罪行也应按照瑞典法律并由瑞典法院进行审判。与上述情况相反，法律并不规定任何双重犯罪要求，比如在下列情况之中（第2章，第3节）：

(a) 如犯罪行为劫持、海上或航空器破坏行为、破坏机场、伪造货币，意图实施这种犯罪、违反国际法罪行、有关化学武器的非法交易、有关地/水雷的非法交易、在国际性法院作虚假或草率陈述、实施恐怖主义罪行法律规定的恐怖主义罪或意图实施这种犯罪；

(b) 如瑞典法律对所涉罪行规定的最轻处罚为四年或四年以上监禁。

因此，《刑法典》在有关规定中提及了瑞典具有域外管辖权的具体罪行（即单纯根据罪行本身而拥有管辖权）。

根据瑞典法律，如有理由认为发生了应提起公诉的刑事犯罪，应尽快由警方或检察当局进行初步调查。调查的主要目的是查明可合理怀疑实施了罪行的人，并确定是否有充足理由对其提起诉讼。

一般而言，如有足够证据表明法院将对犯罪嫌疑人作出有罪判决，瑞典检察官有义务对公诉领域内的犯罪行为提起诉讼。但是，也有一些例外情况。在某些情况下，如果案件不涉及重大的公共利益或私人利益，检察官可以决定限制初步调查，或不提起诉讼。

适用这些一般规则的条件是，上述的瑞典管辖规定可予适用，而不论罪行在何处发生。

总而言之，检察官一定参与引渡或移交程序，并在引渡或移交请求遭到拒绝后接到相关通知。在这种情况下，可适用瑞典法律中有关管辖权以及初步调查和起诉的规定，以履行“或引渡或起诉”原则的义务。

## 泰国

制定 1991 年《与麻醉品有关犯罪中罪犯的制裁措施法》是为了执行与麻醉药品犯罪有关的公约。根据该法，泰国有义务在起诉或引渡义务（或引渡或起诉）适用的情况下根据这些多边条约给予引渡。

## 突尼斯

突尼斯立法在《刑事诉讼法典》关于“外籍犯罪人引渡”的第 308 至 335 条中对外籍犯罪人的引渡作

出了规定，包括引渡的条件、程序和效力，但没有明确承认“引渡或起诉”的原则。然而，它在规定刑事事项的国际管辖权基础方面，承认主动属人管辖权原则，并在该法第 305 条案文中，允许突尼斯法院对在突尼斯境外实施依照突尼斯法律可予惩处的重罪或轻罪的突尼斯公民提起诉讼。它还在该法第 307 条之二中承认被动属人管辖权原则，准许当局在被害人拥有突尼斯国籍的情况下，对在突尼斯境外实施重罪或轻罪的任何主犯或从犯提起诉讼。它还在该法第 307 条承认客体属地管辖权原则，准许当局对在突尼斯境外实施损害突尼斯国家安全的重罪或轻罪的外籍主犯或从犯，或从事伪造国家货币行为的外国人提起诉讼。

因此，虽然《刑事诉讼法典》没有明确承认引渡或起诉原则，但采用此种广泛国际管辖权基础的最终结果是事实上承认这项原则。

为了支持旨在打击恐怖主义和防止洗钱的国际努力，2003 年 12 月 10 日第 2003-75 号法第 55 条采纳了普遍管辖权原则，从而使上述趋势得到加强。该条规定，突尼斯法院对下列恐怖主义罪行拥有管辖权：由突尼斯国民实施的；针对突尼斯当事方或利益实施的；由惯常居住在突尼斯境内的外国人或无国籍人实施的或身处突尼斯境内的外国人或无国籍人实施的，条件是在突尼斯主管法院作出最后判决前，外国主管当局没有请求合法引渡。该法第 60 条规定，如果是不拥有突尼斯公民身份的人在突尼斯境外对外国人、外国利益或无国籍人实施恐怖主义罪行，如果行为人身处突尼斯境内，则应当引渡。

突尼斯立法在适用不允许引渡突尼斯公民的原则时，沿用了国际公认的做法。另一方面，突尼斯根据前述国际司法公约的规定，有义务在突尼斯对依照引渡或起诉原则被请求引渡和起诉的个人提起刑事诉讼。

就非突尼斯人而言，立法规定，仅在有关的人因实施了依照突尼斯法律可作为重罪或轻罪予以惩处的罪行而被起诉、且请求引渡所涉的所有罪行在请求国的法定刑罚为六个月或六个月以上的徒刑时，才允许将有关的人引渡到外国。就审判而言，请求国法院判处的刑罚必须为两个月或两个月以上的徒刑。

只有在请求国公民或外国人在请求国领土上实施请求引渡所涉的罪行时，或在请求国公民或外国人在请求国境外实施犯罪，而该罪行虽然由外国人在国外实施，但属于突尼斯依本国法律可以起诉的罪行的情况下，方准予引渡。

罪行在突尼斯境内实施的，或罪行尽管在突尼斯境外实施、但对行为人的起诉已经完成的，根据突尼斯法律或请求国法律已超过公诉或惩处时效的，罪行具有政治性质的，引渡请求显然出于政治目的，或罪行属于未履行军事义务的，不得引渡。

第2003-75号法第59条支持打击恐怖主义和防止洗钱的国际努力，规定在任何情况下都不得将恐怖主义罪行视为政治罪。该法第56条准许对恐怖主义罪行提起公诉，无须考虑被起诉的行为根据犯罪地国法律是否为刑事罪的问题。

#### 大不列颠及北爱尔兰联合王国

联合王国没有与引渡或起诉义务有关的具体法律条例。2003年《引渡法》第193节允许联合王国在接到一项国际公约另一缔约方的请求并且有关行为受该公约的规定管辖时，实施引渡供审判。

联合王国有若干确立对特定罪行的管辖权的法律规定，从而使有关国家机构能够起诉有关罪行。执行对联合王国具有约束力的国际条约的立法包括：1957年《日内瓦四公约法》；1982年《航空与安全法》第一部分；1978年《受国际保护人员法》；1978年《制止恐怖主义法》；1982年《劫持人质法》；1983年《核材料（罪行）法》；1988年《刑事司法法》第134节；1990年《刑事司法（国际合作）法》第21节；1990年《航空与海事安全法》第一至二部分；1997年《联合国人员法》；2000年《恐怖主义法》第六部分；2005年《严重有组织犯罪和警察法》第15章。

#### 美利坚合众国

美国没有制定关于引渡或起诉义务的国内法律条款。事实上，正如前面指出的，美国引渡法律很明确地规定其只有在与外国政府签订了引渡条约的情况下才有效力（18 U.S.C. § 3181(a)）。

#### D. 反映“或引渡或起诉”义务适用情况的国家司法实践

##### 奥地利

“或引渡或起诉”原则在奥地利司法实践中具有关键性作用。根据《奥地利刑法典》第65节第1.2款，如由于犯罪性质或特征以外的其他原因不允许引渡嫌疑人，则检察官必须审查在奥地利提起诉讼程序的事宜。<sup>1</sup> 不过，关于拒绝引渡后在奥地利提起诉讼程序的各项法院裁决未明确提及上述规定。为此，无法提供任何明确提及《法典》第65节或类似规定的法院裁决。因此，没有有关法院裁决的情况没有反映出“或引渡或起诉”原则在奥地利司法实践中的极端重要性。

<sup>1</sup> 另见《关于在刑事事项上与欧洲联盟成员国开展司法合作的联邦法》第17节第3款，*Federal Law Gazette, No. 36/2004*；该法执行了2002年6月13日关于欧洲逮捕证和成员国间移交程序的理事会框架决定，《公报》，L 190号，2002年7月18日，第1页。

##### 智利

2006年反映“或引渡或起诉”义务适用情况的最新国家司法实践包括：(a) 2006年2月7日最高法院预审法官阿尔贝托·谢尼奥·德尔坎波对阿根廷提出的关于引渡智利国民拉斐尔·华盛顿·哈拉·马西亚斯的请求作出一审判决（后经最高法院2006年3月16日的裁决批准），驳回了引渡请求并指出有关的人实施被指控的犯罪行为一事应在智利审判；(b) 2006年8月21日阿尔贝托·谢尼奥·德尔坎波对阿根廷提出的关于引渡智利国民胡安·莱昂·利拉·托瓦尔的请求作出一审判决（后经最高法院2006年11月9日的裁决批准），驳回了引渡请求并指出有关的人实施被指控的犯罪行为一事应在智利审判。

##### 克罗地亚

在从另一国接管的刑事诉讼中，对被告的审判视同该罪行在克罗地亚境内实施。不过，在外国法对被告更为宽大的情况下，适用该外国法，以尊重关于国家间移交诉讼不得恶化被告处境的原则。外国司法机构根据请求国法律所进行的每一项调查行动都将引起根据克罗地亚法律开展的相应调查行动，除非该调查行动违背了国家法律秩序原则、《保护人权与基本自由公约》的原则和《公民及政治权利国际公约》。

### 爱尔兰

爱尔兰看来没有反映这项义务适用情况的司法实践。

### 拉脱维亚

拉脱维亚反映“或引渡或起诉”义务适用情况的司法实践不多。2006年，拉脱维亚收到三项关于引渡以便进行刑事起诉的法律协助请求。其中两项仍然在处理中。一项已经完成。

### 黎巴嫩

就引渡原则的司法适用情况而言，最高法院检察官负责编写引渡犯罪人的案件摘要，并同其报告一起转递司法部长（《刑事诉讼法典》第17条）。

### 墨西哥

墨西哥司法实践中没有任何涉及引渡问题的司法判例标准具体反映引渡或起诉的义务。

### 摩纳哥

摩纳哥法院严格适用其第1.222号引渡法中所载规则。正如上诉法院2001年4月12日的判决所示，摩纳哥致力于高效打击跨国犯罪和促进最广泛和最有效的国际合作。<sup>1</sup> 在该判决中，上诉法院准予引渡俄罗斯联邦以贩卖毒品罪请求引渡的一名俄罗斯国民。为此，法院谨慎地适用了第1.222号法律的规定、摩纳哥同俄罗斯于1883年9月5日缔结的双边公约以及摩纳哥和俄罗斯联邦均已加入的《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》中关于引渡的规定。法院认定，俄罗斯联邦提出的引渡请求完全符合这几项文书中所规定的程序要求和实质要求，即引渡请求是通过外交渠道转递的，法官已核实被捕者的身份并告知其引渡程序，在庭审过程中有口译员在场，所有有关文件均已妥为翻译，其逮捕是合法进行的。此外，引渡请求的依据载于该联

合公约中，因此被视为纳入了摩纳哥同俄罗斯之间的1883年引渡公约。而且，由于有关犯罪不具有军事、财政或政治性质，不是在摩纳哥法院起诉的，引渡不涉及任何时效法，因此没有其他理由拒绝引渡。最后，鉴于被控罪行的严重性，嫌疑人提出的庇护请求不能成为拒绝引渡的理由。

另一方面，没有发现有关“或引渡或起诉”原则直接适用的具体判决。

### 波兰

根据《刑事诉讼法典》，外国提出的引渡被起诉人或被告人请求须由法院作出裁决。法院在就引渡的可受理性作出裁决时，以《宪法》和《刑事诉讼法典》的上述规定作为指导。被起诉人和检察官可就法院关于引渡的裁决提出上诉。在2004年至2007年期间，法院作出的引渡不可受理的裁定通常依据的是《法典》第604条第1款第（5）项和第（7）项的规定，即引渡与波兰法律相抵触，或者有理由担心被引渡人的自由和权利将在寻求引渡的国家受到侵犯。

关于外国提出的引渡请求的最后决定由波兰共和国司法部长作出。只有法院作出的引渡不可受理的裁定才对司法部长具有约束力。另一方面，司法部长有权在法院认定引渡可受理的情况下拒绝引渡。司法部长在作出最后决定时以刑事政策方面的考虑作为指导。但是，根据最高法院1996年10月17日的决议，部长不能通过作出不同于法院在关于引渡可受理性的裁决中所作事实确认的独立事实确认来拒绝引渡。部长关于引渡的决定不可上诉。在实践中，在2004年至2007年期间，没有出现司法部长在法院裁定允许引渡的情况下拒绝引渡的事例。

在2004年的63项引渡请求中，4项被拒绝；在2005年的27项引渡请求中，10项被拒绝；在2006年的24项请求中，4项被拒绝；在2007年，迄今已提出三项引渡请求。

对在2004年至2007年期间开展的引渡程序的分析显示，从外国提出请求到司法部长作出决定的整个程序平均需要七个月。

<sup>1</sup> 判决书的法文原文可在联合国法律事务厅编纂司查阅。另见 *Revue de droit monégasque*, vol. 4 (2002), 第52页。

## 塞尔维亚

在实践中，塞尔维亚通常允许就外国人在外国所犯罪行将该外国人引渡到该外国。例如，在过去十年里，拒绝引渡请求的情形非常少见，而且拒绝引渡请求的主要原因是涉及塞尔维亚国民。塞尔维亚没有对这种人进行起诉，因为根据规定引渡或起诉义务的国际文书，其行为尚未达到视为罪行的条件。在所有有关情形中，没有任何国家要求塞尔维亚审判这些人，也没有任何国家向塞尔维亚提供支持对这些人提起刑事诉讼的证据材料。

在实践中，外国拒绝塞尔维亚引渡请求的例子则比较多。事实上，拒绝引渡这些人的国家既不起诉他们，也不审判他们。相反，他们被释放，但在有些情形中，在此后执行国际搜查令过程中，他们偶然在其他国家被发现和逮捕，并被其他国家引渡。

## 斯洛文尼亚

法定原则是斯洛文尼亚刑事诉讼程序的基本原则之一，该原则确定检察官在合理怀疑有人实施了可依职权起诉的犯罪行为时，有义务进行刑事起诉。据此，在拒绝引渡的情况下，斯洛文尼亚执法当局必须对斯洛文尼亚公民或在斯洛文尼亚有永久住所的人在外国实施的犯罪行为提起公诉。当局还必须对在外国针对该国或其任何公民实施犯罪行为，并在斯洛文尼亚境内被捕而没有引渡给外国的外国公民提起公诉。但应该指出，斯洛文尼亚一般在满足一切法律条件的情况下准许引渡外国人。经外国提出请求，斯洛文尼亚还可以就斯洛文尼亚公民或外国公民在国外实施的犯罪行为提起公诉。起诉请求须同卷宗一起转递给有关的人的永久住所地的主管检察官。拒绝起诉的理由必须与适用于斯洛文尼亚境内实施的罪行的理由相同。在斯洛文尼亚提起刑事诉讼的管辖权属于地方检察官（斯洛文尼亚有11个地方检察署）。对于因适用“或引渡或起诉”原则而由检察官提起刑事诉讼或从外国手中接管诉讼事宜的个别案件而言，斯洛文尼亚没有任何中央汇总记录，也没有资料收集，因此，斯洛文尼亚没有提供实际适用这项原则的数字资料。

## 斯里兰卡

最高法院在埃克纳亚克诉司法部长案的裁决（SLR 1988（1），第46页）中考虑了载有引渡或起诉义务的国际公约：(a)《关于在航空器内的犯罪和犯有某些其他行为的公约》；(b)《关于制止非法劫持航空器的公约》；以及(c)《关于制止危害民用航空安全的非法行为的公约》。该案件涉及的情形是，一名斯里兰卡国民将一架意大利航空公司的飞机劫持到了曼谷。根据1982年第24号《危害航空器罪刑法》，在科伦坡高等法院起诉了该罪犯，并将其定罪。

## 泰国

泰国对司法实践问题的答复是“否”。

## 大不列颠及北爱尔兰联合王国

在围绕引渡奥古斯托·皮诺切特而进行的诉讼中讨论了引渡或起诉义务的性质：见女王诉博街都市受薪裁判官，皮诺切特·乌加特一方诉讼案[2000] 1 AC 61；同上，(No. 3) [2000] 1 AC 147；以及T.诉内政大臣案[1996] AC 742（马斯蒂尔勋爵）。

只要没有其他原因（例如人权方面的考虑）禁止引渡，联合王国即在接到引渡请求后引渡有关人员（包括英国国民）。大多数近期案例与恐怖主义犯罪有关。

联合王国最近在R.诉扎尔达德案中以被控在阿富汗犯下的酷刑和劫持人质罪对一人提起公诉。该裁决的某些方面目前正在上诉之中。

## 美利坚合众国

美国司法实践符合下述理解，即：引渡或起诉义务与国际公约紧密相连。例如，美国一个上诉法院在美国诉优素福案（327 F.3d 56（2d Cir. 2003））中裁定，《关于制止危害民用航空安全的非法行为的公约》“在缔约国之间”创设了“引渡或起诉条约禁止的行为的实施者的司法管辖协议”（同上，第96页）。在美国，除根据美国已成为缔约国的公约的规定适用该义务外，美国没有适用该义务的任何司法裁决。

## E. 在本国立法或实践中，“或引渡或起诉”义务的原则所适用的罪行或犯罪行为

### 墨西哥

在墨西哥，实施联邦罪的个人可以被引渡。根据《司法部门组织法》第50条第一款(a)项，国际条约中规定的犯罪行为是联邦罪，这样的犯罪行为由联邦刑事法官审判。因此，墨西哥已适当地把这样的犯罪行为纳入该国的刑事制度。同一条的第二款规定，联邦刑事法官还审理引渡请求。这一条的条文如下：

第50条 联邦刑事法官应审理以下案件：

#### 一. 联邦罪

以下犯罪行为构成联邦罪：

(a) 联邦法律和国际条约规定的犯罪行为；

(b) 《刑法典》第2至5条针对联邦区提到的属于普通罪的犯罪行为和针对整个共和国提到的属于联邦罪的犯罪行为；

(c) 外交人员、共和国大使馆正式工作人员和墨西哥领事在国外的犯罪行为；

(d) 在外国大使馆和公使馆实施的犯罪行为；

(e) 联邦为被动主体的犯罪行为；

(f) 公务员或联邦雇员在履行职责期间实施或与履行职责相关的犯罪行为；

(g) 在公务员或联邦雇员履行职责期间对其实施或因为其履行职责而对其实施的犯罪行为；

(h) 在某项联邦公共服务进行期间实施的犯罪行为，即使该项服务已下放或外包；

(i) 对某项联邦公共服务或对为进行该项服务而提供的财产实施的犯罪行为，即使该项服务已下放或外包；

(j) 所有袭击、妨碍或阻挠联邦行使任何具体权力或职权的犯罪行为；

### 奥地利

对于“或引渡或起诉”义务，奥地利立法没有在某些罪行或犯罪行为类别之间作出区分。因此，按照《奥地利刑法典》第64至65节中的规定，所有根据《奥地利刑法典》应予惩罚的罪行和犯罪行为都受此义务约束。<sup>1</sup>

<sup>1</sup> 见《2006年……年鉴》，第二卷(第一部分)，A/CN.4/571号文件，第44段。

### 智利

应该指出，国家立法和实践中没有任何限制来防止把这一原则适用于特定的罪行或犯罪行为。

### 克罗地亚

引渡义务只适用于所谓的可引渡罪行，这些罪行由国际协定确定或可由其确定。如请求国同克罗地亚之间没有这类协定，则适用《克罗地亚刑事事项法律互助法》。该法规定，凡根据克罗地亚法律可处徒刑或包括剥夺自由至少一年在内的安全措施或更严重处罚的刑事罪行，可准予引渡，以便提起刑事诉讼。如因未达此标准而不允许引渡，法律不阻止接管起诉（“或起诉”）。因此，“或引渡或起诉”义务适用于所有刑事罪行。

### 爱尔兰

爱尔兰在其答复中交叉引用了本报告所载资料（见上文B节）。

### 日本

在日本司法制度中，上文B节中所列条约规定了引渡或起诉义务，这项义务根据《引渡法》、《刑法典》<sup>1</sup>和其他相关法律法规执行。

<sup>1</sup> 由日本提供的《刑法典》和《引渡法》非正式翻译文本可在联合国法律事务厅编纂司查阅。

(k) 如果已经承诺或实际与联邦政府的某个部门、权力下放机构或国有企业签署合同，则包括《刑法典》第389条所述犯罪行为；

(l) 符合《刑法典》第401条第二款所作规定、由联邦选举官员或政党官员实施的犯罪行为或针对他们的犯罪行为。

二. 不受国际条约所作规定影响的引渡诉讼程序。

三. 关于批准截取私人通信的请求。

### 摩纳哥

根据《刑事诉讼法典》第7至10条，“或引渡或起诉”原则可以在各类案件中执行，包括危害国家安全罪、伪造罪、危害外交、领事或国家馆舍罪和酷刑罪。

### 波兰

在外国就对波兰具有约束力的国际条约所涵盖的任何罪行或犯法行为的实施提出引渡请求后，

可引渡被起诉或被定罪人。在2004年至2007年期间，外国的引渡请求通常涉及侵犯财产和侵害生命及健康的犯法行为和涉及伪造行为的犯法行为。

### 斯洛文尼亚

“或引渡或起诉”原则适用于《斯洛文尼亚刑法典》规定的所有犯罪行为，包括源于国际人道主义法和上文所述国际条约（B节）的以下犯罪行为：灭绝种族罪、危害平民罪、危害伤病人员罪、危害战俘的战争罪、使用非法武器的战争罪、非法杀戮和伤害敌人、虐待伤病人员和战俘、不当使用国际标志、人口贩运、国际恐怖主义、危害受国际保护的人员、劫持人质、非法制造和买卖麻醉药品、为使用麻醉药品和其他毒品创造机会。

### 大不列颠及北爱尔兰联合王国

联合王国对下列罪行适用“引渡或起诉”原则：酷刑罪、劫持人质罪、危害民用航空安全和海事安全的某些罪行以及特定恐怖主义罪行。





# 驱逐外国人

[议程项目7]

A/CN.4/581号文件

## 特别报告员莫里斯·卡姆托先生关于驱逐外国人的第三次报告

[原文：法文]

[2007年4月19日]

### 目 录

	段次	页次
本报告所引用的多边文书 .....		122
本报告所引用的著作 .....		122
一般原则 .....	1-135	125
A. 驱逐权 .....	6-23	125
1. 固有权利 .....	8-14	126
2. 非绝对权利 .....	15-22	128
(a) 事实背景 .....	15-18	128
(b) 国际法律秩序的内在限制 .....	19-22	128
条款草案第3条 驱逐权 .....	23	129
B. 在遵守国际法基本规则的情况下行使权利 .....	24-135	129
1. 涉及被驱逐者的限制 .....	28-135	130
(a) 不驱逐国民原则 .....	28-57	130
(一) 原则 .....	34-49	130
(二) 例外情况 .....	50-56	134
条款草案第4条 国家不驱逐本国国民 .....	57	135
(b) 不驱逐难民原则 .....	58-81	135
(一) 原则 .....	61-74	135
(二) 例外情况 .....	75-80	138
条款草案第5条 不驱逐难民 .....	81	139
(c) 不驱逐无国籍人原则 .....	82-96	139
条款草案第6条 不驱逐无国籍人 .....	96	141
(d) 禁止集体驱逐原则 .....	97-135	142
(一) 和平时期 .....	98-115	142
(二) 战争时期 .....	116-134	145
条款草案第7条 禁止集体驱逐 .....	135	148

## 本报告所引用的多边文书

来源

- 《条约及参战各国对德国和约》(《凡尔赛和约》)[英](1919年6月28日, 凡尔赛) *British and Foreign State Papers*, 1919, vol. CXII (London, HM Stationery Office, 1922), 第1页。
- 《关于战时保护平民之日内瓦公约》[英](1949年8月12日, 日内瓦) 联合国,《条约汇编》, 第75卷, 第973号, 第287页。
- 《保护人权与基本自由公约》(《欧洲人权公约》)[英](1950年11月4日, 罗马) 同上, 第213卷, 第2889号, 第221页。
- 《保护人权与基本自由公约有关保障公约以及公约第1号议定书规定以外的某些权利和自由的第4号议定书》[英](1963年9月16日, 斯特拉斯堡) 同上, 第1496卷, 第2889号, 第263页。
- 《关于难民地位的公约》[英](1951年7月28日, 日内瓦) 同上, 第189卷, 第2545号, 第137页。
- 《关于难民地位的议定书》[英](1967年1月31日, 纽约) 同上, 第606卷, 第8791号, 第267页。
- 《关于无国籍人地位的公约》[英](1954年9月28日, 纽约) 同上, 第360卷, 第5158号, 第117页。
- 《公民及政治权利国际公约》[旧译《公民及政治权利国际盟约》](1966年12月16日, 纽约) 同上, 第999卷, 第14668号, 第171页。
- 《非统组织关于非洲难民问题某些特定方面的公约》[英](1969年9月10日, 亚的斯亚贝巴) 同上, 第1001卷, 第14691号, 第45页。
- 《美洲人权公约:“哥斯达黎加圣何塞公约”》[英](1969年11月22日, 圣何塞) 同上, 第1144卷, 第17955号, 第123页。
- 《非洲人权和人民权利宪章》[英](1981年6月27日, 内罗毕) 同上, 第1520卷, 第26363号, 第217页。
- 《申根文书——实施比荷卢经济联盟国家、德意志联邦共和国和法兰西共和国政府关于在共同边界逐步取消检查的1985年6月14日申根协定的公约》[英](1990年6月19日, 申根) 《欧洲共同体公报》, L 239号(2000年9月22日), 第19至62页。
- 《保护所有移徙工人及其家庭成员权利国际公约》(1990年12月18日, 纽约) 联合国,《条约汇编》, 第2220卷, 第39481号, 第3页。

## 本报告所引用的著作

- ABRAHAM, Ronny  
“La reconduite à la frontière des demandeurs d’asile”, *Revue française de droit administratif* (Paris), vol. 8, No. 1, January-February 1992, pp. 90–103.
- ALEINIKOFF, T. Alexander  
“The meaning of ‘persecution’ in United States asylum law”, *International Journal of Refugee Law*, vol. 3, No. 1, January 1991, pp. 5–29.
- BOECK, Charles de  
“La sentence arbitrale de la Cour permanente de La Haye dans l’affaire Canevaro(3 mai 1912)”, *Revue générale de droit international public* (Paris), vol. XX, 1913, pp. 317–372.  
“L’expulsion et les difficultés internationales qu’en soulève la pratique”, *Collected Courses of The Hague Academy of International Law*, 1927–III. Paris, Hachette, 1928. Vol. 18, pp. 447–647.
- BONFILS, Henry 和 Paul FAUCHILLE  
*Manuel de droit international public* (droit des gens). 7th rev. ed. Paris, Rousseau, 1914. 1189 p.
- BONETTI, Paolo  
“Italy”, 载 Bruno Nascimbene (编), *Expulsion and Detention of Aliens in the European Union Countries*. Milan, Giuffrè, 2001, pp. 311–376.
- BRY, Georges  
*Précis élémentaire de droit international public mis au courant des progrès de la science et du droit positif contemporain à l’usage des étudiants des facultés de droit et des aspirants aux fonctions diplomatiques et consulaires*. 5th ed. Paris, Larose et Tenin, 1906. 689 p.
- CASANOVAS, Oriol  
“La protection internationale des réfugiés et des personnes déplacées dans les conflits armés”, *Collected Courses of The Hague Academy of International Law*. Martinus Nijhoff, 2003. Vol. 306, pp. 9–176.
- CHETAIL, Vincent  
“Le droit des réfugiés à l’épreuve des droits de l’homme: bilan de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme sur l’interdiction du renvoi des étrangers menacés de torture et de traitements inhumains et dégradants”,

- Belgian Review of International Law* (Brussels), vol. XXXVII, 2004–1, pp. 155–210.
- CRAIES, William Feilden  
“Le droit d’expulsion des étrangers en Angleterre”, *Journal du droit international privé*, 1889.
- DAILLIER, Patrick 和 Alain PELLET  
*Droit international public*. 7th ed. Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2002. 1510 p.
- Darras, A. (编), *Revue de droit international privé et de droit pénal international* (Paris), vol. 4, 1908.
- DARUT, Joseph-André  
*De l’Expulsion des Étrangers—Principe Général: Applications en France*. Aix, Niel, 1902. 249 p.
- DESCAMPS, Baron 和 Louis RENAULT  
*Recueil international des traités du XXe siècle*. Paris, Rousseau, 1901.
- DESJARDINS, Arthur  
*Questions sociales et politiques*. Paris, Plon, 1893. 490 p.
- DOEHRING, Karl  
“Aliens, expulsion and deportation”, 载 Rudolf Bernhardt (编), *Encyclopedia of Public International Law*. Amsterdam, North-Holland, 1985. Vol. 1, pp. 14–16.  
“Aliens, expulsion and deportation”, 载 Rudolf Bernhardt (编), *Encyclopedia of Public International Law*. Amsterdam, North-Holland, 1992. Vol. 1, pp. 109–112.
- DRAPER, Gerald  
*The Red Cross Conventions*. New York, Praeger, 1958.
- EGGLI, Ann Vibeke  
*Mass Refugee Influx and the Limits of Public International Law*. The Hague, Kluwer, 2002.
- FABRE-ALIBERT, Véronique  
“Réflexions sur le nouveau régime juridique des étrangers en France”, *Revue du droit public et de la science politique en France et à l’étranger*, vol. 110, 1994, pp. 1165–1195.
- FAUCHILLE, Paul  
*Traité de droit international public*. Vol. I, part 3: Paix. Paris, Rousseau, 1926. 729 p.
- FENWICK, Charles G.  
*Cases on International Law*. Chicago, Callaghan, 1935.
- FIORE, Pasquale  
*Nouveau droit international public*. 2nd ed. Paris, Durand et Pedone-Lauriel, 1885. Charles Félicien Antoine 译入法文.
- GAJA, Giorgio  
“Expulsion of aliens: some old and new issues in international law”, *Bancaja Euromediterranean Courses of International Law*. Elcano, Aranzadi, 1999. Vol. III, pp. 283–314.
- GRAHL-MADSEN, Atle  
*The Status of Refugees in International Law*. Vol. I: Refugee character. Leiden, Sijthoff, 1966.
- GOODWIN-GILL, Guy S.  
*International Law and the Movement of Persons between States*. Oxford, Clarendon Press, 1978. 324 p.
- GUILD, Elspeth 和 Paul MINDERHOUD (编)  
*Security of Residence and Expulsion: Protection of Aliens in Europe*. The Hague, Kluwer, 2001 (Immigration and Asylum Law and Policy in Europe: vol. 1)
- HAILBRONNER, Kay  
“Non-refoulement and ‘humanitarian’ refugees: customary international law or wishful legal thinking”, *Virginia Journal of International Law*, vol. 26, 1985–1986, pp. 857–896.
- HART, Herbert L. A.  
*The Concept of Law*. Oxford, Clarendon Press, 1994.
- HATHAWAY, James C.  
*The Law of Refugee Status*. Toronto, Butterworths, 1991.
- HENCKAERTS, Jean-Marie 和 Louise DOSWALD-BECK  
*Customary International Humanitarian Law*. Vol. I: Rules. Cambridge, Cambridge University Press/ICRC, 2005. 628 p.
- ILUYOMADE, B. O.  
“The scope and content of a complaint of abuse of right in international law”, *Harvard International Law Journal*, vol. 16, 1975, pp. 47–92.
- INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW  
*Annuaire de l’Institut de droit international*. Vol. 10, 1888–1889. Lausanne Session, September 1888. Brussels, Falk, 1889. 347 p.  
*Annuaire de l’Institut de droit international*. Vol. 11, 1891–1892. Hamburg Session, September 1892. Brussels, Weissenbruch, 1892. 441 p.  
“Règles internationales sur l’admission et l’expulsion des étrangers proposées par l’Institut de droit international et adoptées par lui à Genève, le 9 septembre 1892”, *Annuaire de l’Institut de droit international*. Vol. 12, 1892–1894. Geneva Session, September 1892. Paris, Pedone-Lauriel.  
*Annuaire de l’Institut de droit international*. Vol. 39–II, 1936. Brussels Session, April 1936. Brussels, Falk. 363 p.

- IRIZARRY Y PUENTE, J.  
 “Exclusion and expulsion of aliens in Latin America”, *American Journal of International Law* (Washington, D.C.), vol. 36, 1942, pp. 252–270.
- JENNINGS, Sir Robert 和 Sir Arthur WATTS (编)  
*Oppenheim’s International Law*, vol. I, Peace, parts 2–4. 9th ed. Harlow, Longman, 1992.
- JITTA, Josephus  
 “Le droit d’expulsion des étrangers dans la législation des Pays-Bas”, *Journal du droit international privé et de la jurisprudence comparée* (Paris), vol. 29, 1902.
- LOCHAK, Danièle  
 “Article 3” 和 “Article 4”, 载 Louis-Edmond Pettiti, Emmanuel Decaux 和 Pierre-Henri Imbert (编), *La Convention européenne des droits de l’homme: commentaire article par article*. Paris, Economica, 1995, pp. 1053–1055 和 1057–1059.
- GRIFFIN, W. Martin  
 “Colonial expulsion of aliens”, *American Law Review* (St. Louis), vol. XXXIII, 1899, pp. 90–96.
- MARTINI, Alexis  
*L’expulsion des étrangers: étude de droit comparé*. Paris, Sirey, 1909. 469 p.
- McNAIR, Lord 和 A. D. WATTS  
*The Legal Effects of War*. 4th ed. Cambridge, Cambridge University Press, 1966. 469 p.
- MÉRIGNHAC, A.  
*Les lois et coutumes de la guerre sur terre d’après le droit international moderne et la codification de la Conférence de La Haye de 1899*. Paris, Chevalier-Marescq, 1903.
- MOORE, John Bassett  
*A Digest of International Law*. Vol. IV. Washington, D.C., Government Printing Office, 1906.
- NASCIMBENE, Bruno (编)  
*Expulsion and Detention of Aliens in the European Union Countries*. Milan, Giuffrè, 2001. 602 p.
- PIÉDELIÈVRE, R.  
*Précis de droit international public ou droit des gens*. Vol. II, Des litiges internationaux et de leurs solutions. Paris, Pichon, 1895.
- PILLET, Antoine  
*Le droit de la guerre. Première partie—les hostilités: conférences faites aux officiers de garnison de Grenoble pendant l’année 1891–1892*. Paris, Rousseau, 1892.
- PILLET, A. 和 J.-P. NIBOYET  
*Manuel de droit international privé*. Paris, Sirey, 1924. 325 p.
- PLENDER, Richard  
*International Migration Law*. 2nd rev. ed.. Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1988. 587 p.
- REY, Francis  
*La guerre russo-japonaise au point de vue du droit international*. Paris, Pedone, 1907.
- ROLIN-JAEQUEMYS, Édouard  
 “Report on the right of expulsion of aliens”, *Annuaire de l’Institut de droit international*, vol. 10, 1888–1889. Lausanne Session, September 1888. Brussels, C. Muquardt, pp. 229–237.
- RUPPERT, P.  
*Code Pénal et Code d’instruction criminelle suivis des lois spéciales et règlements particuliers en matière répressive en vigueur dans le Grand-Duché de Luxembourg*. Luxembourg, Buck, 1900.
- SOHN, Louis B. 和 Thomas BUERGENTHAL (编)  
*The Movement of Persons Across Borders*. Washington, D. C., American Society of International Law, October 1992 (Studies in Transnational Legal Policy: No. 23)
- STEINBOCK, Daniel J.  
 “The refugee definition as law: issues of interpretation”, 载 Frances Nicholson 和 Patrick Twomey (编), *Refugee Rights and Realities: Evolving International Concepts and Regimes*. Cambridge, Cambridge University Press, 1999, pp. 13–36.
- TEITGEN-COLLY, Catherine  
 “Le droit d’asile: la fin des illusions”, *L’Actualité Juridique: Droit Administratif* (Paris), No. 2, 20 February 1994, pp. 97–114.
- UMOZURIKE, Oji  
 “Protection of victims of armed conflicts”, 载 UNESCO, *International Dimensions of Humanitarian Law*. Geneva, Henry Dunant Institute, 1988, pp. 187–201.
- 联合国毒品和犯罪问题办公室  
 《预防恐怖主义行为: 将法律规则标准纳入联合国反恐怖主义文书执行工作的刑事司法战略》, 联合国, 2006年, 纽约。
- WHITEMAN, Marjorie M.  
*Digest of International Law*. Vols. 8 和 10. Washington, D.C., Department of State, 1967 和 1968.

## 一般原则

1. 特别报告员在关于驱逐外国人问题的第二次报告<sup>1</sup>中回顾了国内和国际实践中有关这个专题的最新发展(第15至35段),并努力界定了专题的范围(第36至41段)。在针对驱逐外国人的一般规则所作研究中(第45至122段),特别报告员致力于确定主要的“范围”、甚至是在国际法委员会和大会第六委员会阻碍辩论的主要问题。特别报告员随后尝试对专题的有关概念提出了比初步报告<sup>2</sup>更加精确的定义。考虑到委员会一些委员在审议第二次报告时提出的评论,特别报告员决定在本报告及随后的报告中将一国“侨民”和一国“国民”这两个词语作为同义词使用。

2. 本报告主要关注与驱逐外国人有关的国际法一般原则。关于驱逐外国人问题是否涉及国际法的辩论<sup>3</sup>如今已成过去,因为驱逐权是领土主权原则不可分割的组成部分。国家的存在,不仅取决于承认其主权的居民的存在,尤其还取决于事实上和法律上可专一行使其主权的领土的存在。如同罗林-雅各麦思在国际法学会1888年洛桑届会期间提交的关于驱逐外国人权利的报告中所述,如果某些人与他们的接受国没有任何政治联系,简言之,他们的母国在别处,但他们有可能入境接受国、在其中定居并公然对抗认定这一居留危及或有损国家利益的地方当局,这一主权就将受到损害。<sup>4</sup>他当时的结论如下:

从国际法的角度看,一个主权国家的政府如果判定为本国利益所需,原则上都有权接纳或不接纳、驱逐或不驱逐欲进入本国或已经在本国境内居住的外国人,并在判定为其稳定或者内部或外部的安全利益,或者为本国居民的健康利益之所需的情况下,对他们的入境或定居设置条件。<sup>5</sup>

3. 这一看法与当时的主流学说一致。例如,达吕认为,国家主权概念中就含有“驱逐权的理论依据”,<sup>6</sup>驱逐权是当时人们普遍承认的一项权利。<sup>7</sup>

4. 驱逐一方面牵涉到国际秩序中授权国家根据自身领土管辖权颁布内部规则的国家主权基本原则,另一方面也牵涉当今各国应当遵守的国际法律秩序和基本人权的基本原则。国际法学会在1892年9月9日通过的《接纳和驱逐外国人国际规则》的序言中写道:

考虑到对每个国家而言,接纳或不接纳外国人进入其领土、或有条件地接纳、或予以驱逐的权利,是国家主权和独立的合理和必要结果;

又考虑到人道和正义要求各国只有在根据自身安全需要,尊重欲进入上述领土或已经在上述领土之内的外国人的权利和自由的情况下,方可行使这一权利;

考虑到从国际角度出发,似宜以笼统的方式,为将来起草几项恒定的原则,而接受这些原则并不意味着对过去开展的行动作出任何评估。<sup>8</sup>

5. 因此,下列章节将考虑驱逐权为国际法既定原则这一事实和驱逐权必须在尊重国际法基本规则的情况下行使这一事实之间的联系。这就涉及建立一个平衡这两种观点的结构,兼顾驱逐国权利和被驱逐者权利,使国家主权权利在尊重人类尊严的情况下行使。

### A. 驱逐权

6. 驱逐权曾在十九世纪末引起激烈辩论,在国际法学会关于这个专题的工作中尤其反映了这一点。辩论虽未明确提出驱逐权的依据问题,但也直接或

<sup>1</sup> 《2006年……年鉴》,第二卷(第一部分),A/CN.4/573号文件。

<sup>2</sup> 《2005年……年鉴》,第二卷(第一部分),A/CN.4/554号文件。

<sup>3</sup> 尤其见国际法学会在1891年9月8日会议上关于这个问题的长篇讨论, *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 11, 第273-320页。

<sup>4</sup> 同上, vol. X, 第230页。

<sup>5</sup> 同上, 第235页。

<sup>6</sup> Darut, *De l'Épulsion des Étrangers—Principe Général: Applications en France*, 第16和20页。

<sup>7</sup> Martini, *L'expulsion des étrangers: étude de droit comparé*, 第16页。

<sup>8</sup> *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 12, 第219页。

间接有所涉及；因为宣称存在这项权利，必然要援引国际法中的法律依据，或者必要时要援引国内法中的法律依据。最初看起来，这项确定国家有将外国人移除出本国领土的权限和自由的许可性规则来自狭义的传统的一般国际法，即习惯法。

7. 然而，分析之后却发现并非如此。国家并非通过外部规则获得驱逐权；驱逐权是国家的一项自然权利，产生于国家作为在本国领土内拥有全面管辖权的主权法律实体的地位本身，而这一管辖权只有通过国家自愿承诺或某些普遍义务准则，方可在国际法中作出限制。但在这种情况下，只涉及限制问题，与规则存在的条件无关。换言之，驱逐权是国家（领土）主权的固有权利，但并非绝对权利，必须在国际法确定的限制范围内行使。

### 1. 固有权利

8. 国家有权将外国人驱逐出境在国际法中是无可争议的，<sup>9</sup> 文献中似乎从未对此产生重大怀疑。<sup>10</sup> 国家实践也确认了这一点。<sup>11</sup> 此外，大量国际仲裁判例法，尤其是十九世纪末和二十世纪初的国际仲裁判例法，以及人权委员会及区域法院更为近期的的决定和判例法，都确认了这项权利。例如，在博福洛案中，仲裁员陈述如下：“毋庸置疑，至少在有正当理由的情况下，政府普遍有权驱逐外国人。”<sup>12</sup> 比利时—委内瑞拉混合索赔委员会在帕奎案中作了同样意思的

<sup>9</sup> 见 Gaja, “Expulsion of aliens: some old and new issues in international law”, 第 295 页。

<sup>10</sup> 十九世纪末的几个作者，包括科克勋爵、萨佩、皮涅罗-费雷拉、菲奥伦佐和胡格斯，凭着当时流行的对人文主义的完全理想化，认为人的自由无可侵犯，并将驱逐权描述为对人类永久权利的严重侵犯 (Darut, 同前, 第 8-9 页)。但同一时期也有若干作者指出，这一概念无论在法律上还是在政治上，都是站不住脚的 (同上, 第 10 页起)。

<sup>11</sup> 加亚 (同前, 第 295 页) 就这类实践从 Whiteman, *Digest of International Law*, 第 851、854 和 861 页中摘了三个有趣的例子：1939 年，美国国务卿赫尔重申其对美国驻法国总领事的指令，根据这些指令，美国“承认一国有权驱逐被认为危及其安全的外国人，并不再介入此案”；十年之后，英国国务大臣麦克尼尔发表声明说：“[……] 当然，匈牙利政府有权将任何外国人驱逐出境，因此看来，正式抗议并无法律依据”；1961 年，美国助理国务卿达顿在给一名国会议员的信中写道：“[……] 可能需要指出，根据公认的国际法原则，只要不是任意进行驱逐，一国就可随时驱逐外国人。”

<sup>12</sup> 博福洛案 (意大利 / 委内瑞拉混合索赔委员会, 1903 年), 《国际仲裁裁决汇编》(联合国出版物, 出售品编号 60.V.4), 第十卷, 第 531 至 532 页。

推论，声明“驱逐外国人或禁止外国人进入本国领土的权利已获普遍承认”。<sup>13</sup>

9. 人权委员会的决定及区域人权法院的判例法也承认，以维护公共秩序为目的驱逐外国人的权利是国际法的一项既定规则。<sup>14</sup> 在这方面，欧洲人权法院在其判例法中经常提到：

缔约国关心确保公共秩序，特别是在依照既定的国际法并遵守条约规定义务的情况下，对外国人的入境、居留和驱逐行使控制权。<sup>15</sup>

欧洲人权法院事实上一直承认，各国有权：

依照既定的国际法，……对非国民的入境实施控制。<sup>16</sup>

10. 在审议四个非政府组织针对安哥拉 1996 年大规模驱逐非洲多国侨民而联合提出的来文的案情之后，非洲人权和人民权利委员会提及驱逐权，内容如下：

委员会不打算、也没有质疑任何国家所拥有的、在主管法院作出决定的情况下对非法移民提起法律诉讼并将他们递解出境返回原籍国的权利。<sup>17</sup>

11. 此外，事实上这项普遍承认的权利<sup>18</sup> 长期以来在古老国家的立法中已有规定。<sup>19</sup> 二十世纪初有一

<sup>13</sup> 帕奎案 (比利时 / 委内瑞拉混合赔偿委员会, 1903 年), 同上 (出售品编号 59.V.5), 第九卷, 第 325 页。

<sup>14</sup> 见秘书处关于驱逐外国人的备忘录 (A/CN.4/565), 第 190 段, 公布于委员会网站。

<sup>15</sup> 默斯塔奎姆诉比利时案 [1911 年] 欧洲人权法院 3, 第 43 段。另见：维尔瓦拉费诉联合王国案 [1911 年] 欧洲人权法院 47, 第 102 段；沙哈尔诉联合王国案 [1996 年] 欧洲人权法院 54, 第 73 段；艾哈迈德诉奥地利案 [1996 年] 欧洲人权法院 63, 第 38 段；布加内米诉法国案 [1996 年] 欧洲人权法院 19, 第 41 段；布舍奇亚诉法国案 [1997 年] 欧洲人权法院 1, 第 48 段；以及 H.L.R. 诉法国案 [1997 年] 欧洲人权法院 23, 第 33 段。

<sup>16</sup> 阿卜杜勒阿齐兹、卡瓦莱斯和巴尔坎达利诉联合王国案, [1985 年] 欧洲人权法院 7, 第 67 段。

<sup>17</sup> 泛非人权联合会、国际人权联合会等诉安哥拉案, 非洲人权和人民权利委员会, 第 159/96 (1997) 号来文, 第 20 段。

<sup>18</sup> 见上文脚注 7。

<sup>19</sup> 例如在 1905 年 8 月 11 日《外国人法》颁布之前的联合王国, 尤见 Craies, “Le droit d’expulsion des étrangers en

位作者指出，大部分欧美国家的立法及大量国际条约都纳入了这项权利，<sup>20</sup>毫无疑问，从当代移民现象的广泛程度看，这项权利如今已成为所有国家立法的一个组成部分。<sup>21</sup>

12. 不过，驱逐权又独立存在于将驱逐权授予驱逐国的国内法或条约法的任何特殊条款之外，因为驱逐权产生于国际法本身。<sup>22</sup>因此，如前文所述（见第4段），国际法学会表示，驱逐权是国家主权的“合理和必要结果”，是国家主权或独立的一个特征。大约在同一时期，格里芬也指出不证自明：“驱逐权只是每个国家对本国领土行使主权的一个附属权利，国际法当然予以充分承认”。<sup>23</sup>另一个作者在1940年代初对拉丁美洲排拒和驱逐外国人的做法进行研究之后作了如下表述：“各国法律并不禁止驱逐‘定居’或‘常住’的外国人”。<sup>24</sup>在更加具体地说到拉丁美洲的做法时，他写道：“拉丁美洲国家在行使固有的主权权力时，将以国家防卫、社会稳定、个人安全或公共秩序为由排拒或驱逐外国人，无论有无法律可依，如果无法可依，则作为重大警务措施。”<sup>25</sup>

Angleterre”，第357页起，引自Martini，同前，第16页，脚注（1）；在法国，驱逐权是1849年授予政府的，但这并非新生事物：共和六年葡月28日的法律已经将这项权利写入其第7条，该条规定：“凡在共和国境内旅行或定居的外国人，如果并非法国政府承认的中立国或友好国委派，或者没有取得公民资格，就将接受行政机关的特别监视，如果判定他们的存在会扰乱公共秩序和平，就可以撤回他们的护照，并要求他们离开法国领土”（Desjardins, *Questions sociales et politiques*, 第120-121页）；另见，例如1832年4月21日法律给予法国政府在对待外国难民方面的同样权利（同上，第121页）。

<sup>20</sup> 见 De Boeck, “L’expulsion et les difficultés internationales qu’en soulève la pratique”, 第480页，以及他在第480至481页提到的大量关于当时立法和国际条约的例子。

<sup>21</sup> 在此概述每个国家立法中关于这个专题的相关规定似乎有些枯燥乏味。对于欧洲国家，可通过下列著作作一个大致的了解：Nascimbene, *Expulsion and Detention of Aliens in the European Union Countries; Guild and Minderhoud, Security of Residence and Expulsion: Protection of Aliens in Europe*。对于美国，尤见 Sohn 和 Buergenthal, *The Movement of Persons across Borders*。更笼统而言，见 Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*。

<sup>22</sup> 见 Boeck, “L’expulsion ...”, 第479页。

<sup>23</sup> Griffin, “Colonial expulsion of aliens”, 第90页。

<sup>24</sup> Irizarry y Puente, “Exclusion and expulsion of aliens in Latin America”, 第270页。

<sup>25</sup> 同上。

13. 这一驱逐权概念在若干国际仲裁裁决中都有所规定。例如，在本·蒂利特案中，独任仲裁员亚瑟·德雅尔丹在其题为“从原则角度思考驱逐权”的裁决书(A)节中写道：

鉴于国家在认为外国人的举止或居留有损本国安全的情况下无可争议地有权驱逐外国人离开本国领土；

又鉴于国家还可充分行使主权，评判哪些行为会导致禁止入境。<sup>26</sup>

在1903年马尔案的裁决中，仲裁员普拉姆利以更加明确的方式认定驱逐权是一种固有权利。他在研究与委内瑞拉政府行使这项权利有关的问题之后写道：

仲裁员毫无疑问地认为，委内瑞拉政府可通过适当和合法的方式排拒，或在必要时驱逐危及本国福祉的人，并可在这方面行使广泛自由裁量权。各国完成这些事项的方法和手段不尽相同，但这项权利在所有主权国家中是固有的，是主权的特征之一，因为只有以适当的方式保卫国家，使国家避开那些预见到或实际的危险，才是正当地行使这项权利。<sup>27</sup>

与此类似，博福洛案的仲裁指出：

每个国家都充分享有驱逐外国人的权利，这一权利产生于国家主权本身。<sup>28</sup>

14. 十九世纪末提出的问题是，有没有可能用精确的驱逐规则代替许多国家盛行的任意决断做法。<sup>29</sup>从当代国际法的角度看，驱逐权虽然是国家的一项主权权利，但并不被认为是一项可让驱逐国享有自由裁量权的绝对权利。

<sup>26</sup> 1898年12月26日的裁决，转载于Fenwick, *Cases on International Law*. 第181页。

<sup>27</sup> 马尔案，混合索赔委员会（荷兰-委内瑞拉），《国际仲裁裁决汇编》（见上文脚注12），第731页。

<sup>28</sup> 博福洛案，同上，第528页。

<sup>29</sup> 见1892年9月8日至9日由副会长阿伯里克·罗宾主持的国际法学会会议记要摘录，*Annuaire de l’Institut de droit international*, vol. 12, 第185页。

## 2. 非绝对权利

### (a) 事实背景

15. 驱逐权有时被认为是一种绝对权利。这一概念尤其在十九世纪就驱逐权作为以国际法为依据的国家权利展开辩论之时浮出水面。美国最高法院在1893年的裁决中认为，“国家驱逐或递解外国人出境的权利……同禁止和防止外国人入境的权利一样，是绝对和无条件的”，<sup>30</sup> “是一种固有的、不可剥夺的权利”。<sup>31</sup> 这一立场有意或无意地反映了传统的理论，即驱逐权作为主权的合理和必要结果，是绝对自由裁量的，而且不受任何限制或控制。<sup>32</sup> 确切而言，国家有权驱逐外国人之所以引起激烈争论，是因为这项绝对主义的驱逐权概念会使驱逐对象遭受政府的任意支配。

16. 随着传统理论被彻底抛弃，这些争论如今已不复存在。除此以外，国际实践在这一点上已经走在了文献的前面，至今近两个世纪以来一直非常明确地认可“驱逐的自由并非绝对，而是存在限制”。<sup>33</sup> 事实上，国际法学会从其最初就驱逐外国人问题进行研究时就已经指出，行使驱逐权受若干条件制约，其中包括“驱逐时必须根据人道的要求和尊重既得权利的要求进行充分考虑”。<sup>34</sup> 国际法学会在这一点上与费罗-吉罗先生的意见一致，后者在其关于这个专题的学术论文中认为，国家在行使驱逐权时必须始终尽可能地努力做到一方面确保境内秩序及保证本国内部和外部安全，另一方面“尊重人道法则、任何个人的人权及国家之间关系自由的原则”。<sup>35</sup> 本着同一精神，学会关于这个专题的报告员德巴尔在承认国家在这个领域的主权权利不容争议的同时也认为，“这一主权权利不论如何延伸，也不能扩大到消灭外国人的任何个人权利”。<sup>36</sup>

17. 确认驱逐权是一项绝对和自由裁量的权利所产生的风险是非常容易理解的，但法律并没有对此作出清晰的回应。尽管受到影响的不仅仅是人权领域，但文献和判例法都让人以为，驱逐权只受人道因素的限制，因此仅限于个人及其财产权利。诚然，国际法学会在1891年引述任何个人的人权及国家之间关系自由的原则（见上段）时，似乎已经暗示了一些新的东西，但这些是什么呢？早期的文献是不精确的。它的确摒弃了中世纪采纳的认为国家主权是绝对的以及领土所有权归于国家这一理论。然而，代替这个理论的却是“并不意味着外国人的权利可以任由国家摆布”<sup>37</sup> 这个过于模糊的观点。

18. 为了确定设立驱逐权力或驱逐权限的规则的范围，应当首先询问下列问题：应当对驱逐权设置什么限制？对这个关键问题的回答分为两个不同方面。第一个方面涉及国际法律秩序的本质，这一本质要求国际法的任何规则或任何原则都与国际法律秩序的根本宗旨保持一致；这是法律秩序本身的内在或固有的限制。第二个方面涉及行使驱逐权时须遵守的原则；这些原则包括一整套源自，或者说主要产生自以客观和一般规则为形式的或以国际法主体所创设的规则为形式的法律秩序。这第二类限制将在下文B节中单独论述。

### (b) 国际法律秩序的内在限制

19. 国际法适用于“同样可以主张行使绝对主权”的平等主权实体，<sup>38</sup> 因此它构成这些主权实体得以共存的不可或缺的规范手段，同时又是其必然结果。事实上，国家主权在现代国际法中已经不能在绝对意义上理解了；国家主权仅仅意味着任何国家都不隶属于任何其他国家，但每个国家都须遵守最起码的规则，一方面保证所有其他国家的同等特权，另一方面保证法律秩序本身得以延续。在这方面，国家主权受这一法律秩序中若干内在原则的制约；如果不予以遵守，国际法本身的存在就将受到损害，而国际社会也必定会陷入完全无序的状态。

<sup>30</sup> 冯越亭诉美国案，149 U.S. 698 (1893)，第707页。

<sup>31</sup> 同上，第711页。

<sup>32</sup> 见Boeck，“L'expulsion...”，第472页。

<sup>33</sup> 同上，第473页。

<sup>34</sup> *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 10, 第236页。

<sup>35</sup> 同上，vol. 11, 第276页。

<sup>36</sup> 同上，第316页。

<sup>37</sup> Darut, 同前，第19页。

<sup>38</sup> Daillier 和 Pellet, *Droit international public*, 第83页。



20. 关于驱逐的自由裁量权受国际秩序中制约国家行动的一般原则的限制。事实上，作为国家主权的固有权利，驱逐权自然要面对构成国际法律体系基石的一整套基本原则的制约和限制。这些限制独立于国际人权法、国际难民法、移徙工人法等国际法专门领域的其他限制之外而存在。同驱逐权是主权所固有的一样，这些限制也是国际法律秩序所固有的。因此，驱逐的主权权利并非绝对权利，其有效性“取决于习惯、条约或一般法律原则所产生的国家义务”。<sup>39</sup> 如此前所述，一般情况下，“自由裁量”一词在形容国家在驱逐方面的权力的同时，意味着这一权力并非“任意专断的”，因此，国家不能滥用在这方面被授予的自由裁量权。“这些规则同时界定了国家的权力及其所受限制，并保护个人免遭这一权限的滥用。”<sup>40</sup>

21. 不过，特别报告员认为，应当对国际法律秩序固有限制（在其使法律秩序成为可能的前提下）和国际法特定领域所产生的限制（构成了行使驱逐权的部分条件）作一区分。

22. 限定驱逐权的内在原则包括条约必须遵守、善意，以及遵守绝对法的要求，这个要求暗示了任何国际法规则与强制性规范彼此不抵触原则。正是从这些原则中归纳出，驱逐权是无可争议的，但并非绝对规则；这些原则构成了规则的另一面。这些原则已为人所熟知，在本报告中无需再作具体阐述。

23. 综上所述，条款草案第3条应当表述如下：

“条款草案第3条 驱逐权

“1. 一国拥有将外国人驱逐出境的权利。

“2. 然而，驱逐必须遵守国际法的基本原则。国家尤其必须善意行事，并遵守其国际义务。”

## B. 在遵守国际法基本规则的情况下行使权利

24. 国际法律秩序所固有的内在原则代表了驱逐权的另一面，这些原则与有关驱逐权行使的原则之间必须有所区分。后一类原则存在于国际法律秩序之外，确定了相关的法律制度。哈特著名的“主要规则”和“次要规则”区分办法<sup>41</sup> 正好适用于这种情况。驱逐权及其内在限制构成主要规则，而行使驱逐权所需遵循的原则构成次要规则；因此，它们都属于委员会相关编纂工作的组成部分。

25. 对国家驱逐外国人的权利形成制约的国际法规则既包括实质性规则，也包括程序性规则；驱逐的合法性以遵守这些规则为条件。正如一位作者所述：

在所有这些方面，驱逐权都是国家在外国人入境和居留方面拥有的独特权能。这些权力原先被定性为国家的绝对自由裁量权，但目前无论在实质上还是在形式上，都由一系列经过充分发展且结构严密的规则制约和控制，这套规则被称为国际移徙法。<sup>42</sup>

26. 这些规则中有一些源于内部，但作为“文明国家承认的一般法律原则”（《国际法院规约》第三十八条）或国家实践所产生的经法院裁决确认的准则，而取得了国际法准则的地位。

27. 通过研究条约实践以及国家和国际判例法，特别是区域人权法院的判例法，可以得出下列在驱逐外国人领域适用的公认一般原则：不驱逐国民原则、不驱逐难民原则、不驱逐无国籍人原则、禁止集体驱逐原则、不歧视原则、尊重被驱逐者的基本权利原则、禁止任意驱逐原则、通报义务、驱逐国遵守本国法律（承担本国立法后果）和现行法定程序的义务。对三类原则加以归纳，可将限制分为三类：涉及被驱逐者的限制（属人）、涉及被驱逐者的基本权利的限制（属物）和涉及驱逐程序的限制（诉讼）。

<sup>39</sup> Goodwin-Gill, 同前, 第21页; 另见 Iluyomade, “The scope and content of a complaint of abuse of right in international law”, 第82-83页; 以及 A/CN.4/565 (上文脚注14), 第198至200段。

<sup>40</sup> Sohn 和 Bergenthal, 同前, 第ix-x页; 另见 A/CN.4/565 (上文脚注14), 第201至239段。

<sup>41</sup> Hart, *The Concept of Law*.

<sup>42</sup> Plender, *International Migration Law*, 第477页。

## 1. 涉及被驱逐者的限制

### (a) 不驱逐国民原则

28. “一国的国民”是指通过国籍关系与该国相联系的人。此人拥有该国当前的国籍权：称为有该国国籍，而该国也因此成为此人的本国或国籍国。在这个意义上，与“国民”相对的是“外国人”，特别报告员曾在第二次报告中指出，在本专题框架内，“外国人”是指“除领土国或驱逐国之外的其他国家侨民”。<sup>43</sup>

29. 如同他的第二次报告所述，<sup>44</sup> 特别报告员仍然认为，谨慎之举是不涉足研究国籍问题，因为获得国籍的条件纯属每个国家的立法，而且就确定“外国人”的概念而言，国籍显然是一个有限制和不充分的标准。

30. 尽管如此，确定一个人的国籍是一个国际法问题。当两个或多个国家的法律授予同一个人不同国籍的时候，情况尤其如此。在阿雷塔案中，根据1899年11月25日意大利—秘鲁两国协议担任仲裁员的拉米罗·吉尔·德乌里瓦里就这个方面指出：“毫无疑问，当两国法律授予同一个人不同国籍时，两国法院分别适用本国法律；但是，当这个问题提交仲裁法庭时，仲裁法庭将根据国际法原则作出裁决。”<sup>45</sup>

31. 这正是由路易·雷诺担任首席仲裁员的仲裁法庭在卡内瓦罗案中的做法。在这起案件中，出生于秘鲁的拉斐尔·卡内瓦罗伯爵具有意大利血统，但他出生时依秘鲁法律成为秘鲁人（出生地主义），又依意大利法律成为意大利人（血统主义）。根据1910年4月25日意大利—秘鲁两国协议组成的仲裁法庭需要作出回答的问题是，卡内瓦罗是否有权被视为“意大利索赔者”。<sup>46</sup> 法庭在表明对两国法律一视同仁的同时，也设法寻找卡内瓦罗对两国之一的依附证据。法庭表示倾向于文献所称的“实际国籍，即事实和法律上的国籍，对于这个国籍，当事人表达

出明显和持久的意愿”。<sup>47</sup> 仲裁法庭认为，卡内瓦罗多次的举止表现其实更像秘鲁公民，例如，他竞选只容许秘鲁公民当选的参议院议员，在此之前为其国籍选择辩解，甚至还在恳求秘鲁政府和秘鲁国会批准之后，接受了驻荷兰总领事的职务。

因此，海牙常设仲裁法院裁定，在这些情况下，不论拉斐尔·卡内瓦罗从国籍角度看在意大利可能属于何种情形，秘鲁政府都有权将他视为秘鲁公民，并否决他作为意大利索赔者的资格。<sup>48</sup>

32. 这一解决办法源自仲裁判例法和文献。众所周知，常设国际法院正是采用了这个办法，<sup>49</sup> 更为显著的是，国际法院在诺特博姆案为代表的判例法中也采用了这个办法。<sup>50</sup>

33. 因此，问题不在于由国际法确定获得国籍的条件——此事纯属国家管辖，而在于根据国际法的特有标准解决国籍冲突的问题。通过这些标准，可以确定在国际法中，某人是否确实拥有他主张拥有的国籍，或者相反，声称某人并非其国民的国家是否实际上是此人的国籍国。

### (一) 原则

34. 通过这种方法确定在冲突情况下某个人是哪个国家的国民，国际法就可确立禁止国家驱逐本国国民的适用条件。问题是国际法中是否存在这方面的规则。秘书处的备忘录综述了对这个问题作出答复的相关要点：

国际法原则上似乎并不禁止驱逐国民，但是，一国采取此类行动的能力可受到国际人权法的限制。首先，一些人权条约明确禁止驱逐本国国民出境。其次，一国民居留或停留在自己国家的权利也可能含有对驱逐国民的限制。第三，其他国家接受个人的义务仅限

<sup>47</sup> 同上，第459页和“La sentence arbitrale de la Cour Permanente de La Haye dans l'affaire Canevaro (3 mai 1912)”，第349页。

<sup>48</sup> Boeck, “L'expulsion ...”，第459页，以及“La sentence arbitrale ...”，第348页。

<sup>49</sup> 尤见突尼斯与摩洛哥国籍命令案，咨询意见，1923，《常设国际法院汇编》，B辑，第4号。

<sup>50</sup> 诺特博姆案，第二阶段，判决，《1955年国际法院汇编》，第4页。

<sup>43</sup> 《2006年……年鉴》（见上文脚注1），第194段。

<sup>44</sup> 同上，第128至129段。

<sup>45</sup> Deschamps 和 Renault, *Recueil international des traités du XXe siècle*, 1901年9月30日的判决，第711页；以及Boeck, “L'expulsion ...”，第458页。

<sup>46</sup> Boeck, “L'expulsion ...”，第458页。

于其本国国民。因此，驱逐国民只有在接受国同意的情况下才能执行。对驱逐国民的限制也可延伸至那些根据领土国内法获得类似国民身份的外国人。第四，若干国家的国内法禁止驱逐国民。<sup>51</sup>

35. 在国际人权文书方面，尤其有必要提一下《美洲人权公约：“哥斯达黎加圣何塞公约”》，其中第22条第5款规定：

任何人都不可被驱逐出作为国民所属国家的领土，或被剥夺进入该领土的权利。

美洲人权委员会曾经在多米尼加共和国驱逐海地人一案中发现违反这项规定的行为：遭受驱逐的甘蔗收割工被集合在一起，不加区分地驱逐出境，而其中有许多出生在多米尼加共和国并因此拥有该国国籍的人。<sup>52</sup>

36. 在国民权利方面，应当注意到，除秘书处的备忘录中提到的许多关于禁止驱逐国民的国家法律的例子之外，<sup>53</sup> 以法国为例，该国法律长期以来一直申明禁止将法国国民驱逐出法国的原则。它还承认省一级针对法国人作出的驱逐令对后者没有约束力。这项原则以个人拥有法国国民身份为依据，在大量判决和决定中都有论述：当一个人主张是法国国民时，由检察官办公室负责证明该人为外国人。<sup>54</sup> 马丁尼在二十世纪初写道：

没有必要说明，已加入法国籍的外国人不可被驱逐，相反，失去法国国籍的法国人可以被驱逐出法国。<sup>55</sup>

<sup>51</sup> A/CN.4/565 (见上文脚注14)，第31至34页，第36段，以及相同几页中内容极其丰富的脚注，特别是国际人权公约中明确禁止国家驱逐本国国民的条款清单：《美洲人权公约：“哥斯达黎加圣何塞公约”》第22条第5款，和《保护人权与基本自由公约第4号议定书》第3条第1款。

<sup>52</sup> 见《美洲人权委员会1999年度报告》OEA/Ser.L/V/II.106，文件6修订，1999年4月13日），半球移徙工人及其家属问题报告员办事处活动报告，第六章，第9段。

<sup>53</sup> A/CN.4/565 (见上文脚注14)，第33至34页，第36段，脚注60。

<sup>54</sup> 见尼斯民事法院(1893年1月6日)，*Dalloz périodique* (1893)，第345页，以及杜普斯的注解，引述见Martini，同前，第156页，脚注(1)；最高法院(1903年5月28日)，*Journal de droit international privé et de la jurisprudence comparée* (1904)，第689页；巴黎民事法院(1905年6月30日)，同上(1907)，第730页；另见Darut，同前，第207页；以及Boeck，*“L'expulsion ...”*，第590页。

<sup>55</sup> Martini，同前，第26页。

37. 这一看法来自1908年5月21日尚贝里法院对索拉里案的判决，该判决修正了1908年1月30日圣朱利安轻罪法庭的裁决。该案中，一位法国公民在七年志愿兵役期尚未结束时逃离法国军队。他离开法国前往日内瓦定居，并于1861年2月8日成为中立国瑞士的公民。后来他又返回法国，并声称从未由于加入瑞士籍而丧失法国国籍，因为在1861年2月8日，他仍然需要服他的第二个兵役期，但他逃避了。他声称，这是法国政府自己作出的判定，因为在1869年8月14日大赦中，法国驻瑞士总领事明确表态给予他法国国民的身份，准许他“回家”<sup>56</sup>，而且不起诉他以前逃离兵役之举。法院接受了这一说法，

并表示，索拉里一直保有他的法国国民资格，对他发出的驱逐令是无效的。<sup>57</sup>

在继续研究哪些人可被驱逐的问题之后，马丁尼写道：

事实上，唯有法国国民不可被驱逐。对他们而言，在法国居留是一项权利，只有流放判决才可以剥夺这项权利。<sup>58</sup>

38. 与此类似，二十世纪初有一位作者按逆向推论指出，在法国土地上出生但父母情况不详的人，如果回到法国并因此触犯了此前对其发出的驱逐令，一旦他主张自己是法国国民，则只有在证据表明他是外国人的情况下，方可在刑事法院对他定罪。<sup>59</sup> 该作者的分析结论如下：

因此，如果接受国际法学会提出的原则，即：国家只对未获得当前国籍权的人拥有驱逐权，那就绝对可以得出下列结论：法律承认能够获得法国国民身份的人在根据这项法律申请法国国民身份时、也就是说该人申请法国国民身份的权利从或有权利变成实际权利之时，将不再被视为外国人。<sup>60</sup>

<sup>56</sup> 同上，第27页。

<sup>57</sup> 裁决转载于Martini，同前，第28页。

<sup>58</sup> 同上，第30页；相同意思的见脚注(2)，援引Garraud，*Traité du droit pénal français*，vol. 1，No. 178，第333页；以及拉切关于阿尔及尔的注解(1903年12月3日)，*Revue algérienne* (1906)，第17页。

<sup>59</sup> 见Darut，同前，第75页。

<sup>60</sup> 同上，第94页。

39. 根据上述大量国内和国际实践以及有关这个专题的一个既古老又获得广泛支持的法理观点，有必要至少对下面这项陈述持谨慎态度：“习惯国际法中不存在一项禁止驱逐国民的一般规则”。<sup>61</sup> 事实上，禁止国家驱逐本国国民的原则在国际法中是无可争议的，尽管同绝大多数原则一样，这项原则也存在若干例外，见下文所述。无论是以习惯规则的形式还是以一般法律原则的形式，这一原则在国际法中都是存在的。国际法学会在研究“接纳和驱逐外国人的权利”时似乎也持有这样的观点，这在1892年日内瓦届会期间就这个主题开展的工作中尤其有所体现。该届会议通过的《接纳和驱逐外国人国际规则》第2条规定：

原则上，国家不得禁止其国民或在丧失该国国籍之后并没有获得其他国家国籍的人入境或在其境内居留。<sup>62</sup>

40. 该条款开头出现的“原则上”一词由德雅尔丹针对普拉迪耶-福代雷所表达的关切而提出，后者认为德巴尔提议的用语“略显浮夸”<sup>63</sup>，其提议的措辞如下：

国际法反对任何禁止所属国民入境或在属国境内居留的行为。对于在丧失国籍之后并未取得其他国家国籍的人，也是如此。<sup>64</sup>

41. 这一表述多少有些唐突。事实上，很难直截了当地宣称国际法“反对”某事物。在驱逐权中，这个问题就很明显。就禁止驱逐，包括禁止驱逐国民而言，这一提法是有效的。但早在那个时代，一些国家的法律就已经将国家不驱逐本国国民的原则延伸至某几类被清晰列为外国人或非外国人的个人。例如，根据比利时1897年2月12日关于外国人法律第2条的结尾部分（这部分提及《比利时民法典》第9条，而该条与《法国民法典》第9条的措辞相同），下列人员不得被驱逐：

1. 获准在王国境内设立住所的外国人；

2. 娶比利时人为妻、在常住比利时期间夫妻在比利时生有一个或多个子女的外国人；

3. 娶比利时人为妻、常住比利时五年以上、并继续在比利时长期居住的外国人；

4. 出生在比利时、父母亲为外国人、居住在比利时的时间达到《民法典》第9条规定的期限的个人。<sup>65</sup>

42. 同样，卢森堡1893年12月30日的法律规定，有权作出国籍选择的儿童“在选择期限结束前不得被驱逐”。<sup>66</sup> 荷兰当时的法律也规定不得驱逐“在境内定居、娶荷兰人为妻并且夫妻在王国内生有多个子女的外国人”。<sup>67</sup> 巴西1907年1月7日“关于将外国人驱逐出境”的法律宣布，“在共和国境内连续居住达两年，或不足两年但同时：(a) 娶巴西人为妻，或(b) 或丧偶但有一名巴西籍子女的外国人，不得被驱逐”。<sup>68</sup> 上述法律第3条的这些规定被明确适用于两项判决，一项是1907年1月30日联邦高级法院的判决，另一项是1907年2月11日联邦上诉法院的判决。<sup>69</sup> 委内瑞拉1903年4月16日的法律第7条规定，“定居的外国人”与“临时的外国人”不但不会被驱逐，反而还会失去外国人身份，并“依照事实承担国民在潜在的政治风险方面的责任、职责和义务”。<sup>70</sup> 较为近期的例子有，意大利现行法律规定，以下各类外国人不得被驱逐出境，他们的地位视同意大利国民：未成年人（除若干特例）、孕妇、受迫害者、难民或申请庇护者、与第四亲等以内的亲人共同生活的外国人以及居留许可持有者。<sup>71</sup> 从这些法律中可以得出，有些

<sup>65</sup> *Annuaire de législations étrangères*, Vol. 27 (1898), 第514-515页。

<sup>66</sup> Ruppert, *Code pénal et Code d'instruction criminelle suivis des lois spéciales et règlements particuliers en matière répressive en vigueur dans le Grand-Duché de Luxembourg*, 第467页。

<sup>67</sup> Jitta, “Le droit d'expulsion des étrangers dans la législation des Pays-Bas”, 第69页。

<sup>68</sup> Darras, *Revue de droit international privé et de droit pénal international*, 第855页。另见 *Journal du droit international privé et de la jurisprudence comparée*, vol. 34 (1907), 第1217页。

<sup>69</sup> 这两项判决载于 Darras, 同前, 第822页起。

<sup>70</sup> *Annuaire de législations étrangères* (1904), 第740页。

<sup>71</sup> 见 Bonetti, “Italy”, 第339页。

<sup>61</sup> Doehring, “Aliens, expulsion and deportation”, Vol. 1, 第110页。

<sup>62</sup> *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 12, 第219页。

<sup>63</sup> 同上, 第188页。

<sup>64</sup> 同上, 第187页。

国家不允许驱逐依法获得了公民身份的外国人，比如父母为外国籍、本人出生在境内、已经合法入籍的外国人。<sup>72</sup>

43. 因此，不驱逐国民原则应当从广义的角度理解为适用于特别报告员在第二次报告<sup>73</sup>中界定的一国“侨民”，也就是说，既包括与国民一样拥有一国国籍的人，也包括一些依照接受国法律而享有类似国民地位的或与接受国存在联系的“外国人”。人权事务委员会曾在斯图尔特诉加拿大一案中表达了类似观点。<sup>74</sup>加亚在分析这一案件时写到：

联合国《公约》第十二条第四款规定：“人人进入其本国之权，不得无理褫夺”。在斯图尔特诉加拿大一案中，人权事务委员会就英国国民被加拿大驱逐一事表示：“如果第十二条第四款对该行为者适用，该缔约国就不得将他递解出境”。委员会结合第十二条第四款和提及驱逐“缔约国境内合法居留”的外国人的第十三条，坚持认为，“其本国”这一概念既适用于作为国民的个人，也适用于某些类别的个人，这些人虽非正式意义上的国民，但也不是第十三条所指的“外国人”。这取决于“同具体国家的特殊关系或对该国的请求权”。委员会提到“被一国违反国际法剥夺国籍的国民，以及因国籍国并入或转为另一国家实体而失去国籍的个人”。委员会还提到“其他各类长期居民，特别是被任意剥夺获取居住国国籍的权利的无国籍者”。相反，外国移民不在此列，只有一个可能的例外（但不适用于本案）：“如果移民国无理阻挠新移民获取国籍”。<sup>75</sup>

44. 但有作者认为，这个问题存在争议；难点如下：

第十二条第四款认为一个人只能视一个国家为其本国，而委员会提到的外国移民则有可能保留着他们的原国籍，并可能因此行使权利进入两个不同的国家，即国籍国和居住国，而且不被这两个国家驱逐。<sup>76</sup>

45. 不过，人权事务委员会决定中所列举的情形已经相当明确，不会让人以为任何外国移民都能够成功地根据委员会对“其本国”概念的广义解释主张享有好处。<sup>77</sup>

46. 无论在何种情况下，文献和实践都承认，某些类别的人严格来说不属于国民，但也不属于第二次报告提出的条款草案第1条<sup>78</sup>中所指的外国人，因此可不被驱逐。在这方面，《奥本海国际法》的作者们写到：“它[国家]可将某些外国人视同其国民，但该国依照本国法律驱逐这些外国人的权力将因此受到影响。”<sup>79</sup>例如，在意大利南蒂罗尔恐怖主义案中，奥地利最高法院裁决，出生在南蒂罗尔的意大利国民不得被奥地利驱逐，因为奥地利有一项法律，规定出于行政管理的需要而将他们视为国民。<sup>80</sup>

47. 一些国家的当前立法认可这项关于国家不驱逐本国国民的原则。一些国际条约，特别是区域人权公约，也认可这项原则。例如，《美洲人权公约：“哥斯达黎加圣何塞公约”》第22条第5款明确规定如下：“任何人都不得被驱逐出作为国民所属国家的领土，或被剥夺进入该领土的权利。”《保护人权与基本自由公约有关保障公约以及公约第1号议定书规定以外的某些权利和自由的第4号议定书》第3条第1款作了更加详细但同样明确的陈述：“不得以单独或集体的形式将任何人驱逐出其作为国民所属国家”。相对而言，从《公民及政治权利国际公约》第十二条第四款<sup>81</sup>以及《非洲人权和人民权利宪章》第12条第2款中也可以推断出这样的禁止规定。

48. 国民在其本国生活的权利被公认为是国家与其国民之间关系的基本要素。<sup>82</sup>此外，鉴于假定外国人是被驱逐前往他的国籍国，那么国民被驱逐又

<sup>72</sup> 见 Martini, 同前, 第 49 页。

<sup>73</sup> 《2006 年……年鉴》(见上文脚注 1)。

<sup>74</sup> 见《大会正式记录, 第五十二届会议, 补编第 40 号》(A/52/40), 第二卷, 附件六 .G, 第 12.3 至 12.5 段。

<sup>75</sup> Gaja, 同前, 第 292-293 页。

<sup>76</sup> 同上, 第 293 页。

<sup>77</sup> A/52/40 (见上文脚注 74), 第 12.3 段。

<sup>78</sup> 《2006 年……年鉴》(见上文脚注 1)。

<sup>79</sup> Jennings 和 Watts, *Oppenheim's International Law*, 第 940 页, 脚注 1。

<sup>80</sup> 见奥地利, 最高法院(1968 年 10 月 8 日), 《国际法报告》, 第 71 卷, 第 235 至 238 页。

<sup>81</sup> 《公约》第十二条第四款规定: “人人进入其本国之权, 不得无理褫夺。”

<sup>82</sup> 见上文脚注 61。

是前往哪个国家？<sup>83</sup> 因此，完全有理由断言：“国家通常不能驱逐本国国民，因为没有其他国家有义务接受他们”。<sup>84</sup>

49. 在这种情况下，国际法在确认或承认这项原则的同时，并没有必然地排除减损其效力的可能性。

## (二) 例外情况

50. 正如上述《欧洲人权公约第4号议定书》第3条第1款所述，不驱逐本国国民的规则是明确的，似乎不存在例外情况。对《议定书》各项理由的陈述显示，这是该案文起草者有意识作出的选择，他们认为，在欧洲委员会的框架内可以使禁止国家驱逐国民的规定具有绝对性质，而在联合国框架内则难以做到这一点。<sup>85</sup>

51. 绝对原则似乎是从这项规定的字面意思中得出，但没有准确反映起草者的本意。从《欧洲人权公约第4号议定书》起草工作专家委员会的解释性报告中可以得知，一个人进入其作为国民所属国家的权利，并不能被解释为他拥有在该国境内居留的绝对权利；为了说明这一点，该报告假定有一名犯人被他作为国民所属国家引渡，然后从请求国的监狱中逃跑，在这种情况下，此人不能声称无条件地拥有在其本国寻求避难的权利。<sup>86</sup>

<sup>83</sup> 正如加亚先生所写（同前，第292页）：“这项禁止规定及国籍国接纳国民的相关义务的理论基础是，首先给予个人基本权利，使他们能够避免遭遇与‘飞翔的荷兰人’号的船长相同的命运。此外，禁止驱逐国民的规定以及接纳国民的义务，也使除国籍国之外的国家都有机会进行驱逐。”

<sup>84</sup> 见上文脚注79；另见Gaja（同前，第292页），他写道：“完全可以这么说，驱逐国民为国际法所禁止。”

<sup>85</sup> 见Lochak, “Articl 3”, 第1054页。

<sup>86</sup> 同上。欧洲人权委员会收到的若干诉状提到了违反《议定书》第3条第1款的情况，但都没有结果：尤其见一名在奥地利被判处四年监禁、依照刑事程序被临时驱逐到德意志联邦共和国的德国公民对德国和奥地利提出的诉状，指称让他回到奥地利服刑有违第3条第1款；一名土耳其国民及其法国籍妻子对法国提出的诉状，指称丈夫因违反禁毒法被判处永久禁入法国领土而遭驱逐，这直接导致法国籍妻子被驱逐出其本国（基利卡斯兰诉法国案，1987年10月13日的裁决）；一名因杀人案被法国警方追捕的人提出的诉状，此人拥有法国和以色列双重国籍，在以色列避难，他认为将他引渡给法国违反第3条第1款（纳卡什诉法国案，1987年10月15日的裁决）（同上）。

52. 此外，可以清楚地看出，国家不驱逐本国国民的原则在过去，尤其是十九世纪末二十世纪初曾经遇到许多例外情况，主要原因是某些国家出现了某些特殊的政治局势。

53. 例如，在法国，根据1872年3月14日（后由1901年7月1日的法律废止）对国际劳工协会成员处以某些刑罚的法律第2至3条的规定，驱逐权可适用于以该协会会员身份被判刑的法国国民。<sup>87</sup> 与此类似，被称为“王子法”的1886年6月22日的法律禁止曾统治法国的家族族长及其直系后裔留在法国境内，并授权政府以部长会议政令的形式，禁止这些家族的其他成员留在法国。虽然这项法律确实只针对一类明确限定且为数不多的法国国民，但同样千真万确的是，属于这一类别的法国公民被驱逐出了法国。<sup>88</sup> 此外，这些法国人可能会被驱逐出“非基督保护国”。<sup>89</sup> 同样，他们也可能被驱逐出殖民地，直到准许这样做的法令、特别是1879年11月7日和15日及1880年2月26日的政令被取消，使殖民地总督失去了先前的法令给予他们的相关权限。<sup>90</sup>

54. 历史上驱逐国民的例子，通常都涉及倒台的皇族家庭及其他流放的情况，如今已是极其罕见。<sup>91</sup> 不过，《非洲人权和人民权利宪章》第12条第2款的表述似乎同时涉及外国人和国民，让人想象在某些

<sup>87</sup> 见Martini, 同前, 第38页。

<sup>88</sup> 同上, 第38-39页。

<sup>89</sup> 同上, 第40页。1778年6月敕令第82条规定：“在所有涉及政策或臣民贸易安全的情况中……我国领事官均可在本国船舶上将任何因行为不端或阴谋诡计而有损公益的法国人逮捕并送回法国。”这一驱逐权利已由1836年5月28日的法律确认。据此，法国国民可根据投降条款被驱逐出保加利亚、埃及和土耳其，可根据1852年7月8日的法律被驱逐出中国和马斯喀特阿曼国，以及高丽和暹罗。他们还可根据摩洛哥与西方国家签订的条约，被驱逐出摩洛哥（同上，第40-42页）。

<sup>90</sup> 同上, 第42页。

<sup>91</sup> 《欧洲人权公约第4号议定书》第3条第1款的起草者毫无疑问也想到了过去的这些例子，因此在这一条款的最初草案中使用了“放逐”一词（没有用“驱逐”），原措辞如下：“任何人都不得被其所属国家放逐。任何人都有进入其所属国家的自由”（见Lochak, “Articl 3”, 第1053页）。实际上，用哪个词无关紧要；因为特别报告员在第二次报告中已经表示，“驱逐”一词的含义已延伸到包括旨在或强迫外国人离开其所处国家领土的任何措施或行动，而且不论其身份是否合法（《2006年……年鉴》（上文脚注1），第153段）。欧洲人权委员会在亨宁·贝克诉丹麦案中也对这个词的含义作了如此的理解（诉请书编号7011/75，1975年10月3日的裁决，《裁决和报告》，第215页）（见Lochak, “Articl 3”, 第1058页）。

情况下，国民也可能被禁止进入或返回其本国（拒予入境），其引申含义是，必要时也可能被驱逐。这一条款规定如下：“人人有权离开包括其本国在内的任何国家，以及返回其本国。这项权利，除法律所规定并为保护国家安全、法律和秩序、公共卫生或道德的限制外，应不受任何其他限制。”

55. 当然，《非洲人权和人民权利宪章》的起草者本来可能打算仅对外国人适用这些限制。由于这项案文的编写工作除几个片断外没有资料保留，起草者的意图无从确定。但不管怎样，除了国家当局通过行动强迫该国某些国民流亡国外或成为政治难民这种相当常见的情况之外，国家在某些情况下为了高级别政策或国家安全等原因驱逐国民，都是可以想象的。前军阀出身的利比里亚国家元首查尔斯·泰勒被控在其本国犯下多起暴行，经谈判后被驱逐到尼日利亚，就是这个意思的一种体现。当然，泰勒离开利比里亚是经泰勒本人、接受国和几个格外关注利比里亚局势的西方大国共同谈判的结果；因此，这并非利比里亚当局单方面的决定。总之，在该国的特殊情况下，只要有国家愿意接受，不论哪个新政府都乐意作出将泰勒予以驱逐的决定。事实上，驱逐国民的唯一绝对性前提就是有国家接受。换言之，国家驱逐本国国民，只有在接受国明确同意的情况下方可进行。<sup>92</sup>

56. 当然，被驱逐者拥有返回其本国的权利。在这方面，驱逐国有义务在同意接受的国家提出要求的情况下欢迎被驱逐者返回。驱逐国不得侵害这项回返的权利，而将其国民置于与无国籍者相同的境地。

57. 鉴于以上所述，建议提出如下条款草案：

“条款草案第4条 国家不驱逐本国国民

“1. 国家不得驱逐本国国民。

“2. 然而，有特殊原因需驱逐的，应征得接收国同意。

<sup>92</sup> 见 A/CN.4/565（上文脚注14），第36段，以及同一文件脚注58所引述著作的各个明确段落。

“3. 在接收国要求下，被本国驱逐的国民有权随时返回本国。”

(b) 不驱逐难民原则

58. 显然，这里需要从法律上明确区分“难民”和“寻求庇护者”的概念。和通常用语、尤其是行政用语一样，有些国内法律现在将申请难民身份者都纳入了“寻求庇护者”的类别，甚至《实施申根协定的公约》也是如此。<sup>93</sup> 例如，该《公约》第1条关于寻求庇护的定义为：外国人依照《关于难民地位的公约》提出申请，要求承认其难民身份，并以此身份享受居留权。实际上，申请避难者只是要通过申请使领土国向其提供保护，允许其在该国境内居留，这与领土庇护没有什么不同。

59. 但在法律上，避难和领土庇护这两个概念是不同的，互相独立的。从《非统组织关于非洲难民问题某些特定方面的公约》第二条在“庇护”标题下的规定，可以看出这个区别。该条规定，非统组织成员国“应在各自的立法下，尽一切能力接纳难民，并确保有充分理由不能或不愿返回原籍国或国籍国的难民可以定居”。从这条规定可以得出：(a) 不是所有难民一定都能成为受庇护者；(b) 受庇护者身份是由各国的国内立法决定的，而难民身份是由国际法决定的。换句话说，难民身份来自国际法，而领土庇护只受国内法管辖。<sup>94</sup> 鉴于上述情况，尤其考虑到国际法似不存在不驱逐受庇护者原则，现将分别研究适用于驱逐这两类人的规则。

60. 关于不驱逐难民问题，首先将确定原则，然后再研究国际规则和做法准许的例外情况。

(一) 原则

61. 正如关于驱逐外国人问题的第二次报告<sup>95</sup>所述，《关于难民地位的公约》关于难民的定义是狭义

<sup>93</sup> 见 Teitgen-Colly, “Le droit d’asile: la fin des illusions”, 第99页。

<sup>94</sup> 例如在法国，1946年《宪法》序言和关于控制移民和外国人在法国入境、接纳和居留条件的各项法律（特别是1993年8月24日的法律）对领土庇护作出了规定（见 *Journal officiel de la République française*, 29 August 1993, 第12196页）。

<sup>95</sup> 《2006年……年鉴》（见上文脚注1），第57至71段。

的，有可能排除了区域国际法及当代文献和实践视为难民的很多类人。《公约》中的定义被称为欧洲中心起源的定义，<sup>96</sup> 因为其目的在于保护害怕在原籍国受到压迫的政治难民，同时是基本“面向个人的”，因为根据其效力，难民身份只能给予个人；针对这一定义，若干作者提出了更为广泛的难民概念定义。<sup>97</sup> 各项区域协定的出现补充了《公约》和《议定书》的空白，并解决了1960年代和1970年代尤其是非洲和中美洲的大规模难民流问题。

62. 难民身份可否给予难民家庭的成员，这一点取决于各国：有些国家的法律比较宽容，<sup>98</sup> 而有些国家的法律限制得较紧。<sup>99</sup> 但无论如何，只要某人获得难民身份，其家属就受到法律保护，这种保护的宗旨是除非若干有限的具体理由，否则不得受到驱逐。

<sup>96</sup> Casanovas, “La protection internationale des réfugiés et des personnes déplacées dans les conflits armés”, 第35页。

<sup>97</sup> 有意见认为，定义应包括对否定基本自由的压制性政权采取抵抗行为的人(见 Grahl-Madsen, *The Status of Refugees in International Law*, 220-225); 或更广义而言，该定义应涵盖逃离了普遍承认的人权一贯遭到违反的国家的人(见 Aleinikoff, “The meaning of ‘persecution’ in United States asylum law”, 第12-13页; Hathaway, *The Law of Refugee Status*, 第106-112页)。一个广泛得多的解释认为，在很多难民逃离国内冲突和社会混乱局势的情况下，根本不需要证明受到迫害，通过迫害推定即可对难民地位申请人适用《公约》(见 Steinbock, “The refugee definition as law: issues of interpretation”, 第34-35页)。

<sup>98</sup> 例如在喀麦隆，2005年7月27日关于难民地位的2005/006号法第5条规定：

“(1) 被认为属于上述第2、3和4条规定的的难民的家属，如与其偕行或与其团聚，亦视为难民，除非他们和该难民本人国籍不同并受到其原籍国的保护。

“(2) 如家长获得了难民身份后，家庭联系因离婚、分居或死亡而断裂，其依照上述第1款取得难民身份的家属继续享有难民身份，但须遵守第4条的规定。

“(3) 上述第(1)和第(2)款中具有难民身份的人的家属是指：配偶、未成年子女和受其扶养的其他家庭成员。

“(4) 依本法第3条和第4条规定所作任何决定均不自动影响上述第(3)款定义的其他家庭成员。”

这一条最后一款尤其意味着，家长丧失难民身份或受到驱逐，不自动造成其家属丧失难民身份或受到驱逐。

<sup>99</sup> 在法国，1989年8月2日的法律将居留卡的待遇扩大到难民的家属(配偶及未成年子女)，而关于控制移民和外国人在法国入境、接纳和居留条件的1993年8月24日的法律及后来的修正案在这个方面出现了倒退，因为该法对难民家庭成员适用和任何外国人一样的普通居留条件(1993年8月24日的法律第15条第1款)(见上文脚注94)。

63. 但是，不驱逐难民原则是以否定的方式表述的，这样，就使它不具有绝对性，从而限制了该原则的范围。例如，《关于难民地位的公约》第32条第1款规定如下：

缔约各国除出于国家安全或公共秩序的理由外，不得将合法在其领土内的难民驱逐出境。

64. 这条规定证明，不驱逐难民原则可以确立，但仅为演绎所得。实际上，在该规定的结构中，“除……外”的措辞给不得驱逐难民的原则加上一个极端限制条件。换言之，原则上，难民不能成为驱逐措施的对象；只有在绝对必要的情况下，即出于两个理由之一——国家安全或公共秩序，才能对难民采取驱逐措施。

65. 《非统组织关于非洲难民问题某些特定方面的公约》引入了《关于难民地位的公约》及其《议定书》没有的“自愿遣返”概念。严格依照《非统组织公约》第五条规定所述的这个概念，可以认为存在一项关于不驱逐难民的绝对原则，这里指的是第二次报告确定的广义驱逐概念。<sup>100</sup> 该公约第五条第一款规定：

遣返基本为自愿性质，任何情况下均应尊重这种性质，而不得违反任何难民的意愿将其遣返。

然而，不仅《非统组织公约》同中美洲国家通过的《卡特赫纳难民宣言》<sup>101</sup> 一样，应被视作对《关于难民地位的公约》的补充，而且“驱逐”和“遣返”也应被视为两个不同概念，应遵循针对不同原因请求采用的不同程序。

66. 《关于难民地位的公约》第33条似亦提出不驱逐原则，但随即被两个因素削弱：一方面，该原则涉及的是一个具体情况，即可能发生侵害难民若干基本权利的危險的情况；另一方面，出于某些特定理由仍可驱逐难民。在“禁止驱逐或送回(驱回)”这一多少有些误导性的标题下，上述条款规定如下：

<sup>100</sup> 《2006年……年鉴》(见上文脚注1)。

<sup>101</sup> 《卡特赫纳难民宣言》(1984年11月22日)，《美洲人权委员会年度报告》(美洲组织文件 OEA/Ser.L/V/II.66, 文件10, 修订1)。



1. 任何缔约国不得以任何方式将难民驱逐或送回（“驱回”）至其生命或自由因为其种族、宗教、国籍、某一社会团体的成员身份或持有某种政治见解而受威胁的领土边界。

2. 但如有正当理由认为某个难民会危害所在国的安全，或者该难民已被终审判决认定犯有特别严重的罪行从而构成对该国社会的危险，则该难民不得主张享有本条规定的利益。

67. 对照第32条和第33条，特别是两条的标题，首先让人想到的是：第32条是准许性规则，而第33条是禁止性规范。但实际情况并非如此。两个条款中同时都有禁止和准许的内容。第33条第2款扩大了第32条第1款所述驱逐难民理由的范围。例如，第32条第1款规定的理由只有“国家安全或公共秩序”，而第33条第2款采用的表述为“危害……国的安全”，并增加了“已被终审判决认定犯有特别严重的罪行从而构成对该国社会的危险”的内容。最后提到的这一项理由特别模糊，因为它没有明确指出所指“危险”的性质和严重程度。另外，这种理由和“公共秩序理由”有何不同？无论如何，这种理由加强了驱逐国在驱逐难民问题上的自由裁量权，从而打破了第32条第1款所定的严格限制。第33条第1款与第2款相反，陈述了“不得”驱逐或送回难民的情况（虽然这一点因第2款的规定而成为非绝对性的），从而强调了不驱逐原则。

68. 特别报告员认为，驱逐原则不成立，而不驱逐原则成立；因为驱逐只属于例外情况，而且只能出于若干很有限的原因才能驱逐。

69. 如今有一种倾向认为，接受难民（这里的难民不是狭义的，而是受到武装冲突或破坏其原籍国、国籍国和惯常居住国全国或部分地区公共秩序的事件影响而被迫离开本国的人<sup>102</sup>）的国家应当准许他们进入本国境内，并恪守不驱回、包括不在边界排拒的基本原则。<sup>103</sup> 这种看法的基本假设是，由于上述原因

而逃离本国的团体或人群的任何成员，除非有相反证据，否则首先应被视为难民。本着这种看法，近来有作者写到：国家有不驱回逃避武装冲突或普遍暴力情况的受害者的“习惯法律义务”<sup>104</sup>。这远远超出了相关条约义务的范畴。这种义务如果存在，则相应带来不驱逐有关一类“难民”的义务；这类难民是指尚未取得难民身份，至少在国家主管当局对情况进行审查之前，可能属于在接受国境内非法逗留的人。

70. 这种学理趋势源于《关于难民地位的公约》第31条，题为“非法滞留避难国的难民”，该规定如下：

缔约各国对于直接从生命或自由遭受第1条所指威胁的领土而来、未经许可而进入或滞留于本国领土的难民，不得因该难民的非法入境或滞留而施以刑罚，但这些难民应毫不延迟地自行投向当局并说明其非法入境或滞留的正当原因。

71. 这项原则也得到国际移徙问题全球委员会最近工作成果的重要支持；该工作成果于2003年12月发布，内容关于联合国秘书长应大会的请求作出的倡议。大会在2003年12月23日第58/208号决议中决定，在2006年大会第六十一届会议上专门举行关于国际移徙与发展的高级别对话（见秘书长关于国际移徙与发展问题的报告（A/60/205））。该全球委员会称，各国在遏制非正规移民的努力中，必须遵守关于移民人权、庇护制度和保护难民原则的现有国际法义务。<sup>105</sup> 在这方面，全球委员会依据的是难民署制订的《保护纲领》所述的原则，根据其内容，各国遏制秘密或非法移民的工作不得破坏庇护制度。全球委员会敦促所有国家建立快捷、公平和高效的难民身份确定程序，以便寻求庇护者能够尽快得知各自的结果。委员会特别建议：

在大规模人流涌入时，各国应考虑首先给予新抵达者难民身份，非洲和其他区域的一些发展中国家多年采用这一做法，取得了良好的效果。<sup>106</sup>

<sup>102</sup> 见1994年2月西班牙塞维利亚关于“难民：法律与团结”的讲习班通过的宣言，引述见Casanovas，同前，第82页。

<sup>103</sup> 难民署，执行委员会关于难民的国际保护的结论（2009年12月），第22（XXXII）号，“保护大规模涌入的寻求庇护者（1981年）”，第二段A.1节；以及第19（XXXI）号，“临时避难（1980年）”，第（b）（一）段。相仿，Hailbronner，“Non-refoulement and ‘humanitarian’ refugees: customary international law or wishful legal thinking”，第857页。

<sup>104</sup> Eggli, *Mass Refugee Influx and the Limits of Public International Law*, 第165页。

<sup>105</sup> 见 *Migration in an Interconnected world: New Directions for Action*, Report of the Global Commission on International Migration (October 2005), 第三章, 第40页。报告见下列网站: [www.gcim.org](http://www.gcim.org)。

<sup>106</sup> 同上, 第41页, 第44段。

72. 在审查情况期间不驱逐有关人员的做法与“临时保护”相似，而“临时保护”与“辅助保护”不同。为难民署举办的国际保护问题全球磋商会编写的报告认为，“临时保护是大规模人流涌入时一种特定的临时性保护应对措施，提供即时的紧急保护以防驱回；它应明确区别于在身份确定后提供的、给予确定性地位的补充保护形式。<sup>107</sup> 临时保护是依照政治决定给予属于特定团体的人。而“辅助保护”<sup>108</sup> 主要来自欧洲联盟国家的立法，是在个案中给予的法定身份。

73. 有些国内法律对申请获得难民身份的人适用这种临时保护。在这方面，法国的做法很值得注意。例如，《关于难民地位的公约》只是禁止公约缔约方“以任何方式”将难民送回或驱逐“至其生命或自由……受威胁的领土边界”（第33条第1款），而法国现行的1958年10月4日《宪法》所参考的1946年10月27日法国《宪法》序言第四段则与之不同；根据法国宪法委员会的观点，该条款意思是：“一般而言，应准许主张此项权利的外国人在境内临时逗留，直到就其主张作出一项决定”。<sup>109</sup> 这个解决办法直接依据的是法国行政法院大会通过的解决办法，即在两种情况下，行政法院都认可，在法国难民和无国籍人保护局或必要时由难民上诉委员会对主张难民身份的寻求庇护者的申请作出裁定之前，应准许这些人在法国境内临时逗留。<sup>110</sup>

74. 该“原则”（套用一位作者建议的术语<sup>111</sup>）在行政法院和宪法委员会适用的依据不同：在宪法委员会的适用依据是《宪法》的序言，而在行政法院

的适用依据则包括《关于难民地位的公约》第31条第2款及1952年7月25日关于设立法国难民和无国籍人保护局的法律。但无论如何，判例法认可该项原则时都附加了限制条件。行政法院在其法令中认为，如果主张的唯一目的只是为阻碍对已经进入本国领土的非正规身份的外国人发出的递解令，行政当局不必向寻求庇护者发放证件以准许其在保护局裁定之前或在难民上诉委员会对上诉作出判决之前在法国逗留。<sup>112</sup>

## （二）例外情况

75. 只有出于安全和公共秩序的理由，接受国才能将难民驱逐出境。正如上文所述，各国国内法长期采纳并实践着国际上由《关于难民地位的公约》第31条认可的这些例外。因此，这里不需要详述例外情况存在与否。然而，值得分析的是危及安全和威胁或危及公共秩序等概念的具体内容与含义。但由于国家、时代和背景的不同，对特定情况的定性决定可能不同，因此这个问题并不简单。毫无疑问，评价此类危险或威胁的权限属于各国，国际和国内法律对此都予以承认。

76. 近来，恐怖主义出现了前所未有的蔓延并成为各国的关切问题，可将其纳入安全和公共秩序的概念，特别是安全的概念。但是，恐怖主义不分打击对象的盲目暴力行为及其毁坏性的影响使之有别于其他情况，应给予特殊对待。这也是国际社会处理恐怖主义行为的做法，不把恐怖主义行为当成普通犯罪。

77. 安全理事会第1373（2001）号决议表明：可以因难民实施了恐怖主义活动或与恐怖主义有关的活动而将其驱逐。在该决议第2段中，理事会：

……决定所有国家应：

……

(d) 防止资助、计划、协助或犯下恐怖主义行为的人为敌对其他国家或其公民的目的利用本国领土。

<sup>107</sup> 国际保护问题全球协商，第三次会议，“补充保护形式”，（EC/GC/01/18，2001年9月4日），第11段(g)项。

<sup>108</sup> Casanovas, 同前, 第127页。另见 Chetail, “Le droit des réfugiés à l’épreuve des droits de l’homme: bilan de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme sur l’interdiction du renvoi des étrangers menacés de torture et de traitements inhumains et dégradants”, 第208页。

<sup>109</sup> Constitutional Council, 1993年8月13日 第93-325 DC号决定, *Journal officiel de la République française*, 18 August 1993, 第11727页。

<sup>110</sup> 见 Abraham, “La reconduite à la frontière des demandeurs d’asile”, 第93-94页。

<sup>111</sup> Fabre-Alibert, “Réflexions sur le nouveau régime juridique des étrangers en France”, 第1184页。

<sup>112</sup> 同上。

在第3段(f)至(g)项中, 理事会

呼吁所有国家:

.....

(f) 在给予难民地位前, 依照本国法律和国际法的有关规定、包括国际人权标准采取适当措施, 以确保寻求庇护者未曾计划、协助或参与犯下恐怖主义行为;

(g) 依照国际法, 确保难民地位不被犯下、组织或协助恐怖主义行为者滥用, 并且不承认以出于政治动机的主张为理由而拒绝引渡被指控的恐怖分子的请求。

78. 按照这些条款, 事实上的外国难民, 即因担忧生命而逃离原籍国但在法律上尚未取得难民身份的人, 可以因为涉足恐怖主义活动或为恐怖主义活动提供便利而被驱逐。如果接受国遇到安全理事会第1373(2001)号决议相关段落所述的情况, 因此不接纳避难或不予庇护的义务也就是驱逐权。

79. 在各国立法实践的层面, 2002年坦桑尼亚《预防恐怖主义法》第22节提供了立法实例, 旨在防止该国领土被当作一个庇护所并用于对其他国家发起攻击;<sup>113</sup> 这项法律在适当时可作为驱逐外国人、包括难民的法律基础。

80. 恐怖主义及其确认, 作为不驱逐难民原则例外标准之一, 更多的是对既定习惯规则的逐渐发展, 而不是编纂。但是, 无论在国际法整体内还是在各国立法实践中, 都不乏对采纳这样一项标准的支持。这一标准可以一项安全理事会决议为基础这一事实也很重要, 因为理事会决定是以合法性原则为基础的。

81. 通过上述分析, 建议以下条款草案:

#### “条款草案第5条 不驱逐难民

“1. 一国不得驱逐在其境内合法逗留的难民, 除非出于国家安全或公共秩序[或恐怖主义]的理由, 或该人已经被一项终审判决认定犯有特别严重的罪行、从而对该国家社会构成危险。

“2. 本条第1款的规定还适用于在接受国境内非法逗留、但已申请难民身份的任何入, 除非这种申请的目的是明显只是阻碍可能对其[对此人]发出的驱逐令。”

#### (c) 不驱逐无国籍人原则

82. 虽然无国籍人和难民法律地位不同, 但造成两种情况的原因往往是相同的, 即有关的人因武装冲突或受到种族或政治原因的迫害而逃离。国际法学会在1936年布鲁塞尔届会上通过的关于无国籍人和难民法律地位的决议申明: “无国籍人一词是指无任何一国承认其具有本国国籍的人”。<sup>114</sup> 十九世纪是“国籍的世纪”, 按当时的思维, 国籍是确定某人是否被视为无国籍人的基本要素和基准。按照特别报告员在第二次报告<sup>115</sup>中提出的更现代和开放的办法, 《关于无国籍人地位的公约》以“国民”一词取代了国籍标准; 如此前所述, “国民”涵盖的范围要广得多。上述公约第1条第1款非常明确地规定:

本公约所称‘无国籍人’一词是指无任何国家依本国法律将其视为国民\*的人。

83. 不驱逐无国籍人原则已经得到了《接纳和驱逐外国人国际规则》中一个条款的支持, 该条款规定:

原则上, 一国不得禁止本国臣民或在本国丧失了国籍而未获得其他国籍的人入境或在本国境内居留。<sup>116</sup>

<sup>113</sup> 该法第22节处罚为恐怖主义团体招募成员或与之结盟的行为以及在坦桑尼亚联合共和国培训实施该条(a)项禁止的行为之举。(a)项所述禁令适用于为促进或便利在国外进行暴力行为(无论此类行为的目标是否实现)而在该国实施的所有行为(联合国毒品和犯罪问题办公室, 《预防恐怖主义行为: 将法律规则标准纳入联合国反恐文书执行工作的刑事司法战略》, 第26页。

<sup>114</sup> *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. II, 第294页。

<sup>115</sup> 《2006年……年鉴》(见上文脚注1)。

<sup>116</sup> *Institute of International Law, Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 12, 第219页。

84. 但此后过来相当长时间，这条规则才被明确提出并加以编纂。1954年《关于无国籍人地位的公约》参考了1951年《关于难民地位的公约》的框架，确认无国籍人的情况和难民的情况是相似的。特别是对于驱逐问题，两项公约处理两者情况的有关规则都是相同的。1954年《公约》第31条在对1951年《公约》第32条的三款文字作了必要更改后，规定如下：

1. 缔约各国除出于国家安全或公共秩序的理由外，不得将合法在其领土内逗留的无国籍人驱逐出境。

2. 驱逐无国籍人只能以按照正当法律程序作出的决定为根据。除因国家安全的强制性理由要求外，应准许无国籍人提出可以为自己辩白的证据，向主管当局或向主管当局特别指定的人上诉以及为此目的委托代表向上述当局或人陈述。

3. 缔约各国应给予此类无国籍人一个合理的期间，以便寻求合法进入另一国家的许可。缔约各国保留在这期间内采用它们所认为必要的内部措施的权利。

85. 对《关于难民地位的公约》第32条第1款的评论（见上文第64段）也适用于上文引用的第31条第1款。<sup>117</sup>

86. 应当注意，与难民的情况一样，上述条款涵盖的只是有证件的无国籍人。当然，而在东道国境内非法居住的无国籍人的问题是敏感问题，因为有些无证件的移民可以假称处于无国籍状态。但是，在某国境内非法逗留的真正无国籍人如何处理呢？该国可以驱逐他们吗？可以把他们送到哪个国家？到他们的最后居住国？有哪些条件？是第31条第3款对在一国境内非法逗留的无国籍人规定的条件？这些问题不禁使人怀疑第31条第1款对有证件的无国籍人和无证件的无国籍人的区分是否恰当。此外，除了东道国境内变成无国籍的人之外，其他大多数人只能通过非法途径进入该国，因为他们一般没有用于申请进入另一国的官方国家证件。

87. 上文引用的第31条第2款涉及驱逐的条件和程序；这个问题将在稍后阶段提及。

88. 第3款第一句话引起了一些问题。具体来讲，无国籍人在受到驱逐期间，如何寻求获准进入一个新的东道国？他的努力对象只能是在驱逐国设有外交使团的国家吗？如果在这个东道国设有外交使团的国家不多，他努力成功的机会不是比较有限吗？此外，即使假设驱逐国对“合理期间”概念的解释特别宽松，给了无国籍人足够长的时间，但无国籍人的努力始终无果，这段期间会发生什么？该国还是可以驱逐他吗？如果可以，驱逐到哪个国家呢？

89. 这些问题，特别是最后一个，不只是理论性的关注。非洲人权和人民权利委员会审理的约翰·K·莫迪塞诉博茨瓦纳案<sup>118</sup>说明，实践中可能出现这些问题。此案原告辩称，他被不正当地剥夺了博茨瓦纳公民身份。他主张该公民身份权的背景如下：其父塞缪尔·雷玛弗瓦·莫迪塞，博茨瓦纳公民，为贝专纳（现博茨瓦纳）的前“受不列颠保护的人”，移民到南非工作。他在逗留期间与伊莉莎白·伊卡依·莫迪塞结婚，并生下约翰·莫迪塞。在约翰·莫迪塞三个月大时，母亲亡故；其父将之带到贝专纳保护国，将他交给亲属照料。此后，原告人在该保护国长大，并在若干次出国旅行后合法返回那里。

90. 1987年，约翰·莫迪塞与人共同创建并领导反对党“博茨瓦纳民族阵线”。他认为，博茨瓦纳政府是因为他政治活动而宣布其为“不受欢迎的移民”。1978年10月17日，他遭到逮捕并被递解到南非；在南非，他被押送警察局，而未受到庭审。他重返博茨瓦纳之后再次被捕，未经审判再次被递解到南非。第三次试图返回博茨瓦纳之后，他被控告并被定罪为非法入境，还被宣布为不受欢迎的移民。他服刑10个月并提起上诉，但在程序未完之前即被第四次递解到南非。非洲人权和人民权利委员会指出：“原告人没有南非国籍，只能在家乡博普塔茨瓦纳定居”。他在博普塔茨瓦纳生活了七年之后，这个“班图斯坦”政府对他发出了递解令；他在博普塔茨瓦纳和博茨瓦纳之间的无人地带呆了五个星期，后

<sup>117</sup> 根据《关于无国籍人地位的公约》第9条，在战争时期或在其他严重的特殊情况下，可先以临时措施名义驱逐特定人员，再由缔约国确定此人确为无国籍人以及为国家安全目的需维持对其采取的驱逐措施。

<sup>118</sup> 见第97/93号来文，约翰·K·莫迪塞诉博茨瓦纳案，在2000年11月于科托努举行的委员会第二十八届常会上提交，2000年11月6日的决定。

来博茨瓦纳出于人道主义将他接纳。他获得了三个月的入境许可，该许可可由主管部委自由裁量决定延期，一直到1995年6月。<sup>119</sup>

91. 此处不讨论被告国提出的主要争议问题，即根据该国旧《宪法》，约翰·莫迪塞不能、也未因血统成为博茨瓦纳公民，因为在1966年博茨瓦纳取得独立时，他既不是英国臣民，也不是联合王国及其殖民地的公民。非洲人权和人民权利委员会对这个问题的决定是：作为博茨瓦纳公民（父亲）的儿子，约翰·莫迪塞确因血统而具有博茨瓦纳公民身份；博茨瓦纳政府必须采取适当措施承认他的国籍，并就其因权利受到侵犯而遭受的一切损害给予适当赔偿。

92. 这个案件对驱逐无国籍人问题的主要意义在于，博茨瓦纳甚至在发现约翰·莫迪塞既没有南非国籍也没有博普塔茨瓦纳国籍、并因博茨瓦纳当局拒绝给予博茨瓦纳国籍而实际处于无国籍人状态的情况下，博茨瓦纳还是屡屡将其递解出境。应当注意，此案中，驱逐国没有援引《关于无国籍人地位的公约》第31条规定的任何一个驱逐无国籍人的理由——国家安全或者公共秩序；被驱逐人没有找到东道国，而驱逐国也从未向其提出这项要求。总之，博茨瓦纳的行为不符合驱逐无国籍人的情形，但是这种情形明显适用。

93. 驱逐无国籍人的规则似有些过于轻易地照搬了关于驱逐难民的规则，但是可以再次指出，庇护和无国籍的情况完全不同。难民具有确知的国籍。他们的困难境遇一般是不可抗拒的力量造成的，而难民一般不对此类力量负有责任。因此，难民所处的受害者境遇引起一定的怜悯，或得到理解，从而使东道国允许其入境。而无国籍人的情况不同。由于无国籍人失去了国籍，除非东道国认为他们具有与获得该国国籍相关的权利和义务并给他发放护照，否则就无法到国外旅行。如非上述情况，缔结《关于无国籍人地位的公约》的任何东道国就只有“给予无国籍人以一般外国人所获得的待遇”<sup>120</sup>的义务。很容易想象，一个没有任何国籍的人如果在居住国原则

上只享有外国人享有的权利，可能会很难找到一个东道国；此外，如果这个人被驱逐，那么驱逐的原因是：实施了不利于驱逐国国家安全的罪行或对国家安全构成威胁，或者据称实施了破坏公共秩序的罪行或对公共秩序构成严重威胁。

94. 除非某人与某外国有关系，原则上该国应容留该人；否则，这种处境的人要“取得合法进入另一国家的许可”很不现实。<sup>121</sup> 特别报告员认为，驱逐国似有必要干预被驱逐的无国籍人寻找东道国的努力。在无国籍人寻求获得另一东道国合法接纳的多番努力未果之后，即可考虑采取这种干预。但出于保护被驱逐者权利的目的，欲将某人递解到另一国，需征得被驱逐者的同意。

95. 然而，由于国家在驱逐无国籍人方面的实践极少，这种观点仅来自对上述第31条第3款的分析（见第84段）。提出这种观点，最多只能作为国际法逐步发展的一部分。

96. 按照上述考虑，建议下列条款草案。其中第一款涵盖了《关于无国籍人地位的公约》第31条第1款的核心，在格式上有若干修改；而第二款中的内容是第3款第一句的新版本，根据上述建议进行了改进：

#### “条款草案第6条 不驱逐无国籍人

“1. 一国不得驱逐在其境内[合法]逗留的无国籍人，除非出于国家安全或公共秩序[或恐怖主义]的理由，或如果该人已经被一项终审判决判定犯有特别严重的罪行从而对该国社会构成危险。

“2. 一国在根据本条款草案规定的条件驱逐无国籍人时，应给予该无国籍人一个合理的期间，以便取得合法进入另一国家的许可。[然而，如期满后，该无国籍人未能取得进入某东道国的许可，该国可[在征得该人同意的情况下，]将其驱逐到任何同意接纳该人的国家。]”

<sup>119</sup> 同上。

<sup>120</sup> 《公约》第7条第1款。

<sup>121</sup> 同上，第31条第3款。

## (d) 禁止集体驱逐原则

97. 集体驱逐的做法不是最近出现的现象。过去, 这种做法往往与两国之间武装冲突或严重危机局势密切相关; 但集体驱逐的现象无论在平时时期还是战争时期都有发生。

## (一) 平时时期

98. 实际上, 除了战争情况以外, 美国在十九世纪就实施过集体驱逐。<sup>122</sup> 美国曾于1863年签署一项条约, 给予天朝臣民与美国公民平等的待遇; 但随着被蔑称为“黄种移民”或“黄祸”的人越来越多地涌入, 美国终止执行该条约的条款, 然后与中国谈判达成了1880年11月17日《条约》, 授权美国“在认为必要维护其利益时”, 中止或限制劳工移民。<sup>123</sup> 两年之后, 一项美国法律规定暂停移民10年。但在此期限届满之前, 美国于1888年3月12日让“中国驻华盛顿公使”签署了一项条约, 在20年期间内禁止“所有黄种劳工”进入美国领土。中国政府认为该条约不仅损害本国国民的利益, 而且有限制性过强的欺人条款, 因而拒绝批准该条约。在此情况下, 美国于1888年10月1日颁布了一项实际上禁止中国劳工进入美国领土的法律, 此后又颁布了第二项被称为“排华法案”的法律, 对中国劳工规定了极其严苛的居留条件,<sup>124</sup> 从而依靠国家行为实现了集体驱逐。

99. 欧洲十八世纪已有集体驱逐事例。如西班牙在很长一段时期内实施1703年的一项法律, 完全违反了当时主要的国际法原则, 命令大规模驱逐所有非天主教徒的英国与荷兰臣民; 在俄罗斯, 沙皇保罗一世于1793年颁布一项法律, 命令居住在俄罗斯的法国国民放弃原籍国的无神论和煽动叛乱的学说, 违者将被驱逐。<sup>125</sup>

100. 后来到二十世纪, 德国和波兰由于按《凡尔赛和约》划分边界而造成很多长期严重问题, 当时

据称, 德国“大规模”<sup>126</sup> 驱逐了在本国境内居住的波兰劳工: 到1922年底已经驱逐了25 000人。1923年4月, 波兰政府报复性地驱逐了一批德国国民; 由于巴伐利亚政府驱逐了14个波兰国籍的犹太人家庭, 波兰政府于1924年1月采取新的报复措施, 驱逐了14个德国人家庭。此外, 德国不顾波兰驻柏林公使的抗议, 在梅克伦堡-什未林大规模驱逐波兰公民; 作为报复措施, 波兰驱逐了在波兹南省和波美拉尼亚省居住的150名德国人。<sup>127</sup>

101. 这些大规模驱逐遭到受害国民所属国家政府的政治抗议, 但却没有引起国际法上的争议。当时的文献只将其视为驱逐国行使国际法认可的“驱逐外国人的权利”。<sup>128</sup> 这显然是当时一些作者的意见。例如, 结束第一次世界大战的各项和平条约对兼并和解除兼并的规定, 引起了频繁行使驱逐权的情况; 在根据《凡尔赛和约》重新将被德国兼并的阿尔萨斯和洛林的一部分并入时, 法国面临着是否只应允许原法国国民更改国籍的问题。在这两个收回的省份约有500 000名德国人, 占两省人口的28%。有人以含糊的措辞称, 让这些人留下可能构成对法国的“危险”。问题在于是大规模驱逐这些人还是吸收他们。对此, 当时法国两个著名作者皮耶和尼波埃回答说:

如果我们能保证阿尔萨斯和洛林的人口数量持衡, 大规模驱逐绝对是更好的解决办法。但我们的人口水平太低, 这个目标不在考虑之列。<sup>129</sup>

102. 也就是说, 即使在平时时期, 集体驱逐外国人也不是受到禁止的; 之所以没有采取这种做法, 是出于权宜的目的。

103. 禁止此种驱逐是很长时间之后才提出的, 而且是以对一项原先未对此问题作出规定的区域人权文书进行补救的形式提出的: 即《欧洲人权公约有关保障公约以及公约第1号议定书规定以外的某些权利和自由的第4号议定书》。1968年生效的该《第4号议定书》第4条的规定很简短: “禁止集体驱逐外国

<sup>122</sup> Darut, 同前, 第46页。

<sup>123</sup> 同上, 第47页。

<sup>124</sup> 同上, 第47-48页。

<sup>125</sup> 同上, 第37页, 脚注1。

<sup>126</sup> Fauchille, *Traité de droit international public*, 第688页。

<sup>127</sup> 同上, 第688-689页。

<sup>128</sup> 见Boeck, “L’expulsion ...”, 第471页。

<sup>129</sup> Pilllet 和 Niboyet, *Manuel de droit international privé*, 第213页。

人。”《美洲人权公约：“哥斯达黎加圣何塞公约”》中有一条类似规定，唯一格式上的区别涉及单数形式的使用；该公约第22条第9款规定：“禁止集体驱逐外国人。”《非洲人权和人民权利宪章》第12条第5款和上述规定几乎完全相同：“禁止大规模驱逐非国民。”

104. 欧洲委员会人权局的备忘录显示，负责起草《欧洲人权公约第4号议定书》的专家委员会认为，应加入此条规定（初步草案中并没有这一条），以防止“近期发生的此类集体驱逐”重演。<sup>130</sup>

105. 曾有多项申请被提交欧洲人权委员会，申请惩罚《第4号议定书》的若干缔约国违反该议定书第4条的规定，但因若干原因未取得成功，见欧洲联盟委员会关于相关决定的陈述。<sup>131</sup> 欧洲人权法院在琼卡人诉比利时案中宣布第4条遭到违反。申请人是扬·琼卡和他的配偶及两个子女。他们是在比利时居留并申请了庇护的斯洛伐克人；1999年6月18日内政部颁布递解令，拒绝其庇护请求并勒令在五日内离境。法院针对该递解令指出作出如下说明：

除申请人在比利时逗留超过三个月的事实外，没有文字提及他们的个人情况。特别是，文件没有提及他们的庇护请求或是1999年3月3日和6月18日的决定……鉴于上述情况，并考虑到与申请人原籍相同而且遭遇相同境遇的人数很多，法院认为，从所采用的程序来看，不能完全排除对该驱逐属于集体性质的疑虑。<sup>132</sup>

<sup>130</sup> 欧洲委员会，《第4号议定书“准备工作材料”合集》（1961年10月17日DH/Exp. (61) 35号最终报告），第446页。

<sup>131</sup> 洛查克（“Article 4”，第1058页）指出，基于这些说明，欧洲联盟委员会驳回了若干诉请，包括：1982年苏里南政变后到荷兰寻求庇护的苏里南人的诉请——荷兰政府准许他们留在荷兰，但未给予他们居留许可证；直到1988年，荷兰政府认为苏里南走上了民主道路，于是向这些人发出对具体个人的决定，勒令其离开荷兰，并最终将其驱逐（诉请书编号14209/88，阿利巴克斯等人诉荷兰案，1988年12月16日的裁决；诉请书编号14457/88，B.等人诉荷兰案，1988年12月16日的裁决）；十七名瑞士籍基督教科学派教徒的诉请——他们居住在哥本哈根，居留证延期被拒之后受到驱逐。委员会并不是必须就此表达观点，原因是申请人未用尽当地救济，因此其诉请不可受理（诉请书编号12097/86，孔齐-布伦兹科夫等人诉丹麦案，1987年7月13日的裁决）（同上，第1058至1059页）。但不容置疑的是，此种申请即使被受理，其实也不会成功，因为居留许可是对个人的，期限届满也是影响其持有人个人，因此同时驱逐若干相同情况的人不会被视为集体驱逐。

<sup>132</sup> 欧洲委员会，欧洲人权法院，琼卡诉比利时案，判决（2002年2月5日，斯特拉斯堡），第61段。

106. 还有一系列因素加深了欧洲人权法院所表达的疑虑：首先，在递解有关人之前，比利时政治当局宣布将采取行动扣留外国人，并指示有关当局执行这些行动；第二，法院要求所有当事外国人同时到派出所报到；第三，勒令他们离境的命令是以同样措辞写成的；第四，有关外国人很难联系到他们的律师；最后，庇护程序尚未完结。简而言之，从收到有关到派出所报到的通知至被驱逐的期间中，在每一阶段均无程序充分确保“表明有关的每一个人的个人情况都真正获得逐一考虑。总之，《[公约]第4号议定书》第4条的规定遭到违反”。<sup>133</sup>

107. 集体驱逐依据的唯一事实是，被驱逐人是外国人，<sup>134</sup> 因此，这种做法在理智上和道德上都令人难以接受。欧洲人权委员会在审议针对丹麦政府关于遣返在丹麦避难的199名越南儿童的计划提出的申请时，提出一个值得注意的定义。委员会认为，

所谓“集体驱逐”，是指主管当局迫使外国人群体离开某国的任何措施，除非采取这样的措施之前，对构成群体的每个外国人的具体情况做了合理客观的审查。<sup>135</sup>

108. 《非洲人权和人民权利宪章》第12条第5款第二句明确指出了所涉群体：

大规模驱逐是针对民族、种族、族裔或宗教群体进行的驱逐。

然而，这个明确规定限定了群体概念的范围。事实上，集体驱逐涉及的人群可能不属于列举的任何一种类别。例如，很多时候用“非洲人”来指非洲各国的国民；因此说“非洲非法移民”，就好像说非洲构成一个统一的国家或民族。非洲人群体完全可能成为集体驱逐措施的对象，虽然他们并非同一民族群体，更不属于同一族裔，而且驱逐也并非出于宗教动机。因此，最好保留欧洲人权委员会定义中对群体概念的开放视角。

<sup>133</sup> 同上，第20至21页，第63段。

<sup>134</sup> 见Lochak，“Article 4”，第1057页。

<sup>135</sup> 引述见Lochak，同上，第1058页。

109. 二十世纪初的若干次大规模驱逐中，关于对受驱逐人群中每个成员的个别情况予以审查的意见曾得到采纳。例如，法国政府在第一次世界大战后决定针对德国国民行使驱逐权时，“1922年8月12日，法令指定的500名德国人被驱逐出阿尔萨斯和洛林”。<sup>136</sup> 然而，按照欧洲人权法院对上述琼卡诉比利时的考虑，可以肯定地说这不属于集体驱逐吗？人们对此有怀疑，因为法国当局不太可能以彻底而充分客观的方式对被驱逐的500人中每个人的具体情况都进行审查。

110. 但应指出，需要单独审查他们中每个人的不同情况并采取个别措施，不一定意味着主管当局的决定必须各有不同内容。只要在作出每项递解令之前都对有关群体每个成员的情况进行了具体审查，递解令措辞相同的事实本身不足矣说明这些命令构成相关国际法文书中所指的集体驱逐。<sup>137</sup>

111. 上述《欧洲人权公约第4号议定书》第4条未包含这项单独审查每个被驱逐人情况的规则，但如上所述，欧洲人权委员会的判例法明确规定了这项规则；《保护所有移徙工人及其家庭成员权利国际公约》则在其框架内正式确立了这项规则。<sup>138</sup> 该《公约》第22条第1款内容如下：

不得对移徙工人及其家庭成员采取集体驱逐的措施。对每一宗驱逐案件都应逐案审查和决定。

112. 可以看出，禁止集体驱逐外国人的原则是欧洲、美洲和非洲区域实在法认可的；在国际层面上，该原则似仅限于移徙工人及其家庭。

113. 这是否意味着该原则（还）不构成一项来自公约或是习惯法的普遍性规则？由于各国在这方面各有不同做法，因此这个问题值得研究。美洲组织若干国家成员对报告员办事处编订的关于移徙工人及其家庭在该半球的情况调查问卷的答复在这方面很明显。第一个问题是：“贵国是否能将任何确定的移徙工人群体及其家庭成员作为一个群体予以驱

逐？”对此，有些国家明确回答“否”<sup>139</sup>，而另一些国家则明确<sup>140</sup>或默示<sup>141</sup>“是”。

114. 实际上，迄今为止，有些国家仍在实施集体驱逐，包括世界上一些受到禁止集体驱逐的法律文书约束的区域。例如非洲<sup>142</sup>和南美洲<sup>143</sup>；以及谁又能说欧洲不会发生这种情况？<sup>144</sup>

115. 除了对居住在难民署的“难民营”的难民进行（事实上的）有组织的遣返之外，此类集体驱逐无疑有违上述三项区域人权公约。而且，似乎可以这样认为：在这个问题上存在一项“文明国家承认的”禁止集体驱逐的一般国际法原则。首先，这项原则的产生所依据的是这样一个事实：接纳外国人是一项个别权利，因此这项权利的丧失或否定也只能通过个别行为实现。其次，反对集体驱逐规则得到了涵盖国际社会绝大多数成员国的三项区域人权公约的确认。毕竟，《国际法院规约》第三十八条并不要求一般原则得到所有“文明国家”的认可。

<sup>139</sup> 明确答“否”的有：加拿大、多米尼克、格林纳达和墨西哥（OEA/Ser.L/V/II.106），第四节（b）（5）（见上文脚注52）。

<sup>140</sup> 明确答“是”的有：哥伦比亚、厄瓜多尔、危地马拉和洪都拉斯（同上）。

<sup>141</sup> 巴西的答复较长，目的是隐藏这样一个事实：在该国立法规定之下，该国可能会进行集体驱逐：

“以确定将合法或非法在该国境内逗留的外国人驱逐。这一点可以适用于以任何方式对国家安全、政治或社会秩序、公共道德或国家经济构成威胁或行动违背国家利益的外国人。它还适用于以欺诈手段进入或留在巴西的人或以违法方式入境的人，前提是他们没有在规定时间内离境，而递解出境又不合要求；以及流浪或乞讨的人或无视《外国人法》（第6,815/80号法第66条，经1981年12月第6,965号法修正）明文禁止规定的人。”

（同上）

<sup>142</sup> 见特别报告员关于驱逐外国人的初步报告（上文脚注2）提供的例子，第4段，脚注6和第24段，脚注34。

<sup>143</sup> 例如，1991年6月至9月，60 000名海地人多米尼加共和国驱逐（OEA/Ser.L/V/II.106）（见上文脚注52）。

<sup>144</sup> 特别报告员在第二次报告中指出，法国内政部已经规定了在2005年至少驱逐23 000名外国人的目标，并称八个月期间已驱逐了12 849人（《2006年……年鉴》（上文脚注1），第20段）；2005年2月17日，荷兰议会以大多数票批准了政府驱逐26 000名无常规身份的外国人的决定，而比利时于2003年曾驱逐14 110人（同上，第22段）。面对这些数字，我们不禁要问：这些大规模驱逐是否符合《欧洲人权公约第4号议定书》第4条以及上述欧洲人权委员会和欧洲人权法院的判例法？即使假设每名当事人受到的都是个别驱逐，这难道就不是伪装下的集体驱逐吗？因为难以相信每个案例都依照前述判例法受到了公正客观的审查。

<sup>136</sup> Boeck, “L’expulsion...”, 第469页。

<sup>137</sup> 见Lochak, “Article 4”, 第1058页。

<sup>138</sup> 大会在第45/158号决议中通过。该《公约》于2003年7月1日生效。



## (二) 战争时期

116. 这一原则在武装冲突背景下可否适用则是个问题。在过去的几个世纪中，战争时期集体驱逐外国人的做法并不鲜见。在十八世纪，1713年《乌得勒支条约》和1760年的一项英-俄条约规定，在交战国境内居住的敌国臣民被勒令在一定期限内离境。与此类似，1798年，美国国会授权总统在同样情况下驱逐敌国国民。<sup>145</sup>

117. 法国1789年大革命之后掌权的国民公会，与除丹麦、瑞士和瑞典之外所有欧洲国家敌对；寻求在面对“外部敌人”支持的“外国集团”挑起的动乱中确保国内安全。<sup>146</sup>从敌对行动一开始，国民公会即颁布1793年8月1日法令，决定逮捕所有1789年7月14日之前就在法国居住的所有与法国交战的国家的侨民。1795年7月11日（共和三年获月23日）法律宣布驱逐所有身为敌国国民的外国人，并逮捕不遵守驱逐令或向其发放的护照所定行程的外国人（第4条）。此外，1795年8月2日（热月15日）法律认为对外国人这样处置不够严厉，决定“凡不遵守上述法律条款的外国人，应以间谍罪起诉和处罚”，当时意味着死刑。这些法律被称为“愤怒之法”，是“一个已经把‘适度’从其纲领中完全剔除的政府的焦虑状态”<sup>147</sup>造成的，因为这些法律背离了国民公会力图维护的人道主义原则。

118. 但到了十九世纪，武装冲突情况下集体驱逐敌国国民的趋势有所缓解。正如·达吕所写：

十九世纪，大多数经历过战患的国家，在注意维护国家内部安全的同时，尽可能降低了将所有敌国国民驱逐出境这一做法的严苛程度。<sup>148</sup>

119. 比如在1854年克里米亚战争期间，俄罗斯颁布的一项通告，准许在俄罗斯境内的法国和英国国民继续在俄罗斯境内居住，一如战争之前，并保证其人身和财产一如既往地受到同样的安全保障，

只要他们继续遵守法律并和平从业。<sup>149</sup>同样，在与意大利的战争期间，法国政府于1859年5月4日准许在法国居住的奥地利人继续留在法国，“只要其行为不受到任何指控”。<sup>150</sup>1870年5月21日，法国在《官方公报》发布了一项针对德国人的类似声明。<sup>151</sup>另外，1894年，在中日战争期间，日本政府允许在日本居住的中国国民在敌对期间继续留在日本，一如既往地生活；中国也照敌国采取了同样做法。<sup>152</sup>与此类似，1897年，在希腊与奥托曼帝国就克里特岛的独立问题交战期间，希腊政府没有对在希腊居住的土耳其人施加任何驱逐措施，承认他们有权继续在希腊生活，只要其行为不受到任何指控；但土耳其的态度不同：1897年4月18日，土耳其在宣战的同时通知希腊，一项苏丹敕令宣布在15日限期内驱逐在奥托曼全境内居住的所有希腊人。<sup>153</sup>还应当提及，在1899年至1902年第二次布尔战争期间，德兰士瓦和奥兰治自由邦的英国居民在48小时内遭到驱逐。<sup>154</sup>

120. 但从这些例子、特别是土耳其政府的态度是否可以推知人们对这一时期各国做法的主要倾向有质疑呢？马丁尼写道：

1897年，土耳其由于不遵守万国法而受到各大国使馆的抗议。<sup>155</sup>

121. 没有人知道这个特定案例中所涉及的规则是指禁止集体驱逐，还是对等性地不集体驱逐与东道国交战的国家的国民——因为在这个例子中，似可看出希腊遵守了这项原则，而土耳其没有遵守这

<sup>145</sup> 见 Darut, 同前, 第 37 页, 脚注 1。

<sup>146</sup> 同上, 第 38 页。

<sup>147</sup> Darut, 同前, 第 40 页; 另见 Martini, 同前, 第 88-89 页。

<sup>148</sup> Darut, 同前, 第 43 页。

<sup>149</sup> 同上; 以及 Martini, 同前, 第 89 页。

<sup>150</sup> Martini, 同上, 第 89 页。

<sup>151</sup> Darut, 同前, 第 43 页; 以及 Martini, 同前, 第 89 页。

<sup>152</sup> Martini, 同前, 第 92 页。关于这些涉及十九世纪中日冲突的案件, 见 Politis, *Revue générale de droit international public*, Vol. IV, 1897, 第 525 页起提供的信息。

<sup>153</sup> 见 Darut, 同前, 第 44-45 页; 以及 Martini, 同前, 第 93 页。不想被驱逐的希腊人, 只有永远放弃希腊国籍而成为土耳其人, 才可继续在土耳其居留(同上, 以及 Darut, 同前, 第 45 页)。

<sup>154</sup> 见 Martini, 同前, 第 94 页。作者认为对于这个案件, “审判这个今天已不复存在的小国是欠考虑的, 因为它超凡的英勇抗争使敌人也不得不为之钦佩”。德帕涅对布尔人在这次战争中的行为的辩解见 *Revue générale de droit international public* (1900), 第 698 页(同上, 脚注 1)。

<sup>155</sup> Martini, 同前, 第 93 页。

项原则。无论如何，应当指出，即使在集体驱逐身为与东道国交战的国家的国民的外国人这一做法是当时的惯例（尤其在法国），也有人抗议这种措施，认为这种措施“对除了隐约怀疑的间谍活动之外没有任何理由可予指责的无辜之人实施了报复”。<sup>156</sup>

122. 还应考虑到，在所有上述事件之后、1904年至1905年日俄战争期间，日本对中国人给予了与其在1894年战争中给予中国人的待遇相同的待遇：1904年2月10日，日本内务省向负责统辖领土行政分区的当局发出指令，要求该当局不得对俄罗斯人抱有敌对态度；俄罗斯人被准许继续在帝国内居住和自由出入境。俄罗斯人则于1904年2月14日和27日发布命令，同样准许日本人在法律保护下继续在俄罗斯境内和平地生活，以及在俄罗斯领土内开展活动，“但远东辖区的领土除外”。<sup>157</sup>

123. 但应指出，虽然各国都采用这种宽大做法，但当时的文献基本上一致认为集体驱逐敌国民是合理和符合万国法的。正如马丁尼所写的：

绝大多数国际公法作者坦然承认，大规模驱逐属于敌对国家的外国人，是宣战的自然结果。<sup>158</sup>

实际上，与皮耶和尼波埃这两位专业领域主要是国际私法的人士一脉相承，两位知名的国际主义者邦菲斯和福希耶在当时传授如下观点：

战争情况下……大规模驱逐是一种防卫行为，是完全合法的措施，其适当性无可置疑。为避免外国人逗留的危险，防止他们的存在可能引起的挑衅和人群的骚动，阻止发生危险而容易掌控的间谍活动，这些措施显然都是一国应得以采取的安全措施……各国均可大规模驱逐敌国民，即便他们在境内的定居是合法的。<sup>159</sup>

<sup>156</sup> Martini, 同前, 第90页, 脚注1, 引述 Fiore, *Nouveau droit international public*, vol.3, No. 129.

<sup>157</sup> Martini, 同前, 第92页。关于这次日俄战争, 特别见 Rey, *La guerre russo-japonaise au point de vue du droit international*, 第230-232页; Bonfils 和 Fauchille, *Manuel de droit international public (droit des gens)*, 第1055段。

<sup>158</sup> Martini, 同前, 第87页。

<sup>159</sup> 同上, 第87-88页, 援引 Bonfils 和 Fauchille, 同前, 第748页。在这方面, 见 Bry, *Précis élémentaire de droit international public mis au courant des progrès de la science et du droit positif contemporain à l'usage des étudiants des facultés de droit et des*

皮耶在1891年至1892年在法国格勒诺布尔为军官举办的战争法系列讲座上, 由衷地认为, 容留“很多外国人”<sup>160</sup>的国家“在与这些外国人的本国发生战争时, 确实必须要驱逐这些人。这些人的存在本身就构成严重的危险”。<sup>161</sup>

124. 正如特别报告员在第二次报告中所述, 英国法学理论家也就此采取了明确的立场。<sup>162</sup>

125. 近来, 在1998年厄立特里亚与埃塞俄比亚战争期间, 发生了大规模驱逐敌国民的事件。同样如第二次报告所述, <sup>163</sup> 厄立特里亚-埃塞俄比亚索赔委员会援引《奥本海国际法》指出, 依照国际人道主义法, 交战方在冲突期间享有将敌国民驱逐出境的广泛权力。该委员会所作的裁决(不得上诉)如下:

埃塞俄比亚可以合法驱逐这些作为交战敌国民的人, 但须确保他们受到《日内瓦第四公约》及其他适用的国际人道主义法要求给予的保护。<sup>164</sup>

126. 应当指出, 习惯国际法没有对这项“规则”予以明确支持。与毫无道理地信手援引“一国在冲突爆发时驱逐所有敌国民的习惯权利”<sup>165</sup>的观点相反, 这个方面实践明显差异很大。这项规则也不像有人所说的那样, 有什么国际人道主义法依据。恰

*aspirants aux fonctions diplomatiques et consulaires*, 第515页; Piédelièvre, *Précis de droit international public ou droit des gens*, 第150页, 第830段; Moore, *A Digest of International Law*, Vol. IV, 第68页; 以及 Mérignac, *Les lois et coutumes de la guerre sur terre d'après le droit international moderne et la codification de la Conférence de La Haye de 1899*, 第46-47页, 第25段。

<sup>160</sup> Pilet, *Le droit de la guerre*, 第99页。这里, 作者给出了一个特例。他认为, 如果外国人数很少, 则另当别论: “一国如外国人数很少, 就很容易做到不对他们实施没有任何理由可以解释的驱逐。因为这并非排除一切风险, 所以一国不应过分炫耀本国的慷慨”(同上)。

<sup>161</sup> 同上, 第99-100页。

<sup>162</sup> 《2006年……年鉴》(见上文脚注1), 第112段。

<sup>163</sup> 同上, 第114段。

<sup>164</sup> 厄立特里亚-埃塞俄比亚索赔委员会, 部分裁决——平民索赔: 厄立特里亚第15、16、23和27至32号索赔, 2004年12月17日的裁决, 第82段。

<sup>165</sup> Whiteman, 同前, vol. 10, 第274页, 援引 Draper, *The Red Cross Conventions*, 第36-37页, 引述厄立特里亚-埃塞俄比亚索赔委员会, 部分裁决, 第81段, 脚注27(见上文脚注164)。

恰相反,《关于战时保护平民之日内瓦公约》的相关规定倾向于支持相反的意思。

127. 首先,标题为“对冲突各方领土及被占领土的通用规定”的第三部分第一编第27条第1款规定如下:

被保护人之人身、荣誉、家庭权利、宗教信仰与活动、风俗与习惯,在一切情形下均有权获得尊重。无论何时,被保护人均须受人道待遇,并应受保护,特别是免受一切暴行或暴行威胁及侮辱与公众好奇心的烦扰。

根据《关于战时保护平民之日内瓦公约》,外国平民属于被保护的人。

128. 其次,标题为“在冲突一方领土内之外国人”的第二节中,第38条规定如下:“各被保护人之地位,在原则上应继续适用和平时有关外国人之规章。”第40条进一步规定:如果“被保护人具有敌国国籍,则只能强迫其承担”某些类型的工作,该条明确规定为“与军事行动无直接关系”的工作。因为被保护人“仅得在与其所在之冲突方国民同样限度内”被强迫工作;与其他所有被保护人一样,他们“应与本国工人享受同样工作条件及同样保障之利益”。

129. 从这些条款可以看出,管辖战时被保护平民的法律制度是一视同仁普遍适用的,无论是本国平民还是外国平民,即使外国平民是武装冲突中的敌国或是第三国的国民。因此,一位作者在对关于指定居所和拘禁的第41条进行分析时,写到:“单单敌国国民的身份,不足以构成予以拘禁的正当理由。”<sup>166</sup>

130. 在红十字委员会指导下对国际人道主义习惯法进行研究的大量工作<sup>167</sup>所确认的161条规则中没有任何关于战时集体驱逐敌国国民的独立规则。最多,其中有一条规则(规则103)规定:“禁止集体惩罚”。<sup>168</sup>如果将驱逐类归为一种“惩罚”,或更确切

地归为一种制裁,那么从这条规定似可推出禁止集体驱逐此处所述的这类外国人的原则。

131. 然而,对和平时期的驱逐和战时的驱逐进行区分似乎是有道理的;无论如何,正如《奥本海国际法》的作者所声称的,这种区分在理论和实践上都已确立。但这些作者更多地是具体讲国家有权“驱逐在其境内居住或临时逗留的所有敌对的国民”。<sup>169</sup>很难讲厄立特里亚-埃塞俄比亚索赔委员会是否受到了这个考虑因素的影响。但在上述各国有关集体驱逐敌国国民的旧做法中,这种看法很符合不驱逐措施或声明所附带的条件,即有关外国国民可以继续在与本国交战的国家居住并享受必要的保护,只要他们和平生活而未受到任何指控。

132. 就这个至少从十八世纪就开始的辩论,从上述各种鲜明的立场和限定的表述中可以得出这样的教训:应当根据国际法及其同时代主要原则的发展,谨慎处理这个问题。可能会出现一些问题。国家利益或个人(即使为敌国国民)利益,哪个应优先?交战国的集体安全利益或假定为该国的“敌人”的外国人的个人基本利益,哪个应优先?这两个显然对立的需求有没有可能调和吗?

133. 今天我们正是要解答这些问题,因为特别报告员认为,现在只有根据国际法的逐渐发展和人权的基本原则才能审查驱逐敌国国民的权利。实际上,而人权和当代国际法的基本观点不允许一国让任何性质、即使是由敌国国民组成的群体的外国人承受不应由其承担责任的情况产生的令人遗憾的后果,而原因仅仅是他们是该国国民。不得利用驱逐作为对敌国的预防性武器,也不得作为对不参与战争、同时对战争不予任何赞同的和平外国人的报复手段。

134. 简而言之,可以看到:(a)无任何国际法规则要求交战国允许敌国国民在本国境内继续逗留,<sup>170</sup>但也没有任何规则要求交战国驱逐敌国国民;(b)一些国家在不同程度上有集体驱逐敌国国民的做法,这种做法在古今文献中都有很多支持依据;(c)这一国家实践和文献一样,似认为只有外国人敌视与其

<sup>166</sup> Umozurike, “Protection of the victims of armed conflicts”, 第191页。

<sup>167</sup> 见 Henckaerts 和 Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law*。

<sup>168</sup> 同上,第374页。

<sup>169</sup> Jennings 和 Watts, 同前,第941页,第413段。

<sup>170</sup> 见 McNair 和 Watts, *The Legal Effects of War*, 第76页。

本国交战的接受国时，才必须允许对其进行这样的驱逐。反之，敌国的国民如在东道国和平生活、没有给东道国造成任何麻烦，则不应受到集体驱逐；对其实施驱逐必须遵守和平时期的普通法律，由于他们没有敌意，所以与作为国民所属国家交战所造成的特殊情况对他们不适用。在此情况下，很难完全赞成下述意见的内容：“在战争状态下，一国如不进行驱逐则其安全和存在可能受到严重危害，例如……，那么该国仍然有理由驱逐此类群体，而不考虑其成员的个人行为”。<sup>171</sup> 根据在任何情况下均应尊重个人的人身权利要求，这样的立场似乎是不能令人接受的，除非有关外国人作为一个群体，有敌视或危害接受国的活动或行为。

---

<sup>171</sup> Doehring, 同前, vol. 8, 第 16 页。

135. 考虑以上各种因素，现建议如下条款草案：

“条款草案第 7 条 禁止集体驱逐

“1. 禁止集体驱逐外国人，包括移徙工人及其家庭成员。但一国可同时驱逐某外国人群体的成员，条件是驱逐措施是在对群体中每名外国人的具体情况进行合理客观审查之后并在此基础上采取的。

“2. 集体驱逐是指一国迫使某一外国人群体离开其领土的行为或举动。

“3. 对参与武装冲突国家的国民不得采取集体驱逐措施，除非这些外国人作为群体表现出对接受国的敌意。”

## 第五十九届会议文件一览表

文件	标题	备注和参考资料
A/CN.4/576	临时议程	油印件。通过的议程，见《2007年……年鉴》，第二卷（第二部分）。
A/CN.4/577和 Add.1-2	秘书处编制的关于大会第六十一届会议期间第六委员会讨论的专题摘要	油印件。
A/CN.4/578 [及 Corr.1]	特别报告员伊恩·布朗利先生关于武装冲突对条约的影响的第三次报告	转载于本卷。
A/CN.4/579和 Add.1-4	引渡或起诉义务（或引渡或起诉）：从各国政府收到的评论和资料	同上。
A/CN.4/580	特别报告员山田中正先生关于共有的自然资源的第四次报告：跨界地下水	同上。
A/CN.4/581	特别报告员莫里斯·卡姆托先生关于驱逐外国人的第三次报告	同上。
A/CN.4/582	国际组织的责任：从国际组织收到的评论和意见	同上。
A/CN.4/583	特别报告员乔治·加亚先生关于国际组织的责任的第五次报告	同上。
A/CN.4/584 [及 Corr.1]	特别报告员阿兰·佩莱先生关于对条约的保留的第十二次报告	同上。
A/CN.4/585 [及 Corr.1]	特别报告员兹齐斯拉夫·加利茨基先生关于引渡或起诉义务（或引渡或起诉）的第二次报告	同上。
A/CN.4/586	对条约的保留：特别报告员阿兰·佩莱先生的说明	同上。
A/CN.4/L.705	对条约的保留：起草委员会的报告	案文转载于《2007年……年鉴》，第一卷。
A/CN.4/L.706和 Add.1-3	委员会第五十九届会议工作报告草稿：第四章	油印件。关于通过的案文，见《大会正式记录，第六十二届会议，补编第10号》（A/62/10）。最后案文见《2007年……年鉴》，第二卷（第二部分）。
A/CN.4/L.707/Rev.1	同上：第六章	同上。
A/CN.4/L.708和 Add.1 [及 Corr.1]	同上：第七章	同上。
A/CN.4/L.709和 Add.1	同上：第五章	同上。
A/CN.4/L.710	同上：第一章	同上。
A/CN.4/L.711	同上：第二章	同上。
A/CN.4/L.712	同上：第三章	同上。
A/CN.4/L.713和 Add.1-3	同上：第八章	同上。
A/CN.4/L.714和 Add.1	同上：第九章	同上。
A/CN.4/L.715和 Add.1	同上：第十章	同上。
A/CN.4/L.716	委员会的方案、程序、工作方法和文件：规划小组的报告	油印件。
A/CN.4/L.717	共有的自然资源：工作组的报告	同上。

---

A/CN.4/L.718	武装冲突对条约的影响：工作组的报告	同上。
A/CN.4/L.719	最惠国条款：工作组的报告	同上。
A/CN.4/L.720	国际组织的责任：起草委员会的报告	同上。
ILC(LIX)/RT/CRP.1	特别报告员阿兰·佩莱先生编写的2007年与联合国及其他人权领域的专家、包括各人权条约机构代表举行的讨论概要	同上。
A/CN.4/SR.2914-A/CN.4/SR.2955	第2914次至2955次会议临时简要记录	同上。最后案文见《2007年……年鉴》，第一卷。

---

**Yearbook of the International Law Commission 2007**  
**Volume II (Part One)**